

บทที่ 3

ศาลอาญาระหว่างประเทศกับความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม

จากความพยายามจัดตั้งศาลระหว่างประเทศขึ้นเพื่อพิจารณาการกระทำความผิดอาญาระหว่างประเทศรวมทั้งการกระทำความผิดที่เป็นอาชญากรรมสงครามด้วยนั้น ได้พัฒนาเรื่อยมาจากทั้งอนุสัญญาต่างๆ ที่ห้ามการกระทำที่เป็นการละเมิดกฎหมายและจารีตประเพณีในการทำสงคราม และเมื่อมีการกระทำที่เป็นการละเมิดกฎหมายและจารีตประเพณีในการทำสงครามแล้ว ก็เกิดความพยายามในการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศขึ้นมาพิจารณาคดีต่อผู้กระทำความผิด โดยศาลที่ตั้งขึ้นในอดีตจะเป็นศาลทหารในลักษณะของศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจ (an ad hoc international tribunal) โดยแนวโน้มได้ปรากฏเป็นรูปธรรมชัดเจนขึ้นตั้งแต่สงครามโลกครั้งที่สอง จากการจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศขึ้นที่นูเรมเบิร์กและโตเกียว ซึ่งมีลักษณะเป็นเพียงศาลเฉพาะกิจ¹ สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้จัดให้มีการประชุมเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศขึ้น² เพื่อเป็นศาลระหว่างประเทศถาวรมีเขตอำนาจศาลเหนือบุคคลในกรณีอาชญากรรมสงครามที่ร้ายแรงที่จะต้องไม่ถูกปล่อยไปโดยมิได้รับการลงโทษ

3.1 ศาลอาญาระหว่างประเทศ

ศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้มีวิวัฒนาการมาจนเป็นรูปธรรมตั้งแต่สงครามโลกครั้งที่สอง โดยมีความพยายามในการปรับปรุงข้อบกพร่องของกระบวนการยุติธรรมระหว่างประเทศซึ่งมีผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมภายในประเทศต่าง ๆ และเกี่ยวกับผู้ปกครองประเทศทั้งผู้นำทางการเมืองและผู้นำทางกองทัพ โดยเฉพาะผู้ที่มีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบายหรือมีอำนาจในการตัดสินใจและสั่งการต่าง ๆ ที่ก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศ ซึ่งก่อนหน้านี้ในทางปฏิบัติแล้ว รัฐไม่อาจนำตัวผู้กระทำความผิดดังกล่าวมาลงโทษได้ ด้วยเหตุผลประการต่าง ๆ กัน ทั้งนี้เนื่องจากหลักอธิปไตยทำให้รัฐต่าง ๆ ต้องเคารพเอกราชและบูรณภาพแห่งดิน

¹ จารุรงค์ ธีระวัฒน์, เอกสารประกอบการอภิปรายของกล่มกฎหมายความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ สำหรับการประชมนิติศาสตร์แห่งชาติ ประจำปี 2543 วันที่ 14-15 กันยายน 2543, กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543. (อัดสำเนา), หน้า1-2.

² United Nations Department of Public Information [Online] Available from: http://www.un.org/ictj/United_Nations_Convention_on_the_Legislation_of_an_International_Criminal_Court_files/usqpress.html [IP: 3 May, 18]

แดนของรัฐอื่น รวมทั้งต้องงดเว้นการแทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่น และการใช้เขตอำนาจรัฐสากล (Universal Jurisdiction) ไม่สามารถใช้ได้ครอบคลุมทุกความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศ ทำให้ในหลายกรณีรัฐไม่สามารถดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพ³

3.1.1 ความจำเป็นในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ

อาชญากรรมซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นอาชญากรรมร้ายแรงที่เป็นภัยต่อมวลมนุษยชาติ ซึ่งโดยหลักแล้วอาชญากรรมเหล่านี้ก็เป็นความผิดซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลภายในประเทศอยู่แล้ว ดังนั้นศาลอาญาภายในประเทศทั้งศาลอาญาและศาลทหาร ย่อมมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาผู้กระทำความผิดเหล่านี้ แต่เนื่องจากผู้กระทำความผิดเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐในการกระทำความผิดเสียเอง การที่จะอาศัยอำนาจรัฐภายในประเทศด้วยกันเองลงโทษผู้กระทำผิดจึงเป็นเรื่องยากหรือแทบจะเป็นไปไม่ได้ และมักไม่ประสบผลสำเร็จในการนำตัวบุคคลเหล่านั้นมาลงโทษ ซึ่งมีตัวอย่างมากมายนับแต่อดีต จนคณะมนตรีความมั่นคงของสหประชาชาติต้องตั้งศาลระหว่างประเทศขึ้นเพื่อพิจารณาคดีบุคคลผู้กระทำความผิดอาชญากรรมร้ายแรงในประเทศเหล่านั้น ซึ่งเหตุผลต่างๆ เหล่านี้เองที่จำเป็นต้องจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศขึ้นเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องที่ระบบยุติธรรมทางอาญาภายในประเทศไม่สามารถจัดการกับผู้กระทำความผิดอาชญากรรมร้ายแรง⁴

สถานการณ์ที่ไม่สงบเกิดขึ้นหลายแห่งในโลก และยังคงเกิดต่อเนื่องจนถึงปัจจุบัน ซึ่งเมื่อเกิดสถานการณ์เหล่านี้มักจะมีการกระทำความผิดที่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศเกิดขึ้นด้วยเสมอ รวมทั้งความผิดฐานอาชญากรรมสงครามด้วย เช่น สถานการณ์ที่ประเทศติมอร์ตะวันออก ที่เพิ่งจะสงบเมื่อไม่นานมานี้ สถานการณ์ในแคว้นอาเจห์ของประเทศอินโดนีเซีย รวมทั้งสถานการณ์ที่สาธารณรัฐเซียร์ราลีโอน โดยสถานการณ์ความไม่สงบเหล่านี้ประเทศต่างๆ ได้มีการส่งกองกำลังทหารเข้าไปประจำการเพื่อรักษาสันติภาพในพื้นที่เหล่านั้น สำหรับประเทศ

³ จารุรงค์ ธีระวัฒน์, เอกสารประกอบการอภิปรายของกลุ่มกฎหมายความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ สำหรับการประชมนิติศาสตร์แห่งชาติ ประจำปี 2543 วันที่ 14-15 กันยายน 2543, น.1-2.

⁴ United Nation High Commissioner for Refugees UNHCR and the establishment of an international criminal court: some comments on the draft statute, [Online] Available from: <http://www.un.org/press/unhcr/030101.htm> [2001, December 30], pp.1-2.

สหรัฐอเมริกาเอง ก็ได้มีการส่งกองกำลังทหารประมาณ 200,000 นาย เข้าไปประจำการอยู่ใน 40 ประเทศทั่วโลก ซึ่งในประเด็นนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกา มีความกังวลในเรื่องนี้มาก⁵ จึงได้มีความพยายามทำความตกลงระหว่างประเทศแบบทวิภาคีกับประเทศต่าง ๆ เพื่อยกเว้นการส่งตัวผู้กระทำความผิดที่เป็นคนชาติอเมริกัน ไม่ให้มีการดำเนินคดีในรัฐที่การกระทำความผิดเกิดขึ้น หรือไม่ให้ส่งตัวผู้กระทำความผิดไปดำเนินคดียังศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่ให้ส่งตัวผู้กระทำความผิดให้ประเทศสหรัฐอเมริกาดำเนินคดีเอง ซึ่งจะได้กล่าวถึงในบทต่อไป

นอกจากนี้ โดยลักษณะของการกระทำความผิดฐานอาชญากรรมสงครามตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น สามารถกระทำในลักษณะเป็นวงแคบ (small scale) ในสถานการณ์ที่เกิดการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ (international armed conflict) หรือในสถานการณ์ที่เกิดการขัดกันด้วยอาวุธอื่นไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ (non-international armed conflict) ซึ่งต่างจากอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติและอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ประเทศสหรัฐอเมริกาเองได้มีการส่งกองกำลังทหารประมาณ 200,000 นาย เข้าไปประจำการอยู่ใน 40 ประเทศทั่วโลก ซึ่งอาจเป็นหนทางที่ทำให้ทหารของประเทศสหรัฐอเมริกา ถูกกล่าวหาว่ากระทำอาชญากรรมสงครามได้ ยกตัวอย่างเช่น หากประชาคมระหว่างประเทศจัดตั้งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศนี้ ก่อนเกิดสงครามเวียดนาม ก็มีความเป็นไปได้ว่า ทหารของประเทศสหรัฐอเมริกา อาจถูกฟ้องร้องในข้อหากระทำอาชญากรรมสงครามได้⁶

ประเทศไทยเองก็ได้มีการส่งทหารไปร่วมในการรักษาสันติภาพทั้งใน ประเทศติมอร์ตะวันออก ในแคว้นอาเจห์ของประเทศอินโดนีเซีย รวมทั้งที่สาธารณรัฐเซียร์ราลีโอน ด้วย ทั้งนี้ หากเกิดมีการกระทำความผิด ที่อาจเข้าข่ายเป็นการกระทำความผิดฐานอาชญากรรมสงครามตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว ทหารไทยที่ถูกส่งไปประจำการเพื่อรักษาสันติภาพนั้น อาจถูกฟ้องร้องดำเนินคดีในข้อหาก่ออาชญากรรมสงคราม ซึ่งหากประเทศไทยไม่มีกฎหมาย ที่ใช้ในการพิจารณาการกระทำความผิดฐานอาชญากรรมสงครามโดยตรง อาจก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ในกรณีนี้

⁵ Cara Levy Rodriguez, "Slaying the monster : why the United States should not support the Rome Treaty," American University International Law Review V. 4, Number 3, (Washington : American University Washington College of Law, 1999) , p.813

⁶ Ibid.

ไทยเข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ จะต้องพิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายที่มีอยู่ ว่าสอดคล้องกับธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศหรือไม่อย่างไร ซึ่งหากกฎหมายภายในที่มีอยู่ไม่สอดคล้องกับธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ก็ต้องพิจารณาต่อไปว่าในกรณีที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ จะทำการแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่เดิมให้สอดคล้องกับธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ หรือจะทำการอนุวัติธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศมาใช้เป็นกฎหมายภายในประเทศ หรืออาจร่างกฎหมายขึ้นใหม่ให้สอดคล้องกับธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

3.1.2 ความเป็นมาของการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ

จากความพยายามจัดตั้งศาลระหว่างประเทศขึ้นเพื่อพิจารณาการกระทำความผิดอาญาระหว่างประเทศรวมทั้งการกระทำความผิดที่เป็นอาชญากรรมสงครามด้วยนั้น ได้พัฒนาเรื่อยมาจากทั้งอนุสัญญาต่างๆ ที่ห้ามการกระทำที่เป็นการละเมิดกฎหมายและจารีตประเพณีในการทำสงคราม และเมื่อมีการกระทำที่เป็นการละเมิดกฎหมายและจารีตประเพณีในการทำสงครามแล้ว ก็เกิดความพยายามในการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศขึ้นมาพิจารณาคดีต่อผู้กระทำความผิด โดยศาลที่ตั้งขึ้นในอดีตจะเป็นศาลทหารในลักษณะของศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจ (an ad hoc international tribunal) โดยแนวโน้มนำได้ปรากฏเป็นรูปธรรมชัดเจนขึ้นตั้งแต่สงครามโลกครั้งที่สอง จากการจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศขึ้นที่นูเรมเบิร์กและโตเกียว ซึ่งมีลักษณะเป็นเพียงศาลเฉพาะกิจ⁷ ที่ตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาคดีเฉพาะเมื่อการกระทำความผิดเกิดขึ้น ซึ่งผลจากคำพิพากษาของศาลทหารระหว่างประเทศขึ้นที่นูเรมเบิร์กและโตเกียว ก่อให้เกิดความต้องการพัฒนาศาลอาญาระหว่างประเทศที่ถาวร โดยความพยายามที่จะสร้างศาลอาญาระหว่างประเทศถาวรได้เริ่มในปี 1949 เมื่อคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศเริ่มงานเกี่ยวกับการร่างประมวลความผิด (Draft Code of Offenses) และร่างธรรมนูญเพื่อก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศในปีถัดมา แต่ไม่ประสบผลสำเร็จ⁸ ศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นผลจากการเจรจาทางการทูตเป็นเวลา 4 ปี โดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้จัดให้มีการประชุมเพื่อจัดตั้งศาล

⁷ จารุรงค์ ธีระวัฒน์, เรื่องเดิม, น.1-2

⁸ Evo Popoff, "Inconsistency and impunity in international human rights law: can the international criminal court solve the problems raised by the Rwanda and Augusto Pinochet cases," The George Washington International Law Review Volume 33, No 2 (2001): 366.

อาญาระหว่างประเทศ ขึ้นในปี 1998⁹ เพื่อเป็นศาลระหว่างประเทศถาวรมีเขตอำนาจศาลเหนือบุคคลในกรณีอาชญากรรมสงครามที่ร้ายแรงที่จะต้องไม่ถูกลบออกไปโดยมิได้รับการลงโทษ

ต่อมาได้มีการประชุมทางการทูตเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ณ กรุงโรม ประเทศ อิตาลี ระหว่างวันที่ 15 มิถุนายน ถึงวันที่ 17 กรกฎาคม พ.ศ.2541¹⁰ โดยผลการประชุมทางการทูตเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศในครั้งนั้น รัฐสมาชิกสหประชาชาติส่วนใหญ่ต่างเห็นพ้องต้องกันว่า ควรมีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยสนธิสัญญาพหุภาคี ซึ่งภายหลังการประชุมได้มีการลงนามในกรรมสารสุดท้าย (Final Act) รับรองธรรมนูญกรุงโรม ว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ เมื่อวันที่ 18 กรกฎาคม 2541 โดยมีรัฐลงนามจำนวน 127 รัฐ (รวมทั้งประเทศไทย)¹¹ และสนธิสัญญาจัดตั้งศาลดังกล่าวได้เปิดให้มีการลงนาม ณ กระทรวงการต่างประเทศอิตาลี จนถึงวันที่ 17 ตุลาคม 2541 หลังจากนั้นจะเปิดให้มีการลงนามเข้าเป็นภาคีธรรมนูญศาล ที่สำนักงานใหญ่สหประชาชาติ ณ นครนิวยอร์ก จนถึงวันที่ 31 ธันวาคม 2543 (ค.ศ.2000) ซึ่งสถานะล่าสุดเมื่อวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2546 (ค.ศ.2003) ได้มีรัฐลงนามในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว จำนวน 139 รัฐ และมีรัฐให้สัตยาบันธรรมนูญศาลแล้วจำนวน 89 รัฐ เมื่อวันที่ 11 เมษายน 2545 (ค.ศ.2002)¹²

ตามที่กำหนดไว้ในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศข้อ 126 คือธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ จะมีผลบังคับใช้ภายหลังจากที่มีรัฐให้สัตยาบันสนธิสัญญา

⁹ United Nations Department of Public Information, [Online] Available from: <http://www.un.org/icc/United Nations Conference on the Establishment of an International Criminal Court files/engpress.html> [1998 May, 18] p.1.

¹⁰ United Nations Department of Public Information, [Online] Available from: http://www.un.org/icc/UN_to_establish_ICC_Files/mediaadv.html [1998 May] pp.2-3.

¹¹ กนกวรรณ ภิบาลชนม์, “รายงานการประชุมทางการทูตเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ณ กรุงโรม ประเทศอิตาลี ระหว่างวันที่ 15 มิถุนายน – 17 กรกฎาคม 2541,” กระทรวงการต่างประเทศ, น.31 (อัดสำเนา), อ้างถึงใน กรรภิรมย์ สุนทรนาเวิน, ศาลอาญาระหว่างประเทศ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า.53.

¹² Iccnow, [Online] Available from: <http://www.iccnw.org/iccnow/iccnow.html> [2003 Feb] p.1.

หรืออากาศยานวิติ จำนวน 60 รัฐ โดยปัจจุบัน ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ มีผลใช้บังคับแล้ว เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2545 (ค.ศ.2002) ¹³

3.1.3 เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ

ความสัมพันธ์ระหว่างศาลอาญาระหว่างประเทศกับศาลภายใน ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นไปตามหลักการเสริมเขตอำนาจศาลภายใน (complementarity) โดยที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะพิจารณาเฉพาะกรณีของอาชญากรรมที่ร้ายแรงอย่างอื่น ซึ่งกระบวนการยุติธรรมของศาลภายในไม่อาจใช้ได้หรือไม่มีประสิทธิภาพ หลักการเสริมเขตอำนาจศาลภายในของศาลอาญาระหว่างประเทศ ไม่ใช่เรื่องของการใช้เขตอำนาจซ้อนกันและโดยหลักการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น มุ่งหมายให้ศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นศาลที่สร้างขึ้นมาเพื่อเสริมเขตอำนาจศาลภายในรัฐให้สมบูรณ์ โดยที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีเขตอำนาจ ในกรณีที่การพิจารณาคดีภายในของรัฐเป็นไปในลักษณะที่จะช่วยให้ผู้ถูกกล่าวหา หลุดพ้นจากความรับผิดชอบ หรือมีความล่าช้าอย่างไม่สมเหตุสมผล หรือ มิได้เป็นไปอย่างอิสระและเป็นกลาง ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันว่าเมื่อระบบยุติธรรมภายในของรัฐไม่สามารถใช้การได้อย่างมีประสิทธิภาพ ศาลอาญาระหว่างประเทศจะเป็นผู้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเอง

หลักการเสริมเขตอำนาจศาลภายในของรัฐนั้นมีที่มาและพัฒนาการสืบเนื่องจากความพยายามในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศถาวร และแนวปฏิบัติในการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจ โดยข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ โดยที่รัฐส่วนใหญ่มีความหวงแหนในอำนาจอธิปไตยของตนเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะการใช้เขตอำนาจในทางตุลาการหรือการดำเนินกระบวนการยุติธรรม ความหวงแหนในอำนาจอธิปไตยของรัฐจึงมีส่วนสำคัญที่ทำให้เกิดหลักการเสริมเขตอำนาจศาลภายในของรัฐ (principle of complementarity)

การที่ศาลอาญาระหว่างประเทศ และศาลภายในของรัฐ ต่างมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมที่เกิดขึ้นในลักษณะที่ศาลทั้งสองต่างมีเขตอำนาจศาลร่วมกัน (concurrent jurisdiction) ที่จะดำเนินคดีกับความผิดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลนั้น อาจก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติตามมาหลายประการ เช่น ปัญหาการทับซ้อนกันในการสืบสวนสอบสวนคดี ปัญหาการรับคดีเข้าสู่ศาล หรือปัญหาการฟ้องซ้ำและการให้ความร่วมมือของรัฐในทางอาญากับศาลอาญาระหว่างประเทศ

¹³ Ibid.

หนึ่งอย่างใด ที่ฝ่าฝืนกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง หรือ สั่งการอย่างหนึ่งอย่างใด ในลักษณะที่ฝ่าฝืนกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงในลักษณะของการก่ออาชญากรรมสงคราม การนำตัวบุคคลดังกล่าวมาดำเนินคดีในศาลภายในประเทศจึงเป็นสิ่งที่เป็นไปไม่ได้หรือเป็นไปได้ยาก แม้จะมีแรงกดดันจากภายนอกและภายในเรียกร้องให้มีการนำตัวบุคคลดังกล่าวมาดำเนินคดี ก็อาจมีการให้ความช่วยเหลือให้บุคคลดังกล่าวหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ หรือรับผิดชอบไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำที่ได้ดำเนินไปเนื่องจากศาลภายในของรัฐได้รับผลกระทบทางการเมืองและอิทธิพลอื่น ๆ เข้าครอบงำ ทำให้การดำเนินคดีเป็นไปอย่างไม่มีประสิทธิภาพ หรือเป็นไปได้เพื่อช่วยเหลือบุคคลดังกล่าวมิให้ถูกนำตัวไปดำเนินคดีในศาลระหว่างประเทศ การใช้อำนาจในทางตุลาการของรัฐจึงไม่สามารถดำเนินการได้ หรือดำเนินการได้อย่างไม่มีประสิทธิภาพ¹⁵ ศาลอาญาระหว่างประเทศจะเป็นองค์กรที่จะทำหน้าที่ อำนาจความยุติธรรมแทนศาลภายในของรัฐที่ไม่สามารถดำเนินการได้ หรือทำหน้าที่ในการเกื้อหนุนและส่งเสริมระบบยุติธรรมทางอาญาของรัฐ เพื่อให้สามารถดำเนินการกับบุคคลผู้ประกอบอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงได้ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

นอกจากนี้ หลักการเสริมเขตอำนาจศาลภายในของรัฐ ยังได้มีพัฒนาการสืบเนื่องมาจากหลักการที่ใช้ในศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจซึ่งเป็นศาลที่จัดตั้งขึ้น โดยข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ และเกิดขึ้นเนื่องจากกระบวนการในการจัดตั้ง ศาลอาญาระหว่างประเทศถาวร ซึ่งเป็นความต้องการของรัฐส่วนใหญ่ที่ต้องการจัดตั้งองค์กรระหว่างประเทศถาวรที่มีเขตอำนาจในทางอาญาระหว่างประเทศที่มีความเป็นอิสระ เป็นองค์กรที่เป็นกลางและมีลักษณะถาวร มิใช่การจัดตั้งศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจที่เป็นศาลที่จัดตั้งขึ้นโดยประเทศผู้ชนะดังเช่นที่เคยจัดตั้งมาในอดีต

ลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ กับศาลภายในของรัฐนั้น จากที่กล่าวมาข้างต้นแล้วว่าการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศมีจุดประสงค์เพื่อที่จะเป็นศาลที่มาเสริมเขตอำนาจทางอาญาของศาลภายในของรัฐ (to be “complementary” to national criminal justice system) ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศกับเขตอำนาจศาลภายในของรัฐจึงถูกกำหนดไว้ โดยหลักการเสริมเขตอำนาจศาลภายใน

¹⁵ United Nations, Report of the International Law Commission of its forty-sixth session, [Online] Available from: <http://www.unhcr.org/refugees/pdf/ILC-46-annex-1.pdf> [2002, October 1], pp. 43-44.

ในของรัฐ ที่เรียกกันว่า “หลัก Complementarity” โดยหลัก Complementarity นี้ได้กำหนดไว้ใน ส่วนย่อหน้าที่ 10 ของอารัมภบทของธรรมนูญ¹⁶ และข้อ 1 ของ ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาล อาญาระหว่างประเทศ¹⁷

การกำหนดหลักการเสริมเขตอำนาจศาลภายในของรัฐไว้ในอารัมภบท (preamble) ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ เป็นการสะท้อนให้เห็นถึงวัตถุประสงค์หลักเบื้องต้น อย่างชัดเจนของการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศว่า มีจุดมุ่งหมายให้ศาลอาญาระหว่าง ประเทศ เป็นกลไกเสริมระบบยุติธรรมทางอาญาของรัฐ และเป็นการสร้างกลไกในการดำเนิน กระบวนการพิจารณาคดีกับผู้กระทำความผิด ในกรณีที่รัฐไม่สามารถดำเนินกระบวนยุติธรรม ทางอาญากับบุคคลดังกล่าวได้ หรือระบบยุติธรรมทางอาญาของรัฐไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่ จะลงโทษผู้กระทำความผิด

นอกจากนี้ การกำหนดให้ศาลอาญาระหว่างประเทศ เป็นกลไกเสริมเขตอำนาจศาลภายในของรัฐที่มีอยู่จะเป็นการส่งเสริมความร่วมมือทางอาญาระหว่างประเทศ และเป็นการยอมรับ เขตอำนาจศาลของรัฐที่มีอยู่ ทั้งนี้ เพื่อให้การดำเนินคดีและการบังคับคดีของศาลอาญาระหว่าง ประเทศเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และได้รับความร่วมมือจากรัฐอย่างเต็มที่ภายใต้ระบบของ ความร่วมมือที่มีอยู่ ไม่ว่าจะเป็นระบบความร่วมมือทางอาญาของรัฐหรือภายใต้ กลไกการส่งผู้ร้ายข้ามแดน (extradition) ซึ่งหากได้รับความร่วมมือเป็นอย่างดีจากรัฐก็จะทำให้ บรรลุวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งศาลในการป้องกัน และปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศ

หลักการเสริมเขตอำนาจศาลภายในของรัฐ (Complementarity) จึงเป็นหลักการสำคัญที่ เกี่ยวกับการจัดสรรเขตอำนาจระหว่าง เขตอำนาจศาลภายในของรัฐและเขตอำนาจของศาล อาญาระหว่างประเทศ และเป็นหลักการที่สะท้อนให้เห็นว่า ศาลอาญาระหว่างประเทศที่จัดตั้ง

¹⁶ “ย้ำ ว่าศาลอาญาระหว่างประเทศที่จัดตั้งขึ้นภายใต้ธรรมนูญศาลฯ นี้ ต้องเสริมเขตอำนาจในทาง อาญาของรัฐ”

¹⁷ “ศาลอาญาระหว่างประเทศ (“ศาลฯ”) ได้รับการจัดตั้งขึ้น โดยธรรมนูญศาลฯ นี้ ศาลฯ ต้องเป็น สถาบันถาวร และมีอำนาจที่จะใช้เขตอำนาจศาลของตนเหนือบุคคลในกรณีอาชญากรรมที่ร้ายแรงที่สุด ซึ่งมี ผลให้นานาประเทศมีความห่วงใยตามนัยของธรรมนูญศาลฯ นี้ และต้องเสริมเขตอำนาจในทางอาญาของรัฐ เขตอำนาจและหน้าที่ของศาลฯ ต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติของธรรมนูญศาลฯ นี้”

ขึ้นมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะเป็นกลไกเสริมเขตอำนาจของศาลภายใน มิได้มีจุดประสงค์ที่จะใช้แทนที่การดำเนินการและเขตอำนาจของศาลภายในของรัฐ

หลักการเสริมเขตอำนาจศาลภายในของรัฐนอกจากจะใช้ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ กับเขตอำนาจของศาลภายใน ประเทศแล้ว ยังเป็นหลักการที่นำมาใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างศาลอาญาระหว่างประเทศและศาลภายในของรัฐในเรื่องอื่นๆ ด้วย โดยเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเขตอำนาจศาล การรับคดีเข้าสู่ศาล การส่งผู้ร้ายข้ามแดน และการให้ความร่วมมือทางอาญาระหว่างประเทศ ดังนั้น การจัดการอย่างเหมาะสมโดยอาศัยหลักการเสริมเขตอำนาจศาลภายในของรัฐ จะเป็นการแก้ไขปัญหาการขัดกันระหว่างเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศถาวรกับเขตอำนาจศาลภายในของรัฐ ให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งศาล และเพื่อเอื้ออำนวยให้การดำเนินคดีกับ บุคคลผู้ประกอบอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศถาวรจัดตั้งขึ้น เพื่อที่จะใช้เขตอำนาจทางอาญาระหว่างประเทศเหนือบุคคลที่ประกอบอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงที่สุด ตามที่กำหนดไว้ในธรรมนูญศาลฯ และการจัดตั้งศาลขึ้นนี้ เพื่อเป็นการเสริมเขตอำนาจศาลทางอาญาของศาลภายในของรัฐ โดยหน้าที่และการดำเนินการของศาลอาญาระหว่างประเทศจะเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในธรรมนูญศาล

ดังนั้น รัฐมีส่วนสำคัญในการรักษาไว้ซึ่งความยุติธรรมและความรับผิดชอบในการฟ้องร้องคดี ในกรณีที่มีการกระทำอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายของรัฐและกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ขณะเดียวกัน รัฐก็มีหน้าที่ต้องรักษาผลประโยชน์ของสังคมระหว่างประเทศโดยส่วนรวมไว้ โดยผ่านกระบวนการกฎหมายภายในต่างๆ ของรัฐ อย่างไรก็ตาม หลักการเสริมเขตอำนาจศาลภายในของรัฐจะต้องรักษาไว้ซึ่งความสำคัญของเขตอำนาจศาลภายในของรัฐ (national jurisdictions) อีกทั้งยังต้องรักษาไว้ซึ่งความสำคัญของเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศด้วย โดยมีให้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นเพียงเขตอำนาจในส่วนที่เหลือจากเขตอำนาจศาลภายในประเทศ

3.1.3.1 เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศต่อรัฐภาคี

ตามอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties 1969) มาตรา 26 บัญญัติให้รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญามีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาดังกล่าวโดยสุจริต ส่วนรัฐที่มีได้เป็น

ภาคีแห่งสนธิสัญญาย่อมไม่อาจอ้างประโยชน์ และไม่อาจถูกบังคับให้ปฏิบัติตามสนธิสัญญาได้ เพราะสนธิสัญญาจะมีผลผูกพันตามกฎหมายเฉพาะแต่กับภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นเท่านั้น ดังนั้น เมื่อรัฐได้ให้สัตยาบัน หรือเข้าเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาระหว่างประเทศเหล่านั้น รัฐก็ต้องผูกพัน ในการที่จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของสนธิสัญญาโดยสุจริต (Good Faith) ตามหลักสัญญา ต้องเป็นสัญญา (Pacta sunt servanda)¹⁸ หากรัฐที่เป็นภาคีใดฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติสนธิสัญญา หรือทำการใด ๆ อันขัดกับบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญา ก็จะก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐตามมา

ดังนั้น รัฐที่ได้เข้าเป็นภาคีของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ย่อมมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศดังกล่าวโดยสุจริต เพราะธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีผลผูกพันตามกฎหมายเฉพาะแต่กับภาคีแห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเท่านั้น ดังนั้นเมื่อรัฐได้ให้สัตยาบัน หรือเข้าเป็นภาคีแห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ รัฐก็ต้องผูกพัน ในการที่จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศโดยสุจริต (Good Faith) ตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta sunt servanda) หากรัฐที่เป็นภาคีใดฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ หรือทำการใด ๆ อันเป็นการขัดกับบทบัญญัติแห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ก็จะก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐตามมา

เมื่อรัฐเข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ย่อมมีหน้าที่ที่จะไม่กระทำการใด ๆ ที่เป็นการขัดต่อ ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ เพราะตามหลักแล้วเมื่อรัฐเป็นภาคีของสนธิสัญญาใด ๆ ย่อมมีหน้าที่ต้องไม่กระทำการใด ๆ ที่ถือเป็นการละเมิดต่อสนธิสัญญานั้น ๆ และ เมื่อรัฐลงนามและให้สัตยาบันเข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศ ย่อมมีอำนาจเหนืออาชญากรรมที่เกิดขึ้น

แต่ทั้งนี้หากรัฐเพียงลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบัน ถือว่ายังไม่ผูกพัน แต่รัฐนั้นก็ยังมีหน้าที่ที่จะไม่กระทำการใด ๆ ที่เป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของธรรมนูญศาล

¹⁸ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2538), หน้า.140-141.

อาญาระหว่างประเทศ จนทำให้ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ตกเป็นอันไร้ผลเมื่อเข้าเป็นภาคีโดยการให้สัตยาบันในภายหลัง แต่โดยลักษณะของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มีโอกาสน้อยมากที่รัฐที่ลงนามแล้วแต่ยังไม่ได้ให้สัตยาบัน จะกระทำการใดๆ อันเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์จนทำให้ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ตกเป็นอันไร้ผลเมื่อเข้าเป็นภาคีโดยการให้สัตยาบันในภายหลัง หรือการเข้าเป็นภาคีในภายหลังจะไม่เป็นประโยชน์อีกต่อไป

การที่รัฐเข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ เพื่อปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้น และส่งผลกระทบต่อประชาคมระหว่างประเทศ จึงก่อให้เกิดพันธกรณีต่อรัฐภาคีในการใช้เขตอำนาจรัฐสากลตามสนธิสัญญา (universal jurisdiction by treaty) ลักษณะของพันธกรณีที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญา ในการที่รัฐภาคีจะสอบสวนและดำเนินคดีกับผู้กระทำอาชญากรรม ที่ปรากฏตัวในดินแดนของรัฐเอง และหากรัฐไม่ส่งผู้กระทำความผิดข้ามแดนไปยังรัฐภาคีอื่นที่มีเขตอำนาจรัฐเหนือการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นที่ประสงค์จะดำเนินคดีตามหลัก Aut Dedere Aut Judicare (either extradite or prosecute) เขตอำนาจรัฐสากลตามสนธิสัญญานี้ไม่มีความเป็นสากลอย่างแท้จริงแต่เป็นเขตอำนาจรัฐที่เป็นลักษณะของเขตอำนาจรัฐกึ่งสากล (quasi-universal jurisdiction character)¹⁹ เพราะว่าจะก่อสิทธิและพันธกรณีขึ้นเฉพาะกับกลุ่มของรัฐที่เป็นภาคีของสนธิสัญญาเท่านั้น

ดังนั้น เมื่อรัฐใดเข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีอำนาจในการพิจารณาคดีที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจ เมื่อศาลภายในไม่ประสงค์จะดำเนินคดี (unwillingness) หรือไม่สามารถดำเนินคดี (inability) โดยเป็นไปในลักษณะที่จะช่วยให้ผู้ถูกกล่าวหาหลุดพ้นจากความรับผิดชอบหรือมีความล่าช้าอย่างไม่สมเหตุผลหรือมิได้เป็นไปอย่างอิสระและเป็นกลาง ตามข้อ 17 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

¹⁹ Jordan L. Paust, M. Cherif Bassiouni, Sharon A. William, et al., International Criminal Law "Cases and Materials", p.95 อ้างถึงใน กิตติ โอสดเจริญผล, เขตอำนาจรัฐสากลเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 68

3.1.3.2 เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศต่อรัฐที่ไม่เป็นภาคีและกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐ (non state actor)

หากรัฐไม่ได้เป็นภาคีในสนธิสัญญาใดย่อมไม่มีผลผูกพันกับสนธิสัญญานั้นๆ แต่หากรัฐไม่ได้เป็นภาคีของสนธิสัญญาแต่ยอมรับเขตอำนาจในการดำเนินการใดๆ ของสนธิสัญญานั้นๆ สนธิสัญญานั้นย่อมมีผลผูกพันต่อรัฐดังกล่าว ดังนั้น หากรัฐไม่ได้เป็นภาคีของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศย่อมไม่มีผลผูกพันกับรัฐนั้นๆ แต่หากรัฐนั้นยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศแล้วศาลอาญาระหว่างประเทศย่อมมีเขตอำนาจเหนือความผิดที่เกิดขึ้นในรัฐนั้น²⁰

แต่ทั้งนี้ หากมีการกระทำความผิดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐที่ไม่เป็นภาคีและไม่ยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติซึ่งปฏิบัติหน้าที่ตามหมวด 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติ ย่อมมีอำนาจในการพิจารณาเสนอคดีต่ออัยการของศาลอาญาระหว่างประเทศ เพื่อเสนอคดีต่อศาลอาญาระหว่างประเทศต่อไป ตามข้อ 13 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ดังนั้น หากผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่มีส่วนร่วมโดยตรงในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ หรือการขัดกันด้วยอาวุธที่ได้มีลักษณะระหว่างประเทศ และไม่ได้มีการสืบสวนสอบสวนหรือดำเนินคดีโดยรัฐที่มีเขตอำนาจเหนือคดีนั้น หรือมีการสืบสวนสอบสวนหรือดำเนินคดีแต่ดำเนินการไปโดยไม่สมัครใจหรือหรือไม่สามารถที่จะทำการสืบสวนสอบสวนหรือฟ้องร้องดำเนินคดีได้อย่างแท้จริง หรือคดีนั้นได้มีการสืบสวนสอบสวนและรัฐตัดสินใจไม่ฟ้องร้องดำเนินคดีบุคคลที่เกี่ยวข้อง เนื่องจากความไม่สมัครใจหรือความไม่สามารถของรัฐอย่างแท้จริงที่จะฟ้องร้องดำเนินคดี คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติซึ่งปฏิบัติหน้าที่ตามหมวด 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติ ย่อมมีอำนาจในการพิจารณาเสนอคดีต่ออัยการของศาลอาญาระหว่างประเทศได้

นอกจากนี้ ศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถทำข้อตกลงชั่วคราว (ad hoc agreement) ความตกลง (agreement) กับรัฐนั้น หรือทำประการอื่นที่เหมาะสม (other appropriate basis) หากรัฐดังกล่าวไม่สามารถปฏิบัติตามคำร้องของศาลอาญาระหว่างประเทศ

²⁰ สัมภาษณ์ วิสูตร ตูยานนท์, อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย, 7 กุมภาพันธ์ 2546.

ได้ ศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถเสนอเรื่องไปยังสมาชิกรัฐภาคีหรือในกรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติเป็นผู้เสนอคดี ศาลอาญาระหว่างประเทศก็สามารถเสนอเรื่องให้คณะมนตรีความมั่นคงฯ เป็นผู้พิจารณาได้²¹

3.1.4 บทบาทและสถานะของศาลอาญาระหว่างประเทศ

ศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นเพียงศาลเสริมศาลภายในประเทศ ศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีก็ต่อเมื่อศาลภายในประเทศ ซึ่งอาจเป็นศาลอาญาหรือศาลทหารไม่เต็มใจหรือไม่สามารถพิจารณาพิพากษาความผิดซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของตนก่อน ทั้งไม่มีอำนาจพิจารณาการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นก่อนตั้งศาลด้วย จากการที่ศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นเพียงศาลเสริมเท่านั้น แต่การเป็นศาลเสริมไม่น่าจะเป็นข้อด้อยของศาลอาญาระหว่างประเทศ การที่ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือเฉพาะความผิดที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐภาคีและความผิดที่กระทำโดยคนสัญชาติของรัฐภาคีเท่านั้น แม้จะดูเหมือนว่า ประเทศที่เป็นสมาชิกธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเท่านั้นที่ประชาชนของตนจะต้องถูกดำเนินคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่ความจริงแล้วแม้ประเทศใดจะไม่ได้เป็นภาคีของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่พลเมืองของตนไปกระทำความผิดในดินแดนของประเทศภาคีแล้ว ผู้กระทำความผิดย่อมถูกดำเนินคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศด้วย

ศาลอาญาระหว่างประเทศประกอบด้วยองค์กร ดังนี้

1. องค์กรคณะของศาล ตามข้อ 36 ของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ประกอบด้วยตุลาการ จำนวน 18 คน ที่ได้รับเลือกตั้งมาจากสมัชชาของรัฐภาคี โดยคำนึงถึงเพศ การแจกแจงอย่างเป็นธรรมทางภูมิศาสตร์ การเป็นผู้แทนของระบบกฎหมายหลักของโลก โดยตุลาการอย่างน้อย 9 คน ต้องเป็นผู้ทรงคุณวุฒิที่มีประสบการณ์ด้านกฎหมายและวิธีพิจารณาความอาญา และอีก 5 คน ต้องมีความสามารถและประสบการณ์ด้านกฎหมายระหว่างประเทศ ตุลาการจะอยู่ในวาระ 9 ปี และอาจไม่ได้รับเลือกใหม่ ตุลาการจะแบ่งออกเป็นฝ่าย

²¹ กองสนธิสัญญา, รายงานการประชุมทางการทูตเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ วันที่ 15 มิถุนายน – 17 กรกฎาคม 2541 ณ กรุงโรม ประเทศอิตาลี. กรุงเทพมหานคร : กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ, (อ็ดส์น่า), หน้า. 28.

อุทธรณ์ ฝ่ายพิจารณาคดี ซึ่งจะแบ่งเป็นองค์คณะพิจารณาคดี และฝ่ายไต่สวน ทำหน้าที่กลั่นกรองก่อนพิจารณา

2. สำนักงานอัยการ ตามข้อ 42 ของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ เป็นองค์กรอิสระจากองค์กรอื่นของศาล อัยการและผู้ช่วยอัยการจะถูกเลือกจากสมัชชาของรัฐภาคีสำหรับวาระ 9 ปี และไม่อาจรับเลือกใหม่ อัยการมีหน้าที่รับผิดชอบในการรับคำร้องเรียน และข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมในเขตอำนาจของศาล เพื่อตรวจสอบ ทำการสืบสวนสอบสวน และดำเนินคดี ภายใต้การกำกับดูแลอย่างใกล้ชิดโดยฝ่ายไต่สวนของศาล

3. สำนักทะเบียนของศาล ตามข้อ 43 ของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ เป็นองค์กรด้านธุรการของศาล มีนายทะเบียนซึ่งได้รับการเลือกตั้งโดยตุลาการอยู่ในวาระ 5 ปี และรับผิดชอบในการเสนอข้อบังคับของเจ้าหน้าที่ต่าง ๆ ตลอดจนการจัดตั้งหน่วยงานให้ความคุ้มครองดูแลความปลอดภัยของเหยื่อ

4. สมัชชาแห่งรัฐภาคี ตามข้อ 112 ของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ทำหน้าที่ในการพิจารณางานของคณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ รวมทั้งจัดการในเรื่องงบประมาณ ทำการเลือกตั้งตุลาการ อัยการ ตลอดจนการถอดถอนบุคคลดังกล่าว โดยจะทำการตัดสินตามหลักเสียงข้างมากธรรมดาสองในสาม ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงการถ่วงดุลของรัฐภาคีกับการทำงานอย่างเป็นอิสระของศาลอาญาระหว่างประเทศ

แต่ทั้งนี้ การทำงานของศาลอาญาระหว่างประเทศอาจเกิดปัญหาในเรื่องการเมืองระหว่างประเทศ โดยเฉพาะกรณีที่สมัชชาแห่งรัฐภาคี มีอำนาจที่จะเลือกหรือถอดถอนตุลาการได้ ทำให้รัฐภาคียังคงมีช่องทางใช้อำนาจของตนเองในการทำงานของศาลผ่านองค์กรดังกล่าว ซึ่งอาจทำให้ตุลาการที่ได้รับเลือกไม่มีความชำนาญเพียงพอ รวมทั้งความไม่เป็นกลางของตัวตุลาการเอง ซึ่งอาจนำไปสู่การตีความบังคับใช้กฎหมายไปในทางที่ช่วยเหลือผู้กระทำความผิดให้หลุดพ้นจากการลงโทษไปในที่สุด

3.1.5 ความผิดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ

ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือความผิด 4 ประเภท ซึ่งปรากฏอยู่ในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศข้อ 5 และนิยามความหมายของอาชญากรรมแต่ละประเภทก็ได้รับการบัญญัติไว้ในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศอย่างชัดเจน เว้นแต่กรณีอาชญากรรมรุกรานที่ยังไม่ได้คำนิยามที่เป็นที่ยอมรับกันอย่างชัดเจน ศาล

จึงยังไม่สามารถดำเนินคดีในความผิดอาชญากรรมรุกรานได้ จนกว่าจะมีการนิยามความหมายของอาชญากรรมรุกราน ซึ่งความผิดทั้ง 4 ประเภทนั้น ได้แก่²²

1. อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (The crime of genocide)
2. อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity)
3. อาชญากรรมสงคราม (War crimes)
4. อาชญากรรมรุกราน (The crime of aggression)

นอกจากความผิดทั้ง 4 ประเภทนี้แล้ว ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ข้อ 123²³ ยังได้เปิดโอกาสให้สามารถแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องเขตอำนาจศาลไว้ในภายหลัง ศาลอาญาระหว่างประเทศตั้งขึ้นครบ 7 ปี สามารถนำความผิดที่เป็นอาชญากรรมร้ายแรงมา

²² ข้อ 5 อาชญากรรมในเขตอำนาจศาล

1. ให้ศาลฯ มีเขตอำนาจจำกัดเพียงอาชญากรรมที่ร้ายแรงที่สุดซึ่งอยู่ในความห่วงใยของประชาคมระหว่างประเทศโดยรวม ศาลฯ มีเขตอำนาจตามธรรมนูญศาลฯ นี้ ในส่วนที่เกี่ยวกับอาชญากรรมดังต่อไปนี้

- (ก) อาชญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์
- (ข) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ
- (ค) อาชญากรรมสงคราม
- (ง) อาชญากรรมอันเป็นการรุกราน

2. ให้ศาลฯ ใช้เขตอำนาจเหนืออาชญากรรมอันเป็นการรุกรานเมื่อได้มีการตกลงรับบทบัญญัติตามข้อ 121 และ 123 ซึ่งนิยามอาชญากรรมและกำหนดเงื่อนไขให้ศาลฯ ต้องใช้เขตอำนาจในส่วนที่เกี่ยวกับอาชญากรรมนี้ บทบัญญัติเช่นว่าต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องของกฎบัตรสหประชาชาติ”

²³ ข้อ 123 การทบทวนธรรมนูญศาลฯ

1. หลังจากระยะเวลา 7 ปี นับจากธรรมนูญศาลฯ นี้มีผลบังคับใช้ เลขานุการสหประชาชาติต้องจัดให้มีการประชุมพิจารณาทบทวน เพื่อพิจารณาการแก้ไขเพิ่มเติมธรรมนูญศาลฯ นี้ การพิจารณาทบทวนดังกล่าว อาจรวมถึง โดยไม่จำกัดเฉพาะรายการของอาชญากรรมตาม ข้อ 5 การประชุมต้องเปิดให้ผู้เข้าร่วมในสมัชชารัฐภาคีเข้าร่วมประชุมและโดยใช้เงื่อนไขเดียวกัน

2. ในเวลาใดก็ได้ หลังจากนั้น เมื่อมีการร้องขอของรัฐภาคี และเพื่อความมุ่งประสงค์ที่ระบุไว้ในวรรค 1 เลขานุการสหประชาชาติต้องจัดให้มีการประชุมพิจารณาทบทวน เมื่อได้รับความเห็นชอบโดยคะแนนเสียงข้างมากของรัฐภาคี

3. ให้นำบทบัญญัติของข้อ 121 วรรค 3 ถึง วรรค 7 มาใช้กับการตกลงรับและการมีผลบังคับใช้ของการแก้ไขเพิ่มเติมใดใดของธรรมนูญศาลฯ นี้ ที่ได้รับการพิจารณาในการประชุมพิจารณาทบทวน”

แนบท้ายธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศที่เรียกว่า Treaty crime ซึ่งความผิดที่แนบท้ายนี้ก็จะอยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ

3.2 ทำที่ของประเทศต่าง ๆ ในการเข้าร่วมศาลอาญาระหว่างประเทศ

3.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นชาติ 1 ใน 7 ร่วมกับ China, Iraq, Libya, Yemen, Qatar และ Israel ที่ออกเสียงโต้แย้ง ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศในปี ค.ศ. 1998

ในสมัยประธานาธิบดี บิล คลินตัน ได้ลงนามเห็นชอบในหลักการของศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่ต่อมาในสมัยของประธานาธิบดี จอร์จ ดับเบิลยู บุช ได้ถอนตัวจากศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยมีความเห็นว่า ศาลอาญาระหว่างประเทศอาจใช้อำนาจทางศาลในการสอบสวน โดยผ่านกระบวนการทางการเมืองและดำเนินคดีกับกองทัพ, นักการเมืองและผู้เกี่ยวข้องกับสหรัฐอเมริกา ความเป็นปฏิปักษ์ของสหรัฐอเมริกาต่อศาลอาญาระหว่างประเทศแตกต่างโดยสิ้นเชิงต่อการสนับสนุนอย่างเข้มแข็งต่อศาล ของพันธมิตรของสหรัฐอเมริกา

ต่อมาสหรัฐอเมริกาต่อรองกับคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ ที่ต้องให้บุคลากรของสหรัฐอเมริกาที่อยู่ในภารกิจรักษาความสงบของ สหประชาชาติได้อยู่ในหน้าที่ต่อไปอย่างถาวร แต่ คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ อนุมัติให้เพียง 1 ปี สำหรับบุคลากรอเมริกันที่กระทำการรักษาสันติภาพหรือภารกิจที่ สหประชาชาติอนุมัติ

เมื่อไม่ประสบความสำเร็จรัฐบาลอเมริกันร้องขอประเทศทั่วโลกให้เห็นด้วยกับข้อตกลงสองด้านที่มีวัตถุประสงค์ ข้อตกลงนี้คือ ข้อตกลงยกเว้น (Article 98) เพื่อที่จะยกเว้นอเมริกันออกจากการศึกษาของศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งจะนำไปสู่ กฎสองมาตรฐาน ของกฎหมายในเรื่องอาชญากรรมระดับชาติที่เป็นเรื่องร้ายแรง มาตรฐานแรกใช้กับสหรัฐอเมริกา อีกมาตรฐานหนึ่งใช้กับประเทศอื่นๆ ซึ่งการทำเช่นนี้ของสหรัฐอเมริกาจะทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศอ่อนลง

ซึ่งสภาองเกรสของสหรัฐอเมริกาพยายามช่วยให้คงข้อตกลงสองด้านโดยผ่านกฎหมาย American Servicemembers Protection Act (ASPA) เพื่อต่อต้านศาลอาญาระหว่างประเทศ มีหลักการคือ

1. การห้ามสหรัฐอเมริการ่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศ

2. ข้อกำหนดว่าด้วยการล่องละเมิดของ สนธิสัญญา Hague ให้อำนาจประธานาธิบดี โดยทุกนัย ที่จำเป็นและเหมาะสมที่จะปลดปล่อยบุคคลากรอเมริกันและพันธมิตร จากการกักขัง หน่วงเหนี่ยวและจำคุกโดยศาลอาญาระหว่างประเทศ
3. บทลงโทษประเทศที่ร่วมสนธิสัญญากับศาลอาญาระหว่างประเทศ เช่นปฏิเสธรความ ช่วยเหลือทางการทหาร ยกเว้นประเทศพันธมิตรใหญ่ๆ
4. การห้ามสหรัฐอเมริกาเข้าร่วมการรักษาสันติภาพ ยกเว้นได้รับการคุ้มครองจากศาล อาญาระหว่างประเทศสำหรับบุคคลากรอเมริกัน²⁴

3.2.2 ประเทศไทย

ประเทศไทย ได้มีการกำหนดท่าทีในการเข้าร่วมการประชุมทางการทูตเพื่อการจัดตั้ง ศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งจัดขึ้นที่กรุงโรม ประเทศอิตาลี ระหว่างวันที่ 15 มิถุนายน – 17 กรกฎาคม 2541 โดยผลของการประชุมได้มีรัฐออกเสียงสนับสนุน 120 ประเทศ คัดค้าน 7 และงดออกเสียง 21 โดยไทยได้ออกเสียงสนับสนุนธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ สำหรับท่าทีของไทยที่ได้รับการอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีนั้นค่อนข้างคล้ายคลึงกับผลของการประชุม แต่มีหลายเรื่องที่ผลของการประชุมแตกต่างจากท่าทีของไทย เช่น ในเรื่องของ เขตอำนาจศาล ไทยมีความกังวลเกี่ยวกับสถานการณ์การขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะ ระหว่างประเทศ (armed conflict not of an international character)²⁵ สำหรับในเรื่องอื่นๆ แม้ว่าท่าทีของไทยจะแตกต่างจากผลการประชุมบ้าง แต่แตกต่างกันไม่มากนัก ซึ่งต่อมาไทยได้มีการลงนามเห็นชอบในหลักการของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ และได้มีการตั้งคณะกรรมการขึ้นมาพิจารณาในการเข้าร่วมเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

²⁴ Human Rights Watch, The United States and the International Criminal Court, [Online]

Available from: <http://www.hrw.org/campaigns/icc/us.htm> [Apr, 17 2003] ,p.1-4.

²⁵ กองสนธิสัญญา, รายงานการประชุมทางการทูตเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ วันที่ 15 มิถุนายน – 17 กรกฎาคม 2541 ณ กรุงโรม ประเทศอิตาลี. (อัดสำเนา), หน้า.11.

3.3 ข้อดีและข้อควรพิจารณาในการเข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วย ศาลอาญาระหว่างประเทศ

เมื่อครั้งที่ประเทศไทยได้พิจารณาว่าจะร่วมลงนามเห็นชอบในหลักการของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้มีการพิจารณาข้อดีข้อเสียของการเข้าเป็นภาคีโดยกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ ซึ่งได้แยกพิจารณาข้อดีและข้อเสียของการเข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้ดังนี้²⁶

3.3.1. ข้อดี

3.3.1.1 เป็นหลักประกันด้านสิทธิมนุษยชนและเป็นการให้ความคุ้มครองด้านมนุษยธรรม รวมทั้งป้องปรามมิให้มีการก่ออาชญากรรมร้ายแรงต่อมนุษยชาติ

3.3.1.2 จะเป็นผลให้มีการพิจารณาทบทวน และปรับปรุงกฎหมาย และกระบวนการยุติธรรมภายในรวมทั้งกลไกต่างๆ ให้ได้มาตรฐานสากล เพื่อมิให้ศาลอาญาระหว่างประเทศเข้ามามีเขตอำนาจศาลแทนศาลไทยตามหลักเสริมเขตอำนาจศาลภายใน (complementary)

3.3.1.3 เขี่ยอาชญากรรมจะได้รับการเยียวยาและ ได้รับค่าทดแทนความเสียหายจากกองทุนของศาลฯ

3.3.1.4 อาชญากรไม่สามารถใช้ดินแดนของรัฐที่เป็นภาคี เป็นแหล่งพักพิงเพื่อให้หลุดพ้นการถูกดำเนินคดีได้อีกต่อไป

3.3.1.5 ไทยสามารถเสนอผู้สมัครและลงคะแนนเสียงเลือกตั้งผู้พิพากษาศาลฯ และอัยการศาลฯ ได้

3.3.2 ข้อเสีย

3.3.2.1 อาจเป็นการแทรกแซงอธิปไตยทางศาลและ กระบวนการยุติธรรมภายในของรัฐ

3.3.2.2 อาจส่งผลกระทบต่อความจำเป็นและความคล่องตัวในการปฏิบัติการทางทหาร

²⁶ สัมภาษณ์ จิตติชัย แสงพิทักษ์, เจ้าหน้าที่การทูตระดับ 4 กองสนธิสัญญา กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ, 11 เมษายน 2546.

3.3.2.3 รัฐภาคีและรัฐที่ยังไม่เป็นภาคีอาจมีมาตรฐานการปฏิบัติเพื่อบรรลุผลในการป้องปรามอาชญากรรมร้ายแรงที่แตกต่างกัน

3.3.2.4 ความเป็นอิสระ ความยุติธรรม ความโปร่งใส และการถูกตรวจสอบได้ของศาลฯ ยังต้องได้รับการพิสูจน์

3.3.2.5 การดำเนินงานของศาลฯ โดยอาศัยระบอบความร่วมมือ (cooperation regime) อาจกระทบต่อประสิทธิภาพการปฏิบัติงานของศาลฯ หากประเทศที่เกี่ยวข้องในแต่ละกระบวนการไม่ให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่

3.4 ความผิดฐานอาชญากรรมสงครามตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

ความผิดฐานอาชญากรรมสงครามเป็นความผิดที่มีความหมายกว้างขวางครอบคลุมการฝ่าฝืนกฎหมายสงครามทุกอย่าง²⁷ ในปี ค.ศ.1949 มีการจัดทำอนุสัญญาเจนีวา จำนวน 4 ฉบับ โดยในอนุสัญญาเจนีวา²⁷ นี้ ได้มีการรวบรวมลักษณะของการฝ่าฝืนกฎหมายและจารีตประเพณีในสงครามไว้อย่างมากมาย โดยแบ่งลักษณะของการฝ่าฝืนกฎหมายหรือจารีตประเพณีในสงครามที่มีลักษณะระหว่างประเทศ หรือความผิดที่เกิดขึ้นระหว่างที่มีการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ ซึ่งมีลักษณะเป็นความผิดที่เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรง (Grave breaches) และความผิดที่เป็นการฝ่าฝืนข้อ 3 ร่วม ของอนุสัญญาเจนีวาทั้งสี่ฉบับ เป็นความผิดที่เกิดขึ้นระหว่างที่มีการขัดกันด้วยอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ หรือความขัดแย้งด้วยอาวุธภายในประเทศ แต่ความผิดต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นระหว่างที่มีการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ และระหว่างที่มีการขัดกันด้วยอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ที่รวบรวมอยู่ในอนุสัญญาเจนีวาทั้งสี่ฉบับ ไม่อาจครอบคลุมความผิดที่ฝ่าฝืนกฎหมายและจารีตประเพณีในสงครามได้ทั้งหมด ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศจึงจำเป็นต้องเพิ่มประเภทความผิดฐานอาชญากรรมสงครามขึ้นอีก 2 ประเภทเพิ่มเติมจากความผิดอาชญากรรมสงครามซึ่งมีอยู่ในอนุสัญญาเจนีวาทั้งสี่ฉบับคือ การฝ่าฝืนอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ และการฝ่าฝืนอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้ในการขัดกันด้วยอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ

²⁷ Jordan L. Paust, M. Cherif Bassiouni, Sharon A. William, et al., International Criminal Law Cases and Materials second edition, (Durham North Carolina : Carolina Academic Press,2000), p.24

อาชญากรรมสงครามภายใต้ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศครอบคลุมถึงการละเมิดอย่างร้ายแรง (grave breaches) ต่ออนุสัญญาเจนีวา ฉบับลงวันที่ 12 สิงหาคม 1949 ตามข้อ 8 (2)(a) การละเมิดอย่างร้ายแรง (serious violations) อื่นๆ ต่อกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้บังคับในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศตามข้อ 8(2)(b) รวมถึงกรณีการขัดกันด้วยอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ การละเมิดอย่างร้ายแรงต่อข้อ 3 ร่วม ของอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับลงวันที่ 12 สิงหาคม 1949 ตามข้อ 8(2)(c) การละเมิดอย่างร้ายแรงอื่น ๆ ต่อกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้บังคับกับการขัดกันด้วยอาวุธที่ได้มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งอยู่ในกรอบของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่แล้ว

ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้จําแนกอาชญากรรมสงครามอย่างละเอียดเป็นประเภท ข้อ 8(1) ของศาลอาญาระหว่างประเทศบัญญัติว่า ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมสงครามเมื่อกระทำเป็นแผนการ (plan) และนโยบายหรือในส่วนของจำนวนมาก (large – scale) ที่กระทำในอาชญากรรมนั้นๆ ซึ่งกำหนดองค์ประกอบความผิดไว้โดยมีข้อเสนอจากประเทศสหรัฐอเมริกา ที่ไม่ต้องการให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือการทำความผิดอาชญากรรมสงคราม ที่ทำโดยทหารอเมริกันที่ปฏิบัติการรักษาสันติภาพในประเทศต่างๆ อย่างไรก็ตามข้อเสนอดังกล่าวไม่ได้รับการยอมรับ²⁸

ความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม ตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำที่ถือว่าการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 (Grave breaches of the Geneva Convention) การกระทำที่ถือว่าการละเมิดอย่างร้ายแรงอื่น ๆ ต่อกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ (Other serious violation of the law and customs applicable in international armed conflicts) การกระทำที่เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงอื่น ๆ ตามข้อ 3 ร่วม ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ ซึ่งเป็นการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ (Serious violations of Article 3 common to the four Geneva Conventions of 1949 committed in non-international armed conflicts) การกระทำที่เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงอื่น ๆ ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ใช้ในการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ

²⁸

Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, (New York :Oxford University,2001),

ประเทศ (Other serious violations of the laws and customs applicable in non-international armed conflicts) ซึ่งเป็นการกำหนดลักษณะของการกระทำเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ภายใต้กรอบของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ซึ่งถือเป็นการกำหนดลักษณะความผิดตาม Conventional Law คือ เป็นกฎหมายที่ผูกพันต้องปฏิบัติตามในฐานะที่มีพันธกรณีตามสนธิสัญญา และภายใต้กรอบกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ และกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ใช้ในการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งถือว่าเป็นการกำหนดลักษณะความผิดตาม Customary Law คือ เป็นกฎหมายที่ผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามในฐานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณี

องค์ประกอบความผิด ตามที่คณะกรรมการเตรียมการเพื่อศาลอาญาระหว่างประเทศ สำหรับอาชญากรรมสงครามตามข้อ 8 ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า องค์ประกอบความผิดต้องแปลภายในกรอบของกฎหมายภายในระหว่างประเทศว่าด้วยการขัดกันด้วยอาวุธ และกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขัดกันด้วยอาวุธทางทะเล ข้อกำหนดใต้อธิบายข้อเท็จจริงว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยการขัดกันด้วยอาวุธหรือกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้ค่อยๆ ปรากฏขึ้น²⁹

3.4.1 การกระทำที่ถือว่าการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 (Grave breaches of the Geneva Convention)

การละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวา (Grave breaches) หมายถึงการกระทำต่อต้านบุคคลหรือทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 โดยเฉพาะพลเรือนที่อยู่ในความควบคุมของอีกฝ่ายในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ ซึ่งไม่รวมถึงการขัดกันด้วยอาวุธที่มีได้มีลักษณะระหว่างประเทศ³⁰ เนื่องจากอนุสัญญาเจนีวาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ การละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวา นี้ พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 1 ได้ขยายความหมายของคำว่า การละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวาไว้ ในข้อ 85

²⁹ Ibid., p 133.

³⁰ Ibid., pp. 138-139.

ลักษณะของการขัดกันด้วยอาวุธทั้งระหว่างประเทศและภายใน การขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศคือ มีการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างรัฐสองรัฐ หรือมากกว่า หรือเป็นการขัดกันด้วยอาวุธภายในประเทศแล้วลุกลามออกมานอกอาณาเขต หรือเป็นการขัดกันด้วยอาวุธภายในรัฐแล้วมีรัฐอื่นเข้าแทรกแซง หรือเป็นการขัดกันด้วยอาวุธภายในประเทศซึ่งฝ่ายที่พิพาทมีการทำแทนรัฐอื่น ซึ่งพิจารณาจากวัตถุประสงค์ในการกระทำของฝ่ายที่พิพาทนั้นว่าทำเพื่อประโยชน์ของรัฐอื่นหรือไม่³¹

ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศข้อ 8(2)(d)(f) ได้อธิบายโดยข้อ 8(3) ว่าไม่มีความใดในวรรค 2(c) และ (e) ในอาชญากรรมสงครามในการขัดกันด้วยอาวุธภายในที่จะมีผลต่อความรับผิดชอบของรัฐบาลที่จะคงไว้หรือนำกลับคืนมาซึ่งความสงบและเรียบร้อยของรัฐหรือป้องกันความเป็นเอกภาพและบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐ โดยวิธีการที่ชอบธรรมทั้งปวง

มีผู้ให้ความเห็นว่าคณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศได้กำหนดองค์ประกอบความผิดไว้สำหรับความผิดฐานอาชญากรรมสงครามแต่ละฐานภายใต้ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

1. ไม่มีความต้องการสำหรับคุณค่าทางกฎหมายโดยข้อกล่าวหาที่มีอยู่ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศหรือที่มีไต่ระหว่างประเทศ

2. ในเนื้อความนั้นไม่มีความต้องการสำหรับทราบโดยข้อกล่าวหาในข้อเท็จจริงที่ทำให้เกิดลักษณะการขัดกันระหว่างประเทศหรือมีไต่ระหว่างประเทศ

3. มีความต้องการที่จะทราบข้อเท็จจริงของสถานการณ์ว่าก่อให้เกิดการขัดกันด้วยอาวุธในความหมายว่ากระทำหรือมีส่วนร่วม³²

“พลเรือน” (civilian) ในระยะแรกหมายถึง ผู้ที่ไม่ได้เข้าร่วมในการสู้รบ (non combatants)³³ คำว่า พลเรือน ได้มีการกล่าวถึงในข้อ 3 ร่วม ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ ว่า “บุคคลซึ่งมิได้เข้าร่วมในการสู้รบ (hostilities) โดยตรง รวมทั้งผู้สังกัดในกองทัพซึ่งได้วางอาวุธแล้ว และผู้ซึ่งถูกกันออกจากการต่อสู้ (hors de combat) เพราะป่วยไข้ บาดเจ็บ

³¹ Ibid., p. 135.

³² Ibid., p. 138.

³³ Gabrielle Kirk McDonald and Olivia Swaak-Goldman, eds., Substantive and Procedural Aspect of International Criminal Law : The Experience of International and National Court, Vol.II (The Hague : Kluwer Law International), 2000, p.167.

ถูกกักคุม หรือเพราะเหตุอื่นใดก็ดี...ต้องได้รับการปฏิบัติด้วยมนุษยธรรม...” นอกจากนี้ คณะกรรมาธิการผู้เชี่ยวชาญซึ่งจัดตั้งขึ้นตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ 780 (The Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780) เพื่อสืบสวนการกระทำละเมิดต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้อธิบายว่า พลเรือน หมายถึง ผู้ที่มีได้เข้าร่วมในการสู้รบก็ตาม แต่ก็ไม่ควรสรุปรวมถึงผู้ที่เข้าต่อสู้ในทันทีเนื่องมาจากสาเหตุอย่างอื่นโดยเฉพาะ เช่น กรณีของหัวหน้าครอบครัวที่ใช้อาวุธเพื่อพยายามปกป้องคนในครอบครัวของเขา ซึ่งไม่อาจถือได้ว่าเขาสูญเสียความเป็นพลเรือนไป³⁴

การละเมิดอย่างร้ายแรง (Grave breaches) คืออาชญากรรมสงครามที่ร้ายแรงที่ทุกรัฐมีเขตอำนาจสากล (Universal Jurisdiction) เหนือการกระทำความคิด ยิ่งไปกว่านั้นหากรัฐไม่ได้ดำเนินการฟ้องร้องผู้กระทำความผิด ควรต้องส่งตัวผู้กระทำความผิดให้แก่ภาคีของอนุสัญญาเจนีวาเพื่อฟ้องร้องและลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น การขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศมีเงื่อนไขสำหรับใช้ในการละเมิดอย่างร้ายแรงของอนุสัญญาเจนีวา 1949 คณะกรรมาธิการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้ให้ความกระจ่างว่าการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ รวมถึงการยึดครองทางทหาร³⁵

การละเมิดอย่างร้ายแรงต้องกระทำต่อบุคคลหรือทรัพย์สินที่ได้รับการปกป้องโดยอนุสัญญาเจนีวา 1949 โดยเฉพาะอย่างยิ่งพลเรือนที่มีสัญชาติของคู่พิพาท เนื่องจากอนุสัญญาเจนีวา 1949 ทั้ง 4 ฉบับ เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ การละเมิดอย่างร้ายแรงจึงเป็นกฎเกณฑ์ภายใต้อนุสัญญาเจนีวา

พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 อธิบายคำจำกัดความของคำว่า “ละเมิดอย่างร้ายแรง” (Grave breaches) เหตุผลที่ข้อ 8(2)(a) กำหนดขอบเขตการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวา 1949 เท่านั้นเพราะพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ไม่ได้รับการยอมรับอย่างสากลเช่นเดียวกับอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ³⁶

การปกป้องบุคคลและทรัพย์สิน

ข้อ 8(2)(a) ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ บัญญัติถึงการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวา 1949 เกี่ยวกับการปกป้องบุคคลและทรัพย์สิน ที่ไม่ได้มีส่วนร่วมโดยตรงใน

³⁴ Ibid., p. 163.

³⁵ Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, 2001, p 138.

³⁶ Ibid., p. 139.

การเป็นปฏิปักษ์ เช่นผู้บาดเจ็บและป่วยไข้ ผู้ที่ออกจากการสู้รบเนื่องจากป่วยไข้ บาดเจ็บหรือถูกคุมขัง หรือสาเหตุอื่น โดยการปกป้องนั้นจะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย³⁷

ส่วนประกอบสำคัญของการปกป้องบุคคล บุคคลนั้นจะต้องไม่มีส่วนร่วมโดยตรงในความเป็นปฏิปักษ์ เช่น เพราะเขาบาดเจ็บหรือป่วยไข้ หรือ ผู้ที่ออกจากการสู้รบเนื่องจากป่วยไข้ บาดเจ็บ หรือถูกคุมขัง หรือสาเหตุอื่น หรือเป็นพลเรือน

โดยทั่วไปพลเรือนได้รับการปกป้องจากฝ่ายปฏิปักษ์ ตราบเท่าที่ตนไม่ได้มีส่วนร่วมโดยตรงในความเป็นปฏิปักษ์ ดังนั้นพลเรือนจึงเป็นบุคคลทุกคนที่ไม่ใช่พลรบ เมื่อพลเรือนถูกบังคับให้ใช้อาวุธโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อป้องกันชีวิตตนเอง พวกเขาจะยังไม่ถูกตัดสิทธิที่ได้รับการปกป้องภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

การได้รับสิทธิในการปกป้องจากการละเมิดอย่างร้ายแรง (Grave breaches) การปกป้องบุคคลต้องอยู่ในช่วงเวลาที่อยู่ในการควบคุมฝ่ายพิพาท หรืออำนาจการยึดครองของฝ่ายที่มีชัยชนะ ดังนั้น คำว่าอยู่ในการควบคุม (in the hands of) ไม่ได้หมายความว่าในทางกายภาพที่เป็นเชลยศึกเท่านั้นแต่ยังหมายถึงอยู่ในอาณาเขตดินแดนภายใต้การควบคุมของฝ่ายตรงข้าม อาณาเขตดินแดนภายใต้การควบคุมของฝ่ายตรงข้าม ถึงแม้ว่าการปกป้องยังคงมีอยู่ในสถานที่หรือบริเวณที่ยังอยู่ บริเวณที่ครอบครองของกองกำลังชาติ รวมถึงสถานที่หรือบริเวณโดยรอบที่ถูกตัดออกจากพื้นที่ครอบครอง

ทรัพย์สินที่ได้รับการปกป้อง ไม่ได้อธิบายไว้ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ทั้ง 4 ฉบับ หรือพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ซึ่งอธิบายเพียงแต่ไม่ให้โจมตี ทำลาย หรือโดยวิธีการอื่น ซึ่งรวมถึงหน่วยแพทย์ สิ่งก่อสร้าง พาหนะทางการแพทย์ และเรือพยาบาล และอื่นๆ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศตามที่กำหนดในข้อ 53 ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 กำหนดว่าห้ามมิให้ประเทศที่ยึดครอง ทำลายทรัพย์สินอันเป็นสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเป็นส่วนตัวหรือส่วนรวมของเอกชน หรือของรัฐ หรือขององค์การสาธารณะ หรือขององค์การสังคมหรือสหกรณ์ เว้นแต่การทำลายมีความจำเป็นโดยแท้เพื่อการปฏิบัติการทางทหาร ดังนั้นทรัพย์สินที่ได้รับการปกป้องที่พบในดินแดนที่ถูกยึดครองโดยกองกำลังต่างชาติ รวมถึงที่กระทำโดยข้อเท็จจริงของตัวการหรือตัวแทนของรัฐต่างประเทศ³⁸

³⁷ Ibid., p. 139.

³⁸ Ibid., p. 140.

**3.4.2 การกระทำที่ถือว่าเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงอื่น ๆ ต่อกฎหมาย
และจารีตประเพณีที่ใช้ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
(Other serious violation of the law and customs applicable in
international armed conflicts)**

ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ละเว้นอาชญากรรมสงครามที่ไม่ร้ายแรงที่มีหลักฐานเพียงพอในการฟ้องร้องก่อนมีศาลอาญาระหว่างประเทศ ตัวอย่างเช่นอาชญากรรมสงครามที่ละเมิดอย่างร้ายแรง (grave breach) ต่อกการสังเขลยศึกหรือพลเรือนกลับถิ่นที่อยู่อย่างล่าช้า ไม่ยุติธรรม ภายใต้ข้อ 85(4)(b) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ที่มีได้ห้ามโดยข้อ 8(2)(a) ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ถ้าไม่เช่นนั้นอาชญากรรมที่ร้ายแรงภายใต้พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 และ Hague regulation จะถูกห้ามและเป็นอาชญากรรมสงครามภายใต้ข้อ 8(2)(b) ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ³⁹

serious หมายถึงการละเมิดกฎเกณฑ์ที่สำคัญของการปกป้อง และการละเมิดนั้นจะต้องรวมถึงผลที่ตามมาอย่างร้ายแรงสำหรับเหยื่อ

องค์ประกอบความผิดทั่วไปคือ

1. ผู้กระทำความผิดมีส่วนร่วมในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้กระทำความผิดรู้ถึงความจริงเกี่ยวกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในการขัดกันด้วยอาวุธ⁴⁰

**3.4.3 การกระทำที่เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงอื่น ๆ ตามข้อ 3 ร่วม
ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ ซึ่งเป็นการขัดกัน
ด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ (Serious violations
of Article 3 common to the four Geneva Conventions of 1949
committed in non-international armed conflicts)**

อนุสัญญาเจนีวา 1949 ทั้ง 4 ฉบับโดยทั่วไปใช้กับการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศเท่านั้น พิธีสารฉบับที่ 1 ก็เช่นกัน ในการประชุมทางการทูตเพื่อจัดตั้ง International Convention for the Protection of Victims of War was Convened in Geneva in 1949 มีการทำความเข้าใจระหว่างตัวแทนเพื่อสรุปอนุสัญญาที่ใช้กับการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ มี

³⁹ Ibid., p.157.

⁴⁰ Ibid., p.157.

ความพยายามโดยคณะกรรมการกาชาดสากลที่จะทำอนุสัญญาที่ใช้กับการขัดกันด้วยอาวุธภายในประเทศ แต่ความพยายามถูกปฏิเสธว่าเป็นการแทรกแซงกิจการภายในของรัฐ และเป็นการปกป้องกบฏ การจลาจล ภาวะอนาธิปไตย และทำให้รัฐแตกสลาย การประชุมเห็นด้วยกับข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ วรรค 1 ของข้อ 3 ร่วม ของอนุสัญญาเจนีวา ทั้ง 4 ฉบับ อธิบาย

(ก) การประทุษร้ายต่อชีวิตและร่างกาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการฆาตกรรมทุกชนิด การตัดทอนอวัยวะส่วนหนึ่งส่วนใด การทำทารุณกรรม และการทรมาน

(ข) การจับไปเป็นตัวประกัน

(ค) การทำลายเกียรติยศแห่งบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การปฏิบัติให้เป็นที่อับอายขายหน้าและเสื่อมทรามต่ำช้า

(ง) การตัดสินลงโทษและการปฏิบัติที่การตามตัดสินโดยไม่มีคำพิพากษาของศาลที่ได้ตั้งขึ้นอันเป็นการให้หลักประกันความยุติธรรมซึ่งอารยชนทั้งหลายยอมรับ นับถือว่าเป็นสิ่งซึ่งไม่อาจจะเว้นเสียได้

ข้อ 3 ร่วม ใช้กับบรรดาการขัดกันด้วยอาวุธภายในหรือลักษณะที่ผสมกัน ความไม่สงบภายในและความตึงเครียด การก่อกบฏหรือการก่อการร้ายที่ไม่ได้อยู่ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ความรุนแรงของความขัดแย้งภายในและองค์กรที่เป็นคู่พิพาท ซึ่งเห็นได้ชัดว่าเป็นกองกำลังภายในจากการต่อสู้ภายใน ก็จะไม่ใช้การขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ⁴¹

ข้อ 3 ร่วม ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ทั้ง 4 ฉบับ ได้รับการสนับสนุนโดยพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ในขณะที่ ข้อ 3 ร่วม ใช้ในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ข้อ 1 ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 กำหนดว่า พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 นี้ ใช้กับการขัดกันด้วยอาวุธทั้งปวงซึ่งมิได้ครอบคลุมโดยพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 และซึ่งได้เกิดขึ้นในอาณาเขตของอัครภาคี ผู้ทำสัญญาระหว่างกองทัพของตนและกองทัพของฝ่ายต่อต้าน หรือกลุ่มกองกำลังที่ได้มีการจัดตั้งขึ้นอื่น ๆ ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจการบังคับบัญชาที่รับผิดชอบ และสามารถควบคุมอาณาเขตส่วนหนึ่งของภาคนั้น จนทำให้กองกำลังดังกล่าวสามารถดำเนินการปฏิบัติการทางทหารได้อย่างต่อเนื่องและพร้อมเพรียง และสามารถบังคับใช้พิธีสารนี้ได้ ความแตกต่างออกมาจากความรุนแรงของความขัดแย้งที่แตกต่างกัน ในกรณีของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 หลักการที่มีการกำหนดขึ้นถูกใช้ในวัตถุประสงค์ที่ไม่คำนึงถึงตัวตนที่เป็นคู่พิพาท ในพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่

⁴¹ Ibid., p.188-189.

2 ฝ่ายที่เป็นผู้พิพาท เป็นรัฐโดยปกติที่เผชิญหน้ากองกำลังฝ่ายต่อต้าน หรือรัฐบาลที่มีการต่อสู้กบฏ กลุ่มติดอาวุธ⁴²

คำว่ากองกำลังติดอาวุธ (armed forces) ครอบคลุมถึงกองกำลังที่จัดตั้งขึ้นอย่างถูกต้องตามกฎหมายภายในรัฐ ในกรณีของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 สถานการณ์ความไม่สงบหรือความตึงเครียดภายใน เช่น การจลาจล การกระทำที่ต้องการแบ่งแยกและเกิดขึ้นเป็นครั้งคราว และการกระทำอื่นๆในทำนองเดียวกันที่ไม่ถึงขนาดเป็นการขัดกันด้วยอาวุธภายในประเทศ จะต้องได้รับการขยายว่าเป็นการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างรัฐบาลที่มีอำนาจและกลุ่มติดอาวุธ หรือระหว่างกลุ่มดังกล่าว อย่างไรก็ตามกองกำลังกลุ่มต่อต้าน ไม่จำเป็นต้องมีระบบปกครองแบบมีลำดับชั้นเช่นเดียวกับทางทหารซึ่งเป็นกองกำลังปกติ แต่จะต้องเป็นองค์กรที่สามารถวางแผนและสนับสนุนและตกลงปฏิบัติการทางทหารได้อย่างต่อเนื่อง และขณะเดียวกันที่มีการวางแผนก็มีการฝึกฝนระเบียบวินัยให้กับสมาชิก ยิ่งกว่านั้นจะต้องสามารถครอบครองดินแดนส่วนหนึ่ง และสามารถบังคับใช้พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 นี้ด้วย เป้าหมายของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 เพื่อต้องการปรับปรุงความสามารถในการปกป้องเหยื่อในการขัดกันด้วยอาวุธที่มีใช้ระหว่างประเทศ และเพื่อพัฒนาบรรทัดฐานคำตัดสินของฝ่ายผู้พิพาทในการขัดกันด้วยอาวุธ ที่ปราศจากการตัดแปลงความมีอยู่ของเงื่อนไขการใช้บังคับของข้อ 3 ร่วม ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 หากการขัดกันด้วยอาวุธเข้าเงื่อนไขภายใต้พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 จะเริ่มใช้ข้อกำหนดในข้อ 3 ร่วมโดยอัตโนมัติ⁴³

หลักประกันพื้นฐานภายใต้ข้อ 4 ของพิธีสารฉบับที่ 2 ซึ่งทับซ้อนกับขอบเขตของหลักประกันขั้นต่ำของ ข้อ 3 ร่วม ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ข้อ 4 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศวันดา ภายใต้หัวข้อการละเมิด ข้อ 3 ร่วม ของอนุสัญญาเจนีวา และพิธีสารฉบับที่ 2 อธิบายการกระทำในข้อ 4 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 และ ข้อ 4 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศวันดา ได้กำหนดรายการของการละเมิดไว้ อย่างไรก็ตามเนื่องจากพิธีสารฉบับที่ 2 ทั้งหมด ไม่ได้ส่งผลเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่จะมีผลผูกพันทางกฎหมายเช่นเดียวกับจารีตประเพณีที่ทับซ้อนกันใน ข้อ 3 ร่วม ของอนุสัญญาเจนีวา ซึ่งได้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว กรณีหลักประกันพื้นฐานใน ข้อ 4 (2) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ซึ่งบัญญัติและสนับสนุน ข้อ 3 ร่วม เนื่องจากประเทศวันดาให้สัตยาบันพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 เมื่อ 19 พฤศจิกายน ค.ศ.1984 และได้ออกกฎหมายรองรับก่อนวันที่ข้อกล่าวหาตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศวันดาจะมีขึ้น พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 จึงบังคับใช้

⁴² Ibid., p.190.

⁴³ Ibid., p.157.

ในประเทศวันดาในฐานะที่เป็นกฎหมายสนธิสัญญา (conventional law) นอกจากนั้น ประเทศ Croatia และ Bosnia-Herzegovina ได้ให้สัตยาบัน พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 และ 2 ตั้งแต่ปี 1992⁴⁴

การละเมิดอย่างร้ายแรง (Serious violations)

การละเมิดอย่างร้ายแรงในข้อ 3 ร่วมและพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ถือเสมือนกับการละเมิดกฎหมายในการปกป้องที่สำคัญรวมถึงความสำคัญอย่างมากสำหรับเหยื่อที่อาจจะเป็นการละเมิดข้อห้ามบางอย่างในข้อ 3 ร่วม แต่อาจจะเล็กน้อยที่มีผลลัพธ์ไม่รุนแรงต่อเหยื่อขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี⁴⁵

เหตุเนื่องจากตัวบุคคล (ratione personae)

ในการแยกประเภทของเหยื่อมีทั้งพลเรือนและประชากรพลเรือน ข้อ 3 ร่วม ของอนุสัญญาเจนีวา ปกป้องบุคคลที่กระทำการเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายปฏิบัติที่ซึ่งพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 วางเงื่อนไขไว้ในข้อ 4 ที่ตั้งใจจะปกป้องบุคคลที่ไม่ได้มีส่วนร่วมโดยตรงในความเป็นปฏิปักษ์ก็จะได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกัน การปกป้องบุคคลภายใต้อนุสัญญาเจนีวาให้คำจำกัดความในทางบวก แต่ ข้อ 3 ร่วม ให้คำจำกัดความในทางลบ

การมีส่วนร่วมโดยตรงหมายถึงกระทำการสู้รบตามวิถีทางปกติ หรือวัตถุประสงค์ที่เป็นเหตุให้เกิดอันตรายอย่างแท้จริง ต่อบุคลากรและเครื่องมือของกองกำลังฝ่ายศัตรู ซึ่งจะต้องพิจารณาแต่ละกรณีไป

พลเรือนหรือประชากรพลเรือนมีสถานะในการขัดกันด้วยอาวุธภายในประเทศเหมือนกับการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ⁴⁶

เหตุเนื่องจากสถานที่ (ratione loci)

กฎหมายที่อยู่ใน ข้อ 3 ร่วมไม่ได้ใช้ในทางแคบของภูมิศาสตร์ ใช้ตั้งแต่เริ่มมีการปฏิบัติการทางทหาร และจนกระทั่งการพิพาทสงบลงทั้งในการพิพาทด้วยภายในประเทศ กฎหมาย

⁴⁴ Ibid., p.157.

⁴⁵ Ibid., p.191.

⁴⁶ Ibid., p.191-192.

มนุษยธรรมระหว่างประเทศ ยังใช้ทั่วทั้งอาณาเขต ภายใต้การควบคุมของคู่พิพาท ไม่ว่าจะมีการก่อกำลังอยู่อย่างแท้จริงหรือไม่ และอาชญากรรมเกิดในสถานการณ์ที่มีการขัดกันด้วยอาวุธ⁴⁷

ความเชื่อมโยงระหว่างการขัดกันด้วยอาวุธและอาชญากรรม (nexus between the armed conflict and the crime)

อาชญากรรมที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาที่มีการขัดกันด้วยอาวุธภายในประเทศ ไม่ได้เป็นอาชญากรรมสงครามทั้งหมด อาชญากรรมที่จะเป็นอาชญากรรมสงครามนั้นจะต้องมีความเกี่ยวข้องกับการขัดกันด้วยอาวุธอย่างใกล้ชิดหรือกระทำโดยมีส่วนร่วมหรือมีการร่วมกันกระทำกับการขัดกันด้วยอาวุธ ซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นคดีไป เช่น ข้อเท็จจริงของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ไม่ได้ตั้งขึ้นมาโดยอัตโนมัติ การขัดกันด้วยอาวุธบังเกิดขึ้นพร้อมกันกับความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม

อาชญากรรมสงครามในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศไม่ใช่ทั้งหมดที่เป็นหลักการไม่ละเมิดอย่างร้ายแรงภายใต้ข้อ 8(2)(b) ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศที่เทียบเคียงกับบทบัญญัติในข้อ 2(2)(c)หรือ(e) ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ เช่น การทำให้อดอาหารตายตามข้อ 8(2)(b)(xxv) ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศที่รวมข้อ 14 ของพิธีสารฉบับที่ 2 ซึ่งเป็นที่โต้เถียงกันมากในการประชุมจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศที่รวมหลักการของความผิดฐานอาชญากรรมสงครามในการขัดกันภายในประเทศ ไม่มีบทบัญญัติที่เปรียบกับข้อ 8(2)(b)(xvii)-(xx) ที่อธิบายถึงชนิดของอาวุธที่ชัดเจน

เพื่อให้รัฐต่าง ๆ เข้าร่วมเป็นภาคีรวมทั้งประเทศจีนและรัสเซียที่อาจมีการขัดกันด้วยอาวุธภายในประเทศเกิดขึ้นภายในประเทศได้ซึ่งข้อ 8(3) ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศได้อธิบายว่า “ไม่มีความใดในวรรค 2 (c) และ (e)ที่จะมีผลต่อความรับผิดชอบของรัฐบาลที่จะคงไว้หรือนำกลับคืนมาซึ่งความสงบและเรียบร้อยของรัฐ หรือป้องกันความเป็นเอกภาพและบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐ โดยวิธีการที่ชอบธรรมทั้งปวง

นอกจากนี้ในอารัมภบทย่อหน้าที่ 8 ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศยังย้ำว่า “ไม่มีความใดในธรรมนูญศาลนี้ ที่จะนำมาตีความในลักษณะที่ให้อำนาจแก่รัฐภาคีใดแทรกแซงในการขัดกันด้วยอาวุธหรือในกิจการภายในของรัฐใด”

องค์ประกอบความผิดของความผิดฐานอาชญากรรมสงครามภายใต้ข้อ 8(2)(c)และ(e) ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มีองค์ประกอบความผิดทั่วไปคือผู้กระทำการต้องกระทำและมีส่วนร่วมโดยตรงในการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ⁴⁸

⁴⁷ Ibid., p. 192.

องค์ประกอบความผิด เหยื่ออาจเป็นบุคคลคนเดียวหรือหลายคน ซึ่งอาจเป็นผู้ที่ออกจากการสู้รบเนื่องจากป่วยไข้ บาดเจ็บ ออกจากการคุมขัง หรือสาเหตุอื่น (hors de combat) หรือพลเรือนที่เป็นบุคลากรทางการแพทย์ หรือบุคลากรทางศาสนา รวมถึงบุคคลในกองทัพซึ่งได้วางอาวุธของตนที่ไม่ได้มีส่วนร่วมอย่างแท้จริงในความเป็นปฏิปักษ์ ซึ่งผู้กระทำรู้ถึงสถานะที่แท้จริงของเหยื่อเหล่านั้น⁴⁹

3.4.4 การกระทำที่เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงอื่น ๆ ของกฎหมาย จารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ใช้ในการขัดกันด้วยอาวุธ อันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ (Other serious violations of the laws and customs applicable in non-international armed conflicts)

ข้อ 8 (2)(e) ไม่ได้แสดงให้เห็นพื้นฐานที่ชัดเจนของข้อ 4 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ซึ่งไม่ได้มีการให้สัตยาบันโดยรัฐที่ให้สัตยาบันธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศทั้งหมด ข้อ 8 (2)(e) ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเพิ่มเติมหลักการของการปกป้อง ตามข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวา 1949 การละเมิดอย่างร้ายแรงอื่น ๆ ต่อกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้ในการขัดกันด้วยอาวุธที่มีได้มีลักษณะระหว่างประเทศ ที่อยู่ในกรอบของกฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่แล้ว บรรทัดฐานที่บัญญัติอยู่ หรือได้รับมาจากหลายแหล่ง เช่น Hague Regulations (1907) อนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ต่างมีบทบัญญัติที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งโดยทั่วไปองค์ประกอบความผิดของข้อ 8 (2)(e) คล้ายกับ ข้อ 8 (2)(c)⁵⁰

ข้อ 8 วรรค 2 (f) บัญญัติว่า “ให้ใช้วรรค 2 (e) บังคับกับการขัดกันด้วยอาวุธที่มีใช้ลักษณะระหว่างประเทศ และดังนั้นจึงไม่ใช่บังคับกับกรณีของสถานการณ์ที่ไม่สงบและสถานการณ์ตั้งเครียดภายในประเทศ เช่น การจลาจล การกระทำรุนแรงที่เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นเป็นกรณี และเป็นครั้งคราว หรือการกระทำอื่นที่เป็นลักษณะคล้ายคลึงกัน วรรคนี้ใช้กับการขัดกัน

48 Ibid., p. 193-194.

49 Ibid., p. 194.

50 Ibid., p. 199.

ด้วยอาวุธที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีการขัดกันด้วยอาวุธอย่างยืดเยื้อระหว่างหน่วยงานของรัฐบาลกับกลุ่มติดอาวุธซึ่งได้รับการจัดตั้งอย่างเป็นระบบหรือระหว่างกลุ่มเช่นว่า"

นอกจากนี้ การกำหนดความผิดในกรณีของการละเมิดต่อกฎหมายหรือจารีตประเพณีที่ใช้ในการขัดกันทางกำลังทหารที่มีใช้ลักษณะระหว่างประเทศ ยังมีทางปฏิบัติที่แตกต่างกันอยู่ และยังถือว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีการยอมรับกันโดยทั่วไปอีกด้วย

ในกรณีที่ตัวบทของกฎหมายในเรื่องดังกล่าว ได้กลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีไปแล้ว (Customary International Law) ไปแล้ว ก็ย่อมเป็นสิ่งที่ไทยยากที่จะหลีกเลี่ยงในการยอมรับ แต่ในกรณีนี้เห็นว่า พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 2 ยังมีได้เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจึงยังไม่สามารถยอมรับได้⁵¹

3.5 องค์ประกอบความผิดอาชญากรรมสงครามตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วย

ศาลอาญาระหว่างประเทศ

องค์ประกอบของอาชญากรรม (Elements of Crimes)

องค์ประกอบที่สำคัญของตัวผู้กระทำความผิด คือผู้กระทำความผิดจะต้องมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ และยังคงมีองค์ประกอบภายใน การรู้หรือไม่รู้ถึงสถานะของเหยื่อที่ได้รับการปกป้อง คือผู้กระทำจะต้องรู้เกี่ยวกับสถานะที่แท้จริงของเหยื่อทั้งที่เป็นบุคคล และทรัพย์สิน เช่น สิ่งก่อสร้าง วัสดุ ยานพาหนะ หรือสิ่งที่ได้รับการปกป้องอื่นๆ โดยคณะกรรมการเพื่อการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้กำหนดองค์ประกอบของความผิดฐานอาชญากรรมสงครามไว้อย่างชัดเจนในแต่ละฐานความผิด

3.5.1 ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย

3.5.1.1 ความผิดฐานฆาตกรรม

ความผิดฐานฆ่า มีบัญญัติไว้หลายข้อในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้แก่

3.5.1.1.1 การฆ่าโดยเจตนา ในข้อ 8 วรรค 2 (a) (i)

การมีอยู่ของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ การกระทำไม่ให้ผู้กระทำมีความผิด เว้นเสียแต่เขามีจิตใจที่จะทำผิด การกระทำผิดต่อชีวิตของบุคคลที่ได้รับการปกป้องไม่

⁵¹ Ibid., p.205.

ว่าจะโดยวิธีใด สามารถกระทำโดยการกระทำหรือละเว้นการกระทำภายใต้เงื่อนไขของการกระทำตามข้อกล่าวหาที่เป็นเหตุให้เกิดการตายของเหยื่อ กรณีศึกษาหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่พิจารณาโดยคณะกรรมการกาชาดสากล ที่นำพาไปสู่ทศรูปของคำว่า “การฆ่าโดยเจตนา” ที่ถูกจำกัดโดยการกระทำหรือละเว้นการกระทำ ตรงกันข้ามกับสนธิสัญญาและกฎหมายจารีตประเพณีในการขัดกันด้วยอาวุธ รวมถึงการฆ่าและการจับสมาชิกของกองกำลังฝ่ายตรงข้าม หรือที่อยู่อาศัยของพลเรือนที่อยู่ในอาณาเขตที่ครอบครองโดยปราศจากการพิจารณาอย่างเป็นธรรม ลดสัดส่วนสำหรับนักโทษในสงครามที่อดอาหารตายและการรักษานักโทษที่ป่วยในสงคราม ในการละเมิดกฎหมายและทางปฏิบัติในสงครามที่เป็นเหตุของความตายของเขาเหล่านั้น

เจตนาที่จะก่ออาชญากรรมฆ่าโดยเจตนา และอาชญากรรมที่ปรากฏตามอนุสัญญาเจนีวา ที่แสดงให้เห็นว่าความตั้งใจเป็นส่วนหนึ่งของข้อกล่าวหาในการฆ่าหรือทำร้ายให้ได้รับบาดเจ็บในการเพิกเฉยต่อการเป็นมนุษย์ตัวอย่างเช่น ถ้าใครเขียนตัวอย่างรุนแรงต่อเหยื่อที่อ่อนแอโดยปราศจากการรักษาพยาบาล เขาอาจจะตายเพราะจากบาดแผลของเขา ผู้กระทำก็มีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา เจตนาอาจสรุปจากสถานการณ์ที่จะตัดสินใจกล่าวหาหรือฟ้องร้องว่าความตายนั้นเป็นผลมาจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำ หรือการกระทำที่เสี่ยงเกินขอบเขตแสดงให้เห็นถึงความไม่ยั้งคิด ผู้ถูกกล่าวหาอาจถูกตัดสินว่ากระทำความคิดในข้อหาที่อัยการสามารถพิสูจน์เจตนาเพิกเฉย รวมถึงการก่ออาชญากรรมที่ไม่เหมาะสมเป็นอย่างมาก หรือการเพิกเฉยที่มีเจตนาร้าย⁵²

องค์ประกอบของความผิด ตามที่คณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศอาชญากรรม ถูกนำมาใช้สำหรับอาชญากรรมสงครามที่ระบุเงื่อนไขว่าผู้กระทำผิดได้ฆ่าและการฆ่านั้นเป็นเหตุให้บุคคล คนเดียวหรือหลายคนถึงแก่ความตาย⁵³

3.5.1.1.2 ข้อ 8 วรรค 2 (b) (vi)⁵⁴ ข้อกล่าวหานี้มาจากข้อ 23(c) ของ Hague Regulations 1907 ซึ่งเหมือนกับข้อ 41(1) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ที่กำหนดให้

⁵² Ibid., p. 142-143.

⁵³ ฆ่าโดยเจตนา มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. การกระทำมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ฆ่าบุคคลคนเดียวหรือหลายคน
3. บุคคลที่ถูกฆ่านั้น เป็นผู้ที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับใดฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับ และผู้ถูกกล่าวหาเกี่ยวข้องกับสถานะที่แท้จริงที่กำหนดไว้ในสถานการณ์นี้

บุคคลที่ออกจากสู้รบเนื่องจากป่วยไข้ บาดเจ็บ หรือถูกคุมขัง หรือสาเหตุอื่น จะต้องไม่เป็นเป้าหมายในการโจมตี⁵⁵ ซึ่งข้อ 8 วรรค 2 (b)(vi) กำหนดเกี่ยวกับการฆ่าพลรบที่ได้วางอาวุธของตน หรือไม่มีทางต่อสู้ ซึ่งได้ยอมแพ้โดยสมัครใจบาดเจ็บ ที่เรียกว่า hors de combat คือผู้ที่ออกจากการสู้รบเนื่องจากป่วยไข้ บาดเจ็บ หรือถูกคุมขัง หรือสาเหตุอื่น ซึ่งหมายถึง

1. บุคคลที่อยู่ในการควบคุมของฝ่ายตรงข้าม
2. บุคคลที่ยอมแพ้อย่างชัดเจน หรือ
3. บุคคลที่ถูกทำให้ไม่ได้สติ หรือ ทำให้ไร้ความสามารถอื่นๆ โดยบาดเจ็บหรือป่วยไข้ และไม่สามารถปกป้องตนเองได้⁵⁶

ในกรณีที่บุคคลต้องละเว้นจากการกระทำเป็นปฏิปักษ์และมิได้พยายามหลบหนี เช่นเดียวกันกับข้อ 42(1) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ห้ามการโจมตีระหว่างที่มีการกระโดดร่มลงมา ข้อ 41(1) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ไม่ต้องการให้ใช้คำว่า “ฆ่าหรือทำให้บาดเจ็บ” (killing or wounding) ตามข้อ 23(c) ของ Hague Regulations 1907⁵⁷

องค์ประกอบของอาชญากรรม ตามที่คณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนด ผู้กระทำความผิดต้อง ฆ่าหรือทำให้บุคคลคนเดียวหรือหลายคนได้รับบาดเจ็บ โดยบุคคลนั้นเป็น hors de combat และผู้กระทำความผิดทราบถึงสถานะของบุคคลนั้นๆ

3.5.1.1.3 ข้อ 8 วรรค 2 (b) (xi) บัญญัติเกี่ยวกับการฆ่า หรือทำให้บุคคลที่เป็นคนชาติ หรืออยู่ในกองทัพของฝ่ายปรปักษ์ได้รับบาดเจ็บโดยไม่ปราณี⁵⁸ บทบัญญัตินี้มา

⁵⁴ การฆ่า หรือการทำให้พลรบที่ได้วางอาวุธของตน หรือไม่มีทางต่อสู้ ซึ่งได้ยอมแพ้โดยสมัครใจบาดเจ็บ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ฆ่า หรือทำร้าย บุคคลคนเดียวหรือหลายคน
3. บุคคลเหล่านั้น พลรบที่ได้วางอาวุธของตน หรือไม่มีทางต่อสู้ ซึ่งได้ยอมแพ้โดยสมัครใจบาดเจ็บ
4. ผู้ถูกกล่าวหาารู้เกี่ยวกับสถานะที่แท้จริงที่กำหนดไว้ในสถานการณ์นี้

⁵⁵ Ibid., p. 165.

⁵⁶ Ibid., p.165-166.

⁵⁷ Ibid., p. 165.

⁵⁸ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ

จากข้อ 23(b) ของ Hague Regulations (1907) ที่ซึ่งสืบเนื่องมาจากข้อห้ามในการทุจริตภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ คำว่า "ทรยศหักหลัง" (treacherously) ไม่มีการให้คำจำกัดความไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ⁵⁹

3.5.1.1.4 ข้อ 8 วรรค 2 (c) (i)⁶⁰ บัญญัติเกี่ยวกับ การกระทำความรุนแรงต่อชีวิตโดยเฉพาะการฆ่าทุกรูปแบบ⁶¹ องค์ประกอบทางด้านจิตใจของความผิดการฆ่านี้ เป็นความตั้งใจที่จะกระทำต่อชีวิตและร่างกายของเหยื่อเป็นผลมาจากความตั้งใจหรือประมาท คำว่า "โดยเฉพาะ" (in particular) แสดงให้เห็นว่ายังมีการกระทำอื่นๆอีก

การฆาตกรรมที่ห้ามกระทำในข้อ 8(2)(a)(i) ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศที่ถือเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ ซึ่งครอบคลุมการฆ่าโดยเจตนาตามข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวา คำว่า wilful killing ใช้แทนคำว่า "homicide intentionnel" ซึ่งเป็นศัพท์เฉพาะที่ใช้ในการห้ามฆ่าบุคคลในช่วงเวลาการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ และบุคคลที่ไม่ได้มีส่วนร่วมอย่างแท้จริงในความเป็นปฏิปักษ์ในการขัดกันด้วยอาวุธภายในประเทศ

การฆาตกรรมผู้กระทำความผิดต้องมีส่วนร่วมอย่างแท้จริงในความเป็นปฏิปักษ์ในการขัดกันด้วยอาวุธภายในประเทศและมีเจตนาที่จะฆ่าหรือกระทำความรุนแรงต่อชีวิตและร่างกาย

2. ผู้ถูกกล่าวหา ทำให้บุคคลคนเดียวหรือหลายคนที่เป็นคนชาติ หรืออยู่ในกองทัพของฝ่ายปรปักษ์ เชื่อว่าตนได้รับสิทธิ หรือได้รับความช่วยเหลือ ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ และผู้ถูกกล่าวหา ทรยศต่อความเชื่อเช่นนั้น

3. ผู้ถูกกล่าวหา ฆ่า หรือทำให้บุคคลคนเดียวหรือหลายคน ได้รับบาดเจ็บ

4. การฆ่า หรือทำให้ได้รับบาดเจ็บนั้น ผู้ถูกกล่าวหากระทำโดยอาศัยความเชื่อถือนั้น

⁵⁹

ibid., p.172-173.

⁶⁰

การกระทำความรุนแรงต่อชีวิตและร่างกาย โดยเฉพาะการฆ่าทุกรูปแบบ การตัดทอนอวัยวะ การปฏิบัติที่โหดร้ายและการทรมาน

⁶¹

- การฆ่า มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ

2. ผู้ถูกกล่าวหา ฆ่า บุคคลคนเดียวหรือบุคคลหลายคน

3. บุคคลเหล่านั้น ทั้งที่เป็นพลรบที่ได้วางอาวุธของตน หรือไม่มีทางต่อสู้ ซึ่งได้ยอมแพ้โดยสมัครใจบาดเจ็บเป็นพลเรือน เป็นบุคลากรทางการแพทย์ หรือบุคลากรทางศาสนา ที่ไม่ได้เข้าร่วมในฝ่ายปรปักษ์ และผู้ถูกกล่าวหา รู้เกี่ยวกับสถานะที่แท้จริงที่กำหนดไว้ในสถานการณ์นี้

โดยไม่สนใจ ไม่คำนึงถึงชีวิตมนุษย์ ซึ่งองค์ประกอบความผิดเหมือนกับการฆาตกรรมในความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ แตกต่างกันในเนื้อหาบางอย่าง

องค์ประกอบความผิด ผู้กระทำ ได้ฆ่าบุคคลคนเดียวหรือหลายคน ซึ่งเป็นบุคคลที่ไม่ได้มีส่วนร่วมอย่างแท้จริงในความเป็นปฏิปักษ์รวมทั้งบุคคลในกองทัพซึ่งได้วางอาวุธของตนและผู้ที่ไม่ออกจากการสู้รบเนื่องจากป่วยไข้ บาดเจ็บ หรือถูกคุมขัง หรือสาเหตุอื่น⁶²

3.5.1.1.5 ข้อ 8 วรรค 2 (e) (ix) การฆ่าหรือทำให้พลรบฝ่ายปรักษ์ได้บาดเจ็บโดยไม่ปราณีต่อบุคคลที่เป็นฝ่ายชาติศัตรูที่อยู่ในกองทัพ⁶³ ความผิดนี้มาจากข้อ 23(b) ของ Hague Regulations 1907 ที่ไม่ได้ใช้โดยตรงกับการขัดกันด้วยอาวุธภายในประเทศ องค์ประกอบของอาชญากรรมคือกระทำในช่วงเวลาที่มีการขัดกันด้วยอาวุธภายในประเทศ ต่างจากข้อ 8(2)(b)(xi) ตรงที่เป็นการขัดกันด้วยอาวุธภายในประเทศ คำว่าพลรบฝ่ายปรักษ์ (combatant adversaries) อธิบายถึงเหยื่อที่จะต้องเป็นบุคคลในกองทัพของฝ่ายปฏิปักษ์⁶⁴

3.5.1.2 ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

3.5.1.2.1 ข้อ 8 วรรค 2 (a) (iii)⁶⁵ การกระทำความผิดนี้ แยกแยกจากการทรมานในหลักการเบื้องต้นที่ กระทำหรือละเว้นการกระทำ จำเป็นจะต้องไม่กระทำในวัตถุ

⁶² Ibid., p. 194-195.

⁶³ มืองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ทำให้บุคคลคนเดียวหรือหลายคนที่เป็นคนชาติ หรืออยู่ในกองทัพของฝ่ายปฏิปักษ์ เชื่อว่าตนได้รับสิทธิ หรือได้รับความช่วยเหลือ ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ และผู้ถูกกล่าวหา ทรมานต่อความเชื่อถือนั้น
3. ผู้ถูกกล่าวหา ฆ่า หรือทำให้บุคคลคนเดียวหรือหลายคน ได้รับบาดเจ็บ
4. การฆ่า หรือทำให้ได้รับบาดเจ็บนั้น ผู้ถูกกล่าวหากระทำโดยอาศัยความเชื่อถือนั้น

⁶⁴ Ibid., p.203-204.

⁶⁵ การกระทำโดยเจตนาให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างสาหัสหรือทำอันตรายแก่ร่างกาย หรือสุขภาพ อย่างร้ายแรง มืองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ทำให้เกิดความเจ็บปวด ความทุกข์ทรมานอย่างมากต่อร่างกาย จิตใจ หรือก่อให้เกิดอันตรายอย่างรุนแรงต่อร่างกายหรือสุขภาพของบุคคลเหล่านั้น

ประสงค์ที่ห้ามกระทำที่จำเป็นในองค์ประกอบของการทรมาน ซึ่งการกระทำหรือละเว้นการกระทำโดยเจตนามีวัตถุประสงค์ไม่ใช่เหตุบังเอิญ ซึ่งเป็นเหตุให้เกิดความทุกข์ทรมานหรือบาดเจ็บต่อร่างกายหรือจิตใจ ครอบคลุมถึงการกระทำที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในการทรมาน แม้ว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดการทรมานอย่างชัดเจนที่ครอบคลุมขอบเขตของข้อกล่าวหานี้

การใช้คำว่า “หรือ” ระหว่างคำว่า “เกิดความทุกข์ทรมานอย่างแสนสาหัส” และคำว่า “บาดเจ็บอย่างร้ายแรง” ระหว่างร่างกายและสุขภาพ ทำให้เข้าใจในการที่อัยการจะพิสูจน์ว่าการกระทำหรือละเว้นการกระทำ เป็นองค์ประกอบภายนอกในการกระทำความผิด หรือองค์ประกอบภายในจิตใจ ซึ่งหมายถึงเจตนาของผู้กระทำ ว่าเป็น การกระทำที่ก่อให้เกิด “เกิดความทุกข์ทรมานอย่างแสนสาหัส” หรือเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิด “เกิดการบาดเจ็บอย่างร้ายแรง” ซึ่งการกระทำนั้นรวมถึงการข่มขืนด้วย⁶⁶

3.5.1.2.2 ข้อ 8 วรรค 2 (e) (ix)⁶⁷ ความผิดนี้มาจากข้อ 23(b) ของ Hague Regulations 1907 ที่ไม่ได้ใช้โดยตรงกับการขัดกันด้วยอาวุธภายในประเทศ องค์ประกอบของอาชญากรรมคือกระทำในช่วงเวลาที่มีการขัดกันด้วยอาวุธภายในประเทศ ต่างจากข้อ 8(2)(b)(xi) ตรงที่เป็นการขัดกันด้วยอาวุธภายในประเทศ คำว่าพลรบฝ่ายปรปักษ์ (combatant adversaries) อธิบายถึงเหยื่อที่จะต้องเป็นบุคคลในกองทัพของฝ่ายปฏิปักษ์⁶⁸

3. บุคคลเหล่านั้น เป็นผู้ที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับใดฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับ และผู้ถูกกล่าวหาเกี่ยวกับสถานะที่แท้จริงที่กำหนดไว้ในสถานการณ์นี้

⁶⁶ Ibid., p. 147-148.

⁶⁷ การฆ่าหรือทำให้พลรบฝ่ายปรปักษ์ได้รับบาดเจ็บโดยไม่ปราณีต่อบุคคลที่เป็นฝ่ายชาติศัตรูที่อยู่ในกองทัพ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ทำให้บุคคลคนเดียวหรือหลายคนที่เป็นคนชาติ หรืออยู่ในกองทัพของฝ่ายปรปักษ์ เชื่อว่าตนได้รับสิทธิ หรือได้รับความช่วยเหลือ ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ และผู้ถูกกล่าวหา ทรมานต่อความเชื่อถือนั้น
3. ผู้ถูกกล่าวหา ฆ่า หรือทำให้บุคคลคนเดียวหรือหลายคน ได้รับบาดเจ็บ
4. การฆ่า หรือทำให้ได้รับบาดเจ็บนั้น ผู้ถูกกล่าวหากระทำโดยอาศัยความเชื่อถือนั้น

⁶⁸ Ibid., p.203-204.

3.5.1.3 ความผิดฐานทรมาน

3.5.1.3.1 ข้อ 8 วรรค 2 (a) (ii)⁶⁹ การทรมาน (Torture) ตามข้อ 8 วรรค 2 (a) (ii) นี้ อาจถูกฟ้องร้องว่าเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติหรือการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ โดยทั่วไปอาชญากรรมการทรมานที่อยู่ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศประกอบด้วย การกระทำ หรือละเว้นการกระทำ หรือโดยการยุยงส่งเสริม หรือด้วยความยินยอมของทางการที่ได้กระทำเพื่อจุดประสงค์ที่ถูกห้ามโดยเฉพาะและเป็นเหตุให้ร่างกายหรือจิตใจได้รับความเจ็บปวดอย่างรุนแรง

การทรมานเป็นการกระทำความผิดอย่างเฉพาะเจาะจง การทรมานทำให้เกิดการละเมิดอย่างร้ายแรง (grave breaches) มีความหมายของการทรมานในอาชญากรรมสงคราม มีองค์ประกอบดังนี้

1. การทรมานประกอบด้วย การทำให้ได้รับความทุกข์ทั้งการกระทำและละเว้นการกระทำ ทำให้เจ็บปวดอย่างรุนแรงไม่ว่าทางร่างกายหรือจิตใจ
2. ตั้งใจกระทำหรือละเว้นการกระทำ
3. มีเจตนาเพื่อให้ได้ข้อมูลหรือการรับสารภาพหรือการลงโทษเพื่อให้เสียเกียรติ ศักดิ์ศรี หรือข่มขู่เหยื่อหรือบุคคลที่ 3 หรือในการเลือกปฏิบัติต่อเหยื่อหรือบุคคลที่ 3
4. จะต้องเกี่ยวข้องกับการขัดกันด้วยอาวุธ
5. บุคคลอย่างน้อย 1 คน ที่เกี่ยวข้องกับขบวนการทรมานจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือในระดับที่ไม่ใช่ความสามารถของบุคคลธรรมดา เช่นองค์การของรัฐหรือหน่วยงานที่อำนาจในการปกครองอื่นๆตามความเป็นจริง⁷⁰

⁶⁹ การทรมาน หรือการปฏิบัติอย่างโหดร้ายมนุษยธรรม รวมทั้งการทดลองทางชีววิทยา

⁷⁰ - การทรมาน มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ทำให้บุคคลคนเดียวหรือหลายคน ได้รับความทุกข์รุนแรงเกี่ยวกับร่างกาย หรือทำให้จิตใจเจ็บปวดทุกข์ทรมาน หรือทำให้เจ็บป่วยเป็นโรค
3. บุคคลเหล่านั้น เป็นผู้ได้รับความคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับใดฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับ และผู้ถูกกล่าวหาเกี่ยวข้องกับสถานะที่แท้จริงที่กำหนดไว้ในสถานการณีนี้นี้
4. ผู้ถูกกล่าวหา ทำให้บุคคลเหล่านั้น ได้รับความทุกข์ เกิดความเจ็บปวด ทุกข์ทรมาน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูล หรือให้ยอมปฏิบัติตามหรือสารภาพความผิด หรือทำให้เจ็บปวดทรมาน ทำให้กลัว หรือบังคับขู่เข็ญ เพื่อให้ได้มาซึ่งวัตถุประสงค์ในทำนองเดียวกัน

หลักกฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดระดับของจุดเบื้องต้นที่แน่นอนของการเจ็บปวดหรือบาดเจ็บไว้ ขึ้นกับสถานการณ์ในแต่ละกรณี

ทางราชการครอบคลุมถึงสถานการณ์ที่เจ้าหน้าที่วางตัวเฉยหรือทำเพิกเฉยต่อการทรมาน เห็นได้ชัดเจนว่าไม่ได้มีการป้องกันหรือลงโทษผู้กระทำการทรมานโดยกฎหมายอาญาภายในประเทศหรือกฎหมายทหาร⁷¹

สิ่งที่จำเป็นในการพิจารณาคือ เจตนา (mens rea) ผู้ถูกกล่าวหาต้องทำให้เหยื่อได้รับความทุกข์ในการถูกทรมานโดยมีวัตถุประสงค์ที่ถูกห้าม อย่างไรก็ตามวัตถุประสงค์ที่ถูกห้ามต้องไม่เกี่ยวกับเรื่องส่วนตัว เพราะการห้ามการทรมานไม่เกี่ยวข้องกับการกระทำส่วนบุคคลซึ่งมีการลงโทษตามปกติในกฎหมายภายใน การทำให้เกิดความทุกข์หรือเจ็บปวดโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐระหว่างการขัดกันด้วยอาวุธไม่ใช่การกระทำละเมิดบนพื้นฐานเหตุผลส่วนตัว⁷²

ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ คณะกรรมาธิการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดว่าเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ในการทรมานและเป้าหมายของการทรมานเหมือนกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ แต่องค์ประกอบของวัตถุประสงค์ของการทรมานเหมือนกับอาชญากรรมสงคราม เนื่องจากการทรมานในอาชญากรรมสงครามกระทำในบริบทที่แตกต่างจากการกระทำในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ การทรมานในอาชญากรรมสงครามเป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อผลักดันความสำเร็จในสงคราม⁷³

3.5.1.3.2 ข้อ 8 วรรค 2 (c) (i)⁷⁴ การทรมาน⁷⁵ ตามข้อ 8 วรรค 2 (c)

(i) ลักษณะของการกระทำผิดเหมือนกับ การทรมานในกรณีของการขัดกันด้วยอาวุธระหว่าง

⁷¹ Ibid., p. 143-145.

⁷² Ibid., p. 144.

⁷³ Ibid., p. 144-145.

⁷⁴ การกระทำรุนแรงต่อชีวิตและร่างกาย โดยเฉพาะการฆ่าทุกรูปแบบ การตัดทอนอวัยวะ การปฏิบัติที่โหดร้ายและการทรมาน

⁷⁵ - การทรมาน มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. การกระทำมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ทำให้บุคคลคนเดียวหรือบุคคลหลายคน ได้รับความทุกข์อย่างรุนแรง แก่ร่างกายและจิตใจ ให้ได้รับความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมาน

ประเทศแตกต่างกันตรงที่บทบัญญัตินี้เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อ ข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวาและประเภทของเหยื่อ⁷⁶

3.5.1.4 ความผิดฐานตัดทอนอวัยวะ

3.5.1.4.1 ข้อ 8 วรรค 2 (b) (x)⁷⁷ บทบัญญัติในข้อนี้มาจากข้อ 11(1) (2) (4) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 การตัดทอนอวัยวะ (Mutilation)⁷⁸ มีการอธิบายไว้ในบทบัญญัติของอนุสัญญาเจนีวาและพิธีสารเพิ่มเติม

การตัดทอนอวัยวะ หมายถึง การเสียหายอย่างรุนแรง อันตรายหรือทำให้เสียโฉมโดยทำให้บาดเจ็บ ทำให้หัก ทำให้เสียแขนขา การรักษาหรือตัดอวัยวะของร่างกาย ศาลระหว่าง

3. บุคคลเหล่านั้น ทั้งที่เป็นพลรบที่ได้วางอาวุธของตน หรือไม่มีทางต่อสู้ ซึ่งได้ยอมแพ้โดยสมัครใจบาดเจ็บเป็นพลเรือน เป็นบุคลากรทางการแพทย์ หรือบุคลากรทางศาสนา ที่ไม่ได้เข้าร่วมในฝ่ายปรักษ์ และผู้ถูกกล่าวหาเกี่ยวกับสถานะที่แท้จริงที่กำหนดไว้ในสถานการณ์นี้

4. ผู้ถูกกล่าวหา ทำให้บุคคลเหล่านั้น ได้รับความทุกข์ เกิดความเจ็บปวด ทุกข์ทรมาน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูล หรือให้ยอมปฏิบัติตามหรือสารภาพความผิด หรือทำให้เจ็บปวดทรมาน ทำให้กลัว หรือบังคับขู่เข็ญ เพื่อให้ได้มาซึ่งวัตถุประสงค์ในทำนองเดียวกัน

⁷⁶ Ibid., p. 195.

⁷⁷ การทำให้บุคคลของฝ่ายตรงข้ามซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจของตนถูกตัดทอนอวัยวะของร่างกาย หรือใช้ในการทดลองทางแพทย์ หรือการทดลองทางวิทยาศาสตร์ไม่ว่าจะเป็นประเภทใด โดยปราศจากเหตุผลอันควรทางด้านทางการแพทย์ การันตกรรม หรือการรักษาพยาบาลแก่บุคคลดังกล่าว และไม่สอดคล้องกับผลประโยชน์ของบุคคลนั้น และเป็นสาเหตุที่ทำให้ถึงแก่ความตาย หรือก่อให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงต่อสุขภาพของบุคคลนั้น

⁷⁸ - การตัดทอนอวัยวะของร่างกาย มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ทำให้บุคคลคนเดียวหรือหลายคน พิการ โดยเฉพาะทำให้เสียโฉมอย่างถาวร หรือทำให้ไร้ความสามารถอย่างถาวร หรือถูกตัดทอนอวัยวะของร่างกาย
3. บุคคลคนเดียวหรือหลายคน อยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายปรักษ์
4. การกระทำนั้นเป็นสาเหตุที่ทำให้ถึงแก่ความตาย หรือก่อให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงต่อสุขภาพของบุคคลเหล่านั้น
5. การกระทำนั้น เป็นไปโดยปราศจากเหตุผลอันควรทางด้าน การแพทย์ การันตกรรม หรือการรักษาพยาบาลแก่บุคคลดังกล่าว และไม่สอดคล้องกับผลประโยชน์ของบุคคลเหล่านั้น

ประเทศวันดา ให้ความหมายว่าการตัดทอนอวัยวะเป็นเหตุให้ร่างกายของเหยื่อบาดเจ็บหรือเสียหายอย่างรุนแรง⁷⁹

ความยินยอมไม่เป็นข้อแก้ตัวในการก่ออาชญากรรมนี้ การก่ออาชญากรรมนี้ไม่ได้เป็นการรักษาของแพทย์ที่ชี้ให้เห็นว่า เกี่ยวข้องกับสภาพร่างกายของเหยื่อ และไม่ได้สอดคล้องกับมาตรฐานทางการแพทย์โดยทั่วไป⁸⁰

องค์ประกอบของอาชญากรรมการตัดทอนอวัยวะที่กำหนดโดยคณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ กำหนดว่าหมายถึงการทำให้เสียโฉมอย่างถาวรต่อบุคคลที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายปรักษ์ หรือพิการถาวร หรือเอาอวัยวะหรือส่วนร่างกายออกจากร่างกาย การตัดทอนอวัยวะต้องเป็นสาเหตุทำให้เกิดความตายหรืออันตรายอย่างร้ายแรงต่อร่างกายหรือสุขภาพจิตของเหยื่อซึ่งไม่ได้เป็นไปโดยการรักษาทางการแพทย์ ทัศนกรรม การรักษาพยาบาลที่เหมาะสม และเป็นไปโดยสมประโยชน์ของเหยื่อ⁸¹

3.5.1.4.2 ข้อ 8 วรรค 2 (c) (i)⁸² การตัดทอนอวัยวะ⁸³ มีองค์ประกอบเช่นเดียวกับข้อ 8(2)(b)(x) จะแตกต่างกันตรงที่บทบัญญัตินี้เป็นการขัดกันด้วยอาวุธที่มีได้มีลักษณะระหว่างประเทศและประเภทของเหยื่อ⁸⁴

⁷⁹ Ibid. p. 171.

⁸⁰ Ibid., p.170-171.

⁸¹ Ibid., p. 171.

⁸² การกระทำรุนแรงต่อชีวิตและร่างกาย โดยเฉพาะการฆ่าทุกรูปแบบ การตัดทอนอวัยวะ การปฏิบัติที่โหดร้ายและการทรมาน

⁸³ - การตัดทอนอวัยวะ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ทำให้บุคคลคนเดียวหรือหลายคน พิการ โดยเฉพาะทำให้เสียโฉมอย่างถาวร หรือทำให้ไร้ความสามารถอย่างถาวร หรือถูกตัดทอนอวัยวะของร่างกาย
3. การกระทำนั้น เป็นไปโดยปราศจากเหตุผลอันควรทางด้าน การแพทย์ การทัศนกรรม หรือการรักษาพยาบาลแก่บุคคลดังกล่าว และไม่สอดคล้องกับผลประโยชน์ของบุคคลเหล่านั้น
4. บุคคลเหล่านั้น ทั้งที่เป็นพลรบที่ได้วางอาวุธของตน หรือไม่มีทางต่อสู้ ซึ่งได้ยอมแพ้โดยสมัครใจบาดเจ็บเป็นพลเรือน เป็นบุคลากรทางการแพทย์ หรือบุคลากรทางศาสนา ที่ไม่ได้เข้าร่วมในฝ่ายปรักษ์ และผู้ถูกกล่าวหาเกี่ยวข้องกับสถานะที่แท้จริงที่กำหนดไว้ในสถานการณ์นี้

⁸⁴ Ibid., p. 195.

3.5.1.4.3 ข้อ 8 วรรค 2 (e) (xi)⁸⁵ การตัดทอนอวัยวะของร่างกาย⁸⁶ บทบัญญัตินี้เป็นเรื่องของการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ และใช้คำว่า "in the power of the another party to the conflict" แต่บทบัญญัติข้อ 8(2)(b)(x) เป็นการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ และใช้คำว่า "in the power of an adverse party"⁸⁷

3.5.1.5 ความผิดฐานทดลองทางชีววิทยา ทดลองทางแพทย์ และทดลองทางวิทยาศาสตร์

⁸⁵ การทำให้บุคคลของฝ่ายตรงข้ามซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจของตนถูกตัดทอนอวัยวะของร่างกาย หรือใช้ในการทดลองทางแพทย์ หรือการทดลองทางวิทยาศาสตร์ไม่ว่าจะเป็นประเภทใด โดยปราศจากเหตุผลอันควรทางด้านทางการแพทย์ การทันตกรรม หรือการรักษาพยาบาลแก่บุคคลดังกล่าวและไม่สอดคล้องกับผลประโยชน์ของบุคคลนั้นอย่างร้ายแรง

⁸⁶ - การตัดทอนอวัยวะของร่างกาย มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ทำให้บุคคลคนเดียวหรือหลายคน พิการ โดยเฉพาะทำให้เสียโฉมอย่างถาวร หรือทำให้ไร้ความสามารถอย่างถาวร หรือถูกตัดทอนอวัยวะของร่างกาย
3. บุคคลคนเดียวหรือหลายคน อยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายปฏิบัติ
4. การกระทำนั้นเป็นสาเหตุที่ทำให้ถึงแก่ความตาย หรือก่อให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงต่อสุขภาพของบุคคลเหล่านั้น
5. การกระทำนั้น เป็นไปโดยปราศจากเหตุผลอันควรทางด้าน การแพทย์ การทันตกรรม หรือการรักษาพยาบาลแก่บุคคลดังกล่าว และไม่สอดคล้องกับผลประโยชน์ของบุคคลเหล่านั้น

- การทดลองทางแพทย์ หรือการทดลองทางวิทยาศาสตร์ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ทำการทดลองทางการแพทย์ หรือการทดลองทางวิทยาศาสตร์ ต่อบุคคลคนเดียวหรือหลายคน
3. บุคคลคนเดียวหรือหลายคน อยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายปฏิบัติ
4. การกระทำนั้นเป็นสาเหตุที่ทำให้ถึงแก่ความตาย หรือก่อให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงต่อสุขภาพของบุคคลเหล่านั้น
5. การกระทำนั้น เป็นไปโดยปราศจากเหตุผลอันควรทางด้าน การแพทย์ การทันตกรรม หรือการรักษาพยาบาลแก่บุคคลดังกล่าว และไม่สอดคล้องกับผลประโยชน์ของบุคคลเหล่านั้น

⁸⁷ Ibid., p.205.

3.5.1.5.1 ข้อ 8 วรรค 2 (a) (ii) การทดลองทางชีววิทยา⁸⁸ (Biological experiments) การทดลองทางชีววิทยาเป็นรูปแบบหนึ่งของการปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรมที่เป็น การละเมิดอย่างร้ายแรง (grave breaches) รูปแบบของการทรมานหรือการปฏิบัติอย่างไร้ มนุษยธรรมรวมถึงการทดลองทางชีววิทยาที่นำมาจากข้อ 50 ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 1 , ข้อ 51 ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 2 , ข้อ 140 ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 , ข้อ 147 ของ อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 แต่คำว่าการทดลองทางชีววิทยาไม่ได้ให้คำจำกัดความไว้ใน อนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ หรือพิธีสารเพิ่มเติม บทบัญญัติของอนุสัญญาที่เกี่ยวข้อง ห้ามการ ทดลองทางชีววิทยาใดๆ โดยปราศจากความยินยอมจากเหยื่อ ถ้าการทดลองนั้นไม่ใช้การรักษา ทางการแพทย์ ทัศนกรรม หรือการรักษาพยาบาลที่เหมาะสมและไม่ได้นำมาซึ่งผลประโยชน์ ของผู้ป่วย กระบวนการทดลองทางวิทยาศาสตร์จะต้องถูกบงการโดยรัฐ สุขภาพของบุคคลที่ เกี่ยวข้องกับมาตรฐานโดยทั่วไปของการรักษาภายใต้สถานการณ์เดียวกันกับบุคคลในชาติของ ผู้มีอำนาจที่กระทำการทดลอง และเป็นผู้ซึ่งไม่ได้ถูกถอดถอนจากอิสรภาพ

องค์ประกอบความผิดนี้ คณะกรรมาธิการเพื่อการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่าง ประเทศ กำหนดให้ ผู้กระทำความผิดได้กระทำต่อบุคคลคนเดียวหรือหลายคน โดยมีเจตนาที่ ทำการทดลองไม่ได้ทำการรักษา และไม่มีเหตุผลทางการแพทย์ที่เหมาะสมกับผลประโยชน์ของ บุคคลหรือหลายคนนั้น⁸⁹

3.5.1.5.2 ข้อ 8 วรรค 2 (b) (x) และข้อ 8 วรรค 2 (e) (xi) การทดลอง ทางการแพทย์ หรือวิทยาศาสตร์⁹⁰ (Medical or scientific experiments)

⁸⁸ - การทดลองทางชีววิทยา มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ควบคุม บุคคลคนเดียวหรือหลายคน เพื่อทำการทดลองทางชีววิทยาหรือชีวเคมี
3. บุคคลเหล่านั้น เป็นผู้ที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับใดฉบับหนึ่งหรือหลาย ฉบับ และผู้ถูกกล่าวหาเกี่ยวข้องกับสถานะที่แท้จริงที่กำหนดไว้ในสถานการณ์นี้
4. เจตนาในการทดลองไม่เกี่ยวกับการบำบัดรักษาโรค และไม่มีเหตุผลอันสมควรทางการแพทย์สำคัญต้อง หรือแสดงว่าเป็นประโยชน์ต่อบุคคลเหล่านั้น
5. การทดลองนั้น ทำให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงต่อสุขภาพกายหรือสุขภาพจิต หรือความสมบูรณ์ของบุคคล เหล่านั้น

⁸⁹ Ibid., p. 146-147.

⁹⁰ - การทดลองทางแพทย์ หรือการทดลองทางวิทยาศาสตร์ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ

องค์ประกอบของอาชญากรรมนี้เหมือนกับ การตัดทอนอวัยวะ และความยินยอมไม่เป็น ข้อแก้ตัวในการก่ออาชญากรรมนี้ การก่ออาชญากรรมนี้ไม่ได้เป็นการรักษาของแพทย์ที่ชี้ให้เห็นว่าเกี่ยวข้องกับสภาพร่างกายของเหยื่อ และไม่ได้สอดคล้องกับมาตรฐานทางการแพทย์โดยทั่วไป⁹¹

3.5.1.6 ความผิดฐานปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม

3.5.1.6.1 ข้อ 8 วรรค 2 (a) (ii)⁹² การปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม (Inhuman treatment) การปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม ตั้งใจกระทำหรือละเว้นกระทำโดยเจตนา

1. เป็นเหตุให้เกิดความเจ็บปวดอย่างรุนแรงต่อร่างกายหรือจิตใจ
2. ก่อให้เกิดความเจ็บป่วยต่อร่างกายหรือจิตใจ หรือสุขภาพ
3. ไม่ได้ปฏิบัติตามหลักพื้นฐานความเป็นมนุษย์ โดยเฉพาะการกระทำต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

การปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม รวมถึงสภาพการขาดมนุษยธรรมอื่นๆ ซึ่งต้องพิจารณาในสถานการณ์แต่ละกรณี อย่างไรก็ตามในข้อเท็จจริงผู้ที่ถูกกักอยู่ในค่ายกักกันอาจจะได้รับความทุกข์ทรมานจากการปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม ถ้าสถานการณ์นี้แสดงสภาพทั่วไปที่เสียหายในดินแดนโดยการขัดกันด้วยอาวุธ นอกจากนี้ผู้ถูกกล่าวหาต้องกระทำด้วยเจตนาทำให้

-
2. ผู้ถูกกล่าวหา ทำการทดลองทางการแพทย์ หรือการทดลองทางวิทยาศาสตร์ ต่อบุคคลคนเดียวหรือหลายคน
 3. บุคคลคนเดียวหรือหลายคน อยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายปฏิบัติ
 4. การกระทำนั้นเป็นสาเหตุที่ทำให้ถึงแก่ความตาย หรือก่อให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงต่อสุขภาพของบุคคลเหล่านั้น
 5. การกระทำนั้น เป็นไปโดยปราศจากเหตุผลอันควรทางด้าน การแพทย์ การทันตกรรม หรือการรักษาพยาบาลแก่บุคคลดังกล่าว และไม่สอดคล้องกับผลประโยชน์ของบุคคลเหล่านั้น

⁹¹ Ibid., p.171-172.

⁹² - การปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ทำให้บุคคลคนเดียวหรือหลายคน ได้รับความทุกข์รุนแรงแก่ร่างกาย หรือทำให้จิตใจเจ็บปวดทุกข์ทรมาน หรือทำให้เจ็บป่วยเป็นโรค
3. บุคคลเหล่านั้น เป็นผู้ได้รับความคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับใดฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับ และผู้ถูกกล่าวหาเกี่ยวข้องกับสถานะที่แท้จริงที่กำหนดไว้ในสถานการณ์นี้

เสียชีวิตด้วยการกระทำหรือละเว้นการกระทำ จะแตกต่างกันกับกรณีที่ถูกคุมขังเป็นผู้ถูกละเมิดทั้งทางร่างกายหรือจิตใจ หรือบรรยากาศเลวร้ายภายในค่าย หรือถูกบังคับให้เป็นโล่มนุษย์ หรือขูดคุนในสนามเพลาะที่แนวหน้า ซึ่งเป็นการกระทำที่เสี่ยงตาย หรือเจตนาหักขังหนึ่งเห็นยาวเป็นระยะเวลาในสภาพทุกข์ทรมาน ในสภาพที่ทำให้เกิดทุกข์เวทนาและลำบาก ซึ่งเป็นผลมาจากการกักขังโดยเจตนา การเพิกเฉย หรือการกระทำที่ล้มเหลว หรือการเจตนาเลือกปฏิบัติ เจตนา (mens rea) เป็นความตั้งใจที่ทำให้เสียชีวิตหรือหัวเราะเยาะเหยียดเหยื่อ⁹³

3.5.1.6.2 ข้อ 8 วรรค 2 (c) (i) การปฏิบัติที่โหดร้าย⁹⁴ ไม่มีคำจำกัดความของคำว่าปฏิบัติที่โหดร้าย (Cruel Treatment) ปรากฏในกฎหมายระหว่างประเทศเท่าที่ผ่านมา ทั้งนี้จะต้องตีความแต่ละกรณีไป⁹⁵

3.5.2 ความผิดเกี่ยวกับเพศ

ความผิดเกี่ยวกับเพศนี้ บัญญัติอยู่ในข้อ 8 วรรค 2 (b) (xxii)⁹⁶ และข้อ 8 วรรค 2 (e) (vi)⁹⁷ แต่แตกต่างกับ ข้อ 8(2)(b)(xxii) ตามลักษณะของการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศกับภายในประเทศเท่านั้น นอกจากนี้องค์ประกอบความผิดของอาชญากรรมสงครามใน

⁹³ Ibid., p. 145-146.

⁹⁴ - การปฏิบัติที่โหดร้าย มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ทำให้บุคคลคนเดียวหรือหลายคน คน ได้รับความทุกข์อย่างรุนแรง แก่ร่างกายและจิตใจ ให้ได้รับความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมาน
3. บุคคลเหล่านั้น ทั้งที่เป็นพลรบที่ได้วางอาวุธของตน หรือไม่มีทางต่อสู้ ซึ่งได้ยอมแพ้โดยสมัครใจบาดเจ็บพลเรือน เป็นบุคลากรทางการแพทย์ หรือบุคลากรทางศาสนา ที่ไม่ได้เข้าร่วมในฝ่ายปรักษ์ และผู้ถูกกล่าวหาเกี่ยวกับสถานะที่แท้จริงที่กำหนดไว้ในสถานการณ์นี้

⁹⁵ Ibid., p. 196.

⁹⁶ การข่มขืนกระทำชำเรา การทำให้เป็นทาสทางเพศ การบังคับให้เป็นโสเภณี การบังคับให้ตั้งครุฑ ตามที่กำหนดไว้ในข้อ 7 วรรค 2 (f) การบังคับให้ทำหมัน หรือรูปแบบอื่นของการกระทำรุนแรงทางเพศ ซึ่งก่อให้เกิดการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวาฯ เช่นกัน

⁹⁷ การข่มขืนกระทำชำเรา การทำให้เป็นทาสทางเพศ การบังคับให้เป็นโสเภณี การบังคับให้ตั้งครุฑ ตามที่กำหนดไว้ในข้อ 7 วรรค 2 (f) การบังคับให้ทำหมัน หรือรูปแบบอื่นของการกระทำรุนแรงทางเพศ ซึ่งก่อให้เกิดการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวาฯ ทั้งสี่ฉบับ

การกระทำรุนแรงทางเพศ ภายใต้บทบัญญัตินี้ เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวา⁹⁸

3.5.2.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา⁹⁹ (Rape)

การข่มขืนเป็นการทรมานอย่างหนึ่งซึ่งเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวาและข้อ 8(2)(a)(ii) ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นการละเมิดกฎหมายและจารีตประเพณีของสงคราม และเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ¹⁰⁰

3.5.2.2 ความผิดฐานทำให้เป็นทาสทางเพศ¹⁰¹ (Sexual slavery)

ตัวอย่างของการบังคับให้เป็นทาสทางเพศ เช่นกองกำลังของญี่ปุ่นในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 และอดีตประเทศยูโกสลาเวียที่มีการจัดตั้ง “rape camps” Special Rapporteur ของสหประชาชาติของ Working Group on Contemporary Forms of Slavery ให้คำจำกัดความคำว่า การเป็นทาสทางเพศว่าเป็นสถานภาพหรือสภาพของบุคคลที่ถูกอำนาจเหนือกว่าบังคับในสิทธิของความเป็นเจ้าของ รวมถึงการล่วงเกินทางเพศตลอดจนการข่มขืนหรือการละเมิดทาง

⁹⁸ Ibid., p.202.

⁹⁹ - การข่มขืนกระทำชำเรา มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ล่วงล้ำร่างกายของบุคคล โดยการกระทำที่เป็นผลโดยการผ่านทะลุ ส่วนใดๆของร่างกายของเหยื่อ หรือการทำผิดกฎหมายต่ออวัยวะเพศ หรือทวารหนัก หรือช่องเกี่ยวกับอวัยวะสืบพันธุ์ของเหยื่อ แม้เพียงเล็กน้อย กับวัตถุ หรือกับส่วนใดๆของร่างกาย
3. การล่วงล้ำนั้น เป็นการกระทำโดยใช้กำลังบังคับ หรือโดยการคุกคามขู่เข็ญด้วยกำลัง หรือการบังคับขู่เข็ญ เช่น เป็นเหตุจากความกลัวต่อความรุนแรง การบังคับขู่เข็ญ การกักขัง หรือการบีบบังคับจิตใจ หรือการใช้อำนาจในทางผิดกฎหมาย ต่อบุคคลคนเดียวหรือหลายคน หรือโดยเอาเปรียบจากการบีบบังคับทางสภาพแวดล้อม หรือการล่อลวง เป็นการกระทำต่อบุคคลผู้ไร้ความสามารถ โดยไม่ได้รับความยินยอมอย่างแท้จริง

¹⁰⁰ Ibid., p.182.

¹⁰¹ - การทำให้เป็นทาสทางเพศ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหาใช้อำนาจเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ เหนือบุคคลคนเดียวหรือหลายคนโดย การซื้อขาย ให้เช่า ยืม แลกเปลี่ยนบุคคลคนเดียวหรือหลายคนเช่นว่า หรือโดยเห็นได้ชัดเจนว่าสูญเสียอิสรภาพตามปกติ
3. ผู้ถูกกล่าวหา ทำใ้บุคคลคนเดียวหรือหลายคน เข้าร่วมในการกระทำทางเพศหนึ่งหรือมากกว่านั้น

เพศในรูปแบบอื่นๆ อาจกระทำโดยผู้ดำเนินการของรัฐ หรือปัจเจกบุคคลและไม่ได้เกี่ยวพันกับรัฐบาล บุคคลที่เป็นเหยื่อของการเป็นทาสทางเพศที่ซื้อชายหรือค้าขายเหมือนกับข้าวของ¹⁰²

องค์ประกอบความผิดตามที่คณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดในกรณีของการบังคับให้เป็นทาสทางเพศว่า ผู้กระทำผิดต้องใช้อำนาจหรือใช้กำลังบังคับทั้งหมดหรือบางส่วนในสิทธิของความเป็นเจ้าของ ต่อบุคคลคนเดียวหรือหลายคน โดยการซื้อ การขาย การให้ยืม หรือการแลกเปลี่ยนบุคคลเช่นว่า หรือกักขังบุคคลเหล่านั้นให้ปราศจากเสรีภาพ เป็นสาเหตุให้บุคคลเหล่านั้นถูกล่วงเกินทางเพศครั้งเดียวหรือมากกว่า การกระทำผิดนี้มีองค์ประกอบมากมายเช่นเดียวกับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ภายใต้ข้อ 7(1)(g) ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ในบางสถานการณ์รวมถึงการใช้กำลังรุนแรงหรือมีฉ้อโกงที่มีลักษณะเหมือนคำจำกัดความใน Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery of 1956 และผู้กระทำผิดอาจทำให้เหยื่อติดยาด้วยโดยเฉพาะผู้หญิงและเด็ก

3.5.2.3 ความผิดฐานบังคับให้เป็นโสเภณี¹⁰³ (Enforced prostitution)

การบังคับให้เป็นโสเภณี ก่อนจัดตั้งศาลชั่วคราวในเนเธอร์แลนด์มีผู้ถูกกล่าวหาชาวญี่ปุ่น ลูกพาเด็กและผู้หญิงโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับให้เป็นโสเภณี ซึ่งถูกพิพากษาว่ามีความผิด

การบังคับให้เป็นโสเภณีเป็นรูปแบบของการบังคับให้เป็นทาสทางเพศที่มีองค์ประกอบมีเงินเป็นรายได้แก่ผู้ถูกกล่าวหาหรือบุคคลอื่นซึ่งแตกต่างกับการบังคับให้เป็นทาสทางเพศโดยปกติ

องค์ประกอบความผิด ผู้กระทำผิดทำให้บุคคลคนเดียวหรือหลายคนถูกกระทำทางเพศโดยใช้กำลัง โดยการบังคับเช่นทำให้เกิดความกลัวโดยใช้ความรุนแรง ข่มขู่ กักขัง กดขี่ บีบบังคับจิตใจทำ¹⁰⁴

¹⁰² Ibid., p.182-183.

¹⁰³ - การบังคับให้เป็นโสเภณี มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ทำให้บุคคลคนเดียวหรือหลายคน เข้าร่วมการกระทำทางเพศ โดยใช้กำลัง หรือโดยคุกคาม หรือโดยหาประโยชน์จากสภาพแวดล้อมที่บีบบังคับ หรือบุคคลคนเดียวหรือหลายคน ไม่มีความสามารถจะให้ความยินยอมอย่างแท้จริง
3. ผู้ถูกกล่าวหา หรือบุคคลอื่นใช้หรือคาดว่าจะใช้เงิน หรือผลประโยชน์ ในการแลกเปลี่ยน เพื่อหรือในความสัมพันธ์ กับการกระทำทางเพศ

¹⁰⁴ Ibid., p.183.

องค์ประกอบความผิดตามที่คณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ ผู้กระทำความผิดต้องทำให้บุคคลคนเดียวหรือหลายคนถูกกระทำทางเพศครั้งเดียวหรือหลายครั้งโดยใช้กำลัง โดยการบังคับเช่นทำให้เกิดความกลัวโดยใช้ความรุนแรง ช่มชู้ กักขัง กดขี่ บีบขี้กดขี่จิตใจ ทำการทารุณ หรือโดยเอาเปรียบโดยบังคับบุคคลเช่นว่าโดยสภาพแวดล้อมโดยปราศจากความยินยอมอย่างแท้จริง ผู้กระทำความผิดหรือบุคคลอื่นต้องได้รับเงินหรือผลประโยชน์อื่นแลกเปลี่ยนสำหรับการกระทำทางเพศดังกล่าว

3.5.2.4 ความผิดฐานบังคับให้ตั้งครรภ์¹⁰⁵ (Forced pregnancy)

องค์ประกอบความผิด ผู้กระทำความผิดต้องกักขังผู้หญิงคนเดียวหรือหลายคนให้ตั้งครรภ์โดยใช้กำลัง ซึ่งตั้งใจให้มีผลเกี่ยวกับเชื้อชาติและประชากร ซึ่งเป็นการละเมิดกฎหมายอย่างรุนแรง¹⁰⁶

ความหมายของ การบังคับให้ตั้งครรภ์นั้น บัญญัติอยู่ในข้อ 7 (f) ของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งกำหนดว่า “การบังคับให้ตั้งครรภ์ หมายถึง การกักขังโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อบังคับให้หญิงตั้งครรภ์ โดยมีเจตนาที่จะให้มีผลต่อองค์ประกอบทางชาติพันธุ์ของประชากรใดๆ หรือตั้งใจที่จะปฏิบัติการอย่างร้ายแรงอื่นๆ ที่ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ คำนิยามนี้ต้องไม่นำไปตีความไม่ว่ากรณีใดๆ ที่จะให้มีผลต่อกฎหมายภายในของรัฐเกี่ยวกับการตั้งครรภ์”

3.5.2.5 ความผิดฐานบังคับให้ทำหมัน¹⁰⁷ (Enforced sterilization)

¹⁰⁵ - การบังคับให้ตั้งครรภ์ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา กักตัวหญิงคนเดียวหรือหลายคน
3. หญิงคนเดียวหรือหลายคนเช่นว่านั้น ถูกใช้กำลังบังคับใช้ตั้งครรภ์
4. ผู้ถูกกล่าวหา เจตนาเก็บรักษาหญิงคนเดียวหรือหลายคนที่ตั้งครรภ์ เพื่อส่งผลในด้านศีลธรรมของประชากร หรือแสดงออกถึงความรุนแรงอื่นๆ ในกฎหมายระหว่างประเทศ

¹⁰⁶ *Ibid.*, p.183.

¹⁰⁷ - การบังคับให้ทำหมัน มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา กัดกันบุคคลคนเดียวหรือหลายคน ในสมรรถภาพเกี่ยวกับชีววิทยาในการทำให้เกิด
3. การกระทำนั้น ไม่มีเหตุผลอันสมควรทางการแพทย์ หรือการรักษาพยาบาลแก่บุคคลดังกล่าว และไม่ได้แสดงเป็นเจตนาที่แท้จริงของบุคคลเหล่านั้น

องค์ประกอบความผิด ผู้กระทำความผิดทำให้บุคคลคนเดียวหรือหลายคนหมดความสามารถในการสืบพันธุ์และการกระทำนั้นไม่ได้เป็นไปเพื่อการรักษาพยาบาลและไม่ได้รับความยินยอมแท้จริงจากบุคคลนั้น อย่างไรก็ตามคำว่าความยินยอมที่แท้จริงไม่รวมถึงความยินยอมที่เกิดจากการถูกหลอกลวง¹⁰⁸

3.5.2.6 ความผิดฐานกระทำรุนแรงทางเพศ¹⁰⁹ (Sexual violence)

การกระทำรุนแรงทางเพศหมายถึงการล่วงละเมิดทางเพศอื่น ๆ นอกเหนือจากการกระทำที่กล่าวมาแล้วข้างต้นเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวา

การละเมิดทางเพศต้องเป็นความจริงจังที่จะเปรียบเทียบกับรายละเอียดบทบัญญัติอาชญากรรมทางเพศอื่น การละเมิดทางเพศที่เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรง (grave breach) ตามบทบัญญัติข้อ 8(2)(a) หรือ (b) ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ อาชญากรรมสงครามที่เป็นการละเมิดทางเพศในรูปแบบอื่น ภายใต้ข้อ 8(2)(b)(xxii) ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ อาจจัดให้เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวา

การละเมิดทางเพศเป็นการทำให้เหยื่อได้รับความทุกข์ทั้งทางร่างกายและจิตใจโดยวิธีการข่มขู่ ใช้กำลัง หรือบังคับขู่เข็ญในทางที่ทำให้เสียเกียรติและอับอายขายหน้า แม้ว่าความแตกต่างจากการข่มขืนกระทำชำเรา แต่การกระทำทั้งหมดนี้ยังก่อให้เกิดความโกรธแค้นต่อศักดิ์ศรีของบุคคล¹¹⁰

องค์ประกอบความผิดผู้กระทำต้องกระทำต่อบุคคลคนเดียวหรือหลายคนในการกระทำทางเพศโดยใช้กำลัง หรือใช้กำลังข่มขู่หรือบีบบังคับโดยไม่ได้รับความยินยอมที่แท้จริง¹¹¹

¹⁰⁸ Ibid., p.183.

¹⁰⁹ - การกระทำรุนแรงทางเพศ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ได้รับมอบหมายให้กระทำทางเพศ ต่อบุคคลคนเดียวหรือหลายคน หรือทำให้บุคคลคนเดียวหรือหลายคนเช่นว่านั้น เข้าร่วมการกระทำทางเพศ โดยใช้กำลัง หรือบังคับโดยใช้กำลัง หรือขู่เข็ญ โดยใช้ความกลัวจากความรุนแรง การทำให้เสียอิสรภาพ การกักขัง การกดขี่ทางร่างกาย หรือการละเมิดอำนาจต่อบุคคลคนเดียวหรือหลายคน หรือบุคคลอื่น หรือโดยหาประโยชน์จากการใช้สภาพแวดล้อม ขู่เข็ญบุคคลคนเดียวหรือหลายคนในความสามารถที่จะให้ความยินยอมอย่างแท้จริง
3. การกระทำมีความรุนแรง ซึ่งเทียบได้กับการละเมิดอย่างรุนแรงต่ออนุสัญญาเจนีวา

¹¹⁰ Ibid., p.183.

¹¹¹ Ibid., p.183.

องค์ประกอบความผิดตามที่คณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างศาลอาญาระหว่างประเทศ กำหนดให้ผู้กระทำผิดต้องกระทำต่อบุคคลคนเดียวหรือหลายคนในการกระทำทางเพศโดยใช้กำลัง หรือใช้กำลังข่มขู่หรือบีบบังคับโดยไม่ได้รับความยินยอมที่แท้จริง การกระทำผิดนั้นต้องรุนแรงเปรียบเทียบกับกระทำความผิดอย่างร้ายแรง (grave breach) ต่ออนุสัญญาเจนีวา และผู้กระทำผิดต้องรู้ถึงข้อเท็จจริงในสถานการณ์ ว่าการกระทำนั้นรุนแรง¹¹²

3.5.3 ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ

ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ อาจแยกพิจารณาได้เป็น ความผิดฐานกักขัง ความผิดในการเนรเทศ หรือโยกย้ายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และความผิดฐานจับตัวประกัน

3.5.3.1 ความผิดฐานกักขัง

ข้อ 8 วรรค 2 (a)(vii)¹¹³ การกักขังโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹¹⁴

ภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ในช่วงเวลาที่มีการขัดกันด้วยอาวุธ อีสราเอลส่วนตัวของพลเรือนในอาณาเขตของผู้พิพาทยังคงมีอยู่ไม่หายไป ไม่ว่าเขาหรือเธอคือชนชาติเดียวกันกับฝ่ายศัตรูหรือไม่ ข้อ 27 (4) ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 อนุญาตให้มีมาตรการควบคุมความปลอดภัยที่อาจมีความจำเป็นต่อผลของการสู้รบ ข้อ 5 ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 ได้ให้ความหมายเกี่ยวกับการสงสัยหรือความเกี่ยวพันกับกิจกรรมที่เป็นปฏิปักษ์ต่อความปลอดภัยของรัฐ คือ จารชน ผู้ก่อวินาศกรรม อาจถูกควบคุมอย่างถูกกฎหมายเพราะการกระทำของเขาเป็นผลเสียหายหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อความปลอดภัยของรัฐ¹¹⁵

¹¹² *Ibid.*, p.183.

¹¹³ การเนรเทศหรือการโยกย้ายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือกักขังโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

¹¹⁴ - การกักขังโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา กักตัวหรือกักตัวอย่างต่อเนื่อง บุคคลคนเดียวหรือหลายคน ในสถานที่เฉพาะ
3. บุคคลเหล่านั้น เป็นผู้ที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับใดฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับที่เกี่ยวข้อง และผู้ถูกกล่าวหาเกี่ยวข้องกับสถานะที่แท้จริงที่กำหนดไว้ในสถานการณ์นี้

¹¹⁵ *Ibid.*, p.152-154.

มาตรการความปลอดภัยที่ใช้กักขังพลเรือนต้องอยู่บนความยุติธรรมและความจำเป็นอย่างยั้ง ไม่มีทางเลือกที่จะใช้ความรุนแรงได้ ซึ่งถูกกำหนดไว้ในข้อ 42 ของอนุสัญญาฉบับที่ 4 ที่ระบุว่า “การกักขังหรือการกำหนดสถานที่อยู่แก่บุคคลที่ได้รับความคุ้มครองนั้นจะสั่งให้กระทำได้อีกต่อเมื่อมีความจำเป็นอย่างแท้จริง เพื่อความมั่นคงของประเทศที่กักคุมเท่านั้น ถ้าบุคคลใดร้องขอโดยสมัครใจโดยผ่านประเทศที่คุ้มครองให้กักกันตน และถ้าหากว่าตามสถานะของบุคคลผู้นั้น เกิดมีความจำเป็นต้องกระทำเช่นนี้ก็ให้ประเทศที่บุคคลดังกล่าวตกอยู่ในอำนาจทำการกักกันไว้”

ถ้าพลเรือนถูกกักขังโดยละเมิด ข้อ 42 ของอนุสัญญาเจนีวา การกักขังนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย การกักขังที่ชอบด้วยกฎหมายเริ่มต้นกลายเป็นการกักขังที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามข้อ 43 ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 ดังนี้

“บุคคลที่ได้รับความคุ้มครองผู้ใดถูกกักกันหรือกำหนดสถานที่ให้อยู่มีสิทธิที่จะขอให้ศาลมีอำนาจ หรือคณะกรรมการฝ่ายปกครองที่ประเทศที่คุมขังได้ตั้งขึ้นเพื่อการนั้น พิจารณาใหม่โดยเร็วที่สุดที่จะเร็วได้ ถ้าการกักกันหรือการกำหนดสถานที่ให้อยู่ยังคงมีอยู่ต่อไป ศาลหรือคณะกรรมการฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาเป็นกรณีของบุคคลเช่นว่านั้นเป็นระยะๆ และอย่างน้อยที่สุดปีละ 2 ครั้ง เพื่อแก้ไขให้คำวินิจฉัยเดิมให้เป็นผลดีขึ้น ถ้าหากว่าพฤติการณ์เปิดช่องให้”

องค์ประกอบความผิดในการกักขังตามที่คณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดถึงอาชญากรรมสงครามที่กักขังโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรง กำหนดหลักพื้นฐานว่าผู้กระทำความผิดต้องกักขังหรือกักขังอย่างต่อเนื่องต่อบุคคลคนเดียวหรือหลายคนในบริเวณที่แน่นอน

3.5.3.2 ความผิดในการเนรเทศหรือโยกย้ายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3.5.3.2.1 ข้อ 8 วรรค 2 (a) (vii) การเนรเทศหรือการโยกย้ายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹¹⁶ การกระทำความผิดนี้มาจากอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 ที่ถูกรวบรวมในปี 1949 หลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยเป็นผลมาจากกฎหมายจารีตประเพณี¹¹⁷

¹¹⁶ - การเนรเทศหรือการโยกย้ายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. การทำกรรมมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา เนรเทศหรือการโยกย้าย บุคคลคนเดียวหรือหลายคน ไปรัฐอื่นหรือสถานที่อื่น

การเนรเทศหรือการโยกย้ายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ข้อ 45 ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 อธิบายถึงการโยกย้ายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายต่อบุคคลที่ได้รับการปกป้อง จะถูกส่งคืนถิ่นที่อยู่หลังจากความเป็นปรักษ์ยุติลง¹¹⁸

การปกป้องบุคคลอาจส่งไปในประเทศภาคีของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 หลังจากรัฐที่กักขัง ปฏิบัติโดยความตั้งใจและความสามารถของรัฐที่รับการโยกย้ายนั้น และต้องมีมาตรการที่มีประสิทธิภาพ ในสถานการณ์ที่ถูกต้อง หรือเรียกร้องให้ส่งผู้ที่ได้รับการปกป้องคืน ถ้ารัฐที่รับนั้นไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีที่สำคัญภายใต้อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 การห้ามโยกย้ายบุคคลที่ได้รับการปกป้องในรัฐที่เขามีเหตุผล กลัวการฟ้องร้องดำเนินคดีเนื่องจากความเห็นทางการเมือง หรือความเชื่อทางศาสนา¹¹⁹

3.5.3.2.2 ข้อ 8 วรรค 2 (b) (viii)¹²⁰

ข้อ 49 ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 อธิบายการเนรเทศหรือการโยกย้ายบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองจากดินแดนที่ถูกยึดครองไปยังดินแดนของผู้ยึดครองหรือประเทศอื่นไม่ว่าจะถูกยึดครองหรือไม่ โดยไม่คำนึงถึงวัตถุประสงค์ จาก ข้อ 85(4)(a) ของพิธีสารฉบับที่ 1 อธิบายการละเมิดอย่างร้ายแรง ในการโยกย้ายโดยอำนาจที่ปกครองอยู่ในส่วนของประชากรพลเรือนที่อยู่ในดินแดนที่ครอบครอง หรือการเนรเทศหรือโยกย้ายอันเป็นการละเมิด ข้อ 49 ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4

3. บุคคลเหล่านั้น เป็นผู้ได้รับความคุ้มครองภายใต้อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับใดฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับที่เกี่ยวข้อง และผู้ถูกกล่าวหาเกี่ยวกับสถานะที่แท้จริงที่กำหนดไว้ในสถานการณ์นี้

¹¹⁷ *ibid.*, p.151.

¹¹⁸ *ibid.*, p.151-152.

¹¹⁹ *ibid.*, p.151.

¹²⁰ การโยกย้ายประชากรพลเรือน ของฝ่ายที่ยึดครองบางส่วนเข้าไปในดินแดนที่ตนยึดครองทั้งโดยตรงและทางอ้อม หรือการเนรเทศ หรือโยกย้ายประชากรพลเรือน ของดินแดนที่ถูกยึดครองทั้งหมด หรือบางส่วน ภายในหรือภายนอกดินแดนนี้ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ

2. กระทำผิดกฎหมาย :

(a) โยกย้ายประชากรพลเรือน ของฝ่ายที่ยึดครองบางส่วนเข้าไปในดินแดนที่ตนยึดครองทั้งโดยตรงและทางอ้อม

(b) เนรเทศ หรือโยกย้ายประชากรพลเรือน ของดินแดนที่ถูกยึดครองทั้งหมด หรือบางส่วน ภายในหรือภายนอกดินแดนที่ถูกยึดครอง

การกระทำผิดนี้ได้รับมาอย่างมากจาก ข้อ 85(4)(a) ของพิธีสารฉบับที่ 1 แต่มีสองข้อยกเว้น ประการแรกในการประชุมจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้มีการเพิ่มเติมคำว่า โดยตรงหรือโดยอ้อมจากความพยายามของกลุ่มรัฐอาหรับ ที่มีอำนาจครอบคลุมถึงความรับผิดชอบทางอาญาที่จะโยกย้ายประชากรในอาณาเขตที่ครอบครอง แต่ไม่มีผลถึงขั้นป้องกันประชากรของตนเองจากการจัดระเบียบในการโยกย้าย ประการที่สองการประชุมเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ พบว่าไม่จำเป็นต้องอ้างถึงข้อ 49 ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 ภายหลังจากให้คำจำกัดความในข้อนี้แล้ว

องค์ประกอบของอาชญากรรมเพิ่มคำว่าโยกย้าย(transfer)ต้องการแปลให้สอดคล้องกับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ¹²¹

3.5.3.2.3 ข้อ 8 วรรค 2 (e) (viii)¹²² อาชญากรรมสงครามนี้มาจากข้อ 17(1) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 เป็นอาชญากรรมเดียวภายใต้ข้อ 8(2)(e) ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ที่ไม่ได้เทียบเคียงกับข้อ 8(2)(b)

การโยกย้ายโดยมิชอบ (unlawful displacement) รวมถึงการโยกย้ายโดยมีจุดประสงค์เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (ethnic cleansing) องค์ประกอบของอาชญากรรม¹²³

3.5.3.3 ความผิดฐานจับตัวประกัน

3.5.3.3.1 ข้อ 8 วรรค 2 (a) (viii) การจับไปเป็นตัวประกัน¹²⁴ ตัวประกันเป็นผู้บริสุทธิ์ไม่ใช่ผู้ทำการสู้รบ ในอาณาเขตที่ถูกยึดครองผู้ซึ่งถูกถอดถอนจากอิสรภาพโดยไม่

¹²¹ Ibid., p.168-169.

¹²² การสั่งให้มีการโยกย้ายประชากรพลเรือนด้วยเหตุผลที่เกี่ยวกับความขัดแย้ง เว้นแต่ในกรณีที่ทำเพื่อความปลอดภัยของพลเรือนเข้ามาเกี่ยวข้อง หรือเหตุผลในด้านความจำเป็นทางทหารบังคับ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา สั่งให้มีการโยกย้ายประชากรพลเรือนออกจากถิ่น
3. ผู้ถูกกล่าวหา ดำรงตำแหน่งที่มีผลต่อการโยกย้ายจากถิ่น โดยการออกคำสั่งเช่นนั้น
4. คำสั่งเช่นนั้น ไม่มีเหตุผลอันสมควรเพื่อความปลอดภัยของพลเรือนเข้ามาเกี่ยวข้อง หรือเหตุผลในด้านความจำเป็นทางทหารบังคับ

¹²³ Ibid., p.203.

¹²⁴ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมักทำตามอำเภอใจ แม้บางครั้งภายใต้การคุกคามของชีวิตที่เขากลัว จับกุมและควบคุมเพื่อที่จะป้องกันจากการต่อต้านของศัตรู หรือภายใต้เงื่อนไขที่ปลอดภัยจากศัตรู สำหรับบังคับให้ไปข้างหน้าหรือล่าถอย หรือฆ่าพวกเขาแบบเดียวกับเป็นผู้ก่อการร้าย และป้องกันหรือต้านทานการเคลื่อนไหว¹²⁵

การกักขังที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในสถานการณ์ที่ไม่แน่นอนที่สังเกตได้ ว่าเมื่อมีความจำเป็นที่จะปกป้องพลเรือนหรือเมื่อต้องการเหตุผลอย่างจริงจัง การปรับข้อกล่าวหาให้มีความผิดภายใต้การกระทำนี้ โจทก์ต้องกำหนดช่วงระยะเวลาในการกักขัง

องค์ประกอบความผิดของอาชญากรรมที่กำหนดโดยคณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ ควรระบุว่า บุคคลที่เป็นตัวประกันไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลที่ถูกใช้เป็นโล่มนุษย์ต่อต้านการปฏิบัติการทางทหาร การใช้บุคคลเป็นโล่มนุษย์จะเป็นความผิดตามข้อ 8(2)(b)(xxiii) ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ¹²⁶

3.5.3.3.2 ข้อ 8 วรรค 2 (c) (iii) การจับไปเป็นตัวประกัน¹²⁷ การจับเป็นตัวประกันในการขัดกันด้วยอาวุธที่มีได้มีลักษณะระหว่างประเทศถูกห้ามโดย ข้อ 3 ร่วมของ

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา จับกุมหรือกักขังหน่วงเหนี่ยว หรือจับกุม บุคคลคนเดียวหรือหลายคน เป็นตัวประกัน
3. ผู้ถูกกล่าวหา ชูว่าจะฆ่า หรือทำร้าย หรือกักขังอย่างต่อเนื่อง ต่อบุคคลคนเดียวหรือหลายคน
4. บุคคลเหล่านั้น เป็นผู้ที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับใดฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับที่เกี่ยวข้อง และผู้ถูกกล่าวหาเกี่ยวข้องกับสถานะที่แท้จริงที่กำหนดไว้ในสถานการณ์นี้
5. ผู้ถูกกล่าวหา เจตนาบังคับรัฐ องค์การระหว่างประเทศ บุคคล หรือนิติบุคคล ให้กระทำหรือละเว้นการกระทำ ทั้งมีเงื่อนไขโดยตรงหรือโดยอ้อม เพื่อความปลอดภัยหรือเพื่อปล่อยบุคคลเหล่านั้น

¹²⁵ Ibid., p.154-157.

¹²⁶ Ibid., p.154-157.

¹²⁷ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา จับกุมหรือกักขังหน่วงเหนี่ยว หรือจับกุม บุคคลคนเดียวหรือหลายคน เป็นตัวประกัน
3. ผู้ถูกกล่าวหา ชูว่าจะฆ่า หรือทำร้าย หรือกักขังอย่างต่อเนื่อง ต่อบุคคลคนเดียวหรือหลายคน
4. บุคคลเหล่านั้น ทั้งที่เป็นพลรบที่ได้วางอาวุธของตน หรือไม่มีทางต่อสู้ ซึ่งได้ยอมแพ้โดยสมัครใจบาดเจ็บเป็นพลเรือน เป็นบุคลากรทางการแพทย์ หรือบุคลากรทางศาสนา ที่ไม่ได้เข้าร่วมในฝ่ายปรปักษ์ และผู้ถูกกล่าวหาเกี่ยวข้องกับสถานะที่แท้จริงที่กำหนดไว้ในสถานการณ์นี้
5. ผู้ถูกกล่าวหา เจตนาบังคับรัฐ องค์การระหว่างประเทศ บุคคล หรือนิติบุคคล ให้กระทำหรือละเว้นการกระทำ ทั้งมีเงื่อนไขโดยตรงหรือโดยอ้อม เพื่อความปลอดภัยหรือเพื่อปล่อยบุคคลเหล่านั้น

อนุสัญญาเจนีวา และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ข้อ 4(2)(c) การจับเป็นตัวประกันโดยปรกติก็ขัดกับกฎหมายจารีตประเพณีทางสิทธิมนุษยชน และเป็นอาชญากรรมในระบบกฎหมายส่วนใหญ่ องค์ประกอบความผิดเหมือนกับการจับตัวประกันที่ถือเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ¹²⁸

3.5.4 ความผิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีแห่งบุคคล

บทบัญญัติข้อ 8 วรรค 2 (b) (xxi)¹²⁹ มาจากข้อ 75(2)(b) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 คำว่าการเหยียดหยามศักดิ์ศรีของบุคคล ไม่จำเป็นต้องกระทำต่อมนุษย์ที่ยังมีชีวิตอาจกระทำกับร่างที่ตายไปแล้วก็ได้ เพราะมีความเชื่อเกี่ยวกับปรัชญาและศาสนาของการเคารพมนุษย์ องค์ประกอบของอาชญากรรมผู้กระทำความผิดต้องทำให้บุคคลคนเดียวหรือหลายคนรวมทั้งคนที่ตายไปแล้วต้องเสียเกียรติ เสื่อมเสีย หรือการละเมิดศักดิ์ศรีอื่นๆ¹³⁰

องค์ประกอบของอาชญากรรมตามที่คณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนด ผู้กระทำความผิดต้องทำให้บุคคลคนเดียวหรือหลายคนรวมทั้งคนที่ตายไปแล้วต้องเสียเกียรติ เสื่อมเสีย หรือการละเมิดศักดิ์ศรีอื่นๆ เหยื่อไม่จำเป็นต้องทราบถึงรู้ถึงการมีอยู่ของการทำให้เสียเกียรติ หรือทำให้อับอาย หรือการละเมิดอื่นๆ ซึ่งจะต้องพิจารณาลักษณะที่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมของเหยื่อด้วย ผู้กระทำความผิดจะต้องรับผิดชอบในการกระทำที่ทำให้เสียเกียรติ เสื่อมเสีย หรือการละเมิดอื่นๆ จะต้องมึระดับที่พิจารณาได้โดยทั่วไปที่เป็นการทำลายศักดิ์ศรีของบุคคล

¹²⁸ Ibid., p. 198.

¹²⁹ การเหยียดหยามศักดิ์ศรีของบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำให้อับอายและการย้ายศักดิ์ศรี มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ทำให้บุคคลคนเดียวหรือหลายคน เสียเกียรติ ทำให้ขายหน้า หรือละเมิดเกียรติประการอื่นๆ
3. ความรุนแรงของการทำให้เสียเกียรติ ขายหน้า ละเมิดประการอื่นใดนั้น แสดงให้เห็นโดยทั่วไปถึงความหนักเบา ว่าเป็นการกระทำที่รุนแรงต่อเกียรติของบุคคล

¹³⁰ Ibid., p.181.

ข้อ 8 วรรค 2 (c) (ii)¹³¹ บัญญัติว่า การเหยียดหยามศักดิ์ศรีของบุคคลเป็นรูปแบบของการปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรมที่สร้างความอับอายขายหน้าอย่างร้ายแรงมากกว่าการอย่างอื่น ซึ่งเป็นการกระทำที่เหยียดหยามต่อศักดิ์ศรีของบุคคลอื่น เป็นการทำให้ขายหน้าอย่างร้ายแรงหรือกระทำต่อร่างกายหรือจิตใจของเหยื่ออย่างเลวทราม ทำให้เหยื่อได้รับความทุกข์อย่างแท้จริง¹³²

3.5.5 ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน

ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ กำหนดเกี่ยวกับการทำลาย การยึดหรือริบทรัพย์สินของส่วนรวมและส่วนบุคคล รวมทั้งการปล้นสะดมทรัพย์สินดังกล่าว

3.5.5.1 ความผิดฐานทำลายทรัพย์สิน

3.5.5.1.1 ข้อ 8 วรรค 2 (a) (iv)¹³³ การทำลายอย่างกว้างขวาง โดยไม่มีความจำเป็น ทางทหารและได้กระทำไปโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และโดยไม่เลือกเป้าหมาย¹³⁴

¹³¹ การเหยียดหยามศักดิ์ศรีของบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำให้อับอายและการปฏิบัติที่ย่ำยีศักดิ์ศรี มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. การกระทำมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ทำให้บุคคลคนเดียวหรือหลายคน เสียเกียรติ ทำให้ขายหน้า หรือละเมิดเกียรติประการอื่นๆ
3. บุคคลเหล่านั้น ทั้งที่เป็นพลรบที่ได้วางอาวุธของตน หรือไม่มีทางต่อสู้ ซึ่งได้ยอมแพ้โดยสมัครใจบาดเจ็บเป็นพลเรือน เป็นบุคลากรทางการแพทย์ หรือบุคลากรทางศาสนา ที่ไม่ได้เข้าร่วมในฝ่ายปรักษ์ และผู้ถูกกล่าวหา รู้เกี่ยวกับสถานะที่แท้จริงที่กำหนดไว้ในสถานการณ์นี้
4. ความรุนแรงของการทำให้เสียเกียรติ ขายหน้า ละเมิดประการอื่นใดนั้น แสดงให้เห็นโดยทั่วไปถึงความหนักเบา ว่าเป็นการกระทำที่รุนแรงต่อเกียรติของบุคคล

¹³² *Ibid.*, p. 196-198.

¹³³ การทำลายและริบทรัพย์สินอย่างกว้างขวาง โดยไม่มีความจำเป็น ทางทหารและได้กระทำไปโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และโดยไม่เลือกเป้าหมาย

¹³⁴ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. การกระทำมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ทำลายหรือทำเพื่อวัตถุประสงค์บางอย่างต่อทรัพย์สินที่แน่นอน

การทำลายทรัพย์สินอย่างกว้างขวางไม่เป็นธรรม (Unjustifiable extensive of property) ลักษณะพิเศษที่จำเป็นที่สุดระหว่าง การทำลายทรัพย์สินอย่างกว้างขวางโดยไม่มี ความจำเป็นทางทหารและได้กระทำไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและโดยไม่เลือกเป้าหมาย และ ไม่ยุติธรรม เช่นเดียวกับ การละเมิดอย่างร้ายแรง (grave breach) อาชญากรรมสงครามจะเกี่ยว กับ การตั้งใจโจมตีเป้าหมายที่ไม่ใช่ทางทหาร ส่วนการละเมิดอย่างร้ายแรงอื่นๆต่อกฎหมายและ จารีตประเพณีในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ ไม่ใช่การละเมิดอย่างร้ายแรง (grave breach) ที่ขยายลักษณะของอาชญากรรมสงครามในแบบเดิม แบ่งแยกการกระทำที่ไม่ใช่การ ละเมิดอย่างร้ายแรง (grave breach) ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 การทำลาย หรือการทำลายล้าง หรือทำความเสียหายต่อทรัพย์สินจะถือเป็นการทำลายทรัพย์สิน¹³⁵

3.5.5.1.2 ข้อ 8 วรรค 2 (b) (xiii)¹³⁶ การทำลายทรัพย์สินของฝ่าย ปรักษ์ เว้นแต่การทำลาย เช่นว่าเป็นสิ่งที่บังคับให้ต้องกระทำโดยหลีกเลี่ยงไม่ได้เนื่องจากเป็น ความจำเป็นในการทำสงคราม¹³⁷

บทบัญญัตินี้มาจากข้อ 23g ของ Hague Regulations (1907) ซึ่งคล้าย กับข้อ 8 (2)(a)(iv) แตกต่างกันคือบทบัญญัติข้อ 8 (2)(a)(iv) เกี่ยวกับการทำลายอย่างไม่เหมาะสมในวงกว้างและบทบัญญัตินี้ใช้คำว่า “ยึด” (seizure) แทนคำว่า (appropriation) โดยไม่ชอบ

3. ทรัพย์สินนั้นได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการทำลาย หรือทำเพื่อวัตถุประสงค์บางอย่างที่เกี่ยวข้องกับ อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับใดฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับ และผู้ถูกกล่าวหาเกี่ยวข้องกับสถานะที่แท้จริงที่ กำหนดไว้ในสถานการณ์นี้

4. การทำลายหรือทำเพื่อวัตถุประสงค์บางอย่างนั้น ไม่มีเหตุผลอันสมควรว่ามีความจำเป็นทางทหาร

5. การทำลายหรือทำเพื่อวัตถุประสงค์บางอย่างนั้น กว้างขวางหรือแพร่หลายอย่างไม่รับผิดชอบ

¹³⁵ Ibid., p.148.

¹³⁶ การทำลายหรือยึดทรัพย์สินของฝ่ายปรักษ์ เว้นแต่การทำลาย และการยึดเช่นว่าเป็นสิ่งที่ บังคับให้ต้องกระทำโดยหลีกเลี่ยงไม่ได้เนื่องจากเป็นความจำเป็นในการทำสงคราม

¹³⁷ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ทำลายหรือยึดทรัพย์สินอย่างเฉพาะเจาะจง
3. ทรัพย์สินเช่นว่านั้น เป็นทรัพย์สินของเอกชนหรือของสาธารณะ ของฝ่ายปรักษ์ และผู้ถูกกล่าวหา ทราบ ถึงสถานะของทรัพย์สินนั้น
4. การทำลายหรือยึดนั้น ไม่ได้ประสงค์ต่อความจำเป็นทางทหาร

และข้อ 8 (2) (a)(iv) เป็นการกระทำโดยไม่จำเป็นทางทหาร และได้กระทำไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹³⁸

องค์ประกอบความผิดตามที่คณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดว่า ผู้กระทำผิดต้องทำลายหรือยึดทรัพย์สินของฝ่ายปฏิบัติโดยปราศจากความจำเป็นทางทหาร ในขณะที่โจมตีหรือยึดทรัพย์สินนั้นต้องได้รับการปกป้องจากการทำลายหรือยึดภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขัดกันด้วยอาวุธและผู้กระทำผิดต้องทราบถึงข้อเท็จจริงในสถานการณ์ที่เกิดขึ้นว่าทรัพย์สินนั้นได้รับการปกป้อง

การทำลายทรัพย์สินตามข้อ 8(2)(a) ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ รวมถึงการปล้นสะดมทรัพย์สินที่เป็นการละเมิดกฎหมายและจารีตประเพณีในสงครามที่อยู่ในข้อ 47 ของ Hague Regulations 1907 และที่กำหนดในธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย ข้อ 3(e)

ไม่มีคำจำกัดความภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศหรือคำตัดสินของศาลที่เกี่ยวกับการขัดกันด้วยอาวุธสำหรับการยึดทรัพย์สิน การยึดทรัพย์สินน่าจะหมายถึงการยึดทรัพย์สินของบุคคลที่มีกรรมสิทธิ์ถูกต้องตามกฎหมายซึ่งอาจจะถาวรหรือชั่วคราว ที่ศาลทหารสหรัฐอเมริกาปฏิเสธข้อโต้แย้งทางกฎหมายและจารีตประเพณีในสงครามที่ห้ามการยึดและการหาประโยชน์จากทรัพย์สินในดินแดนที่เข้าร่วมสงครามที่ถูกยึดครอง トラบเท่าที่ไม่มีโยกย้ายอย่างชัดเจนของสิ่งดังกล่าว¹³⁹

3.5.5.1.3 ข้อ 8 วรรค 2 (e) (xii)¹⁴⁰ การทำลายทรัพย์สินของฝ่ายปฏิบัติ เว้นแต่การทำลาย เช่นว่าเป็นสิ่งที่บังคับให้ต้องกระทำโดยหลีกเลี่ยงไม่ได้เนื่องจากเป็นความจำเป็นในความขัดแย้ง¹⁴¹

¹³⁸ Ibid., p.174-175.

¹³⁹ Ibid., p.174.

¹⁴⁰ การทำลายหรือยึดทรัพย์สินของฝ่ายปฏิบัติ เว้นแต่การทำลาย และการยึดเช่นว่าเป็นสิ่งที่บังคับให้ต้องกระทำโดยหลีกเลี่ยงไม่ได้เนื่องจากเป็นความจำเป็นในความขัดแย้ง

¹⁴¹ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ทำลายหรือยึดทรัพย์สินอย่างเฉพาะเจาะจง
3. ทรัพย์สินเช่นว่านั้น เป็นทรัพย์สินของเอกชนหรือของสาธารณะ ของฝ่ายปฏิบัติ และผู้ถูกกล่าวหา ทราบถึงสถานะของทรัพย์สินนั้น
4. การทำลายหรือยึดนั้น ไม่ได้ประสงค์ต่อความจำเป็นทางทหาร

บทบัญญัตินี้เป็นเรื่องของการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ และใช้คำว่า “property of an adversary” แต่บทบัญญัติข้อ 8(2)(b)(xiii) เป็นการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ และใช้คำว่า “property of a hostile party”¹⁴²

ในกรณีของการขัดกันทางกำลังทหารที่มีใช้ลักษณะระหว่างประเทศ ประเทศไทยมีแนวโน้มที่ยังไม่สามารถยอมรับได้ เนื่องจากเห็นว่า ในกรณีที่กองกำลังติดอาวุธหรือโจรแบ่งแยกดินแดนอาจได้รับประโยชน์หรือสถานะพิเศษ ซึ่งทำให้การปฏิบัติการทางทหารมีความยุ่งยาก หรือการปฏิบัติการทางทหารอย่างใดอย่างหนึ่งต่อกลุ่มเหล่านี้ อาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งจะตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งอาจจะไม่เป็นที่พึงประสงค์ทางทหาร

3.5.5.2 ความผิดฐานยึดหรือริบทรัพย์

3.5.5.2.1 ข้อ 8 วรรค 2 (a) (iv) การทำลายและริบทรัพย์สินอย่างกว้างขวาง โดยไม่มีความจำเป็น ทางทหารและได้กระทำไปโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และโดยไม่เลือกเป้าหมาย¹⁴³

การริบทรัพย์สินอย่างไม่เป็นธรรม (Unjustifiable appropriation of property)

การกระทำอย่างไม่เป็นธรรมต่อทรัพย์สิน รวมถึง การชิงทรัพย์และการปล้น แนวความคิดของการชิงทรัพย์แสดงให้เห็นองค์ประกอบของความรุนแรงที่ไม่จำเป็นในการกระทำผิดที่เป็นการปล้น ที่รวบรวมการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อทรัพย์สินในการขัดกันด้วยอาวุธ สำหรับความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศ

¹⁴² Ibid., p.205.

¹⁴³ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ทำลายหรือทำเพื่อวัตถุประสงค์บางอย่างต่อทรัพย์สินที่แน่นอน
3. ทรัพย์สินนั้นได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการทำลาย หรือทำเพื่อวัตถุประสงค์บางอย่างที่เกี่ยวข้องกับอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับใดฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับ และผู้ถูกกล่าวหาเกี่ยวข้องกับสถานะที่แท้จริงที่กำหนดไว้ในสถานการณ์นี้
4. การทำลายหรือทำเพื่อวัตถุประสงค์บางอย่างนั้น ไม่มีเหตุผลอันสมควรว่ามีความจำเป็นทางทหาร
5. การทำลายหรือทำเพื่อวัตถุประสงค์บางอย่างนั้น กว้างขวางหรือแพร่หลายอย่างไม่รับผิดชอบ

คำว่า “ปล้น” ใช้คำว่า ชิงทรัพย์ หรือคำว่า การจัดหาประโยชน์แทนได้ ในสิ่งที่ผู้เป็นเจ้าของสูญเสียทรัพย์ของเขาไปโดยไม่สมัครใจ และโดยการคุกคาม การทำให้กลัว ความกดดัน หรือโดยใช้ตำแหน่งหรืออำนาจในทางทหารที่ครอบครอง ภายใต้สถานการณ์ที่ขัดกับเจตนาความเป็นเจ้าของของเขา

การปล้นอย่างกว้างขวางและเป็นระบบของการริบทรัพย์และการได้มาซึ่งทรัพย์สินจากการละเมิดความเป็นเจ้าของ

การถอดถอนทรัพย์สินที่ไม่เป็นธรรม รวมถึงการขโมย หรือการเรียกร้องเจตนาในการกระทำ ต้องเป็นตั้งใจ และ รู้ หรือ เจตนา¹⁴⁴

3.5.5.2.2 ข้อ 8 วรรค 2 (b) (xiii) เหมือนกับข้อ 8 วรรค 2 (e) (xii) การทำลายหรือยึดทรัพย์สินของฝ่ายปรปักษ์ เว้นแต่การทำลาย และการยึดเช่นว่าเป็นสิ่งที่บังคับให้ต้องกระทำโดยหลีกเลี่ยงไม่ได้เนื่องจากเป็นความจำเป็นในการทำสงคราม¹⁴⁵

บทบัญญัตินี้มาจากข้อ 23g ของ Hague Regulations (1907) ซึ่งคล้ายกับข้อ 8 (2)(a)(iv) แตกต่างกันคือบทบัญญัติข้อ 8 (2)(a)(iv) เกี่ยวกับการทำลายอย่างไม่เหมาะสมในวงกว้างและบทบัญญัตินี้ใช้คำว่า “ยึด” (seizure) แทนคำว่า (appropriation) โดยไม่ชอบ และข้อ 8 (2) (a)(iv) เป็นการกระทำโดยไม่จำเป็นทางทหาร และได้กระทำไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁴⁶

3.5.5.3 ความผิดฐานปล้นทรัพย์

3.5.5.3.1 ข้อ 8 วรรค 2 (b) (xvi) การปล้นสดมภ์เมือง หรือสถานที่ แม้ว่าจะกระทำในขณะที่เข้าโจมตี¹⁴⁷

¹⁴⁴ Ibid., p.148.

¹⁴⁵ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. การทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ทำลายหรือยึดทรัพย์สินอย่างเฉพาะเจาะจง
3. ทรัพย์สินเช่นว่านั้น เป็นทรัพย์สินของเอกชนหรือของสาธารณะ ของฝ่ายปรปักษ์ และผู้ถูกกล่าวหา ทราบถึงสถานะของทรัพย์สินนั้น
4. การทำลายหรือยึดนั้น ไม่ได้ประสงค์ต่อความจำเป็นทางทหาร

¹⁴⁶ Ibid., p.174-175.

¹⁴⁷ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

บทบัญญัตินี้มาจากข้อ 28 ของ Hague Regulations (1907) การปล้นสะดม (pillage) โดยปรกติจะมีการกระทำรุนแรงด้วย แต่การปล้น (plunder) อาจจะใช้ความรุนแรงหรือไม่ก็ได้

องค์ประกอบความผิด ผู้กระทำความผิดต้องประสงค์ต่อทรัพย์สินตั้งใจที่จะยึดกันเจ้าของออกจากทรัพย์สินโดยปราศจากการยินยอมจากเจ้าของทรัพย์สิน¹⁴⁸

3.5.5.3.2 ข้อ 8 วรรค 2 (e) (v) การปล้นสะดมเมือง หรือสถานที่ แม้ว่า จะกระทำในขณะที่เข้าโจมตี¹⁴⁹

ความผิดนี้เหมือนกับข้อ 8(2)(b)(xvi) องค์ประกอบความผิดแตกต่างกับ ข้อ 8(2)(b)(xvi) ตามลักษณะของการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศกับภายในประเทศเท่านั้น¹⁵⁰

3.5.6 ความผิดเกี่ยวกับการปฏิบัติการทางทหาร

ความผิดเกี่ยวกับการปฏิบัติการทางทหาร อาจแยกพิจารณาได้เป็น ความผิดเกี่ยวกับการใช้อาวุธ ความผิดเกี่ยวกับการใช้เครื่องหมายหรือสัญลักษณ์และเครื่องแบบ ความผิดเกี่ยวกับเชลยศึก ความผิดเกี่ยวกับการโจมตี ความผิดเกี่ยวกับการเกณฑ์หรือขึ้นบัญชีเด็ก และความผิดเกี่ยวกับการปฏิบัติการทางทหารอื่นๆ

3.5.6.1 ความผิดเกี่ยวกับการใช้อาวุธ

-
1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
 2. ผู้ถูกกล่าวหา ครอบครองหรือยึดครองทรัพย์สิน
 3. การครอบครองหรือยึดครอง ไม่มีเหตุผลอันสมควรตามความจำเป็นทางทหาร และกระทำโดยเจตนายึดกันเจ้าของกรรมสิทธิ์ของของสิ่งนั้น

¹⁴⁸
ibid., p.175-176.

¹⁴⁹ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ครอบครองหรือยึดครองทรัพย์สิน
3. การครอบครองหรือยึดครอง ไม่มีเหตุผลอันสมควรตามความจำเป็นทางทหาร และกระทำโดยเจตนายึดกันเจ้าของกรรมสิทธิ์ของของสิ่งนั้น

¹⁵⁰
ibid., p.202.

3.5.6.1.1 ข้อ 8 วรรค 2 (b) (xvii) การใช้ยาพิษหรืออาวุธที่เป็นพิษ¹⁵¹
บทบัญญัตินี้มาจากข้อ 23(a) ของ Hague Regulations (1907) ข้อห้ามนี้มีมาตั้งแต่สมัยยุค
กลางและอาจเป็นข้อห้ามที่เก่าแก่ที่สุดในกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการสู้รบซึ่ง
ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่ได้แปลความหมายครอบคลุมถึงอาวุธนิวเคลียร์

คำว่าเป็นพิษ (poison) ตามคู่มือทางทหารของสหรัฐให้ความหมายว่า
สารเคมีหรือชีวภาพ ที่เป็นเหตุที่ทำให้ตายหรือพิการอย่างถาวร แม้แต่ในปริมาณที่เล็กน้อยที่
เข้าไปในร่างกายทั้งทางปอด กระแสเลือด หรือสัมผัสทางผิวหนัง¹⁵²

องค์ประกอบความผิดตามที่คณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาล
อาญาระหว่างประเทศกำหนด ผู้กระทำความผิดต้องใช้สารหรืออาวุธที่ตระหนักได้ว่าผลของการ
ใช้สารนั้นเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตายหรือเป็นอันตรายร้ายแรงต่อสุขภาพดังเช่นมีคุณสมบัติเป็น
พิษ ดังนั้นความหมายของคำว่าเป็นพิษ คือเป็นเหตุทำให้เจ็บป่วยหรือถึงแก่ความตายต่อสิ่งมีชีวิต
เช่นบุคคลหรือสัตว์

คำว่าเป็นพิษ โจทก์ต้องพิสูจน์ถึงการเป็นสาเหตุอันเป็นอันตรายอย่าง
ถาวร สารที่อาจเป็นสารทางชีวภาพหรือเคมี นอกจากนี้ต้องมีเจตนาและการเป็นพิษที่มีผลเล็ก
น้อยพอยอมรับได้หากเป็นสิ่งจำเป็นทางการทหาร¹⁵³

3.5.6.1.2 ข้อ 8 วรรค 2 (b) (xviii) การใช้แก๊สที่ทำให้หายใจไม่ได้ แก๊ส
พิษหรือแก๊สอื่น ๆ และของเหลว วัสดุหรือเครื่องมือทั้งหมดที่มีลักษณะเช่นเดียวกัน¹⁵⁴

ข้อห้ามนี้มาจาก 1952 Geneva Protocol for the Prohibition of the
Use of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of

¹⁵¹ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ใช้สารที่ทำให้ตาย หรือทำลายสุขภาพอย่างรุนแรง โดยสภาพตามปกติ ซึ่งสารนั้นเป็นพิษต่อ
ทรัพย์สิน หรืออาวุธที่ใช้ปล่อยสารเช่นว่านั้นเป็นพิษโดยการใช้มัน
3. ผู้ถูกกล่าวหา ทราบถึงสภาพโดยธรรมชาติของสารหรืออาวุธเช่นว่านั้น

¹⁵² Ibid., p.176-177.

¹⁵³ Ibid., p.177.

¹⁵⁴ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ใช้แก๊ส สารอื่น วัสดุ หรือเครื่องมือ ที่ทำให้ตาย หรือทำลายสุขภาพ
3. ผู้ถูกกล่าวหาทราบถึงสภาพโดยธรรมชาติของแก๊ส วัสดุ หรือเครื่องมือเช่นว่านั้น

Warfare ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศไม่ได้ครอบคลุมถึงการใช้แบคทีเรีย คณะกรรมการกาชาดสากลเห็นว่าการใช้แบคทีเรียอาจเป็นไปได้เท่าๆกับการโจมตีพลเรือน โดยวิธีการตามข้อ 8(2)(b)(i) เนื่องจากอาจจะเป็นไปไม่ได้ที่จะแยกความแตกต่างทางชีวภาพระหว่างพลเรือนและพลรบ ส่วนการใช้อาวุธนิวเคลียร์ไม่อยู่ในขอบเขตของการห้าม¹⁵⁵

การใช้อาวุธนิวเคลียร์นอกขอบเขตของการห้ามภายใต้พิธีสารเจนีวา

1925 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแสดงความคิดเห็นว่า คำว่า วัสดุหรือเครื่องมือทั้งหมดที่มีลักษณะเช่นเดียวกัน (analogous materials or devices) ภายใต้พิธีสารเจนีวา 1925 เป็นที่เข้าใจกันในทางปฏิบัติของรัฐว่าครอบคลุมถึงอาวุธที่บรรจุดินระเบิด หรือมีผลเป็นพิษโดยเฉพาะหรือทำให้สลักและหายใจไม่ออก ดังนั้นไม่ได้หมายความถึงอาวุธนิวเคลียร์ คำว่าอาวุธเคมีตามอนุสัญญาอาวุธเคมี 1993 มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการพัฒนาผลิตภัณฑ์ การสะสมอาวุธ และการใช้อาวุธเคมี การห้ามใช้อาวุธเคมีหรืออาวุธนิวเคลียร์มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงครามภายใต้ข้อ 8(2)(b)(xx) ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ¹⁵⁶

องค์ประกอบความผิดตามที่คณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาล

อาญาระหว่างประเทศกำหนดว่าผู้กระทำผิดต้องใช้แก๊สหรือสารหรือวิธีการที่คล้ายคลึงกัน ซึ่งเป็นเหตุทำให้ถึงแก่ความตาย หรือเป็นอันตรายร้ายแรงต่อสุขภาพ รวมทั้งทำให้สลักและหายใจไม่ออก หรือมีคุณสมบัติเป็นพิษ อย่างไรก็ตามไม่ควรแปลในทางที่จำกัดหรือในทางที่ขยายความในทางที่ไม่มีเหตุผล หรือพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการพัฒนา ผลิต สะสม และใช้อาวุธเคมี

3.5.6.1.3 ข้อ 8 วรรค 2 (b) (xix) การใช้กระสุนซึ่งขยายหรือแผ่กระจายได้ง่ายในร่างกายมนุษย์ เช่น กระสุนที่มีเปลือกแข็งแต่ไม่ครอบคลุมถึงแกนในทั้งหมด หรือกระสุนที่มีการเจาะรู¹⁵⁷

¹⁵⁵ Ibid., p.177-178.

¹⁵⁶ Ibid., p.178.

¹⁵⁷ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ใช้กระสุน ที่เป็นการละเมิดกฎหมายว่างด้วยการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ เพราะกระสุนเหล่านั้น ขยายออก หรือทำให้แบนเรียบอย่างง่ายตาย ในร่างกายมนุษย์
3. ผู้ถูกกล่าวหา ทราบว่าโดยธรรมชาติ ว่าการใช้งานของกระสุนเช่นว่านั้น ทำให้เกิดความเจ็บปวดรุนแรง

ข้อห้ามนี้มาจาก Declaration IV (3) concerning Expanding Bullets, The Hague, July 1899 “กระสุนที่มีเปลือกแข็ง” เป็นตัวอย่างหนึ่งที่อธิบายคำว่ากระสุน องค์ประกอบความผิดผู้กระทำความผิดใช้กระสุนที่เป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขัดกันด้วยอาวุธเพราะกระสุนนั้นขยายหรือแผ่กระจายได้ง่ายในร่างกายมนุษย์และต้องรู้ว่าสภาพของกระสุนเป็นเช่นนั้น ก่อให้เกิดการเจ็บปวดและบาดเจ็บอย่างรุนแรง¹⁵⁸

3.5.6.1.4 ข้อ 8 วรรค 2 (b) (xx) การใช้อาวุธ อาวุธโปรเจกไทล์ และวัสดุและวิธีการในการทำสงคราม ซึ่งมีลักษณะในการก่อให้เกิดการบาดเจ็บเกินควรหรือความทุกข์ทรมานที่เกินจำเป็น หรือ ซึ่งโดยตัวของมันไม่เลือกเป้าหมาย อันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขัดกันด้วยอาวุธ ทั้งนี้โดยมีเงื่อนไขว่า อาวุธ อาวุธโปรเจกไทล์ และวัสดุ และวิธีการทำสงครามดังกล่าวเป็นสิ่งที่ต้องห้ามอย่างเด็ดขาด และได้รวมอยู่ในภาคผนวกของธรรมนูญศาลฯ นี้ โดยผลของการแก้ไขเพิ่มเติมตามบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องซึ่งกำหนดไว้ในข้อ 121 และข้อ 123

บทบัญญัตินี้มาจากข้อ 35(2) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ซึ่งสืบเนื่องมาจาก ข้อ 23(e) ของ Hague Regulations (1907) ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยการขัดกันด้วยอาวุธ ต้องคำนึงถึง ข้อ 48 ของพิธีสารฉบับที่ 1 คู่พิพาทจะต้องแบ่งแยกระหว่างประชากรพลเรือนและผู้ทำการรบ และระหว่างวัตถุทางพลเรือนและวัตถุประสงค์ทางทหารจะต้องดำเนินการโจมตีเฉพาะวัตถุประสงค์ทางทหารเท่านั้น ในปัจจุบันนี้ประชาคมระหว่างประเทศยังไม่สามารถลงความเห็นในการห้ามได้อย่างครอบคลุมชัดเจนในการห้ามใช้อาวุธนิวเคลียร์, อาวุธเคมีชีวภาพ, กัมระเบิดและอาวุธอื่นๆอีกมากมาย ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศจึงต้องกำหนดรายการของอาวุธ อาวุธโปรเจกไทล์ วัสดุและวิธีการในการทำสงครามไว้ในภาคผนวก¹⁵⁹

คณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดองค์ประกอบความผิดอาชญากรรมสงครามฐานนี้ไว้ ซึ่งรัฐภาคีของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศจะกำหนด รายการอาวุธ อาวุธโปรเจกไทล์ วัสดุและวิธีการในการทำสงครามไว้ในภาคผนวกของศาลอาญาระหว่างประเทศ

¹⁵⁸ Ibid., p.178-179.

¹⁵⁹ Ibid., p.179-181.

3.5.6.2 ความผิดเกี่ยวกับการใช้เครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ และเครื่องหมาย

ข้อ 8 วรรค 2 (b) (vii) การใช้ชงพักรบชั่วคราว ชงหรือเครื่องหมาย และเครื่องหมายทางทหารของฝ่ายปรักษ์ หรือของสหประชาชาติ รวมทั้งสัญลักษณ์ที่เด่นชัดตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาเจนีวาฯ โดยมีขอบอันเป็นผลให้บุคคลเสียชีวิตหรือบาดเจ็บสาหัส¹⁶⁰

“โดยไม่ชอบ” (improper use) ครอบคลุมถึงการกระทำที่ถูห้ามปรามอย่างกว้างขวางและสิ่งซึ่งใช้อย่างไม่ชอบ ซึ่งอยู่กับสถานการณ์และเวลาซึ่งรวมถึงความไม่ซื่อสัตย์ (perfidy) ที่อยู่ใน ข้อ 37 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ที่ว่าความเป็นปรักษ์ทำให้เขาเชื่อว่าเขา

160

- การใช้ชงพักรบชั่วคราว มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ใช้ชงพักรบชั่วคราว โดยแกล้งทำเป็นตั้งใจว่าจะเจรจา ทั้งที่ผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้ตั้งใจเช่นนั้น
3. ผู้ถูกกล่าวหา รู้ หรือควรรู้ ถึงการห้ามเช่นนั้น
4. การกระทำนั้น เป็นผลให้บุคคลเสียชีวิตหรือบาดเจ็บสาหัส

- การใช้ชงหรือเครื่องหมาย และเครื่องหมายทางทหารของฝ่ายปรักษ์ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ถูกกล่าวหา ใช้ชงหรือเครื่องหมาย และเครื่องหมายทางทหารของฝ่ายปรักษ์ ขณะโจมตีในการสู้รบ
3. ถูกกล่าวหา รู้ หรือควรรู้ ถึงการห้ามเช่นนั้น
4. การกระทำนั้น เป็นผลให้บุคคลเสียชีวิตหรือบาดเจ็บสาหัส

- การใช้ชงหรือเครื่องหมาย และเครื่องหมายทางทหารของสหประชาชาติ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ใช้ชงหรือเครื่องหมาย และเครื่องหมายทางทหารของสหประชาชาติ ในลักษณะที่ถูกห้ามภายใต้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
3. ผู้ถูกกล่าวหา รู้ ถึงการห้ามเช่นนั้น
4. การกระทำนั้น เป็นผลให้บุคคลเสียชีวิตหรือบาดเจ็บสาหัส

- การใช้สัญลักษณ์ที่เด่นชัดตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาเจนีวาฯ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ใช้สัญลักษณ์ที่เด่นชัดตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาเจนีวาฯ โดยละเมิดกฎหมายว่าด้วยการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ เพื่อเป้าหมายทางทหาร
3. ผู้ถูกกล่าวหา รู้ หรือควรรู้ ถึงการห้ามเช่นนั้น
4. การกระทำนั้น เป็นผลให้บุคคลเสียชีวิตหรือบาดเจ็บสาหัส

ได้รับสิทธิ์หรือมีหน้าที่ การปกป้องภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้ในการขัดกันด้วยอาวุธ กับความตั้งใจที่จะทรยศ

การแก่งทำของเจตนาที่จะซื้อขายธงพักรบชั่วคราว ธงหรือเครื่องหมาย และเครื่องแบบทางทหารของฝ่ายปรักษ์หรือของสหประชาชาติ รวมทั้งสัญลักษณ์ที่เห็นชัดตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาเจนีวา เช่นสัญลักษณ์ของกาชาดสากล¹⁶¹

ความผิดนี้มาจาก ข้อ 23(f) จาก Hague Regulations 1907 โดยใช้คำว่า สัญลักษณ์ (emblems) แทนคำว่า เครื่องหมาย (badges) ภายใต้ Hague Regulations 1907 และเพิ่มเติมในส่วนขององค์การสหประชาชาติที่ธงและเครื่องหมายจะต้องไม่ถูกนำไปใช้อย่างไม่เหมาะสม ในข้อ 8(2)(b)(vii) ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ กำหนดว่าอาชญากรรมในการใช้ที่ไม่เหมาะสมนี้ ต้องก่อให้เกิดความตามหรือทำให้บุคคลได้รับบาดเจ็บอย่างร้ายแรง¹⁶²

3.5.6.3 ความผิดเกี่ยวกับเชลยศึก

ข้อ 8 วรรค 2 (a) (v) การบังคับเชลยศึก หรือบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองอื่นให้ปฏิบัติหน้าที่ ในกองกำลังของฝ่ายปฏิภักษ์¹⁶³

ศาลทหารของสหรัฐอเมริกาถือว่าการบีบบังคับหมายความว่าใช้ความกดดันหรือการบีบบังคับโดยกำลังต่อบุคคลเพื่อให้ทำบางอย่าง

ในเรื่องของเจตนา ผู้กระทำจะต้องกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างจงใจ และอย่างรู้ดี บางส่วนของความผิดนี้มีอยู่ในแผนการและกิจการในการใช้เชลยศึกทำการรบ

องค์ประกอบทางอาญาโดยคณะกรรมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ ผู้กระทำต้องบีบบังคับบุคคลคนเดียวหรือหลายคนโดยการกระทำหรือคุกคามเพื่อให้มีส่วนร่วม

¹⁶¹ Ibid., p.166-168.

¹⁶² Ibid., p.161.

¹⁶³ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา บีบบังคับ บุคคลคนเดียวหรือหลายคน โดยกระทำการขู่เข็ญ ให้เข้าร่วมปฏิบัติการทางทหารต่อสู้กับประเทศหรือกองกำลังของบุคคลเหล่านั้นเอง หรือให้รับใช้ในกองกำลังของฝ่ายปฏิภักษ์
3. บุคคลเหล่านั้น เป็นผู้ได้รับความคุ้มครองภายใต้อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับใดฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับที่เกี่ยวข้อง และผู้ถูกกล่าวหาเกี่ยวข้องกับสถานะที่แท้จริงที่กำหนดไว้ในสถานการณ์นี้

ในการปฏิบัติการทางทหาร ต่อด่านประเทศหรือกองกำลังของบุคคลนั้นเอง หรือใช้เพื่อการอื่น ในกองกำลังของฝ่ายปฏิบัติ¹⁶⁴

เหมือนข้อ 8 วรรค 2 (b) (xv) การบังคับให้คนชาติของฝ่ายปรักษ์เข้ามาร่วมในการทำสงครามโดยตรงกับประเทศของตนเอง แม้ว่าบุคคลเหล่านั้นได้รับใช้ประเทศ คู่สงครามก่อนมีการเริ่มสงครามก็ตาม บทบัญญัตินี้มาจากข้อ 23 ของ Hague Regulations (1907) คล้ายกับ ข้อ 8(2)(a)(v)ของธรรมนูญนี้ ที่บีบบังคับเชลยศึกหรือผู้ที่ได้รับการปกป้องที่อยู่ในการควบคุมของฝ่ายปฏิบัติ¹⁶⁵

องค์ประกอบความผิด ผู้กระทำความผิดต้องบีบบังคับคนชาติของฝ่ายปฏิบัติไม่ว่าคนเดียวหรือหลายคนให้เข้าร่วมในการทำสงครามโดยตรงกับประเทศของตนเอง¹⁶⁶

3.5.6.4 ความผิดเกี่ยวกับการโจมตี

3.5.6.4.1 ข้อ 8 วรรค 2 (b) (i) การสั่งให้โจมตีโดยเจตนาต่อประชากรพลเรือนโดยรวม หรือพลเรือนเป็นรายบุคคล ซึ่งมีได้มีส่วนในความเป็นปรักษ์โดยตรง¹⁶⁷

การกระทำความผิดนี้มาจากข้อ 51 (2) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ที่ว่าประชากรพลเรือน และปัจเจกพลเรือนจะต้องไม่เป็นเป้าหมายในการโจมตี ข้อ 51 (3) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ที่กำหนดว่าพลเรือนจะต้องได้รับการปกป้องเมื่อเขามีได้มีส่วนร่วมโดย

¹⁶⁴ Ibid., p.150.

¹⁶⁵ มืองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา บังคับให้บุคคลคนเดียวหรือหลายคน ซึ่งเป็นคนชาติของฝ่ายปรักษ์เข้ามาร่วมในการทำสงครามโดยตรงกับประเทศของตนเอง โดยการคุกคามขู่เข็ญ
3. บุคคลเหล่านั้น เป็นคนชาติของฝ่ายปรักษ์ และผู้ถูกกล่าวหาทราบถึงสัญชาติของบุคคลเหล่านั้น

¹⁶⁶ Ibid., p.175.

¹⁶⁷ มืองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา โจมตีประชากรพลเรือน ทั้งที่พลเรือนเป็นรายบุคคลนั้น มิได้มีส่วนในความเป็นปรักษ์โดยตรง
3. ผู้ถูกกล่าวหา ตั้งใจโจมตีเป้าหมาย ประชากรพลเรือนโดยรวม หรือพลเรือนเป็นรายบุคคล ซึ่งมีได้มีส่วนในความเป็นปรักษ์โดยตรง

ตรงในการเป็นปฏิปักษ์ ข้อ 49 (1) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ให้คำจำกัดความคำว่าโจมตี คือ การกระทำต่อต้านฝ่ายปฏิปักษ์อย่างรุนแรงไม่ว่าเป็นการกระทำผิดหรือเป็นการป้องกัน¹⁶⁹ เหมือนข้อ 8 วรรค 2 (e) (i) การสั่งให้โจมตีโดยเจตนาต่อประชากรพลเรือนโดยรวม หรือพลเรือนเป็นรายบุคคล ซึ่งมีได้มีส่วนในความเป็นปฏิปักษ์โดยตรง¹⁷⁰

บทบัญญัติมาจากข้อ 13 (2) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ที่ว่า ประชากรพลเรือนรวมทั้งปัจเจกพลเรือน ต้องไม่เป็นเป้าในการโจมตี รวมทั้งการห้ามใช้กำลังต่อพลเรือน ตามที่ ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย พิจารณาว่าเป็นส่วนหนึ่งของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ องค์ประกอบความผิดแตกต่างกับ ข้อ 8(2)(b)(i) ตามลักษณะของการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศกับภายในประเทศเท่านั้น¹⁷¹

ประชากรพลเรือนประกอบด้วยบุคคลทุกคนที่เป็นพลเรือนและพลเรือนที่ไม่ได้เป็นพลรบทุกประเภท ประชากรพลเรือนนั้นจะต้องไม่มีส่วนร่วมในการขัดกันด้วยอาวุธ เมื่อพลเรือนเข้ามีส่วนร่วมโดยตรงในการเป็นปฏิปักษ์จะยุติการเป็นพลเรือนลง ฝ่ายผู้พิพากษาต้องพยายามทำให้แตกต่างระหว่างเป้าหมายทางทหารและเป้าหมายทางพลเรือน ดังนั้นเจตนาในการกระทำความผิดจะต้องตั้งใจให้โจมตีโดยรู้ รวมทั้งการเพิกเฉยว่าพลเรือนอาจเป็นเป้าหมายโดยปราศจากความจำเป็นทางทหาร¹⁷²

3.5.6.4.2 ข้อ 8 วรรค 2 (b) (ii) การสั่งให้โจมตีโดยเจตนาต่อวัตถุประสงค์พลเรือน กล่าวคือ วัตถุประสงค์ที่ได้เป็นเป้าหมายทางทหาร¹⁷³

¹⁶⁹ Ibid., p.158-159.

¹⁷⁰ มืองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา โจมตีประชากรพลเรือน ทั้งที่พลเรือนเป็นรายบุคคลนั้น มีได้มีส่วนในความเป็นปฏิปักษ์โดยตรง
3. ผู้ถูกกล่าวหา ตั้งใจโจมตีเป้าหมาย ประชากรพลเรือนโดยรวม หรือพลเรือนเป็นรายบุคคล ซึ่งมีได้มีส่วนในความเป็นปฏิปักษ์โดยตรง

¹⁷¹ Ibid., p. 200-201.

¹⁷² Ibid., p.158-159.

¹⁷³ มืองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา โจมตีวัตถุประสงค์พลเรือน โดยที่วัตถุประสงค์นั้นไม่ใช่เป้าหมายทางทหาร
3. ผู้ถูกกล่าวหา ตั้งใจโจมตีเป้าหมาย ไม่ว่าจะเป้าหมายเดียวหรือหลายเป้าหมายที่เป็นเป้าหมายทางพลเรือน

ในกรณีขององค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในสำหรับฐานความผิดนี้แบ่งแยกเป็นอย่างดีด้วยกันกับข้อ 8 (2)(b)(i) ของธรรมนูญศาลที่วัดถูกทางพลเรือน แทนที่โดยโดยประชากรพลเรือนโดยรวมหรือพลเรือนเป็นรายบุคคลซึ่งไม่ได้มีส่วนในความเป็นปรปักษ์โดยตรง การโจมตีต้องก่อให้เกิดความเสียหายต่อวัดถูกทางพลเรือน วัดถูกทางพลเรือนคือวัดถูกทุกอย่างที่ไม่ได้มีส่วนร่วมในวัตถุประสงค์ทางทหาร ผู้กระทำความผิดจะต้องโจมตีโดยรู้ว่าสิ่งนั้นเป็นวัดถูกทางพลเรือน เป็นเป้าหมายที่ปราศจากความจำเป็นทางทหาร¹⁷⁴

วัตถุประสงค์ทางทหาร (Military objectives)

วัตถุประสงค์ทางทหารอาจเป็นเป้าหมายในการโจมตีโดยธรรมชาติ ที่ตั้งจุดประสงค์หรือการใช้ ทำให้เกิดผลในการปฏิบัติการทางทหาร และสิ่งที่ทำลายทั้งหมดหรือบางส่วน จับ หรือเป็นการในสภาพที่สถานการณ์ที่มีอยู่ทั่วไปในเวลานั้น เป็นผลประโยชน์ทางทหาร ในกรณีที่สงสัยว่าสิ่งที่ได้รับการปกป้องในจุดประสงค์ทางพลเรือนถูกนำมาใช้ในการปฏิบัติการทางทหาร ต้องสันนิษฐานก่อนว่าไม่ได้มีการใช้ในการปฏิบัติการทางทหาร¹⁷⁵

3.5.6.4.3 ข้อ 8 วรรค 2 (b) (iii) การสั่งโดยเจตนาให้โจมตีต่อพนักงาน สิ่งติดตั้ง วัสดุ หน่วยหรือยานพาหนะ ที่ใช้ในการให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรม หรือภารกิจการรักษาสันติภาพตามกฎบัตรสหประชาชาติ ทรานแท่ที่พนักงาน หรือสิ่งเหล่านี้มีสิทธิได้รับความคุ้มครองที่มีต่อพลเรือน หรือวัดถูกทางพลเรือน ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขัดกันทางอาวุธ¹⁷⁶

อาชญากรรมสงครามนี้เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศแบบใหม่ที่เพิ่มเติมในการประชุมที่กรุงโรม เป็นผลมาจากอาชญากรรมที่กระทำต่อบุคลากรขององค์การสหประชาชาติ

¹⁷⁴ Ibid., p.159.

¹⁷⁵ Ibid., p.159-160.

¹⁷⁶ มืองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหาโจมตีต่อพนักงาน สิ่งติดตั้ง วัสดุ หน่วยหรือยานพาหนะ ที่ใช้ในการให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรม หรือภารกิจการรักษาสันติภาพตาม กฎบัตรสหประชาชาติ
3. พนักงาน สิ่งติดตั้ง วัสดุ หน่วยหรือยานพาหนะเช่นว่านั้น ได้รับสิทธิในการปกป้องคุ้มครอง เช่นเดียวกับพลเรือนหรือเป้าหมายทางพลเรือน ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ และผู้ถูกกล่าวหาทราบถึงข้อเท็จจริงในสถานการณ์ที่ได้รับคุ้มครองนั้น
4. ผู้ถูกกล่าวหา ตั้งใจว่าเป้าหมายที่โจมตีนั้น เป็นพนักงาน สิ่งติดตั้ง วัสดุ หน่วยหรือยานพาหนะเช่นว่า

องค์ประกอบภายนอกและภายในของอาชญากรรมนี้ ซึ่งให้เห็นถึงความผิดฐานอาชญากรรมสงครามที่มีมาก่อน กับข้อยกเว้นของเป้าหมายทางพนักงาน สิ่งติดตั้ง วัสดุ หน่วย หรือยานพาหนะที่ใช้ในการช่วยเหลือทางมนุษยธรรม หรือภารกิจการรักษาสันติภาพ ตามกฎบัตรสหประชาชาติตราบเท่าที่พนักงานหรือสิ่งเหล่านี้มีสิทธิได้รับความคุ้มครองที่มีต่อพลเรือนหรือวัตถุทางพลเรือนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขัดกันด้วยอาวุธ

องค์ประกอบของอาชญากรรม ผู้กระทำความผิดโดยเจตนาต่อพนักงาน สิ่งติดตั้ง วัสดุ หน่วย หรือยานพาหนะที่ใช้ในการช่วยเหลือทางมนุษยธรรม หรือภารกิจการรักษาสันติภาพตามกฎบัตรสหประชาชาติ และผู้กระทำความผิดรู้ถึงข้อเท็จจริงในสถานการณ์ที่ได้รับการปกป้อง

ความหมายของคำว่า “การโจมตี” (attack) อาจจะชัดเจนขึ้นต่อไปโดยอ้างอิงอนุสัญญาว่าด้วยความปลอดภัยของเจ้าหน้าที่สหประชาชาติและที่เกี่ยวข้อง 1994 ข้อ 7 (1) ที่อธิบายการโจมตีพนักงานของสหประชาชาติและเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง ข้อ 9 ของอนุสัญญาว่าด้วยความปลอดภัยของเจ้าหน้าที่สหประชาชาติและที่เกี่ยวข้อง ผู้กัมพูชาในการจัดการกับผู้กระทำความผิดด้วยกฎหมายภายในประเทศ

1. การฆาตกรรม การลักพาตัว หรือการโจมตีอย่างอื่นต่อบุคคลหรืออิสรภาพที่เป็นพนักงานของสหประชาชาติหรือเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง

2. ล่วงละเมิด โจมตีพนักงานในการปฏิบัติงาน ที่อยู่อาศัยส่วนตัว หรือ วิธีการขนส่งของสหประชาชาติ หรือเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง โดยทำให้เกิดอันตรายต่อบุคคลเหล่านั้นหรืออิสรภาพของบุคคลเหล่านั้น¹⁷⁷

คำว่า “หรือการโจมตีอื่น ๆ” (other attack) ทำให้ชัดเจนว่าการฆาตกรรมหรือการลักพาตัวถือเป็นการโจมตีต่อพนักงานของสหประชาชาติหรือเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องอย่างหนึ่ง¹⁷⁸

เหมือนข้อ 8 วรรค 2 (e) (iii) การสั่งโดยเจตนาให้โจมตีต่อพนักงาน สิ่งติดตั้ง วัสดุ หน่วยหรือยานพาหนะ ที่ใช้ในการให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรม หรือภารกิจการรักษาสันติภาพตามกฎบัตรสหประชาชาติ ตราบเท่าที่พนักงาน หรือสิ่งเหล่านี้มีสิทธิได้รับความคุ้มครองที่มีต่อพลเรือน หรือวัตถุทางพลเรือน ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขัดกันทางอาวุธ¹⁷⁹

¹⁷⁷ Ibid., p.160-161.

¹⁷⁸ Ibid., p.161.

¹⁷⁹ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

อาชญากรรมสงครามตามข้อ 8 วรรค 2 (e) (iii) นี้ตรงกับข้อ 8(2)(b)(iii) ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ แม้ว่าข้อ 2(2) ของ Convention on the Safety of United Nations and Associate Personnel 1994 จะรวมถึงเวลาของการปกป้องภายใต้การขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศเท่านั้น แต่ไม่มีความแตกต่างระหว่างองค์ประกอบความผิดอาชญากรรมสงครามนี้ที่กระทำในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศหรือในประเทศ เพราะในกรณีของการขัดกันด้วยอาวุธภายในประเทศตามข้อ 13(3) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 มีมาตรฐานในการปกป้องเช่นเดียวกับการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศที่พลเรือนจะได้รับการปกป้องเมื่อเขาไม่ได้มีส่วนร่วมโดยตรงในการเป็นนักปฏิบัติ¹⁸⁰

องค์ประกอบความผิดแตกต่างกับ ข้อ 8(2)(b)(iii) ตามลักษณะของการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศกับภายในประเทศเท่านั้น ผู้กระทำผิดเป็นผู้มีส่วนร่วมในการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ

การป้องกันจากการโจมตีที่อยู่ตราบเท่าที่บุคคลากรนั้นไม่ได้เกี่ยวข้องเป็นพลรบต่อต้านกองกำลัง แต่มีอำนาจอย่างหนึ่งซึ่งสามารถทำได้คือ ใช้กำลังในการป้องกันตนเองซึ่งจะไม่เปลี่ยนวัตถุประสงค์ในการรักษาสันติภาพไปเป็นพลรบ ซึ่งยังได้รับการปกป้องภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามเจ้าหน้าที่ของสหประชาชาติถือว่าเป็นกองกำลังของสหประชาชาติที่อยู่ในสถานการณ์การขัดกันด้วยอาวุธ รวมถึงการใช้กำลังป้องกันตนเองในการปฏิบัติการรักษาสันติภาพ¹⁸¹

3.5.6.4.4 ข้อ 8 วรรค 2 (b) (iv) การสังเวยเจตนาให้โจมตีโดยรู้ว่า การโจมตีเช่นนี้จะยังผลให้เกิดการสูญเสียชีวิต หรือการบาดเจ็บของพลเรือน ความเสียหายต่อวัตถุทางพลเรือน หรือเกิดความเสียหายในวงกว้าง ในระยะยาว และอย่างร้ายแรงต่อสภาพแวดล้อม

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหาโจมตีต่อพนักงาน สิ่งติดตั้ง วัสดุ หน่วยหรือยานพาหนะ ที่ใช้ในการให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรม หรือภารกิจการรักษาสันติภาพตาม กฎบัตรสหประชาชาติ
3. พนักงาน สิ่งติดตั้ง วัสดุ หน่วยหรือยานพาหนะเช่นว่านั้น ได้รับสิทธิในการปกป้องคุ้มครอง เช่นเดียวกับพลเรือนหรือเป้าหมายทางพลเรือน ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ และผู้ถูกกล่าวหาทราบถึงข้อเท็จจริงในสถานการณ์ที่ได้รับความคุ้มครองนั้น
4. ผู้ถูกกล่าวหา ตั้งใจว่าเป้าหมายที่โจมตีนั้น เป็นพนักงาน สิ่งติดตั้ง วัสดุ หน่วยหรือยานพาหนะเช่นว่า

¹⁸⁰ Ibid., p.201.

¹⁸¹ Ibid., p.161.

ตามธรรมชาติ ซึ่งเห็นได้ชัดว่า เป็นการกระทำเกินความจำเป็นเมื่อเปรียบเทียบกับความได้เปรียบทางทหารที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมและโดยตรงอันได้คาดหมายไว้¹⁸²

บทบัญญัตินี้เกิดจากการรวมบทบัญญัติในข้อ 35 (3) ,51 (5) (b) ,55 (1) ,57(2) (a) (iii)ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 การประชุมจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศได้เพิ่มคำว่า “ชัดเจน (clearly) และ “ทั้งหมด” (overall) ตามคำแนะนำของสหรัฐอเมริกา ที่บทบัญญัติของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 อนุญาตให้ขยายขอบเขตของความเกี่ยวข้องในการปฏิบัติการทางทหารในส่วนพื้นที่ และแยกข้อผิดพลาดในการตัดสินใจจากการทำความผิดฐานอาชญากรรมสงครามภายใต้ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ และคณะกรรมการการกษัตริย์ได้ให้ความหมายของคำว่าทั้งหมด (overall) หมายถึงมากเกินไป คือ ความตั้งใจที่แสดงออกโดยเฉพาะเป้าหมายที่สามารถเห็นได้ว่าเป็นผลประโยชน์ทางทหารที่เป็นระยะเวลายาวนานและกระทบกับการปฏิบัติการทางทหารรวมทั้งบริเวณใกล้เคียงกับเป้าหมาย¹⁸³ และรวมถึงบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในพิธีสารฉบับที่ 1 อย่างไรก็ตามคำว่า overall มีประโยชน์ต่อภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคีพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1¹⁸⁴

ข้อ 56 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ห้ามการโจมตีใดๆก่อขึ้นและสถานีไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ ถ้าเป็นผลทำให้เกิดอันตรายที่รุนแรงตามมาและทำให้เกิดความเสียหายต่อประชากรพลเรือน

ข้อกล่าวหาอาชญากรรมสงครามที่มีการสืบสวนสอบสวนโดยคณะกรรมการที่จัดตั้งโดยศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียฟ้องในเดือนพฤษภาคม 1999 กล่าวหาว่าการเมืองอาวุธและบุคลากรทางทหารจาก North Atlantic Treaty Organization (NATO) ภูมิภาคีกระทำการละเมิดอย่างร้ายแรง (serious violations) ตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศระหว่าง NATO ทั้งระเบิดต่อ สาธารณรัฐยูโกสลาเวีย ระหว่าง 24 มีนาคม 1999 ถึง 9 มิถุนายน 1999 ที่เรียกว่าเป็นการแทรกแซงทางมนุษยธรรมของ NATO ในโคโซโว รายงาน

¹⁸² มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำกรมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา เข้าร่วมในการโจมตี
3. ผู้ถูกกล่าวหา รู้ว่า การโจมตีเช่นนี้จะยังผลให้เกิดการสูญเสียชีวิต หรือการบาดเจ็บของพลเรือน ความเสียหายต่อวัตถุทางพลเรือน หรือเกิดความเสียหายในวงกว้าง ในระยะยาว และอย่างร้ายแรงต่อสภาพแวดล้อมตามธรรมชาติ ซึ่งเห็นได้ชัดว่าเป็นการกระทำเกินความจำเป็นเมื่อเปรียบเทียบกับความได้เปรียบทางทหารที่มีลักษณะเป็นรูปธรรม และโดยตรงอันได้คาดหมายไว้

¹⁸³ Ibid., p.162-164.

¹⁸⁴ Ibid., p.164.

สุดท้ายของคณะกรรมการ ในเดือนมิถุนายน 2000 ให้บุคลากรของ NATO พ้นจากข้อกล่าวหาทุกข้อโดยได้รับการยกเว้นจากการพิพากษาอย่างตรงไปตรงมาต่อทหารในสนามรบและผู้เชี่ยวชาญยุทธศาสตร์ทางทหารในเวลาเดียวกัน¹⁸⁵

3.5.6.4.5 ข้อ 8 วรรค 2 (b) (v) การโจมตี หรือการทิ้งระเบิด ไม่ว่าจะโดยวิธีใด ต่อเมือง หมู่บ้าน ที่อยู่อาศัยหรือสิ่งก่อสร้าง ซึ่งไม่มีการป้องกันและมีใช้เป้าหมายทางทหาร¹⁸⁶

การกระทำความผิดนี้ได้รับโดยตรงมาจากข้อ 25 ของ Hague Regulations (1907) ที่อธิบายถึงสิ่งที่ไม่ใช่วัตถุประสงค์ทางทหาร (and which are not military objective) ซึ่งเกี่ยวข้องกับ ข้อ 59 (1) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ที่อธิบายการโจมตีหรือการทิ้งระเบิดในสถานที่ที่ไม่มีการป้องกัน สถานที่ที่ไม่มีการป้องกันนี้คือที่อยู่อาศัยที่ยังไม่ถูกฝ่ายใดยึดครอง ซึ่งผู้ที่ทำการสู้รบทั้งหมดรวมทั้งอาวุธซึ่งเคลื่อนที่ได้และอุปกรณ์ทางทหารที่เคลื่อนที่ได้ถูกอพยพและฝ่ายปฏิบัติไม่ได้ใช้สิ่งติดตั้งหรือสิ่งก่อสร้างทางทหาร ไม่ได้มีการกระทำของฝ่ายปฏิบัติที่กระทำโดยรัฐบาลหรือประชากร และไม่มีการดำเนินการที่สนับสนุนการปฏิบัติการทางทหาร¹⁸⁷

องค์ประกอบความผิดตามที่คณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดถึงคำว่า “ไม่ได้ป้องกัน” (undefended) หมายถึง ไม่สามารถต้านทานการบุกรุกเข้าครอบครอง สามารถทำให้ชัดเจนโดยกำหนดสถานที่ในการโจมตีเมือง หมู่บ้าน แหล่งน้ำ อาคารของบุคคลโดยเฉพาะที่ได้รับการปกป้องภายใต้อนุสัญญาเจนีวา 1949 หรือกองกำลังตำรวจที่มีวัตถุประสงค์ในการรักษากฎหมายและไม่ได้เป็นที่ตั้งของวัตถุประสงค์ทางทหาร¹⁸⁸

¹⁸⁵ *ibid.*, p.164.

¹⁸⁶ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา โจมตี หรือการทิ้งระเบิด ไม่ว่าจะโดยวิธีใด ต่อเมือง หมู่บ้าน ที่อยู่อาศัยหรือสิ่งก่อสร้าง
3. เมือง หมู่บ้าน ที่อยู่อาศัยหรือสิ่งก่อสร้างเช่นว่านั้น ไม่ได้เปิดเพื่อต่อต้านการครอบครอง
4. เมือง หมู่บ้าน ที่อยู่อาศัยหรือสิ่งก่อสร้างเช่นว่านั้น มีใช้เป้าหมายทางทหาร
5. ผู้ถูกกล่าวหา ทราบถึงข้อเท็จจริงในสถานการณ์ที่เมือง หมู่บ้าน ที่อยู่อาศัยหรือสิ่งก่อสร้างเช่นว่านั้น ไม่มี การป้องกัน

¹⁸⁷ *ibid.*, p.165.

¹⁸⁸ *ibid.*, p.165.

3.5.6.4.6 ข้อ 8 วรรค 2 (b) (ix) การสั่งโดยเจตนาให้โจมตีต่อสิ่งก่อสร้าง ซึ่งเป็นสิ่งก่อสร้างเพื่อการศาสนา การศึกษา ศิลปะ วิทยาศาสตร์ หรือเพื่อความมุ่งประสงค์ทางการ กุศล อนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์ โรงพยาบาล และสถานที่ซึ่งเป็นที่รวมของผู้บาดเจ็บและป่วยไข้ ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขว่าสิ่งก่อสร้างเหล่านี้มิได้มีเป้าหมายทางทหาร¹⁸⁹

บทบัญญัตินี้ได้มาจากข้อ 27 และ 56 ของ Hauge Regulations 1907 และบทบัญญัติของอนุสัญญาเจนีวาและพิธีสารฉบับที่ 1 ที่ปกป้องโรงพยาบาลและสถานที่ที่ผู้บาดเจ็บและป่วยไข้ถูกรวบรวมไว้

การปกป้องอนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์ งานทางศิลปหรือสถานที่เพื่อการ ศาสนาภายใต้จารีตประเพณีระหว่างประเทศ และกฎหมายที่เป็นสนธิสัญญา

การประชุมเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศได้เพิ่มคำว่า “สิ่งก่อสร้าง เพื่อการศาสนา การศึกษา” อยู่ในสิ่งที่ได้รับการปกป้องภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศนี้¹⁹⁰

เหมือนข้อ 8 วรรค 2 (e) (iv) การสั่งโดยเจตนาให้โจมตีต่อสิ่งก่อสร้าง ซึ่งเป็นสิ่งก่อสร้างเพื่อการศาสนา การศึกษา ศิลปะ วิทยาศาสตร์ หรือเพื่อความมุ่งประสงค์ทางการ กุศล อนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์ โรงพยาบาล และสถานที่ซึ่งเป็นที่รวมของผู้บาดเจ็บและป่วย ไข้ ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขว่าสิ่งก่อสร้างเหล่านี้มิได้มีเป้าหมายทางทหาร¹⁹¹

¹⁸⁹ มืองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา โจมตีต่อสิ่งก่อสร้าง ซึ่งเป็นสิ่งก่อสร้างเพื่อการศาสนา การศึกษา ศิลปะ วิทยาศาสตร์ หรือเพื่อความมุ่งประสงค์ทางการกุศล อนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์ โรงพยาบาล และสถานที่ซึ่งเป็นที่รวมของผู้บาดเจ็บและป่วยไข้ ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขว่าสิ่งก่อสร้างเหล่านี้มิได้มีเป้าหมายทางทหาร
3. ผู้ถูกกล่าวหา เจตนา โจมตีต่อสิ่งก่อสร้างแห่งเดียวหรือหลายแห่ง ซึ่งเป็นสิ่งก่อสร้างเพื่อการศาสนา การศึกษา ศิลปะ วิทยาศาสตร์ หรือเพื่อความมุ่งประสงค์ทางการกุศล อนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์ โรงพยาบาล และสถานที่ซึ่งเป็นที่รวมของผู้บาดเจ็บและป่วยไข้ ที่ใช้ตามปกติ

¹⁹⁰ *ibid.*, p.169-170.

¹⁹¹ มืองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา โจมตีต่อสิ่งก่อสร้าง ซึ่งเป็นสิ่งก่อสร้างเพื่อการศาสนา การศึกษา ศิลปะ วิทยาศาสตร์ หรือเพื่อความมุ่งประสงค์ทางการกุศล อนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์ โรงพยาบาล และสถานที่ซึ่งเป็นที่รวมของผู้บาดเจ็บและป่วยไข้ ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขว่าสิ่งก่อสร้างเหล่านี้มิได้มีเป้าหมายทางทหาร

บทบัญญัตินี้มาจากข้อ 27 และ 56 ของ Hague Regulations 1907 แต่ Hague Regulations 1907 ไม่ได้ใช้โดยตรงกับการขัดกันด้วยอาวุธภายใน แต่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติใน Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict 1954 ที่ใช้กับการขัดกันด้วยอาวุธภายในประเทศ และพิธีสารฉบับที่ 2

องค์ประกอบความผิด เหมือนกับข้อ 8(2)(b)(xvi) แต่แตกต่างกันในลักษณะของการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศกับภายในประเทศเท่านั้น¹⁹²

3.5.6.4.7 ข้อ 8 วรรค 2 (b) (xxiv) การสั่งโดยเจตนาให้โจมตีต่อสิ่งก่อสร้าง วัสดุ หน่วยทางการแพทย์ และยานพาหนะ และพนักงาน ที่ใช้สัญลักษณ์ที่เด่นชัดของอนุสัญญาเจนีวาฯ โดยสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁹³

ข้อห้ามนี้เกิดขึ้นจากข้อห้ามหลายข้อในอนุสัญญาเจนีวาฯ และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 องค์ประกอบความผิด ผู้กระทำผิดต้องตั้งใจโจมตีบุคคลคนเดียวหรือหลายคน สิ่งก่อสร้าง วัสดุ หน่วยทางการแพทย์ และยานพาหนะ และพนักงานที่ใช้สัญลักษณ์ที่เด่นชัดของอนุสัญญาเจนีวาฯ โดยสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁹⁴

ข้อ 8 วรรค 2 (b) (xxiv) เหมือนข้อ 8 วรรค 2 (e) (ii) ที่บัญญัติถึงการสั่งให้โจมตีโดยเจตนาต่อสิ่งก่อสร้าง วัสดุ หน่วยทางการแพทย์ และยานพาหนะ และพนักงานซึ่งใช้สัญลักษณ์ที่เด่นชัดของอนุสัญญาเจนีวาฯ โดยสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁹⁵

3. ผู้ถูกกล่าวหา เจตนา โจมตีต่อสิ่งก่อสร้างแห่งเดียวหรือหลายแห่ง ซึ่งเป็นสิ่งก่อสร้างเพื่อการศาสนา การศึกษา ศิลปะ วิทยาศาสตร์ หรือเพื่อความมั่งประสงค์ทางการกุศล อนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์ โรงพยาบาล และสถานที่ซึ่งเป็นที่รวมของผู้บาดเจ็บและป่วยไข้ ที่ใช้ตามปกติ

¹⁹² Ibid., p.202.

¹⁹³ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา โจมตีบุคคลคนเดียวหรือหลายคน สิ่งก่อสร้าง วัสดุ หน่วยทางการแพทย์ และยานพาหนะ ที่ใช้สัญลักษณ์ที่เด่นชัดของอนุสัญญาเจนีวาฯ โดยสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ
3. ผู้ถูกกล่าวหา เจตนาโจมตีบุคคลคนเดียวหรือหลายคน สิ่งก่อสร้าง วัสดุ หน่วยทางการแพทย์ และยานพาหนะ ที่ใช้สัญลักษณ์เช่นว่านั้น

¹⁹⁴ Ibid., p.185.

¹⁹⁵ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ

ข้อห้ามนี้เกิดขึ้นจากข้อห้ามจำนวนมากของการโจมตี ที่กำหนดในอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ข้อ 24-27, 36, 39, 40-44 ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 1 ข้อ 42-44 ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 2 ข้อ 18-22 ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 ข้อ 12-13, 15, 18, 23 และ 24 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1

องค์ประกอบความผิดตามที่คณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ กำหนดให้ผู้กระทำผิดต้องตั้งใจโจมตีบุคคลคนเดียวหรือหลายคน สิ่งก่อสร้าง วัสดุ หน่วยทางการแพทย์ และยานพาหนะ และพนักงานที่ใช้สัญลักษณ์หรือวิธีการที่เด่นชัดว่าได้รับการปกป้องภายใต้อนุสัญญาเจนีวา

คำว่า *other method of identification indicating the protection under the Geneva Conventions* ถูกบัญญัติเพิ่มเติมมาเนื่องจากในทางปฏิบัติ เมื่อเกิดการขัดกันทางอาวุธอาจมีความจำเป็นที่ต้องใช้วิธีการอื่นแบ่งแยกเครื่องหมายที่เห็นได้ชัดเจนในอนุสัญญาเจนีวาที่จะแสดงสถานะที่ได้รับการปกป้องภายใต้อนุสัญญาเจนีวา จุดสำคัญเน้นที่การปกป้องจากการโจมตี ภายใต้อนุสัญญาเจนีวามากกว่าการใช้เครื่องหมายที่เห็นเด่นชัด เห็นได้ว่าการพัฒนาให้สอดคล้องกับการปฏิบัติเมื่อวิธีการแบ่งแยกแบบใหม่มาแทนที่เครื่องหมายดั้งเดิมของอนุสัญญาเจนีวา¹⁹⁶

ความผิดนี้มาจากข้อห้ามจำนวนมากในพิธีสารฉบับที่ 2 ทั้งข้อ 9 และข้อ 11 องค์ประกอบความผิดแตกต่างกับ ข้อ 8(2)(b)(xxiv) ตามลักษณะของการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศกับภายในประเทศเท่านั้น¹⁹⁷

3.5.6.5 ความผิดเกี่ยวกับการเกณฑ์หรือขึ้นบัญชีเด็ก

ข้อ 8 วรรค 2 (b) (xxvi) การเรียกเกณฑ์หรือการขึ้นบัญชีเด็กที่อายุต่ำกว่าสิบห้าปี เข้าร่วมในกองทัพแห่งชาติ หรือการใช้เด็กเหล่านี้ให้มีส่วนร่วมอย่างแท้จริงในความเป็นปฏิปักษ์¹⁹⁸

2. ผู้ถูกกล่าวหา โจมตีบุคคลคนเดียวหรือหลายคน สิ่งก่อสร้าง หน่วยแพทย์หรือยานพาหนะ หรือวัตถุอื่นๆ ตามความตกลงในกฎหมายระหว่างประเทศ

3. ผู้ถูกกล่าวหา เจตนาโจมตีเป้าหมายที่เป็นบุคคล สิ่งก่อสร้าง หน่วยแพทย์หรือยานพาหนะ หรือวัตถุอื่นๆ ที่มีสัญลักษณ์ที่เด่นชัดอย่างแน่นอน

¹⁹⁶ Ibid., p.185.

¹⁹⁷ Ibid., p.201.

การเกณฑ์หรือเรียกขึ้นบัญชีเกี่ยวกับการปกครองที่จะขึ้นรายชื่อเป็นกองกำลังภายในประเทศ องค์ประกอบความผิด ผู้กระทำความผิดเรียกเกณฑ์บุคคลคนเดียวหรือหลายคน ที่อายุต่ำกว่า 15 ปี เข้าเป็นกองกำลังแห่งชาติหรือใช้เด็กเหล่านั้นให้มีส่วนร่วมอย่างแท้จริงในความเป็นปฏิปักษ์¹⁹⁹

เด็กถูกใช้ในการขัดกันด้วยอาวุธในบทบาทที่ไม่ใช่พลรบมาเป็นเวลานานแล้ว อย่างไรก็ตามการใช้เด็กเป็นพลรบในการขัดกันด้วยอาวุธในอดีตเมื่อทศวรรษที่ผ่านมา และปรากฏมากขึ้นทั่วไปในสังคมระหว่างประเทศ เด็กอ่อนแอในการถูกบังคับบงการและสอนให้ซึมซาบ ข้อ 72(2) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ก่อให้เกิดพันธกรณีต่อภาคีที่จะมีมาตรการที่เหมาะสมต่อเด็กที่อายุยังไม่ครบ 15 ปี ต้องไม่มีส่วนร่วมโดยตรงในความเป็นปฏิปักษ์ โดยเฉพาะเด็กไม่ควรถูกเกณฑ์ทหารเพิ่มเติมในกองกำลัง การเกณฑ์ทหารเด็กที่อายุ 15 ปีหรือมากกว่านั้น แต่ยังไม่ถึง 18 ปี ประเทศคู่พิพาทจะต้องพยายามให้สิทธิพิเศษแก่ทหารที่เป็นเด็กมากกว่าทหารผู้ที่มีอายุมากกว่า บทบัญญัติตามข้อ 38(2) และ (3) ของ United Nations Convention on the Rights of the Child (CROC) 1989 ที่ให้สัตยาบันโดยรัฐ 191 รัฐ ทุกประเทศในประชาคมโลก ยกเว้นประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศโซมาเลีย ซึ่งการห้ามเกณฑ์หรือขึ้นบัญชีเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี เข้าเป็นกองกำลังแห่งชาติ หรือใช้เด็กเหล่านั้นมีส่วนร่วมในการเป็นปฏิปักษ์ ได้รับการพิจารณาว่าเป็นบรรทัดฐานของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แม้ว่าบรรทัดฐานนั้นจะขาดการลงโทษ (sanction)²⁰⁰

ข้อ 26 ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ กำหนดไม่ให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจศาลเหนือเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี ในขณะที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอย่างที่เขาใจในข้อเท็จจริงว่าเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี เป็นเหยื่อของอาชญากรรมระหว่างประเทศ ไม่ควรถูกลงโทษ

198 มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา เกณฑ์บุคคลคนเดียวหรือหลายคน เข้าร่วมในกองทัพแห่งชาติ หรือใช้บุคคลคนเดียวหรือหลายคน ให้มีส่วนร่วมอย่างแท้จริงในความเป็นปฏิปักษ์
3. บุคคลคนเดียวหรือหลายคนเช่นว่านั้น อายุต่ำกว่า 15 ปี
4. ผู้ถูกกล่าวหา รู้ หรือควรรู้ว่าบุคคลคนเดียวหรือหลายคนเช่นว่านั้น อายุต่ำกว่า 15 ปี

199 Ibid., p.187-188.

200 Ibid., p.187-188.

องค์ประกอบความผิดตามที่คณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดให้ผู้กระทำผิดต้องเกณฑ์หรือขึ้นบัญชีบุคคลคนเดียวหรือหลายคนที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี เข้าร่วมในกองกำลังแห่งชาติ หรือใช้บุคคลคนเดียวหรือหลายคนให้มีส่วนร่วมอย่างแท้จริงในความเป็นปฏิปักษ์ โดยผู้กระทำผิดต้องรู้หรือควรจะรู้ว่าบุคคลคนเดียวหรือหลายคนนั้นอายุต่ำกว่า 15 ปี

ข้อ 8(2)(b)(xxvi) นี้ เหมือนกับข้อ 8 วรรค 2 (e) (vii) การเรียกเกณฑ์หรือการขึ้นบัญชีเด็กที่อายุต่ำกว่าสิบห้าปี เข้าร่วมในกองทัพแห่งชาติ หรือการใช้เด็กเหล่านี้ให้มีส่วนร่วมอย่างแท้จริงในความเป็นปฏิปักษ์²⁰¹

ข้อ 4(3)(c) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ที่กำหนดว่า เด็กที่อายุยังไม่ถึง 15 ปีจะต้องไม่ถูกเกณฑ์ให้อยู่ในกองกำลังหรือมีส่วนร่วมในการเป็นปฏิปักษ์ ความผิดนี้เหมือนกับข้อ 8(2)(b)(xxvi) องค์ประกอบความผิดแตกต่างกับ ข้อ 8(2)(b)(xvi) ตามลักษณะของการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศกับภายในประเทศเท่านั้น²⁰²

3.5.6.6 ความผิดเกี่ยวกับวิธีการปฏิบัติการทางทหารอื่น ๆ

ความผิดเกี่ยวกับการปฏิบัติการทางทหารอื่น ๆ เช่น การประกาศว่าจะไม่มีการไว้ชีวิต การใช้โสมนุษย์ และการใช้ความอดอยากของพลเรือนเป็นวิธีในการทำสงคราม

3.5.6.6.1 ข้อ 8 วรรค 2 (b) (xii) การประกาศว่าจะไม่มีการไว้ชีวิต²⁰³

²⁰¹ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา เกณฑ์บุคคลคนเดียวหรือหลายคน เข้าร่วมในกองทัพแห่งชาติ หรือใช้บุคคลคนเดียวหรือหลายคน ให้มีส่วนร่วมอย่างแท้จริงในความเป็นปฏิปักษ์
3. บุคคลคนเดียวหรือหลายคนเช่นว่านั้น อายุต่ำกว่า 15 ปี
4. ผู้ถูกกล่าวหา รู้ หรือควรรู้ว่าบุคคลคนเดียวหรือหลายคนเช่นว่านั้น อายุต่ำกว่า 15 ปี

²⁰² Ibid., p.203.

²⁰³ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ประกาศ หรือสั่งว่าจะไม่มีการไว้ชีวิต

บทบัญญัตินี้มาจากข้อ 23(d) ของ Hague Regulations (1907) ข้อ 40 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ห้ามคุกคามฝ่ายปรปักษ์ที่ยังมีชีวิตรอดซึ่งการกระทำนี้คล้ายกับบทบัญญัติในข้อ 8(2)(b)(vi) ของธรรมนูญศาลนี้²⁰⁴

องค์ประกอบความผิด ผู้กระทำผิดต้องประกาศหรือสั่งว่าจะไม่ให้มีผู้รอดชีวิตในทางที่คุกคามฝ่ายปรปักษ์บนพื้นฐานที่ควรจะมีผู้มีชีวิตรอด ในขณะที่เดียวกันผู้กระทำ ความผิดจะต้องอยู่ในตำแหน่งที่สามารถออกคำสั่งหรือควบคุมกองกำลังได้บังคับบัญชาที่ ประกาศหรือสั่งการได้โดยตรง²⁰⁵

การประกาศว่าจะไม่มีการไว้ชีวิต²⁰⁶ ตามข้อ 8 วรรค 2 (e) (x) เหมือน กับข้อ 8 วรรค 2 (b) (xii) แต่มีพื้นฐานมาจากข้อ 4 ของพิธีสารฉบับที่ 2 ที่อธิบายการห้าม ประกาศว่าจะไม่มีการไว้ชีวิต บทบัญญัตินี้เป็นเรื่องของการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะ ระหว่างประเทศ แต่บทบัญญัติข้อ 8(2)(b)(xii) เป็นการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ²⁰⁷

3.5.6.6.2 ข้อ 8 วรรค 2 (b) (xxiii) การใช้การมีอยู่ของพลเรือนหรือบุคคล อื่นๆ ที่ได้รับความคุ้มครองเพื่อให้จุดบางจุด พื้นที่บางพื้นที่ หรือกองกำลังทหารบางส่วนได้รับความคุ้มครองจากการปฏิบัติการทางทหาร²⁰⁸

3. ผู้ถูกกล่าวหา อยู่ในตำแหน่งผู้บังคับบัญชาทางทหาร หรือบังคับบัญชากองกำลัง ที่ประกาศ หรือสั่งการโดยตรง

4. การประกาศหรือสั่ง เป็นไปในทางที่คุกคามขู่เชิญฝ่ายปรปักษ์ หรือการกระทำของฝ่ายปรปักษ์ บนพื้นฐานที่จะไม่มีการไว้ชีวิต

²⁰⁴ Ibid., p.204.

²⁰⁵ Ibid., p.173-174.

²⁰⁶ มืองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ

2. ผู้ถูกกล่าวหา ประกาศ หรือสั่งว่าจะไม่มีการไว้ชีวิต

3. ผู้ถูกกล่าวหา อยู่ในตำแหน่งผู้บังคับบัญชาทางทหาร หรือบังคับบัญชากองกำลัง ที่ประกาศ หรือสั่งการโดยตรง

4. การประกาศหรือสั่ง เป็นไปในทางที่คุกคามขู่เชิญฝ่ายปรปักษ์ หรือการกระทำของฝ่ายปรปักษ์ บนพื้นฐานที่จะไม่มีการไว้ชีวิต

²⁰⁷ Ibid., p.204.

²⁰⁸ มืองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ

ข้อห้ามนี้มาจากหลายบทบัญญัติโดยเฉพาะข้อ 23 ของอนุสัญญาเจนีวา ข้อ 23 และข้อ 28 ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 และข้อ 51(7) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 การใช้โล่มนุษย์ (human shields) ที่จะขัดขวางการปฏิบัติการทางทหารที่ใช้อย่างกว้างขวาง เช่น ระหว่างสงครามอ่าว และการปฏิบัติการทางทหารในโคโซโว ในปี 1999

องค์ประกอบความผิด ผู้กระทำความผิดต้องเคลื่อนย้ายหรืออาศัยประโยชน์จากที่ตั้งของพลเรือนคนเดียวหรือหลายคน ที่ได้รับการปกป้อง ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขัดกันทางอาวุธโดยมีความตั้งใจที่จะใช้เป็นโล่กำบังวัตถุประสงค์ทางทหารจากการโจมตี หรือให้เป็นอุปสรรคในการปฏิบัติการทางทหาร²⁰⁹

องค์ประกอบความผิดตามที่คณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ กำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องเคลื่อนย้ายหรืออาศัยประโยชน์จากที่ตั้งของพลเรือนคนเดียวหรือหลายคน ที่ได้รับการปกป้อง ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขัดกันทางอาวุธโดยมีความตั้งใจที่จะใช้เป็นโล่กำบังวัตถุประสงค์ทางทหารจากการโจมตี หรือให้เป็นอุปสรรคในการปฏิบัติการทางทหาร

3.5.6.6.3 ข้อ 8 วรรค 2 (b) (xxv) การเจตนาใช้ความอดอยากของพลเรือนเป็นวิธีการทำสงคราม โดยการทำให้พลเรือนเหล่านั้นไร้ซึ่งวัตถุที่จำเป็นต่อการอยู่รอด ซึ่งรวมถึงการมีเจตนาขัดขวางการจัดส่งสิ่งของบรรเทาทุกข์ ตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาเจนีวา²¹⁰

ข้อห้ามนี้มีอยู่ในข้อ 54 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ในเรื่องของการปกป้องวัตถุที่จำเป็นในการดำรงชีวิตของประชากรพลเรือน การใช้ความอดอยากของพลเรือนในการทำสงครามถูกห้าม ไม่มีนิยามสำหรับคำว่าการอดอาหารตาย เพราะความหมายของตัวมันเป็นที่เข้าใจอยู่แล้ว การใช้การอดอาหารตายของพลเรือนเป็นวิธีหนึ่งที่ใช้เพื่อบรรลุเป้าหมาย

2. ผู้ถูกกล่าวหา โยกย้าย หรือหาประโยชน์อย่างอื่นใด ในสถานที่ของพลเรือนคนเดียวหรือหลายคน หรือบุคคลอื่นๆ ที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ

3. ผู้ถูกกล่าวหา ตั้งใจที่จะซ่อนเร้นเป้าหมายทางทหาร จากการโจมตี หรือเป็นที่หลบซ่อน หรือขัดขวางการปฏิบัติการทางทหาร

²⁰⁹ Ibid., p.184.

²¹⁰ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา ทำให้พลเรือนเหล่านั้นไร้ซึ่งวัตถุที่จำเป็นต่อการอยู่รอด
3. ผู้ถูกกล่าวหา เจตนาใช้ความอดอยากของพลเรือนเป็นวิธีการทำสงคราม

ทางทหาร โดยข้อ 54 ได้อธิบายถึงการอดอาหารตายไว้ว่า การอดอาหารตายถูกห้ามเพื่อโจมตีทำลาย ย้ายหรือทำให้ไม่มีประโยชน์ต่อการอยู่รอดชีวิตของประชากรพลเรือน เช่น โภชนาการ พื้นที่การเกษตรที่ใช้ในการผลิตอาหาร รั้วพืช ปศุสัตว์ น้ำดื่ม และงานชลประทาน โดยมีจุดประสงค์เฉพาะที่จะไม่ให้ประชากรพลเรือนของฝ่ายตรงข้ามอยู่รอด เพื่อให้อดอาหารตาย²¹¹

องค์ประกอบความผิดตามที่คณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดสำหรับอาชญากรรมสงครามที่ใช้การอดอาหารตายเป็นวิธีทำสงคราม ไม่ได้รวมถึงการยกเว้นข้อห้ามตามข้อ 54(5) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ผู้กระทำความผิดต้องให้พลเรือนอดอาหาร น้ำ และวัตถุที่จำเป็นต่อการดำรงชีพ โดยเจตนาให้พลเรือนอดอยากตายเป็นวิธีในการทำสงคราม

3.5.7 ความผิดเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการยุติธรรม

3.5.7.1 ข้อ 8 วรรค 2 (a) (vi) การกระทำโดยรู้สำนึกให้เชลยศึกหรือบุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง ไม่ได้รับสิทธิในการพิจารณาคดีอย่างยุติธรรมและโดยปกติ²¹²

ข้อกำหนดนี้มีกำหนดโดยตรงในข้อ 130 ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 และข้อ 147 ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 สิทธิในการได้รับพิจารณาอย่างเป็นธรรมรวมถึงสิทธิที่จะถูกพิจารณาคดีตัดสินโดยศาลที่อิสระและโดยธรรม ตามข้อ 84(2) ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 สิทธิในการพิจารณาคดีโดยรวดเร็ว ตามข้อ 104 ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 และ ตามข้อ 71(2) ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 สิทธิที่จะโต้แย้งการลงโทษเป็นหมู่คณะตามข้อ 87 ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 และตามข้อ 33 ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 สิทธิที่จะได้รับการปกป้องตามกฎหมาย ตามข้อ 99 (1) ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 และข้อ 67 ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาลงโทษครั้งเดียวจากการกระทำเดียว (ne bis in idem) ตามข้อ 86 ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 และ ตามข้อ 117(3) ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 สิทธิที่จะได้รับแจ้งถึงสิทธิของตนเอง ตามข้อ 106 ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 และ ตามข้อ 73 ของ

²¹¹ Ibid., p.185-187.

²¹² มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา กีดกัน บุคคลคนเดียวหรือหลายคน จากการสอบสวนอย่างปกติยุติธรรม โดยปฏิเสธหลักประกันในการดำเนินคดี โดยเฉพาะที่กำหนดในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 3 และ 4
3. บุคคลเหล่านั้น เป็นผู้ได้รับความคุ้มครองภายใต้อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับใดฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับที่เกี่ยวข้อง และผู้ถูกกล่าวหาเกี่ยวข้องกับสถานะที่แท้จริงที่กำหนดไว้ในสถานการณ์นี้

อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 และสิทธิที่จะไม่ถูกพิพากษาหรือประหารชีวิตโดยปราศจากการพิจารณาคดีโดยศาลปกติที่มีหลักประกันในกระบวนการยุติธรรม เช่นเดียวกับประชาชนพลเรือน (ข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ) คณะกรรมการกาชาดสากลพิจารณาว่า ในคดีที่มีการพิจารณาหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 การกระทำจะต้องกระทำโดยเจตนาและกระทำโดยรู้²¹³

ในกรณีของศาลอาญาระหว่างประเทศ ลักษณะขององค์ประกอบความผิดที่กำหนดโดยคณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ สำหรับอาชญากรรมสงครามว่าผู้กระทำผิดต้องทำให้บุคคลคนเดียวหรือหลายคนไม่ได้รับการพิจารณาโดยปกติยุติธรรม โดยปฏิเสธหลักประกันในการดำเนินคดีทางศาล โดยคำจำกัดความอยู่ในอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 และ 4

3.5.7.2 ข้อ 8 วรรค 2 (c) (iv) การกำหนดโทษและการดำเนินการประหารชีวิตโดยปราศจากการพิพากษาคดีก่อนโดยศาลซึ่งจัดตั้งขึ้นตามปกติ ซึ่งให้หลักประกันทั้งปวง ทางด้านความยุติธรรมอันเป็นสิ่งที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าขาดไม่ได้²¹⁴

คำว่า "เป็นสิ่งที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าขาดไม่ได้" (generally recognized as indispensable) มาจากคำว่า recognized as indispensable by civilized people ในข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวา องค์ประกอบความผิด ผู้กระทำต้องตัดสินหรือประหารชีวิตบุคคลคนเดียวหรือหลายคนโดยปราศจากการพิพากษาคดีก่อน โดยศาลซึ่งจัดตั้งขึ้นตามปกติหรือตัดสินคดี

²¹³ Ibid., p.150-151.

²¹⁴ มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. กระทำการมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น ในการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ
2. ผู้ถูกกล่าวหา พินาศล้างโทษหรือประหารชีวิต บุคคลคนเดียวหรือหลายคน
3. บุคคลเหล่านั้น ทั้งที่เป็นพลรบที่ได้วางอาวุธของตน หรือไม่มีทางต่อสู้ ซึ่งได้ยอมแพ้โดยสมัครใจบาดเจ็บเป็นพลเรือน เป็นบุคลากรทางการแพทย์ หรือบุคลากรทางศาสนา ที่ไม่ได้เข้าร่วมในฝ่ายปรักษ์ และผู้ถูกกล่าวหาเกี่ยวกับสถานะที่แท้จริงที่กำหนดไว้ในสถานการณ์นี้
4. ไม่มีการพิจารณาคดีให้ชัดเจนโดยศาลก่อน หรือศาลดำเนินการพิจารณาคดีโดยไม่เป็นไปตาม "กฎที่บัญญัติขึ้นตามปกติ" โดยไม่ได้มีการจัดให้มีหลักประกันสำคัญต่ออิสรภาพและความยุติธรรม หรือศาลไม่ได้มีการจัดให้มีหลักประกันอื่นๆ ในการดำเนินคดีทางศาลตามปกติที่จำเป็นอย่างยิ่งภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ
5. ผู้ถูกกล่าวหา ทราบถึงกระบวนการพิจารณาก่อน หรือปฏิเสธความเชื่อมโยงของหลักประกันและข้อเท็จจริงที่ขาดไม่ได้ หรือจำเป็นอย่างยิ่งในการพิจารณาอย่างยุติธรรม

โดยศาลที่ไม่ได้มีหลักประกันด้านความยุติธรรมหรือไม่ได้พิพากษาโดยศาลที่มีหลักประกันซึ่งเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ผู้ถูกกระทำต้องรู้ถึงการไม่มีอยู่ของศาลข้างต้นหรือปฏิเสธหลักประกันที่เกี่ยวกับความยุติธรรม²¹⁵

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้มีการรวบรวมลักษณะของการกระทำความผิดฐานอาชญากรรมไว้อย่างมากมาย ซึ่งสามารถครอบคลุมลักษณะของการกระทำความผิดของอาชญากรรมสงครามได้มากกว่าความพยายามในการรวบรวมลักษณะของการกระทำความผิดฐานอาชญากรรมสงครามที่ผ่านมา โดยบัญญัติครอบคลุมทั้งการกระทำที่ถือว่าเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 (Grave breaches of the Geneva Convention) การกระทำที่ถือว่าเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงอื่น ๆ ต่อกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ (Other serious violation of the law and customs applicable in international armed conflicts) การกระทำที่เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงอื่น ๆ ตามข้อ 3 ร่วม ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ ซึ่งเป็นการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ (Serious violations of Article 3 common to the four Geneva Conventions of 1949 committed in non-international armed conflicts) และการกระทำที่เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงอื่น ๆ ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ใช้ในการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ (Other serious violations of the laws and customs applicable in non-international armed conflicts) ครอบคลุมทุกสถานการณ์ ซึ่งจะทำให้การดำเนินคดีต่อผู้กระทำผิดมีประสิทธิภาพมากขึ้น และยังมีกำหนดองค์ประกอบไว้อย่างชัดเจน ทำให้ความหมายและลักษณะของการกระทำความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม และองค์ประกอบความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม มีความชัดเจนมากขึ้น

3.6 บุคคลที่เข้าข่ายเป็นผู้กระทำความผิดฐานอาชญากรรมสงครามตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

ผู้กระทำความผิดฐานอาชญากรรมสงครามตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้กำหนดความรับผิดของบุคคลไว้ใน ข้อ 25 ของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ว่า “ข้อ 25 ความรับผิดทางอาญาของบุคคล

²¹⁵ Ibid., p. 199.

1. ให้ศาลฯ มีเขตอำนาจเหนือบุคคลธรรมดาตามธรรมนูญศาลฯ นี้
2. บุคคลใดที่ก่ออาชญากรรมภายในเขตอำนาจของศาล บุคคลนั้นต้องรับผิดชอบในการกระทำของตน และอาจต้องได้รับโทษตามธรรมนูญศาลฯ นี้
3. ตามธรรมนูญศาลฯ นี้ บุคคลต้องรับผิดชอบทางอาญาและอาจต้องได้รับโทษในอาชญากรรมภายในเขตอำนาจศาล หากบุคคลนั้น
 - (ก) ประกอบอาชญากรรมเช่นว่า ไม่ว่าจะกระทำคนเดียว ร่วมกระทำกับบุคคลอื่นหรือผ่านทางบุคคลอื่น ไม่ว่าบุคคลอื่นดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่ก็ตาม
 - (ข) สั่งการ ขอร้อง หรือชักจูง ให้มีการประกอบอาชญากรรมเช่นว่า ซึ่งได้เกิดขึ้นจริงหรือถึงขั้นพยายามแล้ว
 - (ค) ให้การสนับสนุน ยุยง หรือช่วยเหลืออื่นใด ในการประกอบอาชญากรรม หรือพยายามประกอบอาชญากรรม รวมทั้งหาวิธีการสำหรับการประกอบอาชญากรรม เพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะอำนวยความสะดวกต่อการประกอบอาชญากรรมเช่นว่า
 - (ง) มีส่วนในการประกอบอาชญากรรม หรือพยายามประกอบอาชญากรรมเช่นว่า ไม่ว่าทางหนึ่งทางใด โดยกลุ่มบุคคลที่กระทำด้วยความมุ่งประสงค์ร่วมกัน การมีส่วนเช่นว่าจะต้องเป็นไปโดยเจตนาและต้องเป็นไปอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนี้
 - (i) มุ่งหมายที่จะสนับสนุนกิจกรรมทางอาชญากรรม หรือให้บรรลุความมุ่งประสงค์ทางอาชญากรรมของกลุ่ม ซึ่งกิจกรรมหรือความมุ่งประสงค์เช่นว่า เกี่ยวพันการก่ออาชญากรรมภายในเขตอำนาจของศาลฯ หรือ
 - (ii) รู้ถึงเจตนาของกลุ่มที่จะประกอบอาชญากรรม
 - (จ) เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ให้ปฏิบัติการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ในส่วนที่ยูงบุคคลอื่น โดยตรง และเปิดเผยต่อสาธารณชน
 - (ฉ) พยายามประกอบอาชญากรรมเช่นว่า โดยเริ่มปฏิบัติการด้วยวิธีการอันเป็นขั้นตอนสำคัญ แต่อาชญากรรมดังกล่าวไม่บรรลุผล เพราะพฤติการณ์อันซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับเจตนาของบุคคล อย่างไรก็ตาม บุคคลที่ละทิ้งความพยายามที่จะประกอบอาชญากรรม หรือป้องกันด้วยประการอื่นไม่ให้อาชญากรรมบรรลุผล ไม่ต้องได้รับโทษตามธรรมนูญศาลฯ นี้ สำหรับความพยายามประกอบอาชญากรรม หากบุคคลนั้นยอมล้มเลิกความมุ่งประสงค์ทางอาชญากรรมนั้นอย่างสิ้นเชิงและโดยสมัครใจ
4. ไม่มีบทบัญญัติใดในธรรมนูญศาลฯ นี้ เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลที่จะส่งผลต่อความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ”²¹⁶

ดังนั้น ผู้ที่ก่ออาชญากรรมสงครามตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ สามารถสรุปได้ว่า บุคคลที่จะเป็นอาชญากรสงครามหรือมีความรับผิดชอบในการกระทำของตน และอาจต้องรับโทษตามธรรมนูญฯ นี้ คือสมาชิกของกองกำลัง (members of

“Article 25 Individual criminal responsibility

1. The Court shall have jurisdiction over natural persons pursuant to this Statute.

2. A person who commits a crime within the jurisdiction of the Court shall be individually responsible and liable for punishment in accordance with this Statute.

3. In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person :

(a) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible ;

(b) Orders, solicits or induces the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted ;

(c) For the purpose of facilitating the commission of such a crime, aids, abets or otherwise assists in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission ;

(d) In any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either :

(i) Be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of a crime within the jurisdiction of the Court ; or

(ii) Be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime ;

(e) In respect of the crime of genocide, directly and publicly incites other to commit genocide ;

(f) Attempts to commit such a crime by taking action that commence its execution by means of a substantial step, but the crime does not occur because of circumstance 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.

4. No provision in this Statute relating to individual criminal responsibility shall affect the responsibility of States under international law.”

armed forces) ไม่ว่าจะเป็ กงก้าล้งปกต (regular forces) ที่ชอบดว้ยกฎหมย (กงท้พของ รฐบยล) หรือจะเป็ กงก้าล้งท้ไม่ปกต (irregular forces) ท้ไม่ชอบดว้ยกฎหมย รวมถึ ข้รชกขรพลเรอึน และพลเรอึนช้เงึนผู้ประกอบอชญกรรรม ไม่ว่าจะกระท้คณเด็ยว หรือ รว้มกระท้กับบุคคลอื่เงึน หรือผ้นทงบคคลอื่เงึน ผู้ส้เงึนการ ผู้ชอริ้ง ผู้ช้กจุง ให้มีการประกอบ อชญกรรรมช้เงึนได้เกดช้เงึนจรึนหรือถึช้เงึนพยยอ้มแล้ว ผู้ส้เงึนบสนน ผู้ยุง ผู้ช้วยเหลือ หรือผู้ท้มี ส่วร่วมในกระท้ออชญกรรรมสงครมดว้ย

3.7 กระบวณว้เงึนพ้ชจรณคควม

กระบวณว้เงึนพ้ชจรณคควมตมชรรมณญกรุงโรมว้ดว้ยศลอญวระหว้งประกบศ ก้พณคยู่ในภคค 5 การส้บสนนสอบสนนและการฟ้อรงร้องด้คเนคตี้ และภคค 6 การพ้ชจรณคคตี้ โดยในภคค 5 ช้อ 53 ถึช้อ 61 ได้บ้ญญตี้เก้ยวกับการเรอึนการส้บสนนสอบสนน หน้ท้และ อ้นจขงอ้ยการเก้ยวกับการส้บสนนสอบสนน ส้ทธขงบุคคลระหว้งการส้บสนนสอบสนน บทภคคขงอ้คคณคตลคการพ้ชจรณคคตี้เงึนต้น ในส่วนท้เก้ยวกับอ้กคสด้นการส้บสนน สอบสนนเพ้ยงค้เงึนเด็ยว การออกหมยจ้บหรือหมยเร้ยงก้ให้ม้ปรกฏท้ว้โดยอ้คคณคตลคการ พ้ชจรณคคตี้เงึนต้น กระบวณการจ้บในรฐท้คควบคุมท้ว้ กระบวณพ้ชจรณคคตี้เงึนต้นในศลช รวมท้เงึน การย้เงึนช้อกล้วห้กก่อนการพ้ชจรณคคตี้ในศลช ช้เงึนมีการก้พณดระยลละเอ้ยดว้้อยช้เงึนช้ดเจงน และมีการพ้ชจรณคคตี้ขงอ้คคณคตลคการพ้ชจรณคคตี้เงึนต้น (pretrial chamber) ในเบ้เงึนต้นก่อน จะมีการฟ้อรงร้องในช้เงึนขงอ้คคณคตลคการพ้ชจรณคคตี้

นอกจกน้เงึนในภคค 6 ช้อ 62 ถึช้อ 76 ได้ก้พณดเก้ยวกับการพ้ชจรณคคตี้ ในเร้เงึนขง สถนท้พ้ชจรณคคตี้ การพ้ชจรณคคตี้ท้อหน้าจ้คเลย หน้ท้และอ้นจขงอ้คคณคตลคการ พ้ชจรณคคตี้ กระบวณพ้ชจรณคคตี้ดว้ยการร้บสรภคคพ้ชจรณคคตี้ ส้ทธขงจ้คเลย การค้มครองผู้เส้ยหย และพยนและการช้ร่วมในกระบวณพ้ชจรณคคตี้ขงบุคคลด้เงึนกล้ว และพยนหล้กฐน นอกจกน้ เงึนย้เงึนบ้ญญตี้เก้ยวกับคควมพ้ชจรณคคตี้การบร้ชจรณคคตี้ชรรม บทบ้เงึนค้บส้ค้บการประกบคคตี้ม้ชอบต่อ ศลช และการค้มครองช้อมคควมม้เงึนค้เงึนช้เงึนช้ดเจงน รวมท้เงึนเร้เงึนการช้ดใช้แก่ผู้เส้ยหย ช้เงึนศลช ระหว้งประกบศท้มีม้คแต่เด็ยมไม่เคยมีการบ้ญญตี้เก้ยวกับเร้เงึนด้เงึนกล้วม้กก่อน

ด้เงึนเงึนจะเห็นได้ว้เงึนกระบวณว้เงึนพ้ชจรณคคตี้ตมท้ก้พณดในชรรมณญกรุงโรมว้ดว้ยศล อญวระหว้งประกบศม้เงึนการบ้ญญตี้ว้้อยช้เงึนช้ดเจงน ท้เงึนในเร้เงึนขงการออกหมยจ้บหรือหมย เร้ยงก้ให้ม้ปรกฏท้ว้ กระบวณการจ้บในรฐท้คควบคุมท้ว้ กระบวณพ้ชจรณคคตี้เงึนต้นในศลช การ พ้ชจรณคคตี้ท้อหน้าจ้คเลย หน้ท้และอ้นจขงอ้คคณคตลคการพ้ชจรณคคตี้ นอกจกน้ เงึนย้เงึนการบ้ญญตี้เก้ยวกับการค้มครองผู้เส้ยหยและพยนและการช้ร่วมในกระบวณพ้ชจรณคคตี้

ของบุคคลดังกล่าว ความผิดต่อการบริหารงานยุติธรรม บทบังคับสำหรับการประพฤติมิชอบต่อศาล และการคุ้มครองข้อมูลความมั่นคงแห่งชาติ รวมทั้งเรื่องการชดใช้แก่ผู้เสียหาย ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่เคยมีการบัญญัติมาก่อนในธรรมนูญศาลระหว่างประเทศ

3.8 ความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญา

ความร่วมมือในทางอาญาระหว่างประเทศ ตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ บัญญัติอยู่ในภาค 9 ความร่วมมือระหว่างประเทศ และภาค 10 การบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษา โดยในภาค 9 ข้อ 86 ถึงข้อ 102 ได้กำหนดเรื่องของพันธกรณีทั่วไปที่จะให้ความร่วมมือ การร้องขอความร่วมมือ การส่งมอบตัวบุคคลให้ศาลฯ การจับชั่วคราว รวมทั้งความร่วมมือแบบอื่น เช่น การระบุพยานหลักฐานและที่อยู่ของบุคคลหรือที่ตั้งของวัตถุสิ่งของ การรวบรวมพยานหลักฐาน การส่งเอกสาร การดำเนินการค้นหาและยึด การคุ้มครองผู้เสียหายและพยาน รวมทั้งความช่วยเหลือในรูปแบบอื่นตามที่รัฐได้รับการร้องขอ นอกจากนี้ยังมีการกำหนดรายละเอียดของเนื้อหาของคำร้องขอสำหรับการจับและการส่งมอบตัว เนื้อหาของคำร้องขอความช่วยเหลือแบบอื่น รวมถึงเรื่องค่าใช้จ่ายอีกด้วย และในภาค 10 ข้อ 103 ถึงข้อ 111 ได้กำหนดเกี่ยวกับบทบาทของรัฐในการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาลงโทษจำคุก การบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาลงโทษ และการควบคุมดูแลการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาลงโทษ การบังคับให้เป็นไปตามมาตรการปรับและริบทรัพย์สิน รวมทั้งการหลบหนี

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศมีการบัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญา ชัดเจนมากกว่าธรรมนูญศาลระหว่างประเทศที่ผ่านมา ทั้งการจับชั่วคราว รวมทั้งความร่วมมือแบบอื่น เช่น การระบุพยานหลักฐานและที่อยู่ของบุคคลหรือที่ตั้งของวัตถุสิ่งของ การรวบรวมพยานหลักฐาน การส่งเอกสาร การดำเนินการค้นหาและยึด การคุ้มครองผู้เสียหายและพยาน รวมทั้งความช่วยเหลือในรูปแบบอื่นตามที่รัฐได้รับการร้องขอ การบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษา นอกจากนี้ยังกำหนดความหมายของ การส่งมอบตัว และการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ไว้อย่างชัดเจนอีกด้วย ซึ่งก่อให้เกิดความชัดเจนในเรื่องของความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญา มากกว่าศาลระหว่างประเทศเท่าที่ผ่านมา

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ เกี่ยวกับองค์ประกอบความผิดฐานอาชญากรรมสงครามที่มีการบัญญัติแยกรายละเอียดไว้อย่างชัด

เจนโดยคณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ และมีการบัญญัติลักษณะของการกระทำความผิดที่ชัดเจนขึ้น เช่น ห้ามเกณฑ์หรือขึ้นบัญชีเด็กที่อายุต่ำกว่า 15 ปีเข้าร่วมในกองกำลัง รวมทั้งมีการบัญญัติลักษณะของการกระทำความผิดเพิ่มเติมจากเดิม เช่น การห้ามใช้อาวุธที่ก่อให้เกิดการบาดเจ็บเกินความจำเป็น เป็นต้น และในเรื่องขอบเขตของการใช้บังคับความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม บทบัญญัติตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศได้บัญญัติไว้ชัดเจน โดยบัญญัติถึงการกระทำที่ถือว่าเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 (Grave breaches of the Geneva Convention) การกระทำที่ถือว่าเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงอื่น ๆ ต่อกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ (Other serious violation of the law and customs applicable in international armed conflicts) การกระทำที่เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงอื่น ๆ ตามข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ ซึ่งเป็นการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ (Serious violations of Article 3 common to the four Geneva Conventions of 1949 committed in non-international armed conflicts) การกระทำที่เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงอื่น ๆ ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ใช้ในการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ (Other serious violations of the laws and customs applicable in non-international armed conflicts) ซึ่งมีการแบ่งแยกการกระทำความผิดในระหว่างที่มีการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ และการกระทำความผิดในระหว่างที่มีการขัดกันด้วยอาวุธที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศไว้อย่างชัดเจน

ในเรื่องของกระบวนการวิธีพิจารณาความ บทบัญญัติในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศได้กำหนดไว้ชัดเจน และยังมีการบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้เสียหายและพยานและการเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาของบุคคลดังกล่าว ความผิดต่อการบริหารงานยุติธรรม บทบังคับสำหรับการประพุดิมิชอบต่อศาล และการคุ้มครองข้อมูลความมั่นคงแห่งชาติ รวมทั้งเรื่องการใช้แก่ผู้เสียหาย ซึ่งในธรรมนูญศาลระหว่างประเทศไม่เคยมีการบัญญัติมาก่อน นอกจากนี้ ในเรื่องความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญา ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้กำหนดไว้ชัดเจนมากกว่าธรรมนูญศาลระหว่างประเทศที่ผ่านมา ซึ่งหากไทยเข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศก็ต้องมีการพิจารณาเกี่ยวกับประเด็นต่าง ๆ เหล่านี้ เพื่อบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศตามพันธกรณีของประเทศภาคี