



แนวความคิด, กฎหมาย และวิวัฒนาการ
เกี่ยวกับอาชญากรรมสงคราม

จากการที่อาชญากรรมสงครามจะมีขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีสงครามเกิดขึ้น ดังนั้นก่อนที่จะได้มีการวิเคราะห์ถึงกฎหมายที่ใช้บังคับกับอาชญากรรมสงคราม และวิวัฒนาการของแนวความคิดเกี่ยวกับอาชญากรรมสงครามนั้น จะต้องวิเคราะห์ถึงแนวความคิดเกี่ยวกับสงครามตามกฎหมายระหว่างประเทศก่อนว่า คำว่า "สงคราม" (war) มีคำจำกัดความว่าอย่างไร มีวิวัฒนาการและมีรูปแบบอย่างไร รวมทั้งแตกต่างจากคำว่า "การพิพาทกันด้วยอาวุธ" (armed conflict) อย่างไร

แนวความคิดเกี่ยวกับสงครามตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ

ในหัวข้อนี้จะได้แบ่งการศึกษาออกเป็น 4 ประเด็นด้วยกันคือ

1. ความหมายของคำว่า "สงคราม" (war)
2. วิวัฒนาการและรูปแบบของสงคราม
3. การเริ่มต้นและสิ้นสุดของสงคราม
4. ความแตกต่างระหว่างสงคราม (war) กับการพิพาทกันด้วยอาวุธ (armed conflict)

1. ความหมายของคำว่า "สงคราม" (war)

สำหรับความหมายของคำว่า "สงคราม" (war) นั้นได้มีนักนิติศาสตร์ และนักรัฐศาสตร์ หลายคนได้ให้คำนิยามไว้ดังนี้

(1) Oppenheim นักกฎหมายระหว่างประเทศชาวอังกฤษ ได้ให้คำนิยามไว้ว่า สงครามเป็นการต่อสู้ด้วยกำลังกองทัพระหว่างรัฐสองรัฐหรือหลายรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะมีอำนาจเหนืออีกฝ่ายหนึ่งและกำหนดเงื่อนไขแห่งสันติภาพตามแต่ผู้ชนะจะพึงพอใจ¹

(2) นักคิดชาวยุโรปอีกหลายท่าน เช่น Vattel, Phillimore, Twiss, Bluntschli และ Bulmorincq ได้พยายามรวบรวมแนวความคิดเกี่ยวกับสงครามว่า สงครามหมายถึง มาตรการเบียดเบียนโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อจะทำให้รัฐหนึ่งได้รับความพึงพอใจ เมื่อถูกอีกรัฐหนึ่งละเมิดอธิปไตย²

(3) ความเห็นของนักนิติศาสตร์อีกท่านหนึ่ง คือ Mc.Nair ซึ่งรวบรวมจากแนวคิด และนิยามต่าง ๆ ได้ให้คำจำกัดความไว้ว่า สงคราม คือการต่อสู้ขัดขวางกันอย่างรุนแรง โดยใช้กำลังกองทัพ³

(4) Professor Yoram Dinstein แห่ง Tel Aviv University ได้ให้คำนิยามไว้ว่า สงคราม คือปฏิกิริยาตอบโต้ที่เป็นศัตรูกันระหว่างรัฐสองรัฐ หรือหลายรัฐ ไม่ว่าจะในนัยทางเทคนิค (technical sense) หรือนัยทางเนื้อหาสาระ (material sense) สงครามในนัยทางเทคนิค คือสถานะอย่างเป็นทางการที่เกิดขึ้นจากการประกาศสงคราม (declaration of war) ส่วนสงครามในนัยทางเนื้อหาสาระ (material sense) เกิดจากการใช้กำลังกองทัพอย่างแท้จริง ซึ่งอย่างน้อยอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องรับรู้ถึงการกระทำนั้น⁴

¹ H. Lauterpacht, Oppenheim's international laws, Vol. II, 7th ed. (London: Longman, 1952), p. 202.

² Ibid., pp. 202-203.

³ Ibid.

⁴ Yoram Dinstein, War aggression and self - defence (Cambridge : Grotius Publications Limited, 1988), p. 18.

(5) อาจารย์ สุเทพ อัดถากร ได้ให้คำนิยามอย่างกว้าง ๆ ไว้ว่า สงคราม คือการใช้กำลังและอาวุธเข้าต่อสู้กันระหว่างชาติ หรือสภาวะการณ์ตามกฎหมายเกี่ยวกับการใช้กำลังอาวุธประจัญหน้ากันระหว่างรัฐต่าง ๆ ⁵

จากคำจำกัดความของสงครามตามที่ได้กล่าวมาทั้งหมดนี้ พอจะแยกลักษณะของสงครามได้เป็น 4 ประการ ดังนี้

- 1) สงครามจะต้องเป็นการต่อสู้กันโดยใช้กำลังกองทัพ
- 2) การต่อสู้ต้องเป็นการต่อสู้ระหว่างรัฐอย่างน้อย 2 รัฐขึ้นไป ดังนั้น การสู้รบระหว่างรัฐที่ปกครองอาณานิคมกับรัฐที่ถูกปกครอง หรือการสู้รบระหว่างสหพันธรัฐ (Federal State) กับรัฐสมาชิกของสหพันธรัฐ (Member-State of Federal State) ระหว่างสมาชิกของสหพันธรัฐเองก็เป็นสงครามเช่นกัน เนื่องจากรัฐเหล่านี้มีสภาพบุคคล ⁶
- 3) สงครามจะต้องเป็นการกระทำสองฝ่าย โดยการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่แสดงถึงความเป็นศัตรูระหว่างกัน ดังนั้นการใช้กำลังของรัฐหนึ่งต่ออีกรัฐหนึ่งแต่เพียงฝ่ายเดียวโดยไม่มีการประกาศสงครามล่วงหน้าอาจเป็นสาเหตุของการเกิดสงครามได้ แต่ก็มีได้เป็นสงครามในตัวของมันเอง ตราบเท่าที่การกระทำนั้นยังไม่ได้รับการตอบโต้ในลักษณะเดียวกันจากอีกฝ่ายหนึ่งหรืออย่างน้อยที่สุดก็โดยการประกาศของอีกฝ่ายหนึ่งว่า ตนพิจารณาว่าการกระทำเหล่านั้นเป็นการกระทำสงคราม ⁷
- 4) จุดมุ่งหมายของรัฐที่กระทำสงคราม คือผลประโยชน์ของชาติ ⁸

⁵ สุเทพ อัดถากร, กฎหมายระหว่างประเทศ กับ การเมืองระหว่างประเทศ พฤติกรรมและเอกสาร, เล่ม 2 : ภาควิชาการศึกษาด้านกฎหมาย (กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิชย์ จำกัด, 2516), หน้า 468.

⁶ H. Lauterpacht, op. cit., pp. 204, 209.

⁷ H. Lauterpacht, op. cit., pp. 202-203.

⁸ กรันต์ ชนุเทพ, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2528), หน้า 260.

(5) อาจารย์ สุเทพ อรรถากร ได้ให้คำนิยามอย่างกว้าง ๆ ไว้ว่า สงคราม คือการใช้กำลังและอาวุธเข้าต่อสู้กันระหว่างชาติ หรือสภาวะการณ์ตามกฎหมายเกี่ยวกับการใช้กำลังอาวุธประจัญหน้ากันระหว่างรัฐต่าง ๆ ⁵

จากคำจำกัดความของสงครามตามที่ได้กล่าวมาทั้งหมดนี้ พอจะแยกลักษณะของสงครามได้เป็น 4 ประการ ดังนี้

- 1) สงครามจะต้องเป็นการต่อสู้กันโดยใช้กำลังกองทัพ
- 2) การต่อสู้ต้องเป็นการต่อสู้ระหว่างรัฐอย่างน้อย 2 รัฐขึ้นไป ดังนั้น การสู้รบระหว่างรัฐที่ปกครองอาณานิคมกับรัฐที่ถูกปกครอง หรือการสู้รบระหว่างสหพันธรัฐ (Federal State) กับรัฐสมาชิกของสหพันธรัฐ (Member-State of Federal State) ระหว่างสมาชิกของสหพันธรัฐเองก็เป็นสงครามเช่นกัน เนื่องจากรัฐเหล่านี้มีสภาพบุคคล ⁶
- 3) สงครามจะต้องเป็นการกระทำสองฝ่าย โดยการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่แสดงถึงความเป็นศัตรูระหว่างกัน ดังนั้นการใช้กำลังของรัฐหนึ่งต่ออีกรัฐหนึ่งแต่เพียงฝ่ายเดียวโดยไม่มีการประกาศสงครามล่วงหน้าอาจเป็นสาเหตุของการเกิดสงครามได้ แต่ก็มีได้เป็นสงครามในตัวของมันเอง ตราบเท่าที่การกระทำนั้นยังไม่ได้รับการตอบโต้ในลักษณะเดียวกันจากอีกฝ่ายหนึ่งหรืออย่างน้อยที่สุดก็โดยการประกาศของอีกฝ่ายหนึ่งว่า ตนพิจารณาว่าการกระทำเหล่านั้นเป็นการกระทำสงคราม ⁷
- 4) จุดมุ่งหมายของรัฐที่กระทำสงคราม คือผลประโยชน์ของชาติ ⁸

⁵ สุเทพ อรรถากร, กฎหมายระหว่างประเทศ กับ การเมืองระหว่างประเทศ พฤติกรรมและเอกสาร, เล่ม 2 : ภาควิชาการศึกษาด้านกฎหมาย (กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, 2516), หน้า 468.

⁶ H. Lauterpacht, op. cit., pp. 204, 209.

⁷ H. Lauterpacht, op. cit., pp. 202-203.

⁸ กรันต์ ชนุเทพ, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2528), หน้า 260.

2. วิวัฒนาการและรูปแบบของสงคราม

ในอดีต กฎหมายระหว่างประเทศไม่มีกฎเกณฑ์ข้อบังคับเกี่ยวกับการทำสงคราม ดังนั้นความสัมพันธ์ระหว่างประเทศจึงอยู่ในลักษณะของการใช้กฎป่า (Law of the jungle) โดยรัฐต่าง ๆ มีเสรีภาพในการที่จะทำสงครามระหว่างกัน และถือว่าสิทธิในการทำสงครามเป็นสิทธิที่สำคัญหนึ่งของอำนาจอธิปไตยของรัฐ (sovereign of state) อย่างไรก็ตาม ในช่วงที่ศาสนาคริสต์มีอิทธิพลเหนือฝ่ายอาณาจักร ปรัชญาทางศาสนาคริสต์มีความเห็นว่าสงครามเป็นสิ่งที่จะต้องห้ามและจะทำสงครามได้เฉพาะมีเหตุผลที่ยุติธรรม คือสงครามป้องกันตัวและสงครามที่กระทำเพื่อโต้ตอบการที่สิทธิของตนถูกละเมิดหรือเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายเท่านั้น⁹

ต่อมาในคริสต์ศตวรรษที่ 13-14 มีนักนิติศาสตร์สองท่านในยุคนั้น คือ Saint-Thomas และ Saint-Augustin ได้ให้ความเห็นว่าเหตุผลยุติธรรมซึ่งจะทำให้สงครามเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องเป็นการทำสงครามด้วยเหตุผล 4 ประการ คือ¹⁰

- (1) เพื่อโต้ตอบการรุกรานของศัตรู
- (2) เอาทรัพย์สินที่ถูกเอาไปโดยมิชอบกลับคืน
- (3) เพื่อลงโทษการกระทำที่ไม่ยุติธรรม
- (4) เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำ

ที่มีชอบ

ครั้นมาถึงคริสต์ศตวรรษที่ 16 Grotius ก็ได้ให้ความเห็นว่าสงครามเป็นสิ่งที่จะต้องกับธรรมชาติและชีวิตในสังคมและเป็นสิทธิของรัฐที่จะทำสงครามได้ โดยสงครามที่เป็นธรรมนั้นจะต้องเป็นสงครามที่ชอบธรรมในฐานะที่เป็นการใช้กำลังต่อต้านกับความอยุติธรรม ส่วนอะไรเป็นความยุติธรรมนั้นก็ขึ้นอยู่กับกฎหมายธรรมชาติ (natural law) คือ ความสำนึกร่วมกันของมนุษย์ในความถูกต้อง และความมีเหตุผลนั่นเอง¹¹ แต่ในทางปฏิบัติแล้วเป็นการยากที่จะแยกได้

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 265.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน.

¹¹ อรุณ ภาณุพงศ์, "กฎหมายระหว่างประเทศกับปัญหาการใช้กำลัง," เอกสารประกอบการสอนวิชา กฎหมายระหว่างประเทศกับปัญหาการเมืองปัจจุบัน ระดับปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534, หน้า 3.

ว่าสงครามใดเป็นสงครามที่เป็นธรรม และสงครามใดเป็นสงครามที่ไม่เป็นธรรม เพราะรัฐที่ทำสงครามมักจะอ้างว่าการกระทำของตนเป็นสิ่งที่ถูกต้องชอบธรรมอยู่เสมอ อย่างไรก็ตาม Vattel ก็ได้เพิ่มหลักเกณฑ์ของการทำสงครามที่เป็นธรรมเข้าไปอีกว่า การทำสงครามที่เป็นธรรมจะต้องมีการปฏิบัติถูกต้องตามวิธีการทำสงคราม คือจะต้องมีการประกาศเจตนาที่จะทำศึก (animus belligerandi) หรือการประกาศสงคราม (declaration of war) ด้วย¹² ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ของการทำสงครามที่เป็นธรรมตามความคิดของ Grotius และ Vattel แล้วก็พอที่จะอนุมานได้ว่า สงครามที่ไม่เป็นธรรม (unjust war) เป็นสงครามที่ไม่ได้เกิดจากสาเหตุที่ชอบธรรม รวมถึงการทำสงครามโดยไม่มีการประกาศด้วย

จากการที่ สงครามในคริสต์ศตวรรษที่ 20 มีลักษณะเป็นสงครามเบ็ดเสร็จ (total war) ซึ่งเป็นสงครามที่ทวีความรุนแรงและส่งผลเสียหายในขอบเขตที่กว้างกว่าสงครามในยุคก่อน ทำให้รูปแบบของการทำสงคราม คือ สงครามที่เป็นธรรมและสงครามที่ไม่เป็นธรรม รวมทั้งสิทธิของรัฐในการทำสงครามตามแนวความคิดเดิมได้เปลี่ยนแปลงไป โดยเมื่อมีการก่อตั้งสันนิบาตชาติขึ้นมา กติกาของสันนิบาตชาติได้พยายามจำกัดอำนาจของรัฐในการทำสงครามลง โดยกำหนดลักษณะของสงครามที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้ ซึ่งตามความในกติกาของสันนิบาตชาติ สงครามที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายคือสงครามรุกราน สงครามที่ก่อขึ้นโดยมิได้ดำเนินการเพื่อระงับกรณีพิพาทโดยสันติก่อน สงครามที่กระทำต่อรัฐซึ่งปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการหรือของศาลและสงครามที่กระทำต่อรัฐที่ปฏิบัติตามข้อแนะนำที่ได้รับเสียงสนับสนุนโดยเอกฉันท์ของคณะมนตรีแห่งสันนิบาตชาติ ส่วนสงครามที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นโดยหลักได้แก่ สงครามที่ไม่มีข้อห้ามตามกติกาสันนิบาตชาติ รวมถึงสงครามเพื่อป้องกันสิทธิที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจเด็ดขาด (exclusive jurisdiction) และสงครามที่กระทำเพื่อป้องกันตนเอง นอกจากนี้ก็อาจมีสงครามที่กระทำต่อรัฐที่ไม่ยอมปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการหรือของศาล และกรณีที่ไม่มีการห้ามไว้เป็นอย่างอื่นด้วย¹³

12 เรื่องเดียวกัน.

13 เรื่องเดียวกัน, หน้า 5.

หลังจากที่สันนิบาตชาติได้ล่มสลายลง ก็ได้มีการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติ (The United Nations Organization) ขึ้นมา ซึ่งกฎบัตรแห่งองค์การสหประชาชาติ (United Nations Charter) ก็ได้บัญญัติเกี่ยวกับการห้ามทำสงครามไว้ในข้อ 2 วรรค 3 และ 4 ว่า

"สมาชิกทั้งหมดจะต้องระงับกรณีพิพาทระหว่างประเทศของตนโดยวิธีทางสันติในลักษณะที่จะไม่เป็นอันตรายต่อสันติภาพ และความมั่นคงระหว่างประเทศและความยุติธรรม

ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ สมาชิกทั้งปวงจักต้องละเว้นการคุกคาม หรือการใช้กำลังต่อบุระณะภาพแห่งอาณาเขต หรือเอกราชทางการเมืองของรัฐใด ๆ หรือการกระทำในลักษณะการอื่นใดที่ไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายของสหประชาชาติ"

ข้อความในข้อ 2 วรรค 4 ถือได้ว่าเป็นหัวใจของกฎบัตรและเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบัน ทั้งในฐานะกฎหมายสนธิสัญญาและกฎหมายจารีตประเพณี นอกจากนี้ยังถือว่าเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญยิ่ง (jus cogens) อีกด้วย แต่หลักในการห้ามคุกคามและห้ามการใช้กำลังนั้นมีข้อยกเว้นอยู่ในข้อ 48 และข้อ 51 ของกฎบัตรสหประชาชาติ คือ กรณีของการใช้กำลังเพื่อป้องกันตนเองและเพื่อปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะมนตรีความมั่นคง ตามลำดับ 14

อย่างไรก็ตาม จากการที่แนวความคิดเกี่ยวกับสงครามพัฒนามาจากลักษณะหรือรูปแบบของการทำสงครามตั้งแต่ในสมัยโบราณซึ่งเป็นการต่อสู้กันระหว่างรัฐสองรัฐ หรือหลายรัฐ เข้าร่วมกันทำสงคราม ต่อมาแนวความคิดของสงครามได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม โดยในปัจจุบันนักกฎหมายระหว่างประเทศยอมรับกันว่า คู่กรณีแห่งสงครามหรือฝ่ายในสงครามไม่จำเป็นต้องเป็นรัฐกับรัฐเท่านั้น ในกรณีที่มีการต่อสู้กันด้วยอาวุธภายในดินแดนของรัฐเพียงรัฐเดียวนั้น ฝ่ายในสงครามก็อาจเป็นรัฐบาลผู้ปกครองของอาณานิคม หรือประเทศที่เข้ายึดครองกับกลุ่มประชาชนหรือขบวนการปลดแอกแห่งชาติ หรือฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับนโยบายการปกครองของรัฐก็ได้ และบางครั้งคำว่าสงครามก็ใช้ในความหมายของการขัดแย้งตอบโต้กันที่มีได้เป็นการต่อสู้กันด้วยอาวุธด้วยเช่น สงครามเย็น (cold war) และสงครามจิตวิทยา เป็นต้น¹⁵ ดังนั้น จึงอาจแบ่งประเภทของสงครามได้เป็นหลาย ๆ ประเภทด้วยกัน เช่น สงครามเบ็ดเสร็จ (total war)

14 เรื่องเดียวกัน, หน้า 6-7.

15 เรื่องเดียวกัน, หน้า 8

สงครามกลางเมือง (civil war) สงครามกองโจร (guerrilla warfare) และสงครามปฏิวัติ (revolutionary war) เป็นต้น

สงครามเบ็ดเสร็จ (total war) คือการสู้รบที่กระทำกันทุกวิถีทางโดยรัฐคู่สงครามจะใช้ทรัพยากร อาวุธ และเครื่องมือทุกชนิดที่ตนมีอยู่ทุกอย่างโดยไม่มีข้อจำกัด เพื่อทำลายล้างฝ่ายตรงข้าม¹⁶

สงครามกลางเมือง (civil war) คือการที่ฝ่ายตรงข้ามกัน 2 ฝ่ายภายในรัฐได้ใช้อาวุธ เพื่อวัตถุประสงค์ของการได้มาซึ่งอำนาจภายในรัฐ หรือเมื่อประชากรส่วนใหญ่ของรัฐลุกขึ้นใช้อาวุธต่อต้านรัฐบาลที่ชอบด้วยกฎหมาย (legitimate government)¹⁷

อย่างไรก็ตาม แม้สงครามกลางเมืองจะเป็นการต่อสู้กันภายในรัฐ แต่สงครามกลางเมืองอาจกลายเป็นสงครามตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ หากมีการรับรองฝ่ายกบฏเป็นฝ่ายในสงคราม ซึ่งการรับรองอาจทำได้โดยรัฐอื่น หรือรัฐบาลที่ชอบด้วยกฎหมายที่กำลังสู้รบกับฝ่ายกบฏอยู่ก็ได้ ในส่วนของการรับรองฝ่ายกบฏให้เป็นฝ่ายในสงครามโดยรัฐอื่นนั้น สถาบันกฎหมายระหว่างประเทศได้วางหลักเกณฑ์การรับรองไว้เมื่อ ค.ศ. 1900 ว่า ฝ่ายกบฏที่จะได้รับการรับรองนั้น จะต้องประกอบด้วยลักษณะดังต่อไปนี้ คือ¹⁸

1. กลุ่มคนที่ทำการต่อสู้ยึดดินแดนบางส่วนโดยได้เนื้อที่พอสมควร
2. มีการจัดตั้งองค์การทางการเมืองบนดินแดนที่เป็นอิสระ และมีลักษณะของรัฐบาลที่ใช้อำนาจอธิปไตย
3. กระทำการต่อสู้โดยกองทัพที่มีระเบียบวินัยในนามของรัฐบาล โดยเคารพกฎเกณฑ์ในการทำสงคราม

¹⁶ สุรศักดิ์ พันธเศรษฐ, แนวสอนวิชาประวัติศาสตร์ทหาร, เล่ม 3 (กรุงเทพฯ : กองวิทยายุทธการ, 2534) หน้า 5-1.

¹⁷ H. Lauterpacht, op. cit., p. 209.

¹⁸ กรันต์ ชนุเทพ, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง, ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2528) หน้า 261-262.

อย่างไรก็ดี การรับรองฝ่ายกบฏให้เป็นฝ่ายในสงครามไม่มีผลทางกฎหมายที่จะ ทำให้ฝ่ายที่ได้รับการรับรองมีฐานะเป็นรัฐขึ้นมาได้ เพราะการรับรองเป็นแต่เพียงการเปิดโอกาส ให้กฎหมายสงครามเข้ามาบังคับใช้กับคู่สงครามได้เท่านั้น¹⁹

สงครามกองโจร (guerrilla warfare) ความจริงแล้วสงครามกองโจร ไม่ใช่ประเภทของสงคราม แต่เป็นวิธีการที่ใช้ในการสู้รบมากกว่า ซึ่งส่วนใหญ่การทำสงคราม กองโจรมักจะเป็นการต่อสู้ในดินแดนที่ถูกศัตรูยึดครอง โดยเป็นการปฏิบัติการทางทหาร หรือกึ่ง ทหาร โดยคณะบุคคลที่ถืออาวุธ ซึ่งมีใช้ส่วนหนึ่งของกองทัพ และส่วนใหญ่จะมาจากประชาชน พลเรือนในท้องถิ่นของดินแดนที่ถูกยึดครองนั่นเอง การกระทำการต่อสู้จะเป็นไปอย่างลับ ๆ และเป็นระยะ ๆ เนื่องจากกองกำลังเหล่านี้มักจะมีกำลังไม่เพียงพอที่จะต่อสู้อย่างเปิดเผยได้ อีกทั้ง การโจมตีก็มักมีความมุ่งหมาย เพื่อลด หรือทำลายประสิทธิภาพ และขีดความสามารถในการทำ สงครามของฝ่ายตรงข้าม ทำลายเสถียรภาพทางการเมือง และเศรษฐกิจของข้าศึก จนถึงการ ล้มล้างรัฐบาลของประเทศนั้นอีกด้วย

สงครามปฏิวัติ (revolutionary war) หมายถึงสงครามที่มีวัตถุประสงค์ ล้มล้างรัฐบาลที่มีอยู่ สงครามปฏิวัติส่วนใหญ่ก็มีแนวความคิดทางด้าน Marxist-Leninist สนับสนุน²⁰

3. การเริ่มต้น และการสิ้นสุดของสงคราม

โดยปกติสงครามจะถือว่าเริ่มต้นเมื่อมีการประกาศสงครามโดยผู้รุกรานหรือผู้ถูกรุกราน ซึ่งก็มีหลักกฎหมายระหว่างประเทศมานานแล้วว่า รัฐจะไม่ใช้กำลังอาวุธเข้าทำการสู้รบ โดยไม่ให้คำเตือนแก่ศัตรูก่อน และการโจมตีโดยทันทีก่อนที่จะมีการเจรจาเพื่อระงับข้อพิพาทนั้น บ่อมจะกระทำมิได้ เช่น ในสมัยกรีกจะต้องมีการประกาศสงครามเพื่อให้ศัตรูทราบล่วงหน้าก่อนที่จะใช้กำลัง ส่วนในสมัยโรมันก็ถือหลักว่าจะต้องมีการเรียกร้องให้แก้ไขความเสียหายก่อน หาก

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 262.

²⁰ Ingrid Detter de Lupis, The law of war, (Cambridge: Cambridge University Press, 1987), p. 49.

ไม่มีการปฏิบัติตามข้อเรียกร้องจึงจะประกาศสงคราม²¹ ซึ่งโดยปกติการประกาศสงครามจะเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร แต่รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ก็มีแนวโน้มที่จะให้สภานิติบัญญัติเข้ามามีส่วนควบคุมด้วย²² และตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 มาตรา 177 วรรค 1 และวรรค 2 ได้บัญญัติให้เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่จะประกาศสงครามเมื่อได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา โดยมติให้ความเห็นชอบของรัฐสภาต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา ซึ่งต้องมีการประชุมร่วมกันตามมาตรา 156 (11) อีกด้วย

ในแง่กฎหมายระหว่างประเทศนั้น เมื่อปี ค.ศ. 1906 ณ เมือง Ghent ที่ประชุมของสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ (The Institute of International Law) ได้ลงมติว่าการประกาศสงครามอย่างเป็นทางการ หรือการยื่นคำขาดเป็นสิ่งที่จำเป็นก่อนเริ่มการสู้รบ และหลังจากนั้น อีก 1 ปี ที่ประชุมกรุงเฮกก็ได้นำหลักการนี้ไปบัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเฮกฉบับที่ 3 ว่าด้วยการเริ่มการสู้รบ ลงวันที่ 18 ตุลาคม 1907 ข้อที่ 1²³ ซึ่งมีความว่า

"ประเทศผู้ทำสัญญายอมรับว่า การสู้รบระหว่างกัน จะไม่เริ่มขึ้นก่อนการบอกล่วงหน้าและอย่างไม่คลุมเครือ ซึ่งจะอยู่ในรูปของการประกาศสงคราม (declaration of war) โดยชี้แจงเหตุผล หรือเป็นการยื่นคำขาด (Ultimatum) พร้อมด้วยการประกาศสงครามภายในเงื่อนไข"

จากบทบัญญัตินี้จะพบว่า ก่อนจะมีการสู้รบจะต้องมีการประกาศสงคราม (declaration of war) โดยชี้แจงเหตุผลในการประกาศสงคราม หรือไม่ก็มีการยื่นคำขาด (Ultimatum) ให้อีกฝ่ายทราบ

21 สมิง ไตลังคะ, "อาชญากรรมสงคราม," วารสารพระธรรมทูต 4 (มิถุนายน 2519) : 2.

22 กรันด์ ชนุเทพ, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง, หน้า 273.

23 สมิง ไตลังคะ, "อาชญากรรมสงคราม," : 2.

การประกาศสงครามเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวอย่างชัดแจ้ง และเป็น การประกาศอย่างเป็นทางการที่ออกมาโดยรัฐบาลของรัฐใดรัฐหนึ่ง เพื่อแจ้งให้รัฐที่ถูกกำหนดว่าเป็น ศัตรูทราบวาสถานะสันติระหว่งทั้งสองรัฐได้สิ้นสุดลงแล้ว ซึ่งรัฐนั้นไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนา ตอรับการประกาศสงครามแต่อย่างใด และถือว่าสภาพสงคราม (state of war) เริ่มขึ้นทันที นับแต่การประกาศสงคราม

ส่วนการยื่นคำขาด (Ultimatum) นั้นมี 2 รูปแบบ คือ 24

- (1) การขู่วาถ้าความต้องการบางอย่างไม่ได้รับการปฏิบัติ การสู้รบก็จะเริ่มขึ้น
- (2) การขู่วาถ้าเงื่อนไขบางประการไม่ได้รับการปฏิบัติให้ลุล่วงไปภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ สงครามก็จะเกิดขึ้น

การยื่นคำขาดตามความหมายของอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 3 ข้อ 1 นั้นจะต้องเป็นยื่นคำขาดในรูปแบบที่ 2 คือการยื่นคำขาดพร้อมกับการกำหนดให้อีกรัฐหนึ่งกระทำ หรือ งดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ ซึ่งปกติแล้วไม่ควรจะน้อยกว่า 24 ชั่วโมง และเมื่อกำหนดระยะเวลาได้ผ่านพ้นไปแล้ว หากรัฐที่ได้รับคำขาดยังไม่ปฏิบัติตาม คำขาดนั้นการสู้รบก็จะเริ่มขึ้น

อย่างไรก็ตาม แม้ว่า คู่สงครามสามารถเริ่มใช้กำลังเข้าโจมตีอีกฝ่ายหนึ่งได้ หลังจากที่มีการประกาศสงครามแล้วก็ตาม แต่อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 3 ข้อ 2 ก็ระบุให้คู่สงครามต้องแจ้งการเกิดสงครามให้ประเทศที่เป็นกลางทราบโดยมิชักช้าด้วย เพราะ มิฉะนั้นแล้วการประกาศสงครามนั้นจะ ไม่มีผลต่อประเทศที่เป็นกลางแต่อย่างใด

แม้หลักเกณฑ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศจะกำหนดไว้ว่า รัฐจะต้องประกาศ สงครามหรือยื่นคำขาดก่อนที่จะเริ่มการสู้รบ แต่ในทางปฏิบัติก็มีการสู้รบหลาย ๆ ครั้งที่เกิดขึ้นโดย ไม่มีการประกาศสงคราม เช่น สงครามระหว่างอิตาลีกับเอธิโอเปีย ปี ค.ศ. 1937 จีนกับญี่ปุ่น ในปี ค.ศ. 1937 เยอรมันกับโปแลนด์ในปี ค.ศ. 1939 รัสเซียกับฟินแลนด์ ในปี ค.ศ. 1939 และสหรัฐอเมริกากับเวียดนามเหนือ ในปี ค.ศ. 1954 เป็นต้น 25 นอกจากนี้แล้ว

24 Yoram Dinstein, op.cit., p. 31.

25 สมิง ไตลิ่งคะ, "อาชญากรรมสงคราม," : 2.

บางครั้งการสู้รบก็เกิดขึ้นก่อนที่จะมีการประกาศสงคราม เช่น การสู้รบระหว่างอังกฤษกับฝรั่งเศส มีขึ้นเมื่ออังกฤษยึดเรือสินค้าของฝรั่งเศส ในวันที่ 8 มิถุนายน ค.ศ. 1755 และมีการประกาศสงครามอย่างเป็นทางการ หลังจากการสู้รบกันไปแล้ว 1 ปี คือ เมื่อวันที่ 18 พฤษภาคม ค.ศ. 1756²⁶ เป็นต้น และบางครั้งการสู้รบก็อาจจะเกิดพร้อม ๆ กับการประกาศสงคราม หรือภายหลังจากการประกาศสงครามอย่างเป็นทางการแล้วก็ได้

ดังนั้น พอที่จะสรุปได้ว่า การสู้รบอาจจะเริ่มขึ้น²⁷

- (1) โดยปราศจากการประกาศสงครามตลอดระยะเวลาของการสู้รบนั้น
- (2) เกิดขึ้นก่อนหน้าที่จะมีการประกาศสงคราม
- (3) เกิดขึ้นพร้อมกับการประกาศสงคราม หรือ
- (4) เกิดขึ้นภายหลังจากการประกาศสงครามอย่างเป็นทางการ

ต่อมา เมื่อกฎหมายระหว่างประเทศพยายามที่จะจำกัดสิทธิของรัฐในการทำสงคราม โดยกำหนดไว้ในความตกลงระหว่างประเทศในรูปแบบต่าง ๆ เช่น กติกาสันนิบาตชาติ สนธิสัญญากรุงปารีส หรือ Briand-Kellogg Pact กฎบัตรแห่งสหประชาชาติ ฯลฯ ทำให้รัฐต่าง ๆ ยิงทำการสู้รบกันโดยไม่ประกาศสงครามอย่างเป็นทางการกันมากขึ้น โดยมักจะอ้างว่ากระทำการไปเพื่อป้องกันตนเอง (self-defence) หรือเพื่อลงโทษอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงการถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้ละเมิดความตกลงระหว่างประเทศที่ได้ลงนามไว้ แต่โดยแท้จริงแล้วการสู้รบดังกล่าว ไม่ได้ผิดแผกแตกต่างไปจากการทำสงครามแต่ประการใด

ดังนั้น จึงพอจะสรุปได้ว่าสถานะสงครามเริ่มต้นขึ้นเมื่อมีการประกาศสงคราม (declaration of war) หรือเมื่อเริ่มต้นการสู้รบอย่างแท้จริง (actual hostilities) โดยขึ้นอยู่กับว่าเหตุการณ์ใดเกิดขึ้นก่อน หากมีการประกาศสงครามก่อนการสู้รบก็ให้ถือเอาวันที่ประกาศสงครามเป็นวันเริ่มต้นสงคราม แต่ถ้ามีการสู้รบก่อนจะมีการประกาศสงครามหรือไม่มีการประกาศสงครามเลยก็ให้ถือเอาวันที่เริ่มมีการสู้รบอย่างแท้จริงเป็นวันเริ่มต้นสงคราม

²⁶ เรื่องเดียวกัน

²⁷ Yoram Dinstein, op.cit., p. 35.

ส่วนการสิ้นสุดของสงครามนั้น โดยปกติแล้ว สงครามจะถือว่าสิ้นสุดโดยการยุติ การสู้รบหรือโดยการทำสนธิสัญญาสันติภาพ (peace treaty) ซึ่งสนธิสัญญาสันติภาพนี้จะมีลักษณะ เด่นอยู่ 2 ประการ คือ ²⁸

ก. นำไปสู่การสิ้นสุดของสถานะสงครามที่มีอยู่ก่อนหน้านี้ และ

ข. เป็นการเริ่มหรือการนากลับไปสู่ความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างคู่ภาคี

โดยทั้ง 2 ขั้นตอนนี้ไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นพร้อมกัน อย่างเช่น สนธิสัญญาสันติภาพระหว่างอียิปต์ กับอิสราเอล (The Egyptian-Israeli Treaty of Peace) มีการให้สัตยาบันกับสนธิสัญญา ซึ่งนำไปสู่การสิ้นสุดการสู้รบก่อน ต่อจากนั้นจึงมีการสถาปนาความสัมพันธ์ในระดับปกติและความสัมพันธ์ฉันมิตร (normal and friendly relations) ระหว่างทั้ง 2 ประเทศ หลังจากมีการให้สัตยาบันไปแล้วถึง 3 ปี เป็นต้น

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตประการหนึ่งว่าการทำสนธิสัญญาสันติภาพไม่ได้เป็นการ รับรองว่าจะมีสันติภาพเกิดขึ้นจริง โดยเฉพาะถ้าสาเหตุที่เป็นต้นตอของสงครามไม่ได้ถูกขจัดไป ด้วย ก็อาจจะเกิดการสู้รบขึ้นอีกได้ ²⁹

โดยปกติ สนธิสัญญาสันติภาพจะได้รับการพิจารณาว่าเป็นสนธิสัญญาที่มีผลทาง กฎหมายอย่างสมบูรณ์ แม้ว่าสนธิสัญญานี้จะถูกบัญญัติโดยฝ่ายที่ชนะสงครามก็ตาม แต่เนื่องจากการ ที่กฎหมายระหว่างประเทศได้ห้ามการใช้กำลังระหว่างรัฐ ทำให้นักทฤษฎีบางท่านเห็นว่า หาก สนธิสัญญาสันติภาพนั้นบัญญัติขึ้นโดยผู้รุกราน (aggressor) ก็ควรจะตกเป็นโมฆะไปโดยสาเหตุ การข่มขู่บังคับนั้น ³⁰ ซึ่งทฤษฎีนี้ได้รับการรับรองใน มาตรา 52 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วย กฎหมายสนธิสัญญาปี ค.ศ.1969 (The Vienna Convention on the Law of Treaties 1969) ที่บัญญัติว่า

"สนธิสัญญาเป็นโมฆะ หากผลของมันเกิดมาจากการคุกคาม (threat) หรือ การใช้กำลัง (use of force) ที่ละเมิดต่อหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งได้รับการผนวกเข้าไปในกฎบัตรแห่งสหประชาชาติ"

²⁸ Ibid., p. 37.

²⁹ Ibid., p. 38.

³⁰ Ibid., p. 39.

ส่วนการสิ้นสุดของสงครามนั้น โดยปกติแล้ว สงครามจะถือว่าสิ้นสุดโดยการยุติ การสู้รบหรือโดยการทำสนธิสัญญาสันติภาพ (peace treaty) ซึ่งสนธิสัญญาสันติภาพนี้จะมีลักษณะ เด่นอยู่ 2 ประการ คือ 28

ก. นำไปสู่การสิ้นสุดของสถานะสงครามที่มีอยู่ก่อนหน้านั้น และ

ข. เป็นการเริ่มหรือการนากลับไปสู่ความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างคู่ภาคี

โดยทั้ง 2 ขั้นตอนนี้ไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นพร้อมกัน อย่างเช่น สนธิสัญญาสันติภาพระหว่างอียิปต์ กับอิสราเอล (The Egyptian-Israeli Treaty of Peace) มีการให้สัตยาบันกับสนธิสัญญา ซึ่งนำไปสู่การสิ้นสุดการสู้รบก่อน ต่อจากนั้นจึงมีการสถาปนาความสัมพันธ์ในระดับปกติและความสัมพันธ์ฉันมิตร (normal and friendly relations) ระหว่างทั้ง 2 ประเทศ หลังจากมีการให้สัตยาบันไปแล้วถึง 3 ปี เป็นต้น

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตประการหนึ่งว่าการทำสนธิสัญญาสันติภาพไม่ได้เป็นการ รับรองว่าจะมีสันติภาพเกิดขึ้นจริง โดยเฉพาะถ้าสาเหตุที่เป็นต้นตอของสงครามไม่ได้ถูกขจัดไป ด้วย ก็อาจจะเกิดการสู้รบขึ้นอีกได้ 29

โดยปกติ สนธิสัญญาสันติภาพจะได้รับการพิจารณาว่าเป็นสนธิสัญญาที่มีผลทาง กฎหมายอย่างสมบูรณ์ แม้ว่าสนธิสัญญานี้จะถูกบัญญัติโดยฝ่ายที่ชนะสงครามก็ตาม แต่เนื่องจากการ ที่กฎหมายระหว่างประเทศได้ห้ามการใช้กำลังระหว่างรัฐ ทำให้นักทฤษฎีบางท่านเห็นว่า หาก สนธิสัญญาสันติภาพนั้นบัญญัติขึ้นโดยผู้รุกราน (aggressor) ก็ควรจะตกเป็นโมฆะไปโดยสาเหตุ การข่มขู่บังคับนั้น 30 ซึ่งทฤษฎีนี้ได้รับการรับรองใน มาตรา 52 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วย กฎหมายสนธิสัญญาปี ค.ศ. 1969 (The Vienna Convention on the Law of Treaties 1969) ที่บัญญัติว่า

"สนธิสัญญาเป็นโมฆะ หากผลของมันเกิดมาจากการคุกคาม (threat) หรือ การใช้กำลัง (use of force) ที่ละเมิดต่อหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งได้รับการ ผนวกเข้าไปในกฎบัตรแห่งสหประชาชาติ"

28 Ibid., p. 37.

29 Ibid., p. 38.

30 Ibid., p. 39.

จากมาตรานี้ ทำให้สนธิสัญญาที่มีเป้าหมายในการรุกราน ซึ่งบัญญัติขึ้นโดยรัฐผู้รุกรานเท่านั้นที่ตกเป็นโมฆะ ส่วนสนธิสัญญาที่เป็นธรรมอื่น ๆ ไม่มีผลกระทบแต่อย่างใด นอกจากนี้โดยผลของมาตรา 69 (1) ซึ่งบัญญัติว่า "บทบัญญัติของสนธิสัญญาที่เป็นโมฆะไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย" ทำให้สนธิสัญญาที่บัญญัติโดยผู้รุกรานไม่มีผลบังคับทางกฎหมายด้วย

นอกจากการทำสนธิสัญญาสันติภาพแล้ว การทำสัญญาสงบศึกรวมทั้งการที่ประเทศคู่สงครามฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถูกรบอย่างราบคาบ หรือยอมแพ้โดยไม่มีเงื่อนไข หรือการที่ประเทศที่กระทำสงครามส่วนหนึ่งประกาศว่าสงครามยุติแล้ว ก็ถือว่าเป็นการสิ้นสุดของสงครามเช่นกัน

4. ความแตกต่างระหว่างสงครามกับการพิพาทกันด้วยอาวุธ (Armed conflict)

นักกฎหมายระหว่างประเทศ มีความเห็นสอดคล้องกันว่า คำว่า "สงคราม" (war) ยังไม่อาจครอบคลุมสถานการณ์ต่าง ๆ ที่ได้เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นในอนาคต และมุ่งที่จะให้สถานการณ์ดังกล่าวได้รับการคุ้มครองหรือได้รับปฏิบัติตามกฎและข้อบังคับว่าด้วยสงครามเช่นกัน ดังนั้น ในการประชุมเพื่อร่างอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ทั้ง 4 ฉบับ คือ

1. อนุสัญญาเจนีวาเพื่อให้ผู้บาดเจ็บ และป่วยในกองทัพในสนามรบมีสถานะดีขึ้น ลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949 หรืออนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 1 (Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of August 12, 1949)

2. อนุสัญญาเจนีวาเพื่อให้ผู้สังกัดในกองทัพขณะอยู่ในทะเลซึ่งบาดเจ็บ, ป่วยไข้ และเรือต้องอัปปาง มีสถานะดีขึ้น ลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949 หรือ อนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 2 (Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea of August 12, 1949)

3. อนุสัญญาเจนีวาเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยศึก ลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949 หรืออนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 (Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War of August 12, 1949)

4. อนุสัญญาเจนีวาเกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลพลเรือนในเวลาสงคราม ลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949 หรืออนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 (Geneva Convention Relative to the Protective of Civilian Persons in Time of War of August 12, 1949)

ซึ่งคณะกรรมการกาชาดสากลได้จัดขึ้นระหว่างปี ค.ศ. 1945-1948³¹ โดยมีผู้เชี่ยวชาญจากหลายประเทศได้ใช้คำว่า "การพิพาทกันด้วยอาวุธ" (armed conflict) เพื่อประกอบสถานการณ์อื่น ซึ่งมีใช้กรณีสงครามที่ได้มีการประกาศหรือในกรณีที่มีการพิพาทกันด้วยอาวุธอันมิได้มีการลักษณะเป็นกรณีระหว่างประเทศเกิดขึ้น ในเขตของอัครภาคี

อย่างไรก็ดี การใช้คำว่า "การพิพาทด้วยอาวุธ" (armed conflict) นั้นเป็นแนวความคิดเพื่อวัตถุประสงค์ทางด้านกฎหมายมนุษยธรรม³² คือเพื่อที่จะสามารถนำกฎหมายมนุษยธรรมมาบังคับใช้ได้ทุกกรณี ไม่ว่าจะสงครามนั้นจะเป็นสงครามที่มีการประกาศ หรือไม่มีการประกาศ และไม่ว่าการพิพาทกันด้วยอาวุธนั้น จะมีลักษณะเป็นกรณีระหว่างประเทศหรือไม่ก็ตาม อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ได้แบ่งการพิพาทกันด้วยอาวุธออกเป็น 2 ประเภทคือ

1. การพิพาทกันด้วยอาวุธอันเป็นกรณีระหว่างประเทศ (international armed conflict) ได้แก่การพิพาทกันด้วยอาวุธ ซึ่งเกิดขึ้นระหว่างรัฐสองฝ่ายหรือมากกว่านั้นขึ้นไป ตามมาตรา 2 วรรคแรก ของอนุสัญญาเจนีวา 4 ฉบับ ค.ศ. 1949

2. การพิพาทกันด้วยอาวุธอันมิใช่เป็นกรณีระหว่างประเทศ หรือการพิพาทกันด้วยอาวุธอันเป็นกรณีภายในประเทศ (non-international armed conflict) ได้แก่การพิพาทกันด้วยอาวุธ ซึ่งเกิดขึ้นในอาณาเขตของรัฐใดรัฐหนึ่งเท่านั้น ตามมาตรา 3 วรรคแรก ของอนุสัญญาเจนีวา 4 ฉบับ ค.ศ. 1949

³¹ Adams Roberts and Richard Guelff, eds., Documents on the laws of war (Oxford : Clarendon Press, 1982), p. 169.

³² Robert L. Bledsoe and Boleslaw A. Boczed, "Armed conflict : international," The International law dictionary (1987) : 349.

กฎหมายที่ใช้บังคับกับอาชญากรรมสงคราม

ในหัวข้อนี้จะแยกศึกษาออกเป็น 2 เรื่องด้วยกัน คือ

1. ลักษณะของกฎหมายสงคราม
2. ที่มาของกฎหมายสงคราม

1. ลักษณะของกฎหมายสงคราม

กฎหมายที่ใช้บังคับอาชญากรรมสงคราม ก็คือกฎหมายสงคราม ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ คือ

- ก. Jus ad bellum
- ข. Jus in bello
- ค. Jus ad bellum

Jus ad bellum เป็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิที่จะนำไปสู่การดำเนินสงคราม (right to wage war)

ในอดีตรัฐมีสิทธิที่จะทำสงครามโดยไม่มีข้อจำกัด ต่อมามีการจำกัดสิทธิในการทำสงครามของรัฐให้น้อยลง คือ รัฐจะทำสงครามได้ต่อเมื่อเป็นสงครามเป็นธรรม (just war) ดังนั้น สิทธิที่จะนำไปสู่การดำเนินสงครามในสมัยนั้นได้คือ ต้องมีเหตุที่ชอบธรรมในการทำสงคราม ซึ่งอะไรเหตุที่ชอบธรรมนั้นก็มีความเห็นแตกต่างกันไป เช่น Saint-Thomas เห็นว่า เหตุผลที่ชอบธรรมมี 4 ประการ คือ ³³

- 1) เพื่อโต้ตอบการรุกรานของศัตรู
- 2) นำทรัพย์สินที่ถูกเอาไปโดยมิชอบกลับคืน
- 3) เพื่อลงโทษการกระทำที่ไม่ยุติธรรม
- 4) เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนที่ได้รับความเสียหาย จากการ

กระทำที่มิชอบ

³³ กรันด์ ชนุเทพ, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง, หน้า 265.

ส่วน Grotius เห็นว่าอะไรเป็นเหตุที่ชอบธรรมนั้นขึ้นอยู่กับกฎหมายธรรมชาติ (natural law) ³⁴ เป็นต้น ในปัจจุบัน ความคิดเรื่องสงครามที่เป็นธรรม (just war) และสงครามที่ไม่เป็นธรรม (unjust war) นั้นเป็นความคิดที่ล้าสมัยแล้ว โดยในปี ค.ศ. 1928 และ ค.ศ. 1945 ข้อตกลง Briand-Kellog ค.ศ. 1928 และกฎบัตรแห่งสหประชาชาติ ได้จำกัดสิทธิในการทำสงครามรุกราน (aggressive war) โดยถือว่าสงครามรุกรานเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎบัตรแห่งสหประชาชาติ อนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศก็ยังคงไว้ซึ่งสิทธิของรัฐในการใช้กำลังเพื่อป้องกันตนเอง (self defence) ตามมาตรา 51 ของกฎบัตรสหประชาชาติ และการใช้กำลังเพื่อบังคับให้รัฐปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการหรือของศาลและมติของคณะมนตรีความมั่นคง (Security Council) แห่งสหประชาชาติ อีกด้วย

นอกจากนี้แล้วจะต้องมีการประกาศสงคราม (declaration of war) เพื่อให้ศัตรูทราบล่วงหน้าก่อนที่จะทำการสู้รบ หากไม่มีการประกาศสงครามก่อนสงครามนั้นก็จะเป็นสงครามที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ดี ตามขอบเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษากรณีของ jus in bello เป็นสำคัญ

ข. Jus in bello

Jus in bello คือ หลักเกณฑ์ว่าด้วยการทำสงคราม (rules on warfare) รวมทั้งหลักทางมนุษยธรรม (humanitarian rules) อันถือเป็นหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติในช่วงเวลาสงคราม ซึ่งถือเป็นหลักเกณฑ์ที่ปฏิบัติสืบทอดกันมาในลักษณะของจารีตประเพณี โดยคำนึงถึงหลักสามัญทั่ว ๆ ไปดังนี้ คือ ³⁵

³⁴ อรุณ ภาณพงศ์, "กฎหมายระหว่างประเทศกับการใช้กำลัง," หน้า 3.

³⁵ Major Sanit Tipayso, "An Analysis of Prisoner of War Policies and Legal Considerations," (Tutorial Programme U.S. Army Military Police School, 1968), p. 172. อ้างถึงใน จาตุรงค์ วรณนาล, "กฎหมายและการปฏิบัติต่อเชลยศึกของประเทศไทย," (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534), หน้า 14.

- 1) หลักที่ว่าในการยุทธทุกครั้งจะต้องมีเป้าหมายแน่นอนโดยเฉพาะ
- 2) หลักที่ว่าการที่คู่กรณีมุ่งจะให้บรรลุถึงเป้าหมายนั้น ควรจะก่อให้เกิดความสูญเสียน้อยที่สุด และไม่ก่อกรรมทำเข็ญแก่ผู้คนที่ฝ่ายข้าศึก
- 3) หลักที่ว่าในการสงครามนั้น หากทำไปแล้วไม่คุ้มกับสิ่งที่จะต้องสูญเสียไป ก็ไม่ควรจะกระทำ

ในตอนต้นของยุคกลาง ยังไม่มีการพูดถึง *jus in bello* มากนัก พอมาถึงช่วงกลาง ๆ ของยุค ก็เริ่มมีข้อจำกัดบางประการในการทำสงครามซึ่งเกิดจากทางปฏิบัติของพวกอัศวิน หรือมีละเมิดนั้นก็เกิดจากรูปแบบพฤติกรรมทางศาสนา เช่น ห้ามใส่ยาพิษลงไปในน้ำพุหรือบ่อน้ำ และห้ามทำสงครามในบางช่วงเวลา เป็นต้น³⁶

ครั้นมาถึงช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 16-19 หลักเกณฑ์ของ *jus in bello* ก็เริ่มมีความแข็งแกร่งมากขึ้น จากการที่นักคิดนักเขียนทางนิติศาสตร์เริ่มมีความตระหนักถึงความสำคัญของมนุษยธรรมในการทำสงคราม เช่น Grotius ก็เห็นว่าควรจะมีข้อจำกัดบางประการในการทำสงคราม เป็นต้น จนกระทั่งมาถึงช่วงหลังของคริสต์ศตวรรษที่ 19 ได้มีการรวบรวมหลักเกณฑ์ในการทำสงครามให้อยู่ในรูปของความตกลงพหุภาคี (*multilateral agreement*) หรือคำปฏิญญา (*Declaration*) เช่น ปฏิญญากรุงปารีสว่าด้วยสงครามทางทะเล ค.ศ. 1856 (*Paris Declaration on Maritime War 1856*) อนุสัญญาเจนีวาว่าด้วยผู้บาดเจ็บและป่วย ค.ศ. 1864 (*Geneva Convention on Wounded and Sick of 1864*) เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม หากจะตีความในแนวแคบแล้วจะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์ของ *jus in bello* นี้มีความสัมพันธ์กับหลัก *jus ad bellum* เป็นอย่างมาก คือ หากไม่มี *jus ad bellum* ก็ไม่จำเป็นต้องใช้ *jus in bello* กล่าวคือ หากไม่มีสงครามก็ไม่จำเป็นต้องใช้กฎในสงคราม³⁷ แต่ถ้าตีความในแนวกว้างแล้ว ก็จะเห็นได้ว่า บางกรณีที่ไม่มีสงคราม หรือ

³⁶ Rumigiusz Bierzanek, "The prosecution of war crimes," in A treatise on international criminal law, Vol. I : Crimes and Punishment, eds. M. Cherif Bassiouni and V.P. Nanda (Illinois : Charles C. Thomas Publisher, 1973), p. 559.

³⁷ จาตุรนต์ วรรณवाल, "กฎหมายและการปฏิบัติต่อเชลยศึกของประเทศไทย," หน้า 14.

ไม่ได้ประกาศสงคราม แต่ยังคงใช้กฎเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกับกฎหมายที่ใช้ในยามสงคราม อย่างเช่น กรณีของการพิพาทกันด้วยอาวุธ (armed conflict) และในบางกรณีแม้จะไม่มี การพิพาทกันด้วยอาวุธ ก็ยังต้องนำกฎเกณฑ์ในกฎหมายมนุษยธรรมบางกฎเกณฑ์มาใช้ อย่างไรก็ตาม jus in bello สามารถแยกออกจาก jus ad bellum ได้ ในลักษณะที่ว่า การพิพาทกันด้วยอาวุธ (armed conflict) ที่เกิดขึ้นจะเป็นสงครามที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม จะไม่มีผลกระทบต่อหลักเกณฑ์ในการทำสงครามของกลุ่มพิพาท ในเรื่องของยุทธวิธีหรือระเบียบวินัยต่าง ๆ รวมถึงกฎเกณฑ์ทางมนุษยธรรม (humanitarian rules) สำหรับกลุ่มพิพาทในการดำเนินการสงคราม หรือการปกป้องคุ้มครองบุคคลและทรัพย์สินต่าง ๆ ที่ได้รับผลมาจากการพิพาทกันด้วยอาวุธ หรือสงครามดังกล่าว

ในกรณีที่มีการละเมิดหลักเกณฑ์บางหลักเกณฑ์ของ jus in bello อย่างร้ายแรงแล้ว ผู้ที่กระทำการละเมิดก็จะถูกดำเนินคดีในฐานะที่เป็นอาชญากรสงคราม

2. ที่มาของกฎหมายสงคราม

กฎหมายสงครามก็เหมือนกับกฎหมายระหว่างประเทศในสาขาอื่น คือ มีที่มา (source) ตามข้อ 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งสามารถแบ่งที่มาได้ออกเป็น 4 ที่มาหลัก ๆ ดังต่อไปนี้

ก. กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (International customary law)

ข. ความตกลงระหว่างประเทศ (International agreement)

ค. หลักกฎหมายทั่วไป (General principle of law)

ง. คำพิพากษาและคำสอนของนักนิติศาสตร์ (Judicial decisions and the teaching of the most highly qualified publicists of various nations)

ก. กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (International customary law)

กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนับได้ว่าเป็นที่มาที่สำคัญอันหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศในหลาย ๆ เรื่องกฎหมายสงครามก็เช่นเดียวกัน โดยในสมัยกรีกโบราณ

ได้มีกฎเกณฑ์ที่ห้ามการใช้วิธีการบางอย่างในการทำสงคราม เช่น การสาบานของนักรบว่าจะไม่ใส่ยาพิษลงไปในน้ำพุและบ่อน้ำ หากผู้ใดละเมิดจะถูกมองว่าเป็นคนผิดคำสาบานเป็นต้น ต่อมาในสมัยกลางก็มีกฎเกณฑ์ที่ห้ามการใช้วิธีการบางอย่างในการทำสงครามเช่นกัน อาทิ การห้ามกระทำรุนแรงต่อบุคคลบางประเภท เช่น นักบวช ชวนาที่อยู่ในความสงบ ฯลฯ และการลวงหรือใช้เครื่องแต่งกายหรือสัญลักษณ์ของข้าศึกเป็นต้น ซึ่งกฎเกณฑ์เหล่านี้มีรากฐานมาจากรูปแบบพฤติกรรมทางศาสนาและใช้มาตรการทางศาสนาในการลงโทษ ดังนั้น จึงยังไม่มีลักษณะเป็นกฎหมาย³⁸

ต่อมาเมื่อกฎเกณฑ์เหล่านี้ได้รับการปฏิบัติมาก ๆ และนาน ๆ เข้าทำให้กฎเกณฑ์เหล่านี้กลายมาเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่จากการที่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไม่ได้อยู่ในรูปของลายลักษณ์อักษร ทำให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีความไม่แน่นอน ดังนั้น ในช่วงหลังปี ค.ศ. 1850 จึงได้เกิดพัฒนาการที่สำคัญของกฎหมายสงครามขึ้น คือความพยายามรวบรวม (codify) กฎเกณฑ์จารีตประเพณีที่สำคัญแห่งกฎหมายสงครามเข้ามาอยู่ในรูปของสนธิสัญญา ตัวอย่างเช่นในปี ค.ศ. 1856 การประชุมที่ Paris ได้รับเอา (adopt) ปฏิญญาปารีสว่าด้วยสงครามทางทะเล (Paris Declaration on Maritime War) และในปี ค.ศ. 1864 การประชุมที่ Geneva ได้รับเอาอนุสัญญาเจนีวาว่าด้วยผู้บาดเจ็บ และป่วย (Geneva Convention on Wounded and Sick) เป็นต้น³⁹

อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแห่งสงครามจะถูกรวบรวมเข้ามาอยู่ในรูปของสนธิสัญญาแล้ว ก็ไม่ได้หมายความว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องนี้จะหมดความสำคัญลงไป เพราะสำหรับประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคีของสนธิสัญญาเหล่านี้ก็จะถูกผูกพันให้ปฏิบัติตามพันธกรณี ในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ นอกจากนี้ ในกรณีที่มีใช้สนธิสัญญาที่เป็นการรวบรวมกฎหมาย (codification) แต่หลักเกณฑ์ในสนธิสัญญานั้นได้รับการปฏิบัติตามและถูกยอมรับโดยนานาประเทศ ก็จะทำให้หลักเกณฑ์ในสนธิสัญญา

³⁸ Rumigiusz Bierzanek., op.cit., pp. 559-600.

³⁹ R.S. Chavan, An approach to international law (New Delhi : Sterling Publishers PVT.Ltd, 1978), p. 238.

ฉบับนั้นกลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งทำให้ประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคีในสนธิสัญญานั้นถูกผูกพันในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้เช่นกัน

ข. ความตกลงระหว่างประเทศ (International agreement)

ในสมัยโบราณ มีความตกลงทวิภาคีระหว่างคู่สงครามเกี่ยวกับบทสรุปของการพักรบหรือการแลกเปลี่ยนเชลยศึกซึ่งมีส่วนในการพัฒนากฎหมายสงคราม⁴⁰ ครั้นมาถึงช่วงหลังคริสต์ศตวรรษที่ 19 ความตกลงระหว่างประเทศก็ได้กลายมาเป็นที่มาสำคัญของกฎหมายสงคราม เนื่องจากเริ่มมีการรวบรวม (codification) หลักเกณฑ์จารีตประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับการทำสงครามให้เข้ามาอยู่ในรูปของความตกลงพหุภาคี ซึ่งอาจอยู่ในรูปของคำประกาศหรือปฏิญญา (Declaration) เช่น ปฏิญญาปารีสว่าด้วยสงครามทางทะเล ค.ศ. 1856 (The 1856 Paris Declaration on Maritime War), ปฏิญญากรุงเซนต์ปีเตอร์เบิร์กว่าด้วยระเบิดซีปนาวุช ค.ศ. 1868 (The ST. Peterburg Declaration on Explosive Projectiles 1868) เป็นต้น หรืออยู่ในรูปของอนุสัญญา (Convention) เช่น อนุสัญญาเจนีวาว่าด้วยผู้บาดเจ็บและป่วย ค.ศ. 1864 (The Geneva Convention on Wounded and Sick of 1864), อนุสัญญาเจนีวา 4 ฉบับ ค.ศ. 1949 (The four Geneva Convention of 1949) เป็นต้น และอยู่ในรูปของพิธีสาร (Protocol) เช่น พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาว่าด้วยการทำสงครามเชื้อโรค ค.ศ. 1925 (The 1925 Geneva Protocol on Gas and Bacteriological Warfare) และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาว่าด้วยผู้ประสบภัยของการพิพาทกันด้วยอาวุธ ค.ศ. 1977 (The 1977 Geneva Protocols on Victims of Armed Conflicts) เป็นต้น

เมื่อศึกษาความตกลงระหว่างประเทศฉบับต่าง ๆ จะเห็นว่าความตกลงระหว่างประเทศที่นับได้ว่าเป็นที่มาสำคัญของหลักกฎหมายสงคราม ในส่วนที่เกี่ยวกับอาชญากรรมสงครามเป็นอย่างดีสามารถแบ่งแยกได้เป็น 2 ที่มาด้วยกัน คือ กฎหมายแห่งเฮก (Law of Hague) กับกฎหมายแห่งเจนีวา (Law of Geneva)

⁴⁰ Frits Kalshoven, "War, Law of," Encyclopedia of Public International Law 4(1982) : 317.

(1) กฎหมายแห่งเฮก (Law of Hague)

Law of Hague คือหลักกฎหมายสงครามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเฮก ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิ และหน้าที่ของกลุ่มสงครามในการดำเนินการทำสงครามรวมทั้งจำกัดสิทธิของกลุ่มสงครามในการเลือกวิธี (method) และวิถีทาง (means) ในการทำสงครามเพื่อให้ฝ่ายตรงข้ามได้รับความเสียหาย⁴¹

Law of Hague นี้เป็นผลของการประชุมเฮกครั้งแรก (The First Hague Conference) ในปี ค.ศ. 1899 ซึ่งได้มีการออกปฏิญญาแห่งเฮกฉบับลงวันที่ 29 กรกฎาคม 1899 เกี่ยวกับการห้ามยิงกระสุนหรือทิ้งระเบิดมาจากบอลลูนและการแพร่กระจายของแก๊สที่ทำให้สลบ หรือเป็นอันตรายต่อสุขภาพ (The Hague Declaration of 29 July 1899 concerning the Prohibition of the Projectiles and Explosive Launched from Ballons and the Diffusing of Asphyxiating or Deleterious Gases) รวมทั้งการประชุมที่เฮกครั้งที่ 2 (The Second Hague Conference) ในปี ค.ศ. 1907 ที่ประชุมก็ได้รับเอาอนุสัญญาถึง 13 ฉบับ ซึ่งเป็นการแก้ไขและขยายขอบเขตของ "The Hague Declaration 1899" โดยอนุสัญญาทั้ง 13 ฉบับนี้เรียกรวม ๆ กันว่า "อนุสัญญากรุงเฮก 1907 หรือ "The Hague Conventions 1907" ซึ่งอนุสัญญาทั้ง 13 ฉบับ มีดังนี้

1) อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 1 ว่าด้วยการจัดการสันติภาพเกี่ยวกับความขัดแย้งระหว่างประเทศโดยอนุญาโตตุลาการ บนพื้นฐานของการเคารพกฎหมาย (1907 Hague Convention I Relating to the Pacific Settlement on the Basis of Respect for Laws)

2) อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 2 ว่าด้วยการจำกัดกำลังเพื่อการนำหนี้สินตามสัญญากลับคืนมา (1907 Hague Convention II for the Limitation of Force for the Recovery of Contractual Debts)

3) อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 3 เกี่ยวกับการเริ่มการสู้รบ (1907 Hague Convention III Relating the Opening of Hostilities)

⁴¹ Ibid., p. 319.

4) อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 4 ว่าด้วยกฎหมายและจารีตประเพณีในการทำสงครามทางบก (1907 Hague Convention IV Respecting the Laws and Customs of War on Land)

5) อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 5 ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของประเทศเป็นกลางในสงครามทางบก (1907 Hague Convention V Respecting the Laws and Duties of Neutral Powers and Persons in Case of War on Land)

6) อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 6 ว่าด้วยสถานะของเรือสินค้าศัตรูเมื่อเกิดสงคราม (1907 Hague Convention VI Relating to the Status of Enemy Merchant Ships at the Outbreak of Hostilities)

7) อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 7 ว่าด้วยการเปลี่ยนเรือสินค้าเป็นเรือรบ (1907 Hague Convention VII Relating to the Conversion of Merchant Ships into Warships)

8) อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 8 ว่าด้วยการวางทุ่นระเบิดใต้น้ำชนิดกระทบแล้วระเบิด (1907 Hague Convention VIII Relative to Laying of Automatic Submarine Contact Mines)

9) อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 9 ว่าด้วยการระดมยิงโดยกองเรือในเวลาสงคราม (1907 Hague Convention IX Concerning Bombardment by Naval Forces in Time of War)

10) อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 10 เกี่ยวกับการใช้หลักเกณฑ์ของอนุสัญญาเจนีวาในสงครามทางทะเล (1907 Hague Convention X for the Adaptation to Maritime Warfare of the Principles of the Geneva Convention of 1864)

11) อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 11 ว่าด้วยข้อจำกัดในการใช้สิทธิจับกุมในสงครามทางทะเล (1907 Hague Convention XI Relative to Certain Restrictions with Regard to the Exercise of the Right of Capture in Naval War)

12) อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 12 ว่าด้วยการจัดตั้งศาลทรัพย์สินเคลื่อนที่ระหว่างประเทศ (1907 Hague Convention XII for Creating an International Prize Court)

13) อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 13 ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของรัฐที่เป็นกลางในสงครามทางทะเล (1907 Hague Convention XIII Concerning the Rights and Duties of Neutral Powers in Naval War)

นอกจากอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ทั้ง 13 ฉบับ แล้วยังมีกฎแห่งเฮกค.ศ. 1923 ว่าด้วยการทำสงครามทางอากาศ (1923 Hague Rules of Aerial Warfare) รวมทั้งอนุสัญญาและพิธีสารเพิ่มเติมกรุงเฮก ปี 1954 ว่าด้วยการปกป้องทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในเหตุการณ์ของการพิพาทกันด้วยอาวุธ (1954 Hague Convention and Hague Protocol for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict) อีกด้วย

(2) กฎหมายแห่งเจนีวา (Law of Geneva)

Law of Geneva ได้บัญญัติขึ้นเพื่อทำให้เกิดความแน่ใจว่าจะมีการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมกับผู้ที่ไม่ใช่ทหารและผู้ที่เป็นทหารรวมทั้งปกป้องบุคคลบางประเภท อีกทั้งยังเพื่อลดความทารุณโหดร้ายของสงครามลงด้วย⁴²

Law of Geneva มีที่มาจากอนุสัญญาเจนีวา (Geneva Convention) โดยอนุสัญญาเจนีวาฉบับแรกได้ออกมาในปี ค.ศ. 1864 คือ อนุสัญญาเจนีวาเพื่อปรับปรุงสภาวะของทหารที่บาดเจ็บในสนามรบให้ดีขึ้น ค.ศ.1864 (The Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armed Forces in the Field of 1864) ซึ่งพยายามปกป้องทหารที่บาดเจ็บหรือป่วยในสนามรบ รวมทั้งรถฉุกเฉิน โรงพยาบาลทหาร หมอ และบุคคลากรทางการแพทย์อื่น ๆ ด้วย ต่อมาในปี ค.ศ. 1929 ได้มีการแก้ไขอนุสัญญาฉบับนี้โดยออกมาเป็นอนุสัญญาเจนีวาว่าด้วยผู้บาดเจ็บ และป่วย

⁴² Jean Pictet, "The need to restore the laws and customs relating to armed conflict," The Review of International Commission of Jurists 10 (March 1969) : 23.

(The Geneva Convention on Wounded and Sick) และได้มีการสร้างอนุสัญญาเพิ่มขึ้นอีกหนึ่งฉบับ คือ อนุสัญญาเจนีวาเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยศึก ค.ศ. 1929 (The Geneva Convention Relation to the Treatment of Prisoner of War 1929) ซึ่งให้การปกป้องแก่เชลยศึก (prisoner of war) หลังจากนั้นก็ได้มีการแก้ไขและออกอนุสัญญาเจนีวาเพิ่มเติมถึง 4 ฉบับ ด้วยกัน คือ

1. อนุสัญญาเจนีวาเพื่อให้ผู้บาดเจ็บและป่วยไข้ในกองทัพในสนามรบมีสภาพที่ดีขึ้น ค.ศ. 1949 (The Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field 1949)

2. อนุสัญญาเจนีวาเพื่อให้ผู้ที่สังกัดในกองทัพขณะอยู่บนทะเลซึ่งบาดเจ็บป่วยไข้และเรือต้องอัปปางมีสภาพที่ดีขึ้น ค.ศ. 1949 (The Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of the Armed Force 1949)

3. อนุสัญญาเจนีวาเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยศึก ค.ศ. 1949 (The Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoner of War 1949)

4. อนุสัญญาเจนีวาเกี่ยวกับการคุ้มครองพลเรือนในยามสงคราม ค.ศ. 1949 (The Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War 1949)

ครั้นมาถึง ค.ศ. 1977 ได้มีการออกพิธีสารเพื่อเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาถึง 2 ฉบับด้วยกัน โดยพิธีสารเพิ่มเติมฉบับแรกเป็นเรื่องเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประสบภัยของการพิพาทกันด้วยอาวุธอันมีลักษณะระหว่างประเทศ (Protocols Addittional to the Geneva Convention Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflict) หรือเรียกว่า "พิธีสารฉบับที่ 1" หรือ "Protocol I" และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่สองเป็นเรื่องเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประสบภัยของการพิพาทกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ (Protocols Additional to the Geneva Convention Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflict) หรือเรียกกันว่า "พิธีสารฉบับที่ 2" หรือ "Protocol II"

ในปัจจุบัน ส่วนใหญ่แล้วหากกล่าวถึงกฎหมายสงครามจะหมายถึง Law of Hague ในขณะที่เมื่อกล่าวถึงกฎหมายมนุษยธรรมจะหมายถึง Law of Geneva โดยกฎหมายทั้งสองนี้มีความแตกต่างกันในแง่ที่ว่า Law of Hague หรือกฎหมายสงครามนั้นมีวัตถุประสงค์ในการสร้างกฎเกณฑ์เพื่อใช้สำหรับวิธีการทำสงคราม (The rules for conducting war) ส่วน Law of Geneva หรือกฎหมายมนุษยธรรม มีวัตถุประสงค์ในการปกป้องผู้ประสบภัยจากสงคราม ซึ่งมีทั้งพลเรือนทหารที่ได้รับบาดเจ็บ หรือป่วยไข้และเชลยศึกโดยกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการดำเนินการเพื่อปฏิบัติต่อผู้ประสบภัยจากสงคราม⁴³

ค. หลักกฎหมายทั่วไป (General principle of law)

หลักกฎหมายทั่วไปตามความหมายของมาตรา 38 1 (C) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้น หมายถึง หลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายที่ได้ยอมรับโดยชาติที่เจริญแล้ว ดังนั้น หลักเกณฑ์ทั่วไปจึงอาจสกัดออกมาจากหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายภายในหรือของกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้

หลักกฎหมายทั่วไปนับว่ามีความสำคัญเป็นพิเศษต่อกฎหมายสงคราม เพราะหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายสงครามที่มีอยู่ในอดีต มักจะเกิดมาจากระบบกฎหมายภายในของรัฐโดยผ่านทางกฎหมายทหาร (Military Laws) และคู่มือทางทหาร (Military Manuals) เป็นต้น⁴⁴ นอกจากนี้ ในส่วนที่เกี่ยวกับอาชญากรรมสงครามนั้น หลาย ๆ ประเทศได้มีการบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับกับอาชญากรรมสงครามไว้เป็นพิเศษ เช่น พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 ของไทย * และ War Crimes Act ของอังกฤษ เป็นต้น ซึ่งอาจจะนำหลักกฎหมายจากกฎหมายเหล่านี้มาใช้ในการพิจารณาคดีกับอาชญากรรมสงครามได้

⁴³ Richard L. Fruchterman, "Enforcement : the difference between the Laws of War and the Geneva Convention," The Georgia Journal of International and Comparative Law 13 (May 1982) : 304.

⁴⁴ Frits Kalshoven, op.cit., :317.

* ปัจจุบันพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 ไม่มีผลใช้บังคับแล้ว

นอกจากนี้ หลักกฎหมายทั่วไปอาจปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของสนธิสัญญา อย่างเช่น หลักเกณฑ์ของความทุกข์ทรมานโดยไม่จำเป็น (unnecessary suffering) อยู่ใน มาตรา 23 (e) ของกฎเกณฑ์แห่งเฮกว่าด้วยการทำสงครามทางบก ค.ศ. 1899 และ 1907 (Hague Regulations on Land Warfare of 1899 and 1907) และหลักเกณฑ์ของ การปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม (human treatment) ในอนุสัญญาเจนีวา 4 ฉบับของปี 1949 เป็นต้น⁴⁵ และอาจปรากฏอยู่ในอารัมภบทของความตกลงระหว่างประเทศ เช่น หลักเกณฑ์ของ "ความจำเป็นแห่งสงคราม" (necessities of war) และ "ความประสงค์ของมนุษยชาติ" (requirements of humanity) ซึ่งปรากฏอยู่ในอารัมภบทของปฏิญญากรุงเซนต์ปีเตอ์เบิร์ก ค.ศ. 1898 (St. Peterburg Declaration of 1898) และ Martin Clause ในอารัมภบท ของอนุสัญญาเฮกฉบับที่ 2 ค.ศ. 1899 (Hague Convention II 1899) และอนุสัญญากรุง เฮกฉบับที่ 4 (Hague Convention IV) ค.ศ. 1907 ก็ยืนยันถึงความสมดุลย์ของ หลักเกณฑ์ความจำเป็นแห่งสงครามและความประสงค์ของมนุษยชาติเช่นเดียวกัน⁴⁶

ง. คำพิพากษาศาล และคำสอนของนักนิติศาสตร์ (Judicial decisions and the teaching of the most highly qualified publicists of various nations)

คำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศและศาลภายใน มีบทบาทสำคัญในการ ทำให้กฎหมายสงครามชัดเจนยิ่งขึ้นและมีส่วนสำคัญในการพัฒนากฎหมายสงครามด้วย อย่างไร ก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่าไม่เคยมีคดีเกี่ยวกับกฎหมายสงครามขึ้นศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) แต่มักจะเสนอคดีต่ออนุญาโตตุลาการ (Arbitration) หรือศาลพิเศษ (Tribunal) มากกว่า ที่เห็นชัดที่สุดคือศาลทหารระหว่าง ประเทศที่นูเรมเบิร์ก และโตเกียว (International Military Tribunal at Nuremberg and Tokyo) ซึ่งตั้งขึ้นใน ค.ศ. 1946 และ 1948 ตามลำดับ ต่อมาคำพิพากษา

45 Ibid.

46 Ibid.

ที่ Nuremburg ได้ใช้นามอ้างอิงอยู่บ่อย ๆ โดยรู้จักกันในนามของ "หลักเกณฑ์นูเรมเบิร์ก" (Nuremburg Principles) ซึ่งมีหลักเกณฑ์ดังนี้⁴⁷

หลักที่ 1 บุคคลใดที่กระทำการอันประกอบเป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำนั้น และต้องรับผิดชอบต่อการลงโทษ

หลักที่ 2 ข้อเท็จจริงที่ว่ากฎหมายภายในไม่ได้กำหนดการลงโทษทางอาญาสำหรับการกระทำอันประกอบเป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศไว้ จะไม่ทำให้บุคคลที่ก่อการกระทำนั้นหลุดพ้นจากความรับผิดชอบภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

หลักที่ 3 ข้อเท็จจริงที่ว่าบุคคลที่กระทำการอันประกอบเป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นผู้นำของรัฐ (head of state) หรือเจ้าหน้าที่รัฐบาลที่มีความรับผิดชอบ ก็ไม่ทำให้เขาหลุดพ้นจากความรับผิดภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

หลักที่ 4 ข้อเท็จจริงที่ว่าบุคคลได้กระทำการไปตามคำสั่งของรัฐบาลหรือผู้บังคับบัญชาของบุคคลนั้น ไม่ทำให้บุคคลนั้นหลุดพ้นจากความรับผิดภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ โดยได้กำหนดทางเลือกทางศีลธรรมที่อยู่ในข้อเท็จจริงที่เป็นไปได้สำหรับบุคคลนั้น

หลักที่ 5 บุคคลใดที่ถูกกล่าวหาด้วยความผิดฐาน ก่ออาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศมีสิทธิได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรมทั้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย

หลักที่ 6 อาชญากรรมดังต่อไปนี้ สามารถถูกลงโทษในฐานะที่เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศได้

ก. อาชญากรรมต่อสันติภาพ (crimes against peace)

(1) การวางแผน เตรียม ริเริ่ม หรือกระทำสงครามรุกราน หรือสงครามที่ละเมิดสนธิสัญญา, ความตกลง หรือการกำประกันระหว่างประเทศ

(2) การมีส่วนร่วมในแผนทั่วไปหรือสมรู้ร่วมคิด (conspiracy) เพื่อให้บรรลุผลของการกระทำใด ๆ ที่อ้างไว้ใน (1)

⁴⁷ Report of the International Law Commission U.N.C.A.O.R. V, SUPP. 12 (A/1316) 11-14 (1950) in Rumigiusz Bierzanek, op.cit., pp. 587-588.

ข. อาชญากรรมสงคราม (war crimes)

การละเมิดกฎหมายและจารีตประเพณีแห่งสงคราม การละเมิดจะไม่จำกัดเฉพาะ การฆาตกรรม ทารุณกรรมหรือขนย้ายประชาชนในดินแดนที่ถูกยึดครองไปใช้แรงงาน ทาส การฆาตกรรม หรือทารุณกรรมต่อเชลยศึกและบุคคลในทะเล การฆาตกรรมตัวประกัน การปล้นสะดมทรัพย์สินของรัฐหรือของเอกชน การทำลายเมืองหมู่บ้านอย่างราบเรียบหรือการทำลายอื่น ๆ ซึ่งไม่มีความจำเป็นทางการทหาร

ค. อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity)

อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ นั้นคือ การฆาตกรรม การกักขัง การเอาตัวลงเป็นทาส การบังคับขนย้ายหรือการกระทำร้ายมนุษยธรรมใด ๆ ต่อประชาชนพลเรือนก่อนหรือหลังสงคราม หรือการทำลายล้างเนื่องจากเหตุผลทางการเมือง เชื้อชาติ หรือศาสนา โดยเกี่ยวพันกับการกระทำอาชญากรรมใดที่อยู่ใต้อำนาจของศาลนี้ ไม่ว่าจะกระทำนั้นจะเป็นการละเมิดกฎหมายภายในของประเทศนั้น ๆ หรือไม่

หลักที่ 7 การเป็นผู้สมคบ (complicity) ในการกระทำเกี่ยวกับอาชญากรรมต่อสันติภาพ, อาชญากรรมสงคราม หรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ตามที่กำหนดไว้ในหลักที่ 6 ถือว่าเป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

สำหรับศาลภายในก็มีบทบาทที่สำคัญมากต่อกฎหมายสงครามเช่นกัน โดยเฉพาะในส่วนของอาชญากรรมสงคราม ดังจะพบว่าผู้ที่ถูกกล่าวหาว่าก่ออาชญากรรมสงครามมักจะถูกฟ้องร้องและพิจารณาคดีต่อศาลภายในหรือศาลทหารของรัฐที่ถูกยึดครอง(occupied states) หรือของรัฐที่ได้รับความเสียหายจากการก่ออาชญากรรมนั้น เช่น คดี Eichmann ชาวเยอรมันซึ่งถูกพิจารณาคดีโดยศาลอิสราเอล เป็นต้น⁴⁸ แต่บางครั้งนายทหารบางคนก็ถูกพิจารณาคดี โดยศาลทหารของประเทศที่เขาสังกัดอยู่เองก็ได้ เช่น คดีของร้อยโท Calley ทหารสหรัฐอเมริกา ซึ่งไปรบในเวียดนามถูกพิจารณาโดยศาลสหรัฐอเมริกา เป็นต้น⁴⁹

⁴⁸ Gretchen Kewley, Humanitarian law in armed conflicts, (Australia : VCTA Publishing, 1984), pp. 51 - 53.

⁴⁹ โอสถ โกศิน, คดีอาชญากรรมสงครามไอล์มัน, (ม.ป.ท., ม.ป.ป.), หน้า 1 - 3.

ส่วนคำสอนหรืองานเขียนของนักนิติศาสตร์ก็นับว่ามีความสำคัญในการพัฒนากฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ การอ้างคำสอนของผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายระหว่างประเทศมีขึ้นครั้งแรกในคณะกรรมการกาชาดสากล (International of Red Cross)⁵⁰ สำหรับในเรื่องน้ำหนักของงานเขียนนั้น ขึ้นอยู่กับความมีชื่อเสียงของผู้เขียนเท่า ๆ กับเหตุผลที่นำมาใช้สนับสนุนงานเขียนของตน

ในปัจจุบัน แม้ว่าจะมีการประมวล (codification) อย่างเป็นทางการ จะมีมากขึ้น แต่ความสำคัญของงานเขียนของนักนิติศาสตร์ก็ไม่ได้ลดลง เนื่องจาก ความต้องการที่จะอธิบายบทบัญญัติของอนุสัญญาทั้งที่ถูกรวบรวมขึ้นและที่เขียนขึ้นมาใหม่ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น

นอกจากที่มาของกฎหมายสงครามทั้ง 4 ที่มาดังที่ได้กล่าวไปแล้วนั้น หน่วยงานระหว่างประเทศต่าง ๆ นับว่ามีบทบาทสำคัญในการสร้างกฎหมายสงครามเช่นกัน ดังจะเห็นได้ว่าหน่วยงานหรือองค์การอิสระหลายหน่วยงานได้มีบทบาทในการพัฒนากฎหมายสงครามตลอดมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งหน่วยงานที่ประกอบด้วยนักกฎหมาย เช่น สถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ (Institute of International Law) ของอังกฤษ ได้จัดทำคู่มือว่าด้วยสงครามทางบก (Oxford Manual of Land War) ค.ศ. 1880 และคู่มือว่าด้วยสงครามทางเรือ (Oxford Manual of Naval Law) ซึ่งคู่มือทั้งสองฉบับได้นำมาใช้กับกองทัพสหประชาชาติ ในปี ค.ศ. 1971 นอกจากนี้ ยังมีหน่วยงานระหว่างประเทศที่สำคัญอีก 2 หน่วยงานคือ คณะกรรมการกาชาดสากล (International of Committee of Red Cross) ซึ่งได้เตรียมร่างข้อบท (draft texts) จนกระทั่งได้มีการยอมรับในที่ประชุมระหว่างประเทศในรูปของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1929 และ 1949 รวมทั้งพิธีสาร ฉบับที่ 1 และ 2 ค.ศ. 1977⁵¹ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ซึ่งเป็นหน่วยงานหนึ่งขององค์การสหประชาชาติที่มีหน้าที่ในการร่างกฎหมายเสนอต่อองค์การสหประชาชาติ โดยในปี ค.ศ. 1950 ได้รับมอบหมายจากสมัชชาใหญ่ (General Assembly) แห่งองค์การสหประชาชาติตามข้อมติที่ 177 (II) ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน ค.ศ. 1947 ให้ร่างหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่

50 Ibid., : 319.

51 Adam Roberts and Richard Guelff, op.cit., p. 8.

ได้รับการรับรองโดยธรรมนูญของศาลทหารนูเรมเบิร์กและคำพิพากษาของศาลนั้น ซึ่งคณะกรรมการ-
 วิชาการกฎหมายระหว่างประเทศได้ร่างหลักเกณฑ์อันที่รู้จักกันดีในนามของ "หลักเกณฑ์นูเรมเบิร์ก"^{*}
 ขึ้น นอกจากนี้ยังได้ร่างประมวลว่าด้วยอาชญากรรมต่อสันติภาพและความปลอดภัยของมนุษยชาติ
 (Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind) เพื่อ
 นำเสนอต่อสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติ โดยในร่างนี้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับอาชญากรรม
 สงครามด้วย

ต่อมา สมัชชาใหญ่ได้ออกข้อมติที่ 36/106 ลงวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ.
 1981 เสนอให้คณะกรรมการวิชาการกฎหมายระหว่างประเทศ เพิ่มรายละเอียดในร่างประมวลนี้ ซึ่ง
 คณะกรรมการฯ ตั้งใจที่จะเริ่มงานด้วยการร่างรายการชั่วคราวของความผิด (provisional
 list of offence) ในขณะที่ การร่างบทนำสรุปถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายอาญาระหว่าง
 ประเทศเกี่ยวกับความผิดต่อสันติภาพและความปลอดภัยของมนุษยชาติยังไม่ได้ทำขึ้น ซึ่งสอดคล้อง
 กับข้อมติที่ 38/132 ลงวันที่ 19 ธันวาคม ค.ศ. 1983 หลังจากนั้นในปี ค.ศ. 1984 เมื่อสิ้นสุด
 การประชุมครั้งที่ 36 ของคณะกรรมการวิชาการกฎหมายระหว่างประเทศ คณะกรรมการฯ ได้แสดง
 ความเห็นว่าร่างประมวลฯ ควรจะครอบคลุมเพียงความผิดระหว่างประเทศที่ร้ายแรงที่สุดเท่านั้น
 โดยใช้บรรทัดฐานทั่วไปและอนุสัญญาที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งการประกาศ (declarations) ต่าง ๆ
 ในเรื่องนี้มาตัดสินว่าอะไรเป็นความผิดที่ร้ายแรง ในส่วนของอาชญากรรมสงครามนั้น ในการ
 ประชุมครั้งที่ 41 ของคณะกรรมการวิชาการกฎหมายระหว่างประเทศ คณะกรรมการฯ ได้ให้ความ
 สนใจเป็นพิเศษกับปัญหาเกี่ยวกับคำนิยาม การใช้ถ้อยคำ และ ระดับของความร้ายแรงของ
 อาชญากรรมสงคราม ส่วนเรื่องความแตกต่างระหว่างอาชญากรรมสงครามกับการผิดพันชกรณี
 ร้ายแรง (grave breach) นั้น จะได้กล่าวละเอียดในหัวข้อที่เกี่ยวกับเรื่องเหล่านี้ต่อไป

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าข้อมติขององค์การระหว่างประเทศจะได้รับการ
 ยอมรับอย่างกว้างขวางว่าไม่ใช่ที่มาของกฎหมายในตัวของมันเอง แต่ข้อมติขององค์การระหว่าง
 ประเทศก็เอื้อประโยชน์ในการยืนยันถึงกฎหมายที่มีอยู่และแสดงแนวโน้มของกฎหมายในอนาคตด้วย
 ตัวอย่างเช่น ข้อมติที่ 28 ปี 1965 จากการประชุมของคณะกรรมการกาชาดสากล ครั้งที่ 20
 และข้อมติที่ 2444 (XXIII) ค.ศ. 1968 ของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ได้ยืนยันถึง

* โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อหลักกฎหมายทั่วไป

หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการปกป้องประชาชนพลเรือนหรือข้อมติที่ 3103 (XXVIII) ค.ศ. 1973 ของสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติได้วางแนวโน้มนำไปสู่การยอมรับสถานะของความขัดแย้งที่ประชาชนสู้รบกับการปกครองระบบอาณานิคม การครอบครองโดยคนต่างด้าว และระบอบที่แบ่งแยกผิวว่าเป็นความขัดแย้งที่มีลักษณะระหว่างประเทศในมาตรา 1 (4) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 (Protocol I) เป็นต้น 52

วิวัฒนาการของแนวความคิดเกี่ยวกับอาชญากรรมสงคราม

ในหัวข้อนี้จะแยกศึกษาเป็น 2 ประเด็นคือ

1. ความหมายของอาชญากรรมสงคราม
2. ประวัติและวิวัฒนาการของแนวความคิดเกี่ยวกับอาชญากรรมสงคราม

1. ความหมายของอาชญากรรมสงคราม

จากการศึกษาคำราชต่าง ๆ ไม่พบความหมายของคำว่า "อาชญากรรมสงคราม" แต่อย่างใด แม้แต่ในธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์ก อนุสัญญาเจนีวา ทั้ง 4 ฉบับ ค.ศ. 1949 หรือพิธีสารเพิ่มเติมทั้งสองฉบับ ค.ศ. 1977 ก็ตาม คงมีแต่ความหมายของ "อาชญากรรมสงคราม" เท่านั้น แต่ก่อนที่จะศึกษาความหมายของ "อาชญากรรมสงคราม" จะได้ศึกษาความหมายของ "อาชญากรรม" และ "อาชญากรรม" ก่อน โดยพิจารณาจากคำราชต่าง ๆ เพื่อที่จะมาเทียบเคียงว่า "อาชญากรรมสงคราม" มีความหมายอย่างไร และคำราชต่าง ๆ ที่ได้กล่าวไปข้างต้นนี้ได้ให้คำจำกัดความของอาชญากรรม และอาชญากรรม ไว้ดังนี้

- 1) พจนานุกรมของ Longman ฉบับภาษาอังกฤษยุคปัจจุบัน (Dictionary of Contemporary English) หน้า 243 53

52 Frits Kalshoven, op.cit., : 318.

53 Longman Group U.K. Limited, Longman Dictionary of Contemporary English, 2nd ed. (Great Britain : Richard Clay Ltd., 1989), p. 243.

"อาชญากรรม คือ (1) ความผิดซึ่งสามารถลงโทษได้โดยกฎหมาย
 (2) กิจกรรมที่ไม่ชอบโดยกฎหมายโดยทั่วไป
 (3) การกระทำที่ไม่ดี ที่ผิดศีลธรรม หรือที่น่าอับอาย
 ขาดหน้า"

"อาชญากร คือ บุคคลที่มีความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรม"

2) พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน หน้า 1100 ⁵⁴

"อาชญากรรม คือ การกระทำความผิดทางอาญา, ความผิดทางอาญา"

"อาชญากร คือ ผู้ร้าย, ผู้กระทำความผิดทางอาญา"

3) Black's Law Dictionary

"อาชญากรรม คือ การกระทำหรือละเว้นการกระทำซึ่งละเมิดต่อกฎหมาย
 อาญา" ⁵⁵

"อาชญากร คือ บุคคลที่กระทำความผิดทางอาญา บุคคลที่ถูกตัดสินโดย
 ขอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับอาชญากรรม บุคคลที่ศาลตัดสินว่ามีความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรม" ⁵⁶

4) Mozley and Whiteley's Law Dictionary ⁵⁷

"อาชญากรรม คือ การกระทำที่ถูกห้าม หรือ การละเว้นการกระทำที่
 กฎหมายทั่วไป (Common Law) รัฐธรรมนูญ (Statute) หรือกฎของหน่วยงานย่อย (Subor-
 dinate authority) กำหนดให้ทำ"

⁵⁴ มานิต มานิตเจริญ, พจนานุกรมไทย : พจนานุกรมฉบับของราชบัณฑิตยสถาน,
 ครั้งที่ 14 (กรุงเทพฯ : บริษัทร่วมสาส์น (1922) จำกัด, 2537), หน้า 1100.

⁵⁵ Henry Cambell Black, Black's Law Dictionary, 6thed.
 St.Paul : West Publishing Co., 1991), p. 258.

⁵⁶ Ibid., p. 259.

⁵⁷ E.R. Hardy Ivamy, Mozley and Whiteley's Law Dictionary,
 10thed. (London : Butterworths, 1988), p. 119.

5) Barron's Law Dictionary

"อาชญากรรม คือ การกระทำใด ๆ ที่อชิปต์บัญญัติว่าขัดต่อเจตจำนงค้ของสาธารณชน (public good) ความผิดที่รัฐบาลตัดสินว่าต่อความเสียหายให้กับสาธารณะ (public) และ ดังนั้นจึงสามารถถูกลงโทษได้ตามกระบวนการทางอาญา" 58

"อาชญากร คือ บุคคลที่ถูกตัดสินว่าละเมิดกฎหมายอาญา" 59

จากความหมายของอาชญากรรมและอาชญากรที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ พอจะสรุปได้ว่า "อาชญากรรม คือ การกระทำหรือละเว้นการกระทำซึ่งเป็นการละเมิดต่อกฎหมายอาญา" ส่วน "อาชญากร คือ บุคคลที่กระทำความผิดทางอาญาหรือบุคคลที่ก่ออาชญากรรม" ส่วนอาชญากรรมสงครามนั้นได้มีการให้ความหมายไว้ในเอกสารต่าง ๆ เหล่านี้คือ

(1) ธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์ก (Charter of International Military Tribunal at Nuremberg) มาตรา 6

"อาชญากรรมสงคราม คือ การละเมิดกฎหมายหรือจารีตประเพณีแห่งสงคราม การละเมิดไม่จำกัดเฉพาะแต่ การฆาตกรรม ทารุณกรรมหรือขนย้ายประชาชนในดินแดนที่ถูกยึดครองไปใช้แรงงานทาส การฆาตกรรมหรือทารุณกรรมต่อเชลยศึกและบุคคลในทะเล การฆาตกรรมตัวประกัน การปล้นสะดมทรัพย์สินของรัฐหรือของเอกชน การทำลายเมืองหมู่บ้านอย่างราบเรียบหรือทำลายอื่น ๆ ซึ่งไม่มีความจำเป็นทางการทหาร"

(2) พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ลงวันที่ 12 สิงหาคม 1949 เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประสบภัย การพิพาทกันด้วยอาวุธอันมีลักษณะระหว่างประเทศที่ 1977 (Protocal Additional to the Geneva Convention Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts) ข้อ 85 สรุปได้ว่า การกระทำละเมิดอย่างร้ายแรง (Grave Breach) ต่อนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ และพิธีสารเป็นอาชญากรรมสงคราม

58 Steven H. Gifis, Barron's Law Dictionary (New York : Barron's Educational Series, Inc., 1984), pp. 109-110.

59 Ibid, 110.

(3) ร่างประมวลเกี่ยวกับความผิดต่อความสงบและความปลอดภัยต่อมนุษยชาติ (Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind)* มาตรา 13 ได้บัญญัติถึงอาชญากรรมสงคราม โดยให้มีทางเลือก 2 ประการ สำหรับคำจำกัดความของอาชญากรรมสงครามดังนี้⁶⁰ (เนื่องจากยังหาข้อสรุปเกี่ยวกับเรื่องนี้ยังไม่ได้)

“ทางเลือกประการที่หนึ่ง

(ก) การละเมิดกฎหมายสงครามหรือจารีตประเพณีแห่งสงคราม (อย่างรุนแรง) เป็นอาชญากรรมสงคราม

(ข) ภายใต้อาณัติของประมวลนี้ คำว่า “สงคราม” หมายความถึงการพิพาทกันด้วยอาวุธอันมีลักษณะระหว่างประเทศ หรือ การพิพาทกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ตามที่ได้จำกัดความไว้ในมาตรา 2 ของอนุสัญญาเจนีวา ลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949 ทั้ง 4 ฉบับ และมาตรา 1 วรรค 4 ของพิธีสารเพิ่มเติม ลงวันที่ 8 กรกฎาคม ค.ศ. 1977 ของอนุสัญญาเหล่านั้น

ทางเลือกประการที่สอง

(ก) ภายใต้อาณัติของประมวลนี้ การละเมิด (อย่างรุนแรง) ต่อกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรับใช้ในการพิพาทกันด้วยอาวุธเป็นอาชญากรรมสงคราม

(ข) คำว่า “กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรับใช้ในการพิพาทกันด้วยอาวุธ” หมายถึกฎเกณฑ์ที่วางอยู่ในความตกลงระหว่างประเทศซึ่งคู่พิพาทลงนามในความตกลงนี้ และ หลักเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับกันโดยทั่วไปรวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรับใช้กับการพิพาทกันด้วยอาวุธ”

* ร่างประมวลอาชญากรรมต่อสันติภาพและความปลอดภัยของมนุษยชาตินี้เป็นร่างที่จัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ โดยร่างประมวลฯ ที่ใช้ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นร่างประมวลฯ ฉบับ ค.ศ. 1989

⁶⁰ United Nations, Yearbook of International Law Commission 1989, p. 55.

(4) คู่มือกฎหมายว่าด้วยสงครามทางบก ข้อ 499 * 61

"คำว่าอาชญากรรมสงครามเป็นคำนิยาม หมายถึง การละเมิดกฎแห่งสงครามของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือหลายคน ไม่ว่าจะเป็นการหรือพลเรือน การละเมิดกฎแห่งการสงครามทุกชนิดย่อมเป็นอาชญากรรมสงครามทั้งสิ้น"

จากความหมายของอาชญากรรมสงครามที่ได้กล่าวไปแล้วนี้ พอจะสรุปได้อย่างกว้าง ๆ ว่า "อาชญากรรมสงคราม คือ การกระทำที่ละเมิดต่อกฎเกณฑ์ของกฎหมายหรือจารีตประเพณีที่ปรับใช้ในสงคราม หรือการพิพาทกันด้วยอาวุธ" ** ส่วนความหมายของ "อาชญากรรมสงคราม" นั้น เมื่อพิจารณาความหมายของอาชญากรรม, อาชญากรรม และอาชญากรรมสงคราม ประกอบกันแล้วก็พอที่จะอนุมานได้อย่างกว้าง ๆ ว่า "อาชญากรรมสงคราม คือ ผู้ที่กระทำการอันละเมิดต่อกฎเกณฑ์ของกฎหมายหรือจารีตประเพณีที่ปรับใช้ในสงครามหรือการพิพาทกันด้วยอาวุธ"

* "คู่มือกฎหมายว่าด้วยการสงครามทางบก" เรียบเรียงโดย พลโท โกวิท มัชฌิมจันทร์ และพลโท พัลลภ โชติเลขา ได้มอบลิขสิทธิ์ในหนังสือนี้ให้กับกระทรวงกลาโหม และกระทรวงกลาโหมได้รับงานนี้ไว้ตามคำสั่งกระทรวงกลาโหม (เฉพาะ) ที่ 76/16258

61 โกวิท มัชฌิมจันทร์ และ พัลลภ โชติเลขา, "คู่มือกฎหมายว่าด้วยการสงครามทางบก", วารสารพระธรรมนุญ 37 (กันยายน 2535) : 154.

** ตามธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศมาตรา 6 ได้ให้คำจำกัดความของอาชญากรรมต่อสันติภาพ และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ไว้ใน (ก)และ(ค) ดังนี้ คือ

ก) อาชญากรรมต่อสันติภาพ นั่นคือ การวางแผน เตรียมการ เริ่มกระทำสงครามรุกรานหรือสงครามละเมิดสนธิสัญญา ข้อตกลงหรือคำประกัน หรือเริ่มในแผนการหรือตระเตรียมเพื่อให้ได้ผลตามจุดประสงค์ข้างต้นนั้น

ค) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ นั่นคือ การฆาตกรรม การกักขัง การเอาตัวลงเป็นทาส การบังคับข่มขืนหรือการกระทำไร้มนุษยธรรมใด ๆ ต่อประชาชนพลเรือนก่อนหรือหลังสงคราม หรือการทำลายล้างเนื่องจากเหตุผลทางการเมือง เชื้อชาติ หรือศาสนา โดยเกี่ยวข้องกับการกระทำอาชญากรรมใดที่อยู่ใต้อำนาจของศาลนี้ ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะเป็นการละเมิดกฎหมายภายในของประเทศนั้น ๆ หรือไม่ (ต่อ)

นอกจากนี้ อาชญากรรมสงครามตามความหมายของสหรัฐอเมริกาอาจเข้าใจรวมถึงบุคคลที่ 62

(1) ก่ออาชญากรรมสงคราม หรือ

(2) ช่วยเหลือ, สนับสนุน หรือยุยงให้ก่ออาชญากรรมสงครามด้วย

อย่างไรก็ตาม แม้ผู้ที่ก่ออาชญากรรมสงครามจะเป็นได้ทั้งรัฐและบุคคลธรรมดา แต่ผู้ที่จะเป็นอาชญากรรมสงครามได้นั้นจะต้องเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น ส่วนรัฐไม่สามารถจะเป็นอาชญากรรมสงครามได้ เพราะรัฐมีลักษณะเป็นนามธรรมมิใช่รูปธรรม รัฐจึงไม่สามารถที่จะกระทำการใด ๆ ได้ด้วยตัวเอง การกระทำต่าง ๆ จะต้องทำผ่านตัวแทนของรัฐซึ่งมักจะเป็นผู้นำของรัฐ (Head of State) และการที่รัฐมีลักษณะเป็นนามธรรมนี้เอง จึงทำให้ไม่สามารถนำตัวรัฐมาลงโทษทางอาญาในฐานะที่เป็นอาชญากรรมสงครามได้

นอกจากนี้หากพิจารณาให้ดีแล้วจะพบว่า ผู้ที่ลงมือกระทำอาชญากรรมสงครามที่แท้จริงคือบุคคลธรรมดาไม่ใช่รัฐ อีกทั้งจากประวัติศาสตร์ที่ผ่านมาจะพบได้ว่าไม่มีใครเคยกล่าวหาหรือลงโทษรัฐใดในฐานะที่เป็นอาชญากรรมสงครามเลย มีแต่การกล่าวหาว่าก่ออาชญากรรมสงคราม เช่น ในสงครามอ่าวเปอร์เซียเมื่อปี พ.ศ. 2533 ประเทศต่าง ๆ กล่าวหาว่าอิรักก่ออาชญากรรมสงครามในสงครามครั้งนี้ เป็นต้น ซึ่งการที่รัฐใดก่ออาชญากรรมสงครามนั้นผลที่ได้รับ คือ การถูกประณามจากนานาชาติ ส่วนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการก่ออาชญากรรมสงครามเหล่านั้น ก็จะอยู่ในรูปของค่าปฏิกรรมสงคราม โดยไม่มีการลงโทษในทางอาญาดังเช่นบุคคลธรรมดา

(ต่อ) ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากคำนิยามของอาชญากรรมต่อสันติภาพและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติแล้วจะเห็นได้ว่าอาชญากรรมทั้ง 2 ประเภทนี้มีความแตกต่างจากอาชญากรรมสงครามคือ อาชญากรรมต่อสันติภาพจะเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดสงครามขึ้น ส่วนอาชญากรรมต่อมนุษยชาติจะเป็นการทำอาชญากรรมที่เกิดขึ้นได้ไม่ว่าจะเกิดสงครามขึ้นหรือไม่ก็ตาม ในขณะที่อาชญากรรมสงครามจะต้องเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นเมื่ออยู่ในระหว่างสงครามเท่านั้น ดังนั้นอาชญากรรมสงครามจึงไม่สามารถเกิดขึ้นได้ก่อนหรือหลังการทำสงคราม

62 Department of the Army Pamphlet, International law, Vol. II, (Washington D.C: Headquarters, Department of the Army, 1962), p. 240.

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าความหมายที่ชัดเจนแน่นอนของคำว่า "อาชญากรรม" นั้น ยังไม่มี แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่า อาชญากรรมจะต้องเป็นผู้ที่กระทำความผิดทางอาญาอย่างร้ายแรง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ บุคคลนั้นจะต้องมีเจตนากระทำความผิดที่ร้ายแรงซึ่งแสดงให้เห็นถึงความชั่วในจิตใจของผู้กระทำด้วย ซึ่งเทียบได้ระหว่างคำในภาษาอังกฤษ กล่าวคือ คำว่า ผู้กระทำความผิด (offender) จะใช้สำหรับผู้กระทำความผิดทั่ว ๆ ไป แต่ถ้าใช้คำว่า อาชญากรรม (criminal) จะใช้กับผู้กระทำความผิดร้ายแรง (crime) นั้นเอง ดังนั้น ตามความเห็นของผู้เขียน "อาชญากรรม" หมายถึง บุคคลที่กระทำการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎเกณฑ์ของกฎหมายหรือจารีตประเพณีที่ปรับใช้ในยามสงคราม หรือการพิพาทกันด้วยอาวุธ

นอกจากนี้ ผู้เขียนยังเห็นว่าในปัจจุบันแทบจะไม่มีการใช้คำว่า "สงคราม" แม้แต่ในกฎบัตรสหประชาชาติก็ยังใช้คำว่า "การใช้กำลัง" แทนที่จะใช้คำว่า "สงคราม" และในปัจจุบันก็แทบจะไม่มีการใช้คำว่า "อาชญากรรมสงคราม" เลยเช่นกันไม่ว่าจะเป็นในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1969 ทั้ง 4 ฉบับ พิธีสารฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 ข้อ 85 ธรรมนูญศาลระหว่างประเทศ เพื่อพิจารณาการกระทำที่ละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในดินแดนของอดีตยูโกสลาเวีย ข้อ 2 หรือร่างธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ข้อ 20 ก็ตาม * ต่างก็ใช้คำว่า "การฝ่าฝืนอย่างร้ายแรง (Grave breaches)" ทั้งสิ้น

2. ประวัติและวิวัฒนาการของแนวความคิดเกี่ยวกับอาชญากรรมสงคราม

แนวความคิดเกี่ยวกับอาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมสงครามเป็นผลที่ตามมาของกฎหมายที่วางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้และวิธีการทำสงคราม ดังนั้น การพัฒนาแนวความคิดเกี่ยวกับอาชญากรรมสงครามและความรับผิดชอบของอาชญากรรมสงคราม จึงมีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิดกับประวัติศาสตร์ของกฎหมายสงคราม โดยมีพัฒนาการมาตั้งแต่สมัยกรีกโบราณ ในขั้นแรกอาชญากรรมสงครามเป็นความผิดเกี่ยวกับจารีตประเพณีในการทำสงครามซึ่งจารีตประเพณีเหล่านี้มีพื้นฐานมาจากรูปแบบทางศาสนาและใช้การบังคับทางศาสนาในการลงโทษ จึงยังไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ⁶³

* โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 2 หัวข้อลักษณะของการกระทำอาชญากรรม

⁶³ Rumigiusz Bierzanek , op.cit., p. 559.

ครั้นในคริสต์ศตวรรษที่ 13 ซึ่งเป็นช่วงที่การวางแผนเพื่อรับประกันถึงสันติภาพอย่างถาวรในยุโรปได้รับการถกเถียงกันอย่างกว้างขวางนั้น ได้มีนักเขียนบางท่านเห็นว่าผู้กระทำ ความผิดต่อสันติภาพควรจะถูกพิจารณาคดีและลงโทษ ต่อมาในช่วงครึ่งหลังของคริสต์ศตวรรษที่ 18 มีแนวความคิดใหม่ ๆ เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ทางมนุษยธรรมในการทำสงครามเพิ่มมากขึ้น เช่น ทฤษฎี Rousseau-Portalis โดยทฤษฎีนี้ยืนยันว่าการสู้รบไม่ควรจะขยายนอกเหนือไปจากสมาชิกของ กองกำลังติดอาวุธหรือไปล่วงละเมิดต่อทรัพย์สินส่วนบุคคล ซึ่งทฤษฎีนี้มีอิทธิพลอย่างมากต่อข้อจำกัด ที่สำคัญประการแรก ๆ ว่าด้วยการทำสงครามที่ถูกพัฒนาขึ้นในช่วงครึ่งหลังของคริสต์ศตวรรษที่ 19 และช่วงต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20⁶⁴ โดยในช่วงเวลาดังกล่าวได้มีการรวบรวม(codification) จารีตประเพณีแห่งสงครามให้อยู่ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างมากมาย เช่น อนุสัญญา เจนีวาเพื่อปรับปรุงสภาวะของทหารที่บาดเจ็บในสนามรบให้ดีขึ้น ค.ศ. 1864 (The Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sicks in Armed Forces in the Field of 1864) และอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 (The Hague Conventions 1907) เป็นต้น

ในมาตรา 3 ของอนุสัญญากรุงเฮกฉบับที่ 4 ค.ศ. 1907 และมาตรา 56 ของ กฎเกณฑ์ที่ผนวกไว้กับอนุสัญญานี้ รวมทั้งมาตรา 21 ของอนุสัญญากรุงเฮกฉบับที่ 10 ค.ศ. 1907 ได้ระบุให้เป็นหน้าที่ของรัฐ ซึ่งกองทัพของตนได้กระทำละเมิดต่อกฎหมายแห่งวิธีการทำสงคราม (the laws of warfare) จะต้องชดเชย (reparation) ความเสียหายที่เกิดจากการ กระทำนั้น หรือจะต้องลงโทษบุคคลที่กระทำการละเมิดเช่นว่านั้น นอกจากนี้ยังเป็นที่ยอมรับโดย ทัวไปว่ากฎหมายระหว่างประเทศอนุญาตให้พิจารณาคดีแก่บุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าฝ่าฝืน (breach) จารีตประเพณีแห่งสงคราม หากบุคคลนั้นตกอยู่ในเงื้อมมือของประเทศที่พลเรือนของประเทศนั้น เป็นผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำของบุคคลนั้น⁶⁵ แต่ในทางปฏิบัติบทนิรโทษกรรม (an amnesty clause) สำหรับบุคคลที่มีความผิดเกี่ยวกับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในระหว่าง

⁶⁴ Ibid., pp. 560-561.

⁶⁵ Ibid., p. 561.

สงครามมักจะถูกระงับไว้ในสนธิสัญญาสันติภาพ (peace treaty) เพราะในสมัยนั้นถือว่าการก่อสงครามเป็นสิทธิอธิปไตยประการหนึ่งของรัฐ อย่างไรก็ตาม หากผู้ปกครองรัฐได้ทำคำปฏิญาณเป็นพิเศษไว้ว่าจะไม่ทำสงคราม บุคคลนั้นก็ต้องมีความรับผิดชอบหากคนได้ก่อสงครามขึ้น เพราะเป็นการละเมิดต่อพันธกรณีในคำปฏิญาณที่ตนได้ให้ไว้ ดังเช่นกรณีของนโปเลียนที่ 1 แห่งฝรั่งเศส ซึ่งได้ฝ่าฝืนคำปฏิญาณพระองค์ได้ให้ไว้ และเมื่อถูกจับตัวได้ก็มีความเป็นไปได้ที่จะถูกนำตัวขึ้นศาล (tribunal) เพื่อดำเนินคดีในฐานะที่เป็นอาชญากรสงคราม แต่รัฐบาลอังกฤษในขณะนั้นก็เลือกที่จะเนรเทศนโปเลียนที่ 1 ไปยังเกาะ Saint Helena แทนที่จะดำเนินคดีกับพระองค์⁶⁶

เมื่อสงครามโลกครั้งที่ 1 ได้อุบัติขึ้น การสู้รบในสงครามครั้งนี้เต็มไปด้วยความทารุณโหดร้ายและละเมิดกฎหมายสงครามอย่างชัดเจน โดยเฉพาะในการสู้รบฝ่ายเยอรมันได้กระทำการไปอย่างไม่รักษากฎเกณฑ์แห่งการทำสงครามแต่ประการใด รวมทั้งกระทำการที่ทารุณโหดร้ายหลายประการ อาทิ การฆ่าคนจำนวนมาก การทรมาน การจับกุม และฆ่าตัวประกัน เป็นต้น และเมื่อสงครามโลกครั้งที่ 1 สิ้นสุดลงที่ประชุมสันติภาพปารีส (The Paris Peace Conference) ได้ลงมติจัดตั้งคณะกรรมการ 15 นาย (The Commission of Fifteen) ขึ้น เพื่อสอบสวนและรายงานการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศตามที่กล่าวหาต่อเยอรมันและพันธมิตรของเยอรมัน เมื่อวันที่ 25 มกราคม 1919 โดยคณะกรรมการนี้ประกอบด้วยตัวแทนของประเทศมหาอำนาจ คือ สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรอังกฤษ ฝรั่งเศส อิตาลี และญี่ปุ่น ประเทศละ 2 คน และตัวแทนจากประเทศเบลเยียม กรีซ โปแลนด์ โรมานี และเซอร์เบีย อีกประเทศละ 1 คน⁶⁷

คณะกรรมการฯ ได้ตั้งคณะอนุกรรมการอีก 3 คณะ ดังนี้คือ⁶⁸

1. คณะอนุกรรมการว่าด้วยการกระทำอาชญากรรม (Subcommission on criminal act)
2. คณะอนุกรรมการว่าด้วยความรับผิดชอบเกี่ยวกับสงคราม (Subcommission on responsibility for war)

⁶⁶ Ibid., p. 562.

⁶⁷ Ibid., pp. 561-562.

⁶⁸ Ibid., pp. 562.

3. คณะอนุกรรมการว่าด้วยความรับผิดชอบสำหรับการละเมิดกฎหมาย และ จารีตประเพณีแห่งสงคราม (Subcommission on responsibility for the violation of the laws and customs of war)

ต่อมาคณะกรรมาธิการฯ ได้เสนอให้มีการจัดตั้งศาลสูงระหว่างประเทศ (The International High Tribunal) ขึ้นเพื่อพิจารณาคดีต่ออาชญากรรมสงคราม รวมทั้งเสนอว่า สนธิสัญญาสันติภาพ ควรจะเรียกร้องให้รัฐบาลเยอรมันและรัฐบาลพันธมิตรของเยอรมันยอมรับเขตอำนาจศาลของศาลพิเศษแห่งชาติ (The national tribunal) และศาลสูงระหว่างประเทศ (The International High Tribunal) อีกทั้งขอมส่งมอบตัวอาชญากรรมสงครามให้ศาลพิจารณาคดีด้วย ยิ่งไปกว่านั้นคณะกรรมาธิการฯ ได้เสนอบัญชีรายการความผิดที่ละเมิดกฎหมาย และจารีตประเพณีแห่งสงคราม ดังนี้⁶⁹

- 1) การฆาตกรรมหมู่
- 2) การฆ่าตัวประกัน
- 3) การทรมานพลเมือง
- 4) การทำให้พลเรือนอดอาหารตายโดยเจตนา
- 5) การข่มขืน
- 6) การลักพาตัวเด็กและสตรีไปเพื่อบังคับให้เป็นโสเภณี
- 7) การเนรเทศพลเรือน
- 8) การกักขังพลเรือน
- 9) การบังคับให้พลเรือนใช้แรงงานที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการทางทหารของ ฝ่ายข้าศึก
- 10) การแบ่งชิงอชิปไตยระหว่างการยึดครองทางทหาร
- 11) การบังคับให้เกณฑ์ทหารในหมู่คนที่อาศัยอยู่ในดินแดนที่ถูกยึดครอง

⁶⁹ Ibid., pp. 563-564.

- 12) ความพยายามที่จะเคลื่อนย้ายพลเรือนของดินแดนที่ถูกยึดครองออกนอกดินแดนนั้น
- 13) การปล้นสะดม
- 14) การริบทรัพย์สิน
- 15) การบีบบังคับเกี่ยวกับการให้เงินอุดหนุนหรือการเรียกร้องที่ผิดกฎหมายที่มากเกินไป
- 16) การลดค่าเงินและการออกเงินตราปลอม
- 17) การกำหนดโทษหมู่ทางอาญา (Imposition of collective penalties)
- 18) การทำลายล้างหรือทำลายทรัพย์สินอย่างป่าเถื่อน
- 19) การทิ้งระเบิดสถานที่ที่ไม่ได้ป้องกันตนเอง
- 20) การทำลายอาคารและอนุสาวรีย์ทางศาสนา ทางการกุศล ทางการศึกษา และทางประวัติศาสตร์อย่างป่าเถื่อน
- 21) การทำลายเรือสินค้าและเรือโดยสาร โดยปราศจากการเตือนล่วงหน้าหรือเตรียมการเพื่อความปลอดภัยของผู้โดยสารและลูกเรือ
- 22) การทำลายเรือประมงและเรือช่วยชีวิต
- 23) การทิ้งระเบิดโรงพยาบาล
- 24) การโจมตีและทำลายเรือพยาบาล
- 25) การฝ่าฝืนกฎเกณฑ์อื่น ๆ ของกาชาด
- 26) การใช้ก๊าซซึ่งเป็นอันตรายต่อสุขภาพและก๊าซที่ทำให้ระบบทางเดินหายใจติดขัด
- 27) การใช้กระสุนระเบิดหรือกระสุนกระจายและอุปกรณ์อื่น ๆ ที่ไร้มนุษยธรรม
- 28) การสั่งให้แบกร่างออกเป็นส่วนๆ (Direction to give no quarter)
- 29) การปฏิบัติที่เลวร้ายต่อผู้บาดเจ็บและเชลยศึก
- 30) การจ้างเชลยศึกในงานที่ไม่มีอำนาจ
- 31) การนำช่างหัตถกรรมชั่วคราวไปใช้ในทางที่ผิด
- 32) การใส่ยาพิษลงในบ่อน้ำ

อย่างไรก็ตาม ข้อเสนอของคณะกรรมการฯ ก็นำไปปรับใช้ก็เพียงในส่วนของ ข้อเสนอที่ให้รัฐบาลพันธมิตรของเยอรมันยอมรับอำนาจของศาลพิเศษแห่งชาติ (The national tribunals) และศาลสูง (The High Tribunal) รวมทั้งยอมส่งมอบตัวอาชญากรสงครามให้ ศาลพิจารณาคดี ดังที่ระบุไว้ในมาตรา 228, 229 และ 230 ของสนธิสัญญาแวร์ซายส์ (Treaty of Versailles)⁷⁰ ซึ่งในมาตรา 228 ได้ผนวกรายชื่อของผู้ต้องหาที่ได้ก่ออาชญากรรมใน

70 มาตรา 228 "รัฐบาลเยอรมันยอมรับสิทธิของพันธมิตรและฝ่ายที่เข้าร่วม (Allied and Associated Powers) ที่จะนำตัวบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำการละเมิด กฎหมายและจารีตประเพณีแห่งสงครามขึ้นสู่ศาลทหาร (military tribunal) โดยรัฐบาล เยอรมันจะส่งตัวผู้ต้องหาทั้งหมดที่ถูกระบุโดยชื่อ หรือ โดยยศ โดยตำแหน่ง หรือโดยการทำงาน ซึ่ง เขามีอยู่ภายใต้อำนาจของเยอรมันให้แก่พันธมิตรและฝ่ายที่เข้าร่วมฝ่ายหนึ่งหรือทั้งหมด และหาก พบว่าบุคคลนั้นมีความผิดก็จะถูกพิพากษาลงโทษตามที่กำหนดไว้โดยกฎหมาย"

มาตรา 229 "บุคคลที่มีความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมต่อคนชาติของพันธมิตร และ ฝ่ายที่เข้าร่วมประเทศใดประเทศหนึ่ง จะถูกนำตัวขึ้นพิจารณาคดีต่อศาลทหารของประเทศนั้น บุคคลที่มีความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมต่อคนชาติของพันธมิตร และ ฝ่ายที่เข้าร่วมมากกว่าหนึ่งประเทศจะถูกนำตัวขึ้นพิจารณาคดีต่อศาลทหาร ซึ่งประกอบด้วยสมาชิก ของศาลทหารของประเทศมหาอำนาจที่เกี่ยวข้อง

ในทุกกรณีผู้ถูกกล่าวหาจะได้รับสิทธิให้มีทนายในนามของตนเอง"

มาตรา 230 "รัฐบาลเยอรมันจะต้องส่งมอบเอกสารทั้งหมด และข้อมูลทุกชนิด สิ่งต่าง ๆ ซึ่งอาจถูกพิจารณาว่าจำเป็นเพื่อทำให้มั่นใจถึงการรู้อย่างเต็มที่เกี่ยวกับการกระทำที่ ถูกกล่าวโทษ (incriminating acts) การเปิดเผยตัวผู้กระทำผิด (the discovery of offenders) และการประเมินความรับผิดชอบได้อย่างเหมาะสม (the just appreciation of responsibility)"



ช่วงสงครามไว้ด้วยเท่านั้น แต่ความพยายามที่จะดำเนินคดีและลงโทษอาชญากรสงครามตามบทบัญญัติของสนธิสัญญาแวร์ซายส์ มาตรา 228-230 ก็ไม่ประสบความสำเร็จ ดังจะเห็นได้จากการที่รัฐบาลเนเธอร์แลนด์ปฏิเสธที่จะมอบตัวพระเจ้าไกเซอร์วิลเลียมที่ 2 (Kaiser Wilhelm II) ซึ่งไปลี้ภัยอยู่ในเนเธอร์แลนด์ให้กับฝ่ายพันธมิตร โดยอ้างว่าเนเธอร์แลนด์ไม่ได้เป็นภาคีของสนธิสัญญาแวร์ซายส์จึงไม่ผูกพันโดยมาตรา 228-230 ของสนธิสัญญานี้ นอกจากนี้ การส่งตัวพระเจ้าไกเซอร์ที่ 2 ข้ามแดนไม่สอดคล้องกับกฎหมายภายในของเนเธอร์แลนด์และประเพณีแห่งการลี้ภัยอีกด้วย ⁷¹

อย่างไรก็ดี แม้จะมีการทำบัญชีรายการความผิดที่ละเมิดกฎหมายและจารีตประเพณีแห่งสงครามก็ตาม แต่ก็ยังคงมีปัญหาเกี่ยวกับความตั้งใจจริงของรัฐต่าง ๆ ที่จะดำเนินคดีและลงโทษผู้ที่กระทำความผิดต่าง ๆ ตามรายการที่กำหนดไว้ ซึ่งเดิมการกระทำเหล่านี้ก็ถือเป็นความผิดอยู่แล้ว แต่ไม่มีการบังคับใช้กฎหมายให้ได้ผลอย่างจริงจัง

จากผลของที่ประชุมสันติภาพปารีส (The Paris Peace Conference) เมื่อวันที่ 6 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1920 มีชาวเยอรมันทั้งหมด 896 คน ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำการละเมิดกฎหมายสงคราม โดยฝรั่งเศสและเบลเยียมกล่าวหาประเทศละ 344 คน อังกฤษกล่าวหา 97 คน โปแลนด์กล่าวหา 47 คน อิตาลีกล่าวหา 29 คน โรมานีเยกกล่าวหา 31 คน และเซอร์เบียกล่าวหา 4 คน ⁷² ซึ่งประเทศพันธมิตรเหล่านี้เรียกร้องให้เยอรมันส่งตัวบุคคลเหล่านี้ข้ามแดน แต่นายเคิร์ต ฟอน แลสแน (Kurt von Lersner) ซึ่งเป็นหัวหน้าคณะผู้แทนสันติภาพของเยอรมันได้ปฏิเสธการส่งข้ามแดน โดยอ้างว่ารัฐบาลเยอรมันยังไม่มีเสถียรภาพมากนักและถ้าปฏิบัติตามคำเรียกร้องของพันธมิตรอาจนำไปสู่การล้มล้างรัฐบาลได้ ⁷³

71 Ibid., pp. 564-566.

72 Department of the Army Pamphlet, op.cit., p. 221.

73 Ibid.

ต่อมาปี ค.ศ. 1920 ฝ่ายพันธมิตรได้ยอมรับข้อเสนอของรัฐบาลเยอรมันที่
 เสนอว่ารัฐบาลเยอรมันจะพิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามทุกคนตามที่ฝ่ายพันธมิตรกล่าวหาต่อศาลสูง
 (The Supreme Court) ของเยอรมันในเมือง Leipzig อย่างไรก็ตาม ฝ่ายพันธมิตรก็ได้
 สงวนสิทธิในการพิจารณาว่าเยอรมันได้ปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญาแวร์ซายส์หรือไม่ โดยดูจาก
 ผลของการพิจารณาคดี และการลงโทษอาชญากรรมสงคราม ซึ่งหากยังไม่เป็นที่พอใจของฝ่าย
 พันมิตร ฝ่ายพันธมิตรอาจพิจารณาคดีของอาชญากรรมสงครามเหล่านั้นต่อศาล (tribunal) ของ
 ฝ่ายพันธมิตรก็ได้ ซึ่งปรากฏว่าในการพิจารณาคดีจริง ๆ ที่ศาลเมือง Leipzig มีผู้ถูกฟ้องร้องใน
 ฐานะเป็นผู้กระทำความผิดต่อกฎหมายสงครามเพียง 45 คนและมีเพียง 12 คนเท่านั้นที่ถูกนำตัวขึ้น
 พิจารณาคดีต่อศาล โดยมีรายชื่อของผู้ต้องหา ข้อกล่าวหา การพิจารณาคดี และคำพิพากษา
 ดังนี้ 74

	ผู้ต้องหา (Accused)	ข้อกล่าวหา (Charge)	การพิจารณาคดี (Finding)	คำพิพากษา (Sentence)
1	สิบเอก คาร์ล เฮย์แมน (Sgt. Karl Heymen)	กระทำการปฏิบัติอย่างไม่ สมควรต่อเชลยศึก	มีความผิด	จำคุก 10 เดือน
2	ร้อยเอก อีมิล มุลเลอร์ (Capt. Emil Muller)	กระทำการปฏิบัติอย่างไม่ สมควรต่อเชลยศึก	มีความผิด	จำคุก 6 เดือน
3	พลทหาร โรเบิร์ต นอยมานน์ (Pvt. Robert Neumann)	กระทำการปฏิบัติอย่างไม่ สมควรต่อเชลยศึก	มีความผิด	จำคุก 6 เดือน

74 Ibid. pp. 221-222.

	ผู้ต้องหา (Accused)	ข้อกล่าวหา (Charge)	การพิจารณาคดี (Finding)	คำพิพากษา (Sentence)
4	นาวาตรี คาร์ล นอยมานน์ (Lt.Capt.Karl Neumann)	กระทำการยิงทอร์ปิโดเรือ โรงพยาบาลโดเวอร์คาส- เทิล(The Dover Castle)	ไม่มีความผิด	-
5	นาวาโท ลุดวิก ดิทมาร์ (1st.Lt.Ludwig Dithmar)	กระทำการวางเพลิงต่อผู้รอด ชีวิตที่ผู้ในเรือช่วยชีวิตของ เรือโรงพยาบาลแลนโดวีรี แคสเทิล(The Llandoverly Castle)	มีความผิด	จำคุก 4 ปี
6	นาวาโท จอห์น โบลด์ท์ (1st.Lt.John Boldt)	การวางเพลิงต่อผู้รอดชีวิตที่ อยู่ในเรือช่วยชีวิตของเรือ โรงพยาบาลแลนโดวีรี แคส- เทิล(The Llandoverly Castle)	มีความผิด	จำคุก 4 ปี
7	นายมากซ์ รัมดาร์ (Max Ramdar)	กระทำการปฏิบัติอย่างไม่ สมควรต่อเด็กชาวเบลเยียม	ไม่มีความผิด	-

ผู้ต้องหา (Accused)	ข้อกล่าวหา (Charge)	การพิจารณาคดี (Finding)	คำพิพากษา (Sentence)
8 พันตรี เบนโน ครูซึอัส (Major Benno Crusius)	กระทำการส่งผ่านคำสั่งที่ถูกกล่าวหาของนายพลสแตงเก (Gen. Stenger)	มีความผิดจากการละเลย	จำคุก 2 ปี
9 ร้อยโท ออดอล์ฟ เลาล์ (1st.Lt.Adolp Laule)	ฆ่าเชลยศึก 1 คน	ไม่มีความผิด	-
10 พลโท ฮัน ฟอน โชค (Lt.Gen.Hans von Schock)	กระทำการปฏิบัติอย่างไม่สมควรต่อเชลยศึก	ไม่มีความผิด	-
11 พลตรี เบนโน ครูสกา (Maj.Gen.Benno Kruska)	กระทำการปฏิบัติอย่างไม่สมควรต่อเชลยศึก	ไม่มีความผิด	-
12 พลโท คาร์ล สแตงเก (Lt.Gen.Karl Stenger)	กระทำการออกคำสั่งฆ่าเชลยศึก	ไม่มีความผิด	-

จากผลของการพิจารณาคดีต่ออาชญากรรมสงครามต่อศาลสูง (The Supreme Court) ในเมือง Leipzig จะเห็นว่าผู้ต้องหา 6 ใน 12 คน ได้รับการพิพากษาว่าไม่มีความผิด ส่วนอีก 6 คน ที่เหลือ แม้ว่าจะได้รับการพิจารณาคดีว่ามีความผิดก็ตามแต่สัดส่วนของความผิดที่ได้

กระทำขึ้นกับการลงโทษที่ได้รับ (จาก 6 เดือน - 4 ปี) นั้นไม่ได้คู่ลย์กันแต่ประการใด ซึ่งผลการพิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามของศาลที่เมือง Leipzig นั้นไม่เป็นที่พอใจของฝ่ายพันธมิตร ซึ่งมีหลักฐานปรากฏยืนยันอยู่ในความเห็นของคณะกรรมการนักกฎหมายฝ่ายพันธมิตร (Commission of Allied Jurists) ซึ่งสรุปได้ว่า⁷⁵ ผู้ต้องหาบางคนซึ่งได้รับการตัดสินให้พ้นผิดนั้นสมควรจะถูกตัดสินว่ามีความผิด และในกรณีของผู้ที่ถูกตัดสินว่าผิด การลงโทษตามคำพิพากษานั้นก็สมลู่ลย์กับความผิดที่ได้กระทำขึ้น นอกจากนั้นคณะกรรมการฯ ยังได้เสนอความเห็นอีกว่าคดีใหม่จะไม่ถูกส่งไปที่เมือง Leipzig อีก และรัฐบาลเยอรมันจะต้องถูกบังคับให้ส่งมอบผู้ต้องหาให้พันธมิตรพิจารณาคดีตามมาตรา 228

ต่อมาเมื่อเกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 ขึ้น ฝ่ายอักษะ (The Axis Power) โดยเฉพาะการปฏิบัติของเยอรมันต่อพลเรือนของดินแดนที่ถูกยึดครอง ไม่เพียงเป็นการละเมิดกฎหมายแห่งวิธีการทำสงคราม (law of warfare) เท่านั้น แต่ยังเป็นการทำล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) ด้วย โดยมีการออกคำสั่งอย่างชัดเจนให้ทำลายเชื้อชาติทั้งหมดของกลุ่มชาวยิว และส่วนใหญ่ของพลเรือนชาวโปแลนด์ รวมทั้งพลเรือนของรัสเซีย ซึ่งการกระทำเหล่านี้เป็นที่รับรู้กันโดยทั่วไป⁷⁶ และฝ่ายพันธมิตรเองก็มีความตั้งใจที่จะนำตัวบุคคลที่เป็นอาชญากรรมสงครามมาดำเนินคดีและลงโทษ โดยฝ่ายพันธมิตรได้แสดงให้เห็นถึงความตั้งใจดังกล่าวหลายครั้งด้วยกัน ซึ่งปรากฏอยู่ในหลักฐานดังต่อไปนี้

1. ถ้อยแถลงร่วมกันของโปแลนด์และเชโกสโลวาเกีย (The Joint Statement between Poland and Czechoslovakia) ถ้อยแถลงนี้เป็นการประณามการกระทำที่เป็นอาชญากรรมสงครามของเยอรมันอย่างเป็นทางการครั้งแรก โดยในถ้อยแถลงนี้ได้บรรจุการกระทำที่ทารุณรุนแรงและทารุณโหดร้ายที่ประเทศทั้งสองได้รับ⁷⁷

⁷⁵ Sheldon Glueck, War criminals their prosecution and punishment (New York : Kraus Reprint Corporation, 1966), p. 32.

⁷⁶ Rumigiusz Bierzanek, op.cit., p. 571.

⁷⁷ Ibid.

2. การประกาศของประธานาธิบดีรูสเวลต์ (President Roosevelt) แห่งสหรัฐอเมริกา และนายกรัฐมนตรีเชอร์чилล์ (Prime Minister Churchill) แห่งสหราชอาณาจักร เมื่อวันที่ 25 ตุลาคม ค.ศ. 1941 ซึ่งเตือนฝ่ายอักษะว่าจะมีการกระทำตอบโต้ อาชญากรรมที่บุคคลเหล่านี้ได้ก่อขึ้น⁷⁸

3. บันทึกของโซเวียต (Soviet Note) เกี่ยวกับการกระทำอันร้ายกาจ (atrocities) ที่เยอรมันได้กระทำต่อเชลยศึก (war prisoners) ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1941⁷⁹

4. การประกาศร่วมกัน (Joint declaration) ณ พระราชวังเซนต์เจมส์ (Saint James Palace) เมื่อวันที่ 13 มกราคม ค.ศ. 1942 โดยเป็นการประกาศร่วมกันของรัฐบาล 9 ประเทศที่ถูกเยอรมันยึดครอง คือ เบลเยียม เชคโกสโลวาเกีย ฝรั่งเศส กรีซ ลักแซมเบิร์ก เนเธอร์แลนด์ นอร์เวย์ โปแลนด์ และยูโกสลาเวีย ซึ่งมีวัตถุประสงค์ร่วมกันที่จะลงโทษบุคคลที่เป็นอาชญากรสงคราม หรือมีความรับผิดชอบต่อการกระทำที่เป็นอาชญากรรมสงครามไม่ว่าบุคคลนั้น จะได้สั่งให้กระทำ เตรียมการ หรือมีส่วนร่วมในการกระทำ อาชญากรรมสงครามก็ตาม โดยจะลงโทษผ่านวิถีทางของระบบความยุติธรรม⁸⁰

6. แถลงการณ์มอสโก (The Declaration of Moscow) ลงวันที่ 1 พฤศจิกายน ค.ศ. 1943 จัดทำขึ้นโดยโซเวียต, อังกฤษและสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้ออกมาเพื่อเตือนเยอรมันให้รู้ว่า ทั้ง 3 ประเทศนี้จะติดตามบุคคลที่มีความรับผิดชอบสำหรับอาชญากรรมสงครามให้ถึงที่สุดและจะนำตัวบุคคลเหล่านี้มาดำเนินคดี

⁷⁸ Woetzel, Robert K. The Nuremberg Trials in International Law, Stevens and Sons Limited 1962, p. 3. อ้างถึงใน ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, นูเรมเบิร์ก : อาชญากรรมสงครามนาซีกับกฎหมายระหว่างประเทศ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต แผนกความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2507), น. 1.

⁷⁹ Rumigiusz Bierzanek, op.cit., p. 572.

⁸⁰ Ibid.

แถลงการณ์มอสโกได้ประกาศหลักเกณฑ์ที่สำคัญ 2 ประการ คือ

(ก) ชาวเยอรมันที่มีความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมสงครามจะถูกลงโทษโดยพลเรือนและในสถานที่ที่อาชญากรรมได้กระทำขึ้น ดังนั้น อาชญากรรมสงครามประเภทนี้จะถูกส่งตัวกลับไปยังประเทศที่อาชญากรรมสงครามได้ก่ออาชญากรรมสงครามขึ้น โดยจะถูกพิพากษาและลงโทษตามกฎหมายของประเทศนั้น

(ข) อาชญากรรมที่ไม่มีแหล่งที่ตั้งทางภูมิศาสตร์ (no specific geographical location) จะถูกพิจารณาและพิพากษาตามคำตัดสินร่วมกัน (joint decision) ของรัฐบาลพันธมิตร 81

7. แถลงการณ์ร่วม (The Joint Declaration) ระหว่างอังกฤษ โขเวียต และสหรัฐอเมริกา ลงวันที่ 17 ธันวาคม ค.ศ. 1942 ได้ย้ำว่าอาชญากรรมสงครามมีความรับผิดชอบในการกระทำอาชญากรรมต่อคนที่มีเชื้อชาติยิว และไม่สามารถหลบหนีการดำเนินคดีได้ 82

หลังจากที่สงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง รัฐบาลพันธมิตรได้ตกลงร่วมกันที่จะจัดตั้งคณะกรรมการสหประชาชาติ (United Nations Commission) ขึ้นเมื่อวันที่ 20 ตุลาคม ค.ศ. 1943 โดยมีวัตถุประสงค์ในการไต่สวนการกระทำอาชญากรรมสงคราม นอกจากนั้น คณะกรรมการยังช่วยเหลือในการแก้ไขปัญหากฎหมายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินคดี และลงโทษอาชญากรรมสงคราม รวมทั้งปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการสืบสวน และบันทึกข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้อง 83

นอกจากนี้ ประเทศมหาอำนาจ 4 ประเทศ คือ อังกฤษ ฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา และโซเวียต ได้ร่วมกันจัดทำความตกลงลอนดอน (The London Agreement) ลงวันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ. 1945 ขึ้น โดยภาคผนวก (Annex) ของความตกลงนี้เป็นธรรมนูญของศาลทหารระหว่างประเทศ ณ นูเรมเบิร์ก (International Military Tribunal at Nuremberg) ซึ่งเป็นศาลนี้มีอำนาจในการพิจารณาคดีต่อ

81 Ibid. and Department of the Army Pamphlet, op.cit., p. 222.

82 Rumigiusz Bierzanek, op.cit., p. 573.

83 Ibid.

- (ก) อาชญากรต่อความสันติภาพ (criminal against peace)
- (ข) อาชญากรต่อมนุษยชาติ (criminal against humanity) และ
- (ค) อาชญากรสงคราม (war criminal) ⁸⁴

นอกจากศาลนูเรมเบิร์กแล้ว ยังมีการจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศสำหรับตะวันออกไกล (International Military Tribunal for the Far East) ขึ้นเมื่อวันที่ 19 มกราคม ค.ศ. 1946 โดยศาลนี้มีลักษณะเช่นเดียวกับศาลที่นูเรมเบิร์ก แต่มีอำนาจพิจารณาคดีเฉพาะอาชญากรต่อสันติภาพ อาชญากรต่อมนุษยชาติ และอาชญากรสงครามในเขตตะวันออกไกลเท่านั้น ⁸⁵ (รายละเอียดของการพิจารณาคดีอาชญากรสงครามต่อทั้งสองศาลนี้จะได้กล่าวถึงในบทต่อไป)

การพิจารณาคดีและลงโทษอาชญากรสงครามในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 ต่อศาลนูเรมเบิร์กและศาลตะวันออกไกล นับเป็นเหตุการณ์ที่สำคัญซึ่งแสดงให้เห็นถึงความก้าวหน้าของแนวความคิดเกี่ยวกับอาชญากรสงคราม เพราะแนวความคิดนี้มีพื้นฐานมาจากพฤติกรรมทางศาสนา ดังนั้น การละเมิดจารีตประเพณีแห่งสงครามจึงเป็นเพียงความผิดทางศาสนาและไม่มีผลในทางกฎหมาย จนมาถึงสมัยสงครามโลกครั้งที่ 1 แนวความคิดเกี่ยวกับอาชญากรสงครามมีผลบังคับมากขึ้น โดยจะเห็นได้จากกรณีของพระเจ้าไกเซอร์ที่ 2 ซึ่งฝ่ายพันธมิตรเห็นว่าพระองค์ได้ก่ออาชญากรรมสงคราม จึงพยายามหาทางนำตัวพระองค์มาดำเนินคดีและลงโทษ แต่ไม่ประสบความสำเร็จ เนื่องจากรัฐบาลของประเทศเนเธอร์แลนด์ซึ่งเป็นประเทศที่พระเจ้าไกเซอร์ที่ 2 ลี้ภัยอยู่ ปฏิเสธที่จะส่งตัวพระองค์ให้แก่ฝ่ายพันธมิตร ส่วนอาชญากรสงครามคนอื่น ๆ แม้จะถูกพิจารณาคดี โดยศาลที่เมือง Leipzig ของเยอรมันก็ตาม แต่ผลของการพิจารณาคดีก็ไม่เป็นที่น่าพอใจสำหรับฝ่ายที่ได้รับผลจากการก่ออาชญากรรมสงคราม

ดังนั้น จึงถือได้ว่าการพิจารณาคดีอาชญากรสงครามที่ศาลนูเรมเบิร์กและศาลตะวันออกไกลหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง เป็นการดำเนินคดีอาชญากรสงครามต่อศาลระหว่างประเทศครั้งแรก

⁸⁴ Ibid., p. 575-576.

⁸⁵ Ibid.

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าอาชญากรรมสงครามคนสำคัญในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 จะได้ถูกดำเนินคดีและลงโทษโดยศาลนูเรมเบิร์กหรือศาลตะวันออกไกลไปแล้ว แต่ยังมีอาชญากรรมสงครามอีกหลาย ๆ คนสามารถหลบหนีจากการดำเนินคดีไปได้ ซึ่งบางส่วนก็ถูกจับมาดำเนินคดีต่อศาลภายในของประเทศที่ได้รับความเสียหายจากการก่ออาชญากรรมสงครามในภายหลัง เช่น กรณีของไอซ์มันน์ (Eichmann) ที่ถูกดำเนินคดีและลงโทษโดยศาลภายในของอิสราเอล เป็นต้น

นอกจากนี้ กระบวนการพิจารณาคดีรวมทั้งคำพิพากษาของศาลทั้งสองนี้ โดยเฉพาะศาลนูเรมเบิร์กได้ถูกวิจารณ์เป็นอย่างมากในหมู่นักวิชาการไม่ว่าจะเป็นในทางสนับสนุนหรือในทางคัดค้าน แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่า อย่างน้อยที่สุดการดำเนินคดีและลงโทษอาชญากรรมสงครามในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 ต่อศาลนูเรมเบิร์กและศาลตะวันออกไกลได้ทำให้แนวความคิดเกี่ยวกับอาชญากรรมสงครามเป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไป รวมทั้งประเทศต่าง ๆ ก็ตื่นตัวและตระหนักถึงความจำเป็นที่จะต้องลงโทษอาชญากรรมสงคราม ดังจะเห็นได้ว่าคู่สงครามของการสู้รบหลาย ๆ ครั้งที่เกิดขึ้นภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้ถูกกล่าวหาว่าก่ออาชญากรรมสงครามขึ้น อาทิ ในสงครามเวียดนาม สหรัฐอเมริกาถูกกล่าวหาว่าก่ออาชญากรรมสงครามต่อชาวเวียดนามเหนือ ในสงครามอ่าวเปอร์เซีย อิรักก็ถูกนานาชาติประณามว่าก่ออาชญากรรมสงคราม และล่าสุดการสู้รบในอดีตกองกำลังเวีย ทหารฝ่ายเขียวได้กระทำการทารุณโหดร้าย โดยเฉพาะต่อชาวบอสเนีย จนกระทั่งคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ (The Security Council of the United Nations) ได้ลงมติเป็นเอกฉันท์ 15-0 เสียง ให้จัดตั้งศาลระหว่างประเทศขึ้นเพื่อพิจารณาคดีและลงโทษอาชญากรรมสงครามในอดีตกองกำลังเวีย เมื่อวันที่ 22 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1993 ตามข้อมติที่ 808 (1993) ⁸⁶

จากการศึกษาที่ผ่านมาในบทนี้ จะเห็นได้ว่าแนวความคิด กฎหมาย รวมทั้งวิวัฒนาการเกี่ยวกับอาชญากรรมสงครามนี้ มีความเกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดกับแนวความคิดและวิวัฒนาการของสงครามเป็นอย่างยิ่ง สำหรับช่วงเวลาที่ผ่านมาที่แนวความคิดรวมทั้งกฎหมายที่ใช้บังคับกับอาชญากรรมสงครามเริ่มมีความแข็งแกร่งและสามารถบังคับได้อย่างจริงจังมากขึ้นก็คือ ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 หรือนับตั้งแต่การพิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามต่อศาลนูเรมเบิร์ก

⁸⁶ United Nations, S/Res/808 (1993).

เป็นต้นมา ในปัจจุบันแม้ว่าจะเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าอาชญากรรมสงครามเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ร้ายแรงประเภทหนึ่ง แต่ก็เห็นได้ว่าเมื่อมีการสู้รบขึ้นมักจะมีการกล่าวหาว่าคู่สงครามฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก่ออาชญากรรมสงครามขึ้นอยู่เสมอ ๆ

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณากระบวนการดำเนินคดีและลงโทษอาชญากรรมสงครามจะพบว่ากระบวนการพิจารณาคดีและลงโทษนั้นยังมีข้อบกพร่องอยู่มาก ดังนั้น ในบทต่อไปจะได้ศึกษาและวิเคราะห์ถึงกฎหมายสารบัญญัติในส่วนที่ใช้บังคับกับอาชญากรรมสงครามเพื่อวิเคราะห์ถึงข้อบกพร่องของกฎหมายนั้นต่อไป