

แนวคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศคดียูโกสลาเวียเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญา  
ของผู้บังคับบัญชาต่อการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา



ร้อยตำรวจโท ธงไท ร่มมะศักดิ์

สถาบันวิทยบริการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2548

ISBN 974-14-2120-6

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

JURISPRUDENCE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA  
CONCERNING SUPERIOR RESPONSIBILITY FOR ACTS COMMITTED BY SUBORDINATES

Police Lieutenant Thongthai Rammasak

สถาบันวิทยบริการ

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of law

Chulalongkorn University

Academic Year 2005

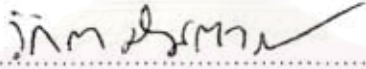
ISBN 974-14-2120-6

หัวข้อวิทยานิพนธ์	แนวคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวีย เกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของผู้บังคับบัญชาต่อกรกระทำของ ผู้ใต้บังคับบัญชา
โดย	ร้อยตำรวจโท ธงไท รัมมะศักดิ์
สาขาวิชา	กฎหมายระหว่างประเทศ
อาจารย์ที่ปรึกษา	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ สุผานิต เกิดสมเกียรติ
อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม	พันเอก กฤษณะ บวรรัตนารักษ์

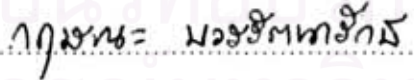
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง  
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์

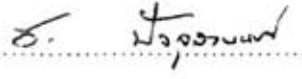
  
..... คณะบดีคณะนิติศาสตร์  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ รติพันธ์ เชื้อบุญชัย)


คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

  
..... ประธานกรรมการ  
(ศาสตราจารย์ วิฑิต มันทาภรณ์)

  
..... อาจารย์ที่ปรึกษา  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ สุผานิต เกิดสมเกียรติ)

  
..... อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม  
(พันเอก กฤษณะ บวรรัตนารักษ์)

  
..... กรรมการ  
(ศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร ปัจจุบันนท์)

  
..... กรรมการ  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ศารทูล สันติวาสะ)

ธงโท รัมมะศักดิ์ : แนวคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของผู้บังคับบัญชาต่ออาชญากรรมของผู้ใต้บังคับบัญชา. (JURISPRUDENCE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA CONCERNING SUPERIOR RESPONSIBILITY FOR ACTS COMMITTED BY SUBORDINATES) อ. ที่ปรึกษา ผศ. สุผานิต เกิดสมเกียรติ, อ.ที่ปรึกษาร่วม : พ.อ กฤษณะ บวรรัตนรักษ์ หน้า ISBN 974-14-2120-6.

หลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาได้เกิดขึ้นภายใต้กรอบของกฎหมายระหว่างประเทศมาเป็นเวลานาน หลักกฎหมายนี้ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับและได้ถูกนำมาปรับใช้ในการดำเนินคดีอาชญากรรมสงครามภายหลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สองแต่หลักเกณฑ์เกี่ยวกับหลักกฎหมายดังกล่าวยังไม่มีความชัดเจน จนกระทั่งมีการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวีย แนวคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียได้สร้างความชัดเจนเรื่องคุณลักษณะทางกฎหมายของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชา ศาลได้ชี้ว่าหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและผู้บังคับบัญชาจะต้องรับผิดสำหรับอาชญากรรมที่กระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชาหากได้พิสูจน์องค์ประกอบความผิดที่เป็นเงื่อนไข 3 ประการคือ

- 1) ปรากฏความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชา
- 2) ผู้บังคับบัญชาได้รู้หรือมีเหตุผลที่ทำให้รู้ว่าอาชญากรรมกำลังจะเกิดขึ้นหรือได้ถูกกระทำขึ้น และ
- 3) ผู้บังคับบัญชาละเลยไม่ใช้มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมเพื่อป้องกันอาชญากรรมหรือลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น

หลักกฎหมายที่ชัดเจนอันเกิดจากการแปลความของศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวีย ก่อให้เกิดประโยชน์อย่างมากต่อกฎหมายอาญาระหว่างประเทศโดยผลทางด้านกรยับยั้งความขัดแย้งและการป้องกันอาชญากรรมและจะเป็นแนวทางที่สำคัญสำหรับการดำเนินคดีขององค์กรยุติธรรมระหว่างประเทศในอนาคต

สาขาวิชา นิติศาสตร์  
ปีการศึกษา 2549

ลายมือชื่อนิสิต..... ๗๖๒ ฐิณฉัตร  
ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา..... ฐิณฉัตร  
ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษาร่วม..... ฐิณฉัตร กฤษณะ บวรรัตนรักษ์

## 4686247634 MAJOR LAWS

KEY WORD: SUPERIOR RESPONSIBILITY / JURISPRUDENCE / INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL/  
YUGOSLAVIA / SUBORDINATES

THONGTHAI RAMMASAK : JURISPRUDENCE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL  
TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA CONCERNING SUPERIOR  
RESPONSIBILITY FOR ACTS COMMITTED BY SUBORDINATES. THESIS ADVISOR :  
ASST. PROF. SUPHANIT KIRDSOMKIAT, THESIS COADVISOR : COLONEL KRISNA  
BORWORNATTANARAK, [PAGES] pp. ISBN 974-14-2120-6.

Principle of command or superior responsibility has emerged in international law very long time ago. It was stated in a number of international instruments and was applied by the post-second world war war crime trial but no evident rule of the doctrine was created until the establishment of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). The jurisprudence of the ICTY as shown the clear legal character of superior responsibility. According to its practice, doctrine of superior responsibility was part of customary international law and three conditions must be met before a superior can be held responsible for the criminal acts of subordinates as the followings.

- 1) The existence of superior-subordinate relationship.
- 2) The superior knew or had reason to know that the criminal act was about to be or had been committed. and
- 3) The superior fails to take the necessary and reasonable measures to prevent or punish the perpetrator thereof.

The clear concept of superior responsibility interpreted by ICTY constitute a significant contribution for International Criminal Law by virtue of deterring future conflicts and preventing future crimes and provide a material guideline for the future prosecution of international judicial body.

Field of study    Laws

Academic year    2006

Student's signature.....

Advisor's signature.....

Co-advisor's signature.....

*Thongthai Rammasak*  
*Suphanit Kirds.*  
*Colonel Krishna Borwornattanak*

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้เป็นอย่างดีด้วยความช่วยเหลือและความเอื้อเฟื้อจากผู้ช่วยศาสตราจารย์ สุผานิต เกิดสมเกียรติ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และพันเอก กฤษณะ บวรรัตนารักษ์ อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม ซึ่งนอกจากผู้เขียนจะได้รับคำปรึกษาแนะนำที่ดีแล้ว ท่านอาจารย์ทั้งสองยังได้สละเวลาอันมีค่าเพื่ออ่านและตรวจแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนต้องขอกราบขอบพระคุณ คณาจารย์ในภาควิชากฎหมายระหว่างประเทศทุกท่านที่ได้ประสิทธิประสาทวิชาความรู้ทั้งหลายด้วยความเมตตากรุณาซึ่งมีส่วนอย่างยิ่งที่ทำให้ผู้เขียนเกิดความรู้เพียงพอที่จะทำให้มีความสามารถเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จ โดยเฉพาะศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร ปัจจุสานนท์ ที่ได้ให้ความเมตตาช่วยเหลือให้คำแนะนำมาโดยตลอด ศาสตราจารย์ วิฑิต มั่นตราภรณ์ ซึ่งได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ายิ่งมาเป็นประธานและกรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์และบ่อยครั้งที่ผู้เขียนได้ขอคำแนะนำในการทำงานจากท่านซึ่งก็ได้รับคำแนะนำที่ดีเสมอ รวมทั้ง ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ศาลทูต สันติวาสะ ซึ่งได้มีส่วนยิ่งในการให้ความเห็นแนะนำผู้เขียนในการเขียนวิทยานิพนธ์เป็นอย่างดี

ผู้เขียนนับแต่ได้เข้าศึกษาที่คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยก็ได้รับความเอื้อเฟื้อเมตตาจากอาจารย์ผู้สอนของคณะมากมายท่านซึ่งผู้เขียนต้องขอภัยหากมิได้ระบุดังนี้โดยสำนักของผู้เขียนแล้วให้ความเคารพทุกท่านเทียบเท่าบุพการี และมีอจลิมเลือนพระคุณอันยิ่งใหญ่ไป

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

# สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ.
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	2
1.3 ขอบเขตและวิธีการดำเนินการของการวิจัย.....	3
1.4 คำจำกัดความที่ใช้ในการวิจัย .....	4
1.5 สมมุติฐานของการวิจัย.....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัยวิทยานิพนธ์.....	5
บทที่ 2 ศาลอาญาระหว่างประเทศคดียูโกสลาเวียและหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา.....	6
2.1 ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชา.....	6
2.1.1 ประวัติความเป็นมาของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา.....	6
2.1.2 รูปแบบของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา.....	15
2.1.3 องค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา ก่อนการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศคดียูโกสลาเวีย.....	26
2.2 สถานการณ์ในยูโกสลาเวีย.....	28
2.3 ศาลอาญาระหว่างประเทศคดียูโกสลาเวีย(ICTY).....	31
2.3.1 โครงสร้างของศาล ICTY.....	31
2.3.2 ขอบเขตอำนาจการพิจารณาคดี.....	32

2.3.3	ที่มาของกฎหมายที่ศาล ICTY นำมาใช้ในการพิจารณาคดี.....	32
2.3.4	ฐานความผิดที่อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษา.....	33
2.3.4.1	การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์.....	33
2.3.4.2	อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ.....	34
2.3.4.3	อาชญากรรมสงคราม.....	35
	- กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองบุคคลที่ไม่มีส่วน เกี่ยวข้องในการสู้รบ .....	36
	- กฎหมายและจารีตประเพณีที่ควบคุมการใช้วิธีการ ในการทำสงครามและวิธีการเข้าสู่การทำสงคราม.....	37
2.4	ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามตราสารก่อตั้งศาล ICTY.....	38
บทที่ 3 ลักษณะ สถานะและองค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดชอบ		
	ผู้บังคับบัญชาตามแนวคำพิพากษาของศาล ICTY.....	40
3.1	เขตอำนาจในการพิจารณา .....	41
3.2	คุณลักษณะทางกฎหมายและสถานะภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่าง ประเทศของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา.....	49
3.3	ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาในความขัดแย้ง ด้วยกำลังอาวุธภายในประเทศ.....	70
3.4	องค์ประกอบความผิดที่ใช้พิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชา.....	76
3.5	ความเชื่อมโยงระหว่างการละเว้นการปฏิบัติกับอาชญากรรมที่ถูกกระทำ	



ลงโดยผู้ได้บังคับบัญชา.....	79
3.6 หลักความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาครอบคลุมถึงผู้บังคับบัญชาที่ ไม่ใช่ทหาร.....	84
บทที่ 4 รายละเอียดเกี่ยวกับองค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา	
ตามแนวคำพิพากษาของศาล ICTY .....	91
4.1 หลักความสามารถในการควบคุมผู้ได้บังคับบัญชาก่อให้เกิดความสัมพันธ์ ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ได้บังคับบัญชา.....	91
4.2 ขอบเขตขององค์ประกอบส่วนเจตนาในหลักความรับผิดชอบทางอาญา ของผู้บังคับบัญชา.....	102
4.2.1 องค์ประกอบภายในจากการแปลความจากหลักความรับผิดชอบของ ผู้บังคับบัญชาตามตราสารก่อตั้งศาล ICTY.....	103
4.2.2 การรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดตามความเป็นจริง.....	104
4.2.3 มีเหตุผลที่ทำให้รู้.....	107
4.3 หน้าที่ในการรู้ถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดของ ผู้ได้บังคับบัญชาในกฎหมายจารีตประเพณี.....	120
4.4 เจตนาพิเศษ (Specific intent) ของผู้บังคับบัญชาสำหรับความรับผิด ต่อความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่กระทำลงโดยผู้ได้บังคับบัญชา.....	122
4.5 การเสื่อมความสามารถในการควบคุมไม่ให้กระทำความผิด แม้จิตใจสามารถรู้ผิดชอบได้.....	127
4.6 วิธีการที่จำเป็นและเหมาะสมในการป้องกันหรือลดโทษอาชญากรรม.....	133
4.7 คำสั่งให้ปฏิบัติตามกฎหมายมนุษยธรรม.....	142
บทที่ 5 การบังคับตามคำพิพากษาและการเยียวยาผู้เสียหาย.....	148
5.1 โทษและการบังคับตามคำพิพากษา.....	148
5.2 องค์กรหรือบุคคลที่มีบทบาทในการบังคับโทษตามคำพิพากษาของศาล ICTY.....	148

5.3 กรอบของกฎหมายในการลงโทษผู้กระทำความผิดตามตราสารก่อตั้งศาล ICTY...151	151
5.3.1 ชนิดของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดและหลักในการกำหนดโทษ...151	151
5.3.2 การบังคับใช้หลักความรับผิดชอบของบุคคลตามมาตรา 7(1) และ	
7(3) ในการกระทำเดียวกัน.....153	153
5.3.3 ความร้ายแรงของการกระทำในการพิจารณาลงโทษผู้บังคับบัญชา	
ที่ต้องรับผิดชอบหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา.....156	156
5.4 วิธีการปฏิบัติในการบังคับโทษ.....161	161
5.5 การเยียวยาเหยื่อจากการกระทำอาชญากรรม.....168	168

บทที่ 6 วิเคราะห์เปรียบเทียบระหว่างหลักกฎหมายความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชา

ตามแนวคำพิพากษาของศาล ICTY กับตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ.....171	171
6.1 ศาลอาญาระหว่างประเทศ (ICC).....171	171
6.2 หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามตราสารก่อตั้งศาล ICC.....175	175
6.3 ผู้บังคับบัญชาผู้มีความรับผิดชอบทางอาญาตามมาตรา 28 ของตราสารก่อตั้ง	
ศาล ICC กับแนวคำพิพากษาของศาล ICTY.....177	177
6.4 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชาตามมาตรา 28	
ของตราสารก่อตั้งศาล ICCกับแนวคำพิพากษาของศาล ICTY.....179	179
6.5 องค์ประกอบส่วนการกระทำที่ถือเป็นความผิดอาญา (Actus Reus) ของหลัก	
ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 28 ของตราสารก่อตั้งศาล	
ICC กับแนวคำพิพากษาของศาลICTY.....181	181
6.6 องค์ประกอบภายใน (Mens Rea) ของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา	
ตามมาตรา 28 ของตราสารก่อตั้งศาลICC กับแนวคำพิพากษาของศาลICTY...182	182

6.7 อาชญากรรมที่ถูกกระทำลงโดยผู้ได้บังคับบัญชาที่ผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบ ทางอาญาตามมาตรา 28 ของตราสารก่อตั้งศาล ICC กับแนวคำพิพากษา ของศาลICTY.....	183
6.8 ความเชื่อมโยงระหว่างการละเว้นปฏิบัติกับอาชญากรรมที่กระทำลง โดยผู้ได้บังคับบัญชาตามมาตรา 28 ของตราสารก่อตั้งศาลICC กับแนวคำพิพากษาของศาล ICTY.....	184
6.9 การบังคับโทษและการเยียวยาเหยื่ออาชญากรรมของศาล ICC.....	186
บทที่ 7 บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....	194
รายการอ้างอิง.....	200
ภาคผนวก.....	209
Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, 25 May 1993.....	210
ประวัติผู้เขียน.....	218

## สารบัญตาราง

ตาราง	หน้า
1 ตารางแสดงข้อสรุปที่ได้จากแนวคำพิพากษา.....	88
2 ตารางแสดงข้อสรุปที่ได้จากแนวคำพิพากษา 2 .....	144
3 ตารางแสดงรายละเอียดเกี่ยวกับการการดำเนินคดีของศาล ICTY.....	164
4 ตารางแสดงรายละเอียดเกี่ยวกับการการดำเนินคดีของศาล ICTY 2.....	166
5 ตารางแสดงรายละเอียดเกี่ยวกับนักโทษกับสถานที่จำคุกของศาล ICTY .....	167
6 ตารางแสดงข้อเปรียบเทียบระหว่างศาล ICTY และศาล ICC .....	191



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

กฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลมีที่มาของกฎหมายรวมถึงจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เป็นการยากที่จะหาขอบเขตที่ชัดเจนแน่นอนของกฎหมายซึ่งเป็นความแตกต่างอย่างชัดเจนของกฎหมายภายในในส่วนของกฎหมายอาญากับกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ปัญหาความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศปรากฏเป็นประเด็นให้แสดงแนวความคิดทางกฎหมายอยู่เสมอ นอกจากนี้กฎหมายอาญาระหว่างประเทศก็มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องเมื่อเวลาผ่านไปยิ่งทำให้กฎหมายอาญาระหว่างประเทศมีความซับซ้อนและไม่แน่นอนยากแก่การกำหนดขอบเขตที่ชัดเจน ในอดีตจวบจนปัจจุบันได้ปรากฏมีการกระทำความผิดอาญาระหว่างประเทศในฐานต่าง ๆ โดยผู้ได้บังคับบัญชาในกองกำลังติดอาวุธที่มีสายการบังคับบัญชาที่ชัดเจน ก่อให้เกิดเรื่องหลักความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาต่อการกระทำความผิดอาญาระหว่างประเทศของผู้ได้บังคับบัญชา ซึ่งเป็นหลักความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลที่ถือเป็นฐานความผิดหนึ่งที่เกี่ยวข้องในกรอบของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีที่มาของกฎหมายที่หลากหลาย นอกจากนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อนำบุคคลที่มีความรับผิดชอบทางอาญามาลงโทษแล้วยังต้องการผลในการป้องกันหรือยับยั้งการกระทำความผิดอาญาระหว่างประเทศซึ่งเป็นอาชญากรรมที่มีความร้ายแรง เนื่องจากในขอบเขตของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศยังไม่มีประมวลกฎหมายที่กำหนดฐานความผิด ทำให้ขอความชัดเจนขององค์ประกอบความผิดของความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาต่อการกระทำความผิดอาญาระหว่างประเทศของผู้ได้บังคับบัญชายังคงเป็นปัญหาเสมอในการพิจารณาคดีทั้งในการพิจารณาความผิดของผู้บังคับบัญชาของศาลภายในประเทศและศาลในระดับระหว่างประเทศ ซึ่งมีผลกระทบโดยตรงต่อสิทธิและความรับผิดชอบของผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอันมีความสำคัญอย่างยิ่งเพราะการกระทำความผิดอาญาระหว่างประเทศและการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษมีผลต่อสังคมโดยรวมของมนุษยชาติและกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ สิทธิมนุษยชน กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ดังนั้นการศึกษาถึงการเกิดและการพัฒนาของหลักกฎหมายดังกล่าวจึงมีความสำคัญและเป็นประโยชน์ต่อทุกภาคส่วนในสังคมโลก

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

เนื่องจากในปัจจุบันกฎหมายอาญาระหว่างประเทศได้มีการพัฒนาแนวความคิดและขอบเขตของการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำความผิดอาญาระหว่างประเทศก้าวหน้าไปอย่างมาก ขณะเดียวกันก็เกิดข้อโต้แย้งทางแนวความคิดเกี่ยวกับทฤษฎีและหลักกฎหมาย เพราะที่มาของหลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศมาจากหลายแหล่งอาทิ สนธิสัญญาอาญาระหว่างประเทศ จารีตประเพณีระหว่างประเทศ คำพิพากษาของศาลภายในประเทศและศาลอาญาในระดับระหว่างประเทศ รวมถึงหลักกฎหมายทางอาญาทั่วไปที่เป็นที่ยอมรับ เป็นต้น ทำให้นักกฎหมายระหว่างประเทศและนักกฎหมายอาญามีความคิดเห็นที่แตกต่างและเกิดข้อโต้แย้งกันได้เพราะมีมุมมองทางกฎหมายที่แตกต่างกัน กรณีความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาต่อการกระทำความผิดอาญาระหว่างประเทศที่กระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชาของตนนั้นได้เกิดมีขึ้นและมีการพัฒนาแนวความคิดและหลักกฎหมายมาจากปัญหาการกระทำความผิดอาญาร้ายแรงที่เกิดจากการทำสงครามระหว่างรัฐ และมีการดำเนินคดีอาญากับผู้ที่กระทำความผิดซึ่งส่วนใหญ่คือทหารในกองทัพของรัฐที่ร่วมทำสงครามนั่นเอง ด้วยเหตุที่ในกองทัพมีการจัดกำลังพลและมีสายการบังคับบัญชาอย่างชัดเจน ผู้บังคับบัญชามีอำนาจควบคุมสั่งการผู้ใต้บังคับบัญชาดังนั้นกฎหมายอาญาระหว่างประเทศจึงเห็นว่าผู้บังคับบัญชาต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาหากผู้บังคับบัญชาไม่ปฏิบัติหน้าที่ของตนให้เหมาะสมกับอำนาจหน้าที่เมื่อเกิดการกระทำความผิดอาญาระหว่างประเทศที่กระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชาขึ้น และหลักความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาได้มีการพัฒนามาโดยตลอดผ่านการพิจารณาคดีในศาลนับวันหลักกฎหมายนี้ยิ่งทวีความสำคัญ ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงถูกเขียนขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษาวิเคราะห์ถึงเรื่องดังต่อไปนี้

1. เพื่อทราบถึงความเป็นมาและพัฒนาการของหลักความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาในกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ต่อการกระทำความผิดที่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศของผู้ใต้บังคับบัญชา
2. เพื่อทราบเกี่ยวกับองค์ประกอบที่ใช้ในการพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาและเงื่อนไขในความรับผิดชอบทางอาญา
3. เพื่อทราบถึงหลักการและแนวทางการพิจารณาที่ศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียใช้ในการดำเนินคดีอาญากับผู้บังคับบัญชาที่มีความรับผิดชอบทางอาญาต่ออาชญากรรมระหว่างประเทศที่กระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชา

4. เพื่อทราบแนวโน้มการพัฒนาของหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ

### 1.3 ขอบเขตและวิธีการดำเนินการของการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้อยู่ในขอบเขตของการศึกษาวิชากฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ดังนั้นการกำหนดขอบเขตของการศึกษาวิจัยจึงเน้นในกรอบของกฎหมายระหว่างประเทศมากกว่ากฎหมายภายในประเทศ แต่ทั้งนี้การพัฒนาของหลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาก็มีส่วนหนึ่งที่เกิดจากผลของการดำเนินคดีอาญาของศาลภายในประเทศและกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ ซึ่งในกรอบของกฎหมายระหว่างประเทศจะถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการปฏิบัติของรัฐ (State Practice) ที่ชี้ให้เห็นถึงความเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จึงมีบางส่วนของวิทยานิพนธ์ที่กล่าวถึงการดำเนินคดีของศาลภายในบางประเทศ รวมถึงกฎหมายภายในซึ่งจะทำให้เห็นถึงความเชื่อมโยงและการพัฒนาการของหลักกฎหมายและแนวคิดที่เกี่ยวข้องในกฎหมายอาญาระหว่างประเทศรวมถึงแนวทางการปรับใช้หลักกฎหมายของศาลอาญาระหว่างประเทศ ในส่วนที่เกี่ยวกับหลักกฎหมายจากคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียซึ่งเป็นส่วนหลักในการพิสูจน์สมมติฐานของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนได้ศึกษาวิเคราะห์คำพิพากษาในการดำเนินคดีของศาลในช่วงตั้งแต่เริ่มก่อตั้งศาลจนถึงวันที่ 11 กันยายน 2548

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เขียนขึ้นด้วยวิธีวิจัยเอกสาร (Document research) โดยผู้เขียนได้ศึกษาค้นคว้าสนธิสัญญาระหว่างประเทศ คำพิพากษาของศาลภายในประเทศและศาลในระดับระหว่างประเทศโดยเฉพาะคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียที่เกี่ยวข้องกับหลักความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาในการกระทำความผิดที่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศของผู้ได้บังคับบัญชา บทความวิเคราะห์ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชา แนวคิดและทฤษฎีกฎหมายที่เกี่ยวข้องซึ่งโดยส่วนใหญ่มีที่มาจากต่างประเทศ รูปแบบการเขียนเป็นแบบพรรณนาความ (Descriptive) เปรียบเทียบ (Comparative) และวิเคราะห์ (Analyse) หลักกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชา

#### 1.4 คำจำกัดความที่ใช้ในการวิจัย

**เว้นแต่โดยเนื้อความจะแปลความหมายได้เป็นอย่างอื่น**

**ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา (Superior responsibility)** หมายถึงความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชา อันเป็นผลมาจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชา ต่อการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศของผู้ใต้บังคับบัญชา

**ผู้บังคับบัญชา** หมายถึง ผู้บัญชาทหารรวมถึงผู้บังคับบัญชาอื่น

**อาชญากรรม** หมายถึง อาชญากรรมระหว่างประเทศที่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้แก่ความผิดฐาน อาชญากรรมสงคราม การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

**ศาลภายใน** หมายถึง ศาลระดับภายในในประเทศที่พิจารณาคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศ

**ศาลระหว่างประเทศ** หมายถึง ศาลระหว่างประเทศที่พิจารณาคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศ

**ศาลอาญาระหว่างประเทศอิตยโกสลาเวีย (ICTY)** หมายถึง ศาลระหว่างประเทศที่ก่อตั้งโดยองค์การสหประชาชาติเพื่อการพิจารณาดำเนินคดีกับบุคคลที่มีความรับผิดชอบต่อการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงในดินแดนของอดีตประเทศยูโกสลาเวียตั้งแต่ ค.ศ.1991

**ศาลอาญาระหว่างประเทศรวันดา (ICTR)** หมายถึง ศาลระหว่างประเทศเพื่อพิจารณาคดีบุคคลที่มีความรับผิดชอบต่อการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์และการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงในดินแดนประเทศรวันดาและพลเมืองรวันดาที่มีความรับผิดชอบต่อการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์และการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงในดินแดนของประเทศใกล้เคียงระหว่าง วันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1994 และ วันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ.1994

**ศาลอาญาระหว่างประเทศ** หมายถึง ศาลอาญาระหว่างประเทศที่ก่อตั้งขึ้นโดยธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศกรุงโรม ค.ศ.1998



## 1.5 สมมติฐานของการวิจัย

หลักความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาเมืองค้ประกอบความผิดที่ถูกทำให้เด่นชัดขึ้น โดยศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวีย ดังนั้นจึงทำให้ผู้บังคับบัญชาไม่อาจหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบทางอาญาที่เป็นผลมาจากความผิดที่กระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชาในกฎหมายอาญาระหว่างประเทศได้

## 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัยวิทยานิพนธ์

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะก่อให้เกิดประโยชน์ทางวิชาการในอันที่ทำให้ทราบถึง

- 1.ความเป็นมาและการพัฒนาการของหลักความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาในกฎหมายอาญาระหว่างประเทศต่อการกระทำอาชญากรรมที่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศของผู้ใต้บังคับบัญชา
- 2.องค์ประกอบที่ใช้ในการพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาและเงื่อนไขในความรับผิดชอบทางอาญา
- 3.หลักการและแนวทางการพิจารณาที่ศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียใช้ในการดำเนินคดีอาญากับผู้บังคับบัญชาที่มีความรับผิดชอบทางอาญาต่ออาชญากรรมระหว่างประเทศที่กระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชา
- 4.แนวโน้มการพัฒนาของหลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ผลจากการวิจัยจะเป็นข้อมูลที่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ทางด้านวิชาการสำหรับผู้ที่สนใจหรือเกี่ยวข้องต่อไป

## บทที่ 2

### ศาลอาญาระหว่างประเทศอติดยุโกสลาเวียและหลักความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชา

#### 2.1 ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชา

ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาเป็นรูปแบบหนึ่งของความพยายามของสังคมระหว่างประเทศในการป้องกันและยับยั้งการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศซึ่งมีความร้ายแรง หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชามีความเกี่ยวเนื่องกับหลักเหตุผลหลายประการซึ่งเป็นสิ่งที่เกาะเกี่ยวทำให้ผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบหากได้เกิดการกระทำอาชญากรรมขึ้นโดยผู้ใต้บังคับบัญชา เช่น หลักความสามารถในการบังคับบัญชาผู้ใต้บังคับบัญชา หลักหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาในการป้องกันการกระทำผิดของผู้ใต้บังคับบัญชาหรือหน้าที่ในการลงโทษผู้กระทำความผิด หลักหน้าที่ของผู้ใต้บังคับบัญชาในการเชื่อฟังและกระทำตามผู้บังคับบัญชา เป็นต้น ซึ่งความเป็นมาของการเกิดและพัฒนาการของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาจะเป็นเครื่องบ่งชี้ให้เห็นและเข้าใจถึงลักษณะของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา

#### 2.1.1 ประวัติความเป็นมาของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา

ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาได้มีต้นกำเนิดมาจากการพัฒนาของกฎหมายสงครามและถือเป็นความรับผิดชอบของบุคคลประเภทหนึ่งซึ่งหลักกฎหมายได้มีการพัฒนาโดยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในอดีต การศึกษาถึงประวัติความเป็นมาของหลักกฎหมายจึงมีความสำคัญที่จะชี้ให้เห็นถึงคุณลักษณะของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา ซึ่งพอจะแบ่งได้เป็น 3 ยุค คือ

#### ยุคก่อนสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง

##### <sup>1</sup>ยุคอารยธรรมโบราณ

ในงานเขียนตำราพิชัยสงครามในยุคศตวรรษที่ 6 ก่อนคริสตกาลของนักยุทธศาสตร์ชาวจีนคือ ซุนจื๊อ (Sun Tzu) ได้กล่าวถึงศาสตร์แห่งสงครามเกี่ยวกับข้อจำกัดในทางมนุษยธรรมในการทำสงครามเช่นการฆ่า หรือทรมานพลเมืองในพื้นที่ที่มีสงคราม แต่ในงานเขียนของซุนจื๊อไม่ได้แสดงว่าข้อจำกัดดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายหรือหลักศีลธรรมที่ผูกพันบุคคลที่เกี่ยวข้องในการ

<sup>1</sup> McCormack, T., L.H. Conceptualizing violence: present and future development in international law; panel II: adjudication violence: problems confronting international law and policy on war crimes and crimes against humanity: selective reaction to atrocity: war crimes and the development of international criminal law. Albany Law Review 60 (1997): 681.

ทำสงครามแต่แรงจูงใจในการกำหนดหลักเกี่ยวกับข้อจำกัดทางมนุษยธรรมในการทำสงครามนั้นมี เพื่อผลในการทำสงคราม<sup>2</sup> ในยุคนี้การฆ่าบุคคลของฝ่ายตรงข้ามที่แพ้สงครามไม่ถือว่าเป็น ความผิด ในประเทศจีนโบราณแม้จะได้เริ่มมีข้อจำกัดเกิดขึ้นในการทำสงครามแต่ก็ไม่ได้เป็นผล มาจากแนวคิดทางมนุษยธรรม ในการทำสงครามทุกยุคทุกสมัยย่อมเกิดจากการสู้รบของ กองทัพที่มีการจัดรูปแบบเพื่อผลในการรบ ระบบการบังคับบัญชาจะต้องมีอยู่ในทุก กองทัพ หน้าที่การบังคับบัญชาผู้ใต้บังคับบัญชาของผู้บังคับบัญชานั้นย่อมมีเกิดขึ้นมา พร้อมกับการก่อตั้งกองทัพและหน้าที่ในการควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาไม่ให้กระทำการที่ เป็นข้อจำกัดหรือข้อห้ามในการทำสงครามย่อมต้องตกเป็นหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาซึ่ง เป็นความรับผิดชอบโดยตรง แม้เจตนาในการจำกัดการกระทำที่เป็นข้อห้ามที่ได้กำหนดขึ้น นั้นจะไม่ได้มีจุดกำเนิดมาจากเหตุผลทางด้านกฎหมายมนุษยธรรมหรือศีลธรรมแต่เหตุผลน่าจะเป็น ด้านการทำสงครามเพื่อให้เกิดความเรียบร้อยสำหรับการปกครองในภายหลัง และผล ทางด้านจิตวิทยาในการทำสงครามในยุคดังกล่าว ซึ่งด้วยเหตุผลดังกล่าวน่าจะเป็นจุดเริ่มก่อตัว ของความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาโดยเกี่ยวเนื่องกับหลักความรับผิดชอบต่อผู้บังคับบัญชาและ หน้าที่ของผู้บังคับบัญชา แม้จะยังไม่ปรากฏอย่างชัดเจนเป็นรูปแบบความรับผิดชอบในทางอาญาแต่ น่าจะมีผลในทางวินัยของกองทัพหรือผลทางการปกครองเช่นความก้าวหน้าในตำแหน่งหน้าที่ใน กองทัพ

ในยุคกรีกโบราณช่วงศตวรรษที่ 5 ก่อนคริสตกาลสงครามกรีกได้มีการเคารพถึงกฎเกณฑ์ ทางมนุษยธรรมในการทำสงคราม<sup>3</sup> ซึ่งปรากฏเหตุการณ์ในปีที่ 405 ก่อนคริสตกาลในช่วงสงคราม ระหว่างเอเธนส์ (Athens) และสปาร์ตา (Sparta) ที่ชายฝั่งของเฮลสปอน (Hellespont) ผู้บัญชา การทหารฝ่าย สปาร์ตา ไลแซนเดอร์ (Lysander) ได้เรียกเหล่าพันธมิตรเพื่อร่วมกันพิจารณาโทษ เอลยศึกชาวเอเธนส์ที่ได้กระทำการขัดต่อกฎหมายเมื่อครั้งที่เป็นผู้ชนะในสงครามยุทธนาวีซึ่งชาว เอเธนส์ได้ทำการตัดมือชาวเอลยศึกที่ฝ่ายเอเธนส์จับได้และกรณีนี้ที่ เสนาธิการทหารชาวเอเธนส์

<sup>2</sup> Sun Tzu: The New Translation (J.H. Huang trans., 1993). Tzu instructed that prisoners of war were to be treated kindly and that injured enemy soldiers were to be given care. See id. at 47. He also declared that punitive and excessive military measures against an enemy country were not to be countenanced. See id. at 110. cited in *McCormack, T., L.H.* Conceptualizing violence. *Albany Law Review* 60 (1997): 681.

<sup>3</sup> Bassiouni, C. M., *Crimes Against Humanity in International Law* 154 (1992) (citing Coleman Phillipson, *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome* 60 (1979) (citing Herodotus, *History* at vii, at 136)). Bassiouni cites an incident referred to by Phillipson, who cites to Herodotus, in which the slaughter of the Persian envoys by the Athenians and Spartans was confessedly a transgression of the [laws of men], as a law of the human race generally, and not merely as a law applicable exclusively to the barbarians. And Xerxes recognized and submitted to such general law, when he answered on suggestions being made to him that he should resort to similar retaliation, that he would not be like Lacedaemonians, for they had violated the law of all nations, by murdering his heralds, and that he would not do the very thing which he blamed in them. Id. at 154 (citations omitted). cited in *McCormack, T., L.H.* Conceptualizing violence. *Albany Law Review* 60 (1997): 681.

ฟีโลเคลส (Philocles) ได้สั่งการให้โยนเชลยศึกที่จับได้ลงทะเลเพื่อให้ตาย ซึ่งผลการตัดสินคือให้ประหารชีวิตนักโทษชาวเอเธนส์ทั้งหมดยกเว้นแต่ อโดมานโทส (Adeimantos) ซึ่งเป็นผู้เดียวที่คัดค้านการลงมติที่ให้ตัดมือเชลยศึก ในยุคนี้จะเห็นได้ว่าการพัฒนาเกี่ยวกับหลักข้อจำกัดในการทำสงคราม มีการยอมรับข้อจำกัดดังกล่าวโดยมองว่าเป็นข้อจำกัดด้วยเหตุผลทางมนุษยธรรม ซึ่งมีสภาพบังคับเป็นกฎหมายที่ทุกฝ่ายในสงครามจะต้องปฏิบัติ และการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืน จะได้รับการลงโทษแม้การบังคับโทษในยุคนี้จะเป็นความยุติธรรมที่ถูกตัดสินโดยฝ่ายผู้ชนะสงคราม นอกจากนี้ยังได้ปรากฏให้เห็นถึงข้อยกเว้นความรับผิดชอบของบุคคลที่ได้คัดค้านการกระทำ ความผิดซึ่งถือได้ว่าเป็นการป้องกันการกระทำความผิดในรูปแบบหนึ่ง

ในยุค 200 ปีก่อนคริสตกาลในแถบเอเชียใต้ อารยธรรมของชาวฮินดูได้ถูกบังคับโดยข้อกำหนดทางกฎหมายที่ใช้ควบคุมเกี่ยวกับการทำสงครามรุกราน<sup>4</sup> คือประมวลกฎหมายมนู (Code of Manu) ได้กำหนดถึงหลักกฎหมายฮินดูที่เก่าแก่โดยอ้างถึงหลักกฎหมายเกี่ยวกับสงคราม<sup>5</sup> ซึ่งเป็นที่รู้จักในชื่อ ธรรมยุทธ (Dharma-yuddha) ซึ่งหลักฐานการปรากฏถึงกฎหมายดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงการยอมรับอย่างกว้างขวางของหลักข้อจำกัดทางการทำสงครามซึ่งเป็นหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาที่จะต้องให้ความเคารพ

<sup>6</sup>หลังจากการเผยแพร่ของประมวลกฎหมายมนูเกือบแปดร้อยปี มัวไรส์ (Maurice) จักรพรรดิชาวโรมันได้ทำการรวบรวมกฎหมายสงครามหรือ สะตราทีจิกา (Strategica) จนกระทั่งสิ้นยุคคริสต์ศตวรรษที่ 6 ได้มีการรวบรวมกฎหมายทหารจากอาณาจักรโรมันตะวันตกและขยายครอบคลุมถึงการแปลความของจักรพรรดิเกี่ยวกับข้อจำกัดทางมนุษยธรรมในการทำสงครามซึ่งการประมวลกฎหมายครั้งนี้รู้จักกันในชื่อกฎหมายทหารจากรูฟุส (Ex Ruffo Leges Militares) ซึ่งได้รวบรวมหลักเรื่องการเชื่อฟังคำสั่งของผู้บังคับบัญชาอย่างเคร่งครัด คือ หลักที่ว่า "ถ้าบุคคลใดกระทำการที่ต้องห้ามโดยคำสั่งของผู้บังคับบัญชาในระหว่างสงครามหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง

<sup>4</sup> Jayaswal, K.P. et al., A Comparison and a Contrast: A Treatise on the Basic Hindu Law (1930). cited in McCormack, T., L.H. Conceptualizing violence. *Albany Law Review* 60 (1997): 681.

<sup>5</sup> SUNGA, L.S. *Individual responsibility in international law for serious human right violations*. Dordrecht : Martinus Nijhoff. 1992.

p.17

<sup>6</sup> Brand, C.E., *Roman Military Law 195--96* (1968) (quoting from a translation of a Greek text of Strategica by Colonel O.L.

Spaulding of the United States Army) (citations omitted). The Emperor identified the following violations and penalties: (1) a soldier who injures a civilian and does not make every effort to repair it shall be required to repay the damage twofold; see id. at ch. 6, at 10; (2) an officer who injures a soldier or a civilian shall repay the damage twofold; see id. at ch. 7, at 2; (3) if, in winter quarters, in camp, or on the march, either an officer or a soldier injures a civilian, and does not fully repair the same, he shall repay the damage twofold; see id. at ch. 7, at 3. cited in McCormack, T., L.H. Conceptualizing violence. *Albany Law Review* 60 (1997): 681.

ของผู้บังคับบัญชา บุคคลนั้นต้องถูกลงโทษด้วยความตายแม้ว่าภารกิจของบุคคลนั้นจะได้ถูกกระทำจนประสบความสำเร็จ”

นอกจากหลักฐานการปรากฏถึงข้อจำกัดทางมนุษยธรรมในประมวลกฎหมายโรมันนี้ซึ่งแสดงให้เห็นถึงหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติของฝ่ายในสงครามและทหารรวมถึงผู้บังคับบัญชาทหารแล้วยังปรากฏถึงหลักการเชื่อฟังคำสั่งของผู้บังคับบัญชาโดยเคร่งครัด ซึ่งหลักนี้แสดงให้เห็นถึงลักษณะพิเศษของการบังคับบัญชาในกองทัพซึ่งผู้ใต้บังคับบัญชามีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องเชื่อฟังผู้บังคับบัญชาและด้วยเหตุนี้ผู้บังคับบัญชาย่อมที่จะมีอำนาจอย่างเต็มที่ในการควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาด้วยการออกคำสั่งให้กระทำการหรือไม่กระทำการใด ซึ่งหลักการนี้น่าจะเป็นเหตุผลสำคัญที่เชื่อมโยงทำให้ผู้บังคับบัญชาต้องมีความรับผิดชอบผู้ใต้บังคับบัญชาได้กระทำการที่ผิดกฎหมาย เพราะหากผู้บังคับบัญชามีหน้าที่ในการป้องกันการกระทำความผิด เมื่อผู้บังคับบัญชาสามารถสั่งการควบคุมให้ผู้ใต้บังคับบัญชาไม่ให้กระทำความผิดได้แต่ไม่ได้กระทำผู้บังคับบัญชาย่อมควรต้องมีความรับผิดชอบในระดับหนึ่ง

หลักกฎหมายเกี่ยวกับการทำสงครามยังปรากฏในคำสอนของศาสตราจารย์ฮัมหมัดซึ่งได้ถูกบันทึกที่เมืองอะควาบาในคริสต์ศักราช 621 โดยเหล่าผู้เลื่อมใสในศาสนาฮัมหมัดจะปฏิบัติตนเพื่อต่อสู้เพื่อศาสนาอิสลามซึ่งเรียกว่าจีฮัด ในการปฏิบัติตนเพื่อเข้าร่วมในสงครามนักรบจีฮัดต้องถูกผูกพันให้ปฏิบัติตามพันธะกรณีซึ่งรวมถึงเงื่อนไขที่นักรบจีฮัดต้องซื่อสัตย์ตรงไปตรงมาและหลีกเลี่ยงการกระทำที่ผิดซึ่งถือได้ว่าเป็นการกำหนดถึงกรอบการปฏิบัติของทหารในการทำสงครามนั่นเอง<sup>7</sup> จากหลักฐานดังกล่าวจะเห็นได้ว่าข้อจำกัดในการทำสงครามได้ปรากฏในหลักที่รวบรวมไว้ในข้อบัญญัติทางศาสนา แต่ด้วยลักษณะพิเศษของศาสนาอิสลามที่มีผลครอบคลุมถึงการปฏิบัติของศาสนิกชนตลอดช่วงชีวิตตั้งแต่เกิดจนตายแล้วยังมีผลเป็นกฎหมายอีกด้วยดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าในโลกมุสลิมก็ได้มีการยอมรับข้อจำกัดในการทำสงครามเป็นกฎหมายด้วย

ยุคกลาง

ในยุโรปยุคกลางมีปรากฏหลักฐานการยอมรับข้อจำกัดในการปฏิบัติในยามสงครามและหลักความรับผิดชอบบุคคลต่อการกระทำที่ฝ่าฝืนในข้อห้ามการปฏิบัติเช่นกรณีการดำเนินคดีกับ Conradin von Hohenstafen ที่เมืองเนเป็ลในปี 1268 ในฐานะก่อนสงครามที่ไม่เป็นธรรมต่อมาในปี 1279 กฎหมายแห่งเวสต์มินสเตอร์ให้อำนาจแก่กษัตริย์ในการลงโทษทหารตามกฎหมายและ

<sup>7</sup> McCORMACK, T., L.H. Conceptualizing violence. *Albany Law Review* 60 (1997): 687.

จารีตประเพณี และในปี 1305 ศาลอังกฤษได้ดำเนินการพิจารณาคดี เซอร์วิลเลียม วอลเลส ชาวสกอตแลนด์ ที่กระทำอาชญากรรมร้ายแรงในการทำสงครามต่อต้านการปกครอง<sup>8</sup>

จากหลักฐานทางประวัติศาสตร์ที่แสดงให้เห็นถึงการยอมรับข้อจำกัดทางมนุษยธรรมในการทำสงครามซึ่งมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องโดยมีการยอมรับถึงความเป็นกฎหมาย ย่อมหมายความว่าทุกฝ่ายในสงครามย่อมมีหน้าที่ที่จะไม่กระทำการใด ๆ ที่เป็นการละเมิดกฎหมายและ ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีหน้าที่ควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาในการทำสงครามย่อมจะต้องมีหน้าที่ในการควบคุมไม่ให้ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำการที่ผิดกฎหมายซึ่งการไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวจะต้องมีความรับผิดชอบแต่ในช่วงยุคที่ได้กล่าวมายังไม่ปรากฏชัดเจนว่าผู้บังคับบัญชาจะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาหากผู้ใต้บังคับบัญชาได้กระทำความผิดขึ้น

\* \* \*

### จุดกำเนิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา<sup>9</sup>

จุดกำเนิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสามารถสืบค้นย้อนหลังไปพบว่าอยู่ในยุคศักดินา (Feudal) โดยผู้บังคับบัญชาอาจต้องรับผิดชอบต่อความผิดที่ได้กระทำลงโดยเหล่าผู้ใต้บังคับบัญชาดังปรากฏเมื่อปี ค.ศ.1439 พระเจ้าชาร์ลที่ 7 แห่งออลีนส์ได้ประกาศเป็นกฎว่า ผู้บังคับกองและผู้บังคับหมวดแต่ละคนมีความรับผิดชอบต่อความผิดที่ได้กระทำลงโดยสมาชิกในกลุ่มและหากได้รับการร้องเรียนเกี่ยวกับความผิดดังกล่าวจะต้องนำผู้กระทำความผิดมาสู่กระบวนการยุติธรรมถ้าไม่ได้ทำการดังกล่าวหรือปกปิดการกระทำความผิดหรือถ่วงเวลาการกระทำ หรือกระทำการประมาทเลินเล่อ แล้วผู้กระทำความผิดหลบหนีและไม่ถูกลงโทษผู้บังคับกองต้องรับผิดชอบสำหรับความผิดนั้นราวกับว่าได้กระทำความผิดด้วยตนเองและต้องถูกลงโทษแบบเดียวกันกับที่ผู้กระทำความผิดควรได้รับ จากประกาศของพระเจ้าชาร์ลที่ 7 จะเห็นได้ว่าหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาได้เกิดขึ้นอย่างชัดเจนซึ่งอยู่ในรูปแบบความรับผิดชอบทางอาญาจากการกระทำของบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์กับตนคือผู้ใต้บังคับบัญชา โดยหลักความรับผิดชอบตามประกาศดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาอีกประการหนึ่งคือหน้าที่เกี่ยวกับการลงโทษผู้กระทำความผิด ซึ่งหาก

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Jones, J, R.W.D., Powles, S. *International criminal practice*. New York: Transnational, 2003. p.424-425

ผู้บังคับบัญชาไม่ปฏิบัติจะมีผลทำให้ผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบในทางอาญาเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิด ซึ่งบ่งบอกเป็นนัยถึงระดับของความรับผิดชอบที่ผู้บังคับบัญชาจะได้รับด้วย

ในปี ค.ศ.1474 มีการพิจารณาคดี Peter von Hagenbach ที่เมือง Breisach ประเทศออสเตรีย สำหรับการกระทำอาชญากรรมร้ายแรงโดยได้ใช้ความพยายามในการบังคับให้พลเมืองใน Breisach ซึ่งถูกครอบครองให้อยู่ภายใต้กฎหมายของเบอร์กันดี ซึ่งการพิจารณาคดีครั้งนี้กล่าวกันว่าเป็นการดำเนินคดีอาชญากรรมสงครามที่มีการรายงานเป็นครั้งแรก การกระทำของ Hagenbach ต่อพลเมืองมีความโหดร้ายป่าเถื่อนทำให้ภายหลังที่ Breisach ถูกปลดปล่อยเหล่าพันธมิตรของออสเตรียได้ส่งตัวแทนเข้าร่วมเป็นศาลพิจารณาดำเนินคดีจำนวน 28 คน ซึ่งศาลพิพากษาว่า Hagenbach มีความผิดฐานฆาตกรรม ช่มชู้ ให้การเท็จ และอาชญากรรมต่อกฎหมายของพระเจ้าและมนุษย์ ( laws of God and man) และถูกลงโทษโดยถูกถอดออกจากความเป็นอัศวินแล้วให้ประหารชีวิต<sup>10</sup> การดำเนินคดีกับ Hagenbach นี้ถือเป็นหลักฐานหนึ่งถึงการยอมรับความมีอยู่ของฐานความผิดอาญาระหว่างประเทศที่บุคคลได้กระทำขึ้นในระดับระหว่างประเทศซึ่งถือเป็นส่วนสำคัญเพราะเป็นจุดเริ่มต้นอันเป็นเงื่อนไขก่อนในการบังคับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ เพราะหากถือว่าการกระทำของผู้ได้บังคับบัญชาไม่อาจเป็นความผิดในกฎหมายระหว่างประเทศหรือผู้ได้บังคับบัญชาซึ่งเป็นปัจเจกบุคคลไม่สามารถกระทำความผิดระหว่างประเทศได้ย่อมมีผลทำให้ไม่อาจเกิดมีขึ้นซึ่งหลักความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคล รวมถึงหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาซึ่งจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำความผิดของผู้ได้บังคับบัญชา

ในช่วงปลายศตวรรษที่ 16 และศตวรรษที่ 17 ชาติต่าง ๆ ในยุโรปเช่น เนเธอร์แลนด์ สวีเดน อังกฤษ ได้ยอมรับกฎหมายที่ใช้บังคับกับการทำสงครามรวมถึงการลงโทษการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ในระหว่างปลายศตวรรษที่ 18 จนถึงศตวรรษที่ 19 กฎหมายทหารที่กำหนดหลักข้อจำกัดในการทำสงครามและกำหนดโทษสำหรับการฝ่าฝืนกฎหมายได้ทวีความสำคัญมากขึ้นและขอบเขตของความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลที่ฝ่าฝืนกฎหมายสงครามได้ขยายครอบคลุมถึงผู้บังคับบัญชาทหารซึ่งเห็นได้ชัดเจนจากการดำเนินคดีภายในศาลภายในและศาลทหารของสหรัฐอเมริกา<sup>11</sup> ในช่วงศตวรรษที่ 16-19 นี้ปรากฏให้เห็นถึงการปฏิบัติของรัฐ (States Practice) ของประเทศต่าง ๆ ในสังคมระหว่างประเทศเกี่ยวกับการปฏิบัติในการทำสงครามและการยอมรับถึงความมีอยู่ของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในสังคมระหว่างประเทศ ซึ่งใน

<sup>10</sup> McCORMACK, T., L.H. Conceptualizing violence. Albany Law Review 60 (1997): 687.

<sup>11</sup> Ibid.

มุมมองของกฎหมายระหว่างประเทศการปฏิบัติของรัฐอย่างใดที่เชื่อกันว่ามีผลเป็นกฎหมายนั้น ย่อมมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลบังคับหากมีการ ละเมิดกฎหมายจารีตประเพณีนั้น

ต่อมาในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 และต้นศตวรรษที่ 20 กฎหมายระหว่างประเทศได้ ปราบกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใช้บังคับกับการทำสงครามคือ อนุสัญญากรุงเฮก (Hague Convention of 1899 and 1907) ซึ่งได้รับการยอมรับในสังคมระหว่างประเทศ<sup>12</sup> ซึ่งถือได้ว่าหลัก ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาได้ถูกบัญญัติรวบรวมไว้ในอนุสัญญากรุงเฮกด้วยแต่อยู่ในรูปแบบ ความรับผิดชอบของการบังคับบัญชา (Responsible Command) คือการกำหนดถึงหน้าที่ที่ ผู้บังคับบัญชาที่ต้องปฏิบัติตนเอง

### ยุคหลังสงครามโลกครั้งที่ 1

ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาเป็นประเด็นที่อยู่ในความสนใจในช่วงสิ้นสงครามโลก ครั้งที่หนึ่ง<sup>13</sup> หลักฐานหนึ่งคืองานของคณะกรรมการเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ก่อสงครามและ การบังคับใช้กฎหมายเพื่อลงโทษ (Commission on the Responsibility of the Authors of War and on Enforcement of Penalties) ซึ่งเห็นว่าบุคคลทุกคนที่อยู่ในประเทศฝ่ายตรงข้ามไม่ว่า ตำแหน่งจะสูงเพียงใดโดยไม่แบ่งแยกระดับชั้นการบังคับบัญชารวมถึงหัวหน้าเจ้าหน้าที่ได้ เคยกระทำความผิดกฎหมายและจารีตประเพณีการทำสงครามหรือกฎหมายของมนุษยชาติ จะต้องรับผิดชอบโดยถูกดำเนินคดีอาญา และแนะนำว่าควรมีการตั้งศาลทหารระหว่างประเทศเพื่อ ดำเนินการพิจารณาคดีบุคคลที่ได้สั่งการหรือรู้ในข้อเท็จจริงเรื่องการกระทำที่เป็น **ความผิดและมีอำนาจในการเข้าไปแทรกแซงแต่ไม่ได้ป้องกันหรือใช้มาตรการเพื่อป้องกัน ยุติหรือระงับยับยั้งการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายและจารีตประเพณีการทำสงคราม**<sup>14</sup> แต่ก็ ไม่ได้มีการตั้งศาลทหารระหว่างประเทศภายหลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง โดยฝ่ายชนะสงคราม เลือกลงใช้วิธีการพิจารณาในศาลของประเทศเยอรมัน จากรายงานดังกล่าวข้างต้นจะเห็นว่าได้มีการ เสนอให้ดำเนินคดีกับบุคคลโดยอาศัยหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาซึ่งจากถ้อยคำได้ แสดงให้เห็นถึงองค์ประกอบที่ใช้ในการพิจารณาคดีคือ บุคคลที่ต้องรับผิดชอบจะต้องมีอำนาจในการ

<sup>12</sup> International Convention With Respect to the Laws and Customs of War by Land (Hague II), signed at the Hague July 29, 1899, 2 Martens Nouveau Recueil (2d) 949; Convention Concerning the Laws and Customs of War on Land (Hague IV), signed at the Hague, Oct. 18, 1907, 3 Martens Nouveau Recueil (3d) 461

<sup>13</sup> Jones, J.R.W.D., Powles, S. International criminal practice. p.425

<sup>14</sup> Commission report, 19 March 1919, 14 American journal of international law 25 (1920)



ป้องกัน แต่ไม่ได้ป้องกันด้วยตนเองหรือใช้มาตรการอื่นเพื่อป้องกันหรือยุติหรือยับยั้งการกระทำ ความผิด โดยผู้ต้องรับผิดมีความรู้ถึงข้อเท็จจริงเรื่องการกระทำ ความผิดซึ่งถือเป็นองค์ประกอบ ภายใน แม้ไม่มีการดำเนินคดีโดยอาศัยหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาดังกล่าวโดยศาลระดับ ระหว่างประเทศแต่พอถือได้ว่าหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาได้ก่อตัวขึ้นอย่างชัดเจนในระดับ หนึ่งอันได้รับการยอมรับในระดับระหว่างประเทศ

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 สนธิสัญญาแวร์ซายส์ได้กำหนดเกี่ยวกับการดำเนินคดี ผู้ต้องหาอาชญากรรมสงครามในข้อที่ 228 โดยได้มีการพิจารณาคดีในศาลของเยอรมัน (Leipzig Trials) ซึ่งศาลเยอรมันได้วินิจฉัยคดีโดยนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้เป็นส่วนหนึ่งของ กฎหมายเยอรมัน เช่นในคดี Llandovery Castle ศาลได้ระบุว่า การฆ่าศัตรูที่ไร้อาวุธ การฆ่า บุคคลในทะเลที่เรืออับปางเป็นเรื่องต้องห้ามตามเงื่อนไขและข้อจำกัดของกฎหมายระหว่าง ประเทศ (Law of Nation) ซึ่งในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่งนี้ได้เกิดแนวคิดและความพยายาม ในการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศแต่ไม่สำเร็จเพราะความขัดแย้งเกี่ยวกับแนวความคิดเรื่อง ฐานะของปัจเจกบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศและความมีอยู่ของอาชญากรรมสงคราม ระหว่างประเทศ<sup>15</sup> จะเห็นได้ว่าหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชานั้นแม้จะต้องเกิดความผิดที่ กระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชาก่อนจึงจะทำให้ผู้บังคับบัญชาเกิดความรับผิดชอบแต่เมื่อศึกษาถึงความ เป็นมาของการเกิดหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาแล้ว พบว่าได้มีการเกิดและพัฒนา มา พร้อม ๆ กับการเกิดความผิดอาญาระหว่างประเทศ มิใช่เกิดมีฐานความผิดอาญาระหว่างประเทศ ก่อนแล้วค่อยเกิดหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา

### ยุคหลังสงครามโลกครั้งที่สอง

ฝ่ายพันธมิตรได้ตั้งศาลระหว่างประเทศสำหรับดำเนินคดีและลงโทษอาชญากรรมสงคราม คนสำคัญของฝ่ายอักษะโดยกฎบัตรกรุงลอนดอนเมื่อ 8 สิงหาคม ค.ศ.1945 ต่อมาวันที่ 18 มกราคม ค.ศ.1946 ได้มีการตั้งศาลทหารระหว่างประเทศตะวันออกไกลเพื่อดำเนินคดีกับชาว ญี่ปุ่นที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดโดยศาลทั้งสองนี้ได้พิจารณาในฐานความผิดหลักตามกฎบัตรกรุง ลอนดอนคือ อาชญากรรมต่อสันติภาพ อาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งการพิจารณาคดีของศาลทั้งสองได้ก่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบของปัจเจก บุคคล

<sup>15</sup> McCORMACK, T., L.H. Conceptualizing violence. Albany Law Review 60 (1997): 704-708

หลังการเกิดสงครามโลกครั้งที่สองหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาได้รับการยอมรับผลทางกฎหมายจากหลักฐานในการพิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามหลายคดี ซึ่งคดีสำคัญที่ถือเป็นคดีแรกภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองที่มีการพิจารณาคดีความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาทหารต่อการกระทำของกองทหารภายใต้บังคับบัญชาคือคดีการพิจารณาโทษนายพล โทโมยุกิ ยามาชิตะ โดยศาลสูงสหรัฐ ซึ่งได้วางหลักว่าผู้บัญชาการทหารมีหน้าที่ควบคุมทหารของตนและป้องกันอาชญากรรมสงคราม ผู้บัญชาการทหารที่อยู่ในหน้าที่ซึ่งมีกองกำลังทหารอยู่ในความดูแลจะต้องวางมาตรการเพื่อคุ้มครองพลเมืองและนักโทษจากสงคราม คดีนี้นายพลยามาชิตะ ถูกฟ้องให้รับผิดชอบสำหรับการฆ่าหมู่ในมะนิลา (Manila Massacre) ที่กระทำโดยทหารภายใต้การบังคับบัญชาเมื่อปี 1945 ขณะนั้นยามาชิตะมีกำลังทหาร 262,000 นาย ในการบังคับบัญชา แต่ถูกบังคับโดยกองกำลังที่หกของกองทัพสหรัฐซึ่งได้ยกพลขึ้นบกที่อ่าว Lingayen บนเกาะลูซอน ทำให้ต้องเคลื่อนกำลังขึ้นไปแถบภูเขาทางตอนเหนือของเกาะลูซอน ก่อนการสละมะนิลาในช่วงระหว่างวันที่ 4 กุมภาพันธ์ถึง 3 มีนาคม ทหารญี่ปุ่นได้ฆ่าพลเมืองชาวฟิลิปปินส์ไปมากกว่า 100,000 คน ภายหลังจากญี่ปุ่นยอมแพ้สงคราม ในช่วงระหว่าง 29 ตุลาคมถึง 7 ธันวาคม 1945 นายพลยามาชิตะได้ถูกศาลทหารสหรัฐดำเนินคดีตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับอาชญากรรมสงครามในมะนิลาและถูกตัดสินประหารชีวิต ซึ่งเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์อย่างมากถึงมาตรฐานของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาเพราะปรากฏหลักฐานจำนวนมากที่บ่งถึงข้อเท็จจริงว่า นายพลยามาชิตะ ไม่ได้รู้ถึงการกระทำความผิดและไม่สามารถที่จะควบคุมทหารของตนเองได้ในขณะนั้นเพราะการสื่อสารได้ถูกตัดขาดจากการโจมตีของกองทัพสหรัฐ<sup>16</sup>

แม้ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองได้มีการก่อตั้งศาลทหารระหว่างประเทศขึ้นแต่ตราสารก่อตั้งทั้งศาลนูเรมเบิร์ก และศาลกรุงโตเกียวไม่ได้กำหนดการดำเนินคดีกับผู้บัญชาการทหารที่ไม่ทำการป้องกันหรือลงโทษความผิดอาญาของผู้ใต้บังคับบัญชาแต่ได้กำหนดความรับผิดชอบของผู้บัญชาการทหารที่เข้าไปมีส่วนร่วมในการสมรู้ร่วมคิด เป็นผู้สั่งการหรือร่วมมีส่วนในการกระทำหากผู้บังคับบัญชามีเจตนาพร้อมกับผู้ใต้บังคับบัญชาของตน<sup>17</sup> ในช่วงภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองนี้จะเห็นได้ว่าแม้จะไม่ปรากฏมีการบัญญัติหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่ชัดเจนในกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือแม้แต่ตราสารก่อตั้งศาลนูเรมเบิร์ก หรือศาลกรุงโตเกียวแต่ในการดำเนินคดีกับอาชญากรรมสงครามภายหลังสงครามกลับมีคำพิพากษาที่ลงโทษผู้บังคับบัญชาโดยอาศัยหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาย่อมแสดงให้เห็นได้ว่าหลักความรับผิดชอบ

<sup>16</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Tomoyuki\\_Yamashita](http://en.wikipedia.org/wiki/Tomoyuki_Yamashita)

<sup>17</sup> McCORMACK, T., L.H. Conceptualizing violence. Albany Law Review 60 (1997): 704-708.

ผู้บังคับบัญชาได้ก่อตัวขึ้นอย่างชัดเจนแล้วในกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งอยู่ในรูปของกฎหมายจารีตประเพณี

ต่อมาเมื่อปี ค.ศ.1977 หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาได้ถูกบรรจุในกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นครั้งแรกในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 1<sup>18</sup> (Additional Protocol 1) ซึ่งได้ระบุชัดเจนเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาจากการละเลยไม่ป้องกันการทำอาชญากรรมของผู้ใต้บังคับบัญชาโดยได้กำหนดอย่างชัดเจนในมาตรา 86 และ 87 ซึ่งเป็นการสะท้อนถึงสถานะของกฎหมายจารีตประเพณีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาแต่ก็มีข้อสังเกตว่าหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชากรณีละเว้นไม่ลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาที่กระทำ ความผิดนั้นไม่ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรใดในช่วงนี้

จะเห็นได้ว่าในช่วงก่อนการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอติดยุโกสลาเวียนี้หลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องได้ปรากฏอยู่ทั่วไปทั้งในแหล่งที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร คำพิพากษาของศาล รวมถึงในรูปแบบของการปฏิบัติของรัฐ (State practice) ที่ถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีภายในกรอบของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งสามารถรวบรวมแหล่งที่มาของหลักกฎหมายได้ดังนี้

- 1) สนธิสัญญาและตราสารระหว่างประเทศอื่น
- 2) การปฏิบัติของรัฐ (State practice) ประกอบด้วย
  - 2.1 กฎหมายทหาร
  - 2.2 กฎหมายภายใน
- 3) หลักกฎหมายจากคดี (Case law) ประกอบด้วย
  - 3.1 หลักกฎหมายจากคดีในศาลของรัฐ
  - 3.2 หลักกฎหมายจากการปฏิบัติของศาลระหว่างประเทศ

#### 2.1.2 รูปแบบของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในแหล่งที่มาของกฎหมายต่าง ๆ

<sup>18</sup> Protocol additional to the Geneva convention of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol 1), 1977

## สนธิสัญญาและตราสารระหว่างประเทศอื่น

สนธิสัญญาและตราสารระหว่างประเทศปรากฏหลักกฎหมายความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาจำนวนมากซึ่งพบว่าได้มีการบัญญัติหลักกฎหมายไว้ในสองรูปแบบ คือ

1) การบัญญัติหลักกฎหมายในรูปแบบของหลักความรับผิดชอบของการบังคับบัญชา (Responsible command) คือการกำหนดหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาที่จะต้องปฏิบัติภายใต้พันธะกรณีที่ถูกกำหนดโดยกฎหมาย ซึ่งสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่บัญญัติในรูปแบบดังกล่าวได้แก่

1.1 อนุสัญญากรุงเฮก (II) ปี 1899 เกี่ยวกับกฎหมายและจารีตประเพณีสงครามบนพื้นดินได้กำหนดกติกาตามข้อบังคับกรุงเฮก ข้อ 1(1) ซึ่งได้กำหนดเงื่อนไขซึ่งกองกำลังทหารจะต้องกระทำเพื่อให้สอดคล้องกับสิทธิของฝ่ายคู่สงครามในกรณีที่ถูกบังคับบัญชาโดยบุคคลที่รับผิดชอบต่อผู้ใต้บังคับบัญชาของตน<sup>19</sup>

1.2 อนุสัญญากรุงเฮก (IV) ปี 1907 เกี่ยวกับกฎหมายและจารีตประเพณีสงครามบนพื้นดินตามข้อบังคับต่อท้ายอนุสัญญาข้อ 1(1) ได้กำหนดเงื่อนไขเช่นเดียวกันกับข้อแรก<sup>20</sup>

1.3 อนุสัญญากรุงเฮก (X) ปี 1907 มาตรา 19 ได้กำหนดหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาที่เป็นหัวหน้าของกองกำลังทหารว่าจะต้องดูแลว่าข้อกำหนดตามมาตราก่อนหน้าของอนุสัญญาได้รับการปฏิบัติอย่างเหมาะสมและสำหรับกรณีที่ไม่ครอบคลุมถึงก็ต้องดูแลให้เป็นไปโดยสอดคล้องตามข้อกำหนดของรัฐบาลของตนและสอดคล้องกับหลักทั่วไปของอนุสัญญาฉบับนี้<sup>21</sup>

1.4 อนุสัญญากรุงเจนีวาปี 1929 มาตรา 26 ได้กำหนดหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาที่เป็นหัวหน้าของกองทัพในสงครามต้องจัดการรายละเอียดสำหรับการปฏิบัติตามพันธะกรณีที่กำหนดตามมาตราก่อนหน้าเช่นเดียวกับกรณีที่ไม่ครอบคลุมถึง ให้เป็นไปโดยสอดคล้องตามข้อกำหนดของรัฐบาลของตนและสอดคล้องกับหลักทั่วไปของอนุสัญญาฉบับนี้<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Regulation respecting the law and custom of war on land, Annex to Hague convention (II) of 1899 and Hague convention (IV) of 1907, Laws of Armed Conflicts 63, 75.

<sup>20</sup> Article 1(1) of the annex to Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907.

<sup>21</sup> Article 19 of Convention (X) for the Adaptation to Maritime Warfare of the Principles of the Geneva Convention. The Hague, 18 October 1907.

<sup>22</sup> Article 26 of the Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field. Geneva, 27 July 1929. 'The Commanders-in-Chief of belligerent armies shall arrange the details for carrying out the preceding articles as well as for

1.5 พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาปี 1949 ฉบับที่ 1 (Additional protocol I) เกี่ยวกับการคุ้มครองเหยื่อจากความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับระหว่างประเทศ มาตรา 87(1) กำหนดว่า “ภาคีในอนุสัญญาและภาคีในความขัดแย้งต้องกำหนดให้ผู้บังคับบัญชาทหาร (ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสมาชิกในกองกำลังติดอาวุธภายใต้การบังคับบัญชาและบุคคลอื่นภายใต้การควบคุม) ต้องป้องกันและในกรณีจำเป็นต้องยับยั้งและรายงานไปยังผู้บังคับบัญชาซึ่งการฝ่าฝืนอนุสัญญาและพิธีสารฉบับนี้” และมาตรา 87(3) กำหนดว่า “ภาคีในอนุสัญญาและภาคีในความขัดแย้งต้องกำหนดให้ผู้บังคับบัญชาทหารที่รู้ว่าผู้ใต้บังคับบัญชาหรือบุคคลอื่นภายใต้การควบคุมกำลังจะกระทำหรือได้กระทำการฝ่าฝืนอนุสัญญาหรือพิธีสารฉบับนี้ต้องริเริ่มมาตรการที่จำเป็นเพื่อป้องกันการฝ่าฝืนนั้นและเมื่อเหมาะสมต้องริเริ่มการดำเนินการทางวินัยหรือทางอาญาต่อผู้กระทำการฝ่าฝืนนั้น”<sup>23</sup>

1.6 ความตกลงยุติภาวะสงครามในเวียดนาม (Agreement on cessation of hostilities in Vietnam) ปี 1954 ข้อ 22 กำหนดว่า “ผู้บังคับบัญชาของกองกำลังทหารของทั้งสองฝ่ายต้องรับรองว่าบุคคลภายใต้การบังคับบัญชาของตนที่ได้กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติของความตกลงนี้จะถูกลงโทษตามความเหมาะสม”<sup>24</sup>

2) การบัญญัติหลักกฎหมายที่แสดงให้เห็นถึงลักษณะองค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา การบัญญัติในรูปแบบนี้จะกำหนดความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาโดยตรง ซึ่งตราสารระหว่างประเทศที่ปรากฏหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาลักษณะนี้ได้แก่

2.1 พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาปี 1949 ฉบับที่ 1 (Additional protocol I) เกี่ยวกับการคุ้มครองเหยื่อจากความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับระหว่างประเทศ มาตรา 86(2) ได้กำหนดว่า “ข้อเท็จจริงเรื่องการฝ่าฝืนอนุสัญญาและพิธีสารฉบับนี้ที่ถูกกระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชาไม่เป็นการทำให้ผู้บังคับบัญชาหลุดพ้นจากความรับผิดทางอาญาหรือทางวินัยแล้วแต่กรณีถ้าหากผู้บังคับบัญชาได้รู้หรือมีข้อมูลซึ่งน่าจะทำให้สรุปได้ในสถานการณ์ขณะนั้นว่าผู้ใต้บังคับบัญชาได้

---

cases not provided for in accordance with the instructions of their respective Governments and in conformity with the general principles of the present Convention.’

<sup>23</sup>

Protocol additional to the Geneva convention of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol 1), 1977. article 87

<sup>24</sup>

Henckaerts, J.M., Doswald-Beck, L. Customary international humanitarian law. volume II. Cambridge: Cambridge university press. 2005. p.3736.

กำลังกระทำการฝ่าฝืนหรือกำลังจะกระทำการฝ่าฝืนและไม่ได้ใช้มาตรการทั้งหมดที่สามารถใช้ได้ภายในขอบอำนาจเพื่อป้องกันหรือยับยั้งการกระทำการฝ่าฝืน”<sup>25</sup>

2.2 หลักการพื้นฐานในการใช้กำลังและอาวุธโดยเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย (Basic principles on the use of force and firearms by law enforcement officials) ปี 1990 ย่อหน้าที่ 24 กำหนดว่า “รัฐบาลและหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายต้องรับรองว่าเจ้าหน้าที่ที่เป็นผู้บังคับบัญชาต้องมีความรับผิดชอบถ้าพวกเขาหรือควรได้รู้ว่าเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมายภายใต้การบังคับบัญชาใช้กำลังหรือได้ใช้กำลังและอาวุธที่เป็นการผิดกฎหมายและไม่ได้นำมาใช้ซึ่งวิธีการทั้งหมดภายในอำนาจเพื่อป้องกัน ยับยั้งหรือรายงานการใช้กำลังและอาวุธดังกล่าว”<sup>26</sup>

2.3 ร่างประมวลกฎหมายอาชญากรรมต่อสันติภาพและความมั่นคงของมวลมนุษยชาติของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ปี 1991 มาตรา 12 เรื่องความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาบัญญัติว่า “ข้อเท็จจริงเรื่องอาชญากรรมต่อสันติภาพและความมั่นคงของมนุษยชาติได้ถูกระทำโดยผู้บังคับบัญชาไม่เป็นการบรรเทาความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาถ้าผู้บังคับบัญชาได้รู้หรือมีข้อมูลที่ทำให้สรุปได้ในสถานการณ์ขณะนั้นว่าผู้ใต้บังคับบัญชากำลังกระทำหรือกำลังจะกระทำอาชญากรรมและไม่นำมาใช้ซึ่งวิธีการทั้งหมดที่สามารถทำได้ภายในอำนาจเพื่อป้องกันหรือยับยั้งอาชญากรรม”<sup>27</sup>

จากตัวบทของสนธิสัญญาและตราสารระหว่างประเทศอื่นที่ปรากฏหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาพบว่า หากเป็นการบัญญัติหลักกฎหมายในรูปความรับผิดชอบของการบังคับบัญชา (Responsible Command) นั้นจะทำให้เกิดปัญหาว่าหากผู้บังคับบัญชามีได้ปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดโดยกฎหมายแล้วผู้บังคับบัญชานั้นจะต้องมีความรับผิดชอบหรือไม่เพียงใดและองค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดชอบเป็นอย่างไร ในส่วนของตราสารระหว่างประเทศที่บัญญัติหลักกฎหมายในรูปหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาซึ่งได้กำหนดความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาโดยตรงนั้นพบว่าบทบัญญัติแสดงถึงองค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา แต่ก็มี ความแตกต่างขององค์ประกอบความผิดในแต่ละตราสารที่ปรากฏหลักกฎหมาย ซึ่งสิ่งที่เห็นได้ชัดคือความแตกต่างในส่วนขององค์ประกอบภายใน (Mens rea) และ

<sup>25</sup> Protocol additional to the Geneva convention of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol 1), 1977. article 86(2)

<sup>26</sup> Henckaerts, J.M., Doswald-Beck, L. Customary international humanitarian law. volume II. p.3736-3727.

<sup>27</sup> Ibid.

องค์ประกอบส่วนการละเว้นการกระทำ ซึ่งประเด็นเหล่านี้ศาล ICTY ได้แสดงความชัดเจนในคำพิพากษาซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไปในบทที่ 3 และ 4

*การปฏิบัติของรัฐ(State practice) ที่ปรากฏหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา*

หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาต่อการกระทำผิดของผู้ใต้บังคับบัญชาได้รับการยอมรับทั่วไปในสังคมระหว่างประเทศและปรากฏว่ามีการนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในและกฎหมายทหารของประเทศต่าง ๆ ในโลกจำนวนมากทั้งนี้ก่อนการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตกองทัพอากาศเวียตนามมีปรากฏรูปแบบของความรับผิดชอบที่หลากหลาย

สำหรับกฎหมายทหารก่อนการก่อตั้งศาล ICTY พบว่าประเทศต่าง ๆ ได้บัญญัติหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาโดยมีรูปแบบที่แตกต่างกันซึ่งพอจะแบ่งประเภทโดยอาศัยความแตกต่างขององค์ประกอบภายในเกี่ยวกับ “การรู้ข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชา” ได้ดังนี้

1) การบัญญัติในรูปแบบหลักความรับผิดชอบของการบังคับบัญชา (Responsible Command) หรือกำหนดให้ผู้บังคับบัญชารับผิดโดยไม่กำหนดระดับการรู้ข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชา ซึ่งประเทศที่มีกฎหมายทหารบัญญัติหลักกฎหมายความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในรูปแบบนี้ ได้แก่

- กฎหมายทหารของประเทศคาเมรูน กำหนดว่า “การกระทำใดที่ขัดกับกฎหมายสงครามต้องถูกลงโทษ ผู้บังคับบัญชาคนใดที่อ่อนแอหรือปล่อยปละละเลยผู้ใต้บังคับบัญชาในสนามรบต้องแบกรับความรับผิดชอบ”<sup>28</sup>

- คู่มือผู้บังคับบัญชาของประเทศโครเอเชีย กำหนดว่า “ผู้บังคับบัญชาต้องกระทำให้น่าเชื่อว่าการฝ่าฝืนกฎหมายสงครามจะต้องยุติและการดำเนินการทางวินัยจะถูกดำเนินการ”<sup>29</sup>

- การรวบรวมหลักเกี่ยวกับกฎหมายความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธของประเทศฝรั่งเศส กำหนดว่า “ด้วยการใช้การควบคุมของผู้บังคับบัญชา ผู้บังคับบัญชาต้องแน่ใจว่าการฝ่าฝืนกฎหมายสงครามจะต้องยุติและการดำเนินการทางวินัยหรือทางอาญาจะต้องเริ่มดำเนินการเมื่อจำเป็น”<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Cameroon, Instructors' manual (1992), p. 25, § 121(1).

<sup>29</sup> Croatia, Commanders' manual (1992), § 20.

<sup>30</sup> France, LOAC Summary note (1992), § 5.1.

- กฎหมายทหารของประเทศฮังการีได้กำหนดว่า “เป็นความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาทุกคนที่ต้องมีความรู้กฎหมายสงคราม” และ “ในกรณีมีการฝ่าฝืนผู้บังคับบัญชาต้องรับรองว่าการฝ่าฝืนจะยุติและดำเนินการทางวินัยและอาญา”<sup>31</sup>

- คู่มือกฎเกณฑ์สำคัญของกฎหมายเกี่ยวกับความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธของประเทศอิตาลี กำหนดว่า “ผู้บังคับบัญชาต้องแน่ใจว่าการฝ่าฝืนกฎหมายสงครามจะยุติและการดำเนินการทางวินัยจะถูกนำมาใช้”<sup>32</sup>

- ข้อบังคับการปฏิบัติการทางทหารเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายสงครามของประเทศเกาหลีใต้ กำหนดว่า “ผู้บังคับบัญชาของกองกำลังมีความรับผิดชอบในการประกันถึงความเคารพกฎหมายสงคราม”<sup>33</sup>

นอกจากตัวอย่างที่ได้กล่าวถึงแล้วประเทศที่มีกฎหมายทหารบัญญัติหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในรูปแบบนี้คือ ฟิลิปปินส์<sup>34</sup> รัสเซีย<sup>35</sup> สวิสเซอร์แลนด์<sup>36</sup> และอุรุกวัย<sup>37</sup>

2) การบัญญัติหลักกฎหมายโดยใช้ระดับการรับรู้ข้อเท็จจริงคือผู้บังคับบัญชารู้ถึงการกระทำความผิดของผู้บังคับบัญชาตามความเป็นจริง ซึ่งปรากฏประเทศที่ได้บัญญัติหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในรูปแบบนี้ในกฎหมายทหารก่อนการก่อตั้งศาล ICTY ได้แก่

- กฎหมายทหารของประเทศอาเจนตินา ได้กำหนดให้ “ผู้บังคับบัญชาทหารต้องรับรองในการป้องกันการฝ่าฝืนอนุสัญญากรุงเจนีวาและ Additional Protocol I และเมื่อจำเป็นก็ให้รายงานการฝ่าฝืนไปยังผู้มีอำนาจและยับยั้งการฝ่าฝืนดังกล่าว”<sup>38</sup> และได้กำหนดความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาโดยบัญญัติว่า “การฝ่าฝืนอนุสัญญากรุงเจนีวาและ Additional Protocol I ที่กระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชาไม่ทำให้ผู้บังคับบัญชาหลุดพ้นจากความรับผิดทางอาญาหรือทางวินัย

<sup>31</sup> Hungary, Military manual (1992), p. 40.

<sup>32</sup> Italy, LOAC Elementary rules Manual (1991), § 20.

<sup>33</sup> South Korea, Military operations law of war compliance regulation (1988), p. 230, § E.

<sup>34</sup> Philippines, Hand book on discipline (1989), part IV, p. 7. see also Code of ethics (1991), section 2.3. and Joint circular on adherence to IHL and human rights (1991), § 3(a)-(b).

<sup>35</sup> Russia, Military manual (1990), § 14(b).

<sup>36</sup> Switzerland, Basic military manual (1987), article 196(2).

<sup>37</sup> Uruguay, Disciplinary regulation (1980), article 26.

<sup>38</sup> Argentina, Law of war manual (1989), § 8.02.



แล้วแต่กรณีถ้าผู้บังคับบัญชาได้รู้ว่าผู้ใต้บังคับบัญชากำลังกระทำหรือกำลังจะกระทำการฝ่าฝืน และไม่ได้ใช้มาตรการภายในขอบอำนาจเพื่อป้องกันหรือยับยั้งการฝ่าฝืนดังกล่าว”<sup>39</sup>

- กฎหมายคู่มือทหารของสาธารณรัฐยูโกสลาเวีย ได้กำหนดว่า “ผู้บังคับบัญชาที่ได้อำนาจถึงการเตรียมสำหรับการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนจารีตที่ชัดเจนและไม่ได้ป้องกันการเกิดขึ้นของการกระทำนั้นหรือไม่ดำเนินมาตรการทางวินัยที่เหมาะสม มีความรับผิดชอบเป็นส่วนบุคคล ผู้บังคับบัญชาต้องมีความรับผิดชอบโดยเฉพาะเช่นผู้ร่วมกระทำผิดหรือผู้กระตุ้นให้เกิดการกระทำผิดในกรณีที่เกิดการกระทำผิดซ้ำโดยผู้ใต้บังคับบัญชา”<sup>40</sup>

จะเห็นได้ว่าการบัญญัติหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในรูปแบบนี้จะมีขอบเขตความรับผิดชอบที่แคบที่สุดเนื่องจากต้องเป็นกรณีที่ผู้บังคับบัญชาได้รู้ข้อเท็จจริงตามความเป็นจริงเกี่ยวกับการกระทำผิดของผู้ใต้บังคับบัญชาเท่านั้น

3) การบัญญัติหลักกฎหมายโดยใช้ระดับการรับรู้ข้อเท็จจริงคือผู้บังคับบัญชารู้ถึงการกระทำผิดของผู้บังคับบัญชาตามความเป็นจริง หรือมีข้อมูลที่ทำให้รู้ ซึ่งปรากฏประเทศที่ได้บัญญัติหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในรูปแบบนี้ในกฎหมายทหารก่อนการก่อตั้งศาล ICTY ได้แก่

- กฎหมายทหารของประเทศเนเธอร์แลนด์ ได้อ้างถึงมาตรา 86 ของ Additional Protocol I และบัญญัติว่า “ผู้บังคับบัญชาไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญาโดยอัตโนมัติสำหรับการกระทำอาชญากรรมทุกอย่างของผู้ใต้บังคับบัญชา ผู้บังคับบัญชาต้องได้รู้ถึงการกระทำนั้นหรืออย่างน้อยได้มีข้อมูลที่จำเป็นเกี่ยวกับการกระทำนั้นและไม่ได้กระทำการทุกอย่างภายในอำนาจเพื่อป้องกันหรือยับยั้งการกระทำอาชญากรรม”<sup>41</sup> และยังได้อ้างถึงมาตรา 87 โดยบัญญัติว่า “ผู้บังคับบัญชามีความผูกพันในการใช้มาตรการเพื่อป้องกันผู้ใต้บังคับบัญชาของตนจากการกระทำอาชญากรรมสงคราม ต้องใช้มาตรการเพื่อหยุดการกระทำอาชญากรรมสงคราม ซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับกระบวนการทางอาญาหรือทางวินัยต่อการกระทำผิด รวมถึงมาตรการทางการบริหารเช่นการพักราชการหรือโยกย้าย”<sup>42</sup>

<sup>39</sup> Argentina, Law of war manual (1989), § 8.07.

<sup>40</sup> Federal Republic of Yugoslavia (FRY), YPA Military Manual (1988), § 20.

<sup>41</sup> Netherlands, Military Manual (1993), p. IX-6.

<sup>42</sup> Ibid., p. IX-7.

- คู่มือกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศของสวีเดน กำหนดว่า “ข้อเท็จจริงเรื่องการฝ่าฝืนอนุสัญญาเจนีวาหรือ Additional protocol I ที่ถูกกระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชาไม่เป็นการลบล้างความรับผิดชอบทางอาญาหรือทางวินัยของผู้บังคับบัญชาของผู้กระทำ หลักนี้ปรับใช้ก็ต่อเมื่อผู้บังคับบัญชาได้รู้หรือได้รับข้อมูลข่าวกรองที่ทำให้เชื่อว่าผู้ใต้บังคับบัญชาได้กระทำหรือกำลังจะกระทำการฝ่าฝืนนั้น และไม่ได้ใช้มาตรการที่ทำได้ภายในอำนาจของตนป้องกันหรือลดโทษการฝ่าฝืนนั้น”<sup>43</sup>

การบัญญัติกฎหมายทหารเกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในลักษณะนี้พบว่าได้รับอิทธิพลมาจากอนุสัญญาเจนีวาและ Additional protocol I แต่ถ้อยคำที่ใช้เกี่ยวกับข้อมูลที่ผู้บังคับบัญชามีในครอบครองนั้นมีความแตกต่างกันไป

4) การบัญญัติหลักกฎหมายโดยใช้ระดับการรับรู้ข้อเท็จจริงคือผู้บังคับบัญชารู้ถึงการกระทำความผิดของผู้บังคับบัญชาตามความเป็นจริง หรือควรได้รู้ ซึ่งปรากฏประเทศที่ได้บัญญัติหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในรูปแบบนี้ในกฎหมายทหารก่อนการก่อตั้งศาล ICTY คือ

- กฎหมายคู่มือทหารของประเทศนิวซีแลนด์ได้บัญญัติกำหนดให้ “ผู้บังคับบัญชามีความรับผิดชอบส่วนบุคคลในส่วนที่เกี่ยวกับความผิดกฎหมายที่กระทำลงโดยบุคคลภายใต้การบังคับบัญชาถ้าผู้บังคับบัญชารู้หรือควรได้รู้ว่าการกระทำดังกล่าวกำลังถูกกระทำหรือกำลังจะถูกกระทำ และเป็นส่วนหนึ่งในความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในการรับรองว่าทหารภายใต้การบังคับบัญชาของตนมีความรู้ถึงพันธกรณีของผู้ใต้บังคับบัญชา”<sup>44</sup> และ “ผู้บังคับบัญชายังต้องรับการลงโทษถ้าตนได้รู้หรือได้มีข้อมูลซึ่งควรที่จะสามารถทำให้ผู้บังคับบัญชาสรุปได้ในสถานการณ์ขณะนั้นว่าผู้ใต้บังคับบัญชากำลังกระทำความผิดหรือกำลังจะกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายและละเลยไม่ใช้มาตรการทั้งหมดที่ทำได้เพื่อป้องกันหรือยับยั้งการฝ่าฝืนนั้น”<sup>45</sup>

- คู่มือทหารของสหราชอาณาจักร กำหนดว่า “ในบางกรณีผู้บังคับบัญชาทหารอาจมีความรับผิดชอบต่ออาชญากรรมสงครามที่กระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชาที่อยู่ในกองทัพหรือบุคคลอื่นที่อยู่ภายใต้การควบคุม...ผู้บังคับบัญชาจะต้องรับผิดชอบด้วยถ้าได้รู้ตามความจริงหรือควรได้รู้จากรายงานที่ตนได้รับหรือโดยวิธีอื่น ว่าทหารหรือบุคคลอื่นภายใต้การควบคุมนั้นกำลังจะกระทำหรือ

<sup>43</sup> Sweden, IHL Manual (1991), Section 4.2, p.94.

<sup>44</sup> New Zealand, Military manual (1992), § 1603(2).

<sup>45</sup> Ibid., § 1706(1).

ได้กระทำอาชญากรรมสงคราม และตนไม่ใช้วิธีการที่สามารถใช้ได้เพื่อรับรองการปฏิบัติให้สอดคล้องตามกฎหมายสงคราม”<sup>46</sup>

- คู่มือสนามของสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดว่า “ในบางกรณีผู้บังคับบัญชาทหารอาจมีความรับผิดชอบต่ออาชญากรรมสงครามที่กระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชาที่อยู่ในกองทัพหรือบุคคลอื่นที่อยู่ภายใต้การควบคุม....ผู้บังคับบัญชาจะต้องรับผิดชอบถ้าได้รู้ตามความจริงหรือควรได้รู้จากรายงานที่ตนได้รับหรือโดยวิธีอื่น ว่าทหารหรือบุคคลอื่นที่อยู่ภายใต้การควบคุมนั้นกำลังจะกระทำหรือได้กระทำอาชญากรรมสงคราม และตนไม่ใช้วิธีการที่สามารถใช้ได้เพื่อรับรองการปฏิบัติให้สอดคล้องตามกฎหมายสงครามหรือลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น”<sup>47</sup>

- คู่มือกองทัพอากาศสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดว่า “สิ่งสำคัญที่แสดงถึงเจตนาขององค์ประกอบภายในเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในการรักษาวินัยและป้องกันการกระทำผิดของผู้ใต้บังคับบัญชา...ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาเกิดขึ้นเมื่อ ความผิดเฉพาะที่เป็นปัญหานั้นได้ถูกจงใจสั่งการหรือส่งเสริม นอกจากนี้ผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบถ้าตนได้รู้ตามความเป็นจริงหรือควรได้รู้ผ่านทางรายงานที่ตนได้รับหรือโดยวิธีอื่นว่าทหารที่อยู่ภายใต้การควบคุมของตนได้กระทำหรือกำลังจะกระทำอาชญากรรมและไม่ได้ใช้มาตรการที่จำเป็นเหมาะสมเพื่อรับรองการปฏิบัติให้สอดคล้องกับกฎหมายสงครามหรือลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น”<sup>48</sup>

การบัญญัติหลักกฎหมายความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในกฎหมายทหารลักษณะนี้ทำให้ขอบเขตความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชากว้างกว่าการบัญญัติในลักษณะอื่นข้างต้นเพราะองค์ประกอบภายในส่วนการรู้ข้อเท็จจริงใช้มาตรฐาน “ควรได้รู้” นั่นคือการพิสูจน์องค์ประกอบความผิดในส่วนนี้สามารถให้พยานหลักฐานแสดงว่าผู้บังคับบัญชาควรที่จะได้รู้ก็เพียงพอในการดำเนินคดี

<sup>49</sup>กฎหมายภายในที่บัญญัติถึงหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา

<sup>46</sup> UK, Military Manual (1958), § 631.

<sup>47</sup> US, Field Manual (1956), § 501.

<sup>48</sup> US, Air Force Pamphlet (1976), § 15-2(d).

<sup>49</sup> Henckaerts, J.M., Doswald-Beck, L. Customary international humanitarian law. volume II. p.3745-3751.

ในส่วนของกฎหมายภายในที่ออกโดยรัฐที่ปรากฏหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาเมื่ออยู่จำนวนมากซึ่งแสดงให้เห็นถึงการยอมรับหลักกฎหมายดังกล่าว โดยประเทศที่มีกฎหมายภายในบัญญัติก่อนการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศคืออิตาลี<sup>50</sup> เบลเยียม<sup>51</sup> อียิปต์<sup>52</sup> ฝรั่งเศส<sup>53</sup> อิตาลี<sup>54</sup> ลักเซมเบิร์ก<sup>55</sup> เนเธอร์แลนด์<sup>56</sup> สเปน<sup>57</sup> สวีเดน<sup>58</sup> และสหรัฐอเมริกา<sup>59</sup> ส่วนกฎหมายที่บัญญัติภายหลังปี 1993 ซึ่งเป็นปีแห่งการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศคืออิตาลี<sup>60</sup> เบลเยียม<sup>61</sup> ประเทศอาเซอร์ไบจาน<sup>61</sup> ประเทศเบลารุส<sup>62</sup> กฎหมายการพิจารณาคดีเขมรแดงของประเทศกัมพูชา<sup>63</sup> กฎหมายอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและอาชญากรรมสงครามของประเทศแคนาดา<sup>64</sup> ประเทศเอสโตเนีย<sup>65</sup> ประเทศเยอรมนี<sup>66</sup> กฎหมายอาชญากรรมระหว่างประเทศของเยอรมนี<sup>66</sup> กฎหมายอาชญากรรมระหว่างประเทศของ

<sup>50</sup> Bangladesh, International crimes (Tribunal) act (1973), section 3(2) and 4(2).

<sup>51</sup> Belgium, Law concerning the repression of grave breaches of the Geneva convention and their additional protocols as amended (1993), articles 3(3) and 4.

<sup>52</sup> Egypt, Military criminal code (1966), article 23

<sup>53</sup> France, Code of military justice (1982), article 71.

<sup>54</sup> Italy, Penal code (1930), article 40.

<sup>55</sup> Luxembourg, Law on the repression of war crimes (1947), article 3, see also Law on punishment of grave breaches (1985), article 5 , 6.

<sup>56</sup> Netherlands, Military criminal code as amended (1964), articles 148-149.

<sup>57</sup> Spain, Military criminal code (1985), article 137.

<sup>58</sup> Sweden, Penal code as amended (1962), chapter 22, § 6.

<sup>59</sup> US, Regulations governing the trials of accused war criminals in the pacific region I (1945), regulation 5.

<sup>60</sup> Armenia, Penal code (2003), article 391(1).

<sup>61</sup> Azerbaijan, Criminal Code (1999), articles 117(1).

<sup>62</sup> Belarus, Criminal Code (1999), articles 137(1).

<sup>63</sup> Cambodia, Law on the Khmer Rouge trial (2001), article 29.

<sup>64</sup> Canada, Crimes against humanity and war crimes act (2000), article 7(1) and (2).

<sup>65</sup> Estonia, Penal Code (2001), § 88(1).

<sup>66</sup> Germany, Law introducing the international crimes code (2002), article 1(4),1(13)

ประเทศเนเธอร์แลนด์<sup>67</sup> กฎหมายกำหนดเขตอำนาจศาลกาคาของประเศรวันดา<sup>68</sup> ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศยูเครน<sup>69</sup> ประมวลกฎหมายอาญาทหารของประเทศเยเมน<sup>70</sup>

หลักกฎหมายจากคดี (Case Law) ที่ปรากฏหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาโดยศาลของรัฐ

ก่อนการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียในการพิจารณาพิพากษาของศาลภายในของประเทศต่าง ๆ จำนวนมากปรากฏมีการนำหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชารวมถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ มาปรับใช้กับคดีซึ่งคดีที่ถือว่ามีสำคัญได้แก่ Yamashita case<sup>71</sup> เป็นต้น

การปฏิบัติของศาลระหว่างประเทศที่ปรากฏหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา

ก่อนการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียมีการก่อตั้งศาลระหว่างประเทศขึ้นคือศาลทหารระหว่างประเทศกรุงโตเกียวซึ่งปรากฏหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในคำพิพากษาของศาลดังกล่าวซึ่งมีส่วนแสดงให้เห็นถึงคุณลักษณะของหลักกฎหมายดังกล่าว

เมื่อวิเคราะห์ถึงหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาอันปรากฏอยู่ในแหล่งอันเป็นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศคือตราสารระหว่างประเทศพบว่า หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชามีความแตกต่างกันไปในแต่ละแหล่งที่ปรากฏดังที่ได้ยกตัวอย่างข้างต้น ประกอบกับการปฏิบัติของรัฐเกี่ยวกับหลักกฎหมายความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในแต่ละประเทศ (เช่นกฎหมายทหาร) ก็ยังมีความแตกต่างกัน ดังนั้นหลักกฎหมายจึงยังไม่มีที่ชัดเจนเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันจึงเป็นปัญหาว่าหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชามีความเป็นกฎหมายจารีตประเพณีหรือไม่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ นอกจากนี้การปฏิบัติขององค์กรยุติธรรมระหว่างประเทศในการดำเนินคดีที่ได้วินิจฉัยกรณีโดยอ้างถึงความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชานั้นมิได้อาศัยหลักกฎหมายจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรเช่น อนุสัญญากฎหมายระหว่างประเทศหรือตราสารระหว่างประเทศอื่น ประกอบกับศาลที่ถูกก่อตั้งขึ้นภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองนั้นเป็นศาลที่ถูกตั้งขึ้น

<sup>67</sup> Netherlands, International crimes act (2003), article 9.

<sup>68</sup> Rwanda, Law setting up Gacaca jurisdictions (2001), article 1 and 53(2).

<sup>69</sup> Ukraine, Criminal Code (2001), article 426.

<sup>70</sup> Yemen, Military criminal code (1998), article 23.

<sup>71</sup> US, Supreme Court, Yamashita case, Judgement, 4 February 1946., see p. 14 for more details.

โดยฝ่ายผู้ชนะสงครามทำให้ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าขาดความน่าเชื่อถือเพราะไม่มีความเป็นกลาง และหลักกฎหมายที่ศาลได้วางไว้นั้นไม่มีผลผูกพันถึงกรณีอื่น ๆ ที่เกิดขึ้นภายหลัง ดังนั้นก่อนการก่อตั้งศาล ICTY จะเห็นได้ถึงถึงการก่อเกิดของหลักกฎหมายความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในกฎหมายระหว่างประเทศแต่ความชัดเจนเกี่ยวกับหลักกฎหมายว่าในกฎหมายระหว่างประเทศ หลักกฎหมายความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชามีความเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่ มีองค์ประกอบความผิดอย่างไรรวมถึงการปรับใช้หลักกฎหมายมีเงื่อนไขอย่างไรและปัจจัยใดบ้างที่ต้องนำมาพิจารณาในการปรับใช้หลักกฎหมาย ประเด็นเหล่านี้ต้องการความชัดเจนจากการดำเนินคดีจริงในองค์กรยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งโดยแนวคำพิพากษาของศาล ICTY ได้สร้างความชัดเจนเกี่ยวกับประเด็นเหล่านี้ในยุคปัจจุบันเพราะการพิจารณาคดีของศาล ICTY ถือได้ว่าเป็นครั้งแรกที่ได้มีการนำหลักกฎหมายความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชามาปรับใช้กับการดำเนินคดีในศาลระหว่างประเทศภายหลังจากมีการนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในตราสารกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นลายลักษณ์อักษรเช่น Additional Protocol I ซึ่งจะได้กล่าวถึงรายละเอียดในบทที่ 3 และ 4 ต่อไปจะได้กล่าวถึงองค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาก่อนการก่อตั้งศาล ICTY เพื่อจะเปรียบเทียบทำให้เห็นชัดถึงผลของคำพิพากษาของศาล ICTY ว่าทำให้เกิดผลกระทบอย่างไรต่อหลักกฎหมายดังกล่าว

### 2.1.3 องค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาก่อนการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอิตาลีโกสลาเวีย

จากการตรวจสอบแหล่งที่ปรากฏหลักกฎหมายความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาจะเห็นว่าในช่วงก่อนการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอิตาลีโกสลาเวียหลักกฎหมายความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชายังไม่มีความชัดเจนแน่นอนเพราะยังเป็นช่วงที่ไม่มีการดำเนินคดีในศาลระดับระหว่างประเทศโดยอาศัยหลักกฎหมายความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่เป็นลายลักษณ์อักษรอันเป็นที่ยอมรับ เช่นหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่ระบุในมาตรา 86 ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาปี 1949 ฉบับที่ 1 (Additional Protocol I)<sup>72</sup> เพียงแต่ปรากฏให้เห็นถึงกฎหมายจารีตประเพณีที่ยังไม่มีความแน่นอนซึ่งเห็นได้จากตัวบทกฎหมายของประเทศทั้งหลายที่มีความ

<sup>72</sup> Protocol additional to the Geneva convention of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol 1), 1977.. article 86(2) The fact that a breach of the convention or of this protocol was committed by a subordinate does not absolve his superiors from penal or disciplinary responsibility, as the case may be, if they knew, or has information which should have enabled them to conclude in the circumstances at the time, that he was committing or was going to commit such a breach and if they did not take all feasible measures within their power to prevent or repress the breach.

แตกต่างกันจึงยังไม่ปรากฏขอบเขตความรับผิดชอบและองค์ประกอบความผิดของความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่แน่นอนรวมถึงการปรับใช้หลักกฎหมายกับฐานความผิดที่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ชัดเจน

อย่างไรก็ตามคณะกรรมการระหว่างประเทศขององค์การกาชาดสากล [International Committee of the Red Cross (ICRC)] ได้ทำความเข้าใจเพิ่มเติมที่เกี่ยวข้องกับหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามที่บัญญัติใน Additional Protocol I ซึ่งมีส่วนช่วยให้เกิดความชัดเจนของหลักกฎหมายในระดับหนึ่ง เนื่องจาก มาตรา 86(2) ของ Additional Protocol I ได้รับการลงคะแนนเสียงยอมรับด้วยมติเอกฉันท์<sup>73</sup> แสดงให้เห็นถึงการยอมรับหลักกฎหมายดังกล่าวในระดับระหว่างประเทศ ICRC เห็นว่าหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 86(2) ได้กำหนดความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาซึ่งจะต้องแปลความร่วมมือกับมาตรา 86(1) และมาตรา 87 ที่กำหนดหน้าที่ของผู้บังคับบัญชา<sup>74</sup> ซึ่งผู้บังคับบัญชาจะต้องมีความรับผิดชอบต่อการละเว้นการกระทำของตนที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดหรือกำลังจะกระทำความผิดของผู้บังคับบัญชาในกรณีที่เกี่ยวข้องกับองค์ประกอบ 3 ประการ<sup>75</sup> คือ

- 1) ผู้บังคับบัญชาที่มีความรับผิดชอบต้องเป็นผู้บังคับบัญชาของผู้ใต้บังคับบัญชาที่กระทำความผิด
- 2) ผู้บังคับบัญชารู้หรือมีข้อมูลซึ่งน่าจะทำให้สรุปได้ว่าความผิดได้ถูกกระทำหรือกำลังจะถูกกระทำ
- 3) ผู้บังคับบัญชาไม่นำมาใช้ซึ่งวิธีการภายในอำนาจเพื่อป้องกันการกระทำความผิด

นอกจากนี้ ICRC ยังได้อธิบายถึงคุณสมบัติของผู้บังคับบัญชา องค์ประกอบภายในของหลักกฎหมายและพันธกรณีในการใช้มาตรการเพื่อป้องกันหรือยับยั้งการฝ่าฝืนอนุสัญญาเจนีวาและ Additional protocol I<sup>76</sup> จะเห็นได้ว่าจากงานของ ICRC ได้มีส่วนช่วยให้เข้าใจถึงหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาได้มากขึ้นแต่อย่างไรก็ดีผลทางกฎหมายของงานดังกล่าวก็หาได้นำหนักในการยืนยันถึงคุณลักษณะและองค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาได้

<sup>73</sup> CDDH, Official Records, Vol. VI, CDDH/SR.45, 30 May 1977, p. 307.

<sup>74</sup> Sandoz, Y., Swinarski, C., Zimmermann, B. Commentary on the additional protocol of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949. Geneva: Martinus Nijhoff. 1987. p.1011.

<sup>75</sup> Ibid., p.1012-1013.

<sup>76</sup> Ibid., p.1013-1016.

เท่ากับหลักกฎหมายที่เกิดจากการวินิจฉัยคดีของศาลหรือองค์กรยุติธรรมระหว่างประเทศไม่  
อีกทั้งในส่วนของการละเอียดที่ต้องคำนึงถึงในการพิจารณาวินิจฉัยในการดำเนินคดีกับผู้กระทำ  
ความผิดจริงนั้นยังต้องการความกระจ่างเกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชามากขึ้นยิ่ง  
กว่าที่ปรากฏก่อนหน้าการก่อตั้งศาล ICTY ดังนั้น การศึกษาแนวคำพิพากษาของศาล ICTY  
เกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาจึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งต่อการศึกษาค้นคว้า  
กฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา อย่างไรก็ตามก่อนที่จะได้กล่าวถึงแนวคำพิพากษา  
ของศาล ICTY จะได้กล่าวถึงความเป็นมาของสถานการณ์ในอดีตยูโกสลาเวียอันเป็นเหตุให้เกิด  
อาชญากรรมระหว่างประเทศที่ร้ายแรงและรายละเอียดเบื้องต้นเกี่ยวกับศาล ICTY เพื่อให้เกิด  
ความเข้าใจในการศึกษาขั้นสูงก่อน ดังนี้

ในอดีตได้เกิดมีการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงหลายครั้งเช่นในช่วง  
สงครามโลกครั้งที่หนึ่งและสงครามโลกครั้งที่สองซึ่งได้มีการดำเนินคดีกับผู้บังคับบัญชาโดยอาศัย  
หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาปรากฏให้เห็นดังที่ได้กล่าวถึงก่อนหน้า หลักความรับผิดชอบของ  
ผู้บังคับบัญชาจึงถือเป็นแนวทางหนึ่งในกฎหมายระหว่างประเทศที่จะป้องกันหรือยับยั้งการกระทำ  
ความผิดอาญาในกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ภายหลังการล่มสลายของสาธารณรัฐยูโกสลาเวีย  
ได้เกิดมีการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างกว้างขวางในเขตพื้นที่อดีตยูโกสลาเวียอัน  
นำไปสู่การก่อตั้งศาล ICTY

## 2.2 สถานการณ์ในยูโกสลาเวีย<sup>77</sup>

สาธารณรัฐสังคมนิยมยูโกสลาเวียตั้งอยู่บนคาบสมุทรบอลข่านประกอบด้วย 6 รัฐ  
(สโลวีเนีย โครเอเชีย เซอร์เบีย บอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา มอนเตเนโกร) และ 2 เขตปกครอง  
ตนเอง (โคโซโวและวอจโวดินา)

องค์ประกอบทางเชื้อชาติและศาสนาของรัฐในอดีตยูโกสลาเวียถือได้ว่าเป็นหนึ่งที่มีความ  
ซับซ้อนที่สุดในโลก ก่อนการแยกตัวของรัฐต่าง ๆ จากอดีตยูโกสลาเวียปรากฏสัดส่วนเชื้อสาย  
ประชากรในแต่ละรัฐดังนี้

<sup>77</sup> Aksar, Y. *Implementing international humanitarian law from the ad hoc tribunals to a permanent international criminal court.*



- 1) สโลวีเนียประกอบด้วย ประชากรเชื้อสายสโลวีนิส 90 % อีก 10% เป็นชนส่วนน้อยเชื้อสายเชิร์บ โครแอตและฮังกาเรียน
- 2) โครเอเชียประกอบด้วย ประชากรเชื้อสายโครแอต 85 % เชิร์บ 11.5% ซึ่งชาวเชิร์บส่วนใหญ่อาศัยหนาแน่นเหนือประชากรเชื้อสายอื่นใน 2 พื้นที่คือ Krajina และ Petrinja
- 3) เซอร์เบีย โคโซโวและวอจโวดินา มีประชากรสองในสามเป็นเชื้อสายเชิร์บ แต่ในพื้นที่โคโซโวมีประชากรเชื้อสายอัลบาเนียน 91% และวอจโวดินามีประชากรเชื้อสายฮังกาเรียน 19 % ก่อนหน้าโคโซโวและวอจโวดินาเป็นเขตปกครองตนเองแต่ได้รวมกับเซอร์เบียเมื่อกันยายนปี 1990
- 4) บอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา ประกอบด้วยประชากรชาวมุสลิม 40% ชาวเชิร์บ 32% และชาวโครแอต 18%
- 5) มอนเตเนโกร ประชากรสองในสามเป็นชาวมอนเตเนกริน และชนส่วนน้อยเป็นชาวมุสลิมและอัลบาเนียน
- 6) มาเซโดเนีย ประกอบด้วยประชากรชาวมาเซโดเนียน 67% ชาวอัลบาเนียน 20% และชนส่วนน้อยอื่น

ก่อนการล่มสลายของอดีตยูโกสลาเวียได้ปรากฏปัญหาความขัดแย้งทางเชื้อชาติอย่างชัดเจน อดีตยูโกสลาเวียได้เริ่มการแยกตัวอย่างเป็นทางการเมื่อ 25 มิถุนายน 1991 เมื่อสโลวีเนียและโครเอเชียได้ประกาศแยกตัวเป็นอิสระจากสาธารณรัฐยูโกสลาเวียทำให้ชาวเชิร์บในสโลวีเนียและโครเอเชียประกาศตนเป็นพื้นที่ปกครองตนเอง (เมื่อ 13 สิงหาคม 1991 ชาวเชิร์บในสโลวีเนียประกาศให้พื้นที่ทางตะวันตกเป็นพื้นที่ปกครองตนเองของชาวเชิร์บ ขณะที่ชาวเชิร์บในโครเอเชียได้ลงประชามติเมื่อ 12 พฤษภาคม 1991 โดยแสดงความประสงค์อย่างชัดเจนว่าต้องการเป็นส่วนหนึ่งของยูโกสลาเวียต่อไป) และกระบวนการล่มสลายของยูโกสลาเวียทำให้เกิดการสู้รบด้วยกำลังทหารบ่อยครั้งซึ่งทำให้เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างมาก ทั้งนี้มีหลายฝ่ายเข้าร่วมในความขัดแย้งนี้และพื้นที่ที่เกิดความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธมีการเปลี่ยนไปตามเวลาจากสโลวีเนียไปยังโครเอเชียและท้ายสุดในบอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา

ความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธในอดีตยูโกสลาเวียประกอบด้วยสามระยะคือ

- 1) ระยะแรกความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธในสโลวีเนีย เริ่มต้นขึ้นเมื่อสโลวีเนียประกาศแยกตัวเป็นอิสระจากอดีตยูโกสลาเวียเมื่อ 25 มิถุนายน 1991 ทั้งนี้ฝ่ายในความขัดแย้งประกอบด้วย กองทัพประชาชนยูโกสลาฟ (JNA) กองกำลังป้องกันพื้นที่สโลวีเนีย (Slovenia

Territorial Defense Forces) และตำรวจท้องถิ่นสโลวีเนีย ความขัดแย้งนี้เกิดขึ้นในช่วงระหว่าง มิถุนายนและกรกฎาคม 1991

2) ระยะเวลาที่สองความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธในโครเอเชีย เริ่มต้นเมื่อโครเอเชียประกาศ แยกตัวเป็นอิสระเมื่อ 25 กรกฎาคม 1991 โดยมีสองฝ่ายร่วมในความขัดแย้ง

- ฝ่ายแรกประกอบด้วยกองทัพประชาชนยูโกสลาฟ กองกำลังเชิร์บใน Krajina และพื้นที่ ตะวันออกและตะวันตกของสลาโวเนีย กองกำลังพิเศษจากเซอร์เบีย กองกำลังพิเศษท้องถิ่น และตำรวจและพลเมืองติดอาวุธชาวเชิร์บ

- ฝ่ายที่สองประกอบด้วยกองทัพโครเอเชียที่ถูกต้องขึ้นใหม่ กองกำลังป้องกันชาติโครเอเชีย (Croatian National Guard) กองกำลังพิเศษร่วมทหารท้องถิ่น ตำรวจท้องถิ่นโครเอเชีย และพลเรือนติดอาวุธชาวโครเอเชีย

แม้ว่ากองทัพประชาชนยูโกสลาฟจะได้ถอนตัวอย่างเป็นทางการจากโครเอเชียเมื่อ พฤศจิกายน 1991 แต่ยังคงให้การสนับสนุนกองทัพเชิร์บใน Krajina ที่ตั้งขึ้นใหม่

3) ระยะเวลาที่สามความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธในบอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา เริ่มต้นเมื่อบอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา ประกาศแยกตัวเป็นอิสระเมื่อ 6 มีนาคม 1992 ทั้งนี้ฝ่ายในความขัดแย้ง ประกอบด้วย กองทัพสาธารณรัฐยูโกสลาเวีย กองทัพโครเอเชีย กองทัพบอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา กองทัพบอสเนียนเชิร์บ กองทัพชาวเชิร์บแห่งโครเอเชีย และสภาป้องกันโครเอเชีย

ในช่วงระหว่างที่เกิดความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธได้มีการก่ออาชญากรรมร้ายแรงในพื้นที่ อดีตยูโกสลาเวียขึ้นเป็นจำนวนมาก เช่น การชำระล้างเผ่าพันธุ์(Ethnic cleansing) การฆ่าหมู่ ช่มชืดกระทำซ้ำแล้ว และความผิดทางเพศรูปแบบอื่น รวมทั้งการกระทำอาชญากรรมชนิดอื่น ๆ ความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธในอดีตยูโกสลาเวียได้เริ่มขึ้นในปี 1991 และดำเนินต่อเนื่องมาจนถึงสิ้นสุดในปลายปี 1995

ในปี 1993 คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติอาศัยอำนาจตามหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติประกาศว่าสถานการณ์ในอดีตยูโกสลาเวียก่อภัยคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศจึงได้ก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียขึ้นเพื่อพิจารณาพิพากษาบุคคลที่กระทำความผิดที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่าง

ร้ายแรง<sup>78</sup> โดยมติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่ 827 ทั้งนี้บุคคลที่ต้องรับผิดชอบ บุคคลที่กระทำการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมอย่างร้ายแรงที่ได้กระทำลงในพื้นที่อดีตยูโกสลาเวีย ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1991 ซึ่งในมติดังกล่าวคณะมนตรีความมั่นคงได้ระบุว่าสถานการณ์ในอดีต ยูโกสลาเวียและโดยเฉพาะในบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา ที่มีการรายงานถึงการฆ่าหมู่ การกักขัง การข่มขืน และการชำระล้างเผ่าพันธุ์ (Ethnic cleansing) ก่อให้เกิดภัยคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศภายใต้หมวด 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียนี้เพื่อผลในการยุติการกระทำดังกล่าวและการฟื้นฟูอย่างมีประสิทธิภาพ การจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียนี้ได้ถูกมองว่าเป็นรูปแบบใหม่ของการร่วมกันเข้าแทรกแซงเพื่อมนุษยธรรมโดยคณะมนตรีความมั่นคงเพื่อจัดการกับปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงที่ได้กระทำในยูโกสลาเวีย<sup>79</sup>

## 2.3 ศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวีย (ICTY)

### 2.3.1 โครงสร้างของศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวีย<sup>80</sup>

โครงสร้างของศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียประกอบด้วยสามส่วนหลักที่ถูกกำหนดขึ้นตามมาตรา 11 ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียคือ

#### 1. องค์คณะพิจารณา (Chamber)

องค์คณะพิจารณาประกอบด้วยคณะพิจารณาชั้นต้นสามคณะและคณะพิจารณาอุทธรณ์หนึ่งคณะซึ่งตามมาตรา 12 ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียได้กำหนดให้องค์คณะพิจารณาประกอบด้วยผู้พิพากษาถาวรอิสระ 16 คนโดยที่ไม่ได้มาจากชาติเดียวกันโดยผู้พิพากษาถาวร 7 ท่านเป็นผู้พิพากษาในคณะพิจารณาอุทธรณ์<sup>81</sup> ซึ่งแต่ละคณะประกอบด้วยผู้พิพากษา 5 ท่าน ขณะที่คณะพิจารณาชั้นต้นแต่ละคณะประกอบด้วยผู้พิพากษา

<sup>78</sup> Jones, J.R.W.D., Powles, S. *International criminal practice*. p. 2-3.

<sup>79</sup> Meron, T., *War crimes in Yugoslavia and the development of international law*, 88 *The American Journal of international law* 78 (1994).

<sup>80</sup> Jones, J.R.W.D., Powles, S. *International criminal practice*. P. 41

<sup>81</sup> ICTY statute article 12

ถาวร 3 ท่าน ซึ่งอาจมีผู้พิพากษาสมทบร่วมด้วย ผู้พิพากษาทั้งหลายถูกเลือกโดยที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติ

## 2. อัยการ ( Prosecutor )

อัยการมีหน้าที่ในการสอบสวน ทำคำฟ้องและดำเนินคดีในศาลซึ่งจะมีวาระการดำรงตำแหน่งสี่ปีโดยผู้ที่มีอำนาจในการแต่งตั้งอัยการคือคณะมนตรีความมั่นคง<sup>82</sup>

## 3. ฝ่ายทะเบียน ( Registry )

ฝ่ายทะเบียนมีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการบริหารและอำนวยความสะดวกแก่ทั้งคณะพิจารณาชั้นต้นและคณะพิจารณาอุทธรณ์ประกอบด้วยนายทะเบียนและเจ้าหน้าที่อื่น ๆ นายทะเบียนนั้นถูกแต่งตั้งโดยเลขาธิการสหประชาชาติภายหลังจากได้ปรึกษากับประธานศาลอาญาระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย<sup>83</sup>

### 2.3.2 ขอบเขตอำนาจการพิจารณาคดี

อำนาจการพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศอิตาลียูโกสลาเวียได้ถูกกำหนดโดยมาตรา 1 แห่งตราสารก่อตั้งซึ่งกำหนดให้มีอำนาจดำเนินคดีกับบุคคลที่มีความรับผิดชอบต่อการฝ่าฝืนกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงที่ได้กระทำลงในอดีตประเทศยูโกสลาเวียตั้งแต่ปี ค.ศ.1991 โดยสอดคล้องกับบทบัญญัติของตราสารก่อตั้งซึ่งมาตรา 2, 3, 4 และ 5 ได้ระบุความผิดเฉพาะที่ศาลมีอำนาจพิจารณา<sup>84</sup>

### 2.3.3 ที่มาของกฎหมายที่ศาลอาญาระหว่างประเทศอิตาลียูโกสลาเวียนำมาใช้ในการพิจารณาคดี

ศาลอาญาระหว่างประเทศอิตาลียูโกสลาเวียไม่ได้รับมอบอำนาจในการนำกฎหมายภายในมาใช้เป็นหลักในการพิจารณา ศาลจึงมีหน้าที่ในการพิจารณาคดีโดยอาศัยกฎหมายระหว่างประเทศโดยคำนึงถึงหลักความชอบธรรมในการใช้กฎหมายอาญา<sup>85</sup>

ตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอิตาลียูโกสลาเวียไม่มีผลเป็นการบัญญัติฐานความผิดขึ้นใหม่<sup>86</sup> ศาลมีหน้าที่ที่จะนำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่มีปรากฏอยู่มาบังคับ

<sup>82</sup> ICTY statute article 16

<sup>83</sup> ICTY statute article 17

<sup>84</sup> Jones, J, R.W.D., Powles, S. *International criminal practice*. P. 131-132

<sup>85</sup> The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Trial Chamber, Celebici case, Judgement. Case No.: IT-96-21-T

ใช้อย่างไรก็ตามที่มาแรกของกฎหมายที่ศาลใช้คือ ตราสารก่อตั้ง กฎการดำเนินกระบวนการพิจารณา และพยาน รวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายอาญา<sup>87</sup> และคำพิพากษาของศาลในคดีก่อนไม่ถือเป็นหลักที่ศาลที่พิจารณาคดีจะต้องยึดตาม<sup>88</sup> คือไม่ใช่หลัก *stare decisis* แต่หากเป็นศาลที่มีศักดิ์สูงกว่าคือคณะพิจารณาคดีทอร์นได้มีคำวินิจฉัยวางหลักไว้คณะพิจารณาชั้นต้นจะต้องยึดหลักดังกล่าวในการพิจารณาและหลักการแปลความกฎหมาย ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตุโกสลาเวียใช้หลักการแปลความกฎหมายโดยเคร่งครัดเพราะคดีที่พิจารณาคดีเป็นเรื่องทางอาญา<sup>89</sup>

### 2.3.4 ฐานความผิดที่อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษา

ศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตุโกสลาเวียมีอำนาจพิจารณาพิพากษานบุคคลที่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำความผิดฐานความผิดหลักตามที่กำหนดไว้ในตราสารก่อตั้งคือ

#### 2.3.4.1 การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์<sup>90</sup> (Genocide)

<sup>86</sup> United Nations, Report of the Secretary-General (s/25704) on the ICTY's statute. para.29

<sup>87</sup> Jones, J.R.W.D., Powles, S. International criminal practice. p. 136

<sup>88</sup> Ibid. p. 139

<sup>89</sup> Ibid. p. 142

<sup>90</sup> ICTY statute article 4 'Genocide

1. The International Tribunal shall have the power to prosecute persons committing genocide as defined in paragraph 2 of this article or of committing any of the other acts enumerated in paragraph 3 of this article.
2. Genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:
  - (a) killing members of the group;
  - (b) causing serious bodily or mental harm to members of the group;
  - (c) deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
  - (d) imposing measures intended to prevent births within the group;
  - (e) forcibly transferring children of the group to another group.
3. The following acts shall be punishable:
  - (a) genocide;
  - (b) conspiracy to commit genocide;
  - (c) direct and public incitement to commit genocide;
  - (d) attempt to commit genocide;
  - (e) complicity in genocide.'

ตามตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศคดียูโกสลาเวียมาตรา 4 วรรค 2 การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์หมายถึงการกระทำที่มีจุดประสงค์ที่จะทำลายทั้งหมดหรือบางส่วนของกลุ่มชนชาติ เผ่าพันธุ์ เชื้อชาติ ศาสนา โดย

- 1) การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม
- 2) ก่อให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงต่อร่างกายหรือจิตใจของสมาชิกของกลุ่ม
- 3) จงใจก่อเงื่อนไขของกลุ่มเกี่ยวกับการดำรงชีวิตโดยมุ่งหมายเพื่อนำมาซึ่งการเสื่อมเสียทางร่างกายของกลุ่มทั้งหมดหรือบางส่วน
- 4) นำมาใช้ซึ่งวิธีการที่มุ่งหมายที่จะป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม
- 5) การบังคับให้เด็กย้ายจากกลุ่มของตนไปสู่กลุ่มชนอื่น

#### 2.3.4.2 อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity)

ตามมาตรา 5<sup>91</sup> ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศคดียูโกสลาเวียได้กำหนดให้อาชญากรรมต่อมนุษยชาติเป็นความผิดที่อยู่ในเขตอำนาจ

ความหมายของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ<sup>92</sup>

<sup>91</sup> ICTY statute article 5 'Crimes against humanity

The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population:

- (a) murder;
- (b) extermination;
- (c) enslavement;
- (d) deportation;
- (e) imprisonment;
- (f) torture;
- (g) rape;
- (h) persecutions on political, racial and religious grounds;
- (i) other inhumane acts.

<sup>92</sup> Ibid.

ความหมายของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ  
 อติตยูโกสลาเวียหมายถึงการกระทำอาชญากรรมในระหว่างเกิดความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธทั้งที่  
 มีลักษณะระหว่างประเทศหรือภายในประเทศ ที่กระทำโดยตรงต่อประชากรที่เป็นพลเรือน โดย

- 1) การฆาตกรรม
- 2) การฆ่าหมู่
- 3) การนำมนุษย์เป็นทาส
- 4) การเนรเทศ
- 5) การจำคุก
- 6) การทรมาน
- 7) การข่มขืน
- 8) การกระทำทารุณด้วยเหตุทางการเมือง เชื้อชาติและศาสนา
- 9) การกระทำเหมือนไม่ใช่มนุษย์แบบอื่น ๆ

เงื่อนไขในการปรับใช้ฐานความผิดอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

อาชญากรรมต่อมนุษยชาติเป็นอาชญากรรมที่ถือว่ามีร้ายแรงมากกว่าอาชญากรรม  
 ทั่วไปทำให้เกิดผลกระทบร้ายแรงจนทำให้ถือว่ามนุษยชาติโดยรวมได้รับผลกระทบจากการกระทำ  
 ความผิดและได้มีการสร้างความชัดเจนโดยการวางหลักที่เป็นเงื่อนไขในการบังคับใช้โดยคำ  
 พิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศอติตยูโกสลาเวีย<sup>93</sup> คือ

- 1) เกิดภาวะความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธ
- 2) มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำความผิดกับความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธ
- 3) การกระทำเป็นส่วนหนึ่งของอาชญากรรมที่เกิดขึ้นอย่างกว้างขวางและเป็นระบบ  
 โดยตรงต่อประชากรที่เป็นพลเรือน

<sup>93</sup> Jones, J, R.W.D., Powles, S. International criminal practice. P.185-186

- 4) มีเจตนาเลือกปฏิบัติในการกระทำอาชญากรรม
- 5) มีนโยบายเบื้องหลังการเลือกปฏิบัติ (เงื่อนไขนี้อาจไม่จำเป็นต้องเคร่งครัด)
- 6) ผู้กระทำความผิดกระทำด้วยเจตนาพิเศษ

#### 2.3.4.3 อาชญากรรมสงคราม

ศาลอาญาระหว่างประเทศคดียูโกสลาเวียมีอำนาจการพิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามตามตราสารก่อตั้งมาตรา 2 และ 3 ซึ่งเชื่อมโยงกฎหมายสงครามที่มีลักษณะสองประการคือกฎหมายที่คุ้มครองบุคคลหรือทรัพย์สินและกฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขควบคุมการใช้วิธีการในการทำสงครามหรือวิธีการเข้าสู่การทำสงคราม กฎหมายสงครามทั้งสองลักษณะอาจกล่าวถึงโดยเฉพาะได้ ดังนี้

#### กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองบุคคลที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบ<sup>94</sup> (Geneva Convention 1949)

การกระทำการฝ่าฝืนอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเจนีวา 1949 เป็นความผิดที่ศาลอาญาระหว่างประเทศคดียูโกสลาเวียมีอำนาจพิจารณาพิพากษาโดยมาตรา 2 ของตราสารก่อตั้งได้กำหนดรูปแบบการกระทำความผิดต่อบุคคลหรือทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติของอนุสัญญากรุงเจนีวาที่จะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาคือ การฆ่าโดยเจตนา การทรมานหรือการปฏิบัติเหมือนไม่ใช่มนุษย์รวมถึงการทดลองทางชีววิทยา จงใจก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงหรือการบาดเจ็บอย่างร้ายแรงต่อร่างกายหรือสุขภาพ การทำลายอย่างกว้างขวางหรือการยึดทรัพย์สินที่ไม่มีความจำเป็นทางทหาร

<sup>94</sup> ICTY statute article 2 ' Grave breaches of the Geneva Conventions of 1949

The International Tribunal shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949, namely the following acts against persons or property protected under the provisions of the relevant Geneva Convention:

- (a) wilful killing;
- (b) torture or inhuman treatment, including biological experiments;
- (c) wilfully causing great suffering or serious injury to body or health;
- (d) extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly;
- (e) compelling a prisoner of war or a civilian to serve in the forces of a hostile power;
- (f) wilfully depriving a prisoner of war or a civilian of the rights of fair and regular trial;
- (g) unlawful deportation or transfer or unlawful confinement of a civilian;
- (h) taking civilians as hostages.



และเป็นการทำโดยผิดกฎหมายและไม่มีเหตุผล การบังคับเชลยสงครามหรือพลเมืองให้ทำงานในกองกำลังของฝ่ายตน จงใจลดรอนสิทธิของเชลยสงครามหรือพลเมืองในการได้รับการพิจารณาคดีที่ปกติและเป็นธรรม การกระทำการเนรเทศหรือเคลื่อนย้ายหรือการกักขังโดยผิดกฎหมายต่อพลเมือง และการจับพลเมืองเป็นตัวประกัน

### กฎหมายและจารีตประเพณีที่ควบคุมการใช้วิธีการในการทำสงครามและวิธีการเข้าสู่การทำสงคราม<sup>95</sup> (Laws and custom of war)

ศาลอาญาระหว่างประเทศอติตยูโกสลาเวียมีอำนาจดำเนินคดีกับบุคคลที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายหรือจารีตประเพณีการทำสงครามซึ่งตราสารก่อตั้งมาตรา 3 ได้ยกตัวอย่างการกระทำที่เป็นความผิดได้แก่

- การใช้อาวุธที่มีพิษหรืออาวุธอื่นที่มุ่งหมายก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานโดยไม่จำเป็น
- การทำลายเมืองหรือหมู่บ้านโดยไม่มีเหตุผลหรือการทำลายที่ไม่ถือว่ามีความจำเป็นทางทหาร
- การโจมตีไม่ว่าโดยวิธีใดต่อเมืองหมู่บ้านที่อยู่อาศัยหรือสิ่งก่อสร้างที่ไม่มีการป้องกัน
- การยึดการทำลายหรือการทำให้เสียหายต่อสถาบันที่ทำงานเพื่อการศานการกุศลและการศึกษาศิลปะและวิทยาศาสตร์ อนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์ และผลงานทางศิลปะและวิทยาศาสตร์
- การลักทรัพย์สินส่วนตัวบุคคลหรือสาธารณะ

นอกจากฐานความผิดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลดังที่ได้กล่าวข้างต้น ตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอติตยูโกสลาเวียยังได้กำหนดถึงรูปแบบของความรับผิดชอบรูปแบบหนึ่งให้

<sup>95</sup> Ibid. article 3 ' Violations of the laws or customs of war

The International Tribunal shall have the power to prosecute persons violating the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to:

- (a) employment of poisonous weapons or other weapons calculated to cause unnecessary suffering;
- (b) wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity;
- (c) attack, or bombardment, by whatever means, of undefended towns, villages, dwellings, or buildings;
- (d) seizure of, destruction or wilful damage done to institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences, historic monuments and works of art and science;
- (e) plunder of public or private property.

อยู่ในอำนาจศาลในการพิจารณาด้วยคือหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 7(3) ดังจะได้อธิบายต่อไป

## 2.4 ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาตามตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ อติตยูโกสลาเวีย

ในรายงานของเลขาธิการสหประชาชาติเกี่ยวกับตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ อติตยูโกสลาเวียได้อธิบายถึงความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลโดยอธิบายไว้ว่า

“บุคคลที่อยู่ในตำแหน่งผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจต้องรับผิดชอบเป็นส่วนบุคคลสำหรับการออกคำสั่งที่ผิดกฎหมายให้กระทำอาชญากรรมภายใต้ตราสารก่อตั้งนี้แต่ผู้บังคับบัญชายังต้องมีความรับผิดชอบสำหรับการละเว้นการกระทำที่จะป้องกันอาชญากรรมหรือยับยั้งพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายของผู้ใต้บังคับบัญชาของตน ความรับผิดชอบทางอาญาหรือความประมาทเลินเล่อที่ต้องรับผิดชอบอาญานี้จะเกิดขึ้นถ้าบุคคลที่มีอำนาจบังคับบัญชาหรือมีเหตุผลที่ควรรู้ว่าผู้ใต้บังคับบัญชากำลังจะกระทำความผิดหรือได้กระทำความผิดและละเลยไม่นำมาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมมาใช้เพื่อป้องกันหรือยับยั้งการกระทำความผิดเหล่านั้นหรือไม่ลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาที่ได้กระทำความผิด”<sup>96</sup>

ดังจะเห็นได้จากตราสารก่อตั้งศาล ICTY ความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคล (Individual responsibility) ได้ถูกบัญญัติในมาตรา 7 วรรค 2 ลักษณะคือ

- 1) ความรับผิดชอบทางอาญาจากการกระทำของบุคคลโดยตรงตามมาตรา 7 (1) และ
- 2) ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาต่อการกระทำความผิดของผู้ใต้บังคับบัญชาตามมาตรา 7(3)<sup>97</sup>

ตามมาตรา 7(3) ได้กำหนดว่า”ข้อเท็จจริงที่ว่าการกระทำความผิดตามมาตรา 2-5 ที่ถูกกระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชาไม่เป็นการบรรเทาความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาถ้าตนได้รู้หรือมีเหตุผลที่ทำให้รู้ว่าผู้ใต้บังคับบัญชากำลังจะกระทำหรือได้กระทำความผิดและผู้บังคับบัญชา

<sup>96</sup> Jones, J.R.W.D., Powles, S. *International criminal practice*. p.430

<sup>97</sup> ICTY statute article 7(3) The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 5 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his superior of criminal responsibility if he knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.

ไม่นำมาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมมาใช้เพื่อป้องกันการกระทำความผิดหรือลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น”<sup>98</sup> จะเห็นได้ว่าความรับผิดของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 7(3) นี้ได้กำหนดการละเว้นการกระทำ (Omission) สองอย่างที่ผู้บังคับบัญชาจะต้องรับผิดคือ

1) การละเว้นไม่นำมาตรการที่จะเป็นและเหมาะสมมาใช้เพื่อป้องกันผู้ใต้บังคับบัญชาไม่ให้กระทำความผิด

2) การละเว้นไม่นำมาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมมาใช้เพื่อลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาที่กระทำความผิด

ทั้งนี้ผู้บังคับบัญชาจะต้องรู้หรือมีเหตุผลที่ทำให้รู้ถึงการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาซึ่งเป็นองค์ประกอบในส่วนเจตนา (Mens Rea)

วัตถุประสงค์ของการบัญญัติหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาไว้ในตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียคือเพื่อรับรองถึงความรับผิดทางอาญาของบุคคลว่าจะมีอยู่สำหรับบุคคลทุกคนตลอดสายการบังคับบัญชาที่ได้มีส่วนในการสนับสนุนช่วยเหลือการกระทำอาชกรรมระหว่างประเทศคืออาชกรรมสงคราม การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และอาชกรรมต่อมนุษยชาติ หลักการนี้สอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary international law) และหลักเกณฑ์ตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Conventional law rules)<sup>99</sup>

จากที่ได้กล่าวถึงหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาที่ปรากฏก่อนการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียและหลักกฎหมายที่ปรากฏในตราสารก่อตั้งศาล ทำให้ทราบถึงลักษณะ ขอบเขตความรับผิดและองค์ประกอบความผิดของหลักกฎหมายดังกล่าวในระดับหนึ่ง แต่ยังมีประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับองค์ประกอบความผิด และประเด็นที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ อีกหลายประเด็นที่คำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียได้ทำให้เกิดความชัดเจนขึ้นเกี่ยวกับหลักกฎหมายความรับผิดของผู้บังคับบัญชา ซึ่งต่อไปในบทที่ 3 จะได้กล่าวถึงหลักกฎหมายจากแนวคำพิพากษาของศาล ICTY ในส่วนที่เกี่ยวกับหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาซึ่งเป็นส่วนสำคัญของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ต่อไป

<sup>98</sup> Ibid.

<sup>99</sup> Aksar, Y. Implementing international humanitarian law from the ad hoc tribunals to a permanent international criminal court.

### บทที่ 3

#### ลักษณะ สถานะและองค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา

#### ตามแนวคำพิพากษาของ ICTY

จากที่ได้กล่าวถึงข้อเท็จจริงที่สำคัญของศาลอาญาระหว่างประเทศอิตาลีโกสลาเวีย (ICTY) และหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในบทที่แล้ว ต่อไปจะได้กล่าวถึงหลักกฎหมายจากแนวคำพิพากษาของศาล ICTY เกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาซึ่งจะทำให้เห็นว่าหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาได้เกิดความชัดเจนจากแนวคำพิพากษาของศาล ICTY จากการตรวจสอบพบว่าการดำเนินคดีของศาล ICTY มีการดำเนินคดีกับจำเลยด้วยหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในหลายคดีได้แก่

- 1) คดีหมายเลข IT-96-21 ระหว่าง Prosecutor v. Delalic et al (Celebici case)
- 2) คดีหมายเลข IT-95-14/1 ระหว่าง Prosecutor v. Zlatko Aleksovski
- 3) คดีหมายเลข IT-95-16 ระหว่าง Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al
- 4) คดีหมายเลข IT-95-14 ระหว่าง Prosecutor v. Tihomir Blaskic
- 5) คดีหมายเลข IT-96-23 & IT-96-23/1 ระหว่าง Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al
- 6) คดีหมายเลข IT-95-14/2 ระหว่าง Prosecutor v. Dario Kordic et al
- 7) คดีหมายเลข IT-98-33 ระหว่าง Prosecutor v. Radislav Krstic
- 8) คดีหมายเลข IT-98-30/1 ระหว่าง Prosecutor v. Miroslav Kvocka et al
- 9) คดีหมายเลข IT-97-25 ระหว่าง Prosecutor v. Milorad Krnojelac
- 10) คดีหมายเลข IT-98-34 ระหว่าง Prosecutor v. Mladen Naletilic et al
- 11) คดีหมายเลข IT-97-24 ระหว่าง Prosecutor v. Milomir Stakic
- 12) คดีหมายเลข IT-98-29 ระหว่าง Prosecutor v. Stanislav Galic
- 13) คดีหมายเลข IT-02-60/2 ระหว่าง Prosecutor v. Dragan Obrenovic
- 14) คดีหมายเลข IT-02-54 ระหว่าง Prosecutor v. Slobodan Milosevic
- 15) คดีหมายเลข IT-99-36 ระหว่าง Prosecutor v. Radoslav Brdanin
- 16) คดีหมายเลข IT-01-47 ระหว่าง Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic et al
- 17) คดีหมายเลข IT-01-42 ระหว่าง Prosecutor v. Pavle Strugar

อย่างไรก็ตามจากคดีทั้งหลายที่กล่าวมาพบว่ามีเพียงบางคดีที่คำพิพากษาของคณะพิจารณาชั้นต้นได้วางหลักกฎหมายเกี่ยวกับหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาเป็นของตนเอง และคำพิพากษาของคณะพิจารณาชั้นต้นส่วนหนึ่งได้วินิจฉัยโดยอ้างอิงหลักกฎหมายที่ถูกต้องไว้โดยคำพิพากษาที่มีมาก่อนหน้า รวมทั้งศาลโดยคณะพิจารณาอุทธรณ์ในคดีต่าง ๆ ดังที่ได้กล่าวบางคดีก็ได้มีส่วนในการวินิจฉัยอุทธรณ์วางหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดของผู้บังคับบัญชาโดยคำพิพากษาในชั้นอุทธรณ์หรือคำตัดสินชี้ขาดคำร้องด้วย ทั้งนี้เนื่องจากหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาถือได้ว่าเป็นหลักกฎหมายที่มีความใหม่เนื่องจากได้ก่อตัวชัดเจนในขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 และไม่เคยมีการการดำเนินคดีโดยอาศัยหลักกฎหมายความรับผิดของผู้บังคับบัญชาโดยองค์กฤษฎีธรรมระหว่างประเทศมาก่อนเลยนับแต่หลักกฎหมายได้ถูกบรรจุในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่หนึ่ง ซึ่งทำให้ผู้พิพากษาของศาล ICTY ได้สังเกตเห็นถึงความสำคัญในการสร้างความชัดเจนเกี่ยวกับหลักกฎหมายดังกล่าวดังจะเห็นได้จากในคำพิพากษาของศาล ICTY หลาย ๆ คดีจะมีส่วนที่อธิบายเกี่ยวกับรายละเอียดของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาเป็นส่วนที่แยกต่างหากโดยเฉพาะ และหากศาลในคดีต่อ ๆ มาเห็นว่ายังมีประเด็นเกี่ยวข้องที่สำคัญอันควรได้รับการค้นหาความชัดเจนเกี่ยวกับหลักกฎหมายศาลจะวางหลักเพิ่มเติมจนทำให้เกิดความชัดเจนและสมบูรณ์อย่างมากในเรื่องหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชา

ในส่วนที่จะได้กล่าวถึงต่อไปในบทที่ 3 และ 4 นี้เป็นแนวคำพิพากษาของศาล ICTY เกี่ยวกับลักษณะของหลักกฎหมาย และองค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาตามลำดับ เพื่อพิสูจน์ให้เห็นว่าแนวคำพิพากษาของศาล ICTY ได้สร้างความเด่นชัดเกี่ยวกับหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาอย่างไรอันเป็นการพิสูจน์ถึงสมมุติฐานของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ แต่ก่อนอื่นจะได้กล่าวถึงเรื่องเขตอำนาจการพิจารณาของศาล ICTY เพื่อเพิ่มความเข้าใจถึงแนวทางการวินิจฉัยของศาลยิ่งขึ้นก่อนที่จะกล่าวถึงประเด็นเกี่ยวกับความรับผิดของผู้บังคับบัญชาในช่วงถัดไป

### 3.1 เขตอำนาจในการพิจารณา (Jurisdiction)

เขตอำนาจการพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียเน้นพิจารณาแยกออกได้เป็น 3 ลักษณะคือ เขตอำนาจเหนือบุคคล เขตอำนาจเหนือพื้นที่และเขตอำนาจเหนือ

ฐานความผิด ตามมาตรา 6<sup>1</sup> ของตราสารก่อตั้งได้กำหนดเขตอำนาจของศาลให้มีเขตอำนาจเหนือบุคคลธรรมดาเท่านั้น ซึ่งในปัจจุบันเป็นที่ปราศจากข้อโต้แย้งแล้วว่าบุคคลธรรมดาสามารถถูกดำเนินคดีอาญาได้ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ขณะเดียวกันเขตอำนาจเหนือพื้นที่ของศาลได้ถูกกำหนดขอบเขตไว้เฉพาะพื้นที่อดีตยูโกสลาเวีย<sup>2</sup> เขตอำนาจทั้งสองแบบได้ถูกกำหนดอย่างชัดเจนและได้รับการยอมรับทำให้ไม่เกิดข้อโต้แย้งเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลดังกล่าว แต่ประเด็นที่สำคัญและเกิดข้อโต้แย้งขึ้นในการพิจารณาคดีคือเรื่องเขตอำนาจเหนือความผิดซึ่งเป็นปัญหาที่ถือว่ามีความซับซ้อนเนื่องไม่อาจยังรู้ได้ชัดเจนโดยเพียงอาศัยถ้อยคำที่บัญญัติในตราสารก่อตั้งศาลเท่านั้น และการที่ศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียได้วินิจฉัยในเรื่องนี้ก่อให้เกิดความชัดเจนและประโยชน์แก่กฎหมายระหว่างประเทศในระดับหนึ่ง

เขตอำนาจการพิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียกล่าวโดยเฉพาะคือเขตอำนาจเหนือความผิด (Subject-matter Jurisdiction) ปราบปรามตามตรา 2, 3, 4 และ 5<sup>3</sup> ของตราสารก่อตั้งศาล ICTY ซึ่งปรากฏข้อโต้แย้งถึงเรื่องเขตอำนาจของศาลว่าเขตอำนาจในการพิจารณาคดีความผิดตามตรา 2, 3 และ 5 นั้นถูกจำกัดเฉพาะอาชญากรรมที่ถูกกระทำในระหว่างความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับระหว่างประเทศหรือไม่ ซึ่งในคดี Prosecutor v Dusco TADIC et al ได้วางหลักในประเด็นดังกล่าวไว้

#### ศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวีย<sup>4</sup>

คณะพิจารณาอุทธรณ์ คดีเลขที่ IT-94-1 : วันที่ 2 October 1995

คำพิพากษาคดี: Prosecutor v Dusco TADIC et al. (คำตัดสินชี้ขาดคำร้องกรณีเขตอำนาจศาล)

จำเลย Dusco TADIC ตำแหน่ง ทหารในกองทัพชาวเซิร์บ

จำเลยร่วม Goran BORONOVIC ตำแหน่ง ทหารในกองทัพชาวเซิร์บ

**ข้อเท็จจริง** ในช่วงระหว่าง 23 มีนาคม 1992 ถึง 31 ธันวาคม 1992 กองทัพเซิร์บได้โจมตีศูนย์กลางชุมชนชาวบอสเนียมุสลิมและบอสเนียโครแอตในพื้นที่ Prejidor บอสเนียเฮอเซโกวีนา ชาวมุสลิมและโครแอตส่วนใหญ่ถูกบังคับให้ออกจากบ้านที่ตนอยู่ และถูกควบคุมให้อยู่ในค่าย

<sup>1</sup> ICTY statute, article 6 Personal jurisdiction states 'The International Tribunal shall have jurisdiction over natural persons pursuant to the provisions of the present Statute.'

<sup>2</sup> ICTY statute, article 1.

<sup>3</sup> ICTY statute, article 2, 3, 4, 5 states the offences that ICTY has jurisdiction. (Grave breaches of the Geneva Conventions of 1949, Violations of the laws or customs of war, Genocide and Crimes against humanity)

<sup>4</sup> <http://www.un.org/icty/cases-e/index-e.htm>

กักกัน Omarska, Keraterm และ Trnopolje โดย TADIC ได้เข้าร่วมในการโจมตี จับกุม ฆาตกรรม และปฏิบัติอย่างทารุณต่อชาวมุสลิมและชาวโครแอตในพื้นที่ Prejidor ทั้งในและนอกค่ายกักกัน ส่วน BORONOVIC ได้ร่วมกับ TADIC ฆ่าชาวมุสลิมในพื้นที่ Korsac

**ข้อกล่าวหา** จำเลยทั้งสองต้องรับผิดชอบในการมีส่วนร่วมกระทำอาชญากรรมในข้อหา อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ละเมิดอนุสัญญาเจนีวา ละเมิดต่อกฎหมายและจารีตประเพณีสงคราม

**คำตัดสิน** ศาลตัดสินว่าศาลมีอำนาจวินิจฉัยคำร้องประเด็นความชอบด้วยกฎหมายในการก่อตั้งศาลด้วยตนเอง และศาลมีเขตอำนาจในการพิจารณาเหนือคดีนี้

คำตัดสินชี้ขาดคำร้องอุทธรณ์ประเด็นเขตอำนาจศาลในคดีดังกล่าวคณะพิจารณาอุทธรณ์ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับเขตอำนาจเหนือความผิดของศาลโดยวางหลักไว้ ดังนี้

“มาตรา 2 แห่งตราสารก่อตั้งนั้นบังคับใช้กับความผิดที่กระทำเฉพาะในความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับระหว่างประเทศ”<sup>5</sup>

“มาตรา 3 เป็นบททั่วไปที่ครอบคลุมการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมที่ไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 2 หรือที่ถูกครอบคลุมโดยมาตรา 4 หรือ 5 กล่าวโดยเฉพาะก็คือการฝ่าฝืนกฎหมายกรุงเฮก เรื่องความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับระหว่างประเทศ การฝ่าฝืนบทบัญญัติอนุสัญญาเจนีวาที่ไม่ใช่กรณีที่เกิดเป็นการฝ่าฝืนอย่างร้ายแรง (Grave breaches) การฝ่าฝืนมาตรา 3 ของอนุสัญญากรุงเจนีวาและกฎเกณฑ์จารีตประเพณีในความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธภายใน และการฝ่าฝืนความตกลงที่ผูกพันฝ่ายในความขัดแย้งซึ่งถือเป็นกฎหมายสนธิสัญญาได้แก่ความตกลงต่าง ๆ ที่ไม่เปลี่ยนรูปเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ”<sup>6</sup>

“ในยุคนี้อาจเป็นกฎที่ยุติชัดเจนเกี่ยวกับหลักกฎหมายในกฎหมายจารีตระหว่างประเทศประเพณีว่าอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระหว่างประเทศ”<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Appeals Chamber Prosecutor v. Dusko TADIC et al., Jurisdiction decision, para. 84. '[...] Article 2 of the Statute only applies to offences committed within the context of international armed conflicts.'

<sup>6</sup> Ibid., para. 89. '[...] Article 3 is a general clause covering all violations of humanitarian law not falling under Article 2 or covered by Articles 4 or 5, more specifically: (i) violations of the Hague law on international conflicts; (ii) infringements of provisions of the Geneva Conventions other than those classified as "grave breaches" by those Conventions; (iii) violations of common Article 3 and other customary rules on internal conflicts; (iv) violations of agreements binding upon the parties to the conflict, considered qua treaty law, i.e., agreements which have not turned into customary international law.'

<sup>7</sup> Ibid., para. 141 "It is by now a settled rule of customary international law that crimes against humanity do not require a connection to international armed conflict.[...]"

จากหลักกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลที่ศาล ICTY ได้วินิจฉัยเขตอำนาจเหนือความผิดของตนแสดงความชัดเจนว่าศาลมีเขตอำนาจเหนือความผิดภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมอย่างกว้างขวางไม่ว่าความผิดจะได้กระทำการในภาวะความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับระหว่างประเทศหรือระดับภายในประเทศ ตามความมุ่งหมายที่มาตรา 2,3,4 และ 5 ของตราสารก่อตั้งศาล ICTY ได้บัญญัติไว้

อย่างไรก็ดีก่อนที่ศาลจะได้วินิจฉัยถึงเขตอำนาจของตนเหนือความผิด คณะพิจารณาอุทธรณ์ (Appeal chamber) ได้แยกประเด็นการพิจารณาโดยมีความเห็นว่าควรหาความหมายของตราสารก่อตั้งศาลก่อนว่า ตามตราสารก่อตั้งนั้นเขตอำนาจหมายรวมถึงการกระทำ ความผิดเฉพาะที่กระทำการในระหว่างความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระหว่างประเทศหรือไม่ เพราะบางมาตราของตราสารก่อตั้งไม่มีความชัดเจนว่า ต้องปรับใช้กับการกระทำความผิดที่เกิดในความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับระหว่างประเทศอย่างเดียวหรือกับความผิดที่กระทำในความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับภายในด้วยเช่นเดียวกัน

เนื่องจากตามมาตรา 2<sup>8</sup> ซึ่งได้อ้างถึงการฝ่าฝืนอนุสัญญาเจนีวาปี 1949 (Grave breaches) ซึ่งเป็นที่ทราบอย่างกว้างขวางว่าเป็นการกระทำการฝ่าฝืนเฉพาะในความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับระหว่างประเทศ ดังนั้นการอ้างอิงตามมาตรา 2 จึงเหมือนการบอกว่ามาตรานี้ควรจำกัดเฉพาะความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับระหว่างประเทศเท่านั้น แม้ว่าปัจจุบันกระแสการพัฒนาของกฎหมายจะเห็นความสำคัญของลักษณะของความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธในกฎหมายมนุษยธรรมน้อยลง ศาลจึงได้มีความเห็นว่าเขตอำนาจศาลเหนือฐานความผิดตามมาตรา 2 ของตราสารก่อตั้งคือ การฝ่าฝืนอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวา ปี 1949 ในความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับระหว่างประเทศ

ส่วนกรณีมาตรา 3<sup>9</sup> ของตราสารก่อตั้งที่ไม่ปรากฏการอ้างอิงใด ๆ ที่ชัดเจนเกี่ยวกับลักษณะความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธ การแปลความตามตัวบทมาตรานี้เพียงอย่างเดียวอาจทำให้คิดได้ว่าสามารถปรับใช้กับความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธทั้งในระดับภายในและระดับระหว่าง

<sup>8</sup> ICTY statute, article 2 'The International Tribunal shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949 .....

<sup>9</sup> ICTY statute, article 3. 'The International Tribunal shall have the power to prosecute persons violating the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to...'



ประเทศซึ่งขัดแย้งกับมาตรา 5<sup>10</sup> ที่กำหนดให้อำนาจศาลอย่างชัดเจนเหนืออาชญากรรมที่กระทำลงทั้งในความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับภายในและระดับระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามเกิดข้อโต้แย้งว่ามาตรา 3 ควรปรับใช้เพียงกับความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธลักษณะเดียวกันเท่านั้นเพราะตัวบทไม่ได้บัญญัติเช่นเดียวกับมาตรา 5 เพื่อการทราบชัดถึงความหมายและขอบเขตของบทบัญญัติที่กล่าวมา ศาลได้พิจารณาถึงวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายเบื้องหลังการบัญญัติตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวีย โดยพิจารณามติคณะมนตรีความมั่นคงสหประชาชาติที่ 827 ก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวีย

เนื่องจากมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 827 ได้ระบุถึงวัตถุประสงค์เพื่อนำบุคคลที่ต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในพื้นที่อดีตยูโกสลาเวียเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเพื่อผลในการยับยั้งการละเมิดที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตและการสร้างสันติภาพและความมั่นคงขึ้นใหม่ในพื้นที่ จากเนื้อหาที่คณะมนตรีความมั่นคงได้มีมติชี้ให้เห็นว่ามีความมุ่งหมายให้วัตถุประสงค์เหล่านี้ประสบความสำเร็จโดยไม่อ้างอิงถึงความขัดแย้งในอดีตยูโกสลาเวียว่าเป็นระดับระหว่างประเทศหรือระดับในประเทศ เนื่องจากขณะที่มีการร่างตราสารก่อตั้งสมาชิกคณะมนตรีความมั่นคงสหประชาชาติทราบดีว่าสถานการณ์ความขัดแย้งในอดีตยูโกสลาเวียมีลักษณะทั้งระดับระหว่างประเทศและระดับในประเทศ<sup>11</sup> ลักษณะที่หลากหลายของความขัดแย้งนี้ปรากฏหลักฐานคือความตกลงทั้งหลายที่ทำโดยหลายฝ่ายเพื่อผูกพันตนเองกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายมนุษยธรรมซึ่งสะท้อนถึงมุมมองระหว่างประเทศต่อความขัดแย้งภายในอดีตยูโกสลาเวีย<sup>12</sup> และถ้อยแถลงของคณะมนตรีความมั่นคงจำนวนมากแสดงถึงการทราบดีว่าความขัดแย้งในอดีตยูโกสลาเวียมีลักษณะผสมโดยหลายครั้งได้อ้างถึงการฝ่าฝืนอนุสัญญากรุงเจนีวาปี 1949 และการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอื่น ซึ่งชัดเจนว่าครอบคลุมถึงกฎหมายที่ใช้บังคับกับความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับภายใน<sup>13</sup> นั่นคือการจงใจไม่ระบุแบ่งแยกชัดถึงลักษณะของความขัดแย้งในอดีตยูโกสลาเวียของคณะมนตรีความมั่นคงเพื่อไม่ก่อให้เกิดผลผูกพันศาล<sup>14</sup> ย่อมหมายความว่า คณะมนตรีความมั่นคงโดยตราสารก่อตั้งมุ่งหมายให้อำนาจศาลอาญาระหว่าง

<sup>10</sup> ITCY statute, article 5 ‘The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character...’

<sup>11</sup> Appeals Chamber, Tadic Case, Jurisdiction decision. para. 72

<sup>12</sup> Ibid., para. 73.

<sup>13</sup> Ibid., para. 75.

<sup>14</sup> Ibid., para. 76 .

ประเทศอดีตยูโกสลาเวียในการพิจารณาตัดสินการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมที่เกิดขึ้นทั้งใน  
ความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับภายในและระดับระหว่างประเทศ<sup>15</sup>

สำหรับปัญหาเกี่ยวกับมาตรา 3 ของตราสารก่อตั้งศาล ICTY  
เพียงใด ศาลได้พิจารณาสิ่งสำคัญสองประการคือ

- 1) ตัวบทมาตรา 3 ของตราสารก่อตั้งศาล ICTY
- 2) บันทึกรายงานต่าง ๆ ในกระบวนการก่อตั้งศาล (Travaux préparatoires)

ศาลได้แปลความบทบัญญัติตามตัวบทว่า มาตรา 3 ได้ระบุกว้าง ๆ ถึงประเภทของ  
ความผิดโดยใช้คำว่า การละเมิดกฎหมายและจารีตประเพณีสงครามทุกกรณีและได้ยกตัวอย่าง  
ของการกระทำความผิด<sup>16</sup> นั่นคือมาตรา 3 ได้ให้อำนาจศาลเห็นความผิดร้ายแรงใด ๆ ต่อ  
กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ไม่ถูกครอบคลุมโดยมาตรา 2,4 และ 5<sup>17</sup> โดยศาลเห็นว่า  
คำว่า “การละเมิดกฎหมายและจารีตประเพณีสงคราม (Violation of the laws or custom of  
war)” ซึ่งปรากฏในมาตรา 3 เป็นคำที่ใช้ได้อย่างเหมาะสมจนเป็นเอกลักษณ์ เมื่อกฎหมายมีการ  
ใช้คำว่า “สงครามและกฎหมายการสงคราม(War and laws of warfare)” ได้รับการยอมรับมาก  
และภายหลังได้ถูกแทนที่โดยการใช้คำว่า “ความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธ (Armed conflicts) โดย  
ถูกนำมาใช้ในอนุสัญญากรุงเจนีวาปี 1949 และคำว่า “กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับความ  
ขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธ (International law of armed conflict)” หรือปัจจุบันที่มีการใช้คำว่า  
“กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ(International humanitarian law)” ซึ่งเกิดขึ้นโดยเป็นผล  
มาจากอิทธิพลของหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่มีต่อกฎหมายเกี่ยวกับความขัดแย้งด้วยกำลัง  
อาวุธ และเนื่องจากอีกเหตุผลคือมาตรา 3 ได้ใช้ถ้อยคำตามอนุสัญญากรุงเฮกซึ่งได้รับการ  
ยอมรับว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีที่ทำให้เกิดขอบเขตสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศ  
เกี่ยวกับมนุษยธรรม นั่นคืออาจกล่าวได้ว่ามาตรา 3 นี้เป็นบททั่วไปที่อุดช่องว่างทางกฎหมาย  
เกี่ยวกับอำนาจศาลตามความมุ่งหมายของตราสารก่อตั้งศาล ICTY

อย่างไรก็ดีศาลได้พิจารณาถึงมุมมองของเลขาธิการสหประชาชาติที่ว่าปัจจุบันการใช้คำ  
ว่ากฎหมายประเพณีสงคราม (The traditional laws of warfare) เป็นการใช้คำที่มีความถูกต้อง

<sup>15</sup> Ibid., para. 77.

<sup>16</sup> Ibid., para. 87.

<sup>17</sup> Ibid., para. 91.

เหมาะสมกว่าคำว่ากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และข้อบังคับกรุงเฮก (Hague regulation) เป็นส่วนสำคัญของกฎหมายดังกล่าวซึ่งผู้เขียนมีความเห็นเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ เลขาธิการสหประชาชาติได้ยอมรับว่าข้อบังคับกรุงเฮกมีขอบเขตที่กว้างกว่าอนุสัญญากรุงเจนีวา เพราะนอกจากครอบคลุมทั้งเรื่องการคุ้มครองพลเมือง เอลยศึก (Prisoners of war) ผู้ได้รับบาดเจ็บ หรือป่วยจากความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธแล้วยังรวมถึงการปฏิบัติในการทำ สงครามอีกด้วย จากข้อเท็จจริงดังกล่าวย่อมแสดงให้เห็นว่ามาตรา 3 ได้ถูกร่างขึ้นโดยมี จุดมุ่งหมายที่จะให้ครอบคลุมกฎหมายจากอนุสัญญากรุงเจนีวาและอนุสัญญากรุงเฮก ขณะเดียวกันเลขาธิการสหประชาชาติได้ชี้ว่า ความผิดที่ได้ยกตัวอย่างตามมาตรา 3 เกี่ยวกับ อนุสัญญากรุงเฮก ซึ่งไม่ปรากฏในอนุสัญญากรุงเจนีวา และจากตัวบทที่ใช้คำว่า “ต้องรวมถึงแต่ ไม่จำกัดเฉพาะ” ความผิดที่ได้ยกตัวอย่างในมาตรา 3 ทำให้แปลความหมายของมาตรา 3 ได้ว่า หมายถึงความผิดที่อยู่ในอำนาจของศาลอันรวมถึงการฝ่าฝืนอื่น ๆ ต่อกฎหมายมนุษยธรรม ระหว่างประเทศ ข้อจำกัดประการเดียวคือตามมาตรา 3 นี้ไม่รวมความผิดที่ได้ถูกครอบคลุมไว้แล้ว ตามมาตรา 2 นั่นเอง<sup>18</sup>

ศาลยังได้พิจารณาถึงการแปลความมาตรา 3 แบบดังที่กล่าวไว้ในวรรคก่อนว่าได้เกิดขึ้นใน การประชุมของคณะมนตรีความมั่นคงเพื่อมีมติในการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอดีต ยูโกสลาเวีย ซึ่งได้มีประเทศสมาชิกคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้แก่ ฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา และ สหราชอาณาจักร ได้แสดงความเห็นถึงมาตรา 3 ของตราสารก่อตั้งนี้ว่า ครอบคลุมถึงพันธกรณีที่ก่อตัวจากความตกลงที่ใช้บังคับระหว่างฝ่ายที่เกิดความขัดแย้งด้วย กำลังอาวุธด้วย นั่นคือรวมถึงมาตรา 3 ของอนุสัญญากรุงเจนีวาและพิธีสารเพิ่มเติมทั้งสองฉบับ เช่นเดียวกับรวมถึงสนธิสัญญาอื่นที่ฝ่ายที่มีความขัดแย้งได้เข้าร่วมเป็นภาคี ซึ่งตัวแทนจาก ประเทศยังการียังได้เน้นเพิ่มเติมว่าอำนาจการพิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศอดีต ยูโกสลาเวียนี้ครอบคลุมทั้งหมดของขอบเขตกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและตลอด ระยะเวลาของความขัดแย้งในเขตพื้นที่ทั้งหมดของอดีตยูโกสลาเวีย<sup>19</sup> ซึ่งความเห็นต่าง ๆ เหล่านี้ ไม่มีตัวแทนอื่นโต้แย้ง นั่นคือมาตรา 3 นี้มีการครอบคลุมขอบเขตที่กว้างกว่าความผิดที่ได้ปรากฏ ในกฎหมายกรุงเฮก<sup>20</sup>อีกด้วย

<sup>18</sup> Ibid., para. 87.

<sup>19</sup> Ibid., para. 88.

<sup>20</sup> Ibid.

สำหรับกรณีความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามมาตรา 5 นั้น ศาลมีความเห็นว่าการก่อตัวของความผิดนี้เกิดขึ้นในการพิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองโดยถูกกำหนดตามมาตรา 6 วรรค 2(c) ของกฎบัตรนูเรมเบิร์ก ซึ่งต่อมาได้รับการยืนยันในปี 1948 โดยสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ แม้เกิดมีข้อโต้แย้งที่ว่าความผิดนี้ก่อตัวจำกัดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมต่อสันติภาพหรืออาชญากรรมสงครามและหลักนี้ยังคงอยู่ในกฎหมายนั้นคือความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติจะเกิดขึ้นได้เฉพาะในความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับระหว่างประเทศเท่านั้น การที่ตัวบทตามมาตรา 5 ที่กำหนดอำนาจศาลให้มีอำนาจการพิจารณาการกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติทั้งที่ถูกระงับในความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับภายในและระดับระหว่างประเทศจึงเป็นการฝ่าฝืนหลัก “ไม่มีความผิดถ้าไม่มีกฎหมาย (*Nullum crimen sine lege*)” เพราะเป็นการบัญญัติกฎหมายภายหลังการเกิดการกระทำความผิด แต่ศาลกลับมีความเห็นว่าในยุคปัจจุบันเป็นที่ชัดเจนเกี่ยวกับหลักกฎหมายในกฎหมายจารีตประเพณีว่าอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระหว่างประเทศ<sup>21</sup> นั่นคือ ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไม่ว่าเกิดขึ้นในภาวะความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับภายในประเทศหรือระดับระหว่างประเทศศาล ICTY ย่อมมีอำนาจพิจารณาคดีในความผิดนั้นซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าเป็นหลักการที่ถูกต้องเพราะหากพิจารณาที่การกระทำความผิดฐานดังกล่าวจะพบว่ามีความร้ายแรงเกิดความเสียหายต่อมนุษยชาติไม่ต่างกันไม่ว่าจะเกิดในภาวะความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับภายในประเทศหรือระดับระหว่างประเทศ และน่าจะเป็นเรื่องที่ไม่ชอบด้วยเหตุผลหากการกระทำความผิดแบบเดียวกันแต่ได้เกิดขึ้นในเวลาที่ต่างกันกลับไม่สามารถถูกดำเนินคดีสำหรับการกระทำเหล่านั้นได้เหมือนกัน

จากแนวทางคำพิพากษาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลเหนือฐานความผิดนี้ทำให้ทราบขอบเขตอำนาจการพิจารณาของศาล ICTY ตามมาตรา 2,3,4, และ 5 ของตราสารก่อตั้งว่าครอบคลุมถึงการฝ่าฝืนกฎหมายกรุงเฮก เรื่องความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับระหว่างประเทศ การฝ่าฝืนอนุสัญญากรุงเจนีวาที่ไม่ใช่กรณีที่เกิดเป็นการฝ่าฝืนอย่างร้ายแรง การฝ่าฝืนมาตรา 3 ของอนุสัญญากรุงเจนีวาและกฎเกณฑ์จารีตประเพณีในความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธภายใน และการฝ่าฝืนความตกลงที่ผูกพันฝ่ายในความขัดแย้งที่ยังไม่เปลี่ยนรูปเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ นั่นคือศาลมีอำนาจครอบคลุมขอบเขตทั้งหมดของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ นอกจากทำให้ทราบถึงขอบเขตอำนาจการพิจารณาแล้วยังทำให้ทราบถึงกระบวนการวิธีในการค้นหาขอบเขตอำนาจซึ่งพบว่า ศาลได้พิจารณาถึงจุดมุ่งหมายของการก่อตั้งศาลโดยดูจากเจตนาของคณะมนตรีความมั่นคงและได้ใช้ระบบและหลักเหตุผลใน

<sup>21</sup> Ibid., para. 141

การตีความตราสารก่อตั้งรวมถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ สิ่งสำคัญที่ศาลได้นำมาใช้เป็นหลักในการหาเจตนารมณ์ของตราสารก่อตั้งคือบันทึกรายงานต่าง ๆ ในกระบวนการก่อตั้งศาล (Travaux préparatoires) สนธิสัญญาระหว่างประเทศรวมถึงการปฏิบัติของรัฐแนวทางในการค้นหาหลักกฎหมายนี้เป็นประโยชน์ในการพิจารณาหลักกฎหมายในกฎหมายระหว่างประเทศ การที่ศาลวางหลักเกี่ยวกับอำนาจการพิจารณาว่าศาลมีอำนาจในการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศถือว่าเป็นประเด็นที่สำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากปัจจุบันยังไม่มีประมวลกฎหมายอาญาระหว่างประเทศและข้อบัญญัติในตราสารก่อตั้งศาล ICTY ไม่ถือเป็น การบัญญัติกฎหมายอาญาขึ้นมาใหม่ ดังนั้นหากหลักกฎหมายความรับผิดของผู้บังคับบัญชาตามตราสารก่อตั้งศาล ICTY ไม่มีความสอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายตามตราสารก่อตั้งศาลย่อมไม่มีผลบังคับใช้ ศาลมีหน้าที่ที่จะต้องค้นหาถึงหลักกฎหมายของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาในกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อนำมาปรับใช้ในการดำเนินคดี นั่นเอง ดังนั้นด้วยเหตุดังกล่าวประเด็นที่จะกล่าวถึงเป็นลำดับต่อไปคือหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชามีลักษณะอย่างไรและเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่อย่างไร ดังนี้

### 3.2 คุณลักษณะทางกฎหมายและสถานะภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชา (Legal Character of Command Responsibility and its Status under Customary International Law)

เนื่องจากบุคคลที่กระทำความผิดที่ถูกดำเนินคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศคือ ตูโกสลาเวีย่นั้นสามารถถูกตัดสินลงโทษตามกฎหมายซึ่งภายใต้เขตอำนาจศาลเหนือความผิดนั้นกฎหมายที่ศาลสามารถนำมาใช้ได้ครอบคลุมกฎหมายมนุษยธรรมอย่างกว้างขวางดังปรากฏในหัวข้อเขตอำนาจการพิจารณาของศาลก่อนหน้านี้ซึ่งรวมถึงกฎหมายจารีตประเพณีด้วย การพิจารณาถึงลักษณะทางกฎหมายของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาจึงมีความสำคัญเนื่องจากปัจจุบันยังไม่มีประมวลกฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่กำหนดความผิดอาญาระหว่างประเทศหรือรูปแบบของความรับผิดของปัจเจกบุคคล และตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศคือ ตูโกสลาเวีย่นั้นไม่ถือว่าเป็นการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่ ดังนั้นความรับผิดของผู้บังคับบัญชานี้นอกจากจะต้องเป็นไปตามตราสารก่อตั้งแล้วยังจะต้องสอดคล้องกับหลักกฎหมายที่ปรากฏในกฎหมายจารีตประเพณีด้วย ความรับผิดของผู้บังคับบัญชามีสองประเภทที่มีความแตกต่างกันได้แก่ความรับผิดสำหรับผู้บังคับบัญชากรณีมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดอันมีที่มาจากหลักกฎหมายทั่วไป แตกต่างจากหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาในอีกรูปแบบหนึ่งที่มีความรับผิดเกิดจากการละเว้นการใช้มาตรการเพื่อป้องกันหรือยับยั้งการกระทำความผิด

ของผู้ได้บังคับบัญชา หรือละเว้นการลงโทษผู้ได้บังคับบัญชาที่กระทำความผิดซึ่งจะถูกเข้าใจได้ เมื่อมองในรูปหลักของความรับผิดชอบทางอาญาที่จะเกิดขึ้นสำหรับการละเว้นการกระทำของผู้บังคับบัญชาเมื่อมีพันธกรณีตามกฎหมายให้ต้องกระทำหน้าที่ที่กฎหมายบัญญัติ

หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาได้กำหนดความรับผิดชอบไว้สำหรับกรณีที่ผู้บังคับบัญชา ละเว้นการกระทำหน้าที่ที่ต้องกระทำใน 2 รูปแบบตามตราสารก่อตั้งคือ

- 1) การละเว้นการใช้มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมเพื่อป้องกันการกระทำความผิดและ
- 2) การละเว้นการใช้มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด

ซึ่งศาล ICTY ได้วินิจฉัยวางหลักเกี่ยวกับเรื่องความเป็นจารีตประเพณีของหลักกฎหมาย ดังกล่าวโดยปรากฏในคดี Prosecutor v. Delalic et al (Celebici case), Prosecutor v. Tihomir BLASKIC และ Prosecutor v. Enver HADZIHASANOVIC et al. ดังนี้

### ศาลอาญาระหว่างประเทศอติตยูโกสลาเวีย<sup>22</sup>

คณะพิจารณาชั้นต้น คดีเลขที่ IT-96-21-T : วันที่ 16 November 1998

คำพิพากษาคดี: Prosecutor v. Zejnil DELALIC et al. (Celebici Case)

จำเลย Zejnil DELALIC ตำแหน่ง ผู้บังคับบัญชาหน่วยยุทธวิธีที่ 1 กองทัพบอสเนีย

มุสลิม จำเลยร่วม Zdravko MUCIC ตำแหน่ง ผู้บัญชาการค่ายกักกันเซเลบิซี

จำเลยร่วม Hazim DELIC ตำแหน่ง ผู้ช่วยผู้บัญชาการค่ายกักกันเซเลบิซี

จำเลยร่วม Esad LANDZO ตำแหน่ง เจ้าหน้าที่ควบคุมประจำค่ายเซเลบิซี

**ข้อเท็จจริง** ในเดือน พฤษภาคม ปี 1992 กองกำลังผสมบอสเนียมุสลิมและบอสเนียโครแอต เข้าโจมตีและควบคุมเขตพื้นที่ Konjic ซึ่งฝ่ายบอสเนียเซิร์บมีอิทธิพลอยู่ก่อน และบังคับขับไล่ ชาวบอสเนียเซิร์บไปจากที่อยู่ โดยส่วนหนึ่งทั้งชายหญิงได้ถูกกักกันอยู่ในค่ายกักกันใน หมู่บ้านเซเลบิซีซึ่งผู้ถูกกักกันได้ถูกฆ่า ทรมาน ทารุณกรรมทางเพศ ฆาตกรรม และถูกกระทำโหดร้าย เหมือนไม่ใช่มนุษย์ การกักกันในค่ายกักกันเซเลบิซีเริ่มในช่วง พฤษภาคม 1992 และปิดตัวลงเมื่อ ธันวาคม 1992

**ข้อกล่าวหา** จำเลยทั้งสี่ถูกฟ้องในข้อหาละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญากรุงเจนีวาและละเมิด กฎหมายและจารีตประเพณีสงคราม โดยกระทำต่อผู้ถูกกักกันชาวเซิร์บในค่ายเซเลบิซี โดยจำเลย สามคนคือ DELALIC, MUCIC และ DELIC ต้องรับผิดชอบทั้งตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา ตามมาตรา 7(3) และความรับผิดชอบโดยตรงตามมาตรา 7(1) ของตราสารก่อตั้งศาล ICTY

**คำตัดสิน** พิพากษายกฟ้อง Zejnil DELALIC

<sup>22</sup> <http://www.un.org/icty/cases-e/index-e.htm>

Zdravko MUCIC ถูกพิพากษาลงโทษจำคุก 7 ปี

Hazim DELIC ถูกพิพากษาลงโทษจำคุก 20 ปี

Esad LANDZO ถูกพิพากษาจำคุก 15 ปี

คดีนี้ศาลได้วางหลักว่า

**“หลักความรับผิดทางอาญาของปัจเจกบุคคลผู้เป็นผู้บังคับบัญชาที่ละเว้นไม่ป้องกันหรือยับยั้งอาชญากรรมที่กระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ”<sup>23</sup>**

จากหลักกฎหมายที่ศาลได้แสดงความชัดเจนว่าหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาสำหรับการละเว้นการป้องกันไม่ให้ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำความผิดมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศก่อให้เกิดผลที่สำคัญคือ

- 1) เกิดความชัดเจนว่าการบังคับใช้หลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาสำหรับการละเว้นการกระทำเพื่อป้องกันไม่เป็นการฝ่าฝืนหลัก *Nullum Crimen sine Lege*
- 2) จากวิธีการของศาล ICTY ในการวินิจฉัยถึงสถานะของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาซึ่งถือได้ว่าเป็นครั้งแรกที่มีการวินิจฉัยโดยองค์การยุติธรรมระหว่างประเทศที่ทำให้เกิดความชัดเจนของวิธีการ (Approach) ในภาคปฏิบัติของการพิจารณาหลักกฎหมายว่ามีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีหรือไม่

จากหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับความเป็นกฎหมายจารีตประเพณีของหลักเกณฑ์ใด ๆ ในกฎหมายระหว่างประเทศนั้น เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าจะต้องประกอบไปด้วยสิ่งสำคัญสองประการคือ

- 1) การปฏิบัติของรัฐ (States Practice) และ
- 2) ความเห็นร่วมกันในสังคมระหว่างประเทศว่าเป็นกฎหมายที่จะต้องเคารพ (Opinio Juris)

<sup>23</sup>

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Trial Chamber, Prosecutor v Delalic et al. (Celebici case), Judgement. Case No.: IT-96-21-T. 16 November 1998 para. 343. [...] the principle of individual criminal responsibility of superiors for failure to prevent or repress the crimes committed by subordinates forms part of customary international law.'

ดังนั้นการที่ศาล ICTY ได้วางหลักว่าหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่เพื่อป้องกันหรือยับยั้งการกระทำอาชญากรรมของผู้บังคับบัญชาเป็นกฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ศาลจึงต้องคำนึงถึงองค์ประกอบดังกล่าวนั่นเอง

ศาลโดยคณะพิจารณาชั้นต้นในคดี Celebici นี้ได้มีความเห็นว่า การที่ผู้บังคับบัญชาทหารและบุคคลอื่นที่ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจบังคับบัญชาอาจมีความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับการกระทำความผิดกฎหมายโดยผู้บังคับบัญชาได้ก่อตัวขึ้นอย่างมั่นคงในกฎหมายจารีตประเพณีและในกฎหมายสนธิสัญญา ซึ่งความรับผิดชอบทางอาญานี้ อาจเกิดขึ้นจากการมีส่วนร่วมของผู้บังคับบัญชา (Positive acts) หรือจากการละเว้นการกระทำ (Culpable omission) นั่นคือผู้บังคับบัญชาอาจต้องรับผิดชอบทางอาญาไม่เพียงแต่จากการสั่งการ การก่อหรือการวางแผนอาชญากรรมที่กระทำลงโดยผู้บังคับบัญชาเท่านั้น แต่ยังต้องรับผิดชอบสำหรับการละเว้นการใช้มาตรการเพื่อป้องกันหรือยับยั้งการกระทำความผิดของผู้บังคับบัญชาด้วย โดยศาลได้อ้างถึงรายงานของเลขาธิการสหประชาชาติในการอ้างอิง<sup>24</sup>

เพื่อสนับสนุนถึงความเห็นที่ว่าหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่มีความเป็นกฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลได้อ้างว่าปรากฏหลักฐานมากมายที่แสดงถึงความเป็นกฎหมายจารีตประเพณี หลักฐานหนึ่งที่ชัดเจนคือ หน้าที่ของผู้บังคับบัญชาทหารตามมาตรา 87 ของ Additional Protocol I ซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศได้กำหนดหน้าที่ที่ชัดเจนของผู้บังคับบัญชาให้ป้องกันบุคคลภายใต้การควบคุมของตนจากการกระทำละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและหน้าที่นี้เองที่เป็นพื้นฐานในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 7(3) ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอติยูโกสลาเวีย<sup>25</sup>

หลักฐานประการที่สองคืออนุสัญญากรุงเฮกปี 1907 ซึ่งศาลมีความเห็นว่านอกจากปรากฏการยอมรับหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในกฎหมายทหารภายใน แล้วในทางประวัติศาสตร์เป็นที่ยอมรับกันว่ารากของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชายุคใหม่ปรากฏในอนุสัญญากรุงเฮกปี 1907

จนกระทั่งหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 จึงได้ปรากฏหลักฐานอย่างสามที่แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลสำหรับการละเว้นการใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อป้องกันหรือ

<sup>24</sup> Report of the Secretary-General on the establishment of the International Tribunal , para. 56. 'A person in a position of superior authority should, therefore, be held individually responsible for giving the unlawful order to commit a crime under the present statute. But he should also be held responsible for failure to prevent a crime or to deter the unlawful behaviour of his subordinates. This imputed responsibility or criminal negligence is engaged if the person in superior authority knew, or had reason to know, that his subordinates were about to commit or had committed crimes and yet failed to take the necessary and reasonable steps to prevent or repress the commission of such crimes or to punish those who had committed them.' Cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 333.

<sup>25</sup> Ibid., para. 334.



ยับยั้งการฝ่าฝืนกฎหมายเกี่ยวกับความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธซึ่งได้ถูกบันทึกอย่างชัดเจนในบริบทของเอกสารระหว่างประเทศคือในรายงานที่เสนอต่อที่ประชุมเพื่อสันติภาพ (Preliminary Peace Conference) ในปี 1919 ซึ่งคณะกรรมการระหว่างประเทศเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ก่อสงครามและการบังคับโทษ (The International Commission on the Responsibility of the Authors the War and on Enforcement of Penalties) ได้ให้ความเห็นแนะนำว่าควรมีการตั้งศาลเพื่อดำเนินกับคดีบุคคลที่กระทำความผิดรวมถึงกับบุคคลที่ต้องรับผิดชอบภายใต้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา<sup>26</sup> แม้ความเห็นตามรายงานดังกล่าวจะไม่ได้รับการปฏิบัติแต่ผู้เขียนก็มีความเห็นสอดคล้องกับศาล ICTY ว่ารายงานดังกล่าวเป็นสิ่งที่บ่งบอกถึงการปฏิบัติของรัฐที่มีการยอมรับถึงความผิดกฎหมายของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในกฎหมายระหว่างประเทศอย่างน้อยตั้งแต่ภายหลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง

หลักฐานประการที่ 4 เกี่ยวกับการปฏิบัติของรัฐที่ศาลเห็นว่าสนับสนุนความยอมรับหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาคือการตรากฎหมายของประเทศต่าง ๆ จำนวนมากในช่วงเวลานั้นซึ่งศาลได้ยกตัวอย่างคือ

1) มาตรา 4 ของ The French Ordinance of 28 August 1944 เกี่ยวกับการยับยั้งอาชญากรรมสงคราม<sup>27</sup>

2) มาตรา 9 ของ The Chinese Law of 24 October 1946 สำหรับบังคับกับการพิจารณาคดีอาชญากรรมสงคราม<sup>28</sup>

ศาลยังได้อ้างถึงหลักฐานประเภทที่ 5 คือตัวอย่างการดำเนินคดีภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองที่ปรากฏว่าหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับการละเว้นการกระทำเพื่อป้องกันการกระทำความผิดได้ถูกอ้างเป็นพื้นฐานสำคัญสำหรับการกำหนดความรับผิดทางอาญาของบุคคลคือ

<sup>26</sup> Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties - Report Presented to the Preliminary Peace Conference, Versailles, 29 March 1919, reprinted in 14 AJIL, 95 (1920), p. 121. '[...]a tribunal be established for the prosecution of, *inter alia*, all those who, ordered, or with knowledge thereof and with power to intervene, abstained from preventing or taking measures to prevent, putting an end to or repressing violations of the laws or customs of war.' Cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 335.

<sup>27</sup> The French Ordinance of 28 August 1944, Concerning the Suppression of War Crimes, article 4 provided: 'Where a subordinate is prosecuted as the actual perpetrator of a war crime, and his superiors cannot be indicted as being equally responsible, they shall be considered as accomplices in so far as they have organised or tolerated the criminal acts of their subordinates.' Cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 336.

<sup>28</sup> The Chinese Law of 24 October 1946 article IX, 'Governing the Trial of War Criminals, stated: 'Persons who occupy a supervisory or commanding position in relation to war criminals and in their capacity as such have not fulfilled their duty to prevent crimes from being committed by their subordinates shall be treated as the accomplices of such war criminals.' Cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 337.

- 1) ในการพิจารณาคดีนายพล โทโมยุกิ ยามาซิตะ\* ชาวญี่ปุ่นของศาลทหารสหรัฐอเมริกาในกรุงมะนิลา<sup>29</sup>
- 2) ในการพิจารณาคดี United States v. Karl Brandt and others (*Medical Case*) ของศาลทหารสหรัฐอเมริกา ณ นครนูร์นเบิร์ก<sup>30</sup> คดีนี้มีการดำเนินคดีในช่วงปี 1946-1947 มีผู้ต้องหาคือนายแพทย์จำนวน 23 คน นำโดย Karl Brandt ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่การแพทย์อาวุโสของเยอรมัน ถูกกล่าวหาว่า กระทำอาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติและเป็นสมาชิกขององค์กรอาชญากรรม โดยกระทำการในรูปของการทดลองทางการแพทย์โดยใช้นักโทษและพลเรือนเป็นตัวทดลอง เช่น การทดสอบเชื้อมาลาเรีย การทดสอบสารพิษ การฆ่าเพื่อการวิจัยทางกายวิภาค เป็นต้น ซึ่งในที่สุดศาลได้มีคำพิพากษาให้ Karl Brandt กับผู้ต้องหาอื่นอีก 6 คน ถูกประหารชีวิต ผู้ต้องหา 9 คนถูกลงโทษจำคุก และยกฟ้อง 7 คน
- 3) ในการพิจารณาคดี United States v. Wilhelm List et al. (*Hostage Case*) ของศาลทหารสหรัฐอเมริกา ณ นครนูร์นเบิร์ก<sup>31</sup> คดีนี้ List กับพวกอีก 11 คนถูกฟ้องในข้อหาอาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งต้องรับผิดชอบเพราะเป็นผู้นำทหารเยอรมันเข้าปฏิบัติกรบในคาบสมุทรบอลข่าน ซึ่งทหารเยอรมันได้กระทำอาชญากรรมหลายอย่างรวมถึงการจับพลเมืองเป็นตัวประกันและสังหารนักโทษในพื้นที่ประเทศกรีซ อัลบาเนีย ยูโกสลาเวียและนอร์เวย์ ในช่วงตั้งแต่ปี 1941 ขึ้นไป ซึ่ง List กับผู้ต้องหาอื่นอีก 7 คนถูกลงโทษจำคุก ถอนฟ้องเนื่องจากการเจ็บป่วย 1 คน ยกฟ้อง 2 คน และกระทำอัตวินิบาตกรรมอีก 1 คน

<sup>29</sup> In Re Yamashita, 327 US 1, 14-16 (1945). This case was brought before the Supreme Court on petition for writ of *habeas corpus*, and presented the Court with the limited issue of whether the Military Commission in Manila possessed lawful jurisdiction to try Yamashita. It was alleged that such jurisdiction was lacking, *inter alia*, on the ground that the charges preferred against Yamashita failed to allege a violation of the laws of war. In rejecting this contention the Court described "the gist of the charge" against Yamashita as one of an unlawful breach of duty as an army commander to control the operations of his command by permitting them to commit a number of atrocities. Cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 338. see p.14 for more details.

<sup>30</sup> United States v. Karl Brandt et al., Vol. II, Trials of War Criminals before the Nürnberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, (U.S. Govt. Printing Office: Washington 1950) 186, (hereafter "TWC") p. 212 (relating to the criminal responsibility of the accused Schroeder). 'the law of war imposes on a military officer in a position of command an affirmative duty to take such steps as are within his power and appropriate to the circumstances to control those under his command for the prevention of acts which are violations of the law of war.' See also the tribunal's finding in relation to the accused Handloser, *ibid.*, p. 207. Cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 338.

<sup>31</sup> United States v. Wilhelm List et al., Vol. XI, TWC, 1230, 1303.' a corps commander must be held responsible for the acts of his subordinate commanders in carrying out his orders and for acts which the corps commander knew or ought to have known about.' Cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 338.

- 4) ในการพิจารณาคดี *United States v. Wilhelm von Leeb et al. (High Command Case)* ของศาลทหารสหรัฐอเมริกา ณ นครนูเรมเบิร์ก<sup>32</sup> คดีนี้ผู้ถูกกล่าวหาคือ Wilhelm von Leeb กับพวกอีก 13 คน เป็นผู้บังคับบัญชาระดับสูงของกองทัพนาซีเยอรมันถูกฟ้องในข้อหา เข้าไปมีส่วนร่วมใน หรือ วางแผน หรือ ให้ความสะดวกในการกระทำอาชญากรรมร้ายแรงจำนวนมากที่เกิดขึ้นในประเทศที่ถูกยึดครองโดยกองทัพเยอรมันในช่วงระหว่างสงครามทั้งหมดถูกกล่าวหาว่ากระทำอาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติผู้ต้องหา 11 คนถูกจำคุก 1 คนได้กระทำอัตวินิบาตกรรมและอีก 2 คนศาลยกฟ้อง
- 5) ในการพิจารณาคดี *United States v. Soemu Toyoda* ของศาลทหารระหว่างประเทศกรุงโตเกียว<sup>33</sup> Soemu Toyoda ดำรงตำแหน่งหัวหน้าเจ้าหน้าที่ทั่วไปของกองทัพเรือญี่ปุ่นเป็นตำแหน่งสุดท้ายจนถึงสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 ทำให้เขาถูกฟ้องในข้อหาละเมิดกฎหมายและจารีตประเพณีสงคราม อย่างไรก็ตาม Toyoda เป็นผู้ต้องหาชาวญี่ปุ่นเพียงคนเดียวที่ถูกพิพากษาว่าไม่มีความผิดในทุกข้อกล่าวหา จากคดีทั้งหลายที่ศาลได้อ้างถึงจะเห็นได้ว่าล้วนแต่เป็นคดีที่เกิดขึ้นเนื่องจากสงครามโลกครั้งที่สองซึ่งอยู่ในขอบข่ายของการใช้กฎหมายระหว่างประเทศแม้ว่าคดีที่ 1-4 ที่กล่าวมานั้นจะไม่ได้ถูกพิจารณาโดยศาลระหว่างประเทศก็ตามแต่ก็ให้ผลในการยืนยันถึงความเป็นจารีตประเพณีของหลักกฎหมายความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาได้ในระดับหนึ่ง
- หลักฐานประเภทที่ 6 ของความเป็นกฎหมายจารีตประเพณีของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่ศาล ICTY ได้กล่าวอ้างอีกประเภทหนึ่งคือ กฎหมายทหารของรัฐ ซึ่งได้ยกตัวอย่างของกฎหมายที่มีอิทธิพลอย่างสูงของสามประเทศคือ
- 1) คู่มือทหารกองทัพสหรัฐอเมริกา<sup>34</sup>

<sup>32</sup> United States v Wilhelm von Leeb et al., Vol. XI, TWC, 462, 512. '[u]nder basic principles of command authority and responsibility, an officer who merely stands by while his subordinates execute a criminal order of his superiors which he knows is criminal violates a moral obligation under international law. By doing nothing he cannot wash his hands of international responsibility.' Cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 338.

<sup>33</sup> United States v. Soemu Toyoda, Official Transcript of Record of Trial, p. 5006.' In the simplest language it may be said that this Tribunal believes that the principle of command responsibility to be that, if this accused knew, or should by the exercise of ordinary diligence have learned, of the commission by his subordinates, immediate or otherwise, of the atrocities proved beyond a shadow of a doubt before this Tribunal or of the existence of a routine which would countenance such, and, by his failure to take any action to punish the perpetrators, permitted the atrocities to continue, he has failed in his performance of his duty as a commander and must be punished.' Cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 339.

<sup>34</sup> US Department of Army FM 27-10: The Law of Land Warfare (1956), para. 501. Cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para.341.

- 2) คู่มือกฎหมายทหารสหราชอาณาจักร<sup>35</sup>
- 3) ข้อบังคับเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศเรื่องสงครามกับกองทัพแห่งสาธารณรัฐสังคมนิยมยูโกสลาเวีย<sup>36</sup>

หลักฐานประเภทที่ 7 คือตราสารที่ได้รับการยอมรับในระดับระหว่างประเทศที่ปรากฏหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาซึ่งศาลได้ยกขึ้นคือ

- 1) ร่างประมวลกฎหมายอาชญากรรมต่อความสันติภาพและความมั่นคงของมนุษย์ปี 1996 ของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศองค์การสหประชาชาติ<sup>37</sup>
- 2) ตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ<sup>38</sup>

จากตัวอย่างหลักฐานที่ศาลได้กล่าวอ้างทำให้เห็นได้ว่าหลักความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลที่เป็นผู้บังคับบัญชาสำหรับการละเว้นการกระทำได้เป็นแกนหลักของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศโดยปราศจากข้อสงสัย ทั้งยังถูกรวบรวมไว้ใน Additional Protocol I ทำให้เกิดบทบัญญัติที่ชัดเจนในกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างประเทศเช่นในมาตรา 87 ที่ได้กำหนดชัดเจนถึงหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาในการควบคุมการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาและป้องกันหรือเมื่อจำเป็น ยับยั้งการละเมิดอนุสัญญาเจนีวาหรือพิธีสารเพิ่มเติม ขณะที่หลักความรับผิดชอบสำหรับผู้บังคับบัญชาที่ไม่ปฏิบัติหน้าที่อย่างเหมาะสมได้ถูกบัญญัติในมาตรา 86 จากการตรวจสอบรายงานการร่างบทบัญญัติ (Travaux préparatoires) ดังกล่าวพบว่าไม่มีการโต้แย้งคัดค้านระหว่างการร่าง Additional Protocol I ผู้แทนที่เข้าร่วมจำนวนหนึ่งได้แสดงความเห็นอย่างชัดเจนว่าหลักกฎหมายที่นำมาบรรจุไว้มีความสอดคล้องกับกฎหมายที่มีมาก่อนหน้าเช่น ผู้แทนสวีเดนที่ประกาศว่ามาตราเหล่านี้เป็นการยืนยันถึงหลักความรับผิดชอบทางอาญาระหว่างประเทศที่ได้

<sup>35</sup> The War Office, *The Law of War on Land being Part III of the Manual of Military Law* (The War Office: London 1958), para. 631. Cited in Trial Chamber, *Celebici Case, Judgement*, para.341.

<sup>36</sup> SFRY Federal Secretariat for National Defence, *Regulations Concerning the Application of International law to the Armed forces of SFRY* (1988) Art. 21, reprinted in M. Cherif Bassiouni's, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (1996), p. 661. 'The commander is personally responsible for violations of the law of war if he knew or could have known that his subordinate units or individuals are preparing to violate the law, and he does not take measures to prevent violations of the law of war. The commander who knows that the violations of the law of war took place and did not charge those responsible for the violations is personally responsible. In case he is not authorized to charge them, and he did not report them to the authorized military commander, he would also be personally responsible. A military commander is responsible as a participant or an instigator if, by not taking measures against subordinates who violate the law of war, he allows his subordinate units to continue to commit the acts.' Cited in Trial Chamber, *Celebici Case, Judgement*, para.341.

<sup>37</sup> The international law commission, *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind* 1996 p. 34, Art. 6. Cited in Trial Chamber, *Celebici Case, Judgement*, para.342.

<sup>38</sup> The Rome Statute of the International Criminal Court. Art. 28(2) Cited in Trial Chamber, *Celebici Case, Judgement*, para.342.

ถูกพัฒนาภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง<sup>39</sup> เช่นเดียวกับผู้แทนยูโกสลาเวียแสดงความเห็นว่าเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ของผู้บังคับบัญชานั้นเป็นที่ยอมรับอยู่แล้วในกฎหมายทหารของประเทศ<sup>40</sup> นั้นย่อมแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนยิ่งขึ้นไปอีกถึงการยอมรับหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาของอดีตยูโกสลาเวียซึ่งจะทำให้ทุกฝ่ายในความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธในพื้นที่อดีตยูโกสลาเวียไม่อาจปฏิเสธความมีอยู่ของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาไปได้

ผู้เขียนมีความเห็นว่าความเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับกรณีละเว้นไม่ป้องกันหรือยับยั้งการกระทำความผิดนี้ปรากฏหลักฐานที่มีความสอดคล้องกันถึงความมีอยู่และไม่ปรากฏข้อโต้แย้งคัดค้านเกี่ยวกับหลักดังกล่าวทำให้พอจะกล่าวได้ว่าหลักกฎหมายนี้มีรากก่อดังอย่างมั่นคงและไม่มีข้อสงสัยเกี่ยวกับสถานะของความเป็นกฎหมาย ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นสอดคล้องกับศาล ICTY ว่าหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชากรณีละเว้นไม่ป้องกันหรือยับยั้งการกระทำความผิดมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เมื่ออดีตยูโกสลาเวียไม่เคยคัดค้านหลักกฎหมายนี้ย่อมไม่มีเหตุผลใดที่ศาล ICTY จะไม่สามารถปรับใช้หลักความรับผิดชอบกับบุคคลที่มีความรับผิดชอบในความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธในอดีตยูโกสลาเวีย

จากความชัดเจนของความเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชากรณีละเว้นไม่ป้องกันหรือยับยั้งการกระทำความผิดที่ศาล ICTY ได้แสดงให้เห็นแล้วนั้น ในส่วนลักษณะและสถานะของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับการละเว้นการลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาที่กระทำความผิดได้ปรากฏความชัดเจนในคำพิพากษาของคณะพิจารณาอุทธรณ์ในคดี Prosecutor v Tihomir BLASKIC ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป

\* \* \*

เนื่องจากปรากฏประเด็นข้อโต้แย้งในการดำเนินคดีว่า การละเว้นการปฏิบัติโดยไม่ลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาผู้กระทำความผิดอาญาระหว่างประเทศนั้นไม่ใช่ทฤษฎีของความรับผิดชอบที่แยกออกต่างหากแต่เป็นเพียงส่วนย่อยของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชากรณีละเว้นไม่ป้องกันการกระทำความผิดของผู้ใต้บังคับบัญชาของตน เมื่อเขตอำนาจของศาลถูกครอบคลุมโดยกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและศาลไม่อาจปรับใช้หลักความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับการกระทำซึ่งก่อนหน้าการกระทำความผิดเกิด ยังไม่ถือเป็นความรับผิดชอบทางอาญาที่อยู่ภายใต้

<sup>39</sup> CCDH//SR.64, in Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts (Swiss Federal Political Department: Bern 1978) (hereafter "Official Records") Vol. IV, p. 315, para. 61. cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 340

<sup>40</sup> CCDH//SR.71, in Official Records, Vol. IX, p. 399, para.2. cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 340

กฎหมายจารีตประเพณี ดังนั้นเมื่อการกระทำความผิดเกิดกฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดถึงความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาสำหรับการไม่ลงโทษการกระทำความผิดของผู้บังคับบัญชา ดังนั้นการสร้างหลักกฎหมายความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับกรณีการละเว้นการลงโทษการกระทำผิดของผู้บังคับบัญชาโดยไม่มี ความเกี่ยวข้องกับการป้องกันการกระทำความผิดย่อมเป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขตตราสารก่อตั้งศาล<sup>41</sup> อย่างไรก็ตาม อดีตรัฐมนตรี ICTY ได้วินิจฉัยสร้างความชัดเจนในประเด็นนี้ไว้ปรากฏในคดี Prosecutor v Tihomir BLASKIC ดังจะกล่าวถึงต่อไป

### ศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวีย<sup>42</sup>

คณะพิจารณาอุทธรณ์ คดีเลขที่. IT-95-14 : วันที่ 29 July 2004

คำพิพากษาคดี: Prosecutor v Tihomir BLASKIC

จำเลย Tihomir BLASKIC ตำแหน่ง ผู้ตรวจราชการทั่วไปกองทัพสาธารณรัฐโครเอเชีย. **ข้อเท็จจริง** ในช่วงเวลาระหว่างพฤษภาคม ปี 1992 ถึงมกราคม ปี 1994 จำเลยและสมาชิกในกองทัพของสภาป้องกันโครเอเชียแห่งชุมชนชาวโครเอเชียในเฮอเซก-บอสเนีย (HVO) ได้กระทำการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศต่อชาวบอสเนียมุสลิมในเขตพื้นที่ Vitez, Busovaca, Kiseljak, Vares, Zepce, Zenica, Duvno, Stolac, Mostar, Jablanica, Prozor, Caplijna, Gornji Vakuf, Novi Travnik, Travnik, Kresevo and Fojnica ของสาธารณรัฐบอสเนีย-เฮอเซโกวีนา โดยการโจมตีเมืองและหมู่บ้านอันเป็นเป้าหมายพลเรือน ฆาตกรรม ก่อให้เกิดการบาดเจ็บร้ายแรง ทำลายและปล้นสะดมทรัพย์สิน กระทำการเหมือนไม่ไช้มนุษย์และบังคับให้พลเรือนย้ายถิ่น จับบุคคลเป็นตัวประกันและใช้เป็นโล่มนุษย์ ทำลายสถาบันทางศาสนา หรือการศึกษา ซึ่งเหยื่อของการละเมิดเป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองโดยอนุสัญญาเจนีวาปี 1949

**ข้อกล่าวหา** จำเลยต้องรับผิดชอบมีส่วนร่วมกระทำและต้องรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 7(1) และ 7(3) ของตราสารก่อตั้งศาล ICTY สำหรับข้อหา ละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวา การละเมิดกฎหมายและจารีตประเพณีสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

**คำตัดสิน** Tihomir BLASKIC ถูกพิพากษาลงโทษจำคุก 45 ปี

คณะพิจารณาอุทธรณ์คดีนี้วินิจฉัยวางหลักว่า

<sup>41</sup> Appeal Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement, para. 78.

<sup>42</sup> <http://www.un.org/icty/cases-e/index-e.htm>

“ความรับผิดของผู้บังคับบัญชาสำหรับการละเว้นไม่ลงโทษนั้นเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีก่อนเกิดอาชญากรรมตามฟ้องในคดีนี้”<sup>43</sup>

จากหลักกฎหมายที่ศาลได้วางไว้ทำให้ทราบถึงรูปแบบและสถานะของหลักกฎหมายความรับผิดของผู้บังคับบัญชาในสองประเด็นคือ

- 1) หลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชานั้น การละเว้นการลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาที่กระทำความผิดก่อให้เกิดความรับผิดของผู้บังคับบัญชา นั่นคือหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาที่หากละเลยไม่ปฏิบัติจะมีความรับผิดทางอาญาซึ่งนอกจากหน้าที่ในการป้องกันการกระทำความผิดแล้วยังรวมถึงหน้าที่ในการลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาที่กระทำความผิดด้วย
- 2) หลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาสำหรับการละเว้นการลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาที่กระทำ ณ เวลาที่เกิดการกระทำความผิดในคดีนี้มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีและมีผลใช้บังคับได้ไม่เป็นการฝ่าฝืนหลัก Nullum Crimen sine Lege

เนื่องจากผู้อุทธรณ์ในคดีนี้ได้ยกข้อโต้แย้งถึงความมีอยู่ของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาสำหรับการละเว้นการลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาว่าไม่ปรากฏมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยอ้างถึงหลักกฎหมายจากคดี (Case law) ในสองกรณีคือ

- 1) กรณีแรกจากส่วนหนึ่งของคำพิพากษาของศาลทหารระหว่างประเทศตะวันออกไกลปี 1948 ในการดำเนินคดีของอดีตนายกรัฐมนตรีนายโทจิโกะ โทโจ ผู้อุทธรณ์ได้อ้างถึงถ้อยคำของศาลที่ระบุว่า “นายโทโจไม่ได้ใช้วิธีการที่เพียงพอในการลงโทษผู้กระทำความผิดและเพื่อป้องกันการกระทำความผิดที่คล้ายกันในอนาคต”<sup>44</sup> (คดีนี้ นาย โทโจ ซึ่งได้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในช่วงสงครามโลกครั้งที่สองระหว่าง 18 ตุลาคม 1941 ถึง 22 กรกฎาคม 1944 ถูกฟ้องในความผิดฐานอาชญากรรมสงครามและถูกตัดสินให้ประหารชีวิตและถูกแขวนคอเมื่อ 23 ธันวาคม 1948)

- 2) กรณีคำพิพากษาในคดี Hostage ในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดของ List ผู้อุทธรณ์ได้อ้างถ้อยคำที่ศาลใช้คือ “การละเว้นไม่ยุติการฆ่าที่ผิดกฎหมายเหล่านี้และไม่ใช้วิธีการที่เพียงพอใน

<sup>43</sup> Appeal Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement, para. 85. '[...] the responsibility of a commander for his failure to punish was recognised in customary law prior to the commission of crimes relevant to the Indictment. [...]

<sup>44</sup> Garland, R. J. and Zaide S., The Complete Transcripts of the Proceedings of the International Military Tribunal for the Far East in Twenty-Two Volumes (A Garland Series) (hereinafter "Tokyo War Crimes Trial"), Garland Publishing Inc., 1981 p. 49,845 'Tojo "took no adequate steps to punish offenders and to prevent the commission of similar offences in the future.' Cited in Appeal Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement, para. 81.

การป้องกันการเกิดอาชญากรรมขึ้นซ้ำเป็นการละเมิดต่อหน้าที่และทำให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญา”<sup>45</sup>

จากคำพิพากษาของทั้งสองคดีข้างต้นศาลได้ใช้ถ้อยคำที่แสดงถึงความเกี่ยวเนื่องกันระหว่างการลงโทษผู้ได้บังคับบัญชาและการป้องกันการเกิดอาชญากรรมในอนาคตซึ่งทำให้ผู้อุทธรณ์อ้างว่า ตามหลักกฎหมายความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชานั้นการลงโทษเป็นเพียงส่วนหนึ่งของการป้องกันการเกิดอาชญากรรม ผู้บังคับบัญชาหากไม่ป้องกันการเกิดอาชญากรรมโดยการลงโทษผู้ได้บังคับบัญชาที่กระทำความผิดแล้วจึงจะมีความรับผิดชอบเกิดขึ้นซึ่งจะต้องเกี่ยวข้องกับการเกิดความผิดในอนาคต และการละเว้นการลงโทษผู้ได้บังคับบัญชาผู้กระทำความผิดที่ไม่เกี่ยวข้องกับการป้องกันการกระทำความผิดไม่ถือเป็นฐานสำหรับความรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในกฎหมายระหว่างประเทศ ศาล ICTY จะนำหลักความรับผิดชอบที่ยังไม่ถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณีมาบังคับใช้ไม่ได้

จะเห็นได้ว่าหากข้ออ้างของผู้อุทธรณ์ฟังได้จะทำให้ผู้อุทธรณ์ไม่ต้องรับผิดชอบภายใต้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับการละเว้นการลงโทษผู้ได้บังคับบัญชาเพราะตามหลักทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศนั้นกฎหมายจารีตประเพณีจะเกิดขึ้นได้ต้องปรากฏการปฏิบัติตามหลักกฎหมายนั้นอย่างสอดคล้องกันเป็นแนวทางเดียว แต่หากมีการปฏิบัติที่แตกต่างหลากหลายสำหรับหลักการปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง ย่อมจะถือว่าได้เกิดกฎเกณฑ์เป็นกฎหมายจารีตประเพณีเกี่ยวกับการปฏิบัตินั้นไม่ได้ดังนั้น ศาล ICTY จึงต้องหักล้างเหตุผลข้ออ้างของผู้อุทธรณ์

สำหรับหลักกฎหมายจากคดี (Case law) ซึ่งผู้อุทธรณ์ได้กล่าวอ้างนั้นศาลมีความเห็นว่า ในกรณีแรกคณะพิจารณาอุทธรณ์เห็นว่าตามคำพิพากษาที่ได้กล่าวอ้างนั้นยังได้แสดงว่า โตโจไม่ได้เรียกรายงานสิ่งที่เกิดขึ้นในอดีตกรณี Bataan Death March\* และเขาไม่ได้ลงโทษบุคคลใดที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์<sup>46</sup> ศาลยังพบว่าโตโจไม่ได้ดูแลอย่างเหมาะสมต่อนักโทษในค่ายระหว่าง

<sup>45</sup> U.S. v. Wilhelm von List et al., *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10* (United States Government Printing Office, 1950), vol. xi, p. 1272. '[...] his failure to terminate these unlawful killings and to take adequate steps to prevent their recurrence constitutes a serious breach of duty and imposes criminal responsibility' cited in Appeal Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement, para. 82. see p.54 for more details.

\* The **Bataan Death March** was a war crime involving the forcible transfer of prisoners of war, with wide-ranging abuse and high fatalities, by Japanese forces in the Philippines, in 1942, during World War II. In Japanese, it is known as *Batān Shi no Kōshin* (バataan死の行進), meaning the same. In late 1941, Japan simultaneously invaded several southeast Asian countries, including the Philippines. Most of the Filipino and United States forces defending the country were rapidly overrun or forced to retreat. A significant proportion of the Allied forces made a stand on the Bataan Peninsula. (The pronunciation of the place name used in its vicinity is *bah-tah-ahn*, but in English discussions of this subject it is almost invariably *buh-TAHN*.) Approximately 70,000 Filipino and US soldiers, commanded by Major General Edward P. King, Jr. formally surrendered to the Japanese, under General Masaharu Homma, on April 9, 1942, which forced Japan to accept emaciated captives outnumbering them. Due to a shortage of trucks, captives were forced to march, beginning the following day, about 100 kilometers north to Nueva Ecija to Camp O'Donnell, a prison camp. There was also a shortage of food. Prisoners of war were



ที่อยู่ในตำแหน่งแม้ว่าจะได้รู้ถึงสภาพของเหล่านักโทษที่เลวร้ายและอัตราการตายที่สูง และไม่ปรากฏว่าในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีมีความเกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ในอนาคต<sup>47</sup> นั่นคือนายโตโจมีความผิดกรณีละเว้นการลงโทษเพิ่มเติมจากความผิดกรณีละเว้นการป้องกันดังนั้นคณะพิจารณาอุทธรณ์จึงเห็นว่าจากคำพิพากษาศาลทหารระหว่างประเทศการละเว้นการลงโทษเป็นความรับผิดชอบทางอาญาที่แยกเป็นอิสระอีกฐานหนึ่ง ซึ่งไม่สนับสนุนข้ออ้างของผู้อุทธรณ์

กรณีที่สองคณะพิจารณาอุทธรณ์เห็นว่าคำพิพากษาในคดีดังกล่าวยังได้ระบุว่านายพลผู้บังคับบัญชาเหนือพื้นที่ยึดครองมีหน้าที่ในการรักษาความสงบและความเรียบร้อย ลงโทษอาชญากรรมและป้องกันชีวิตและทรัพย์สินภายในพื้นที่ของการบังคับบัญชาของตน<sup>48</sup> ศาลได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงและสรุปไว้ให้เห็นได้ชัดว่าการลงโทษอาชญากรรมเป็นหนึ่งในหน้าที่หลาย ๆ อย่างของผู้บังคับบัญชาพื้นที่ยึดครอง<sup>49</sup>

จะเห็นได้ว่าข้ออ้างของผู้อุทธรณ์ไม่มีเหตุผลที่สนับสนุนอย่างเพียงพอหากได้พิจารณาโดยรวมถึงคำพิพากษาที่ได้กล่าวอ้างนั่นคือความเป็นจารีตประเพณีของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับการละเว้นการลงโทษไม่ถูกคัดค้านโดยหลักฐานจาก Case law อย่างไรก็ตามสถานะของหลักกฎหมายยังคงต้องพิสูจน์ด้วยองค์ประกอบสำคัญคือการปฏิบัติของรัฐ (State Practice) ดังนั้นศาล ICTY จึงยังคงต้องค้นหาถึงหลักฐานดังกล่าวโดยศาลได้พิจารณาถึงหลักกฎหมายจากแหล่งต่าง ๆ คือ

---

beaten randomly and denied food and water for several days. Those who fell behind were executed through various means: shot, beheaded or bayoneted. The commonly-used Japanese "sun treatment" forced a captive to sit silently in the humid April sun without water or even the shade of his helmet. Meanwhile, Allied forces elsewhere in the Philippines fought on, and the column of prisoners marching from Bataan was accidentally shelled by US guns defending Corregidor to screen the Japanese artillery movements. Packed into boxcars to travel from San Fernando to Capas, the number of prisoners was further diminished by malaria, heat, dehydration and dysentery. These problems persisted at Camp O'Donnell. About ten thousand perished while others were able to escape; approximately 54,000 reached the camp. On June 6, 1942 the Filipino soldiers were granted amnesty and released, while the American prisoners were moved to another camp at Cabanatuan. Many of the survivors were later sent to prison camps in Japan, Korea, and Manchuria in prisoner transports known as "Hell Ships." After the surrender of Japan in 1945, Homma was convicted by an Allied commission of war crimes, including the atrocities of the death march out of Bataan, and the atrocities at O'Donnell and Cabanatuan that followed, and executed on April 3, 1946 outside Manila. Every year, the captured soldiers are honored on **Bataan Day** (9 April), also known as the "Day of Valor" (*Araw ng Kagitingan*), which is a Philippine national holiday. There is a shrine in Bataan commemorating this event.

<sup>46</sup> Tokyo War Crimes Trial, pp. 49,845-49,846. cited in Appeal Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement, para. 81.

<sup>47</sup> Tokyo War Crimes Trial, p. 49,847. cited in Appeal Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement, para. 81.

<sup>48</sup> U.S. v. Wilhelm von List et al., *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10* (United States Government Printing Office, 1950), vol. xi, p. 1271. 'a commanding general of occupied territory is charged with the duty of maintaining peace and order, punishing crime, and protecting lives and property within the area of his command.' cited in Appeal Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement, para. 82. see p.54 for more details.

<sup>49</sup> Appeal Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement, para. 82.

1) Additional Protocol I ตามมาตรา 87(3) ของ Additional Protocol I ที่บัญญัติว่า “ภาคีในอนุสัญญาและภาคีในความขัดแย้งต้องกำหนดให้ผู้บังคับบัญชาทหารที่รู้ว่า ผู้ใต้บังคับบัญชาหรือบุคคลอื่นภายใต้การควบคุมกำลังจะกระทำหรือได้กระทำการฝ่าฝืน อนุสัญญาหรือพิธีสารเพิ่มเติมนี้ต้องริเริ่มมาตรการที่จำเป็นเพื่อป้องกันการฝ่าฝืนนั้นและเมื่อ เหมาะสมต้องริเริ่มการดำเนินการทางวินัยหรือทางอาญาต่อผู้กระทำการฝ่าฝืนนั้น”<sup>50</sup>

ศาลมีความเห็นว่าการดำเนินการทางวินัยหรือทางอาญานั้นโดยลักษณะสามารถทำได้ ภายหลังจากการกระทำความผิดได้ถูกค้นพบแล้วเท่านั้นและผู้กระทำความผิดก็คือผู้ซึ่งได้ฝ่าฝืน กฎหมายแล้ว ยิ่งกว่านั้นเป็นเรื่องที่ขัดต่อหลักเหตุผลที่จะตั้งข้อเสียดังสองประการคือ “ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับการละเว้นไม่ลงโทษเป็นเพียงส่วนย่อยของความรับผิดชอบสำหรับการละเว้น ไม่ป้องกันการกระทำอาชญากรรม” และ “การละเว้นไม่ลงโทษจะทำให้เกิดความรับผิดชอบต่อ ผู้บังคับบัญชาก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลละเว้นการป้องกันอาชญากรรมในอนาคต” เพราะการละเว้นไม่ลงโทษและการละเว้นไม่ป้องกันเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมที่ต่างกรรมและ เกิดขึ้นต่างเวลากัน โดยการละเว้นการลงโทษเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมที่กระทำลงโดย ผู้ใต้บังคับบัญชาในอดีต แต่การละเว้นการป้องกันเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมที่จะถูกผู้ใต้บังคับ บัญชากระทำในอนาคต<sup>51</sup> อย่างไรก็ตามที่ศาลได้อ้างอิง Additional Protocol I นั้นคงเป็นเพราะ เหตุผลที่ได้กล่าวถึงแล้วก่อนหน้านี้คือการได้รับการยอมรับถึงการเป็นกฎหมายจารีตประเพณีของ Additional Protocol I นั้นเอง

2) ข้อกำหนดเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศของยูโกสลาเวีย [Regulations concerning the Application of International Law to the Armed Forces of SFRY (1988)] ที่ได้บัญญัติถึงความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับการละเว้นการลงโทษว่าเป็น ความรับผิดชอบอีกฐานหนึ่งแยกต่างหากไว้อย่างชัดเจน ซึ่งศาลเห็นว่าจากกฎหมายดังกล่าวยอมทำ ให้ผู้บังคับบัญชาเช่นผู้อุทธรณ์รู้ว่าหน้าที่ของตนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศได้ถูกรับรองไว้ใน กฎหมายภายในของรัฐซึ่งเป็นพื้นที่ที่ตนเป็นผู้บังคับบัญชากองทัพของฝ่ายหนึ่งในความขัดแย้ง ด้วยกำลังอาวุธ<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Protocol additional to the Geneva convention of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol 1), 1977. article 87 “The High Contracting Parties and Parties to the conflict shall require any commander who is aware that subordinates or other persons under his control are going to commit or have committed a breach of the Conventions or of this Protocol, to initiate such steps as are necessary to prevent such violations of the Conventions or this Protocol, and, where appropriate, to initiate disciplinary or penal action against violators thereof.”

<sup>51</sup> Appeal Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement, para. 83.

<sup>52</sup> Ibid., para. 84.

ผู้เขียนมีความเห็นว่าเนื่องจากหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับการละเว้นการลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาที่กระทำความผิดมักไม่ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายทหารหรือกฎหมายภายในซึ่งแตกต่างกับกรณีการละเว้นการกระทำเพื่อป้องกันการกระทำความผิด ทำให้ไม่อาจหาหลักฐานถึงการปฏิบัติของรัฐเกี่ยวกับหลักกฎหมายได้มากนัก ศาลจึงได้ใช้หลักเหตุผลประกอบหลักฐานในกฎหมายระหว่างประเทศในการบ่งบอกถึงสถานะของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชากรณีละเว้นการลงโทษในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งการอ้างถึงการปรากฏหลักกฎหมายใน Additional Protocol I เป็นหลักฐานเพียงประการเดียวของศาลนั้นปกติย่อมจะถือว่าหลักกฎหมายความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับการละเว้นการลงโทษเกิดเป็นกฎหมายจารีตประเพณีไม่ได้ แต่เนื่องจากสถานะของ Additional Protocol I มีความพิเศษคือได้รับการยอมรับจากสังคมระหว่างประเทศว่าเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ได้รวมรวมกฎหมายจารีตประเพณีเอาไว้และตลอดเวลาที่ผ่านมานับแต่การบัญญัติ Additional Protocol I จนถึงการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตุโกสลาเวียไม่ปรากฏการคัดค้านหลักกฎหมายที่ถูกรวมรวมไว้ใน Additional Protocol I นั่นคือได้รับการยอมรับถึงความเป็นกฎหมายโดยรัฐต่าง ๆ มาเป็นเวลานานซึ่งน่าจะนับได้ว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีที่ชัดเจน และการที่ศาลได้อ้างถึงกฎหมายของยูโกสลาเวียด้วยนั้นผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเป็นการอ้างเพื่อปิดปากในข้อโต้แย้งเรื่องการยอมรับหลักกฎหมายความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับการละเว้นการลงโทษของยูโกสลาเวีย ดังนั้นด้วยความเป็นกฎหมายจารีตประเพณีของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับการละเว้นการลงโทษย่อมใช้บังคับได้กับทุกฝ่ายในความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธในอดีตุโกสลาเวีย เพราะอดีตุโกสลาเวียไม่เคยได้คัดค้านถึงหลักกฎหมายดังกล่าว

\* \* \*

จากที่ได้กล่าวถึงหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับการละเว้นการลงโทษแล้วนั้น คำพิพากษาของศาล ICTY ยังได้แสดงความชัดเจนเพิ่มเติมถึงสถานะของหลักกฎหมายดังกล่าว ซึ่งแนวคำพิพากษาของศาล ICTY ที่ได้ระบุชัดถึงรูปแบบของความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่สามารถแบ่งได้เป็นสองลักษณะคือ ความรับผิดชอบต่อการละเว้นการใช้มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมในการป้องกันอาชญากรรมที่ตนรู้ว่ากำลังจะถูกกระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชา และความรับผิดชอบต่อการละเว้นไม่ลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาที่กระทำความผิด โดยจะต้องปรากฏความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชาในขณะความผิดเกิดขึ้นเป็นเงื่อนไขประกอบความผิดหนึ่งในความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา

แต่ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในลักษณะที่สอง กรณีละเว้นลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาที่ได้กระทำความผิดมีประเด็นทางกฎหมายโต้แย้งว่า เนื่องจากลักษณะความรับผิดชอบนี้เกิดขึ้น

ภายหลังจากการกระทำความผิดเกิดขึ้นและผู้บังคับบัญชาไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดตั้งนั้นความรับผิดในลักษณะนี้ก็ไม่จำเป็นต้องปรากฏความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชาในขณะที่การกระทำความผิดเกิดขึ้น เพียงแต่ผู้บังคับบัญชาทราบถึงการกระทำความผิดแม้จะได้ครอบครองตำแหน่งผู้บังคับบัญชาภายหลังการกระทำความผิดได้แล้วได้ละเว้นการลงโทษผู้กระทำความผิดก็จะมีผลรับผิดทางอาญาตามหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชา แต่อีกแนวคิดหนึ่งมองว่าไม่ปรากฏหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาในกฎหมายจารีตประเพณีหรือกฎหมายสนธิสัญญาที่ถือว่าผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดทางอาญาต่อการกระทำของบุคคลที่ไม่ใช่ผู้ใต้บังคับบัญชาของตนในขณะที่ได้กระทำความผิด ซึ่งประเด็นปัญหานี้ได้ปรากฏความชัดเจนโดยคำพิพากษาของศาล ICTY ในคดี Prosecutor v. Enver HADZIHASANOVIC et al. ดังจะได้กล่าวถึงดังต่อไปนี้

### ศาลอาญาระหว่างประเทศอิตาลีโกสลาเวีย<sup>53</sup>

คณะพิจารณาอุทธรณ์ คดีเลขที่ IT-01-47 : วันที่ 16 July 2003

คำตัดสินคำร้องคัดค้านเขตอำนาจศาลที่เกี่ยวกับหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชา

(DECISION ON INTERLOCUTORY APPEAL CHALLENGING JURISDICTION IN RELATION TO COMMAND RESPONSIBILITY)

คดี: Prosecutor v. Enver HADZIHASANOVIC et al.

จำเลย Enver HADZIHASANOVIC ตำแหน่ง ผู้บังคับบัญชาร่วมกองทัพสาธารณรัฐบอสเนียเฮอเซโกวีนา

จำเลยร่วม Amir KUBURA ตำแหน่ง ผู้บังคับบัญชากองทัพหน่วย ที่ 1 ของกองทัพสาธารณรัฐบอสเนีย-เฮอเซโกวีนา

**ข้อเท็จจริง** กองทัพสาธารณรัฐบอสเนียเฮอเซโกวีนา(ประกอบด้วย 5 กองทัพหน่วย) ได้สร้างกองทัพโดยรวบรวมชาวมุสลิมเข้ามาเป็นนักรบศักดิ์สิทธิ์ขึ้น เมื่อ 19 พฤศจิกายน 1992 ส่วนหนึ่งมาจากอาสาสมัครต่างชาติ ต่อมาเมื่อ 13 สิงหาคม 1993 ได้มีการตั้งหน่วย “El Mujahed” ในพื้นที่ความรับผิดชอบของกองทัพหน่วยที่ 3 ภายใต้การบังคับบัญชาของจำเลยทั้งสอง(เมื่อครั้งเป็นผู้บังคับบัญชา) เพื่อปฏิบัติการรบพิเศษ ในช่วงระหว่างเดือน เมษายน 1993 ถึง 18 มีนาคม 1994 กองทัพหน่วยที่ 3 ได้โจมตีกองกำลังป้องกันโครเอเชียและกองทัพสาธารณรัฐโครเอเชียในเขตพื้นที่ Busovaca, Kakanj, Maglaj, Novi Travnik, Travnik, Vares, Vitez, Zavidovici, Zenica และ Zepce โดยโจมตีเมืองหมู่บ้านที่มีพลเรือนชาวบอสเนียนโครแอตและบอสเนียนเซิร์บ ก่อให้เกิดการ

<sup>53</sup> <http://www.un.org/icty/cases-e/index-e.htm>

ฆ่า การทำให้บาดเจ็บ การจำคุกโดยผิดกฎหมาย การกักกัน ชาวบอสเนียโครแอตและบอสเนีย เซิร์บที่ถูกควบคุมถูกฆ่าและเสียนดี และได้รับการปฏิบัติเหมือนไม่ใช่มนุษย์ โดยให้อยู่อย่าง หนาแน่นและไม่ถูกสุขลักษณะ ไม่ได้รับสิ่งที่จำเป็นพื้นฐานสำหรับชีวิตเช่นอาหาร น้ำ เสื้อผ้าอย่าง เพียงพอรวมถึงการรักษาพยาบาล สำหรับทหารกองกำลังป้องกันโครเอเชียที่ยอมจำนนได้ถูก ทหารบอสเนียเฮอเซโกวีนาฆ่าหลายครั้ง และได้มีการปล้นและทำลายทรัพย์สินของชาวบอสเนีย โครแอตและบอสเนียเซิร์บ รวมถึงสถาบันเพื่อการศาสนา

**ข้อกล่าวหา** จำเลยทั้งสองต้องรับผิดชอบมีส่วนร่วมและตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา ตามมาตรา 7(1) และ 7(3) ของตราสารก่อตั้งศาล ICTY ในความผิดฐาน ละเมิดกฎหมายและ จารีตประเพณีสงคราม

**คำตัดสิน** ศาลตัดสินว่าศาลมีอำนาจพิจารณาผู้ถูกกล่าวหาในข้อหาที่อยู่บนพื้นฐานของ ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่เกิดขึ้นในความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธภายในประเทศแต่ไม่อาจ พิจารณาลงโทษหากผู้ถูกกล่าวหาดำรงตำแหน่งผู้บังคับบัญชาภายหลังความผิดที่ถูกกระทำโดย ผู้ใต้บังคับบัญชาเกิด

คำตัดสินคำร้องของคณะพิจารณาอุทธรณ์คดีนี้ได้วางหลักว่า

“[...] ผู้ถูกกล่าวหาไม่อาจถูกฟ้องตามมาตรา 7(3) ของตราสารก่อตั้งสำหรับ อาชญากรรมที่ถูกกระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชาก่อนผู้ถูกกล่าวหาได้บังคับบัญชาเหนือ ผู้กระทำความผิด [...] ศาลจะสามารถปรับใช้หลักความรับผิดชอบทางอาญาได้ถ้า อาชญากรรมที่ฟ้องมีความชัดเจนว่าได้เกิดมีขึ้นภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีในเวลา ที่ความผิดในคดีเกิด แต่ในกรณีที่มีข้อสงสัยจะไม่สามารถถือว่าความรับผิดชอบทางอาญาได้ เกิดขึ้นในกฎหมายจารีตประเพณีได้ หลักดังกล่าวเป็นการเคารพต่อหลักความชอบ ธรรมในทางอาญา”<sup>54</sup>

จากหลักกฎหมายที่ศาลได้แสดงก่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับสถานะของความรับผิด ของผู้บังคับบัญชารณีละเว้นลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาสำหรับอาชญากรรมที่ถูกกระทำลงก่อนเกิด ความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชาสองประการ คือ

<sup>54</sup> Prosecutor v. Hadzihasanovic et al., Case No. IT-01-47-AR72, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, Appeals Chamber, para. 51. ‘[...] an accused cannot be charged under Article 7(3) of the Statute for crimes committed by a subordinate before the said accused assumed command over that subordinate.[...] this Tribunal can impose criminal responsibility only if the crime charged was clearly established under customary law at the time the events in issue occurred. In case of doubt, criminal responsibility cannot be found to exist, thereby preserving full respect for the principle of legality.’

- 1) หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชากรณีละเว้นลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาสำหรับอาชญากรรมที่ถูกกระทำลงก่อนเกิดความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชาไม่มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ
- 2) ศาลไม่สามารถปรับใช้หลักกฎหมายดังกล่าวได้เพราะขัดต่อหลัก *Nullum Crimen sine Lege*

เนื่องจากหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับการละเว้นการลงโทษตามที่บัญญัติไว้ในตราสารก่อตั้งศาล ICTY นั้นอาจแปลความได้ว่าสามารถบังคับใช้ได้ทั้งสองกรณีคือ

- 1) ความผิดได้ถูกกระทำขึ้นขณะที่ผู้มีความรับผิดชอบดำรงตำแหน่งผู้บังคับบัญชา
- 2) ความผิดได้ถูกกระทำขึ้นก่อนผู้มีความรับผิดชอบดำรงตำแหน่งผู้บังคับบัญชา

ในคดีนี้ผู้ถูกกล่าวหาได้โต้แย้งถึงสถานะของหลักกฎหมายในกรณีที่สองว่าไม่มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีโดยมีเหตุผลทางกฎหมายที่มีน้ำหนักอย่างมาก เพราะด้วยหลักเหตุผลแล้วผู้บังคับบัญชาไม่ควรต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำของบุคคลที่ไม่ใช่ผู้ใต้บังคับบัญชาของตนในขณะที่ได้กระทำความผิด ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องวินิจฉัยถึงประเด็นดังกล่าว

เพื่อที่จะวินิจฉัยถึงสถานะของหลักกฎหมายดังกล่าวศาลไม่เพียงยึดตามตราสารก่อตั้งเท่านั้น ศาลยังได้หาความชัดเจนถึงกฎหมายจารีตประเพณีที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่การกระทำ ความผิดได้เกิดขึ้นด้วย ในประเด็นปัญหานี้ศาลพบว่าไม่ปรากฏการปฏิบัติหรือหลักฐานอื่น ๆ ที่แสดงถึงความเป็นกฎหมายของสมมุติฐานที่ว่าผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบสำหรับอาชญากรรมที่ถูกกระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชาก่อนที่ผู้บังคับบัญชาจะมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือผู้ใต้บังคับบัญชา<sup>55</sup> การเกิดเป็นกฎหมายจารีตประเพณีนั้นอาจไม่จำเป็นที่จะต้องปรากฏหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ในทางตรงข้ามหากปรากฏหลักฐานการปฏิบัติที่ขัดแย้งกับหลักกฎหมายที่กล่าวอ้างจำนวนมากย่อมเป็นที่แน่นอนว่าหลักกฎหมายดังกล่าวไม่อาจถือได้ว่ามีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งศาล ICTY ได้ใช้หลักเหตุผลนี้ในการวินิจฉัยประเด็น

ศาลพบว่าปรากฏหลักฐานสิ่งบ่งชี้ที่ขัดแย้งกับสมมุติฐานดังกล่าวคือ

- 1) มาตรา 28<sup>56</sup> ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ

<sup>55</sup> Ibid., para. 45.

<sup>56</sup> International Criminal Court Statute, article 28\_Responsibility of commanders and other superiors. 'In addition to other grounds of criminal responsibility under this Statute for crimes within the jurisdiction of the Court:

(a) A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case may be, as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces, where:

ตามตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศนี้ ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาจะเกิดได้ก็ต่อเมื่อผู้บังคับบัญชาได้รู้หรือควรได้รู้ตามสถานการณ์ว่าผู้ใต้บังคับบัญชาของตนกำลังกระทำหรือกำลังจะกระทำความผิด จะเห็นได้ว่าถ้อยคำภาษาที่ใช้ต้องแปลความว่าไม่รวมถึงความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับอาชญากรรมที่ได้กระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชาก่อนที่บุคคลจะมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือผู้ใต้บังคับบัญชา

2) Additional Protocol I มาตรา 86(2)<sup>57</sup>

ถ้อยคำภาษาของตัวบทมาตรานี้รวมถึงกรณีที่มีการกระทำความผิดอยู่ระหว่างการกำลังกระทำหรือกำลังจะกระทำเช่นเดียวกันโดยไม่หมายความรวมถึงความผิดที่ถูกระทำก่อนผู้บังคับบัญชาจะมีอำนาจควบคุมเหนือผู้กระทำความผิด<sup>58</sup>

3) รายงานของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ในการทำงานครั้งที่ 48 ระหว่างวันที่ 6 พฤษภาคมถึง 26 มิถุนายน 1996<sup>59</sup> ระบุว่า “หลักความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลกรณีผู้บังคับบัญชาทหารที่ต้องรับผิดชอบสำหรับการละเว้นการป้องกันหรือยับยั้งการกระทำความผิดของผู้ใต้บังคับบัญชานั้นได้ถูกแสดงรายละเอียดในมาตรา 86 ของ Additional Protocol I

(i) That military commander or person either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes; and

(ii) That military commander or person failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.

<sup>57</sup> Protocol additional to the Geneva convention of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol 1), 1977. article 86(2) “[t]he fact that a breach of the Conventions or of this Protocol was committed by a subordinate does not absolve his superiors from penal or disciplinary responsibility, as the case may be, if they knew, or had information which should have enabled them to conclude in the circumstances at the time, that he *was committing or was going to commit* such a breach and if they did not take all feasible measures within their power to prevent or repress the breach.”

<sup>58</sup> Prosecutor v. Hadzihazanovic et al., Case No. IT-01-47-AR72, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, Appeals Chamber, para. 47.

<sup>59</sup> International Law Commission, Yearbook of the International Law Commission (1996), Vol. II, Part Two, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its forty-eighth session (A/51/10), p. 25 “[t]he principle of individual criminal responsibility under which a military commander is held responsible for his failure to prevent or repress the unlawful conduct of his subordinates is elaborated in article 86 of Protocol I”. cited in Prosecutor v. Hadzihazanovic et al., Case No. IT-01-47-AR72, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, Appeals Chamber, para. 48.

4) หลักกฎหมายจากคำพิพากษาของคณะพิจารณาอุทธรณ์ในคดี Celebici ที่ระบุว่า ความผิดจากหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาได้ถูกกำหนดไว้เพียงในมาตรา 86(2) ของ Additional Protocol I เท่านั้น<sup>60</sup>

5) มาตรา 6 ของร่างประมวลอาชญากรรมต่อสันติภาพและความมั่นคงของมนุษยชาติปี 1996 ของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>61</sup>

เช่นเดียวกับกรณีข้างต้นตามมาตรา 6 นี้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชาสำหรับความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาจะต้องมีอยู่ในขณะที่ผู้ใต้บังคับบัญชา กำลังกระทำหรือกำลังจะกระทำอาชญากรรม ส่วนอาชญากรรมที่กระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชาในอดีตก่อนการเข้าสู่อำนาจของผู้บังคับบัญชาไม่ถูกรวมไว้ในหลักความรับผิดชอบอย่างชัดเจน<sup>62</sup>

6) Case law ที่สนับสนุนหลักจากการแปลความตราสารระหว่างประเทศทั้งสามกรณีข้างต้นคือคดี *United States v. Wilhelm List, et al*<sup>63</sup> ซึ่งคณะพิจารณาอุทธรณ์เห็นว่าเป็นกรณี ที่ขัดแย้งกับการเกิดกฎเกณฑ์จารีตประเพณีเรื่องความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับ อาชญากรรมที่ถูกกระทำก่อนผู้บังคับบัญชาได้บังคับบัญชาเหนือผู้กระทำความผิด ตามคำ พิพากษานี้ได้ระบุชัดเจนยอมรับหลักความรับผิดชอบสำหรับการละเว้นการป้องกันการเกิดขึ้นซ้ำซึ่งการ

<sup>60</sup> Appeal, *Celebici case*, Judgment, para. 237. '[...] the criminal offence based on command responsibility is defined in Article 86(2) only.' Cited in cited in Prosecutor v. Hadzihazanovic et al., Case No. IT-01-47-AR72, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, Appeals Chamber, para. 48.

<sup>61</sup> International Law Commission, Draft code of the crimes against peace and security of mankind, 1996. Article 6 "The fact that a crime against the peace and security of mankind was committed by a subordinate does not relieve his superiors of criminal responsibility, if they knew or had reason to know, *in the circumstances at the time*, that the subordinate *was committing or was going to commit* such a crime and if they did not take all necessary measures within their power to prevent or repress the crime." Cited in cited in Prosecutor v. Hadzihazanovic et al., Case No. IT-01-47-AR72, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, Appeals Chamber, para. 49.

<sup>62</sup> Prosecutor v. Hadzihazanovic et al., Case No. IT-01-47-AR72, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, Appeals Chamber, para. 49.

<sup>63</sup> *United States v. Wilhelm List, et al.*, Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, Vol. XI, p. 1279-1280 ("Kuntze case"). In relation to the alleged mistreatment of Jews and others occurring within the area under Kuntze's command, the military tribunal stated: "The foregoing evidence shows the collection of Jews in concentration camps and the killing of one large group of Jews and gypsies shortly after the defendant assumed command in the Southeast by units that were subordinate to him. The record does not show that [Kuntze] ordered the shooting of Jews or their transfer to a collecting camp. The evidence does show that he had notice from the reports that units subordinate to him did carry out the shooting of a large group of Jews and gypsies.... He did have knowledge that troops subordinate to him were collecting and transporting Jews to collecting camps. Nowhere in the reports is it shown that [Kuntze] acted to stop such unlawful practices. It is quite evident that he acquiesced in their performance when his duty was to intervene to prevent their recurrence. We think his responsibility for these unlawful acts is amply established by the record." Cited in cited in Prosecutor v. Hadzihazanovic et al., Case No. IT-01-47-AR72, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, Appeals Chamber, para. 50. see p.54 for more details.



ฆ่าภายหลังผู้ถูกกล่าวหาได้เป็นผู้บังคับบัญชาและไม่ปรากฏการอ้างถึงสิ่งใดที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบสำหรับอาชญากรรมที่ถูกกระทำก่อนผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้บังคับบัญชา

จากการตรวจสอบกฎหมายที่กล่าวมาข้างต้นคณะพิจารณาอุทธรณ์มีความเห็นว่าผู้ถูกกล่าวหาไม่อาจถูกฟ้องตามมาตรา 7(3) ของตราสารก่อตั้งสำหรับอาชญากรรมที่ถูกกระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชาก่อนผู้ถูกกล่าวหาได้บังคับบัญชาเหนือผู้กระทำความผิด เนื่องจากศาลเห็นว่าจะสามารถปรับใช้หลักความรับผิดชอบทางอาญาได้ถ้าอาชญากรรมที่ฟ้องมีความชัดเจนว่าได้เกิดขึ้นภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีในเวลาที่มีความผิดในคดีเกิด แต่ในกรณีที่มีข้อสงสัยจะไม่สามารถถือว่าความรับผิดชอบทางอาญาได้เกิดขึ้นในกฎหมายจารีตประเพณีได้ และการแปลความตีบทกฎหมายโดยขยายความรับผิดชอบไม่สามารถกระทำได้เพราะต้องเคารพต่อหลักความชอบธรรมในทางอาญา (Principle of legality)<sup>64</sup> ซึ่งได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางว่าเป็นจารีตประเพณีที่มีสภาพบังคับเด็ดขาด (Peremptory norm) ในกฎหมายระหว่างประเทศ นั่นคือ**ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับอาชญากรรมที่กระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชาที่เกิดขึ้นก่อนผู้บังคับบัญชาได้บังคับบัญชาเหนือผู้กระทำความผิดนั้นยังไม่มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ**

อย่างไรก็ดีผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่าหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชานั้นไม่ใช่ความรับผิดชอบโดยตรงสำหรับการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาแต่เป็นความรับผิดชอบที่เกิดจากความรับผิดชอบในการกระทำของตนเอง ดังนั้นการจำกัดมิให้ผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาดังกล่าวด้วยเหตุผลว่าเป็นผู้บังคับบัญชาภายหลังการกระทำความผิดเกิดขึ้นจึงไม่น่าจะเพียงพอหากผู้บังคับบัญชาได้ละเว้นการลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาที่กระทำความผิด ซึ่งศาล ICTY มิได้อธิบายว่าเหตุใดจึงไม่สามารถนำหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชามาบังคับใช้ในกรณีนี้

แม้โดยตรรกะแล้วหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาน่าจะสามารถบังคับใช้ได้ในการผู้บังคับบัญชาละเว้นการลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาที่กระทำความผิดแม้ผู้บังคับบัญชาจะได้บังคับบัญชาในภายหลังความผิดเกิด แต่ผู้เขียนยังคงเห็นด้วยกับคณะพิจารณาอุทธรณ์ในคดีนี้เพราะประเด็นปัญหาที่แท้จริงไม่ใช่ปัญหาว่าด้วยตรรกะหรือลักษณะของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสามารถบังคับใช้กับสถานการณ์ในกรณีนี้ได้หรือไม่ แต่เป็นปัญหาว่าหลักความรับผิดชอบนี้มีสภาพเป็นกฎหมายที่สามารถนำมาใช้บังคับในศาล ICTY ได้หรือไม่ เมื่อศาลพบว่าด้วยหลักฐานต่าง ๆ ที่ได้อ้างถึงทำให้ไม่อาจถือได้ว่าความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับอาชญากรรมที่กระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชาที่เกิดขึ้นก่อนผู้บังคับบัญชาได้บังคับบัญชาเหนือผู้กระทำความผิดนั้นเป็น

<sup>64</sup> Prosecutor v. Hadzihasanovic et al., Case No. IT-01-47-AR72, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in

กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าผู้บังคับบัญชาไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีนี้เพราะไม่มีกฎหมายใช้บังคับขณะที่อาชญากรรมตามฟ้องในคดีเกิดขึ้น

จากที่ได้กล่าวถึงแนวคำพิพากษาซึ่งทำให้ทราบว่าหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชามีรูปแบบเป็นอย่างไรและแต่ละรูปแบบมีสถานะทางกฎหมายเป็นอย่างไร ต่อไปจะได้กล่าวถึงประเด็นสถานะของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในภาวะความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับภายในประเทศ ดังนี้

### 3.3 ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาในความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธภายในประเทศ (Command responsibility in internal armed conflicts)

ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาก่อเกิดในกฎหมายระหว่างประเทศจากปัญหาการละเมิดกฎหมายสงครามโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อผลในการป้องกันการกระทำอาชญากรรม แต่ด้วยในช่วงเริ่มก่อตัวของหลักความรับผิดชอบถูกจำกัดอยู่กับภาวะความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับระหว่างประเทศซึ่งเป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางว่าหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในภาวะความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่ในส่วนของความมีอยู่ของความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในความขัดแย้งระดับภายในประเทศยังไม่มี ความชัดเจนเพราะยังไม่ปรากฏกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติ อย่างไรก็ตาม สถานะของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในความขัดแย้งระดับภายในประเทศได้ถูกแสดงให้เห็นปรากฏขึ้นโดยคำตัดสินคำร้องคัดค้านเขตอำนาจศาลที่เกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาคดี Prosecutor v Enver HADZIHASANOVIC et al.

#### ศาลอาญาระหว่างประเทศอิตยโกสลาเวีย<sup>65</sup>

คณะพิจารณาอุทธรณ์ คดีเลขที่ IT-01-47 : วันที่ 16 July 2003

คำตัดสินคำร้องคัดค้านเขตอำนาจศาลที่เกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา

DECISION ON INTERLOCUTORY APPEAL CHALLENGING JURISDICTION IN RELATION TO COMMAND RESPONSIBILITY

คดี: Prosecutor v Enver HADZIHASANOVIC et al.

คำตัดสินคำร้องของคณะพิจารณาอุทธรณ์ได้วางหลักว่า

“ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณี (ตลอดเวลาที่เกี่ยวข้องกับคดีนี้) ในการปรับใช้กับอาชญากรรมสงครามที่ถูกกระทำขึ้นในภาวะความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับภายในประเทศ”<sup>66</sup>

<sup>65</sup> <http://www.un.org/icty/cases-e/index-e.htm> , see p.64 for more details

จากหลักกฎหมายที่ศาลได้แสดงก่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับสถานะของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับอาชญากรรมสงครามที่ถูกกระทำขึ้นในภาวะความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธภายในประเทศสองประการ คือ

- 1) หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับการกระทำอาชญากรรมสงครามในภาวะความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธภายในประเทศมีสถานะเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณี
- 2) ศาลสามารถปรับใช้หลักกฎหมายดังกล่าวได้เพราะไม่ขัดต่อหลัก *Nullum Crimen sine Lege*

ผู้เขียนมีความเห็นว่าความมีอยู่ของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธภายในประเทศในกฎหมายจารีตประเพณีเป็นประเด็นที่มีข้อโต้แย้งอย่างมาก เพราะ

- 1) ไม่มีปรากฏการรวบรวมหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่ใช้ในความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธภายในไว้ในความตกลงหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศ
- 2) ไม่มีปรากฏว่าองค์กรยุติธรรมระหว่างประเทศได้วางหลักไว้ถึงเรื่องการปรับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่ใช้ในความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับภายในและตั้งแต่ปี 1950 ไม่มีองค์กรยุติธรรมระหว่างประเทศใดได้ปรับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับภายในหรือระดับระหว่างประเทศจนกระทั่งได้มีการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอิตีตูโกสลาเวีย
- 3) องค์กรยุติธรรมทั้งหลายที่สร้างขึ้นภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองนั้นล้วนแต่ถูกตั้งขึ้นโดยผลจากความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับระหว่างประเทศจึงเป็นที่ชัดเจนว่าหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาได้ถูกปรับใช้กับบุคคลที่มีส่วนในความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระหว่างประเทศเท่านั้น
- 4) Additional Protocol II ไม่ได้รวมบทบัญญัติเรื่องความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาเอาไว้เหมือน Additional Protocol I
- 5) ไม่มีกฎหมายภายในของรัฐหรือกฎหมายทหารเกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับภายใน

66

Prosecutor v. Hadzihazanovic et al., Case No. IT-01-47-AR72, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, Appeals Chamber, para. 31. '[...] command responsibility was at all times material to this case a part of customary international law in its application to war crimes committed in the course of an internal armed conflict.'

6) ประเด็นความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับภายในประเทศไม่เคยถูกนำมาวิพากษ์อย่างชัดเจนในงานของผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้รับการยอมรับอย่างสูง

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในภาวะความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธภายในประเทศจึงไม่น่าจะมีสถานะความเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอย่างไรก็ดีศาล ICTY โดยคณะพิจารณาอุทธรณ์ในคดีนี้ได้ให้เหตุผลในการวินิจฉัยกรณีดังกล่าวว่ามีข้อกฎหมายสองประการที่ไม่มีข้อโต้แย้ง คือ

1) หลักที่ว่าการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงในความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับภายในประเทศก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาของบุคคลภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเพราะเป็นหลักที่ได้วินิจฉัยไว้แล้วโดยคณะพิจารณาอุทธรณ์ในคดี *ดัสโค ทาดิช (Dusko Tadic)*<sup>67</sup>

2) ประการที่สองคือในช่วงเวลาที่เกี่ยวข้องกับคดีนี้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาได้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในกรณีเกี่ยวกับความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับระหว่างประเทศ<sup>68</sup>

ศาลได้อ้างถึงข้อห้ามการกระทำการบางอย่างในช่วงความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับภายในประเทศได้ถูกกำหนดไว้โดยมาตรา 3 ของอนุสัญญาเจนีวาปี 1949 ซึ่งได้รับการยอมรับอย่างยาวนานว่ามีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณี<sup>69</sup> ประกอบกับคำวินิจฉัยของคณะพิจารณาอุทธรณ์ในคดี *Dusko Tadic* ที่เห็นว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้กำหนดความรับผิดทางอาญาสำหรับการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อมาตรา 3 ที่ได้ถูกเสริมด้วยหลักกฎหมายอื่นเช่น กฎเกณฑ์เรื่องการป้องกันเหยื่อของความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับภายใน การฝ่าฝืนหลักกฎหมายพื้นฐานและกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความหมายและวิธีการต่อสู้ในสงครามกลางเมือง (Civil Strife)<sup>70</sup> และในช่วงเวลาที่เกี่ยวข้องกับคดีนี้กฎหมายจารีตประเพณีได้รวมถึงหลักความรับผิดชอบ

<sup>67</sup> *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (“*Tadic Jurisdiction Decision*”), 2 October 1995, Appeals Chamber, para.134. cited in *Prosecutor v. Hadzihazanovic et al.*, Case No. IT-01-47-AR72, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, Appeals Chamber, para. 11.

<sup>68</sup> *Prosecutor v. Hadzihazanovic et al.*, Case No. IT-01-47-AR72, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, Appeals Chamber, para. 11.

<sup>69</sup> See *Corfu Channel, Merits, I.C.J. Reports 1949*, p.22, and *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, I.C.J. Reports 1986*, pp. 112 and 114. cited in *Prosecutor v. Hadzihazanovic et al.*, Case No. IT-01-47-AR72, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, Appeals Chamber, para. 13.

<sup>70</sup> *Tadic Jurisdiction Decision*, para. 134. cited in *Prosecutor v. Hadzihazanovic et al.*, Case No. IT-01-47-AR72, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, Appeals Chamber, para. 13.

ผู้บังคับบัญชาต่ออาชญากรรมสงครามที่ถูกกระทำในภาวะความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับระหว่างประเทศ<sup>71</sup> ดังนั้นศาลจึงมีความเห็นว่าหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาควรปรับใช้กับอาชญากรรมสงครามโดยสอดคล้องกับข้อห้ามที่ระบุในมาตรา 3 เมื่อได้ถูกกระทำขึ้นในภาวะความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับระหว่างประเทศ และเป็นกรยากที่จะมองว่าเหตุใดหลักนี้ไม่ควรปรับใช้อย่างเท่าเทียมกับการฝ่าฝืนข้อห้ามแบบเดียวกันเมื่อได้ถูกกระทำในภาวะความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับภายในประเทศ<sup>72</sup>

ศาลมีความเห็นว่าประเด็นปัญหาขึ้นอยู่กับหลักสองประการคือ

- 1) หลักเรื่องความรับผิดชอบของการบังคับบัญชา (Responsible command) และ
- 2) ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา (Command responsibility)

ซึ่งจุดกำเนิดและความสัมพันธ์ระหว่างกันของสองหลักนี้ศาลมีความเห็นว่าหลัก

Responsible command ได้ถูกรวมไว้โดยบทบัญญัติมาตรา 1 ของอนุสัญญากรุงเฮกปี 1907<sup>73</sup> และมาตรา 43(1) ของ Additional Protocol I<sup>74</sup> (ใช้บังคับกับกรณีที่เกิดในความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระหว่างประเทศ) ศาลพิเคราะห์ว่าตำแหน่งสถานะของหลักกฎหมายดังกล่าวไม่แตกต่างกันเมื่อมีความเกี่ยวข้องกับภาวะความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับภายในประเทศ

ศาลมีความเห็นว่าความรับผิดชอบในการบังคับบัญชา (Responsible command) เป็นแนวความคิดโดยรวมในเรื่องข้อห้ามที่กำหนดโดยมาตรา 3 อนุสัญญากรุงเจนีวาปี 1949 ต่อการกระทำบางอย่างในภาวะความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับภายในประเทศ และเมื่อพิจารณาถึงเงื่อนไขในการกำหนดว่าได้เกิดความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธที่ไม่ใช่ลักษณะระหว่างประเทศภายในความหมายของบทบัญญัติคือลักษณะอย่างไร ICRC Commentary ระบุว่าต้องปรากฏว่าฝ่ายใน

<sup>71</sup> Prosecutor v. Delalic et al, IT-96-21-A, Judgement, 20 February 2001, paras. 222-241 (“Celebici Appeal Judgment”);

Prosecutor v Bagilishema, ICTR-95-1A-A, Judgement (Reasons), 13 December 2002, paras. 35-37. cited in Prosecutor v. Hadzihazanovic et al., Case No. IT-01-47-AR72, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, Appeals Chamber, para. 13.

<sup>72</sup> Prosecutor v. Hadzihazanovic et al., Case No. IT-01-47-AR72, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, Appeals Chamber, para. 13.

<sup>73</sup> The Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land annexed to the Fourth Hague Convention of 1907. article. 1 ‘The laws, rights and duties of war apply not only to armies, but also to militia and volunteer corps fulfilling the following conditions: 1. To be commanded by a person responsible for his subordinates ...’ cited in Prosecutor v. Hadzihazanovic et al., Case No. IT-01-47-AR72, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, Appeals Chamber, para. 14.

<sup>74</sup> Article 43(1) of the 1977 Additional Protocol I to the Geneva Conventions provided that the “armed forces of a Party to a conflict consist of all organized armed forces, groups and units which are under a command responsible to that Party for the conduct of its subordinates, ...” cited in Prosecutor v. Hadzihazanovic et al., Case No. IT-01-47-AR72, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, Appeals Chamber, para. 14.

การสู้รบ (Revolting party) ต้องมีในความครอบครองซึ่ง “กองกำลังทหารที่ได้รับการจัดตั้งอย่างเป็นระบบ” โดยผู้มีอำนาจต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของกองทหารที่ได้กระทำในพื้นที่ที่กำหนด และมีวิธีการที่เคารพและรับรองการเคารพต่ออนุสัญญา<sup>75</sup> ในขณะที่มาตรา 1(1) ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่สอง (Additional Protocol II) ที่กำหนดไว้คือ “กองกำลังติดอาวุธของฝ่ายภาคีในอนุสัญญาและกองกำลังติดอาวุธฝ่ายคัดค้านหรือกลุ่มติดอาวุธที่ได้จัดตั้งอย่างเป็นระบบอื่น (ภายใต้ความรับผิดชอบในการบังคับบัญชา) ได้ใช้การควบคุมเหนือส่วนดินแดนของตนที่ทำให้กลุ่มของตนดำเนินปฏิบัติการทางทหารอย่างต่อเนื่องและเป็นระบบ” ดังนั้น มาตรา 3 ของตราสารก่อตั้งที่ได้อ้างถึงอาชญากรรมสงครามที่ถูกกระทำในภาวะความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับระหว่างประเทศหรืออาชญากรรมสงครามที่ถูกกระทำในภาวะความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับภายในประเทศภายใต้มาตรา 3 ของอนุสัญญาเจนีวา ก็คือเรื่องของกองกำลังทหารที่ได้รับการจัดตั้งอย่างเป็นระบบ จึงเป็นเรื่องชัดเจนว่ากองกำลังทหารที่ได้ถูกจัดตั้งอย่างเป็นระบบทั้งหลายจะอยู่ในบังคับภายใต้หลักความรับผิดชอบของการบังคับบัญชา (Responsible command) และเป็นการสมเหตุสมผลที่จะถือว่าหลักความรับผิดชอบของการบังคับบัญชานำมาซึ่งหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา เพราะหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพที่สุดซึ่งกฎหมายอาญาระหว่างประเทศสามารถทำให้หลักความรับผิดชอบของการบังคับบัญชามีผลใช้บังคับ<sup>76</sup>

แม้ว่ารัฐส่วนใหญ่จะไม่ได้บัญญัติหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาเพื่อเป็นส่วนบังคับหลักความรับผิดชอบของการบังคับบัญชาในภาวะความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธภายใน อย่างไรก็ตามก็ดีศาลเห็นว่าไม่มีผลต่อข้อเท็จจริงที่ว่าในระดับระหว่างประเทศมีการยอมรับในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีว่าหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องในกฎหมายระหว่างประเทศ (รวมถึงหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา) บังคับกับการกระทำในภาวะความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับภายในได้แม้ว่าจะไม่ใช่ทุกหลักของกฎหมายระหว่างประเทศที่นำมาใช้บังคับ หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องในกฎหมายระหว่างประเทศที่ชัดเจนคือเกี่ยวกับกองกำลังทหารที่เข้าไปเกี่ยวข้องในความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับภายในประเทศจะต้องถูกจัดตั้งอย่างเป็นระบบและอยู่ภายใต้หลักความรับผิดชอบของการบังคับบัญชา นั่นคือเมื่อไม่มีสิ่งใดขัดแย้งศาลเห็นว่าเป็นเป้าหมายของศาลที่แปลความการ

<sup>75</sup> Pictet J. S., Commentary, I Geneva Convention (Geneva, 1952), p. 49. cited in Prosecutor v. Hadzihasanovic et al., Case No. IT-01-47-AR72, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, Appeals Chamber, para. 15.

<sup>76</sup> Prosecutor v. Hadzihasanovic et al., Case No. IT-01-47-AR72, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, Appeals Chamber, para. 16.

ปฏิบัติของรัฐ (State practice) และความเห็นว่ามีสถานะเป็นกฎหมาย (Opinio Juris) (ในส่วนของ  
เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขเรื่องกองกำลังทหารที่ถูกจัดตั้งอย่างเป็นระบบ) ที่เป็นความหมายปกติว่า  
องค์กรของทหารบงบอกถึงหลักความรับผิดชอบของการบังคับบัญชาและหลักความรับผิดชอบ  
ของการบังคับบัญชาบงบอกถึงหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา<sup>77</sup>

ดังนั้นเมื่อกฎหมายจารีตประเพณียอมรับว่าอาชญากรรมสงครามสามารถถูก  
กระทำโดยสมาชิกของกองกำลังทหารที่ได้ถูกจัดตั้งและยอมรับด้วยว่าผู้บังคับบัญชาอาจ  
ถูกบังคับโทษทางอาญาถ้าตนได้รู้หรือมีเหตุผลที่ทำให้รู้ว่าผู้ใต้บังคับบัญชากำลังจะ  
กระทำหรือได้กระทำความผิดและผู้บังคับบัญชาละเว้นไม่ใช้มาตรการที่จำเป็นและ  
เหมาะสมเพื่อป้องกันการกระทำหรือเพื่อลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชา และกฎหมายจารีต  
ประเพณียอมรับว่าอาชญากรรมบางอย่างสามารถถูกกระทำขึ้นโดยสมาชิกของกองกำลัง  
ทหารที่ถูกจัดตั้งในภาวะความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับภายในประเทศนั้นคือกฎหมาย  
จารีตประเพณียอมรับหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับอาชญากรรมนั้นด้วย<sup>78</sup>

ผู้เขียนมีความเห็นว่าด้วยหลักเหตุผลแล้วเป็นการไม่ถูกต้องหากจะถือว่าภายใต้กฎหมาย  
จารีตประเพณีระหว่างประเทศกฎเกณฑ์ทุกอย่างที่ปรับใช้กับความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับ  
ระหว่างประเทศปรับใช้ได้โดยอัตโนมัติกับความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธภายในประเทศ และการ  
จะบอกได้ว่าหลักใดเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นจะต้องปรากฏถึง  
การปฏิบัติของรัฐ (State Practice) และยอมรับหลักดังกล่าวโดยเห็นว่ามีผลเป็นกฎหมาย (Opinio  
Juris) อย่างไรก็ตามหากหลักกฎหมายถูกแสดงว่าได้เกิดขึ้นแล้ว ทำให้ไม่อาจอ้างข้อเถียงว่า  
การปรับใช้หลักกฎหมายไม่อาจทำได้ในสถานการณ์หนึ่งเพราะเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นใหม่หากตามหลัก  
เหตุผลกรณีอยู่ในการบังคับใช้หลักกฎหมายนั้น การที่หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาไม่ใช่  
หลักกฎหมายที่ก่อตัวขึ้นอย่างเป็นทางการแต่เป็นหลักกฎหมายที่เกิดและมีการพัฒนาโดยมีความ  
เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายประการเช่น หลักการเกี่ยวกับการเชื้อเพลิงผู้บังคับบัญชา  
อย่างเคร่งครัด หลักความรับผิดชอบของการบังคับบัญชา หลักการเกี่ยวกับข้อห้ามในการทำ  
สงครามในกฎหมายมนุษยธรรม รวมถึงระบบการจัดการกองทัพของรัฐต่าง ๆ ดังนั้นเมื่อปรากฏ  
หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาอย่างหนึ่งในสถานการณ์หนึ่งก็ย่อม  
แสดงให้เห็นได้ว่าหลักกฎหมายความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาปรากฏอยู่ในสถานการณ์นั้นด้วย  
นั่นเอง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าศาล ICTY ได้นำแนวความคิดนี้มาใช้ในการตอบปัญหาว่าในกฎหมาย  
จารีตประเพณีระหว่างประเทศปรากฏหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในความขัดแย้งด้วย  
กำลังอาวุธภายในประเทศหรือไม่ซึ่งน่าจะเป็นเหตุผลที่ควรจะได้รับยอมรับ ดังนั้นผู้เขียนจึง

<sup>77</sup> Ibid., para. 17.

<sup>78</sup> Ibid., para. 18.

เห็นด้วยกับศาล ICTY ว่าหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสามารถปรับใช้ได้กับอาชญากรรมที่ได้กระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชาในภาวะความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธภายในประเทศ

จากความชัดเจนของรูปแบบและความเป็นส่วนหนึ่งในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาซึ่งได้กล่าวถึงแล้ว ต่อไปจะได้กล่าวถึงประเด็นเกี่ยวกับองค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา

### 3.4 องค์ประกอบความผิดที่ใช้พิจารณาความรับผิดทางอาญาของผู้บังคับบัญชา

องค์ประกอบความผิดที่ทำให้เกิดความรับผิดของผู้บังคับบัญชาเป็นเงื่อนไขสำคัญและอยู่ในลำดับแรกที่ต้องพิจารณาถึง เนื่องจากเป็นตัวกำหนดขอบเขตในการพิจารณาความรับผิดว่า จะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงใดบ้างเพื่อที่จะสามารถลงโทษผู้บังคับบัญชาที่มีความรับผิดทางอาญาต่อการกระทำความผิดของผู้ใต้บังคับบัญชาได้ ประเด็นองค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชามีองค์ประกอบอย่างไรนั้น ปรากฏความชัดเจนในคำพิพากษาของศาล ICTY หลายคดีได้แก่ Prosecutor v Zejnil DELALIC et al. (Celebici Case), Prosecutor v Zlatko ALEKSOVKI, Prosecutor v Tihomir BLASKIC ซึ่งได้กล่าวถึงองค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาซึ่งคำพิพากษาศาล ICTY ในคดีต่อ ๆ มาที่ได้มีคำตัดสินภายหลังได้มีความเห็นสอดคล้องกัน อย่างไรก็ตามก็จะได้กล่าวเน้นถึงคดี Celebici ซึ่งถือได้ว่าเป็นคดีแรกที่ได้วางหลักเกี่ยวกับองค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา

#### ศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวีย<sup>79</sup>

คณะพิจารณาชั้นต้น คดีเลขที่ IT-96-21-T : วันที่ 16 November 1998

คำพิพากษาคดี: Prosecutor v Zejnil DELALIC et al. (Celebici Case)

คณะพิจารณาชั้นต้นได้วินิจฉัยวางหลักว่า

“ตามมาตรา 7(3) นั้นสามารถชี้ให้เห็นองค์ประกอบความผิดของความรับผิดของผู้บังคับบัญชาสำหรับการละเว้นการกระทำได้ดังนี้

- 1) ปรากฏความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชา
- 2) ผู้บังคับบัญชาได้รู้หรือมีเหตุผลที่ทำให้รู้ว่าการกระทำความผิดอาญากำลังจะเกิดหรือได้เกิดขึ้น และ
- 3) ผู้บังคับบัญชาไม่ได้ใช้มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมเพื่อป้องกันการกระทำความผิดหรือลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น”<sup>80</sup>

<sup>79</sup>

<http://www.un.org/icty/cases-e/index-e.htm> , see p.50 for more details.



จากหลักกฎหมายที่ศาลได้วางหลักไว้ในคำพิพากษาจะเห็นได้ว่าศาลได้ยึดถือตราสารก่อตั้งศาล ICTY เป็นหลักในการพิจารณาขอบเขตขององค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา เพราะถือได้ว่าเป็นตราสารแรกที่ได้รับการยอมรับในสังคมระหว่างประเทศที่ปรากฏหลักดังกล่าวนับแต่ Additional Protocol I และตราสารก่อตั้งยังเป็นตัวกำหนดถึงเขตอำนาจเหนือความผิดของศาลโดยหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาถือได้ว่าเป็นความผิดฐานหนึ่งที่อยู่ในอำนาจการพิจารณา ซึ่งมาตรา 7(3) บัญญัติว่า

“ข้อเท็จจริงที่ว่าการกระทำความผิดตามมาตรา 2-5 ที่ถูกกระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชาไม่เป็นการบรรเทาความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาถ้าตนได้รู้หรือมีเหตุผลที่ทำให้รู้ว่าผู้ใต้บังคับบัญชากำลังจะกระทำหรือได้กระทำความผิดและผู้บังคับบัญชาไม่นำมาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมมาใช้เพื่อป้องกันการกระทำความผิดหรือลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น”<sup>81</sup>

ศาลมีความเห็นว่าจากมาตรานี้แสดงให้เห็นถึงองค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในสามส่วนคือ

- 1) ความเป็นผู้บังคับบัญชา
- 2) องค์ประกอบภายใน
- 3) องค์ประกอบส่วนการกระทำ

ความเป็นผู้บังคับบัญชาที่เป็นองค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชานั้น จะเห็นได้ว่าศาลไม่ใช่ถ้อยคำในลักษณะที่ระบุโดยตรงว่า ผู้ที่ต้องรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชานี้ต้องดำรงตำแหน่งเป็นผู้บังคับบัญชาของผู้ใต้บังคับบัญชาที่กระทำความผิดแต่ใช้คำว่า “ปรากฏความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชา” นั่นคือผู้ที่มีความรับผิดชอบไม่จำกัดดำรงตำแหน่งใด ๆ แต่หากปรากฏว่าบุคคลนั้นมีความสัมพันธ์กับบุคคลที่เป็นผู้กระทำความผิดในรูปแบบการควบคุมบังคับบัญชาก็เพียงพอที่จะทำให้เกิดความรับผิดชอบแล้ว

80

Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 346. '[...]From the text of Article 7(3) it is thus possible to identify the essential elements of command responsibility for failure to act as follows:

- (i) the existence of a superior-subordinate relationship;
- (ii) the superior knew or had reason to know that the criminal act was about to be or had been committed; and
- (iii) the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent the criminal act or punish the perpetrator thereof.'

81

ICTY statute article 7(3) 'The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 5 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his superior of criminal responsibility if he knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.'

