

บทที่ 3

แนวความคิดของระบบกฎหมาย ที่เกี่ยวกับการกระทำรุนแรงทางเพศ

ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ แนวความคิดเกี่ยวกับการกระทำรุนแรงทางเพศเดิมที่ไม่มีความชัดเจนว่าจะเป็นความผิดในลักษณะใด ฐานความผิดใด และการกระทำรุนแรงทางเพศมีความหมายแค่ไหน แต่สำหรับระบบกฎหมายภายในแล้วการกระทำรุนแรงทางเพศเป็นความผิดที่ชัดเจนมีลักษณะเฉพาะของตัวเอง และเป็นฐานความผิดที่มีมานานควบคู่กับฐานความผิดอาญาตามกฎหมายภายในอื่น ฉะนั้นการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงทางเพศย่อมมีส่วนช่วยให้เข้าใจแนวความคิดของระบบกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการกระทำรุนแรงทางเพศดีขึ้น

3.1 วิวัฒนาการของกฎหมายภายในเกี่ยวกับการกระทำรุนแรงทางเพศ

3.1.1 ความเป็นมาและแนวโน้มความผิดเกี่ยวกับเพศ

ความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายภายในที่สำคัญน่าจะได้แก่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นักปฏิรูปกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศวิจารณ์ว่า ตามประวัติศาสตร์แล้วความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามิได้มีขึ้นหรือมีอยู่เพื่อเป็นการปกป้องสตรีแต่อย่างใด แต่มีขึ้นเพื่อปกป้องสิทธิในทรัพย์สินของชาย องค์ประกอบที่สำคัญที่สุดของความผิดฐานนี้อยู่ที่การเอาไปเสียซึ่งทรัพย์สินของชายอื่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นการลักเอาไปเสียซึ่งพรหมจรรย์และม่ง คຸ້ມครองหญิงพรหมจรรย์จากการถูกล่วงล้ำโดยใช้กำลังลักพาตัวและบังคับให้สมรส ดังนั้นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงเน้นที่การล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง โดยอวัยวะเพศของฝ่ายชาย¹

เหตุการณ์เช่นนี้ค่านิยมในสังคมได้ถ่ายทอดตลอดกันมาชั่วคนแล้วชั่วคนแล้วว่าชาย ผู้เป็นเจ้าของหญิงได้สูญเสียสิทธิผูกขาดในตัวหญิงเป็นการทำลายศักดิ์ศรีและเกียรติยศของชาย

¹วิชัย อริษะนันทกะ, “แนวโน้มและข้อคิดบางประการในการปฏิรูปกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศ”, บทบัญญัติ 46 ตอน 41 (ธันวาคม 2533): 83.

ผู้เป็นเจ้าของหญิง นั่นคือบิดาในกรณีที่หญิงยังมิได้ทำการสมรส และสามีในกรณีที่หญิงได้สมรสแล้ว กฎหมายมีวัตถุประสงค์ในการปกป้องผลประโยชน์ของบุคคลเพศชาย การเสื่อมราคาของทรัพย์สินทางเพศของตนอันเนื่องจากการล่วงล้ำโดยใช้กำลัง

ในสมัยปัจจุบันมักจะอ้างว่า วัตถุประสงค์ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราคือ การปกป้องศักดิ์ศรีและเกียรติศักดิ์ของหญิงในเนื้อตัวร่างกาย ซึ่งนักต่อสู้เพื่อสิทธิของสตรีจะตั้งคำถามกลับว่า ถ้าเป็นเช่นนั้นเหตุใดกฎหมายจึงไม่กำหนดความรับผิดชอบของสามีที่ทำการข่มขืนกระทำชำเราภรรยาของตน เช่นนี้เท่ากับกฎหมายยังคงรักษารากความคิดเดิมที่ว่าภรรยาเป็นเพียงวัตถุหรือทรัพย์สินในความครอบครองของสามีหรือไม่ นักต่อสู้เพื่อสตรีโดยเฉพาะนักกฎหมายสตรีหัวก้าวหน้าบางท่านให้ความเห็นว่า วัตถุประสงค์ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในยุคใหม่นี้ ควรจะเป็นการคุ้มครองสิทธิของสตรีในการเลือกทางเพศ นั่นก็คือการให้ความปกป้องและคุ้มครองต่อสิทธิของสตรีในการเลือกว่าตนจะมีความสัมพันธ์ทางเพศหรือไม่กับใครเมื่อใด²

องค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

กฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราส่วนใหญ่ในปัจจุบันให้คำจำกัดความของคำว่า “กระทำชำเรา” ไว้ว่าเป็นการล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิงโดยอวัยวะเพศชาย การหลั่งของน้ำอสุจิไม่เป็นสาระสำคัญของความผิดฐานนี้ ปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันนี้มีอยู่ว่า กฎหมายควรจะคงคำจำกัดความนี้หรือขยายคำจำกัดความของ “การกระทำชำเรา” ให้ครอบคลุมไปถึงการกระทำผิดทางเพศอื่นๆ ซึ่งมีความร้ายแรงน่าขยะแหยงและน่าสะพรึงกลัวพอๆ กันหรือไม่ ในเรื่องนี้ คณะกรรมาธิการปฏิรูปกฎหมายของประเทศแคนาดารายงานไว้ใน “รายงานความผิดเกี่ยวกับเพศ” ว่า การล่วงล้ำทุกรูปแบบไม่ว่าจะทางอวัยวะเพศหญิง ทางปาก ทางทวารหนัก และการกระทำผิดทางเพศรุนแรงอย่างอื่นๆ โดยไม่จำกัดรูปแบบควรจะอยู่ภายใต้ข้อกำหนดของโทษเดียวกัน เพราะเป็นการล่วงละเมิดต่อศักดิ์ศรีในตัวบุคคล คำจำกัดความของการข่มขืนกระทำชำเราจึงควรขยายไปถึงการกระทำต่างๆ เหล่านี้ด้วย และควรจะยกเลิกความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเสีย และให้มีความผิดชนิดใหม่ คือ ความผิดเกี่ยวกับเพศชนิดรุนแรง (Sexual Aggression) และความผิดเกี่ยวกับเพศชนิดไม่รุนแรง (Sexual Interference) ข้อเสนอของคำจำกัดความ “การกระทำชำเรา” ที่ดูจะละเอียดถี่ถ้วนและพยายามที่จะครอบคลุมถึงพฤติกรรมทางเพศทุกรูปแบบที่พึงจะคิดได้และมีการปฏิบัติอยู่จริงเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นข้อเสนอของสภา

²เรื่องเดียวกัน, หน้า 84.

สตรีเพื่อป้องกันการข่มขืนกระทำชำเรา (Women's Rape Council) ประกอบด้วยการลี้ภัยระหว่างปากและทวารหนัก ปากและอวัยวะเพศหญิง หรือระหว่างอวัยวะเพศชายและหญิง หรืออวัยวะเพศชายและทวารหนัก หรือระหว่างทวารหนักหรืออวัยวะเพศหญิงกับสิ่งประดิษฐ์เทียมอื่น ๆ³

3.1.2 ประเภทความผิดเกี่ยวกับเพศ

ความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายภายในมีหลายฐานความผิดแต่ละประเทศมีวิธีแบ่งฐานความผิดเกี่ยวกับเพศไม่เหมือนกัน โดยการแบ่งฐานความผิดมักคำนึงลักษณะของการกระทำ ผู้ถูกกระทำหรือผู้เสียหายเป็นเด็ก ผู้เยาว์ หญิงหรือชาย ความยินยอมหรือไม่ยินยอมของผู้เสียหาย วิธีแบ่งต่างๆ น่าจะแบ่งออกเป็น 2 วิธีดังนี้

1. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดเกี่ยวกับเพศอื่น การแบ่งประเภทความผิดในลักษณะนี้เป็นวิธีการแบ่งความผิดเกี่ยวกับเพศที่นับได้ว่าเก่าแก่ที่สุด โดยเน้นการกระทำ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะรุนแรง มีการวางหลักหรือนิยามของฐานความผิดข่มขืนกระทำชำเราก่อน นอกเหนือจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราก็คจะเป็นความผิดฐานอนาจาร แล้วก็จะมีการแบ่งย่อยออกไปของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจาร เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอาจแบ่งย่อยออกเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง ข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี หรือ 15 ปี ข่มขืนกระทำชำเราต่อหน้าธารกำนัล ข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง เป็นต้น

ฐานอนาจารก็อาจแบ่งเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร ความผิดฐานพาไปเพื่อการอนาจาร หรือฐานพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร เป็นต้น

2. ความผิดเกี่ยวกับเพศชนิดรุนแรง (Sexual Aggression) และความผิดเกี่ยวกับเพศชนิดไม่รุนแรง (Sexual Interference) วิธีการแบ่งนี้ถือได้ว่าเป็นวิธีการแบ่งประเภทความผิดเกี่ยวกับเพศที่เกิดขึ้นหลังสุดหรือทันสมัยที่สุดในขณะนี้ แนวความคิดของการแบ่งประเภทความผิดเกี่ยวกับเพศชนิดนี้มีว่า นอกจากการข่มขืนกระทำชำเราโดยการล่วงล้ำของอวัยวะเพศชายต่ออวัยวะเพศหญิงแล้ว ยังมีกรกระทำผิดเกี่ยวกับเพศลักษณะอื่นๆ ที่มีความร้ายแรงน่าขยะแหยงและน่าสะพรึงกลัวไม่น้อยกว่าการกระทำชำเราโดยใช้อวัยวะเพศชายต่ออวัยวะเพศหญิงอีก เช่น การใช้อวัยวะเพศชายต่อช่องทวารหนักของหญิง หรือการใช้วัตถุใดๆ ต่ออวัยวะเพศหญิง

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 85.

เป็นต้น ฉะนั้นจึงไม่มีความจำเป็นจะต้องแยกความผิดเกี่ยวกับเพศออกเป็นหลายๆ ลักษณะ ดังเช่นการแบ่งความผิดเกี่ยวกับเพศตามวิธีการที่หนึ่ง แต่ควรแบ่งความผิดเกี่ยวกับเพศออกเป็น 2 ความผิดก็พอ คือ ความผิดเกี่ยวกับเพศชนิดรุนแรงประเภทหนึ่งและความผิดเกี่ยวกับเพศชนิดไม่รุนแรงอีกประเภทหนึ่ง⁴ ซึ่งมาจากมติของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายของแคนาดา

ความผิดเกี่ยวกับเพศลักษณะต่างๆ ซึ่งกำหนดเป็นฐานความผิดนั้น บางความผิดกฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดที่ยอมความไม่ได้ บางความผิดยอมความไม่ได้ การให้ยอมความได้ในบางฐานความผิดและยอมความไม่ได้ในบางฐานความผิด จะคำนึงถึงความรุนแรงของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้เสียหายเป็นหลักโดยหากเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่รุนแรงก่อความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายมากแล้ว กฎหมายก็จะกำหนดเป็นความผิดที่ยอมความกันไม่ได้ แต่หากก่อความเสียหายไม่รุนแรงนักกฎหมายก็จะกำหนดให้เป็นความผิดที่ยอมความกันได้

ความผิดเกี่ยวกับเพศลักษณะต่างๆ ซึ่งกำหนดเป็นฐานความผิดนั้น อาจคำนึงถึงความยินยอมของผู้เสียหายหรือไม่ด้วย บางความผิดผู้เสียหายต้องไม่ยินยอมจึงจะเป็นความผิด เช่น การข่มขืนกระทำชำเราหากผู้เสียหายยินยอมก็จะไม่เป็นความผิด แต่บางความผิดแม้ผู้เสียหายให้ความยินยอมด้วยก็ยังเป็นความผิดแต่จะมีโทษเบากว่ากรณีผู้เสียหายไม่ยินยอม เช่น ความผิดฐานกระทำชำเรา หรือกระทำอนาจารแก่เด็ก อายุยังไม่เกิน 13 ปี เด็กจะยินยอมหรือไม่ก็เป็นความผิด แต่หากเป็นการข่มขืนใจด้วยโดยเด็กไม่ยินยอมก็จะมีโทษหนักขึ้น⁵

ตามหลักการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อกระทำต่อหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของผู้กระทำ จึงจะเป็นความผิด เช่น ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย มาตรา 276 ชายจะผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะต้องเป็นการกระทำต่อหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน แต่ก็มีกฎหมายบางประเทศ แม้จะเป็นการข่มขืนกระทำชำเราภรรยาของตนก็เป็นความผิดได้ เช่น ประมวลกฎหมายอาญาของมาเลเซีย มาตรา 375 ชายข่มขืนกระทำชำเราภรรยาซึ่งแยกกันอยู่ตามกฎหมายเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา⁶

⁴ เรื่องเดียวกัน.

⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277, 279

⁶ Rita Reddy, A Handbook of Law for Malaysian women (Petaling Jaya: Penerbit Fajar Bakti sdn.Bhd,1992), p.100.

3.1.3 นิยามศัพท์ความผิดเกี่ยวกับเพศ

การจะลงโทษผู้กระทำความผิดอาญานั้น ขณะกระทำจะต้องมีกฎหมายกำหนดว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด และได้กำหนดโทษสำหรับความผิดนั้นไว้ด้วย หากขณะกระทำไม่มีกฎหมายกำหนดว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดแล้ว หรือแม้มีกฎหมายกำหนดว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดแต่ไม่ได้กำหนดโทษไว้ก็จะลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นไม่ได้ ฉะนั้นการกระทำใดจะเป็นความผิดจึงเป็นปัญหาสำคัญ จะต้องมีความชัดเจนหากเกิดกรณีไม่ชัดเจนต้องตีความแล้วก็จะต้องตีความอย่างแคบ ไม่ตีเทียบเคียง (Analogy) ความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นความผิดทางอาญาจึงย่อมอยู่ในกฎเกณฑ์นี้ด้วย ในการบัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับเพศจึงต้องบัญญัติองค์ประกอบความผิดให้ชัดเจน และบางครั้งมีการนิยามศัพท์ความผิดเกี่ยวกับเพศด้วย เช่น ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย มาตรา 276 บัญญัติว่า ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน โดยขู่เชิญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะซึ่งไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจากบทบัญญัตินี้อาจแยกองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ดังนี้

- ก. ผู้กระทำความผิดต้องเป็นชาย
- ข. กระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยา
- ค. หญิงผู้ถูกกระทำชำเราไม่ยินยอมหรือสมัครใจ โดยอาจถูกขู่เชิญด้วยประการใดๆ ถูกใช้กำลังประทุษร้าย อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือเข้าใจผิดว่าผู้กระทำชำเราเป็นบุคคลอื่น

จากองค์ประกอบความผิดของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา⁷ จะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญาของไทยไม่ได้นิยามศัพท์คำว่า กระทำชำเราหญิงไว้ศาลฎีกาวินิจฉัยชี้ว่า การกระทำชำเราหญิงของลับของชายต้องล้วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง ไม่ใช่ช่องทวารหนักการใช้อวัยวะเพศชายล้วงล้ำเข้าในทวารหนักเป็นแค่ความผิดฐานกระทำอนาจาร⁷ ของ

⁷คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตสภา, 2519) หน้า

ลับของชายเข้าไปขนาดช่วงนิ้วมือถือว่าล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์แล้ว ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จไม่จำเป็นต้องมีรอยฉีกขาดที่ช่องคลอดปากมดลูกหรือเยื่อพรหมจารีย์⁸

สำหรับผู้กระทำผิดแม้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 จะใช้คำว่าผู้ใดแต่มีข้อความต่อมาว่ากระทำชำเราหญิงซึ่งมีไซภรรยาของตนจึงแปลความหมายได้ว่า ผู้ใดหมายถึงชายเพราะชายเท่านั้นที่มีภรรยาได้ แต่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า แม้ผู้กระทำความผิดจะเป็นหญิง แต่ได้ช่วยกดแขนขาผู้เสียหายให้ผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นชายกระทำชำเราผู้เสียหายจนสำเร็จ หญิงผู้กระทำผิดก็ต้องรับผิดฐานเป็นตัวการ⁹

การตีความการกระทำชำเราตามกฎหมายภายในของอังกฤษ ก่อนปี ค.ศ.1991 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเราของอังกฤษถูกรวบรวมอยู่ด้วยกันทั้งหมด ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามหมวด 1 ของพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ปี 1956 (Sexual Offences Act (SOA) 1956) ผู้ชายเท่านั้นจึงจะเป็นตัวการกระทำผิดได้ และผู้หญิงจึงจะเป็นผู้เสียหายได้ ผู้ชายตามธรรมชาติที่ผ่าตัดแปลงเพศยังคงถือว่าเป็นชายตามความมุ่งหมายของกฎหมายอาญา ฉะนั้นจึงไม่อาจเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ในปี ค.ศ.1994 Lord Ponsonby ใน House of Lord ได้เสนอร่างพระราชบัญญัติความยุติธรรมและความสงบเรียบร้อยทางอาญา (Criminal Justice and Public Order Act (CJPOA) 1994) เพื่อแก้ไขพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ปี 1956 การแก้ไขนี้อยู่ในมาตรา 142 ของพระราชบัญญัติความยุติธรรมและความสงบเรียบร้อยทางอาญา ซึ่งได้เพิ่มหมวด 1 ใหม่แก่พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ดังนี้

1. ผู้ชายข่มขืนกระทำชำเราผู้หญิงหรือชายอื่นเป็นความผิด
2. ผู้ชายกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราถ้า

⁸คำพิพากษาฎีกาที่ 2413/2520 จากสุพจน์ นาคะพินธุ, ประมวลกฎหมายอาญา, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม, 2521), หน้า 453.

⁹คำพิพากษาฎีกาที่ 59/2524 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตสภา, 2525) หน้า 63.

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ปี ค.ศ.1956 แก้ไข ปีค.ศ.1976 ของอังกฤษ ให้นิยามการข่มขืนกระทำชำเราคล้ายคลึงกับแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาไทย จากหนังสือ Glanville Williams, Textbook of Criminal Law (London: Stevens & Sons Ltd, 1978) p.194-196.

ก. ชายนั้นมีการร่วมเพศกับบุคคลไม่ว่าทางอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักโดยปราศจากความยินยอมในขณะกระทำชำเรา

ข. ชายนั้นต้องรู้ว่าผู้ถูกกระทำชำเราไม่ยินยอมให้กระทำชำเรา

ก่อนจะออกเป็นพระราชบัญญัติในสภาล่างและสภานบนมีการอภิปรายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามร่างกฎหมายที่แก้ไขใหม่ ซึ่งมีได้พูดถึงการกระทำชำเราต่ออวัยวะสืบพันธุ์หญิงเทียมของชายแปลงเพศไว้ด้วย ต่อมาเกิดคดีนาย Matthews เป็นจำเลยถูกกล่าวหาว่าข่มขืนกระทำชำเราชายซึ่งแปลงเพศเป็นหญิง โดยใช้อวัยวะเพศชายสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศสืบพันธุ์หญิงเทียม ผู้พิพากษา Hooper J. ของศาลชั้นต้น Crown Court ได้พิพากษาเมื่อเดือนตุลาคม 1996 ว่า แม้ขณะที่สภากฎหมายเพื่อแก้ไขกฎหมายอาญาไม่ได้กล่าวถึงการข่มขืนกระทำชำเราต่ออวัยวะเพศสืบพันธุ์หญิงเทียมของชายแปลงเพศไว้ด้วย ก็ไม่ต้องไปคำนึงเพราะเรื่องนี้เป็นปัญหาใหญ่ ผู้ร่างข้อมมีเจตนาคุมถึงด้วย และพิพากษาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งตามกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศที่แก้ไขใหม่ชายก็อาจเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ หากถูกกระทำชำเราต่อทวารหนัก ผู้เสียหายในคดีนี้เกิดมาเป็นชาย ในปี ค.ศ.1958 แต่ได้ผ่าตัดแปลงเพศในปี ค.ศ.1994 จากนั้นผู้เสียหายใช้ชีวิตแบบผู้หญิงมีเพศสัมพันธ์แบบหญิง ประกอบอาชีพเป็นหญิงโสเภณี เมื่อพบกับจำเลยได้มีเพศสัมพันธ์กับจำเลยแบบยินยอมพร้อมใจหลายครั้ง ศาลยอมรับว่า ผู้เสียหายยังมีธรรมชาติและสถานะตามกฎหมายเป็นชาย แต่ผู้พิพากษาก็ได้ชี้ว่า การที่จำเลยกระทำชำเราต่ออวัยวะเพศสืบพันธุ์หญิงเทียมก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ ถ้าผู้เสียหายไม่ยินยอม คำพิพากษานี้มีผู้ไม่เห็นด้วย โดยเห็นว่าการกระทำของจำเลยไม่มีความผิด และมีทั้งผู้เห็นด้วยที่เห็นว่าคำพิพากษาของศาลก่อให้เกิดความเสมอภาคทางเพศขึ้น¹⁰

นิยามของการข่มขืนกระทำชำเราที่มีความหมายกว้างขวางชัดเจนน่าจะ ได้แก่ พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 1991 (The Crimes Sexual Offences Act 1991) ของรัฐวิกตอเรีย ประเทศออสเตรเลีย หมวด 3 นิยามคำว่า การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) โดยอวัยวะสืบพันธุ์หญิง

¹⁰Matin H. and Gareth B., "Transsexual Rape – A Loophole Closed", *Criminal Law Review* (1997): 565-570.

ให้รวมทั้งอวัยวะสืบพันธุ์หญิงเทียมด้วย จึงมีความชัดเจนว่าชายซึ่งแปลงเพศเป็นหญิงได้รับการปกป้องคุ้มครองในความคิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต่ออวัยวะเพศหญิงเทียมด้วย

กฎหมายของรัฐวิกตอเรียได้นิยามคำว่า Rape มีความหมายกว้างขวางมากที่สุด คือ Rape หมายถึง¹¹

ก. การสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์หญิง ทวารหนัก หรือปากของบุคคลอื่น

ข. การสอดใส่อวัยวะอื่นใดของร่างกายของชายหรือหญิงเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์หญิง ทวารหนักของบุคคลอื่น หรือ

ค. การสอดใส่วัตถุอย่างใดอย่างหนึ่ง เข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์หญิงหรือทวารหนักของบุคคลอื่น

จากนิยามนี้ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงเป็นได้ทั้งชายและหญิง ผู้เสียหายก็เป็นได้ทั้งชายและหญิง นับว่าเป็นการให้นิยามความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราที่กินความกว้างขวางลงโทษผู้กระทำผิดทั้งชายหญิงและปกป้องผู้เสียหายทั้งชายและหญิงอย่างเท่าเทียมกัน

3.2 วิวัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการกระทำรุนแรงทางเพศ

3.2.1 ยุคก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2

แม้กฎหมายอาญาระหว่างประเทศเป็นหลักเกณฑ์ที่ถูกกำหนดขึ้นในคริสต์ศตวรรษที่ 20 แต่คืออาชญากรรมสงครามระหว่างประเทศคดีแรกตามที่มีการบันทึกไว้กล่าวกันว่า ได้แก่ คดีที่ นาย Peter von Hagenbach เป็นจำเลยเกิดขึ้นเมื่อ ค.ศ.1474 มีผู้พิพากษาร่วมพิจารณาพิพากษารวม 28 คน จากประเทศพันธมิตรของราชอาณาจักรโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ ศาลพิจารณาคดีที่เมือง Breisach ประเทศเยอรมันนี้ จำเลยถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานฆาตกรรม ข่มขืนกระทำชำเรา ให้การเป็นพยานเท็จ และอาชญากรรมอื่นที่ฝ่าฝืนต่อกฎของพระเจ้าและมนุษย์ จำเลยให้การต่อสู้ว่า จำเลยไม่มีความผิด เพราะทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ศาลพิพากษาว่า ข้อต่อสู้

¹¹ Ibid., p.570.

ของจำเลยฟังไม่ขึ้น จำเลยมีความผิดตามที่ถูกกล่าวหา ให้ถอดถอนจำเลยจากตำแหน่งอัครราชทูต และ
ประหารชีวิตจำเลย¹²

ก่อนสงครามโลกครั้งที่ 1 มีการฟ้องร้องเอาผิดผู้ที่ทำละเมิดต่อกฎหมายและจารีต
ประเพณีสงคราม แต่เกิดขึ้นเพียงนานๆ ครั้ง และศาลก็ละเลยที่จะสร้างรูปแบบบรรทัดฐาน
ดุลยพินิจในการดำเนินคดีผู้ต้องหาคดีอาชญากรรมสงครามถูกปล่อยให้เป็นเรื่องของแต่ละรัฐที่
เกี่ยวข้องในความขัดแย้งจัดการเอง และการดำเนินคดีก็ขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละรัฐ

หลังสงครามโลกครั้งที่ 1 นานๆ ประเทศมีความพยายามร่วมกันเป็นครั้งแรกที่จะลงโทษ
อาชญากรรมสงคราม ฝ่ายกองกำลังสัมพันธมิตรพยายามจะนำตัวอาชญากรรมสงครามชาว
เยอรมันรวมทั้งพระเจ้าไกเซอร์ วิลเลียม กษัตริย์ของเยอรมันขึ้นศาลในข้อหากระทำการรุกราน
และพยายามจะลงโทษพันธมิตรระหว่างสงครามของเยอรมันคือตุรกี ในข้อหาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์
ชาวอัลบาเนียซึ่งอาศัยอยู่ในราชอาณาจักรออตโตมันใน ค.ศ.1915 แต่แล้วก็ยกเลิกไปใน
ค.ศ.1923 ในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 มีการดำเนินคดีผู้กระทำผิดฐานอาชญากรรมสงครามเพียง
ไม่กี่คน และได้รับโทษจำคุกอยู่ไม่นาน มีคดี Leipzig trial ค.ศ.1921 ซึ่งศาลทหารของฝ่าย
สัมพันธมิตร (Allied tribunals) ดำเนินคดีทหารเยอรมัน 12 คน พินากษายกฟ้อง 6 คน ลงโทษ 6
คน จำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 4 ปี โดยลงโทษฐานปฏิบัติต่อเชลยศึกโดยไม่ชอบ 3 คน จำคุก 6 เดือน
2 คน จำคุก 10 เดือน 1 คน ฐานยิงผู้รอดชีวิตในเรือช่วยชีวิต 2 คน จำคุกคนละ 4 ปี ฐานส่งคำสั่งที่
ผิดกฎหมายของผู้บังคับบัญชา 1 คน จำคุก 2 ปี¹³ โดยทั่วไปถือว่าการลงโทษอาชญากรรมสงครามไม่
ประสบผลสำเร็จ

3.2.2 ยุคหลังสงครามโลกครั้งที่ 2

ในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ทหารเยอรมันมีการเข่นฆ่าประชาชนชาวยิวในประเทศ
เยอรมันจำนวนหลายล้านคนด้วยวิธีทารุณต่างๆ และทหารญี่ปุ่นได้ข่มขืนกระทำชำเรา และกระทำ
รุนแรงทางเพศอื่นๆ ต่อสตรีในประเทศต่างๆ ที่ทหารญี่ปุ่นเข้ายึดครอง ไม่ว่าจะเป็นประเทศเกาหลี
จีน ฟิลิปปินส์ มีตัวอย่างมากมาย เช่น กองทหารญี่ปุ่นข่มขืนหญิงจีนพร้อมกันทีเดียวหลายสิบคนที่

¹²Jordan J. Paust and others, International Criminal Law Cases and Materials
second edition (Durham North Carolina: Carolina Academic Press, 2000), p.708.

¹³ibid, p.712.

นานกิง¹⁴ เด็กหญิงเกาหลีนับพันคนถูกจับตัวส่งไปยังค่ายทหารญี่ปุ่นในเมืองUlsan ภาคตะวันออกเฉียงใต้ของเกาหลีแล้วส่งตัวต่อไปให้บริการทางเพศแก่ทหารญี่ปุ่นที่ได้วันต้องให้บริการทางเพศแก่ทหารญี่ปุ่น วันละ 20-30 คน¹⁵

ปี ค.ศ.1942 ฝ่ายสัมพันธมิตรลงนามในข้อตกลงที่กรุงลอนดอน โดยมีจุดประสงค์หลักเพื่อลงโทษอาชญากรรมสงคราม ข้อตกลงต่างๆ พยายามหลีกเลี่ยงไม่ให้ซ้ำรอยคดี Leipzig trials และ วันที่ 10 ตุลาคม ค.ศ.1943 ฝ่ายสัมพันธมิตรยังลงนามในข้อตกลงที่กรุงมอสโกเรียกปฏิญญากรุงมอสโก (Moscow Declaration) ซึ่งระบุว่าอาชญากรรมที่ต้องสงสัยจะถูกพิจารณาคดีโดยประชาชน และในสถานที่ที่อาชญากรรมถูกกระทำขึ้น ปฏิญญากรุงมอสโกยังระบุอีกว่าอาชญากรรม ซึ่งไม่ปรากฏสถานที่เกิดเหตุแน่นอน (With no specific geographic setting) จะต้องอยู่ภายใต้ของการตัดสินใจร่วมกันของฝ่ายสัมพันธมิตรในภายหลัง¹⁶

วันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ.1945 ฝ่ายสัมพันธมิตรลงนามในข้อตกลงก่อตั้งศาลทหารระหว่างประเทศพิจารณาคดีคนเยอรมัน ซึ่งถูกกล่าวหาว่าก่ออาชญากรรมในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่กรุงนูเรมเบิร์ก (Nuremberg) ประเทศเยอรมันนี้ และต่อมามีการฟ้องคดีชาวเยอรมัน 24 คน ศาลพิพากษาลงโทษจำเลย 19 คน ซึ่งกระทำความผิดตั้งแต่ 1 กระทั่งถึง 4 กระทั่ง โดยให้ประหารชีวิต 12 คน จำคุก 7 คน ยกฟ้อง 3 คน คนหนึ่งฆ่าตัวตายก่อนการพิจารณาและอีกคนหนึ่งได้รับการปล่อยตัวเพราะอายุมากแล้ว¹⁷

ข้อเท็จจริงในคดีนูเรมเบิร์ก (Nuremberg) ค.ศ.1946 มีอยู่ว่า¹⁸ ขณะสงครามโลกครั้งที่ 2 กำลังดำเนินอยู่ ฝ่ายสัมพันธมิตร (Allies) ได้กล่าวหาบรรดานายทหารเยอรมันและพลพรรคตลอดจนพวกนาซีว่าได้กระทำการทารุณโหดร้าย และเป็นอาชญากรรมสงคราม ซึ่งจะต้องถูกพิพากษาลงโทษเมื่อจับตัวได้ ต่อมาเมื่อวันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ.1945 ได้มีการลงนามข้อตกลงที่กรุง

¹⁴ฉัตรนคร องค์กรสิงห์, “หลังเลือดที่พนานกิง” ดิฉัน 607 (2545): 325.

¹⁵Lisa Go, “Jugun Ianfu, Kanayuki, Japayuki: A Continuity in commodification” Isis International – Manila (2000): 6-12.

¹⁶Walter Gary Sharp. Sr “ICTY: Defining the offenses”, Maryland Journal of International Law and Trade Volume 23 (spring/summer, 1999), No.1: 19

¹⁷ประกอบ ประพันธ์เนติวิฒ, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และคดีอาญา (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ข่าวพาณิชย์, 2523), หน้า 162-167.

¹⁸เรื่องเดียวกัน.

ลอนดอนระหว่างสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส อังกฤษ และสหภาพโซเวียตจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศ (International Military Tribunal) เพื่อพิจารณาคดีอาชญากรรมสงคราม (war criminal) ซึ่งไม่ปรากฏสถานที่เกิดเหตุแน่นอน ได้มีการฟ้องอาชญากรรมสงคราม 24 คนยังศาลนี้ โดยเริ่มพิจารณาคดีที่ Nuremberg เมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน ค.ศ.1946 ตามหลักบทบัญญัติมาตรา 6 แห่งกฎบัตรจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศ ความผิดอาชญากรรมสงคราม หมายถึงความผิดต่อสันติภาพ ต่อสงคราม (Crimes against peace and war) และต่อมนุษยชน (Crimes against humanity) รวมทั้งการละเมิดกฎหรือประเพณีแห่งการทำสงคราม (violations of the laws or customs of war)

1. ประเด็นแห่งคดี - จำเลยต่อสู้ว่า ศาลจะลงโทษจำเลยไม่ได้ เพราะกฎหมายย้อนหลัง (Nullum crimen sine lege; nulla poena sine lege;) ไม่มีความผิด ถ้าไม่มีกฎหมาย ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย

แต่ศาลวินิจฉัยว่า ข้อต่อสู้ดังกล่าวของจำเลย จะนำมาใช้บังคับในคดีนี้ไม่ได้ เพราะจำเลยรู้ดีอยู่แล้วว่า ได้กระทำการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่ โดยพิจารณาได้จากเหตุผลต่อไปนี้

หลักว่าด้วยกฎหมายย้อนหลัง (retroactive law) เป็นเพียงหลักใหญ่แห่งขบวนการยุติธรรมประการหนึ่ง แต่ไม่ใช่ข้อจำกัดที่รื้อถอนอำนาจอธิปไตยแห่งรัฐแห่งหนึ่งในการที่จะปกป้องและรักษาอธิปไตยของตน ให้พ้นจากสงครามแบบรุกราน (aggression war) จากกองทัพแห่งรัฐบาลเยอรมันดังในคดีนี้ ฉะนั้น จะเกิดความไม่เป็นธรรมในการที่จะไม่ลงโทษการกระทำดังกล่าว เพราะรัฐบาลเยอรมันได้กระทำการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่ คือ

(1) The General Treaty for the Renunciation of war of August 1928 ซึ่งรู้จักกันแพร่หลายในชื่อสั้นๆ ว่า The Pact of Paris หรือ The Kellogg Briand Pact โดยมีประเทศผู้ลงนามทั้งหมด 63 ประเทศรวมทั้งเยอรมันนี อิตาลี และญี่ปุ่นได้วางหลักสำคัญไว้ว่า “ห้ามมิให้ประเทศใดใช้การทำสงครามในการดำเนินนโยบายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะโดยการวางแผนหรือเข้าร่วมการทำสงคราม และรวมตลอดถึงการทำสงครามแบบรุกรานในกรณีที่มีกรณีพิพาทระหว่างประเทศ การกระทำดังกล่าวเหล่านี้ให้ถือว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ (war crimes) และละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ Kellogg-Briand เป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศฝรั่งเศส เป็นผู้วางหลักของ The Pact of Paris โดยได้แยกการทำสงครามออกเป็น 2 ประเภท คือ สงครามที่ชอบด้วยกฎหมาย (legitimate war) หมายถึงสงครามที่เกิดขึ้นจากการป้องกันตนเอง

(self defense) ตามหลักที่ว่า ทุกประเทศมีสิทธิที่จะป้องกันตนเอง ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย (หลักการป้องกันตนเอง) และสงครามที่ละเมิด (ผิด) กฎหมาย (illegitimate war) หมายถึงสงครามที่กระทำไปในลักษณะรุกรานอีกประเทศหนึ่ง โดยปราศจากทำนองคลองธรรม และหลักกฎหมายหรือเหตุผลใดๆ สงครามประเภทนี้ถือได้ว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ

(2) The Hague Convention (ค.ศ.1907) ก็ได้มีบทบัญญัติห้ามการกระทำดังกล่าวเช่นกัน โดยถือว่าเป็นการละเมิดต่อกฎหมายว่าด้วยการสงคราม (the laws of war)

(3) มาตรา 1 แห่ง The draft of a Treaty of Mutual Assistance ซึ่งจัดทำขึ้นโดยองค์การสันนิบาตแห่งชาติในปี ค.ศ.1923 ก็ได้บัญญัติไว้ว่า "การทำสงครามรุกราน" ถือว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ

(4) The Preamble to the League of Nations 1924 Protocol for the Pacific Settlement of International Disputes-Geneva Protocol ก็ได้มีการประกาศว่า "การทำสงครามรุกราน เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศเช่นกัน"

2. ประเด็นแห่งคดี - จำเลยได้ต่อสู้ชื่อว่า กฎหมายระหว่างประเทศใช้บังคับแก่รัฐไม่เกี่ยวกับเอกชน และจำเลยได้กระทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา

ศาลวินิจฉัยชี้ว่า ข้อต่อสู้ดังกล่าวของจำเลย จะนำมาใช้บังคับในคดีนี้ไม่ได้ เพราะแม้ว่าหลักทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ จะคุ้มครองตัวแทนหรือผู้กระทำการแทนแห่งรัฐก็ตาม แต่หาได้มีผลคุ้มครองถึงการกระทำที่เป็นอาชญากรรมตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ (ซึ่งไม่ใช่กฎหมายที่มีหลักตายตัว (static) แต่เป็นกฎหมายที่ต้องมีการเปลี่ยนแปลงและปรับให้สอดคล้องกับวิวัฒนาการ และสถานการณ์ต่างๆ ของโลกที่เปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ) แต่อย่างไรก็ตาม โดยพิจารณาได้จากหลักสำคัญประการหนึ่งของ The Pact of Paris ที่ว่า "บุคคลแต่ละคนย่อมมีหน้าที่ (ระหว่างประเทศ) ในการที่จะเคารพเชื่อฟังและปฏิบัติตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งแต่ละรัฐได้ร่วมกันวางหลักขึ้น ผู้ใดก็ตามที่ฝ่าฝืนหรือละเมิดต่อกฎหมายว่าด้วยการสงคราม ไม่อาจที่จะอ้างความคุ้มกันจากอำนาจแห่งรัฐของตน ถ้าหากว่ารัฐนั้นได้ให้อำนาจกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ"

ประกอบกับมาตรา 7 แห่งกฎบัตรการจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศ ได้วางหลักไว้ว่า "ตำแหน่ง อำนาจ และหน้าที่ทางราชการของจำเลย ไม่ว่าจะประมุขหรือเจ้าหน้าที่รัฐบาลแห่งรัฐ ผู้รับผิดชอบในการกระทำความดังกล่าว ย่อมจะต้องรับผิดชอบหรือรับโทษแห่งการกระทำนั้น"

มาตรา 8 แห่งกฎบัตรดังกล่าว (เป็นบทบัญญัติที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายนานาประเทศ) ก็ได้วางหลักไว้ชื่อว่า “ทหารผู้ใด ซึ่งได้รับคำสั่งให้ฆ่า หรือกระทำทารุณโหดร้าย อันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการสงคราม ไม่อาจที่จะปฏิเสธให้ตนเอง พ้นจากความรับผิดชอบแห่งการกระทำนั้นได้”

3. ประเด็นแห่งคดี - นอกจากนั้น ฝ่ายสัมพันธมิตรยังได้กล่าวหาจำเลยว่า ได้กระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity) โดยการปฏิบัติทารุณโหดร้ายต่อพลเมือง (พลเมือง) มีการบีบบังคับให้พลเมืองแห่งประเทศที่ถูกเยอรมันยึดครองทำงานเยี่ยงทาสให้แก่เยอรมัน ตลอดจนมีการย้ายคนประมาณ 5 ล้านคนไปยังประเทศเยอรมันเพื่อทำงานอุตสาหกรรมและกสิกรรมภายใต้การควบคุมที่โหดเหี้ยมของทหารเยอรมันนี้

ศาลได้วินิจฉัยว่า การกระทำดังกล่าว เป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ โดยอาศัยหลักเหตุผลดังนี้

(1) ตามหลักทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการปฏิบัติต่อพลเมือง (พลเมือง) เกี่ยวกับหลักปฏิบัติของกองทัพทั้งหลายทั่วโลกถือกันว่าเป็นการไม่ถูกต้องตามทำนองคลองธรรมของทหารที่จะฆ่าหรือทำร้ายบุคคลผู้ไม่มีทางสู้

(2) มาตรา 6 (ข) แห่งกฎบัตรดังกล่าว ได้วางหลักไว้ว่า “การปฏิบัติอันโหดร้ายหรือกดขี่ข่มเหงรังแก หรือการบังคับเยี่ยงทาสเพื่อให้ทำงานหรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นใด ต่อพลเมืองของหรือในดินแดนที่ถูกยึดครองถือว่าเป็นอาชญากรรมสงคราม”

จึงเห็นได้ว่า การกระทำดังกล่าว เป็นความผิดทั้งอาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ตามหลักมาตรา 6 (ข) ตลอดจนเป็นอาชญากรรมสงครามตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วย

(มาตรา 6 (ข) มีที่มาจากมาตรา 46, 50, 52 และ 56 แห่ง The Hague Convention (ค.ศ.1907) และจากมาตรา 2, 3, 4, 46 และ 51 แห่ง The Geneva Convention (ค.ศ.1929)

คำตัดสินของศาล ในที่สุด เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ.1946 ศาลทหารระหว่างประเทศ ได้อ่านคำพิพากษาให้ประหารชีวิต 12 คน (รวมทั้งจำเลยที่ไม่ได้มาอยู่ในการพิจารณาคดีอีก 1 คน พิพากษาให้ปล่อยจำเลยชั้นผู้นำ (accused leaders) 3 คน อีก 7 คนที่เหลือพิพากษาให้จำคุกเป็นเวลาหลายปี (สหภาพโซเวียตได้มีความเห็นโต้แย้งคำตัดสินบางประการ)

อนึ่ง จากคดีนูเรมเบิร์กนี้ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้รับคำสั่งจากมติของสหประชาชาติที่ 177 (11) วรรค (ก) ให้รวบรวมหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศตามที่ได้ยอมรับกันในกฎบัตรศาลนูเรมเบิร์ก และในคำพิพากษาของศาลนั้นไว้ดังนี้ หลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรับรองโดยกฎบัตรศาลนูเรมเบิร์กและคำพิพากษาของศาลมีดังนี้

หลักเกณฑ์ที่ 1

บุคคลใดซึ่งกระทำการอันเป็นความผิดอาญา ตามกฎหมายระหว่างประเทศจะต้องรับผิดชอบเพื่อการนั้นและถูกลงโทษ

หลักเกณฑ์ที่ 2

เหตุที่กฎหมายระหว่างประเทศมิได้มีบทกำหนดโทษสำหรับการกระทำ ซึ่งเป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศมิได้ทำให้บุคคล ซึ่งกระทำการนั้นพ้นความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ

หลักเกณฑ์ที่ 3

เหตุที่บุคคลซึ่งกระทำอันเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศในฐานะที่ตนเป็นประมุขแห่งรัฐหรือเป็นเจ้าหน้าที่รัฐบาลผู้มีความรับผิดชอบ หากทำให้ผู้นั้นพ้นความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศไม่

หลักเกณฑ์ที่ 4

เหตุที่บุคคลกระทำตามคำสั่งของรัฐบาลหรือผู้บังคับบัญชาของตน หากทำให้ผู้นั้นพ้นจากความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศไม่ หากปรากฏว่าบุคคลนั้นยังสามารถจะเลือกกระทำในทางที่ประกอบด้วยศีลธรรม

หลักเกณฑ์ที่ 5

บุคคลผู้ถูกฟ้องในความผิดอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย

หลักเกณฑ์ที่ 6

การกระทำผิดอาญาดังจะกล่าวต่อไปข้างล่างนี้ เป็นความผิดที่ลงโทษได้ในฐานความผิดอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ก. ความผิดต่อความสงบ

(1) วางแผน เตรียมการ เริ่มการ หรือเข้าสงครามรุกราน หรือสงครามซึ่งเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศสัญญาหรือคำรับรอง

(2) เข้ามีส่วนในแผนการร่วมกันหรือคบคิดกันเพื่อกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าวใน (1)

ข. อาชญากรรมสงคราม

ละเมิดกฎหมายหรือประเพณีสงคราม ซึ่งรวมทั้งแต่ไม่จำกัดเฉพาะการฆ่าคนตาย ทารุณกรรม หรือเนรเทศเข้าค่ายใช้งานหรือเพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่น ต่อพลเมืองพลเรือนของหรือในอาณาเขตที่ยึดครอง ฆ่าหรือทรมานเชลยศึกบุคคลในทะเลหลวง ฆ่าบุคคลที่ยึดตัวไว้เป็นประกัน ปล้นสาธารณสมบัติ หรือทรัพย์สินเอกชนทำลายโดยปราศจากความปรารถนาซึ่งนครเมืองหรือหมู่บ้าน หรือการทำลายโดยปราศจากความจำเป็นในทางทหาร

ค. ความผิดต่อมนุษยธรรม

ฆ่าคนตาย ฆ่าคนควาละมวกๆ เอาคนลงเป็นทาส เนรเทศหรือกระทำการโดยปราศจากมนุษยธรรมต่อพลเมืองที่เป็นพลเรือนหรือกระทำการทารุณเพราะเหตุทางการเมือง เชื้อชาติหรือศาสนา เมื่อการกระทำหรือทารุณกรรมนั้น เป็นการกระทำหรือสืบเนื่องมาจากการกระทำอันเป็นผิดเข้าลักษณะความผิดต่อความสงบหรืออาชญากรรมสงคราม

หลักเกณฑ์ที่ 7

การสมคบในการกระทำผิดต่อความสงบ อาชญากรรมสงคราม หรือความผิดต่อมนุษยธรรมดังกล่าวไว้ในหลักเกณฑ์ที่ 6 เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ

สำหรับทางด้านตะวันออกไกล วันที่ 26 กรกฎาคม ค.ศ.1945 ประเทศสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรอังกฤษและจีน ได้ก่อตั้งปฏิญญาปอตสดัม (Potsdam Declaration) เพื่อดำเนินคดีต่อบุคคลซึ่งกระทำความผิดในภาคตะวันออกไกล มีการฟ้องร้องดำเนินคดีจำเลย จำนวน 25 คน และศาลพิพากษาว่ามีความผิดทั้งหมด ผู้พิพากษาผู้ทำการพิจารณาคดีมี 11 คนจาก 11 ประเทศ มีประเทศออสเตรเลีย แคนาดา จีน ฝรั่งเศส สหราชอาณาจักร อินเดีย เนเธอร์แลนด์ นิวซีแลนด์ ฟิลิปปินส์ สหภาพโซเวียต และสหรัฐอเมริกา เริ่มต้นฟ้องจำเลยรวม 28 คน ต่อมาตาย

2 คน ป่วยอีก 1 คน จึงเหลือ 25 คนที่ถูกพิจารณาคดี ศาลพิพากษาว่าทุกคนมีความผิดหมด ให้ประหารชีวิตโดยการแขวนคอ 7 คน จำคุกตลอดชีวิต 16 คน จำคุก 20 ปี 1 คน จำคุก 7 ปีครึ่ง 1 คน¹⁹

มีผู้วิจารณ์ว่าศาลทหารระหว่างประเทศล้มเหลวในการวางบรรทัดฐานที่เข้มแข็งสำหรับองค์กระหว่างประเทศในอนาคตที่จะอาศัยอ้างอิง โดยเป็นเพียงความยุติธรรมของผู้ชนะ ขาดความชอบด้วยกฎหมาย ไม่มีการนิยามแยกแยะฐานความผิดต่างๆ

จากปี ค.ศ.1948-1994 มีการกระทำผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) มากมาย ในหลายประเทศ แต่อนุสัญญาป้องกันและลงโทษอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งประชาคมโลกลงนามกันขึ้นใน ค.ศ.1948 ก็ล้มเหลวในการบังคับใช้จนกระทั่งเกิดเหตุการณ์ในประเทศอดีตยูโกสลาเวียและรวันดา

ปี ค.ศ.1949 มีการลงนามในอนุสัญญาเจนีวา จำนวน 4 ฉบับ เพื่อหยุดอาชญากรรมสงคราม มีความผิดข้อหาการทำละเมิดอย่างร้ายแรง (Grave breaches) ซึ่งประกอบด้วย การกระทำดังต่อไปนี้ หากได้กระทำต่อบุคคลหรือทรัพย์สินซึ่งอนุสัญญาเจนีวาทั้งสี่ฉบับให้ความคุ้มครองคือการฆ่าโดยเจตนา การทรมาน หรือการปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม รวมทั้งการทดลองทางชีววิทยา การกระทำให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างแสนสาหัส หรือทำอันตรายแก่ร่างกายหรืออนามัยอย่างร้ายแรงโดยเจตนา การเนรเทศหรือการย้ายผู้ได้รับความคุ้มครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือการกักขังบุคคลเช่นว่านั้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การบังคับให้ผู้ได้รับความคุ้มครองเข้าประจำการในกองทหารของประเทศที่เป็นศัตรูหรือการกระทำโดยเจตนาให้ผู้ที่ได้รับความคุ้มครองเสียสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยเที่ยงธรรมและตามระเบียบคั้งที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาทั้งสี่ฉบับ²⁰

จากคดีศาลทหารนูเรมเบิร์ก และศาลทหารกรุงโตเกียวได้วางหลักโดยชัดแจ้งว่ากฎหมายระหว่างประเทศบังคับใช้แก่ปัจเจกบุคคลด้วยมิได้ใช้บังคับเพียงต่อรัฐเท่านั้น ปัจเจกบุคคลต้องรับผิดชอบส่วนตัวต่อการก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศ หลักความรับผิดชอบทางอาญาโดยส่วนตัว สำหรับการฝ่าฝืนกฎหมายและจารีตประเพณีสงครามเป็นส่วนที่ไม่มีข้อโต้แย้ง

¹⁹Jordan J. Paust and others, *International criminal Law cases and materials* second edition, p.718.

²⁰อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 1 มาตรา 50, ฉบับที่ 2 มาตรา 51, ฉบับที่ 3 มาตรา 130 ฉบับที่ 4 มาตรา 147.

ของกฎหมายระหว่างประเทศที่มาจากจารีตประเพณี ความรับผิดชอบทางอาญาสามารถขยายครอบคลุมไปยังบุคคลดังต่อไปนี้

1. ทหารโดยส่วนตัว (individual combatants)
2. ข้าราชการ (government officials)
3. ประมุขของรัฐ (Head of State)

และยังมีการรับรู้หรือยอมรับหลักของกฎหมายระหว่างประเทศหัวหน้า ผู้ก่อตั้งองค์กร (organizers) ผู้ยุยงส่งเสริมผู้สมคบที่มีส่วนในการกำหนดหรือบริหารแผนร่วมกัน หรือสมคบเพื่อกระทำอาชญากรรมต่อความสงบ อาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติจะต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำทั้งหมด โดยบุคคลใดๆ ดังกล่าวในการปฏิบัติตามแผน เพราะอาชญากรรมสงครามเป็นอาชญากรรมสากล รัฐใดๆ หรือศาลระหว่างประเทศย่อมสามารถดำเนินคดีต่ออาชญากรรมเหล่านี้ได้ แต่อย่างไรก็ตามรัฐต่างๆ พยายามหลีกเลี่ยงการฟ้องร้องดำเนินคดีบุคคลผู้กระทำผิดอาชญากรรมสงคราม แม้กระทั่งเป็นอาชญากรรมสงครามที่ร้ายแรง ตัวอย่างเช่น ในช่วงเกิดความขัดแย้งทางอาวุธในประเทศเกาหลี เวียดนาม ปาเลสไตน์ ปากีสถาน-บังคลาเทศ-อินเดีย ไชปรัส เลบานอน และอ่าวเปอร์เซีย แม้กระทั่งในกัมพูชาก็ยังไม่มี การนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษจนกระทั่งเมื่อมาเกิดเหตุการณ์ในอดีตยูโกสลาเวีย

ในยุคนี้เริ่มแยกระหว่างอาชญากรรมตามกฎหมายภายในและอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างชัดเจนมีการวางหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบของผู้ก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศโดยตรงกับบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น ผู้บังคับบัญชา ผู้วางแผน ผู้สมคบ ผู้ยุยงส่งเสริม การดำเนินคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศ เขตอำนาจศาลเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศ เป็นต้น แต่

แม้อาชญากรรมระหว่างประเทศจะอยู่ในเขตอำนาจรัฐสากล ซึ่งศาลภายในทุกรัฐสามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้ก็ตาม แต่การที่ศาลภายในของประเทศใดจะดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศ ประเทศนั้นก็จะต้องมีกฎหมายภายในรองรับ มิฉะนั้นก็ไม่อาจดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดได้ เช่น ในกรณีของประเทศออสเตรเลีย ในคดี *Nulyarimma and others v Thomson, 1999* ที่ศาลสหรัฐ (Federal Court) ของประเทศออสเตรเลียไม่สามารถดำเนินคดีกับจำเลยในข้อหาอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ได้แม้ว่าออสเตรเลียจะเป็นภาคีสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ.1948 ก็ตาม ทั้งนี้เนื่องจากขาดกฎหมายภายในรองรับ จาก *N.V.T., Federal Court of Australia, Full count*, 1 September 1999, *International Legal Material* 39 (2000): 20.

ประเภทของฐานความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศมีอะไรบ้างยังไม่ชัดเจน การกระทำรุนแรงทางเพศยังไม่ได้ถูกระบุอย่างชัดเจนว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างไรหรือไม่

3.2.3 ยุคปัจจุบัน

การเกิดสงครามหรือความขัดแย้งทางอาวุธในประเทศอดีตยูโกสลาเวีย ซึ่งเริ่มตั้งแต่เดือนมีนาคม ค.ศ.1992 ได้มีการละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอย่างกว้างขวาง มีการฆ่าคนจำนวนมากๆ (Mass killing) และการชำระล้างเผ่าพันธุ์ (Ethnic cleansing) คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติมีมติที่ 780/1992 ขอให้เลขาธิการสหประชาชาติตั้งคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญตรวจสอบและวิเคราะห์การฝ่าฝืนทำรายงานเกี่ยวกับหลักฐานการฝ่าฝืนอนุสัญญาเจนีวาและกฎหมายมนุษยชนระหว่างประเทศอื่นๆ ในเขตแดนของอดีตยูโกสลาเวีย คณะกรรมการซึ่งประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญจำนวน 6 คน ได้รายงานเสนอให้ตั้งศาลระหว่างประเทศขึ้นพิจารณาต่อผู้ก่ออาชญากรรม วันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ.1993 อาศัยกฎบัตรสหประชาชาติหมวดที่ 7 คณะมนตรีความมั่นคงของสหประชาชาติมีมติที่ 827/1993 ให้ตั้งศาลระหว่างประเทศเพื่อความมุ่งหมายเฉพาะคือดำเนินคดีต่อบุคคลซึ่งมีความรับผิดชอบในการฝ่าฝืนกฎหมายมนุษยชนระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงในดินแดนของประเทศอดีตยูโกสลาเวีย ระหว่างวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1991 จนถึงวันที่คณะมนตรีความมั่นคงกำหนดว่าสันติภาพได้กลับคืนมาแล้ว²¹

วิธีการสอบสวนค้นหาพยานหลักฐานของคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญมี 3 วิธีดังนี้

1. รวบรวมวิเคราะห์ข้อมูลที่ได้รับมาทั้งหมด โดยการรวบรวมและวิเคราะห์มีการรักษาความลับของข้อมูล
2. สืบสวนสอบสวนในดินแดนของอดีตยูโกสลาเวีย และประเทศอื่นๆ ที่มีผู้อพยพจากอดีตยูโกสลาเวีย เพื่อหาข้อมูลเพิ่มเติม สอบปากคำและแยกแยะข้อเท็จจริงให้ได้มากที่สุด
3. ให้รัฐบาลประเทศต่างๆ รวบรวมข้อมูลในประเทศของตนให้ ซึ่งมี 5 ประเทศดังต่อไปนี้ช่วยรวบรวมข้อมูลส่งให้
 - 3.1 ออสเตรเลีย
 - 3.2 เยอรมันนี
 - 3.3 เนเธอร์แลนด์

²¹M.Cherif Bassiouni and others. Final report of the United Nation commission of experts established pursuant to security council resolution 780 (1992) April 1994, p.7.

3.4 นอร์เวย์

3.5 สหรัฐอเมริกา

เมื่อคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญทำงานเสร็จได้ส่งมอบสำนวนและข้อมูลต่างๆ แก่ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย เมื่อวันที่ 30 เมษายน ค.ศ.1994 เพื่อให้พนักงานอัยการใช้เป็นข้อมูลฟ้องร้องผู้ที่ต้องรับผิดชอบในการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ สำหรับการกระทำรุนแรงทางเพศนั้นอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 มาตรา 27 ได้กล่าวว่า สตรีจะต้องได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษต่อการทำลายเกียรติยศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อการข่มขืนกระทำชำเรา การบังคับให้เป็นโสเภณีหรือการอนาจารใดๆ

พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 1 ค.ศ.1977 มาตรา 76 (1) สตรีจะได้รับการยอมรับเป็นพิเศษและโดยเฉพาะอย่างยิ่งจะได้รับความคุ้มครองจากการกระทำชำเรา การบังคับให้เป็นโสเภณีและรูปแบบอื่นใดของการกระทำอนาจาร

คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญสรุปว่า ทั้งอนุสัญญาเจนีวา และกฎหมายมนุษยธรรมอื่นล้วนมีข้อหาเรื่อง การข่มขืนกระทำชำเรา (rape) และการทำร้ายทางเพศ (sexual assault)²²

- ธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย

เริ่มมีการกำหนดฐานความผิดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงทางเพศที่ชัดเจน โดยในความคิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ตามมาตรา 5 ซึ่งกำหนดการกระทำที่เป็นองค์ประกอบความผิด 9 ลักษณะ มีการข่มขืนกระทำชำเรารวมอยู่ด้วย ลักษณะหนึ่ง และในความคิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ตามมาตรา 4 ซึ่งกำหนดตัวอย่างของการกระทำที่เป็นองค์ประกอบความผิดอยู่ 5 ลักษณะ มีการกำหนดมาตรการซึ่งเจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม (การบังคับให้เป็นหมัน) รวมอยู่ด้วยลักษณะหนึ่ง

- ธรรมนูญศาลระหว่างประเทศรวันดา

มีบทบัญญัติคล้ายธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียโดยกำหนดให้ การข่มขืนกระทำชำเราเป็นองค์ประกอบความผิดของความคิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ตามมาตรา 3(g) และเป็นองค์ประกอบความผิดของความคิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ มาตรา 3 ของอนุสัญญาเจนีวา ทั้งสี่ฉบับ และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ตามมาตรา 4 (e) กับกำหนดการบังคับให้เป็นโสเภณี (enforced prostitution) การทำร้ายทางเพศรูปแบบอื่นเป็นองค์ประกอบความผิดของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ มาตรา 3 ของอนุสัญญาเจนีวาทั้งสี่ฉบับ และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ค.ศ.1977 มาตรา 4 (e) และ

²²ibid, p.29.

กำหนดการบังคับมาตรการซึ่งเจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม (การบังคับให้เป็นหมัน) เป็นองค์ประกอบความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ตามมาตรา 2 (d)

- ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

เป็นกฎหมายระหว่างประเทศฉบับล่าสุดที่กำหนดลักษณะการกระทำรุนแรง ทางเพศไว้อย่างชัดเจน โดยแบ่งออกเป็น 6 ลักษณะดังนี้

1. การข่มขืนกระทำชำเรา (rape)
2. การเอาคนลงเป็นทาสทางเพศ (sexual slavery)
3. การบังคับให้ตั้งครรภ์ (forced pregnancy)
4. การบังคับให้เป็นโสเภณี (enforced prostitution)
5. การบังคับให้เป็นหมัน (enforced sterilization)
6. การกระทำรุนแรงทางเพศรูปแบบอื่น (other form of sexual violence)

โดยการกระทำรุนแรงทางเพศทั้ง 6 ลักษณะเป็นองค์ประกอบความผิดของฐาน

ความผิด อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมสงคราม

การกระทำรุนแรงทางเพศจึงถูกบัญญัติให้เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่าง ชัดแจ้งครั้งแรกในธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียซึ่งมาจากการอนุมัติหรือการตกลงใจ (determination) ของคณะมนตรีความมั่นคงของสหประชาชาติซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ และต่อมาการกระทำรุนแรงทางเพศก็ถูกบัญญัติไว้ในข้อตกลงระหว่างประเทศคือธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ.1998 จึงเป็นที่ปรากฏชัดว่าการกระทำรุนแรงทางเพศเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยมีต้องสงสัยอีกต่อไป

3.3 ที่มาของกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำรุนแรงทางเพศ

กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการกระทำรุนแรงทางเพศ จะต้องมามีที่มาของกฎหมาย (sources of law) อันเป็นรากฐานที่สำคัญที่จะทำให้กฎหมายระหว่างประเทศนั้นๆ ได้รับการยอมรับนับถือจากนานาประเทศ

ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ข้อ 38 ได้กำหนดให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (The International Court of justice) ใช้เกณฑ์ต่างๆ ดังต่อไปนี้ในการพิจารณาพิพากษากรณีพิพาทตามกฎหมายระหว่างประเทศคือ

1. อนุสัญญาระหว่างประเทศไม่ว่าทั่วไปหรือโดยเฉพาะ ซึ่งตั้งหลักเกณฑ์อันเป็นที่รับรองโดยรัฐที่เกี่ยวข้องโดยชัดแจ้ง
2. จารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นหลักฐานแห่งการปฏิบัติโดยทั่วไป ซึ่งได้รับการรับรองว่าเป็นกฎหมาย
3. หลักทั่วไปของกฎหมาย ซึ่งอารยประเทศรับรอง
4. ภายใต้อำนาจแห่งบทบัญญัติมาตรา 59 คำพิพากษาของศาลและคำสอนของผู้เผยแพร่ที่มีคุณวุฒิสูงแห่งประเทศต่างๆ ในฐานะเป็นเครื่องช่วยให้ศาลวินิจฉัยหลักกฎหมาย

นอกจากแหล่งที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศ 5 ประการตามธรรมเนียมศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแล้ว คำรากกฎหมายระหว่างประเทศบางเล่มได้กล่าวถึงคำตัดสิน (decision) หรือความตกลงใจ (determination) ขององค์การระหว่างประเทศหรือสถาบันระหว่างประเทศอื่นๆ ก็ถือว่าเป็นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศด้วย²³

กฎหมายระหว่างประเทศประกอบด้วยกฎเกณฑ์ที่มีศีลธรรมเป็นพื้นฐาน (mala in se) ประการหนึ่ง และกฎเกณฑ์ที่มีขึ้นเพื่อความสะดวกและเป็นระเบียบเดียวกัน (mala prohibita) อีกประการหนึ่ง กฎหมายระหว่างประเทศผูกพันรัฐให้ต้องปฏิบัติตาม ในลักษณะที่ว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎเกณฑ์ที่ถูกต้องและควรปฏิบัติตามนับตั้งแต่ศตวรรษที่ 20 ซึ่งถือว่าเริ่มมีกฎหมายอาญาระหว่างประเทศซึ่งบังคับใช้ต่อปัจเจกชนผู้ทำการละเมิดต่อประชาคมโลก กฎหมายระหว่างประเทศจึงมีลักษณะบังคับต่อปัจเจกชนด้วย

ปัจจุบันนี้อาจกล่าวได้ว่า กฎหมายอาญาระหว่างประเทศเป็นกฎหมายระหว่างประเทศในส่วนของกฎเกณฑ์ที่มีศีลธรรมเป็นพื้นฐานเท่านั้น แต่ยังไม่มีการบัญญัติขึ้นเพื่อความสะดวกและเป็นระเบียบเดียวกันเป็นพื้นฐาน

²³ นพนิธิ สุริย, Lecture Note 1 กฎหมายระหว่างประเทศ (กรุงเทพฯ: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2537), หน้า 43-44 อ้างถึงใน จันทิมา ทิมปานนท์, "ปัญหากฎหมายและแนวทางเยียวยาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์," (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 44-45.

มีผู้รวบรวมตรวจสอบอนุสัญญาระหว่างประเทศที่มีลักษณะเฉพาะเกี่ยวกับอาชญากรรมระหว่างประเทศตั้งแต่ ค.ศ.1815 ถึงเดือนพฤษภาคม 1996 จำนวน 315 ฉบับ สามารถแบ่งอาชญากรรมระหว่างประเทศออกเป็น 9 ลักษณะ 24 ฐานความผิด ดังนี้²⁴

ก. ลักษณะที่ 1 การปกป้องคุ้มครองต่อความสงบ (Protection of peace) มี 1 ฐานความผิดคือ

1. ความผิดฐานรุกราน (Aggression)

ข. ลักษณะที่ 2 การปกป้องคุ้มครองมนุษยธรรมระหว่างเกิดความขัดแย้งทางอาวุธ กฎเกณฑ์ว่าด้วยความขัดแย้งทางอาวุธ และการควบคุมการใช้อาวุธ (Humanitarian Protection During Armed Conflicts, the Regulation of Arms Conflicts, and the Control of weapons) มี 3 ฐานความผิดดังนี้

2. อาชญากรรมสงคราม (War Crimes)

3. การใช้อาวุธที่ผิดกฎหมาย และการใช้อาวุธปืนใหญ่โดยผิดกฎหมาย (Unlawful Use of Weapons; Unlawful Emplacement of Weapons)

4. การรับจ้างรบ (Mercenarism)

ค. ลักษณะที่ 3 การปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชนพื้นฐาน (Protection of Fundamental Human Rights) มี 6 ฐานความผิด

5. การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide)

6. อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes Against Humanity)

7. การเหยียดผิว (Apartheid)

8. การเอาคนลงเป็นทาส และอาชญากรรมที่เกี่ยวข้อง (Slavery and Related Crimes)

9. การทรมาน (Torture)

10. การทดลองเกี่ยวกับมนุษย์โดยไม่ชอบ (Unlawful Human Experimentation)

ง. ลักษณะที่ 4 การป้องกันต่อการก่อการร้าย (Protection Against Terror – Violence) มี 5 ฐานความผิดดังนี้

11. โจรสลัด (Piracy)

²⁴Jordan J. paust and others, International criminal Law cases and materials second edition, p.11.

12. การจี้อากาศยานและการก่อวินาศกรรมอากาศยาน (Aircraft Hijacking and Sabotage of Aircrafts)

13. การคุกคามและการใช้กำลังต่อบุคคลผู้ได้รับความคุ้มครองระหว่างประเทศ (Threat and Use of Force Against Internationally Protected Persons)

14. การจับตัวประกันพลเรือน (Taking of Civilian Hostages)

15. การโจมตีเรือพาณิชย์และการจับคนบนเรือเป็นตัวประกัน (Attacks upon Commercial Vessels and Hostage – Taking on Board Such Vessels)

จ. ลักษณะที่ 5 การปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ของสังคม (Protection of Social Interests) มี 2 ฐานความผิดดังนี้

16. ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด (Drug Offenses)

17. การค้าสิ่งพิมพ์ลามกกระหว่างประเทศ (International Traffic in Obscene Publications)

ฉ. ลักษณะที่ 6 การปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ทางวัฒนธรรม (Protection of Cultural Interests) มี 1 ฐานความผิด

18. การทำลายและหรือการลักทรัพย์สมบัติแห่งชาติ (Destruction and/or Theft of National Treasures)

ช. ลักษณะที่ 7 การปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม (Protection of the Environment) มี 2 ฐานความผิด

19. การปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม (Environment Protection)

20. การลักวัตถุทางนิวเคลียร์ (Theft of Nuclear Materials)

ซ. ลักษณะที่ 8 การปกป้องคุ้มครองวิธีการคมนาคม (Protection of Communication Means) มี 2 ฐานความผิด

21. การใช้ไปรษณีย์โดยผิดกฎหมาย (Unlawful Use of the Mails)

22. การรบกวนสายเคเบิลใต้ทะเล (Interference with Submarine Cables)

ณ. ลักษณะที่ 9 การปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ (Protection of Economic Interests) มี 2 ฐานความผิด

23. การปลอมแปลงเงินตรา (Falsification and Counterfeiting)

24. การให้สินบนแก่ข้าราชการต่างประเทศ (Bribery of Foreign Public Officials)

อาชญากรรมระหว่างประเทศทั้ง 24 ฐานความผิด ไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือการกระทำรุนแรงทางเพศรูปแบบอื่นเป็นความผิดอย่างชัดแจ้ง อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้งสี่ฉบับ และพิธีสารเพิ่มเติม ค.ศ.1977 อีกสองฉบับ ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศ วางหลักปฏิบัติต่อบุคคลประเภทต่างๆ และทรัพย์สินพลเรือนในยามเกิดความขัดแย้งทางอาวุธ ซึ่งมีความผิด การกระทำละเมิดอย่างร้ายแรง (Grave breaches) วางหลักเกณฑ์ความผิดไว้ว่า การละเมิดอย่างร้ายแรง ได้แก่ การกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปนี้ หากได้กระทำต่อบุคคลหรือทรัพย์สิน ซึ่งอนุสัญญาฉบับนี้ให้ความคุ้มครอง คือ การฆ่าโดยเจตนา การทรมานหรือการปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม รวมทั้งการทดลองทางชีววิทยา การกระทำให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างสาหัส หรือทำอันตรายแก่ร่างกายหรืออนามัยอย่างร้ายแรงโดยเจตนา การเนรเทศหรือการย้ายผู้ได้รับความคุ้มครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือการกักขังบุคคลเช่นว่านั้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การบังคับให้ผู้ที่ได้รับความคุ้มครองเข้าประจำการในกองทหารของประเทศที่เป็นศัตรู หรือการกระทำโดยเจตนาให้ผู้ที่ได้รับความคุ้มครองเสียสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยเที่ยงธรรม และตามระเบียบดังที่ได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญาฉบับนี้ การจับตัวไปเป็นประกัน และการทำลายและริบทรัพย์สินอย่างกว้างขวาง โดยไม่มีความจำเป็นทางทหาร และซึ่งได้กระทำไปโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และโดยผลการ เป็นการกระทำละเมิดอย่างร้ายแรงตามอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 1 มาตรา 50 ฉบับที่ 2 มาตรา 51 ฉบับที่ 3 มาตรา 130 และฉบับที่ 4 มาตรา 147 ความผิดฐานกระทำละเมิดอย่างร้ายแรงก็ไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือการกระทำรุนแรงทางเพศรูปแบบอื่นรวมอยู่ด้วย ธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียกำหนดฐานความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศ ไว้ 4 ลักษณะ ดังนี้²⁵

1. การละเมิดอย่างร้ายแรงตามอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949
2. การฝ่าฝืนกฎหมายหรือจารีตประเพณีสงคราม
3. การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์
4. อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

ในความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์กำหนดให้ "การกำหนดมาตรการซึ่งเจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม" (การบังคับให้เป็นหมัน) เป็นความผิดลักษณะหนึ่งของความผิดฐานนี้ด้วย และความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติกำหนดให้ "การข่มขืนกระทำชำเรา" เป็นความผิดลักษณะหนึ่งด้วย

²⁵Statute of the International Tribunal Article 2-5.

ส่วนธรรมนูญศาลระหว่างประเทศวันดา มีบทบัญญัติคล้ายธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย กล่าวคือ นอกจากมีฐานความผิดเกี่ยวกับเพศอย่างเดียว ธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียแล้ว ยังกำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเรา การบังคับให้เป็นโสเภณีและการทำร้ายทางเพศรูปแบบอื่นๆ เป็นความผิดฐานฝ่าฝืนมาตรา 3 ของอนุสัญญาเจนีวาทั้งสี่ฉบับ และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ด้วย²⁶

ต่อมาเมื่อมีการฟ้องคดีบุคคลซึ่งกระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศในกรณีเหตุการณ์ในอดีตยูโกสลาเวียและรวันดากับดินแดนใกล้เคียง ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียและศาลระหว่างประเทศรวันดา วินิจฉัยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศว่า แม้ก่อนมีธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย กฎหมายอาญาระหว่างประเทศจะไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำรุนแรงทางเพศว่าเป็นความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างชัดเจน แต่การกระทำรุนแรงทางเพศก็เข้าลักษณะการกระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างอื่น เช่น การก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรง การก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง หรือการปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม เป็นต้น

สำหรับธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว ได้กำหนดลักษณะการกระทำรุนแรงทางเพศไว้อย่างชัดเจน รวม 6 ลักษณะ ในความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมสงคราม ดังนี้²⁷

1. การข่มขืนกระทำชำเรา
2. การเอาคนลงเป็นทาสทางเพศ
3. การบังคับให้ตั้งครรภ์
4. การบังคับให้เป็นโสเภณี
5. การบังคับให้เป็นหมัน
6. การกระทำรุนแรงทางเพศรูปแบบอื่น

ที่มาของกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำรุนแรงทางเพศจึงอาจกล่าวได้ว่าเริ่มต้นจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และอนุสัญญาระหว่างประเทศประกอบกับคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียก็ได้ เพราะก่อนที่จะมีธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย ซึ่งกำหนดให้การกระทำรุนแรงทางเพศเป็นความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างชัดเจนนั้น อนุสัญญา

²⁶Statute of the International Tribunal for Rwanda Article 2-4.

²⁷Rome Statute of International Criminal Court Article 7, 8

ระหว่างประเทศที่มีอยู่ไม่ได้กำหนดให้การกระทำรุนแรงทางเพศเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างชัดเจน แต่ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียใช้การตีความปรับให้การกระทำรุนแรงทางเพศเข้าลักษณะการกระทำอย่างอื่น อันเป็นความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศตามอนุสัญญาระหว่างประเทศที่มีอยู่ โดยที่จารีตประเพณีระหว่างประเทศก็ยึดถืออยู่แล้วว่าการกระทำรุนแรงทางเพศในช่วงเกิดความขัดแย้งทางอาวุธนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ ต่อมาเมื่อมีการบัญญัติให้การกระทำรุนแรงทางเพศเป็นความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างชัดเจนในธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย และธรรมนูญศาลระหว่างประเทศ รวันดาซึ่งเป็นธรรมนูญศาลที่คณะมนตรีความมั่นคงจัดทำขึ้น การกระทำรุนแรงทางเพศจึงเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศตามกฎหมายระหว่างประเทศที่มาจากความตกลงใจ (determination) ขององค์การระหว่างประเทศหรือสถาบันระหว่างประเทศ และถ้าสุดการกระทำรุนแรงทางเพศถูกบัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศ การกระทำรุนแรงทางเพศจึงเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ ตามกฎหมายระหว่างประเทศที่มาจากอนุสัญญาระหว่างประเทศ

3.4 ทฤษฎีกฎหมายที่รองรับหลักกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำรุนแรงทางเพศ

ในแง่ของปรัชญากฎหมาย เพื่อตอบคำถามว่ากฎหมายคืออะไรนั้น อาจสรุปแนวความเห็นของนักปรัชญากฎหมายได้เป็น 2 แนวทาง คือ แนวทางสำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติ (School of Natural Law) และแนวทางของสำนักความคิดกฎหมายบ้านเมือง (School of Positivism)²⁶

3.4.1 สำนักกฎหมายธรรมชาติ

สำนักความคิดนี้มีวิวัฒนาการตั้งแต่สมัยกรีกจนถึงสมัยของ Hugo Grotius ซึ่งได้ชื่อว่าเป็นบิดาหรือผู้สถาปนา (founder) กฎหมายระหว่างประเทศจนกระทั่งถึงปัจจุบัน มีความเห็นว่าการกฎหมายคือเหตุผลที่ถูกต้อง และมีอยู่แล้วในธรรมชาติโดยมนุษย์มิได้สร้างขึ้น เพียงแต่มนุษย์เป็นผู้ค้นพบกฎหมายที่มีอยู่ในธรรมชาติเท่านั้นเท่านั้น

²⁶ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), หน้า 303-309.

การค้นพบกฎหมายของมนุษย์

ก. มนุษย์ค้นพบกฎหมายโดยอาศัยเหตุผลที่พระเจ้าประทานให้ ในสมัยกลางซึ่งศาสนาคริสต์มีอิทธิพลเหนือความคิดของชาวยุโรปจะอธิบายถึงการค้นพบกฎหมายของมนุษย์ต้องอาศัยพระเจ้าประทานสติปัญญาให้ หรือได้รับการบอกเล่าจากพระเจ้า

ข. มนุษย์ค้นพบกฎหมายอาศัยเหตุผลของมนุษย์เอง ในยุคต้นของสำนักกฎหมายธรรมชาติคือ ในสมัยกรีกมีความเชื่อในความสามารถของมนุษย์ว่า มนุษย์นั้นมีเหตุผลในตัวเองสามารถใช้เหตุผลวินิจฉัยเรื่องต่างๆ ได้เอง รู้ผิดรู้ชอบ จึงสามารถค้นพบกฎหมายซึ่งเป็นเรื่องของเหตุผลความถูกต้องได้ด้วยตนเอง หลังสมัยกลางซึ่งศาสนาคริสต์เริ่มเสื่อมอำนาจ คนยุโรปก็เริ่มกลับมาเชื่อความสามารถของมนุษย์เองอีกครั้งหนึ่ง และเชื่อว่ามนุษย์สามารถใช้เหตุผลของตนเองค้นพบกฎหมายได้เช่นเดียวกับสมัยกรีก

จากแนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติที่อธิบายว่ากฎหมายคือเหตุผลที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติ ทำให้กฎหมายในสายตาของนักนิติศาสตร์ในสำนักนี้มีลักษณะ 3 ประการดังนี้²⁹

1. เป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับโดยไม่จำกัดเวลา ทั้งในอดีต ปัจจุบัน และอนาคต
2. เป็นกฎหมายที่ไม่จำกัดสถานที่ ไม่ว่าจะเป็นภายในสังคมใด หรือภายในรัฐใด หรือในประชาคมของรัฐก็ตาม และ
3. อยู่เหนือกฎหมายของรัฐซึ่งเป็นกฎหมายที่มนุษย์สร้างขึ้น ดังนั้นกฎหมายรัฐจะขัดกับกฎหมายธรรมชาติไม่ได้

ตามแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาตินี้เห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมาย และเป็นกฎหมายที่มีความบังคับสูงกว่ากฎหมายของรัฐ เพราะกฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายธรรมชาติ Vattel นักกฎหมายสำนักกฎหมายธรรมชาติกล่าวว่า “เราใช้คำว่า “กฎหมายระหว่างประเทศ” (Law of nations) เพราะเป็นกฎหมายอันเป็นผลมาจากการใช้บังคับกฎหมายธรรมชาติแก่รัฐต่างๆ การใช้บังคับดังกล่าวเป็นสิ่งจำเป็นเพราะรัฐมีความผูกพันที่จะต้องเคารพกฎหมายธรรมชาตินั้น กฎหมายธรรมชาติประกอบไปด้วยกฎเกณฑ์ซึ่งกฎหมาย

²⁹จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2539), หน้า 9.

ธรรมชาติกำหนดให้รัฐต้องปฏิบัติตาม และเป็นกฎเกณฑ์ที่ผูกพันรัฐไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าที่ผูกพันปัจเจกชน เพราะรัฐย่อมประกอบไปด้วยคน นโยบายของรัฐถูกกำหนดโดยคน และคนเหล่านี้ก็อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายธรรมชาติไม่ว่าคนเหล่านี้จะกระทำการในฐานะใดก็ตาม Grotius และ ศาสนุศิษย์ของ Grotius เรียกกฎหมายนี้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศที่อยู่ภายใน "Internal Law of Nations"³⁰

แนวความคิดที่ว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายธรรมชาติดังปรากฏให้เห็นได้ชัดเจนในปัจจุบันนี้ เช่น เรื่อง กฎหมายสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์ ซึ่งปรากฏในสนธิสัญญาระหว่างประเทศหลายฉบับ เช่น กติกาว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม และกติกาว่าด้วยสิทธิของการเป็นพลเมือง และสิทธิทางการเมือง และเป็นที่มาของหลัก ไม่มีควมผิดใดที่ไม่ได้รับการลงโทษหรือ no crime without a Punishment (nullum crimen sine poena)

3.4.2 สำนักกฎหมายบ้านเมือง³¹

แนวความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองถือว่ากฎหมายคือ กฎเกณฑ์ที่เกิดจากเจตจำนง (will) ของรัฐ โดยพิจารณาถึงขั้นตอนหรือรูปแบบ (form) ของการแสดงออก ซึ่งเจตจำนงของรัฐมากกว่าเนื้อหา (material) ของกฎเกณฑ์ซึ่งเกิดจากเจตจำนงเช่นนั้น กล่าวคือกฎเกณฑ์ที่จะเป็นกฎหมายในสายตาของสำนักความคิดกฎหมายบ้านเมืองก็คือ กระบวนการหรือขั้นตอนในการออกกฎหมายหรือวางกฎเกณฑ์นั้นจะต้องสะท้อนถึงการแสดงเจตจำนงที่แท้จริงของรัฐ ไม่ว่าจะรูปแบบในการแสดงเจตจำนงเช่นนั้นจะเรียกชื่ออย่างไรในทางการเมืองก็ตาม เช่น ระบบประชาธิปไตย สมบูรณาญาสิทธิราช สังคมนิยม หรือรูปแบบอื่นใดก็ตาม และไม่ว่าจะจัดองค์การในการออกกฎเกณฑ์เช่นว่าอย่างไรก็ตาม เช่น โดยฝ่ายนิติบัญญัติ หรือโดยประมุขโดยความเห็นชอบและยินยอมของฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นต้น เมื่อกฎเกณฑ์ใดได้ออกโดยผ่านขั้นตอนตามรูปแบบ ซึ่งเป็นที่ยอมรับในแต่ละรัฐแล้ว กฎเกณฑ์เช่นนั้นก็คือกฎหมายของบ้านเมือง (positive law) ซึ่งใช้บังคับแก่บุคคลโดยทั่วไป และมักจะมีบทบังคับ (Sanctions) ควบคู่ไปด้วยเสมอ เช่น การลงโทษในกรณีที่มีการฝ่าฝืนกฎหมายบ้านเมือง โดยไม่ต้องคำนึงว่ากฎเกณฑ์นั้นมีเนื้อหาอย่างไร มีพื้นฐานทางศีลธรรมรองรับอยู่หรือไม่ John Austin ปรมาจารย์ของสำนักความคิด

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 10.

³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 11-16.

นี่ถือว่ารัฐชาติปดัยมีอำนาจอธิปไตยเหนือบุคคลต่างๆ ในดินแดนของรัฐโดยที่ไม่มีอำนาจอธิปไตยเหนือรัฐอื่น ดังนั้นจึงมองว่ากฎหมายระหว่างประเทศไม่ใช่กฎหมาย ดังนั้นกฎหมายที่เป็นอยู่หรือกฎหมายบ้านเมืองในสายตาของ John Austin จึงเน้นที่รูปแบบ (form) มากกว่าเนื้อหา (material) แต่แนวความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองโดยทั่วไปนั้นไม่จำกัดว่าเจตจำนง (will) ของรัฐนั้นจะเป็นเจตจำนงในการสร้างกฎเกณฑ์ภายในดินแดนของรัฐเท่านั้น แต่จะรวมถึงเจตจำนงของรัฐในอันที่จะสร้างกฎเกณฑ์ระหว่างรัฐด้วยกันอีกด้วย ดังนั้นกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศซึ่งเกิดจากเจตจำนงอันร่วมกันของรัฐต่างๆ ย่อมถือเป็นกฎหมายที่เป็นอยู่ หรือเป็นกฎหมายบ้านเมืองของประชาคมของรัฐได้ เพราะกฎหมายระหว่างประเทศทำที่สุดแล้วก็มีลักษณะรูปแบบทำนองเดียวกันกับกฎหมายภายในของรัฐ กล่าวคือถือว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่เกิดจากเจตจำนงของรัฐเหมือนกัน การแสดงเจตจำนงของรัฐในการผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นจะแสดงออกในรูปของความยินยอม (consent) อิทธิพลของแนวความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองต่อกฎหมายระหว่างประเทศจะปรากฏชัดเจนในกรณีของสนธิสัญญาระหว่างประเทศซึ่งเป็นที่ยอมรับกันเป็นยุติว่า รัฐจะผูกพันตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศก็ต่อเมื่อรัฐให้ความยินยอมตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 หลักของทฤษฎีกฎหมายบ้านเมืองเป็นที่มาของหลักกฎหมายอาญา คือ ไม่มีความผิดถ้า ไม่มีกฎหมายหรือ no crime without a law (nullum crimen sine lege)

สรุป ไม่ว่าจะอธิบายความหมายของกฎหมายตามทฤษฎีของสำนักกฎหมายธรรมชาติหรือสำนักกฎหมายบ้านเมืองหรือไม่ว่ากฎหมายจะมาจากเหตุผลของมนุษย์หรือมาจากเจตจำนงของรัฐก็ตามทุกคนก็เห็นตรงกันว่าสังคมใดหากปล่อยให้มีการช่มเหงรังแก ทำร้ายทางเพศต่อกันได้โดยชอบ สังคมนั้นย่อมมีแต่ความวุ่นวายปราศจากความสงบสุข ในทางความเป็นจริงการกระทำรุนแรงทางเพศจึงถูกบัญญัติให้เป็นความผิดตามกฎหมายภายในของทุกสังคมมาเป็นเวลานานจนไม่มีผู้ใดทราบได้อย่างแน่ชัดว่าครั้งแรกที่มีกฎหมายห้ามมิให้คนกระทำความรุนแรงทางเพศต่อผู้อื่นนั้น เริ่มตั้งแต่เมื่อใด สังคมระหว่างประเทศก็เช่นเดียวกับสังคมภายในประเทศย่อมต้องการความสงบสุข การยับยั้งหรือลงโทษผู้กระทำความผิดฐานกระทำความรุนแรงทางเพศต่อผู้อื่นจึงเป็น สิ่งจำเป็น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำความรุนแรงทางเพศที่เกิดขึ้นในช่วงเกิดความขัดแย้งทางอาวุธนั้นมักเกิดขึ้นอย่างแพร่หลายกว้างขวางและบางครั้งมีความโหดร้ายทารุณ จึงสมควรอย่างยิ่งที่ประชาคมระหว่างประเทศจะต้องร่วมมือกันป้องกันปราบปรามและลงโทษผู้กระทำความผิดมิให้เป็นเยี่ยงอย่างต่อไป

3.4.3 หลักกฎหมายศาสนาหรือหลักศาสนา

คำว่า “ศาสนา” ในภาษาไทยมาจากคำสันสกฤต แปลว่า คำสั่งสอน ส่วนคำว่า “religion” ในภาษาอังกฤษมาจากคำลาติน “religis” หมายถึง ความผูกพัน ซึ่งหมายถึงความผูกพันพระเจ้าหรือสิ่งสูงสุดที่อยู่เหนือธรรมชาติ ดังนั้น ศาสนาในความคิดของโลกตะวันตก ศาสนากับพระเจ้าเป็นสิ่งที่แยกจากกันไม่ออก ซึ่งไม่ตรงกับคติของศาสนาพุทธและศาสนาอื่นที่ไม่เชื่อในพระเจ้า อย่างไรก็ตามทุกศาสนาจะมีคำสอนเรื่องศีลธรรมจรรยา คุณงามความดี และจุดมุ่งหมายสูงสุดในชีวิต³²

หลักธรรมทางศาสนาที่เกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงทางเพศของศาสนาหลักทั้งสี่ของโลก คือ ศาสนาพราหมณ์-ฮินดู ศาสนาพุทธ ศาสนาคริสต์ และศาสนาอิสลาม ล้วนแต่ห้ามมิให้ทำร้ายทางเพศต่อผู้อื่น

ศาสนาพราหมณ์-ฮินดู สอนว่า “อย่าทำร้ายผู้อื่นให้บาดเจ็บ ไม่เพียงทำลายผู้อื่นทางใจหรือร่างกาย ไม่พึงเปล่งวาจาที่ก่อความเจ็บใจแก่เพื่อนมนุษย์ทั้งหลาย” (มนูธรรมศาสตร์ 2: 161)

ศาสนาพุทธสอนให้ละเว้นจากการประทุษร้ายในกาม หรือล่วงละเมิดคุ้มครองของผู้อื่นในทางเพศ

ศาสนาคริสต์ตามพันธสัญญาเดิม หรือพระคริสตธรรมคัมภีร์เดิม (Old Testament) ได้กล่าวถึงบัญญัติ 10 ประการ (The Ten Commandment) ที่พระเจ้าทรงประทานไว้แก่โมเสส เพื่อมอบแก่ชาวอิสราเอลไว้ถือปฏิบัติ ในจำนวนบัญญัตินั้นพระเจ้าไม่ให้ฆ่าคนไม่ให้ผิดประเวณี

ศาสนาอิสลามกำหนดข้อห้ามมิให้ฆ่าสิ่งมีชีวิตทุกชนิดโดยเจตนาและไม่มีเหตุผล และห้ามการผิดประเวณีกับหญิงใดๆ รวมทั้งห้ามสิ่งที่มีโอกาสนำไปสู่ประเวณีด้วยเช่นเดียวกัน

กล่าวโดยสรุปแล้ว ศาสนาหลักของโลกทุกศาสนาต่างสอนให้มนุษย์ทุกผู้ทุกนามมีความรักใคร่กัน ให้อยู่ร่วมกันโดยสันติ ไม่ทำร้ายชีวิต ร่างกาย หรือล่วงเกินทางเพศต่อผู้อื่น การล่วงเกินทางเพศต่อผู้อื่นจึงเป็นเรื่องต้องห้าม ผิดศาสนา และผิดศีลธรรมเป็นลักษณะการกระทำที่เป็นความผิดในตัวเอง สังคมระหว่างประเทศจึงไม่อาจจะเลยหรือนิ่งเฉยต่อการล่วงเกินทางเพศ

³²วิทย์ วิศทเวทย์, เสฐียรพงษ์ วรณปก, เสรี พงศ์พิศ และदनัย ไชโยธธา, หนังสือเรียนสังคมศึกษารายวิชา ส 606 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์อักษรเจริญทัศน์, พิมพ์ครั้งที่ 6, 2530) หน้า 2 อ้างถึงใน จันทิมา ลิมปานนท์, “ปัญหากฎหมายและแนวทางเยียวยาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 60.

3.5 ลักษณะทางกฎหมายของการกระทำรุนแรงทางเพศภายใต้ระบบของ กฎหมายระหว่างประเทศ

3.5.1 ลักษณะความเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ

การข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำรุนแรงทางเพศในรูปแบบอื่นได้รับการยอมรับเป็นเวลานานแล้วว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ ตั้งแต่ปี ค.ศ.1474 จำเลยในคดี Peter Hagenbach ซึ่งถือว่าเป็นคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศคดีแรก ก็ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราด้วย แต่การกระทำรุนแรงทางเพศไม่ได้รับการยอมรับให้เป็นอาชญากรรมโดยตัวมันเอง (autonomous crime) กล่าวคือ การข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำรุนแรงทางเพศรูปแบบอื่นไม่ได้เป็นความผิดที่ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ แต่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศเพราะเข้าลักษณะการกระทำอย่างอื่น เช่น การปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม (Inhumane Treatment)³³

การกระทำรุนแรงทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นการข่มขืนกระทำชำเราหรือการกระทำรุนแรงทางเพศรูปแบบอื่น มิได้ถูกจัดให้เป็นลักษณะความผิดโดยตัวเองอย่างชัดเจนในอนุสัญญาต่างๆ มาก่อน กล่าวคือ อนุสัญญาต่างๆ รวมทั้งอนุสัญญาเจนีวา ปี 1949 ทั้งสี่ฉบับไม่มีกรบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราหรือการกระทำรุนแรงทางเพศอื่นเป็นความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศ จนกระทั่งมีการตกลงยอมรับธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ปี 1998 จึงมีการกำหนดให้การกระทำรุนแรงทางเพศ ทั้งหมด 6 ลักษณะเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ โดยเป็นองค์ประกอบความผิดของความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมสงคราม ซึ่งทั้งสองฐานความผิดนี้ นับเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เก่าแก่ดั้งเดิม และเป็นความผิดสำคัญซึ่งอยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ

อาชญากรรมระหว่างประเทศ คือการกระทำความผิดทางอาญา ซึ่งมีลักษณะร้ายแรง และประเทศส่วนใหญ่ต่างเห็นร่วมกันว่ากระทบกระเทือนต่อความสงบสุขของสังคมระหว่างประเทศโดยรวมอย่างมาก (ความหมายตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ.1998 มาตรา 1)

³³Kristen Boon, "Rape and forced pregnancy under the ICC statute: Human dignity, autonomy, and consent," *Columbia Human Rights Law Review* Vol. 32, No. 3 (Summer 2001). pp.636-637.

ก่อนที่การกระทำรุนแรงทางเพศจะถูกระบุชัดในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ การกระทำรุนแรงทางเพศเคยถูกระบุเป็นความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างชัดเจนในธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย และธรรมนูญศาลระหว่างประเทศรวันดา แต่ธรรมนูญทั้งสองนี้ไม่ได้เกิดจากข้อตกลงของรัฐต่างๆ หรืออนุสัญญาแต่อย่างใด แต่เกิดขึ้นจากข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงของสหประชาชาติ ซึ่งมีอำนาจรักษาความสงบเรียบร้อยในประชาคมระหว่างประเทศตามธรรมนูญสหประชาชาติหมวด 7 การกระทำรุนแรงทางเพศตามธรรมนูญทั้งสองแยกออกได้เป็น 4 ลักษณะดังนี้

1. การข่มขืนกระทำชำเรา
2. การบังคับให้เป็นโสเภณี
3. การบังคับให้เป็นหมัน
4. การกระทำรุนแรงทางเพศรูปแบบอื่น

การข่มขืนกระทำชำเราจะเป็นองค์ประกอบความผิดของความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย มาตรา 5 (g) และธรรมนูญศาลระหว่างประเทศรวันดา มาตรา 3 (g) กับเป็นองค์ประกอบความผิดฐานกระทำการฝ่าฝืนมาตรา 3 ของอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศรวันดา มาตรา 4 (e)

การบังคับให้เป็นโสเภณีเป็นองค์ประกอบความผิดของความผิดฐานกระทำการฝ่าฝืนมาตรา 3 ของอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศรวันดา มาตรา 4 (e)

การบังคับให้เป็นหมันเป็นองค์ประกอบความผิดของฐานความผิดฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย มาตรา 4 (d) และธรรมนูญศาลระหว่างประเทศรวันดา มาตรา 2 (d) ในความหมายของการกำหนดมาตรการที่เจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม

ส่วนการกระทำรุนแรงทางเพศรูปแบบอื่นถูกจัดเป็นองค์ประกอบความผิดของความผิดฐานกระทำการฝ่าฝืน มาตรา 3 ของอนุสัญญาเจนีวา ทั้ง 4 ฉบับ และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศรวันดา มาตรา 4 (e) ในความหมายของการทำร้ายทางเพศรูปแบบใดๆ (any form of indecent assault)

สำหรับธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ตามที่กล่าวแล้วในตอนต้นว่าได้บัญญัติให้การกระทำรุนแรงทางเพศทั้ง 6 ลักษณะเป็นองค์ประกอบความผิดของความผิดฐานอาชญา

กรรมต่อมนุษยชาติ ตามมาตรา 7 และอาชญากรรมสงคราม ตามมาตรา 8 ซึ่งลักษณะของความผิด ทั้งสองฐานความผิดนี้เป็นความผิดที่เกิดขึ้นในสถานการณ์ต่างกัน 3 สถานการณ์ ดังนี้

1. ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติเป็นความผิดที่เกิดขึ้นในสถานการณ์ที่มีการโจมตีต่อประชาชนพลเรือนอย่างเป็นระบบหรือแพร่ไปอย่างกว้างขวาง
2. ความผิดฐานอาชญากรรมสงครามแบ่งเป็นความผิดที่เกิดขึ้นใน 2 สถานการณ์ ดังนี้
 - 2.1 สถานการณ์ความขัดแย้งทางอาวุธ ซึ่งมีลักษณะหว่างประเทศ
 - 2.2 สถานการณ์ความขัดแย้งทางอาวุธ ซึ่งไม่มีลักษณะหว่างประเทศหรือความขัดแย้งทางอาวุธภายในประเทศ

จะเห็นได้ว่าธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศให้ความสำคัญต่อการกระทำรุนแรงทางเพศมาก มีการแบ่งลักษณะการกระทำรุนแรงทางเพศออกเป็น 6 ลักษณะทุกลักษณะเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและอาชญากรรมสงคราม³⁴

ผู้กระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศจะต้องรับผิดชอบส่วนตัว³⁵ และแม้จะกระทำในนามของรัฐก็ไม่อาจอ้างความคุ้มกัน (immunity)³⁶ หรืออ้างการกระทำตามคำสั่งของรัฐบาลหรือผู้บังคับบัญชาเพื่อให้พ้นความผิดด้วย³⁷ ตัวผู้บังคับบัญชาซึ่งเป็นผู้ออกคำสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำความผิดจะต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้กระทำความผิดด้วย³⁸ และแม้จะไม่ได้ออกคำสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำความผิด หากตนเองรู้หรือควรรู้ว่าผู้ใต้บังคับบัญชาจะกระทำความผิด แต่ไม่ห้ามปรามหรือป้องกัน หรือไม่ลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาที่ได้กระทำความผิด ผู้บังคับบัญชาก็จะต้องมีความผิดด้วย³⁹

³⁴Rome Statute of the International Criminal Court 1998, Article 7, 8.

³⁵Rome statute of International Criminal Court Article 25(2)(a)

³⁶Ibid., Article 27(2)

³⁷Ibid., Article 33

³⁸Ibid., Article 25(3)(b)

³⁹Ibid., Article 28

3.5.2 ลักษณะของการละเมิดสิทธิมนุษยชน

จากความพยายามสร้างศาลอาญาระหว่างประเทศถาวรหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้เริ่มในปี 1949 เมื่อคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศเริ่มงานเกี่ยวกับการร่างประมวลความผิด (Draft Code of Offenses) และร่างธรรมนูญเพื่อก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศในปีถัดมา แต่ต้องมาประสบกับการเมืองแบบสงครามเย็นและผลของสงครามตัวแทน ทำให้การก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศไม่ประสบผลสำเร็จ แต่ส่งผลให้อนุสัญญาและสนธิสัญญาระหว่างประเทศกลายเป็นสิ่งนำไปสู่กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในยุคหลังสงคราม ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ได้รับรองอิสระเสรีของมนุษย์และความเท่าเทียมกันทั้งศักดิ์ศรีและสิทธิของมนุษย์ทุกคน โดยไม่มีการจำแนกความแตกต่างในเรื่องใดๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมืองหรือความเห็นอื่นใด ชาติหรือสังคมอันเป็นที่มาเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นใด สิทธิที่ได้รับการรับรองอย่างเท่าเทียมเสมอกันมีทั้งสิทธิในการดำรงชีวิต ในเสรีภาพ และในความมั่นคงแห่งร่างกาย บุคคลใดจะถูกบังคับให้เป็นทาสหรืออยู่ในภาวะจำยอมใดๆ มิได้จะถูกทรมานหรือได้รับการปฏิบัติหรือการลงทัณฑ์ซึ่งทารุณโหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือหยามเกียรติมิได้⁴⁰ การกระทำรุนแรงทางเพศหรือการทำร้ายทางเพศเป็นการละเมิดต่อเนื้อตัวร่างกายหรือความมั่นคงแห่งร่างกาย เป็นการบังคับให้คนอยู่ในภาวะจำยอม ทรมาน หรือปฏิบัติการซึ่งทารุณโหดร้าย ไร้มนุษยธรรมและหยามเกียรติแห่งความเป็นมนุษย์ ซึ่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนห้ามไว้เพื่อปกป้องคุ้มครอง อิสระเสรีของมนุษย์ทุกคน จึงมีลักษณะของการละเมิดสิทธิมนุษยชน

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศรูปแบบหนึ่ง โดยหลักจึงมีผลผูกพันต่อรัฐซึ่งร่วมตกลงด้วยหรือรัฐซึ่งเป็นภาคีสมาชิก เว้นแต่ว่าข้อตกลงใดจะเป็นข้อตกลงกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศอยู่แล้วหรือกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) ก็จะมีผลผูกพันแม้รัฐที่ไม่ได้ร่วมตกลงหรือเป็นภาคีด้วย ซึ่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนอาจกล่าวได้ว่ามีลักษณะของข้อตกลงที่เป็นกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) จึงย่อมมีผลผูกพันรัฐทุกรัฐในประชาคมโลกให้ต้องยึดถือปฏิบัติตาม

⁴⁰ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1984 ข้อ 1 – ข้อ 5

3.5.3 ลักษณะการคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ

การทำร้ายทางเพศต่อสตรีและเด็กอย่างเป็นระบบและแพร่หลายอย่างกว้างขวาง มีนโยบายสนับสนุนต่อกลุ่มสตรีและเด็ก เผ่าพันธุ์ใดเผ่าพันธุ์หนึ่ง หรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งย่อมมีผลกระทบต่อเผ่าพันธุ์หรือกลุ่มเฉพาะของสตรีและเด็กนั้นอย่างร้ายแรงจนถึงขั้นสูญเสียลักษณะเฉพาะของกลุ่มหรือถูกกลืนชาติได้ ลักษณะการคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศจึงรุนแรงถึงขั้นทำลายชนชาติใดชนชาติหนึ่งในสังคมโลกได้ และย่อมเป็นที่หวาดกลัวต่อชนชาติอื่นๆ ว่าอาจถูกคุกคามโดยวิธีการเดียวกันอีก ฉะนั้นประชาคมโลกจึงไม่อาจละเลยปล่อยให้รัฐใดรัฐหนึ่งหรือกลุ่มชนใดกลุ่มชนหนึ่งใช้วิธีการทำร้ายทางเพศต่อสตรีและเด็กของกลุ่มชนอื่นเป็นนโยบายในการทำลายล้างกลุ่มชนอื่น

ประชาคมระหว่างประเทศจึงต้องร่วมมือกันนำตัวผู้กระทำผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศลักษณะนี้มาลงโทษ มีหลักเกณฑ์การดำเนินการเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดอย่างมีประสิทธิภาพและสามารถก่อให้เกิดผลอย่างจริงจังเป็นรูปธรรมไม่ปล่อยให้ผู้กระทำผิดลอยนวลไม่ถูกลงโทษ ซึ่งจะเป็นประเด็นปัญหาที่จะศึกษาวิเคราะห์ในบทต่อไป

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย