

## บทที่ 1

### แนวความคิดและประวัติความเป็นมาของกฎหมาย มนุษยธรรมระหว่างประเทศ และประวัติการนำกฎหมายมนุษยธรรม มาใช้ในการพิพาทด้วยอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ

#### 1.1 ความทั่วไป

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า กฎหมายมนุษยธรรม ระหว่างประเทศ เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศภาคสงคราม (International Law of War) ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้ เพื่อปกป้องและช่วยเหลือผู้ได้รับเคราะห์กรรมอันเกิดจากกรณีพิพาทด้วยอาวุธ ดังนั้น ก่อนที่จะพิจารณาความเป็นมาของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และประวัติความเป็นมาของการนำกฎหมายมนุษยธรรมมาใช้ปกป้องผู้ได้รับเคราะห์กรรมในการพิพาทด้วยอาวุธไม่เป็นระหว่างประเทศ จะได้ทำการวิเคราะห์คำนิยาม และประเด็นต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับคำว่าสงคราม (War) ความแตกต่าง ระหว่างสงคราม (War) กับการพิพาทด้วยอาวุธ (Armed Conflict) ชนิดของการพิพาทด้วยอาวุธ ตลอดจนเจตนาคัมภีร์ต่าง ๆ ของการสู้รบที่เกิดขึ้นภายในดินแดนของรัฐ อาทิ เช่น ความหมายของคำว่า การพิพาทด้วยอาวุธ ไม่เป็นระหว่างประเทศ (Non-International armed Conflict) สงครามกลางเมือง (Civil War) สงครามปฏิวัติ (Revolutionary war or Separatist war) สงครามกองโจร (guerilla Warfare) เป็นต้น

#### 1.2 แนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายสงคราม

1.2.1 ความหมายของคำว่า สงคราม (War) ได้มีนักนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์หลายท่าน ได้ให้คำนิยามของคำว่าสงครามไว้ดังนี้

1. Oppenheim นักกฎหมายระหว่างประเทศ ชาวอังกฤษนิยามว่า คือ การต่อสู้ด้วยกองกำลังติดอาวุธระหว่างรัฐสองรัฐ หรือหลายรัฐ เพื่อวัตถุประสงค์ที่จะมีอำนาจเหนืออีกฝ่ายหนึ่ง<sup>3</sup>
2. นักคิดยุโรปหลายท่าน เช่น Vattel Phillimore, Twiss, Bluntschli และ Bulmerincq ได้พยายามรวบรวมแนวความคิดเกี่ยวกับสงครามว่า หมายถึง มาตรการโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะทำให้รัฐหนึ่งได้รับความพึงพอใจ เมื่อถูกอีกรัฐหนึ่งละเมิดอธิปไตย<sup>4</sup>
3. ความเห็นของ Mc Nair ซึ่งรวบรวมจากแนวคิด และนิยามต่าง ๆ ได้ให้คำจำกัดความว่า สงคราม คือ การขัดแย้ง การต่อสู้ขัดขวางกัน โดยการใช้กำลังของกองทัพ<sup>5</sup>
4. อาจารย์สุเทพ อรรถถาวร ได้ให้นิยามว่า สงคราม คือ การใช้กำลังและอาวุธเข้าต่อสู้กันระหว่างชาติ หรือสภาวะการณ์ตามกฎหมายเกี่ยวกับการใช้กำลังอาวุธประจัญหน้ากันระหว่างรัฐต่าง ๆ<sup>6</sup>
5. อาจารย์โกเมศ ชวัญเมือง เห็นว่า สงครามเป็นการต่อสู้กันระหว่างรัฐ 2 ฝ่าย โดยฝ่ายหนึ่งมุ่งบังคับอีกฝ่ายหนึ่งด้วยกำลังอาวุธให้กระทำตามที่ตนประสงค์<sup>7</sup>

<sup>3</sup>H. Lauterpacht, Oppenheim's International Laws, Vol.II, 7<sup>th</sup> ed. (London : Longman, 1952) p. 202.

<sup>4</sup>Ibid., pp. 202-203.

<sup>5</sup>Ibid

<sup>6</sup>สุเทพ อรรถถาวร, กฎหมายระหว่างประเทศกับการเมืองระหว่างประเทศ พฤติกรรมและเอกสาร, เล่ม 2 : ภาคสงคราม กรณีนิพาท ความเป็นกลาง (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2516), หน้า 468.

<sup>7</sup>โกเมศ ชวัญเมือง, คู่มือกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง, (กรุงเทพมหานคร : แสงจันทร์การพิมพ์, 2528), หน้า 143.

6. รองศาสตราจารย์ ดร. กรันต์ ฐนเทพ ได้ให้คำนิยามว่า สงคราม เป็นการต่อสู้ด้านกำลังทั้ง 2 ฝ่ายของกองทัพ และต้องเป็นการต่อสู้ระหว่างรัฐ และสงครามต้องเกิดจากเจตนาที่จะทำสงครามของทั้งสองฝ่ายหรืออย่างน้อยฝ่ายหนึ่ง แม้จะเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวก็ตาม<sup>8</sup>

จะเห็นได้ว่า แนวความคิดของสงครามในสมัยโบราณนั้น เป็นการพิพาทกันระหว่างรัฐ 2 รัฐ หรือหลายรัฐเข้าทำสงคราม เช่น สงครามโลกครั้งที่ 1 และครั้งที่ 2 แต่ต่อมาแนวความคิดของสงครามได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม กล่าวคือ ฝ่ายของคู่สงครามที่พิพาทกันไม่จำเป็นต้องเป็นระหว่างรัฐต่อรัฐ อาจเป็นระหว่างรัฐหรือกลุ่ม หรือประชาชนที่ต่อต้านอาณานิคม หรือรัฐบาลที่ปกครอง หรือสงครามภายในรัฐเดียวกัน

#### 1.2.2 ข้อแตกต่างระหว่างสงคราม (War) กับการพิพาทด้วยอาวุธ (Armed Conflict)

กฎบัตรสหประชาชาติได้หลีกเลี่ยงคำว่า สงคราม (War) โดยใช้คำว่า "การคุกคามหรือใช้กำลัง (Threat or Use of Force) แทนที่คำว่าสงคราม" ซึ่งนักกฎหมายระหว่างประเทศมีความเห็นสอดคล้องกันว่า คำว่า "สงคราม" ยังไม่อาจครอบคลุมสถานการณ์ต่าง ๆ ที่ได้เกิดขึ้น หรืออาจเกิดขึ้นในอนาคต และมุ่งที่จะให้สถานการณ์ดังกล่าวได้รับความคุ้มครอง หรือปฏิบัติตามกฎ และข้อบังคับว่าด้วยสงครามเช่นกัน ดังนั้น ในการประชุมเพื่อร่างอนุสัญญาเจนีวา 1949 ทั้ง 4 ฉบับ ซึ่งคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศได้จัดขึ้นระหว่าง ค.ศ. 1945 ถึง 1948 โดยมีผู้เชี่ยวชาญจากหลายประเทศ<sup>9</sup> ได้ใช้คำว่า "การพิพาทด้วยอาวุธ (Armed Conflict)" เพื่อประกอบสถานการณ์ ซึ่งมีใช้สงครามที่ได้มีการประกาศ หรือ "ในกรณีที่มีการพิพาทด้วยอาวุธ อันมิได้มีลักษณะเป็นกรณีระหว่าง

<sup>8</sup> รองศาสตราจารย์ ดร.กรันต์ ฐนเทพ, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2528), หน้า 260.

\* กฎบัตรสหประชาชาติ มาตรา 2(4) บัญญัติว่า "ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศสมาชิกทั้งปวงจักต้องละเว้นการคุกคาม หรือการใช้กำลัง ต่อบูรณภาพแห่งอาณาเขต หรือเอกราชทางการเมืองของรัฐใด ๆ....."

<sup>9</sup> Adam Roberts and Richard Guelff, ed, Documents on the Laws of War (Oxford : Clarendon Press, 1982) , p. 169.

ประเทศ เกิดขึ้นในอาณาเขตของอัครภาติ" โดยมาตรา 2 วรรค 1 ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 บัญญัติว่า "อนุสัญญาจักนำมาใช้บังคับแก่บรรดากรณีสงครามที่ได้มีการประกาศหรือกรณีพิพาทด้วยอาวุธอย่างอื่นใด ซึ่งอาจเกิดขึ้นระหว่างอัครภาติ ผู้ทำสัญญาทั้งสองฝ่ายหรือกว่านั้นขึ้นไป แม้ว่าฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะมีได้รับรองว่ามีสถานะสงครามก็ตาม" แสดงว่าสงครามที่ได้มีการประกาศ เป็นเพียงตัวอย่างอันหนึ่งของการพิพาทด้วยอาวุธเท่านั้นเอง<sup>10</sup> ซึ่งการเปลี่ยนจากคำว่า "สงคราม" มาเป็นการพิพาทด้วยอาวุธมีความสำคัญในการนำมาใช้ซึ่งอนุสัญญาเจนีวา และนอกจากอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาดังกล่าวแล้ว ที่ใช้คำว่า "การพิพาทด้วยอาวุธ" มาตรา 18 ของอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ในกรณีพิพาทด้วยอาวุธ ก็ใช้คำเช่นเดียวกัน<sup>11</sup> เช่นเดียวกับข้อมติของสหประชาชาติ ที่ใช้คำว่า "การเคารพสิทธิมนุษยชนในกรณีพิพาทด้วยอาวุธรวมทั้งมาตรา 3 รวม ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ที่ได้กำหนดกฎเกณฑ์พื้นฐานอย่างต่ำที่จะเคารพในกรณีพิพาทด้วยอาวุธ อันมีลักษณะไม่เป็นระหว่างประเทศ" เช่นเดียวกัน

### 1.2.3 คำนิยามของคำว่า การพิพาทด้วยอาวุธ (Armed Conflict)

การใช้คำว่า "การพิพาทด้วยอาวุธ"<sup>12</sup> เป็นแนวความคิด เพื่อวัตถุประสงค์ทางด้านกฎหมายมนุษยธรรม การพิพาทด้วยอาวุธที่สำคัญที่สุด ในกฎหมายระหว่างประเทศหรือในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ คือการพิพาทด้วยอาวุธระหว่างประเทศ และการพิพาทด้วยอาวุธที่ไม่เป็นระหว่างประเทศ

<sup>10</sup> Rudolf Dolzer. "Armed Conflict." Encyclopedia of Public International Law : Use of Force War and Neutrality Peace Treaties (A-M) 3 (1982) : 25-26.

<sup>11</sup> Ibid, p. 26

<sup>12</sup> Robert L. Bledsoe, Boleslaw A. Boczed, "Armed Conflict : International" The International Law Dictionary (1987) : 349.

### 1.2.3.1 การพิพาทด้วยอาวุธระหว่างประเทศ (International Armed Conflict)

การพิพาทด้วยอาวุธระหว่างประเทศ นอกจากมีความหมายทางกฎหมายของสงครามตามแบบดั้งเดิม ที่หมายถึงการพิพาทด้วยอาวุธ ซึ่งเกิดขึ้นระหว่างรัฐ 2 รัฐ หรือหลายรัฐ แล้วยังหมายถึงการพิพาทกันระหว่างกองกำลังติดอาวุธ หรือตัวกระทำอื่นของกฎหมายระหว่างประเทศ และการครอบครองดินแดนต่างประเทศ โดยกองกำลังอาวุธแม้ว่าไม่มีการต่อต้านด้วยอาวุธ รวมทั้งการพิพาทด้วยอาวุธ ซึ่งประชาชนต่อสู้กับการปกครองอาณานิคม และการปกครอง โดยคนต่างด้าว และต่อต้านระบบที่แบ่งแยกผิว ในการแสดงออกซึ่งการกำหนดอนาคตของตนเอง ตามที่กำหนดไว้ในพิธีสารฉบับที่ 1 ปี ค.ศ. 1977<sup>13</sup>

### 1.2.3.2 การพิพาทด้วยอาวุธ ไม่เป็นระหว่างประเทศ (Non - International armed Conflict)

เนื่องจากไม่มีคำนิยามทั่วไป ของคำว่า การพิพาทด้วยอาวุธ ไม่เป็นระหว่างประเทศ (Non - International Armed Conflict) จึงได้มีความพยายามที่จะอธิบายคำนิยามของสถานการณ์ชนิดนี้ ซึ่งการพิพาทด้วยอาวุธไม่เป็นระหว่างประเทศ มีความแตกต่างจากการพิพาทด้วยอาวุธระหว่างประเทศ เพราะว่าสถานะทางกฎหมายของสัตตะ (entities) ซึ่งเป็นฝ่ายตรงข้าม ซึ่งเป็นฝ่ายที่พิพาทกันไม่ใช่รัฐอธิปไตย และเป็นการพิพาทกันด้วยอาวุธระหว่าง 2 ฝ่าย หรือมากกว่า 2 ฝ่าย ภายในดินแดนของรัฐเดียวกัน ซึ่งการเน้นคำว่า "การพิพาทด้วยอาวุธ (Armed Conflict)" เป็นการชี้ให้เห็นถึงกฎเกณฑ์ที่สำคัญ คือการมีอยู่ของการสู้รบระหว่างกองกำลังติดอาวุธ ซึ่งจัดเป็นองค์กระระดับมากหรือน้อย ดังนั้นความยุ่งยากภายใน (Internal disturbance) และความตึงเครียดภายใน (Internal tension) เช่น การกระทำที่รุนแรง เป็นครั้งคราวจึง ไม่ถือว่าเป็นการพิพาทด้วยอาวุธ ในความหมายทางกฎหมาย แม้ว่ากองกำลังของรัฐบาลจะใช้หน่วยตำรวจหรือทหาร เพื่อรักษาไว้ซึ่งกฎหมาย และความสงบเรียบร้อย ด้วยจำกัดเหล่านี้ การพิพาทด้วยอาวุธไม่เป็นระหว่างประเทศ จึงหมายถึงสถานการณ์ ซึ่งเป็นการสู้รบที่เกิดขึ้นระหว่าง

<sup>13</sup> Ibid, pp. 349-350.

กองกำลังติดอาวุธ หรือกลุ่มติดอาวุธที่จัดเป็นองค์กรภายในดินแดนของรัฐเดี่ยว<sup>14</sup> ซึ่งตามพิธีสารฉบับที่ 2 ปี 1977 ได้ให้คำนิยามว่า หมายถึง การพิพาทด้วยอาวุธที่เกิดขึ้นภายในดินแดนของรัฐระหว่างกองทัพอันของตน กับของฝ่ายที่แตกแยกหรือกับกลุ่มที่ติดอาวุธ โดยมีระบบซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจการบังคับบัญชา ที่รับผิดชอบ และสามารถควบคุมส่วนหนึ่งของดินแดนของประเทศนั้นถึงขนาดที่ทำให้กลุ่มติดอาวุธเหล่านั้นสามารถดำเนินปฏิบัติการทางทหารที่คงอยู่ และร่วมกัน และสามารถที่จะบังคับใช้พิธีสารนี้<sup>15</sup> ซึ่งคำนิยามของคำว่า การพิพาทด้วยอาวุธ ตามพิธีสารฉบับที่ 2 นี้ จะต้องมีการพิพาทด้วยอาวุธที่มีความรุนแรงสูง ถึงขนาดที่สามารถควบคุมดินแดนได้อย่างถาวร รัฐทั้งหลายจึงมักจะไม่วินิจฉัยว่ามี "การพิพาทด้วยอาวุธ" ว่ามีอยู่ในดินแดนของตน ตามพิธีสารฉบับที่ 2 ในทางปฏิบัติรัฐจึงมักจะนำกฎเกณฑ์พื้นฐานทางด้านมนุษยธรรมตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 รวม มากกว่า เพราะระดับของการพิพาทด้วยอาวุธตามมาตรา 3 รวม คลอบคลุมถึงการพิพาทด้วยอาวุธทุกชนิด ที่มีระดับต่ำกว่า พิธีสารฉบับที่ 2<sup>16</sup>

สำหรับการพิพาทด้วยอาวุธไม่เป็นระหว่างประเทศนี้ ซึ่งเป็นกรณีของการสู้รบภายในดินแดนของรัฐระหว่างกองกำลังติดอาวุธ ภายในรัฐ 2 ฝ่ายหรือมากกว่า ภายในดินแดนของรัฐเดียวกันดังที่กล่าวมาข้างต้นนี้ มีชื่อเรียกแตกต่างกันไป เช่น สงครามกลางเมือง (Civil War), สงครามการแบ่งแยกดินแดน (Separatist War) และสงครามปฏิวัติ เป็นต้น

<sup>14</sup> Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI and Bruno ZIMMERMANN, Commentary of the Protocol additional to the Geneva Convention of 12 August 1949 and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) (Geneva : Martinus Nijhoff Publishers, 1987), p. 1319

<sup>15</sup> พิธีสาร ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 มาตรา 1 วรรค 2

<sup>16</sup> Robert L. Bledsoe, op.cit., pp. 350-351.

สงครามกลางเมือง (Civil War) ซึ่งถือว่าเป็นแบบดั้งเดิมของการพิพาทด้วยอาวุธไม่เป็นระหว่างประเทศ ที่ได้เกิดขึ้นในสมัยอดีต<sup>17</sup> ซึ่งคำว่า สงครามกลางเมือง มีใช้น้อยมากในปัจจุบัน ซึ่งเป็นกรณีพิพาทด้วยอาวุธระหว่าง 2 ฝ่าย หรือมากกว่าของพลเมืองภายในรัฐเดียวกัน เพื่อควบคุมรัฐบาลของรัฐนั้นเอาไว้ หรือเพราะพลเมืองในรัฐนั้นต้องการที่จะแบ่งแยกดินแดน<sup>18</sup> ถ้าหากกบฏ (Insurgent) สามารถควบคุมดินแดนส่วนหนึ่งเอาไว้ได้ และรัฐบาลที่ได้รับการสถาปนาขึ้น (Established government) ได้ให้การรับรองว่า กบฏมีสถานะเป็นคู่สงคราม (Recognition of Belligerency) แล้วกฎหมายว่าด้วยสงคราม (Jus in bello) ก็ถูกนำมาใช้แก่ทั้งสองฝ่ายที่พิพาทกันทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับการสู้รบ และการใช้อาวุธ และเมื่อกบฏไปตกอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐบาลที่ชอบด้วยกฎหมาย กบฏ ก็จะได้รับปฏิบัติอย่างเชลยศึก ผู้ป่วย, ผู้ได้รับบาดเจ็บ ก็จะได้รับ การดูแลรักษา<sup>19</sup> กล่าวคือ ถือว่าคู่สงครามได้รับสิทธิในการปกป้องทางด้านกฎหมายมนุษยธรรมว่าด้วยสงคราม<sup>20</sup> ตัวอย่างเช่น สงครามกลางเมือง ในอเมริกา ในปี ค.ศ. 1861 ซึ่งเป็นการสู้รบเพื่อแบ่งแยกดินแดนระหว่างกองทัพของรัฐฝ่ายเหนือกับรัฐฝ่ายใต้ ที่ควบคุมดินแดนไว้ได้ สมาชิกของฝ่ายตรงข้าม ถือว่าเป็นพลรบที่ชอบด้วยกฎหมาย และได้รับการปฏิบัติอย่างเชลยศึก<sup>21</sup> แต่เนื่องจากในปัจจุบัน มีน้อยมากที่ รัฐบาลที่ชอบด้วยกฎหมายจะให้การรับรอง

<sup>17</sup> Ingrid Deter de Lupis, The Law of War (Cambridge : Cambridge University Press, 1987) p. 39

<sup>18</sup> Rudolf Dolzer, "Civil War", Encyclopedia of Public International Law, op. cit., p. 88

<sup>19</sup> Heather A. Wilson, International Law and the Use of Force by National Liberation Movement. (Oxford : Clarendon Press, 1988) p. 37.

<sup>20</sup> Ibid, p. 27.

<sup>21</sup> L. Nurick and R.W. Barette, "Legality of Guerilla Force under the Law of War" American Journal of International Law 40(1946) : 572 - 3.

การเป็นคู่สงครามแก่ฝ่ายกบฏ แม้ว่าการสู้รบจะยืดเยื้อ และกบฏสามารถยึดครองดินแดนได้ก็ตาม และการรับรองการเป็นคู่สงคราม แก่ฝ่ายกบฏ เป็นเรื่องการใช้ดุลพินิจของรัฐ แต่เนื่องจาก ในปัจจุบันนี้ มีการสู้รบภายในดินแดนของรัฐ ได้เกิดขึ้นมากมาย ที่มีผลกระทบต่อประเทศ กำลังพัฒนา โดยเฉพาะภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 จึงได้มีการนำกฎเกณฑ์ที่เป็นพื้นฐาน อย่างต่ำ ทางด้านมนุษยธรรมที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 3 รวม ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 มาใช้ในการสู้รบภายในรัฐเดียวกัน โดยไม่จำเป็นต้องมีการรับรองการเป็นคู่สงครามแก่กบฏ แต่อย่างใด<sup>22</sup>

สงครามปฏิวัติ (Revolutionary War) หมายถึง สงครามที่มีวัตถุประสงค์ล้มล้างรัฐบาลที่มีอยู่ และแทนที่โดยรัฐบาลอื่น ชนิดของสงครามปฏิวัติ ส่วนมาก มีแนวคิดทางด้าน Marxist-Leninist สนับสนุน<sup>23</sup> ตัวอย่างในฟิลิปปินส์ ซึ่งเป็นสงครามปฏิวัติระหว่างกองทัพประชาชนใหม่ (New People's army) ซึ่งต้องการล้มล้างการปกครองรัฐบาลฟิลิปปินส์ เป็นต้น

สงครามแบ่งแยกดินแดน (Separatist War) คือกลุ่มฝ่ายตรงข้าม (dissident group) ที่ไม่อาจล้มล้างรัฐบาลได้ แต่มีเป้าหมายที่จำกัด เพื่อแสวงหาอิสรภาพในดินแดนหนึ่งโดยเฉพาะ ในการพิพาทชนิดนี้ กลุ่มที่กระทำการต่อต้านรัฐบาลไม่ประสงค์จะทำลายอำนาจของรัฐบาล ทั่วประเทศทั้งหมด แต่เป็นการต่อต้านเพียงส่วนหนึ่ง ที่อ้างว่าตนเองควรมีสิทธิดีกว่า สงครามแบ่งแยกดินแดน เช่นว่า เป็นการต่อสู้เพื่อให้ได้เอธิโอเปียเหนือดินแดนเพียงบางส่วนไม่ใช่ทั้งหมด<sup>24</sup> ตัวอย่างเช่น สงครามแบ่งแยกดินแดนของแนวร่วมขบวนการกู้ชาติโมโร (Moro National Liberation Front หรือ MNLF) ที่ต้องการแบ่งแยกดินแดนเพื่อปกครองตนเอง ในดินแดนเกาะมินดาเนา ซึ่งอยู่ทางภาคใต้ของฟิลิปปินส์ หรือขบวนการ

<sup>22</sup> Heather A. Wilson, op.cit., p. 28.

<sup>23</sup> Igrid Detter de Lupis, op. cit., p. 49.

<sup>24</sup> Ibid



แบ่งแยกดินแดน โจรก่อการร้ายมุสลิม ในชายแดน 4 จังหวัดภาคใต้ ของไทยที่ต้องการแบ่งแยกดินแดน ในสี่จังหวัดดังกล่าว เป็นต้น

สงครามกองโจร (Guerilla Warfare) ไม่ใช่ชนิดของการพิพาท แต่เป็นวิธีการโดยเฉพาะของการทำสงคราม ซึ่งอาจใช้ในการพิพาทด้วยอาวุธ ทั้งในระหว่างประเทศ และการพิพาทด้วยอาวุธไม่เป็นระหว่างประเทศ โดยวิธีการกระจายทั่วไป (disperse) และเคลื่อนที่ (mobile) ของกลุ่มที่ใช้วิธีการโจมตี ชุ่มโจมตี และทำลาย ซึ่งมีการจัดเป็นองค์กรขั้นพื้นฐาน และมียุทธวิธีการสู้รบที่แปลก ๆ ที่สงครามชนิดอื่นมักจะไม่ใช้กัน<sup>25</sup>

### 1.3 ที่มาของกฎหมายสงคราม (Source of Laws of War)

ความคิดที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ในการทำสงคราม หรือกฎข้อบังคับ ในการทำสงคราม นั้นได้เกิดขึ้นในทุกสังคม โดยไม่จำกัดภูมิภาค<sup>26</sup> และการเปลี่ยนแปลงพัฒนาลักษณะของการทำสงคราม ในอดีตจนถึงปัจจุบัน ก็เป็นส่วนช่วยให้เกิดการพัฒนากฎหมายสงคราม ดังนั้นสงครามจึงมีที่มามา ดังนี้ คือ<sup>27</sup>

#### ก. ข้อตกลงระหว่างประเทศ (International Agreements)

นับตั้งแต่ครั้งหลังของคริสต์ศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมา กฎ ธรรมเนียมต่าง ๆ ได้เริ่มบัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร อันได้แก่ ข้อตกลงหลายฝ่าย หรือข้อตกลงระหว่างประเทศ ในลักษณะของปฏิญญาสากล อนุสัญญาและพิธีสารต่าง ๆ เช่น ปฏิญญาสากลกรุงปารีส ว่าด้วยสงครามทางทะเล ค.ศ. 1856, อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1864 ว่าด้วยการทำให้สภาวะผู้ได้รับบาดเจ็บในสนามรบดีขึ้น, อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1899 เกี่ยวกับการทำสงครามทางทะเล, อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1906 สำหรับการทำให้สภาวะผู้ได้รับบาดเจ็บ และผู้ป่วยในกองทัพดีขึ้น อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 จำนวน 11 ฉบับ, อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1929 ว่าด้วยการทำให้สภาวะผู้ได้รับบาดเจ็บและป่วยในสนามรบดีขึ้น, อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1929 เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยศึก, อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 เพื่อปกป้องผู้ได้รับเคราะห์กรรม

<sup>25</sup> Ibid pp. 50-52.

<sup>26</sup> Roberts & Guelff. op. cit., p. 2.

<sup>27</sup> Ibid., p. 3

จากภัยสงคราม จำนวน 4 ฉบับ, พิศาล ค.ศ. 1977 ซึ่งเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 โดยพิศาลฉบับที่ 1 เกี่ยวกับการพิพาทด้วยอาวุธระหว่างประเทศ และพิศาลฉบับที่ 2 เกี่ยวกับการพิพาทด้วยอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ดังจะได้อธิบายโดยละเอียดในข้อ 1.5 ต่อไป

ข. หลักกฎหมายจารีตประเพณี (Customary Law)

กฎธรรมเนียม ซึ่งรัฐต่าง ๆ ได้สมัครใจ ถือปฏิบัติติดต่อกันมา เป็นเวลานาน นั้น นับว่าเป็นกฎหมายว่าด้วยสงครามที่สำคัญ แม้ว่าจะมีข้อตกลงระหว่างประเทศขึ้นภายหลัง ก็ยังไม่สามารถที่จะทดแทนหลักจารีตประเพณี ว่าด้วยสงครามทั้งหมดได้ ดังจะเห็นได้จาก อารัมภบทของอนุสัญญากรุงเฮก ฉบับที่ 2 ค.ศ. 1899 ได้บัญญัติหลักกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้บังคับแก่กรณีที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต และไม่มีกฎหมายบังคับแก่กรณีเช่นนั้น<sup>28</sup>

ค. คำตัดสินของศาล (Judicial Decision)

คำพิพากษาศาลของศาล ระหว่างประเทศหรือศาลในประเทศที่เกี่ยวกับสงครามนั้น ได้เป็นที่ยอมรับนับถือ และมีบทบาทที่สำคัญต่อกฎหมายว่าด้วยสงครามตลอดมา เช่นคำพิพากษาของศาลทหารระหว่างประเทศ ณ เมือง นูเรมเบอร์ก และ ณ กรุงโตเกียว ซึ่งได้จัดตั้งขึ้นภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 พิจารณาคดีอาชญากรรมสงคราม นอกจากนี้ยังมีการพิจารณาคดีโดยศาลทหารของแต่ละประเทศ ซึ่งผู้กระทำความผิดสังกัตด้วย<sup>29</sup>

ง. คู่มือของทหาร ในการปฏิบัติการรบ (National Manuals of Military Law)

ใน ค.ศ. 1863 กองทัพบกของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดคู่มือของทหาร ในการปฏิบัติการในสนามรบในสนาม (Instructions for the Government Armies of the United States in the Field) ซึ่งได้นำมาใช้แก่กองทัพ ในสงครามกลางเมืองอเมริกา ระหว่างฝ่ายเหนือและฝ่ายใต้ ต่อมาได้นำไปใช้เป็นคู่มือของทหารในอีกหลายประเทศ เช่น เนเธอร์แลนด์ ฝรั่งเศส สเปน โปรตุเกสและอิตาลี เป็นต้น นอกจากนั้นคู่มือของทหารดังกล่าวนี้เป็นมูลเหตุให้มีการประชุม ณ กรุงบรัสเซล ค.ศ. 1874 และการประชุมสันติภาพ ณ กรุงเฮก ถึง 2 ครั้ง คือ ค.ศ. 1899 และ ค.ศ. 1907 ทั้งนี้เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยการทำสงครามระหว่างประเทศ<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Ibid, p. 4.

<sup>29</sup> Ibid., p. 6.

<sup>30</sup> Ibid., p. 7.

จ. ข้อคิดเห็นของนักกฎหมายระหว่างประเทศ (Writings of Publicists) เช่นเดียวกับกฎหมายระหว่างประเทศ สาขาอื่น ๆ ที่ยอมรับความคิดเห็นของบรรดานักกฎหมายที่มีชื่อเสียง ซึ่งได้ตีความ หรืออธิบายกฎ ข้อบังคับต่าง ๆ เพื่อประกอบการพิจารณาหรือประยุกต์ใช้กับปัญหาต่าง ๆ <sup>31</sup>

ฉ. บทบาท ของหน่วยงานระหว่างประเทศต่าง ๆ (The Role of Various International Bodies)

หน่วยงาน หรือองค์การอิสระหลายหน่วยได้มีบทบาท ในการพัฒนากฎหมายว่าด้วยสงครามตลอดมา โดยเฉพาะหน่วยงานที่ประกอบด้วยนักกฎหมาย เช่น สถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ (Institute of International Law) ของอังกฤษ ได้จัดทำคู่มือว่าด้วยสงครามทางบก (Oxford Manual of Land War) ค.ศ. 1880 และคู่มือว่าด้วยสงครามทางเรือ (Oxford Manual of Naval War) ค.ศ. 1913 ต่อมาได้นำเอาคู่มือทั้งสองฉบับมาใช้ กับกองกำลังสหประชาชาติ ในปี ค.ศ. 1971 นอกจากนี้ยังมีหน่วยงานที่สำคัญ คือ คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ อันได้เตรียมร่าง (draft texts) จนกระทั่งได้มีการยอมรับในที่ประชุมระหว่างประเทศ ในรูปของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1929 และ ค.ศ. 1949 รวมทั้งพิธีสารฉบับที่ 1 และที่ 2 ในปี ค.ศ. 1977 <sup>32</sup>

#### 1.4 ลักษณะของกฎหมายสงคราม

กฎหมายสงครามแบ่งออกได้ 2 ลักษณะ คือ

##### 1.4.1 Jus ad bellum

เป็นหลักการที่เกี่ยวกับสิทธิที่จะนำไปสู่การดำเนินการทำสงคราม (right to wage war) ซึ่งในอดีตได้มีแนวคิดว่าการทำสงครามจะต้องมีลักษณะโดยชอบ (Just War) แต่ในปัจจุบันนี้แนวคิดเกี่ยวกับ Just War ได้ล้าสมัยไปแล้ว และไม่เป็นที่ยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยในปี ค.ศ. 1929 และ ค.ศ. 1945 ข้อตกลง Briand-Kellogg และกฎบัตรสหประชาชาติ ให้ถือว่าการทำสงครามเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม

<sup>31</sup> Ibid., pp. 7-8.

<sup>32</sup> Ibid., p. 8.

ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ยังคงไว้ซึ่งสิทธิของรัฐในการทำสงครามในลักษณะเพื่อสิทธิในการป้องกันตนเอง (Self defense) ตามมาตรา 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ

1.4.2 Jus in Bello เป็นกฎเกณฑ์ว่าด้วยการทำสงคราม (rules on warfare) รวมทั้งหลักเกณฑ์ทางด้านมนุษยธรรม (Humanitarian rules) อันถือเป็นหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติในห้วงระยะเวลาแห่งสงครามอันเป็นหลักเกณฑ์ที่ปฏิบัติสืบทอดกันมาในลักษณะจารีตประเพณี โดยคำนึงถึงหลักสามัญทั่ว ๆ ไป ดังนี้

- ก. หลักที่ว่า ในการทำการสู้รบทุกครั้งจะต้องมีเป้าหมายที่แน่นอนโดยเฉพาะ
- ข. หลักที่ว่า การที่คู่กรณีมุ่งจะให้บรรลุถึงเป้าหมายนั้น ควรจะก่อให้เกิดความสูญเสีย ต่อสิ่งที่แลกเปลี่ยนนั้นน้อยที่สุด และมีให้มีการก่อกรรมทำเข็ญ แก่ผู้คนของฝ่ายข้าศึก
- ค. หลักที่ว่า ในการทำสงครามนั้น ถ้าหากจะดำเนินการแล้ว จะให้สิ่งที่มีคุณค่าไม่สมกับสิ่งที่แลกเปลี่ยนแล้ว ก็ไม่ควรจะกระทำ<sup>33</sup>

หลักเกณฑ์ทาง Jus in bello นี้มีความสัมพันธ์ กับหลัก Jus ad bellum ในลักษณะที่ว่า หากไม่มี Jus ad bellum ก็จะไม่จำเป็นต้องใช้ Jus in bello กล่าวคือ หากปราศจากซึ่งสงครามก็ไม่จำเป็นต้องใช้กฎเกณฑ์ในการทำสงคราม อย่างไรก็ตาม Jus in bello ก็สามารถแยกต่างหากจาก Jus ad bellum ในแง่ที่ว่าความขัดแย้งดังกล่าวจะเป็นสงครามที่ชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็จักไม่มีผลกระทบต่อหลักเกณฑ์ในการทำการสู้รบ สำหรับคู่พิพาทที่จะต้องปกป้องบุคคล ทรัพย์สิน อันได้รับผลกระทบจากการพิพาท หรือสงครามดังกล่าว

<sup>33</sup> Major Sanit Tipayaso, "An Analysis of Prisoner of War policies and Legal Considerations" (Tutorial Programe, U.S. Army Military Police School, 1968), p. 172.

### 1.5 ประวัติความเป็นมาของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

ประวัติศาสตร์ของการวิวัฒนาการทางด้านกฎหมาย มนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้น เป็นการวิวัฒนาการของความสมดุลระหว่าง ความจำเป็นทางด้านการทหาร (Military Necessity) และความจำเป็นทางด้านมนุษยธรรม (Requirement of Humanity)<sup>34</sup> ซึ่งเดิมที่เดิยวตอนช่วงกลางศตวรรษที่ 19 กฎเกณฑ์ทางด้านมนุษยธรรมที่นำมาใช้ปฏิบัติต่อผู้ได้รับเคราะห์กรรมนั้น เป็นกฎเกณฑ์ทางด้านจารีตประเพณี ที่นำมาใช้แต่เฉพาะในกรณีของการพิพาทด้วยอาวุธ ระหว่างประเทศเท่านั้น ซึ่งกฎเกณฑ์ทางด้านจารีตประเพณี ในการปฏิบัติต่อผู้ได้รับเคราะห์กรรม ได้แสดงออกมาในรูปของการบัญญัติขึ้น เป็นอนุสัญญาฉบับต่าง ๆ ดังนี้คือ

ปฏิญญากรุงปารีส (Declaration of Paris) ปี 1856 นับเป็นกฎหมายจารีตประเพณีที่ได้เริ่มประมวลขึ้นเป็นสนธิสัญญาหุภาคีฉบับแรกของกฎหมายสงคราม โดยได้วางหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสงครามทางทะเล และความเป็นกลาง ห้ามจับกุมเรือข้าศึก ห้ามริบทรัพย์สินของเอกชน เพื่อให้สู้รบ ปกป้องรัฐที่เป็นกลาง ซึ่งไม่ได้ทำการค้าที่ผิดกฎหมาย<sup>35</sup>

อนุสัญญาเจนีวา ปี ค.ศ. 1864 ว่าด้วยการทำให้สภาวะผู้ได้รับบาดเจ็บ ในสนามรบดีขึ้น<sup>36</sup> (Geneva Convention For the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field) เป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อผู้ได้รับบาดเจ็บในสนามรบ เกิดขึ้นเนื่องจากในปี ค.ศ. 1859 ได้เกิดสงครามที่เมือง Solferino ระหว่างฝรั่งเศสและออสเตรีย Henri Dunant ชาวสวิส ได้ไปเห็นทหารในสนามรบได้รับบาดเจ็บ ซึ่งมีความทรมานน่ากลัว และทหารได้ล้มตายเป็นจำนวนมาก

<sup>34</sup>George Abi-Saab, "Respect of Humanitarian Norms in International conflict" in Modern Wars, op.cit., p. 61.

<sup>35</sup>Robert L. Bledsoe., op.cit., p. 362.

<sup>36</sup>International Red Cross Handbook, 11<sup>th</sup> edition, Geneva, ICRC League Red Cross, Society, 1971 pp. 7-8.

เนื่องจากขาดการให้บริการทางการแพทย์ และการดูแลรักษาที่เพียงพอ<sup>37</sup> เขาจึงได้รักษาผู้ได้รับบาดเจ็บเท่าที่จะทำได้ และได้เรียกร้องให้ทุกฝ่ายช่วยกันให้ความช่วยเหลือผู้ได้รับบาดเจ็บทั้งมิตร และศัตรูโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างทางด้านเชื้อชาติ และจากประสบการณ์ดังกล่าว เขาจึงได้เขียน "บันทึกความทรงจำที่ Solferino" และได้พิมพ์ในปี ค.ศ. 1862-1863 จากงานดังกล่าวนี้ จึงทำให้เริ่มมีการกระจายเผยแพร่ บรรยากาศทางด้านมนุษยธรรม ซึ่ง Dunant ได้เสนอให้มีการจัดทำข้อตกลงระหว่างคู่สงคราม เพื่อช่วยเหลือสนับสนุนผู้ได้รับบาดเจ็บ และป่วยในที่สุด จึงได้มีการจัดทำอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1864 ว่าด้วยการทำให้สภาวะผู้ได้รับบาดเจ็บในสนามรบดีขึ้น ซึ่งเป็นสนธิสัญญาลับแรกที่ได้อ้างพื้นฐานทางด้านกฎหมายมนุษยธรรม โดยมีเพียง 10 มาตรา ซึ่งเป็นหลักการที่จำเป็นในการปกป้องผู้ได้รับบาดเจ็บและผู้ป่วย ปกป้องบุคลากรทางการแพทย์ และศาสนา และบุคคลอื่น ๆ ที่ดูแลผู้บาดเจ็บ รวมทั้งการปกป้องโรงพยาบาลและรพพยาบาล ซึ่งผลของสนธิสัญญาลับนี้มีความสำคัญมากในทางประวัติศาสตร์ ทำให้ทหารเป็นจำนวนมากในสนามรบได้รอดชีวิต ประการต่อมา DUNANT ได้ก่อตั้งสมาคมอาสาสมัครในแต่ละประเทศ เพื่อดูแลรักษาผู้ได้รับบาดเจ็บ โดยปราศจากความลำเอียงในเรื่องสัญชาติ<sup>38</sup> ซึ่งนับเป็นจุดเริ่มต้นของการก่อตั้งขบวนการกาชาด (Red Cross Movement) โดยมีการรับรองตราพิเศษ หรือธงพิเศษ สำหรับโรงพยาบาล รพพยาบาล และบุคคลที่ให้บริการ ซึ่งขบวนการกาชาดนี้ประกอบด้วยคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ (International Committee of Red Cross หรือ ICRC) สันนิบาตกาชาด (League of Red Cross) และสภากาชาด (National Society)<sup>39</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

<sup>37</sup> G.I.A.D. Draper "Development of International Humanitarian Law," In International Dimensions of Humanitarian Law, (Paris : UNESCO, 1988), p. 77

<sup>38</sup> Rudolf Dolzer. "Geneva Red Cross Conventions and Protocol". Encyclopedia of Public International Law. op.cit., p. 183.

<sup>39</sup> Henry Coursier, The International Red Cross, (Geneva : International Committee of the Red Cross, 1961), p. 58.

คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ (ICRC) เป็น องค์การระหว่างประเทศที่ไม่ใช่ระดับระหว่างรัฐบาล (Non-Governmental Organization หรือ NGO) ที่มีสมาชิกเป็นผู้ที่มีสัญชาติสวิสเท่านั้น<sup>40</sup> โดยในตอนเริ่มก่อตั้งประกอบด้วยคณะกรรมการ 5 คน ในปี ค.ศ. 1864 ซึ่งมีบทบาทและหน้าที่ที่สำคัญในการดำเนินกิจกรรม ปกป้อง (Protection) และช่วยเหลือ (Assistance) ทางด้านมนุษยธรรมแก่ผู้ได้รับเคราะห์กรรมจากการพิพาทด้วยอาวุธ ทั้งในระหว่างประเทศ และต่อมาได้พัฒนาบทบาทในการให้ความช่วยเหลือในกรณีพิพาทด้วยอาวุธที่เกิดขึ้นภายในรัฐเดียวกัน ตลอดจนความไม่สงบภายใน โดยองค์กรดังกล่าวอยู่เหนือเงื่อนไขทางการเมือง<sup>41</sup>

ปัญหาการขยายอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1864 ไปยังสงครามทางทะเล ได้มีการถกเถียงกันในปี ค.ศ. 1867 ณ ที่ประชุมกาชาดระหว่างประเทศ ครั้งที่ 1 ณ กรุงปารีส แต่เนื่องจากมีความยุ่งยากหลายประการ จึงได้มีการประชุม Peace Conference ในปี ค.ศ. 1899 ณ กรุง Hague เพื่อแก้ปัญหานี้ และอนุสัญญากรุง Hague ค.ศ. 1899 เกี่ยวกับการปรับปรุงการทำสงครามทางทะเล ซึ่งบรรลุลหัยการของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1864 ก็ได้ลงนามโดย 15 รัฐ และที่ประชุมกรุง Hague ได้มีความพยายามเป็นครั้งแรกที่จะวางหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติต่อเชลยศึก และการปรับปรุงและทบทวนอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1864 ในที่สุดก็ได้ตระหนักว่าเป็นสิ่งจำเป็นต้องทำ โดยใน ค.ศ. 1906 Swiss Federal Council ได้เชื้อเชิญรัฐ ซึ่งเป็นภาคีของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1864 เพื่อประชุมทางการทูต ครั้งที่ 2 โดยได้จัดทำอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1906 สำหรับทำให้สภาวะผู้ได้รับบาดเจ็บและผู้ป่วยในกองทัพที่สภาวะดีขึ้น เมื่อเปรียบเทียบกับอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1864 แล้ว อนุสัญญากรุง Hague ค.ศ. 1906 นี้ ได้ปรับปรุงอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1864 เช่น มาตรา 10 ได้กล่าวถึงเป็นครั้งแรก ถึงสภาอาสาสมัคร (Voluntary aid Society)<sup>42</sup> และได้วางหลักการ "General Participation Clause" ซึ่งหมายถึง "อนุสัญญาจักผูกพันคู่สงครามต่อเมื่อคู่สงครามเหล่านั้น เป็นภาคี ของอนุสัญญาดังกล่าว "ไว้ในอนุสัญญาฉบับนี้ด้วย ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวนี้ ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ทางด้านมนุษยธรรม และได้ถูกปฏิเสธใน

<sup>40</sup> International Red Cross Handbook op.cit., p. 289.

<sup>41</sup> Coursier, op.cit., p. 59.

<sup>42</sup> Rudolf Dolzer, op.cit., p. 183

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในปัจจุบันด้วย<sup>43</sup> ต่อมาในการประชุมสันติภาพ ณ กรุง Hague ครั้งที่ 2 อนุสัญญา ปี 1899 ได้รับการทบทวนและปรับปรุง เรียกว่า "อนุสัญญากรุง Hague ฉบับลงวันที่ 18 ตุลาคม 1907" อนุสัญญานี้ก็ถือว่าเป็นจารีตประเพณีของวิธีการทำสงคราม กำหนดสิทธิหน้าที่ของภาคีในการทำสงครามว่า "สิทธิของคู่สงครามในการทำลายศัตรูนั้น ไม่ใช่ไม่จำกัด เป็นการประกาศกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Declaratory of customary international law) ซึ่งผูกพันภาคีทุกฝ่ายที่พิพาทกันด้วยอาวุธ แม้ว่าในอดีตประสิทธิภาพของอนุสัญญากรุง Hague นี้ ได้รับผลกระทบโดย "General Participation Clause" ที่คู่สงครามบางฝ่ายได้อ้างก็ตาม ซึ่งในบรรดาอนุสัญญากรุง Hague ซึ่งมี 11 ฉบับนั้น อนุสัญญากรุง Hague ฉบับที่ 4 ว่าด้วยการเคารพกฎหมายจารีตประเพณีของสงครามบนพื้นดิน ซึ่งได้ผนวกกำหนดรายละเอียดในระเบียบ Hague Regulation ของอนุสัญญากรุง Hague เป็นอนุสัญญาที่รู้จักกันดีที่สุด<sup>44</sup> และได้กลายเป็นที่มาสำคัญของกฎหมาย สงครามบนพื้นดิน ในสงครามโลกทั้ง 2 ครั้ง โดยอนุสัญญากรุง Hague ฉบับที่ 4 นี้ ได้มีพื้นฐานมาจากคำสอน (Instruction) ในกองทัพของสหรัฐอเมริกากระหว่างสงครามกลางเมืองในอเมริกา ซึ่งได้ถูกจัดเตรียมร่างโดย Francis Lieber ศาสตราจารย์ทางประวัติศาสตร์ และการเมืองชาวเยอรมันของมหาวิทยาลัยโคโลัมเบีย<sup>45</sup>

อนึ่ง บทบัญญัติอารัมภบท ของอนุสัญญากรุง Hague ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 4 นี้ ได้มีความพยายามที่จะประนีประนอมระหว่างความจำเป็นทางด้านการทหาร (Military requirement) กับหลักการทางด้านมนุษยธรรม (Principle of Humanity) ในยามสงคราม ในหนทางที่จะบรรเทาความทารุณโหดร้ายให้มากที่สุดเท่าที่จะมากได้ โดยมีหลักการว่า "ในกรณีที่ไม่ถูกครอบงำถึงกฎเกณฑ์ทั้งหลายที่นำมาใช้ โดยกฎหมายสงคราม พลเมืองและคู่สงครามยังคงอยู่ภายใต้การคุ้มครอง และเกี่ยวข้องกับหลักการของกฎหมายระหว่างชาติ

<sup>43</sup> Robert L. Bledsoe, "General Participation Clause" op. cit., p. 369.

<sup>44</sup> Robert L. Bledsoe "International Humanitarian Law" op. cit., p. 371.

<sup>45</sup> Ibid, p. 373.



ทั้งหลาย ซึ่งมาจากกฎหมายของมนุษย์ และจากบัญชาของความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของชนทั่วไป<sup>46</sup>

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ ได้เตรียมร่างใหม่ เพื่อเสริมเพิ่มเติมอนุสัญญาใหม่ว่าด้วยเชลยศึก เนื่องจากประสบการณ์ของสงครามโลกครั้งที่ 1 ได้แสดงให้เห็นว่า กฎหมายสงครามยังไม่เพียงพอ และยังมีช่องว่างในเนื้อหา เพราะอนุสัญญากรุง Hague ค.ศ. 1907 ได้เป็นประมวลกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเป็นกฎหมายจารีตประเพณี เพื่อใช้ในยุคนั้นเท่านั้น และไม่ใช่อนุสัญญาที่ทันสมัยกับเหตุการณ์ และไม่สัมพันธ์กับขนาดและชนิดของการทำสงครามในสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งเป็นสงครามที่เริ่มมีการทิ้งระเบิดเป้าหมายทางบก ซึ่งเพียงแต่เริ่มมีบัญญัติไว้ในระเบียบ Hague เท่านั้น<sup>47</sup>

อนุสัญญาเจนีวา ปี ค.ศ. 1906 ว่าด้วยการช่วยเหลือผู้ป่วย และบาดเจ็บยังไม่เพียงพอสำหรับขนาดและลักษณะของการทำลายกฎเกณฑ์ในการปฏิบัติอย่างเหมาะสม ต่อเชลยศึก ยังไม่เพียงพอจากประสบการณ์ของสงครามแสดงให้เห็นว่ากฎระเบียบของอนุสัญญากรุง Hague ค.ศ. 1907 ซึ่งมีเพียง 17 มาตรา ยังไม่เพียงพอคู่สงคราม มีความจำเป็นที่จะต้องทำสนธิสัญญาใหม่ ระหว่างสงคราม เพื่อให้เพียงพอกับความบกพร่องของระเบียบกรุง Hague ค.ศ. 1907 นอกจากนั้น สิ่งที่ทำให้โลกต้องกังวลมากก็คือ การใช้ก๊าซพิษของเยอรมัน ซึ่งก่อให้เกิด "ความเสียหายโดยไม่จำเป็น" ซึ่งได้ห้ามไว้ในมาตรา 23 ของระเบียบ Hague ค.ศ. 1907 นับเป็นการใช้ก๊าซครั้งแรกในการทำสงคราม<sup>48</sup>

จากประสบการณ์เหล่านี้ จึงได้มีการตอบสนองทางด้านกฎหมาย โดยคณะกรรมการกาชาดสากล ได้ดำเนินการเพื่อจัดทำอนุสัญญาเจนีวา ว่าด้วยการทำให้สภาวะผู้ได้รับบาดเจ็บ และป่วยไข้ ในสนามรบดีขึ้น ปี ค.ศ. 1929 และอนุสัญญาเจนีวา เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยศึก ค.ศ. 1929 เอกสารทั้ง 2 ฉบับนี้ เป็นผลมาจากที่ประชุมทางการทูตดำเนินการโดยรัฐบาลสวิส โดยอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1929 ว่าด้วยเชลยศึก ไม่ได้แทนที่อนุสัญญา Hague ค.ศ. 1907 และอนุสัญญาเจนีวา ว่าด้วยผู้บาดเจ็บและป่วยไข้ปี 1864

<sup>46</sup>G.I.A.D. Draper. op.cit., p. 72.

<sup>47</sup>มาตรา 5 ของ Hague Regulation "การโจมตีหรือการทิ้งระเบิดไม่ว่าโดยวิธีใดต่อเมือง, หมู่บ้าน, ที่อยู่อาศัย หรือตึกที่ทำการ ที่ไม่สามารถป้องกันได้เป็นอันห้าม"

<sup>48</sup>G.I.A.d. Draper, op.cit., p. 76.

และ 1906 ได้ถูกแทนที่โดยอนุสัญญาว่าด้วยผู้ป่วยและบาดเจ็บ ค.ศ. 1929 สำหรับรัฐทั้งหลายที่เป็นภาคีของอนุสัญญาปี ค.ศ. 1929 และมีข้อสังเกตว่า อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1929 ทั้ง 2 ฉบับนี้ ได้ยกเว้นอย่างชัดเจนที่จะไม่นำ "General participation Clause" มาใช้ ซึ่งเคยปรากฏอยู่ในอนุสัญญาเจนีวา ว่าด้วยผู้ป่วยและบาดเจ็บ ปี 1906 และมาตรา 2 ของอนุสัญญากรุง Hague ค.ศ. 1907 จากการศึกษาที่ไม่มีเงื่อนไขนี้ จึงทำให้การนำอนุสัญญาดังกล่าวมาใช้ปกป้องทางด้านมนุษยธรรม แก่ผู้ได้รับบาดเจ็บ ผู้ป่วยและเชลยศึก ผู้ได้รับเคราะห์กรรม จากสงครามได้ดีขึ้น<sup>49</sup> และอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1929 ทั้ง 2 ฉบับนี้เป็นบทบัญญัติที่สำคัญของกฎหมายมนุษยธรรมที่ได้วางหลักเกณฑ์ที่ละเอียดในการปกป้องให้ดีขึ้น และปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม แก่สมาชิกกองกำลังติดอาวุธ ซึ่งไม่อาจทำการสู้รบได้ ซึ่งตกอยู่ในมือของศัตรู และกฎเกณฑ์นี้ ได้ห้ามการแก้แค้นด้วย<sup>50</sup> และภายหลังปี ค.ศ. 1907 ได้มีความพยายามอย่างมาก ในการทบทวนกฎหมายสงคราม ว่าด้วยการสู้รบ การใช้แก๊สพิษในสงครามโลกครั้งที่ 1 นำไปสู่การจัดทำพิธีสารกรุงเจนีวา ว่าด้วยแก๊ส ซึ่งพิธีสารนี้เป็นการเสริมการห้ามประกาศกรุงเฮก ในการเคารพการใช้แก๊สพิษ ค.ศ. 1899<sup>51</sup>

ความล้มเหลวในการพัฒนากฎหมายมนุษยธรรม ในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 คือ การไร้ผลบังคับของสนธิสัญญาอชิงตัน ค.ศ. 1922 ซึ่งได้บัญญัติการปกป้องผู้ที่เป็นกลาง และผู้ที่ไม่ใช่พลรบในทางทะเลในยามสงคราม รวมทั้งร่างของอนุสัญญากรุงเฮกเกี่ยวกับการทำสงครามทางอากาศ ค.ศ. 1923 ซึ่งไม่เคยได้รับการให้สัตยาบันในสงครามโลกครั้งที่ 2<sup>52</sup> และภายหลังต่อมา

<sup>49</sup> Ibid, pp. 76-77.

<sup>50</sup> Ibid, p. 78.

<sup>51</sup> Ibid

<sup>52</sup> H. Lauterpacht, op.cit., p. 522.

จากบทเรียนของสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่มีการปฏิบัติต่อคู่สงครามอย่างไร้มนุษยธรรม  
 ดังนั้น เพื่อปกป้องผู้ได้รับเคราะห์กรรม จากความทารุณโหดร้ายของสงครามโดยเฉพาะแก่  
 พลเรือน คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ ได้พยายามปรับปรุงกฎหมายมนุษยธรรมระหว่าง  
 ประเทศ และในที่สุดจึงได้มีการจัดทำอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 เพื่อปกป้องผู้ได้รับ  
 เคราะห์กรรม จากภัยสงครามจำนวน 4 ฉบับ<sup>54</sup> ซึ่งจัดเตรียมโดยคณะกรรมการกาชาดสากล  
 โดยการช่วยเหลือของผู้เชี่ยวชาญของรัฐบาล อนุสัญญา 3 ฉบับแรก เป็นการขยายกฎหมาย  
 มนุษยธรรมที่มีอยู่แล้วให้กว้างขึ้น คือการปกป้องผู้ป่วย และได้รับบาดเจ็บในกองทัพ และบุคคล  
 ที่มีสภาวะเดียวกันในทะเล เรืออับปางและเชลยศึก เอกสารเหล่านี้ คือ อนุสัญญาเจนีวา  
 ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 2 และ 3 ตามลำดับ อนุสัญญาฉบับที่ 3 ขยายการปกป้องแก่เชลยศึก  
 เอกสาร 3 ฉบับนี้ เป็นการเพิ่มเติมในส่วนที่สำคัญของกฎหมายมนุษยธรรมทั้งในขอบเขต และ  
 ขนาดในการปกป้องและปรับปรุง เครื่องมือในการนำมาใช้และบังคับใช้ ส่วนฉบับที่ 4 ได้  
 วางพื้นฐานใหม่ในการปกป้องพลเรือนในดินแดนของศัตรู และในดินแดนที่ถูกยึดครอง ซึ่งใน  
 สงครามโลกครั้งที่ 2 ดินแดนเหล่านี้ ได้มีการฝ่าฝืนกฎหมายมนุษยธรรมกันมาก ซึ่งเป็นการขยาย  
 และเพิ่มเติมอย่างมาก ของการปกป้องที่ยังจำกัดอยู่ของระเบียบ Hague ค.ศ. 1907 ส่วนที่ 3<sup>55</sup>  
 นับว่าอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ทั้ง 4 ฉบับนี้ เป็นกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ได้  
 ประมวลไว้ ซึ่งการปกป้องผู้ได้รับเคราะห์กรรมที่สำคัญที่สุดในปัจจุบันนี้<sup>56</sup> โดยอนุสัญญาแต่ละฉบับ  
 ไม่ได้มีจุดมุ่งหมายในการกำหนดหรือเคร่งครัดในเรื่องของการดำเนินการสู้รบ แต่มี  
 วัตถุประสงค์เพื่อปกป้องทางด้านมนุษยธรรมเท่านั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า กฎระเบียบของกรุง  
 Hague ค.ศ. 1907 ได้ประมวลขึ้นเกี่ยวกับการสู้รบบนพื้นดิน ในขณะที่อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.  
 1949 ได้วางบทบัญญัติทางด้านมนุษยธรรมในการปกป้องผู้ได้รับเคราะห์กรรมจากสงคราม<sup>57</sup>

สถานการณ์ของการพิพาทด้วยอาวุธ ภายหลังปี ค.ศ. 1949 ได้แสดงให้เห็นว่ามี  
 ความเคารพน้อยมาก ในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปัญหาในการนำ

<sup>54</sup>G.I.A.D Draper, op.cit., p. 80.

<sup>55</sup>Ibid

<sup>56</sup>ไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 เมื่อวันที่ 28 ธันวาคม 2497 และมีผล  
 บังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 29 มิถุนายน 2498 ตูราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 75 ตอนที่ 57,4 สิงหาคม 2498

<sup>57</sup>G.I.A.D. Draper, op. cit., p.81.

มาใช้ มีความสับสนมาก เมื่อพิจารณาถึงชนิดของการพิพาทด้วยอาวุธ โดยรัฐมักจะ ไม่ค่อยนำ  
 อนุสัญญามาใช้ มาตรา 3 รวม ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ได้พิสูจน์ว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่  
 ยังไม่เพียงพอกับการนำมาใช้กับการพิพาทด้วยอาวุธภายใน ซึ่งเกิดขึ้นบ่อยมาก การใช้อาวุธ  
 สมัยใหม่ ก่อให้เกิดการสูญเสียชีวิตพลเรือน เป็นจำนวนมาก การทำสงครามกองโจรมีมากขึ้น  
 นำไปสู่การเรียกร้องให้ขยายสถานะการเป็นเชลยศึกแก่นักรบกองโจร และความจำเป็นเร่งด่วน  
 ในการปกป้องพลเรือน มิให้รับผลกระทบจากการสู้รบ ที่ประชุมสหประชาชาติเกี่ยวกับสิทธิ  
 มนุษยชน ณ กรุงเตหะราน ปี ค.ศ. 1968 จึงได้ออกข้อมติเกี่ยวกับ "การเคารพสิทธิมนุษยชน  
 ในกรณีพิพาทด้วยอาวุธ" เพื่อปกป้องพลเรือนผู้ได้รับเคราะห์กรรม จากภัยสงคราม ให้ดีขึ้น  
 กว่าเดิม โดยที่ประชุมทางการทูตได้จัดทำพิธีสาร ค.ศ. 1977 เพิ่มเติม อนุสัญญาเจนีวา ค  
 .ศ. 1949 จำนวน 2 ฉบับ พิธีสารฉบับที่ 1 เกี่ยวกับการพิพาทด้วยอาวุธ ระหว่างประเทศ  
 มีเนื้อหาที่สำคัญ คือ เป็นการขยายการปกป้องพลเรือน ตามอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949  
 โดยสันนิษฐานว่า ผู้ใดพิสูจน์ไม่ได้ว่าเป็นพลรบก็ต้องถือว่าเป็นพลเรือน และห้ามโจมตีพลเรือน  
 โดยไม่เลือก จำกัดการสู้รบของคู่สงครามให้โจมตี ได้เฉพาะเป้าหมายทางทหารเท่านั้น  
 ห้ามทำการแก๊งค์ และขยายแนวคิดเกี่ยวกับพลรบ ว่าให้ขยายไปถึงกองโจร ซึ่งได้รับการ  
 รับรองว่าเป็นพลรบที่ชอบด้วยกฎหมาย และมีฐานะเป็นเชลยศึก<sup>57</sup> และมาตรา 3 รวมของ  
 อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ได้ให้การปกป้องในบางระดับ แก่ผู้ไม่มีส่วนร่วมในการสู้รบ แต่  
 มาตรา 3 รวมไม่ได้ยกเว้น อย่างชัดเจนในการดำเนินการทางทหาร ต่อพลเรือน หรือ  
 เป้าหมายทางพลเรือน พิธีสารฉบับที่ 2 ของปี ค.ศ. 1977 จึงได้ห้ามโจมตีเป้าหมายที่  
 ไม่ใช่ทหาร แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากเงื่อนไขในการนำพิธีสารฉบับที่ 2 มาใช้มีความ  
 รุนแรงมากกว่า มาตรา 3 รวม ในทางปฏิบัติรัฐมักจะ ไม่ค่อยยอมรับพิธีสารฉบับที่ 2 จึงมีการ  
 ให้สัตยาบัน เพื่อเข้าเป็นภาคีพิธีสารฉบับที่ 2 น้อยมาก เนื่องจากรัฐทั้งหลาย โดยเฉพาะรัฐ  
 ในโลกที่ 3 กล่าวว่า หากรัฐเข้าเป็นภาคีพิธีสารฉบับที่ 2 ซึ่งรัฐนั้นจำเป็นต้องมีพันธกรณีที่จะนำ  
 บทบัญญัติในพิธีสารดังกล่าวมาใช้ปฏิบัติเพื่อปกป้องฝ่ายที่ต่อต้าน ซึ่งมักจะทำการสู้รบแบบกองโจร  
 แล้วรัฐกลัวว่าการให้การปกป้องแก่กองโจรจะตีความรวมไปถึงการให้การปกป้อง หรือนำ  
 กฎหมายว่าด้วยสงครามมาใช้แก่ขบวนการก่อการร้าย (terrorist) ด้วย และแม้ว่ารัฐจะ

<sup>57</sup> Mohammed Bedjaoui, op. cit., p. 30.

ปฏิบัติตามบทบัญญัติในพิธีสาร แต่ฝ่ายขบวนการก่อการร้ายมักจะไม่นับปฏิบัติต่างตอบแทนซึ่งกันและกัน กล่าวคือ ไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติในพิธีสาร คือ ยังคงใช้วิธีการก่อการร้ายหรือจับตัวเป็นประกัน จึงเป็นผลให้รัฐส่วนใหญ่ยังไม่ยอมรับ โขยกการเข้าเป็นภาคีพิธีสารฉบับที่ 2 อีกทั้งการพิพาทด้วยอาวุธภายในรัฐ มักจะเป็นการดำเนินการสู้รบแบบกองโจรที่มีการเคลื่อนที่สูง และไม่สามารถควบคุมดินแดนได้อย่างถาวร จึงไม่ตกอยู่ในระดับที่จะนำพิธีสารฉบับที่ 2 มาใช้

#### 1.6 ประวัติการนำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาใช้ปกป้องผู้ได้รับเคราะห์กรรมในการพิพาทด้วยอาวุธ อันมีลักษณะไม่เป็นระหว่างประเทศ

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า นับแต่ช่วงกลางศตวรรษที่ 19 จนถึง ค.ศ. 1949 กฎหมายจารีตประเพณี ที่นำมาใช้ปกป้องทางด้านมนุษยธรรมแก่ผู้ได้รับเคราะห์กรรม เช่น สนธิสัญญาเกี่ยวกับการทำสงครามบนพื้นดิน ของกฎระเบียบพจนานุกรมอนุสัญญากรุง Hague ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 4, อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1864 ว่าด้วยการทำให้สภาวะผู้ได้รับบาดเจ็บ และป่วยในสนามรบให้ดีขึ้น และได้รับการปรับปรุงโดยอนุสัญญาปี 1906 นั้น เป็นกฎหมายมนุษยธรรมที่นำมาใช้เฉพาะกับสงครามระหว่างรัฐหนึ่ง พิพาทกับรัฐหนึ่ง ซึ่งเรียกว่าการพิพาทด้วยอาวุธระหว่างประเทศเท่านั้น ทั้งนี้เนื่องจากตามทฤษฎีแบบดั้งเดิม (Traditional Doctrine) รัฐเท่านั้นที่เป็นผู้มีอำนาจอธิปไตย และเป็นตัวกระทำในกฎหมายระหว่างประเทศ (Subject of International Law) กฎหมายสงครามซึ่งเป็นแนวคิด เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ จึงนำมาใช้กับสงครามระหว่างประเทศเท่านั้น<sup>58</sup> ส่วนใน กรณีพิพาทด้วยอาวุธ อันมีลักษณะไม่เป็นระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นการสู้รบระหว่างบุคคลภายในรัฐ 2 กลุ่ม หรือมากกว่าภายในรัฐเดียวกัน เช่น ระหว่างกองกำลังของรัฐบาล และกองกำลังฝ่ายที่ต่อต้าน (dissident armed force) ซึ่งเดิมทีเรียกว่าสงครามกลางเมือง (Civil War) นั้น จะนำกฎเกณฑ์จารีตประเพณี ว่าด้วยสงครามในการปฏิบัติต่อผู้ได้รับเคราะห์กรรมมาใช้ต่อเมื่อมีการรับรอง (Recognition) การเป็นคู่สงคราม (Belligerency) แก่ฝ่ายกบฏ (insurgency) ว่าเป็นคู่สงคราม<sup>59</sup> กล่าวคือ ถ้าหากว่ากบฏยังไม่ได้รับการรับรองว่าเป็น

<sup>58</sup> Yves SANDOZ, op.cit., p. 1320.

<sup>59</sup> Ingrid Detter De Lupis, op.cit., p. 35.

คู่สงคราม กบฏก็จะตกอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของรัฐนั้น โดยเมื่อกบฏถูกจับจะนำไปพิจารณา  
คดีต่อศาลในความผิดอาญาตามกฎหมายภายในของรัฐนั้น แต่เมื่อมีการรับรองการเป็นคู่สงคราม  
แก่ฝ่ายกบฏแล้ว ทำให้กบฏกลายเป็นคู่สงคราม และทำให้กบฏมีสิทธิหน้าที่ในกฎหมายระหว่าง  
ประเทศเท่ากับรัฐ กล่าวคือ ถ้าหากรัฐบาลที่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐที่ต่อต้านการสู้รบกับกบฏ  
ได้ให้การรับรองการเป็นคู่สงครามแก่ฝ่ายกบฏแล้ว ความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาทดังกล่าวก็จะ  
ได้รับการปฏิบัติต่อกันเหมือนการพิพาทด้วยอาวุธระหว่างประเทศ เพื่อวัตถุประสงค์ในการนำ  
กฎหมายระหว่างประเทศ ว่าด้วยสงครามทั้งหมดมาใช้ แต่ถ้าหากรัฐที่ 3 ได้ให้การรับรอง  
การเป็นคู่สงครามแก่ฝ่ายกบฏแล้ว ทำให้รัฐที่ 3 นั้นขึ้นอยู่กับสิทธิหน้าที่ของความเป็นกลาง  
เช่นเดียวกับรัฐที่ 3 นั้น ในความสัมพันธ์ระหว่างการพิพาทด้วยอาวุธระหว่างประเทศ โดยห้าม  
รัฐที่ 3 ที่ให้การรับรองแก่ฝ่ายกบฏ จากการช่วยเหลือทั้งฝ่ายกบฏ และฝ่ายรัฐบาลที่พิพาทกัน  
และกบฏมีสิทธิปิดล้อมปากอ่าว (Blockade) ได้ ซึ่งกฎเกณฑ์ในการให้การรับรองการเป็นคู่  
สงครามแก่ฝ่ายกบฏ ที่ได้รับการยอมรับกันในกฎหมายระหว่างประเทศ มี 4 ประการ คือ

1. เมื่อการพิพาทด้วยอาวุธภายในรัฐอยู่ในระดับของสงคราม (ตรงข้ามกับ  
ลักษณะในท้องถิ่น)
2. กบฏ (insurgency) จะต้องครอบครองและยึดดินแดนในรัฐนั้น ได้ส่วนหนึ่ง  
ในลักษณะที่เป็นปรปักษ์
3. ทั้ง 2 ฝ่ายจะต้องทำการสู้รบให้สอดคล้องกับกฎหมายสงคราม โดยมีการจัด  
กองกำลังอาวุธที่เป็นองค์การภายใต้การบังคับบัญชาที่รับผิดชอบ
4. สถานการณ์ที่เกิดขึ้น ทำให้รัฐภายนอกทั้งหลาย จำเป็นที่จะต้องทำการรับรอง  
การเป็นคู่สงครามแก่กบฏ<sup>60</sup>

ดังนั้น เมื่อการพิพาทด้วยอาวุธภายในรัฐเดียวกัน ได้มีลักษณะ และถึงระดับ  
ดังกล่าวข้างต้น คู่สงครามทั้งสองฝ่าย ก็จะปฏิบัติตามกฎหมายจารีตประเพณีว่าด้วยสงคราม  
โดยกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำการสู้รบ และการใช้อาวุธก็จะถูกนำมาใช้ และกบฏซึ่งตกอยู่ภายใต้  
อำนาจของรัฐบาล ที่ชอบด้วยกฎหมายก็จะได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นทางการเป็น

60

G.I.A.D. Draper. op.cit., p. 257.

อาชญากร<sup>61</sup> แต่คู่สงครามทั้งสองฝ่าย จะยอมรับการนำกฎหมายจารีตประเพณีว่าด้วยสงครามมาใช้ ต่อเมื่อคู่สงครามอีกฝ่ายหนึ่ง ได้ทำเช่นนั้นด้วย อันเป็นการปฏิบัติตอบแทนซึ่งกันและกัน (Reciprocal)<sup>62</sup> กล่าวคือ ถ้าหากกองกำลังฝ่ายกบฏปฏิบัติต่อกองกำลังฝ่ายรัฐบาล เมื่อถูกจับกุมอย่างเชลยศึกแล้ว ฝ่ายรัฐบาลก็จะกระทำเช่นเดียวกัน แทนที่จะถือว่าเป็นอาชญากรและการปฏิบัติต่อผู้ได้รับบาดเจ็บ และป่วยที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของอีกฝ่ายหนึ่ง ก็จะได้รับปฏิบัติเช่นเดียวกัน ซึ่งตัวอย่างของการนำกฎหมายจารีตประเพณี ว่าด้วยสงครามมาใช้ในกรณีพิพาทด้วยอาวุธที่เกิดขึ้นภายในรัฐ เช่น สงครามกลางเมืองในอเมริกา และสงครามกลางเมืองในสเปน

สงครามกลางเมืองในอเมริกา (American Civil War) ค.ศ. 1861-1865 ซึ่งเป็นการพิพาทด้วยอาวุธระหว่างสหรัฐ (Union) กับ 11 รัฐทางฝ่ายใต้ (Eleven Southern State) ซึ่งในตอนเริ่มแรกของการสู้รบ สหรัฐได้ประกาศว่าสหพันธ์ทั้ง 11 รัฐเป็นกองโจร ไม่มีสิทธิเป็นคู่สงคราม แต่อย่างไรก็ตาม ต่อมารัฐสภาอเมริกันได้ประกาศในวันที่ 4 กรกฎาคม 1861 ว่า สถานะสงครามมีอยู่ระหว่าง สหรัฐกับ 11 รัฐฝ่ายใต้ โดยทั้งสองฝ่ายได้ยอมรับ การเป็นคู่สงคราม ของอีกฝ่ายหนึ่ง<sup>63</sup> โดยกองทัพอันของทั้ง 2 ฝ่ายใช้ยุทธวิธีแบบสงครามระหว่างประเทศ ซึ่งทหารของกองทัพใต้ใช้เครื่องแบบ และจงรักภักดีต่อรัฐบาลซึ่งควบคุมดินแดนได้<sup>64</sup> กฎหมายว่าด้วยสงคราม ซึ่งได้รับการเคารพ และปฏิบัติจากทั้ง 2 ฝ่าย<sup>65</sup>

<sup>61</sup> Baxter, "Jus in bello Interno" in Law and Civil War in Modern World J.N. Moore (Baltimore and London : The John Hopkins University Press, 1974) p.519

<sup>62</sup> G.I.A.D. Draper, op.cit., p. 259.

<sup>63</sup> Quincy Wright, "The American Civil War" (1861-65), in The International Law of Civil War, R.A. Falk (Baltimore and London : John Hopkins University Press, 1971) p. 23

<sup>64</sup> op.cit., p. 38.

<sup>65</sup> Wright, op.cit., p. 23.

โดยผลรบของทั้ง 2 ฝ่าย ได้รับการปฏิบัติอย่างพลรบที่ชอบด้วยกฎหมาย และอย่างเฉลยศึก ซึ่งสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ทางด้านมนุษยธรรม ที่นานาชาติยอมรับ<sup>66</sup>

แม้ว่า ตามแนวความคิดแบบดั้งเดิมคู่กรณีที่พิพาทกัน จะนำกฎหมายมนุษยธรรม มาใช้ในการพิพาทด้วยอาวุธภายในรัฐ ก็ต่อเมื่อได้มีการรับรองการเป็นคู่สงครามแก่กบฏ แต่เนื่องจากการให้การรับรองการเป็นคู่สงครามแก่กบฏ เป็นเรื่องดุลพินิจของรัฐที่ให้การรับรอง การรับรองการเป็นคู่สงครามแก่กบฏ จึงเกิดขึ้นได้น้อยมาก ทั้งนี้เนื่องจากรัฐมีอธิปไตยสูงสุด ที่จะจัดการกับกิจการภายในของตน โดยรัฐบาลมองศัตรูภายในของตน ในกรณีพิพาทด้วยอาวุธ อันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ว่าเป็นเพียงอาชญากรรมธรรมดาที่สามารถลงโทษได้ตามกฎหมาย ภายในของรัฐนั้น และความพยายามที่จะช่วยเหลือผู้ได้รับเคราะห์กรรม โดยองค์กรทางด้านมนุษยธรรม เช่น คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นองค์กรทางด้านมนุษยธรรมที่มีบทบาทสำคัญที่สุดในการปกป้องผู้ได้รับเคราะห์กรรม ก็มักจะได้รับการต่อต้านจากรัฐนั้น<sup>67</sup> โดยก่อนหน้าปี ค.ศ. 1949 ความพยายามของกาชาดที่จะขยายการช่วยเหลือผู้ได้รับเคราะห์กรรมในความขัดแย้ง ด้วยอาวุธ ภายในก็ไม่มีพื้นฐานจากอนุสัญญา หรือกฎหมายจารีตประเพณีใด ๆ และถูกพิจารณาจากรัฐบาล ที่ชอบด้วยกฎหมายว่าเป็นการกระทำที่ไม่เป็นมิตรในการแทรกแซง กิจการภายในของรัฐนั้น<sup>68</sup>

<sup>66</sup> Howard J. Taubenfeld "The Applicability of the Law of War in Civil War" in Law and Civil War in Modern World, J.N. Moore op.cit., p. 506

<sup>67</sup> J.D. Armstrong "The ICRC and Political Prisoner." International Organization (1985) : 622.

<sup>68</sup> Ralph Zaclin, International Law and the Protection of civilian Victim of Non-International Armed Conflict In Essay on International Law In Honour of Krishna Rao, (India : Thompson press (India)limited 1975), p. 285.



แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากเป็นที่ยอมรับว่า การพิพาทด้วยอาวุธภายในรัฐ มีความรุนแรงน่ากลัว และเกิดขึ้นบ่อยมากกว่าสงครามระหว่างประเทศเสียอีก ก่อให้เกิดผู้ได้รับเคราะห์กรรมเป็นจำนวนมาก คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศจึงได้ขยายกิจกรรมของตน ในการให้ความช่วยเหลือผู้ได้รับเคราะห์กรรมในการพิพาทด้วยอาวุธภายใน โดยเริ่มจากการ ใช้สิทธิริเริ่มชั่วคราว (ad hoc initiative)<sup>69</sup> ครั้งแรกของการแทรกแซงของคณะกรรมการกาชาดสากล คือระหว่างการปฏิวัติในรัสเซีย คณะกรรมการกาชาดสากลได้เยี่ยม นักโทษการเมืองที่ถูกกักขัง ใน ค.ศ. 1917-18 และในการปฏิวัติในอังกฤษ ค.ศ. 1919 คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศได้จัดตั้งองค์การช่วยเหลือนักโทษทางการเมือง และ ผู้ได้รับบาดเจ็บ<sup>70</sup>

การขยายกิจกรรมของคณะกรรมการกาชาดสากล ให้กว้างขึ้นในสงครามโลก ครั้งที่ 2 ทำให้ขบวนการกาชาดมีความเชื่อมั่นในความรับผิดชอบในการช่วยเหลือทางด้านมนุษยธรรมมากขึ้น แม้ว่าจะประสบปัญหาเรื่องอำนาจของรัฐาธิปไตยก็ตาม โดยในการประชุมกาชาดระหว่างประเทศครั้งที่ 10 ซึ่งเป็นการประชุมหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ในปี 2521 กาชาดได้ออกข้อมติในความพยายามที่จะเริ่มวางสิทธิหน้าที่ตามกฎหมาย (de jure) แทนสิทธิหน้าที่ตามความเป็นจริง (de facto) ซึ่งเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่เหล่านี้ ได้แก่บทบาทของกาชาดในช่วงสงครามกลางเมืองยังคงเป็นปัญหาที่ยากสำหรับกาชาด เนื่องจากประเด็นเกี่ยวกับอำนาจรัฐาธิปไตย และเพราะความขัดแย้งภายใน มีหลายรูปแบบ อันเป็นปัญหาว่าจะนำกฎเกณฑ์ใด มาใช้ เพื่อให้ครอบคลุมทุกรูปแบบเท่าที่จะเป็นไปได้<sup>71</sup> แต่ที่ประชุมก็ยังคงสามารถที่จะประกาศหลักการทั่วไปว่า

"กาชาดซึ่งอยู่เหนือความแตกต่างทางด้านการเมือง และ สังคม เผ่าพันธุ์ เชื้อชาติ ยืนยันสิทธิและหน้าที่ของตนในการดำเนินการให้การช่วยเหลือบรรเทาทุกข์ ในกรณีของสงครามกลางเมือง ความไม่สงบภายใน (Social disturbance) และการปฏิวัติ (Revolutionary)

<sup>69</sup> J.D. Armstrong, op .cit., p. 622.

<sup>70</sup> Ibid, 623.

<sup>71</sup> Ibid

กาชาดให้การรับรองว่า ผู้ได้รับเคราะห์กรรมทั้งหลายในสงครามกลางเมือง หรือในกรณีความไม่สงบภายใน เช่นว่า มีสิทธิที่จะได้รับการช่วยเหลือ โดยไม่มีข้อยกเว้น ให้สอดคล้องกับหลักการทั่วไปของกาชาด"<sup>72</sup>

ซึ่งข้อมตินี้ แม้ว่าไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย แต่ก็ทำให้คณะกรรมการกาชาดสากล ชักจูงภาคี ในสงครามกลางเมืองใน Plebiscite area of Upper Silesia ใน ค.ศ. 1921 และ ในสงครามกลางเมืองสเปน ค.ศ. 1936-1939 ที่จะยอมรับบางขอบเขตของ หลักการ ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1864 และ 1906 ซึ่งกำหนดการปกป้อง และการปฏิบัติ ที่เหมาะสมแก่ผู้ป่วย และบาดเจ็บ ซึ่งเป็นสมาชิกของกองกำลังติดอาวุธของฝ่าย รัฐบาลและ ฝ่ายกบฏ<sup>73</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งสงครามกลางเมืองในสเปนใน ค.ศ. 1936-1938 ซึ่งเป็น กรณีพิพาทด้วยอาวุธ ระหว่างกองกำลังติดอาวุธ ซึ่งจัดเป็นองค์กรของฝ่าย nationalist นำโดยนายพล Franco กับฝ่ายกองทัพของฝ่าย Loyalist ซึ่งเป็นฝ่ายรัฐบาลเป็นตัวอย่าง ของสงครามกลางเมืองที่มีความเข้มงวดทางด้านมนุษยธรรมน้อยมาก ทั้งสองฝ่ายที่พิพาทกัน ปฏิเสธที่จะปฏิบัติต่อกันฝ่ายหนึ่ง อย่างคู่สงครามที่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>74</sup> และไม่มีฝ่ายใดปฏิบัติตาม อนุสัญญาทางด้านมนุษยธรรม ในกรณีพิพาทด้วยอาวุธทั้ง ๆ ที่ผู้นำทั้งสองฝ่ายได้กล่าววาทกรรม ทางด้านมนุษยธรรมควรนำมาใช้ โดยผู้นำฝ่ายรัฐบาลประกาศว่าเชลย 4,000 คน ควรได้รับการปฏิบัติให้สอดคล้องกับประมวลของทหารเกี่ยวกับการปฏิบัติในสงครามแก่เชลย (military Code for the treatment of war Prisoners) และผู้นำฝ่าย Nationalist ก็ได้ ประกาศเช่นกันว่า จะเคารพหลักกฎหมายและจารีตประเพณีว่าด้วยสงคราม<sup>75</sup> แต่ข้อเท็จจริง

<sup>72</sup> Commission of Expert for the Examination of the Question of Assistance to Political Detainees (Geneva ; ICRC, 1953), quotation Armstrong, op.cit., p. 623-624.

<sup>73</sup> Zacklin, op.cit., p. 286, G.I.A.D. Draper "Internal Armed Conflicts" Georgia Journal of International and Comparative Law, 13 (Supplement 1983) : 261.

<sup>74</sup> Wilson, op.cit., p. 39.

<sup>75</sup> Taubenfeld. op.cit., p. 506.

ปรากฏว่า ไม่มีฝ่ายใดปฏิบัติต่อเชลย ให้สอดคล้องกับมาตรฐานใด ๆ ที่เหมาะสม เชลยมักจะถูกยิงภายหลังจากการพิจารณาอย่างรวบรัด<sup>76</sup> ผู้ที่ได้รับบาดเจ็บที่ถูกจับกุม มักถูกประหารร่างกายถูกตัดทอน ได้มีการสังหารพลเรือนทั้งผู้หญิงและเด็ก ทหารยี่สิบพลเรือนถูกยึด และถูกทำลาย นักโทษการเมืองถูกทรมาน และฆ่าเป็นหมู่ ผู้ถูกจับตัวเป็นประกัน ได้ถูกขังไว้ในที่มีการโจมตีทางอากาศ และทางเรือ เชลยฝ่ายรัฐบาล ได้ตายเพราะอดอาหาร<sup>77</sup> และไม่มีฝ่ายใดอนุญาตให้กาชาดส่งรายชื่อเชลยไปยังคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ และไม่อนุญาตให้เยี่ยมเชลย แต่ทั้ง 2 ฝ่ายได้อนุญาตให้จัดทำบริการการส่งข่าวสาร จึงทำให้ครอบครัวของทหารที่ทำการสู้รบ ได้รับข่าวสารว่า เขายังมีชีวิตรอดอยู่หรือไม่<sup>78</sup> ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า แม้สงครามกลางเมืองในสเปน จะมีการละเมิดหลักเกณฑ์ทางด้านมนุษยธรรมเป็นอย่างมาก แต่ฝ่ายที่พิพาทก็ได้ยอมรับการดำเนินกิจกรรมของกาชาดได้ในบางขอบเขต ในการปกป้องช่วยเหลือผู้ได้รับเคราะห์กรรม

ผลของความสำเร็จดังกล่าวข้างต้น จึงทำให้ที่ประชุมกาชาดระหว่างประเทศ ครั้งที่ 16 ใน ค.ศ. 1938 ได้ออกข้อมติที่สำคัญมากขึ้น ซึ่งเสริมและเน้นข้อมติ ปี ค.ศ. 1921 ซึ่งภายใต้เงื่อนไขของข้อมติในที่ประชุมกาชาดระหว่างประเทศ ได้พิจารณาเป็นครั้งแรก ในการที่จะนำบทบัญญัติที่จำเป็นของอนุสัญญาเจนีวามาใช้แก่ฝ่ายที่พิพาทกันในสงครามกลางเมือง โดยข้อมติดังกล่าวได้ขอร้องให้คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ และสภากาชาดพยายามนำมาซึ่ง

ก) นำมาใช้ซึ่งหลักการทางด้านมนุษยธรรม ซึ่งได้ระบุไว้ในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1929 และอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการพิจารณาถึงการปฏิบัติต่อผู้ได้รับบาดเจ็บ ผู้ป่วยและเชลยศึก และให้ความปลอดภัยแก่บุคลากรทางการแพทย์

ข) ปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม แก่ักโทษทางการเมืองทั้งหลาย แลกเปลี่ยน และปล่อยตัวนักโทษทางการเมืองให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้

<sup>76</sup> Ibid p. 507.

<sup>77</sup> R.A. Falk., The International Law of Civil War. (Baltimore and London : The John Hopkins University Press, 1971), pp.413-414.

<sup>78</sup> Taubenfeld, op.cit., p. 507.

- ค) เคารพชีวิตและเสรีภาพ ของผู้ที่ไม่ใช่พลรบ (Non - Combatant)
- ง) อำนวยความสะดวกในการส่งข่าวของบุคคล และรวบรวมครอบครัวให้อยู่ด้วยกัน
- จ) ให้มาตรการที่มีประสิทธิภาพในการปกป้องเด็ก

ข้อนี้ และผลสำเร็จของการดำเนินกิจกรรมของกาชาดใน Upper Silesia และ Spain กระตุ้นให้คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ ในตอนสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 บรรจบทบัญญัติทางด้านมนุษยธรรม ลงในอนุสัญญาเจนีวา ฉบับ ค.ศ. 1949 ซึ่งนับเป็นครั้งแรกที่มีบทบัญญัติอย่างชัดเจน เกี่ยวกับการปฏิบัติทางด้านมนุษยธรรมของฝ่ายทั้งหลายที่พิพาทกันในกรณีการพิพาทด้วยอาวุธภายในรัฐที่วางไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศแบบพหุภาคี<sup>79</sup>

โดยสรุป การปฏิบัติของรัฐก่อนช่วงปี ค.ศ. 1949 เมื่อเผชิญหน้ากับขบวนการต่อต้าน ซึ่งจัดเป็นองค์กรหรือขบวนการแบ่งแยกดินแดน ก็จะไม่รุนแรงโดยสิ้นเชิง ในที่สุดรัฐบาลอาจปฏิบัติต่อผู้ถูกจับกุมได้อย่างชลยศึก แม้ว่ารัฐบาลจะไม่รับรองว่า บุคคลผู้ถูกจับกุมเป็นชลยศึกก็ตาม เนื่องจากตามกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐไม่มีหน้าที่ที่จะทำเช่นนั้น<sup>80</sup>

<sup>79</sup>G.I.A.D. Draper, Internal Armed Conflict op.cit., p. 262.

<sup>80</sup>Wilson, op.cit., p. 41.