สำหรับองค์ประกอบภายในของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาคือการรู้ข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชาเกี่ยวกับการกระทำผิดของผู้ใต้บังคับบัญชาซึ่งตามแนวคำพิพากษาประกอบไปด้วยการรู้ข้อเท็จจริงในสองประเภทคือ

- 1) การรู้ข้อเท็จจริงตามความเป็นจริง (Actual Knowledge) และ
- 2) การรู้ข้อเท็จจริงโดยถือว่าผู้บังคับบัญชาได้รู้ข้อเท็จจริงแล้วจากมาตรฐานที่ตั้งขึ้น (Constructive Knowledge) ซึ่งคือระดับ“มีเหตุผลที่ทำให้รู้”ตามตราสารก่อตั้งนั่นเอง

ในส่วนองค์ประกอบที่เป็น “การกระทำ” ตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาคือการละเว้นการกระทำของผู้บังคับบัญชาโดยการไม่ใช้มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมเพื่อวัตถุประสงค์สองประการคือ

- 1) ป้องกันการกระทำผิด หรือ
- 2) ลงโทษผู้กระทำผิด

จากแนวคำพิพากษาทำให้สามารถวิเคราะห์หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาได้ว่าประกอบไปด้วยหลักความรับผิด ในฐานความผิดดังนี้

- 1) ผู้บังคับบัญชารู้ว่าผู้ใต้บังคับบัญชากำลังจะกระทำผิดและละเว้นไม่ใช้มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมป้องกันการกระทำผิดนั้น
- 2) ผู้บังคับบัญชารู้ว่าผู้ใต้บังคับบัญชาได้กระทำผิดและละเว้นการลงโทษผู้กระทำผิด ทั้งนี้ผู้บังคับบัญชานั้นต้องเป็นผู้มีอำนาจการควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาในขณะที่การกระทำผิดเกิด
- 3) ผู้บังคับบัญชามีเหตุผลที่ทำให้รู้ว่าผู้ใต้บังคับบัญชากำลังจะกระทำผิดและละเว้นไม่ใช้มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมป้องกันการกระทำผิดนั้น
- 4) ผู้บังคับบัญชามีเหตุผลที่ทำให้รู้ว่าผู้ใต้บังคับบัญชาได้กระทำผิดและละเว้นไม่ลงโทษผู้กระทำผิด ทั้งนี้ผู้บังคับบัญชานั้นต้องเป็นผู้มีอำนาจการควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาในขณะที่การกระทำผิดเกิด
- 5) ผู้บังคับบัญชารู้หรือมีเหตุผลที่ทำให้รู้ว่าผู้ใต้บังคับบัญชาได้กระทำผิดและละเว้นไม่ลงโทษผู้กระทำผิด ทั้งนี้ผู้บังคับบัญชานั้นได้ดำรงตำแหน่งผู้บังคับบัญชาภายหลังการกระทำผิดเกิด

ทั้งนี้จากที่ได้กล่าวถึงแล้วในเรื่องลักษณะและสถานะของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียได้วินิจฉัยไว้ ทำให้สรุปได้ว่าความรับผิดของ

ผู้บังคับบัญชาในกรณีที่ 1-4 ถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่ในส่วนของกรณีที่ 5 นั้นความรับผิดกรณีนี้อาจก่อตัวในกฎหมายระหว่างประเทศแต่ยังไม่อาจถือได้ว่าได้เกิดขึ้นอย่างชัดเจนมั่นคงพอที่จะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

การที่ศาลได้ชี้ว่าหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาประกอบด้วยองค์ประกอบความผิดสามส่วนดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้นโดยไม่ปรากฏองค์ประกอบความผิดส่วนความสัมพันธ์ระหว่างการละเว้นการกระทำของผู้บังคับบัญชาและความผิดที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา แต่ภายใต้หลักทั่วไปของกฎหมายอาญาความผิดที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นผลจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของบุคคลที่มีความรับผิด จึงเป็นปัญหาว่าการพิสูจน์ความรับผิดของผู้บังคับบัญชาจะต้องปรากฏถึงความสัมพันธ์ดังกล่าวหรือไม่ ประเด็นปัญหานี้ศาล ICTY ได้วินิจฉัยสร้างความชัดเจนไว้ในระดับหนึ่งดังจะได้กล่าวถึงดังต่อไปนี้

### 3.5 ความเชื่อมโยงระหว่างการละเว้นการปฏิบัติกับอาชญากรรมที่ถูกกระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชา

(Causation)

จากที่ได้กล่าวถึงแล้วในส่วนขององค์ประกอบความผิดของผู้บังคับบัญชาที่ศาลได้วางหลักไว้ว่าประกอบด้วย 3 ส่วนคือ

1. ปรากฏความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชา
2. ผู้บังคับบัญชาได้รู้หรือมีเหตุผลที่ทำให้รู้ว่าการกระทำทำความผิดอาญากำลังจะเกิดหรือได้เกิดขึ้น และ
3. ผู้บังคับบัญชาไม่ได้ใช้มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมเพื่อป้องกันการกระทำทำความผิดหรือลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น

แต่มีข้อโต้แย้งว่าองค์ประกอบของความรับผิดของผู้บังคับบัญชานั้นควรรวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างการละเว้นการกระทำของผู้บังคับบัญชาและการเกิดขึ้นของอาชญากรรม (Causation) กล่าวคือการละเว้นการกระทำเป็นเหตุให้เกิดการกระทำทำความผิดนั่นเอง แม้ศาลจะเห็นว่าองค์ประกอบความผิดตามหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชามีเพียง 3 ส่วนโดยไม่รวมถึง Causation แต่ประเด็นปัญหาเป็นที่น่าสนใจเพราะโดยหลักกฎหมายอาญาทั่วไปกำหนดให้บุคคลจะต้องรับผิดหากผู้กระทำความผิดได้มีการกระทำและความผิดที่เกิดขึ้นต้องเป็นผลมาจากการกระทำนั้นหรือละเว้นการกระทำเพื่อมุ่งให้เกิดผล แต่กรณีความรับผิดของผู้บังคับบัญชากลับมีผลมาจากการละเว้นไม่กระทำการและการละเว้นการกระทำนี้ก็ไม่เกี่ยวข้องกับการเกิดหรือไม่เกิด

อาชญากรรมแต่ความรับผิดชอบจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อความผิดได้เกิดขึ้น สำหรับประเด็นนี้ศาลได้วินิจฉัยสร้างความชัดเจนอย่างละเอียดปรากฏตามแนวในคำพิพากษาในคดี Celebici

### ศาลอาญาระหว่างประเทศอิตยโกสลาเวีย

คณะพิจารณาชั้นต้น คดีเลขที่ IT-96-21-T : วันที่ 16 November 1998

คำพิพากษาคดี: Prosecutor v Zejnir DELALIC et al. (Celebici Case)

คณะพิจารณาชั้นต้นวินิจฉัยวางหลักว่า

“สิ่งที่ปรากฏชัดเจนสำหรับหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับการละเว้นการลงโทษผู้กระทำผิดภายใต้มาตรา 7(3) ของตราสารก่อตั้งและกฎหมายจารีตประเพณีไม่ปรากฏเงื่อนไขการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการละเว้นการกระทำและความผิดที่ได้กระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชาเป็นองค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา”<sup>82</sup>

จากหลักกฎหมายที่ศาล ICTY ได้ระบุทำให้เกิดความชัดเจนว่าความเชื่อมโยงระหว่างการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บังคับบัญชากับความผิดที่ผู้ใต้บังคับบัญชาได้กระทำไม่ถึงเป็นองค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา

คดี Celebici นี้ผู้ถูกกล่าวหาได้อ้างถึงความมีอยู่ของ Causation ในฐานะองค์ประกอบหนึ่งของความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา โดยอ้างข้อเท็จจริงว่าการละเว้นไม่กระทำของผู้บังคับบัญชาไม่เป็นสาเหตุให้เกิดการกระทำความผิด ผู้บังคับบัญชาก็ไม่มีความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา และเงื่อนไขนี้ยังใช้กับหลักในส่วนของความละเว้นของผู้บังคับบัญชาในการลงโทษอาชญากรรมที่กระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชาด้วย เพราะการไม่กระทำในรูปแบบการละเว้นไม่ลงโทษคือสาเหตุของอาชญากรรมที่จะเกิดขึ้นในอนาคต<sup>83</sup>

ขณะที่อัยการได้โต้แย้งคัดค้านข้ออ้างของผู้ถูกกล่าวหาโดยให้เหตุผลว่าผู้บังคับบัญชาจะต้องรับผิดชอบถ้าตนไม่ได้ใช้มาตรการที่เพียงพอภายในอำนาจของตนเพื่อป้องกันหรือลงโทษอาชญากรรม และอธิบายว่าเงื่อนไขการพิสูจน์ความผิดไม่รวมถึงการพิสูจน์ว่าการละเว้นการกระทำของผู้บังคับบัญชาเป็นผลให้เกิดความผิดโดยตรง เหตุผลสนับสนุนก็คือ

<sup>82</sup> Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 400. ‘[...]The very existence of the principle of superior responsibility for failure to punish, therefore, recognised under Article 7(3) and customary law, demonstrates the absence of a requirement of causality as a separate element of the doctrine of superior responsibility.’ see p.50 for more details.

<sup>83</sup> Trial Chamber, Celebici case, Judgement, para. 396.

1) ข้อเท็จจริงที่ว่าผู้บังคับบัญชาทั้งหลายในระดับต่าง ๆ กันสามารถมีความรับผิดชอบ (ภายในขอบอำนาจของตน) สำหรับความผิดของผู้ใต้บังคับบัญชาคนเดียวกันโดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าการละเว้นของผู้บังคับบัญชาจะทำให้เกิดการกระทำผิดขึ้นหรือไม่ และ

2) Causation ไม่สามารถเกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชากรณีการละเว้นการลงโทษได้เลยเพราะขัดต่อหลักเหตุผลที่ว่า เมื่อหน้าที่ในการลงโทษผู้กระทำผิดเกิดขึ้นภายหลังความผิดได้เกิดขึ้นแล้วหากความรับผิดชอบกรณีละเว้นการลงโทษนี้ต้องปรากฏเงื่อนไข Causation ความรับผิดชอบประเภทนี้ก็ไม่สามารถที่จะเกิดขึ้นได้เลย<sup>84</sup>

อย่างไรก็ดีศาลมีความเห็นว่าแม้ว่าเรื่อง Causation จะมีความสำคัญอย่างยิ่งในกฎหมายอาญาแต่ Causation ก็ไม่ถือเป็นเงื่อนไขก่อนที่ต้องพิสูจน์เพื่อการปรับใช้หลักกฎหมายความรับผิดชอบทางอาญา (Conditio sine qua non) กรณีความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับการละเว้นการป้องกันหรือการละเว้นการลงโทษความผิดที่กระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชา เนื่องจากไม่พบข้อสนับสนุนเรื่องการมีอยู่ของเงื่อนไขการพิสูจน์ Causation ว่าเป็นอีกหนึ่งองค์ประกอบความผิดของความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา<sup>85</sup> Causation นี้เป็นเงื่อนไขในการพิสูจน์กรณีความผิดที่ผู้ใต้บังคับบัญชาได้กระทำและผู้บังคับบัญชาได้ละเว้นไม่ใช้มาตรการภายในอำนาจเพื่อป้องกัน ในกรณีนี้ผู้บังคับบัญชาอาจถูกพิจารณาว่ามีส่วนเป็นสาเหตุเกี่ยวข้องกับการกระทำผิด<sup>86</sup>ในทางกลับกัน Causation ระหว่างการละเว้นการลงโทษอาชญากรรมที่เกิดขึ้นโดยผู้ใต้บังคับบัญชาในอดีตและการกระทำอาชญากรรมในอนาคตอาจดูเหมือนเป็นไปได้ และศาลเห็นว่าอัยการได้อ้างถึงอย่างถูกต้องแล้วว่าไม่ปรากฏความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่กระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชาและการที่ผู้บังคับบัญชาละเว้นการลงโทษผู้กระทำผิดในเวลาต่อมาสำหรับการกระทำ ความผิดนั้น

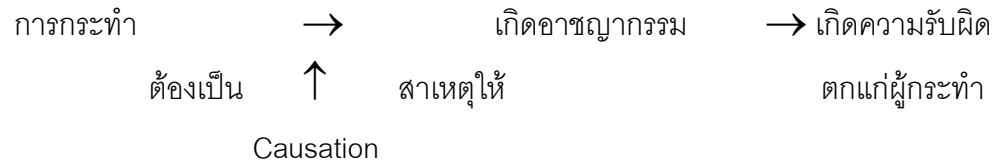
ผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่จะพิจารณาถึง Causation สำหรับหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชานั้นจำเป็นที่จะต้องเข้าใจถึงลักษณะที่ความรับผิดชอบเชื่อมโยงมาถึงผู้บังคับบัญชาเสียก่อน เนื่องจากความรับผิดชอบเชื่อมโยงมาถึงผู้บังคับบัญชาโดยผลของความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชา หากใช้ความรับผิดชอบเชื่อมโยงมาถึงผู้บังคับบัญชาจากผลของความสัมพันธ์ระหว่างการละเว้นการกระทำและความผิดที่เกิดขึ้นไม่ เพราะผู้ที่กระทำผิดไม่ใช่ตัวผู้บังคับบัญชาเองแต่เป็นผู้ใต้บังคับบัญชา ซึ่งสามารถจะแสดงให้เห็นรูปแบบการเคลื่อนไหวของความรับผิดชอบเพื่อความเข้าใจในสองกรณีคือ

<sup>84</sup> Ibid., para. 397.

<sup>85</sup> Ibid., para. 398.

<sup>86</sup> Ibid., para. 399.

1) รูปแบบการเกิดความรับผิดทางอาญาสำหรับความผิดในกฎหมายอาญา



2) รูปแบบการเกิดความรับผิดทางอาญาตามหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชา



จากรูปแบบที่แสดงจะเห็นได้ว่ารูปแบบความรับผิดของผู้บังคับบัญชาเป็นความรับผิดที่ต่อเนื่องหลังจากมีอาชญากรรมเกิดขึ้นซึ่งถือเป็นเงื่อนไขก่อนในการบังคับใช้หลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชา ความเชื่อมโยงระหว่างการกระทำและอาชญากรรมที่เกิดขึ้น (Causation) จะเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมในขั้นตอนการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาเท่านั้น ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นพ้องกับศาล ICTY ว่า Causation ไม่ถือเป็นองค์ประกอบความผิดหนึ่งของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชา ซึ่งประเด็นนี้ได้เกิดข้อยุติที่ชัดเจนยิ่งขึ้นเมื่อคณะพิจารณาอุทธรณ์ได้ยืนยันหลักดังกล่าวในคำพิพากษาอุทธรณ์ในคดี Prosecutor v Tihomir BLASKIC

ศาลอาญาระหว่างประเทศอติตุโยโกสลาเวีย

คณะพิจารณาอุทธรณ์ คดีเลขที่ IT-95-14 : วันที่ 29 July 2004

คำพิพากษาคดี: Prosecutor v Tihomir BLASKIC

คณะพิจารณาอุทธรณ์ได้มีคำวินิจฉัยว่า

“คณะพิจารณาอุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับข้ออ้างของผู้อุทธรณ์ที่ว่า การปรากฏความเป็นสาเหตุระหว่างการละเว้นของผู้บังคับบัญชาในการป้องกันอาชญากรรมที่กระทำโดย

## ผู้ใต้บังคับบัญชาและการเกิดของอาชญากรรมนั้น เป็นองค์ประกอบความผิดของหลัก ความรับผิดของผู้บังคับบัญชา”<sup>87</sup>

คดีนี้ผู้อุทธรณ์อ้างข้อเถียงว่าองค์ประกอบ Causation เป็นเงื่อนไขที่ต้องพิสูจน์สำหรับ ความรับผิดของผู้บังคับบัญชาภายใต้มาตรา 7(3) ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ อติตยูโกสลาเวีย และในการวินิจฉัยของคณะพิจารณาชั้นต้นก็ไม่ปรากฏว่าได้มีการพิสูจน์ Causation แต่คณะพิจารณาชั้นต้นได้สันนิษฐานถึง Causation เพื่อจะได้หลักการระการพิสูจน์ซึ่ง เป็นการฝ่าฝืนหลักกฎหมายเรื่องการสันนิษฐานที่ว่าบุคคลยังถือว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีการ พิสูจน์ความผิด<sup>88</sup> ขณะที่อัยการแย้งว่าไม่มีเงื่อนไขเรื่อง Causation ที่จะต้องพิสูจน์

แต่จากการที่คณะพิจารณาอุทธรณ์ของศาล ICTY ในคดีนี้ได้ยืนยันว่าความรับผิดของ ผู้บังคับบัญชาไม่ปรากฏ Causation เป็นองค์ประกอบความผิดตามที่ได้ปรากฏในคำวินิจฉัยของ ศาลโดยคณะพิจารณาชั้นต้นในคดี Celebici ทำให้ข้อโต้แย้งในประเด็นนี้ยุติสำหรับการพิจารณา ประเด็นข้อกฎหมายดังกล่าวในศาล ICTY

อย่างไรก็ตามที่ผู้เขียนได้ให้เหตุผลสนับสนุนหลักดังกล่าวคือการพิจารณาการเลื่อนไหล ของความรับผิดตามที่ได้กล่าวแล้ว ยังมีเหตุผลทางด้านตรรกะคอยสนับสนุนคือปรากฏข้อเท็จจริง สองกรณีไม่อาจโต้แย้งได้

- 1) กรณีแม้ผู้บังคับบัญชาจะไม่ได้ใช้มาตรการใด ๆ เพื่อป้องกัน อาชญากรรมก็อาจไม่ ถูกผู้ใต้บังคับบัญชากระทำขึ้น
- 2) กรณีผู้บังคับบัญชาแม้จะได้ใช้มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมทุกอย่างในการป้องกันการ กระทำความผิดโดยผู้ใต้บังคับบัญชาแล้ว อาชญากรรมก็อาจถูกผู้บังคับบัญชา กระทำขึ้น

จากกรณีที่ผู้เขียนได้ยกตัวอย่างจะเห็นได้ว่า การเกิดขึ้นของอาชญากรรมที่ถูกกระทำโดย ผู้ใต้บังคับบัญชาไม่ได้เป็นผลโดยตรงมาจากปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติของผู้บังคับบัญชาแต่ อย่างใด การปฏิบัติหรือละเว้นปฏิบัติของผู้บังคับบัญชาไม่ได้มีผลแปรผันตรงโดยสมบูรณ์กับการ เกิดอาชญากรรม ดังนั้นย่อมไม่ถูกตรรกะหากจะปรับใช้ความรับผิดของผู้บังคับบัญชาโดย พิเคราะห์จากความสัมพันธ์ว่าการละเว้นการกระทำหน้าที่ป้องกันก่อให้เกิดอาชญากรรมแล้ว ผู้บังคับบัญชาจึงจะต้องรับผิด เพราะไม่ใช่กรณีตายตัวที่ว่าเมื่อผู้บังคับบัญชาป้องกันแล้ว

<sup>87</sup> Appeal Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement. para. 77. ‘The Appeals Chamber is [...] not persuaded by the Appellant’s submission that the existence of causality between a commander’s failure to prevent subordinates’ crimes and the occurrence of these crimes, is an element of command responsibility [...]’ see p.58 for more details.

<sup>88</sup> Appeal Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement. para. 73.

อาชญากรรมจะไม่เกิดขึ้นหรือไม่ป้องกันแล้วอาชญากรรมจะต้องเกิดขึ้น ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าเมื่อผู้บังคับบัญชาได้ละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ป้องกันการกระทำผิด ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาอาจเกิดหรือไม่เกิดขึ้นก็ได้ อาชญากรรมที่เกิดขึ้นโดยผู้ใต้บังคับบัญชาไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ป้องกันของผู้บังคับบัญชาแต่อย่างใด นั่นคือ ทั้งสองสิ่งย่อมไม่อาจมีความสัมพันธ์ในรูปแบบของเหตุที่ทำให้เกิดและผลที่เกิดจากเหตุได้ ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าองค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาไม่อาจรวมถึง Causation ได้โดยแน่แท้สำหรับกรณีการละเว้นการใช้มาตรการเพื่อป้องกันเช่นเดียวกับกรณีการละเว้นการลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาตามเหตุผลที่อัยการในคดี Celebici ได้ให้ไว้อย่างชัดเจนตามที่ได้กล่าวถึงแล้ว

จากองค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่ศาลได้แสดงทำให้ทราบถึงปัจจัยที่จะต้องพิสูจน์ในการดำเนินคดี ซึ่งรายละเอียดของแต่ละองค์ประกอบความผิดจะได้อธิบายต่อไป อย่างไรก็ตามผู้เขียนจะได้อธิบายถึงประเด็นที่ว่า หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชานั้นครอบคลุมผู้บังคับกับผู้บังคับบัญชาประเภทใดบ้างก่อน ดังนี้

### 3.6 หลักความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาครอบคลุมถึงผู้บังคับบัญชาที่ไม่ใช่ทหาร

เนื่องจากตามมาตรา 7(3) แห่งตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตุโกสลาเวีย ใช้คำว่าผู้บังคับบัญชา (Superior) ในการบัญญัติหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาซึ่งอาจมีความหมายครอบคลุมผู้บังคับบัญชาได้หลายประเภท แต่จากจุดเริ่มและการพัฒนาของกฎหมายมีที่มาจากกฎหมายทหารและกฎหมายสงครามจึงทำให้เกิดข้อโต้แย้งว่าภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาจากการกระทำผิดของผู้ใต้บังคับบัญชาควรจำกัดอยู่เฉพาะกับผู้บังคับบัญชาทหารเท่านั้นไม่ควรรวมถึงผู้บังคับบัญชาอื่น

สำหรับประเด็นดังกล่าวศาลได้มีคำวินิจฉัยสร้างความชัดเจนไว้ใน Celebici Case

ศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตุโกสลาเวีย

คณะพิจารณาชั้นต้น คดีเลขที่ IT-96-21-T : วันที่ 16 November 1998

คำพิพากษาคดี: Prosecutor v. Zejnil DELALIC et al. (Celebici Case)

วินิจฉัยวางหลักว่า

“การปรับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 7(3) ครอบคลุมทั้งผู้บังคับบัญชาทหารและปัจเจกบุคคลที่อยู่ในตำแหน่งผู้บังคับบัญชาที่ไม่ใช่ทหาร”<sup>89</sup>

<sup>89</sup> Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 363. '[...] the applicability of the principle of superior responsibility in Article 7(3) extends not only to military commanders but also to individuals in non-military positions of superior authority.' see p.50 for more details.



จากแนวคำพิพากษานี้ทำให้เกิดความชัดเจนว่าหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสามารถปรับใช้กับผู้บังคับบัญชาอื่นที่ไม่ใช่ทหาร แม้จากตราสารก่อตั้งได้ใช้คำว่า “Superior” ซึ่งสามารถแปลความได้ว่ารวมถึงผู้บังคับบัญชาอื่นแต่ศาลยังคงต้องค้นหาถึงกฎหมายจารีตประเพณีในการปรับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาเพื่อเป็นการเคารพต่อหลัก Nullum Crimen sine Lege

คณะพิจารณาชั้นต้นในคดีนี้ได้วินิจฉัยโดยใช้การพิจารณาและอ้างหลักฐานต่าง ๆ ที่สนับสนุนปรับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชากับผู้บังคับบัญชาอื่นที่ไม่ใช่ทหาร ดังนี้

1) ตราสารก่อตั้งศาล ICTY โดยศาลมีความเห็นว่า เนื่องจากปรากฏในมาตรา 7(2)<sup>90</sup> ที่ครอบคลุมความรับผิดชอบทางอาญาของ**ประมุขของรัฐหรือรัฐบาลหรือเจ้าหน้าที่รัฐบาลผู้รับผิดชอบ**ทำให้เห็นชัดว่าการปรับใช้หลักความรับผิดชอบปัจเจกบุคคลตามมาตรา 7(3) ขยายครอบคลุมทั้งความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาทหารรวมถึงผู้นำทางการเมืองและผู้บังคับบัญชาพลเรือนอื่นที่อยู่ในตำแหน่งที่มีอำนาจ

2) รายงานการร่างบทบัญญัติของตราสารก่อตั้งศาล ICTY (Travaux préparatoires) ซึ่งปรากฏหลักฐานการแสดงความคิดเห็นในการลงมติของผู้แทนสหรัฐในการรับรองมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 827 ก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวีย ความเข้าใจของสหรัฐคือความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลเกิดขึ้นในกรณีการละเว้นการกระทำของผู้บังคับบัญชา (ทั้งทหารหรือการเมือง) ในการใช้วิธีที่เหมาะสมในการป้องกันหรือลดโทษอาชญากรรมที่กระทำลงโดยบุคคลที่อยู่ภายในอำนาจของตนซึ่งคำแถลงนี้ไม่มีข้อคัดค้าน

3) ความเห็นของคณะพิจารณาชั้นต้นในคดี Prosecutor v. Milan Martić<sup>91</sup> ที่วางหลักในการวินิจฉัยคำฟ้องว่า “ศาลมีเหตุผลหนักแน่นเป็นพิเศษสำหรับการใช้เขตอำนาจศาลเหนือบุคคล (ตลอดทั้งที่ดำรงตำแหน่งบังคับบัญชาทางการเมืองหรือการทหาร) ที่สามารถสั่งการปฏิบัติการที่เป็นอาชญากรรมที่อยู่ภายในอำนาจศาลหรือบุคคลที่จงใจละเว้นการป้องกันหรือลดโทษผู้กระทำอาชญากรรมเหล่านั้น”<sup>92</sup>

4) รายงานของคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญสหประชาชาติที่ระบุว่า “คดีส่วนใหญ่ซึ่งหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาได้ถูกนำมาพิจารณา เกี่ยวข้องกับผู้ถูกกล่าวหาที่เป็นทหารหรือ

<sup>90</sup> ICTY statute. Article 7(2) ‘The official position of any accused person, whether as Head of State or Government or as a responsible Government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment.’

<sup>91</sup> The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Trial Chamber, *Prosecutor v. Milan Martić*, Decision, Case No. IT-95-11-I, 8 March 1996 (RP D170-D183), D175.

<sup>92</sup> *Prosecutor v. Milan Martić*, Case No. IT-95-11-I, 8 March 1996 (RP D170-D183), D175. cited in Trial Chamber, *Celebici Case*, Judgement, para. 356.

กองกำลังร่วมทหาร ผู้นำทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเคยต้องรับผิดชอบได้หลักนี้ใน สถานการณ์ต่าง ๆ”<sup>93</sup>

5). หลักกฎหมายจากคดี (Case law) ที่ปรากฏการปรับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชากับบุคคลที่ไม่ใช่ทหารคือ

#### 5.1 การพิจารณาคดีของศาลทหารระหว่างประเทศตะวันออกไกล

- กรณีการวางหลักความรับผิดชอบของนายพล อิวาเนะ มัตซุย<sup>94</sup> ว่ามีความรับผิดชอบทางอาญากรณี “Rape of Nanking”

- กรณีความรับผิดชอบของนาย โทกิ ฮิโรตะ รัฐมนตรีต่างประเทศญี่ปุ่น<sup>95</sup>

- กรณีความรับผิดชอบของนายกรัฐมนตรี ฮิเดกิ โตโจและรัฐมนตรีต่างประเทศนายมาโมรุ ชิเกมัตซึ ที่รับผิดชอบสำหรับการละเว้นกระทำเพื่อป้องกันหรือลดโทษการกระทำผิดของทหารญี่ปุ่น<sup>96</sup>

ทั้งสามกรณีข้างต้นเป็นผลเนื่องมาจากสงครามโลกครั้งที่สองภายหลังที่ญี่ปุ่นแพ้สงคราม ศาลทหารระหว่างประเทศตะวันออกไกล (International Military Tribunal for the Far East) ได้ถูกตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาโทษบรรดาผู้นำของจักรวรรดิญี่ปุ่นสำหรับอาชญากรรมสามประเภทคือ อาชญากรรมต่อความสันติภาพ อาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ที่ได้ถูกกระทำขึ้นโดยฝ่ายญี่ปุ่นในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง ซึ่งศาลได้ตัดสินให้นายกรัฐมนตรี ฮิเดกิ โตโจ นายพล อิวาเนะ มัตซุย นาย โทกิ ฮิโรตะ ถูกตัดสินให้ประหารชีวิตด้วยการแขวนคอที่เรือนจำชูกาโมเมื่อวันที่ 23 ธันวาคม 1948 ส่วนรัฐมนตรีต่างประเทศนายมาโมรุ ชิเกมัตซึ ถูกตัดสินให้จำคุกเป็นเวลา 7 ปี

#### 5.2 การพิจารณาคดีของศาลทหารสหรัฐ ณ นูร์มเบิร์ก

- คดี Unites States v. Friedrich Flick and others<sup>97</sup> (ดำเนินคดีระหว่าง 19 เมษายน 1947 ถึง 22 ธันวาคม 1947) คดีนี้จำเลยเป็นพลเรือนนักอุตสาหกรรมที่ถูกฟ้องให้ต้องรับผิดชอบ

<sup>93</sup> Commission of Experts Report, p. 16 (Exhibit 39). cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 357.

<sup>94</sup> The Complete Transcripts of the Proceedings of the International Military Tribunal for the Far East, reprinted in R. John Pritchard and Sonia Magbanua Zaide (eds.), The Tokyo War Crimes Trial, Vol. 20 (Garland Publishing: New York & London 1981) (hereafter “Tokyo Trial Official Transcript”), 49,816. cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 357.

\* The Rape of Nanking has emerged during world war II in China after invasion of Japanese troops. Between December 1937 and March 1938 at least 369,366 Chinese civilians and prisoners of war were slaughtered by the invading troops. An estimated 80,000 women and girls were raped; many of them were then mutilated or murdered.

<sup>95</sup> Ibid., p. 49,791. cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 357.

<sup>96</sup> Ibid., p. 49,831. cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 358.

ความผิดกรณีการคำสั่งเพื่อใช้แรงงานในโรงงานอุตสาหกรรม Flick กับพวก 5 คน ที่ถูกฟ้องในคดีนี้เป็นผู้บริหารระดับสูงของกลุ่มบริษัทชื่อ Flick Kommanditgesellschaft ซึ่งศาลได้ตัดสินให้ Flick กับพวกอีก 2 คนถูกจำคุกและยกฟ้อง 3 คน

- คดี Roechling case<sup>98</sup> ที่ผู้บังคับบัญชาที่เป็นพลเรือนมีความรับผิดชอบทางอาญาต่อการกระทำทารุณแรงงานที่ถูกบังคับให้ทำงานในโรงงานอุตสาหกรรมของเยอรมันคือ Roechling Iron and Steel Works ในเมือง Voelklingen ผู้ถูกกล่าวหาในคดีนี้มีความผิดฐานละเว้นกระทำการต่อต้านการบังคับใช้แรงงานที่กระทำโดยสมาชิกของเกสตาโป (Gestapo)

จากคดีต่าง ๆ ที่ศาลได้อ้างถึงจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าในการปฏิบัติจริงของการดำเนินคดีกับอาชญากรรมระหว่างประเทศภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 นั้น ปราบกฏบุคคลทั้งที่เป็นทหารและไม่ใช้ทหารถูกลงโทษภายใต้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาซึ่งบ่งบอกความเป็นกฎหมายจารีตประเพณีได้ในระดับหนึ่ง

จะเห็นได้จากแนวคำพิพากษาของศาล ICTY ว่าการปรับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชานั้น ในกฎหมายจารีตประเพณีครอบคลุมถึงผู้บังคับบัญชาที่ไม่ใช่ทหารโดยปรากฏหลักฐานเช่น การดำเนินคดีของศาลในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง และถ้อยคำจากตัวบทของความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามตราสารก่อตั้งศาล ICTY มาตรา 7(3) ที่ใช้คำว่า "Superior" ซึ่งยอมสามารถแปลความครอบคลุมถึงผู้บังคับบัญชาอื่นด้วยหากพิจารณาโดยรวมถึงบริบทในมาตรา 7 สำหรับการวางหลักในการปรับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาของศาลนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากปรากฏว่ามีบุคคลหนึ่งที่ไม่ใช่ทหารแต่ได้เข้าไปบังคับบัญชากองทหารได้ เช่นเดียวกับผู้บังคับบัญชาทหาร เมื่อปรากฏว่ากองทหารได้กระทำอาชญากรรมขึ้นก็ไม่มีเหตุผลใดที่จะอ้างเพื่อให้บุคคลนั้นไม่ต้องรับผิดชอบโดยการไม่ปรับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นสอดคล้องกับศาล ICTY ในประเด็นนี้

\* \* \*

จากแนวคำพิพากษาของศาล ICTY ในประเด็นต่าง ๆ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วเกี่ยวกับหลักกฎหมายความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาทำให้เกิดความกระจ่างในข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงหลาย ๆ ประการที่สำคัญ ซึ่งพอจะสรุปรวบรวมเพื่อนำมาแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนยิ่งขึ้นในตารางที่ 1 แสดงข้อสรุปเกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับที่ได้จากแนวคำพิพากษา ดังต่อไปนี้

<sup>97</sup> Trial of Friedrich Flick et al, Vol. VI, TWC, 1187. cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 359.

<sup>98</sup> The Government Commissioner of the General Tribunal of the Military Government for the French Zone of Occupation in Germany v. Herman Roechling and Others, Indictment and Judgement of the General Tribunal of the Military Government of the French Zone of Occupation in Germany, Vol. XIV, TWC, Appendix B, 1061. cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 361.

### ตารางที่ 1 แสดงข้อสรุปที่ได้จากแนวคำพิพากษา

คดีที่ศาล ICTY ได้พิจารณาตามฟ้องของอัยการโจทก์	ประเด็นที่ศาลได้วินิจฉัยวางหลัก	หลักกฎหมายจากแนวคำพิพากษา	ผลกระทบสำคัญ
1) Dusco Tadic et al. จากคำตัดสินชี้ขาดคำร้องกรณีเขตอำนาจศาลซึ่งศาลตัดสินว่ามีเขตอำนาจพิจารณาเหนือคดีนี้	เขตอำนาจเหนือความผิด	-ศาลมีเขตอำนาจการพิจารณาความผิดอย่างกว้างขวางในขอบเขตของกฎหมายมนุษยธรรมทั้งหมดและมีอำนาจในการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณี	-ศาลสามารถใช้กฎหมายจารีตประเพณีในการพิจารณาวินิจฉัยลงโทษผู้กระทำความผิด
2) Celebici คดีนี้ศาลตัดสินให้จำคุก Delalic ไม่มีความผิดและพิพากษาให้จำคุกจำเลยร่วม Mucic 7 ปี Delic 20 ปี และ Landzo 15 ปี	1) คุณลักษณะและสถานะทางกฎหมายของ SR 2) องค์ประกอบความผิด 3) ประเภทของผู้บังคับบัญชาที่ต้องรับผิดชอบ	-ความรับผิดของผู้บังคับบัญชาในการละเว้นไม่ป้องกันหรือยับยั้งอาชญากรรมมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณี -ความรับผิดของผู้บังคับบัญชามีองค์ประกอบหลัก 3 ประการคือ -ความเป็นผู้บังคับบัญชา -Actus Reus -Mens rea -ในกฎหมายจารีตประเพณีหลักความรับผิดของบังคับบัญชาครอบคลุมถึงผู้บังคับบัญชาที่ไม่ใช่ทหาร	-ผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบสำหรับการละเว้นการป้องกันหรือยับยั้งอาชญากรรม -พิสูจน์เพียง 3 องค์ประกอบความผิดโดยไม่รวมถึง Causation ก็เพียงพอที่จะทำให้ผู้บังคับบัญชารับผิด -ผู้บังคับบัญชาอื่นต้องรับผิดชอบภายใต้หลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาด้วย
3) Blaskic ศาลได้ตัดสินให้จำคุก Blaskic จำเลย 45 ปี	1) คุณลักษณะและสถานะทางกฎหมายของ SR 2) Causation	-ความรับผิดของผู้บังคับบัญชาในการละเว้นไม่ลงโทษมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณี -Causation ไม่ใช่องค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชา	-ผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบสำหรับการละเว้นการลงโทษ -ผู้ฟ้องคดีไม่ต้องพิสูจน์ถึง Causation
4) Hadzihanovic จากคำตัดสินคำร้องคัดค้านเขตอำนาจศาลที่เกี่ยวข้องกับหลัก SR ซึ่งศาลได้ตัดสินว่ามีอำนาจในการพิจารณาในฐานะความผิดตามหลัก SR ในความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธภายในประเทศด้วย	1) คุณลักษณะและสถานะทางกฎหมายของ SR 2) ความรับผิดของผู้บังคับบัญชาในความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธภายในประเทศ	-ความรับผิดของผู้บังคับบัญชาในการละเว้นไม่ลงโทษกรณีดำรงตำแหน่งผู้บังคับบัญชาภายหลังการกระทำความผิดเกิดไม่มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณี ความรับผิดของผู้บังคับบัญชาในความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับภายในประเทศมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ	-ผู้บังคับบัญชาไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับกรณีนี้ ศาลสามารถปรับให้หลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาสำหรับอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับภายในได้

หมายเหตุท้ายตาราง

SR = Superior Responsibility

Causation = ความสัมพันธ์ระหว่างการละเว้นการปฏิบัติของผู้บังคับบัญชากับการเกิด  
อาชญากรรม

Actus Reus = องค์ประกอบความผิดส่วนการกระทำ (คือการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่)

Mens Rea = องค์ประกอบภายใน (คือการรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิด)

จากตารางข้างต้นที่แสดงถึงแนวคำพิพากษาของศาล ICTY ทำให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาเพราะก่อนหน้านี้ที่จะได้มีการก่อตั้งศาล ICTY ไม่เคยมีการดำเนินคดีกับบุคคลที่ต้องมีความรับผิดชอบต่อการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศโดยอาศัยหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาโดยองค์กฤษฎีกรรมระหว่างประเทศมาก่อน ทั้งความเป็นกฎหมายของหลักกฎหมายดังกล่าวในกฎหมายระหว่างประเทศยังมีข้อโต้แย้งกันอยู่ในระดับหนึ่งซึ่งภายหลังจากที่ได้มีคำพิพากษาของศาล ICTY ทำให้เกิดความก้าวหน้าในกฎหมายระหว่างประเทศโดยได้แสดงอย่างชัดเจนถึงความเป็นกฎหมายจารีตประเพณีของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาซึ่งเป็นฐานความผิดที่ค่อนข้างซับซ้อนเพราะประกอบไปด้วยหลักความรับผิดชอบถึงห้าแบบความรับผิดชอบดังกล่าวถึงแล้ว และความเป็นจารีตประเพณีของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชานี้ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบที่ตามมาคือทำให้ศาลสามารถปรับใช้หลักความรับผิดชอบเพื่อลงโทษผู้บังคับบัญชาผู้มีความรับผิดชอบได้เพราะเป็นการยืนยันถึงความมีอยู่ของกฎหมายที่มีสภาพบังคับซึ่งเป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่งเพราะในการดำเนินคดีอาญากับบุคคลของศาลระหว่างประเทศนั้นย่อมต้องให้ความเคารพต่อหลักกฎหมายอาญาที่สำคัญซึ่งถือได้ว่ามีสภาพบังคับเด็ดขาดคือหลัก *Nullum Crimen sine Lege* ดังนั้นความกระจ่างนี้ทำให้การดำเนินคดีอาญาในอนาคตโดยองค์กฤษฎีกรรมระหว่างประเทศไม่เกิดปัญหาในการบังคับใช้หลักกฎหมาย

การค้นหาลงถึงหลักกฎหมายความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาของศาลที่แสดงว่าได้ขยายครอบคลุมขอบเขตอย่างกว้างขวางคือหลักความรับผิดชอบนี้สามารถนำมาบังคับใช้ได้ทั้งในภาวะความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธทั้งสองระดับคือทั้งระดับระหว่างประเทศ (International Armed Conflict) และระดับภายในประเทศ (Internal Armed Conflict) ทำให้ผู้เชี่ยวชาญมีความเห็นว่าหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชานี้เป็นหลักกฎหมายที่สำคัญที่ช่วยในการบรรเทาความร้ายแรงของอาชญากรรมระหว่างประเทศที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตได้ด้วยเหตุที่ความรับผิดชอบของบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งผู้บังคับบัญชาได้มีผลบังคับได้อย่างกว้างขวางขึ้น แม้รัฐส่วนใหญ่จะไม่บัญญัติหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในภาวะความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับภายในประเทศลงไว้ในกฎหมายภายในของตนก็ตาม

นอกจากนี้ยังถือได้ว่าเป็นครั้งแรกที่องค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาได้ถูกแสดงอย่างชัดเจนในการดำเนินคดีของศาลระดับระหว่างประเทศภายหลังปรากฏหลักฐานการบัญญัติหลักกฎหมายดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่หนึ่งซึ่งแสดงให้เห็นว่าหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชานี้ทำให้หลักความรับผิดชอบอย่างเคร่งครัดไม่แต่เป็นหลักกฎหมายที่ต้องการองค์ประกอบภายในคือการรู้ข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชาเกี่ยวกับการกระทำความผิดของผู้ใต้บังคับบัญชา ทั้งนี้ศาลได้วางหลักว่าบุคคลที่จะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับอาชญากรรมที่กระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชานั้นจะต้องพิสูจน์องค์ประกอบความผิดสามประการคือความเป็นผู้บังคับบัญชา การละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติ และการรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดของผู้ใต้บังคับบัญชา

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นถึงลักษณะ สถานะและองค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่ศาล ICTY ได้วินิจฉัยวางหลักไว้ในคำพิพากษาทำให้เกิดความชัดเจนอย่างมากเกี่ยวกับหลักกฎหมายดังกล่าว อย่างไรก็ตามแนวคำพิพากษาของศาล ICTY นั้นยังได้ปรากฏให้เห็นถึงการแสดงรายละเอียดเกี่ยวกับแนวทางการพิจารณาวินิจฉัยองค์ประกอบความผิดต่าง ๆ ของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อกฎหมายอาญาระหว่างประเทศซึ่งจะได้กล่าวถึงในบทที่ 4 ต่อไป

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## บทที่ 4

### รายละเอียดเกี่ยวกับองค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา ตามแนวคำพิพากษาของศาล ICTY

จากบทแล้วว่าที่ได้กล่าวถึงลักษณะ สถานะและองค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามแนวคำพิพากษาของศาล ICTY ในบทนี้จะได้อธิบายถึงรายละเอียดของแต่ละองค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาซึ่งศาล ICTY ได้วินิจฉัยสร้างชัดเจนไว้ซึ่งหัวข้อหลักที่เกี่ยวข้องได้แก่เรื่อง ความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชา ขอบเขตขององค์ประกอบภายใน และมาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมที่ผู้บังคับบัญชาต้องนำมาปฏิบัติในการป้องกันการกระทำความผิดหรือลงโทษผู้กระทำความผิด โดยก่อนอื่นจะได้กล่าวถึงเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชาอันเป็นองค์ประกอบความผิดที่สำคัญ

#### 4.1 หลักความสามารถในการควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชา

ปัจจัยความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชาเป็นองค์ประกอบหัวใจสำคัญของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาเพราะหากไม่ปรากฏองค์ประกอบนี้ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงประเด็นอื่น ๆ อีก แต่ปัจจัยใดที่จะเป็นตัวบ่งบอกถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชานั้นเป็นประเด็นสำคัญที่ยังขาดความชัดเจนและเนื่องจากมีปัญหว่าในหน่วยทหารหรือองค์กรพลเรือนอื่นมักมีสายการบังคับบัญชาที่ยาวคือมีระดับการบังคับบัญชาหลายชั้นผู้บังคับบัญชาคนใดคือผู้ที่มีความรับผิดชอบทางอาญาหากผู้ใต้บังคับบัญชาได้กระทำความผิดอาชญากรรม ซึ่งศาลได้แสดงความชัดเจนในประเด็นนี้ดังปรากฏในคดี Celebici

#### ศาลอาญาระหว่างประเทศอติตยูโกสลาเวีย

คณะพิจารณาชั้นต้น คดีเลขที่ IT-96-21-T : วันที่ 16 November 1998

คำพิพากษาคดี: Prosecutor v. Zejnir DELALIC et al. (Celebici Case)

ศาลได้วินิจฉัยวางหลักว่า

“ตำแหน่งผู้บังคับบัญชาเป็นเงื่อนไขก่อนที่จำเป็นสำหรับการปรับใช้หลักกฎหมายความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา อย่างไรก็ตามเงื่อนไขการเป็นผู้บังคับบัญชานี้ไม่ถูกกำหนดโดยอ้างถึงตำแหน่งที่เป็นทางการเพียงอย่างเดียว แต่ปัจจัยที่เป็นตัวกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาประเภทนี้คือการมีอยู่หรือไม่มีอยู่ซึ่งอำนาจการควบคุมเหนือการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา ตามหลักนี้การแต่งตั้งผู้บังคับบัญชาอย่าง

เป็นทางการไม่อาจถูกพิจารณาว่าเป็นเงื่อนไขก่อนที่จำเป็นสำหรับหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่จะนำมาปรับใช้ หลักความรับผิดชอบนี้อาจนำมาปรับใช้โดยชอบจากผลของการดำรงตำแหน่งผู้บังคับบัญชาของบุคคลตามความเป็นจริง(De facto) เช่นเดียวกับการดำรงตำแหน่งอย่างเป็นทางการ (de jure)”<sup>1</sup>

“ผู้บังคับบัญชาไม่ว่าทหารหรือพลเรือนอาจมีความรับผิดชอบภายใต้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา ด้วยพื้นฐานของตำแหน่งที่มีอำนาจของตนตามความเป็นจริง ซึ่งเป็นข้อพิจารณาพื้นฐานที่รองรับการปรับใช้หลักความรับผิดชอบดังกล่าวที่สำคัญยิ่ง **หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาขึ้นอยู่กับอำนาจของผู้บังคับบัญชาในการควบคุมการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา** หน้าที่ได้ถูกกำหนดให้ผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจนี้ในการป้องกันและยับยั้งอาชญากรรมที่กระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชา และการละเว้นไม่กระทำการดังกล่าวในทางที่เหมาะสมจะถูกลงโทษโดยการปรับใช้หลักความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลโดยเป็นไปตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา ซึ่งจะทำให้เกิดผลตามมาคือเกิดระดับที่หากบุคคลสิ้นการครองอำนาจที่จำเป็นในการควบคุมเหนือผู้ที่กระทำความผิดจริง ๆ จะทำให้ไม่สามารถพิจารณาผู้บังคับบัญชาภายในกรอบมาตรา 7(3) ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตกองสลาเวียได้ ขณะที่คณะพิจารณาชั้นต้นต้องอยู่กับความเป็นจริงของสถานการณ์ตลอดเวลาและให้เหตุผลเหนือหลักเรื่องอำนาจการบังคับบัญชาอย่างเป็นทางการที่เป็นข้ออ้างในการต่อสู้คดีของปัจเจกบุคคลที่มีความรับผิดชอบอย่างมากสำหรับการกระทำที่ชั่วร้าย ศาลต้องใช้ความระมัดระวังอย่างที่สุดเพื่อไม่ให้เกิดความไม่ยุติธรรมโดยลงโทษบุคคลสำหรับการกระทำความผิดของบุคคลอื่นในกรณีที่ความเชื่อมโยงเรื่องอำนาจการควบคุมไม่ปรากฏหรือห่างจากระดับที่ต้องรับผิดชอบมาก”<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 370. [...] a position of command is indeed a necessary precondition for the imposition of command responsibility. However, this statement must be qualified by the recognition that the existence of such a position cannot be determined by reference to formal status alone. Instead, the factor that determines liability for this type of criminal responsibility is the actual possession, or non-possession, of powers of control over the actions of subordinates. Accordingly, formal designation as a commander should not be considered to be a necessary prerequisite for command responsibility to attach, as such responsibility may be imposed by virtue of a person's *de facto*, as well as *de jure*, position as a commander.' see p.50 for more details.

<sup>2</sup> Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 377. [...] a superior, whether military or civilian, may be held liable under the principle of superior responsibility on the basis of his *de facto* position of authority, the fundamental considerations underlying the imposition of such responsibility must be borne in mind. The doctrine of command responsibility is ultimately predicated upon the power of the superior to control the acts of his subordinates. A duty is placed upon the superior to exercise this power so as to prevent and repress the crimes committed by his subordinates, and a failure by him to do so in a diligent manner is sanctioned by the imposition of individual criminal responsibility in accordance with the doctrine. It follows that there is a threshold at which persons cease to possess the necessary powers of control over the actual perpetrators of offences and, accordingly, cannot properly be considered their "superiors" within the meaning of Article 7(3) of the Statute. While the Trial Chamber must at all times be alive to the realities of any given situation and be prepared to pierce



“ในการปรับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชานั้นจำเป็นที่จะต้องปรากฏว่าผู้บังคับบัญชาจะต้องมีการควบคุมที่มีประสิทธิภาพเหนือบุคคลที่กระทำการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศคือความสามารถสำคัญในการป้องกันหรือลงโทษการกระทำความผิดเหล่านั้นซึ่งสิ่งที่ควรพิจารณาก่อนคือลักษณะของอำนาจที่มีสองลักษณะคืออำนาจอย่างเป็นทางการและอำนาจตามความเป็นจริง ด้วยเหตุนี้ศาลมีความเห็นเช่นเดียวกับคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาขยายครอบคลุมถึงผู้บังคับบัญชาที่เป็นพลเรือนเพียงในขอบเขตที่ตนสามารถใช้ระดับการควบคุมเหนือผู้ใต้บังคับบัญชาของตนซึ่งเหมือนกับระดับการควบคุมของผู้บังคับบัญชาทหาร”<sup>3</sup>

จากหลักที่ศาลในคดีนี้ได้วางหลักไว้ทำให้เกิดความชัดเจนว่าการปรับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชามีปัจจัยอันจำเป็นที่จะต้องพิจารณาตามลำดับคือ

- 1) ความเป็นผู้บังคับบัญชา
- 2) ระดับความสามารถในการควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชา

#### ความเป็นผู้บังคับบัญชา

การปรับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาจะต้องพิจารณาความเป็นผู้บังคับบัญชาของผู้ที่จะต้องรับผิดชอบก่อนเป็นลำดับแรก สำหรับปัจจัยที่บ่งบอกถึงความเป็นผู้บังคับบัญชานั้นศาลมีความเห็นว่าควรต้องพิจารณาจาก

- 1.1) ตำแหน่งของผู้บังคับบัญชาทั้งตำแหน่งอย่างเป็นทางการ (De Jure) และ
- 1.2) ตำแหน่งตามความเป็นจริง (De facto)

---

such veils of formalism that may shield those individuals carrying the greatest responsibility for heinous acts, great care must be taken lest an injustice be committed in holding individuals responsible for the acts of others in situations where the link of control is absent or too remote.’

<sup>3</sup> Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 378. ‘[...] in order for the principle of superior responsibility to be applicable, it is necessary that the superior have effective control over the persons committing the underlying violations of international humanitarian law, in the sense of having the material ability to prevent and punish the commission of these offences. With the caveat that such authority can have a *de facto* as well as a *de jure* character, the Trial Chamber accordingly shares the view expressed by the International Law Commission that the doctrine of superior responsibility extends to civilian superiors only to the extent that they exercise a degree of control over their subordinates which is similar to that of military commanders.’

ตำแหน่งอย่างเป็นทางการเป็นสิ่งที่ต้องพิจารณาเพราะสะดวกในการตรวจสอบถึงหลักฐานการดำรงตำแหน่งโดยดูได้จากคำสั่งแต่งตั้งอย่างเป็นทางการ อย่างไรก็ตามศาลเห็นว่าตำแหน่งผู้บังคับบัญชาอย่างเป็นทางการไม่ถือเป็นเงื่อนไขก่อนในการปรับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา ดังนั้นการพิจารณาถึงตำแหน่งอย่างเป็นทางการเพียงอย่างเดียวจึงไม่เพียงพอแต่ศาลยังต้องพิจารณาถึงตำแหน่งตามความเป็นจริงในการปรับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา ทั้งนี้ศาลพบว่าปรากฏเหตุผลสนับสนุน ดังต่อไปนี้

- เหตุผลประการแรกคือปรากฏหลักกฎหมายจากคดี (Case law) จำนวนมากที่ผู้ที่ไม่ได้เป็นผู้บังคับบัญชาอย่างเป็นทางการแต่มีอำนาจตามความเป็นจริงในการควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาถูกพิพากษาให้ต้องรับผิดชอบจากการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาได้แก่คดีการพิจารณาความรับผิดชอบของพลโท อากิระ มูโตะ<sup>4</sup> และการลงโทษรัฐมนตรีต่างประเทศของญี่ปุ่นนาย โทกิ ฮิโรตะ<sup>5</sup> โดยศาลทหารระหว่างประเทศกรุงโตเกียว คดี Hostage case<sup>6</sup> คดี High Command case<sup>7</sup> คดี Toyoda case<sup>8</sup> คดี Pohl trial<sup>9</sup> และคดี Roeching<sup>10</sup>

<sup>4</sup> Tokyo Trial Official Transcript, 49,820-1 (emphasis added). cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 368. In June 1943, Muto became commander of the 2nd Imperial Guards Division in Sumatra. He was transferred to the Philippines in October where he was appointed chief of staff to General Tomoyuki Yamashita. At the Philippines he brutally murdered thousands of Philippine civilians, although records of such murders have remained obscure. After the Second World War, Muto was arrested and charged with war crimes. He was eventually convicted and executed by hanging on December 23, 1948.

<sup>5</sup> Hessler, Command Responsibility for War Crimes, 82 Yale Law Journal, 1274 (1973) n.12. cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 376. see p.86 for more details.

<sup>6</sup> United States v. Wilhelm List et al., Vol. XI, TWC, 1230, 1260. cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 372. see p. 54 for more details.

<sup>7</sup> United States v Wilhelm von Leeb et al., Vol. XI, TWC, 462, 512. cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 373. see p. 55 for more details.

<sup>8</sup> United States v. Soemu Toyoda, Official Transcript of Record of Trial, p. 5012. cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 373. 'Admiral Toyoda is charged with violation of the laws and customs of war whilst holding the appointments of Commander-in-Chief of the Yokosuka Naval District, the Combined Fleet, the Combined Naval Forces, the Naval Escort Command as well as when Chief of the Naval General Staff, all these appointments being held for varying periods of time between the 21st of May, 1943, until shortly after the conclusion of the Pacific War" (*Toyoda case*, Official Transcript of Record of Trial, p. 5008). see p.55 for more details.

<sup>9</sup> United States v. Oswald Pohl et al, Vol. V, TWC, 1052-53. cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 374. Oswald Pohl and seventeen other members of WVHA (Economic and Administrative Office) charged with war crimes against POWs in concentration camps which WVHA controlled after spring of 1942. 15 defendants convicted, 3 acquitted. Three defendants were sentenced to death, the rest to prison terms. TRIAL DATES (Opening statements to verdict.) Apr. 8, 1947 to Nov. 3, 1947

<sup>10</sup> The Government Commissioner of the General Tribunal of the Military Government for the French Zone of Occupation in Germany v. Herman Roechling and Others, Indictment and Judgement of the General Tribunal of the Military Government of the French Zone

-เหตุผลประการที่สองคือคำว่า “ผู้บังคับบัญชา” (Superior) ว่าจะมีความหมายกว้างเพียงพอที่จะครอบคลุมตำแหน่งผู้บังคับบัญชาที่ตั้งอยู่บนหลัก “อำนาจการควบคุมตามความเป็นจริง” อย่างชัดเจน

-เหตุผลประการที่สามคือคำว่าผู้บังคับบัญชา (Superior) นี้ได้ถูกนำมาใช้ในมาตรา 86 ของ Additional Protocol I และในมาตรา 87 ได้กำหนดหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาทหารให้ป้องกันการฝ่าฝืนอนุสัญญาเจนีวาจากการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา รวมถึงบุคคลอื่นที่อยู่ภายใต้การควบคุมด้วย

-และท้ายสุดศาลได้อ้างถึงการที่ประเภทของความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชาแบบไม่เป็นทางการนี้ได้ถูกอธิบายใน The Commentary to the Additional Protocols โดยอ้างอิงแนวคิดการอยู่ใต้บังคับบัญชาโดยอ้อม (Indirect subordination) ซึ่งต่างจากความสัมพันธ์ที่เป็นการอยู่ใต้บังคับบัญชาโดยตรง (Direct subordination) ที่ใช้อธิบายกับความสัมพันธาระหว่างผู้บังคับบัญชาระดับยุทธวิธีกับทหารภายใต้การบังคับบัญชา<sup>11</sup> นอกจากนี้ยังระบุว่า “ถ้าประชากรพลเรือนในพื้นที่ของตนกระทำการทำร้ายต่อเชลยสงครามหรือคุกคามด้วยการกระทำทารุณ ผู้บังคับบัญชาทหารที่มีความรับผิดชอบต่อเชลยศึกเหล่านี้มีพันธะหน้าที่ที่ต้องแทรกแซงและใช้มาตรการที่จำเป็นแม้ว่าพลเมืองเหล่านั้นไม่อยู่ภายใต้อำนาจของตนอย่างเป็นทางการ<sup>12</sup>

ดังนั้นด้วยเหตุผลที่ได้กล่าวมาข้างต้นตามที่ศาล ICTY ได้กล่าวอ้างจะเห็นได้ว่าปรากฏจารีตประเพณีอย่างชัดเจนซึ่งว่าหลักที่สำคัญในการปรับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาจะต้องพิจารณาถึงฐานะความเป็นผู้บังคับบัญชาตามความเป็นจริงโดยพิจารณาจากอำนาจของบุคคลที่เป็นผู้บังคับบัญชาในการควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาทั้งนี้อำนาจการควบคุมดังกล่าวจะต้องถึงระดับที่จะทำให้เกิดความรับผิดชอบซึ่งเป็นปัจจัยประการที่สองในการพิจารณาถึงสถานะของบุคคลในความเป็นผู้บังคับบัญชา ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

of Occupation in Germany, Vol. XIV, TWC, Appendix B, 1075, 1092. cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 376. see p. 87 for more details.

<sup>11</sup> Commentary to the Additional Protocols, para. 3555. cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 371.

<sup>12</sup> Ibid.

## ระดับความสามารถในการควบคุมผู้ได้บังคับบัญชา

จากแนวคำพิพากษาของศาล ICTY ในคดีนี้พบว่าในการปรับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชากับผู้บังคับบัญชาไม่ว่าจะเป็นผู้บังคับบัญชาอย่างเป็นทางการหรือผู้บังคับบัญชาตามความเป็นจริงนั้น บุคคลที่เป็นผู้บังคับบัญชาจะต้องมีอำนาจเหนือผู้ได้บังคับบัญชาในการควบคุมการกระทำของผู้ได้บังคับบัญชาซึ่งศาลเห็นว่าเกิดมี “ระดับของอำนาจการควบคุมที่ต้องรับผิดชอบ” (Threshold) ซึ่งหากผู้บังคับบัญชาบุคคลใดมีอำนาจเท่ากับหรือเหนือขึ้นไปกว่าระดับอำนาจการควบคุมที่ต้องรับผิดชอบแล้ว บุคคลนั้นก็สามารถถูกลงโทษโดยการปรับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา ทั้งนี้ปรากฏว่าระดับอำนาจควบคุมของผู้บังคับบัญชานั้นอันอ้างอิงให้เห็นได้อย่างน้อยสองระดับคือ

### 2.1 ระดับ “มีอิทธิพล” เหนือผู้ได้บังคับบัญชา

ศาล ICTY พบว่าปรากฏใน Case law ถึงอำนาจในลักษณะอิทธิพลซึ่งไม่ถือว่าเป็นอำนาจการบังคับบัญชาอย่างเป็นทางการที่ก่อหลักพื้นฐานอย่างเพียงพอที่จะปรับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา<sup>13</sup>

### 2.2 ระดับ “มีประสิทธิภาพ” เหนือผู้ได้บังคับบัญชา

บุคคลที่ต้องรับผิดชอบภายใต้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาจะต้องมีอำนาจการควบคุมผู้ได้บังคับบัญชาอย่างมีประสิทธิภาพเหนือบุคคลที่กระทำการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ศาลได้กำหนดความหมายของการมีอำนาจการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพว่าเป็น “การมีความสามารถอันสำคัญในการป้องกันหรือลงโทษการกระทำผิด” ทั้งนี้ระดับมาตรฐานของอำนาจในการควบคุมผู้ได้บังคับบัญชานั้นใช้บังคับกับผู้บังคับบัญชาทหารและผู้บังคับบัญชาอื่นในระดับที่เท่ากัน

จากแนวคำพิพากษาที่ศาล ICTY ได้วางหลักกฎหมายไว้จะเห็นได้ว่าเกิดความชัดเจนเกี่ยวกับแนวทางการพิจารณา เรื่อง “ความเป็นผู้บังคับบัญชา” ของผู้บังคับบัญชาที่จะต้องมีความรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาว่าไม่จำเป็นต้องดำรงตำแหน่งอย่างเป็นทางการ แต่ต้องมีระดับความสามารถในการควบคุมผู้ได้บังคับบัญชาในระดับหนึ่ง อย่างไรก็ตามศาล ICTY โดยคำพิพากษาของศาลยังได้แสดงถึงรายละเอียดเกี่ยวกับปัจจัยที่ต้องคำนึงถึงเมื่อพิจารณาถึงเรื่องความเป็นผู้บังคับบัญชา ดังจะได้กล่าวถึงต่อไป

<sup>13</sup> Tokyo Trial Official Transcript, 49,820-1. cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 375.

ปัจจัยประกอบในการพิจารณาเรื่องอำนาจของผู้บังคับบัญชา

(Elements for a determination of superior authority)

สำหรับความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่จะเกิดขึ้นได้นั้น ต้องปรากฏถึงการที่บุคคลมีอำนาจในฐานะผู้บังคับบัญชาเป็นเงื่อนไขแรกในการพิจารณา ซึ่งสิ่งที่บ่งชี้คือความสามารถในการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพดังที่ได้กล่าวถึงแล้ว แต่ปัจจัยใดบ้างที่จะบ่งบอกถึงความสามารถหรืออำนาจในการบังคับบัญชาของผู้บังคับบัญชา ศาล ICTY ได้วางแนวทางในการพิจารณาไว้โดยปรากฏในคำพิพากษาของศาล ICTY หลายคดี เช่น Prosecutor v Dario KORDIC et al., Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Prosecutor v Delalic et al (Celebici case) แต่จะได้กล่าวเน้นถึงคดี Prosecutor v Dario KORDIC et al. ซึ่งได้วินิจฉัยครอบคลุมรายละเอียดในประเด็นนี้อย่างมาก

ศาลอาญาระหว่างประเทศอติตยูโกสลาเวีย<sup>14</sup>

คณะพิจารณาชั้นต้น คดีเลขที่ IT-95-14/2-T : วันที่ 26 February 2001

คำพิพากษาคดี: Prosecutor v Dario KORDIC et al.

จำเลย Dario KORDIC ตำแหน่ง รองประธานาธิบดีชุมชนชาวโครเอเชียในเฮอเซก-บอสเนีย.

จำเลยร่วม Mario CERKEZ ตำแหน่ง ผู้บังคับบัญชาพื้นที่ปฏิบัติการในเซินทรัลบอสเนียของสภาป้องกันโครเอเชีย (Croatian Defense Council)

**ข้อเท็จจริง** ภายหลังการประกาศแยกตัวเป็นอิสระจากสาธารณรัฐบอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนาของชุมชนชาวโครเอเชียเมื่อ 18 พฤศจิกายน 1991 ต่อมาประกาศตั้งเป็นสาธารณรัฐโครเอเชียแห่งเฮอเซก-บอสเนียเมื่อ 28 สิงหาคม 1993 ซึ่งได้มีการวางแผนการกระทำละเมิดโดยอาศัยเหตุทางเชื้อชาติศาสนา ข้าราชการเผ่าพันธุ์(แผนการทำให้เขตพื้นที่มีแต่ประชากรเชื้อสายชาวโครแอต) และการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศต่อชาวบอสเนียนมุสลิมที่อาศัยอยู่ในสาธารณรัฐโครเอเชียแห่งเฮอเซก-บอสเนียและพื้นที่เซเนกาในบอสเนียเฮอร์เซโกวีนา ในช่วงเวลาระหว่างพฤศจิกายน 1991 ถึง มีนาคม 1994 KORDIC ได้มีส่วนร่วมกระทำความผิด ส่วน CERKEZ ได้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดในช่วงระหว่างเมษายน 1992 ถึง สิงหาคม 1993 โดยได้กระทำการโจมตีที่อยู่อาศัยของชาวบอสเนียนมุสลิม ฆ่าและทำร้ายให้เกิดอันตรายสาหัส ควบคุมและจำคุกชาวมุสลิมด้วยเหตุทางการเมืองเชื้อชาติ ศาสนา ทำให้ชาวมุสลิมย้ายที่อยู่โดยการบังคับ ทำให้เกิดความหวาดกลัว กระทำการทารุณชาวบอสเนียนมุสลิมที่ถูกจำคุก และใช้ให้ชุดอูโมงค์ รวมถึงใช้

<sup>14</sup> <http://www.un.org/icty/cases-e/index-e.htm>

เป็นตัวประกันและโล่มนุษย์ ทำลายและปล้นสะดมทรัพย์สินชาวบอสเนียนมุสลิม ทำลายสถาบัน  
เพื่อการศึกษา ศาสนา

**ข้อกล่าวหา** จำเลยทั้งสองต้องรับผิดชอบในการมีส่วนร่วมกระทำและในฐานะผู้บังคับบัญชาตามหลัก  
ความรับผิดของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 7(1) และ 7(3) ของตราสารก่อตั้งศาล ICTY สำหรับ  
ฐานความผิดกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวา และ  
ละเมิดต่อกฎหมายและจารีตประเพณีสงคราม

**คำตัดสิน** Dario KORDIC ถูกพิพากษาให้ลงโทษจำคุก 25 ปี

Mario CERKEZ ถูกพิพากษาให้ลงโทษจำคุก 15 ปี

ศาลในคดีนี้ได้วินิจฉัยสร้างความชัดเจนเกี่ยวกับปัจจัยที่ใช้พิจารณาถึงความเป็น  
ผู้บังคับบัญชาโดยวางหลักว่า

“ปัจจัยแรกที่ต้องพิจารณาเรื่องอำนาจของผู้บังคับบัญชาคือตำแหน่งอย่างเป็นทางการ (Official position) ของผู้ถูกกล่าวหา”<sup>15</sup>

“ความสามารถในการลงนามในคำสั่งจะเป็นตัวชี้วัดถึงอำนาจในระดับหนึ่ง”<sup>16</sup>

“เมื่อไม่สามารถทราบอย่างชัดเจนในคำสั่งแต่งตั้ง สถานะของผู้บังคับบัญชาอาจ  
ทราบได้จากการวิเคราะห์ภารกิจตามความเป็นจริงที่ถูกปฏิบัติโดยผู้ถูกกล่าวหา [...]   
หลักฐานว่าผู้ถูกกล่าวหาได้รับการยอมรับในฐานะบุคคลที่มีอิทธิพลต่อสาธารณะ เช่นการ  
ปรากฏตัวในที่สาธารณะและการปราศรัยแสดงถึงอำนาจได้ในระดับหนึ่งซึ่งอาจเกี่ยวข้อง  
กับการประเมินโดยรวมถึงอำนาจตามความเป็นจริงของผู้ถูกกล่าวหา แม้ว่าจะไม่เพียงพอ  
หากไม่ปรากฏหลักฐานถึงพฤติกรรมโดยรวมของผู้ถูกกล่าวหาต่อผู้ใต้บังคับบัญชาและ  
หน้าที่ของเขา เช่นเดียวกับการมีส่วนร่วมในการเจรจาระหว่างประเทศระดับสูงอาจไม่  
จำเป็นที่จะแสดงถึงอำนาจการบังคับบัญชา ในกรณีของผู้บังคับบัญชาทหารหลักฐานโดย  
ผู้สังเกตการณ์ภายนอกเช่นบุคคลที่มีหน้าที่สังเกตการณ์ระหว่างประเทศหรือเจ้าหน้าที่  
ทางด้านมนุษยธรรมอาจถูกใช้เพื่อเป็นพยาน ในกรณีของผู้นำพลเรือนหลักฐานการได้รับ  
อำนาจอาจไม่เพียงพอเพราะเป็นสิ่งบ่งชี้เพียงอำนาจระดับอิทธิพลในกรณีที่ไม่ปรากฏถึง  
โครงสร้างการบังคับบัญชา”<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Trial Chamber, Prosecutor v. Dario Kordic et al., Judgement, para. 418. ‘A starting point will be the official position held by the accused. [...]’

<sup>16</sup> Ibid., para. 421. ‘The capacity to sign orders will be indicative of some authority.[...]’

<sup>17</sup> Ibid., para. 424. ‘A superior status, when not clearly spelled out in an appointment order, may be deduced though an analysis of the actual tasks performed by the accused in question.[...]Evidence that an accused is perceived as having a high public profile, manifested through public appearances and statements, and thus as exercising some authority, may be relevant to the overall assessment of his actual authority although not sufficient in itself to establish it, without evidence of the accused’s overall behaviour towards subordinates

จากแนวทางการพิจารณาที่ศาลได้วางหลักไว้ได้เสริมความชัดเจนเกี่ยวกับสถานะความเป็นผู้บังคับบัญชาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับพยานหลักฐานที่ศาลเห็นว่าบ่งชี้ถึงอำนาจการบังคับบัญชา ได้แก่

1) ตำแหน่งอย่างเป็นทางการ

แม้ตำแหน่งอย่างเป็นทางการจะไม่ใช่เงื่อนไขก่อนในการพิจารณาปรับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา แต่ปัจจัยแรกที่ต้องพิจารณาเรื่องอำนาจของผู้บังคับบัญชาคือตำแหน่งอย่างเป็นทางการ (Official position) ของผู้ถูกกล่าวหาเพราะสามารถบ่งบอกถึงอำนาจได้ในระดับหนึ่ง แม้ว่าอำนาจของผู้บังคับบัญชาตามความเป็นจริงจะไม่ได้ถูกกำหนดโดยตำแหน่งที่เป็นทางการเพียงอย่างเดียว<sup>18</sup>

ตำแหน่งที่มีอำนาจอย่างเป็นทางการนี้อาจหยั่งรู้ได้โดยอ้างอิงถึงการแต่งตั้งอย่างเป็นทางการหรือการมอบอำนาจอย่างเป็นทางการอันปรากฏในกฎหมายภายในหรือคำสั่งแต่งตั้ง ตัวอย่างเช่นตำแหน่งต่าง ๆ ทางทหารโดยปกติจะถูกกำหนดจากกฎหมายภายในหรือคำสั่งแต่งตั้งอย่างเข้มงวดและจะปรากฏสายการบังคับบัญชาที่ชัดเจนโดยอยู่บนพื้นฐานของระดับตำแหน่งอย่างเคร่งครัด โดยทั่วไปสายการบังคับบัญชาจะประกอบ ด้วยระดับตำแหน่งที่แตกต่างกันเริ่มด้วยการกำหนดนโยบายที่ระดับสูงสุดส่งลงไปตามสายการบังคับบัญชาเพื่อการปฏิบัติในสนามรบที่ระดับสูงสุดของของสายการบังคับบัญชาผู้นำทางการเมืองอาจกำหนดวัตถุประสงค์ของนโยบายและวัตถุประสงค์เหล่านี้จะถูกแปลไปสู่แผนการทางทหารเฉพาะโดยผู้บังคับบัญชาระดับยุทธศาสตร์ (Strategic command) ร่วมกับเจ้าหน้าที่รัฐบาลอาวุโส ที่ระดับต่อมาแผนการจะถูกส่งผ่านไปยังเจ้าหน้าที่ทหารระดับอาวุโสผู้มีหน้าที่ในพื้นที่ปฏิบัติการ และระดับสุดท้ายในสายการบังคับบัญชาจะเป็นผู้บังคับบัญชาระดับยุทธวิธี (Tactical commanders) ซึ่งใช้อำนาจการบังคับบัญชาโดยตรงเหนือกองทหาร<sup>19</sup> ในส่วนที่เกี่ยวกับโครงสร้างทางทหารนี้ ICRC Commentary<sup>20</sup> (Additional Protocol I) ได้ให้ข้อสังเกตว่า “ไม่มีส่วนใดในกองทัพซึ่งไม่ถูกบังคับบัญชาโดยผู้บังคับบัญชาทหารไม่ว่าจะในระดับใด” เป็นผลให้ความรับผิดชอบตกอยู่ตั้งแต่จากระดับสูงสุดไปยังระดับต่ำสุดของสายการบังคับบัญชา จากผู้บังคับบัญชาที่เป็นหัวหน้าลงไปจนถึงทหาร

---

and his duties. Similarly, the participation of an accused in high-profile international negotiations would not be necessary in itself to demonstrate superior authority. While in the case of military commanders, the evidence of external observers such as international monitoring or humanitarian personnel may be relied upon, in the case of civilian leaders evidence of perceived authority may not be sufficient, as it may be indicative of mere powers of influence in the absence of a subordinate structure.’

<sup>18</sup> Ibid., para. 418.

<sup>19</sup> Ibid., para. 419.

<sup>20</sup> Sandoz, Y., Swinarski, C., Zimmermann, B. Commentary on the additional protocol of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949. Geneva: Martinus Nijhoff. 1987.

ธรรมดาผู้ที่เข้าควบคุมหน่วยย่อยทหารในฐานะผู้นำหน่วยซึ่งตนเป็นสมาชิกในขณะที่เจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นหัวหน้าของเขาไม่อาจทำหน้าที่เป็นหัวหน้าได้อีกต่อไป<sup>21</sup> ดังนั้น ตำแหน่ง ระดับและสายการบังคับบัญชาย่อมสามารถบ่งบอกได้ว่าผู้บังคับบัญชาคนใดบ้างที่จะต้องมีความรับผิดชอบ นั่นคือหากผู้ใต้บังคับบัญชาได้กระทำความผิดขึ้นผู้บังคับบัญชาที่ต้องรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาอาจมีหลายคนโดยความรับผิดชอบจะตกทอดไปตามสายการบังคับบัญชาทำให้ผู้บังคับบัญชาในระดับต่าง ๆ ไม่อาจหลุดพ้นจากความรับผิดชอบเพราะมีหลักฐานที่เชื่อมโยงแสดงความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้บังคับบัญชา

## 2) คำสั่งของผู้บังคับบัญชา

ศาลได้ระบุถึงปัจจัยที่บ่งบอกถึงอำนาจของบุคคลที่ดำรงตำแหน่งผู้บังคับบัญชาคือความสามารถลงนามในคำสั่งหรืออำนาจในการออกคำสั่ง ความสามารถนี้ถือได้ว่าเป็นอำนาจตามความเป็นจริง การกำหนดถึงสถานะและอำนาจในการควบคุมตามความเป็นจริงของผู้บังคับบัญชาจำเป็นที่จะต้องดูถึงเนื้อหาของเอกสารที่ได้ลงนามและหลักฐานที่คำสั่งได้ถูกนำไปปฏิบัติ หลักฐานการปรากฏถึงชื่อของเจ้าหน้าที่บนรายชื่อที่ได้แจกจ่ายแนบกับเอกสารอย่างเป็นทางการโดยปกติจะเป็นหลักฐานว่าตามเอกสารนั้นมีเจตนาให้เจ้าหน้าที่ถูกกำหนดด้วยข้อมูลที่เกี่ยวข้องในเอกสาร แต่ไม่ได้หมายความว่าเจ้าหน้าที่ซึ่งปรากฏในรายชื่อมีความรับผิดชอบหรือมีอำนาจและสิทธิในการตัดสินใจในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาของเอกสารนั้น<sup>22</sup> เช่นเดียวกับการลงนามโดยตรงในคำสั่งย่อมควรจะแสดงถึงการมีอำนาจในการออกคำสั่ง แต่อย่างไรก็ดีลายเซ็นของผู้บังคับบัญชาบนเอกสารคำสั่งอาจไม่จำเป็นต้องบ่งบอกถึงอำนาจตามความเป็นจริงในการออกคำสั่งเพราะอาจเป็นอำนาจอย่างเป็นทางการอย่างเดียวหรือเป็นเพียงการลงนามเพื่อกระทำการโดยการตัดสินใจของบุคคลอื่น<sup>23</sup>

## 3) ภารกิจตามความเป็นจริงที่ถูกปฏิบัติโดยผู้ถูกกล่าวหา

การปฏิบัติภารกิจจริงของผู้บังคับบัญชาย่อมเป็นหลักฐานที่แสดงถึงอำนาจของผู้บังคับบัญชาซึ่งผู้เขียนเห็นว่ามีความสำคัญที่สุดเพราะเป็นพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับความสามารถในการควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาตามความเป็นจริง เช่นหากผู้บังคับบัญชามีหน้าที่เป็นประธานในการประชุมวางแผนปฏิบัติการทางทหารย่อมเป็นที่ชัดเจนว่าบุคคลนั้นมีอำนาจบังคับบัญชาในระดับสูงสุดในหน่วยทหารนั้น ทั้งนี้แม้จะได้ปรากฏอย่างชัดเจนถึงความเป็น

<sup>21</sup> ICRC Commentary (Additional Protocol I), para. 3553 under Article 87. cited in Trial Chamber, *Prosecutor v. Dario Kordic et al.*, Judgement, para. 420.

<sup>22</sup> *Ministries case (USA v. Von Weizsaecker)*, 14 Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No.10 (1952), p. 693. cited in Trial Chamber, *Prosecutor v. Dario Kordic et al.*, Judgement, para. 421.

<sup>23</sup> Trial Chamber, *Prosecutor v. Dario Kordic et al.*, Judgement, para. 421.



ผู้บังคับบัญชาจากคำสั่งแต่งตั้ง แต่การปรับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาศาลน่าจะยังคงที่จะต้องวิเคราะห์ถึงภารกิจตามความเป็นจริงของผู้บังคับบัญชานั้นด้วยเพราะหากปรากฏว่าผู้บังคับบัญชานั้นไม่มีอำนาจควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาในระดับ “มีประสิทธิภาพ” ตามความเป็นจริงก็จะต้องไม่รับผิดทางอาญาตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา ทั้งนี้การวิเคราะห์ภารกิจนี้ไม่ใช่ข้อกฎหมายแต่เป็นเรื่องของข้อเท็จจริงโดยแท้

#### 4) การยอมรับในฐานะบุคคลที่มีอิทธิพลต่อสาธารณะ

จากแนวคำพิพากษาทำให้ทราบถึงน้ำหนักของพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับ “การยอมรับในฐานะบุคคลที่มีอิทธิพลต่อสาธารณะ” ว่าศาล ICTY มองว่าเป็นเพียงพยานหลักฐานรองในการวินิจฉัยประเด็นอำนาจการบังคับบัญชาซึ่งไม่เพียงพอในการตัดสินว่าบุคคลมีอำนาจการควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาในระดับที่ต้องรับผิดชอบหรือไม่ แต่ศาลจะต้องใช้พิจารณาร่วมกับหลักฐานเกี่ยวกับพฤติการณ์โดยรวมของผู้ถูกกล่าวหาต่อผู้ใต้บังคับบัญชาและหน้าที่ของผู้ถูกกล่าวหา ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหลักฐานประเภทนี้แม้จะไม่มีน้ำหนักมากเพียงพอ แต่ยังคงมีความจำเป็นเพราะมีประโยชน์ในการวินิจฉัยคดีที่ผู้ถูกกล่าวหาเป็นนักการเมือง ผู้บังคับบัญชาพลเรือนหรือทหารระดับสูง ซึ่งบ่อยครั้งต้องปรากฏตัวต่อสาธารณชนเพื่อหาการสนับสนุนทางการเมืองต่อนโยบายหรือปฏิบัติการทางทหารซึ่งก่อให้เกิดอาชญากรรมระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามก็ดีเพราะว่าหลักฐานดังกล่าวไม่มีความเกี่ยวข้องกับอำนาจการบังคับบัญชาตามความเป็นจริงโดยตรงทำให้มีน้ำหนักน้อยในการพิจารณาประเด็นดังกล่าวและเมื่อไม่ปรากฏหลักฐานอื่นที่แสดงถึงอำนาจในการควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาตามความเป็นจริงเพิ่มเติมผู้เขียนเห็นว่าน่าจะทำให้ศาลวินิจฉัยได้ว่าบุคคลที่เป็นผู้บังคับบัญชานั้นมีอำนาจในระดับ “มีอิทธิพล” เท่านั้นซึ่งไม่เพียงพอในการปรับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา

#### 5) การมีส่วนร่วมในการเจรจาระหว่างประเทศระดับสูง

ศาล ICTY ได้ระบุว่า การมีส่วนร่วมในการเจรจาระหว่างประเทศระดับสูงอาจไม่จำเป็นต้องแสดงถึงอำนาจการบังคับบัญชาเสมอไป เพราะการเป็นผู้แทนในการเจรจาระหว่างประเทศหรือมีส่วนร่วมในการเจรจาโดยลักษณะแล้วเป็นเพียงหลักฐานที่ตัวแทนของฝ่ายต่าง ๆ ที่เข้าร่วมการเจรจาได้ปรึกษากันเพื่อหาข้อยุติ ผู้ที่เข้าไปมีส่วนร่วมในการเจรจาไม่จำเป็นที่จะต้องมีความอำนาจการบังคับบัญชาเสมอไปเพราะผู้เจรจาอาจมีหน้าที่เพียงกระทำตามกรอบการปฏิบัติหรือภายในขอบอำนาจที่ได้รับมอบหมายเท่านั้นหาได้มีอำนาจในการตัดสินใจในประเด็นการเจรจาด้วยอำนาจของตนไม่ แต่ในกรณีที่เป็นการประชุมระหว่างประเทศระดับสูงของผู้แทนฝ่ายต่าง ๆ ที่มีอำนาจตัดสินใจในประเด็นหรือ หรือการประชุมขั้นตอนสุดท้ายในการลงนามเพื่อประกาศสัตยาบันร่วมกันซึ่งผู้เข้าร่วมประชุมมักเป็นผู้ที่มีอำนาจในระดับสูงของทุกฝ่ายในการประชุมแล้วผู้เขียนเห็นว่าหลักฐานการเข้าร่วมการเจรจาระหว่างประเทศในลักษณะนี้น่าจะเป็นหลักฐานสำคัญในการ

แสดงถึงอำนาจการบังคับบัญชาได้ในระดับหนึ่ง แต่ยังคงต้องพิจารณาประกอบกับหลักฐานอื่นที่แสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชาด้วย

#### 6) หลักฐานการได้รับอำนาจของผู้บังคับบัญชาพลเรือน

ในกรณีที่ผู้ต้องรับผิดตามหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาเป็นพลเรือน ศาล ICTY ได้วางแนวทางการพิจารณาว่า หลักฐานการได้รับอำนาจของผู้บังคับบัญชาพลเรือนนั้นบ่งบอกถึงอำนาจการบังคับบัญชาได้ในระดับ “มีอิทธิพล” เท่านั้น การปรากฏถึงอำนาจการบังคับบัญชาในระดับที่จะต้องรับผิดนอกจากหลักฐานดังกล่าวแล้วยังต้องปรากฏถึงโครงสร้างในการบังคับบัญชาประกอบด้วย ผู้เขียนมีความเห็นว่ากรณีที่ศาลได้วางหลักเช่นนี้ก็เพราะศาลให้ความสำคัญกับการถ่ายทอดอำนาจจากระดับสูงไปสู่การปฏิบัติ เพราะผู้บังคับบัญชาพลเรือนมักไม่มีความสัมพันธ์โดยตรงกับผู้ใต้บังคับบัญชาทหารในระดับปฏิบัติที่กระทำความผิด ผู้บังคับบัญชาพลเรือนซึ่งอาจเป็นนักการเมืองจะมีความรับผิดภายใต้หลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาได้จะต้องมีอำนาจการควบคุมซึ่งใช้ผ่านโครงสร้างการบังคับบัญชา นั่นคือโครงสร้างการบังคับบัญชาเป็นเครื่องแสดงถึงอำนาจของผู้บังคับบัญชาพลเรือนในการบังคับบัญชาผู้กระทำความผิดและเป็นสิ่งเชื่อมโยงให้ความรับผิดตกแก่ผู้บังคับบัญชาพลเรือน

จากแนวคำพิพากษาของศาล ICTY จะเห็นได้ว่าในการพิจารณาเรื่องอำนาจของผู้บังคับบัญชานี้จะต้องคำนึงถึงปัจจัยหลาย ๆ อย่างในการวินิจฉัย ในส่วนนี้ใช้มาตรฐานการพิสูจน์ในระดับเหนือข้อสงสัยที่มีเหตุผลว่าผู้บังคับบัญชามีความสามารถในการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพเหนือผู้ใต้บังคับบัญชา ซึ่งแสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชาหรือความเป็นผู้บังคับบัญชานั้นเอง เมื่อปรากฏความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชาแล้ว องค์ประกอบความผิดที่ต้องพิจารณาต่อไปคือองค์ประกอบภายใน ดังจะได้กล่าวถึงในลำดับต่อไป

#### 4.2 ขอบเขตขององค์ประกอบส่วนเจตนาในหลักความรับผิดทางอาญาของผู้บังคับบัญชา

จากที่ได้กล่าวถึงแล้วในบทที่ 2 และ 3 เกี่ยวกับองค์ประกอบภายในของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาที่ปรากฏในแหล่งที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศทั้งหลายซึ่งพบว่ามีแตกต่างกันไปในแต่ละแหล่ง องค์ประกอบภายในของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาคือการรู้ถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดของผู้ใต้บังคับบัญชา ซึ่งมาตรฐานการรู้ข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชาที่จะทำให้ผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดตามหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาเป็นอย่างไร ศาล ICTY ได้วินิจฉัยสร้างความชัดเจนในประเด็นดังกล่าว ดังจะได้กล่าวถึงดังต่อไปนี้

#### 4.2.1 องค์ประกอบภายในจากการแปลความจากหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาตาม ตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอิตูโกสลาเวีย

(The Mental Element Articulated by the ICTY Statute)

องค์ประกอบภายใน (Mens rea) ของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาเป็นองค์ประกอบสำคัญที่ต้องพิสูจน์ แต่ตามมาตรา 7(3) ของตราสารก่อตั้งศาล ICTY นั้นมีลักษณะและขอบเขตขององค์ประกอบภายในอย่างไรเป็นประเด็นที่ศาล ICTY ได้วินิจฉัยไว้ในคดี Celebici

#### ศาลอาญาระหว่างประเทศอิตูโกสลาเวีย

คณะพิจารณาชั้นต้น คดีเลขที่ IT-96-21-T : วันที่ 16 November 1998

คำพิพากษาคดี: Prosecutor v. Zejnir DELALIC et al. (Celebici Case)

วินิจฉัยวางหลักว่า

“หลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชานี้ไม่ได้กำหนดเป็นมาตรฐาน ความรับผิด  
อย่างเคร่งครัด ของผู้บังคับบัญชาสำหรับการละเว้นการกระทำเพื่อป้องกันหรือลดโทษ  
อาชญากรรมที่กระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชา [...] ผู้บังคับบัญชาจะต้องมีเจตนาชั่วร้าย  
(Mens Rea) เป็นเงื่อนไขในการเกิดความรับผิดทางอาญาโดยปรากฏว่า

- 1) ผู้บังคับบัญชาได้รู้ข้อเท็จจริง ซึ่งพิสูจน์โดยพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องโดยตรง  
หรือพยานแวดล้อม ว่าผู้ใต้บังคับบัญชาของตนกำลังกระทำหรือกำลังจะ  
กระทำอาชญากรรมตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 2-5 ของตราสารก่อตั้ง หรือ
- 2) ผู้บังคับบัญชาได้มีในครอบครองของตนซึ่งข้อมูลที่มีลักษณะซึ่งอย่าง  
น้อยควรทำให้สังเกตได้ถึงความเสี่ยงของอาชญากรรมเหล่านั้นโดยชี้ให้เห็น  
ถึงความจำเป็นในการสอบสวนเพิ่มเติมเพื่อทราบแน่ชัดว่าอาชญากรรม  
เหล่านั้นได้ถูกกระทำหรือกำลังจะถูกกระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชา”<sup>24</sup>

<sup>24</sup>

Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 383. The doctrine of superior responsibility does not establish a standard of strict liability for superiors for failing to prevent or punish the crimes committed by their subordinates. [...] superior may possess the *mens rea* required to incur criminal liability where:

(1) he had actual knowledge, established through direct or circumstantial evidence, that his subordinates were committing or about to commit crimes referred to under Article 2 to 5 of the Statute, or

(2) where he had in his possession information of a nature, which at the least, would put him on notice of the risk of such offences by indicating the need for additional investigation in order to ascertain whether such crimes were committed or were about to be committed by his subordinates. see p.50 for more details.

จากแนวคำพิพากษาของศาล ICTY ได้ยืนยันถึงประเภทของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 7(3) ของตราสารก่อตั้งศาลว่า เป็นรูปแบบความรับผิดชอบที่ต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบภายในด้วย ไม่ใช่รูปแบบของความรับผิดชอบอย่างเคร่งครัดที่เมื่อผู้บังคับบัญชาได้กระทำอาชญากรรมขึ้นผู้บังคับบัญชาจำต้องรับผิดชอบทางอาญาโดยอัตโนมัติด้วยเหตุที่บุคคลนั้นได้ครองตำแหน่งผู้บังคับบัญชาอยู่ แต่ผู้บังคับบัญชาจะต้องได้รู้ถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำของผู้บังคับบัญชาด้วยซึ่งศาลได้วางหลักว่าระดับการรู้ข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชานั้นมีสองประเภทคือ

1) การรู้ข้อเท็จจริงตามความเป็นจริง (Actual knowledge) คือการที่ปรากฏพยานหลักฐานสองประเภทคือ พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องโดยตรงและพยานแวดล้อม ที่ทำให้พิสูจน์ได้ว่าผู้บังคับบัญชาได้รู้ว่าผู้บังคับบัญชากำลังกระทำหรือกำลังจะกระทำอาชญากรรมที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 2-5 ของตราสารก่อตั้งศาล ICTY

2) ถือได้ว่ารู้ข้อเท็จจริง (Constructive Knowledge) คือการปรากฏข้อเท็จจริงที่กฎหมายถือว่าเป็นเหตุผลที่เพียงพอสำหรับปรับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา ซึ่งศาลเห็นว่าหากปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้บังคับบัญชาได้มีในความครอบครองของตนซึ่ง “ข้อมูล” ที่มีลักษณะซึ่งอย่างน้อยควรทำให้สังเกตได้ถึงความเสี่ยงของอาชญากรรมเหล่านั้นโดยชี้ให้เห็นถึงความจำเป็นในการสอบสวนเพิ่มเติมเพื่อทราบแน่ชัดว่าอาชญากรรมเหล่านั้นได้ถูกกระทำหรือกำลังจะถูกกระทำโดยผู้บังคับบัญชาแล้ว ถือได้ว่าผู้บังคับบัญชานั้นมีเหตุผลที่ทำให้รู้เกี่ยวกับการกระทำของผู้บังคับบัญชาซึ่งจะต้องมีความรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา

แม้ศาล ICTY จะได้กำหนดมาตรฐานการรู้ข้อเท็จจริงดังที่ได้กล่าวถึงข้างต้น แต่จากคำพิพากษาของศาลพบว่าได้วินิจฉัยถึงรายละเอียดเกี่ยวกับระดับการรู้ข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชาตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในประเภทต่าง ๆ ไว้ ดังจะได้กล่าวถึงในลำดับต่อไป

#### 4.2.2 การรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำตามความเป็นจริง

##### (Actual Knowledge)

การรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำตามความเป็นจริงเป็นองค์ประกอบความผิดของความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่มีความชัดเจนนั้นคือผู้บังคับบัญชาจะต้องรู้ถึงการกระทำผิด

จริง ๆ แต่มาตรฐานการพิสูจน์ในประเด็นนี้เป็นอย่างไร ศาลได้พิจารณาวินิจฉัยวางหลักเกี่ยวกับมาตรฐานของการรู้ข้อเท็จจริงประเภทนี้ดังปรากฏในคดี Celebici

### ศาลอาญาระหว่างประเทศอิตาลีโกสลาเวีย

คณะพิจารณาชั้นต้น คดีเลขที่ IT-96-21 : วันที่ 16 November 1998

คำพิพากษาคดี: Prosecutor v Zejnil DELALIC et al. (Celebici Case)

วินิจฉัยวางหลักว่า

“ในกรณีที่ขาดพยานหลักฐานโดยตรงเกี่ยวกับการรู้ข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชา เรื่องความผิดที่กระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชา ประเด็นการรู้ข้อเท็จจริงนี้ไม่อาจสันนิษฐานได้แต่สามารถพิสูจน์ทราบได้จากพยานหลักฐานแวดล้อม”<sup>25</sup>

จากแนวคำพิพากษาพบว่าได้วางหลักเกี่ยวกับการสันนิษฐานเรื่องการรู้ข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชาว่าไม่อาจกระทำได้ ซึ่งเป็นแนวทางที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายอาญาทั่วไปที่ว่าผู้กล่าวหาต้องมีหน้าที่พิสูจน์ความผิดตามข้อกล่าวหา ขณะที่ผู้ถูกกล่าวหาหากไม่มีกฎหมายกำหนดเป็นพิเศษยอมถือว่าเป็นผู้บริสุทธิ์โดยไม่มีหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงใด ๆ นั่นคืออัยการผู้กล่าวหาต้องมีหน้าที่ที่จะต้องนำพยานหลักฐานเข้าพิสูจน์ถึงการรู้ข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชา

เนื่องจากอัยการคดีนี้ได้อ้างว่าได้เกิดมีกฎเกณฑ์เรื่องการสันนิษฐานถึงการรู้ข้อเท็จจริงว่าผู้บังคับบัญชาได้รู้ถึงข้อเท็จจริงหากการกระทำอาชญากรรมของผู้ใต้บังคับบัญชาเป็นเรื่องอัศจรรย์ที่สาธารณชนรับรู้ หรือเกิดขึ้นเป็นจำนวนมากหรือเกิดขึ้นในช่วงเวลาที่ยาวนานหรือเกิดขึ้นในอาณาบริเวณที่กว้างขวาง โดยอ้างอิงหลักกฎหมายที่ปรากฏในคดียามาชิตะและ The Commentary to the Additional Protocols ทำให้ต้องถือว่าผู้ถูกกล่าวหาได้รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดของผู้ใต้บังคับบัญชาแล้วโดยไม่จำเป็นต้องใช้หลักฐานพิสูจน์

อย่างไรก็ตามศาลเห็นว่าที่มาของกฎหมายที่อ้างถึงโดยอัยการในประเด็นนี้ไม่เพียงพอที่จะสนับสนุนกฎเกณฑ์ที่กล่าวอ้างเนื่องจากศาลเห็นว่าคดียามาชิตะที่ถูกกล่าวอ้างนั้นเมื่อตรวจสอบคำวินิจฉัยของศาลไม่ปรากฏตามที่กล่าวอ้าง แต่ลักษณะของเจตนาชั่วร้ายของนายพลยามาชิตะไม่มีความชัดเจนเมื่อพิจารณาจากคำตัดสิน ประกอบกับคณะกรรมการอาชญากรรมสงครามสหประชาชาติได้ให้ความเห็นไว้ว่าในคดีดังกล่าวเป็นเรื่องของพยานหลักฐานที่ได้พิสูจน์

<sup>25</sup> Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 386. [...]in the absence of direct evidence of the superior's knowledge of the offences committed by his subordinates, such knowledge cannot be presumed, but must be established by way of circumstantial evidence.[...] see p.50 for more details.

การรู้ข้อเท็จจริงของนายพลยามาชิตาไม่ใช่การสันนิษฐาน<sup>26</sup> นอกจากนี้ตาม The Commentary to the Additional Protocols ที่ยึดการอ้างนั้นได้พูดถึงคดี High Command และคำพิพากษาของศาลกรุงโตเกียว<sup>27</sup> ซึ่งไม่ปรากฏชัดเจนถึงหลักเกี่ยวกับการมีอยู่ของกฎเกณฑ์ทั่วไปเรื่องการสันนิษฐานดังกล่าว เพราะในคดี High Command ปรากฏหลักฐานคือรายงานเกี่ยวกับการกระทำผิดได้ถูกส่งไปยังผู้ถูกกล่าวหา<sup>28</sup> คดีไม่ได้สนับสนุนถึงการมีอยู่ของกฎเกณฑ์ทั่วไปเรื่องการสันนิษฐานตามที่ยึดการได้กล่าวอ้าง ตรงกันข้ามศาลในคดีนี้ได้ปฏิเสธอย่างชัดเจนโดยเห็นว่าการสันนิษฐานทั่วไปดังกล่าวที่จะทำได้และเห็นว่าปัญหาเรื่องการรู้ข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชาต้องถูกตัดสินกำหนดโดยพื้นฐานของพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับข้ออ้างของแต่ละบุคคล<sup>29</sup>

ด้วยเหตุผลข้างต้นจึงทำให้ศาลมีความเห็นว่า ในกรณีที่ขาดพยานหลักฐานโดยตรงเกี่ยวกับการรู้ข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชาเรื่องความผิดที่กระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชา ประเด็นการรู้ข้อเท็จจริงนี้ไม่อาจสันนิษฐานได้แต่สามารถพิสูจน์ทราบได้จากพยานหลักฐานแวดล้อม ในการตัดสินว่าผู้บังคับบัญชาในความเป็นจริงแล้วได้รู้ข้อเท็จจริงหรือไม่นั้น ศาลอาจพิจารณาปัจจัยบ่งชี้ที่ได้ถูกยกตัวอย่างไว้ในรายงานสรุปโดยคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญองค์การสหประชาชาติ<sup>30</sup> ได้แก่

- 1) จำนวนของการกระทำผิดที่เกิดขึ้น
- 2) ชนิดของการกระทำผิด
- 3) ขอบเขตของการกระทำผิด
- 4) ช่วงเวลาซึ่งการกระทำผิดเกิด
- 5) จำนวนและชนิดของทหารที่เกี่ยวข้อง
- 6) กระบวนการขนถ่ายที่เกี่ยวข้อง (ถ้ามี)

<sup>26</sup> *Trial of General Tomoyuki Yamashita*, Vol. IV, Law Reports, p. 94 (footnote and emphasis in original omitted and emphasis added). 'the crimes which were shown to have been committed by Yamashita's troops were so widespread, both in space and in time, that they could be regarded as providing either prima facie evidence that the accused knew of their perpetration, or evidence that he must have failed to fulfil a duty to discover the standard of conduct of his troops.' cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 384. see p. 14 for more details.

<sup>27</sup> Commentary to the Additional Protocols, paras. 3546-8, n.39 with further reference to the trials of Takashi Sakai, Kurt Student, Kurt Meyer and Karl Rauer. cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 385.

<sup>28</sup> *United States v Wilhelm von Leeb et al.*, Vol. XI, TWC, 462, 568. 'the numerous reports of illegal executions which were made to his headquarters "must be presumed" to have been brought to his attention.' cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 385. see p. 55 for more details.

<sup>29</sup> *United States v Wilhelm von Leeb et al.*, Vol. XI, TWC, pp. 547-49. cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 385.

<sup>30</sup> Commission of Experts Report, p. 17 (Exhibit 39). cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 386.

- 7) สถานที่ทางภูมิศาสตร์ที่เกิดการกระทำความผิด
- 8) การเกิดการแผ่ขยายอย่างกว้างขวางของการกระทำความผิด
- 9) ความรวดเร็วของการปฏิบัติการทางยุทธวิธี
- 10) รูปแบบการกระทำของความผิดที่มีความคล้ายคลึงกัน
- 11) เจ้าหน้าที่หรือผู้ปฏิบัติที่เกี่ยวข้อง
- 12) บริเวณที่ผู้บังคับบัญชาอยู่ในเวลานั้น

จากแนวคำพิพากษาของศาลจะเห็นได้ว่าศาลได้วางหลักอย่างชัดเจนเกี่ยวกับการรู้ข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชาเกี่ยวกับการกระทำความผิดของผู้ใต้บังคับบัญชา ซึ่งเป็นหน้าที่ของฝ่ายกล่าวหาที่จะต้องพิสูจน์ถึงการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดโดยใช้พยานหลักฐานต่าง ๆ เพื่อพิสูจน์ การรู้ข้อเท็จจริงนี้ไม่อาจสันนิษฐานได้ว่าการพิสูจน์จึงไม่ตกอยู่กับผู้บังคับบัญชาที่ถูกกล่าวหา ต่อไปจะได้กล่าวถึงระดับการรู้ข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชาอีกระดับหนึ่งซึ่งตามมาตรา 7(3) ของตราสารก่อตั้งศาล ICTY ได้ใช้ถ้อยคำว่ามีเหตุผลที่ทำให้รู้ (Had reason to know)

#### 4.2.3 มีเหตุผลที่ทำให้รู้

(Had reason to know)

องค์ประกอบภายในของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชานอกจากการรู้ข้อเท็จจริงตามความเป็นจริง (Actual Knowledge) แล้วการรู้ข้อเท็จจริงที่ผู้บังคับบัญชาต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาอีกชนิดหนึ่งคือ “มีเหตุผลที่ทำให้รู้” (Had reason to know) ประเด็นเรื่องขอบเขตขององค์ประกอบภายในประเภทนี้มีแนวทางและมาตรฐานการพิจารณาอย่างไรได้ปรากฏแนวคำพิพากษาในคดี Celebici และ Prosecutor v Tihomir BLASKIC สร้างความชัดเจนไว้ดังจะได้อธิบายต่อไปนี้

#### ศาลอาญาระหว่างประเทศอิตาลีโกสลาเวีย

คณะพิจารณาชั้นต้น คดีเลขที่ IT-96-21-T : วันที่ 16 November 1998

คำพิพากษาคดี: Prosecutor v Zejnir DELALIC et al. (Celebici Case)

วินิจฉัยวางหลักว่า

“[...]ผู้บังคับบัญชาอาจมีความรับผิดชอบทางอาญาถ้าข้อมูลเฉพาะบางอย่างที่ตนสามารถเข้าถึงได้ตามความเป็นจริงทำให้เห็นถึงการกระทำความผิดของผู้ใต้บังคับบัญชา ข้อมูลนี้ไม่จำเป็นต้องแสดงชัดในตัวเองที่จะทำให้ได้ข้อสรุปว่าเกิดอาชญากรรมนั้น เพียงแต่ข้อมูลนี้ทำให้ผู้บังคับบัญชาดำเนินการหาข้อมูลเพิ่มเติม หรืออีกนัยหนึ่งข้อมูลนั้นชี้ให้เห็นถึงความจำเป็นสำหรับการสอบสวนเพิ่มเติมเพื่อให้ทราบแน่ชัดว่าความผิดกำลัง

ถูกกระทำขึ้นหรือกำลังจะถูกกระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชา มาตรฐานการพิจารณาองค์ประกอบภายในดังกล่าวนี้ถือได้ว่าเป็นการสะท้อนถึงสถานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีในเวลาที่ยาญกรรมตามคำฟ้องได้ถูกกระทำขึ้น ซึ่งเป็นตัวควบคุมขอบเขตของความหมายเรื่องมาตรฐานขององค์ประกอบภายในที่จะทำให้เกิดความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอติดยุโกสลาเวียมาตรา 7(3) [...]”<sup>31</sup>

จากแนวคำพิพากษาข้างต้นทำให้เกิดความชัดเจนว่า ในการแปลความเพื่อหาขอบเขตความหมายขององค์ประกอบภายในของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามตราสารก่อตั้งศาล ICTY ว่ามีมาตรฐานอย่างไรนั้นมีการกำหนดการพิจารณาโดยกฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งในการค้นหามาตรฐานดังกล่าวในกฎหมายจารีตประเพณีพบว่าระดับการรู้ข้อเท็จจริง “มีเหตุผลที่ทำให้รู้” คือ การที่ผู้บังคับบัญชามีในครอบครองซึ่ง “ข้อมูล” เฉพาะบางอย่างที่ทำให้เห็นถึงการกระทำ ความผิดของผู้ใต้บังคับบัญชา ข้อมูลนี้ไม่จำเป็นต้องแสดงชัดในตัวเองที่จะทำให้เกิดข้อสรุปว่าเกิดอาชญากรรมนั้น เพียงแต่ข้อมูลนี้ทำให้ผู้บังคับบัญชาดำเนินการหาข้อมูลเพิ่มเติม หรืออีกนัยหนึ่ง ข้อมูลนั้นชี้ให้เห็นถึงความจำเป็นสำหรับการสอบสวนเพิ่มเติมเพื่อให้ทราบแน่ชัดว่าความผิดกำลังถูกกระทำขึ้นหรือกำลังจะถูกกระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชา

โดยหลักทั่วไปผู้บังคับบัญชาไม่สามารถวางเฉยต่อการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาของตน และไม่มีข้อสงสัยหรือโต้แย้งหากว่าผู้บังคับบัญชาผู้ซึ่งเพิกเฉยต่อข้อมูลที่อยู่ภายในการครอบครองของตนตามความเป็นจริงที่ทำให้สรุปได้ว่าความผิดอาญาได้ถูกกระทำขึ้นหรือกำลังจะถูกกระทำขึ้นโดยผู้ใต้บังคับบัญชา ถือได้ว่ากระทำผิดอย่างร้ายแรงที่สุดต่อหน้าที่ซึ่งทำให้ผู้บังคับบัญชาต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาภายใต้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา

เนื่องจากศาลมีพันธกรณีที่ต้องปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่ขณะความผิดที่ถูกกล่าวหาได้ถูกกระทำขึ้น ด้วยเหตุนี้ศาลได้ตรวจสอบถึงมาตรฐานขององค์ประกอบภายในของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาของมาตรา 86 ของ Additional Protocol I ก่อนที่จะวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับประเด็นระดับการรู้ข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชานี้ เพราะเห็นว่าเป็นกฎหมายที่สะท้อนถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ศาลพบว่ามาตรา 86 ได้มีการเปลี่ยนแปลง

<sup>31</sup> Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 393. ‘[...]a superior can be held criminally responsible only if some specific information was in fact available to him which would provide notice of offences committed by his subordinates. This information need not be such that it by itself was sufficient to compel the conclusion of the existence of such crimes. It is sufficient that the superior was put on further inquiry by the information, or, in other words, that it indicated the need for additional investigation in order to ascertain whether offences were being committed or about to be committed by his subordinates. This standard, which must be considered to reflect the position of customary law at the time of the offences alleged in the Indictment, is accordingly controlling for the construction of the *mens rea* standard established in Article 7(3) [...]’ see p.50 for more details.



อย่างมากกระหว่างการร่าง และศาลเห็นว่าผู้ร่างได้ปฏิเสธอย่างชัดเจนถึงการรวมถึงมาตรฐานขององค์ประกอบภายในที่ผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบทางอาญาสำหรับการกระทำของผู้บังคับบัญชาในกรณีที่ตน**ควรได้รู้**เกี่ยวกับการกระทำนั้น เพราะไม่เพียงร่างที่ถูกเสนอโดย ICRC ซึ่งได้กำหนดให้ผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำ ความผิดของผู้บังคับบัญชาถ้าตนได้**“รู้หรือควรได้รู้”** ว่าผู้บังคับบัญชากำลังกระทำหรือจะกระทำความผิดและผู้บังคับบัญชาไม่ใช่มาตรการที่อยู่ภายในอำนาจของตนเพื่อป้องกันหรือยับยั้งการกระทำความผิด<sup>32</sup>จะถูกปฏิเสธ แต่ร่างแก้ไขที่ถูกเสนอโดยสหรัฐอเมริกาที่เปลี่ยนไปใช้ถ้อยคำว่า **“รู้หรือควรได้รู้**อย่างมีเหตุผลในสถานการณ์ขณะนั้น” ก็ไม่ได้รับการยอมรับเช่นเดียวกัน<sup>33</sup> ซึ่งเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการคัดค้านความมีอยู่ของระดับการรู้ข้อเท็จจริงระดับ **“ควรได้รู้”** ซึ่งเป็นระดับการรู้ข้อเท็จจริงที่กว้างและใกล้เคียงกับการสันนิษฐานการรู้ข้อเท็จจริง นั่นคือระดับการรู้ข้อเท็จจริงของบังคับบัญชาระดับ **“ควรได้รู้”** ยังไม่มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ศาลได้พิจารณาถึงภาษาของบทบัญญัติตามร่างมาตรา 86 ของ Additional Protocol I ที่ได้รับการยอมรับซึ่งบัญญัติว่า **“ข้อเท็จจริงเรื่องการฝ่าฝืนอนุสัญญาและพิธีสารฉบับนี้ที่ถูกกระทำโดยผู้บังคับบัญชาไม่เป็นการทำให้ผู้บังคับบัญชาหลุดพ้นจากความรับผิดชอบทางอาญาหรือทางวินัยแล้วแต่กรณีถ้าหากผู้บังคับบัญชา **ได้รู้หรือมีข้อมูลซึ่งน่าจะทำให้สรุปได้ในสถานการณ์ขณะนั้น** ว่าผู้บังคับบัญชาได้กำลังทำการฝ่าฝืนหรือกำลังจะทำการฝ่าฝืนและไม่ได้ใช้มาตรการทั้งหมดที่สามารถใช้ได้ภายในขอบอำนาจเพื่อป้องกันหรือยับยั้งการกระทำการฝ่าฝืน”**<sup>34</sup> พบว่าเกิดปัญหาการแปลความขึ้นหากเปรียบเทียบตัวบทของบทบัญญัติระหว่างภาษาอังกฤษและภาษาฝรั่งเศส เนื่องจากตัวบทภาษาอังกฤษใช้ถ้อยคำว่า **“information which should have enabled them to conclude”** และตัวบทภาษาฝรั่งเศสใช้ถ้อยคำว่า **“des information leur permettant de conclure”** ซึ่งตามตัวอักษรมีความหมายแปลเป็นภาษาอังกฤษได้ว่า **“information enabling them to conclude”** สมมุติฐานได้ถูกตั้งขึ้นว่าความแตกต่างเล็กน้อยของตัวบทภาษาอังกฤษนี้เชื่อว่าเป็นเพื่อครอบคลุมลักษณะสองประการ

- 1) ประการแรกคือกรณีผู้บังคับบัญชาได้มีข้อมูลที่ชัดเจน

<sup>32</sup> Draft Additional Protocols to the Geneva Conventions of 12 August 1949 – ICRC, in Official Records, Vol. I, Part Three, p. 25.

cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 391.

<sup>33</sup> CDDH/1/306, in Official Records, Vol. III, p. 328. cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 391.

<sup>34</sup> Protocol additional to the Geneva convention of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol 1), 1977. article 86(2)

2) ประการที่สองคือกรณีจากตัวข้อมูลที่สามารถหาได้ทำให้ผู้บังคับบัญชาควรได้ทราบถึงข้อสรุปที่ชัดเจน

แต่สำหรับตัวบทภาษาฝรั่งเศสครอบคลุมเพียงกรณีแรกเท่านั้น<sup>35</sup>

อย่างไรก็ตามพบว่าความแตกต่างของความหมายจากภาษานี้ได้ถูกยกขึ้นพิจารณา ระหว่างกระบวนการร่าง Additional Protocol I เมื่อได้มีการแถลงอย่างชัดเจนโดยผู้แทนหลายท่านว่าความแตกต่างนี้ไม่ถูกพิจารณาว่าครอบคลุมเพียงเรื่องเดียว<sup>36</sup> (ความหมายตามตัวบทภาษาฝรั่งเศสครอบคลุมเช่นเดียวกับตัวบทภาษาอังกฤษ)

ผู้เขียนมีความเห็นว่าการแปลความตราสารก่อตั้งมาตรา 7(3) ของศาลเกี่ยวกับระดับมาตรฐานการรู้ข้อเท็จจริง “มีเหตุผลที่ทำให้รู้” ว่าเป็นมาตรฐานตามที่กำหนดไว้ใน Additional Protocol I ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาเพราะในกระบวนการร่างมีการพิจารณาอย่างถี่ถ้วนและได้รับการยอมรับเป็นที่ยุติอย่างกว้างขวางว่าสอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณีโดยได้รับการไว้วางใจอย่างเต็มที่โดยสังคมระหว่างประเทศและภายหลังต่อมาจนกระทั่งก่อตั้งศาล ICTY ก็ไม่มีการคัดค้านถึงหลักกฎหมายดังกล่าว นั่นคือ หลักนี้ได้รับการยอมรับและมีความมั่นคงชัดเจนเพียงพอซึ่งในมุมมองของศาล ICTY ระดับมาตรฐานการรู้ข้อเท็จจริงของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตาม Additional Protocol I มีความเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ต้องนำมาบังคับใช้กับการดำเนินคดีในศาล ICTY ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นสอดคล้องกับศาลในประเด็นนี้

แม้การวางหลักเกี่ยวกับมาตรฐานองค์ประกอบภายในของความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาโดยคณะพิจารณาชั้นต้นในคดี Celebici จะมีความชัดเจนในระดับหนึ่งแต่ปรากฏว่า ปรากฏคดีระหว่าง Prosecutor v. Tihomir Blaskic ซึ่งคณะพิจารณาชั้นต้นในคดีนี้ได้วางหลักการแปลความของตนเองในประเด็นเรื่ององค์ประกอบภายในกรณีมาตรฐาน “มีเหตุผลที่ควรรู้ (had reason to know)” ของมาตรา 7(3) ของตราสารก่อตั้งตามที่ปรากฏในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังต่อไปนี้

**ศาลอาญาระหว่างประเทศอติดยุโกสลาเวีย**

**คณะพิจารณาชั้นต้น คดีเลขที่ IT-95-14-T : วันที่ 3 March 2000**

**คำพิพากษาคดี: Prosecutor v Tihomir BLASKIC**

<sup>35</sup> Bothe, M., Partsch, K. J., Solf, W. A., *Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949* (Martinus Nijhoff: The Hague 1982) (hereafter “Bothe Commentary”) p. 525. cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 392.

<sup>36</sup> Thus the French representative, insisting on the French text remaining as drafted, declared that “[a]ny resulting difference between the two texts would at least not be a difference of substance.” Similarly the Canadian delegate stated that the English text amounted to saying in legal terms precisely what the French text said. See CCDH/ISR.61, in Official Records, Vol. IX, p. 278, paras. 56 and 57. cited in Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 392.

ศาลในคดีนี้โดยคณะพิจารณาชั้นต้นได้วางหลักมาตรฐานองค์ประกอบภายในระดับมี “เหตุผลที่ทำให้รู้” ดังนี้

“ถ้าผู้บังคับบัญชาได้ปฏิบัติโดยชอบในการทำหน้าที่ของตนแล้วแต่ก็ยังไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงที่ว่าอาชญากรรมกำลังจะถูกกระทำหรือได้ถูกกระทำขึ้น การไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่อาจนำมาชี้ยันต่อผู้บังคับบัญชาได้ อย่างไรก็ตาม หากได้พิจารณาถึงตำแหน่งโดยเฉพาะของผู้บังคับบัญชารวมถึงสถานการณ์ในขณะนั้นพบว่าการไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงนั้นเป็นผลจากความประมาทเลินเล่อในการทำหน้าที่ของตน การไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงนี้ไม่อาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้และถือได้ว่าผู้บังคับบัญชา “มีเหตุผลที่ทำให้รู้” (had reason to know) ตามความหมายของมาตรา 7(3) ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียแล้ว”<sup>37</sup>

จากหลักกฎหมายที่ถูกร่างโดยคณะพิจารณาชั้นต้นซึ่งได้มีคำวินิจฉัยหลังจากที่ศาลในคดี Celebici ได้วางหลักไว้ซึ่งพบว่ามี ความแตกต่างของมาตรฐานการพิจารณาของระดับการรู้ข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชา โดยคำพิพากษาคดี Prosecutor v. Tihomir BLASKIC นี้วางหลักว่า การรู้ถึงข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชาเกี่ยวกับการกระทำผิดนั้นเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติของผู้บังคับบัญชาด้วยโดยวางกรอบไว้สองกรณีคือ

1) ถือว่าผู้บังคับบัญชาไม่รู้ข้อเท็จจริงหากปรากฏว่าถ้าผู้บังคับบัญชาได้ปฏิบัติโดยชอบในการทำหน้าที่ของตนแล้วแต่ก็ยังไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงที่ว่าอาชญากรรมกำลังจะถูกกระทำหรือได้ถูกกระทำขึ้น ซึ่งทำให้ไม่ต้องรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา

2) ถือว่าผู้บังคับบัญชาได้รู้ข้อเท็จจริงหากปรากฏว่าเมื่อพิจารณาตำแหน่งโดยเฉพาะของผู้บังคับบัญชารวมถึงสถานการณ์ในขณะนั้นพบว่าการไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงนั้นเป็นผลจากความประมาทเลินเล่อในการทำหน้าที่ของตน การไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงนี้ไม่อาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้และถือได้ว่าผู้บังคับบัญชา “มีเหตุผลที่ทำให้รู้” แล้ว ตามความหมายของมาตรา 7(3)

จะเห็นได้ว่าการที่ศาลได้เชื่อมโยงมาตรฐานการรู้ข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชาเข้ากับตำแหน่งและหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาโดยถือว่าหากการกระทำประมาทเลินเล่อต่อหน้าที่แล้วจะถือว่าผู้บังคับบัญชาต้องรู้ถึงการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชานั้นเป็นการแปลความที่แตกต่างจาก

<sup>37</sup> Trial Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement., para. 332. [...] if a commander has exercised due diligence in the fulfilment of his duties yet lacks knowledge that crimes are about to be or have been committed, such lack of knowledge cannot be held against him. However, taking into account his particular position of command and the circumstances prevailing at the time, such ignorance cannot be a defence where the absence of knowledge is the result of negligence in the discharge of his duties: this commander had reason to know within the meaning of the Statute. see p.58 for more details.

มาตรฐานเดิมที่ได้วางไว้ในคดี Celebici เพราะจะทำให้ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาเข้าใกล้รูปแบบความรับผิดชอบอย่างเคร่งครัดมากขึ้น ซึ่งศาลได้ให้เหตุผลถึงการมีคำวินิจฉัยดังกล่าวว่าเพราะปรากฏการวางหลักมาตรฐานการรู้ข้อเท็จจริงของความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาเช่นเดียวกันนี้ใน

1) หลักกฎหมายที่วางโดยศาลทหารระหว่างประเทศตะวันออกไกล (International Military Tribunal for the Far East)<sup>38</sup>

2) ความเห็นของผู้พิพากษาในคดีโทโยดะ (Toyoda case)<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup>

Tokyo Trial Official Transcript, p. 48,444-48,445 (emphasis added). 'It is the duty of all those on whom responsibility rests to secure proper treatment of prisoners and to prevent their ill treatment by establishing and securing the continuous and efficient working of a system appropriate for these purposes. Such persons fail in this duty and become responsible for ill treatment of prisoners if:

(1) They fail to establish such a system.

(2) If having established such a system, they fail to secure its continued and efficient working. Each of such persons has a duty to ascertain that the system is working and if he neglects to do so he is responsible. He does not discharge his duty by merely instituting an appropriate system and thereafter neglecting to learn of its application.

[...]

Nevertheless, such persons are not responsible if a proper system and its continuous efficient functioning be provided for and conventional war crimes be committed unless:

(1) They had knowledge that such crimes were being committed, and having such knowledge they failed to take such steps as were within their power to prevent the commission of such crimes in the future, or

(2) They are at fault in having failed to acquire such knowledge. *If such a person had, or should, but for negligence or supineness, have had such knowledge he is not excused for inaction if his office required or permitted him to take any action to prevent such crimes.* On the other hand it is not enough for the exculpation of a person, otherwise responsible, for him to show that he accepted assurances from others more directly associated with the control of the prisoners if having regard to the position of those others, to the frequency of reports of such crimes, or to any other circumstances he should have been put upon further enquiry as to whether those assurances were true or untrue' and *Ibid.*, p. 48,446 (emphasis added). 'Army or Navy commanders can, by order, secure proper treatment and prevent ill treatment of prisoners. So can Ministers of War and of the Navy. If crimes are committed against prisoners under their control, of the likely occurrence of which they had, *or should have had knowledge in advance*, they are responsible for those crimes. If, for example, it be shown that within the units under his command conventional war crimes have been committed of which he knew *or should have known*, a commander who takes no adequate steps to prevent the occurrence of such crimes in the future will be responsible for such future crimes.' cited in Trial Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement., para. 315.

<sup>39</sup>

*U.S.A. v. Soemu Toyoda* (emphasis added), Official Transcript of Record of Trial, p. 5006. 'In the simplest language it may be said that this Tribunal believes the principle of command responsibility to be that, if this accused knew, *or should by the exercise of ordinary diligence have learned*, of the commission by his subordinates, immediate or otherwise, of the atrocities proved beyond a shadow of a doubt before this Tribunal or of the existence of a routine which would countenance such, and, by his failure to take any action to punish the perpetrators, permitted the atrocities to continue, he has failed in his performance of his duty as a commander and must be punished. In determining the guilt or innocence of an accused, charged with dereliction of his duty as a commander, consideration must be given to many factors. The theory is simple, its application is not. [...] His guilt cannot be determined by whether he had operational command, administrative command, or both. If he knew, *or should have known, by use of reasonable diligence*, of the commission by his troops of atrocities and if he did not do everything within his power and capacity under the existing circumstances to prevent their occurrence and punish the offenders, he was derelict in his duties. Only the degree of his guilt would remain.' cited in Trial Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement., para. 316. The President of the Tribunal summarised the charges against Admiral Toyoda as follows: "He is charged with violation of the laws and customs of war whilst holding the appointments of Commander-in-Chief of the Yokosuka Naval District, the Combined Fleet, the Combined Naval Forces, the Naval Escort Command as well as when Chief of the Naval General Staff, all these

3) ในคดี *U.S.A. v. Oswald Pohl et al.*<sup>40</sup>

4) ในคดี *Roechling* ที่ได้วางหลักไว้โดยศาลชั้นต้น<sup>41</sup> และศาลอุทธรณ์<sup>42</sup>

5) ในคดี *U.S.A. v. Wilhelm List et al.* (Hostage case)<sup>43</sup>

6) ในคดี *High Command case* ที่ศาลได้มีความเห็นในประเด็นนี้ไว้โดยยอมรับหลักที่ศาลในคดี *U.S.A. v. Wilhelm List et al.* (Hostage case) ได้วางไว้<sup>44</sup> และสรุปว่าการไม่ดูแลผู้ใต้บังคับบัญชาอย่างเหมาะสมก่อให้เกิดเป็นความประมาทเลินเล่อทางอาญา<sup>45</sup>

จากหลักกฎหมายจากคำพิพากษาที่ศาลได้อ้างดังกล่าวเมื่อได้วิเคราะห์แล้วคณะพิจารณาชั้นต้นในคดีนี้ (Prosecutor v. Tihomir Blaskic) ได้สรุปว่าภายหลังสงครามโลกครั้งที่

appointments being held for varying periods of time between the 21st of May, 1943, until shortly after the conclusion of the Pacific War" (*Toyoda case*, Official Transcript of Record of Trial, p. 5008). see p. 55 for more details.

<sup>40</sup> *U.S.A. v. Oswald Pohl et al.*, in *Trials of War Criminals*, Vol. V, p. 1055 (emphasis added) "Mummenthey's assertions that he did not know what was happening in the labor camps and enterprises under his jurisdiction does not exonerate him. *It was his duty to know*". Cited in Trial Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement., para. 317. see p. 94 for more details.

<sup>41</sup> General Tribunal of the Military Government of the French Zone of Occupation in Germany, *Judgement Rendered on 30 June 1948 in the Case versus Hermann Roechling and Others Charged With Crimes Against Peace, War Crimes and Crimes Against Humanity*, in *Trials of War Criminals*, Vol. XIV, Appendix B, p. 1088 (emphasis added). 'it was his duty as the head to inquire into the treatment accorded to the foreign workers and to the prisoners of war whose employment in his war plants was, moreover, forbidden by the rules of warfare, of which fact he must have been aware; that he cannot escape his responsibility by stating that the question had no interest for him[.]' Cited in Trial Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement., para. 318. see p. 87 for more details.

<sup>42</sup> Superior Military Government Court of the French Occupation Zone in Germany, Judgement of 25 January 1949 in the Case Versus Hermann Roechling and Others Charged with Crimes Against Peace, War Crimes, and Crimes Against Humanity. Decision on Writ of Appeal Against the Judgement of 30 June 1948, in *Trials of War Criminals*, Vol. XIV, Appendix B, p. 1106 (emphasis added). '[n]o superior may prefer this defense indefinitely; for it is his duty to know what occurs in his organization, and lack of knowledge, therefore, can only be the result of criminal negligence.' Cited in Trial Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement., para. 318.

<sup>43</sup> *U.S.A. v. Wilhelm List et al.*, in *Trials of War Criminals*, Vol. XI, p. 1271 (emphasis added). 'He is charged with notice of occurrences taking place within that territory. He may require adequate reports of all occurrences that come within the scope of his power and, if such reports are incomplete or otherwise inadequate, he is obliged to require supplementary reports to apprise him of all the pertinent facts. If he fails to require and obtain complete information, the dereliction of duty rests upon him and he is in no position to plead his own dereliction as a defense.' Cited in Trial Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement., para. 319. see p. 54 for more details.

<sup>44</sup> *U.S.A. v. Wilhelm von Leeb et al.*, in *Trials of War Criminals*, Vol. XI, p. 603. 'Want of knowledge of the contents of reports made to him is not a defense. Reports to commanding generals are made for their special benefit. Any failure to acquaint themselves with the contents of such reports, or a failure to require additional reports where inadequacy appears on their face, constitutes a dereliction of duty which he cannot use in his own behalf.', cited in Trial Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement., para. 320. see p. 55 for more details.

<sup>45</sup> *U.S.A. v. Wilhelm von Leeb et al.*, in *Trials of War Criminals*, Vol. XI, p. 543-544. 'Criminality does not attach to every individual in this chain of command from that fact alone. There must be a personal dereliction. That can occur only where the act is directly traceable to him or where his failure to properly supervise his subordinates constitutes criminal negligence on his part. In the latter case it must be a personal neglect amounting to a wanton, immoral disregard of the action of his subordinates amounting to acquiescence'. , cited in Trial Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement., para. 321.

สองมีมาตรฐานที่ถูกสร้างขึ้นเกี่ยวกับความรับผิดชอบที่เกิดกับผู้บังคับบัญชาอันจะเกิดขึ้นสำหรับ อาชญากรรมที่กระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชาถ้าตนไม่ใช้วิธีการที่ทำได้เพื่อทราบถึงการกระทำ ความผิดและในสถานการณ์ขณะนั้นตน**ควร**ได้รู้และการไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวถือเป็นความผิดทาง อาญา<sup>46</sup> ซึ่งศาลเห็นว่าหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในความหมายนี้ได้ถูก นำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในตัวอย่างเช่นคู่มือสนามของกองทัพสหรัฐ<sup>47</sup> ซึ่งเท่ากับว่าหลัก ดังกล่าวได้รับการยอมรับโดยรัฐในรูปของ State practice

อย่างไรก็ตามเมื่อพบว่าใน Additional Protocol I ซึ่งมีหลักเกี่ยวกับการรู้ข้อเท็จจริงของ ผู้บังคับบัญชาที่ต่างออกไปคณะพิจารณาขั้นต้นในคดีนี้จึงได้วิเคราะห์ถึงผลกระทบจากกฎหมาย ดังกล่าว

เนื่องจากในปี 1977 ได้เกิด Additional Protocol I ทำให้มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณา ถึงปัญหาว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาได้ เปลี่ยนแปลงไปโดยการยอมรับ Additional Protocol I หรือไม่เพราะตาม Additional Protocol I มาตรา 86(2) ผู้บังคับบัญชาจะเกิดความรับผิดชอบต่อการไม่กระทำการเพื่อตอบสนองต่อ อาชญากรรมที่กระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชาก็ต่อเมื่อผู้บังคับบัญชาได้มีข้อมูลเฉพาะซึ่งทำให้ ทราบถึงอาชญากรรมนั้น ซึ่งต่างกับความหมายของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่ศาลได้ สรุปจากหลักตามคำพิพากษาดังที่ได้กล่าวข้างต้น สำหรับประเด็นปัญหานี้ศาลเห็นว่าไม่เป็นการ เปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>48</sup> เพราะศาลได้แปลความหลักความรับ รับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาโดยสอดคล้องกับมาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาที่กำหนดให้การแปล ความสนธิสัญญาจะต้อง “โดยสุจริตสอดคล้องตามความหมายปกติที่ได้จากถ้อยคำใน สนธิสัญญาตามเนื้อหาและในขอบเขตของวัตถุประสงค์และความมุ่งหมาย” ทำให้ศาลมีมุมมอง เกี่ยวกับคำว่า “มีข้อมูล” (had information) ที่ปรากฏในมาตรา 86(2) ว่าต้องถูกแปลความใน ความหมายกว้างซึ่งปรากฏหลักฐานสนับสนุนคือคำอธิบายเกี่ยวกับ “ข้อมูล” บนพื้นฐานจากหลัก

<sup>46</sup> Trial Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement., para. 322.

<sup>47</sup> U.S. Department of Army, Field Manual No. 27-10, Law of Land Warfare, para. 501 (1956), cited in Parks p. 95. The *British Manual of Military Law* employs exactly the same wording. Cf. *Great Britain War Office, The Law of War on Land: Being Part 3 of the Manual of Military Law*, para. 631 (1958), cited in: L.C. Green, *Command Responsibility in International Humanitarian Law*, 5 Transnl'l L & Contp Prbs 319, p. 343 (1995). ‘The commander is [...] responsible, if he had actual knowledge, or should have had knowledge, through reports received by him or through other means, that troops or other persons subject to his control are about to commit or have committed a war crime and he fails to use the means at his disposal to insure compliance with the law of war’. cited in Trial Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement., para. 323.

<sup>48</sup> Trial Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement., para. 324.

กฎหมายภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองของ The Commentary on Additional Protocol I<sup>49</sup> ที่  
ได้ระบุว่าผู้บังคับบัญชาไม่สามารถเพิกเฉยต่อข้อมูลเหล่านี้

ศาลยังมีความเห็นว่าการแปลความมาตรา 86(2) ควรประกอบกับมาตรา 87 วรรค 1<sup>50</sup> ที่  
กำหนดถึงหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาโดยบัญญัติว่า “ภาคีในอนุสัญญาและภาคีในความขัดแย้งต้อง  
กำหนดให้ผู้บังคับบัญชาทหาร (ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสมาชิกในกองกำลังติดอาวุธภายใต้การ  
บังคับบัญชาและบุคคลอื่นภายใต้การควบคุม) ต้องป้องกันและในกรณีจำเป็น ต้องยับยั้งและ  
รายงานไปยังผู้บังคับบัญชาซึ่งการฝ่าฝืนอนุสัญญาและพิธีสารเพิ่มเติมฉบับนี้” ซึ่งเป็นการ  
กำหนดความรับผิดชอบที่สำคัญของผู้บังคับบัญชาทหาร และศาลมองว่าบทบาทของ  
ผู้บังคับบัญชาผูกพันตนให้ได้รับรายงานอย่างสม่ำเสมอในเรื่องเกี่ยวกับการปฏิบัติภารกิจของ  
ผู้ใต้บังคับบัญชาและใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อวัตถุประสงค์นี้<sup>51</sup>

จะเห็นได้ว่าศาลพยายามอธิบายว่า Additional Protocol I มิได้กำหนดการรู้ข้อเท็จจริง  
ของผู้บังคับบัญชาแตกต่างจาก Case law ตามที่ศาลได้อ้างข้างต้น แต่การแปลความ Additional  
Protocol I ต้องแปลความอย่างกว้างซึ่งสอดคล้องกับมาตรฐานที่กำหนดโดย Case law นั่นคือ  
ผู้บังคับบัญชาไม่อาจจะเฉยต่อข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำผิดอันจะทำให้เกิดความรับผิดทางอาญา  
ซึ่งได้ปรากฏรายงานอย่างน้อยสองฉบับที่สนับสนุนเรื่องนี้คือ

1) รายงานของคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญสหประชาชาติที่ระบุว่า “ผู้บังคับบัญชามีหน้าที่  
ทำทุกสิ่งที่เหมาะสมและปฏิบัติได้เพื่อป้องกันการละเมิดกฎหมาย การไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว  
นำมาซึ่งความรับผิดด้วย”<sup>52</sup>

2) รายงานคณะกรรมการไต่สวนเหตุการณ์ที่ค่ายผู้ลี้ภัยในเบรุตของอิสราเอล [Kahan  
Report<sup>53</sup> (the Commission of Inquiry into the Events at the Refugee Camps in Beirut,

<sup>49</sup> Sandoz, Y., et al. (eds.), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (1986), para. 3545, p. 1014. ‘the information includes reports addressed to [the superior], [...] the tactical situation, the level of training and instruction of subordinate officers and their troops, and their character traits’, cited in Trial Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement., para. 328.

<sup>50</sup> Ibid., para. 3541, p. 1011. cited in Trial Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement., para. 329.

<sup>51</sup> Ibid., para. 3560, p. 1022. cited in Trial Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement., para. 329.

<sup>52</sup> Final Report of the Commission of Experts, para. 59. ‘a commander has a duty to do everything reasonable and practicable to prevent violations of the law. Failure to carry out such a duty carries with it responsibility’, cited in Trial Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement., para. 330.

<sup>53</sup> Final Report of the Commission of Inquiry into the Events at the Refugee Camps in Beirut, February 7, 1983 (authorised translation), reproduced in 22 *International Legal Materials* 473-520 (1983). Although the Commission was not a criminal court, its membership justifies attributing considerable weight to its findings. The Commission members were: Yitzhak Kahan, President of the

February 7, 1983)] ซึ่งศาลมีความเห็นว่าเป็นหลักฐานหนึ่งที่บ่งบอกถึงภาวะของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา ว่ามีมาตรฐานการบังคับใช้ในกรณีและผู้บังคับบัญชาประมาทเลินเล่อ<sup>54</sup>

จากข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่ศาลได้อ้างถึงทำให้คณะพิจารณาชั้นต้นได้สรุปความเห็นเกี่ยวกับองค์ประกอบภายในในส่วนการรู้ข้อเท็จจริงของความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาว่า หากการไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงนั้นเป็นผลจากความประมาทเลินเล่อในการทำหน้าที่ของตน การไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงนี้ไม่อาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้และถือได้ว่าผู้บังคับบัญชา “มีเหตุผลที่ทำให้รู้” (*had reason to know*) ตามความหมายของมาตรา 7(3) ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียแล้ว<sup>55</sup> ซึ่งจะมีความหมายใกล้เคียงกับระดับการรู้ข้อเท็จจริง “ควรได้รู้” ซึ่งเป็นรูปแบบใกล้เคียงความรับผิดชอบอย่างเคร่งครัด

จะเห็นได้ว่าคำพิพากษาของคณะพิจารณาชั้นต้นในคดี Celebici และคดี Blaskic ได้วางหลักเกี่ยวกับองค์ประกอบภายในเกี่ยวกับการรู้ข้อเท็จจริงของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในระดับมาตรฐานที่แตกต่างกัน โดยคำพิพากษาคดีหลังแปลความขอบเขตขององค์ประกอบภายในโดยถือว่าผู้บังคับบัญชาหากได้ปฏิบัติหน้าที่โดยชอบแล้วยังไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาก็สามารถนำมายกเป็นข้อต่อสู้ได้และการไม่รู้ข้อเท็จจริงไม่อาจยกขึ้นต่อสู้ได้หากเกิดจากความประมาทเลินเล่อซึ่งผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบ ทำให้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชามีความใกล้เคียงกับรูปแบบความรับผิดชอบอย่างเคร่งครัด แต่คำพิพากษาของคณะพิจารณาชั้นต้นในคดี Celebici เห็นว่ามาตรฐานของ “มีเหตุผลที่ทำให้รู้” คือการที่ผู้บังคับบัญชามีข้อมูลที่ทำให้ทราบถึงความจำเป็นในการสอบสวนเพิ่มเติมเพื่อทราบถึงการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาเป็นอย่างน้อย ทำให้เกิดปัญหาว่ามาตรฐานใดคือมาตรฐานที่เป็นอยู่ของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในช่วงเวลาที่เกิดการกระทำความผิดในคดีที่พิจารณาโดยศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวีย ประเด็นนี้ได้ถูกวินิจฉัยต่อมาโดยปรากฏในคำวินิจฉัยของคณะพิจารณาอุทธรณ์ในคดี Celebici

---

Supreme Court, Commission Chairman; Aharon Barak, Justice of the Supreme Court; and Yona Efrat, Major General (Res.), Israel Defense Forces. cited in Trial Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement., para. 331.

<sup>54</sup> Ibid., p. 35. 'If the Chief of Staff did not imagine at all that the entry of the Phalangists into the camps posed a danger to the civilian population, his thinking on this matter constitutes a disregard of important considerations that he should have taken into account. [...] We determine that the Chief of Staff's inaction [...] constitute[s] a breach of duty and dereliction of the duty incumbent upon the Chief of Staff.', cited in Trial Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement., para. 331.

<sup>55</sup> Trial Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement., para. 332.



## ศาลอาญาระหว่างประเทศอิตยโกสลาเวีย

คณะพิจารณาอุทธรณ์ คดีเลขที่ IT-96-21 : วันที่ 20 February 2001

คำพิพากษาคดี: Prosecutor v Zejnil DELALIC et al. (Celebici Case)

คณะพิจารณาอุทธรณ์วินิจฉัยวางหลักยึดตามคณะพิจารณาชั้นต้นว่า

“การแปลความโดยคณะพิจารณาชั้นต้นเรื่องมาตรฐานของ “มีเหตุผลที่ทำให้รู้” หมายความว่าผู้บังคับบัญชาจะต้องรับผิดชอบทางอาญาภายใต้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่ต่อเมื่อมีข้อมูลที่เข้าถึงได้ซึ่งทำให้สังเกตถึงความผิดที่กระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชา ซึ่งมาตรฐานนี้สอดคล้องกับมาตรฐานในกฎหมายจารีตประเพณีเกี่ยวกับองค์ประกอบภายในที่ปรากฏขณะที่อาชญากรรมตามฟ้องได้เกิดขึ้น”<sup>56</sup>

จากแนวคำพิพากษาของคณะพิจารณาอุทธรณ์ในคดี Celebici Case จะเห็นได้ว่ายืนยันถึงความถูกต้องของมาตรฐานการรู้ข้อเท็จจริง “มีเหตุผลที่ทำให้รู้” ที่แปลความโดยคณะพิจารณาชั้นต้นในคดีเดียวกัน คือผู้บังคับบัญชามีในความครอบครองซึ่ง “ข้อมูล” ทั้งนี้พบว่าศาลได้ชี้ให้เห็นหลักฐานเพิ่มเติมที่สนับสนุนการแปลความดังกล่าว นั่นคือ รายงานของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>57</sup> เกี่ยวกับมาตรา 6 ของร่างประมวลกฎหมายอาชญากรรมต่อสันติภาพและความมั่นคงของมนุษยชาติ ปี 1996 ซึ่งมีบทบัญญัติคล้ายกับมาตรา 7(3) ของตราสารก่อตั้งศาล ICTY อย่างมาก โดยรายงานระบุว่า การรู้ข้อเท็จจริง “มีเหตุผลที่ทำให้รู้” ตามมาตรา 6 มีความหมายเหมือนกับ “มีเหตุผลที่ทำให้รู้” ตามมาตรา 7(3) ซึ่งหมายความว่า “ได้มีข้อมูล” ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 86(2) ของ Additional Protocol I ซึ่งต่อมาในคำตัดสินของคณะพิจารณาอุทธรณ์ของคดี Prosecutor v Tihomir BLASKIC ได้ทำให้เกิดข้อยุติเกี่ยวกับเรื่องนี้

<sup>56</sup> Appeals Chamber, Celebici Case, Judgement..., para 241. ‘[...] the interpretation given by the Trial Chamber to the standard “had reason to know”, that is, a superior will be criminally responsible through the principles of superior responsibility only if information was available to him which would have put him on notice of offences committed by subordinates. This is consistent with the customary law standard of *mens rea* as existing at the time of the offences charged in the Indictment.’ see p.50 for more details.

<sup>57</sup> ILC Report, pp 37-38. ‘Article 6 provides two criteria for determining whether a superior is to be held criminally responsible for the wrongful conduct of a subordinate. First, a superior must have known or had reason to know *in the circumstances at the time* that a subordinate was committing or was going to commit a crime. This criterion indicates that a superior may have the *mens rea* required to incur criminal responsibility in two different situations. In the first situation, a superior has actual knowledge that his subordinate is committing or is about to commit a crime...In the second situation, he has *sufficient relevant information to enable him to conclude under the circumstances at the time* that his subordinates are committing or are about to commit a crime...[t]he phrase ‘had reason to know’ is taken from the statutes of the ad hoc tribunals and should be understood as having the same meaning as the phrase ‘had information enabling them to conclude’ which is used in the Additional Protocol I. The Commission decided to use the former phrase to ensure an objective rather than a subjective interpretation of this element of the first criterion.’

## ศาลอาญาระหว่างประเทศอิตยโกสลาเวีย

คณะพิจารณาอุทธรณ์ คดีเลขที่ IT-95-14 : วันที่ 29 July 2004

คำพิพากษาคดี: Prosecutor v Tihomir BLASKIC

คณะพิจารณาอุทธรณ์คดีนี้วินิจฉัยวางหลักยืนยันตามคำพิพากษาอุทธรณ์คดี Celebici ว่า

“คำพิพากษาของคณะพิจารณาอุทธรณ์ในคดี Celebici ได้วางหลักจนเป็นข้อยุติในประเด็นเกี่ยวกับการแปลความเรื่องมาตรฐานขององค์ประกอบภายใน “มีเหตุผลที่ทำให้รู้” (had reason to know) ตามคำพิพากษานั้นคณะพิจารณาอุทธรณ์ในคดีระบุว่า “ผู้บังคับบัญชาจะต้องรับผิดชอบทางอาญาตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาก็ต่อเมื่อมีข้อมูลที่ผู้บังคับบัญชาเข้าถึงได้ ซึ่งทำให้ได้ข้อสังเกตเกี่ยวกับการกระทำผิดที่กระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชา”[...] คณะพิจารณาอุทธรณ์ในคดี Blaskic เห็นว่าไม่มีเหตุผลใดที่จะโต้แย้งหลักที่วางโดยคณะพิจารณาอุทธรณ์ในคดี Celebici ดังนั้นการที่คำพิพากษาของคณะพิจารณาชั้นต้น (คดี Blaskic ) ได้แปลความหลักกฎหมายนี้ โดยไม่มาตรฐานที่ไม่สอดคล้องกับหลักที่วางโดยคณะพิจารณาอุทธรณ์ในคดี Celebici นั้นในส่วนนี้ต้องแก้ไขให้เป็นไปตามหลักที่ได้อ้างโดยคำพิพากษาอุทธรณ์คดี Celebici”<sup>58</sup>

จากคำพิพากษาอุทธรณ์คดี Blaskic จะเห็นเป็นข้อสังเกตได้ว่าศาลไม่ได้ระบุโดยชัดเจนว่าข้อเท็จจริงที่กล่าวอ้างและข้อสรุปของคณะพิจารณาชั้นต้นนั้นไม่ถูกต้องเพียงแต่เห็นว่าไม่สอดคล้องกับคำพิพากษาของคณะพิจารณาอุทธรณ์ในคดี Celebici ซึ่งถือได้ว่าเป็นศาลสูงที่มีศักดิ์สูงกว่าคณะพิจารณาชั้นต้น ดังนั้นหลักกฎหมายจึงต้องยึดถือตามคำพิพากษาของคณะพิจารณาอุทธรณ์เพราะคณะพิจารณาอุทธรณ์ไม่ได้กลับหลักที่วางไว้เดิม นั่นคือแม้ข้อเท็จจริงและข้อสรุปเกี่ยวกับองค์ประกอบภายในของความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในส่วนของความรู้ข้อเท็จจริงระดับมี “เหตุผลที่ทำให้รู้” ของคณะพิจารณาชั้นต้นในคดี Blaskic จะไม่มีผลที่ถือเป็นหลักในการวินิจฉัยคดีของศาลICTY แต่ก็ยังเป็นประโยชน์ในการศึกษาเพราะความเห็นนี้เป็นการปฏิบัติขององค์กรยุติธรรมระหว่างประเทศที่มีแนวทางการวินิจฉัยโดยได้ตรวจสอบข้อกฎหมายในแง่มุมต่าง ๆ อย่างละเอียดรอบคอบเป็นแหล่งที่ใช้ในการอ้างอิงในอนาคตได้เป็นอย่างดี

58

Appeal Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement., para. 62. [...] the Celebici Appeal Judgement has settled the issue of the interpretation of the standard of “had reason to know.” In that judgement, the Appeals Chamber stated that “a superior will be criminally responsible through the principles of superior responsibility *only if information was available to him* which would have put him on notice of offences committed by subordinates.” [...] There is no reason for the Appeals Chamber to depart from that position. The Trial Judgement’s interpretation of the standard is not consistent with the jurisprudence of the Appeals Chamber in this regard and must be corrected accordingly.’ see p.58 for more details.

จากการพิเคราะห์คำพิพากษาจากสองคดีที่กล่าวมานี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าหากเปรียบเทียบเทคนิควิธีการหาคำตอบประเด็นปัญหากฎหมายของคณะพิจารณาชั้นต้นในทั้งสองคดีจะทำให้ทราบได้อย่างชัดเจนยิ่งขึ้นว่าแนวคำพิพากษาของคณะพิจารณาชั้นต้นในคดีใดน่าจะมีน้ำหนักเหตุผลที่ดีกว่า ซึ่งประเด็นปัญหาที่ต้องการหาคำตอบของศาลคือในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ “มีเหตุผลที่ทำให้รู้” ตามมาตรา 7(3) หมายความว่าอย่างไร

ผู้เขียนเห็นว่าคณะพิจารณาชั้นต้นในคดี Celebici ได้ใช้วิธีการหาคำตอบจากคุณลักษณะของความเป็นกฎหมายจารีตประเพณี เพราะการเกิดกฎหมายจารีตประเพณีต้องมีการปฏิบัติในเรื่องหนึ่งเรื่องใดที่สอดคล้องกันโดยรัฐและมีความเห็นร่วมกันว่าเป็นกฎหมาย หากมีข้อคัดค้านหรือปรากฏการปฏิบัติที่ไม่สอดคล้องย่อมจะถือว่าการปฏิบัติที่หลากหลายนั้นเกิดเป็นกฎหมายจารีตประเพณีไม่ได้ การที่คณะพิจารณาชั้นต้นในคดี Celebici ได้อ้าง travaux préparatoires ของ Additional Protocol I ว่าปรากฏหลักฐานการปฏิเสธอย่างชัดเจนของสังคมระหว่างประเทศถึงมาตรฐานการรู้ข้อเท็จจริง “ควรได้รู้” ที่ปรากฏใน Case law จากการดำเนินคดีอาชญากรรมสงครามภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง นั่นคือ มาตรฐานการรู้ข้อเท็จจริง “ควรได้รู้” ยังถือไม่ได้ว่าก่อตัวเป็นกฎหมายจารีตประเพณี ขณะที่คณะพิจารณาชั้นต้นในคดี Blaskic มองว่ามาตรฐานการรู้ข้อเท็จจริง “ควรได้รู้” ได้ก่อตัวเป็นกฎหมายจารีตประเพณีโดยพิจารณาว่าหากผู้บังคับบัญชาเดินเล่นในการปฏิบัติหน้าที่ทำให้ไม่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา ผู้บังคับบัญชาจะนำมาอ้างไม่ได้ถือว่า “ควรได้รู้” และยังสามารถแปลความ Additional Protocol I ให้สอดคล้องกับมาตรฐานดังกล่าวโดยไม่พิจารณา travaux préparatoires ที่ปรากฏถึงการคัดค้านหลักดังกล่าว ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่ากระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับเรื่องนี้ของคณะพิจารณาชั้นต้นในคดี Blaskic ยังมีข้อบกพร่องอยู่

การที่คณะพิจารณาอุทธรณ์ในคดี Blaskic ได้เห็นด้วยกับมาตรฐานการแปลความระดับการรู้ข้อเท็จจริง “มีเหตุผลที่ทำให้รู้” ของศาลคดี Celebici นั้นน่าจะเป็นเพราะเหตุผลที่เกี่ยวกับความชัดเจนของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาเนื่องจากการพิจารณาคดีอาญานั้น ศาลยังคงต้องยึดถือหลัก Nullum Crimen sine Lege โดยเคร่งครัด และหลักความรับผิดทางอาญาของผู้บังคับบัญชาตามที่ปรากฏใน Additional Protocol I มีความชัดเจนและได้รับการยอมรับในสังคมระหว่างประเทศ โดยดูได้จากการได้รับการออกเสียงยอมรับอนุสัญญาดังกล่าวอย่างเป็นทางการเป็นเอกฉันท์ โดยทุกฝ่ายเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติสอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและภายหลังการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวก็ได้มีการโต้แย้งคัดค้านโดยสังคมระหว่างประเทศ ในขณะที่การแปลความของคณะพิจารณาชั้นต้นในคดี Blaskic ได้อ้างถึงกฎหมายที่ถูกวางในคำพิพากษาในคดีภายหลังสงครามโลกเป็นหลักซึ่งยังไม่มี ความชัดเจนและไม่ได้รับการยอมรับ อีกทั้งการแปลความบทบัญญัติตามมาตรา 7(3) ของตราสารก่อตั้งศาล ICTY

และมาตรา 86(2) ในรูปแบบการแปลความอย่างกว้างนั้น ผู้เขียนมีมุมมองว่าไม่สอดคล้องกับการดำเนินคดีอาญาที่ศาลจะต้องแปลความกฎหมายอย่างเคร่งครัด ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับหลักกฎหมายที่วางโดยคณะพิจารณาอุทธรณ์ในคดี Celebici

อย่างไรก็ดีในส่วนที่เกี่ยวกับการรู้ข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชาชั้นหากมองในอีกแง่หนึ่งว่า ไม่ใช่องค์ประกอบภายในแต่เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบภายนอกในส่วนหน้าที่ที่ผู้บังคับบัญชาได้ละเว้นการปฏิบัติ นั่นคือถือว่าผู้บังคับบัญชามีหน้าที่ต้องรู้ถึงการกระทำความผิดของผู้ใต้บังคับบัญชา หากผู้บังคับบัญชาไม่รู้ถึงการกระทำความผิดดังกล่าวแล้วผู้บังคับบัญชาจะต้องรับผิดชอบทางอาญาตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาหรือไม่เป็นประเด็นที่จะได้กล่าวถึงต่อไป

#### 4.3 หน้าที่ในการรู้ถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดของผู้ใต้บังคับบัญชาในกฎหมายจารีตประเพณี

(Duty to Know In Customary Law)

สืบเนื่องจากประเด็นมาตรฐานขององค์ประกอบภายในเกี่ยวกับการรู้ข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชาระดับ "มีเหตุผลที่ทำให้รู้" ทำให้เกิดประเด็นที่เป็นปัญหาคือตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้เกิดหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาให้มี "หน้าที่ต้องรู้" ถึงการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาโดยผ่านการรายงานเรื่องราวมายังตนหรือไม่ และหากผู้บังคับบัญชามีได้ปฏิบัติหน้าที่นี้อย่างเหมาะสมแล้วผู้บังคับบัญชาจะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่ สำหรับประเด็นนี้ได้ปรากฏคำวินิจฉัยในคำพิพากษาอุทธรณ์ในคดี Celebici

##### ศาลอาญาระหว่างประเทศอิตาลีโกสลาเวีย

คณะพิจารณาอุทธรณ์ คดีเลขที่ IT-96-21 : วันที่ 20 February 2001

คำพิพากษาคดี: Prosecutor v. Zejnir DELALIC et al. (Celebici Case)

คณะพิจารณาอุทธรณ์คดีนี้วินิจฉัยวางหลักว่า

"กฎหมายจารีตประเพณีไม่ได้กำหนดในเนื้อหาทางอาญาเรื่องหน้าที่ทั่วไปของผู้บังคับบัญชาในการรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาซึ่งการฝ่าฝืนจะทำให้ผู้บังคับบัญชาจะต้องรับผิดชอบต่ออาชญากรรมที่กระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชา"<sup>59</sup>

<sup>59</sup> Appeal Chamber, Celebici case, Judgement., para. 230. [...] customary law did not impose in the criminal context a general duty to know upon commanders or superiors, breach of which would be sufficient to render him responsible for subordinates' crimes.' see p.50 for more details.

จากแนวคำพิพากษาของศาล ICTY ในประเด็นนี้ทำให้เกิดความชัดเจนว่าหน้าที่ที่ถูกกำหนดโดยกฎหมายให้ผู้บังคับบัญชาจะต้องปฏิบัติซึ่งหากผู้บังคับบัญชาละเว้นไม่ปฏิบัติจะเกิดความรับผิดชอบทางอาญานั้นไม่รวมถึงหน้าที่ในการรู้ข้อเท็จจริง (Duty to know) เกี่ยวกับการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา เนื่องจากศาลมีหน้าที่ปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีจึงจำเป็นต้องตรวจสอบ case-law เพื่อค้นหาหน้าที่ดังกล่าวในกฎหมายจารีตประเพณี ทั้งนี้คดีที่มีการอ้างอิงว่าปรากฏหน้าที่ในการรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา ซึ่งศาลได้ตรวจสอบได้แก่

- 1) คดียามาซิตะ<sup>60</sup>
- 2) คดี United States v Wilhelm List<sup>61</sup>
- 3) คดี Pohl<sup>62</sup>
- 4) คดี Roehling<sup>63</sup>

ศาลได้พบว่าในคดีต่าง ๆ ซึ่งได้อ้างถึงการมีอยู่ของหน้าที่ในการรู้ข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชา (Duty to know) นั้น ในขณะที่เดียวกันจะพบว่าผู้ถูกกล่าวหาในคดีเหล่านั้นได้พบเห็นข้อสังเกตเกี่ยวกับการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา นั่นคือศาลมองว่าในคดีเหล่านั้นหลักกฎหมายที่ได้อ้างถึงเป็นเรื่องเกี่ยวกับพยานหลักฐานมากกว่านั่นเอง และความหมายของถ้อยคำ Duty to know คือผู้ถูกกล่าวหาในคดีเหล่านั้นต้องรู้ถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำผิดของผู้ใต้บังคับบัญชาเพราะปรากฏพยานหลักฐานนั่นเอง

<sup>60</sup> Law Reports of Trials of War Criminals, Vol IV, p. 35. 'Clearly, assignment to command military troops is accompanied by increased authority and heavy responsibility [...]. It is absurd, however, to consider a commander a murderer or rapist because one of his subordinates commits a murder or a rape. Nevertheless, where murder and rape and vicious, revengeful actions are widespread offences, and there is no effective attempt by a commander to discover and control the criminal acts, such a commander may be held responsible, even if he is not directly liable, for the lawless acts of his troops, depending upon their nature and the circumstances surrounding them. cited in Appeal Chamber, Ostland case, Judgement., para. 226. see p. 14 for more details.

<sup>61</sup> United States v Wilhelm List et al, Vol XI, TWC, 1230, 1271. 'charged with notice of occurrences taking place within that territory. He may require adequate reports of all occurrences that come within the scope of his power and, if such reports are incomplete or otherwise inadequate, he is obliged to require supplementary reports to apprise him of all the pertinent facts. If he fails to require and obtain complete information, the dereliction of duty rests upon him and he is in no position to plead his own dereliction as a defence.' cited in Appeal Chamber, Celebici case, Judgement., para. 229. see p. 54 for more details.

<sup>62</sup> United States v Oswald Pohl et al., TWC, Vol. V, p 1055. 'Mummenthey's assertions that he did not know what was happening in the labor camps and enterprises under his jurisdiction does not exonerate him. It was his duty to know.' cited in Appeal Chamber, C. v. Kuhlmann, Judgement., para. 229. see p. 94 for more details.

<sup>63</sup> The Government Commissioner of the General Tribunal of the Military Government for the French Zone of Occupation in Germany v Herman Roehling and Others, Judgment on Appeal to the Superior Military Government Court of the French Occupation Zone in Germany, TWC, Vol XIV, Appendix B, p 1136-37. '[...]duty to keep himself informed about the treatment of the deportees....Roehling [...] had repeated opportunities during the inspection of his concerns to ascertain the fate meted out to his personnel, since he could not fail to notice the prisoner's uniform on those occasions' cited in Appeal Chamber, Celebici case, Judgement., para. 229. see p. 87 for more details.

นอกจากนี้ศาลยังได้อ้างถึงกฎหมายทหารของสหรัฐอเมริกา [the Field Manual of the US Department of Army 1956 (No. 27-10, Law of Land Warfare)] ที่บัญญัติว่า

"The commander is... responsible, if he had actual knowledge, or *should have had knowledge, through reports received by him or through other means, that troops or other persons subject to his control are about to commit or have committed a war crime and he fails to use the means at his disposal to insure compliance with the law of war."*

เป็นที่ชัดเจนจากข้อความที่เน้นเป็นตัวอักษรเอนคือ ผู้บังคับบัญชาต้องถูกถือว่าเคยได้รู้ข้อเท็จจริง ถ้าเขาได้มีรายงานหรือวิธีการสื่อสารอื่น อีกนัยหนึ่งคือเขาได้มีข้อมูลที่บรรจุอยู่ในรายงานหรือโดยวิธีอื่นนั้น ซึ่งทำให้ผู้บังคับบัญชาได้ข้อสังเกตถึงการกระทำผิดของผู้บังคับบัญชา การที่ศาลได้อ้างกฎหมายทหารของสหรัฐอเมริกาในการยืนยันเกี่ยวกับเรื่องไม่ปรากฏหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาในการรู้ข้อเท็จจริงนั้นผู้เขียนคิดว่าน่าจะเป็นเพราะเป็นประเทศที่ใหญ่และเข้าไปมีส่วนในความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระหว่างประเทศหลายครั้ง ดังนั้นการที่ประเทศที่ถือได้ว่าเป็นหลักของโลกแต่กลับปรากฏว่ากฎหมายทหารของประเทศนี้ไม่ปรากฏหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาในการรู้ถึงข้อเท็จจริง จึงแสดงให้เห็นได้ชัดยิ่งขึ้นว่าไม่น่าจะปรากฏมีกฎหมายจารีตประเพณีเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าว จากการวิเคราะห์ทั้งหลายข้างต้นทำให้คณะพิจารณาอุทธรณ์ในคดี Celebici นี้สรุปได้เช่นเดียวกับคณะกรรมาธิการอาชญากรรมสงครามสหประชาชาติ<sup>64</sup> คือกฎหมายจารีตประเพณีไม่ได้กำหนดในเนื้อหาทางอาญาเรื่องหน้าที่ทั่วไปของผู้บังคับบัญชาในการรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำของผู้บังคับบัญชาซึ่งการฝ่าฝืนจะทำให้ผู้บังคับบัญชาจะต้องรับผิดชอบต่ออาชญากรรมที่กระทำลงโดยผู้บังคับบัญชา<sup>65</sup> นั่นคือหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาที่ต้องกระทำภายใต้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชานั้นประกอบไปด้วยสองหน้าที่เท่านั้นคือหน้าที่ในการป้องกันการทำความผิดและหน้าที่ในการลงโทษผู้กระทำความผิด

ต่อไปจะได้กล่าวถึงประเด็นปัญหาเกี่ยวกับเจตนาพิเศษของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งเป็นประเด็นเกี่ยวเนื่องในส่วนขององค์ประกอบภายในซึ่งศาล ICTY ได้วินิจฉัยสร้างความชัดเจนไว้

#### 4.4 เจตนาพิเศษ (Specific intent) ของผู้บังคับบัญชาสำหรับความรับผิดชอบฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่กระทำลงโดยผู้บังคับบัญชา

<sup>64</sup> Law Reports of Trials of War Criminals, Vol IV, p 94. cited in Appeal Chamber, Celebici case, Judgement., para. 230.

<sup>65</sup> Appeal Chamber, Celebici case, Judgement., para. 230.

ตามมาตรา 7(3) ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอิตูโกสลาเวียผู้ถูกกล่าวหาที่อยู่ในตำแหน่งผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบสำหรับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่เป็นผลมาจากการละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ของตนในฐานะผู้บังคับบัญชาโดยใช้อำนาจควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชา แต่ตามอนุสัญญาการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มาตรา 3 ซึ่งได้ถูกนำตัวบทมาบัญญัติไว้ในมาตรา 4(3) ของตราสารก่อตั้งศาล ICTY ไม่ได้กล่าวถึงความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาสำหรับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ จึงเกิดประเด็นปัญหาว่าในกฎหมายระหว่างประเทศได้เกิดมีหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่กระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชาหรือไม่ และเนื่องจากความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นความผิดที่มีเจตนาพิเศษคือการรู้ว่าการกระทำเป็นส่วนหนึ่งในการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาคือ ผู้บังคับบัญชาต้องมีเจตนาพิเศษนี้หรือไม่สำหรับการที่จะต้องรับผิดชอบทางอาญาสำหรับการกระทำความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ของผู้ใต้บังคับบัญชา ซึ่งปรากฏรายละเอียดการพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นปัญหานี้ในคำพิพากษาของศาล ICTY คดี Prosecutor v. Radoslav BRDANIN

#### ศาลอาญาระหว่างประเทศอิตูโกสลาเวีย<sup>66</sup>

คณะพิจารณาชั้นต้น คดีเลขที่ IT-99-36-T : วันที่ 1 September 2004

คำพิพากษาคดี: Prosecutor v. Radoslav BRDANIN

จำเลย Radoslav BRDANIN ตำแหน่ง รัฐมนตรีก่อสร้างจรรยาและสาธารณูปโภคและรองประธานาธิบดี Republika Srpska

**ข้อเท็จจริง** สาธารณรัฐเซิร์บซึ่งก่อตั้งขึ้นในเขตบอสเนียเฮอเซโกวีนา มีนโยบายบังคับประชากรที่ไม่ใช่ชาวเซิร์บออกจากพื้นที่อย่างถาวร ในช่วงระหว่าง 1 เมษายน 1992 ถึง 31 ธันวาคม 1992 จำเลยได้มีส่วนร่วมในการกระทำอาชญากรรมในเขตพื้นที่ Krajina, Banja Luka, Bihac-Ripac, Bosanska Dubica, Bosanska Gradiska, Bosanska Krupa, Bosanski Novi, Bosanski Petrovac, Celinac, Donji Vakuf, Ključ, Kotor Varos, Prijedor, Prnjavor, Sanski Most, Sipovo และ Teslic ที่กระทำโดยกองกำลังชาวเซิร์บได้แก่ การฆ่า ทำร้ายร่างกายและจิตใจอย่างร้ายแรง การควบคุมและกระทำเงื่อนไขเพื่อให้เกิดความเสื่อมเสียซึ่งร่างกาย กระทำรุนแรงโดยเลือกปฏิบัติ การทรมาน การเนรเทศ ซึ่งกระทำต่อชาวมุสลิมและชาวโครแอต รวมถึงการยึดทำลายทรัพย์สิน การทำลายหมู่บ้าน สถาบันทางศาสนา

**ข้อกล่าวหา** จำเลยต้องรับผิดชอบมีส่วนร่วมและตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 7(1) และ 7(3) ของตราสารก่อตั้งศาล ICTY สำหรับความผิดฐาน ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญา

<sup>66</sup> <http://www.un.org/icty/cases-01/index-e.htm>

กรรมต่อมนุษยชาติ ละเมิดอย่างร้ายแรงอนุสัญญาเจนีวาและละเมิดกฎหมายและจารีตประเพณีสงครามที่กระทำโดยกองกำลังชาวเชิร์บ

**คำตัดสิน** Radoslav BRDANIN ถูกพิพากษาลงโทษจำคุก 32 ปี แต่ไม่มีความรับผิดชอบหลักตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา

ศาลคดีนี้ได้วางหลักเกี่ยวกับเจตนาพิเศษของความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ดังนี้

"องค์ประกอบภายในของความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ตาม มาตรา 7(3) คือผู้บังคับบัญชา "ได้รู้หรือได้มีเหตุผลที่ทำให้รู้" ว่าผู้ใต้บังคับบัญชาของตน

- 1) กำลังจะกระทำหรือได้กระทำความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์
- 2) ผู้ใต้บังคับบัญชาได้มีเจตนาพิเศษตามเงื่อนไขความผิด"<sup>67</sup>

จากแนวคำพิพากษาที่ศาลในคดีนี้ได้แสดงให้เห็นว่าทำให้เกิดความชัดเจนว่าหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชานั้นบังคับใช้กรณีกับผู้ใต้บังคับบัญชากระทำความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ด้วย โดยองค์ประกอบภายในนั้นคือผู้บังคับบัญชา

-ได้รู้หรือผู้ใต้บังคับบัญชาได้กระทำหรือกำลังจะกระทำการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

-มีเหตุผลที่ทำให้รู้หรือผู้ใต้บังคับบัญชาได้กระทำหรือกำลังจะกระทำการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ทั้งนี้ผู้บังคับบัญชาไม่จำเป็นต้องมีเจตนาพิเศษแต่ต้องรู้ว่าบุคคลที่มีเจตนาพิเศษคือผู้ใต้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชาที่กระทำความผิดนั้นรู้ว่าการกระทำของตนเป็นส่วนหนึ่งของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

เนื่องจากการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมที่ได้รับการยอมรับในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งตามมาตรา 4 ของตราสารก่อตั้งกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาล และหลักความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาได้รับการยอมรับในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและนั่นคือเหตุผลที่ทำให้ศาลมีอำนาจในการพิจารณาคดีกรณีความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่กระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชา<sup>68</sup> สำหรับการพิจารณาคดีในศาลอาญาระหว่างประเทศอิตาลีโกสลาเวียนี้การบังคับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับอาชญากรรมฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ไม่ได้ถูกโต้แย้งมากนัก<sup>69</sup> แต่ปัญหาที่สำคัญคือประเด็นที่

<sup>67</sup> Trial Chamber, Prosecutor v. Brdanin, Judgment., para. 721. [...]the mens rea required for superiors to be held responsible for genocide pursuant to Article 7(3) is that the superiors knew or had reason to know that their subordinates (1) were about to commit or had committed genocide and (2) that the subordinates possessed the requisite specific intent."

<sup>68</sup> Trial Chamber, Prosecutor v. Brdanin, Judgment., para. 713.

<sup>69</sup> Ibid., para. 716.



กล่าวแล้วคือเรื่องเจตนาพิเศษเนื่องจากแม้ศาลเองก็ยังได้มีความเห็นที่แตกต่างกันตัวอย่างคือใน คำตัดสินคำร้องในคดี Milomir Stakić<sup>70</sup> (Stakić Rule 98bis Decision) ศาลมีความเห็นว่าเจตนา พิเศษเป็นเงื่อนไขสำหรับความรับผิดของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 7(3)<sup>71</sup> ขณะที่ศาลอาญา ระหว่างประเทศวันดา (ICTR) ในคดี *Cyangugu case* เห็นว่าผู้บังคับบัญชาไม่จำเป็นต้องมีเจตนา พิเศษสำหรับความรับผิดต่อการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ภายใต้หลักความรับผิดทางอาญาของผู้บังคับ บัญชา<sup>72</sup> ข้อสังเกตคือตัวบทของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 6(3) ของตราสาร ก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศวันดาเหมือนกันกับหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาตาม มาตรา 7(3) ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอิตาลี

ศาลโดยคณะพิจารณาชั้นต้นในคดี *Prosecutor v Brdanin* มีความเห็นว่าจากการแปล ความตราสารก่อตั้ง ศาลไม่เห็นเหตุผลสำคัญใดที่จะสนับสนุนว่าการปรับใช้หลักความรับผิดของ ผู้บังคับบัญชาสำหรับความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์จะต้องแตกต่างไปจากการปรับใช้กับความผิด ฐานอื่น อีกทั้งคณะพิจารณาอุทธรณ์ได้สรุปว่าในการพิสูจน์ความรับผิดของผู้บังคับบัญชา อัยการต้องแสดงได้ว่าผู้บังคับบัญชา “ได้รู้หรือมีเหตุผลที่ทำให้รู้ถึงการกระทำผิดของผู้ได้ บังคับบัญชา” ในกรณีสำหรับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ย่อมมีความหมายว่าผู้บังคับบัญชาต้องได้รู้หรือ ได้มีเหตุผลที่ทำให้รู้ถึง “เจตนาพิเศษของผู้ได้บังคับบัญชาของตน” นั่นคือมีความจำเป็นที่ต้องแยก

<sup>70</sup> The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Trial Chamber, *Prosecutor v. Milomir Stakić*, Judgement, Case No. IT-97-24-T 31 July 2003.

<sup>71</sup> *Stakić* Rule 98bis Decision, para. 92 (emphasis added). “It follows from Article 4 and the unique nature of genocide that the *dolus specialis* is required for responsibility under Article 7(3) as well. The Trial Chamber notes the legal problems and the difficulty in proving genocide by way of an omission on the part of civilian leaders. cited in Trial Chamber, *Prosecutor v. Brdanin*, Judgement, para. 717.

<sup>72</sup> In the *Cyangugu case*, the majority of the ICTR Trial Chamber found that for one factual incident Samuel Imanishimwe was criminally responsible for genocide solely on the basis of Article 6(3) of the ICTR Statute because he failed to prevent the killing of members of the Tutsi ethnic group by soldiers under his authority and effective control: “[t]he Chamber has found that, on 12 April 1994, soldiers participated in the attack on the refugees at the Gashabwoba football field. The Chamber lacks sufficient reliable evidence to find that Imanishimwe ordered his soldiers to participate in the attack within the meaning of Article 6(1). The Chamber however finds that Imanishimwe knew or should have known about the participation of his soldiers in the attack at the Gashabwoba football field [...] The Chamber notes that there is no evidence that Imanishimwe took any steps to prevent the attack or to punish any soldier at Karambo camp for participating in the massacre. Thus, the Chamber finds that Imanishimwe can be held criminally responsible under Article 6(3) for the actions of his subordinates at the Gashabwoba football field” *Prosecutor v. Andre Ntagerwa, Emmanuel Bagambiki, Samuel Imanishimwe*, Case No. ICTR-99-46-T, Judgement and Sentence, 25 February 2004 (“*Cyangugu Trial Judgement*”), paras 653-654. “The Chamber also finds that the soldiers at the Gashabwoba football field possessed the requisite genocidal intent during the killings on 12 April 1994, that is, to destroy, in whole or in part, members of the Tutsi ethnic group” *ibid.*, para. 690. See also *ibid.*, paras 694-695, 821. In contrast, it is difficult to draw any conclusions from the remaining ICTR verdicts since no other accused before it has been convicted for genocide pursuant to Article 6(3) of the ICTR Statute in the absence of a finding that he was also responsible for the same acts under Article 6(1) and thus that he had the specific intent for genocide. Thus, Kambanda, Serushago, Kayishema, Musema, Kajelijeli and Barayagwiza were all convicted also for genocide pursuant to Article 6(1). Article 6(1) of the ICTR Statute is the provision analogous to Article 7(1).

แยแ่ความแตกต่างระหว่างองค์ประกอบภายใน (Mens rea) ที่เป็นองค์ประกอบของความผิดที่กระทำลงโดยผู้ได้บังคับบัญชาและองค์ประกอบภายในสำหรับความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา เพราะเป็นอันตรายหากนำองค์ประกอบภายในทั้งสองมาผสมรวมกัน<sup>73</sup> ถ้าหากองค์ประกอบที่กำหนดโดยมาตรา 7(3) ได้รับการพิสูจน์ก็ไม่มีเหตุผลที่ผู้บังคับบัญชาจะต้องถูกลงโทษตาม มาตรา 7(3) สำหรับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์หากผู้บังคับบัญชามีความเกี่ยวข้องโดยจงใจละเว้นไม่ทำหน้าที่ของตนในการใช้อำนาจควบคุมอาชญากรรม

ประเด็นปัญหานี้ผู้เขียนได้มองปัญหาและวิเคราะห์โดยพิจารณาจากองค์ประกอบและคุณลักษณะของความรับผิดชอบ โดยมีมุมมองว่าจะชี้ขาดในประเด็นเรื่องเจตนาพิเศษสำหรับผู้บังคับบัญชากรณีความรับผิดชอบต่อการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ของผู้บังคับบัญชาได้อย่างเป็นที่เข้าใจได้ง่าย โดยพิจารณาคูณลักษณะของความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา เพราะหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาเป็นความรับผิดชอบที่อยู่บนพื้นฐานของภาระความรับผิดชอบที่เกิดจากตำแหน่งหน้าที่เท่านั้น และการไม่ใช้อำนาจในการควบคุมผู้ได้บังคับบัญชาอย่างเหมาะสมตามสถานการณ์ เมื่อเกิดการกระทำผิดโดยผู้ได้บังคับบัญชาความรับผิดชอบต่อการกระทำของผู้ได้บังคับ บัญชาจึงจะเกิดขึ้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นรูปแบบความรับผิดชอบที่เกิดจากการกระทำของบุคคลอื่นแต่ความรับผิดชอบเกิดเชื่อมโยงมาถึงผู้บังคับบัญชาก็เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ได้บังคับบัญชาที่กระทำความผิดหาใช่เป็นกรณีที่ผู้บังคับบัญชาได้มีเจตนาร่วมกันกับผู้ได้บังคับบัญชาในการกระทำความผิดไม่ เพราะหากผู้บังคับบัญชามีเจตนาร่วมโดยมุ่งหมายเพื่อให้เกิดการกระทำ ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์โดยเมื่อรู้ว่าการกระทำของผู้ได้บังคับบัญชากำลังจะเกิดขึ้นและผู้ บังคับบัญชาละเว้นการปฏิบัติหน้าที่เพื่อป้องกัน กรณีนี้รวมเจตนาพิเศษเข้าด้วยจะทำให้ความรับผิดเป็นลักษณะของผู้สนับสนุนการกระทำความผิดซึ่งเป็นความรับผิดชอบปัจเจกบุคคลในอีก ลักษณะหนึ่งซึ่งต่างจากหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา

จุดที่แตกต่างระหว่างสองลักษณะของความรับผิดชอบที่กล่าวได้กล่าวนี้ก็คือเจตนาของผู้บังคับบัญชาในส่วนของความมุ่งหมายของการละเว้นการกระทำนั้นเองนั่นคือหากมุ่งหมายถึงผลในการเกิดขึ้นของการกระทำความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์และผู้บังคับบัญชาได้ละเว้นการปฏิบัติหน้าที่เพื่อควบคุมการกระทำของผู้ได้บังคับบัญชา ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชานั้นย่อมเป็นความรับผิดชอบที่เกิดจากการเข้าไปมีส่วนร่วมกับการกระทำ (Participate) แต่กรณีที่ผู้บังคับบัญชาไม่ได้มุ่งหมายผลการกระทำแต่ได้ละเว้นการปฏิบัติเพื่อป้องกันการกระทำในกรณีกฎหมายกำหนดหน้าที่ไว้ ผู้บังคับบัญชาย่อมมีความรับผิดทางอาญาตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา

73

Rule 98bis Appeal Decision (Decision of: 19 March 2004, Brdanin case.), para. 7, 10. cited in Trial Chamber, Prosecutor v.

Brdanin, Judgement., para. 720.

สิ่งที่ยืนยันถึงความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาว่าไม่จำเป็นต้องมีเจตนาพิเศษสำหรับการกระทำ ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ก็คือรูปแบบความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในรูปแบบที่สอง นั่นคือ การละเว้นการลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาที่กระทำผิด รูปแบบของความรับผิดชอบนี้เกิดขึ้นภาย หลังจากการที่ผู้ใต้บังคับบัญชาได้กระทำผิดลงไปแล้วและผู้บังคับบัญชาไม่ได้นำผู้กระทำ ความผิดมาลงโทษ ซึ่งโดยลักษณะการเกิดขึ้นของความรับผิด ลำดับการเกิดความผิดและความ รับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา จะเห็นได้ว่าย่อมไม่อาจมีเจตนาพิเศษในส่วนของผู้บังคับบัญชาได้โดย แน่แท้ ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับผลและแนวทางการวินิจฉัยของคณะพิจารณาชั้นต้นในคดีนี้ (Prosecutor v Brdanin) ต่อไปจะได้กล่าวถึงประเด็นที่เกี่ยวกับข้อต่อสู้เรื่องการเสื่อมความ สามารถในการควบคุมการกระทำเพราะเหตุจิตบกพร่องซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับองค์ประกอบภายใน ของความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา

#### 4.5 การเสื่อมความสามารถในการควบคุมไม่ให้กระทำผิดแม้จิตใจสามารถรู้ผิดชอบ ได้ (Diminished Responsibility)

ความบกพร่องทางจิตทำให้ขาดความสามารถในการควบคุมแม้จะยังรู้ผิดชอบ (Diminished Responsibility) ปรากฏในกฎเกณฑ์เรื่องกระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐานของ ศาลอาญาระหว่างประเทศอิตาลีโกสลาเวียในข้อ 67(A)(ii) ซึ่งได้บัญญัติไว้ดังนี้

Rule 67 Reciprocal Disclosure<sup>74</sup>

(A) “ในโอกาสแรกที่สามารถทำได้และในกรณีใด ๆ ก่อนการเริ่มการพิจารณา...

(i)....

(ii) ผู้ถูกกล่าวหาอาจแจ้งแก่อัยการถึงเจตนาที่จะเสนอ

(a) ข้อต่อสู้เรื่องสถานที่อยู่ของผู้ถูกกล่าวหา...

<sup>74</sup>

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Rule of Procedure and Evidence, Rule 67, Reciprocal

Disclosure

“(A) As early as reasonably practicable and in any event prior to the commencement of the trial:

[...] the defence shall notify the Prosecutor of its intent to offer:

(a) the defence of alibi; [...];

(b) any special defence, including that of diminished or lack of mental responsibility; in which case the notification shall specify the names and addresses of witnesses and any other evidence upon which the accused intends to rely to establish the special defence.”

(b) ข้อต่อสู้พิเศษใด ๆ รวมถึง ความบกพร่อง หรือ การขาดความรู้ผิดชอบของจิต...ซึ่งผู้ถูกกล่าวหาเจตนาอ้างขึ้นเพื่อเป็นข้อต่อสู้พิเศษ ...

กฎเกณฑ์ข้อต่อสู้เรื่อง Diminished Responsibility นี้ได้ถูกยกขึ้นอ้างในการดำเนินคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศอิตาลีโกสลาเวียเช่นในคดี Celebici ซึ่งผู้ถูกกล่าวหาคนหนึ่งได้ยกเรื่องนี้ขึ้นต่อสู้เพื่อให้พ้นความรับผิดโดยอ้างว่าข้อต่อสู้พิเศษเรื่อง Diminished Responsibility ซึ่งตามความมุ่งหมายของผู้ร่างตราสารก่อตั้งศาลและกฎเกณฑ์เรื่องกระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐานหมายความว่าหากบุคคลได้กระทำความผิดขึ้นบุคคลนั้นจะไม่ต้องถูกลงโทษถ้าหากเขาได้รับผลกระทบจากความผิดปกติของจิตใจทำให้ทำลายความรู้ผิดชอบของการกระทำและการละเว้นการกระทำอย่างมาก แม้ผู้ต้องหาที่อ้างข้อต่อสู้นี้จะไม่ถูกฟ้องให้รับผิดตามหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาแต่ข้อแย้งได้อ้างว่า Diminished Responsibility เป็นข้อต่อสู้ที่ยกเว้นความรับผิดของบุคคลที่การละเว้นกระทำด้วย นั่นคือผลการวินิจฉัยของศาลในประเด็นนี้มีผลต่อหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาด้วยนั่นเอง รายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องนี้ปรากฏในคำพิพากษาของศาล ICTY คดี Celebici

#### ศาลอาญาระหว่างประเทศอิตาลีโกสลาเวีย

คณะพิจารณาอุทธรณ์ คดีเลขที่ IT-96-21 : วันที่ 20 February 2001

คำพิพากษาคดี: Prosecutor v. Zejnil DELALIC et al. (Celebici Case)

ศาลได้วางหลักว่า

"ความบกพร่องทางจิตของผู้ถูกกล่าวหาที่มีความเกี่ยวข้องกับโทษที่จะลงและไม่ใช้ข้อต่อสู้ที่จะนำไปสู่การยกฟ้องโดยนัยความหมายของข้อต่อสู้ หลักการนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่เหมาะสมในกฎหมายระหว่างประเทศที่จะนำมาปรับใช้ในศาลอาญาระหว่างประเทศอิตาลีโกสลาเวียนี้ ฉะนั้นกฎเกณฑ์ข้อ 67(A)(ii)(b) ต้องถูกแปลความโดยเห็นว่าความบกพร่องทางจิตนี้เป็นข้อเท็จจริงในการบรรเทาโทษซึ่งผู้ถูกกล่าวหาสามารถพิสูจน์ เมื่อผู้ถูกกล่าวหาอ้างถึงความบกพร่องทางจิตในการบรรเทาโทษตนก็จะต้องพิสูจน์"<sup>75</sup>

จากแนวคำพิพากษาที่ศาลในคดีนี้ได้แสดงให้เห็นถึงความชัดเจนว่าความบกพร่องทางจิตของผู้ถูกกล่าวหาไม่สามารถนำมาใช้เป็นข้ออ้างยกเว้นความรับผิดตามหลักความรับผิดของผู้

<sup>75</sup> Appeal Chamber, Celebici case, Judgement, para. 590. [...] the defendant's diminished mental responsibility is relevant to the sentence to be imposed and is not a defence leading to an acquittal in the true sense. This is the appropriate general legal principle representing the international law to be applied in the Tribunal. Rule 67(A)(ii)(b) must therefore be interpreted as referring to diminished mental responsibility where it is to be raised by the defendant as a matter in mitigation of sentence. As a defendant bears the onus of establishing matters in mitigation of sentence, where he relies upon diminished mental responsibility in mitigation, he must establish that condition on the balance of probabilities[...] see p.50 for more details.

บังคับบัญชาได้แต่ถือเป็นหลักกฎหมายที่สามารถนำมาใช้อ้างเพื่อบรรเทาความรับผิดชอบทางอาญาได้ในกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งศาล ICTY เห็นว่าสามารถนำมาปรับใช้ได้ในการดำเนินคดี

เนื่องจากในคดี Celebici นี้ผู้ถูกกล่าวหาได้อ้างว่าข้อต่อสู้ประเด็น Diminished Responsibility นี้เป็นข้อต่อสู้ที่สมบูรณ์สำหรับการฟ้องข้อหาใด ๆ ซึ่งข้ออ้างนี้คณะพิจารณาชั้นต้นได้ให้การยอมรับ<sup>76</sup> แต่คณะพิจารณาอุทธรณ์มีความเห็นที่แตกต่างออกไปเพราะมีมุมมองว่า กฎข้อ 67(A)(ii) ได้ใช้ถ้อยคำที่ความหมายผิดพลาดในการอธิบายการอ้างสถานที่อยู่ (Alibi) ว่าเป็นข้อต่อสู้เพราะถ้าผู้ถูกกล่าวหา ยกเรื่องการอ้างสถานที่อยู่ นั่นคือการที่เขาเพียงแค่ปฏิเสธเรื่องที่ว่าตนอยู่ในตำแหน่งที่กระทำอาชญากรรมตามฟ้องซึ่งไม่ใช่ข้อต่อสู้ในตามความหมายที่แท้จริง ผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้ทำอะไรที่มากไปกว่าการวางเงื่อนไขให้อัยการหักล้างความเป็นไปได้ที่ว่า การอ้างสถานที่อยู่ นั้นเป็นความจริง ในอีกด้านหนึ่งถ้าผู้ถูกกล่าวหาได้ยกประเด็นการขาดความสามารถของจิต นั่นคือเขาคัดค้านสมมติฐานเรื่องความรู้ผิดชอบโดยอ้างถึงการไม่รู้ผิดชอบ ประเด็นนี้ถือเป็นข้อต่อสู้ตามความหมายที่ถูกต้องซึ่งผู้ถูกกล่าวหาไม่มีการกระทำการพิสูจน์ซึ่งหากข้อต่อสู้นี้ฟังขึ้นจะนำไปสู่การยกฟ้องถือเป็นข้อต่อสู้ที่สมบูรณ์ และเนื่องจากไม่ปรากฏการอ้างถึงข้อต่อสู้เรื่องการบกพร่องทางจิต (Diminished Responsibility) ในตราสารก่อตั้งศาล การจำกัดความของความบกพร่องทางจิตนี้ก็คือข้อต่อสู้พิเศษ (Special defence) ตามที่ปรากฏในกฎข้อ 67(A)(ii) ไม่เพียงพอในการทราบถึงรายละเอียดของข้อต่อสู้นี้

เนื่องจากตามมาตรา 15 ของตราสารก่อตั้งศาลได้ให้อำนาจศาลในการใช้กฎเกณฑ์เรื่องกระบวนการพิจารณาและพยานสำหรับการปฏิบัติช่วงก่อนการพิจารณา ช่วงการพิจารณาชั้นต้น และการพิจารณาอุทธรณ์ การยอมรับพยานหลักฐาน การปกป้องเหยื่อและพยานและเรื่องที่เหมาะสมอื่น ซึ่งคณะพิจารณาอุทธรณ์เห็นว่าอำนาจเหล่านี้ไม่ได้กำหนดให้ศาลยอมรับกฎเกณฑ์ซึ่งก่อให้เกิดข้อต่อสู้ใหม่เว้นแต่กฎเกณฑ์เรื่องกระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐานสำหรับการปฏิบัติภายในเขตอำนาจศาล นั่นคือศาลไม่มีอำนาจในการยอมรับกฎเกณฑ์ซึ่งก่อให้เกิดข้อต่อสู้ใหม่ ถ้าหากมีข้อต่อสู้พิเศษเรื่องความบกพร่องทางจิตในกฎหมายระหว่างประเทศก็จะต้องปรากฏในที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ในกรณีความบกพร่องทางจิตนี้ไม่ปรากฏถึงการอ้างถึงข้อต่อ

<sup>76</sup>

Trial Judgement, para 1154. 'It is obvious from the above provisions that only Section 2(2) is directly related to the special defence which is provided for in sub-Rule 67(A)(ii)(b) of the Rules. The requirement of sub-Rule 67(A)(ii)(b) is terse and merely refers to a defence of diminished or lack of mental responsibility. It does not refer to "abnormality of mind" and the conditions giving rise to it, as prescribed in Section 2(1) of the provision of the Homicide Act reproduced above. Sub-Rule 67(A)(ii)(b) is not referable, directly or by implication, to the concept used in the Homicide Act. Sub-Rule 67(A)(ii)(b) would indeed appear to suggest a complete defence since the words are without qualification or limitation' cited in Appeal Chamber, Celebici case, Judgement, para. 582.

ผู้ดังกล่าวในกฎหมายจารีตประเพณีหรือกฎหมายสนธิสัญญาและหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับโดยนานาชาติ

คดีนี้ผู้ถูกกล่าวหาได้อุทธรณ์โดยอ้างว่าข้อต่อสู้พิเศษเรื่อง Diminished Responsibility มีพื้นฐานมาจากรูปแบบของอังกฤษโดยมีการปรับปรุงซึ่งควรสามารถนำมาปรับให้ได้ในกฎหมายระหว่างประเทศเพราะข้อต่อสู้นี้ได้รับการยอมรับทั่วไป ทำให้ข้อต่อสู้ได้อย่างสมมูลและเป็นธรรม นอกจากนี้ข้อต่อสู้ดังกล่าวได้รับการยอมรับในกฎหมายภายในของหลายประเทศและโดยตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศปี 1998 แต่จากการตรวจสอบกฎหมายภายในที่อ้างโดยผู้ถูกกล่าวหาและตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศศาลเห็นว่าไม่สนับสนุนข้ออ้างดังกล่าว<sup>77</sup>

ศาลได้พิจารณาถึงกฎหมายอังกฤษคือพระราชบัญญัติการฆ่ามนุษย์ปี 1957 (Homicide Act 1957) มาตรา 2(1) ที่กำหนดว่าบุคคลซึ่งฆ่าหรือมีส่วนร่วมในการฆ่าบุคคลอื่นไม่อาจถูกลงโทษฐานฆาตกรรมถ้าตนสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนเจ็บป่วยจากความผิดปกติของจิตใจโดยได้ทำลายอย่างมากซึ่งความรู้ผิดชอบของจิตตนเองสำหรับการกระทำหรือการกระทำโดยละเว้นหรือการมีส่วนร่วมในการฆ่านั้น และมาตรา 2(3) ยังได้กำหนดให้บุคคลนั้นต้องถูกลงโทษฐานฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา นั่นคือข้อต่อสู้เรื่องความบกพร่องทางจิตนี้เป็นเพียงข้อต่อสู้เพื่อลดความรับผิดบางส่วน (Partial defence) แต่ไม่ใช่ข้อต่อสู้ที่สมบูรณ์ในการต่อสู้คดีฐานฆาตกรรม<sup>78</sup> ข้อต่อสู้เพื่อบรรเทาความรับผิดเรื่องความบกพร่องทางจิตนี้มีจุดกำเนิดจากประเทศสกอตแลนด์ในศตวรรษที่ 19 และได้มีการพัฒนาโดยศาลเป็นวิธีการที่จะหลีกเลี่ยงการลงโทษในฐานฆาตกรรมสำหรับผู้ที่มีความรับผิดสำหรับการฆาตกรรมแต่มีความบกพร่องทางสภาพจิตใจแต่ไม่ถึงกับไม่รู้ผิดชอบ<sup>80</sup> ซึ่งต่อมาในปี 1957 อังกฤษได้ตรากฎหมายนี้และเป็นรูปแบบให้ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ในการตรากฎหมายซึ่งมีลักษณะเหมือนกันเป็นส่วนใหญ่เช่นประเทศออสเตรเลีย ฮังการี สิงคโปร์ บาร์บาโดส บาฮามาส<sup>81</sup> ซึ่งประเทศเหล่านั้นส่วนใหญ่ได้บัญญัติให้ลดความรับผิดจาก

<sup>77</sup> Appeal Chamber, *Celebici case*, Judgement, para. 583.

<sup>78</sup> *Ibid.*, para. 584.

<sup>79</sup> *Ibid.*, para. 585.

<sup>80</sup> *HM Advocate v Dingwall* (1867) 5 Irvine 466, as discussed in: N Walker, *Crime and Insanity in England* (Edinburgh University Press, Edinburgh, 1968) Vol 1, chapter 8. See also Glenville Williams, *Textbook of Criminal Law* (2nd edition, Steven & Sons, London, 1983) at 685; Smith & Hogan, *Criminal Law* (9<sup>th</sup> edition, Butterworths, London, 1999) at 211; NSW Law Reform Commission, *Partial Defences to Murder: Diminished Responsibility*, LRC 82 (1997) ("LRC 82"), para 3.2. cited in Appeal Chamber, *Celebici case*, Judgement, para. 586.

<sup>81</sup> In Australia: *Crimes Act 1900* (New South Wales), s 23A; *Criminal Code 1899* (Queensland), s 304A; *Crimes Act 1900* (Australian Capital Territory), s 14; *Criminal Code 1983* (Northern Territory), s 37. Hong Kong: *Homicide Ordinance*, Cap 339, Section 3. Singapore: *Penal Code* Cap 224, section 300, Exception 7. Barbados: *Offences Against the Person Act 1868*, section 3A. The Bahamas: *Homicide Act 1957*, section 2(1). cited in Appeal Chamber, *Celebici case*, Judgement, para. 586.

ฆาตกรรมเป็นฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา ซึ่งผู้พิพากษาที่ตัดสินลงโทษได้รับอนุญาตให้ลงโทษเป็นอย่างอื่นนอกจากโทษสำหรับความผิดฐานฆาตกรรมซึ่งมักเป็นโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต ดังนั้นข้อต่อสู้เรื่องความบกพร่องทางจิตนี้จึงเป็นข้อต่อสู้ที่มีผลในทางบรรเทาโทษด้วยเหตุผลทางสภาพจิตของผู้ถูกกล่าวหา<sup>82</sup>

เนื่องจากผู้อุทธรณ์ได้อ้างว่าตามตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศปรากฏข้อต่อสู้เรื่องความบกพร่องทางจิตด้วย ศาลจึงได้วินิจฉัยในประเด็นนี้ด้วยโดยอ้างถึงบทบัญญัติมาตรา 31(1)(a) ที่กำหนดว่า ผู้ถูกกล่าวหาไม่ต้องรับผิดทางอาญาถ้าในขณะกระทำความผิดนั้นตนเจ็บป่วยจากโรคทางจิตหรือความบกพร่องที่ทำให้ลายความสามารถของบุคคลนั้นในการรู้ผิดชอบในความผิดกฎหมายหรือลักษณะการกระทำของตนหรือความสามารถในการควบคุมการกระทำของตนในการปฏิบัติตามเงื่อนไขของกฎหมาย<sup>83</sup> ศาลเห็นว่าข้อกฎหมายตามมาตรานี้ไม่เหมือนกับกรณีข้อต่อสู้เรื่องความบกพร่องของจิตเพราะเป็นกรณีที่เกิดการทำลายความสามารถของผู้ถูกกล่าวหาและนำไปสู่การยกฟ้องซึ่งเหมือนกันกับข้อต่อสู้เรื่องการไม่รู้ผิดชอบ (Defence of insanity) ซึ่งนอกจากนี้แล้วก็ไม่ปรากฏบทบัญญัติที่ชัดเจนในตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับผลของการบกพร่องในความสามารถทางจิตนั้น<sup>84</sup>

นอกจากนี้ศาลยังได้ตรวจสอบถึงกฎหมายในหลาย ๆ ประเทศเช่นของประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน อิตาลี รัสเซีย ตุรกี ญี่ปุ่น แอฟริกาใต้ และยูโกสลาเวีย<sup>85</sup> ซึ่งปรากฏข้อต่อสู้เกี่ยวกับความไม่รู้ผิดชอบของผู้ถูกกล่าวหาแต่ตามกฎหมายเหล่านั้นความบกพร่องทางจิตของผู้ถูกกล่าวหาไม่ถือเป็นข้อต่อสู้ที่สมบูรณ์หรือข้อต่อสู้บรรเทาความรับผิดชอบแต่มีความเกี่ยวข้องในการบรรเทาการลงโทษเท่านั้น

จากข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ศาลได้ทำการวิเคราะห์ทำให้สรุปได้ว่า ข้อต่อสู้เพื่อบรรเทาความรับผิดชอบบางส่วนสำหรับความผิดฐานฆาตกรรมโดยกฎหมายอังกฤษ

<sup>82</sup> Appeal Chamber, Celebici case, Judgement, para. 586.

<sup>83</sup> ICC Statute, Article 31(1)(a).

<sup>84</sup> Appeal Chamber, Celebici case, Judgement, para. 587.

<sup>85</sup> In France: *Penal Code* (1992), Article 122-1. In Germany: *Penal Code*, Sections 20-21. In Italy: *Penal Code* (1930), Articles 88-89. In the Russian Federation: *Criminal Code* (1996) (translated by W Butler, *Criminal Code of the Russian Federation*, Simmonds and Hill Publishing, London, 1997), Articles 21-22. In Turkey: *Penal Code* (International Encyclopaedia of Law, ed Prof Blancpain, Kluwer, vol 3), Articles 46-47. In Japan: *Penal Code* (1907), Article 39(2). In South Africa: *Criminal Procedure Act*, 1977, Section 78(7). In Yugoslavia: *Criminal Code* (1976) of the SFRY, Article 12. See also Articles 40 and 42 of the Croatian *Penal Code* (1997), cited in Appeal Chamber, Celebici case, Judgement, para. 588.

(Homicide Act 1957) นั้นไม่สามารถนำมาใช้บังคับกับกระบวนการพิจารณาในศาลICTY นี้ได้ เพราะไม่มีความผิดสถานเบาที่เหมาะสมตามตราสารก่อตั้งศาลนี้ซึ่งมีโทษต่ำกว่าที่จะนำมาลงโทษแทนความผิดที่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาล ICTY

จากเหตุผลและวิธีการตัดสินประเด็นปัญหาเกี่ยว Diminished Responsibility ของศาล ICTY พบว่าประกอบด้วยสองขั้นตอนคือ

- 1) ค้นหาลักษณะและความหมายของ Diminished Responsibility จากวิวัฒนาการของ หลักกฎหมายและการปฏิบัติของรัฐโดยดูจากบทบัญญัติของกฎหมายภายใน
- 2) ศาลได้ใช้วิธีเทียบเคียงการปรับใช้หลักกฎหมายของศาลอังกฤษและของระบบซีวิลลอว์

แม้จะปรากฏว่าในกฎเกณฑ์เรื่องกระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐานของศาลอาญาระหว่างประเทศอิตาลีโกสลาเวียในข้อ 67(A)(ii) จะกำหนดให้ Diminished Responsibility เป็นข้อต่อสู้พิเศษแต่เมื่อศาลตรวจสอบลักษณะของหลักกฎหมายปรากฏว่า Diminished Responsibility มิใช่เป็นข้อต่อสู้สำหรับยกเว้นความรับผิดชอบที่ผู้อุทธรณ์ได้กล่าวอ้างแต่ศาลยังคงมองว่า Diminished Responsibility เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่เหมาะสมสามารถนำมาใช้ในกฎหมายระหว่างประเทศได้จึงได้รับการยอมรับเข้ามาใช้ในกระบวนการพิจารณาแต่ยังมีปัญหาในการปรับใช้เพราะในกฎหมายอังกฤษเมื่อปรากฏว่าจำเลยได้พิสูจน์ถึงความบกพร่องทางจิตจำเลยจะต้องรับผิดชอบฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา (manslaughter) แทนที่จะต้องรับผิดชอบฆาตกรรม (murder) ทำให้มีปัญหาหากศาล ICTY จะใช้วิธีการเดียวกันในการปรับใช้เพราะความผิดที่ศาล ICTY มีอำนาจพิจารณามีเพียงความผิดที่ร้ายแรงทั้งสิ้นจึงไม่อาจพิพากษาให้ผู้ถูกกล่าวหาในศาลรับผิดชอบในความผิดฐานอื่นที่มีโทษสถานเบากว่าได้ ศาลจึงปรับใช้ข้อต่อสู้เรื่องความบกพร่องทางจิตตามแบบระบบกฎหมายซีวิลลอว์โดยจะนำข้อเท็จจริงเรื่องความบกพร่องทางจิตมาใช้ประกอบการดุลพินิจลงโทษผู้กระทำความผิดโดยมีผลบรรเทาโทษ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นสอดคล้องกับคณะพิจารณาอุทธรณ์ในคดี Celebici ว่าความบกพร่องทางจิต (Diminished Responsibility) เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับในสังคมระหว่างประเทศและเป็นส่วนหนึ่งในกฎหมายระหว่างประเทศที่ผู้ถูกกล่าวหาสามารถใช้อ้างในศาลเพื่อผลในการบรรเทาโทษได้สำหรับความรับทางอาญาที่ผู้กระทำได้กระทำความผิดโดยตรง

อย่างไรก็ดีผู้เขียนเห็นว่าด้วยเหตุที่หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาเป็นหลักความรับผิดชอบทางอาญาที่มีลักษณะต่างจากความรับผิดโดยตรงเพราะเป็นผลมาจากความรับผิดชอบในตำแหน่งหน้าที่ของบุคคลที่เป็นผู้บังคับบัญชาซึ่งมีองค์ประกอบความรับผิดต่างจากฐานความผิดอื่น ๆ ข้อต่อสู้เรื่องความบกพร่องทางจิตจึงน่าจะมีผลกระทบที่ต่างออกไป หากผู้บังคับบัญชาอ้าง



ว่าตนมีความบกพร่องทางจิตจะมีผลกระทบต่อองค์ประกอบความผิดของหลักความรับของผู้ บังคับบัญชาคือ ความเป็นผู้บังคับบัญชาเพราะบุคคลที่จะต้องรับผิดนั้นจะต้องมีความสามารถในการควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาอย่างมีประสิทธิภาพซึ่งถือเป็นอำนาจตามความเป็นจริงที่แสดงถึง ความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาผู้ใต้บังคับบัญชาแต่หากบุคคลมีความบกพร่องทางจิตย่อม เป็นหลักฐานหนึ่งซึ่งหักล้างความสามารถในการควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาซึ่งมีผลทำให้ไม่อาจถือ ได้ว่าบุคคลนั้นเป็นผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจตามความเป็นจริงซึ่งทำให้ไม่ต้องรับผิดทางอาญาภาย ใต้หลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชา ดังนั้นข้อต่อสู้เรื่องความบกพร่องทางจิตหากได้ถูกอ้างโดย บุคคลที่ถูกฟ้องให้รับผิดตามมาตรา 7(3) ของตราสารก่อตั้งศาล ICTY ข้อต่อสู้นี้ย่อมจะมีสถานะที่ พิเศษซึ่งไม่ใช่เพียงข้อต่อสู้เพื่อบรรเทาความรับผิด (Partial defence) แต่จะเป็นข้อต่อสู้ที่ยกเว้น ความรับผิด (Absolute defence) สำหรับความรับผิดทางอาญาตามหลักความรับผิดของผู้บังคับ บัญชา

จากที่ได้กล่าวถึงแล้วในส่วนประเด็นที่เกี่ยวข้องกับองค์ประกอบภายในข้างต้น ต่อไปจะ ได้กล่าวถึงประเด็นที่เกี่ยวข้องกับองค์ประกอบสุดท้ายของความรับผิดของผู้บังคับบัญชาคือการละ เว้นการกระทำเพื่อป้องกันหรือลงโทษการกระทำผิด

\* \* \*

#### 4.6 วิธีการที่จำเป็นและเหมาะสมในการป้องกันหรือลงโทษอาชญากรรม (Necessary and Reasonable Measures)

ความรับผิดของผู้บังคับบัญชาที่เกิดขึ้นจากการละเว้นการกระทำหน้าที่ที่ต้องกระทำตาม หลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาที่ปรากฏในมาตรา 7(3) ของตราสารก่อตั้งศาล ICTY โดยด้อย คำที่ใช้ในต้วบทคือ "ละเว้นการใช้มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมเพื่อป้องกันการกระทำ ความผิด หรือลงโทษผู้กระทำความผิด" แต่มาตรการใดคือมาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมที่ผู้บังคับ บัญชาไม่นำมาใช้แล้วจะมีความรับผิดทางอาญาเมื่อผู้ใต้บังคับบัญชาได้กระทำความผิดขึ้นยังเป็น ปัญหาเพราะขอบเขตของความหมายยังไม่มีความชัดเจน ศาล ICTY ได้วินิจฉัยวางหลัก กฎหมายในประเด็นนี้โดยปรากฏในคำพิพากษาหลายคดีโดยที่จะนำมากล่าวถึงได้แก่คดี Celebici คดี Prosecutor v. Tihomir BLASKIC และคดี Prosecutor v. Pavle STRUGAR

##### ศาลอาญาระหว่างประเทศติดยูโกสลาเวีย

คณะพิจารณาชั้นต้น คดีเลขที่ IT-96-21-T : วันที่ 16 November 1998

คำพิพากษาคดี: Prosecutor v. Zejnir DELALIC et al. (Celebici Case)

คณะพิจารณาชั้นต้นวินิจฉัยวางหลักว่า

“หน้าที่ตามกฎหมายที่ตกแก่บุคคลทุกคนที่ครองตำแหน่งที่มีอำนาจบังคับบัญชา กำหนดให้ใช้มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสม เพื่อป้องกันการกระทำความผิดที่ถูกกระทำ โดยผู้ใต้บังคับบัญชา หรือถ้าอาชญากรรมได้ถูกกระทำขึ้นแล้วเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น การประเมินการปฏิบัติของผู้บังคับบัญชาเพื่อกำหนดว่าหน้าที่เหล่านี้ได้ถูกกระทำอย่างเหมาะสมเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องอย่างแยกไม่ออกกับข้อเท็จจริงของแต่ละสถานการณ์ ดังนั้นความพยายามใด ๆ เพื่อสร้างมาตรฐานทั่วไปในทางนามธรรมเป็นสิ่งที่ไม่มีประโยชน์”<sup>86</sup>

“กฎหมายระหว่างประเทศไม่ผูกพันผู้บังคับบัญชาให้กระทำการที่เป็นไปไม่ได้ ผู้บังคับบัญชาอาจต้องรับผิดชอบอาญาสำหรับการละเว้นการใช้มาตรการดังกล่าวที่อยู่ภายในความสามารถเฉพาะและการขาดความสามารถอย่างเป็นทางการตามกฎหมายในการใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อป้องกันหรือยับยั้งอาชญากรรมในคดีไม่จำเป็นต้องทำให้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบอาญาของผู้บังคับบัญชา”<sup>87</sup>

จากแนวคำพิพากษาที่ศาลในคดีนี้ได้วางหลักไว้เกี่ยวกับหน้าที่ในการใช้มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมที่ผู้บังคับบัญชาจะนำมาใช้นั้นต้องเป็นหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้ในสองกรณีคือ

- 1) หน้าที่ในการป้องกันการกระทำความผิดหรือ
- 2) หน้าที่ในการลงโทษผู้กระทำความผิด

และหลักเกณฑ์การพิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้หรือไม่เป็นเรื่องของข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี ๆ ไปโดยไม่มีมาตรฐานในการพิจารณาว่าหน้าที่ได้ถูกปฏิบัติอย่างเหมาะสมเพราะไม่สามารถในกำหนดได้และการกำหนดมาตรฐานการพิจารณาในอุดมคติเป็นสิ่งที่ไม่มี ความหมาย

ทั้งนี้คุณลักษณะของมาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมนั้นศาลได้วางกรอบไว้กว้าง ๆ คือ

- 1) มาตรการที่ผู้บังคับบัญชาต้องนำมาใช้ในการป้องกันการกระทำความผิดหรือลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ในทางปฏิบัติ

<sup>86</sup> Trial Chamber, Celebici case, Judgement, para. 394. The legal duty which rests upon all individuals in positions of superior authority requires them to take all necessary and reasonable measures to prevent the commission of offences by their subordinates or, if such crimes have been committed, to punish the perpetrators thereof. [...] any evaluation of the action taken by a superior to determine whether this duty has been met is so inextricably linked to the facts of each particular situation that any attempt to formulate a general standard in abstracto would not be meaningful. see p.50 for more details.

<sup>87</sup> Ibid., para. 395. [...] international law cannot oblige a superior to perform the impossible. [...] a superior may only be held criminally responsible for failing to take such measures that are within his powers. [...] a superior should be held responsible for failing to take such measures that are within his material possibility. [...] and [...] the lack of formal legal competence to take the necessary measures to prevent or repress the crime in question does not necessarily preclude the criminal responsibility of the superior.’

2) ผู้บังคับบัญชาที่มีความสามารถที่จะนำมาใช้ซึ่งมาตรการเหล่านั้น ทั้งนี้ความสามารถของผู้บังคับบัญชานั้นอาจมีที่มาจาก

- ความสามารถที่เป็นผลจากอำนาจตามกฎหมาย
- ความสามารถที่อยู่นอกเหนือที่กำหนดในกฎหมาย

ศาลมีความเห็นว่าปัญหาเกี่ยวกับเรื่องผู้บังคับบัญชามีได้ใช้มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมทุกมาตรการเพื่อป้องกันการกระทำความผิดหรือลงโทษผู้กระทำความผิดนี้เป็นปัญหาที่มีความเกี่ยวเนื่องกับปัญหาเรื่องตำแหน่งที่มีอำนาจของผู้บังคับบัญชาเพราะศาลได้จำกัดความหมายของคำว่าผู้บังคับบัญชาว่าจะต้องมีความสามารถในการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพไม่ว่าจะเป็นจากอำนาจตามกฎหมาย (de jure) หรืออำนาจตามความเป็นจริง (de facto) ผู้บังคับบัญชาจะต้องรับผิดชอบสำหรับการไม่ใช้มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมดังกล่าวซึ่งอยู่ภายในขอบเขตที่ผู้บังคับบัญชาสามารถกระทำได้ ดังนั้นปัญหาว่าผู้บังคับบัญชาที่มีความสามารถตามกฎหมายอย่างชัดเจนหรือไม่ในการใช้มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมจึงไม่ใช่ประเด็นสำคัญถ้าปรากฏว่าผู้บังคับบัญชาที่มีความสามารถตามอำนาจที่จะกระทำได้ก็เพียงพอ

มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมที่ผู้บังคับบัญชาจะต้องนำมาใช้นั้นไม่จำกัดเฉพาะกรณีที่ผู้บังคับบัญชาจะต้องมีอำนาจตามกฎหมายในการนำมาใช้เท่านั้น ผู้บังคับบัญชามีหน้าที่ในการใช้มาตรการอื่น ๆ ที่อยู่นอกเหนืออำนาจตามกฎหมายเพื่อป้องกันการกระทำความผิดหรือเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดด้วย จะเห็นได้ว่าศาลในคดีนี้ไม่ได้ให้ความสำคัญกับรายละเอียดเกี่ยวกับมาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมว่าเป็นมาตรการใดบ้างแต่มองว่าเป็นมาตรการใด ๆ ที่อาจนำมาใช้ได้ในขณะนั้น หากสามารถกระทำได้ผู้บังคับบัญชาก็จะต้องนำมาใช้ หากปรากฏว่าผู้บังคับบัญชาไม่นำมาใช้ซึ่งมาตรการที่อาจนำมาใช้ได้ไม่ว่าจะมีอำนาจตามกฎหมายหรือไม่ก็จะต้องมีความรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา อย่างไรก็ตามคำพิพากษาในคดีของศาล ICTY ได้วินิจฉัยเพิ่มเติมเกี่ยวกับประเด็นนี้คือคดี Prosecutor v Tihomir BLASKIC

## สถาบันทนายบริการ

ศาลอาญาระหว่างประเทศคดียูโกสลาเวีย

คณะพิจารณาชั้นต้น คดีเลขที่. IT-95-14 : วันที่ 3 March 2000

คำพิพากษาคดี: Prosecutor v Tihomir BLASKIC

คณะพิจารณาชั้นต้นได้วินิจฉัยวางหลักว่า

"พันธกรณีในการป้องกันหรือลงโทษนั้นไม่ได้กำหนดให้ผู้ถูกกล่าวหาทั้งสองทางให้เลือกปฏิบัติตามความพอใจแต่เป็นที่ชัดเจนว่า เมื่อผู้บังคับบัญชาได้รู้หรือมีเหตุผลที่ทำให้รู้ว่าผู้ใต้บังคับบัญชากำลังจะกระทำความผิดอาชญากรรมและละเว้นไม่ป้องกัน ผู้บังคับบัญชา

ไม่สามารถแก้ไขผลจากการละเว้นการป้องกันนั้นด้วยการลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาในภายหลัง'

จากแนวคำพิพากษาของศาลในคดีนี้ทำให้เกิดความชัดเจนว่าหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 7(3) ไม่ได้กำหนดทางเลือกสองทางแก่ผู้บังคับบัญชาแต่ได้กำหนดพันธะหน้าที่ตามกฎหมายที่แตกต่างกันสองประการ คือป้องกันการกระทำความผิดและลงโทษผู้กระทำความผิด ทั้งนี้หน้าที่ของผู้บังคับบัญชาในการป้องกันเกิดขึ้นเมื่อเวลาที่ผู้บังคับบัญชาได้ ู้ข้อเท็จจริงหรือมีเหตุผลที่เหมาะสมที่ทำให้สงสัยว่าอาชญากรรมกำลังถูกกระทำหรือกำลังจะถูกกระทำขึ้น ขณะที่หน้าที่ในการลงโทษผู้กระทำความผิดเกิดขึ้นภายหลังจากความผิดได้ถูกกระทำขึ้นแล้ว ดังนั้นถ้าผู้บังคับบัญชาได้รู้หรือมีเหตุผลที่ทำให้รู้ว่าอาชญากรรมกำลังถูกกระทำหรือกำลังจะถูกกระทำขึ้นผู้บังคับบัญชามีหน้าที่ที่จะป้องกันอาชญากรรมตั้งแต่จุดเริ่มเกิดขึ้นและไม่มีสิทธิที่จะหลุดพ้นจากความรับผิดชอบโดยรอให้เกิดอาชญากรรมขึ้นก่อนและค่อยลงโทษผู้กระทำความผิดในภายหลัง

อย่างไรก็ดีผู้เขียนมีความเห็นขยายความหลักกฎหมายที่วางโดยศาล ICTY ว่าภายใต้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชานั้นการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาจะต้องกระทำทั้งสองหน้าที่คือหน้าที่ในการป้องกันการกระทำความผิดและหน้าที่ในการลงโทษผู้กระทำความผิดสำหรับอาชญากรรมหนึ่ง ๆ ที่กระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชาจึงจะทำให้ผู้บังคับบัญชาหลุดพ้นจากความรับผิดชอบทางอาญาตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าข้อเท็จจริงเกี่ยวกับรูปแบบสถานการณ์การละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาที่เกิดขึ้นได้มีดังนี้

- 1) กรณีผู้บังคับบัญชาไม่ได้ป้องกันการกระทำความผิดและไม่ได้ลงโทษผู้กระทำความผิด
- 2) กรณีผู้บังคับบัญชาไม่ได้ป้องกันการกระทำความผิดแต่ได้ลงโทษผู้กระทำความผิด
- 3) กรณีผู้บังคับบัญชาได้ใช้มาตรการป้องกันการกระทำความผิดแต่ไม่ได้ลงโทษผู้กระทำความผิด
- 4) กรณีผู้บังคับบัญชาได้ใช้มาตรการป้องกันการกระทำความผิดและได้ลงโทษผู้กระทำความผิด

เพราะศาลได้ชี้ว่าเป็นหน้าที่ที่ต้องป้องกันการกระทำความผิดไม่ใช่ปล่อยให้มีการกระทำความผิดแล้วค่อยลงโทษภายหลัง อย่างไรก็ตามความเป็นจริงในสถานการณ์หนึ่งแม้ผู้บังคับ

88

Trial Chamber, Prosecutor v. Blaskic, Judgement., para. 336. [...] the obligation to "prevent or punish" does not provide the accused with two alternative and equally satisfying options. Obviously, where the accused knew or had reason to know that subordinates were about to commit crimes and failed to prevent them, he cannot make up for the failure to act by punishing the subordinates afterwards.' see p.58 for more details.

บัญญัติจะได้ใช้มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมทุกอย่างเพื่อป้องกันการกระทำความผิดแล้วแต่ อาชญากรรมก็อาจถูกกระทำขึ้นโดยผู้ได้บังคับบัญชาได้ซึ่งทำให้ผู้เขียนมีความเห็นว่าผู้บังคับ บัญชายังไม่หลุดพ้นจากความรับผิดเพราะผู้บังคับบัญชามีหน้าที่อีกประการคือลงโทษผู้กระทำ ความผิดสำหรับอาชญากรรมนั้นด้วย นั่นคือความรับผิดของผู้บังคับบัญชามีฐานความผิดของ ลักษณะที่แยกอิสระต่างหากออกจากกัน ดังนั้นสำหรับอาชญากรรมแม้ถูกกระทำขึ้นเพียงครั้ง เดียวแต่ผู้บังคับบัญชาน่าจะต้องรับผิดสำหรับอาชญากรรมนั้นสองครั้งโดยไม่ถือเป็นการลงโทษซ้ำ เพราะอาชญากรรมที่ถูกกระทำผู้ได้บังคับบัญชาไม่ใช่มูลของความรับผิดแต่เป็นการละเว้นการ ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะผู้บังคับบัญชาสองประการในช่วงเวลาที่ต่างกันคือ

1) การป้องกันหรือยับยั้งการกระทำความผิดขณะอาชญากรรมกำลังจะถูกกระทำหรือ กำลังถูกกระทำ

2) การลงโทษผู้บังคับบัญชาภายหลังจากอาชญากรรมได้ถูกกระทำขึ้นแล้ว

จะเห็นได้ว่าตามสถานการณ์แรกที่ผู้เขียนได้ยกตัวอย่างคือกรณีผู้บังคับบัญชาไม่ได้ป้อง กันการกระทำความผิดและไม่ได้ลงโทษผู้กระทำความผิด กรณีนี้ผู้บังคับบัญชาควรต้องรับผิดเป็น สองเท่าสำหรับอาชญากรรมหนึ่ง ๆ ที่กระทำโดยผู้ได้บังคับบัญชาส่วนกรณีที่สองและสามควรมี ความรับผิดถึงหนึ่งของกรณีแรกและกรณีสุดท้ายซึ่งผู้บังคับบัญชาได้กระทำการทั้งสองอย่างเท่า นั้นที่ผู้บังคับบัญชาจะหลุดพ้นจากความรับผิดไปได้

นอกจากหลักกฎหมายในเรื่องมาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมในการป้องกันการกระทำความผิดหรือลงโทษผู้กระทำความผิดจากคดีทั้งสองที่ได้กล่าวถึงแล้ว ศาล ICTY ยังได้วินิจฉัยวางหลักสร้างความชัดเจนเพิ่มเติมในประเด็นนี้ก็คือในคำพิพากษาในคดี Prosecutor v Pavle STRUGAR

ศาลอาญาระหว่างประเทศอติดยูโกสลาเวีย<sup>89</sup>

คณะพิจารณาชั้นต้น คดีเลขที่ IT-01-42-PT : วันที่ 31 January 2005

คำพิพากษาคดี: Prosecutor v Pavle STRUGAR

จำเลย Pavle STRUGAR ตำแหน่ง ผู้บังคับการกองปฏิบัติการที่สองของกองทัพประชาชน ยูโกสลาฟ.

ข้อเท็จจริง ในช่วงระหว่าง 6 ธันวาคม 1991 ถึง 31 ธันวาคม 1991 จำเลย ได้กระทำหรือร่วมกับบุคคลอื่นกระทำอาชญากรรมตามแผนทางทหาร ลง 1 ตุลาคม 1991 โดย กองทัพประชาชนยูโกสลาฟภายใต้การควบคุมของจำเลยได้โจมตีพื้นที่เขต Drubrovnik ซึ่งตั้งอยู่ทางตะวันออกเฉียงใต้ของประเทศโครเอเชียบนชายฝั่งทะเลอาเดรียติก ซึ่งกระทบต่อเขตเมืองเก่าผลการโจมตีและเข้า

<sup>89</sup> <http://www.un.org/icty/cases-e/index-e.htm>

ยึดครองก่อให้เกิดการฆาตกรรม การกระทำโหดร้าย มีการโจมตีทำลายเป้าหมายพลเรือน ทำลายสถาบันทางศาสนานองค์กรการกุศลและการศึกษา ศิลปและวิทยาศาสตร์ อนุสาวรีย์ประวัติศาสตร์ และผลงานทางศิลปและวิทยาศาสตร์

**ข้อกล่าวหา** จำเลยต้องรับผิดชอบมีส่วนร่วมและตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 7(1) และ 7(3) ของตราสารก่อตั้งศาล ICTY ในความผิดฐานละเมิดกฎหมายและจารีตประเพณีสงคราม

**คำตัดสิน** Pavle STRUGAR ถูกพิพากษาลงโทษจำคุก 8 ปี มีความรับผิดชอบตามมาตรา 7(3) ของตราสารก่อตั้งสำหรับความผิดฐานละเมิดกฎหมายและจารีตประเพณีสงคราม

คณะพิจารณาชั้นต้นวินิจฉัยวางหลักว่า

“ปัญหาเรื่อง วิธีการทุกอย่างที่จำเป็นและเหมาะสม เพื่อป้องกันการกระทำอาชญากรรมหรือลงโทษผู้กระทำความผิดที่ถูกนำมาใช้นั้น ควรพิจารณาร่วมกับอำนาจที่จำเป็นของผู้บังคับบัญชาที่ถูกกล่าวหาในสถานการณ์ในขณะนั้น ปัจจัยที่เกี่ยวข้องที่ต้องพิจารณาได้แก่คำสั่งพิเศษที่ห้ามหรือหยุดการกระทำอาชญากรรมที่ออกโดยผู้บังคับบัญชา มาตรการใดที่ป้องกันการปฏิบัติตามคำสั่งเหล่านี้ที่ได้นำมาใช้ มาตรการอื่นใดที่ถูกนำมาใช้เพื่อรับรองว่าการกระทำความผิดจะถูกขัดขวาง และมาตรการเหล่านี้เพียงพอเหมาะสมในสถานการณ์นั้น ๆ หรือไม่และภายหลังการกระทำอาชญากรรมมาตรการใดได้ถูกนำมาใช้ เพื่อประกันถึงการสอบสวนความผิดอย่างพอเพียงและเพื่อนำผู้กระทำความผิดเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม”<sup>90</sup>

จากหลักกฎหมายพบว่าศาลได้วางขั้นตอนการพิจารณาว่า มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมคือการที่ผู้บังคับบัญชาจะต้องกระทำการใดบ้างมีปัจจัยที่ต้องพิจารณาคือ

- 1) อำนาจของผู้บังคับบัญชา
- 2) สถานการณ์ขณะที่ผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจ
- 3) ลักษณะของคำสั่งของผู้บังคับบัญชาและมาตรการป้องกันการปฏิบัติตามคำสั่ง
- 4) มาตรการอื่น ๆ ที่รับรองว่ากระทำความผิดจะถูกขัดขวาง
- 5) มาตรการป้องกันการสอบสวนความผิดและนำผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดี

<sup>90</sup> Trial Chamber, Prosecutor v. Pavle Strugar, Judgment., para. 378. “[...] the question whether all necessary and reasonable measures to prevent the commission of crimes or to punish the perpetrators have been taken should be considered in light of the Accused’s material powers at that time. Factors relevant to the Chamber’s assessment include, but are not limited to, whether specific orders prohibiting or stopping the criminal activities were issued; what measures to secure the implementation of these orders were taken; what other measures were taken to secure that the unlawful acts were interrupted and whether these measures were reasonably sufficient in the specific circumstances; and, after the commission of the crime, what steps were taken to secure an adequate investigation and to bring the perpetrators to justice.”

ก่อนหน้าที่ศาลจะได้กำหนดกรอบอันเป็นแนวทางในการพิจารณาประเด็นนี้ศาลได้ตรวจสอบข้อกฎหมายจาก Case law และกฎหมายสารบัญญัติทำให้พบว่า

หน้าที่ในการป้องกันการกระทำความผิดครอบคลุมถึงวิธีการใดบ้างขึ้นอยู่กับอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาจำเป็นต้องมีในการแทรกแซงในแต่ละสถานการณ์โดยเฉพาะ<sup>91</sup> จากการตรวจสอบโดยศาลพบว่า การไม่ปฏิบัติหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาทำให้เกิดความรับผิดที่ได้ถูกวางหลักไว้โดยศาลทหารที่ตั้งขึ้นภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองได้แก่

- การที่ผู้บังคับบัญชาไม่เรียกรายงานเกี่ยวกับการปฏิบัติการทางทหารที่ได้ถูกปฏิบัติล่วงโดยสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>92</sup>
- การละเว้นการออกคำสั่งที่มุ่งหมายเพื่อนำการปฏิบัติที่เกี่ยวข้องให้สอดคล้องกับกฎหมายสงคราม<sup>93</sup>
- การละเว้นไม่ประท้วงต่อต้านการกระทำอาชญากรรม<sup>94</sup>
- การละเว้นไม่ใช้มาตรการทางวินัยเพื่อป้องกันการกระทำความผิดโดยทหารภายใต้การบังคับบัญชาของตน<sup>95</sup>
- การละเว้นไม่ยืนยันต่อผู้บังคับบัญชาระดับสูงถึงมาตรการเร่งด่วนที่ควรนำมาใช้<sup>96</sup>

<sup>91</sup> *Ibid.*, para. 374.

<sup>92</sup> *Hostages Case*, 11 TWC 759, p 1290. The defendant Rendulic was held responsible for acts of his subordinates for reprisals against the population, in the light of, *inter alia*, the fact that he made no attempt to secure additional information (after receiving reports indicating that crimes have been committed). Similarly, in holding the defendant Dehner responsible, the military tribunal considered the fact that the defendant made no effort to require reports showing that hostages and reprisal prisoners were shot in accordance with international law, p 1296, 1271, cited in Trial Chamber, *Prosecutor v. Pavle Strugar, Judgement*, para. 374. see p.54 for more details.

<sup>93</sup> *Hostages Case*, 11 TWC 759, p 1311. With respect to the responsibility of the defendant Lanz for reprisal carried out by his subordinates the military tribunal held: "This defendant, with full knowledge of what was going on, did absolutely nothing about it. Nowhere an order appear which has for its purpose the bringing of the hostage and reprisal practice within the rules of war... As commander of eth XXII Corps it was his duty to act and when he failed to do so and permitted these inhumane and unlawful killings to continue, he is criminally responsible." p 1311. cited in Trial Chamber, *Prosecutor v. Pavle Strugar, Judgement*, para. 374.

<sup>94</sup> *High Command Case*, 11 TWC 1, p 623. In finding the defendant Hans von Salmuth responsible, the military tribunal held *inter alia* that "it appears that in none of the documents or the testimony herein that the defendant in anyway *protested against or criticized* the action of the SD or requested their removal or punishment." (emphasis added). Similarly, in the *Hostage Case* the military tribunal found the defendant Wilhelm List responsible *inter alia* in the light of the fact that "[n]ot once did he condemn such acts as unlawful. Not once did he call to account those responsible for these inhumane and barbarous acts." *Hostage Case*, 11 TWC 759, p 1272. cited in Trial Chamber, *Prosecutor v. Pavle Strugar, Judgement*, para. 374. see p.55 for more details.

<sup>95</sup> The Tokyo Judgment, The International Military Tribunal for the Far East, Volume I, p 452. The International Military Tribunal for the Far East held with respect to the defendant Kimura that "[h]e took no disciplinary measures or other steps to prevent the commission of atrocities by the troops under his command." cited in Trial Chamber, *Prosecutor v. Pavle Strugar, Judgement*, para. 374.

<sup>96</sup> The Tokyo Judgment, The International Military Tribunal for the Far East, Volume I, p 448. The Tokyo judgment found that the defendant Hirota "was derelict in his duty in not insisting before the Cabinet that immediate action be taken to put an end to the atrocities.

ในส่วนลักษณะของคำสั่งของผู้บังคับบัญชาพบว่า ศาลทหารระหว่างประเทศตะวันออกไกลได้วางหลักไว้ว่าหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาไม่ถือว่าได้ปฏิบัติล่วงเพียงโดยการออกคำสั่งที่มีลักษณะเป็นงานประจำแต่ต้องเป็นในลักษณะที่เกี่ยวกับมาตรการเชิงรุก<sup>97</sup>

นอกจากหลักกฎหมายที่ได้จาก Case law ที่ได้กล่าวถึงแล้วศาลยังเห็นว่าหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาในการป้องกันการกระทำความผิดได้ถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจนโดยสนธิสัญญาภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองคือ Additional Protocol I มาตรา 87(3) ที่กำหนดให้ผู้บังคับ บัญชาผู้ที่รู้ว่าผู้ใต้บังคับบัญชาของตนกำลังจะกระทำความผิดต้องริเริ่มใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อป้องกันการกระทำความผิด<sup>98</sup> ซึ่งความเห็นแนะนำของ ICRC ต่อด้วยบทมาตราดังกล่าวระบุว่าหน้าที่ของผู้บังคับบัญชามีความแตกต่างกันไปในแต่ละระดับการบังคับบัญชา ตัวอย่างเช่น นายทหารยศร้อยโทต้องกำหนดเขตสถานที่ที่ได้รับการป้องกันซึ่งตนค้นพบในการรุกเข้าพื้นที่ ผู้บังคับหน่วยทหาร (Company commander) ต้องแน่ใจว่าการโจมตีจะต้องยุติเมื่อตนพบว่าเป้าหมายการโจมตีไม่ใช่เป้าหมายทางทหารอีกต่อไป และผู้บังคับบัญชากองพันต้องเลือกเป้าหมายการโจมตีเพื่อหลีกเลี่ยงการโจมตีโดยไม่แยกแยะเป้าหมาย<sup>99</sup> เป็นต้น

ในส่วนของหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาในการลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นศาลมีความเห็นเป็นอย่างน้อยรวมถึง

- พันธะหน้าที่ในการสอบสวนอาชญากรรมที่อาจเกิดขึ้นเพื่อทราบข้อเท็จจริง
- ถ้าผู้บังคับบัญชาไม่มีอำนาจในการลงโทษก็ต้องรายงานเรื่องการกระทำความผิดไปยังผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปที่มีอำนาจ<sup>100</sup>

ศาล ICTY พบว่าศาลทหารที่ก่อตั้งภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองได้แปลความหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาในการลงโทษว่ารวมถึงพันธะหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาให้กระทำการสอบสวนอย่าง

failing any other action open to him to bring about the same result. He was content to rely on assurances which he knew were not being implemented..." cited in Trial Chamber, *Prosecutor v. Pavle Strugar, Judgement*, para. 374.

<sup>97</sup> The Tokyo Judgment, *The International Military Tribunal for the Far East, Volume I*, p. 452. "The duty of an Army commander in such circumstances is not discharged by the mere issue of routine orders... His duty is to take such steps and issue such orders as will prevent thereafter the commission of war crimes and to satisfy himself that such orders are being carried out." cited in Trial Chamber, *Prosecutor v. Pavle Strugar, Judgement*, para. 374.

<sup>98</sup> Additional Protocol I, Article 87(3). cited in Trial Chamber, *Prosecutor v. Pavle Strugar, Judgement*, para. 375.

<sup>99</sup> ICRC Commentary on the Additional Protocols, paras 3560-3561, p. 1022. cited in Trial Chamber, *Prosecutor v. Pavle Strugar, Judgement*, para. 375.

<sup>100</sup> Trial Chamber, *Prosecutor v. Dano Kordic et al, Judgement*, para. 446, cited in Trial Chamber, *Prosecutor v. Pavle Strugar, Judgement*, para. 376. see p.97 for more details.



มีประสิทธิภาพ<sup>101</sup> และใช้มาตรการเชิงรุกเพื่อประกันว่าผู้กระทำความผิดจะถูกนำเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม<sup>102</sup> รวมถึงการเรียกรายงานเกี่ยวกับเรื่องที่เกิดขึ้นโดยผู้บังคับบัญชาและความสำเร็จของการสอบสวน<sup>103</sup>

ศาลมีความเห็นว่าข้อบ่งชี้เพิ่มเติมในประเด็นเรื่องหน้าที่ในการลงโทษผู้บังคับบัญชาสามารถพบได้จาก Additional Protocol I มาตรา 87(3) ที่กำหนดให้ผู้บังคับบัญชาที่รู้ว่าผู้ใต้บังคับบัญชาของตนได้กระทำการละเมิดอนุสัญญากรุงเจนีวาหรือ Additional Protocol I เมื่อเห็นสมควรต้องดำเนินการทางวินัยหรือทางอาญากับผู้กระทำความผิด ซึ่งความเห็นแนะนำของ ICRC ระบุว่า การดำเนินการตามมาตรา 87(3) อาจรวมถึง การแจ้งเจ้าหน้าที่ผู้บังคับบัญชาของตนถึงสถานการณ์ การทำรายงานในกรณีการกระทำความผิด การเสนอมาตรการบังคับโทษไปยังผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจ หรือในกรณีที่ผู้บังคับบัญชามีอำนาจบังคับโทษได้ก็ต้องดำเนินการภายในขอบอำนาจของตนที่มีและท้ายสุดคือการส่งคดีไปยังหน่วยงานยุติธรรมเมื่อจำเป็นพร้อมหลักฐานข้อเท็จจริงที่สามารถหาได้<sup>104</sup>

สำหรับผู้เขียนแล้วเห็นว่า "มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสม" ที่ประกอบเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิดหาข้อเท็จจริงประกอบที่ใช้เพื่อพิจารณาความผิดไม่ แต่เป็นข้อเท็จจริงที่ใช้อ้าง

<sup>101</sup>

The Trial of General Tomoyuki Yamashita, The United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals, Volume IV, p. 35: "... where murder and rape and vicious, revengeful actions are widespread offences and there is *no effective attempt* by a commander to discover and control the criminal acts, such a commander may be held responsible, even criminally liable, for the lawless acts of his troops ..." (emphasis added) See also The Tokyo Judgment, The International Military Tribunal for the Far East, Volume I, p. 458. The Tokyo judgment found that the defendant Shigemitsu "took *no adequate steps* to have the matter investigated ... He should have pressed the matter, if necessary to the point of resigning, in order to quit himself of a responsibility which he suspected was not being discharged." The Tokyo Judgment, The International Military Tribunal for the Far East, Volume I, p. 458 (emphasis added) cited in Trial Chamber, *Prosecutor v. Pavle Strugar, Judgement*, para. 376. see p. 14. for more details.

<sup>102</sup>

*High Command Case*, p. 623. When assessing Hans von Salmuth's responsibility for actions by his subordinates, the military tribunal considered the fact that the only punishment inflicted was a 20-day confinement sentence against a member of his own staff for unauthorized participation in this action. *High Command Case*, p. 623. In the Hostage Case, the military tribunal considered the defendant's commitment to conduct an adequate investigation and to bring the perpetrators to justice. "The investigation was made, the battle report of the commanding officer was found to be false, and the action of the regimental commander found to be in excess of existing orders. Upon the discovery of these facts the defendant firmly recommended that disciplinary action be taken against the officer in charge in consideration of the sacrifices of the regiment in the combat area at the time. The defendant testified that he never knew what punishment, if any was assessed against this guilty officer. He seems to have had no interest in bringing the guilty officer to justice." *Hostage Case*, p. 1309. cited in Trial Chamber, *Prosecutor v. Pavle Strugar, Judgement*, para. 376.

<sup>103</sup>

The International Military Tribunal for the Far East found the defendant Tojo responsible for not taking adequate steps "to punish the offenders and to prevent the commission of similar offences in the future. ... He did not call for a report on the incident. ... He made perfunctory inquires about the march but took no action. No one was punished." The Tokyo Judgment, The International Military Tribunal for the Far East, Volume I, p. 462. cited in Trial Chamber, *Prosecutor v. Pavle Strugar, Judgement*, para. 376.

<sup>104</sup>

ICRC Commentary on the Additional Protocols, para. 3562, p. 1023. cited in Trial Chamber, *Prosecutor v. Pavle Strugar, Judgement*, para. 377.

เพื่อให้พ้นจากความรับผิดของผู้บังคับบัญชาภายใต้หลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชามากกว่า เพราะตามหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาเป็นหลักความรับผิดที่เกิดจากการละเว้นการกระทำ นั่นคือผู้บังคับบัญชาไม่ได้กระทำหน้าที่ที่ต้องกระทำ ดังนั้นการพิสูจน์คือการชี้ให้เห็นว่าผู้บังคับบัญชาไม่ได้กระทำแต่การกระทำทั้งหลายที่ผู้บังคับบัญชาได้กระทำลงไปอาจเป็นข้ออ้างของผู้บังคับบัญชาว่าสิ่งที่ได้กระทำลงไปนั้นคือ “มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสม” เพื่อป้องกันผู้บังคับบัญชาไม่ให้มีการกระทำความผิดหรือเป็นวิธีการลงโทษการกระทำความผิดซึ่งทำให้ถือได้ว่าตนได้ปฏิบัติหน้าที่ภายในอำนาจโดยเหมาะสมแล้วจึงไม่มีความรับผิดภายใต้หลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชา ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่า “มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสม” ที่ผู้บังคับบัญชาได้กระทำคือข้อยกเว้นความผิดของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชานั้นเอง แต่ที่ขัดต่อตามมาตรา 7(3) ของตราสารก่อตั้งได้เขียนไว้เพื่อเป็นการวางขอบเขตการใช้ดุลพินิจของศาลในการปรับใช้หลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาว่าการละเว้นไม่ป้องกันหรือการไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดของผู้บังคับบัญชาคือการละเว้นไม่กระทำสิ่งใดดังตัวอย่างเช่นที่ศาลได้ตรวจสอบพบใน case law และ Additional Protocol I แต่หน้าที่ของผู้บังคับบัญชามีความแตกต่างกันไปตามอำนาจหน้าที่ซึ่งถูกกำหนดโดยตำแหน่งที่ผู้บังคับบัญชาครองอยู่ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ในขณะเกิดเหตุ ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นสอดคล้องกับแนวคำพิพากษาของศาล ICTY ว่า “มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสม” นั้นเป็นเรื่องของข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี ๆ ไปขึ้นอยู่กับขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตำแหน่งของผู้บังคับบัญชาแต่ละบุคคลในขณะที่มีความผิดได้เกิดขึ้นด้วย

#### 4.7 คำสั่งให้ปฏิบัติตามกฎหมายมนุษยธรรม

(Orders to ensure compliance with humanitarian law)

ความรับผิดของผู้บังคับบัญชานั้นส่วนหนึ่งเป็นความรับผิดอันเกิดจากการละเว้นการกระทำเพื่อป้องกันอาชญากรรมที่จะถูกกระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชา ซึ่งการละเว้นการกระทำกรณีนี้หมายความว่าไม่นำมาใช้ซึ่งมาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมเพื่อป้องกันการกระทำ ความผิดดังได้กล่าวแล้ว อย่างไรก็ตามหากผู้บังคับบัญชาได้ออกคำสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตามกฎหมายมนุษยธรรมแล้วจะถือได้ว่าผู้บังคับบัญชาได้กระทำการเพื่อป้องกันการกระทำผิดแล้วหรือไม่และผู้บังคับบัญชาจะหลุดพ้นจากความรับผิดทางอาญาตามหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาหรือไม่เป็นประเด็นที่เกิดข้อโต้แย้งขึ้นดังปรากฏในคดี Prosecutor v. Tihomir BLASKIC

ศาลอาญาระหว่างประเทศอิตาลีโกสลาเวีย

คณะพิจารณาอุทธรณ์ คดีเลขที่. IT-95-14 : วันที่ 29 July 2004

คำพิพากษาคดี: Prosecutor v. Tihomir BLASKIC

คณะพิจารณาอุทธรณ์ได้วินิจฉัยวางหลักว่า

"ขณะที่คำสั่งทางมนุษยธรรมที่ผู้อุทธรณ์ได้อ้างถึงนั้นอาจแสดงถึงเพียงว่าผู้อุทธรณ์ไม่ใช่บุคคลที่มีแนวโน้มที่จะออกคำสั่งที่ผิดกฎหมาย คำสั่งทางมนุษยธรรมนี้ไม่มีความเกี่ยวข้องกับประเด็นความรับผิดชอบตามมาตรา 7(3) เว้นแต่การอ้างถึงคำสั่งดังกล่าวในฐานะข้อเท็จจริงที่บ่งบอกว่าผู้บังคับบัญชาได้รู้หรือมีเหตุผลที่ทำให้รู้ว่าผู้บังคับบัญชาของตนกำลังจะกระทำความผิดที่อยู่ในเขตอำนาจศาล"<sup>105</sup>

จากแนวคำพิพากษาของศาลทำให้สรุปได้ว่าเพียงคำสั่งทางมนุษยธรรมที่ออกโดยผู้บังคับบัญชาไม่อาจทำให้ถือได้ว่าผู้บังคับบัญชาได้ใช้มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมในป้องกันการกระทำความผิดของผู้บังคับบัญชา

คดีนี้ผู้ถูกกล่าวหาได้อุทธรณ์คำพิพากษาโดยอ้างถึงการที่ตนได้ออกคำสั่งทางมนุษยธรรมจำนวนมากสั่งการทหารทั้งที่อยู่ในและนอกสายการบังคับบัญชาของตนให้เคารพต่อสิทธิและให้ป้องกันทรัพย์สินของพลเมืองโดยออกคำสั่งทั้งก่อนและหลังการเข้าครอบครองพื้นที่ ขณะที่อัยการโต้แย้งว่าผู้อุทธรณ์ไม่เคยได้บังคับคำสั่งดังกล่าวหรือไม่เคยลงโทษบุคคลใดที่ได้ฝ่าฝืนคำสั่งเหล่านั้น

ศาลได้วินิจฉัยโดยพิจารณาว่าภายใต้มาตรา 7(3) ของตราสารก่อตั้ง ผู้บังคับบัญชาที่มีความรับผิดชอบนั้นต้องมีการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ (Effective control) ซึ่งหมายความถึงการที่ผู้บังคับบัญชามีความสามารถที่สำคัญในการป้องกันและลงโทษการกระทำอาชญากรรม<sup>106</sup> การที่ผู้อุทธรณ์ยอมรับว่าตนมีอำนาจบังคับบัญชาตามกฎหมายซึ่งอำนาจนั้นทำให้มีสิทธิในออกคำสั่งรวมถึงคำสั่งเรื่องให้ปฏิบัติตามหลักมนุษยธรรมได้ แต่การออกคำสั่งทางมนุษยธรรมนี้โดยตัวคำสั่งไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าผู้อุทธรณ์มีอำนาจในการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพเหนือทหารที่ได้รับคำสั่ง<sup>107</sup> นั่นคือศาลเห็นว่าการออกคำสั่งลอย ๆ โดยไม่มีมาตรการในการบังคับตามคำสั่งย่อมไม่อาจทำให้ผู้บังคับบัญชาพ้นจากความรับผิดชอบที่อัยการได้ให้เหตุผลโต้แย้งไว้ ซึ่งกรณีนี้ถือได้ว่าเป็นตัวอย่างการใช้หลักเกณฑ์ที่ได้กล่าวถึงในหัวข้อก่อนหน้าในการพิจารณาเรื่องมาตรการที่จำ

<sup>105</sup> Appeal Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement, para. 486. 'While the humanitarian orders referred to by the

Applicant may show that he was not a person prone to issuing illegal orders [...] they are not relevant to the issue of his liability, if any, under Article 7(3) of the Statute, unless the reference to them is premised on the fact that he knew or had reason to know that his subordinates were about to commit crimes subject to the jurisdiction of the International Tribunal.' see p.58 for more details.

<sup>106</sup> Appeal Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement, para. 484.

<sup>107</sup> Ibid., para. 485.

เป็นและเหมาะสมที่ผู้บังคับบัญชาจะต้องนำมาใช้ ทั้งนี้ศาลได้ตั้งข้อสงสัยเกี่ยวกับคำสั่งทางมนุษยธรรมว่าสามารถเป็นหลักฐานที่บ่งบอกเกี่ยวกับข้อเท็จจริงได้ในสองเรื่องคือ

- แนวโน้มของลักษณะคำสั่ง
- การรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดของผู้ได้บังคับบัญชา

อย่างไรก็ดีผู้เขียนมีความเห็นว่าคำสั่งทางมนุษยธรรมที่กำหนดห้ามมิให้ผู้ได้บังคับบัญชากระทำการที่ผิดกฎหมายเป็นจุดเริ่มแรกของการ "ใช้มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสม" หากผู้บังคับบัญชาได้มีการวางมาตรการในการติดตามตรวจสอบการปฏิบัติตามคำสั่ง หรือมาตรการที่กำหนดการปฏิบัติของผู้ได้บังคับบัญชาที่ชัดเจนเพื่อป้องกันการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมเพิ่มเติมจากคำสั่งทางมนุษยธรรมแล้ว ผู้บังคับบัญชาย่อมอาจหลุดพ้นจากความรับผิดของผู้บังคับบัญชาได้ แต่ทั้งนี้หากภายหลังเกิดการกระทำความผิดขึ้นผู้บังคับบัญชายังคงต้องมีหน้าที่ในการลงโทษผู้กระทำความผิดด้วย

จากแนวคำพิพากษาของศาล ICTY ในประเด็นต่าง ๆ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วเกี่ยวกับองค์ประกอบความผิดของหลักกฎหมายความรับผิดของผู้บังคับบัญชาทำให้เกิดความกระจ่างในข้อเท็จจริงหลาย ๆ ประการที่สำคัญซึ่งพอจะสรุปรวบรวมเพื่อนำมาแสดงได้ดังตารางข้างล่างนี้

ตารางที่ 2 แสดงข้อสรุปที่ได้จากแนวคำพิพากษา

คดีที่ศาล ICTY พิจารณาตามฟ้องของอัยการโจทก์	ประเด็นที่ศาลได้วินิจฉัยวางหลัก	หลักกฎหมายจากแนวคำพิพากษา	ผลกระทบที่สำคัญ
1) Celebici คดีในศาลได้จึงไม่ได้จำเลย Delalic โจทก์ความผิดและระบอบอาชญากรรมร่วม Mucic 7 ปี Delic 20 ปี และ Landzo 15 ปี	1) ความเป็นผู้บังคับบัญชา  2) องค์ประกอบภายใน	-ได้เป็นบุคคลที่มีความสามารถในการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพเหนือผู้ได้บังคับบัญชาโดยไม่ต้องคำนึงถึงตำแหน่งอย่างเป็นทางการ  -องค์ประกอบภายในมี 2 แบบ 1 Actual knowledge เกี่ยวกับการรู้ข้อเท็จจริงตามความเป็นจริงพิสูจน์ได้จากพยานหลักฐานโดยตรงและพยานแวดล้อม และ 2 Constructive knowledge คือการรู้ข้อเท็จจริงระดับที่กฎหมายถือว่าได้รู้โดยปรากฏข้อมูลให้สังเกตเห็นความเสี่ยง	-บุคคลทุกคนอาจมีความรับผิดทางอาญาได้แม้ไม่ได้ดำรงตำแหน่งผู้บังคับบัญชาอย่างเป็นทางการ  -เน้น ความชัดเจนว่าหลัก SR ไม่ใช่รูปแบบ Strict liability
	3) หน้าที่ในการรู้ข้อเท็จจริง	- ผู้บังคับบัญชาไม่มีหน้าที่ในการต้องรู้ถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิด	- ผู้บังคับบัญชาไม่มีหน้าที่ในการต้องรู้ถึงข้อเท็จจริง

	4) Diminished Responsibility  5) วิธีการที่จำเป็นและเหมาะสมในการป้องกันหรือลงโทษ	-เป็นที่ยอมรับสามารถนำมาปรับใช้ได้แต่เพียงเป็นเหตุสำหรับบรรเทาความรับผิด  -ต้องเป็นสิ่งที่สามารถปฏิบัติได้จริงไม่ว่าจะเป็นด้วยอำนาจของกฎหมายหรืออำนาจตามความเป็นจริง	เกี่ยวกับการกระทำผิด  -ผู้บังคับบัญชาไม่อาจอ้าง Diminished Responsibility เพื่อให้อภัยความผิด  หน้าที่ในทางอุดมคติแต่ตามสถานการณ์ไม่สามารถปฏิบัติได้ผู้บังคับบัญชาไม่ต้องรับผิด
2) Prosecutor v Dario KORDIC et al. ศาลคดีนี้ตัดสินลงโทษจำคุกจำเลย Kordic 25 ปี และ Cerkez จำเลยร่วม 15 ปี	ปัจจัยที่ใช้พิจารณาถึงความเป็นผู้บังคับบัญชา	-ความเป็นผู้บังคับบัญชามีปัจจัยที่ควรพิจารณาดังนี้ 1) ตำแหน่งอย่างเป็นทางการ 2) ความสามารถในการออกคำสั่ง 3) ภารกิจตามความเป็นจริง 4) อิทธิพลต่อสาธารณะ 5) การมีส่วนร่วมในการเจรจาระหว่างประเทศระดับสูง	-เกิดแนวทางในการวินิจฉัยที่ชัดเจนว่าบุคคลใดที่มีความเป็นผู้บังคับบัญชา
3) Prosecutor v Radoslav BRDANIN ศาลตัดสินจำคุก Bradanin 32 ปี	ความรับผิดของผู้ บังคับบัญชาสำหรับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์	-ไม่ต้องการเจตนาพิเศษ	ทำให้หลัก SR สำหรับทุกรฐานความผิดมีองค์ประกอบภายในเหมือนกัน
4) Prosecutor v Tihomir BLASKIC ศาลตัดสินให้จำคุก Blaskic จำเลย 45 ปี	1) องค์ประกอบภายในรูป Constructive knowledge  2) วิธีการที่จำเป็นและเหมาะสมในการป้องกันหรือลงโทษ  3) คำสั่งให้ปฏิบัติตามกฎหมายมนุษยธรรม	-หากผู้บังคับบัญชาเลินเล่อถือว่าได้รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำผิดแล้ว  -ไม่ป้องกันแต่มาลงโทษผู้กระทำความผิดภายหลังไม่หลุดพ้นความรับผิด  -ผู้ออกคำสั่งไม่ถือว่าปฏิบัติหน้าที่ลุล่วง	ไม่มีผลต่อหลัก SR ของศาล ถูกกลับโดยคำพิพากษาของคณะพิจารณาอุทธรณ์  -ผู้บังคับบัญชามีหน้าที่ทั้งป้องกันและลงโทษสำหรับความผิดกรรมหนึ่ง ๆ  ผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดแม้จะได้ออกคำสั่งดังกล่าว
5) Prosecutor v Pavle STRUGAR ศาลตัดสินจำคุก Strugar จำเลย 8 ปี	วิธีการที่จำเป็นและเหมาะสมในการป้องกันหรือลงโทษ	ต้องพิจารณาปัจจัยประกอบ ได้แก่ อำนาจ สถานการณ์ คำสั่ง และมาตรการรับรองการปฏิบัติ	เกิดขอบเขตที่ชัดเจนในการพิจารณาองค์ประกอบความผิดนี้

#### หมายเหตุท้ายตาราง

SR = Superior Responsibility

Strict liability = ความรับผิดอย่างเคร่งครัด

Diminished Responsibility = ความบกพร่องทางจิต

จะเห็นได้จากตารางข้างต้นว่าคำพิพากษาของศาล ICTY ในคดีต่าง ๆ ที่ได้นำเสนอทำให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับเรื่ององค์ประกอบความผิดหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในแต่ละส่วนคือ ความเป็นผู้บังคับบัญชา องค์ประกอบภายในและองค์ประกอบส่วนการกระทำ ในระดับหนึ่งรวมถึงรายละเอียดที่เกี่ยวข้องในการปรับใช้ในการพิจารณาคำวินิจฉัย

ความเป็นผู้บังคับบัญชานั้นมีสิ่งที่บ่งบอกคือความสามารถในการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ (Effective control) เหนือผู้ใต้บังคับบัญชา ส่วนตำแหน่งของผู้บังคับบัญชาอย่างเป็นทางการเป็นเพียงปัจจัยหนึ่งหรือหลักฐานอย่างหนึ่งของความเป็นผู้บังคับบัญชาเท่านั้น ทั้งนี้การควบคุมที่มีประสิทธิภาพนั้นอาจมีผลมาจากบุคคลมีอำนาจอย่างเป็นทางการหรืออำนาจตามความเป็นจริงก็ได้ นั่นคือหากผู้บังคับบัญชาคนใดมีอำนาจควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาอย่างมีประสิทธิภาพแล้วจะถือได้ว่าเป็น "ผู้บังคับบัญชา" ที่อาจต้องรับผิดชอบหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาแล้ว

ผู้บังคับบัญชาไม่ต้องรับผิดชอบต่ออาชญากรรมที่กระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชาโดยอัตโนมัติเพียงเพราะความเป็นผู้บังคับบัญชาเท่านั้นแต่จะต้องรับผิดชอบเมื่อปรากฏถึงการรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำผิดซึ่งเป็นองค์ประกอบภายในเพราะหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาไม่ใช่รูปแบบความรับผิดชอบอย่างเคร่งครัด ทั้งนี้ระดับมาตรฐานการรู้ข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชาในกฎหมายจารีตประเพณีนั้นมี 2 ระดับคือ การรู้ข้อเท็จจริงตามความเป็นจริง และระดับที่กฎหมายถือว่ารู้ข้อเท็จจริงคือเมื่อปรากฏว่าผู้บังคับบัญชาได้มีข้อมูลที่เข้าถึงได้อันแสดงให้เห็นถึงความเสี่ยงเกี่ยวกับการเกิดอาชญากรรม มาตรฐานองค์ประกอบภายในของความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชานี้ใช้กับฐานความผิดอาญาระหว่างประเทศทุกฐานความผิดเป็นอย่างเดียวกัน อย่างไรก็ตามสำหรับเรื่ององค์ประกอบภายในนี้ผู้บังคับบัญชาไม่อาจอ้างถึงความบกพร่องทางจิตของตนเพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบได้แต่ความบกพร่องทางจิตจะเป็นเหตุหนึ่งในการบรรเทาความรับผิดชอบได้

องค์ประกอบส่วนการกระทำของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชานั้นเป็นรูปแบบการละเว้นการกระทำเมื่อมีหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ ซึ่งหน้าที่ที่ผู้บังคับบัญชาไม่ปฏิบัติแล้วจะต้องมีความรับผิดชอบคือหน้าที่ในการป้องกันการกระทำผิด และหน้าที่ในการลงโทษผู้กระทำความผิดแต่ไม่รวมถึงหน้าที่ในการรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิด ทั้งนี้การปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวก็คือการนำมาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมต่าง ๆ มาใช้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการป้องกันหรือลงโทษนั่นเองและมาตรการต่าง ๆ นั้นจะต้องแสดงให้เห็นถึง หลักประกันผลสัมฤทธิ์ในระดับหนึ่งนั่นคือไม่ใช่เพียงออกคำสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติตามให้สอดคล้องกับกฎหมายมนุษยธรรมเท่านั้นแต่จะต้องมีมาตรการควบคุมให้คำสั่งมีผลใช้บังคับอย่างมีประสิทธิภาพด้วยเป็นต้น อย่างไรก็ตามขอบเขตของการนำมาตรการต่าง ๆ มาใช้นั้นต้องเป็นสิ่งที่ผู้บังคับบัญชามีความสามารถที่จะกระทำได้ตามสถานการณ์ด้วย

จากที่ได้กล่าวถึงแนวคำพิพากษาของศาล ICTY ในประเด็นเกี่ยวกับรายละเอียดขององค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในบทนี้ จะเห็นได้ว่าแนวคำพิพากษาได้แสดงให้เห็นถึง ลักษณะของหลักกฎหมาย องค์ประกอบความผิด และรายละเอียดที่เกี่ยวข้อง อันจำเป็นในการปรับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาได้เป็นอย่างดี ในบทต่อไปจะได้กล่าวถึงการบังคับโทษและการเยียวยาเหยื่อจากอาชญากรรมของศาล ICTY



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## การบังคับตามคำพิพากษาและการเยียวยาผู้เสียหาย

### 5.1 โทษและการบังคับตามคำพิพากษา

เมื่อมีผู้กระทำความผิดอาญาระหว่างประเทศ ผู้กระทำควรได้รับโทษเนื่องจากกฎหมาย เห็นว่าการลงโทษนั้นมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญคือ เป็นการทำให้โทษสำหรับสิ่งที่ผู้กระทำอาชญากรรม ได้กระทำขึ้น ไม่ใช่เป็นการแก้แค้นหากแต่เป็นการแสดงออกของสังคมระหว่างประเทศถึงความ เลวร้ายของการกระทำอาชญากรรม เพื่อผลในการป้องปรามการกระทำความผิดเพื่อไม่ให้บุคคลอื่น กระทำอาชญากรรมแบบเดียวกันซึ่งรวมถึงมุ่งหมายให้ผู้กระทำความผิดเองไม่ให้กระทำความผิด ซ้ำอีก เพื่อผลในการฟื้นฟูสถานะของผู้กระทำความผิดเพื่อให้กลับเข้าสู่สังคม และเพื่อปกป้อง สังคม<sup>1</sup> อย่างไรก็ตามการบังคับโทษตามคำพิพากษาของศาล ICTY จำเป็นที่จะต้องมีองค์การในการ ปฏิบัติภารกิจนี้ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

### 5.2 องค์การหรือบุคคลที่มีส่วนในการบังคับโทษตามคำพิพากษาของศาล ICTY

องค์การหรือบุคคลที่มีบทบาทในการบังคับโทษประกอบด้วย

#### 1. ประธานศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตุโกสลาเวีย (President)

ประธานศาล ICTY มีวาระการดำรงตำแหน่งสองปี โดยมาจากผู้พิพากษาที่ถูกเลือกด้วย เสียงส่วนใหญ่ของผู้พิพากษาที่เป็นองค์คณะพิจารณา<sup>2</sup> มีหน้าที่สำคัญคือควบคุมการประชุมใหญ่ ขององค์คณะศาล ICTY ประสานงานกับองค์คณะพิจารณาและควบคุมดูแลกิจกรรมต่าง ๆ ของฝ่าย ทะเบียจนรวมถึงหน้าที่อื่น ๆ ที่ถูกกำหนดโดยตราสารก่อตั้งและกฎของศาลทั้งนี้ประธานศาลยังมี อำนาจในการออกระเบียบการปฏิบัติหลังจากได้ปรึกษากับคณะกรรมการ นายทะเบียน และอัยการ แล้วทั้งนี้ระเบียบนั้นต้องสอดคล้องกับตราสารก่อตั้งและกฎกระบวนการพิจารณาและ พยานหลักฐาน<sup>3</sup> ด้วยอำนาจหน้าที่ของประธานศาล ICTY ทำให้มีบทบาทอย่างสำคัญในการบังคับ โทษตามคำพิพากษาโดยควบคุมฝ่ายทะเบียนที่มีหน้าที่ดังกล่าวโดยตรง

<sup>1</sup> Jones, J.R.W.D., Powles, S. *International criminal practice*. p.770-773

<sup>2</sup> International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Rules of Procedure and Evidence*. (hereinafter 'ICTY Rule') Rule.18.

<sup>3</sup> ICTY Rule. 19.



## 2. ฝ่ายทะเบียนศาลอาญาระหว่างประเทศคดียูโกสลาเวีย

ฝ่ายทะเบียนมีหน้าที่ความรับผิดชอบเรื่องการบริหารและการทำงานของศาล ประกอบด้วย นายทะเบียนและเจ้าหน้าที่อื่น นายทะเบียนถูกแต่งตั้งโดยเลขาธิการสหประชาชาติภายใต้การปรึกษาร่วมกับประธานศาลมีระยะเวลาครองตำแหน่งสี่ปี<sup>4</sup> ทำหน้าที่ดังต่อไปนี้

- ช่วยเหลือองค์กรและผู้พิพากษา ที่ประชุมใหญ่ศาล ผู้พิพากษา และอัยการในการปฏิบัติหน้าที่ และรับผิดชอบเรื่องการบริหารและทำงานของศาลและเป็นช่องทางการสื่อสารภายใต้การควบคุมของประธานศาล<sup>5</sup>

- ในการปฏิบัติหน้าที่ นายทะเบียนอาจแสดงด้วยวาจาหรือทำเป็นหนังสือต่อประธานศาลหรือองค์กรศาลในเรื่องใด ๆ ในกรณีพิเศษที่กระทบหรืออาจกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่รวมถึงเรื่องการปฏิบัติตามคำตัดสินของศาลและแจ้งไปยังคู่ความถ้าจำเป็น<sup>6</sup>

โครงสร้างของฝ่ายทะเบียนประกอบด้วย

2.1) สำนักงานนายทะเบียน (Office of the Registrar)

2.2) ฝ่ายบริหาร (Administration)

2.3) ฝ่ายสนับสนุนทางกฎหมาย. (Judicial Support Division)

ทั้งนี้หน่วยที่มีบทบาทในการบังคับโทษตามคำพิพากษาของศาลคือฝ่ายสนับสนุนทางกฎหมาย(Judicial Support Division) ซึ่งจะประกอบด้วย 5 แผนกดังนี้

2.3.1 แผนกจัดการศาลและสนับสนุนอำนาจการ (Court Management and Support Services Section)

2.2.2 แผนกสนับสนุนทางกฎหมายแก่องค์กรตุลาการ (Chambers Legal Support Section)

2.2.3 หน่วยกักกัน (Detention Unit)

2.2.4. ห้องสมุด (Library)

<sup>4</sup> ICTY Statute, article 17.

<sup>5</sup> ICTY Rule 33

<sup>6</sup> Ibid.

## 2.2.5 สำนักงานให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายและเรื่องราวการกักกัน (Office of Legal Aid and Detention Matters)

สำนักงานให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายและเรื่องราวการกักกัน (Office of Legal Aid and Detention Matters) เป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ความรับผิดชอบโดยตรงเกี่ยวกับการจัดการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ผู้ถูกกล่าวหาและประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการกักกันผู้ถูกกล่าวหา นอกจากนี้สำนักงานยังมีหน้าที่รวมถึงการบังคับตามคำพิพากษาของศาล ICTY ด้วย

### 3) รัฐที่ได้แสดงความจำนงในการบังคับโทษตามคำพิพากษาต่อศาล ICTY

สำหรับในช่วงระหว่างที่มีการพิจารณาคดี ผู้ถูกกล่าวหาที่ถูกจับได้อาจได้รับการประกันตัวหรือถูกกักกันโดยหน่วยกักกันของศาล (Detention Unit) แต่เนื่องจากศาล ICTY เป็นศาลที่ไม่มีความถาวรดังนั้นจึงไม่มีสถานที่สำหรับการบังคับโทษในระยะยาว ดังนั้นในการบังคับโทษจำคุกสำหรับผู้ที่ถูกตัดสินให้จำคุกนั้นจำเป็นต้องได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ โดย

มาตรา 27 ของตราสารก่อตั้งได้กำหนดว่า

“การจำคุกจะได้รับการปฏิบัติโดยรัฐที่ถูกกำหนดโดยศาลจากรายชื่อของรัฐซึ่งได้แสดงความจำนงต่อคณะมนตรีความมั่นคงว่าจะรับบุคคลที่ถูกลงโทษ การจำคุกดังกล่าวต้องสอดคล้องกับกฎหมายภายในที่ใช้บังคับของรัฐที่เกี่ยวข้องภายใต้การตรวจสอบของศาล ICTY”<sup>7</sup>

รัฐที่มีความประสงค์ในการให้ความช่วยเหลือศาล ICTY ในการบังคับโทษจำคุกผู้ถูกตัดสินลงโทษจะต้องแสดงความจำนงต่อศาลเพื่อจะได้ทำข้อตกลงความร่วมมือในการบังคับโทษ ทั้งนี้การแสดงความจำนงดังกล่าวอาจกระทำโดยมีเงื่อนไขหรือไม่มีเงื่อนไขก็ได้ ตัวอย่างรัฐที่ได้แสดงความจำนงในการรับตัวผู้ถูกตัดสินลงโทษได้แก่ บอสเนียเฮอเซโกวีนา โครเอเชีย เดนมาร์ก ฟินแลนด์ เยอรมัน สาธารณรัฐอิสลามอิหร่าน อิตาลี นอร์เวย์ ปากีสถาน และสวีเดน ทั้งนี้ฝ่ายทะเบียนเป็นผู้ร่างแบบความตกลงเรื่องการบังคับตามคำพิพากษาซึ่งกำหนดรายละเอียดและเงื่อนไขควบคุมการรับบุคคลที่จะถูกลงโทษ แบบความตกลงนี้กำหนดว่า ฝ่ายทะเบียนเมื่อได้ปรึกษากับประธานศาลแล้วจะยื่นคำขอไปยังรัฐเพื่อให้รับบุคคลที่ถูกตัดสินลงโทษเพื่อรับโทษตามคำพิพากษาในเรือนจำของรัฐนั้น ภายใต้ความตกลงรัฐจะไม่ต้องถูกผูกพัน โดยคำขอนั้นแต่จะอยู่ในสถานะที่จะกำหนดการตัดสินใจรับผู้ต้องจำคุกเป็นรายกรณีไป เมื่อนักโทษได้รับการยอมรับและ

<sup>7</sup> ICTY Statute, article 27. Enforcement of sentences ‘Imprisonment shall be served in a State designated by the International Tribunal from a list of States which have indicated to the Security Council their willingness to accept convicted persons. Such imprisonment shall be in accordance with the applicable law of the State concerned, subject to the supervision of the International Tribunal.’

มีการส่งตัวแล้วรัฐที่บังคับโทษจะผูกพัน โดยระยะเวลาของคำตัดสินลงโทษของศาล และเงื่อนไขการจำคุกจะต้องสอดคล้องกับกฎหมายภายในแต่อยู่ภายใต้การดูแลของศาล ICTY

จากที่ได้กล่าวถึงองค์การที่มีบทบาทในการบังคับโทษตามคำพิพากษาของศาล ICTY แล้วต่อไปจะได้กล่าวถึงกรอบของกฎหมายเกี่ยวกับโทษของผู้กระทำความผิดตามคำพิพากษา

### 5.3 กรอบของกฎหมายในการลงโทษผู้กระทำความผิดตามตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ อดีตุโกสลาเวีย

#### 5.3.1 ชนิดของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดและหลักในการกำหนดโทษ

เกี่ยวกับโทษสำหรับผู้กระทำความผิดภายใต้การตัดสินโดยศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตุโกสลาเวียได้ถูกบัญญัติไว้ใน มาตรา 24<sup>8</sup> ของตราสารก่อตั้งความว่า

- (1) โทษที่ถูกกำหนดโดยคณะพิจารณาชั้นต้นต้องถูกจำกัดเพียงการจำคุก ในการกำหนดระยะเวลาจำคุกคณะพิจารณาชั้นต้นต้องใช้วิธีการปฏิบัติทั่วไปเกี่ยวกับคำพิพากษาจำคุกของศาลอดีตุโกสลาเวีย
- (2) ในการทำคำพิพากษา คณะพิจารณาชั้นต้นต้องนำปัจจัยเช่นความร้ายแรงของความผิดและสถานการณ์แวดล้อมแต่ละกรณีของบุคคลที่ถูกลงโทษมาพิจารณา
- (3) [...]

จากบทบัญญัติมาตราดังกล่าวผู้ถูกลงโทษตามคำพิพากษาของศาล ICTY จะได้รับโทษเพียงชนิดเดียวคือการจำคุก เนื่องจากตราสารก่อตั้งไม่ได้กำหนดระยะเวลาจำคุกสำหรับความผิดในแต่ละฐานไว้จึงเป็นอำนาจของศาลในการใช้ดุลพินิจกำหนดระยะเวลาการจำคุกสำหรับความผิดแต่ละฐานที่ผู้ถูกลงโทษได้กระทำ ทั้งนี้ศาลต้องอาศัยหลักทั่วไปที่ศาลของอดีตุโกสลาเวียใช้ปฏิบัติและในการตัดสินกำหนดโทษ ศาล ICTY ยังต้องพิจารณาปัจจัยสองประการประกอบคือ

- 1) ความร้ายแรงของความผิด และ
- 2) สถานการณ์แวดล้อมแต่ละกรณี

<sup>8</sup> ICTY statute article 24.

เนื่องจากตามมาตรา 24 ของตราสารก่อตั้งได้กำหนดขอบเขตการพิจารณากำหนดโทษไว้เพียงกว้าง ๆ ศาล ICTY จึงได้กำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมไว้ในกฎกระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐาน

กฎข้อ 101 โทษ บัญญัติว่า

A) บุคคลผู้ถูกตัดสินลงโทษอาจถูกพิพากษาให้จำคุกในช่วงระยะเวลาหนึ่งขึ้นไปและรวมถึงตลอดชีวิตของผู้ถูกลงโทษ

B) ในการทำคำพิพากษา คณะพิจารณาชั้นต้นต้องพิจารณาถึงปัจจัยที่ระบุไว้ในมาตรา 24(2) ของตราสารก่อตั้ง เช่นเดียวกับปัจจัยดังต่อไปนี้

i) สถานการณ์แวดล้อมใด ๆ ที่มีผลเพิ่มโทษ

ii) สถานการณ์แวดล้อมใด ๆ ที่มีผลในการลดโทษ รวมทั้งการให้ความร่วมมืออย่างดียิ่งกับอัยการของผู้ถูกลงโทษทั้งก่อนและหลังการลงโทษ

iii) หลักปฏิบัติทั่วไปเกี่ยวกับคำตัดสินจำคุกในศาลของอดีตยูโกสลาเวีย

iv) ขอบเขตเกี่ยวกับโทษที่ลงโดยศาลของรัฐใด ๆ ต่อผู้ถูกลงโทษสำหรับการกระทำเดียวกันที่เคยได้รับ ตามที่ได้อ้างถึงในมาตรา 10(3) ของตราสารก่อตั้ง (Non-bis-in-Idem)

C) ต้องให้เครดิตแก่บุคคลที่ถูกลงโทษสำหรับช่วงเวลาที่ผู้ถูกลงโทษได้ถูกกักกัน (ถ้ามี) ในช่วงที่เขามอบตัวต่อศาลหรือระหว่างการพิจารณาชั้นต้นหรือชั้นอุทธรณ์

จะเห็นได้ว่าศาล ICTY ต้องกำหนดโทษโดยอ้างอิงถึงแนวทางในการกำหนดโทษของศาลอดีตยูโกสลาเวียและต้องพิจารณาขอบเขตของโทษโดยอ้างอิงจากการกำหนดโทษของรัฐใด ๆ สำหรับการกระทำความคิดเดียวกัน และก่อนกำหนดโทษศาลจะต้องนำปัจจัยแวดล้อมต่าง ๆ ที่มีผลในการเพิ่มและบรรเทาโทษมาพิจารณารวมถึงต้องห้ระยะเวลาที่ผู้ถูกลงโทษได้ถูกกักกันโดยศาลออกจากโทษที่ผู้ถูกลงโทษจะได้รับด้วย

ในส่วนการวินิจฉัยกำหนดโทษของศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียสำหรับผู้กระทำความผิดที่ดำรงตำแหน่งผู้บังคับบัญชาได้ปรากฏหลักกฎหมายในคำพิพากษาของศาล ICTY ในหลายคดีที่มีความเกี่ยวข้องกับหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาซึ่งมีประเด็นที่สำคัญได้แก่ ประเด็นการกำหนดโทษสำหรับผู้บังคับบัญชาที่มีทั้งความรับผิดชอบโดยตรงและความรับผิดชอบ

ตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา และประเด็นความร้ายแรงของการกระทำกับการพิจารณาลงโทษผู้บังคับบัญชาที่ต้องรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป

### 5.3.2 การบังคับใช้หลักความรับผิดชอบของบุคคลตามมาตรา 7(1) และ 7(3) ในการกระทำเดียวกัน(Concurrent Application of Articles 7(1) and 7(3) of the Statute)

เมื่อมีการกระทำอาชญากรรมอย่างหนึ่งขึ้น โดยผู้บังคับบัญชาอาจมีผลทำให้ผู้บังคับบัญชามีความรับผิดชอบทางอาญาได้ในสองรูปแบบคือความรับผิดชอบจากการเข้าไปมีส่วนร่วมอันมีผลให้เกิดอาชญากรรมเช่นการออกคำสั่ง การกระตุ้นให้กระทำอาชญากรรม ฯลฯ และรูปแบบที่สองคือหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา ซึ่งหากมีการพิสูจน์ได้ถึงการมีส่วนร่วมหรือพิสูจน์องค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาได้ศาลย่อมสามารถพิพากษาว่าผู้ถูกกล่าวหาที่เป็นผู้บังคับบัญชานั้นมีความรับผิดชอบทั้งสองรูปแบบดังกล่าวสำหรับอาชญากรรมเดียวกันได้แต่การพิจารณาลงโทษผู้บังคับบัญชานั้นจะลงโทษอย่างไรจึงเหมาะสมเป็นประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นซึ่งในคดี Prosecutor v Tihomir BLASKIC ซึ่งศาล ICTY ได้วางหลักเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้

#### ศาลอาญาระหว่างประเทศอติดยุโกสลาเวีย

คณะพิจารณาอุทธรณ์ คดีเลขที่. IT-95-14 : วันที่ 29 July 2004

คำพิพากษาคดี: Prosecutor v Tihomir BLASKIC

คณะพิจารณาอุทธรณ์ได้วางหลักว่า

“เมื่อความรับผิดชอบทางอาญาได้ถูกฟ้องสำหรับความผิดที่ถูกกล่าวหากรรมเดียวเกิดความรับผิดชอบทั้งตามมาตรา 7(1) และ 7(3) และศาลเห็นว่าทั้งความรับผิดชอบโดยตรงและความรับผิดชอบในฐานะผู้บังคับบัญชาได้รับการพิสูจน์เป็นการไม่เหมาะสมที่จะลงโทษในความรับผิดชอบทั้งสองลักษณะ ศาลต้องลงโทษในความรับผิดชอบโดยตรงตามมาตรา 7(1) เพียงฐานเดียวและพิจารณาดำแหน่งผู้บังคับบัญชาของผู้ถูกกล่าวหาเป็นปัจจัยที่ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้นในการทำคำตัดสิน”<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Appeal Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic , Judgement, para. 91 '[...]Appeals Chamber considers that, in relation to a particular count, it is not appropriate to convict under both Article 7(1) and Article 7(3) of the Statute. Where both Article 7(1) and Article 7(3) responsibility are alleged under the same count, and where the legal requirements pertaining to both of these heads of responsibility are met, a Trial Chamber should enter a conviction on the basis of Article 7(1) only and consider the accused's superior position as an aggravating factor in sentencing.' see p. 58 for more details.

จากแนวคำพิพากษาได้วางหลักที่สำคัญในการกำหนดโทษผู้บังคับบัญชาที่มีความรับผิดชอบทั้ง ความรับผิดชอบจากการมีส่วนร่วมในความผิดโดยตรงและความรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบของ ผู้บังคับบัญชา คือ

- 1) ศาลต้องลงโทษตามหลักความรับผิดชอบโดยตรงเพียงสถานเดียว
- 2) พิจารณาตำแหน่งผู้บังคับบัญชาของผู้ถูกกล่าวหาในฐานะปัจจัยในการเพิ่มโทษ

จะเห็นได้ว่าแม้ความรับผิดชอบในรูปแบบของการมีส่วนร่วมในการกระทำผิดตามมาตรา 7(1) และความรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาจะเป็นฐานความผิดที่แตกต่างหากจากกันอย่าง ชัดเจนแต่ศาล ICTY เห็นว่าไม่ควรที่จะลงโทษรวมทั้งสองความรับผิดชอบสำหรับความผิดหนึ่งที่เกิดกระทำ โดยผู้ได้บังคับบัญชา ทั้งนี้ก่อนที่จะได้มีคำพิพากษาของคณะพิจารณาอุทธรณ์ในคดีนี้ได้ปรากฏคำ พิพากษาของคณะพิจารณาชั้นต้นที่มีความแตกต่างในสองรูปแบบคือ

- 1) พิพากษาให้ลงโทษผู้บังคับบัญชาสำหรับอาชญากรรมข้อหาเดียวกันแต่ลงโทษจากหลัก ความรับผิดชอบทั้งความรับผิดชอบโดยตรงตามมาตรา 7(1) และความรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบของ ผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 7(3) เช่น คำพิพากษาในคดี Prosecutor v. Dario Kordic et al<sup>10</sup> หรือใน คำพิพากษาของคณะพิจารณาชั้นต้นคดี Prosecutor v. Tihomir Blaskic<sup>11</sup> ที่แม้ศาลจะได้ระบุว่า ควรลงโทษผู้บังคับบัญชาเพียงรูปแบบความรับผิดชอบเดียวแต่ในท้ายคำตัดสินกลับใช้ภาษาที่ทำให้ เข้าใจว่าศาลลงโทษจากความรับผิดชอบทั้งสองรูปแบบ

- 2) คำพิพากษาที่วินิจฉัยว่าในการลงโทษควรลงโทษเพียงจากความรับผิดชอบในรูปแบบเดียว แม้จะพบว่าในการดำเนินคดีมีการพิสูจน์ความผิดได้ทั้งสองลักษณะเช่นในคำพิพากษาของคณะ พิจารณาชั้นต้นในคดี Prosecutor v. Radislav Krstic<sup>12</sup> หรือคดี Prosecutor v. Milorad

<sup>10</sup> The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Trial Chamber, Prosecutor v. Dario Kordic et al, Judgement.

Case No. IT-95-14/2-T 26 February 2001, paras 830-831, 836-837, 842-843 with respect to Mario Cerkez.

<sup>11</sup> The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Trial Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement. Case

No. IT-95-14-T 3 March 2000

<sup>12</sup> The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Trial Chamber, Prosecutor v. Radislav Krstic, Judgement. Case

No. IT-98-33-T 02 August 2001, para. 652. 'Although the elements of Article 7(3) have thus been fulfilled, the Trial Chamber will not enter a conviction to that effect because in its view General Krstic's responsibility for the participation of his troops in the killings is sufficiently expressed in a finding of guilt under Article 7(1).'

Krnjelac<sup>13</sup> สองคดีนี้ศาลได้ลงโทษในลักษณะความรับผิดที่เชื่อว่าเหมาะสมกับลักษณะการกระทำของผู้ถูกกล่าวหา

อย่างไรก็ดีก่อนหน้าคณะพิจารณาชั้นต้นในคดี Prosecutor v. Tihomir Blaskic ได้มีความเห็นว่า เมื่อผู้บังคับบัญชาละเว้นการปฏิบัติหน้าที่เพื่อป้องกันอาชญากรรมหรือลงโทษผู้กระทำความผิด ผู้บังคับบัญชานั้นควรต้องรับการตัดสินโทษที่หนักกว่าผู้ได้บังคับบัญชาที่ได้กระทำความผิดหากการละเว้นนั้นเป็นการเพิกเฉยหรือเป็นการรับรองของผู้บังคับบัญชาต่อการกระทำอาชญากรรมของผู้ได้บังคับบัญชาซึ่งเท่ากับเป็นการสนับสนุนการกระทำอาชญากรรมครั้งใหม่ ตำแหน่งผู้บังคับบัญชานั้นมีผลเพิ่มระดับโทษหรืออย่างน้อยนำไปสู่การลดความสำคัญของปัจจัยที่มีผลในการลดหย่อนโทษ<sup>14</sup> เมื่อมีคำพิพากษาของคณะพิจารณาอุทธรณ์ในคดี Prosecutor v. Tihomir BLASKIC นี้ย่อมทำให้ประเด็นทางกฎหมายเป็นที่ยุติซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นการกำหนดแนวทางการพิจารณาที่เหมาะสมเพราะเป็นการสอดคล้องกับหลักกฎหมายอาญาทั่วไปเพราะเมื่อบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดโดยตรงแล้วย่อมไม่ต้องที่จะต้องมีความรับผิดทางอาญาจากฐานะอื่นของผู้ถูกลงโทษอันเป็นความรับผิดทางอ้อม แม้จะพิสูจน์ได้ถึงความรับผิดของผู้ถูกลงโทษทั้งความรับผิดโดยตรงและความรับผิดโดยอ้อมอันเป็นผลมาจากฐานะความเป็นผู้บังคับบัญชา ศาลก็ต้องลงโทษโดยผลจากการกระทำผิดโดยตรงของผู้ถูกลงโทษนั้น และพิจารณาปัจจัยตำแหน่งผู้บังคับบัญชาว่ามีผลในการเพิ่มความรับผิด ซึ่งผู้เขียนมองว่าเป็นการนำหลัก “Blockburger” (ในการลงโทษรวมต้องไม่ปรากฏว่ามีองค์ประกอบความผิดที่สำคัญประกอบอยู่ในฐานความผิดที่นำมารวมพิจารณาลงโทษ) มาประยุกต์ในการลงโทษที่มีความเหมาะสมทั้งนี้เพราะความเป็นผู้บังคับบัญชาไม่ใช่องค์ประกอบความผิดของความรับผิดโดยตรงสามารถนำมาใช้พิจารณาเพิ่มโทษได้ หากปรากฏว่าผู้ถูกลงโทษมีความรับผิดทางอาญาตามหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาผู้เขียนมีความเห็นว่าไม่สามารถนำตำแหน่งผู้บังคับบัญชาของผู้ถูกลงโทษมาพิจารณาเป็นปัจจัยในการเพิ่มโทษได้อีกทั้งนี้เพราะความเป็นผู้บังคับบัญชานั้นเป็นองค์ประกอบหนึ่งในความรับผิดอยู่แล้วนั่นเอง

<sup>13</sup> The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Trial Chamber, Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Judgement.

Case No.: IT-97-25-T 15 March 2002, para. 496. ‘The Trial Chamber has already determined that the Accused incurred individual responsibility for aiding and abetting the maintenance of the living conditions as acts of persecution pursuant to Article 7(1) of the Statute.1493 In the exercise of its discretion, the Trial Chamber considers it more appropriate to enter a conviction under Article 7(1) as stated earlier.’

<sup>14</sup> Trial Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement, para. 789.

### 5.3.3 ความร้ายแรงของการกระทำในการพิจารณาลงโทษผู้บังคับบัญชาที่ต้องรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบของผู้นำของผู้บังคับบัญชา

ในการตัดสินลงโทษผู้กระทำความผิดตามหลักกฎหมายอาญานั้นศาลจะต้องคำนึงถึงความร้ายแรงรุนแรงของความผิดที่ได้กระทำในการพิจารณาระดับการลงโทษซึ่งเป็นเช่นเดียวกับที่ตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศคดียูโกสลาเวียมาตรา 24(2) ที่ได้กำหนดไว้ว่า “ในการตัดสินลงโทษ ศาลต้องคำนึงถึงปัจจัยทั้งหลายเช่นความรุนแรงของความผิดและปัจจัยแวดล้อมของผู้ที่จะถูกลงโทษแต่ละคน” และสำหรับการลงโทษผู้บังคับบัญชาที่ต้องรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาก็เช่นเดียวกันคือ ศาลต้องนำความรุนแรงของการกระทำความผิดมาพิจารณาเพื่อตัดสินลงโทษผู้บังคับบัญชานั้นแต่จะมีหลักเกณฑ์หรือวิธีการอย่างไร ปรากฏในคำพิพากษาของศาล ICTY หลายคดีแต่จะกล่าวเน้นถึงคำพิพากษาคดี Prosecutor v Zoran KUPRESKIC et al และ Celebici ซึ่งได้วางหลักการพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดโทษที่สำคัญซึ่งผู้เขียนเชื่อว่าจะเป็นข้อยุติสำหรับประเด็นนี้

#### ศาลอาญาระหว่างประเทศคดียูโกสลาเวีย<sup>15</sup>

คณะพิจารณาชั้นต้น คดีเลขที่ IT-95-16-T : วันที่ 14 January 2000

คำพิพากษาคดี: Prosecutor v Zoran KUPRESKIC et al

จำเลย Zoran KUPRESKIC ตำแหน่ง ทหารของสภาป้องกันโครเอเชีย

Mirjan KUPRESKIC ตำแหน่ง ทหารของสภาป้องกันโครเอเชีย

Vlatko KUPRESKIC ตำแหน่ง ทหารของสภาป้องกันโครเอเชีย

Drago JOSIPOVIC ตำแหน่ง ทหารของสภาป้องกันโครเอเชีย

Dragan PAPIC ตำแหน่ง ทหารของสภาป้องกันโครเอเชีย

Vladimir SANTIC ตำแหน่ง ทหารของสภาป้องกันโครเอเชีย

**ข้อเท็จจริง** ภายหลังจากการประกาศตนเป็นเอกราชของบอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา ชุมชนชาวโครเอเชียใน เฮอร์เซโก-บอสเนีย ได้ประกาศเป็นเขตปกครองตนเอง เมื่อ 3 กรกฎาคม 1992 ต่อมาในช่วง ตุลาคม 1992 ถึงพฤษภาคม 1993 กองทัพเฮอร์เซโกบอสเนียที่รู้จักกันในชื่อ “สภาป้องกันโครเอเชีย” (HVO) ได้สู้รบกับกองทัพของรัฐบาลบอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา ในช่วงตั้งแต่ มกราคม 1993 ทหาร HVO ได้โจมตีที่อยู่อาศัยของชาวบอสเนียนมุสลิมอย่างต่อเนื่องในเขตที่ราบลุ่มแม่น้ำลาสวา ในตอนกลางของบอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา เมื่อ 16 เมษายน 1993 กองกำลัง HVO ได้โจมตีเมือง Vitez และหมู่บ้าน Donja Veceriska, Sivrino Selo, Santici, Ahmici, Nadioci, Stara Bila, Gacice,

<sup>15</sup> <http://www.un.org/icty/cases-e/index-e.htm>



Pirici และ Preocica ในช่วงการโจมตีทหาร HVO ได้ตระเวนฆ่าและทำร้ายพลเมืองเชื้อสาย บอสเนียนมุสลิม เผ่าบ้านและปศุสัตว์ โดยจำเลยทั้งหมดได้เตรียมการโจมตีพลเมืองในพื้นที่ Ahmici-Santici โดยมีส่วนร่วมในการฝึกทหารและการใช้อาวุธ จัดกองกำลังทหาร HVO อาวุธ และยุทธโศปกรณ์ ภายในและรอบ ๆ หมู่บ้านในเขต Ahmici-Santici

**ข้อกล่าวหา** จำเลยแต่ละคนมีความรับผิดชอบต่ออาชญากรรมด้วยหลักความรับผิดชอบตามมาตรา 7(1) โดยการกระทำ วางแผน กระตุ้นสั่งการและช่วยเหลืออื่น ๆ ในแผนการ การเตรียมการ และปฏิบัติการ อาชญากรรมตามมาตรา 2,3 และ 5 ของตราสารก่อตั้ง

**คำตัดสิน** Zoran KUPRESKIC ถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ โดยการกระทำทารุณด้วยเหตุทางเชื้อชาติศาลลงโทษจำคุก 10 ปี

Mirjan KUPRESKIC ถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติโดยการกระทำทารุณด้วยเหตุทางเชื้อชาติศาลลงโทษจำคุก 8 ปี

Vlatko KUPRESKIC ถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติโดยการกระทำทารุณด้วยเหตุทางเชื้อชาติศาลลงโทษจำคุก 6 ปี

Drago JOSIPOVIC ถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติโดย กระทำทารุณด้วยเหตุทางเชื้อชาติศาลลงโทษจำคุก 10 ปี ฆาตกรรมลงโทษจำคุก 15 ปี กระทำการเหมือนไม่ใช่ มนุษย์ลงโทษจำคุก 10 ปี

Dragan PAPIC ไม่มีผิด

Vladimir SANTIC ถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติโดย กระทำทารุณด้วยเหตุทางเชื้อชาติศาลลงโทษจำคุก 25 ปี ฆาตกรรมลงโทษจำคุก 15 ปี กระทำการเหมือนไม่ใช่ มนุษย์ลงโทษจำคุก 10 ปี

คณะพิจารณาชั้นต้นในคดีนี้ได้วางหลักว่า

**“คำตัดสินที่จะลงโทษนั้นจะต้องสะท้อนถึงความร้ายแรงที่อยู่ในความผิดที่ได้กระทำโดยผู้ถูกกล่าวหา ในการพิจารณาความร้ายแรงของอาชญากรรมนั้นต้องพิจารณาถึงสถานการณ์แวดล้อมเฉพาะในแต่ละกรณีเช่นเดียวกับรูปแบบและระดับของการมีส่วนร่วมของผู้ถูกกล่าวหาในอาชญากรรมนั้น”<sup>16</sup>**

<sup>16</sup> Trial Chamber, *Kupreskic*, Judgement, para 852, ‘The sentence to be imposed must reflect the inherent gravity of the criminal conduct of the accused. The determination of the gravity of the crime requires a consideration of the particular circumstances of the case, as well as the form and degree of the participation of the accused in the crime.’

จากแนวคำพิพากษาศาลได้วางหลักโดยยึดตามมาตรา 24(2) ของตราสารก่อตั้งโดยมี  
 ความเห็นว่าคำตัดสินลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องเป็นโทษที่เหมาะสมกับความร้ายแรงของ  
 การกระทำซึ่งศาลเห็นว่า ปัจจัยที่บ่งบอกความร้ายแรงนั้นมีสามประการคือ

- 1) สถานการณ์แวดล้อมในแต่ละกรณีของการกระทำความผิด
- 2) รูปแบบของการมีส่วนร่วมในการกระทำอาชญากรรม
- 3) ระดับการมีส่วนร่วมในการกระทำอาชญากรรม

ปัจจัยความร้ายแรงของความผิดนั้นเป็นเครื่องชี้วัดถึงความยุติธรรมของกระบวนการ  
 ยุติธรรมทางอาญาเพราะอาชญากรรมที่มีความร้ายแรงมากผู้กระทำความผิดต้องถูกลงโทษด้วยโทษที่หนัก  
 กว่ากรณีผู้ถูกลงโทษกระทำอาชญากรรมที่มีความร้ายแรงน้อยกว่า สำหรับสถานการณ์หรือปัจจัย  
 แวดล้อมที่มีผลในการพิจารณาว่ามีผลต่อความร้ายแรงของอาชญากรรมนั้นเป็นเรื่องของข้อเท็จจริงที่  
 จะต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป

สำหรับปัจจัยรูปแบบของการมีส่วนร่วมในอาชญากรรมนั้นผู้เขียนเห็นว่าหลักในการ  
 พิจารณา คือ รูปแบบการมีส่วนร่วมใดที่มีผลทำให้เกิดอาชญากรรมมากกว่าน่าจะถือได้ว่ามีความ  
 ร้ายแรงมากกว่าเช่น การสนับสนุนโดยการให้กำลังใจในการกระทำอาชญากรรมควรมีความ  
 ร้ายแรงน้อยกว่าการสนับสนุนโดยความช่วยเหลือเครื่องมือให้ผู้กระทำความผิดใช้ประกอบ  
 อาชญากรรมเพราะนอกจากจะมีผลก่อให้เกิดอาชญากรรมด้วยเครื่องมือนั้นแล้วการกระทำดังกล่าว  
 ย่อมเป็นการสนับสนุนทางจิตวิทยาถือได้ว่าเป็นการให้กำลังใจแก่ผู้กระทำความผิดด้วย นอกจากนี้  
 บุคคลผู้กระทำความผิดเองอาจเข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดในหลายรูปแบบเช่นเป็นทั้งผู้  
 วางแผน ผู้สนับสนุน ผู้ปิดบังการกระทำความผิด เป็นต้น ซึ่งต้องพิจารณาว่าการเข้าไปมีส่วนร่วม  
 ในการกระทำความผิดที่หลากหลายนี้ถือได้ว่ามีความร้ายแรงมากกว่าการเข้าไปมีส่วนร่วมในการ  
 กระทำความผิดเพียงรูปแบบเดียว

ผู้เขียนมีมุมมองว่าระดับการมีส่วนร่วมในการกระทำอาชญากรรมคือสัดส่วนของการเข้า  
 ไปมีส่วนร่วมของการกระทำนั้นเอง ตัวอย่างเช่นในการวางแผนการเพื่อกระทำที่เป็นความผิด  
 อาญาระหว่างประเทศซึ่งปกติจะเป็นการวางแผน โดยกลุ่มบุคคลในหลายระดับซึ่งจะมีความ  
 เกี่ยวข้องกับการวางแผนกระทำอาชญากรรมที่ต่างกันออกไป ผู้ที่มีส่วนในการกำหนดรายละเอียด  
 ของแผนที่ก่อให้เกิดอาชญากรรมมากย่อมต้องถือได้ว่ามีความร้ายแรงในการกระทำมากกว่าบุคคลที่มี  
 ส่วนร่วมในการประชุมวางแผนการแต่มิได้เสนอความเห็นหรืออภิปรายสนับสนุนแผน

จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายจากคำพิพากษาในคดี KUPRESKIC นี้ได้บ่งบอกถึงหลักเกณฑ์  
 ทั่วไปเกี่ยวกับความร้ายแรงของความผิดในการกำหนดโทษ อย่างไรก็ตามสำหรับความร้ายแรงของ  
 การกระทำในกรณีที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาศาล ICTY ได้วางหลักเพิ่มเติมไว้ใน  
 คดี Celebici

## ศาลอาญาระหว่างประเทศคดียูโกสลาเวีย

คณะพิจารณาอุทธรณ์ คดีเลขที่ IT-96-21 : วันที่ 20 February 2001

คำพิพากษาคดี: Prosecutor v Zejnir DELALIC et al. (Celebici Case)

คณะพิจารณาอุทธรณ์ในคดีนี้วินิจฉัยวางหลักว่า

“มีปัจจัยสองประการที่มีผลกำหนดความร้ายแรงของความผิดที่กระทำภายใต้มาตรา 7(3) ของตราสารก่อตั้ง

- 1) ความรุนแรงของอาชญากรรมที่กระทำโดยผู้บังคับบัญชาของผู้ถูกลงโทษ และ
- 2) ความรุนแรงในการละเว้นการป้องกันหรือลงโทษอาชญากรรมนั้นของผู้บังคับบัญชาที่ถูกลงโทษเอง

สองปัจจัยนี้ต้องถูกนำมาพิจารณาซึ่งในทางปฏิบัติ ความร้ายแรงของการกระทำของผู้บังคับบัญชาที่ละเว้นการป้องกันหรือลงโทษอาชญากรรมต้องถูกวัดในระดับหนึ่งโดยธรรมชาติของอาชญากรรมซึ่งเกี่ยวข้องกับการละเว้นนั้น ตัวอย่างเช่นการละเว้นป้องกันหรือลงโทษการฆาตกรรมหรือการทรมานที่กระทำโดยผู้บังคับบัญชาต้องถูกถือว่ามี ความรุนแรงกว่าการละเว้นป้องกันหรือลงโทษการปล้นสะดม<sup>17</sup>

“เป็นการไม่ถูกต้องโดยเนื้อหาของกฎหมายที่จะระบุว่าความรับผิดชอบสำหรับการกระทำอาชญากรรมของผู้บังคับบัญชามีความร้ายแรงน้อยกว่าความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่กระทำ ความผิด”<sup>18</sup>

“[...] การละเว้นการปฏิบัติหน้าที่อย่างต่อเนื่องเพื่อป้องกันหรือลงโทษนั้น ด้วยผลของการละเว้นโดยนัยที่กระตุ้นให้ผู้บังคับบัญชาเชื่อว่าพวกตนสามารถกระทำอาชญากรรมได้ต่อไปโดยไม่ต้องรับโทษ ต้องถูกพิจารณาว่ามีความรุนแรงอย่างเด่นชัดมากกว่าการละเว้นเพียงครั้งเดียว [...]”<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Appeal Chamber, Celebici case, Judgement, para. 732. ‘[...] there are two aspects to an assessment of the gravity of offences committed under Article 7(3) of the Statute:

- (1) the gravity of the underlying crime committed by the convicted person's subordinate; and
- (2) the gravity of the convicted person's own conduct in failing to prevent or punish the underlying crimes.

[...] these two matters must be taken into account. As a practical matter, the seriousness of a superior's conduct in failing to prevent or punish crimes must be measured to some degree by the nature of the crimes to which this failure relates. A failure to prevent or punish murder or torture committed by a subordinate must be regarded as being of greater gravity than a failure to prevent or punish an act of plunder, for example.’ see p. 50 for more details.

<sup>18</sup> Ibid., para. 735. ‘It would be incorrect to state that, as a matter of law, responsibility for criminal conduct as a superior is less grave than responsibility as the subordinate perpetrator.[...]’

<sup>19</sup> Ibid., para. 739 ‘[...] such an ongoing failure to exercise the duties to prevent or punish, with its implicit effect of encouraging subordinates to believe that they can commit further crimes with impunity, must be regarded as being of significantly greater gravity than isolated incidents of such a failure. [...]’

จากหลักกฎหมายที่คณะพิจารณาอุทธรณ์ได้ระบุไว้ข้างต้นทำให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับการกำหนดโทษสำหรับความรับผิดตามหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาซึ่งมีความสำคัญเพราะตามตราสารก่อตั้งศาล ICTY นั้นไม่ได้กำหนดระดับโทษของผู้บังคับบัญชาที่ละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ป้องกันหรือลงโทษอาชญากรรม ซึ่งสามารถสรุปได้ถึงหลักเกณฑ์การพิจารณา ดังนี้

- 1) ระดับโทษของความรับผิดตามหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาไม่ต่ำกว่าผู้ได้บังคับบัญชาผู้ซึ่งได้กระทำอาชญากรรมโดยตรง
- 2) ปัจจัยความร้ายแรงของการกระทำในการพิจารณากำหนดโทษสำหรับความรับผิดของผู้บังคับบัญชาที่ศาลต้องนำมาพิจารณามีสองประการคือ
  - 2.1) ความรุนแรงของอาชญากรรมที่เป็นเงื่อนไขทำให้เกิดความรับผิด
  - 2.2) ความรุนแรงของการละเว้นการปฏิบัติของผู้บังคับบัญชา

ผู้เขียนมีความเห็นสอดคล้องกับศาล ICTY ว่าการนำความร้ายแรงของอาชญากรรมและพฤติการณ์ของผู้บังคับบัญชามาพิจารณาลงโทษผู้บังคับบัญชามีความสำคัญ ในการพิจารณาลงโทษนั้นก็จะต้องมีความสม่าเสมอเป็นแบบแผนเดียวกัน เพราะความเชื่อมั่นของสาธารณชนต่อความน่าเชื่อถือของการบริหารกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไม่ว่าจะเป็นระดับระหว่างประเทศหรือระดับภายในประเทศเป็นเรื่องที่มีความสำคัญเกี่ยวเนื่องถึงความอยู่รอดของสถาบันซึ่งมีความรับผิดชอบในการบริหารความยุติธรรม โดยหนึ่งในองค์ประกอบพื้นฐานในระบบยุติธรรมทางอาญาใด ๆ ที่ชอบด้วยเหตุผลและยุติธรรมคือความมีมาตรฐานสม่าเสมอในการลงโทษ ในการลงโทษจะไม่มี ความยุติธรรมหากปรากฏว่าความผิดที่ถูกกระทำมีสภาพที่แตกต่างกันแต่การลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดเป็นแบบเดียวกัน<sup>20</sup> แต่ไม่ได้หมายถึงว่าศาลจะต้องยึดติดกับการลงโทษในคดีหนึ่งในแบบเดียวกันกับคดีอื่นเพียงเพราะสภาพปัจจัยแวดล้อมระหว่างสองคดีมีความเหมือนกัน เมื่อจำนวนของคำพิพากษาของศาลเพิ่มมากขึ้นจะเป็นสิ่งที่สร้างความชัดเจนถึงขอบเขตหรือรูปแบบการลงโทษบุคคลในกรณีที่ปัจจัยแวดล้อมบุคคลและปัจจัยแวดล้อมในการกระทำความผิดมีความเหมือนกัน และเมื่อขอบเขตหรือรูปแบบดังกล่าวปรากฏศาลจะต้องผูกพันในการพิจารณาถึงขอบเขตและรูปแบบเพื่อจะประกันว่าคำตัดสินลงโทษไม่ก่อให้เกิดความลำเอียงที่ไม่เป็นธรรม ทั้งนี้โดยไม่ต้องยึดติดกับขอบเขตหรือรูปแบบนั้น<sup>21</sup>

จากที่ได้กล่าวถึงแนวทางการกำหนดโทษของศาล ICTY สำหรับความรับผิดตามหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการพิจารณากำหนดโทษของ

<sup>20</sup> Ibid., para. 756.

<sup>21</sup> Ibid., para. 757.

ผู้บังคับบัญชาในกรณีต่าง ๆ ในระดับหนึ่งต่อไปจะได้กล่าวถึงวิธีการปฏิบัติในการบังคับโทษตามกระบวนการของศาล

#### 5.4 วิธีการปฏิบัติในการบังคับโทษ

กระบวนการในการดำเนินคดีของศาล ICTY เพื่อผลในการนำผู้ที่มีความรับผิดชอบต่อการกระทำละเมิดต่อกฎหมายมนุษยธรรมอย่างร้ายแรงในพื้นที่อดีตยูโกสลาเวียมาลงโทษนั้นเริ่มตั้งแต่นั้นขึ้นตอนของการสอบสวน การฟ้องผู้ต้องหา การดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล และการบังคับตามคำพิพากษาโดยส่งผู้ถูกลงโทษไปจำคุก

การสอบสวนเป็นหน้าที่ของอัยการเพื่อทราบข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิด ทั้งนี้เพื่อผลการปฏิบัติกฎกระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐานของศาล ICTY ได้ให้อัยการมีอำนาจดังนี้

1) เรียกและสอบถามผู้ต้องสงสัย เกี่ยวกับการกระทำความผิดและพยาน รวบรวมหลักฐาน และสอบสวนในสถานที่เกิดเหตุ และขอความร่วมมือจากหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องเช่นเดียวกับองค์กรระหว่างประเทศใด ๆ รวมถึงองค์กรตำรวจสากล<sup>22</sup>

2) ในกรณีฉุกเฉินอัยการอาจร้องขอให้รัฐใด ๆ จับกุมผู้ต้องสงสัยหรือผู้ถูกกล่าวหาเป็นการชั่วคราว ยึดพยานวัตถุ และใช้มาตรการที่จำเป็นทุกอย่างเพื่อป้องกัน การหลบหนีของผู้ต้องสงสัยหรือผู้ถูกกล่าวหา การทำร้ายหรือข่มขู่เหยื่อหรือพยาน หรือการทำลายหลักฐาน<sup>23</sup>

เมื่อมีการร้องขอหรือโดยศาลเองเห็นเป็นการสมควร โดยเชื่อว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิด ศาลมีอำนาจในการออกหมายจับผู้ที่ต้องถูกจับตามหมายและสามารถออกคำสั่งให้มีการส่งตัวมายังศาลเพื่อการดำเนินคดี<sup>24</sup> รัฐที่จับกุมผู้ต้องหาตามหมายได้ต้องควบคุมและแจ้งมายังฝ่ายทะเบียนของศาลโดยด่วน ฝ่ายทะเบียนมีหน้าที่ในการจัดการร่วมกับหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องและหน่วยงานของรัฐที่ควบคุมตัวผู้ต้องหาเพื่อการส่งตัวผู้ถูกกล่าวหาไปยังศาล<sup>25</sup>

<sup>22</sup> ICTY Rule 39. Conduct of Investigation.

<sup>23</sup> Ibid., rule 40. Provisional Measures.

<sup>24</sup> Ibid., rule 54. General Rule

<sup>25</sup> Ibid., rule 57. Procedure after Arrest

การดำเนินคดีกับผู้ถูกกล่าวหาศาลต้องให้ความเคารพในสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาซึ่งมาตรา 21 ตราสารก่อตั้งได้กำหนดสิทธิพื้นฐานของผู้ถูกกล่าวหาดังนี้

-มีสิทธิเท่าเทียมกับทุกฝ่ายในศาล

-มีสิทธิได้รับการพิจารณาที่ยุติธรรมและเปิดเผย

-ผู้ถูกกล่าวหาต้องถูกถือว่ายังเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าความผิดจะได้รับการพิสูจน์

-ในการฟ้องผู้ถูกกล่าวหา นั้น ผู้ถูกกล่าวหา

a) มีสิทธิในการได้รับแจ้งทันทีในรายละเอียดการฟ้องด้วยภาษาที่ผู้ถูกกล่าวหาเข้าใจ รวมถึงสาเหตุการฟ้อง

b) มีสิทธิได้รับเวลาและความสะดวกอย่างเพียงพอในการเตรียมข้อต่อสู้และติดต่อกับที่ปรึกษาที่เขาเลือกด้วยตนเอง

c) ได้รับการพิจารณาโดยไม่ชักช้า

d) การพิจารณาต้องกระทำต่อหน้าผู้ถูกกล่าวหา ผู้ถูกกล่าวหา มีสิทธิต่อสู้ด้วยตนเองหรือผ่านผู้ช่วยทางกฎหมายที่ตนเป็นผู้เลือก หากผู้ถูกกล่าวหาไม่มีผู้ช่วยทางกฎหมายเขามีสิทธิได้รับการแจ้งสิทธิของตนที่จะได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาไม่สามารถจ่ายได้

e) มีสิทธิตรวจสอบพยานที่มีผลร้ายต่อตนและได้รับโอกาสในการเข้าถึงและตรวจสอบพยานของตนเองในเงื่อนไขเช่นเดียวกัน

f) มีสิทธิได้รับความช่วยเหลือทางภาษาผ่านล่ามโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายหากผู้ถูกกล่าวหาไม่สามารถเข้าใจหรือพูดภาษาที่ใช้ในศาลได้

g) ไม่อาจถูกบังคับให้ให้การเป็นผลร้ายต่อตนหรือให้รับสารภาพ

ในส่วนของเธอื่อจากการกระทำความผิดและพยานนั้น ตราสารก่อตั้งศาล ICTY มาตรา 22 ได้กำหนดให้ศาลต้องกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อปกป้องเหยื่อและพยานในกฎกระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐานของศาล การปกป้องดังกล่าวต้องรวมถึงการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยผ่านกล้องถ่ายทอดภาพและปกป้องโดยไม่บ่งชี้ถึงตัวตนเหยื่อ

ภายหลังเสร็จสิ้นกระบวนการพิจารณาในศาลและศาลได้ทำคำพิพากษาคัดสินลงโทษจำคุกผู้ถูกกล่าวหากระบวนการบังคับโทษตามคำพิพากษาจึงเริ่มขึ้น โดยแนวทางการบังคับนั้นได้ถูกวางหลักไว้ในคำพิพากษาคดี Celebici

### ศาลอาญาระหว่างประเทศคดียูโกสลาเวีย

คณะพิจารณาชั้นต้น คดีเลขที่ IT-96-21-T : วันที่ 16 November 1998

คำพิพากษาคดี: Prosecutor v Zejnil DELALIC et al. (Celebici Case)

คณะพิจารณาได้กำหนดในคำพิพากษาเกี่ยวกับวิธีการบังคับโทษว่า

“ตามมาตรา 27 ของตราสารก่อตั้งและกฎข้อ 103 ของกฎกระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐาน Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad Landzo ต้องรับโทษของแต่ละคนในรัฐที่กำหนดโดยประธานศาล จากรายชื่อรัฐที่แสดงความจำนงต่อคณะมนตรีความมั่นคงว่าจะรับบุคคลที่ถูกลงโทษ การส่งตัวทั้งสามคนไปยังรัฐหนึ่งหรือหลายรัฐที่กำหนดต้องกระทำทันทีที่ทำได้ภายหลังจากระยะเวลาอุทธรณ์ได้ล่วงพ้นไป หากมีการอุทธรณ์การส่งตัวผู้ต้องถูกลงโทษจะต้องถูกส่งตัวทันทีที่ทำได้ภายหลังคณะพิจารณาอุทธรณ์ได้มีคำตัดสินอุทธรณ์ จนกว่าจะถึงเวลาดังกล่าวสถานะของผู้ถูกลงโทษทั้งสามเป็นไปตามกฎกระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐานข้อ 102 และทั้งสามยังถูกต้องถูกควบคุมโดยศาล”<sup>26</sup>

จากแนวคำพิพากษาได้กำหนดแนวทางในการบังคับโทษตามคำพิพากษาโดยอาศัยตราสารก่อตั้งและกฎกระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐานของศาล ซึ่งสามารถสรุปได้ถึงหลักเกณฑ์ดังนี้

1) สถานที่ที่ใช้จำคุกผู้ต้องถูกลงโทษนั้นคือรัฐที่ได้แสดงความจำนงที่จะรับผู้ต้องโทษซึ่งประธานศาลจะเป็นผู้เลือกทั้งนี้เป็นดุลพินิจของประธานศาลและความสมัครใจของรัฐที่จะรับตัวผู้ต้องโทษเป็นรายกรณี ๆ ไป ดังนั้นผู้ต้องโทษในคดีเดียวกันอาจต้องถูกจำคุกในรัฐที่ต่างกันได้

<sup>26</sup> Trial Chamber, Celebici Case, Judgement, para. 1290. Pursuant to Article 27 of the Statute and Rule 103 of the Rules,

Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad Landzo shall each serve their sentence in a State designated by the President of the International Tribunal from a list of States who have indicated to the Security Council their willingness to accept convicted persons. The transfer of Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad Landzo to the designated State or States shall be effected as soon as possible after the time-limit for appeal has elapsed. In the event that notice of appeal is given, the transfer of the person or persons in respect of whom such notice has been given shall instead be effected as soon as possible after the Appeals Chamber has determined the appeal. Until that time, in accordance with the provisions of Rule 102, Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad Landzo, are to remain in the custody of the International Tribunal.’ see p. 50 for more details.

2) จุดเริ่มของการบังคับโทษตามคำพิพากษาเริ่มเมื่อสิ้นสุดกระบวนการอุทธรณ์คือ ได้มีคำพิพากษาอุทธรณ์กรณีผู้ต้องโทษอุทธรณ์หรือเมื่อล่วงเลยระยะเวลาอุทธรณ์ในกรณีที่ผู้ต้องหาไม่อุทธรณ์ เมื่อฎีการะบวนพิจารณาและพยานหลักฐานของศาลข้อ 108 กำหนดให้ผู้อุทธรณ์ต้องยื่นอุทธรณ์ภายในไม่เกิน 30 วันนับแต่วันที่อ่านคำพิพากษานั้นคือการบังคับโทษตามคำพิพากษาของศาล ICTY จะเริ่มได้อย่างเร็วที่สุดคือ 31 วันจากวันที่คณะพิจารณาชั้นต้นอ่านคำพิพากษา

3) ในระหว่างรอการบังคับโทษตามคำพิพากษาศาลมีหน้าที่ควบคุมผู้ถูกตัดสินลงโทษ

4) ในกรณีผู้ถูกตัดสินลงโทษไม่อยู่ในการควบคุมของศาลเมื่อมีการอ่านคำพิพากษา ศาลมีอำนาจออกหมายจับผู้ถูกตัดสินลงโทษ และในการจับกุมผู้ถูกตัดสินลงโทษจะต้องได้รับการแจ้งถึงโทษและคำตัดสิน

จากการดำเนินคดีกับผู้ที่มีความรับผิดชอบสำหรับอาชญากรรมร้ายแรงที่เกิดขึ้นในอดีต ยูโกสลาเวียสำหรับคดีที่มีการสืบพยานพบว่า ณ วันที่ 17 สิงหาคม 2005 ศาล ICTY ได้มีคำตัดสินแล้วทั้งสิ้น 20 คดี มีผู้ถูกดำเนินคดี 39 คน โดยมีผู้ถูกตัดสินลงโทษ 36 คน และยกฟ้อง 3 คน

### ตารางที่ 3 แสดงรายละเอียดเกี่ยวกับการดำเนินคดีของศาล ICTY ณ 17 สิงหาคม 2005

No.	Name	Former title	Initial appearance	Judgement
1	Duško Tadić	Police officer & SDS official	26 April 1995	7 May 1997
2	Zejnir Delalić	Commander, Special Tactical Group	9 May 1996	16 November 1998 (acquitted)
	Zdravko Mucić	Commander, Čelebici Camp	11 April 1996	
	Hazim Delić	Deputy Commander, Čelebici Camp	18 June 1996	16 November 1998
	Esad Landžo	Camp Guard	18 June 1996	
3	Anto Furundžija	Commander Military Police, HVO	19 December 1997	10 December 1998
4	Zlatko Aleksovski	Prison Commander	29 April 1997	25 June 1999
5	Goran Jelisić*	Luka Camp staff	26 January 1998	14 December 1999 (acquitted of genocide but pleaded guilty on other counts; see below)
6	Dragan Papić	Member HVO	8 October 1997	14 January 2000 (acquitted)
	Zoran Kupreškić	HVO soldier	8 October 1997	
	Mirjan Kupreškić	HVO soldier	8 October 1997	
	Vlatko Kupreškić	HVO soldier	16 January 1998	14 January 2000
	Drago Josipović	HVO soldier	8 October 1997	
	Vladimir Šantić	Military Police Commander	8 October 1997	



7	Tihomir Blaškić	HVO Colonel	3 April 1996	3 March 2000
8	Dragoljub Kunarac	Commander VRS	9 March 1998	22 February 2001
	Radomir Kovač	Sub-Commander, 8 Military Police	4 August 1999	
	Zoran Vuković	Sub-Commander, Military Police	29 December 1999	
9	Dario Kordić	President HDZ-BiH		26 February 2001
	Mario Čerkez	HVO Commander	8 October 1997	
10	Radislav Krstić	Deputy Commander VRS DrinaCorps	7 December 1998	2 August 2001
No.	Name	Former title	Initial appearance	Judgement
11	Miroslav Kvočka	Commander Omarska Camp	14 April 1998	2 November 2001
	Milojica Kos	Shift Commander	2 June 1998	
	Dragoljub Prcać	Deputy Commander, Omarska	10 March 2000	
	Mladjo Radić	Shift Commander	14 April 1998	
	Zoran Žigić	Detention camp staff	20 April 1998	
12	Milorad Krnojelac	Commander KP Dom Camp	18 June 1998	15 March 2002
13	Mitar Vasiljević	Paramilitary	28 January 2000	29 November 2002
14	Mladen Naletilić	KB Commander (paramilitary)	24 March 2000	31 March 2003
	Vinko Martinović	ATG Commander	12 August 1999	
15	Milomir Stakić	President, Municipal Assembly, Prijedor	28 March 2001	31 July 2003
16	Blagoje Simić	President, SDS Bosanski Šamac	15 March 2001	17 October 2003
	Miroslav Tadić	Chairman, Bosanski Šamac		
		"Exchange Commission" 16	17 February 1998	
	Simo Zarić	Commander	26 February 1998	
17	Stanislav Galić	Commander, Sarajevo Romanija Corps	29 December 1999	5 December 2003
18	Radoslav Brđanin	Member of Serbian Democratic Party of BiH	12 July 1999	1 September 2004
19	Vidoje Blagojević	Commander, Bratunac Brigade, VRS	16 August 2001	17 January 2005 (convicted)
	Dragan Jokić	Chief Engineer, Zvornik Brigade, VRS	21 August 2001	
20	Pavle Strugar	Commander, 2nd Operational Group, JNA	25 October 2001	31 January 2005 (convicted)

นอกจากคดีที่มีการต่อสู้คดีในศาลที่ได้มีคำวินิจฉัยแล้วศาลยังได้มีคำตัดสินในกรณีที่ถูกกล่าวหาได้ให้การรับสารภาพปรากฏดังตารางต่อไปนี้

**ตารางที่ 4 แสดงรายละเอียดเกี่ยวกับการดำเนินคดีของศาล ICTY ณ 17 สิงหาคม 2005**

No.	Name	Former title	Initial appearance	Judgement
1	Dražen Erdemović	Soldier	31 May 1996	29 November 1996
2	Goran Jelisić*	Luka Camp staff	26 January 1998	14 December 1999 (tried and acquitted on another charge)
3	Stevan Todorović	Chief of Police, Bosanski Šamac	30 September 1998	31 July 2001
No.	Name	Former title	Initial appearance	Judgement
4	Duško Sikirica	Commander, Keraterm Camp	7 July 2000	13 November 2001 (guilty pleas entered after 6 months of trial)
	Damir Došen	Shift Commander	1 November 1999	
	Dragan Kolundžija	Shift Commander	14 June 1999	
5	Milan Simić	President, Executive Board, Bosanski Šamac	17 February 1998	17 October 2002
6	Biljana Plavšić	Acting President "Serbian Republic" of BiH	11 January 2001	27 February 2003
7	Predrag Banović	Guard, Keraterm Camp	16 November 2001	28 October 2003
8	Momir Nikolić	Captain VRS	3 April 2002	2 December 2003
9	Dragan Obrenović	Deputy Commander, 1st Zvornik Infantry Brigade	18 April 2001	10 December 2003
10	Dragan Nikolić	Commander, Sušica Detention Camp Detention Camp	28 April 2000	18 December 2003
11	Ranko Češić	Luka Camp staff	20 June 2002	11 March 2004
12	Miodrag Jokić	Admiral, VPS	14 November 2001	18 March 2004
13	Miroslav Deronjić	President, Bratunac Crisis Staff	28 April 2000	18 December 2003
14	Darko Mrđa	Special Police Officer	17 June 2002	31 March 2004
15	Milan Babić	President, SAO, Krajina	26 November 2003	29 June 2004
16	Miroslav Bralo	Member, HVO Special	15 November 2004	pending Forces

**Total persons: 18.**

*Abbreviations:*

ABiH	Army of Bosnia and Herzegovina
BiH	Bosnia and Herzegovina
FYROM	Former Yugoslav Republic of Macedonia
"Herceg-Bosna"	Croatian Republic of Herceg-Bosna

HVO	Croatian Defence Council
JNA	Yugoslav People's Army
KLA	Kosovo Liberation Army
RS	Republika Srpska
“RSK”	Republic of Serbian Krajina
SRS	Serbian Radical Party
VRS	Bosnian Serb Army
VJ	Armed Forces of the Federal Republic of Yugoslavia

สำหรับการส่งตัวผู้ต้องถูกลงโทษตามคำพิพากษาของศาล ICTY ไปจำคุกในประเทศ ต่าง ๆ ที่ได้ทำความตกลงยอมรับผู้ต้องถูกลงโทษนั้น ณ วันที่ 21 มิถุนายน 2006 ได้มีการส่งตัว นักโทษเพื่อบังคับโทษตามคำพิพากษาแล้วทั้งสิ้น 22 คนดังปรากฏรายละเอียดดังนี้

#### ตารางที่ 5 แสดงรายละเอียดเกี่ยวกับนักโทษกับสถานที่จำคุกตามคำพิพากษา

ของศาล ICTY ณ 21 มิถุนายน 2006

ประเทศที่จำคุก	นักโทษ
อิตาลี	Dragan Nikolic Goran Jelusic and Milorad Krnojelac
ออสเตรีย	Dusko Sikirica, Mitar Vasiljevic, Dario Kordic and Zoran Zgic
เยอรมัน	Dusko Tadic and Dragoljub Kunarac
สเปน	Vladimir santic and Darko Mrđić
นอร์เวย์	Zoran Vukovic, Radomir Kovac and Dragan Obrenovic
สวีเดน	Biljana Plavsic and Miroslav Deronjic
ฟินแลนด์	Hazim Delic and Esad Landzo
เดนมาร์ก	Ranko cesic
ฝรั่งเศส	Predrag Banovic and Mlađo Radic

จากข้อกำหนดและข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการบังคับโทษตามคำพิพากษาของศาล ICTY จะเห็นได้ว่ากระบวนการยุติธรรมของสังคมระหว่างประเทศประสบความสำเร็จระดับหนึ่งในการดำเนินคดีเพื่อนำผู้มีความรับผิดชอบทางอาญาต่ออาชญากรรมร้ายแรงในอดีตยูโกสลาเวียมาลงโทษต่อไปจะได้กล่าวถึงการเยียวยาเหยื่อจากการกระทำอาชญากรรมของศาล ICTY

### 5.5 การเยียวยาเหยื่อจากการกระทำอาชญากรรม

ศาล ICTY นอกจากถูกตั้งขึ้นเพื่อผลในการนำตัวผู้ที่มีความรับผิดชอบทางอาญาต่ออาชญากรรมที่ถูกกระทำในอดีตยูโกสลาเวียมาลงโทษแล้ว ยังมีวัตถุประสงค์เพื่อฟื้นฟูและเยียวยาเหยื่อจากอาชญากรรมนั้นด้วย การเยียวยาแก่เหยื่อจากการกระทำอาชญากรรมประการแรกที่ศาลมีอำนาจทำได้คือการสั่งให้คืนทรัพย์สินซึ่งตามสารก่อก่อตั้งศาลได้กำหนดไว้ในมาตรา 24(3) ว่า “นอกจากการจำคุกแล้ว คณะพิจารณาชั้นต้นอาจมีคำสั่งให้คืนทรัพย์สินและดอกผลที่ได้มาจากการกระทำอาชญากรรม รวมทั้งที่ได้มาโดยการบังคับ แก่เจ้าของทรัพย์สินผู้มีสิทธิโดยชอบ” นอกจากนี้ศาลยังมีอำนาจตามมาตรา 15 ของตราสารก่อก่อตั้งที่จะกำหนดกฎกระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐานเกี่ยวกับ การปฏิบัติก่อนการพิจารณา ระหว่างการพิจารณาและการอุทธรณ์ การยอมรับพยานหลักฐาน การปกป้องเหยื่อและพยาน และวิธีการอื่น ๆ ที่เหมาะสม ซึ่งหมายความว่าถึงวิธีการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อการฟื้นฟูและเยียวยาเหยื่อจากอาชญากรรม

จากอำนาจในการกำหนดกฎการปฏิบัติตามมาตรา 15 ของตราสารก่อก่อตั้ง ศาล ICTY ได้กำหนดวิธีการฟื้นฟูและเยียวยาเหยื่อจากอาชญากรรมไว้ในกฎกระบวนการพิจารณาและพยาน หลักฐาน ข้อ 98 *ter*, 105 และ 106 ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

ICTY Rule 98 *ter* (B) กำหนดว่า ถ้าคณะพิจารณาชั้นต้นพบว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิดและสรุปได้จากหลักฐานว่าผู้กระทำความผิดไปซึ่งทรัพย์สินโดยผิดกฎหมายอันมีความเกี่ยวข้องกับอาชญากรรม ศาลอาจกำหนดวิธีการไต่สวนพิเศษเกี่ยวกับเรื่องนี้ในคำพิพากษา และมีอำนาจสั่งฟื้นฟูตามที่กำหนดในกฎข้อ 105

ICTY Rule 105 การฟื้นฟูทรัพย์สิน บัญญัติว่า

- a) ภายหลังจากตัดสินลงโทษหากศาลได้กำหนดวิธีการพิเศษ โดยการร้องขอหรือศาลเห็นเอง ศาลอาจดำเนินการไต่สวนพิเศษเพื่อกำหนดเนื้อหาเกี่ยวกับการฟื้นฟูทรัพย์สินหรือดอกผลนั้น และสั่งมาตรการพิเศษเพื่อสงวนหรือปกป้องทรัพย์สินหรือดอกผลตามที่ศาลเห็นสมควร
- b) การกำหนดวิธีการตามข้อ a อาจขยายครอบคลุมถึงทรัพย์สินและดอกผลที่อยู่ในมือของบุคคลที่สามที่ไม่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมซึ่งผู้ถูกตัดสินลงโทษได้กระทำ

- c) บุคคลที่สามตามข้อ b อาจถูกหมายเรียกมายังศาลและได้รับโอกาสให้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับทรัพย์สินและดอกผลนั้น
- d) หากคณะพิจารณาชั้นต้นสามารถที่จะระบุเจ้าของทรัพย์สินผู้มีสิทธิโดยชอบจากการชั่งน้ำหนักพยาน ศาลต้องสั่งฟื้นฟูเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือดอกผลนั้นหรือมีคำสั่งที่ศาลเห็นควร
- e) หากคณะพิจารณาชั้นต้นไม่สามารถระบุเจ้าของทรัพย์สินได้ ศาลอาจแจ้งหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจและร้องขอให้ทำการตรวจสอบ
- f) เมื่อได้รับแจ้งจากหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจเกี่ยวกับการระบุความเป็นเจ้าของทรัพย์สิน ศาลต้องสั่งฟื้นฟูทั้งทรัพย์สินหรือดอกผลหรือมีคำสั่งอื่นที่ศาลเห็นควร
- g) นายทะเบียนมีหน้าที่ต้องส่งหมายเรียก คำสั่ง หรือคำร้องขอใด ๆ ที่ออกโดยศาลตาม (c), (d), (e) และ (f) ไปยังหน่วยงานที่ของรัฐที่มีอำนาจ

ICTY Rule 106 ได้กำหนดเรื่องวิธีการชดเชยเหยื่อจากการกระทำอาชญากรรม ดังนี้

- a) นายทะเบียนมีหน้าที่ส่งคำพิพากษาที่ระบุว่าผู้ถูกกล่าวหาผิดฐานกระทำอาชญากรรมตามฟ้อง ซึ่งได้ก่อการบาดเจ็บแก่เหยื่อ ไปยังหน่วยงานที่มีอำนาจของรัฐ
- b) ตามกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้อง เหยื่อหรือบุคคลที่เรียกร้องแทนเหยื่ออาจฟ้องคดีต่อศาลของรัฐหรือหน่วยงานอื่นที่มีอำนาจเพื่อขอรับค่าชดเชย
- c) เพื่อวัตถุประสงค์ในการเรียกร้องค่าชดเชยตามข้อ b คำพิพากษาของศาล ICTY ให้ถือเป็นที่สุด และผูกพันกรณีความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ถูกตัดสินลงโทษสำหรับการบาดเจ็บที่เรียกร้องนั้น

จากกฎกระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐานของศาล ICTY จะเห็นได้ว่าศาลได้กำหนดมาตรการสองอย่างเพื่อชดเชยผู้เป็นเหยื่อจากการกระทำอาชญากรรมคือ

- 1) ชดเชยเกี่ยวกับทรัพย์สินและ
- 2) ชดเชยเรื่องการบาดเจ็บของเหยื่อ

ศาลมีอำนาจในการไต่สวนเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำอาชญากรรมเพื่อส่งคืนเจ้าของทรัพย์สินผู้มีสิทธิโดยชอบทั้งนี้ต้องปรากฏเงื่อนไขก่อนสองประการคือ

- 1) ผู้ถูกกล่าวหาถูกตัดสินว่าได้กระทำความผิด
- 2) จากการกระทำอาชญากรรมผู้ถูกกล่าวหาได้ทรัพย์สินไปโดยผิดกฎหมาย

เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงสองประการข้างต้นศาลอาจมีคำสั่งไต่สวนเพื่อทราบถึงทรัพย์สินและเจ้าของทรัพย์สิน เพื่อมีคำสั่งในการสงวนหรือปกป้องทรัพย์สินและดอกผลตามที่ศาลเห็นสมควรแม้ว่าทรัพย์สินจะตกไปอยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอกที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับอาชญากรรม ทั้งนี้ศาลอาจมีหมายเรียกบุคคลภายนอกมาให้การเกี่ยวกับทรัพย์สิน เมื่อทราบถึงเจ้าของทรัพย์สิน

ศาลมีอำนาจสั่งให้มีการฟื้นฟูหรือให้ส่งคืนทรัพย์สินหรือมีคำสั่งเป็นอย่างอื่นตามที่เห็นสมควร ศาลอาจขอความช่วยเหลือจากหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจเพื่อทราบถึงเจ้าของทรัพย์สิน เจ้าหน้าที่ประสานงานระหว่างศาลและหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องเพื่อการนี้คือนายทะเบียนของศาลซึ่งมีหน้าที่ในการส่งหมาย คำร้องขอหรือคำสั่งของศาล

ในส่วนการเยียวยาเกี่ยวกับอาการบาดเจ็บของเหยื่อนั้นการชดเชยต้องผ่านกระบวนการของศาลภายในรัฐหรือหน่วยงานที่มีอำนาจอื่น ทั้งนี้เป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐนั้น อย่างไรก็ตาม ไรท์ตีคำพิพากษาของศาล ICTY มีผลผูกพันศาลภายในของรัฐโดยศาลต้องถือว่าคำพิพากษาของศาล ICTY เป็นที่สุดในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ถูกกล่าวหาต่ออาการบาดเจ็บของเหยื่อ

จากมาตรการการฟื้นฟูและเยียวยาเหยื่อจากอาชญากรรมของศาล ICTY พบว่าจำเป็นต้องได้รับความร่วมมือจากรัฐที่เกี่ยวข้องเนื่องจากศาล ICTY ไม่มีมาตรการในการเยียวยาเหยื่อด้วยตนเอง อย่างไรก็ตาม รัฐต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องมีหน้าที่ให้ความร่วมมือกับศาล ICTY ตามที่บัญญัติในมาตรา 29 ของตราสารก่อตั้ง ผู้เขียนมีความเห็นว่ามาตรการในการฟื้นฟูและเยียวยาเหยื่อของศาล ICTY เป็นมาตรการที่ไม่มีความชัดเจนทำให้ไม่มีประสิทธิภาพในการเยียวยา ประกอบกับศาลไม่มีมาตรการในการบังคับตามคำสั่ง และเมื่อกระบวนการฟื้นฟูเยียวยาต้องอาศัยกระบวนการภายในของรัฐโดยยึดถือตามคำพิพากษาของศาล ICTY ทำให้รัฐที่เกี่ยวข้องจะต้องมีการทำกฎหมายในมีความสอดคล้องกับตราสารก่อตั้ง กฎกระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐานและคำพิพากษาของศาล ICTY เสียก่อนมิฉะนั้นการฟื้นฟูและเยียวยาเหยื่อจะไม่อาจกระทำได้เลย

จากที่ได้กล่าวถึงแล้วเกี่ยวกับแนวคำพิพากษาของศาล ICTY เรื่องหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาและการบังคับโทษผู้กระทำอาชญากรรมตามคำพิพากษารวมถึงการเยียวยาเหยื่อของศาล ICTY ในบทต่อไปจะได้กล่าวถึงแนวทางของศาลอาญาระหว่างประเทศในเรื่องดังกล่าวเปรียบเทียบกับแนวทางของศาล ICTY

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## วิเคราะห์เปรียบเทียบหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา การบังคับโทษตามคำพิพากษา และการเยียวยาผู้เสียหายของศาล ICTY กับศาลอาญาระหว่างประเทศ

### ส่วนนำ

ตามที่ได้กล่าวถึงหลักกฎหมายที่ได้ถูกวางหลักไว้ในคำพิพากษาของศาล ICTY เกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในบทที่ 3,4 และการบังคับโทษตามคำพิพากษาและการเยียวยาผู้เสียหายในบทที่ 5 แล้วนั้น ผู้เขียนพบว่าหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามแนวคำพิพากษาของศาล ICTY มีความแตกต่างอย่างมากกับหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่ได้บัญญัติไว้ในตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ทำให้เกิดปัญหาว่าแนวทางกรปรับใช้หลักกฎหมายของศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งจะเกิดขึ้นในอนาคตจะมีความเหมือนหรือแตกต่างจากศาล ICTY หรือไม่อย่างไร และการบังคับโทษตามคำพิพากษาและการเยียวยาผู้เสียหายระหว่างศาลทั้งสองมีกระบวนการทั้งที่เหมือนและแตกต่างกันโดยมีการพัฒนาในบางส่วน โดยเฉพาะการเยียวยาผู้เสียหายเพื่อประโยชน์ในการอำนวยความสะดวกเชิงสมานฉันท์ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป การวิเคราะห์เปรียบเทียบระหว่างหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชารวมถึงการบังคับโทษและการเยียวยาผู้เสียหายของศาลทั้งสองจะทำให้เกิดความเข้าใจถึงแนวโน้มการปรับใช้หลักกฎหมายดังกล่าวได้ แต่ก่อนที่จะได้วิเคราะห์เปรียบเทียบขอกกล่าวถึงรายละเอียดเกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา การบังคับโทษและการเยียวยาผู้เสียหายตามที่ได้บัญญัติไว้ในตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศก่อนดังต่อไปนี้

### 6.1 ศาลอาญาระหว่างประเทศ

ในช่วงฤดูร้อนปี 1998 ผู้แทนจาก 150 ชาติโดยประมาณได้มารวมตัวกันที่กรุงโรมเพื่อตกลงและอนุมัติร่างสนธิสัญญาก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศถาวรเป็นครั้งแรกในโลก<sup>1</sup> โดยผู้แทนที่เข้าร่วมประชุมได้ได้เพียงในประเด็นต่าง ๆ อย่างกว้างขวางและได้พิจารณาถึงบทบัญญัติในส่วนของอำนาจศาลและกฎหมายสารบัญญัติรวมถึงการตัดสินถึงเนื้อหามากมายเรื่องกระบวนการ

---

<sup>1</sup> Schmertz, J.R., Jr., & Meier, M., By Large Majority, U.N. Conference in Rome Approves Permanent International Criminal Court, 4 Int'l L. Update 88 (1998); A Strong International Court, N.Y. Times, June 18, 1998, at A1. cited in Vetter, G., R. Command responsibility of non-military superior in the International criminal court. *The Yale Journal of International Law* 25 winter (2000): 89.

พิจารณาและการบริหาร<sup>2</sup> ทั้งนี้ศาลอาญาระหว่างประเทศถูกตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมกฎหมายและเป็นการประกันว่าอาชญากรรมระหว่างประเทศร้ายแรงจะถูกลงโทษซึ่งศาลมีอำนาจพิจารณาดำเนินคดีในความผิดฐาน ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมรุกราน

ศาลอาญาระหว่างประเทศประกอบไปด้วย 4 องค์กรหลักคือ

### 1) ประธานศาล

ประธานศาลเป็นหนึ่งในสี่องค์กรหลักประกอบด้วย ประธาน รองประธานคนที่หนึ่งและรองประธานคนที่สอง ทั้งสามท่านถูกเลือกด้วยคะแนนเสียงส่วนใหญ่ของที่ประชุมผู้พิพากษาของศาลมีวาระการดำรงตำแหน่งสามปี ประธานศาลมีความรับผิดชอบเกี่ยวกับการบริหารองค์กรศาล ยกเว้นสำนักงานอัยการ เว้นแต่กรณีที่ประธานศาลและอัยการมีเรื่องราวที่ต้องปฏิบัติอันเกี่ยวเนื่องกันทั้งสองต้องร่วมมือหรือหารือกันเพื่อการดังกล่าว

### 2) องค์คณะศาล

ศาลอาญาระหว่างประเทศประกอบไปด้วย 3 องค์คณะคือ

2.1 องค์คณะก่อนกระบวนการพิจารณา ประกอบด้วย รองประธานคนที่หนึ่งและผู้พิพากษาอื่นอีก 6 ท่าน

2.2 องค์คณะพิจารณาคดีชั้นต้น ประกอบด้วย รองประธานคนที่สองและผู้พิพากษาอื่นอีก 5 ท่าน

2.3 องค์คณะพิจารณาอุทธรณ์ ประกอบด้วย ประธานศาลและผู้พิพากษาอื่นอีก 4 ท่าน ทั้งสามองค์คณะมีหน้าที่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเกี่ยวกับคดีของศาลในขั้นตอนต่าง ๆ กัน โดยผู้พิพากษาทั้งหมดมาจากรัฐภาคีของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศกรุงโรม

<sup>2</sup> Rome Statute of the International Criminal Court, art. 126, U.N. Doc. A/CONF.183/9 (July 17, 1998), reprinted in 37 *I.L.M.* 999 (1998), available in Documents (visited Oct. 22, 1999) <<http://www.un.org/icc/>> [hereinafter Rome Statute]; Charles Trueheart, U.N. Conference To Draft War Crimes Treaty, Wash. Post, June 14, 1998, at A22; UN Diplomatic Conference Concludes with Decision To Establish Permanent International Criminal Court, M2 Presswire, July 21, 1997, available in 1998 *WL* 14097075 cited in *Vetter, G., R.* Command responsibility of non-military superior in the International criminal court. *The Yale Journal of International Law* 25 winter (2000): 89.



### 3) สำนักงานอัยการ

สำนักงานอัยการมีหัวหน้าอัยการ (Chief Prosecutor) เป็นผู้รับผิดชอบโดยถูกเลือกจากที่ประชุมของรัฐสภาที่มีอำนาจเต็มในการจัดการและบริหารสำนักงาน สำนักงานอัยการมีหน้าที่ในการสอบสวน และดำเนินคดีอาชญากรรมที่อยู่ในอำนาจศาล คือ การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมสงคราม ภายหลังจากที่รัฐสภาได้มีมติเห็นชอบกับ คำจำกัดความของอาชญากรรมรุกราน สำนักงานอัยการจะมีอำนาจในการสอบสวนและดำเนินคดีกับอาชญากรรมดังกล่าวด้วย

หัวหน้าอัยการอาจเริ่มกระบวนการสอบสวนได้ขึ้นอยู่กับกรกล่าวอ้างถึงสถานการณ์ซึ่งมีเหตุผลเพียงพอที่จะเชื่อได้ว่าอาชญากรรมได้ถูกกระทำหรือกำลังถูกกระทำ การกล่าวอ้างนั้นถูกกระทำได้โดยรัฐสภา คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ ซึ่งตามตราสารก่อตั้งและกฎกระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐาน อัยการต้องประเมินถึงน้ำหนักของพยานหลักฐานที่ยื่นแก่ตนก่อนที่จะตัดสินใจดำเนินการสอบสวน นอกจากนี้ อัยการยังอาจรับข้อมูลเกี่ยวกับอาชญากรรมที่อยู่ในอำนาจศาลจากแหล่งอื่นเช่น จากบุคคล หรือองค์กรภาคเอกชน โดยอัยการต้องตรวจสอบข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับข้อมูลนี้ในทุกกรณีถ้าหัวหน้าอัยการเห็นว่ามีหลักฐานที่เพียงพอที่จะดำเนินการสอบสวน หัวหน้าอัยการอาจยื่นคำขอต่อองค์กรคณะก่อนกระบวนการพิจารณาเพื่อสั่งให้มีการสอบสวนในกรณีดังกล่าว

### 4) ฝ่ายทะเบียน

ฝ่ายทะเบียนมีหน้าที่เกี่ยวกับการบริหารและการทำงานของศาลที่ไม่ใช่การดำเนินคดี โดยมีหัวหน้าหน่วยงานคือ นายทะเบียนเป็นผู้รับผิดชอบงานบริหารที่สำคัญของศาล ซึ่งถูกเลือกด้วยเสียงส่วนใหญ่ของที่ประชุมใหญ่ผู้พิพากษาทั้งนี้ต้องผ่านการรับรองของสมัชชารัฐสภา

ฝ่ายทะเบียนทำหน้าที่เป็นช่องทางการสื่อสารระหว่างศาล สหประชาชาติ สมัชชารัฐสภา องค์กรระหว่างรัฐอื่น และรัฐบาลของแต่ละชาติ รวมถึงอำนวยความสะดวกในการติดต่อสื่อสารระหว่างศาล กับคู่ความในกระบวนการพิจารณาของศาล

นอกจากองค์กรหน่วยย่อยของศาลอาญาระหว่างประเทศที่เป็นแกนหลักในการอำนวยความสะดวกธุรกรรมระหว่างประเทศแล้วตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศยังได้กำหนดให้มีองค์กรพิเศษคือ สมัชชารัฐสภาสมาชิก ซึ่งประกอบไปด้วยตัวแทนของแต่ละรัฐภาคีรัฐละ 1 คน สมัชชารัฐสภาที่มีอำนาจในการกำกับดูแลการดำเนินการต่าง ๆ ของศาลอาญาระหว่างประเทศเช่น

การกำหนดงบประมาณ การก่อตั้งองค์กรย่อยขึ้นมาตรวจสอบกระบวนการทำงานของศาลเพื่อให้มีประสิทธิภาพ<sup>3</sup> ซึ่งแสดงให้เห็นถึงระบบการทำงานของศาลที่สามารถถูกตรวจสอบโดยรัฐภาคีได้

---

<sup>3</sup> Rome Statute, Article 112 Assembly of States Parties

1. An Assembly of States Parties to this Statute is hereby established. Each State Party shall have one representative in the Assembly who may be accompanied by alternates and advisers. Other States which have signed this Statute or the Final Act may be observers in the Assembly.

2. The Assembly shall:

- (a) Consider and adopt, as appropriate, recommendations of the Preparatory Commission;
- (b) Provide management oversight to the Presidency, the Prosecutor and the Registrar regarding the administration of the Court;
- (c) Consider the reports and activities of the Bureau established under paragraph 3 and take appropriate action in regard thereto;
- (d) Consider and decide the budget for the Court;
- (e) Decide whether to alter, in accordance with article 36, the number of judges;
- (f) Consider pursuant to article 87, paragraphs 5 and 7, any question relating to non-cooperation;
- (g) Perform any other function consistent with this Statute or the Rules of Procedure and Evidence.

3. (a) The Assembly shall have a Bureau consisting of a President, two Vice-Presidents and 18 members elected by the Assembly for three-year terms.

(b) The Bureau shall have a representative character, taking into account, in particular, equitable geographical distribution and the adequate representation of the principal legal systems of the world.

(c) The Bureau shall meet as often as necessary, but at least once a year. It shall assist the Assembly in the discharge of its responsibilities.

4. The Assembly may establish such subsidiary bodies as may be necessary, including an independent oversight mechanism for inspection, evaluation and investigation of the Court, in order to enhance its efficiency and economy.

5. The President of the Court, the Prosecutor and the Registrar or their representatives may participate, as appropriate, in meetings of the Assembly and of the Bureau.

6. The Assembly shall meet at the seat of the Court or at the Headquarters of the United Nations once a year and, when circumstances so require, hold special sessions. Except as otherwise specified in this Statute, special sessions shall be convened by the Bureau on its own initiative or at the request of one third of the States Parties.

7. Each State Party shall have one vote. Every effort shall be made to reach decisions by consensus in the Assembly and in the Bureau. If consensus cannot be reached, except as otherwise provided in the Statute:

- (a) Decisions on matters of substance must be approved by a two-thirds majority of those present and voting provided that an absolute majority of States Parties constitutes the quorum for voting;
- (b) Decisions on matters of procedure shall be taken by a simple majority of States Parties present and voting.

จะเห็นได้จากลักษณะโครงสร้างองค์กรและหน้าที่ของหน่วยงานศาลอาญาระหว่างประเทศว่ามีความคล้ายคลึงกับศาล ICTY ซึ่งเป็นต้นแบบและในตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศกรุงโรมนี้ได้บัญญัติถึงหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาไว้เช่นเดียวกันซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป

## 6.2 หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ

ตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศมาตรา 28 ได้กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาทหารและผู้บังคับบัญชาอื่นไว้ดังนี้

“นอกจากเหตุอื่นของหลักความรับผิดชอบทางอาญาแล้วภายใต้ตราสารก่อตั้งนี้สำหรับอาชญากรรมภายในเขตอำนาจศาล

a) ผู้บังคับบัญชาทหารหรือบุคคลที่มีการกระทำในฐานะผู้บังคับบัญชาทหารอย่างมีประสิทธิภาพต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับอาชญากรรมภายในเขตอำนาจของศาลที่กระทำโดยกองกำลังทหารภายใต้การบังคับบัญชาและการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพของตนหรือภายในอำนาจและการควบคุมแล้วแต่กรณี โดยเป็นผลมาจากการละเว้นการควบคุมอย่างเหมาะสมเหนือกองกำลังทหารนั้น เมื่อ

i) ผู้บังคับบัญชาทหารหรือบุคคลนั้นได้รู้หรือตามสถานการณ์แวดล้อมในขณะนั้นควรได้รู้ว่า กองกำลังทหารได้กำลังกระทำหรือกำลังจะกระทำอาชญากรรมนั้น และ

ii) ผู้บังคับบัญชาทหารหรือบุคคลนั้นได้ละเว้นไม่ใช้มาตรการทุกอย่างที่จำเป็นและเหมาะสมภายในอำนาจของตนเพื่อป้องกันหรือยับยั้งการกระทำนั้นหรือยื่นเรื่องราวไปยังผู้มีอำนาจเพื่อดำเนินการสอบสวนและดำเนินคดี

b) ในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชาที่ไม่อยู่ในบัญญัติของวรรค a ผู้บังคับบัญชาต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับอาชญากรรมที่อยู่

8.A State Party which is in arrears in the payment of its financial contributions towards the costs of the Court shall have no vote in the Assembly and in the Bureau if the amount of its arrears equals or exceeds the amount of the contributions due from it for the preceding two full years. The Assembly may, nevertheless, permit such a State Party to vote in the Assembly and in the Bureau if it is satisfied that the failure to pay is due to conditions beyond the control of the State Party.

9.The Assembly shall adopt its own rules of procedure.

10.The official and working languages of the Assembly shall be those of the General Assembly of the United Nations.

ภายในเขตอำนาจศาลที่กระทำโดยผู้บังคับบัญชาภายใต้อำนาจและการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพของตน โดยเป็นผลมาจากการละเว้นการควบคุมอย่างเหมาะสมเหนือผู้บังคับบัญชานั้น เมื่อ

i) ผู้บังคับบัญชาได้รู้ว่าผู้บังคับบัญชาได้กำลังกระทำความผิด หรือกำลังจะกระทำความผิด หรือได้รู้แต่ละเลยถึงข้อมูลซึ่งชี้ให้เห็นอย่างชัดเจนถึงการกระทำดังกล่าว

ii) อาชญากรรมนั้นเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทั้งหลายที่อยู่ภายในความรับผิดชอบและการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพของผู้บังคับบัญชา และ

iii) ผู้บังคับบัญชาได้ละเว้นไม่ใช้มาตรการทุกอย่างที่จำเป็นและเหมาะสมภายในอำนาจของตนเพื่อป้องกันหรือยับยั้งการกระทำนั้นหรือยื่นเรื่องราวไปยังผู้มีอำนาจเพื่อดำเนินการสอบสวนและดำเนินคดี”<sup>4</sup>

จะเห็นได้อย่างชัดเจนในความแตกต่างของถ้อยคำในบทบัญญัติตามตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศกับตราสารระหว่างประเทศอื่นที่ปรากฏหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา (กล่าวถึงแล้วในบทที่ 2) เนื่องจากได้กำหนดให้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชานี้บังคับใช้รวม

<sup>4</sup> Rome Statute, article 28\_ Responsibility of commanders and other superiors.

<sup>1</sup> In addition to other grounds of criminal responsibility under this Statute for crimes within the jurisdiction of the Court:

(a) A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case may be, as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces, where:

(i) That military commander or person either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes; and

(ii) That military commander or person failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.

(b) With respect to superior and subordinate relationships not described in paragraph (a), a superior shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by subordinates under his or her effective authority and control, as a result of his or her failure to exercise control properly over such subordinates, where:

(i) The superior either knew, or consciously disregarded information which clearly indicated, that the subordinates were committing or about to commit such crimes;

(ii) The crimes concerned activities that were within the effective responsibility and control of the superior; and

(iii) The superior failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.<sup>1</sup>

ถึงกับผู้บังคับบัญชาอื่นนอกจากผู้บังคับบัญชาทหารโดยแยกบัญญัติความรับผิดชอบออกจากกัน ซึ่งจะได้วิเคราะห์เปรียบเทียบหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศและแนวคำพิพากษาของศาล ICTY เกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในประเด็นต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

### 6.3 ผู้บังคับบัญชาผู้มีความรับผิดชอบทางอาญาตามมาตรา 28 ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศกับแนวคำพิพากษาของศาล ICTY

บุคคลที่ต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับอาชญากรรมที่กระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชาตามมาตรา 28 ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศได้กำหนดให้รวมถึงบุคคลสองประเภทคือ

- 1) บุคคลที่เป็นผู้บังคับบัญชาทหาร [มาตรา 28(a)]
- 2) บุคคลที่ไม่ใช่ทหารแต่มีความสัมพันธ์กับผู้ใต้บังคับบัญชาในสองรูปแบบคือ

2.1 บุคคลที่ไม่ใช่ทหารแต่ได้กระทำการในฐานะผู้บังคับบัญชาทหารอย่างมีประสิทธิภาพ [มาตรา 28(a)]

2.2 ผู้บังคับบัญชาอื่นที่มีความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชาไม่อยู่ในนิยามของมาตรา 28(a) [มาตรา 28(b)]

ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 28(a) ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาให้ต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำอาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลที่กระทำลงโดยกองกำลังทหาร ซึ่งได้สร้างความชัดเจนว่านอกจากผู้บังคับบัญชาทหารแล้ว บุคคลอื่นที่ไม่ใช่ทหารแต่ได้กระทำการในฐานะผู้บังคับบัญชาทหารอย่างมีประสิทธิภาพต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับอาชญากรรมที่ถูกกระทำโดยกองกำลังทหารนั้น จะเห็นได้ว่าเมื่อมีการกระทำผิดโดยกองทหารบุคคลที่เป็นผู้บังคับบัญชาไม่ว่าจะเป็นทหารหรือไม่ก็จะต้องมีความรับผิดชอบโดยไม่คำนึงถึงสายการบังคับบัญชาเพราะโดยหลักเหตุผลแล้ว เมื่อบทบัญญัติกำหนดให้บุคคลใด ๆ ต้องรับผิดชอบหากได้ปฏิบัติการในฐานะผู้บังคับบัญชาอย่างมีประสิทธิภาพต้องรับผิดชอบแสดงถึงว่าหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 28(a) ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศนี้ย่อมไม่จำเป็นต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงการเป็นผู้บังคับบัญชาทหารที่ถูกแต่งตั้งโดยอำนาจของกฎหมาย นั่นคือน่าจะไม่ต้องปรากฏถึงสายการบังคับบัญชาซึ่งมีความสอดคล้อง

กับแนวคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศอิตาลีโกสลาเวีย แม้ว่าตามมาตรา 7(3) ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอิตาลีโกสลาเวียจะไม่ได้ระบุชัดเจนเกี่ยวกับนิยามประเภทของผู้บังคับบัญชาที่ต้องรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 7 นี้ แต่เพราะเขตอำนาจศาลในการใช้กฎหมายนั้นรวมถึงการใช้กฎหมายจารีตประเพณีทำให้ศาลต้องค้นหาหลักกฎหมายจากจารีตประเพณีในส่วนนี้มาปรับใช้ในการดำเนินคดี ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศอิตาลีโกสลาเวียได้สรุปไว้ว่าภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาครอบคลุมถึงผู้บังคับบัญชาอื่นที่ไม่ใช่ทหาร

เนื่องจากตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศนี้ไม่ใช่ส่วนของกฎหมายสารบัญญัติ (ไม่ใช่การบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่) เช่นเดียวกับตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอิตาลีโกสลาเวีย ดังนั้นจึงเป็นเพียงบทบัญญัติที่กำหนดกรอบของเขตอำนาจของศาลในการใช้อำนาจเกี่ยวกับที่มาของกฎหมายนั้นคือในส่วนตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศที่บัญญัติเรื่องฐานความผิด ความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลรวมถึงหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาจึงเป็นเพียงการกำหนดเขตอำนาจศาลเหนือความผิดนั่นเอง ซึ่งหากปรากฏชัดเจนว่าไม่สอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (ในขณะที่การกระทำความผิดเกิด) จะทำให้ไม่มีผลใช้บังคับเพราะขัดกับหลัก Nullum Crimen sine Lege การที่ตีบทบัญญัติมาตรา 28 ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศได้บัญญัติให้ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาครอบคลุมถึงผู้บังคับบัญชาอื่นที่ไม่ใช่ทหารเป็นเพียงการนำกฎหมายจารีตประเพณีมาบัญญัติไว้ซึ่งน่าจะเป็นประโยชน์ในการวินิจฉัยเกี่ยวกับหลักกฎหมายเพราะมีความชัดเจนในถ้อยคำของตัวบท อย่างไรก็ตามกฎหมายจารีตประเพณียังคงเป็นที่มาสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศและปัจจุบันยังไม่มีประมวลกฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่กำหนดหลักของความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลรวมถึงหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาดังนั้นศาลอาญาระหว่างประเทศจึงควรต้องพิจารณาถึงหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในกฎหมายจารีตประเพณีประกอบในการวินิจฉัยปัญหาในคดี เช่นเดียวกับที่ศาล ICTY ได้ปฏิบัติ โดยสิ่งที่จะเป็นประโยชน์ในการค้นหากฎหมายดังกล่าวก็คือแนวคำพิพากษาของศาล ICTY นั่นเอง

#### 6.4 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชาตามมาตรา 28 ของตราสาร ก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศกับแนวคำพิพากษาของศาล ICTY

การร่างหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในมาตรา 28 ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศพบว่ามี การแยกต่างหากจากกันสำหรับอาชญากรรมสองประเภทที่ผู้บังคับบัญชา จะต้องมีความรับผิดชอบคือ

- 1) อาชญากรรมที่กระทำลงโดยกองกำลังทหารภายใต้การบังคับบัญชาและการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ หรือภายใต้อำนาจและการควบคุมที่มีประสิทธิภาพที่อยู่ในอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ
- 2) อาชญากรรมที่กระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชาที่ไม่ใช่ทหารภายใต้อำนาจและการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพของผู้บังคับบัญชาที่อยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ

ในมาตรา 28 นี้ให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชาในฐานะเป็นเงื่อนไขสำคัญสำหรับหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาโดยจะเห็นได้จากตัวบทในส่วนต้นของมาตรา 28(b) ที่ได้ใช้ปัจจัยนี้ในการแบ่งแยกประเภทของความรับผิดชอบ เพราะเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปถึงข้อเท็จจริงที่ว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาทหารและกองกำลังทหารมีความสัมพันธ์ในลักษณะที่มีการแยกระดับการบังคับบัญชาอย่างชัดเจนและมีระบบการควบคุมบังคับบัญชาที่เข้มงวดมากกว่าระบบการบังคับบัญชาในความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชาที่เป็นพลเรือน

ในส่วนความรับผิดชอบต่ออาชญากรรมที่ได้ถูกกระทำโดยกองทหารบุคคลที่เป็นผู้บังคับบัญชาของทหารนั้นจะต้องมีความรับผิดชอบต่ออาชญากรรมนั้น ถ้าผู้บังคับบัญชาของทหารนั้นเป็นทหารจะต้องมีการบังคับบัญชาและควบคุมกองทหารนั้นอย่างมีประสิทธิภาพ แต่หากผู้บังคับบัญชาไม่ใช่ทหารก็จะต้องมีอำนาจที่ได้รับมอบมาอย่างถูกต้องและมีการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพด้วย สำหรับกรณีการกระทำอาชญากรรมโดยผู้ใต้บังคับบัญชาที่เป็นพลเรือนโดยปรากฏความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชาในลักษณะที่ไม่ใช่แบบทหาร ผู้บังคับบัญชาจะต้องมีความรับผิดชอบก็ต่อเมื่อปรากฏว่าผู้บังคับบัญชามีอำนาจที่ได้รับมาโดยถูกต้องและมีการควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาอย่างมีประสิทธิภาพด้วย

จะเห็นได้ว่าเงื่อนไขขององค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาใน ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชาตามมาตรา 28 นี้มีความสอดคล้องกับ

แนวคำพิพากษาของศาล ICTY โดยเงื่อนไขสำคัญคือการควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาอย่างมีประสิทธิภาพของผู้บังคับบัญชา อย่างไรก็ตามเนื่องจากตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามแนวคำพิพากษาของศาล ICTY ได้วางแนวทางไว้คือผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบหากปรากฏการพิสูจน์ถึงองค์ประกอบ 3 ประการคือ

- 1) ปรากฏความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชา
- 2) ผู้บังคับบัญชาได้รู้หรือมีเหตุผลที่ทำให้รู้ว่าการกระทำความผิดอาญากำลังจะเกิดหรือได้เกิดขึ้น และ
- 3) ผู้บังคับบัญชาไม่ได้ใช้มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมเพื่อป้องกันการกระทำ ความผิดหรือลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น

โดยศาลเห็นว่าผู้บังคับบัญชาแม้มีอำนาจตามกฎหมายในฐานะผู้บังคับบัญชาแต่หากจะต้องมีความรับผิดชอบสำหรับอาชญากรรมที่กระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชา ผู้บังคับบัญชานั้นจะต้องมีอำนาจตามความเป็นจริงในการควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาอย่างมีประสิทธิภาพด้วยและหากบุคคลที่ไม่ปรากฏอำนาจตามกฎหมายในฐานะผู้บังคับบัญชาแต่มีอำนาจตามความเป็นจริงในการควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาอย่างมีประสิทธิภาพซึ่งเป็นเครื่องแสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชา เมื่อได้พิสูจน์องค์ประกอบความผิดอื่นครบถ้วนแล้ว บุคคลที่เป็นผู้บังคับบัญชาตามความเป็นจริงนั้นย่อมต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับอาชญากรรมที่กระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชา จะเห็นได้ว่าแนวคำพิพากษาของศาล ICTY มิได้ให้ความสำคัญกับตำแหน่งผู้บังคับบัญชาที่เป็นโดยผลของกฎหมายโดยเห็นว่าเป็นเพียงหลักฐานหนึ่งในการแสดงถึงการมีอยู่ของอำนาจการบังคับบัญชา แต่ศาลได้พิจารณาโดยดูถึงความสามารถในการบังคับบัญชาของบุคคลตามความเป็นจริงในขณะนั้น ซึ่งเห็นได้ชัดเจนว่ามีความแตกต่างกับหลักที่กำหนดไว้ในมาตรา 28 ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศที่กำหนดความรับผิดชอบสำหรับผู้บังคับบัญชาที่เป็นพลเรือนนั้นจะต้องมีอำนาจที่ได้รับมอบหมายและมีการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพด้วยอันเป็นเงื่อนไขสำหรับการปรับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา แต่ในส่วนผู้บังคับบัญชากองกำลังทหารที่เป็นทหารมาตรา 28 นั้นได้บัญญัติไว้โดยสอดคล้องกับแนวคำพิพากษาของศาล ICTY

การบัญญัติหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในลักษณะตามมาตรา 28 ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศนี้น่าจะทำให้เกิดปัญหาการหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาด้วยการสร้างเงื่อนไขการเป็นผู้บังคับบัญชาโดยการมอบหมายการบังคับบัญชาให้แก่บุคคลที่เป็นพลเรือนอย่างไม่เป็นทางการหรือไม่เป็นไปตามกฎหมายก็ย่อมจะทำให้สามารถโต้แย้งได้ว่าไม่เข้าเงื่อนไขความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 28 ซึ่งเมื่อเกิด



ปัญหานี้แนวคำพิพากษาของศาล ICTY น่าจะเป็นส่วนที่อุดช่องว่างของกฎหมายนี้เนื่องจากการวินิจฉัยในประเด็นนี้ของศาลได้แสดงถึงจารีตประเพณีในกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งสามารถนำมาปรับใช้ได้ อย่างไรก็ตามทั้งนี้ขึ้นอยู่กับศาลอาญาระหว่างประเทศด้วยว่าจะวินิจฉัยถึงขอบเขตอำนาจของตนเพียงใดโดยหากวินิจฉัยว่าแม้กฎหมายจารีตประเพณีจะแตกต่างกับที่บัญญัติไว้ในตราสารก่อตั้งศาลก็สามารถนำมาปรับใช้ได้ เช่นนี้แนวการปรับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในประเด็นนี้ย่อมดำเนินไปโดยสอดคล้องกับแนวคำพิพากษาของศาล ICTY และทำให้ผู้บังคับบัญชาไม่อาจหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบได้

## 6.5 องค์ประกอบส่วนการกระทำที่ถือเป็นความผิดอาญา (Actus Reus) ของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 28 ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศกับแนวคำพิพากษาของศาล ICTY

องค์ประกอบในส่วนการกระทำที่ถือเป็นความผิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 28 ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศได้มีการกำหนดองค์ประกอบสำหรับผู้บังคับบัญชาทหารและผู้บังคับบัญชาพลเรือนไว้เหมือนกันคือ “การที่ผู้บังคับบัญชาละเว้นไม่ใช้มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมภายในอำนาจของตนเพื่อป้องกันหรือยับยั้งการกระทำความผิดหรือละเว้นไม่เสนอเรื่องการกระทำผิดไปยังผู้มีอำนาจเพื่อการสอบสวนและดำเนินคดี” จะเห็นได้ว่าในส่วนเงื่อนไขการละเว้นการกระทำเพื่อป้องกันหรือยับยั้งการกระทำความผิดนี้ไม่ได้ระบุชัดถึงรายละเอียดว่าวิธีการใดบ้างที่เป็นมาตรการที่จำเป็นและเหมาะสม ดังนั้นการปรับใช้หลักกฎหมายนี้โดยอาศัยแนวคำพิพากษาของศาล ICTY น่าจะเป็นส่วนที่ช่วยสร้างความชัดเจนในแนวทางการวินิจฉัยในประเด็นนี้ได้คือ ศาลควรพิจารณาร่วมกับอำนาจที่จำเป็นของผู้บังคับบัญชาที่ถูกกล่าวหาในสถานการณ์ในขณะนั้นและปัจจัยที่เกี่ยวข้องที่ต้องพิจารณาได้แก่คำสั่งพิเศษที่ห้ามหรือหยุดการกระทำอาชญากรรมที่ออกโดยผู้บังคับบัญชา มาตรการใดที่ประกันการปฏิบัติตามคำสั่งเหล่านี้ที่ได้นำมาใช้ มาตรการอื่นใดได้ถูกนำมาใช้เพื่อรับรองว่าการกระทำความผิดจะได้ถูกขัดขวาง และมาตรการเหล่านี้เพียงพอเหมาะสมในสถานการณ์นั้น ๆ หรือไม่

ในส่วนองค์ประกอบส่วนการกระทำของกรณีผู้บังคับบัญชาที่ละเว้นไม่เสนอเรื่องการกระทำผิดไปยังผู้มีอำนาจเพื่อการสอบสวนและดำเนินคดีตามมาตรา 28 นี้มีความสอดคล้องกันกับแนวคำพิพากษาของศาล ICTY ที่เห็นว่า “หน้าที่ในการลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาที่กระทำความผิดตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 7(3) ในตราสารก่อตั้งศาล ICTY ผู้กระทำความผิดนั้น อย่างน้อยรวมถึงพันธะหน้าที่ในการสอบสวนอาชญากรรมที่อาจเกิดขึ้นเพื่อทราบข้อเท็จจริงและถ้าผู้บังคับบัญชาไม่มีอำนาจในการลงโทษก็ต้องรายงานเรื่องการกระทำ

ความผิดไปยังผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปที่มีอำนาจ” อย่างไรก็ตามการที่บทบัญญัติมาตรา 28 ได้กำหนดเพียง “การละเว้นไม่เสนอเรื่องการกระทำผิดไปยังผู้มีอำนาจเพื่อการสอบสวน และดำเนินคดี” ซึ่งไม่อาจแปลความได้ว่ารวมถึงการลงโทษผู้กระทำความผิด ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 28 ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศไม่ครอบคลุมขอบเขตทั้งหมดของหลักความรับผิดทางอาญาของผู้บังคับบัญชา ทั้งนี้ เนื่องจากปรากฏตามแนวคำพิพากษาของศาล ICTY บ่งบอกว่าในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศผู้บังคับบัญชาที่ ละเว้นไม่ลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาที่กระทำความผิดมีความรับผิดทางอาญาตามหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาเมื่อปรากฏว่าได้พิสูจน์องค์ประกอบความผิดครบถ้วน นั่นคือเมื่อเปรียบเทียบระหว่างหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 28 ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศกับแนวคำพิพากษาของศาล ICTY แล้ว หลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาตามที่ได้บัญญัติไว้ในตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศมีความหมายที่แคบกว่า

## 6.6 องค์ประกอบภายใน (Mens Rea) ของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 28 ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศกับแนวคำพิพากษาของศาล ICTY

องค์ประกอบภายใน (Mens Rea) ของความรับผิดของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 28 ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศได้กำหนดไว้ในสองรูปแบบคือ

- 1) การรู้ข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชาที่กำลังทหาร
- 2) การรู้ข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชาพลเรือน

การรู้ข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชาทหารและผู้บังคับบัญชาพลเรือนมีการใช้ถ้อยคำในมาตรา 28 ที่มีความเหมือนและแตกต่างกันอย่างชัดเจนโดยกรณีที่มีความเหมือนกันคือ การรู้ข้อเท็จจริงตามความเป็นจริง (Actual knowledge) นั่นคือการที่ผู้บังคับบัญชาได้รู้ถึงข้อเท็จจริงว่าผู้ใต้บังคับบัญชากำลังกระทำหรือกำลังจะกระทำความผิด

ในอีกด้านหนึ่งที่มีความแตกต่างคือการรู้ข้อเท็จจริงที่กฎหมายถือว่ารู้จากเกณฑ์ที่กำหนด (Constructive knowledge) ในส่วนของผู้บังคับบัญชาทหารนั้น ผู้บังคับบัญชามีมาตรฐานการรู้ข้อเท็จจริงคือ “ควรได้รู้เนื่องจากปรากฏจากสถานการณ์แวดล้อมในขณะนั้น” นั่นคือเมื่อพิจารณาจากสถานการณ์แวดล้อมในขณะที่เกิดการกระทำความผิดแล้วผู้บังคับบัญชาควรได้รู้ถึงการกระทำความผิดของผู้ใต้บังคับบัญชา ทั้งนี้จะเห็นได้ว่ามาตรฐานการรู้ข้อเท็จจริงระดับนี้ได้ นำมาจากการดำเนินคดีของศาลในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง (ปรากฏจากแนวคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวีย) แต่ทั้งนี้ความหมายของการรู้ข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 28(a)(i) ไม่ควรถูกแปลความหมายกว้างไปในลักษณะที่เป็นการสันนิษฐานถึงการรู้ข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชาเพราะตัวบทใช้คำว่า “owing to the

circumstances at the time” ซึ่งแสดงถึงการกำหนดให้พิจารณาถึงการรู้ข้อเท็จจริงโดยพิจารณาถึงพยานแวดล้อมต่าง ๆ ในขณะที่มีการกระทำความผิด ดังนั้นในประเด็นนี้การพิจารณาพิสูจนจึงน่าจะยังอยู่กับฝ่ายโจทก์และไม่ถือว่าความรับผิดของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 28(a)(i) นี้เป็นความรับผิดทางอาญาในรูปแบบความรับผิดอย่างเคร่งครัด (Strict liability)

สำหรับระดับการรู้ข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชาพลเรือนซึ่งปรากฏตามมาตรา 28(b)(i) นั้นได้บัญญัติไว้ในลักษณะที่มีความเฉพาะโดยได้กำหนดความหมายค่อนข้างแคบกว่าโดยระดับมาตรฐานคือ “การที่ผู้บังคับบัญชาจงใจไม่พิจารณาถึงข้อมูลซึ่งชี้ให้เห็นอย่างชัดเจนว่าผู้ใต้บังคับบัญชากำลังกระทำหรือกำลังจะกระทำความผิด” จะเห็นได้ว่าระดับการรู้ข้อเท็จจริงตามมาตรา 28 นี้มีความแตกต่างจากแนวคำพิพากษาของศาล ICTY เนื่องจากศาลได้แปลความระดับการรู้ข้อเท็จจริงของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาแบบ Constructive knowledge โดยอ้างอิงถึง Additional Protocol I โดยเห็นว่า ระดับการรู้ข้อเท็จจริง “มีเหตุผลที่ทำให้รู้” (Had reason to know) ตามมาตรา 7(3) ของตราสารก่อตั้งศาล ICTY มีความหมายเหมือนกันกับที่ปรากฏในหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 86 ของ Additional Protocol I ที่ใช้ระดับการรู้ข้อเท็จจริงคือ “ผู้บังคับบัญชาได้มีข้อมูลซึ่งควรจะทำให้ตนสรุปได้” ซึ่งศาลเห็นว่าคือ กรณีที่ผู้บังคับบัญชาอาจมีความรับผิดทางอาญาถ้ามีข้อมูลเฉพาะบางอย่างที่สามารถเข้าถึงได้ตามความเป็นจริง (อยู่ในความครอบครองของผู้บังคับบัญชา) ที่ทำให้เห็นถึงการกระทำความผิดของผู้ใต้บังคับบัญชา ข้อมูลนี้ไม่จำเป็นต้องแสดงชัดในตัวเองที่จะทำให้ได้ข้อสรุปว่าเกิดอาชญากรรมนั้น เพียงแต่ข้อมูลนี้ทำให้ ผู้บังคับบัญชาดำเนินการหาข้อมูลเพิ่มเติมโดยชี้ให้เห็นถึงความจำเป็นสำหรับการสอบสวนเพิ่มเติมเพื่อให้ทราบแน่ชัดว่าความผิดกำลังถูกกระทำขึ้นหรือกำลังจะถูกกระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชา ซึ่งหลักตามมาตรา 86 ของ Additional Protocol I นี้ถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณี จะเห็นได้ว่าระดับการรู้ข้อเท็จจริงแบบ Constructive ของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 28 ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศได้ระบุเจาะจงว่าข้อมูลที่ผู้บังคับบัญชาจงใจละเลยนี้ต้องเป็นข้อมูลที่ชัดเจนโดยบ่งบอกถึงการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาซึ่งแคบกว่าการแปลความของศาล ICTY

## 6.7 อาชญากรรมที่ถูกกระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชาที่ผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดตามมาตรา 28 ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศกับแนวคำพิพากษาของศาล ICTY

อาชญากรรมที่ถูกกระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชาอันทำให้เกิดความรับผิดทางอาญากับผู้บังคับบัญชาตามที่กำหนดในมาตรา 28 ของตราสารกรุงโรมคือความผิดที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลนั่นเอง แต่เนื่องจากได้มีการแยกหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาของผู้บังคับบัญชาของ

กำลังทหารกับผู้บังคับบัญชาพลเรือนออกจากกัน ซึ่งจากบทบัญญัติได้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับอาชญากรรมเพิ่มเติมสำหรับความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาพลเรือนโดยกำหนดให้อาชญากรรมนั้นต้องเกี่ยวข้องกับกิจการทั้งหลายที่อยู่ภายในความรับผิดชอบและการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพของผู้บังคับบัญชา นั่นคือการทำกิจกรรมของผู้ใต้บังคับบัญชาที่เป็นพลเรือนนี้จะต้องเกี่ยวเนื่องกับอาชญากรรมที่ได้กระทำและอยู่ในเขตอำนาจของศาลซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามแนวคำพิพากษาของศาล ICTY พบว่าไม่ได้แบ่งแยกความแตกต่างในประเด็นนี้ โดยหลักเหตุผลเมื่อพิจารณาเพียงบทบัญญัติมาตรา 28 ย่อมเป็นการเหมาะสมแล้วที่ให้ผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบเฉพาะอาชญากรรมที่กระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชาที่เกี่ยวข้องกับกิจการที่ผู้บังคับบัญชามีความรับผิดชอบและสามารถควบคุมการปฏิบัติอย่างมีประสิทธิภาพซึ่งศาล ICTY เองก็ได้วางหลักไว้อย่างชัดเจนว่ากฎหมายระหว่างประเทศไม่สามารถกำหนดให้บุคคลกระทำในสิ่งที่ไปไม่ได้ ดังนั้นเมื่อผู้บังคับบัญชาพลเรือนไม่สามารถควบคุมกิจกรรมที่อยู่ในความรับผิดชอบอย่างมีประสิทธิภาพแล้วผู้บังคับบัญชาย่อมไม่ควรต้องรับผิดชอบสำหรับอาชญากรรมที่กระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชาที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมของตน

อย่างไรก็ดีผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวก็ยังคงเป็นการจำกัดความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่เป็นพลเรือนที่ไม่เหมาะสมนักโดยไม่สอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่ปรากฏในกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะแม้อาชญากรรมนั้นไม่อยู่ในความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาแต่ผู้บังคับบัญชาอาจมีความสามารถในการป้องกันการกระทำอาชญากรรมของผู้ใต้บังคับบัญชาหรือสามารถที่จะลงโทษการทำความผิดของผู้ใต้บังคับบัญชาได้ ซึ่งหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามแนวคำพิพากษาศาล ICTY ได้กำหนดครอบคลุมถึง ดังนั้นขอบเขตการจำกัดความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่เป็นพลเรือนในส่วนนี้จะไม่สอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณีและมีความจำเป็นที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาอุดช่องว่างของบทบัญญัติในส่วนนี้เพื่อผลในการป้องกันและยับยั้งอาชญากรรมระหว่างประเทศอันเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมาย

#### 6.8 ความเชื่อมโยงระหว่างการละเว้นปฏิบัติกับอาชญากรรมที่กระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชาตามมาตรา 28 ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศกับแนวคำพิพากษาของศาล ICTY

จากบทบัญญัติมาตรา 28 ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศที่ได้บัญญัติให้ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชานั้นต้องปรากฏว่า อาชญากรรมที่ถูกกระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชาต้องเป็นผลมาจากการที่ผู้บังคับบัญชาละเว้นไม่ใช้การควบคุมอย่างเหมาะสมเหนือผู้ใต้บังคับบัญชา (กองกำลังทหารหรือพลเรือน) ซึ่งเงื่อนไขนี้ได้กำหนดไว้

สำหรับทั้งความรับผิดของผู้บังคับบัญชากองทหารและผู้บังคับบัญชาพลเรือน สำหรับประเด็นนี้ จะเห็นได้ว่ามีการบัญญัติที่มีความแตกต่างไปจากหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาที่ปรากฏใน ตราสารระหว่างประเทศอื่น ๆ รวมถึงหลักกฎหมายตามแนวคำพิพากษาของศาล ICTY เพราะ เท่าที่ปรากฏหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชานั้น ผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดสำหรับการกระทำ ของผู้ใต้บังคับบัญชาเมื่อปรากฏว่าผู้บังคับบัญชาได้ละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งถูกกำหนดโดย กฎหมาย หน้าที่ของผู้บังคับบัญชาที่ละเว้นการปฏิบัติแล้วผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดทางอาญาก็ คือการป้องกันการกระทำอาชญากรรมของผู้ใต้บังคับบัญชาหรือการลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาที่ กระทำความผิด แต่สำหรับหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาในการควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชานั้นไม่ปรากฏ ว่าอยู่ในขอบเขตของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาในอันที่จะทำให้ผู้บังคับบัญชาต้องรับผิด ทางอาญาหากละเว้นไม่ทำหน้าที่ควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาเมื่อผู้ใต้บังคับบัญชากระทำความผิดขึ้น ดังนั้นการบัญญัติหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 28 ของตราสารก่อตั้งศาลอาญา ระหว่างประเทศนี้จึงเป็นการเพิ่มองค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาขึ้น ใหม่โดยกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติม คือต้องปรากฏความสัมพันธ์ระหว่างการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ ควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชา (บัญญัติเพิ่มเติม) กับการเกิดอาชญากรรมที่กระทำลงโดย ผู้ใต้บังคับบัญชา นอกเหนือจากการละเว้นการปฏิบัติของผู้บังคับบัญชาในการป้องกันการกระทำ ผิดของผู้ใต้บังคับบัญชาและการลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาที่กระทำผิด ดังนั้นการกำหนด องค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาที่มีความแปลกไปจากที่ปรากฏอยู่ เดิมในกฎหมายระหว่างประเทศนี้ย่อมผิดต่อหลักกฎหมายทั่วไปภายในกรอบของกฎหมาย ระหว่างประเทศ แต่เมื่อพิจารณาประกอบในเรื่องกฎหมายที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ถูกกล่าวหาจะ เห็นว่าผู้ถูกกล่าวหาที่เป็นผู้บังคับบัญชาย่อมมีความรับผิดทางอาญาตามมาตรา 28 นี้ยากยิ่งกว่า ความรับผิดทางอาญาตามหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาแบบเดิมที่ปรากฏในกฎหมายจารีต ประเพณีและตามแนวคำพิพากษาของศาล ICTY เพราะศาลได้วางหลักไว้อย่างชัดเจนว่าความ เชื่อมโยงระหว่างการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่และการเกิดอาชญากรรมที่กระทำลงโดย ผู้ใต้บังคับบัญชาไม่ใช่องค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชา ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าผู้บังคับบัญชาไม่น่าจะอ้างถึงการพิสูจน์องค์ประกอบความผิดในส่วน ความสัมพันธ์ระหว่างการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาที่ได้มีการบัญญัติ เพิ่มเติมกับการเกิดอาชญากรรมที่กระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชาได้ เพราะการบัญญัติตราสาร ก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงกฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่เดิม

\* \* \*

จากประเด็นต่าง ๆ ที่ได้กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่าความรับผิดของผู้บังคับบัญชาตาม มาตรา 28 ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นมีความแตกต่างจากหลักกฎหมายที่

ปรากฏในกฎหมายจารีตประเพณีและหลักกฎหมายความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่ได้ถูกวางหลักไว้เป็นครั้งแรกภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองโดยศาล ICTY ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าเมื่อมีการดำเนินคดีในศาลเกิดขึ้นอันมีความเกี่ยวข้องกับหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาศาลอาญาระหว่างประเทศควรจะได้วินิจฉัยถึงผลกระทบของมาตรา 28 ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศว่ามีผลอย่างไรในการพิจารณาดำเนินคดีกับผู้ถูกกล่าวหาตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา อย่างไรก็ตามความชัดเจนของหลักกฎหมายความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่เกิดจากแนวคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตกุสลาเวียจะเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้แก้ไขปัญหาทางข้อกฎหมายที่อาจเกิดขึ้นไปได้ในระดับหนึ่งซึ่งจะทำให้ผู้บังคับบัญชาไม่อาจหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบทางอาญาในฐานะความผิดตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาไปได้ต่อไปจะได้กล่าวถึงกระบวนการบังคับโทษและการเยียวยาเหยื่อจากอาชญากรรมของศาลอาญาระหว่างประเทศเปรียบเทียบกับศาล ICTY

## 6.9 การบังคับโทษและการเยียวยาเหยื่ออาชญากรรมของศาลอาญาระหว่างประเทศ

เมื่อศาลอาญาระหว่างประเทศเห็นว่าจากพยานหลักฐานที่ปรากฏจากการดำเนินคดีเพียงพอที่จะบ่งชี้ว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิดจริง ศาลมีหน้าที่พิจารณาตามความเหมาะสมในการทำคำพิพากษาลงโทษ ทั้งนี้มาตรา 77<sup>5</sup> ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศได้กำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดดังนี้

- 1) ลงโทษจำคุกตามระยะเวลาที่ศาลกำหนด ซึ่งต้องไม่เกินระดับสูงสุดคือสามสิบปี หรือ
- 2) ลงโทษจำคุกตลอดชีวิต เมื่อพบว่าเหมาะสมกับความร้ายแรงอย่างยิ่งของอาชญากรรมและสถานการณ์แวดล้อมแต่กรณีของบุคคลที่ต้องถูกลงโทษ

<sup>5</sup> Rome Statute, article 77 Applicable penalties

1. Subject to article 110, the Court may impose one of the following penalties on a person convicted of a crime referred to in article 5 of this Statute:

- (a) Imprisonment for a specified number of years, which may not exceed a maximum of 30 years; or
- (b) A term of life imprisonment when justified by the extreme gravity of the crime and the individual circumstances of the convicted person.

2. In addition to imprisonment, the Court may order:

- (a) A fine under the criteria provided for in the Rules of Procedure and Evidence;
- (b) A forfeiture of proceeds, property and assets derived directly or indirectly from that crime, without prejudice to the rights of bona fide third parties.

นอกจากการสั่งลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดแล้วศาลยังอาจสั่งเพิ่มเติมในคำพิพากษา  
ได้ 2 ประการคือ

- 1) สั่งปรับตามเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงพิจารณาและพยานหลักฐาน
- 2) สั่งยึดดอกผล อสังหาริมทรัพย์และสินทรัพย์ที่ได้มาไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมจาก  
อาชญากรรมนั้น โดยไม่เสื่อมเสียถึงสิทธิที่ได้มาโดยสุจริตของบุคคลที่สาม

จะเห็นได้ว่าโทษจำคุกสำหรับอาชญากรรมที่ถือไม่ได้ว่าร้ายแรงอย่างยิ่งซึ่งศาลอาญา  
ระหว่างประเทศจะลงโทษได้นั้นมีระยะเวลาไม่เกิน 30 ปี ซึ่งแตกต่างจากศาล ICTY ที่ไม่ได้กำหนด  
โทษขั้นสูงเอาไว้ แม้ผู้ต้องรับโทษจะได้กระทำความผิดในหลายข้อหาซึ่งต้องถูกตัดสินลงโทษเป็น  
รายกระทงความผิดไปแต่โทษที่ได้รับเมื่อรวมระยะเวลาสำหรับโทษจำคุกทุกกระทงความผิดแล้ว  
จะต้องไม่เกินสามสิบปีเช่นเดียวกัน<sup>6</sup> และในการกำหนดโทษศาลต้องนำปัจจัยความร้ายแรงของ  
อาชญากรรมและสถานการณ์แวดล้อมแต่ละกรณีมาพิจารณาด้วย<sup>7</sup>

การบังคับโทษของศาลอาญาระหว่างประเทศต้องอาศัยความช่วยเหลือจากรัฐ  
เช่นเดียวกับการบังคับโทษของศาล ICTY ซึ่งมาตรา 103<sup>8</sup> ของตราสารก่อตั้งได้กำหนดบทบาทของรัฐ  
รัฐในการบังคับโทษจำคุกดังนี้

<sup>6</sup> Rome Statute, Article 78 Determination of the sentence

1 In determining the sentence, the Court shall, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence, take into account such factors as the gravity of the crime and the individual circumstances of the convicted person.

2. In imposing a sentence of imprisonment, the Court shall deduct the time, if any, previously spent in detention in accordance with an order of the Court. The Court may deduct any time otherwise spent in detention in connection with conduct underlying the crime.

3. When a person has been convicted of more than one crime, the Court shall pronounce a sentence for each crime and a joint sentence specifying the total period of imprisonment. This period shall be no less than the highest individual sentence pronounced and shall not exceed 30 years imprisonment or a sentence of life imprisonment in conformity with article 77, paragraph 1 (b).

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Rome Statute, Article 103 Role of States in enforcement of sentences of imprisonment

1.(a) A sentence of imprisonment shall be served in a State designated by the Court from a list of States which have indicated to the Court their willingness to accept sentenced persons.

(b) At the time of declaring its willingness to accept sentenced persons, a State may attach conditions to its acceptance as agreed by the Court and in accordance with this Part.

c) A State designated in a particular case shall promptly inform the Court whether it accepts the Court's designation.

2.(a) The State of enforcement shall notify the Court of any circumstances, including the exercise of any conditions agreed under paragraph 1, which could materially affect the terms or extent of the imprisonment. The Court shall be given at least 45 days' notice of any such known or foreseeable circumstances. During this period, the State of enforcement shall take no action that might prejudice its obligations under article 110.

1.(a) การลงโทษจำคุกตามคำพิพากษากระทำโดยรัฐซึ่งกำหนดโดยศาลจากรายชื่อของรัฐที่แสดงความจำนงรับผู้ต้องถูกลงโทษ

(b) เมื่อประกาศถึงความจำนงในการรับผู้ต้องถูกลงโทษ รัฐอาจกำหนดเพิ่มเติมเงื่อนไขในการรับผู้ต้องถูกลงโทษที่ศาลได้ให้ความเห็นชอบและสอดคล้องกับบทบัญญัตินี้

(c) รัฐที่ศาลเลือกให้บังคับโทษในแต่ละคดีต้องแจ้งศาลในทันทีถึงการยอมรับการกำหนดของศาล

2.(a) รัฐที่บังคับโทษต้องแจ้งศาลถึงสถานการณ์ใด ๆ รวมถึงการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดตามวรรค 1 ซึ่งมีผลกระทบต่อระยะเวลาหรือขอบเขตของการจำคุก ศาลต้องได้รับแจ้งล่วงหน้าอย่างน้อย 45 วัน ถึงสถานการณ์ที่รู้หรือคาดเดานั้น ในช่วงระยะเวลาดังกล่าว รัฐที่บังคับโทษต้องไม่กระทำการใดที่อาจกระทบเงื่อนไขกำหนดของศาล

(b) หากศาลไม่เห็นด้วยกับสถานการณ์ตามข้อ (a) ศาลต้องแจ้งไปยังรัฐที่บังคับโทษ และดำเนินการย้ายผู้ต้องโทษไปยังเรือนจำของประเทศอื่น

หากไม่มีรัฐโดยยอมรับการจำคุกผู้ต้องโทษ การบังคับโทษจะต้องกระทำในเรือนจำของรัฐที่ศาลอาญาระหว่างประเทศตั้งอยู่ ทั้งนี้ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการบังคับโทษจะตกอยู่กับศาล

ศาลอาญาระหว่างประเทศมีหน้าที่ในการตรวจสอบการจำคุกและการบังคับโทษจำคุกจะต้องสอดคล้องกับมาตรฐานของสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อนักโทษ และสภาพการจำคุกต้องเหมือนกับนักโทษที่ถูกลงโทษในความผิดที่คล้ายกันในรัฐที่บังคับโทษ ทั้งนี้การติดต่อระหว่างนักโทษกับศาลต้องได้รับความสะดวกและเป็นความลับ<sup>9</sup>

(b) Where the Court cannot agree to the circumstances referred to in subparagraph (a), it shall notify the State of enforcement and proceed in accordance with article 104, paragraph 1.[...].

<sup>9</sup> Rome Statute, Article 106 Supervision of enforcement of sentences and conditions of imprisonment

1.The enforcement of a sentence of imprisonment shall be subject to the supervision of the Court and shall be consistent with widely accepted international treaty standards governing treatment of prisoners.

2.The conditions of imprisonment shall be governed by the law of the State of enforcement and shall be consistent with widely accepted international treaty standards governing treatment of prisoners; in no case shall such conditions be more or less favourable than those available to prisoners convicted of similar offences in the State of enforcement.

3. Communications between a sentenced person and the Court shall be unimpeded and confidential.



ในส่วนการบังคับโทษค่าปรับและการยึดทรัพย์สินซึ่งเป็นอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศที่ศาล ICTY ไม่มีวิธีการในส่วนนี้ ตามมาตรา 109<sup>10</sup> ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศได้กำหนดรายละเอียดไว้ ดังนี้

1) รัฐต่าง ๆ มีหน้าที่ปฏิบัติให้คำสั่งศาลเรื่องการปรับและการยึดทรัพย์สินเกิดผลโดยไม่ทำให้เสื่อมเสียถึงสิทธิที่ได้มาโดยชอบของบุคคลที่สาม โดยสอดคล้องกับกฎกระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐาน

2) หากรัฐไม่สามารถปฏิบัติตามคำสั่งเพื่อการยึดทรัพย์สินให้เกิดผล รัฐนั้นอาจใช้มาตรการเพื่อชดเชยมูลค่าของดอกผล ทรัพย์สินหรือสินทรัพย์ ตามคำสั่งของศาลที่ให้ยึด ทั้งนี้ไม่ทำให้เสื่อมเสียถึงสิทธิของบุคคลที่สามที่ได้มาโดยสุจริต

3) ทรัพย์สินหรือเงินที่ได้มาจากการขายอสังหาริมทรัพย์หรือจากการขายทรัพย์สินอื่นที่รัฐได้มาจากการบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลต้องถูกส่งไปยังศาลอาญาระหว่างประเทศ

จะเห็นได้ว่าการบังคับโทษตามคำพิพากษาของศาล ICTY มีการกำหนดการปรับและริบทรัพย์สินที่ได้มาจากการทำอาชญากรรมนอกจากการจำคุกผู้กระทำความผิดทั้งนี้เพื่อผลทางด้านการเยียวยาผู้เสียหายซึ่งจะได้กล่าวถึงรายละเอียดต่อไป

#### *การเยียวยาเหยื่อจากอาชญากรรมของศาลอาญาระหว่างประเทศ*

ศาลอาญาระหว่างประเทศมีวิธีการเยียวยาเหยื่อจากอาชญากรรมโดยตรงมากกว่าวิธีการของศาล ICTY เพราะศาล ICTY ไม่สามารถที่จะมีคำสั่งให้จ่ายค่าชดเชยความเสียหายที่เหยื่อได้รับโดยตรงได้แต่ศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถทำได้โดยไม่ต้องอาศัยการบังคับคดีผ่านศาลภายในของรัฐหรือหน่วยงานรัฐที่มีอำนาจเช่นกระบวนการของศาล ICTY

ตามมาตรา 75<sup>11</sup> ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศได้บัญญัติวิธีการในการเยียวยาเหยื่อจากอาชญากรรมโดย ศาลอาจกำหนดหลักการเกี่ยวกับการเยียวยาเหยื่อจาก

<sup>10</sup> Rome Statute, Article 109 Enforcement of fines and forfeiture measures

1.States Parties shall give effect to fines or forfeitures ordered by the Court under Part 7, without prejudice to the rights of bona fide third parties, and in accordance with the procedure of their national law.

2.If a State Party is unable to give effect to an order for forfeiture, it shall take measures to recover the value of the proceeds, property or assets ordered by the Court to be forfeited, without prejudice to the rights of bona fide third parties.

3.Property, or the proceeds of the sale of real property or, where appropriate, the sale of other property, which is obtained by a State Party as a result of its enforcement of a judgement of the Court shall be transferred to the Court

<sup>11</sup> Rome Statute, Article 75 Reparations to victims

1.The Court shall establish principles relating to reparations to, or in respect of, victims, including restitution, compensation and rehabilitation. On this basis, in its decision the Court may, either upon request or on its own motion in exceptional circumstances, determine the scope and extent of any damage, loss and injury to, or in respect of, victims and will state the principles on which it is acting.

อาชญากรรม รวมทั้งวิธีการคืนทรัพย์สิน จ่ายค่าชดเชย และการพักฟื้น เพื่อการนี้เมื่อมีคำร้อง หรือศาลในสถานการณ์พิเศษศาลเห็นเป็นการเหมาะสม ในคำตัดสินศาลอาจกำหนดเนื้อหาและ ขอบเขตของความเสียหาย ความสูญเสียหรือการบาดเจ็บของเหยื่อและหลักการที่จะใช้ปฏิบัติ ศาลอาจมีคำสั่งโดยตรงต่อผู้ถูกตัดสินลงโทษให้การเยียวยาเหยื่อเป็นพิเศษตามความเหมาะสม รวมทั้งวิธีการคืนทรัพย์สิน จ่ายค่าชดเชย และการพักฟื้น เมื่อศาลเห็นเป็นการเหมาะสม ศาล อาจสั่งให้จ่ายเงินเพื่อการเยียวยาโดยผ่านกองทุนเงินทดแทน (Trust Fund) ตามที่กำหนดใน มาตรา 79<sup>12</sup> ของตราสารก่อตั้ง กองทุนเงินทดแทนนี้ตั้งขึ้นโดยสมัชชารัฐภาคีสมาชิกเพื่อ ประโยชน์ของเหยื่อจากอาชญากรรมรวมถึงครอบครัวของเหยื่อ ซึ่งศาลอาจมีคำสั่งให้เงินหรือ ทรัพย์สินที่รวบรวมได้จากค่าปรับหรือการยึดทรัพย์นั้นให้ตกแก่กองทุนเงินทดแทนนี้

จะเห็นได้ว่าศาลอาญาระหว่างประเทศมีรูปแบบการเยียวยาเหยื่อจากอาชญากรรมที่ น่าจะสามารถทำให้บรรเทาความเดือดร้อนของเหยื่อและครอบครัวได้ดีกว่าศาล ICTY เพราะศาล อาญาระหว่างประเทศมีอำนาจและกระบวนการในการเยียวยาด้วยระบบของศาลเองโดยตรง อย่างไรก็ตามการทำงานของศาลอาญาระหว่างประเทศได้ถูกควบคุมโดยสมัชชารัฐภาคีซึ่งอาจมีผล ทำให้ระบบความยุติธรรมของศาลอาจถูกการเมืองระหว่างประเทศแทรกแซงได้

จากข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ได้กล่าวถึงองค์กร หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา รวมถึงกระบวนการบังคับโทษและการเยียวยาของศาล ICTY และศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว

2.The Court may make an order directly against a convicted person specifying appropriate reparations to, or in respect of, victims, including restitution, compensation and rehabilitation.

Where appropriate, the Court may order that the award for reparations be made through the Trust Fund provided for in article 79.

3. Before making an order under this article, the Court may invite and shall take account of representations from or on behalf of the convicted person, victims, other interested persons or interested States.

4. In exercising its power under this article, the Court may, after a person is convicted of a crime within the jurisdiction of the Court, determine whether, in order to give effect to an order which it may make under this article, it is necessary to seek measures under article 93, paragraph 1.

5.A State Party shall give effect to a decision under this article as if the provisions of article 109 were applicable to this article.

6.Nothing in this article shall be interpreted as prejudicing the rights of victims under national or international law.

<sup>12</sup>  
Rome Statute, Article 79 Trust Fund

1.A Trust Fund shall be established by decision of the Assembly of States Parties for the benefit of victims of crimes within the jurisdiction of the Court, and of the families of such victims.

2.The Court may order money and other property collected through fines or forfeiture to be transferred, by order of the Court, to the Trust Fund.

3.The Trust Fund shall be managed according to criteria to be determined by the Assembly of States Parties.

นั้น ผู้เขียนสามารถสรุปได้ถึงความเหมือนและแตกต่างขององค์กรทั้งสองเพื่อแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนยิ่งขึ้นในตารางที่ 6 ซึ่งแสดงข้อเปรียบเทียบระหว่างศาล ICTY และศาลอาญาระหว่างประเทศ

### ตารางที่ 6 แสดงข้อเปรียบเทียบระหว่างศาล ICTY และศาลอาญาระหว่างประเทศ

ศาล ICTY	ศาลอาญาระหว่างประเทศ
<b>องค์กรที่เกี่ยวข้องในการดำเนินงานของศาล</b>	
<p>เป็นองค์กรเฉพาะกิจประกอบด้วย</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. องค์คณะผู้พิพากษา</li> <li>2. อัยการ</li> <li>3. ฝ่ายทะเบียน</li> </ol>	<p>เป็นองค์กรถาวรประกอบด้วย</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. ประธานศาล</li> <li>2. องค์คณะผู้พิพากษา</li> <li>3. อัยการ</li> <li>4. ฝ่ายทะเบียน</li> <li>5. สมัชชารัฐภาคีสมาชิก</li> </ol>
<b>หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา</b>	
<p>บัญญัติโดยไม่ได้แยกประเภทของผู้บังคับบัญชาแต่ศาลระบุว่ากฎหมายจารีตประเพณีหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาครอบคลุมถึงผู้บังคับบัญชาอื่นด้วยแต่มีองค์ประกอบความรับผิดชอบที่เหมือนกัน</p>	<p>บัญญัติโดยแยกประเภทของผู้บังคับบัญชาคือผู้บังคับบัญชาทหารและผู้บังคับบัญชาอื่นซึ่งมีองค์ประกอบความรับผิดชอบที่ต่างกัน</p>
<b>องค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา</b>	
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. ความเป็นผู้บังคับบัญชา</li> <li>2. การละเว้นการปฏิบัติหน้าที่</li> <li>3. การรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิด</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. ความเป็นผู้บังคับบัญชา</li> <li>2. การละเว้นการปฏิบัติหน้าที่</li> <li>3. การรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิด</li> <li>4. อาชญากรรมเป็นผลมาจากการไม่ควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาอย่างเหมาะสม</li> </ol>
<b>ความเป็นผู้บังคับบัญชา</b>	
<p>พิจารณาจากอำนาจตามความเป็นจริงโดยดูจากการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพทั้งผู้บังคับบัญชาที่เป็นทหารและพลเรือน</p>	<p>-ผู้บังคับบัญชาทหารต้องมีการควบคุมที่มีประสิทธิภาพ -ผู้บังคับบัญชาที่เป็นพลเรือนต้องมีอำนาจอย่างเป็นทางการประกอบการควบคุมที่มีประสิทธิภาพด้วย</p>
<b>อาชญากรรมที่ผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบ</b>	
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. อยู่ในเขตอำนาจศาล</li> <li>2. กระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชา</li> </ol>	<p style="text-align: center;">ผู้บังคับบัญชาทหาร</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. อยู่ในเขตอำนาจศาล</li> <li>2. กระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชา</li> </ol> <p style="text-align: center;">ผู้บังคับบัญชาพลเรือน</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. อยู่ในเขตอำนาจศาล</li> <li>2. เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทั้งหลายที่อยู่ภายในความรับผิดชอบ</li> <li>3. กระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชา</li> </ol>

การละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบ	
1. ป้องกันการกระทำผิด 2. ลงโทษผู้กระทำผิด (ศาลแปลความว่ารวมถึงการแจ้งผู้มีอำนาจให้ดำเนินการลงโทษผู้กระทำผิดด้วย) 3. ไม่รวมหน้าที่ในการรู้ถึงการกระทำผิด	1. ป้องกันการกระทำผิด 2. ยับยั้งการกระทำผิด 3. ยื่นเรื่องราวไปยังผู้มีอำนาจสอบสวนดำเนินคดีเกี่ยวกับความผิด
การรู้ข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชา	
1. Actual knowledge 2. Constructive knowledge ระดับมีข้อมูลในความครอบครองที่ชี้ถึงความเสี่ยงในการเกิดอาชญากรรม	ผู้บังคับบัญชาทหาร 1. Actual knowledge 2. Constructive knowledge ระดับควรได้จากสถานการณ์แวดล้อม ผู้บังคับบัญชาพลเรือน 1. Actual knowledge 2. Constructive knowledge ระดับจงใจละเลยข้อมูลที่มีความชัดเจนเกี่ยวกับอาชญากรรม
โทษ	
1. จำคุกโดยไม่จำกัดระยะเวลา	1. จำคุกไม่เกินสามสิบปีหรือตลอดชีวิต 2. ปรับและริบทรัพย์สิน
การบังคับโทษ	
- จำคุกโดยรัฐที่แสดงความจำนง	- จำคุกโดยรัฐที่แสดงความจำนง - ยึดทรัพย์สินหรือชดเชยมูลค่าโดยรัฐ
การเยียวยาผู้เสียหาย	
- ชดเชยการบาดเจ็บโดยรัฐผ่านกระบวนการฟ้องตามกฎหมายภายใน - ศาลอาจมีคำสั่งให้คืนหรือชดเชยเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินโดยผ่านกระบวนการของรัฐ	- ศาลสั่งให้ผู้ถูกตัดสินลงโทษเยียวยาเหยื่อตามความเหมาะสม - ศาลอาจสั่งจ่ายเงินชดเชยแก่เหยื่อโดยตรงโดยผ่านกองทุนเงินทดแทน (Trust fund)

จากการเปรียบเทียบระหว่างศาลอาญาระหว่างประเทศและศาล ICTY เกี่ยวกับองค์กรหลักกฎหมายความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาและการดำเนินกระบวนการยุติธรรมพบว่าในส่วนขององค์กรศาลนั้นศาลอาญาระหว่างประเทศได้มีการก่อตั้งองค์กรพิเศษเพิ่มขึ้นคือสมัชชารัฐภาคีสมาชิกซึ่งมีส่วนในการควบคุมการปฏิบัติงานของศาลอาญาระหว่างประเทศ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าโดยการควบคุมขององค์กรดังกล่าวมีผลทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติงานน้อยกว่าศาล ICTY แต่จะยังให้เกิดผลดีในแง่ของการได้รับความร่วมมือในการปฏิบัติงานของศาลในส่วนที่ต้องการความร่วมมือจากรัฐภาคีสมาชิก

ในส่วนของหลักกฎหมายความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชานั้นพบที่มีความแตกต่างกันอย่างมากระหว่างตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศกับแนวคำพิพากษาของศาล ICTY คือการที่ตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศบัญญัติหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาโดยแยกประเภทของผู้บังคับบัญชาเป็นสองประเภทคือผู้บังคับบัญชาทหารและผู้บังคับบัญชาอื่นและ

กำหนดองค์ประกอบความผิดที่แตกต่างกันขณะที่แนวคำพิพากษาของศาล ICTY วางหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาสำหรับผู้บังคับบัญชาทุกประเภทโดยมีองค์ประกอบความผิดเป็นแบบเดียวกัน

นอกจากนี้หลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาตามตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศยังได้กำหนดองค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาเพิ่มขึ้นคือ “อาชญากรรมต้องเป็นผลมาจากการไม่ควบคุมของผู้บังคับบัญชา” ขณะที่ตามแนวคำพิพากษาของศาล ICTY นั้นยืนยันว่าไม่ปรากฏ “ความสัมพันธ์ระหว่างการละเว้นการกระทำของผู้บังคับบัญชากับอาชญากรรมที่ผู้บังคับบัญชาได้กระทำให้ขึ้น” เป็นองค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชา ทั้งในส่วนรายละเอียดขององค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาก็มีความแตกต่างกันทั้งในส่วนของการกระทำ (Actus reus) และองค์ประกอบภายใน (Mens rea) ดังที่ปรากฏในตารางที่ 6 ที่ได้แสดงไว้อันอาจมีผลทำให้เกิดประเด็นโต้แย้งในศาลอาญาระหว่างประเทศขึ้นเกี่ยวกับปรับใช้หลักกฎหมายนี้อีกในอนาคต นั่นคือหลักกฎหมายความรับผิดของผู้บังคับบัญชายังมีโอกาสในการเปลี่ยนแปลงรูปแบบและขอบเขตของการปรับใช้กับบุคคลที่ต้องรับผิดต่ออาชญากรรมระหว่างประเทศโดยองค์การยุติธรรมระหว่างประเทศต่อไปได้อีกในอนาคต นั่นคือหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชายังมีพลวัตอยู่ แม้ว่าจะได้ก่อตัวอย่างมั่นคงชัดเจนจนได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีแล้วก็ตาม

และจากการเพิ่มบทบาทของศาลอาญาระหว่างประเทศในการเยียวยาเหยื่อจากอาชญากรรมโดยศาลมีอำนาจสั่งจ่ายเงินชดเชยแก่เหยื่อโดยตรงผ่านกองทุนเงินทดแทน (Trust fund) ซึ่งเป็นการอุดหนุนว่างที่ปรากฏในกระบวนการยุติธรรมของศาล ICTY ยังผลให้เพิ่มประสิทธิภาพในการอำนวยความสะดวกเพื่อประโยชน์แก่เหยื่อ (Victim sensitive) ทำให้เหยื่อจากอาชญากรรมระหว่างประเทศมีโอกาสฟื้นตัวได้อย่างรวดเร็วยิ่งขึ้น ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าคือความยุติธรรมที่แท้จริงเพราะผู้ได้รับความเสียหายจากอาชญากรรมได้รับการชดเชยอย่างเหมาะสมและรวดเร็วยิ่งขึ้นจากสังคมระหว่างประเทศไม่ใช่เป็นเพียงการลงโทษผู้กระทำความผิดอาญาระหว่างประเทศเท่านั้น

จากรายละเอียดเกี่ยวกับข้อเท็จจริงและประเด็นทางกฎหมายต่าง ๆ ที่ได้กล่าวมาทั้งหมดก่อนหน้านี้ทำให้เห็นได้ว่าในสังคมระหว่างประเทศปรากฏมีระบบกฎหมายและระบบอำนวยความสะดวกยุติธรรมระหว่างประเทศที่ถือได้ว่ามีสภาพบังคับและมีประสิทธิภาพในระดับหนึ่งเกิดขึ้น ซึ่งจะมีผลทำให้การกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศที่มีความร้ายแรงทั้งหลายนั้นไม่อาจหลุดรอดจากกระบวนการยุติธรรมระหว่างประเทศไปได้ทั้งนี้ย่อมมีผลกระทบตามมาทั้งในด้านการป้องปรามการลงโทษผู้กระทำความผิดและการเยียวยาเหยื่อจากการกระทำอาชญากรรมทำให้ผู้เขียนมีความหวังว่าในอนาคตสังคมระหว่างประเทศน่าจะมีอาชญากรรมระหว่างประเทศเกิดขึ้นน้อยลง

และมีระดับความรุนแรงต่ำกว่าจากอดีตที่ผ่านมาและเกิดควมมีสันติภาพและความสงบเรียบร้อย  
ในสังคมระหว่างประเทศ



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## บทสรุปและข้อเสนอแนะ

### สรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาค้นคว้าเรื่องหลักกฎหมายความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในกฎหมายระหว่างประเทศตามได้ปรากฏในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ทำให้ทราบได้ถึงความเป็นมาและพัฒนาการของหลักกฎหมายดังกล่าวและจากแนวคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศทำให้เกิดความชัดเจนอย่างมากเกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาเพราะก่อนหน้าการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียไม่ปรากฏการวินิจฉัยคดีโดยอาศัยหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่ชัดเจนโดยองค์การยุติธรรมระหว่างประเทศนับแต่ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมาประกอบกับในสนธิสัญญาระหว่างประเทศก็ยังไม่ปรากฏการบัญญัติอย่างชัดเจนถึงหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา ซึ่งเป็นไปตามสมมุติฐานของวิทยานิพนธ์ที่ว่า “หลักความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชามีองค์ประกอบความผิดที่ถูกทำให้เด่นชัดขึ้นโดยศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียดังนั้นจึงทำให้ผู้บังคับบัญชาไม่อาจหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบทางอาญาที่เป็นผลมาจากความผิดที่กระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชาในกฎหมายอาญาระหว่างประเทศได้” และจากแนวคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียทำให้สรุปเกี่ยวกับหลักกฎหมายความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาได้ ดังนี้

องค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา

ผู้บังคับบัญชาจะต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาของตนก็ต่อเมื่อพิสูจน์ได้ถึงองค์ประกอบความผิดสามประการ โดยเหนือข้อสงสัยอย่างมีเหตุผลคือ

- 1) ปรากฏความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชา
- 2) ผู้บังคับบัญชาได้รู้หรือมีเหตุผลที่ทำให้รู้ว่าการกระทำความผิดอาญากำลังจะเกิดหรือได้เกิดขึ้น และ
- 3) ผู้บังคับบัญชาไม่ได้ใช้มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมเพื่อป้องกันการกระทำผิดหรือลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น

หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชานี้ตามกฎหมายจารีตประเพณีครอบคลุมทั้งผู้บังคับบัญชาทหารและผู้บังคับบัญชาที่ไม่ใช่ทหาร

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชามีลักษณะเป็นความแตกต่างของฐานะซึ่งอาจอยู่ในรูปแบบอย่างเป็นทางการและไม่เป็นทางการซึ่งความสัมพันธ์นี้อาจเกิดขึ้นโดยอำนาจของกฎหมายหรืออำนาจตามความเป็นจริงของตำแหน่งผู้บังคับบัญชาและไม่อาจพิจารณาจากสถานะอย่างเป็นทางการเพียงอย่างเดียว การบังคับบัญชาอาจเกิดขึ้นโดยตรงหรือโดยอ้อมภายใต้ระดับของตำแหน่งได้และต้องปรากฏว่าผู้บังคับบัญชามีความสามารถในการควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาอย่างมีประสิทธิภาพ นั่นคือผู้บังคับบัญชามีความสามารถที่จะป้องกันหรือลงโทษการกระทำผิด ทั้งนี้การที่ผู้บังคับบัญชาเป็นผู้ที่มีอิทธิพลอย่างสูงต่อผู้ใต้บังคับบัญชานั้นถือว่ายังไม่ถึงระดับที่ทำให้ผู้บังคับบัญชามีความสามารถในการควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาอย่างมีประสิทธิภาพภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีที่จะทำให้ผู้บังคับบัญชาต้องมีความรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา

ในส่วนองค์ประกอบภายในของความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาจะต้องปรากฏว่าผู้บังคับบัญชารู้หรือมีเหตุผลที่ทำให้รู้ว่าผู้ใต้บังคับบัญชาของตนกำลังจะกระทำความผิดหรือได้กระทำความผิด ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชานี้ไม่ใช่รูปแบบความรับผิดชอบอย่างเคร่งครัด โดยองค์ประกอบภายในที่จะต้องพิสูจน์มีสองระดับคือ

- 1) ผู้บังคับบัญชาได้รู้ข้อเท็จจริงตามความเป็นจริงซึ่งถูกแสดงให้เห็นปรากฏโดยพยานหลักฐานโดยตรงหรือพยานแวดล้อมว่า ผู้ใต้บังคับบัญชาของตนกำลังกระทำหรือกำลังจะกระทำอาชญากรรมที่อยู่ในอำนาจศาล หรือ
- 2) ผู้บังคับบัญชาได้มีในความครอบครองซึ่งข้อมูลอย่างน้อยทำให้ตนได้สังเกตเห็นถึงความเสี่ยงของการเกิดอาชญากรรม ซึ่งข้อมูลนั้นทำให้ผู้บังคับบัญชาเห็นถึงความจำเป็นในการสอบสวนเพิ่มเติมเพื่อทราบถึงการกระทำอาชญากรรมของผู้ใต้บังคับบัญชา

ภายใต้แนวคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตุโกสภาเวียพยานแวดล้อมที่ใช้พิสูจน์ถึงการรู้ข้อเท็จจริงตามความเป็นจริงได้แก่ จำนวน ชนิด ขอบเขต ของการกระทำความผิด ช่วงเวลาซึ่งการกระทำความผิดเกิด จำนวนและประเภทของทหารที่เกี่ยวข้อง ระบบการลำเลียงที่เกี่ยวข้อง(ถ้ามี) สถานที่ที่เกิดการกระทำความผิดโดยดูถึงสภาพทางภูมิศาสตร์ การเกิดขึ้นอย่างกว้างขวางของการกระทำความผิด ความเร็วของการปฏิบัติการ รูปแบบการกระทำความผิดที่คล้ายกัน เจ้าหน้าที่และพนักงานที่เกี่ยวข้องและสถานที่ที่ผู้บังคับบัญชาอยู่ในขณะเกิดการกระทำความผิด การรู้ข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชากฎหมายถือว่าได้รู้หากปรากฏว่าผู้บังคับบัญชาได้มีในความครอบครองซึ่งข้อมูลที่แสดงถึงความเสี่ยงเกี่ยวกับอาชญากรรมที่ได้ถูกกระทำลงโดย



ผู้ได้บังคับบัญชา เมื่อได้พิสูจน์ถึงการรู้ข้อเท็จจริงของผู้บังคับบัญชาแล้วขั้นต่อไปคือการพิสูจน์องค์ประกอบความผิดสุดท้ายของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาต่อไป

องค์ประกอบความผิดสุดท้ายที่ต้องพิสูจน์คือ ผู้บังคับบัญชาได้ละเว้นไม่ใช้มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมเพื่อป้องกันหรือลดโทษอาชญากรรมที่กระทำลงโดยผู้ได้บังคับบัญชาของตน มาตรการนี้จำกัดอยู่เฉพาะที่อยู่ภายในอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาจะปฏิบัติได้ ผู้บังคับบัญชาไม่ผูกพันที่จะต้องปฏิบัติในสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ อย่างไรก็ตามผู้บังคับบัญชามีหน้าที่ใช้วิธีการที่เป็นไปได้ตามสถานการณ์ซึ่งรวมถึงมาตรการที่อยู่นอกเหนืออำนาจตามกฎหมาย พันธะหน้าที่ในการป้องกันหรือลดโทษในบางสถานการณ์นั้นรวมถึงการรายงานเรื่องราวไปยังผู้มีอำนาจด้วย ทั้งนี้การละเว้นไม่ป้องกันการกระทำอาชญากรรมของผู้ได้บังคับบัญชาไม่อาจถูกลบล้างความรับผิดโดยการลดโทษผู้ได้บังคับบัญชาในภายหลัง เมื่อได้พิสูจน์ถึงองค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาโดยอยู่เหนือข้อสงสัยอย่างมีเหตุผลแล้ว ผู้ถูกกล่าวหาที่เป็นผู้บังคับบัญชาที่ต้องรับผิดและถูกลงโทษภายใต้หลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชา

นอกจากแนวคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศคดียูโกสลาเวียจะได้แสดงความชัดเจนถึงองค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาแล้ว ยังได้แสดงโดยชี้ให้เห็นถึงความเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชา

จากแนวคำพิพากษาทำให้สามารถวิเคราะห์หลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาได้ว่าประกอบไปด้วยหลักความรับผิด ในฐานความผิดดังนี้

- 1) ผู้บังคับบัญชารู้ว่าผู้ได้บังคับบัญชากำลังจะกระทำความผิดและละเว้นไม่ใช้มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมป้องกันการกระทำความผิดนั้น
- 2) ผู้บังคับบัญชารู้ว่าผู้ได้บังคับบัญชาได้กระทำความผิดและละเว้นการลงโทษผู้กระทำความผิด ทั้งนี้ผู้บังคับบัญชานั้นต้องเป็นผู้มีอำนาจการควบคุมผู้ได้บังคับบัญชาในขณะที่การกระทำความผิดเกิด
- 3) ผู้บังคับบัญชามีเหตุผลที่ทำให้รู้ว่าผู้ได้บังคับบัญชากำลังจะกระทำความผิดและละเว้นไม่ใช้มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมป้องกันการกระทำความผิดนั้น
- 4) ผู้บังคับบัญชามีเหตุผลที่ทำให้รู้ว่าผู้ได้บังคับบัญชาได้กระทำความผิดและละเว้นไม่ลงโทษผู้กระทำความผิด ทั้งนี้ผู้บังคับบัญชานั้นต้องเป็นผู้มีอำนาจการควบคุมผู้ได้บังคับบัญชาในขณะที่การกระทำความผิดเกิด

- 5) ผู้บังคับบัญชาหรือมีเหตุผลที่ทำให้รู้ว่าผู้ใต้บังคับบัญชาได้กระทำความผิดและละเว้นไม่ลงโทษผู้กระทำความผิด ทั้งนี้ผู้บังคับบัญชานั้นได้ดำรงตำแหน่งผู้บังคับบัญชาภายหลังการกระทำความผิดเกิด

ทั้งนี้ศาลอาญาระหว่างประเทศคดียูโกสลาเวียได้วินิจฉัยแสดงถึงความเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีในส่วนของความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในกรณี 1-4 แต่ในส่วนของกรณี 5 นั้นศาลเห็นว่าความรับผิดชอบกรณีนี้อาจก่อตัวในกฎหมายระหว่างประเทศแต่ยังไม่อาจถือได้ว่าได้เกิดขึ้นอย่างชัดเจนมั่นคงพอที่จะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีดังนั้นหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาจึงไม่อาจบังคับใช้กับความผิดที่กระทำลงโดยผู้ใต้บังคับบัญชากรณีที่ผู้บังคับบัญชาเข้าดำรงตำแหน่งภายหลังการกระทำความผิดเกิดและละเว้นไม่ลงโทษผู้กระทำความผิด

เมื่อพิจารณาถึงหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามแนวคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศคดียูโกสลาเวียเปรียบเทียบกับบทบัญญัติมาตรา 28 ของตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศพบว่าหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 28 นี้ไม่สอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามที่ปรากฏในกฎหมายสนธิสัญญาอื่นหรือหลักกฎหมายจากคดีรวมถึงแนวคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศคดียูโกสลาเวีย ทำให้เกิดปัญหาว่าหลักความรับผิดชอบที่บัญญัติในมาตรา 28 จะมีผลในการบังคับใช้หรือไม่อย่างไร นั่นคือศาลอาญาระหว่างประเทศมีความจำเป็นที่จะต้องวินิจฉัยถึงผลของมาตรา 28 ของตราสารก่อตั้งก่อนว่ามีผลต่อขอบเขตอำนาจของศาลและการพิจารณาวินิจฉัยอรรถคดีอย่างไร และต้องกำหนดถึงที่มาของกฎหมายที่ศาลจะนำมาใช้บังคับ อย่างไรก็ตามก็ดีผู้เขียนมีความเห็นว่าแนวทางการวินิจฉัยคดีในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาของศาลอาญาระหว่างประเทศคดียูโกสลาเวียจะเป็นสิ่งที่ใช้เป็นหลักดำเนินคดีได้เพราะศาลอาญาระหว่างประเทศคดียูโกสลาเวียได้ถูกก่อตั้งโดยองค์การสหประชาชาติซึ่งถือได้ว่าเป็นความชอบธรรมและเป็นกลาง อันจะมีผลทำให้ทำให้ทราบถึงแนวโน้มในการปรับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาของศาลอาญาระหว่างประเทศหรือองค์การยุติธรรมระหว่างประเทศอื่นที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต

นอกจากความชัดเจนเกี่ยวกับหลักกฎหมายความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่ศาล ICTY ได้แสดงให้เห็นปรากฏแล้ว ศาล ICTY ยังถือได้ว่าเป็นต้นแบบของการอำนวยความสะดวกระหว่างประเทศ ปัญหาและอุปสรรคในการอำนวยความสะดวกที่ปรากฏในการปฏิบัติจริงของศาล ICTY ทั้งการดำเนินคดี การบังคับโทษตามคำพิพากษาและการเยียวยาเหยื่อจากการกระทำอาชญากรรม ได้ถูกนำมาเป็นแบบอย่างในการศึกษาเพื่อปรับปรุงแก้ไขข้อบกพร่องสำหรับองค์การยุติธรรมระหว่างประเทศในอนาคตได้ดังจะเห็นตัวอย่างได้จากการพัฒนาวิธีการในเชิงการเยียวยาเหยื่อจากอาชญากรรมที่มีความก้าวหน้าอย่างมากของศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งศาลมีอำนาจในการ

เสียหายหรือโดยสามารถสั่งจ่ายเงินค่าทดแทนผ่านกองทุนเงินทดแทน (Trust fund) ทำให้เกิดความยุติธรรมครบวงจรยิ่งขึ้น

เนื่องจากปัญหาสำคัญในการดำเนินคดีกับบุคคลที่มีความรับผิดชอบทางอาญาคือความไม่ชัดเจนของกฎหมายเพราะในปัจจุบันไม่มีประมวลกฎหมายอาญาระหว่างประเทศดังนั้นแนวทางในการแก้ปัญหาที่สำคัญอย่างหนึ่งคือการสร้างประมวลกฎหมายอาญาระหว่างประเทศอันเป็นที่ยอมรับโดยผ่านกระบวนการในเวทีระหว่างประเทศโดยนำกฎหมายจารีตประเพณีที่ปรากฏมาบัญญัติรวมไว้ ซึ่งในส่วนของความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาแนวคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียจะมีส่วนช่วยในการบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาระหว่างประเทศได้ และการที่ศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียได้ชี้ชัดถึงสถานะความเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีของหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาย่อมเป็นหลักประกันว่าหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชามีผลใช้บังคับในกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าประมวลกฎหมายอาญาระหว่างประเทศจะเกิดขึ้นหรือไม่ ทำให้ผู้บังคับบัญชาไม่อาจหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบสำหรับการกระทำ ความผิดของผู้ได้บังคับบัญชาได้หากผู้บังคับบัญชาได้ละเว้นไม่กระทำหน้าที่ของตนในการป้องกันการกระทำ ความผิดหรือลงโทษผู้กระทำความผิด เพราะศาลระหว่างประเทศแม้แต่ศาลภายในประเทศจะสามารถปรับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาโดยค้นหาหลักกฎหมายจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ทั้งนี้แนวคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียจะมีบทบาทที่สำคัญเพราะถือเป็นการปฏิบัติขององค์กรระหว่างประเทศที่เสริมความชัดเจนของหลักกฎหมาย และจะเป็นแนวทางในการแก้ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต

ในปัจจุบันรัฐส่วนใหญ่ยังมีได้บัญญัติหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาไว้ในกฎหมายภายในของตน โดยเฉพาะหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในภาวะขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับภายในประเทศเพราะรัฐทั้งหลายต่างเกรงว่าจะเป็นการจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของตนซึ่งจะมีผลกระทบต่อการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศดังนั้นด้วยเหตุดังกล่าวจึงถือเป็นอุปสรรคที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกรณีเกิดความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับภายในประเทศ แต่ผู้เขียนมีความเชื่อว่าภายหลังจากที่ศาลอาญาระหว่างประเทศอดีตยูโกสลาเวียได้วางหลักที่สำคัญคือได้วินิจฉัยว่าหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสามารถบังคับใช้ได้ในการความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับภายในประเทศเพราะมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายระหว่างประเทศจะทำให้มีผลในเชิงป้องกันซึ่งช่วยลดปริมาณและความรุนแรงของการเกิดอาชญากรรมร้ายแรงทั้งหลายในภาวะความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธระดับภายในประเทศได้

อย่างไรก็ดีแม้จะได้มีความชัดเจนเกี่ยวกับหลักกฎหมายความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่ใช้บังคับกับอาชญากรรมร้ายแรงที่เกิดขึ้นในภาวะความขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธทั้งระดับภายในและระดับระหว่างประเทศแต่กระบวนการในการบังคับใช้กฎหมายนั้นจะต้องมีประสิทธิภาพด้วย และด้วยเหตุที่กระบวนการยุติธรรมระหว่างประเทศยังต้องพึ่งพาความร่วมมือจากรัฐในหลายด้านเช่น การปฏิบัติตามหมายหรือคำขอต่าง ๆ ของศาลเพื่อการดำเนินคดีกับผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศรวมถึงการบังคับโทษและการเยียวยาเหยื่อ ดังนั้นรัฐต่าง ๆ ในสังคมโลกควรต้องมีการปรับปรุงกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศเรื่องหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชารวมถึงกฎหมายอนุวัติการเพื่อความร่วมมือและอำนวยความสะดวกกับองค์กรยุติธรรมระหว่างประเทศซึ่งจะทำให้การกระบวนการยุติธรรมระหว่างประเทศเกิดผลสัมฤทธิ์สูงสุด โดยผู้กระทำความผิดได้รับผลร้ายจากการกระทำของคนอื่นเป็นการป้องปรามการกระทำอาชญากรรมในอนาคตและเหยื่อจากอาชญากรรมได้รับการเยียวยาตามสมควร



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## รายการอ้างอิง

Aksar, Y. Implementing international humanitarian law from the ad hoc tribunals to a permanent international criminal court. London : Routledge, 2004.

Argentina, Court of appeal, Military Junta case (appeal), 9 December 1985.

Argentina, Law of war manual (1989)

Armenia, Penal code (2003)

Azerbaijan, Criminal Code (1999)

Bangladesh, International crimes (Tribunal) act (1973)

Bassiouni, C., M. A draft international criminal code and draft statute for an international criminal tribunal. Dordrecht: Martinus Nijhoff. 1987.

Bassiouni, C., M., Crimes Against Humanity in International Law 154 (1992) (citing Coleman Phillipson, The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome 60 (1979) (citing Herodotus, History at vii, at 136)). cited in McCormack, T., L.H. Conceptualizing violence. Albany Law Review 60 (1997): 681.

Belarus, Criminal Code (1999)

Belgium, Law concerning the repression of grave breaches of the Geneva convention and their additional protocols as amended (1993)

Brand, C.E., Roman Military Law 195--96 (1968) (quoting from a translation of a Greek text of Strategica by Colonel O.L. Spaulding of the United States Army) (citations omitted). cited in *McCormack, T., L.H.* Conceptualizing violence. Albany Law Review 60 (1997): 681.

Cambodia, Law on the Khmer Rouge trial (2001)

Cameroon, Instructors' manual (1992)

Canada, Crimes against humanity and war crimes act (2000)

Croatia, Commanders' manual (1992)

\_\_\_\_\_. Commission report, 19 March 1919, 14 American journal of international law 25 (1920)

\_\_\_\_\_. Convention Concerning the Laws and Customs of War on Land (Hague IV), signed at the Hague, Oct. 18, 1907, 3 Martens Nouveau Recueil (3d) 461.

Egypt, Military criminal code (1966)

Estonia, Penal Code (2001)

France, Code of military justice (1982)

France, LOAC Summary note (1992)

Germany, Federal Supreme Court, Superior orders case, Judgement, 19 March 1953.

Germany, Law introducing the international crimes code (2002)

Henckaerts, J.M., Doswald-Beck, L. Customary international humanitarian law. volume II.  
Cambridge: Cambridge university press. 2005.

Hessler, Command Responsibility for War Crimes, 82 Yale Law Journal, 1274 (1973)

Hungary, Military manual (1992)

\_\_\_\_\_. International Convention With Respect to the Laws and Customs of War by Land  
(Hague II), signed at the Hague July 29, 1899, 2 Martens Nouveau Recueil (2d)  
949.

International Military Tribunal at Tokyo, Toyoda case. Judgement, 6 September 1949.

International Military Tribunal at Tokyo, Case of the Major war criminals, Judgement, 4-  
12 November 1948.

Italy, LOAC Elementary rules Manual (1991)

Italy, Military tribunal at Verona, Schinholzer case, Judgement, 18 February 1946.

Italy, Penal code (1930)

Jayaswal, K.P. et al., A Comparison and a Contrast: A Treatise on the Basic Hindu Law  
(1930). cited in *McCormack, T., L.H.* Conceptualizing violence. Albany Law  
Review 60 (1997): 681.

Jones, J, R.W.D., Powles, S. International criminal practice. New York: Transnational,  
2003.

Luxembourg, Law on the repression of war crimes (1947)

McCormack, T.,L.H. Conceptualizing violence: present and future development in international law: panel II: adjudication violence: problems confronting international law and policy on war crimes and crimes against humanity: selective reaction to atrocity: war crimes and the development of international criminal law. Albany Law Review 60 (1997): 681.

Meron,T. War crimes in Yugoslavia and the development of international law. The American Journal of International Law 88 January (1994 ): 78.

Netherlands, International crimes act (2003)

Netherlands, Military criminal code as amended (1964)

Netherlands, Military Manual (1993)

New Zealand, Military manual (1992)

\_\_\_\_\_. Protocol additional to the Geneva convention of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol 1), 1977.

Philippines, Hand book on discipline (1989)

Russia, Military manual (1990)

Rwanda, Law setting up Gacaca jurisdictions (2001)

Sandoz,Y., Swinarski,C., Zimmermann,B. Commentary on the additional protocol of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949. Geneva: Martinus Nijhoff. 1987.

Federal Republic of Yugoslavia (FRY), YPA Military Manual (1988)



Spain, Military criminal code (1985)

\_\_\_\_\_. Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, 25 May 1993.

South Korea, Military operations law of war compliance regulation (1988)

SUNGA,L.,S. Individual responsibility in international law for serious human right violations. Dordrecht: Martinus Nijhoff. 1992.

Sun Tzu: The New Translation (J.H. Huang trans., 1993). cited in *McCormack,T.,L.H.* Conceptualizing violence. Albany Law Review 60 (1997): 681.

Sweden, IHL Manual (1991)

Sweden, Penal code as amended (1962)

Switzerland, Basic military manual (1987)

The Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field. Geneva, 27 July 1929.

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Appeal Chamber, Celebici case, Judgement. Case No.: IT-96-21-A 20 February 2001

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Appeal Chamber, Prosecutor v. Dario Kordic et al, Judgement. Case No.: IT-95-14/2-A 17 December 2004.

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Appeal Chamber,  
Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision. (Decision on the defence motion for  
interlocutory appeal on jurisdiction) 2 October 1995.

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Appeal Chamber,  
Prosecutor v. Enver Hadzihazanovic et al., Case No. IT-01-47-AR72, Decision  
on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command  
Responsibility, 16 July 2003

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Appeal Chamber,  
Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Judgement. Case No.: IT-97-25-A 17  
September 2003

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Appeal Chamber,  
Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al, Judgement. Case No. IT-98-30/1-A 28  
February 2005

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Appeal Chamber,  
Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement. Case No.: IT-95-14-A 29 July 2004

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Appeal Chamber,  
Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Judgement. Case No.: IT-95-14/1-A 24 March  
2000

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Trial Chamber, Celebici  
case, Judgement. Case No.: IT-96-21-T 16 November 1998

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Trial Chamber, Prosecutor  
v. Dario Kordic et al, Judgement. Case No. IT-95-14/2-T 26 February 2001

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Trial Chamber, Prosecutor  
v. Dragan Obrenovic, Judgement. Case No. IT-02-60/2-S 10 December 2003

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Trial Chamber, Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al, Judgement. Case No.: IT-96-23-T& IT-96-23/1-T 22 February 2001

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Trial Chamber, Prosecutor v. Enver Hadzihanovic et al, Judgement. Case No. IT-01-47-T 27 September 2004

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Trial Chamber, Prosecutor v. Milomir Stakic, Judgement. Case No. IT-97-24-T 31 July 2003

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Trial Chamber, Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Judgement. Case No.: IT-97-25-T 15 March 2002

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Appeal Chamber, Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al, Judgement. Case No. IT-98-30/1-A 28 February 2005

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Trial Chamber, Prosecutor v. Mladen Naletilic et al, Judgement. Case No. IT-98-34-T 31 March 2003

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Trial Chamber, Prosecutor v. Pavle Strugar, Judgement. Case No. IT-01-42-T 31 January 2005

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Trial Chamber, Prosecutor v. Radislav Krstic, Judgement. Case No. IT-98-33-T 02 August 2001

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Trial Chamber, Prosecutor v. Radoslav Brdanin, Judgement. Case No. IT-99-36-T 1 September 2004

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Trial Chamber, Prosecutor v. Slobodan Milosevic, Judgement. Case No. IT-02-54-T 16 June 2004

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Trial Chamber, Prosecutor v. Stanislav Galic, Judgement. Case No. IT-98-29-T 5 December 2003

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Trial Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement. Case No. IT-95-14-T 3 March 2000

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Trial Chamber, Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Judgement. Case No.: IT-95-14/1-T 25 June 1999

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Trial Chamber, Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al., Judgement. Case No.: IT-95-16-T 14 January 2000

UK, Military court at Wuppertal, Rauer case, Judgement, 18 February 1946

UK, Military Manual (1958)

Ukraine, Criminal Code (2001)

United Nation. Report of the Secretary-General (s/25704) on the ICTY's statute.

Uruguay, Disciplinary regulation (1980)

US, Air Force Pamphlet (1976)

Us, Military Tribunal at Nuremberg, List (Hostages Trial) case, Judgment, 8 July 1947-19 February 1948.

US, Military Tribunal at Nuremberg, Von Leeb (The High Command Trial) case,  
Judgement, 30 December 1947-28 October 1948.

US, Regulations governing the trials of accused war criminals in the pacific region I  
(1945)

US, Supreme Court, Yamashita case, Judgement, 4 February 1946.

William H. Parks, Command Responsibility for War Crimes, 62 Mil. L. Rev. 1, (1973) 86.

Yemen, Military criminal code (1998)



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

**Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, 25 May 1993.**

**Full text**

Having been established by the Security Council acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations, the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 (hereinafter referred to as "the International Tribunal") shall function in accordance with the provisions of the present Statute.

**Article 1**

Competence of the International Tribunal

The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991 in accordance with the provisions of the present Statute.

**Article 2**

Grave breaches of the Geneva Conventions of 1949

The International Tribunal shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949, namely the following acts against persons or property protected under the provisions of the relevant Geneva Convention:

- (a) wilful killing;
- (b) torture or inhuman treatment, including biological experiments;
- (c) wilfully causing great suffering or serious injury to body or health;
- (d) extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly;
- (e) compelling a prisoner of war or a civilian to serve in the forces of a hostile power;
- (f) wilfully depriving a prisoner of war or a civilian of the rights of fair and regular trial;
- (g) unlawful deportation or transfer or unlawful confinement of a civilian;
- (h) taking civilians as hostages.

**Article 3**

Violations of the laws or customs of war

The International Tribunal shall have the power to prosecute persons violating the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to:

- (a) employment of poisonous weapons or other weapons calculated to cause unnecessary suffering;
- (b) wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity;
- (c) attack, or bombardment, by whatever means, of undefended towns, villages, dwellings, or buildings;
- (d) seizure of, destruction or wilful damage done to institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences, historic monuments and works of art and science;
- (e) plunder of public or private property.

**Article 4**

Genocide

1. The International Tribunal shall have the power to prosecute persons committing genocide as defined in paragraph 2 of this article or of committing any of the other acts enumerated in paragraph 3 of this article.

2. Genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:

- (a) killing members of the group;
- (b) causing serious bodily or mental harm to members of the group;

- (c) deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
- (d) imposing measures intended to prevent births within the group;
- (e) forcibly transferring children of the group to another group.

3. The following acts shall be punishable:

- (a) genocide;
- (b) conspiracy to commit genocide;
- (c) direct and public incitement to commit genocide;
- (d) attempt to commit genocide;
- (e) complicity in genocide.

#### **Article 5**

##### Crimes against humanity

The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population:

- (a) murder;
- (b) extermination;
- (c) enslavement;
- (d) deportation;
- (e) imprisonment;
- (f) torture;
- (g) rape;
- (h) persecutions on political, racial and religious grounds;
- (i) other inhumane acts.

#### **Article 6**

##### Personal jurisdiction

The International Tribunal shall have jurisdiction over natural persons pursuant to the provisions of the present Statute.

#### **Article 7**

##### Individual criminal responsibility

1. A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 5 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime.
2. The official position of any accused person, whether as Head of State or Government or as a responsible Government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment.
3. The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 5 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his superior of criminal responsibility if he knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.
4. The fact that an accused person acted pursuant to an order of a Government or of a superior shall not relieve him of criminal responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the International



Tribunal determines that justice so requires.

#### **Article 8**

Territorial and temporal jurisdiction

The territorial jurisdiction of the International Tribunal shall extend to the territory of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia, including its land surface, airspace and territorial waters. The temporal jurisdiction of the International Tribunal shall extend to a period beginning on 1 January 1991.

#### **Article 9**

Concurrent jurisdiction

1. The International Tribunal and national courts shall have concurrent jurisdiction to prosecute persons for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1 January 1991.

2. The International Tribunal shall have primacy over national courts. At any stage of the procedure, the International Tribunal may formally request national courts to defer to the competence of the International Tribunal in accordance with the present Statute and the Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal.

#### **Article 10**

Non-bis-in-idem

1. No person shall be tried before a national court for acts constituting serious violations of international humanitarian law under the present Statute, for which he or she has already been tried by the International Tribunal.

2. A person who has been tried by a national court for acts constituting serious violations of international humanitarian law may be subsequently tried by the International Tribunal only if:

(a) the act for which he or she was tried was characterized as an ordinary crime; or

(b) the national court proceedings were not impartial or independent, were designed to shield the accused from international criminal responsibility, or the case was not diligently prosecuted.

3. In considering the penalty to be imposed on a person convicted of a crime under the present Statute, the International Tribunal shall take into account the extent to which any penalty imposed by a national court on the same person for the same act has already been served.

#### **Article 11**

Organization of the International Tribunal

The International Tribunal shall consist of the following organs:

(a) The Chambers, comprising two Trial Chambers and an Appeals Chamber;

(b) The Prosecutor, and

(c) A Registry, servicing both the Chambers and the Prosecutor.

#### **Article 12**

As amended by Security Council Resolution 1411 of 17 May 2002

Composition of the Chambers

1. The Chambers shall be composed of sixteen permanent independent judges, no two of whom may be nationals of the same State, and a maximum at any one time of nine ad litem independent judges appointed in accordance with article 13 ter, paragraph 2, of the Statute, no two of whom may be nationals of the same State.

2. Three permanent judges and a maximum at any one time of six ad litem judges shall be members of each Trial Chamber. Each Trial Chamber to which ad litem judges are assigned may be divided into sections of three judges each, composed of both permanent and ad litem judges. A section of a Trial Chamber shall have the same powers and responsibilities as a Trial Chamber under the Statute and shall render judgement in accordance with the same rules.

3. Seven of the permanent judges shall be members of the Appeals Chamber. The Appeals Chamber shall, for each appeal, be composed of five of its members.

4. A person who for the purposes of membership of the Chambers of the International Tribunal could be regarded as a national of more than one State shall be deemed to be a national of the State in which that person ordinarily exercises civil and political rights.

### **Article 13**

#### Qualifications and election of judges

1. The judges shall be persons of high moral character, impartiality and integrity who possess the qualifications required in their respective countries for appointment to the highest judicial offices. In the overall composition of the Chambers due account shall be taken of the experience of the judges in criminal law, international law, including international humanitarian law and human rights law.

2. The judges of the International Tribunal shall be elected by the General Assembly from a list submitted by the Security Council, in the following manner:

(a) The Secretary-General shall invite nominations for judges of the International Tribunal from States Members of the United Nations and non-member States maintaining permanent observer missions at United Nations Headquarters;

(b) Within sixty days of the date of the invitation of the Secretary-General, each State may nominate up to two candidates meeting the qualifications set out in paragraph 1 above, no two of whom shall be of the same nationality;

(c) The Secretary-General shall forward the nominations received to the Security Council. From the nominations received the Security Council shall establish a list of not less than twenty-two and not more than thirty-three candidates, taking due account of the adequate representation of the principal legal systems of the world;

(d) The President of the Security Council shall transmit the list of candidates to the President of the General Assembly. From that list the General Assembly shall elect the eleven judges of the International Tribunal. The candidates who receive an absolute majority of the votes of the States Members of the United Nations and of the non-Member States maintaining permanent observer missions at United Nations Headquarters, shall be declared elected. Should two candidates of the same nationality obtain the required majority vote, the one who received the higher number of votes shall be considered elected.

3. In the event of a vacancy in the Chambers, after consultation with the Presidents of the Security Council and of the General Assembly, the Secretary-General shall appoint a person meeting the qualifications of paragraph 1 above, for the remainder of the term of office concerned.

4. The judges shall be elected for a term of four years. The terms and conditions of service shall be those of the judges of the International Court of Justice. They shall be eligible for re-election.

### **Article 14**

#### Officers and members of the Chambers

1. The judges of the International Tribunal shall elect a President.

2. The President of the International Tribunal shall be a member of the Appeals Chamber and shall preside over its proceedings.

3. After consultation with the judges of the International Tribunal, the President shall assign the judges to the Appeals Chamber and to the Trial Chambers. A judge shall serve only in the Chamber to which he or she was assigned.

4. The judges of each Trial Chamber shall elect a Presiding Judge, who shall conduct all of the proceedings of the Trial Chamber as a whole.

### **Article 15**

#### Rules of procedure and evidence

The judges of the International Tribunal shall adopt rules of procedure and evidence for the conduct of the pre-trial phase of the proceedings, trials and appeals, the admission of evidence, the protection of victims and witnesses and other appropriate matters.

### **Article 16**

#### The Prosecutor

1. The Prosecutor shall be responsible for the investigation and prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1 January 1991.
2. The Prosecutor shall act independently as a separate organ of the International Tribunal. He or she shall not seek or receive instructions from any Government or from any other source.
3. The Office of the Prosecutor shall be composed of a Prosecutor and such other qualified staff as may be required.
4. The Prosecutor shall be appointed by the Security Council on nomination by the Secretary-General. He or she shall be of high moral character and possess the highest level of competence and experience in the conduct of investigations and prosecutions of criminal cases. The Prosecutor shall serve for a four-year term and be eligible for reappointment. The terms and conditions of service of the Prosecutor shall be those of an Under-Secretary-General of the United Nations.
5. The staff of the Office of the Prosecutor shall be appointed by the Secretary-General on the recommendation of the Prosecutor.

#### Article 17

##### The Registry

1. The Registry shall be responsible for the administration and servicing of the International Tribunal.
2. The Registry shall consist of a Registrar and such other staff as may be required.
3. The Registrar shall be appointed by the Secretary-General after consultation with the President of the International Tribunal. He or she shall serve for a four-year term and be eligible for reappointment. The terms and conditions of service of the Registrar shall be those of an Assistant Secretary-General of the United Nations.
4. The staff of the Registry shall be appointed by the Secretary-General on the recommendation of the Registrar.

#### Article 18

##### Investigation and preparation of indictment

1. The Prosecutor shall initiate investigations ex-officio or on the basis of information obtained from any source, particularly from Governments, United Nations organs, intergovernmental and non-governmental organizations. The Prosecutor shall assess the information received or obtained and decide whether there is sufficient basis to proceed.
2. The Prosecutor shall have the power to question suspects, victims and witnesses, to collect evidence and to conduct on-site investigations. In carrying out these tasks, the Prosecutor may, as appropriate, seek the assistance of the State authorities concerned.
3. If questioned, the suspect shall be entitled to be assisted by counsel of his own choice, including the right to have legal assistance assigned to him without payment by him in any such case if he does not have sufficient means to pay for it, as well as to necessary translation into and from a language he speaks and understands.
4. Upon a determination that a prima facie case exists, the Prosecutor shall prepare an indictment containing a concise statement of the facts and the crime or crimes with which the accused is charged under the Statute. The indictment shall be transmitted to a judge of the Trial Chamber.

#### Article 19

##### Review of the indictment

1. The judge of the Trial Chamber to whom the indictment has been transmitted shall review it. If satisfied that a prima facie case has been established by the Prosecutor, he shall confirm the indictment. If not so satisfied, the indictment shall be dismissed.
2. Upon confirmation of an indictment, the judge may, at the request of the Prosecutor, issue such orders and warrants for the arrest, detention, surrender or transfer of persons, and any other orders as may be required for the conduct of the trial.

**Article 20**

## Commencement and conduct of trial proceedings

1. The Trial Chambers shall ensure that a trial is fair and expeditious and that proceedings are conducted in accordance with the rules of procedure and evidence, with full respect for the rights of the accused and due regard for the protection of victims and witnesses.
2. A person against whom an indictment has been confirmed shall, pursuant to an order or an arrest warrant of the International Tribunal, be taken into custody, immediately informed of the charges against him and transferred to the International Tribunal.
3. The Trial Chamber shall read the indictment, satisfy itself that the rights of the accused are respected, confirm that the accused understands the indictment, and instruct the accused to enter a plea. The Trial Chamber shall then set the date for trial.
4. The hearings shall be public unless the Trial Chamber decides to close the proceedings in accordance with its rules of procedure and evidence.

**Article 21**

## Rights of the accused

1. All persons shall be equal before the International Tribunal.
2. In the determination of charges against him, the accused shall be entitled to a fair and public hearing, subject to article 22 of the Statute.
3. The accused shall be presumed innocent until proved guilty according to the provisions of the present Statute.
4. In the determination of any charge against the accused pursuant to the present Statute, the accused shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality:
  - (a) to be informed promptly and in detail in a language which he understands of the nature and cause of the charge against him;
  - (b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence and to communicate with counsel of his own choosing;
  - (c) to be tried without undue delay;
  - (d) to be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him, in any case where the interests of justice so require, and without payment by him in any such case if he does not have sufficient means to pay for it;
  - (e) to examine, or have examined, the witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;
  - (f) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in the International Tribunal;
  - (g) not to be compelled to testify against himself or to confess guilt.

**Article 22**

## Protection of victims and witnesses

The International Tribunal shall provide in its rules of procedure and evidence for the protection of victims and witnesses. Such protection measures shall include, but shall not be limited to, the conduct of in camera proceedings and the protection of the victim's identity.

**Article 23**

## Judgement

1. The Trial Chambers shall pronounce judgements and impose sentences and penalties on persons convicted of serious violations of international humanitarian law.
2. The judgement shall be rendered by a majority of the judges of the Trial Chamber, and shall be delivered by the Trial Chamber in public. It shall be accompanied by a reasoned opinion in writing, to which separate

or dissenting opinions may be appended.

#### **Article 24**

##### Penalties

1. The penalty imposed by the Trial Chamber shall be limited to imprisonment. In determining the terms of imprisonment, the Trial Chambers shall have recourse to the general practice regarding prison sentences in the courts of the former Yugoslavia.
2. In imposing the sentences, the Trial Chambers should take into account such factors as the gravity of the offence and the individual circumstances of the convicted person.
3. In addition to imprisonment, the Trial Chambers may order the return of any property and proceeds acquired by criminal conduct, including by means of duress, to their rightful owners.

#### **Article 25**

##### Appellate proceedings

1. The Appeals Chamber shall hear appeals from persons convicted by the Trial Chambers or from the Prosecutor on the following grounds:
  - (a) an error on a question of law invalidating the decision; or
  - (b) an error of fact which has occasioned a miscarriage of justice.
2. The Appeals Chamber may affirm, reverse or revise the decisions taken by the Trial Chambers.

#### **Article 26**

##### Review proceedings

Where a new fact has been discovered which was not known at the time of the proceedings before the Trial Chambers or the Appeals Chamber and which could have been a decisive factor in reaching the decision, the convicted person or the Prosecutor may submit to the International Tribunal an application for review of the judgement.

#### **Article 27**

##### Enforcement of sentences

Imprisonment shall be served in a State designated by the International Tribunal from a list of States which have indicated to the Security Council their willingness to accept convicted persons. Such imprisonment shall be in accordance with the applicable law of the State concerned, subject to the supervision of the International Tribunal.

#### **Article 28**

##### Pardon or commutation of sentences

If, pursuant to the applicable law of the State in which the convicted person is imprisoned, he or she is eligible for pardon or commutation of sentence, the State concerned shall notify the International Tribunal accordingly. The President of the International Tribunal, in consultation with the judges, shall decide the matter on the basis of the interests of justice and the general principles of law.

#### **Article 29**

##### Cooperation and judicial assistance

1. States shall cooperate with the International Tribunal in the investigation and prosecution of persons accused of committing serious violations of international humanitarian law.
2. States shall comply without undue delay with any request for assistance or an order issued by a Trial Chamber, including, but not limited to:
  - (a) the identification and location of persons;

- (b) the taking of testimony and the production of evidence;
- (c) the service of documents;
- (d) the arrest or detention of persons;
- (e) the surrender or the transfer of the accused to the International Tribunal.

**Article 30**

The status, privileges and immunities of the International Tribunal

1. The Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations of 13 February 1946 shall apply to the International Tribunal, the judges, the Prosecutor and his staff, and the Registrar and his staff.
2. The judges, the Prosecutor and the Registrar shall enjoy the privileges and immunities, exemptions and facilities accorded to diplomatic envoys, in accordance with international law.
3. The staff of the Prosecutor and of the Registrar shall enjoy the privileges and immunities accorded to officials of the United Nations under articles V and VII of the Convention referred to in paragraph 1 of this article.
4. Other persons, including the accused, required at the seat of the International Tribunal shall be accorded such treatment as is necessary for the proper functioning of the International Tribunal.

**Article 31**

Seat of the International Tribunal

The International Tribunal shall have its seat at The Hague.

**Article 32**

Expenses of the International Tribunal

The expenses of the International Tribunal shall be borne by the regular budget of the United Nations in accordance with Article 17 of the Charter of the United Nations.

**Article 33**

Working languages

The working languages of the International Tribunal shall be English and French.

**Article 34**

Annual report

The President of the International Tribunal shall submit an annual report of the International Tribunal to the Security Council and to the General Assembly.

## ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

ร้อยตำรวจโท ชงไท รัมมะศักดิ์ เกิดเมื่อ 5 มิถุนายน พ.ศ. 2513 ที่กรุงเทพมหานคร จบ  
 การศึกษาปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิตจากมหาวิทยาลัยรามคำแหงในปีการศึกษา 2540 เข้าศึกษา  
 ระดับปริญญาโทนิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยในปีการศึกษา 2546 ปัจจุบัน  
 (พ.ศ. 2549) ทำงานที่สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ปทุมวัน รับราชการ  
 ตำรวจ ดำรงตำแหน่งรองสารวัตร ทำหน้าที่นิติกร สังกัด กลุ่มงานร้องทุกข์ สำนักงาน  
 คณะกรรมการข้าราชการตำรวจ  
 อาศัยอยู่บ้านเลขที่ 141 ซอยรัชดาภิเษก 12 ถนนรัชดาภิเษก แขวงห้วยขวาง เขตห้วยขวาง  
 กรุงเทพมหานคร โทรศัพท์ 0 2692 7796



สถาบันวิทยบริการ  
 จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย