



ปัญหาทางกฎหมายของการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

สืบเนื่องมาจากการที่นาซีเยอรมันได้ทำการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวและชนกลุ่มน้อยอื่นๆ เป็นจำนวนถึง 6 ล้านคนทั้งภายในค่ายกักกันและในสมรภูมิตรบในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงความโหดร้ายทารุณของนาซีอย่างสุดที่จะบรรยายได้ สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติจึงได้มีมติเป็นเอกฉันท์ถึงสองครั้งสองครารับรองว่าการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ผู้กระทำแม้ว่าจะจะเป็นเพียงบุคคลธรรมดาจักต้องได้รับการลงโทษ และสมัชชาใหญ่ได้รับรองอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide) ในปี ค.ศ. 1948 ซึ่งมีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 1951

หลักการสำคัญที่ได้รับการวางรากฐานไว้ในอนุสัญญาดังกล่าว ได้แก่ หลักการที่ว่าสิทธิมนุษยชนเป็นเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจสากลของนานาประเทศ (universal jurisdiction) และหลักที่ให้บุคคลธรรมดาที่เป็นบุคคล (subject) ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศทั้งด้านสิทธิและหน้าที่ หากบุคคลธรรมดากระทำความผิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ก็จักต้องได้รับการลงโทษด้วยเช่นกัน (individual responsibility) ด้วยเหตุดังกล่าว อนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นี้จึงถือเป็นนิมิตหมายอันดีและเป็นพัฒนาการก้าวใหม่ของกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะเท่ากับเป็นการขยายขอบเขตของหลักความรับผิดชอบของบุคคลธรรมดา (individual responsibility) หลักเขตอำนาจสากล (universal jurisdiction) หลักการไม่แทรกแซง (principle of non-intervention) เพื่อให้สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดอย่างร้ายแรงต่อมนุษยชนและคุ้มครองช่วยเหลือผู้บริสุทธิ์ที่ตกเป็นเหยื่อได้<sup>125</sup>

อย่างไรก็ตาม ตลอดระยะเวลาเกือบ 50 ปีนับแต่อนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มีผลบังคับใช้เป็นต้นมา ยังไม่มีผลเป็นรูปธรรมในการป้องกันและลงโทษการกระทำอันเป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ตามเจตนารมณ์ของอนุสัญญาดังกล่าวเท่าที่ควร ประวัติศาสตร์ที่ผ่านมายังคงได้บันทึกเรื่องราวการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในมุมต่างๆ ของโลกหลังจากที่มีการรับรอง

<sup>125</sup> Ibid. อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาในอีกแง่หนึ่งอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์อาจมีผลเป็นการวิตรอนอำนาจอธิปไตยของรัฐ (sovereignty) ได้

อนุสัญญาฉบับนี้แล้วอยู่เสมอ<sup>126</sup> สาเหตุสำคัญที่ทำให้อนุสัญญาล้างเผ่าพันธุ์ไม่มีผลในการป้องกันการล้างเผ่าพันธุ์นั้น ได้แก่

1. ความบกพร่องในตัวบทบัญญัติของอนุสัญญาล้างเผ่าพันธุ์เอง
2. การขาดกลไก (mechanism) ในการพิจารณาพิพากษาและลงโทษผู้กระทำผิด.
3. การขาดเจตจำนงทางการเมือง (political will) ของรัฐซึ่งเป็นตัวกระทำการ (actor) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ในอันที่จะร่วมมือกันจัดข้อบกพร่องในตัวอนุสัญญาล้างเผ่าพันธุ์และบังคับใช้อนุสัญญาดังกล่าวนี้หรือบังคับใช้มาตรการใดๆ อันเป็นที่ยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อให้บรรลุถึงเจตนารมณ์แห่งสหประชาชาติซึ่งเป็นผู้ให้กำเนิดอนุสัญญาฉบับนี้ซึ่งต้องการให้อนุสัญญาล้างเผ่าพันธุ์มีผลในการป้องกันและลงโทษการกระทำอันเป็นการล้างเผ่าพันธุ์อย่างแท้จริง

ในบทนี้ผู้เขียนจักได้วิเคราะห์ถึงปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้อนุสัญญาล้างเผ่าพันธุ์เฉพาะที่เกี่ยวกับความบกพร่องในตัวบทบัญญัติของอนุสัญญาล้างเผ่าพันธุ์และกลไก (mechanism) ในการพิจารณาพิพากษาและลงโทษผู้กระทำผิด ซึ่งยังไม่เอื้ออำนวยกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นจริง โดยผู้เขียนจักได้แยกวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดจากบทบัญญัติในอนุสัญญาล้างเผ่าพันธุ์เป็นข้อๆ ตามลำดับมาตราแห่งอนุสัญญาล้างเผ่าพันธุ์และจักได้สอดแทรกความคิดเห็นส่วนตัวของผู้เขียนในประเด็นต่างๆ นั้นเท่าที่จักเป็นไปได้ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

## ก. ปัญหากฎหมายสารบัญญัติ

### 4.1 ปัญหาสถานะของการกระทำอันเป็นการล้างเผ่าพันธุ์

อนุสัญญาล้างเผ่าพันธุ์ มาตรา 1 บัญญัติว่า "รัฐภาคียืนยันว่าการล้างเผ่าพันธุ์ไม่ว่าจะได้กระทำในภาวะสันติหรือในภาวะสงคราม เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐภาคีมีหน้าที่ป้องกันและลงโทษการกระทำดังกล่าว"

<sup>126</sup> Ibid. ดังเหตุการณ์ที่ได้บรรยายไว้แล้วในบทที่ 2

จากถ้อยคำแห่งบทบัญญัตินี้ รัฐภาคีได้ยอมรับโดยปราศจากข้อโต้แย้งว่าการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ปัญหา 2 ประการที่อาจจะเกิดขึ้นจากถ้อยคำดังกล่าว ได้แก่

4.1.1. อนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ถือเป็นกฎหมายเฉพาะ (specific law) ของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่และจะสามารถนำกฎหมายระหว่างประเทศอื่นที่เกี่ยวข้องกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มาใช้ได้หรือไม่เพียงไร

4.1.2 บทบัญญัติในมาตรานี้ทำให้การป้องกันและการลงโทษการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งเดิมเป็นส่วนหนึ่งของหลักสิทธิมนุษยชนภายใต้ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (natural law) กลายเป็นกฎหมายอาญา (criminal law) ซึ่งเป็นทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (positive law) ซึ่งต้องอาศัยองค์ประกอบทางอาญาอย่างครบถ้วนตามกฎหมายจึงจะสามารถเอาผิดกับผู้กระทำผิดได้

แนวความคิดเห็นส่วนตัวของผู้เขียน ผู้เขียนเห็นว่าอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นบทบัญญัติที่ให้ลักษณะ (character) คำนิยาม (definition) และวิธีปฏิบัติ (procedure) แก่การกระทำอันเป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์โดยตรง ซึ่งไม่เคยมีการให้ลักษณะ คำนิยามและวิธีปฏิบัติในลักษณะเช่นนี้มาก่อน และจนถึงปัจจุบันก็ยังไม่มียกกฎหมายอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์โดยตรงออกมาอีก ผู้เขียนจึงถือว่บทบัญญัติแห่งอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายเฉพาะของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

เมื่อถือว่าอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายเฉพาะ การจะพิจารณาต่อไปว่าจะสามารถนำกฎหมายระหว่างประเทศอื่นที่เกี่ยวข้องกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มาใช้จุดช่องว่างในการพิจารณาคดีได้หรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่าจำเป็นต้องพิจารณาเสียก่อนว่าจะยึดถืออนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ฉบับนี้ว่ามีสถานะอย่างไร เป็นกฎหมายระหว่างประเทศทางด้านสิทธิมนุษยชนหรือเป็นกฎหมายระหว่างประเทศทางแผนกคดีอาญา เพราะหากถือว่าอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นอนุสัญญาที่มุ่งคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของเหยื่อที่ได้รับผลจากการกระทำการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์แล้ว ก็ย่อมไม่มีข้อจำกัดอันใดในการนำกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องมาใช้ในกรณีที่กฎหมายเฉพาะคืออนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มิได้บัญญัติให้ครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงหรือองค์ประกอบของการกระทำใด ก็อาจนำหลักทั่วไปของกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายเฉพาะได้ ในกรณีของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นั้น หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ได้แก่ หลักกฎหมายเกี่ยวกับความผิดต่อมนุษยชน (crime against humanity) ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 6 (ค) แห่งกฎบัตรศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์ก ตลอดจนคำพิพากษาในคดี Nuremberg (ค.ศ. 1946) และในคดี *Attorney General of Israel v Eichmann* (ค.ศ. 1962) หรือนำหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่รับรองของอารยประเทศ คือ หลัก *nullum crimen sine poena* มาใช้ก็ได้ นอกจากนี้ การตีความบทบัญญัติในอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ก็สามารถใช้การตีความแบบขยาย (broad interpretation) ได้ด้วยเช่นกัน

ในอีกกรณีหนึ่ง หากพิจารณาว่าอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีอาญาอย่างเด็ดขาด การที่จะนำกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องมาใช้ในกรณีกฎหมายเฉพาะไม่ได้บัญญัติไว้หรือบัญญัติไว้แต่ไม่ชัดเจน ไม่อาจกระทำได้ตามหลักกฎหมายอาญาอันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไป เนื่องจากกฎหมายอาญามีผลกระทบต่อสิทธิของผู้ตกเป็นจำเลย จึงต้องตีความอย่างเคร่งครัด (strict interpretation) จะตีความกฎหมายอาญาโดยกว้างหรือนำกฎหมายอื่นที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้ในการเสริมหรืออุดช่องว่างของกฎหมายอาญาเพื่อลงโทษจำเลยไม่ได้ ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายอาญาบัญญัติเป็นความผิดหรือการกระทำนั้นไม่เข้าองค์ประกอบแห่งความผิดตามกฎหมายอาญา ศาลผู้พิพากษาพิพากษาคดีจึงต้องยกประโยชน์แห่งคดีให้จำเลยและปล่อยตัวจำเลยให้พ้นข้อกล่าวหาไปในกรณีดังกล่าวนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เคยให้ความเห็นแนะนำ (advisory opinion) ในคดี *Consistency of Danzig Legislative Decrees* ตอนหนึ่งซึ่งได้วางหลักการสำคัญเกี่ยวกับกฎหมายอาญามีเนื้อหาโดยย่อว่า "ความผิดทางอาญาซึ่งได้บัญญัติไว้โดยกฎหมายเฉพาะกรณี ไม่สามารถนำคดีอื่นมาใช้ลงโทษผู้กระทำได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือกฎหมายอาญาไม่สามารถบังคับใช้โดยกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง" ("A penalty decreed by the law for particular case cannot be inflicted in another case. In other word, criminal law may not be applied by analogy")<sup>127</sup>

อย่างไรก็ตาม เป็นการยากอย่างยิ่งที่จะตัดสินชี้ขาดลงไปว่าจะยึดถืออนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในสถานะใด เมื่อพิจารณาจากข้อสมมติสมาชิกใหญ่แห่งสหประชาชาติ และอารัมภบทของตัวอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เองแล้วดูเหมือนจะเป็นการแสดงเจตจำนงอันแน่วแน่ว่าการ

<sup>127</sup> Stephen M. Schwelbel, "Human Rights in the World Court", *Yannderbilt Journal of Transnational Law* 24 (1991): 953.

ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชน ในขณะที่เดียวกันก็ประกาศเป็นยันชัดแจ้งไว้ใน มาตรา 1 ว่าการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมอย่างหนึ่งภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

โดยความเห็นส่วนตัวของผู้เขียนแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์น่าจะ ถือได้ว่าเป็นอนุสัญญาทางด้านสิทธิมนุษยชนที่มีโทษทางอาญา เนื่องจากมีวัตถุประสงค์และ ความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองมนุษย์ทุกหมู่เหล่าอย่างกว้างขวางที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ผู้เขียน จึงเห็นด้วยเป็นอย่างยิ่งกับความคิดเห็นของนาย Ordonneau และนาย Chaumont ผู้แทน ประเทศฝรั่งเศสที่ได้แสดงข้อคิดไว้ในการประชุมคณะกรรมการพิจารณาการเฉพาะกิจเพื่อการร่าง อนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Ad Hoc Committee) ว่าน่าจะบัญญัติให้การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ เป็น "อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ" (crime against humanity) มากกว่าการที่บัญญัติให้เป็น "อาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ" (crime under international law) ทั้งนี้เนื่อง จาก "อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ" ได้รับการวางรากฐานไว้แล้วและได้มีการนิยามความหมาย ไว้ในกฎบัตรลอนดอน กฎบัตรโตเกียวและคำพิพากษาศาลนูเรมเบิร์ก ซึ่งถือเป็นแหล่งที่มาที่ สำคัญที่ควรจะได้รับ การสานต่อไว้ในอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ฉบับนี้ด้วย<sup>128</sup>

ปัญหาประการต่อไปที่วาทบัญญัติในมาตรานี้ทำให้การป้องกันและการลงโทษการ ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนภายใต้หลักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) กลายเป็น กฎหมายอาญา (criminal law) ซึ่งเป็นทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (positive law) ซึ่งต้อง อาศัยองค์ประกอบตามกฎหมายจึงจะสามารถเอาผิดกับผู้กระทำผิดได้หรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็น ว่าการป้องกันและการลงโทษอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ยังคงเป็นส่วนหนึ่งของหลักสิทธิ มนุษยชนตามกฎหมายธรรมชาติ (natural law) อยู่และเป็นกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (positive law) ที่มีผลบังคับทางอาญา ด้วย ดังที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เคยให้ความเห็นแนะนำ ไว้ในคดี *Reservations to the Genocide Convention* ไว้ว่า อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ เป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมายสนธิสัญญา กฎหมายจารีตประเพณีและศีลธรรม (obligation of state towards the international community as a whole) อาจกล่าวได้ว่า อนุสัญญาฆ่า ล้างเผ่าพันธุ์เป็นอนุสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนที่มีองค์ประกอบทางอาญาและเน้นการบังคับใช้

<sup>128</sup> Matthew Lippman, "The 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide : Forty-Five Years Later", *Temple International and Comparative Law Journal* 8 (Spring 1994) : 20.

(enforcement) ซึ่งแตกต่างจากอนุสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนอื่นที่มีลักษณะเป็นแนวความคิดอันเกี่ยวกับความรู้สึกของจิตใจ (idealistic sentiments)<sup>129</sup>

#### 4.2 ปัญหาคำนิยามของ "การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์"

ในมาตรา 2 แห่งอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์บัญญัติไว้ดังนี้

"ข้อ 2 ในอนุสัญญานี้ การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ หมายถึง การกระทำดังต่อไปนี้ซึ่งได้กระทำโดยมุ่งหมายที่จะทำลายทั้งหมดหรือบางส่วนซึ่งกลุ่มชาติเชื้อชาติ สีผิวหรือศาสนา เช่น

- (ก) การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม
- (ข) ทำให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงต่อร่างกาย หรือจิตใจของสมาชิกกลุ่ม
- (ค) จงใจกระทำทารุณกรรมกลุ่มถึงขนาดชีวิต เพื่อทำลายร่างกายบางส่วนหรือทั้งหมด
- (ง) บังคับใช้มาตรการป้องกันการเกิดของกลุ่ม
- (จ) บังคับให้เคลื่อนย้ายเด็กของกลุ่มไปยังกลุ่มอื่น"

จากบทบัญญัติของอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มาตรา 2 นี้ สามารถแยกวิเคราะห์ปัญหาได้ดังนี้

4.2.1 อนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มาตรา 2 มุ่งหมายที่จะคุ้มครองเฉพาะสมาชิกกลุ่มเพียง 4 กลุ่มเท่านั้น คือ สมาชิกกลุ่มชาติ (national group) สมาชิกกลุ่มเชื้อชาติ (ethnic group) สมาชิกกลุ่มสีผิว (racial group) และสมาชิกกลุ่มศาสนา (religious group) โดยมิได้คุ้มครองไปถึงสมาชิกกลุ่มสังคม (social group) และสมาชิกกลุ่มการเมือง (political group) ทำให้เกิดเป็นช่องโหว่ (loophole) ของอนุสัญญาและทำให้เกิดข้อยุ่งยากในการพิจารณาความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในประเทศกัมพูชา ติมอร์ตะวันออกและอุกันดา เนื่องจากการ

---

<sup>129</sup> Nicole M. Procida, "Ethnic Cleansing in Bosnia-Herzegovina, A Case Study : Employing United Nations Mechanism to Enforce the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide", *Suffolk Transnational Law review* 18 (Summer 1995) : 681.

ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในประเทศทั้งสามนี้เกิดจากเหตุผลทางการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งสถานการณ์ในประเทศกัมพูชาซึ่งเป็นสถานการณ์ที่มีความละเอียดซับซ้อนมากกว่าสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีตยูโกสลาเวีย เนื่องจากพระนักบวชและชาวเขมรซึ่งเป็นเหยื่อผู้เคราะห์ร้ายถูกเขมรแดงสังหารกว่า 2 ล้านคนนั้น ล้วนแล้วแต่เป็นชาวจาม (Cham)<sup>130</sup> เพื่อนร่วมชาติร่วมเผ่าพันธุ์เดียวกันกับเขมรแดง มีวิถีชีวิตเดียวกันกับเขมรแดงและนับถือศาสนาต่างๆ คละกันไป มิได้เจาะจงว่านับถือศาสนาใดศาสนาหนึ่ง เมื่อพิจารณาโดยผิวเผินแล้ว การกระทำของเขมรแดงจึงดูเหมือนจะไม่เข้าองค์ประกอบความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์<sup>131</sup> แต่เป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ทางการเมือง

เมื่อกลับมาพิจารณาถึงเจตนารมณ์เดิมของสหประชาชาติเมื่อครั้งที่มิมีตีรับรองหลักการป้องกันและลงโทษการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นั้น สหประชาชาติมีความตั้งใจที่จะให้การคุ้มครองต่อกลุ่มการเมืองด้วย โดยได้กล่าวว่า ".....สมัชชาใหญ่แห่งนียืนยันว่า การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศซึ่งอารยประเทศประณามไม่ว่าจะได้กระทำโดยมีมูลเหตุแห่งศาสนา สีผิว การเมือง หรือเหตุอื่นใดก็ดี" อย่างไรก็ตาม เมื่อมาถึงขั้นร่างอนุสัญญา ผู้แทนประเทศต่างๆ ได้มีการถกเถียงกันมากเกี่ยวกับประเด็นการให้ความคุ้มครอง "กลุ่มการเมือง" และในที่สุดก็ได้มีมติให้ตัดคำว่า "กลุ่มการเมือง" ออกจากอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ โดยให้เหตุผลว่า กลุ่มการเมืองนั้นยากแก่การให้คำนิยามและลักษณะของกลุ่มไม่เป็นการถาวร มักจะเปลี่ยนแปลงเสมอเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงผู้นำ การที่ได้ตัดคำว่า "กลุ่มการเมือง"

<sup>130</sup> ibid. ความจริงชาวจาม (cham) ตามประวัติศาสตร์แล้วไม่ใช่ชนชาติเขมร แต่ปัจจุบันชาวจามมีฐานะเป็นชาวเขมรไปแล้ว

<sup>131</sup> อย่างไรก็ตาม Hurst Hannum ได้แสดงให้เห็นว่าการกระทำของเขมรแดงเป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เนื่องจากเขมรแดงต้องการทำให้เชื้อสายเขมรมีความบริสุทธิ์ (purity) จึงได้สังหารชาวจาม (cham) ชาวจีน ชาวเวียดนาม และชาวไทย และได้ทำการย้ายทุกศาสนา ห้ามมิให้มีการประกอบกิจการทางศาสนา และได้ฆ่าพระนักบวชในศาสนาต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาสนาพุทธตกเป็นเป้าของการทำลายมากที่สุด และ ชาวเขมรแดงได้ทำการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ต่อกลุ่มชาติเขมรของตนเอง เนื่องจากได้สังหารครอบครัวชาวเขมรไม่เว้นเด็ก ผู้หญิงหรือคนชรา มีการโยกย้ายผู้คนให้ออกจากเมืองไปทำงานหนักในชนบท ยึดทรัพย์สินทุกชนิดแม้แต่เครื่องใช้ไม้สอยในครัวอย่างหม้อ กะทะ บุคคลใดที่ไม่เป็นที่ปรารถนาของเขมรแดงจะถูกขโมยยื่นคำว่า "กบฏ" และถูกสังหารในที่สุด สิ่งเหล่านี้ย่อมแสดงให้เห็นด้วยตัวเองอยู่แล้วว่าเขมรแดงได้ทำการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ทั้งต่อกลุ่มชาติ กลุ่มศาสนา และกลุ่มเชื้อชาติ โดยไม่จำเป็นต้องพิเคราะห์ถึง "กลุ่มการเมือง" เลย โปรดดู Hurst Hannum, *International Law and Cambodia Genocide: The Sound of Silence*, *Human Rights Quarterly*, 11 (1989) : 85-59 นักนิติศาสตร์บางท่านเห็นว่าอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ หมายรวมถึง "การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์กันเอง" (autogenocide) ด้วย โปรดดู Nicole M. Prociada, "Ethnic Cleansing in Bosnia-Herzegovina, A Case Study : Employing United Nations Mechanism to Enforce the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide", *Suffolk Transnational Law Review* 18 (Summer 1995) : 667.

เมือง" ออกไปจากอนุสัญญาดังกล่าว ทำให้มีผู้แสดงความไม่เห็นด้วยเป็นอันมาก เนื่องจากเห็นว่าการตัดกลุ่มทางการเมืองออกไปจากอนุสัญญา จะทำให้อนุสัญญามีผลบังคับใช้ อ่อนมากเพราะผู้กระทำความผิดอาจใช้เป็นข้ออ้างอิงที่จะไม่ต้องรับโทษได้<sup>132</sup>

ในประเด็นดังกล่าวนี้ ผู้เขียนเห็นว่า เพื่อให้อนุสัญญามีความสมบูรณ์และสามารถคุ้มครองกลุ่มมนุษย์ทุกกลุ่มได้อย่างกว้างขวาง<sup>133</sup> น่าจะใช้คำว่า "กลุ่มความคิด" (opinion group) แทนคำว่า "กลุ่มการเมือง" ทั้งนี้เพื่อขจัดความยุ่งยากในการให้คำนิยามแก่คำว่า "กลุ่มการเมือง" อีกประการหนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่า คำว่า "กลุ่มความคิด" เป็นคำที่มีความหมายกว้าง อาจหมายถึงถึงกลุ่มความคิดทางการเมือง กลุ่มความคิดทางเศรษฐกิจ (economic opinions) หรือกลุ่มความคิดอื่นใดก็ตาม<sup>134</sup> อันจะทำให้การบังคับใช้มาตรการป้องกันและลงโทษการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ มีประสิทธิภาพมากขึ้น

โดยเหตุที่การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์อาจเกิดขึ้นได้กับมนุษย์หลายกลุ่ม มิใช่เฉพาะกลุ่มทางเชื้อชาติแต่เพียงอย่างเดียว จึงมีผู้เห็นว่าการใช้คำว่า "genocide" น่าจะไม่เพียงพอเพราะเป็นคำที่หมายถึงกลุ่มเลือดและสีผิวเท่านั้น น่าจะเรียกการทำลายกลุ่มมนุษย์เป็นจำนวนมากนี้ว่า "omnicide", "humancide", "democide" หรือ "ethnocide" มากกว่า<sup>135</sup>

4.2.2 ปัญหาต่อไป ในอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ฉบับนี้ไม่ได้ให้ความคุ้มครองถึงการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรม (cultural genocide)<sup>136</sup> ทั้งๆ ที่ในร่างเดิมได้ให้คำนิยามเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรม ไว้ว่า

"การกระทำโดยจงใจด้วยเจตนาที่จะทำลายภาษา ศาสนาและวัฒนธรรมของชาติ เชื้อชาติ หรือศาสนาใด โดยมีมูลเหตุมาจากกำเนิดแห่งชาติ เชื้อชาติ หรือความเชื่อทางศาสนาของสมาชิกในกลุ่มนั้น อาทิ :

<sup>132</sup> Leo Kuper, *Genocide*, (Suffolk : Richard Clay (The Chaucer Press) Ltd., 1981), pp. 25-29.

<sup>133</sup> อย่างไรก็ตาม อาจจะทำให้มีการตีความความหมายของคำว่า "กลุ่มความคิด" ไปไกลจนเกินกว่าเจตนารมณ์ดั้งเดิมของอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ก็เป็นได้

<sup>134</sup> เช่นกลุ่มวัฒนธรรม กลุ่มอาชีพ กลุ่มภาษา เป็นต้น

<sup>135</sup> Serge Thion, "Genocide as a Political Commodity" : 178

<sup>136</sup> เหตุการณ์การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรมที่สำคัญในปัจจุบัน ได้แก่ ในดินแดนบอลเชเวีย-เซอร์เบีย



1. การห้ามมิให้มีการใช้ภาษาของกลุ่มในการสนทนาในชีวิตประจำวันหรือในโรงเรียน หรือในการตีพิมพ์หรือในการเขียนสิ่งตีพิมพ์ใดๆ ด้วยภาษาของกลุ่มนั้น;
2. การทำลายหรือการป้องกันมิให้มีการใช้ห้องสมุด พิพิธภัณฑ์ โรงเรียน สถานที่ทางประวัติศาสตร์ สถานที่ใช้ในการสักการะนมัสการ หรือสถาบันหรือวัตถุทางวัฒนธรรมอื่นใดของกลุ่ม"<sup>137</sup>

เหตุผลสำคัญที่ทำให้คณะกรรมการชุดที่ 6 (The Sixth Committee) ได้ลงมติให้ตัดเรื่องการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรมออกไปจากอนุสัญญานี้ ก็เนื่องจากเห็นว่าแม้ อนุสัญญานี้จะมีความมุ่งหมายที่จะมิให้มีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ทางด้านกายภาพ (physical genocide) และทางด้านวัฒนธรรมด้วยก็ตาม แต่การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ทางด้านกายภาพมีผลเป็นการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงมากกว่าการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ทางด้านวัฒนธรรม จึงเห็นเป็นการสมควรที่จะนำเรื่องการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ทางด้านวัฒนธรรมไปบรรจุไว้เป็นอนุบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวด้วยสิทธิมนุษยชนจะดีกว่านำมาบรรจุไว้ในอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ฉบับนี้ เหตุผลสำคัญอีกประการหนึ่งก็คือ การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรมอาจทำให้เกิดการตีความอย่างกว้างขวางจนทำให้ประเทศที่มีวัฒนธรรมหลากหลายไม่กล้าที่จะเข้ามาเป็นภาคีอนุสัญญานี้ก็เป็นได้<sup>138</sup>

การที่คณะกรรมการชุดที่ 6 ได้ตัดประเด็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรมออกจากอนุสัญญานี้ ทำให้มีผู้ไม่เห็นด้วยเป็นอย่างยิ่ง ศาสตราจารย์ Lemkin เห็นว่าถ้าความหลากหลาย (diversity) ทางวัฒนธรรมถูกทำลายลง ก็จะมีผลเป็นภัยภัยต่อความเจริญรุ่งเรืองของมนุษย์เช่นเดียวกับการทำลายทางกายภาพ Lemkin ยังได้ย้ำต่อไปด้วยว่า การห้ามมิให้มีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มิได้มุ่งที่จะทำลายนโยบายการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรมที่พยายามจะให้เกิดผลลุลงไปในสังคมวงกว้าง แต่การห้ามมิให้มีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มีความมุ่งหมายที่จะห้ามมิให้มีการใช้วิธีการที่รุนแรง อันจะช่วยมิให้เกิดความล่มสลายทางวัฒนธรรม ศิลธรรมและศาสนาอย่างรวดเร็วต่างหาก<sup>139</sup>

<sup>137</sup> Leo Kuper, *Genocide*, (Suffolk : Richard Clay (The Chaucer Press) Ltd., 1981), pp. 30-31

<sup>138</sup> Matthew Lippman, "The 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide : Forty-Five Years Later", *Temple International and Comparative Law Journal* 8 (Spring 1994) : 36-39.

<sup>139</sup> *Ibid.*

นักนิติศาสตร์หลายท่านต่างก็เห็นพ้องต้องกันว่า มีความเป็นไปได้อย่างมากที่กลุ่มมนุษย์จะถูกทำลายได้โดยปราศจากการทำร้ายทางกายภาพใดๆ แต่ใช้วิธีการทำลายมรดกทางวัฒนธรรมต่างๆ ทั้งนี้เนื่องจากความผูกพันทางวัฒนธรรมเป็นปัจจัยที่สำคัญอย่างมากต่อความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของคนในชาติ หรือคนในกลุ่ม เพราะเป็นสิ่งสำคัญที่จะประสานเชื่อมโยงคนในกลุ่มเข้าด้วยกัน ด้วยเหตุนี้ การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรมจึงไม่ควรถูกแยกไว้ต่างหากจากการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ทางด้านกายภาพและการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ทางชีวภาพ และดูจะเป็นการขัดต่อหลักเหตุและผลเป็นอย่างมาก หากการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรมได้กระทำโดยเจตนาที่จะทำลายชาติเผ่าพันธุ์และศาสนาเหมือนกัน แต่การกระทำนั้นกลับไม่เป็นความผิดต่อกฎหมาย<sup>140</sup>

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าปัจจุบันอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์จะมีได้ให้ความคุ้มครองไปถึงการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรมก็ตาม การทำลายสถานที่สำคัญทางศาสนา สิ่งก่อสร้างหรือวัตถุสำคัญทางประวัติศาสตร์ก็อาจถือเป็นหลักฐานสำคัญแห่งพฤติการณ์อันแสดงถึงเจตนาหรือมูลเหตุจูงใจในการทำลายกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งก็ได้<sup>141</sup>

4.2.3 ปัญหาประการต่อไป คำนิยาม "การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์" ตามอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มาตรา 2 ที่บัญญัติว่า "หมายถึง การกระทำความดังต่อไปนี้ซึ่งได้มุ่งหมายที่จะทำลายทั้งหมดหรือบางส่วนซึ่งกลุ่มชาติ เชื้อชาติ สีมืดหรือศาสนา เช่น....." แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า อนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นี้ต้องการให้มีเจตนาพิเศษ (specific intent) ที่จะทำลายกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครองทั้งหมดหรือบางส่วน การกระทำใดก็ตามแม้จะมีเจตนาฆ่ามนุษย์จำนวนมาก (mass killing) แต่ถ้ากระทำโดยปราศจากเจตนาพิเศษหรือไม่อาจพิสูจน์ได้ว่ามีเจตนาพิเศษที่จะฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ก็จะไม่เป็นความผิดตามอนุสัญญานี้ และถ้ายังเป็นกรณีการกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือเป็นการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง (negligent or reckless) แต่ก่อให้เกิดการตายของมนุษย์จำนวนมาก ก็ยังไม่มีทางเป็นความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ไปได้เลย

<sup>140</sup> Ibid.

