

การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในฐานะเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดในกฎหมายระหว่างประเทศ



นาย ทวี เรืองฤทธิ์เดช

# สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2551

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

PROHIBITION OF GENOCIDE AS JUS COGENS IN INTERNATIONAL LAW



Mr. Tavee Ruangritdej

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Law Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2008

Copyright of Chulalongkorn University



ทวี เรื่องฤทธิ์เดช : การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในฐานะเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับ  
เด็ดขาดในกฎหมายระหว่างประเทศ. (PROHIBITION OF GENOCIDE AS JUS  
COGENS IN INTERNATIONAL LAW) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก : ศ. ดร. ชุมพร ปิจจุ  
สานนท์, 187 หน้า.

กฎหมายที่มีลักษณะบังคับในกฎหมายระหว่างประเทศไม่มีเกณฑ์ที่ชัดเจนทำให้การพิสูจน์  
ว่าบรรทัดฐานใดของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดทำได้ยาก  
ผู้เขียนได้ทำการศึกษาการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่มี  
ลักษณะบังคับเด็ดขาดโดยอาศัยบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการห้ามการ  
ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และการนำการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไปใช้ในศาลระหว่างประเทศ ซึ่ง  
แสดงให้เห็นถึงลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการมีผลผูกพันแบบ  
เด็ดขาดกับรัฐทุกรัฐ อันได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางจากสังคมนานาชาติ

จากการศึกษาพบว่าบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการห้ามการทำลาย  
ล้างเผ่าพันธุ์ล้วนแสดงให้เห็นถึงลักษณะบังคับเด็ดขาด และการมีผลผูกพันแบบเด็ดขาดกับรัฐทุกรัฐ  
ซึ่งเห็นได้จากการทำอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และการกำจัดข้อจำกัดต่างๆ ในธรรมนูญกรุงโรม  
รวมไปถึงบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศอื่น เช่น แนวปฏิบัติของรัฐ ซึ่งสอดคล้องกับทางปฏิบัติ  
ของรัฐที่ไม่อนุญาตให้รัฐหรือบุคคลใดสามารถปฏิเสธขัดแย้งได้ การละเมิดต่อบรรทัดฐานของ  
กฎหมายระหว่างประเทศนี้นำมาซึ่งความรับผิดชอบทั้งในส่วนของรัฐและปัจเจกชน อันจะเห็นได้จาก  
การจัดตั้งศาลอาชญากรรมระหว่างประเทศเพื่อพิจารณาคดีผู้กระทำความผิดมาลงโทษ และคำวินิจฉัย  
ของศาลดังกล่าวที่แสดงถึงลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ข้อเสนอสนับสนุน  
อีกส่วนหนึ่งมาจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่แสดงให้เห็นถึงความรับผิดชอบ  
ของรัฐที่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน รวมทั้งการบังคับใช้การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดย  
สหประชาชาติแสดงถึงค่าบังคับของบรรทัดฐานที่มีศักดิ์สูงสุดของสังคมนานาชาติเป็นอย่างดี

จากผลที่ได้ ผู้เขียนจึงเสนอให้รัฐต่างๆ ควรมีการร่วมมือกันกำจัดข้อจำกัดต่างๆ ที่เกิด  
ขึ้นกับการบังคับใช้การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทั้งในกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่าง  
ประเทศซึ่งจะทำให้เกิดการพัฒนากฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด อันจะนำมาซึ่งการพัฒนา  
ของสังคมนานาชาติทั้งในแง่ของหลักนิติธรรมและอารยธรรมของมวลมนุษยชาติ

สาขาวิชา ..... นิติศาสตร์ .....  
ปีการศึกษา ..... 2551 .....

ลายมือชื่อนิติ ..... อ. วิชญ์ .....  
ลายมือชื่ออ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก ..... อ. วิชญ์ .....



# # 4886232334 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : JUS COGENS / PEREMPTORY NORMS / GENOCIDE

TAVEE RUANGRITDEJ : PROHIBITION OF GENOCIDE AS JUS COGENS IN INTERNATIONAL LAW. ADVISOR : PROF. CHUMPORN PATJUSANONT, Ph.D., 187 pp.

*Jus cogens* in international law had no conclusive criterion . Therefore, the proof of or identify a *jus cogens* norms was a considerable burden. Due to the Prohibition of genocide was recognized as *jus cogens* norms, this research aimed to study how prohibition of genocide had that status by focus on the peremptory and the absolute binding character. The study on those characters concerned with the source of law, the responsibility of State and the responsibility of Individuals.

From the study, the evidences from the sources of law concerning genocide support that prohibition of genocide has the absolute binding character and the peremptory character, especially the making of genocide convention and the development of this norms on Rome statute. Indeed, other evidence as the practice of state confirm on those characters. Furthermore, the sanction of international community rendered by the constituting the ad hoc International criminal Tribunal for enforcing this norms on individual show the peremptory character. Additionally, the State responsibility in the International Court of Justice judgment support those character with the widely accept from the international community. All those evidences point that prohibition of genocide qualifies as *jus cogens* norms.

Pursuance from the above conclusions, the author proposes that it would be helpful in eliminating the limitation on enforcing of the prohibition of genocide in the international level and national level which will extend to develop the *jus cogens*. It will help to unify and develop the international community in the light of rules of law and civilization of mankind.

Field of Study : ..... LAWS .....

Student's Signature *Tavee Ruangritdej*

Academic Year : ..... 2008 .....

Advisor's Signature *Chumporn Patjusanont*

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นความภาคภูมิใจในชีวิตของข้าพเจ้า ซึ่งจะไม่มีทางเป็นจริงได้หากปราศจากท่านอาจารย์ชุมพร ปัจจุบันนันทอันเป็นที่รักและเคารพยิ่งของข้าพเจ้า ท่านให้การชี้แนะอย่างเข้มงวดที่สุดด้วยมาตรฐานทางวิชาการอันดีเลิศ ทำให้บ่อยครั้งที่ข้าพเจ้ารู้สึกเศร้าใจที่ไม่สามารถทำตามที่ท่านคาดหวังได้ แต่เมื่อนึกถึงความทุ่มเทและความรักที่มีต่อศิษย์ของท่านแล้ว ข้าพเจ้าจึงต้องตั้งใจอย่างที่สุดในชีวิตในการฝ่าฟันอุปสรรคต่างๆ ทุกอย่างอย่างไม่ย่อท้อ

อาจารย์อีกท่านหนึ่งที่เป็นแบบอย่างให้กับข้าพเจ้า คือ ท่านอาจารย์วิฑิต มั่นตราภรณ์ ซึ่งผู้เขียนต้องขอกราบขอบพระคุณที่ท่านได้สละเวลาในการให้คำปรึกษาและสอนให้ข้าพเจ้าทราบถึงข้อบกพร่องต่างๆ ที่ควรแก้ไข ตลอดจนแนวทางในการศึกษาค้นคว้า รวมทั้งให้ความเอาใจใส่เป็นที่ยิ่ง ข้าพเจ้าต้องขอกราบขอบพระคุณมา ณ โอกาสนี้

ข้าพเจ้าต้องขอขอบพระคุณท่านอาจารย์ศารทูล สันติวาสะที่ได้เสียสละเวลาในการปรับปรุงพื้นฐานวิชาการของข้าพเจ้า และให้คำชี้แนะและเอกสารต่างๆ อันมีค่าอย่างยิ่งในการทำวิทยานิพนธ์นี้ ท่านอาจารย์ชาติ อรรถนันทน์ที่กรุณาเสียสละเวลารับเป็นกรรมการและให้คำปรึกษาชี้แนะที่สำคัญ ท่านอาจารย์จันตรี ลินสุภฤกษ์ที่ให้กำลังใจ รวมทั้งการหาหนังสือที่เกี่ยวข้องให้กับผู้เขียนมาตลอด ท่านอาจารย์พิชัยศักดิ์ ทรยางกูรสำหรับคำแนะนำ รวมทั้งท่านอาจารย์พรชัย คำณวิวัฒน์ที่กรุณาให้คำแนะนำและให้ยืมหนังสือ และท่านอาจารย์ศันนัทธกรณ์ โสคติพันธุ์ที่ให้ความช่วยเหลืออย่างดียิ่ง

ขอขอบคุณ คุณเทพวรา ธนพัฒน์ เจ้าหน้าที่ห้องสมุดทุกท่าน โดยเฉพาะคุณจงกล กล้วยแดง คุณเกื้อกุล พรหมเมือง และคุณบุษบา ศรีไทย รวมทั้งคุณวสันต์ คำมอญ คุณพิริยาภรณ์ คำมอญ และคุณกนกกร ป้อมปลั่ง

นอกจากนี้ ขอขอบคุณคุณแม่จริยาที่รักและเอาใจใส่อย่างที่สุด และโดยเฉพาะน้องสาวของข้าพเจ้าคุณเด่นฟ้า ขอขอบคุณกำลังใจจากแม่แมวที่ให้ความรักและห่วงใยเสมอ คุณธิพาพร นิลผายที่คอยเป็นผู้อยู่เบื้องหลัง และคุณศศิเกตุ นิลผายที่สนับสนุนในทุกด้าน

ขอขอบคุณเพื่อนๆ ทุกคนที่เป็นกำลังใจมาโดยตลอด โดยเฉพาะคุณสายใจ อุชชินที่ไม่เคยทอดทิ้งในยามที่ข้าพเจ้าท้อแท้และช่วยเหลือข้าพเจ้าในยามวิกฤติที่สุด คุณเดชอุดม ขุนนะสิทธิ์และคุณลลนา นนทรังสี สำหรับคำแนะนำดีๆ

ความผิดพลาดประการใด ที่เกิดขึ้นในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ถือเป็นความรับผิดชอบของข้าพเจ้าทั้งสิ้น ข้าพเจ้าขอน้อมรับคำชี้แนะต่างๆ ด้วยความเต็มใจยิ่ง เพื่อประโยชน์ทางวิชาการ

## สารบัญ

บทคัดย่อภาษาไทย .....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ .....	จ
กิตติกรรมประกาศ .....	ฉ
สารบัญ .....	ช
สารบัญตาราง .....	ฐ
1 บทนำ .....	1
ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา .....	1
วัตถุประสงค์ในการทำวิจัย .....	16
ขอบเขตและวิธีการดำเนินการวิจัย .....	16
สมมุติฐานของการวิจัย .....	16
ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย .....	16
2 ป่อเกิดของกฎหมายและความรับผิดชอบของการห้ามการทำลายล้าง .....	17
ฝ่าฝืนที่แสดงว่าการห้ามการทำลายล้างฝ่าฝืนที่ ลักษณะบังคับเด็ดขาด	
2.1 สนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการห้ามการทำลายล้างฝ่าฝืนที่ .....	21
2.1.1 อนุสัญญาทำลายล้างฝ่าฝืนที่ .....	21
2.1.1.1 การกำเนิดของอนุสัญญาทำลายล้างฝ่าฝืนที่ .....	22

2.1.1.2 เนื้อหาของบทบัญญัติในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ .....	24
2.1.1.3 การเข้าเป็นรัฐภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ .....	28
2.1.2 ธรรมนูญกรุงโรม .....	30
2.1.2.1 อาชญากรรมที่ไม่มีข้อจำกัดเรื่องความคุ้มกัน .....	33
2.1.2.2 อาชญากรรมที่ไม่มีข้อจำกัดเรื่องการนิรโทษกรรม .....	34
2.1.2.3 อาชญากรรมที่ไม่มีข้อจำกัดเรื่องเขตอำนาจศาล .....	36
2.1.2.4 อาชญากรรมที่ไม่มีข้อจำกัดเรื่องอายุความ .....	38
2.1.2.5 การเยียวยาผู้เสียหาย .....	39
2.2 แนวปฏิบัติของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ .....	40
2.2.1 การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในฐานะของอาชญากรรมพื้นฐาน .....	41
ในกฎหมายระหว่างประเทศ	
2.2.2 ท่าทีของรัฐในการไม่ระบุเหตุการณ์การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ .....	44
2.2.3 การบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐในความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ...	44
2.2.4 การดำเนินคดีทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในศาลภายใน .....	47
2.3 คำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ....	49
2.3.1 คดีกิจกรรมทหารบนดินแดนคองโก .....	50
2.3.2 คดีการใช้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ .....	54



2.4	ข้อคิดของสหประชาชาติที่เกี่ยวข้องกับการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ .....	62
2.4.1	ข้อคิดสมัชชาใหญ่สหประชาชาติที่ 96 .....	62
2.4.2	ข้อคิดสมัชชาใหญ่สหประชาชาติที่ 37/123D .....	63
2.4.3	ข้อคิดคณะมนตรีความมั่นคงที่ 808 และ 955 .....	65
2.5	ความรับผิดชอบของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ .....	66
2.5.1	ความรับผิดชอบของรัฐ .....	66
2.5.2	ความรับผิดชอบของปัจเจกชน .....	69
3	ผลอันเนื่องมาจากสถานะกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของ การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต่อความรับผิดชอบของปัจเจกชน ในศาลอติตัญญูโกสลาเวียและศาลรวันดา และในการบังคับใช้และการเยียวยา	73
3.1	ผลที่มีต่อขอบเขตของเจตนาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ .....	76
3.1.1	จำนวนของผู้เสียหายในความหมายของคำว่า "บางส่วน" .....	78
3.1.2	ขอบเขตในเรื่องพื้นที่ของคำว่า "บางส่วน" .....	82
3.1.3	กลุ่มที่ได้รับการคุ้มครองตามการรับรู้ของผู้กระทำผิด .....	84
3.2	ผลที่มีต่อการกระทำที่สามารถลงโทษได้ของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ .....	92
3.2.1	การสมคบคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ .....	94
3.2.2	การยุยงโดยตรงและโดยการโฆษณาชวนเชื่อให้กระทำ .....	97
	การทำลายล้างเผ่าพันธุ์	

บทที่	หน้า
3.3 ความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนจากการบังคับบัญชา .....	99
3.4 ผลที่มีต่อการบังคับใช้และการเยียวยา .....	103
3.4.1 กลไกภาครัฐ .....	104
3.4.1.1 การแก้ไขข้อจำกัดเรื่องความคุ้มกัน .....	105
3.4.1.2 การแก้ไขข้อจำกัดเรื่องนิรโทษกรรม .....	105
3.4.1.3 การแก้ไขข้อจำกัดเรื่องเขตอำนาจศาล .....	106
3.4.1.4 การแก้ไขข้อจำกัดเรื่องอายุความ .....	108
3.4.1.5 การเยียวยาผู้เสียหาย .....	110
3.4.2 กลไกพหุภาคี .....	110
3.4.2.1 มาตรการของสหประชาชาติในการปราบปราม .....	111
การทำลายล้างเผ่าพันธุ์	
3.4.2.2 ความร่วมมือของรัฐในการปราบปรามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ...	112
4 ผลอันเนื่องมาจากสถานะกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของ .....	115
การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต่อความรับผิดชอบของรัฐใน	
ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและในการบังคับใช้และเยียวยา	
4.1 ผลที่มีต่อขอบเขตของเจตนาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ .....	118
4.1.1 เกณฑ์เรื่องจำนวนและคุณภาพของผู้เสียหาย .....	119
4.1.2 ขอบเขตในเรื่องพื้นที่ของการทำลายล้าง .....	120

บทที่	หน้า
4.2 ผลที่มีต่อความผูกพันกับรัฐของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ .....	122
4.2.1 การเข้าเป็นรัฐภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของ บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา .....	122
4.2.2 การเข้าเป็นรัฐภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของยูโกสลาเวีย.....	125
4.3 ผลที่มีต่อขอบเขตของความรับผิดชอบของรัฐ .....	129
4.3.1 ความรับผิดชอบของรัฐในการไม่ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ .....	130
ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์	
4.3.2 ความรับผิดชอบของรัฐต่อพันธกรณีในการป้องกัน .....	137
4.3.3 ขอบเขตของการใช้มาตรการตอบโต้ .....	147
4.4 ผลที่มีต่อการบังคับใช้และการเยียวยา .....	149
4.4.1 การบังคับใช้กฎหมาย .....	150
4.4.2 การเยียวยา .....	156
5 สรุปลงและข้อเสนอแนะ .....	159
รายการอ้างอิง .....	167
ภาคผนวก .....	177
ก. อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948	177
ข. ความเป็นมาและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ในอดีตยูโกสลาเวียและในรวันดา .....	180

ประวัติผู้เขียน ..... 187



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## สารบัญตาราง

ตารางที่		หน้า
1	การแก้ไขการนิรโทษกรรมของรัฐ	106
2	การแก้ไขเรื่องเขตอำนาจศาลของรัฐ	106
3	การแก้ไขเรื่องอายุความ	109
4	การส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน	113
5	การตอบสนองต่อเหตุการณ์การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของสหประชาชาติ	152



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



# บทที่ 1

## บทนำ

### ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

กฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*)<sup>\*</sup> เป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญกับสังคมทุกสังคม ซึ่งจะเห็นได้จากการที่หลักกฎหมายนี้ปรากฏอยู่ใน Digest of Justinian ที่ว่า *Ius Publicum privatorum pactis mutari non potest*<sup>1</sup> หรือข้อตกลงของเอกชนไม่อาจแก้ไขหรือยกเว้น *Ius Publicum* โดยมีผู้อธิบายเรื่องนี้ว่า

“กฎหมายเอกชนของโรมันแยกเป็น แบบเด็ดขาด (absolute) และแบบรอง (subsidiary) หรือแบบอนุญาตให้ยกเว้นได้ (permissive) หากสามารถยกเว้นได้ (can be excluded) โดยเจตนาของผู้สัญญา ตัวอย่างในกฎหมายโรมันคือ ผู้ขายยอมต้องรับผิดชอบในข้อบกพร่องที่ไม่ประจักษ์ (latent defects) แต่ก็อาจทำสัญญาไม่ต้องรับผิดชอบได้ ส่วนกฎหมายเป็นแบบเด็ดขาดเมื่อไม่อาจยกเว้นการบังคับใช้โดยเจตนาของเอกชน เช่น หลักนิติธรรม (rule of law) ที่เกี่ยวข้องกับแบบของการแสดงเจตนา หรือ ตัวแลกเงิน กฎหมายโรมันบางครั้งใช้คำว่า ‘*Ius Publicum*’ หรือ ‘*Ius Commune*’ ในความหมายของหลักนิติธรรม (rule of law) ซึ่งเป็นกฎหมายเด็ดขาด”<sup>2</sup>

---

\* คำว่า *jus cogens* มีผู้แปลไว้ เช่น กฎหมายเด็ดขาด (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 3 ปรับปรุงใหม่, บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, พ.ศ. 2544 หน้า 324) หลักเกณฑ์ที่ไม่อาจยกเว้นได้, ธรรมเนียมปฏิบัติอันไม่อาจปฏิเสธขัดแย้งได้ (มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 1 - 6, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, พิมพ์ครั้งที่ 22, พ.ศ. 2545 หน้า 274) กฎหมายบังคับเด็ดขาดไม่เปิดโอกาสให้ขัดขึ้น, กฎหมายเด็ดขาด (ดำรง ธรรมารักษ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ, สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พ.ศ. 2537, หน้า 14 และ 155) ผู้ศึกษา จึงใช้คำว่ากฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด เพราะยังไม่มีข้อสรุปเป็นที่แน่นอน

<sup>1</sup> Alexandr Koptev, The Roman Law Library [Online]. 2007. Available from: <http://www.justinien.net> [2007, February 12]. (L. 38 D. de pactis (2,14)(Papinian))

<sup>2</sup> Rudolph Sohm, The Institutes A Textbook of the History and System of Roman Private Law, Translate by James Crawford Ledlie (Oxford: Clarendon Press, 1907), p. 27, "As regards the individual again, a law may be said, in the same way, to be either absolute or subsidiary. A law is subsidiary, or (as it is more usually called) permissive, if its operation can be excluded, in each separate case, by the private will of the individual. The rule of Roman law that the vendor of a thing is answerable for latent defects is a case in point. A law is absolute, if its operation cannot be excluded by the private will of the

ทั้งนี้ *Ius Publicum* หมายถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับสาธารณะประโยชน์ (public concern)<sup>3</sup> หรือหลักนิติธรรมซึ่งไม่อาจแก้ไขยกเว้นได้ รวมทั้งกฎหมายเอกชนที่เกี่ยวกับความดีงาม สาธารณะและการคงอยู่ของสังคม<sup>4</sup> หลักกฎหมายนี้จึงเป็นสิ่งที่มิชั่งเพื่อไม่ให้สัญญาที่เอกชนทำขึ้น ละเมิดต่อประโยชน์สาธารณะ ความดีงาม และความคงอยู่ของสังคม

สำหรับประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law ซึ่งรับเอากฎหมายโรมันมาปรับใช้ หลักกฎหมายที่มีความหมายในทำนองเดียวกันกับกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดอาจพิจารณาจากตัวอย่าง ดังต่อไปนี้ ประเทศฝรั่งเศสมี *lois impératives* ซึ่ง *Cour de cassation* \*\* วินิจฉัยว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อย (*lois d'ordre public*)<sup>5</sup> โดยประมวลแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 6 บัญญัติห้ามเอกชนทำข้อตกลงระหว่างกันเองเพื่อเลี่ยงกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี<sup>6</sup> และมาตรา 1133 บัญญัติให้เหตุของสัญญาผิดกฎหมาย เมื่อเหตุนั้น ต้องห้ามตามกฎหมาย ขัดกับศีลธรรมอันดี (*bonnes mœurs*) หรือขัดกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน (*ordre public*)<sup>7</sup> ประเทศเยอรมันมี *zwingendes Recht*<sup>8</sup> ซึ่งประมวลแพ่งเยอรมัน

---

individual. The rule of law concerning the forms of wills or bills of exchange are case in point. Most rule of law are absolute. The Romans sometime use the term 'jus publicum' or 'jus commune', in a technical sense, to express as absolute rule of law, even where such rule is one of private law.", see also Peter Stein, *Roman Law in European History*, (London: Cambridge University Press, 1999), p. 21, "Hitherto the phrase 'public law' had no precise meaning and often used to indicate those civil law rules which could not be altered by private agreement, by contrast with those that could be altered by the parties."

<sup>3</sup> David Johnston, "The general influence of Roman Institutions of State and Public Law", *Duncker & Humboldt GmbH, Berlin* [Online]. 1997. Available from: <http://www.lusCivile.com>[2007, February 12]: 3

<sup>4</sup> *Ibid.*, p.4

\*\* เทียบได้กับศาลฎีกา

<sup>5</sup> *Cour de cassation* 4.12.1929, quote in Kahn-Freund and colleague, *A source-book on French law*, (London: Oxford University Press, 1979), p. 241 "All lois impératives express principles of ordre public, but not all principle of ordre public are expressed in lois impératives"

<sup>6</sup> *Legifrance, Civil Code Translated by Georges ROUHETTE* [Online]. Available from: [http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes\\_traduits/code\\_civil\\_textA.htm#PRELIMINARY%20TITRE%20OF](http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/code_civil_textA.htm#PRELIMINARY%20TITRE%20OF) [2009, Feb 14], article 6 of the Code Civil "Statutes relating to public policy and morals may not be derogated from by private agreements."

<sup>7</sup> *Ibid.*, Article 1133 A cause is unlawful where it is prohibited by legislation, where it is

มาตรา 138 วรรคแรก บัญญัติให้นิติกรรมที่ขัดกับกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีเป็นโมฆะ<sup>9</sup> ประเทศไทยมีกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีตามมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมาตราดังกล่าวบัญญัติไว้ในลักษณะเดียวกันกับมาตรา 138 วรรคแรกของประมวลแพ่งเยอรมัน ทั้งนี้ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หมายถึง ประโยชน์ทั่วไปของประเทศชาติและสังคม ส่วนศีลธรรมอันดีหมายถึง ทศนะโดยทั่วไปทางจริยธรรมของสังคม<sup>10</sup>

ส่วนกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบ Common Law นั้น หลักกฎหมายที่มีความหมายในทำนองเดียวกับกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด คือ นโยบายสาธารณะ (public policy) ตามที่ปรากฏในกฎหมายของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>11</sup> โดย Common Law ส่วนใหญ่เป็นกฎหมายที่บังคับใช้โดยสมัครใจ (voluntary law) ขณะที่นโยบายสาธารณะเป็นกฎหมายบังคับ (compulsory law)<sup>12</sup> ซึ่งหมายถึงกฎหมายที่คู่สัญญาไม่อาจตกลงแก้ไขเป็นอย่างอื่นได้ สัญญาใดที่มีวัตถุประสงค์ขัดแย้งกับนโยบายสาธารณะเป็นอันไม่อาจบังคับใช้ได้<sup>13</sup>

---

contrary to public morals or to public policy.

<sup>8</sup> Raymond Youngs, English French and Germany comparative law, (London: Cavendish publishing limited, 1998), pp. 58 - 59

<sup>9</sup> 2008 juris GmbH, Saarbrücken, BGB - english translation [Online]. (n.d.). Available from: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html) [2009, Feb 14], German Civil Code BGB section 138 (1) A legal transaction which is contrary to public policy is void.

<sup>10</sup> อุกฤษ มงคลนาวิน, "ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน", บทบัญญัติ 32 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2518): 14, พระยาเทพวิฑูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 - 2 มาตรา 1 ถึง 240 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2527), หน้า 407, ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2539), หน้า 47 - 48, ดูเพิ่มเติม Barry Nicholas, the French Law of Contract (Oxford: Clarendon Press, 1992), p. 129

<sup>11</sup> Barry Nicholas, the French Law of Contract, pp. 33 - 34, ดูเพิ่มเติม Kahn-Freund and colleague, A source-book on French law, p. 241 นโยบายสาธารณะใช้ในความหมายของสิ่งที่กฎหมายบัญญัติ (statute)

<sup>12</sup> Raymond Youngs, English French and Germany comparative law, p. 59, "The rules as to validity of contracts which are illegal or contrary to the public order are examples of compulsory law; and there are examples of Typenzwang โปรดดูเพิ่มเติม จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, (กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2544), หน้า 290

<sup>13</sup> D.J. Ibbetson, A Historical Introduction to the law of obligation, (Oxford: Oxford University Press, 1999), pp. 212 - 3 เช่น 1. สัญญาที่แทรกแซงต่อเสรีภาพในการแต่งงาน และข้อตกลงในการจำกัดการ

ดังที่ได้กล่าวมา สังคมต่างๆ ตั้งแต่ยุคโรมันจนมาถึงสังคมยุคปัจจุบันไม่ว่าจะใช้กฎหมายในระบบ Civil Law หรือระบบ Common Law ต่างก็มีกฎหมายเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของสังคมส่วนรวม โดยควบคุมไม่ให้เอกชนทำสัญญาละเมิดต่อผลประโยชน์สาธารณะที่มีผลต่อความเป็นอยู่ของสังคมหรือจริยธรรมที่สังคมต้องการคุ้มครอง หลักกฎหมายนี้ คือ กฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีหรือกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด

สังคมระหว่างประเทศแห่งรัฐก็ไม่แตกต่างจากสังคมอื่นที่จำเป็นต้องมีสิ่งที่จะคุ้มครองประโยชน์ของสังคมระหว่างประเทศแห่งรัฐเช่นกัน โดยเริ่มจากศตวรรษที่ 17 และ 18 นักนิติศาสตร์สำนักกฎหมายธรรมชาติเสนอเรื่องพันธกรณีของรัฐไม่อาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขโดยการกระทำฝ่ายเดียวหรือโดยความตกลงระหว่างกันของรัฐ หรือ necessary law of nations<sup>14</sup> ซึ่งก็คือกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีระหว่างประเทศ (international public policy) อันมีความหมายในทำนองเดียวกับกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยภายใน ความจำเป็นนี้สะท้อนอยู่ในความเห็นของ Lord McNair ที่ว่า "ยากจะคิดว่ามีสังคมใดไม่ว่าเป็นสังคมของบุคคลหรือรัฐก็ตาม ที่มีได้มีกฎหมายกำหนดขอบเขตจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญา ในทุกสังคมอารยะทั้งหลาย ได้มีกฎเกณฑ์ทางกฎหมายบางอย่างและหลักศีลธรรมบางประการ ซึ่งกฎหมายไม่ยอมให้เอกชนเพิกเฉยหรือเปลี่ยนแปลงโดยการตกลงกันเอง"<sup>15</sup>

ถึงกระนั้นก็ดี ด้วยความจำเป็นที่ได้แสดงมาในวรรคก่อนหน้านี้ เหตุใดก่อนมีกฎหมายสนธิสัญญากฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดในกฎหมายระหว่างประเทศจึงยังไม่พัฒนาเท่าที่ควร ดังจะเห็นได้จากความเห็นแย้งของผู้พิพากษา Schüking ในคดี *Oscar Chin*<sup>16</sup> ที่เห็นว่า

---

แต่งงาน 2. สัญญาที่แทรกแซงต่อเสรีภาพทางการค้า การจำกัดการค้า และการโง่งมสาธารณะ 3. สัญญาที่แทรกแซงต่อกระบวนการทางกฎหมาย เช่น ข้อตกลงที่จะระงับการดำเนินคดีอาญา 4. สัญญาที่ขัดต่อการปกครองที่ดี เช่น การซื้อหรือขายตำแหน่ง

<sup>14</sup> E. Vattel, quote in Levan Alexidze, "Legal nature of Jus Cogens in contemporary international law", *Recueil des Cours*, 1981 (III) (Dordrecht:Martinus Nijhoff Publishers, 1984), pp. 228 - 9

<sup>15</sup> McNair, *The law of treaties* (Oxford: Oxford University Press, 1986), p. 214

<sup>16</sup> United Nations, Separation opinion of Mr. M. Schüking, "The Oscar Chinn Case", PCIJ, Ser. A/B., No. 63, 1934 [Online]. Available from: [http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1934.12.12\\_oscar\\_chinn](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1934.12.12_oscar_chinn) [2007, February 2], pp. 149 -150, "The Court would never, for instance, apply a convention the terms of which were contrary to public morality."

การกระทำที่เป็นโมฆะโดยอัตโนมัติยังไม่มีความชัดเจนและไม่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไป<sup>17</sup> และการที่ไม่มีคำพิพากษาของศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (Permanent Court of International Justice) ใดที่อ้างถึงกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดซึ่งสะท้อนออกมาจากความเห็นดังกล่าว<sup>18</sup>

สำหรับข้อโต้แย้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าความสำคัญของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดซึ่งมีขึ้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของสังคมโดยการควบคุมไม่ให้รัฐทำสนธิสัญญาที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะแห่งรัฐทำให้ผู้ยกร่างกฎหมาย<sup>19</sup> คณะกรรมาธิการกฎหมาย

---

<sup>17</sup> Ibid., p. 150, "I think that the case in which a convention has to be regarded as automatically null and void is not an entirely isolated case in international law. The Covenant of the League of Nations, as a whole, and more particularly its Article 20, in which the Members undertake not to enter into obligations or understandings inter se inconsistent with its provisions, would possess little value unless treaties concluded in violation of that undertaking were to be regarded as absolutely null and void, that is to say, as being automatically void. And I can hardly believe that the League of Nations would have already embarked on the codification of international law if it were not possible, even to-day, to create a *jus cogens*,..."

<sup>18</sup> United Nations, A/CN.4/63, Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur [Online]. (n.d.). Available from: [http://www.un.org/law/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_63.pdf](http://www.un.org/law/ilc/documentation/english/a_cn4_63.pdf) [July 13, 2007], p. 155, para. 4, "... Although it is not possible to cite any judicial decision in support of that view there are occasional interesting observations of individual judges to that effect. Thus in his individual opinion in the *Oscar Chinn* case Judge Schücking asserted that " the Court would never . . . apply a convention the terms of which were contrary to public morality "

<sup>19</sup> United Nations, A/CN.4/156 and Add.1-3, Second report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur [Online]. (n.d.). Available from: [http://www.un.org/law/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_156.pdf](http://www.un.org/law/ilc/documentation/english/a_cn4_156.pdf) [July 12, 2007], p. 39, "article 1 (3)(c): " *Jus cogens* " means a peremptory norm of general international law from which no derogation is permitted except upon a ground specifically sanctioned by general international law, and which may be modified or annulled only by a subsequent norm of general international law.", *Article 13 — Treaties void for illegality*

1. A treaty is contrary to international law and void if its object or its execution involves the infringement of a general rule or principle of international law having the character of *jus cogens*.

2. In particular, a treaty is contrary to international law and void if its object or execution involves —

(a) the use or threat of force in contravention of the principles of the Charter of the United Nations;



ระหว่างประเทศ<sup>20</sup> และรัฐส่วนใหญ่<sup>21</sup> เล็งเห็นถึงความจำเป็นที่ต้องมีหลักกฎหมายดังกล่าวขึ้น ซึ่งเป็นการบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้ในคราวปัจจุบันและคราวอนาคต ดังนั้นไม่ว่ากฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดในกฎหมายระหว่างประเทศจะพัฒนาหรือไม่ก็ตามเป็นอีกประเด็นหนึ่ง เพราะกฎหมายย่อมเป็นไปตามสังคมดังกล่าวที่ว่า *Ubi societas ibi jus* เพื่อให้สังคมระหว่างประเทศดำรงคงอยู่ จึงต้องมีบรรทัดฐาน\*\*\* หรือกฎเกณฑ์พื้นฐานที่เป็นกติกาให้รัฐต่างๆ ยึดถือเช่นเดียวกับกติกาสันนิบาติชาติหรือกฎบัตรสหประชาชาติที่ต้องกำหนดระเบียบให้รัฐอยู่ร่วมกันภายใต้กติกา นั้น โดยกำหนดให้พันธกรณีตามกฎหมายอยู่เหนือพันธกรณีอื่นใดของรัฐสมาชิก

จากความสำคัญของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดที่กล่าวมาแล้ว สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อมา คือ การนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้ในกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องด้วยกฎหมาย

---

(b) any act or omission characterized by international law as an international crime; or

(c) any act or omission in the suppression or punishment of which every State is required by international law to co-operate.

3. If a provision, the object or execution of which infringes a general rule or principle of international law having the character of *jus cogens*, is not essentially connected with the principal objects of the treaty and is clearly severable from the remainder of the treaty, only that provision shall be void.

4. The provisions of this article do not apply, however, to a general multilateral treaty which abrogates or modifies a rule having the character of *jus cogens*.

<sup>20</sup> United Nations, *A/CN.4/Ser.A/1963, Yearbook of the International Law Commission, 1963, vol. I, Summary records of the 15th Session 6 May - 12 July 1963* [Online]. (n.d.). Available from: [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolume\(e\)/ILC\\_1963\\_V1\\_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolume(e)/ILC_1963_V1_e.pdf), Mr. Waldock, p. 77, para. 41, "Sir Humphrey WALDOCK, Special Rapporteur, said that there seemed to be general agreement on the concept to be embodied in article 13 (Treaties Conflicting with a Peremptory Norm of General International Law from which no derogation is permitted) (*Jus Cogens*), but the problem was how to give it expression.", p. 215, para. 89, "Article 13 was adopted unanimously."

<sup>21</sup> United Nations, *A/CN.4/182 and Add.1-4, "Fifth Report on the Law of Treaties by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur"* [Online]. (n.d.). Available from: [http://www.un.org/law/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_182.pdf](http://www.un.org/law/ilc/documentation/english/a_cn4_182.pdf) [Aug 7, 2007], pp. 20 - 3

\*\*\* คำว่า norm ในที่นี้จะใช้คำว่า บรรทัดฐาน เพื่อไม่ให้สับสนกับคำว่า rule ที่แปลว่ากฎเกณฑ์ หรือ standard ที่แปลว่ามาตรฐาน, โดยคำว่า norm มีผู้แปลว่า กฎเกณฑ์แบบแผน (จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2*, หน้า 289), หลักเกณฑ์, ธรรมเนียมปฏิบัติ (มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, *เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 1 - 6*, หน้า 274), มาตรฐาน (ดำรง ธรรมรักษ์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ*, หน้า 144)

ระหว่างประเทศแตกต่างกันไปจากกฎหมายภายใน กล่าวคือ กฎหมายภายในมีองค์กฤษฎีบัญญัติทำหน้าที่ออกกฎหมาย ศาลเป็นผู้ชี้ขาดปัญหาข้อขัดแย้ง และองค์กรภายในเป็นผู้บังคับใช้กฎหมาย ขณะที่กฎหมายระหว่างประเทศบัญญัติขึ้นโดยความยินยอมของรัฐ การชี้ขาดปัญหาข้อขัดแย้งสามารถทำได้หลายวิธี และไม่มีองค์กรที่บังคับใช้กฎหมายโดยชัดแจ้ง<sup>22</sup> ในเรื่องนี้จำเป็นต้องพิจารณาถึงแนวความคิด ความหมาย และเกณฑ์ของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด

สำหรับแนวความคิดของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดหรือกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีในกฎหมายภายใน จะขอยกประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย มาตรา 150 และ 151 ขึ้นศึกษา โดยบทกฎหมายต่างประเทศในหลักแห่งมาตรา 150 ประกอบด้วย ประมวลลักษณะหนี้สวิส มาตรา 20 ประมวลแพ่งเยอรมัน มาตรา 134, 138 ประมวลแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 90 และประมวลแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1131, 1133<sup>23</sup> และบทกฎหมายต่างประเทศในหลักแห่งมาตรา 151 ประกอบด้วย ประมวลลักษณะหนี้สวิส มาตรา 11วรรคสอง ประมวลแพ่งเยอรมัน มาตรา 125<sup>24</sup> และประมวลแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 6 โดยมาตราทั้งสองบัญญัติไว้ดังต่อไปนี้

มาตรา 150 การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพ้นวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ

มาตรา 151 การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช้กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ

นักนิติศาสตร์ได้ให้คำอธิบายมาตรา 151 (มาตรา 114 เดิม) ว่า "มาตรานี้เป็นบทบังคับ (โดยวิธีอ่านตรงข้าม) ให้ประชาชนเคารพต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งจะทำให้ความตกลงหรือนิติกรรมใดๆ ให้มีผลเปลี่ยนแปลงข้อบัญญัติแห่งกฎหมายเช่นว่านั้นหาได้ไม่"<sup>25</sup> การบัญญัติในลักษณะนี้เป็นการจัดลำดับความสำคัญของกฎหมาย ซึ่งกำหนดให้กฎหมายที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ หรือกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีมีความสำคัญยิ่งกว่ากฎหมายทั่วไป การบัญญัติในนโยบาย

<sup>22</sup> มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 1 - 6, (นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, พิมพ์ครั้งที่ 22 พ.ศ. 2545), หน้า 28 - 9

<sup>23</sup> พระยาเทพวิฑูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 - 2 มาตรา 1 ถึง 240, หน้า 406

<sup>24</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 416

<sup>25</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 406, มาตรา 114

สาธาณณะในกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบCommon Law ก็เป็นไปในทำนองเดียวกัน โดยกำหนดให้นโยบายสาธารณะหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะมีความสำคัญยิ่งกว่ากฎหมายอื่น และสัญญาใดที่ขัดแย้งกับนโยบายสาธารณะย่อมตกเป็นโมฆะ กรณีนี้อาจเปรียบเทียบได้กับรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสำคัญที่กำหนดรูปแบบของการปกครองตลอดจนสิทธิหน้าที่ของประชาชน รัฐธรรมนูญจึงมีศักดิ์สูงสุดเพราะเป็นกฎหมายที่สำคัญกว่ากฎหมายฉบับใดทั้งสิ้น จะมีกฎหมายฉบับใดออกมาขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้<sup>26</sup> ความสำคัญของกฎหมายจึงทำให้เกิดลำดับศักดิ์ (Hierarchy) ของกฎหมาย แนวความคิดของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดที่เป็นการจัดลำดับความสำคัญของกฎหมาย จึงเป็นการทำให้เกิดลำดับศักดิ์ขึ้นในกฎหมายด้วยเช่นกัน

ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อมา คือ การแยกความสำคัญของเนื้อหาหรือการจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมาย เมื่อพิจารณาจากกฎหมายภายใน ลำดับศักดิ์ในกฎหมายภายในอาจเกิดขึ้นได้ 3 วิธี ประกอบด้วย องค์การผู้ออกกฎหมาย<sup>27</sup> บ่อเกิดของกฎหมาย<sup>28</sup> และศาล \*\*\* แต่ในกฎหมายระหว่าง

<sup>26</sup> มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชา ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป หน่วยที่ 1 - 8, (นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, พิมพ์ครั้งที่ 34 พ.ศ. 2545), หน้า 118 - 9

<sup>27</sup> ประเทศไทย โปรดดู มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชา ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป หน่วยที่ 1 - 8, หน้า 118 - 120, รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดซึ่งออกโดยองค์การนิติบัญญัติที่สูงที่สุดของประเทศคือ รัฐสภา รองลงมาคือ พระราชบัญญัติซึ่งออกโดยรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติ ลำดับต่อมาคือ พระราชกฤษฎีกาซึ่งออกโดยฝ่ายบริหาร รัฐธรรมนูญจึงมีศักดิ์สูงสุด รองลงมาคือ พระราชบัญญัติ และพระราชกฤษฎีกาตามลำดับ, ประเทศอังกฤษ, ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมัน โปรดดู Raymond Youngs, English French and Germany comparative law, pp. 10 - 12

<sup>28</sup> พระยาเทพวิฑูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 - 2 มาตรา 1 ถึง 240, หน้า 32, มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยบัญญัติถึงลำดับศักดิ์ของบ่อเกิดของกฎหมายให้ศาลใช้กฎหมายตามลำดับ กล่าวคือ กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร จารึกประเพณีแห่งท้องถิ่น กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และหลักกฎหมายทั่วไป โดยบทกฎหมายต่างประเทศที่คล้ายคลึงกับมาตรานี้ นอกจากในประมวลแพ่งสวิสมาตรา 1 ให้ดูประมวลแพ่งสเปนมาตรา 6 ประมวลแพ่งโปรตุเกสมาตรา 16 และบทบัญญัติว่าด้วยการแปลและใช้กฎหมายของอิตาลีมาตรา 3, \*ท่านอาจารย์ศรทูล สันติวาสะให้ความเห็นว่าเรื่องนี้เป็นเรื่อง การอุดช่องว่างของกฎหมายมากกว่าที่จะเป็นเรื่องศักดิ์ของกฎหมาย

\*\*\* ศาลเป็นผู้พิจารณา โดยการปรับใช้กฎหมายของศาล ซึ่งจะเห็นได้จากศาลในประเทศอังกฤษในหัวข้อความเป็นมาที่นำนโยบายสาธารณะมาปรับใช้ในการทำให้สัญญาเป็นโมฆะ นอกจากนี้ หลักกฎหมายในมาตรา 150 และ 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ปรากฏทั่วไปในประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Civil Law ให้ดูลพินิจแก่ศาลในการพิจารณาว่าเรื่องใดที่เป็นกฎหมายอัน

ประเทศนั้น Yasseen หนึ่งในกรรมการร่างกฎหมายสนธิสัญญาได้ให้ความเห็นไว้ดังนี้

"การที่รัฐเป็นผู้ออกกฎหมายและสร้างหลักนิติธรรม จึงเกิดปัญหาในเรื่องของลำดับ (order of precedence) เกณฑ์นั้นย่อมไม่อาจใช้จำนวนของรัฐ เพราะจำนวนอาจไม่เป็นสัดส่วนกับคุณค่าและความสำคัญ หรือที่มาของกฎเกณฑ์ก็ไม่อาจนำมาใช้ เพราะไม่มีลำดับก่อนหลังของจารีตประเพณีและสนธิสัญญา สิ่งเดียวที่อาจใช้เป็นเกณฑ์ก็คือ สาระของกฎเกณฑ์ (substance of rule) ดังนั้นกฎเกณฑ์ที่จะมีลักษณะบังคับเด็ดขาด ไม่เพียงแต่ได้รับการยอมรับจากรัฐเป็นจำนวนมากเท่านั้น ยังต้องมีความสำคัญต่อการดำเนินไประหว่างประเทศ (international life) และหยั่งรากลึกลงไปในชีวิตสำนึกระหว่างประเทศ (international conscience) ด้วย"<sup>29</sup>

จึงอาจกล่าวได้ว่าปัญหาของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดในการนำมาปรับใช้ในกฎหมายระหว่างประเทศก็คือ การสร้างลำดับศักดิ์ขึ้นในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยอาจพิจารณาจากความหมายของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดตามกฎหมายสนธิสัญญา

ทั้งนี้ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศใช้กฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดในความหมายเดียวกับกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีระหว่างประเทศ<sup>30</sup> และบัญญัติหลักกฎหมายนี้ไว้ในข้อ 53 และ 64 ของกฎหมายสนธิสัญญา ซึ่งมีข้อความดังต่อไปนี้

---

เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี อันจะทำให้สัญญาที่ขัดแย้งกับเรื่องดังกล่าวเป็นโมฆะหรือไม่เป็นโมฆะ เนื่องจากไม่มีการนิยามกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีเอาไว้

<sup>29</sup> United Nations, *A/CN.4/Ser.A/1963, Yearbook of the International Law Commission, 1963, vol. I, Summary records of the 15th Session 6 May - 12 July 1963 [Online].*, Yasseen, p. 63, para. 39 "In international law, however, the contracting parties themselves were the legislators and created the rules of law. The question what criterion should be adopted for deciding the order of precedence of the rules was therefore very complex. The criterion could not be the number of States accepting the rule, for that number was not always proportionate to its value and importance. Nor could it be the formal source of the rule; and it was particularly hard to say whether custom should always take precedence over a treaty rule, or vice versa. Thus the only possible criterion was the substance of the rule; to have the character of *jus cogens*, rule of international law must not only be accepted by a large number of States, but must also be found necessary to international life and deeply rooted in the international conscience."

<sup>30</sup> United Nations, *A/CN.4/Ser.A/1963, Yearbook of the International Law Commission, 1963, vol. I, Summary records of the 15th Session 6 May - 12 July 1963 [Online].* (n.d.). Available from: [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolume\(e\)/ILC\\_1963\\_V1\\_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolume(e)/ILC_1963_V1_e.pdf), Mr. Yasseen, p. 63, paras.37, Mr. Rosenne, p. 64, para. 53 and 55, Mr. Bartoš, p. 66, para. 81, Mr. Pal, p. 65, para. 67



ข้อ 53 สนธิสัญญาขัดแย้งกับบรรทัดฐานที่ไม่อาจยกเว้นได้แห่งกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>31</sup>

สนธิสัญญาย่อมเป็นโมฆะ หากในขณะที่ทำนั้นสนธิสัญญาขัดแย้งกับบรรทัดฐานอันมี  
อาจปฏิเสธขัดแย้งได้ของหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป เพื่อประโยชน์แห่งอนุสัญญานี้  
บรรทัดฐานอันมีอาจปฏิเสธขัดแย้งได้ของหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปหมายถึง บรรทัดฐาน  
ที่ได้รับการยอมรับและรับรองโดยสังคมระหว่างประเทศแห่งรัฐซึ่งมวลว่าเป็นบรรทัดฐานซึ่งไม่อาจ  
ที่จะอนุญาตให้มีการยกเว้นหรือเบี่ยงเบนเป็นอย่างอื่นได้และจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ก็แต่เฉพาะ  
บรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในภายหลังอันมีลักษณะเดียวกัน

ข้อ 64 บรรทัดฐานที่ไม่อาจยกเว้นได้ของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นใหม่<sup>32</sup>

หากมีบรรทัดฐานที่ไม่อาจยกเว้นได้ของกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกิดขึ้น  
สนธิสัญญาใดที่มีอยู่และขัดแย้งกับบรรทัดฐานดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะและสิ้นสุดลง

จะเห็นได้ว่า การให้ความหมายกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด ตามข้อ 53 นั้นเป็น  
การบัญญัติกฎเกณฑ์ทั่วไป (general rule)<sup>33</sup> หมายถึง การแสดงลักษณะของกฎเกณฑ์และผลของ  
กฎเกณฑ์เท่านั้น แต่ไม่ได้ระบุถึงเนื้อหาของบรรทัดฐานที่เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด  
โดยการบัญญัติว่ากฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด หรือบรรทัดฐาน "อันมีอาจปฏิเสธขัดแย้งได้"  
เป็นบรรทัดฐานซึ่งได้รับการยอมรับจากสังคมระหว่างประเทศว่า "ไม่อาจที่จะอนุญาตให้มีการ  
ยกเว้นหรือเบี่ยงเบนเป็นอย่างอื่นได้" คำว่า "มีอาจปฏิเสธขัดแย้งได้" (peremptory) มีความหมาย  
ไม่ต่างจาก "ไม่อาจที่จะอนุญาตให้มีการยกเว้นหรือเบี่ยงเบนเป็นอย่างอื่นได้"<sup>34</sup> ส่วนข้อ 64 เป็น

<sup>31</sup> โปรดดูเพิ่มเติมเรื่องคำแปลใน จุมพต สายสุนทร , กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 3  
ปรับปรุงใหม่, (กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, พ.ศ. 2544), หน้า 289, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช  
, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 1 - 6, หน้า 274 และดำรง ธรรมารักษ์, ความรู้เบื้องต้น  
เกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พ.ศ. 2537), หน้า 144

<sup>32</sup> โปรดดูเพิ่มเติมเรื่องคำแปลใน จุมพต สายสุนทร , กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, หน้า 308,  
มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 1 - 6, หน้า 280  
และดำรง ธรรมารักษ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 147 - 8

<sup>33</sup> James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, (London: Cambridge University Press, 2002), pp. 14 - 6

<sup>34</sup> Rousseau quote in Antonio Gomez Robledo, *El Ius Cogens Internacional Estudio histórico-critico*, 2<sup>nd</sup> ed. , (Universidad Nacional AUTÓNOMA DE MÉXICO, 2003), p. 65 "This formula — says  
Rousseau— is little satisfactory as soon as that responds to the question by the question. To say that an  
international norm is imperative because is not susceptible of derogation, is not a very serious answer



การบัญญัติถึงผลของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด ที่เกิดขึ้นใหม่ออกจากข้อ 53 ซึ่งเป็นเรื่องของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด ที่มีอยู่แล้ว โดยข้อ 64 ถือเป็นการตอกย้ำว่ากฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้

ในการบัญญัติข้อ 53 ที่เกี่ยวกับกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดนั้น ยังมีคำและวลีต่างๆที่สำคัญซึ่งต้องทำความเข้าใจเสียก่อน เพื่อนำไปสู่การเข้าใจบทบัญญัติในข้อ 53 ทั้งหมด และนำไปสู่การวิเคราะห์หาเกณฑ์ของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดในหัวข้อต่อไป คำและวลีเหล่านั้น คือ "บรรทัดฐานของหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป" "บรรทัดฐานที่ได้รับการยอมรับและรับรองจากสังคมระหว่างประเทศแห่งรัฐทั้งหมด" และ"บรรทัดฐานที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ก็แต่เฉพาะบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในภายหลังอันมีลักษณะเดียวกัน"

คำว่าบรรทัดฐาน หมายถึง กฎเกณฑ์แบบแผน<sup>35</sup> หลักเกณฑ์, ธรรมเนียมปฏิบัติ<sup>36</sup> หรือมาตรฐาน<sup>37</sup> ส่วนหลักกฎหมายทั่วไปนั้น คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศเล็งที่จะอ้างถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศสากล โดยใช้คำว่า "หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป" (General international law) แทน เนื่องจากต้องการเลี่ยงจากข้อโต้แย้งของการยอมรับเป็นสากล<sup>38</sup> โดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปหมายถึง กฎเกณฑ์ของกฎหมาย (legal rule) ที่ใช้กันทั่วไประหว่างรัฐของสังคมระหว่างประเทศ ซึ่งไม่ใช่กฎเกณฑ์เฉพาะ กฎเกณฑ์ระดับภูมิภาค หรือระดับท้องถิ่น และกฎเกณฑ์นั้นมีแนวโน้มที่จะเป็นกฎเกณฑ์สากล (universal rule)<sup>39</sup>

---

to the created problem.", Amato. "It's Bird, It's Plane, It's Jus Cogens" [Online]. (n.d.). Available from: <http://anthonydamato.law.northwestern.edu/Papers-1/A914.html> [23 Aug 2007], "To be sure, a critic may object that *jus cogens* has no substantive content; it is merely an insubstantial image of a norm, lacking flesh and blood."

<sup>35</sup> จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, หน้า 289

<sup>36</sup> มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 1 - 6, หน้า 274

<sup>37</sup> ดำรง ธรรมารักษ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 144

<sup>38</sup> United Nations, A/CN.4/Ser.A/1966, Yearbook of the International Law Commission, 1966, vol. II, Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries 1966, p. 247, article 50, para. 1 "...although some jurists deny the existence of any rules of *jus cogens* in international law, since in their view even the most general rules still fall short of being universal."

<sup>39</sup> Oppenheim, International law, Vol. I, Peace, Edited by Lauterpacht (Longman: Green And Co., Ltd., 1952), p. 27, Christos L Rozakis, The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties, (Amsterdam: North Holland publishing Company, 1976) pp. 55 - 6

สำหรับบรรทัดฐานที่ได้รับการยอมรับและรับรองโดยสังคมนานาชาติ ผู้เข้าร่วมประชุมส่วนใหญ่ในการประชุมเรื่องกฎหมายสนธิสัญญาในกรุงเวียนนาเห็นว่าวลีนี้มีความหมายว่าบรรทัดฐานดังกล่าวต้องมาจากความยินยอมของรัฐเท่านั้น โดยเป็นการขจัดโอกาสที่บ่อเกิดของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด จะไม่ได้มาจากเจตนาของรัฐ<sup>40</sup> ซึ่ง "การยอมรับและรับรอง" บัญญัติขึ้นให้ล้ากับบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศตามข้อ 38 ของธรรมนูญของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ<sup>41</sup> วลี "บรรทัดฐานที่ได้รับการยอมรับและรับรองโดยสังคมนานาชาติ" จึงมีความหมายว่ากฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดต้องมาจากความยินยอมของรัฐเท่านั้นและไม่ถือเป็นการบัญญัติซ้ำซ้อน ส่วนความหมายของคำว่า "ทั้งหมด" นั้น เชื่อมโยงกับความหมายของหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปซึ่งเป็นการย้ำว่ากฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดต้องมาจากความยินยอมของรัฐเท่านั้น โดยกรรมการในคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศชุดร่างกฎหมายสนธิสัญญาให้ความเห็นว่า คำว่า "ทั้งหมด" หมายถึง การได้รับการยอมรับโดยเสียงส่วนใหญ่อย่างท่วมท้น ซึ่งรัฐใดรัฐหนึ่ง หรือรัฐกลุ่มเล็กๆ กลุ่มใดกลุ่มหนึ่งไม่สามารถคัดค้านการเกิดของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด<sup>42</sup> กรณีนี้ได้รับการอธิบายเพิ่มเติมว่าบรรทัดฐานของรัฐทั้งหมดต้องได้รับการยอมรับอย่างแท้จริงจากส่วนประกอบที่สำคัญของสังคมนานาชาติ<sup>43</sup>

<sup>40</sup> United Nations conference on the Law of Treaties, Official Records, First Session, quote in Levan Alexidze, "Legal nature of Jus Cogens in contemporary international law", pp. 253 - 4

<sup>41</sup> The Statement of the Chairman of the Drafting Committee, UNCLOT I quoted in Gennady M. Danilinko, "International Jus Cogens: Issues of Law-Making", European Journal of International Law (1991): III. Law-making Process: The Controversy Unresolved

<sup>42</sup> Yasseen, quoted in Andreas L. Paulus, "Jus Cogens in a Time of Hegemony and fragmentation: An Attempt at a Re-appraisal", Nordic Journal of International Law 74, (2005): 301, "[i]t would be enough if a very large majority did [accept and recognize a rule as peremptory]; that would mean that, if one State in isolation refused to accept the peremptory character of a rule, or if that State was supported by a very small number of States, the acceptance and recognition of the peremptory character of the rule by the international community as a whole would not be affected"

<sup>43</sup> Danilinko, Gennady M., "International Jus Cogens: Issues of Law-Making": IV Peremptory Law-Making: Existing Experience and V. Conclusion, see also Ago quoted in Li Haopei, "Jus Cogens and International law", Selected Articles from Chinese Yearbook of International law, (Beijing: China Translation & Publishing Corporation, 1983), p. 57 translate as: "... it is necessary that the conviction of the imperative character of the rule is shared by all the essential components of the international community and not only, for example, by the States of the West or the East, by the countries develop or

ส่วนวลี "บรรทัดฐานที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ก็แต่เฉพาะบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเกิดขึ้นในภายหลังอันมีลักษณะเดียวกัน" ไม่ได้เปลี่ยนแปลงไปจากร่างกฎหมายที่เสนอ โดยผู้ร่างกฎหมายท่านสุดท้าย โดยมาจากหลักที่ว่ากฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดต้องสามารถปรับเปลี่ยนแก้ไขได้ เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมระหว่างประเทศที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศมีความเห็นสอดคล้องต้องกันกับหลักนี้<sup>44</sup> วลีดังกล่าวจึงหมายความว่ากฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดปรับเปลี่ยนแก้ไขได้โดยกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดที่เกิดขึ้นภายหลัง

ข้อ 53 ของกฎหมายสนธิสัญญานั้น จึงมีความหมายว่ากฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดต้องเป็นบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับโดยรัฐทุกรัฐว่าไม่อาจปฏิเสธขัดแย้งได้ และสามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้โดยบรรทัดฐานที่มีลักษณะเดียวกัน รวมทั้งมีบ่อเกิดของกฎหมายที่มาจากรัฐเท่านั้น การบัญญัติในลักษณะนี้เป็นกรณีย์ว่ากฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดมีลำดับศักดิ์สูงกว่าบรรทัดฐานอื่นของกฎหมายระหว่างประเทศโดยไม่มีบรรทัดฐานใดสามารถปฏิเสธขัดแย้งได้ เมื่อพิจารณาถึงการที่กฎหมายสนธิสัญญาได้รับการยอมรับจากประเทศต่างๆ ถึง 108 ประเทศ<sup>45</sup> และนักวิชาการยึดถือการให้ความหมายของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดในลักษณะนี้เป็นหลักในการวิเคราะห์หาเกณฑ์ที่ใช้ระบุกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด<sup>46</sup> เกณฑ์ของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดจึงอาจยึดตามข้อ 53 นี้ได้

---

in the process of development, by those of a continent or of another."

<sup>44</sup> United Nations, *ACN4/Ser.A/1963, Yearbook of the International Law Commission, 1963, vol. I, Summary records of the 15th Session 6 May - 12 July 1963*, หน้า 75, วรรคที่ 50 Sir Humphrey

WALDOCK, Special Rapporteur, "Paragraph 4 had not given rise to any major disagreement, ...", ดูเพิ่มเติม Yasseen หน้า 63 วรรคที่ 43, Ago หน้า 63 วรรคที่ 78, Tunkin หน้า 69 วรรคที่ 26, Pal หน้า 70 วรรคที่ 36

<sup>45</sup> United Nation, *Vienna Convention on the Law of Treaties* [Online]. (n.d.). Available from: [http://www.untreaty.org/english/bible/internetbible/partI/chapterXVIII/treaty\\_2.asp](http://www.untreaty.org/english/bible/internetbible/partI/chapterXVIII/treaty_2.asp) [7 Aug 2007]

<sup>46</sup> Ian Brownlie, *Principles of Public International law*, 6<sup>th</sup> ed., p. 490, Christos L. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, pp. 44 – 84, Bruno Simma, "From Bilateralism to community interest in international law", *Recueil des Cours, 1994 (VI)* (Dordrecht:Martinus Nijhoff Publishers, 1997), pp. 289 – 293, Wouter and Verhoeven, "The Prohibition of Genocide as a Norm of Jus Cogens and Its Implications for the Enforcement of the Law of Genocide", *Instituut voor Internationaal Recht, K.U. Leuven, Working Paper No 69* – (January 2005):4, Levan Alexidze, "Legal nature of Jus Cogens in contemporary international law", p. 261

จากที่กล่าวมาแล้ว เกณฑ์ของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดตามการวิเคราะห์ ความหมายของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดตามข้อ 53 อาจแยกได้เป็น 2 ข้อ<sup>47</sup> ประกอบด้วย ข้อแรก กฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดต้องเป็นบรรทัดฐานของหลักกฎหมาย ระหว่างประเทศทั่วไปที่ได้รับการยอมรับจากสังคมนระหว่างประเทศ (Highly recognized) โดย เกณฑ์ข้อนี้มีที่มาจากบทบัญญัติข้อ 53 โดยตรง จากกรณีที่กฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดต้อง เป็นบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับและรับรองโดยรัฐทุกรัฐว่าไม่อาจ ปฏิเสธขัดแย้งได้ หรือมีผลผูกพันแบบเด็ดขาดกับรัฐทุกรัฐ (Absolute binding) กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ มีลักษณะบังคับเป็นการทั่วไป (*erga omnes*) ข้อสอง กฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดต้องเป็น บรรทัดฐานที่มีศักดิ์สูงสุดของสังคมนระหว่างประเทศ โดยเป็นบรรทัดฐานที่มีเนื้อหาที่มีความสำคัญ อย่างยิ่งต่อความเป็นไปของสังคมนระหว่างประเทศ รัฐใดๆ จึงไม่อาจปฏิเสธขัดแย้งได้ แม้โดยการ ทำ สนธิสัญญาระหว่างกัน สนธิสัญญาที่ขัดกับกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดย่อมตกเป็นโมฆะ

อย่างไรก็ดี จากข้อ 53 ของกฎหมายสนธิสัญญาและเกณฑ์ของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับ เด็ดขาดที่ได้ไม่ได้แสดงให้เห็นว่าบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่มีลักษณะ บังคับเด็ดขาดได้อย่างไร บรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศใดๆ จึงอาจเป็นกฎหมายที่มี

---

<sup>47</sup> United Nations, Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law 2006 [Online]. (n.d.). Available from: [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/1\\_9\\_2006.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/1_9_2006.pdf) [14 Mar 2009], para. 32, "(32) Recognized hierarchical relations by the substance of the rules: Jus cogens. A rule of international law may be superior to other rules on account of the importance of its content as well as the universal acceptance of its superiority. This is the case of peremptory norms of international law (jus cogens, Article 53 VCLT), that is, norms "accepted and recognized by the international community of States as a whole from which no derogation is permitted", ดูเพิ่มเติม United Nations, Case Concerning Military And Paramilitary Activities In And Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), June 27, 1986, 1986 I.C.J. 14, p. 77, para. 190, "...it is frequently referred to in statements by State representatives as being not only a principle of customary international law but also a fundamental or cardinal principle of such law และ United Nations, The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia and Montenegro), Merit, Judgment of 26 February 2007. [Online]. Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf> [25 Aug 2007], para. 161



ลักษณะบังคับเด็ดขาด<sup>48</sup> จากความสำคัญของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดและปัญหาในเรื่องที่กล่าวมานี้ ผู้ศึกษาจึงเลือกการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งได้รับการยอมรับโดยทั่วไปว่าเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด<sup>49</sup> ขึ้นมาศึกษา เพื่อให้เข้าใจถึงเหตุที่การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้รับการยอมรับในสถานะดังกล่าว โดยการศึกษาจะแบ่งออกเป็น 3 บท ประกอบด้วย บทที่ 2 เป็นการศึกษาถึงการได้รับการยอมรับในสถานะกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จากบ่อเกิดทางกฎหมายของบรรทัดฐานนี้ บทที่ 3 เป็นการศึกษาถึงการได้รับการยอมรับในสถานะกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จากจากผลทางกฎหมายอันเนื่องมาจากสถานะกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต่อความรับผิดชอบของรัฐในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและในการบังคับใช้และเยียวยา และบทที่ 4 เป็นการศึกษาถึงการได้รับการยอมรับในสถานะกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จากจากผลทางกฎหมายอันเนื่องมาจากสถานะกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต่อความรับผิดชอบของปัจเจกชนใน The International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 (ต่อไปจะเรียกว่า ศาลอดีตยูโกสลาเวีย) และ The International Criminal Tribunal for the International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwanda Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States, between 1 January and 31 December 1994 (ต่อไปจะเรียกว่า ศาลรวันดา) และในการบังคับใช้และการเยียวยา

---

<sup>48</sup> Amato. "It's Bird, It's Plane, It's Jus Cogens": "Indeed, the sheer ephemerality of *jus cogens* is an asset, enabling any writer to christen any ordinary norm of his or her choice as a new *jus cogens* norm, thereby in one stroke investing it with magical power. Nor does there appear to be any limit to the number of norms that a writer may promote to the status of supernorm."

<sup>49</sup> United Nations, *The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia v. Serbia and Montenegro), Merit, Judgment of 26 February 2007. [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf> [25 Aug 2007], para. 161, and United Nations, *Case Concerning Armed Activities On The Territory of The Congo (New Application 2002)* (Democratic Republic of The Congo v. Rwanda), judgment of 3 February 2006 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/105/8440.pdf> [25 July 2007], para. 64, see also United Nations, *Kayishema and Ruzindana case*, Trial chamber, Judgment, Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999 [Online]. (n.d.). Available from: <http://69.94.11.53/ENGLISH/cases/KayRuz/judgement/index.htm> [10 Oct 2008], para. 88



## วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาความหมายและเกณฑ์ของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดในกฎหมายระหว่างประเทศ
2. เพื่อศึกษาถึงสถานะกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์
3. เพื่อศึกษาผลของสถานะกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่มีต่อความรับผิดชอบของรัฐ
4. เพื่อศึกษาผลของสถานะกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่มีต่อความรับผิดชอบของปัจเจกชน

## ขอบเขตและวิธีการดำเนินการวิจัย

การศึกษานี้เป็นการวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) ในเรื่องสถานะกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยศึกษาจากบ่อเกิดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และผลของสถานะกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดที่มีต่อการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จากการนำไปใช้ในศาลระหว่างประเทศเฉพาะคดีเป็นหลัก

## สมมติฐานของการวิจัย

จากหลักฐานของบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบใช้บังคับได้ทั่วไป ซึ่งศาลระหว่างประเทศนำไปใช้

## ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย

1. แสดงให้เห็นถึงความหมายและเกณฑ์ของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดในกฎหมายระหว่างประเทศ
2. แสดงให้เห็นถึงสถานะกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์
3. แสดงให้เห็นการนำกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดไปใช้ในศาลระหว่างประเทศ
4. แสดงให้เห็นถึงผลของสถานะกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่มีต่อความรับผิดชอบของรัฐและความรับผิดชอบของปัจเจกชน
5. เป็นแนวทางในการพิจารณาและปรับปรุงการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในด้านต่างๆ

## บทที่ 2

### บ่อเกิดของกฎหมายและความรับผิดชอบของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่แสดงว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด

เหตุใดการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จึงเป็นบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>1</sup> ที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด การพิสูจน์ถึงเรื่องดังกล่าวอาจพิจารณาจากลักษณะต่างๆ ของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ และความรับผิดชอบของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เปรียบเทียบกับเกณฑ์ของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด โดยบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวต้องได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง (Highly recognize) จากสังคมระหว่างประเทศ ซึ่งทำให้มีผลผูกพันกับรัฐทุกรัฐ แบบเด็ดขาด (absolute binding) และบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศใดๆ ต้องสอดคล้องกับกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด หรือการมีลักษณะบังคับเด็ดขาด (peremptory character) กล่าวคือ บรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาใดที่ขัดแย้งกับกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดย่อมตกเป็นโมฆะ การกระทำของรัฐและปัจเจกชนที่ละเมิดต่อการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐและปัจเจกชน และส่งผลให้เกิดการลงโทษ (Sanction) ตามมาซึ่งจะศึกษาต่อไปในบทที่ 3 และ 4

ทั้งนี้ การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (prohibition of genocide) เป็นผลมาจากเหตุการณ์การสังหารหมู่ในหลายๆ เหตุการณ์ การสังหารหมู่เหล่านี้มีสาเหตุแค่เพียง เชื้อชาติ ลัทธิความเชื่อ และสีผิวแตกต่างกันเท่านั้น โดยการสังหารหมู่ในลักษณะนี้ถูกเรียกว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์<sup>2</sup> เริ่มต้นจากเหตุการณ์การสังหารหมู่ชาวอาเมเนียนจำนวนประมาณ 200.000 คนในตุรกีตอนสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง ซึ่งทำให้รัฐที่มีอิทธิพลในสมัยนั้นบางส่วนได้แก่ สวีเดน ฝรั่งเศสและรัสเซีย ทำสนธิสัญญาสันติภาพเวสฟาเลียเมื่อปี ค.ศ. 1648 กับตุรกี (ออตโตมัน) เพื่อรับประกันสิทธิของชนกลุ่มน้อยชาวคริสเตียนในอาณาจักรออตโตมัน<sup>3</sup> ต่อมาเกิดเหตุการณ์การสังหารหมู่ชาวยิวของ

<sup>1</sup> บรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ หมายถึง บรรทัดฐานที่เกิดขึ้นในทางระหว่างประเทศ ซึ่งแตกต่างไปจากบรรทัดฐานของหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป (Norm of general international law)

<sup>2</sup> Raphael Lemkin ได้เสนอคำผสมระหว่างกรีก คือ Genos ซึ่งแปลว่า เชื้อชาติหรือเผ่าพันธุ์ กับคำละตินว่า Cide ซึ่งแปลว่า “ฆ่าหรือทำลาย” เป็นคำว่า Genocide หรือ การทำลายล้างเผ่าพันธุ์

<sup>3</sup> William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crimes of crime*, Reprint, (London: Cambridge University Press, 2002), p. 15, fn. 5

นาซีจำนวนประมาณ 6,000,000 คนในยุโรปสมัยสงครามโลกครั้งที่สอง (the Holocaust) รัฐมหาอำนาจฝ่ายสัมพันธมิตรซึ่งต่อมาคือสมาชิกถาวรของคณะมนตรีความมั่นคงได้จัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศ (International Military Tribunal) ที่ Nuremberg และที่ Tokyo ขึ้นมาเพื่อดำเนินคดีกับอาชญากรรมสงคราม โดยการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นหนึ่งในอาชญากรรมที่บัญญัติไว้ในกฎบัตรของศาลทหารระหว่างประเทศ<sup>4</sup> และในการพิจารณาของศาลดังกล่าวยังได้มีการลงโทษอาชญากรรมที่สำคัญในความผิดฐานนี้ด้วย<sup>5</sup> โดยศาลได้แสดงว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทำให้เกิดความรับผิดชอบขึ้นกับทั้งรัฐและปัจเจกชนซึ่งจะได้ศึกษาต่อไปในหัวข้อที่ 2.6 เหตุการณ์ทั้งสองเหตุการณ์นี้จึงแสดงให้เห็นถึงการตอบสนองของสังคมระหว่างประเทศต่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้เป็นอย่างดี

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลง เมื่อปี ค.ศ. 1946 ในการประชุมครั้งที่ 1 ของสหประชาชาติ รัฐต่างๆ ต้องการที่จะกำจัดการสังหารหมู่ที่เกิดมาจากเหตุผลดังกล่าว จึงลงมติด้วยคะแนนเสียงเป็นเอกฉันท์ในข้อมติของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติที่ 96 ซึ่งแสดงถึงความต้องการที่จะประณามและกำจัดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เนื่องจากอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ถือเป็นรูปแบบหนึ่งของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามที่ได้มีการกล่าวมาแล้วข้างต้น ในการประชุมครั้งที่ 2 ของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติเมื่อปี ค.ศ. 1947 รัฐบางรัฐจึงเสนอให้ระงับการร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เพราะเห็นว่าเป็นการซ้ำซ้อน<sup>7</sup> แต่สมัชชาใหญ่สหประชาชาติโดยข้อมติที่ 180 แสดงว่าอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมที่แยกต่างหากจากอาชญากรรมต่อ

<sup>4</sup> Antonio Cassese, *International Criminal Law*, (New York: Oxford University Press, 2003), p. 96, "...was first envisaged merely as a sub-category of crimes against humanity. Neither Article 6(c) of the Charter of the IMT nor Article II(1)(c) of Control Council Law no. 10 explicitly envisaged genocide as a separate category of these crimes. However, the wording of the relevant provisions clearly shows that those crimes encompassed genocide."

<sup>5</sup> William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crimes of crime*, p. 37. คำฟ้องนายพลเกอริงในคดี France et al. v. Goering et al. (1946) 22 IMT 203, pp. 45 – 6 ศาลทหรนูเรมเบิร์ก วินิจฉัยว่า จำเลย "ทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยเจตนาและอย่างเป็นระบบ กล่าวคือ ถอนรากถอนโคนกลุ่มเชื้อชาติและชนชาติ โดยกระทำกับกลุ่มประชาชนพลเรือนในพื้นที่เพื่อทำลายเชื้อชาติและชนชั้นของประชาชน และกลุ่มชาติพันธุ์ เชื้อชาติหรือความเชื่อ โดยเฉพาะชาวยิว โปแลนด์และยิปซี"

<sup>6</sup> United Nations, U.N. Doc. GA Res. 96 (II)[Online]. (n.d.). Available from: <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/033/47/IMG/NR003347.pdf?OpenElement> [21 Aug 2008]

<sup>7</sup> William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crimes of crime*, pp. 58 - 60

มนุษยชาติ<sup>8</sup> และให้การร่างสนธิสัญญาเกี่ยวกับอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ดำเนินต่อไป ต่อมาในปี ค.ศ. 1948 สมัชชาใหญ่สหประชาชาติโดยข้อมติที่ 260 (III)(A) ได้รับรองร่างอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วยมติเอกฉันท์อีกครั้ง<sup>9</sup>

จะเห็นได้ว่า การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นบรรทัดฐานที่เริ่มก่อตัวขึ้นมาจากข้อมติสมัชชาใหญ่สหประชาชาติที่ 96 เนื่องจากก่อนหน้านั้นอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ยังคงอยู่รวมอยู่ภายใต้อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ข้อมติดังกล่าวเป็นการแยกอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ออกเป็นอาชญากรรมต่างหากจากอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งมีข้อสนับสนุนจากข้อมติสมัชชาใหญ่สหประชาชาติที่ 180 เหตุผลที่สำคัญก็คือ ความร้ายแรงของอาชญากรรมที่เกิดจากการสังหารหมู่เหล่านี้มีสาเหตุแค่เพียง เชื้อชาติ ลัทธิความเชื่อ และสีผิวแตกต่างกันเท่านั้น ซึ่งขัดกับจิตสำนึกและความรู้สึกถูกต้องเที่ยงธรรมของสังคมระหว่างประเทศ ดังจะเห็นได้จากการที่รัฐต่างๆ ลงมติในข้อมติที่เกี่ยวข้องด้วยเสียงเป็นเอกฉันท์ถึง 2 ครั้งในช่วงเวลาห่างกันเพียง 2 ปี คือ ข้อมติที่ 96 เมื่อปี ค.ศ. 1946 และข้อมติที่ 260(III)(A) เมื่อปี ค.ศ. 1948 นอกจากนี้ รัฐต่างๆ ยังยืนยันความสำคัญด้วยการทำอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เพื่อให้ข้อมติมีผลทางกฎหมาย ความสำคัญต่างๆ เหล่านี้มีผลต่อลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทั้งสิ้น ซึ่งจะได้มีการวิเคราะห์ต่อไปในหัวข้อที่ 2.1, 2.3 และ 2.4.1

โดยที่การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้รับการนิยามตามข้อ 2 ของอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide ต่อไปจะเรียกว่า "อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์") ดังนี้<sup>10</sup>

ข้อ 2 ในอนุสัญญานี้ การทำลายล้างเผ่าพันธุ์หมายถึงการกระทำใดๆดังต่อไปนี้ ซึ่งได้กระทำขึ้นด้วยเจตนาที่จะทำลายทั้งหมดหรือบางส่วนของกลุ่มชาติ ชาติพันธุ์ เชื้อชาติหรือกลุ่มความเชื่อ เช่นว่า:

- (a) การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม;
- (b) ทำให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงต่อร่างกายหรือจิตใจต่อสมาชิกของกลุ่ม;

<sup>8</sup> Ibid., ข้อมติที่ 180 (II) ได้รับการรับรองด้วยคะแนน 38 เสียงต่อ 0 งดออกเสียง 14 เสียง

<sup>9</sup> Pieter N. Drost, *Genocide: United Nations Legislation on International Criminal Law*, (Netherland: A.W. Sythoff – Leyden, 1959), p. 6 , เห็นชอบ 56 คะแนนเสียงต่อ 0 ไม่มีการงดออกเสียง

<sup>10</sup> จันทิมา ลิมปานนท์, "ปัญหากฎหมายและแนวทางเยียวยาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 78

- (c) ตั้งใจทำให้เกิดความยากลำบากในการดำเนินชีวิตของกลุ่ม เพื่อนำมาซึ่งการทำลายล้างทางกายภาพทั้งหมดหรือแต่บางส่วน
- (d) บังคับใช้มาตรการเพื่อป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม
- (e) บังคับให้เคลื่อนย้ายเด็กของกลุ่มไปยังกลุ่มอื่น

เมื่อพิจารณาถึงนิยามนี้ องค์ประกอบที่โดดเด่นที่สุดของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ คือ องค์ประกอบด้านเจตนา (mens rea) ที่เป็นเจตนาพิเศษ (dolus specialis) ซึ่งนอกจากจะทำให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์แตกต่างไปจากอาชญากรรมอื่นแล้ว ยังทำให้การพิสูจน์ทำได้ยากมาก ในส่วนนี้จะมีการวิเคราะห์ในหัวข้อที่ 3.1 และ 4.1 อีกครั้ง อย่างไรก็ตามนี้แสดงให้เห็นถึงการยอมรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของสังคมระหว่างประเทศ โดยพิจารณาจากการที่สังคมระหว่างประเทศถือว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมพื้นฐาน (elemental crime หรือ core crime) และนำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไปบัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลระหว่างประเทศที่สำคัญและร่างกฎหมาย รวมไปถึงการที่รัฐต่างๆ นำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไปบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในของตนอีกด้วย ซึ่งได้มีการพิจารณาถึงนิยามของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นี้ทุกครั้ง เรื่องนี้จะทำการวิเคราะห์ในหัวข้อที่ 2.2

เนื่องจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะต้องมีเจตนาพิเศษในการทำลายล้างทั้งหมดหรือบางส่วนของกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครอง ทำให้การพิสูจน์ถึงเจตนาดังกล่าวเป็นเรื่องที่ยาก<sup>11</sup> ส่งผลให้เหตุการณ์หลายๆ เหตุการณ์ยังไม่มีตัดสินออกมาว่าเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เช่น เหตุการณ์ในประเทศโซมาเลีย เหตุการณ์ที่เขตดาฟูในซูดาน เหตุการณ์เขตห้ามบินในประเทศอิรัก เป็นต้น เหตุการณ์ต่างๆ เหล่านี้จะไม่นำมาศึกษาในที่นี้ แต่พิจารณาเฉพาะเหตุการณ์ในประเทศบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา และเหตุการณ์ในประเทศรวันดา ซึ่งเหตุการณ์ทั้งสองเหตุการณ์นี้ได้รับการพิสูจน์ว่าเกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ขึ้น โดยจะมีการวิเคราะห์ถึงเรื่องนี้ในหัวข้อที่ 3.1 และ 4.1 อย่างไรก็ตาม การตอบสนองของสังคมระหว่างประเทศที่สำคัญยังสะท้อนออกมาจากข้อมติสหประชาชาติในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ทั้งสองนี้ ซึ่งจะได้มีการศึกษาถึงการตอบสนองนี้ในหัวข้อที่ 2.4 ต่อไป

---

<sup>11</sup> William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crimes of crime*, p. 347 อ้างถึงความเห็นของบาสชีอุนี้ว่าการพิสูจน์เจตนาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นเรื่องยาก โดยศาลรวันดาแก้ไขด้วยการวางหลักว่า เจตนาอาจพิจารณา (infer) จากการกระทำ (physical acts) (หลักกรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา), และศาลถึงกับต้องเชิญอัยการให้ฟ้องผู้กระทำความผิดในฐานะทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในคดีนิโคลิช (Nicolich Case)



นอกจากนี้ หนึ่งในบ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญ คือ คำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ ซึ่งคดีที่เกี่ยวข้องกับการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้แสดงให้เห็นถึงการยอมรับมาตรฐานของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของสังคมระหว่างประเทศ โดยคดีที่สำคัญที่นำขึ้นมาศึกษามี 2 คดี ประกอบด้วย *Case Concerning Armed Activities On The Territory of The Congo (New Application 2002) (Democratic Republic of The Congo v. Rwanda)*, Judgment of 3 February 2006 (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า *คดีกิจกรรมทหารบนดินแดนคองโก*) และ *The Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia and Montenegro)*, the Application for Revision case, Judgment of 26 February 2007 (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า *คดีการใช้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์*) โดยทั้งสองคดีศาลได้มีการวินิจฉัยถึงการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งจะได้มีการพิจารณารายละเอียดและวิเคราะห์คำพิพากษาของแต่ละคดีในหัวข้อที่ 2.3

บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศประการสุดท้ายที่จะพิจารณาในที่นี้ คือ ความเห็นของนักวิชาการ ซึ่งมักมีความเห็นที่ไม่ต่างกันในเรื่องการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ในส่วนนี้จะได้มีการวิเคราะห์รายละเอียดในหัวข้อที่ 2.5

## 2.1 สนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้น แม้การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด แต่เหตุใดการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จึงได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดยังไม่มีคำตอบชัดเจน เนื่องจากบ่อเกิดของกฎหมายจากสนธิสัญญาของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ประกอบด้วย อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ (ต่อไปจะเรียกว่า "ธรรมนูญกรุงโรม") ซึ่งแสดงถึงพัฒนาการของบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศนี้ สถานะของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จึงอาจพิจารณาได้จากลักษณะพิเศษของสนธิสัญญาทั้ง 2 ฉบับนี้

### 2.1.1 อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ลักษณะพิเศษของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์อาจพิจารณาถึงสิ่งต่างๆ ที่แสดงความแตกต่างจากธรรมดาของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ 3 ประการ ประกอบด้วย ประการแรก การกำเนิดของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ประการที่สอง เนื้อหาของบทบัญญัติในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และประการที่สาม การเข้าเป็นรัฐภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จากสถานะของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ลักษณะพิเศษของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามที่กล่าวมานี้ย่อมต้องสะท้อนให้เห็นถึงการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ในส่วนนี้จะได้มีการวิเคราะห์ลักษณะต่างๆ ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่กล่าวมาแล้ว เพื่อแสดงให้เห็นถึงสถานะกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

### 2.1.1.1 การกำเนิดของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์

การกำเนิดของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีลักษณะพิเศษ 2 ประการ ประการแรก อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดจากข้อมติสมัชชาใหญ่สหประชาชาติที่ 96 ซึ่งได้รับคะแนนเสียงเป็นเอกฉันท์<sup>12</sup> ประการที่สอง สหประชาชาติยืนยันให้ข้อมติดังกล่าวมีผลทางกฎหมายด้วยการรับรองข้อมติสมัชชาใหญ่ที่ 260 เรื่องการรับรองร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วยเสียงเป็นเอกฉันท์เช่นกัน<sup>13</sup> ลักษณะพิเศษเหล่านี้ได้รับการพิจารณาจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ดังนี้

ความเห็นของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคดีการตั้งข้อสงวนของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในปี ค.ศ. 1951 (ต่อไปจะเรียก"ความเห็นของศาลปี ค.ศ. 1951") เห็นว่าข้อมติสมัชชาใหญ่ที่ 96 เป็นเจตนารมณ์ขององค์การสหประชาชาติที่ต้องการให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ<sup>14</sup> โดยมีลักษณะเป็นการวางกฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานของกฎหมาย

<sup>12</sup> William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crimes of crime* (London: Cambridge University Press, 2002) p. 42

<sup>13</sup> Pieter N. Drost, *Genocide: United Nations Legislation on International Criminal Law*, (Netherland: A.W. Sythoff – Leyden, 1959), p. 6, On December 9, 1948 the General Assembly in plenary meeting adopted with 55 votes to none with no abstentions a Resolution 260 (III) A (approves the annexed Genocide Convention)

<sup>14</sup> United Nations, *Reservation to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory opinion, May 28<sup>th</sup> 1951*, I.C.J. Report 1951[Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf> [21 Oct 2008], p. 23

ระหว่างประเทศ ซึ่งจะเห็นได้จากเนื้อหาของข้อมติที่กำหนดให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศ และขัดต่อกฎหมายศีลธรรมและเจตจำนงของสหประชาชาติ และมีเงื่อนไขการลงข้อมติที่เป็นเอกฉันท์<sup>15</sup> ศาลจึงชี้ว่า ผลของข้อมตินี้ก็คือ "หลักการภายใต้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นหลักการที่รับรองโดยชาติอารยะที่มีผลผูกพันกับรัฐแม้จะไม่มีพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศใดๆ ก็ตาม"<sup>16</sup> ส่วนผลของการทำอนุสัญญายทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อยืนยันถึงหลักการตามข้อมติที่ 96 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคดีการใช้ *อนุสัญญายทำลายล้างเผ่าพันธุ์* เห็นว่า "การที่รัฐต่างๆ ทำอนุสัญญายทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วยการบัญญัติเนื้อหาในข้อ 1 ให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศเป็นการยืนยันถึงหลักการที่อยู่ในข้อมติที่ 96 และอารัมภบทของตัวอนุสัญญา ทำให้การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ"<sup>17</sup>

จะเห็นได้ว่าการกำเนิดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์แสดงให้เห็นถึงอย่างชัดเจนว่า สังคมระหว่างประเทศให้การยอมรับ "การห้าม" การทำลายล้างเผ่าพันธุ์อย่างกว้างขวาง (Highly recognize) ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่าเจตนารมณ์ของสหประชาชาติในการลงมติที่เป็นเอกฉันท์ และข้อมติดังกล่าวมีลักษณะเป็นการวางกฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ ทำให้บรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวมีผลผูกพันกับรัฐทุกรัฐ (absolute binding) แม้ไม่มีพันธกรณีจากข้อตกลงระหว่างประเทศใดๆ ก็ตาม ส่วนการยืนยันหลักการตามข้อมติที่ 96 ด้วยการทำอนุสัญญายทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทำให้การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายจารีตประเพณี หรือเป็นบรรทัดฐานของหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปที่ได้รับการยอมรับจากสังคมระหว่างประเทศซึ่งบังคับได้เป็นการทั่วไป (erga omnes) ซึ่งผลต่างๆ เหล่านี้ จะแสดงให้เห็นอีกครั้งในบทที่ 4 เรื่องความรับผิดชอบของรัฐ

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> United Nations, *The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia and Montenegro)*, Merit, Judgment of 26 February 2007. [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf> [25 Aug 2007], para. 161, " the affirmation that genocide is a crime under international law. That affirmation is to be read in conjunction with the declaration that genocide is a crime under international law, unanimously adopted by the General Assembly two years earlier in its resolution 96 (I), and referred to in the Preamble to the Convention (paragraph 142, above). The affirmation recognizes the existing requirements of customary international law, a matter emphasized by the Court in 1951:"

### 2.1.1.2 เนื้อหาของบทบัญญัติในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์

สำหรับบทบัญญัติในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่มีลักษณะพิเศษของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาจพิจารณาได้เป็น 3 ประการ ประการแรก อารัมภบทของอนุสัญญายืนยันหลักการตามข้อมติที่ 96 และความเป็นหลักพื้นฐานของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ประการที่สอง บทบัญญัติข้อ 1 ของอนุสัญญาซึ่งเป็นส่วนดำเนินการอันเป็นส่วนหลักที่เกี่ยวข้องกับการสร้างหรือโอนสิทธิ<sup>18</sup> ยืนยันถึงหลักการของข้อมติที่ 96 และประการสุดท้าย การนำหลักการในอารัมภบทมายืนยันซ้ำอีกครั้งในข้อ 1 โดยจะได้มีการวิเคราะห์สิ่งที่ได้กล่าวมาแล้ว ดังนี้

ประการแรก คือ การพิจารณาอารัมภบทของอนุสัญญา โดยทั่วไปอารัมภบทแสดงถึงเหตุผลในการบัญญัติสนธิสัญญา<sup>19</sup> ซึ่งมีความสำคัญต่อการตีความสนธิสัญญา<sup>20</sup> อารัมภบทของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์บัญญัติว่า

"รัฐภาคี,

คำนึงถึงแถลงการณ์ที่สร้างขึ้นโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติในข้อมติที่ 96 (I) เมื่อวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 1946 ที่กำหนดให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ, ชัดกับจิตวิญญาณและเจตจำนงของสหประชาชาติและได้รับการประนามโดยโลกอารยะ,

<sup>18</sup> Butterworths Concise Australian Legal Dictionary, 2nd ed. (Butterworths, LexisNexis Butterworths, 1998), p. 317 Operative part: The main part of a formal written contract or other instrument that deal with the creation or transfer rights by which the main object of the contract is carried into effect (เทียบกับเรื่องสัญญา)

<sup>19</sup> Butterworths Concise Australian Legal Dictionary 2nd edition, p. 342, "A form of words at the beginning of legislation providing information relating to the reason for the enactment of the legislation"

<sup>20</sup> United Nations, Vienna Convention on the Law of Treaty, article 31:

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.
2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

ตระหนักว่าตลอดเวลาที่ผ่านมาของประวัติศาสตร์การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก่อให้เกิดความสูญเสียทางมนุษยธรรมอย่างมหาศาล, และ

เชื่อมั่นว่าความร่วมมือระหว่างประเทศเป็นเรื่องที่จำเป็นเพื่อที่จะช่วยให้มนุษยชาติพ้นจากความหายนะอันเลวร้าย"<sup>21</sup>

จะเห็นว่าอารัมภบทนี้มีประเด็นที่แสดงความสำคัญของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่มีต่อสังคมระหว่างประเทศ 3 ประเด็น ประกอบด้วย ประเด็นแรก รัฐภาคียืนยันหลักการในข้อมติที่ 96 ที่ว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งขัดแย้งกับจิตวิญญาณและเจตจำนงของสหประชาชาติ ประเด็นที่สองคือ การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นเรื่องที่ผิดมนุษยธรรม และประเด็นที่สาม การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นหายนะอันเลวร้ายซึ่งสังคมระหว่างประเทศต้องร่วมมือกันกำจัด

ประเด็นแรก การยืนยันว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ หมายความว่า รัฐภาคียอมไม่อาจกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือการกระทำใดๆ ของรัฐที่ขัดแย้งต่อการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย ซึ่งความเห็นนี้สอดคล้องกับคำพิพากษาของศาลในคดีการใช้สนธิสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่มีคำวินิจฉัยว่า "การที่อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์บัญญัติให้ การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็น 'อาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ' แสดงว่ารัฐภาคียอมรับที่จะไม่กระทำการที่ได้บัญญัติไว้"<sup>22</sup> นอกจากนี้ การ

---

<sup>21</sup> Preventgenocide International, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide [Online], (n.d.). Available from:

<http://www.preventgenocide.org/law/convention/text.htm>, [28 July 2008, 10.08], Preamble

"The Contracting Parties,

*Having* considered the declaration made by the General Assembly of the United Nations in its resolution 96 (I) dated 11 December 1946 that genocide is a crime under international law, contrary to the spirit and aims of the United Nations and condemned by the civilized world,

*Recognizing* that at all periods of history genocide has inflicted great losses on humanity, and

*Being* convinced that, in order to liberate mankind from such an odious scourge, international co-operation is required, ..."

<sup>22</sup> United Nations, The Application of the Genocide Convention on the Prevention and



ระบุว่า การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นสิ่งที่ขัดกับจิตวิญญาณและเจตจำนงของสหประชาชาติ ย่อมแปลได้ว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นข้อห้ามที่สำคัญของสหประชาชาติ ซึ่งรัฐภาคีของสหประชาชาติไม่อาจที่จะขัดแย้งได้ ส่วนประเด็นที่สองและประเด็นที่สามนั้น การที่การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นเรื่องที่ผิดมนุษยธรรม และสิ่งที่เลวร้ายซึ่งสังคมระหว่างประเทศต้องร่วมมือกันกำจัด แสดงว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นข้อห้ามพื้นฐานที่สำคัญของมนุษยชาติหรือสังคมระหว่างประเทศ รัฐทุกรัฐจึงมีหน้าที่ร่วมกันกำจัด ซึ่งสะท้อนออกมาในลักษณะความเป็นสากลของการเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ตัวอย่างเช่น เกาหลีเหนือซึ่งไม่ใช่สมาชิกของสหประชาชาติสามารถเข้าเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญา<sup>23</sup>

จากการวิเคราะห์ความหมายของอารัมภบทใน 3 ประเด็นดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า รัฐภาคีตกลงให้ การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นข้อห้ามที่สำคัญของสังคมระหว่างประเทศซึ่งรัฐไม่อาจปฏิเสธขัดแย้งได้ (peremptory character) เพราะการขัดแย้งกับข้อห้ามดังกล่าวเป็นสิ่งที่ไม่สอดคล้องกับจิตสำนึกและความรู้สึกถูกต้องที่เที่ยงธรรมของสังคมระหว่างประเทศ หรือเป็นเรื่องผิดกฎหมาย และต้องการให้อนุสัญญามีขอบเขตการใช้เป็นสากลหรือมีผลผูกพันกับรัฐทุกรัฐ

ประการที่สอง บทบัญญัติข้อ 1 ของอนุสัญญาซึ่งเป็นส่วนดำเนินการยืนยันถึงหลักการของข้อ 96 โดยข้อ 1 บัญญัติว่า

"ข้อ 1: รัฐภาคียืนยันว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศซึ่งรัฐภาคีทั้งหลายรับประกันพันธกรณีที่จะป้องกันและลงโทษ ไม่ว่าจะกระทำในยามสงบหรือยามสงคราม"<sup>24</sup>

---

*Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia and Montenegro), Judgment of 26 February 2007, p. 63, para. 166, "... Such a prohibition follows, first, from the fact that the Article categorizes genocide as "a crime under international law": by agreeing to such a categorization, the States parties must logically be undertaking not to commit the act so described."*

<sup>23</sup> Ibid., Dissenting Opinion of Judge Al-Khasawneh, p. 7, para. 21, โดยเกาหลีเหนือภาคยานุวัติในวันที่ 31 มกราคม ค.ศ. 1988 สองปีก่อนที่เกาหลีเหนือจะกลายเป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ

<sup>24</sup> *Preventgenocide International, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Article I: The Contracting Parties confirm that genocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law which they undertake to prevent and to punish.*

ส่วนที่สำคัญของข้อ 1 คือ รัฐภาคียืนยันว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเป็นหลักการในอารัมภบทอีกครั้ง ส่วนนี้ได้วิเคราะห์ไปแล้วในเรื่อง อารัมภบทจึงไม่ขอกล่าวซ้ำอีก

สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อมา คือ ความหมายของการยืนยันซ้ำหลักการของอารัมภบทในส่วน ดำเนินการนี้ ในประเด็นนี้มีความเห็นแยกเป็น 2 แนว แนวความเห็นแรกเห็นว่า การยืนยันดังกล่าว เท่ากับรัฐภาคีได้ยอมรับโดยปราศจากข้อโต้แย้งว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรม ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ<sup>25</sup> ขณะที่แนวความเห็นที่สองเห็นในทางตรงกันข้าม โดยเห็นว่าการยืนยันดังกล่าวเป็นสิ่งที่ไร้ความหมาย เนื่องจากการเป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีผลผูกพันรัฐภาคีของอนุสัญญาที่รับประกันกรณีที่ จะป้องกันและลงโทษอยู่แล้วโดยไม่จำเป็นต้องมีการยืนยันในเรื่องดังกล่าวอีก<sup>26</sup> ประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า ความเห็นทั้งสองแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของหลักการที่สอดคล้องกัน โดยแนวความเห็นแรกแสดงว่ารัฐภาคียอมรับโดยปราศจากข้อโต้แย้งในเรื่องดังกล่าว ส่วนแนวความเห็นที่สองที่เห็นว่า การยืนยันดังกล่าวเป็นสิ่งที่ไร้ความหมาย เมื่อพิจารณาแนวความเห็นนี้ในทางกลับกัน การยืนยันดังกล่าวกลับเป็นการแสดงถึงเจตนารมณ์ของรัฐภาคีที่ต้องการให้เห็นถึงความสำคัญของ หลักการ และตอกย้ำว่าหลักการดังกล่าวไม่อาจปฏิเสธขัดแย้งได้

ทั้งนี้ ข้อ 1 ยังบัญญัติให้การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ถูกห้ามไม่ให้กระทำทั้งในยาม สงบหรือยามสงคราม หมายความว่า การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นข้อห้ามที่สำคัญซึ่งห้าม กระทำในทุกสถานการณ์ โดยคำพิพากษาของศาลคดีการใช้อุญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ชั้น Preliminary Objections<sup>27</sup> วินิจฉัยในเรื่องนี้ว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นข้อห้ามที่ไม่

<sup>25</sup> จันทิมา ลิ้มปานนท์, "ปัญหากฎหมายและแนวทางเยียวยาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์" (วิทยานิพนธ์ ปริญญาโทบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 75

<sup>26</sup> Pieter N. Drost, *Genocide: United Nations Legislation on International Criminal Law*, p. 120, "It is immaterial whether the confirmation of genocide as a crime under international law reflects to the past *de lege lata* or to the present *de lege ferenda* because in the either case the Article purports to operate in futuro by reference to a crime which the Contracting Parties "undertake to prevent and punish."

<sup>27</sup> United Nations, *The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia and Montenegro)*, Preliminary objections, Judgment of 11 July 1996 [Online]. Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/1739.pdf> [21 Oct 2008], p. 616, para. 31,

เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ยามสงบหรือยามสงคราม และไม่เกี่ยวข้องว่าจะเป็นข้อขัดแย้งภายในประเทศหรือข้อขัดแย้งระหว่างประเทศ ซึ่งจากคำวินิจฉัยนี้อาจกล่าวได้ว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นข้อห้ามเด็ดขาด และสนับสนุนถึงการตีความในวรรคก่อนหน้า

เมื่อพิจารณาสิ่งที่ได้จากการวิเคราะห์บทบัญญัติในอารัมภบทและข้อ 1 ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ว่า การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นข้อห้ามที่สำคัญและเด็ดขาดของสังคมระหว่างประเทศแล้ว แสดงให้เห็นว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นบรรทัดฐานที่มีความสำคัญอย่างยิ่งของสังคมระหว่างประเทศ โดยสะท้อนอยู่ในบทบัญญัติของอนุสัญญาและการบัญญัติอนุสัญญาดังกล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งเป็นลักษณะพิเศษของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่แสดงถึงเกณฑ์อีกข้อหนึ่งของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด ผู้เขียนเห็นว่าทั้งเนื้อหาและรูปแบบในการบัญญัติอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่มีความเฉพาะนี้ แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์อย่างแน่วแน่ของสังคมระหว่างประเทศในการจัดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นสิ่งที่ทำให้เกิดสถานะที่สูงกว่า (Higher status) ของบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศนี้ ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่เห็นว่าการกระทำเช่นนี้ ประกอบกับการลงมติรับรองเป็นเอกฉันท์ของสหประชาชาติทำให้หลักการภายใต้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีผลผูกพันกับรัฐทุกรัฐ แม้ไม่มีพันธกรณีใดๆ ตามข้อตกลงระหว่างประเทศก็ตาม<sup>28</sup>

### 2.1.1.3 การเข้าเป็นรัฐภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ลักษณะพิเศษของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ยังสะท้อนออกมาในเรื่องของการเข้าเป็นรัฐภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งการยอมรับว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นบรรทัดฐานของหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปที่ไม่อาจปฏิเสธขัดแย้งได้ซึ่งได้รับการยอมรับจากสังคมระหว่างประเทศพิจารณาได้จากการเข้าร่วมเป็นรัฐภาคีในอนุสัญญาดังกล่าว โดยอาจพิจารณาได้ทั้งในด้านจำนวนและด้านคุณภาพ โดยด้านจำนวนแสดงออกได้จากจำนวนรัฐภาคีของอนุสัญญา ส่วนด้านคุณภาพแสดงออกมาจากความเป็นสากลของการเข้าร่วม ซึ่งความเป็น

---

"The contracting parties expressly state therein their willingness to consider genocide as "a crime under international law", which they must prevent and punish independently of the context "of peace" or "of war" in which it takes place. In the view of the Court, this means that the Convention is applicable, without reference to the circumstances linked to the domestic or international nature of the conflict, ..."

<sup>28</sup> United Nations, *Reservation to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory opinion, May 28<sup>th</sup> 1951*, I.C.J. Report 1951[Online]. p. 23

สากลของการเข้าร่วมหมายถึง การยอมรับให้รัฐต่างๆ เข้าเป็นภาคีโดยไม่คำนึงว่ารัฐดังกล่าวจะมีสถานะเช่นใด

สำหรับการเข้าร่วมเป็นรัฐภาคีในด้านจำนวนนั้น อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีรัฐภาคีสมาชิกจำนวน 140 ประเทศ<sup>29</sup> เมื่อเปรียบเทียบกับอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนอื่น เช่น กติกาสากลว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองที่มีรัฐภาคีสมาชิกจำนวน 164 ประเทศ<sup>30</sup> และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) มีรัฐภาคีสมาชิกจำนวน 193 ประเทศ<sup>31</sup> แต่หากเปรียบเทียบกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาที่มีสมาชิก 108 ประเทศ<sup>32</sup> แสดงให้เห็นว่าอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้รับการยอมรับจากสังคมระหว่างประเทศ ส่วนการเข้าร่วมเป็นรัฐภาคีในด้านคุณภาพ จะเห็นได้จากการยอมรับจากสังคมระหว่างให้เกาหลีเหนือเข้าเป็นรัฐภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งเป็นเวลาสองปีก่อนที่เกาหลีเหนือจะได้รับการยอมรับให้เข้าเป็นสมาชิกของสหประชาชาติ<sup>33</sup> จึงอาจกล่าวได้ว่าการยอมรับดังกล่าวแสดงถึงความเป็นสากลของการเข้าร่วม

จะเห็นได้ว่าการเข้าร่วมเป็นรัฐภาคีของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นส่วนหนึ่งของการยอมรับลักษณะพิเศษของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของสังคมระหว่างประเทศตามที่ได้วิเคราะห์มาแล้วในหัวข้อ 2.1.1.2 อยู่ในตัว ส่วนการยอมรับให้เกาหลีเหนือเข้าร่วมเป็นรัฐภาคีโดยไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางการเมือง แสดงให้เห็นถึงลักษณะพิเศษอีกอย่างหนึ่งของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ลักษณะพิเศษนี้จะแสดงให้เห็นเพิ่มเติมในหัวข้อที่ 4.2

<sup>29</sup> United Nations, *Status of Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* [Online]. (n.d.). Available from:

<http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=318&chapter=4&lang=en> [3 Mar 2009]

<sup>30</sup> United Nations, *Status of International Covenant on Civil and Political Rights* [Online]. Available from: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=322&chapter=4&lang=en> [3 Mar 2009]

<sup>31</sup> United Nations, *Status of Convention on the Rights of the Child*, 20 [Online]. Available from: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=133&chapter=4&lang=en> [3 Mar 2009]

<sup>32</sup> United Nation, *Vienna Convention on the Law of Treaties* [Online]. (n.d.). Available from: [http://www.untreaty.org/english/bible/internetbible/partI/chapterXVIII/treaty\\_2.asp](http://www.untreaty.org/english/bible/internetbible/partI/chapterXVIII/treaty_2.asp) [7 Aug 2007]

<sup>33</sup> United Nations, *The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia and Montenegro)*, Preliminary objections, Judgment of 11 July 1996, Dissenting Opinion of Judge Al-Khasawaneh, p. 7, para. 21, โดยเกาหลีเหนือภาคยานุวัติในวันที่ 31 มกราคม ค.ศ. 1988 สองปีก่อนที่เกาหลีเหนือจะกลายเป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ

จากที่กล่าวมาทั้งหมด การเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์แสดงออกมาในลักษณะพิเศษของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ทั้งจากการกำเนิดของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เนื้อหาของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และการเข้าร่วมเป็นรัฐภาคี ทั้งในแง่ของการยอมรับอย่างกว้างขวางของสังคมระหว่างประเทศ การมีผลผูกพันกับรัฐทุกรัฐ และลักษณะบังคับเด็ดขาด อย่างไรก็ตาม พัฒนาการที่สำคัญต่อมาของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ คือ ธรรมนูญกรุงโรม ซึ่งเป็นสิ่งที่ต้องนำมาพิจารณาควบคู่กันไป โดยจะได้มีการศึกษาในหัวข้อต่อไป

### 2.1.2 ธรรมนูญกรุงโรม

การพัฒนาที่สำคัญของการบังคับใช้กฎหมายกับอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรวมถึงการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ คือ การจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ และธรรมนูญศาลของศาลนี้ คือ ธรรมนูญกรุงโรม ซึ่งมีการปรับปรุงแก้ไขเรื่องต่างๆ ที่เป็นข้อจำกัดที่เกิดขึ้น รวมถึงข้อจำกัดภายใต้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ข้อจำกัดต่างๆ เหล่านี้ประกอบด้วย ความคุ้มกัน การนิรโทษกรรม เขตอำนาจศาลและอายุความ ซึ่งจะได้มีการพิจารณาว่าธรรมนูญกรุงโรมแสดงให้เห็นลักษณะพิเศษของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในประเด็นต่างๆ เหล่านี้อย่างไร

ทั้งนี้ ธรรมนูญกรุงโรมถือเป็นหนึ่งในความตกลงระหว่างประเทศด้านอาญาระหว่างประเทศที่สำคัญที่สุดฉบับหนึ่ง โดยบัญญัติครอบคลุมอาชญากรรมระหว่างประเทศ 4 อย่าง ประกอบด้วย การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมสงคราม และการรุกราน ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2002 โดยมีประเทศที่ร่วมลงนาม 139 ประเทศ และมีรัฐภาคีจำนวน 105 ประเทศ<sup>34</sup> ธรรมนูญกรุงโรมได้บัญญัติแก้ไขข้อจำกัดต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นในการดำเนินคดี และที่สำคัญที่สุดคือการห้ามไม่ให้รัฐภาคีตั้งข้อสงวนใดๆ<sup>35</sup> ข้อจำกัดต่างๆ ที่พิจารณาต่อไปจึงอยู่ภายใต้การห้ามตั้งข้อสงวนนี้ด้วย การจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศจึงแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของสังคมระหว่างประเทศที่ต้องการลงโทษอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่าง

<sup>34</sup> United Nations, Status of Rome Statute of the International Criminal Court [Online]. (n.d.). Available from: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=373&chapter=18&lang=en> [3 Mar 2009]

<sup>35</sup> United Nations, Rome Statute of International Criminal Law: Article 120 Reservations  
No reservations may be made to this Statute.



ประเทศ และค่าบังคับของบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลไปถึงปัจเจกชน อันสอดคล้องกับลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ก่อให้เกิดค่าบังคับที่สูงกว่าบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศอื่นใด

แนวความคิดในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศถาวรได้รับความสนใจมานานมาก ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1899 ระหว่างการประชุมสันติภาพที่กรุงเฮก แต่ไม่ประสบความสำเร็จ<sup>36</sup> ต่อมาได้มีการจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศ Nuremberg และศาลทหารระหว่างประเทศ Tokyo เพื่อพิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามในสงครามโลกครั้งที่ 2 ตามมาด้วยการจัดตั้งศาลอดีตยูโกสลาเวีย (ICTY) และศาลวันดาเพื่อพิจารณาคดีบุคคลผู้ถูกกล่าวหาว่าละเมิดต่อกฎหมายมนุษยธรรมและสิทธิมนุษยชน แม้ศาลดังกล่าวจะเป็นศาลชั่วคราวแต่ก็ทำให้แนวความคิดในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศถาวรมีความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติจากตัวอย่างที่เกิดขึ้น<sup>37</sup> โดยผลที่ได้จากศาลพิเศษอาญาระหว่างประเทศเป็นการวางแนวปฏิบัติทั้งในเรื่องของการตีความและการใช้กฎเกณฑ์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และการอุดช่องว่างของกฎหมาย รวมทั้งเป็นแนวทางในการดำเนินการเรื่องศาลอาญาระหว่างประเทศ แม้ว่าคำพิพากษาของศาลพิเศษอาญาระหว่างประเทศจะไม่ผูกพันศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่จะเห็นได้ว่าการอ้างอิงถึงในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและศาลภายในที่สำคัญ เช่น การข่มขืนถือเป็นอาชญากรรมในกฎหมายในประเทศและระหว่างประเทศ ในศาลพิเศษอาญาระหว่างประเทศ การข่มขืนถูกพิจารณาในความหมายของการทำลายกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์<sup>38</sup> ศาลในประเทศสหรัฐฯ ได้อ้างถึงคำพิพากษาของศาลอดีตยูโกสลาเวียและวันดาในการใช้ Alien Tort Claim Act ศาลในประเทศแคนาดานำกรณีของศาลอดีตยูโกสลาเวียมาเป็นแหล่งในการเปรียบเทียบกฎหมายอาญา ศาลรัฐธรรมนูญของแอฟริกาได้อ้างถึงคดีของศาลอดีตยูโกสลาเวียในเรื่องเกี่ยวกับอาชญากรรมสงคราม และศาลยุโรปสิทธิมนุษยชนที่อ้างถึงในเรื่องการทรมาน เป็นต้น<sup>39</sup>

การร่างธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศเริ่มต้นในปี ค.ศ. 1954 ก็ต้องหยุดชะงักไปด้วยสาเหตุเรื่องการไม่อาจตกลงกันได้เรื่องนิยามของการรุกราน

<sup>36</sup> Yittha Simbeye, *Immunity and International Criminal Law*, (London: Ashgate Publishing Limited, 2004), p. 8

<sup>37</sup> Kriangsak Kittichaisree, *International Criminal Law* (New York: Oxford University Press, 2001), p. 28

<sup>38</sup> Yusuf Aksar, *Implementing International Humanitarian Law From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court* (London: Routledge, 2004), p. 223

<sup>39</sup> William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crimes of crime*, pp. 43 - 46

จนกระทั่งปี ค.ศ. 1989 สมัชชาใหญ่สหประชาชาติขอให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศกลับมามีอำนาจพิจารณาปัญหาการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ<sup>40</sup> ทั้งนี้ ร่างธรรมนูญศาลบรรจุกฎหมายที่คล้ายคลึงกับร่างที่เสนอโดยออสเตรียถึงข้อ 2 และ 3 ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยความเห็นของคณะกรรมการเห็นว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นความผิดอย่างเดียวกับที่ให้เขตอำนาจศาลโดยตรง (inherent) ขณะที่ความผิดอื่นๆ รัฐอาจต้องเลือกที่ยอมรับเขตอำนาจศาล (opt in) เนื่องจากความสำคัญของอาชญากรรมโดยตัวมันเองและการจัดตั้งศาลได้ถูกระบุอย่างชัดแจ้งจากข้อ 6(VI) ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์<sup>41</sup> ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการมีผลผูกพันแบบเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (absolute binding)

ในการร่างธรรมนูญกรุงโรม อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นหนึ่งในอาชญากรรมที่สำคัญที่นำมาบัญญัติไว้<sup>42</sup> ซึ่งคณะกรรมการเตรียมการร่างก็ให้ความสนใจต่อเจตนาของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และมีข้อเสนอที่ต้องการเปลี่ยนแปลง แต่ท้ายที่สุดคณะกรรมการเตรียมการร่างกลับย้อนไปใช้ตัวบทของอนุสัญญาดั้งเดิม โดยให้เหตุผลว่าในการตีความของศาลจำเป็นต้องสัมพันธ์กับสนธิสัญญาระหว่างประเทศ และแหล่งกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ<sup>43</sup> กรณีนี้ จึงต้องมีความสัมพันธ์กับบทบัญญัติที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์บัญญัติไว้ในข้อ 6 แห่งธรรมนูญกรุงโรม<sup>44</sup> ปรากฏว่างานที่ง่ายที่สุดของการร่างธรรมนูญกรุง

<sup>40</sup> Antonio Cassese, *International Criminal Law*, pp. 340 - 1

<sup>41</sup> William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crimes of crime*, pp. 90 – 92

<sup>42</sup> โปรดดูหัวข้อที่ 3.3.1.1

<sup>43</sup> Schabas, William A., *Genocide in International Law: The Crimes of crime*, pp. 93 - 4

<sup>44</sup> United Nations, *Rome Statute of the International Court* [Online]. (n.d.). Available from:

[http://www.untreaty.org/english/bible/internetbible/part1/chapterXVIII/treaty\\_11.asp](http://www.untreaty.org/english/bible/internetbible/part1/chapterXVIII/treaty_11.asp) [7 Aug 2007]

Article 6

Genocide

For the purpose of this Statute, '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.

โรม คือ บทบัญญัติที่ว่าด้วยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เพิกถอนลักษณะนิยามที่เป็นทางการของอนุสัญญา ซึ่งคณะทำงานเสนอนิยามของอาชญากรรมตามตัวอักษรในข้อ 2 ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในข้อ 6 ของธรรมนูญกรุงโรม<sup>45</sup> อันสะท้อนถึงการได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง (Highly recognized) ของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

### 2.1.2.1 อาชญากรรมที่ไม่มีข้อจำกัดเรื่องความคุ้มกัน

ความคุ้มกัน หมายถึง การยกเว้นจากการบังคับของกฎหมาย<sup>46</sup> ในส่วนนี้ความคุ้มกันที่กล่าวถึง คือ ความคุ้มกันทางการทูต ซึ่งอาจแยกเป็น ความคุ้มกันเกี่ยวกับตัวบุคคลที่ทำให้เกิดการปลอดจากการจับกุม หรือกักขัง และความคุ้มกันทางศาลที่ทำให้หลุดพ้นจากอำนาจศาลทั้งทางคดีอาญา คดีแพ่งและคดีปกครอง<sup>47</sup> ทั้งนี้ อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ข้อ 4 บัญญัติให้ผู้กระทำผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หรือการกระทำตามข้อ 3 ของอนุสัญญาต้องถูกลงโทษ ไม่ว่าผู้นั้นจะอยู่ในฐานะผู้นำ เจ้าหน้าที่หรือบุคคลธรรมดา<sup>48</sup> แต่การดำเนินคดีในศาลภายในยังคงอยู่ภายใต้ข้อจำกัดจากความคุ้มกัน ซึ่งคดี *Arrest Warrant (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment of 11 April 2000* ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศวินิจฉัยถึงการที่ศาลภายในของเบลเยียมออกหมายจับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศซึ่งถูกกล่าวหาในความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ โดยกล่าวว่า "แม้ความตกลงระหว่างประเทศ การป้องกันและการลงโทษอาชญากรรมร้ายแรง ตลอดจนพันธกรณีของรัฐในการดำเนินคดีหรือส่งผู้ร้ายข้ามแดน ทำให้รัฐต้องขยายเขตอำนาจศาลทางอาญาของตนออกไป แต่การขยายเขตอำนาจศาลดังกล่าวไม่อาจมีผลต่อความคุ้มกันภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ"<sup>49</sup> ผลที่ตามมาจึงถือได้ว่าเป็นข้อจำกัดของการดำเนินการของศาลภายในตามนัยคำพิพากษาดังกล่าว

<sup>45</sup> Schabas, William A., *Genocide in International Law: The Crimes of crime*, p. 95

<sup>46</sup> มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 7 - 15, พิมพ์ครั้งที่ 22 (นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2545), หน้า 233

<sup>47</sup> อ่างแล้ว, เรื่องเดียวกัน โปรดดูเพิ่มเติมเรื่องความคุ้มกันเกี่ยวกับตัวบุคคล หน้า 238 - 244, ความคุ้มกันทางศาล หน้า 248 - 252

<sup>48</sup> United Nations, *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: article 4*

<sup>49</sup> United Nations, *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of The Congo v. Belgium)*, International Court of Justice, February 14, 2002 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf>, p. 25, paras. 58 - 9, "...although various international conventions or the prevention and punishment of certain serious crimes impose or States obligations of

กรณีนี้ ธรรมนูญกรุงโรมข้อ 27 ซึ่งบัญญัติวรรคแรกไว้ในทำนองเดียวกับข้อ 4 ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์<sup>50</sup> ได้มีการบัญญัติวรรคสอง ดังนี้

ข้อ 27

ความไม่เกี่ยวข้องของตำแหน่งหน้าที่

"2. ความคุ้มกันหรือกฎเกณฑ์พิเศษทางวิธีสบัญญัติภายใต้กฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งมาพร้อมกับตำแหน่งของบุคคลไม่ทำให้ศาลไม่มีเขตอำนาจศาลเหนือบุคคลเช่นว่า"<sup>51</sup>

การบัญญัตินี้เมื่อรวมกับการห้ามตั้งข้อสงวนใดๆ ทำให้การดำเนินการของศาลอาญาระหว่างประเทศย่อมไม่ถูกจำกัดด้วยปัญหาเรื่องความคุ้มกันอีกต่อไป ข้อจำกัดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในเรื่องความคุ้มกันได้รับการแก้ไข และแสดงถึงลักษณะพิเศษของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์อันสะท้อนให้เห็นถึงเกณฑ์ในเรื่องความเป็นบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีศักดิ์สูงสุดซึ่งไม่อาจปฏิเสธขัดแย้งได้

#### 2.1.2.2 อาชญากรรมที่ไม่มีข้อจำกัดเรื่องการนิโทษกรรม

การนิโทษกรรมรวมถึงการอภัยโทษ (Pardon) เป็นการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายอื่นนอกจากฝ่ายตุลาการ เช่น การออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือการออกคำสั่งโดยผู้นำของรัฐ ซึ่งมีผล

---

prosecution or extradition, thereby requiring them to extend their criminal jurisdiction, such extension of jurisdiction in no way affects immunities under customary international law, including those of Ministers for Foreign Affairs. These remain opposable before the courts of a foreign State, even where those courts exercise such a jurisdiction under these conventions."

<sup>50</sup> United Nations, *Rome Statute of the International Court*, Article 27: Irrelevance of official capacity

1. This Statute shall apply equally to all persons without any distinction based on official capacity. In particular, official capacity as a Head of State or Government, a member of a Government or parliament, an elected representative or a government official shall in no case exempt a person from criminal responsibility under this Statute, nor shall it, in and of itself, constitute a ground for reduction of sentence

<sup>51</sup> Ibid., Article 27: Irrelevance of official capacity

"2. Immunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person."

ทำให้การกระทำที่เป็นความผิดนั้น ไม่เป็นความผิด หรือไม่ต้องรับโทษอีกต่อไป การกระทำในลักษณะเช่นนี้ โดยส่วนใหญ่เกิดขึ้นในประเทศโลกที่สาม เช่น ซิลี, เอล ซัลวาดอร์, โคลอมเบีย, คองโก (DRC), อินโดนีเซีย เป็นต้น<sup>52</sup> เนื่องจากอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์อ้างอิงอยู่กับเขตอำนาจศาลของศาลภายใน แม้จะมีข้อยกเว้น สำหรับการดำเนินการโดยศาลระหว่างประเทศ แต่รัฐที่เกิดเหตุต้องยอมรับเขตอำนาจของศาลนั้น<sup>53</sup> การนิรโทษกรรมจึงมีผลโดยตรงกับการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในศาลภายใน

คีเฮียง สารี (Ieng Sary) ในศาลร่วมกัมพูชาสหประชาชาติ (the joint Cambodia UN Tribunal) มีประเด็นโต้เถียงในเรื่องการนิรโทษกรรม โดยจำเลยอ้างถึงการพระราชทานอภัยโทษในความผิดฐานการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งทำให้ไม่ต้องรับโทษอีกต่อไป แต่อัยการโต้แย้งว่าการพระราชทานอภัยโทษไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ทั้งในประเทศหรือระหว่างประเทศ<sup>54</sup> กรณีนี้ เมื่อพิจารณาตามธรรมนูญกรุงโรมข้อ 21 (1)(c) ศาลอาจพิจารณากการนิรโทษกรรมในฐานะกฎหมายภายในของรัฐที่มีเขตอำนาจศาลเหนืออาชญากรรม ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าหลักการนั้นต้องสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ บรรทัดฐานและมาตรฐานระหว่างประเทศ<sup>55</sup> ซึ่งเป็นไปตามข้ออ้างของฝ่ายอัยการ แต่การนิรโทษกรรมไม่ถือว่าสอดคล้องกับบรรทัดฐานและมาตรฐานที่ยอมรับระหว่างประเทศ โดยจะเห็นได้จากกรณีที่สหประชาชาติปฏิเสธไม่ให้มีการนิรโทษกรรมหรืออภัยโทษ

<sup>52</sup> Amnesty International, Amnesty International Report 2008: the State of world's human right [Extract from website], (n.d.). Available from: [www.amnesty.org](http://www.amnesty.org) [2 July 2008], p. 16

<sup>53</sup> United Nations, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: article 6

<sup>54</sup> France 24, Former Khmer Rouge minister claims royal amnesty [Online]. (n.d.). Available from: [www.France24.com](http://www.France24.com) [July 2, 2008 - 10:00], "เคียง สารี (Ieng Sary) เป็นหนึ่งในห้าผู้นำทหารของเขมรแดงที่ได้กระทำการสังหารประชาชนในช่วงปี ค.ศ. 1975 - 1979 ที่ถูกนำตัวขึ้นพิจารณาในศาลร่วมกัมพูชาสหประชาชาติ (the joint Cambodia UN Tribunal) ซึ่งตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 2006 ทนายของเขาได้อ้างถึงการที่เคียง สารีเคยถูกรัฐบาลที่ตั้งขึ้นภายหลังการเข้าแทรกแซงของเวียดนามพิจารณาคดีโดยไม่มีตัวจำเลยในข้อหาทำลายล้างเผ่าพันธุ์มาแล้ว และได้รับการพระราชทานอภัยโทษในปี ค.ศ. 1996 ซึ่งทำให้จำเลยไม่ต้องถูกพิจารณาคดีต่อไป แต่อัยการโต้แย้งว่าการพระราชทานอภัยโทษดังกล่าวไม่มีผลเพราะไม่เข้ากับหลักเกณฑ์ทั้งในประเทศหรือระหว่างประเทศ นอกจากนี้ยังเพียงช่วยเขาจากโทษประหารในปี ค.ศ. 1979 เท่านั้น"

<sup>55</sup> United Nations, Rome Statute of International Criminal Court: article 21 (1)(c) Applicable law "Failing that, general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world including, as appropriate, the national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime, provided that those principles are not inconsistent with this Statute and with international law and internationally recognized norms and standards."



ในข้อตกลงสันติภาพของรัฐบาลเซียร์รา ลีโอนและฝ่ายต่อต้านในความผิดฐานอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์<sup>56</sup> ดังนั้นหากยึดหลักกฎหมายตามธรรมนูญกรุงโรม การพระราชทานอภัยโทษดังกล่าวย่อมเป็นโมฆะ

อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่ได้บัญญัติในเรื่องการนิโทษกรรมและการอภัยโทษไว้ และกระบวนการนี้ก่อให้เกิดการไม่ถูกลงโทษ (impunity) อย่างถาวรในศาลภายใน ข้อจำกัดนี้ก่อให้เกิดข้อขัดแย้งโดยตรงกับการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยแสดงให้เห็นว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์สามารถปฏิเสธขัดแย้งได้อย่างน้อยในประเทศโลกที่สาม การแก้ไขข้อจำกัดนี้โดยธรรมนูญกรุงโรมแสดงให้เห็นการเป็นบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีศักดิ์สูงสุดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

### 2.1.2.3 อาชญากรรมที่ไม่มีข้อจำกัดเรื่องเขตอำนาจศาล

อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ข้อ 6 บัญญัติว่า "บุคคลผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือกระทำความผิดอื่นใดตามข้อ 3 จะต้องได้รับการดำเนินคดีต่อศาลที่มีอำนาจในดินแดนของรัฐที่ความผิดเกิดขึ้น หรือศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีเขตอำนาจซึ่งรัฐที่ความผิดเกิดขึ้นได้ยอมรับเขตอำนาจของศาลนั้น"<sup>57</sup> การบัญญัติดังนั้นก็ก่อให้เกิดปัญหาในการใช้ เนื่องจากมีความเป็นไปได้ไม่น้อยที่รัฐจะดำเนินคดีกับผู้นำหรือเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐ หากผู้นำหรือ

<sup>56</sup> United Nations, S/RES/1315 (2000) [Online]. (n.d.). Available from: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/605/32/PDF/N0060532.pdf?OpenElement> [15 Mar 2009], "... *Recalling* that the Special Representative of the Secretary-General appended to his signature of the Lomé Agreement a statement that the United Nations holds the understanding that the amnesty provisions of the Agreement shall not apply to international crimes of genocide, crimes against humanity, war crimes and other serious violations of international humanitarian law, ..." in addition see Antonio Cassese, *International Criminal Law* (New York: Oxford University Press, 2003), pp. 314 - 5

<sup>57</sup> *Ibid.*, คำแปล จันทิมา ลิ้มปานนท์, "ปัญหากฎหมายและแนวทางเยียวยาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์", หน้า 96 Article VI: Persons charged with genocide or any of the other acts enumerated in article III shall be tried by a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed, or by such international penal tribunal as may have jurisdiction with respect to those Contracting Parties which shall have accepted its jurisdiction.

เจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐยังคงอำนาจทางการเมือง<sup>58</sup> ข้อจำกัดเรื่องเขตอำนาจศาลจึงเป็นเรื่องของการดำเนินคดีในศาลของรัฐอื่นซึ่งไม่ใช่รัฐที่ความผิดนั้นได้เกิดขึ้น ข้อจำกัดนี้ก่อให้เกิดข้อจำกัดต่อการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ สิ่งที่ต้องพิจารณา คือ ธรรมนูญกรุงโรมมีผลอย่างไรต่อลักษณะพิเศษของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในเรื่องเขตอำนาจศาล อันแสดงให้เห็นถึงการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด

ศาลภายในของรัฐจะใช้เขตอำนาจศาลเหนือคดีใดๆ จำเป็นต้องมีจุดเกาะเกี่ยว ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว คือ ดินแดน บุคคลและความมั่นคงของรัฐ โดยหลักในเรื่องเขตอำนาจศาลแบ่งออกเป็น 5 อย่าง ประกอบด้วย หลักแรก คือ หลักดินแดน (Territoriality) ซึ่งถือเป็นหลักพื้นฐานของเขตอำนาจศาลทางอาญาที่มาจากอธิปไตยของรัฐ หลักที่สอง คือ หลักการป้องกัน (Protection) ที่ให้รัฐสามารถลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดที่มีผลต่อความมั่นคงของรัฐ หลักที่สาม คือ หลักสัญชาติของบุคคลผู้กระทำความผิด (Active nationality) หลักที่สี่ คือ หลักสัญชาติของบุคคลผู้เสียหาย (Passive nationality) ซึ่งหลักที่ 3 และหลักที่ 4 อาศัยเขตอำนาจเหนือบุคคลของรัฐเจ้าของสัญชาติ และหลักสุดท้ายคือ หลักเขตอำนาจสากล (universal jurisdiction) ซึ่งเป็นเรื่องผลประโยชน์ของประชาคมระหว่างประเทศ เช่นในความผิดที่ถือว่าเป็นศัตรูต่อมนุษยชาติ (hostis humani generis) อย่างโจรสลัด (Pirate)<sup>59</sup>

สำหรับเรื่องเขตอำนาจศาลสากล แนวปฏิบัติของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์แยกออกเป็น 2 แนวทาง แนวทางแรก รัฐไม่ยอมรับเรื่องเขตอำนาจศาลสากลในความผิดฐานนี้ โดยระหว่างการร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในขั้นตอนการให้ความเห็นของรัฐบาล เรื่องเขตอำนาจศาลสากลได้รับการคัดค้านจากรัฐบาลของบางประเทศ ทำให้เรื่องนี้ไม่ได้รับการบัญญัติไว้ในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์<sup>60</sup> อีกแนวทางหนึ่ง รัฐบางรัฐได้ขยายเขตอำนาจทางอาญาของตนเพื่อให้ลงโทษความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นนอกดินแดนของรัฐตน เช่น เยอรมัน เบลเยียม แคนาดา สวิตเซอร์แลนด์ ฝรั่งเศส สเปน โบลิเวีย เม็กซิโก นิคารากัว เปรู ออสเตรเลีย เดนมาร์ก ฮอลแลนด์ และสหรัฐอเมริกา<sup>61</sup> ประเด็นเรื่อง เขตอำนาจศาลสากลในความผิด

<sup>58</sup> จันทิมา ลิมปานนท์, "ปัญหากฎหมายและแนวทางเยียวยาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์", หน้า 96 - 7, Pieter N. Drost, *Genocide: United Nations Legislation on International Criminal Law*, pp. 129 - 132

<sup>59</sup> Antonio Cassese, *International Criminal Law*, p. 276 - 285, William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crimes of crime*, p. 353

<sup>60</sup> Pieter N. Drost, *Genocide: United Nations Legislation on International Criminal Law*, p. 102

<sup>61</sup> Preventgenocide international [Online]. (last updated 6 May 2004). Available from:

ฐานการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในศาลภายในจึงยังไม่เป็นที่สรุป

ธรรมนูญกรุงโรมบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องเขตอำนาจศาลไว้หลายประการ โดยข้อ 12 บัญญัติให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในดินแดนของรัฐภาคีของธรรมนูญศาล หรือรัฐอื่นที่ยอมรับเขตอำนาจศาล หรือภายใต้การใช้อำนาจตามกฎหมายตรา 7 ของคณะมนตรีความมั่นคงตามข้อ 13 วรรคสอง หรือการริเริ่มคดีภายใต้การสอบสวนเหตุการณ์ของอัยการที่ได้รับการแต่งตั้งตามธรรมนูญกรุงโรมตามข้อ 15 วรรคแรก<sup>62</sup> รวมทั้ง การบัญญัติให้เขตอำนาจศาลของศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นแบบเสริมเขตอำนาจของศาลภายใน ซึ่งหากศาลภายในไม่สามารถดำเนินการได้ หรือรัฐมีเจตนาไม่ดำเนินคดีอย่างบริสุทธิ์เที่ยงตรง ศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีเขตอำนาจศาลเหนือคดี<sup>63</sup> ซึ่งยังคงเป็นแนวทางที่ไม่ได้ยอมรับเขตอำนาจสากล โดยเห็นได้จากการให้เขตอำนาจศาลของศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นแบบเสริม เขตอำนาจศาลทางอาญายังคงเป็นของรัฐ แต่เพิ่มแนวทางเพื่อแก้ไขข้อจำกัดดังกล่าว กรณีศาลภายในไม่สามารถดำเนินการได้ หรือรัฐมีเจตนาไม่ดำเนินคดีอย่างบริสุทธิ์เที่ยงตรง ข้อจำกัดในเรื่องนี้จึงยังไม่ได้รับการแก้ไขอย่างเต็มที่ แต่อาจกล่าวได้ว่าแนวทางการแก้ไขให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจศาลที่เพิ่มเติมขึ้นมารณศาลภายในไม่ดำเนินคดี หรือดำเนินคดีโดยไม่เที่ยงตรง แสดงให้เห็นลักษณะที่พิเศษของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้เช่นกัน

#### 2.1.2.4 อาชญากรรมที่ไม่มีข้อจำกัดเรื่องอายุความ

ข้อจำกัดสุดท้าย คือ อายุความ เนื่องจากอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่มีบทบัญญัติที่

<http://preventgenocide.org/law/jurisdiction.htm> [27 Jun 2008]

<sup>62</sup> United Nations, Rome Statute of International Criminal Court: article 15(1) Prosecutor

1. The Prosecutor may initiate investigations *proprio motu* on the basis of information on crimes within the jurisdiction of the Court.

<sup>63</sup> *Ibid.*, article 17 (1)(a)

Article 17

Issues of admissibility

1. Having regard to paragraph 10 of the Preamble and article 1, the Court shall determine that a case is inadmissible where:

(a) The case is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution;

เกี่ยวข้องกับอายุความ แต่เจตนารมณ์ของสังคมระหว่างประเทศแสดงว่าไม่ต้องการให้อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ถูกจำกัดด้วยอายุความ โดยเห็นได้จากการสร้างและลงนามในสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการห้ามจำกัดอายุความ\* ธรรมนูญกรุงโรมได้บัญญัติในเรื่องนี้ไว้ในข้อ 29<sup>64</sup> ซึ่งเป็นการยืนยันซ้ำในเรื่องนี้ว่าความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่มีอายุความ ในประเด็นนี้ไม่มีข้อโต้แย้งในเรื่องอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศไม่มีข้อจำกัดเรื่องอายุความ และการไม่มีข้อจำกัดในเรื่องอายุความแสดงถึงลักษณะพิเศษอีกอย่างหนึ่งของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

#### 2.1.2.5 การเยียวยาผู้เสียหาย

การเยียวยาทั้งสองความหมาย ความหมายแรก หมายถึง การได้รับความยุติธรรม (access to justice) ส่วนความหมายที่สอง หมายถึง การแก้ไขสิ่งที่เสียหาย (substantive redress)<sup>65</sup> การเยียวยาในที่นี้จึงเป็นการแสดงให้เห็นผลของคำพิพากษาอย่างหนึ่งนอกจากโทษที่ผู้กระทำผิดต้องรับ แต่การเยียวยาผู้เสียหายไม่ปรากฏในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ส่วนในธรรมนูญกรุงโรมได้มีการบัญญัติไว้ในข้อ 75 โดยให้ศาลกำหนดหลักการที่เกี่ยวกับหรือเกี่ยวข้องกับการชดเชยค่าเสียหาย โดยได้รับการร้องขอจากผู้เสียหายหรือศาลเห็นเอง ซึ่งศาลอาจสั่งให้ผู้กระทำผิดกระทำการชดเชยคืน การใช้ค่าสินไหมทดแทน และการฟื้นฟูสภาพผ่านกองทุนที่ตั้งขึ้นเพื่อการนี้<sup>66</sup> จะเห็นได้ว่าการบัญญัติในลักษณะนี้เป็นทำให้อำนาจแก่ศาลในการพิจารณามากกว่าที่จะเป็นการให้สิทธิแก่ผู้เสียหายฟ้องคดีในศาลระหว่างประเทศ ในส่วนของศาลอดีตยูโกสลาเวียและศาลวันดากก็ได้วินิจฉัยถึงเรื่องนี้ อย่างไรก็ตามก็ดี การบัญญัติดังกล่าวเป็นการเพิ่มเติมลักษณะพิเศษของการห้าม

\* Convention on the Nonapplicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity ซึ่งมีผลบังคับใช้ในวันที่ 11 พฤศจิกายน 1970 โดยชาติที่ลงนามประกอบด้วยประเทศโลกที่สามและประเทศค่ายสังคมนิยมที่นำโดยรัสเซีย และ European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity of 25 January 1974 ซึ่งยังไม่มีผลบังคับใช้

<sup>64</sup> United Nations, Rome Statute of International Criminal Court: Article 29 :Non-applicability of statute of limitations

The crimes within the jurisdiction of the Court shall not be subject to any statute of limitations.

<sup>65</sup> Dinah Shelton, Remedies in International Human Rights Law, 2nd ed., (New York: Oxford University Press, 2005), pp. 7 - 10

<sup>66</sup> United Nations, Rome Statute of the International Court [Online]. (n.d.). Available from: [http://www.untreaty.org/english/bible/internetbible/partI/chapterXVIII/treaty\\_11.asp](http://www.untreaty.org/english/bible/internetbible/partI/chapterXVIII/treaty_11.asp) [7 Aug 2007], article 75

การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยแสดงว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่เพียงแต่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชน แต่ยังก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางแพ่งในการชดเชยคืน การใช้ค่าสินไหมทดแทน และการฟื้นฟูสภาพแก่ผู้เสียหายอีกด้วย

จะเห็นได้ว่า ธรรมนูญกรุงโรมแสดงให้เห็นพัฒนาการที่สำคัญในด้านต่างๆ ของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยแสดงว่าข้อจำกัดต่างๆ ที่มีผลทั้งทางตรงและทางอ้อมต่อการบรรลุผลของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้รับการแก้ไขไปในระดับต่างๆ และผลที่ได้จากการแก้ไขแสดงให้เห็นถึงลักษณะพิเศษของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งสอดคล้องกับเกณฑ์ของกฎหมายที่ลักษณะบังคับเด็ดขาด พัฒนาการเหล่านี้ยังปรากฏให้เห็นในกลไกของรัฐในการบังคับใช้และการเยียวยาเกี่ยวกับปัจเจกชนอีกด้วย ซึ่งจะได้มีการศึกษาในหัวข้อ 3.4.1

จากที่กล่าวมาแล้ว เกณฑ์ของกฎหมายที่มีลักษณะเด็ดขาดสามารถพิจารณาได้จากข้อ 53 ของกฎหมายสนธิสัญญา โดยแยกเป็น 2 ข้อ คือ กฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดต้องเป็นบรรทัดฐานของหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปที่ได้รับการยอมรับจากสังคมระหว่างประเทศ และกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดต้องเป็นบรรทัดฐานที่มีลำดับศักดิ์สูงสุดของสังคมระหว่างประเทศ ซึ่งเมื่อพิจารณาการห้ามทำลายล้างเผ่าพันธุ์จากอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และธรรมนูญกรุงโรมแล้ว จะพบลักษณะพิเศษที่สะท้อนให้เห็นถึงเกณฑ์ทั้งสองประการของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด จึงสรุปได้ว่า จากการพิจารณาถึงบ่อเกิดทางกฎหมายของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะพบว่า การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะเด็ดขาดลักษณะพิเศษต่างๆ เหล่านี้ยังมีปรากฏในความรับผิดชอบของรัฐ และความรับผิดชอบของปัจเจกชนจากการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งจะได้มีการศึกษาเรื่องนี้อย่างละเอียดในบทที่ 3 และบทที่ 4 ต่อไปตามลำดับ

## 2.2 แนวปฏิบัติของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

แนวปฏิบัติของรัฐ คือ สิ่งที่รัฐทำ สิ่งที่รัฐพูด รวมทั้งการงดเว้น (omission)<sup>67</sup> แต่จะยกเฉพาะเหตุการณ์ที่สำคัญขึ้นมาบางส่วนขึ้นมาเท่านั้น เนื่องจากการศึกษามีเวลาค่อนข้างจำกัด เหตุการณ์ที่สำคัญที่แสดงให้เห็นแนวปฏิบัติของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

<sup>67</sup> Michael Akehurst, *A Modern Introduction to International Law*, (George Allen & Unwin (Publishers) Ltd., 6<sup>th</sup> ed., 1987), pp. 28 - 29



ประกอบด้วย ประการที่หนึ่ง คือ การที่รัฐต่างๆ แสดงว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในฐานะของอาชญากรรมพื้นฐาน (element crime หรือ core crime) ในกฎหมายระหว่างประเทศ จึงต้องมี การนำไปบัญญัติไว้ในความตกลงระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ประการที่ สอง คือ เหตุการณ์การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในวันดาที่คณะมนตรีความมั่นคงรวมทั้งมหาอำนาจ ทั้งหลายพยายามหลีกเลี่ยงการใช้คำว่า 'การทำลายล้างเผ่าพันธุ์' อันสะท้อนให้เห็นถึงค่าบังคับ ของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ประการที่สาม คือ การบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐใน ความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นบรรทัด ฐานของกฎหมายที่สำคัญที่รัฐยึดถือปฏิบัติอย่างจริงจัง และประการสุดท้าย คือ การดำเนินคดีกับ บุคคลที่กระทำความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในศาลภายใน สิ่งที่กำลังกล่าวมาแล้วนี้จะแสดงให้เห็นถึง หลักฐานของการยอมรับจากสังคมระหว่างประเทศต่อการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

### 2.2.1 การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในฐานะของอาชญากรรมพื้นฐานในกฎหมาย ระหว่างประเทศ

การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้รับการอ้างถึงอย่างต่อเนื่องในฐานะอาชญากรรมระหว่าง ประเทศที่สำคัญ เริ่มจากอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในปี ค.ศ. 1948<sup>68</sup> ซึ่งบรรยายถึงความ ร้ายแรงของอาชญากรรมนี้ในอาร์มภบทว่า

"...การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ, ขัดกับจิตวิญญาณ และเจตจำนงของสหประชาชาติและได้รับการประนามโดยโลกอารยะ,

...การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก่อให้เกิดความสูญเสียทางมนุษยธรรมอย่างมหาศาล, และ

...เป็น...หายนะอันเลวร้าย"

ต่อมา เมื่อปี ค.ศ. 1993 ความร้ายแรงของอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในประเทศอดีตยูโกสลาเวียทำให้ คณะมนตรีความมั่นคงตัดสินใจก่อตั้งศาลอดีตยูโกสลาเวียขึ้น และบัญญัติการห้ามการทำลายล้าง เผ่าพันธุ์เป็นหนึ่งในอาชญากรรมดังกล่าวไว้ในธรรมนูญของศาลอดีตยูโกสลาเวียข้อ 4<sup>69</sup> ตามร่าง

<sup>68</sup> United Nations, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Preamble

<sup>69</sup> United Nations, ICTY Statute article 4

ธรรมนูญศาลที่ปรากฏในเอกสารเลขที่ S/25704 โดยร่างธรรมนูญศาลดังกล่าวแสดงว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ปราศจากข้อสงสัยใดๆ ว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณี<sup>70</sup> เมื่อปี ค.ศ. 1994 ธรรมนูญของศาลรวันดาได้ยึดถือธรรมนูญของศาลอดีตยูโกสลาเวียเป็นต้นแบบ\*\* และบัญญัติการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไว้ในข้อ 2<sup>71</sup> ซึ่งเป็นการยืนยันความร้ายแรงของอาชญากรรมนี้เป็นอย่างดี

ส่วนร่างประมวลอาชญากรรมต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศอาชญากรรมหมายเลข 8 ในปี ค.ศ. 1996<sup>72</sup> ในการยกร่างคณะกรรมการการร่างชุดแรกได้อธิบายว่า

"ความผิดต่อสันติภาพและความมั่นคงของมนุษยชาติ หมายถึง ความผิดที่มีองค์ประกอบด้านการเมือง และเป็นภัยหรือกระทบกระเทือนต่อการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ"<sup>73</sup>

คำอธิบายนี้แสดงถึงความสำคัญของอาชญากรรมที่นำมาบัญญัติว่าเป็นสิ่งที่เป็นภัยต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ซึ่งต่อมาคณะมนตรีความมั่นคงได้มีข้อมติที่แสดงในเรื่องดังกล่าว

<sup>70</sup> United Nations, U.N. Doc. S/25704, p. 9, paras. 34 - 5,

"34. ...the international tribunal should apply rules of international humanitarian law which are beyond any doubt part of customary law ...

35. The part of conventional international humanitarian law which has beyond doubt become part of international customary law is ... 4/ the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 9 December 1948; ..."

\*\* ข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ 955 ซึ่งรับรองการก่อตั้งศาลรวันดาใช้เหตุผลเดียวกันกับข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ 827 ซึ่งรับรองการก่อตั้งศาลอดีตยูโกสลาเวีย

<sup>71</sup> United Nations, ICTR Statute article 2

<sup>72</sup> United Nations, Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries 1996: Crime No. VIII

<sup>73</sup> United Nations, Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries 1954 [Online]. (n.d.). Available from: [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolume\(e\)/ILC\\_1954\\_V2\\_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolume(e)/ILC_1954_V2_e.pdf), [3 Mar 2009], p. 134, para. 52, "(a) The Commission first considered the meaning of the term "offences against the peace and security of mankind", contained in resolution 177 (II). The view of the Commission was that the meaning of this term should be limited to offences which contain a political element and which endanger or disturb the maintenance of international peace and security."

(โปรดดูหัวข้อที่ 2.4.3) และโดยเฉพาะธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศข้อ 6 ในปี ค.ศ. 1998 ที่บัญญัติอาชญากรรมร้ายแรงที่สุดในความสนใจของสังคมระหว่างประเทศโดยข้อ 5 บัญญัติว่า<sup>74</sup>

"ข้อ 5

อาชญากรรมภายใต้เขตอำนาจศาลของศาล

1. เขตอำนาจศาลของศาลจำกัดอยู่เฉพาะอาชญากรรมที่ร้ายแรงที่สุดของสังคมระหว่างประเทศทั้งหมด ตามธรรมนูญศาลนี้ ศาลมีเขตอำนาจศาลเหนืออาชญากรรมต่อไปนี้

(a) อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์; ..."

การบัญญัติที่กล่าวถึงนี้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ถือเป็นอาชญากรรมที่สำคัญที่ร้ายแรงที่สุดอาชญากรรมหนึ่ง

การนำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มาบัญญัติในฐานะอาชญากรรมพื้นฐานที่ร้ายแรงของสังคมระหว่างประเทศอย่างต่อเนื่องนี้ ย่อมไม่อาจปฏิเสธได้ถึงการยอมรับอย่างกว้างขวางของสังคมระหว่างประเทศที่ต้องการกำจัดอาชญากรรมนี้ให้หมดไปอย่างสิ้นเชิง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง และมีลักษณะบังคับเด็ดขาดที่ผู้ใดก็มิอาจปฏิเสธขัดแย้งได้ ผลของการละเมิดบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศนี้ปรากฏในรูปของความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นทั้งรัฐและปัจเจกชน ซึ่งจะได้มีการศึกษาต่อไปในบทที่ 3 และ 4 ผู้เขียนเห็นว่าท่าทีของสังคมระหว่างประเทศที่ต่อเนื่องและหนักแน่นเช่นนี้เป็นการแสดงอย่างชัดเจนว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดอย่างปราศจากข้อสงสัย

<sup>74</sup> United Nations, Rome Statute of International Criminal Court: article 5(1)

Article 5

Crimes within the jurisdiction of the Court

1. The jurisdiction of the Court shall be limited to the most serious crimes of concern to the international community as a whole. The Court has jurisdiction in accordance with this Statute with respect to the following crimes:

(a) The crime of genocide;

...

## 2.2.2 ท่าทีของรัฐในการไม่ระบุเหตุการณ์การทำลายล้างเผ่าพันธุ์

สงครามกลางเมืองของประเทศรวันดาซึ่งเป็นประเทศเล็กๆในแอฟริกาตะวันออกระหว่างประชาชนชาวรวันดาซึ่งเป็นพวกฮูตูและประชาชนชาวรวันดาซึ่งเป็นพวกตุตซีทำให้ประชาชนจำนวน 500,000 คนถูกสังหารและอีก 4 ล้านคนต้องหลบหนี โดยเป็นเหตุการณ์ที่ได้ชื่อว่าเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์อย่างชัดเจนจากสัญญาญเตือนล่วงหน้าของนักเคลื่อนไหวด้านสิทธิมนุษยชนแห่งข่าวภายในรัฐบาลรวันดา และการออกอากาศ Radio Mille Collines<sup>75</sup> ประเทศมหาอำนาจในขณะนั้นมีความมั่นคง พยายามหลีกเลี่ยงจากการใช้คำว่า "การทำลายล้างเผ่าพันธุ์" ("Genocide") เพื่อระบุเหตุการณ์ในรวันดา ซึ่งเห็นได้จากการที่สมาชิกระดับสูงของรัฐบาลคลินตัน ซึ่งสั่งเจ้าหน้าที่ไม่ให้ใช้คำว่า "การทำลายล้างเผ่าพันธุ์" เพราะจะเป็นการเพิ่มความกดดันทางศีลธรรม และบังคับให้ประธานาธิบดีต้องเข้าทำการแก้ไข<sup>76</sup> ต่อมา เลขาธิการสหประชาชาติ ประเทศนิวซีแลนด์ ประเทศเซด ประเทศสเปนและประเทศอาร์เจนตินาร่วมกันกดดันให้คณะมนตรีความมั่นคงแถลงว่าเกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ขึ้นในประเทศรวันดา แต่ประเทศจีน ประเทศสหรัฐอเมริกา และโดยเฉพาะประเทศอังกฤษคัดค้านอย่างรุนแรงทำให้ประธานคณะมนตรีความมั่นคงต้องออกแถลงการณ์ด้วยการใช้ถ้อยคำจากบทบัญญัติของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่ยังคงไม่ใช่คำว่า "การทำลายล้างเผ่าพันธุ์"<sup>77</sup> เหตุการณ์นี้แสดงให้เห็นถึงทั้งปัญหาของการระบุเหตุการณ์ตามที่ได้มีการกล่าวไว้ในนำบท และค่าบังคับของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยการพยายามที่จะไม่อ้างถึงยังสะท้อนให้เห็นถึงการที่รัฐตระหนักถึงความสำคัญของการห้ามทำลายล้างเผ่าพันธุ์และพันธกรณีของมัน

## 2.2.3 การบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐในความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์

สิ่งที่สะท้อนให้เห็นการยอมรับของรัฐอีกประการหนึ่ง คือ การนำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไปบัญญัติเป็นความผิดในกฎหมายภายใน กรณีนี้มีรัฐจำนวน 80 รัฐ จาก 5 ทวีปที่นำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไปบัญญัติ ดังต่อไปนี้<sup>78</sup> (ในแต่ละทวีปเรียงตามลำดับภาษาอังกฤษ)

<sup>75</sup> Nicholas J. Wheeler, *Saving Strangers: Humanitarian Intervention in International Society*, (Oxford University Press, 2000), pp. 225 – 226

<sup>76</sup> Human Rights Watch, *Human Rights Watch Report 1995: Events of 1994*, (New York, 1995), p. 46

<sup>77</sup> Ibid.

<sup>78</sup> Preventgenocide international, [Online]. , (last updated 6 May 2004), Available from:

ทวีปแอฟริกาจำนวน 9 ประเทศ ประกอบด้วย

ประเทศบูร์กินาฟาโซ กฎหมายอาญามาตรา 313

ประเทศไอวอรีโคสต์ กฎหมายอาญามาตรา 137

ประเทศเอธิโอเปีย มาตรา 281 แห่งกฎหมายอาญาปี ค.ศ. 1957

รวมทั้งประเทศกานา ประเทศมาลี ประเทศคองโก ประเทศเซเชลเลส ประเทศแอฟริกาใต้และประเทศรวันดา (ยังไม่มีผู้แปลเป็นภาษาอังกฤษ)

ทวีปอเมริกาจำนวน 18 ประเทศ ประกอบด้วย

ประเทศแอนติกัว กฎหมายทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เล่ม 4 มาตรา 191

ประเทศบาเบโดส กฎหมายทำลายล้างเผ่าพันธุ์มาตรา 133A

ประเทศโบลิเวีย (ยังไม่มีผู้แปลเป็นภาษาอังกฤษ)

ประเทศบราซิล กฎหมายเลขที่ 2.889 วันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 1956

ประเทศแคนาดา กฎหมายแคนาดาว่าด้วยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

ประเทศโคลอมเบีย, ประเทศคอสตาริกา, ประเทศคิวบา, ประเทศเอล ซัลวาดอร์, ประเทศกัวเตมาลา,

ประเทศจาไมกา (ยังไม่มีผู้แปลเป็นภาษาอังกฤษ)

ประเทศเม็กซิโก มาตรา 149 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ประเทศนิการากัว, ประเทศปานามา, ประเทศปารากวัย, ประเทศเปรู, ประเทศตริเนแดดแอนโตเบโก

(ยังไม่มีผู้แปลเป็นภาษาอังกฤษ)

ประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 50A ของประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา

ทวีปเอเชียและแปซิฟิกจำนวน 17 ประเทศ ประกอบด้วย

ออสเตรเลีย กฎหมายอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ปี ค.ศ. 1949

บาเรน, บังกลาเทศ (ยังไม่มีผู้แปลเป็นภาษาอังกฤษ)

กัมพูชา กฎหมายกัมพูชาสำหรับดำเนินคดีอาชญากรรมที่กระทำระหว่างปี ค.ศ. 1975 – 1979

จีนรวมฮ่องกงและมาเก๊า, อินโดนีเซีย, อิรัก, อิสราเอล, คิริบати, ไคจิสถาน (ยังไม่มีผู้แปลเป็นภาษาอังกฤษ)

นิวซีแลนด์ กฎหมายอาชญากรรมระหว่างประเทศและไอซีซี วันที่ 6 กันยายน ค.ศ. 2000



หมู่เกาะโซโลมอน, ทาจิกิสถาน, ตองกา, ตูวาลูและเวียดนาม (ยังไม่มีผู้แปลเป็นภาษาอังกฤษ)

ทวีปยุโรปจำนวน 37 ประเทศ ประกอบด้วย

ประเทศอัลบาเนีย, ประเทศอาเมเนีย, ประเทศออสเตรเลีย, ประเทศอาเซอร์ไบจาน, ประเทศเบลารุส (ยังไม่มีผู้แปลเป็นภาษาอังกฤษ)

ประเทศเบลเยียม กฎหมายเบลเยียมว่าด้วยการละเมิดอย่างร้ายแรงของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

ประเทศบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา มาตรา 141 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ประเทศบัลแกเรีย ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 416

ประเทศโครเอเชีย, ประเทศไซปรัส, ประเทศเชค, ประเทศเดนมาร์ก, ประเทศเอสโตเนีย (ยังไม่มีผู้แปลเป็นภาษาอังกฤษ)

ประเทศฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 211-1

ประเทศฟินแลนด์, ประเทศจอร์เจีย (ยังไม่มีผู้แปลเป็นภาษาอังกฤษ)

ประเทศเยอรมัน มาตรา 220a Strafgesetzbuch VstGB

ประเทศฮังการี, ประเทศไอร์แลนด์ (ยังไม่มีผู้แปลเป็นภาษาอังกฤษ)

ประเทศอิตาลี กฎหมายว่าด้วยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์วันที่ 9 ตุลาคม ค.ศ. 1967 ลำดับที่ 962

ประเทศลัตเวีย, ประเทศลิทัวเนีย, ประเทศลิกเตนสไตน์, ประเทศลิทัวเนีย, ประเทศลักเซมเบิร์ก (ยังไม่มีผู้แปลเป็นภาษาอังกฤษ)

ประเทศเนเธอร์แลนด์ กฎหมายวันที่ 2 กรกฎาคม ค.ศ. 1964 การดำเนินการใช้อุบัติญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ประเทศโปแลนด์, ประเทศโปรตุเกส, ประเทศโรมาเนีย (ยังไม่มีผู้แปลเป็นภาษาอังกฤษ)

ประเทศสเปน ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 607

ประเทศรัสเซีย ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 357

ประเทศสโลวาเกีย, ประเทศสโลวีเนีย, ประเทศสวีเดน (ยังไม่มีผู้แปลเป็นภาษาอังกฤษ)

ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 264

ประเทศยูเครน (ยังไม่มีผู้แปลเป็นภาษาอังกฤษ)

ประเทศอังกฤษ กฎหมายไอซีซี 25 สิงหาคม ค.ศ. 2000

ประเทศยูโกสลาเวีย ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 141

จะเห็นได้ว่ารัฐที่นำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไปบัญญัติมีจำนวนมาก ผู้เขียนเห็นว่าแม้จะไม่ใช่อำนาจ

ทั้งหมด แต่รัฐต่างๆ ที่อยู่ในกลุ่มนี้น่าจะถือเป็นตัวแทนของสังคมนระหว่างประเทศได้ในระดับหนึ่ง เนื่องจากรัฐในกลุ่มนี้ประกอบด้วย ประเทศมหาอำนาจทั้งหลายในยุโรป และโดยเฉพาะประเทศที่เป็นสมาชิกถาวรคณะมนตรีความมั่นคง ประเทศในกลุ่มอิสลาม ประเทศในกลุ่มแอฟริกา ประเทศในกลุ่มละตินอเมริกา ประเทศในแถบเอเชีย และประเทศหมู่เกาะต่างๆ หรือประเทศจากภูมิภาคต่างๆ ทั่วโลก ซึ่งเป็นการสนับสนุนถึงการได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางจากสังคมนระหว่างประเทศว่าบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศนี้มีลักษณะบังคับเด็ดขาด หรือไม่อาจปฏิเสธขัดแย้งได้

#### 2.2.4 การดำเนินคดีทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในศาลภายใน

พันธกรณีอย่างหนึ่งของรัฐตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ คือ การลงโทษผู้กระทำความผิด โดยกำหนดให้รัฐดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด ในส่วนนี้จะพิจารณาเฉพาะการลงโทษผู้กระทำผิดในศาลภายในเท่านั้น ส่วนการลงโทษผู้กระทำผิดในศาลระหว่างประเทศสามารถดูเพิ่มเติมได้ในบทที่ 4 การดำเนินคดีฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในศาลภายในสะท้อนถึงค่าบังคับของบรรทัดฐานการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งไม่มีผู้ใดละเมิดได้ ผู้ที่ละเมิดจะต้องได้รับการลงโทษ แม้บางส่วนจะเป็นการดำเนินการทางการเมือง<sup>79</sup> เช่น

1. คดี *Mengistu & Dergue leader* ในประเทศเอธิโอเปีย โดย Mengistu Haile Mariam ซึ่งเป็นอดีตนายกรัฐมนตรีถูกดำเนินคดีในข้อหาทำลายล้างเผ่าพันธุ์และละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยไม่มีตัวจำเลย จากการสั่งให้เคลื่อนย้ายคน 1.5 ล้านคนจากเขตขาดแคลนอาหารไปยังเขตที่ยังไม่มีการอยู่อาศัยในปี ค.ศ. 1984 ทำให้มีผู้คนล้มตายถึง 100,000 คน
2. คดี *Ceausecu* ในประเทศโรมาเนีย โดยผู้นำเผด็จการ Nicolae Ceausecu แห่งโรมาเนียถูกกล่าวหาว่าทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วยการสังหารหมู่เมืองติมิโซอราในโรมาเนียตะวันตกในวันที่ 17 ธันวาคม ค.ศ. 1989
3. คดี *อดีตสองประธานาธิบดี (Romeo Lucas Garcia and Efrain Rios Montt)* ในประเทศกัวเตมาลา ซึ่งในการดำเนินนโยบายทำลายล้างเผ่าพันธุ์ชาวอินเดียนมายันระหว่างปี ค.ศ. 1978 ถึงปี ค.ศ. 1983

จะเห็นได้ว่า การดำเนินคดีในความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในศาลภายในมีน้อย และส่วนใหญ่

<sup>79</sup> Preventgenocide international, [Online]. , [last updated 6 May 2004], Available from: <http://preventgenocide.org/punish/domestic.htm>, [26 Jun 2008]

เป็นการดำเนินการที่มีความเกี่ยวข้องกับเหตุผลทางการเมือง โดยกลุ่มอำนาจเดิมที่ปกครองหมดอำนาจลง กลุ่มอำนาจใหม่จึงทำการดำเนินคดีด้วยข้อกล่าวหาที่ร้ายแรง คือ การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ต่อมาภายหลังการพิจารณาคดีในศาลอติตยูโกสลาเวียและศาลรวันดา ศาลภายในของประเทศต่างๆหลายประเทศรวมทั้งประเทศรวันดาได้มีการดำเนินคดีผู้ถูกกล่าวหาเกี่ยวข้องกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยเฉพาะบุคคลผู้กระทำความผิดในความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในประเทศบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาและประเทศรวันดา การพิจารณาคดีเหล่านี้กระทำในศาลของประเทศอื่นที่ไม่ใช่ประเทศที่การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิด ตัวอย่างบางส่วน สามารถแสดงได้ดังต่อไปนี้<sup>80</sup>

1. ประเทศออสเตรียดำเนินคดีกับ Dusko Cvjetgovic ซึ่งเป็นชาวบอสเนียนีร์บที่ถูกกล่าวหาว่าวางเพลิง ฆาตกรรมและทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในหมู่บ้านคูซิเซ (Kucice village) ประเทศบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา ศาลสูงออสเตรียวินิจฉัยว่าศาลออสเตรียมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมที่กระทำในประเทศบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา โดยเหตุผลที่ว่าผู้ถูกกล่าวหาปรากฏตัวในประเทศออสเตรียและยังไม่มีศาลในประเทศบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา แต่จากปัญหาเรื่องพยานหลักฐาน คำให้การที่ไม่แน่นอนและการแปลที่ผิดพลาด ศาลซอลท์เบิร์กแห่งออสเตรียจึงต้องยกฟ้อง
2. ประเทศเบลเยียม เมื่อวันที่ 8 มิถุนายน ค.ศ. 2001 ศาลบรัสเซลในคดี 4 de Butare ตัดสินว่า Alphonse Higarino Gertrude Mukangango Maria Kisito และ Vincent Ntezimana มีความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดย Higarino ได้รับโทษจำคุก 20 ปี Mukangango ได้รับโทษจำคุก 15 ปี Kisito และ Ntezimana ได้รับโทษจำคุกคนละ 12 ปี จากการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในประเทศรวันดาในปี ค.ศ. 1994
3. ประเทศฝรั่งเศสดำเนินคดีกับ Wenceslas Munyeshyaka อดีตพระของโบสถ์เซนต์แฟมิลีในกรุงคิกาลี ประเทศรวันดา ซึ่งถูกกล่าวหาว่าเกี่ยวข้องกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในประเทศรวันดา ปี ค.ศ. 1994
4. ประเทศเยอรมัน ศาลเยอรมันได้พิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดที่เกิดขึ้นในประเทศอติตยูโกสลาเวีย 2 คดี ได้แก่ คดี Jorgic ซึ่งผู้ถูกกล่าวหา Dragan Jorgic ถูกตัดสินว่ามีความผิดในวันที่ 26 กันยายน ค.ศ. 1997 จากข้อหาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ถึง 11 กระทั่งร่วมด้วยการกระทำผิดอื่นๆ และให้จำคุกตลอดชีวิต คดีต่อมาคือ คดี Djajic ซึ่ง Novislav Djajic ถูกกล่าวหาในหลายข้อหา รวมทั้งการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการพยายามทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ศาลรัฐบาวาเรียตัดสินให้จำคุก Djajic ห้าปี แต่ยกฟ้องในความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์และพยายามทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เนื่องจากขาดไปซึ่งเจตนาร้าย (mens rea) จากการไม่รู้ถึงนโยบายการชำระล้างเผ่าพันธุ์

<sup>80</sup> Ibid.

จากที่กล่าวมาแล้ว การดำเนินคดีของศาลภายในในความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นการยืนยันถึงการยอมรับของรัฐต่างๆว่าการห้ามทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นบรรทัดฐานที่ไม่อาจปฏิเสธขัดแย้งได้ หรือบรรทัดฐานที่มีศักดิ์สูงสุด ผู้ใดจะละเมิดมิได้ แม้ความผิดที่เกิดขึ้นจะไม่ได้เกิดในดินแดนของรัฐที่ดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าหลักฐานนี้แสดงถึงค่าบังคับที่รัฐต่างๆ ในสังคมระหว่างประเทศตอบสนองต่อผู้กระทำผิดที่เป็นปัจเจกชน เมื่อรัฐตนอยู่ในฐานะที่จะดำเนินการลงโทษได้ และควรมีผลผูกพันของบรรทัดฐานการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งรวมถึงการลงโทษผู้กระทำผิดที่มีต่อรัฐต่างๆ อีกด้วย

แนวปฏิบัติของรัฐต่างๆ ที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น แสดงให้เห็นถึงการยอมรับอย่างกว้างขวางของรัฐต่อลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยการนำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไปบัญญัติเป็นอาชญากรรมพื้นฐานในกฎหมายระหว่างประเทศอย่างต่อเนื่อง และการนำไปบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในของรัฐต่างๆ ถึง 80 รัฐทั่วโลก ทุกภูมิภาคและทุกกลุ่ม รวมทั้งท่าทีของรัฐที่แสดงถึงความพยายามหลีกเลี่ยงจากการระบุเหตุการณ์การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งรัฐตระหนักถึงพันธกรณีต่างๆ ที่ตามมา ส่วนการดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์แสดงถึงค่าบังคับของบรรทัดฐานดังกล่าว ผู้เขียนจึงเห็นว่าสิ่งต่างๆ เหล่านี้ล้วนเป็นหลักฐานที่สนับสนุนให้เห็นถึงการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่ต้องประกอบกับหลักฐานอื่นๆ เนื่องจากจำนวนของรัฐต่างๆ ที่เกี่ยวข้องซึ่งได้ยกขึ้นมาศึกษาอย่างไม่อาจกล่าวอ้างได้อย่างชัดเจนถึงการยอมรับอย่างกว้างขวางโดยสังคมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะเมื่อเทียบกับการลงมติที่เป็นเอกฉันท์ถึงสองครั้งในข้อมติที่เกี่ยวกับการทำอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามที่ได้กล่าวถึงไปแล้วในหัวข้อที่ 2.1.1

### 2.3 คำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

คำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศถือเป็นหนึ่งในบ่อเกิดของกฎหมายตามข้อ 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ<sup>81</sup> แม้ว่าคำพิพากษาของศาลจะผูกพันเฉพาะคู่ความ แต่หลักกฎหมายที่ศาลหยิบยกขึ้นมาใช้ในการตัดสินเป็นหลักกฎหมายที่สามารถนำไปใช้ได้ทั่วไป ซึ่ง

<sup>81</sup> United Nations, Statute of International Court of Justice [Online].(n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>, article 38

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีคำตัดสินเรื่องการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในฐานะกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด 2 คดี ประกอบด้วย คดีกิจกรรมทหารบนดินแดนคองโก และ คดีการใช้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ คดีทั้งสองคดีนี้ ศาลจะต้องวินิจฉัยว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดหรือไม่ ในส่วนนี้จึงนำคดีทั้งสองมาศึกษาถึงหลักกฎหมายและเหตุผลที่ศาลได้วางไว้ เพื่อแสดงให้เห็นลักษณะของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามเกณฑ์ของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด

### 2.3.1 คดีกิจกรรมทหารบนดินแดนคองโก

คดีนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 3 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2006 โดยเป็นคดีระหว่างสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโกและสาธารณรัฐรวันดา ซึ่งคองโกกล่าวหาว่ากองทัพรวันดาบุกเข้ามาในดินแดนของคองโก และทำร้ายประชาชนชาวคองโก โดยละเมิดต่อความตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับ หนึ่งในนั้นคือ อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่รวันดาไม่ได้ยอมรับเขตอำนาจศาลของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีนี้ ทำให้ศาลไม่มีเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดี คองโกจึงอ้างว่าอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ประกอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดซึ่งมีผลบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปที่สามารถใช้ได้กับรัฐทุกรัฐ (force of general law) รวมทั้งรวันดา<sup>82</sup> ทำให้ศาลต้องวินิจฉัยว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดหรือไม่ และมีผลอย่างไรต่อรวันดาในคดีนี้

#### ก. ข้อเท็จจริงแห่งคดี

เมื่อวันที่ 28 พฤษภาคม ค.ศ. 2002 คองโกฟ้องรวันดาต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยกล่าวหาว่ากองทัพรวันดาบุกเข้าไปในดินแดนของคองโกและทำร้ายประชาชนชาวคองโก ซึ่งเป็นการละเมิดต่ออธิปไตยของคองโก กฎหมายสิทธิมนุษยชนและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ<sup>83</sup> ต่อมา เมื่อวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ. 2002 คองโกได้ขอให้ศาลมีคำสั่งให้มีมาตรการ

<sup>82</sup> United Nations, *Case Concerning Armed Activities On The Territory of The Congo (New Application 2002) (Democratic Republic of The Congo v. Rwanda)*, judgment of 3 February 2006, para.56, See also footnote 6

<sup>83</sup> *Ibid.*, para. 1



คุ้มครองชั่วคราว (Provisional measure)<sup>84</sup> ศาลปฏิเสธที่จะสั่งให้มีมาตรการคุ้มครองชั่วคราว โดยให้เหตุผลว่าศาลไม่มีเขตอำนาจศาลในการพิจารณาเบื้องต้น (prima facie jurisdiction) ขณะเดียวกันก็ปฏิเสธคำขอของวันดาที่ขอให้จำหน่ายคดี เนื่องจากวันดาเห็นว่าศาลไม่มีเขตอำนาจศาลอย่างชัดเจน<sup>85</sup>

เนื่องจากธรรมเนียมของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศบัญญัติให้ศาลมีเขตอำนาจศาลเหนือคดีได้นั้น รัฐคู่กรณีทุกฝ่ายต้องให้ความยินยอมรับเขตอำนาจศาลตามสนธิสัญญาที่ได้มีการตกลงกันไว้ หรือยอมรับเขตอำนาจศาลแบบบังคับ (compulsory jurisdiction) ซึ่งเป็นการรับเขตอำนาจศาลแบบทั่วไปโดยไม่ต้องให้ความยินยอมเพิ่มเติมอีก<sup>86</sup> คดีนี้ คองโกยอมรับเขตอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแบบบังคับ ขณะที่วันดาไม่ได้ยอมรับเขตอำนาจศาลแบบบังคับดังกล่าว คองโกจึงอ้างข้อสนับสนุนการมีเขตอำนาจศาลของศาลเหนือวันดาจากสนธิสัญญาระหว่างประเทศจำนวน 8 ฉบับซึ่งทั้งคองโกและวันดาเป็นภาคีสมาชิก หนึ่งในสนธิสัญญานั้น คืออนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งคองโกอ้างว่าวันดากระทำละเมิดต่อข้อ 2 และข้อ 3 ของอนุสัญญาดังกล่าว แต่วันดาตั้งข้อสงวนในข้อ 9 ของอนุสัญญานี้ อันเป็นบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาททางศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ศาลจึงไม่มีเขตอำนาจศาลเหนือคดีหากวันดาไม่ให้ความยินยอมเสนอข้อพิพาทให้ศาลตัดสิน ซึ่งวันดาก็ไม่ได้ให้ความยินยอม คองโกจำเป็นต้องหาข้อหักล้างเพื่อให้ศาลมีเขตอำนาจเหนือคดี โดยอ้างว่าอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ประกอบด้วยกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดซึ่งมีผลบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปที่สามารถบังคับใช้ได้กับรัฐทุกรัฐ (force of general law) รวมทั้งวันดา<sup>87</sup> ประเด็นที่ศาลต้องวินิจฉัยคือ กฎหมายลักษณะ

<sup>84</sup> Ibid., para. 2

<sup>85</sup> Ibid., para. 5

<sup>86</sup> United Nations, Statute of International Court of Justice [Online].(n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0> [30 Aug 2008], Article 36

1. The jurisdiction of the Court comprises all cases which the parties refer to it and all matters specially provided for in the Charter of the United Nations or in treaties and conventions in force.
2. The states parties to the present Statute may at any time declare that they recognize as compulsory ipso facto and without special agreement, in relation to any other state accepting the same obligation, the jurisdiction of the Court in all legal disputes concerning:...

<sup>87</sup> United Nations, Case Concerning Armed Activities On The Territory of The Congo (New Application 2002) (Democratic Republic of The Congo v. Rwanda), judgment of 3 February 2006,

บังคับเด็ดขาดมีผลอย่างไรต่อพันธกรณีตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของรวันดา ซึ่งทำให้ศาลต้องพิจารณาถึงการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก่อน จึงจะสามารถวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าว

#### ข. คำวินิจฉัยของศาล

ศาลเริ่มจากการอ้างถึงและยืนยันความเห็นของศาลปี ค.ศ. 1951 ที่ว่า

"หลักการภายใต้อนุสัญญา [ทำลายล้างเผ่าพันธุ์] เป็นหลักการที่รับรองโดยชาติอารยะที่มีผลผูกพันกับรัฐแม้จะไม่มีพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศใดๆ ก็ตาม" และผลที่ตามมาจากแนวความคิดนี้คือ "ลักษณะความเป็นสากลของการประนามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการร่วมมือกันของรัฐเพื่อให้มนุษยชาติพ้นจากความหายนะอันเลวร้ายยิ่ง" (Preamble to the Convention) (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*)<sup>88</sup>

ซึ่งศาลก็ได้ยกคำวินิจฉัยของศาลในคำพิพากษาปี ค.ศ. 1996 ขึ้นมาแสดงว่าผลที่ตามมาของคำวินิจฉัยนี้คือ สิทธิและหน้าที่ภายใต้อนุสัญญานี้คือสิทธิและหน้าที่ที่มีผลบังคับได้เป็นการทั่วไป (rights and obligations erga omnes) (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 616, para. 31).<sup>89</sup>

---

para.56, "... the DRC maintains that the Genocide Convention has "the force of general law with respect to all States" including Rwanda, inasmuch as it contains norms of *jus cogens*."

<sup>88</sup> Ibid., para. 64, "the principles underlying the [Genocide] Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation" and that a consequence of that conception is "the universal character both of the condemnation of genocide and of the co-operation required 'in order to liberate mankind from such an odious scourge' (Preamble to the Convention)" (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*)

<sup>89</sup> Ibid., " It follows that "the rights and obligations enshrined by the Convention are rights and obligations erga omnes" *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of*

ศาลได้วินิจฉัยต่อไปว่า จากการที่ศาลได้เคยวินิจฉัยไว้แล้วในคำพิพากษาคดี *East Timor (Portugal v. Australia)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1995* ว่า"ลักษณะบังคับได้เป็นการทั่วไปของบรรทัดฐานเป็นคุณละเรื่องกับกฎเกณฑ์เรื่องการยินยอมรับเขตอำนาจศาล" (the *erga omnes* character of a norm and the rule of consent to jurisdiction are two different things) การมีประเด็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและหน้าที่ที่บังคับได้เป็นการทั่วไปไม่ทำให้ศาลมีเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดี ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดและการมีเขตอำนาจศาลของศาลก็ใช้หลักนี้เช่นกัน ซึ่งศาลแน่ใจว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ คือกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด ศาลจึงสรุปว่าประเด็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ย่อมไม่ทำให้ศาลมีเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีเช่นกัน เพราะตามธรรมนูญศาลเขตอำนาจศาลต้องมาจากการยินยอมรับเขตอำนาจศาลของรัฐคู่กรณี<sup>90</sup>

#### ค. การวิเคราะห์คำพิพากษา

ในการแสดงว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดนั้น ศาลได้พิจารณาโดยเริ่มจากการยืนยันความเห็นของศาลปี ค.ศ. 1951 ที่วินิจฉัยถึงความสำคัญของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในสังคมนระหว่างประเทศว่าเป็นหลักการที่รับรองโดยชาติอารยะซึ่งมีผลผูกพันกับรัฐแม้จะไม่มีพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศใดๆ ก็ตาม<sup>91</sup> และจากแนวความคิดนี้ทำให้การประนามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการร่วมมือกันของรัฐ

---

*the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, *Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 616, para. 31

<sup>90</sup> Ibid., "...and that the mere fact that rights and obligations *erga omnes* may be at issue in a dispute would not give the Court jurisdiction to entertain that dispute. The same applies to the relationship between peremptory norms of general international law (*jus cogens*) and the establishment of the Court's jurisdiction: the fact that a dispute relates to compliance with a norm having such a character, which is assuredly the case with regard to the prohibition of genocide, cannot of itself provide a basis for the jurisdiction of the Court to entertain that dispute. Under the Court's Statute that jurisdiction is always based on the consent of the parties."

<sup>91</sup> Ibid., "... the principles underlying the [Genocide] Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation"

'เพื่อให้มนุษยชาติพ้นจากความหายนะอันเลวร้ายยิ่ง' มีผลผูกพันเป็นสากล<sup>92</sup> ข้อวินิจฉัยนี้แสดงให้เห็นว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อสังคมระหว่างประเทศ โดยมีผลผูกพันกับรัฐแม้ไม่มีพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศก็ตาม ซึ่งหมายถึงรัฐต่างๆ ไม่อาจปฏิเสธขัดแย้งได้เพราะถูกผูกพันด้วยพันธกรณีที่เหนือกว่าพันธกรณีทั่วไป

ประการต่อมา ศาลอ้างถึงคำพิพากษาของศาลปี ค.ศ. 1996 ที่นำคำวินิจฉัยในความเห็นของศาลปี ค.ศ. 1951 มาเป็นฐาน โดยศาลในคดีดังกล่าวแสดงว่าจากคำวินิจฉัยของศาลในปี ค.ศ. 1951 แสดงให้เห็นว่า "สิทธิและหน้าที่ภายใต้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นสิทธิและหน้าที่ที่บังคับใช้ได้เป็นการทั่วไป"<sup>93</sup> ซึ่งการที่ศาลแสดงว่าสิทธิและหน้าที่ของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นสิทธิและหน้าที่ที่บังคับใช้ได้เป็นการทั่วไปหมายถึง การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปจากสังคมระหว่างประเทศ เนื่องจากการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีผลผูกพันกับรัฐทุกรัฐ

จากที่กล่าวมาแล้ว ศาลได้แสดงว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด โดยได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางจากสังคมระหว่างประเทศว่ามีผลบังคับใช้ได้เป็นการทั่วไป (erga omnes) ซึ่งผูกพันกับรัฐแบบเด็ดขาดแม้ไม่มีพันธกรณีตามข้อตกลงระหว่างประเทศใดๆ ก็ตาม ส่วนการประนามและการร่วมมือกันเพื่อขจัดหายนะอันเลวร้ายของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ศาลอ้างถึง ก็เป็นการแสดงถึงลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ความสำคัญของบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวทำให้รัฐต่างๆ ไม่อาจปฏิเสธขัดแย้งได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นบรรทัดฐานที่มีศักดิ์สูงสุดของสังคมระหว่างประเทศ การวิเคราะห์ดังกล่าวยังมีข้อสนับสนุนจากคำพิพากษาของศาลคดีต่อไป ซึ่งศาลได้วินิจฉัยในประเด็นเดียวกันนี้โดยอ้างถึงคำวินิจฉัยของศาลในคดีนี้

### 2.3.2 คดีการใช้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์

<sup>92</sup> Ibid., "... and that a consequence of that conception is "the universal character both of the condemnation of genocide and of the co-operation required 'in order to liberate mankind from such an odious scourge'"

<sup>93</sup> Ibid., "... It follows that "the rights and obligations enshrined by the Convention are rights and obligations erga omnes"

คดีนี้ ศาลมีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 27 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2007 โดยเป็นคดีระหว่างประเทศ บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา กับประเทศเซอร์เบียและมอนเตเนโกรหรือยูโกสลาเวีย ซึ่งบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาได้เสนอคำฟ้องให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิจารณาเมื่อวันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1993 โดยศาลต้องพิจารณาว่าพันธกรณีของรัฐตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น รวมถึงพันธกรณีของรัฐในการไม่ทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วยหรือไม่ ในประเด็นนี้ ศาลเห็นว่าพันธกรณีของรัฐดังกล่าวเกี่ยวพันถึงการที่การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด เพื่อพิจารณาถึงเรื่องดังกล่าวศาลได้ตั้งข้อพิจารณาขึ้น 2 ข้อ ข้อแรก คือ การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดหรือไม่ และข้อสอง คือ กฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดมีผลต่อพันธกรณีของรัฐอย่างไร ในคดีนี้จะศึกษาเกณฑ์ที่ศาลใช้ในข้อพิจารณาแรกที่แสดงว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด ส่วนข้อพิจารณาที่สองจะได้ศึกษาเพิ่มเติมในหัวข้อที่ 4.3.1

#### ก. ข้อเท็จจริงแห่งคดี

เซอร์เบียและมอนเตเนโกร (หรือ ยูโกสลาเวีย) เป็นรัฐสมาชิกที่สำคัญของอดีตยูโกสลาเวีย ซึ่งต่อสู้กับบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา เพื่อไม่ให้บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาแยกตัวออกจากอดีตยูโกสลาเวีย เมื่อไม่ประสบความสำเร็จ เซอร์เบียและมอนเตเนโกรจึงทำการแย่งชิงพื้นที่ยุทธศาสตร์ในดินแดนของอดีตยูโกสลาเวีย โดยใช้นโยบายรวมเซอร์เบีย (Greater Serbia) และนโยบายการชำระล้างเผ่าพันธุ์ (ethnic cleansing) และใช้วิธีการต่างๆ ผลักดันชาวบอสเนียนมุสลิม และประชาชนกลุ่มอื่นที่ไม่ใช่ชาวเซิร์บ (non-Serb) ออกจากพื้นที่อย่างเป็นระบบด้วยการสร้างความกลัว โดยการส่งกลุ่มผู้อพยพไปกระทำทารุณกรรมยังค่ายต่างๆ ซึ่งเป็นที่กักขัง กระทำทารุณกรรมทรมาน ฆ่า และสังหารผู้ที่ถูกจับไป<sup>94</sup>

เมื่อวันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1993 บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาได้ฟ้องเซอร์เบียและมอนเตเนโกรต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยกล่าวหาว่าเซอร์เบียและมอนเตเนโกรละเมิดต่ออนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และได้ขอความคุ้มครองชั่วคราวในวันเดียวกัน<sup>95</sup> ซึ่งเซอร์เบียและมอนเตเนโกร

<sup>94</sup> United Nations, *The Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia and Montenegro), the Application for Revision case, Judgment of 26 February 2007*, pp. 83 - 127

<sup>95</sup> Ibid., p. 4, para. 1 and 4



ได้ขอความคุ้มครองชั่วคราวเช่นกันในวันที่ 1 เมษายน ค.ศ.1993 และศาลได้มีคำสั่งคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความในวันที่ 8 เมษายน ค.ศ. 1993<sup>96</sup> ต่อมาวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 1995 เซอร์เบียและมอนเตเนโกรยื่นข้อคัดค้านเบื้องต้น (Preliminary objections) เรื่องการรับคดี (admissibility) และเขตอำนาจศาล ศาลได้มีคำสั่งในชั้นได้สวนมูลฟ้อง (Preliminary objection) เมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ. 1996 ให้ข้อคัดค้านทั้งหมดตกไป และมีคำสั่งรับคดีไว้พิจารณา โดยมีฐานของเขตอำนาจศาลจากข้อ 9 ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์<sup>97</sup>

ในชั้นพิจารณานั้น บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาอ้างว่าคดีนี้เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของรัฐซึ่งกระทำผ่านผู้นำและองค์กรของรัฐในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยข้อ 9 ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์บัญญัติอย่างชัดเจนให้รัฐมีพันธกรณีต้องรับผิดชอบโดยตรง (direct responsibility) ในการไม่กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือช่วยเหลือในการกระทำดังกล่าว รวมทั้งทำให้พันธกรณีในการป้องกันตามข้อ 1 ต้องเสียไป<sup>98</sup> ประเด็นที่ศาลต้องพิจารณาคือ อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์กำหนดพันธกรณีในการไม่ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ให้กับรัฐหรือไม่ เนื่องจากศาลพิจารณาว่าข้อ 9 เป็นบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาท พันธกรณีที่มีต่อรัฐควรมาจากบทบัญญัติสารบัญญัติ ซึ่งในที่นี้คือ ข้อ 1<sup>99</sup> ทำให้ศาลต้องพิจารณาว่าพันธกรณีของรัฐตามข้อ 1 คืออะไร โดยศาลเห็นว่ากรณีที่การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดมีความสำคัญต่อพันธกรณีดังกล่าว<sup>100</sup> ศาลจึงเริ่มด้วยการแสดงว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะ

<sup>96</sup> Ibid., para. 8

<sup>97</sup> Ibid., para. 10 and 12

<sup>98</sup> Ibid., para. 155, "The Applicant has emphasized that in its view, the Genocide Convention "created a universal, treaty-based concept of State responsibility", and that "[i]t is State responsibility for genocide that this legal proceeding is all about". It relies in this respect on Article IX of the Convention, which, it argues, "quite explicitly impose[s] on States a direct responsibility themselves not to commit genocide or to aid in the commission of genocide". As to the obligation of prevention under Article I, a breach of that obligation, according to the Applicant, "is established - it might be said is 'eclipsed' - by the fact that [the Respondent] is *itself* responsible for the genocide committed; . . . a State which commits genocide has not fulfilled its commitment to prevent it"

<sup>99</sup> Ibid., para. 166 "... Since Article IX is essentially a jurisdictional provision, the Court considers that it should first ascertain whether the substantive obligation on States not to commit genocide may flow from the other provisions of the Convention.

<sup>100</sup> United Nations, The Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia and Montenegro), the Application for

บังคับเด็ดขาด ส่วนนี้จะได้ศึกษาในคำวินิจฉัยของศาลดังกล่าว

#### ข. คำวินิจฉัยของศาล

ศาลพิจารณาทบทวนคดีในข้อ 1 โดยเห็นว่า การที่รัฐต่างๆ ทำอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วยการบัญญัติเนื้อหาในข้อ 1 ให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศเป็นการยืนยันถึงหลักการที่อยู่ในข้อมติที่ 96 และอารัมภบทของตัวอนุสัญญา ทำให้การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นเรื่องที่ความเห็นของศาลปี ค.ศ. 1951 ได้เคยเน้นในเรื่องนี้ไว้แล้ว ศาลจึงได้แสดงถึงความเห็นของศาลปี ค.ศ. 1951 ในส่วนของคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้อง นั่นคือ

"จุดเริ่มต้นของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์แสดงถึงเจตนารมณ์ของสหประชาชาติที่จะประณามและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในฐานะ 'อาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ' ที่เป็นปฏิเสธรสิทธิในการมีอยู่ของกลุ่มประชาชนทั้งกลุ่ม ซึ่งสัมพันธ์ต่อจิตสำนึกของมนุษยชาติ และสูญเสียมนุษยธรรมอย่างใหญ่หลวง อีกทั้งยังเป็นสิ่งที่ขัดกับกฎหมายศีลธรรม และจิตวิญญาณและเจตจำนงของสหประชาชาติ (ข้อมติที่ 96 (I) แห่งสมัชชาใหญ่, 11 ธันวาคม ค.ศ. 1946) ผลที่ตามมาประการแรกจากแนวความคิดนี้ คือ หลักการภายใต้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นหลักการที่รับรองโดยชาติอารยะว่าผูกพันกับรัฐต่างๆ แม้ว่าจะไม่มีพันธกรณีจากความตกลงระหว่างประเทศใดๆ ก็ตาม และผลที่ตามมาประการที่สอง คือ ลักษณะความเป็นสากลของทั้งการประณามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และความร่วมมือ 'เพื่อให้มนุษยชาติพ้นจากหายนะอันเลวร้ายอย่างยิ่ง' (อารัมภบทของอนุสัญญา)..."

วัตถุประสงค์ของอนุสัญญาเป็นสิ่งที่ต้องพิจารณา อนุสัญญานี้ได้ถูกสร้างขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ด้านมนุษยธรรมและอารยธรรมโดยแท้ จนยากที่จะจินตนาการได้ว่าจะมีอนุสัญญาใดที่มีลักษณะควบคู่ไปมากกว่านี้ นั่นคือ วัตถุประสงค์หนึ่งของอนุสัญญาเป็นการคุ้มครองความคงอยู่ของกลุ่มประชาชน และอีกทางหนึ่งเป็นการยืนยันและรับรองหลักการที่เป็นพื้นฐานที่สุดของ

---

Revision case, Judgment of 26 February 2007, para. 161 and 162, " ... the norm prohibiting genocide was assuredly a peremptory norm of international law (*jus cogens*)"

"Those characterizations of the prohibition on genocide and the purpose of the Convention are significant for the interpretation of the second proposition stated in Article I the undertaking by the Contracting Parties to prevent and punish the crime of genocide..."

จริยธรรม"(ความเห็นของศาลปี ค.ศ. 1951, หน้า 23)<sup>101</sup>

ประการต่อมา ศาลแสดงว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นหลักการทางศีลธรรมและมนุษยธรรม โดยอ้างถึงความเห็นของศาลปี ค.ศ. 1951 ในตอนท้าย โดยศาลได้ยกแนวคำพิพากษาชั้นต้นสนับสนุนคำวินิจฉัยของศาลดังกล่าว ซึ่งประกอบด้วย คำสั่งของศาลในคดีนี้ขั้นต้นที่ได้เคยอ้างถึงข้อมติที่ 96 ในการสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราว (*I.C.J. Reports 1993*, p. 23; see also pp. 348 and 440) คำพิพากษาของศาลคดีนี้ขั้น Preliminary Objection ปี ค.ศ. 1996 ที่อ้างถึงความเห็นของศาลปี ค.ศ. 1951 นี้เช่นกัน (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 616) นอกจากนี้ คำพิพากษาของศาลคดีกิจกรรมทหารบนดินแดนคองโกได้ยืนยันซ้ำคำวินิจฉัยของความเห็นของศาลปี ค.ศ. 1951 และคำพิพากษาปี ค.ศ. 1996 ก่อนที่ศาลจะวินิจฉัยว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดอย่างแน่นอน<sup>102</sup>

---

<sup>101</sup> Ibid., para. 161, "The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as 'a crime under international law' involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (Resolution 96 (I) of the General Assembly, December 11th 1946). The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation. A second consequence is the universal character both of the condemnation of genocide and of the co-operation required 'in order to liberate mankind from such an odious scourge' (Preamble to the Convention) . . .

The objects of such a convention must also be considered. The Convention was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose. It is indeed difficult to imagine a convention that might have this dual character to a greater degree, since its object on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality." (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, p. 23.)

<sup>102</sup> Ibid., para. 161, " Later in that Opinion, the Court referred to "the moral and humanitarian principles which are its basis" (*ibid.*, p. 24). In earlier phases of the present case the Court has also recalled resolution 96 (I) (*I.C.J. Reports 1993*, p. 23; see also pp. 348 and 440) and has quoted the 1951 statement (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 616). The Court reaffirmed the 1951 and 1996 statements in its Judgment of 3 February 2006 in the case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, paragraph 64,

### ค. การวิเคราะห์คำพิพากษา

ศาลวินิจฉัยว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด โดยแยกการพิจารณาออกเป็น 2 ประการ ประการแรกนั้น ศาลแสดงว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ตามธรรมเนียมของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศข้อ 38 (b) จารีตประเพณีระหว่างประเทศหมายถึง หลักฐานแห่งแนวปฏิบัติของรัฐที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย<sup>103</sup> การที่ศาลเห็นว่าการทำอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วยการยืนยันหลักการตามข้อมติที่ 96 และอารัมภบทไว้ในข้อ 1 ของอนุสัญญาเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบของการเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ การทำอนุสัญญาโดยเจตนาซึ่งกล่าวถึงเป็นหลักฐานแห่งแนวปฏิบัติของรัฐ ซึ่งยืนยันความเชื่อว่าเป็นกฎหมายของหลักการตามข้อมติที่ 96 และอารัมภบทของอนุสัญญา ซึ่งเป็นสิ่งที่ความเห็นของศาลปี ค.ศ. 1951 ได้เน้นเอาไว้แล้ว โดยจะได้อธิบายเพิ่มเติมถึงการที่ศาลในคดีนี้ยกความเห็นของศาลปี ค.ศ. 1951 ขึ้นมาสนับสนุน ดังนี้

ศาลในคดีนี้ยกความเห็นของศาลปี ค.ศ. 1951 ขึ้นมาแสดงว่าเจตนารมณ์ของสหประชาชาติที่จะประนามและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วยการกำหนดให้เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศตามข้อมติที่ 96<sup>104</sup> และผลของแนวความคิดนี้คือ ความเป็นสากลของการประนามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และความร่วมมือของรัฐ 'เพื่อให้มนุษยชาติพ้นจากหายนะอันเลวร้ายอย่างยิ่ง' ตามอารัมภบทของอนุสัญญา<sup>105</sup> สิ่งเหล่านี้แสดงถึงความเชื่อว่าเป็นกฎหมาย

---

when it added that the norm prohibiting genocide was assuredly a peremptory norm of international law (*jus cogens*)."

<sup>103</sup> United Nations, Statute of the International Court of Justice: article 38 (b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law;

<sup>104</sup> United Nations, The Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia and Montenegro), the Application for Revision case, Judgment of 26 February 2007, para. 161, "The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as 'a crime under international law'..." "

<sup>105</sup> *Ibid.*, " A second consequence is the universal character both of the condemnation of genocide and of the co-operation required 'in order to liberate mankind from such an odious scourge' (Preamble to the Convention)"

ส่วนวรรคต่อมาศาลเห็นว่าอนุสัญญาทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ด้านมนุษยธรรมและอารยธรรมโดยแท้ วัตถุประสงค์หนึ่งเป็นการคุ้มครองกลุ่มมนุษย์อีกด้านหนึ่งเป็นการยืนยันและรับรองหลักการที่เป็นพื้นฐานที่สุดของจริยธรรม<sup>106</sup> การทำ การยืนยันและการรับรองเป็นสิ่งที่รัฐกระทำ อันถือได้ว่าเป็นหลักฐานของแนวปฏิบัติของรัฐ ซึ่งรัฐต่างๆ ได้ยืนยันถึงการยอมรับว่าเป็นกฎหมายนั้น จึงประกอบองค์ประกอบของการเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

จากที่กล่าวมาแล้ว ศาลในคดีนี้แสดงให้เห็นทั้งจากคำวินิจฉัยของศาลและความเห็นของศาลปี ค.ศ. 1951 ที่นำมาใช้สนับสนุนว่า การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ รัฐทุกรัฐจึงผูกพันกับพันธกรณีที่เกิดจากการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางจากสังคมระหว่างประเทศ

ประการที่สอง ศาลแสดงว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นหลักการพื้นฐานซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อสังคมระหว่างประเทศ ซึ่งจะเห็นได้จากการที่ศาลแยกพิจารณาความเห็นของศาลปี ค.ศ. 1951 ในลำดับต่อมาว่า ศาลในปี ค.ศ. 1951 ภายหลังได้วินิจฉัยว่า "พื้นฐานของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์คือหลักการทางศีลธรรมและมนุษยธรรม"<sup>107</sup> โดยในส่วนี้ศาลได้อ้างขึ้นภายหลังจากที่ได้แสดงความเห็นของศาลปี ค.ศ. 1951 แล้ว จึงต้องมีการวิเคราะห์สิ่งที่ศาลยกมาข้างต้นด้วย ดังนี้

ศาลในปี ค.ศ. 1951 อ้างถึงหลักการในข้อมติสมัชชาใหญ่สหประชาชาติที่ 96 โดยข้อมติดังกล่าวแสดงว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มาจากจิตสำนึกและความรู้สึกถูกต้องเพียงธรรมชาติของสังคมระหว่างประเทศซึ่งเห็นได้จากการใช้คำว่า "การสิ้นสละเทือนต่อจิตสำนึกของมนุษยชาติ" และ "การขัดต่อกฎหมายศีลธรรม จิตวิญญาณและเจตจำนงของสหประชาชาติ" ซึ่งทำให้มีการกำหนดให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ ในจุดนี้ความเห็นของศาลปี

<sup>106</sup> Ibid., " The Convention was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose. It is indeed difficult to imagine a convention that might have this dual character to a greater degree, since its object on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality."

<sup>107</sup> Ibid., "Later in that Opinion, the Court referred to "the moral and humanitarian principles which are its basis"



ค.ศ. 1951 ก็ยกเอาถ้อยคำเหล่านี้มาอ้างเช่นกัน<sup>108</sup> ความสำคัญของหลักการนี้ทำให้หลักการของอนุสัญญานี้มีผลผูกพันกับรัฐทุกรัฐแม้ไม่มีพันธกรณีจากความตกลงระหว่างประเทศใดๆ ก็ตาม และเกิดลักษณะความเป็นสากลของทั้งการประนามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และความร่วมมือนั้น ก็ 'เพื่อให้มนุษยชาติพ้นจากหายนะอันเลวร้ายอย่างยิ่ง' ตามอารัมภบทของอนุสัญญา ที่สำคัญ ศาลได้กล่าวว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีความสำคัญจนยากที่จะมีสิ่งอื่นใดที่มาเทียบได้ เพราะเป็นเรื่องของมนุษยธรรมและอารยธรรมโดยแท้<sup>109</sup> สิ่งทีกล่าวมานี้ล้วนแสดงว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีลักษณะบังคับเด็ดขาด หรือไม่อาจปฏิเสธขัดแย้งได้นั่นเอง

นอกจากนี้ ในตอนท้ายศาลในปี ค.ศ. 1951 ได้มีคำวินิจฉัยว่า "พื้นฐานของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ คือ หลักการทางศีลธรรมและมนุษยธรรม" ซึ่งเป็นการตอกย้ำว่าถึงความสำคัญดังกล่าว โดยศาลยกคำพิพากษาที่ยึดหลักตามนี้มาแสดง คือ คำสั่งของศาลในคดีนี้ชั้นต้นปี ค.ศ. 1993 ได้อ้างถึงข้อมติที่ 96 และคำพิพากษาของศาลในคดีนี้ชั้น Preliminary Objection ปี ค.ศ. 1996 ก็ได้อ้างถึงความเห็นของศาลปี ค.ศ. 1951 โดยเฉพาะศาลในคดีกิจกรรมทหารบนดินแดนคองโกก็ได้ยืนยันซ้ำถึงหลักการในความเห็นของศาลปี ค.ศ. 1951 และคำพิพากษาของศาลคดีนี้ปี ค.ศ. 1996<sup>110</sup> อันเป็นการยืนยันถึงความสำคัญของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต่อสังคมระหว่างประเทศทั้งสิ้น จึงสามารถสรุปได้ว่า ศาลได้แสดงว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นบรรทัดฐานที่สำคัญอย่างยิ่งต่อสังคมระหว่างประเทศ ซึ่งได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางจากสังคมระหว่างประเทศว่ามีลักษณะบังคับเด็ดขาด อันเป็นไปตามความหมายของกฎหมายที่มี

<sup>108</sup> Ibid., "The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as 'a crime under international law' involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (Resolution 96 (I) of the General Assembly, December 11th 1946) ..."

<sup>109</sup> Ibid., " It is indeed difficult to imagine a convention that might have this dual character to a greater degree, since its object on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality."

<sup>110</sup> Ibid., In earlier phases of the present case the Court has also recalled resolution 96 (I) (*I.C.J. Reports 1993*, p. 23; see also pp. 348 and 440) and has quoted the 1951 statement (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 616). The Court reaffirmed the 1951 and 1996 statements in its Judgment of 3 February 2006 in the case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, paragraph 64, when it added that the norm prohibiting genocide was assuredly a peremptory norm of international law (*ius cogens*)

## ลักษณะบังคับเด็ดขาดในข้อ 53 ของกฎหมายสนธิสัญญา

### 2.4 ข้อมติของสหประชาชาติที่เกี่ยวข้องกับการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ข้อพิจารณาประการสุดท้ายมาจากข้อมติขององค์การระหว่างประเทศ โดยองค์การระหว่างประเทศที่สำคัญองค์การหนึ่ง คือ สหประชาชาติ โดยข้อมติที่สำคัญจะเป็นข้อมติสมัชชาใหญ่และข้อมติคณะมนตรีความมั่นคง ซึ่งจะยกมาบางข้อมติเท่านั้นเพื่อแสดงให้เห็นถึงลักษณะของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยประกอบด้วย ข้อมติสมัชชาใหญ่ที่ 96 ซึ่งเป็นข้อมติที่สำคัญต่อการเกิดขึ้นของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และแสดงถึงลักษณะกฎหมายเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ต่อมาคือ ข้อมติสมัชชาใหญ่ที่ 37/123D ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความสำคัญต่อการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อีกทั้ง ศาลอดีตยูโกสลาเวียและศาลรวันดาได้มีการอ้างถึงข้อมตินี้บ่อยครั้งซึ่งสามารถศึกษาได้จากหัวข้อที่ 4.1 ส่วนข้อมติสุดท้ายที่ยกมาจะเป็นข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งศาลอดีตยูโกสลาเวียและศาลรวันดา ซึ่งจะแสดงถึงลักษณะของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่สำคัญเช่นกัน

#### 2.4.1 ข้อมติสมัชชาใหญ่สหประชาชาติที่ 96

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่า "แม้ข้อมติของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติจะไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย แต่อาจสร้างกฎเกณฑ์หรือความเชื่อว่าเป็นกฎหมายได้ โดยสิ่งที่สำคัญคือ เรื่องของเนื้อหาและเงื่อนไขในการรับข้อมตินั้นๆ รวมทั้ง ลักษณะที่เป็นบรรทัดฐาน หรือข้อมติที่ออกมาอย่างต่อเนื่องเพื่อสร้างกฎเกณฑ์ใหม่ๆ"<sup>111</sup> เมื่อพิจารณาจากข้อมติของสมัชชาใหญ่ที่ 96 ข้อมตินี้เกิดจากความสำเร็จของศาลทหารระหว่างประเทศนูแรมเบิร์กที่ทำให้ประเทศคิวบา ประเทศอินเดีย และประเทศปานามาเสนอร่างข้อมติเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เพื่อให้ความผิดนี้ไม่ขัดกับหลัก *nullum crimen sine lege* อันจะทำให้ผู้กระทำผิดไม่ได้รับการลงโทษ ผู้แทนจากคิวบาขอให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศซึ่งขัดกับศีลธรรมและหลักการของ

<sup>111</sup> United Nations, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996 I.C.J. 226, Advisory opinion, July 8<sup>th</sup> 1996 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf> [21 Oct 2008], pp. 254 - 5, para. 70

องค์การสหประชาชาติ<sup>112</sup> ข้อความนี้ผ่านด้วยคะแนนเสียงเป็นเอกฉันท์และปราศจากการโต้แย้ง

ความเห็นของศาลในปี ค.ศ. 1951 เห็นว่าข้อมติสมัชชาใหญ่ที่ 96(I) เป็นเจตนารมณ์ขององค์การสหประชาชาติที่ต้องการให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ<sup>113</sup> โดยที่ข้อมตินี้มีลักษณะเป็นการวางกฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งจะเห็นได้จากเนื้อหาของข้อมติที่กำหนดให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศ และขัดต่อกฎหมายศีลธรรมและเจตจำนงของสหประชาชาติ และมีเงื่อนไขการลงข้อมติที่เป็นเอกฉันท์ ศาลจึงชี้ว่า ผลของข้อมตินี้ก็คือ "หลักการภายใต้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นหลักการที่รับรองโดยชาติอารยะที่มีผลผูกพันกับรัฐแม้จะไม่มีพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศใดๆ ก็ตาม"<sup>114</sup>

จะเห็นได้จากความสำคัญของข้อมตินี้ที่เป็นการวางหลักกฎหมายในกฎหมายระหว่างประเทศ แสดงให้เห็นถึงลักษณะที่ไม่อาจปฏิเสธขัดแย้งได้ของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เนื่องจากเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศ และขัดต่อกฎหมายศีลธรรมและเจตจำนงของสหประชาชาติ สำหรับการวิเคราะห์ข้อมติที่ 96 โปรดดูหัวข้อที่ 2.3.1 และ 2.3.2 ซึ่งได้มีการวิเคราะห์โดยละเอียดแล้วเพิ่มเติม ในส่วนนี้จึงไม่ขอกล่าวถึงอีก

#### 2.4.2 ข้อมติสมัชชาใหญ่สหประชาชาติที่ 37/123D

ในปี ค.ศ. 1982 ประเทศอิสราเอลบุกเข้าไปในประเทศเลบานอนและสังหารหมู่ชาวปาเลสไตน์หลายร้อยคน ที่ค่ายผู้ลี้ภัยชาบราและชาติลาในกรุงเบรุตขณะที่บุกและยึดค่ายดังกล่าว ประเทศต่างๆ รุมประนามการกระทำในครั้งนั้น และให้ชื่อว่าเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในข้อมติที่ 37/123 D<sup>115</sup> โดยมีเนื้อหาดังนี้

<sup>112</sup> William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crimes of crime*, p. 42

<sup>113</sup> United Nations, *Reservation to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory opinion, May 28<sup>th</sup> 1951*, I.C.J. Report 1951, p. 23

<sup>114</sup> Ibid.

<sup>115</sup> United Nations, U.N. Doc. GA Res. 37/123 D [Online]. (n.d.). Available from: <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0426/01/IMG/NR042601.pdf?OpenElement> [21 Oct 2008],

"The General Assembly,

"สมัชชาใหญ่,

...

ตกตะลึง กับการสังหารหมู่พลเรือนชาวปาเลสไตน์ขนานใหญ่ในค่ายผู้อพยพซาบราและค่ายผู้อพยพชาทิลาที่ตั้งอยู่ในกรุงเบรุต,

ตระหนักถึง ความเป็นสากลของความรุนแรงและการประนามการสังหารหมู่,

...

1. ประนามการสังหารหมู่พลเรือนชาวปาเลสไตน์ในค่ายผู้อพยพซาบราและค่ายผู้อพยพชาทิลาอย่างรุนแรง
2. ลงมติว่าการสังหารหมู่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ข้อมติในส่วน D นี้รับรองด้วยเสียง 98 เสียงต่อ 19 และงดออกเสียง 23 เสียง โดยประเทศต่างๆ หลายประเทศได้โต้แย้งข้อมตินี้ โดยเหตุผลคือ การใช้คำว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ไม่ถูกความหมายตามกฎหมาย และเกินอำนาจของสมัชชาใหญ่<sup>116</sup> แต่จุดมุ่งหมายที่แท้จริงของข้อมตินี้คือการชี้หน้าประเทศอิสราเอล อย่างไรก็ดี ข้อมตินี้สะท้อนให้เห็นว่ารัฐต่างๆ ให้การยอมรับการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ว่ามีลักษณะที่ไม่อาจปฏิเสธขัดแย้งได้จากการนำมาประนามประเทศอิสราเอล ซึ่งเคยถูกทำลายล้างเผ่าพันธุ์มาก่อน ผู้เขียนยังเห็นว่าข้อมตินี้มีความสำคัญในอีก 2 แห่ง คือ การขยายขอบเขตของเจตนาของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในเรื่องจำนวนของคำว่า "บางส่วน" ด้วยการทำให้ความสำคัญของจำนวนลดลง (โปรดดูหัวข้อที่ 3.1.1 และ 4.1.1) และยังเป็นบรรทัดฐานในเรื่องการระบุเหตุการณ์การทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยองค์กรอื่นของสหประชาชาติที่ไม่ใช่คณะมนตรีความมั่นคง

...

*Appalled at the large-scale massacre of Palestinian civilians in the Sabra and Shatila refugee camps situated at Beirut,*

*Recognizing the universal outrage and condemnation of that massacre,*

...

1. *Condemns in the strongest terms the large-scale massacre of Palestinian civilians in the Sabra and Shatila refugee camps;*

2. *Resolves that the massacre was the an act of genocide."*

<sup>116</sup> Schabas, William A., *Genocide in International Law: The Crimes of crime*, pp. 454 - 455

### 2.4.3 ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 808 และ 955

ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 808<sup>117</sup> ยืนยันว่าเหตุการณ์การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในดินแดนของอดีตยูโกสลาเวียเป็นภัยต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ โดยได้จากการวิเคราะห์ดังนี้ ข้อมติดังกล่าวเป็นข้อมติที่ออกต่อเนื่องจากข้อมติที่ 771 ซึ่งเป็นข้อมติที่คณะมนตรีความมั่นคงประกาศใช้อำนาจตามมาตรา 7 ในการสั่งให้หยุดการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และที่เกี่ยวข้องและเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวา<sup>118</sup> ทั้งนี้ การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในข้อมติที่ 808 สอดคล้องกับข้อมติของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติที่ 47/121 ซึ่งเทียบการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์<sup>119</sup> โดยข้อมตินี้ออกมาหลังจาก รัฐต่างๆพยายามเลี่ยงจากการใช้คำว่า 'การทำลายล้างเผ่าพันธุ์' สำหรับเหตุการณ์ในบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา ส่วนข้อมติที่ 955 คณะมนตรีความมั่นคงได้แสดงว่าเกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ขึ้นในวันดา และเหตุการณ์นั้นเป็นภัยต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ<sup>120</sup>

การที่คณะมนตรีความมั่นคงมีข้อมติแสดงว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นภัยต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ แสดงให้เห็นว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นบรรทัดฐานที่มีศักดิ์สูงสุดของสังคมระหว่างประเทศ เนื่องจากสังคมระหว่างประเทศจะดำรงอยู่ได้ก็ด้วยสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ เมื่อการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นภัยต่อสันติภาพและความมั่นคงจึงเป็นสิ่งที่รัฐต่างๆ ไม่อาจปฏิเสธขัดแย้งได้ หรือแสดงถึงลักษณะบังคับเด็ดขาด การละเมิดต่อบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศนี้ทำให้เกิดความรับผิดชอบทั้งในส่วนของรัฐและในส่วนของปัจเจกชน จากข้อมติที่ 808 และ 955 คณะมนตรีความมั่นคงจึงได้จัดตั้งศาลอดีตยูโกสลาเวียและศาลรวันดาขึ้นมาเพื่อดำเนินคดีกับผู้กระทำละเมิดต่อบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศนี้โดยเฉพาะ

<sup>117</sup> United Nations, *S/RES/808* (1993) [Online]. (n.d.). Available from: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/098/21/IMG/N9309821.pdf?OpenElement> [21 Oct 2008]

<sup>118</sup> United Nations, *S/RES/771* (1992) [Online]. (n.d.). Available from: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N92/379/72/IMG/N9237972.pdf?OpenElement> [21 Oct 2008]

<sup>119</sup> United Nations, *A/RES/47/121* (7 April 1993) [Online]. (n.d.). Available from: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/213/52/IMG/N9321352.pdf?OpenElement> [21 Oct 2008]

<sup>120</sup> United Nations, *S/RES/955* (1994) [Online]. (n.d.). Available from: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/140/97/PDF/N9514097.pdf?OpenElement> [21 Oct 2008]



จากที่กล่าวมาแล้ว ข้อมติของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติแสดงให้เห็นว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นหลักการที่สำคัญที่ไม่อาจปฏิเสธขัดแย้งได้ หรือเป็นบรรทัดฐานที่มีศักดิ์สูงสุดของสังคมระหว่างประเทศ และการได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางจากสังคมระหว่างประเทศ ถึงแม้ข้อมติสมัชชาใหญ่จะไม่มีผลทางกฎหมายก็ตาม แต่หลักการของข้อมติดังกล่าวกับรัฐแบบเด็ดขาด นอกจากนี้ ข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ 808 และ 955 ยังสนับสนุนข้อมติของสมัชชาใหญ่ดังกล่าว และแสดงให้เห็นว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้รับการยอมรับในฐานะเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด โดยเป็นภัยต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ และมีค่าบังคับไปถึงปัจเจกชนผู้ละเมิด ซึ่งมีผลให้เกิดการดำเนินคดีกับผู้ละเมิดดังกล่าว

## 2.5 ความรับผิดชอบของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

เนื่องจากตามสภาพความเป็นจริงแล้ว การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดจากรัฐหรือรัฐบาลทั้งสิ้น<sup>121</sup> การละเมิดต่อบรรทัดฐานการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จึงก่อให้เกิดความรับผิดชอบทั้งในส่วนของรัฐและในส่วนของปัจเจกชน ความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นนี้ก่อให้เกิดการบังคับใช้ที่แตกต่างกันไปจากบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศอื่น อันแสดงให้เห็นถึงการได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางจากสังคมระหว่างประเทศว่าเป็นบรรทัดฐานสูงสุดที่ไม่มีผู้ใดปฏิเสธขัดแย้งได้ไม่ว่าจะเป็นรัฐ หรือปัจเจกชน โดยความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากการละเมิดของรัฐต่อการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในฐานะเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดจะได้มีการศึกษาอย่างละเอียดในบทที่ 4 ส่วนความรับผิดชอบของปัจเจกชนจากกรณีดังกล่าวจะได้มีการศึกษาในบทที่ 3 ต่อไป โดยในหัวข้อนี้จะเป็นการวิเคราะห์ความรับผิดชอบของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นหลัก

### 2.5.1 ความรับผิดชอบของรัฐ

อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่ได้กล่าวถึงความรับผิดชอบโดยตรงของรัฐ หรือโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐในการกระทำผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในส่วนที่เป็นสารบัญญัติ ทำให้เกิดปัญหาว่ารัฐควรมีความรับผิดชอบต่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยตรงหรือไม่ เพียงใด เนื่องจากการทำลายล้าง

<sup>121</sup> จันทิมา ลิมปานนท์, "ปัญหากฎหมายและแนวทางเยียวยาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์", หน้า 95, Schabas, William A., *Genocide in International Law: The Crimes of crime*, p. 418

เผ่าพันธุ์ล้วนเกิดจากรัฐหรือรัฐบาลทั้งสิ้นตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ 2.5 โครงสร้างของอนุสัญญาฯ ยังมุ่งที่จะลงโทษปัจเจกชนมากกว่ารัฐ<sup>122</sup> และรัฐต่างๆ ยังปฏิเสธแนวความคิดเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของรัฐอีกด้วย<sup>123</sup> หากรัฐกระทำความผิดหรือเข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำ ความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้วจะสามารถลงโทษรัฐดังกล่าวได้หรือไม่ โดยมีเฉพาะข้อ 9 ของอนุสัญญาซึ่งเป็นบทบัญญัติในการระบข้อพิพาทที่ระบุถึงความรับผิดชอบของรัฐในฐานะทำลายล้างเผ่าพันธุ์<sup>124</sup> กรณีนี้จะมีการศึกษาเพิ่มเติมในหัวข้อที่ 4.3.1 ส่วนการบังคับใช้จะมีการศึกษาในหัวข้อที่ 4.4.1 ซึ่งทั้งสองกรณีจะแสดงให้เห็นถึงค่าบังคับของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดที่มีต่อรัฐที่ละเมิดบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศนี้ อันเป็นบรรทัดฐานที่ไม่อาจปฏิเสธขัดแย้งได้

ทั้งนี้ ร่างข้อกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐต่อการกระทำที่เป็นความผิดระหว่างประเทศปี ค.ศ. 2001 (ต่อไปจะเรียกว่า DASR 2001) ได้บัญญัติให้การละเมิดต่อบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศมีผลทำให้รัฐผู้กระทำความผิดต้องหยุดกระทำ ห้ามทำซ้ำ และชดเชยค่าเสียหาย<sup>125</sup> และบัญญัติเพิ่มเติมเป็นพิเศษถึงผลของการที่รัฐกระทำละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด (serious breaches of obligations under peremptory norms of general international law) หรือการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อ ซึ่งจะได้มีการศึกษาในวรรคต่อไป การละเมิดอย่างร้ายแรง คือ การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอย่างรุนแรงหรือเป็นระบบ (gross or

<sup>122</sup> United Nation, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: article III - VII, รัฐมีพันธกรณีในการลงโทษตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งได้มีการบัญญัติไว้ในข้อ 3 ถึงข้อ 7 (article III to VII) ข้อ 3 เป็นเรื่องของลักษณะการกระทำอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ข้อ 4 เป็นเรื่องความไม่มีผลของความคุ้มกันของบุคคล ข้อ 5 พันธกรณีในการออกกฎหมายภายใน ข้อ 6 พันธกรณีในการดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดในศาลภายใน ข้อ 7 พันธกรณีในการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน

<sup>123</sup> Paulus, Andreas L., Jus Cogens in a Time of Hegemony and fragmentation: An Attempt at a Re-appraisal, 2005, p.13 - 4, ในการเสนอข้อ 19 ของร่างข้อกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ รัฐไม่รับแนวความคิดเรื่องอาชญากรรมระหว่างประเทศของรัฐ เพราะรัฐส่วนใหญ่ปฏิเสธแนวความคิดเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของรัฐ

<sup>124</sup> United Nation, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: article IX "Disputes between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or any other acts enumerated in Article III, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties to the dispute.

<sup>125</sup> James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries (London: Cambridge University Press, 2002), pp. 196 - 201, article 30 and 31

systematic failure) อันเป็นการคำนึงถึงขนาด (scale) หรือลักษณะ (character) ขนาดของการละเมิดอันเป็นสิ่งที่จำเป็นเพื่อไม่ให้ลดความสำคัญของการละเมิดและไม่ได้ชี้ว่าพันธกรณีนี้ไม่ร้ายแรงหรืออาจแก้ตัวได้ การทำอย่างเป็นระบบเป็นการกระทำที่มีการจัดการ (organized) และจงใจ (deliberate) ส่วน "ร้ายแรง" หมายถึงขนาดของการละเมิดหรือผลของมัน<sup>126</sup>

ผลของการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อบรรทัดฐานที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดนอกจากทำให้เกิดผลทางกฎหมายแบบทั่วไปแล้วยังมีผลให้เกิดพันธกรณีของรัฐในการร่วมมือกันเพื่อยุติการละเมิดอย่างร้ายแรงนั้น และไม่รับรองผลของการละเมิดหรือให้ความช่วยเหลือหรือดำเนินการช่วยเหลือในการคงเหตุการณ์นั้นๆ โดยพันธกรณีของรัฐที่จะให้ความร่วมมือเพื่อยุติการละเมิดอย่างร้ายแรงเป็นสิ่งที่เรียกว่าการพัฒนาก้าวหน้า (Progressive development) ซึ่งคณะกรรมการสิทธิที่ร่าง DASR 2001 เสนอว่าการร่วมมือนี้ควรเป็นไปในกรอบขององค์การระหว่างประเทศ แต่ไม่ได้ระบุว่าความร่วมมือดังกล่าวควรมีรูปแบบอย่างไร<sup>127</sup> ที่จริงแล้วสิ่งเหล่านี้ได้สะท้อนออกมาในเหตุการณ์การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่สำคัญในบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาและในรวันดา โดยจะได้มีการพิจารณาต่อไปในหัวข้อที่ 4.4 ปัญหาที่สำคัญ คือ พันธกรณีตามข้อนี้ก่อให้เกิดปัญหาว่าหากไม่ปฏิบัติตามแล้วจะส่งผลอย่างไร เนื่องจากไม่มีความชัดเจนในเรื่องรูปแบบของความร่วมมือ และการดำเนินการต่างๆของรัฐว่าต้องดำเนินการมากน้อยเพียงใดจึงจะถือว่าเป็นการร่วมมือหรือไม่ให้ความร่วมมือ และหากถือว่าไม่เป็นการให้ความร่วมมือแล้วเกิดความรับผิดชอบของรัฐขึ้น จะกลายเป็นข้ออ้างในของรัฐส่วนใหญ่ที่บังคับเหนือรัฐอื่นหรือไม่ ในเรื่องนี้ต้องศึกษาจากคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศและแนวปฏิบัติของรัฐต่อไป ประเด็นนี้อยู่นอกเหนือขอบเขตของการศึกษานี้

ส่วนการให้ความช่วยเหลือหรือช่วยเหลือในการคงไว้ซึ่งเหตุการณ์หรือผลที่ไม่ชอบนี้เป็นสิ่งที่กว้างกว่าเรื่องการให้ความช่วยเหลือหรือช่วยเหลือในข้อ 16 คณะกรรมการได้ระบุถึงแม้จะเป็นภายหลังที่เกิด (after the fact) เนื่องจากหลักทั่วไปของผู้สนับสนุนคือ การให้ความช่วยเหลือหรือช่วยเหลือ ก่อนหรือขณะกระทำผิด (before or during the fact) เมื่อเกิดเหตุการณ์การละเมิดอย่างร้ายแรงต่อบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่กล่าวถึงนี้ ในตัวมันเองแล้วรัฐต่างๆ ย่อมต้องทราบถึงองค์ประกอบตามข้อ 16 ครบถ้วนแล้ว ซึ่งเหตุการณ์ดังกล่าวอาจยุติลงไปแล้วทำ

<sup>126</sup> Ibid, p. 247

<sup>127</sup> Ibid, p. 249

ให้การให้ความช่วยเหลือหรือช่วยเหลือภายหลังการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดฐานผู้สนับสนุน<sup>128</sup> การบัญญัติข้อนี้จึงเป็นการอุดช่องว่างในเรื่องดังกล่าวและทำให้การกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐ

นอกจากนี้ การที่กฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดก่อให้เกิดพันธกรณีที่มีลักษณะบังคับได้เป็นการทั่วไป (*erga omnes*) ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทนำของ DASR 2001 มีการบัญญัติถึงเรื่องนี้โดยอ้างคำพิพากษาคดี *Barcelona Traction* ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งกำหนดให้รัฐอื่นของสังคมระหว่างประเทศเป็นผู้มีส่วนได้เสียจากการละเมิดพันธกรณีที่มีลักษณะบังคับได้เป็นการทั่วไปของรัฐใดรัฐหนึ่งนอกเหนือไปจากรัฐผู้เสียหายหรือแทนผู้เสียหาย และสามารถนำข้อพิพาทดังกล่าวมาเสนอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิจารณา โดยรัฐอื่นในที่นี้หมายถึง รัฐหนึ่งรัฐใด (a) ในกลุ่มของรัฐที่มีพันธกรณีในการปกป้องผลประโยชน์ร่วม (the protection of a collective interest of a group) หรือ (b) พันธกรณีที่ถูกละเมิดเป็นพันธกรณีต่อประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด มีผู้วิจารณ์ถึงความเหมาะสมของการบัญญัติเช่นนี้ เพราะเป็นการทำให้พันธกรณีที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดลดระดับความสำคัญลงเท่ากับพันธกรณีจากบรรทัดฐานทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อพิจารณาถึงจุดที่แตกต่าง จะเห็นได้ว่าแม้ผลของสิทธิเรียกร้องจะเหมือนกันกับสิทธิเรียกร้องจากกฎเกณฑ์ทั่วไป แต่การขยายสิทธิการเรียกร้องไปสู่รัฐอื่นที่ไม่มีผลประโยชน์ได้เสียโดยตรงมีผลในการบังคับใช้ที่กว้างขวางกว่ามากสะท้อนถึงลักษณะของการบังคับได้ทั่วไปของกฎเกณฑ์ ในส่วนนี้ได้มีการศึกษาเพิ่มเติมในหัวข้อ 4.3.2

จากที่กล่าวมาแล้ว ความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากการละเมิดบรรทัดฐานของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดยังไม่มีกรณีที่ชัดว่ารัฐต่างๆ ยอมรับสิ่งที่คณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศชุดที่ร่าง DASR 2001 เสนอไว้หรือไม่ และอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็ไม่มีมติชัดเจนในเรื่องดังกล่าว อย่างไรก็ตามในประเด็นนี้ได้มีการศึกษาอย่างละเอียดในบทที่ 4 ซึ่งจะทำให้สรุปย้อนกลับมาได้ว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดหรือไม่ และข้อเสนอของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศชุดที่ร่าง DASR 2001 ได้รับการตอบสนองอย่างไร อันสะท้อนให้เห็นถึงการยอมรับของสังคมระหว่างประเทศต่อสถานะกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้

## 2.5.2 ความรับผิดชอบของปัจเจกชน

<sup>128</sup> Ibid., p. 252



หัวใจของความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ คือ ผู้ทรงสิทธิ (Subject) ในกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะรัฐ เพราะผู้ทรงสิทธิเท่านั้นจึงจะมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อใดก็ตามที่รัฐกระทำผิดไปจากหน้าที่ของตนย่อมเกิดความรับผิดชอบขึ้นในทางระหว่างประเทศ เดิมผู้ทรงสิทธินี้คือ บุคคลผู้เป็นผู้นำของกลุ่มชน การกระทำของผู้นำนี้ถือเป็นการกระทำของรัฐ ไม่ใช่ทำแทนรัฐ เช่นที่ พระเจ้าหลุยส์ที่ 14 แห่งประเทศฝรั่งเศสได้ตรัสประโยคที่มีชื่อเสียงว่า "ตัวข้านี้แหละคือรัฐ" (*L'État, c'est moi*) โดยจะเห็นได้จากการประกาศสงคราม หรือ การทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐที่กระทำโดยผู้นำ นอกจากนี้ในทางการทูต ย่อมถือว่าทูตเป็นตัวแทนของผู้นำ เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงแนวคิดในเรื่องอธิปไตย ผู้ที่กระทำการในนามของรัฐ หรือตัวแทนรัฐยังคงได้รับการคุ้มครองภายใต้หลักการกระทำของรัฐ (Act of State doctrine) โดยการกระทำนั้นๆ ต้องเชื่อมโยงกับรัฐ (attributable) ผลก็คือผู้ที่กระทำผิดในนามของรัฐย่อมไม่ถูกลงโทษ และเกิดการไม่ถูกลงโทษ (impunity)

ภายหลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สอง ศาลทหารระหว่างประเทศนูเรมเบิร์ก (IMT) ได้เปลี่ยนแปลงแนวความคิดนี้ไปโดยสิ้นเชิง โดยวางหลักในเรื่องความรับผิดชอบของปัจเจกชนว่า การกระทำของรัฐที่ละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ผู้กระทำการดังกล่าวในนามของรัฐย่อมไม่สามารถอ้างหลักอธิปไตยของรัฐ เนื่องจากรัฐได้กระทำการนอกเหนือไปจากความสามารถของตน<sup>129</sup> และสรุปว่า "อาชญากรรมต่อกฎหมายระหว่างประเทศกระทำขึ้นโดยคน มิใช่องค์กรที่เป็นนามธรรม และโดยการลงโทษบุคคลผู้ก่ออาชญากรรมเช่นว่าบัพัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศจึงจะสามารถบังคับใช้ได้..."<sup>130</sup> หลักที่ได้จากคำพิพากษาภายหลังเรียกว่า Nuremberg Principle โดยสมัชชาใหญ่สหประชาชาติเห็นชอบกับหลักการนี้และได้ออกข้อมติที่ 95(I) และ 96(I) รวมทั้งการสร้างสรรค์สนธิสัญญาต่างๆ ขึ้นมาเพื่อรับรองเรื่องความรับผิดชอบของปัจเจกชน หนึ่งในสนธิสัญญาที่ทำขึ้นมารองรับหลักดังกล่าว คือ อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งรายละเอียดสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้จากหัวข้อที่ 2.1.1 โดยชื่อเต็มของสนธิสัญญานี้คือ อนุสัญญาป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และเน้นการลงโทษปัจเจกชน หลักสำคัญที่นำมาบัญญัติไว้คือ ข้อ 4 "ผู้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือการกระทำอื่นที่มีบัญญัติไว้ในข้อ 3 ไม่ว่าจะเป็นผู้ปกครอง เจ้าหน้าที่รัฐหรือปัจเจกชนต้องถูกลงโทษ" ข้อ 7 "ความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่ถือ

<sup>129</sup> The Nizkor Project. International Military Tribunal. The Trial of German Major War Criminals, Judgment: 30th September, 1946 - 1st October, 1946, p. 41, [Online]. 1997. Available from: <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/judgment> (2009, Feb 06)

<sup>130</sup> Ibid.



เป็นความผิดทางการเมืองเพื่อประโยชน์ในการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน"

นอกจากนี้ การละเมิดต่อบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศนี้ไม่เพียงแต่ทำให้เกิดความรับผิดชอบของปัจเจกชนเท่านั้น แต่บุคคลที่กระทำความผิดแบบ Inchoate crime เช่น การสมคบคิด (conspiracy) การพยายาม (attempt) การยุยงโดยตรงและโดยการโฆษณา (direct and public incitement) และการมีส่วนร่วม (complicity)<sup>131</sup> ก็เป็นความผิดร้ายแรงพอที่จะเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ และสามารถลงโทษได้เช่นกัน เพื่อเป็นการป้องกันการกระทำที่บรรทัดฐานนี้ห้ามไว้ และที่สำคัญการกระทำดังกล่าวบางประการไม่จำเป็นต้องบรรลุผล หรือเป็นความผิดที่ไม่ต้องการผล เช่น การสมคบ (conspiracy) การกระทำโดยตรงหรือยุยงส่งเสริมด้วยการโฆษณา (direct or public incitement) การพยายาม (attempt) เป็นต้น ความรับผิดชอบของปัจเจกชนที่เกิดจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และความผิดแบบ Inchoate crime ล้วนแสดงให้เห็นถึงการเป็นบรรทัดฐานที่มีศักดิ์สูงกว่าบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ และลักษณะบังคับเด็ดขาด (peremptory character) ของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ประเด็นนี้จะมีการศึกษาเพิ่มเติมในหัวข้อที่ 3.2

จะเห็นได้ว่า เมื่อพิจารณาจากบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศจะพบว่าสังคมระหว่างประเทศแสดงให้เห็นถึงการยอมรับการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์อย่างกว้างขวาง ดังนี้

**ประการแรก** อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์แสดงให้เห็นถึงลักษณะพิเศษต่างๆ ที่ทำให้การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีผลผูกพันแบบเด็ดขาดกับรัฐทุกรัฐ และลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ส่วนธรรมนูญกรุงโรมซึ่งเป็นพัฒนาการต่อมาของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์แสดงว่ารัฐต่างๆ ต้องการกำจัดอุปสรรคต่างๆ ที่มีผลต่อการบังคับใช้

**ประการที่สอง** แนวปฏิบัติของรัฐที่มีการนำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไปบัญญัติเป็นอาชญากรรมพื้นฐาน (elemental crime or core crime) ของสังคมระหว่างประเทศอย่างต่อเนื่องแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของสังคมระหว่างประเทศที่ต้องการกำจัดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ท่าทีของรัฐในการไม่ระบุเหตุการณ์การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ การนำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายใน และการดำเนินคดีทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในศาลภายใน ล้วนสะท้อนให้เห็นถึงค่าบังคับของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่รัฐต่างๆ ยอมรับ อันแสดงถึงลักษณะบังคับเด็ดขาด

**ประการที่สาม** คำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศล้วนตอกย้ำถึงการได้รับการยอมรับการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของสังคมระหว่างประเทศและการมีผลผูกพันแบบเด็ดขาดต่อรัฐทุกรัฐ

<sup>131</sup> United Nation, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: article III

โดยศาลเห็นถึงเจตนารมณ์ของสังคมระหว่างประเทศ และรับรองสถานะของกฎหมายที่มีลักษณะ บังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จากการทำอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์

**ประการที่สี่** ข้อมติขององค์การระหว่างประเทศล้วนแสดงอย่างต่อเนื่องถึงการยอมรับของสังคม ระหว่างประเทศ ทั้งจากข้อมติสมัชชาใหญ่สหประชาชาติที่ 96 ที่มีการลงมติเป็นเอกฉันท์ในการให้ การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ข้อมติสมัชชาใหญ่ที่ 37/123D ที่เห็นว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่เป็นอำนาจจำกัดเฉพาะคณะมนตรีความมั่นคง เท่านั้น แต่เป็นเรื่องของสังคมระหว่างประเทศ ข้อมติของคณะมนตรีที่ 808 และที่ 905 สนับสนุน ประเด็นนี้ เมื่อคณะมนตรีความมั่นคงประกาศให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นภัยต่อสันติภาพและ ความมั่นคงระหว่างประเทศ

**ประการสุดท้าย** ความรับผิดชอบของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยเฉพาะความรับผิดชอบ ของปัจเจกชนแสดงให้เห็นถึงลักษณะบังคับเด็ดขาด โดยการละเมิดต่อการห้ามการทำลายล้าง เผ่าพันธุ์ไม่ว่าจะเป็นรัฐหรือปัจเจกชนย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบขึ้น ประเด็นนี้มีการศึกษา อย่างละเอียดในบทที่ 3 และบทที่ 4 ต่อไป

จึงสามารถสรุปได้ว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นบรรทัดฐานของกฎหมายที่มีลักษณะ บังคับเด็ดขาด สำหรับบทต่อๆ ไปจะเป็นการศึกษาถึงผลของการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับ เด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต่อความรับผิดชอบของการห้ามการทำลายล้าง เผ่าพันธุ์ ซึ่งจะเห็นเพิ่มเติมถึงสถานะของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

### บทที่ 3

## ผลทางกฎหมายอันเนื่องมาจากสถานะกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต่อความรับผิดชอบของปัจเจกชนในศาลอาชญากรรมโลกศาลาเวียและศาลรวันดา และในการบังคับใช้กฎหมายและการเยียวยา

ปัจเจกชนไม่อาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขพันธกรณีที่เกิดจากกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดได้ บรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวจึงไม่มีผลโดยตรงกับปัจเจกชน แต่การที่การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก่อให้เกิดความรับผิดชอบแบบคู่ (Dual responsibility) คือ ความรับผิดชอบของรัฐและความรับผิดชอบของปัจเจกชน<sup>1</sup> การเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จึงอาจมีผลต่อความรับผิดชอบของปัจเจกชน โดยความรับผิดชอบของปัจเจกชน หมายถึง ความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชน และอาจรวมไปถึงความรับผิดชอบทางแพ่งของปัจเจกชนด้วย ความรับผิดชอบของปัจเจกชนที่เกิดขึ้นนี้เป็นภารกิจกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดหน้าที่ให้กับปัจเจกชนโดยตรง ซึ่งแสดงให้เห็นถึงลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จากค่าบังคับของบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศนี้ต่อปัจเจกชน ผลของสถานะดังกล่าวของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จึงอาจทำให้ความรับผิดชอบของปัจเจกชนต่อการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์แตกต่างออกไปจากความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนทั่วไป ความแตกต่างเช่นนี้จะแสดงให้เห็นถึงการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

การตอบสนองของสังคมระหว่างประเทศต่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์สามารถพิจารณาได้จากเหตุการณ์ในประเทศอดีตยูโกสลาเวียและเหตุการณ์ในประเทศรวันดา ซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงใช้อำนาจตามมาตรา 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติจัดตั้งศาลพิเศษอาญาระหว่างประเทศขึ้น 2 ศาลในฐานะมาตรการในการป้องกันสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศเพื่อดำเนินคดีกับบุคคลที่ละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในเหตุการณ์ดังกล่าว อันแสดงให้เห็นถึงค่าบังคับของบรรทัดฐานการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด และการตอบสนองนี้แสดงถึงการยอมรับอย่างกว้างขวางของสังคมระหว่างประเทศต่อ

---

<sup>1</sup> United Nations, U.N. Doc. GA Res. 180 (II) [Online]. (n.d.). Available from: <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/038/87/IMG/NR003887.pdf?OpenElement> [3 Mar 2009], "Declaring that genocide is an international crime entailing national and international responsibility on the part of individuals and States;"

## บรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศนี้

ศาลพิเศษอาญาระหว่างประเทศศาลแรกที่คณะมนตรีความมั่นคงตั้งขึ้น คือ ศาลอดีตยูโกสลาเวีย ซึ่งก่อตั้งขึ้นตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่ 808 และที่ 827 เพื่อดำเนินคดีกับบุคคลที่ต้องรับผิดชอบการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในดินแดนของอดีตยูโกสลาเวียตั้งแต่ปี ค.ศ. 1991 ซึ่งก่อนหน้านั้นคณะมนตรีความมั่นคงได้มีข้อมติออกมาอย่างต่อเนื่องถึงเหตุการณ์ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในอดีตยูโกสลาเวีย โดยมีฐานะเป็นองค์กรย่อย (subsidiary organ) ของคณะมนตรีความมั่นคง และมีสำนักงานตั้งอยู่ที่กรุงเฮก ศาลอดีตยูโกสลาเวียแบ่งเป็นสองชั้น คือ ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ การดำเนินคดีในศาลอดีตยูโกสลาเวียเป็นไปตามธรรมนูญของศาล และกฎเกณฑ์ในเรื่องวิธีสบัญญัติและพยานหลักฐานที่สร้างขึ้นโดยผู้พิพากษา<sup>2</sup> จุดประสงค์ในการตั้งคือ เป็นศาลระหว่างประเทศที่พิจารณาผู้ที่รับผิดชอบต่ออาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และสิ่งที่เรียกว่า "การชำระล้างเผ่าพันธุ์" ที่ได้กระทำขึ้นในอดีตยูโกสลาเวีย<sup>3</sup>

ศาลรวันดาเป็นศาลพิเศษอาญาระหว่างประเทศต่อมาที่ก่อตั้งขึ้นในลักษณะเดียวกับศาลอดีตยูโกสลาเวียด้วยข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ 955 ภายใต้มาตรา 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติ เพื่อตอบสนองต่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการละเมิดต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอื่นๆ ในสงครามกลางเมืองของรวันดา มีที่ตั้งอยู่ในเมืองอรูชา ประเทศแทนซาเนีย โดยมีขนาด (scale) ที่เล็กกว่าศาลอดีตยูโกสลาเวีย ซึ่งเห็นได้จากงบประมาณ<sup>4</sup> และมีวัตถุประสงค์จำกัดที่ต้องการดำเนินคดีกับบุคคลที่รับผิดชอบต่อการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่กระทำขึ้นในดินแดนของรวันดาและประชาชนชาวรวันดา รวมทั้งในการละเมิดที่กระทำขึ้นดินแดนของรัฐเพื่อนบ้านระหว่างวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1994 จนถึงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1994 โดยมีลักษณะโครงสร้างของศาล 2 ชั้นเช่นเดียวกัน และเพื่อความ เป็นเอกภาพของคำตัดสิน ผู้พิพากษา 2 คนของศาลรวันดาจะถูกส่งไปเป็นองค์คณะของศาลอุทธรณ์อดีตยูโกสลาเวีย หรือศาลอุทธรณ์ไม่ได้มีการดำเนินการแยกจากกัน ซึ่งศาลอุทธรณ์ของทั้งสองศาลใช้ประธานคนเดียวกัน รวมทั้งการใช้ัยการร่วมกัน

<sup>2</sup> Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, pp. 22 - 3

<sup>3</sup> Antonio Cassese, *International Criminal Law*, p. 336

<sup>4</sup> William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crimes of crime*, p. 31

การจัดตั้งศาลอดีตยูโกสลาเวียและศาลรวันดาถือได้ว่าเป็นการยอมรับอย่างกว้างขวางของสังคมระหว่างประเทศ เนื่องจากศาลทั้งสองศาลนี้ถือเป็นศาลระหว่างประเทศซึ่งมีความเป็นสากลมากกว่าศาลทหารระหว่างประเทศ (IMT) ที่ฝ่ายสัมพันธมิตรจัดตั้งขึ้นภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง โดยศาลระหว่างประเทศในที่นี้ หมายถึง ศาลที่ตั้งขึ้นโดยความตกลงระหว่างประเทศ และไม่เป็นส่วนหนึ่งของศาลภายใน<sup>5</sup> ซึ่งศาลอดีตยูโกสลาเวียจัดตั้งขึ้นโดยสหประชาชาติ และเป็นศาลระหว่างประเทศอย่างแท้จริง ส่วนศาลทหารระหว่างประเทศ แม้จะถือได้ว่าเป็นศาลระหว่างประเทศ แต่ก็ยังเป็นเพียงตัวแทนบางส่วนของประเทศคมระหว่างประเทศ<sup>6</sup> ผู้เขียนเห็นด้วยกับข้อวินิจฉัยนี้ เพราะการจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศทำขึ้นโดยฝ่ายสัมพันธมิตรซึ่งเป็นผู้ชนะในสงครามครั้งที่สองเพื่อดำเนินคดีกับฝ่ายอักษะที่เป็นฝ่ายแพ้นั้น ทำให้การอ้างว่าเป็นการกระทำของสังคมระหว่างประเทศทั้งหมดมีน้ำหนักค่อนข้างน้อย เมื่อเปรียบเทียบกับการจัดตั้งศาลพิเศษอาญาระหว่างประเทศทั้งสองศาลโดยสหประชาชาติที่ไม่มีส่วนได้เสียโดยตรงกับเหตุการณ์ในประเทศทั้งสอง แต่เป็นดำเนินการเพื่อประโยชน์ของสังคมระหว่างประเทศโดยแท้ จึงอ้างได้ว่าการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศทั้งสองนี้เป็นการยอมรับอย่างกว้างขวางของสังคมระหว่างประเทศ

เนื่องจากศาลอดีตยูโกสลาเวียและศาลรวันดาเป็นศาลอาญาระหว่างประเทศแบบไม่ถาวรที่ตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาความรับผิดชอบของปัจเจกชนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ และมีการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยในบางคดีศาลอ้างสถานะกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นหนึ่งในปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาถึงกรอบทางกฎหมาย ผู้เขียนจึงเลือกนำคดีที่สำคัญของศาลอดีตยูโกสลาเวียและศาลรวันดาที่เกี่ยวข้องกับสถานะกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ขึ้นมาศึกษา 4 คดีเป็นหลัก โดยจะนำมาจากศาลอดีตยูโกสลาเวียจำนวน 2 คดี คือ คดี*คราสติก* (*Krstic Case*)<sup>7</sup> และคดี*เยเลสิก* (*Jeljesic Case*)<sup>8</sup> และมาจากศาลรวันดาจำนวน 2 คดี คือ คดี*อาคาเยสุ*

<sup>5</sup> Antonio Cassese, *International Criminal Law*, p. 343

<sup>6</sup> United Nations, *Tadic Case*, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-94-1-T, May 7, 1997 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf> [25 Aug 2007], para. 1, “the international military tribunals at Nurnberg and Tokyo, its predecessors, were multinational in nature, representing only part of the world community.”

<sup>7</sup> United Nations, *Krstic Case*, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-98-33-T, August 2, 2001 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf> [25 Aug 2007]

<sup>8</sup> United Nations, *Jeljesic case*, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-95-10, December 14, 1999 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icty.org/x/cases/jeljesic/tjug/en/jel-tj991214e.pdf> [25 Aug 2007]



(Akayesu Case)<sup>9</sup> และคดีค้ายิเซมาและรุซินดานา (Kayeshima and Ruzindana Case)<sup>10</sup> แต่ในบางประเด็นอาจมีการนำคดีอื่นขึ้นมาประกอบการพิจารณา

ส่วนประเด็นที่นำมาศึกษานั้น เพื่อแสดงถึงสถานะกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะพิจารณาจากผลของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดใน 4 ประเด็น ประเด็นแรกและประเด็นที่สอง คือ ผลที่มีต่อขอบเขตของเจตนาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และผลที่มีต่อการกระทำที่สามารถลงโทษได้ของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งศาลได้พิจารณาถึงเรื่องดังกล่าวโดยมุ่งเน้นการคุ้มครองวัตถุประสงค์ของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งต่างจากหลักของกฎหมายอาญาเรื่องไม่มีความผิด เมื่อไม่มีการบัญญัติ (Nullum crimen sine lege) ที่กฎหมายที่จะนำมาใช้ต้องมีความแน่นอนและชัดเจน<sup>11</sup> ประเด็นที่สาม คือ ความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนจากการบังคับบัญชา ซึ่งสังคมระหว่างประเทศกำหนดหน้าที่ให้กับปัจเจกชนโดยตรง นอกเหนือไปจากหน้าที่ที่รัฐกำหนด อันแสดงถึงสถานะที่สูงกว่าของบรรทัดฐานการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ประเด็นสุดท้าย คือ การบังคับใช้กฎหมายและการเยียวยา โดยประเด็นนี้แสดงถึงค่าบังคับของบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งประเด็นทั้งหมดที่กล่าวมาจะแสดงให้เห็นว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดซึ่งสามารถใช้ได้ในศาลระหว่างประเทศ

### 3.1 ผลที่มีต่อขอบเขตของเจตนาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

องค์ประกอบของอาชญากรรมหรือความผิดสามารถแยกออกเป็น องค์ประกอบด้านการกระทำ (Actus reus) และองค์ประกอบด้านจิตใจ (Mens rea)<sup>12</sup> องค์ประกอบด้านการกระทำส่วน

<sup>9</sup> United Nations. *Akayesu case, Case No. ICTR-96-4-T, T.Ch. I, 2 Sep 1998* [Online]., (n.d.). Available from: <http://69.94.11.53/ENGLISH/cases/Akayesu/judgement/akay001.htm> [2 Nov 2007]

<sup>10</sup> United Nations. *The Prosecutor versus Clement Kayishema and Obed Ruzindana Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999* [Online]., (n.d.). Available from: <http://69.94.11.53/ENGLISH/cases/Kayruz/judgement.htm> [2 Nov 2007]

<sup>11</sup> Antonio Cassese, *International Criminal Law* (New York: Oxford University Press, 2003), p. 139 - 156

<sup>12</sup> มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชา ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป หน่วยที่ 1 - 8, พิมพ์ครั้งที่ 34, (นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2545), หน้า 358, องค์ประกอบของความผิดตามกฎหมายระบบคอมมอนลอว์สะท้อนอยู่ในสุภาษิตกฎหมายที่ว่า "Actus non facit reum nisi mens sit rea" หรือการกระทำ (Actus) ย่อมไม่เป็นความผิด (reum) หากไม่มีเจตนาร้าย (mens

ใหญ่จะไม่มีปัญหาในการพิสูจน์ เนื่องจากมีความเด่นชัดของผลที่เกิดจากการกระทำ<sup>13</sup> ในส่วนนี้จึงพิจารณาเฉพาะองค์ประกอบด้านจิตใจ โดยองค์ประกอบด้านจิตใจหรือเจตนาเป็นสิ่งที่โดดเด่นมากของอาชญากรรมการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และทำให้อาชญากรรมการทำลายล้างเผ่าพันธุ์แยกออกจากอาชญากรรมอื่น<sup>14</sup> แต่องค์ประกอบด้านเจตนาของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ยังคงมีความไม่ชัดเจนในบางส่วน ทำให้การนำหลักกฎหมายมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงต้องมีการกำหนดขอบเขตของเจตนา การศึกษาการกำหนดขอบเขตของเจตนาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะทำให้ทราบถึงหลักการของกฎหมายที่ศาลใช้ หลักการดังกล่าวสามารถเทียบได้กับหลักการของกฎหมายอาญาที่ใช้ในกฎหมายภายใน โดยการวิเคราะห์ประเด็นนี้สัมพันธ์กับหัวข้อ 4.1

หลักการของกฎหมายอาญาที่ใช้ในกฎหมายภายในอาจแยกเป็น 2 แบบประกอบด้วย แบบที่เน้นสาระของความยุติธรรม (substantive justice) ซึ่งมีจุดมุ่งหมายที่จะป้องกันและลงโทษการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายกับสังคมเป็นหลักโดยไม่สนใจถึงรูปแบบของการกระทำ และแบบที่เน้นความชอบด้วยกฎหมาย (strict legality) ซึ่งเน้นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน หลักการแบบที่สองนี้เป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในประเทศที่ใช้กฎหมายระบบซีวิลลอว์และได้รับการยอมรับมากขึ้นเรื่อยๆ โดยแบบที่สองนี้มีหลัก 4 เรื่องคือ 1. การกระทำที่จะถือเป็นความผิดได้ต้องมีการบัญญัติไว้ก่อนที่การกระทำความผิดจะเกิดขึ้น (Nullum crimen sine lege) 2. บทบัญญัติจะต้องมีความชัดเจนและแน่นอน (specific and clear) 3. กฎหมายอาญาต้องไม่มีผลย้อนหลัง และ 4. ห้ามการตีความกฎหมายแบบขยายความ (analogy)<sup>15</sup> หลักการแต่ละแบบแสดงให้เห็นสิ่งที่ต้องการคุ้มครองที่ต่างกัน

สำหรับเจตนาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น ศาลรวันดาในคดีอาเคยาสุแสดงว่าเจตนาดังกล่าวเป็นเจตนาพิเศษ (*dolus specialis*) หรือเจตนาเฉพาะ (specific intent) ซึ่งผู้กระทำ

---

rea) ส่วนในกฎหมายระบบซีวิลลอว์ก็มีการแยกองค์ประกอบในทำนองเดียวกัน โดยแบ่งเป็นองค์ประกอบภายนอก คือ การกระทำ และองค์ประกอบภายใน คือ เจตนา

<sup>13</sup> United Nations, *Jelisić case*, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-95-10, December 14, 1999, para. 65, United Nations, *Krstić Case*, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-98-33-T, August 2, 2001, para. 543

<sup>14</sup> United Nations, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996 I.C.J. 226, Advisory opinion, July 8<sup>th</sup> 1996 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf> [21 Oct 2008], p. 240, para. 26 ศาลตอบประเด็นอาวูธนิวเคลียร์ทำให้เกิดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่ โดยศาลชี้ว่า หากมีเจตนาพิเศษตามที่นิยามจึงจะเข้าองค์ประกอบ

<sup>15</sup> Antonio Cassese, *International Criminal Law*, pp. 139 - 142

ประสงค์ต่อผลของการกระทำอย่างชัดแจ้ง<sup>16</sup> โดยเจตนาในทางกฎหมายอาญาอาจแยกได้เป็น เจตนาประสงค์ต่อผล (*dolus directus*) และเจตนาย่อมเล็งเห็นผล (*dolus eventualis*) ซึ่งเจตนาประสงค์ต่อผล หมายถึง ความประสงค์ต่อผลที่ผู้กระทำมีอยู่ในขณะกระทำ เจตนาย่อมเล็งเห็นผล หมายถึง ผู้กระทำมิได้ประสงค์ต่อผลที่เกิดขึ้นโดยตรง แต่ยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นได้<sup>17</sup> ส่วนเจตนาเฉพาะ หมายถึง เหตุจูงใจ (*motive*) ซึ่งอาจเป็นองค์ประกอบของความผิด ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้น ยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษ<sup>18</sup> เจตนาเฉพาะในที่นี้จึงหมายถึงองค์ประกอบของความผิดอย่างหนึ่ง

ในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาเจตนาเฉพาะ โดยเจตนาเฉพาะของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ คือ เจตนาที่จะทำลายทั้งหมดหรือบางส่วนของกลุ่มชาติ ชาติพันธุ์ เชื้อชาติหรือกลุ่มความเชื่อ เช่นว่า<sup>19</sup> ปัญหาที่สำคัญของเจตนาเฉพาะนี้ คือ คำว่า "บางส่วน" ซึ่งไม่มีการให้ความหมายไว้ในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทำให้เกิดปัญหาว่าจำนวนของผู้เสียหายต้องมีจำนวนมากน้อยเพียงใดจึงจะเข้าองค์ประกอบ และขอบเขตเรื่องพื้นที่ของกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครอง (*protected group*) จะต้องครอบคลุมเพียงใด โดยองค์ประกอบทั้งสองเรื่องนี้มีผลต่อขอบเขตความรับผิดชอบของปัจเจกชน ซึ่งจะเป็นการแสดงให้เห็นถึงคุณค่าที่สังคมระหว่างประเทศต้องการคุ้มครอง และผลของการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

### 3.1.1 จำนวนของผู้เสียหายในความหมายของคำว่า "บางส่วน"

ปัญหาที่สำคัญของการพิสูจน์เจตนาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ส่วนหนึ่งคือ คำว่า "บางส่วน" ซึ่งอนุสัญญายทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่ได้ให้รายละเอียดใดๆ ในเรื่องขอบเขตของคำดังกล่าว โดยเฉพาะเรื่องของจำนวน ความเห็นของนักวิชาการในเรื่องนี้แยกออกเป็น 2 แบบ แบบแรกเห็นว่า

<sup>16</sup> United Nations, *Akayesu case, Case No. ICTR-96-4-T, T.Ch. I, 2 Sep 1998*, para. 498

<sup>17</sup> มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชา ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป หนวยที่ 1 - 8, พิมพ์ครั้งที่ 34, (นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2545), หน้า 367

<sup>18</sup> อ้างแล้ว, หน้า 373 - 4, ดูเพิ่มเติม United Nations, *Akayesu case, Case No. ICTR-96-4-T, T.Ch. I, 2 Sep 1998*, para. 498

<sup>19</sup> Preventgenocide International, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide [Online], (n.d.). Available from: <http://www.preventgenocide.org/law/convention/text.htm>, [28 July 2008, 10.08], "Article II: In the present Convention, 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: "

คำว่าบางส่วนมีความหมายในเชิงจำนวน โดยเป็นจำนวนที่มีผลต่อความอยู่รอดของกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครอง (quantitatively substantial part of the protected group)<sup>20</sup> ในขณะที่ความเห็นอีกแบบหนึ่งเห็นว่า คำว่าบางส่วนมีความหมายทั้งในเชิงจำนวนและเชิงคุณภาพ<sup>21</sup> ซึ่งจะมีผลต่อกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครอง ความเห็นนี้จึงไม่ให้ความสำคัญกับเรื่องจำนวน ความเห็นทั้งสองแบบนี้จะศึกษาจากคำพิพากษาของศาลอิตาลีโกสลาเวียและศาลวันดา

แนวความเห็นแบบแรกเป็นแบบเคร่งครัดโดยพิจารณาในเรื่องจำนวนเป็นสำคัญ คำพิพากษาที่สนับสนุนในเรื่องนี้คือ คำพิพากษาของศาลวันดาในคดี*คาโยเซมาและรูซันดานา* โดยศาลในคดีดังกล่าวเห็นว่าคำว่า "บางส่วน" มีความหมายว่า "ส่วนที่เป็นสาระ"<sup>22</sup> และอ้างถึงความเห็นของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศชุดที่ยกร่างประมวลกฎหมายว่าด้วยอาชญากรรมต่อสันติภาพและความมั่นคงของมนุษยชาติปี ค.ศ. 1996 ขึ้นมาสนับสนุน รวมทั้งรายงานของคณะกรรมการย่อยที่เกี่ยวข้องกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งผู้ยกอ้างกล่าวว่าคำว่า "บางส่วน" แสดงถึงจำนวนที่เป็นส่วนสำคัญเมื่อเทียบกับกลุ่มทั้งหมด หรือส่วนสำคัญของกลุ่มเช่นผู้นำ ดังนั้นจึงเกี่ยวข้องกับขนาดที่เป็นสัดส่วนและจำนวนทั้งหมด<sup>23</sup> ก่อนที่ศาลจะสรุปว่าองค์ประกอบดังกล่าวต้องมีเจตนาทำลายปัจเจกชนที่เป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มเป็นจำนวนมาก (considerable number)<sup>24</sup> อย่างไรก็ตามก็ดี คดีนี้ไม่ปรากฏข้อโต้แย้งในเรื่องจำนวนของผู้เสียหายใน

<sup>20</sup> Pieter N. Drost, Genocide: United Nations Legislation on International Criminal Law (Netherlands: A.W. Sythoff – Leyden, 1959), p. 89

<sup>21</sup> United Nations, Krstic Case, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-98-33-T, August 2, 2001, para. 582, ความเห็นของอัยการ

<sup>22</sup> United Nations. The Prosecutor versus Clement Kayishema and Obed Ruzindana Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999, para. 89, "89. The definition of the crime of genocide was based upon that of crimes against humanity, that is, a combination of "extermination and persecutions on political, racial or religious grounds" and it was intended to cover "the intentional destruction of groups in whole or in substantial part" (emphasis added)."

<sup>23</sup> Ibid., para. 96, "Another aspect for consideration is that the intent to destroy the group must be "in whole or in part." The ILC stated that "the crime of Genocide by its very nature requires the intention to destroy at least a substantial part of a particular group. In the Report of the Sub-Commission on Genocide, the Special Rapporteur stated that "in part" would seem to imply a reasonably significant number, relative to the total of the group as a whole, or else a significant section of a group such as its leadership. Hence, both proportionate scale and total number are relevant."

<sup>24</sup> Ibid., para. 97, "97. The Trial Chamber opines, therefore, that "in part" requires the

การพิสูจน์ว่ามีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นในประเทศรวันดาและจังหวัดคิบูเย (Kibuye)<sup>25</sup>

แนวความเห็นแบบที่สองถือว่าจำนวนเป็นเพียงข้อหนึ่งในการพิจารณา โดยคำพิพากษาที่สนับสนุนแนวความเห็นนี้ประกอบด้วยคำพิพากษาของศาลอดีตยูโกสลาเวียในคดี*คราสติก*และคดี*เยเลสิก* ซึ่งศาลอดีตยูโกสลาเวียในคดี*เยเลสิก*เห็นแย้งกับศาลรวันดาในคดี*คาเยชิม่าและรูชินดานา* บางส่วน โดยเห็นว่าศาลในคดีดังกล่าวตีความคำว่า "บางส่วน" ของเจตนาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ให้หมายถึงเพียงการทำลายปัจเจกชนที่เป็นสมาชิกของกลุ่มจำนวนมาก<sup>26</sup> แต่ศาลในคดีนี้เห็นว่าคำว่า "บางส่วน" หมายถึง ส่วนที่เป็นสาระ (substantial part) ที่มีผลต่อทั้งกลุ่ม ดังนั้นจึงไม่ได้หมายถึงเพียงจำนวนสมาชิกของกลุ่มที่ถูกทำลายต้องมีจำนวนมาก แต่ยังอาจหมายถึงการทำลายคนจำนวนจำกัดที่มีผลต่อการอยู่รอดของกลุ่มคนทั้งหมดที่ได้รับการคุ้มครอง เช่น ส่วนที่เป็นผู้นำของกลุ่มดังกล่าว<sup>27</sup> และอ้างข้อสนับสนุนเพิ่มเติมจากข้อมติของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติที่ระบุว่าเหตุการณ์ที่ทหารอิสราเอลสังหารหมู่ชาวปาเลสไตน์คนจำนวน 800 คนที่ค่าย Sabra และ Shatila เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แม้ข้อมติดังกล่าวจะเห็นได้ชัดว่าเป็นประเด็นทางการเมืองมากกว่าประเด็นทางกฎหมาย<sup>28</sup> ศาลในคดี*คราสติก*วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน<sup>29</sup>

จะเห็นได้ว่าการกำหนดขอบเขตด้านจำนวนของผู้เสียหายในความหมายของคำว่า

---

intention to destroy a considerable number of individuals who are part of the group. Individuals must be targeted due to their membership of the group to satisfy this definition."

<sup>25</sup> Ibid., para. 273, " Considering the plethora of official reports, including United Nations documents, which confirm that genocide occurred in Rwanda and the absence of any Defence argument to the contrary, one could consider this point, settled."

<sup>26</sup> United Nations, *Jelisić case*, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-95-10, December 14, 1999, para. 82, " The Tribunal for Rwanda appears to go even further by demanding that the accused have the intention of destroying a "considerable" number of individual members of a group."

<sup>27</sup> Ibid., "Genocidal intent may therefore be manifest in two forms. It may consist of desiring the extermination of a very large number of the members of the group, in which case it would constitute an intention to destroy a group en masse. However, it may also consist of the desired destruction of a more limited number of persons selected for the impact that their disappearance would have upon the survival of the group as such. This would then constitute an intention to destroy the group "selectively"."

<sup>28</sup> Ibid., para. 83

<sup>29</sup> United Nations, *Krstić Case*, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-98-33-T, August 2, 2001, para. 582



"บางส่วน" นั้น ศาลอดีตยูโกสลาเวียคำนึงถึงสาระของการคุ้มครองมากกว่าจำนวนของผู้เสียหาย โดยจำนวนของผู้เสียหายเพียง 800 คนก็อาจเข้าเกณฑ์ของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์<sup>30</sup> ผู้เขียนเห็นว่าแนวความเห็นของศาลรวันดาก็ไม่แตกต่างกัน เนื่องจากศาลรวันดาในคดีคาเยชิม่าอ้างถึงรายงานของผู้ยกกร่างในคณะกรรมการย่อยเรื่องการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ว่า "คำว่า "บางส่วน" แสดงถึงจำนวนที่เป็นส่วนสำคัญเมื่อเทียบกับกลุ่มทั้งหมด หรือส่วนสำคัญของกลุ่มเช่นผู้นำ"<sup>31</sup> แต่แนวความเห็นทั้งสองมีความแตกต่างในข้อเท็จจริงแห่งคดี โดยคดีของศาลอดีตยูโกสลาเวีย นั้น ผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้แย้งว่ามีการสังหารชาวบอสเนียมุสลิมในวัยทหารเกิดขึ้น แต่เห็นว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นไม่เข้าองค์ประกอบของเจตนาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามข้อ 4 ของธรรมนูญศาลอดีตยูโกสลาเวีย<sup>32</sup> ซึ่งทำให้ศาลอดีตยูโกสลาเวียได้มีการวินิจฉัยในประเด็นนี้โดยตรง ขณะที่คดีของศาลรวันดาไม่มีข้อโต้แย้งในเรื่องการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในวันดา ซึ่งสะท้อนออกมาจากชื่อของศาลรวันดาเอง\* แนวการวินิจฉัยของศาลอดีตยูโกสลาเวียและศาลรวันดาจึงไม่ได้ขัดกัน

จากการกำหนดขอบเขตของเจตนาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (Genocidal intent) เรื่องจำนวนในความหมายของคำว่า "บางส่วน" ศาลอดีตยูโกสลาเวียได้แสดงถึงความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่แตกต่างจากความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนภายใต้กฎหมายอาญา เนื่องจากเจตนาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์พิสูจน์ได้ยาก จึงจำเป็นต้องพิจารณาจากการกระทำและหลักฐานต่างๆ ที่เกิดขึ้น จำนวนของผู้เสียหายถือเป็นส่วนหนึ่งของหลักฐานที่จะใช้พิสูจน์ ศาลอดีตยูโกสลาเวียได้วางหลักให้พิจารณาถึงผลที่จะเกิดขึ้นจากการทำลายสมาชิกของกลุ่มในด้านจำนวนหรือด้านคุณภาพ ซึ่งอาจทำให้เกิดความไม่ชัดเจนและแน่นอน เนื่องจากจะต้องวิเคราะห์ในทางประวัติศาสตร์และสังคมที่ทำให้เกิดการโต้เถียงได้อย่าง

<sup>30</sup> เหตุการณ์ที่ทหารอิสราเอลสังหารหมู่ชาวปาเลสไตน์คนจำนวน 800 คนที่ค่าย Sabra และ Shatila

<sup>31</sup> United Nations. *The Prosecutor versus Clement Kayishema and Obed Ruzindana Case No. ICTR-95-1-T*, 21 May 1999, para. 96

<sup>32</sup> United Nations, *Krstic Case*, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-98-33-T, August 2, 2001, para. 545, "The Defence does not challenge that the Bosnian Serb forces killed a significant number of Bosnian Muslim men of military age but disagrees a genocidal intent within the meaning of Article 4 has been proved."

\* International Tribunal for the prosecution of persons responsible for genocide and other serious violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda and Rwandan citizens responsible for genocide and other such violations committed in the territory of neighbouring States, between 1 January and 31 December 1994 (ICTR)

มาก หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ผลที่นำมาวิเคราะห์จึงมีความไม่แน่นอนอยู่สูงมาก โดยเฉพาะเมื่อไม่มีการยอมรับจากสังคมระหว่างประเทศว่ามีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้น การกำหนดขอบเขตความหมายของคำว่า "บางส่วน" ในเรื่องจำนวนที่ได้วิเคราะห์มานี้แสดงให้เห็นถึงความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่สูงกว่าความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนตามกฎหมายอาญาภายใน

### 3.1.2 ขอบเขตในเรื่องพื้นที่ของคำว่า "บางส่วน"

ประเด็นที่ต่อเนื่องกับประเด็นก่อนหน้า คือ ขอบเขตในเรื่องพื้นที่ของคำว่า "บางส่วน" โดยความสำคัญของจำนวนของผู้เสียหายจากการทำลายย่อมสัมพันธ์เป็นสัดส่วนกับพื้นที่เนื่องจากการสังหารหมู่บุคคลจำนวน 2 หมื่นคนจากชนกลุ่มน้อยทั่วประเทศที่มีประชากร 2 ล้านคนอาจยากที่จะอ้างได้ว่าเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เมื่อไม่มีหลักฐานในเรื่องแผนการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่หากจำกัดพื้นที่เฉพาะภาคตะวันออกของประเทศ ซึ่งมีประชากรชนกลุ่มน้อยจำนวน 5 หมื่นคน สัดส่วนดังกล่าวเป็นหลักฐานในเบื้องต้นที่แสดงได้ว่าเกิดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ขึ้น ขอบเขตในด้านพื้นที่จึงมีความสำคัญต่อความรับผิดชอบของปัจเจกชน ศาลรวันดาและศาลอดีตยูโกสลาเวียได้มีการวินิจฉัยในประเด็นนี้ ดังนี้

ศาลรวันดาในคดี*อาคาเยสุ*เห็นว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์สามารถเกิดได้ในพื้นที่เล็กๆ เช่น เมืองทาบา (Taba commune)<sup>33</sup> แต่ไม่มีคำอธิบายในเรื่องดังกล่าว ซึ่งรวมทั้งคดี*อาเคซิมาและรูชินดانا* ส่วนหนึ่งมาจากการไม่มีประเด็นโต้แย้งในเรื่องของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในวันดา ในทางกลับกัน ยังไม่มีความชัดเจนว่ามีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นในอดีตยูโกสลาเวีย อัยการในคดี*เยเลสิก*อ้างว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์สามารถเกิดขึ้นได้โดยมีขอบเขตด้านพื้นที่ ภูมิศาสตร์จำกัด ศาลอดีตยูโกสลาเวียในคดี*เยเลสิก*จึงวินิจฉัยถึงเจตนาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

<sup>33</sup> United Nations, *Akayesu case*, Case No. ICTR-96-4-T, T.Ch. I, 2 Sep 1998, para. 129, "129. This being the case, the Chamber holds that the fact that genocide was indeed committed in Rwanda in 1994 and more particularly in Taba, ..." และ fn. 61 ศาลอธิบายเพิ่มเติมว่า "Footnote 61. In the opinion of the Chamber, it is not only obvious that an accused person could be declared innocent of the crime of genocide even when it is established that genocide had indeed taken place, but also, in a case other than that of Rwanda, a person could be found guilty of genocide without necessarily having to establish that genocide had taken place throughout the country concerned."

โดยยอมรับว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์อาจเกิดขึ้นได้ในพื้นที่จำกัด ประเด็นนี้ศาลอ้างข้อสนับสนุนจากข้อมติของสมัชชาในเรื่องการสังหารหมู่ที่ค่ายผู้พลพ Sabra และ Shatila และคดีนี้โคลิช รวมทั้งการตีความในแง่ของวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่จารีตประเพณีระหว่างประเทศอนุญาตให้ระบุงการทำลายล้างเผ่าพันธุ์แม้จะเป็นพื้นที่ภูมิศาสตร์ที่จำกัด<sup>34</sup>

สำหรับศาลอดีตยูโกสลาเวียในคดี*คราสติก* อัยการอ้างว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์สามารถเกิดขึ้นได้ในพื้นที่ภูมิศาสตร์ที่จำกัด โดยอ้างถึงคำพิพากษาของศาลวันดาคดี*อาคาเยสุ* โดยเฉพาะคำพิพากษาของศาลอดีตยูโกสลาเวียในคดี*เยเลสิก* ที่กล่าวมาแล้ว<sup>35</sup> ผู้ถูกกล่าวหาโต้แย้งว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ "บางส่วน" นั้น ต้องทำขึ้นโดยเจตนาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่จะทำลายกลุ่มทั้งหมด<sup>36</sup> ศาลปฏิเสธข้อโต้แย้งของผู้ถูกกล่าวหาโดยอ้างถึงการศึกษาในเรื่องการป้องกันและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เมื่อปี ค.ศ. 1982 และรายงานของคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญ (the Commission of Experts) ที่ตั้งขึ้นตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ 780 รวมทั้งเหตุการณ์ที่ค่าย Sabra และ Shatila และคดี*เยเลสิก* ซึ่งศาลเห็นว่าการตีความในเรื่องดังกล่าวเป็นดุลพินิจของศาลที่ต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา (ทำลายล้างเผ่าพันธุ์) โดยต้องการกำหนดให้การกระทำที่ก่อการอยู่รอดของกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครองเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย

จากที่กล่าวมาแล้ว ศาลกำหนดขอบเขตในเรื่องพื้นที่ของคำว่า "บางส่วน" ให้ครอบคลุมพื้นที่ภูมิศาสตร์ที่จำกัด ซึ่งจะมีผลทำให้การพิสูจน์ว่ามีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นทำได้ง่ายขึ้น และสอดคล้องกับความเป็นจริง การกำหนดขอบเขตดังกล่าวทำให้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ใช้ได้อย่างครอบคลุมและเป็นรูปธรรมมากขึ้น หรือเกณฑ์ความรับผิดชอบของปัจเจกชนสูงขึ้น

<sup>34</sup> United Nations, *Jelisić case*, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-95-10, December 14, 1999, para. 83, " In view of the object and goal of the Convention and the subsequent interpretation thereof, the Trial Chamber thus finds that international custom admits the characterisation of genocide even when the exterminatory intent only extends to a limited geographic zone."

<sup>35</sup> United Nations, *Krstić Case*, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-98-33-T, August 2, 2001, para. 582, " ... The Prosecution relies on, *inter alia*, the *Akayesu* Judgement which found the accused guilty of genocide for acts he committed within a single commune, ... The Prosecution further cites the *Jelisić* Judgement which declared that "international custom admitted the characterisation of genocide even when the exterminatory intent only extended to a limited geographic zone."

<sup>36</sup> *Ibid.*, para. 583

อย่างไรก็ดี ข้อเสนอสนับสนุนหลักที่ศาลอ้างมาจากข้อมติของสมัชชาใหญ่ในเหตุการณ์ที่ Sabra และ Shatila ซึ่งเป็นที่ทราบกันดีว่าข้อมติดังกล่าวเป็นเรื่องทางการเมืองมากกว่าเรื่องของข้อกฎหมาย ข้อเสนอสนับสนุนนี้จึงมีน้ำหนักน้อย การตีความให้ครอบคลุมการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในพื้นที่ ภูมิศาสตร์จำกัดในแง่ของวัตถุและวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์แสดงให้เห็นถึง ผลของการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด เนื่องจากการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็น ข้อห้ามโดยเด็ดขาด ดังนั้น ขนาดของพื้นที่จึงไม่ใช่เรื่องสำคัญโดยอาจครอบคลุมพื้นที่ทั้งประเทศ หรือเมืองเพียงเมืองเดียว แต่สิ่งที่กฎหมายคำนึงถึงคือความอยู่รอดของกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครองใน แต่ละพื้นที่ที่อยู่ในความหมายของคำว่า "บางส่วน" การทำลายผู้ชายในวัยทหารจำนวน 7,475 คน ซึ่งอาจมีผลต่อความอยู่รอดของชุมชนบอสเนียนมุสลิมในพื้นที่ Srebrenica จึงได้รับการยอมรับว่า เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยสัมพันธ์กับความรู้ของผู้กระทำในเรื่องผลกระทบที่จะเกิดขึ้นในเชิง ประวัติศาสตร์และสังคมจากการทำลายกลุ่มดังกล่าว

### 3.1.3 เกณฑ์ของกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครอง

ประเด็นต่อมาของเจตนาเฉพาะหรือเจตนาพิเศษ คือ เรื่องกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครอง ซึ่ง ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ประกอบด้วย กลุ่มชาติ (national) กลุ่มเชื้อชาติ (ethnic group) กลุ่มสีผิว (racial group) และกลุ่มศาสนา (religious group) แต่กลุ่มเหล่านี้มีความหมายที่ไม่ ชัดเจน โดยสะท้อนให้เห็นได้จากการออกกฎหมายภายในของรัฐในความผิดฐานการทำลายล้าง เผ่าพันธุ์ ซึ่งบัญญัติแยกเป็น 3 ลักษณะ ประกอบด้วย<sup>37</sup>

- (1) บัญญัติในลักษณะเดียวกับข้อความในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เช่น สหรัฐฯ, เยอรมัน, เบลเยียม, สวิตเซอร์แลนด์, อาเมเนีย เป็นต้น
- (2) บัญญัติเปลี่ยนแปลงเล็กน้อยหรือเพิ่มความคุ้มครองมากขึ้น เช่น การเพิ่มกลุ่มการเมืองโดย ประเทศเอธิโอเปีย ไควอร์โคสต์ โคลอมเบีย การเพิ่มกลุ่มสังคม โดยประเทศโคลอมเบีย ประเทศเปรู ประเทศลิทัวเนีย หรือกลุ่มที่เกิดขึ้นโดยใช้เกณฑ์ที่ปราศจากเหตุผล (arbitrary criterion) โดย ประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น
- (3) บัญญัติโดยมีการตัดทอน เช่น ประเทศโบลิเวียและประเทศไควอร์โคสต์ตัดกลุ่มเชื้อชาติ (racial group) ส่วนประเทศเอล ซัลวาดอร์และประเทศเซนต์คิตต์กลุ่มชาติพันธุ์ (ethnic group)

<sup>37</sup> Ward N. Ferdinandusse, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts* (T.M.C. Asser Press, The Hague, 2006), pp. 24 - 5

ปัญหานี้ได้มีการพิจารณาในศาลอดีตยูโกสลาเวียและศาลรวันดา โดยในอดีตยูโกสลาเวียเป็นการขัดแย้งกันระหว่างชาวเซิร์บ (Serb) และพวกที่ไม่ใช่ชาวเซิร์บ (non-Serb) ซึ่งประกอบด้วยชาวสโลวีเนีย ชาวโครแอท ชาวฮังการีและชาวอัลเบเนีย<sup>38</sup> ที่มีความแตกต่างทางวัฒนธรรมและการนับถือศาสนาโดยเฉพาะพวกที่นับถือศาสนาอิสลาม จึงสามารถแยกกลุ่มชนต่างๆ เหล่านี้ได้ อย่างชัดเจนตามนิยามของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่เหตุการณ์ในประเทศรวันดาต่างกันอย่างสิ้นเชิง เนื่องจากการแบ่งประเภทของคนในเบื้องต้นเป็นตุตซี (Tutsi) และฮูตู (Hutu) เป็นเรื่องของกลุ่มชนชั้นทางสังคมมากกว่าที่จะเป็นเรื่องเชื้อชาติ ศาสนา หรือวัฒนธรรม โดยพวกตุตซีเปรียบได้กับชนชั้นสูง และฮูตู คือ พวกชนชั้นล่าง จากนโยบายแยกประเภทของประเทศเบลเยียมที่เคยปกครองประเทศรวันดาด้วยการทำบัตรประจำตัวที่ระบุถึงประเภทดังกล่าว<sup>39</sup> เกณฑ์ในเรื่องกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครองจึงอาจนำมาใช้ในกรณีนี้ไม่ได้

เหตุการณ์ในประเทศรวันดาได้รับการอ้างถึงว่าเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ระหว่างกลุ่มเชื้อชาติ 2 กลุ่ม คือ ฮูตูและตุตซี โดยกลุ่มเชื้อชาติ (ethnic group) หมายถึง กลุ่มที่สมาชิกมีภาษาและวัฒนธรรมร่วมกัน<sup>40</sup> แต่ฮูตูและตุตซีมีภาษาและวัฒนธรรมเดียวกัน<sup>41</sup> ศาลรวันดาในคดีอาคาเยสุได้วินิจฉัยัยในประเด็นนี้ตามเกณฑ์ที่เป็นวัตถุวิสัย (objective criterion) หรือเกณฑ์ที่สามารถเห็นได้ หรือวัดได้โดยไม่ขึ้นกับบุคคล โดยอ้างถึงรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐรวันดา มาตรา 57 และมาตรา 118 ของกฎหมายแพ่งรวันดาปี ค.ศ. 1988 และข้อตกลง Arusha ที่แสดงการรับรู้ถึงความแตกต่างระหว่างสองเชื้อชาติดังกล่าว<sup>42</sup> อีกทั้งพยานชาวรวันดาก็แสดงถึงการรับรู้ดังกล่าว<sup>43</sup> ส่วน

<sup>38</sup> Yusuf Aksar, *Implementing International Humanitarian Law From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court* (London: Routledge, 2004), p.9

<sup>39</sup> United Nations, *Akayesu case, Case No. ICTR-96-4-T, T.Ch. I, 2 Sep 1998*, paras. 79 – 83, "Rwanda then, admittedly, had some eighteen clans defined primarily along lines of kinship. The terms Hutu and Tutsi were already in use but referred to individuals rather than to groups. In those days, the distinction between the Hutu and Tutsi was based on lineage rather than ethnicity. Indeed, the demarcation line was blurred: one could move from one status to another, as one became rich or poor, or even through marriage."

<sup>40</sup> Ibid., para. 513

<sup>41</sup> Ibid., para. 170, "... The Chamber notes that the Tutsi population does not have its own language or a distinct culture from the rest of the Rwandan population."

<sup>42</sup> Ibid.,

<sup>43</sup> Ibid., para. 171



ในคดีคายีเซมาและรูซิดานาไม่ได้มีการอธิบายเพิ่มเติมในเรื่องนี้ แต่เพิ่มนิยามในเรื่องกลุ่มเชื้อชาติ กล่าวคือ กลุ่มเชื้อชาติ หมายถึง กลุ่มที่สมาชิกมีภาษาและวัฒนธรรมร่วมกัน หรือกลุ่มที่แยกตัวเองออก เช่นว่า (การระบุตนเอง) หรือกลุ่มที่ได้รับการระบุโดยผู้อื่น ซึ่งรวมถึงผู้ที่ก่ออาชญากรรม (การระบุโดยผู้อื่น)<sup>44</sup>

ศาลอาชญากรรมโลกไม่ได้ประสบกับปัญหาในเรื่องนี้ แต่ก็ได้มีการรับรู้ถึงปัญหานี้ โดยศาลในคดีเยเลสิกไปไกลกว่าศาลวันดาด้วยการเสนอเกณฑ์ที่เป็นอัตวิสัย (subjective criterion) หรือเกณฑ์ที่ขึ้นกับแต่ละบุคคล โดยเห็นว่า กลุ่มทางความเชื่อสามารถแยกออกด้วยเกณฑ์ที่เป็นวัตถุวิสัย (objective criterion) หรือเกณฑ์ที่ไม่ขึ้นกับบุคคล แต่กลุ่มอื่นๆ คือ กลุ่มชาติ กลุ่มเชื้อชาติ และกลุ่มสีผิว ไม่อาจใช้เกณฑ์ในลักษณะดังกล่าวได้เพราะจะเป็นเรื่องที่อันตราย เนื่องจากไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงที่การทำลายล้างกลุ่มต่างๆ เกิดจากการรับรู้ของผู้กระทำ<sup>45</sup> แม้ศาลจะทราบว่าขัดแย้งกับงานเตรียมการ (the preparatory work) ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ต้องการคุ้มครองจำกัดเฉพาะกลุ่มที่ "ถาวร" ซึ่งนิยามแบบวัตถุวิสัยโดยไม่เกี่ยวข้องกับความต้องการของบุคคลที่อยู่ในกลุ่ม<sup>46</sup> สำหรับคดีคราสติก ผู้ถูกกล่าวหาต่อสู้ว่าบอสเนียนมุสลิมใน Srebrenica ไม่ได้อยู่ในความหมายของกลุ่มที่นิยามของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่ยอมรับกลุ่มบอสเนียนมุสลิม<sup>47</sup> ประเด็นแห่งคดีจึงเป็นเรื่องของขอบเขตด้านจำนวนและพื้นที่ภูมิศาสตร์ที่จำกัด

<sup>44</sup> United Nations. The Prosecutor versus Clement Kayishema and Obed Ruzindana Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999, para. 98, "An ethnic group is one whose members share a common language and culture; or, a group which distinguishes itself, as such (self identification); or, a group identified as such by others, including perpetrators of the crimes (identification by others)."

<sup>45</sup> United Nations, Jelisić case, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-95-10, December 14, 1999, para. 70, "Although the objective determination of a religious group still remains possible, to attempt to define a national, ethnical or racial group today using objective and scientifically irreproachable criteria would be a perilous exercise whose result would not necessarily correspond to the perception of the persons concerned by such categorisation."

<sup>46</sup> Ibid., para. 69, "The preparatory work of the Convention demonstrates that a wish was expressed to limit the field of application of the Convention to protecting "stable" groups objectively defined and to which individuals belong regardless of their own desires."

<sup>47</sup> United Nations, Krstić Case, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-98-33-T, August 2, 2001, para. 582, "The Defence argued in its final brief that the Bosnian Muslims of Srebrenica did not form a specific national, ethnical, racial or religious group. In particular, it contended that "one cannot create an artificial 'group' by limiting its scope to a geographical area". 1240 According to the

และศาลคดีนี้เห็นสอดคล้องกับความเห็นของศาลคดีเยเลสิก<sup>48</sup>

จะเห็นได้ว่า เกณฑ์ของกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครองโดยศาลอติตยูโกสลาเวียและศาลรวันดา นั้น แสดงให้เห็นถึงการตีความให้ครอบคลุมกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครองมากกว่าและเหนือกว่างานเตรียมการร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เนื่องจากศาลในคดีเยเลสิกรับรู้ถึงงานเตรียมการมีการจำกัดอย่างชัดเจนว่าคุ้มครองเฉพาะกลุ่มที่ "ถาวร" ซึ่งนิยามแบบวัตถุประสงค์โดยไม่เกี่ยวข้องกับความต้องการของบุคคลที่อยู่ในกลุ่ม<sup>49</sup> ผลนี้ย่อมมาจากสถานะของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด ซึ่งให้คำนึงถึงวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นหลัก อีกทั้งการใช้เกณฑ์ที่เป็นอัตวิสัยหรือเกณฑ์ที่ขึ้นกับแต่ละบุคคลไม่เข้ากับหลักของกฎหมายอาญาที่ต้องการความแน่นอน (specificity) ซึ่งเกณฑ์ในลักษณะนี้เป็นที่โต้เถียงได้ ยกตัวอย่างเช่น การสังหารหมู่ธรรมดาแต่มีเหตุมาจากความเชื่อของกลุ่มผู้กระทำและผู้ร่วมมือ ซึ่งได้มีการกระทำอย่างเป็นวงกว้างและเป็นระบบย่อมเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์แบบเลือกได้ (ที่ศาลในคดีคาเยซิม่าและรูซินดานาให้ชื่อว่า "การระบุโดยผู้อื่น") ดังนั้น การสังหารหมู่ นักศึกษาหรือผู้ที่จบจากสถาบันใดสถาบันหนึ่งที่เป็นไปอย่างกว้างขวางไปทั่วประเทศโดยมีการวางแผนและร่วมมือกันอย่างเป็นระบบของนักศึกษาจากอีกสถาบันหนึ่ง โดยผู้กระทำรับรู้ถึงการมีอยู่ของกลุ่มดังกล่าวและมีเจตนาทำลายทั้งหมดหรือบางส่วนของกลุ่มเช่นว่า หากมีจำนวนมากพอหรือเป็นส่วนที่สำคัญก็ย่อมเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ความแตกต่างของเกณฑ์นี้เป็นข้อสนับสนุนอีกข้อหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงการนำกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดมาใช้ในเรื่องความรับผิดชอบปัจเจกชน

ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อมา คือ ศาลอติตยูโกสลาเวียและศาลรวันดาวินิจฉัยในประเด็นต่างๆ ในหัวข้อ 3.1 โดยคำนึงถึงกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดหรือไม่ จากการศึกษาคดีต่างๆ ที่กล่าวมาแล้วนั้น คำวินิจฉัยแสดงให้เห็นว่าศาลอติตยูโกสลาเวียและศาลรวันดาคำนึงถึงสถานะ

---

Defence, the Bosnian Muslims constitute the only group that fits the definition of a group protected by the Convention."

<sup>48</sup> Ibid., para. 557, "A group's cultural, religious, ethnical or national characteristics must be identified within the socio-historic context which it inhabits. As in the *Nikolic* and *Jelusic* cases, the Chamber identifies the relevant group by using as a criterion the stigmatisation of the group, notably by the perpetrators of the crime, on the basis of its perceived national, ethnical, racial or religious characteristics."

<sup>49</sup> United Nations, *Jelusic case*, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-95-10, December 14, 1999, para. 69

กฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยคดี*คราสติก*ศาลแสดงว่า

"ศาลต้องตีความข้อ 4 ของธรรมนูญศาล (การทำลายล้างเผ่าพันธุ์) โดยคำนึงถึงสถานะของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเวลาที่เกิดเหตุการณ์ที่ Srebrenica ขึ้น การตีความบ่อเกิดอื่นๆ ก็ทำในทำนองเดียวกัน โดยศาลเริ่มพิจารณาจากการบัญญัติกฎหมายที่ทำโดยองค์กรระหว่างประเทศ ... ข้อ 4 บัญญัติขึ้นโดยมีข้อความตรงกันทุกประการกับอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งในที่นี้เป็นบ่อเกิดหลัก แม้อนุสัญญาดังกล่าวทำขึ้นในเวลาเดียวกับการบัญญัติคำว่า "การทำลายล้างเผ่าพันธุ์" แต่ก็ได้รับการยอมรับว่าเป็นการบัญญัติบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการรับรองมานาน และคดีต่างๆ จะยกระดับบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศนี้ไปเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด..."<sup>50</sup>

ศาลอดีตุโยโกสลาเวียในคดี*เยเลสิก*วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน โดยแสดงว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด<sup>51</sup> เช่นเดียวกับศาลวันดาในคดี*คายเซมาและรูชินดานา*<sup>52</sup> แต่ศาลในคดี*อคาเยสุ*ไม่ได้กล่าวถึงไว้โดยตรงแต่แสดงว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาญากรรมระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>53</sup> การ

---

<sup>50</sup> United Nations, *Krstic Case*, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-98-33-T, August 2, 2001, para. 541, "541. The Trial Chamber must interpret Article 4 of the Statute taking into account the state of customary international law at the time the events in Srebrenica took place. Several sources have been considered in this respect. The Trial Chamber first referred to the codification work undertaken by international bodies. The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (hereinafter "the Convention"), adopted on 9 December 1948, whose provisions Article 4 adopts *verbatim*, constitutes the main reference source in this respect. Although the Convention was adopted during the same period that the term "genocide" itself was coined, the Convention has been viewed as codifying a norm of international law long recognised and which case-law would soon elevate to the level of a peremptory norm of general international law (*jus cogens*)."

<sup>51</sup> United Nations, *Jellic case*, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-95-10, December 14, 1999, paras. 60 - 1

<sup>52</sup> United Nations. *The Prosecutor versus Clement Kayishema and Obed Ruzindana Case No. ICTR-95-1-T*, 21 May 1999, para. 88

<sup>53</sup> โปรดดู United Nations, *The Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia and Montenegro), the Application for Revision case, Judgment of 26 February 2007*, para. 161, ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแสดงว่าการ

วินิจฉัยต่างๆ ของศาลที่ได้ศึกษามาแล้วจึงคำนึงถึงการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในฐานะของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด

สำหรับการนำขอบเขตของเจตนาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ศาลในคดีต่างๆ ที่กล่าวมาแล้วมาใช้นั้น ศาลวันดาในคดี*อาคาเยสุ*และคดี*คาเยชิม่าและรูชินดานา*มีประเด็นที่ต้องพิจารณาในเรื่องของเกณฑ์ของกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครอง โดยวินิจฉัยว่าผู้ตกเป็นกลุ่มชาติพันธุ์ (ethnic group) ตามความหมายของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์<sup>54</sup> และจากหลักฐานต่างๆ ทั้งการโฆษณาชวนเชื่อ (propaganda) การสังหารหมู่ที่เกิดขึ้นอย่างเป็นระบบและไม่มีแบ่งแยก โดยมีเหตุผลมาจากการเป็นสมาชิกของกลุ่มเช่นว่า<sup>55</sup> ศาลวันดาในทั้งสองคดีจึงสรุปว่าเกิดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

---

ห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และโดยความสำคัญของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทำให้ได้รับการยอมรับว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด

<sup>54</sup> United Nations, *Akayesu case, Case No. ICTR-96-4-T, T.Ch. I, 2 Sep 1998*, para. 170, "The Chamber notes that the Tutsi population does not have its own language or a distinct culture from the rest of the Rwandan population. However, the Chamber finds that there are a number of objective indicators of the group as a group with a distinct identity. Every Rwandan citizen was required before 1994 to carry an identity card which included an entry for ethnic group (ubwoko in Kinyarwanda and ethnique in French), the ethnic group being Hutu, Tutsi or Twa.", United Nations. *The Prosecutor versus Clement Kayishema and Obed Ruzindana Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999*, para. 35, "35. This begs the question of how it became possible permanently to seal a person into one category after the Belgian colonisation. The Belgians instituted a system of national identification cards bearing the terms Hutu, Tutsi and Twa, under the category of ethnicity, which were used for administrative purposes in 1931. Although prior to the arrival of the European colonisers the Rwandans had referred to themselves as Hutus, Tutsis or Twas, it was after this point that the group identity solidified and this former sociological categorisation became a means of ethnic identification. From its inception, the identification card has been used to facilitate discrimination against one group or another in Rwanda, be it in the implementation of an ethnic based quota system in educational and employment opportunities or in implementing a policy of genocide as was done in 1994."

<sup>55</sup> United Nations, *Akayesu case, Case No. ICTR-96-4-T, T.Ch. I, 2 Sep 1998*, para. 118 and 125, "118. In the opinion of the Chamber, there is no doubt that considering their undeniable scale, their systematic nature and their atrociousness, the massacres were aimed at exterminating the group that was targeted." and "125. Clearly therefore, the massacres which occurred in Rwanda in 1994 had a specific objective, namely the extermination of the Tutsi, who were targeted especially

กลุ่มผู้ตั้งขึ้นในวันดา<sup>56</sup> ส่วนศาลอดีตยูโกสลาเวียมีประเด็นที่แตกต่างออกไป เนื่องจากไม่มีการยืนยันจากสหประชาชาติว่าเกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ขึ้นในอดีตยูโกสลาเวียเช่นเดียวกับในประเทศวันดา<sup>57</sup> ศาลในคดีเยเลสิกเห็นว่าเจตนาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์สามารถเกิดขึ้นได้โดยมีขอบเขตพื้นที่ภูมิศาสตร์ที่จำกัด และอาจมีแสดงได้จากจำนวนหรือความสำคัญของผู้เสียหาย แต่เนื่องจากข้อเท็จจริงที่ว่าในการเลือกเหยื่อเพื่อสังหารหรือทรมาน ผู้ถูกกล่าวหาคือ Goran Jelesic ใช้วิธีการที่สุ่มเลือก แม้จะเลือกเฉพาะชาวบอสเนียนมุสลิมโดยไม่แบ่งแยก แต่ก็ทำให้การพิสูจน์

---

because of their Tutsi origin and not because they were RPF fighters. In any case, the Tutsi children and pregnant women would, naturally, not have been among the fighters.", United Nations. The Prosecutor versus Clement Kayishema and Obed Ruzindana Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999, para. 289, "289. In summary, the Trial Chamber finds that the massacres of the Tutsi population indeed were "meticulously planned and systematically co-ordinated" by top level Hutu extremists in the former Rwandan government at the time in question. The widespread nature of the attacks and the sheer number of those who perished within just three months is compelling evidence of this fact. This plan could not have been implemented without the participation of the militias and the Hutu population who had been convinced by these extremists that the Tutsi population, in fact, was the enemy and responsible for the downing of President Habyarimana's airplane."

<sup>56</sup> United Nations, *Akayesu case, Case No. ICTR-96-4-T, T.Ch. I, 2 Sep 1998*, para. 126, "126. Consequently, the Chamber concludes from all the foregoing that genocide was, indeed, committed in Rwanda in 1994 against the Tutsi as a group." United Nations. The Prosecutor versus Clement Kayishema and Obed Ruzindana Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999, para. 291, "291. Final reports produced estimated the number of the victims of the genocide at approximately 800,000 to one million, nearly one-seventh of Rwanda's total population. These facts combined prove the special intent requirement element of genocide. Moreover, there is ample evidence to find that the overwhelming majority of the victims of this tragedy were Tutsi civilians which leaves this Chamber satisfied that the targets of the massacres were "members of a group," in this case an ethnic group. In light of this evidence, the Trial Chamber finds a plan of genocide existed and perpetrators executed this plan in Rwanda between April and June 1994. "

<sup>57</sup> " United Nations. The Prosecutor versus Clement Kayishema and Obed Ruzindana Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999, para. 273, "273. A question of general importance to this case is whether genocide took place in Rwanda in 1994, as the Prosecution has alleged. Considering the plethora of official reports, including United Nations documents, which confirm that genocide occurred in Rwanda and the absence of any Defence argument to the contrary, one could consider this point, settled."



เจตนาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ต้องการทำลายกลุ่มบอสเนียนมุสลิมที่เหลือไม่ปราศจากข้อสงสัยอันมีเหตุผล<sup>58</sup> และผู้ถูกกล่าวหาไม่มีความผิดในฐานการทำลายล้างเผ่าพันธุ์<sup>59</sup> ศาลในคดี*คราสติก* ได้ข้อสรุปในเรื่องขอบเขตของเจตนาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เช่นเดียวกับศาลในคดี*เยเลสิก*<sup>60</sup> แต่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นใน Srebrenica ซึ่งเป็นพื้นที่ยุทธศาสตร์ที่ผู้กระทำไม่ต้องการให้ชาวบอสเนียนมุสลิมในพื้นที่ดังกล่าวกลับเข้ามาครอบครองได้อีก<sup>61</sup> ทำให้การสังหารหมู่ชายชาวบอสเนียนมุสลิมในวัยทหารจำนวน 7,475 คนจากชาวบอสเนียนมุสลิมในพื้นที่ดังกล่าว 38,000 - 42,000 คนซึ่งเป็นสังคมที่ต้องพึ่งผู้ชายเป็นหลักได้รับการตีความว่าเป็นความต้องการทำลายทั้งหมดหรือบางส่วนของกลุ่มชาวบอสเนียนมุสลิมในพื้นที่ดังกล่าว<sup>62</sup> ศาลจึงสรุปว่าเกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

---

<sup>58</sup> United Nations, *Jelusic case*, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-95-10, December 14, 1999, para. 93, "... One witness stated *inter alia* that Goran Jelusic seemed to select the names of persons at random from a list. Other witnesses suggested that the accused himself picked out his victims from those in the hangar. In no manner has it been established that the lists seen by Witness K or by Witness R at Luka camp correspond to that submitted by the Prosecutor. It is not therefore possible to conclude beyond all reasonable doubt that the choice of victims arose from a precise logic to destroy the most representative figures of the Muslim community in Brcko to the point of threatening the survival of that community."

<sup>59</sup> *Ibid.*, para. 108, "... The benefit of the doubt must always go to the accused and, consequently, Goran Jelusic must be found not guilty on this count."

<sup>60</sup> โปรดดูหัวข้อ 4.1.1 และ 4.1.2

<sup>61</sup> United Nations, *Krstic Case*, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-98-33-T, August 2, 2001, paras. 563 - 4, "563. The accused himself defined the objective of the campaign in Bosnia during an interview in November 1995, when he explained that the Podrinje region should remain "Serbian for ever, while the Eastern part of Republika Srpska and the Drina river would be an important meeting point for the entire Serbian people from both sides of the Drina".

564. In this goal, the cleansing of Bosnian Muslims from Srebrenica had special advantages. Lying in the central Podrinje region, whose strategic importance for the creation of a Bosnian Serb Republic has frequently been cited in testimony, Srebrenica and the surrounding area was a predominantly Muslim pocket within a mainly Serbian region adjoining Serbia. Given the war objectives, it is hardly surprising that the Serbs and Bosnian Muslims fought each other bitterly in this region from the outbreak of the conflict."

<sup>62</sup> *Ibid.*, para. 592 and 595

ขึ้นใน Srebrenica<sup>63</sup> ซึ่งเป็นการยืนยันถึงขอบเขตของเจตนาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ศาลกำหนดไว้ เนื่องจากยังไม่มีกรรณการยอมรับอย่างเป็นทางการว่าเกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ขึ้นในบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนามาก่อน

### 3.2 ผลที่มีต่อการกระทำที่สามารถลงโทษได้

นอกจากผลที่มีต่อขอบเขตของเจตนาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ผลของการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ยังปรากฏในความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนจากการกระทำที่สามารถลงโทษได้ (Punishable act) ซึ่งแตกต่างออกไปจากความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนทั่วไป กล่าวคือ การกระทำที่ลงโทษได้นี้เป็นการกระทำที่เป็นความผิดในตัวเองแยกต่างหากออกจากความผิดฐานการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งหมายถึงการกระทำเหล่านี้สามารถลงโทษได้แม้ไม่มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นก็ตาม

การกระทำที่สามารถลงโทษ หมายถึง การกระทำตามข้อ 3 ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งนำมาบัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลอาชญากรรมโลกและธรรมนูญศาลรวันดา โดยรวมการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และการกระทำอื่นๆ ที่เป็นความผิด การกระทำอื่นๆ ที่เป็นความผิดประกอบด้วย การสมคบคิดกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (Conspiracy to commit genocide) การยุยงโดยตรงและโดยการโฆษณาชวนเชื่อให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (Direct and public incitement to commit genocide) การพยายามทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (Attempt to commit genocide) และการมีส่วนร่วมในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (Complicity to commit genocide)<sup>64</sup> การกระทำอื่นๆ เหล่านี้ถือเป็นความผิดที่ไม่ร้ายแรง (inchoate crime) หรือความผิดอุปกรณที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบกับผู้ที่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดในรูปแบบต่างๆ โดยไม่ได้เป็นผู้กระทำความผิดฐานการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เอง ประกอบด้วย การสมคบคิดกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และการยุยงโดยตรงและโดยการโฆษณาในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อีกส่วน

<sup>63</sup> Ibid., para. 598, " The Chamber concludes that the intent to kill all the Bosnian Muslim men of military age in Srebrenica constitutes an intent to destroy in part the Bosnian Muslim group within the meaning of Article 4 and therefore must be qualified as a genocide."

<sup>64</sup> Preventgenocide International, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide [Online], (n.d.). Available from: <http://www.preventgenocide.org/law/convention/text.htm>, [28 July 2008, 10.08], article 3 Punishable act

หนึ่งเป็นความผิดของผู้กระทำในขั้นตอนที่ยังไม่เป็นความผิดสำเร็จ คือ การพยายามกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการมีส่วนร่วมในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

การสมคบคิดกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หมายถึง การตกลงกันระหว่างบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปกระทำอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์<sup>65</sup> การยุยงโดยตรงและโดยการโฆษณาชวนเชื่อให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หมายถึง การยุยงผู้กระทำให้ทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยตรง ไม่ว่าจะจากการพูด การตระโกนหรือขู่เข็ญที่แสดงออกในที่สาธารณะ หรือที่ชุมนุม หรือผ่านช่องทางการสื่อสารต่างๆ<sup>66</sup> การพยายามทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หมายถึง การกระทำที่กระทำไปจนถึงขั้นสาระสำคัญ แต่อาชญากรรมไม่เกิดเพราะเหตุการณที่เป็นอิสระจากเจตนาของผู้กระทำ<sup>67</sup> ส่วนการมีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หมายถึง การให้ความช่วยเหลือและให้ความสะดวก<sup>68</sup> หรือบุคคลผู้เข้ามีส่วนร่วมในความผิดที่กระทำโดยบุคคลอื่น<sup>69</sup>

<sup>65</sup> United Nations. *Musema case*, (Trial Chamber), Case No.: ICTR-96-13-T, 27 Jan 2000 [Online]. (n.d.). Available from: <http://69.94.11.53/ENGLISH/cases/Musema/judgement.htm> [2 Nov 2007], para. 191, "... , the Chamber holds that conspiracy to commit genocide is to be defined as an agreement between two or more persons to commit the crime of genocide."

<sup>66</sup> United Nations, *Akayesu case*, Case No. ICTR-96-4-T, T.Ch. I, 2 Sep 1998, para. 559, "559. In light of the foregoing, it can be noted in the final analysis that whatever the legal system, direct and public incitement must be defined for the purposes of interpreting Article 2(3)(c), as directly provoking the perpetrator(s) to commit genocide, whether through speeches, shouting or threats uttered in public places or at public gatherings, or through the sale or dissemination, offer for sale or display of written material or printed matter in public places or at public gatherings, or through the public display of placards or posters, or through any other means of audiovisual communication."

<sup>67</sup> United Nations, *Rome Statute of the International Court* [Online]. (n.d.). Available from: [http://www.untreaty.org/english/bible/internetbible/partI/chapterXVIII/treaty\\_11.asp](http://www.untreaty.org/english/bible/internetbible/partI/chapterXVIII/treaty_11.asp) [7 Aug 2007], article 25 (3)(f), "Attempts to commit such a crime by taking action that commences its execution by means of a substantial step, but the crime does not occur because of circumstances independent of the person's intentions. However, a person who abandons the effort to commit the crime or otherwise prevents the completion of the crime shall not be liable for punishment under this Statute for the attempt to commit that crime if that person completely and voluntarily gave up the criminal purpose."

<sup>68</sup> United Nations, *Akayesu case*, Case No. ICTR-96-4-T, T.Ch. I, 2 Sep 1998, para. 485, "485. The Chamber finds that, in many legal systems, aiding and abetting constitute acts of complicity."

<sup>69</sup> United Nations. *Musema case*, (Trial Chamber), Case No.: ICTR-96-13-T, 27 Jan 2000, para. 170, " According to the Chamber, the definition of complicity in genocide articulated in the *Akayesu*

ต่อไปจะได้วิเคราะห์การกระทำเหล่านี้เฉพาะการกระทำที่ทำให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนในทางระหว่างประเทศที่แตกต่างจากความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนภายใต้กฎหมายภายใน นั่นคือ การสมคบคิดกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เนื่องจากไม่มีประเด็นเรื่องนี้ในศาลอติตยโกสลาเวีย ในส่วนนี้จะศึกษาเฉพาะคดีที่เกิดขึ้นในประเทศรวันดา ส่วนการกระทำต่อมาที่จะวิเคราะห์ คือ การยุยงโดยตรงและโดยการโฆษณาชวนเชื่อให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

### 3.2.1 การสมคบคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

การกระทำที่สามารถลงโทษได้นอกเหนือไปจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว การกระทำที่เป็นความผิดอื่นๆ นั้น อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์และธรรมนูญศาลอติตยโกสลาเวียและธรรมนูญศาลรวันดาไม่ได้ให้อำนาจประกอบของความผิดเอาไว้โดยชัดแจ้ง โดยศาลรวันดาตีความโดยอาศัยการพิจารณาเปรียบเทียบกฎหมายอาญาของประเทศต่างๆ ทั้งประเทศที่ใช้กฎหมายระบบซีวิลลอว์และประเทศที่ใช้กฎหมายคอมมอนลอว์ แต่การเปรียบเทียบดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาจากความแตกต่างของระบบกฎหมายทั้งสองแบบ โดยเฉพาะกรณีของการสมคบคิดที่ถือเป็นความผิดที่รู้จักกันดีในกฎหมายระบบคอมมอนลอว์ แต่มีการยอมรับอย่างจำกัดในกฎหมายระบบซีวิลลอว์ โดยการกระทำดังกล่าวในกฎหมายระบบซีวิลลอว์เป็นการกระทำที่ไม่เป็นความผิดในตัวเองเพราะถือเป็นขั้นเตรียมการเท่านั้น เว้นแต่การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดที่ร้ายแรงอันมีผลต่อความมั่นคงของรัฐ<sup>70</sup> นอกจากนี้ การสมคบคิดมีเฉพาะในเรื่องการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เท่านั้น ไม่รวมถึงอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและอาชญากรรมสงคราม<sup>71</sup> ข้อแตกต่างในเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนนี้ย่อมสะท้อนถึงผลของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดในระดับหนึ่ง การศึกษาในหัวข้อนี้จึงพิจารณาจากการสมคบคิดกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นหลัก และจะพิจารณาเพิ่มเติมจากการกระทำที่เป็นความผิดอื่นๆ ประกอบ

---

Judgement, states that an accomplice to an offence may be defined as someone who associates himself in an offence committed by another, complicity necessarily implying the existence of a principal offence."

<sup>70</sup> Antonio Cassese, *International Criminal Law*, pp. 196 - 7, William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crimes of crime*, Reprint (London: Cambridge University Press, 2002), pp. 259 - 260

<sup>71</sup> William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crimes of crime*, p. 265

ประเด็นที่ต้องพิจารณาในเรื่องนี้ คือ การสมคบคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นความผิดที่แตกต่างหากจากความผิดฐานการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่ เนื่องจากในประเทศที่ใช้กฎหมายระบบซีวิลลอว์ไม่ยอมรับการสมคบคิด หรือการตกลงใจร่วมกันของบุคคลสองคนที่จะกระทำความผิดไม่ร้ายแรงว่าเป็นความผิดในตัวเอง ซึ่งหมายความว่า หากการสมคบคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นความผิดในตนเอง ย่อมแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต่อสังคมระหว่างประเทศ และการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยการพิจารณาว่าการสมคบคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นความผิดในตัวเองหรือไม่ อาจพิจารณาจากหลักกฎหมายในเรื่องการสมคบคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ศาลรวันดาได้วางไว้

คดีมุเซมาเป็นคดีหนึ่งซึ่งผู้ถูกกล่าวหาถูกตั้งข้อหาสมคบคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ศาลรวันดาเริ่มจากการพิจารณาถึงงานเตรียมการร่าง (*Travaux Préparatoires*) ที่เห็นว่าจากความร้ายแรงของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทำให้เพียงการตกลงกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นสิ่งที่ไม่โทษได้ แม้ไม่มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นก็ตาม<sup>72</sup> และเลขาธิการสหประชาชาติในการอภิปรายในการร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ให้เหตุผลสนับสนุนว่าการกำหนดให้กระทำความผิด (การสมคบคิด) เป็นความผิดในตัวเองก็เพื่อให้สอดคล้องกับข้อมติที่ 96 ซึ่งต้องสอดคล้องกับความเด็ดขาดของการป้องกันอาชญากรรมการทำลายล้างเผ่าพันธุ์<sup>73</sup> ศาลได้อธิบายเพิ่มเติมโดยเปรียบเทียบการกระทำนี้ในกฎหมายแต่ละระบบ ซึ่งการกระทำนี้ในกฎหมายระบบคอมมอนลอว์ถือเป็นรูปแบบเฉพาะของการกระทำความผิดและเป็นความผิดในตัวเอง<sup>74</sup> ขณะที่กฎหมายระบบซีวิลลอว์ถือว่าการสมคบคิดเป็นการกระทำที่สามารถลงโทษได้เมื่อการตกลงกระทำความผิดที่ร้ายแรงที่สุดหรือมีผลต่อความมั่นคงของรัฐ<sup>75</sup> ศาลจึงเห็นว่าการสมคบคิดในการ

<sup>72</sup> United Nations. *Musema case*, (Trial Chamber), Case No.: ICTR-96-13-T, 27 Jan 2000, para. 170, "The "*Travaux Préparatoires*" of the Genocide Convention suggest that the rationale for including such an offence was to ensure, in view of the serious nature of the crime of genocide, that the mere agreement to commit genocide should be punishable even if no preparatory act has taken place."

<sup>73</sup> *Ibid.*, " Indeed, during the debate preceding the adoption of the Convention, the Secretariat advised that, in order to comply with General Assembly resolution 96 (I), the Convention would have to take into account the imperatives of the prevention of the crime of genocide:"

<sup>74</sup> *Ibid.*, para. 186, "... The Chamber notes that Common Law systems tend to view "*entente*" or conspiracy as a specific form of criminal participation, punishable in itself."

<sup>75</sup> *Ibid.*, " ... In Civil Law systems, conspiracy (*complot*) is punishable only where its purpose is



ทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นความผิดที่สามารถลงโทษได้แม้ไม่มีการกระทำความผิดตามที่ตกลง<sup>76</sup> แต่เนื่องจากอัยการไม่ได้ให้หลักฐานว่ามีการตกลงกันในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และมีการตกลงเช่นว่า ศาลจึงตัดสินยกฟ้องว่าผู้ถูกกล่าวหาไม่มีความผิดฐานสมคบคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์<sup>77</sup>

เมื่อพิจารณาถึงคดีอื่นที่เกี่ยวข้องกับการสมคบคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ศาลวันดาตัดสินในคดีคัมบันดาว่าผู้ถูกกล่าวหาไม่มีความผิดฐานสมคบคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยคดีนี้เป็นคดีที่ผู้ถูกกล่าวหาให้การรับสารภาพ คำพิพากษาในส่วนดังกล่าวมีดังนี้

"2) โดยการกระทำหรืองดเว้นการกระทำที่ได้อธิบายไว้ในหัวข้อที่ 3.8, 3.9, 3.13 ถึง 3.15 และ 3.19 ของคำฟ้อง ของ คัมบันดาได้สมคบคิดกับบุคคลอื่นซึ่งรวมถึงรัฐมนตรีในรัฐบาลของเขา...ในการสังหารและทำให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงแก่ร่างกายหรือจิตใจของชาวตุตซีด้วยเจตนาที่จะทำลายทั้งหมดหรือแต่บางส่วนของกลุ่มเชื้อชาติหรือสีผิวเช่นว่า ซึ่งเป็นการกระทำการสมคบคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ได้มีการบัญญัติไว้ในข้อ 2(3)(b) ของธรรมนูญศาลว่าเป็นความผิด และเกี่ยวข้องกับผู้ถูกกล่าวหาภายใต้อำนาจของข้อ 6(1)..."<sup>78</sup>

โดยคดีนี้ ผู้ถูกกล่าวหาไม่มีความผิดฐานการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และความผิดฐานสมคบคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จากข้อเท็จจริงเดียวกันในบางส่วน<sup>79</sup>

---

to commit certain crimes considered as extremely serious, such as, undermining the security of the State."

<sup>76</sup> Ibid., para. 194, "The Chamber is of the view that the crime of conspiracy to commit genocide is punishable even if it fails to produce a result, that is to say, even if the substantive offence, in this case genocide, has not actually been perpetrated."

<sup>77</sup> Ibid., paras. 940 - 1

<sup>78</sup> United Nations. *Kambanda case*, (Trial Chamber), Case No. ICTR-97-23, September 4, 1998 [Online]., (n.d.). Available from: <http://69.94.11.53/ENGLISH/cases/Kambanda/judgement.htm> [2 Nov 2007], para. 40(2), "2) By his acts or omissions described in paragraphs 3.8, 3.9, 3.13 to 3.15 and 3.19 of the indictment, Jean Kambanda did conspire with others, including Ministers of his Government, such as Pauline Nyiramasuhuko, Andre Ntagerura, Eliezer Niyitegeka and Edouard Karemera, to kill and to cause serious bodily or mental harm to members of the Tutsi population, with intent to destroy in whole or in part, an ethnic or racial group as such, and has thereby committed conspiracy to commit genocide, stipulated in Articles 2(3)(b) of the Statute as a crime, and attributed to him by virtue of Article 6(1) and punishable in reference to Articles 22 and 23 of the Statute of the Tribunal."

<sup>79</sup> Ibid., para. 40(1) และ 40(2), จากการกระทำตามฟ้องในหัวข้อที่ 3.13 - 3.15 และ 3.19

จะเห็นได้ว่า คำพิพากษาในคดี *เชมาววง* หลักว่าการสมคบคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เป็นความผิดที่แยกออกจากความผิดฐานการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งสามารถลงโทษได้แม้ไม่มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้น โดยอาศัยเหตุผลจากงานเตรียมการร่างและโดยเฉพาะลักษณะบังคับเด็ดขาดของการป้องกันการการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งเป็นข้อยืนยันในการสนับสนุนผลของการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แม้ว่าจะไม่มีการตัดสินว่าผู้ถูกกล่าวหามีความผิดในเรื่องดังกล่าวก็ตาม หลักกฎหมายที่ศาลวางไว้ยังคงใช้ได้เพราะการตัดสินว่าไม่มีความผิดเกิดจากความบกพร่องของทางอัยการเอง โดยมีคำพิพากษาของศาลวันดาในคดี *คัมบันดา* แสดงว่าโดยข้อเท็จจริงเดียวกันผู้ถูกกล่าวหาที่มีความผิดทั้งฐานการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และฐานสมคบคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จึงสรุปได้ว่าการสมคบคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นการกระทำที่เป็นความผิดที่แยกออกจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงการยอมรับในระดับระหว่างประเทศและสถานะของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

### 3.2.2 การยุยงโดยตรงและโดยการโฆษณาชวนเชื่อให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

การยุยงให้มีการกระทำความผิดอยู่ในรูปของการชักนำ (inducement) การกระตุ้น (encouragement) หรือการชักจูง (persuasion) ให้กระทำความผิด โดยการยุยงเป็นความผิดก็ต่อเมื่อ 1. ต้องกระทำโดยตรงและชัดแจ้ง 2. ต้องมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง การยุยงไม่ได้เป็นความผิดในตัวเอง<sup>80</sup> ซึ่งในประเทศที่ใช้กฎหมายระบบซีวิลลอว์และประเทศที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์ไม่มีความแตกต่างกัน โดยมีเหตุผลว่าไม่มีความผิดฐานยุยงหากไม่มีใครถูกยุยง เว้นแต่การยุยงโดยการโฆษณาต่อสาธารณะที่ถือเป็นความผิด<sup>81</sup> แต่ความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนต่อการยุยงโดยตรงและโดยการโฆษณาชวนเชื่อให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์แตกต่างกันออกไป ซึ่งความแตกต่างนี้ย่อมเป็นส่วนหนึ่งที่อาจสะท้อนถึงผลของการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ศาลวันดาในคดี *อาคาเยสุ* ได้วินิจฉัยัยในประเด็นนี้ โดยอ้างถึงคดีของศาลอนุกรมเบิร์ก และ

<sup>80</sup> Antonio Cassese, *International Criminal Law*, p. 189

<sup>81</sup> William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crimes of crime*, Reprint , p. 266

ความสำคัญของการยุยงที่มีต่อสาธารณะชนจากงานเตรียมร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งบบาททของการโฆษณาชวนเชื่อทำให้ประชาชนจำนวนมากถูกยุยงและก่ออาชญากรรม<sup>82</sup> ทำให้การยุยงโดยตรงและโดยการโฆษณาชวนเชื่อให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นความผิดที่สามารถลงโทษได้ แม้ไม่มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นก็ตาม แต่เสียงข้างมากไม่เห็นด้วยกับแนวทางดังกล่าว<sup>83</sup> แม้ไม่มีข้อสนับสนุนอย่างชัดเจนจากงานเตรียมร่าง ศาลเห็นว่าการกระทำนี้เป็นอันตรายอย่างยิ่งเมื่อเป็นเรื่องของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งถือเป็นอาชญากรรมร้ายแรงเพราะทำให้เกิดความเล็งขึ้นต่อสังคม และการลงโทษถือเป็นมาตรการป้องกัน แม้การกระทำจะไม่ประสบความสำเร็จก็ตาม<sup>84</sup> ในคดีนี้ผู้ถูกกล่าวหาได้รับการตัดสินว่ามีความผิดในข้อหาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์<sup>85</sup> และการยุยงโดยตรงและโดยการโฆษณาชวนเชื่อให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยข้อเท็จจริงเดียวกัน<sup>86</sup> แม้ว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะเกิดขึ้น แต่การที่ศาลลงโทษแยก

---

<sup>82</sup> United Nations, *Akayesu case, Case No. ICTR-96-4-T, T.Ch. I, 2 Sep 1998*, paras. 550 - 1, " At the time the Convention on Genocide was adopted, the delegates agreed to expressly spell out direct and public incitement to commit genocide as a specific crime, in particular, because of its critical role in the planning of a genocide, with the delegate from the USSR stating in this regard that, "It was impossible that hundreds of thousands of people should commit so many crimes unless they had been incited to do so..."

<sup>83</sup> *Ibid.*, para. 561, "... It appears from the *travaux préparatoires* of the Convention on Genocide that the drafters of the Convention considered stating explicitly that incitement to commit genocide could be punished, whether or not it was successful. In the end, a majority decided against such an approach."

<sup>84</sup> *Ibid.*, para. 562, " In the opinion of the Chamber, the fact that such acts are in themselves particularly dangerous because of the high risk they carry for society, even if they fail to produce results, warrants that they be punished as an exceptional measure. The Chamber holds that genocide clearly falls within the category of crimes so serious that direct and public incitement to commit such a crime must be punished as such, even where such incitement failed to produce the result expected by the perpetrator."

<sup>85</sup> *Ibid.*, para.698 , "698. Count 1 relates to all the events described in the Indictment. The Prosecutor submits that by his acts alleged in paragraphs 12 to 23 of the Indictment, Akayesu committed the crime of genocide, punishable under Article 2(3)(a) of the Statute."

<sup>86</sup> *Ibid.*, para. 672, "672. Count 4 deals with the allegations described in paragraphs 14 and 15 of the Indictment, relating, essentially, to the speeches that Akayesu reportedly made at a meeting held in Gishyeshye on 19 April 1994. The Prosecutor alleges that, through his speeches,

จากกันแสดงให้เห็นว่าการกระทำที่เป็นความผิดนี้เป็นความผิดที่แตกต่างหากจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

จากการวางหลักกฎหมายในเรื่องการยุยงโดยตรงและโดยการโฆษณาชวนเชื่อให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และการตัดสินของศาลในการกระทำที่เป็นความผิดฐานดังกล่าวโดยใช้ข้อเท็จจริงเดียวกับการกระทำความผิดฐานการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แสดงให้เห็นว่าการยุยงโดยตรงและโดยการโฆษณาชวนเชื่อให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นการกระทำที่เป็นความผิดที่แตกต่างหากจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งสะท้อนให้เห็นความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนตามกฎหมายระหว่างประเทศที่แตกต่างออกไป และการให้ความเห็นของศาลที่แสดงความสำคัญของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นการสนับสนุนว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด โดยศาลพิจารณาถึงสถานะของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มากกว่าข้อสนับสนุนจากงานเตรียมร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ การที่การสมคบคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการยุยงโดยตรงและโดยการโฆษณาชวนเชื่อให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้รับการยอมรับว่าเป็นความผิดในตัวเองยังเป็นการแสดงให้เห็นว่าหน้าที่ในการป้องกันและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด จึงทำให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนตามกฎหมายระหว่างประเทศที่สูงสุดหรือเกินไปกว่าความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนในกฎหมายภายใน ในส่วนต่อไปจะศึกษาถึงข้อสนับสนุนเพิ่มเติมจากความรับผิดชอบของปัจเจกชนต่อหน้าที่ในการป้องกันและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

### 3.3 ความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนจากการบังคับบัญชา

กฎหมายระหว่างประเทศได้มีการกำหนดหน้าที่โดยตรงให้กับปัจเจกชน หน้าที่นั้น ก็คือการป้องกันและลงโทษผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาของตน โดยมีจุดเริ่มต้นจากสายการบังคับบัญชาทางทหารและนำมาใช้ในศาลทหารระหว่างประเทศภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ภายใต้แนวความคิดในการคุ้มครองผู้เสียหายจากสงคราม โดยกำหนดหน้าที่เฉพาะให้กับผู้บังคับบัญชาทหารที่จะต้องดูแลลูกน้องไม่ให้ก่ออาชญากรรมสงคราม<sup>87</sup> ความรับผิดชอบในลักษณะนี้แสดงให้เห็นถึงความ

---

Akayesu committed the crime of direct and public incitement to commit genocide, a crime punishable under Article 2(3)(c) of the Statute."

<sup>87</sup> William A. Schabas, Genocide in International Law: The Crimes of crime, p. 304, ดูเพิ่มเติม

รับผิดชอบของปัจเจกชนที่สูงกว่าความรับผิดชอบทางอาญาภายใต้กฎหมายภายใน ซึ่งจะได้มีการวิเคราะห์ต่อไปในหัวข้อนี้

ความรับผิดชอบของปัจเจกชนดังกล่าวได้มีการนำมาบัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลอดีตยูโกสลาเวียและธรรมนูญศาลรวันดา โดยนักวิชาการมีความเห็นในเรื่องลักษณะของความรับผิดชอบนี้เป็น 2 แบบ แบบแรกนั้นเห็นว่าความรับผิดชอบนี้เป็นความรับผิดชอบที่เกิดเนื่องจากความประมาท เพราะหากมีเจตนาแล้ว ผู้กระทำย่อมเกิดความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชน<sup>88</sup> ขณะที่อีกแบบหนึ่งเห็นว่าความรับผิดชอบนี้มี 2 รูปแบบ คือ แบบเชิงบวกหรือความรับผิดชอบโดยตรงที่ผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบจากสิ่งที่ตนได้สั่งการโดยตรง และแบบเชิงลบหรือความรับผิดชอบทางอ้อมที่ผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบจากสิ่งที่ตนประมาทหรือดเว้นที่จะควบคุมลูกน้องหรือผู้ใต้บังคับบัญชา<sup>89</sup> จะเห็นได้ว่าแนวความเห็นทั้ง 2 แบบมีส่วนที่เหมือนกัน คือ ความรับผิดชอบนี้สามารถเกิดขึ้นจากความประมาท ซึ่งจะได้มีการวิเคราะห์เฉพาะในส่วนนี้ต่อไป เพราะการนำความรับผิดชอบที่อาจเกิดจากความประมาทหรือการงดเว้นสะท้อนให้เห็นถึงหน้าที่โดยตรงที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้ปัจเจกชน และผลของการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ความรับผิดชอบของปัจเจกชนจากการบังคับบัญชาตามธรรมนูญศาลอดีตยูโกสลาเวียและธรรมนูญศาลรวันดา โดยสามารถแยกองค์ประกอบได้เป็น 3 อย่าง ประกอบด้วย 1. สายการบังคับบัญชา 2. ผู้บังคับบัญชารู้หรือมีเหตุผลที่จะรู้ว่ากำลังจะเกิดหรือกำลังเกิดการกระทำผิดอาญาขึ้น 3. ผู้บังคับบัญชาไม่ใช้มาตรการที่จำเป็นและสมเหตุสมผลในการป้องกันการกระทำผิดอาญาที่เกิดขึ้นหรือลงโทษผู้กระทำความผิด<sup>90</sup> ในส่วนนี้จะทำการวิเคราะห์เฉพาะเรื่องการบังคับบัญชา

---

Antonio Cassese, *International Criminal Law*, p. 200 - 211

<sup>88</sup> Ibid., p. 305, "... But command responsibility is an offence of negligence, ..."

<sup>89</sup> Yusuf Aksar, *Implementing International Humanitarian Law From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*, p. 99, ดูเพิ่มเติม Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 251

<sup>90</sup> United Nations, *Prosecutor v. Zejnil Delalic Zdravko Mucic also known as "Pavo" Hazim Delic Esad Landzo also known as "Zenga" Pro. Judgement of: 16 November 1998*, (n.d.). Available from: <http://icr.icty.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/IT-96-21/JUD47R0000067533.TIF> [8 Apr 2009], para. 346, "... the Trial Chamber agrees with the Prosecution's proposition that the principle of superior responsibility properly is analysed as



เนื่องจากเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับลักษณะพิเศษของความรับผิดชอบจากการบังคับบัญชาของปัจเจกชน ดังนี้

หลักกฎหมายที่ศาลใช้ทดสอบการมีอยู่ของสายการบังคับบัญชา คือ การควบคุมที่มีประสิทธิภาพ (effective control) หรือการมีอำนาจบังคับบัญชาตามความเป็นจริง (de facto power) โดยศาลอดีตกองโจทก์เวียตติง *คราสติก* ผู้ถูกกล่าวหาได้แย้งว่าตนไม่มีอำนาจในการบังคับบัญชา แต่ศาลพบว่าผู้ถูกกล่าวหาได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้บังคับบัญชา แม้จะไม่ได้รับการแต่งตั้งอย่างเป็นทางการก็ตาม<sup>91</sup> และจากอำนาจบังคับบัญชาตามความเป็นจริงดังกล่าว ผู้ถูกกล่าวหาที่มีความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนจากการบังคับบัญชา ศาลวันดามีแนวทางที่ไม่แตกต่างกันในการวินิจฉัยถึงสายบังคับบัญชากรณีของพลเรือน ศาลคดี *อาคาเยสุ* เห็นว่าเรื่องความรับผิดชอบของปัจเจกชนจากการบังคับบัญชาของพลเรือนยังเป็นที่โต้แย้ง จึงต้องพิจารณาจากการที่บุคคลดังกล่าวมีอำนาจในการใช้มาตรการที่จำเป็นและมีเหตุผลในการป้องกันการก่ออาชญากรรมหรือลงโทษผู้กระทำผิด<sup>92</sup> ศาลคดี *คาซิเซมาและรูชินดানা* เห็นว่าความรับผิดชอบของปัจเจกชนจากการ

---

containing three constitutive parts. 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."

<sup>91</sup> United Nations, *Krstic Case*, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-98-33-T, August 2, 2001, paras. 328 - 330, "328. The conflicting evidence reveals that, from early July 1995, General Krstic began to assume more and more *de facto* responsibility within the Drina Corps. ..." and "330. The Prosecution accepted that General @ivanovi} was, in accordance with the decree issued by President Karadzic, "officially on paper" Corps Commander until 15 July 1995. Nonetheless, from the afternoon of 13 July 1995, General Krstic behaved as Commander of the Drina Corps, commencing with the 13 July search order, which he signed in his newly acquired capacity of Corps Commander. There was no confusion on the part of the Drina Corps: it was clearly understood that General Krstic was the Commander from 13 July 1995 and his orders were implemented accordingly."

<sup>92</sup> United Nations, *Akayesu case*, Case No. ICTR-96-4-T, T.Ch. I, 2 Sep 1998, para. 491, "The Chamber therefore finds that in the case of civilians, the application of the principle of individual criminal responsibility, enshrined in Article 6 (3), to civilians remains contentious. Against this

บังคับบัญชาของพลเรือนหรือไม่ ไม่ใช่เรื่องสำคัญ แต่เป็นระดับของอำนาจบังคับบัญชาของผู้ถูกกล่าวหาที่มีต่อผู้ใต้บังคับบัญชาของตน<sup>93</sup> และเพิ่มเติมว่า "อำนาจอิทธิพลที่ไม่เป็นทางการในการสั่งการก็เพียงพอที่จะทำให้เกิดความรับผิดชอบจากการบังคับบัญชา"<sup>94</sup>

จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายที่ศาลอดีตยูโกสลาเวียและศาลรวันดางวางไว้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน นั่นคือ การควบคุมที่มีประสิทธิผล แม้ว่าศาลอดีตยูโกสลาเวียจะพิจารณาสายบังคับบัญชาของทหารโดยตรง แต่ในการพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ถูกกล่าวหา ศาลแสดงให้เห็นว่าความรับผิดชอบทางอาญาดังกล่าวเกิดจากอำนาจการบังคับบัญชาที่แท้จริง โดยไม่จำเป็นต้องมีการแต่งตั้งแต่อย่างใด ส่วนศาลรวันดาขยายหลักนี้ไปไกลกว่านั้น โดยนำหลักนี้ไปใช้กับพลเรือนภายใต้หลักการควบคุมที่มีประสิทธิผล กล่าวอีกนัยหนึ่ง ศาลทั้งสองศาลพิจารณาถึงสาระของการนำไปใช้โดยคำนึงถึงการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งจะมีขึ้นได้ก็โดยผู้มีอำนาจที่แท้จริง (*de facto authority*) ไม่ว่าจะเป็นผู้บังคับบัญชาทางทหารหรือพลเรือนก็ตาม ซึ่งสะท้อนผลของการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยเฉพาะในเรื่องการป้องกัน ผู้เขียนเห็นว่าการยึดถือเรื่องการควบคุมที่มีประสิทธิผลหรืออำนาจตามจริงแสดงให้เห็นถึงลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เนื่องจากการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นไม่คำนึงถึงฐานะของผู้กระทำ ไม่ว่าจะมียุติธรรมตามกฎหมายหรือเป็นเพียงปัจเจกชนก็ตาม การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ย่อมไม่อาจปฏิเสธขัดแย้งได้โดยข้ออ้างเพียงว่าบุคคลผู้นั้นไม่มีตำแหน่งทางกฎหมาย

---

background, the Chamber holds that it is appropriate to assess on a case by case basis the power of authority actually devolved upon the Accused in order to determine whether or not he had the power to take all necessary and reasonable measures to prevent the commission of the alleged crimes or to punish the perpetrators thereof."

<sup>93</sup> United Nations. *The Prosecutor versus Clement Kayishema and Obed Ruzindana Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999*, para. 216, "216. The crucial question in those cases was not the civilian status of the accused, but of the degree of authority he exercised over his subordinates. ...."

<sup>94</sup> *Ibid.*, para. 220, "This approach is also congruent with the *Celebici* case and the authorities cited therein. For example, having examined the Hostage and High Command cases the Chamber in *Celebici* concluded that they authoritatively asserted the principle that, "powers of influence not amounting to formal powers of command provide a sufficient basis for the imposition of command responsibility." This Trial Chamber concurs."

ความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนจากการบังคับบัญชาจึงแสดงถึงความรับผิดชอบที่มากกว่าของปัจเจกชน ซึ่งมีที่มาจากพันธกรณีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ อันเป็นเงื่อนไขพิเศษที่แสดงถึงการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดซึ่งผู้ใดจะละเมิดมิได้ ในการนำมาใช้นั้น ศาลอดีตยูโกสลาเวียและศาลรวันดาก็ได้มีการคำนึงถึงสถานะของกฎหมายนี้โดยจะเห็นได้จากการกำหนดขอบเขตต่างๆ ขององค์ประกอบความผิดที่ยึดเอาสาระของการป้องกันและลงโทษอย่างมีประสิทธิภาพ หลักกฎหมายที่ออกมาจึงเป็นเรื่องการควบคุมที่มีประสิทธิภาพ โดยผู้ที่มีอำนาจตามความเป็นจริง ไม่ว่าจะเป็นผู้บังคับบัญชาที่เป็นทหารหรือพลเรือน หากสามารถป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นได้ หรือลงโทษผู้กระทำผิดได้ แต่ไม่กระทำย้อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศของปัจเจกชนขึ้น เรื่องต่างๆ เหล่านี้ล้วนแสดงให้เห็นถึงผลของการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

### 3.4 ผลที่มีต่อการบังคับใช้กฎหมายและการเยียวยา

การบังคับใช้กฎหมายและการเยียวยาในกฎหมายระหว่างประเทศเป็นสิ่งที่แสดงได้อย่างดีถึงสถานะของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด โดยสังคมนระหว่างประเทศทั่วไปนั้น มีพื้นฐานจากหลักต่างตอบแทน (reciprocal) และรัฐเป็นผู้บังคับใช้กฎหมาย การบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปจึงมีเพียงการใช้มาตรการตอบโต้ (countermeasure) โดยรัฐผู้เสียหาย\* แต่บรรทัดฐานของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดทำให้การบังคับใช้แตกต่างออกไป เนื่องจากกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดมีผลต่อความเป็นไปของสังคมนระหว่างประเทศ การละเมิดต่อบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวสังคมนระหว่างประเทศย่อมมีการตอบสนอง อันแสดงถึงค่าบังคับของบรรทัดฐานลักษณะนี้

การตอบสนองต่อการบังคับใช้กฎหมายและการเยียวยาในแง่ความรับผิดชอบของปัจเจกชนสามารถแยกออกเป็น กลไกรัฐ และกลไกพหุภาคี ซึ่งกลไกที่ถูกมองว่าเป็นหลักในการบังคับใช้กฎหมายและการเยียวยา คือ กลไกรัฐ โดยประเด็นที่ต้องพิจารณามีเนื้อหาในทำนองเดียวกันกับหัวข้อที่ 2.1.2 ซึ่งเป็นเรื่องการแก้ไขข้อจำกัดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในส่วนของรัฐ โดยมีข้อจำกัดที่ต้องพิจารณาถึงเช่นเดียวกันประกอบด้วย ความคุ้มกัน การนิรโทษกรรม เขตอำนาจศาล อายุความและการเยียวยา การแก้ไขข้อจำกัดต่างๆ เหล่านี้และการเยียวยาสะท้อนให้เห็นถึงการยอมรับอย่างกว้างขวางของสังคมนระหว่างประเทศต่อสถานะกฎหมายที่มีลักษณะบังคับ

\* ใน DASR 2001 อ้างถึงเพียงการใช้มาตรการตอบโต้ในการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศ

เด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยแสดงว่ารัฐต่างๆ ไม่ยอมรับการที่บุคคลผู้กระทำผิดอาศัยข้อจำกัดต่างๆ เหล่านี้หลีกเลี่ยงจากความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ขณะที่ กลไกพหุภาคีหลัก คือ สหประชาชาติ การตอบสนองของสหประชาชาติต่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในแง่ของความรับผิดชอบของปัจเจกชนสามารถเห็นได้จากการจัดตั้งศาลอติตัญญูโกสลาเวียและศาลรวันดาตามที่ได้กล่าวมาแล้วในนำบทของบทที่ 3 ซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงใช้อำนาจภายใต้มาตรา 7 ในการแก้ไขเหตุการณ์การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้น สำหรับส่วนนี้จะได้มีการพิจารณาใน 2 ประเด็น ประกอบด้วย มาตรการของสหประชาชาติในการปราบปรามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และความร่วมมือของรัฐในการปราบปรามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยทั้งสองประเด็นนี้แสดงให้เห็นว่าสังคมระหว่างประเทศไม่อดทนต่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และมีการดำเนินการในเรื่องต่างๆ เพื่อระงับและแก้ไขการละเมิดต่อบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศนี้ อันแสดงให้เห็นถึงค่าบังคับที่สูงกว่าบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป ซึ่งสนับสนุนสถานะกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

### 3.4.1 กลไกรัฐ

กลไกรัฐถือเป็นกลไกแรกของการบังคับใช้กฎหมาย เนื่องจากรัฐมีหน้าที่ในการรักษากฎหมายอยู่แล้ว และมีความพร้อมในการหาหลักฐาน โดยมีองค์กรในการสืบสวนสอบสวน จับกุม และบังคับใช้ รวมทั้งมีองค์กรศาลที่ใช้ในการพิจารณาคดี<sup>95</sup> การบังคับใช้กฎหมายโดยรัฐสามารถทำได้หลายทาง ประกอบด้วย การดำเนินคดีทางศาล เช่น การดำเนินคดีทางแพ่งและการดำเนินคดีทางอาญา และการใช้มาตรการทางปกครอง เช่น การไม่อนุญาตให้ผู้กระทำผิดเข้าประเทศ การไม่อนุญาตให้ผู้กระทำผิดลี้ภัย เป็นต้น ในส่วนนี้จะเน้นเฉพาะการนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ แต่ในการนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษนั้น กลับมีข้อจำกัดต่างๆ ทั้งจากกฎหมายภายในและพันธกรณีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ข้อจำกัดเหล่านี้ส่งผลต่อการบังคับใช้บรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีศักดิ์สูงสุดทั้งทางตรงและทางอ้อม การแก้ไขข้อจำกัดต่างๆ นี้ของรัฐย่อมสะท้อนให้เห็นถึงผลของสถานะกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อันเป็นบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่ไม่อนุญาตให้ปฏิเสธขัดแย้งได้

<sup>95</sup> Steven R, Ratner and Jason S, Abrams, *Accountability for human rights atrocities in international law: Beyond the Nuremberg legacy*, 2nd ed., (Cornwall: Oxford University Press, 2001), p. 160

### 3.4.1.1 การแก้ไขข้อจำกัดเรื่องความคุ้มกัน

ความคุ้มกันในที่นี้แยกเป็นความคุ้มกันเมื่อผู้กระทำผิดอยู่ภายในประเทศ และความคุ้มกันเมื่อผู้กระทำผิดอยู่ต่างประเทศ สำหรับความคุ้มกันเมื่อผู้กระทำผิดอยู่ภายในประเทศนั้น ส่วนมากเป็นเรื่องทางการเมือง ผู้กระทำมักเป็นผู้ที่มีอำนาจและอิทธิพลในประเทศนั้นสูง การกล่าวหาฟ้องร้องเป็นไปตามบทกฎหมายภายใน ซึ่งในที่นี่จะไม่กล่าวถึง ส่วนความคุ้มกันเมื่อผู้กระทำผิดอยู่ต่างประเทศมีความแตกต่างที่แสดงถึงผลของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดหรือไม่ ปัญหาข้อนี้สามารถเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลคดี *Arrest warrant* ที่แสดงว่าความคุ้มกันในกฎหมายระหว่างประเทศไม่อาจจะใช้ได้โดยการดำเนินการของศาลภายใน (โปรดดูหัวข้อ 2.1.2.1) สำหรับเรื่องนี้ ประเทศแคนาดาออกกฎหมาย Bill C-19, the Crimes Against Humanity and War Crimes Act ซึ่งแสดงว่าตาม Clause 48 แคนาดาสามารถดำเนินการจับกุมและส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนผู้หนึ่งผู้ใดที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยไม่คำนึงถึงตำแหน่งปัจจุบันหรือในอดีตของรัฐบาลต่างชาติ<sup>96</sup> แม้รัฐส่วนใหญ่ไม่ได้แก้ไขกฎหมายภายในของตนในเรื่องนี้ ภายใต้ธรรมนูญกรุงโรมแล้ว ความคุ้มกันย่อมไม่อาจนำมาใช้ในศาลระหว่างประเทศ ลักษณะข้อนี้จึงไม่มีการเปลี่ยนแปลงไปจากข้อ 4 ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จึงต้องถือว่าเป็นการที่รัฐภาคีของธรรมนูญกรุงโรมยืนยันหลักการดังกล่าวในความตกลงระหว่างประเทศ อันแสดงถึงลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

### 3.4.1.2 การแก้ไขข้อจำกัดเรื่องนิรโทษกรรม

การนิรโทษกรรมเป็นสิ่งที่แสดงว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นบรรทัดฐานที่อาจปฏิเสธขัดแย้งได้ การแก้ไขข้อจำกัดนี้ของรัฐจึงสะท้อนถึงสถานะกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เช่นเดียวกัน เมื่อพิจารณาถึงการแก้ไขกฎหมายเพื่อไม่ให้นำการนิรโทษกรรมมาใช้กับการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จะพบว่ามีรัฐบาลรัฐที่ได้ทำการแก้ไข ดังนี้

<sup>96</sup> Preventgenocide international [Online]. (last updated 6 May 2004). Available from: <http://preventgenocide.org/law/domestic.htm> [27 Jun 2008], Bill C-19 "Canada was in a position to arrest and extradite *anyone* in respect of crimes within the jurisdiction of the international criminal tribunals, regardless of their current or former position in a foreign government"



ชื่อประเทศ	ชื่อบทบัญญัติ	การนิรโทษกรรมในความผิดฐานการทำลายล้างเผ่าพันธุ์
บราซิล	Brasil - Lei N° 2.889, De 1° de Outubro de 1956 - Genocidio	ผู้กระทำความผิดฐานการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่อยู่ในข่ายของการนิรโทษกรรม การได้รับความปรานี หรือการอภัยโทษ และการประกันตัวและทำทัณฑ์บนไม่สามารถทำได้
เอธิโอเปีย	Constitution of the Federal Democratic Republic of Ethiopia Adopted: 8 Dec 1994 Art. 28. Crimes Against Humanity	ความผิดทางอาญาตามที่นิยามในข้อตกลงระหว่างประเทศ เช่น การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ยอมไม่ถูกจำกัดโดยอายุความ และไม่อาจลบล้างโทษด้วยการนิรโทษกรรมหรืออภัยโทษ
ปารากวัย	LIBRO PRIMERO: PARTE GENERAL CAPITULO II - APLICACION DE LA LEY Article 8.	ผู้กระทำความผิดฐานการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่อยู่ในข่ายของการนิรโทษกรรม

ตารางที่ 1 การแก้ไขการนิรโทษกรรมของรัฐ<sup>97</sup>

จะเห็นได้ว่า การนิรโทษกรรมตามกฎหมายภายในไม่อาจถือได้ว่าการแก้ไขข้อจำกัดข้อนี้ในกลไกของรัฐ เนื่องจากมีรัฐจำนวนน้อยมากที่แก้ไขในเรื่องนี้ แต่กลไกรัฐเป็นเพียงกลไกหนึ่งในการบังคับใช้การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และเรื่องนี้ก็ได้มีการแก้ไขแล้วในธรรมนูญกรุงโรม ผู้เขียนเห็นว่าการนิรโทษกรรมเป็นเรื่องของกฎหมายภายใน ซึ่งไม่อาจนำมาใช้เป็นข้อแก้ตัวในกรณีของอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศได้ จึงไม่มีผลต่อการดำเนินคดีผู้กระทำผิดในศาลอาญาระหว่างประเทศ ในส่วนต่อไปจะได้มีการวิเคราะห์การแก้ไขข้อจำกัดอื่นๆ ที่เหลือ

### 3.4.1.3 การแก้ไขข้อจำกัดเรื่องเขตอำนาจศาล

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 2.1.2.3 เขตอำนาจศาลมีผลอย่างมากต่อกลไกรัฐ เพราะการที่รัฐจะสามารถดำเนินคดีได้ต้องมีกฎหมายให้เขตอำนาจศาลแก่ศาล เขตอำนาจศาลจึงถือเป็นข้อจำกัดที่สำคัญในศาลภายใน การแก้ไขข้อจำกัดในเรื่องนี้อาจศึกษาได้จากตัวอย่างต่อไปนี้

ชื่อประเทศ	ชื่อบทบัญญัติ	เขตอำนาจศาลในความผิดฐานการทำลายล้างเผ่าพันธุ์
ออสเตรีย	ตามมาตรา 64 ของประมวลกฎหมายอาญาออสเตรีย	ให้ศาลออสเตรียสามารถดำเนินคดีแก่ความผิดที่สำคัญที่ได้กระทำขึ้นในต่างประเทศ รวมทั้ง "การกระทำผิดอาญาที่ออสเตรียอยู่ใต้พันธกรณีที่ต้องลงโทษแม้ว่าได้มีการกระทำขึ้นในต่างประเทศ" เช่น UN Torture Convention และ การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide Convention)

<sup>97</sup> Preventgenocide international [Online]. (last updated 6 May 2004). Available from: <http://preventgenocide.org/law/domestic.htm> [27 Jun 2008]

ชื่อประเทศ	ชื่อบทบัญญัติ	เขตอำนาจศาลในความผิดฐานการทำลายล้างเผ่าพันธุ์
เบลเยียม	<i>Loi 13 avril 1995, art. 8, loi relative aux abus sexuels à l'égard des mineurs.</i>	ศาลภายในเบลเยียมมีเขตอำนาจศาลเหนืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ 10 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1999
โบลิเวีย	Article 1 (7) of the Penal Code	ให้เขตอำนาจแก่ศาลภายในในการพิจารณาคดีอาชญากรรมเหล่านั้นที่ได้กระทำในต่างประเทศ โดยเป็นอิสระจากสัญชาติของบุคคลผู้ถูกกล่าวหาว่าต้องรับผิดชอบและผู้ที่เป็นเหยื่อ เมื่อรัฐ โดยสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศได้ผูกมัดที่จะลงโทษ
เดนมาร์ก	มาตรา 8(5) ของประมวลกฎหมายอาญา	เดนมาร์กให้เขตอำนาจแก่ศาลในการพิจารณาผู้ที่ต้องรับผิดชอบสำหรับอาชญากรรมที่สำคัญ ในกรณีที่เดนมาร์กผูกพันที่ต้องกระทำโดยสนธิสัญญา
ฝรั่งเศส		Cour de Cassation ซึ่งว่าฝรั่งเศสมีเขตอำนาจศาลเหนือการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 955 ในคดีมินเยชชากาในปี ค.ศ. 1998 โดยกลับคำพิพากษาของศาลล่าง
เยอรมัน	Section 6. Conduct outside Germany affecting internationally protected interests	โดยไม่คำนึงถึงกฎหมายของสถานที่ที่ได้มีการกระทำ ความผิด กฎหมายอาญาของเยอรมันใช้กับการกระทำ ความผิดที่เกิดขึ้นนอกประเทศ (ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมันบัญญัติข้อ 220 เรื่องการทำลายล้างเผ่าพันธุ์)
อิสราเอล		กฎหมายอิสราเอลให้เขตอำนาจแก่ศาลอิสราเอลสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่กระทำนอกอิสราเอลในทางเดียวกันกับที่อาชญากรรมได้กระทำขึ้นภายในอิสราเอล
เม็กซิโก	Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, art. 6	ให้เขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีภายใต้สนธิสัญญาระหว่างประเทศที่กำหนดพันธกรณีให้กับเม็กซิโก
นิการากัว	มาตรา 16 (3)(f) ของประมวลกฎหมายอาญา	ให้เขตอำนาจศาลเหนืออาชญากรรมโจรสลัด การค้าทาส การแบ่งแยกสีผิว และการทำลายล้างเผ่าพันธุ์
เปรู	ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2	ให้เขตอำนาจแก่ศาลในการพิจารณาอาชญากรรมที่ได้กระทำในต่างประเทศ โดยเป็นอิสระจากสัญชาติของบุคคลผู้ถูกกล่าวหาว่าต้องรับผิดชอบและผู้ที่เป็นเหยื่อ เมื่อรัฐ โดยสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศได้ผูกมัดที่จะลงโทษ
สหรัฐฯ	กฎหมายความรับผิดชอบในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์สหรัฐฯ ปี ค.ศ. 2007 (US Genocide Accountability Act of 2007)	อนุญาตให้มีการสอบสวนและดำเนินคดีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หากความผิดที่กล่าวหาได้เสนอหรือพบในสหรัฐฯ แม้ว่าการกระทำความผิดนั้นได้เกิดขึ้นภายนอกประเทศ

ชื่อประเทศ	ชื่อบทบัญญัติ	เขตอำนาจศาลในความผิดฐานการทำลายล้างเผ่าพันธุ์
สวิตเซอร์แลนด์	Code Pénal (la Suisse); Article 264 -- génocide	การกระทำความผิดภายนอกสวิตเซอร์แลนด์สามารถลงโทษได้ หากผู้นั้นอยู่ในสวิตเซอร์แลนด์และไม่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดน
สเปน	the 1985 Judicial Power Organic Law	ให้อำนาจแก่ศาลสเปนเหนือการกระทำภายนอกสเปนที่ละเมิดกฎหมายสเปนหากกระทำในสเปนหรือละเมิดต่อพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาระหว่างประเทศ กฎหมายให้เขตอำนาจศาลสเปนเหนือความผิดอื่นๆ ซึ่งสนธิสัญญาระหว่างประเทศให้สเปนต้องดำเนินคดี รวมทั้งการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ การก่อการร้ายและที่สนธิสัญญาต้องการให้สเปนดำเนินคดีกับอาชญากรรมเช่นว่า

\* ตารางที่ 2 การแก้ไขเรื่องเขตอำนาจศาลของรัฐ<sup>98</sup>

เป็นที่น่าสังเกตว่าการขยายเขตอำนาจศาลทางอาญาไม่ได้ขยายออกไปนอกดินแดนของรัฐ โดยเป็นการให้อำนาจแก่ศาลภายในในการพิจารณาการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นนอกดินแดนของรัฐ แต่ผู้กระทำความผิดอยู่ภายในดินแดนของรัฐนั้นๆ และการแก้ไขเขตอำนาจศาลนี้ เป็นความผิดที่เกี่ยวข้องพันธกรณีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศหรือจากสนธิสัญญา ซึ่งจะเห็นได้จากตัวอย่างตามตาราง ผู้เขียนเห็นว่าการแก้ไขดังกล่าวแม้จะเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐบางรัฐ แต่ก็ถือได้ว่าเป็นการสนับสนุนต่อลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่มีต่อการบังคับใช้กฎหมาย เนื่องจากรัฐที่แก้ไขมีความสำคัญในเวทีโลก มีความหลากหลายไม่จำกัด เฉพาะกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง และสอดคล้องกับธรรมเนียมอนุญูกรุงโรม จึงอาจกล่าวได้ว่ารัฐต่างๆ ไม่ยอมให้เกิดการปฏิเสธขัดแย้งบรรทัดฐานการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ปัจจุบันผู้กระทำผิดไม่เพียงแต่จะถูกดำเนินคดีในศาลอาญาระหว่างประเทศเท่านั้น แต่ในศาลภายในของประเทศที่สำคัญเหล่านี้ก็ต้องถูกดำเนินคดีด้วยเช่นกัน

#### 3.4.1.4 การแก้ไขข้อจำกัดเรื่องอายุความ

อายุความมีผลโดยตรงต่อความผิดทุกประเภท โดยผลของอายุความทำให้ความผิดดังกล่าวไม่อาจนำมาฟ้องร้องดำเนินคดีในศาลได้อีกต่อไป จึงอาจกล่าวได้ว่าอายุความมีผลต่อสถานะการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ รัฐต่างๆ

<sup>98</sup> Preventgenocide international [Online]. (last updated 6 May 2004). Available from: <http://preventgenocide.org/law/domestic.htm> [27 Jun 2008]

จึงได้มีความพยายามผลักดันในระดับระหว่างประเทศให้อาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญซึ่งรวมถึงการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่มีอายุความอีกต่อไป ซึ่งจะเห็นได้จากการทำอนุสัญญาว่าด้วยเรื่องการไม่นำอายุความมาใช้กับอาชญากรรมระหว่างประเทศ และการแก้ไขข้อจำกัดเรื่องอายุความที่ปรากฏในธรรมนูญกรุงโรม แต่ยังไม่ประสบความสำเร็จ (โปรดดูหัวข้อที่ 2.1.2.4) แต่รัฐบางรัฐได้ทำการแก้ไขกฎหมายภายในของตนเพื่อรองรับเรื่องดังกล่าว ดังนี้

ชื่อประเทศ	ชื่อบทบัญญัติ	อายุความของความผิดฐานการทำลายล้างเผ่าพันธุ์
บูกินา ฟาโซ	Deliver third: Crimes and Offences and their Sanctions; Contain II: Crimes and Offences against the Private individuals: Chapter I: Crimes against Humanity article 317	การฟ้องโดยรัฐไม่มีอายุความสำหรับความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและการทำลายล้างเผ่าพันธุ์
เอธิโอเปีย	Constitution of the Federal Democratic Republic of Ethiopia Adopted: 8 Dec 1994 Art. 28. Crimes Against Humanity	อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ย่อมไม่ถูกจำกัดโดยอายุความ และไม่อาจลดโทษด้วยการนิรโทษกรรมหรืออภัยโทษ แต่อาจเปลี่ยนโทษประหารไปเป็นจำคุกตลอดชีวิต
ฝรั่งเศส	Penal Code; Deliver II - Crimes and offenses against persons; Titrate Ier - Felonies Against Humanity article 213-5	การฟ้องคดีโดยอัยการ (public action) ภายใต้ความผิดในหมวดนี้ (การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ไม่มีอายุความ
อิรัก	The Statute of the Iraqi Special Tribunal, December 10, 2003 article 17 (d)	ความผิดที่บัญญัติในมาตรา 11 ถึง 14 ไม่อยู่ภายใต้เรื่องอายุความ โดยมาตรา 11 คือ การทำลายล้างเผ่าพันธุ์
มาลี	Code Pénal (Mali) article 32	อาชญากรรมภายใต้หัวข้อนี้ลงโทษโดยการประหารชีวิต และไม่มีอายุความ
โปแลนด์	Penal Code, Law of 6 June 1997 Specific Part: Chapter XVI: Offences Against Peace, Humanity and War Offences Art. 105 § 1	บทบัญญัติเรื่องอายุความไม่นำมาใช้กับอาชญากรรมต่อสันติภาพ มนุษยชาติและความผิดเรื่องสงคราม บทบัญญัตินี้ครอบคลุมการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามมาตรา 118
สวิตเซอร์แลนด์	Penal code Deliver first: General provisions; Titrate third: Sorrows, measurements of safety and other measurements; Chapter third: Regulation Art. 75bis Imprescriptibility (1)	บัญญัติถึงความผิดที่ไม่มีอายุความ (imprescriptibility) แต่บัญญัติความผิดอย่างกว้างๆที่สามารถครอบคลุมการทำลายล้างเผ่าพันธุ์
สหรัฐอเมริกา	United States Code; Chapter 50A - Section § 1091. Genocide (e) Nonapplicability of Certain Limitations	การดำเนินคดีหรือการสอบสวนสามารถความผิดตามมาตรานี้ทำได้โดยปราศจากอายุความ

ตารางที่ 3 การแก้ไขเรื่องอายุความ<sup>99</sup>

<sup>99</sup> Preventgenocide international [Online]. (last updated 6 May 2004). Available from:

แม้รัฐที่ออกกฎหมายภายในเพื่อแก้ไขข้อจำกัดในเรื่องอายุความจะมีจำนวนไม่มาก แต่จากการกระทำของรัฐดังกล่าวประกอบกับแนวทางของกลุ่มประเทศยุโรปและสหประชาชาติทำให้เห็นถึงแนวโน้มที่ชัดเจนในเรื่องของอายุความ โดยเฉพาะธรรมเนียมของศาลอาญาระหว่างประเทศที่กำหนดให้อาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศไม่มีอายุความและห้ามตั้งข้อสงวน จึงมีผลว่ารัฐภาคีสมาชิกของธรรมนูญกรุงโรมจำนวน 105 รัฐ<sup>100</sup> ยอมรับการไม่มีข้อจำกัดดังกล่าว การไม่มีข้อจำกัดในเรื่องอายุความสะท้อนถึงลักษณะพิเศษอย่างหนึ่งของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่แสดงให้เห็นถึงสถานะของบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศนี้

#### 3.4.1.5 การเยียวยาผู้เสียหาย

แม้ว่าการเยียวยาผู้เสียหายที่เป็นปัจเจกชนในกฎหมายระหว่างประเทศจะแสดงให้เห็นถึงผลสุดท้ายของการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด และแสดงถึงลักษณะพิเศษของบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่บังคับใช้กับปัจเจกชนโดยตรงตามที่ได้มีการวิเคราะห์ไปแล้วในหัวข้อ 2.1.2.5 แต่เนื่องจากไม่มีการตัดสินในเรื่องนี้ในศาลอดีตกองเสลาเวียและศาลวันดา กลไกที่สำคัญยังคงเป็นเรื่องของศาลภายในและพิจารณาภายใต้กฎหมายภายในซึ่งผู้เสียหายอาจฟ้องผู้เสียหายในทางแพ่ง

#### 3.4.2 กลไกพหุภาคี

การบังคับใช้การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยกลไกพหุภาคีกับปัจเจกชนสะท้อนให้เห็นถึงลักษณะพิเศษของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์อย่างหนึ่ง เพราะแสดงให้เห็นถึงการยอมรับการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในฐานะบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่ไม่อาจปฏิเสธขัดแย้งได้ของสังคมระหว่างประเทศ ซึ่งแตกต่างออกไปจากบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปที่มีลักษณะต่างตอบแทน การดำเนินการโดยสหประชาชาติในการลงโทษผู้กระทำผิดสนับสนุนข้ออ้างดังกล่าว กลไกพหุภาคีที่จะนำมาพิจารณาประกอบด้วย มาตรการของ

<http://preventgenocide.org/law/domestic.htm> [27 Jun 2008]

<sup>100</sup> United Nations, Status of Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide [Online]. (n.d.). Available from:

<http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=318&chapter=4&lang=en> [3 Mar 2009]



สหประชาชาติในการปราบปรามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และความร่วมมือของรัฐในการปราบปรามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ส่วนการตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงไม่ถือเป็นการบังคับใช้กฎหมายเพราะถือเป็นแค่ขั้นตอนหนึ่งของการสอบสวน ในส่วนนี้จึงพิจารณาถึงลักษณะพิเศษที่อาจแสดงออกมาจากการบังคับใช้บรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศนี้ผ่านทางกลไกอนุภาคี

### 3.4.2.1 มาตรการของสหประชาชาติในการปราบปรามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

สหประชาชาติเป็นกลไกอนุภาคีในการบังคับใช้บรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญ โดยเฉพาะบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด อันเป็นบรรทัดฐานพื้นฐานที่มีผลต่อความเป็นอยู่ของสังคมระหว่างประเทศ โดยสหประชาชาติตอบสนองต่อการละเมิดบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศด้วยมาตรการต่างๆ ซึ่งมาตรการเหล่านี้ผูกพันกับรัฐสมาชิกของสหประชาชาติให้ปฏิบัติตาม การตอบสนองของสังคมระหว่างประเทศต่อการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์อาจศึกษาได้จากเหตุการณ์ในอดีต ยูโกสลาเวีย และเหตุการณ์ในประเทศรวันดา ซึ่งเหตุการณ์ทั้งสองได้รับการยอมรับว่าเกิดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ขึ้น\*\* ภายหลังจากที่ได้ประกาศว่าเหตุการณ์ดังกล่าวเป็นภัยต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศแล้ว<sup>101</sup> คณะมนตรีความมั่นคงก็ได้ใช้อำนาจตามมาตรา 7 โดยห้าม

---

\*\* เหตุการณ์ในประเทศอดีตยูโกสลาเวีย United Nations, The Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia and Montenegro), the Application for Revision case, Judgment of 26 February 2007, para. 297, "297. The Court concludes that the acts committed at Srebrenica falling within Article II (a) and (b) of the Convention were committed with the specific intent to destroy in part the group of the Muslims of Bosnia and Herzegovina as such; and accordingly that these were acts of genocide, committed by members of the VRS in and around Srebrenica from about 13 July 1995.", เหตุการณ์ในประเทศรวันดาเห็นได้จากชื่อธรรมนูญศาลรวันดา "the Statute of the International Criminal Tribunal for the International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwanda Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States, between 1 January and 31 December 1994"

<sup>101</sup> โปรดดู United Nations, S/RES/808 (1993) [Online]. (n.d.). Available from: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/098/21/IMG/N9309821.pdf?OpenElement> [21 Oct 2008] ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 808 แสดงว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในอดีตยูโกสลาเวียเป็นภัยต่อสันติภาพและความมั่นคง และUnited Nations, S/RES/955 (1994) [Online]. (n.d.). Available from:

การค้าอาวุธ (arm embargo) กรณีของอดีตยูโกสลาเวียเป็นตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 713<sup>102</sup> แต่กลไกในลักษณะนี้ไม่อาจทำให้เหตุการณ์ต่างๆที่เป็นภัยหยุดลงเป็นเพียงการเตือนและชะลอเหตุการณ์ที่เป็นปัญหา กรณีการห้ามค้าอาวุธในบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา ทำให้ฝ่ายบอสเนียนมุสลิมไม่มีอาวุธที่จะต่อสู้ ตรงข้ามกับบอสเนียนเซิร์บที่ได้รับการสนับสนุนทางอาวุธที่มีการเตรียมการไว้แล้วจากเซอร์เบีย ต่อมา คณะมนตรีความมั่นคงจึงจัดตั้งศาลอดีตยูโกสลาเวียขึ้นด้วยข้อมติที่ 808 และจัดตั้งศาลรวันดาด้วยข้อมติที่ 955 เพื่อรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศด้วยการลงโทษผู้กระทำความผิด<sup>103</sup>

จะเห็นได้ว่า การประกาศให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ถือเป็นภัยต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ การออกมาตรการห้ามค้าอาวุธ และการจัดตั้งศาลอดีตยูโกสลาเวียและศาลรวันดาขึ้นเพื่อพิจารณาคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดแสดงถึงการตอบสนองของสหประชาชาติต่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และแสดงให้เห็นผลของการที่การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด ซึ่งผู้กระทำความผิดฐานการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต้องถูกลงโทษ และกลไกพหุภาคีมีบทบาทที่สำคัญในด้านนี้ โดยเฉพาะเมื่อยังไม่มีศาลอาญาระหว่างประเทศ

#### 3.4.2.2 ความร่วมมือของรัฐในการปราบปรามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

สิ่งที่แสดงให้เห็นการตอบสนองของกลไกพหุภาคีที่สำคัญอีกอย่างหนึ่ง คือ ความร่วมมือของรัฐในการปราบปรามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งในส่วนนี้จะได้ศึกษาจากเหตุการณ์ในอดีตยูโกสลาเวีย และเหตุการณ์ในประเทศรวันดา ความร่วมมือของรัฐที่ให้ต่อศาลอดีตยูโกสลาเวียและศาลรวันดาที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมาย คือ การส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนให้กับศาลทั้งสองศาลนี้ โดยมีรายละเอียดตามตารางต่อไปนี้

<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/140/97/PDF/N9514097.pdf?OpenElement> [21 Oct 2008]

ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 955 แสดงว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในประเทศรวันดาเป็นภัยต่อสันติภาพและความมั่นคง

<sup>102</sup> Yusuf Aksar, *Implementing International Humanitarian Law From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*, p.22

<sup>103</sup> โปรดดู United Nations, *S/RES/808 (1993)* และ United Nations, *S/RES/955 (1994)*

ชื่อประเทศ	รายละเอียดของผู้ถูกกล่าวหา	การจับกุมและส่งตัว	ศาลที่ร้องขอ
เบนิน	Juvénal Kajelijeli อดีตนายกรัฐมนตรีนิกิงโกและไซรอร์ราและ Joseph Nzirorera อดีตประธานสมัชชาแห่งชาติและเลขาธิการของเอมอาร์เอนดี	ส่งตัวให้ศาลรวันดาในปี ค.ศ. 1998	ศาลรวันดา
เบลเยียม	Augustin Ndindiliyimana ผู้ต้องสงสัยว่ามีส่วนร่วมในการสังหารทหารเบลเยียมสิบคนที่คุ้มครองนายทหารหญิงอากาศและถูกตั้งข้อหาทำลายล้างเผ่าพันธุ์		ศาลรวันดา
บุกินา ฟาโซ	Alphonse Ntezirayayo ผู้บังคับการตำรวจทหารใน Butare	ส่งตัวไปยังศาลรวันดาในปี ค.ศ. 1998 ในข้อหาทำลายล้างเผ่าพันธุ์	ศาลรวันดา
คาเมรูน	Théoneste Bagosora เจ้าหน้าที่ระดับสูงกระทรวงกลาโหมของรวันดา Jean Bosco Barayagwiza เจ้าหน้าที่กระทรวงการต่างประเทศ Laurent Semenza อดีตนายกรัฐมนตรีนิกิงโกและ Jérôme Bicomumpaka อดีตรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศ	ส่งตัวไปยังศาลรวันดาในปี ค.ศ. 1999	ศาลรวันดา
เคนยา	Jean Kambanda อดีตนายกรัฐมนตรีนิกิงโกของรัฐบาลชั่วคราวของรวันดา และบุคคลอื่น ๆ อีกรวม 8 คนซึ่งล้วนเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในประเทศรวันดา	ส่งตัวไปยังศาลรวันดาในปี ค.ศ. 1997	ศาลรวันดา
เดนมาร์ก	Innocent Sagahutu รองผู้บังคับการกองพลน้อย ปฏิบัติอยู่ร่วมในเหตุการณ์เดียวกับ Ndindiliyimana	ส่งตัวไปยังศาลรวันดาในปี ค.ศ. 2000	ศาลรวันดา
ฝรั่งเศส	Jean De Dieu Kamuhanda อดีตรัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมและการศึกษา	ส่งไปยังศาลรวันดาในปี ค.ศ. 2000	ศาลรวันดา
สวิตเซอร์แลนด์	Alfred Musema นักธุรกิจผู้บริหารโรงงานชาที่มีอำนาจและอิทธิพลสูง	ส่งไปยังศาลรวันดาในปี ค.ศ. 1997	ศาลรวันดา
อังกฤษ	Tharcisse Muvunyi ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับเหตุการณ์การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในประเทศรวันดา	ให้กับศาลรวันดาเดือนตุลาคม ค.ศ. 2000	ศาลรวันดา
สหรัฐ	Elizaphan Ntakirutimana อดีตบาทหลวงในโบสถ์เซเวนต์เดย์แอดเวนติสต์ในรวันดาซึ่งมีบทบาทสำคัญในการสังหารหมู่ที่โบสถ์มูกูเนโรคอมเพลกซ์	ส่งตัวไปยังศาลรวันดาในปี ค.ศ. 2000	ศาลรวันดา
ยูโกสลาเวีย	สตาคิช (Molimir Stakic) อดีตนายกรัฐมนตรีนิกิงโกแห่งฟริเจดอถูกกล่าวหาในข้อหาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์	ส่งศาลอดีตยูโกสลาเวียในปี ค.ศ. 2001	ศาลอดีตยูโกสลาเวีย

\* ตารางที่ 4 การส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน<sup>104</sup>

<sup>104</sup> Preventgenocide international [Online]. (last updated 6 May 2004). Available from:

จากตารางดังกล่าว แสดงให้เห็นถึงความร่วมมือที่รัฐต่างๆ มีให้กับศาลอดีตยูโกสลาเวียและศาล  
รวันดา และสะท้อนให้เห็นผลของการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการ  
ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วยเช่นกัน ซึ่งการร่วมมือดังกล่าวน่าจะเป็นแนวทางสำหรับความร่วมมือ  
ระหว่างประเทศในการปราบปรามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต่อไป

โดยสรุปแล้ว ความรับผิดชอบของปัจเจกชนที่เกิดจากการละเมิดต่อบรรทัดฐานการห้าม  
การทำลายล้างเผ่าพันธุ์แสดงให้เห็นถึงลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์  
ประการแรก การที่ศาลพิจารณาถึงขอบเขตของเจตนาและการกระทำที่สามารถลงโทษได้จาก  
สาระของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นหลัก และวินิจฉัยในเรื่องขอบเขตดังกล่าวให้  
สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แสดงถึงการไม่อาจ  
ปฏิเสธขัดแย้งได้ของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในระดับปัจเจกชน ประการต่อมา ความ  
รับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนจากการบังคับบัญชาแสดงถึงการที่กฎหมายระหว่างประเทศ  
กำหนดหน้าที่ให้กับปัจเจกชนโดยตรงทำให้บุคคลที่ดเว้นไม่กระทำการหรือกระทำโดยประมาท  
อย่างร้ายแรงต้องรับผิดชอบทางอาญา ซึ่งเป็นลักษณะพิเศษที่แตกต่างออกไปจากบรรทัดฐานของ  
กฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป ประการสุดท้าย การบังคับใช้กฎหมายและการเยียวยา จะเห็นว่า  
รัฐต่างๆ ไม่ยอมรับที่จะให้มีข้อจำกัดใดๆ ซึ่งอาจมีผลทางตรงหรือทางอ้อมต่อการบังคับใช้  
ประกอบกับการตอบสนองของสหประชาชาติโดยเฉพาะคณะมนตรีความมั่นคงต่อเหตุการณ์การ  
ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่มีขึ้นอย่างต่อเนื่องภายใต้มาตรา 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติ รวมทั้งการ  
จัดตั้งศาลอดีตยูโกสลาเวียและศาลรวันดาแสดงถึงค่าบังคับของบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่าง  
ประเทศนี้ ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงการยอมรับอย่างกว้างขวางของสังคมระหว่างประเทศว่าการห้าม  
การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นบรรทัดฐานที่ไม่อาจปฏิเสธขัดแย้งที่ผูกพันกับรัฐทุกรัฐ รัฐต่างๆ จึงมี  
หน้าที่ในการดำเนินการลงโทษผู้กระทำผิดที่เป็นปัจเจกชน ซึ่งสะท้อนออกมาจากสิ่งที่ได้กล่าว  
มาแล้วในบทนี้ ในบทต่อไปจะเป็นการวิเคราะห์ถึงความรับผิดชอบของรัฐต่อการห้ามการทำลาย  
ล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นควบคู่กับความรับผิดชอบของปัจเจกชนที่ได้ศึกษาในบทนี้ โดยศาล  
ยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีการนำคำวินิจฉัยของศาลอดีตยูโกสลาเวียขึ้นประกอบการวินิจฉัยใน  
ประเด็นเดียวกันกับหัวข้อที่ 3.1 ของบทนี้

#### บทที่ 4

### ผลทางกฎหมายอันเนื่องมาจากสถานะกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของ การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต่อความรับผิดชอบของรัฐในศาลยุติธรรม ระหว่างประเทศ: คดีการใช้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 2007

คดี The Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia and Montenegro), the Application for Revision case, Judgment of 26 February 2007 (ต่อไปจะเรียกว่าคดีการใช้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์) เซอร์เบียและมอนเตเนโกร (หรือ ยูโกสลาเวีย) ซึ่งเป็นรัฐสมาชิกสำคัญของอดีตยูโกสลาเวียต่อสู้กับบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา เพื่อไม่ให้บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาแยกตัวออกจากอดีตยูโกสลาเวีย เมื่อไม่ประสบความสำเร็จ ยูโกสลาเวียจึงทำการแย่งชิงพื้นที่ยุทธศาสตร์ในดินแดนของอดีตยูโกสลาเวีย โดยใช้นโยบายรวมเซอร์เบีย (Greater Serbia) และนโยบายการชำระล้างเผ่าพันธุ์ (ethnic cleansing) ซึ่งยูโกสลาเวียใช้วิธีการต่างๆ ในการผลักดันชาวบอสเนียนมุสลิม และประชาชนกลุ่มอื่นที่ไม่ใช่ชาวเซิร์บ (non-Serb) ออกจากพื้นที่อย่างเป็นระบบจากการสร้างความกลัวให้กับประชาชนกลุ่มต่างๆ ที่ต้องการผลักดัน โดยการส่งกลุ่มผู้อพยพไปกระทำทารุณกรรมยังแคมป์ต่างๆ ซึ่งแคมป์ต่างๆ เหล่านี้เป็นที่กักขัง กระทำทารุณกรรม ทบตี ข่มขืน และสังหารกลุ่มผู้อพยพที่ถูกจับไป<sup>1</sup>

เมื่อวันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1993 บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาได้ฟ้องยูโกสลาเวียต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยกล่าวหาว่ายูโกสลาเวียละเมิดต่ออนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และได้ขอความคุ้มครองชั่วคราวในวันเดียวกัน<sup>2</sup> ซึ่งยูโกสลาเวียได้ขอความคุ้มครองชั่วคราวเช่นกันในวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1993 และศาลได้มีคำสั่งคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความในวันที่ 8 เมษายน ค.ศ. 1993<sup>3</sup> ต่อมาวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 1995 ยูโกสลาเวียยื่นข้อคัดค้านเบื้องต้น (Preliminary objections) เรื่องการรับคดี (admissibility) และเขตอำนาจศาล ศาลได้มีคำสั่งในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง (Preliminary objection) เมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ. 1996 ให้ข้อคัดค้านทั้งหมดตกไป และมีคำสั่งรับคดีไว้พิจารณา โดยมีฐานของเขตอำนาจศาลจากข้อ 9 ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> United Nations, The Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia and Montenegro), the Application for Revision case, Judgment of 26 February 2007, pp. 83 - 127

<sup>2</sup> Ibid., p. 4, para. 1 and 4

<sup>3</sup> Ibid., para. 8

<sup>4</sup> Ibid., para. 10 and 12



คดีนี้ได้มีการแสดงอย่างชัดแจ้งว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด<sup>5</sup> พันธกรณีใดๆ ของรัฐจึงต้องสอดคล้องกับพันธกรณีที่เกิดจากกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด และจากคำพิพากษาเดียวกันนี้ยังแสดงให้เห็นว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีผลผูกพันแบบเด็ดขาดกับรัฐทุกรัฐ และได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางจากสังคมระหว่างประเทศ ในบพนี้จะแยกการศึกษาออกเป็น 4 ประการ ประการแรก คือ ผลที่มีต่อขอบเขตของเจตนาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยพิจารณาถึงความสอดคล้องของขอบเขตของเจตนาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์กับวัตถุประสงค์ของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งจะแสดงให้เห็นถึงลักษณะบังคับเด็ดขาด ประการที่สอง ผลที่มีต่อความผูกพันกับรัฐของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยพิจารณาถึงความพิเศษของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดจากเนื้อหาของอนุสัญญา ประการที่สาม ลักษณะพิเศษของความรับผิดชอบของรัฐ ลักษณะพิเศษนี้ย่อมสะท้อนให้เห็นถึงลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ประการที่สี่ การบังคับใช้กฎหมายและการเยียวยา ส่วนนี้จะเป็นการสนับสนุนให้เห็นถึงค่าบังคับของบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศแต่แยกออกไปจากส่วนของคำพิพากษา โดยการพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลต่างๆ รวมทั้งการบังคับใช้และการเยียวยาที่กล่าวมานี้ย่อมนำไปสู่ข้อสรุปในเรื่องการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศต้องใช้บรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางจากสังคมระหว่างประเทศแล้วเท่านั้น คำพิพากษาของศาลจึงสะท้อนให้เห็นถึงการยอมรับบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นๆ ตัวอย่างเช่น เมื่อปี ค.ศ. 1960 สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง (rights to self-determination) ตามกฎบัตรสหประชาชาติได้รับการยอมรับจากประเทศโลกที่สาม รัสเซียและสหรัฐฯ แต่ถูกต่อต้านจากประเทศเจ้าอาณานิคมต้องเสียผลประโยชน์ ความขัดแย้งนี้แสดงออกในข้อมติสมัชชาใหญ่สหประชาชาติที่ 1514(XV) ที่ได้รับเสียงรับรองอย่างท่วมท้นจากรัสเซียและประเทศโลกที่สามถึง 89 เสียง โดยไม่มีผู้คัดค้านและงดออกเสียง 9 เสียง (89-0-9) ต่อมาเมื่อปี ค.ศ. 1970 การยอมรับเรื่องนี้จึงเป็นไปในทุกภาคส่วนของประชาคมระหว่างประเทศ ทำให้เกิดเป็นฉันทามติหรือมติที่ยอมรับโดยไม่มีผู้ใด

---

<sup>5</sup> United Nations, The Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia and Montenegro), the Application for Revision case, Judgment of 26 February 2007, para. 161

คัดค้านจากรัฐสมาชิกของสหประชาชาติในข้อมติสมัชชาใหญ่ที่ 2625 (XXV)<sup>6</sup>

แนวคำพิพากษาและการให้ความเห็นของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีนามิเบีย (Namibia) หรือ South West Africa สะท้อนให้เห็นถึงการยอมรับของบรรทัดฐานดังกล่าวของรัฐ คดีนี้เกิดจากการที่ประเทศนามิเบียถูกยึดครองโดยประเทศแอฟริกาใต้ ทำให้เมื่อปี ค.ศ. 1950 สมัชชาใหญ่สหประชาชาติขอความเห็นจากศาล ศาลจึงให้ความเห็นทางกฎหมายโดยอ้างถึง Sacred trust of civilization แต่ไม่ได้อ้างถึงสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง<sup>7</sup> ต่อมาเมื่อปี ค.ศ. 1966 คดีนามิเบียเฟสที่สอง (South West Africa Second phase) ประเทศเอธิโอเปียและประเทศไลบีเรียได้อ้างว่าแอฟริกาใต้ละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเองของ South West Africa ศาลจำหน่ายคดีโดยวินิจฉัยว่าประเทศเอธิโอเปียและประเทศไลบีเรียไม่มีส่วนได้เสีย ในปี ค.ศ. 1971 ภายหลังสมัชชาใหญ่มีข้อมติที่ 2625 (XXV) ออกมา คณะมนตรีความมั่นคงได้ขอความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับนามิเบียจากศาลอีกครั้ง ครั้งนี้ศาลวินิจฉัยว่าประเทศแอฟริกาใต้ไม่ปฏิบัติตามพันธะที่ได้รับมอบหมาย และที่สำคัญศาลเชื่อมโยงหลัก Sacred trust of civilization กับสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง<sup>8</sup>

จะเห็นได้ว่า คำพิพากษาของศาลยุติธรรมสะท้อนการยอมรับของสังคมระหว่างประเทศต่อบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งในที่นี้คือ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง โดยในช่วงแรกของคดี บรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศนี้ไม่ได้รับเสียงสนับสนุนจากประเทศแถบยุโรป แม้จะมีข้อมติของสหประชาชาติออกมา แต่ศาลก็ไม่ได้อ้างถึงข้อมติดังกล่าว เมื่อเทียบกับคำพิพากษาของศาลในคดีอิสติเมอร์ (1995) ซึ่งแม้ศาลจะจำหน่ายคดี แต่ก็ใช้โอกาสในการแสดงเรื่องสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเองออกมาอย่างชัดเจน<sup>9</sup> ต่อมาเมื่อมีฉันทามติผ่านทาง

<sup>6</sup> Thomas D. Musgrave, *Self-determination and National Minorities* (New York: Oxford University Press, 1997), p. 69 - 77

<sup>7</sup> Ibid., p. 81

<sup>8</sup> Ibid., p. 85, ศาลชี้ว่าแอฟริกาใต้ไม่ปฏิบัติตามพันธะที่ได้รับมอบหมาย และสมัชชาใหญ่สหประชาชาติสามารถยกเลิกการมอบหมายนั้น ที่สำคัญศาลอ้างถึงความไว้นื้อเพื่อใจอันศักดิ์สิทธิ์ที่ได้ขยายไปยังทุกดินแดนที่ยังไม่มีปกครองตนเอง และประกาศว่า "จุดมุ่งหมายสูงสุดของ Sacred trust of civilization คือ การกำหนดเจตจำนงตนเองและอิสระภาพของประชาชน"

<sup>9</sup> Westlaw, 1995 I.C.J. 90, 1995 WL 688255 (I.C.J.), pp. 105 - 6, para. 37, "The Court recalls in any event that it has taken note in the present Judgment (paragraph 31) that, for the two Parties,

ข้อมติที่ 2625 ศาลจึงใช้โอกาสนั้นในการแสดงสถานะของหลักกฎหมายด้วยการเชื่อมโยง Sacred trust of civilization กับสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง ซึ่งเป็นการสะท้อนว่าบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นได้รับการยอมรับโดยประชาคมระหว่างประเทศแล้ว

นอกจากคำพิพากษาของศาลอดีตยูโกสลาเวียและศาลวันดาที่ให้น้ำหนักของหลักฐานในการพิสูจน์ลักษณะต่างๆ ของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่แสดงถึงลักษณะบังคับเด็ดขาด และการมีผลผูกพันแบบเด็ดขาด ซึ่งได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางจากสังคมระหว่างประเทศ ผู้เขียนเห็นว่าคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศให้น้ำหนักของหลักฐานที่มากกว่าศาลอดีตยูโกสลาเวียและศาลวันดา เนื่องจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเป็นศาลระหว่างประเทศที่มีลักษณะที่เป็นสากลและถาวร จึงได้รับความเชื่อถือจากรัฐต่างๆ มากกว่า อีกทั้งประวัติความเป็นมาที่สืบทอดเกียรติภูมิมาจากศาล Permanent Court of Justice (PCIJ) และการเป็นศาลที่พิพากษาข้อพิพาทระหว่างรัฐแสดงถึงระดับความสำคัญของศาล ดังนั้น แม้คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะผูกพันเฉพาะคู่ความ แต่หลักกฎหมายที่ศาลหยิบยกขึ้นมาใช้ในการตัดสินเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับจากสังคมระหว่างประเทศ การนำคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมาสนับสนุนจึงสามารถอ้างถึงจุดต่างๆ เหล่านี้

#### 4.1 ผลที่มีต่อขอบเขตของเจตนาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

การกำหนดขอบเขตของเจตนาของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีผลต่อความรับผิดชอบของรัฐ และแสดงให้เห็นถึงลักษณะพิเศษบางประการของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อันสะท้อนให้เห็นถึงการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด ลักษณะพิเศษดังกล่าวสามารถเห็นได้จากการกำหนดขอบเขตของเจตนาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ได้มีการพิจารณาโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ แต่ข้อมูลส่วนใหญ่ที่ศาลใช้นำมาจากคำพิพากษาของศาลอดีตยูโกสลาเวียและศาลวันดา รายละเอียดเพิ่มเติมในเรื่องนี้จึงสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้จากหัวข้อ 3.1 ในหัวข้อนี้จะมีการศึกษาขอบเขตของเจตนาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ใน 2 ประเด็น ประกอบด้วย เกณฑ์เรื่องจำนวนและคุณภาพของผู้เสียหาย และขอบเขตในเรื่องพื้นที่ของการทำลายล้าง ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่ได้พิจารณาขอบเขตดังกล่าวโดยใช้หลักในคดีอาญาเช่นในศาลอดี

---

the Territory of East \*106 Timor remains a non-self-governing territory and its people has the right to self-determination."

ยูโกสลาเวียและศาลรวันดา ซึ่งจะเห็นได้จากการที่รัฐผู้เสนอคำฟ้องเสนอมาตรฐานการพิสูจน์โดยใช้เกณฑ์ตามกฎหมายแพ่ง ขณะที่รัฐผู้ถูกกล่าวหาเสนอให้ใช้มาตรฐานการพิสูจน์โดยใช้เกณฑ์ตามกฎหมายอาญา<sup>10</sup> ซึ่งศาลเลียงไม่ใช้เกณฑ์ที่เสนอมาทั้งสองเกณฑ์ แต่ใช้หลักพิจารณาหลักฐานที่ชัดเจนจนเป็นที่สรุป (highly conclusive) ได้ เนื่องจากเป็นข้อกล่าวหาที่มีความร้ายแรงอย่างยิ่ง<sup>11</sup>

#### 4.1.1 เกณฑ์เรื่องจำนวนและคุณภาพของผู้เสียหาย

ข้อ 2 ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์บัญญัติให้เจตนาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ คือ เจตนาทำลายล้างทั้งหมดหรือแต่บางส่วนของกลุ่มชาติพันธุ์ เชื้อชาติ สีผิวและศาสนา โดยคำว่า "บางส่วน" หมายถึง ส่วนที่มีความสำคัญมากเพียงพอที่ทำให้การถูกทำลายของส่วนนี้ส่งผลกระทบต่อกลุ่มทั้งหมดโดยรวม ซึ่งเกณฑ์นี้ได้รับการยอมรับทั้งในศาลอดีตยูโกสลาเวียและในศาลรวันดา<sup>12</sup> ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ขยายขอบเขตของเกณฑ์นี้ออกไปโดยให้น้ำหนักเกณฑ์ด้านคุณภาพมากกว่าเกณฑ์ด้านจำนวน โดยอ้างถึงคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์คดีคราสติก ดังนี้

"จำนวนของปัจเจกชนที่ตกเป็นเป้าหมายควรประเมินไม่เพียงแต่จำนวนคนเท่านั้น แต่ต้องเปรียบเทียบกับจำนวนของคนในกลุ่มทั้งหมด ร่วมกับจำนวนของคนในส่วนที่ตกเป็นเป้าหมาย

---

<sup>10</sup> Ibid., para. 208, "The Parties also differ on the second matter, the standard of proof. The Applicant, emphasizing that the matter is not one of criminal law, says that the standard is the balance of evidence or the balance of probabilities, inasmuch as what is alleged is breach of treaty obligations. According to the Respondent, the proceedings "concern the most serious issues of State responsibility and . . . a charge of such exceptional gravity against a State requires a proper degree of certainty. The proofs should be such as to leave no room for reasonable doubt."

<sup>11</sup> Ibid., para. 209, "The Court has long recognized that claims against a State involving charges of exceptional gravity must be proved by evidence that is fully conclusive"

<sup>12</sup> Ibid., para. 198 "... the part targeted must be significant enough to have an impact on the group as a whole. That requirement of substantiality is supported by consistent rulings of the ICTY and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) and by the Commentary of the ILC to its Articles in the draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (e.g. *Krstić*, IT-98-33-A, Appeals Chamber Judgment, 19 April 2004, paras. 8-11 and the cases of *Kayishema*, *Byilishema*, and *Semanza* there referred to; and *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, Vol. II, Part Two, p. 45, para. 8 of the Commentary to Article 17)."

และความเป็นผู้นำภายในกลุ่ม หากส่วนเฉพาะนั้นีผลต่อความอยู่รอดของกลุ่มที่เหลือย่อมแสดงว่าส่วนดังกล่าวเป็นส่วนสำคัญภายใต้ความหมายของข้อ 2 ของอนุสัญญา (ทำลายล้างเผ่าพันธุ์)<sup>13</sup>

แต่ศาลยังคงเห็นว่าต้องใช้เกณฑ์ทั้งสองร่วมกัน การขยายเกณฑ์นี้ได้รับการโต้แย้งโดยผู้พิพากษา Kreca ซึ่งเห็นว่าการนำเกณฑ์ด้านคุณภาพมาใช้ โดยเฉพาะการอ้างถึงกลุ่มของผู้นำตามที่ศาลอ้างมานี้ทำให้เกิดข้อสงสัย 2 ข้อ ประกอบด้วย ประการแรก ในแง่ความหมายที่ไม่ชัดเจนของคำว่า "ผู้นำ" ทำให้เกณฑ์มีความไม่แน่นอน ประการที่สอง การขยายขอบเขตของเกณฑ์ในลักษณะนี้ทำให้คำนิยามของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์รวมกลุ่มทางการเมืองซึ่งถูกตัดออกในงานเตรียมร่างขณะที่เกณฑ์ด้านจำนวนเป็นสิ่งที่แน่นอนกว่าและควรพิจารณาจากเกณฑ์นี้มากกว่าเกณฑ์ด้านคุณภาพ<sup>14</sup>

จะเห็นได้ว่า การขยายเกณฑ์เรื่อง "บางส่วน" ทั้งในแง่ของจำนวนและคุณภาพของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแสดงให้เห็นว่าศาลคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองเป็นหลัก แม้ว่าการขยายเกณฑ์นี้อาจนำไปสู่การขยายกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครองที่ผิดไปจากนิยาม ซึ่งตามความเป็นจริงแล้ว ความคงอยู่ของกลุ่มย่อมไม่อาจปฏิเสธได้ว่าจำเป็นต้องพึ่งผู้นำของกลุ่ม การคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองเป็นหลักนี้แสดงให้เห็นว่าการตีความในเรื่องต่างๆ จะต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ของบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด อันแสดงให้เห็นถึงลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นเพิ่มเติมว่าการขยายเกณฑ์เรื่อง "บางส่วน" ไปทั้งในด้านจำนวนและคุณภาพสอดคล้องกับความต้องการการคุ้มครองที่แท้จริง แต่ต้องคำนึงถึงผลกระทบของการทำลายล้างที่มีต่อกลุ่มทั้งหมด และประเมินในแง่ของสังคมและประวัติศาสตร์ที่ต้องมีลักษณะในทางวิชาการ มิฉะนั้นแล้วเกณฑ์ของการประเมินจะขาดไปซึ่งความชัดเจนและความแน่นอน ซึ่งจะมีผลต่อการยอมรับเกณฑ์ดังกล่าว

#### 4.1.2 ขอบเขตในเรื่องพื้นที่ของการทำลายล้าง

การขยายขอบเขตของ "บางส่วน" ประเด็นที่สอง คือ การทำลายล้างเผ่าพันธุ์สามารถ

<sup>13</sup> Ibid., para. 200, "A third suggested criterion is qualitative rather than quantitative. The Appeals Chamber in the *Krstić* case put the matter in these carefully measured terms: ... It follows in the Court's opinion that the qualitative approach cannot stand alone. The Appeals Chamber in *Krstić* also expresses that view."

<sup>14</sup> Ibid., Separation opinion of Judge Kreca, p. 42, para. 90



เกิดขึ้นได้ในพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่จำกัด ซึ่งศาลอ้างถึงความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาหมายระหว่างประเทศที่ว่า "การทำลายบางส่วนของกลุ่มไม่จำเป็นต้องกำจัดกลุ่มคนดังกล่าวให้หมดไปจากทุกมุมโลก"<sup>15</sup> ซึ่งเป็นการคำนึงถึงเกณฑ์ในเรื่องโอกาสเทียบกับสาระของการทำลายล้าง<sup>16</sup> แต่ศาลแสดงว่าเกณฑ์นี้ต้องใช้ด้วยความระมัดระวัง เนื่องจากการขยายเกณฑ์ในลักษณะนี้อาจก่อให้เกิดการบิดเบือนไปของนิยาม โดยทำให้เจตนาพิเศษ (*dolus specialis*) เปลี่ยนจากระดับรัฐไปเป็นระดับท้องถิ่น<sup>17</sup> การตีความของศาลในลักษณะนี้เป็นการขยายเกณฑ์ที่มากและจะต้องระมัดระวัง ซึ่งศาลเองก็รับรู้ว่าจะเกิดการบิดเบือนนิยามของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ขึ้นได้ และลดความร้ายแรงรวมทั้งความสำคัญของบรรทัดฐานการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ลง เพราะอาจทำให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่แตกต่างไปจากการฆ่าคนตาย ผู้เขียนจึงเห็นว่าขอบเขตของเจตนาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในเรื่องพื้นที่นั้น แสดงถึงการคำนึงถึงสาระของบรรทัดฐานเป็นหลักเช่นเดียวกัน ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่การนำไปใช้ต้องกระทำด้วยความระมัดระวังและควรแสดงให้เห็นว่าเกณฑ์ดังกล่าวไม่ใช่เกณฑ์ที่มีลักษณะทั่วไป แต่เป็นเกณฑ์ที่อยู่บนพื้นฐานที่ต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป (*case by case basis*)

ในการพิจารณาว่าเกิดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ขึ้นในคดีนี้หรือไม่ ศาลได้พิจารณาถึงองค์ประกอบความผิดทั้งสองอย่าง โดยองค์ประกอบเรื่องการกระทำของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (*actus reus*) นั้น ศาลเห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของศาลอติดยุโกสลาเวียในคดี *คราสติก* (*Krstic case*) และ *คดีบลากอเจวิช* (*Blagojevic case*) ที่วินิจฉัยว่ากองกำลังบอสเนียนเซิร์บได้สังหารชายชาวบอสเนียนมุสลิมจำนวนประมาณ 7,000 คนภายหลังการเข้ายึดครอง Srebrenica ซึ่งการกระทำดังกล่าวเข้าองค์ประกอบด้านการกระทำตามข้อ 2(a) ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Ibid., para. 199, "In the words of the ILC, "it is not necessary to intend to achieve the complete annihilation of a group from every corner of the globe"

<sup>16</sup> Ibid., "This criterion of opportunity must however be weighed against the first and essential factor of substantiality."

<sup>17</sup> Ibid., "The Court observes that the ICTY Trial Chamber has indeed indicated the need for caution, lest this approach might distort the definition of genocide (*Stakić*, IT-97-24-T, Judgment, 31 July 2003, para. 523). The Respondent, while not challenging this criterion, does contend that the limit militates against the existence of the specific intent (*dolus specialis*) at the national or State level as opposed to the local level - a submission which, in the view of the Court, relates to attribution rather than to the "group" requirement."

<sup>18</sup> Ibid., paras. 289 - 290

ดังนั้นในการวินิจฉัยว่าเกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ขึ้นใน Srebrenica ตามฟ้องหรือไม่ ศาลจึงพิจารณาเฉพาะองค์ประกอบด้านเจตนาของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ว่าเกิดขึ้นในช่วงเวลาที่เกี่ยวข้องกันหรือไม่<sup>19</sup> ซึ่งเมื่อศาลสรุปได้ว่าการกระทำที่เกิดขึ้นใน Srebrenica กระทำโดยเจตนาที่ต้องการฆ่าล้างทั้งหมดหรือบางส่วนของกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครอง เพื่อให้กลุ่มดังกล่าวไม่อาจดำรงอยู่ได้<sup>20</sup> จึงสรุปได้ว่าเกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ขึ้นใน Srebrenica<sup>21</sup>

#### 4.2 ผลที่มีต่อความผูกพันกับรัฐของอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

ผลอย่างหนึ่งของการที่การห้ามการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด คือ พันธกรณีของการห้ามการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มีผลผูกพันกับรัฐทุกรัฐ ผลในลักษณะนี้เกิดมาจากความสำคัญของเนื้อหาของการห้ามการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และมีผลไปถึงการเข้าเป็นรัฐภาคีในอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ หัวข้อนี้จะได้มีการแสดงให้เห็นถึงผลดังกล่าวจากการเข้าเป็นรัฐภาคีในอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ของยูโกสลาเวียและบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา โดยกรณีของยูโกสลาเวีย นั้น เป็นเรื่องของรัฐที่มีสถานะเฉพาะที่เกิดจากการอ้างว่าตนเป็นรัฐผู้สืบทอดของอดีตยูโกสลาเวีย แต่ไม่ได้รับการยอมรับจากสหประชาชาติทำให้เกิดสถานะของรัฐที่ไม่ชัดเจนขึ้น ส่วนกรณีของบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาเป็นเรื่องของการสืบทอดของรัฐ ซึ่งได้รับการโต้แย้งว่าการสืบทอดจากการแยกตัวทำให้เกิดความไม่ชอบธรรม หรือ

##### 4.2.1 การเข้าเป็นรัฐภาคีในอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ของบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา

เมื่อวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ. 1992 บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาได้ส่งสาสน์แสดงการสืบทอด (Notice of succession) ไปยังเลขาธิการสหประชาชาติ เพื่อแสดงการรับพันธกรณีตามอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ต่อจากอดีตยูโกสลาเวียที่เข้าเป็นรัฐภาคีในวันที่ 29 สิงหาคม ค.ศ. 1950<sup>22</sup> ใน

<sup>19</sup> Ibid., para. 278

<sup>20</sup> Ibid., para. 292

<sup>21</sup> Ibid., para. 297

<sup>22</sup> United Nations. *The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia and Montenegro)*, Preliminary objections, Judgment of 11 July 1996 [Online]. Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/1739.pdf> [21 Oct 2008], p. 610, para. 18

ขั้นไต่สวนมูลฟ้อง (Preliminary objection) ข้อคัดค้านประเด็นที่สามของยูโกสลาเวีย คือ บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาแยกตัวโดยไม่ชอบด้วยหลักความเท่าเทียมกันของสิทธิ และการกำหนดเจตจำนงตนเองของประชาชน (principle of equal rights and self-determination of peoples) จึงไม่อาจสู้สิทธิ (ของอดีตยูโกสลาเวีย) ในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และไม่ถือว่าบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาเป็นรัฐภาคีของอนุสัญญาดังกล่าว ซึ่งจะมีผลทำให้ศาลไม่มีเขตอำนาจศาลเหนือคดีตามอนุสัญญานี้<sup>23</sup> ประเด็นที่ศาลต้องวินิจฉัย คือ การเป็นรัฐภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา โดยศาลได้วินิจฉัยแยกเป็น 2 ส่วน ส่วนแรกเป็นการวินิจฉัยถึงความสามารถในการเข้าเป็นรัฐภาคีของบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา และส่วนที่สองเป็นการวินิจฉัยถึงการเป็นรัฐภาคีของบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา

ศาลเริ่มจากส่วนแรกโดยเห็นว่า บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาเป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติตามมติของคณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่สหประชาชาติภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งข้อ 11 (XI) ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เปิดให้กับ "รัฐสมาชิกใดๆ ของสหประชาชาติ" สามารถเข้าเป็นรัฐภาคี ดังนั้น บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาสามารถเป็นรัฐภาคีของอนุสัญญา การแยกตัวเป็นอิสระนั้นมีผลเพียงเล็กน้อย บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาจึงสามารถเป็นรัฐภาคีในอนุสัญญาด้วยกลไกการสืบสิทธิของรัฐ<sup>24</sup>

ศาลได้พิจารณาต่อมาถึงการเป็นรัฐภาคีของบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา ซึ่งบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาอ้างถึงการสืบสิทธิโดยอัตโนมัติ (automatic succession) ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ซึ่งศาลเห็นว่าลักษณะของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามความเห็นของศาลในปี ค.ศ. 1951 คดีการตั้งข้อสงวนของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ "รัฐภาคีไม่มีผลประโยชน์เป็นการส่วนตน แต่เป็นไปเพื่อ

<sup>23</sup> Ibid., p. 604, para. 14

<sup>24</sup> Ibid., p. 611, para. 19 - 20, "The Court notes that Bosnia and Herzegovina became a Member of the United Nations following the decisions adopted on 22 May 1992 by the Security Council and the General Assembly, bodies competent under the Charter. Article XI of the Genocide Convention opens it to "any Member of the United Nations"; from the time of its admission to the Organization, Bosnia and Herzegovina could thus become a party to the Convention. Hence the circumstances of its accession to independence are of little consequence."

ประโยชน์ของส่วนรวม"<sup>25</sup> และ "วัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาที่ว่าเจตนารมณ์ของสหประชาชาติต้องการให้มีรัฐเข้าร่วมมากที่สุดที่เป็นไปได้ การกีดกันรัฐใดรัฐหนึ่งออกไปไม่เพียงแต่จำกัดขอบเขตของการใช้ แต่ยังทำให้หลักพื้นฐานในด้านศีลธรรมและมนุษยธรรมของอนุสัญญาเสียไป"<sup>26</sup> และสรุปว่าบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาเป็นรัฐภาคีของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยไม่จำเป็นต้องอ้างถึงการสืบสิทธิอัตโนมัติ

ความเห็นของผู้พิพากษาที่มุ่งพิจารณาในคดีไม่แตกต่างกัน โดยมีมติ 14 ต่อ 1 เห็นว่าข้อคัดค้านของยูโกสลาเวียข้อนี้ฟังไม่ขึ้น โดยมีผู้พิพากษา Shahabuddeen เสริมว่าลักษณะพิเศษของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทำให้เกิดความเป็นสากลของความร่วมมือในการปราบปรามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อันนำมาซึ่งความเป็นสากลของการเข้าร่วม และอาจทำให้เกิดช่องว่างของเวลา (time gap) ในการคุ้มครอง ทั้งที่วัตถุประสงค์หรือกลุ่มคนที่ได้รับการคุ้มครองไม่แตกต่างกัน บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาจึงมีการสืบสิทธิโดยอัตโนมัติ<sup>27</sup> ผู้พิพากษา Parra-Aranguren ในความเห็นต่างเห็นว่าคำพิพากษาของศาลสอดคล้องกับลักษณะทางมนุษยธรรมของอนุสัญญา<sup>28</sup> โดยความเห็นแย้งมาจากผู้พิพากษาสมทบ Kreca<sup>29</sup> ซึ่งได้ให้คำอธิบายข้อโต้แย้งของยูโกสลาเวียอย่างละเอียด โดยเฉพาะในเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการแยกตัว อันทำให้บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาไม่อยู่ในฐานะที่สืบสิทธิในอนุสัญญาได้

จะเห็นได้ว่า การเข้าเป็นภาคีสมาชิกของบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาในกรณีนี้ ศาลเห็นว่าเป็นผลมาจากการเป็นรัฐภาคีของสหประชาชาติโดยอาศัยข้อ 11 ของอนุสัญญาทำลายล้าง

<sup>25</sup> Ibid., p. 611, para. 22, " "In such a convention the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the *raison d'être* of the convention. Consequently, in a convention of this type one cannot speak of individual advantages or disadvantages to States, or of the maintenance of a perfect contractual balance between rights and duties." (*I.C.J. Reports 1951*, p. 23.)"

<sup>26</sup> Ibid., p. 612, para. 22, " "The object and purpose of the Genocide Convention imply that it was the intention of the General Assembly and of the States which adopted it that as many States as possible should participate. The complete exclusion from the Convention of one or more States would not only restrict the scope of its application, but would detract from the authority of the moral and humanitarian principles which are its basis." (*I.C.J. Reports 1951*, p. 24.)"

<sup>27</sup> Ibid., p. 634, Separate Opinion Of Judge Weeramantry

<sup>28</sup> Ibid., p. 656, Separate Opinion Of Judge Parra-Aranguren

<sup>29</sup> Ibid., p. 658, Dissenting Opinion Of Judge Kreca

เผ่าพันธุ์ ซึ่งศาลแสดงว่าการแยกตัวเป็นอิสระของบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา มีผลเล็กน้อยตามคำพิพากษาวรรคที่ 19 และ 20 และศาลแสดงว่าการเข้าเป็นรัฐภาคีจากการสืบสิทธินี้มาจากลักษณะพิเศษของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยสอดคล้องกับหลักพื้นฐานของอนุสัญญาที่เป็นเรื่องทางศีลธรรมและมนุษยธรรมตามคำพิพากษาวรรคที่ 22 ประเด็นนี้เป็นที่น่าสังเกตว่าผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาเห็นไปในทางเดียวกันทั้งหมด เว้นแต่ผู้พิพากษา Kreca ที่ได้แย้งเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการแยกตัว ผู้เขียนเห็นว่าคำพิพากษานี้สอดคล้องกับการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งมีเนื้อหาที่มีความสำคัญต่อสังคมระหว่างประเทศและมีผลผูกพันกับรัฐทุกรัฐ ดังนั้นไม่ว่าบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาจะมีสถานะที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ไม่ใช่ประเด็นที่ศาลคำนึงถึง เพราะวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา คือ การคุ้มครองกลุ่มคน ซึ่งเป็นเรื่องที่มีความสำคัญมากกว่า ดังจะเห็นจากสิ่งที่ศาลอ้างถึงข้างต้น

#### 4.2.2 การเข้าเป็นรัฐภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของยูโกสลาเวีย

การเข้าเป็นรัฐภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของยูโกสลาเวียมีความซับซ้อนมาก เนื่องจากในขั้นโต้สวนมูลฟ้อง (Preliminary objection) ยูโกสลาเวียอ้างว่าตนเป็นรัฐที่ต่อเนื่องกับอดีตยูโกสลาเวีย (continuator) และยินดีรับพันธกรณีที่เกิดจากสนธิสัญญาทุกอย่างที่อดีตยูโกสลาเวียผูกพัน<sup>30</sup> แต่สหประชาชาติไม่ให้การยอมรับการประกาศดังกล่าว ต่อมาในขั้นพิจารณา (Merit phase) ภายหลังกูโกสลาเวียได้อ้างว่าตนไม่ใช่ไม่ได้เป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และเนื่องจากไม่ได้เป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ รัฐตนจึงไม่ได้เป็นภาคีของธรรมนูญศาล ผลที่ตามมาคือ ศาลไม่มีเขตอำนาจศาลเหนือบุคคล (ratione personae) ต่อรัฐตน<sup>31</sup> ทำให้ศาลเห็นว่ายูโกสลาเวียอยู่ในสถานะเฉพา (sui generis position)<sup>32</sup> ประเด็นที่ต้อง

<sup>30</sup> Ibid., p. 610, para. 17

<sup>31</sup> United Nations, The Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia and Montenegro), the Application for Revision case, Judgment of 26 February 2007, para. 80, "The Respondent now contends that it was not a continuator State, and that therefore not only was it not a party to the Genocide Convention when the present proceedings were instituted, but it was not then a party to the Statute of the Court by virtue of membership in the United Nations; and that, not being such a party, it did not have access to the Court, with the consequence that the Court had no jurisdiction *ratione personae* over it."



พิจารณาจึงเป็น ความเป็นรัฐภาคีของยูโกสลาเวียเป็นรัฐภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง (Preliminary objection) นั้น ศาลได้วินิจฉัยถึงการที่ยูโกสลาเวียประกาศอย่างเป็นทางการว่าตนเป็นรัฐที่ต่อเนื่องทั้งในทางกฎหมายระหว่างประเทศและทางการเมือง โดยผูกพันอย่างเคร่งครัดกับข้อผูกมัดของอดีตยูโกสลาเวีย และยืนยันด้วยการส่งสาสน์ที่เป็นทางการถึงเลขาธิการสหประชาชาติในวันที่ 27 เมษายน 1992 รวมทั้งการที่ยูโกสลาเวียมิได้คัดค้านว่าตนไม่ใช่รัฐภาคีของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ศาลจึงเห็นว่ายูโกสลาเวียผูกพันโดยบทบัญญัติของอนุสัญญา<sup>33</sup> และศาลถือว่าคำตัดสินนี้ผูกพันคู่ความตามหลัก *res judicata*<sup>34</sup> แม้ว่าภายหลังยูโกสลาเวียจะได้สมัครเข้าเป็นรัฐภาคีของสหประชาชาติ โดยศาลให้เหตุผลว่าแม้รัฐ

---

<sup>32</sup> *Ibid.*, para. 97, "... and earlier the Court, in another context, had referred to the "*sui generis* position which the FRY found itself in" during the period between 1992 to 2000 (*loc. cit.*, citing *I.C.J. Reports 2003*, p. 31, para. 71)."

<sup>33</sup> United Nations. *The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia and Montenegro)*, Preliminary objections, Judgment of 11 July 1996, p. 610, para. 17, " At the time of the proclamation of the Federal Republic of Yugoslavia, on 27 April 1992, a formal declaration was adopted on its behalf to the effect that:

"The Federal Republic of Yugoslavia, continuing the State, international legal and political personality of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, shall strictly abide by all the commitments that the Socialist Federal Republic of Yugoslavia assumed internationally."

This intention thus expressed by Yugoslavia to remain bound by the international treaties to which the former Yugoslavia was party was confirmed in an official Note of 27 April 1992 from the Permanent Mission of Yugoslavia to the United Nations, addressed to the Secretary-General. The Court observes, furthermore, that it has not been contested that Yugoslavia was party to the Genocide Convention. Thus, Yugoslavia was bound by the provisions of the Convention on the date of the filing of the Application in the present case, namely, on 20 March 1993."

<sup>34</sup> United Nations, *The Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia and Montenegro)*, the Application for Revision case, Judgment of 26 February 2007, para. 123 "The operative part of a judgment of the Court possesses the force of *res judicata*. The operative part of the 1996 Judgment stated, in paragraph 47 (2) (a), that the Court found "that, on the basis of Article IX of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, it has jurisdiction to decide upon the dispute"."

คู่ความทั้งสองไม่มีการโต้แย้งประเด็นเรื่องสถานะของยูโกสลาเวีย<sup>35</sup> แต่ประเด็นดังกล่าวได้มีการพิจารณาแล้ว ซึ่งจะเห็นได้จากกรณีที่ศาลวินิจฉัยว่ากรณีของบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาศาลเห็นว่า "สามารถ (could)...เป็นภาคีของอนุสัญญา" ตั้งแต่เวลาที่ได้รับการอนุมัติให้เป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ ในส่วนของยูโกสลาเวีย ศาลเห็นว่า"ได้ผูกพัน (was bound) โดยบทบัญญัติของอนุสัญญา" ขณะที่รัฐผู้ร้องเสนอคำฟ้อง<sup>36</sup> ส่วนการสมัครเข้าเป็นรัฐภาคีของยูโกสลาเวีย นั้นเป็นเรื่องในภายหลัง

ขั้นไต่สวนมูลฟ้อง (Preliminary objection) ไม่มีประเด็นโต้แย้งในเรื่องของสถานะของยูโกสลาเวีย แต่ในชั้นพิจารณามีการโต้แย้งในเหตุผลของศาลมาก โดยในความเห็นแย้งของ Vice-President Al-Khasawneh เห็นว่าการไม่ได้เข้าเป็นรัฐภาคีของสหประชาชาติไม่มีผลต่อสถานะของยูโกสลาเวีย ซึ่งกรณีตัวอย่างของประเทศเกาหลีเหนือแสดงว่า แม้ไม่ใช่รัฐภาคีของสหประชาชาติ รัฐนั้นก็ยังสามารถเป็นรัฐภาคีของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ การกระทำฝ่ายเดียวของยูโกสลาเวียจึงมีผลผูกพันกับรัฐ<sup>37</sup> ผู้พิพากษาท่านอื่นแสดงความไม่เห็นด้วยกับเหตุผลที่ศาลยกมาอ้างในเรื่อง res judicata เพราะเห็นว่าเรื่องสถานะของยูโกสลาเวียไม่ได้มีการพิจารณา

---

<sup>35</sup> Ibid., para. 122. "Nothing was stated in the 1996 Judgment about the status of the FRY in relation to the United Nations, or the question whether it could participate in proceedings before the Court; for the reasons already mentioned above (paragraph 106), both Parties had chosen to refrain from asking for a decision on these matters."

<sup>36</sup> Ibid., para. 133, "As regards Bosnia and Herzegovina, there was no question but that it was a party to the Statute at the date of filing its application instituting proceedings; and in relation to the Convention, the Court found that it "could . . . become a party to the Convention" from the time of its admission to the United Nations (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 611, para. 19), and had in fact done so. As regards the FRY, the Court found that it "was bound by the provisions of the Convention", i.e. was a party thereto, "on the date of the filing of the Application" (*ibid.*, p. 610, para 17); "

<sup>37</sup> Ibid., Dissenting Opinion of Vice-President Al-Khasawneh, "The Democratic People's Republic of Korea's instrument of accession to the Genocide Convention was accepted on 31 January 1989 (more than two years before it became a United Nations Member) on this basis. No special invitation to become a party to the Genocide Convention was addressed to the DPRK by the General Assembly. In other words, given the FRY's express acceptance of the obligations set forth in the Genocide Convention in 1992, neither its purported non-Member status nor the failure of the General Assembly to specifically invite the FRY to become a party acts as a bar to finding that the FRY was a party to the Genocide Convention at the time it filed the Application."

ในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง แต่ยังคงเห็นว่ายูโกสลาเวียยังคงผูกพันกับอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วยผลของกฎหมายปิดปาก (estoppel)<sup>38</sup>

ความสลับซับซ้อนของสถานะของยูโกสลาเวียที่มีต่อองค์การสหประชาชาติ อันเกิดจากการอ้างความต่อเนื่องจากอดีตยูโกสลาเวีย โดยไม่ได้รับการรับรองจากสหประชาชาติ แต่ในทางปฏิบัติศาลรับรองสถานะของยูโกสลาเวียในฐานะรัฐคู่ความที่มีความสามารถปรากฏตัวต่อหน้าศาล รวมทั้งการสืบสิทธิในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่ศาลหลีกเลี่ยงที่จะชี้แจงไปถึงสถานะของยูโกสลาเวียในสภาพดังกล่าว ดังจะเห็นได้จากการให้เหตุผลในคำพิพากษาปี ค.ศ. 2007 ศาลวินิจฉัยว่าในคำพิพากษาปี ค.ศ. 1996 ศาลได้เห็นว่าเป็น "กรณีของบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาไม่มีปัญหาว่าเป็นภาคีของธรรมนูญศาลขณะเสนอคำฟ้อง และในความสัมพันธ์กับอนุสัญญา ศาลเห็นว่า 'สามารถ (could)...เป็นภาคีของอนุสัญญา' ตั้งแต่เวลาที่ได้รับการอนุมัติให้เป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ ในส่วนของยูโกสลาเวีย ศาลเห็นว่า 'ได้ผูกพัน (was bound) โดยบทบัญญัติของอนุสัญญา' ตามคำพิพากษาของศาลวรรคที่ 133

ความไม่ชัดเจนทั้งในการปฏิบัติต่อยูโกสลาเวียของฝ่ายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับยูโกสลาเวีย หรือการเปลี่ยนจุดยืนของยูโกสลาเวียในภายหลัง หรือไม่ว่ายูโกสลาเวียจะมีสถานะเช่นใดในระหว่าง ค.ศ. 1992 ถึง ค.ศ. 2000 ศาลก็ถือว่าการกระทำฝ่ายเดียวของยูโกสลาเวีย "ในการสถาปนารัฐยูโกสลาเวียในวันที่ 27 เมษายน ค.ศ. 1992 ที่ได้มีแถลงการณ์ที่ยอมรับผลเช่นนั้นด้วยการถือว่าตนเป็นรัฐต่อเนื่องจากอดีตยูโกสลาเวีย เจตนารมณ์ที่แสดงออกโดยยูโกสลาเวียที่จะคง (remain) ผูกพันโดยสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่อดีตยูโกสลาเวียได้เป็นภาคีถูกยืนยันโดยศาสน์อย่างเป็นทางการที่แจ้งไปยังเลขาธิการสหประชาชาติ และยูโกสลาเวียไม่มีการโต้แย้งในเรื่องการเป็นภาคีของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์" ผูกพันยูโกสลาเวียโดยบทบัญญัติของอนุสัญญาดังกล่าวในวันที่ได้มีการยื่นฟ้องคือ วันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1993 ตามคำพิพากษาวรรคที่ 121 การกระทำดังกล่าวมีผลให้ยูโกสลาเวียเป็นภาคีของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ดังนั้นในอนุสัญญาที่มีกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะของ กฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับใช้ได้เป็นการทั่วไป มีผลผูกพันต่อรัฐที่แสดงความยินยอมที่จะผูกพัน แม้จะเป็นเพียงการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว (Unilateral act) และไม่ว่าสถานะของรัฐดังกล่าวจะชัดเจนหรือไม่

<sup>38</sup> Ibid., Joint dissenting opinion of Judge Renjava, Shi and Koroma, Dissenting opinion of Judge Mahiou

การที่ศาลอ้างถึงผลของคำพิพากษา (res judicata) ของคำพิพากษาปี ค.ศ. 1996 ทำให้ผลที่ได้คือความเห็นที่แตกต่างออกไปในการออกเสียงรับในการปฏิเสธข้อโต้แย้งตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ในส่วนนี้รองประธานอัลคาซาวาเนเห็นว่าข้อมติของสหประชาชาติมีผลในทางการเมืองมากกว่าที่จะมีผลทางกฎหมาย โดยเป็นการลงโทษ (sanction) ยูโกสลาเวียไม่ให้เข้าร่วมงานของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ ในความสัมพันธ์ของยูโกสลาเวียกับอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เช่นเดียวกับในกรณีของเกาหลีเหนือที่เป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก่อนจะเข้าเป็นสมาชิกของสหประชาชาติถึงสองปี นั่นคือ ไม่ว่าจะยูโกสลาเวียจะเป็นสมาชิกของสหประชาชาติหรือไม่ ย่อมสามารถเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้

จากคำพิพากษาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าศาลไม่ได้คำนึงถึงสถานะของยูโกสลาเวีย ซึ่งอาจเป็นเพราะศาลต้องการที่จะหลีกเลี่ยงหรือเหตุผลใดก็ตาม ผลที่ได้คือ ยูโกสลาเวียผูกพันกับการกระทำฝ่ายเดียวของตนและผูกพันกับอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยเหตุผลที่ศาลใช้เป็นเหตุผลเดียวกับเหตุผลที่ใช้กับบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา ซึ่งศาลอ้างถึงความเห็นของศาลปี ค.ศ. 1951 ในคดีการตั้งข้อสงวนของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อันแสดงให้เห็นถึงลักษณะพิเศษของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่มาจากหลักการพื้นฐานของอนุสัญญา

จะเห็นได้ว่าในสนธิสัญญาที่ไม่ได้ให้ประโยชน์แก่รัฐใดรัฐหนึ่ง แต่เป็นผลประโยชน์ร่วม (common interest) กฎเกณฑ์ในสนธิสัญญาดังกล่าวมีลักษณะบังคับเป็นการทั่วไป กรณีนี้คืออนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ไม่คำนึงถึงสถานะของรัฐ ไม่ว่าจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เช่นในกรณีของบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา หรือมีสถานะไม่แน่นอน (amorphous) เช่นในกรณีของยูโกสลาเวีย การกระทำของรัฐในการให้ความผูกพันในลักษณะต่างๆที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำในทางระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการส่งสาสน์แสดงการสืบสิทธิในกรณีของบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา หรือการกระทำฝ่ายเดียวจากการแถลงการณ์รับพันธกรณีระหว่างประเทศ ศาลถือว่ามีผลผูกพันกับรัฐดังกล่าวทั้งสิ้นไม่ว่ารัฐนั้นจะมีสถานะเช่นใด ลักษณะพิเศษของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นี้แสดงให้เห็นถึงผลของการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงลักษณะที่ผูกพันแบบเด็ดขาดกับรัฐของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

#### 4.3 ลักษณะพิเศษของความรับผิดชอบของรัฐ

การเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์สะท้อน

ออกมาจากลักษณะพิเศษความรับผิดชอบของรัฐ ซึ่งมีผลในการกำหนดขอบเขตของความรับผิดชอบของรัฐ จากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีนี้มีประเด็นที่เกี่ยวข้อง 3 ประเด็น ประกอบด้วย ประเด็นแรก ความรับผิดชอบของรัฐในการไม่ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เนื่องจากอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งถึงความรับผิดชอบดังกล่าว ขอบเขตความรับผิดชอบของรัฐที่แตกต่างออกไปจากที่บัญญัติไว้จึงแสดงถึงผลของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดได้ ประเด็นที่สอง ความรับผิดชอบของรัฐต่อพันธกรณีในการป้องกัน โดยเป็นการพิจารณาถึงขอบเขตพันธกรณีในการป้องกันของรัฐ อันจะสะท้อนให้เห็นถึงขอบเขตของความรับผิดชอบของรัฐเช่นกัน และประเด็นที่สาม ขอบเขตของการใช้มาตรการตอบโต้ โดยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่อาจตอบโต้ได้ด้วยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ขอบเขตความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดขึ้นในประเด็นต่างๆ เหล่านี้จะทำให้เห็นถึงผลของการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด

#### 4.3.1 ความรับผิดชอบของรัฐในการไม่ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์

อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์บัญญัติเรื่องความรับผิดชอบโดยตรงของรัฐในกรณีที่รัฐกระทำผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไว้ในข้อ 9 ดังนี้

"ข้อ 9 บัญญัติให้รัฐภาคีที่เกี่ยวข้องกับการพิพาทต้องเสนอข้อพิพาทของตนอันเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย การตีความ การทำให้บรรลุผลของอนุสัญญา ซึ่งรวมทั้งความรับผิดชอบของรัฐต่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือการกระทำใดๆ ที่บัญญัติไว้ในข้อ 3 ต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ"<sup>39</sup>

เนื่องจากบทบัญญัติข้อ 9 เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท อันเป็นเรื่องของวิธีการและการบังคับใช้สิทธิและหน้าที่ ทำให้พันธกรณีในข้อ 9 แตกต่างจากพันธกรณีสารบัญญัติที่เป็นเรื่อง

<sup>39</sup> United Nations, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: article IX "Disputes between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in article III, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties to the disputes."



ของการสร้าง การนิยามและการกำหนดสิทธิและหน้าที่<sup>40</sup> เพราะไม่ได้ทำให้เกิดสิทธิและหน้าที่แก่รัฐ แต่อย่างใด อีกทั้งไม่มีข้อบทอื่นใดที่บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้เพิ่มเติม<sup>41</sup> จึงอาจกล่าวได้ว่า อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่ได้กำหนดพันธกรณีให้กับรัฐในการไม่ทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ นอกจากนี้ โครงสร้างของอนุสัญญายังมุ่งที่จะลงโทษปัจเจกชนหรือบุคคลธรรมดา มากกว่ารัฐ จากการที่รัฐมีพันธกรณีในการลงโทษตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ตามที่ได้มีการบัญญัติไว้ในอนุสัญญา ตั้งแต่ข้อ 3 ถึงข้อ 7 ต่อเนื่องกัน ดังต่อไปนี้

"ข้อ 3 การกระทำได้ดังต่อไปนี้สามารถลงโทษได้

- (a) การทำลายล้างเผ่าพันธุ์
- (b) สมคบกันทำลายล้างเผ่าพันธุ์
- (c) กระทำโดยตรงและโดยการโฆษณาให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์
- (d) พยายามทำลายล้างเผ่าพันธุ์
- (e) มีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์"<sup>42</sup>

"ข้อ 4 บุคคลที่กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือการกระทำอื่นใดตามที่ได้บัญญัติไว้ในข้อ 3 จะต้องได้รับการลงโทษ ไม่ว่าผู้กระทำเป็นผู้นำประเทศ เจ้าหน้าที่ราชการหรือบุคคลธรรมดา"<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Butterworths Concise Australian Legal Dictionary, 2nd ed. (Butterworths, LexisNexis Butterworths, 1998), p. 416 Substantive law: The branch of the law which creates, defines and regulates people's rights, duties, powers and liabilities. Substantive law is to be contrasted with procedural law, the method of enforcing rights and duties, in particular the rule of procedure and evidence.

<sup>41</sup> United Nations, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide

<sup>42</sup> United Nations, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, คำแปลโดย จันทิมา ลิมปานนท์, "ปัญหากฎหมายและแนวทางเยียวยาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์", หน้า 89 Article III: 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.

<sup>43</sup> *Ibid.*, คำแปลโดย จันทิมา ลิมปานนท์, "ปัญหากฎหมายและแนวทางเยียวยาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์", หน้า 92, Article IV: Persons committing genocide or any of the other acts enumerated in article III shall be punished, whether they are constitutionally responsible rulers, public officials or private individuals.

"ข้อ 5 รัฐภาคีรับพันธกรณีที่จะออกกฎหมายภายในให้เป็นที่ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญา โดยสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญของตน เพื่อให้สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดตามข้อ 2 และข้อ 3 อย่างมีประสิทธิภาพ"<sup>44</sup>

"ข้อ 6 บุคคลผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือกระทำความผิดอื่นใดตามข้อ 3 จะต้องได้รับการดำเนินคดีต่อศาลที่มีอำนาจในดินแดนของรัฐที่ความผิดเกิดขึ้น หรือศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีเขตอำนาจซึ่งรัฐที่ความผิดเกิดขึ้นได้ยอมรับเขตอำนาจของศาลนั้น"<sup>45</sup>

"ข้อ 7 การทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำทั้งหลายตามที่ได้บัญญัติไว้ในข้อ 3 มิให้ถือว่าเป็นความผิดทางการเมือง เพื่อวัตถุประสงค์ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน รัฐภาคีสมาชิกผูกพันตนเองที่จะให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายของรัฐตนและสนธิสัญญาที่มีผลบังคับ"<sup>46</sup>

จากการบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่าข้อ 3 เป็นความผิดทางอาญาที่ใช้กับบุคคล โดยเฉพาะการมีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์<sup>47</sup> ข้อ 4 แสดงถึงความรับผิดชอบของบุคคลไม่ว่าจะอยู่ใน

<sup>44</sup> Ibid., Article V: The Contracting Parties undertake to enact, in accordance with their respective Constitutions, the necessary legislation to give effect to the provisions of the present Convention, and, in particular, to provide effective penalties for persons guilty of genocide or any of the other acts enumerated in article III.

<sup>45</sup> Ibid., คำแปลโดย จันทิมา ลิมปานนท์, "ปัญหากฎหมายและแนวทางเยียวยาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์", หน้า 96,

Article VI: Persons charged with genocide or any of the other acts enumerated in article III shall be tried by a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed, or by such international penal tribunal as may have jurisdiction with respect to those Contracting Parties which shall have accepted its jurisdiction.

<sup>46</sup> Ibid., คำแปลโดย จันทิมา ลิมปานนท์, "ปัญหากฎหมายและแนวทางเยียวยาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์", หน้า 97, Article VII: Genocide and the other acts enumerated in article III shall not be considered as political crimes for the purpose of extradition. The Contracting Parties pledge themselves in such cases to grant extradition in accordance with their laws and treaties in force.

<sup>47</sup> United Nations, The Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia and Montenegro), the Application for Revision case, Judgment of 26 February 2007, para. 167, "...It is true that the concepts used in paragraphs (b)

ตำแหน่งหรือฐานะเช่นไร ข้อ 5 เป็นการกำหนดพันธกรณีให้รัฐออกกฎหมายภายในเพื่อดำเนินคดี ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในศาลภายใน ส่วนข้อ 6 เป็นการกำหนดพันธกรณีให้รัฐดำเนินคดีกับผู้กระทำผิด และข้อ 7 เป็นการกำหนดให้รัฐส่งผู้ร้ายข้ามแดน ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับบุคคลธรรมดาทั้งสิ้น ทำให้เกิดปัญหาที่สำคัญว่า หากรัฐกระทำความผิดหรือเข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว จะถือว่ารัฐดังกล่าวละเมิดต่อพันธกรณีตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้หรือไม่

ปัญหานี้ได้รับการพิจารณาในคดีการใช้อุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยประเทศบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาซึ่งเป็นผู้เสนอคำฟ้องอ้างว่าข้อ 9 และข้อ 1 ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์กำหนดให้รัฐต้องรับผิดชอบโดยตรงต่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ตนได้กระทำขึ้น<sup>48</sup> ศาลจึงต้องพิจารณาว่าอนุสัญญานี้กำหนดให้รัฐมีพันธกรณีต้องไม่กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่ ศาลวินิจฉัยในประเด็นนี้โดยเห็นว่าข้อ 9 เป็นบทบัญญัติด้านวิธีสบัญญัติ ขณะที่พันธกรณีของรัฐควรมาจากบทบัญญัติด้านสารบัญญัติ<sup>49</sup> บทบัญญัติที่ต้องพิจารณาจึงเหลือเพียงข้อ 1 แต่บทบัญญัติข้อนี้ไม่ได้บัญญัติถึงความรับผิดชอบโดยตรงของรัฐไว้โดยชัดแจ้งและบทบัญญัติอื่นๆ ของอนุสัญญาก็เป็นเรื่องการลงโทษปัจเจกชนผู้กระทำผิด ศาลจึงต้องพิจารณาถึงพันธกรณีที่อาจมีขึ้นได้จากการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้าม

---

to (e) of Article III, and particularly that of “complicity”, refer to well known categories of criminal law and, as such, appear particularly well adapted to the exercise of penal sanctions against individuals.”

<sup>48</sup> United Nations, *The Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia v. Serbia and Montenegro), the Application for Revision case, Judgment of 26 February 2007, para. 155, “[t]his case is about State responsibility and seeks to establish the responsibilities of a State which, through its leadership, through its organs, committed the most brutal violations of one of the most sacred instruments of international law”. และ “[i]t is State responsibility for genocide that this legal proceeding is all about”. It relies in this respect on Article IX of the Convention, which, it argues, “quite explicitly impose[s] on States a direct responsibility themselves not to commit genocide or to aid in the commission of genocide”. As to the obligation of prevention under Article I, a breach of that obligation, according to the Applicant, “is established - it might be said is ‘eclipsed’ - by the fact that [the Respondent] is *itself* responsible for the genocide committed; . . . a State which commits genocide has not fulfilled its commitment to prevent it”

<sup>49</sup> *Ibid.*, para. 166, “Since Article IX is essentially a jurisdictional provision, the Court considers that it should first ascertain whether the substantive obligation on States not to commit genocide may flow from the other provisions of the Convention.”

การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งเป็นผลของการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ศาลเริ่มจากการพิจารณาบทบัญญัติของอนุสัญญา ซึ่งบทบัญญัติอื่นๆ ที่ตามมาของอนุสัญญาเป็นเรื่องการลงโทษปัจเจกชน อันเป็นการแสดงว่าโดยทั่วไปแล้ว ข้อ 1 ของอนุสัญญาควรมีเนื้อหาสาระในลักษณะเดียวกัน เมื่อศาลพิจารณาถึงการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ศาลเห็นว่าลักษณะดังกล่าวของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีผลต่อพันธกรณีตามข้อ 1 ของอนุสัญญา โดยทำให้ "การรับประกันพันธกรณี" (undertaking) ไม่ได้หมายความว่า รัฐรับประกันพันธกรณีในการออกกฎหมาย การดำเนินคดี หรือการส่งผู้ร้ายข้ามแดน แต่การรับประกันพันธกรณีตามข้อ 1 แตกต่างไปจากการรับประกันพันธกรณีตามบทบัญญัติข้ออื่นที่ตามมาในลักษณะที่เกินไปกว่าและเหนือไปกว่าพันธกรณีข้ออื่นของอนุสัญญา โดยเฉพาะพันธกรณีในการป้องกัน<sup>50</sup> ในเรื่องนี้ศาลได้กล่าวไว้ ดังนี้

"162. การให้ลักษณะ (บังคับเด็ดขาด) แก่การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญามีความสำคัญต่อการตีความ... ข้อ 1 ...

...

การรับประกันพันธกรณีไม่ชัดเจน...; และไม่อาจแปลได้ว่าเป็นเพียงการรับประกันพันธกรณีในเรื่องการออกกฎหมาย การดำเนินคดี และการส่งผู้ร้ายข้ามแดนซึ่งเป็นเรื่องที่บัญญัติตามมา ลักษณะเหล่านั้นสนับสนุนว่าข้อ 1 โดยเฉพาะการรับประกันพันธกรณีในการป้องกันทำให้เกิดพันธกรณีที่แตกต่างไปจากพันธกรณีซึ่งปรากฏตามหลังข้อนี้"<sup>51</sup>

<sup>50</sup> Ibid., para. 165, " For the Court both changes - the movement of the undertaking from the Preamble to the first operative Article and the removal of the linking clause ("in accordance with the following articles") - confirm that Article I does impose distinct obligations over and above those imposed by other Articles of the Convention. In particular, the Contracting Parties have a direct obligation to prevent genocide."

<sup>51</sup> Ibid., para. 162, "Those characterizations of the prohibition on genocide and the purpose of the Convention are significant for the interpretation of the second proposition stated in Article I - the undertaking by the Contracting Parties to prevent and punish the crime of genocide, and particularly in this context the undertaking to prevent. ... The undertaking is unqualified (a matter considered later in relation to the scope of the obligation of prevention); and it is not to be read merely as an introduction to later express references to legislation, prosecution and extradition."

เนื่องจากพันธกรณีใดที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดย่อมตกเป็นโมฆะ<sup>52</sup> ผลของการที่การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดทำให้พันธกรณีของข้อ 1 เกินไปกว่าและเหนือไปกว่าพันธกรณีจากบทบัญญัติข้ออื่นที่ตามมา ซึ่งจะไปตามวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาอย่างแท้จริง แม้จะไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติข้ออื่นๆ ที่ตามมาก็ตาม ในทางกลับกัน ศาลเห็นว่าพันธกรณีที่ตามมาจากบทบัญญัติข้ออื่นๆ ต้องสอดคล้องกับพันธกรณีนี้ จะเห็นได้จากการที่ศาลนำการกระทำที่ลงโทษได้ของข้อ 3 มาใช้กับความรับผิดชอบของรัฐ ซึ่งความรับผิดชอบอย่างไร้ได้เฉพาะกับปัจเจกชน นั่นก็คือ การมีส่วนร่วมในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (complicity) ศาลเองก็ยังยอมรับว่าการมีส่วนร่วมในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (complicity) เป็นความรับผิดชอบทางอาญาที่ใช้เฉพาะกับปัจเจกชน แต่ศาลให้เหตุผลว่าแม้ความรับผิดชอบของรัฐดังกล่าวจะแตกต่างไปจากความรับผิดชอบทางอาญา แต่การปฏิเสธความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา โดยศาลกล่าวว่า

"... จริงที่ว่าแนวความคิดที่ใช้ในข้อ 3 วรรค (b) ถึง (e) โดยเฉพาะเรื่อง "การมีส่วนร่วมเกี่ยวข้อง" ที่มาจากกฎหมายอาญาจะใช้เฉพาะกับการลงโทษบุคคลธรรมดา แต่การปฏิเสธความรับผิดชอบของรัฐเป็นการไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา ดังนั้น แม้ลักษณะ (ความรับผิดชอบของรัฐ) ดังกล่าวจะแตกต่างจากความรับผิดชอบทางอาญา แต่ก็สามารถนำไปใช้กับการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดในข้อ 3 นอกเหนือไปจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์"<sup>53</sup>

ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อมา คือ บทบัญญัติข้อ 1 ไม่ได้บัญญัติถึงความรับผิดชอบโดยตรง

---

Those features support the conclusion that Article I, in particular its undertaking to prevent, creates obligations distinct from those which appear in the subsequent Articles."

<sup>52</sup> United Nations, Vienna Convention on the Law of Treaty: Article 53

<sup>53</sup> United Nations, The Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia and Montenegro), the Application for Revision case, Judgment of 26 February 2007, para. 167, "...It is true that the concepts used in paragraphs (b) to (e) of Article III, and particularly that of "complicity", refer to well known categories of criminal law and, as such, appear particularly well adapted to the exercise of penal sanctions against individuals. It would however not be in keeping with the object and purpose of the Convention to deny that the international responsibility of a State - even though quite different in nature from criminal responsibility - can be engaged through one of the acts, other than genocide itself, enumerated in Article III."



ของรัฐไว้โดยชัดแจ้ง ในประเด็นนี้ ศาลเห็นว่า แม้บทบัญญัติดังกล่าวจะไม่บัญญัติห้ามรัฐทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยชัดแจ้ง แต่เมื่อคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในการสร้างอนุสัญญาแล้ว ผลของข้อ 1 ย่อมเป็นการห้ามรัฐทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย ซึ่งจะเห็นได้จากคำกล่าวของศาลที่ว่า

"... บทบัญญัติ (ข้อ 1) ไม่ได้บัญญัติให้รัฐต้องไม่ทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไว้โดยชัดแจ้ง แต่ศาลเห็นว่า หากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ในการทำอนุสัญญาแล้ว ผลของข้อ 1 คือ การห้ามรัฐไม่ให้ทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์"<sup>54</sup>

ศาลให้เหตุผลในประเด็นนี้ 2 ประการ ประการแรกคือ การที่การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ รัฐจึงมีพันธกรณีที่จะไม่กระทำ ประการที่สอง จากพันธกรณีในการป้องกันกำหนดให้รัฐใช้อำนาจที่ตนมีในการป้องกันบุคคลหรือกลุ่มคนที่ไม่ได้อยู่ภายใต้อำนาจของตนโดยตรงกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จะเป็นการไม่สมเหตุสมผลที่รัฐจะไม่ป้องกันบุคคลที่อยู่ใต้อำนาจของตนในการทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

สำหรับความเห็นของผู้พิพากษาผู้นั่งพิจารณาคดีในประเด็นนี้ แนวความเห็นส่วนหนึ่งเห็นว่าอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีอาญา (international criminal international law) ซึ่งวัตถุประสงค์ที่ต้องการที่จะลงโทษปัจเจกชน<sup>55</sup> จะเห็นได้จากข้อ 4 - 7 ที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการลงโทษปัจเจกชน อันแสดงให้เห็นถึงเจตนาของรัฐผู้ลงนาม และการที่รัฐต้องรับผิดชอบในความผิดฐานการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้รับการปฏิเสธระหว่างการอภิปรายร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จึงไม่เห็นด้วยกับการตีความโดยนัย (implication) ของศาล<sup>56</sup> นอกจากนี้ ศาลศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (PCIJ) วางหลักกฎหมายในคดีไลต์สว่า "ข้อจำกัดที่มีต่อรัฐอิสระไม่สามารถสันนิษฐานเอาเองได้"<sup>57</sup> แต่ความเห็นร่วมของผู้พิพากษาสี่และโคโรมาและความเห็นต่างของผู้พิพากษาโอวาดะเห็นด้วยกับการตีความของศาลในเรื่องกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของข้อ 1 ของอนุสัญญาโดยคำนึงถึงคุณค่าทาง

<sup>54</sup> Ibid., para. 166, "... The Article does not *expressis verbis* require States to refrain from themselves committing genocide. However, in the view of the Court, taking into account the established purpose of the Convention, the effect of Article I is to prohibit States from themselves committing genocide"

<sup>55</sup> Ibid., Joint Declaration of Judges Shi and Koroma, Declaration of Judge Skotnikov, Separate Opinion of Judge Owada, Separation Opinion of Judge Tomka

<sup>56</sup> Ibid., Joint Declaration of Judges Shi and Koroma

<sup>57</sup> Ibid., Separate Opinion of Judge Owada

มนุษยธรรมได้รับการยอมรับ

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าการตีความเช่นนี้แสดงให้เห็นถึงลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยจะเห็นได้จากความเห็นของผู้พิพากษาในคดีที่เป็นไปในการทำงานเดียวกันที่ได้แย้งการตีความของศาล และอ้างถึงหลักในคดีโดตส์ว่า "กฎหมายระหว่างประเทศต้องเกิดมาจากความยินยอมของรัฐเอง ข้อจำกัดที่มีต่อรัฐอิสระไม่อาจสันนิษฐานเอาได้ เว้นมีข้ออนุญาตในทางตรงข้ามให้ทำได้"<sup>58</sup> กรณีนี้ อนุสัญญาไม่มีการบัญญัติอย่างชัดเจนถึงพันธกรณีของรัฐจะต้องไม่กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จะถือว่ารัฐภาคีมีเจตนารับพันธกรณีเกินไปกว่าสิ่งที่บัญญัติไว้ไม่ได้ แต่จากการที่การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด รัฐจึงต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับข้อห้ามตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งไม่อาจปฏิเสธขัดแย้งได้ ข้อจำกัดนี้ไม่ใช่ข้อจำกัดที่ต้องสันนิษฐาน แต่เป็นข้อจำกัดที่เป็นที่ยอมรับโดยกว้างขวางจากสังคมระหว่างประเทศซึ่งรัฐมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม อันเป็นการสนับสนุนคำวินิจฉัยของศาลในประเด็นดังกล่าว คำพิพากษาในส่วนนี้จึงสนับสนุนว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด

#### 4.3.2 ความรับผิดชอบของรัฐต่อพันธกรณีในการป้องกัน

การทำอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นผลมาจากข้อมติสมัชชาใหญ่สหประชาชาติที่ 96 ซึ่งต้องการนำหลักความรับผิดชอบของปัจเจกชนมาบัญญัติ ทำให้บทบัญญัติต่างๆ เป็นเรื่องที่กำหนดพันธกรณีให้แก่รัฐกระทำการลงโทษบุคคลผู้กระทำผิด แต่ก็มีกรณีการบัญญัติเรื่องของการป้องกันไว้ด้วย โดยการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์บัญญัติไว้ในข้อ 1 และข้อ 8 ของอนุสัญญา ดังต่อไปนี้

"ข้อ 1 รัฐภาคีขอยืนยันว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่ว่าจะได้กระทำในภาวะสันติหรือภาวะสงคราม

<sup>58</sup> United Nations, *The Case of the S.S. "Lotus", Ser. A., No. 10, 1927* p. 18, "International law governs relations between independent States. The rules of law binding up on States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed."

เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐภาคีมีหน้าที่ป้องกันและลงโทษการกระทำดังกล่าว"<sup>59</sup>

"ข้อ 8 รัฐภาคีใดๆ สามารถร้องขอต่อองค์กรที่มีอำนาจของสหประชาชาติ ให้มีการปฏิบัติการอย่างหนึ่งอย่างใดภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติตามความเหมาะสม ในการป้องกันและปราบปรามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือการกระทำใดๆที่บัญญัติไว้ในข้อ 3"<sup>60</sup> (การกระทำที่สามารถลงโทษได้ของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์)

เมื่อพิจารณาในเรื่องของการป้องกันในข้อ 1 และข้อ 8 แล้ว พบว่าก่อให้เกิดปัญหาใน 3 ประการคือ ความไม่ชัดเจนของการป้องกัน การระบุเหตุการณ์การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และการดำเนินการสำหรับปัญหาประการแรก เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติในข้ออื่นใดของอนุสัญญาที่บัญญัติเชื่อมโยงให้เห็นว่าสาระของการป้องกันคืออะไร แต่การที่ข้อ 1 บัญญัติให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ หมายความว่า การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่ใช่เรื่องภายในประเทศอีกต่อไป แต่เป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวพันระหว่างประเทศ (international concern)<sup>61</sup> ซึ่งข้อ 8 บัญญัติให้การป้องกันและปราบปรามอยู่ภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติ ทำให้การป้องกันและปราบปรามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์อาจรวมถึงการแทรกแซง (intervention) และการใช้กำลัง (use of force) อย่างไรก็ตาม ในประเด็นนี้ยังไม่มีความชัดเจนว่าการป้องกันตามข้อ 1 และข้อ 8 นี้คืออะไรและมีขอบเขตมากน้อยเพียงใด

<sup>59</sup> Preventgenocide International, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide [Online], (n.d.). Available from: <http://www.preventgenocide.org/law/convention/text.htm> [28 July 2008, 10.08], คำแปลโดย จันทิมา ลิ้มปานานท์, "ปัญหากฎหมายและแนวทางเยียวยาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์", หน้า 74

Article I: The Contracting Parties confirm that genocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law which they undertake to prevent and to punish.

<sup>60</sup> Ibid., คำแปลโดย จันทิมา ลิ้มปานานท์, "ปัญหากฎหมายและแนวทางเยียวยาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์", หน้า 100,

Article VIII: Any Contracting Party may call upon the competent organs of the United Nations to take such action under the Charter of the United Nations as they consider appropriate for the prevention and suppression of acts of genocide or any of the other acts enumerated in article III.

<sup>61</sup> Pieter N. Drost, Genocide: United Nations Legislation on International Criminal Law , p. 120

ปัญหาประการต่อมาคือ การระบุเหตุการณ์การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เนื่องจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะต้องมีเจตนาพิเศษในการทำลายล้างทั้งหมดหรือบางส่วนของกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครอง ซึ่งการพิสูจน์ถึงเจตนาดังกล่าวเป็นเรื่องที่ยาก<sup>62</sup> ทำให้การระบุถึงเหตุการณ์ก่อนที่จะเกิดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ยังไม่อาจทำได้ เพราะแม้แต่การระบุว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นแล้วเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่เองยังไม่เป็นที่ยอมรับกัน ประเทศมหาอำนาจที่เป็นสมาชิกถาวรของคณะมนตรีความมั่นคงซึ่งเป็นผู้มีอำนาจในการระบุเหตุการณ์ตามมาตรา 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติจึงพยายามเลี่ยงที่จะระบุเหตุการณ์การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ดังนั้น แม้จะมีเหตุการณ์สำคัญในรัฐต่างๆ ที่น่าจะเข้าข่ายของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จนเกิดการเข้าแทรกแซงจากรัฐอื่นเพื่อระงับเหตุ<sup>63</sup> หรือการเข้าแทรกแซงโดยสหประชาชาติเอง<sup>64</sup> แต่การระบุว่าเหตุการณ์เหล่านั้นเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยองค์การสหประชาชาติไม่เคยเกิดขึ้น จนดูเหมือนว่าไม่มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นตั้งแต่สิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สอง<sup>65</sup>

ส่วนปัญหาประการสุดท้ายเรื่องของการดำเนินการนั้น เกี่ยวข้องกับฐานทางกฎหมายของการแทรกแซงและการใช้กำลังในรัฐอื่น ซึ่งปัจจุบันอยู่ภายใต้อำนาจตามมาตรา 7 ของคณะมนตรีความมั่นคง<sup>66</sup> โดยที่การดำเนินการของคณะมนตรีความมั่นคงมักขึ้นกับเจตจำนงทางการเมืองและผลประโยชน์ของรัฐมหาอำนาจ ทำให้เกิดปัญหาในการดำเนินการอย่างมีประสิทธิภาพ<sup>67</sup> กรณีนี้ แม้แนวความคิดเรื่องการแทรกแซงโดยมนุษยธรรม (Humanitarian intervention) ซึ่งเป็นแนวความคิดเดียวกับความรับผิดชอบในการคุ้มครอง (Responsibility to protect) ได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง

<sup>62</sup> Schabas, William A., Genocide in International Law: The Crimes of crime, p. 347 อ้างถึงความเห็นของบาสซิอุนี้ว่าการพิสูจน์เจตนาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นเรื่องยาก โดยศาลรวันดาแก้ไขด้วยการวางหลักว่า เจตนาอาจพิจารณา (infer) จากการกระทำ (physical acts) (หลักกรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา), และศาลถึงกับต้องเชิญผู้กระทำความผิดในฐานะทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในคดีนิโคลิช (Nicolich Case)

<sup>63</sup> Nicholas J. Wheeler, Saving Strangers: Humanitarian Intervention in International Society, (New York: Oxford University Press, 2000), Thomas G. Weiss, Military-Civilian Interactions: Intervening in Humanitarian Crises, (Lanham Md.:Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1999), Schabas, William A., Genocide in International Law: The Crimes of crime การแทรกแซงของอินเดียในบังคลาเทศ (ค.ศ. 1971), การแทรกแซงของเวียดนามในกัมพูชา (ค.ศ. 1979), การแทรกแซงของแทนซาเนียในอูกานดา (ค.ศ. 1979)

<sup>64</sup> Ibid., ในพื้นที่ปลดปล่อยและเขตห้ามบินอิรัก (ค.ศ. 1991 - 1993) วิกฤติการณ์ในบอสเนียและโคโซโว (ค.ศ. 1992-5) และวิกฤติการณ์ในรวันดา (ค.ศ. 1994)

<sup>65</sup> โปรดดูเพิ่มเติมหัวข้อที่ 3.3.1.2

<sup>66</sup> United Nations, Charter of the United Nation, UN Charter article 2(4), 2(7) and Chapter VII

<sup>67</sup> จันทิมา ลิมปานนท์, "ปัญหากฎหมายและแนวทางเยียวยาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์", pp. 100 - 1

แต่ยังไม่เป็นที่ยอมรับในระดับเดียวกับการห้ามการแทรกแซงตามกฎหมายระหว่างประเทศ จึงยังไม่อาจใช้เป็นฐานทางกฎหมายในการเข้าแทรกแซงเพื่อระงับหรือแก้ไขการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในดินแดนของรัฐอื่น

อย่างไรก็ดี การเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทำให้สามารถตอบปัญหาดังกล่าวได้บางส่วน จากการศึกษาเปรียบเทียบระหว่างประเทศได้วินิจฉัยพันธกรณีในการป้องกันของรัฐตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในคดีการใช้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ชั้น Preliminary Objection และชั้น Merit โดยอาศัยการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ คดีนี้ชั้น Preliminary Objection ยูโกสลาเวียอ้างว่ารัฐของตนไม่ได้เข้าไปเกี่ยวข้องและไม่ได้ใช้เขตอำนาจศาล (Jurisdiction) เหนือดินแดนส่วนพิพาทในช่วงเวลาที่เกิดปัญหา<sup>68</sup> ศาลจึงต้องพิจารณาว่าความรับผิดชอบของรัฐตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีขอบเขตด้านดินแดนหรือไม่ เพียงใด ในประเด็นนี้ ศาลพิจารณาทบทบัญญัติของอนุสัญญาข้อ 6 ซึ่งเป็นข้อเดียวที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดินแดน โดยข้อ 6 เป็นเรื่องพันธกรณีในการดำเนินคดีของรัฐที่การกระทำความผิดได้เกิด แต่เนื่องจากพันธกรณีของอนุสัญญาตามข้อ 1 โดยเฉพาะเรื่องของการป้องกันยังไม่ชัดเจน ทำให้ศาลต้องพิจารณาประเด็นเรื่องขอบเขตความรับผิดชอบของรัฐทางดินแดนที่อาจมีขึ้นได้จากลักษณะการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อันนำไปสู่คำตอบว่าผลของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดต่อขอบเขตด้านดินแดนของความรับผิดชอบของรัฐในด้านการป้องกันมีหรือไม่ ถ้าหากมีก็จะมีผลถึงการบรรลุผลในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต่อไป

ศาลเริ่มจากการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยอ้างถึงความเห็นของศาลในคดีการตั้งข้อสงวนของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ปี ค.ศ. 1951<sup>69</sup>

<sup>68</sup> United Nations, The Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia and Montenegro), Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996, 1996 I.C.J. 595, p. 604, "Fifth preliminary objection, ...whereas the Federal Republic of Yugoslavia did not exercise any jurisdiction within the region of Bosnia and Herzegovina at the material time,..."

<sup>69</sup> Ibid., pp. 615 - 616, para. 31, "Lastly, as to the territorial problems linked to the application of the Convention, the Court would point out that the only provision relevant \*616 to this, Article VI, merely provides for persons accused of one of the acts prohibited by the Convention to "be tried by a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed ...". It would also



"จุดเริ่มต้นของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์แสดงถึงเจตนารมณ์ของสหประชาชาติที่จะประณามและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในฐานะ 'อาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ' ที่เป็นปฏิเสฐสิทธิในการมีอยู่ของกลุ่มประชาชนทั้งกลุ่ม ซึ่งสัมพันธ์ต่อจิตสำนึกของมนุษยชาติ และสูญเสียมนุษยธรรมอย่างใหญ่หลวง อีกทั้งเป็นสิ่งที่ขัดกับกฎหมายศีลธรรม และจิตวิญญาณและเจตจำนงของสหประชาชาติ (ข้อมติที่ 96 (I) แห่งสมัชชาใหญ่, 11 ธันวาคม ค.ศ. 1946) ผลที่ตามมาประการแรกจากแนวความคิดนี้ คือ หลักการภายใต้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นหลักการที่รับรองโดยชาติอารยะว่าผูกพันกับรัฐต่างๆ แม้ว่าจะไม่มีพันธกรณีจากความตกลงระหว่างประเทศใดๆ ก็ตาม และผลที่ตามมาประการที่สอง คือ ลักษณะความเป็นสากลของทั้งการประณามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และความร่วมมือ 'เพื่อให้มนุษยชาติพ้นจากหายนะอันเลวร้ายอย่างยิ่ง' (อารัมภบทของอนุสัญญา)(ความเห็นของศาลปี ค.ศ. 1951, หน้า 23)"<sup>70</sup>

ก่อนที่จะวินิจฉัยว่าความเห็นของศาลดังกล่าวแสดงว่าสิทธิและพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาเป็นสิทธิและพันธกรณีที่สามารบบังคับได้เป็นการทั่วไป และให้ข้อสังเกตว่าพันธกรณีในการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของรัฐไม่ถูกจำกัดโดยอนุสัญญา<sup>71</sup>

---

recall its understanding of the object and purpose of the Convention, as set out in its Opinion of 28 May 1951, cited above: ..."

<sup>70</sup> Ibid., pp. 616, para. 31, "The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as 'a crime under international law' involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (Resolution 96 (I) of the General Assembly, December 11th 1946). The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation. A second consequence is the universal character both of the condemnation of genocide and of the cooperation required 'in order to liberate mankind from such an odious scourge' (Preamble to the Convention)." (*I.C.J. Reports 1951*, p. 23.)

<sup>71</sup> Ibid., "...It follows that the rights and obligations enshrined by the Convention are rights and obligations *erga omnes*. The Court notes that the obligation each State thus has to prevent and to punish the crime of genocide is not territorially limited by the Convention."

ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อมา คือ สิทธิและพันธกรณีที่สามารถบังคับได้เป็นการทั่วไปซึ่งทำให้พันธกรณีในการป้องกันและลงโทษไม่ถูกจำกัดโดยอนุสัญญาเป็นผลมาจากการที่การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายลักษณะบังคับเด็ดขาด หรือเป็นผลมาจากการที่การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เนื่องจากทั้งสองกรณีทำให้เกิดสิทธิและพันธกรณีที่สามารถบังคับได้เป็นการทั่วไป ในส่วนนี้พิจารณาได้จากคำพิพากษาของศาลคดีเดียวกันนี้ในชั้น Merit ซึ่งศาลได้แย้งข้ออ้างของรัฐผู้เสนอคำฟ้องที่อ้างคำวินิจฉัยของศาลในวรรคที่แล้วตามที่ศาลได้ให้ข้อสังเกตว่าพันธกรณีในการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของรัฐไม่ถูกจำกัดโดยอนุสัญญา โดยรัฐผู้เสนอคำฟ้องกลับอ้างว่าศาลวินิจฉัยว่าพันธกรณีขยายออกไปโดยปราศจากข้อจำกัดทางดินแดน ในประเด็นนี้ ศาลอธิบายว่าคำวินิจฉัยดังกล่าววินิจฉัยในประเด็นของข้อ 6 ที่เป็นบทบัญญัติพิเศษเฉพาะของอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดินแดนและสิ่งที่ศาลกล่าวอ้างสัมพันธ์กับการรับที่จะดำเนินการ (undertake) ในข้อ 1<sup>72</sup> ในส่วนต่อมาของคำพิพากษา ศาลได้วินิจฉัยว่าการที่การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดมีผลต่อการรับพันธกรณีในข้อ 1<sup>73</sup> ซึ่งทำให้พันธกรณีตามข้อ 1 มีลักษณะที่เกินไปกว่าและเหนือไปกว่าพันธกรณีอื่นของอนุสัญญา โดยเฉพาะพันธกรณีในการป้องกัน<sup>74</sup> อันจะเห็นได้จากการที่ศาลกล่าวว่า "พันธกรณีไม่ถูกจำกัดโดยอนุสัญญา" ในทางกลับกัน หากลักษณะบังคับได้เป็นการทั่วไป (erga omnes) เป็นผลมาจากการที่การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว ศาลย่อมไม่อาจกล่าวได้ว่า "พันธกรณีไม่ถูกจำกัดโดยอนุสัญญา" เนื่องจากพันธกรณีที่มีลักษณะบังคับได้เป็นการทั่วไป (erga omnes) เป็นเรื่องของการบังคับใช้ได้ทั่วไป ไม่ใช่เรื่องลำดับศักดิ์ซึ่งจะบังคับเหนือพันธกรณีอื่น จึงสรุปได้ว่า พันธกรณีในการป้องกันและลงโทษที่ไม่ถูกจำกัดโดยอนุสัญญาเป็นผลมาจากการที่การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็น

---

<sup>72</sup> United Nations, *The Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia and Montenegro)*, the Application for Revision case, Judgment of 26 February 2007, paras. 153 - 4, "The Applicant suggests that the Court in that sentence ruled that the obligation extends without territorial limit. The Court does not state the obligation in that positive way. The Court does not say that the obligation is "territorially unlimited by the Convention". Further, earlier in the paragraph, it had quoted from Article VI (about the obligation of any State in the territory of which the act was committed to prosecute) as "the only provision relevant to" territorial "problems" related to the application of the Convention. The quoted sentence is therefore to be understood as relating to the undertaking stated in Article I."

<sup>73</sup> Ibid., para. 162

<sup>74</sup> Ibid., para. 165

กฎหมายลักษณะบังคับเด็ดขาด

แนวทางนี้ได้รับการสนับสนุนจากความเห็นแย้งของผู้พิพากษา Kreca ในคดีนี้ชั้น Preliminary Objections ซึ่งเห็นว่า บรรทัดฐานการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นบรรทัดฐานของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด ซึ่งก่อให้เกิดพันธกรณีของรัฐที่มีต่อสังคมระหว่างประเทศทั้งหมด ด้วยผลผูกพันแบบเด็ดขาดนี้เองทำให้บรรทัดฐานการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ผูกพันกับรัฐทุกรัฐ ผลก็คือมีการบังคับใช้ได้เป็นสากล (erga omnes) จึงกล่าวได้ว่าไม่มีข้อจำกัดทางดินแดนโดยกล่าวไว้ ดังนี้

"... บรรทัดฐานการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในฐานะบรรทัดฐานของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดทำให้เกิดพันธกรณีของรัฐต่อสังคมระหว่างประเทศทั้งหมด โดยลักษณะเช่นนี้แล้วย่อมเป็นเรื่องของรัฐทุกรัฐ บรรทัดฐานของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดจึงไม่มีการใช้ที่จำกัดด้วยดินแดนที่มีผลเป็นการจำกัดการใช้ในส่วนหนึ่งส่วนใดของสังคมระหว่างประเทศ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ บรรทัดฐานของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นบรรทัดฐานสากลมีผลผูกพันรัฐในทุกส่วนของโลก การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในฐานะบรรทัดฐานที่มีผลผูกพันแบบเด็ดขาดจึงมีผลผูกพันผู้ทรงสิทธิ (subjects) ของกฎหมายระหว่างประเทศทั้งหมดแม้ไม่มีพันธกรณีจากความตกลงระหว่างประเทศใดๆ ก็ตาม ด้วยผลเช่นว่า บรรทัดฐานดังกล่าวจึงมีการใช้เป็นสากล (บรรทัดฐานที่มีลักษณะบังคับใช้เป็นการทั่วไป) ดังนั้น การไม่มีข้อจำกัดด้านดินแดนที่เป็นอีกด้านหนึ่งของการใช้ที่มีข้อจำกัดด้านดินแดนจึงอาจใช้เป็นองค์ประกอบอย่างหนึ่งในการพิจารณาการมีอยู่ของบรรทัดฐานเด็ดขาดในการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์"<sup>75</sup>

<sup>75</sup> United Nations, *The Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia and Montenegro)*, Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996, 1996 I.C.J. 595, p. 765, para. 101, "...The norm prohibiting genocide, as a norm of *jus cogens*, establishes obligations of a State toward the international community as a whole, hence by its very nature it is the concern of all States. As a norm of *jus cogens* it does not have, nor could it possibly have, a limited territorial application with the effect of excluding its application in any part of the international community. In other words, the norm prohibiting genocide as a universal norm binds States in all parts of the world. As an absolutely binding norm prohibiting genocide, it binds all subjects of international law even without any conventional obligation. To that effect, and only to that effect, the concrete norm is of universal applicability (a norm *erga omnes*), and hence "non-territoriality" as another pole of limited territorial application may be taken as an element of the very being of a cogent norm of

ประเด็นที่น่าสนใจ คือ พันธกรณีในการป้องกันและการลงโทษมีขอบเขตเพียงใด อันจะแสดงให้เห็นผลของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด ประเด็นนี้ ศาลวินิจฉัยว่าพันธกรณีที่เป็นสาระตามข้อ 1 และข้อ 3 ของอนุสัญญาไม่ถูกจำกัดโดยดินแดน ซึ่งรัฐอาจใช้ทุกวิถีทางที่เหมาะสมในการปฏิบัติตามพันธกรณี<sup>76</sup> ซึ่งศาลแยกพิจารณาพันธกรณีในการป้องกันและพันธกรณีในการลงโทษ โดยศาลแสดงให้เห็นว่าพันธกรณีในการป้องกันไม่ถูกจำกัดด้วยดินแดนอย่างชัดเจน ส่วนพันธกรณีในการลงโทษนั้น เนื่องจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นใน Srebrenica ซึ่งอยู่นอกดินแดนของยูโกสลาเวีย ยูโกสลาเวียจึงไม่ตกอยู่ภายใต้พันธกรณีของข้อ 6 ที่ต้องดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด แต่ยูโกสลาเวียต้องให้ความร่วมมือกับศาลอดีตยูโกสลาเวีย<sup>77</sup> อย่างไรก็ดี การวินิจฉัยของศาลไม่มีประเด็นเกี่ยวข้องกับเรื่องดินแดน จึงไม่กล่าวถึงเพิ่มเติม ในส่วนนี้จึงจำกัดเฉพาะขอบเขตทางดินแดนของพันธกรณีในการป้องกัน

สำหรับพันธกรณีในการป้องกัน ศาลวินิจฉัยว่าพันธกรณีในการป้องกันมาจากการงดเว้นไม่กระทำ<sup>78</sup> โดยพิจารณาถึงอิทธิพลของรัฐที่มีต่อบุคคลที่ทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่อาจยับยั้งการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่สามารถทำได้ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ<sup>79</sup> คดีนี้ เมื่อพิจารณาจากอิทธิพลที่ยูโกสลาเวียมีทั้งทางการเมือง การทหารและการเงิน รวมทั้งความใกล้ชิดต่อกองกำลัง

---

genocide prohibition."

<sup>76</sup> United Nations, *The Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia and Montenegro)*, the Application for Revision case, Judgment of 26 February 2007, para. 183, "The substantive obligations arising from Articles I and III are not on their face limited by territory. They apply to a State wherever it may be acting or may be able to act in ways appropriate to meeting the obligations in question."

<sup>77</sup> Ibid., paras. 439 - 450

<sup>78</sup> Ibid., para. 430 " it is clear that the obligation in question is one of conduct and not one of result, in the sense that a State cannot be under an obligation to succeed, whatever the circumstances,..."

<sup>79</sup> Ibid., " The first, which varies greatly from one State to another, is clearly the capacity to influence effectively the action of persons likely to commit, or already committing, genocide. This capacity itself depends, among other things, on the geographical distance of the State concerned from the scene of the events, and on the strength of the political links, as well as links of all other kinds, between the authorities of that State and the main actors in the events."

บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาที่จะกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ชาวมุสลิมในซเรเบร์นิกา<sup>80</sup> และยังทราบถึงสิ่งที่กำลังจะเกิดขึ้น<sup>81</sup> ยูโกสลาเวียจึงอยู่ในฐานะที่สามารถป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่กำลังจะเกิดขึ้นได้มากกว่ารัฐภาคีอื่นๆ ของอนุสัญญา แต่ก็ไม่ได้กระทำการใดๆ เพื่อป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ยูโกสลาเวียจึงละเมิดต่อพันธกรณีในการป้องกัน

แต่การที่ศาลตัดสินว่ายูโกสลาเวียละเมิดต่อพันธกรณีในการป้องกันที่ไม่ได้เกิดในดินแดนของยูโกสลาเวีย ทำให้เกิดข้อโต้แย้งในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินการ โดยมีข้อสนับสนุนจากคำวินิจฉัยของที่ PCIJ หรือศาลสถิตินิติธรรมระหว่างประเทศคดีโลดส์ที่วางหลักไว้ว่า "... หากไม่มีกฎเกณฑ์ที่อนุญาตในทางตรงข้ามแล้ว รัฐไม่อาจใช้อำนาจของตนในทุกรูปแบบในดินแดนของรัฐอื่น..."<sup>82</sup> ซึ่งในปัจจุบัน กฎเกณฑ์ที่อนุญาตในทางตรงกันข้ามหรือข้อยกเว้นนี้มีเพียงการแทรกแซงที่ได้รับการรับรองจากคณะมนตรีความมั่นคง

คำถามที่ตามมาคือ คำวินิจฉัยของศาลในกรณีของยูโกสลาเวียดังกล่าวแสดงถึงการอนุญาตให้รัฐใช้อำนาจของตนเหนือดินแดนของรัฐอื่นที่นอกเหนือไปจากการรับรองของคณะมนตรี

---

<sup>80</sup> Ibid., para. 434 " The Court would first note that, during the period under consideration, the FRY was in a position of influence, over the Bosnian Serbs who devised and implemented the genocide in Srebrenica, unlike that of any of the other States parties to the Genocide Convention owing to the strength of the political, military and financial links between the FRY on the one hand and the Republika Srpska and the VRS on the other, which, though somewhat weaker than in the preceding period, nonetheless remained very close."

<sup>81</sup> Ibid., paras. 435 - 7

<sup>82</sup> United Nations, *The Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia v. Serbia and Montenegro), Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996, 1996 I.C.J. 595, para. 101, Dissenting Opinion of Judge ad hoc Kreca, "Now the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that - failing the existence of a permissive rule to the contrary - it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention.

.....

In these circumstances, all that can be required of a State is that it should not overstep the limits which international law places upon its jurisdiction; within these limits, its title to exercise jurisdiction rests in its sovereignty."



หรือไม่ ซึ่งในการตอบคำถามนี้มีประเด็นที่ต้องพิจารณา คือ ศาลได้คำนึงถึงหลักดังกล่าวหรือไม่ และการใช้อิทธิพลของยูโกสลาเวียเหนือบุคคลหรือกลุ่มคน ถือเป็นการใช้เขตอำนาจเหนือดินแดนอื่นนอกรัฐตนหรือไม่ ประเด็นแรก ศาลแสดงว่าได้คำนึงถึงกฎเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยชี้ว่า ศาลได้พิจารณาความสามารถในการใช้อิทธิพลของรัฐโดยเงื่อนไขทางกฎหมาย ภายใต้ข้อจำกัดที่เป็นไปได้ของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว<sup>83</sup> ประเด็นต่อมา เนื่องจากกลุ่มคนดังกล่าวไม่เชื่อมโยงกับรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>84</sup> ซึ่งเป็นเหตุผลเดียวกับเหตุผลที่ศาลใช้ตัดสินว่า ยูโกสลาเวียไม่มีความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จึงส่งผลให้ การใช้อิทธิพลของยูโกสลาเวียในที่นี้ ไม่ใช่การใช้เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนของรัฐอื่นและชอบด้วยกฎหมาย คำวินิจฉัยของศาลดังกล่าว จึงไม่ใช่การอนุญาตให้รัฐใช้อำนาจของตนเหนือดินแดนของรัฐอื่นที่นอกเหนือไปจากการรับรองของคณะมนตรีความมั่นคง

จากที่กล่าวมาแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าคำพิพากษาในส่วนนี้แสดงว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีผลผูกพันแบบเด็ดขาดกับรัฐทุกรัฐจึงไม่ถูกจำกัดด้วยบทบัญญัติของอนุสัญญาด้านดินแดน และไม่มีข้อจำกัดด้านดินแดน โดยเฉพาะพันธกรณีในการป้องกันที่ทำให้รัฐต้องรับผิดชอบการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นนอกดินแดนของรัฐ หากรัฐมีอิทธิพลเหนือบุคคลผู้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และทราบถึงสิ่งที่จะเกิดขึ้น และรัฐสามารถกระทำได้แต่ไม่ได้กระทำหรืองดเว้นการกระทำ รัฐนั้นย่อมละเมิดต่อพันธกรณีในการป้องกัน ผลที่เกิดขึ้นทำให้ความร่วมมือในการป้องกันและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทำได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น เพราะเกิดความชัดเจนแล้วว่า การเพิกเฉยของรัฐในความร่วมมือดังกล่าวนำมาซึ่งความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐ อันเป็นการสนับสนุนว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดทำให้เกิดพันธกรณีที่มีลักษณะบังคับได้เป็นการทั่วไป และศาลระหว่างประเทศได้นำกรณีผลผูกพันแบบเด็ดขาดดังกล่าวมาใช้

#### 4.3.3 ขอบเขตของการใช้มาตรการตอบโต้

<sup>83</sup> United Nations, *The Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia and Montenegro)*, the Application for Revision case, Judgment of 26 February 2007, para. 430

<sup>84</sup> Ibid., para. 415, "The Court concludes from the foregoing that the acts of those who committed genocide at Srebrenica cannot be attributed to the Respondent under the rules of international law of State responsibility: thus, the international responsibility of the Respondent is not engaged on this basis."

ภายหลังจากบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาฟ้องเซอร์เบียและมอนเตเนโกร (ยูโกสลาเวีย) เป็นคดีต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเมื่อวันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1993 โดยข้อกล่าวหาเรื่องการละเมิดต่ออนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ยูโกสลาเวียได้ยื่นคำให้การและคำฟ้องแย้ง (Counterclaims) เมื่อวันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ. 1997 โดยขอให้ศาลปฏิเสธข้อเรียกร้องทั้งหมดของรัฐผู้เสนอคำฟ้อง และอ้างว่าบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาต้องรับผิดชอบต่อการกระทำที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งกระทำต่อชาวเซิร์บในบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา อันเป็นการละเมิดต่อพันธกรณีตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์และตั้งข้อเรียกร้องต่างๆ ในทำนองเดียวกับข้อเรียกร้องของบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา<sup>85</sup> บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาโต้แย้งในประเด็นนี้ว่าพันธกรณีตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นพันธกรณีที่บังคับได้เป็นการทั่วไปและไม่ได้เป็นการต่างตอบแทน<sup>86</sup> ซึ่งยูโกสลาเวียก็เห็นด้วย<sup>87</sup> แม้ในประเด็นนี้รัฐคู่กรณีจะเห็นพ้องต้องกัน แต่ศาลก็ได้ให้ความเห็นเพิ่มเติมว่า

"โดยที่บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนากล่าวได้อย่างตรงประเด็นว่าลักษณะบังคับได้เป็นการทั่วไปมาจากอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (see Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996, pp. 615-616, para. 31) และคู่กรณีต่างรับรองอย่างถูกต้องว่าไม่มีกรณีใดที่ให้การละเมิดต่ออนุสัญญาใช้เป็นข้อแก้ตัวสำหรับการละเมิดต่ออนุสัญญาในอีกกรณีหนึ่ง และโดยที่ข้ออ้างจากการไม่เป็นการต่างตอบแทนของอนุสัญญาไม่ใช่สิ่งที่นำมาใช้ในการพิจารณาว่ามี

---

<sup>85</sup> United Nations. *The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia and Montenegro), Counter-claim, Order of 17 December 1997* [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7335.pdf> [21 Oct 2008], pp. 248 - 249 and pp. 250 - 251

<sup>86</sup> Ibid., pp. 252 - 3, para. 12, "12. Whereas Bosnia and Herzegovina observes that, moreover, given the specific nature of the obligations embodied in the Genocide Convention, Yugoslavia could not have adopted any other position; whereas it \*253 points to the erga omnes and non-reciprocal nature of those obligations; and whereas it infers from this that, within the system of the Convention, "no place remains for the logic of reciprocity"

<sup>87</sup> Ibid., p. 255, para. 21, "21. Whereas Yugoslavia moreover states that it "agrees with the Applicant that a breach of the Genocide Convention cannot serve as an excuse for another breach of the same Convention"

จุดเชื่อมโยงทางกฎหมายระหว่างคำฟ้องหลักและคำฟ้องแย้ง ตราบไธที่รัฐคู่กรณีมีจุดมุ่งหมายในทางกฎหมายเช่นเดียวกัน นั่นคือ การแสดงให้เห็นความรับผิดชอบตามกฎหมายต่อการละเมิดอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์<sup>88</sup>

ข้อที่ต้องพิจารณาในเรื่องนี้จึงไม่ใช่การที่ไม่มีกรณีใดที่ให้การละเมิดต่ออนุสัญญาใช้เป็นข้อแก้ตัวสำหรับการละเมิดต่ออนุสัญญาในอีกกรณีหนึ่ง หรือเมื่อรัฐหนึ่งกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต่อรัฐหนึ่ง รัฐที่ถูกกระทำไม่อาจใช้มาตรการตอบโต้ด้วยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต่อรัฐดังกล่าวได้ แต่เป็นคุณสมบัติดังกล่าวของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มาจากการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดหรือไม่ ซึ่งจะได้มีการวิเคราะห์ดังต่อไปนี้

ศาลแสดงว่าลักษณะบังคับได้เป็นการทั่วไปมาจากอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งเป็นสิ่งที่ศาลได้วินิจฉัยไว้ในคดีเดียวกันนี้ชั้น Preliminary Objections ในปี ค.ศ. 1996 โดยกล่าวว่า

"โดยที่บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา กล่าวได้อย่างตรงประเด็นว่าลักษณะบังคับได้เป็นการทั่วไปมาจากอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (see Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996, pp. 615-616, para. 31)"<sup>89</sup>

ทั้งนี้ หัวข้อที่ 4.3.2 ได้มีการวิเคราะห์ไว้แล้วว่าลักษณะบังคับได้เป็นการทั่วไปของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มาจากการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด และมีข้อสนับสนุนจากความเห็นประกอบร่างข้อกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐต่อการกระทำที่เป็นความผิด

---

<sup>88</sup> Ibid., p. 258, para. 35, "35. Whereas Bosnia and Herzegovina was right to point to the erga omnes character of the obligations flowing from the Genocide Convention (see Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996, pp. 615-616, para. 31), and the Parties rightly recognized that in no case could one breach of the Convention serve as an excuse for another; and whereas, however, the argument drawn from the absence of reciprocity in the scheme of the Convention is not determinative as regards the assessment of whether there is a legal connection between the principal claim and the counter-claim, in so far the two Parties pursue, with their respective claims, the same legal aim, namely the establishment of legal responsibility for violations of the Genocide Convention;"

<sup>89</sup> Ibid.,

ระหว่างประเทศ (DASR 2001) ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ซึ่งยกตัวอย่างคดีนี้ว่า เนื่องจากการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด การทำลายล้างเผ่าพันธุ์จึงไม่อาจใช้มาตรการตอบโต้ด้วยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ (a genocide cannot justify a counter-genocide)<sup>90</sup>

กฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดจึงไม่สามารถใช้มาตรการตอบโต้ด้วยการละเมิดต่อพันธกรณีตามบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวได้ ซึ่งกรณีเดียวกันนี้แสดงได้ด้วยคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่ยืนยันว่าการใช้มาตรการตอบโต้ในลักษณะเดียวกันแต่เป็นการละเมิดต่อพันธกรณีตามกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดไม่อาจนำมาใช้เป็นข้อแก้ตัวได้ อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแสดงให้เห็นถึงลักษณะบังคับเด็ดขาดและการมีผลผูกพันแบบเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยเห็นได้จากการนำมาใช้ในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ กล่าวคือ แม้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะไม่ได้บัญญัติถึงความรับผิดชอบโดยตรงของรัฐในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และบทบัญญัติต่างๆ ที่ตามมาของอนุสัญญาจะเป็นเรื่องการลงโทษปัจเจกชนก็ตาม แต่การที่การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีลักษณะบังคับเด็ดขาดทำให้พันธกรณีตามข้อ 1 เหนือกว่าพันธกรณีตามบทบัญญัติอื่นที่ตามมาของอนุสัญญา และรวมความรับผิดชอบของรัฐซึ่งเป็นไปตามวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา ตลอดจนการไม่อาจนำมาใช้เป็นข้อแก้ตัวของรัฐในการใช้มาตรการตอบโต้รัฐอื่นที่กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และการมีผลผูกพันแบบเด็ดขาดทำให้พันธกรณีที่เกิดขึ้นเป็นพันธกรณีที่บังคับใช้ได้เป็นการทั่วไปซึ่งไม่มีขอบเขตด้านดินแดน โดยเฉพาะพันธกรณีการป้องกันที่ทำให้รัฐต้องรับผิดชอบจากการงดเว้นการกระทำที่อาจป้องกันโดยอิทธิพลของตนนอกดินแดนของรัฐนั้น จึงสามารถสรุปได้ว่าคำพิพากษาของศาลที่ศึกษาสนับสนุนว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด

#### 4.4 ผลที่มีต่อการบังคับใช้กฎหมายและการเยียวยา

<sup>90</sup> James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries, (London: Cambridge University Press, 2002) ,p. 188, para. 4

กฎหมายระหว่างประเทศไม่มีความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งจะเห็นได้จาก ข้อเสนอของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศที่มีเพียงการใช้มาตรการตอบโต้ (Countermeasure)<sup>91</sup> โดยมีกลไกที่บังคับที่สำคัญ คือ การช่วยเหลือตนเอง (self-help) อันมาจาก หลักการต่างตอบแทน (reciprocal) แต่กฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดต้องการการบังคับใช้กฎหมายที่มากกว่านี้ เนื่องจากเป็นเรื่องของผลประโยชน์ของสังคมระหว่างประเทศทั้งหมด รัฐต่างๆ จึงไม่มีผลประโยชน์ของตนเองโดยตรง<sup>92</sup> ผลของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดจึงสะท้อนออกมาจากแนวปฏิบัติของรัฐที่ต่างออกไปจากธรรมดา ซึ่งแสดงออกมาจากการที่รัฐต่างๆ ไม่ยอมรับให้มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้น เนื่องจากกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดไม่อาจ ปฏิเสธขัดแย้งได้ การปฏิเสธขัดแย้งจึงนำมาซึ่งความรับผิดชอบและการบังคับใช้และการเยียวยา หัวข้อนี้ได้มีการศึกษาไปแล้วในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของปัจเจกชนในหัวข้อที่ 3.4 ในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาเพิ่มเติมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของรัฐ โดยไม่แยกกลไกรัฐ และกลไกพหุภาคี แต่จะศึกษาเฉพาะกลไกพหุภาคีในเหตุการณ์ที่จากบทบาทของสหประชาชาติ ในการตอบสนองต่อเหตุการณ์การทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือเหตุการณ์ที่กล่าวอ้างว่าเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เนื่องจากบทบาทของรัฐในการยับยั้งการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่เด่นชัดและมักมีผลประโยชน์ทางการเมืองอยู่สูง รวมทั้งเหตุการณ์นั้นๆ ไม่ได้มีการยอมรับว่าเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ส่วนการเยียวยาความเสียหายในส่วนความรับผิดชอบของรัฐ จะมีการศึกษาผลของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดจากคำพิพากษาของศาลในคดีการใช้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งมีการวินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าว

#### 4.4.1 การบังคับใช้กฎหมาย

ข้อจำกัดที่สำคัญของการตอบสนองต่อเหตุการณ์การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ คือ หลักการ

<sup>91</sup> James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, (London: Cambridge University Press, 2002)

<sup>92</sup> United Nations, *Reservation to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory opinion, May 28<sup>th</sup> 1951 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf> [21 Oct 2008], p.23, " In such a convention the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the raison d'etre of the convention. Consequently, in a convention of this type one cannot speak of individual advantages or disadvantages to States, or of the maintenance of a perfect contractual balance between rights and duties."



การห้ามการใช้กำลัง (non use of force) และการห้ามการแทรกแซง (non-intervention) ซึ่งเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับและบัญญัติไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติในข้อ 2(4) และ 2(7) ตามลำดับ<sup>93</sup> ปัญหาที่สำคัญของการดำเนินการนี้จึงเป็นเรื่องฐานทางกฎหมาย เนื่องจากเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับของการแทรกแซงและการใช้กำลังในรัฐอื่น ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจของคณะมนตรีความมั่นคง<sup>94</sup> การดำเนินการของคณะมนตรีความมั่นคงมักขึ้นกับเจตจำนงทางการเมืองและผลประโยชน์ของรัฐมหาอำนาจ ทำให้เกิดปัญหาในการดำเนินการอย่างมีประสิทธิภาพ<sup>95</sup> กรณีนี้ แม้แนวความคิดเรื่องการแทรกแซงโดยมนุษยธรรม (Humanitarian intervention) หรือแนวความคิดเรื่องความรับผิดชอบในการคุ้มครอง (Responsibility to protect)<sup>96</sup> ได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง แต่ยังไม่เป็นที่ยอมรับในระดับเดียวกับกฎบัตรสหประชาชาติ จึงยังไม่อาจใช้เป็นฐานทางกฎหมายในการเข้าแทรกแซงกิจการในรัฐอื่น การพิจารณากลไกต่างๆ ในการบังคับใช้กฎหมายจึงต้องคำนึงถึงข้อจำกัดต่างๆ เหล่านี้เช่นกัน

กลไกที่สำคัญของการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศ คือ สหประชาชาติ โดยองค์กรหลักที่มีบทบาทในการตอบสนองต่อเหตุการณ์ที่สำคัญของสหประชาชาติ คือ คณะมนตรีความ

<sup>93</sup> United Nations. Charter of the United Nations [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.un.org/aboutun/charter/pdf/uncharter.pdf> [7 Aug 2007], article 2:

(4) All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.

(7) Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII.

<sup>94</sup> UN Charter article 2(4) and 2(7)

<sup>95</sup> จันทิมา ลิ้มปานนท์, "ปัญหากฎหมายและแนวทางเยียวยาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์", p. 100 - 1

<sup>96</sup> United nation, The Responsibility to Protect, Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty, the International Development Centre, (2001), p. VII and XI, "แนวความคิดเรื่องความรับผิดชอบต่อการคุ้มครอง หรือสิทธิของการแทรกแซงทางมนุษยธรรม (right to humanitarian intervention) เป็นความพยายามในผลักดันสังคมระหว่างประเทศให้ตอบสนองต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงและเป็นระบบ โดยการเสนอแนวความคิดใหม่ในเรื่องความสัมพันธ์ของอธิปไตยและสิทธิมนุษยชน และการล้มเหลวของรัฐในการปกป้องพลเมืองของตนเนื่องจากรัฐไม่ใส่ใจหรือไม่สามารถหยุดการละเมิดสิทธิมนุษยชนก่อให้เกิดความรับผิดชอบของสังคมระหว่างประเทศในการปกป้อง"

มั่นคง โดยสมัชชาใหญ่มีบทบาทค่อนข้างน้อย เนื่องจากกรอบของกฎบัตรสหประชาชาติกำหนดหน้าที่หลักในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงแก่คณะมนตรีความมั่นคง ข้อ 41 คณะมนตรีความมั่นคงอาจกำหนดมาตรการคว่ำบาตร (measures not involving the use of armed force) และเรียกร้องให้รัฐต่างๆ ปฏิบัติให้สอดคล้องกับมาตรการดังกล่าว<sup>97</sup> และข้อ 42 หากมาตรการตามข้อ 41 ไม่เพียงพอ คณะมนตรีความมั่นคงสามารถอนุมัติให้มีการใช้กำลัง<sup>98</sup> ซึ่งเป็นการดำเนินการภายใต้มาตรา 7 (Chapter VII) การใช้กำลังภายใต้การอนุมัติของคณะมนตรีความมั่นคงจึงเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย มาตรการภายใต้คณะมนตรีจึงแสดงถึงการตอบสนองต่อการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ในที่นี้ จะมีการศึกษาเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ คือ เหตุการณ์พื้นที่ปลอดภัยและเขตห้ามบินในอิรัก (ค.ศ. 1991 – 1993) และเหตุการณ์ที่ได้รับการพิสูจน์ว่าเป็นการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ 2 เหตุการณ์ ประกอบด้วย เหตุการณ์วิกฤติการณ์ในบอสเนียและโคโซโว (ค.ศ. 1992 – 1995) และวิกฤติการณ์ในรวันดา (ค.ศ. 1994) ดังนี้

เหตุการณ์	รายละเอียดของเหตุการณ์	หมายเหตุ
พื้นที่ปลอดภัยและเขตห้ามบินในอิรัก (ค.ศ. 1991 – 1993) <sup>99</sup>	การปราบปรามชาวเคิร์ดของอิรักละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนขั้นรุนแรง โดยมีการใช้กำลังทางอากาศและอาวุธเคมี ประมาณว่าชาวเคิร์ดถูกสังหารไปราว 50,000 – 200,000 คน หมู่บ้านถูกทำลายไป 3,000 – 4,000 หมู่บ้าน ชาวเคิร์ด 100,000 คนหนีเข้าตุรกี และอีก 800,000 คนถูกบังคับให้ออกจากบ้านด้วยการล้อมจับและสังหารที่อาจถือได้ว่าเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์	การผลักดันชาวเคิร์ดออกนอกพื้นที่ประกอบกับการใช้อาวุธเคมียิงใส่พลเรือนที่

<sup>97</sup> United Nations. Charter of the United Nations [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.un.org/aboutun/charter/pdf/uncharter.pdf> [7 Aug 2007], article 41 " The Security Council may decide what measures not involving the use of armed force are to be employed to give effect to its decisions, and it may call upon the Members of the United Nations to apply such measures. These may include complete or partial interruption of economic relations and of rail, sea, air, postal, telegraphic, radio, and other means of communication, and the severance of diplomatic relations."

<sup>98</sup> Ibid., article 42, " Should the Security Council consider that measures provided for in Article 41 would be inadequate or have proved to be inadequate, it may take such action by air, sea, or land forces as may be necessary to maintain or restore international peace and security. Such action may include demonstrations, blockade, and other operations by air, sea, or land forces of Members of the United Nations."

<sup>99</sup> Nicholas J. Wheeler, Saving Strangers: Humanitarian Intervention in International Society, pp. 139, 141-6, 158 - 162, ดูเพิ่มเติม Thomas G. Weiss, Military-Civilian Interactions: Intervening in Humanitarian Crises, (Rawman & Littlefield Publishers, Inc., 1999) และ Human Right Watch, Human Rights Watch World Report 1995: Events of 1994, (New York: 1994), pp. 278 – 279

เหตุการณ์	รายละเอียดของเหตุการณ์	หมายเหตุ
	<p>ก่อให้เกิดการเรียกร้องให้คณะมนตรีความมั่นคงดำเนินการ คณะมนตรีความมั่นคงจึงมีข้อมติที่ 688 อย่างไรก็ดีตาม ข้อมตินี้ไม่อนุญาตให้มีการปฏิบัติการทางทหาร และยืนยันให้อิรักอนุญาตให้องค์กรด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้เข้าไปช่วยเหลือในทันที แต่เนื่องจากกระแสกดดันจากการแพร่ภาพของสื่อไปยังโทรทัศน์ในอังกฤษ อังกฤษจึงเข้าร่วมประชุมยุโรป เสนอแผนการในการช่วยเหลือ คือ การสร้างพื้นที่ปลอดภัยและนำชาวเคิร์ดคืนสู่บ้าน ส่วนสหรัฐฯ อ้างถึงข้อมติที่ 688 โดยกำหนดเส้นขนานที่ 36 ไม่ให้อิรักส่งทหารและเครื่องบินขึ้นไปเหนือเส้นขนานดังกล่าว ไม่มีรัฐใดวิจารณ์ถึงการกำหนดเขตห้ามบินดังกล่าว ซึ่งถือเป็นการยอมรับของสังคมระหว่างประเทศ</p>	<p>ถูกปิดล้อมถือเป็นหลักฐานเบื้องต้นของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์<sup>100</sup></p>
<p>วิกฤติการณ์ในบอสเนียและโคโซโว (ค.ศ. 1992 – 1995)<sup>101</sup></p>	<p>การล่มสลายของอดีตยูโกสลาเวีย (SFRY) ทำให้เกิดสงครามกลางเมืองในบอสเนียและโคโซโว โดยนโยบายการชำระล้างเผ่าพันธุ์ (ethnic cleansing) ที่แต่ละฝ่ายนำมาใช้ก่อให้เกิดการกระทำโดยตรงต่อเป้าหมายที่เป็นพลเรือน และทำให้คณะมนตรีความมั่นคงต้องเข้ามาแทรกแซงโดยใช้มาตรการคว่ำบาตรการส่งออกอาวุธ (arm embargo) ตามข้อมติที่ 713</p> <p>- 25 ตุลาคม ค.ศ. 1991 เลขาธิการสหประชาชาติร้องขอให้ข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติ (UNHCR) เข้าช่วยเหลือผู้ลี้ภัยใน ซึ่งในขณะนั้นมีเพียง 100,000 คน(ก่อนจะเพิ่มเป็นครั้งล้านและกลายเป็น 2,280,000 คน)</p> <p>- 5 มิถุนายน ค.ศ. 1992 คณะมนตรีความมั่นคงมีมติที่ 758 ส่งกำลังคุ้มครอง (UNPROFOR) สนามบินซาราเจโวสำหรับการลำเลียงความช่วยเหลือทางอากาศ ซึ่งถือเป็นการเริ่มเข้าแทรกแซง</p> <p>- 13 สิงหาคม ค.ศ. 1992 คณะมนตรีความมั่นคงออกข้อมติที่ 770 ในภายใต้มาตรา 7 ของกฎบัตรที่ "ให้ใช้ทุกวิถีทางที่จำเป็น" ในการลำเลียงความช่วยเหลือด้านมนุษยธรรมไปยังพลเรือนของบอสเนีย ซึ่งเป็นครั้งแรกที่มีการอนุญาตให้ใช้กำลังในการให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรม</p> <p>- 16 เมษายน ค.ศ. 1993 คณะมนตรีความมั่นคงมีข้อมติที่ 819 ประกาศพื้นที่ปลอดภัยในเซเบร์นิกา ตามด้วยข้อมติที่ 824 ประกาศเพิ่มเติมพื้นที่</p>	<p>ศาลอดีตยูโกสลาเวียคดีคราสติกวินิจฉัยว่าเหตุการณ์การสังหารหมู่ชายชาวมุสลิมในวัยทหารจำนวน 7,475 คนเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์<sup>102</sup></p>

<sup>100</sup> Nicholas J. Wheeler, *Saving Strangers: Humanitarian Intervention in International Society*, p. 139

<sup>101</sup> Nicholas J. Wheeler, *Saving Strangers: Humanitarian Intervention in International Society*, pp. 250 -262, Thomas G. Weiss, *Military-Civilian Interactions: Intervening in Humanitarian Crises*, p. 108

<sup>102</sup> United Nations, *Krstić Case*, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-98-33-T, August 2, 2001 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf> [25 Aug 2007], para. 584, "The Trial Chamber concludes that any act committed with the intent to destroy a part of a group, as such, constitutes an act of genocide within the meaning of the Convention."

เหตุการณ์	รายละเอียดของเหตุการณ์	หมายเหตุ
	<p>ปลดอภัย ทั้งสองมิติทำภายใต้มาตรา 7 แต่ไม่ได้รับการเคารพจากฝ่ายบอสเนียนเชิร์บ ต่อมาในปี ค.ศ. 1995 การล่มของ Srebrenica ทำให้ NATO ตัดสินใจใช้กำลังทางอากาศ และอีกทางส่งเสริมโครเอเชียด้วยอาวุธหนักและการฝึกการรบจากเจ้าหน้าที่ชาวอเมริกาที่เกษียณแล้ว การหยุดยิงทั่วประเทศเกิดขึ้นในวันที่ 5 ตุลาคม ค.ศ. 1995 จากความสำเร็จของการรณรงค์ทางทหารของโครเอเชีย และเกิดการเจรจาที่ Dayton ปิดฉากความขัดแย้งในโครเอเชียและบอสเนีย แต่การรบในโคโซโวยังคงมีอยู่ สหรัฐฯ จึงแสดงบทบาทในการปกป้องสิทธิมนุษยชนของโคโซวาร์ ขณะที่รัสเซียและจีนเห็นว่าเป็นปัญหาภายใน อย่างไรก็ตามเสียงส่วนใหญ่ของคณะมนตรีความมั่นคงเห็นว่าการละเมิดสิทธิมนุษยชนในโคโซโวเป็นภัยต่อสันติภาพและความมั่นคงในคาบสมุทรบอลข่าน แต่ไม่สนับสนุนการแยกตัวของโคโซโว NATO ตัดสินใจยุติปัญหาในโคโซโวโดยใช้กำลังทางอากาศและเตรียมส่งกำลังภาคพื้นดินเข้าไปในโคโซโว ปัญหาที่ตามมาคือความชอบด้วยกฎหมายของการใช้กำลังดังกล่าว เพราะไม่ได้รับการอนุมัติจากคณะมนตรีความมั่นคง แม้ว่า NATO พยายามอ้างถึงมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1160 และ 1199 ก็ตาม</p>	
<p>วิกฤติการณ์ในรวันดา (ค.ศ. 1994)<sup>103</sup></p>	<p>สงครามกลางเมืองรวันดาระหว่างชาวฮูตูและชาวตุตซีที่เกิดในประเทศเล็กๆ ในแอฟริกา โดยมีประชาชน 500,000 คนถูกสังหาร และอีก 4 ล้านคนต้องหลบหนี และเป็นเหตุการณ์ที่ได้ชื่อว่าเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์อย่างชัดแจ้งโดยมีสัญญาณเตือนล่วงหน้าจากนักเคลื่อนไหวด้านสิทธิมนุษยชนแห่งข่าวภายในรัฐบาลรวันดา และ Radio Mille Collines</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- เดือนสิงหาคม ค.ศ. 1993 คณะมนตรีความมั่นคงโดยมติที่ 872 จัดตั้งยูนาเมีย (UNAMIR) ในระยะแรก การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็เริ่มขึ้น ในวันที่ 7 เมษายน ค.ศ. 1994</li> <li>- ภายในสองสามสัปดาห์หลังเกิดการสังหารหมู่ สมาชิกระดับสูงของรัฐบาลคลินตันสั่งเจ้าหน้าที่ไม่ให้พูดว่า "การทำลายล้างเผ่าพันธุ์" เพราะจะเป็นการเพิ่มแรงกดดันทางศีลธรรมและบังคับให้ต้องกระทำการ</li> <li>- 17 พฤษภาคม ค.ศ. 1994 การเพิ่มกำลังให้ยูนาเมียในระยะที่สองเพื่อให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรม แต่ก็ยังมีการเกี่ยงกันในการดำเนินการ จนกระทั่งฝรั่งเศสส่งทหารเข้าไปในรวันดาและสร้างเขตรักษาสันติภาพทางตอนใต้ของประเทศ คณะมนตรีความมั่นคงแสดงความยินดีกับการ</li> </ul>	<p>วิกฤติการณ์นี้ได้รับการยอมรับว่าเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จากคณะมนตรีความมั่นคงในการจัดตั้งศาลรวันดาโดยแสดงออกมาจากชื่อศาลเอง</p>

<sup>103</sup> Nicholas J. Wheeler, *Saving Strangers: Humanitarian Intervention in International Society*, pp.224

- 6, ดูเพิ่มเติม Human Right Watch, *Human Rights Watch World Report 1995:Events of 1994*, pp. 44 - 6

เหตุการณ์	รายละเอียดของเหตุการณ์	หมายเหตุ
	แทรกแซงนี้ - 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1994 คณะมนตรีความมั่นคงลงมติจัดตั้ง คณะกรรมาธิการผู้เชี่ยวชาญเพื่อสอบสวนอาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่ เกิดขึ้นตั้งแต่วันที่ 6 เมษายน - ต้นเดือนพฤศจิกายนจึงได้มีการจัดตั้งศาลพิเศษอาญาระหว่างประเทศ สำหรับวันดาในการพิจารณาคดีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อ มนุษยชาติและความผิดอื่นๆ	

ตารางที่ 5 การตอบสนองต่อเหตุการณ์การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของสหประชาชาติ

จากตารางที่แสดงไว้นี้ จะเห็นได้ว่าการตอบสนองของสังคมระหว่างประเทศต่อการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ผ่านทางกลไกพหุภาคีแสดงถึงผลของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด โดยจะเห็นได้จากการเข้าช่วยเหลือชาวเคิร์ดในอิรัก ชาวบอสเนียนอิสลามและชาวโคโซโว รวมทั้งการเข้าดำเนินการในวันดา ล้วนสะท้อนถึงพันธกรณีของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งรัฐที่เข้าร่วมดำเนินการนี้ไม่มีประโยชน์ได้เสียโดยตรงกับเหตุการณ์ดังกล่าว ปัญหาที่สำคัญที่ต้องคำนึงถึงของกลไกพหุภาคียังคงเป็นเรื่องฐานทางกฎหมายที่จะเข้าดำเนินการ เพราะหลักการพื้นฐานของสังคมระหว่างประเทศยังคงเป็นการห้ามการแทรกแซงและการห้ามการใช้กำลัง ผลของการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต่อการบังคับใช้ คือ การแทรกแซงด้วยเหตุมนุษยธรรม และความร่วมมือของรัฐในการหยุดยั้งการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ผู้เขียนเห็นว่าแม้กลไกพหุภาคีจะมีส่วนสำคัญในการบังคับใช้กฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด แต่ข้อจำกัดพื้นฐานของสังคมระหว่างประเทศทำให้การดำเนินการต่างๆ ขาดประสิทธิภาพ และไม่ทันต่อเหตุการณ์ อันจะเห็นได้จากกรณีของประเทศรวันดาที่มีการเกี่ยวกันดำเนินการ เมื่อฝรั่งเศสเสนอตัวเข้าดำเนินการ คณะมนตรีความมั่นคงจึงยินดีกับการแทรกแซงดังกล่าว

การตอบสนองต่อเหตุการณ์ที่อาจถือได้ว่าเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของสหประชาชาติ ซึ่งยืนอยู่บนฐานของประโยชน์ส่วนรวม แสดงให้เห็นถึงค่าบังคับของบรรทัดฐานการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่รัฐต่างๆ ไม่ยินยอมให้มีการละเมิด ผลที่ตามมาของการละเมิดมีมากพอที่จะก่อให้เกิดการตอบสนองของรัฐต่างๆ ทั่วโลกของสังคมระหว่างประเทศในการร่วมมือกันหยุดยั้งเหตุการณ์ดังกล่าว ซึ่งเป็นหลักฐานที่ชัดเจนถึงลักษณะบังคับเด็ดขาดและการมีผลผูกพันแบบเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางจากสังคมระหว่างประเทศ การตอบสนองนี้ยังแสดงให้เห็นถึงลำดับศักดิ์ของบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศนี้ไปในตัวด้วย จากหลักฐานนี้จึงสรุปได้ว่าการตอบสนองต่อเหตุการณ์ที่อ้างได้ว่าเป็นการ



ทำลายล้างเผ่าพันธุ์สนับสนุนว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด

#### 4.4.2 การเยียวยา

การเยียวยาโดยทั่วไปเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ต่างตอบแทนของรัฐตามสนธิสัญญา รัฐที่เป็นผู้เสียหายโดยตรงเท่านั้นที่จะเป็นผู้มีส่วนได้เสียและได้รับการเยียวยา ส่วนกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของสังคมระหว่างประเทศโดยรวม ซึ่งทำให้รัฐทุกรัฐเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ผลของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดต่อการเยียวยาจึงทำให้รัฐที่ไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงอ้างถึงการละเมิดดังกล่าวเพื่อให้ศาลเยียวยา หรืออ้างแทนผู้เสียหาย ในประเด็นนี้จะได้มีการวิเคราะห์จากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีการใช้ *อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์* โดยมีประเด็นว่าผลของการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีผลถึงการเยียวยาหรือไม่

การเยียวยาได้รับการวินิจฉัยในคดีการใช้ *อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์* โดยบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาได้ขอให้ศาลสั่งให้ยูโกสลาเวียแก้ไขผลของการกระทำที่เป็นความผิดระหว่างประเทศในการละเมิดต่ออนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และจ่ายค่าชดเชยให้กับบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา และในฐานะตัวแทนของประชาชนของตน<sup>104</sup> ศาลวินิจฉัยถึงการเยียวยารัฐโดยไม่ได้วินิจฉัยถึงการเยียวยาปัจเจกชน โดยวางกรอบในการพิจารณาการเยียวยาจากปัจจัย 2 ประการ คือ ผลของการไม่ปฏิบัติให้สอดคล้องและความเสียหายที่เกิดขึ้น<sup>105</sup> โดยศาลอ้างถึงคำวินิจฉัยก่อนหน้าของศาลที่แสดงว่ายูโกสลาเวียละเมิดต่อพันธกรณีในการป้องกันและลงโทษ<sup>106</sup> พันธกรณิดังกล่าวได้รับการวินิจฉัยจากศาลในวรรคที่ 161 ว่าเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด โดยพันธกรณีของการป้องกันนั้น ศาลได้เคยวินิจฉัยแล้วว่าเป็นหน้าที่ของการกระทำ จึงไม่ขึ้นกับเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้น โดยยูโกสลาเวียมีอิทธิพลที่ใกล้ชิดกับกลุ่มผู้กระทำความผิด และรู้ถึงภัยที่กำลังจะเกิด แต่ก็มิได้

<sup>104</sup> United Nations, *The Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia v. Serbia and Montenegro), the Application for Revision case, Judgment of 26 February 2007, para. 459

<sup>105</sup> Ibid., para. 460

<sup>106</sup> Ibid.

ยับยั้ง ทำให้ยูโกสลาเวียละเมิดต่อพันธกรณีในการป้องกัน<sup>107</sup> แต่ศาลไม่พบการเชื่อมโยงระหว่าง ยูโกสลาเวียและการกระทำผิดที่เกิดขึ้นใน Srebrenica ทำให้การชดเชยค่าเสียหายเป็นเงินไม่เหมาะสม โดยศาลเห็นว่ารูปแบบของการเยียวยาที่เหมาะสม คือ การประกาศว่ายูโกสลาเวียมีความผิดซึ่งเป็นการเยียวยาที่อยู่ในรูปความพึงพอใจ (satisfaction)<sup>108</sup> กรณีของพันธกรณีในการลงโทษก็ไม่ต่างกัน ประเด็นนี้ไม่พบความเห็นของผู้พิพากษาที่นิ่งพิจารณาคดี<sup>109</sup>

ศาลพิจารณาเรื่องการเยียวยาโดยแสดงว่ายูโกสลาเวียไม่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ Srebrenica โดยตรง ซึ่งจะเห็นได้จากการที่ศาลแสดงว่าไม่พบการเชื่อมโยงระหว่างยูโกสลาเวียและการกระทำผิดที่เกิดขึ้นใน Srebrenica ตามคำพิพากษาวรรคที่ 461 แต่การที่ยูโกสลาเวียมีความผิดเพราะละเมิดต่อพันธกรณีในการป้องกัน มีความหมายอีกอย่างว่า บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาไม่มีส่วนได้เสียโดยตรงเช่นกัน เพราะยูโกสลาเวียละเมิดต่อพันธกรณีที่ มีต่อสังคมระหว่างประเทศทั้งหมด ในที่นี้ คือ พันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เมื่อศาลพิพากษาเยียวยาให้กับบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาเท่ากับว่าผู้ที่ไม่ได้เป็นผู้เสียหายโดยตรง สามารถอ้างการละเมิดต่อพันธกรณีของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด ซึ่งแสดงให้เห็นถึงผลของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดที่ก่อให้เกิดพันธกรณีที่มีลักษณะบังคับได้เป็นการทั่วไป ผลนี้ทำให้รัฐทุกรัฐสามารถอ้างการละเมิดต่อกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดเพื่อให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเยียวยา

ตามที่ได้กล่าวมาทั้งหมดนี้ จะเห็นถึงสถานะกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ทั้งจากลักษณะบังคับเด็ดขาดและการมีผลผูกพันแบบเด็ดขาดที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางจากสังคมระหว่างประเทศ โดยทำให้ขอบเขตของเจตนาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา ความเป็นสากลของการเข้าร่วมเป็นภาคี อันเป็นลักษณะที่พิเศษที่ทำให้การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐมีผลผูกพันกับรัฐดังกล่าว ในการเข้าเป็นรัฐภาคีของอนุสัญญา อีกทั้งขอบเขตความรับผิดชอบของรัฐที่ต้องสอดคล้องกับพันธกรณีของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด ซึ่งทำให้รัฐไม่อาจปฏิเสธการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในทุกกรณี ไม่ว่าจะพันธกรณีการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งหรือไม่ หรือบทบัญญัติอื่นๆ ของอนุสัญญาจะไม่สอดคล้องกับการตีความดังกล่าว นอกจากนี้การ

<sup>107</sup> Ibid., paras. 461 - 2

<sup>108</sup> Ibid., para. 462

<sup>109</sup> Ibid., para. 465

ห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ยังก่อให้เกิดความรำคาญกับรัฐที่อยู่ในวิสัยที่อาจยับยั้งการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และรู้ถึงภัยที่กำลังจะมาถึง แต่งเว้นการกระทำ และในแง่ของการบังคับใช้กฎหมายนั้น แม้อยู่ภายใต้หลักการห้ามการแทรกแซงและการห้ามการใช้กำลัง แต่รัฐต่างๆ ของสังคมระหว่างประเทศไม่ยินยอมให้เกิดการละเมิดต่อบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศนี้ และตอบสนองด้วยการเข้าแทรกแซงการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้น แม้จะเป็นเรื่องภายในประเทศก็ตาม เช่นกรณีต่างๆ ตามตารางที่ 5 ส่วนการเยียวยานั้น ศาลแสดงให้เห็นถึงผลของการละเมิดต่อกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดที่ก่อให้เกิดพันธกรณีที่บังคับใช้ได้เป็นการทั่วไป โดยรัฐที่ไม่ได้มีส่วนได้เสียโดยตรงสามารถร้องขอการเยียวยาจากศาลได้ ผลต่างๆ ที่เกิดขึ้นสะท้อนให้การเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทั้งสิ้น ในบทต่อไปจะได้มีการสรุปเรื่องต่างๆ ที่ได้กล่าวมาแล้ว และนำเสนอข้อเสนอแนะของผู้เขียนโดยประเมินจากสิ่งที่ได้จากการศึกษาที่ผ่านมาทั้งหมด และประเมินเทียบกับสมมติฐาน



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## บทที่ 5

### สรุปและข้อเสนอแนะ

#### สรุป

การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับโดยไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด จากหลักฐานต่างๆ มากมายที่ปรากฏขึ้นจากปมเกิดของกฎหมาย โดยเฉพาะอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และธรรมนูญกรุงโรม และผลที่ปรากฏในความรับผิดชอบของรัฐและความรับผิดชอบของปัจเจกชนจากการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ต่างแสดงให้เห็นถึงลักษณะบังคับเด็ดขาดและการมีผลผูกพันแบบเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางจากสังคมระหว่างประเทศ โดยการจัดตั้งศาลอดีตยูโกสลาเวียและศาลรวันดาเพื่อการนำตัวบุคคลผู้กระทำผิดมาลงโทษ แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์อย่างชัดแจ้งของสังคมระหว่างประเทศในการไม่ยอมรับการปฏิเสธขัดแย้งบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าว การยอมรับของสังคมระหว่างประเทศสะท้อนออกมาจากการนำคำพิพากษาของศาลอดีตยูโกสลาเวียและศาลรวันดาไปใช้ในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ รวมทั้งคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่เป็นไปในแนวทางเดียวกันและยืนยันถึงการได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หลักฐานเหล่านี้แสดงว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีลักษณะที่เข้าเกณฑ์ของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด คือ การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นบรรทัดฐานของหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปที่ได้รับการยอมรับจากสังคมระหว่างประเทศ โดยเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นบรรทัดฐานที่มีศักดิ์สูงสุดของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งจะเห็นได้จากการที่บรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศรวมถึงแนวปฏิบัติของรัฐต้องสอดคล้องกับการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หลักฐานต่างๆ เหล่านี้เป็นที่ยืนยันถึงสถานะกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้เป็นอย่างดี

การเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก่อให้เกิดผลกับความรับผิดชอบของรัฐ และความรับผิดชอบของปัจเจกชน โดยอาจแยกได้เป็น 3 ประการ ประการแรก ผลที่มาจากการเป็นบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีขึ้นเพื่อผลประโยชน์ของสังคมระหว่างประเทศ ประการที่สอง ผลที่มาจากพันธกรณีที่มีลักษณะบังคับได้เป็นการทั่วไปและประการที่สาม ผลที่มาจากการเป็นบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีศักดิ์สูงสุดของ

## สังคมนระหว่างประเทศ

สำหรับผลประการแรกเป็นผลที่มีต่อความรับผิดชอบของรัฐโดยตรง โดยทำให้รัฐผูกพันกับการกระทำฝ่ายเดียวของตนที่แถลงยอมรับการเป็นรัฐภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และการเข้าเป็นรัฐภาคีนั้น ไม่ได้คำนึงถึงสถานะของรัฐ ด้วยเหตุผลที่ว่าอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นสนธิสัญญาที่ไม่ได้ให้ประโยชน์แก่รัฐใดรัฐหนึ่ง แต่เป็นผลประโยชน์ร่วม (common interest) การกีดกันรัฐใดรัฐหนึ่งออกไปจะทำให้หลักการพื้นฐานด้านศีลธรรมและมนุษยธรรมของอนุสัญญาเสียไป แสดงให้เห็นว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีเนื้อหาที่สำคัญต่อความคงอยู่ของสังคมนระหว่างประเทศ และความสำคัญนี้มากพอที่จะมีผลผูกพันกับรัฐในลักษณะที่ได้ยกมานี้ อันเป็นการแสดงว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นบรรทัดฐานที่มีศักดิ์สูงสุดของสังคมนระหว่างประเทศ

ผลประการที่สอง คือ ผลที่มาจากพันธกรณีที่มีลักษณะบังคับได้เป็นการทั่วไป ซึ่งแสดงว่าเป็นพันธกรณีที่มีผลผูกพันกับรัฐทุกรัฐ ผลประการนี้แยกออกเป็น 2 ส่วน ส่วนแรก คือ ผลที่มีต่อความรับผิดชอบของปัจเจกชน โดยกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ให้ความร่วมมือในการลงโทษผู้กระทำผิด ซึ่งจะเห็นได้จากการที่รัฐต่างๆ ที่ตอบสนองเป็นอย่างดีด้วยการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนให้กับศาลรวันดาเพื่อการลงโทษ ส่วนที่สอง คือ ผลต่อความรับผิดชอบของรัฐ โดยแยกได้เป็น 2 ประการ ประการแรก ผลนี้ทำให้รัฐมีหน้าที่ในการยับยั้งและแก้ไขเหตุการณ์การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หรือเหตุการณ์ที่อ้างว่าเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยสะท้อนออกมาจากการตอบสนองของรัฐในเหตุการณ์ดังกล่าว ทั้งในส่วนกลไกรัฐและกลไกพหุภาคี ซึ่งรัฐต่างๆ ไม่ยอมรับให้มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้น การละเมิดต่อบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศนี้ก่อให้เกิดความรับผิดชอบขึ้นทั้งรัฐและปัจเจกชน อันนำมาซึ่งการลงโทษผู้ละเมิดดังกล่าว ประการที่สอง ผลนี้ทำให้รัฐมีหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบต่อผลประโยชน์ของสังคมนระหว่างประเทศ ซึ่งจะเห็นได้จากการยอมรับส่วนได้เสียของรัฐที่สามจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีการใช้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ให้การเยียวยาบอสนีและเฮอริเซโกวีนาที่เป็นรัฐผู้เสนอคดี ทั้งที่ยูโกสลาเวียไม่มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำผิดต่อบอสนีและเฮอริเซโกวีนา แต่ยูโกสลาเวียผิดพันธกรณีในการป้องกันจากการมีอิทธิพลเหนือผู้กระทำผิด จะสังเกตได้ว่ายูโกสลาเวียไม่ได้ถูกตัดสินให้มีความผิดทั้งจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และการสนับสนุนหรือช่วยเหลือให้เกิดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ การละเมิดต่อพันธกรณีในการป้องกันในกรณีนี้ จึงเป็นการละเมิดต่อผลประโยชน์ของสังคมนระหว่างประเทศ



ผลประการที่สาม คือ ผลที่มาจากการเป็นบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด โดยบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศและการกระทำของรัฐต้องสอดคล้องกับกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด และเป็นผลหลักของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด โดยแยกพิจารณาระหว่างผลที่มีต่อความรับผิดชอบของรัฐ และผลที่มีต่อความรับผิดชอบของปัจเจกชน

ประเด็นนี้มีผลต่อความรับผิดชอบของรัฐ 2 ประการ ประการแรก ขอบเขตความรับผิดชอบของรัฐได้รับการขยายออกให้สอดคล้องกับพันธกรณีการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยศาลระหว่างประเทศทั้งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนในเรื่องขอบเขตของเจตนาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่คำนึงถึงสาระของความคุ้มครองเป็นสำคัญ และพันธกรณีของรัฐที่เกิดขึ้นจากสนธิสัญญาใดๆ ต้องสอดคล้องกับพันธกรณีที่เกิดจากกฎหมายที่มีลักษณะเด็ดขาด รวมทั้งหน้าที่ของรัฐในการป้องกัน โดยเฉพาะรัฐที่มีความสามารถหรืออิทธิพลต่อผู้ที่กระทำความผิดหรือกำลังจะกระทำความผิด และรู้ว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะเกิดหรือกำลังเกิดขึ้น ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแสดงว่ารัฐดังกล่าวอยู่ในวิสัยที่จะยับยั้งได้ แต่ไม่กระทำการใดๆ ถือเป็น การกระทำ อันเป็นการผิดพันธกรณีในการป้องกันตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ประการที่สอง รัฐไม่มีสิทธิใช้มาตรการตอบโต้ด้วยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์กลับคืน

ส่วนผลที่มีต่อความรับผิดชอบของปัจเจกชนแยกเป็น 2 ประการ ประการแรก ขอบเขตความรับผิดชอบของปัจเจกชนได้รับการขยายออกไป โดยการขยายออกไปนี้สอดคล้องกับพันธกรณีการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยศาลอดีตยุติโกสลาเวียและศาลรวันดาแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนในเรื่องขอบเขตของเจตนาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่คำนึงถึงสาระของความคุ้มครองเป็นสำคัญ ซึ่งจะเห็นได้จากคำว่า "บางส่วน" ที่ต้องพิจารณาจากเกณฑ์ด้านจำนวนและคุณภาพ และทำให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นในพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่จำกัดได้ โดยเฉพาะการตีความว่ากลุ่มที่ได้รับการคุ้มครองให้ประเมินจากความรับรู้ของผู้กระทำความผิด อันให้ทำกฎหมายไม่มีความชัดเจนและแน่นอน และการกำหนดหน้าที่ในการป้องกันให้ปัจเจกชน โดยเพิ่มความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนจากการบังคับบัญชาซึ่งถือเป็นลักษณะพิเศษ เนื่องจากการที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดหน้าที่โดยตรงให้กับปัจเจกชน ประการที่สอง การแก้ไขข้อจำกัดของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด ซึ่งเป็นการตอบสนองของรัฐต่อการเป็นบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีศักดิ์สูงสุดของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด และทำให้ข้อจำกัดบางส่วนหมดไป ข้อจำกัดเหล่านี้มีทั้งข้อจำกัดที่มีผลทางตรงและทางอ้อมโดยประกอบด้วย ความคุ้มกัน การนิรโทษกรรม เขตอำนาจศาล และอายุความ อันเป็นผลเนื่องมาจากรัฐต่างๆ ของสังคมระหว่างประเทศไม่

ยินยอมให้มีการนำข้อจำกัดต่างๆ เหล่านี้มาใช้หลีกเลี่ยงต่อการลงโทษผู้ที่การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

จากที่ได้กล่าวมาแล้วทั้งหมด เมื่อพิจารณาจากบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะเห็นได้ว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด โดยมีข้อสนับสนุนจากการนำลักษณะบังคับเด็ดขาด และการมีผลผูกพันแบบเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางจากสังคมระหว่างประเทศไปใช้ในศาลระหว่างประเทศ ทั้งในความรับผิดชอบของรัฐในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและความรับผิดชอบของปัจเจกชนในศาลอาชญากรรมโลกและศาลวันดา ซึ่งเป็นไปตามเกณฑ์ของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด แต่จะเห็นได้ว่าการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดนั้นเกิดจากการที่รัฐต่างๆ ของสังคมระหว่างประเทศต่างไม่ยินยอมให้มีการละเมิดต่อบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นๆ อันเป็นผลมาจากเนื้อหาที่มีผลต่อความเป็นอยู่ของสังคมระหว่างประเทศ จึงก่อให้เกิดการบังคับใช้ที่แสดงให้เห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายอย่างแท้จริงที่มีค่าบังคับ จึงสรุปได้ว่า การศึกษานี้เป็นไปตามสมมติฐานของการวิจัย



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## ข้อเสนอแนะ

1. กฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดควรมาจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เพราะกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดเป็นบรรทัดฐานที่มีความสำคัญสูงสุดจึงควรเกิดจากความยินยอมของรัฐทุกรัฐที่จะผูกพัน กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีผลผูกพันรัฐทุกรัฐจึงสอดคล้องกับลักษณะดังกล่าวโดยไม่ขัดแย้งกัน นอกจากนี้ ข้อด้อยของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องของระยะเวลาในการยอมรับยังลดน้อยลง โดยพัฒนาการของการสื่อสารและการเดินทางในปัจจุบันช่วยลดเวลาในการเกิดการยอมรับของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จึงเป็นทางเลือกที่เหมาะสมมากกว่าการใช้สนธิสัญญาพหุภาคีแต่เพียงอย่างเดียว สำหรับการเกิดกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามที่ศึกษาใช้เวลาในการเกิดเพียง 2 ปีเท่านั้น โดยความเห็นของศาลปี ค.ศ. 1951 ในคดีการตั้งข้อสงวนของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ยืนยันในเรื่องนี้ได้เป็นอย่างดี

2. สนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดซึ่งมีเนื้อหาเพื่อประโยชน์ของสังคมระหว่างประเทศควรให้สืบสิทธิอัตโนมัติ (automatic succession) ในลักษณะเช่นเดียวกับสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับเขตแดน (Boundary treaty) โดยมีเหตุผล 3 ประการ ประการแรก กฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดและเรื่องเขตแดนมีหลักการที่ไม่แตกต่างกัน คือ เพื่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ประการที่สอง ผลประโยชน์ได้เสียในสนธิสัญญาไม่ได้อยู่ในรูปต่างตอบแทน (reciprocal) แต่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองกลุ่มคน อันเป็นจุดประสงค์ทางศีลธรรมและมนุษยธรรม รัฐที่เกิดใหม่จึงถือไม่ได้ว่ารับภาระหนักขึ้นแต่ประการใด ประการที่สาม ในเวลาที่เกิดการเปลี่ยนแปลงดินแดนเป็นช่วงเวลาที่ต้องการความคุ้มครองนี้มากที่สุด ซึ่งการให้สืบสิทธิอัตโนมัติจะทำให้กลุ่มคนที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศได้รับการคุ้มครองอย่างต่อเนื่อง และสอดคล้องกับการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดของบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นๆ

3. รัฐต่างๆ ควรมีการร่วมมือกันกำจัดข้อจำกัดต่างๆ ที่เกิดขึ้นกับการบังคับใช้การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทั้งในกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อให้การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดประสิทธิผล ภายใต้การดำเนินประโยชน์ของรัฐ ข้อจำกัดเหล่านี้ประกอบด้วย ความคุ้มกัน การนิรโทษกรรม เขตอำนาจศาล และอายุความ รวมถึงการเยียวยา ในประเด็นนี้ต้องมองในสองแง่ โดยเริ่มจากแง่ของรัฐ เนื่องจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดจึงไม่อาจนำเรื่องใดๆ มาเป็นข้อแก้ตัวในทางระหว่างประเทศ การแก้ไขข้อจำกัด

ต่างๆ เหล่านี้จะเป็นการสร้างมาตรฐานให้กับกฎหมายภายใน ซึ่งทำให้การดำเนินคดีในศาลภายในมีความน่าเชื่อถือ การดำเนินคดีในศาลภายในย่อมเหมาะสมกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในประเทศมากกว่าเพราะกฎหมายภายในย่อมเป็นไปตามเหตุผลของสังคมและทำให้เกิดการเยียวยาสังคมได้ดีกว่า รัฐจึงควรออกกฎหมายภายในว่าด้วยการแก้ไขข้อจำกัดเหล่านี้ได้โดยสามารถประสานประโยชน์ของรัฐเข้ากับประโยชน์ของสังคมระหว่างประเทศ ในแง่ของสังคมระหว่างประเทศ ความร่วมมือของรัฐในการช่วยกันขจัดอุปสรรคยอมถือเป็นการพัฒนาให้เกิดมาตรฐานที่ดีขึ้นโดยรวม เนื่องจากการดำเนินการในศาลอาญาระหว่างประเทศยังคงติดขัดในเรื่องการยอมรับ โดยเฉพาะข้อกล่าวหาว่าเกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ขึ้นยังไม่มีกระบวนการใดมารองรับที่ทำให้ทุกฝ่ายยอมรับกันได้ การพิสูจน์ว่าเกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ขึ้นเป็นเรื่องที่ยาก อันจะเห็นได้จากศาลอติดยุโกสลาเวียแทบไม่มีคดีที่เกี่ยวข้องกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ขณะที่ศาลรวันดาไม่มีปัญหาในเรื่องนี้เพราะได้รับการยอมรับจากคณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่สหประชาชาติมาแล้วว่าเกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในประเทศรวันดา ทั้งนี้ เหตุผลอีกข้อหนึ่ง คือ การเยียวยาปัจเจกชนโดยศาลระหว่างประเทศทำได้ยากมาก ซึ่งจะเห็นได้จากทางแก้ตามธรรมนูญกรุงโรมที่ให้ตั้งกองทุนทดแทนค่าเสียหายจากรัฐภาคีและผู้กระทำความผิด ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเชื่อมโยงกับรัฐหรือทำในนามของรัฐย่อมไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ ขณะที่ศาลภายในสามารถตัดสินให้รัฐชดเชยได้หากมีกฎหมายให้อำนาจ

4. ขอบเขตของเจตนาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในเรื่อง "บางส่วน" ควรมีการใช้เกณฑ์ที่เป็นวัตถุประสงค์หรือเกณฑ์ที่ไม่ขึ้นกับบุคคลเป็นหลัก และไม่ควรรีให้ขอบเขตนี้กว้างเกินไป ในเรื่องนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและศาลอติดยุโกสลาเวียและศาลรวันดาได้พิจารณาจากเกณฑ์ 3 ประการประกอบด้วย เกณฑ์เรื่องจำนวน เกณฑ์เรื่องพื้นที่ และเกณฑ์เรื่องกลุ่มคน ซึ่งศาลได้ตีความโดยอาศัยสาระของการคุ้มครอง อันเป็นส่วนหนึ่งของการเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดที่การกระทำหรือบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศใดๆ ต้องสอดคล้องกับบรรทัดฐานดังกล่าวก็ตาม โดยเกณฑ์เรื่องจำนวนนั้น จะต้องพิจารณาถึงคุณภาพของกลุ่มที่ถูกทำลายที่จะมีผลกระทบโดยรวมกับกลุ่มทั้งหมด เกณฑ์เรื่องพื้นที่ก็อาจเป็นพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่จำกัด ซึ่งอาจเป็นเพียงระดับจังหวัด แต่ศาลรวันดาไปไกลถึงขนาดอ้างการสังหารหมู่ชาวปาเลสไตน์ในค่ายอพยพ Sabra และ Shatila ซึ่งมีคนเพียงไม่กี่ร้อยคน อันเป็นการลดความสำคัญของเรื่องจำนวนลงโดยสิ้นเชิง นอกจากนี้ เกณฑ์เรื่องกลุ่มคนมีการอ้างถึงกลุ่มที่เกิดจากการรับรู้ของผู้กระทำความผิด แม้จะเข้าใจถึงความต้องการคุ้มครองกลุ่มคนดังกล่าว แต่ปัญหาที่ต้องพิจารณา คือ เรื่องดังกล่าวเป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์จริงหรือไม่ การที่ศาลระหว่างประเทศที่กล่าวมาแล้วนี้ขยายขอบเขตของเจตนาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ออกไปเป็นการลดมาตรฐานในการพิสูจน์ลง ผลที่ตามมา คือ การ

นำความร้ายแรงที่สิ้นสะเทือนต่อจิตสำนึกของมนุษยชาติไปแลกกับความผิดที่อาจเยียวยาได้โดยความผิดฐานอื่น เช่น อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมสงคราม ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงขอเสนอว่า

- เกณฑ์เรื่องจำนวนควรใช้จำนวนควบคู่กับคุณภาพ เนื่องจากการประเมินความเสียหายโดยใช้จำนวนมีความชัดเจนและแน่นอน ขณะที่การประเมินด้านคุณภาพก่อให้เกิดข้อโต้แย้ง แต่คุณภาพสามารถนำมาใช้ในการชั่งน้ำหนักในการตัดสิน ดังนั้น เกณฑ์เรื่องจำนวนจึงควรใช้จำนวนเป็นหลัก และพิจารณาคุณภาพของผู้เสียหายประกอบ
- เกณฑ์เรื่องพื้นที่ อาจใช้พื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่จำกัด แต่ต้องมีแผนการหรือนโยบายที่จะทำให้กระทบกระเทือนถึงกลุ่มทั้งหมด หรือการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในพื้นที่ดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของแผนการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทั้งหมด เนื่องจากการกำหนดเพียงพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่จำกัดอาจลดทอนความสำคัญของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ลง
- เกณฑ์เรื่องกลุ่มคน ศาสนาวันดาอ้างถึงกลุ่มที่เกิดจากการรับรู้ของผู้กระทำความผิด เกณฑ์นี้ไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งจำกัดกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครองไว้เพียง 4 กลุ่มและตัดกลุ่มทางการเมืองออก เกณฑ์นี้จึงควรวัดด้วยหลักฐานต่างๆ ที่ปรากฏอย่างชัดเจนไม่แตกต่างกันไปตามการรับรู้ของแต่ละบุคคล เพราะไม่เช่นนั้นจะเป็นการขยายกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครองออกไปจากนิยามที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไป

5. การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ควรมีการแก้ไข (amend) โดยกำหนดเรื่องความรับผิดชอบของรัฐลงไปให้ชัดเจน แม้ผลของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดทำให้รัฐมีพันธกรณีที่จะไม่ทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และปัจจุบันนี้มีร่างข้อกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐในการกระทำที่เป็นความผิดระหว่างประเทศ (DASR 2001) ซึ่งรองรับเรื่องดังกล่าวอยู่แล้วก็ตาม แต่ยังไม่มีความชัดเจนว่าจะนำมาใช้ได้เมื่อใด เนื่องจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มักเกิดจากรัฐหรือเกิดจากการที่รัฐเข้าไปมีส่วนในการดำเนินการรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง การทำให้ความรับผิดชอบของรัฐชัดเจนจะเป็นอีกวิธีหนึ่งที่จะช่วยสนับสนุนในการหยุดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยอาจฟ้องร้องดำเนินคดีแก่รัฐเพื่อให้ศาลระหว่างประเทศกำหนดมาตรการที่เหมาะสม อันจะเป็นฐานทางกฎหมายให้กับรัฐต่างๆ ในการเข้าดำเนินการช่วยเหลือเยียวยาผู้เสียหายนอกเหนือไปจากการอนุมัติจากคณะมนตรีความมั่นคง

6. การป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ควรได้รับการกำหนดให้มีความชัดเจนมากขึ้น โดยเฉพาะในส่วนของรัฐ จากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีการใช้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์แสดงให้เห็นถึงหน้าที่ของรัฐในการป้องกัน รัฐที่มีอิทธิพลพอที่จะยับยั้งการทำลายล้าง



เผ่าพันธุ์มีหน้าที่ที่จะต้องไม่สนับสนุนให้เกิดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จะเห็นได้ว่าความรับผิดชอบของรัฐดังกล่าวไม่ได้อยู่ภายใต้ร่างข้อกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐในการกระทำที่เป็นความผิดระหว่างประเทศ (DASR 2001) เพราะไม่เชื่อมโยงกับรัฐโดยตรง การปรับปรุงให้ประเด็นดังกล่าวชัดเจนจะทำให้การป้องกันมีประสิทธิภาพมากขึ้น การปรับปรุงนี้อาจทำได้โดยการทำเป็น protocol เสริมเข้ากับอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์

7. กฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดควรมีการบังคับใช้ที่มีประสิทธิภาพมากกว่าเพียงการใช้มาตรการตอบโต้ หรือการช่วยเหลือโดยหลักมนุษยธรรม ปัจจุบันมีหลักความรับผิดชอบในการคุ้มครอง (responsibility to protect) ในส่วนของกฎหมายมนุษยธรรมและสิทธิมนุษยชน หลักการนี้มีมาตรการที่ยกมาตามลำดับ ประกอบด้วย การคว่ำบาตร (sanction) การดำเนินคดี (international prosecution) และการแทรกแซงทางทหาร (military intervention) และการแก้ไขข้อขัดข้องจากการใช้อำนาจยับยั้ง (veto) ของสมาชิกถาวรคณะมนตรีความมั่นคง หลักการนี้จึงเหมาะสมที่จะขยายออกครอบคลุมกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด โดยการปรับเรื่องหลักการพื้นฐานเป็นการหาสมดุลระหว่างอธิปไตยของรัฐและประโยชน์ของสังคมระหว่างประเทศทั้งหมด และนำระดับเรื่อง serious breach ในร่างข้อกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐในการกระทำที่เป็นความผิดระหว่างประเทศ (DASR 2001) มาใช้ประกอบ นั่นคือ การละเมิดต้องเป็นขั้นรุนแรง จึงจะสามารถนำหลักการนี้มาใช้

8. กฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดควรมีการเยียวยาผู้เสียหายและการลงโทษทางแพ่งแก่ผู้ละเมิดไม่ว่าจะเป็นรัฐหรือปัจเจกชน โดยการนำหลัก punitive damages มาใช้ เพราะนอกจากจะเป็นการลงโทษที่มีผลโดยตรงต่อผู้กระทำความผิดแล้วยังนำผลที่ได้มาฟื้นฟูหรือชดเชยสิ่งที่ผู้กระทำผิดได้กระทำลงไป มาตรการลงโทษทางแพ่งนี้อาจเหมาะสมกว่ามาตรการทางอาญาในบางลักษณะ โดยทำให้ผู้กระทำการละเมิดขาดแรงจูงใจจากการกระทำความผิด ดังนั้นการที่ธรรมนูญกรุงโรมให้รัฐภาคีตั้งกองทุนเพื่อฟื้นฟูผู้เสียหายน่าจะสอดคล้องกับความเป็นจริง และเป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติ ส่วนร่างข้อกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐในการกระทำที่เป็นความผิดระหว่างประเทศ (DASR 2001) ก็ไม่รับเรื่อง punitive damages เนื่องจากขาดการยอมรับของรัฐประเด็นนี้ แต่กฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดเป็นบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีศักดิ์สูงสุดของสังคมระหว่างประเทศ การละเมิดต่อบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศนี้จึงควรมีการลงโทษที่สูงกว่ามาก เพื่อไม่ให้เกิดการละเมิดซ้ำ

## รายการอ้างอิง

### ภาษาไทย

- จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 3 ปรับปรุงใหม่. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544.
- จันทิมา ลิมปานนท์. ปัญหากฎหมายและแนวทางเยียวยาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540.
- ดำรง ธรรมรักษ์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537.
- พระยาเทพวิฑูร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 - 2 มาตรา 1 ถึง 240. กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา, 2527.
- ศักดิ์ สมองชาติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2539.
- มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 1 - 6. พิมพ์ครั้งที่ 22. นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2545.
- มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 7 - 15. พิมพ์ครั้งที่ 22. นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2545.
- มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. เอกสารการสอนชุดวิชา ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป หน่วยที่ 1 - 8. พิมพ์ครั้งที่ 34. นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2545.
- อุกฤษ มงคลนาวิน. ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน. บทบัญญัติ 32 (2518): 11 - 32

## ภาษาอังกฤษ

- Alexandr Koptev. The Roman Law Library [Online]. 2007. (n.d.). Available from:  
<http://www.justinien.net> [2007, February 12]
- Amato. It's Bird, It's Plane, It's Jus Cogens [Online]. (n.d.). Available from:  
<http://anthonydamato.law.northwestern.edu/Papers-1/A914.html> [23 Aug 2007]
- Amnesty International, Amnesty International Report 2008: the State of world's human right  
 [Online]. (n.d.). Available from: [www.amnesty.org](http://www.amnesty.org) [2 July 2008]
- Andreas L. Paulus. Jus Cogens in a Time of Hegemony and fragmentation: An Attempt at  
 a Re-appraisal. Nordic Journal of International Law 74, (2005): 297 - 333
- Antonio Cassese. International Criminal Law. New York: Oxford University Press, 2003.
- Antonio Gomez Robledo. El Ius Cogens Internacional Estudio histórico-crítico 2<sup>nd</sup> ed..  
 Universidad Nacional AUTÓNOMA DE MÉXICO, 2003
- Barry Nicholas. the French Law of Contract. Oxford: Clarendon Press, 1992.
- Bruno Simma. From Bilateralism to community interest in international law. Recueil des  
 Cours, 1994 (VI) Dordrecht:Martinus Nijhoff Publishers, 1997.
- Butterworths Concise Australian Legal Dictionary. 2nd ed. Butterworths: LexisNexis  
 Butterworths, 1998.
- Christos L. Rozakis. The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties. Amsterdam:  
 North Holland publishing, 1976.
- David Johnston. The general influence of Roman Institutions of State and Public Law  
 [Online]. Berlin: Duncker & Humboldt GmbH, 1997. Available from:  
<http://www.lusCivile.com> [2007, February 12]
- Dinah Shelton. Remedies in International Human Rights Law. 2nd ed. Oxford: Oxford  
 University Press, 2005.
- D.J. Ibbetson. A Historical Introduction to the law of obligation. Oxford: Oxford University  
 Press, 1999.
- Dr. Lyal Sunga. Individual responsibility in international law for serious human rights  
 violations. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1992.
- France 24, Former Khmer Rouge minister claims royal amnesty [Online]. (n.d.) Available  
 from: [www.France24.com](http://www.France24.com) [July 2, 2008 - 10:00]

- Gennady M. Danilinko. International Jus Cogens: Issues of Law-Making. European Journal of International Law (1991): 45
- Human Right Watch, Human Rights Watch World Report 1995:Events of 1994, New York: 1994.
- Ian Brownlie. Principles of Public International law. 6<sup>th</sup> ed.. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- James Crawford. The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries. London: Cambridge University Press, 2002.
- Kahn-Freund and colleague. A source-book on French law. London: Oxford University Press, 1979.
- Karl Zemanek. New Trends in the enforcement of erga omnes obligations. Max Planck UNYB 4 (2000):
- Kriangsak Kittichaisaree. International Criminal Law. New York: Oxford University Press, 2001.
- Legifrance. Civil Code Translated by Georges ROUHETTE [Online].(n.d.). Available from: [http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes\\_traduits/code\\_civil\\_textA.htm#PRELIMINARY%20TITLE%20OF](http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/code_civil_textA.htm#PRELIMINARY%20TITLE%20OF) [2009, Feb 14]
- Levan Alexidze. Legal nature of Jus Cogens in contemporary international law. Recueil des Cours, 1981 (III). Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1984.
- Li Haopei. Jus Cogens and International law. Selected Articles from Chinese Yearbook of International law. Beijing: China Translation & Publishing Corporation, 1983.
- M. Cherif Bassiouni. International Crimes: Jus Cogens and obligatio erga omnes. Law & Contemporary Problems 59 (Autumn, 1996): 63 - 74
- McNair, The law of treaties. reissued. Oxford: Oxford University Press, 1986.
- Michael Akehurst. A Modern Introduction to International Law. 6<sup>th</sup> ed.. London: George Allen & Unwin, 1987.
- Nicholas J. Wheeler. Saving Strangers: Humanitarian Intervention in International Society. New York: Oxford University Press, 2000.
- Oppenheim. International law, Vol. I, Peace. Edited by Lauterpacht. Longman: Green And Co., Ltd., 1952.
- Peter Stein. Roman Law in European History. London: Cambridge University Press, 1999.

- Pieter N. Drost. Genocide: United Nations Legislation on International Criminal Law.  
Netherland: A.W. Sythoff – Leyden, 1959.
- Preventgenocide International. Convention on the Prevention and Punishment of the  
Crime of Genocide [Online], (n.d.) Available from:  
<http://www.preventgenocide.org/law/convention/text.htm>, [28 July 2008, 10.08]
- Preventgenocide international [Online]. (last updated 6 May 2004). Available from:  
<http://preventgenocide.org/law/domestic.htm> [27 Jun 2008]
- Preventgenocide international. [Online]. (last updated 6 May 2004). Available from:  
<http://preventgenocide.org/punish/domestic.htm>. [26 Jun 2008]
- Raymond Youngs. English French and Germany comparative law. London: Cavendish  
publishing, 1998.
- Rudolph Sohm. The Institutes A Textbook of the History and System of Roman Private  
Law. Translate by James Crawford Ledlie. Oxford: Clarendon Press, 1907.
- Steven R. Ratner and Jason S. Abrams. Accountability for human rights atrocities in  
international law: Beyond the Nuremberg legacy. 2nd ed.. Cornwall: Oxford  
University Press. 2001.
- The Nizkor Project. International Military Tribunal. The Trial of German Major War  
Criminals, Judgment: 30th September, 1946 - 1st October, 1946 [Online]. 1997.  
Available from: <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/judgment> [2009, Feb 06]
- Thomas D. Musgrave. Self-determination and National Minorities. New York: Oxford  
University Press. 1997.
- Thomas G. Weiss. Military-Civilian Interactions: Intervening in Humanitarian Crises.  
Lanham Md.:Rawman & Littlefield, 1999.
- United Nations. A/CN4/Ser.A/1963, Yearbook of the International Law Commission, 1963,  
vol. I, Summary records of the 15th Session 6 May - 12 July 1963 [Online]. (n.d.).  
Available from:  
[http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolume\(e\)/ILC\\_1963\\_V1\\_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolume(e)/ILC_1963_V1_e.pdf)  
[July 13, 2007]
- United Nations, A/CN4/Ser.A/1966, Yearbook of the International Law Commission,  
1966, vol. II, Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries 1966  
[Online]. (n.d.). Available from:



[http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolume\(e\)/ILC\\_1966\\_V2\\_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolume(e)/ILC_1966_V2_e.pdf) [July 13, 2007]

United Nations. A/CN.4/63, Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur [Online]. (n.d.). Available from:

[http://www.un.org/law/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_63.pdf](http://www.un.org/law/ilc/documentation/english/a_cn4_63.pdf) [July 13, 2007]

United Nations. A/CN.4/156 and Add.1-3, Second report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur [Online]. (n.d.). Available from:

[http://www.un.org/law/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_156.pdf](http://www.un.org/law/ilc/documentation/english/a_cn4_156.pdf) [July 12, 2007]

United Nations. A/CN.4/182 and Add.1-4, "Fifth Report on the Law of Treaties by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur" [Online]. (n.d.). Available from:

[http://www.un.org/law/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_182.pdf](http://www.un.org/law/ilc/documentation/english/a_cn4_182.pdf) [Aug 7, 2007]

United Nations. Akayesu case, Case No. ICTR-96-4-T, T.Ch. I, 2 Sep 1998 [Online]., (n.d.). Available from:

<http://69.94.11.53/ENGLISH/cases/Akayesy/judgement/akay001.htm> [2 Nov 2007]

United Nations, J.N. Doc. GA Res. 180 (II) [Online]. (n.d.). Available from:

<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/038/87/IMG/NR003887.pdf?OpenElement> [3 Mar 2009]

United Nations, J.N. Doc. A Res. 37/123 D [Online]. (n.d.). Available from:

<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/426/01/IMG/NR042601.pdf?OpenElement> [21 Oct 2008]

United Nations. A/RES/47/121 (7 April 1993) [Online]. (n.d.). Available from:

<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/213/52/IMG/N9321352.pdf?OpenElement> [21 Oct 2008]

United Nations. Case Concerning Armed Activities On The Territory of The Congo (New Application 2002) (Democratic Republic of The Congo v. Rwanda), judgment of

3 February 2006 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/105/8440.pdf> [25 July 2007]

United Nations. Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of The Congo v. Belgium), International Court of Justice, February 14,

2002 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf> [25 July 2007]

United Nations. Case Concerning Military And Paramilitary Activities In And Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), June 27, 1986, 1986 I.C.J. 14 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf> [21 Oct 2008]

United Nations. Charter of the United Nations [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.un.org/aboutun/charter/pdf/uncharter.pdf> [7 Aug 2007]

United Nations. Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law 2006 [Online]. (n.d.). Available from: [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/1\\_9\\_2006.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/1_9_2006.pdf) [14 Mar 2009]

United Nations. Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/435?OpenDocument> [20 Sep 2008]

United Nations. Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries 1954 [Online]. (n.d.). Available from: [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolume\(e\)/ILC\\_1954\\_V2\\_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolume(e)/ILC_1954_V2_e.pdf), [3 Mar 2009]

United Nations. Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries 1996 [Online]. (n.d.). Available from: [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolume\(e\)/ILC\\_1996\\_V2\\_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolume(e)/ILC_1996_V2_e.pdf), [3 Mar 2009]

United Nations. Jelisić case, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-95-10, December 14, 1999 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icty.org/x/cases/jelisić/tjug/en/jel-tj991214e.pdf> [25 Aug 2007]

United Nations. Kambanda case, (Trial Chamber), Case No. ICTR-97-23, September 4, 1998 [Online]., (n.d.). Available from: <http://69.94.11.53/ENGLISH/cases/Kambanda/judgement.htm> [2 Nov 2007]

- United Nations. The Prosecutor versus Clement Kayishema and Obed Ruzindana Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999 [Online]., (n.d.). Available from: <http://69.94.11.53/ENGLISH/cases/Kayruz/judgement.htm> [2 Nov 2007]
- United nation. The Responsibility to Protect, Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty, the International Development Centre. 2001
- United Nations. Krstic Case, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-98-33-T, August 2, 2001 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krstictj010802e.pdf> [25 Aug 2007]
- United Nations. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 1996 I.C.J. 226, Advisory opinion, July 8<sup>th</sup> 1996 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf> [21 Oct 2008]
- United Nations. Musema case, (Trial Chamber), Case No.: ICTR-96-13-T, 27 Jan 2000 [Online]. (n.d.). Available from: <http://69.94.11.53/ENGLISH/cases/Musema/judgement.htm> [2 Nov 2007]
- United Nations. Prosecutor v. Zejnil Delalic Zdravko Mucic also known as "Pavo" Hazim Delic Esad Landzo also known as "Zenga" Pro, Judgement of: 16 November 1998, (n.d.). Available from: <http://icr.icty.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/IT-96-21/JUD47R0000067533.TIF> [8 Apr 2009]
- United Nations. Reservation to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory opinion, May 28<sup>th</sup> 1951 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf> [21 Oct 2008]
- United Nations, Rome Statute of the International Court [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.untreaty.org/english/bible/internetbible/partI/chapterXVIII/treaty11.asp> [7 Aug 2007]
- United Nations. Separation opinion of Mr. M. Schücking, "The Oscar Chinn Case", PCIJ, Ser. A/B., No. 63, 1934 [Online]. 1997. (n.d.). Available from: [http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1934.12.12\\_oscar\\_chinn/](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1934.12.12_oscar_chinn/) [2007, February 2]

United Nations. S/RES/771 (1992) [Online]. (n.d.). Available from:

<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N92/379/72/IMG/N9237972.pdf?OpenElement> [21 Oct 2008]

United Nations. S/RES/808 (1993) [Online]. (n.d.). Available from:

<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/098/21/IMG/N9309821.pdf?OpenElement> [21 Oct 2008]

United Nations. S/RES/955 (1994) [Online]. (n.d.). Available from:

<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/140/97/PDF/N9514097.pdf?OpenElement> [21 Oct 2008]

United Nations. S/RES/1315 (2000) [Online]. (n.d.). Available from:

<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/605/32/PDF/N0060532.pdf?OpenElement> [15 Mar 2009]

United Nations. Status of Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide [Online]. (n.d.). Available from:

<http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=318&chapter=4&lang=en> [3 Mar 2009]

United Nations. Status of Convention on the Rights of the Child, 20 [Online]. (n.d.).

Available from:

<http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=133&chapter=4&lang=en> [3 Mar 2009]

United Nations. Status of International Covenant on Civil and Political Rights [Online]. (n.d.). Available from:

<http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=322&chapter=4&lang=en> [3 Mar 2009]

United Nations. Statute of International Court of Justice [Online]. (n.d.). Available from:

<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0> [3 Mar 2009]

United Nations. Statute of ICTR, [Online]. (n.d.). Available from:

<http://69.94.11.53> [3 Mar 2009]

United Nations. Status of Rome Statute of the International Criminal Court [Online].

(n.d.). Available from:

<http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=373&chapter=18&lang=en> [3 Mar 2009]

United Nations. Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia [Online]. (n.d.). Available from: [http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_re808\\_1993\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf) [3 Dec 2008]

United Nations, Tadic Case, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-94-1-T, May 7, 1997 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts170507JT2-e.pdf> [25 Aug 2007]

United Nations. The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia and Montenegro), Counter-claim, Order of 17 December 1997 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7335.pdf> [21 Oct 2008]

United Nations. The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia and Montenegro), Preliminary objections, Judgment of 11 July 1996 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/1739.pdf> [21 Oct 2008]

United Nations. The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia and Montenegro), Merit, Judgment of 26 February 2007, [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf> [25 Aug 2007]

United Nations. The Case of the S.S. "Lotus", Ser. A., No. 10, 1927 [Online], (n.d.). Available from: [http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07\\_lotus/](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus/) [31 Dec 2008]

United Nations. The Prosecutor v. Radislav Krstic, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-98-33-T, August 2, 2001 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf> [25 Aug 2007]

United Nations. U.N. Doc. GA Res. 96 (I) [Online]. (n.d.). Available from: <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/033/47/IMG/NR003347.pdf?OpenElement> [21 Aug 2008]



United Nations. Vienna Convention on the Law of Treaties [Online]. (n.d.). Available from:  
[http://www.untreaty.org/english/bible/internetbible/partI/chapterXVIII/treaty\\_2.asp](http://www.untreaty.org/english/bible/internetbible/partI/chapterXVIII/treaty_2.asp)  
[7 Aug 2007]

Ward N. Ferdinandusse. Direct Application of International Criminal Law in National Courts  
Hague: T.M.C. Asser Press, 2006.

William A. Schabas. Genocide in International Law: The Crimes of crime. Reprint. London:  
Cambridge University Press, 2002.

Wouter and Verhoeven. The Prohibition of Genocide as a Norm of Ius Cogens and Its  
Implications for the Enforcement of the Law of Genocide. Instituut voor  
Internationaal Recht, K.U. Leuven, Working Paper No 69 (January 2005): 1 - 16

Yitiha Simbeye. Immunity and International Criminal Law London: Ashgate Publishing  
Limited, 2004.

Yusuf Aksar. Implementing International Humanitarian Law From the Ad Hoc Tribunals to  
a Permanent International Criminal Court London: Routledge, 2004.

2008 juris GmbH, Saarbrücken, BGB - english translation [Online]. (n.d.). Available from:  
[http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html) [2009, Feb 14]



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## ภาคผนวก ก

### Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide

The Contracting Parties,

Having considered the declaration made by the General Assembly of the United Nations in its resolution 96 (I) dated 11 December 1946 that genocide is a crime under international law, contrary to the spirit and aims of the United Nations and condemned by the civilized world,

Recognizing that at all periods of history genocide has inflicted great losses on humanity, and

Being convinced that, in order to liberate mankind from such an odious scourge, international co-operation is required,

Hereby agree as hereinafter provided:

**Article I:** The Contracting Parties confirm that genocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law which they undertake to prevent and to punish.

**Article II:** In the present Convention, 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.

**Article III:** 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 IV:** Persons committing genocide or any of the other acts enumerated in article III shall be punished, whether they are constitutionally responsible rulers, public officials or private individuals.

**Article V:** The Contracting Parties undertake to enact, in accordance with their respective Constitutions, the necessary legislation to give effect to the provisions of the present Convention, and, in particular, to provide effective penalties for persons guilty of genocide or any of the other acts enumerated in article III.

**Article VI:** Persons charged with genocide or any of the other acts enumerated in article III shall be tried by a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed, or by such international penal tribunal as may have jurisdiction with respect to those Contracting Parties which shall have accepted its jurisdiction.

**Article VII:** Genocide and the other acts enumerated in article III shall not be considered as political crimes for the purpose of extradition.

The Contracting Parties pledge themselves in such cases to grant extradition in accordance with their laws and treaties in force.

**Article VIII:** Any Contracting Party may call upon the competent organs of the United Nations to take such action under the Charter of the United Nations as they consider appropriate for the prevention and suppression of acts of genocide or any of the other acts enumerated in article III.

**Article IX:** Disputes between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in article III, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties to the dispute.

**Article X:** The present Convention, of which the Chinese, English, French, Russian and Spanish texts are equally authentic, shall bear the date of 9 December 1948.

**Article XI:** The present Convention shall be open until 31 December 1949 for signature on behalf of any Member of the United Nations and of any nonmember State to which an invitation to sign has been addressed by the General Assembly.

The present Convention shall be ratified, and the instruments of ratification shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

After 1 January 1950, the present Convention may be acceded to on behalf of any Member of the United Nations and of any non-member State which has received an invitation as aforesaid. Instruments of accession shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

**Article XII:** Any Contracting Party may at any time, by notification addressed to the Secretary-General of the United Nations, extend the application of the present Convention to all or any of the territories for the conduct of whose foreign relations that Contracting Party is responsible.

**Article XIII:** On the day when the first twenty instruments of ratification or accession have been deposited, the Secretary-General shall draw up a proces-verbal and transmit a copy thereof to each Member of the United Nations and to each of the non-member States contemplated in article XI.

The present Convention shall come into force on the ninetieth day following the date of deposit of the twentieth instrument of ratification or accession.

Any ratification or accession effected, subsequent to the latter date shall become effective on the ninetieth day following the deposit of the instrument of ratification or accession.

**Article XIV:** The present Convention shall remain in effect for a period of ten years as from the date of its coming into force.

It shall thereafter remain in force for successive periods of five years for such Contracting Parties as have not denounced it at least six months before the expiration of the current period.

Denunciation shall be effected by a written notification addressed to the Secretary-General of the United Nations.

**Article XV:** If, as a result of denunciations, the number of Parties to the present Convention should become less than sixteen, the Convention shall cease to be in force as from the date on which the last of these denunciations shall become effective.

**Article XVI:** A request for the revision of the present Convention may be made at any time by any Contracting Party by means of a notification in writing addressed to the Secretary-General.

The General Assembly shall decide upon the steps, if any, to be taken in respect of such request.

**Article XVII:** The Secretary-General of the United Nations shall notify all Members of the United Nations and the non-member States contemplated in article XI of the following:

- (a) Signatures, ratifications and accessions received in accordance with article XI;
- (b) Notifications received in accordance with article XII;
- (c) The date upon which the present Convention comes into force in accordance with article XIII;
- (d) Denunciations received in accordance with article XIV;
- (e) The abrogation of the Convention in accordance with article XV;
- (f) Notifications received in accordance with article XVI.

**Article XVIII:** The original of the present Convention shall be deposited in the archives of the United Nations.

A certified copy of the Convention shall be transmitted to each Member of the United Nations and to each of the non-member States contemplated in article XI.

**Article XIX:** The present Convention shall be registered by the Secretary-General of the United Nations on the date of its coming into force.

*Text: U.N.T.S. (United Nations Treaty Series), No. 1021, vol. 78 (1951), p. 277.*



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## ภาคผนวก ข

ความเป็นมาและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ในอดีตยูโกสลาเวียและในรวันดา

### 1. ความเป็นมาของความขัดแย้งในอดีตยูโกสลาเวียและคดีการใช้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมยูโกสลาเวีย (Social Federal Republic of Yugoslavia) หรืออดีตยูโกสลาเวียตั้งอยู่ใจกลางทวีปยุโรปในคาบสมุทรบอลข่าน ประกอบด้วยรัฐต่างๆ จำนวน 6 รัฐ ประกอบด้วย บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา โครเอเชีย มาเซโดเนีย มอนเตเนโกร เซอร์เบียและสโลเวเนีย และอีกสองเขตปกครองตนเอง คือ โคโซโวและวอจวอดินา ประกอบไปด้วยคนเชื้อสายต่างๆกันกระจายกันอยู่ตามรัฐต่างๆ คือ ชาวสโลวีเนีย ชาวโครแอต ชาวเซิร์บ ชาวฮังการีและชาวอัลเบเนีย ในรัฐสโลเวเนียประกอบด้วยชนส่วนน้อยร้อยละสิบ แต่ในโครเอเชียมีชนกลุ่มน้อยที่เป็นชาวเซิร์บอยู่ร้อยละ 11.5 ส่วนในบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนามีชาวเซิร์บอยู่ถึงร้อยละ 32<sup>1</sup>

การล่มสลายของอดีตยูโกสลาเวียเริ่มด้วยการประกาศอิสรภาพของสโลเวเนียและโครเอเชียเมื่อวันที่ 25 มิถุนายน ค.ศ. 1991 ตามด้วยมาเซโดเนียและบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา โดยมีสาเหตุมาจากปัญหาในเรื่องวิกฤติการณ์ทางการเงิน ปัญหาด้านเศรษฐกิจและความตึงเครียดระหว่างเชื้อชาติที่เรื้อรังนานเกือบสิบปี<sup>2</sup> การขยายตัวของลัทธิชาตินิยมโดยเฉพาะชาวเซิร์บภายใต้การผลักดันของสโลโบดัน มิโลเชวิช ซึ่งต่อมาเกิดการจัดตั้งพื้นที่ปกครองตนเอง เช่น เขตคราจินา (Krajina) ในโครเอเชีย สาธารณรัฐสเปสกาในบอสเนียเฮอร์เซโกวีนา เป็นต้น ทำให้เกิดชนกลุ่มน้อยชาวเซิร์บในรัฐที่ประกาศอิสรภาพจากยูโกสลาเวีย และการปะทะกันทางทหารระหว่างกองกำลังทหารประชาชนชาวยูโกสลาเวีย (JNA – Yugoslavia people's Army) หรือกองทัพเดิมของอดีตยูโกสลาเวียกับกองกำลังของรัฐที่แยกตัว การใช้กำลังทางทหารระหว่างกันดำเนินต่อไปจนภายหลังจากที่มาเซโดเนียประกาศอิสรภาพในเดือนตุลาคม ค.ศ. 1991 เหลือเพียงเซอร์เบียและมอนเตเนโกรที่เปลี่ยนชื่อมาเป็น สาธารณรัฐยูโกสลาเวีย (FRY – Federal Republic of Yugoslavia) ในเดือนเมษายน ค.ศ. 1992 และสิ้นสุดลงเมื่อเจเอ็นเอได้ถอนตัวอย่างเป็นทางการ

<sup>1</sup> Yusuf Aksar, *Implementing International Humanitarian Law From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*, p. 9

<sup>2</sup> United Nations. *The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia and Montenegro)*, Merit, Judgment of 26 February 2007, para. 232



ออกจากบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1992 อันเป็นการล่มสลายของอดีตยูโกสลาเวียโดยสมบูรณ์<sup>3</sup>

ส่วนเหตุการณ์ในบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา นั้น ภายหลังจากรัฐสภาของบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาประกาศเอกราชเมื่อวันที่ 15 ตุลาคม ค.ศ. 1991 ผู้แทนบอสเนียนเข้ารับในสภาประกาศแยกตัวเป็นสาธารณรัฐ ซึ่งต่อมาภายหลังได้ชื่อว่า สาธารณรัฐส릅สกา (*Republika Srpska*) ปัญหาที่รุนแรงที่รุนแรงในประเทศนี้มาจากสัดส่วนของคนหลายเชื้อชาติที่อยู่รวมกันโดยไม่มีกลุ่มใดที่เด่นชัด ประเทศนี้มี 3 พรรคการเมืองที่โดดเด่น ประกอบด้วย the Muslim Party of Democratic Action ("SDA") the Serb Democratic Party ("SDS") และ the Croat Democratic Union ("HDZ") เมื่อมีการลงคะแนนเสียง คะแนนเสียงที่ได้เป็นการสะท้อนถึงสัดส่วนของคนแต่ละเชื้อชาติ

ผลของลัทธิรวมชาติเซอร์เบีย (greater Serbia)<sup>4</sup> ซึ่งมิโลเซวิชเป็นผู้เผยแพร่ผ่านสื่อต่างๆ ในเซอร์เบีย และชุมชนชาวเซอร์เบียในที่ต่างๆ ของอดีตยูโกสลาเวีย ได้ถูกผลักดันโดยผู้นำเซอร์เบียในพื้นที่ต่างๆ มีการรณรงค์ต่อต้านชาวมุสลิม และชาวโครแอท โดยยกการสังหารหมู่ชาวเซอร์เบียขึ้นอ้าง ลัทธิรวมชาติเซอร์เบียได้ถูกนำมาใช้ในการรวมกลุ่มชาวเซอร์เบียเพื่อแยกตัวจากซาราเยโวเพื่อไปเข้ากับเบลเกรด เมื่อมีการประกาศอิสรภาพและได้มีการรบกันระหว่างบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา กับเซอร์เบียและมอนเตเนโกร จนถึงมีการถอนกองกำลังเจเอ็นเอออกจากบอสเนีย กองกำลังเจเอ็นเอบางส่วนได้เปลี่ยนมาเป็นกองกำลังในบอสเนียชื่อ วีเจ (VJ) และประสานงานร่วมกับ กองกำลังวีอาร์เอสหรือกองทัพบกแห่งสาธารณรัฐส릅สกา โดยเฉพาะลูกเรือและเครื่องบินยังคงอยู่ในบอสเนีย ผู้บัญชาการมณฑลทหารที่สองของเจเอ็นเอ พลเอกกรีทโก มลาติช กลายมาเป็นผู้บัญชาการของกองกำลังวีอาร์เอส ซึ่งได้ทำการปฏิบัติการทางทหารหลายแห่ง ภายหลังจากยึดครองไพรเจดอ (Prijeđor) ก็ได้มีการตั้งแคมป์ โอมาสกา (omarska) คีราเทอม (Keraterm) และทาโนโพลเจ (Trnopolje) เพื่อกักขังพลเรือนชาวมุสลิม และชาวโครแอท อันเป็นส่วนหนึ่งของแผนการตามลัทธิการรวมชาติเซอร์เบียและขับไล่กลุ่มชนที่ไม่ใช่เซอร์เบียออกไป

<sup>3</sup> United Nations, *PROSECUTOR v. DUSKO TADIC a/k/a/ "DULE"*, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-94-1. CH.II, Judgment of: 14 July 1997, [Online]. Available from:

<http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf> [25 Aug 2007], para. 79

<sup>4</sup> *ibid.*, para. 85

องค์กรสหประชาชาติได้ยื่นมือเข้าไปช่วยเหลือโดยจัดตั้งเขตปลอดภัย (Safe area) สามแห่ง หนึ่งในนั้น คือ Srebrenica ในบอสเนียเฮอร์เซโกวีนาในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1995 ซึ่งถือเป็นพื้นที่ที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างรุนแรงที่สุด ทั้งนี้ Srebrenica เป็นพื้นที่ทางยุทธศาสตร์ที่สำคัญในการเชื่อมต่อระหว่างดินแดนสาธารณรัฐสเปสกาการ์กับประเทศยูโกสลาเวีย หน่วยทหารบอสเนียนเซิร์บ (VRS) เข้าโจมตีและยึดเมืองนี้ภายใน 9 วัน คือ วันที่ 10 – 19 กรกฎาคม ค.ศ. 1995 ประชาชนบอสเนียนมุสลิมประมาณ 25,000 คน ส่วนใหญ่เป็นผู้หญิง เด็กและคนชราที่อาศัยอยู่ที่นั่นถูกขับออกอย่างถอนรากถอนโคน ด้วยการลำเลียงใส่รถโดยสารโดยกองกำลังบอสเนียนเซิร์บและส่งไปยังเส้นแบ่งแดนก่อนถึงพื้นที่ที่บอสเนียนมุสลิมยึดครอง แต่ชายชาวมุสลิมที่มีอายุในวัยเกณฑ์ทหารหลายพันคนถูกแยกออกไป และนำไปกักขังอย่างทรมานก่อนสังหารประมาณว่าอย่างน้อยคน 7,000 คนหายไป และไม่เห็นอีกเลย<sup>5</sup>

บุคคลที่ถูกดำเนินคดีในศาลอดีตยูโกสลาเวียที่นำมาศึกษา

- Radislav Krstic<sup>6</sup>

เมื่อปี ค.ศ. 1995 นายพลคราสติกดำรงตำแหน่งหัวหน้าเสนาธิการทหารคนหนึ่ง และต่อมาได้รับตำแหน่งผู้บัญชาการของเหล่าโดรนา โดยวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ. 1995 ซึ่งประธานาธิบดีคาราดซิกแห่งสาธารณรัฐสเปสกาสั่งให้ทหารเหล่าโดรนาเข้ายึดเมือง Srebrenica และวันที่ 12 - 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1995 เกิดการสังหารขึ้นบริเวณรอบๆ โรงงานที่ Potocari ใน Srebrenica ยังมีการฆ่าเด็กและผู้หญิง และลำเลียงเด็ก ผู้หญิงและคนชราโดยรถโดยสารออกจากโรงงานที่ Potocari จนไม่เหลือชาวบอสเนียนมุสลิมในเมืองอีก ขณะที่ลำเลียงผู้ชายประมาณ 1,000 คนถูกแยกออกไปและลำเลียงโดยรถบรรทุกไปยังบรูตาแนค และถูกรวมเข้ากับกลุ่มที่ถูกจับมาจากที่อื่นประมาณ 7,000 คนและทำการสังหาร การดำเนินการดังกล่าวทำอย่างเป็นขั้นเป็นตอน ด้วยการจับเหยื่อขึ้นรถ แล้วลำเลียงไปที่สถานที่ที่จะทำการสังหาร โดยใช้วิธีการต่างๆ ให้เกิดการขัดขืนน้อยที่สุด เช่น การใช้ผ้าผูกตา หรือมัดมือไว้ด้านหลัง จากหลักฐานการขุดหลุมศพพบว่าเหยื่อมาจาก Srebrenica ซึ่งยืนยันด้วยบัตรประจำตัวและของที่ติดตัว อาชญากรรมทั้งหมดได้กระทำภายหลังจากเข้ายึด Srebrenica ภายใต้อำนาจรับผิดชอบของเหล่าโดรนา

- Goran Jelesic

<sup>5</sup> Ibid., para. 79

<sup>6</sup> United Nations. *Krstic Case*. ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-98-33-T, August 2, 2001, para.

Goran Jelesic หรือที่รู้จักกันในชื่อ "Serb Adolf" ทำการสังหารผู้ถูกกักขังชาวมุสลิมที่บริษัทเลเซอร์บัส ที่สถานีตำรวจ Brcko และที่ Luka Camp อย่างเป็นระบบ โดยเขาสังหารชาวมุสลิมที่ถูกกักขังด้วยตัวเองจำนวน 30 ถึง 33 คน Jelesic ถูกกล่าวหาด้วยข้อหาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และข้อหาอื่นๆ อีกหลายข้อ โดย Jelesic ยอมรับสารภาพทุกข้อกล่าวหาเกี่ยวกับข้อหาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่ศาลอดีตยูโกสลาเวียยกฟ้องเพราะไม่พบว่ากระทำความผิดที่เกิดขึ้นกระทำโดยมีเจตนาพิเศษ

## 2. ความเป็นมาของความขัดแย้งในประเทศรวันดา

ประเทศรวันดา(Rwanda) เป็นประเทศในทวีปแอฟริกากลาง มีประชากรหนาแน่นที่สุดในทวีปแอฟริกา และเป็นประเทศที่ยากจนที่สุดแห่งหนึ่งของโลก ในปี ค.ศ. 1897 ตกเป็นอาณานิคมของประเทศเยอรมันจนกระทั่งปี ค.ศ. 1917 เมื่อขับไล่เยอรมันออกไปแล้ว สันนิบาตชาติ (League of Nations) มอบให้อยู่ภายใต้การดูแลของประเทศเบลเยียม รวันดามีการปกครองแบบกษัตริย์โดยประกอบด้วยชนเผ่า 18 ชนเผ่า แต่ได้มีการแบ่งในเบื้องต้นเป็นพวกตู่ตู่ซี (Tutsi) และฮูตู (Hutu) ซึ่งใช้เรียกแทนกลุ่มชนชั้นทางสังคมมากกว่าที่จะเป็นเรื่องเชื้อชาติ โดยพวกตู่ตู่ซีเปรียบได้กับชนชั้นสูง และพวกฮูตู คือ ชนชั้นล่าง และถูกตอกย้ำโดยนโยบายแยกประเภทของเบลเยียมด้วยการแยกกลุ่มเชื้อชาติที่มีประมาณร้อยละ 84 เป็นพวกฮูตู ที่เหลือเป็นพวกตู่ตู่ซีและพวกทวา ส่วนหนึ่งมาจากเรื่องของความสูง สีผิว ความฉลาดและง่ายต่อการปกครอง ถึงขนาดทำบัตรประจำตัวที่ระบุถึงประเภทดังกล่าว นโยบายนี้ถูกยกเลิกภายหลังจากโคกนาฏกรรมครั้งใหญ่ในปี ค.ศ. 1994<sup>7</sup>

ประเทศรวันดาหรือสาธารณรัฐรวันดาแบ่งออกเป็น 11 จังหวัด (Prefectures) แต่ละจังหวัดแยกออกเป็นอำเภอ (communes) โครงสร้างการปกครองเป็นไปตามกฎหมาย โดยผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นตัวแทนของรัฐในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ใหญ่ที่สุด และเป็นผู้รักษาอำนาจของรัฐซึ่งควบคุมองค์กรส่วนท้องถิ่นและเจ้าหน้าที่ขององค์กรทั้งหมด ซึ่งในแต่ละอำเภอประกอบไปด้วยสภาอำเภอ อันมีนายกเทศมนตรี (Bourgmestre) เป็นผู้นำ ตัวนายกเทศมนตรีถูกเสนอโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย (Minister of the Interior) และแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี ผู้ว่าราชการจังหวัดรับผิดชอบในการรักษาความสงบ ความเป็นระเบียบเรียบร้อย

<sup>7</sup> United Nations, *Akayesu case, Case No. ICTR-96-4-T, T.Ch. I, 2 Sep 1998, paras. 79 - 83*

และความปลอดภัยของประชาชนและทรัพย์สิน จากหน้าที่ดังกล่าวทำให้ขอความช่วยเหลือจาก ทหารและกองตำรวจทหาร (Gendarmerie Nationale) โดยมีอำนาจควบคุมตำรวจในท้องที่ (Police communale) ได้โดยตรง ส่วนอินเตอร้อาฮัมเวเป็นกลุ่มกองกำลังกึ่งทหารอย่างไม่เป็นทางการ ซึ่งนำเยาวชนมาฝึกโดยทหารและกองกำลังรักษาความปลอดภัยของประธานาธิบดี แม้ไม่มีความเกี่ยวข้องอย่างเป็นทางการก็ตาม แต่ก็มี การเข้าร่วมกิจกรรมระหว่างกันในบางโอกาส<sup>8</sup>

วันดาประกาศอิสรภาพในวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1961 ภายหลังกการหนีออกนอกประเทศของเหล่าเชื้อพระวงศ์ และมีเหตุการณ์รุนแรงตอบโต้กันระหว่างสองกลุ่ม ตามด้วยการ ขึ้นมามีอำนาจของพรรคการเมืองสายฮูตูชื่อ MDR (the Mouvement démocratique républicain, Parmehutu ("MDR Parmehutu") และการอพยพออกนอกประเทศของตุตซี ยิ่งทำให้อำนาจ ทั้งหมดอยู่ในมือของพวกฮูตูและพรรคการเมืองเพียงพรรคเดียว แต่เนื่องจากการมีชนเผ่าต่างๆ อยู่ มากทำให้ผู้นำพรรคการเมืองไม่สามารถควบคุมได้อยู่ และเปิดโอกาสให้เกิดการยึดอำนาจโดย นายพลฮาเบียร์imana (General Habyarimana) โดยทำการรัฐประหารในวันที่ 5 กรกฎาคม ค.ศ. 1973 ผู้นำใหม่ทำการจัดตั้งพรรคของรัฐเพียงพรรคเดียว (the Mouvement révolutionnaire national pour le développement - MRND) ในการปกครอง และรวมศูนย์อำนาจอย่างเข้มข้น โดยการจัดองค์กรย่อยไปถึงระดับหมู่บ้าน (cellule) ซึ่งประกอบไปด้วยสิบครัวเรือน เพื่อดำเนิน นโยบายของรัฐต่างๆ แต่ก็ไม่อาจแก้ปัญหาเรื่องความอ่อนแอของรัฐบาลได้

พวกตุตซีที่อพยพไปประเทศเพื่อนบ้านได้รวมตัวกันจัดตั้งแนวหน้าผู้รักชาติวันดา (the Rwandan Patriotic Front - RPF) ในประเทศคองโกดา เพื่อขอกลับเข้าวันดา แต่ได้ถูกปฏิเสธโดย ฮาเบียร์imana ทำให้เป้าหมายของอาร์พีเอฟขยายเพิ่มรวมการล้มล้างฮาเบียร์imanaด้วย วันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 1991 อาร์พีเอฟจึงเปิดฉากโจมตีซึ่งส่งผลสะเทือนไปทั่ววันดา จนได้มีการทำ ข้อตกลงอาวุธ (the Arusha Accord) ในวันที่ 4 สิงหาคม ค.ศ. 1993 ระหว่างรัฐบาลและอาร์พี เอฟ ซึ่งนอกจากการเปลี่ยนถ่ายรัฐบาลให้อาร์พีเอฟได้มีส่วนร่วมแล้ว ยังรวมถึงการสร้างเขตปลอด ทหารระหว่างพื้นที่ภาคเหนือที่อยู่ภายใต้การยึดครองของอาร์พีเอฟกับส่วนที่เหลือของประเทศ ภายใต้การดูแลของกองกำลังรักษาสันติภาพขององค์การสหประชาชาติ ในชื่อยูนาเมีย (UNAMIR - the United Nations Assistance Mission for Rwanda) เพื่อแก้ไขข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้น ระหว่าง นั้นผู้ติดตามของประธานาธิบดีได้สร้างสถานการณ์ให้ข้อขัดแย้งทางเศรษฐกิจ การเมืองและสังคม

<sup>8</sup> United Nations, *The Prosecutor versus Clement Kayishema and Obed Ruzindana Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999*, paras. 2 - 12

เป็นปัญหาเรื่องเชื้อชาติด้วยการโจมตีกรุงคิกาลี ซึ่งรัฐบาลได้ออกประกาศในทันทีว่าเป็นฝีมือของอาร์พีเอฟ ด้วยความช่วยเหลือของผู้สมคบคิดชาวตุตซี ส่งผลให้เกิดการจับกุมชาวตุตซีไป 8,000 คนรวมทั้งพรรคฝ่ายค้านฮูตู อาสาสมัครสังกัดพรรคเอมอาร์เอ็นดีรู้จักในนามอินเตอร์ฮาฮัมเว (Interahamwe) เริ่มเข้าร่วมในการสังหารชาวตุตซีในบุเงซารานในปี ค.ศ. 1992 และต่อมาอาสาสมัครสังกัดพรรคการเมืองหัวรุนแรงนิยมฮูตูซีดีอาร์ (the Coalition pour la défense de la republique CDR) ที่มีชื่อว่าอิมพูซามูแกมบี (the Impuzamugambi) ได้มาเข้าร่วมกับอาสาสมัครกลุ่มแรก การรณรงค์ต่อต้านตุตซีเป็นไปอย่างกว้างขวางโดยสถานีวิทยุวันดา และสถานีอาทีแอลเอ็ม (RTL – Radio- Television Libre des Mille Collines) วันที่ 6 เมษายน ค.ศ. 1994 เครื่องบินโดยสารที่มีฮาเบียร์imana และผู้นำบุรุนดีโดยสารมาตกใกล้กับสนามบินคิกาลี ผู้โดยสารทั้งหมดเสียชีวิต ทหารวันดาและอาสาสมัครทำการปิดกั้นถนนและสังหารชาวตุตซีในหลายภาคส่วนของประเทศ รวมทั้งนายกรัฐมนตรีหญิง Agathe Uwilingiyimana แห่งพรรค MDR ประธานศาลฎีกาและหัวหน้าพรรคการเมือง ระหว่างช่วงเวลาดังกล่าวจนถึงวันที่ 18 กรกฎาคม ค.ศ. 1994 อันเป็นวันที่อาร์พีเอฟชนะและเข้าสู่กรุงคิกาลี ประมาณได้ว่ามีพลเรือนถูกสังหารไปอย่างน้อย 500,000 คน<sup>911</sup> ซึ่งรวมถึงการสังหารทหารบลูเฮลเมทชาวเบลเยียมสิบคนของยูนาเม็ย

บุคคลที่ถูกดำเนินคดีในศาลรวันดาที่นำมาศึกษา

- Jean Paul Akayesu<sup>10</sup>

Jean Paul Akayesu ตำแหน่งนายกเทศมนตรีแห่งอำเภอทาบ่า (Bourgemaster of TABA) ตั้งแต่เดือนเมษายน ค.ศ. 1993 จนถึงเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1994 โดยเขามีการควบคุมเหนือ Communal Police และ gendarmes และรับผิดชอบในการบังคับใช้กฎหมายและระเบียบรวมทั้งการอำนวยความสะดวกธรรม ได้รับการกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ประมาณว่ามีชาวตุตซีถึง 2,000 คนถูกสังหารใน Taba ในเดือนเมษายน ค.ศ. 1993 จนถึงเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1994

- คดีค้ายีเซมาและรูชินดানা (ICTR-95-1-T)

<sup>9</sup> Yusuf Aksar, *Implementing International Humanitarian Law From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*, p. 15

<sup>10</sup> United Nations. *Akayesu case, Case No. ICTR-96-4-T, T.Ch. I, 2 Sep 1998* [Online]., Available from: <http://69.94.11.53/ENGLISH/cases/Akayesy/judgement/akay001.htm> [2 Nov 2007], para. 6



Clement Kayishema ตำแหน่งผู้ว่าราชการจังหวัดคิบูเย (Prefect of Kibuye) ตั้งแต่วันที่ 3 กรกฎาคม ค.ศ. 1992 และดำรงตำแหน่งอย่างต่อเนื่อง จนกระทั่งหนีไปประเทศแซ (Zaire) ในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1994 ส่วนโอบีด รูซิดานาเป็นนักธุรกิจค้าขายในคิกาลีระหว่างที่เกิดอาชญากรรม คดีนี้จะศึกษาเฉพาะประเด็นที่เกิดกับค้ายิมาในฐานะผู้ว่าราชการจังหวัดที่ต้องรับผิดชอบจากการบังคับบัญชาในความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ภายหลังจากเครื่องบินของประธานาธิบดีฮาเบียร์imana ถูกยิงตกและชนกับสนามบิน เหตุการณ์ร้ายแรงที่มีการวางแผนเพื่อกำจัดพวกตู่ตซี ซึ่งได้ถูกโฆษณาชวนเชื่อมาอย่างต่อเนื่องจากทางสื่อต่างๆ อย่างต่อเนื่องก็ได้เริ่มขึ้น คิบูเยเป็นจังหวัดแรกๆ ที่ได้รับผลกระทบ ตั้งแต่วันที่ 7 เมษายน ค.ศ. 1994 พยานหลายคนยืนยันถึงเพื่อนบ้านที่เป็นสตูดิโอได้เข้าทำลายบ้านเรือนและฆ่าสัตว์เลี้ยงที่เป็นของพวกตู่ตซี<sup>11</sup> รวมทั้งการปิดกั้นถนนเพื่อตรวจบัตรประจำตัวในการแยกพวกตู่ตซีออกมา จากพยานหลักฐานศาลได้สรุปว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ถูกกระทำโดยเจ้าหน้าที่ราชการ แสดงสุนทรพจน์ให้เกิดความเกลียดชังและลำเลียงพลเรือนสตูดิโอไปยังสถานที่เกิดเหตุ โดยนำพวกตู่ตซีไปสังหารหรือสังหารที่จุดตรวจ<sup>12</sup> เนื่องจากพวกตู่ตซีอพยพหนีภัยจากการทำลายล้าง เข้าไปพึ่งโบสถ์และเจ้าหน้าที่รัฐ ซึ่งต่อมาภายหลังได้ลำเลียงพวกเขาไปที่สนามกีฬาแทน เนื่องจากจำนวนคนที่ล้นออกมาจากโบสถ์ ระหว่างนั้น gendarmes ได้ควบคุมประตูและป้องกันการหลบหนี ต่อมาจึงเกิดการโจมตีโดยตำรวจ ตำรวจประจำอำเภอ ผู้คุมนักโทษ สมาชิกของอาสาสมัครอินเตอร์อาฮัมเว และพลเรือนที่ได้รับการติดอาวุธ<sup>13</sup>

ตลอดเวลาที่เกิดเหตุการณ์ดังกล่าว คายิเซมาดำรงตำแหน่งผู้ว่าราชการจังหวัดคิบูเยและปกครองจังหวัดคิบูเย รวมทั้งผู้ได้บังคับบัญชาในสายปกครอง และสมาชิกสังกัดตำรวจทหาร ตำรวจประจำจังหวัด มีผู้เห็นค้ายิเซมาที่สถานที่สามที่ระหว่างวันที่ 14 ถึง 18 เมษายน โดยค้ายิเซมาไปที่โบสถ์มูบุกาก่อนเกิดการโจมตี และที่ศูนย์การค้าก่อนเกิดเหตุในวันที่ 16 เมษายน ในวันต่อมาค้ายิเซมาปรากฏตัวที่ศูนย์การค้าและบัญชาการในการสังหารหมู่ของวันนั้น<sup>14</sup>

## สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>11</sup> United Nations, *The Prosecutor versus Clement Kayishema and Obed Ruzindana Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999*, para. 293

<sup>12</sup> Ibid., para. 312

<sup>13</sup> Ibid., para. 318

<sup>14</sup> Ibid., para. 320

## ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายทวิ เรืองฤทธิ์เดช สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีวิทยาศาสตรบัณฑิตจากจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยในปี พ.ศ. 2532 บริหารธุรกิจมหาบัณฑิตจากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ในปี พ.ศ. 2539 นิติศาสตรบัณฑิตจากมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราชในปี พ.ศ. 2548 และเนติบัณฑิตไทย จากสำนักฝึกอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภาในปี พ.ศ. 2551 ประวัติการทำงานเริ่มจากการทำงานด้านวิศวกรรมศาสตร์ในบริษัทเอกชนระหว่าง พ.ศ. 2533 - 2539 โดยตำแหน่งสุดท้ายคือ กรรมการผู้จัดการ จากนั้นเปลี่ยนมาทำงานด้านการตลาดในบริษัทเอกชนระหว่าง พ.ศ. 2540 - 2545 ในตำแหน่งผู้จัดการฝ่ายขายและการตลาด และได้ทำงานวิจัยด้านการตลาดให้กับบริษัทอุตสาหกรรมเอกชนในระหว่างปี พ.ศ. 2546 ในตำแหน่งนักวิจัยอิสระ ต่อมาจึงได้เข้ารับราชการประมาณ 5 เดือนที่กระทรวงเทคโนโลยีการสื่อสารและสารสนเทศเมื่อปี พ.ศ. 2547 ก่อนจะกลับไปทำงานด้านการตลาดในตำแหน่งผู้อำนวยการฝ่ายขายและการตลาดระหว่าง พ.ศ. 2547 - 2549 จากนั้นเป็นที่ปรึกษาด้านการตลาดในโครงการของกระทรวงอุตสาหกรรมระหว่าง พ.ศ. 2549 - 2550 ก่อนที่จะรับเป็นที่ปรึกษาบริษัทเอกชนตั้งแต่ พ.ศ. 2550 จนถึงปัจจุบัน

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย