

### บทที่ 3

#### การรับรอง และความคุ้มครองเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด

ในบทนี้จะได้กล่าวถึงพันธกรณีที่เป็นไปตามข้อตกลงคือ พันธกรณีตามสนธิสัญญาและพันธกรณีที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่สังคมระหว่างประเทศรับรองว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่ผูกพันรัฐทุกรัฐทั้งหมด (binding to state as a whole) แม้รัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งการรับรองแก่ความคุ้มครองต่อเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดที่เป็นหลักการตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้นได้ปรากฏเป็นหลักเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับโดยสังคมระหว่างประเทศในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยเฉพาะต่อกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับความเคารพและความคุ้มครองต่อการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด ความคุ้มครองแก่บุคลากรทางการแพทย์และศาสนา และวัตถุที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการทางการแพทย์ รวมถึงสถานที่และการขนส่งทางการแพทย์ และความคุ้มครองภายใต้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดแก่บุคคลและสิ่งของดังกล่าวด้วย ซึ่งความคุ้มครองต่อเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดนั้นย่อมผูกพันรัฐทั้งปวงหากปรากฏว่าหลักการดังกล่าวนี้ได้เป็นกฎหมายจารีตประเพณีแล้ว และถือว่ามีผลเป็นการให้การรับรองต่อหลักความคุ้มครองดังกล่าวโดยรัฐทั้งปวงด้วย

ในส่วนที่เกี่ยวกับความคุ้มครองภายใต้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดนี้เป็นการศึกษากฎหมายภาคสงครามในส่วนที่เป็น *ius in bello* โดยบทนี้จะศึกษาจากหลักการตามพันธกรณีระหว่างประเทศทั้งที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศและที่เป็นพันธกรณีตามอนุสัญญาตามที่ปรากฏในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ทั้งสี่ฉบับและพิธีสารเพิ่มเติมของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 และ ฉบับที่ 2 ดังจะได้ทำการศึกษาเป็นลำดับต่อไปดังนี้

อนุสัญญาเจนีวานับแต่เริ่มต้นในปี 1864 นั้น แรกเริ่มได้มีวัตถุประสงค์เพื่ออำนวยความสะดวกแก่บุคคลผู้เข้าไปให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ประสบเคราะห์ร้ายจากการสู้รบ ซึ่งบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ซึ่งไม่มีส่วนในการสู้รบและไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใด ดังนั้นการให้ความช่วยเหลือที่เป็นกลางเช่นนี้ต้องได้รับความคุ้มครอง นับแต่การริเริ่มของนายอังรี ดูนังค็ในปี 1862 กับหนังสือเล่มแรกชื่อ "ความทรงจำแห่งซอลเฟอริโน" กระทั่งมีการประชุมทางการทูตครั้งแรกในวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 1863 นับแต่นั้นจนถึงวันนี้เป็นระยะเวลากว่า 146 ปี หลักการดังกล่าวยังคงได้รับการเคารพและยังได้มีวิวัฒนาการเรื่อยมาเป็นลำดับจนในปัจจุบันมีประเทศที่เป็นภาคีอนุสัญญาเจนีวา 1949 ทั้ง

หมดแล้วถึง 194 ประเทศ นั้นหมายความว่าทุกประเทศในโลกนี้ได้เข้าผูกพันตนเป็นภาคีอนุสัญญาเจนีวา 1949 แล้ว

อนุสัญญาเจนีวาได้มีพัฒนาการต่อไปโดยในปี 1977 ได้มีการรับรองพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาดังกล่าว โดยเป็นการรวบรวมหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่ใช้ในกรณีการขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศหรือการสู้รบระหว่างประเทศ ที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีมานับแต่อดีตกาลเกี่ยวกับการสู้รบระหว่างประเทศ ได้ถูกรวบรวมบัญญัติไว้ในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ปี 1977 หรืออาจจะกล่าวได้ว่าเป็นการกล่าวถึงหลักการในรายละเอียดที่มีอยู่ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น อีกทั้งยังเป็นการวางรากฐานสำหรับการก่อตัวของกฎเกณฑ์ของจารีตประเพณีใหม่ ดังที่ปรากฏในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ปี 1977 นี้ ไม่เพียงแต่เป็นหลักการที่ใช้ในการสู้รบระหว่างประเทศ แต่ยังรวมถึงการสู้รบที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศด้วย ที่สำคัญหลักการต่างๆ ในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ปี 1977 นี้ ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางโดยรัฐจำนวนมาก ซึ่งมากกว่าจำนวนรัฐที่แสดงออกโดยการให้สัตยาบันตามพิธีสารดังกล่าวอีก

กฎเกณฑ์ตัวอย่างที่สำคัญตามพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ปี 1977 ได้รับรองไว้ ซึ่งตรงกับหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศคือ หลักการแบ่งแยกระหว่างพลเรือนและพลรบ และระหว่างวัตถุของพลเรือนและวัตถุทางการทหาร การห้ามการโจมตีโดยไม่เลือกเป้าหมาย หลักการได้สัดส่วนในการโจมตี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง พันธกรณีในการเคารพและการคุ้มครองบุคลากรทางการแพทย์และอนุศาสนาจารย์ ซึ่งรวมไปถึงหน่วยปฏิบัติการทางการแพทย์และยวดยานพาหนะทางการแพทย์ด้วย และที่สำคัญยิ่งในการศึกษาต่อในครั้งนี้นี้ก็คือ หลักการห้ามใช้สัญลักษณ์ การห้ามใช้สัญลักษณ์โดยมิชอบและห้ามการใช้โดยล่อลวงโดยใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดซึ่งจะได้กล่าวรายละเอียดในลำดับต่อไปนี้

### 3.1 การรับรองที่เกี่ยวกับตัวเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด

ต่อไปเป็นการศึกษาในส่วนของการรับรองเกี่ยวกับตัวเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดโดยสังคมระหว่างประเทศว่าเครื่องหมายกาชาดและเครื่องหมายเสี้ยววงเดือนแดงนี้เป็นเครื่องหมายที่แต่ละประเทศให้การยอมรับในระดับใดอันจะนำไปสู่การวิเคราะห์ถึงพันธกรณีของประเทศต่างๆ ในการให้ความเคารพและคุ้มครอง

นับแต่มีการรับเอาเครื่องหมายกาชาดมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการให้ความช่วยเหลือทางการแพทย์แก่ผู้ประสบภัยในสนามรบ นับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน การได้รับความคุ้มครองนั้นก็ยังมิ

ปัญหามากมาย โดยเฉพาะในประเด็นเกี่ยวกับการที่ประเทศคู่พิพาทไม่ได้ให้ความเคารพต่อเครื่องหมายที่หน่วยแพทย์พยาบาลที่คู่กรณีพิพาทอีกฝ่ายหนึ่งใช้ รวมทั้งการได้รับความคุ้มครองนั้นยังคงประสบปัญหาและอุปสรรค ไม่ว่าจะเป็นการให้ความคุ้มครองในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศและในการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศ ซึ่งจากการศึกษาพบว่ามีการการละเมิดต่อความคุ้มครองภายใต้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดอย่างแพร่หลาย รวมทั้งการมีมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการละเมิด การลงโทษ และการเยียวยาตามกฎหมายภายในที่ยังคงมีปัญหา ดังจะได้อธิบายในแต่ละส่วนเป็นลำดับต่อไปดังนี้

### 3.1.1 การรับรองตามข้อผูกพันในฐานะสนธิสัญญา

ในขั้นต้นจะกล่าวถึงกระบวนการต่างๆ ในการทำสนธิสัญญาเพื่อที่จะทราบว่ากรณีนิติสัมพันธ์ในทางระหว่างประเทศในขั้นตอนใดที่มีผลทำให้คู่ภาคีตามอนุสัญญาต้องผูกพันรับผิดชอบหรือมีหลักการหรือข้อยกเว้นความรับผิดชอบเช่นนั้นแต่อย่างใดหรือไม่ หากกระทำได้แล้ว จะกระทำได้โดยวิธีใด และมีกรณีใดหรือไม่ที่ไม่อาจยกเว้นความรับผิดชอบได้อันจะนำไปสู่ประเด็นเรื่องการรับรองความคุ้มครองในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีในหัวข้อต่อไป

กระบวนการต่างๆ ในการทำสนธิสัญญา ข้อตกลงสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาที่เป็นข้อตกลงทั้งนี้ไม่ว่าจะมีชื่อเรียกเช่นไรโดยทั่วไปจะมีขั้นตอนคือ มีการลงนาม (signature)<sup>1</sup> ซึ่งการลงนามในสนธิสัญญามี 3 รูปแบบด้วยกันกล่าวคือ การลงนามย่อ การลงนามชั่วคราว หรือการลงนามโดยเงื่อนไขว่าต้องได้รับการให้สัตยาบันอีกครั้งหนึ่ง และการลงนามเต็ม ภายหลังจากมีการลงนามแล้วรัฐภาคีที่ลงนามอาจจะต้องทำการให้สัตยาบัน (Ratification) การให้สัตยาบันเป็นกระบวนการตรวจสอบสนธิสัญญาอีกครั้งหนึ่งหลังจากการเจรจาและหรือลงนามแล้วเพื่อพิจารณาการเข้าผูกพันตามพันธกรณีในสนธิสัญญาดังกล่าว หากรัฐใดที่ไม่ได้ลงนามในกรอบเวลาที่สนธิสัญญานั้นๆ กำหนดรัฐนั้นอาจจะต้องดำเนินการภาคยานุวัติ (Accession) โดยการภาคยานุวัตินี้เป็นการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาซึ่งจะใช้ในกรณีที่รัฐนั้นมิได้เข้าร่วมในการเจรจาทำสนธิสัญญา และมีได้ลงนามในสนธิสัญญานั้นมาก่อน

<sup>1</sup> Further see, กรมพระธรรมนูญ, การจัดทำความตกลงระหว่างประเทศตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ (ตอนที่ 2), เอกสารวิชาการ, ปีที่ 1, ฉบับที่ 21/2546, วันที่ 26 พฤษภาคม 2546, น. 2; จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, (แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5), (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2548), น. 117-119.

นอกจากกระบวนการต่างๆ ในการเข้าเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญา รัฐภาคีชอบที่จะตั้งข้อสงวน (Reservation) ได้ "ข้อสงวน" หมายถึง คำแถลงการณ์ฝ่ายเดียว (Unilateral Statement) ของรัฐใดรัฐหนึ่งในการแถลงว่ารัฐนั้นประสงค์จะรับหรือเปลี่ยนแปลงผลทางกฎหมายของบทบัญญัติข้อใดข้อหนึ่งในสนธิสัญญานั้นๆ แต่การตั้งข้อสงวนนั้นจะกระทำได้ก็แต่เฉพาะในการทำสนธิสัญญาแบบพหุภาคีเท่านั้น ทั้งนี้สัญญาพหุภาคียังรวมถึงกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนี้ด้วยที่สามารถตั้งข้อสงวนได้ เนื่องจากการตั้งข้อสงวนในสนธิสัญญาทวิภาคีก็จะมีผลเป็นการแก้ไขข้อความในสนธิสัญญาจึงไม่เป็นการตั้งข้อสงวนแต่ถือเป็นการแก้ไขข้อตกลงนั้นๆ โดยทั่วไปแล้วการตั้งข้อสงวนย่อมทำได้ เว้นแต่การตั้งข้อสงวนในหลักการบางอย่างที่เป็นหลักการที่มีผลผูกพันเป็นการทั่วไป (*erga omnes*)<sup>2</sup> อันเป็นหลักเกณฑ์ที่ไม่สามารถตั้งข้อสงวนความรับผิดชอบเช่นนั้นได้ ในการตั้งข้อสงวนนี้รัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะไม่ยอมรับการตั้งข้อสงวนนั้นได้ โดยทำเป็นแถลงการณ์อันถือเป็นการ "คัดค้านข้อสงวน" ดังนั้นหลักการใดที่รัฐที่ตั้งข้อสงวนไว้ก็จะไม่ผูกพันรัฐที่คัดค้านนั้น

การทำข้อสงวนสามารถกระทำได้ออนลงนามให้สัตยาบันหรือภาคยานุวัติสนธิสัญญา ซึ่งภาคีมีอิสระเต็มที่ในการตั้งข้อสงวนตราบเท่าที่ไม่ขัดและแย้งหรือทำให้วัตถุประสงค์หลักของสนธิสัญญาเสียไป ตัวอย่างในการตั้งข้อสงวนในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ได้แก่ประเทศอิสราเอลซึ่งตั้งข้อสงวนในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด โดยการที่อิสราเอลไม่ใช้เครื่องหมายใดๆ ตามที่อนุสัญญาเจนีวา 1949 ได้ให้การรับรองแล้ว กล่าวคือเครื่องหมายกาชาด เครื่องหมายเสี้ยววงเดือนแดงและเครื่องหมายสิงโตแดงกับดวงอาทิตย์<sup>3</sup> แต่จะใช้เครื่องหมายดวงดาวแห่งดาวิดในการให้บริการทางการแพทย์แก่หน่วยงานภายในประเทศของตนแทนการใช้เครื่องหมายดังกล่าว<sup>4</sup>

ดังนั้นการตั้งข้อสงวนของอิสราเอลจึงไม่อาจมีผลบังคับกับรัฐอื่นได้ ผลคือทำให้องค์กรมาเกนดาวิดอาดัมไม่สามารถเข้าเป็นสมาชิกเต็มขององค์การกาชาดได้ ซึ่งทางแก้ไขปัญหาของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศคือ การทำข้อตกลงพิเศษกับประเทศอิสราเอลเพื่อให้อิสราเอลในฐานะที่เป็นภาคีอนุสัญญาเจนีวา 1949 สามารถใช้เครื่องหมายดวงดาวแห่งดาวิดได้

<sup>2</sup> see, รายละเอียดในหัวข้อ 3.1.2 เรื่อง การรับรองและผลผูกพันในฐานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

<sup>3</sup> GCI, article 38 and GCII, article 41.

<sup>4</sup> See, "Geneva Convention 12 August 1949," state parties, [Online] available from: <http://www.cicr.org/ihl.nsf/NORM/35D52356F487FC85C1256402003F9563?OpenDocument> [9 February 08].



เมื่อมีการตั้งข้อสงวนแล้วหากรัฐที่ตั้งข้อสงวนนั้นประสงค์ที่จะถอนข้อสงวนดังกล่าวในภายหลังก็ย่อมทำได้โดยถอนข้อสงวนและการถอนการคัดค้านข้อสงวนเมื่อใดก็ได้โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากภาคีซึ่งได้ยอมรับการตั้งข้อสงวนอีกเว้นแต่สนธิสัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น เช่นเดียวกับการคัดค้านการตั้งข้อสงวนจะถอนเสียเมื่อใดก็ได้เว้นแต่สนธิสัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

นอกจากหลักการต่างๆ ในกระบวนการทำสนธิสัญญาที่มีผลกระทบต่อพันธกรณีตามอนุสัญญาแล้ว ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศยังมีหลักการอื่นๆ อีกที่เป็นหลักการที่สำคัญอย่างมากในการมีพันธกรณีในทางระหว่างประเทศ หลักการดังกล่าวได้แก่ หลักการที่ว่า "สนธิสัญญาผูกพันคู่สัญญาที่จะปฏิบัติตาม" (*pacta sunt servanda*) และหลัก "สนธิสัญญาผูกพันเฉพาะคู่สัญญา" (*clausula si omnes*)

หลักการที่ว่า "สนธิสัญญาผูกพันคู่สัญญาที่จะปฏิบัติตาม" ตามหลัก *pacta sunt servanda* ซึ่งปรากฏในข้อ 26 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 มีดังนี้

"ทุกสนธิสัญญาที่มีผลบังคับผูกพันแก่รัฐภาคีและรัฐภาคีจะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่ตนเป็นภาคีด้วยหลักสุจริต"<sup>5</sup>

ซึ่งหลักสุจริต (good faith) เป็นหลักกฎหมายและรูปแบบส่วนที่ขาดไม่ได้ของหลัก *pacta sunt servanda*<sup>6</sup> ตามหลักการแล้วการทำสนธิสัญญาไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาแบบทวิภาคีหรือพหุภาคี คู่สัญญาย่อมผูกพันตามข้อตกลงในสนธิสัญญานั้น เว้นแต่คู่สัญญาได้ตั้งข้อสงวนในข้อตกลงหรือสนธิสัญญาแบบพหุภาคีบางประเภทที่ย่อมจะตั้งข้อสงวนในบางเรื่องได้ ซึ่งหากไม่ขัดกับเจตนารมณ์ของสนธิสัญญานั้น การตั้งข้อสงวนดังกล่าวย่อมจะใช้บังคับได้ตามข้อตกลงเช่นนั้นต่อภาคีแห่งสนธิสัญญาเช่นว่านั้นทั้งหมด

หลัก "สนธิสัญญาผูกพันเฉพาะคู่สัญญา" ตามปกติแล้วข้อตกลงสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาที่เป็นข้อตกลงไม่ว่าจะเรียกเช่นไร จะผูกพันเฉพาะก็แต่คู่สัญญาตามหลักสุจริตที่ว่า *pacta tertiis nee nocent nec prosunt* ซึ่งปรากฏอยู่ในข้อ 34 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ดังนี้

<sup>5</sup> The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, article 26

"Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith"

<sup>6</sup> Yearbook of the International Law Commission, vol. II, (part two), (1966), p. 211.

“สนธิสัญญาไม่ก่อให้เกิดทั้งพันธกรณีและสิทธิต่อรัฐหรือองค์การที่ไม่ใช่ภาคีหากปราศจากเจตจำนงของรัฐหรือหรือองค์การดังกล่าว”<sup>7</sup>

ดังคำกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่าสนธิสัญญาจะไม่ก่อภาระผูกพันแก่บุคคลที่สามหรือรัฐอื่นที่ไม่ได้เป็นภาคีตามอนุสัญญาเช่นว่า

การที่รัฐอื่นหรือว่าองค์การระหว่างประเทศอื่นหากจะเข้ามามีภาระผูกพันตามข้อตกลงได้ก็แต่โดยการแสดงเจตจำนงอย่างชัดเจนที่จะรับข้อผูกพัน หรือได้สิทธิเช่นนั้นโดยการตกลงยินยอม ซึ่งการจะเข้าผูกพันเมื่อมีพันธกรณีนั้นจะต้องแสดงออกซึ่งการยอมรับข้อผูกพันนั้นเป็นหนังสือ<sup>8</sup>

จะกล่าวถึงในกรณีอนุสัญญาเจนีวา 1949 หากคู่พิพาทในการสู้รบไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญาหรือสนธิสัญญาซึ่งผูกพันให้รับผิดชอบต่อการกระทำใดในระหว่างการรบ ซึ่งในอดีตกฎเกณฑ์ดังกล่าวปรากฏอยู่ในอนุสัญญาเจนีวา 1906 และอนุสัญญากรุงเฮก 1907 ซึ่งมีหลักการ *clausula si omnes* กล่าวคือ “พันธกรณีตามสนธิสัญญาใช้ได้ต่อคู่พิพาทในยามกรณีการขัดกันทางอาวุธก็ต่อเมื่อฝ่ายพิพาทได้เซ็นลงนามสนธิสัญญานั้นแล้ว”<sup>9</sup>

จากหลักการที่ให้สนธิสัญญาผูกพันเฉพาะภาคีสถิตสนธิสัญญาเท่านั้น ประเทศมหาอำนาจที่พัวพันกับการขัดกันทางอาวุธในช่วงเวลานั้นจึงเล็งที่จะเข้าผูกพันในสนธิสัญญา ในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 โดยในข้อ 2 ของทั้งอนุสัญญาเจนีวา 1906 และอนุสัญญากรุงเฮก 1907 มีเนื้อหาว่าให้อนุสัญญานี้ผูกพันเฉพาะภาคีแห่งอนุสัญญาเท่านั้น ซึ่งเห็นได้ชัดเจนว่าอนุสัญญาทั้งสองฉบับมีองค์ประกอบของ *si omnes clause*<sup>10</sup> แต่ในปัจจุบันหลักดังกล่าวได้เปลี่ยนไปโดยหลักการต่างๆ ในการทำการสู้รบได้กลายมาเป็นหลักการที่มีสถานะเป็น *erga omnes* อันทำให้มีผลผูกพันรัฐทุกรัฐทั้งหมดในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

<sup>7</sup> The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, article 34

“A treaty does not create either obligations or rights for a third state or a third organization without the consent of the state or that organization”

<sup>8</sup> The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, article 35 and 36, Further see, Malcolm D Evans, *International law*, 2nd ed., (New York: Oxford University Press, 2006), pp. 196–198.

<sup>9</sup> Jean Pictet, *Humanitarian Law and the Protection of War Victims*, (Geneva: A.W. Sijthoff-Leyden, 1975), p. 51.

<sup>10</sup> *Ibid.*

โดยสรุป ตามปกติแล้วข้อตกลงสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาที่เป็นข้อตกลงไม่ว่าจะมีชื่อเรียกเช่นไร จะผูกพันเฉพาะก็แต่คู่สัญญา และคู่สัญญาในข้อตกลงสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาที่เป็นข้อตกลงดังกล่าวจำเป็นต้องปฏิบัติตามข้อตกลงที่ตนได้ทำไว้ นั่น และการตั้งข้อสงวนยกเว้นข้อผูกพันในสนธิสัญญาพหุภาคีย่อมทำได้ครบเท่าที่ไม่ขัด หรือทำให้วัตถุประสงค์หลักของสนธิสัญญาดังกล่าวเสียไป เว้นแต่การทำข้อยกเว้นในหลักการที่มีสถานะเป็น *erga omnes* ที่เป็นหลักการที่มีผลผูกพันรัฐทุกรัฐทั้งหมดในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ การทำข้อยกเว้นความรับผิดในหลักการดังกล่าวจึงไม่อาจทำได้

อีกประเด็นหนึ่งที่น่าสนใจเกี่ยวกับการเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา นั่นคือการรับรองสนธิสัญญาของกลุ่มต่อต้านรัฐบาล

กลุ่มต่อต้านรัฐบาล ถือเสมือนเป็นกลุ่มที่แสดงออกเป็นนัยอยู่แล้วว่าไม่สนับสนุนอำนาจของรัฐ ซึ่งหมายถึงการต่อต้านทุกการกระทำหรือแสดงออกของรัฐผ่านทางรัฐบาล<sup>11</sup> ดังนั้น การที่รัฐเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาใดๆ จึงไม่ผูกพันกับกลุ่มดังกล่าวที่จะต้องให้ความเคารพและความคุ้มครองตามหลักเกณฑ์ที่ปรากฏตามสนธิสัญญานั้น ในฐานะข้อผูกพันตามพันธกรณี จะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การแสดงออกของรัฐในการเข้าผูกพันตามสนธิสัญญานั้นไม่ถือเป็นการกระทำในฐานะตัวแทนที่เป็นปัจเจกของชนชาติของรัฐนั้นเป็นรายบุคคลในการรับรองและผูกพันต่อพันธกรณีเช่นว่านั้น<sup>12</sup> ดังนั้นสนธิสัญญาที่รัฐบาลตกลงนั้นย่อมไม่ผูกพันว่ากลุ่มต่อต้านรัฐบาลจะรับรองตามสนธิสัญญาเช่นว่านั้นด้วย พันธกรณีตามสนธิสัญญาจึงไม่มีผลผูกพันตัวตนที่เป็นกลุ่มต่อต้านรัฐบาลตามหลักการทั่วไป

ส่วนในกรณีตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ในข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวาทั้งสี่ฉบับนั้น ได้วางหลักกว้างๆ ให้นำหลักเกณฑ์ตามอนุสัญญาเจนีวาทั้งสี่ฉบับมาใช้ในกรณีการขัดกันทางอาชญาที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศ นอกจากนั้นยังส่งเสริมให้รัฐภาคีทั้งหลายพยายามนำหลักการต่างๆ ในอนุสัญญาเจนีวาทั้งสี่ฉบับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการสู้รบและมนุษยธรรมมาปรับใช้กับความขัดแย้งที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศด้วย แม้บทบัญญัติข้อ 3 ร่วมนี้จะระบุว่าไม่กระทบกระเทือนฐานะทางกฎหมายของภาคีคู่พิพาท โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ ซึ่งถือเป็นกิจการภายในของแต่ละรัฐที่มีอำนาจที่จะจัดการกิจการภายในของตนโดยไม่ถูกแทรกแซงอยู่แล้ว ดังนั้นแม้ว่ากลุ่มต่อต้านรัฐบาลจะไม่ผูกพันตามพันธกรณีแห่งอนุสัญญาในฐานะคู่สัญญาที่จะต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาดังกล่าวแล้ว แต่รัฐภาคีแห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949

<sup>11</sup> Ibid., p. 57.

<sup>12</sup> Ibid.

ก็ยังคงต้องปฏิบัติตามพันธกรณีตามอนุสัญญาแก่กรณีที่เป็นการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศอยู่นั่นเอง

แต่อย่างไรก็ดี ข้อ 3 ร่วม ยังบัญญัติถึงการให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรมแก่การขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศ โดยบัญญัติให้องค์กรมมนุษยธรรมซึ่งไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใด เช่น องค์การกาชาดระหว่างประเทศอาจเสนอบริการของตนให้แก่ภาคีคู่พิพาทได้<sup>13</sup> ส่วนการให้ความเคารพและคุ้มครองการปฏิบัติการทางมนุษยธรรมต่อเจ้าหน้าที่ทางการแพทย์และวัตถุที่เกี่ยวข้องกับการให้ความช่วยเหลือดังกล่าวโดยกลุ่มต่อต้านรัฐบาลหรือกลุ่มอื่นใดที่ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีพันธกรณีที่จะต้องเคารพและให้ความคุ้มครองต่อการให้บริการดังกล่าวเพียงใดหรือไม่จะได้ทำการศึกษาในส่วนของการรับรองและผลผูกพันในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในหัวข้อต่อไปนี้

### 3.1.2 การรับรองและผลผูกพันในฐานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

เครื่องหมายกาชาดและเสี้ยววงเดือนแดงนั้นเป็นเครื่องหมายที่มีการรับรองและใช้ในการขัดกันทางอาวุธมาเป็นเวลานาน ซึ่งในบางมุมมองอาจถือว่าเป็นเครื่องหมายที่มีการรับรองเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไปแล้ว แต่อย่างไรก็ยังมีกรณีความคุ้มครองอยู่ ซึ่งในส่วนนี้จะได้พิจารณาจากอนุสัญญาเจนีวา 1949 พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาดังกล่าว กฎหมายภายในหรือทางปฏิบัติอื่นๆ แห่งรัฐ มติของศาลระหว่างประเทศและมติต่างๆ ขององค์การสหประชาชาติรวมทั้งหลักกฎหมายอื่นๆ ประกอบเป็นหลักการในการศึกษาวิเคราะห์ถึงผลกระทบในความรับผิดชอบต่อประเทศต่างๆ และการที่ความคุ้มครองภายใต้เครื่องหมายกาชาดและเสี้ยววงเดือนแดงในสถานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law)<sup>14</sup> การที่ต้องกล่าวถึงหลักเรื่องกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ก็เนื่องจากการศึกษาวิจัยครั้งนี้ทำบนพื้นฐานพันธกรณีตามข้อตกลงระหว่างรัฐ ซึ่งมีผลผูกพันแก่รัฐที่มีเจตนาเข้าผูกพัน (Consent to be bound) ตามหลักการในข้อตกลงที่เป็นสัญญาคือ หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติ (*pacta sunt servanda*) ซึ่งได้กล่าวไว้แล้วในส่วนของการผูกพันตามสนธิสัญญา ซึ่งหากกรณีเป็นว่ารัฐบางรัฐที่

<sup>13</sup> Common article 3 of GCI-IV.

<sup>14</sup> คำว่า "กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ" ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า "Customary International Law" ซึ่งต่างกับคำว่า "จารีตประเพณีระหว่างประเทศ" ที่ภาษาอังกฤษใช้คำว่า "International Customary Law."

เป็นคู่กรณีการขัดกันทางอาวุธไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญาเจนีวา 1949 แล้วความรับผิดชอบภายใต้กฎเกณฑ์ในการทำสงครามจะเป็นเช่นใด ซึ่งในเบื้องต้นนั้นผู้เขียนเชื่อว่าความรับผิดชอบต่อการกระทำละเมิดภายใต้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดนั้นเป็นความผิด แม้ว่ารัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญาเจนีวา 1949 ก็ยังคงมีความรับผิดชอบตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังนั้นในส่วนนี้จะมาศึกษาถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและความคุ้มครองภายใต้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดต่อไป

พันธกรณีตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ถึง 4 และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 และฉบับที่ 2 ในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law)

อนุสัญญาทั้งสี่ฉบับและพิธีสารทั้งสองฉบับนี้ ในฐานะที่เป็นสนธิสัญญาย่อมมีผลบังคับใช้กับรัฐสมาชิกที่เป็นภาคีในอนุสัญญาหรือพิธีสารเท่านั้น แต่ในส่วนหลักการที่เป็นเนื้อหาของอนุสัญญาและพิธีสารจะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศอันจะมีผลบังคับเป็นการทั่วไปแก่ทุกรัฐ (obligate state as a whole) หรือไม่ขึ้นอยู่กับว่าอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาดังกล่าวทั้งสองฉบับนั้นได้มีการเปลี่ยนแปลงสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอันจะมีผลบังคับเป็นการทั่วไปแก่ทุกรัฐหรือไม่ ดังนั้นจึงต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบของจารีตประเพณีเพื่อพิสูจน์ว่าอนุสัญญาเจนีวา 1949 ทั้งสี่ฉบับ และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 และฉบับที่ 2 ปี 1977 มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่

ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้อธิบายถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าเป็น "ทางปฏิบัติทั่วไปอันเป็นที่ยอมรับว่าเป็นกฎหมาย" อันเป็นหลักทั่วไปที่เป็นที่ยอมรับอย่างแพร่หลาย<sup>15</sup> ซึ่งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเองนี้ประกอบด้วย 2 องค์ประกอบ คือ

1. ต้องมีทางปฏิบัติแห่งรัฐ (usus) และ
2. ต้องมีความเชื่อว่าเป็นกฎหมาย (opinio iuris sive necessitatis)

ขณะเดียวกันกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้มีคำวินิจฉัยในคดีไหล่ทวีป (Continental Shelf case) ว่า "หลักการอันเป็นที่ยอมรับอย่างแน่นอนเกี่ยวกับจารีตประเพณีระหว่างประเทศ คือ ในเบื้องต้นต้องพิจารณาว่ามีการปฏิบัติเกิดขึ้นจริง และมีความเชื่อว่าเป็น

<sup>15</sup> ICJ Statute, article 38(1)(b).

กฎหมาย”<sup>16</sup> (*opinio iuris*) ซึ่งองค์ประกอบ 2 ประการที่ได้กล่าวนี้พอจะอธิบายได้เพื่อเป็นแนวทางในการศึกษาต่อไป ดังนี้

### 1) ทางปฏิบัติแห่งรัฐ (State Practice)

ทางปฏิบัติแห่งรัฐ สามารถพิจารณาได้จากหลักการ 2 ประการเป็นลำดับ คือ ประการแรก การปฏิบัติเช่นใดถือได้ว่ามีผลต่อการก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (การเลือกทางปฏิบัติของรัฐ) ประการที่ 2 คือ ทางปฏิบัติดังกล่าวได้ทำให้เกิดกฎเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่ (การประเมินทางปฏิบัติของรัฐ) ซึ่งจะได้กล่าวเป็นลำดับดังนี้<sup>17</sup>

การเลือกทางปฏิบัติของรัฐ ทางปฏิบัติทางกายภาพและทางวาจาของรัฐล้วนมีผลต่อการก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำทางกายภาพของรัฐ (Physical act) มีการปฏิบัติที่แยกออกได้เป็น 2 ลักษณะคือ

ลักษณะที่หนึ่งได้แก่ ทางปฏิบัติที่แสดงออกชัดเจนในด้านการกระทำเช่น พิสูจน์จากเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษร ไม่ว่าจะเป็นคำแถลงการณ์ต่างๆ มติคณะรัฐมนตรี การคัดค้านทางการทูต ความเห็นของที่ปรึกษากฎหมายซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ความเห็นของรัฐบาลเกี่ยวกับร่างสนธิสัญญาต่างๆ ความเห็นและกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร คำให้การต่อศาลระหว่างประเทศ ถ้อยคำที่กล่าวในเวทีระหว่างประเทศ จุดยืนของรัฐบาลเกี่ยวกับข้อมติที่ออกโดยองค์การระหว่างประเทศ การกระทำทางกายภาพยังรวมถึงความประพฤติในสนามรบ การใช้อาวุธบางประเภท และการปฏิบัติต่อบุคคลประเภทต่างๆ ในยามสงคราม การกระทำทางวาจา คู่มือทหาร กฎหมายภายในประเทศ คำวินิจฉัยของศาลภายในประเทศ คำสั่งของกองทัพและกองกำลังรักษาความปลอดภัย การสื่อสารทางทหารระหว่างสงคราม ซึ่งเหล่านี้แสดงให้เห็นว่าทางปฏิบัติของฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการของรัฐมีผลต่อการก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ลักษณะที่สองได้แก่ การงดเว้นการกระทำซึ่งถือเป็นทางปฏิบัติของรัฐเช่นกัน ตัวอย่างเช่น ในคดีโลตัส (Lotus case) ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินว่า “ถ้าการละเว้นของรัฐมี *opinio iuris* ก็สามารถก่อให้เกิดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายจารีตประเพณีได้”

<sup>16</sup> ICJ, “Continental Shelf Case, judgment, 8 June 1985,” ICJ Report 1985, pp. 29-30, para 27.

<sup>17</sup> ICRC, “Customary Law,” *International Review of the Red Cross*, vol. 87, no 857, (March 2005), pp. 5-8.

การประชุมและการยอมรับข้อมติโดยองค์การระหว่างประเทศ หรือการประชุมระหว่างประเทศ รวมถึงเหตุผลแห่งการลงมติเช่นว่า ถือเป็นภาระกระทำของรัฐที่เกี่ยวข้อง ซึ่งโดยปกติแล้ว ข้อมติจะไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย เว้นแต่จะเข้าช้อยกเว้นบางประการ ดังนั้น คุณค่าของมติในการนำมาประเมินถึงผลต่อการก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจึงขึ้นอยู่กับเนื้อหาสาระของข้อมตินั้นๆ รวมทั้งการยอมรับของรัฐต่างๆ ว่ามีเพียงใด และทางปฏิบัตินั้นเป็นไปอย่างสม่ำเสมอหรือไม่ หากข้อมติใดได้รับการสนับสนุนอย่างมาก ข้อมตินั้นก็จะมีผลสำคัญในการที่จะถูกนำมาพิจารณาว่าเป็นแหล่งก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>18</sup>

คำวินิจฉัยของศาลระหว่างประเทศ แม้ถือว่าเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศลำดับรอง<sup>19</sup> และไม่ถือเป็นทางปฏิบัติของรัฐ แต่คำวินิจฉัยของศาลระหว่างประเทศในการรับรองหลักการใดก็ถือเป็นบรรทัดฐานสำคัญ เพราะแนวคำวินิจฉัยของศาลก็จะยึดแนวทางการยอมรับของหลักการระหว่างประเทศที่มีมาก่อน จึงถือได้ว่าคำวินิจฉัยของศาลระหว่างประเทศที่มีอิทธิพลต่อทางปฏิบัติของรัฐและมีส่วนช่วยในการก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเวลาต่อมา

ส่วนทางปฏิบัติของกลุ่มติดอาวุธที่ต่อต้านรัฐบาล เช่น หลักการในการปฏิบัติการ การแสดงเจตจำนงที่จะเคารพกฎเกณฑ์บางประการของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและการแสดงถ้อยคำอื่นๆ ไม่อาจถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของทางปฏิบัติของรัฐ<sup>20</sup>

การประเมินทางปฏิบัติของรัฐ ซึ่งทางปฏิบัติของรัฐดังกล่าวจะต้องถูกนำมาประเมินว่ามีน้ำหนักมาก<sup>21</sup> (Dense) เพียงพอที่จะถือได้ว่าเป็นการก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีหรือไม่นั้น กฎหมายจารีตประเพณีจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อทางปฏิบัติของรัฐเป็นไปในรูปแบบเดียวกันแพร่หลาย และต้องเป็นการปฏิบัติที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐด้วย<sup>22</sup> สิ่งที่จะต้องพิจารณาจึงมี 2 ประการ คือ

<sup>18</sup> ICJ, "Legality of the Treat of Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 8 July 1996," ICJ Report 1996, pp. 254-255, paras 70-73.

<sup>19</sup> ICJ Constitution, article 38(1)(d).

<sup>20</sup> ICRC, "Customary Law," vol. 87, p. 6.

<sup>21</sup> Sir Humphrey Waldock, "General course on public international law," Collected Course of the Hague Academy of International Law, vol. 106, (1962), p. 44; Michael Bothe, "Customary international humanitarian law: Some reflections on the ICRC study," Yearbook of international humanitarian law, Vol. 8, 2005, (New York: T.M.C. Asser Press, 2007), p. 160.



ประการแรก ทางปฏิบัติของรัฐอันจะถือว่าเป็นการก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ จะต้องเป็นรูปแบบเดียวกันอย่างแท้จริง ซึ่งรัฐแต่ละรัฐอาจมีทางปฏิบัติแตกต่างกันไป ซึ่งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้วางหลักกฎหมายไว้ว่า “แม้ทางปฏิบัติในทางตรงกันข้ามของบางรัฐจะปรากฏแต่แรกว่ามีผลลบบต่อทางปฏิบัติของรัฐอื่นอันมีลักษณะเป็นไปในรูปแบบเดียวกัน แต่ไม่ขัดกับการก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศราบใดที่ทางปฏิบัติในทางตรงข้ามกันนั้นได้ถูกประณามโดยรัฐอื่น หรือถูกปฏิเสธภายหลังโดยรัฐนั่นเอง ซึ่งผลของการประณามหรือปฏิเสธนี้ถือเป็นการยืนยันกฎเกณฑ์ของทางปฏิบัติดังกล่าว”<sup>23</sup> กล่าวคือ หากมีการปฏิบัติตรงข้ามโดยบางรัฐกับแนวทางของรัฐส่วนใหญ่ เมื่อการปฏิบัติที่แย้งนั้นถูกประณามด้วยรัฐส่วนใหญ่หรือการปฏิบัตินั้นได้ถูกปฏิเสธ โดยรัฐที่ปฏิบัติเป็นอย่างอื่นเองถือว่าการปฏิเสธหรือการประณามเช่นนั้นช่วยยืนยันหลักการที่จะก่อตัวเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั่นเอง

ประการที่สอง กฎเกณฑ์ที่จะถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ จะต้องเป็นแนวทางปฏิบัติที่แพร่หลายและเป็นการปฏิบัติที่เป็นของรัฐด้วย ซึ่งการปฏิบัติดังกล่าวไม่จำเป็นต้องมีการยอมรับเป็นสากล เพียงแต่มีการปฏิบัติโดยทั่วไปก็ถือว่าเพียงพอแล้ว<sup>24</sup> ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีจำนวนรัฐขั้นต่ำเป็นเกณฑ์แต่อย่างใด แต่สิ่งที่ต้องคำนึงถึงยิ่งกว่าคือ รัฐที่ถือปฏิบัติ นั้นคือรัฐใด<sup>25</sup> โดยกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้วินิจฉัยในคดีไหลทิวีของทะเลเหนือไว้ว่า “ทางปฏิบัติของรัฐต้องรวมถึงรัฐที่ผลประโยชน์ของตนได้รับผลกระทบเป็นพิเศษด้วย”<sup>26</sup> ดังนั้นหลักเกณฑ์ที่จะก่อตัวเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นทางปฏิบัติของรัฐที่มีส่วนได้เสียในหลักการดังกล่าวย่อมมีน้ำหนักมากกว่าว่าจำนวนรัฐที่ไม่มีส่วนได้เสียว่าได้ยอมรับหลักการดังกล่าวเพียงใด

<sup>22</sup> ICJ, “North Sea Continental Shelf Case, judgment, 20 February 1969,” ICJ Report 1969, p. 43, para 74.

<sup>23</sup> ICJ, “Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States), judgment, 27 June 1986,” ICJ Report 1986, p. 98, para 186.

<sup>24</sup> International Law Association, “Final Report of the Committee on the Formation of Customary (General) International Law, Statement of Principles Applicable to the Formation of Customary International Law,” Report of the Sixty-Ninth Conference, (London: 2000), Principle 14, p. 734.

<sup>25</sup> Ibid., commentary (d) and (e) to Principle 14, pp. 736-737.

<sup>26</sup> ICJ, “North Sea Continental Shelf Case, judgment, 20 February 1969,” ICJ Report 1969, p. 43, para 74.

หลักการที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศตามพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ปี 1977 (Additional Protocol I and Additional Protocol II)

หลักการพื้นฐานของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ปี 1977 ทั้งสองฉบับ หลักการโดยส่วนใหญ่ที่ปรากฏในพิธีสารเพิ่มเติมปี 1977 นี้ เป็นการรวบรวมหลักการที่เป็นจารีตประเพณีในการทำสงครามมาแต่อดีตซึ่งได้แก่ การคุ้มครองพลเรือนในสถานการณ์ขัดกันด้วยอาวุธ และหลักเกณฑ์ทางมนุษยธรรมในการปฏิบัติการทางทหารนั้น เนื้อหาส่วนใหญ่ของพิธีสาร โดยภาพรวมแล้วพิจารณาได้ว่า มีลักษณะที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศเนื่องจากการประมวลขึ้นหลังจากหลักการที่เกิดขึ้นจากหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ (general international law)<sup>27</sup> ทำให้บทบัญญัติบางส่วน of พิธีสารได้รับการยอมรับว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ตัวอย่างเช่น ในข้อ 48 ของพิธีสารฉบับที่ 1 ที่กำหนดให้ภาคีคู่พิพาทต้องแยกประชากรพลเรือนออกจากพลรบ และแยกวัตถุพลเรือนออกจากเป้าหมายทางทหาร อีกทั้งต้องปฏิบัติการต่อเป้าหมายทางทหารเท่านั้น นอกจากนี้พิธีสารเป็นกฎเกณฑ์ที่มีการรวบรวม ดีความ จากหลักการที่ได้เคยปรากฏขึ้นแล้วในทางปฏิบัติ ดังเช่น หลักการตามข้อ 57 (2)(a)(III) ของพิธีสารฉบับที่ 1 ที่ห้ามโจมตีในกรณีที่น่าคิดว่าอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่พลเรือนหรือวัตถุพลเรือน ซึ่งเมื่อเทียบกับความได้เปรียบที่เป็นรูปธรรมและความได้เปรียบโดยตรงทางทหารแล้วจะเป็นการเกินกว่าเหตุ<sup>28</sup>

แม้ว่าบางส่วนของพิธีสารจะได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่ก็ยังมีส่วนที่ไม่ได้รับการยอมรับในทางปฏิบัติโดยมีข้อโต้แย้งกันมากในกรณีที่ไม่สามารถนำไปใช้ต่อสถานการณ์จริงได้ ซึ่งในปัจจุบันนี้มีรัฐสมาชิกที่ให้สัตยาบัน<sup>29</sup> โดยอนุสัญญาเจนีวา 1949 ทั้งสี่ฉบับ จำนวน 194 ประเทศ<sup>30</sup> พิธีสารฉบับที่ 1 จำนวน 167 ประเทศ และพิธีสารฉบับที่ 2 มีรัฐสมาชิกให้สัตยาบันจำนวน 163 ประเทศ

จากเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษรพบว่ามีรัฐที่ยังไม่ได้เป็นภาคีพิธีสารทั้งสองฉบับพอสมควรโดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐมหาอำนาจ เช่น สหรัฐอเมริกา และประเทศในแถบอาเซียน เอเชีย

<sup>27</sup> Marcro Sassoli, Antonie A. Bouvier, *How does Law Protect in War*, Geneva: International Committee of Red Cross, 1999, pp. 109-110.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 109.

<sup>29</sup> ICRC, Geneva Convention of 12 August 1949 and Additional Protocol of 8 June 1977 [Online] Available from: <http://www.cicr.org/ihl.nsf/CONVPRES?OpenView> [9 February 2008].

<sup>30</sup> ถือได้ว่าทุกประเทศในโลก ดู ภาคผนวก (ข) รายนามภาคีแห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 ทั้งสี่ฉบับ

และอัฟริกา ที่มักจะเกิดเหตุการณ์ความไม่สงบภายในประเทศ ที่ยังไม่ได้เข้าเป็นภาคีในพิธีสารทั้ง 2 ฉบับ เนื่องจากยังไม่ยอมรับพันธกรณีที่ จะขยายความให้ *ius in bello* หรือกฎเกณฑ์ทางสงคราม ให้ใช้กับกองโจรและผู้ก่อการร้ายด้วย เมื่อพิจารณาจากคำประกาศของสหรัฐอเมริกาที่ไม่เห็นด้วยกับการให้สถานะพิเศษกับพวกแบ่งแยกตนเอง (Self-determination) และผู้ทำการก่อการร้าย รวมถึงพันธกรณีตามข้อ 44 (3) ของพิธีสารฉบับที่ 1 จะทำให้หลักเกณฑ์ของกฎหมายเปลี่ยนไปในการที่พิธีสารจะมีผลปฏิบัติแก่เหล่ากองโจร อีกทั้งในด้านการทหารของสหรัฐอเมริกาที่ไม่อาจยอมรับกฎเกณฑ์ตามพิธีสารได้ เพราะเห็นว่าพิธีสารดังกล่าวจำกัดการใช้กำลังทางทหารมากเกินไป<sup>31</sup>

นอกจากนี้ในพิธีสารฉบับที่ 2 ขอบเขตการใช้จะครอบคลุมถึงการต่อสู้ภายในประเทศทั้งหมด จึงมีเนื้อหากว้างมากไปในการที่จะนำมาปฏิบัติ และง่ายต่อการกระทบเขตอำนาจอธิปไตย และอาจเป็นการเปิดช่องให้ถูกแทรกแซงได้

จึงพิจารณาได้ว่าในกรณีดังกล่าวของพิธีสาร ที่มีได้มีการยอมรับเป็นการทั่วไป โดยเฉพาะจากรัฐมหาอำนาจผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในกฎเกณฑ์ อีกทั้งยังมีการประกาศคัดค้านเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน แม้ว่าจะมีหลายรัฐเข้าเป็นภาคีแล้วก็ตาม แต่ก็ยังมีรัฐอีกจำนวนมากที่ไม่ยอมรับหลักการที่ถูกคัดค้านดังกล่าว นั้น ดังนั้นเมื่อพิจารณาองค์ประกอบทางวัตถุแล้วถือได้ว่าหลักการตามพิธีสารเพิ่มเติม ปี 1977 ยังไม่มีทางปฏิบัติของนานาชาติ (State practice)<sup>32</sup>

#### ผู้คัดค้านอย่างสม่ำเสมอ (persistent objector)

ผู้คัดค้านอย่างสม่ำเสมอคือ ผู้ที่คัดค้านหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นที่เป็นหลักเกณฑ์ที่จะกลายมาเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศตั้งแต่ต้น ผลคือ หากการคัดค้านนั้นยังคงเป็นรูปแบบเดิมสม่ำเสมอ หลักเกณฑ์ที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นก็จะไม่มีผลผูกพันกับผู้คัดค้านอย่างสม่ำเสมอนี้ ซึ่งหากการคัดค้านไม่ได้เป็นมาอย่างสม่ำเสมอตั้งแต่ต้นที่หลักเกณฑ์นั้นเริ่มก่อตัว แต่ได้คัดค้านอย่างสม่ำเสมอในภายหลัง ซึ่งเรียกว่า "ผู้คัดค้านสม่ำเสมอในภายหลัง" เช่นนี้ ไม่อาจกระทำได้<sup>33</sup> อีกทั้งการเป็นผู้คัดค้านสม่ำเสมอต่อหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นกฎหมายเด็ดขาด (*ius cogens*) ไม่อาจกระทำได้

<sup>31</sup> Marcro Sassoli, Antonie A. Bouvier, *How does Law Protect in War*, pp. 604.

<sup>32</sup> ขวัญที่ ศรีสุขวัฒนา, "พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 และ 2 ค.ศ. 1977 และปัญหาการเข้าเป็นภาคีของไทย," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติ สาขากฎหมายระหว่างประเทศ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น. 97.

อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีความไม่แน่นอนเกี่ยวกับการยอมรับถึงหลักการเกี่ยวกับผู้คัดค้านอย่างสม่ำเสมอว่าเป็นหลักการที่ยังใช้ได้หรือไม่<sup>34</sup>

เรื่องเวลาในการก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไม่ปรากฏแน่นอนว่าจะต้องใช้เวลานานเพียงใด ซึ่งจากการพิจารณาจากหลายกฎเกณฑ์ที่กลายมาเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น ปรากฏว่าไม่มีการกำหนดเวลาที่แน่นอนเช่นนั้น แต่ปัจจัยที่สำคัญที่ใช้ในการพิจารณาถึงการก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศคือ การสะสมของทางปฏิบัติของรัฐที่เกิดขึ้นนั้นมีมากเพียงพอ เป็นไปในรูปแบบเดียวกัน มีความแพร่หลาย และต้องถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐด้วย

ส่วนหลักการที่เกี่ยวกับการรับรองและคุ้มครองต่อการบริการทางการแพทย์และความคุ้มครองต่อเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดนั้นมีความแตกต่างจากหลักการทั่วไปข้างต้นหรือไม่ซึ่งจะได้กล่าวในส่วนของการปฏิบัติแห่งรัฐและทางปฏิบัติในทางระหว่างประเทศต่อไป

## 2) ความเชื่อว่าเป็นกฎหมาย (*opinio iuris sive necessitatis*)

ความเชื่อว่าเป็นกฎหมายในการพิจารณาถึงความมีอยู่ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศคือ การมีความเชื่อทางปฏิบัติแห่งรัฐดังกล่าวเป็นสิ่งที่ต้องกระทำ หรือต้องห้ามกระทำ โดยมีพันธกรณีหรือสิทธิที่อนุญาตให้กระทำได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกฎเกณฑ์นั้นๆ ในเชิงกฎหมาย “ที่ถือว่าเป็นสิทธิ”<sup>35</sup> แม้รูปแบบและความเชื่อทางกฎหมายอาจถูกแสดงออกมาแตกต่างกัน โดยกฎเกณฑ์ที่จะมีฐานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้นั้นนอกจากจะมีทางปฏิบัติแห่งรัฐมาแล้วตามหลักการข้างต้น ทางปฏิบัตินั้นจะต้องมีการปฏิบัติของนานาชาติมาชั่วระยะเวลาหนึ่ง จนเกิดความเชื่อมั่นว่าหลักเกณฑ์นั้นๆ เป็นกฎหมาย (*opinio iuris*) หรือโดยมีความเชื่อมั่นว่ากฎหมายบังคับ ให้ต้องปฏิบัติเช่นนั้น (*opinio iuris sive necessitatis*) โดยเฉพาะอย่างยิ่งทางปฏิบัติของรัฐที่มีส่วนได้เสียกับหลักกรดังกล่าว

ซึ่งองค์ประกอบนี้นับว่ายังคงมีปัญหาในการพิสูจน์ เพราะการมีความเชื่อมั่นว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นกฎหมายหรือไม่นั้นเป็นเรื่องของจิตใจ<sup>36</sup> ที่จะพิจารณาได้จากการปฏิบัติว่ารัฐมีการ

<sup>33</sup> International Law Association, "Final Report of the Committee on the Formation of Customary (General) International Law," (London: 2000), commentary (e) to Principle 15, p. 738.

<sup>34</sup> See, Maurixw H. Mendelsin, "the Formation of Customary International Law," Collected Course of the Hague Academy of International Law, No. 272, (1998), pp. 227-244.

<sup>35</sup> ICRC, "Customary Law," *International Review of the Red Cross*, vol. 87, no 857, (Geneva: ICRC, March 2005), p. 8.

บังคับใช้จารีตประเพณีนั้นๆ โดยเชื่อว่าเป็นกฎหมายในระดับทั่วไปหรือไม่ โดยไม่จำเป็นว่าทุกรัฐจะต้องปฏิบัติตามเหมือนกันหมด เพียงแต่รัฐที่มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงถือปฏิบัติอย่างแพร่หลายก็ถือว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ เช่น หลักเกณฑ์ของกฎหมายทะเล เป็นต้น

ในความเป็นจริง การแยกแยะองค์ประกอบว่าอะไรเป็นทางปฏิบัติแห่งรัฐและอะไรเป็นความเชื่อทางกฎหมายนั้นในทางปฏิบัติทำได้ยากมาก หรือมีการตั้งข้อสังเกตว่าเป็นเพียงแค่เรื่องของทฤษฎีเท่านั้น โดยในความเป็นจริงปรากฏว่าการกระทำอันเดียวกันนั้นมีทั้งองค์ประกอบของทางปฏิบัติแห่งรัฐและเป็นความเชื่อทางกฎหมายในเวลาเดียวกัน โดยสมมติกฎหมายระหว่างประเทศได้ระบุถึงหลักการตามคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยให้ความเห็นว่า

“ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่ได้ระบุถึงรายละเอียดของความแตกต่างกันระหว่างองค์ประกอบทั้งสองของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไว้อย่างชัดเจนในการที่การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่ไม่แสดงองค์ประกอบทั้งสองอย่างได้ บ่อยครั้งการที่จะแยกองค์ประกอบทั้งสองอย่างออกจากกันนั้นยากมากหรืออาจจะเป็นไปได้เลย”<sup>37</sup>

ที่เป็นเช่นนั้นเพราะว่าการกระทำอย่างเดียวกันของรัฐก็เป็นได้ทั้งทางปฏิบัติแห่งรัฐและเป็นความเชื่อทางกฎหมายในเวลาเดียวกัน เช่น การแถลงการณ์ของรัฐต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศใดๆ หรือการที่รัฐใดทำคู่มือทางการทหาร หรือออกกฎหมายภายในที่สอดคล้องกับทางปฏิบัติของสังคมระหว่างประเทศ เป็นต้น

หากมีการปฏิบัติอย่างมากเพียงพอ ความเชื่อว่าเป็นกฎหมายก็มักจะรวมอยู่ในทางปฏิบัติแห่งรัฐนั้นด้วย ดังนั้นย่อมไม่มีความหมายที่จะแสดงว่าความเชื่อทางกฎหมายมีความแตกต่างจากทางปฏิบัติแห่งรัฐแต่อย่างใด หากในกรณีนี้ทางปฏิบัตินั้นคลุมเครือ ความเชื่อว่าเป็นกฎหมายจะเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่มีบทบาทที่เป็นตัวชี้ถึงทางปฏิบัตินั้นว่าถือเป็นการเริ่มก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปฏิบัติที่เป็นการละเว้นการกระทำของรัฐ ซึ่งการแสดงออกดังกล่าวจะไม่ปรากฏชัดเจนว่าเป็นการคัดค้านหลักเกณฑ์ที่อาจเป็นจารีตประเพณีหรือไม่แต่อย่างใด ในกรณีเช่นนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศในอดีตแสดงให้เห็นว่า กรณีนี้จำเป็นต้องแยกองค์ประกอบของความเชื่อว่าเป็นกฎหมายออก

<sup>36</sup> Thirlway, H.W.A., *International Customary Law and Codification*, Netherlands: A.W. Sijthoff International Publishing Company, 1972, pp. 46-47.

<sup>37</sup> International Law Association, “Final Report of the Committee on the Formation of Customary (General) International Law, Statement of Principles Applicable to the Formation of Customary International Law,” Report of the Sixty-Ninth Conference, (London: 2000), p. 718, para 10(c).

ต่างหาก เพื่อพิจารณาว่าทางปฏิบัติที่คลุมเคลือนั้นอาจถือเป็นทางปฏิบัติที่อาจจะก่อตัวเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้หรือไม่ โดยในคดีโลตัส และคดีไหล่ทวีปทะเลเหนือ ศาลได้ให้ความเห็นว่าการละเว้นการกระทำของรัฐดังกล่าวไม่ได้เกิดขึ้นจากพันธกรณีแต่อย่างใด<sup>38</sup>

ในส่วนของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ มีกฎเกณฑ์จำนวนมากที่ให้ละเว้นการกระทำ ดังนั้นก็เป็นการยากหากจะพิจารณาการละเว้นดังกล่าวว่าเป็นการกระทำที่คาดหวังผลตามกฎหมายที่ไม่ใช่เรื่องบังเอิญ เช่นกรณีการไม่โจมตีการบริการทางการแพทย์และความคุ้มครองภายใต้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด หากการละเว้นโดยทางปฏิบัติแห่งรัฐดังกล่าวปรากฏเป็นเอกสารถ้อยแถลงการณ์ที่เป็นทางการหรือกฎหมายภายใน ดั่งนี้ย่อมพิสูจน์ได้ง่าย ยิ่งกว่านั้นการละเว้นการกระทำในเมื่อมีเหตุต้องละเว้นการกระทำเช่นนั้นก็ชัดเจนว่าการละเว้นดังกล่าวไม่ใช่เรื่องบังเอิญ แต่หากจะพิสูจน์ว่าเป็นการละเว้นการกระทำตามพันธกรณีก็จะเป็นเรื่องยากที่จะพิสูจน์หากไม่ปรากฏถ้อยแถลงหรือเอกสารใดๆ ดังที่กล่าวข้างต้น

สรุปว่าการศึกษาถึงหลักการที่เกี่ยวกับความคุ้มครองภายใต้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด ในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ก็คงต้องพิจารณาถึงทางปฏิบัติแห่งรัฐและความเชื่อว่าเป็นกฎหมายอันเป็นองค์ประกอบที่สำคัญยิ่งในการก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ อันมีผลให้หลักการดังกล่าวเป็นหลักการที่มีสถานะเป็น *erga omnes* ที่จะผูกพันรัฐทุกรัฐทั้งหมดแม้ว่ารัฐนั้นไม่ได้เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 ก็ตาม ทั้งนี้โดยจะทำการพิจารณาจากสรุปการประชุมต่างๆ ของกาชาดระหว่างประเทศ และมติของหน่วยงานระหว่างประเทศที่มีอิทธิพลต่อการวางหลักกฎหมายเช่นมติของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และมติขององค์การสหประชาชาติ อีกทั้งกฎหมายภายในของแต่ละประเทศภาคีแห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 รวมถึงการอนุวัติการตามพันธกรณีดังกล่าว ถ้อยแถลงการณ์ การตั้งข้อสงวน และทางปฏิบัติอื่นๆ ที่เป็นไปในลักษณะขัดหรือแย้งต่อหลักการให้ความเคารพและความคุ้มครองดังกล่าวด้วย ดังที่จะปรากฏในหัวข้อต่อไปนี้

<sup>38</sup> ในคดีโลตัส ศาลเห็นว่า "การละเว้นไม่ดำเนินคดีต่อการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นบนเรือ ไม่ใช่เพราะรัฐถูกห้ามไม่ให้กระทำเช่นนั้น" see, PCIJ, Lotus Case (France v. Turkey), Judgment, 7 September 1927, PCIJ Ser., A, No. 10, p. 28; ส่วนในคดีไหล่ทวีปทะเลเหนือ ศาลวินิจฉัยว่า "รัฐที่ได้กำหนดเขตไหล่ทวีปของตนบนหลักการระยะทางที่เท่ากัน (equidistance principle) ไม่ได้เป็นการเพราะเห็นว่าตนมีพันธกรณีให้ต้องทำแต่อย่างใด) see, ICJ, North Sea Continental Shelf Case, Judgment, 20 February 1969, ICJ Reports 1969, pp. 43-44, paras 76-77.

### 3) กรณีศึกษาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับทางปฏิบัติแห่งรัฐในทางระหว่างประเทศ และการอนุวัติการกฎหมายภายใน

ทางปฏิบัติแห่งรัฐดังที่จะกล่าวในหัวข้อต่อไปนี้เป็นทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นแล้วในอดีต และเป็นการแสดงออกถึงความคิด การยอมรับและรับรองต่อหลักการที่อาจจะถือได้ว่าเป็นการก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยจะทำการพิจารณาจากสรุปการประชุมต่างๆ ของกาชาดระหว่างประเทศ และมติของหน่วยงานระหว่างประเทศที่มีอิทธิพลต่อการวางหลักกฎหมาย เช่นมติของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และมติขององค์การสหประชาชาติ อีกทั้งกฎหมายภายในของแต่ละประเทศภาคีแห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 รวมถึงการอนุวัติการตามพันธกรณีดังกล่าว ถ้อยแถลงการณ์ การตั้งข้อสงวน และทางปฏิบัติอื่นที่เป็นไปในลักษณะขัดหรือแย้งต่อหลักการให้ความเคารพและความคุ้มครองดังกล่าวด้วย

สนธิสัญญาเป็นสิ่งที่บ่งบอกได้ชัดเจนเกี่ยวกับการยอมรับในหลักการต่างๆ ดังที่ปรากฏในสนธิสัญญานั้นๆ ซึ่งหลักการบางหลักการอาจเป็นการวางหลักการที่เป็นทางปฏิบัติที่นานาประเทศยอมรับในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศให้กลายเป็นกฎหมายที่เป็นตัวอักษรซึ่งการศึกษาก็สามารถวิเคราะห์ท่าทีของรัฐต่างๆ ที่มีต่อสนธิสัญญาเช่นว่านั้นได้

กฎหมายที่ปรากฏเป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศนั้นมีส่วนอย่างมากในการพิจารณาถึงความมีอยู่ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เพราะสนธิสัญญาเป็นเครื่องสะท้อนให้เห็นถึงมุมมองของรัฐเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศบางประเภท ไม่ว่าจะเป็นการให้สัตยาบันตามสนธิสัญญา การตั้งข้อสงวน การตีความและการอนุวัติการตามสนธิสัญญาก็ถือเป็นการแสดงออกถึงความคิดและเจตจำนงของรัฐนั้นๆ ต่อพันธกรณีที่ปรากฏในสนธิสัญญาเช่นว่านั้นด้วย ตัวอย่างเช่นกรณีศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาถึงระดับของการให้สัตยาบันต่อสนธิสัญญาในการพิจารณาถึงการมีองค์ประกอบของการก่อตัวของจารีตประเพณีในคดีไหลท์วีปะทะเลเหนือว่า

“แม้ว่าจำนวนรัฐที่ให้สัตยาบันหรือภาคยานุวัติในสนธิสัญญาจะมีถึง 39 รัฐ ซึ่งถือเป็นจำนวนที่น่าเชื่อถือ แต่ก็ไม่เพียงพอ โดยเฉพาะในกรณีที่ทางปฏิบัติของรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีนั้นขัดและแย้งกับสนธิสัญญา”<sup>39</sup>

ในทางตรงกันข้ามในคดีนิการากัว ศาลได้ให้น้ำหนักกับหลักเกณฑ์เรื่องการห้ามแทรกแซงกิจการของรัฐอื่น จากข้อเท็จจริงที่ว่ากฎบัตรสหประชาชาตินั้นได้มีการให้สัตยาบันอย่างเป็นทางการ

<sup>39</sup> ICJ, North Sea Continental Shelf Case, Judgment, 20 February 1969, ICJ Reports 1969, p. 42, para 73.



แล้ว<sup>40</sup> อีกกรณีหนึ่ง แม้ว่าสนธิสัญญาบางฉบับยังไม่มีผลบังคับใช้ก็ตามข้อกำหนดของสนธิสัญญาบางฉบับอาจสะท้อนให้เห็นถึงกฎหมายจารีตประเพณีได้หากได้มีการปฏิบัติของรัฐตามข้อกำหนดนั้นอย่างเพียงพอ ซึ่งต้องรวมถึงรัฐที่ได้รับผลกระทบเป็นพิเศษด้วย ดังนั้นกฎเกณฑ์ดังกล่าวจึงมีความน่าเชื่อถือ<sup>41</sup>

เอกสารประกอบการร่างสนธิสัญญาที่นานาประเทศเข้าร่วมและระดมความคิดหรือการนำบรรทัดฐานต่างๆ มาใช้ในการร่างสนธิสัญญานั้นก็ย่อมสะท้อนให้เห็นถึงอิทธิพลของหลักเกณฑ์ดังกล่าวที่มีต่อทางปฏิบัติและความเชื่อทางกฎหมายแห่งรัฐด้วย ซึ่งในเวลาต่อมาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ยึดถือหลักการนี้ โดยปรากฏในคำวินิจฉัยคดีไหลทวิปะทะเลเหนือว่า

“สนธิสัญญาพหุภาคีอาจมีบทบาทสำคัญในการบันทึกและระบุกฎเกณฑ์ซึ่งมาจากจารีตประเพณี หรือพัฒนาการของกฎหมายจารีตประเพณีเองด้วย”<sup>42</sup>

ดังนั้นศาลได้ยืนยันว่าสนธิสัญญาอาจเป็นการบัญญัติกฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่ก่อนให้เป็นลายลักษณ์อักษร และยังเป็นการวางพื้นฐานสำหรับพัฒนาการของกฎหมายจารีตประเพณีที่เกิดขึ้นมาใหม่โดยอาศัยบรรทัดฐานที่ปรากฏในสนธิสัญญานั้นเอง นอกจากนี้ศาลยังก้าวไปไกลมากขึ้นถึงขนาดกล่าวว่า

“อาจเป็นไปได้ว่าการมีส่วนร่วมอย่างกว้างขวางและการส่งผู้แทนเข้าร่วมในกระบวนการจัดทำสนธิสัญญาอาจเพียงพอในการรับรองหลักการเช่นนั้นในตัวของมันเอง ทั้งนี้ต้องรวมถึงรัฐที่ได้รับผลกระทบเป็นพิเศษด้วย”<sup>43</sup>

ดังนั้นการศึกษาถึงหลักการที่เกี่ยวกับความคุ้มครองภายใต้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดก็คงต้องพิจารณาถึงทางปฏิบัติแห่งรัฐและความเชื่อว่าเป็นกฎหมายอันเป็นองค์ประกอบที่สำคัญยิ่งในการก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ อันมีผลให้หลักการดังกล่าวเป็นหลักการที่มีสถานะเป็น *erga omnes* ที่จะผูกพันรัฐทุกรัฐทั้งหมดแม้ว่ารัฐนั้นไม่ได้เป็นภาคีสถิตินญาก็ตาม ซึ่งดังที่จะได้กล่าวต่อไปนี้เป็นทางปฏิบัติในหลักการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มครอง

<sup>40</sup> Military and paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United State of America), Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, pp. 99-100, para 188.

<sup>41</sup> ICJ, North Sea Continental Shelf Case, Judgment, 20 February 1969, ICJ Reports 1969, p. 33, para 34.

<sup>42</sup> Ibid., pp. 29-30, para 27.

<sup>43</sup> Ibid., p. 42, para 73.

ภายใต้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดซึ่งจะแบ่งการศึกษาถึงหลักการปฏิบัติแห่งรัฐเพื่อใช้ในการพิจารณาความมีอยู่ของหลักการดังกล่าวในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังนี้

- ก. หลักความเคารพและคุ้มครองต่อเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด
- ข. หลักความคุ้มครองแก่บุคคลผู้ให้ความช่วยเหลือผู้ประสบภัย
- ค. หลักความคุ้มครองแก่หน่วยการแพทย์และโรงพยาบาล
- ง. หลักความคุ้มครองแก่การขนส่งทางการแพทย์
- จ. หลักความเคารพและคุ้มครองต่อเครื่องหมายอันเด่นชัดอื่น และเครื่องหมายที่ไม่ได้รับการรับรอง

ในทางปฏิบัติแห่งรัฐตามข้อตกลงแห่งสนธิสัญญา อนุสัญญา พิธีสาร และข้อตกลงระหว่างประเทศอื่นๆ รวมถึงคำวินิจฉัยของศาล และทางปฏิบัติอื่นๆ เท่าที่มีมาในอดีตได้ก่อให้เกิดหลักการที่ถือได้ว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เป็นหลักการที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองต่อเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด แก่บุคคลผู้ให้ความช่วยเหลือผู้ประสบภัย แก่หน่วยการแพทย์และโรงพยาบาล และความคุ้มครองแก่การขนส่งทางการแพทย์ ทั้งที่เป็นความคุ้มครองภายใต้ความคุ้มครองภายใต้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด และที่เป็นความคุ้มครองภายใต้หลักการที่เป็นเนื้อหาสาระในความคุ้มครองต่อสิ่งนั้นเองตามกฎหมายจารีตประเพณี หลักการดังกล่าวมีดังนี้

**ก. หลักความเคารพและคุ้มครองต่อเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด**

ในทางปฏิบัติต่างๆ ที่ถือได้ว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เป็นหลักการที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองต่อเครื่องหมายพิเศษ คือ

หลัก "การห้ามใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดของอนุสัญญาเจนีวา 1949 โดยไม่เหมาะสม"<sup>44</sup> ซึ่งหลักการดังกล่าวถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ใช้ได้กับทั้งกรณีที่ขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศและไม่ใช้ระหว่างประเทศ<sup>45</sup>

<sup>44</sup> Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 1, Customary International Humanitarian Law, International Committee of the Red Cross, (New York: Cambridge University Press, 2005), pp. 207-209; Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, International Committee of the Red Cross, (New York: Cambridge University Press, 2005), pp. 1327-1339; GC I, article 39, 44, 53 and 54, GC II, article 41 paras 1, 44 and 45 and API, article 38(1) (adopted by consensus).

การใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดอย่างไม่เหมาะสมได้ระบุไว้ในคู่มือทางการทหารอย่างมากมาย ซึ่งการละเมิดต่อเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดตามแนวทางปฏิบัติแห่งรัฐนั้น ถือเป็นความผิดตามบทบัญญัติกฎหมายภายในของหลายรัฐ<sup>46</sup> ตัวอย่างคดีเกี่ยวกับการใช้ เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดอย่างไม่เหมาะสม เช่น กรณีศาลฎีกาแห่งสหพันธรัฐเยอรมนีได้วินิจฉัยในคดีสัญลักษณ์ (Emblem Case) ว่า "การใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดโดยไม่มีอำนาจ ถือว่าขัดกับผลประโยชน์ร่วมกันในสาระสำคัญเรื่องความคุ้มครอง"<sup>47</sup>

ความคุ้มครองภายใต้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดกรณีการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศ พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 2 ได้บัญญัติไว้ในข้อ 12 โดยการรับรองที่เป็นเอกฉันท์ ซึ่งหลักการดังกล่าวที่ปรากฏในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 2 แล้วยังปรากฏในเอกสารอื่นๆ ที่ใช้ได้กับกรณีการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศ เช่น แถลงการณ์กรุงเฮก บันทึกความเข้าใจการใช้ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ระหว่างประเทศโครเอเชียกับประเทศอดีตยูโกสลาเวีย ข้อตกลงการใช้ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ระหว่างภาคีคู่พิพาทในบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา<sup>48</sup>

จากการประชุมกาชาดระหว่างประเทศ ครั้งที่ 23 ปี 1977 ที่ประชุมได้เรียกร้องรัฐภาคีที่จะ "บังคับใช้กฎหมายภายในที่มีอยู่อย่างมีประสิทธิภาพในการปราบปรามการใช้เครื่องหมายกาชาด เครื่องหมายเสี้ยววงเดือนแดง และเครื่องหมายสิงโตแดงกับดวงอาทิตย์ในทาง

<sup>45</sup> Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 1, Customary International Humanitarian Law, International Committee of the Red Cross, p. 207.

<sup>46</sup> Ibid., p. 208.

<sup>47</sup> Germany, Federal Supreme Court, Emblem Case Judgment, 23 June 1994, the Court stated that "there was an essential common interest in the protection of the emblem against unauthorised use."

<sup>48</sup> Hague Statement on Respect for Humanitarian Principles, "Memorandum of Understanding on the Application of International Humanitarian Law between Croatia and the SFRY," para 6; Agreement on the Application of International Humanitarian Law between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, paras 2.5 and 3., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 1, Customary International Humanitarian Law, ICRC, (New York: Cambridge University Press, 2005), p. 208, n. 33.

ที่ผิด หรือให้บัญญัติกฎหมายดังกล่าวในกรณีที่ไม่มียกเว้นโดยบัญญัติบทลงโทษที่เหมาะสมแก่ความผิดของผู้กระทำความผิด”<sup>49</sup>

ที่ประชุมได้เรียกร้องรัฐภาคีที่จะมีมาตรการที่เพียงพอเพื่อคุ้มครอง เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดจากการใช้อย่างไม่ถูกต้อง และมีมาตรการลงโทษผู้กระทำละเมิดด้วย ซึ่งที่ประชุมได้เน้นย้ำถึงความสำคัญ ถึงกับให้รัฐภาคีมีมาตรการรองรับการละเมิดเช่นว่าก่อน หากกฎหมายดังกล่าวยังอยู่ในระหว่างการร่างและพิจารณาโดยระบบภายในประเทศ อีกทั้งองค์การกาชาดระหว่างประเทศได้ร้องขอให้รัฐภาคีควบคุมการละเมิดต่อเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดทั้งในการขัดกันทางอาชญากรรมระหว่างประเทศและที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศ

ในขณะที่การใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดอย่างไม่ถูกต้องยังคงมีอยู่และได้ถูกรายงานออกมาสู่สาธารณชน สังคมระหว่างประเทศก็ได้ตอบโต้การกระทำเช่นนั้นโดยการประณามการกระทำดังกล่าวโดยหลักจากองค์การกาชาดระหว่างประเทศรวมถึงรัฐที่สามและกรรมวิธีการสิทธิมนุษยชนอเมริกัน ซึ่งภาคีหลายประเทศที่มีส่วนในการละเมิดดังกล่าวได้ให้ความเห็นว่าการกระทำเช่นนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งเน้นย้ำว่าการกระทำควรมีมาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันการละเมิดเช่นว่าในอนาคต<sup>50</sup> ซึ่งพอสรุปได้ถึงหลักการการยอมรับบังคับในเรื่องการใช้ เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดอย่างไม่ถูกต้องนั้นต้องกระทำบนพื้นฐานการบังคับโดยกฎหมาย

การใช้อย่างไม่เหมาะสมยังปรากฏในบทบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐและคู่มือทางการทหารและระเบียบอื่นๆ อย่างมากมาย ดังนี้

#### บทบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐ

บทบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐได้มีการบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่ “เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด” ในประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 ทั้งที่เป็นประเทศมหาอำนาจประเทศกำลังพัฒนาและประเทศด้อยพัฒนาอย่างมากมาย เช่น ประเทศฝรั่งเศส<sup>51</sup> ประเทศ

<sup>49</sup> 23<sup>rd</sup> International Conference of the Red Cross, Res. XI.

“Enforce effectively the existing national legislation repressing the abuses of the emblem of the red cross, red crescent, red lion and sun, to enact such legislation wherever it does not exist at present and to provide for punishment by way of adequate sentences for offenders”

<sup>50</sup> Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 1, Customary International Humanitarian Law, p. 209.

อังกฤษ<sup>52</sup> ประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>53</sup> ประเทศเยอรมนี<sup>54</sup> ประเทศอิตาลี<sup>55</sup> ประเทศอาร์เจนตินา<sup>56</sup>  
 ประเทศกรีซ<sup>57</sup> ประเทศญี่ปุ่น<sup>58</sup> ประเทศเกาหลีใต้<sup>59</sup> ประเทศอินเดีย<sup>60</sup> ประเทศอินโดนีเซีย<sup>61</sup>  
 ประเทศจอร์แดน<sup>62</sup> และประเทศกานา<sup>63</sup> เป็นต้น

<sup>51</sup> France, Code of Military Justice (1982), article 439; Emblem Law (1939), article 1., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, *Customary International Humanitarian Law*, p. 1291.

<sup>52</sup> UK, Law of Armed Conflict Manual (1981), section. 4, p. 12 and § 2d, UK, Geneva Convention Act as amended (1957), section. 6 and UK, International Criminal Court Act (2001), section 50(1) and 51(1) (England and Wales) and section 58(1) (Northern Island)., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, *Customary International Humanitarian Law*, pp. 1280-1281 and 1307.

<sup>53</sup> US, Criminal Statute on the Protection of the Emblem as amended (1905), Section 706 and US, War Crimes Act as amended (1996), section 2441(c)(2)., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, *Customary International Humanitarian Law*, pp.1307-1308.

<sup>54</sup> Germany, Law on Administrative Offences (1968), § 125 and Germany, Law Introducing the International Crime Code (2002), article 1, § 10(2)., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, *Customary International Humanitarian Law*, pp. 1291-1292.

<sup>55</sup> Italy, Law of War Decree as amended (1938), article 36(1), Law Concerning the Unlawful use of the Emblem (1912), article 1 and Wartime Military Penal Code (1941), article 180(2)., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, *Customary International Humanitarian Law*, pp. 1294-1295.

<sup>56</sup> Argentina, Emblem Law (1893), article 1 and Argentina, Draft Code of Military Justice (1998), article 292., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, *Customary International Humanitarian Law*, p. 1283.

<sup>57</sup> Greece, Emblem Law (1914), article 5 and 6 and Greece, Military Penal Code (1995), article 68(2)., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, *Customary International Humanitarian Law*, p. 1292.

<sup>58</sup> Japan, Emblem Law (1947), article 1 and 4., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, *Customary International Humanitarian Law*, p. 1295.

<sup>59</sup> South Korea, Red Cross Society Act as amended (1949), article 25., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, *Customary International Humanitarian Law*, p. 1295.

<sup>60</sup> India, GCAct (1960), section 12., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, *Customary International Humanitarian Law*, p. 1294.

### คู่มือทางการทหารและระเบียบอื่นๆ

คู่มือทางการทหารและระเบียบอื่นๆ ที่เป็นกฎระเบียบที่ใช้บังคับภายในประเทศได้มีการบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่ "เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด" ในประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 ทั้งที่เป็นประเทศมหาอำนาจ ประเทศกำลังพัฒนาและประเทศด้อยพัฒนาอย่างมากมาย เช่น ประเทศฝรั่งเศส<sup>64</sup> ประเทศอังกฤษ<sup>65</sup> ประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>66</sup> ประเทศเยอรมนี<sup>67</sup> ประเทศอิตาลี<sup>68</sup> ประเทศอาร์เจนตินา<sup>69</sup> ประเทศญี่ปุ่น<sup>70</sup> ประเทศเกาหลีใต้<sup>71</sup> ประเทศอินโดนีเซีย<sup>72</sup> และประเทศเซเนกัล<sup>73</sup> เป็นต้น

<sup>61</sup> Indonesia, Penal Code (1946), article 508., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, *Customary International Humanitarian Law*, p. 1294.

<sup>62</sup> Jordan, Jordan, Red Crescent Society Law (1969), article 5(6), and Draft Emblem Law (1997), article 14(a), cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, *Customary International Humanitarian Law*, p. 1295.

<sup>63</sup> Ghana, Red Cross Emblem Decree (1973), section 1 and 7., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, *Customary International Humanitarian Law*, p. 1292.

<sup>64</sup> France, Disciplinary Regulations as amended (1975), article 9 bis(2) and France, Law of Armed Conflict Manual (2001), p. 47., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, *Customary International Humanitarian Law*, p. 1278.

<sup>65</sup> UK, Military Manual (1958), §§ 302, 317 see also § 377 and § 626(e), cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, *Customary International Humanitarian Law*, p. 1280.

<sup>66</sup> US, Field Manual (1956), §§ 52, 55, 244 and 504(f), US, Air Force Pamphlet (1976), §§ 8-2, 8-3, 8-6(b), 12-2(d) and 15-3(c)(2), US, Soldier's Manual (1984), p. 7 and US, Naval Handbook (1995), §§ 11.9.6 and 12.2., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, *Customary International Humanitarian Law*, pp.1281-1282.

<sup>67</sup> Germany, Military Manual (1989), §§ 473, 638, 1019, 1211 and 1212., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, *Customary International Humanitarian Law*, p. 1278.

<sup>68</sup> Italy, International Humanitarian Law Manual (1991), Vol. I, § 9(2), cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, *Customary International Humanitarian Law*, p. 1278.

<sup>69</sup> Argentina, Law of War Manual (1969), §§ 1.017 and 3.018(7), Argentina, Law of War Manual (1989), §§ 1.06(1) and 6.09., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, *Customary International Humanitarian Law*, p. 1276.

ข้อสังเกต ทั้งประเทศสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส อิตาลี และจีน ซึ่งถือเป็นประเทศมหาอำนาจ ไม่ได้บัญญัติคุ้มครองเครื่องหมายเสี้ยววงเดือนแดงและสิงโตแดงกับดวงอาทิตย์ในบทบัญญัติกฎหมายภายใน ระบุเพียงแต่เฉพาะความผิดและโทษต่อการละเมิดต่อเครื่องหมายกาชาดบนพื้นสีขาวเท่านั้น ส่วนประเทศฝรั่งเศสกับประเทศอิตาลีแม้ได้ระบุให้คุ้มครองเครื่องหมายอื่น นอกเหนือจากเครื่องหมายกาชาดว่า "การใช้เครื่องหมายอันเด่นชัดตามอนุสัญญาระหว่างประเทศ อย่างไม่เหมาะสมเป็นความผิด" ซึ่งในที่นี้อาจตีความได้ว่าหมายถึงเครื่องหมายที่ให้ความคุ้มครอง อื่นๆ ที่นอกเหนือจากเครื่องหมายเสี้ยววงเดือนแดงและสิงโตแดงกับดวงอาทิตย์ก็ได้ เช่น เครื่องหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมและเครื่องหมายของการป้องกันพลเรือน เป็นต้น บทบัญญัติของประเทศต่างๆ มีดังนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกา "ผู้ใดสวมหรือแสดงเครื่องหมายกาชาดหรือเครื่องหมายสี เลียนแบบเครื่องหมายดังกล่าวสำหรับการหลอกลวงเพื่อบั่นทอนความเชื่อมั่นว่าตนเป็นตัวแทน ของสภากาชาดอเมริกัน

ไม่ว่าห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล สมาคม หรือนบุคคลใดที่ใช้เครื่องหมายกาชาดบนพื้นสีขาว หรือสัญลักษณ์ใด หรือเครื่องหมายสีเลียนแบบเครื่องหมายดังกล่าว หรือนาม 'กาชาด' หรือ 'กา เจนีวา' หรือการผสมคำดังกล่าว นอกเหนือจากสภากาชาดอเมริกันและลูกจ้าง และตัวแทนที่มี อำนาจที่เกี่ยวข้องกับสภากาชาดอเมริกัน เจ้าหน้าที่อนามัยและโรงพยาบาลประจำกองทัพแห่ง อเมริกา"<sup>74</sup>

<sup>70</sup> Japan, Self-Defence Force Notification (1965) article 11., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, p. 1278.

<sup>71</sup> South Korea, Military Regulation 187 (1991), article 4.2 and South Korea, Military Law Manual (1996), p. 88., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, p. 1278.

<sup>72</sup> Indonesia, Military Manual (1982), § 104., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, p. 1278.

<sup>73</sup> Senegal, Disciplinary Regulations (1990), article 34(2)., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, p. 1279.

<sup>74</sup> US, Criminal Statute on the Protection of the Emblem as amended (1905), Section 706  
"whoever wears or displays the sign of the Red Cross or any insignia colored in imitation thereof for the fraudulent purpose of inducing the belief that he is a member of or an agent for the American National Red Cross; or

Whoever, whether a corporation, association or person, other than the American National Red Cross and its duly authorized employees and agents and the sanitary and hospital authorities of



ประเทศฝรั่งเศส "ห้ามการใช้...เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดอย่างไม่เหมาะสมตามอนุสัญญาระหว่างประเทศ"<sup>75</sup>

ประเทศอิตาลี "...การละเมิดอย่างร้ายแรงตามอนุสัญญาและพิธีสารระหว่างประเทศ รวมทั้งการใช้สัญลักษณ์คุ้มครองระหว่างประเทศอย่างไม่เหมาะสม เป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม"<sup>76</sup>

ประเทศจีน "การใช้สัญลักษณ์ของอนุสัญญาเจนีวาต้องเป็นไปตามหลักการที่เกี่ยวข้องตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 และตามพิธีสารของอนุสัญญาดังกล่าว...ห้ามการใช้สัญลักษณ์ดังกล่าวอย่างไม่เหมาะสม"<sup>77</sup>

ห้ามการใช้เครื่องหมายกาชาดโดยองค์การหรือปัจเจกชนใดที่นอกเหนือจากที่ระบุไว้ในระเบียบการนี้ [หน่วยงานการแพทย์ที่ก่อตั้งเพื่อกองทัพ สภากาชาดจีน องค์การอาสาสมัคร

---

the armed forces of the United States, uses the emblem of the Greek red cross on a white ground, or any sign or insignia made or colored on imitation thereof or the words 'Red Cross' or 'Geneva Cross' or any combination of these words."

cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, pp.1307-1308.

<sup>75</sup> France, Disciplinary Regulations as amended (1975), article 9 bis (2); Law of Armed Conflict Manual (2001), p. 47,

"of use improperly... the distinctive signs provided for in international convention... is prohibited."

cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, p. 1278.

<sup>76</sup> Italy, International Humanitarian Law Manual (1991), vol. I, §§ 9(2) and 85

"... grave breaches of international conventions and protocols, including.. the improper...use of international protective signs, constitute war crimes."

cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, p. 1278.

<sup>77</sup> China, Red Cross Society Law (1993), article 16 and 19

"the sign shall be used in conformity with the relevant provisions of the [1949] Geneva Conventions and their Additional Protocols ...Abuse of the sign of the Red Cross is prohibited."

cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, p. 1287.

บรรเทาสาธารณภัยทั้งในประเทศและต่างประเทศ และสถาบันกาชาดระหว่างประเทศที่ได้รับการรับรองโดยสภากาชาดภายในประเทศหรือกรรมการกาชาดกลาง]"<sup>78</sup>

นอกจากประเทศอังกฤษที่เป็นประเทศในแถบยุโรป ประเทศส่วนใหญ่ในแถบเอเชียได้มีการบัญญัติกฎหมายภายในซึ่งต่างจากหลายประเทศที่กล่าวข้างต้นแล้วเช่น ประเทศอินเดีย ศรีลังกา คาซัคสถานและประเทศกานา ที่มีการระบุในกฎหมายนิติบัญญัติภายในประเทศอย่างชัดเจนถึงการรับรองคุ้มครองต่อเครื่องหมายกาชาด เลี้ยววงเดือนแดงและสิงโตแดงกับดวงอาทิตย์ว่าการใช้เครื่องหมายดังกล่าวหรือที่มีลักษณะดังกล่าวโดยไม่ได้รับอนุญาตเป็นความผิด เว้นแต่ในส่วนของประเทศมาเลเซีย ซึ่งแม้เป็นประเทศมุสลิมแต่ก็ยังใช้เครื่องหมายกาชาดในการให้บริการทางการแพทย์ในประเทศ อีกทั้งบทบัญญัติกฎหมายภายในก็ไม่ได้บัญญัติรับรองเครื่องหมายใด เว้นแต่เครื่องหมายกาชาด บทบัญญัติตามกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ มีดังนี้

ประเทศอินเดีย "ห้ามบุคคลใดใช้เครื่องหมายกาชาด เครื่องหมายเลี้ยววงเดือนแดง และเครื่องหมายสิงโตแดงกับดวงอาทิตย์บนพื้นสีขาว เครื่องหมายสมาพันธ์รัฐสวิส คำว่า 'กาชาด' 'เลี้ยววงเดือนแดง' และ 'สิงโตแดงกับดวงอาทิตย์' อีกทั้งสัญลักษณ์ใดๆ ที่มีความคล้ายคลึงเครื่องหมายหนึ่งเครื่องหมายใด หรือรูปแบบที่อาจจะทำให้เข้าใจผิด โดยทำให้เข้าใจว่าเป็นเครื่องหมายหนึ่งเครื่องหมายใด หรือรูปแบบหนึ่งรูปแบบใดข้างต้น ทั้งนี้ไม่ว่าจะใช้เพื่อวัตถุประสงค์ใด"<sup>79</sup>

<sup>78</sup> China, Emblem Regulations (1996), article 3

"Use of the red cross emblem by any organisations or individuals other than those mentioned in the present Regulations [medical establishments of the armed forces, the Chinese Red Cross Society, as well as foreign and domestic voluntary relief organisations and international Red Cross institutions with the approval of the State Council or the Central Military Commission] shall be forbidden."

cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, p. 1278.

<sup>79</sup> India, Geneva Convention Act

"no person shall... use for any purpose whatsoever the emblems of the red cross, red crescent and red lion and sun on a white ground, the heraldic emblem of Switzerland, the designations 'Red Cross,' 'Geneva Cross,' 'Red Crescent' and 'Red Lion and Sun' as well as any design as rounding so nearly resembling any of those emblems or designations as to be capable of being mistaken for, or as the case may be, understood as referring to, one of those emblems or designations."

ประเทศศรีลังกา “เป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายแก่บุคคลใดที่จะใช้หรือแสดง เครื่องหมายกาชาด เครื่องหมายเสี้ยววงเดือนแดง และเครื่องหมายสิงโตแดงกับดวงอาทิตย์บนพื้น สีขาว เครื่องหมายของสมาพันธ์รัฐสวิส คำว่า ‘กาชาด’ ‘กาเจนีวา’ ‘เสี้ยววงเดือนแดง’ และ ‘สิงโตแดงกับดวงอาทิตย์’ รวมทั้งสัญลักษณ์หรือคำที่มีความคล้ายคลึงเครื่องหมายหรือรูปแบบใดๆ ข้างต้น ซึ่งอาจจะทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นเครื่องหมายหรือรูปแบบใดๆ ข้างต้น ทั้งนี้ไม่ว่าจะใช้เพื่อวัตถุประสงค์ใด หากเป็นการใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตเป็นลายลักษณ์อักษรจากรัฐมนตรีกระทรวงกลาโหมหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายโดยเป็นลายลักษณ์อักษรจากรัฐมนตรีกระทรวงกลาโหม”<sup>80</sup>

ประเทศคาซัคสถาน “ให้ลงโทษแก่... การใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด การบ่งชี้สัญลักษณ์ของกาชาดหรือเสี้ยววงเดือนแดงรวมถึงการใช้นามกาชาดหรือเสี้ยววงเดือนแดงอย่าง ‘ไม่ถูกต้อง’”<sup>81</sup>

ประเทศกานา “เว้นแต่จะได้ระบุไว้เป็นอย่างอื่นในกฎหมายนี้ ภายหลังจากสิ้นสุดระยะเวลาหกเดือน ห้ามบุคคลใดใช้เครื่องหมายกาชาด [กาชาด เสี้ยววงเดือนแดง และสิงโตแดงกับดวงอาทิตย์] ไม่ว่าจะใช้เพื่อวัตถุประสงค์ใด”<sup>82</sup>

---

cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, p. 1294.

<sup>80</sup> Sri Lanka, Draft GCAct (2002), section 12(1)

“...It shall not be lawful for any person, without the consent in writing of the Minister of Defence or a person authorised in writing by the minister... to use or display for any purpose whatsoever the emblem of the red cross, red crescent and red lion and sun on a white ground, the heraldic emblem of Switzerland, the designations ‘Red Cross,’ ‘Geneva Cross,’ ‘Red Crescent’ and ‘Red Lion and Sun’ as well as a design or wording so nearly resembling any of those emblems or designations as to be capable of being mistaken for, or, as the case may be, understood as referring to, one of those emblems or designations.”

cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, pp. 1303-1304.

<sup>81</sup> Kazakhstan, Penal Code (1997), article 291

“punishes to... the illegal use of the emblem and identifying symbols of the Red Cross /Red Crescent as well as illegal use of the name of the Red cross /Red crescent.”

cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, p. 1295.

<sup>82</sup> Ghana, Red Cross Emblem Decree (1973), section 1 and 7

ประเทศมาเลเซีย “เป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายแก่บุคคลใดๆ ที่จะใช้เครื่องหมาย กษัตราดบนพื้นสีขาว และคำว่า ‘กษัตราด’ หรือ ‘กาเจนีวา’ เครื่องหมายของสมาพันธ์รัฐสวิส รวมถึง รูปแบบใดๆ ที่มีสีเลียนแบบเครื่องหมายหรือคำใดๆ ที่อาจทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นการอ้างถึง เครื่องหมายดังกล่าวแก่วัตถุประสงค์ทางการค้าหรือธุรกิจ หรือเพื่อวัตถุประสงค์ใดๆ ภายในสมาพันธ์รัฐ โดยปราศจากการได้รับมอบอำนาจจากรัฐมนตรี”<sup>83</sup>

ข้อสังเกต ในประมวลกฎหมายอาญาของคาซัคสถานแม้ได้บัญญัติรับรองเครื่องหมาย กษัตราดและเสี้ยววงเดือนแดง แต่ไม่ได้ระบุรับรองเครื่องหมายสิงโตแดงกับดวงอาทิตย์ไว้

บางประเทศได้ระบุในการนิติบัญญัติแห่งชาติถึงการห้ามใช้เครื่องหมายที่ได้รับความ ค้ำครองตามกฎหมายระหว่างประเทศแม้ไม่ได้กล่าวถึงเครื่องหมายเสี้ยววงเดือนแดงและสิงโต แดงกับดวงอาทิตย์ไว้โดยตรงเช่นประเทศเยอรมนี ญี่ปุ่น เกาหลีใต้ อินโดนีเซียและอิสราเอล แต่ใน กฎหมายดังกล่าวมีเจตนาที่จะให้ความคุ้มครองกับเครื่องหมายดังกล่าวด้วย เช่น

ประเทศเยอรมันนี “(1) ผู้ใดใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดของกษัตราดบนพื้นสีขาว หรือ รูปแบบของคำว่า ‘กษัตราด’ หรือ ‘กาเจนีวา’ โดยปราศจากอำนาจเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วย กฎหมาย

(2) ผู้ใดใช้เครื่องหมายของสมาพันธ์รัฐสวิสโดยปราศจากอำนาจถือเป็นการกระทำที่ไม่ ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน

---

“Except as otherwise provided in this Decree, no person shall after the expiry of six months from the commencement of this Decree, use any of the Red Cross Emblems... [red cross, red crescent and red lion and sun] for any purpose whatsoever.”

cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, p. 1292.

<sup>83</sup> Malaysia, Geneva Conventions Act (1962), section 8 and 9

“it shall not be lawful for any person to use for the purpose of his trade or business, or for any other purpose whatsoever, in the Federation without the authority of the ‘Minister,’ the emblem of the Red Cross on a white ground and the words ‘Red Cross’ or ‘Geneva Cross,’ the heraldic emblem of Switzerland, as well as any design being a colourable imitation of those emblems or any words so nearly understood as referring the words ‘Red Cross’ or ‘Geneva Cross’ as to be capable of being understood as referring to the said emblems.”

cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, p. 1297.

(3) เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด รูปแบบ และเครื่องหมายของสมาพันธ์รัฐที่คล้ายคลึงซึ่งอาจทำให้สับสนกับเครื่องหมายตามวรรค (1) และ (2) ถือเป็นกรกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน

(4) วรรค (1) และ (3)ให้นำมาใช้แก่เครื่องหมายหรือชื่อซึ่งมีสถานะเดียวกันกับเครื่องหมายกาชาดบนพื้นสีขาวหรือนาม 'กาชาด' ตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วย"<sup>84</sup>

ประมวลกฎหมายอาญากรรมระหว่างประเทศของเยอรมันนี้ ได้ระบุว่า อาญากรรมระหว่างประเทศ ได้แก่

"... การกระทำอันเป็นการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดแห่งอนุสัญญาเจนีวาอย่างไม่เหมาะสม"<sup>85</sup>

ประเทศญี่ปุ่น "เครื่องหมายกาชาด (และเครื่องหมายที่มีสถานะเดียวกัน) ห้ามนำไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต"<sup>86</sup> "ผู้ซึ่งละเมิดต่อหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะต้องมีโทษจำคุก"<sup>87</sup>

<sup>84</sup> Germany, Law on Administrative Offences (1968), § 125

"(1) Whoever uses the distinctive emblem of the red cross on a white ground or the denomination 'Red Cross' or 'Geneva Cross' without authorisation, acts irregularly.

(2) Whoever uses the heraldic emblem of the Swiss Confederation without authorisation, also acts irregularly.

(3) Emblems, denominations and heraldic signs which are as similar as to be mistaken with those mentioned in paragraphs (1) and (2) stand on equal footing.

(4) Paragraphs (1) and (3) apply by analogy to such emblems or denominations which, according to international law, stand on the same footing as the emblem of the red cross on the white ground or the denomination 'Red Cross'."

cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, p. 1291.

<sup>85</sup> Germany, Law Introducing the International Crime Code (2000), article 1, § 10(2)

"... makes improper use of the distinctive emblems of the Geneva Conventions..."  
cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, p. 1292.

<sup>86</sup> Japan, Emblem Law (1947), article 1

"the emblem of the red cross (and equivalent) should not be used without permission."  
cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, p. 1295.

ประเทศเกาหลีใต้ "ห้ามใช้เครื่องหมายกาชาดหรือเครื่องหมายที่มีสถานะเดียวกัน ตลอดเวลา"<sup>88</sup>

ประเทศอินโดนีเซีย กฎหมายบัญญัติให้ลงโทษแก่ "ผู้ซึ่งใช้เครื่องหมายที่บังคับที่ให้กับ หน่วยงานที่มีอำนาจหรือบุคลากรผู้ให้บริการด้านสุขภาพต่อกองทัพโดยปราศจากการได้รับแต่งตั้ง ให้กระทำเช่นนั้นได้"<sup>89</sup>

ประเทศอิสราเอล "ห้ามบุคคลใดใช้เครื่องหมายซึ่งรับรองโดยอนุสัญญาเจนีวา 1949 ในฐานะเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดแห่งการบริการทางการแพทย์ของกองทัพ เว้นแต่บุคคลดังกล่าว ได้รับมอบอำนาจโดยอนุสัญญาเหล่านั้น หรือได้รับอนุญาตโดยรัฐมนตรีกระทรวงสาธารณสุขให้ ใช้ได้"<sup>90</sup>

ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับการอนุญาตการใช้เครื่องหมายและคุ้มครองเครื่องหมาย ดังกล่าวโดยกฎหมายภายในของรัฐภาคีแห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 มีรัฐจำนวนมากที่ไม่มีการ บัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองการกระทำละเมิดต่อเครื่องหมายเสี้ยววงเดือนแดงและสิงโตแดงกับ ดวงอาทิตย์ เช่นกรณีประเทศสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส อิตาลี และจีน เป็นต้น ซึ่งประเทศเหล่านี้ล้วน

<sup>87</sup> Japan, Emblem Law (1947), article 4

"Anyone who violateds this provision may be sentenced to imprisonment."  
cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, p. 1295.

<sup>88</sup> South Korea, Red Cross Society Act as amended (1949), article 25

"the use... of the red cross or equivalent emblems... shall be prohibited at all times."  
cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, p. 1295.

<sup>89</sup> Indonesia, Penal Code (1946), article 508

Punishes "anyone who uses, without being entitled to do so, a mark of distinction which is assigned to a certain Society or to the personnel of the health Service of armed forces."  
cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, p. 1294.

<sup>90</sup> Israel, Red Shield of David Law (1950), section 7(b)

"No person shall make any use of any emblem recognised by the (1949) Geneva Conventions as a distinctive emblem of the medical Services of the armed forces, unless he is authorised by these Conventions or by permission of the minister of Health to use it."  
cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, p. 1294.

เป็นประเทศมหาอำนาจ อีกทั้งมีส่วนร่วมและมีอิทธิพลต่อการต่อสู้ในการขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก

ดังนั้นหากมีการใช้เครื่องหมายเสี้ยววงเดือนแดงและสิงโตแดงกับดวงอาทิตย์ อย่างไม่เหมาะสมในยามสงคราม ประเทศเหล่านี้อาจจะถือการไม่รับรองเครื่องหมายดังกล่าวในบทบัญญัติกฎหมายภายในเป็นข้ออ้างในการรับผิดชอบได้ แต่อย่างไรก็ดี ก็ยังปรากฏตามคู่มือทางการแพทย์ของประเทศเหล่านี้ ที่ให้พลพรของตนต้องเคารพต่อเครื่องหมายเสี้ยววงเดือนแดงและสิงโตแดงกับดวงอาทิตย์ แม้คำบังคับตามคู่มือทางการแพทย์จะอ่อนกว่าบทบัญญัติที่เป็นกฎหมาย แต่ก็ยังอาจใช้ยืนยันการตระหนักถึงการมีอยู่ของเครื่องหมายต่างๆ ที่ใช้ในการให้ความคุ้มครองการบริการทางการแพทย์ ดังนั้นข้ออ้างความรับผิดชอบต่อสัญลักษณ์ที่ประเทศของตนไม่ได้รับรองเป็นบทบัญญัติกฎหมายจึงย่อมตกไป

ข้อสังเกตของผู้เขียนเห็นว่า หากพิจารณาต่อไปอีกว่า การใช้เครื่องหมายเสี้ยววงเดือนแดงและสิงโตแดงกับดวงอาทิตย์ ที่เป็นการใช้โดยล่องลวงในยามสงคราม หากไม่มีการบัญญัติเป็นกฎหมายภายใน ความรับผิดชอบการกระทำที่เป็นการละเมิดเช่นนั้น ผู้กระทำอาจไม่ต้องรับผิดชอบโดยพิจารณาจากบทบัญญัติตามกฎหมายภายในนั้น หากกฎหมายภายในหรือคู่มือทางการแพทย์ เช่นว่านั้นไม่ได้มีคำบังคับและไม่มีการระบุให้เป็นความผิดที่มีบทลงโทษ

ส่วนการใช้ในยามสงบ ไม่ว่าจะเป็นการใช้เพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือวัตถุประสงค์อื่นในประเทศข้างต้นก็คงถือว่าไม่เป็นความผิดเพราะไม่ได้มีบทบัญญัติกฎหมายภายในรองรับถึงการกระทำความผิดดังกล่าว ดังนั้นหากมีการนำเครื่องหมายทั้งสองนี้ไปใช้โดยไม่คำนึงถึงความคุ้มครองที่มีอยู่ในตัวของเครื่องหมายนั้นแล้ว ก็จะเป็นต้นเหตุให้ความเคารพและความคุ้มครองในยามสงครามเสื่อมถอยลงซึ่งเป็นเหตุโดยตรงต่อความช่วยเหลือทางมนุษยธรรมและการคุ้มครองต่อผู้บาดเจ็บ ป่วยไข้ ผู้ซึ่งเรืออัปปาง เด็ก สตรี และคนชรารวมถึงพลเรือนที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสู้รบและสถานพยาบาลเพื่อให้ปลอดภัยจากผลกระทบจากการสู้รบเช่นว่านั้นได้

ส่วนเครื่องหมายกาชาดและกาเจนีวา ที่เป็นเครื่องหมายที่ใช้ในการให้บริการขององค์การกาชาด และหน่วยงานกาชาดภายในประเทศ จากการศึกษาพบว่าทุกประเทศได้มีการตรากฎหมายภายในรองรับเพื่อป้องกันและปราบปรามการละเมิด และมีการระบุถึงการห้ามใช้เครื่องหมายดังกล่าวอย่างไม่เหมาะสมทั้งในยามสงบและยามสงคราม จึงพอจะพิจารณาได้ว่าในสังคมระหว่างประเทศได้ให้การยอมรับความคุ้มครองภายใต้ เครื่องหมายกาชาดอย่างชัดเจน โดยไม่มีข้อโต้แย้งในประเด็นนี้

ในส่วนของเครื่องหมายเสี้ยววงเดือนแดง จากการศึกษาพบว่า แม้เครื่องหมายเสี้ยววงเดือนแดงจะไม่ได้รับการรับรองโดยการบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรภายในประเทศ



ต่างๆ จำนวนมากเท่าที่ควรเมื่อเปรียบเทียบกับเครื่องหมายกาชาดแล้ว แต่การใช้เครื่องหมายดังกล่าวได้มีการใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองบริการทางการแพทย์มาเป็นเวลายาวนาน นับแต่ปี 1876 ซึ่งแท้จริงแล้วเครื่องหมายเสี้ยววงเดือนแดงนี้มีมาภายหลังเครื่องหมายกาชาดเพียง 12 ปีเท่านั้น หากจะดูจากการเริ่มต้นของการให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรมในยามสงคราม จวบจนปัจจุบันที่กินเวลานานถึง 144 ปี (1864-2008) อีกทั้งในช่วงเวลาในอดีตที่ผ่านมา ก็ไม่มีประเทศใดออกมาโต้แย้งถึงการมีอยู่ของเครื่องหมายเสี้ยววงเดือนแดงในการใช้เพื่อคุ้มครองการให้บริการทางการแพทย์ในยามสงครามอย่างเป็นทางการ ดังนั้นเครื่องหมายเสี้ยววงเดือนแดงจึงถือได้ว่าเป็นการยอมรับในฐานะที่เป็นสัญลักษณ์ที่ให้ความคุ้มครองทางการแพทย์ที่เป็นจารีตประเพณีด้วย

ส่วนเครื่องหมายสิงโตแดงกับดวงอาทิตย์นั้น นับแต่มีการบัญญัติรับรองในอนุสัญญาเจนีวาปี 1929 จวบจนปี 1980 ที่ประเทศอิหร่านประกาศยกเลิกการใช้เครื่องหมายดังกล่าวแล้ว เปลี่ยนมาใช้เครื่องหมายเสี้ยววงเดือนแดงแทน แต่ประเทศอิหร่านก็ยังสงวนสิทธิที่จะกลับไปใช้เครื่องหมายสิงโตแดงกับดวงอาทิตย์อยู่ นับแต่เริ่มต้นของการรับรองในอนุสัญญาเจนีวาปี 1929 นับเป็นเวลาทั้งหมด 51 ปีในการใช้เครื่องหมายดังกล่าว และตั้งแต่ปี 1980 ก็ไม่มีการใช้เครื่องหมายสิงโตแดงกับดวงอาทิตย์ในการให้บริการทางการแพทย์ของหน่วยงานใดๆ ทั้งในประเทศและต่างประเทศอีกเลย อีกทั้งจากการศึกษากฎเกณฑ์ภายในประเทศต่างๆ การบัญญัติกฎหมายภายในรับรองเครื่องหมายสิงโตแดงกับดวงอาทิตย์ถือว่ามีน้อยมาก ดังนั้นจึงไม่อาจจะพิจารณาถึงการเป็นที่ยอมรับของนานาชาติได้ แต่กระนั้น เครื่องหมายดังกล่าวยังคงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศอยู่ โดยล่าสุดพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 ปี 2005 ก็ได้รวมเอาเครื่องหมายสิงโตแดงกับดวงอาทิตย์ไว้ในข้อตกลงด้วย<sup>91</sup>

กล่าวโดยสรุป เครื่องหมายกาชาดและเครื่องหมายเสี้ยววงเดือนแดงนั้นมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ส่วนเครื่องหมายสิงโตแดงกับดวงอาทิตย์ยังไม่ถือได้ว่าการยอมรับเช่นนั้น

นอกจากความคุ้มครองภายใต้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดตามที่ระบุในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ที่มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ กล่าวคือ เครื่องหมายกาชาดและเครื่องหมายเสี้ยววงเดือนแดง หากจะพิจารณาต่อไปถึงเครื่องหมายที่ไม่ได้รับการยอมรับให้มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เช่น เครื่องหมายสิงโตแดงกับดวงอาทิตย์ เครื่องหมายที่ไม่ได้รับการรับรองโดยอนุสัญญาเจนีวา 1949 อื่นๆ รวมทั้งการใช้เครื่องหมายที่

<sup>91</sup> APIII, article 1(2).

ได้รับการรับรองแล้วแต่ได้ใช้อย่างไม่ถูกต้องตามรูปแบบ และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง การใช้เครื่องหมายคริสตัสแดงในกรณีที่เป็นเครื่องหมายที่ยังไม่ได้รับการยอมรับในฐานะเครื่องหมายที่ให้ความคุ้มครองที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งจะได้กล่าวในส่วนของเครื่องหมายคริสตัสแดงเป็นการเฉพาะในบทต่อไป ดังนั้นการใช้ดังกล่าวจะได้รับความเคารพและความคุ้มครองหรือไม่ ในระดับใด ดังนั้นจึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาถึงความคุ้มครองในการปฏิบัติการสิ่งของหรือสถานที่ที่อยู่ภายใต้เครื่องหมายต่างๆ ข้างต้นว่า จะมีลักษณะที่จะได้รับความคุ้มครองในสถานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่ ทั้งนี้โดยจะทำการศึกษาในส่วนของหลักความคุ้มครองแก่บุคคลผู้ให้ความช่วยเหลือผู้ประสบภัย ความคุ้มครองแก่หน่วยการแพทย์และโรงพยาบาล และสุดท้าย หลักความคุ้มครองแก่การขนส่งทางการแพทย์ ดังจะได้กล่าวเป็นลำดับดังต่อไปนี้

### ข. หลักความคุ้มครองแก่บุคคลผู้ให้ความช่วยเหลือผู้ประสบภัย

ในทางปฏิบัติที่ถือได้ว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เป็นหลักการที่ให้ความคุ้มครองแก่บุคคลผู้ให้ความช่วยเหลือผู้ประสบภัยภายใต้ความคุ้มครองภายใต้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดมีดังนี้

หลัก "ห้ามโจมตีต่อบุคลากรทางการแพทย์และอนุศาสนาจารย์ และวัตถุที่แสดงเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดของอนุสัญญาเจนีวา 1949 อันเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศ"<sup>92</sup>

หลักการดังกล่าว นอกเหนือจากที่ปรากฏในอนุสัญญาเจนีวา 1949 และ พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 และ 2 แล้ว ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศข้อ 8(2)(b)(xxiv)<sup>93</sup> และข้อ 8(2)(e)(ii)<sup>94</sup> ยังได้วางหลักว่า การเจตนาโจมตีโดยตรงต่ออาคาร สิ่งของ หน่วย

<sup>92</sup> ICC Statute, article 8(2)(b)(xxiv) and (c)(ii).

<sup>93</sup> Rome Statute of the International Criminal Court 1998, Article 8 War crimes

2. For the purpose of this Statute, "war crimes" means:

(b) Other serious violations of the laws and customs applicable in international armed conflict, within the established framework of international law, namely, any of the following acts:

(xxiv) Intentionally directing attacks against buildings, material, medical units and transport, and personnel using the distinctive emblems of the Geneva Conventions in conformity with international law.

<sup>94</sup> Rome Statute of the International Criminal Court 1998, article 8(2)(e)

แพทย์ และการขนส่งทางการแพทย์และบุคลากรที่ใช้ เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดแห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 อันเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม ทั้งนี้ใช้ได้ทั้งในกรณีการขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศและที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศ

อีกทั้งหลักการดังกล่าวยังถือเป็นหลักกฎหมายที่สังคมระหว่างประเทศยึดถือและมีทางปฏิบัติที่แน่นอนและเป็นทางเดียวกัน<sup>95</sup> โดยผ่านทางคู่มือทางการทหาร กฎหมายภายในและอื่น ๆ<sup>96</sup>

แม้ในทางปฏิบัติจะมีการละเมิดต่อหลักเกณฑ์ดังกล่าวอยู่ แต่ในขณะเดียวกันก็มีการประณามและเรียกร้องให้เคารพต่อกฎเกณฑ์เช่นว่าอย่างจริงจัง ยกตัวอย่างเช่น กรณีของอดีตนายกอสลาเวีย คณะกรรมการอดีตนายกอสลาเวีย เรียกร้องให้ผู้เข้าร่วมการขัดกันทางอาวุธทุกคนในดินแดนของยูโกสลาเวีย เคารพและคุ้มครองเครื่องหมายกาชาดเพื่อเป็นการประกันความปลอดภัยต่อผู้ซึ่งปฏิบัติภารกิจด้านมนุษยธรรมภายใต้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดด้วย<sup>97</sup>

ในทางปฏิบัติแม้ว่าจะปรากฏการละเมิดต่อหลักเกณฑ์ดังกล่าวอยู่ แต่ก็ไม่พบว่ามีทางปฏิบัติที่เป็นทางการแห่งรัฐ ขัดหรือแย้งกับหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้

ถึงแม้ว่าหลักเกณฑ์จะมีการระบุว่าเป็นการคุ้มครองบุคลากรทางการแพทย์ หรือ อนุศาสนาจารย์ การขนส่งหน่วยแพทย์ โรงพยาบาล หรือเวชภัณฑ์ทางการแพทย์ ต้องแสดงเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด อย่างไรก็ตาม หากแต่การที่ไม่มีการแสดงเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดตามหลักเกณฑ์ก็ไม่เป็นการให้อำนาจแก่ฝ่ายใดที่จะโจมตีต่อบุคลากรทางการแพทย์ หรือ อนุศาสนาจารย์ การขนส่ง หน่วยแพทย์ โรงพยาบาล หรือ เวชภัณฑ์ ทางกรแพทย์ เช่นว่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือความคุ้มครอง ภายใต้ เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดนั้นเป็นการแสดงเพื่อ

---

"Other serious violations of the laws and customs applicable in armed conflicts not of an international character, within the established framework of international law, namely, any of the following acts:

(ii) Intentionally directing attacks against buildings, material, medical units and transport, and personnel using the distinctive emblems of the Geneva Conventions in conformity with international law."

<sup>95</sup> Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 1, *Customary International Humanitarian Law*, p. 103.

<sup>96</sup> see, F. Persons and Objects Displaying the Distinctive Emblem., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, *Customary International Humanitarian Law*, pp. 574-587.

<sup>97</sup> SFRY (FRY), Minister of Defence, Force of Slovenia, 10 July 1991, § 2(iii).

จำแนกบุคคลหรือสิ่งของให้เด่นชัดเป็นการอำนวยความสะดวก ซึ่งเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดไม่ได้มีบทบาทในการให้ความคุ้มครองโดยตัวของมันลำพังแต่อย่างเดียว หรืออาจกล่าวได้ว่า บุคลากรทางการแพทย์หรือศาสนาได้รับความคุ้มครองโดยขึ้นอยู่กับลักษณะที่เป็นการปฏิบัติหน้าที่นั้นๆ นั้นเอง<sup>98</sup>

หลักการกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีต่อกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับความเคารพและความคุ้มครองต่อบุคลากรทางการแพทย์และศาสนา และวัตถุที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการดังกล่าว ทั้งนี้ให้รวมถึงสถานที่และการขนส่งทางการแพทย์ด้วย<sup>99</sup>

นอกจากนี้ในศาลอาญาระหว่างประเทศ (ICC) ยังได้กำหนดองค์ประกอบความผิดฐานอาชญากรรมสงครามไว้ว่า

“การเจตนาโจมตีโดยตรงต่ออาคาร สิ่งของ หน่วยแพทย์ และการขนส่งทางการแพทย์และบุคลากรที่ใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดแห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 อันเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม ทั้งนี้ให้รวมถึงการโจมตีต่อบุคคลหรือสิ่งของซึ่งแสดงเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด หรือการแสดงการบ่งชี้โดยลักษณะอื่นใดเพื่อเป็นการบ่งบอกถึงความคุ้มครองภายใต้อนุสัญญาเจนีวา 1949 เช่น การใช้สัญญาณที่เด่นชัด เป็นต้น”<sup>100</sup>

อีกทั้งหลักการในอดีตได้ก่อให้เกิดหลักการที่ถือได้ว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เป็นหลักการที่ให้ความคุ้มครองแก่บุคคลผู้ให้ความช่วยเหลือผู้ประสบภัยที่นอกเหนือจากการได้รับความคุ้มครองภายใต้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดดังนี้

หลัก “บุคลากรแพทย์ที่ได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่ทางการแพทย์โดยเฉพาะ ต้องได้รับการเคารพและคุ้มครองในทุกสถานการณ์ เขาเหล่านั้นจะสูญเสียการคุ้มครองหากพวกเขากระทำการนอกเหนือหน้าที่ทางมนุษยธรรม และเป็นการกระทำที่มีผลร้ายต่อศัตรู”<sup>101</sup>

<sup>98</sup> Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 1, Customary International Humanitarian Law, pp. 103-104.

<sup>99</sup> GA Res. 37-194, December 18, 1982.

<sup>100</sup> see, Knut Dörmann, Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and commentary, (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), p. 305; see also, API, article 6-9 and Annex I concerning light signals, radio signals and electronic identification.

จากหลักการที่กล่าวมา ถือเป็นหลักเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในการให้ความเคารพและคุ้มครองทั้งบุคลากรทางการแพทย์ในทุกสถานการณ์ ซึ่งหมายถึงทั้งกรณีการขัดแย้งทางอาวุธระหว่างประเทศและที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศด้วย

หลักการดังกล่าวยังเห็นได้จากแนวปฏิบัติของแต่ละประเทศภาคีสถนธิสัญญา ไม่ว่าจะเป็นโดยการอนุวัติการเป็นกฎหมายภายใน หรือระเบียบภายในประเทศ คู่มือทางการทหารและการแสดงออกอื่นๆ ด้วย ซึ่งตัวร่างของการปฏิบัติของรัฐภาคีมีดังนี้ เช่น กรณีประเทศออสเตรเลียได้กำหนดในคู่มือทางการทหารของออสเตรเลีย (Australia's Defense Force Manual) ว่า “บุคลากรทางการแพทย์ของพลเรือนหรือของกองทัพได้รับความคุ้มครอง”<sup>102</sup> บุคลากรทางการแพทย์ดังกล่าวหมายถึงทั้งพลรบหรือพลเรือน ซึ่งได้รับมอบหมายให้ดำเนินการเกี่ยวกับการบริการทางการแพทย์ การควบคุมยวดยานทางการแพทย์ ซึ่งการมอบหมายให้ดำเนินการเช่นนั้นอาจจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราวก็ได้ ซึ่งกล่าวเพิ่มเติม คือ แพทย์ หมอพื้น พยาบาล ผู้ได้รับคำสั่งทางการแพทย์ (Medical order line) อีกทั้งผู้บริหารโรงพยาบาลซึ่งร่วมกับกิจการของหน่วยพยาบาลของกองทัพหรือของพลเรือนด้วย โดยบุคลากรดังกล่าวให้รวมถึง

1. บุคลากรของสภากาชาดและองค์กรอาสาสมัครอื่น ซึ่งได้รับการรับรองและให้อำนาจโดยรัฐภาคีคู่พิพาท
2. บุคลากรทางการแพทย์ที่ร่วมกับหน่วยป้องกันพลเรือนและ
3. บุคคลอื่นที่ปฏิบัติหน้าที่ทางมนุษยธรรมโดยรัฐที่เป็นกลาง องค์กรช่วยเหลือเบื้องต้นที่ได้รับการรับรองและให้อำนาจของรัฐที่เป็นกลาง และองค์กรมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใด<sup>103</sup>

หลักการข้างต้นได้ปรากฏในบทบัญญัติกฎหมายและคู่มือทางการทหารที่มีผลบังคับภายในประเทศของประเทศต่างๆ อย่างมากมาย เช่น

**ประเทศฝรั่งเศส** ฝรั่งเศสระบุในคู่มือกฎหมายในการทำสงครามของฝรั่งเศส (France's Law of Armed Conflict Manual) โดยระบุไว้ว่า “กฎหมายว่าด้วยการขัดกันทางอาวุธให้ความ

<sup>101</sup> Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 1, Customary International Humanitarian Law, pp. 79-86; GCI, article 24-26; GCII, article 36; GCIV, article 20; API, article 8 and 15 and APII, article 9 and 11.

<sup>102</sup> Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, pp. 457-458.

<sup>103</sup> Australia, Defence Force Manual (1994), para 521., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, p. 458, n. 13.

คุ้มครองพิเศษแก่บุคคลเหล่านี้... บุคลากรทางการแพทย์ที่ร่วมกับกองทัพและบุคลากรทางการแพทย์ของพลเรือน”<sup>104</sup>

ประเทศอัฟริกาใต้ อัฟริกาใต้ได้มีระบุไว้ในคู่มือทางการทหารของอัฟริกา (Africa's Law of Armed Conflict Manual) ระบุไว้ว่า “บุคลากรทางการแพทย์ของภาคีคู่พิพาทไม่ว่าจะเป็นของพลรบหรือพลเรือนต้องได้รับความเคารพและคุ้มครอง ซึ่งความคุ้มครองเช่นว่านี้ไม่ใช่เอกสิทธิ์ แต่เป็นผลโดยธรรมดาจากกฎที่ออกเพื่อประกันความเคารพและความคุ้มครองสำหรับเหยื่อการขัดกันทางอาวุธความคุ้มครองนี้สอดคล้องกับหน้าที่ในการช่วยเหลือทางมนุษยธรรมที่บุคคลดังกล่าวได้รับมอบหมาย ดังนั้นความคุ้มครองดังกล่าวจะจำกัดเฉพาะในสถานการณ์ที่บุคคลดังกล่าวจำเป็นต้องปฏิบัติหน้าที่ทางมนุษยธรรมเท่านั้น”<sup>105</sup>

หลัก “บุคลากรทางการแพทย์ที่ได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่ทางการแพทย์โดยเฉพาะต้องได้รับความเคารพและคุ้มครองในทุกสถานการณ์”<sup>106</sup>

หลักการดังกล่าวเป็นที่ยอมรับอย่างแพร่หลายนับแต่มีอนุสัญญาเจนีวา 1864 และต่อมาหลักการดังกล่าวยังได้รับการยืนยันโดยอนุสัญญาเจนีวา ปี 1906 และปี 1924 ตามลำดับ<sup>107</sup> โดยหลักการดังกล่าวให้ความคุ้มครองแก่หน่วยแพทย์และบุคลากรทางการแพทย์ที่ให้ความช่วยเหลือในการบรรเทาทุกข์ในระหว่างการสู้รบทั้งนี้หน่วยแพทย์และบุคลากรทางการแพทย์ดังกล่าวรวมถึงหน่วยแพทย์และบุคลากรทางการแพทย์ที่เป็นพลเรือนด้วยซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ยังเป็นที่ยอมรับทั้งในการสู้รบที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศด้วย<sup>108</sup> ทั้งนี้โดยผ่านทางคู่มือทางการทหารภายในประเทศ<sup>109</sup>

<sup>104</sup> France, Law of Armed Conflict Manual (1996), pp. 95-96., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, p. 461, n. 39.

<sup>105</sup> South Africa, Law of Armed Conflict Manual (1996), paras 46-47., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, p. 464, n. 69.

<sup>106</sup> Rule 25., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 1, Customary International Humanitarian Law, p. 79; GC1949 I, article 24-26, GC1949 II, article 36, GC1949 IV, article 20 and API, article 15 (adopted by consensus).

<sup>107</sup> GC1864, article 2, GC1906, article 9-10 and GC1929, article 9-10.

<sup>108</sup> Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 1, Customary International Humanitarian Law, p. 79, Common article 3 of GC1949 I-IV and APII, article 9(1) (adopted by consensus).

นอกจากความคุ้มครองที่มีต่อบุคลากรทางการแพทย์แล้ว อนุศาสนาจารย์ก็ยังคงได้รับความคุ้มครองในลักษณะการยอมรับในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย

หลัก "อนุศาสนาจารย์ที่ได้รับมอบหมายโดยเฉพาะต้องได้รับการเคารพและคุ้มครองในทุกสถานการณ์"<sup>110</sup>

หลักการดังกล่าวเป็นที่ยอมรับอย่างแพร่หลายในชุมชนระหว่างประเทศนับตั้งแต่มีอนุสัญญาฉบับแรกในปี 1864 คือ อนุสัญญาเจนีวาปี 1864 ซึ่งต่อมาหลักการดังกล่าวได้รับการยืนยันในอนุสัญญาเจนีวาปี 1906 และ อนุสัญญาเจนีวาปี 1929 อีก<sup>111</sup> นอกจากนั้นหลักการดังกล่าวยังถูกยอมรับโดยการตราเป็นกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศข้อ 8(b)(xxiv)<sup>112</sup> รวมถึงคู่มือทางการทหารและกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ อย่างมากมาย<sup>113</sup> ซึ่งหลักการดังกล่าวถือเป็นกฎหมายที่จะต้องมีการปฏิบัติตาม ทำให้หลักการดังกล่าวเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งใช้ได้กับทั้งการสู้รบที่เป็นทางระหว่างประเทศและไม่ใช่วางระหว่างประเทศ<sup>114</sup> อีกทั้งไม่มีทางปฏิบัติใดที่ขัดกับหลักการดังกล่าวด้วยไม่ว่าจะเป็นในการขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศและไม่ใช่วางระหว่างประเทศเลย<sup>115</sup>

กล่าวโดยสรุป หลักความคุ้มครองแก่บุคคลผู้ให้ความช่วยเหลือเยื่อไม่ว่าจะเป็นความคุ้มครองต่อบุคลากรทางการแพทย์หรืออนุศาสนาจารย์ประจำกองทัพก็ย่อมได้รับความคุ้มครองและหลักการนี้ถือเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

### ค. หลักความคุ้มครองแก่หน่วยการแพทย์และโรงพยาบาล

ในทางปฏิบัติต่างๆ ที่ถือได้ว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เป็นหลักการที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองแก่หน่วยการแพทย์และโรงพยาบาล ที่มีความคุ้มครองภายใต้

<sup>109</sup> Further see, A. Medical Personnel., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, pp. 453-486.

<sup>110</sup> Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol.1, Customary International Humanitarian Law, p. 88; Rule 27, GC1949 I, 24, GC1949 II, article 36 and API, 15 (adopted by consensus).

<sup>111</sup> GC1864, article 2, GC1906, article 9 and GC1929, article 9.

<sup>112</sup> see, n. 112.

<sup>113</sup> Further see, C. Religious Personnel., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, pp. 497-507.

<sup>114</sup> Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol.1, Customary International Humanitarian Law, p. 88.

<sup>115</sup> Ibid., p. 90.



หลักการที่เป็นเนื้อหาสาระในความคุ้มครองแก่หน่วยการแพทย์และโรงพยาบาลตามกฎหมายจารีตประเพณี หลักการดังกล่าวมีดังนี้

หลัก “หน่วยงานทางการแพทย์ที่ได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่โดยเฉพาะต้องได้รับการเคารพและคุ้มครองในทุกสถานการณ์”<sup>116</sup>

หลักการคุ้มครองหน่วยแพทย์ที่ได้รับมอบหมายซึ่งทำหน้าที่ในการเป็นศูนย์บัญชาการทางการแพทย์ โรงพยาบาลและที่ซึ่งให้การรักษาผู้บาดเจ็บและป่วยไข้จากการสู้รบ หลักการดังกล่าวได้ถูกวางไว้ตั้งแต่ตติการะหว่างประเทศกรุงเฮกในปี 1899 และได้รับการยืนยันในกติการะหว่างประเทศกรุงเฮกในปี 1907 อีกครั้ง<sup>117</sup> ก่อนที่จะมาเป็น อนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ถึงฉบับที่ 4 หลักการดังกล่าวเป็นที่ยอมรับของชุมชนระหว่างประเทศว่าเป็นหลักกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติตามและมีทางปฏิบัติของรัฐอย่างแพร่หลาย โดยผ่านทางคู่มือทางการแพทย์ การตรากฎหมายภายในและทางปฏิบัติอื่นๆ<sup>118</sup> ซึ่งการยอมรับดังกล่าวทำให้เกิดการก่อตัวหลักการนี้เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและมีผลบังคับใช้ทั้งกรณีการขัดกันทางอาชุระหว่างประเทศและไม่ใช้ทางระหว่างประเทศ<sup>119</sup>

แม้ว่าในทางปฏิบัติจะพบการละเมิดต่อหลักการดังกล่าว ในขณะที่เดียวกันนั้น นานาประเทศก็ประณามการละเมิดต่อหลักการเช่นนั้นอย่างหนักแน่น ทั้งนี้รวมถึงการประณามขององค์การระหว่างประเทศต่างๆ ด้วย แม้ว่าในทางปฏิบัติจะพบการละเมิด แต่อย่างไรก็ดีก็ไม่พบหลักการปฏิบัติที่เป็นทางการของรัฐใดที่ขัดกับความคุ้มครองต่อหน่วยทางการแพทย์ดังกล่าวนี้<sup>120</sup>

หลักการข้างต้นได้ปรากฏในบทบัญญัติกฎหมายและคู่มือทางการแพทย์ที่มีผลบังคับภายในประเทศของประเทศต่างๆ อย่างมากมาย เช่น

ประเทศสหรัฐอเมริกา ในคู่มือบัญชาการทหารอากาศสหรัฐ (US Air force Commander's Handbook) ในส่วนหัวข้อขอบเขตที่เป็นกลางและเขตปลอดภัยระบุว่า “โดย

<sup>116</sup> GC1949 I, article 19, GC1949 IV, article 18 and API, article 12.

<sup>117</sup> Hague Regulations 1899 and 1907, article 27.

<sup>118</sup> see, D. Medical Units., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol.1, Customary International Humanitarian Law, pp. 507-547.

<sup>119</sup> Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol.1, Customary International Humanitarian Law, p. 92.

<sup>120</sup> Ibid., p. 95.

ข้อตกลงภาคีคู่มือพิพาทสามารถตกลงเขตซึ่งใช้สำหรับพลเรือน ผู้ป่วย และผู้บาดเจ็บ หรือบุคคลที่ไม่ใช่พลรบอื่นๆ ใช้เพื่อปลอดจากการโจมตี”<sup>121</sup>

คู่มือทหารเรือของอเมริกายังระบุสนับสนุนหลักการดังกล่าวอีกว่า “เมื่อได้จัดทำข้อตกลงระหว่างคู่อรินี้ เขตโรงพยาบาล และเขตที่เป็นกลาง จะได้รับความคุ้มครองจากการทิ้งระเบิดตามข้อตกลงที่เกี่ยวข้อง”<sup>122</sup>

ทั้งยังปรากฏในคู่มือสมรภูมิรบของสหรัฐ (The US Field Manual) ได้เน้นย้ำข้อ 23 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 และข้อ 14 และข้อ 15 แห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 4 โดยระบุว่า “ข้อตกลงในการกำหนดเขตโรงพยาบาลและเขตปลอดภัย และเขตที่เป็นกลางเหล่านี้ ย่อมทำการตกลงได้ทั้งโดยรัฐบาลที่เกี่ยวข้องหรือกองกำลังภายใต้คำบัญชาการทหาร”<sup>123</sup>

ในคู่มือสมรภูมิรบของสหรัฐ นอกจากจะเป็นการเน้นย้ำตามหลักเกณฑ์ตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 แล้ว คู่มือดังกล่าวยังระบุถึงการแสดงออกของกลุ่มติดอาวุธที่ไม่ใช่รัฐ ให้มีการทำข้อตกลงเพื่อให้ความคุ้มครองแก่หน่วยการแพทย์และโรงพยาบาลได้ ซึ่งเป็นการบัญญัติถึงหลักการที่อยู่เหนือขอบเขตของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ดังกล่าว ซึ่งถือเป็นพลวัตที่ดี

**ประเทศอังกฤษ** คู่มือทางทหารของอังกฤษระบุว่า “คู่อริข้อพิพาทชอบที่จะตกลงกันถึงเขตโรงพยาบาล เขตปลอดภัย และที่เกิดเหตุ เพื่อคุ้มครองผู้บาดเจ็บ ผู้ป่วยที่เป็นพลรบ หรือที่ไม่เป็นพลรบ พลเรือนผู้ไม่มีส่วนในการรบหรือไม่ได้กระทำการที่มีลักษณะทางการทหาร ให้ปลอดจากผลกระทบจากสงคราม”<sup>124</sup>

คู่มือกฎหมายการขัดกันทางอาวุธของอังกฤษ ได้ระบุถึงการคุ้มครองในเขตปลอดภัยว่า “เขตปลอดภัยอาจจัดตั้งขึ้นเพื่อโรงพยาบาล และคุ้มกันผู้บาดเจ็บและป่วยไข้ คนชราที่อ่อนแอ เด็ก

<sup>121</sup> US, Air Force Commander's Handbook (1980), § 3-6(b), cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, pp. 677-678.

<sup>122</sup> US, Naval Handbook (1995), § 8.5.1.5 see also § 8.6.2.2 (protected place and objects), cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, p. 678.

<sup>123</sup> US, Field Manual (1956), § 224 and 253., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, p. 677.

<sup>124</sup> UK, Military Manual (1958), § 27., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, p. 677.

อายุต่ำกว่า 15 ปี หญิงตั้งครรภ์ (expectant mothers) และมารดาของเด็กกับเด็กอายุต่ำกว่า 7 ปี”<sup>125</sup>

**ประเทศฝรั่งเศส** คู่มือกฎหมายการขัดกันทางอาวุธฝรั่งเศสระบุว่า กฎหมายการขัดกันทางอาวุธให้การคุ้มครองพิเศษแก่เขตปลอดภัยและเขตที่เป็นกลางว่า “เขตปลอดภัยก่อตั้งโดยข้อตกลงระหว่างภาคีคู่พิพาท เพื่อปกป้องผู้บาดเจ็บ ป่วยไข้ ผู้พิการหรือคนชรา เด็ก สตรีมีครรภ์ และแม่ของเด็กอายุไม่เกิน 7 ปี รวมถึงพลเรือนที่บาดเจ็บป่วยไข้ด้วย”

ในคู่มือระบุห้ามไม่ให้โจมตีเขตพื้นที่ดังกล่าว<sup>126</sup>

**ประเทศเยอรมนี** คู่มือทหารของเยอรมนีระบุว่า “เขตโรงพยาบาลและเขตปลอดภัย และสถานที่เกิดเหตุจะถูกก่อตั้งโดยข้อตกลงเพื่อคุ้มครองผู้บาดเจ็บและป่วยไข้ คนชรา เด็ก สตรีมีครรภ์ และแม่ของเด็กอายุต่ำกว่า 7 ปี ให้พ้นจากการโจมตีใดๆ”<sup>127</sup>

ยิ่งกว่านั้น คู่มือดังกล่าวยังระบุถึงการโจมตีเขตดังกล่าวเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ<sup>128</sup>

สรุปว่าหลักการหลักความคุ้มครองแก่หน่วยการแพทย์และโรงพยาบาลนั้นเป็นหลักเกณฑ์ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

#### ง. หลักความคุ้มครองแก่การขนส่งทางการแพทย์

ในทางปฏิบัติต่างๆ ที่ถือได้ว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เป็นหลักการที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองแก่การขนส่งทางการแพทย์อันเป็นความคุ้มครองภายใต้หลักการที่เป็นเนื้อหาสาระในความคุ้มครองแก่การขนส่งดังกล่าวตามกฎหมายจารีตประเพณี หลักการดังกล่าวมีดังนี้

<sup>125</sup> UK, Law of Armed Conflict Manual (1981), section. 9, p. 34 and § 2., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, p. 677.

<sup>126</sup> France, Law of Armed Conflict Manual (2001), pp. 125-126., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, p. 674.

<sup>127</sup> Germany, Military Manual (1992), § 512, see also § 463., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, p. 674.

<sup>128</sup> Ibid., § 1209., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, p. 674.

หลัก "ยานพาหนะที่ได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่ขนส่งทางการแพทย์โดยเฉพาะจะต้องได้รับการเคารพและคุ้มครองในทุกสถานการณ์"<sup>129</sup>

หลักการดังกล่าวมีไว้เพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองแก่การขนส่งทางการแพทย์ กล่าวคือการลำเลียงผู้บาดเจ็บและผู้ป่วยไข้จากการสู้รบ การขนส่งเวชภัณฑ์ทางการแพทย์ซึ่งจำเป็นอย่างยิ่งในการเยียวยารักษาผู้บาดเจ็บและผู้ป่วยไข้ หลักการดังกล่าวได้รับการยึดถือเป็นหลักกฎหมายและมีทางปฏิบัติแห่งรัฐอย่างแพร่หลาย โดยผ่านทางคู่มือทางการทหารและกฎหมายภายในและทางปฏิบัติอื่นๆ<sup>130</sup> ทำให้หลักการดังกล่าวก่อตัวเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและมีผลใช้บังคับกับกรณีการขัดกันทางอาวุธทั้งทางระหว่างประเทศและไม่ใช้ระหว่างประเทศ<sup>131</sup>

แม้ว่าในทางปฏิบัติจะมีการละเมิดต่อหลักการดังกล่าว ในการละเมิดนั้นนานาประเทศก็ยังประณามต่อการกระทำที่เป็นการละเมิดนั้น ซึ่งแสดงให้เห็นว่าในชุมชนระหว่างประเทศไม่เห็นด้วยกับการละเมิดกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้ การประณามดังกล่าวยังรวมถึงการกระทำโดยองค์การสหประชาชาติและองค์การระหว่างประเทศอื่นๆ โดยเฉพาะที่ปรากฏการประณามของนานาประเทศและการเรียกร้องให้เคารพกฎเกณฑ์นั้นในสถานการณ์สงครามระหว่างอิหร่านกับอิรัก และสงครามระหว่างซูดานกับยูโกสลาเวีย<sup>132</sup> ถึงแม้จะมีเหตุการณ์การละเมิดต่อกฎเกณฑ์ดังกล่าว แต่ก็ไม่พบว่ามีการปฏิบัติอย่างเป็นทางการของรัฐใดที่ขัดกับหลักการข้างต้นนี้<sup>133</sup>

หลักการดังกล่าวยังปรากฏในธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งระบุถึงการกระทำที่การโจมตีโดยตรงต่อหน่วยแพทย์และการขนส่งทางการแพทย์ว่าเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม

ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ระบุว่า

<sup>129</sup> GCI, article 35, GCIV, article 21 and API, article 21 (adopted by consensus).

<sup>130</sup> see, Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 2, Customary International Humanitarian Law, pp. 547-574.

<sup>131</sup> Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol.1, Customary International Humanitarian Law, p. 98.

<sup>132</sup> UNSC Res. 771; UN Commission on Human Rights, Res. 1992/s-1/1; UN Commission on Human Rights, Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Former Yugoslavia, Periodic Report; Director of MINUGUA, First Report; UN Commission on Human Rights, Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Sudan, Report.

<sup>133</sup> Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol.1, Customary International Humanitarian Law, p. 100.

"การโจมตีโดยเจตนาต่อ... หน่วยและการขนส่งทางการแพทย์ที่ใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดแห่งอนุสัญญาเจนีวาอันเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ ถือเป็นอาชญากรรมสงคราม"<sup>134</sup>

สรุปว่าหลักการหลักความคุ้มครองแก่หน่วยการแพทย์และโรงพยาบาลนั้นเป็นหลักเกณฑ์ตามกฎหมายจารีตประเพณี

#### จ. หลักการเคารพและคุ้มครองต่อเครื่องหมายอันเด่นชัดอื่น และเครื่องหมายที่ไม่ได้รับการรับรอง

ในทางปฏิบัติต่างๆ ที่ถือได้ว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เป็นหลักการที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองต่อเครื่องหมายอันเด่นชัดอื่น และเครื่องหมายที่ไม่ได้รับการรับรองที่เป็นความคุ้มครองภายใต้หลักการที่เป็นเนื้อหาสาระในความคุ้มครองต่อเครื่องหมายดังกล่าวตามกฎหมายจารีตประเพณี หลักการดังกล่าวมีดังนี้

หลัก "การห้ามละเมิดสัญลักษณ์อื่นที่ได้มีการยอมรับในทางระหว่างประเทศโดยไม่เหมาะสม"<sup>135</sup>

โดยหลักแล้วสัญลักษณ์อื่นที่ได้รับการยอมรับในทางระหว่างประเทศดังกล่าวในที่นี้ไม่ได้หมายถึง เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดที่ปรากฏในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ทั้งสี่ฉบับ แต่เป็นเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดอื่น เช่น เครื่องหมายเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม หรือ เครื่องหมายคุ้มครองการป้องกันพลเรือนซึ่งถือเป็นสัญลักษณ์ที่สังคมระหว่างประเทศให้การยอมรับและมีบทบัญญัติกฎหมายภายในให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายเหล่านี้ เป็นต้น<sup>136</sup>

ทั้งนี้บทบาทของเครื่องหมายคุ้มครองการป้องกันพลเรือนและเครื่องหมายอื่นๆ ก็แตกต่างกันไปตามแต่ละเครื่องหมายและมีรูปลักษณะที่ แตกต่างกันตลอดจนการใช้ก็จะแตกต่าง

<sup>134</sup> ICC Statue, article 8(2)(b)(xxiv)

"intentionally directing attacks against... medical units and transports... using the distinctive emblems of the Geneva Conventions in Conformity with international law... constitutes a war crime in international armed conflicts."

<sup>135</sup> Hague Convention for the Protection of Cultural Property, article 17; API, article 38(1), 66(8) (adopted by consensus).

<sup>136</sup> Further see, Philippe Eberline, Signs protectures, protective signs, signos protectores, Comité International de la Croix-Rouge, (Genève 1983).

กันไปตามแต่ละเครื่องหมายด้วย ซึ่งในส่วนนี้ไม่เกี่ยวข้องกับควบคุมครองภายใต้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดที่จะทำการศึกษาในการวิจัยนี้แต่อย่างใด จึงไม่ขอกล่าวถึงมากนัก

สรุปว่าหลักการเคารพและคุ้มครองต่อเครื่องหมายอันเด่นชัดอื่น และเครื่องหมายที่ไม่ได้รับการรับรองนั้นถือเป็นหลักเกณฑ์ตามกฎหมายจารีตประเพณีนี้ด้วย

#### จ. สถานการณ์ที่หลักเกณฑ์ที่เป็นจารีตประเพณีปรับใช้ได้

หลักการดังกล่าวข้างต้นที่ปรากฏในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น เมื่อพิจารณาแล้ว แม้หลักการต่างๆ เหล่านี้ได้ถือกำเนิดมาจากการกำหนดหลักเกณฑ์ในการทำการสู้รบที่เป็นทางระหว่างประเทศ แต่หลักการดังกล่าวถือเป็นพันธกรณีที่ใช้ได้ทั้งในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศ และการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศด้วยดังนี้

##### 1. การขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศ

กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีมาแต่ก่อนเกี่ยวกับการขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศได้ถูกรวบรวมบัญญัติไว้ใน พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ปี 1977 อีกทั้งเป็นการวางรากฐานสำหรับการก่อตัวของกฎเกณฑ์ของจารีตประเพณีใหม่ ดังที่ปรากฏในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ปี 1977 นี้ ไม่เพียงแต่เป็นหลักเกณฑ์ใช้ในการขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศ แต่ยังรวมถึงการใช้ในการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศด้วย และที่สำคัญหลักการต่างๆ ในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ปี 1977 นี้ ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางโดยรัฐจำนวนมาก ซึ่งมากกว่าจำนวนรัฐที่แสดงออกโดยการให้สัตยาบันตามพิธีสารดังกล่าวเสียอีก

กฎเกณฑ์ตัวอย่างที่สำคัญที่ พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ปี 1977 ด้รับรองไว้ ซึ่งตรงกับหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ คือ หลักการแบ่งแยกระหว่างพลเรือนและพลรบ และระหว่างวัตถุของพลเรือนและวัตถุทางการทหาร การห้ามการโจมตีโดยไม่เลือกเป้าหมาย หลักการได้สัดส่วนในการโจมตี โดยเฉพาะอย่างยิ่งพันธกรณีในการเคารพและคุ้มครองบุคลากรทางการแพทย์และอนุศาสนาจารย์ ซึ่งรวมไปถึงหน่วยปฏิบัติการทางการแพทย์และยวดยานพาหนะทางการแพทย์ด้วย และที่สำคัญยิ่งในการศึกษาในครั้งนี้คือ หลักการห้ามใช้สัญลักษณ์ และการห้ามใช้สัญลักษณ์โดยมิชอบ ซึ่งรวมถึงการห้ามการใช้โดยล่อลวงโดยใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดนี้ด้วย ดังจะได้กล่าวในรายละเอียดเป็นลำดับต่อไป

##### 2. การขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศ

แม้ว่าในช่วงหลายสิบปีมานี้ได้มีการพยายามผลักดันกฎเกณฑ์ที่ใช้ในการขัดกันทางอาวูระหว่างประเทศมาใช้ในกรณีผู้รบภายในประเทศ แม้ว่าความหมายดังกล่าวไม่อาจที่จะนำกฎเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้ในการขัดกันทางอาวูที่ไม่ใช่ทางระหว่างประเทศได้อย่างแท้จริง ซึ่งเจตนาในการให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรมนี้ อาจถูกมองว่าเป็นการแทรกแซงทางมนุษยธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การใช้กำลังในการแทรกแซงซึ่งขัดกับหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น หลักอธิปไตย หลักบูรณภาพแห่งดินแดน หลักความเป็นอิสระทางการเมืองและหลักการห้ามใช้กำลัง แต่อย่างไรก็ตาม พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 และฉบับที่ 2 ปี 1977 ก็ได้วางหลักการต่างๆ ซึ่งสอดคล้องกับหลักจารีตประเพณีที่สังคมระหว่างประเทศยอมรับในกรณีการขัดกันทางอาวูที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศ เช่น การห้ามโจมตีพลเรือน ห้ามโจมตีวัตถุที่จำเป็นต่อการดำรงชีพของพลเรือน พันธกรณีในการค้นหา เคารพ และคุ้มครองผู้บาดเจ็บ ผู้ป่วย และผู้ซึ่งเรืออัปปาง การห้ามบังคับพลเรือนให้ย้ายถิ่นฐาน ความคุ้มครองแก่สตรีและเด็ก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง พันธกรณีในการเคารพและคุ้มครองบุคลากรทางการแพทย์ และศาสนา รวมถึงหน่วยงานปฏิบัติการทางการแพทย์และยวดยานทางการแพทย์ด้วย

แม้ทางปฏิบัติของรัฐไม่ได้ระบุชัดเจนถึงหลักการที่จะต้องได้รับความยินยอมในการให้ความช่วยเหลือด้านมนุษยธรรม ดังเช่นที่ระบุไว้ในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 2 แต่ก็เป็นที่ชัดเจนในตัวเองอยู่แล้วว่าองค์การที่ให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรมไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้โดยปราศจากความยินยอมของฝ่ายที่เกี่ยวข้อง แต่กระนั้น ความยินยอมดังกล่าวจะต้องไม่ถูกปฏิเสธตามอำเภอใจ หากปรากฏว่าประชากรในพื้นที่การสู้รบถูกคุกคาม และมีองค์การที่ให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรมซึ่งสามารถให้ความช่วยเหลืออย่างเป็นกลางและไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งสามารถแก้ไขสถานการณ์นั้นได้ ฝ่ายที่เกี่ยวข้องต้องให้ความยินยอม<sup>137</sup> แม้การให้ความช่วยเหลือ เช่นว่านั้นจะเป็นการเข้าไปให้ความช่วยเหลือแก่คู่พิพาทของตนก็ตาม ส่วนเจ้าหน้าที่ผู้ให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรมก็ยังคงต้องเคารพกฎหมายเกี่ยวกับการเดินทางเข้าออกประเทศ และกฎหมายที่เกี่ยวกับความมั่นคงที่มีผลบังคับใช้ภายในประเทศที่ตนเข้าไปปฏิบัติหน้าที่นั้นตลอดเวลา

ข้อสังเกต ในการศึกษาเกี่ยวกับประเด็นเรื่องหลักการต่างๆ ที่ปรากฏเป็นกฎหมายจารีตประเพณีโดยส่วนใหญ่แล้วเป็นข้อมูลที่ทำการศึกษาโดยคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ ซึ่งตามหลักฐานการอ้างอิง กฎหมายภายใน มติของหน่วยงานระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องรวมทั้งทางปฏิบัติอื่นๆ ทำให้เป็นที่แน่ใจในหลักการดังกล่าวว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่ง

<sup>137</sup> See, Yves, Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), Commentary on the additional Protocols, (Geneva: ICRC, 1987), paras 4885 and 2850.



ผู้เขียนก็มีความเห็นเช่นนั้น แต่ก็ยังมีนักวิชาการบางท่าน<sup>138</sup> กล่าวถึงความคลุมเครือในการศึกษาหลักการในกฎเกณฑ์ตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศว่ามีความไม่แน่นอน โดยกล่าวว่า

“สถานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศตามหลักการในกฎเกณฑ์ตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้นยังไม่แน่นอน อีกทั้งในการทำการศึกษาโดยองค์การกาชาดระหว่างประเทศนั้น องค์การกาชาดระหว่างประเทศพยายามหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบของตนโดยไม่ใช้ชื่อของกาชาดระหว่างประเทศแต่ได้ใช้ชื่อของตัวบุคคลแทนที่จะใช้ชื่อขององค์การกาชาดระหว่างประเทศเอง”<sup>139</sup>

อย่างไรก็ดีในการศึกษาครั้งนี้ผู้เขียนได้มีความมั่นใจกับการศึกษาตามหลักฐานที่ปรากฏโดยคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ และได้ยึดหลักการตามข้อมูลที่ปรากฏอย่างแน่นอนหาว่าหลักการต่างๆ ที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับความคุ้มครองภายใต้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดและการบริการทางการแพทย์นั้นเป็นหลักการที่ปรากฏเป็นจารีตประเพณีอย่างแน่นอน ซึ่งได้ปรากฏตามแก่นแห่งเนื้อหาสาระโดยตัวของมันเองอยู่แล้ว ยิ่งกว่านั้นบ่อยครั้งที่มีนักวิชาการได้อ้างว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีสถานะหรือค่าบังคับเป็น “หลักกฎหมายเด็ดขาด” หรือ “*ius cogens*”<sup>140</sup>

### 3.2 การใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดที่ผิด การละเมิดต่อความคุ้มครองและความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม

เมื่อได้ทราบถึงความคุ้มครองต่อบริการทางการแพทย์และความคุ้มครองภายใต้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดนั้นมีลักษณะเป็น *erga omnes* แล้ว เมื่อความผูกพันมีต่อรัฐทุกรัฐทั้งหมดแล้ว ดังนั้นพันธกรณีของรัฐทั้งหมดมีหน้าที่จะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามพันธกรณีดังกล่าวจะเป็นเช่นไร ในส่วนนี้จะกล่าวถึงหลักการและความรับผิดชอบตามกฎหมายที่จะนำไปสู่ความรับผิดชอบและภาระหน้าที่ในการเยียวยาต่อไป ซึ่งการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดอย่างไม่ถูกต้องหรือการ

<sup>138</sup> David P. Forsythe, *The Humanitarians: The International Committee of the Red Cross*, (New York: Cambridge University Press, 2005), p. 247.

<sup>139</sup> Especially used name of Louise Doswald-Beck et., al., “Customary International Humanitarian Law,” *International Committee of the Red Cross*, (New York: Cambridge University Press, 2004)..., cit., David P. Forsythe, *the Humanitarians: The International Committee of the Red Cross*, p. 247, n. 16.

<sup>140</sup> Micheal Bothe, Peter Macalister-Smith and Thomas Kurzidem ed., *National Implementation of International Humanitarian Law*, pp. 175-176.

ละเมิดต่อเครื่องหมายหรือความคุ้มครองภายใต้เครื่องหมายดังกล่าวนี้ไม่เพียงแต่เป็นการละเมิดตามกฎหมายอาญภายในประเทศเท่านั้นแต่ในกฎหมายระหว่างประเทศนั้นถือว่าการกระทำที่เป็นการกระทำความผิดอาญากรรมสงครามเลยก็ด้วย ดังนั้นในหัวข้อนี้จะได้กล่าวถึงสามส่วนด้วยกันได้แก่

1. การใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดที่ผิด
2. ความผิดฐานอาญากรรมสงคราม และ
3. การเย้ยหยันและความรบกวน

ดังมีเนื้อหาและรายละเอียดดังต่อไปนี้

### 3.2.1 การใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดที่ผิด

ภาระความรับผิดตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้ปรากฏในอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ปี 1977 โดยเนื้อหาของอนุสัญญา และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาดังกล่าวได้ระบุเกี่ยวกับหน้าที่และความรับผิดชอบต่อการละเมิดภายใต้ความคุ้มครองของเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดหรือต่อเครื่องหมายดังกล่าว ดังนั้นในการศึกษาถึงพันธกรณีตามกฎหมายนั้น จึงจำเป็นต้องศึกษาถึงเนื้อหาสาระดังที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ปี 1977 ส่วนบทลงโทษต่อการละเมิดนั้นจะปรากฏอยู่ในเรื่องการอนุวัติการซึ่งรัฐภาคีจะต้องมีมาตรการทางกฎหมาย และกำหนดโทษเพื่อคุ้มครองเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดที่มีผลบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพในการปราบปรามและลงโทษผู้กระทำความผิดละเมิดต่อเครื่องหมายดังกล่าว มาตรการเช่นนี้เป็นมาตรการหลักที่ให้ประเทศภาคีแห่งอนุสัญญาดังกล่าวจะต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยสอดคล้องตามพันธกรณีตามอนุสัญญา ทั้งนี้ยังรวมถึงประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคีแห่งอนุสัญญานี้ด้วย

การใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดอย่างไม่ถูกต้องอาจแบ่งได้ 3 ประเภทดังนี้<sup>141</sup>

1. การเลียนแบบ (Imitation) วิธีการใช้เครื่องหมายโดยรูปแบบหรืออาจทำให้เกิดความสับสนกับเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด
2. การใช้โดยไม่มีอำนาจ (Usurpation) เป็นการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดโดยบุคคลหรือตัวตนที่ไม่มีอำนาจหรือไม่มีสิทธิที่จะใช้เช่น การใช้ในเชิงพาณิชย์ ร้านขายยา คลินิกหมอส่วนบุคคล เป็นต้น

<sup>141</sup> ICRC, "Respect for International Humanitarian Law," Handbook for Parliamentarians, No. 1, (Geneva: 1991), p. 51.

3. การใช้โดยล่อลวง (Perfidy) ซึ่งเป็นกรณีการใช้ในยามที่มีกรณีการขัดกันทางอาวุธ โดยการใช้ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องคุ้มครองพลหรืออาวุธยุทโธปกรณ์ทางการทหาร เป็นต้น การใช้ลักษณะนี้หากเกิดการบาดเจ็บสาหัสหรือเสียชีวิต การกระทำนั้นถือว่าเป็นอาชญากรรมสงคราม ดังจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

ก่อนที่จะศึกษาว่าการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดอย่างไม่ถูกต้องในแต่ละลักษณะนั้นเป็นเช่นไร ดังนี้จะได้พิจารณาในส่วนของผู้ซึ่งมีสิทธิใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดก่อนว่ามีใครที่มีสิทธิใช้ได้บ้าง และในแต่ละกรณีนั้นแตกต่างกันอย่างไร โดยจะกล่าวอย่างสรุปในเบื้องต้นดังนี้

ผู้ซึ่งมีสิทธิใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดในยามสงคราม เพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครอง ได้แก่

- การให้บริการทางการแพทย์ของกองทัพ
- โรงพยาบาลของพลเรือน
- สภากาชาดและสภาเสี้ยววงเดือนแดงภายในประเทศ
- สมาพันธ์สภากาชาดและสภาเสี้ยววงเดือนแดงระหว่างประเทศ
- คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ

ผู้ซึ่งมีสิทธิใช้ เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดในยามสงบ เพื่อวัตถุประสงค์ในการบ่งชี้ได้แก่

- บุคคล หรือสิ่งของซึ่งเกี่ยวข้องกับสภากาชาดและสภาเสี้ยววงเดือนแดงภายในประเทศ สมาพันธ์สภากาชาดและสภาเสี้ยววงเดือนแดงระหว่างประเทศ และคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศและ

- การใช้ภายใต้เงื่อนไขต่อโรงพยาบาลและหน่วยปฐมพยาบาล

ดังนั้นการใช้เครื่องหมายโดยบุคคลที่อยู่นอกเหนือดังที่กล่าวไว้นี้ย่อมเป็นการใช้ที่ผิด โดยต่อไปจะเป็นการศึกษาลักษณะแห่งการใช้ที่ผิดในแต่ละลักษณะ รวมทั้งผลแห่งการกระทำดังกล่าว

#### 1) การเลียนแบบ (Imitation)

การใช้โดยการเลียนแบบได้แก่วิธีการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดโดยรูปแบบหรือลักษณะที่อาจทำให้เกิดความสับสนกับเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดได้ เช่นการทำเครื่องหมายการค้าที่มีรูปลักษณ์คล้ายคลึงกับเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด การใช้เป็นเครื่องหมายบนเสื้อผ้าในลักษณะเป็นแฟชั่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่พบมากก็คือการใช้สัญลักษณ์เพื่อแสดงถึงการบริการทางการแพทย์ของการบริการทางการแพทย์ของเอกชน การกระทำดังกล่าวถือเป็นความผิดและจะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมการละเมิดโดยการตรากฎหมายภายใน

การเลียนแบบ เป็นการใช้เครื่องหมายกาชาดหรือเสี้ยววงเดือนแดงซึ่งอาจจะไม่ใช่โดยตรง แต่โดยการใช้เครื่องหมายหรือทำเครื่องหมายที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด โดยลักษณะสำคัญเฉพาะของเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดแล้วนั้นคือ เป็นเครื่องหมายสีแดงบนพื้นสีขาว

การเลียนแบบโดยส่วนใหญ่จะมุ่งเน้นไปในทางด้านการค้า หรือการพาณิชย์ต่างๆ ซึ่งองค์กรเหล่านี้โดยปกติแล้วจะเป็นองค์กรที่แสวงหาผลกำไร ซึ่งขัดกับหลักของกาชาดอย่างยิ่ง เพราะกาชาดเป็นองค์กรที่ให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรมที่ไม่แสวงหาผลกำไรจากการให้บริการเลย

เครื่องหมายที่พบโดยส่วนใหญ่ที่เป็นการเลียนแบบอาจมีการดัดแปลงไปบ้างแต่ก็ยังมีลักษณะที่อาจจะทำให้เข้าใจผิดหรือสับสนกับเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ได้ เท่าที่ผู้เขียนได้เห็นการใช้ลักษณะที่เป็นการเลียนแบบในประเทศต่างๆ นั้น เช่น ในการเลียนแบบในเชิงพาณิชย์ จะมีการเติมรูปต่างๆ เข้าไป เช่น รูปจิ้งจอกข้างเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดหรือทำเครื่องหมายวงกลมล้อมเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด ถึงแม้การดัดแปลงดังกล่าวจะทำให้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดดูแปลกและต่างไป แต่โดยพื้นฐานแล้วเครื่องหมายนั้นหากมีลักษณะเป็นเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดสีแดงบนพื้นสีขาวก็ย่อมถือว่าเป็นการเลียนแบบที่เป็น การกระทำที่มีความผิดตามกฎหมายแล้ว

สาเหตุหลักในการเลียนแบบหรือใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดโดยเฉพาะอย่างยิ่งจากการศึกษา เครื่องหมายที่มีปัญหาในการนำมาใช้เชิงพาณิชย์อย่างมาก คือเครื่องหมายกาชาด เนื่องจากกาชาดเป็นเครื่องหมายที่มีการใช้ในการให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรมนับตั้งแต่เริ่มก่อตั้งกาชาดขึ้นในปี 1864 ซึ่งทำให้ภาพลักษณ์ของกาชาดหรือองค์กรที่ให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรม หรือทางการแพทย์เป็นภาพในลักษณะที่เป็นสัญลักษณ์ที่สื่อความหมายเชิงการ เยียววาระรักษา การบรรเทาทุกข์ การรักษา และให้ความช่วยเหลือทางการแพทย์ ดังนั้น หน่วยงานเอกชนในเชิงพาณิชย์หลายแห่งก็ยังคงติดภาพลักษณ์ดังกล่าว และนำเครื่องหมายดังกล่าวมาใช้ โดยสำคัญว่าเป็นการใช้ที่ถูกต้อง ดังจะเห็นได้จากมีคลินิกและโรงพยาบาลหลายแห่งนำเอา เครื่องหมายกาชาดมาใช้โดยใช้เป็นเครื่องหมายการค้าของตนบ้าง หรือใช้ติดหน้าร้านหรือสถาน บริการ เพื่อสื่อความหมายว่านั่นเป็นสถานบริการทางการแพทย์

การใช้เครื่องหมายดังกล่าวเป็นเครื่องหมายการค้าในเชิงพาณิชย์ยังคงคุ้มครองด้วยกฎหมาย ทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศและในหลายๆ ประเทศโดยการอนุวัติการเป็นกฎหมาย ภายใน ในส่วนของเครื่องหมายการค้า การนำเอาเครื่องหมายดังกล่าวไปใช้หรือการลอกเลียนแบบ

ย่อมมีความผิดกฎหมายดังกล่าวนอกเหนือไปจากที่เป็นความผิดต่ออนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ที่เกี่ยวข้องด้วย

ในอดีตที่ผ่านมามีการใช้อย่างไม่เหมาะสมในทำนองนี้ค่อนข้างมากอันก่อให้เกิดปัญหาทั้งในความสับสนกับหน่วยงานที่มีอำนาจ ทั้งยังเป็นการลดความน่าเชื่อถือต่อเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดนี้ซึ่งอาจจะมีผลร้ายเมื่อถึงกรณีที่ต้องใช้ในการให้ความคุ้มครองในยามสงคราม ดังมีการใช้อย่างไม่เหมาะสมดังที่ปรากฏในตัวอย่างคดีต่างๆ เกี่ยวกับการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดอย่างมากมาย ดังจะนำมายกเป็นตัวอย่างดังนี้

**ประเทศฮังการี** คดีในศาลฮังการีมีประเด็นของการฟ้องร้องของกาชาดฮังการีต่อบริษัทผู้ผลิตสุรา สินค้าเป็นบริษัทชนิดพิเศษชื่อยูนิคัม (Unicum) มีการโฆษณาโดยในโปสเตอร์ โฆษณามีรูปเรือล่องและมีคนลอยคอในทะเลกับขวดบรันดีที่มีเครื่องหมายกาชาดโดยเป็นนัยในการสื่อความหมายทำนองว่า “กาชาดช่วยชีวิตคุณในยามประสพทุกข์ภัย บรันดีช่วยชีวิตและสุขภาพคุณ”<sup>142</sup> ซึ่งต่อมาพบว่าเปลี่ยนมาเป็นเครื่องหมายสีเงินในวงกลม ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับเครื่องหมายกาชาด

**ประเทศอังกฤษ** ในประเทศอังกฤษในการถ่ายทำภาพยนตร์เรื่องเจมส์บอนด์ (James Bond 007 “The Living Daylights”) ซึ่งได้มีการใช้หีบห่อที่มีเครื่องหมายกาชาดขนยาเสพติด อาวุธ และอุปกรณ์อื่น ดังนี้เป็นการเผยแพร่ความสับสนให้เกิดกับบุคคลทั่วไปได้ การที่มีเครื่องหมายกาชาดประกอบอยู่ในภาพยนตร์โดยตัวของมันเองแล้วอาจมองได้ว่าเป็นการเผยแพร่ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับหน้าที่ของมันได้ ซึ่งรัฐภาคีผูกพันที่จะเผยแพร่ความรู้ในยามสงบอยู่แล้ว ผู้เขียนเห็นว่าหากการใช้เครื่องหมายกาชาดในภาพยนตร์เรื่องเจมส์บอนด์นี้ได้แสดงให้เห็นลักษณะทั่วไปของการใช้เครื่องหมายที่ไม่เหมาะสม ซึ่งการกระทำเช่นนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ได้ตระหนักถึงผลที่จะตามมาอันอาจจะกระทบกับความคุ้มครองในยามสงคราม โดยการใช้ในภาพยนตร์ดังกล่าวคือการใช้หีบห่อที่มีเครื่องหมายกาชาดบรรจุอาวุธ ยาเสพติดซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่ใช่ความเป็นจริงกาชาดไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำเช่นนั้นเลย ในทางตรงกันข้าม การกระทำดังกล่าวเป็นสิ่งที่กาชาดจะต้องหลีกเลี่ยงมากที่สุด ดังนั้นการกระทำเช่นนั้นอาจทำให้เกิดความสับสนและสำคัญผิดต่อเครื่องหมายที่ให้ความคุ้มครองในยามสงครามได้

<sup>142</sup> Micheal Bothe, Peter Macalister-Smith and Thomas Kurzidem ed., National Implementation of International Humanitarian Law, p. 176.

สกอตแลนด์ ในสกอตแลนด์ได้มีการถ่ายทำโฆษณาโดยมีนางแบบสาวชาวสกอตนุ่งผ้าขนสัตว์โดยมีสัญลักษณ์กาชาดข้างใต้<sup>143</sup>

ดังปรากฏในทั้งสามกรณีข้างต้น กรณีที่ใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดเพื่อประกอบการถ่ายทำภาพยนตร์หรือถ่ายทำโฆษณานั้น หากการใช้นั้นเป็นไปในทางปกติที่กาชาดกระทำในยามสงคราม ผู้เขียนมองว่าไม่น่าจะเป็นการใช้อย่างไม่เหมาะสมแต่อย่างใด แต่กลับเป็นการส่งเสริมการเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับกาชาดและการใช้เครื่องหมายในยามสงครามอีกด้วย

การใช้อย่างไม่เหมาะสมลักษณะนี้พบได้อย่างแพร่หลาย หากเป็นการใช้ที่สื่อความหมายหรือวิธีการใช้อย่างไม่เหมาะสม แม้การใช้ดังกล่าวจะไม่ได้เกิดผลเสียที่เห็นผลอย่างชัดเจนในทันที แต่การใช้ดังกล่าวย่อมส่งผลในอนาคตเมื่อเกิดการขัดกันทางอาวุธขึ้น โดยความคุ้มครองที่มีต่อเครื่องหมายดังกล่าวอาจไม่ได้รับการเคารพก็เป็นได้ หากกรณีที่คู่พิพาททางอาวุธได้พบว่าการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดมีการใช้อย่างแพร่หลาย โดยไม่จำกัดแต่การใช้เพื่อการบริการทางการแพทย์ กรณีเช่นนี้ย่อมทำให้ความเชื่อมั่นของคู่พิพาทต่อการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดของภาคีคู่พิพาทที่ไม่ควบคุมการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดนี้ลดลง หรืออาจจะไม่ให้ความเคารพเลยก็ได้ ดังเช่น กรณีความขัดแย้งระหว่างอิสราเอลกับปาเลสไตน์ ที่อิสราเอลหมดความเชื่อมั่นต่อการใช้เครื่องหมายเสี้ยววงเดือนแดงของหน่วยแพทย์ปาเลสไตน์ อันสืบเนื่องมาจากอิสราเอลได้พบการใช้รถพยาบาลของปาเลสไตน์ชนอาวุธและลำเลียงผู้ก่อการร้าย เป็นต้น ดังนั้นเป็นการใช้ที่ไม่มีอำนาจอีกทั้งยังถือว่าเป็นการใช้โดยล่อลวงดังจะได้กล่าวเป็นลำดับต่อไป

สรุป การใช้เครื่องหมายโดยการเลียนแบบนั้นถือเป็นความผิดตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารที่เกี่ยวข้อง ดังนั้นการอนุวัติการกฎหมายภายในประเทศจำเป็นต้องมีหลักการในการป้องกันและปราบปรามการใช้ที่ผิดในลักษณะเช่นนี้ด้วย

## 2) การใช้โดยไม่มีอำนาจ (Usurpation)

การใช้ในทางที่ผิดในลักษณะดังที่จะได้กล่าวต่อไปนี้คือการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดโดยไม่มีอำนาจ กล่าวคือการใช้โดยที่ไม่มีอำนาจตามกฎหมายให้ใช้ได้ ตามกฎหมายระบุการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดนั้นรัฐจะต้องมีการควบคุมการใช้ โดยปกติแล้วรัฐภาคีแห่งอนุสัญญาฯ จะให้อำนาจแก่หน่วยงานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องเช่น กระทรวงกลาโหม กระทรวงสาธารณสุขและสภากาชาดหรือสภาเสี้ยววงเดือนแดงประจำประเทศนั้นๆ ซึ่งผู้มีอำนาจในการให้

<sup>143</sup> Ibid., p. 158.

ใช้เครื่องหมาย ได้แก่ เจ้าหน้าที่ระดับสูงหรือผู้บังคับบัญชาในหน่วยงานแต่ละหน่วยงานข้างต้นเท่านั้น ส่วนการใช้ย่อมเป็นไปโดยบุคคลและลักษณะดังที่กล่าวไว้ตอนต้นแล้วนั้น

ลักษณะการใช้โดยไม่มีอำนาจที่เป็นการใช้ที่ผิดกล่าวคือ การที่มีการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธเพื่อวัตถุประสงค์ในการได้รับความคุ้มครองในกรณีดังกล่าวเช่น การใช้เครื่องหมายกาชาดติดไว้ที่บ้านเรือนของพลเรือน เพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองทรัพย์สินของพลเรือนนั้น การใช้เครื่องหมายกาชาดหรือเครื่องหมายเสี้ยววงเดือนแดงติดไว้ที่ยานพาหนะที่เป็นของเอกชนเพื่อป้องกันการถูกโจมตี โดยเฉพาะที่พบเป็นกรณีศึกษา ก็คือ การที่หน่วยงานให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรมที่ไม่ได้รับการรับรองโดยองค์การกาชาดระหว่างประเทศนำเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดไปใช้ในการให้ความช่วยเหลือในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ ดังที่เกิดขึ้นในอดีตคือสภาเสี้ยววงเดือนแดงแห่งปาเลสไตน์ที่ใช้ในการให้บริการทางการแพทย์ในขณะที่องค์กรดังกล่าวยังไม่ได้รับการรับรองให้เป็นส่วนหนึ่งขององค์การกาชาดระหว่างประเทศ ดังนี้เป็นการใช้ที่ผิดหรือเป็นการใช้ที่ไม่มีอำนาจ

กรณีการละเมิดเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดโดยการใช้โดยไม่มีอำนาจในหลายประเทศดังมีตัวอย่างดังนี้

**ประเทศปาเลสไตน์** ในประเทศปาเลสไตน์ หน่วยปฐมพยาบาลเพื่อปาเลสไตน์ (Medical Aid to Palestine: MAP) ซึ่งเป็นองค์กรอิสระเอกชนให้ความช่วยเหลือเกี่ยวกับการแพทย์เบื้องต้น ซึ่งดำเนินการโดยผู้ช่วยแพทย์ท่านหนึ่งซึ่งเป็นผู้ซึ่งได้รับรางวัล A Senior Decoration จากองค์การกาชาดแห่งปาเลสไตน์ องค์กรนี้ได้ใช้เครื่องหมายกาชาดและเสี้ยววงเดือนแดงคู่กัน และตรงกลางเป็นรูปแผนที่เพื่อแสดงถึงเขตรับผิดชอบของหน่วยงานดังกล่าว โดยใช้เครื่องหมายกาชาดบนกล่องรับบริจาคเงิน อีกทั้งเครื่องหมายดังกล่าวนี้ยังใช้กับยานพาหนะในการดำเนินงานของหน่วยปฐมพยาบาลเพื่อปาเลสไตน์อีกด้วย

โดยในท้ายที่สุดหน่วยปฐมพยาบาลเพื่อปาเลสไตน์ก็ได้เข้าร่วมกับกาชาดอังกฤษ ต่อมาเครื่องหมายดังกล่าวก็ไม่ปรากฏอีกเลย<sup>144</sup>

ในแถบชายแดนปาเลสไตน์ก็ยังมีกรณีละเมิดเครื่องหมาย โดยใช้เครื่องหมายติดบนรถราคาแพง เช่น แลนด์โรเวอร์ ซึ่งตามกฎหมายของปาเลสไตน์ระบุว่า หากใช้เครื่องหมายดังกล่าวเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสินค้า สิทธิคุ้มครองภายใต้เครื่องหมายดังกล่าวก็จะเสียไปและมี

<sup>144</sup> Micheal Bothe, Peter Macalister-Smith and Thomas Kurzidem ed. National Implementation of International Humanitarian Law, pp. 158.



ค่าปรับจากการละเมิดดังกล่าวข้างต้น เป็นจำนวนเงินประมาณ 50 ปอนด์<sup>145</sup> ซึ่งดูไม่เหมาะสมกับราคาสินค้าที่ใช้เครื่องหมายนี้ในการคุ้มครองแต่อย่างใด ซึ่งผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตว่า อาจเป็นการใช้เครื่องหมายเพื่อคุ้มครองยานยนต์ราคาแพง ซึ่งเป็นสินค้า และ 50 ปอนด์ ที่เป็นค่าปรับอาจถือเป็นค่าตอบแทนแก่เจ้าหน้าที่ผู้ปราบปรามการละเมิดต่อเครื่องหมายดังกล่าวในลักษณะการกระทำที่เป็นการต่างตอบแทนกล่าวคือมีการสมยอมที่ให้นักลในเขตชายแดนปาเลสไตน์ที่เป็นพ่อค้ายานยนต์ใช้เครื่องหมายเลียนวงเดือนแดงติดบนยานยนต์นั้นได้เพื่อที่จะไม่ถูกโจมตีตามพันธกรณีระหว่างประเทศ และเงินที่เป็นค่าปรับนั้นก็เป็นการสมยอมโดยเจ้าหน้าที่ในการอนุญาตให้ใช้ได้โดยรู้อยู่แล้ว การใช้ดังกล่าวเป็นการใช้ที่ไม่เหมาะสม กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เป็นค่าตอบแทนต่อการใช้เครื่องหมายในการคุ้มครองสินค้าตามชายแดน โดยเป็นการถือเอาประโยชน์ในทางการเงินจากเครื่องหมายที่ให้ความคุ้มครองซึ่งเป็นความผิดตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ข้อ 44 วรรคท้ายที่ระบุว่า

“...เครื่องหมายแห่งอนุสัญญาอาจนำไปใช้ได้โดยสงบเพื่อบ่งชี้แก่ยานพาหนะต่างๆ ที่ใช้เป็นรถพยาบาล...เพื่อวัตถุประสงค์ที่จะให้การรักษาพยาบาลแก่ผู้บาดเจ็บและป่วยไข้โดยไม่คิดมูลค่า”<sup>146</sup>

ดังนั้นการกระทำดังกล่าวจึงเป็นการแสวงหาประโยชน์จากเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดอย่างไม่เหมาะสมและเป็นการละเมิดต่อเครื่องหมายดังกล่าว

**ประเทศเยอรมนี** ในเมืองดันเคิร์ก (Dunkirk) ประเทศเยอรมนีในช่วงสงครามเยอรมนีปี 1940<sup>147</sup> เยอรมนีได้ใช้เครื่องหมายกาชาดติดบนหลังคาอาคารซึ่งมีความยาวถึง 200 หลา ซึ่งในเวลานั้นเครื่องบินรบของคู่ต่อสู้ต้องเลี้ยวจากการโจมตีอาคารดังกล่าว ต่อมาเมื่อการขัดกันทางอาวุธสิ้นสุดลง ได้มีเจ้าหน้าที่ของกาชาดเข้าไปตรวจดู ปรากฏว่ามีเพียงห้องเล็กๆ ขนาด 6 × 8 ฟุต โดยมีขวดไอโอดีนและกรรไกรกับผ้าพันแผลเพียงไม่กี่ชิ้น ซึ่งไม่น่าจะถือได้ว่าเป็นสถานพยาบาล ซึ่งประเด็นนี้ในที่ประชุมทางการทูตระหว่างประเทศได้หยิบยกและให้ความรับผิดชอบที่กระทำอยู่ภายใต้อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศที่จะต้องพิจารณาภายใต้กรอบหน้าที่ของตนถึงความเหมาะสมและการกำหนดบทลงโทษต่อไป<sup>148</sup>

<sup>145</sup> Ibid.

<sup>146</sup> GCI, article 44 para 4.

<sup>147</sup> "Battle of Dunkirk," Wikipedia, [Online] Available from: [http://en.wikipedia.org/wiki/Battle\\_of\\_Dunkirk](http://en.wikipedia.org/wiki/Battle_of_Dunkirk) [6 February 2008].

นอกจากนี้ในประเทศเยอรมนียังมีคดีที่เกี่ยวกับการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด โดยในปี 1994 ในคดีเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด (Emblem case) โดยศาลฎีกาแห่งสหพันธ์รัฐเยอรมนีได้ให้คำวินิจฉัยในคดีนี้ว่า

“การใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดโดยไม่มีอำนาจ เป็นการกระทำที่ขัดต่อพื้นฐานแห่งผลประโยชน์ร่วมกัน (an essential of common interest) ที่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองต่อเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดนั้น”<sup>149</sup>

**ประเทศอังกฤษ** ในคดีการใช้เครื่องหมายกาชาดโดยไม่มีอำนาจของพรรคแรงงานของอังกฤษ (UK, Labor Party Campaign, Misuse of the Emblem)<sup>150</sup> พรรคแรงงานของอังกฤษถูกกล่าวหาต่อกรณีนำเครื่องหมายกาชาดไปใช้ในทางที่ผิด โดยพรรคแรงงานดังกล่าวถูกกล่าวหาว่าลักลอบนำเครื่องหมายกาชาด ซึ่งเป็นสัญลักษณ์ที่ใช้ในทางการแพทย์ไปใช้ โดยการออกแคมเปญชักชวนให้รัฐบาลอนุมัติเงินให้มากขึ้นในส่วนของกาชาดให้บริการด้านสุขภาพแจกจ่ายแผ่นพับจำนวน 1 ล้านเล่ม พร้อมกับสติ๊กเกอร์ที่มีลักษณะคล้ายเครื่องหมายกาชาดเสริมลงบนสัญลักษณ์เงินปอนด์

ทางกาชาดอังกฤษต้องการให้พรรคแรงงานยุติแคมเปญดังกล่าวทันทีด้วยเกรงว่าจะกระทบต่อภาพลักษณ์ของเครื่องหมายกาชาดที่คงไว้ซึ่งความเป็นกลาง ทางด้านกระทรวงกลาโหมในฐานะที่เป็นผู้คุ้มครองการใช้สัญลักษณ์ดังกล่าวภายในประเทศตามบทบัญญัติอนุสัญญาเจนีวา 1957 (Geneva Convention Act 1957) ได้มีหนังสือถึงพรรคแรงงานระบุถึงการกระทำในลักษณะดังกล่าวว่าเป็นความผิดตามกฎหมาย เนื่องจากถือเป็นการใช้เครื่องหมายกาชาดโดยมิได้รับอนุญาต

ต่อมาเจ้าหน้าที่พรรคแรงงานถูกตัดสินว่ากระทำผิดในการใช้เครื่องหมายกาชาด โดยนาย ลาร์รี่ วิทตี้ (Larry Whitty) เลขานุการทั่วไปของพรรคแรงงาน ถูกตัดสินว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำผิดตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ในการใช้เครื่องหมายกาชาดบนแผ่นพับโดยมิได้รับอนุญาต ซึ่งต่อมาผู้พิพากษาศาลแขวงโฮเซเฟอริร์โรส (Horseferry Road Magistrate's court) ในกรุงลอนดอนได้พิพากษานายเซอร์ไบรอัน โรเบิร์ตสัน (Sir Bryan Robertson) โดยได้มีคำตัดสินให้

<sup>148</sup> Micheal Bothe, Peter Macalister-Smith and Thomas Kurzidem ed. National Implementation of International Humanitarian Law, p. 167.

<sup>149</sup> Germany Federal Supreme Court, Emblem case, Judgment, 23 June 1994.

<sup>150</sup> Marco Sassòli and Antine A. Bouvier in co-op with Laura Olson, Nicolas A. Dupic and Lina Milner, How Does Law Protect in War?, pp. 621-623.

จำคุกโดยมีเงื่อนไขในการรอลงอาญา 12 เดือนและให้จ่ายค่าธรรมเนียมในการดำเนินคดีเป็นเงินจำนวน 200 ปอนด์

ในขณะเดียวกันทางนายฟิลลิป เคลลี (Philip Kelly) บรรณาธิการของนิตยสารทริบูนล (Tribune) ก็ถูกตัดสินในความผิดเดียวกัน จากการนำเครื่องหมายกาชาดมาขึ้นปกนิตยสาร ซึ่งศาลก็ได้มีคำตัดสินให้จำคุกโดยมีเงื่อนไขในการรอลงอาญา 12 เดือนเช่นกัน

ในประเทศอังกฤษยังมีอีกหนึ่งตัวอย่างที่เกี่ยวกับการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดโดยไม่มีอำนาจคือ คดีเกี่ยวกับการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดโดยไม่ได้รับอนุญาตของประเทศอังกฤษ (UK Misuse of the Emblem)<sup>151</sup> โดยนายไมค์ เทเลอร์ (Mike Taylor) คนขับรถบรรทุกของบริษัทโซเฟียเมอร์ซี (Shropshire Mercy) ได้รับแจ้งจากทางกาชาดอังกฤษแจ้งให้เอาเครื่องหมายกาชาดออกจากรถบรรทุกโดยแจ้งว่าจะดำเนินคดีทางกฎหมายหากไม่ปฏิบัติตาม เนื่องจากว่าถือเป็นการนำเครื่องหมายกาชาดมาใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตซึ่งถือเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมายของสหราชอาณาจักร ทั้งนี้ นายไมค์ เทเลอร์ ซึ่งเป็นผู้ขนส่งอาหารและจัดส่งสิ่งของเร่งด่วนไปยังสงครามแบ่งแยกบอสเนีย (War Torn Bosnia) ได้ให้การว่าเขาได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศให้ใช้เครื่องหมายกาชาดได้ โดยตลอดระยะเวลาสามปีที่ผ่านมา นายไมค์ เทเลอร์ ได้จัดส่งของไปยังดินแดนของอดีตยูโกสลาเวียถึง 24 ครั้ง

นายไมค์ เทเลอร์ ได้รับแจ้งเป็นจดหมายอีกครั้งจากหัวหน้าฝ่ายกฎหมายระหว่างประเทศของสภาภาษาอังกฤษระบุว่า “หากคุณไม่ดำเนินการเอาเครื่องหมายกาชาดออกจากรถบรรทุกของคุณภายในวันที่ 13 กุมภาพันธ์ เราจะดำเนินการตามกฎหมายกับคุณต่อไป” ซึ่งจดหมายนี้ทำให้นายไมค์ เทเลอร์ ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่งโดยยังเชื่อว่าตนเองมีสิทธิใช้เครื่องหมายดังกล่าว

ต่อมาทางภาษาอังกฤษโดยโฆษกของสภาภาษาอังกฤษได้ออกมาแถลงว่า มีเพียงบุคคลที่ทำงานให้กาชาดเท่านั้นที่จะสามารถใช้เครื่องหมายดังกล่าวได้ การใช้นอกจากที่ระบุแล้วเป็นการใช้ที่ผิด โดยให้ความเห็นว่าไม่เช่นนั้นจะเป็นการยากที่จะควบคุมการใช้เครื่องหมายดังกล่าว

จากกรณีดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าบุคคลที่อยู่นอกหน่วยงานสภาภาษาอังกฤษก็อาจใช้เครื่องหมายกาชาดเพื่อคุ้มครองจากการถูกโจมตีในการลำเลียงอาหารได้ หากการกระทำนั้นเป็นการเอื้อประโยชน์ต่อการให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรมแก่ผู้ป่วยและผู้บาดเจ็บจากการสู้รบ ทั้งนี้ย่อมอยู่ภายใต้การควบคุมและอนุญาตโดยผู้มีอำนาจในพื้นที่นั้นๆ จากข้ออ้างของนายไมค์ เท

<sup>151</sup> Ibid., p. 1145.

เลอร์ ที่ว่าเขาได้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายดังกล่าวจากกาชาดระหว่างประเทศ ซึ่งน่าจะหมายถึงคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ ซึ่งจากคำกล่าวอ้างข้างต้น เป็นไปได้ว่า คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศได้ประสานงานขอความช่วยเหลือจากรัฐบาลอังกฤษในการขนส่งอาหารเช่นว่านั้น แต่ทั้งนี้โดยไม่ผ่านทางสภาภาษาอังกฤษผู้ซึ่งมีอำนาจโดยตรงในการควบคุมการใช้เครื่องหมายกาชาดในอังกฤษ ดังนั้น การที่สภาภาษาอังกฤษให้นายไมค์ เทเลอร์ ยุติการใช้เครื่องหมายกาชาดก็ชอบด้วยหลักการแล้ว แต่ในขณะเดียวกันการใช้ของนายไมค์ เทเลอร์ ก็ใช่ว่าจะไม่มีสิทธิใช้เลยเสียทีเดียว

ดังจะเห็นได้ว่าแม้แต่ในประเทศอังกฤษเองที่มีการบัญญัติกฎหมายภายในรองรับและคุ้มครองการใช้เครื่องหมายกาชาดอย่างไม่เหมาะสม อีกทั้งยังมีหน่วยงานที่ทำการตรวจสอบการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ แต่การละเมิดต่อเครื่องหมายกาชาดก็ยังพบเห็นได้ ดังปรากฏในคดีข้างต้น

**ประเทศเนเธอร์แลนด์** ในประเทศเนเธอร์แลนด์ได้มีคำพิพากษาของศาลฎีกาเกี่ยวกับการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดโดยไม่มีอำนาจใช้ โดยในปี 1994 ในคดีเครื่องหมายกาชาด (Red Cross Emblem case) โดยศาลฎีกาประเทศเนเธอร์แลนด์ได้ให้คำวินิจฉัยในคดีนี้ไว้ว่า

*"วัตถุประสงค์ของหลักตามประมวลอาญาของเนเธอร์แลนด์ในการห้ามการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดนั้น ก็เพื่อห้ามไม่ให้บุคคลที่ไม่มีอำนาจใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดนี้"*

จากคำวินิจฉัยของศาลของทั้งประเทศอังกฤษและประเทศเนเธอร์แลนด์ข้างต้นที่ได้ตัดสินคดีเกี่ยวกับเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดได้แสดงให้เห็นในสองประเด็นคือ ส่วนแรกคือ ความคุ้มครองภายใต้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดถือเป็นหลักเกณฑ์ที่ทั้งสองประเทศเคารพและให้ความคุ้มครอง ส่วนที่สองแสดงให้เห็นว่า แม้ประเทศทั้งสองได้มีบทบัญญัติเป็นกฎหมายภายในเพื่อคุ้มครองการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดอย่างไม่เหมาะสมแล้ว ถึงกระนั้นก็ยังมีการละเมิดโดยการใช้โดยไม่มีอำนาจอยู่อีก

สรุป การใช้เครื่องหมายโดยไม่มีอำนาจนั้นถือเป็นความผิดตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารที่เกี่ยวข้อง ดังนั้นการอนุวัติการกฎหมายภายในประเทศจำเป็นต้องมีหลักการในการป้องกันและปราบปรามการใช้ลักษณะเช่นนี้ด้วย

### 3) การใช้โดยล่อลวง (Perfidy)

การใช้โดยล่อลวงนี้เป็นการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดไปในทางวัตถุประสงค์ ที่เป็นการใช้เพื่อประโยชน์หรือความได้เปรียบทางการทหาร โดยเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดปกติจะสะท้อนถึงความเป็นกลางไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใด และการให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรมอย่างเสมอ

ภาคเท่าเทียม โดยไม่ถูกแทรกแซงจากรัฐบาลของฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด แม้ว่าหน่วยงานกาชาดของประเทศนั้นๆ จะสังกัดอยู่ในกองทัพของฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดก็ตาม แต่ในการทำงานก็จะมีอิสระอย่างเต็มที่ในการทำงานให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรม

เครื่องหมายกาชาดจะใช้ได้ก็เพื่อแสดงลักษณะหรือเพื่อคุ้มครองตามที่ระบุไว้ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาดังกล่าวนั้นเท่านั้น เว้นแต่จะมีบัญญัติไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศอื่นใดหรือโดยความตกลงระหว่างภาคีคู่พิพาทที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย ทั้งนี้ไม่ว่าจะใช้ในยามสงบ หรือสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ

การใช้ที่ผิดอย่างร้ายแรง โดยใช้เพื่อการหลอกลวงกล่าวคือการใช้เครื่องหมายกาชาด หรือ เลี้ยววงเดือนแดงในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธเพื่อคุ้มครองทหารที่ติดอาวุธ หรืออาวุธ ยุทธโปกรณ์ทางการทหาร เช่น การนำรถพยาบาล หรือเฮลิคอปเตอร์ ที่ติดเครื่องหมายกาชาด มาใช้ขนส่งทหารที่มีอาวุธ หรือคลังอาวุธที่พรางด้วยธงกาชาด ซึ่งการกระทำเช่นนี้ถือเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงผู้กระทำอาจมีความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม

การละเมิดอย่างร้ายแรงตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้นรวมถึงการละเมิดต่อความคุ้มครองภายใต้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดนี้ด้วยซึ่งผลของการละเมิดอาจถือเป็นอาชญากรรมสงครามหากปรากฏว่ามีผู้บาดเจ็บสาหัสหรือเสียชีวิตจากการละเมิดนั้นซึ่งผู้กระทำการละเมิดย่อมมีความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากเครื่องหมายกาชาดบ่งบอกถึงความเป็นกลางและการให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรม ซึ่งตามกฎหมายแล้วความคุ้มครองที่อยู่ภายใต้เครื่องหมายนี้จะไม่ถูกโจมตีไม่ว่าในกรณีใดๆ ทั้งสิ้น ดังนั้นจึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะทำการศึกษาในเรื่องนี้

เพื่อประโยชน์และความได้เปรียบทางการทหารได้มีการนำเครื่องหมายนี้ไปใช้โดยถือว่าการล่อลวง กล่าวคือ การนำธงกาชาดติดไว้เหนือศูนย์บัญชาการทหาร การใช้รถที่มีเครื่องหมายกาชาดล้าเลียงพลรบ เพื่อให้รอดพ้นจากการโจมตีของฝ่ายตรงข้าม หรือเป็นการเข้าประชิดตัวฝ่ายตรงข้ามมากขึ้น การใช้ยานพาหนะที่มีเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดหรือรถพยาบาลในการลำเลียงอาวุธยุทธโปกรณ์ หรือผู้ก่อการร้าย เพื่อเป็นการรอดพ้น หรือปลอดภัยจากการตรวจค้น และถูกจับกุม เหตุการณ์เช่นนี้ยังมีให้เห็นในปัจจุบัน เช่น ในการขัดกันทางอาวุธระหว่างชายแดนอิสราเอลและเลบานอน

การใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดเพื่อล่อลวงนี้ข้อ 85 แห่งพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ได้ระบุว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรง ซึ่งผลของการละเมิดดังกล่าวถือเป็นอาชญากรรมสงคราม ซึ่งผู้กระทำผิดดังกล่าวต้องรับโทษตามกฎหมายดังจะกล่าวต่อไป

ข้อ 37 ตามพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ได้เพิ่มเติมหลักการห้ามการใช้เครื่องหมายโดยล่องวงขึ้นซึ่งเป็นหลักที่อนุสัญญาเจนีวามีได้กำหนดไว้ โดยตามข้อ 37 แห่งพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 มีความว่า ห้ามฆ่า ห้ามทำร้าย หรือจับกุมฝ่ายปฏิบัติโดยใช้กลอุบายโดยมิชอบ การกระทำชักจูงให้ฝ่ายปฏิบัติเกิดความไว้วางใจอันทำให้เชื่อว่าฝ่ายปฏิบัติมีสิทธิที่จะกระทำหรือมีพันธกรณีที่จะต้องได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้ในการขัดกันทางอาวุธโดยมีเจตนาทรยศต่อความไว้วางใจ การกระทำดังกล่าวถือเป็นการล่องวงโดยมิชอบและการกระทำดังต่อไปนี้ ถือเป็นตัวอย่งการใช้การล่องวงโดยมิชอบคือ

- (ก) การสร้างว่ามีเจตนาจะเจรจายกยอภายใต้ธงพักรบหรือยอมจำนน
- (ข) การสร้างว่าไร้ความสามารถเพราะบาดเจ็บหรือป่วยไข้
- (ค) การสร้างว่าเป็นพลเรือนหรือมีฐานะมิใช่พลรบ และ
- (ง) การสร้างว่ามีฐานะที่ได้รับความคุ้มครองโดยเครื่องสัญญาณ เครื่องหมายหรือเครื่องแบบของสหประชาชาติ หรือของรัฐที่เป็นกลางหรือรัฐอื่นที่มีใช้เป็นภาคีคู่พิพาท

ดังนั้นการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดโดยล่องวงจึงมีความผิดตามพันธกรณีดังกล่าว

ในข้อ 85 แห่งพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ได้ระบุถึงการละเมิดพิธีสารฉบับนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการละเมิดโดยการใช้อย่างล่องวง โดยทำการสังหาร ทำให้บาดเจ็บหรือควบคุมตัวฝ่ายปฏิบัติโดยการล่องวง<sup>152</sup> โดยการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดของกาชาดเสี้ยววงเดือนแดง หรือสิงโตแดงกับดวงอาทิตย์ โดยการฝ่าฝืนดังกล่าว เป็นเหตุให้ถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายอย่างสาหัสต่อร่างกายหรือสุขภาพ การกระทำเช่นนี้ถือเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรง ซึ่งในวรรค 5 ได้บัญญัติว่าการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อตราสารอนุสัญญาทั้งหลาย และพิธีสารฉบับนี้จักถือเป็นอาชญากรรมสงคราม

ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศได้กำหนดความผิดที่เกี่ยวกับการใช้ เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดในทางที่ผิดไว้ในข้อ 8 วรรค 2(b)(vii) ดังนี้

ข้อ 8 อาชญากรรมสงคราม

"2. เพื่อวัตถุประสงค์ของธรรมนูญฉบับนี้ 'อาชญากรรมสงคราม' หมายถึง

<sup>152</sup> API, article 37 and 85.

(b) การละเมิดอย่างร้ายแรงอันใดต่อกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้ในการขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศภายในกรอบของกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ

(vii) การใช้ธงพักรบชั่วคราว ธงบนเครื่องหมายของกองทัพและเครื่องแบบของศัตรู หรือของสหประชาชาติ รวมถึงเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดแห่งอนุสัญญาเจนีวาโดยมิชอบอันเป็นเหตุให้เกิดการบาดเจ็บสาหัสหรือถึงแก่ความตาย”<sup>153</sup>

ซึ่งการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ได้มีการกำหนดองค์ประกอบความผิดได้ ดังนี้<sup>154</sup>

1. ผู้กระทำความผิดต้องใช้ เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดในลักษณะที่เป็นการต้องห้ามตาม กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยตระหนักถึงการใช้ที่ผิดนั้น เพื่อวัตถุประสงค์ทางการทหาร

2. การกระทำนั้นเป็นผลให้เกิดการบาดเจ็บสาหัสหรือเสียชีวิต

3. ผู้กระทำได้ล่วงรู้ถึงผลที่จะเกิดการบาดเจ็บสาหัสหรือเสียชีวิตดังกล่าว

ซึ่งวัตถุประสงค์ทางการทหาร หมายถึง วัตถุประสงค์โดยตรงต่อคู่พิพาท ซึ่งไม่รวมถึงกิจการทางการแพทย์ กิจการทางศาสนา หรือกิจการอื่นทำนองนี้<sup>155</sup>

ในกฎหมายระหว่างประเทศได้มีจารีตประเพณีที่ให้ความคุ้มครองแก่การกระทำต่อฝ่ายตรงข้ามโดยล่องวงซึ่งก็มีการรับรองว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณี

หลัก "การห้ามฆ่า ทำให้บาดเจ็บหรือจับฝ่ายตรงข้ามโดยล่องวง"<sup>156</sup>

หลักการดังกล่าวถือว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ใช้ได้ทั้งกรณีการขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศและการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศ<sup>157</sup> การกระทำการ

<sup>153</sup> ICC Statute, article 8(2)(b)(vii)

"... Making improper use of a flag of truce, of the flag on the military insignia and uniform of the enemy or of the UN, as well as of the distinctive emblem of the Geneva Conventions, resulting in death or serious personal injury."

<sup>154</sup> Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, (New York: Oxford University, 2001), pp. 166-168.

<sup>155</sup> *Ibid.*, p. 167.

<sup>156</sup> API, article 85(f) and 37.



ล่อลวงรวมถึงการใช้ เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดอย่างไม่เหมาะสม<sup>158</sup> เพื่อประโยชน์ทางการทหาร อันเป็นเหตุให้พลรบฝ่ายตรงข้ามถูกจับ บาดเจ็บ หรือเสียชีวิต ซึ่งพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ข้อ 85(f) ได้ระบุอย่างชัดเจนว่าการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดโดยล่อลวงโดยจงใจ อันเป็นเหตุให้ทั้งพลรบ พลเรือน และบุคลากรทางการแพทย์และบุคลากรทางศาสนาได้รับ บาดเจ็บสาหัสหรือถึงแก่ความตายการกระทำดังกล่าวถือเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรง ตาม อนุสัญญาเจนีวา 1949 และ พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 และ 2 ที่เกี่ยวข้อง และยังถือเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม<sup>159</sup>

ทั้งนี้การล่อลวงหรือการใช้กลอุบายโดยมิชอบตามพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ปี 1977 ข้อ 37 จะต้องเป็นการใช้โดยมีวัตถุประสงค์ที่เป็นปฏิปักษ์เพื่อการโจมตีอำนาจ อำนาจความสะดวกคุ้มครองหรือกีดขวางปฏิบัติการทางทหาร ซึ่งหากปราศจากเป้าหมายที่เป็น ปฏิปักษ์ก็ไม่ถือว่าเป็นการล่อลวง (perfidy) ซึ่งการล่อลวงหรือการใช้กลอุบายโดยมิชอบต่างกับ การใช้กลอุบายโดยชอบ (Ruses of war) เพราะการใช้กลอุบายโดยชอบ ไม่เกี่ยวข้องกับ ความสุจริตใจของฝ่ายตรงข้ามในการปฏิบัติตามกฎหมายภาคสงคราม ดังนั้นการใช้กลอุบายโดยชอบ จึงไม่เป็นที่ต้องห้ามเช่นการใช้การพราง สิ่งลวง การสร้างปฏิบัติการ และการใช้ข้อสนเทศที่ผิด เป็นต้น<sup>160</sup>

หลักการใช้เล่ห์เหลี่ยมหรือการใช้กลอุบายโดยชอบนี้ในสงครามกระทำได้ตราบเท่าที่ไม่ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ<sup>161</sup> ซึ่งหลักการนี้เป็นที่ยอมรับในฐานะจารีต ประเพณีระหว่างประเทศ<sup>162</sup> ดังที่ปรากฏในคำแถลงการณ์ของสหรัฐอเมริกา หลักปฏิบัติของอิรัก และสหรัฐอเมริกา และรายงานการปฏิบัติการของอัลซีเรีย มาเลเซีย และอังกฤษ<sup>163</sup> ส่วนการใช้ใน

<sup>157</sup> Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol.1, Customary International Humanitarian Law, p. 221.

<sup>158</sup> Ibid., p. 224.

<sup>159</sup> API, article 85 para 5.

<sup>160</sup> จตุรงค์ ติระวัฒน์, กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ, คณะกรรมการกาชาดสากลประจำ ประเทศไทย, กรุงเทพฯ: คณะกรรมการกาชาดสากล, 2550, น. 75-81; ขวัญนที ศรีสุขวัฒนา, "พิธีสารเพิ่มเติม อนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 และ 2 ค.ศ. 1977 และปัญหาการเข้าเป็นภาคีของไทย," (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น. 49.

<sup>161</sup> Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 1, Customary International Humanitarian Law, p. 203; Hague Regulations, article 24, API, article 37(2) (adopted by consensus).

<sup>162</sup> Ibid., p. 203.

<sup>163</sup> Ibid., see, n. 4.

กรณีการขัดกันทางอาวูร์ที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศ ตัวอย่างที่ชัดเจน คือการที่รัฐภาคีธรรมนูญของโคลัมเบีย 1997 (Colombia's constitutional Court, 1997) ได้วินิจฉัยไว้ว่า "การใช้แผนยุทธวิธีและกลยุทธ์จะต้องใช้ในกรอบของมาตรฐานรัฐธรรมนูญ ซึ่งการนำไปใช้นั้นอาจนำไปใช้ได้กับกรณีการขัดกันทางอาวูร์ที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศด้วย" <sup>164</sup>

อีกทั้งการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปนี้ กล่าวคือ การฆ่าโดยเจตนา การทรมาน หรือการใช้ปฏิบัติอย่างโหดร้ายรวมทั้งการทดลองทางชีววิทยา การกระทำให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างสาหัสหรือทำอันตรายแก่ร่างกาย หรืออนาถอย่างร้ายแรงโดยเจตนา การทำลายทรัพย์สินอย่างกว้างขวางโดยไม่มีเจตนาทางทหาร และซึ่งได้กระทำไปโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และโดยพลการ หากได้กระทำต่อบุคคล หรือทรัพย์สินซึ่งอนุสัญญาเจนีวาปี 1949 ฉบับที่ 1 ให้ความคุ้มครองถือเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรง ซึ่งมีผลให้ผู้กระทำละเมิดนั้นมีความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม

นอกจากนั้นประเทศต่างๆ ยังมีพันธกรณีที่จะต้องอนุวัติการเพื่อบังคับให้หลักการที่เกี่ยวกับความผิดฐานอาชญากรรมสงครามด้วย ถ้าบทบัญญัติกฎหมายของรัฐภาคีประเทศใดมีอยู่ไม่เพียงพอที่จะป้องกัน และปราบปรามการฝ่าฝืนการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด รัฐภาคีจะต้องดำเนินการเท่าที่จำเป็นเพื่อป้องกัน และปราบปรามการฝ่าฝืนการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดนั้นในทุกโอกาส <sup>165</sup>

อย่างไรก็ดี ก็ยังมีการละเมิดการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดโดยล่องลวงโดยประเทศต่างๆ ดังปรากฏตามตัวอย่างดังต่อไปนี้

**ประเทศเลบานอน** ในขณะที่ในแถบชายแดนเลบานอนก็ได้มีการละเมิดโดยการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดเช่นกัน โดยได้มีรถพยาบาลที่มีเครื่องหมายที่ให้ความคุ้มครองนั้นถูกขโมยไป แล้วผู้ที่ขโมยนั้นก็ใช้รถพยาบาลดังกล่าวไปใช้ในการขนอาวุธยุทธโปกรณ์ ซึ่งเป็นการใช้เพื่อล่องลวงว่าตนได้รับความคุ้มครองจากการถูกโจมตี อีกทั้งเหตุการณ์ดังกล่าวยังปรากฏว่ากลุ่มติดอาวุธดังกล่าวได้ใช้ยานพาหนะทางการแพทย์นั้นเพื่อการโจมตีอากาศยานด้วย กรณีเช่นนี้ ไม่ว่าจะเป็นการใช้โดยกลุ่มผู้ก่อการร้าย หรือเป็นการใช้โดยกลุ่มใดก็ตาม การใช้ในลักษณะนี้ที่เป็นกระทำการละเมิดต่อเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดโดยการใช้โดยล่องลวง แม้ว่าการใช้ดังกล่าว

<sup>164</sup> Columbia, Constitutional Court, Constitutional Case, No. T-303., cit., Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), vol. 1, Customary International Humanitarian Law, p. 203.

<sup>165</sup> GCII, article 44-45.

ผู้กระทำความผิดอาจไม่ตระหนักหรือมีเจตนาที่จะใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดคุ้มครองตนเอง การกระทำดังกล่าวก็ยิ่งถือว่าเป็นการละเมิดเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดและมีความผิดอยู่

**ประเทศโคลัมเบีย** คดีภายในเกี่ยวกับการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดโดยล่อลวงปรากฏในคำตัดสินของคณะมนตรีของโคลัมเบีย (Colombia's Council) ดังนี้

“จากการพิจารณาพบว่าการใช้ยานพาหนะทางการแพทย์เพื่อวัตถุประสงค์ทางการทหารนั้น ผิดตามหลักการแห่งกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ”<sup>166</sup>

โดยในคำวินิจฉัยดังกล่าวคณะมนตรีของโคลัมเบียได้อ้างหลักการตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเช่นว่านั้น ดังนี้ถือเป็นการรับรองหลักการเกี่ยวกับการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดของโคลัมเบียด้วย

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วทั้งสามลักษณะที่เป็นการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดในทางที่ผิด อันถือเป็นการละเมิดอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 แต่ผลของการกระทำนั้นย่อมแตกต่างกันไปในแต่ละลักษณะของการกระทำความผิด โดยวิเคราะห์จากการกระทำความผิดโดยลักษณะที่ 1 คือการใช้โดยเลียนแบบนั้น โดยส่วนใหญ่แล้วจะเป็นการกระทำในยามสงบ ซึ่งผลจากการกระทำความผิดนั้นแม้ว่าผิดตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ก็ตามแต่อนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ไม่ได้กำหนดองค์ประกอบความผิดและกำหนดโทษไว้ ดังนั้นความผิดลักษณะที่ 1 นี้จะผิดและรับโทษได้ ก็แต่โดยกฎหมายภายในของประเทศนั้นๆ นั้นเอง ซึ่งอาจจะผิดได้ทั้งตามกฎหมายที่เกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า และกฎหมายที่เกี่ยวกับการอนุวัติการตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ซึ่งประเทศไทยก็มีการอนุวัติการเป็นกฎหมายภายใน เช่น พระราชบัญญัติกาชาด พ.ศ. 2499 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 พระราชบัญญัติกำหนดหน้าที่คนไทยในเวลารบ พ.ศ. 2484 และประมวลกฎหมายอาญาทหาร พ.ศ. 2454 เป็นต้น

การใช้อย่างไม่เหมาะสมที่เป็นความผิดอย่างที่สอง คือ การใช้โดยไม่มีอำนาจนั้น หากเป็นการใช้โดยหน่วยแพทย์หรือบุคลากรทางการแพทย์ในประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคีแห่งอนุสัญญา แม้ว่าใช้ดังกล่าวจะเกิดในยามสงคราม แต่ก็เป็นความผิดเนื่องจากการใช้ในยามสงครามซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการกระทำละเมิดโดยใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดโดยไม่มีอำนาจเช่นนี้ไม่ถึงขนาดเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงที่จะมีผลเป็นอาชญากรรมสงครามได้ โดยการพิจารณาจากวัตถุประสงค์

<sup>166</sup> Colombia, Council of State, Administrative Case No. 11369, Judgment, 6 February 1997.

และพฤติการณ์ โดยในข้อ 85 แห่งพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ปี 1977 นั้น ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าการละเมิดอย่างร้ายแรงโดยการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดนั้นเกิดขึ้นก็ โดยการโจมตีบุคคลที่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองเช่นว่านั้น และการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด โดยมีวัตถุประสงค์ล่อลวงเพื่อถือเอาประโยชน์ทางการทหาร และผลจากการใช้นั้นต้องมี ผู้ได้รับบาดเจ็บสาหัสหรือเสียชีวิตเท่านั้น ส่วนการใช้โดยหน่วยแพทย์หรือบุคลากรทางการแพทย์ ในประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 นั้น ก็เป็นเพียงความผิดฐานใช้โดยไม่มี อำนาจเท่านั้น ดังนี้ไม่ถือเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม

ส่วนลักษณะการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดในลักษณะสุดท้ายกล่าวคือ การใช้เพื่อการล่อลวง ซึ่งหลักการตามกฎหมายได้ปรากฏในข้อ 85 แห่งพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ปี 1977 คือการใช้ที่มีวัตถุประสงค์ล่อลวงเพื่อถือเอาประโยชน์ทางการทหาร โดยการใช้ดังกล่าวย่อมมีความผิดไม่ว่าจะยังไม่เกิดผลต่อคู่พิพาทในการใช้อย่างล่อลวงดังกล่าวก็ตาม ซึ่งผลย่อมเป็นที่ชัดเจนในกรณีนี้ว่าการกระทำดังกล่าวหากมีผู้ได้รับบาดเจ็บสาหัสหรือเสียชีวิตก็ ถือเป็น การละเมิดอย่างร้ายแรงตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาดังกล่าว ยิ่งกว่านั้นการละเมิดอย่างร้ายแรงดังกล่าวนี้ถือว่าเป็นอาชญากรรมสงครามซึ่งจะได้กล่าวเป็น ลำดับต่อไป

### 3.2.2 ความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ผ่านมาถึงการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดในแต่ละ ลักษณะซึ่งประเด็นดังที่จะกล่าวต่อไปเป็นผลสืบเนื่องมาจากการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดใน การใช้อย่างล่อลวงและการกระทำการละเมิดอันเป็นเหตุให้เกิดความตายหรือการบาดเจ็บสาหัส ต่อบุคคลที่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองของเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดนี้ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็น การละเมิดอย่างร้ายแรงตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอันถือเป็นอาชญากรรมสงคราม ดังจะทำการศึกษาในส่วนของความรับผิดและองค์ประกอบความรับผิดฐานอาชญากรรมสงคราม ต่อไปในส่วนนี้

ต่อไปเป็นการศึกษาในส่วนที่เป็นลักษณะของการละเมิดอย่างร้ายแรงและความผิดฐาน อาชญากรรมสงครามดังนี้

#### 1) การละเมิดอย่างร้ายแรง (grave breaches)

ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ได้กำหนดคำจำกัดความของคำว่า "การละเมิดอย่างร้ายแรง" (grave breaches) และได้มีแนวทางสำหรับการลงโทษทางอาญาต่อผู้กระทำความผิดซึ่งได้ กระทำอันถือเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงดังนี้

“การละเมิดอย่างร้ายแรง” ดังที่ได้กล่าวถึงในข้อก่อนนั้นได้แก่ การกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปนี้ หากได้กระทำต่อบุคคลหรือทรัพย์สินซึ่งอนุสัญญาฉบับนี้ให้ความคุ้มครองคือ การฆ่าโดยเจตนา การทรมานหรือการปฏิบัติต่อบุคคลอย่างไร้มนุษยธรรม รวมทั้งการทดลองทางชีววิทยา การกระทำให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างสาหัส หรือทำอันตรายแก่ร่างกาย หรืออนามัยอย่างร้ายแรงโดยเจตนา การเนรเทศหรือการย้ายผู้ได้รับความคุ้มครอง โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือการกักขังบุคคลเช่นว่านั้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การบังคับให้ผู้ได้รับความคุ้มครองเสียสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยเที่ยงธรรมและตามระเบียบดังที่ได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญาฉบับนี้การจับตัวไปเป็นตัวประกัน และวิบัติทรัพย์สินอย่างกว้างโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และโดยพลการ”<sup>167</sup>

นอกจากนั้นยังได้ระบุไว้ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ข้อ 50 อนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 2 ข้อ 51 อนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ข้อ 130 และรายการซึ่งเป็นรายละเอียดของการละเมิดอย่างร้ายแรงนั้นได้ระบุไว้ใน พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ปี 1977 ข้อ 11 และข้อ 85 ดังนี้

การกระทำหรือละเว้นการกระทำที่มีชอบโดยผ่านการดำเนินการทางการแพทย์ที่ไม่เหมาะสมกับสุขภาพกายหรือสุขภาพจิต และความสมบูรณ์ของบุคคลที่ตกอยู่ในอำนาจของภาคีฝ่ายปรปักษ์ หรือผู้ซึ่งถูกกักกันและกักขัง หรือถูกตรึงรอนเสรีภาพ จะกระทำมิได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งแม้จะได้รับความยินยอมก็ไม่อาจกระทำได้คือ การตัดทอนอวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย การทดลองทางวิทยาศาสตร์และทางการแพทย์ การตัดเนื้อเยื่อหรืออวัยวะเพื่อปลูกถ่ายอวัยวะ เว้นแต่เพียงเพื่อความมุ่งประสงค์ในการบำบัดรักษา ภายใต้เงื่อนไขที่สอดคล้องกับมาตรฐานและการควบคุมทางการแพทย์ที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป ในการบริจาดโลหิต เพื่อการถ่ายโลหิต หรือการบริจาดผิวหนัง เพื่อการปลูกถ่ายโดยบุคคลเหล่านั้นจะต้องให้โดยสมัครใจ และปราศจากการบีบบังคับหรือการจูงใจ และการนั้นจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ทั้งแก่ผู้บริจาดและผู้ที่ได้รับบริจาด การกระทำหรือการละเว้นการกระทำอย่างจงใจได้อันเป็นอันตรายร้ายแรงต่อสุขภาพกายหรือสุขภาพจิต หรือความสมบูรณ์ของบุคคลใดต้องถือเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรง<sup>168</sup>

โดยในข้อ 85 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปราบปรามการละเมิดพิธีสารนี้ โดยถือว่าการกระทำต่อบุคคลที่อยู่ในอำนาจของภาคีฝ่ายปรปักษ์ ซึ่งได้รับการคุ้มครองโดยข้อ 44 ข้อ 45 และข้อ 73 ของ พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ปี 1977 กล่าวคือการกระทำต่อพลรบและเชลยศึก บุคคลที่ได้รับการเข้าร่วมในความเป็นปฏิปักษ์ รวมถึงผู้ลี้ภัยและบุคคลไร้

<sup>167</sup> GCIV, article 147.

<sup>168</sup> API, article 11(1), (2), (3) and (4).

สัญญาติ ซึ่งการกระทำต่อบุคคลเช่นว่านั้นให้ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดอย่างร้ายแรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำต่อพนักงานทางการแพทย์และอนุศาสนาจารย์ หน่วยแพทย์หรือยานพาหนะทางการแพทย์ซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมของภาคีฝ่ายปฏิปักษ์และได้รับการคุ้มครองโดย พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ปี 1977 ผู้บาดเจ็บ ผู้ป่วยไข้ และผู้ที่เรืออับปาง<sup>169</sup>

อีกทั้งในส่วนที่อยากจะขอเน้นย้ำในที่นี้ก็คือการล่อลวงโดยใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด กล่าวคือเครื่องหมายกาชาด เลี้ยววงเดือนแดงและสิงโตแดงกับดวงอาทิตย์ซึ่งเป็นการใช้เป็นกลอุบายโดยมิชอบ เป็นการกระทำชักจูงให้ฝ่ายปฏิปักษ์เกิดความไว้วางใจว่าฝ่ายนั้นมีพันธกรณีต้องได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขัดกันทางอาวุธ โดยมีเจตนาจะทรยศต่อความไว้วางใจเช่นว่านั้น โดยเป็นการกระทำโดยจงใจ และเป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับบาดเจ็บสาหัสต่อร่างกายหรือสุขภาพ<sup>170</sup>

การละเมิดอย่างร้ายแรงในการกระทำการละเมิดต่อความคุ้มครองภายใต้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดและการทำให้เกิดความตายหรือการบาดเจ็บสาหัสต่อบุคคลที่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองของเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดนั้นถือเป็นอาชญากรรมสงครามซึ่ง ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 8(2)(b)(vii) ก็ได้กำหนดการละเมิดต่อบุคคลผู้ใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดนี้เป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงครามเช่นเดียวกับมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 39/119 ที่ประณามการกระทำอันเป็นการไม่ให้ความเคารพต่อบุคคลที่อยู่ใต้ความคุ้มครองของเครื่องหมายกาชาด<sup>171</sup> และศาลอาญาระหว่างประเทศก็ได้บัญญัติเป็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องนี้ โดยถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นอาชญากรรมสงคราม

ตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารฉบับที่ 1 ได้กำหนดระดับของการกระทำผิดตามพันธกรณีที่จะถือว่าเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงครามไว้ว่าการกระทำต้องถึงขั้นที่เป็น grave breaches ซึ่งในการร่างพิธีสารฉบับที่ 1 ก็ได้มีผู้ให้ความเห็นเกี่ยวกับ grave breaches ไว้ว่าแตกต่างจากการกระทำผิดตามพันธกรณีธรรมดา (breaches) เช่น ตัวแทนของสหรัฐอเมริกาเห็นว่า การ grave breaches ซึ่งปรับใช้กับการผิดพันธกรณีตามพิธีสารฉบับที่ 1 ควรจะจำกัดเฉพาะบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองโดยอนุสัญญาเจนีวา 1949 และควรปรับใช้เนื่องในกรณีที่ถูกปกป้องอยู่ในเงื้อมมือของฝ่ายตรงข้าม ส่วนการละเมิดอื่นๆ (violations) ของพิธีสารควรจะจัดเป็นการผิดพันธกรณีธรรมดา (breaches) ซึ่งภาคีมีหน้าที่ที่จะปราบปราม แต่การผิดพันธกรณี

<sup>169</sup> API, article 85(2).

<sup>170</sup> API, article 85(3) and 37.

<sup>171</sup> See also, GA Res. 37-194, December 18, 1982.

ธรรมดา (breaches) นี้ไม่ถือว่าเป็นอาชญากรรมที่มีลักษณะสากล (universal crimes) ที่จะต้องส่งผู้ร้ายข้ามแดน (extradition) สำหรับตัวแทนของเยอรมนี เห็นว่าคำว่า grave breaches กำหนดพันธกรณีให้ภาคีที่จะออกกฎหมายเพื่อกำหนดมาตรการการลงโทษทางอาญาอย่างมีประสิทธิภาพ (effective penal sanctions) ต่อบุคคลที่ก่อหรือสั่งให้ทำ grave breaches ดังกล่าว โดยกำหนดพันธกรณีแก่รัฐภาคีหนึ่งที่เกี่ยวข้องเพื่อพิจารณาคดีโดยไม่คำนึงถึงสัญชาติของบุคคลนั้น และผู้แทนของเบลเยียมเห็นว่า grave breaches เป็นการกระทำที่เลวทรามเป็นอย่างมากต่อผู้ที่อยู่ในความคุ้มครองของฝ่ายตรงข้าม ดังนั้นผู้ซึ่งกระทำการละเมิดที่เป็น grave breaches จึงจะต้องอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลตามหลักสากล (universal jurisdiction) ซึ่งจะนำไปสู่การพิจารณาคดี (trial) หรือการส่งผู้ร้ายข้ามแดน (extradition)<sup>172</sup>

เมื่อการพิจารณาจากลักษณะ (nature) ของการกระทำ grave breaches แล้ว grave breaches ควรจะเป็นการกระทำที่รุนแรงต่อบุคคลที่ได้รับการปกป้องทั้งจากอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารฉบับที่ 1 โดยเป็นการกระทำที่อยู่ในเขตอำนาจตามหลักสากล (universal jurisdiction) ซึ่งรัฐจะต้องกำหนดมาตรการลงโทษทางอาญากับผู้ที่กระทำผิดด้วย ส่วนการผิดพันธกรณีธรรมดา (breaches) จะเป็นการกระทำผิดเล็กๆ น้อยๆ ทั้งต่อบุคคลที่ได้รับการปกป้องและไม่ได้รับการปกป้อง เช่น การผิดพันธกรณีในเรื่องการประกันถึงการได้รับบริการทางการแพทย์ตามความต้องการของพลเรือน ในดินแดนที่ถูกยึดครองตามข้อ 14 วรรค 1 หรือการไม่แจ้งให้คู่พิพาทฝ่ายอื่นๆ ทราบว่า ตนได้นำหน่วยคล้ายทหารเข้ามาสมทบในกองทัพ หรือได้นำองค์กรที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายเข้ามาสมทบในกองทัพตามข้อ 43 วรรค 3 ของพิธีสารฉบับที่ 1 เป็นต้น

ดังนั้นความคุ้มครองต่อพนักงานทางการแพทย์และอนุศาสนาจารย์ หน่วยแพทย์ หรือยานพาหนะทางการแพทย์จะต้องได้รับความเคารพและความคุ้มครองโดยไม่ถูกโจมตี ซึ่งรวมถึงการใช้เครื่องหมายโดยล่องวงเพื่อเจตนาทรยศต่อความไว้วางใจ เหล่านี้การละเมิดดังกล่าวถือเป็น

<sup>172</sup> See, J. Mervyn Jones, *Modern Developments in the Law of Extradition*, Transactions of the Grotius Society, British Institute of International and Comparative Law Published. (Oxford University Press, 1941), pp. 113-141; Howard S. Levie, *Penal Sanctions for Maltreatment of Prisoners of War*, *The American Journal of International Law*, American Society of International Law, 1962. pp. 433-468.



การละเมิดอย่างร้ายแรงซึ่งการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 นี้ถือเป็นอาชญากรรมสงคราม<sup>173</sup>

## 2) ความหมายของอาชญากรรมสงคราม

คำว่า "อาชญากรรม" มีความหมายที่กว้างมากและไม่แน่นอนซึ่งบางครั้งเป็นเพียงความรับผิดชอบตามต่อนั้น ดังนั้นคำว่า "อาชญากรรมสงคราม" จึงไม่มีความหมายในทางเทคนิค (technical meaning) มีแต่เพียงความหมายทั่วไปของการผิดพันธกรณีธรรมดา (breaches) ซึ่งระดับของการผิดพันธกรณีก็แตกต่างกัน

สำหรับคำจำกัดความของคำว่าอาชญากรรมสงคราม (War crimes) ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้กำหนดไว้ในมาตรา 8 โดยกำหนดให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมสงครามโดยเฉพาะเมื่อมีการกระทำได้เกิดขึ้น ไม่ว่าจะบางส่วนของแผนการ นโยบาย หรือการกระทำส่วนใหญ่ของอาชญากรรมดังกล่าว และได้ให้คำนิยามของคำว่า "อาชญากรรมสงคราม" ไว้ใน ข้อ 8 วรรค 1(a) แห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 หมายถึง การละเมิดอย่างร้ายแรง ซึ่งได้แก่ การกระทำใดๆ ต่อบุคคล อันได้แก่ การฆ่าโดยมีเจตนา การทรมาน หรือการกระทำอย่างไร้มนุษยธรรม รวมทั้งการทดลองทางชีววิทยา และการกระทำโดยเจตนาให้เกิดความทุกข์ทรมานหรือบาดเจ็บอย่างแสนสาหัสต่อร่างกายหรือสุขภาพ ซึ่งรวมไปถึงการกระทำที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ อันได้แก่ การทำลายและยึดทรัพย์สินอย่างกว้างขวางที่กระทำโดยไม่มี ความจำเป็นทางทหาร และเป็นกรกระทำที่ผิดกฎหมายและโดยไม่แบ่งแยกระหว่างพลเรือนกับพลรบ การบังคับเชลยศึกหรือบุคคลอื่นที่ได้รับความคุ้มครองให้เป็นกองกำลังให้แก่ฝ่ายศัตรู การกระทำอย่างจงใจให้เชลยศึกหรือบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองไม่ได้รับสิทธิในการดำเนินคดีอย่างเป็นธรรม การเนรเทศโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือการโยกย้าย หรือกักขังโดยผิดกฎหมาย และการจับไปเป็นตัวประกัน เป็นต้น

อีกทั้งยังหมายความถึง การกระทำต่อทรัพย์สินที่ได้รับการปกป้องภายใต้บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องของอนุสัญญาเจนีวา โดยเป็นการทำลายและยึดทรัพย์สินอย่างกว้างขวางที่กระทำโดยไม่มี ความจำเป็นทางทหารอันเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และโดยไม่แบ่งแยกระหว่างพลเรือนกับพลรบ<sup>174</sup>

<sup>173</sup> API, article 85(5).

<sup>174</sup> Rome Statute of International Criminal Court, article 8.

อาชญากรรมสงครามสามารถแบ่งแยกที่มาของกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้เป็น 2 ที่มา คือ กฎหมายแห่งเฮก และกฎหมายแห่งเจนีวา โดยกฎหมายแห่งเฮก หมายถึง กฎหมายสงคราม ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการสร้างกฎเกณฑ์ในการทำสงคราม ส่วนกฎหมายแห่งเจนีวา หมายถึง กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการปกป้องผู้ประสพภัยของสงคราม ซึ่งมีทั้งพลเรือน ทหาร เอลยศึก ที่ได้รับบาดเจ็บ หรือ ป่วยไข้<sup>175</sup> โดยกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการดำเนินเพื่อปฏิบัติต่อผู้ประสพภัยสงคราม ดังนั้นกฎหมายแห่งเจนีวา (Law of Geneva) ซึ่งรวมถึงอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 และฉบับที่ 2 ปี 1977 อาจถือได้ว่าเป็นกฎหมายสารบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับแนวปฏิบัติเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ทางมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ในกรณีที่เกิดกฎหมายเจนีวาอย่างร้ายแรง ก็อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำผิดฐานอาชญากรรมสงครามก่อให้เกิดความรับผิดชอบของปัจเจกชน และเป็นความผิดที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ

### 3) หลักการของอาชญากรรมสงคราม

กรณีที่มีการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อพิธีสารนี้ ตามข้อ 85 พิธีสารฉบับที่ 1 ถือเป็นการผิดฐานอาชญากรรมสงคราม (War Crimes) ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศที่จะสามารถดำเนินการต่ออาชญากรรมเหล่านั้น

อาชญากรรมสงครามนั้นเป็นส่วนหนึ่งในความผิดที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งเป็นศาลที่จัดตั้งขึ้นเพื่อเสริมกลไกและกระบวนการยุติธรรมของศาลภายในประเทศ เพื่อให้การนำตัวบุคคลมาสู่กระบวนการยุติธรรมเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมที่ร้ายแรงที่ส่งผลกระทบต่อสันติภาพและความมั่นคงของมนุษยชาติทั้งหมด โดยศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือความผิด 4 ประการ กล่าวคือ

1. อาชญากรรมฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (genocide)
2. อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity)
3. อาชญากรรมสงคราม (war crimes) และ
4. อาชญากรรมการรุกราน (aggression)

<sup>175</sup> See, Audrey I. Benison, War crimes: A Human Rights Approach to a Humanitarian Law Problem at the International Criminal Court, the George Town Law Journal, vol. 88 No. 1 (November 1999), p. 144.

หากมีการกระทำความผิดข้างต้นผู้กระทำความผิดย่อมถูกฟ้องคดีต่อศาลอาญาระหว่างประเทศได้

#### 4) การละเมิดที่เป็นอาชญากรรมสงคราม

อาชญากรรมสงครามซึ่งจำกัดความไว้ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศรวมถึง

##### 1. การละเมิดอย่างร้ายแรงตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 กล่าวคือ

- ก. เจตนาฆ่า หรือทำให้ทรมานหรือบาดเจ็บสาหัสต่อร่างกายหรือสุขภาพ
- ข. ทรมานหรือกระทำอย่างโหดร้ายทารุณ
- ค. ทำลายทรัพย์สินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เหมาะสม
- ง. การบังคับให้เชลยศึกรับใช้ในกองกำลังหรือการต่อสู้
- จ. ไม่ให้เชลยศึกได้รับการไต่สวนอย่างเป็นธรรม
- ฉ. ขับไล่ผู้ออกนอกประเทศ กักบริเวณ หรือโยกย้ายอย่างไม่ชอบด้วยกฎหมาย
- ช. จับเป็นตัวประกัน

##### 2. การกระทำดังต่อไปนี้เป็นส่วนของการขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศ

- ก. โจมตีโดยตรงต่อพลเรือน
- ข. โจมตีโดยตรงต่อเจ้าหน้าที่ผู้ให้ความช่วยเหลือด้านมนุษยธรรมและเจ้าหน้าที่รักษาความสงบของสหประชาชาติ
- ค. ฆ่าพลรบที่ยอมแพ้
- ง. ใช้งานอย่างไม่ถูกต้อง
- จ. ยึดครองดินแดน
- ฉ. ขับไล่ประชากรเพื่อยึดครองพื้นที่
- ช. ใช้อาวุธเป็นอาวุธ
- ช. ใช้พลเรือนเป็นโล่
- ฉ. ใช้ทหารเด็ก

##### 3. การกระทำดังต่อไปนี้เป็นส่วนของการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศ

- ก. สังหาร ทารุณกรรม กระทำอันเป็นการเหยียดหยามศักดิ์ศรีและทรมาน

- ข. โจมตีโดยตรงต่อพลเรือน เจ้าหน้าที่ที่ให้ความช่วยเหลือด้านมนุษยธรรมและเจ้าหน้าที่รักษาความสงบของสหประชาชาติ
- ค. จับเป็นตัวประกัน
- ง. สังหารหมู่
- จ. ปล้นสดมภ์ ช่มชู้น ใช้เป็นทาสทางเพศ บังคับให้เป็นโสเภณีหรือบังคับให้ตั้งครอบครัว

นอกจากนี้ ในส่วนของลักษณะของความผิดฐานอาชญากรรมสงครามที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court) ประกอบด้วย 4 ลักษณะ คือ

1. การกระทำที่ถือว่าเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวา (Grave breaches of the Geneva Convention)
2. การละเมิดอย่างร้ายแรงอื่นๆ ต่อกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้ในการขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศ (Other serious violations of the laws and customs applicable in international armed conflicts)
3. การละเมิดอย่างร้ายแรงตามข้อ 3 แห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 ทั้งสี่ฉบับซึ่งเป็นการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศ (Serious violations of Article 3 common to the four Geneva Convention of 1949 committed in non-International armed conflicts)
4. การละเมิดอย่างร้ายแรงอื่นๆ ต่อกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้ในการขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศ (Other serious violations of the laws and customs applicable in non-international armed conflicts)

ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998 ข้อ 8 ได้บัญญัติให้การกระทำการละเมิดอย่างร้ายแรงของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ถือว่าเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงครามนั้นเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปและถือได้ว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ การกำหนดให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือความผิดดังกล่าวจึงมีความเหมาะสมและเป็นที่ยอมรับได้โดยรัฐทั่วไป ซึ่งประเทศไทยก็เป็นรัฐภาคีรัฐหนึ่งของอนุสัญญาเจนีวาดังกล่าวด้วย ดังนั้น คำจำกัดความของความผิดฐานอาชญากรรมสงครามตามข้อ 8(2)(a) จึงถือเป็นคำจำกัดความที่รัฐส่วนใหญ่ได้ให้การรับรองแล้ว

ส่วนตามคำจำกัดความในข้อ 8(b) แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998 ซึ่งเป็นการกำหนดลักษณะของการกระทำที่ถือว่าเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายและ

จารีตประเพณีที่ใช้ในการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งข้อความเมื่อเปรียบเทียบกับพิธีสารฉบับที่ 1 แล้วเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางว่าการละเมิดอย่างร้ายแรงอื่นๆ ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของปัจเจกชนในความผิดฐานอาชญากรรมสงครามด้วย

ลักษณะของการกระทำตามข้อ 8(c) และ (d) แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998 ถือว่าเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชน (Individual criminal responsibility) สำหรับการละเมิดจารีตประเพณีของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ใช้ในการขัดกันทางอาวุธภายใน (Internal armed conflicts) ซึ่งได้มีการยอมรับมากขึ้นในปัจจุบัน ไม่เพียงแต่มีการนำมาใช้ในศาลเฉพาะกิจระหว่างประเทศ ทั้งศาลยูโกสลาเวียและศาลรวันดา (ad hoc Tribunal for the Former Yugoslavia and Rwanda) ให้ศาลทั้งสองมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมที่เป็นความขัดแย้งภายในประเทศ (internal conflicts) เท่านั้น แต่ยังมีการนำมาใช้ในกฎหมายภายในประเทศ (domestic legislation) คำพิพากษาของศาลภายในประเทศ (judicial decision) และคู่มือทางทหาร (military manuals) ด้วย ซึ่งมีการพิจารณาว่า การกระทำ การอย่างใดที่จะถือว่าเป็นการละเมิดตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ใช้ในการขัดกันทางอาวุธภายในประเทศและความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม (international humanitarian law applicable in internal armed conflicts) ดังนั้น รัฐส่วนใหญ่ต้องการที่จะให้มีการเคารพกฎเกณฑ์และปฏิบัติตามอนุสัญญาเจนีวาอย่างเคร่งครัด รวมถึงการปฏิบัติตามกฎที่ใช้ในการขัดกันทางอาวุธที่มีใช้การขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศด้วย (non-international armed conflicts)

ดังนั้นกรณีการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศที่รวมถึงความรุนแรงหรือความตึงเครียดภายในประเทศจะต้องมีการกำหนดลักษณะและองค์ประกอบของการกระทำให้มีความชัดเจน เพื่อให้ศาลสามารถดำเนินการพิจารณาคดีได้อย่างมีประสิทธิภาพ และเป็นไปในลักษณะเดียวกัน โดยการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงครามที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศควรจะอยู่ภายใต้หลักการเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นการขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศหรือไม่ใช่ระหว่างประเทศ และศาลอาญาระหว่างประเทศควรมีเขตอำนาจที่จะพิจารณาคดีที่ถือว่าเป็นอาชญากรรมร้ายแรงที่สุดที่ส่งผลกระทบต่อสังคมระหว่างประเทศตามที่กำหนดไว้ในอารัมภบทของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

สรุป การละเมิดอย่างร้ายแรงต่อความคุ้มครองภายใต้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดและต่อบุคคลที่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองเช่นว่านั้นเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงตามกฎหมายมนุษยธรรม

ระหว่างประเทศและถือเป็นอาชญากรรมสงคราม ซึ่งสามารถบังคับคดีได้ในศาลอาญาระหว่างประเทศนอกเหนือจากศาลอาญาภายในประเทศตามหลักเขตอำนาจศาลทั่วไป

ดังนั้นในมาตรการการบังคับต่อความรับผิดชอบในกรณีที่มีความผิดเกิดขึ้นจะมีขั้นตอนอย่างไร และมีมาตรการในการเยียวยาหรือไม่อย่างไรนั้น จะเป็นการศึกษาในลำดับต่อไป

### 3.2.3 การเยียวยาและความรับผิดชอบ

เมื่อมีการละเมิดก็จะต้องมีผู้เสียหายหรือเหยื่อผู้เคราะห์ร้ายจากการกระทำละเมิดนั้น ซึ่งโดยปกติแล้วผู้ที่ได้รับเคราะห์หรือเสียหายตามการละเมิดนี้มักจะเป็นเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานที่เป็นกลางไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใดเช่น เจ้าหน้าที่ของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศหรือเจ้าหน้าที่จากประเทศที่เป็นกลางที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการขัดกันทางอาวุธ หรือเจ้าหน้าที่ที่คอยให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรมของคู่อริทางอาวุธนั่นเอง โดยการศึกษาในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาต่อเนื่องจากการที่ความรับผิดชอบในการกระทำเกิดขึ้นในส่วนที่ผ่านมาว่า เมื่อมีการละเมิดแล้วจะมีการนำผู้กระทำผิดไปสู่ศาลอย่างไรและมีการเยียวยาผู้เสียหายอย่างไร โดยประเทศต่างๆ มีพันธกรณีอย่างไรในเรื่องนี้ ดังจะได้ศึกษาเป็นลำดับต่อไป

#### 1) หลักการตามกฎหมายในการเยียวยาและความรับผิดชอบ

ตามพันธกรณีของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ภาควีแห่งอนุสัญญาต้องมีมาตรการที่จำเป็นเพื่อใช้อย่างมีประสิทธิภาพทางอาญาแก่ผู้กระทำผิดหรือการออกคำสั่งเช่นว่านั้นต่อการละเมิดอย่างร้ายแรง ซึ่งบัญญัติในอนุสัญญานี้ไว้ ดังนี้<sup>176</sup>

(1) การกระทำความผิดต่อบุคคลผู้ได้รับความคุ้มครองโดยอนุสัญญาเจนีวา 1949 โดยการฆ่าโดยเจตนา ทรมาน หรือกระทำอย่างไร้มนุษยธรรม รวมถึงการนำไปทดลองชีวภาพ เจตนาทำให้ทุกทรมานอย่างมาก หรือทำให้เกิดการบาดเจ็บสาหัสต่อร่างกายหรือสุขภาพ

(2) การกระทำความผิดต่อผู้ได้รับบาดเจ็บ ผู้ป่วยไข้ ผู้ซึ่งเรืออัปปาง และพลเรือน เจตนาและต้องการทำลายอย่างกว้างขวาง และไม่เหมาะสมต่อทรัพย์สิน ซึ่งไม่เป็นที่ยอมรับโดยหลักความจำเป็นทางทหาร

(3) การกระทำความผิดต่อเชลยศึกหรือพลเรือนโดยการบังคับคนเหล่านั้นให้ทำงานในกองทัพของคู่อริ หรือปฏิเสธสิทธิที่จะได้รับการไต่สวนอย่างเหมาะสมและเป็นธรรม

<sup>176</sup> Jean Pictet, *Humanitarian Law and the Protection of War Victims*, (Geneva: A.W. Sijthoff-Leyden, 1975), pp. 69-70.

(4) การกระทำความผิดต่อพลเรือนโดยการขับออกนอกประเทศอย่างไม่ชอบด้วยกฎหมาย อพยพหรือกักขังอย่างไม่ชอบด้วยกฎหมาย (unlawful confinement) หรือจับเป็นตัวประกัน

บทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับอาชญากรรมสงครามจากการกระทำละเมิดอย่างร้ายแรงตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้รวมเอาความผิดฐานอาชญากรรมสงครามในการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดโดยล่องลงไว้ด้วย<sup>177</sup> ซึ่งในการบัญญัติ พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ปี 1977 ก็ได้เพิ่มความผิดฐานใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดโดยล่องลงไว้ในข้อ 85(f) ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 อย่างไรก็ตามก็ตีศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียได้วางหลักเกี่ยวกับองค์ประกอบของการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไว้ในข้อ 3 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียในคดีทาดิค ดังนี้<sup>178</sup>

1. การละเมิดต้องก่อให้เกิดการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ
2. กฎเกณฑ์ต้องเป็นจารีตประเพณีโดยทั่วไปหรือเป็นกฎเกณฑ์กฎหมายตามสนธิสัญญาเงื่อนไขต้องเป็นที่ยอมรับ (Must be satisfied)
3. การละเมิดต้องร้ายแรง (Serious) และต้องเป็นการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ที่สำคัญด้วยภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาเป็นส่วนตัวต่อผู้กระทำการละเมิดเท่านั้น

ซึ่งการละเมิดอย่างร้ายแรง (Grave breaches) ตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 และ 2 นั้นถือเป็นอาชญากรรมสงครามที่ร้ายแรง ทุกรัฐย่อมมีเขตอำนาจสากล (Universal Jurisdiction) เหนือการกระทำความผิดดังกล่าว หากรัฐซึ่งความผิดได้เกิดขึ้น หรือคนสัญชาติของตนได้กระทำความผิด รัฐนั้นไม่ดำเนินการทางกฎหมายต่อผู้กระทำความผิด หรือไม่อาจดำเนินการได้ด้วยวิธีใด ก็ควรจะส่งตัวผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดฐานอาชญากรรมสงครามนั้นไปยังประเทศภาคีอนุสัญญาเจนีวา เพื่อดำเนินการตามกฎหมายต่อไป

ร่างบทบัญญัติความรับผิดชอบของรัฐ (Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts) ของกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศข้อ 58 ได้ระบุว่า แม้ว่า

<sup>177</sup> See, *Ibid.*, p. 70, n. 1.

<sup>178</sup> Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 157.



รัฐจะมีความรับผิดชอบในการกระทำใดๆ ที่ตัวแทนของรัฐกระทำการในฐานะตัวแทนแห่งรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ปัจเจกชนก็อาจจะต้องรับผิดชอบได้ในกรณีความผิดอาญาสำหรับการกระทำอันเดียวกันนั้น<sup>179</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งการฝ่าฝืนกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและกฎหมายอาชญากรรมอื่นๆ<sup>180</sup> ซึ่งเป็นการเปิดประเด็นความเป็นไปได้ของความรับผิดชอบของพลเรือนเป็นส่วนตัวสำหรับอาชญากรรมดังกล่าว<sup>181</sup>

## 2) กลไกการลงโทษผู้กระทำความผิด

อนุสัญญาเจนีวา 1949 ได้เรียกร้องรัฐภาคีที่จะมีมาตรการทางกฎหมายเพื่อลงโทษแก่การกระทำที่เป็นการละเมิดต่ออนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาดังกล่าว รวมถึงหน้าที่ในการแสวงหาตัวผู้กระทำความผิดหรือได้มีคำสั่งให้กระทำการละเมิดอันร้ายแรงนั้นๆ ซึ่งรัฐภาคีชอบที่จะส่งมอบบุคคลผู้ต้องสงสัยเช่นนั้นเพื่อการไต่สวนยังประเทศอื่นได้ ในกรณีนี้อัครภาคีผู้ซึ่งจะนำตัวบุคคลผู้ต้องสงสัยไปทำการไต่สวนยังประเทศที่สามนั้นจะต้องมีหลักฐานที่เพียงพอเพื่อแสดงว่าข้อกล่าวหาต่อบุคคลผู้ต้องสงสัยนั้นมีมูล อีกทั้งรัฐภาคีชอบที่จะมีมาตรการเท่าที่จำเป็นเพื่อการปราบปรามการละเมิดอย่างอื่นนอกเหนือจากการละเมิดอย่างร้ายแรงด้วย<sup>182</sup> ซึ่งศาลภายในยังคงมีบทบาทสำคัญในการดำเนินคดีต่อผู้ซึ่งกระทำการละเมิดอย่างร้ายแรงเป็นส่วนบุคคลโดยไม่ต้องคำนึงถึงสัญชาติ<sup>183</sup>

แต่ระบบดังกล่าวได้ปรากฏอย่างชัดเจนถึงความอ่อนแอของระบบอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้โดยในทางปฏิบัติรัฐภาคีซึ่งไม่ได้เข้าร่วมในการชดเชยทางอาญายังคงลงเหลือที่จะปฏิบัติตามข้อผูกพันข้างต้น ในการนำตัวจำเลยหรือผู้ต้องหามาไต่สวน<sup>184</sup> ซึ่งประเด็นนี้จะมีส่วนที่เป็นปัญหาที่เกี่ยวข้อง คือ ถ้ารัฐใดไม่ปรารถนาที่จะลงโทษฐานอาชญากรรมสงครามต่อผู้ซึ่งอาศัยอยู่ในอาณาเขตของตน ก็แสดงให้เห็นได้ถึงความไม่มั่นคงของรัฐอื่นๆ ในการให้ความปลอดภัย การส่งผู้ร้าย

<sup>179</sup> International Law Commission, Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts, adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001), article 58.

<sup>180</sup> Klabbers and J. Klabbers, *An Introduction to International Law*, (Cambridge, 2002) pp. 254-255.

<sup>181</sup> *Ibid.*, p. 177.

<sup>182</sup> GC I, article 49, GC II, article 50, GC III, article 129 and GC IV, article 46.

<sup>183</sup> API, article 85-91.

<sup>184</sup> John F. Murphy, *International Crimes*, vol. 2, in Oscar Schachter and Christopher C. Joyner, ed. *United Nations Legal Order*, (Cambridge: CU press, 1995), p. 1013.

ข้ามแดนซึ่งตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ได้อนุญาตอย่างชัดเจน ดังนั้นทางออกเท่าที่ผ่านมาของ อาชญากรรมต่างๆ ก็คือการส่งตัวผู้กระทำผิดไปยังประเทศที่ไม่มีความปรารถนาที่จะลงโทษฐาน อาชญากรรมสงคราม และไม่มีข้อตกลงการส่งผู้ร้ายข้ามแดน<sup>185</sup>

ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 นั้น ผู้บังคับบัญชาจะเป็นผู้รับผิดชอบในการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศแต่เพียงผู้เดียว ต่อมากฎหมายระหว่างประเทศได้เปลี่ยนแปลงให้ผู้บังคับบัญชาที่กระทำความผิดตามคำสั่งที่ได้รับมา มีความรับผิดชอบส่วนบุคคลสำหรับการกระทำนั้น แต่อย่างไรก็ตามผู้บังคับบัญชาก็ยังต้องรับผิดชอบสำหรับการสั่งการให้ผู้บังคับบัญชาของตนกระทำการอันเป็นอาชญากรรมสงคราม<sup>186</sup> พิจารณาได้จากกรณีที่พิธีสารฉบับที่ 1 ซึ่งได้กำหนดหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาไว้ในข้อ 85-87

ข้อบทนี้ นอกจากผู้บังคับบัญชาจะมีความรับผิดชอบ ในกรณีที่ออกคำสั่งให้กระทำการอันเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว หากผู้บังคับบัญชารู้หรือควรจะรู้ว่าอาชญากรรมจะ ได้กระทำขึ้น หรือมีอำนาจแทรกแซงการกระทำอาชญากรรมนั้น และมีความรับผิดชอบพิเศษ ในเรื่องที่เป็นปัญหานั้นแล้ว แต่ไม่พยายามป้องกันไม่ให้อาชญากรรมนั้นเกิดขึ้น จะถือว่า ผู้บังคับบัญชาละเมิดโดยการละเว้นการกระทำ ซึ่งทำให้ผู้บังคับบัญชาจะต้องรับผิดชอบในการก่อ อาชญากรรมสงครามของผู้บังคับบัญชาของตนด้วย<sup>187</sup>

ในส่วนของกรณีการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศ อนุสัญญาเจนีวา 1949 โดย ข้อ 3 ร่วมและพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 2 ได้สร้างหลักเกณฑ์ซึ่งครอบคลุมถึง อาชญากรรมจากการขัดแย้งเช่นว่านั้นด้วย ดังนั้นรัฐภาคีจึงมีสิทธิที่จะลงโทษต่อการละเมิดเช่นว่า นั้น แม้ว่าในปี 1990 ยังมีบางคนกล่าวว่า "กฎเรื่องความรับผิดชอบระหว่างประเทศสำหรับการละเมิด ต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ใช้ได้กับการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศยังไม่

<sup>185</sup> API, article 88 and 89.

<sup>186</sup> See, Ilias Bantekan, "the Contemporary Law of superior Responsibility", *American Journal of International Law* No.3 vol.93 (July 1999), pp. 573-595.; Maurice Aubert, "the Question of superior orders and the Responsibility of Commanding Officers on the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and relating to the protecting of victims of international armed conflicts (Protocol of 8 June 1977)", *International Review of the Red Cross* No. 263 (March-April 1988), pp. 105-119.

<sup>187</sup> กนกวรรณ ภิบาลชนม์ "อาชญากรรมสงคราม ปัญหาและสู่ทางในการดำเนินคดีและการลงโทษ อาชญากรรมสงคราม," *วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขากฎหมายระหว่างประเทศ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538, หน้า 83-86.*

มี”<sup>188</sup> แต่กระนั้นในการรับรองธรรมนูญก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศวันดา โดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้มีหลักข้อกฎหมายที่ใช้บังคับที่ว่า การไม่ปฏิบัติตามกฎหมายมนุษยธรรมพื้นฐานถือเป็นการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศซึ่งเกิดได้แม้ในสงครามกลางเมือง<sup>189</sup>

ดังนั้นโดยรวมแล้วยังคงเป็นปัญหาเกี่ยวกับมาตรการในการลงโทษตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ซึ่งปรากฏว่าเป็นความอ่อนไหวอย่างยิ่งในระบบ ซึ่งยังเห็นว่ารัฐยังคงลังเลที่จะลงโทษคนของตัวเองจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ อีกทั้งศาลก็รู้สึกลำบากใจเช่นกันที่จะแสดงออกอย่างเป็นทางการเมืองของรัฐบาลของตนที่เกี่ยวข้อง<sup>190</sup>

ทั้งนี้อนุสัญญาเจนีวา 1949 ยังให้มีมาตรการไต่สวนได้แม้ในยามสงครามเพื่อเป็นการให้ความเป็นธรรมแก่ผู้บริสุทธิ์ในกรณีที่สงครามมีการต่อสู้ที่ยืดเยื้อ

### 3) การเยียวยาผู้เสียหาย

การชำระค่าสินไหมและค่าทดแทน เป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่ยึดถือและยอมรับกันมานาน ซึ่งการไต่สวนเป็นไปได้อ่อนช้อยเนื่องจากบ่อยครั้งการชำระค่าสินไหมและค่าทดแทนเป็นการกระทำโดยรัฐภาคีแทนที่จะเป็นปัจเจกชน ซึ่งกระบวนการดังกล่าวมักจะเสร็จสิ้นโดยการยุติการเมืองมากกว่าการกระทำทางกระบวนการยุติธรรม<sup>191</sup> ซึ่งการชำระค่าสินไหมได้ระบุไว้ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 และ พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ปี 1977 ดังนี้

<sup>188</sup> Denise Plattner, “the Penal Repression of Violations of International Humanitarian Law in Non-international Armed Conflicts,” *International Review of the Red Cross*, no. 278, September-October 1990, (Geneva: 1990), p. 419.

<sup>189</sup> Adam Roberts, “the Law of War: Problems of Implementation in Contemporary Conflicts,” *Law in Humanitarian Crises*, vol. I, (Bruxelles, Luxembourg: CECA-CE-CEEA, 1995), pp. 67-69.

<sup>190</sup> Jacques Verhaegen, “Legal Obstacles to Procecution of Breaches of Humanitarian Law,” *International Review of the Red Cross*, no. 261, November-December 1987, (Geneva: 1987), pp. 607-620.

<sup>191</sup> Adam Roberts, “the Law of War: Problems of Implementation in Contemporary Conflicts,” *Law in Humanitarian Crises*, vol. I, p. 39.

“ภาคีคู่พิพาทซึ่งละเมิดบทบัญญัติของอนุสัญญาหรือของพิธีสารนี้ ต้องมีภาระต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนแล้วแต่กรณี ภาคีนั้นต้องรับผิดชอบต่อการกระทำทั้งปวงที่กระทำโดยบุคคลที่เป็นส่วนหนึ่งของกองทัพภาคีนั้น”<sup>192</sup>

โดยหลักการแล้วตามกฎหมายระหว่างประเทศ ประเทศเจ้าของสัญชาติของบุคคลสัญชาติผู้กระทำความผิดจะต้องมีมาตรการในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมภายในประเทศ หรือประเทศเจ้าของสัญชาติผู้กระทำความผิดไม่ดำเนินการหรือเพิกเฉย จึงจำต้องนำคดีความมาสู่กระบวนการยุติธรรมระหว่างประเทศ ในที่นี้คงจะกล่าวถึงเฉพาะศาลอาญาระหว่างประเทศเท่านั้น

โดยการเยียวยา หรือดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมภายในประเทศเจ้าของสัญชาติของบุคคลผู้กระทำความผิดนั้น ก็คือการทำที่ประเทศเจ้าของสัญชาติของบุคคลผู้กระทำความผิดจะได้ใช้ความพยายามในการแสวงหาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษโดยผ่านกระบวนการยุติธรรมภายในประเทศนั้นๆ ก่อน อย่างเป็นทางการตามสิทธิของผู้กระทำความผิดพึงจะได้รับตามหลัก due process กล่าวคือให้ผู้ต้องหาได้มีทนาย ได้ให้การตอบโต้ข้อกล่าวหา ตรวจสอบพยานหลักฐานต่างๆ และให้ตรวจสอบพยานหลักฐานของตนได้ รวมถึง การได้รับความช่วยเหลืออื่นใดตามความเหมาะสม

ในกรณีผู้กระทำความผิดฐานอาชญากรรมสงครามเป็นพลรบที่ย่อมตกอยู่ในอำนาจของศาลทหาร ซึ่งคาดว่าทุกประเทศก็จะมีระเบียบการทหารที่รองรับเกี่ยวกับการกระทำความผิดและการลงโทษเนื่องจากการกระทำความผิดดังกล่าวด้วย ส่วนกรณีความผิดที่กระทำโดยพลเรือนที่ย่อมต้องผ่านกระบวนการทางอาญาของพลเรือนตามปกติ

จากหลักเรื่องการใช้กระบวนการภายในนั้น มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่กระบวนการภายในประเทศภาคีอนุสัญญาเจนีวา 1949 นั้นจะต้องมีกฎหมายอนุวัติการรองรับความผิดและบทลงโทษต่อความผิดดังกล่าวด้วย

ความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม ซึ่งถือเป็นความผิดอาญา ดังนั้นผลจากการกระทำความผิดนั้น ย่อมมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษ ไม่ว่าจะเป็นโทษจำคุก หรือโทษประหารชีวิต (ถ้ามี) ซึ่งถือเป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้นๆ ดังนั้นหลักการของกฎหมายอาญาจึงมีหลักการที่สำคัญคือ *nullum crimen, nulla poena, sine lege* กล่าวคือไม่มีกฎหมาย ไม่มี

<sup>192</sup> API, article 91 and GCI art 51, GCII, article 52, GCIII, article 131 and GCIV, article 148.

ความผิด ไม่มีโทษ ดังนั้นจึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีกฎหมายภายในที่บัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานอาชญากรรมสงครามนี้โดยเฉพาะ

บางประเทศอาจจะอ้างว่า การที่มีกฎหมายอาญาก็เพียงพออยู่แล้ว แต่อย่าลืมหลักการที่สำคัญ หลักการของกฎหมายอาญาที่ว่า โทษอาญาเป็นเรื่องสำคัญมากอันกระทบหรือลิดรอนสิทธิเสรีภาพของมนุษย์ได้ ดังนั้นการตีความกฎหมายอาญานั้นจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องตีความตามตัวอักษรโดยตรง ดังนั้น การที่จะเอากฎหมายอาญามาปรับใช้กับการกระทำความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม ซึ่งเป็นการกระทำความผิดในยามที่มีการขัดกันทางอาวุธซึ่งแตกต่างจากสถานการณ์ปกตินั้น การนำกฎหมายอาญามาบังคับใช้โดยอนุโลมเห็นจะเป็นไปไม่ได้อย่างแน่นอน

ดังได้กล่าวมาข้างต้นเกี่ยวกับความผิดฐานอาชญากรรมสงครามที่เป็นความผิดที่มีลักษณะเฉพาะ และเป็นความผิดอาญาด้วย การจะนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษนั้น จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติถึงความผิดนั้นโดยตรง เพราะกฎหมายอาญานั้นจะตีความตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัดเท่านั้น ดังนั้น ประเทศภาคีเพื่อให้อุดคล้องกับอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ในส่วนที่เกี่ยวกับการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดจำต้องบัญญัติเป็นกฎหมายเฉพาะที่ระบุความผิดที่เป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงครามอย่างจำเพาะเจาะจงอยู่ในกฎหมายภายในของประเทศภาคี นอกเหนือจากกฎหมายอาญาที่ประเทศภาคีมีอยู่แล้วต่างหากด้วย

โดยสรุปในการกระทำความผิดฐานอาชญากรรมสงครามที่จะต้องใช้มาตรการภายในก่อนประเทศภาคีจึงจำต้องมีมาตรการภายในเพื่อรองรับกับความผิดนี้โดยเฉพาะ ดังนั้นการมีกฎหมายอาญาให้ครอบคลุมถึงความผิดที่เป็นการกระทำอันเป็นการละเมิดต่อเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดนี้ด้วยจึงจำเป็นอย่างยิ่ง หรืออาจจะมีการกฎหมายเฉพาะที่ใช้กับการกระทำความผิดในยามสงครามให้ครอบคลุมถึงการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดโดยล่อลวงด้วย ซึ่งในปัจจุบันดูเหมือนว่าหลายๆ ประเทศมองข้ามไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศไทยที่ยังไม่มีกฎหมายที่รองรับกับความผิดเฉพาะนี้ ซึ่งถือเป็นการละเมิดในยามสงคราม

### 3.3 การอนุวัติการกฎหมายเพื่อความคุ้มครองภายใต้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด

ในส่วนนี้จะได้กล่าวถึงการอนุวัติการและปัญหาที่เกิดขึ้นจริงนับแต่ในอดีตควบคู่กันไป แม้ช่วงกลางปี 1995 อนุสัญญาเจนีวา 1949 ได้มีสมาชิกเข้าเป็นภาคี 185 ประเทศซึ่งเป็นจำนวน

เดียวกันกับภาคีของสหประชาชาติ แม้ว่ารายชื่อแห่งภาคีทั้งสององค์การนี้จะไม่ตรงกันเสียทีเดียว<sup>193</sup> อีกทั้งในส่วนของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ปี 1977 มีภาคี 138 ประเทศ ในขณะที่ภาคีพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 2 มี 128 ประเทศ ซึ่งในจำนวนประเทศภาคีเท่าที่ปรากฏเหล่านี้พอจะรับรองได้ถึงการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและปัญหาคาดว่าจะมีน้อยมาก แต่กระนั้นก็ยังพบการละเมิดต่อความคุ้มครองภายใต้เครื่องหมายอันเด่นชัดอยู่อย่างแพร่หลาย ซึ่งในส่วนนี้เป็นการสื่อถึงความเคร่งครัดในการให้การรับรองความคุ้มครองภายใต้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดนี้ด้วย

ดังที่จะกล่าวต่อไปในส่วนนี้จะได้มีการแบ่งเป็นสามส่วนด้วยกัน ได้แก่ ส่วนที่หนึ่งการบังคับใช้ให้เป็นไปตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ส่วนที่สองกลไกระบบตรวจตรา ความร่วมมือและการส่งเสริมความรู้ และส่วนสุดท้ายในประเด็นทางการเมืองระหว่างประเทศ

### 3.3.1 การบังคับใช้ให้เป็นไปตามอนุสัญญาเจนีวา 1949

ในส่วนแรกนี้เป็นการศึกษาในส่วนที่เป็นการอนุวัติการกฎหมายภายในรัฐของประเทศภาคีแห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาดังกล่าว โดยจะแบ่งเป็นสองส่วนคือ มาตรการที่เป็นมาตรการระหว่างประเทศและมาตรการภายในประเทศดังนี้

#### 1) มาตรการระหว่างประเทศ

ในการอนุวัติการเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองภายใต้อนุสัญญาเจนีวา 1949 การเคารพต่อประชาชนผู้บริสุทธิ์และการปฏิบัติต่อเชลยศึกอย่างมีมนุษยธรรม รวมถึงการเคารพและให้ความคุ้มครองแก่หน่วยแพทย์ พยาบาล บุคลากรทางการแพทย์ และผู้ให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรม เป็นหลักการสำคัญตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ซึ่งเป็นแนวทางปฏิบัติที่เหล่าพลรบต้องยึดถือในการทำสงคราม

นับตั้งแต่ปี 1990 ซึ่งเป็นจุดเปลี่ยนผัน โดยสังคมระหว่างประเทศได้เรียกร้องให้ประเทศต่างๆ ที่เป็นภาคีอนุสัญญาเจนีวา 1949 นำหลักพื้นฐานเกี่ยวกับการทำสงครามมาปฏิบัติแต่เท่าที่

<sup>193</sup> ประเทศทั้ง 5 ประเทศที่ไม่เป็นภาคีอนุสัญญาเจนีวา 1949 แต่เป็นภาคีขององค์การสหประชาชาติ คือ เอสเตเรีย ลิทัวเนีย มาแชลไอส์แลนด์ มิโครเนเชียและ ปาลัว และ 5 ประเทศที่เป็นภาคีอนุสัญญา 1949 แต่ไม่เป็นภาคีขององค์การสหประชาชาติคือ โอลิซี คิริบาติ สวิตเซอร์แลนด์ ตองกาและตูวาลู ในปัจจุบันมีภาคีอนุสัญญาเจนีวา 1949 ทั้งสี่ฉบับจำนวน 194 ประเทศ พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 จำนวน 167 ประเทศ พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 2 จำนวน 163 ประเทศ และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 จำนวน 25 ประเทศ

ปรากฏ แม้มีการเรียกร้องไม่ว่าจะเป็นโดยการประชุมระหว่างประเทศ การออกมติต่างๆ ของสหประชาชาติ หรือแม้แต่การใช้สื่อเพื่อเรียกร้องถึงความมีมนุษยธรรม แต่ก็ยังมีการละเมิดพันธกรณีอยู่อย่างแพร่หลาย ไม่ว่าจะเป็นการฆาตกรรม การทรมานต่อเหยื่อผู้เคราะห์ร้าย ดังนั้นในการอนุวัติการกฎหมายภายในของประเทศภาคีจะหาวิถีทางใดที่จะคุ้มครองผู้เคราะห์ร้ายเหล่านั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ กล่าวคือการสังหารผู้บริสุทธิ์ลดลง การทรมานมีน้อยลงหรือไม่มีเลย รวมถึงที่จะกล่าวไว้ในที่นี้คือ การที่บุคคลที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดนั้นจะได้รับความเคารพและความคุ้มครองตามเจตนารมณ์ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 อย่างแท้จริง

ในการอนุวัติการอนุสัญญาเจนีวา 1949 นั้นเป็นไปได้หลายแนวทางซึ่งในอดีตที่ผ่านมา ก็เห็นได้ว่าประเทศภาคีทั้งหลายพยายามอย่างยิ่งในการนำข้อตกลงมาปรับใช้กับประเทศและหน่วยงานที่รับผิดชอบของตนเอง แต่ถึงกระนั้นก็ยังคงมีปัญหาประสพความล้มเหลวในการปฏิบัติ ดังนั้นในวัตถุประสงค์ของการที่ต้องทำการศึกษาเกี่ยวกับเรื่องการอนุวัติการเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายนี้ก็คือการที่จะมีความเข้าใจว่าการอนุวัติการเพื่อให้กฎหมายมีประสิทธิภาพ หรือบรรลุวัตถุประสงค์ตามข้อผูกพันนั้นควรจะทำเช่นไร และมีอุปสรรคใดที่ขัดขวางไม่ให้บรรลุวัตถุประสงค์เช่นนั้นได้ หรือเหตุใดการปฏิบัติเพื่อให้เป็นไปตามพันธกรณีเช่นนั้นจึงล้มเหลว ดังนั้นพอจะจำแนกการอนุวัติการกฎหมายออกได้ 3 ส่วนดังนี้<sup>194</sup>

1. ในยามสงบควรมี การฝึกอบรม การเรียนการสอน และการวางแผน ควรจะถูกรวมเข้าในกิจการของกองทัพด้วย
2. ในการครอบครองพื้นที่ หรือยามสงคราม ประเทศที่ครอบครองพื้นที่ หรือที่เกิดสงครามควรมี วิธีสับัญญัติ กฎ ระเบียบ คำสั่งต่อทำที่ของรัฐบาลและกองกำลังที่มีส่วนเกี่ยวข้อง สิ่งที่พลรบควรกระทำในยามสงคราม หรือภายหลังสงคราม และยังรวมถึงความผิดในเรื่องการละเมิดข้อระเบียบดังกล่าวด้วย
3. ทำที่ของฝ่ายที่สาม ซึ่งหมายถึงผู้ซึ่งไม่ได้เข้าร่วมโดยตรงในการขัดกันทางอาวุธ ซึ่งอาจจะเป็นรัฐ หน่วยงานที่ไม่ใช่รัฐบาล และองค์การระหว่างประเทศ ทั้งนี้เพื่อวัตถุประสงค์ในการดูแลพลรบในการปฏิบัติตามระเบียบในการรบ รวมถึงการกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนหลักสำคัญของกฎระเบียบดังกล่าว

<sup>194</sup> Adam Roberts, "the Law of War: Problems of Implementation in Contemporary Conflicts," Law in Humanitarian Crises, vol. I, p. 16.



บ่อยครั้งที่เราอาจมองว่าการนำกฎหมายมาอนุวัติการหรือมาปรับใช้ให้เกิดผลมากที่สุด น่าจะเป็นการกระทำโดยผ่านทาง การเรียนการสอน การฝึกอบรม การจัดการที่ดีของกองทัพ อีกทั้ง มีบทความมากมายที่เขียนโดยผ่านทางวารสารกฎหมายต่างๆ แต่ความเป็นจริงแล้วสิ่งที่สำคัญที่สุดในการนำกฎหมายมาอนุวัติการที่มีประสิทธิภาพก็คือ การที่พลรบเอาเนื้อหาที่มีในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ไปปฏิบัติให้อย่างมีประสิทธิภาพนั่นเอง ซึ่งนี่เป็นหัวใจหลักของการอนุวัติการ

การอนุวัติการอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 อาจกระทำได้โดยผ่านหลายช่องทาง เช่น ข้อมติของรัฐบาล กฎหมาย ศาล รวมถึงศาลทหาร คณะกรรมการสอบสวน คู่มือทางการทหาร ระเบียบการผูกพัน (Rules of engagement) และ ระหว่างการฝึกอบรมและการเรียนการสอน ซึ่งหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศ ได้วางหลักการไว้ซึ่งกรณีต่างๆ ในคดีส่วนใหญ่จะเป็นบทบาทหน้าที่ของศาลภายในที่ไม่ใช่ศาลระหว่างประเทศ

แต่อย่างไรก็ตาม ฝ่ายที่สามไม่ว่าจะเป็นในประเทศที่เป็นกลาง หน่วยงานที่ไม่ใช่หน่วยงานของรัฐ หรือองค์การระหว่างประเทศ ก็ยังคงมีบทบาทสำคัญต่อการปฏิบัติให้เป็นไปตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 อยู่ อย่างเช่น ประเทศที่เป็นกลางอาจจะใช้อิทธิพลต่อการกระทำของพลรบโดยผ่านทาง การกดดันทางการทูตทั้งทางสาธารณะ หรือเป็นส่วนบุคคล การโน้มน้าวทางเศรษฐกิจ การห้ามการค้าขาย หรือแม้กระทั่งการใช้กำลังทางการทหาร แต่ก็บ่อยครั้งที่ประเทศที่เป็นกลางเหล่านั้นล้มที่จะกระทำเช่นนั้นอันเนื่องมาจากเหตุผลทางความสัมพันธ์และประโยชน์ทางการเมือง

การอนุวัติการยังหมายรวมถึง กระบวนการต่างๆ ที่รองรับการกระทำความผิดอันเนื่องมาจากข้อตกลงหรือการละเมิดที่เป็นอาชญากรรมสงครามด้วย นั่นคือมาตรการไต่สวนข้อเท็จจริงและกระบวนการทางศาลที่เพียงพอรวมถึงการลงโทษต่อผู้กระทำผิดด้วย ซึ่งในกระบวนการนี้จำเป็นต้องมีการตรวจตรา การเจรจาและการหาข้อเท็จจริงเพื่อให้ความมั่นคงแก่การอนุวัติการนี้ด้วย

แม้ว่าหน่วยงานทางการแพทย์ในยามสงครามจะอยู่ภายใต้กฎระเบียบของกองทัพและภายใต้การควบคุมในฐานะผู้ช่วยของกองทัพ แต่องค์กรดังกล่าวก็จะมีอิสระในการดำเนินการอย่างไม่เลือกปฏิบัติต่อเหยื่อผู้เคราะห์ร้ายไม่ว่าจะเป็นฝ่ายใด และการกระทำตามกรอบอำนาจที่อนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ให้อำนาจนั้น ไม่ถือว่าขัดระเบียบ

ในการอนุวัติการตามกลไกต่างๆ ยังมีอีกหลายช่องทางที่จะทำได้โดยความสัมพันธ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่มีสถานภาพเท่าเทียมกัน อาจใช้ช่องทางทางการทูตในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจและในสถานการณ์ความทารุณโหดร้ายของสงครามในประเทศนั้นได้

สื่อก็เป็นช่องทางหนึ่งที่ใช้ได้ผลเสมอ ไม่ว่าจะโดยผ่านทางระบบโทรทัศน์ วิทยุ หรือการข่าว ซึ่งตัวอย่างที่ดีเกี่ยวกับเรื่องนี้เห็นได้จากกรณีการสังหารหมู่ในมายไล (My Lai massacre) ที่เวียดนาม ในปี 1968 ที่ได้ถูกเปิดเผยโดยสื่อ<sup>195</sup> และการเปิดเผยระบอบความทารุณโหดร้ายต่อมนุษย์ (Inhuman Regime) ในค่ายกักกันบางแห่งในอดีตยูโกสลาเวีย บางครั้งการปรากฏของกองกำลังรักษาสันติภาพของสหประชาชาติในพื้นที่ก็ช่วยให้ทราบเกี่ยวกับอาชญากรรมสงครามได้<sup>196</sup>

มาตรการทางปกครองก็ย่อมมีส่วนสำคัญในการนำมาซึ่งการปฏิบัติตามกฎหมายกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศโดยเจ้าหน้าที่ที่สามารถตรวจสอบและรายงาน ซึ่งเป็นการรวบรวมข้อเท็จจริง รวมถึงการตรวจตราและเปลี่ยนแปลงนโยบายของรัฐให้สอดคล้องกับการอนุวัติการกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศโดยรายงานดังกล่าวได้เกิดผลกระทบต่อ การเปลี่ยนแปลงมาตรฐานกฎหมายในรัฐบาลของอังกฤษ อันมีสาเหตุมาจากเหตุการณ์ทบทวนของ ไอร์แลนด์เหนือในช่วงปี 1968 ถึง 1994 ซึ่งในรายงานได้กล่าวถึงมาตรฐานการใช้หลักเกณฑ์ระหว่างประเทศมาใช้ในประเทศจนถึงปี 1972 ยังไม่มีความเคลื่อนไหวมาก โดยเฉพาะหลักเกณฑ์ มาตรา 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวา 1949 แล้วต่อมารายงานของลอร์ดการ์ดินเนอร์ (Lord Gardiner) เกี่ยวกับเรื่องชนกลุ่มน้อยก็ได้รับการยอมรับโดยรัฐบาลอังกฤษ ซึ่งถือเป็นตัวอย่างที่น่าสนใจในการใช้หลักเกณฑ์ระหว่างประเทศอย่างกว้างขวางมาใช้ได้แม้กระทั่งในการขัดแย้งภายในและหลักเกณฑ์ต่างๆ ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ยังได้รับการรับรองด้วย<sup>197</sup>

ในช่วงปี 1982 ที่อิสราเอลแทรกแซงในเลบานอน มีการสังหารหมู่ชาวปาเลสไตน์ ที่ซาบรา (Sabra) และค่ายชาทิล่า (Shatilla Camps) ในเมืองเบรุต (Beirut) ในเดือนกันยายน 1982 ซึ่งได้มีรายงานของเจ้าหน้าที่อิสราเอล ซึ่งเป็นผู้ช่วยในการรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสถานการณ์

<sup>195</sup> การสังหารหมู่ที่มายไล เวียดนามได้ถูกเผยแพร่โดยรายงานของ Seymour Hersh ซึ่งปรากฏในข่าวหนังสือพิมพ์หลายฉบับในวันที่ 13 และ 20 พฤศจิกายน 1969 ซึ่งนำไปสู่การตรวจสอบ โดยการปฏิบัติการของ นายพล William R. Peers., cit., Adam Roberts, "the Law of War: Problems of Implementation in Contemporary Conflicts," *Law in Humanitarian Crises*, vol. I, p. 41.

<sup>196</sup> Adam Roberts, "the Law of War: Problems of Implementation in Contemporary Conflicts," *Law in Humanitarian Crises*, vol. I, p. 41.

<sup>197</sup> The Committee of Privy Counsellors Appointed to Consider Authorized Procedures for the International of Persons Suspected of Terrorism, Report, Cmnd 4901, (1972), pp. 1-2 and 11-23.

ดังกล่าว ในรายงานได้มีการเตือนอิสราเอลถึงการสร้างมาตรฐานที่ดี ที่จะไม่เพียงใช้กับกองทัพของอิสราเอลเท่านั้น แต่ยังรวมถึงกิจการทั้งปวงที่เกี่ยวข้องกับทางการทหารของอิสราเอลด้วย<sup>198</sup>

นอกจากนั้น คณะกรรมการไม่เป็นทางการ ซึ่งก่อตั้งโดยองค์การพัฒนาเอกชน (NGOs) สามารถมีบทบาทในการแสวงหาข้อเท็จจริงและชี้แจงหลักเกณฑ์ในข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ได้ ตัวอย่างเช่น กรณีการรุกรานเลบานอนของอิสราเอลในปี 1982 ได้มีการรายงานถึงสถานการณ์ความขัดแย้งในเลบานอนโดยคณะกรรมการระหว่างประเทศ ทั้งนี้คณะกรรมการดังกล่าวได้ดำเนินการตรวจสอบและรายงานการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศโดยอิสราเอลในช่วงการรุกรานสู่ประเทศเลบานอน ซึ่งคณะกรรมการระหว่างประเทศนี้เป็นคณะทำงานอิสระ

องค์การภูมิภาคสามารถช่วยเตือนภาคีแห่งการพิพาทถึงมาตรฐานทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้ โดยผ่านตัวแทนของประเทศ ผู้บริหารหรือส่วนของตัวแทนทางนิติบัญญัติได้ โดยตัวอย่างในอดีตที่มี คือสหภาพยุโรปโดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ดำเนินการกับคดีต่างๆ หลายคดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีจากไอร์แลนด์เหนือ<sup>199</sup> อีกทั้งในส่วนของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปมีบทบาทสำคัญยิ่งในการจัดการกับประเด็นที่เกิดขึ้นจากการขัดกันทางอาวุธ เช่น กรณีคดีไซปรัสกับตุรกี<sup>200</sup> อีกทั้งในระดับการเมือง ประชาคมยุโรปได้คัดค้านอิสราเอลต่อนโยบายของอิสราเอลเกี่ยวกับการยึดครองดินแดน ทั้งยังระงับหรือหน่วงการให้สัตยาบันต่อข้อตกลงทางการค้าต่ออิสราเอล

การเข้ามามีส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศของสหประชาชาติโดย พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ปี 1977 ได้เปิดทางให้สหประชาชาติเข้ามามีบทบาทเกี่ยวกับกฎหมายสงครามโดยระบุว่า

<sup>198</sup> The Kahan Report, Published in Jerusalem in early 1983... cit., Adam Roberts, "the Law of War: Problems of Implementation in Contemporary Conflicts," *Law in Humanitarian Crises*, vol. I, pp. 41-42.

<sup>199</sup> Adam Roberts, "the Law of War: Problems of Implementation in Contemporary Conflicts," *Law in Humanitarian Crises*, vol. I, p. 42.

<sup>200</sup> *International Law Reports*, vol. 62, (Cambridge: Grotius Publications, 1988), pp. 5-10 and 82-83.

“ในสถานการณ์ที่มีการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาหรือต่อพิธีสารนี้ อัครภาคีผู้ทำสัญญาต้องดำเนินการร่วมมือกับสหประชาชาติ และโดยสอดคล้องกับกฎบัตรสหประชาชาติ ทั้งในลักษณะการดำเนินการร่วมกันหรือดำเนินการด้วยตนเอง”<sup>201</sup>

นับแต่กลางปี 1980 สหประชาชาติได้เข้ามามีส่วนร่วมในเรื่องที่เกี่ยวกับกฎหมายสงคราม ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะเป็นบทบาทของ คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติมากกว่า สหประชาชาติ และยิ่งกว่านั้นยังมีการพัฒนาการเกี่ยวกับการพัฒนากฎหมายสงครามโดยสหประชาชาติ ยกตัวอย่างเช่น อนุสัญญาเกี่ยวกับการจำกัดการใช้อาวุธ (The Convention on Conventional Weapons: CCW) กล่าวคือ อนุสัญญาว่าด้วยการห้ามใช้อาวุธเคมี ปี 1993 (Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on Their Destruction, 1993) และอนุสัญญาออกตาวาว่าด้วยการต่อต้านทุ่นระเบิดสังหารบุคคล ปี 1997 (Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction, 18 September 1997) เป็นต้น ในการเข้ามามีส่วนร่วมของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาตินี้ แสดงให้เห็นขอบเขตที่กว้างของประเด็นต่างๆ ที่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติสามารถเข้ามาเกี่ยวข้องได้ ทั้งนี้โดยการทำให้เป็นข้อตกลง อีกทั้งการเข้ามามีส่วนร่วมของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาตินี้ยังแสดงให้เห็นถึงความลำบากในการประกนการอนุวัติการกฎหมายภายในของประเทศภาคีอีกด้วย<sup>202</sup>

ต่อไปนี้เป็นตัวอย่างของการอนุวัติการและความร่วมมือของนานาประเทศรวมทั้งองค์การและหน่วยงานทั้งในและระหว่างประเทศ ดังปรากฏตัวอย่างดังต่อไปนี้

#### รายงานของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ

รายงานของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ ต่อสถานการณ์ในเยเมน (ICRC Report, 1967, Yemen)<sup>203</sup> ในการดำเนินกิจกรรมทางการแพทย์ของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศทางตอนเหนือของเยเมน มีการช่วยเหลือทางการแพทย์แก่ผู้บาดเจ็บและผู้ป่วยในเขตเยเมนบริเวณที่อยู่ภายใต้การควบคุมของฝ่ายกษัตริย์ ซึ่งถือเป็นงานหลักของคณะกรรมการ

<sup>201</sup> API, article 89.

<sup>202</sup> Adam Roberts, “the Law of War: Problems of Implementation in Contemporary Conflicts,” Law in Humanitarian Crises, vol. I, p. 44.

<sup>203</sup> Marco Sassòli and Antine A. Bouvier in co-op with Laura Olson, Nicolas A. Dupic and Lina Milner, How Does Law Protect in War?, pp. 761-762.

กาชาดระหว่างประเทศในช่วงปี ค.ศ. 1967 อย่างไรก็ตามภารกิจดังกล่าวของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศในการให้ความช่วยเหลือเป็นไปด้วยความยากลำบาก เนื่องจากมีเหตุการณ์เกิดขึ้นมากมาย อาทิ

1. เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นที่เมืองจอฟ (Jauf) ในมลฑลเคทัฟ (Ketaf) ในช่วงเดือนมกราคม เหตุการณ์ดังกล่าวสืบเนื่องจากได้มีการจู่โจมทางอากาศเข้าไปในหมู่บ้าน เมื่อวันที่ 5 มกราคม ค.ศ. 1967 ส่งผลให้มีผู้เสียชีวิต 120 คน ซึ่งส่วนใหญ่เป็นผู้หญิงและเด็ก

ผลจากการจู่โจมดังกล่าว คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศจึงได้ทำข้อเรียกร้องไปยังคูร์ณียีพิพาทในวันที่ 31 มกราคม 1967 โดยมีใจความดังนี้

“คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศมีความเป็นห่วงต่อกรณีที่มีการโจมตีทางอากาศต่อประชากรที่เป็นพลเรือน และการใช้แก๊สพิษที่ผ่านมาในบริเวณเยเมนและอาณาเขตประเทศบริเวณใกล้เคียง จากความสูญเสียที่เกิดขึ้นคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศขอเรียกร้องให้ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องเคารพต่อหลักเกณฑ์ของมนุษยธรรมที่ได้รับรับรองที่เป็นสากล หลักคุณธรรม และจริยธรรมระหว่างประเทศและกฎหมาย

คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศให้การสนับสนุนทุกฝ่ายเพื่อที่จะจัดส่งแพทย์และตัวแทนเข้าไปในเยเมนภายใต้สภาวะที่เหมาะสมเพื่อที่จะปฏิบัติงานให้ความช่วยเหลือเหยื่อผู้ประสบภัยจากข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใด

โดยคำนึงถึงสิทธิที่จำเป็นของบุคคลที่ต้องการความช่วยเหลือ คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศจึงขอใช้โอกาสนี้เพื่อยืนยันในหลักทั่วไปว่าจะต้องไม่มีการเผยแพร่ข้อมูลถึงการเข้าไปสังเกตการณ์ของตัวแทนของหน่วยงานใดเพื่อวัตถุประสงค์ในการที่จะเข้าไปปฏิบัติหน้าที่ อีกทั้งการเข้าไปสังเกตการณ์นั้นอาจถูกนำมาเพื่อหาช่องทางในการเจรจา ซึ่งสามารถดำเนินการได้ตลอดเวลาเมื่อมีความจำเป็น”

2. เหตุจู่โจมทางอากาศเมื่อวันที่ 12 พฤษภาคม 1967 ซึ่งมีผู้เสียชีวิต 75 คน ซึ่งคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศมีภารกิจที่ต้องเข้าไปให้ความช่วยเหลือในจุดดังกล่าว ซึ่งภายหลังเหตุจู่โจมทางอากาศสิ้นสุดก็ได้มีการส่งแพทย์ของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศเข้าไปยังฝ่ายรัฐบาลเพื่อเข้าไปสังเกตการณ์และรับรองว่าเขตดังกล่าวเป็นเขตที่ห้ามมีการต่อสู้ที่ต้องห้ามตามอนุสัญญาเจนีวาปี 1925

นับตั้งแต่นั้นมาก็ไม่มีเหตุการณ์ต่างๆ ในลักษณะเช่นนี้รายงานมายังคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศอีกจนกระทั่งสิ้นเดือนมิถุนายน หนึ่งในผู้แทนของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ นายลอร์เรน วุสท์ (Laurent Vust) ผู้ซึ่งทำหน้าที่ในการส่งยาและเวชภัณฑ์ทางเครื่องบิน

ได้ตกเป็นเหยื่อของเหตุความรุนแรงโดยการถูกโจมตีซึ่งเกิดขึ้นในเส้นทางนาจานกิซาน (Najran-Gizan) นายลอร์เรน วุสท์ ได้รับบาดเจ็บสาหัสภายหลังจากเครื่องบินตก และนายลอร์เรน วุสท์ เป็นเพียงผู้เดียวที่รอดชีวิตซึ่งยังคงทุกข์ทรมานจากแผลไฟไหม้จากเหตุการณ์นี้ด้วย และยังคงรับการรักษายาบาลจวบจนสิ้นเดือนธันวาคม ค.ศ.1967

ในเวลาต่อมาเหตุการณ์การละเมิดต่อบุคลากรทางการแพทย์ได้เกิดขึ้นอีก โดยขบวนคุ้มกันของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศถูกข่มขู่โจมตีโดยกลุ่มเบดูอินส์ (Bedouins) ในทะเลทรายจอฟ (Jauf) นายแพทย์หนุ่มชื่อเฟเดอริค เดอ บรอส (Frédéric de Bros) เป็นผู้เคราะห์ร้ายถูกยิงเข้าที่แขนซ้ายส่งผลให้เป็นอัมพาตที่แขนข้างนั้น

ในฤดูใบไม้ร่วง ผลจากความตกลงที่ลงมติที่คาลาทัม (Khartoum) ทางคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศได้เตรียมที่จะยกเลิกการปฏิบัติการทางการแพทย์ภายในสิ้นปี อย่างไรก็ตาม เมื่อถึงเดือนธันวาคมได้มีการต่อสู้ขึ้นอีกในบริเวณซานา (Sanaa) ส่งผลให้คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศยังคงต้องดำเนินการให้ความช่วยเหลือทางการแพทย์ต่อไปในแนวหลังของฝ่ายสนับสนุนราชวงศ์ (Royalist) จากการสำรวจพบว่ามีผู้บาดเจ็บถูกทิ้งอยู่ประมาณ 30 คน และจำเป็นที่จะต้องให้ความช่วยเหลือในทันทีประมาณ 20 คน เนื่องจากได้รับบาดเจ็บสาหัสโดยผู้บาดเจ็บส่วนใหญ่นั้นเป็นผู้หญิงและเด็ก

ในที่สุดจากการที่มีการเริ่มต่อสู้ครั้งใหม่เมื่อวันสิ้นปี ค.ศ.1967 ทางคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศจึงได้มีการเรียกร้องต่อคู่กรณีที่พักพิงเป็นครั้งที่สองอีกครั้งว่าให้เคารพหลักการพื้นฐานทางมนุษยธรรมที่ปรากฏในอนุสัญญาเจนีวา 1949

**ประเทศเลบานอน** สถานการณ์การโจมตีรพพยาบาลฉุกเฉินโดยเฮลิคอปเตอร์ในเลบานอน (Lebanon, Helicopters Attack on Ambulances)<sup>204</sup> ในระหว่างปฏิบัติการทางทหารในบริเวณใกล้กับเมืองนาบาติเย่ (Nabatiyeh) ทางตอนใต้ของเลบานอนเมื่อวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1987 รพพยาบาล 2 คันซึ่งเป็นของกาชาดเลบานอน กับของกลุ่มริซาลี (Risali Movement) ได้ถูกโจมตีจากปืนของเฮลิคอปเตอร์โดยตรง ส่งผลให้เจ้าหน้าที่ปฐมพยาบาลได้รับบาดเจ็บ 1 คน และมีผู้เสียชีวิต 3 คน ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่พยาบาล 2 คน และผู้ป่วย 1 คน

เหตุการณ์ดังกล่าวนี้ถือว่าเป็นอีกเหตุการณ์หนึ่งที่บุคลากรทางการแพทย์ตกเป็นผู้ประสพภัยจากสงครามขณะกำลังปฏิบัติหน้าที่

<sup>204</sup> Marco Sassòli and Antine A. Bouvier in co-op with Laura Olson, Nicolas A. Dupic and Lina Milner, *How Does Law Protect in War?*, pp. 890-891.

คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศในเลบานอน เรียกร้องให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเคารพหลักเกณฑ์การใช้เครื่องหมายกาชาด และเครื่องหมายเสี้ยววงเดือนแดงตลอดเวลาในทุกๆ สถานที่เพื่อเป็นการคุ้มครองบุคลากรที่ให้ความช่วยเหลือผู้ประสบภัยจากสงครามจากข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในเลบานอน

นอกจากนี้ทางคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศได้มีการออกหนังสือถึงกาชาดทั่วโลกเพื่อย้ำว่า เครื่องหมายกาชาดควรที่จะได้รับการเคารพโดยอัตโนมัติเพื่อที่จะนำไปสู่บทบาทสำคัญที่จะช่วยให้การบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและตราสารที่เกี่ยวข้องทั้งอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาดังกล่าว ปี 1977 ให้มีประสิทธิภาพ<sup>205</sup>

จากกรณีตัวอย่างข้างต้นเห็นได้ว่าในทางปฏิบัติได้มีการละเมิดต่อความคุ้มครองภายใต้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดอย่างมากมาย ซึ่งที่ได้นำเสนอนั้นเป็นเพียงบางส่วนของได้มีการนำมาเปิดเผยแล้วเท่านั้น

ดังนั้นจึงพอสรุปได้ว่าแม้มีมาตรการในทางระหว่างประเทศที่เพียงพอในด้านการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้ความเคารพและความคุ้มครองต่อความคุ้มครองภายใต้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด แต่ในทางปฏิบัติ ไม่ว่าจะโดยหน่วยงานของรัฐหรือตัวตนที่ไม่ใช่รัฐยังคงมีการละเมิดต่อความคุ้มครองดังกล่าวอยู่ ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมให้เคร่งครัดยิ่งขึ้น อีกทั้งยังต้องมีความร่วมมือกันในทางระหว่างประเทศที่เหนียวแน่นยิ่งขึ้น โดยหากมีการละเมิดความคุ้มครองดังกล่าวมานานานาประเทศที่ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของการขัดกันทางอาวุธควรจะต้องมีบทบาทที่สำคัญ (play an active role) ในการยื่นมือเข้าไปให้ความช่วยเหลือในการแก้ปัญหาอย่างตั้งใจเพื่อให้การให้ความคุ้มครองต่อการให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรมได้รับความเคารพและเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยผ่านทางความคุ้มครองต่อการปฏิบัติกาชาดภายใต้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดนี้ ซึ่งในการสรุปถึงกลไกต่างๆ และการให้ข้อเสนอแนะที่มากขึ้นจะได้กล่าวในบทสุดท้าย

## 2) มาตรการภายในประเทศ

ต่อไปเป็นมาตรการการอนุวัติการกฎหมายภายในประเทศภาคี มาตรการภายในประเทศคือ การกำกับการปรับใช้กฎหมายตามอนุสัญญากับกลไกต่างๆ ภายในประเทศ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าจวบจนถึงปัจจุบันมีภาคีอนุสัญญาเจนีวา 1949 ทั้งสี่ฉบับจำนวน 194 ประเทศ พิธีสาร

<sup>205</sup> Marco Sassòli and Antine A. Bouvier in co-op with Laura Olson, Nicolas A. Dupic and Lina Milner, *How Does Law Protect in War?*, pp. 902-903.



เพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ปี 1977 จำนวน 167 ประเทศ พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 2 ปี 1977 จำนวน 163 ประเทศ และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ปี 2005 จำนวน 25 ประเทศแต่กระนั้นก็ได้ประกันการให้ความเคารพและคุ้มครองต่อการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดที่ดี โดยยังมีตัวอย่างการอนูวัติการที่เป็นปัญหาอยู่ดังที่จะได้นำเสนอต่อไปเป็นลำดับ

### การบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ<sup>206</sup>

การตรากฎหมายกฎหมายภายในเพื่อใช้บังคับเป็นสิ่งจำเป็นที่จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีประสิทธิภาพ เนื่องจากเราไม่สามารถลงโทษบุคคลที่กระทำผิดร้ายแรงภายใต้ หากรัฐนั้นมิได้มีการตรากฎหมายภายในเพื่อใช้บังคับ ทั้งนี้เป็นไปตามหลัก "ไม่มีกฎหมาย ไม่ความผิด ไม่มีโทษ" (*nulla poena sine lege*)

การละเมิดต่อเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดจะต้องมีการตราเป็นกฎหมายภายใน โดยเฉพาะ เนื่องจากในอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ไม่ได้กำหนดรายละเอียดไว้มากนัก รวมถึงองค์ประกอบความผิดและโทษ ซึ่งจะต้องระบุอย่างเฉพาะเจาะจง

โดยในบางประเทศได้ระบุว่า การละเมิดต่อความคุ้มครองภายใต้เครื่องหมายในภาวะสงครามเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรง ซึ่งเป็นอาชญากรรมสงคราม เป็นอาชญากรรมที่ผิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งต้องมีการลงโทษจำคุกตั้งแต่ 1-5 ปี

ส่วนในยามสงบนั้น การใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดไปในทางการพาณิชย์ โดยปกติแล้วเป็นการละเมิดซึ่งมีโทษปรับตั้งแต่ 100 – 250 เหรียญสหรัฐหรืออเมริกา หรือจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 1 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับด้วยในประเทศอเมริกา<sup>207</sup>

ในยามสงบเกี่ยวกับเรื่องการละเมิดต่อเครื่องหมายนั้นจะเป็นหน้าที่ของสภากาชาดมากกว่าที่จะเป็นความรับผิดชอบของรัฐ แม้ว่าทำที่สุดแล้วจะเป็นความรับผิดชอบของรัฐบาลก็

<sup>206</sup> Marco Sassòli and Antine A. Bouvier in co-op with Laura Olson, Nicolas A. Dupic and Lina Milner, *How Does Law Protect in War?*, pp. 225-226.

<sup>207</sup> Micheal Bothe, Peter Macalister-Smith and Thomas Kurzidem ed., *National Implementation of International Humanitarian Law*, (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1990), p. 152.

ตาม เช่น กรณีสภาภาษาชดอังกฤษ หน่วยงานพรรคแรงงานจะได้รับคำปรึกษาจากสภาชดอังกฤษ มากกว่าที่จะได้รับจากรัฐบาลของอังกฤษ ซึ่งเป็นการกระทำในยามสงบนั่นเอง<sup>208</sup>

ส่วนการจัดการกับการละเมิดเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดในยามสงครามคณะกรรมการ ภาษาตะวันออกประเทศจะร้องขอต่อรัฐภาคีให้ดำเนินการอย่างเพียงพอต่อการกระทำนั้น ซึ่งเป็นที่ เข้าใจว่ารัฐมีความรับผิดชอบในการควบคุมการละเมิดต่อเครื่องหมายดังกล่าว ในยามสงคราม ไม่ใช่หน้าที่ของสภาภาษาชดหรือสภาเสี้ยววงเดือนแดง

การควบคุมดูแลการละเมิดต่อเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด แม้ว่าหน่วยงานที่ให้ความ ช่วยเหลือด้านมนุษยธรรมภายในรัฐจะเป็นองค์กรอิสระ แต่กระนั้นก็ยังอยู่ภายใต้ความคุ้มครอง ของรัฐบาลของชาตินั้นๆ และสภาภาษาชดและสภาเสี้ยววงเดือนแดงภายในประเทศ ส่วนในยาม สงครามก็อยู่ภายใต้ระเบียบการทหารนั้นๆ ด้วย เว้นแต่ระเบียบนั้นขัดกับอนุสัญญาเจนีวา 1949

ในการตีความกฎหมายอาญาในประเทศคอมมอนลอว์ หรือประเทศที่ใช้กฎหมายจารีต ประเพณี การตีความจำเป็นต้องตีความอย่างเคร่งครัด<sup>209</sup>

กฎหมายภายในจะเป็นตัวกำหนดการดำเนินการต่างๆ เช่น ศาลไหนเป็นศาลที่จะใช้ ดำเนินคดี หรือมีอำนาจบังคับ ซึ่งรวมไปถึงอำนาจในการใช้เขตอำนาจสากลต่อความผิดฐาน อาชญากรรมสงคราม การส่งผู้ร้ายข้ามแดน ความร่วมมือทางอาญาระหว่างประเทศ รวมไปถึง ศาลระหว่างประเทศ

ในกรณีของสัญลักษณ์ การบังคับใช้นั้นกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้กำหนด บุคคล หรือกำหนดสถานการณ์ที่สามารถนำเครื่องหมายภาษาชดหรือเครื่องหมายเสี้ยววงเดือนแดง มาใช้ ทั้งในยามสันติหรือยามที่เกิดสงครามและภายใต้การควบคุมโดยหน่วยงานที่มีอำนาจ ทั้งนี้ การตรากฎหมายภายในเพื่อรองรับ ถือเป็นกำหนดบุคคลที่จะเข้ามามีอำนาจและกำหนด รายละเอียดต่างๆ ที่จำเป็นต่อไป

ยิ่งไปกว่านั้น ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศยังได้กำหนดพันธกรณีของรัฐภาคี ว่า การตรากฎหมายภายในเท่านั้นที่จะสร้างความชัดเจนถึงบทบาทว่าบุคคลใดในสหพันธรัฐ รัฐ หรือการปกครองส่วนกลางเป็นผู้มีบทบาท จะเห็นได้ว่าหากปราศจากการกระทำในข้างต้น การ บังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไม่สามารถที่จะกระทำได้เลย ดังนั้นการตรา กฎหมายภายในมาใช้บังคับถือเป็นสิ่งสำคัญในการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

<sup>208</sup> Ibid., p. 166.

<sup>209</sup> Ibid., p. 163.

ถึงกระนั้นก็ยังปรากฏตัวอย่างที่เกี่ยวกับการอนุวัติการที่เป็นมาตรการภายในประเทศที่ยังมีปัญหามาให้เห็นอยู่ในประเทศต่างๆ อย่างมากมาย เช่น

**ประเทศอังกฤษ** ในอังกฤษ ภาพยนตร์เรื่องเจมส์บอนด์ที่มีฉากชนอาวุธโดยใช้กล้องที่มีเครื่องหมายกาชาด (Red Cross)<sup>210</sup> นั้น ประเด็นมีอยู่ 2 ประเด็นหลักๆ จากกรณีนี้คือ

1) กฎหมายภายในจำเป็นต้องมีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับเรื่องการละเมิดต่อเครื่องหมายนี้โดยตรง และมีบทลงโทษ

2) การกระทำดังกล่าวต้องจำแนกให้ชัดเจนว่าการกระทำถือเป็นการใช้เพื่อวัตถุประสงค์แห่งการเผยแพร่ความรู้ ความเข้าใจเกี่ยวกับเครื่องหมาย ซึ่งเป็นการส่งเสริมความรู้ในยามสงบ ซึ่งต้องดูว่าถ้าในภาพยนตร์ ถ้าหากการใช้เป็นไปอย่างถูกต้องตามปกติของกาชาด จะถือเป็นการละเมิดอยู่หรือไม่

ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่า การประชาสัมพันธ์ถึงการใช้เครื่องหมายโดยผ่านสื่อเป็นสิ่งที่มีความมีประสิทธิภาพอย่างมากในปัจจุบัน ดังนั้นหากการใช้เครื่องหมายกาชาดในการประกอบฉากในการแสดงภาพยนตร์ กรณีที่เป็นการแสดงที่เกี่ยวกับการสู้รบ การทำสงคราม หากปรากฏภาพการใช้เครื่องหมายกาชาด (รวมถึงเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดอื่นๆ ด้วย) ในลักษณะที่ถูกต้อง อีกทั้งการแสดงออกถึงการให้ความเคารพ หรือมีการลงโทษต่อการละเมิดต่อการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อเครื่องหมายดังกล่าว เช่นนี้ถือเป็นการประชาสัมพันธ์ที่ดีสำหรับการเผยแพร่ความรู้ความเข้าใจแก่ประชาชนทั่วไปในยามสงบ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นข้อดียิ่งกว่าการจะถือว่าเป็นการใช้อย่างไม่เหมาะสม

**ประเทศฮังการี** กาชาดฮังการีเป็นกระทรวงสาธารณสุขตั้งแต่ปี 1955 ถึงปี 1986<sup>211</sup> ซึ่งในยามสันติเป็นองค์กรที่จัดระบบการทำงานในเรื่องการให้การศึกษาด้านสาธารณสุข ให้ความช่วยเหลือทางการแพทย์เบื้องต้น ทำนุบำรุงสถานพยาบาล และรพพยาบาลฉุกเฉิน เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี ในการที่ฮังการีมีกาชาดเป็นกระทรวงสาธารณสุขยังน่าเป็นห่วงในประเด็นเรื่องความเป็นกลาง และความเป็นอิสระขององค์กรที่จะต้องไม่ถูกแทรกแซงโดยรัฐบาลของประเทศนั้นๆ ซึ่งเป็นหัวใจหลักของกาชาดในการให้บริการ แม้ว่าประเด็นเกี่ยวกับความเป็นอิสระกับการเป็นผู้สนับสนุนกองทัพ (auxiliary) ซึ่งดูจะขัดแย้งกันในตัวเอง ซึ่งในการปฏิบัติการในยามสงครามของกาชาดเองก็ยังคงอยู่ภายใต้กฎระเบียบของกองทัพอยู่นั่นเอง แต่ทั้งนี้ทั้งนั้น กาชาดก็ชอบที่จะ

<sup>210</sup> Ibid., p. 156.

<sup>211</sup> Ibid., p. 152.

ดำเนินการอันเป็นไปตามหน้าที่ตามจรรยาบรรณของตนได้ โดยไม่ถูกห้ามแม้ว่าคำสั่งหรือกฎเกณฑ์ดังกล่าวจะมาจากกองทัพที่ตนสังกัดอยู่ก็ตาม

กฎหมายอาญาของอังการีแปลภาษาอังกฤษในส่วนคำที่บ่งถึงเครื่องหมายที่ให้ความคุ้มครองว่า "Red Semilune" แทนที่จะเป็น "Red Crescent" ในข้อ 164<sup>212</sup> ซึ่งตามที่คุณเขียนได้ ทำการศึกษาพบว่า คำบางคำในบางประเทศโดยเฉพาะประเทศมุสลิม อาจเป็นคำที่ไม่เหมาะสมที่จะบัญญัติเป็นกฎหมายอย่างยิ่ง เช่น คำว่า "Red Cross" ในบางประเทศอาจมองเป็นสัญลักษณ์ที่สื่อความหมายของการเป็นคู่อริหรือศัตรูก็ได้

**ประเทศแคนาดา** ในประเทศแคนาดา ในการใช้เครื่องหมายเพื่อการให้บริการทางการแพทย์ของรัฐจะมุ่งเน้นที่จะใช้เครื่องหมายกากบาทสีเขียวมากกว่า อีกทั้งในการให้บริการโดยองค์การทางการแพทย์ในพระราชูปถัมภ์ก็จะใช้เครื่องหมายปรอทบิด (Twist Mercury)<sup>213</sup>

ซึ่งพอจะตั้งข้อสังเกตได้ว่า เครื่องหมายกากบาทลักษณะเดียวกับเครื่องหมายกาชาดนั้น ย่อมใช้ได้เป็นการทั่วไปตราบเท่าที่ไม่ใช่สีแดง

**ประเทศกานา** กรณีการอนุวัติการกฎหมายภายในเกี่ยวกับการใช้และควบคุมการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดของประเทศกานา (Ghana, National Legislation Concerning the Emblem)<sup>214</sup>

ประเทศกานาได้ออกกฎหมายว่าการควบคุมการใช้เครื่องหมายกาชาดปี 1973 (Red Cross Emblem (Control) Decree, 1973) โดยมีเนื้อหาดังต่อไปนี้

"ตามที่อนุสัญญากรุงเวียนนา 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949 ได้บัญญัติข้อกำหนดเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองบุคคล องค์กร และหน่วยงาน โดยการใช้เครื่องหมายกาชาดและเครื่องหมายอื่นๆ ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน และรัฐบาลกานาได้อนุวัติการต่ออนุสัญญาดังกล่าวไปเมื่อวันที่ 2 สิงหาคม ค.ศ. 1958 รัฐภาคีทั้งหมดของอนุสัญญาดังกล่าวมีพันธกรณีที่จะตรากฎหมายที่เหมาะสมในการห้ามมิให้มีการนำตราเครื่องหมายกาชาด เครื่องหมายที่มีลักษณะคล้ายกัน และตราของสวิตเซอร์แลนด์ (arms of Switzerland) มาใช้อย่างไม่เหมาะสม"

<sup>212</sup> Ibid., p. 151.

<sup>213</sup> Ibid., p. 159.

<sup>214</sup> Marco Sassòli and Antine A. Bouvier in co-op with Laura Olson, Nicolas A. Dupic and Lina Milner, How Does Law Protect in War?, pp. 573-574.

รัฐบาลกานาตัดสินใจที่จะให้อนุสัญญาข้างต้นในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองการใช้เครื่องหมายกาชาด เครื่องหมายที่มีลักษณะคล้ายกัน และตราของสวิตเซอร์แลนด์ มีผลใช้บังคับในประเทศกานา เพื่อให้เป็นไปตามบทบัญญัติของอนุสัญญาข้างต้น และเพื่อที่จะจัดทำบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการห้ามนำเครื่องหมายกาชาด เครื่องหมายที่มีลักษณะคล้ายกัน หรือตราของสวิตเซอร์แลนด์ไปใช้อย่างไม่เหมาะสมหรือผิดวัตถุประสงค์

ประเทศกานาได้มีการตรากฎหมายที่ดีในการให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายกาชาดซึ่งเป็นเครื่องหมายที่กานาใช้ในการให้บริการทางการแพทย์ทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศ โดยให้หน่วยงานที่เรียกว่าสภาการบรรเทาทุกข์แห่งชาติเป็นผู้มีอำนาจควบคุมดูแลการใช้และการละเมิดดังกล่าว ทั้งความคุ้มครองตามกฎหมายนั้นยังครอบคลุมไปถึงเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดอื่นๆ ด้วย โดยตามกฎหมายได้ระบุว่าให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายที่มีลักษณะเดียวกันด้วย นอกจากความคุ้มครองที่ให้แก่เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดแล้ว กฎหมายยังรวมถึงการคุ้มครองต่อตัวแทน หน่วยงาน บุคลากร (หมายรวมถึงอนุศาสนาจารย์ของกองทัพ) วัตถุ ยานพาหนะ โรงพยาบาล เรือและเครื่องบินอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการทางการแพทย์ของแต่ละฝ่าย และหมายรวมถึงกาชาดของกานาและหน่วยงานอื่นๆ ที่ได้รับอำนาจจากสภาการบรรเทาทุกข์แห่งชาติให้เข้าไปให้ความช่วยเหลือด้านบริการทางการแพทย์ด้วย

นอกจากการที่บัญญัติเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองข้างต้นแล้ว ตามกฎหมายของกานายังระบุห้ามการละเมิดต่อเครื่องหมายดังกล่าวทั้งยังได้กำหนดบทลงโทษไว้ด้วย

**ประเทศซาอุดีอาระเบีย** กรณีการใช้เครื่องหมายกาชาดโดยกองทัพอากาศของสหรัฐฯ ในประเทศซาอุดีอาระเบีย (Saudi Arabia, Use of the Red Cross Emblem by US Force)<sup>215</sup> กองทัพลสหรัฐฯ ในตะวันออกกลางได้จัดตั้งเครือข่ายของสถานพยาบาล การจัดตั้งสถานพยาบาลชั่วคราว และหน่วยพยาบาลเคลื่อนที่ เพื่อให้ความช่วยเหลือชาวอเมริกันที่ได้รับบาดเจ็บจากสงครามในอิรัก ขณะเดียวกันรัฐบาลของซาอุดีอาระเบียเองก็ได้มีการจัดตั้งหน่วยทางการแพทย์สำหรับกองกำลังของตนเองด้วย ในที่นี้สถานพยาบาลของสหรัฐฯมิได้รับอนุญาตให้แสดงเครื่องหมายกาชาดต่อฝ่ายตรงข้าม

ทั้งนี้แนวทางแก้ไขในการให้บริการทางการแพทย์ในประเทศที่สัญลักษณ์ของคริสเตียนถูกห้ามใช้ การใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดสามารถใช้สัญลักษณ์เครื่องหมายเสี้ยววงเดือนแดงแทนได้

<sup>215</sup> Ibid., pp. 1019-1020.

**ประเทศเปรู** รายงานเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของหน่วยแพทย์ในเปรู (Peru, Report on Medical Practice)<sup>216</sup> ในการปฏิบัติการทางการแพทย์ของสหพันธ์การแพทย์เปรู (Peruvian Medical Federation) ในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธภายในประเทศ โดยเหตุการณ์ความรุนแรงได้แผ่ขยายออกไปทั่วประเทศตลอดระยะเวลา 13 ปี ที่ผ่านมา สงครามกลางเมืองที่ขยายตัวออกไปได้ถือเป็นเหตุผลที่มีผู้บาดเจ็บล้มตายเป็นจำนวนมาก จากเหตุการณ์นี้มีผู้เสียชีวิตกว่า 26,000 คน และมีส่วนที่สูญหายอีกประมาณ 2,500 คน

ทั้งนี้เหตุความรุนแรงที่เกิดขึ้น ด้านหนึ่งมาจากกลุ่มติดอาวุธ ซึ่งมี 2 กลุ่มคือกลุ่มเดอะเซน เดอเฮอร์ ลูมินโซ (The Sendero Luminoso: Shining Path) กับกลุ่มเคลื่อนไหวการปฏิวัติเดอะตูปาค อามารู (The Tupac Amaru Revolutionary Movement: MRTA) ซึ่งมีลักษณะการเคลื่อนไหวเป็นแบบกองโจร ทั้งนี้กลุ่มติดอาวุธทั้ง 2 กลุ่มต่างอาศัยความกลัวของประชาชน มาเป็นการสนับสนุนแก่การปฏิบัติการของตน หรืออย่างน้อยก็จากกลุ่มองค์กรที่เป็นกลางที่มิได้มีส่วนในเหตุจลาจลที่เกิดขึ้น

จากเหตุการณ์ดังกล่าว ทำให้ทั้งทหารและตำรวจต้องที่มีหน้าที่ในการปราบปรามผู้ที่ต้องการโค่นล้มรัฐบาล โดยทางรัฐบาลได้มีนโยบายเกี่ยวข้องกับการต่อต้านการกบฏ อันเป็นสาเหตุโดยตรงที่ส่งผลให้กว่าร้อยละ 60 ของประชากรภายในประเทศตกอยู่ภายใต้การประกาศสภาวะฉุกเฉินโดยอำนาจของกองทัพที่เข้ามาแทนที่อำนาจของพลเรือน

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับยุทธการการต่อต้านการคุกคามโดยใช้กำลัง กองทัพของรัฐบาลก็ถูกให้ใช้กำลังต่อการคุกคามนั้นด้วย ซึ่งในภายหลังได้มีการให้การรับรองการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนและจะได้รับการไต่สวนในศาลทหารเท่านั้น นอกจากนั้นกองทัพยังคงจัดการกับฝ่ายตรงข้ามด้วยการตัดสินลงโทษสูงสุดแก่บุคคลเหล่านั้น ซึ่งถือเป็นเรื่องที่มีได้มีการคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ และเพิกเฉยต่อหลักการสิทธิของจำเลยที่ให้ถือว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะได้พิสูจน์พยานหลักฐานอย่างชัดเจนแล้ว

ในเวลาไม่ถึง 1 ปี นับตั้งแต่ศาลเหล่านี้ได้มีการจัดตั้งขึ้นมา ฝ่ายกองทัพได้มีการสั่งลงโทษจำคุกตลอดชีวิตแก่ประชาชนไปแล้วถึง 150 คน ทั้งนี้โดยปราศจากการพิจารณาระดับความรุนแรงของความผิดที่ได้กระทำ โดยกฎหมายที่ใช้บังคับในขณะนั้นได้ถูกยกเลิก อีกทั้งสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม (due process) หรือแม้กระทั่งสิทธิในการต่อสู้คดีต่างถูกละเลย

<sup>216</sup> Ibid., pp. 1376-1382.

ในคดีหนึ่งมีข้อเท็จจริงว่านายแพทย์วิลเลียม หลุยส์ โปโล ริเวรา (William Luis Polo Rivera) ถูกพิพากษาลงโทษจำคุกตลอดชีวิตจากเอกสารที่มีการทำขึ้นโดยกลุ่ม Shining Path และได้มีการบันทึกลงเป็นเอกสารลับ ซึ่งทนายความของนายแพทย์วิลเลียม มิได้รับสิทธิให้เข้าถึงเอกสารดังกล่าว นอกจากนี้ในส่วนของ การไต่สวนในคดี จำนวนการไต่สวนที่ดำเนินการโดย ตำรวจที่ใช้ในการกล่าวหาจำเลยก็ไม่สามารถเรียกดูได้ อีกทั้งจำนวนที่เป็นการกระทำผิดของ ตำรวจก็ไม่สามารถที่จะตรวจดูได้เช่นกัน ซึ่งผลในท้ายที่สุดแล้วการกระทำดังกล่าวก็กระทบความ อิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล

โดยเฉพาะอย่างยิ่งการการพิจารณาคดีที่คาเมร่า (Camera) ซึ่งการพิจารณาคดีดังกล่าว เป็นการพิจารณาแบบไม่ปรากฏตัวของผู้พิพากษา กล่าวคือไม่มีผู้พิพากษานักพิจารณาคดีต่อหน้า จำเลย ซึ่งเป็นการยากที่จะทำการโต้แย้ง ทั้งนี้เป็นการขัดต่อหลักการความเป็นอิสระของศาลและ การไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใด

จากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นทั้งหมดผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปราบปรามกลุ่มกบฏอย่าง รุนแรงก็คือแพทย์ผู้ซึ่งจะต้องให้การเยียวยารักษาสมาชิกของกลุ่มกบฏในการให้ความช่วยเหลือ ด้านการแพทย์ และการบริการทางการแพทย์แก่ฝ่ายกบฏอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ อันสืบเนื่องมาจาก การกระทำของรัฐบาลในการปราบปรามกลุ่มกบฏนั้น ซึ่งในภายหลังกลุ่มแพทย์ถูกจับโดย เจ้าหน้าที่ของรัฐบาลจากเหตุวุ่นวายที่เกิดขึ้น และก็ถูกทางรัฐนั้นลงโทษโดยกล่าวหาว่าแพทย์เหล่านั้น เป็นผู้ให้ความช่วยเหลือแก่กลุ่มกบฏ ซึ่งการกระทำดังกล่าวของรัฐบาลไม่ได้มีการคำนึงถึงการ แบ่งแยกการกระทำที่เป็นการประพฤติปฏิบัติธรรมดากับการกระทำในฐานะอาชญากร

อย่างไรก็ตามเป็นเรื่องที่ต้องตระหนักถึงจรรยาบรรณ ความมีศีลธรรม ของแพทย์ที่จะต้อง ให้ความช่วยเหลือทางการแพทย์แก่ผู้ป่วยผู้บาดเจ็บโดยปราศจากการแบ่งแยกทางการเมือง ศาสนา เชื้อชาติ เพศ และสีผิว เป็นต้น แต่ก็เป็นที่น่าเศร้าในเปรูที่การให้ความสำคัญในเรื่องการให้ ความช่วยด้านการแพทย์แก่ผู้ก่อการร้ายนั้นถูกปฏิเสธอย่างสิ้นเชิง อีกทั้งแพทย์เหล่านั้นยังถูก ตัดสินให้เป็นอาชญากร

ศาลทหารได้ทำการไต่สวนตัดสินคดีของนายแพทย์ริคาโด บัวติสตา พาโลมิโน (Ricardo Bautista Palomino) และนายแพทย์โรมูโล โมริ ซาวาเลต้า (Rómulo Mori Zavaleta) ผู้ซึ่งช่วย ผู้บาดเจ็บจากกลุ่มเคลื่อนไหวการปฏิวัติเดอะคูปีด อามารู ซึ่งในภายหลังสมาชิกของกลุ่มนี้ถูก ตัดสินประหาร โดยศาลพิพากษาว่า "การกระทำดังกล่าวไม่เพียงแต่มีองค์ประกอบการเข้าไปมี ส่วนร่วมกับการกระทำที่ผิดกฎหมาย แต่ยังได้เข้าไปช่วยชีวิตของผู้บาดเจ็บเหล่านั้นโดยไม่คำนึงถึง หนทาง วิธีการ และสถานการณ์ที่ตนอาจจะได้รับบาดเจ็บได้"



จากการตัดสินดังกล่าวทั้งนายแพทย์ริคาโด บัวตีสต้า พาโลมิโน และนายแพทย์โรมูโล โมริ ซาวาเลต้า ถูกตัดสินจำคุกแต่ไม่กี่เดือนให้หลังนายแพทย์ริคาโด บัวตีสต้า พาโลมิโน ได้รับอภัยโทษและปล่อยตัว ส่วนนายแพทย์โรมูโล โมริ ซาวาเลต้า ยังคงถูกขังอยู่ในคุกเช่นเดิม

แต่ถึงกระนั้นการพิจารณาคดีที่ไม่มีการปรากฏตัวของผู้พิพากษานั้น ในการปล่อยตัวนายแพทย์ริคาโด บัวตีสต้า พาโลมิโน ไม่ได้ระบุให้ชัดเจนว่าการให้การรักษาพยาบาลไม่เป็นการกระทำที่เป็นอาชญากรรม

อย่างไรก็ดีในกรณีดังกล่าวหากเป็นการกระทำที่อยู่ในสภาวะการณ์ที่จำต้องกระทำอันมีสาเหตุมาจากความปลอดภัยของตนและครอบครัว การมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางการแพทย์ เช่นนั้นถือเป็นความผิดฐานอาชญากรรมในการมีส่วนร่วมกับการก่อการร้ายหรือไม่ กรณีเดียวกันนี้หากแพทย์จะต้องให้ความร่วมมือกับผู้ก่อการร้ายเนื่องจากการถูกข่มขู่ในความปลอดภัยในชีวิต เช่นนี้เป็นกรกระทำผิดที่มีส่วนร่วมในการก่อการร้ายหรือไม่ ซึ่งกรณีเดียวกันนี้อาจเกิดขึ้นกับนักธุรกิจผู้ให้เงินสนับสนุนแก่การก่อการร้ายอันเนื่องมาจากการข่มขู่เช่นกัน

ในกรณีที่เกิดขึ้นในเปรู แพทย์เพียงแต่ทำการรักษาซึ่งพวกเขาไม่สามารถที่จะเป็นผู้ก่อคดีได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่พวกเขาจำเป็นต้องกระทำภายใต้สภาวะที่ถูกคุกคามต่อตัวเขาเองหรือครอบครัวของเขาเหล่านั้น รัฐบาลเปรูจึงไม่ควรถือว่าพวกเขาเหล่านั้นมีส่วนร่วมกับการก่อการร้าย

จากการวิเคราะห์สถานการณ์ในเปรูตั้งแต่ปี 1980 ซึ่งความรุนแรงของสถานการณ์ดังกล่าวได้ขยายตัวออกไปอันถือเป็นการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศตามความหมายของอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 2

หลักการและกฎเกณฑ์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญาเจนีวา ทั้งสี่ฉบับและ พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ปี 1977 ทั้งสองฉบับซึ่งทางรัฐบาลเปรูได้ลงนามและให้สัตยาบัน ดังนั้นกฎเกณฑ์ดังกล่าวจึงมีผลบังคับใช้กับสถานการณ์ความขัดแย้งทั้งหมด

ความคุ้มครองทางการแพทย์ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ "ความคุ้มครองแก่บุคคลผู้ให้ความช่วยเหลือผู้ประสบภัย" นอกจากนั้นความคุ้มครองทางการแพทย์ยังปรากฏในมุมมองของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอีกหลายข้อโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความเป็นกลางในการดำเนินกิจกรรมทางการแพทย์ ความเป็นอิสระในวิชาชีพกับอำนาจหน้าที่ที่ได้รับ ความเชื่อว่าการกิจกรรมทางการแพทย์นั้นจะต้องกระทำด้วยความรับผิดชอบและกระทำอย่างมีจรรยาบรรณ และความเป็นกลางในการให้ความช่วยเหลือเยื่อผู้เคราะห์ร้ายอย่างไม่เลือกปฏิบัติ

จากบทบัญญัติทางการแพทย์ของเปรู การตีความการปฏิบัติทางการแพทย์ของผู้พิพากษา และศาลดังกล่าว ศาลได้พิจารณาการดูแลผู้ป่วยและผู้บาดเจ็บว่า เป็นการสมคบกับผู้ก่อการร้าย นั้น ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่ากรณีดังกล่าวแพทย์ของเปรูจะต้องยึดมั่นในหน้าที่ในกฎหมายการแพทย์ เช่น กรณีแพทย์ดูแลผู้ป่วยและผู้บาดเจ็บโดยไม่เลือกปฏิบัติ ตามจรรยาบรรณทางการแพทย์และหน้าที่ที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามหลักมนุษยธรรม ซึ่งการกระทำดังกล่าวไม่อาจจะพิจารณาได้ว่าเป็นการกระทำอันมีส่วนร่วมในการร่วมกับบุคคลที่มีเจตนาที่จะล้มล้างรัฐบาล ในทางตรงกันข้าม ถ้าเพียงพิจารณาในความจริงที่ว่าคดีส่วนใหญ่แพทย์ได้ปฏิเสธที่จะให้ความช่วยเหลือต่อสมาชิกของกลุ่มที่ต้องการล้มล้างรัฐบาลด้วยเกรงว่าจะถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้ก่อการร้าย การให้ความช่วยเหลือกลุ่มที่แตกต่างกันก็จะไม่เกิดขึ้น และผู้ให้ความช่วยเหลือดังกล่าวก็อาจจะตกเป็นเป้าหมายในฐานะเหยื่อของผู้ก่อการร้ายได้

ในความเห็นของผู้เขียน ความคุ้มครองในการบริการทางการแพทย์ย่อมได้รับความคุ้มครองไม่ว่าจะในสถานการณ์ใด ซึ่งหลักการดังกล่าวมีทั้งกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศสนับสนุน การที่รัฐจะลงโทษแพทย์ที่ให้การรักษาแก่ผู้ก่อการร้ายว่ามีส่วนร่วมกับการก่อการร้ายย่อมเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง เพราะโดยหลักการแล้วมีกฎหมายคุ้มครองอยู่ ซึ่งต่างจากกรณีที่นักธุรกิจให้การสนับสนุนอันสืบเนื่องมาจากการถูกบังคับ ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ความคุ้มครอง

#### สหประชาชาติ (United Nations)

ความคุ้มครองระหว่างประเทศต่อผู้ปฏิบัติการทางการแพทย์ความคุ้มครองระหว่างประเทศโดยสหประชาชาติและระบบคุ้มครองสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

การปฏิบัติงานของผู้ที่มีวิชาชีพทางการแพทย์นั้นได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งจากกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

ในโครงสร้างใหม่ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ปัจเจกชนสามารถใช้สิทธิความคุ้มครองที่ตนได้รับจากระบบความคุ้มครองทางด้านสิทธิมนุษยชนทั้งในระดับภูมิภาคและระดับสากล

มาตรฐานทั่วไปของระบบคุ้มครองสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศนั้นอยู่ที่การที่รัฐแต่ละรัฐเคารพในสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีอยู่ตามธรรมชาติของมนุษย์

ข้อ 25 วรรค 1 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (universal declaration on human rights 1948) ได้มีการวางหลักการไว้ว่า

“มนุษย์ทุกคนมีสิทธิขั้นพื้นฐานในการดำรงชีวิต มีสุขภาพและความเป็นอยู่ของตนเองและครอบครัวที่ดี รวมไปถึงการมีอาหาร เสื้อผ้า ที่อยู่อาศัย และการเข้าถึงการให้บริการทางการแพทย์”

ข้อ 12 ของข้อตกลงว่าด้วยสิทธิทางด้านเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1976) มีการวางหลักว่า

“ประเทศภาคีแห่งอนุสัญญานี้รับรองสิทธิของปวงชนที่จะได้รับการดูแลเอาใจใส่แก่ร่างกายและสุขภาพจิตด้วยมาตรฐานอย่างสูงที่สุด”<sup>217</sup>

รัฐภาคีอนุสัญญานี้ยอมรับถึงสิทธิของทุกคนที่จะใช้สิทธิประโยชน์ในการเข้าถึงการมีสุขภาพ และจิตใจที่ดี

สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้วางหลักการที่เกี่ยวกับจรรยาบรรณทางการแพทย์ในการปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือทางการแพทย์ ในการคุ้มครองจากการถูกทรมาน การทารุณต่างๆ ปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม หรือการลงโทษ ตามมติที่ 37-194 ลงวันที่ 18 ธันวาคม 1982 หลักการดังกล่าวได้ให้ไว้เพื่อคุ้มครองบุคลากรทางการแพทย์ผู้ซึ่งรับผิดชอบผู้ถูกกักขังหรือ ผู้ถูกคุมขัง ซึ่งวางหลักไว้ดังนี้

“ถือเป็นการผิดจรรยาบรรณทางการแพทย์ของบุคลากรทางการแพทย์ที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมอย่างมีบทบาทหรือหนึ่งเฉยในการกระทำอันก่อให้เกิดการเข้าไปมีส่วนร่วมอย่างเปิดเผยในการปลุกกระดมหรือพยายามที่จะกระทำการอันเป็นการทารุณกรรมหรือความโหดร้ายอื่นใด การกระทำอย่างไร้มนุษยธรรม การปฏิบัติที่ต่ำทรามหรือการลงโทษ

เป็นการผิดจรรยาบรรณทางการแพทย์ของบุคลากรทางการแพทย์ในการใช้ความรู้ความสามารถของตนในการช่วยเหลือในกระบวนการสอบสวนหรือพิสูจน์นักโทษหรือผู้ต้องขังที่ไม่ใช่รูปแบบของการลงโทษซึ่งอาจเป็นโทษต่อสุขภาพร่างกายและสุขภาพจิต

ยิ่งกว่านั้น การเข้าไปมีส่วนร่วมของบุคลากรด้านสุขภาพ โดยเฉพาะอย่างเจ้าหน้าที่แพทย์กับกระบวนการเพื่อการคุมขังนักโทษหรือผู้ต้องขังอันไม่เป็นไปตามจรรยาบรรณทางการแพทย์

และท้ายที่สุด หลักการต่างๆ ที่มีมาก่อนหน้านี้จะไม่ถูกทำให้เสื่อมเสียโดยหลักพื้นฐานใดๆ ทั้งนี้รวมถึงสภาวการณ์ฉุกเฉินสาธารณะ”<sup>218</sup>

<sup>217</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1976, article 12

“The States Parties to the present Covenant recognise the rights of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health,” [...]

หลักการดังกล่าวได้ใช้เป็นแนวทางให้ประเทศภาคีเครพและคุ้มครองต่อหลักเรื่องจรรยาบรรณทางการแพทย์ซึ่งให้ใช้กับทุกประเทศภาคีของสหประชาชาติในการประกันการเครพและความคุ้มครองเช่นว่านี้ ดังนั้นประเทศภาคีของสหประชาชาติจะต้องมีมาตรการภายในประเทศรองรับทั้งนี้รวมถึงหน่วยงานของสหประชาชาติและทบวงชำนาญพิเศษของสหประชาชาติ ซึ่งในที่นี้องค์การหลักได้แก่องค์การอนามัยโลก (WHO) และสมาคมการแพทย์โลก (the World Medical Association) และกลุ่มองค์การพัฒนาเอกชน (NGOs) จำต้องเครพหลักการดังกล่าวด้วย

โดยทั่วไปแล้วจากการศึกษาพบว่า เครื่องหมายกาชาดได้รับความคุ้มครองและเครพเป็นอย่างดี โดยกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ ทั้งในยามสงครามและยามสงบ แม้ว่าในส่วนที่เกี่ยวกับการมีกฎหมายรองรับการให้ความคุ้มครองและเครพต่อเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดจะดูเป็นที่น่าพอใจจากการอนุวัติการของแต่ละประเทศภาคี แต่ความไม่เข้มงวดในการปราบปรามการละเมิดเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดก็เป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้การเครพเยื่อหย่อน

กล่าวโดยสรุปว่า การอนุวัติการกฎหมายภายในแม้จะพบว่าในบางประเทศมีการอนุวัติการที่ดี แต่เมื่อเหตุการณ์เกิดขึ้นก็ยังมีปัญหาในการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายอยู่ โดยมีหลายตัวอย่างที่รัฐบาลละเลยที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีในส่วนของการให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลผู้อยู่ภายใต้ความคุ้มครองเช่นว่านั้น กรณีที่เห็นได้ชัดคือสถานการณ์ในเปรู

นอกจากการอนุวัติการกฎหมายให้เป็นไปตามอนุสัญญาแล้ว ส่วนที่สำคัญไม่แพ้กันได้แก่การอนุวัติการโดยมาตรการอื่นที่นอกเหนือจากการตราและบังคับใช้กฎหมาย หรืออาจถือได้ว่าเป็นอีกเครื่องมือหนึ่งซึ่งช่วยเสริมการบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพในการเครพและคุ้มครอง

<sup>218</sup> GA Res. 37-194, December 18, 1982

"...it is contrary to medical ethics for health personnel to engage, actively or passively, in acts which constitute participation in, simplicity in, incitement to or attempts to commit torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

It is also a contravention of medical ethics for health personnel... to apply their knowledge and skills on order to assist in methods of interrogation; or to certify prisoners or detainees as not for any form of punishment that may adversely affect physical or mental health."

Moreover, "participation of health personnel, in particular physicians, in any procedure for retaining prisoners or detainees is not in conformity with medical ethics..."

Finally, "there may be no derogation from the foregoing principles on any ground whatsoever, including public emergency."

เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดและความคุ้มครองที่อยู่ภายใต้เครื่องหมายดังกล่าวให้ดียิ่งขึ้นกล่าวคือ กลไกระบบตรวจตรา ความร่วมมือและการส่งเสริมความรู้ ดังจะได้กล่าวเป็นหัวข้อต่อไป

### 3.3.2 กลไกระบบตรวจตรา ความร่วมมือและการส่งเสริมความรู้

ดังที่ได้ศึกษาระบบการอนุวัติการและการบังคับใช้ให้เป็นไปตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ในหัวข้อที่ผ่านมาแล้ว ต่อไปเป็นการศึกษาถึงกลไกการตรวจตรา การผลานความร่วมมือไม่ว่าจะเป็นภายในหรือระหว่างประเทศ ทั้งยังรวมถึงความร่วมมือกับองค์การสหประชาชาติ และยังรวมถึงการมีกลไกในกรอบอื่นๆ เช่น กระบวนการในการส่งเสริมความรู้ซึ่งเป็นพันธกรณีข้อหนึ่งตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ที่กำหนดให้ภาคีแห่งอนุสัญญาดำเนินการในยามสงบเพื่อเป็นการส่งเสริมประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในยามเกิดการขัดกันทางอาวุธ เป็นต้น

ประเทศภาคีแห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 ทั้งสี่ฉบับมีพันธกรณีในการเผยแพร่ตัวบทแห่งอนุสัญญาทั้งสี่ฉบับดังได้มีการบัญญัติในอนุสัญญาทั้งสี่ฉบับที่มีเนื้อหาเดียวกันเกือบทั้งหมดดังนี้

“อัครภาคีผู้ทำสัญญารับที่จะเผยแพร่ตัวบทแห่งอนุสัญญาฉบับนี้ในประเทศของตนให้กว้างขวางที่สุดเท่าที่จะทำได้ ทั้งในยามสงบและในยามสงคราม และโดยเฉพาะอย่างยิ่งให้รวมการศึกษาอนุสัญญานี้ไว้ในโครงการการศึกษาของทหารและถ้าเป็นไปได้ในโครงการการศึกษาของพลเรือนด้วย เพื่อให้ประชากรโดยทั่วไปได้ทราบหลักการแห่งอนุสัญญาฉบับนี้”<sup>219</sup>

ดังนั้นประเทศภาคีจำต้องดำเนินการในการส่งเสริมให้ความรู้แก่ประชากรพลเรือน กองทหารที่ทำการรบ พนักงานแพทย์และอนุศาสนาจารย์<sup>220</sup> เจ้าหน้าที่ทหารหรือเจ้าหน้าที่อื่นใดที่มีหน้าที่ในการดูแลเชลยศึก<sup>221</sup> และเจ้าหน้าที่พลเรือน ทหาร ตำรวจ หรือเจ้าหน้าที่อื่น ซึ่งในยามสงครามที่มีหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับผู้ได้รับความคุ้มครอง<sup>222</sup> ตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ทั้งสี่ฉบับตามที่ตนเป็นภาคี

โดยอนุสัญญาได้เปิดให้ทำการเผยแพร่อย่างกว้างขวางเท่าที่จะทำได้ ดังนั้นการเผยแพร่ส่งเสริมความรู้นี้จึงทำได้หลากหลายทาง ไม่ว่าจะเป็นการจัดสัมมนา การมีกิจกรรมของกาชาด และเสี้ยววงเดือนแดงประจำปี การบรรจุเข้าในหลักสูตรการศึกษาทั้งของประชากรพลเรือนและ

<sup>219</sup> GCI-IV, article 47, 48, 127 and 144.

<sup>220</sup> GCI, article 47 and GCII, article 48.

<sup>221</sup> GCIII, article 127.

<sup>222</sup> GCIV, article 144.

หลักสูตรของทหาร โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำเป็นหัวข้อการเรียนของนักศึกษากฎหมายในวารสารกฎหมายเพื่อให้มีการศึกษากับนักศึกษาที่บางประเทศได้ดำเนินการดังกล่าว

ในส่วนต่อไปจะได้กล่าวถึงคือกลไกระบบตรวจตรา ซึ่งกลไกนี้เป็นส่วนช่วยส่งเสริมอย่างยิ่งต่อความมีประสิทธิภาพในการอนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญา ดังจะกล่าวต่อไปนี้เป็นส่วนที่เป็นกลไกระบบตรวจตราในกรอบที่กฎหมายให้ไว้ตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ซึ่งตามอนุสัญญาและพิธีสารดังกล่าวได้แบ่งเป็นสองระบบที่สามารถใช้ได้กล่าวคือ ระบบการตรวจตราโดยการตั้งผู้มอำนาจคุ้มครอง และคณะกรรมการระหว่างประเทศเพื่อค้นหาข้อเท็จจริง

กลไกการตรวจสอบตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ปี 1977 โดยกำหนดให้มีผู้มอำนาจคุ้มครอง (Protecting Power) และคณะกรรมการระหว่างประเทศเพื่อค้นหาข้อเท็จจริง (International Fact-Finding Commission) โดยกำหนดรูปแบบและอำนาจหน้าที่ไว้ในข้อ 90 ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ดังจะได้กล่าวเป็นลำดับดังนี้

#### 1) ผู้มอำนาจคุ้มครอง (Protecting Power)

"ผู้มอำนาจคุ้มครอง" หมายถึง รัฐที่เป็นกลางรัฐหนึ่ง หรือรัฐอื่นที่มีได้เป็นภาคีคู่พิพาทซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยภาคีคู่พิพาทที่ได้รับการยอมรับโดยภาคีคู่พิพาททั้งสองฝ่าย ทั้งนี้ภาคีคู่พิพาทตกลงที่จะปฏิบัติตามหน้าที่ที่มอบหมายให้แก่ผู้มอำนาจคุ้มครองภายใต้อนุสัญญาและภายใต้พิธีสารนี้<sup>223</sup>

บทบาทหน้าที่ ผู้มอำนาจคุ้มครองจะถูกแต่งตั้งโดยภาคีคู่พิพาทนับแต่เริ่มต้นเพื่อที่จะรักษาไว้ซึ่งการกำกับดูแล และการอนุวัติการตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาดังกล่าว โดยการใช้ระบบนี้ ผู้มอำนาจคุ้มครองมีหน้าที่ในการพิทักษ์รักษาผลประโยชน์ของภาคีคู่พิพาท<sup>224</sup>

ภาคีคู่พิพาทมีหน้าที่ที่จะแต่งตั้งผู้มอำนาจคุ้มครองโดยไม่ชักช้า<sup>225</sup> หากไม่มีผู้มอำนาจคุ้มครองภาคีคู่พิพาทจะต้องยอมรับข้อเสนอ ทั้งนี้อาจจะเสนอโดยคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศหรือองค์กรอื่นใด ที่เชื่อถือได้ถึงความไม่ลำเอียงและมีประสิทธิภาพที่พอจะทำการได้ใน

<sup>223</sup> API, article 29(c).

<sup>224</sup> API, article 5(a).

<sup>225</sup> API, article 5(2).

ฐานะเป็นผู้แทน<sup>226</sup> อย่างไรก็ตามการปฏิบัติหน้าที่ของผู้แทนนี้จำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบจากภาคีคู่พิพาท

โดยทั่วไปแล้วหน้าที่ของผู้มีอำนาจคุ้มครองนี้ มีบทบาทเป็นไปในแนวทางการปกป้องผลประโยชน์ของภาคีคู่พิพาท แต่การปฏิบัติหน้าที่ที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากประเทศที่ตนเข้าไปปฏิบัติหน้าที่ด้วย และไม่อาจทำเกินหน้าที่ที่ตนได้รับมอบหมายได้ ส่วนประเทศคู่พิพาทเมื่อได้ให้ความยินยอมแล้วก็ต้องอำนวยความสะดวกในการปฏิบัติภารกิจของผู้แทนหรือผู้ได้รับมอบอำนาจของผู้มีอำนาจคุ้มครองนี้อย่างกว้างขวางที่สุดเท่าที่จะทำได้<sup>227</sup> ผู้มีอำนาจคุ้มครองยังสามารถที่จะตีความตามสนธิสัญญาได้หากมีข้อขัดแย้งเกี่ยวกับการตีความตามอนุสัญญาเจนีวา 1949<sup>228</sup> และมีอำนาจในการรับรองเขตที่ตั้งและจัดตั้งเขตและห้องที่สำหรับโรงพยาบาล และสถานที่ที่ปลอดภัยเพื่อใช้ในการคุ้มครองผู้ที่บาดเจ็บ ผู้ป่วยไข้ และคนชรา เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี สตรีมีครรภ์และมารดาที่มีบุตรอายุต่ำกว่า 7 ปี เพื่อให้พ้นจากภัยสงคราม<sup>229</sup>

หากมีการย้ายหรืออพยพ ประชากรในพื้นที่ใดไม่ว่าจะทั้งหมด หรือบางส่วนอันเป็นเหตุผลจากความปลอดภัยของประชากรหรือมีเหตุผลจำเป็นทางการทหาร ประเทศที่ยึดครองที่จะทำการย้าย และอพยพนั้นจะต้องแจ้งการย้ายและการอพยพนั้นให้แก่ผู้มีอำนาจคุ้มครองทราบในทันทีที่มีการย้ายหรืออพยพนั้น<sup>230</sup>

ในการจัดเสบียงอาหารและเวชภัณฑ์แก่ประชากรของประเทศที่ถูกยึดครอง ผู้ที่มีอำนาจคุ้มครองมีเสรีภาพที่จะตรวจสอบสถานะของอาหาร และเวชภัณฑ์ในอาณาเขตที่ถูกยึดครองได้<sup>231</sup>

ในกรณีที่จะมีการพิจารณาคดีสินพิพาทส่วนบุคคล ซึ่งอาจมีโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตั้งแต่ 2 ปีขึ้นไป ข้อกล่าวหาอันเป็นการพิพาทดังกล่าว รวมถึงการดำเนินคดีต้องแจ้งให้ผู้มีอำนาจคุ้มครองทราบไม่ว่าเวลาใดถึงสถานะแห่งการพิจารณาคดีเช่นว่านั้น และผู้ที่มีอำนาจคุ้มครองมีอำนาจที่จะอยู่ในกระบวนการพิจารณาคดีตลอด เว้นแต่จะเป็นกรณีพิเศษที่เกี่ยวกับผลประโยชน์แห่งความมั่นคงของประเทศที่ยึดครอง และในการลงโทษประหารชีวิตต้องให้ระยะเวลาในการยื่นคำ

<sup>226</sup> API, article 5(4).

<sup>227</sup> GCIV, article 9.

<sup>228</sup> GCIV, article 12 and 52.

<sup>229</sup> GCIV, article 14.

<sup>230</sup> GCIV, article 49.

<sup>231</sup> GCIV, article 55.



ร้องขอภัยโทษหรือบรรเทาโทษแก่ผู้ถูกพิพากษาไม่น้อยกว่า 6 เดือนซึ่งการยื่นระยะเวลาดังกล่าวทำได้ แต่ต้องมีการแจ้งให้ผู้มีอำนาจคุ้มครองได้รับทราบทุกครั้งไป<sup>232</sup>

ผู้มีอำนาจคุ้มครองชอบที่จะแจกจ่ายสิ่งของบรรเทาทุกข์อันเป็นของส่วนรวมให้แก่ผู้ที่มีสิทธิได้รับ<sup>233</sup> อีกทั้งสามารถเข้าไปในสถานที่ต่างๆ แห่งที่มีบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสถานที่กักกัน สถานที่กักคุม และสถานที่ทำงาน<sup>234</sup>

ประเทศภาคียังมีภาระหน้าที่ที่จะต้องฝึกอบรมบุคลากรที่มีคุณสมบัติในยามสันติเพื่ออำนวยความสะดวกแก่การใช้บังคับตามอนุสัญญาและพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ปี 1977 นี้ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการอำนวยความสะดวกแก่กิจการต่างๆ ของผู้มีอำนาจคุ้มครอง ทั้งนี้เป็นหน้าที่ของสภากาชาดภายในประเทศนั้น<sup>235</sup> การเก็บเวชภัณฑ์ระเบียนของการบริจาคโลหิตเพื่อการถ่ายโลหิต หรือการบริจาคผิวหนังเพื่อการปลูกถ่ายอวัยวะที่เหมาะสมและเป็นประโยชน์ กับสุขภาพแก่บุคคลที่ถูกกักกัน กักขัง หรือถูกลิดรอนเสรีภาพอันเป็นผลมาจากสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ และในยามสงบ เวชระเบียนเหล่านั้นต้องมีอยู่เพื่อผู้มีอำนาจคุ้มครองสามารถเรียกตรวจได้ตลอดเวลา<sup>236</sup>

นอกจากนั้นผู้มีอำนาจคุ้มครอง ยังมีอำนาจที่จะได้รับรายงานเกี่ยวกับบุคคลที่สูญหาย<sup>237</sup> การเรียกร้องสถานภาพเชลยศึกของบุคคลเข้าร่วมในความเป็นปรปักษ์กับการสู้รบ<sup>238</sup> ความตกลงที่ขัดแย้งของขอบเขตของเขตปลอดภัย<sup>239</sup> และสัญญาที่มีการทำเป็นข้อตกลงเพื่อวัตถุประสงค์ในการส่งผ่านของสิ่งของ อุปกรณ์ และพนักงานบรรเทาทุกข์ และการแจกจ่ายภายใต้การควบคุมดูแลของท้องถิ่นโดยผู้มีอำนาจคุ้มครอง<sup>240</sup> ซึ่งรวมถึงการอพยพเด็กเป็นการชั่วคราว เพื่อเหตุผลความจำเป็นในเรื่องสุขภาพ เพื่อการรักษาทางการแพทย์สำหรับเด็ก หรือเพื่อความปลอดภัยของเด็ก<sup>241</sup>

<sup>232</sup> GCIV, article 71, 74 and 75.

<sup>233</sup> GCIV, article 109.

<sup>234</sup> GCIV, article 143.

<sup>235</sup> API, article 6.

<sup>236</sup> API, article 11(6).

<sup>237</sup> API, article 33(3).

<sup>238</sup> API, article 45.

<sup>239</sup> API, article 60(2).

<sup>240</sup> API, article 70(3).

<sup>241</sup> API, article 78(1).

ตัวอย่างการทำงานในอดีตของผู้มีอำนาจคุ้มครอง เช่น กรณีสงครามอินเดียนกับปากีสถาน ในปี 1971 ซึ่งผู้มีอำนาจคุ้มครองได้แสดงออกเป็นเสมือนตัวแทนของทั้งสองฝ่าย ซึ่งในขณะนั้นผู้มีอำนาจคุ้มครองทำหน้าที่โดยประเทศสวิตเซอร์แลนด์ โดยมีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งโดยเฉพาะในการกำหนดพื้นที่ของพลเรือน เขตกักขัง แต่อย่างไรก็ดีคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศก็ยังทำหน้าที่หลักในการทำการตรวจตราในระหว่างสถานการณ์ความขัดแย้งดังกล่าว เช่น การเข้าเยี่ยมผู้ถูกคุมขัง นักโทษ ค่ายกักกัน และการช่วยเหลือเกี่ยวกับการส่งบุคคลกลับมาตุภูมิ<sup>242</sup>

ในสงครามฟอล์คแลนด์ (Falklands) ในปี 1982 บทบาทของผู้มีอำนาจคุ้มครองโดยหลักๆ แล้วจะเป็นการแสดงออกในฐานะตัวแทนทางการทูต มากกว่าที่จะเป็นผู้ที่ทำหน้าที่ในส่วนของ การให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรมตามอนุสัญญาเจนีวา 1949<sup>243</sup>

ถึงกระนั้นในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธส่วนใหญ่จะเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศในการรับมือจัดการกับปัญหา แม้ว่าจะแต่งตั้งผู้มีอำนาจคุ้มครองแล้วก็ตาม แต่คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศก็ยังมีบทบาทที่สำคัญในกิจการด้านมนุษยธรรมทั้งหลายรวมถึงการตรวจตราดังที่ระบุไว้ในอนุสัญญาเจนีวา 1949<sup>244</sup>

## 2) กรรมการระหว่างประเทศเพื่อค้นหาข้อเท็จจริง (International Fact-Finding Commission)

“กรรมการระหว่างประเทศเพื่อค้นหาข้อเท็จจริง” เป็นกลไกใหม่ที่ปรากฏตามพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ซึ่งกรรมการระหว่างประเทศเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงเป็นอีกกลไกหนึ่งเพื่อความเชื่อมั่นในการปฏิบัติตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ของภาคี ซึ่งกรรมการระหว่างประเทศเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงปรากฏใน พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ปี 1977 ข้อ 90 ซึ่งเป็นมาตรการที่เตรียมไว้อย่างถาวร กับผู้ทำงานที่ถูกเลือกตามระยะเวลาที่กำหนด

บทบาทของกรรมการระหว่างประเทศเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงได้ถูกระบุไว้ดังนี้

ข้อ 90 (2)(ค) “ให้กรรมการระหว่างประเทศเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงมีอำนาจ

<sup>242</sup> Allan Rosas, *The legal status of prisoners of war: A Studying in International humanitarian law applicable in armed conflict*, (Helsinki: Suomalainen Tiedeakatemia, 1976), pp. 185-195.

<sup>243</sup> ในสงครามระหว่างอังกฤษกับอาเจนติน่า ได้ตั้งผู้มีอำนาจคุ้มครองคือสวิตเซอร์แลนด์ ส่วนบราซิลตั้งคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศเป็นผู้ตรวจตรา.

<sup>244</sup> Adam Roberts, “the Law of War: Problems of Implementation in Contemporary Conflicts,” *Law in Humanitarian Crises*, vol. I, pp. 32-35.

(1) สอบถามข้อเท็จจริงใดในข้อกล่าวหาที่เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงตามที่ได้ให้คำจำกัดความไว้ในอนุสัญญาและพิธีสารนี้ หรือการละเมิดอย่างร้ายแรงอื่นๆ ต่ออนุสัญญาหรือพิธีสารนี้

(2) อำนวยความสะดวกในการสร้างทัศนคติให้มีการเคารพอนุสัญญาและพิธีสารนี้โดยคณะกรรมการช่วยเป็นสื่อกลาง”

กรรมการระหว่างประเทศเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงก่อตั้งโดยอัครภาคีผู้ทำสัญญาจำนวนไม่น้อยกว่ายี่สิบภาคีตกลงที่จะยอมรับอำนาจตามวรรค 2 ข้อ 90 ซึ่ง 20 ประเทศภาคีอนุสัญญาได้ตกลงยอมรับอำนาจดังกล่าวแล้ว และได้ทำการเลือกสมาชิกของกรรมการระหว่างประเทศเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงซึ่งมี 15 คนจากการประชุมที่กรุงเบิร์นในเดือนมิถุนายน 1991 และในการประชุมครั้งที่สองในเดือนกรกฎาคม 1992 กรรมการระหว่างประเทศเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงได้รับร่างล่าสุดอย่างเป็นทางการเกี่ยวกับกฎวิธีสบัญญัติ และมีผลบังคับใช้นับแต่นั้น กรรมการระหว่างประเทศเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงได้ดำเนินการไปอย่างมากภายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ในกรอบอำนาจของตน ซึ่งประธานของกรรมการระหว่างประเทศเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงได้เน้นย้ำว่า “เรามีความปรารถนาอย่างยิ่งที่จะดึงความสนใจของชุมชนระหว่างประเทศต่อความมีประโยชน์ของกรรมการระหว่างประเทศเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงนี้”<sup>245</sup>

การสำรวจที่จะนำมาสู่กรรมการระหว่างประเทศเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงนั้นมีสองกรณี โดยทั้งสองกรณีจะต้องกระทำโดยความริเริ่มของภาคีกล่าวคือ กรณีแรก ภาคีชอบที่จะเรียกร้องการสำรวจซึ่งสามารถกระทำได้ก็ด้วยความสมัครใจของรัฐอื่นหรือรัฐที่เกี่ยวข้อง หรือกรณีที่สอง รัฐซึ่งรับรองอำนาจของกรรมการระหว่างประเทศเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงโดยอัตโนมัติเมื่อยกข้อกล่าวหาอีกรัฐหนึ่งซึ่งจะต้องเป็นที่ชัดเจนว่ารัฐนั้นยอมรับอำนาจของกรรมการระหว่างประเทศเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตามนับแต่ก่อตั้งกรรมการระหว่างประเทศเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงมา ยังไม่มีหลักฐานใดแสดงได้ว่ารัฐภาคีใช้กลไกการตรวจสอบนี้ ดังที่ฟรองซัว แฮมซอง (Françoise Hampson) ได้กล่าวไว้ว่า

“จากประสบการณ์กับอนุสัญญาเจนีวา 1949 ได้แสดงให้เห็นว่า เพียงแต่การมีอยู่ของกลไกการแสวงหาข้อเท็จจริงนั้น ไม่ได้หมายความว่ากลไกดังกล่าวจะถูกใช้”<sup>246</sup>

<sup>245</sup> Erich Kussbach, “The International Humanitarian Fact-Finding Commission,” *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 43, part I, (London: January 1994), p. 185.

แถมของได้สะท้อนถึงสิ่งที่ท้าทายสำหรับการนำกลไกที่มีอยู่มาใช้ว่า อนุสัญญาการระหว่างประเทศเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงแม้ว่าจะมีอยู่แต่ก็ไม่ได้หมายความว่ากลไกดังกล่าวจะถูกใช้

ปัญหาที่ประเทศส่วนใหญ่ยังไม่ใช้กลไกนี้ สาเหตุหลักมาจากการที่ประเทศภาคีหลายประเทศยังลังเลที่จะให้การรับรองอำนาจของอนุสัญญาการระหว่างประเทศเพื่อค้นหาข้อเท็จจริง ดังที่เห็นได้คือ จากวันที่ 30 มิถุนายน 1995 ได้มีภาคีพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ปี 1977 ถึง 138 ประเทศแต่มีเพียง 46 ประเทศที่ยอมรับอำนาจของอนุสัญญาการระหว่างประเทศเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงซึ่งเป็นปัญหาหลักที่สำคัญถึงปัจจุบัน แม้กระทั่งประเทศที่ยอมรับอำนาจของอนุสัญญาการระหว่างประเทศเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงแล้วก็ตาม ประเทศเหล่านั้นก็ยังลังเลในการเรียกร้องให้อนุสัญญาการระหว่างประเทศเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงทำการตรวจสอบค้นหาหลักฐานและประเมินข้อเท็จจริง ซึ่งข้อเท็จจริงเหล่านั้นอาจจะนำมาซึ่งภาระของรัฐภาคีที่จะจัดการกับประเด็นที่ละเอียดอ่อนในการนำอนุสัญญาเจนีวา 1949 ไปใช้ และลักษณะดังกล่าวรวมถึงโดยเฉพาะการกระทำที่เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรง (grave breaches) หรือการกระทำทารุณอย่างรุนแรง (serious violations)

ประเด็นปัญหาเรื่องความไม่มีประสิทธิภาพของอนุสัญญาการระหว่างประเทศเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงได้มาสู่จุดที่ต้องเผชิญกับความเป็นจริง เมื่อมีองค์การระหว่างประเทศอื่นเข้ามามีบทบาทสำคัญในการรับผิดชอบในภาระดังกล่าว กล่าวคือ คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติซึ่งได้แต่งตั้งกลไกเฉพาะกิจ (ad hoc mechanisms) สำหรับสอบสวนและดำเนินการต่อการกระทำอันรุนแรงโดยเฉพาะอย่างยิ่งในสงครามอดีตประเทศยูโกสลาเวียกับรวันดา ซึ่งนับนี้ยังทำให้นักวิชาการบางคนมองว่าคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติจะรับผิดชอบในบทบาทสำคัญนี้ในอนาคต<sup>247</sup>

<sup>246</sup> "As experience with the Geneva Convention 1949 has shown, the mere existence of a fact-finding mechanism does not mean that it will be used. The challenge is there. It remains to be seen whether States will rise to meet it."

Françoise Hampson, *Fact-Finding and the International Fact-Finding Commission*, Fox and Meger ed. *Effecting compliance*, (ICRC, 2007), p. 82.

<sup>247</sup> Adam Roberts, "the Law of War: Problems of Implementation in Contemporary Conflicts," *Law in Humanitarian Crises*, vol. I, p. 37.

## ความร่วมมือกับสหประชาชาติ

การดำเนินการด้านความร่วมมือกับสหประชาชาติ และคณะกรรมการระหว่างประเทศ เพื่อค้นหาข้อเท็จจริง<sup>248</sup>

การปราบปรามการละเมิดอนุสัญญาและพิธีสาร ที่เพิ่มเติมจากอนุสัญญาเจนีวา นอกจากบทบัญญัติข้อ 85 ที่กำหนดลักษณะของการละเมิดอย่างร้ายแรงข้อ 87 ในส่วนของหน้าที่ของผู้บังคับบัญชา ข้อ 89 เรื่องการดำเนินการโดยร่วมมือกับสหประชาชาติ และในส่วนของคณะกรรมการระหว่างประเทศเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงตามข้อ 90 ดังนี้

ข้อ 89 ของพิธีสารเพิ่มเติม ๑ ฉบับที่ 1 บัญญัติไว้ว่า

“ในสถานการณ์ที่มีการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาหรือต่อพิธีสารนี้ อัครภาคีผู้ทำสัญญาต้องดำเนินการร่วมมือกับสหประชาชาติ และโดยสอดคล้องกับกฎบัตรสหประชาชาติ ทั้งในลักษณะการดำเนินการร่วมกันหรือดำเนินการด้วยตนเอง”

ข้อบทนี้เป็นการขยายพันธกรณีให้กับรัฐภาคีของพิธีสารที่จะต้องดำเนินการร่วมมือกับสหประชาชาติ และโดยสอดคล้องกับกฎบัตรสหประชาชาติ ในสถานการณ์ที่มีการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาหรือต่อพิธีสารตามที่ได้กำหนดหลักการไว้ในข้อ 85 ในขณะที่อนุสัญญาเจนีวา 1949 ไม่ได้กำหนดพันธกรณีนี้ไว้

นอกจากนี้ยังกำหนดให้การแต่งตั้งคณะกรรมการระหว่างประเทศเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงขึ้น เพื่อสอบสวนข้อเท็จจริงที่มีการอ้างว่ามีการกระทำละเมิดอย่างร้ายแรงหรือฝ่าฝืนอย่างร้ายแรงตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาดังกล่าว ซึ่งคณะกรรมการระหว่างประเทศเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงมีสิทธิเข้าไปแสวงหาพยานหลักฐานหรือดำเนินการสอบสวนในรัฐภาคีนั้นได้

แม้ว่าข้อ 90 ของพิธีสารฉบับที่ 1 ที่กำหนดให้มีคณะกรรมการระหว่างประเทศเพื่อหาข้อเท็จจริง ซึ่งถือเป็นการนำกลไกใหม่ในการควบคุมการอนุวัติการตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ได้มีแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องการจัดตั้งคณะกรรมการระหว่างประเทศเพื่อหาความจริงมาก่อนแล้วแต่ไม่เป็นผลสำเร็จ โดยที่หลักเกณฑ์ตามข้อ 90 นี้ทำให้เกิดเป็นข้อบังคับปกติในการยอมรับการไต่สวนการละเมิดอย่างร้ายแรงในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ<sup>249</sup> แต่อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ตามข้อ 90 ที่

<sup>248</sup> API, article 89 and 90.

เกี่ยวกับคณะกรรมการ เพื่อหาความจริงระหว่างประเทศตามข้อ 90 นี้ ก็ยังไม่เป็นที่ยอมรับของหลายๆ ประเทศ โดยพิจารณาได้จากการที่มีการตั้งข้อสงวนในการที่จะไม่ยอมรับพันธกรณีตามข้อ 90 นี้ เนื่องจากหลายๆ ประเทศยังคงมีความกังวลว่าจะเป็นการก้าวก่ายอำนาจอธิปไตยภายในของแต่ละประเทศได้<sup>250</sup>

สรุปว่าการที่มีกลไกการตรวจสอบตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 ปี 1977 ในส่วนของกลไกการแต่งตั้งผู้มีอำนาจคุ้มครองเท่าที่ผ่านมาเห็นว่าเป็นการดำเนินการที่ดีเสมอมา ทั้งนี้อาจเป็นเพราะการแต่งตั้งผู้มีอำนาจคุ้มครองดังกล่าวเป็นการเชื่อมต่อประเทศที่เป็นภาคีแห่งการขัดกันทางอาวุธให้ได้รับประโยชน์จากกลไกดังกล่าว ส่วนการที่มี กรรมการระหว่างประเทศเพื่อค้นหาข้อเท็จจริง ประเทศต่างๆ ยังคงลังเลที่จะรับรองกลไกนี้ สาเหตุหลักอาจเป็นการที่กลไกดังกล่าวแสวงหาที่จะตรวจสอบเอาความผิดมากกว่าที่จะเป็นการอำนวยความสะดวกเหลือที่เป็นที่ต้องการของประเทศภาคีแห่งอนุสัญญา ดังนั้นการแต่งตั้งผู้มีอำนาจคุ้มครองจึงเป็นที่ยอมรับมากกว่ากลไกระบบกรรมการระหว่างประเทศเพื่อค้นหาข้อเท็จจริง

ต่อไปเป็นตารางเปรียบเทียบการอนุวัติการกลไกภายในประเทศภาคี และการรับรองเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด ซึ่งเป็นการเปรียบเทียบให้เห็นถึงการอนุวัติการที่เป็นกฎหมายภายใน และคู่มือทางการทหาร การรับรองเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดแต่ละเครื่องหมายของแต่ละประเทศในบทบัญญัติดังกล่าว และการมีองค์การตรวจสอบและตรวจตราการอนุวัติการกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศของแต่ละประเทศด้วย ตัวอย่างประเทศที่นำเสนอได้เน้นไปที่ประเทศมหาอำนาจที่มีส่วนในการสู้รบมากที่สุด ประเทศด้อยพัฒนาที่มีกรณีการขัดกันทางอาวุธเกิดขึ้น และประเทศกำลังพัฒนาต่างๆ โดยเฉพาะในเอเชีย เพื่อพิจารณาการรับรองของประเทศที่ไม่ได้มีส่วนในการขัดกันทางอาวุธมากนัก อีกทั้งเพื่อเป็นแนวทางในการอนุวัติการของประเทศไทย

<sup>249</sup> Rene Kosirnik, "The 1977 Protocol: a landmark in the development of international humanitarian law," *International Review of the Red Cross*, No.320 (1977), pp. 488-489.

<sup>250</sup> กระทรวงการต่างประเทศ, รายงานการประชุมส่วนราชการเรื่อง การพิจารณาการเข้าเป็นภาคีพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ครั้งที่ 2/2538 วันที่ 28 พฤศจิกายน 2538.

ตารางที่ 1: การอนุวัติการกลไกภายในประเทศภาคี และการรับรองเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด

ประเทศ	คู่มือทางการทหาร	บทบัญญัติกฎหมายภายใน	เครื่องหมายที่ใช้และเครื่องหมายที่ทำให้การรับรอง	องค์กรตรวจสอบและตรวจตรา
อังกฤษ	Military Manual 1958.	Law of Armed Conflict Manual 1981.	ใช้เครื่องหมายกาชาดรับรองเครื่องหมายกาชาดและเครื่องหมายที่มีค่าในลำดับเดียวกัน	Inter-departmental Committee for International Humanitarian Law - Established 1999.
สหรัฐอเมริกา	Field Manual No. 27-2, Your conduct in combat under the law of war, 1984; Force Pamphlet 1976; Field Manual No.27-10, The Law of Land Warfare, Washington D.C., 1956.	Criminal Statute on the Protection of the Emblem as amended 1905; War Crimes Act as amended 1996.	ใช้เครื่องหมายกาชาด รับรองเครื่องหมายกาชาดเท่านั้น	ไม่มี
เยอรมนี	Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Koflikten-Handbuch, 1992.	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG), 1986; Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuch, 2002.	ใช้เครื่องหมายกาชาด รับรองเครื่องหมายกาชาด เลี้ยววงเดือนแดง และสิงโตแดงกับดวงอาทิตย์ในคู่มือทางการทหาร ส่วนกฎหมายภายในระบุความคุ้มครองเพียงเครื่องหมายกาชาด	German Red Cross Committee on International Humanitarian Law - Established 1973.



			เท่านั้น	
ฝรั่งเศส	Règlement de Discipline Générale dans les Armées, Decree 1982. (amended); Manual de droit des conflits armés, Ministère de la Défense, 2001.	Loi du 4 Juillet 1939 tendant à modifier la loi du 24 juillet 1913 en vue d'assurer la protection de l'emblème de la Croix-Rouge et des armoiries de la Confédération Suisse conformément aux dispositions de la convention de Genève du 27 juillet 1929 pour l'amélioration du sort des blessés et des maladies dans les armées en campagne, 1939; Code de justice militaire, as amended, 1982.	ใช้เครื่องหมายกาชาด รับรอง เครื่องหมายกาชาด เลี้ยววงเดือนแดง และสิงโตแดงกับดวงอาทิตย์ แต่ไม่ระบุให้ชัดเจนเพียงแต่ระบุ ว่า "ห้ามใช้ เครื่องหมายของการบริการทางการแพทย์อย่างไม่เหมาะสม" ส่วนการใช้ในประเทศคุ้มครอง เฉพาะเครื่องหมายกาชาด	Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNDH) - Established 1947.
อิตาลี	Manuale di diritto humanitario, Introduzione e Volume I, Usi e convenzioni di Guerra, SMD-G-014, Stato, Maggiore della Difesa, I Reporto, Ufficio Assestramento e Regolamenti, Rome, 1991.	Legge No. 740 compiti della Croce Rossa in tempo di pace e di guerra, 1912; Legge italiana di Guerra, 1938; Codice Penale Militare di guerra, 1938.	ใช้เครื่องหมายกาชาด รับรอง เครื่องหมายกาชาด เลี้ยววงเดือนแดงใน คู่มือทางการทหาร ส่วนกฎหมายภายใน รับรองเฉพาะ เครื่องหมายกาชาด	Commissione di Studio per l'adeguamento dell'ordinamento giuridico agli accordi e alle regole di diritto internazionale umanitario - Set up 1988.
สเปน	El Reglamento para el Servicio de	Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, por la que se aprueba el	ใช้เครื่องหมายกาชาด รับรอง เครื่องหมายกาชาด	ไม่มี

	Campana, 1882; Orientaciojaws El Derecho de los Conflictos Armados, 1996.	Código Penal Militar, 1985; Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 1995.	และเสี้ยววงเดือนแดง	
รัสเซีย	Instructions on the Application of the Rules of International Humanitarian Law by the Armed Forces of the USSR, 1990.	O Rossiyskom obshestve Krasnogo Kresta i ob ispol'zovanii nazvaniya i emblemy Krasnogo Kresta v Rossiyskoy Federacii, 1998.	ใช้เครื่องหมายกาชาด คุ้มครอง เครื่องหมายกาชาด คู่มือทางการทหาร ระบุห้ามใช้ เครื่องหมายพิเศษอื่น เด่นชัดอย่างไม่เหมาะสม	ไม่มี
จีน	ไม่มี	Law of the People's Republic of China on the Red Cross Society, 1993; Regulations of the People's Republic of China for the use of the emblem of the Red Cross, 1996.	ใช้เครื่องหมายกาชาดและคุ้มครอง เครื่องหมายกาชาด เท่านั้น	ไม่มี
อินเดีย	ไม่มี	An Act to enable effect to be given to certain international Conventions done at Geneva on the twelfth day of August, 1949 to India is a party, and for purposes connected therewith, Act No. 6 of 1960, 1960.	ใช้เครื่องหมายกาชาด คุ้มครอง เครื่องหมายกาชาด เสี้ยววงเดือนแดง และสิงโตแดงกับดวงอาทิตย์	ไม่มี
คาซัคสถาน	ไม่มี	Penal Code of the Republic of Kazakhstan, 1997.	ใช้เครื่องหมายกาชาดและเสี้ยววงเดือนแดงคู่กัน	Interdepartmental Commission on International Law and the

			รับรองเครื่องหมาย กาชาดและเสี้ยววง เดือนแดง	International Human Rights Treaties - Established: 2003.
ญี่ปุ่น	Notification on the Treatment of an Emblem of Red Cross and ID Cards for Medical Staff, 1965.	Law No. 127 on the Restriction of the Use of the Emblem and Name of Red Cross, 1947.	ใช้เครื่องหมาย กาชาด รับรอง เครื่องหมายกาชาด ในกฎหมายภายใน ไม่ปรากฏการรับรอง เครื่องหมายอื่น	National Committee on International Humanitarian Law - Established: 1999.
เกาหลีใต้	Military Regulation 187, 1991; Military Law Manual, 1996.	Act of Incorporation of the Republic of Korea National Red Cross, Act No. 25, 1949.	ใช้เครื่องหมาย กาชาด รับรองเฉพาะ เครื่องหมายกาชาด ในคู่มือทางการทหาร กฎหมายภายใน รับรองเครื่องหมาย กาชาดและ เครื่องหมายที่มี สถานะเท่าเทียมกัน	Korean National Committee for International Humanitarian Law - Established: 2002.
ไทย	ประมวล ข้อบัญญัติของ พลรบ	พระราชบัญญัติกาชาด พ.ศ. 2499 พระราชบัญญัติ เครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และพระราชบัญญัติ กำหนดหน้าที่คนไทยใน เวลารบ พ.ศ. 2484	ใช้เครื่องหมาย กาชาด รับรอง เครื่องหมายกาชาด เสี้ยววงเดือนแดง และสิงโตแดงกับดวง อาทิตย์	ไม่มี ในอดีตไทยเคยมี คณะกรรมการ พิเศษเฉพาะกิจ เพื่อปรับปรุงแก้ไข กฎหมายซึ่ง ดำเนินการโดย กระทรวงการ ต่างประเทศ กระทรวงยุติธรรม กระทรวงกลาโหม กองทัพไทย และ หน่วยงานอื่นที่ เกี่ยวข้อง
ฟิลิปปินส์	ไม่มี	President Decree No. 1264, An Act to	ใช้เครื่องหมาย	Philippine National Red

		Incorporate the Phillippine National Red Cross, 1976.	กาชาด ในกฎหมาย ภายในรับรอง เครื่องหมายกาชาด เท่านั้น	Cross (PNRC) International Humanitarian Law National Committee - Established 2000.
อินโดนีเซีย	The Basics of International Humanitarian Law, 1982.	Act No. 1 of 1946 regarding the Revision of the Penal Code, 1946.	ใช้เครื่องหมาย กาชาด รับรอง เครื่องหมายกาชาด ส่วนเครื่องหมายอื่น ระบุเป็นนัยว่าห้าม การละเมิดต่อ เครื่องหมายบ่งชี้ ทางการแพทย์	Interministerial Committee on International Humanitarian Law - Established 1980.
อัฟริกาใต้	ไม่มี	Geneva Convention Government Notice No. 937 of 1915, Prohibition under the Geneva Convention Act, 1911, of the Unauthorized use of the Red Cross Emblem, 1915.	ใช้เครื่องหมาย กาชาด ในกฎหมาย ภายในรับรอง เครื่องหมายกาชาด เท่านั้น	National Committee on International Humanitarian Law - Established: 2006.
นิการากัว	ไม่มี	Ley Provisional de los Delitos Militares, Decreto No. 600, 1980;Codigo Penal Militar, 1996; Ley No. 418, Ley de proteccion y uso del nombre y del emblema de la Cruz Roja, 2002.	ใช้เครื่องหมาย กาชาด ในกฎหมาย ภายในรับรอง เครื่องหมายกาชาด เท่านั้น	Comisión Nacional para la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario - Established: 1999.
อิสราเอล	ไม่มี	Red Shield of David Law, 1950.	ใช้เครื่องหมาย กาชาด รับรอง เครื่องหมายกาชาด เสี้ยววงเดือนแดง	Public Committee - Set up 1994.  (ไม่ปรากฏใน รายงานฉบับปี

			และสิ่งใดแดงกับดวง อาทิตย์	2007)
วันดา	ไม่มี	Décret du 30 avril 1912, Mesures d'exécution prévues par la Convention de Genève-Emploi de l'emblème de la Croix rouge, 1912.	ใช้เครื่องหมาย กาชาด ในกฎหมาย ภายในรับรอง เครื่องหมายกาชาด เท่านั้น	ไม่มี
เคียจิสถาน	ไม่มี	Law on the use and protection of the emblem of the Red Cross and Red Crescent, 2000.	ใช้เสี้ยววงเดือนแดง รับรองเครื่องหมาย กาชาด และเสี้ยววง เดือนแดง	National Committee on International Humanitarian Law. re- Established: 2003.

หมายเหตุ: ไม่มี หมายถึง ไม่มีคู่มือทางการทหารที่ระบุคุ้มครองเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด และไม่มีองค์กร  
ตรวจสอบ ตรวจสอบการอนุวัติการกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศแล้วแต่กรณี ณ ปัจจุบันมีการแต่งตั้ง  
องค์กรตรวจสอบ ตรวจสอบการอนุวัติการกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ แล้วทั้งหมด 81 ประเทศ (ตาม  
รายงานปี 2007 ไม่ปรากฏประเทศอิสราเอล)

ข้อมูลหลักอ้างอิงจาก: Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds). Customary  
international humanitarian law. Vol 1 and vol. 2, part 1 and 2, 1<sup>st</sup> ed., (New York: Cambridge  
University Press, 2005), pp. 1269-1317 and 4195-4285; ICRC. National implementation of  
international humanitarian law. Annual Report 1998. (Geneva: ICRC, 1998), pp. 103-130 and ICRC,  
Table of National Committees and other national bodies on international humanitarian law, ICRC  
Advisory Service on IHL, 31 January 2007, (ICRC, 2007), [Online] Available from:  
<http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/html/table-national-committees> pp. 1-28.

### 3.3.3 ประเด็นทางการเมืองระหว่างประเทศ

นอกเหนือจากประเด็นเกี่ยวกับความเคารพและความคุ้มครองต่อเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดและประเด็นเกี่ยวกับการรับรองเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดแล้วนั้น ประเด็นหนึ่งที่น่าสนใจและมีอิทธิพลอย่างมากในทุกการประชุมหรือการตกลงให้ความร่วมมือระหว่างประเทศนั้นก็คือน ประเด็นเกี่ยวกับการเมืองระหว่างประเทศกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการรับรอง การให้ความเคารพและความคุ้มครองต่อเครื่องหมายและการบริการภายใต้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด ตามที่ปรากฏในอดีตเรื่อยมานั้น ทั้งที่เป็นประเด็นเกี่ยวกับการแทรกแซงทางมนุษยธรรมในการอ้างถึงหลักนี้เพื่อเป็นช่องทางที่ประเทศหนึ่งประเทศใดจะเข้าไปในประเทศที่เกิดความไม่สงบไม่ว่าจะด้วยเหตุผลเบื้องหลังประการใด แต่ก็มิมีผลกระทบกับหลักการของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างยิ่ง จากการศึกษาได้พบว่ายังคงมีความสับสนเกี่ยวกับประเด็นเรื่องการแทรกแซงทางมนุษยธรรม (Humanitarian Intervention) กับการให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรม (Humanitarian Assistance) ซึ่งมีผลกระทบต่อภาพลักษณ์ของหน่วยงานที่เป็นกลางและไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใดในการให้บริการทางมนุษยธรรมแก่เหยื่อผู้เคราะห์ร้ายจากการขัดกันทางอาวุธกับการใช้กำลังซึ่งมีความแตกต่างกันเป็นอย่างมาก แต่อย่างไรก็ตามในประเด็นการเข้าไปในดินแดนอธิปไตยของรัฐอื่นนั้น ในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติการขององค์การกาชาดระหว่างประเทศนั้น โดยหลักแล้วเป็นการให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรมโดยการบรรเทาทุกข์ด้วยความช่วยเหลือทางอาหารและการแพทย์มากกว่าโดยการใช้กำลัง<sup>251</sup>

<sup>251</sup> Garard J. Tanja, "Humanitarian Intervention and Humanitarian Assistance: An Echo from the Past and a Prospect for the Future," *Law in Humanitarian Crises*, vol. II, pp. 69-93; Y. Sandoz, "'Droit' or 'devoir d'ingérence' and the right to assistance: the Issues involved," *International Review of the Red Cross*, May-June 1992, no. 288, (Geneva: 1992), pp. 215-227; M. Torrelli, From Humanitarian Assistance to 'intervention on humanitarian ground'?, *International Review of Red Cross*, May-June 1992, no. 288, pp. 228-248; R. Dumas, *La France et le droit d'ingérence humanitaire*, 3 relations internationales et stratégiques, (1991), p. 57; P. Malanczuk, *Humanitarian Intervention and the Legitimacy of the Use of Force*, (1993), p. 27; A. Randelzhofer, *Kommentar zu Art. 2 Ziff. 4*, in B. Simma (ed.), *Charta der Vereinten Nationen*, *Kommentar*, pp. 85-87; Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, (1963), p. 342; R. S. Clark, "Humanitarian Intervention: Help to Your Friends and State Practice," 13 *Ga. J. Int'l & Comp L.* (1983), p. 211; O. Schachter, "the Legality of Pro-Democratic Invasion," 78, *American Journal of International Law*, (1984), pp. 645 and 649 and T. J. Farer, "An Inquiry Into the Legitimacy of Humanitarian Intervention," in: L. Damrosch / D. Scheffer (eds.), *Law and Force in the New International Order*,

นอกจากนั้นประเด็นทางการเมืองระหว่างประเทศยังแทรกซึมเข้าสู่แม้กับหน่วยงานที่เป็นกลางไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใดอย่างองค์การกาชาตเองด้วย

ประเด็นทางการเมืองได้ปรากฏให้เห็นได้อย่างชัดเจนเมื่อมีการประชุมทางการทูตระหว่างประเทศในการหารือเรื่องการรับเอาเครื่องหมายใหม่ ซึ่งแม้แต่ประเด็นปัญหาที่นำไปสู่การที่จะต้องมีการแก้ไขอนุสัญญาเจนีวา 1949 คือ เครื่องหมายกาชาต เครื่องหมายเสี้ยววงเดือนแดงและเครื่องหมายสิงโตแดงกับดวงอาทิตย์ ประเด็นเหล่านี้ล้วนมาจากความไม่ปรองดองกันทางการเมืองระหว่างประเทศทั้งสิ้น โดยในประเด็นนี้มีการเน้นย้ำโดยสมาชิกของคณะกรรมการกาชาตระหว่างประเทศโดย นายเดเนียล ทูเรอร์ ว่า “ปัญหาปัจจุบันเป็นที่ชัดเจนแล้วว่าไม่ใช้กาชาตหลักเกณฑ์ แต่เป็นการขาดเจตนาทางการเมืองในด้านการบังคับใช้และเคารพหลักเกณฑ์ตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่มีอยู่แล้วในปัจจุบัน”<sup>252</sup>

ดังนั้นการที่จะแก้ปัญหาในประเด็นเรื่องการให้ความเคารพและความคุ้มครองต่อเครื่องหมายดังกล่าวนั้นคงจะหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะไม่กล่าวถึงประเด็นปัญหาทางการเมืองระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามที่ปรากฏในการประชุมทางการทูตระหว่างประเทศขององค์การกาชาตระหว่างประเทศในการหาข้อยุติเกี่ยวกับประเด็นเรื่องเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดอันก่อให้เกิดการที่จะต้องรับเอาเครื่องหมายตามพิธีสารฉบับที่ 3 ที่เกี่ยวกับเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดเครื่องหมายใหม่โดยเฉพาะที่มีชื่ออย่างเป็นทางการว่า “เครื่องหมายตามพิธีสารฉบับที่ 3” หรือเป็นที่รู้จักกันดีในชื่อ “เครื่องหมายคริสตัสแดง” ดังจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ถึงประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการรับรองและความคุ้มครองภายใต้เครื่องหมายคริสตัสแดงในฐานะเครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัด ดังจะได้กล่าวในบทต่อไป

---

(1991) and R2P at ICISS, “the Responsibility to Protect: Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty,” (ICISS, December 2001); International Crisis Group, “The Responsibility to Protect,” [Online] available from: <http://www.crisisgroup.org/home/index.cfm?id=4521> [7 February 2008] and Ernie Regehr, R2P and the Global Summit, September 2005 [Online] Available from: [www.ploughshares.ca/libraries/Briefings/brf056.pdf](http://www.ploughshares.ca/libraries/Briefings/brf056.pdf) [07 Jan 2008].

<sup>252</sup> “Clearly, the main problem today is not a lack of rule but a lack of political will to implement and respect existing rules.” Daniel Thürer. Inaugural Princess Maha Chakri Sirindhorn lecture on international humanitarian law: Contemporary Challenges in international humanitarian law. Bangkok: Thai Red Cross Society, 2003, p. 30.