<sup>141</sup> Ibid

เหตุผลสำคัญที่ทำให้มีการบัญญัติให้มี "เจตนาพิเศษ" เป็นองค์ประกอบสำคัญของ ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ก็เนื่องจากผู้ร่างอนุสัญญาต้องการแยกแยะความผิดฐานฆ่า ล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) ออกจากความผิดฐานฆ่าคนตายธรรมดา (homicide) และการฆ่า คนตายเป็นจำนวนมาก (mass killing) ซึ่งตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายอาญาท้องถิ่น โดยถือว่าการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์แตกต่างจากการฆ่าคนตายธรรมดาและการฆ่าคนตายจำนวน มากก็ตรงที่การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มีเจตนาพิเศษที่จะทำลายล้างกลุ่มมนุษย์กลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง<sup>142</sup>

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การพิสูจน์เจตนาพิเศษที่จะทำลายกลุ่มมนุษย์นั้น เป็นสิ่งที่ กระทำได้ยากยิ่ง เนื่องจากเจตนาพิเศษเป็นสิ่งที่อยู่ในจิตใจ ไม่สามารถจับต้องได้ ไม่มีผู้ กระทำความคิดคนใดที่จะออกมายอมรับอย่างเปิดเผยว่าตนมีจิตที่คิดจะทำลายกลุ่มมนุษย์ กลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง เว้นแต่ในกรณีที่มีหลักฐานอื่นปรากฏเด่นชัดถึงเจตนาที่ซ่อนเร้นอยู่ในใจ<sup>143</sup> อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นความจำเป็นในการที่จะต้องคงไว้ซึ่งเจตนาพิเศษอันเกี่ยวกับการ ทำลายล้างกลุ่มมนุษย์ แต่ทั้งนี้การตีความ "เจตนาพิเศษ" อย่างตรงไปตรงมาเกินไป (straightforward) อาจทำให้เกิดอันตรายต่อการบังคับใช้อนุสัญญาฉบับนี้ได้ เช่น กรณีการ สู้รบตามแนวชายแดนระหว่างสองประเทศสองเชื้อชาติเพื่อปกป้องอธิปไตยของตน ก็อาจจะ กลายเป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ไปได้ ในขณะที่ผู้มีเจตนากระทำความคิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อย่างแท้จริงกลับหลุดพ้นข้อหาไป เพราะไม่สามารถพิสูจน์เจตนาพิเศษของผู้กระทำความคิด ได้ ในกรณีดังกล่าวนี้ ผู้เขียนเห็นด้วยกับความคิดเห็นของผู้แทนประเทศฝรั่งเศสท่านหนึ่ง คือ Mr. Ordonneau ว่า นอกจากจะต้องพิจารณาถึงเจตนาพิเศษแล้ว ยังควรต้องพิจารณาถึง มูลเหตุจูงใจ (motive) ของการกระทำอีกด้วย<sup>144</sup> เนื่องจากการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์อาจไม่ได้เกิด

<sup>142</sup> Lawrence J. LeBlanc, "The Intent to destroy Groups in the Genocide Convention: The Proposed U.S. Understanding", *American Society of International Law* 78 (April 1984): 369-385

<sup>143</sup> เช่น กรณีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ของนาซีเยอรมัน มีหลักฐานปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรชัดเจนในการสังฆา ล้างเผ่าพันธุ์ทั้งในรูปของการออกกฎหมายต่อต้านชาวยิว, การประกาศนโยบายต่อต้านชาวยิว รวมถึงการรณรงค์โฆษณาชวนเชื่อให้มีการต่อต้านชาวยิวทั่วยุโรป

<sup>144</sup> ตามกฎหมายอาญาของไทย เจตนาพิเศษ (*dolus specialis* หรือ specific intent) กับมูลเหตุจูงใจมีความ หมายอย่างเดียวกัน แต่ในระบบกฎหมาย Common Law และในระบบกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส มูลเหตุจูงใจ (motive) มีความหมายแตกต่างจากเจตนาพิเศษ (specific intent) กล่าวคือ มูลเหตุจูงใจ (motive) หมายถึง เหตุผล ความคิด ความ เชื่อ ความรู้สึกที่ก่อให้เกิดความประสงค์ (purpose) และการกระทำ (action) ส่วนเจตนาพิเศษ (specific intent) ก็คือ เจตนาที่ประกอบด้วยมูลเหตุจูงใจตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในความผิดบางประเภท กล่าวอย่างง่าย ๆ เจตนาพิเศษ คือ ความประสงค์ของจิตใจ (mental purpose) ที่จะกระทำความผิดตามที่กฎหมายห้ามไว้และจะต้องมีการพิสูจน์เจตนาพิเศษ ที่ต้องห้ามเช่นว่านั้นด้วย โปรดดู โทแมน ภัทริกรรมย์, *กฎหมายอาญาฝรั่งเศส (อัครสาเนา)*, หน้า 23-25

จากสาเหตุด้านเชื้อชาติ ผิวพรรณ ศาสนาเสมอไป ยังมีเหตุผลอื่นที่เกี่ยวข้องอีกมากมาย ได้แก่ ความมั่นคงของชาติ ความจำเป็นทางเศรษฐกิจ เป็นต้น ดังนั้น ในการพิจารณาว่าการกระทำใดมีมูลเหตุจงใจใดหรือมีเจตนาพิเศษอย่างใดนั้น อาจต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงนั้นๆ เอง<sup>145</sup> ซึ่งควรปล่อยให้เป็นการหน้าที่ในการพิจารณาของศาลตามกระบวนการยุติธรรมที่จะตัดสินว่าการกระทำใดเป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่

4.2.4 ปัญหาประการต่อไปที่สืบเนื่องจากถ้อยคำที่บัญญัติว่า "การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์" หมายถึง การกระทำได้ต่อไปนี้ซึ่งได้กระโดยมุ่งหมายที่จะทำลายทั้งหมด (in whole) หรือบางส่วน (in part) ซึ่งกลุ่ม....." คือปัญหาว่า ถ้อยคำดังกล่าวมีความหมายอย่างไร และคำว่า "บางส่วน (in part)" หมายถึงจำนวนความสูญเสียเล็กน้อยเพียงใด ทั้งนี้เนื่องจากจำนวนทั้งหมดหรือบางส่วนของกลุ่มคนที่ได้รับการคุ้มครองจากอนุสัญญานี้ มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการพิจารณาเจตนาพิเศษของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ กล่าวคือ ผู้กระทำจะต้องมีเจตนาพิเศษที่จะทำลายกลุ่มทั้งหมดหรือบางส่วน จึงจะเป็นความผิดตามอนุสัญญา

ในประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้ หากพิจารณาจากถ้อยคำในบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ดังกล่าวข้างต้น ก็จะเข้าใจได้ว่าการกระทำอันจะเป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นั้น ไม่จำเป็นต้องมุ่งที่จะทำลายกลุ่มคนทั้งหมด หากผู้กระทำมีความมุ่งหมายหรือมีเจตนาที่จะทำลายแม้เพียงบางส่วนของกลุ่มคนทั้งหมดก็เป็นการครบองค์ประกอบด้วยเจตนาของความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาแล้ว อย่างไรก็ตาม ก็มีผู้เชี่ยวชาญบางท่านคือ Dean Rusk มีความเห็นในทิศทางที่ตรงกันข้ามกับความเข้าใจดังกล่าวข้างต้น โดยเห็นว่า การกระทำอันเป็นการทำลายทางกายภาพจะทำลายเพียงบางส่วนของกลุ่มก็ได้ ไม่จำเป็นต้องทำลายทุกคนในกลุ่ม แต่การกระทำนั้นต้องกระทำด้วยเจตนาที่จะทำลายล้างทั้งกลุ่มจึงจะเป็นความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญา<sup>146</sup>

ผู้เขียนขอยึดถือตามแนวทางที่ผู้เขียนและบุคคลส่วนใหญ่เข้าใจเป็นสำคัญ คือ การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ จะต้องเป็นการกระทำที่ประกอบด้วยเจตนาที่จะทำลายกลุ่มบุคคลที่อนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์คุ้มครองทั้งหมดหรือบางส่วน ทั้งนี้เนื่องจากเป็นความเข้าใจที่ตรง

<sup>145</sup> เรื่องเดียวกัน. ตามหลัก "กรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา"

<sup>146</sup> Lawrence J. LeBlanc, "The Intent to destroy Groups in the Genocide Convention: The Proposed U.S. Understanding", *American Society of International Law* 78 (April 1984): 375

ตามตัวอักษรของบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มากที่สุด และผู้เขียนเห็นว่าสอดคล้องกับสภาพการณ์ที่เป็นจริงมากที่สุด และผู้เขียนขอให้แนวทางนี้ในการวิเคราะห์ถึงปัญหาประการต่อไปอันเกี่ยวกับถ้อยคำในบทบัญญัตินี้ ซึ่งได้แก่ปัญหาว่าคำว่า "บางส่วน" หมายถึงจำนวนความสูญเสียเท่าใด

ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 แล้วว่า อนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นี้ได้ถึงประเด็นปัญหาที่สำคัญอันเกี่ยวกับ คำว่า "บางส่วน" ไว้ เนื่องจากอนุสัญญาดังกล่าวไม่ได้กำหนดจำนวนหรือแม้กระทั่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคำว่า "บางส่วน" ไว้ อาจจะเนื่องจากความยากในการที่จะชี้ชัดลงไปในเรื่องดังกล่าวนี้ ในชั้นที่มีการร่างอนุสัญญา Mr. Chaumont ผู้แทนประเทศฝรั่งเศสได้ให้ทัศนะที่น่าสนใจเป็นอย่างยิ่งไว้ว่า "ทราบใดที่มูลเหตุจูงใจในการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ยังคงมีอยู่ ทราบนั้นก็มีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์แม้จะมีบุคคลเพียงคนเดียวที่ตกเป็นเหยื่อของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ก็ตาม" ในขณะที่เดียวกัน Mr. Martos ผู้แทนประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้ความเห็นว่า เจตนาในการกระทำเป็นปัจจัยที่สำคัญมากในการพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่ และการทำลายล้างกลุ่มเพียงบางส่วนก็อาจเป็นความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ก็ได้ แต่ทั้งนี้ ผู้กระทำจะต้องมีเจตนาที่จะทำลายทุกคนในกลุ่ม" ในประเด็นเดียวกันนี้ Mr. Wokborg แห่งประเทศนอร์เว กล่าวว่า ไม่จำเป็นที่จะต้องเจตนาฆ่าทุกคนในกลุ่มจึงจะเป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ในที่สุด คณะกรรมาธิการได้มีมติให้ยึดถือแนวทางว่า การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์อาจเกิดขึ้นได้แม้จะมีเจตนาที่จะทำลายล้างกลุ่มเพียงบางส่วน อย่างไรก็ตาม คณะกรรมาธิการไม่ได้กำหนดไว้ว่า "บางส่วน" หมายถึง จำนวนเท่าใด

ผู้เขียนมีความเห็นเกี่ยวกับประเด็นเจตนาในการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ "บางส่วน" หรือ "ทั้งหมด" ว่า เจตนาในการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์น่าจะหมายถึง เจตนาในการทำลายล้างสมาชิกกลุ่มไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนด้วยเหตุที่ว่าพวกเขาเป็นสมาชิกของกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครองจากอนุสัญญา และคำว่า "บางส่วน" นี้ น่าจะมีจำนวนที่มากพอที่จะเป็นสาระสำคัญต่อความเป็นอยู่ของกลุ่มชาติ กลุ่มเชื้อชาติ กลุ่มสีผิว และกลุ่มศาสนา นั้น ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไป

4.2.4 ปัญหาประการต่อไปที่เกี่ยวกับคำนิยามในมาตรา 2 แห่ง อนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ได้แก่ ปัญหาความหมายของคำว่า "กลุ่มชาติ" (national group) "กลุ่มเชื้อชาติ" (ethnic group) "กลุ่มสีผิว" (racial group) และ "กลุ่มศาสนา" (religious group) เนื่องจากถ้อยคำในอนุสัญญายังมีความเคลือบคลุม (ambiguous) ทำให้ต้องมีการตีความ

ในชั้นที่มีการยกร่างอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ คณะกรรมาธิการเฉพาะกิจได้ถกเถียงเกี่ยวกับความหมายอันแท้จริงของคำว่า "กลุ่มชาติ" "กลุ่มเชื้อชาติ" "กลุ่มสีผิว" และ "กลุ่มศาสนา"<sup>147</sup> อย่างกว้างขวาง ผู้แทนประเทศส่วนใหญ่ เห็นว่า "กลุ่มชาติ" หมายถึง รัฐ (state) กล่าวคือ หมายถึง รัฐที่ได้รับการรับรองตามกฎหมายระหว่างประเทศ ในขณะที่ "กลุ่มเชื้อชาติ" หมายถึง กลุ่มวัฒนธรรม ภาษา หรือกลุ่มที่มีความแตกต่างกันในด้านต่างๆ รวมทั้งชนกลุ่มน้อยในกลุ่มชาตินั้นด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่ง "กลุ่มเชื้อชาติ" หมายถึง กลุ่มย่อยของกลุ่มชาติมีขนาดเล็กกว่ากลุ่มชาติ แต่มีความสำคัญในความเป็นอยู่ของกลุ่มชาตินั้น<sup>148</sup> สำหรับกลุ่มศาสนา ได้แก่ ลัทธิศาสนาทั้งที่นับถือพระเจ้า (theistic) และไม่นับถือพระเจ้า (non-theistic) รวมทั้งลัทธิศาสนาที่ไม่นับถือพระเจ้าแต่มีความเป็นหนึ่งเดียวกันในด้านจิตวิญญาณ

การที่ด้อยค่าในอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มิได้ให้บรรณาธิบายเกี่ยวกับความหมายของคำว่า "national group" และ "ethnical group" ทำให้เกิดข้อสงสัยเกี่ยวกับ "ชนกลุ่มน้อย" (minority) และชนกลุ่มที่ต้องการประกาศอิสรภาพออกจากรัฐเดิมว่าอยู่ในขอบข่ายการคุ้มครองของอนุสัญญาด้วยหรือไม่ ทั้งนี้ เนื่องจากกลุ่มชนเหล่านี้ ยังไม่ได้รับการรับรองรัฐจึงยังไม่มีฐานะเป็น national group ในขณะที่เดียวกันก็ได้รับการผสมผสานทางด้านเชื้อชาติและวัฒนธรรมที่หลากหลายจากประเทศดั้งเดิมของตนและจากประเทศเจ้าของอาณานิคม ดังเช่นในกรณีของกลุ่ม Fretilin ในติมอร์ตะวันออก ซึ่งได้ทำการต่อต้านรัฐบาลอินโดนีเซียเพื่อให้ติมอร์ตะวันออกเป็นเอกราชออกจากอินโดนีเซีย

ข้อสงสัยเหล่านี้ยังไม่มีข้อสรุปที่แน่ชัดในทางกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ในกรณีดังกล่าวนี้ ผู้เขียนเห็นว่า อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ได้ให้หลักการตีความอนุสัญญาไว้ว่า สนธิสัญญาจะต้องตีความในทางที่สุจริตตามด้วยคำของสนธิสัญญาโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญาเป็นสำคัญ ในกรณีของอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นั้นมีที่มาจากความมุ่งมั่นของสหประชาชาติที่จะป้องกันและลงโทษ

<sup>147</sup> Ibid. ข้อมติที่ 96 (I) แห่งสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติในปี ค.ศ. 1946 มีเจตนารมณ์ที่จะให้ความคุ้มครองแก่กลุ่มเชื้อชาติ กลุ่มชาติ กลุ่มศาสนา กลุ่มการเมือง ทั้งนี้ เพื่อให้อนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มีผลใช้บังคับและคุ้มครองอย่างกว้างขวางที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ แต่เมื่อยกร่างอนุสัญญา คณะกรรมาธิการได้ตัดกลุ่มการเมืองออกไป เนื่องจากเห็นว่ายากแก่การให้คำนิยามและกลุ่มการเมืองมีลักษณะไม่ถาวร

<sup>148</sup> Ibid. ผู้แทนบางประเทศมีความเห็นแตกต่างจากผู้แทนประเทศส่วนใหญ่ โดยเห็นว่า "ethnical group", "national group" และ "racial group" มีความหมายไม่แตกต่างกันเลย

การกระทำอันเป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งเป็นการปฏิเสธสิทธิในความมีอยู่เป็นอยู่ของกลุ่มมนุษย์ และจากถ้อยคำในอารัมภบทของอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เองก็แสดงให้เห็นถึงเจตจำนงที่จะปลดปล่อยมวลมนุษยชาติจากความหายนะอันน่าสะพึงกลัว ด้วยเหตุดังกล่าว จึงไม่น่าจะผิดแต่ประการใด หากจะตีความและบังคับใช้อนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ให้มีผลคุ้มครองไปถึงชนกลุ่มน้อยหรือชนกลุ่มที่ต้องการประกาศอิสรภาพออกจากรัฐเดิม ตลอดจนชนกลุ่มอื่นๆ<sup>149</sup>

#### 4.2.5 ปัญหาลักษณะการกระทำอันเป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

ตามอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มาตรา 2 ได้กำหนดให้การกระทำดังต่อไปนี้ (any of the following acts) เป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

- (ก) การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม
- (ข) ทำให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงต่อร่างกาย หรือจิตใจของสมาชิกกลุ่ม
- (ค) จงใจกระทำทารุณกรรมกลุ่มถึงขนาดชีวิต เพื่อทำลายร่างกายบางส่วนหรือทั้งหมด
- (ง) บังคับใช้มาตรการป้องกันการเกิดของกลุ่ม
- (จ) บังคับให้เคลื่อนย้ายเด็กของกลุ่มไปยังกลุ่มอื่น”

จะเห็นได้ว่ามาตรา 2 นี้ตั้งใจที่จะจำกัดการกระทำที่เป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ได้ไว้เพียงแค่ 5 วิธีเท่านั้น ทำให้อนุสัญญาดังกล่าวนี้นี้มีที่ใช้จำกัด หากต่อไปภายหน้ามีการคิดค้นวิธีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ใหม่ๆ ที่มีความพิศดารมากกว่านี้ ก็จะไม่ตกอยู่ภายใต้้อนุสัญญานี้ อย่างไรก็ตาม ผู้ร่างเห็นว่าอนุสัญญาควรจะต้องจำกัดการกระทำที่เป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ไว้เพื่อให้ประชาชนได้มีโอกาสรู้ได้ว่าการกระทำใดบ้างที่เป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์และเพื่อมิให้เกิดปัญหาขัดแย้งกับกฎหมายภายในได้ในภายหลังได้<sup>150</sup>

<sup>149</sup> Ibid. ผู้แทนของหลายประเทศสนับสนุนให้ได้ต้นร่างและบันทึกการประชุมร่างอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มาผนวกเป็นส่วนหนึ่งของอนุสัญญาด้วย

<sup>150</sup> Matthew Lippman, "The 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide : Forty-Five Years Later", *Temple International and Comparative Law Journal* 8 (Spring 1994) : 30

ปัญหาประการต่อไป การที่อนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ใช้คำว่า "การฆ่า" (killing) แทนที่จะใช้คำว่า "ก่อให้เกิดการตาย" (causing the death) อาจจะทำให้ไม่ครอบคลุมถึงการล้มตายของกลุ่มอันมีสาเหตุมาจากการขาดแคลนอาหาร ไม่มีที่พักอาศัย ไม่มียารักษาโรค และไม่มีเสื้อผ้าสวมใส่ นอกจากนี้ ยังอาจไม่ครอบคลุมไปถึงการปล่อยให้ตายช้าๆ (slow death) อีกด้วย เนื่องจากการทำให้เหยื่อตาย บางครั้งไม่จำเป็นต้องกระทำโดยตรงและทันที การใช้วิธีการกักขังอย่างทรมาณเป็นระยะเวลานานๆ ก็สามารถทำให้เหยื่อตายได้คราวละหลายๆ เช่นกัน

ปัญหาอีกประการหนึ่ง คำว่า "ทำให้เกิดอันตรายแก่จิตใจ" (mental harm) อนุสัญญาดังกล่าวมิได้ให้คำนิยามหรืออธิบายใดๆ ไว้ จึงน่าคิดว่าอันตรายต่อจิตใจนั้น หมายถึงอะไร อยู่ในระดับใด และต้องเป็นอันตรายอย่างถาวรหรือไม่ (permanent) ประเด็นปัญหานี้ ตามแนวทางการตีความของสหรัฐอเมริกาเห็นว่า จะต้องเป็นความเสียหายต่อจิตใจอย่างการถาวร<sup>151</sup>

มาตรา 2 (ง) กล่าวถึงการบังคับใช้มาตรการป้องกันการเกิดของทารกในกลุ่ม ด้วยคำดังกล่าวนี้น่าจะมีความหมายกว้าง อาจหมายถึงการตอน (castration) การบังคับให้ทำแท้ง (compulsory abortion) การแยกเพศเด็ก การควบคุมการแต่งงาน เป็นต้น<sup>152</sup>

อย่างไรก็ตาม การที่มีผู้สงสัยว่าคลินิกวางแผนครอบครัวและคุมกำเนิด (birth control clinics) ที่มีอยู่ทั่วโลกเป็นความผิดตามมาตรานี้หรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการตีความที่ไม่ตรงกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ เนื่องจากมาตรการป้องกันการเกิดของทารกในกลุ่มตามที่อนุสัญญาห้ามไว้ นั้น น่าจะหมายถึงการป้องกันมิให้มีการเกิดของทารกอย่างเด็ดขาดโดยปราศจากความสมัครใจ แต่การคุมกำเนิด หมายถึง การควบคุมให้มีบุตรในจำนวนที่เหมาะสมเมื่อมีความพร้อมและประกอบด้วยความสมัครใจของคู่สมรส ทั้งนี้เพื่อให้สามารถเลี้ยงดูบุตรได้อย่างดีโดยไม่มีเจตนาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ใด

<sup>151</sup> John Webb, "Genocide Treaty-Ethnic Cleansing-Substantive and Procedural Hurdles in the Alleged Crime in the Former Yugoslavia", *Georgia Journal of International & Comparative Law* 23 (1993): 393

<sup>152</sup> Lori Lyman Bruun, "The Yugoslav War Crimes Tribunal: The Compatibility of Peace, Politics, and International Law", *MD. Journal of International Law & Trade* 17 (1993): 34



ประการต่อไป มาตรา 2 (จ) บัญญัติให้การบังคับให้เคลื่อนย้ายเด็กของกลุ่มออกไป จากกลุ่มเป็นการกระทำที่ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ด้วย การที่บัญญัติเช่นนี้ก็เพื่อป้องกันมิให้มีการ เคลื่อนย้ายเด็กออกจากกลุ่มเดิมของเด็กไปยังกลุ่มใหม่ เพื่อไปรับการศึกษาขนบธรรมเนียม ประเพณี ปลูกฝังลักษณะนิสัย แนวความคิด ทศนคติและศาสนาของกลุ่มใหม่ ซึ่งจะทำให้ กลุ่มเดิมสูญเสียเอกลักษณ์หรือลักษณะเฉพาะของกลุ่มไป อย่างไรก็ตาม อนุสัญญามาตรานี้มิ ได้ระบุให้การขับไล่หรือเนรเทศผู้ใหญ่ออกจากดินแดนที่เคยอยู่อาศัยมาหลายชั่วอายุคนซึ่งมี ความเป็นมาในประวัติศาสตร์อันยาวนานเป็นความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ด้วย

#### 4.3 ปัญหาการกระทำที่สามารถลงโทษได้

มาตรา 3 แห่งอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์กำหนดให้การกระทำดังต่อไปนี้สามารถลง โทษได้

- (ก) การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์
- (ข) สมคบกันฆ่าล้างเผ่าพันธุ์
- (ค) กระทำโดยตรงและเป็นการยุยงส่งเสริมสาธารณชนให้ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์
- (ง) พยายามฆ่าล้างเผ่าพันธุ์
- (จ) มีส่วนเกี่ยวข้องกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

การที่มาตรา 3 (ข) กำหนดให้สามารถลงโทษการสมคบกันฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ โดยไม่ได้ กล่าวถึง "การเตรียม" (preparatory act) เนื่องจากผู้ร่างเห็นว่า ในทางปฏิบัติแล้ว การ ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นจำนวนมากหนีไม่พ้นที่จะต้องมีความร่วมมือกันเป็นกลุ่ม มีการ วางแผนร่วมกัน ดังนั้น ผู้ร่างจึงเลือกใช้คำว่า "สมคบกันฆ่าล้างเผ่าพันธุ์" (conspiracy to commit genocide)<sup>153</sup> และคำว่า "มีส่วนเกี่ยวข้องกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์" (complicity in

<sup>153</sup> ความผิดฐานสมคบ (conspiracy) หมายถึง ความคิดที่เกิดขึ้นเมื่อบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงกันที่จะ กระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือกระทำการที่ชอบด้วยกฎหมายด้วยวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ลักษณะพิเศษของ ความผิดฐานสมคบ ได้แก่ (1) ความผิดฐานสมคบถือเป็นความผิดฐานหนึ่งแยกต่างหากจากความผิดที่ประสงค์จะลงมือ กระทำและจะไม่ถูกกลืน (merge) ไปกับความผิดสำเร็จเหมือนกับทฤษฎีพยายาม (2) ความผิดฐานสมคบสามารถเข้าไปขัด การกับการกระทำความคิดได้เร็วมากเนื่องจากไม่ต้องรอให้มีการลงมือกระทำความผิดเสียก่อนเหมือนอย่างทฤษฎีพยายาม และทฤษฎีเตรียมการ (3) ขอบเขตของความผิดฐานสมคบสามารถครอบคลุมลงโทษผู้ที่ร่วมอยู่ด้วยได้กว้างขวางเพราะ ผู้ร่วมสมคบกันอาจไม่ถึงขั้นเป็นตัวการร่วมหรือเป็นผู้สนับสนุนก็อาจมีความผิดฐานสมคบได้ (4) ในระบบ Common Law การดำเนินคดีในความผิดฐานสมคบจะได้รับข้อยกเว้นในส่วนที่เกี่ยวกับกฎเกณฑ์เรื่องพยานหลักฐานและวิธีพิจารณา กล่าว คือ ศาลจะอนุญาตให้นำพยานบอกเล่า (hearsay) มาเป็นพยานหลักฐานประกอบได้ ซึ่งหากเป็นการดำเนินคดีอื่นไม่อาจ

genocide) ซึ่งให้ความหมายที่กว้างกว่า นอกจากนั้น ในกลุ่มประเทศลาตินอเมริกา การเตรียมกระทำความผิดไม่เป็นความผิดในตัวเอง จะต้องมีการลงมือกระทำหรือมีการพยายามกระทำความผิดเสียก่อน จึงจะสามารถลงโทษการเตรียมกระทำความผิดได้<sup>154</sup>

อย่างไรก็ตาม หลักการสมคบในการกระทำความผิดตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศยังมีความแตกต่างกันในรายละเอียดเล็กน้อย กล่าวคือ ในกลุ่มประเทศ Anglo-Saxon การสมคบ หมายถึง การตกลงกันของบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปเพื่อที่จะกระทำความผิดทางอาญา ไม่ว่าจะมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นจริงหรือไม่ ซึ่งหมายความว่า จะต้องมีการตกลงกัน มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในด้านความคิดและจุดมุ่งหมาย<sup>155</sup> แต่ในบางประเทศ เช่น อียิปต์ เพียงแค่การรู้เห็นเป็นใจ (connivance) ระหว่างบุคคลหลายคนในการกระทำความผิดก็เป็นความผิดแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าการกระทำสำเร็จผลหรือไม่<sup>156</sup>

ประเด็นการพิจารณาต่อไป ได้แก่ มาตรา 3(ค) ให้ถือว่าการยุยงส่งเสริมโดยตรงให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ก็เป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ วัตถุประสงค์ของบทบัญญัตินี้ต้องการให้มีการลงโทษการโฆษณาชวนเชื่อ (propaganda) โดยการกล่าวสุนทรพจน์ หรือการใช้สื่อต่างๆ เช่น หนังสือพิมพ์ วิทยุ โทรทัศน์ ในการยุยงให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์<sup>157</sup> ซึ่งผู้ร่างเห็นว่าการควบคุมปราบปรามการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์อย่างมีประสิทธิภาพจำเป็นต้องยุติการเคลื่อนไหวของ สาราณชนที่จะลงมือฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ให้ได้เสียก่อน<sup>158</sup>

---

นำพยานบอกเล่ามารับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ เนื่องจากระบบ Common Law มีบทคัดพยานที่เคร่งครัดมาก อย่างไรก็ตาม การดำเนินการคดีฐานสมคบจำเป็นที่จะต้องพิจารณาขอบเขตของ "การตกลงกัน" ว่ามีขอบเขตกว้างขวางขนาดไหน หากมีขอบเขตมากเกินไปหรือไม่ชัดเจนก็จะเป็นการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนและอาจขัดต่อหลักพื้นฐานของกฎหมายอาญาได้ สนใจเรื่องหลักสมคบโปรตุเกส กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, "การนำหลักความผิดฐานสมคบมาใช้ในประเทศไทย" วารสารอัยการ 190, ปีที่ 16 (ธันวาคม 2536) : 71-95

<sup>154</sup> Matthew Lippman, "The 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide : Forty-Five Years Later", Temple International and Comparative Law Journal 8 (Spring 1994) : 40

<sup>155</sup> Ibid. อย่างไรก็ตาม มีผู้เห็นว่าการสมคบกันไม่จำเป็นต้องสมคบโดยตลอดการกระทำ สมคบกับเพียงบางส่วนก็ได้และเพียงพอถึงจุดมุ่งหมายของการกระทำก็เป็นความผิดแล้ว

<sup>156</sup> Ibid.

<sup>157</sup> Ibid. ดังเช่นที่นาซีเยอรมันกระทำในเยอรมนีและในยุโรปในทางสงครามโลกครั้งที่ 2 และชาว Hutu หัวรุนแรงกระทำในวันดา

<sup>158</sup> Ibid.

อย่างไรก็ตาม มีผู้เห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวอาจจะขัดกับรัฐธรรมนูญของประเทศประชาธิปไตยหลายประเทศ โดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกา ในเรื่องหลักเสรีภาพในการพูดและพิมพ์ (freedom of speech and press) หรือไม่ ข้อสงสัยดังกล่าวนี้ ศาลสูงสหรัฐอเมริกาเคยวินิจฉัยไว้ในคดี *Brandenburg v Ohio* ว่า "รัฐธรรมนูญรับรองเสรีภาพในการพูดและพิมพ์ ไม่อนุญาตให้รัฐห้ามปรามการส่งเสริมให้มีการใช้กำลังหรือการฝ่าฝืนกฎหมาย เว้นแต่จะเป็นการส่งเสริมให้เกิดการกระทำที่กฎหมายไม่รับรอง"<sup>159</sup>

ปัญหาประการต่อไป ได้แก่ มาตรา 3 (ง) "มีส่วนเกี่ยวข้องในการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์" คำว่า "มีส่วนเกี่ยวข้อง" (complicity) เป็นคำที่มีความหมายกว้างและใกล้เคียงกับคำว่า "สมคบ" (conspiracy) อย่างไรก็ตาม "มีส่วนเกี่ยวข้อง" หมายถึง การช่วยเหลือและการสนับสนุนการทำความผิด (aiding and abetting)<sup>160</sup>

ปัญหาที่น่าคิดเกี่ยวกับ "การมีส่วนเกี่ยวข้อง" มีความหมายเพียงใด โดยหลักทั่วไปแล้ว การช่วยเหลือหรือสนับสนุนจะต้องกระทำโดยเจตนา โดยรู้อยู่ว่าเป็นการช่วยเหลือการทำความผิด การช่วยเหลือผู้ทำความผิดจะได้รับโทษต่อเมื่อมีการทำความผิดเกิดขึ้นจริงและการช่วยเหลือสนับสนุนมีได้ทั้งก่อนการทำความผิดและหลังการทำความผิดแล้ว เช่น การช่วยเหลือในการหลบหนี เป็นต้น

ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการใช้แก๊สพิษ Zyklon B เพื่อสังหารชาวยิวในค่ายกักกันที่ Auschwitz ศาลทหารของอังกฤษพิพากษาให้ประหารชีวิตจำเลยชื่อ Bruno Tesch ในข้อหาช่วยเหลือในการทำอาชญากรรมสงครามโดยการจำหน่ายแก๊ส Zyklon B ให้แก่ค่ายกักกันที่ Auschwitz เป็นจำนวนกว่า 2 ตันทุกๆ ที่รู้ดีว่าแก๊สพิษจะถูกนำไปใช้ในการฆ่าชาวยิว ในทางกลับกัน ศาลสหรัฐอเมริกาตัดสินว่ามีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้บริหารของ I.G. Farben ไม่รู้ว่าแก๊สพิษ Zyklon B ที่ได้ส่งทางเรือไปที่ค่ายกักกันนั้นจะถูกนำไปใช้ในการฆ่าคน แต่คิดว่าจะถูกนำไปใช้ในการชำระล้างเชื้อโรคให้ผู้ต้องขัง<sup>161</sup>

<sup>159</sup> Marian Nash Leich, "Contemporary Practice of the United State Relating to International Law", *American Society of International Law* 79 (January 1985) : 121.

<sup>160</sup> Ibid.

<sup>161</sup> Matthew Lippman, "The 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide : Forty-Five Years Later", *Temple International and Comparative Law Journal* 8 (Spring 1994) : 47-48.

นอกจากนี้ มีประเด็นที่น่าคิดเพิ่มเติมว่า การที่รัฐบาลหรือผู้บังคับบัญชาปล่อยให้ทหารหรือผู้ใต้บังคับบัญชาทำการข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่ตกเป็นเหยื่อนั้น สมควรจะต้องรับผิดชอบเป็นผู้ช่วยเหลือ (accessory liability) ด้วยหรือไม่<sup>162</sup>

#### 4.4 ปัญหาความรับผิดชอบส่วนบุคคล (individual responsibility)

มาตรา 4 แห่งอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์บัญญัติเรื่องความรับผิดชอบส่วนบุคคลไว้โดยบัญญัติว่า "บุคคลที่กระทำการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์หรือกระทำการอื่นใดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 จะต้องได้รับการลงโทษไม่ว่าผู้กระทำเป็นผู้ปกครองที่ได้มอบหมายให้รับผิดชอบเจ้าหน้าที่บ้านเมือง หรือบุคคลธรรมดา"

มาตรานี้บัญญัติไว้ชัดเจนมากว่า บุคคลธรรมดาที่จะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนเองหากเป็นการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งแต่เดิมถือกันว่า รัฐเท่านั้นที่มีภาระหน้าที่และความรับผิดชอบต่อประชาคมโลก เพราะรัฐเท่านั้นที่เป็นบุคคล (subject) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ปัจจุบันนี้นับตั้งแต่มีคำพิพากษาศาลนูเรมเบิร์กเป็นต้นมา บุคคลธรรมดาถือว่ามีสิทธิและหน้าที่และความรับผิดชอบตามระบอบกฎหมาย กฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน

จุดมุ่งหมายในการลงโทษที่สำคัญของมาตรานี้ คือ ต้องการลงโทษคณะรัฐสภาประมุขของรัฐ (head of state) และคณะรัฐบาล คณะรัฐสภาที่ทำหน้าที่ออกกฎหมายบงการและบังคับใช้กฎหมายให้มีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ แต่อันที่จริงแล้ว ผู้ที่สามารถบงการให้มีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ได้ไม่จำเป็นต้องเป็นประมุขของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของทางราชการเสมอไป บุคคลอื่นที่ทรงอิทธิพลก็สามารถทำให้มีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นได้

อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติของมาตรานี้ การนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษน่าจะเกิดขึ้นได้ยาก ถ้าหากการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจากการสนับสนุนของรัฐ (state-sponsored genocide)

<sup>162</sup> Ibid. ในคดี *In Re Yamashita Case* (US, 1946) นายพล Yamashita ได้รับการตัดสินว่ามีความผิดและถูกลงโทษประหารชีวิตด้วยการแขวนคอในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชาที่ปล่อยให้ลูกน้องเผา ทำลาย ข่มขืนประชาชนของสหรัฐและพันธมิตร อย่างไรก็ตาม คดีดังกล่าวนี้มีข้อสงสัยมากมายว่านายพล Yamashita จะสามารถควบคุมลูกน้องของตนได้อย่างไรในเมื่อระบบวิทยุสื่อสารของนายพล Yamashita กับลูกน้องถูกฝ่ายสัมพันธมิตรตัดขาด .

นอกจากนี้ ในการลงโทษบุคคลใดๆ ทางอาญา อาจจะต้องมีการรับฟังข้อต่อสู้ของ จำเลย หรือเหตุส่วนตัวของจำเลยด้วย คือ

(1) การทำตามคำสั่งผู้บังคับบัญชา (superior order) สืบเนื่องจากโครงสร้างทาง การทหาร (military structure) จะมีลำดับชั้นการบังคับบัญชา (hierarchy) ผู้ใต้บังคับบัญชา (subordinate) จะต้องเชื่อฟังและปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชา (superior) อย่างเคร่งครัด ด้วยเหตุดังกล่าว ในอดีตที่ผ่านมาบังคับตราบรรพจึงเกิดเป็นจารีตประเพณีที่ว่า หากผู้ใต้บังคับ บัญชาได้กระทำอาชญากรรมใดๆ อันเนื่องมาจากการปฏิบัติตามคำสั่งอันมิชอบด้วยกฎหมาย ของผู้บังคับบัญชาแล้ว ผู้ใต้บังคับบัญชาจะได้รับความคุ้มครองตามหลัก *respondeat superior* กล่าวคือ ความรับผิดชอบในการกระทำความผิดดังกล่าวทั้งหมดจะตกเป็นของผู้บังคับ บัญชาที่ออกคำสั่งอันมิชอบด้วยกฎหมายนั้นแต่เพียงผู้เดียว อย่างไรก็ตาม ในระยะหลัง นับ แต่สงครามกลางเมืองในสหรัฐอเมริกา ระหว่างฝ่ายเหนือกับฝ่ายใต้เป็นต้นมา แนวปฏิบัติดัง กล่าวเริ่มเปลี่ยนแปลงไป โดยเปลี่ยนมายึดถือว่าผู้บังคับบัญชาไม่มีอำนาจที่จะสั่งให้มีการ ละเมิดกฎหมายว่าด้วยสงคราม หากผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติตามคำสั่งเช่นนั้น ทั้งผู้บังคับ บัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชามีความผิด (guilty)

ต่อมาศาลอนุกรมเบริกได้วางบรรทัดฐานไว้ว่า ข้อเท็จจริงที่ว่าบุคคลได้กระทำการไป ตามคำสั่งของรัฐบาลหรือผู้บังคับบัญชาของผู้นั้น ไม่ทำให้เขาหลุดพ้นจากความรับผิดชอบภายใต้ กฎหมายระหว่างประเทศ โดยได้กำหนดทางเลือกทางศีลธรรมที่อยู่ในข้อเท็จจริงที่เป็นไปได้ สำหรับบุคคลนั้น<sup>163</sup>

หลังจากที่ได้มีบรรทัดฐานของศาลอนุกรมเบริกดังกล่าว ศาลภายในประเทศก็ได้ เปลี่ยนมาใช้หลักการใหม่นี้และทำให้หลักการนี้มีการใช้เพิ่มมากขึ้นเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน

<sup>163</sup> ศาลอนุกรมเบริกเห็นว่าโครงสร้างการบังคับบัญชาทางทหาร (military structure) จะต้องอยู่บนพื้นฐานของ ระเบียบกฎเกณฑ์ (military discipline) ด้วย และระเบียบกฎเกณฑ์นี้ต่างหาก คือ สิ่งที่ทหารจะต้องเชื่อฟัง (obey) การ ปฏิบัติตามคำสั่งจะต้องกระทำอย่างมีเหตุผล เพราะทหารก็เป็นบุคคลที่มีเหตุผล (reasoning agent) หากเชื่อฟังโดยไม่มี เหตุผลแล้ว นายร้อยทหารก็อาจสั่งให้จำทหารยิงผู้พันได้ ผู้พันก็อาจสั่งนายร้อยทหารให้ยิงนายพลได้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาของศาลอนุกรมเบริกที่กลับหลัก *respondeat superior* ดังกล่าวก็ถูกมองว่าเป็นคำพิพากษาของรองผู้ชนะสงคราม (victor) โปรดดู Antonio Cassese, *Violence and Law in the Modern Age* (Cambridge : Polity Press, 1988), pp.119-136.

(2) การถูกข่มขู่ให้กระทำความผิด (duress) โดยผู้กระทำไม่มีเจตนาชั่วร้าย (mens rea) แต่ผู้กระทำจำเป็นต้องตัดสินใจเลือกว่าจะฆ่าเหยื่อที่บริสุทธิ์ หรือจะได้รับโทษร้ายแรงทางการทหาร<sup>164</sup>

(3) ความสำคัญผิด (mistake) โดยปกติแล้วในกฎหมายภายใน "ความไม่รู้กฎหมายไม่เป็นข้อแก้ตัว" (ignorance of Law is no excuse) อย่างไรก็ตาม การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง (mistake of fact) เป็นข้อแก้ตัวที่ได้รับการยอมรับทั้งในกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>165</sup>

(4) ความจำเป็นทางทหาร (military necessity) โดยปกติแล้ว หลักความจำเป็นทางทหารเป็นที่ยอมรับ แต่ผู้กระทำจะต้องแยกแยะว่าใครเป็นพลเรือน (civilians) ใครเป็นนักรบ (combatants) ตามหลักสัดส่วนที่เท่าเทียมกัน (rule of proportionality)<sup>166</sup>

---

<sup>164</sup> Lyal S. Sunga, Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations. (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1992), pp.58-59 มีรายงานข่าวจากสำนักข่าว AP ว่าในวันที่ 6 มีนาคม ค.ศ. 1998 นาย Hugh Thompson ได้รับเหรียญกล้าหาญจากรัฐบาลสหรัฐอเมริกาในวິกรรมที่เขาได้กระทำในสงครามเวียดนาม นาย Thompson ซึ่งเป็นนักบินเครื่องบินปีกหมุน (เฮลิคอปเตอร์) ประจำกองทัพอากาศในเวียดนามได้รับคำสั่งจากร้อยโท William Calley ให้สังหารชาวเวียดนามทุกคนในหมู่บ้าน My Lai ทั้งๆ ที่ชาวบ้านเหล่านั้นปราศจากอาวุธ ทั้งๆ ที่เป็นเด็ก ผู้หญิง คนชราและทั้งๆ ที่ไม่มีเวียดนามที่เป็นศัตรูอยู่ในหมู่บ้านเลย ร้อยโท Calley อ้างว่าจำเป็นต้องทำเพื่อรักษาหมู่บ้านนี้ไว้ไม่ให้ตกเป็นพวกของเวียดนาม นาย Thompson กลับทำในสิ่งที่ตรงกันข้ามคือ เขาได้ช่วยเหลือชาวเวียดนามที่หนีตายมาขึ้นเครื่องบินของเขาและเขายังได้ใช้ปืนซุ่มทหารอเมริกันพวกเดียวกันมิให้ติดตามมาสังหารชาวหมู่บ้าน My Lai นาย Thompson จึงได้รับเหรียญ Distinguished Flying Cross หลังจากที่สงครามเวียดนามสิ้นสุดลงไปแล้วเกือบ 30 ปี แต่ร้อยโท Calley ถูกนำตัวขึ้นศาลทหารและถูกตัดสินให้จำคุกตลอดชีวิตฐานฆ่าคนตายโดยไตร่ตรองไว้ก่อนกว่า 100 คน โปรดดู โกวิท วงศ์สุวรรณ. วีรบุรุษมาสาย (Hero Comes Lately). มติชนรายวัน (9 มีนาคม 2541) : 6.

<sup>165</sup> Lyal S. Sunga, Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations. (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1992), pp.59-60

<sup>166</sup> Ibid., p.60

#### 4.5 ปัญหาความรับผิดชอบของรัฐ (state responsibility)<sup>167</sup>

จะเห็นได้ว่าไม่มีบทบัญญัติใดในมาตรา 4 กล่าวถึงความรับผิดชอบของรัฐเลย ดังนั้น การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่กระทำโดยรัฐ หรือโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ ก็ไม่มีความรับผิดชอบตามอนุสัญญานี้ ประเด็นนี้ได้รับการถกเถียงแสดงความคิดเห็นกันมากกว่ารัฐควรมีความรับผิดชอบหรือไม่ในกรณีที่มีการละเมิดอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ เพราะโดยสภาพของความเป็นจริงแล้ว การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่ล้วนแล้วแต่เกิดจากรัฐหรือรัฐบาลแทบทั้งสิ้น ลำพังเพียงประมุขของรัฐหรือคณะรัฐบาลกระทำเองคงเป็นการยาก ดังนั้นจึงสมควรที่จะให้รัฐต้องรับผิดชอบต่อ การกระทำฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ด้วย ในที่สุด จึงได้มีการกล่าวถึงความรับผิดชอบของรัฐไว้ใน มาตรา 9 ให้นำข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของรัฐเสนอต่อศาลระหว่างประเทศ<sup>168</sup> ซึ่งจะได้วิเคราะห์ปัญหาของมาตรา 9 ในลำดับต่อไป

#### 4.6 ปัญหาพันธกรณีในการออกกฎหมายอนุวัติการตามอนุสัญญา

มาตรา 5 บัญญัติให้รัฐภาคีมีหน้าที่ออกกฎหมายภายใน (enact) ให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ เพื่อให้สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดตามมาตรา 2 และมาตรา 3 ได้อย่างมีประสิทธิภาพ บทบัญญัติมาตรานี้ก่อให้เกิดข้อสงสัยที่ว่า รัฐแต่ละรัฐ จะบัญญัติกฎหมายภายในให้ยอมรับอำนาจศาลต่างประเทศได้เพียงใด. ในเมื่อมีหลักกฎหมายอาญาอยู่ว่า *non bis in idem* (not twice for the same thing) และมีความเหมาะสมหรือความจำเป็นแค่ไหนเพียงใดที่จะให้การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นความผิดฐานหนึ่งในประมวลกฎหมายอาญาของแต่ละรัฐภาคี บางประเทศอย่างสหรัฐอเมริกาที่เป็นรัฐมลรัฐอาจเกิดปัญหาในการกำหนดให้แต่ละมลรัฐบัญญัติความผิดฐานนี้ในประมวลกฎหมายอาญาของทุกมลรัฐ<sup>169</sup> นอกจากนี้ในกรณีที่บทบัญญัติในอนุสัญญาขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญอันเป็น

<sup>167</sup> ความรับผิดชอบของรัฐ (state responsibility) หมายถึง ภาระหน้าที่ที่รัฐพึงปฏิบัติเพื่อแก้ไขสถานการณ์อันเนื่องจากการที่รัฐละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศและเกิดความเสียหายนั้น ได้แก่การให้อีกฝ่ายหนึ่งพอใจ (satisfaction) กระทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิม (restitution) และการใช้ค่าสินไหมทดแทน (compensation) โปรดดู คำร่าง ธรรมนูญ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), หน้า 161-162

<sup>168</sup> Matthew Lippman, "The 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide : Forty-Five Years Later", *Temple International and Comparative Law Journal* 8 (Spring 1994) : 53-55

<sup>169</sup> ปัญหานี้อาจแก้ไขได้หากบัญญัติให้เป็น federal jurisdiction

กฎหมายสูงสุด<sup>170</sup> ของประเทศหนึ่งประเทศโดยยอมก่อให้เกิดปัญหาการบังคับใช้อนุสัญญาได้อีกเช่นกัน เนื่องจากรัฐอาจไม่ยอมเข้ามาเป็นภาคีอนุสัญญา อย่างไรก็ตาม ประเด็นบทบัญญัติในอนุสัญญาขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญนั้น ไม่น่าจะเป็นอุปสรรคมากนัก เพราะหากเห็นว่าขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ รัฐนั้นก็ไม่น่าเข้ามาเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญานี้<sup>171</sup>

ตัวอย่างปัญหาการออกกฎหมายอนุวัติการตามอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ประการสำคัญอีกประการหนึ่งคือ กรณีรัฐสภาแห่งชาติรวันดาได้ออกกฎหมายภายในบัญญัติความผิดฐานการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เมื่อต้นเดือนสิงหาคม ค.ศ. 1996 เพื่อให้มีผลย้อนหลังถึงการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่กระทำไปในช่วงตุลาคม ค.ศ. 1990 ถึง ธันวาคม 1994 ซึ่งเห็นได้ชัดว่าเป็นการออกกฎหมายย้อนหลัง (retroactive law หรือ *ex post facto law*) เพื่อลงโทษผู้กระทำผิดอันเป็นการขัดกับหลักกฎหมายอาญาทั่วไปอย่างยิ่ง<sup>172</sup>

#### 4.7 ปัญหาการลงโทษผู้กระทำความผิด

มาตรา 6 บัญญัติว่า "บุคคลผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์หรือกระทำความผิดอื่นใดตามมาตรา 3 จะต้องได้รับการดำเนินคดีต่อศาลที่มีอำนาจของรัฐภายในดินแดนที่มีความผิดเกิดขึ้น หรือศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีเขตอำนาจซึ่งรัฐได้ยอมรับเขตอำนาจของศาลนั้น"

จุดมุ่งหมายของมาตรานี้ต้องการเน้นถึงหลักเขตอำนาจของรัฐ (national jurisdiction) และเขตอำนาจสากล (universal jurisdiction) โดยให้รัฐภาคีดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดภายในเขตแดนของตน หากรัฐไม่สามารถดำเนินการดังกล่าวได้หรือปฏิเสธที่จะดำเนินการ ให้เป็นพันธกรณีของรัฐที่จะต้องส่งตัวอาชญากรฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มาขึ้นศาลอาญาระหว่างประเทศ

<sup>170</sup> Ibid. บทบัญญัติในอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์อาจขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญภายในประเทศได้ในกรณีเสรีภาพในการพูด (freedom of speech) อย่างไรก็ตาม ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้เคยพิพากษาในประเด็นดังกล่าวนี้ไว้ในคดี *Brandenburg v Ohio* ว่า "รัฐธรรมนูญรับรองเสรีภาพในการพูดและพิมพ์ ไม่อนุญาตให้รัฐห้ามปรามการส่งเสริมให้มีการใช้กำลังหรือการฝ่าฝืนกฎหมาย เว้นแต่จะเป็นการส่งเสริมให้เกิดการกระทำที่กฎหมายไม่รับรอง

<sup>171</sup> Ibid. กฎหมายระหว่างประเทศจะไม่มีผลไปลบล้างกฎหมายภายในของรัฐ แต่กฎหมายภายในของรัฐก็จะขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่ง *jus cogens* ไม่ได้เช่นเดียวกัน

<sup>172</sup> William A. Schabas, "Justice, Democracy, and Impunity in Post-Genocide Rwanda : Searching for Solution to Impossible Problems", *Criminal Law Forum* 7 (1996) : 535-537



บทบัญญัติในมาตรานี้ ก่อให้เกิดปัญหาที่นำคิดหลายประการ ประการแรก มีความเป็นไปได้น้อยมากที่รัฐจะมีการดำเนินคดีอาญากับผู้นำประเทศหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่เป็นเจ้าหน้าที่ระดับสูง หากผู้นำประเทศหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องนั้นยังครองอำนาจทางการเมืองอยู่

ประการที่สอง ปัจจุบันยังไม่เคยมีการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศอื่นใดนอกจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice: ICJ) ซึ่งเป็นองค์กรหนึ่งภายใต้องค์การสหประชาชาติและศาลเฉพาะกิจที่จัดตั้งขึ้นตามหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติซึ่งมีเขตอำนาจจำกัดเฉพาะคดีใดคดีหนึ่ง ในดินแดนรัฐใดรัฐหนึ่งและในช่วงระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ไม่มีเขตอำนาจ (jurisdiction) เหนือคดีอาญาและคดีสิทธิมนุษยชน อีกทั้งไม่เคยปรากฏจารีตประเพณีที่ว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีของบุคคลธรรมดา เนื่องจากถือกันว่าบุคคลธรรมดามิได้เป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ (subject of international law) การที่ไม่มีศาลอาญาระหว่างประเทศดังกล่าวทำให้บทบัญญัติในมาตรา 6 นี้แทบจะหมดความหมาย นอกจากนี้การตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศก็ไม่สามารถกระทำได้ง่ายเนื่องจากต้องประสบกับอุปสรรคมากมายดังจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไป

ประการสุดท้าย หากมีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศจริง เขตอำนาจของรัฐกับเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีความสัมพันธ์กันอย่างไร จะถือเป็นเขตอำนาจศาลร่วม (concurrent jurisdiction) หรือไม่ หากถือว่าเป็น concurrent jurisdiction ก็จะมีรัฐส่วนใหญ่ไม่เห็นด้วยเนื่องจากเห็นว่าเป็นการละเมิดอธิปไตยของตน หากจะให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีอำนาจในการพิจารณาคดีของตนยิ่งกว่าอำนาจในการพิจารณาของศาลภายในประเทศ

#### 4.8 ปัญหาการส่งผู้ร้ายข้ามแดน (extradition)

อนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ มาตรา 7 บัญญัติไว้ว่า "การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำทั้งหลายตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 3 มิให้ถือว่าเป็นความผิดทางการเมือง เพื่อวัตถุประสงค์ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน รัฐภาคีสมาชิกผูกพันตนเองที่จะให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายของตนและสนธิสัญญาที่มีผลบังคับ"

จากถ้อยคำแห่งอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ มาตรา 7 นี้ พอจะเข้าใจได้ว่า ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มิให้ถือว่าเป็นความผิดทางการเมือง (political offense) เพื่อจะได้ไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อห้ามมิให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดทางการเมืองตามสนธิสัญญาทวิภาคี (bilateral treaty) ว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน<sup>173</sup> อย่างไรก็ตาม อนุสัญญานี้ไม่ได้มีบทบังคับให้รัฐผู้รับคำขอให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะต้องส่งผู้ร้ายข้ามแดนทุกกรณี การส่งผู้ร้ายข้ามแดนยังคงให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายภายในและตามสนธิสัญญาระหว่างกัน รัฐผู้รับคำขอไม่จำเป็นต้องส่งคนชาติของตนข้ามแดนเลยหากกฎหมายภายในไม่อนุญาตให้ส่งคนชาติของตนข้ามแดน<sup>174</sup>

ถึงแม้ว่าอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์จะได้พยายามแก้ปัญหาโดยมิให้ถือว่าการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นความผิดทางการเมือง เพื่อให้สามารถนำตัวผู้ร้ายในคดีฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มาขึ้นศาลในประเทศใดประเทศหนึ่งได้ง่ายขึ้นก็ตาม แต่ปัญหาหรือข้อขัดข้องในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนก็ยังคงอาจเกิดขึ้นได้อยู่ดี ทั้งนี้เพราะการส่งผู้ร้ายข้ามแดนขึ้นอยู่กับปัจจัยและข้อจำกัดหลายประการ เหตุผลของความผิดทางการเมืองเป็นเพียงเหตุผลหนึ่งในหลายๆ เหตุผลที่สามารถหยิบยกมาใช้อ้างอิงเพื่อปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ข้อจำกัดที่อาจนำมาใช้อ้างอิงเพื่อมิให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนประการอื่น<sup>175</sup> ได้แก่ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับความผิดที่

<sup>173</sup> การส่งผู้ร้ายข้ามแดน หมายถึง การที่ประเทศหนึ่งส่งตัวบุคคลที่ต้องหาว่ากระทำความผิดหรือต้องคำพิพากษาว่ากระทำความผิดทางอาญาภายในเขตอำนาจศาลของอีกประเทศหนึ่งให้แก่ประเทศนั้น เพื่อนำตัวไปพิจารณาคดีทางศาลโทษตามกฎหมายต่อไป โดยปกติการขอให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นการกระทำโดยวิถีทางการทูต (diplomatic channel) ตามหลักไมตรีจิตระหว่างประเทศ (comity) และหลักถ้อยทีถ้อยปฏิบัติ (reciprocity) ประสพสุข บุญเดช, "การส่งผู้ร้ายข้ามแดน (extradition)", บทบัญญัติ 48 ตอน 4 (ธันวาคม 2535) : 117 การส่งผู้ร้ายข้ามแดนเริ่มขึ้นครั้งแรกในดินแดนตะวันออกกลาง สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างรัฐฉบับแรกของโลกได้แก่ สนธิสัญญาระหว่าง Ramses II ฟาโรแห่งอียิปต์กับ King Hattusli กษัตริย์แห่งอาณาจักรฮิตไทท์ (Hittites) แล้วจึงมาแพร่หลายในดินแดนยุโรปตะวันตก เช่น สนธิสัญญาระหว่าง King Henry II แห่งอังกฤษกับ William the Lion กษัตริย์แห่งสกอตแลนด์ มีข้อนำส่งเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในระยะแรกมักจะเป็นการส่งอาชญากรซึ่งเป็นศัตรูกับผู้ปกครองแผ่นดินซึ่งปัจจุบันถือว่าเป็นอาชญากรทางการเมือง

<sup>174</sup> Matthew Lippman, "The 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide : Forty-Five Years Later", *Temple International and Comparative Law Journal* 8 (Spring 1994) : 33.

<sup>175</sup> Ibid. หลักเกณฑ์สำคัญของการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่นานาประเทศยอมรับโดยทั่วไป จะต้อง (1) เป็นความผิดที่อาจมีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ (extraditable offenses) ซึ่งจะระบุไว้ในสนธิสัญญาระหว่างกัน (2) ต้องเป็นความผิดที่สามารถลงโทษได้ทั้งตามกฎหมายของประเทศผู้ร้องขอและประเทศผู้รับคำขอ (Dual or Double Criminality) สำหรับข้อห้ามมิให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้แก่ (1) เป็นความผิดทางการเมือง (political offenses) ซึ่งปัจจุบันยังไม่มีกรณีความหมายของความผิดทางการเมืองไว้ (2) การไม่ส่งคนชาติข้ามแดน (non-extradition of Nationals) นอกจากนี้ก็จะขึ้นอยู่กับดุลพินิจของรัฐผู้รับคำขอที่จะพิจารณาว่าสมควรให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่.

สามารถลงโทษได้ทั้งตามกฎหมายของรัฐผู้ร้องขอและรัฐผู้รับคำขอ ( Dual or Double Criminality) กล่าวคือ การที่จะมีการขอให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเกี่ยวกับความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นั้น รัฐผู้ร้องขอและรัฐผู้รับคำขอจะต้องมีฐานความผิดเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในกฎหมายอาญาของตนเองทั้งสองประเทศ และการกระทำความผิดนั้นจะต้องเข้าองค์ประกอบของความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นั้นทั้งสองประเทศด้วย หากประเทศใดประเทศหนึ่งไม่ได้บัญญัติความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ไว้ในกฎหมายอาญาของตนหรือบัญญัติไว้แต่องค์ประกอบความผิดแตกต่างกันมาก ก็จะทำให้ไม่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างรัฐทั้งสองนั้นได้

นอกจากนี้ ในกลุ่มประเทศ Civil Law บางประเทศก็จะถือหลักการไม่ส่งคนชาติข้ามแดน (non-extradition of Nationals) ค่อนข้างจะเคร่งครัด ทำให้เกิดอุปสรรคในการขอให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนค่อนข้างมากและก่อให้เกิดการบุกเข้าไปชิงตัวผู้กระทำความผิดในดินแดนของรัฐอื่น ดังเช่นที่เคยเกิดขึ้นมาแล้ว

ปัญหาการไม่มีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนก็เป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่ทำให้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนกระทำได้ยาก กล่าวคือ ประเทศภาคีอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์บางประเทศไม่เคยทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับรัฐใดเลย บางประเทศก็ทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนไว้กับประเทศอื่นจะเกิดเพียงไม่กี่ประเทศเท่านั้น กรณีนี้ก็จะทำให้เกิดปัญหาไม่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างกันได้ นอกจากนี้จะอาศัยหลักด้อยที่ด้อยปฏิบัติ (reciprocity) ระหว่างกันเท่านั้น

นอกจากนี้ ปัญหาเกี่ยวกับโทษประหารชีวิตก็เป็นอีกอุปสรรคหนึ่งของการส่งผู้ร้ายข้ามแดน บางประเทศเพื่อหลักการทางด้านสิทธิมนุษยชนจะยินยอมส่งผู้ร้ายข้ามแดนก็ต่อเมื่อรัฐผู้ร้องขอให้หลักประกันว่าจะไม่มีการลงโทษประหารชีวิตสำหรับผู้ร้ายที่ส่งข้ามแดน ซึ่งก็จะทำให้เกิดปัญหาตามมาว่าฝ่ายบริหารสามารถทำข้อตกลงผูกพันศาลที่พิจารณาคดีได้หรือไม่ และความผิดเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นความผิดจรรยาบรรณยิ่งกว่าความผิดฐานฆ่าคนตายธรรมดา จึงน่าเชื่อว่าจะต้องมีโทษถึงขั้นประหารชีวิต ดังนั้น ในทางปฏิบัติจึงไม่น่าจะเป็นไปได้ว่าจะสามารถให้หลักประกันว่าจะไม่มีการลงโทษประหารชีวิตต่อผู้กระทำความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ได้

นอกจากปัญหาเหล่านี้แล้ว ยังมีปัญหาเบ็ดเตล็ดในส่วนที่เกี่ยวกับคำคัดค้านของตัวผู้กระทำความผิดเองที่พยายามจะไม่ให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดน โดยอาจคัดค้านว่าการขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น มีเหตุอันควรเชื่อว่าจะจะลงโทษตนด้วยสาเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ กำเนิดเผ่าพันธุ์ หรือความคิดเห็นทางการเมือง หรือความผิดนั้นเป็นความผิดทางทหารมิใช่ความผิดตามกฎหมายอาญาธรรมดา หรือตนจะถูกทรมานหรือทารุณหรือไม่ได้รับการปฏิบัติเยี่ยงมนุษย์ หรือไม่ได้รับหลักประกันในการดำเนินคดีอาญาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) หรือคำพิพากษาของรัฐผู้ร้องขอได้กระทำโดยลับหลัง (*in absentia*) ไม่เปิดโอกาสให้มีการเตรียมต่อสู้คดี หรือไม่มีโอกาสร้องขอให้หรือฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่ เหล่านี้เป็นต้น

ผู้เขียนจึงเห็นว่าอุปสรรคของการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเหล่านี้ เป็นปัญหาใหญ่ที่ทำให้การลงโทษผู้กระทำความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ไม่อาจกระทำได้ง่าย ทางออกที่ดีที่สุดก็คือ น่าจะถือว่าผู้กระทำความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นภัยต่อมนุษยชาติ สมควรที่จะให้มีการผ่อนคลายกฎเกณฑ์บางประการลงบ้าง เพื่อเปิดโอกาสให้สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนกันได้ และควรให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยอาศัยหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่อกันมากขึ้น ก็จะช่วยลดอุปสรรคในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนลงไปได้มาก

#### 4.9 ปัญหาบทบาทสหประชาชาติในการป้องกันและปราบปรามการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

มาตรา 8 บัญญัติให้รัฐภาคีสามารถร้องขอต่อองค์การที่มีอำนาจของสหประชาชาติให้มีการปฏิบัติการอย่างหนึ่งอย่างใดในการป้องกันและปราบปรามการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เพื่อป้องกันมิให้ปัญหาลุกลามใหญ่โต การที่รัฐภาคีสามารถร้องขอต่อองค์การของสหประชาชาติได้ หมายความว่า รัฐจะเสนอเรื่องราวไปยังองค์กรใดของสหประชาชาติที่มีความสามารถก็ได้ รวมทั้งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ

ในทางปฏิบัติแล้ว เป็นที่เห็นได้ชัดว่าองค์การที่มีบทบาทในการสอบสวน และบังคับใช้มาตรการบีบบังคับเพื่อคลี่คลายปัญหาการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์อย่างได้รวดเร็วและสัมฤทธิ์ผลมากที่สุด น่าจะเป็นคณะมนตรีความมั่นคง อย่างไรก็ตาม ปัญหาในการดำเนินงานของคณะมนตรีความมั่นคงประการหนึ่ง ได้แก่ ข้อพิจารณาที่ว่า การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นการคุกคามสันติภาพและความมั่นคงของโลกหรือไม่ เพราะในบางกรณีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ก็มิได้เป็นการ

คุกคามต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเสมอไป จำเป็นที่จะต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป หากการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ไม่ได้คุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงของโลกแล้ว คณะมนตรีความมั่นคงและมวลสมาชิกของสหประชาชาติก็ย่อมไม่มีอำนาจตามกฎหมายสหประชาชาติในการแทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่น การที่สหประชาชาติใช้อำนาจตามมาตรานี้เข้าแทรกแซงกิจการภายในของรัฐหนึ่ง จะเป็นการขัดต่อกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 2(7) ที่ห้ามการแทรกแซงกิจการภายในหรือไม่ บทบัญญัติในมาตรา 8 ดังกล่าวถือเป็นการขยายอำนาจของสหประชาชาติหรือไม่ ซึ่งประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้นักเขียนเห็นว่ามาตรา 8 มิได้เป็นการขยายความกฎบัตรสหประชาชาติแต่ประการใด เนื่องจากในมาตรา 8 บัญญัติให้การปฏิบัติการใดๆ ยังต้องอยู่ภายใต้หลักการและข้อจำกัดแห่งกฎบัตรสหประชาชาติอยู่

นอกจากนี้ การที่ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ตกอยู่ในอำนาจของสหประชาชาติ ก็จะทำให้ตกอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของคณะมนตรีความมั่นคง ซึ่งมีอำนาจยับยั้ง (veto) ได้ด้วย ทำให้การดำเนินการป้องกันและปราบปรามการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์อาจไม่มีประสิทธิภาพตามที่มุ่งหวัง เนื่องจากเป็นเรื่องของเจตจำนงทางการเมือง (political will) ของรัฐมหาอำนาจที่จะให้เป็นไปในทิศทางตามที่ตนต้องการ เพื่อให้สอดคล้องกับผลประโยชน์ของตนให้มากที่สุด

#### 4.10 ปัญหาการระงับข้อพิพาท การตีความ การบังคับใช้อनुสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

ถึงแม้ว่าอนุสัญญาการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ มาตรา 9 จะบัญญัติให้รัฐภาคีอาจเสนอข้อพิพาทของตนอันเกี่ยวกับการบังคับใช้ การตีความ การให้รัฐหนึ่งรัฐใดรับผิดชอบต่อการกระทำอันเป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (state responsibility) ต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ และแม้บทบัญญัติในธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศข้อ 36(1) จะกำหนดให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือคดีทุกคดีที่คู่กรณีเสนอได้ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติอาจเกิดปัญหาในกรณีที่รัฐภาคีอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์บางประเทศไม่ยอมรับอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศหรือเพิกถอนการยอมรับอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ รวมถึงการที่บางประเทศได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นี้โดยตั้งเงื่อนไขในข้อ 9 นี้ด้วยจึงจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไป ตลอดจน ปัญหาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเองที่ไม่มีกลไกในการบังคับคดี (enforcement power) ภายหลังจากพิพากษาอีกด้วย

#### 4.11 ปัญหาการตั้งเงื่อนไขในอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

ปัญหาการตั้งเงื่อนไขในสนธิสัญญาพหุภาคีเป็นอุปสรรคประการหนึ่งที่ทำให้การบังคับใช้อนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ไม่อาจจะกระทำได้อย่างเต็มที่ เนื่องจากรัฐภาคีอาจตั้งเงื่อนไขในอนุสัญญาได้เพื่อประโยชน์แห่งรัฐของตน

โดยทั่วไป รัฐอาจตั้งเงื่อนไขสำคัญในรูปของการตั้งข้อสงวน (reservation) หรือการทำความเข้าใจ (understanding)

อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 มาตรา 2 วรรค 1(ง) นิยามความหมายของข้อสงวนว่าหมายถึง "ถ้อยแถลงฝ่ายเดียวไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไรก็ตาม ซึ่งรัฐหนึ่งกระทำขณะที่มีการลงนามให้สัตยาบันยอมรับหรือรับรองหรือทำภาคยานุวัติสนธิสัญญา โดยถ้อยแถลงนี้แสดงว่าต้องการระงับหรือเปลี่ยนแปลงผลทางกฎหมายของบทบัญญัติบางอย่างของสนธิสัญญาในส่วนที่ใช้กับรัฐนั้น" โดยหลักการแล้วรัฐจะตั้งข้อสงวนได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากรัฐภาคีอื่นๆ แต่อาจมีข้อยกเว้นได้ในกรณีที่สนธิสัญญากำหนดให้ตั้งข้อสงวนเช่นนั้นได้

ส่วนความเข้าใจ (understanding) นั้นอาจกระทำได้ในกรณีที่สนธิสัญญามีลักษณะคลุมเครือ รัฐอาจเขียนข้อความขยายบทบัญญัติไว้ เป็นการตีความล่วงหน้า การทำความเข้าใจมักกระทำเป็นลายลักษณ์อักษรผนวกไว้กับการทำสัตยาบันของรัฐที่แสดงความเข้าใจนั้น<sup>176</sup>

นอกจากนี้ รัฐอาจวางเงื่อนไขในสนธิสัญญาได้ในรูปแบบของการประกาศให้ทราบ (declaration) หรือข้อชี้แจง (clarification)<sup>177</sup>

คณะกรรมการความสัมพันธ์ระหว่างประเทศแห่งสภาซีเนท (The Senate Committee on Foreign Relations) ได้เสนอแนะต่อสภาซีเนทให้สหรัฐอเมริกาให้สัตยาบันอนุสัญญาฆ่าล้าง

<sup>176</sup> มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารวรรณคดีจากกฎหมายระหว่างประเทศ หน้าที่ 1-6, (นนทบุรี : ฝ่ายการพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, พิมพ์ครั้งที่ 8 พ.ศ. 2533), หน้า 261

<sup>177</sup> นพนิธิ สุริยะ, Lecture Notes 1 กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2 (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2537), หน้า 97

เผ่าพันธุ์โดยให้ทำความเข้าใจ (understanding) 3 ประการและประกาศให้ทราบ (declaration) อีก 1 ประการ ดังนี้<sup>178</sup>

1. รัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกาเข้าใจและตีความด้วยคำว่า "intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnic, racial, or religious group as such" ที่ปรากฏในมาตรา 2 ว่าหมายถึง เจตนาที่จะทำลายกลุ่มชาติ กลุ่มเชื้อชาติ กลุ่มสีผิว หรือกลุ่มศาสนา ด้วยการกระทำที่ระบุไว้ใน มาตรา 2 ด้วยพฤติการณ์ที่จะส่งผลกระทบต่อส่วนอันเป็นสาระสำคัญของกลุ่มที่กล่าวถึง (The United States Government understands and construes the words "intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnic, racial, or religious group as such" appearing in Article II, to mean the intent to destroy a national, ethnic, racial, or religious group by the acts specified in Article II in such manner as to affect a substantial part of the group concerned.)<sup>179</sup>

2. รัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกาเข้าใจและตีความคำว่า "mental harm" ที่ปรากฏในมาตรา 2 (ข) ของอนุสัญญานี้ว่า หมายถึง ความเสียหายต่อความสามารถทางจิตใจอย่างถาวร (The United States Government understands and construes the words "mental harm" appearing in Article II (b) of this Convention to mean permanent impairment of mental faculties.)

3. รัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกาเข้าใจและตีความมาตรา 6 แห่งอนุสัญญาตามด้วยคำที่ได้ตกลงกันแล้วของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติว่าไม่มีบทบัญญัติใดในมาตรา 6 ที่จะกระทบถึงสิทธิของรัฐใดที่จะดำเนินคดีคนชาติของตนที่ได้กระทำความผิดนอกรัฐต่อ

---

<sup>178</sup> Bunyan Bryant, "The United States and the 1948 Genocide Convention". *Harvard International Law Journal* 16 (1975): 686-696.

<sup>179</sup> *Ibid.* สหรัฐอเมริกาตีความอนุสัญญาตามความเข้าใจที่ 1 นี้เพื่อปกป้องมิให้การฆ่าชาวเวียดนามของทหารสหรัฐอเมริกาในสงครามอินโดจีนเป็นความผิดตามอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์.

ศาลภายในของตน (That the United States Government understands and construes Article VI of the Convention in accordance with the agreed language of the Legal Committee of the U.N. General Assembly that nothing in the Article VI shall affect the right of any state to bring to trial before its own tribunals any of its nationals for acts committed outside the state.)

4. รัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกาประกาศว่าสหรัฐอเมริกาจะไม่ทำการส่งมอบเอกสารการให้สัตยาบันของสหรัฐอเมริกาจนกว่าจะมีการตรากฎหมายอนุวัติการตามมาตรา 5 แล้ว (That the United States Government declares that it will not deposit its instrument of ratification until after the implementing legislation referred to in Article V have been enacted.)"

ประเด็นการตั้งเงื่อนไขในอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เคยมีความเห็นแนะนำ (advisory opinion) ใน *Reservation to the Genocide Convention* ว่า :

"การที่รัฐซึ่งได้ทำหรือสงวนไว้ซึ่งข้อสงวนซึ่งได้รับการคัดค้านจากรัฐหนึ่งหรือหลายรัฐแต่มิได้ถูกคัดค้านจากรัฐอื่น ถือได้ว่ารัฐนั้นสามารถเป็นภาคีของอนุสัญญาได้ ถ้าการตั้งข้อสงวนนั้นสอดคล้องกับวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญา หากไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญานั้น ก็ไม่สามารถถือได้ว่ารัฐนั้นเป็นภาคีในอนุสัญญาได้ ( that a State which has made and maintained a reservation which has been objected to by one or more of the parties to the Convention but not by others, can be regarded as being a party to the Convention if the reservation is compatible with the object and purpose of the Convention; otherwise, that State cannot be regarded as being a party



แนวคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศดังกล่าวได้รับการยอมรับในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 มาตรา 19 (ค) ว่า รัฐไม่อาจตั้งข้อสงวนได้หากข้อสงวนนั้นไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญา

ย้อนกลับมาพิจารณาความเข้าใจของสหรัฐอเมริกาในความเข้าใจที่ 2 ที่ตีความว่า "mental harm" หมายถึงความเสียหายต่อความสามารถทางจิตใจอย่างถาวรนั้น จะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์คงจะไม่ได้หมายความถึงขนาดต้องเป็นความเสียหายต่อความสามารถทางจิตใจอย่างถาวร การตีความเช่นนี้ของสหรัฐอเมริกา น่าจะไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

ในส่วนของความเข้าใจที่ 3 ที่เข้าใจว่าไม่มีบทบัญญัติใดในมาตรา 6 ที่จะกระทบถึงสิทธิของรัฐใดที่จะดำเนินคดีคนชาติของตนที่ได้กระทำความผิดนอกรัฐต่อศาลภายในของตน การตีความเช่นนี้แสดงให้เห็นว่าสหรัฐอเมริกาประสงค์ที่จะเน้น national jurisdiction โดยประสงค์ที่จะสงวนสิทธิในการดำเนินคดีกับคนชาติของตนและปฏิเสธที่จะส่งผู้ร้ายที่เป็นคนชาติของตนข้ามแดน (extradite) ไปยังศาลของรัฐอื่นหรือศาลอาญาระหว่างประเทศ การตีความเช่นนี้น่าจะขัดกับวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ มาตรา 6 ที่ต้องการเน้น national jurisdiction และ universal jurisdiction เช่นเดียวกัน

#### 4.12 ปัญหาเกี่ยวกับโทษที่จะใช้ลงแก่ผู้กระทำความผิด

อนุสัญญานี้ไม่ได้ระบุถึงโทษที่จะใช้ลงแก่ผู้กระทำความผิด ซึ่งตามหลักกฎหมายอาญาโดยทั่วไป การกระทำที่จะต้องได้รับโทษนั้น จะต้องมิกฎหมายบัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิดและกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดด้วย

<sup>180</sup> Ibid. แนวคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนี้แตกต่างจากแนวคำวินิจฉัยของสันนิบาตชาติ (League of Nations) ที่เห็นว่าการตั้งข้อสงวนเป็นการตั้งข้อเสนอมานใหม่ (counter-offer) ถ้าข้อสงวนนั้นไม่ได้รับการยอมรับจากรัฐภาคีทุกรัฐ การให้สัตยาบันจะไม่มีผลบังคับและไม่ถือว่ารัฐที่ตั้งข้อสงวนนั้นเป็นภาคีในสนธิสัญญานั้น

ผู้เขียนเห็นว่า ข้อพิจารณาเกี่ยวกับโทษที่จะใช้ลงกับผู้กระทำความผิดเป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อนมาก จำจะต้องพิจารณาอย่างรอบคอบทั้งทางด้านอาชญาทัศนวิทยาและด้านสิทธิมนุษยชน รวมทั้งการยอมรับจากนานาชาติด้วย ทั้งนี้เนื่องจาก โทษที่อ่อนเกินไปย่อมไม่มีผลเป็นการป้องปรามการกระทำความผิด โทษที่หนักเกินไป เช่น โทษประหารชีวิต ก็อาจขัดกับหลักสิทธิมนุษยชนของบางประเทศจนอาจไม่ได้รับการยอมรับ และจะส่งผลกระทบไปถึงการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้

ในการพิจารณาความผิดของอาชญากรรมสงครามที่ศาลนูเรมเบิร์กและศาลโตเกียวเวลานั้น มีการลงโทษประหารชีวิตด้วยการแขวนคอและโทษจำคุก แต่ตามธรรมนูญศาลยูโกสลาเวียและศาลระวันดา โทษที่จะใช้ลงแก่ผู้กระทำความผิด ได้แก่ โทษจำคุกและโทษปรับ โดยไม่มีโทษประหารชีวิตแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี เนื่องจากความผิดฐานนี้เป็นความผิดที่จรรยาบรรณมาก ดังนั้น หากจะกำหนดโทษถึงขั้นจำคุกตลอดชีวิต (life imprisonment) ก็น่าจะเป็นทางออกในลักษณะที่ประนีประนอมระหว่างฝ่ายที่ยอมรับโทษประหารชีวิตกับฝ่ายที่ไม่ยอมรับโทษประหารชีวิต

#### 4.13 ปัญหาการพิสูจน์ความผิด

การกระทำการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์บางรูปแบบ เช่น การข่มขืนกระทำชำเราหญิงมุสลิมในบอสเนียจำนวนกว่า 20,000 คน ก่อให้เกิดปัญหาการพิสูจน์การกระทำอันเป็นองค์ประกอบในการกระทำความผิดได้ เช่น พยานหลักฐานต่างๆ ชื่อผู้ลงมือข่มขืนกระทำชำเราซึ่งคงต้องมีเป็นจำนวนมากเช่นกัน ตลอดจนวัน เวลาของการกระทำความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในช่วงที่เกิดการรบราฆ่าฟันกันนั้น พยานหลักฐานต่างๆ จะถูกทำลายลงไปอย่างมาก และหากความผิดดังกล่าวมิได้รับการสอบสวนในเวลาที่ไม่ยาวนานเกินไปนัก พยานบุคคลก็อาจจะหาไม่พบหรือไม่สามารถจดจำรายละเอียดของเหตุการณ์และผู้ที่เกี่ยวข้องได้อย่างถูกต้อง

จากที่ได้กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นนี้ เป็นเพียงปัญหากฎหมายเกี่ยวกับอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งเป็นปัญหากฎหมายด้านสารบัญญัติ ยังมีปัญหากฎหมายวิธีสบัญญัติ คือ ปัญหาการดำเนินคดีฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในศาลอาญาระหว่างประเทศที่สมควรจะต้องวิเคราะห์ในส่วนต่อไปดังต่อไปนี้

## ข. ปัญหากฎหมายวิธีสบัญญัติ

### 1. การดำเนินคดีของศาลยูโกสลาเวีย

คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้มีข้อมติที่ 827 ให้จัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia : ICTY) ขึ้น โดยอาศัยอำนาจคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ หมวด 7 มีเขตอำนาจศาล (jurisdiction) จำกัดเฉพาะในดินแดน (territorial jurisdiction) 5 รัฐ คือ บอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา, โครเอเชีย, มาเซโดเนีย, สโลเวเนีย และดินแดนยูโกสลาเวียในปัจจุบัน และในอาชญากรรมที่เกิดขึ้นช่วงเวลาตั้งแต่ 1 มกราคม ค.ศ. 1991 เป็นต้นมา (temporal jurisdiction) เท่านั้น

โครงสร้างของศาลจะประกอบด้วย 3 องค์กรหลัก คือ

1. คณะผู้พิพากษา (Chambers) ซึ่งจะประกอบด้วย คณะผู้พิพากษา (Trial Chambers) 2 คณะๆ ละ 3 คนและคณะผู้พิพากษาอุทธรณ์ (Appeals Chamber) 1 คณะ จำนวน 5 คน

2. อัยการ (Prosecutor) ซึ่งจะทำหน้าที่สอบสวนข้อกล่าวหาและเตรียมคำฟ้อง

3. เจ้าหน้าที่สารบรรณ (Registry) ซึ่งจะทำหน้าที่ช่วยเหลือคณะผู้พิพากษาและอัยการ และทำหน้าที่ด้านการบริหารงานต่างๆ เช่น การจัดทำคำร้องขอต่อรัฐเพื่อขอข้อมูลระบุตัวบุคคลที่กระทำความผิด (identification of the accused) รวมทั้งการขอให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนอีกด้วย ดังนั้น การปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่สารบรรณจึงต้องคำนึงถึงข้อกล่าวหาของอัยการ ความร่วมมือของรัฐที่เกี่ยวข้อง<sup>181</sup> และมาตรการตอบโต้ (sanction) ของคณะมนตรีแห่งสหประชาชาติด้วย<sup>182</sup>

วิธีพิจารณาความของศาลยูโกสลาเวียจะใช้เขตอำนาจร่วมกัน (concurrent jurisdiction) กับรัฐต่างๆ ที่แยกตัวออกมาจากอดีตยูโกสลาเวีย กล่าวคือ ในขณะที่ศาลภายในรัฐต่างๆ กำลังพิจารณาความผิดของผู้กระทำความผิดนั้น ศาลยูโกสลาเวียอำนาจที่จะประกาศให้การดำเนินคดี

<sup>181</sup> ปรกติมาตรา 29 ของธรรมนูญศาลยูโกสลาเวียในภาคผนวก

<sup>182</sup> Karl Arthur Hochkammer, "The Yugoslav War Crime Tribunal : The Compatibility of Peace, Politic and International Law", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 28 (1995) : 147-164

ภายในของรัฐเป็นโมฆะและสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาขึ้นใหม่ได้<sup>183</sup> และในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดนั้น ศาลจะต้องได้ตัวผู้กระทำความผิดมาขึ้นศาล ทั้งนี้เพราะมาตรา 210 ห้ามมิให้มีการพิจารณาคดีโดยลับหลัง (*in absentia*) และในการพิจารณาจะต้องเคารพสิทธิของจำเลยอย่างเต็มที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR)

ศาลมีเขตอำนาจที่จะสามารถพิจารณาคดี (subject matter jurisdiction) ตามที่ระบุใน Geneva Convention of 1949, Hague Convention on the Laws and Customs of War, อนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามที่ระบุใน Charter of the International Military Tribunal

## 2. การดำเนินคดีของศาลรวันดา

วันที่ 8 พฤศจิกายน ค.ศ. 1994 คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายระหว่างประเทศหมวดที่ 7 จัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา (International Criminal Tribunal for Rwanda : ICTR) ขึ้นเพื่อพิจารณาคดีบุคคลที่ต้องรับผิดชอบในการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในดินแดนรวันดาและประเทศข้างเคียงในช่วงวันที่ 1 มกราคมถึง 31 ธันวาคม ค.ศ. 1994 (temporal jurisdiction)<sup>184</sup>

ศาลรวันดาที่จัดตั้งขึ้นมีลักษณะคล้ายคลึงกับศาลยูโกสลาเวีย แต่แตกต่างจากศาลยูโกสลาเวียตรงที่เขตอำนาจของศาลรวันดาจะเป็นทั้งเขตอำนาจเหนือดินแดน (territorial jurisdiction) และเขตอำนาจเหนือบุคคลชาวรวันดา (personal jurisdiction) ที่ก่อเหตุฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในดินแดนของรัฐข้างเคียงอีกด้วย

## 3. ปัญหาการดำเนินคดีฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

ปัญหาการดำเนินคดีฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ทั้งในศาลยูโกสลาเวียและศาลรวันดาพอสรุปได้ดังนี้

<sup>183</sup> โปรดดูมาตรา 9 ของธรรมนูญศาลยูโกสลาเวียในภาคผนวก เหตุผลก็เพื่อหลีกเลี่ยง double jeopardy หรือ *non bis in idem*

<sup>184</sup> William A. Schabas, "Justice, Democracy, and impunity in Post-Genocide Rwanda : Searching for Solution to Impossible Problems", *Criminal Law Forum* 7 (1996) :

1. ปัญหาความล่าช้าในการดำเนินการ ศาลยูโกสลาเวียได้รับการจัดตั้งขึ้นตั้งแต่วันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ.1993 แต่การดำเนินงานแต่งตั้งอัยการเพิ่งจะได้เริ่มต้นขึ้นในเดือนตุลาคม 1993 ซึ่งต่อมาก็ได้มีการลาออกของอัยการที่ได้รับการแต่งตั้งและได้มีการแต่งตั้งอัยการคนใหม่ในเดือนกรกฎาคม ค.ศ.1994 ในส่วนของศาลรวันดาซึ่งได้มีการจัดตั้งศาลขึ้นเมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน ค.ศ. 1994 แต่การดำเนินการแต่งตั้งคณะทำงานของศาลทั้งหมดเสร็จสิ้นในราวกลางปี ค.ศ. 1995<sup>185</sup>
2. ปัญหาด้านการเงินที่จะใช้ในการดำเนินงาน<sup>186</sup>
3. ปัญหาการขอความร่วมมือในการจับกุมและควบคุมตัวผู้ต้องหาในเขตอำนาจของรัฐ ทั้งๆ ที่รู้ตัวผู้กระทำผิด แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐก็ไม่สามารถจับตัวมาดำเนินคดีได้<sup>187</sup> ปัญหานี้ทำให้ศาลไม่อาจดำเนินการใดๆ ได้เพราะศาลไม่สามารถดำเนินคดีลับหลังจำเลย
4. ปัญหาการคุ้มครองพยาน (witness protection) โดยเฉพาะอย่างยิ่งพยานที่เป็นผู้หญิงที่ถูกรุกรานทางเพศ ทั้งศาลยูโกสลาเวียและศาลรวันดามีหน่วยงานที่ดูแลงานด้านการคุ้มครองพยานที่เล็กมากและต้องอาศัยความร่วมมือจากรัฐ ในการให้ความคุ้มครองพยานที่เสี่ยงต่อการถูกปองร้ายและการแก้แค้น ดังนั้น พยานหลายคนที่มาให้การต่อศาลรวันดาจึงถูกสังหารชีวิตไปแล้ว<sup>188</sup>
5. ปัญหาการสอบสวนผู้กระทำผิดซึ่งมีเป็นจำนวนมากและต้องดำเนินการอย่างรวดเร็ว<sup>189</sup>
6. ปัญหาการหาสถานที่ควบคุมตัวผู้กระทำผิดที่มีเป็นจำนวนมากและปัญหาความร่วมมือจากรัฐที่เกี่ยวข้องในการควบคุมตัวผู้กระทำผิด<sup>190</sup>

<sup>185</sup> Thomas S. Warrick, "Organization of the International Criminal Court : Administrative and Financial Issues", *Denver Journal of International Law & Policy* 25 ( Winter 1997) : 333.

<sup>186</sup> Ibid.

<sup>187</sup> Ibid.

<sup>188</sup> Ibid.

<sup>189</sup> Ibid.

<sup>190</sup> Ibid.

7. ปัญหาโทษที่จะใช้ลงแก่ผู้กระทำความผิด. ธรรมเนียมศาลทั้งของศาลยูโกสลาเวียและศาลวันดาไม่มีการลงโทษประหารชีวิต มีเพียงโทษจำคุกตลอดชีวิตเป็นโทษสูงสุด แต่ศาลอาญาภายในของรัฐ เช่น ศาลอาญาของวันดาซึ่งมีเขตอำนาจร่วมกับศาลวันดาต้องการที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดถึงประหารชีวิตซึ่งจะมีผู้กระทำความผิดที่ต้องถูกประหารชีวิตนับหมื่นคน<sup>191</sup>

ถึงแม้ศาลยูโกสลาเวียและศาลวันดาจะมีปัญหาในการดำเนินงานอย่างไรก็ตาม ก็ยังเป็นที่ยังคงอย่างยิ่งว่าความสำเร็จในการดำเนินคดีของศาลยูโกสลาเวียและศาลวันดาจะมีส่วนสำคัญอย่างยิ่งต่อการพัฒนาหลักกฎหมายด้านมนุษยธรรมระหว่างประเทศและจะเป็นการพัฒนาให้ก้าวไปสู่การจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศถาวรต่อไป

จากการที่ได้วิเคราะห์ประเด็นปัญหาทั้งหลายของการบังคับใช้อนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ดังที่ได้กล่าวมาแล้วนี้ จะเห็นได้ว่าแม้อนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์จะมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองมวลมนุษยชาติให้รอดพ้นจากการถูกฆ่าล้างเผ่าพันธุ์และมีเจตนารมณ์ในการลงโทษผู้กระทำการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ เพื่อให้เกิดผลเป็นการยับยั้งมิให้มีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นอีกก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติแล้ว อนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ฉบับนี้กลับมีข้อบกพร่องและมีช่องว่างมากมายประการทั้งด้านสารบัญญัติและวิธีบัญญัติ ทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถอาศัยช่องว่างเหล่านี้รอดพ้นจากการลงโทษได้ เช่น ข้ออ้างที่ว่าการกระทำของตนเป็นการฆ่ากลุ่มการเมือง มิใช่กลุ่มเชื้อชาติ ผิพรรณหรือศาสนาที่อนุสัญญานี้คุ้มครองอยู่ เป็นต้น นอกจากนี้กลไก (mechanism) ตามที่อนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ได้ให้ไว้ใน การนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ได้แก่ การส่งผู้ร้ายข้ามแดน การแทรกแซงโดยสหประชาชาติยังไม่อาจกระทำได้อย่างมีประสิทธิภาพเนื่องจากมีข้อจำกัดอันเนื่องมาจากหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐและหลักการไม่แทรกแซง (non-intervention) ยิ่งกว่านั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศตามทีอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์กำหนดไว้ให้มีอำนาจในการพิจารณาคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดก็ยังไม่มีการจัดตั้งขึ้นจนถึงปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม แม้อนุสัญญาฉบับนี้ฉบับนี้จะมีปัญหาที่ไม่สามารถแก้ไขได้โดยง่ายก็ตาม อนุสัญญาฉบับนี้ก็มิผลเป็นการก่อตั้งหลักความรับผิดชอบส่วนบุคคล (individual responsibility) และขยายหลักการไม่แทรกแซง และหลัก universal jurisdiction ได้อย่างไม่เคยปรากฏมาก่อนในอดีต

<sup>191</sup> Ibid.