

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับเกณฑ์ทางกฎหมายว่าด้วยการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบในสถานการณ์การ
ขัดกันทางอาวุธภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ



นางสาวศศิไพลิน ชัยศรีโชติ

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2560
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Considerations Concerning Legal Criterion of Direct Participation in Hostilities in the
Situation of Armed Conflicts under International Humanitarian Law

Miss Sasipailin Chaisechotes



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2017

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับเกณฑ์ทางกฎหมายว่าด้วยการเข้าร่วม
โดยตรงในการสู้รบในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ
ภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

โดย

นางสาวศศิไพลิน ชัยศรีโชติ

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ศรทูล สันติवासะ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปาริณา ศรีวินิชย์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ สุผานิต เกิดสมเกียรติ)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ศรทูล สันติवासะ)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(พันเอก ปิยชาติ เจริญผล)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(ดร. สุพรรณวษา โชติกัญญาณ ถัง)

ศศิไพลิน ชัยศรีโชติ : ข้อพิจารณาเกี่ยวกับเกณฑ์ทางกฎหมายว่าด้วยการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (Considerations Concerning Legal Criterion of Direct Participation in Hostilities in the Situation of Armed Conflicts under International Humanitarian Law) อ. ที่ปริกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ผศ. ดร. ศรทูล สันติวาสะ, 219 หน้า.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาข้อพิจารณาทางกฎหมายที่สามารถนำไปใช้พิจารณาการกระทำอันถือเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ และไม่มีลักษณะระหว่างประเทศภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เนื่องจากกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไม่ได้บัญญัติคำนิยาม หรือหลักเกณฑ์ในการพิจารณาไว้อย่างชัดเจน จึงก่อให้เกิดทางปฏิบัติที่แตกต่างกันเกี่ยวกับแนวคิด การตีความ รวมถึงการพิจารณาการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบของตัวแสดงในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ อันได้แก่รัฐ ศาลภายใน ศาลระหว่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศ รวมถึงนักวิชาการ

แม้ว่าจะไม่ปรากฏคำนิยามหรือหลักเกณฑ์ที่มีผลผูกพันทางกฎหมายที่ใช้พิจารณาการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่า ทางปฏิบัติของตัวแสดงในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในการพิจารณาการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบดังกล่าวมีลักษณะร่วมกันบางประการที่อาจใช้เป็นข้อพิจารณาพื้นฐานในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ซึ่งข้อพิจารณาพื้นฐานดังกล่าวต้องใช้ประกอบกับดุลพินิจของบุคคลที่มีอำนาจในการตัดสินใจ เพื่อให้การตัดสินใจเหมาะสมกับลักษณะของสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณีเมื่อบุคคลดังกล่าวตัดสินใจระบุเป้าหมายของการโจมตีที่ชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งการกำหนดข้อพิจารณาพื้นฐานนี้มีความสำคัญต่อการป้องกันผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากความไม่ชัดเจนของแนวคิดเกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปรับใช้หลักการพื้นฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศโดยไม่ชอบ และเพื่อก่อให้เกิดความมั่นคงทางนิธินฐานะของบุคคล และความสมดุลระหว่างหลักมนุษยธรรมและหลักความจำเป็นทางทหารซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ลายมือชื่อนิสิต

ปีการศึกษา 2560

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

5986017134 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW / ARMED CONFLICTS / DIRECT PARTICIPATION IN HOSTILITIES

SASIPAILIN CHAISECHOTES: Considerations Concerning Legal Criterion of Direct Participation in Hostilities in the Situation of Armed Conflicts under International Humanitarian Law. ADVISOR: ASST. PROF. SARATOON SANTIVASA, Ph.D., 219 pp.

This thesis aims to study legal considerations which can be used to consider the act constituting direct participation in hostilities in the situation of armed conflicts, both international armed conflict and non - international armed conflict, under the international humanitarian laws. Neither definition nor criteria has been stipulated in any international humanitarian laws, therefore, the practices among actors in the international relations, which are states, domestic courts, international courts, international organizations and legal experts, are different in relation to the notion, interpretation and consideration of the direct participation in hostilities.

Even though there is no definition or criteria which has legal binding, however, according to the research and study, the practices of such actors in the international relations relating to the consideration of the direct participation in hostilities have some common elements, which can be used as basic considerations of what shall constitutes the direct participation in hostilities. Such basic considerations shall be used with any authorized personnel's discretion in order to make suitable decision for each situation when he or she decides about a legitimate target of the attack on case-by-case basis. Moreover, having the basic considerations is essential to prevent any negative effects from uncertainty of the notion of the direct participation in hostilities, particularly the improper application of principles of the international humanitarian laws, and constitute the legal security and balance between humanity and military necessity, which is the core of the international humanitarian laws.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2017

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ศารทูล สันติวาสะ อาจารย์ที่
ปรึกษาวิทยานิพนธ์ที่ได้สละเวลาของท่านให้คำปรึกษาและชี้แนะผู้เขียนตลอดระยะเวลาที่ผู้เขียนได้
ศึกษาข้อมูลเพื่อจัดทำวิทยานิพนธ์จนกระทั่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์

นอกเหนือจากอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์แล้ว ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณผู้ช่วย
ศาสตราจารย์สุมานิต เกิดสมเกียรติ ประธานกรรมการ พันเอกปิยชาติ เจริญผล และ ดร.
สุพรรณวษา โชติกัญญาณ ถัง กรรมการทั้งสองท่านที่สละเวลารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์
และได้ให้คำแนะนำ พร้อมทั้งเสนอแนะความเห็นที่เป็นประโยชน์ต่อการศึกษาวินิพนธ์ ทำให้
วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงด้วยดี

ความสำเร็จที่เกิดขึ้นจากการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้รับแรงสนับสนุนและกำลังใจจาก
เพื่อนและรุ่นพี่ หมวตวิชากรฎหมายระหว่างประเทศ และความช่วยเหลือจากเจ้าหน้าที่คณะ
นิติศาสตร์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เพื่อนและรุ่นพี่จากที่ทำงาน และสิ่งสำคัญที่ขาดไปไม่ได้
คือ กำลังใจจากครอบครัวและคนใกล้ชิดที่ผลักดันให้ข้าพเจ้าทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จตามที่
มุ่งหวัง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ	13
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	13
1.2 วัตถุประสงค์ในการศึกษาวิจัย	17
1.3 สมมติฐาน	17
1.4 ขอบเขตของการวิจัย	18
1.5 วิธีการศึกษาและวิจัย	18
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย	19
บทที่ 2 สถานะของบุคคลและสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ.....	20
2.1 สถานะของบุคคลที่มีสิทธิเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ.....	23
2.1.1 พลรบที่ชอบด้วยกฎหมาย (Lawful Combatants).....	24
2.1.1.1 สมาชิกของกองทัพ.....	26
2.1.1.2 Levée en masse.....	29
2.1.2 สมาชิกของกลุ่มติดอาวุธที่มีการจัดการ (Members of Organized Armed Group).....	31
2.2 สถานะของบุคคลที่ไม่มีสิทธิเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ	35
2.2.1 สมาชิกของกองทัพที่ไม่ใช่พลรบ (Non-combatant members of armed forces).....	36
2.2.2 พลเรือน (Civilians).....	39
2.2.3 บริษัททหารรับจ้างและรักษาความปลอดภัยที่ไม่ได้เป็นสมาชิกของกองทัพ	41

2.3.4 ทหารรับจ้าง (Mercenaries).....	45
2.3 สถานะของบุคคลที่มีความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ	49
2.3.1 พลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Combatant).....	49
2.3.2 เด็ก.....	51
2.3.2.1 เด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี	52
2.3.2.2 เด็กที่มีอายุตั้งแต่ 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี.....	53
2.3.3 ผู้ก่อการร้าย (Terrorist).....	56
บทที่ 3 ความไม่ชัดเจนของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ	65
3.1 ความหมายของถ้อยคำ “การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ”	69
3.1.1 การสู้รบ (Hostilities).....	70
3.1.2 การเข้าร่วม (Participation).....	73
3.1.3 การกระทำโดยตรง (Direct Act).....	79
3.2 แนวทางปฏิบัติของรัฐเกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ	81
3.2.1 แนวทางปฏิบัติภายในของรัฐ	81
3.2.1.1 สหรัฐอเมริกา (the United States of America).....	81
3.2.1.1.1 การตีความการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบโดยอาศัยสถานะของบุคคล	82
3.2.1.1.2 การตีความการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบโดยพิจารณาจากการกระทำ (Dual-prong system).....	85
3.2.1.1.3 Commander’s Handbook on the Law of Naval Operations.....	90
3.2.1.1.4 Operational Law Handbook.....	91
3.2.1.1.5 Law of War Manual.....	93
3.2.1.2 สหราชอาณาจักร (The United Kingdom)	99

3.2.1.2.1 ความเห็นของผู้แทนรัฐ.....	99
3.2.1.2.2 The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict.....	99
3.2.1.3 ประเทศอิสราเอล (Israel).....	102
3.2.1.4 ประเทศออสเตรเลีย (Australia).....	103
3.2.1.5 ประเทศเนเธอร์แลนด์ (Netherlands).....	104
3.2.2 ความตกลงระหว่างประเทศ.....	105
3.2.2.1 Memorandum of Understanding on the Application of International Humanitarian Law between Croatia and the Socialist Federal Republic of Yugoslavia.....	106
3.2.2.2 Agreement on the Application of International Humanitarian Law between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina.....	107
3.3 คำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ.....	108
3.3.1 คำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ.....	108
3.3.1.1 คำพิพากษาของคณะตุลาการอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีต ยูโกสลาเวีย.....	109
3.3.1.1.1 คำพิพากษาในคดีระหว่าง The Prosecutor กับ Pavle Strugar.....	111
3.3.1.1.2 คำพิพากษาในคดีระหว่าง The Prosecutor กับ Stanislav Galic.....	113
3.3.1.2 คำพิพากษาของศาลพิเศษสำหรับสาธารณรัฐเซียร์ราลีโอน.....	114
3.3.1.2.1 คำพิพากษาในคดีระหว่าง The Prosecutor กับ Moinina Fofana และ Allieu Kondewa.....	115

3.3.1.2.2 คำพิพากษาในคดีระหว่าง The Prosecutor กับ Brima, Kamara และ Kanu.....	116
3.3.1.3 คำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศ	117
3.3.1.3.1 คำพิพากษาในคดีระหว่าง The Prosecutor กับ Thomas Lubanga Dyilo.....	118
3.3.2 คำพิพากษาของศาลภายในประเทศ.....	120
3.3.2.1 คำพิพากษาในคดีระหว่าง Ghaleb Nassar Al-Bihani กับ Barack Obama	120
3.3.2.2 คำพิพากษาในคดีระหว่าง Public Committee against Torture in Israel กับ Government of Israel.....	122
3.3.2.3 คำพิพากษาในคดี Fuel Tankers.....	124
3.4 ความเห็นขององค์การระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ	127
3.4.1 องค์การระหว่างประเทศ.....	128
3.4.1.1 องค์การสหประชาชาติ (United Nations).....	128
3.4.1.1.1 เลขานุการใหญ่แห่งสหประชาชาติ (United Nations Secretary-General)	133
3.4.1.1.2 The Special Representative of the United Nations Commission on Human Rights for El Salvador	133
3.4.1.1.3 United Nations Sub-Commission on Human Rights	134
3.4.1.1.4 United Nations Commission on the Truth for El Salvador.....	134
3.4.1.2 Preparatory Committee for the Establishment of an International Criminal Court.....	136
3.4.1.3 คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ หรือ International Committee of the Red Cross (ICRC).....	137

3.4.2 องค์การอิสระ	143
3.4.2.1 Americas Watch	143
3.5 ความเห็นของนักวิชาการเกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ	145
3.5.1 ความเห็นของนักวิชาการต่อแนวทางการตีความความคิดเรื่องการเข้าร่วมโดยตรง ในการสู้รบตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศของ ICRC	147
3.5.2 ความเห็นของนักวิชาการต่อหลักเกณฑ์การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ	150
บทที่ 4 ความไม่ชัดเจนของหลักเกณฑ์เรื่องการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ: ผลกระทบและ แนวทางพื้นฐานในการพิจารณาการกระทำ	154
4.1 ผลกระทบต่อการปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ	154
4.1.1 ความไม่แน่นอนของการสูญเสียความคุ้มครองจากการโจมตีโดยตรง.....	154
4.1.2 ความชอบด้วยกฎหมายของการใช้หลักการพื้นฐานของกฎหมายมนุษยธรรม ระหว่างประเทศ	156
4.1.2.1 หลักการแยกแยะเป้าหมาย (Principle of Distinction)	157
4.1.2.2 หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality).....	159
4.1.3 การเสียความสมดุลระหว่างการคุ้มครองพลเรือนและประโยชน์ทางทหาร	161
4.1.3.1 หลักมนุษยธรรม (Principle of Humanity) กับการคุ้มครองพลเรือน	161
4.1.3.2 หลักความจำเป็นทางทหาร (Principle of Military necessity) กับ ประโยชน์ทางทหาร	165
4.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ	169
4.2.1 ข้อพิจารณาพื้นฐานในการวินิจฉัยการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้ รบ.....	170
4.2.1.1 การกระทำต้องมีความเชื่อมโยงกับการขัดกันทางอาวุธ.....	171
4.2.1.2 ลักษณะและวัตถุประสงค์ของการกระทำมุ่งก่อให้เกิดอันตรายต่อบุคคล หรือทรัพย์สินของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม หรือพลเรือน	173

4.2.1.3 การกระทำเป็นส่วนสำคัญที่ก่อให้เกิดผล และมีความเชื่อมโยงกับผล โดยตรง.....	176
4.2.2 ข้อพิจารณาอื่นที่อาจใช้ประกอบการพิจารณาการกระทำที่ถือเป็นการเข้าร่วม โดยตรงในการสู้รบ	179
4.2.2.1 เจตนาภายในของบุคคลที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ.....	179
4.2.2.2 ความเป็นสมาชิก (Membership Approach).....	180
4.2.2.3 ความใกล้ชิดทางภูมิศาสตร์ของการกระทำกับสนามรบ (Geographic Proximity).....	181
4.2.2.4 หน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย (Function).....	184
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	186
5.1 บทสรุป.....	186
5.2 ข้อเสนอแนะ	190
รายการอ้างอิง.....	192
ภาคผนวก.....	203
ภาคผนวก 1.....	204
ภาคผนวก 2.....	207
ภาคผนวก 3.....	210
ภาคผนวก 4.....	213
ภาคผนวก 5.....	216
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	219

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (International Humanitarian Law) เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ (International Armed Conflict) และการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ (Non-International Armed Conflict) โดยมีเป้าหมายเพื่อคุ้มครองบุคคลและทรัพย์สินที่ได้รับผลกระทบ หรืออาจได้รับผลกระทบจากความขัดแย้ง โดยการจำกัดสิทธิของรัฐคู่กรณีในความขัดแย้งในการเลือกอาวุธ หรือจำกัดการใช้วิธีการสู้รบ และมุ่งเน้นในการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของบุคคลที่ไม่ได้มีส่วนร่วมในความขัดแย้ง ซึ่งกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นผลของการประนีประนอมระหว่างหลักความจำเป็นทางทหารและหลักมนุษยธรรม ซึ่งแสดงออกผ่านข้อกำหนดที่ห้ามกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งพิจารณาจากความจำเป็นทางทหารประกอบการกำหนดข้อห้ามนั้น¹ ในการรักษาเป้าหมายของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ จึงต้องพิจารณาหลักการพื้นฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศประกอบกัน ได้แก่ หลักมนุษยธรรม (Humanity) หลักการแยกแยะเป้าหมาย (Distinction) หลักความจำเป็นทางทหาร (Military Necessity) หลักความได้สัดส่วน (Proportionality) หลักการไม่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดทุกข์ทรมานเกินความจำเป็น (Unnecessary Suffering) และหลักการใช้ความระมัดระวังล่วงหน้าในการโจมตี (Precautions in Attack)

สถานะของบุคคลในบริบทของการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศสามารถแบ่งสถานะออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ คือ พลรบ และพลเรือน โดยบุคคลที่มีสถานะเป็นพลรบเป็นเป้าหมายทางทหารที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่การที่จะโจมตีพลรบได้หรือไม่นั้นจะต้องคำนึงถึงหลักการพื้นฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศประกอบ ส่วนพลเรือนเป็นบุคคลที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการสู้รบ และไม่ได้เข้าร่วมในการสู้รบ พลเรือนจะได้รับความคุ้มครองจากการโจมตีที่เกิดขึ้นในระหว่างการขัดกันทางอาวุธ เว้นแต่ในเวลาพลเรือนดังกล่าวเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ จึง

¹ International Committee of the Red Cross, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Netherlands 1987), P. 392-393.

มีการแยกแยะระหว่างพลเรือนที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบกรณีหนึ่ง และพลเรือนที่สันติ ซึ่งไม่ได้เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ หรือเป็นพลเรือนที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบโดยอ้อมอีกกรณีหนึ่ง

การแบ่งสถานะของบุคคลออกเป็นพลเรือนและพวรบ รวมถึงการแยกแยะระหว่างพลเรือนที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบและพลเรือนที่สันติหรือพลเรือนที่เข้าร่วมในการสู้รบโดยอ้อมนั้น เป็นไปตามหลักการแยกแยะเป้าหมาย ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และเป็นจารีตประเพณีของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ² หลักการนี้กำหนดหน้าที่ในการแยกแยะเป้าหมายที่สามารถโจมตีได้โดยชอบด้วยกฎหมาย และเป้าหมายที่ไม่สามารถโจมตีได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ และการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยหลักเกณฑ์ในการแบ่งประเภทของบุคคลอาศัยสถานะของบุคคลซึ่งกฎหมายกำหนดสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบรวมถึงสิทธิในการได้รับความคุ้มครองจากการโจมตีไว้ พร้อมทั้งข้อยกเว้นในการเสียสิทธิดังกล่าว

ส่วนการแบ่งสถานะของบุคคลในการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นสถานการณ์ที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งในปัจจุบันนี้ สามารถแบ่งสถานะของบุคคลออกเป็น 3 ประเภทใหญ่ ๆ คือ สมาชิกกองทัพของรัฐซึ่งเป็นคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง พลเรือน และกลุ่มติดอาวุธที่มีการจัดการซึ่งเป็นคู่กรณีในความขัดแย้งอีกฝ่ายหนึ่งที่ต่อสู้กับสมาชิกกองทัพของรัฐ โดยสมาชิกกองทัพของรัฐและกลุ่มติดอาวุธดังกล่าว เป็นเป้าหมายของการโจมตีที่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนบุคคลที่มีสถานะเป็นพลเรือนไม่อาจตกเป็นเป้าหมายของการโจมตีได้ เว้นแต่ในช่วงเวลาที่พลเรือนนั้นเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ

ตั้งแต่ในอดีต ประชากรพลเรือนมักมีส่วนร่วมในการทำสงครามในระดับที่มากหรือน้อยแตกต่างกัน การมีส่วนร่วมนั้นมักทำในลักษณะที่อยู่ห่างจากสนามรบ เช่น การผลิตหรือการจัดการอาวุธ ยุทโธปกรณ์ อาหาร และที่พักให้แก่คู่กรณีของความขัดแย้ง รวมถึงการสนับสนุนทางเศรษฐกิจและทางการเมือง ซึ่งพลเรือนส่วนน้อยเท่านั้นที่มีส่วนเกี่ยวข้องในปฏิบัติการทางทหารอย่างแท้จริง แต่ในปัจจุบัน พลเรือนเข้ามามีบทบาทในการทำสงคราม รวมถึงมีส่วนร่วมปฏิบัติการทางทหารมากขึ้น อีกทั้งสงครามรวมถึงปฏิบัติการทางทหารมักเกิดในบริเวณที่มีพลเรือนอาศัยอยู่เป็นจำนวนมาก ด้วยเหตุด้านประโยชน์ในทางกลยุทธ์ที่ใช้ในการสู้รบ และรูปแบบของสงคราม หรือความขัดแย้งที่เปลี่ยนแปลงไป รวมทั้งมีแนวโน้มที่พลเรือนจะมีบทบาทในกองทัพของรัฐมากขึ้นในหลายรัฐ

² Michael N. Schmitt, "The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis," *Harvard National Security Journal* 1 (2010). P. 12.

โดยเฉพาะสหรัฐอเมริกา ซึ่งในปี ค.ศ. 2003 กระทรวงกลาโหมของสหรัฐอเมริกาจ้างพลเรือนจำนวนมากกว่า 664,000 คน ซึ่งมีสัดส่วนประมาณครึ่งหนึ่งของจำนวนทหารที่ปฏิบัติการทั้งหมดจำนวน 1,300,000 คน³ พลเรือนในกองทัพเหล่านี้จะทำหน้าที่หลากหลายและแตกต่างกันออกไป เช่น การออกแบบอาวุธ การผลิต บำรุงรักษา และควบคุมระบบอาวุธ รวมถึงการสู้รบ หรือสนับสนุนการสู้รบ ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบได้ และในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ฉุกเฉินและจำเป็น พลเรือนดังกล่าวอาจได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่เพื่อสนับสนุนปฏิบัติการทางทหารได้ ทั้งในส่วนของ การสู้รบ และการให้บริการ⁴ ซึ่งอาจเรียกสถานการณ์ที่พลเรือนมีส่วนร่วมในกองทัพนี้ว่า “Civilisation of the Military”⁵ โดยสถานการณ์นี้สามารถเกิดขึ้นได้ใน 2 ลักษณะ คือ ผ่านการจ้าง โดยกองทัพโดยตรง และผ่านการทำสัญญากับคู่สัญญาซึ่งส่วนมากเป็นบริษัทที่ให้บริการหลากหลายรูปแบบ ซึ่งสหรัฐอเมริกาใช้ประโยชน์จากพลเรือนทั้ง 2 ลักษณะด้วยเหตุผลทางเทคนิคบางประการ⁶

ปัจจัยสำคัญของการที่พลเรือนมีบทบาทในกองทัพมากขึ้นประการแรก คือ ค่าใช้จ่าย เนื่องจากการโอนหน้าที่บางอย่างของทหารไปให้พลเรือนทำหน้าที่แทนเป็นวิธีการเดียวที่จะช่วยประหยัดค่าใช้จ่ายในการฝึกทหาร โดยกระทบต่อความมีประสิทธิภาพของกองทัพน้อย เนื่องจากพลเรือนไม่จำเป็นต้องได้รับการฝึกฝนและให้ความรู้เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ในอาชีพทหาร อีกทั้งรัฐสามารถทำสัญญาจ้างงานกับพลเรือนได้อย่างยืดหยุ่น ทั้งในด้านระยะเวลาการจ้าง และขอบเขตหน้าที่ของการทำงาน และในบางกรณีพลเรือนมีค่าจ้างที่ถูกกว่าทหาร

ปัจจัยประการที่สองที่ทำให้พลเรือนมีบทบาทมากขึ้นในกองทัพ คือ เทคโนโลยี เนื่องจากความก้าวหน้าของเทคโนโลยีอาวุธที่ใช้ในการทำสงครามนั้นเกินความสามารถของกองทัพที่จะฝึกบุคลากรของตนเองที่ได้รับการฝึกฝนเพื่อสู้รบทางกายภาพเท่านั้นให้ใช้เทคโนโลยีอาวุธที่มีความซับซ้อน และระบบอาวุธบางประเภทต้องอาศัยพลเรือนให้ทำหน้าที่เป็นผู้ซ่อมบำรุง ควบคุมระบบอาวุธ และฝึกฝนบุคคลอื่นซึ่งอาจเป็นบุคลากรของกองทัพให้สามารถใช้อาวุธดังกล่าว ประกอบกับการที่รัฐพึ่งพาเทคโนโลยี รวมถึงระบบคอมพิวเตอร์ในการทำสงครามมากขึ้น ดังนั้นผู้เชี่ยวชาญทางด้าน

³ *Direct Participation in Hostilities and 21st Century Armed Conflict* (2004), P. 514.

⁴ *ibid.*

⁵ Avril McDonald, "The Challenges to International Humanitarian Law and the Principles of Distinction and Protection from the Increased Participation of Civilians in Hostilities, Spotlight on Issues of Contemporary Concern in International Humanitarian Law and International Criminal Law," (2004). P. 11.

⁶ Schmitt, *Direct Participation in Hostilities and 21st Century Armed Conflict*. P.514.

เทคโนโลยีและคอมพิวเตอร์ที่มีสถานะเป็นพลเรือนจึงเป็นที่พึงพาของกองทัพและถูกจ้างเพื่อให้ทำหน้าที่ในกองทัพมากขึ้นด้วย⁷

ปัจจัยประการสุดท้ายคือ การลดขนาดของกองทัพลง เพื่อประหยัดงบประมาณ และด้วยเหตุที่ว่าขนาดของกองทัพที่เล็กลง ทำให้สามารถเคลื่อนกองทัพได้ง่าย และกองทัพขนาดเล็กอาจได้รับการฝึกฝนที่ดีและมีประสิทธิภาพมากกว่า ซึ่งเหมาะสมกับการตอบโต้ต่อภัยคุกคามที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน ในขณะที่สงครามระหว่างรัฐครั้งใหญ่มีแนวโน้มที่จะเกิดขึ้นได้ยาก⁸ จึงไม่สามารถปฏิเสธได้ว่า ในปัจจุบันพลเรือนมีบทบาทในกองทัพมากมายอย่างคาดมิได้

เมื่อพลเรือนมีส่วนเกี่ยวข้องกับการสู้รบมากขึ้นทั้งในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ และการขัดกันทางอาวุธไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยอาจถูกจ้าง หรือเป็นคู่สัญญากับกองทัพ และได้รับมอบหมายหน้าที่ให้กระทำการที่มีความเกี่ยวข้องกับการสู้รบ หรือให้การสนับสนุนกองทัพ หรือกลุ่มติดอาวุธที่มีการจัดการในกรณีการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ จึงเกิดประเด็นปัญหาในการแยกแยะระหว่างพลเรือนที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการสู้รบในระดับที่ถือได้ว่าเป็นการเข้าร่วมในการสู้รบโดยตรงตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ กับพลเรือนที่ยังเป็นผู้ที่สันติ ไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการสู้รบ และพลเรือนที่เข้าร่วมในการสู้รบโดยอ้อม

ถึงแม้ว่ากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจะกำหนดสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ รวมถึงเงื่อนไขว่าพลเรือนเสียความคุ้มครองจากการโจมตี เมื่อพลเรือนเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ แต่ไม่ปรากฏค่านิยมและหลักเกณฑ์ที่แน่นอนชัดเจนเกี่ยวกับลักษณะของการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบในตราสารระหว่างประเทศใด ๆ พลเรือนจึงมีความเสี่ยงที่จะเสียความคุ้มครองจากการโจมตีในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธโดยได้โดยง่าย และการไม่มีหลักเกณฑ์พื้นฐานเกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบส่งผลให้การเสียความคุ้มครองจากการโจมตีของพลเรือนขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้มีอำนาจตัดสินใจในการโจมตีในขณะนั้น โดยไม่มีหลักประกันความชอบธรรมในการใช้ดุลพินิจดังกล่าว

⁷ McDonald, "The Challenges to International Humanitarian Law and the Principles of Distinction and Protection from the Increased Participation of Civilians in Hostilities, Spotlight on Issues of Contemporary Concern in International Humanitarian Law and International Criminal Law." P. 12.

⁸ Schmitt, *Direct Participation in Hostilities and 21st Century Armed Conflict*. P. 513.

ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาเกี่ยวกับสถานะและสิทธิของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับ สถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศและการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะ ประเทศ รวมถึงหลักเกณฑ์พื้นฐานของการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบในสถานการณ์การขัดกันทาง อาวุธ โดยจะศึกษาจากการวิเคราะห์ถ้อยคำ ทางปฏิบัติของรัฐ คำพิพากษาของศาล และองค์การ ระหว่างประเทศ รวมถึงความเห็นทางวิชาการในทางระหว่างประเทศ รวมทั้งศึกษาผลกระทบที่ เกิดขึ้นจากความไม่ชัดเจนของหลักเกณฑ์ของการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ เพื่อวิเคราะห์และ เสนอแนะข้อพิจารณาทางกฎหมายว่าด้วยการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบในสถานการณ์การขัดกันทาง อาวุธให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งอาจใช้เป็นแนวทางใน การบัญญัติเป็นกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อประโยชน์ต่อการคุ้มครองพลเรือนในสถานการณ์การ ขัดกันทางอาวุธในภายภาคหน้าต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ในการศึกษาวิจัย

1. เพื่อศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างสถานะและสิทธิของบุคคลในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบในบริบทของสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ
2. เพื่อวิเคราะห์องค์ประกอบของการกระทำที่อาจนำมาใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบจากการศึกษากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป ทางปฏิบัติของรัฐ และความเห็นของนักวิชาการ รวมถึงคำพิพากษาของศาลภายในและศาลระหว่างประเทศ
3. เพื่อศึกษาผลกระทบของความไม่แน่นอนและความไม่ชัดเจนของหลักเกณฑ์ของการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ โดยพิจารณากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศประกอบ

1.3 สมมติฐาน

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกำหนดกฎเกณฑ์ว่าด้วยสถานะและสิทธิของบุคคลในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ แต่ไม่มีการกำหนดเงื่อนไขและรายละเอียดของการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ จึงก่อให้เกิดการปรับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติอย่างไม่เป็นเอกภาพ อย่างไรก็ตามแนวทางในการพิจารณาการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบของตัวแสดงในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศมีลักษณะร่วมกัน กล่าวคือ การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบจะต้องเป็น

การกระทำที่มีความเชื่อมโยงกับการขัดกันทางอาวุธ โดยมีลักษณะและวัตถุประสงค์ที่มุ่งก่อให้เกิดอันตรายต่อบุคคล หรือทรัพย์สินของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม และการกระทำเป็นส่วนสำคัญที่ก่อให้เกิดผล และมีความเชื่อมโยงกับผลโดยตรง ซึ่งแนวทางการพิจารณาที่มีร่วมกันนี้อาจนำมาใช้เป็นข้อพิจารณา พื้นฐานในการพิจารณาลักษณะของการกระทำอันถือได้ว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบได้

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาและวิเคราะห์หลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาการกระทำที่ถือได้ว่าเป็น การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศและการ ขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยจะ เริ่มต้นวิเคราะห์จากความสัมพันธ์ระหว่างสถานะและสิทธิของบุคคลในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ว่าบุคคลที่มีสถานะใดบ้างมีสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงใน การสู้รบ และในบทต่อไปจะวิเคราะห์ลักษณะของการกระทำที่อาจถือได้ว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงใน การสู้รบจากทางปฏิบัติของรัฐต่าง ๆ ในสังคมระหว่างประเทศ คำพิพากษาของศาลภายใน และศาล ระหว่างประเทศ รวมถึงความเห็นทางวิชาการของนักกฎหมายและองค์การระหว่างประเทศ โดยผล ของการศึกษาจะถูกนำมาวิเคราะห์เป็นแนวทางในการพิจารณาการกระทำที่ถือเป็นการเข้าร่วม โดยตรงในการสู้รบ เพื่อให้บุคคลที่เป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจสามารถนำไปใช้เป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานใน การตัดสินใจการกระทำของบุคคลในบริบทของการขัดกันทางอาวุธ ส่งผลให้เกิดความมั่นคงในสถานะ ของบุคคล และอาจใช้เป็นแนวทางในการศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศต่อไป

CHULALONGKORN UNIVERSITY

1.5 วิธีการศึกษาและวิจัย

การศึกษาวิตยานิพนธ์นี้ใช้วิธีการศึกษาและวิจัยแบบการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ โดยศึกษาข้อมูลจากกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึง กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ความเห็นของนักกฎหมายและนักวิชาการ หนังสือ บทความ วิชาการ วิทยานิพนธ์ เอกสารเตรียมร่าง รายงานการประชุม รวมถึงข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำมาเป็นวัตถุดิบในการศึกษาและวิเคราะห์

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. เพื่อให้ทราบและเข้าใจถึงความสัมพันธ์ระหว่างสถานะของบุคคลและสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ
2. เพื่อให้ทราบถึงแนวทางปฏิบัติของสังคมระหว่างประเทศเกี่ยวกับการพิจารณาการกระทำที่อาจถือได้ว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ
3. เพื่อศึกษาผลกระทบที่เกิดจากการไม่มีหลักเกณฑ์ของการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบที่ชัดเจนและแน่นอน
4. เพื่อเสนอแนะข้อพิจารณาเบื้องต้นในการพิจารณาการกระทำที่อาจถือได้ว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ เพื่อใช้จัดทำแนวปฏิบัติร่วมกันระหว่างรัฐ เพื่อป้องกันผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากความไม่ชัดเจนของหลักเกณฑ์ว่าด้วยการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ



บทที่ 2

สถานะของบุคคลและสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ

อนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายและจารีตประเพณีของสงครามบนบก หรือ Hague Conventions respecting the Laws and Customs of War on Land (อนุสัญญากรุงเฮก) มีจำนวนทั้งสิ้น 2 ฉบับ จัดทำขึ้นในปี ค.ศ. 1899 และปี ค.ศ. 1907 โดยเป็นผลมาจากการประชุมเรื่องสันติภาพระหว่างประเทศ 2 ครั้ง ที่กรุงเฮก ประเทศเนเธอร์แลนด์ ในปี ค.ศ. 1899 และปี ค.ศ. 1907 ซึ่งอนุสัญญากรุงเฮกนี้เป็นอนุสัญญาสองฉบับแรกที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการสงคราม และความผิดฐานอาชญากรรมสงครามในทางระหว่างประเทศ โดยบัญญัติเกี่ยวกับวิธีการและกลยุทธ์ที่ใช้ในการต่อสู้ บทบัญญัติส่วนมากถูกใช้เป็นแนวทางที่ช่วยผู้บังคับบัญชาทหารตัดสินใจในสถานการณ์การสู้รบเป็นสำคัญ ในแง่มุมมองด้านเวลา และสถานที่ที่มีการต่อสู้เกิดขึ้น โดยระบุหลักการพื้นฐานไว้ เช่น หลักการแยกแยะเป้าหมาย หลักความได้สัดส่วน และหลักความจำเป็นทางทหาร ซึ่งกำหนดแนวทางเพื่อก่อให้เกิดความสมดุลระหว่างกฎเกณฑ์ต่าง ๆ มากกว่าการกำหนดข้อห้ามกระทำการ รวมถึงกำหนดกฎเกณฑ์ที่ช่วยให้ผู้ที่ทำการสู้รบสามารถบรรลุเป้าหมายของตนได้

ในเวลาต่อมา มีการออกกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ใช้ในการควบคุมสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ (Armed conflict) ที่สำคัญ คือ อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 (The Geneva Conventions of 1949) (อนุสัญญาเจนีวา) จำนวน 4 ฉบับ ซึ่งประกอบด้วย

1. อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 1 เพื่อฟื้นฟูสภาพของผู้ที่ได้รับบาดเจ็บและเจ็บป่วยของกองทัพในสนามรบ (The First Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of 12 August 1949.) (อนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 1)
2. อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 2 เพื่อฟื้นฟูสภาพของสมาชิกของกองทัพขณะอยู่ในทะเลซึ่งบาดเจ็บเจ็บป่วย หรือผู้ซึ่งเรืออัปปาง (The Second Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea of 12 August 1949.) (อนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 2)

3. อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยศึก (The Third Geneva Convention for relative to the Treatment of Prisoners of War of 12 August 1949.) (อนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 3)
4. อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 เกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลพลเรือนในภาวะสงคราม (The Fourth Geneva Convention for relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949.) (อนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4)

เมื่อเปรียบเทียบระหว่างระบบกฎหมายของอนุสัญญาเจนีวากับอนุสัญญากรุงเฮก พบว่ามีความแตกต่างกันระหว่างระบบกฎหมายสองระบบอย่างมีนัยสำคัญ โดยอนุสัญญาเจนีวามุ่งคุ้มครองผู้เสียหายจากการสู้รบเป็นสำคัญ มากกว่าการมุ่งเน้นที่ผู้กระทำการสู้รบ ซึ่งอนุสัญญาเจนีวามีการบัญญัติกฎหมายห้ามไม่ให้ผู้เข้าร่วมในความขัดแย้งกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่ก่อให้เกิดผลในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็นการกำหนดหน้าที่ให้แก่คู่กรณีของความขัดแย้ง และมักกำหนดเป็นประเภทของสถานการณ์แทนที่การกำหนดสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง

ภายหลังการเกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 มีการจัดทำพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาอีก 2 ฉบับ ซึ่งเป็นการผสมผสานระหว่างระบบกฎหมายของอนุสัญญากรุงเฮก และอนุสัญญาเจนีวาเข้าด้วยกัน โดยกฎหมายส่วนหนึ่งยืนยันหลักการเดิมที่มีอยู่ในอนุสัญญาเจนีวา และกฎหมายอีกส่วนหนึ่งเป็นผลจากการพัฒนาหลักเกณฑ์ใหม่เพิ่มเติม โดยเฉพาะพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 ซึ่งพัฒนามาจากข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ ซึ่งเป็นบทบัญญัติเดียวที่ใช้บังคับในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 2 ฉบับ ประกอบด้วย

1. พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ.1949 เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประสบภัยของการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ (Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims international armed conflicts (Protocol I), of 8 June 1977) (พิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1)
2. พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ.1949 เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประสบภัยของการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ (Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection

of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), of 8 June 1977)
(พิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 2)

เมื่อแบ่งประเภทของกฎหมายมนุษยธรรมตามลักษณะของการขัดกันทางอาวุธ สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทคือ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ใช้บังคับกับการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ (International Armed Conflict) ซึ่งประกอบไปด้วย อนุสัญญาเจนีวา จำนวน 4 ฉบับ⁹ และพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1¹⁰ และกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ใช้บังคับกับการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ (Non-International Armed Conflict) ซึ่งประกอบไปด้วย ข้อ 3 ร่วม¹¹ ของอนุสัญญาเจนีวา ทั้ง 4 ฉบับ และพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 2¹²

⁹ "The Geneva Conventions of 12 August 1949."

Common Article 2

"In addition to the provisions which shall be implemented in peacetime, the present Convention shall apply to all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized by one of them. The Convention shall also apply to all cases of partial or total occupation of the territory of a High Contracting Party, even if the said occupation meets with no armed resistance...."

¹⁰ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977."

Article 1(3)

"This Protocol, which supplements the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the protection of war victims, shall apply in the situations referred to in Article 2 common to those Conventions."

¹¹ "The Geneva Conventions of 12 August 1949."

Common Article 3

"In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions..."

¹² "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), of 8 June 1977."

Article 1(1)

"This Protocol, which develops and supplements Article 3 common to the Geneva Conventions of 12 August 1949 without modifying its existing conditions of applications, shall apply to all armed conflicts which are not covered by Article 1 of the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of victims of International Armed Conflicts (Protocol I) and which take place in the territory of a High Contracting Party between its armed forces and dissident armed forces or other organized armed groups which, under responsible command, exercise such control over a part of its territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations and to implement this Protocol."

ลักษณะของการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศต่างจากการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศที่เห็นได้ชัดเจน คือ คู่กรณีฝ่ายหนึ่งของความขัดแย้งในการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศเป็นกลุ่มติดอาวุธที่ไม่ใช่รัฐ แตกต่างจากคู่กรณีของความขัดแย้งในการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศซึ่งเป็นคู่กรณีที่มีสถานะเป็นรัฐเท่านั้น

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศทั้งสองประเภทกำหนดสิทธิ หน้าที่ และสถานะของบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ รวมถึงกำหนดหลักการปฏิบัติของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการขัดกันทางอาวุธไว้ในทั้งอนุสัญญาเจนีวา และพิธีสารเพิ่มเติมทั้ง 2 ฉบับ ซึ่งกฎหมายกำหนดสถานะและสิทธิของบุคคลแต่ละคนที่เกี่ยวข้องกับการขัดกันทางอาวุธตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในลักษณะที่แตกต่างกัน โดยเฉพาะสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ซึ่งเป็นสิทธิที่มีความสัมพันธ์กับสถานะ ซึ่งสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบนี้ เป็นสิทธิที่รับรองให้บุคคลหนึ่งสามารถกระทำการในลักษณะที่เป็นการต่อสู้กับคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามได้โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยใช้อาวุธและวิธีการที่สอดคล้องกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ดังที่ปรากฏไว้อย่างชัดเจนในข้อ 43(2) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ซึ่งเป็นการกำหนดสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบของพลรบ (The right to participate directly in hostilities) และในขณะเดียวกัน บุคคลที่มีสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ สามารถตกเป็นเป้าหมายของการโจมตีได้โดยชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน ส่วนในทางตรงกันข้าม บุคคลอีกกลุ่มหนึ่งได้รับสิทธิในการได้รับความคุ้มครองจากการโจมตี เว้นแต่ในเวลาที่คุณคคลดังกล่าวเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ โดยการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบจะส่งผลให้ผู้กระทำการดังกล่าวจะสูญเสียความคุ้มครองจากการโจมตีไปเพียงชั่วคราว และเมื่อพิจารณาสถานะของแต่ละบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการขัดกันทางอาวุธแล้ว สามารถแบ่งประเภทของบุคคลตามสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบได้ดังต่อไปนี้

2.1 สถานะของบุคคลที่มีสิทธิเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกำหนดสถานะของบุคคลที่มีบทบาทในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธทั้งที่มีลักษณะระหว่างประเทศและไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยบุคคลบางประเภทเท่านั้นที่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกำหนดให้มีสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากลักษณะและบทบาทของบุคคลดังกล่าวในการขัดกันทางอาวุธผลที่ตามมาจากการมีสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ คือ สิทธิในการจับอาวุธเข้าต่อสู้หรือโจมตีคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม และในขณะเดียวกัน คู่กรณีฝ่ายตรงข้ามมีสิทธิโจมตีบุคคลที่มีสิทธิเข้าร่วมโดยตรง

ในการสู้รบได้เช่นเดียวกัน โดยพิจารณาหลักการพื้นฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ประกอบ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศแล้วพบว่าบุคคลดังต่อไปนี้มีสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ

2.1.1 พลรบที่ชอบด้วยกฎหมาย (Lawful Combatants)

พลรบ เป็นสถานะของบุคคลที่ปรากฏในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศเท่านั้น เดิมอนุสัญญากรุงเฮก (The Hague Convention) ปี ค.ศ. 1899 และ ค.ศ. 1907 ทั้งสองฉบับมีบทบัญญัติเกี่ยวกับพลรบไว้ในข้อ 3 ซึ่งกำหนดว่า กองทัพของคู่กรณีซึ่งเป็นคู่สงครามประกอบด้วยพลรบและบุคคลที่ไม่ใช่พลรบ ในกรณีที่บุคคลทั้งสองประเภทดังกล่าวถูกจับกุม จะมีสถานะเป็นเชลยศึก¹³ ซึ่งเป็นการกำหนดสถานะโดยพิจารณาจากลักษณะของการกระทำทางทหาร¹⁴ อันได้แก่

- 1) อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของบุคคลหนึ่งซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาของตน

¹³ "Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and Its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 29 July 1899 (the Hague 1899)."; "Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and Its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907. (the Hague 1907)."

Article 3

"The armed forces of the belligerent parties may consist of combatants and non-combatants. In case of capture by the enemy both have a right to be treated as prisoners of war."

¹⁴ "Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and Its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907. (the Hague 1907)."; "Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and Its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 29 July 1899 (the Hague 1899)."

Article 1

"The laws, rights, and duties of war apply not only to armies, but also to militia and volunteer corps fulfilling the following conditions:

1. To be commanded by a person responsible for his subordinates;
2. To have a fixed distinctive emblem recognizable at a distance;
3. To carry arms openly; and
4. To conduct their operations in accordance with the laws and customs of war."

- 2) มีสัญลักษณ์ที่ชัดเจน แนนอน สามารถรับรู้ได้ในระยะไกล
- 3) ถืออาวุธโดยเปิดเผย และ
- 4) ปฏิบัติการทางทหารโดยสอดคล้องกับกฎหมายและจารีตประเพณีของสงคราม

ลักษณะของการกระทำที่สำคัญต่อการกำหนดเป้าหมายทางทหารที่ชอบด้วยกฎหมาย คือ เวลาที่พลรบถืออาวุธและกระทำการที่เกี่ยวข้องกับการสู้รบ¹⁵ แต่ยังไม่มีการกำหนดคำนิยามของคำว่า “พลรบ” ไว้เป็นลายลักษณ์อักษร คำนิยามของพลรบในขณะนั้นมีสถานะเป็นเพียงจารีตประเพณีระหว่างประเทศเท่านั้น ซึ่งต่อมาในภายหลัง มีการให้นิยามคำว่าพลรบเป็นครั้งแรกไว้ในพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ในปี ค.ศ. 1977 โดยเปลี่ยนจากการพิจารณาสถานะของพลรบบนฐานของการกระทำ เป็นการพิจารณาบนฐานของความเป็นสมาชิก ซึ่งข้อ 43(2) ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 กำหนดว่า พลรบ คือ สมาชิกของกองทัพของคู่กรณีในความขัดแย้งที่มีสิทธิเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ¹⁶ อันเป็นผลมาจากความเกี่ยวข้องกับกองทัพซึ่งเป็นตัวการในทางกฎหมายระหว่างประเทศ และเป็นสิทธิที่ได้รับจากกฎหมายระหว่างประเทศ โดยไม่ได้พิจารณาเป็นรายบุคคล¹⁷ ความเป็นสมาชิกในกองทัพไม่ขึ้นอยู่กับเกณฑ์การพิจารณาเรื่องหน้าที่ แต่อยู่บนฐานของการเข้าร่วมในกองทัพอย่างเป็นทางการตามกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ โดยกองทัพอาจประกอบด้วยพลรบ และบุคคลที่ไม่ใช่พลรบ¹⁸ ซึ่งเป็นเรื่องภายในของรัฐแต่ละรัฐที่จะกำหนดว่าสมาชิกของกองทัพคนใดจะทำหน้าที่สู้รบ หรือทำหน้าที่ที่ไม่เกี่ยวข้องกับการสู้รบ จึงอาจกล่าวได้ว่า รัฐเป็นผู้ให้สิทธิ และอำนาจแก่บุคคลในการเข้าร่วมในการสู้รบ¹⁹ ดังนั้น ความชอบด้วยกฎหมายของพลรบจึงเป็นผลมาจากการที่กฎหมาย

¹⁵ Shannon Joy Bosch, "The Combatant Status of Non-State Actors in International Armed Conflicts, in Light of the Notion of Direct Participation in Hostilities" (University of KwaZulu-Natal, 2012). P. 28.

¹⁶ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977."

Article 43(2)

"Members of the armed forces of a Party to a conflict (other than medical personnel and chaplains covered by Article 33 of the Third Convention) are combatants, that is to say, they have the right to participate directly in hostilities."

¹⁷ Dieter Fleck, *The Handbook of Humanitarian Law* (New York: Oxford University Press, 2008), P. 81.

¹⁸ Nils Melzer, "Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the Icr's Interpretative Guidance in the Notion of Direct Participation in Hostilities," *New York University Journal of International Law and Politics* 42, no. 831 (2010). P. 844.

¹⁹ Geoffrey Corn and Chris Jenk, "Two Sides of the Combatant Coin: Untangling Direct Participation in Hostilities from Belligerent Status in Non-International Armed Conflicts," *University of Pennsylvania Journal of International Law* 33 (2011). P. 319.

มนุษยธรรมระหว่างประเทศรับรองสถานะของบุคคลดังกล่าวให้เป็นพลรบ ไม่ว่าด้วยเหตุของการเป็นสมาชิกของกองทัพตามกฎหมายภายใน หรือเป็นผลมาจากเงื่อนไขอื่น ๆ ที่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกำหนดไว้

ส่วนในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ไม่ปรากฏทบัญญัติที่กำหนดสถานะของพลรบไว้ เนื่องจากเป็นสถานการณ์ที่เป็นความขัดแย้งระหว่างกองทัพของรัฐและกลุ่มติดอาวุธที่มีการจัดการ ไม่ใช่ความขัดแย้งระหว่างกองทัพของสองรัฐขึ้นไปเช่นเดียวกับการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ อีกทั้งคำนิยามของคำว่า พลรบ หมายความว่า ถึง คู่สงครามที่มีคุณสมบัติเหมาะสม (Qualified Belligerent) ซึ่งมีสิทธิตามกฎหมายในการเข้าร่วมในการสู้รบ ดังนั้น เฉพาะกองกำลังของรัฐบาลเท่านั้นที่สามารถใช้กำลังได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งรัฐส่วนมากไม่ยอมรับว่าผู้ต่อสู้ที่ไม่ใช่รัฐมีสิทธิตามกฎหมายในการเข้าร่วมในการสู้รบกับกองทัพของรัฐ เนื่องจากจะส่งผลให้รัฐดังกล่าวไม่สามารถลงโทษพลเมืองของตนที่จับอาวุธต่อต้านอำนาจของรัฐที่ชอบด้วยกฎหมาย และอาจเป็นการยอมรับว่าพลเรือนที่จับอาวุธต่อสู้มีอำนาจอันชอบธรรมในการต่อสู้ อีกทั้งการปรับใช้คำนิยามของคำว่า พลรบ ไม่สอดคล้องกับความแตกต่างพื้นฐานของลักษณะของความขัดแย้งระหว่างการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ และการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ในประเด็นเรื่องสถานะของคู่กรณีในความขัดแย้ง²⁰

พลรบที่ชอบด้วยกฎหมายสามารถแบ่งออกเป็น พลรบที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นสมาชิกของกองทัพ และพลรบที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นพลเรือนที่ลุกขึ้นต่อสู้ต่อกองกำลังที่รุกรานด้วยตนเอง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

2.1.1.1 สมาชิกของกองทัพ

ในบริบทของสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ กองทัพ (Armed Forces) ของคู่กรณีหมายถึง กองกำลัง กลุ่ม หรือหน่วยติดอาวุธทั้งหมดที่มีการจัดการ ซึ่งอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาและความรับผิดชอบของคู่กรณีเพื่อการกระทำของผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชา โดยผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาจะเชื่อฟังคำสั่งของผู้มีอำนาจที่ตนเองอยู่ภายใต้บังคับบัญชานั้น และกองทัพดังกล่าวต้องตกอยู่ภายใต้ระบบวินัยภายในของรัฐซึ่งเป็นไปตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับกับการขัดกันทางอาวุธ แม้ว่ารัฐบาล หรือผู้มีอำนาจซึ่งเป็นตัวแทนของคู่กรณีจะไม่ได้รับการรับรองโดยคู่กรณีฝ่าย

²⁰ Ibid. P. 327- 328.

ตรงข้าม²¹ ดังนั้น กลุ่มหัวรุนแรง (Partisana) หรือกองกำลังกึ่งทหาร (Paramilitary Forces) ที่กระทำการภายใต้การตัดสินใจของตนเองจึงไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขของการเป็นสมาชิกของกองทัพ เว้นแต่คู่อริของความขัดแย้งจะรวมกองกำลังกึ่งทหาร หรือหน่วยงานที่ติดอาวุธบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายเข้าเป็นส่วนหนึ่งของกองทัพ คู่อริฝ่ายนั้นมึหน้าที่ในการแจ้งให้คู่อริอีกฝ่ายหนึ่งของความขัดแย้งทราบ²²

สมาชิกของกองทัพประกอบด้วย กองกำลังติดอาวุธ กลุ่ม หรือหน่วยที่มีการจัดการ ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของคู่อริฝ่ายหนึ่งของความขัดแย้ง ซึ่งสถานะของพลรบไม่ขึ้นกับงานที่ได้รับมอบหมายภายในกองทัพ²³ ถึงแม้ว่าพลรบจะฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้กับการขัดกันทางอาวุธ หรือตกอยู่ภายใต้อำนาจของคู่อริฝ่ายตรงข้ามก็ไม่ทำให้พลรบสูญเสียสถานะพลรบไป²⁴ และถึงแม้ว่าพลรบจะไม่ได้กระทำการอันเป็นการต่อสู้ พลรบดังกล่าวยังคงมีสถานะเป็นพลรบอยู่เช่นเดิม²⁵

²¹ “Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims international armed conflicts (Protocol I), of 8 June 1977”

Article 43(1)

“The armed forces of a Party to a conflict consist of all organized armed forces, groups and units which are under a command responsible to that Party for the conduct of its subordinates, even if that Party is represented by a government or an authority not recognized by an adverse Party. Such armed forces shall be subject to an internal disciplinary system which, inter alia, shall enforce compliance with the rules of international law applicable in armed conflict.”

²² “Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims international armed conflicts (Protocol I), of 8 June 1977”

Article 43(3)

“Whenever a Party to a conflict incorporates a paramilitary or armed law enforcement agency into its armed forces it shall so notify the other Parties to the conflict”

²³ Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict* (the United Kingdom: Cambridge University Press, 2004), P. 33.

²⁴ “Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims international armed conflicts (Protocol I), of 8 June 1977”

Article 44(2)

“While all combatants are obliged to comply with the rules of international law applicable in armed conflict, violations of these rules shall not deprive a combatant of his right to be a combatant or, if he falls into the power of an adverse Party, of his right to be a prisoner of war, except as provided in paragraphs 3 and 4.”

²⁵ Gary D. Solis, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War* (the United States of America: Cambridge University Press, 2010), P. 188.

ในข้อ 4 ของอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 3 ได้ยกตัวอย่างบุคคลที่มีสถานะเป็นพลรบไว้ โดยพิจารณาจากการได้สถานะเชลยศึกของบุคคลกลุ่มหนึ่ง²⁶ เช่น สมาชิกของกองทัพของคูร์ณีในความขัดแย้ง ทหารกองหนุน กองกำลังทหารอาสาสมัครที่เป็นส่วนหนึ่งของกองทัพ รวมถึงกลุ่มเคลื่อนไหวต่อต้านที่มีการจัดการซึ่งดำเนินการภายนอกดินแดน แม้ว่าเป็นดินแดนที่ถูกยึดครอง และต้องเป็นไปตามเงื่อนไข คือ เป็นบุคคลที่อยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของบุคคลหนึ่ง มีสัญลักษณ์แน่นอนและเด่นชัดสามารถเห็นได้ในระยะไกล บุคคลดังกล่าวต้องถืออาวุธโดยเปิดเผย และปฏิบัติการสอดคล้องกับกฎหมายและจารีตประเพณีของสงคราม และพลรบอาจเป็นสมาชิกของกองทัพที่จงรักภักดีต่อรัฐบาลหรือผู้มีอำนาจที่ไม่ถูกรับรองโดยคูร์ณีอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นต้น

กล่าวโดยสรุป คือ พลรบโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีสถานะเป็นสมาชิกของกองทัพตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นบุคคลที่มีลักษณะดังต่อไปนี้²⁷

1) อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของคูร์ณีในความขัดแย้งซึ่งเป็นตัวการในทางกฎหมายระหว่างประเทศ

²⁶ “The Third Geneva Convention for relative to the Treatment of Prisoners of War of 12 August 1949.” Article 4 (A)

“Prisoners of war, in the sense of the present Convention, are persons belonging to one of the following categories, who have fallen into the power of the enemy:

- 1) Members of the armed forces of a Party to the conflict as well as members of militias or volunteer corps forming part of such armed forces.
- 2) Members of other militias and members of other volunteer corps, including those of organized resistance movements, belonging to a Party to the conflict and operating in or outside their own territory, even if this territory is occupied, provided that such militias or volunteer corps, including such organized resistance movements, fulfil the following conditions:
 - a) that of being commanded by a person responsible for his subordinates;
 - b) that of having a fixed distinctive sign recognizable at a distance;
 - c) that of carrying arms openly;
 - d) that of conducting their operations in accordance with the laws and customs of war.
- 3) Members of regular armed forces who profess allegiance to a government or an authority not recognized by the Detaining Power...”

²⁷ International Committee of the Red Cross, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. P. 517.

- 2) มีลักษณะทางทหาร
- 3) มีอำนาจหน้าที่การควบคุมเหนือสมาชิกของกองทัพนั้นอย่างมีประสิทธิภาพ
- 4) เคารพกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรับใช้ในการขัดกันทาง

อาวุธ

เมื่อบุคคลหนึ่งเป็นสมาชิกของกองทัพของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งในความขัดแย้งโดยชอบด้วยกฎหมายภายในแล้ว และรัฐกำหนดให้บุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการสู้รบ กล่าวคือ มีสถานะเป็นพลรบ ข้อ 43(2) ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 กำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่า บุคคลดังกล่าวมีสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ (The right to participate directly in hostilities)²⁸ ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงการกำหนดสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ โดยเชื่อมโยงกับสถานะของบุคคลในบริบทของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างชัดเจน

2.1.1.2 *Levée en masse*

Levée en masse เป็นคำในภาษาฝรั่งเศสที่สามารถแปลเป็นภาษาอังกฤษได้ว่า “mass uprising” ซึ่งใช้อธิบายลักษณะกลุ่มบุคคล ซึ่งเป็นประชากรพลเรือนของดินแดนหนึ่งที่ลุกขึ้นต่อสู้ต่อกองกำลังที่รุกรานด้วยตนเอง เป็นแนวคิดที่ตกผลึกในช่วงระหว่างการปฏิวัติของฝรั่งเศส²⁹ แนวคิดนี้ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรครั้งแรกในภาคผนวกของอนุสัญญากรุงเฮก ฉบับปี ค.ศ. 1907 ซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมายและจารีตประเพณีของสงครามบนภาคพื้นดิน ในข้อ 2 ประกอบข้อ 1 กำหนดว่า พลเรือนของอาณาเขตที่ไม่ได้ถูกยึดครอง ซึ่งเมื่อศัตรูประชิดเข้ามา ได้สมัครใจจับอาวุธต่อต้านกองทหาร (Troops) ที่รุกรานนั้น โดยไม่มีเวลาที่จะจัดการตนเองเป็นกองทัพ (Armies)

²⁸ “Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims international armed conflicts (Protocol I), of 8 June 1977”

Article 43(2)

“Members of the armed forces of a Party to a conflict (other than medical personnel and chaplains covered by Article 33 of the Third Convention) are combatants, that is to say, they have the right to participate directly in hostilities.”

²⁹ Emily Crawford, "Tracing the Historical and Legal Development of the *Levée En Masse* in the Law of Armed Conflict," *Journal of the History of International Law* 19 (2017). P. 329.

พลเรือนดังกล่าวจะถูกปฏิบัติเสมือนว่าเป็นคู่สงคราม ต่อเมื่อบุคคลเหล่านี้ถืออาวุธโดยเปิดเผย และเคารพกฎหมายและจารีตประเพณีการสงคราม³⁰

ต่อมาในอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 3 นำแนวคิดเรื่อง *Levée en masse* มาบัญญัติไว้ในข้อ 4(A)(6) ซึ่งกำหนดว่า เซลยศึกให้รวมถึงพลเรือนที่อาศัยอยู่ในอาณาเขตที่ไม่ได้ถูกยึดครอง ซึ่งเมื่อศัตรูประชิดเข้ามา ได้สมัครใจจับอาวุธต่อต้านกองกำลัง (Forces) ที่รุกรานนั้น โดยไม่มีเวลาที่จะจัดรวมกันเป็นหน่วยกองทหารประจำ (Regular Armed Units) หากบุคคลเหล่านี้ถืออาวุธโดยเปิดเผย และเคารพกฎหมายและจารีตประเพณีการสงคราม³¹ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติทั้งสองข้อแล้วจะเห็นได้ว่าสาระสำคัญของข้อ 2 ของอนุสัญญากรุงเฮก ฉบับปี ค.ศ. 1907 และข้อ 4(A)(6) ของอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 3 มีความคล้ายคลึงกัน แต่แตกต่างกันเฉพาะในประเด็นเรื่องการใช้ถ้อยคำภาษาอังกฤษเท่านั้น

ลักษณะที่สำคัญของ *Levée en masse* คือ ต้องเป็นพลเรือนที่อาศัยอยู่ในดินแดนที่ไม่ได้ถูกยึดครอง ซึ่งสมัครใจตอบโต้การรุกรานอย่างฉับพลัน และเป็นการต่อสู้ในระยะเวลาสั้นเท่านั้น กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจึงกำหนดให้ *Levée en masse* เป็นกลุ่มบุคคลที่มีสิทธิเข้าร่วมในการสู้รบและได้รับเอกสิทธิ์ตามสถานะของพลรบในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ³² เนื่องด้วยลักษณะของการรุกรานอย่างฉับพลันทำให้กลุ่มบุคคลดังกล่าวไม่สามารถขอความช่วยเหลือจากกองทัพหรือพลรบที่มีสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบตามกฎหมายระหว่างประเทศได้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

³⁰ “Annex to the Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907. (The Hague 1907)”

Article 2

“The inhabitants of a territory which has not been occupied, who, on the approach of the enemy, spontaneously take up arms to resist the invading troops without having had time to organize themselves in accordance with Article 1, shall be regarded as belligerents if they carry arms openly and if they respect the laws and customs of war.”

³¹ “The Third Geneva Convention for relative to the Treatment of Prisoners of War of 12 August 1949.”

Article 4 (A)(6)

“Inhabitants of a non-occupied territory who, on the approach of the enemy, spontaneously take up arms to resist the invading forces, without having had time to form themselves into regular armed units, provided they carry arms openly and respect the laws and customs of war.”

³² Melzer, “Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the Icr’s Interpretative Guidance in the Notion of Direct Participation in Hostilities.” P. 840.

สถานะของปัจเจกบุคคลที่เข้าร่วมใน levée en masse ไม่สามารถพิจารณาได้จากความเป็นสมาชิก เนื่องจากลักษณะของกลุ่มบุคคลที่ไม่มีความต่อเนื่องและไม่มีการจัดการ แต่เมื่อกลุ่มบุคคลที่เป็น levée en masse มีลักษณะการกระทำที่เป็นการสู้รบอย่างต่อเนื่องและมีการจัดการภายในกลุ่ม กลุ่มบุคคลดังกล่าวจะไม่ถือเป็น levée en masse อีกต่อไป อาจกลายเป็นกลุ่มเคลื่อนไหวต่อต้านที่มีการจัดการ หรืออาจเป็นทหารกองหนุนพิเศษของคูร์ณี หรืออาจกลายเป็นกลุ่มติดอาวุธที่มีการจัดการได้³³ แล้วแต่กรณี

2.1.2 สมาชิกของกลุ่มติดอาวุธที่มีการจัดการ (Members of Organized Armed Group)

กลุ่มติดอาวุธที่มีการจัดการ หรือ Organized Armed Group ในบริบทของการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศมักอ้างถึงกองกำลังติดอาวุธของรัฐที่ไม่ใช่กองกำลังทั่วไป เช่น ทหารกองหนุน และกองกำลังทหารอาสา รวมถึงกลุ่มเคลื่อนไหวต่อต้านที่มีการจัดการ³⁴ แต่โดยส่วนมากกลุ่มติดอาวุธที่มีการจัดการมักอ้างถึงกองกำลังติดอาวุธซึ่งเป็นคูร์ณีที่ไม่ใช่รัฐในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ³⁵ และไม่มีสถานะเป็นกองทัพของรัฐโดยทั่วไปตามกฎหมายภายในของรัฐ³⁶ ซึ่งมีสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ โดยเป็นผลมาจากสถานะของกลุ่มติดอาวุธที่เป็นคูร์ณีฝ่ายหนึ่งของความขัดแย้งตามที่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศระบุไว้

³³ Ibid. P. 840.

³⁴ Ibid. P. 838.

³⁵ “Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), of 8 June 1977”

Article 1(1)

“This Protocol, which develops and supplements Article 3 common to the Geneva Conventions of 12 August 1949 without modifying its existing conditions of applications, shall apply to all armed conflicts which are not covered by Article 1 of the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of victims of International Armed Conflicts (Protocol I) and which take place in the territory of a High Contracting Party between its armed forces and dissident armed forces or other organized armed groups which, under responsible command, exercise such control over a part of its territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations and to implement this Protocol.”

³⁶ International Committee of the Red Cross, "Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law," <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf>. P. 27.

อย่างไรก็ตาม โดยลักษณะของการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศซึ่งเป็นความขัดแย้งระหว่างกองทัพของรัฐและกลุ่มติดอาวุธที่มีการจัดการที่ไม่ใช่รัฐและไม่มีสถานะพลเรือนจึงสามารถตีความได้ว่า ยังมีกลุ่มบุคคลอีกกลุ่มหนึ่งที่ไม่ได้รับความคุ้มครองจากการโจมตี และไม่ถือว่าเป็นพลเรือน เป็นบุคคลที่มีสถานะแตกต่างหากออกจากพลเรือน³⁷ และไม่มีสถานะเป็นพลรบ เนื่องจากในพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 ไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับสถานะของพลรบไว้ แต่จากข้อ 13 ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 ซึ่งกำหนดเกี่ยวกับสิทธิในได้รับความคุ้มครองของพลเรือน สามารถสะท้อนได้ว่า สมาชิกของกลุ่มติดอาวุธที่มีการจัดการนั้นเป็นบุคคลที่ไม่มีสิทธิตามสถานะของพลรบ เนื่องจากโดยลักษณะของการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศไม่มีสถานะพลรบ สมาชิกของกลุ่มติดอาวุธดังกล่าวจึงเป็นบุคคลที่มีสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบโดยสถานะที่เป็นคู่กรณีของการขัดกันทางอาวุธ และสามารถถูกโจมตีได้โดยชอบด้วยกฎหมายได้ โดยไม่ถือว่าเป็นสถานะเป็นพลเรือน³⁸

อนึ่ง มีผู้เห็นว่าการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศนั้น เป็นการสู้รบระหว่างกองทัพของรัฐ และพลเรือนที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ซึ่งการตีความในลักษณะดังกล่าวมีข้อบกพร่อง เนื่องจากการไม่แบ่งแยกระหว่างกลุ่มติดอาวุธซึ่งเป็นพลรบในทางข้อเท็จจริงและประชากรพลเรือน ทำให้กลุ่มติดอาวุธซึ่งเป็นคู่กรณีในการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศกลายเป็นส่วนหนึ่งของประชากรพลเรือน³⁹ ซึ่งตามกฎหมายจะได้รับความคุ้มครองจากการโจมตี และสามารถโจมตีกลุ่มติดอาวุธดังกล่าวได้เฉพาะในเวลาที่คุณคคลดังกล่าวเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบเท่านั้น ส่งผลให้ความสามารถของกองทัพของรัฐในการต่อสู้กับกลุ่มติดอาวุธนี้ลดน้อยลง⁴⁰ เนื่องด้วยเหตุทางด้านข้อจำกัดของระยะเวลาในการโจมตีโดยชอบด้วยกฎหมาย เพราะรัฐสามารถโจมตีกลุ่มติดอาวุธดังกล่าวได้เฉพาะเวลาที่กลุ่มติดอาวุธนั้นเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบเท่านั้น ดังนั้นบุคคลดังกล่าวจึงเห็นว่าฐานของอำนาจในการโจมตีกลุ่มติดอาวุธที่มีการจัดการในการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศไม่ควรอ้างอิงจากการพิสูจน์เรื่องการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ⁴¹ แต่ไม่ปรากฏว่ามีการเสนอแนะแนวทางในการพิจารณาอื่นแต่อย่างใด

³⁷ Geoffrey Corn and Chris Jenk, "Two Sides of the Combatant Coin: Untangling Direct Participation in Hostilities from Belligerent Status in Non-International Armed Conflicts." P. 330.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid. P. 333.

⁴⁰ Ibid. P. 332.

⁴¹ Ibid.

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติที่ใช้บังคับกับสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ในข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวาทั้งสี่ฉบับ และข้อ 1 ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 ไม่ปรากฏการให้ลักษณะหรือคำนิยามเกี่ยวกับคูกรณีสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ อีกทั้ง ในข้อ 1 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ระบุถึงเงื่อนไขในการใช้บังคับของพิธีสารเพิ่มเติมเท่านั้น และเมื่อพิจารณาจากความเห็นทางวิชาการและทางปฏิบัติในทางระหว่างประเทศ กลุ่มติดอาวุธที่มีการจัดการต้องมีระดับของการเป็นองค์กรทหารที่กระทำการสู้รบในฐานะที่เป็นคูกรณีของความขัดแย้ง และเกณฑ์บุคคลเข้าเป็นสมาชิกของกลุ่มติดอาวุธจากประชากรพลเรือน⁴² ซึ่งการวิเคราะห์ว่าบุคคลใดเป็นสมาชิกของกลุ่มติดอาวุธที่มีการจัดการ มักพิจารณาจากลักษณะของหน้าที่ ซึ่งแสดงออกถึงความเป็นสมาชิก มากกว่าการพิจารณาวิธีการเข้าเป็นสมาชิกอย่างเป็นทางการ เช่นเดียวกับการเข้าร่วมในกองทัพของรัฐซึ่งต้องปฏิบัติตามกฎหมายภายในของรัฐนั้น ๆ⁴³ ดังนั้น การพิจารณาความเป็นสมาชิกของบุคคลจึงอาศัยหลักเกณฑ์เรื่อง หน้าที่ในการต่อสู้อย่างต่อเนื่อง (Continuous Combat Function) ซึ่งมีลักษณะเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบในนามของกลุ่มติดอาวุธ ส่งผลให้สมาชิกของกลุ่มติดอาวุธดังกล่าวจะสูญเสียความคุ้มครองจากการโจมตีโดยตรงในระหว่างที่เป็นสมาชิกของกองกำลังติดอาวุธ ถึงแม้ว่าจะไม่มีการกระทำที่เป็นการต่อสู้เกิดขึ้นก็ตาม⁴⁴ ซึ่งความเป็นสมาชิกของกลุ่มติดอาวุธนี้ไม่จำเป็นต้องแสดงออกผ่านทางเครื่องแบบหรือเครื่องแต่งกาย สัญลักษณ์ หรือบัตรประจำตัว เนื่องจากความหลากหลายทางวัฒนธรรม บริบททางการเมือง และบริบททางทหาร รวมถึงสภาพแวดล้อมที่กลุ่มติดอาวุธดังกล่าวดำเนินการอยู่ ทำให้ระดับความเกี่ยวข้องของบุคคลกับกลุ่มติดอาวุธไม่จำเป็นต้องเป็นสมาชิกตามความหมายของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเท่านั้น การพิจารณาความเป็นสมาชิกจึงต้องพิจารณาจากความเกี่ยวข้องกับการกระทำที่มีลักษณะเป็นการต่อสู้เป็นสำคัญ⁴⁵

การพิจารณาว่าบุคคลมีหน้าที่ในการต่อสู้อย่างต่อเนื่องหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาถึงเงื่อนไขเรื่องระยะเวลาของการเข้าร่วมในกลุ่มติดอาวุธที่มีการจัดการซึ่งกระทำการในฐานะที่เป็นกองกำลังติด

⁴² International Committee of the Red Cross, "Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law". P. 32.

⁴³ Melzer, "Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the Icrc's Interpretative Guidance in the Notion of Direct Participation in Hostilities." P. 839.

⁴⁴ International Committee of the Red Cross, "Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law". P. 16.

⁴⁵ Ibid. P. 32-33.

อาวุธที่ไม่ใช่รัฐ ซึ่งต้องมีระยะเวลาที่ยาวนาน และหน้าที่ในการต่อสู้อย่างต่อเนื่องต้องเป็นหน้าที่เกี่ยวข้องกับกระทำความผิด การกระทำการ การสั่งการให้กระทำการ หรือการบังคับบัญชาปฏิบัติการ ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ และบุคคลที่ถูกเกณฑ์ ได้รับการฝึกฝน และได้รับอาวุธจากกลุ่มติดอาวุธนั้น เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบอย่างต่อเนื่องในฐานะที่เป็นตัวแทนของกลุ่มติดอาวุธ จึงจะถือได้ว่ามีบุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ในการต่อสู้อย่างต่อเนื่องแล้ว แม้ว่าจะยังไม่ได้กระทำการสู้รบใด ๆ⁴⁶

บุคคลที่กระทำการที่ไม่เป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ หรือมีหน้าที่ให้บริการสนับสนุนการต่อสู้เพียงอย่างเดียว (Combat Service Support Functions) ไม่ถือว่าเป็นบุคคลที่มีหน้าที่ในการสู้รบอย่างต่อเนื่อง การกระทำที่เป็นเพียงการสนับสนุนการต่อสู้เพียงอย่างเดียว เช่น การให้ความช่วยเหลือทางด้านการบริหาร ทางด้านเทคนิคและการขนส่ง เพื่อประโยชน์ของสมาชิกของกลุ่มที่ทำหน้าที่เป็นฝ่ายปฏิบัติการ ครอบคลุมถึงการสนับสนุนด้านเชื้อเพลิง ยุทโธปกรณ์ การขนส่ง การจัดหาอาหารและที่พัก การให้บริการทางด้านกฎหมาย การสนับสนุนด้านการเงิน การช่วยเหลือคน การทำโฆษณาชวนเชื่อ หรือแม้แต่การดูแลทางการแพทย์และศาสนา⁴⁷

หากพิจารณาโดยอ้างอิงจากความเห็นของแนวทางการตีความความคิดเรื่องการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ (แนวทางการตีความของ ICRC) บุคคลที่เข้าร่วมในกลุ่มติดอาวุธ หรือให้การสนับสนุนอย่างสำคัญแก่กลุ่มติดอาวุธ แต่ไม่มีหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ จะไม่มีสถานะเป็นสมาชิกของกลุ่มตามความหมายของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เช่น ผู้เกณฑ์ ผู้ฝึก ผู้ให้การสนับสนุนทางการเงิน ผู้เผยแพร่โฆษณาชวนเชื่อ ผู้ผลิตหรือซ่อมแซมอาวุธ หรือผู้เก็บรวบรวมข้อมูลที่ไม่ใช่ข้อมูลทางเทคนิค เป็นต้น เว้นแต่บุคคลดังกล่าวจะมีหน้าที่เพิ่มเติมที่มีลักษณะเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ⁴⁸ บุคคลดังกล่าวจึงมีสถานะเป็นพลเรือนที่อาจถูกโจมตีได้โดยชอบด้วยกฎหมายเฉพาะในเวลาที่ยังเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ⁴⁹

⁴⁶ Ibid. P. 34.

⁴⁷ Melzer, "Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the Icrc's Interpretative Guidance in the Notion of Direct Participation in Hostilities." P. 848-849.

⁴⁸ International Committee of the Red Cross, "Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law". P. 34-35.

⁴⁹ Schmitt, "The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis." P. 21.

นักวิชาการ Kenneth Watkin เห็นว่า บุคคลที่ให้บริการสนับสนุนการต่อสู้สามารถตกเป็นเป้าหมายของการโจมตีได้เช่นเดียวกับบุคคลที่เป็นสมาชิกของกองทัพของรัฐโดยทั่วไป และ Watkin วิเคราะห์แนวทางการตีความของ ICRC ว่า เป็นการตีความแนวคิดเรื่องการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบอย่างแคบ เนื่องจากบุคคลที่ให้การสนับสนุนอย่างสำคัญกับกลุ่มติดอาวุธอย่างต่อเนื่องอาจมีหน้าที่เช่นเดียวกับสมาชิกของกองทัพที่สามารถถูกโจมตีได้⁵⁰ ส่วนบุคคลที่ขายอาหาร หรือให้การสนับสนุนอื่นแก่กลุ่มติดอาวุธภายใต้สัญญา ไม่ถือว่าอยู่ภายใต้การควบคุมของกลุ่มติดอาวุธ ซึ่งบุคคลประเภทนี้มีลักษณะเช่นเดียวกับพลเรือนที่เป็นคู่สัญญากับกองทัพของรัฐ ซึ่งจะได้รับ ความคุ้มครอง และไม่อาจตกเป็นเป้าหมายของการโจมตีได้เว้นแต่ในเวลาที่ยุทธการดังกล่าวเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ⁵¹

ความแตกต่างระหว่างความเป็นสมาชิกในกองทัพของรัฐ และความเป็นสมาชิกในกลุ่มติดอาวุธที่มีการจัดการ คือ ความเป็นสมาชิกของกองทัพแสดงถึงสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ และสถานะที่เป็นพลรบส่งผลให้ตกเป็นเป้าหมายทางทหารที่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนความเป็นสมาชิกของกลุ่มติดอาวุธที่มีการจัดการสะท้อนจากหน้าที่ในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ⁵² โดยบุคคลที่เป็นสมาชิกของกลุ่มติดอาวุธดังกล่าวไม่มีสิทธิหรือเอกสิทธิ์ใด ๆ ตามสถานะพลรบ แต่มีสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ และสามารถตกเป็นเป้าหมายของการโจมตีได้โดยชอบด้วยกฎหมายจนกว่าบุคคลดังกล่าวสามารถแสดงให้เห็นได้ว่าไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับหน้าที่ในการต่อสู้ในทางข้อเท็จจริงอีกต่อไป⁵³

2.2 สถานะของบุคคลที่ไม่มีสิทธิเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ

แม้ว่ากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจะไม่ได้บัญญัติชัดเจนเกี่ยวกับการไม่มีสิทธิสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ แต่เมื่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศรับรองให้บุคคลกลุ่มหนึ่งมีสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบแล้ว จึงสามารถอนุมานได้ว่ามีบุคคลอีกกลุ่มหนึ่งที่ไม่มีสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ โดยเป็นผลมาจากหลักการแยกแยะเป้าหมายของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ที่แบ่งสถานะของบุคคลออกเป็น 2 สถานะใหญ่ คือ บุคคลที่มีสิทธิในการเข้าร่วมใน

⁵⁰ *Direct Participation in Hostilities and 21st Century Armed Conflict*. P. 851.

⁵¹ *Ibid.* P. 849.

⁵² *Ibid.* P. 850.

⁵³ *Ibid.* P. 854.

การสู้รบ กล่าวคือ เป็นบุคคลที่มีสถานะพลรบ และบุคคลอื่นใดที่ไม่มีสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบที่ไม่มีสิทธิจับอาวุธเข้าต่อสู้ไม่ว่าในกรณีใด ๆ ซึ่งกฎหมายจะสันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีสถานะเป็นพลเรือน เว้นแต่กฎหมายจะกำหนดสถานะให้แก่บุคคลดังกล่าวไว้เป็นอย่างอื่น หรือโดยลักษณะของการกระทำของบุคคลในทางปฏิบัติแล้วสามารถจำแนกบุคคลดังกล่าวออกจากพลเรือนได้ ซึ่งบุคคลที่ไม่มีสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบสามารถแบ่งออกเป็นสถานะต่าง ๆ ได้ดังต่อไปนี้

2.2.1 สมาชิกของกองทัพที่ไม่ใช่พลรบ (Non-combatant members of armed forces)

เนื่องจากกองทัพประกอบด้วยบุคคลที่มีสถานะเป็นพลรบซึ่งมีหน้าที่ในการสู้รบ โดยมีสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ และบุคคลที่ไม่มีสถานะเป็นพลรบ เช่น เจ้าหน้าที่ให้บริการ เจ้าหน้าที่ทางการแพทย์ พระ หรือเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีหน้าที่สู้รบ แต่อาจมีตำแหน่งในกองทัพ แต่ไม่มีอำนาจตามกฎหมายภายในของรัฐในการใช้อาวุธหรือระบบอาวุธ⁵⁴ และไม่มีสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ส่งผลให้สมาชิกของกองทัพที่ไม่ใช่พลรบได้รับความคุ้มครองจากการโจมตี โดยข้อ 43(2) ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 กำหนดอย่างชัดเจนว่า บุคคลที่เป็นสมาชิกของกองทัพ ยกเว้นพนักงานแพทย์และอนุศาสตราจารย์ เป็นบุคคลที่มีสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ⁵⁵ ดังนั้น บุคคลที่มีสถานะนี้จึงไม่สามารถเข้าร่วมในการสู้รบได้ในกรณีใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นการเข้าร่วมโดยตรง หรือโดยอ้อม เว้นแต่บุคคลดังกล่าวกระทำการที่มีลักษณะเป็นการป้องกันตนเองจากการใช้ความรุนแรงโดยบุคคลอื่น⁵⁶ และหากบุคคลดังกล่าวตกอยู่อำนาจของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม บุคคลนี้จะไม่ได้รับสถานะเชลยศึก⁵⁷

⁵⁴ Fleck, *The Handbook of Humanitarian Law*. P. 81.

⁵⁵ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977."

Article 43(2)

"Members of the armed forces of a Party to a conflict (other than medical personnel and chaplains covered by Article 33 of the Third Convention) are combatants, that is to say, they have the right to participate directly in hostilities."

⁵⁶ the United Kingdom, "The Manual of the Law of Armed Conflict," ed. Ministry of Defence (2004). P. 38.

⁵⁷ Jean S. Pictet, *Commentary to the First Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of 12 August 1949* (Switzerland 1952), P. 221.

ในอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 1 ข้อ 24 กำหนดให้พนักงานแพทย์ที่มีหน้าที่โดยเฉพาะในการค้นหา หรือรวบรวม ขนส่ง หรือรักษาพยาบาลผู้บาดเจ็บหรือป่วยไข้ หรือป้องกันโรค และเจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่โดยเฉพาะในการบริหารหน่วยและสถานที่ทางการแพทย์ รวมทั้งอนุศาสตราจารย์ประจำกองทัพจะต้องได้รับความคุ้มครองไม่ว่าในพฤติการณ์ใด ๆ⁵⁸ และในข้อ 26 กำหนดให้ เจ้าหน้าที่ของสภากาชาดประจำชาติ และของสมาคมอาสาสมัครอื่น ๆ ที่ได้รับการรับรองและอนุญาตโดยถูกต้องจากรัฐบาลของตน ซึ่งอาจทำหน้าที่เดียวกับพนักงานตามข้อ 24 จะได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกัน แต่อยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าเจ้าหน้าที่ดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและระเบียบข้อบังคับทหาร⁵⁹ ความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 1 นี้ เป็นความคุ้มครองที่บุคคลตามข้อ 24 และ 26 จะได้รับในทุกสถานการณ์ ไม่ว่าจะอยู่ในช่วงเวลาใด และอยู่ ณ สถานที่ใด⁶⁰ แต่ไม่ปรากฏว่าอนุสัญญาเจนีวาฉบับนี้กำหนดคำนิยามของบุคคลที่เป็นพนักงานแพทย์ หรืออนุศาสตราจารย์แต่อย่างใด

คำนิยามของบุคคลบางประเภทที่เป็นสมาชิกของกองทัพที่ไม่ใช่พลรบปรากฏอยู่ในพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 โดยมีการกำหนดให้คำนิยามว่า พนักงานแพทย์ (Medical personnel) ไม่ได้จำกัดเพียงแคบุคคลที่ประกอบวิชาชีพแพทย์ และพยาบาลเท่านั้น แต่ยังรวมถึง ผู้เชี่ยวชาญ เจ้าหน้าที่ทางเทคนิค เจ้าหน้าที่ซ่อมบำรุง คนขับรถ คนทำอาหาร และเจ้าหน้าที่ธุรการ ซึ่งได้รับมอบหมายหน้าที่ให้ เป็นเจ้าหน้าที่ภายใต้หน่วยแพทย์ ทำหน้าที่สนับสนุน⁶¹ ความคุ้มครองที่ให้แกหน่วยแพทย์จะยุติลง

⁵⁸ "The First Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of 12 August 1949.."

Article 24

"Medical personnel exclusively engaged in the search for, or the collection, transport or treatment of the wounded or sick, or in the prevention of disease, staff exclusively engaged in the administration of medical units and establishments, as well as chaplains attached to the armed forces, shall be respected and protected in all circumstances."

⁵⁹ Ibid.

Article 26

"The staff of National Red Cross Societies and that of other Voluntary Aid Societies, duly recognized and authorized by their Governments, who may be employed on the same duties as the personnel named in Article 24, are placed on the same footing as the personnel named in the said Article, provided that the staff of such societies are subject to military laws and regulations."

⁶⁰ *Commentary to the First Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of 12 August 1949*. P. 220.

⁶¹ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977."

เมื่อบุคคลดังกล่าวกระทำการอันก่อให้เกิดอันตรายต่อคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม ซึ่งอยู่นอกเหนือจากหน้าที่ทางมนุษยธรรม⁶² ส่วนบุคคลากรทางศาสนา (Religious personnel) นั้น หมายถึง พลรบ หรือพลเรือน เช่น อนุศาสนาจารย์ ซึ่งอยู่ประจำกองทัพของคู่กรณีในความขัดแย้ง หรืออยู่ร่วมกับหน่วยแพทย์ ซึ่งอาจเป็นการถาวรหรือชั่วคราว⁶³

ในทางวิชาการ มีผู้เห็นว่า สมาชิกของกองทัพที่ไม่ใช่พลรบ ไม่สามารถเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบได้ แต่เห็นต่างในประเด็นเรื่องของการได้รับความคุ้มครอง เนื่องจากบุคคลดังกล่าวเป็นสมาชิกของกองทัพ จึงไม่มีสถานะเป็นพลเรือน และไม่ได้รับความคุ้มครองจากการโจมตีเช่นเดียวกับพลเรือน บุคคลที่ไม่ใช่พลรบที่เป็นสมาชิกของกองทัพจึงอาจตกเป็นเป้าหมายทางทหารที่สามารถถูกโจมตีโดยชอบด้วยกฎหมายได้⁶⁴

Article 8(c)

“medical personnel” means those persons assigned, by a Party to the conflict, exclusively to the medical purposes enumerated under sub-paragraph e) or to the administration of medical units or to the operation or administration of medical transports. Such assignments may be either permanent or temporary. The term includes:

- i) medical personnel of a Party to the conflict, whether military or civilian, including those described in the First and Second Conventions, and those assigned to civil defence organizations;
- ii) medical personnel of national Red Cross (Red Crescent, Red Lion and Sun) Societies and other national voluntary aid societies duly recognized and authorized by a Party to the conflict;
- iii) medical personnel of medical units or medical transports described in Article 9, paragraph 2;...”

⁶² Ibid.

Article 13(1)

“The protection to which civilian medical units are entitled shall not cease unless they are used to commit, outside their humanitarian function, acts harmful to the enemy...”

⁶³ Ibid.

Article 8(d)

“religious personnel” means military or civilian persons, such as chaplains, who are exclusively engaged in the work of their ministry and attached:

- i) to the armed forces of a Party to the conflict;
- ii) to medical units or medical transports of a Party to the conflict; iii) to medical units or medical transports described in Article 9, paragraph 2; or
- iv) to civil defence organizations of a Party to the conflict.

The attachment of religious personnel may be either permanent or temporary, and the relevant provisions mentioned under sub-paragraph k) apply to them; ...”

⁶⁴ Bosch, "The Combatant Status of Non-State Actors in International Armed Conflicts, in Light of the Notion of Direct Participation in Hostilities." P. 260.

2.2.2 พลเรือน (Civilians)

ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ใช้บังคับการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศไม่ได้ให้คำนิยามของคำว่า “พลเรือน” ไว้โดยชัดแจ้ง แต่ให้คำนิยามในลักษณะเชิงปฏิเสธไว้ในข้อ 50 ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1⁶⁵ โดยให้คำนิยามว่า พลเรือน คือ บุคคลที่ไม่ใช่พลรบตามคำนิยามของข้อ 43 ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 และไม่ใช่มุสลิมตามข้อ 4 ของอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 3 และไม่ใช่มุสลิมที่เข้าร่วมใน *Levée en masse* ส่วนประชากรพลเรือน ประกอบด้วยบุคคลทั้งหมดที่เป็นพลเรือน และกำหนดข้อสันนิษฐานไว้ว่า ในกรณีที่มีข้อสงสัยว่าบุคคลหนึ่งเป็นพลเรือนหรือไม่ ให้ถือว่าบุคคลนั้นเป็นพลเรือน⁶⁶ ซึ่งโดยหลักแล้ว ประชากรพลเรือนและพลเรือนแต่ละคนจะได้รับความคุ้มครองจากอันตรายที่เกิดขึ้นจากปฏิบัติการทางทหาร ไม่สามารถตกเป็นเป้าหมายของการโจมตีได้ เว้นแต่ในเวลาที่ยุทธการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ⁶⁷

สถานะของพลเรือนในสถานการณ์ขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศไม่ปรากฏคำนิยามของคำว่า พลเรือน แต่มีการกำหนดความคุ้มครองแก่พลเรือนที่มีความคล้ายคลึงกันกับการให้ความคุ้มครองแก่พลเรือนในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งถูก

⁶⁵ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977."

Article 50

“(1) A civilian is any person who does not belong to one of the categories of persons referred to in Article 4 A 1), 2), 3) and 6) of the Third Convention and in Article 43 of this Protocol. In case of doubt whether a person is a civilian, that person shall be considered to be a civilian.

(2) The civilian population comprises all persons who are civilians.”

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ibid.

Article 51

“(1) The civilian population and individual civilians shall enjoy general protection against dangers arising from military operations. To give effect to this protection, the following rules, which are additional to other applicable rules of international law, shall be observed in all circumstances.

(2) The civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack. Acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population are prohibited.

(3) Civilians shall enjoy the protection afforded by this Section, unless and for such time as they take a direct part in hostilities.”

บัญญัติไว้ในข้อ 13 ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 2⁶⁸ โดยกำหนดว่า ประชากรพลเรือน และพลเรือนแต่ ละคนจะได้รับความคุ้มครองทั่วไปจากอันตรายที่เกิดขึ้นจากปฏิบัติการทางทหาร รวมถึงไม่สามารถ ตกเป็นเป้าหมายของการโจมตีได้ ซึ่งบทบัญญัตินี้คุ้มครองเฉพาะบุคคลที่มีสถานะเป็นพลเรือนที่ไม่ได้ เป็นสมาชิกของกองทัพ และไม่ได้เป็นสมาชิกของกลุ่มติดอาวุธที่มีการจัดการเท่านั้น⁶⁹

บุคคลที่สังกัดอยู่ในหน่วยงานของรัฐที่ไม่ได้สังกัดในกองทัพของรัฐ (Civilian Agency) หรือ เจ้าหน้าที่รัฐซึ่งมีหน้าที่บังคับการตามกฎหมาย เช่น ตำรวจ ซึ่งอาจมีลักษณะหรือหน้าที่คล้ายคลึงกับ พลรบในแง่ของการได้รับอนุญาตจากรัฐในการใช้กำลัง การใส่เครื่องแบบ หรือการมีสายการบังคับ บัญชา แต่โดยทั่วไปแล้วเจ้าหน้าที่ดังกล่าวเป็นเจ้าหน้าที่พลเรือนที่ต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบและ ข้อบังคับภายใน สามารถใช้กำลังเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย แต่ไม่มีการถืออาวุธโดย เปิดเผย ไม่ได้ถูกเกณฑ์เข้าร่วมในกองทัพ ไม่ได้รับการฝึกฝนให้ต่อสู้ และไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตาม กฎหมายว่าด้วยสงครามหรือคู่มือในการปฏิบัติการทางทหาร เจ้าหน้าที่ดังกล่าวจึงไม่ใช่คู่สงคราม และไม่ใช่พลรบที่มีสิทธิเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบตามคำนิยามที่ระบุไว้ในกฎหมายมนุษยธรรม ระหว่างประเทศ⁷⁰ บุคคลเหล่านี้จึงมีสถานะเป็นเพียงพลเรือน และมีสิทธิ หน้าที่ รวมถึงความรับผิดชอบ ตามสถานะของพลเรือน ดังนั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงไม่มีสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ

ส่วนกองทหารอาสาสมัคร (Militia) หน่วยอาสาสมัคร (Volunteer Corps) กลุ่มหัวรุนแรง (Partisana) หรือกองกำลังกึ่งทหาร (Paramilitary Forces) ที่กระทำการภายใต้การตัดสินใจของ ตนเองนั้น ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขและองค์ประกอบของการมีสถานะเป็นพลรบ และเมื่อไม่ได้เข้าร่วม

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁶⁸ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), of 8 June 1977."

Article 13

"(1) The civilian population and individual civilians shall enjoy general protection against the dangers arising from military operations. To give effect to this protection, the following rules shall be observed in all circumstances.

(2) The civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack. Acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population are prohibited.

(3) Civilians shall enjoy the protection afforded by this Part, unless and for such time as they take a direct part in hostilities."

⁶⁹ Michael Bothe, "Direct Participation in Hostilities in Non-International Armed Conflict," <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/2004-05-expert-paper-dph-icrc.pdf>.

⁷⁰ Ryan J. Vogel, "Drone Warfare and the Law of Armed Conflict," *Denver Journal of International Law and Policy* 39 (2010). P. 134-135.

เป็นสมาชิกของกองทัพ ตามข้อ 43(2) ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1⁷¹ จึงไม่มีสถานะเป็นพลรบ และไม่มีสิทธิเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ เว้นแต่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งของความขัดแย้งได้รวมกองกำลังกึ่งทหารหรือหน่วยงานดังกล่าวเข้าร่วมในกองทัพ และได้แจ้งให้คู่กรณีฝ่ายอื่นของความขัดแย้งทราบ ตามข้อ 43(3) ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1⁷² กลุ่มบุคคลดังกล่าวจึงจะมีสถานะเป็นพลรบ และมีสิทธิเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ รวมถึงอาจถูกโจมตีจากฝ่ายตรงข้าม เนื่องจากเป็นเป้าหมายทางทหารที่ชอบด้วยกฎหมายได้

ดังนั้นจึงสามารถสรุปได้ว่า พลเรือนเป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองจากการโจมตี และไม่มีสิทธิเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ หากพลเรือนเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบจะส่งผลให้พลเรือนเสียความคุ้มครองจากการโจมตี และกลายเป็นเป้าหมายของการโจมตีที่ชอบด้วยกฎหมายได้ แต่การสูญเสียความคุ้มครองนี้ ไม่เป็นการสูญเสียสถานะของพลเรือนไป และไม่ส่งผลให้พลเรือนมีสถานะเป็นพลรบ⁷³ บุคคลดังกล่าวยังคงมีสถานะเป็นพลเรือนเช่นเดิม และเมื่อพลเรือนยุติการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ พลเรือนจะไม่สามารถถูกโจมตีได้ แต่อาจถูกพิจารณาคดี และถูกลงโทษเพื่อการกระทำอันเกี่ยวเนื่องกับการเข้าร่วมโดยตรงโดยศาลที่มีอำนาจ⁷⁴

2.2.3 บริษัททหารรับจ้างและรักษาความปลอดภัยที่ไม่ได้เป็นสมาชิกของกองทัพ

บริษัททหารรับจ้างและรักษาความปลอดภัย หรือ Private military and Security companies (PMSCs) เป็นธุรกิจของเอกชนที่ให้บริการทางทหารและ/หรือความปลอดภัย ซึ่งรวมถึง

⁷¹ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977."

Article 43(2)

"Members of the armed forces of a Party to a conflict (other than medical personnel and chaplains covered by Article 33 of the Third Convention) are combatants, that is to say, they have the right to participate directly in hostilities."

⁷² Ibid.

Article 43(3)

"Whenever a Party to a conflict incorporates a paramilitary or armed law enforcement agency into its armed forces it shall so notify the other Parties to the conflict"

⁷³ The United States District Court for the District of Columbia, "Petitioners' Memorandum Regarding the Definition of "Enemy Combatant", (2008). P. 6.

⁷⁴ Bothe, "Direct Participation in Hostilities in Non-International Armed Conflict".

การจัดการผู้รักษาความปลอดภัยที่มีอาวุธ การคุ้มครองบุคคลหรือทรัพย์สิน เช่น ทูต อัคร หรือสถานทูต การดูแลรักษาและการควบคุมระบบอาวุธ การคุ้มขังนักโทษ และการให้คำแนะนำหรือฝึกกองทัพหรือเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัย⁷⁵ ซึ่งอาจแบ่งออกเป็น 3 ประเภทตามลักษณะของการให้บริการ ได้แก่

- (1) PMSCs ที่ให้ความช่วยเหลือทางทหารด้านเทคนิคทางทหารโดยตรง สามารถรวมถึงการสู้รบในแนวหน้า (military provider firms)
- (2) PMSCs ที่ให้คำแนะนำด้านกลยุทธ์และการฝึก (Military consulting firms) และ
- (3) PMSCs ที่ให้ความช่วยเหลือด้านการขนส่ง ซ่อมบำรุง และให้บริการทางข้อมูลแก่กองทัพ (Military support forms)⁷⁶

PMSCs มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ หรือกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่กฎหมายภายในกำหนดไว้ รวมถึงกฎหมายภายในอื่น ๆ เช่น กฎหมายอาญา กฎหมายภาษี กฎหมายคนเข้าเมือง และกฎเกณฑ์เฉพาะเกี่ยวกับทหารรับจ้าง (Private Military) หรือการให้บริการรักษาความปลอดภัย (Security Service) และเจ้าหน้าที่ของ PMSCs มีหน้าที่เคารพกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะกฎหมายอาญาของรัฐที่ PMSCs ดำเนินการ และกฎหมายของรัฐที่เจ้าหน้าที่มีสัญชาติ⁷⁷

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกำหนดสถานะของเจ้าหน้าที่ PMSCs ในความขัดแย้งทางอาวุธโดยพิจารณาจากลักษณะและสภาพแวดล้อมของหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเป็นรายกรณีไป

โดยทั่วไปแล้วเจ้าหน้าที่ของ PMSCs มีสถานะเป็นพลเรือน⁷⁸ เนื่องจากเป็นบุคคลที่ไม่มีสถานะพลรบตามคำนิยามของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นไปตามข้อ 50 ของพิธีสาร

⁷⁵ International Committee of the Red Cross, "International Humanitarian Law and Private Military/Security Companies," <https://www.icrc.org/en/document/ihl-and-private-military-security-companies-faq>.

⁷⁶ Peter Singer, "Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry," *Cornell University Press* (2003). P. 91-97.

⁷⁷ Swiss Federal Department of Foreign Affairs and ICRC, "The Montreux Document on Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States Related to Operations of Private Military and Security Companies During Armed Conflict," (2008). P. 14.

⁷⁸ *Ibid.* principle 26(b).

เพิ่มเติม ฉบับที่ 1⁷⁹ เจ้าหน้าที่ดังกล่าวจึงไม่มีสิทธิเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ แต่จะได้รับความคุ้มครองจากการโจมตีตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และไม่สามารถตกเป็นเป้าหมายของการโจมตีได้⁸⁰ หากเจ้าหน้าที่ของ PMSCs กระทำการที่ถือได้ว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ เช่น ให้ความคุ้มครองฐานทัพจากการโจมตีของฝ่ายตรงข้าม รวบรวมข้อมูลเทคนิคทางทหาร ควบคุมระบบอาวุธในปฏิบัติการสู้รบ หรือมีหน้าที่สู้รบให้แก่กลุ่มติดอาวุธที่มีการจัดการซึ่งเป็นคู่อริของความขัดแย้ง เจ้าหน้าที่ดังกล่าวจะเสียความคุ้มครองจากการโจมตีเนื่องจากเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ และหากเจ้าหน้าที่ของ PMSCs ถูกจับกุมอาจถูกพิจารณาผิดเนื่องจากการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบได้ถึงแม้ว่าจะไม่ได้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ แต่หากกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ อาจต้องรับผิดชอบทางอาญาเพื่อการกระทำนั้น⁸¹ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นบุคคลที่เข้าร่วมกับกองทัพโดยไม่ได้เป็นสมาชิก แต่ได้รับมอบอำนาจจากกองทัพ ถูกจับกุม หรือตกอยู่ภายใต้อำนาจของคู่อริฝ่ายตรงข้าม เจ้าหน้าที่ดังกล่าวจะมีสถานะเป็นเชลยศึกเนื่องจากเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในข้อ 4(A)(4) ของอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 3⁸²

⁷⁹ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977."

Article 50

"(1) A civilian is any person who does not belong to one of the categories of persons referred to in Article 4 A 1), 2), 3) and 6) of the Third Convention and in Article 43 of this Protocol. In case of doubt whether a person is a civilian, that person shall be considered to be a civilian.

(2) The civilian population comprises all persons who are civilians."

⁸⁰ Ibid.

Article 51

"(1) The civilian population and individual civilians shall enjoy general protection against dangers arising from military operations. To give effect to this protection, the following rules, which are additional to other applicable rules of international law, shall be observed in all circumstances.

(2) The civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack. Acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population are prohibited.

(3) Civilians shall enjoy the protection afforded by this Section, unless and for such time as they take a direct part in hostilities."

⁸¹ International Committee of the Red Cross, "Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law". P. 27.

⁸² "The Third Geneva Convention for Relative to the Treatment of Prisoners of War of 12 August 1949.."

Article 4(A)

"Prisoners of war, in the sense of the present Convention, are persons belonging to one of the following categories, who have fallen into the power of the enemy: ...

4) Persons who accompany the armed forces without actually being members thereof, such as civilian members of military aircraft crews, war correspondents, supply contractors, members of labour units or of services

อย่างไรก็ตาม หากเจ้าหน้าที่ของ PMSCs เข้าร่วมกับกองกำลังติดอาวุธของรัฐ หรือเป็นสมาชิกของกองกำลัง กลุ่ม หรือหน่วยติดอาวุธที่มีการจัดการและอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของรัฐ เจ้าหน้าที่ของ PMSCs มีสถานะเป็นพลรบต่อเมื่อเข้าร่วมกับกองทัพตามระบอบกฎหมายภายในของรัฐนั้นเนื่องจากการเข้าร่วมในกองทัพเป็นเรื่องของกฎหมายภายในโดยแท้⁸³ และเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ตามข้อ 43(2) ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1⁸⁴ และข้อ 4 ของอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 3⁸⁵ เนื่องจากสถานะของพลรบผูกพันกับความเป็นสมาชิกในกองทัพ ความเป็นสมาชิกของทหารกองหนุน

responsible for the welfare of the armed forces, provided that they have received authorization from the armed forces which they accompany, who shall provide them for that purpose with an identity card similar to the annexed model..."

⁸³ Lindsey Cameron, "Private Military Companies: Their Status under International Humanitarian Law and Its Impact on Their Regulation," *International Review of the Red Cross* 88, no. 863 (2006). P. 583.

⁸⁴ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977."

Article 43(2)

"Members of the armed forces of a Party to a conflict (other than medical personnel and chaplains covered by Article 33 of the Third Convention) are combatants, that is to say, they have the right to participate directly in hostilities."

⁸⁵ "The Third Geneva Convention for Relative to the Treatment of Prisoners of War of 12 August 1949.."

Article 4 (A)

"Prisoners of war, in the sense of the present Convention, are persons belonging to one of the following categories, who have fallen into the power of the enemy:

- 4) Members of the armed forces of a Party to the conflict as well as members of militias or volunteer corps forming part of such armed forces.
- 5) Members of other militias and members of other volunteer corps, including those of organized resistance movements, belonging to a Party to the conflict and operating in or outside their own territory, even if this territory is occupied, provided that such militias or volunteer corps, including such organized resistance movements, fulfil the following conditions:
 - a) that of being commanded by a person responsible for his subordinates;
 - b) that of having a fixed distinctive sign recognizable at a distance;
 - c) that of carrying arms openly;
 - d) that of conducting their operations in accordance with the laws and customs of war.
- 6) Members of regular armed forces who profess allegiance to a government or an authority not recognized by the Detaining Power..."

หรือกองกำลังทหารอาสาสมัครของคู่กรณีในความขัดแย้ง เมื่อเจ้าหน้าที่ของ PMSCs มีสถานะเป็นพลรบ เจ้าหน้าที่ดังกล่าวจะมีสิทธิเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบโดยชอบด้วยกฎหมาย⁸⁶

นอกจากนี้ การพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่ของ PMSCs จะมีสถานะเป็นทหารรับจ้างตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่ดังกล่าวมีลักษณะตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ตามคำนิยามของคำว่า “ทหารรับจ้าง” ตามข้อ 47(2) ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1⁸⁷ หรือไม่ กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ของ PMSCs จะต้องไม่เป็นคนชาติของคู่กรณีในความขัดแย้ง ถูกจ้างเพื่อวัตถุประสงค์เพื่อมีส่วนเกี่ยวข้องกับการสู้รบโดยตรง โดยมีแรงจูงใจโดยความปรารถนาเพื่อประโยชน์ส่วนตัว หากเจ้าหน้าที่ของ PMSCs มีลักษณะตามเกณฑ์ของการเป็นทหารรับจ้างแล้ว ถือว่าเจ้าหน้าที่ของ PMSCs มีสถานะเป็นทหารรับจ้างในการขัดกันทางอาวุธและมีสิทธิหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ตามสถานะของการเป็นทหารรับจ้าง

2.3.4 ทหารรับจ้าง (Mercenaries)

⁸⁶ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977."

Article 43(2)

"Members of the armed forces of a Party to a conflict (other than medical personnel and chaplains covered by Article 33 of the Third Convention) are combatants, that is to say, they have the right to participate directly in hostilities."

⁸⁷ Ibid.

Article 47(2)

"A mercenary is any person who:

- (a) is specially recruited locally or abroad in order to fight in an armed conflict;
- (b) does, in fact, take a direct part in the hostilities;
- (c) is motivated to take part in the hostilities essentially by the desire for private gain and, in fact, is promised, by or on behalf of a Party to the conflict, material compensation substantially in excess of that promised or paid to combatants of similar ranks and functions in the armed forces of that Party;
- (d) is neither a national of a Party to the conflict nor a resident of territory controlled by a Party to the conflict;
- (e) is not a member of the armed forces of a Party to the conflict; and
- (f) has not been sent by a State which is not a Party to the conflict on official duty as a member of its armed forces."

ทหารรับจ้างเป็นประเด็นปัญหาที่เสนอขึ้นเป็นครั้งแรกที่สหประชาชาติในปี ค.ศ. 1961 เกี่ยวกับการแบ่งแยกดินแดนของ Katanga ในคองโก ซึ่งต่อมาในปี ค.ศ. 1968 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติออกมติที่ 2465 (XXIII) กำหนดให้การใช้ทหารรับจ้างต่อสู้กับกลุ่มเคลื่อนไหวปลดแอกชาติ (National liberation movements) เป็นความผิดอาญา และทหารรับจ้างเป็นบุคคลที่อยู่นอกกฎหมาย รวมทั้งเรียกร้องให้ทุกรัฐออกกฎหมายกำหนดให้การเกณฑ์ การให้เงินสนับสนุน และการฝึกทหารรับจ้างภายในดินแดนของตนเป็นความผิด และห้ามไม่ให้คนที่มีสัญชาติของรัฐเป็นทหารรับจ้าง⁸⁸ ในช่วงเวลาภายหลังที่สมัชชาใหญ่ออกมติกำหนดให้ทหารรับจ้างผิดกฎหมายนั้น รัฐส่วนใหญ่ออกกฎหมายระบุให้การกระทำในลักษณะที่เป็นทหารรับจ้างเป็นความผิด ซึ่งสอดคล้องกับมติขององค์การสหประชาชาติดังกล่าว

คำนิยามของคำว่า “ทหารรับจ้าง” ตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ถูกระบุไว้ในข้อ 47(2) ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 โดยกำหนดว่า ทหารรับจ้าง คือ บุคคลที่ถูกเกณฑ์มาเพื่อสู้ในความขัดแย้งทางอาวุธ เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบในทางข้อเท็จจริง มีแรงจูงใจในการเข้าร่วมในการสู้รบเนื่องจากความปรารถนาในผลประโยชน์ส่วนตัว และได้รับค่าจ้างจากคู่กรณีหรือตัวแทนของคู่กรณี ในความขัดแย้งว่าจะมีการชดใช้ให้เป็นสิ่งของ เป็นบุคคลที่ไม่มีสัญชาติของคู่กรณีในความขัดแย้งและไม่มีถิ่นที่อยู่ในดินแดนที่ถูกควบคุมโดยคู่กรณีของความขัดแย้ง ไม่ได้เป็นสมาชิกของกองทัพของคู่กรณี และไม่ถูกส่งตัวโดยรัฐที่ไม่ใช่คู่กรณีให้ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะที่เป็นสมาชิกของกองทัพ⁸⁹ ซึ่งแรงจูงใจ

⁸⁸ United Nations General Assembly, "Resolution Adopted by the General Assembly: International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries (a/Res/44/34)," (1989).

⁸⁹ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977."

Article 47(2)

“A mercenary is any person who:

- (a) is specially recruited locally or abroad in order to fight in an armed conflict;
- (b) does, in fact, take a direct part in the hostilities;
- (c) is motivated to take part in the hostilities essentially by the desire for private gain and, in fact, is promised, by or on behalf of a Party to the conflict, material compensation substantially in excess of that promised or paid to combatants of similar ranks and functions in the armed forces of that Party;
- (d) is neither a national of a Party to the conflict nor a resident of territory controlled by a Party to the conflict;
- (e) is not a member of the armed forces of a Party to the conflict; and
- (f) has not been sent by a State which is not a Party to the conflict on official duty as a member of its armed forces.”

เพื่อผลประโยชน์ส่วนตัวของทหารรับจ้างนี้เป็นปัจจัยสำคัญที่แบ่งแยกทหารรับจ้างออกจากบุคคลสถานะอื่นในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ⁹⁰

อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการต่อต้านการเกณฑ์ ใช้ สนับสนุนทางการเงิน และการฝึกทหารรับจ้าง หรือ The International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries (อนุสัญญาว่าด้วยทหารรับจ้าง) ที่เกิดจากมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติเมื่อวันที่ 4 ธันวาคม ค.ศ. 1989⁹¹ ได้กำหนดคำนิยามของคำว่าทหารรับจ้างไว้ในข้อ 1 ของอนุสัญญาว่าด้วยทหารรับจ้าง⁹² โดยกำหนดคำนิยามที่มีลักษณะเช่นเดียวกันกับข้อ 47(2) ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ซึ่งพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 สามารถใช้บังคับกับสถานการณ์ที่เป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศเท่านั้น แต่อนุสัญญาว่าด้วยทหารรับจ้างสามารถใช้กับสถานการณ์ที่เป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศและไม่มีลักษณะระหว่างประเทศด้วย โดยทหารรับจ้างในการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ คือ บุคคลที่ถูกเกณฑ์มาเพื่อวัตถุประสงค์ที่จะเข้าร่วมในการกระทำที่ใช้ความรุนแรงต่อรัฐบาล ความมั่นคงของรัฐ หรือบูรณภาพทางเขตแดนของรัฐ มีแรงจูงใจที่จะเข้าร่วมโดยความปรารถนาในประโยชน์ส่วนตัวและได้รับคำมั่นว่าจะมีการจ่ายค่าชดเชยให้เป็นสิ่งของ เป็นบุคคลที่ไม่มีสัญชาติหรือถิ่นที่อยู่ของรัฐที่มุ่งกระทำต่อไม่ถูกส่งตัวโดยรัฐให้ปฏิบัติหน้าที่ และไม่ได้เป็นสมาชิกของกองทัพของรัฐที่การกระทำเกิดขึ้นในดินแดน⁹³

⁹⁰ Katherine Fallah, "Corporate Actors: The Legal Status of Mercenaries in Armed Conflict," *International Review of the Red Cross* 88 (2006). P. 605.

⁹¹ "Resolution Adopted by the General Assembly: International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries (a/Res/44/34)."

⁹² "International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries."

Article 1(1)

"A mercenary is any person who:

(a) Is specially recruited locally or abroad in order to fight in an armed conflict;

(b) Is motivated to take part in the hostilities essentially by the desire for private gain and, in fact, is promised, by or on behalf of a party to the conflict, material compensation substantially in excess of that promised or paid to combatants of similar rank and functions in the armed forces of that party;

(c) Is neither a national of a party to the conflict nor a resident of territory controlled by a party to the conflict;

(d) Is not a member of the armed forces of a party to the conflict; and

(e) Has not been sent by a State which is not a party to the conflict on official duty as a member of its armed forces."

⁹³ Ibid.

ส่วนทางปฏิบัติของรัฐเกี่ยวกับสถานะของทหารรับจ้างส่วนใหญ่เห็นว่า ทหารรับจ้างไม่มีสถานะเป็นพลรบ และไม่มีสถานะเป็นเชลยศึก ตัวอย่างของรัฐที่เห็นด้วยกับความเห็นนี้ได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศเบลเยียม ประเทศฝรั่งเศส ประเทศอิสราเอล ประเทศเนเธอร์แลนด์ และสหราชอาณาจักร เป็นต้น⁹⁴

ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบนั้น ประเทศแคนาดาเห็นว่า ทหารรับจ้างเป็นพลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย สามารถถูกโจมตีได้ในเวลาที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ หากถูกจับกุมจะไม่ได้รับสถานะเชลยศึก โดยปรากฏอยู่ใน The Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Levels ซึ่งจัดทำในปี ค.ศ. 2001⁹⁵ ซึ่งประเทศเยอรมนีเห็นไปในแนวทางเดียวกันกับประเทศแคนาดา โดยใน Humanitarian Law in Armed Conflict ซึ่งเป็นคู่มือทางทหารที่ถูกจัดทำขึ้นในปี ค.ศ. 1992 ระบุว่า ทหารรับจ้างถือว่าเป็นพลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่นเดียวกับบุคคลที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบโดยไม่มีสิทธิที่จะเข้าร่วม และจะไม่ได้รับสถานะเชลยศึก แต่ยังคงได้รับการรับประกันขั้นพื้นฐาน ซึ่งครอบคลุมถึงสิทธิในการได้รับปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม และสิทธิในกระบวนการยุติธรรม⁹⁶

เมื่อวิเคราะห์ทางปฏิบัติของรัฐรวมถึงองค์การระหว่างประเทศข้างต้นจะเห็นได้ว่า ทหารรับจ้างเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และถึงแม้ว่าจะไม่มีการกำหนดสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการ

Article 1(2)

“A mercenary is also any person who, in any other situation:

(a) Is specially recruited locally or abroad for the purpose of participating in a concerted act of violence aimed at:

- (i) Overthrowing a Government or otherwise undermining the constitutional order of a State; or
- (ii) Undermining the territorial integrity of a State;

(b) Is motivated to take part therein essentially by the desire for significant private gain and is prompted by the promise or payment of material compensation;

(c) Is neither a national nor a resident of the State against which such an act is directed;

(d) Has not been sent by a State on official duty; and

(e) Is not a member of the armed forces of the State on whose territory the act is undertaken.”

⁹⁴ International Committee of the Red Cross, "Customary Ihl Database " https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule108.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Ibid.

สู้รบให้แก่ทหารรับจ้างในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศก็ตาม แต่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกำหนดให้ทหารรับจ้างไม่มีสถานะเป็นพลรบ ซึ่งเป็นสถานะที่กฎหมายกำหนดสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบโดยชอบ และจะไม่มีสถานะเป็นเชลยศึกเมื่อถูกจับกุม ประกอบกับการที่ทหารรับจ้างเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบโดยมีแรงจูงใจปรารถนาในผลประโยชน์ส่วนตัวเท่านั้น ทหารรับจ้างจึงไม่เป็นที่ยอมรับของบรรดารัฐต่าง ๆ ดังนั้น หากกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมุ่งกำหนดให้ทหารรับจ้างมีสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ จะเป็นการขัดแย้งกับทางปฏิบัติของรัฐอย่างสิ้นเชิง จึงอาจอนุมานได้ว่า ทหารรับจ้างเป็นบุคคลที่ไม่มีสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ

2.3 สถานะของบุคคลที่มีความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ

นอกเหนือจากสถานะของบุคคลที่มีสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบและสถานะของบุคคลที่ไม่มีสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบแล้ว ยังมีบุคคลอีกกลุ่มหนึ่งที่ไม่มีความชัดเจนเกี่ยวกับสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ เนื่องด้วยโดยลักษณะของการขัดกันอาวุธที่มีความหลากหลาย รวมถึงบุคคลที่มีบทบาทในการขัดกันทางอาวุธไม่มีขอบเขตที่จำกัดแน่นอน อีกทั้งกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมิได้กำหนดเกี่ยวกับสิทธิ หรือหน้าที่ของบุคคลดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน การบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบจึงมีข้อท้าทายบางประการ ซึ่งกลุ่มบุคคลดังกล่าวมีข้อพิจารณาเรื่องสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบดังต่อไปนี้

2.3.1 พลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Combatant)

คำว่า “พลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” ปรากฏขึ้นเป็นครั้งแรกในคำพิพากษาของศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกา ในคดี *Ex Parte Quirin* ปี ค.ศ. 1942 โดยศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาทีไว้แต่เพียงว่า พลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นพลรบที่ต่อสู้โดยใช้วิธีที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁹⁷ ซึ่งคำว่า “พลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” นี้ ไม่ปรากฏในตราสารของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ปรากฏแต่เพียงในงานวิชาการเกี่ยวกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ คู่มือทหาร และกฎหมายตามแนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน (Case law) ในช่วงภายหลังวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 2001 เท่านั้น โดยมี

⁹⁷ *United States Ex Rel. Quirin Et Al V. Cox, Provost Marshal*, Judgement (U.S. Supreme Court), Case No. 317 U.S. 1, 31 July 1942. P. 30-31.

ลักษณะเป็นการอ้างอิงถึงบุคคลประเภทที่สาม⁹⁸ ที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบโดยไม่มีสิทธิที่จะเข้าร่วม และไม่ได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกของกองทัพ⁹⁹ โดยบุคคลประเภทนี้สามารถถูกโจมตีได้โดยชอบด้วยกฎหมายจึงถูกมองว่ามีสถานะเป็นพลรบ แต่เนื่องจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ส่งผลให้บุคคลดังกล่าวไม่สามารถมีเอกสิทธิ์เช่นเดียวกับพลรบที่ชอบด้วยกฎหมายได้ เนื่องจากไม่มีสิทธิเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ¹⁰⁰

สหรัฐอเมริกา ให้ความหมายของคำว่าพลรบของศัตรูที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายว่า หมายถึงบุคคลที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามสถานะพลรบ ซึ่งต่อสู้กับสหรัฐอเมริกา หรือพันธมิตรของสหรัฐอเมริกา โดยฝ่าฝืนกฎหมายและจารีตประเพณีสงครามในการขัดกันทางอาวุธ¹⁰¹ ส่วนพลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ไม่ได้เป็นสมาชิกของกองทัพ หรือเป็นสมาชิกของกองทัพของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม หมายถึง บุคคลที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ซึ่งอาจถูกโจมตีได้เมื่อเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ¹⁰²

ในปัจจุบันยังไม่สามารถสรุปได้ว่า พลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกลายเป็นสถานะตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศประเภทที่สามอันเป็นที่ยอมรับเพิ่มเติมจากสถานะพลรบและพลเรือนหรือไม่¹⁰³ นักวิชาการส่วนหนึ่งโต้แย้งข้อเสนอแนะทางวิชาการเกี่ยวกับบุคคลประเภทพลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ว่า พลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือคู่สงครามที่ไม่มีเอกสิทธิ์ (Unprivileged Belligerents) ไม่ใช่สถานะของบุคคลประเภทที่สาม ตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ แต่เป็นประเภทย่อยของสถานะพลเรือน ซึ่งจะได้รับความคุ้มครองในฐานะพลเรือน แต่เมื่อเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบจึงเสียความคุ้มครองจากการโจมตี แต่ไม่ได้สูญเสียสถานะพลเรือนไป¹⁰⁴

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁹⁸ Fleck, *The Handbook of Humanitarian Law*. P. 83.

⁹⁹ International Committee of the Red Cross, "International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts," *International Review of the Red Cross* 89, no. 867 (2007). P. 727.

¹⁰⁰ Bosch, "The Combatant Status of Non-State Actors in International Armed Conflicts, in Light of the Notion of Direct Participation in Hostilities." P. 55-56.

¹⁰¹ United States of America, "The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations," ed. Office of the Chief of Naval Operations and Headquarters the Department of the Navy, US Marine Corps, and Department of Homeland Security, US Coast Guard, (2007). 5-4.

¹⁰² Ibid. 8-1.

¹⁰³ *Public Committee against Torture in Israel ('Pcati') V Government of Israel*, Judgement (The Israeli High Court of Justice), Case No. HCJ 769/02, 11 December 2015. Para. 28.

¹⁰⁴ Bosch, "The Combatant Status of Non-State Actors in International Armed Conflicts, in Light of the Notion of Direct Participation in Hostilities." P. 57.

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าสถานะพลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ ไม่อาจจัดอยู่ในสถานะของบุคคลประเภทที่สามตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้ เนื่องจากไม่มีการกล่าวอ้างถึงพลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศฉบับใด ๆ ประกอบกับสถานะดังกล่าวไม่ได้ถูกยอมรับเป็นการทั่วไปในทางปฏิบัติของรัฐ แนวคำพิพากษาของศาล หรือความเห็นขององค์การระหว่างประเทศ อีกทั้งยังมีความไม่ชัดเจนและแน่นอนเกี่ยวกับสิทธิและบทบาทของพลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในบริบทของการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ รวมถึงการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศด้วย

2.3.2 เด็ก

ในปี ค.ศ. 2005 คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ เผยแพร่การศึกษาเกี่ยวกับหลักของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศเห็นว่ามีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ในหนังสือ “Customary International Humanitarian Law” ฉบับที่ 1 ซึ่งกำหนดเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ที่กลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งผลของการศึกษายืนยันว่า หลักการที่เด็กจะต้องไม่ถูกเกณฑ์ให้เข้าร่วมในกองทัพหรือกลุ่มติดอาวุธ และรัฐจะต้องไม่อนุญาตให้เด็กเข้าร่วมในการสู้รบนั้น ตกลงกลายเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว¹⁰⁵

อย่างไรก็ตาม หลักการที่ห้ามไม่ให้เด็กเข้าร่วมในการสู้รบมีความแตกต่างกันในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ กล่าวคือ ในพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ซึ่งใช้บังคับกับการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศกำหนดให้เด็กต้องได้รับการเคารพเป็นพิเศษและต้องได้รับความคุ้มครองจากการโจมตีใด ๆ คู่กรณีในความขัดแย้งต้องดูแลและให้ความช่วยเหลือตามที่เด็กร้องขอไม่ว่าด้วยเหตุผลใดก็ตาม¹⁰⁶ ทั้งพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 และพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 กำหนดหลักเกณฑ์ของการ

¹⁰⁵ Jean-Marie Henckaeters and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law Volume I: Rules Part 1* (Cambridge: The Press Syndicate of the University of Cambridge, 2005), P. 482-488.

¹⁰⁶ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977."

Article 77(1)

"Children shall be the object of special respect and shall be protected against any form of indecent assault. The Parties to the conflict shall provide them with the care and aid they require, whether because of their age or for any other reason."

เกณฑ์เด็กให้เข้าร่วมในกองทัพโดยอาศัยอายุของเด็กเพื่อกำหนดสิทธิในการมีส่วนร่วมในการสู้รบอันมีลักษณะคล้ายคลึงกัน โดยการกำหนดหลักเกณฑ์อ้างอิงกับช่วงอายุของเด็ก ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ช่วงอายุ คือ

2.3.2.1 เด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี

ในการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ พิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ข้อ 77(2) กำหนดหน้าที่ให้แก่คู่กรณีในความขัดแย้งที่จะต้องใช้มาตรการทุกอย่างที่เป็นไปได้เพื่อที่จะไม่ให้เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปีมีส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบ และต้องไม่เกณฑ์เด็กเข้าร่วมในกองทัพ¹⁰⁷ แต่ในกรณีของเด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปีเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบและตกอยู่ภายใต้อำนาจของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม เด็กยังคงได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษไม่ว่าจะมีสถานะเป็นเชลยศึกหรือไม่¹⁰⁸

ส่วนการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ พิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการเกณฑ์เด็กอายุไม่เกิน 15 ปีไว้ในทำนองเดียวกับพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 โดยกำหนดให้เด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี ไม่สามารถถูกเกณฑ์เข้าร่วมในกองทัพ และไม่สามารถเข้าร่วมในการสู้รบได้ แม้ว่าเด็กเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบและถูกจับกุม เด็กยังคงได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษอยู่เช่นเดิม¹⁰⁹ จึงเป็นบทบัญญัติที่ห้ามไม่ให้เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี เข้าร่วมในการสู้รบไม่ว่าโดยตรงหรือ

¹⁰⁷ Ibid.

Article 77(2)

“The Parties to the conflict shall take all feasible measures in order that children who have not attained the age of fifteen years do not take a direct part in hostilities and, in particular, they shall refrain from recruiting them into their armed forces. In recruiting among those persons who have attained the age of fifteen years but who have not attained the age of eighteen years, the Parties to the conflict shall endeavour to give priority to those who are oldest.”

¹⁰⁸ Ibid.

Article 77(3)

“If, in exceptional cases, despite the provisions of paragraph 2, children who have not attained the age of fifteen years take a direct part in hostilities and fall into the power of an adverse Party, they shall continue to benefit from the special protection accorded by this Article, whether or not they are prisoners of war.”

¹⁰⁹ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), of 8 June 1977."

Article 4(3)

“Children shall be provided with the care and aid they require, and in particular: ...

โดยอ้อม ซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ซึ่งพยายามป้องกันไม่ให้เกิดมีส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบเท่านั้น

2.3.2.2 เด็กที่มีอายุตั้งแต่ 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี

ในการเกณฑ์เด็กที่มีอายุตั้งแต่ 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี ภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ใช้บังคับกับสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศนั้น พิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ข้อ 77(2) กำหนดหน้าที่ให้แก่คู่กรณีที่จะต้องใช้ความพยายามในการเกณฑ์เด็กที่อายุมากที่สุดก่อนเป็นอันดับแรก¹¹⁰

ส่วนการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ไม่ปรากฏบทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับการเกณฑ์เด็กที่อายุเกิน 15 ปีขึ้นไป แต่ใน Convention on the Rights of the Child ที่ถูกรับรองโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติตามมติที่ 44/25 ในปี ค.ศ. 1989 นั้น กำหนดสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กไว้ทั้งหมด รวมถึงข้อ 38 ซึ่งเป็นการขยายขอบเขตของการใช้บังคับข้อ 77 ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ให้ครอบคลุมการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศซึ่งพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 ไม่ได้กำหนดไว้ โดยกำหนดให้ รัฐต้องใช้มาตรการทุกอย่างที่เป็นไปได้ในการเกณฑ์เด็กอายุมากสุดในระหว่างเด็กที่มีอายุตั้งแต่ 15 ปีแต่ไม่เกิน 18 ปี¹¹¹ และ Optional Protocol to

(c) Children who have not attained the age of fifteen years shall neither be recruited in the armed forces or groups nor allowed to take part in hostilities;

(d) The special protection provided by this Article to children who have not attained the age of fifteen years shall remain applicable to them if they take a direct part in hostilities despite the provisions of sub-paragraph (c) and are captured; ...”

¹¹⁰ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977."

Article 77(2)

“The Parties to the conflict shall take all feasible measures in order that children who have not attained the age of fifteen years do not take a direct part in hostilities and, in particular, they shall refrain from recruiting them into their armed forces. In recruiting among those persons who have attained the age of fifteen years but who have not attained the age of eighteen years, the Parties to the conflict shall endeavour to give priority to those who are oldest.”

¹¹¹ "The 1989 Convention on the Rights of the Child."

Article 38(3)

the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflicts ซึ่งถูกรับรองโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติตามมติที่ A/RES/54/263 ในปี ค.ศ. 2000 กำหนดให้รัฐภาคีต้องใช้มาตรการทั้งหมดที่เป็นไปได้ในการรับประกันว่าสมาชิกของกองทัพที่มีอายุไม่ถึง 18 ปี จะไม่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ¹¹² และจะไม่ถูกบังคับเกณฑ์เข้าร่วมในกองทัพ¹¹³

ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่า แม้ว่าไม่มีกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการเกณฑ์เด็กที่มีอายุเกิน 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี เข้าร่วมในกองทัพในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ รัฐแต่ละรัฐยังคงมีหน้าที่ในการดำเนินมาตรการป้องกันไม่ให้เด็กที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี เข้าร่วมในกองทัพไม่ว่าจะถูกบังคับหรือว่าจะเป็นการเข้าร่วมโดยสมัครใจ และจะต้องป้องกันไม่ให้เด็กเข้าร่วมในการสู้รบ แต่หากเด็กที่มีอายุตั้ง 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี เข้าร่วมในการสู้รบ รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องเกณฑ์เด็กที่มีอายุมากที่สุดเป็นอันดับแรก ตาม Convention on the Rights of the Child และ Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflicts

ทั้งพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 และฉบับที่ 2 ไม่ได้กำหนดลักษณะของการเข้าร่วมในการสู้รบ และผลของการเข้าร่วมในการสู้รบว่าเด็กจะสามารถถูกโจมตีได้หรือไม่ พิธีสารเพิ่มเติมทั้งสองฉบับระบุเพียงการให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษที่เด็กจะได้รับเมื่อถูกจับกุมหรือตกอยู่ภายใต้อำนาจของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม จึงก่อให้เกิดความเห็นทางวิชาการที่แตกต่างกันในกรณีที่มีการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศโดยเกณฑ์เด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี เข้าร่วมในกองทัพอย่างถูกต้องตามกฎหมายภายใน ว่าเด็กจะสูญเสียสถานะของความเป็พลเรือนเมื่อเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่

“States Parties shall refrain from recruiting any person who has not attained the age of fifteen years into their armed forces. In recruiting among those persons who have attained the age of fifteen years but who have not attained the age of eighteen years, States Parties shall endeavour to give priority to those who are oldest....”

¹¹² "Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflicts."

Article 1

“States Parties shall take all feasible measures to ensure that members of their armed forces who have not attained the age of 18 years do not take a direct part in hostilities.”

¹¹³ Ibid.

Article 2

“States Parties shall ensure that persons who have not attained the age of 18 years are not compulsorily recruited into their armed forces.”

ความเห็นทางวิชาการความเห็นแรก อ้างอิงหลักการพื้นฐานที่ใช้บังคับกับบุคคลทั่วไป กล่าวคือ เมื่อเด็กซึ่งเป็นพลเรือนเข้าร่วมในการสู้รบ เด็กจะสูญเสียความคุ้มครองที่ได้รับตามสถานะของพลเรือน¹¹⁴ และกลายเป็นเป้าหมายทางทหารที่อาจถูกโจมตีได้ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนอีกความเห็นหนึ่งเห็นว่า เมื่อเด็กเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ เด็กจะถูกปฏิบัติเสมือนเป็นพลเรือนที่ถูกคุ้มครองและไม่ใช้พลรบ ถึงแม้ว่าจะถูกเกณฑ์โดยสมัครใจก็ตาม¹¹⁵ โดยนักวิชาการ Sonja Grover ให้เหตุผลว่า กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศถือว่าการเข้าร่วมในการสู้รบของเด็กเป็นเรื่องที่ไม่ปกติ และกฎหมายห้ามไม่ให้มีการเกณฑ์เด็กและเข้าร่วมในการสู้รบไว้อย่างชัดเจน และสืบเนื่องจากข้อสันนิษฐานเรื่องสถานะพลเรือนที่กำหนดให้บุคคลที่ต้องสงสัยว่ามีสถานะพลเรือนหรือไม่ให้ถูกสันนิษฐานว่าเป็นพลเรือน เด็กที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบจึงยังคงมีสถานะเป็นพลเรือน อีกทั้งกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษแก่ทหารเด็กเมื่อถูกตออยู่ภายใต้อำนาจของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม ซึ่งแตกต่างจากความคุ้มครองที่ให้แก่เชลยศึกซึ่งเป็นพลรบที่ถูกจับกุมโดยทั่วไป จึงอาจสะท้อนว่าทหารเด็กไม่ใช่พลรบ และเป็นพลเรือนที่ได้รับความคุ้มครอง¹¹⁶

ในกรณีนี้ ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อพิจารณาจากกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่มีอยู่ ไม่พบบทบัญญัติเกี่ยวกับสถานะของเด็กที่เข้าร่วมในการสู้รบว่ามีสถานะใด หากพิจารณาเป็นกรณีทั่วไป เมื่อเด็กถูกเกณฑ์ให้เข้าร่วมกับกองทัพถูกต้องตามกฎหมายภายในของรัฐหนึ่ง เด็กจึงเป็นสมาชิกของกองทัพโดยชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐนั้น ซึ่งผลทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ คือ เด็กจะมีสถานะเป็นพลรบตาม ข้อ 43(2) ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1¹¹⁷ ถึงแม้ว่าจะมีอายุไม่เกิน 15 ปี ก็ตาม เนื่องจากคำนิยามของคำว่าพลรบ ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ หรือคุณสมบัติเกี่ยวกับอายุของบุคคลที่เป็นพลรบไว้ เด็กจึงมีสิทธิเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ และเมื่อเด็กถูกจับกุมจะได้รับสถานะเชลยศึก และยังคงได้รับความคุ้มครองพิเศษตามกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกำหนดให้เด็กได้รับความคุ้มครองไม่ว่าในขณะที่เด็กถูกจับกุมนั้น เด็กจะมีสถานะเป็นเชลยศึก

¹¹⁴ International Committee of the Red Cross, "Summary Report: Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law," (2003). P. 60.

¹¹⁵ Bosch, "The Combatant Status of Non-State Actors in International Armed Conflicts, in Light of the Notion of Direct Participation in Hostilities." P. 129.

¹¹⁶ Sonja Grover, "'Child Soldiers' as 'Non-Combatants': The Inapplicability of the Refugee Convention Exclusion Clause," *The International Journal of Human Rights* 12, no. 1 (2008). P. 56.

¹¹⁷ Fleck, *The Handbook of Humanitarian Law*. P. 87.

หรือไม่ก็ตาม ซึ่งต่างจากพลเรือนเมื่อเข้าร่วมในการสู้รบแล้ว จะเสียความคุ้มครองจากการโจมตีไปในขณะที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ

2.3.3 ผู้ก่อการร้าย (Terrorist)

คำนิยามของคำว่า “ผู้ก่อการร้าย” ไม่ปรากฏในตราสารกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศใด ๆ แต่โดยส่วนมากในทางปฏิบัติ มักมีการให้คำนิยามคำว่า “กลุ่มก่อการร้าย” ว่า หมายถึง กลุ่มบุคคลที่มีการจัดการอย่างหลวม ๆ หรือเป็นกลุ่มของปัจเจกบุคคลที่มีอุดมการณ์ร่วมกัน¹¹⁸ โดยเฉพาะอุดมการณ์ทางการเมือง ที่มักใช้ความรุนแรงต่อรัฐบาล หรือกลุ่มชาติพันธุ์ ศาสนา หรือกลุ่มเคลื่อนไหวทางการเมือง จึงไม่ปรากฏคำนิยามที่ชัดเจนเนื่องจากผู้ก่อการร้ายมีลักษณะที่หลากหลาย¹¹⁹ ซึ่งในกลุ่มก่อการร้ายอาจประกอบด้วยสมาชิกที่มีหน้าที่รับผิดชอบแตกต่างกัน เช่น มีบุคคลทำหน้าที่ลงมือกระทำการ ผู้บังคับบัญชาที่สั่งการ บุคคลที่คอยช่วยเหลืออำนวยความสะดวก ผู้ฝึกสอนเทคนิคการโจมตี หรือผู้ที่เข้าร่วมในการกระทำอื่นของกลุ่มที่ไม่เกี่ยวข้องกับก่อการร้าย เป็นต้น¹²⁰ กลุ่มก่อการร้ายแต่ละกลุ่มอาจมีแรงจูงใจที่แตกต่างกัน และมีความสามารถในการควบคุมดินแดน หรือเข้าร่วมในการขัดกันทางอาวุธที่แตกต่างกันด้วย ซึ่งบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกลุ่มก่อการร้ายมีหลายรูปแบบ ซึ่งอาจเรียกรวมได้ว่าเป็นผู้ก่อการร้าย ที่กระทำการในนามของกลุ่ม

อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการปราบปรามการช่วยเหลือด้านเงินทุนแก่ผู้ก่อการร้าย (International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism) ซึ่งจัดทำขึ้นตามมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 54/109 ในปี ค.ศ. 1999 กำหนดว่า การก่อการร้ายเป็นการกระทำที่มุ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตหรือร่างกายของพลเรือนอย่างสาหัส หรือบุคคลอื่นที่ไม่ได้มีส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ โดยลักษณะและบริบทของการกระทำดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อข่มขู่ประชากร หรือบังคับให้รัฐบาลหรือองค์การระหว่างประเทศกระทำการหรือละเว้นกระทำการใด ๆ ตามเจตนาของตน¹²¹

¹¹⁸ International Committee of the Red Cross, "What Does Ihl Say About Terrorism?," <https://www.icrc.org/en/document/what-does-ihl-say-about-terrorism>.

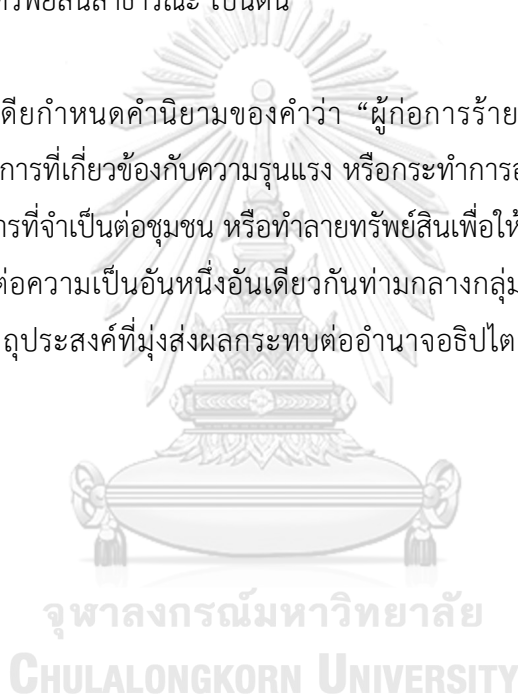
¹¹⁹ Gerald L. Neuman, "Humanitarian Law and Counterterrorist Force," *European Journal of International Law* 14, no. 2 (2003). P. 288.

¹²⁰ Ibid. P. 289.

¹²¹ "International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, the General Assembly of the United Nations in Resolution 54/109 of 9 December 1999."

คำตัดสินว่าด้วยการต่อสู้กับการก่อการร้ายของคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป (Framework Decision of the Council of the European Union on Combating Terrorism) ในปี ค.ศ. 2002 ได้กำหนดลักษณะของความผิดฐานก่อการร้ายว่า เป็นการกระทำโดยจงใจเพื่อวัตถุประสงค์ในการข่มขู่ประชากร หรือบังคับให้รัฐบาลหรือองค์การระหว่างประเทศกระทำการหรือละเว้นกระทำการ หรือมีวัตถุประสงค์เพื่อก่อตั้งหรือทำลายโครงสร้างพื้นฐานทางการเมือง รัฐธรรมนูญ เศรษฐกิจ หรือสังคมของประเทศ หรือขององค์การระหว่างประเทศ¹²² ตัวอย่างเช่น การโจมตีต่อชีวิต หรือร่างกายของบุคคล การลักพาตัว หรือจับเป็นตัวประกัน การก่อให้เกิดความเสียหายเป็นจำนวนมากต่อทรัพย์สินของรัฐ หรือทรัพย์สินสาธารณะ เป็นต้น¹²³

ประเทศอินเดียกำหนดคำนิยามของคำว่า “ผู้ก่อการร้าย” ว่าเป็นบุคคลที่ฆ่าคนอย่างโหดเหี้ยม หรือกระทำการที่เกี่ยวข้องกับความรุนแรง หรือกระทำการอันเป็นการรบกวนการให้บริการ หรือวิธีการติดต่อสื่อสารที่จำเป็นต่อชุมชน หรือทำลายทรัพย์สินเพื่อให้สาธารณชนเกิดความหวาดกลัว หรือมุ่งส่งผลกระทบต่อความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันท่ามกลางกลุ่มศาสนา สังคม ภาษาที่มีความแตกต่างกัน หรือมีวัตถุประสงค์ที่มุ่งส่งผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตย และความเป็นบูรณภาพของชาติ¹²⁴



Article 2(1)(b)

“Any person commits an offence within the meaning of this Convention if that person by any means, directly or indirectly, unlawfully and willfully, provides or collects funds with the intention that they should be used or in the knowledge that they are to be used, in full or in part, in order to carry out any other act intended to cause death or serious bodily injury to a civilian, or to any other person not taking an active part in the hostilities in a situation of armed conflict, when the purpose of such act, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a government or an international organization to do or to abstain from doing any act.”

¹²² "Framework Decision of the Council of the European Union on Combating Terrorism of 13 June 2002," *Official Journal of the European Communities* (2002).

¹²³ *Ibid.* Article 1.

¹²⁴ Jean-Marie Henckaeters and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law Volume II: Practice Part 1* (Cambridge: The Press Syndicate of the University of Cambridge, 2005), P. 116.

เมื่อพิจารณาจากค่านิยมของค่านิยมในตราสารระดับภูมิภาคและระดับระหว่างประเทศ แล้วพบว่า มีการกำหนดลักษณะของค่านิยมของการก่อการร้ายคล้ายคลึงกัน ซึ่งสามารถสรุปได้เป็น 3 ลักษณะ คือ¹²⁵

1. เป็นการกระทำความผิดอาญาอย่างร้ายแรงตามกฎหมายภายใน
2. เป็นการมุ่งกระทำต่อชีวิตของมนุษย์ บุรณภาพในร่างกาย หรือเสรีภาพของบุคคล หรือต่อทรัพย์สินของสังคมโดยรวม
3. มีความมุ่งหมายทางการเมือง ไม่ว่าจะเป็นการชุมนุมประชาชน หรือบังคับให้รัฐบาล หรือผู้มีอำนาจรัฐกระทำการหรือละเว้นกระทำการบางอย่าง

ในปัจจุบันมักมีการใช้คำว่า สงครามต่อต้านการก่อการร้าย (War on Terrorism) เรียกความขัดแย้งที่เกิดขึ้น โดยฝ่ายหนึ่งของความขัดแย้งเป็นกลุ่มก่อการร้าย ซึ่งมีจุดเริ่มต้นจากเหตุการณ์การโจมตีพลีชีพในวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 2001 ที่สหรัฐอเมริกา โดยผู้ก่อเหตุเป็นสมาชิกของกลุ่มก่อการร้ายอัลกออิดะฮ์ (Al Qaeda) ส่งผลให้มีผู้เสียชีวิตเป็นจำนวนมาก สหรัฐอเมริกาจึงตอบโต้ด้วยการประกาศสงครามต่อต้านการก่อการร้าย และนำกองทัพของตนรุกรานประเทศอัฟกานิสถาน เพื่อโจมตีผู้นำกลุ่มอัลกออิดะฮ์ และขับไล่อิหร่านซึ่งให้ที่พักพิงแก่สมาชิกของกลุ่มอัลกออิดะฮ์ รวมทั้งออกกฎหมายปราบปรามการก่อการร้าย¹²⁶ และสหรัฐอเมริกาเห็นว่า สงครามต่อต้านการก่อการร้ายที่เป็นความขัดแย้งข้ามชาติสามารถกลายเป็นการขัดกันทางอาวุธได้ แต่จะไม่นำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาใช้บังคับ เนื่องจากกลุ่มอัลกออิดะฮ์ไม่ได้เป็นภาคีของอนุสัญญาเจนีวา และความขัดแย้งดังกล่าวอยู่ในเกิดขึ้นในบริบทของระหว่างประเทศ ดังนั้นจึงไม่นำข้อ 3 ร่วม ของอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับมาใช้บังคับ เพราะเป็นข้อที่ใช้กับสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศเท่านั้น สมาชิกของกลุ่มก่อการร้ายเป็นพลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่สามารถได้รับสถานะเชลยศึก¹²⁷

¹²⁵ Jelena Pejic, "Terrorist Acts and Groups: A Role for International Law?," *British Yearbook of International Law* 75, no. 1 (2005). P. 72.

¹²⁶ "ครบรอบ 10 ปี "วินาศกรรม 11 กันยายน 2001" โลกนี้เป็นอย่างไร?," ไทยรัฐ, <https://www.thairath.co.th/content/200811>.

¹²⁷ George W. Bush, "Humane Treatment of Taliban and Al Qaeda Detainees" www.pegc.us/archive/White_House/bush_memo_20020207_ed.pdf.

อย่างไรก็ตาม มีผู้โต้แย้งว่าการโจมตีที่เกิดขึ้นในวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 2000 ไม่ใช่จุดเริ่มต้นของการขัดกันทางอาวุธตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ สถานการณ์ดังกล่าวจึงอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในและกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ รวมถึงกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ¹²⁸ และหากกฎหมายว่าด้วยสงครามปรับใช้กับความขัดแย้งที่เกิดขึ้นกับกลุ่มก่อการร้ายอัลกออิดะฮ์และกลุ่มตาลีบัน กลุ่มก่อการร้ายเหล่านั้นจะมีสถานะเป็นคู่สงครามที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งจะมีสิทธิและเอกสิทธิ์ภายใต้อนุสัญญาเจนีวาและกฎหมายว่าด้วยสงครามอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง¹²⁹

ประเด็นที่สำคัญที่จะต้องพิจารณาในกรณีนี้ คือ ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นที่มีการปะทะกันทางอาวุธระหว่างองค์กรก่อการร้ายและรัฐ เป็นการขัดกันทางอาวุธหรือไม่ เนื่องจากลักษณะของความขัดแย้งจะส่งผลต่อกฎหมายที่ใช้บังคับกับสถานการณ์ความขัดแย้งที่เกิดขึ้น หากสถานการณ์ดังกล่าวไม่เป็นการขัดกันทางอาวุธ กฎหมายว่าด้วยสงครามรวมถึงกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจะไม่นำมาใช้บังคับ ดังนั้น สมาชิกขององค์กรก่อการร้ายจะไม่มีสถานะ และสิทธิตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศใด ๆ และจะตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายใน และกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ หากสมาชิกขององค์กรก่อการร้ายกระทำความผิดอาญาตามกฎหมายภายใน หรือกฎหมายระหว่างประเทศ สมาชิกดังกล่าวจะสามารถถูกดำเนินคดีได้ โดยจะได้รับสิทธิในกระบวนการยุติธรรมเช่นเดียวกับการพิจารณาคดีที่เกิดขึ้นภายในประเทศ เช่น การได้รับสิทธิที่จะไม่พุด และปรึกษากับทนาย ซึ่งรัฐที่จับกุมตัวผู้ก่อการร้ายไม่สามารถสอบสวนเพื่อให้ได้ข้อมูลมา

แต่หากพิจารณาจากการโจมตีที่เป็นกรก่อการร้ายแล้วเห็นว่า มีการใช้ความรุนแรงที่ต่อเนื่องกันเป็นระบบ และมีการจัดการจนมีความรุนแรงเพียงพอที่ถึงระดับจนกลายเป็นการขัดกันทางอาวุธได้ ไม่ใช่เป็นเพียงการก่อจลาจล หรือเป็นการใช้ความรุนแรงที่เกิดขึ้นเป็นครั้งคราว หรือไม่มี ความต่อเนื่องกัน¹³⁰ ความขัดแย้งระหว่างรัฐและผู้ก่อการร้ายจะตกอยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และประเด็นต่อมาที่ต้องพิจารณา คือ ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นนี้

¹²⁸ Andreas Paulus and Mindia Vashakmadze, "Symmetrical War and the Notion of Armed Conflict – a Tentative Conceptualization," *International Review of the Red Cross* 91, no. 873 (2009). P. 111.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), of 8 June 1977."

Article 1(2)

"This Protocol shall not apply to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature, as not being armed conflicts."

เป็นการขัดกันทางอาวุธประเภทใด ความขัดแย้งระหว่างรัฐและผู้ก่อการร้ายจะเป็นการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศหรือไม่

ตัวอย่างของเหตุการณ์การก่อการร้ายอีกตัวอย่างหนึ่งที่เป็นข้อท้าทายการปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เกิดขึ้นในระหว่างสงครามเลบานอน ซึ่งเริ่มต้นขึ้นในปี ค.ศ. 2006 เกิดจากการที่กลุ่มฮิซบอลเลาะห์ (Hezbollah) ซึ่งอาศัยอยู่ในภาคใต้ของเลบานอน ฆ่าทหารอิสราเอลในประเทศอิสราเอล และจับกุมตัวทหารมายังประเทศเลบานอนอีกจำนวนหนึ่ง อิสราเอลพยายามช่วยทหารที่ถูกจับแต่ไม่สำเร็จ จึงเกิดการโจมตีครั้งใหญ่ในดินแดนของเลบานอน โดยที่กลุ่มฮิซบอลเลาะห์โจมตีตอบโต้ไปยังดินแดนของอิสราเอลเช่นกัน¹³¹ มีข้อสังเกตว่าปฏิบัติการของกลุ่มฮิซบอลเลาะห์ซึ่งเป็นองค์กรอิสลามนิกายชีอะห์ ซึ่งก่อตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ทางการเมืองนี้สามารถถือเอาเป็นการกระทำของประเทศเลบานอนหรือรัฐอื่นได้หรือไม่ หากรัฐบาลของเลบานอนได้ให้ความยินยอมแก่อิสราเอลในการแทรกแซงในดินแดนของรัฐ ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นจะกลายเป็นการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศระหว่างประเทศอิสราเอลและกลุ่มฮิซบอลเลาะห์¹³²

เมื่อพิจารณาลักษณะของการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศที่คู่กรณีทุกฝ่ายจะต้องมีสถานะเป็นรัฐ จะเห็นได้ว่า ผู้ก่อการร้ายไม่ใช่รัฐ และไม่ปรากฏว่ากลุ่มผู้ก่อการร้ายมีสถานะเทียบเท่ารัฐ ในสถานการณ์ที่อาจถือได้ว่าการโจมตีของผู้ก่อการร้ายเป็นการโจมตีโดยใช้อาวุธซึ่งจะก่อให้เกิดเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ คือ กรณีที่กลุ่มผู้ก่อการร้ายกระทำการในฐานะที่เป็นตัวแทนรัฐ¹³³ หรือสามารถถือเอาได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ (Attributable to a state)¹³⁴ จึงสามารถนำกฎหมายว่าด้วยการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศมาใช้บังคับได้ โดยการกระทำในฐานะที่เป็นตัวแทน หรือการถือเอาการกระทำของผู้ก่อการร้ายเป็นการกระทำของรัฐ ไม่ส่งผลให้ผู้ก่อการร้ายกลายเป็นพลรบได้ เนื่องจากลักษณะของผู้ก่อการร้ายไม่เป็นไปตามคานิยามของคำว่า “พลรบ” ตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ อีกทั้งไม่มีแนวคิดของการขัดกัน

¹³¹ “ครบรอบ 1 ปี สงครามอิสราเอล – ฮิซบอลเลาะห์,” *Manager Online* (13 กรกฎาคม 2550). แหล่งที่มา “ครบรอบ 1 ปี สงครามอิสราเอล - ฮิซบอลเลาะห์,” *Manager Online*, <https://mgronline.com/around/detail/9500000082182>.

¹³² "Symmetrical War and the Notion of Armed Conflict – a Tentative Conceptualization." P. 112.

¹³³ International Institute of Humanitarian Law, "Terrorism and International Law: Challenges and Responses," in *Meeting of independent experts on Terrorism and International Law: Challenges and Responses. Complementary Nature of Human Rights Law, International Humanitarian Law and Refugee Law* and the "Seminar on International Humanitarian Law and Terrorism (2002). P. 60.

¹³⁴ Andreas Paulus and Mindia Vashakmadze, "Symmetrical War and the Notion of Armed Conflict – a Tentative Conceptualization." P. 111.

ทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ครอบคลุม ความความขัดแย้งระหว่างรัฐและองค์การที่ไม่ใช่รัฐ โดยไม่พบว่ามีทางปฏิบัติของรัฐที่สม่ำเสมอ หรือ มีความคิดว่าเป็นกฎหมาย (Opinion Juris) ที่จะสนับสนุนการกล่าวอ้างดังกล่าวได้¹³⁵

จากตัวอย่างของเหตุการณ์ข้างต้นจะเห็นได้ว่า เหตุการณ์การก่อการร้ายของกลุ่มอัลกออิดะฮ์ และการตอบโต้การก่อการร้ายที่เกิดขึ้นภายหลังวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 2001 นั้นไม่อาจถือได้ว่าเป็น การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศภายใต้ความหมายของอนุสัญญาเจนีวาได้ เนื่องจาก คู่กรณีฝ่ายหนึ่งของความขัดแย้งไม่มีสถานะเป็นรัฐ และไม่ปรากฏว่ากระทำการในฐานะที่เป็นตัวแทน ของรัฐ หรือสามารถถือเอาเป็นการกระทำของรัฐได้แต่อย่างใด และถึงแม้ว่าเหตุการณ์การก่อการร้าย ดังกล่าวข้างต้นเป็นการก่อการร้ายที่ข้ามประเทศ ก็ไม่สามารถถือได้ว่าเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มี ลักษณะระหว่างประเทศได้ ประกอบกับเหตุผลทางด้านการเมืองของรัฐ รัฐส่วนมากไม่รับรอง ความชอบด้วยกฎหมายของกลุ่มก่อการร้าย เนื่องจากจะส่งผลให้กลุ่มก่อการร้ายมีสิทธิและหน้าที่ใน การต่อสู้ รวมถึงสถานะเชลยศึกที่จะได้รับเมื่อถูกจับกุม ซึ่งเป็นสถานะและสิทธิที่กฎหมายรับรอง อีก ทั้งบางรัฐไม่ประสงค์ที่จะขยายขอบเขตการใช้บังคับกฎหมายในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ ระหว่างประเทศกับกลุ่มเคลื่อนไหวซึ่งเป็นคนชาติของตน¹³⁶

การที่จะพิจารณาว่าความขัดแย้งระหว่างรัฐและผู้ก่อการร้ายในสถานการณ์หนึ่งจะเป็นการ ขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศตามพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 หรือไม่ ต้องพิจารณาว่า ความขัดแย้งนั้นเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐหรือไม่ และกลุ่มก่อการร้ายนั้นมีการบังคับบัญชา และมีการ ใช้อำนาจควบคุมเหนือส่วนหนึ่งของดินแดนรัฐหรือไม่ และต้องพิจารณาจากลักษณะของกลุ่มก่อการ ร้ายที่ผู้ก่อการร้ายเป็นสมาชิกอยู่ หากกลุ่มก่อการร้ายนั้นมีการจัดการภายใน มีอำนาจควบคุมเหนือ ดินแดนส่วนหนึ่งของรัฐ และต่อสู้กับกองทัพของรัฐนั้น จึงสามารถถือได้ว่ากลุ่มก่อการร้ายดังกล่าว เป็นกลุ่มติดอาวุธที่มีการจัดการตามคำนิยามในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่าง ประเทศ

ศาลสูงของสหรัฐอเมริกา (United States Supreme Court) ในคดีระหว่าง Salim Ahmed Hamdan และ Donald H. Rumsfeld พิพากษาในวันที่ 29 มิถุนายน ปี ค.ศ. 2006 อธิบายว่า ข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับนั้น ปรับใช้กับความขัดแย้งที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศซึ่ง

¹³⁵ Ibid. P. 112.

¹³⁶ Pejic, "Terrorist Acts and Groups: A Role for International Law?." P. 78.

เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐภาคีหนึ่ง อีกทั้งความเห็นอย่างเป็นทางการที่แนบท้ายข้อ 3 ร่วมระบุว่า เป้าหมายที่สำคัญของบทบัญญัติ คือ ต้องการลดความคุ้มครองที่ให้แก่มุขมนตรีที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับ ความขัดแย้งที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศประเภทใดประเภทหนึ่ง เช่น สงครามกลางเมือง และ ความเห็นระบุชัดเจนว่าข้อนี้จะต้องมีขอบเขตกว้างที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ดังนั้น ข้อ 3 ร่วมนี้จึงปรับ ใช้กับการสู้รบระหว่างสหรัฐอเมริกาและกลุ่มก่อการร้ายอัลกออิดะฮ์¹³⁷

อีกข้อเสนอหนึ่ง คือ เมื่อความขัดแย้งเกิดระหว่างรัฐและกลุ่มก่อการร้ายขึ้นในดินแดนของรัฐ มากกว่าหนึ่งรัฐ ความขัดแย้งดังกล่าวจะเกิดเป็นความขัดแย้งประเภทใหม่ เรียกว่า “Transnational Armed Conflicts” ซึ่งต้องปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่มีลักษณะเฉพาะ¹³⁸ หรือ อาจเป็นกรณีที่เกิดต่อสู้เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐที่สามหนึ่งรัฐ หรือมากกว่า โดยรัฐบาลของรัฐที่สามที่ เกี่ยวข้องนั้นได้ให้ความยินยอมแล้ว อาจเรียกว่า เป็นความขัดแย้งประเภท “Extraterritorial non-international armed conflicts” ซึ่งจะก่อให้เกิดเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่าง ประเทศเนื่องจากไม่มีความขัดแย้งระหว่างรัฐสองรัฐขึ้นไป¹³⁹

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดคำนิยามของคำว่า “การก่อการร้าย” ไว้ โดยชัดเจน บัญญัติเพียงแต่ห้ามการกระทำที่อาจถือได้ว่าเป็นการก่อให้เกิดความหวาดกลัวท่ามกลาง ประชากรพลเรือนในการขัดกันทางอาวุธไม่ว่าในกรณีใด ๆ¹⁴⁰ โดยเหตุผลเบื้องหลังของการห้ามการ

¹³⁷ *Salim Ahmed Hamdan V. Donald H. Rumsfeld*, Judgement (United States Supreme Court), Case No. 05.184, 29 June 2006.

¹³⁸ Sylvain Vite, "Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations," *International Review of the Red Cross* 91, no. 873 (2009). P. 88.

¹³⁹ *Ibid.* P. 89.

¹⁴⁰ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977."

Article 51(2)

"... Acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population are prohibited."

"Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), of 8 June 1977."

Article 4(d)

"Without prejudice to the generality of the foregoing, acts of terrorism against the persons referred to in paragraph 1 are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever."

Article 13

กระทำที่อาจถือได้ว่าเป็นการก่อการร้าย คือ การกระทำอันเป็นการก่อให้เกิดความหวาดกลัวนี้ ไม่ได้ก่อให้เกิดข้อได้เปรียบทางทหาร แม้ว่าจะโจมตีเป้าหมายทางทหารที่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม¹⁴¹ จึงไม่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่อนุญาตให้มีการโจมตีได้ต่อเมื่อการโจมตีนั้นก่อให้เกิดประโยชน์ทางทหาร

เมื่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดให้ความชัดเจนระหว่างองค์การก่อการร้ายและรัฐเป็นสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธประเภทใด อีกทั้งไม่ได้กำหนดสถานะของสมาชิกขององค์การก่อการร้ายไว้ จึงเกิดความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับสิทธิของสมาชิกขององค์การก่อการร้ายว่ามีสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่ และเกิดความเห็นที่แตกต่างกันในทางวิชาการ ซึ่งมีผู้เห็นว่าผู้ก่อการร้ายเป็นพลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อถูกจับกุม สามารถดำเนินคดีกับผู้ก่อการร้ายและลงโทษได้โดยชอบด้วยกฎหมายภายใน เนื่องจากมีส่วนร่วมในการสู้รบ และในความคิดอาญาฐานอื่น เช่น ฆ่า หรือโจมตี ที่ผู้ก่อการร้ายนั้นได้กระทำลง¹⁴² เนื่องจากการก่อการร้ายเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายในและเป็นความผิดอาญาภายใต้อนุสัญญาในระดับระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคว่าด้วยการก่อการร้าย โดยกำหนดให้การกระทำโดยใช้ความรุนแรงต่อพลเรือน หรือทรัพย์สินของพลเรือนเป็นการก่อการร้าย รวมถึงอาจเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม หรือความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติเมื่อการกระทำครอบคลุมประกอบตามเงื่อนไข¹⁴³ จึงอาจถูกดำเนินคดีภายในรัฐที่มีเขตอำนาจตามกฎหมายระหว่างประเทศได้¹⁴⁴

ในปัจจุบันจึงยังมีข้อท้าทายและความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับสถานะของผู้ก่อการร้าย และสิทธิอันสืบเนื่องมาจากสถานะภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งอาจมีการศึกษาต่อไปในภาคหน้า ในประเด็นของการศึกษาเกี่ยวกับสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับสถานะของผู้ก่อการร้ายส่งผลต่อสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบอย่างมีนัยสำคัญ หากมองว่าผู้ก่อการร้ายมีสถานะเป็นพลเรือน เพราะเหตุที่สมาชิكدังกล่าวไม่ได้มีสถานะเป็นพลรบ หรือมีสถานะอื่นใดตามที่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกำหนด ผู้ก่อการร้ายที่โจมตีพลเรือน หรือพล

“... Acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population are prohibited.”

¹⁴¹ Pejic, "Terrorist Acts and Groups: A Role for International Law?." P. 74.

¹⁴² International Institute of Humanitarian Law, "Terrorism and International Law: Challenges and Responses." P. 70.

¹⁴³ International Committee of the Red Cross, "International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts." P. 722.

¹⁴⁴ Pejic, "Terrorist Acts and Groups: A Role for International Law?." P. 73.

รบของรัฐในบริบทของการขัดกันทางอาวุธ จะมีสถานะเป็นพลเรือนที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่งผลให้สมาชิกดังกล่าวสูญเสียความคุ้มครองจากการโจมตีโดยตรงของคู่กรณีในความขัดแย้งได้¹⁴⁵ แต่หากมองว่าผู้ก่อการร้ายไม่มีสถานะเป็นพลเรือน สิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบอาจเปลี่ยนไปโดยสิ้นเชิง

จากการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างสถานะและสิทธิของบุคคลที่มีบทบาทในการขัดกันทางอาวุธภายใต้กฎหมาย กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้นจะเห็นได้ว่า บุคคลที่มีสถานะแตกต่างกัน อาจมีสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่ก็เป็นได้ แต่สิทธิจะผูกพันอยู่กับสถานะเสมอ อีกทั้งบุคคลสถานะหนึ่งอาจไม่มีความชัดเจนเกี่ยวกับสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ โดยอาจเป็นผลมาจากกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ไม่มีการกำหนดชัดเจน หรืออาจเป็นผลมาจากความขัดแย้งรูปแบบใหม่จึงทำให้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่บัญญัติมาแต่เดิม ไม่มีบทบัญญัติที่รับรองสถานะหรือกำหนดสิทธิให้แก่บุคคลที่มีสถานะดังกล่าว อย่างไรก็ตามเมื่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกำหนดเกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบไว้ แต่ไม่มีการบัญญัติเกี่ยวกับลักษณะของการกระทำไว้อย่างชัดเจน จึงต้องมีการศึกษาในประเด็นถัดไปว่า แนวทางปฏิบัติของศาล ศาลองค์การระหว่างประเทศ รวมถึงความเห็นทางวิชาการของนักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงนั้นมีลักษณะอย่างไร และเป็นไปในแนวทางเดียวกันหรือไม่



¹⁴⁵ McDonald, "The Challenges to International Humanitarian Law and the Principles of Distinction and Protection from the Increased Participation of Civilians in Hostilities, Spotlight on Issues of Contemporary Concern in International Humanitarian Law and International Criminal Law." P. 14.

บทที่ 3

ความไม่ชัดเจนของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ

คำว่า “การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ” (Direct Participation in Hostilities) เป็นคำที่ใช้พิจารณาลักษณะการกระทำของบุคคลหนึ่งว่าเป็นเข้าร่วมหรือไม่ โดยคำนึงถึงสถานะของบุคคล ซึ่งถ้อยคำดังกล่าวไม่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1899 และปี ค.ศ. 1907 แต่อย่างไรก็ตาม แนวคิดเกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบนี้ปรากฏขึ้นในภายหลังจากการประชุมร่วมกันระหว่างประเทศ โดยถูกบัญญัติไว้ในข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ ซึ่งกำหนดว่า “ในกรณีที่เป็นการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐภาคี คู่กรณีของความขัดแย้งต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่ไม่ได้มีส่วนร่วมอย่างแท้จริงในการสู้รบ (Taking no active part in hostilities) อย่างมีมนุษยธรรม ปราศจากการแบ่งแยกบนฐานของเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ความเชื่อ เพศ หรือด้วยเหตุอื่น ๆ ที่คล้ายคลึงกัน”¹⁴⁶

ส่วนพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ปรากฏว่าการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบในข้อ 43(2) ซึ่งกำหนดว่า “สมาชิกของกองทัพของคู่กรณีในความขัดแย้งเป็นพลรบ และมีสิทธิในการเข้าร่วมในการสู้รบโดยตรง (The right to participate directly in hostilities)”¹⁴⁷ และ ข้อ 51(3) ซึ่งกำหนดว่า

¹⁴⁶ "The Geneva Conventions of 12 August 1949."

Common Article 3

“In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions:

1) Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria...”

¹⁴⁷ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977."

Article 43(2)

“Members of the armed forces of a Party to a conflict (other than medical personnel and chaplains covered by Article 33 of the Third Convention) are combatants, that is to say, they have the right to participate directly in hostilities.”

“พลเรือนจะได้รับความคุ้มครองจากการโจมตี เว้นแต่ในเวลาที่เขาเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ (Take a direct part in hostilities)”¹⁴⁸

ในพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 ข้อ 13(3) บัญญัติไว้คล้ายคลึงกับ ข้อ 51(3) ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 โดยกำหนดว่า “พลเรือนจะได้รับความคุ้มครองจากอันตรายที่เกิดขึ้นจากปฏิบัติการทางทหาร เว้นแต่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ (Take a direct part in hostilities)”¹⁴⁹

เมื่อเปรียบเทียบถ้อยคำภาษาอังกฤษในข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ และถ้อยคำในพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 และฉบับที่ 2 จะเห็นได้ว่า ข้อ 3 ร่วมนั้นใช้คำว่า “take no active part in hostilities” ส่วน ในพิธีสารเพิ่มเติมทั้ง 2 ฉบับ ใช้คำว่า “take a direct part in hostilities” จึงเกิดเป็นประเด็นว่า ถ้อยคำภาษาอังกฤษที่ใช้แตกต่างกันนี้มีความหมายแตกต่างกันหรือไม่ เมื่อพิจารณาจากอนุสัญญาเจนีวา และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับภาษาฝรั่งเศสพบว่า สนธิสัญญาทั้งสองฉบับนี้ใช้คำเดียวกันคือ “directement”¹⁵⁰ และในข้อ 55 ของอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 1 ระบุชัดเจนว่า อนุสัญญาเจนีวาที่ห้าขึ้นฉบับภาษาอังกฤษ และภาษาฝรั่งเศสมีความถูกต้องเท่ากัน¹⁵¹ ซึ่ง

¹⁴⁸ Ibid.

Article 51(3)

“Civilians shall enjoy the protection afforded by this Section, unless and for such time as they take a direct part in hostilities.”

¹⁴⁹ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), of 8 June 1977."

Article 13(3)

“Civilians shall enjoy the protection afforded by this Part, unless and for such time as they take a direct part in hostilities.”

¹⁵⁰ "The Geneva Conventions of 12 August 1949."

Common Article 3

“Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités...”

"Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977."

Article 51(3)

“Les personnes civiles jouissent de la protection accordée par la présente Section, sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation.”

¹⁵¹ "The First Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of 12 August 1949.."

Article 55

“The present Convention is established in English and in French. Both texts are equally authentic.”

ข้อ 102 ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ได้บัญญัติไว้เช่นเดียวกัน¹⁵² อีกทั้งศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา (The International Criminal Tribunal for Rwanda) ในคดี The Prosecutor v. Akayesu พิพากษาเมื่อวันที่ 2 กันยายน ค.ศ. 1998 ตัดสินว่า คำว่า take a direct part in hostilities กับ active part in hostilities มีความหมายเหมือนกัน¹⁵³

ถึงแม้ว่าในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ได้บัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรจะมีการกล่าวถึงการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ แต่ไม่ปรากฏว่ามีการให้คำนิยามหรือกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบแต่อย่างใด ในทางวิชาการจึงเกิดการตีความการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบออกเป็น 3 แนวทางได้แก่ การตีความอย่างแคบ และการตีความอย่างกว้าง หรืออาจใช้การตีความทั้งสองรูปแบบขึ้นกับสภาพแวดล้อมของสถานการณ์ที่เกิดขึ้น โดยไม่มีความเห็นพ้องต้องกันในทางระหว่างประเทศว่าควรใช้การตีความในแนวทางใด

นักวิชาการที่เห็นด้วยกับการตีความการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบอย่างแคบ เช่น Heaton J. Ricou เห็นว่า กฎหมายว่าด้วยสงครามเกี่ยวกับการที่พลเรือนเข้าร่วมในกองทัพจำเป็นต้องมีการเปลี่ยนแปลง เพื่อให้พลเรือนได้รับความคุ้มครองดียิ่งขึ้น และเพื่อคงหลักการแบ่งแยกระหว่างพลเรือนและพลรบที่ไม่เกี่ยวข้องกับกองทัพ โดยยอมรับว่าพลเรือนเป็นส่วนหนึ่งของกองทัพที่ไม่สามารถแบ่งแยกได้ เนื่องจากปัจจุบันพลเรือนมีบทบาทมากขึ้นในกองทัพ และเพื่อให้บรรลุตามเป้าหมายนี้ กฎหมายว่าด้วยสงครามจะต้องเปลี่ยนแปลงใน 3 ทาง คือ

- 1) การเข้าร่วมโดยตรงในการต่อสู้ต้องมีคำจำกัดความอย่างแคบและมีความชัดเจน เพื่อให้รัฐและปัจเจกบุคคลสามารถตัดสินได้ว่าพลเรือนเกี่ยวข้องกับต่อสู้เมื่อใด
- 2) รัฐต้องสามารถกำหนดให้ลูกจ้างพลเรือนเป็นพลรบเพื่อวัตถุประสงค์ในการควบคุมปฏิบัติการสู้รบทางไกลได้

¹⁵² "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977."

Article 102

"The original of this Protocol, of which the Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts are equally authentic..."

¹⁵³ *The Prosecutor V. Jean-Paul Akayesu*, Judgement (Chamber I), Case No. ICTR-96-4-T, 2 September 1998. Para. 629. ดูรายละเอียดได้ในภาคผนวก 1.

- 3) คู่สัญญาเอกชนและลูกจ้างพลเรือนที่สนับสนุนโดยตรงและจำเป็นต่อปฏิบัติการสู้รบควรถือว่าเป็นเป้าหมายของการโจมตีได้โดยชอบด้วยกฎหมาย¹⁵⁴

คำอธิบาย (Commentary) ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 เสนอแนวทางการตีความการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบอย่างแคบ โดยจำกัดอยู่ที่การกระทำซึ่งมีความสัมพันธ์โดยตรงระหว่างการกระทำที่ทาลงและอันตรายที่เกิดขึ้นกับศัตรูในเวลาและสถานที่ที่การกระทำนั้นเกิดขึ้น¹⁵⁵ การตีความอย่างแคบจะส่งผลให้พลเรือนเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบได้ง่ายขึ้นโดยไม่ตกเป็นเป้าหมายของการโจมตีที่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁵⁶

ส่วนผู้ที่สนับสนุนการตีความอย่างกว้างเห็นว่า การตีความการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบอย่างกว้างโดยครอบคลุมถึงการกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการสู้รบจะมีผลเป็นการคุ้มครองพลเรือนมากขึ้น ซึ่งเป็นการสนับสนุนไม่ให้พลเรือนเข้าร่วมในการสู้รบไม่ว่าด้วยวิธีการใด ๆ โดยทำให้พลเรือนเกิดความหวาดกลัวว่าการกระทำของตนจะอยู่ภายใต้ลักษณะของการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ซึ่งอาจตกเป็นเป้าหมายของการโจมตีได้¹⁵⁷

การให้คำนิยามคำว่า การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ อาจส่งผลเป็นการจำกัดขอบเขตหรือลักษณะของการกระทำเพียงรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง หรือในทางตรงกันข้าม อาจเป็นการขยายความทำให้การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบมีขอบเขตที่กว้างเกินไปส่งผลให้ประชากรทั้งหมดเข้าร่วมในสงคราม¹⁵⁸ อีกทั้งอาจทำให้การใช้แนวคิดเรื่องการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบไม่สอดคล้องกับลักษณะสงครามใหม่ ๆ ที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรกำหนดเป็นเพียงหลักเกณฑ์ของการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ เพื่อให้มีความชัดเจน และมีหลักการพื้นฐานของการจำกัดสิทธิในการได้รับ

¹⁵⁴ Heaton J. Ricou, "Civilians at War: Reexamining the Status of Civilians Accompanying the Armed Forces," *Air Force Law Review* (2005).

¹⁵⁵ International Committee of the Red Cross, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. P. 516.

¹⁵⁶ Eric Robert Christensen, "The Dilemma of Direct Participation in Hostilities," in *Professional Report of Master of Public Affairs/Juris Doctor* (The University of Texas at Austin, 2009). P. 37.

¹⁵⁷ Joseph Edward Galvin, "Direct Participation in Hostilities: A Proposition for U.S. Reaction to the ILC's Interpretive Guidance and Formulation for a Practicable Definition" (the George Washington University Law School, 2012). P. 31.

¹⁵⁸ *Public Committee against Torture in Israel ('Pcat') V Government of Israel*. Para. 34.

ความคุ้มครองจากการโจมตีของพลเรือนตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และเพื่อให้สามารถปรับใช้หลักเกณฑ์กับสงครามรูปแบบใหม่ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตต่อไป

การกำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นองค์ประกอบของการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบใช้บังคับในสถานการณ์ขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ และการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ควรใช้หลักเกณฑ์เดียวกัน¹⁵⁹ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้ในสถานการณ์ที่เกิดขึ้นจริง และส่งผลให้พลเรือนไม่เสียความคุ้มครองจากการโจมตีที่เกิดขึ้นจากปฏิบัติการทางทหารโดยไม่อยู่บนพื้นฐานของการตีความตามอำเภอใจกรณีในความขัดแย้ง อันเป็นผลมาจากความไม่แน่นอน และความไม่ชัดเจนของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ซึ่งในลำดับถัดไปจะเป็นการวิเคราะห์จากถ้อยคำของคำว่า "การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ" รวมถึงทางปฏิบัติของรัฐศาลภายใน และศาลระหว่างประเทศ รวมถึงความเห็นทางวิชาการขององค์การระหว่างประเทศ เพื่อสังเคราะห์ให้ได้หลักเกณฑ์พื้นฐานเพื่อใช้เป็นข้อพิจารณาการกระทำที่เป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบต่อไป

3.1 ความหมายของถ้อยคำ “การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ”

ในความเห็นของพิธีสารเพิ่มเติมระบุว่า การตีความเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ หากจำกัดอยู่ที่แนวคิดของการต่อสู้ และการทำปฏิบัติการทางทหารเพียงอย่างเดียว จะเป็นการตีความที่แคบเกินไป แต่หากขยายให้ครอบคลุมถึงการทำสงครามทั้งหมดจะเป็นการตีความที่กว้างเกินไป เนื่องจากในการทำสงครามปัจจุบัน ประชากรทั้งหมดมีส่วนร่วมในการสู้รบโดยอ้อม¹⁶⁰ ดังนั้นในการเริ่มต้นพิจารณาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบจึงควรเริ่มพิจารณาจากความหมายของการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบจากถ้อยคำซึ่งเป็นองค์ประกอบของคำว่า “การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ” หรือ “Direct Participation in Hostilities” อันได้แก่ การสู้รบ (Hostilities) การเข้าร่วม (Participation) และการกระทำโดยตรง (Direct Act) ดังต่อไปนี้

¹⁵⁹ Geoffrey Corn and Chris Jenk, "Two Sides of the Combatant Coin: Untangling Direct Participation in Hostilities from Belligerent Status in Non-International Armed Conflicts." P. 332.

¹⁶⁰ International Committee of the Red Cross, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. P. 516.

3.1.1 การสู้รบ (Hostilities)

คำนิยามของคำว่า “การสู้รบ” (Hostilities) ไม่ปรากฏอยู่ในตราสารระหว่างประเทศใด ๆ ซึ่งรวมถึงกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เพียงแต่มีการขยายความอยู่ในอนุสัญญากรุงเฮก ฉบับปี พ.ศ. 1907 ในส่วนที่ 2 เรื่องการสู้รบ ในข้อ 22 โดยอธิบายว่าการสู้รบหมายถึงการใช้อาวุธและกลยุทธ์ในการทำให้คู่กรณีฝ่ายตรงข้ามได้รับบาดเจ็บ¹⁶¹ ดังนั้น ในทางปฏิบัติของการกำหนดความหมายของคำว่า “การสู้รบ” จึงมีลักษณะแตกต่างกันออกไปดังนี้

ในพจนานุกรมของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขัดกันทางอาวุธ “การสู้รบ” (Hostilities) หมายถึง การใช้ความรุนแรงโดยคู่สงครามต่อคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามเพื่อที่จะยุติการต่อต้านและทำให้เกิดความเชื่อฟัง¹⁶² ดังนั้น การสู้รบจึงต้องเกิดขึ้นในบริบทของการขัดกันทางอาวุธ ไม่ว่าจะเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ หรือไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ และการขัดกันทางอาวุธ หมายถึง ผลรวมของการสู้รบที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาตั้งแต่เกิดความขัดแย้งจนกระทั่งความขัดแย้งสิ้นสุดลง¹⁶³

ส่วนคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ (International Committee of the Red Cross หรือ ICRC) อธิบายว่า การสู้รบ หมายถึง การทำสงครามที่โดยลักษณะและวัตถุประสงค์มีความมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดอันตรายอย่างแท้จริงต่อบุคคล และยุทธโศภรณ์ของกองทัพ¹⁶⁴ เช่น การใช้อาวุธหรือถืออาวุธที่ใช้ในการต่อสู้ และอาจเป็นสถานการณ์ที่บุคคลสู้รบโดยไม่ใช้อาวุธ¹⁶⁵ การสู้รบ

¹⁶¹ "Convention (iv) Respecting the Laws and Customs of War on Land and Its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907. (the Hague 1907)."

Article 22

“The right of belligerents to adopt means of injuring the enemy is not unlimited.”

¹⁶² P. Verri, *Dictionary of the International Law of Armed Conflict* (Geneva: the International Committee of the Red Cross, 1992), P. 57.

¹⁶³ McDonald, "The Challenges to International Humanitarian Law and the Principles of Distinction and Protection from the Increased Participation of Civilians in Hostilities, Spotlight on Issues of Contemporary Concern in International Humanitarian Law and International Criminal Law." P. 15.

¹⁶⁴ International Committee of the Red Cross, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. P. 619.

¹⁶⁵ Ibid. P. 618-619.

นี้ยังครอบคลุมถึงแง่มุมด้านระยะเวลา คือ ในขั้นตอนการเตรียมการสู้รบ และการกลับจากการสู้รบ¹⁶⁶

ศาลสูงของอิสราเอล (Israel Supreme Court) ในคดี Public Committee Against Torture in Israel v. Government of Israel หรือ Targeted killing case เห็นว่าการให้คำนิยามของการสู้รบนั้น ควรรวมถึงการกระทำที่โดยลักษณะและเป้าหมาย มุ่งที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อพลเรือนในกรณีที่เป็นผู้ก่อการร้ายด้วย¹⁶⁷

เนื่องจากการสู้รบและการโจมตีเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการการใช้ความรุนแรงต่อคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม จึงอาจทำให้เกิดข้อสงสัยได้ว่าการสู้รบและการโจมตีเป็นคำที่มีความหมายเดียวกัน ที่สามารถใช้แทนกันได้หรือไม่ หรือหากมีความหมายแตกต่างกัน คำใดมีความหมายกว้างกว่า ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องพิจารณาความหมายของคำว่า “การโจมตี” ประกอบการศึกษาความหมายของคำว่า “การสู้รบ” ซึ่งคำว่า “การโจมตี” (Attack) ปรากฏอยู่ในข้อ 49 ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 หมายถึง การกระทำโดยใช้ความรุนแรงต่อคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม ไม่ว่าจะเป็นการโจมตี หรือเป็นการป้องกัน¹⁶⁸ ซึ่งการใช้ความรุนแรง (Act of Violence) เกี่ยวข้องกับการใช้กำลังด้วยอาวุธ รวมถึงการใช้อาวุธในการทำสงคราม¹⁶⁹ คำนิยามของคำว่า การโจมตีครอบคลุมทั้งแง่ของการโจมตีทางทหารรวมถึงการใช้กำลังด้วยอาวุธในการชะลอหรือหยุดการโจมตีของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม หรือเป็นการตอบโต้การโจมตี และความหมายของการโจมตีมีขอบเขตกว้างเพียงพอที่จะครอบคลุมสถานการณ์ทั้งหมดตั้งแต่การที่ทหารคนหนึ่งยิงปืนไรเฟิลจนถึงการใช้ระเบิดที่มีอำนาจร้ายแรง¹⁷⁰

ในคดี Prosecutor v. Milorad Krnojelac เป็นการพิจารณาความผิดที่เกิดขึ้นในช่วงการขัดกันทางอาวุธในสหพันธรัฐบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา ระหว่างกองทัพชาวเซิร์บและกองกำลังชาวมุสลิมที่เริ่มต้นในวันที่ 7 เมษายน ค.ศ. 1992 โดย Milorad Krnojelac หรือผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้บังคับบัญชาของ the Fo~a Kazneno-Popravni Dom หรือ “KP Dom” ตั้งแต่เดือนเมษายน

¹⁶⁶ Ibid. P. 516.

¹⁶⁷ *Public Committee against Torture in Israel ('Pcati') V Government of Israel*. Para. 33.

¹⁶⁸ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977."

Article 49

“Attacks” means acts of violence against the adversary, whether in offence or in defence.”

¹⁶⁹ the United Kingdom, "The Manual of the Law of Armed Conflict." P. 66.

¹⁷⁰ Ibid.

ค.ศ. 1992 จนถึงเดือนสิงหาคม ค.ศ. 1993 ซึ่งมีอำนาจในการควบคุมเหนือบุคคลทุกคนที่ถูกคุมขัง ซึ่งส่วนมากเป็นชาวมุสลิม และผู้อยู่อาศัยคนอื่นที่ไม่ได้เป็นชาวเซิร์บ Milorad ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดในข้อหาอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และเข้าร่วม หรือให้ความช่วยเหลือในการวางแผน เกี่ยวกับการคุมขังหรือกักขัง ทรมาน และทุบตี สังหาร บังคับใช้แรงงาน เนรเทศ และขับไล่¹⁷¹

ในคำพิพากษาคดีข้างต้นองค์คณะพิจารณาของคณะตุลาการอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: ICTY) ให้คำนิยามของคำว่า การโจมตีไว้ว่า การโจมตี หมายถึง การกระทำที่เกี่ยวข้องกับการใช้ความรุนแรง แนวคิดของการโจมตีแยกออกจากแนวคิดเรื่องการขัดกันทางอาวุธ ซึ่งในทางปฏิบัติ การโจมตีสามารถดำเนินต่อไป เกิดขึ้นก่อน หรือเกิดขึ้นในขณะเดียวกันกับการเกิดการขัดกันทางอาวุธได้โดยไม่จำเป็นต้องเป็นส่วนหนึ่งของการขัดกันทางอาวุธ¹⁷²

เมื่อพิจารณาคำนิยามและความหมายของการโจมตีแล้วพบว่า การสู้รบและการโจมตีมีความหมายที่แตกต่างกัน และไม่สามารถใช้คำทั้งสองคำทดแทนกันได้ เนื่องจากการสู้รบต้องเกิดขึ้นในบริบทของการขัดกันทางอาวุธ แต่การโจมตีไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นในบริบทของการสู้รบ และการโจมตีเป็นส่วนหนึ่งของการสู้รบได้ หากให้ความหมายของการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบว่า เป็นการเข้าร่วมในการโจมตีหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง หรือการโจมตีใด ๆ ต่อพลรบ หรือทรัพย์สินของคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามระหว่างสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ¹⁷³ อาจเป็นการให้คำความหมายที่แคบเกินไป เนื่องจากการสู้รบนั้นรวมถึงการกระทำอื่น ๆ ที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม นอกเหนือจากการโจมตีด้วย

จากการพิจารณาการให้ความหมายของการสู้รบ จึงอาจสรุปได้ว่า การสู้รบ หมายถึง การกระทำโดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ ที่มีลักษณะและวัตถุประสงค์มุ่งก่อให้เกิดอันตรายอย่างแท้จริงต่อบุคคล และยุทธโศปกรณ์ของกองทัพของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม รวมถึงมุ่งก่อให้เกิดอันตรายต่อพลเรือนด้วย

¹⁷¹ *Prosecutor V. Milorad Krnojelac, Judgement Judgement (Trial Chamber II), Case No. IT-97-25-T, 15 March 2002. Paras. 2-3, 12.*

¹⁷² *Ibid.* Para. 54.

¹⁷³ McDonald, "The Challenges to International Humanitarian Law and the Principles of Distinction and Protection from the Increased Participation of Civilians in Hostilities, Spotlight on Issues of Contemporary Concern in International Humanitarian Law and International Criminal Law." P. 16.

3.1.2 การเข้าร่วม (Participation)

การเข้าร่วม หมายถึง การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงของปัจเจกชน ที่เกี่ยวข้องกับการสู้รบระหว่างคู่กรณีในความขัดแย้ง หรือเป็นการกระทำต่อคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามในบริบทของการสู้รบ การกระทำแต่ละการกระทำประกอบกันเป็นการสู้รบระหว่างคู่กรณีในการขัดกันทางอาวุธ¹⁷⁴

การกระทำที่เป็นการเข้าร่วมครอบคลุมถึงการกระทำที่มีลักษณะทางทหาร เช่น การสู้รบ การจับอาวุธต่อสู้กับคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม หรือการพยายามฆ่า ทำให้บาดเจ็บ หรือจับกุมบุคคล หรือทำลายทรัพย์สินของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม กล่าวคือ เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามโดยตรงอย่างชัดเจน โดยไม่จำเป็นต้องใช้อาวุธในขณะกระทำการนั้น ส่วนการเข้าร่วมในลักษณะอื่น ๆ จะเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่นั้นต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป

บุคคลที่กระทำการเป็นโล่มนุษย์ หรือ Human Shield เป็นกรณีที่เป็นข้อถกเถียงกันในทางวิชาการว่าถือเป็นการเข้าร่วมในการสู้รบหรือไม่ ซึ่งโล่มนุษย์เป็นคำที่ใช้เรียก พลเรือน หรือบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองที่ปราศจากอาวุธ หรือเคลื่อนไหวในลักษณะใด ๆ เพื่อคุ้มกันพื้นที่หนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง หรือคุ้มกันกองทัพอากาศปฏิบัติการทางทหารของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง¹⁷⁵

ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศบัญญัติห้ามการใช้โล่มนุษย์ไว้ในหลายบทบัญญัติด้วยกัน เช่น อนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 ในข้อ 28 กำหนดห้ามไม่ให้มีการอาศัยการปรากฏตัวของบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองในบริเวณพื้นที่หนึ่ง เพื่อคุ้มกันพื้นที่ดังกล่าวจากปฏิบัติการทางทหาร¹⁷⁶

¹⁷⁴ Damien Van Der Toorn, "Direct Participation in Hostilities: A Legal and Practical Road Test of the International Committee of the Red Cross's Guidance through Afghanistan," *Australian International Law Journal* 17, no. 1 (2010). P. 11.

¹⁷⁵ Jean-Marie Henckaeters and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law Volume I: Rules Part 1*. P. 339.

¹⁷⁶ "The Fourth Geneva Convention "Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949."

และข้อ 51(7) ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 กำหนดห้ามไม่ให้มีการใช้การปรากฏตัวหรือการเคลื่อนไหวของประชากรพลเรือนหรือพลเรือนแต่ละคนเพื่อคุ้มกันปฏิบัติการทางทหาร โดยเฉพาะการพยายามที่จะคุ้มกันเป้าหมายทางทหารจากการโจมตี หรือเพื่อขัดขวางปฏิบัติการทางทหาร คู่กรณีในความขัดแย้งไม่สามารถสั่งการให้ประชากรพลเรือนหรือพลเรือนแต่ละคนคุ้มกันเป้าหมายทางทหารจากการโจมตี หรือคุ้มกันปฏิบัติการทางทหาร¹⁷⁷ ส่วนอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 3 ข้อ 23(1) กำหนดห้ามในกรณีของโล่มนุษย์ที่เป็นเชลยศึกเท่านั้น โดยกำหนดห้ามไม่ให้มีการส่งเชลยศึก หรือกักขังเชลยศึกในบริเวณที่มีการสู้รบ หรืออาศัยการปรากฏตัวของเชลยศึกในบริเวณหนึ่งเพื่อคุ้มกันจากการปฏิบัติการทางทหาร¹⁷⁸ ดังนั้นการใช้โล่มนุษย์จึงต้องห้ามตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นพลเรือนที่เป็นโล่มนุษย์จะสมัครใจหรือไม่

ในกรณีที่พลเรือนที่เป็นโล่มนุษย์ เพื่อคุ้มครองเป้าหมายทางทหาร หรืออาจเป็นการช่วยอำนวยความสะดวกหรือผู้ต่อสู้ในความขัดแย้ง โดยอาศัยการปรากฏตัวของตนเองซึ่งเป็นพลเรือนที่ได้รับความคุ้มครองจากการโจมตีโดยตรง ทำให้คู่กรณีฝ่ายตรงข้ามของความขัดแย้งเกิดอุปสรรคที่จะโจมตีเนื่องจากการปรากฏตัวของพลเรือนในบริเวณเป้าหมายทางทหารจะส่งผลต่อการประเมินตามหลักความได้สัดส่วนในการพิจารณาความเสียหายข้างเคียงที่อาจเกิดขึ้นว่าเกิดกว่าประโยชน์ทางทหารที่คาดว่าจะได้รับหรือไม่ แต่จะไม่กระทบต่อความสามารถในการระบุเป้าหมายและการโจมตีเป้าหมายทางทหารของคู่กรณีที่เป็นฝ่ายโจมตีนั้น¹⁷⁹ จึงกลายเป็นประเด็นทางกฎหมายในการพิจารณาว่าการ

“The presence of a protected person may not be used to render certain points or areas immune from military operations”

¹⁷⁷ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977."

Article 51(7)

“The presence or movements of the civilian population or individual civilians shall not be used to render certain points or areas immune from military operations, in particular in attempts to shield military objectives from attacks or to shield, favour or impede military operations. The Parties to the conflict shall not direct the movement of the civilian population or individual civilians in order to attempt to shield military objectives from attacks or to shield military operations.”

¹⁷⁸ "The Third Geneva Convention for Relative to the Treatment of Prisoners of War of 12 August 1949.."

Article 23(1)

“No prisoner of war may at any time be sent to, or detained in areas where he may be exposed to the fire of the combat zone, nor may his presence be used to render certain points or areas immune from military operations.”

¹⁷⁹ International Committee of the Red Cross, "Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law". P. 56-57.

กระทำของพลเรือนที่เป็นโล่มนุษย์โดยสมัครใจนี้จะเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่ ซึ่งจะส่งผลให้พลเรือนดังกล่าวสูญเสียความคุ้มครองจากการโจมตีโดยตรง และจะไม่ถูกนำมาพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วนว่าเป็นความเสียหายข้างเคียงที่อาจเกิดขึ้น

- โล่มนุษย์โดยสมัครใจ (Voluntary Shielding) เกิดขึ้นจากการที่เจ้าหน้าที่รัฐ หรือ ปัจเจกบุคคลที่มีอิทธิพลได้สนับสนุนให้ประชากรพลเรือนปกป้องสถานที่ที่อาจถูกโจมตีโดยชอบด้วยกฎหมายได้ เช่น ตัวอย่างเหตุการณ์ระหว่างปฏิบัติการ Operation Desert Fox ในปี ค.ศ. 1988 เจ้าหน้าที่รัฐของอิรักขอให้ประชาชนชาวอิรักเป็นโล่มนุษย์ป้องกันการโจมตีทางอากาศเพื่อเป็นการตอบโต้อิรักต่อการขับไล่ผู้ตรวจการอาวุธสหประชาชาติ (UN weapons inspectors) ซึ่งประชาชนสมัครใจเป็นโล่มนุษย์ในเวลานั้น¹⁸⁰ แนวทางการพิจารณาสิทธิในการได้รับความคุ้มครองของพลเรือนที่เป็นโล่มนุษย์โดยสมัครใจแบ่งออกเป็น 3 แนวทางด้วยกัน ได้แก่

1) แนวทางที่หนึ่ง

แนวทางนี้เห็นว่าพลเรือนที่เป็นโล่มนุษย์ยังคงมีสถานะเป็นพลเรือน ซึ่งได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นพลเรือนอย่างเต็มที่ตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ไม่ใช่ผู้ที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ เนื่องจากไม่มีการก่อให้เกิดภัยคุกคามต่อผู้โจมตี และไม่มีการกระทำทางกายภาพที่จะหยุดการโจมตี โดยจะได้รับความคุ้มครองจากการโจมตีตามข้อ 51(1) ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 และบุคคลที่เป็นโล่มนุษย์นี้จะถูกนำมาพิจารณาวิเคราะห์ตามหลักความได้สัดส่วนตามข้อ 51(5)(b) และข้อ 57(2)(b) ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ซึ่งผู้โจมตีจะต้องงดเว้นจากการโจมตีหากการโจมตีดังกล่าวคาดว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายข้างเคียงต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของพลเรือนมากกว่าประโยชน์ทางทหารโดยตรงและเป็นรูปธรรมที่คาดไว้¹⁸¹ ผลผู้โจมตีจะต้องใช้มาตรการระมัดระวังล่วงหน้าตามข้อ 57(3) ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ซึ่งกำหนดให้ผู้โจมตีจะต้องเลือกใช้อาวุธและวิธีการทำสงคราม รวมถึงเลือกเป้าหมายอื่นที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกาย หรือชีวิตของพลเรือนน้อยที่สุด เมื่อประโยชน์ทางทหารที่จะได้รับมีความใกล้เคียงกัน¹⁸²

¹⁸⁰ Michael N. Schmitt, "Human Shielding from the Attacker's Perspective," in *The Conduct of Hostilities Revisiting the Law of Armed Conflict 100 Years after the 1907 Hague Conventions and 30 Years after the 1977 Additional Protocols*, ed. Gian Luca Beruto (2007). P. 89.

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977."

2) แนวทางที่สอง

พลเรือนที่เป็นโล่มนุษย์โดยสมัครใจนั้น ถือว่าเป็นผู้เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ซึ่งส่งผลให้พลเรือนดังกล่าวเสียความคุ้มครองจากการโจมตีในขณะที่เป็นโล่มนุษย์นั้น ตามข้อ 51(3) ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ความเสียหายข้างเคียงที่อาจเกิดขึ้นต่อพลเรือนดังกล่าวจึงไม่นำมาพิจารณาในการวิเคราะห์ตามหลักความได้สัดส่วน และไม่นำมาพิจารณาตามหลักการระมัดระวังล่วงหน้า ซึ่งต้องประเมินอาวุธ วิธีการ และการเลือกเป้าหมายที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อพลเรือนน้อยที่สุด ความเห็นนี้ต้องการรักษาความสมดุลระหว่างหลักความจำเป็นทางทหารและข้อพิจารณาทางด้านมนุษยธรรมซึ่งเป็นรากฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศทั้งหมด¹⁸³

3) แนวทางที่สาม

การเป็นโล่มนุษย์โดยสมัครใจจะส่งผลกระทบต่อวิเคราะห์ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นต่อพลเรือนตามหลักความได้สัดส่วน และหลักการระมัดระวังล่วงหน้าเท่านั้น¹⁸⁴

- ส่วนโล่มนุษย์โดยไม่สมัครใจ (Involuntary Shields) เกิดจากการที่คู่กรณีในความขัดแย้งอาจอาศัยประโยชน์จากความคุ้มครองตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ให้แก่พลเรือนในการตอบโต้การระบุเป้าหมายของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม โดยบังคับพลเรือนให้เป็นโล่มนุษย์¹⁸⁵ ซึ่งความเห็นเกี่ยวกับสิทธิในการได้รับความคุ้มครองของพลเรือนที่เป็นโล่มนุษย์โดยไม่สมัครใจแบ่งออกเป็น 3 แนวทางเช่นเดียวกัน ได้แก่

1) แนวทางที่หนึ่ง

Article 57(3)

“When a choice is possible between several military objectives for obtaining a similar military advantage, the objective to be selected shall be that the attack on which may be expected to cause the least danger to civilian lives and to civilian objects.”

¹⁸³ "Human Shielding from the Attacker's Perspective." P. 93.

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ Ibid. Page 92.

แนวทางนี้เห็นว่า โล่มนุษย์โดยไม่สมัครใจจะไม่ถูกนำมาพิจารณาการวิเคราะห์ตามหลักความได้สัดส่วน และหลักการระมัดระวังล่วงหน้าในการโจมตี เนื่องจากคู่อริในความขัดแย้งที่ฝ่าฝืนกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไม่ควรได้รับประโยชน์จากการกระทำที่มิชอบ

2) แนวทางที่สอง

แนวทางที่สองเห็นว่า พลเรือนที่เป็นโล่มนุษย์โดยไม่สมัครใจยังคงได้รับประโยชน์จากการคุ้มครองตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศให้ความคุ้มครองแก่พลเรือน ไม่ใช่คู่อริของความขัดแย้ง และคู่อริของความขัดแย้งทั้งสองฝ่ายไม่สามารถพรากความคุ้มครองจากพลเรือนได้ เป็นไปตามข้อ 51(8) ดังนั้นโล่มนุษย์ตามความเห็นนี้จึงส่งผลกระทบต่อการประเมินตามหลักความได้สัดส่วน และหลักการระมัดระวังล่วงหน้าในการโจมตี¹⁸⁶

3) แนวทางที่สาม

พลเรือนที่เป็นโล่มนุษย์ตามความเห็นของแนวทางนี้เห็นว่ายังคงมีสถานะเป็นพลเรือน ซึ่งจะได้รับความคุ้มครองจากการโจมตี แต่จะถูกลดความสำคัญลงในการคำนวณความเสียหายข้างเคียงตามหลักความได้สัดส่วน และหลักการระมัดระวังล่วงหน้า แม้ว่าการกระทำของคู่อริในความขัดแย้งจะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม¹⁸⁷

เมื่อพิจารณาเฉพาะความเห็นในประเด็นของการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบของพลเรือนที่เป็นโล่มนุษย์ทั้งโดยสมัครใจและไม่สมัครใจ สามารถแบ่งความเห็นออกเป็น 3 แนวทาง ได้แก่

1) แนวทางที่หนึ่ง - โล่มนุษย์ไม่เป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ

นักวิชาการที่เห็นด้วยกับแนวทางนี้เห็นว่า การที่รัฐใช้พลเรือนเป็นโล่มนุษย์โดยพลเรือนดังกล่าวสมัครใจหรือไม่สมัครใจนั้น ไม่ส่งผลให้พลเรือนดังกล่าวเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบเนื่องจากไม่ได้ก่อให้เกิดความเสี่ยงโดยตรงต่อคู่อริฝ่ายตรงข้าม¹⁸⁸ และยังคงมีสถานะเป็นพลเรือนที่

¹⁸⁶ Ibid.

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Human Rights Watch, "International Humanitarian Law Issues in a Potential War with Iraq" <http://www.hrw.org/backgrounder/arms/iraq0202003.htm>.

ได้รับความคุ้มครอง ความเป็นไปได้ที่พลเรือนจะเสียชีวิตหรือได้รับบาดเจ็บระหว่างการโจมตี เป้าหมายทางทหารที่พลเรือนปกป้องอยู่ จะถูกนำมาใช้ในการคำนวณตามหลักความได้สัดส่วน¹⁸⁹ การที่พลเรือนจะสูญเสียความคุ้มครองจากการโจมตีได้ พลเรือนจะต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ต่อคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม และเห็นว่า หากการเป็นโ lõมนุชย์ถือเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ พลเรือนจะสามารถตกเป็นเป้าหมายของการโจมตีได้ตั้งแต่ในช่วงของการเตรียมการ การเคลื่อนที่ไปยังเป้าหมายทางทหารเพื่อคุ้มครองโดยอาศัยการปรากฏตัวของตน ซึ่งไม่มีความสมเหตุสมผล บุคคลที่เป็นโ lõมนุชย์จึงไม่ได้เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ไม่ว่าจะโดยสมัครใจหรือไม่ก็ตาม¹⁹⁰ ซึ่งความเห็นนี้สะท้อนการตีความการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบอย่างแคบ

2) แนวทางที่สอง - โ lõมนุชย์เป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ

นักวิชาการในแนวทางนี้เห็นว่า การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบไม่จำเป็นต้องจำกัดอยู่ที่การทำลาย หรือการฆ่า แต่ยังรวมถึงการทำให้คู่กรณีฝ่ายตรงข้ามเสียประโยชน์ทางทหารด้วย ดังนั้น โ lõมนุชย์จึงเป็นลักษณะหนึ่งของการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ บุคคลที่กระทำการเป็นโ lõมนุชย์จึงสามารถตกเป็นเป้าหมายของการโจมตีได้ในขณะที่อยู่ประจำการที่เป้าหมายทางทหารที่มุ่งคุ้มครอง¹⁹¹

3) แนวทางที่สาม - แนวทางร่วม

นักวิชาการของแนวทางนี้เห็นว่า การตัดสินว่าโ lõมนุชย์เป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่ ขึ้นอยู่กับแต่ละสถานการณ์ ในกรณีสงครามทางอากาศ พลเรือนที่คุ้มกันเป้าหมายทางทหารโดยอาศัยการปรากฏตัว กลายเป็นอุปสรรคทางกฎหมายของผู้โจมตีมากกว่าการป้องกันทางกายภาพในความเป็นจริง จึงไม่ถือเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ แต่มีปัจจัยต่อการคำนวณตามหลักความได้สัดส่วน ในขณะที่เป็นกรณีสงครามภาคพื้นดิน โ lõมนุชย์จะกลายเป็นอุปสรรคทางกายภาพในความเป็นจริงต่อปฏิบัติการทางทหาร และถือว่าเป็นมาตรการป้องกันที่เป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ¹⁹²

¹⁸⁹ Schmitt, *Direct Participation in Hostilities and 21st Century Armed Conflict*. P. 521.

¹⁹⁰ International Committee of the Red Cross, "Summary Report of Second Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law," (Hague2004). P. 6.

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² Ibid. P. 7.

ในคำพิพากษาของศาลสูงของประเทศอิสราเอลในคดีระหว่าง The Public Committee Against Torture in Israel และรัฐบาลของประเทศอิสราเอล เห็นด้วยกับแนวทางที่สามนี้ โดยศาลเห็นว่าหากพลเรือนเป็นโล่มนุษย์เนื่องจากถูกบังคับโดยผู้ก่อการร้าย พลเรือนที่บริสุทธิ์ดังกล่าวจะไม่ได้ถือว่าการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ แต่ถ้าพลเรือนเป็นโล่มนุษย์ด้วยเจตนาอิสระของตนเอง และปราศจากการสนับสนุนขององค์การก่อการร้าย จะถือว่าพลเรือนนั้นเป็นบุคคลที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ¹⁹³ ซึ่งเป็นการพิจารณาการเข้าร่วมของพลเรือนจากเจตนาของการเป็นโล่มนุษย์

3.1.3 การกระทำโดยตรง (Direct Act)

การกระทำซึ่งเป็นการเข้าร่วมโดยทุกการกระทำไม่สามารถถือได้ว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ซึ่งจะส่งผลให้บุคคลที่กระทำการดังกล่าวสูญเสียความคุ้มครองจากการโจมตีได้ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องแยกแยะระหว่างการกระทำของบุคคลที่เป็นการเข้าร่วมโดยตรง และการเข้าร่วมโดยทั่วไป ซึ่งอาจเรียกว่าเป็นการเข้าร่วมโดยอ้อม

การกระทำโดยตรงจะต้องเป็นการกระทำที่มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดที่เพียงพอระหว่างการกระทำและอันตรายที่เกิดขึ้นอันเป็นผลมาจากการกระทำนั้น จึงเป็นการพิจารณาเรื่องการก่อให้เกิดอันตรายโดยตรง¹⁹⁴

ส่วน “การกระทำโดยอ้อม” (Indirect Act) เป็นการช่วยเหลือการทำสงครามโดยทั่วไป (General War Effort) และการดำรงอยู่ของสงคราม (War-sustaining Activities)¹⁹⁵ เช่น การรวบรวมและส่งข้อมูลทางทหาร การขนส่งอาวุธและยุทโธปกรณ์¹⁹⁶ การใช้มาตรการบังคับทางเศรษฐกิจกับคู่กรณีของความขัดแย้ง การยึดสินทรัพย์ที่เป็นตัวเงิน หรือการจัดหาเสบียง หรือบริการ

¹⁹³ Rewi Lyall, "Voluntary Human Shields, Direct Participation in Hostilities and the International Humanitarian Law Obligations of States," *Melbourne Journal of International Law* 9 (2008). P. 8.

¹⁹⁴ International Committee of the Red Cross, "Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law". P. 52.

¹⁹⁵ Jamie A. Williamson, "Challenges of Twenty-First Century Conflicts: A Look at Direct Participation in Hostilities," *Duke Journal of Comparative and International Law* 20, no. 457 (2010). P. 466.

¹⁹⁶ International Committee of the Red Cross, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. P. 901.

เช่น ไฟฟ้า เชื้อเพลิง การก่อสร้างวัสดุ หรือการให้เงินสนับสนุน หรือการสนับสนุนทางการเงิน เป็นต้น¹⁹⁷

General War Effort ครอบคลุมถึงการกระทำทั้งหมดที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้กองทัพได้รับชัยชนะเหนือคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม เช่น การออกแบบ การผลิต การขนส่งอาวุธและยุทโธปกรณ์ การก่อสร้างหรือซ่อมแซมถนน ท่าเรือ สนามบิน สะพาน รางรถไฟ และสาธารณูปโภคพื้นฐานอื่น นอกเหนือจากบริบทของปฏิบัติการทางทหารที่เป็นรูปธรรม¹⁹⁸ ส่วน War-sustaining Activities รวมถึงการกระทำทางการเมือง เศรษฐกิจ หรือสื่อ ที่เป็นการสนับสนุน General War Effort เช่น โฆษณาชวนเชื่อทางการเมือง การทำธุรกรรมทางการเงิน การผลิตสินค้าเกษตรกรรมหรือสินค้าอุตสาหกรรมที่ไม่เกี่ยวข้องกับทหาร เป็นต้น¹⁹⁹ ซึ่งการกระทำในสองลักษณะนี้อาจก่อให้เกิดอันตรายในระดับที่กำหนดไว้ตามเงื่อนไขประการแรกที่อาจถือได้ว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ซึ่งการกระทำบางอย่างอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามอย่างขาดไม่ได้ เช่น การให้ความช่วยเหลือทางการเงิน อาหาร และที่พักอาศัยแก่กองทัพ และการผลิตอาวุธและระเบิด แต่การกระทำนั้นเป็นเพียงการสร้างหรือดำรงไว้ซึ่งความสามารถในการก่อให้เกิดอันตรายเท่านั้น²⁰⁰ จึงเป็นเพียงการเข้าร่วมในการสู้รบโดยอ้อมที่ไม่ส่งผลให้พลเรือนที่เข้าร่วมโดยอ้อมสูญเสียความคุ้มครองจากการโจมตี²⁰¹

การแยกแยะลักษณะของการกระทำโดยตรงและโดยอ้อมนี้ส่งผลให้การตีความแนวคิดเรื่องการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบไม่มีขอบเขตที่กว้างเกินไปจนครอบคลุมการกระทำทั้งหมดเป็นการทำสงคราม (Entire war effort) ซึ่งจะส่งผลให้ประชากรพลเรือนเป็นจำนวนมากสูญเสียความคุ้มครองจากการโจมตีโดยตรง²⁰²

ผลของการพิจารณาความหมายของแต่ละถ้อยคำที่ประกอบเป็น “การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ” หรือ “Direct Participation in Hostilities” นั้น อาจสรุปได้ว่า การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้

¹⁹⁷ "Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law". P. 53.

¹⁹⁸ Ibid. P. 51.

¹⁹⁹ Ibid.

²⁰⁰ Ibid. P. 52.

²⁰¹ Ibid. P. 51.

²⁰² Ibid. P. 52.

รบ หมายถึง การกระทำโดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ ที่มีลักษณะและวัตถุประสงค์มุ่งก่อให้เกิดอันตรายอย่างแท้จริงต่อบุคคล และยุทธโศภกรรมของกองทัพของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม รวมถึงมุ่งก่อให้เกิดอันตรายต่อพลเรือน และเป็นการกระทำที่มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดที่เพียงพอระหว่างการทำกระทำและอันตรายที่เกิดขึ้นอันเป็นผลมาจากการกระทำนั้น อย่างไรก็ตาม ความหมายดังกล่าวยังคงมีความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับลักษณะของการกระทำว่า อย่างไรถึงจะเป็นการกระทำที่มีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับผล จึงต้องพิจารณาจากแนวทางปฏิบัติของตัวแสดงในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ได้แก่ รัฐ ศาลระหว่างประเทศ ศาลภายในประเทศ องค์การระหว่างประเทศ รวมถึงนักวิชาการอื่นประกอบ

3.2 แนวทางปฏิบัติของรัฐเกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ

แนวทางปฏิบัติของรัฐเกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบที่จะนำมาศึกษาในบทนี้ แบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ แนวทางปฏิบัติภายในของรัฐ และแนวทางปฏิบัติระหว่างรัฐ ซึ่งแสดงออกมาในรูปแบบของความตกลงระหว่างประเทศ

3.2.1 แนวทางปฏิบัติภายในของรัฐ

รัฐแต่ละรัฐในประชาคมระหว่างประเทศมีบทบาทในการก่อให้เกิดกฎหมายระหว่างประเทศได้ โดยกฎหมายระหว่างประเทศอาจเกิดขึ้นจากความตกลงระหว่างรัฐในรูปของตราสาร หรือเกิดขึ้นจากทางปฏิบัติของรัฐที่มีลักษณะร่วมกันและเป็นไปในแนวทางเดียวกัน หากรัฐหลายรัฐปฏิบัติติดต่อกันเป็นระยะเวลานานจนรู้สึกร่วมกันว่าเป็นกฎหมาย แนวทางปฏิบัติดังกล่าวสามารถเกิดเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบของรัฐแต่ละรัฐอาจมีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน หรืออาจแตกต่างกันออกไป โดยในหัวข้อที่จะศึกษาต่อไปจะเป็นการหยิบยกตัวอย่างแนวทางปฏิบัติของรัฐส่วนหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ได้แก่ แนวทางปฏิบัติของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร ประเทศอิสราเอล ประเทศออสเตรเลีย และประเทศเนเธอร์แลนด์ ดังนี้

3.2.1.1 สหรัฐอเมริกา (the United States of America)

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศมหาอำนาจของโลกที่มีบทบาทในสถานการณ์ความขัดแย้งหลายเหตุการณ์ โดยเฉพาะภายหลังเหตุการณ์วันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 2001 เมื่อมีผู้ก่อการร้ายโจมตีตึกเวิร์ลเทรดเซ็นเตอร์ ซึ่งนำไปสู่การประกาศสงครามต่อประเทศอัฟกานิสถาน และประกาศสงครามต่อต้านการก่อการร้าย ซึ่งยังคงเป็นประเด็นที่ถกเถียงกันอยู่ในปัจจุบันว่าสงครามต่อต้านการก่อการร้ายนั้นเกิดเป็นสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธหรือไม่ อีกทั้งสหรัฐอเมริกายังมีบทบาทในปฏิบัติการทางทหารโจมตีในประเทศอิรัก รวมถึงประเทศอื่น ๆ อีกหลายประเทศ²⁰³ จึงปรากฏแนวทางปฏิบัติ รวมถึงแนวทางการตีความการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบเป็นจำนวนมาก โดยสะท้อนผ่านทางบทความวิชาการ คู่มือทางทหาร หรือคู่มือที่เป็นแนวทางปฏิบัติของเจ้าหน้าที่รัฐ ดังต่อไปนี้

3.2.1.1.1 การตีความการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบโดยอาศัยสถานะของบุคคล

สหรัฐอเมริกาอาศัยตีความการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบใน 2 รูปแบบที่แตกต่างกัน โดยจะตีความการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบอย่างแคบเมื่อพิจารณาผู้รับจ้างและลูกจ้างพลเรือนในกองทัพเพื่อจำกัดขอบเขตของการตกเป็นเป้าโจมตี²⁰⁴ แต่ตีความการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบอย่างกว้างเมื่อพิจารณาการกระทำของผู้ก่อการร้าย เนื่องจากสหรัฐอเมริกาเห็นว่า สงครามต่อต้านการก่อการร้ายเป็นการขัดกันทางอาวุธ²⁰⁵ โดยใช้คำนิยามอย่างเคร่งครัดกับผู้ที่ได้รับความคุ้มครองจากการโจมตี ซึ่งการตีความทั้งสองรูปแบบอยู่บนฐานของแนวทางความเป็นสมาชิก โดยแบ่งการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบออกเป็นสองประเภทตามข้อเท็จจริง²⁰⁶ ได้แก่

1) คู่สัญญากับกองทัพและลูกจ้างพลเรือน

พลเรือนมีบทบาทหน้าที่ในกองทัพของสหรัฐอเมริกาเพิ่มมากขึ้น ตั้งแต่สิ้นสุดช่วงสงครามเย็น โดยพลเรือนถูกจ้างมาเพื่อทำหน้าที่สนับสนุน และกองทัพยังคงหน้าที่ในการสู้รบไว้ให้แก่ทหาร ลูกจ้างพลเรือนและคู่สัญญาทำหน้าที่หลากหลาย เช่น ดูแลรักษาอาวุธ ทำเครื่องแบบ หมวกนิรภัย และอาวุธพกพา ผู้รับจ้างรักษาความปลอดภัยของสถานที่และต่อสู้

²⁰³ ปรีชา วรเศรษฐสิน, "สหรัฐอเมริกา ในกระแสโลกาภิวัตน์," <http://www.visitsurin.com/articles/132574/สหรัฐอเมริกาในกระแสโลกาภิวัตน์.html>.

²⁰⁴ Christensen, "The Dilemma of Direct Participation in Hostilities." P. 17.

²⁰⁵ Bush, "Humane Treatment of Taliban and Al Qaeda Detainees".

²⁰⁶ Christensen, "The Dilemma of Direct Participation in Hostilities." P. 13.

กับฝ่ายตรงข้าม จึงมีอาวุธและอาจใส่เครื่องแบบ²⁰⁷ แต่บุคคลทั้งสองประเภทไม่ถือว่าเป็นพลรบ และไม่ได้เป็นสมาชิกของกองทัพ เนื่องจากไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 3 ดังนั้น บุคคลดังกล่าวจึงมีสถานะเป็นพลเรือน ได้รับความคุ้มครองจากการตกเป็นเป้าหมาย เว้นแต่ในเวลาที่มีส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบ

Law of War Working Group ของกระทรวงกลาโหมของสหรัฐอเมริกา เห็นว่า พลเรือนเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบเมื่อการให้บริการแก่หน่วยรบมีความใกล้ชิดทางภูมิศาสตร์กับศัตรู การให้บริการมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับอันตรายที่เกิดขึ้นต่อศัตรู และความสัมพันธ์ทางด้านเวลาของการสนับสนุนหรืออันตรายที่เกิดขึ้นกับศัตรู²⁰⁸

W. Hays Parks ได้แย้งการตีความอย่างแคบของสหรัฐอเมริกา โดยโต้แย้งว่า ถ้อยคำที่ใช้ในพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 กำหนดให้การกระทำที่ถือว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบนั้นมีลักษณะใกล้เคียงกับปฏิบัติการทางทหารหรือการสู้รบ อีกทั้ง Michael Schmitt ได้แย้งว่า การเข้าร่วมนั้นจะต้องไม่สามารถแยกออกจากการสู้รบหรือการกระทำที่เกี่ยวข้องซึ่งเป็นลำดับกัน²⁰⁹

การตีความในลักษณะนี้จะเป็นผลดีต่อสหรัฐอเมริกาในการอ้างให้พลเรือนและคู่สัญญาเอกชนทำงานในกองทัพต่อไปโดยไม่ทำให้พลเรือนหรือคู่สัญญาดังกล่าวเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ²¹⁰ ดังนั้น สหรัฐอเมริกาจึงใช้การตีความอย่างแคบของการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ เพื่อเป็นการปกป้องลูกจ้างและคู่สัญญาพลเรือน โดยในปี ค.ศ. 2000 สหรัฐอเมริกาเสนอแนวทางการตีความว่า การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ เป็นการกระทำโดยทันทีและอย่างแท้จริงในสนามรบ ซึ่งมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อศัตรู เนื่องจากมีความสัมพันธ์โดยตรงระหว่างการกระทำที่ทำการและอันตรายที่เกิดกับศัตรู คำว่า “การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ” ไม่ได้มีความหมายครอบคลุมถึงการเข้าร่วมในการสู้รบโดยอ้อม เช่น การรวบรวมและส่งข้อมูลทางทหาร การขนส่งอาวุธ ระเบิด และเสบียงอื่น ๆ สหรัฐอเมริกาเข้าใจว่าการตัดสินใจของผู้บังคับบัญชาทหาร นายทหาร หรือบุคคล

²⁰⁷ Ibid. P. 13-14.

²⁰⁸ Ibid. P. 16.

²⁰⁹ Ibid. P. 16-17.

²¹⁰ Ricou, "Civilians at War: Reexamining the Status of Civilians Accompanying the Armed Forces."

อื่นที่รับผิดชอบในการวางแผน อนุญาต หรือกระทำการทางทหาร ควรอยู่บนฐานของการประเมินข้อมูลที่บุคคลนั้นมีอยู่ในขณะที่กระทำการดังกล่าว และไม่ควรถัดสินบนฐานของข้อมูลที่ได้มาภายหลังการกระทำเกิดขึ้นแล้ว²¹¹

2) ผู้ก่อการร้าย

สหรัฐอเมริกาตีความการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบอย่างกว้าง เพื่อให้สามารถให้ความชอบธรรมแก่การระบุเป้าหมายและโจมตีกลุ่มก่อการร้ายรวมถึงผู้ที่ให้ความสนับสนุนแก่กลุ่มก่อการร้ายอย่างสำคัญได้ง่ายขึ้น²¹² ตัวอย่างเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในเดือนพฤศจิกายน ปี ค.ศ. 2002 กองทัพของสหรัฐอเมริกาใช้เครื่องบินสังหารไร้คนขับฆ่า Qaed Salim Sinan al-Harethi ซึ่งเป็นหัวหน้าอัลกออิดะฮ์ในเยเมน และเป็นผู้นำในการโจมตี U.S.S. Cole และเหตุการณ์ 9/11²¹³ ซึ่งการโจมตีในครั้งนี้เป็นการระบุเป้าหมายโดยอาศัยเหตุเรื่องสถานะของการเป็นหัวหน้าของ al-Harethi เหตุการณ์ในลักษณะเดียวกันเกิดขึ้นในวันที่ 8 มิถุนายน ค.ศ. 2006 โดยกองทัพของสหรัฐอเมริกาโจมตีทางอากาศในทางตอนเหนือของบากูบา ส่งผลให้ Abu Musab al-Zarqawi ซึ่งเป็นหัวหน้าของกลุ่มติดอาวุธอัลกออิดะฮ์ในอิรักที่อยู่เบื้องหลังการระเบิด ลักพาตัว และตัดหัวในอิรัก เสียชีวิต²¹⁴ สหรัฐอเมริกาเห็นว่า Zarqawi เป็นสมาชิกของกลุ่มติดอาวุธอัลกออิดะฮ์จึงไม่มีสถานะเป็นพลรบตามคำนิยามที่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกำหนดไว้ Zarqawi จึงมีสถานะเป็นพลเรือน อีกทั้งข้อเท็จจริงปรากฏว่ากองทัพสหรัฐอเมริกาโจมตี Zarqawi เนื่องจากเห็นว่าการพยายามจับกุมตัว Zarqawi เป็นเรื่องที่ยันตรายเกินไป²¹⁵ และการฆ่า Zarqawi มีสาเหตุมาจากตำแหน่งผู้บังคับบัญชา ไม่ใช่เพราะการมีส่วนร่วมในการโจมตี จึงเป็นการตีความข้อ 51(3) ของพิธีสารเพิ่มเติม

²¹¹ "Message from the President Transmitting Two Optional Protocols to the Convention on the Rights of the Child," <https://www.congress.gov/treaty-document/106th-congress/37/document-text>.

²¹² Christensen, "The Dilemma of Direct Participation in Hostilities." P. 18.

²¹³ Tony Karon, "Yemen Strike Opens New Chapter in War on Terror," TIME, <http://content.time.com/time/world/article/0,8599,387571,00.html>.

²¹⁴ "Zarqawi Killed in Iraq Air Raid," BBC NEWS, http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/5058304.stm.

²¹⁵ "Jonathan Finer & Hasan Shamari, Zarqawi Lived after Airstrike," WASH. POST, <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/06/09/AR2006060900473.html>.

ฉบับที่ 1²¹⁶ อย่างกว้างโดยใช้แนวทางเรื่องความเป็นสมาชิก เนื่องเป็นการโจมตีโดยอาศัยฐานจากสถานะ ไม่ใช่เพราะการกระทำ²¹⁷ เช่นเดียวกับการโจมตี al-Harethi ในปี ค.ศ. 2000

3.2.1.1.2 การตีความการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบโดยพิจารณาจาก การกระทำ (Dual-prong system)

การตีความในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบของสหรัฐอเมริกาในอีก ลักษณะหนึ่งนอกจากการอาศัยสถานะของบุคคลในการแบ่งประเภทของการตีความ คือ การตี Dual-prong System ในการพิจารณาจากลักษณะของการกระทำของผู้เข้าร่วมทั้งหมดในการขัดกัน ทางอาวุธ²¹⁸ โดยคำนึงถึงความหลากหลายของลักษณะการสู้รบในการขัดกันทางอาวุธ²¹⁹ ซึ่ง ประกอบด้วย

1) การป้องกันตนเอง

วิธีการแรกเป็นกรอบแนวคิดของสหรัฐอเมริกาที่เห็นว่า กองทัพจะ ตอบโต้การโจมตีโดยตรงได้โดยผ่านการป้องกันตนเอง ซึ่งหลักการป้องกันตนเองถูกกำหนดไว้ในข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งกำหนดไว้ว่า ทุกรัฐมีสิทธิป้องกันตนเอง²²⁰ อีกทั้งคำพิพากษาในคดี Caroline ระบุว่า การป้องกันตนเองจะนำมาปรับใช้เมื่อภัยคุกคามเกิดขึ้นอย่างฉับพลัน (Instant)

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

²¹⁶ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977."

Article 51(3)

"Civilians shall enjoy the protection afforded by this Section, unless and for such time as they take a direct part in hostilities."

²¹⁷ Christensen, "The Dilemma of Direct Participation in Hostilities." P. 19-20.

²¹⁸ Galvin, "Direct Participation in Hostilities: A Proposition for U.S. Reaction to the Icrc's Interpretive Guidance and Formulation for a Practicable Definition." P. 90.

²¹⁹ Ibid. P. 79.

²²⁰ "Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice, 26 June 1945."

Article 51

"Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations ..."

รุนแรง (Overwhelming) ไม่มีทางเลือกอื่นที่สามารถทำได้ (Leaving no choice of means) และไม่มีเวลาที่จะไตร่ตรอง (No moment for deliberation) ²²¹

ในกรอบแนวคิดของการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ การป้องกันตนเองมีเงื่อนไขว่า ภัยคุกคามนั้นต้องเกิดขึ้นอย่างฉับพลัน และมีความเชื่อมโยงโดยตรงกับการสู้รบอย่างแท้จริงเท่านั้น²²² บุคคลหนึ่งจะเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบต่อเมื่อบุคคลดังกล่าวกระทำการสู้รบหรือแสดงเจตนาสู้รบต่ออีกฝ่ายหนึ่ง เช่น การใช้อาวุธยิงฝ่ายตรงข้าม ยิงจรวด หรือปืนใหญ่ หรือระเบิดแสงเครื่อง²²³ โดยกระบวนการใช้การป้องกันตนเองอยู่บนหลักการ 3 ประการ คือ

(1) ต้องมีการกระทำที่เป็นการสู้รบ หรือมีการแสดงเจตนาสู้รบ ซึ่งขึ้นอยู่กับการประเมินของพลรบของสหรัฐอเมริกาแต่ละคน โดยพิจารณาจากการกระทำหรือเจตนาที่แสดงออกของผู้เข้าร่วมบนฐานการข้อมูลที่มีในขณะที่เกิดเหตุการณ์นั้น²²⁴

(2) พลรบของสหรัฐอเมริกาอนุญาตให้ผู้เข้าร่วมถอนตัวได้ ถ้าเวลาและสถานการณ์เอื้ออำนวย²²⁵

(3) การตอบโต้ต่อภัยคุกคามด้วยการป้องกันตนเองต้องได้สัดส่วนกับลักษณะ ระยะเวลา และขอบเขตของการใช้กำลัง เพื่อให้ภัยคุกคามนั้นหายไป²²⁶

ผู้ที่ใช้มาตรการป้องกันตนเองต้องแยกแยะเป้าหมายว่าจะใช้กำลังตอบโต้ต่อผู้ใด เพื่อให้มั่นใจว่าผู้ที่ได้รับผลจากการกระทำคือผู้ที่ก่อภัยคุกคามเท่านั้น โดยไม่คำนึงว่าจะเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศหรือไม่ หรือผู้ที่เข้าร่วมดังกล่าวมีสถานะใด²²⁷ ซึ่งสอดคล้องกับหลักของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศตามหลักการแยกแยะเป้าหมาย ที่

²²¹ "Direct Participation in Hostilities: A Proposition for U.S. Reaction to the ILC's Interpretive Guidance and Formulation for a Practicable Definition." P. 80.

²²² Ibid. P. 81.

²²³ Ibid.

²²⁴ Ibid.

²²⁵ Ibid. P.81-82.

²²⁶ Ibid. P. 82.

²²⁷ Ibid.

กำหนดให้คู่กรณีของความขัดแย้งต้องแยกแยะระหว่างพลเรือนและพลรบตลอดเวลา²²⁸ และสมาชิกของกองทัพของสหรัฐอเมริกามีหน้าที่ในการรับประกันว่า พลเรือนยังคงได้รับความคุ้มครองขณะที่มีการใช้กำลังป้องกันตนเอง

จากการศึกษาข้างต้นจะเห็นได้ว่าหลักการนี้กำหนดหลักเกณฑ์ในการใช้กำลังโจมตีผู้ที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบโดยอ้างอิงจากหลักเกณฑ์ของการใช้กำลังป้องกันตนเองตามกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป กล่าวคือ ผู้ที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบต้องมีการกระทำหรือแสดงเจตนาต่อสู้ ซึ่งเป็นภัยคุกคามที่เกิดขึ้นโดยฉับพลัน ดังนั้นขอบเขตของการโจมตีจึงจำกัดอยู่ที่การกระทำในลักษณะดังกล่าว และไม่ครอบคลุมถึงการกระทำที่เป็นการสู้รบรูปแบบใหม่ที่สามารถกระทำโดยไม่ก่อให้เกิดผลในทันที เช่น การฝังระเบิด หรือการกระทำอื่นที่มีลักษณะเป็นการให้ความช่วยเหลือในการต่อสู้ที่สำคัญซึ่งไม่มีการกระทำที่เป็นการต่อสู้หรือแสดงเจตนาสู้รบแต่อย่างใด เช่น การระบุเป้าหมายให้แก่พลรบ หรือการสอดแนม จึงเป็นการตีความแนวความคิดการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบอย่างแคบ ที่เอนเอียงไปทางหลักมนุษยธรรมทำให้ประชากรพลเรือนรวมถึงพลเรือนแต่ละคนได้รับความคุ้มครองมากยิ่งขึ้น

2) Tri-part Approach

Tri-part Approach เป็นวิธีการพิจารณาการกระทำวิธีการที่สองที่ครอบคลุมกรณีของการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบที่ไม่ได้อยู่ในวิธีการป้องกันตนเองในวิธีแรก โดยขยายขอบเขตในการพิจารณาลักษณะของการกระทำที่เป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบที่กว้างกว่าวิธีแรก โดยจะใช้ร่วมกับวิธีการแรกเพื่อให้คำนิยามของการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบมีความสมบูรณ์ ซึ่งมีองค์ประกอบ 3 ประการ²²⁹

เมื่อข้อเท็จจริงเกิดขึ้นครบถ้วนทั้ง 3 องค์ประกอบ แม้ว่าข้อเท็จจริงตามองค์ประกอบแต่ละข้อจะไม่ได้เกิดขึ้นพร้อมกัน และผลของการกระทำก่อให้เกิดหรือ

²²⁸ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977."

Article 48

"In order to ensure respect for and protection of the civilian population and civilian objects, the Parties to the conflict shall at all times distinguish between the civilian population and combatants..."

²²⁹ "Direct Participation in Hostilities: A Proposition for U.S. Reaction to the ILC's Interpretive Guidance and Formulation for a Practicable Definition." P. 83.

ผู้กระทำมุ่งที่จะก่อให้เกิดอันตรายโดยตรงต่อบุคคลของกองทัพ ปฏิบัติการทางทหาร หรือพลเรือนที่ ชอบด้วยกฎหมาย คณะของผู้เชี่ยวชาญ หรือองค์คณะจะเป็นผู้ประเมินว่าบุคคลที่กำลังพิจารณาเป็น ผู้เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป โดยอาจให้น้ำหนัก ของทั้งสามประการไม่เท่ากัน²³⁰ บนฐานของหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ คือ หลักการ แยกแยะเป้าหมาย หลักความจำเป็นทางทหาร และหลักมนุษยธรรม²³¹

องค์ประกอบทั้ง 3 ประการนี้ ได้แก่

(1) หน้าที่ (Function)

หน้าที่ในบริบทนี้เกี่ยวข้องกับบทบาทของผู้เข้าร่วมในการ กระทำหรือเจตนาที่ก่อให้เกิดอันตราย โดยอ้างอิงจากแนวคิดของ Michael N. Schmitt ว่า ถ้า ปัจเจกบุคคลทำหน้าที่ที่ไม่สามารถแยกออกจากการใช้กำลังต่อคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามได้ กล่าวคือ หน้าที่ นั้นเป็นส่วนสำคัญของกระบวนการที่ก่อให้เกิดหรือมุ่งให้เกิดอันตรายโดยปราศจากการแทรกแซง²³² จึงจะถือว่าเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นไปตามองค์ประกอบนี้ องค์ประกอบนี้มุ่งพิจารณาที่บทบาทหน้าที่ของ ผู้เข้าร่วมในเหตุการณ์ ผลที่เกิดขึ้น และความเกี่ยวข้องระหว่างผู้ที่เข้าร่วมกับอันตรายที่เกิดขึ้นว่ามี มากน้อยเพียงใด²³³ โดยไม่คำนึงว่าหน้าที่ดังกล่าวจะก่อให้เกิดอันตรายโดยตรงหรือโดยอ้อม²³⁴ ซึ่งต้อง พิจารณาเป็นรายกรณีไปตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น

(2) การเข้าร่วม (Participation)

องค์ประกอบเรื่องการเข้าร่วมเป็นปัจจัยที่สำคัญที่สุดใน การพิจารณาการกระทำ โดยการพิจารณาการเข้าร่วมขึ้นอยู่กับ การเข้าร่วมในเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิด หรือมุ่งก่อให้เกิดอันตราย และจำนวนครั้งที่มีการเข้าร่วม ซึ่งองค์ประกอบนี้พิจารณาผลกระทบของ การกระทำของผู้เข้าร่วมต่อเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ซึ่งตรงข้ามกับองค์ประกอบเรื่องหน้าที่ที่ไม่พิจารณาว่า การกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยตรงหรือโดยอ้อม องค์ประกอบนี้เห็นว่า การกระทำโดยตรงจะมี

²³⁰ Ibid. P. 84.

²³¹ Ibid. P. 85.

²³² Schmitt, *Direct Participation in Hostilities and 21st Century Armed Conflict*. P. 529.

²³³ Galvin, "Direct Participation in Hostilities: A Proposition for U.S. Reaction to the ILC's Interpretive Guidance and Formulation for a Practicable Definition." P. 89.

²³⁴ Ibid. P. 86.

น้ำหนักแสดงถึงหลักฐานของการเข้าร่วมที่มีต่อเหตุการณ์นั้นมากกว่าการกระทำโดยอ้อม แต่การกระทำโดยอ้อมหลายการกระทำเมื่อพิจารณาแล้วอาจเข้าองค์ประกอบนี้ได้ และการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายมากจะมีน้ำหนักมากกว่าการกระทำที่ก่อให้เกิดหรือมุ่งก่อให้เกิดอันตรายเพียงเล็กน้อย²³⁵

วิธีการเรื่องความเป็นสมาชิกที่อนุญาตให้ระบุเป้าหมายซึ่งเป็นผู้เข้าร่วมในกลุ่มติดอาวุธที่มีการจัดการในเวลาใด ๆ นี้จะไม่นำมาพิจารณาในองค์ประกอบของการเข้าร่วม เพียงแค่ผู้เข้าร่วมมีการกระทำที่มีองค์ประกอบครบ 3 ประการก็ส่งผลให้ตกเป็นเป้าหมายของการโจมตีได้ โดยไม่พิจารณาว่าความเกี่ยวข้องกับกลุ่มติดอาวุธหรือสถานะ²³⁶

(3) เวลา (Time)

องค์ประกอบด้านระยะเวลาจะช่วยลดปัญหาประเด็น Revolving Door ซึ่งเป็นคำที่ใช้อธิบายกรณีที่พลเรือนเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบเป็นครั้งคราว แต่ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของกองกำลังติดอาวุธ จึงยังคงเป็นส่วนหนึ่งของประชากรพลเรือน เพียงแต่เสียความคุ้มครองจากการโจมตีโดยตรงเพียงชั่วคราวในขณะที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบเท่านั้น และได้รับความคุ้มครองจากการโจมตีกลับคืนมาในเวลาต่อมา²³⁷ พลเรือนดังกล่าวจึงไม่ตกเป็นเป้าหมายที่จะถูกโจมตีได้ตลอดเวลา จึงเป็นการอาศัยประโยชน์จากกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่กำหนดให้พลเรือนเสียความคุ้มครองในเวลาที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบเท่านั้น

ในองค์ประกอบนี้ผู้เข้าร่วมจะตกเป็นเป้าหมายได้ในช่วงเวลาที่เกิดการขัดกันทางอาวุธ หรือจนกว่าเวลาที่องค์คณะจะตัดสินเป็นอย่างอื่น²³⁸ ซึ่งผู้เข้าร่วมมีหน้าที่ที่จะแสดงให้เห็นว่าตนเองไม่ได้เป็นผู้เข้าร่วมอีกต่อไป กองทัพของรัฐจึงไม่มีหน้าที่ต้องตัดสินเรื่องเจตนาส่วนบุคคลของผู้เข้าร่วมในแต่ครั้งที่การกระทำเกิดขึ้น²³⁹

²³⁵ Ibid. P. 87.

²³⁶ Ibid.

²³⁷ International Committee of the Red Cross, "Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law".

²³⁸ Galvin, "Direct Participation in Hostilities: A Proposition for U.S. Reaction to the ILC's Interpretive Guidance and Formulation for a Practicable Definition." P. 88.

²³⁹ Ibid.

จำนวนครั้งที่ปัจเจกบุคคลเข้าร่วมไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมไม่เกี่ยวข้องกับการวิเคราะห์องค์ประกอบเรื่องการเข้าร่วม องค์คณะจะเป็นผู้ประเมินการเข้าร่วมในแต่ละเหตุการณ์และให้นำหนักกับองค์ประกอบแต่ละข้อเพื่อตัดสินว่าบุคคลดังกล่าวเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่ โดยพิจารณาจากความสำคัญของเหตุการณ์และจำนวนครั้งของเหตุการณ์เปรียบเทียบกัน²⁴⁰ ดังนั้นผู้เข้าร่วมที่ช่วยเหลือในหนึ่งเหตุการณ์อาจถูกประเมินว่ามีน้ำหนักมากกว่าหรือเท่ากับผู้เข้าร่วมที่ใน 10 เหตุการณ์ได้²⁴¹

ความใกล้ชิดของระยะเวลาที่กระทำการเป็นปัจจัยหนึ่งที่ส่งผลต่อการให้นำหนักการกระทำที่เกิดขึ้น การกระทำของผู้เข้าร่วมที่เกิดขึ้นในเวลาที่ไม่ใกล้ชิดกับการเกิดอันตรายจะมีน้ำหนักมากกว่าในการประเมินการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ แต่องค์ประกอบเรื่องการเข้าร่วมมีความสำคัญเช่นกัน เนื่องจากการกระทำที่สำคัญหลายอย่างซึ่งเป็นส่วนเชื่อมโยงที่สำคัญของเหตุการณ์อาจเกิดขึ้นก่อนที่จะเกิดอันตรายขึ้นจริง²⁴²

3.2.1.1.3 Commander's Handbook on the Law of Naval Operations

หลักฐานของทางปฏิบัติเกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบของสหรัฐอเมริกาปรากฏอยู่ใน Commander's Handbook on the Law of Naval Operations (คู่มือทหารของสหรัฐอเมริกา) ที่กำหนดหลักการพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในที่ใช้ควบคุมปฏิบัติการทางทะเลของสหรัฐอเมริกา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้บังคับบัญชาใช้ในการปฏิบัติการและสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในทุกระดับของสายบังคับบัญชา

คู่มือทหารของสหรัฐอเมริการะบุความคิดเรื่องการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบไว้ว่า การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบต้องตัดสินเป็นกรณี ๆ ไป (Case-by-case basis) ตัวอย่างเช่น การจับอาวุธ หรือการพยายามฆ่า ทำให้บาดเจ็บ หรือจับกุมบุคคลที่เป็นศัตรู หรือทำลายทรัพย์สินของศัตรู พลเรือนที่ทำหน้าที่เป็นยาม หรือเจ้าหน้าที่ด้านข้อมูลให้แก่กองทัพอาจถือว่ามีส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบได้ ซึ่งพลรบที่อยู่ในสนามรบต้องตัดสินด้วยความซื่อสัตย์ว่าคุณคนหนึ่งมีส่วนร่วม

²⁴⁰ Ibid. P. 89.

²⁴¹ Ibid. P. 88.

²⁴² Ibid. P. 89.

หรือไม่ได้มีส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบบนฐานของพฤติกรรม สถานที่ และเสื้อผ้าที่ใส่ รวมถึงข้อมูลที่มีอยู่ในขณะนั้น²⁴³

ส่วนกรณีที่พลเรือนที่อยู่ในเป้าหมายทางทหาร เช่น ในกรณีที่พลเรือนสมัครใจเข้าไปอยู่ใกล้เป้าหมายทางทหารในฐานะที่เป็นโล่มนุษย์ เพื่อที่จะขัดขวางการโจมตีโดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานะของเป้าหมายทางทหาร บุคคลดังกล่าวถือว่าเป็นส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบ หรือมีส่วนในการส่งเสริมความสามารถในการสู้รบหรือการทำสงครามของศัตรูโดยตรง ซึ่งความเสียหายข้างเคียงที่อาจเกิดขึ้นกับบุคคลนั้นจะไม่ถูกนำมาใช้ในการวิเคราะห์ตามหลักความได้สัดส่วนได้²⁴⁴

3.2.1.1.4 Operational Law Handbook²⁴⁵

Operational Law Handbook เป็นคู่มือที่ถูกใช้เป็นแนวทางสำหรับพระธรรมนูญ (Judge Advocates) ในการปรับใช้ วิเคราะห์ และแก้ไขปัญหาในบริบทของการปฏิบัติการทางทหาร โดยไม่ได้มุ่งแก้ไขปัญหาใดปัญหาหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง และคู่มือนี้ไม่ได้สะท้อนนโยบายของสหรัฐอเมริกาอย่างเป็นทางการเกี่ยวกับการปรับใช้กฎหมายจากหลายแหล่งที่มา แต่สามารถถูกใช้เป็นแหล่งอ้างอิงได้ ซึ่งในเนื้อหาของคู่มือนี้ประกอบด้วย หลักเกณฑ์พื้นฐานทางกฎหมายของการใช้กำลัง สิทธิในการป้องกันตนเอง กฎหมายว่าด้วยการขัดกันทางอาวุธ เป็นต้น

ในบทที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายว่าด้วยการขัดกันทางอาวุธ ในคู่มือนี้ได้ระบุเป้าหมายพื้นฐานของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันทางอาวุธ ซึ่งเป็นเป้าหมายทางมนุษยธรรม คือ เพื่อปกป้องพลรบและบุคคลที่ไม่ใช่พลรบจากการได้รับความทุกข์ทรมานเกินความจำเป็น คัมครองบุคคลที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม และช่วยอำนวยความสะดวกในการฟื้นฟูสันติภาพ

นอกจากนี้ คู่มือยังได้ระบุหลักการพื้นฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไว้ อันได้แก่ หลักการแยกแยะเป้าหมาย หลักความได้สัดส่วน หลักการไม่ก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานเกินความจำเป็น และหลักความจำเป็นทางทหาร และมีการกำหนดกฎเกณฑ์ให้การประเมิน

²⁴³ United States of America, "The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations." 8-1.

²⁴⁴ Ibid. 8-4.

²⁴⁵ Maj Dustin Kouba, "Operational Law Handbook," (2017).

ความรับผิดของผู้บังคับบัญชาหรือทหารอยู่บนฐานของข้อมูลที่มีอยู่ตามสมควรในขณะที่ตัดสินใจ เนื่องจากการตัดสินใจของผู้บังคับบัญชาหรือทหาร หรือบุคคลอื่นที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการวางแผน การอนุญาต หรือปฏิบัติการทางทหาร จะต้องตัดสินใจบนฐานของการประเมินข้อมูลที่บุคคลดังกล่าวมี อยู่ตามสมควรในขณะที่บุคคลนั้นวางแผน อนุญาต หรือปฏิบัติการ โดยไม่คำนึงถึงข้อมูลที่เกิดขึ้น ภายหลังจากที่การกระทำเกิดขึ้นแล้ว²⁴⁶

ในประเด็นเรื่องพลรบและบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองนั้น ในคู่มือได้ กล่าวถึงกฎเกณฑ์ทั่วไป ซึ่งอนุญาตให้โจมตีได้เฉพาะบุคคลที่มีสถานะเป็นพลรบเท่านั้น ห้ามไม่ให้ คู่กรณีของความขัดแย้งโจมตีพลเรือนหรือบุคคลที่ไม่ใช่พลรบ โดยประชากรพลเรือนรวมถึงพลเรือน แต่ละคนจะได้รับความคุ้มครองจากการโจมตีโดยตรงเว้นแต่ในเวลาที่คุณคนดังกล่าวเข้าร่วมโดยตรงใน การสู้รบ²⁴⁷

อีกทั้ง คู่มือยังกำหนดค่านิยมของคำว่า คู่สงครามฝ่ายตรงข้ามที่ไม่มีเอก สิทธิ์ หรือพลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้หมายความรวมถึง สายลับ ผู้ก่อวินาศกรรม หรือพลเรือนที่ เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ หรือบุคคลที่เข้าร่วมในการโจมตีหรือกระทำการสู้รบโดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งบุคคลที่กระทำการดังกล่าวจะไม่ได้รับสถานะเชลยศึก และอาจถูกดำเนินคดีเนื่องจากการกระทำ อันไม่ชอบด้วยกฎหมายได้²⁴⁸

นอกจากนี้ คู่มือยังรับรองบทบัญญัติของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่าง ประเทศ ซึ่งกำหนดให้พลเรือนได้รับความคุ้มครองจากการโจมตี เว้นแต่ในเวลาที่คุณคนเข้าร่วม โดยตรงในการสู้รบ ซึ่งพลเรือนที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบอาจถูกโจมตีด้วยวิธีการเดียวกับสมาชิก ของกองทัพของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม²⁴⁹ ซึ่งขอบเขตของการสูญเสียความคุ้มครองนี้ยังคงเป็นประเด็นที่ ถกเถียงกัน นักวิชาการหลายท่านเห็นว่า การกระทำบางอย่างเป็นไปตามค่านิยมของการเข้าร่วม โดยตรงในการสู้รบ และการโจมตีที่ถึงแก่ชีวิตเป็นการตอบโต้ที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การยิงปืนพกใส่ ทหาร หรือการกระทำอื่นที่กระทบต่อชีวิตของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม ในขณะที่เดียวกัน มีผู้เห็นว่าการ กระทำที่อยู่ห่างไกล หรือการกระทำโดยอ้อมไม่ถือเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ เช่น คนงานใน โรงงานที่ห่างไกลจากสนามรบ การสนับสนุนการทำสงครามโดยทั่วไป เป็นต้น ซึ่งนักวิชาการจำนวน

²⁴⁶ Ibid. P.10.

²⁴⁷ Ibid. P.14.

²⁴⁸ Ibid. P.15.

²⁴⁹ Ibid. P.19.

มากเห็นว่า การปรากฏตัวของพลเรือนเพียงอย่างเดียวไม่ส่งผลให้เป้าหมายทางทหารได้รับความคุ้มครองจากการโจมตีโดยตรง กล่าวคือ การปรากฏตัวของพลเรือนจะไม่กระทบต่อหลักการแยกแยะเป้าหมาย แต่จะส่งผลกระทบต่อหลักการประเมินตามหลักความได้สัดส่วน เช่น กรณีที่รถบรรทุกที่ขนส่งของไปยังแนวหน้าของสนามรบอาจถูกโจมตีได้ โดยพลเรือนที่เป็นคนขับรถบรรทุกจะถือว่าเป็นความเสียหายข้างเคียงหากมีการโจมตี²⁵⁰

ในประเด็นเรื่องคำนิยามของการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบนั้น เป็นที่ยอมรับในระดับสากลว่าไม่ปรากฏคำนิยามแน่ชัด ในคู่มืออ้างอิงถึงแนวทางการตีความอย่างแคบของ ICRC เกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ซึ่งในคู่มือนี้ระบุชัดเจนว่าสหรัฐอเมริกาไม่ได้รับแนวทางของ ICRC มาใช้บังคับในทางปฏิบัติ แต่สหรัฐอเมริกาอาศัยวิธีการประเมินข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไปในการปรับใช้แนวคิดเรื่องการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบของกลุ่มติดอาวุธที่มีการจัดการ และปัจเจกชนแต่ละคน²⁵¹

วิธีการพิจารณาการกระทำของสหรัฐอเมริกาแสดงให้เห็นว่า สมาชิกของกลุ่มติดอาวุธที่ไม่ใช่รัฐสามารถตกเป็นเป้าหมายของการโจมตีได้บนฐานของความเป็นสมาชิกอย่างเป็นทางการและมีหน้าที่อยู่ในกลุ่มติดอาวุธ ซึ่งไม่ใช่การวิเคราะห์ตามแนวคิดเรื่องการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ แต่เป็นเพียงการพิจารณาการตกเป็นเป้าหมายบนฐานของความเป็นสมาชิกในการโจมตีในกรณีของปัจเจกชนที่ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มติดอาวุธที่ไม่ใช่รัฐ กองทัพของสหรัฐอเมริกาสงสัยการพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป และภายหลังการพิจารณาปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมดรวมถึงข้อเท็จจริงและข้อมูลที่มีอยู่ในขณะนั้น ผู้มีอำนาจตัดสินใจอาจโจมตี หรือประกาศว่าบุคคลดังกล่าวเป็นศัตรูได้²⁵²

3.2.1.1.5 Law of War Manual

Law of War Manual หรือคู่มือกฎหมายว่าด้วยสงครามนี้ จัดทำขึ้นเสร็จสมบูรณ์ในปี ค.ศ. 2005 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ข้อมูลเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยสงครามเฉพาะประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เช่น การทำการสู้รบ และการคุ้มครองเหยื่อ

²⁵⁰ Ibid.

²⁵¹ Ibid. P. 20.

²⁵² Ibid.

สงคราม แก่เจ้าหน้าที่ของกระทรวงกลาโหมที่มีหน้าที่ในการปรับใช้กฎหมายว่าด้วยสงครามและปฏิบัติการทางทหาร โดยเป็นเพียงการสะท้อนมุมมองทางกฎหมายของกระทรวงกลาโหมในเวลาที่คู่มือนี้ประกาศใช้เท่านั้น ไม่เป็นการก่อให้เกิดสิทธิ ประโยชน์ หรือก่อให้เกิดผลใด ๆ ทางกฎหมายต่อสหรัฐอเมริกา หรือหน่วยงานของสหรัฐอเมริกา²⁵³

คู่มือกฎหมายว่าด้วยสงครามนี้ประกอบด้วยกฎเกณฑ์ทางกฎหมายหลักการพื้นฐาน เช่น หลักความจำเป็นทางทหาร หลักมนุษยธรรม หลักความได้สัดส่วน หลักการแยกแยะเป้าหมาย เป็นต้น รวมถึงระบุทางปฏิบัติของกระทรวงกลาโหม

ในประเด็นเรื่องของการทำการสู้รบ คู่มือระบุเนื้อหาเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ที่ใช้ในการคุ้มครองพลเรือน กฎเกณฑ์ที่ใช้ในการโจมตี การแยกแยะเป้าหมาย หลักความได้สัดส่วน เป็นต้น ซึ่งแนวคิดเกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบถูกระบุไว้ภายใต้ประเด็นเรื่องของการทำการสู้รบด้วย

ในส่วนของคำนิยามเกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ คู่มือนี้เห็นว่าการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบอย่างน้อยที่สุดจะรวมถึงการกระทำที่โดยลักษณะและวัตถุประสงค์มุ่งก่อให้เกิดความเสียหายอย่างแท้จริงต่อศัตรู ซึ่งเป็นการขยายขอบเขตของการกระทำนอกเหนือจากการกระทำต่อสู้ และยังครอบคลุมถึงการกระทำบางอย่างที่เป็นส่วนสำคัญของปฏิบัติการ หรือเป็นส่วนสำคัญที่ส่งเสริมความสามารถของคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามในการดำเนินปฏิบัติการทางทหาร²⁵⁴ แต่การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบไม่รวมถึงการกระทำของประชากรพลเรือนที่เป็นการสนับสนุนการทำสงครามของรัฐ เช่น การซื้อพันธบัตรรัฐบาลที่ออกเพื่อระดมทุนเพื่อใช้ในการทำสงคราม (War Bonds)²⁵⁵ เป็นต้น

การพิจารณาว่าการกระทำของพลเรือนเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่ขึ้นอยู่กับบริบทของแต่ละสถานการณ์ เช่น อาวุธ หรือวิธีการของพลเรือนที่ใช้ในระหว่างความขัดแย้ง เช่น ในบางสถานการณ์ การฝึกและการสนับสนุนด้านการขนส่งอาจจะถูกมองได้ว่าเป็น

²⁵³ the United States of America, "Law of War Manual," ed. Department of Defense (2015). P. 1.

²⁵⁴ Ibid. P. 228-229.

²⁵⁵ Ibid. P. 229.

การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ แต่ในขณะเดียวกัน ในบริบทอื่น การกระทำนี้อาจไม่ถือเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ²⁵⁶ ซึ่งอาจมีข้อพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับการกระทำดังต่อไปนี้²⁵⁷

1) ระดับของอันตรายที่เกิดขึ้นจากการกระทำต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม เช่น การกระทำอาจก่อให้เกิดการเสียชีวิต ความเสียหายต่อบุคคล หรือทรัพย์สินของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม หรืออยู่ในระดับที่น่าจะก่อให้เกิดผลกระทบทางลบต่อปฏิบัติการทางทหาร หรือความสามารถทางทหารของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม

2) ระดับของความเชื่อมโยงระหว่างการกระทำและการสู้รบ เช่น ความใกล้ชิดกับการต่อสู้ทางด้านระยะเวลา หรือทางด้านภูมิศาสตร์ หรือระดับของความเกี่ยวข้องระหว่างการกระทำและปฏิบัติการทางทหาร

3) เป้าหมายเฉพาะเจาะจงที่อยู่เบื้องหลังการกระทำ เช่น การกระทำที่มีเจตนาส่งเสริมคู่กรณีฝ่ายหนึ่งของความขัดแย้งเพื่อก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม

4) ความสำคัญทางทหารของการกระทำต่อการทำสงครามของคู่กรณี เช่น ระดับของการช่วยเหลือของกระทำที่มีต่อปฏิบัติการทางทหารของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งที่กระทำต่อคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม การก่อให้เกิดภัยคุกคามอย่างร้ายแรงต่อคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม เป็นต้น

5) ระดับของการกระทำที่อาจมองได้ว่าเป็นการกระทำทางทหาร เช่น การกระทำที่มักจะกระทำโดยกองทัพในปฏิบัติการทางทหาร ซึ่งรวมถึงการสู้รบ การสนับสนุนการสู้รบ และหน้าที่ในการให้บริการสนับสนุนการสู้รบ หรือความเกี่ยวข้องของการกระทำต่อการตัดสินใจสู้รบ

ตัวอย่างของการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบที่มีผลเป็นการพรากความคุ้มครองของพลเรือนที่กระทำการดังกล่าวจากการตกเป็นเป้าหมายของการโจมตี²⁵⁸ ได้แก่

- การจับอาวุธหรือถืออาวุธต่อสู้กับคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม หรือการพยายามฆ่า ทำให้บาดเจ็บ หรือจับกุมบุคคล หรือทำลายทรัพย์สินของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม เพื่อป้องกันเป้าหมายทางทหารจากการโจมตีของศัตรู การทำหน้าที่เป็นผู้คุ้มกันให้แก่พลรบ กระทำการเป็นสมาชิกของหน่วยติดอาวุธ เข้าร่วมในการวินาศกรรม หรือการวางระเบิด

- การเตรียมการต่อสู้ หรือการกลับจากการต่อสู้

²⁵⁶ Ibid.

²⁵⁷ Ibid. P. 230-231.

²⁵⁸ Ibid. P. 231-232.

- การวางแผน การอนุญาต การเข้าร่วมในปฏิบัติการสู้รบต่อคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม แม้ว่าบุคคลดังกล่าวจะไม่ได้ใช้อาวุธ หรือใช้กำลังในการปฏิบัติการนั้น
- การให้ข้อมูลที่สามารถใช้ในปฏิบัติการสู้รบได้ในทันที
- การจัดหาอาวุธ และยุทธภัณฑ์โดยมีความใกล้ชิดในทางภูมิศาสตร์ และทางระยะเวลากับการใช้ เช่น การขนส่งยุทธภัณฑ์ไปยังแนวหน้า หรือการสวมหรือเตรียมระเบิดพลีชีพเพื่อทำการโจมตี

ตัวอย่างของการกระทำที่ไม่อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบอันส่งผลให้พลเรือนที่กระทำดังกล่าวสูญเสียความคุ้มครองจากการโจมตีไป²⁵⁹ ได้แก่

- การแสดงความเห็นใจ หรือการให้กำลังใจคู่กรณี
 - การสนับสนุนทั่วไปของพลเรือนต่อการทำสงครามของรัฐ เช่น การซื้อพันธบัตร หรือการถ่ายภาษีให้แก่รัฐบาล ซึ่งจะถูกนำไปใช้เป็นเงินทุนของกองทัพ
 - การทำหน้าที่เป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจ ผู้รักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนจากอาชญากรรมที่เกิดขึ้นโดยทั่วไประหว่างสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ
 - นักหนังสือพิมพ์ หรือผู้สื่อข่าวที่เขียนบทความสนับสนุน หรือวิพากษ์วิจารณ์การทำสงครามของรัฐ
 - การทำงานในโรงงานผลิตอาวุธ หรือโรงงานอื่นที่ไม่มีความใกล้ชิดทางภูมิศาสตร์ หรือทางด้านระยะเวลากับปฏิบัติการทางทหาร แต่มีบทบาทในจัดหาอาวุธ หรือสิ่งของอื่นที่เป็นประโยชน์ต่อกองทัพของรัฐ
- การให้ความช่วยเหลือทางการแพทย์ หรือการให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรม

ในทางปฏิบัติของสหรัฐอเมริกา กองทัพจะได้รับอนุญาตให้ใช้กำลังได้เท่าที่จำเป็นและการใช้กำลังนั้นจะต้องได้สัดส่วนในการป้องกันตนเองเพื่อตอบโต้การกระทำที่เป็นปรปักษ์ หรือมีการแสดงเจตนาที่เป็นปรปักษ์ในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ ซึ่งในบางกรณี การกระทำที่เป็นปรปักษ์ หรือการแสดงเจตนาที่เป็นปรปักษ์อาจถือได้ว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบได้ ซึ่งเป็นเพียงส่วนหนึ่งของการกระทำที่เป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบเท่านั้น เนื่องจากการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบอาจเป็นการกระทำที่ไม่เป็นปรปักษ์ หรือแสดงเจตนาที่เป็นปรปักษ์ได้²⁶⁰

²⁵⁹ Ibid. P. 232-233.

²⁶⁰ Ibid. P. 233-234.

ส่วนการระบุเป้าหมายในการโจมตีกลุ่มติดอาวุธที่ไม่ใช่รัฐ สหรัฐอเมริกาไม่พิจารณาว่าสมาชิกของกลุ่มติดอาวุธที่ไม่ใช่รัฐเป็นพลเรือน อันส่งผลให้ต้องบังคับใช้แนวทางในการพิจารณาอื่นเรื่องการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ²⁶¹ แต่สมาชิกดังกล่าวจะถูกโจมตีได้บนฐานของความ เป็นสมาชิก ซึ่งในการโจมตีต้องพิจารณาข้อมูลที่แสดงถึงสถานะความเป็นสมาชิกของบุคคลหนึ่ง ได้แก่ ข้อมูลเกี่ยวกับ ตำแหน่ง ยศ ความจงรักภักดีต่อกลุ่มหรือหัวหน้ากลุ่ม การใส่เครื่องแบบหรือเครื่องแต่ง กายอื่น หรือสัญลักษณ์บนร่างกายที่สามารถระบุถึงสมาชิกของกลุ่มได้ หรือเอกสารที่ออกโดยกลุ่ม ซึ่ง ระบุว่าบุคคลดังกล่าวเป็นสมาชิก เช่น รายชื่อสมาชิก บัตรประจำตัว หรือใบสมัครสมาชิก เป็นต้น²⁶²

หากข้อมูลดังกล่าวไม่ปรากฏเนื่องจากบุคคลนั้นมีการปิดบังความเกี่ยวข้องกับ กลุ่ม ข้อมูลที่อาจระบุได้ว่าบุคคลดังกล่าวเป็นสมาชิก²⁶³ ได้แก่

- 1) การกระทำตามคำสั่งของกลุ่ม หรืออยู่ภายใต้การบังคับบัญชา
- 2) การทำหน้าที่ให้แก่กลุ่มโดยมีลักษณะคล้ายคลึงกับหน้าที่ของ สมาชิกของกองทัพของรัฐ
- 3) การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ โดยคำนึงถึงความถี่ ความรุนแรง และระยะเวลาที่เข้าร่วม
- 4) การประเมินสิ่งอำนวยความสะดวกเช่น บ้านพัก ค่าที่พัก หรือฐาน ทัพที่กลุ่มดังกล่าวใช้ ซึ่งบุคคลภายนอกไม่ได้รับอนุญาตให้เข้า
- 5) การเดินทางโดยใช้เส้นทางลับที่กลุ่มดังกล่าวใช้ หรือ
- 6) การเดินทางกับสมาชิกของกลุ่มในสถานที่ห่างไกล หรือในขณะที่ กลุ่มนั้นกำลังปฏิบัติการ

โดยสรุปแล้ว สหรัฐอเมริกาไม่มีหลักเกณฑ์หรือคำนิยามที่เป็นเอกภาพในการ พิจารณาการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ อีกทั้งคู่มือทางทหาร รวมถึงคู่มืออื่น ๆ ที่ปรากฏแนวทางการปฏิบัติไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย เป็นเพียงข้อเสนอแนะหรือ ความเห็นของผู้ที่ออกคู่มือดังกล่าวเท่านั้น

²⁶¹ Ibid. P. 228.

²⁶² Ibid. P. 222.

²⁶³ Ibid.

จากการศึกษาแนวทางปฏิบัติของสหรัฐอเมริกาในการพิจารณาการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบข้างต้น สามารถแบ่งแนวทางการพิจารณาการกระทำได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ตามสถานะของบุคคล อันได้แก่ บุคคลที่เป็นผู้ก่อการร้าย และบุคคลที่ไม่ใช่ผู้ก่อการร้าย

การตีความการกระทำที่เป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบของผู้ก่อการร้ายจะมีลักษณะเป็นการตีความอย่างกว้าง โดยพิจารณาว่าผู้ก่อการร้ายมีสถานะเป็นพลเรือน และพิจารณาการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบบนฐานของการเป็นสมาชิกของกลุ่มก่อการร้าย และไม่คำนึงว่าบุคคลดังกล่าวจะมีการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่

ส่วนการตีความการกระทำที่เป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบของบุคคลที่ไม่ใช่ผู้ก่อการร้ายจะพิจารณาจากลักษณะของการกระทำ ซึ่งเป็นพิจารณาโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เป็นองค์ประกอบในการตัดสินใจ ซึ่งผู้ตัดสินใจอาจให้น้ำหนักต่างกันแล้วแต่กรณี ดังต่อไปนี้

1. ลักษณะของการกระทำ ได้แก่ การกระทำที่เป็นการก่อให้เกิดภัยคุกคามการกระทำที่เป็นปรปักษ์ หรือมีเจตนาที่เป็นปรปักษ์ โดยไม่จำเป็นต้องมีการใช้อาวุธ
2. ความเชื่อมโยงระหว่างการกระทำและการสู้รบและอันตรายที่เกิดขึ้น ได้แก่ เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางทหาร เป็นส่วนหนึ่งของการก่อให้เกิดอันตราย ไม่ว่าจะ เป็นอันตรายโดยตรงหรือโดยอ้อม เช่น จับอาวุธต่อสู้ ทำให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม
3. เป้าหมายของการกระทำเพื่อส่งเสริมความสามารถของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งและมีวัตถุประสงค์ในการมุ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อกู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง
4. ความใกล้ชิดทางด้านเวลาและภูมิศาสตร์
 - 1) เวลาที่เกิดการกระทำใกล้ชิดกับเวลาที่อันตรายอันเป็นผลจากการกระทำเกิดขึ้น ซึ่งการกระทำดังกล่าวอาจอยู่ในช่วงเตรียมการ หรือกลับจากการต่อสู้
 - 2) การกระทำที่มีความใกล้ชิดทางภูมิศาสตร์ เช่น การกระทำที่เกิดขึ้นใกล้แนวหน้าของการสู้รบ เป็นต้น

การกระทำที่อยู่ห่างไกลจากการสู้รบ หรือการกระทำที่เป็นการเข้าร่วมในการสู้รบโดยอ้อมไม่ถือเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ เช่น การทำงานในโรงงานที่อยู่ห่างจากสนามรบ การสนับสนุนการทำสงครามโดยทั่วไป การให้กำลังใจ การส่งข้อมูลทางทหาร การขนส่งอาวุธ และเสบียงอื่น ๆ

อย่างไรก็ตาม สหรัฐอเมริกายังคงยึดถือแนวทางการพิจารณาบนฐานของข้อมูลที่มีอยู่ในขณะนั้น โดยพิจารณาจะพิจารณาการกระทำเป็นรายกรณีไป เนื่องจากในบางกรณี แม้การกระทำมีลักษณะเป็นสนับสนุนโดยอ้อมก็อาจเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบได้ หากการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งของปฏิบัติการทางทหารที่ไม่สามารถแยกออกจากกันได้ และผลของการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดอันตรายต่อศัตรูอย่างมีนัยสำคัญ เป็นต้น

3.2.1.2 สหราชอาณาจักร (The United Kingdom)

แนวทางปฏิบัติของสหราชอาณาจักรที่นำมาใช้ศึกษาแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการกระทำอันอาจถือได้ว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ได้แก่ ความเห็นของผู้แทนของสหราชอาณาจักร และคู่มือทางทหารของสหราชอาณาจักร

3.2.1.2.1 ความเห็นของผู้แทนรัฐ

กระทรวงการต่างประเทศแห่งราชอาณาจักร หรือสำนักงานการต่างประเทศและเครือรัฐเอกภพ (Foreign and Commonwealth Office) ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบในปี ค.ศ. 2002 ว่า การแยกแยะระหว่างปฏิบัติการที่เป็นการสู้รบและปฏิบัติการที่ไม่ใช่การสู้รบมักไม่เป็นไปตามความเป็นจริง เนื่องจากบุคคลที่ขนส่งทหารและอาวุธไปยังสนามรบอาจมีส่วนร่วมในปฏิบัติการทางทหารมากเท่ากับบุคคลที่ทำหน้าที่ยิงปืนตอบโต้คู่กรณีฝ่ายตรงข้าม เช่นเดียวกับบุคคลที่ช่วยในการซ่อมบำรุง ฝึกการต่อสู้ หาข่าวกรอง วางแผน และการควบคุม ซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อความสามารถของบุคคลที่ทำหน้าที่ในการต่อสู้ ส่วนหน้าที่อื่น ๆ เช่น การเฝ้าระวังสิ่งปลูกสร้างนี้ห่างไกลจากปฏิบัติการทางทหารตามมุมมองของการวางแผนกลยุทธ์ในภาพรวม²⁶⁴ เป็นต้น

3.2.1.2.2 The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict

²⁶⁴ Ricou, "Civilians at War: Reexamining the Status of Civilians Accompanying the Armed Forces."

แนวทางปฏิบัติของสหราชอาณาจักรเกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบยังปรากฏอยู่ใน The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict ซึ่งจัดทำขึ้นในปี ค.ศ. 2004²⁶⁵ โดยคู่มือนี้ถูกใช้เป็นแหล่งอ้างอิงในทางปฏิบัติของสมาชิกกองทัพและเจ้าหน้าที่ภายในกระทรวงกลาโหมของสหราชอาณาจักร รวมถึงหน่วยงานอื่นของรัฐบาล เพื่อปรับใช้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันทางอาวุธที่ในขณะปฏิบัติการทางทหารรวมถึงในเวลาฝึก หรือวางแผนปฏิบัติการทางทหารนั้นด้วย โดยมีขอบเขตของการใช้บังคับคู่มือจำกัดอยู่ที่สถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศระหว่างประเทศเท่านั้น เว้นแต่จะมีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

คู่มือได้ระบุเกี่ยวกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันทางอาวุธ ได้แก่ หลักความจำเป็นทางทหาร หลักมนุษยธรรม หลักการแยกแยะเป้าหมาย และหลักความได้สัดส่วน ซึ่งในส่วนที่ขยายความหลักการแยกแยะเป้าหมาย ได้กล่าวถึงการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบไว้ โดยในคู่มือระบุว่า การตีความการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบแคบกว่าการตีความเรื่องการให้ความช่วยเหลือในการทำสงคราม เช่น การทำงานในโรงงานผลิตอาวุธ หรือการจัดหา หรือการสนับสนุนการทำสงครามไม่ส่งผลให้พลเรือนตกเป็นเป้าหมายโดยชอบจากการกระทำนั้นได้²⁶⁶

นอกจากนี้ คู่มือยังได้กำหนดเกี่ยวกับการโจมตีเป้าหมายที่เป็นทรัพย์สิน ซึ่งอาจเทียบเคียงได้กับการโจมตีเป้าหมายที่เป็นบุคคลได้ว่า ผู้โจมตีต้องแยกแยะระหว่างพลเรือนและพลรบซึ่งเป้าหมายทางทหารที่ชอบด้วยกฎหมาย หน้าที่ในการแยกแยะเป้าหมายนี้ขึ้นอยู่กับข้อมูลที่อยู่ในความครอบครองของผู้บังคับบัญชาในขณะที่ตัดสินใจ หากผู้บังคับบัญชาใช้ความพยายามอย่างสมเหตุสมผลในการรวบรวมข้อมูล ตรวจสอบข้อมูลที่มีอยู่ และใช้หลักสุจริตในการตัดสินใจว่ากำลังโจมตีเป้าหมายทางทหารโดยชอบ ผู้บังคับบัญชาจะไม่ต้องรับผิดชอบด้วยเหตุที่ฝ่าฝืนหลักการแยกแยะเป้าหมายไม่ว่ากรณีใด ๆ ถึงแม้ข้อเท็จจริงปรากฏในภายหลังว่าเป้าหมายดังกล่าวเป็นพลเรือน²⁶⁷

แม้ว่ากองทัพจะอาศัยการสนับสนุนทางด้านเทคนิคและทางด้านบริหารจากพลเรือนมากขึ้น แต่พลเรือนที่ได้รับมอบหมายให้ช่วยเหลือกองทัพในหน้าที่ดังกล่าวยังคงไม่มีสถานะเป็นพลรบ ไม่สามารถแต่งเครื่องแบบ และไม่ได้รับสถานะเชลยศึกเมื่อถูกจับกุม และต้องถือ

²⁶⁵ the United Kingdom, "The Manual of the Law of Armed Conflict."

²⁶⁶ Ibid. P. 24.

²⁶⁷ Ibid.

บัตรประจำตัวพิเศษที่แสดงถึงสถานะของตน และตราใบไต่พลเรือนนั้นไม่ได้เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ พลเรือนดังกล่าวจะไม่สามารถถูกโจมตีได้²⁶⁸

ในส่วนของความคุ้มกันของพลเรือน คู่มือได้อ้างอิงเนื้อหาจากบทบัญญัติของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 โดยระบุว่า พลเรือน คือ บุคคลที่ไม่ใช่สมาชิกของกองทัพและไม่มีสถานะเป็นพลรบ และในกรณีที่มีข้อสงสัย ให้ถือว่าบุคคลดังกล่าวมีสถานะเป็นพลเรือน ส่วนประชากรพลเรือนประกอบด้วยบุคคลทุกคนที่มีสถานะเป็นพลเรือน ประชากรพลเรือนและพลเรือนแต่ละคนไม่สามารถตกเป็นเป้าหมายของการโจมตีได้ และจะได้รับความคุ้มครองจากการโจมตีโดยตรง รวมถึงได้รับการคุ้มครองจากอันตรายที่เกิดขึ้นจากปฏิบัติการทางทหาร แต่ไม่มีสิทธิเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ หากพลเรือนเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบจะส่งผลให้พลเรือนนั้นสูญเสียความคุ้มกัน²⁶⁹

พลเรือนเข้าจะร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่นั้นเป็นประเด็นปัญหาทางข้อเท็จจริง พลเรือนที่จับอาวุธหรือเข้าร่วมในการทำลายสิ่งปลูกสร้างทางทหารถือว่าเป็นพลเรือนที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ส่วนพลเรือนที่ทำงานในซ่อมบำรุงเครื่องจักรของทหาร หรือโรงงานผลิตอาวุธ หรือขับรถของทหารไม่ถือว่าเป็นส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบ แต่มีความเสี่ยงที่จะได้รับอันตรายจากการโจมตีเป้าหมายทางทหารนั้น เนื่องจากเป้าหมายทางทหารอาจถูกโจมตีได้ไม่ว่าพลเรือนจะปรากฏตัวอยู่หรือไม่²⁷⁰

ในทางปฏิบัติของการปรับใช้หลักเรื่องความคุ้มกันของพลเรือน และกฎเกณฑ์ของข้อสงสัย (Rule of Doubt) ผู้บังคับบัญชาและบุคคลอื่นที่รับผิดชอบเรื่องการวางแผนการตัดสินใจ หรือการโจมตี จำเป็นต้องตัดสินใจบนฐานของการประเมินข้อมูลจากทุกแหล่งที่มีอยู่ในขณะนั้น ในกรณีที่เป็นที่สงสัยเกี่ยวกับสถานะของปัจเจกบุคคล บุคคลดังกล่าวจะได้รับประโยชน์จากข้อสงสัยและให้ถือว่าบุคคลนั้นมีสถานะเป็นพลเรือน และกฎเกณฑ์ของข้อสงสัยนี้ไม่มีสถานะเหนือหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาในการคุ้มครองความปลอดภัยของกองทัพภายใต้การบังคับบัญชาของตน หรือหน้าที่ในการรักษาสถานการทางทหาร²⁷¹

²⁶⁸ Ibid. P. 39.

²⁶⁹ Ibid. P. 53-54.

²⁷⁰ Ibid. P. 54.

²⁷¹ Ibid.

โดยสรุปเกี่ยวกับแนวทางปฏิบัติของสหประชาชาติว่า ในการพิจารณาการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบนั้น หน้าที่ของบุคคลไม่ใช่ปัจจัยสำคัญในการพิจารณาการกระทำที่เป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ แม้ว่าบุคคลดังกล่าวทำหน้าที่เป็นเพียงฝ่ายสนับสนุนปฏิบัติการทางทหาร แต่หากเป็นการกระทำที่มีความสำคัญต่อการปฏิบัติการดังกล่าว การกระทำของบุคคลนั้นถือเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบได้ ซึ่งการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบไม่รวมถึงการช่วยเหลือในการทำสงครามทั่วไป และการพิจารณาการกระทำแต่ละการกระทำต้องประเมินข้อมูลจากทุกแหล่งที่มีอยู่ในขณะนั้น

3.2.1.3 ประเทศอิสราเอล (Israel)

รายงานเกี่ยวกับทางปฏิบัติของประเทศอิสราเอลระบุว่า ประเทศอิสราเอลเห็นว่าพลเรือนสูญเสียความคุ้มครองในกรณีที่พลเรือนมีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบต่อทหาร พลเรือน หรือทรัพย์สินของประเทศอิสราเอล ซึ่งในทางปฏิบัติไม่มีกฎหมายที่ชัดเจน เนื่องจากการกระทำหลายอย่างมีความคลุมเครือ และโดยส่วนมากผู้บังคับบัญชาทหารต้องตัดสินใจบนฐานของข้อมูลที่ไม่สมบูรณ์ที่มีอยู่ในเวลาที่โจมตี ซึ่งไม่สามารถใช้หลักเกณฑ์ที่ต้องอาศัยข้อเท็จจริงที่ชัดเจนในความเป็นจริงได้ ตัวอย่างข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในประเทศเลบานอน พลเรือนในเลบานอนถืออาวุธเป็นเรื่องปกติ จึงไม่สามารถอาศัยข้อเท็จจริงที่ว่าการที่ปัจเจกบุคคลหนึ่งถืออาวุธอย่างเปิดเผยจะส่งผลให้ปัจเจกบุคคลดังกล่าวสูญเสียสถานะที่ได้รับความคุ้มครองจากการโจมตีโดยอัตโนมัติได้ หรือในกรณีที่ปัจเจกบุคคลได้ยิงปืนตอบโต้ต่อภัยคุกคามแล้ว ไม่สามารถแยกแยะได้ว่าปัจเจกบุคคลนั้นได้ใช้อาวุธหรือเพียงแค่ถืออาวุธเท่านั้น²⁷²

ส่วนเรื่องของการปรับใช้แนวคิดเรื่องการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบนั้น ประเทศอิสราเอลใช้วิธีการตีความอย่างกว้าง ในกรณีที่เป็นการศึกษาการกระทำของผู้ก่อการร้าย เช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกา โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป และอาศัยการตรวจสอบความเป็นสมาชิกของผู้เข้าร่วมแทนที่จะพิจารณาจากการกระทำ²⁷³ เห็นได้จากการที่ศาลในคดี The Public Committee Against Torture in Israel v. Israel ซึ่งเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 2005 ตัดสินว่า

²⁷² Jean-Marie Henckaeters and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law Volume II: Practice Part 1*. P. 120-121.

²⁷³ Galvin, "Direct Participation in Hostilities: A Proposition for U.S. Reaction to the Icr's Interpretive Guidance and Formulation for a Practicable Definition." P. 62.

ผู้ก่อการร้ายไม่มีสถานะเป็นพลรบเนื่องจากไม่ได้เป็นสมาชิกของกองทัพของรัฐ และไม่ได้เป็นไปตามเงื่อนไขของอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 3 จึงไม่ได้สถานะเชลยศึก หรือความคุ้มครองในฐานะที่เป็นพลรบด้วย ดังนั้น ผู้ก่อการร้ายจึงมีสถานะเป็นพลเรือน²⁷⁴ การที่ผู้ก่อการร้ายจะตกเป็นเป้าหมายของการโจมตีได้หรือไม่ ขึ้นอยู่กับว่าผู้ก่อการร้ายเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่²⁷⁵ การพิจารณาความคิดเรื่องการเข้าร่วม “โดยตรง” นี้ ศาลให้ความเห็นในมุมมองกว้าง โดยให้การกระทำที่ถือว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบครอบคลุมถึง การที่พลเรือนฆ่าหรือควบคุมเชลย การรวบรวมข้อมูลทางเทคนิค ควบคุมระบบอาวุธ ควบคุมปฏิบัติการ ให้บริการทางอาวุธ ขนส่งผู้ก่อการร้ายไปยังสถานที่ที่มีการโจมตี เป็นต้น²⁷⁶ แม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะอยู่ห่างไกลจากสถานที่ใช้อาวุธก็ตาม ในส่วนของผู้ก่อการร้ายที่ทำหน้าที่เกณฑ์สมาชิก วางแผน และเป็นหัวหน้า ถือว่าเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบเช่นกัน²⁷⁷ ความเห็นของศาลจึงสอดคล้องกับการให้เหตุผลของสหรัฐอเมริกาในการโจมตี Zarqawi และ al-Harethi ซึ่งเป็นหัวหน้าของกลุ่มอัลกออิดะฮ์²⁷⁸ ดังที่อธิบายมาแล้วข้างต้น

คำพิพากษาของศาลสูงของประเทศอิสราเอลในคดีข้างต้น เกี่ยวกับมุมมองของการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบได้ถูกนำมากล่าวซ้ำโดย ICRC ซึ่งถูกใช้อธิบายว่า พลเรือนจะเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบต่อเมื่อพลเรืوندังกล่าวเข้าร่วมทางกายภาพในการสู้รบ หรือเมื่อพลเรือนนั้นวางแผน ตัดสินใจ หรือใช้ให้ผู้อื่นเข้าร่วม พลเรือนที่ถืออาวุธไปยังสถานที่ หรือมาจากสถานที่ที่พลเรือนดังกล่าวจะใช้หรือได้ใช้อาวุธนั้น ถือว่าพลเรือนนั้นกำลังเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ในกรณีอื่นที่นอกเหนือจากนี้เป็นการสนับสนุนโดยอ้อม ซึ่งรวมถึงการจำหน่ายเสบียง และการให้การสนับสนุนทางการเงินกับการสู้รบ ส่วนกรณีที่อยู่มีลักษณะคลุมเครือ เช่น การจัดเก็บรวบรวมข้อมูล การให้บริการทางด้านอาวุธ หรือการเป็นโล่มนุษย์เป็นการกระทำที่เป็นการเข้าร่วมโดยตรง²⁷⁹

3.2.1.4 ประเทศออสเตรเลีย (Australia)

²⁷⁴ *Public Committee against Torture in Israel ('Pcati') V Government of Israel*. Paras. 24-25.

²⁷⁵ *Ibid.* Para. 26.

²⁷⁶ *Ibid.* Para. 35.

²⁷⁷ *Ibid.* Para. 37.

²⁷⁸ Christensen, "The Dilemma of Direct Participation in Hostilities." P. 30.

²⁷⁹ International Committee of the Red Cross, "Summary Report of Second Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law." P. 7.

ประเทศออสเตรเลียจัดทำ Defence Force Manual ในปี ค.ศ. 1994 ซึ่งระบุเกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบไว้ว่า พลเรือนจะได้รับความคุ้มครองเฉพาะในเวลาที่ไม่ได้เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ซึ่งเป็นไปตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศทั่วไป และพลเรือนที่ทำงานอยู่ที่ฐานทัพอากาศของรัฐไม่จำเป็นว่าพลเรือนจะต้องเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ²⁸⁰ ส่วน Law of Armed Conflict Manual ที่จัดทำขึ้นในปี ค.ศ. 2006²⁸¹ กำหนดในลักษณะเดียวกันกับ Defence Force Manual ว่า พลเรือนจะได้รับความคุ้มครองเฉพาะในเวลาที่ไม่ได้เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ พลเรือนจะมีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบหรือไม่เป็นประเด็นปัญหาซึ่งต้องตัดสินจากข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี

หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า พลเรือนถืออาวุธและเข้าร่วมในปฏิบัติการทางทหาร เป็นกรณีที่มีความชัดเจนว่าพลเรืงดังกล่าวเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ แต่พลเรือนที่ทำงานในร้านค้าของฐานทัพอากาศไม่จำเป็นว่าจะจะเป็นพลเรือนที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ แต่คลังพัสดุ หรือสิ่งปลูกสร้างของกองทัพ ซึ่งมีลักษณะที่เป็นสถานที่ที่มีความชัดเจนว่าเป็นเป้าหมายทางทหารซึ่งอาจถูกโจมตีได้ และพลเรือนที่ทำงานอยู่ในสถานที่ดังกล่าวอาจได้รับผลกระทบจากการโจมตีเป้าหมายทางทหารโดยชอบด้วยกฎหมายได้ แต่การปรากฏตัวของพลเรือนในสถานที่ดังกล่าว จะไม่ส่งผลกระทบต่อสถานะของสถานที่ซึ่งมีลักษณะทางทหาร

จากทางปฏิบัติของประเทศออสเตรเลียที่ปรากฏอยู่ในคู่มืออาจตีความได้ว่า การกระทำของพลเรือนที่มีความชัดเจนว่าเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ เช่น การจับอาวุธต่อสู้ หรือการมีส่วนร่วมในปฏิบัติการทางทหารอย่างแท้จริง เป็นข้อเท็จจริงที่จะส่งผลให้พลเรือนเสียความคุ้มครองจากการโจมตีได้โดยไม่พิจารณาถึงข้อเท็จจริงประการอื่นเนื่องจากมีความชัดเจนเพียงพอแล้ว แต่ในกรณีที่ยังเป็นที่สงสัยว่าการมีส่วนร่วมของพลเรือนในการสู้รบนี้ อาจถือได้ว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่ ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป

3.2.1.5 ประเทศเนเธอร์แลนด์ (Netherlands)

²⁸⁰ Australia, "Manual on Law of Armed Conflict, Australian Defence Force Publication," Operations Series (Australian Defence Force Publication, 1994).

²⁸¹ "Manual of the Law of Armed Conflict," ed. Australian Defence Headquarters (Australian Defence Doctrine Publication, 2006).

ทางปฏิบัติของเนเธอร์แลนด์เกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบปรากฏอยู่ใน The Military Manual ซึ่งจัดทำขึ้นในปี ค.ศ. 1993 ซึ่งกล่าวไว้ว่า การกระทำที่เป็นการผลิตและการขนส่งวัสดุทางทหารไม่ถือว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ และการที่พลเรือนทำงานในโรงงานผลิตอาวุธไม่ส่งผลให้โรงงานนั้นเปลี่ยนสถานะเป็นทรัพย์สินของพลเรือน²⁸²

ต่อมาได้มีการจัดทำ The Military Manual ขึ้นใหม่ในปี ค.ศ. 2005 ในคู่มือกล่าวถึง การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบไว้มากขึ้น โดยกำหนดให้การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบประกอบด้วย การกระทำที่มากกว่าการเข้าร่วมในการต่อสู้ ซึ่งครอบคลุมถึงการสนับสนุนโดยตรงต่อปฏิบัติการทางทหาร ส่วนเกณฑ์ที่ใช้ในการประเมินว่าการเข้าร่วมในการสู้รบเกิดขึ้นหรือไม่ ต้องพิจารณาจากปัจจัย ด้านลักษณะของการกระทำและสถานที่ที่การกระทำนั้นเกิดขึ้น อีกทั้งมีการให้คำนิยามของการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบว่า การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ หมายถึง การทำสงครามที่มุ่งต่อบุคคลหรือ ยุทธโศภกรรมของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม เช่น การยิงทหารของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม การขว้างระเบิดขวด การระเบิดสะพานที่คู่กรณีฝ่ายตรงข้ามใช้ขนส่งสิ่งของและยุทธโศภกรรมไปยังสถานที่ที่มีการต่อสู้เกิดขึ้น แต่การกระทำที่เป็นการผลิตหรือขนส่งสิ่งของทางทหารไปยังพื้นที่แนวหลังไม่ถือเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ²⁸³

เมื่อพิจารณาทางปฏิบัติของประเทศเนเธอร์แลนด์เกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบอาจสรุปได้ว่าการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบเป็นการกระทำที่มุ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม รวมถึงการสนับสนุนโดยตรงต่อปฏิบัติการทางทหาร ซึ่งต้องพิจารณาการกระทำ ประกอบกับข้อเท็จจริงที่มีอยู่ในขณะนั้น แต่ไม่ครอบคลุมถึงการกระทำที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายโดยตรง

3.2.2 ความตกลงระหว่างประเทศ

อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (Vienna Convention on the Law of Treaties) ฉบับปี ค.ศ. 1969 ในข้อ 2(a) กำหนดให้คำว่า “สนธิสัญญา” (Treaty) หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศที่สร้างขึ้นระหว่างรัฐ โดยจัดทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะทำเป็นตราสารฉบับเดียวหรือมากกว่า และไม่ว่าจะมีชื่อเรียกว่า

²⁸² International Committee of the Red Cross, "Customary Ihl Database".

²⁸³ Ibid.

อย่างไร²⁸⁴ ซึ่งความตกลงระหว่างประเทศนี้เป็นการแสดงเจตจำนงร่วมกันของรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐจึงอาจถือได้ว่าเป็นการแสดงออกถึงแนวทางปฏิบัติของรัฐในรูปแบบหนึ่งซึ่งมีผลผูกพันรัฐที่เป็นภาคีของตราสารนั้น โดยความตกลงระหว่างประเทศที่จะนำมาศึกษาในประเด็นเรื่องการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบนั้น มีดังต่อไปนี้

3.2.2.1 Memorandum of Understanding on the Application of International Humanitarian Law between Croatia and the Socialist Federal Republic of Yugoslavia

บันทึกความเข้าใจว่าด้วยการปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศระหว่างประเทศโครเอเชีย และสหพันธ์สาธารณรัฐสังคมนิยมยูโกสลาเวีย จัดทำขึ้นในปี ค.ศ. 1991 โดยประเทศโครเอเชีย และยูโกสลาเวียตกลงเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อบุคคลที่ถูกจับกุม การทำการสู้รบ และตกลงที่จะเปิดการไต่สวนโดยพลัน เมื่อได้รับแจ้งอย่างเป็นทางการจาก ICRC ว่ามีการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง และทั้งสองประเทศตกลงที่จะดำเนินมาตรการที่จำเป็นเพื่อยุติการละเมิดที่ถูกกล่าวหา หรือป้องกันไม่ให้เกิดขึ้นอีก รวมถึงลงโทษผู้ที่กระทำการละเมิดโดยสอดคล้องกับกฎหมายที่ใช้บังคับ²⁸⁵ ซึ่งทั้งสองประเทศมีพันธกรณีในการรับประกันว่าจะมีการเคารพกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ²⁸⁶

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ความตกลงกำหนดแต่เพียงว่าการสู้รบจะต้องกระทำโดยสอดคล้องกับข้อ 51(3) ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ซึ่งกำหนดว่า พลเรือนจะได้รับความคุ้มครองจากการโจมตี เว้นแต่ในเวลาที่เกี่ยวข้องโดยตรงในการสู้รบ²⁸⁷

²⁸⁴ "Vienna Convention on the Law of Treaties 1969."

Article 2(a)

"“treaty” means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation”

²⁸⁵ Wing Commander (Dr) U C Jha, *Armed Conflict and Environmental Damage* (New Delhi: Vji Books India Pvt Ltd, 2014), P. 280.

²⁸⁶ International Committee of the Red Cross, "Customary Ihl Database ".

²⁸⁷ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977."

Article 51(3)

3.2.2.2 *Agreement on the Application of International Humanitarian Law between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina*

ความตกลงว่าด้วยการปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศระหว่างคู่กรณีของความขัดแย้งในประเทศบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาจัดทำขึ้นในปี ค.ศ. 1992 โดยเกิดจากการประชุมกันเพื่อแลกเปลี่ยนมุมมองในการปรับใช้และการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในบริบทของความขัดแย้งในประเทศบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา และเพื่อหาทางแก้ไขของปัญหาทางมนุษยธรรม²⁸⁸

รัฐภาคีของความตกลงนี้ตกลงที่จะใช้กฎเกณฑ์ทั่วไปที่กำหนดเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อบุคคลประเภทต่าง ๆ รวมทั้งตกลงที่จะให้ความช่วยเหลือประชากรพลเรือน และส่งเสริมให้มีการเคารพหลักเกณฑ์และกฎเกณฑ์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ความตกลงนี้กำหนดเพียงว่า การสู้รบจะต้องกระทำโดยสอดคล้องกับข้อ 51(3) ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ซึ่งกำหนดให้พลเรือนเสียความคุ้มครองจากการโจมตีในขณะที่พลเรือนดังกล่าวเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ²⁸⁹

จากตัวอย่างของความตกลงระหว่างประเทศ 2 ฉบับข้างต้นจะเห็นได้ว่า ความตกลงระหว่างประเทศเป็นเพียงการรับรองกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่บัญญัติเกี่ยวกับการสูญเสียความคุ้มครองของพลเรือนเนื่องจากการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบเท่านั้น แต่ไม่มีการให้คำนิยาม หรือให้ลักษณะของการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบไว้แต่อย่างใด ดังนั้นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบของพลเรือนยังคงไม่มีความชัดเจนในบริบทของความตกลงระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน

“Civilians shall enjoy the protection afforded by this Section, unless and for such time as they take a direct part in hostilities.”

²⁸⁸ International Committee of the Red Cross, "Former Yugoslavia, Special Agreements between the Parties to the Conflicts," <https://casebook.icrc.org/case-study/former-yugoslavia-special-agreements-between-parties-conflicts> [22 February 2018].

²⁸⁹ International Committee of the Red Cross, "Customary Ihl Database ".

3.3 คำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ

คำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ เป็นแนวทางปฏิบัติรูปแบบหนึ่งที่จะนำมาใช้ในศึกษา และถึงแม้ว่าคำพิพากษาของศาลภายในประเทศจะเป็นส่วนหนึ่งของทางปฏิบัติของรัฐ แต่เพื่อก่อให้เกิดความชัดเจน และเพื่อก่อให้เกิดความเข้าใจโดยง่ายในการศึกษาแนวทางปฏิบัติตามประเภทของตัวแสดงในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ผู้เขียนจึงศึกษาคำพิพากษาของศาลภายในประเทศภายใต้หัวข้อนี้ โดยจะแบ่งประเภทของทางปฏิบัติของศาลออกเป็น คำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ และคำพิพากษาของศาลภายในประเทศ

3.3.1 คำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ

ในสังคมนานาชาติ ไม่ปรากฏว่ามีองค์กรตุลาการถาวรที่มีอำนาจเด็ดขาดและทำหน้าที่พิจารณาคดีที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐ หรือระหว่างรัฐและปัจเจกบุคคลเช่นเดียวกับองค์กรตุลาการภายในของรัฐแต่ละรัฐ และแม้ว่าจะมีการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศขึ้น ยังคงเกิดความไม่ชัดเจนและความไม่แน่นอนว่ารัฐหรือบุคคลที่มีหน้าที่ตามคำพิพากษาจะปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศหรือไม่ เนื่องจากไม่มีกลไกหรือหน่วยงานในการบังคับให้ปฏิบัติตามคำพิพากษา²⁹⁰ แต่ในบางกรณีการบังคับการให้เป็นไปตามคำพิพากษาอาจกระทำโดยรัฐภายใต้ความตกลงหนึ่ง²⁹¹ อีกทั้งเขตอำนาจของศาลระหว่างประเทศขึ้นอยู่กับความตกลงระหว่างรัฐ ซึ่งรัฐแต่ละรัฐมีสิทธิเลือกที่จะเข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญาที่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการพิจารณาคดี และเนื้อหาสาระที่จะนำเสนอต่อศาลนั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากรัฐภาคีที่เกี่ยวข้องอีกครั้งหนึ่ง²⁹² ดังนั้นเขตอำนาจของศาลระหว่างประเทศจึงขึ้นอยู่กับความยินยอมของรัฐเป็นสำคัญ

ในแง่ของบ่อเกิดแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ คำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศเป็นเครื่องมือลำดับรองในการกำหนดกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย ตามที่ระบุไว้ในธรรมนูญศาลยุติธรรม

²⁹⁰ Joseph Sinde Warioba, "Monitoring Compliance with and Enforcement of Binding Decisions of International Courts," *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 5 (2001). P. 42.

²⁹¹ Ibid. P. 49.

²⁹² Ibid. P. 43.

ระหว่างประเทศ ข้อ 38(1)²⁹³ ซึ่งมีบทบาทในการพัฒนาและทำให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับกฎหมายและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ²⁹⁴ รวมถึงมีส่วนช่วยให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศตกผลึกได้²⁹⁵ ดังนั้น ในการพิจารณาการกระทำอันถือได้ว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบซึ่งไม่ปรากฏคำนิยาม หรือหลักเกณฑ์ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และไม่ปรากฏกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ รวมถึงหลักกฎหมายทั่วไป การศึกษาคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องจึงมีประโยชน์ในการที่จะวิเคราะห์แนวทางการพิจารณาการกระทำจากการให้เหตุผลของศาล โดยผู้เขียนจะหยิบยกตัวอย่างคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศมาศึกษาดังต่อไปนี้

3.3.1.1 คำพิพากษาของคณะตุลาการอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย

องค์คณะของคณะตุลาการอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia หรือ ICTY) เป็นศาลเฉพาะกิจที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยองค์การสหประชาชาติในปี ค.ศ. 1993 เพื่อตอบโต้ความโหดร้ายที่เกิดขึ้นจำนวนมากในประเทศโครเอเชีย ประเทศบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา ซึ่งมีพลเรือนนับพันคนถูกสังหารและได้รับบาดเจ็บ ถูกทรมาน และถูกล่วงละเมิดทางเพศในค่ายกักกัน และพลเรือนจำนวนหนึ่งถูกขับไล่ออก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

²⁹³ "Statute of the International Court of Justice."

Article 38(1)

"The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;

b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;

c. the general principles of law recognized by civilized nations;

d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law."

²⁹⁴ Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court* (Cambridge: Grotius Publications Limited, 1982), P. 5.

²⁹⁵ David Kennedy, "The Sources of International Law," *American University International Law Review* 2 (1987). P. 79.

จากบ้านของตน²⁹⁶ ICTY มีเขตอำนาจในการดำเนินคดีบุคคลที่กระทำความผิดฐานละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง ซึ่งกระทำลงบนดินแดนของประเทศยูโกสลาเวียตั้งแต่ปี ค.ศ. 1991 โดยสอดคล้องกับบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตยูโกสลาเวียเดิม (Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia)²⁹⁷

ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตยูโกสลาเวียเดิม กำหนดให้ความผิดที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของ ICTY เป็นการกระทำละเมิดอนุสัญญาเจนีวาทั้งสี่ฉบับอย่างร้ายแรง อันได้แก่ ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา การทรมาน หรือการปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม การก่อให้เกิดการบาดเจ็บต่อร่างกายหรืออนามัยของบุคคลอย่างร้ายแรงโดยเจตนา การทำให้ได้รับความเจ็บปวดทุกข์ทรมาน และการจับพลเรือนเป็นตัวประกัน เป็นต้น²⁹⁸

ในการศึกษาแนวทางการพิจารณารวมถึงความเห็นเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบของ ICTY ผู้เขียนพิจารณาและศึกษาจากคำพิพากษาของ ICTY ดังนี้

²⁹⁶ The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, "About the Icty," <http://www.icty.org/en/about>.

²⁹⁷ "Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia."

Article 1

"The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991 in accordance with the provisions of the present Statute."

²⁹⁸ Ibid.

Article 2

"The International Tribunal shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949, namely the following acts against persons or property protected under the provisions of the relevant Geneva Convention:

- (a) wilful killing;
- (b) torture or inhuman treatment, including biological experiments;
- (c) wilfully causing great suffering or serious injury to body or health;
- (d) extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly;
- (e) compelling a prisoner of war or a civilian to serve in the forces of a hostile power;
- (f) wilfully depriving a prisoner of war or a civilian of the rights of fair and regular trial;
- (g) unlawful deportation or transfer or unlawful confinement of a civilian;
- (h) taking civilians as hostages."

3.3.1.1.1 คำพิพากษาในคดีระหว่าง The Prosecutor กับ Pavle

Strugar

ในคดีระหว่าง Prosecutor กับ Pavle Strugar ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับประเด็นที่ศึกษามีว่า Pavle Strugar เป็นผู้บังคับบัญชากองทัพประชาชนยูโกสลาเวีย หรือ Yugoslav People's Army (“JNA”) และ Second Operational Group (“2 OG”) จนกระทั่งถึงปี ค.ศ. 1992 ICTY พิจารณาตัดสินว่า การระดมยิงตามคำสั่งของ Strugar ในบริเวณที่กองทัพของโครเอเชียยึดพื้นที่อยู่ที่เมืองเก่าของคูบรอฟนิกเป็นการไตร่ตรองไว้ก่อน และไม่ได้มุ่งกระทำต่อบริเวณที่ Strugar เชื่อว่ามีทหารโครเอเชียอยู่จริง ซึ่งการโจมตีดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายเป็นบริเวณกว้าง มีบุคคลเสียชีวิต 2 คน และบาดเจ็บ 2 คน ซึ่งบุคคลดังกล่าวไม่ได้มีส่วนร่วมในการสู้รบ จึงเป็นการโจมตีต่อพลเรือนและทรัพย์สินของพลเรือน ส่งผลให้การกระทำดังกล่าวไม่ชอบด้วยหลักความจำเป็นทางทหาร²⁹⁹ ต่อมา Strugar อุทธรณ์ต่อองค์คณะอุทธรณ์ในประเด็นเรื่อง ความผิดพลาดของข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับขอบเขตของหน้าที่ของ Strugar ในการป้องกันการระดมยิงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ข้อผิดพลาดเกี่ยวกับการพิจารณาลงโทษรวมกัน และข้อผิดพลาดของคำพิพากษา³⁰⁰ ซึ่งองค์คณะอุทธรณ์ ตัดสินคดีในวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 2008

ในส่วนของการพิจารณาเหตุการณ์ที่ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บขณะกำลังไปทำงาน ซึ่งไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ที่ได้รับเสียหายจากการโจมตีกระทำการอันเป็นเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ องค์คณะอุทธรณ์ได้กำหนดหลักกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้เพื่อพิสูจน์ว่ามีการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายจริงประกอบการพิสูจน์ว่าเหยื่อของการกระทำความผิดที่ถูกกล่าวหาเป็นบุคคลที่ไม่มีส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบ ซึ่งองค์คณะเห็นว่า ความคิดเรื่องการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบมีความสำคัญต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งมีความเกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดกับหลักการแยกแยะเป้าหมายระหว่างพลรบและพลเรือนตามพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ซึ่งกำหนดให้ พลรบมีสิทธิเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ และพลเรือนได้รับความคุ้มครองทั่วไปจากอันตรายที่เกิดขึ้นจากปฏิบัติการทางทหาร เว้นแต่ในเวลาที่ยุทธวิธีดังกล่าวเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ซึ่งมีบทบัญญัติของกฎหมาย

²⁹⁹ *Prosecutor V. Pavle Strugar*, Judgement (Appeals Chamber), Case No. IT-01-42-A, 17 July 2008. Paras. 2-3.

³⁰⁰ *Ibid.* Para. 9.

มนุษยธรรมระหว่างประเทศหลายฉบับอ้างถึงแนวคิดเรื่องการเข้าร่วมในการสู้รบไว้ แต่ไม่มีกฎหมายสนธิสัญญา หรือกฎหมายจารีตประเพณีให้คำนิยามเกี่ยวกับแนวคิดเรื่องการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบไว้อย่างชัดเจน³⁰¹

ในคำพิพากษานี้ อธิบายความคิดเรื่องการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบว่า การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบจะต้องอ้างถึงการกระทำอื่นซึ่งแตกต่างจากการกระทำที่ใช้ความรุนแรงหรือที่เป็นอันตรายต่อคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม ในขณะเดียวกัน การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบไม่สามารถครอบคลุมถึงการกระทำที่เป็นการสนับสนุนปฏิบัติการทางทหารของคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง หรือเป็นการสนับสนุน war effort ซึ่งข้อ 15 ของอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 แบ่งแยกชัดเจนระหว่างการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ และการทำหน้าที่ที่มีลักษณะทางทหาร³⁰² การรวมเอาการกระทำทั้งหมดที่เป็นการสนับสนุนปฏิบัติการทางทหารเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบจะทำให้ทางปฏิบัติของหลักการแยกแยะเป้าหมายไร้ความหมาย³⁰³

การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบรวมถึงการใช้หรือถืออาวุธ การเข้าร่วมโดยตรงในการกระทำ กิจกรรม หรือปฏิบัติการทางทหารหรือการสู้รบ การเข้าร่วมในการโจมตีบุคคลทรัพย์สินหรือยุทธโศปกรณ์ของฝ่ายตรงข้าม การส่งข้อมูลทางทหารเพื่อให้พลรบใช้ การขนส่งอาวุธโดยใกล้ชิดกับปฏิบัติการสู้รบ และการทำหน้าที่เป็นผู้รักษาความปลอดภัย เจ้าหน้าที่ด้านข้อมูล ผู้สังเกตการณ์ในนามของกองทัพ เป็นต้น ส่วนตัวอย่างของการเข้าร่วมในการสู้รบโดยอ้อม ได้แก่ การเข้าร่วมในการกระทำที่เป็นการสนับสนุนสงคราม หรือการสนับสนุน military effort ของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งของความขัดแย้ง การขายสินค้าให้แก่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งของความขัดแย้ง การแสดงความเห็นใจต่อคู่กรณี การไม่กระทำการเพื่อป้องกันการเกิดเหตุต่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง การจัดหาอาหารให้แก่คู่กรณีฝ่ายหนึ่ง การรวบรวมและส่งข้อมูลทางทหาร การขนส่งอาวุธ ระเบิด และจัดหาเสบียง ให้คำแนะนำเกี่ยวกับการคัดเลือกทหาร ฝึก หรือการบำรุงรักษาอาวุธ เป็นต้น³⁰⁴

³⁰¹ Ibid. Paras 172-175.

³⁰² "The Fourth Geneva Convention "Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949."

Article 15

".. b) civilian persons who take no part in hostilities, and who, while they reside in the zones, perform no work of a military character."

³⁰³ *Prosecutor V. Pavle Strugar*. Para. 176.

³⁰⁴ Ibid. Para. 177.

องค์คณะอุทธรณ์เห็นว่า ในกรณีที่จะกล่าวหาว่ามีการฝ่าฝืนข้อ 3 ร่วม ภายใต้ข้อ 3 ของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศได้ องค์คณะพิจารณาจะต้องทำให้เป็นที่พอใจจนปราศจากข้อสงสัยว่า เหตุของความผิดที่ถูกกล่าวหาไม่ได้เข้าร่วมในการสู้รบทั้งโดย ลักษณะและวัตถุประสงค์มีเจตนาจะก่อให้เกิดอันตรายอย่างแท้จริงต่อบุคคลหรือยุทธโศภกรรมของ กองทัพศัตรู ซึ่งต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปโดยคำนึงถึงสถานการณ์แวดล้อมของผู้เสียหายขณะที่ ความผิดเกิดขึ้นด้วย³⁰⁵

ในคดีนี้ ผู้เสียหายเป็นคนขับรถซึ่งส่งเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นและต่างชาติในดูบรอฟนิก ให้ Dubrovnik Municipal Crisis Staff ซึ่งผู้เสียหายให้การว่า ในระหว่างเดือนธันวาคม ค.ศ. 1991 ผู้เสียหายขับรถส่งประธานของสภาบริหารของดูบรอฟนิก ซึ่งเป็นประธานของ Dubrovnik Municipal Crisis Staff ด้วย ผู้เสียหายไม่ได้ใส่เครื่องแบบของทหาร และผู้เสียหายได้ให้การว่าเป็น พลเรือน ใส่ชุดของพลเรือนและไม่มีอาวุธ และในขณะที่ผู้เสียหายรับใช้กองทัพของโครเอเชีย ผู้เสียหายไม่ได้ถูกเกณฑ์ไปรบในช่วงสงคราม องค์คณะอุทธรณ์จึงมีความเห็นว่า ผู้เสียหายไม่มีเหตุอัน ควรสงสัยได้ว่าเข้าร่วมในการสู้รบหลังจากการพิจารณาลักษณะและวัตถุประสงค์ของการกระทำ ไม่มีเจตนาที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของกองกำลัง JNA ในดูบรอฟนิกในขณะที่ ได้รับบาดเจ็บ ดังนั้น ผู้เสียหายมีสถานะเป็นพลเรือน และไม่ได้เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ การกระทำ ต่อผู้เสียหายจึงไม่ชอบตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ³⁰⁶

3.3.1.1.2 คำพิพากษาในคดีระหว่าง The Prosecutor กับ Stanislav Galic

ข้อเท็จจริงแห่งคดีเกิดขึ้นในระหว่างการขัดกันทางอาวุธในซาราเยโว Stanislav Galic เป็นผู้บังคับบัญชาหน่วย the Bosnian-Serb Army (“VRS”) ปฏิบัติการในพื้นที่ ซาราเยโว ชื่อ the Sarajevo Romanija Corps (“SRK”) ตั้งแต่วันที่ 10 กันยายน ค.ศ. 1992 จนถึง วันที่ 10 สิงหาคม ค.ศ. 1994 โดยในช่วงระยะเวลาดังกล่าว Galic ถูกกล่าวหาว่าปฏิบัติการลอบยิง และระดมยิงพลเรือนในซาราเยโว จึงมีความรับผิดชอบส่วนบุคคลตามข้อ 7(1) และข้อ 7(3) ของ ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตยูโกสลาเวียเดิม เพื่อการกระทำและละเว้น

³⁰⁵ Ibid. Para. 178.

³⁰⁶ Ibid. Paras. 182-188.

กระทำเกี่ยวกับความผิดฐานก่อการร้าย โจมตีพลเรือน ฆาตกรรม และการกระทำร้ายมนุษยธรรมต่อพลเรือนในเมืองซาราเยโว³⁰⁷

ในคำพิพากษาของ ICTY ซึ่งตัดสินในวันที่ 5 ธันวาคม ค.ศ. 2003 อธิบายว่า ความคุ้มครองจากการโจมตีที่ให้แก่พลเรือนตามข้อ 51 ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 จะระงับลงเมื่อพลเรือนเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ การเข้าร่วมโดยตรงหมายถึง การทำสงครามซึ่งโดยลักษณะหรือวัตถุประสงค์เป็นไปได้อาจก่อให้เกิดอันตรายอย่างแท้จริงต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของกองทัพศัตรู ซึ่งองค์คณะพิจารณาในคดี Kupreskic อธิบายว่า การคุ้มครองพลเรือนและทรัพย์สินของพลเรือนตามกฎหมายระหว่างประเทศอาจยุติลงทั้งหมด หรือลดลง หรือถูกระงับ ถ้าพลเรือนจับอาวุธและเข้าร่วมต่อสู้กับศัตรู และพลเรือนดังกล่าวอาจถูกโจมตีได้โดยชอบด้วยกฎหมายโดยศัตรู ไม่ว่าพลเรือนนั้นจะเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในข้อ 4(a)(2) ของอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 3 หรือไม่ ซึ่งจะส่งผลให้พลเรือนและปัจเจกบุคคลอื่นที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบถือว่าเป็นเป้าหมายทางทหารโดยชอบด้วยกฎหมาย³⁰⁸

3.3.1.2 คำพิพากษาของศาลพิเศษสำหรับสาธารณรัฐเซียร์ราลีโอน

ศาลพิเศษสำหรับสาธารณรัฐเซียร์ราลีโอน (The Special Court for Sierra Leone หรือ SCSL) ถูกจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 2002 โดยเป็นผลมาจากการร้องขอของรัฐบาลของสาธารณรัฐเซียร์ราลีโอนต่อองค์การสหประชาชาติให้จัดตั้งศาลพิเศษขึ้นเพื่อพิจารณาความผิดอาญาร้ายแรงที่กระทำต่อพลเรือนและผู้รักษาสันติภาพของสหประชาชาติในระหว่างสงครามกลางเมืองในปี ค.ศ. 1991 ถึงปี ค.ศ. 2002 โดย SCSL มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีอาญารัฐธรรมนูญอาชญากรรมสงคราม ซึ่งเป็นการละเมิดข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวาทั้งสี่ฉบับ และพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 รวมถึงความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ความผิดฐานละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง และความผิดฐานละเมิดกฎหมายของสาธารณรัฐเซียร์ราลีโอนอย่างร้ายแรง³⁰⁹ SCSL เป็นศาลแรกที่มีลักษณะเป็นศาลผสมระหว่างศาลภายในประเทศและศาลระหว่างประเทศที่พิจารณาความผิดฐาน

³⁰⁷ *The Prosecutor V. Stanislav Galic*, Judgement (Trial Chamber I), Case No. IT-98-29-T, 5 December 2003. Paras 3-4.

³⁰⁸ *Ibid.* Para. 48.

³⁰⁹ The Special Court for Sierra Leone, "Its History and Jurisprudence " <http://www.rscsl.org/>.

อาชญากรรมสงคราม ซึ่งไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของระบบศาลยุติธรรมภายในรัฐ แต่ตั้งอยู่ในประเทศที่
ความผิดอาญาเกิดขึ้น³¹⁰

แนวทางการพิจารณาคดีกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบใน
สถานการณ์การขัดกันทางอาวุธของ SCSL ปรากฏอยู่ในตัวอย่างคำพิพากษา 2 ฉบับ ซึ่งวิทยานิพนธ์นี้
นำมาใช้ศึกษาเพื่อวิเคราะห์แนวทางการตีความการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ดังต่อไปนี้

3.3.1.2.1 คำพิพากษาในคดีระหว่าง The Prosecutor กับ Moinina Fofana และ Allieu Kondewa

Moinina Fofana และ Allieu Kondewa เป็นหัวหน้าของกองกำลัง
ป้องกันพลเรือน หรือ Civil Defense Forces (CDF) ซึ่งเป็นกลุ่มติดอาวุธที่เข้าร่วมในความขัดแย้งใน
เซียร์ราลีโอน เพื่อให้รัฐบาลของประธานาธิบดีคาร์บาร์ที่ถูกขับไล่โดยกลุ่มรวมพลังปฏิวัติก้าวหน้า หรือ
The Revolutionary United Front (RUF) และสภาแห่งกองทัพปฏิวัติ หรือ Armed Forces
Revolutionary Council (AFRC) กลับเข้ามาดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีอีกครั้ง ทั้งสองคนถูกตั้ง
ข้อหา 8 ข้อ เกี่ยวกับอาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งได้กระทำลงในพื้นที่
และตะวันออกของเซียร์ราลีโอน รวมถึงการฆ่า ปฏิบัติอย่างโหดร้าย เช่น ทำให้พิการ ตัดแขนและขา
ทำให้ประชากรพลเรือนเกิดความหวาดกลัว เผาและปล้นทรัพย์สินของพลเรือน ใช้ทหารเด็กในการสู้
รบ และการลงโทษเป็นหมู่

ในคดีนี้ องค์กรพิจารณาของ SCSL ตัดสินเมื่อวันที่ 2 สิงหาคม ค.ศ.
2007 โดยในกระบวนการพิจารณาของคดีนี้ องค์กรพิจารณา ได้ยกข้อ 13 ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 2
ซึ่งกำหนดว่า พลเรือนได้รับความคุ้มครองจากการโจมตีที่พลเรือนดังกล่าวไม่ได้เข้าร่วมโดยตรง
ในการสู้รบมาพิจารณาในประเด็นเกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ซึ่งองค์กรพิจารณาเห็นว่า
การที่จะตัดสินว่าพลเรือนได้เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงโดย
เฉพาะเจาะจงของแต่ละกรณี และต้องมีความสัมพันธ์ที่เพียงพอระหว่างกรกระทำที่เข้าร่วมและผลที่

³¹⁰ Human Rights Watch, "The Special Court for Sierra Leone,"
<https://www.hrw.org/news/2012/04/11/special-court-sierra-leone>.

เกิดขึ้นในทันที และรวมถึงการกระทำที่โดยลักษณะและวัตถุประสงค์มีเจตนาที่จะก่อให้เกิดอันตรายอย่างแท้จริงต่อบุคคลและทรัพย์สินของศัตรู³¹¹

บุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าให้ความร่วมมือกับรัฐบาลหรือกองกำลังติดอาวุธจะกลายเป็นเป้าหมายทางทหารโดยชอบด้วยกฎหมายต่อเมื่อบุคคลดังกล่าวเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ การสนับสนุนโดยอ้อมไม่ก่อให้เกิดเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ และพลเรือนที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบจะตกเป็นเป้าหมายทางทหารโดยชอบระหว่างช่วงเวลาที่เกี่ยวข้องโดยตรงเท่านั้น ถ้ามีข้อสงสัยว่าปัจเจกบุคคลเป็นพลเรือนหรือไม่จะต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลดังกล่าวมีสถานะเป็นพลเรือนที่ไม่สามารถโจมตีได้³¹²

ในการพิจารณาความผิดกรณีที่ใช้เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี เข้าร่วมอย่างแท้จริงในการสู้รบ ผู้พิพากษาขององค์คณะพิจารณา Benjamin Mutanga Itoe ยกตัวอย่างลักษณะของการกระทำที่ถือว่าการเข้าร่วมอย่างแท้จริงในการสู้รบไว้ดังนี้

1. การมีส่วนร่วมเกี่ยวข้องโดยตรงกับการต่อสู้ที่แนวหน้าโดยมีการกระทำที่เป็นการถืออาวุธและยิงต่อสู้ ซึ่งอาจเป็นผลให้ชีวิตตกอยู่ในอันตราย
2. การเข้าร่วมในการกระทำหรือหน้าที่ทางทหาร เช่น การรักษาความปลอดภัยให้แก่สถานที่ทางทหาร หรือยุทธโศปกรณ์ซึ่งเป็นของหน่วยสู้รบ การตั้งด่านตรวจ หรือการเป็นผู้คุ้มกันให้แก่ผู้บังคับบัญชา รวมถึงการได้รับหน้าที่ที่จะต้องเตรียมพร้อมสู้รบตลอดเวลา
3. การมีส่วนร่วมในการขนส่งสิ่งของซึ่งมีลักษณะทางทหารและมีความสำคัญ เช่น อาวุธ ระเบิด และอาวุธร้ายแรงอื่น ๆ ซึ่งออกแบบเพื่อใช้ในการสู้รบไปยังแนวหน้า³¹³

3.3.1.2.2 คำพิพากษาในคดีระหว่าง The Prosecutor กับ Brima, Kamara และ Kanu

³¹¹ *The Prosecutor V. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, Judgement (Trial Chamber I), Case No. SCSL-04-14-T, 2 August 2007. Para. 134.

³¹² *Ibid.* Para. 135.

³¹³ *Ibid.* Separate and Partially dissenting Opinion only on Count 8 of Judge Benjamin Mutanga Itoe, Para. 10.

SCSL ตัดสินคดีนี้เมื่อวันที่ 20 มิถุนายน ค.ศ. 2007 โดยอธิบายว่า การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบไม่จำกัดที่การเข้าร่วมในการต่อสู้เท่านั้น แต่รวมถึงการใช้แรงงานหรือสนับสนุนที่ส่งผลหรือช่วยในปฏิบัติการในความขัดแย้ง เช่น ช่วยบรรทุกของให้หน่วยที่ต่อสู้ หาและ/หรือได้รับอาหาร อาวุธ หรือยุทธโศปกรณ์ เป็นเหยื่อล่อ ส่งสาร สร้างทาง หรือหาทาง หรือเป็นโล่มนุษย์³¹⁴ ซึ่ง SCSL สรุปว่า กองทัพต้องการการสนับสนุนด้านการขนส่งเพื่อช่วยปฏิบัติการทางทหาร การใช้แรงงานหรือการสนับสนุนที่ส่งผล หรือช่วยปฏิบัติการจึงเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ³¹⁵

3.3.1.3 คำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศ

ศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Courts หรือ ICC) เป็นศาลระหว่างประเทศที่ถูกจัดตั้งขึ้นตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ (Rome Statute of the International Criminal Court) ซึ่งมีผลใช้บังคับในปี ค.ศ.2002 และเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนือบุคคลที่กระทำความผิดอาญาร้ายแรง³¹⁶ โดยการกระทำความผิดอาญาอย่างร้ายแรงต่อสังคมระหว่างประเทศที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลนี้ ได้แก่ ความผิดอาญาระหว่างประเทศ (Genocide) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crime Against Humanity) อาชญากรรมสงคราม (War Crimes) และ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

³¹⁴ *The Prosecutor V. Brima, Kamara and Kanu*, Judgment (Trial Chamber II), Case No. SCSL-04-16-T, 20 June 2007.Para 737.

³¹⁵ *Ibid.* Para. 1267.

³¹⁶ "The Rome Statute of the International Criminal Court 1998."

Article 1

"An International Criminal Court is hereby established. It shall be a permanent institution and shall have the power to exercise its jurisdiction over persons for the most serious crimes of international concern...."

อาชญากรรมอันเป็นการรุกราน (Crime of Aggression)³¹⁷ ICC มีความมุ่งหมายให้ผู้กระทำผิดได้รับโทษจากการกระทำความผิดอาญา และช่วยป้องกันไม่ให้อาชญากรรมนั้นเกิดขึ้นอีกครั้งหนึ่ง³¹⁸

ICC ได้พิจารณาและพิพากษาคดีที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบดังในคดีต่อไปนี้

3.3.1.3.1 คำพิพากษาในคดีระหว่าง The Prosecutor กับ Thomas Lubanga Dyilo

คดีนี้เป็นคดีที่ศาลพิจารณาเกี่ยวกับความผิดของ Thomas Lubanga Dyilo ฐานก่ออาชญากรรมสงครามโดยการเกณฑ์เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี และการใช้เด็กให้มีส่วนร่วมอย่างแท้จริงในการสู้รบในการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศตั้งแต่วันที่ 1 กันยายน ค.ศ.2002 ถึงวันที่ 13 สิงหาคม ค.ศ. 2003 ซึ่งเป็นความผิดตามข้อ 8(2)(e)(vii) ของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งกำหนดเกี่ยวกับการเกณฑ์เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปีเข้าร่วมในกองทัพหรือกลุ่มติดอาวุธ หรือใช้เด็กมีส่วนร่วมอย่างแท้จริงในการสู้รบ³¹⁹

ICC ตัดสินเมื่อวันที่ 14 มีนาคม ค.ศ. 2012 โดยองค์คณะพิจารณาเบื้องต้นเห็นว่า การมีส่วนร่วมอย่างแท้จริงในการสู้รบ รวมถึงการมีส่วนร่วมโดยตรงในการต่อสู้ รวมถึงการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

³¹⁷ Ibid.

Article 51

“The jurisdiction of the Court shall be limited to the most serious crimes of concern to the international community as a whole. The Court has jurisdiction in accordance with this Statute with respect to the following crimes:

- (a) The crime of genocide;
- (b) Crimes against humanity;
- (c) War crimes;
- (d) The crime of aggression.”

³¹⁸ International Criminal Court, "About," <https://www.icc-cpi.int/about>

³¹⁹ "The Rome Statute of the International Criminal Court 1998."

Article 8(2)(e)(vii)

“Conscripting or enlisting children under the age of fifteen years into armed forces or groups or using them to participate actively in hostilities; ...”

กระทำที่เกี่ยวข้องกับการต่อสู้ เช่น การสอดแนม การก่อวินาศกรรม และการใช้เด็กที่ด่านตรวจทหาร หรือใช้เด็กเป็นเหยื่อล่อ ผู้ส่งสาร ซึ่งไม่รวมถึงการกระทำที่ไม่เกี่ยวข้องกับการสู้รบอย่างชัดเจน เช่น การส่งอาหารไปยังฐานทัพอากาศ และการทำงานเป็นเจ้าหน้าที่ภายในค่ายทหาร เป็นต้น³²⁰ ส่วนการใช้เด็กป้องกันเป้าหมายทางทหาร หรือทำหน้าที่เป็นคนคุ้มกันให้กับผู้บังคับบัญชาทหารเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการสู้รบ เมื่อการกระทำเหล่านั้นส่งผลโดยตรงต่อปฏิบัติการของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งของความขัดแย้ง³²¹

เด็กที่กระทำการที่ไม่เกี่ยวข้องกับการสู้รบ และทำหน้าที่เป็นคนส่งอาหารให้แก่ฐานทัพอากาศหรือเป็นเจ้าหน้าที่ภายในค่ายทหารไม่ได้เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ³²² เมื่อกลุ่มติดอาวุธใช้เด็กทำหน้าที่แตกต่างกัน ดังนั้น การที่องค์คณะจะตัดสินว่าการกระทำใดเป็นการมีส่วนร่วมอย่างแท้จริงจึงต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป³²³

จากการศึกษาแนวทางการพิจารณาและความเห็นเกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบของศาลระหว่างประเทศแล้วพบว่า ศาลระหว่างประเทศเห็นว่าการกระทำอันถือได้ว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบนั้น จะต้องเป็นการกระทำที่โดยลักษณะและวัตถุประสงค์มีเจตนาที่จะก่อให้เกิดอันตรายหรือความเสียหายอย่างแท้จริงต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม เช่น การใช้หรือถืออาวุธ การเข้าร่วมในปฏิบัติการทางทหาร การส่งข้อมูลให้พลรบใช้ในการโจมตี การขนส่งสิ่งของที่สำคัญต่อปฏิบัติการทางทหาร โดยการกระทำดังกล่าวจะต้องมีความใกล้ชิดหรือเกี่ยวข้องกับปฏิบัติการสู้รบ และมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำที่เข้าร่วมและผลที่เกิดขึ้นในทันที อย่างไรก็ตาม การประเมินการกระทำว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่จะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี โดยคำนึงถึงสถานการณ์แวดล้อมที่เกิดการกระทำนั้นขึ้น

ทั้งนี้ การกระทำที่เป็นการสนับสนุนปฏิบัติการทางทหารโดยอ้อม หรือการเข้าร่วมในการสู้รบโดยอ้อม เช่น การแสดงความเห็นใจ การจัดหาอาหาร การคัดเลือกหรือฝึกทหาร ศาลระหว่างประเทศเห็นว่าไม่เป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ

³²⁰ *The Prosecutor V. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute (Trial Chamber I), Case No. ICC-01/04-01/06, 14 March 2012. Para. 575.

³²¹ *Ibid.* Para. 621.

³²² *Ibid.* Para. 623.

³²³ *Ibid.* Para. 628.

เมื่อศึกษาคำพิพากษาของศาลภายระหว่างประเทศในประเด็นเรื่องแนวทางการตีความการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบแล้ว ในลำดับถัดไปจะเป็นการศึกษาคำพิพากษาของศาลภายในประเทศเพื่อศึกษาแนวทางการตีความรวมถึงความเห็นเกี่ยวกับแนวคิดเรื่องการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบจากคำพิพากษาของศาล ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของทางปฏิบัติของรัฐ จึงมีบทบาทในการตีความ รวมถึงบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งอาจก่อให้เกิดเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้

3.3.2 คำพิพากษาของศาลภายในประเทศ

คำพิพากษาของศาลภายในประเทศได้รับการยอมรับในวงกว้างว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของทางปฏิบัติของรัฐ ซึ่งคำพิพากษาของศาลภายในประเทศนี้เป็นส่วนสำคัญในการกำหนดเนื้อหาของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเช่นเดียวกับ การโต้ตอบทางการทูตระหว่างรัฐ คำสั่งของฝ่ายบริหาร การออกกฎหมายภายใน รวมถึงการแสดงความคิดเห็นโดยรัฐบาลในเวทีระหว่างประเทศ ซึ่งแต่เดิมมีเพียงเฉพาะการกระทำของรัฐบาลที่สามารถให้ความยินยอมผูกพันตนกับความตกลงระหว่างประเทศเท่านั้นที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นทางปฏิบัติของรัฐ³²⁴ อีกทั้งศาลภายในประเทศยังมีบทบาทในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศ³²⁵ ดังนั้นการศึกษาเกี่ยวกับแนวทางการตีความเรื่องการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ จึงจำเป็นต้องศึกษาจากคำพิพากษาภายในประเทศด้วย ผู้เขียนจึงยกตัวอย่างของคำพิพากษาของศาลภายในประเทศที่กล่าวถึงการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ เพื่อสะท้อนความเห็นของศาลเกี่ยวกับแนวทางการตีความ ซึ่งมีดังต่อไปนี้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

3.3.2.1 คำพิพากษาในคดีระหว่าง Ghaleb Nassar Al-Bihani กับ Barack Obama³²⁶

³²⁴ Ingrid Wuerth, "International Law in Domestic Courts and the Jurisdictional Immunities of the State Case," *Melbourne Journal of International Law* 13 (2012). P. 3.

³²⁵ Ibid. P. 11.

³²⁶ *Ghaleb Nassar Al-Bihani V. Barack Obama* Judgement (United States Court of Appeals), Civil Case No. 05-1312(RJL), 28 January 2009.

คดีระหว่าง Ghaleb Nassar Al-Bihani กับ Barack Obama ตัดสินโดย United States Court of Appeals ในวันที่ 28 มกราคม ค.ศ. 2009 โดยมีข้อเท็จจริงว่า Al-Bihani เป็นพลเมืองเยเมนถูกรัฐบาลของสหรัฐอเมริกาคุมขังที่อ่าวกวานตานาโม ประเทศคิวบาตั้งแต่ปี ค.ศ. 2002 เนื่องจากในปี ค.ศ. 2001 Al-Bihani เดินทางไปยังอัฟกานิสถานเพื่อเข้าร่วมกับกลุ่มตาลีบันโดยพักอาศัยอยู่ในที่พักซึ่งรัฐบาลกล่าวหาว่า Al-Bihani มีส่วนเกี่ยวข้องกับอัลกออิดะฮ์ เนื่องจากข้อเท็จจริงที่ว่า Al-Bihani ทำงานในกลุ่มกองกำลังกึ่งทหารที่เป็นพันธมิตรกับตาลีบัน ชื่อกลุ่ม 55th Arab Brigade ซึ่งเป็นกลุ่มที่รวมสมาชิกของอัลกออิดะฮ์ที่ลี้ภัยอยู่แนวหน้ากับพันธมิตรฝ่ายเหนือ (Northern alliance) Al-Bihani ทำหน้าที่เป็นพ่อครัว และช่วยขนส่งอาวุธ แต่ไม่เคยใช้อาวุธสู้รบ ในท้ายสุดภายหลังการโจมตีนำโดยสหรัฐอเมริกา ส่งผลให้ Al-Bihani และกลุ่ม 55th Arab Brigade ที่เหลือทั้งหมดยอมแพ้ให้แก่พันธมิตรฝ่ายเหนือ Al-Bihani ถูกควบคุมตัวจนกระทั่งส่งตัวให้กองทัพของสหรัฐอเมริกา ในปี ค.ศ. 2002 ต่อมากองทัพของสหรัฐอเมริกาส่งตัว Al-Bihani ไปยังกวานตานาโมเพื่อกักขังและสอบสวน คดีนี้จึงมีประเด็นเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการคุมขัง Al-Bihani

ศาลเห็นว่า ไม่มีความจำเป็นต้องมีการใช้อาวุธยิงกองกำลังของสหรัฐอเมริกา หรือกองกำลังผสมจึงจะส่งผลให้ Al-Bihani กลายเป็นพลรบของศัตรูได้ ซึ่ง Al-Bihani ยอมรับว่าตนเองทำงานภายใต้การบังคับบัญชาของกลุ่มอัลกออิดะฮ์ และมีความใกล้ชิดกับกองกำลังของตาลีบัน และอัลกออิดะฮ์ในฐานะที่เป็นสมาชิกของหน่วย 55th Arab Brigade ถึงแม้ว่าจะไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่อยู่ที่แนวหน้าก็ตาม อีกทั้งในขณะที่ล่าถอยจากแนวหน้า Al-Bihani ล่าถอยภายหลังที่สหรัฐอเมริกาเริ่มต้นทิ้งระเบิดยังกลุ่มตาลีบันตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาไปพร้อม ๆ กับกองกำลังของตาลีบันโดยใช้รถบรรทุกของตาลีบัน และมีอาวุธที่ตาลีบันสร้างขึ้นเป็นปืนไรเฟิล Kalashnikov และเดินทางไปยังบ้านพักที่หน่วยของตาลีบันเดินทางไปรวมตัวกันเพื่อปฏิบัติภารกิจใหม่ และเป็นสถานที่ที่ผู้บังคับบัญชาหน่วยของ Al-Bihani ตัดสินใจที่จะยอมแพ้ต่อกองทัพพันธมิตรฝ่ายเหนือ ดังนั้น การทำงานในหน่วยสู้รบที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับอัลกออิดะฮ์เป็นการสนับสนุนตาลีบันโดยตรงโดยการช่วยเหลือในการเตรียมอาหารให้แก่กองกำลังสู้รบทั้งหมด

ศาลจึงเห็นว่า Al-Bihani ถูกกักขังโดยชอบด้วยกฎหมายในฐานะพลรบของศัตรู เนื่องจาก Al-Bihani มีส่วนร่วมหรือสนับสนุนกองกำลังตาลีบันหรืออัลกออิดะฮ์ทั้งก่อนหน้าและภายหลังจากการสู้รบของสหรัฐอเมริกา ครั้งแรกในเดือนตุลาคม ปีค.ศ. 2001

3.3.2.2 คำพิพากษาในคดีระหว่าง *Public Committee against Torture in Israel* กับ *Government of Israel*

ในคดีระหว่าง *Public Committee Against Torture in Israel* กับ *Government of Israel* ถูกตัดสินโดยศาลสูงของประเทศอิสราเอล (Israel Supreme Court) เมื่อวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 2005 ข้อเท็จจริงแห่งคดี คือ รัฐบาลของประเทศอิสราเอลออกนโยบาย "The Policy of Targeted Frustration" ซึ่งตามนโยบายนี้ อนุญาตให้กองกำลังรักษาความมั่นคงสามารถฆ่าสมาชิกขององค์กรก่อการร้ายที่เกี่ยวข้องกับการวางแผน การออกคำสั่ง หรือการก่อการร้ายในอิสราเอลและในบริเวณ Judea, Samaria และฉนวนกาซ่า การโจมตีแต่ละครั้งก่อให้เกิดอันตรายต่อพลเรือนที่บริสุทธิ์³²⁷

ในกระบวนการพิจารณา ผู้ร้องเห็นว่า ในทางกฎหมายระหว่างประเทศไม่ปรากฏสถานะของบุคคลประเภทพลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful combatant) บุคคลที่ไม่ใช่พลรบหรือมีข้อสงสัยว่ามีสถานะพลรบหรือไม่จะมีสถานะพลเรือนโดยอัตโนมัติ ซึ่งบุคคลดังกล่าวมีสิทธิตามสถานะของพลเรือนและจะได้รับความคุ้มครองจากการโจมตีในช่วงสงคราม และพลเรือนที่เข้าร่วมในการต่อสู้ไม่ใช่พลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นเพียงพลเรือนที่ทำผิดกฎหมายอาญาซึ่งยังคงมีสถานะเป็นพลเรือน ผู้ร้องไม่เห็นด้วยกับจุดยืนของรัฐที่ว่าสมาชิกขององค์กรก่อการร้ายเป็นพลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงปฏิเสธที่จะให้สิทธิและความคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศแก่พลรบ แต่ผู้ร้องเห็นว่าสมาชิกขององค์กรก่อการร้ายมีสถานะเป็นพลเรือน นโยบายฆ่าโดยระบุเป้าหมาย (Targeted Killing) จึงเป็นนโยบายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย³²⁸

ส่วนจำเลยเห็นว่า กฎหมายว่าด้วยการขัดกันทางอาวุธอนุญาตให้โจมตีคู่อริของความขัดแย้ง และมีส่วนร่วมในความขัดแย้ง ซึ่งในกรณีนี้สมาชิกขององค์กรก่อการร้ายเป็นคู่อริในความขัดแย้งทางอาวุธระหว่างอิสราเอลและองค์กรก่อการร้าย และเข้ามามีส่วนร่วมโดยตรงในการต่อสู้ ดังนั้น สมาชิกดังกล่าวจึงเป็นเป้าหมายที่สามารถโจมตีได้โดยชอบด้วยกฎหมายเท่าที่ความขัดแย้งยังคงดำเนินต่อ แต่สมาชิกขององค์กรก่อการร้ายจะไม่ได้สิทธิของพลรบตามอนุสัญญาเจนีวาเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยศึก เนื่องจากบุคคลดังกล่าวไม่ได้แยกแยะตนเองออกจากประชากรพล

³²⁷ *Public Committee against Torture in Israel ('Pcati') V Government of Israel*. Paras. 1-2.

³²⁸ *Ibid.* Paras. 5-6.

เรือน ดังนั้นนโยบายฆ่าโดยระบุเป้าหมายจึงชอบด้วยกฎหมาย ถึงแม้ว่าสมาชิกขององค์กรก่อการร้าย จะมีสถานะเป็นพลเรือน แต่สมาชิกดังกล่าวเป็นพลเรือนที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบจึงสามารถถูก โจมตีได้โดยชอบด้วยกฎหมาย พลเรือนที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบนั้นรวมถึงบุคคลทุกคนที่มีส่วน ร่วมโดยตรงในการวางแผน กระทำการ หรือสั่งการให้มีการสู้รบต่อพลเรือนหรือเป้าหมายทางทหาร นั้น เป็นเป้าหมายของการโจมตีที่ชอบด้วยกฎหมาย³²⁹

เมื่อศาลพิจารณาหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าร่วมในการสู้รบ ศาลเห็นว่าจาก ความหมายของคำว่า “การสู้รบ” (Hostilities) ที่ได้รับการยอมรับคือ เป็นการกระทำที่โดยลักษณะ และวัตถุประสงค์นั้นมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดอันตรายอย่างแท้จริงต่อบุคคลและยุทธโศภณกรรมของกองทัพ ซึ่งศาลเห็นว่า ควรเพิ่มข้อความในคำนิยามว่า เป็นการกระทำที่โดยลักษณะและเป้าหมายมุ่งที่จะ ก่อให้เกิดความเสียหายต่อพลเรือนด้วย ซึ่งจากคำนิยามดังกล่าว พลเรือนจะเข้าร่วมโดยตรงในการสู้ รบต่อเมื่อพลเรือนดังกล่าวใช้อาวุธในความขัดแย้งทางอาวุธ รวบรวมข้อมูล หรือเตรียมการสู้รบ ดังนั้น การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบอาจเกิดขึ้นโดยไม่มีการใช้อาวุธได้ ซึ่งคำอธิบายของพิธีสาร เพิ่มเติม ระบุในลักษณะเดียวกันว่า คำว่า “การสู้รบ” ครอบคลุมถึงช่วงเวลาของการกระทำไม่ เพียงแต่ในขณะที่พลเรือนใช้อาวุธอย่างแท้จริงเท่านั้น แต่รวมถึงเวลาที่พลเรือนถืออาวุธและ สถานการณ์ที่พลเรือนสู้รบโดยไม่ใช้อาวุธด้วย

ในการพิจารณาของศาลในประเด็นเรื่อง การมีส่วนร่วมโดยตรง³³⁰ จากข้อ 51(3) ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ซึ่งกำหนดว่า พลเรือนเสียความคุ้มครองจากการโจมตี หากพลเรือนมี ส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบนั้น แสดงให้เห็นว่ามีการแยกแยะระหว่างพลเรือนที่เข้าร่วมโดยตรงในการ สู้รบ และพลเรือนที่เข้าร่วมในการสู้รบโดยอ้อม ซึ่งจะส่งผลต่างกันในเรื่องการเสียความคุ้มครองจาก การโจมตี โดยพลเรือนกลุ่มแรกจะเสียความคุ้มครองจากการโจมตี แต่พลเรือนกลุ่มหลังยังคงได้รับ ความคุ้มครองจากการโจมตีอยู่

ในคำพิพากษาให้ตัวอย่างของการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ได้แก่ กรณีที่บุคคล เก็บรวบรวมข้อมูลลับของกองทัพ บุคคลที่ขนส่งพลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปยัง หรือมาจากสถานที่ ที่การสู้รบเกิดขึ้น บุคคลที่ควบคุมอาวุธที่พลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายใช้ หรือสอดส่องดูแลปฏิบัติการ หรือให้บริการแก่พลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย บุคคลที่กล่าวมาข้างต้นนี้ทำหน้าที่ของพลรบ หน้าที่จึง

³²⁹ Ibid. Paras. 11-12.

³³⁰ Ibid. Para. 33.

เป็นตัวกำหนดการเข้าร่วมในการสู้รบ และคำพิพากษาได้อ้างอิงจากบทความทางวิชาการของ Dieter Fleck ชื่อ *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict* ซึ่งเผยแพร่ในปี ค.ศ. 1995 ว่า พลเรือนที่ฆ่าเชลย ทำลายยุทธโศปกรณ์ หรือรวบรวมข้อมูลในพื้นที่ปฏิบัติการอาจตกเป็นเป้าหมายของการโจมตีได้ ซึ่งการส่งผ่านข้อมูลเกี่ยวกับเป้าหมายเพื่อใช้อาวุธโจมตีเป้าหมายดังกล่าว ถือว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบเช่นกัน ซึ่งการเตรียมปฏิบัติการทางทหารและเจตนาที่จะเข้าร่วมอาจส่งผลให้ความคุ้มกันของพลเรือนถูกระงับได้ แต่ต้องพิสูจน์ว่ามีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับการสู้รบหรือแสดงถึงภัยคุกคามต่อศัตรู ซึ่งจะต้องไม่ตีความกว้างเกินไป³³¹

ส่วนบุคคลที่เข้าร่วมในการสู้รบโดยอ้อม (Taking indirect part in the hostilities) เช่น บุคคลที่ขนส่งอาหาร หรือยาให้แก่พลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย บุคคลที่ช่วยเหลือแก่พลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น ทำหน้าที่วิเคราะห์กลยุทธ์ทั่วไป สนับสนุนด้านการขนส่ง หรือช่วยเหลือทางการเงิน บุคคลที่เผยแพร่โฆษณาชวนเชื่อเพื่อสนับสนุนพลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น³³²

นอกจากนี้ ศาลได้ให้ความเห็นว่า คำว่าการเข้าร่วม “โดยตรง” ไม่ควรตีความอย่างแคบที่หมายความว่าเฉพาะบุคคลที่กระทำการโจมตีทางกายภาพเท่านั้น แต่ควรหมายความรวมถึงบุคคลที่เคลื่อนกำลังผู้กระทำการโจมตีด้วย เช่น บุคคลที่มีอำนาจตัดสินใจสั่งให้กระทำการ และบุคคลที่วางแผนปฏิบัติการ เนื่องจากการกระทำเหล่านี้เป็นการสนับสนุนโดยตรง³³³

3.3.2.3 คำพิพากษาในคดี *Fuel Tankers*³³⁴

คดีนี้ตัดสินโดยศาลมลรัฐของประเทศเยอรมนี ในวันที่ 16 เมษายน ค.ศ. 2010 ข้อเท็จจริงแห่งคดีเกิดขึ้นจากเหตุการณ์โจมตีทางอากาศ โดยทหารยศนายพันของเยอรมนีเป็นผู้สั่งให้โจมตีรถบรรทุกน้ำมัน 2 คันซึ่งถูกสมาชิกของตาลีบันในอัฟกานิสถานขโมยไปก่อนหน้านี้ ซึ่งขณะที่รถบรรทุกกระเปิด ตาลีบันได้ทิ้งระเบิดไปแล้ว และมีพลเรือนจำนวนหนึ่งกำลังถ่ายน้ำมันเพื่อเอาไปใช้ประโยชน์เอง การโจมตีครั้งนี้ส่งผลให้พลเรือนบาดเจ็บและเสียชีวิตมากกว่า 100 คน

³³¹ Ibid. Para. 35.

³³² Ibid.

³³³ Ibid. Para. 37.

³³⁴ Joshua Andresen, "New Voices: Challenging the Perplexity over Jus in Bello Proportionality," *European Journal of Legal Studies* 7, no. 2 (2014). P. 23.

การประเมินความชอบด้วยกฎหมายของการโจมตีทางทหารในการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศซึ่งส่งผลให้บุคคลถึงแก่ความตายนั้น สถานะของบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขัดกันทางอาวุธมีความสำคัญต่อการประเมิน ซึ่งต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงว่า ผู้เสียหายเป็นผู้ต่อสู้ของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม พลเรือนที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ หรือพลเรือนอื่น³³⁵

ในคำพิพากษาระบุว่า ความคิดเรื่องการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบไม่มีการให้คำนิยามไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศ แต่มีอยู่ในทางปฏิบัติของรัฐ แนวคิดพิพากษาของศาล และบทความวิชาการ การสู้รบมีความหมายอย่างกว้างไม่จำกัดเพียงการกระทำโดยใช้อาวุธในการก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลและทรัพย์สินของกองทัพฝ่ายตรงข้ามเท่านั้น แต่รวมถึงการกระทำทั้งหมดที่ส่งผลทางลบต่อความสามารถและปฏิบัติการทางทหารของคู่กรณีในความขัดแย้ง ซึ่งต้องมีความเชื่อมโยงโดยตรงระหว่างการกระทำและผลกระทบที่เกิดขึ้น และมีความเชื่อมโยงทางวัตถุประสงค์ระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ฝ่ายตรงข้ามและผลดีต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบจึงครอบคลุมถึงการจารกรรม การขัดขวางการขนส่งและติดต่อสื่อสารของศัตรู แต่การแทรกแซงทั่วไปในสาธารณูปโภคของประเทศที่เกิดการขัดกันทางอาวุธ แม้ว่าจะส่งผลทางลบต่อกองทัพก็ไม่ถือเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ³³⁶

พลเรือนที่ถ่ายเชื้อเพลิงจากรถบรรทุกเชื้อเพลิงเพื่อประโยชน์ส่วนตัวและไม่ได้สนับสนุนตาลีบันจึงมีความชัดเจนว่าเป็นพลเรือนที่ไม่ได้เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ส่วนกรณีที่พลเรือนที่สนับสนุนตาลีบันขโมยรถบรรทุกเชื้อเพลิงของกองกำลังรักษาความมั่นคงนานาชาติ (International Security Assistance Force หรือ ISAF) นั้น ต้องพิจารณาว่า การกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายต่อความสามารถทางทหารตามความคิดเรื่องการสู้รบหรือไม่³³⁷

ในประเด็นเรื่องการสูญเสียเชื้อเพลิง ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ความใกล้ชิดกับคู่กรณีและการใช้ในการขัดกันทางอาวุธมีน้อย แม้เชื้อเพลิงมีไว้เพื่อประโยชน์ของกองกำลังรักษาความมั่นคงนานาชาติ แต่เชื้อเพลิงดังกล่าวยังอยู่ในความครอบครองของบริษัทขนส่งของเอกชน และอยู่ใน

³³⁵ International Committee of the Red Cross, "Customary IHL Database".

³³⁶ Ibid.

³³⁷ Ibid.

บริเวณที่ห่างไปจากจุดหมายปลายทาง จึงไม่เป็นไปตามเงื่อนไขเรื่องความใกล้ชิด และไม่เป็นไปตามเงื่อนไขเรื่องการเสริมความสามารถของคู่กรณีในความขัดแย้งโดยทำให้เกิดอันตรายต่อคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม ซึ่งเป็นการเสริมแหล่งทรัพยากรของคู่กรณีโดยไม่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับการสู้รบ เช่นเดียวกับกรณีการสนับสนุนตาลีบันโดยการบริจาคเงิน หรือการขโมยอาวุธและระเบิดข้ามพรมแดนต่างจากการเสริมสร้างความสามารถทางทหารที่ส่งผลต่อปฏิบัติการทางทหารโดยตรง เช่น การขนส่งอาวุธไปยังบริเวณที่จะมีการใช้อาวุธนั้น³³⁸

ภายหลังการศึกษาแนวทางการตีความรวมถึงความเห็นของศาลภายในประเทศแล้วพบว่า ศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ตัดสินคดีระหว่าง Ghaleb Nassar Al-Bihani กับ Barack Obama เห็นว่าการตีความการเข้าร่วมโดยตรงของสมาชิกของกลุ่มก่อการร้ายนั้น อาศัยเรื่องความใกล้ชิดกับกลุ่มก่อการร้าย โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการอยู่ภายใต้บังคับบัญชาของกลุ่มก่อการร้าย การกระทำที่มีลักษณะเป็นการเข้าร่วมกับกลุ่มก่อการร้ายหรือการทำหน้าที่คล้ายกับสมาชิกของกลุ่ม รวมถึงการกระทำเป็นการช่วยเหลือและสนับสนุนโดยตรง หากปรากฏข้อเท็จจริงดังกล่าว บุคคลที่กระทำการนั้นจึงถือว่าเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติของประเทศสหรัฐอเมริกาในการพิจารณาความเป็นสมาชิกของกลุ่มก่อการร้ายเป็นหลักในการตีความเรื่องการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบของบุคคลดังกล่าว ซึ่งมีลักษณะเป็นการตีความอย่างแคบ

ส่วนคำพิพากษาของศาลภายในของประเทศอิสราเอล และศาลภายในของประเทศเยอรมนี มีลักษณะเป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยเห็นว่า การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบจะต้องเป็นการกระทำที่มีลักษณะและวัตถุประสงค์ที่มุ่งก่อให้เกิดอันตรายอย่างแท้จริงต่อกองทัพของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม ทั้งในด้านการก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของกองทัพ รวมถึงความสามารถและปฏิบัติการทางทหาร ซึ่งศาลภายในของประเทศอิสราเอลได้แสดงความเห็นเพิ่มเติมว่า ควรหมายความรวมถึงการก่อให้เกิดความเสียหายต่อพลเรือนด้วย โดยการกระทำที่เป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบนั้นจะต้องมีความเชื่อมโยงระหว่างการกระทำและผล และเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ

จากการเปรียบเทียบคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศและศาลภายในประเทศพบว่า คำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศที่มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ไม่ปรากฏแนว

³³⁸ Ibid.

ทางการพิจารณาหรือการตีความการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบของสมาชิกของกลุ่มก่อการร้ายแต่อย่างใด และในส่วนของแนวทางการพิจารณาการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบโดยทั่วไปนั้น ทั้งศาลระหว่างประเทศและศาลภายในประเทศเห็นตรงกันว่า การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบจะต้องเป็นการกระทำที่มีลักษณะและวัตถุประสงค์ที่มุ่งก่อให้เกิดอันตรายอย่างแท้จริงต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม และการกระทำนั้นจะต้องมีความเชื่อมโยงระหว่างการทำที่เข้าร่วมและผลที่เกิดขึ้น

3.4 ความเห็นขององค์การระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ

องค์การระหว่างประเทศ หรือ International Organization สามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ตามประเภทของสมาชิกภาพขององค์การนั้น ได้แก่ องค์การระดับรัฐบาลระหว่างประเทศ (Inter-governmental Organization) และองค์การเอกชนระหว่างประเทศ (Non-governmental Organization หรือ NGO) ซึ่งองค์การระหว่างประเทศทั้งสองประเภทนี้มีบทบาทในการตีความสนธิสัญญา ประมวลจารีตประเพณีระหว่างประเทศ รวมถึงการให้ความเห็นโดยผู้มีประสบการณ์หรือมีความเชี่ยวชาญในการตีความบ่อเกิดแห่งกฎหมายประเภทอื่น ๆ³³⁹

องค์การระดับรัฐบาลระหว่างประเทศ หรือ Inter-governmental Organization ถูกจัดตั้งขึ้นโดยความตกลงระหว่างรัฐ เช่น สนธิสัญญา กฎบัตร หรือธรรมนูญ ประกอบด้วยรัฐสมาชิกอย่างน้อย 3 รัฐ โดยมีสำนักงานใหญ่ หน่วยงาน และงบประมาณของตนเอง และได้รับการยอมรับว่ามีสภาพบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศแยกต่างหากจากรัฐสมาชิก วัตถุประสงค์ขององค์การแต่ละองค์การอาจมีลักษณะแตกต่างกันออกไปตามที่ระบุไว้ในตราสารจัดตั้ง โดยส่วนมาก รัฐสมาชิกขององค์การระหว่างประเทศจะมีผลประโยชน์ร่วมกัน จึงก่อให้เกิดแรงจูงใจในการร่วมมือกันระหว่างรัฐเพื่อจัดการกับประเด็นปัญหาที่แต่ละรัฐได้รับผลกระทบ³⁴⁰ นักวิชาการกฎหมายระหว่างประเทศมองว่าองค์การระดับรัฐบาลระหว่างประเทศทำหน้าที่เสมือนเป็นตัวแทนของรัฐสมาชิก เนื่องจากองค์การระหว่างประเทศถูกจัดตั้งขึ้นโดยรัฐ และรัฐเป็นผู้มอบความรับผิดชอบและอำนาจในการกระทำการ

³³⁹ Jose E. Alvarez, "Governng the World: International Organizations as Lawmakers," *Suffolk Transnational Law review* 31 (2008). P. 592.

³⁴⁰ Karen A. Mingst and Kendall W. Stiles Margaret P. Karns, *International Organizations: The Politics and Processes of Global Governance*, third edition ed. (Colorado: Lynne Rienner, 2015), P. 12.

แต่ในขณะเดียวกัน องค์กรระดับรัฐบาลระหว่างประเทศมีสิทธิของตนเอง และมีองค์กรภายในที่มีบทบาทในการชักจูงรัฐให้กระทำการ หรือละเว้นกระทำการบางอย่างได้³⁴¹

องค์กรเอกชนระหว่างประเทศ หรือ Non-governmental Organization (NGO) เป็นองค์กรอิสระที่มีสมาชิกเป็นปัจเจกชนหรือกลุ่มบุคคลที่รวมตัวกันเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ร่วมกันบางประการ เช่น สนับสนุนเรื่องสิทธิมนุษยชน สันติภาพ หรือการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม หรือให้ความช่วยเหลือทางด้านมนุษยธรรม เป็นต้น ซึ่งสมาชิกขององค์กรเอกชนระหว่างประเทศอาจมีสัญชาติของรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐ โดยมีเครือข่ายติดต่อข้ามชาติได้³⁴²

ในการศึกษาแนวทางการตีความรวมถึงความเห็นขององค์กรระหว่างประเทศเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบจึงเป็นประโยชน์ต่อวิทยานิพนธ์เล่มนี้ในการวิเคราะห์แนวทางการพิจารณาการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ซึ่งในลำดับถัดไปจะเป็นการศึกษาแนวทางการตีความและความเห็นขององค์กรระหว่างประเทศในรูปแบบที่แตกต่างกันเกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบตามประเภทขององค์กรดังนี้

3.4.1 องค์กรระหว่างประเทศ

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะศึกษาแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการพิจารณาหรือการตีความการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบขององค์กรระดับรัฐบาลระหว่างประเทศ รวมถึงคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศซึ่งได้รับการยอมรับให้เป็นองค์กรอิสระตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ดังต่อไปนี้

3.4.1.1 องค์กรสหประชาชาติ (United Nations)

องค์กรสหประชาชาติเป็นองค์กรระหว่างประเทศที่มีเป้าหมายในการธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ³⁴³ ที่ให้อำนาจแก่คณะมนตรีความมั่นคง (Security

³⁴¹ Ibid. P. 13-15.

³⁴² Margaret P. Kams, *International Organizations: The Politics and Processes of Global Governance*. P. 15.

³⁴³ "Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice, 26 June 1945."

Council) ในการดำเนินมาตรการที่จำเป็นต่อการดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ โดยสอดคล้องกับเป้าหมายและหลักการของสหประชาชาติ³⁴⁴ รวมถึงมีเป้าหมายเพื่อให้เกิดความร่วมมือกันทางระหว่างประเทศในการแก้ไขปัญหาทางมนุษยธรรม และส่งเสริมและสนับสนุนการเคารพสิทธิมนุษยชน โดยปราศจากการแบ่งแยกทางเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา³⁴⁵ ซึ่งในกฎบัตรของสหประชาชาติไม่ได้ระบุเนื้อหาของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไว้ แต่องค์กรภายใต้องค์การสหประชาชาติ ได้แก่ สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ คณะมนตรีความมั่นคง คณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชน พร้อมทั้งคณะอนุกรรมาธิการ และผู้แทนพิเศษของคณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชน เลขาธิการใหญ่ และที่ประชุมเฉพาะกิจของผู้แทนรัฐ มีบทบาทเกี่ยวข้องกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในการรับประกันการปฏิบัติตามรวมถึงบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศของรัฐและตัวกระทำการในทางระหว่างประเทศได้ในหลายรูปแบบด้วยกัน อีกทั้งในทางปฏิบัติ หน่วยงานของสหประชาชาติมีบทบาทเกี่ยวข้องกับประเด็นทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในหลายรูปแบบ³⁴⁶ ได้แก่

1. การยืนยันและการประมวลกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (Standard-setting)

Article 1(1)

“The Purposes of the United Nations are to maintain international peace and security ...”

³⁴⁴ Ibid.

Article 24

“(1) In order to ensure prompt and effective action by the United Nations, its Members confer on the Security Council primary responsibility for the maintenance of international peace and security, and agree that in carrying out its duties under this responsibility the Security Council acts on their behalf.

(2) In discharging these duties the Security Council shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations ...”

³⁴⁵ Ibid.

Article 1(3)

“To achieve international co-operation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion...”

³⁴⁶ Hans-Peter Gasser, "The United Nations and International Humanitarian Law: The International Committee of the Red Cross and the United Nations' Involvement in the Implementation of International Humanitarian Law " <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jmuk.htm>.

องค์การสหประชาชาติมีบทบาทเป็นเพียงผู้สังเกตการณ์ในการร่างอนุสัญญาเจนีวาเท่านั้น แต่ในการร่างพิธีสารเพิ่มเติมทั้ง 2 ฉบับ องค์การสหประชาชาติมีบทบาทมากขึ้นจากการทำรายงานของเลขาธิการใหญ่แห่งสหประชาชาติตามคำร้องขอของสมัชชาใหญ่ ซึ่งมีอิทธิพลต่อกระบวนการที่นำไปสู่การออกอนุสัญญาดังกล่าว

ในส่วนของการจัดทำสนธิสัญญาอื่น ๆ ภายในระบบของสหประชาชาติที่มีความใกล้เคียงกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เช่น Environmental Modification Convention (ENMOD) หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques ออกโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 31/72 ในปี ค.ศ. 1976 มีเนื้อหากำหนดเป็นการห้ามใช้เทคนิคการดัดแปลงสิ่งแวดล้อม ในการทำลาย หรือก่อความเสียหาย การบาดเจ็บต่อรัฐภาคีอื่น ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบอย่างร้ายแรง เป็นวงกว้าง และเป็นระยะเวลาสั้น³⁴⁷

อนุสัญญาว่าด้วยอาวุธเคมี หรือ Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction (CWC) ปี ค.ศ. 1993 เป็นอนุสัญญาที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อกำจัดอาวุธที่มีพลังทำลายล้างสูง โดยกำหนดบทบัญญัติในลักษณะที่เป็นการห้ามรัฐภาคีพัฒนา ผลิต การสะสม และการใช้อาวุธเคมี และรัฐภาคีจะต้องใช้มาตรการที่จำเป็นในการบังคับใช้ข้อห้ามกับบุคคลที่อาศัยอยู่ในเขตอำนาจของรัฐนั้น³⁴⁸ และอนุสัญญาว่าด้วยการห้ามใช้อาวุธตามแบบบางชนิด หรือ The Convention on Certain Conventional Weapons (CCW) ในปี ค.ศ. 1980 ซึ่งเป็นผลมาจากที่ประชุมทางการทูตที่จัดขึ้นเพื่อเจรจาเกี่ยวกับพิธีสารเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1974 ถึงปี ค.ศ. 1977 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจำกัดการใช้

³⁴⁷ "Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques 1977."

Article 1(1)

"Each State Party to this Convention undertakes not to engage in military or any other hostile use of environmental modification techniques having widespread, long-lasting or severe effects as the means of destruction, damage or injury to any other State Party."

³⁴⁸ Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons, "Chemical Weapons Convention" <https://www.opcw.org/chemical-weapons-convention/>.

อาวุธตามแบบบางชนิดที่ก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานเกินความจำเป็นต่อพลรบ หรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อพลเรือนโดยไม่แบ่งแยกเป้าหมาย³⁴⁹

2. การประกันว่าจะมีการดำเนินคดีและการลงโทษบุคคลที่ฝ่าฝืนกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง

องค์การสหประชาชาติก่อตั้งคณะตุลาการอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia หรือ ICTY) ในปี ค.ศ. 1993 เพื่อพิจารณาการกระทำความผิดฐานอาชญากรรมสงครามที่เกิดขึ้นในระหว่างความขัดแย้งในคาบสมุทรบอลข่านในช่วงปีทศวรรษที่ 1990³⁵⁰ และจัดตั้งศาลอาชญากรรมระหว่างประเทศเพื่อรวันดา (International Criminal Tribunal for Rwanda หรือ ICTR) โดยมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่ 955 ในปี ค.ศ. 1994 เพื่อดำเนินคดีกับบุคคลที่กระทำความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ หรือความผิดอันเป็นการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงอื่น ซึ่งกระทำลงบนดินแดนของประเทศรวันดาหรือพื้นที่ใกล้เคียงในระหว่างวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1994 จนถึงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1994³⁵¹

แม้ว่าศาลที่ก่อตั้งขึ้นทั้งสองศาล มีลักษณะเป็นศาลเฉพาะกิจ แต่มีบทบาทในทางระหว่างประเทศในสองแง่มุม ได้แก่ แง่มุมแรก คือ การเสริมสร้างความน่าเชื่อถือของกฎหมาย โดยกำหนดมาตรการลงโทษทางอาญาต่อบุคคลที่ฝ่าฝืนกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง ซึ่งโดยส่วนมากเป็นความผิดอาญาที่กระทำต่อพลเรือน ส่งผลให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากความขัดแย้งในอนาคตได้รับประโยชน์จากกฎหมายที่มีความเข้มแข็งมากขึ้น อีกแง่มุมหนึ่ง คือ การลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดอาญาในระหว่างเกิดความขัดแย้ง โดยเฉพาะสงครามภายใน จะช่วยสร้างความมั่นใจให้แก่ประชาชนในการกำหนดกฎเกณฑ์ หรือผู้มีอำนาจใหม่ เพื่อรับประกันหลักนิติธรรม (The Rule of Law)³⁵²

³⁴⁹ United Nations Office for Disarmament Affairs, "The Convention on Certain Conventional Weapons " <https://www.un.org/disarmament/geneva/ccw/>.

³⁵⁰ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, "About the Icty," <http://www.icty.org/en/about>.

³⁵¹ United Nations Mechanism for International Criminal Tribunals, "The Ictr in Brief " <http://unictr.unmict.org/en/tribunal>.

³⁵² Gasser, "The United Nations and International Humanitarian Law: The International Committee of the Red Cross and the United Nations' Involvement in the Implementation of International Humanitarian Law ".

3. การเพิ่มนโยบายด้านมนุษยธรรมเพื่อการเคารพพันธกรณีภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศของคู่กรณีในความขัดแย้ง (Humanitarian diplomacy)

สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติมีบทบาทในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศปรากฏอยู่ในข้อมติที่ 2444 ในปี ค.ศ. 1968 ว่าด้วยเรื่อง การเคารพสิทธิมนุษยชนในการขัดกันทางอาวุธ ผลของข้อมติกำหนดหลักการพื้นฐาน 3 ประการ ซึ่งสมัชชาใหญ่เห็นว่าหลักการดังกล่าวจะถูกใช้เป็นแนวทางในการประมวลกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในอนาคต หลักการ 3 ประการ ได้แก่ สิทธิของคู่สงครามในการเลือกอาวุธและวิธีการในการทำร้ายคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามนั้นไม่จำกัด การห้ามการโจมตีประชากรพลเรือน และหลักการแยกแยะเป้าหมายระหว่างบุคคลที่เข้าร่วมในการสู้รบและพลเรือน³⁵³ ซึ่งข้อมตินี้เป็นจุดเริ่มต้นของกระบวนการร่างพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 2 ฉบับ³⁵⁴

ส่วนคณะมนตรีความมั่นคงมีบทบาทในการเพิ่มนโยบายด้านมนุษยธรรม โดยออกข้อมติที่ 598 ในปี ค.ศ. 1987 กำหนดเงื่อนไขในการยุติการขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศอิหร่านและประเทศอิรัก ส่งผลให้เกิดการยุติการสู้รบในปี ค.ศ. 1988 สาระสำคัญของข้อมติระบุมาตรการ 3 ข้อที่ทั้งประเทศจะต้องกระทำภายหลังยุติการสู้รบ ได้แก่ การถอนกองทัพออกจากดินแดน การยืนยันการยุติการสู้รบ และการถอนกองกำลังโดยผู้สังเกตการณ์ของสหประชาชาติ และการส่งเชลยศึกกลับประเทศของตน ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศซึ่งกำหนดให้มีการส่งตัวเชลยศึกกลับสู่ประเทศของตนโดยไม่ชักช้าภายหลังจากการยุติการสู้รบ³⁵⁵ ต่อมาในปี ค.ศ. 1990 คณะมนตรีความมั่นคงออกข้อมติที่ 670 เรียกร้องให้ประเทศอิรักเคารพพันธกรณีตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในการยึดครองประเทศคูเวต เป็นต้น

นอกเหนือจากการมีส่วนร่วมขององค์กรภายใต้องค์การสหประชาชาติดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ในส่วนประเด็นเรื่องการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้น องค์กรต่าง ๆ ของสหประชาชาติมีความเห็นดังต่อไปนี้

³⁵³ United Nations General Assembly, "Resolution Adopted by the General Assembly: 2444 (Xxiii). Respect for Human Rights in Armed Conflicts," (1968).

³⁵⁴ Gasser, "The United Nations and International Humanitarian Law: The International Committee of the Red Cross and the United Nations' Involvement in the Implementation of International Humanitarian Law ".

³⁵⁵ United Nations Security Council, "Resolution Adopted by the Security Council: S/Res/0598. The Situation between Iran and Iraq," (1987).

3.4.1.1.1 เลขาธิการใหญ่แห่งสหประชาชาติ (United Nations Secretary-General)

เลขาธิการใหญ่แห่งสหประชาชาติดำรงตำแหน่งเป็นหัวหน้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหาร (Chief Administrative Officer) ขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งจะมีอำนาจในการเสนอประเด็นต่อคณะมนตรีความมั่นคง ซึ่งเป็นประเด็นที่อาจมีผลกระทบต่อการดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ โดยอำนาจและหน้าที่จะถูกกำหนดไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ ในส่วนบทบาทอื่นๆของเลขาธิการใหญ่นั้น ได้แก่ การเข้าร่วมในการประชุมของหน่วยงานของสหประชาชาติปรึกษากับผู้นำของรัฐ เจ้าหน้าที่รัฐ หรือบุคคลอื่น รวมถึงการเดินทางไปยังรัฐต่าง ๆ เพื่อติดต่อกับประชากรที่อาศัยอยู่ในรัฐสมาชิก และให้ข้อมูลเกี่ยวกับประเด็นปัญหาในทางระหว่างประเทศ³⁵⁶

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ความเห็นของเลขาธิการใหญ่แห่งสหประชาชาติที่เกี่ยวข้องกับประเด็นดังกล่าวปรากฏอยู่ในข้อ 5.2 ของ แถลงการณ์ของเลขาธิการใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติ (the UN Secretary-General's Bulletin) ในปี ค.ศ. 1999 ระบุว่า พลเรือนจะได้รับความคุ้มครองจากอันตรายที่เกิดขึ้นจากปฏิบัติการทางทหารเว้นแต่ในเวลาที่พักผ่อนเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ³⁵⁷ สะท้อนถึงการยอมรับว่าพลเรือนจะได้รับความคุ้มครองเว้นแต่ในเวลาที่พักผ่อนเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ซึ่งสอดคล้องกับข้อ 51 ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 และข้อ 13 ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 แต่ไม่มีการระบุถึงลักษณะของการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบแต่อย่างใด

3.4.1.1.2 The Special Representative of the United Nations Commission on Human Rights for El Salvador

ในรายงานว่าด้วยสถานการณ์สิทธิมนุษยชนในประเทศเอลซัลวาดอร์ ปี ค.ศ. 1985 ผู้แทนพิเศษของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระบุว่า กองทัพของเอลซัลวาดอร์ให้พล

³⁵⁶ United Nations Secretary General, "The Role of the Secretary General," <https://www.un.org/sg/en/content/role-secretary-general>.

³⁵⁷ United Nations Secretariat, "Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law," in *Secretary-General's Bulletin* (1999). Section 5.2.

เรือนซึ่งไม่ได้มีส่วนร่วมกับการต่อสู้อยู่ร่วมกับกองทัพ และให้มีหน้าที่จัดหาอาหาร รวมทั้งปัจจัยการยังชีพอื่น ๆ ให้ ซึ่งกลุ่มบุคคลดังกล่าวไม่มีส่วนร่วมในการต่อสู้ จึงถือว่ามีสถานะเป็นพลเรือน ตามข้อ 50 ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 กล่าวคือ บุคคลซึ่งติดตามกองทัพไปโดยไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของกองทัพ เช่น ผู้จัดการสิ่งของ หรือสมาชิกของหน่วยซึ่งมีหน้าที่ทำงาน หรือให้บริการเกี่ยวกับสวัสดิการของกองทัพ ถือว่ามีสถานะเป็นพลเรือน และไม่ถือว่ามีสถานะเป็นพลรบ³⁵⁸

3.4.1.1.3 United Nations Sub-Commission on Human Rights

มติขององค์การสหประชาชาติในปี ค.ศ. 1985 คณะอนุกรรมการว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ระบุว่า การแสดงความเห็นใจ การจัดหาอาหารให้ และการอาศัยอยู่ในเขตพื้นที่ที่อยู่ภายใต้ความควบคุมของผู้ต่อต้านรัฐบาลไม่ถือว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการต่อสู้ บุคคลที่กระทำการดังกล่าวถือว่ามีสถานะเป็นพลเรือน และไม่สามารถตกเป็นเป้าหมายของการโจมตีทางทหารได้ รวมถึงไม่สามารถถูกบังคับให้เคลื่อนย้ายออกจากพื้นที่โดยกองทัพของรัฐบาลได้³⁵⁹

3.4.1.1.4 United Nations Commission on the Truth for El Salvador

รายงานของคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยความจริงเกี่ยวกับเอลซัลวาดอร์ (UN Commission on the Truth for El Salvador) ในปี ค.ศ. 1993 อธิบายรูปแบบของการใช้ความรุนแรงของ Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) ในการกำจัดบุคคลที่ถูกตราว่าเป็นเป้าหมายทางทหาร เช่น ผู้ทรยศ ผู้ให้ข้อมูล หรือแม้แต่คู่กรณีฝ่ายตรงข้ามทางการเมือง โดยการสังหารนายกเทศมนตรี ปัญญาชนฝ่ายอนุรักษนิยม เจ้าหน้าที่รัฐ และผู้พิพากษา³⁶⁰ ซึ่งบุคคลเหล่านี้ รายงานของคณะกรรมการเรียกว่าเป็น พลเรือนที่ไม่ใช่พลรบ (Non-combatant civilians)

คณะกรรมการปฏิเสขอโต้แย้งของ FMLN อย่างชัดเจน ที่พยายามให้ความชอบธรรมแก่การสังหารนายกเทศมนตรีโดยอาศัยเหตุผลที่ว่า นายกเทศมนตรีและเจ้าหน้าที่รัฐดังกล่าวเข้า

³⁵⁸ International Committee of the Red Cross, "Customary Ihl Database ".

³⁵⁹ Ibid.

³⁶⁰ United Nations, "Report of the Un Truth Commission on El Salvador," (1993). P. 44

ร่วมในการปราบปรามการก่อความไม่สงบ เช่น ตั้งกองกำลังกึ่งทหาร เป็นผู้นำการปราบปราม ประชากรพลเรือน หรือสร้างเครือข่ายสายลับเพื่อหาสมาชิกของ FMLN และผู้สนับสนุน รวมถึงรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับสมาชิกขององค์กรและแผนการต่าง ๆ จากประชาชน และส่งให้แก่กองทัพ ทำให้กองทัพของเอลซัลวาดอร์สามารถใช้ข้อมูลดังกล่าวในการจับกุมบุคคลในหมู่บ้าน สังหาร รวมถึงปราบปรามกองกำลังป้องกันตนเองของประชาชนและปฏิบัติการ ซึ่งการกระทำของนายกเทศมนตรีมีลักษณะเป็นการสนับสนุน จึงเป้าหมายทางทหารที่ชอบด้วยกฎหมาย³⁶¹

FMLN พยายามที่จะแสดงว่าบุคคลเหล่านี้เป็นพลรบ โดยไม่มีหลักฐานสนับสนุนการ กล่าวอ้างดังกล่าวตามบทบัญญัติของกฎหมายมนุษยธรรม คณะกรรมการเห็นว่า ไม่ว่าจะนายกเทศมนตรีจะถือว่าเป็นเป้าหมายทางทหารหรือไม่ ไม่ใช่ประเด็นสำคัญ เนื่องจากไม่มีหลักฐาน ปรากฏว่าบุคคลเหล่านี้เสียชีวิตอันเป็นผลมาจากปฏิบัติการสู้รบของ FMLN การสังหารปัจเจกบุคคล ไม่ว่าจะพลรบหรือไม่ใช่พลรบ ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจของกองโจร และไม่ได้มีการขัดขืนใด ๆ ไม่ถือว่าเป็นปฏิบัติการสู้รบ³⁶²

ส่วนการโจมตีกลุ่มทหารเรือของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ทำหน้าที่เป็นผู้รักษาความปลอดภัยที่สถานทูตของสหรัฐอเมริกา ในซานซัลวาดอร์ โดย Partido Revolucionario de Trabajadores Centroamericanos (PRTC) ซึ่งเป็นองค์กรหนึ่งของ FMLN นั้น คณะกรรมการเห็นว่า การโจมตีทหารเรือของสหรัฐอเมริกาเป็นส่วนหนึ่งของนโยบายของ FMLN ซึ่งพิจารณาว่าทหารของสหรัฐอเมริกาเป็นเป้าหมายที่ชอบด้วยกฎหมาย³⁶³ แต่คณะกรรมการเห็นว่า FMLN ไม่มี ความชอบธรรมตามกฎหมายในการกระทำดังกล่าว เนื่องจากในขณะที่โจมตี ผู้เสียหายอยู่นอกเวลาปฏิบัติหน้าที่ สวมชุดของพลเรือน และปราศจากการพกพาอาวุธ อีกทั้งกลุ่มทหารเรือ ไม่ได้มีสถานะเป็นพลรบ โดยให้เหตุผลว่า หน้าที่ของทหารเรือเหล่านี้ คือ การรักษาความปลอดภัยให้แก่สถานทูตของสหรัฐอเมริกา และไม่มีข้อบ่งชี้ว่าทหารเหล่านี้มีส่วนร่วมในการสู้รบในประเทศเอลซัลวาดอร์ รวมถึงกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้ให้คำนิยามบุคคลที่มีสถานะเป็นพลรบไว้อย่างจำกัด ข้อกล่าวหาว่าทหารเรือทำหน้าที่เป็นหน่วยข่าวกรองนี้ ไม่สามารถพิสูจน์ได้ ซึ่งการทำหน้าที่เป็นหน่วยข่าวกรอง ไม่ได้ส่งผลให้บุคคลมีสถานะเป็นพลรบโดยอัตโนมัติ³⁶⁴

³⁶¹ Ibid. P. 151.

³⁶² Ibid.

³⁶³ Ibid. P.153.

³⁶⁴ Ibid. P. 155.

ภายหลังการศึกษาความเห็นของหน่วยงานรวมถึงองค์กรของสหประชาชาติข้างต้นแล้วพบว่า หน่วยงานหรือองค์กรดังกล่าวไม่ได้กำหนดคำนิยาม หรือแนวทางการพิจารณาการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไว้อย่างชัดเจน มีแต่เพียงการรับรองบทบัญญัติเกี่ยวกับการสูญเสียความคุ้มครองเนื่องจากการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และการแสดงความเห็นเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ซึ่งระบุแต่เพียงว่าต้องเป็นการกระทำต้องมีส่วนเกี่ยวข้องกับปฏิบัติการสู้รบเท่านั้น ส่วนการกระทำอื่นที่ไม่ใช่เป็นการมีส่วนร่วมในการต่อสู้กับกองทัพ หรือเป็นการจัดหาอาหารหรือปัจจัยการยังชีพอื่น ๆ การแสดงความเห็นใจนั้น ไม่ถือเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ

3.4.1.2 *Preparatory Committee for the Establishment of an International Criminal Court*

Preparatory Committee for the Establishment of an International Criminal Court หรือคณะกรรมการเตรียมการสำหรับการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ถูกจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1995 โดยมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ มติที่ 50/46 เรื่องการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ³⁶⁵ โดยเปิดโอกาสให้รัฐสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ หรือสมาชิกของทบวงการชำนัญพิเศษ (Specialized Agencies) หรือสมาชิกของทบวงการพลังงานปรมาณูระหว่างประเทศ (International Atomic Energy Agency) พุดคุยเกี่ยวกับประเด็นปัญหาใหญ่ที่เกิดขึ้นจากร่างธรรมนูญที่เตรียมโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (International Law Commission) และร่างตัวบทสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ เพื่อนำมาพิจารณาในการประชุมทางการทูตต่อไป โดยงานของคณะกรรมการเตรียมการสำหรับการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศจะอยู่บนฐานของร่างธรรมนูญที่เตรียมโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ และคำนึงถึงรายงานของคณะกรรมการเฉพาะกิจ (Ad Hoc Committee) และความเห็นที่เป็นลายลักษณ์อักษรของรัฐที่เสนอต่อเลขาธิการใหญ่แห่งสหประชาชาติเกี่ยวกับร่างธรรมนูญจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ

ในเดือนมีนาคมถึงเดือนเมษายนปี ค.ศ. 1998 ระหว่างการประชุมของคณะกรรมการเตรียมการสำหรับการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ มีการเสนอเรื่องการเกณฑ์เด็กที่

³⁶⁵ United Nations General Assembly, "Resolution Adopted by the General Assembly: A/Res/50/46. Establishment of an International Criminal Court," (1995).

มีอายุต่ำกว่า 15 ปี เข้าร่วมในกองทัพ หรือใช้เด็กเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ โดยในการประชุมระบุว่า คำว่า “ใช้” และ “การเข้าร่วม” ครอบคลุมการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบและรวมถึงการเข้าร่วมโดยการปฏิบัติในกิจกรรมทางทหารที่เกี่ยวข้องกับการสู้รบ เช่น การสอดแนม การก่อวินาศกรรม และการใช้เด็กเป็นเหยื่อล่อ ส่งสาร หรือให้อยู่ที่ด่านตรวจทหาร แต่ไม่ครอบคลุมกิจกรรมที่ไม่เกี่ยวข้องกับการสู้รบอย่างชัดเจน เช่น การส่งอาหารไปยังฐานทัพอากาศ หรือใช้เจ้าหน้าที่ภายใน แต่ถ้าใช้เด็กในการสนับสนุนโดยตรง เช่น เป็นผู้ส่งเสบียงไปยังแนวหน้า หรือเป็นกิจกรรมที่เกิดขึ้นที่แนวหน้า จะอยู่ในความหมายของคำว่าเข้าร่วมโดยตรง³⁶⁶

3.4.1.3 คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ หรือ *International Committee of the Red Cross (ICRC)*

คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ หรือ International Committee of the Red Cross (ICRC) เป็นองค์การที่จัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1863 มีความเป็นอิสระและมีความเป็นกลาง ไม่เกี่ยวข้องกับทางการเมือง และมีวัตถุประสงค์รับประกันการคุ้มครองทางมนุษยธรรม และให้ความช่วยเหลือบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากความขัดแย้ง สงคราม และความรุนแรงทางอาวุธ ส่งเสริมกฎหมายที่คุ้มครองเหยื่อของสงคราม และส่งเสริมการคุ้มครองกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยอยู่บนฐานของอนุสัญญาเจนีวา รวมถึงพิธีสารเพิ่มเติมทั้งสองฉบับ³⁶⁷

ICRC ได้จัดทำแนวทางการตีความความคิดเรื่องการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ หรือ Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law (แนวทางการตีความ) ในปี ค.ศ. 2009 โดยมีที่มาจากการประชุมระหว่างผู้เชี่ยวชาญอย่างไม่เป็นทางการจำนวน 5 ครั้งในปี ค.ศ. 2003 ถึงปี ค.ศ. 2008³⁶⁸ มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการตีความกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเกี่ยวกับความคิดเรื่องการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือสนธิสัญญากฎหมายมนุษยธรรมระหว่าง

³⁶⁶ Jean-Marie Henckaeters and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law Volume II: Practice Part 1*, P. 116-117.

³⁶⁷ International Committee of the Red Cross, "Our Mandate & Mission" <https://www.icrc.org/en/who-we-are>.

³⁶⁸ "Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law". P. 9.

ประเทศที่มีผลผูกพัน แต่เป็นการสะท้อนเจตจำนงของ ICRC ซึ่งเป็นองค์การระหว่างประเทศที่เป็นกลางเท่านั้น³⁶⁹ ขอบเขตการใช้แนวทางการตีความครอบคลุมเฉพาะผู้เข้าร่วมในการขัดกันทางอาวุธ ไม่รวมถึงสถานการณ์คุ้มกัน หรือเหตุการณ์ที่ไม่มีการสู้รบ แนวทางการตีความมุ่งรักษาสถานะของพลเรือนให้คงอยู่ในสถานะที่ได้รับความคุ้มครอง โดยกำหนดหลักเกณฑ์การเสียความคุ้มครองที่ยากขึ้น³⁷⁰ ในรูปแบบของการกำหนดองค์ประกอบของการกระทำอันแสดงให้เห็นถึงการตีความการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างแคบ ซึ่งในปัจจุบันไม่ปรากฏหลักฐานในทางปฏิบัติของรัฐในประชาคมระหว่างประเทศว่าแนวทางการตีความนี้ได้กลายเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ มีเพียงส่วนหนึ่งของรัฐเท่านั้นที่ยอมรับและนำแนวทางการตีความไปใช้ในทางปฏิบัติ และยังไม่มีความเห็นพ้องต้องกันเกี่ยวกับมาตรฐานของคำนิยามหรือการปรับใช้ความคิดเรื่องการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบในสังคมนระหว่างประเทศ³⁷¹

ในแนวทางการตีความได้กำหนดหลักเกณฑ์ซึ่งเป็นองค์ประกอบ 3 ประการที่มีความเกี่ยวข้องกัน ในการพิจารณาว่าการกระทำหนึ่งเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่ โดยการกระทำนั้นต้องครบองค์ประกอบทั้ง 3 ประการ อันได้แก่

1) การกระทำต้องมีความเป็นไปได้ว่าจะส่งผลกระทบต่อปฏิบัติการหรือความสามารถในทางทหารของคู่กรณีในความขัดแย้ง หรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกายของบุคคล หรือทรัพย์สินที่ได้รับความคุ้มครองจากการโจมตีโดยตรง หรือที่เรียกว่า “Threshold of Harm”³⁷²

การกระทำที่จะเป็นการเข้าร่วมในการสู้รบตามองค์ประกอบนี้ ไม่จำเป็นต้องเป็นอันตรายที่เกิดขึ้นจริง เพียงแต่มีความเป็นไปได้ที่จะเกิดอันตรายก็เพียงพอแล้ว³⁷³ โดยไม่คำนึงถึงจำนวนความเสียหายโดยเฉพาะเจาะจง หรือมาตรฐานของความเสียหายที่ต้องมี เพื่อให้บรรลุตามเจตจำนงในองค์ประกอบนี้ แต่ความเสียหายต้องมีลักษณะที่เป็นการก่อให้เกิดผลอย่างใดอย่างหนึ่งใน 2 ลักษณะ ดังต่อไปนี้ คือ

³⁶⁹ Ibid.

³⁷⁰ Galvin, "Direct Participation in Hostilities: A Proposition for U.S. Reaction to the Icr's Interpretive Guidance and Formulation for a Practicable Definition." P. 30-31.

³⁷¹ Ibid. P.68-69.

³⁷² International Committee of the Red Cross, "Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law". P. 47.

³⁷³ Ibid.

(1) ส่งผลกระทบต่อปฏิบัติการหรือความสามารถในทางทหารของคู่กรณีในความขัดแย้ง ซึ่งเป็นผลกระทบที่เกิดขึ้นนอกเหนือจากความเสียหายต่อชีวิต ร่างกายของทหาร หรือทรัพย์สินทางทหาร โดยไม่คำนึงถึงจำนวนความเสียหาย³⁷⁴ เช่น ความเสียหายทางกายภาพ หรือการดำเนินการของวัตถุทางทหาร ปฏิบัติการหรือความสามารถทางทหารของคู่กรณี ซึ่งอาจเกิดจากการกระทำโดยไม่ใช้อาวุธที่มีผลเป็นการจำกัด หรือรบกวนการเคลื่อนกำลังพล การขนส่ง และการติดต่อสื่อสาร หรืออาจเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับใช้อำนาจควบคุมเหนือทหาร ทรัพย์สิน และดินแดนเพื่อก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม เป็นต้น³⁷⁵

การแทรกแซงในเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของทหาร ไม่ว่าจะเป็นการโจมตีเครือข่ายคอมพิวเตอร์ หรือ Computer Network Attacks (CNA) หรือการใช้ประโยชน์จากเครือข่ายคอมพิวเตอร์ หรือ Computer Network Exploitation (CNE) เช่นเดียวกับการดักฟังทางโทรศัพท์ของผู้บังคับบัญชาอีกฝ่ายหนึ่ง หรือส่งข้อมูลทางเทคนิคเพื่อระบุเป้าหมายในการโจมตี เป็นส่วนหนึ่งของการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อความสามารถหรือปฏิบัติการทางทหารของคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามเช่นกัน³⁷⁶

(2) ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต หรือร่างกายของบุคคล หรือทรัพย์สินที่ได้รับความคุ้มครองจากการโจมตีโดยตรง ซึ่งบุคคลหรือทรัพย์สินที่ได้รับความคุ้มครอง คือพลเรือน และทรัพย์สินของพลเรือน หากการโจมตีมุ่งโดยตรงต่อพลเรือนหรือทรัพย์สินของพลเรือนเพียงอย่างเดียว ไม่ได้มุ่งที่จะก่อให้เกิดความเสียหายทางทหารต่อคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม การกระทำดังกล่าวถือเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบได้³⁷⁷

ในกรณีที่การกระทำไม่ก่อให้เกิดผลในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง การกระทำนั้นไม่ถือว่าเป็นการใช้อาวุธหรือกลยุทธ์ในการทำสงคราม หรือในการทำร้ายคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม ซึ่งส่งผลให้การกระทำดังกล่าวไม่ถึงระดับของอันตรายที่กำหนดไว้ในองค์ประกอบอันจะส่งผลให้การกระทำนั้นเป็น

³⁷⁴ Ibid.

³⁷⁵ Ibid. P. 48.

³⁷⁶ Ibid.

³⁷⁷ Ibid. P. 49.

การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ตัวอย่างเช่น การสร้างรั้วหรือสิ่งกีดขวาง การควบคุมเครือข่ายคอมพิวเตอร์ และการจับกุมหรือขับไล่บุคคล แม้ว่าจะส่งผลกระทบต่อความมั่นคงสาธารณะ สุขอนามัย และการพาณิชย์ หรือแม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะต้องห้ามตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศก็ตาม³⁷⁸

2) การกระทำต้องมีความเชื่อมโยงของการก่อให้เกิดผลโดยตรงระหว่างการกระทำโดยเฉพาะเจาะจงและอันตรายที่มีความเป็นไปได้ว่าจะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น หรือปฏิบัติการทางทหารซึ่งการกระทำนั้นเป็นส่วนสำคัญของปฏิบัติการ โดยมีความเชื่อมโยงระหว่างการกระทำและผล หรือ “Direct Causation”

การก่อให้เกิดผลโดยตรงหมายถึง การกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายจะต้องทำลงในหนึ่งขั้นตอนก่อนที่ผลจะเกิดขึ้น (One causal step)³⁷⁹ หากเป็นเพียงการกระทำที่เป็นการเสริมสร้างหรือการดำรงไว้ซึ่งความสามารถของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งในการทำอันตรายคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม หรือเป็นเพียงการกระทำโดยอ้อมที่ก่อให้เกิดอันตราย หรือส่งผลกระทบต่อความสามารถหรือปฏิบัติการทางทหารของคู่กรณี³⁸⁰ การกระทำดังกล่าวไม่ถือเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ เช่น การใช้มาตรการบังคับทางเศรษฐกิจกับคู่กรณีของความขัดแย้ง การยึดสินทรัพย์ที่เป็นตัวเงิน หรือการขัดหาเสบียง หรือบริการ เช่น ไฟฟ้า เชื้อเพลิง การก่อสร้างวัสดุ หรือการให้เงินสนับสนุน หรือการสนับสนุนทางการเงิน เป็นต้น

ตัวอย่างอื่นของการเข้าร่วมโดยอ้อม เช่น การทำวิจัยหรือการออกแบบทางวิทยาศาสตร์ การผลิตและขนส่งอาวุธและยุทโธปกรณ์ การเกณฑ์และการฝึกบุคคล เว้นแต่เป็นการกระทำที่เป็นส่วนสำคัญของปฏิบัติการทางทหารโดยเฉพาะเจาะจงที่มีความมุ่งหมายเพื่อก่อให้เกิดอันตรายในระดับที่กำหนดไว้ตามเงื่อนไข เช่น การฝึกบุคคลที่ถูกเกณฑ์มาเฉพาะเพื่อทำการต่อสู้ที่กำหนดไว้ล่วงหน้า การเกณฑ์และการฝึกจึงถือเป็นส่วนสำคัญของการต่อสู้ จึงถือว่าการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบได้³⁸¹

³⁷⁸ Ibid. P. 50.

³⁷⁹ Ibid. P. 53.

³⁸⁰ Ibid.

³⁸¹ Ibid.

การกระทำตามเงื่อนไขของการก่อให้เกิดผลโดยตรงนี้ต้องเป็นการกระทำทางกายภาพ (Physical act) แต่ไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำที่ไม่สามารถแยกออกจากการก่อให้เกิดอันตรายได้ ตัวอย่างเช่น การให้ความช่วยเหลือทางการเงิน หรือการผลิตอาวุธ และการจัดหาเสบียงอาหารให้แก่กองทัพ ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่สามารถแยกออกจากการก่อให้เกิดอันตรายได้ แต่ไม่ใช่การกระทำที่ก่อให้เกิดผลซึ่งเป็นอันตรายโดยตรง³⁸² แต่บุคคลหนึ่งในจำนวนหลายคนซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้เฝ้าระวังระหว่างการซ้อมโจมตีถือว่าเป็นผู้เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ แม้ว่าการกระทำดังกล่าวสามารถแยกออกจากการก่อให้เกิดอันตรายได้³⁸³

การกระทำที่ก่อให้เกิดผลไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำหลักที่ก่อให้เกิดอันตราย แต่ต้องเป็นส่วนสำคัญของการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตราย³⁸⁴ และไม่จำเป็นต้องเป็นเหตุการณืที่ต่อเนื่องเป็นลำดับกัน แต่ต้องเป็นการกระทำที่ทำให้เกิดอันตรายในขั้นตอนเดียวโดยไม่มีเหตุการณือื่นแทรกแซง ตัวอย่างเช่น การประกอบและการเก็บระเบิดแสวงเครื่อง (Improvised Explosive Device หรือ IED) ในโรงงาน การซื้อหรือการขโมยชิ้นส่วนของระเบิดอาจมีความเชื่อมโยงกับการก่อให้เกิดอันตรายผ่านเหตุการณืที่ต่อเนื่องเป็นลำดับกัน แต่ไม่ได้ก่อให้เกิดผลโดยตรง³⁸⁵ ซึ่งในประเด็นของตัวอย่างที่แนวทางการตีความระบุเกี่ยวกับการประกอบชิ้นส่วนระเบิดแสวงเครื่องว่าไม่ได้ก่อให้เกิดผลโดยตรงนั้น มีรัฐส่วนหนึ่งที่ไม่เห็นด้วย และเห็นว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบที่ผู้มีอำนาจในการโจมตีสามารถตัดสินใจโจมตีได้ทันทีเพื่อยับยั้งการติดตั้งระเบิดแสวงเครื่อง³⁸⁶ การโจมตีดังกล่าวอาจชอบด้วยกฎหมายโดยอาศัยการทดสอบเรื่องการกระทำ เนื่องจากการประกอบระเบิดเป็นส่วนสำคัญของปฏิบัติการที่จะเกิดขึ้นในภายหลังภายในเวลาอันใกล้³⁸⁷

ในประเด็นเรื่องเงื่อนไขของการก่อให้เกิดผลโดยตรงในปฏิบัติการร่วมต้องพิจารณา ลักษณะของปฏิบัติการที่มีลักษณะร่วมกันและความซับซ้อนของปฏิบัติการทางทหารในปัจจุบัน เช่น การโจมตีโดยอากาศยานไร้คนขับอาจเกี่ยวข้องกับบุคคลจำนวนหลายคน เช่น ผู้เชี่ยวชาญทางด้าน

³⁸² Ibid. P. 54.

³⁸³ Ibid.

³⁸⁴ Galvin, "Direct Participation in Hostilities: A Proposition for U.S. Reaction to the Icr's Interpretive Guidance and Formulation for a Practicable Definition." P. 40-41.

³⁸⁵ International Committee of the Red Cross, "Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law". P. 54.

³⁸⁶ Michael N Schmitt, "Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constituent Elements," *New York University Journal of International Law and Politics* 42 (2010). P. 731.

³⁸⁷ Ibid.

คอมพิวเตอร์ที่เป็นผู้ควบคุมอากาศยานผ่านทางรีโมทคอนโทรล บุคคลที่ระบุเป้าหมาย บุคคลที่รวบรวมข้อมูล ผู้เชี่ยวชาญที่ควบคุมการยิงจรวดนำวิถี ผู้สังหาร และผู้บังคับบัญชาเหนือปฏิบัติการนี้ มาตรฐานของการก่อให้เกิดผลโดยตรงต้องตีความให้ครอบคลุมถึงการกระทำที่ก่อให้เกิดผลโดยเชื่อมโยงกับการกระทำอื่น แม้ว่ากระทำหนึ่งไม่ได้ก่อให้เกิดอันตรายโดยตรงในตัวเอง เช่น การระบุเป้าหมาย การวิเคราะห์และส่งข้อมูลทางเทคนิคเพื่อที่จะโจมตี หรือการอบรบ ให้ความช่วยเหลือ กองทัพในปฏิบัติการทางทหารโดยเฉพาะ แต่ยังคงเป็นไปตามเงื่อนไขเรื่องการก่อให้เกิดผลโดยตรง เนื่องจากบุคคลแต่ละคนเป็นส่วนสำคัญของปฏิบัติการที่ก่อให้เกิดอันตรายโดยตรง จึงถือว่าบุคคลทุกคนที่เกี่ยวข้องกับปฏิบัติการร่วมนั้นเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ³⁸⁸

3) การกระทำจะต้องถูกวางแผนมาเพื่อก่อให้เกิดอันตรายโดยตรงในระดับที่กำหนดไว้เพื่อสนับสนุนคู่กรณีฝ่ายหนึ่งของความขัดแย้ง และเพื่อให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย กล่าวคือ การกระทำจะต้องมีความเชื่อมโยงกับคู่สงคราม หรือ “Belligerent Nexus”

ความเชื่อมโยงกับคู่สงครามนี้แยกออกจากแนวคิดเรื่องเจตนาส่วนบุคคลหรือเจตนาของสงครามซึ่งเกี่ยวข้องกับสภาวะทางความคิดของบุคคลที่เกี่ยวข้อง โดยไม่ขึ้นอยู่กับความคิดของปัจเจกบุคคลที่มีส่วนร่วมกับการสู้รบ และจะไม่ได้รับอิทธิพลจากเจตนาภายในของบุคคล³⁸⁹ แต่ความเชื่อมโยงกับคู่สงครามต้องมีความเกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ทางภาวะวิสัยของการกระทำ ซึ่งแสดงออกผ่านการกำหนดรูปแบบการกระทำหรือปฏิบัติการ ดังนั้น พลเรือนที่ถูกบังคับให้เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ หรือเด็กที่อายุต่ำกว่าที่กฎหมายอนุญาตให้ถูกเกณฑ์เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบอาจเสียความคุ้มครองจากการโจมตีโดยตรง³⁹⁰

ในสถานการณ์ที่เป็นข้อยกเว้น ซึ่งสถานะทางจิตใจของพลเรือนอาจมีส่วนในความเชื่อมโยงกับคู่สงครามได้ ได้แก่ ในกรณีที่พลเรือนไม่ทราบเกี่ยวกับบทบาทของตนที่กำลังทำอยู่ในขณะที่เกิดความขัดแย้ง ตัวอย่างเช่น กรณีที่คนขับรถไม่ทราบว่าตนเองกำลังขนส่งระเบิดที่ควบคุมในระยะเวลาใกล้ได้ หรือในเวลาที่ไม่ทราบไม่สูญเสียเสรีภาพในการกระทำทางกายภาพไป ตัวอย่างเช่น กรณีที่ถูกบังคับทางกายภาพให้เป็นโล่มนุษย์เพื่อคุ้มกันในการต่อสู้ พลเรือนในสถานการณ์ดังกล่าวไม่ถือว่า

³⁸⁸ International Committee of the Red Cross, "Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law". P. 54-55.

³⁸⁹ Ibid. P. 59.

³⁹⁰ Ibid. P. 60.

กระทำการนั้น ยังคงได้รับความคุ้มครองจากการโจมตีโดยตรง และความเสียหายข้างเคียงที่อาจเกิดขึ้นต่อพลเรือนจะถูกนำมาพิจารณาในการประเมินตามหลักความได้สัดส่วนกับปฏิบัติการทางทหารนั้น โดยไม่คำนึงถึงความเชื่อมโยงกับคู่สงครามกับปฏิบัติการทางทหารที่ตนเองถูกใช้เป็นเครื่องมือ³⁹¹

การประเมินการกระทำตามหลักเกณฑ์เรื่องความเชื่อมโยงกับคู่สงครามอยู่บนฐานของข้อมูลที่บุคคลซึ่งเป็นผู้ตัดสินใจมีอยู่ ณ ขณะนั้น ในสถานที่ที่เหตุการณ์เกิดขึ้น และต้องประเมินโดยอาศัยปัจจัยที่สามารถพิสูจน์ได้³⁹²

3.4.2 องค์การอิสระ

ผู้เขียนจะศึกษาแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการพิจารณาหรือการตีความการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบจากองค์การอิสระ ซึ่งสามารถจัดอยู่ในประเภทขององค์การระดับเอกชนระหว่างประเทศ ซึ่งมีบทบาทในทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ดังต่อไปนี้

3.4.2.1 Americas Watch

Americas Watch มีต้นกำเนิดมาจาก Human Rights Watch ซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1978 โดยแรกเริ่มใช้ชื่อว่า Helsinki Watch โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการปฏิบัติตามบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิมนุษยชนซึ่งถูกกำหนดไว้ในข้อตกลงกรุงเฮลซิงกิ (Helsinki Accord) ของกลุ่มประเทศของสหภาพโซเวียต ต่อมาในปี ค.ศ. 1981 Americas Watch ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อควบคุมการละเมิดสิทธิมนุษยชนของคูร์ณีในความขัดแย้งของทั้งสองฝ่ายในสงครามกลางเมืองที่เกิดขึ้นในอเมริกากลาง โดยปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในการตรวจสอบและเปิดเผยการกระทำที่เป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงครามของทั้งฝ่ายกองกำลังของรัฐบาลและกลุ่มก่อความไม่สงบ อีกทั้งมีบทบาทในการตรวจสอบการกระทำของรัฐบาลต่างชาติ โดยเฉพาะสหรัฐอเมริกาที่กระทำการสนับสนุนทางทหารและการเมืองต่อระบบการปกครองที่ไม่ชอบ และต่อมาภายหลังมีการจัดตั้งคณะกรรมการอื่นเพื่อสอดส่องดูแลการละเมิดสิทธิมนุษยชนในภูมิภาคอื่นทั่วโลก เช่น ทวีปเอเชีย

³⁹¹ Ibid.

³⁹² Ibid. P. 63-64.

และทวีปแอฟริกา โดยเป็นที่รู้จักกันในนาม “The Watch Committees” สิ้นสุดในปี ค.ศ. 1988 คณะกรรมการทั้งหมดได้รวมตัวกันเป็นหนึ่งเดียวและใช้ชื่อว่า Human Rights Watch³⁹³

ในปัจจุบัน Human Rights Watch มีบทบาทในการทำรายงานเกี่ยวกับการละเมิดกฎหมายว่าด้วยสงคราม เพื่อให้การกระทำละเมิดดังกล่าวได้รับความสนใจจากองค์การระหว่างประเทศที่อาจมีบทบาทในการดำเนินคดีผู้กระทำการละเมิด ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบปรากฏอยู่ในรายงานเรื่องการฝ่าฝืนกฎหมายสงครามในนิคารากัว ซึ่งจัดทำขึ้นใน ค.ศ. 1985 โดย Americas Watch³⁹⁴ ซึ่งเนื้อหาของรายงานดังกล่าวกำหนดลักษณะของบุคคลที่มีสถานะของพลเรือน โดยระบุว่า ในความขัดแย้งภายในประเทศนิคารากัว บุคคลที่มีสถานะเป็นพลเรือนได้แก่

- 1) ประชากรที่สันติ ไม่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ
- 2) พลเรือนที่สนับสนุนโดยอ้อมแก่กองทัพของนิคารากัวโดยทำงานในฐานะให้หรือเก็บรักษาเสบียงในบริเวณแนวหลัง จัดหาแรงงานและเสบียง หรือทำหน้าที่เป็นผู้ส่งสารหรือเผยแพร่โฆษณาชวนเชื่อ เนื่องจากกากระทำดังกล่าวไม่ได้ก่อให้เกิดภัยคุกคามในทันทีต่อคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม แต่พลเรือนที่กระทำการนั้นมีความเสี่ยงที่จะเสียชีวิตหรือบาดเจ็บจากการโจมตีเป้าหมายทางทหารที่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นผลข้างเคียงที่อาจเกิดขึ้น
- 3) บุคคลที่ไม่ได้เป็นสมาชิกของกองทัพของคู่กรณีที่ไม่ได้เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ โดยการพยายามฆ่า การทำให้บาดเจ็บ หรือการจับกุมพลรบของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม หรือทำลายทรัพย์สิน ซึ่งบุคคลดังกล่าวจะสูญเสียความคุ้มครองเฉพาะในเวลาที่ต้องทำหน้าที่พลรบ

จากรายงานข้างต้นจึงอาจสรุปได้ว่า หากบุคคลให้การสนับสนุนโดยอ้อมแก่กองทัพ เช่น การจัดหาเสบียง เป็นผู้ส่งสาร ทำโฆษณาชวนเชื่อ หรือกระทำการที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดภัยคุกคามในทันทีต่อคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม การกระทำของบุคคลดังกล่าวจะไม่ถือเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ อันอาจส่งผลให้บุคคลนั้นสูญเสียความคุ้มครองจากการโจมตีไป

ผลการศึกษาแนวทางการตีความรวมถึงความเห็นขององค์การระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบพบว่า ICRC เป็นเพียงองค์การเดียวที่กำหนดแนวทางการตีความไว้การ

³⁹³ Human Rights Watch, "History," <https://www.hrw.org/history>.

³⁹⁴ Jean-Marie Henckaeters and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law Volume II: Practice Part 1*. P. 126.

กระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบไว้อย่างชัดเจน โดยกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณา การกระทำทั้งหมด 3 ประการ ได้แก่ เจื่อนใจเรื่องการก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกายของ บุคคล หรือทรัพย์สินที่ได้รับความคุ้มครอง หรือก่อให้เกิดผลทางลบต่อปฏิบัติการหรือความสามารถ ทางทหารของคู่กรณีในความขัดแย้ง เจื่อนใจลำดับถัดมา คือ การกระทำดังกล่าวจะต้องมีความ เชื่อมโยงระหว่างการกระทำและผล และเจื่อนใจประการสุดท้าย คือ การกระทำนั้นจะต้องก่อให้เกิด ประโยชน์ต่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งและทำให้เกิดความเสียหายต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งแตกต่างจากองค์การ ระหว่างประเทศอื่นที่ไม่ได้มีการกำหนดแนวทางการตีความการกระทำไว้อย่างชัดเจน มีเพียงกำหนด ลักษณะของการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ โดยกำหนดเพียงว่า การกระทำ นั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ต้องมีส่วนเกี่ยวข้องกับปฏิบัติการสู้รบหรือปฏิบัติการทางทหาร มีความ ใกล้ชิดกับแนวหน้าของการสู้รบ เป็นการก่อให้เกิดภัยคุกคามในทันที และผลของการกระทำก่อให้เกิด ความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม ซึ่งลักษณะของการกระทำที่ กำหนด มีบางส่วนที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับแนวทางที่ ICRC กำหนดไว้

อย่างไรก็ตาม แม้ว่า ICRC จะกำหนดแนวทางการพิจารณาการกระทำอันเป็นการเข้าร่วม โดยตรงในการสู้รบไว้อย่างชัดเจน แนวทางการพิจารณาดังกล่าวไม่มีผลผูกพันรัฐทุกรัฐให้ปฏิบัติตาม และไม่เป็นการประมวลกฎหมายจารีตประเพณีเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้ รบแต่อย่างใด จึงอาจสรุปได้ว่า แนวทางปฏิบัติรวมถึงความเห็นขององค์การระหว่างประเทศยังมี ความไม่เป็นเอกภาพเกี่ยวกับการใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาการกระทำ และมีความแตกต่างกันใน ลักษณะของการกระทำที่เห็นว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบบางประการดังที่กล่าวมาแล้ว ข้างต้น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

3.5 ความเห็นของนักวิชาการเกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ

ความเห็นของนักวิชาการในฐานะของการเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายระหว่างประเทศได้ระบุไว้ ในข้อ 38(1) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ³⁹⁵ ซึ่งกำหนดว่า คำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิ

³⁹⁵ "Statute of the International Court of Justice."

Article 38(1)

"The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;

อย่างสูงของประเทศต่าง ๆ (Teachings of the most highly qualified publicists) เป็นเครื่องมือลำดับรองในการพิจารณากำหนดหลักกฎหมาย ซึ่งความเห็นของนักวิชาการที่ไม่ได้เป็นผู้ทรงคุณวุฒิอย่างสูงไม่มีสถานะเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย แต่ถูกนำมาใช้อ้างอิงประกอบการให้เหตุผลในคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ และเมื่อพิจารณาบทบาทของคำพิพากษาของศาลและคำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิหรือความเห็นของนักวิชาการแล้ว พบว่าความเห็นของนักวิชาการมีบทบาทน้อยกว่าคำพิพากษาของศาลทั้งศาลภายในและศาลระหว่างประเทศ ด้วยเหตุที่ว่าคำพิพากษาของศาลนั้นมีความสอดคล้องของการให้เหตุผลและการวินิจฉัย โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำพิพากษาภายในของรัฐที่ศาลภายในของรัฐได้รับมอบอำนาจในการวินิจฉัยประเด็นทางกฎหมาย³⁹⁶ ผลของการที่ผลงานเขียนของนักวิชาการมีบทบาทต่อกฎหมายระหว่างประเทศนี้ส่งผลให้ระบบกฎหมายระหว่างประเทศแตกต่างจากระบบกฎหมายอื่น

ความเห็นของนักวิชาการที่ปรากฏอยู่ในผลงานเขียนมีบทบาทในการกำหนดเนื้อหาของกฎหมายระหว่างประเทศในหลายแง่มุมด้วยกัน เช่น บทบาทในการตีความสนธิสัญญา การกำหนดเนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไป และการกำหนดเนื้อหาของหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เป็นต้น นอกจากนี้ ความเห็นของนักวิชาการยังมีบทบาทในการวิเคราะห์เอกสารเตรียมร่างสนธิสัญญา หรือการรวบรวมทางปฏิบัติของรัฐ³⁹⁷ ดังนั้นการศึกษาความเห็นของนักวิชาการจึงมีความสำคัญต่อการศึกษาในประเด็นเรื่องการกระทำที่อาจถือได้ว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบซึ่งยังไม่ปรากฏเป็นหลักเกณฑ์แน่นอนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และอาจมีส่วนช่วยในการกำหนดเนื้อหาของแนวทางการพิจารณา และการตีความถ้อยคำการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบซึ่งผู้เขียนจะหยิบยกความเห็นของนักวิชาการที่เกี่ยวข้องกับแนวทางการพิจารณาการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบใน 2 ประเด็น ดังต่อไปนี้

-
- b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
 - c. the general principles of law recognized by civilized nations;
 - d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.”

³⁹⁶ Aldo Zammit Borda, "A Formal Approach to Article 38(1)(D) of the Icj Statute from the Perspective," *The European Journal of International Law* 24 (2013). P. 659.

³⁹⁷ Sir Michael Wood, "Remarks on the Importance of 'Teachings' in International Law, with Particular Reference to the Melland Schill Lecture Series," *Manchester International Law Centre* (2016). P. 4.

3.5.1 ความเห็นของนักวิชาการต่อแนวทางการตีความความคิดเรื่องการเข้าร่วมโดยตรง ในการสู้รบตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศของ ICRC

นักวิชาการกฎหมายระหว่างประเทศได้แสดงความเห็นต่อแนวทางการตีความของ ICRC ไว้ในหลายประเด็นด้วยกัน ประเด็นที่หนึ่งเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ Threshold of Harm มีข้อวิจารณ์ โดย Eric T Jensen เห็นว่ามาตรฐานของคำว่า อันตรายที่เกิดขึ้นจริง (Actual harm) เคร่งครัดเกินไป ไม่สามารถใช้อธิบายกรณีที่ปัจเจกบุคคลที่สนับสนุนการสู้รบอย่างเปิดเผยโดยการก่อสร้าง ให้เงิน หรือ เก็บรักษาอาวุธหรือสิ่งของที่ใช้ทำสงคราม แม้ว่าบุคคลนั้นจะไม่ได้เป็นสมาชิกของกลุ่มติดอาวุธที่เป็น คู่กรณีของความขัดแย้ง³⁹⁸ Jensen สนับสนุนการตีความการเข้าร่วมโดยตรงที่ครอบคลุมถึงพลเรือนที่ ก่อให้เกิดอันตรายอย่างแท้จริง และพลเรือนที่สนับสนุนโดยตรงแก่บุคคลที่ก่อให้เกิดอันตรายด้วย เช่น ผู้ที่รวบรวมข้อมูลลับ หรือเป็นผู้สังเกตการณ์และให้ข้อมูลแก่ผู้ทำหน้าที่ต่อสู้ ผู้ที่ชักจูงคนอื่นให้เข้าร่วม โดยตรงในการสู้รบ และผู้ที่ฝึกทหารให้แก่บุคคลอื่น³⁹⁹

ส่วน Michael N. Schmitt เห็นว่า การปรับใช้หลักเกณฑ์เรื่องระดับของอันตรายอย่าง เคร่งครัดจะตัดการกระทำที่เมื่อประเมินอย่างสมเหตุสมผลแล้วควรเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ⁴⁰⁰ และหลักเกณฑ์นี้จำกัดเฉพาะการกระทำที่ก่อให้เกิดผลทางลบต่อคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามเท่านั้นโดย ไม่คำนึงถึงการกระทำที่เป็นประโยชน์ต่อคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม⁴⁰¹ เช่น การซ่อมแซมลานวิ่งของเครื่องบิน ที่ได้รับความเสียหายจากสงครามเพื่อที่จะใช้ในการสู้รบต่อไป หรือสร้างแนวป้องกันที่ฐานทัพ เป็น การกระทำที่เสริมสร้างความสามารถของปฏิบัติการทางทหารมากกว่าที่จะทำให้คู่กรณีฝ่ายตรงข้ามได้ ความเสียหาย แต่ส่งผลกระทบต่อคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามได้เช่นกัน จึงเป็นการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับ อันตรายทางทหารที่แคบเกินไป⁴⁰² และการที่กองทัพคู่กรณีฝ่ายหนึ่งของความขัดแย้งไม่ได้รับความ สูญเสียอย่างร้ายแรงไม่ได้หมายความว่า จะไม่มีอันตรายเกิดขึ้น⁴⁰³ การประเมินเงื่อนไขเรื่อง “อันตราย” จึงอยู่บนฐานของอันตรายที่เกิดขึ้นเพียงอย่างเดียว ไม่พิจารณาความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อ ปฏิบัติการทางทหารในความเป็นจริง ซึ่งในทางปฏิบัตินั้นอันตรายและประโยชน์ทางทหารไม่สามารถ

³⁹⁸ Bosch, "The Combatant Status of Non-State Actors in International Armed Conflicts, in Light of the Notion of Direct Participation in Hostilities." P. 78.

³⁹⁹ *Public Committee against Torture in Israel ('Pcati') V Government of Israel*. Para. 35.

⁴⁰⁰ Schmitt, "Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constituent Elements." P. 714.

⁴⁰¹ *Ibid.* P. 718.

⁴⁰² *Ibid.* P. 720.

⁴⁰³ *Ibid.* P. 718.

แยกออกจากกันได้ การที่ฝ่ายหนึ่งได้รับอันตราย อีกฝ่ายหนึ่งจะได้เปรียบเป็นปกติ⁴⁰⁴ Schmitt ยังโต้แย้งการตีความของ ICRC ที่ต้องการเงื่อนไขเรื่องการเสียชีวิต หรือความเสียหาย เนื่องจากจะเป็นการตัดการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การเนรเทศพลเรือน หรือการลักพาตัวออกไปจากการพิจารณา⁴⁰⁵ Schmitt เสนอว่ามาตรฐานนี้ควรจะรวมถึงการกระทำที่เป็นอันตรายต่อบุคคลหรือสิ่งของที่ได้รับความคุ้มครอง โดยไม่จำเป็นต้องส่งผลให้เกิดการตายหรือความเสียหาย และรวมการกระทำที่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งโดยอาศัยเงื่อนไขเรื่องความเชื่อมโยงระหว่างการทำกระทำและผลที่เป็นการเสริมสร้างความสามารถของคู่กรณีเป็นสิ่งที่จำกัดขอบเขตการตีความไม่กว้างเกินไป⁴⁰⁶

ในประเด็นถัดมา คือหลักเกณฑ์ที่สองของแนวทางการตีความ ICRC เกี่ยวกับ Direct Causation Michael N. Schmitt เสนอข้อวิจารณ์หลักเกณฑ์เรื่องการก่อให้เกิดผลโดยตรง โดยตั้งประเด็นเรื่องเงื่อนไขของการก่อให้เกิดผลที่มุ่งไปที่อันตรายเพียงอย่างเดียว ไม่ได้พิจารณาการกระทำที่ก่อให้เกิดความได้เปรียบหรือเสริมสร้างความสามารถทางทหารของศัตรู จึงเป็นการจำกัดขอบเขตของการกระทำที่แคบลงรวมถึงจำกัดโอกาสของคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามในการตอบโต้การกระทำในลักษณะดังกล่าวด้วย⁴⁰⁷ อีกทั้งในแนวทางการตีความไม่ได้ให้คำนิยามของเงื่อนไขการก่อให้เกิดผลในขั้นตอนเดียว และการปรับใช้เงื่อนไขนี้ทำให้ขอบเขตของการกระทำที่มีลักษณะก่อให้เกิดผลโดยอ้อมถูกตัดออกจากการประเมิน หรืออาจเป็นการกระทำที่เห็นได้ชัดเจนว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ เช่น การรวบรวมข้อมูลทางเทคนิคในสนามรบ แต่ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อการสู้รบภายในขั้นตอนเดียว ก็ไม่ถือว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบตามหลักเกณฑ์ของแนวทางการตีความเช่นกัน⁴⁰⁸

Schmitt เสนอแบบทดสอบการกระทำที่เป็นส่วนสำคัญ (Integral Part Test) ซึ่งในแนวทางการตีความใช้แบบทดสอบนี้กับปฏิบัติการทางทหารร่วมเท่านั้น แต่ Schmitt เห็นว่า เป็นแนวคิดที่ครอบคลุมสาระสำคัญของการก่อให้เกิดผลโดยตรง โดยไม่คำนึงว่าการกระทำนั้นจะเป็นส่วนหนึ่งของปฏิบัติการทางทหารของกลุ่มบุคคลหรือปัจเจกบุคคล การทดสอบมุ่งที่ความสมบูรณ์ของการกระทำมากกว่าการพิจารณาการกระทำในแต่ละขั้นตอน เนื่องจากการกระทำหนึ่งอาจอยู่ในขั้นตอนที่

⁴⁰⁴ Ibid. P. 719.

⁴⁰⁵ Ibid. P. 723.

⁴⁰⁶ Ibid. P. 720.

⁴⁰⁷ Ibid. P. 727.

⁴⁰⁸ Ibid. P. 728.

ห่างออกไปจากการสู้รบ แต่สามารถเป็นส่วนสำคัญของปฏิบัติการได้ ตัวอย่างเช่น การได้รับวัสดุที่จะสร้างระเบิดแสวงเครื่อง หรือเสื่อระเบิดพลีชีพที่จะใช้ในการโจมตีที่วางแผนไว้แล้ว เป็นต้น⁴⁰⁹

การทดสอบที่อาศัยเรื่องส่วนสำคัญนี้สามารถแยกการกระทำที่เป็นส่วนเล็กน้อยที่อาจก่อให้เกิดผล แต่ห่างไกลจากขอบเขตและผลกระทบของการสู้รบที่กำลังดำเนินอยู่ ซึ่งไม่ถึงขนาดที่ทำให้พลเรือนเสียความคุ้มครอง เช่น การฝึกทหาร ที่อาจส่งผลต่อชัยชนะหรือความพ่ายแพ้ในสนามรบ แต่ความเชื่อมโยงของการก่อให้เกิดผลระหว่างการฝึกและผลของการต่อสู้มีน้อย ส่วนการฝึกผู้ต่อสู้ในการดำเนินปฏิบัติการหนึ่งที่เฉพาะเจาะจงนั้น Schmitt เห็นด้วยกับแนวทางการตีความว่า เป็นการกระทำที่มีความเชื่อมโยงโดยตรง โดยเห็นว่าการฝึกเป็นส่วนสำคัญของการดำเนินปฏิบัติการ⁴¹⁰

ประเด็นสุดท้ายเรื่อง Belligerent Nexus ข้อวิจารณ์ของหลักเกณฑ์นี้มีประเด็นเรื่องของการพิจารณาเจตนาในทางภาวะวิสัยของผู้เข้าร่วมเป็นไปได้อย่างยากในสถานการณ์ทางปฏิบัติ เนื่องจากอาจไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลได้อย่างเพียงพอก่อนที่จะต้องตัดสินใจโดยใช้ดุลพินิจของตนเอง⁴¹¹ และ Schmitt สนับสนุนความคิดที่ว่า การกระทำต้องมีความเกี่ยวข้องกับการสู้รบ แต่มีความเห็นเพิ่มเติมว่า เงื่อนไขที่การกระทำที่จะเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบได้นั้น จะต้องมิใช่เป็นการสนับสนุนคู่กรณีฝ่ายหนึ่งและทำให้เกิดความเสียหายต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเป็นการกำหนดเงื่อนไขที่เคร่งครัดมากเกินไป จึงเสนอการทดสอบเรื่องความเกี่ยวข้องกับสงครามในลักษณะที่ต่างออกไป คือ ควรกำหนดให้การกระทำที่ถือเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบต้องสนับสนุนคู่กรณีของความขัดแย้ง “หรือ” ก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง⁴¹² เนื่องจากการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่จำเป็นต้องก่อให้เกิดประโยชน์ต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ตัวอย่างเช่น การกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายโดยคู่กรณีฝ่ายที่เป็นกลาง หรือเป็นหน่วยงานอิสระ เป็นต้น และในทางกลับกัน การกระทำที่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งอาจไม่ทำให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้รับอันตรายก็เป็นได้⁴¹³

⁴⁰⁹ Ibid. P. 729.

⁴¹⁰ Ibid. P. 729-730.

⁴¹¹ Galvin, "Direct Participation in Hostilities: A Proposition for U.S. Reaction to the Icr's Interpretive Guidance and Formulation for a Practicable Definition." P. 45.

⁴¹² Schmitt, "Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constituent Elements." P. 736.

⁴¹³ Ibid.

3.5.2 ความเห็นของนักวิชาการต่อหลักเกณฑ์การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ

Tallinn Manual on the International Law applicable to Cyber Warfare (คู่มือ Tallinn) เป็นผลการศึกษาของนักวิชาการรวมถึงนักปฏิบัติทางกฎหมายระหว่างประเทศที่มีชื่อเสียงจำนวน 20 คน⁴¹⁴ โดยคู่มือ Tallinn ระบุกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่ในปัจจุบันมาปรับใช้กับสงครามไซเบอร์ โดยครอบคลุมเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐ ความรับผิดชอบของรัฐ การใช้กำลังหรือกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เป็นต้น โดยให้คำนิยามว่า การโจมตีทางไซเบอร์ หมายถึงปฏิบัติการทางไซเบอร์ ไม่ว่าจะเป็นการโจมตี หรือป้องกัน ซึ่งคาดหมายตามสมควรได้ว่าจะก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกาย หรือชีวิตของบุคคล หรือก่อให้เกิดความเสียหาย หรือเป็นการทำลายทรัพย์สิน⁴¹⁵

ในส่วนของการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ อยู่ในกฎข้อ 35 เรื่อง พลเรือนเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ซึ่งระบุว่า พลเรือนจะได้รับความคุ้มครองจากการโจมตี เว้นแต่ในเวลา that พลเรือนเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ โดยมีที่มาจากข้อ 51(3) ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 และข้อ 13(3) ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 ซึ่งกฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศและการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ⁴¹⁶

กฎข้อ 35 นี้ ไม่นำมาใช้กับสมาชิกของกองทัพ กลุ่มติดอาวุธที่มีการจัดการ และผู้เข้าร่วมใน levee en masse เนื่องจากบุคคลเหล่านี้ไม่มีสถานะเป็นพลเรือน กฎข้อนี้จะใช้บังคับกับพลเรือนที่เข้าร่วมในการสู้รบโดยไม่มี ความเกี่ยวข้องกับกองทัพ หรือเป็นสมาชิกของกลุ่มติดอาวุธที่มีการจัดการ ซึ่งพิจารณาจากหน้าที่ในการสู้รบอย่างต่อเนื่อง⁴¹⁷

คู่มือ Tallinn กำหนดให้ พลเรือนที่กระทำการอันถือเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ สามารถถูกโจมตีได้ และอันตรายที่เกิดขึ้นกับพลเรือนดังกล่าวจะไม่ถูกนำมาพิจารณาเมื่อประเมินตามหลักความได้สัดส่วนของการโจมตีว่าเป็นผลที่เกิดขึ้นข้างเคียง และจะไม่ถูกนำมาตัดสินเรื่องการใช้ความระมัดระวังล่วงหน้าในการโจมตีเพื่อหลีกเลี่ยงการก่อให้เกิดอันตรายต่อพลเรือนระหว่าง

⁴¹⁴ International Group of Experts at the Invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare* (New York: Cambridge University Press, 2013), P. 1.

⁴¹⁵ Ibid. P. 106.

⁴¹⁶ Ibid. P. 118.

⁴¹⁷ Ibid. P. 118-119.

ปฏิบัติการทางทหาร โดยคู่มือ Tallinn ได้ระบุหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการกระทำที่ถือเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบเช่นเดียวกับแนวทางการตีความความคิดเรื่องการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศของ ICRC โดยมีหลักเกณฑ์คือ

1. การกระทำจะต้องมีผลกระทบทางลบที่มุ่งหมายไว้ หรือมีผลกระทบอย่างแท้จริงต่อปฏิบัติการทางทหารหรือความสามารถของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม หรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของบุคคล หรือทรัพย์สินของบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองจากการโจมตี หรือ Threshold of Harm

หลักเกณฑ์ข้อนี้อาศัยเจตนาของบุคคลเป็นสำคัญ ซึ่งเป็นมาตรฐานที่ต่ำกว่าแนวทางการตีความของ ICRC ที่ใช้มาตรฐานความเป็นไปได้ในทางภาวะวิสัยในการพิจารณาเรื่องระดับของอันตราย⁴¹⁸ และไม่มีเงื่อนไขเรื่องความเสียหายทางกายภาพต่อทรัพย์สิน หรือการก่อให้เกิดอันตรายต่อพลเรือน เพียงแค่บุคคลที่กระทำการมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลกระทบทางลบต่อปฏิบัติการทางทหาร หรือความสามารถของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม หรือมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของบุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง หรือทรัพย์สินที่ได้รับความคุ้มครองก็เป็นไปตามเงื่อนไขของหลักเกณฑ์ประการนี้แล้ว จึงเป็นการขยายขอบเขตการกระทำที่การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบให้รวมถึงการกระทำที่เป็นการช่วยเหลือคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง⁴¹⁹ การกระทำที่ไม่ถือเป็นการโจมตีทางไซเบอร์ อาจเป็นไปตามเกณฑ์นี้ได้หากมีผลกระทบทางลบต่อคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม ตัวอย่างเช่น การปฏิบัติการทางไซเบอร์ที่เป็นการขัดขวางเครือข่ายการบังคับบัญชาและการควบคุมของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม⁴²⁰

2. การกระทำต้องมีความเชื่อมโยงโดยตรงกับอันตรายที่มุ่งหมายไว้ หรืออันตรายที่เกิดขึ้น หรือ Causal Link⁴²¹

หลักเกณฑ์ข้อนี้พิจารณาอันตรายที่มุ่งหมายไว้ แทนที่การพิจารณาอันตรายที่น่าจะเกิดขึ้นเช่นเดียวกับแนวทางการตีความของ ICRC จึงมีผลเป็นการขยายขอบเขตการกระทำที่ถือเป็นการเข้าร่วม

⁴¹⁸ Collin Allan, "Direct Participation in Hostilities from Cyberspace," *Virginia Journal of International Law* 54 (2013). P. 178.

⁴¹⁹ Ibid. P. 181.

⁴²⁰ International Group of Experts at the Invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*. Page 119.

⁴²¹ Ibid.

ร่วมโดยตรงในการสู้รบเช่นเดียวกับหลักเกณฑ์ในข้อ 1 ตัวอย่างเช่น การระบุเป้าหมาย การวิเคราะห์ และส่งข้อมูลทางเทคนิคให้แก่กองกำลังที่ทำหน้าที่โจมตี และการสอน หรือให้ความช่วยเหลือแก่ กองทัพในปฏิบัติการทางทหารโดยเฉพาะเจาะจงผ่านวิธีการทางไซเบอร์ เป็นไปตามเงื่อนไขการ ก่อให้เกิดผลโดยตรงตามหลักเกณฑ์นี้ เนื่องจากมีความเชื่อมโยงโดยตรงระหว่างการกระทำของบุคคล และอันตรายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น⁴²²

3. การกระทำจะต้องมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับการสู้รบ หรือ Belligerent Nexus

แนวทางของ ICRC ระบุเงื่อนไขของการกระทำที่แคบกว่า คู่มือ Tallinn ซึ่งคู่มือ Tallinn ระบุเพียงขอบเขตกว้าง ๆ ว่า เป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการสู้รบเท่านั้น หลักเกณฑ์นี้สามารถ แยกแยะการกระทำที่เป็นความผิดอาญา หรือความผิดทางแพ่งที่เกิดขึ้นระหว่างการขัดกันทางอาวุธได้ เช่น บุคคลที่ใช้วิธีการทางไซเบอร์เพื่อขโมยเงินของรัฐ ซึ่งเป็นคู่อริของความขัดแย้ง เพื่อประโยชน์ ส่วนตัว ไม่ถือว่าบุคคลดังกล่าวเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ แต่ถ้าการขโมยเงินนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อ นำไปใช้สนับสนุนปฏิบัติการทางทหารหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง จะถือว่าบุคคลดังกล่าวเข้าร่วมโดยตรง ในการสู้รบ⁴²³ หากเกิดข้อสงสัยว่าพลเรือนเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่ หรือการกระทำดังกล่าวถึงระดับที่เป็นการเข้าร่วมโดยตรงหรือไม่ ก่อนที่จะตัดสินใจโจมตี ผู้โจมตีจะต้องพิจารณาข้อมูล ที่เกี่ยวข้องทั้งหมด และกระทำตามสมควรในสถานการณ์นั้น⁴²⁴

ความเห็นของนักวิชาการต่อแนวทางการตีความของ ICRC มีแนวโน้มเป็นไปในทางที่ว่า แนวทาง การตีความของ ICRC นั้น เป็นการตีความที่มีลักษณะแคบเกินกว่าที่จะครอบคลุมการกระทำซึ่ง ในทางปฏิบัติแล้วควรถือได้ว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ส่วนคู่มือ Tallinn นั้นอาศัย โครงสร้างของแนวทางการตีความของ ICRC เป็นฐาน โดยมีการปรับเปลี่ยนลักษณะของการกระทำที่ เป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบให้สอดคล้องกับรูปแบบของการทำสงครามไซเบอร์ซึ่งโดยส่วนมาก ไม่มีการก่อให้เกิดความเสียหายทางกายภาพโดยตรงของคู่อริฝ่ายตรงข้าม และมีการปรับเปลี่ยน องค์ประกอบของการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบในองค์ประกอบที่สามจากเดิมไป อย่างสิ้นเชิง โดยตามแนวทางการตีความของ ICRC กำหนดให้การกระทำที่เป็นการเข้าร่วมโดยตรงใน การสู้รบจะต้องก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่อริฝ่ายหนึ่ง และก่อให้เกิดประโยชน์ต่อคู่อริอีกฝ่าย

⁴²² Allan, "Direct Participation in Hostilities from Cyberspace." P. 186.

⁴²³ Ibid. P. 120.

⁴²⁴ Ibid. P. 122.

หนึ่ง แต่คู่มือ Tallinn กำหนดองค์ประกอบของการกระทำว่าจะต้องเป็นการกระทำที่มีความสอดคล้องกับการสู้รบ ซึ่งสอดคล้องกับแนวความเห็นของศาลระหว่างประเทศ และองค์การระหว่างประเทศ

ผลของการศึกษาในบทนี้จะเห็นได้ว่า รัฐแต่ละรัฐ ศาลภายในของรัฐ ศาลระหว่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศ รวมถึงนักวิชาการต่าง ๆ ไม่ได้กำหนดคำนิยามหรือหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบไว้อย่างชัดเจนและแน่นอน แต่จากศึกษาแนวทางปฏิบัติของตัวแสดงในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับการตีความ การให้ความเห็น หรือการให้ลักษณะของการกระทำที่ตัวแสดงนั้นมีความเห็นว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบแล้ว พบว่า แนวทางปฏิบัติเหล่านี้มีลักษณะร่วมกันบางประการที่อาจนำมาใช้เป็นแนวทางพิจารณาการกระทำของบุคคลเบื้องต้นได้ ซึ่งผู้เขียนจะศึกษาโดยละเอียดในบทถัดไป ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งอันเป็นผลมาจากการที่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกำหนดให้บุคคลที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบโดยเฉพาะพลเรือนจะสูญเสียความคุ้มครองในเวลาที่เข้าร่วม แต่ไม่ได้กำหนดลักษณะของการกระทำนั้น คือ ผลกระทบที่เกิดขึ้นจากความไม่ชัดเจนของคำนิยามและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ซึ่งผู้เขียนจะพิจารณาผลกระทบดังกล่าวโดยอาศัยหลักเกณฑ์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาพิจารณาประกอบในบทถัดไป

บทที่ 4

ความไม่ชัดเจนของหลักเกณฑ์เรื่องการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ: ผลกระทบและ แนวทางพื้นฐานในการพิจารณาการกระทำ

จากการศึกษาในบทที่ผ่านมาความไม่ชัดเจนของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ อันเป็นผลมาจากการไม่มีคำนิยาม หรือหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ประกอบความไม่ชัดเจนของถ้อยคำ แนวทางปฏิบัติของรัฐที่ไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน และไม่เป็นเอกภาพ การใช้เหตุผลของศาลในการพิจารณาคดีในประเด็นเรื่องการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ความเห็นและทางปฏิบัติขององค์การระหว่างประเทศ รวมถึงความเห็นทางวิชาการของนักกฎหมายระหว่างประเทศที่ไม่มีหลักเกณฑ์ชัดเจนและแน่นอน ส่งผลให้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบยังไม่ตกผลึกเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังนั้น ในทางปฏิบัติที่อาจเกิดขึ้นในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ บุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง รวมถึงการใช้บังคับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจึงอาจได้รับผลกระทบในหลายประการ และส่งผลให้เกิดการเสนอแนะข้อพิจารณาเกี่ยวกับลักษณะของการกระทำที่อาจถือได้ว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ดังที่จะศึกษาดังต่อไปนี้

4.1 ผลกระทบต่อการปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

เมื่อบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาลักษณะของการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบไม่มีความชัดเจน และก่อให้เกิดความไม่เป็นเอกภาพในทางปฏิบัติ การปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ จึงอาจได้รับผลกระทบดังต่อไปนี้

4.1.1 ความไม่แน่นอนของการสูญเสียความคุ้มครองจากการโจมตีโดยตรง

ผลทางกฎหมายของการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ถูกระบุไว้ในข้อ 51(3) ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1⁴²⁵ และข้อ 13(3)⁴²⁶ ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 ซึ่งบัญญัติไว้คล้ายคลึงกันว่า เมื่อพลเรือนเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ พลเรือนดังกล่าวจะเสียความคุ้มครองจากการโจมตีเฉพาะในช่วงเวลาที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ส่งผลให้พลเรือนอาจตกเป็นเป้าหมายที่ชอบด้วยกฎหมายได้

พลเรือนจะเสียความคุ้มครองจากการโจมตีโดยตรงในช่วงเวลาที่กระทำการอันถือได้ว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบในแต่ละการกระทำเท่านั้น ในขณะที่สมาชิกของกลุ่มติดอาวุธที่มีการจัดการซึ่งเป็นคู่กรณีฝ่ายหนึ่งของความขัดแย้งที่ไม่ใช่รัฐ ซึ่งไม่มีสถานะเป็นพลเรือน จะเสียความคุ้มครองจากการโจมตีโดยตรงตราบเท่าที่มีหน้าที่ในการต่อสู้อย่างต่อเนื่อง⁴²⁷

การสูญเสียความคุ้มครองที่พลเรือนได้รับจากสถานะของการเป็นพลเรือนก่อให้เกิดสิทธิของคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามในการระบุเป้าหมายที่เป็นพลเรือนที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ การก่อให้เกิดความเสียหายแก่พลเรือนที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบจะไม่ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ถือว่าเป็นความเสียหายข้างเคียงที่จะนำไปพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วน โดยเปรียบเทียบกับประโยชน์ทางทหารที่คาดว่าจะได้รับการโจมตี และไม่นำมาใช้ในการประเมินตามหลักการระมัดระวังล่วงหน้าก่อนการโจมตี⁴²⁸ และถึงแม้ว่าบุคคลที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบจะสูญเสียความคุ้มครองจากการโจมตีโดยตรง การใช้อาวุธและวิธีการในการโจมตีบุคคลดังกล่าว รวมถึงชนิดและระดับของความรุนแรงที่ใช้ในการโจมตี จะต้องไม่เกินความจำเป็นอย่างแท้จริงในการบรรลุ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁴²⁵ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977."

Article 51(3)

"Civilians shall enjoy the protection afforded by this Section, unless and for such time as they take a direct part in hostilities."

⁴²⁶ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), of 8 June 1977."

Article 13(3)

"Civilians shall enjoy the protection afforded by this Part, unless and for such time as they take a direct part in hostilities."

⁴²⁷ International Committee of the Red Cross, "Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law". P. 70.

⁴²⁸ Médecins Sans Frontières, "The Practical Guide to Humanitarian Law," <http://guide-humanitarian-law.org/content/article/3/civilians/>.

เป้าหมายทางทหารที่ขอบด้วยกฎหมายในสภาพแวดล้อมที่เกิดขึ้นในขณะนั้น และจะต้องสอดคล้องกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ หรือกฎหมายระหว่างประเทศอื่นที่เกี่ยวข้อง

หากแนวทางที่ใช้ในการพิจารณาการกระทำที่อาจถือได้ว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ นั้นเป็นหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะแคบเกินไป กล่าวคือ แม้ว่าบุคคลหนึ่งได้รับความคุ้มครองจากการโจมตีจะกระทำที่เป็นการมีส่วนร่วมในการสู้รบเพียงเล็กน้อย แต่แนวทางที่ผู้โจมตีใช้ซึ่งอาจเป็นเกณฑ์ที่แน่นอนและออกโดยรัฐผู้มีอำนาจ หรือเป็นการใช้ดุลพินิจของตนเองนั้น พิจารณาแล้วว่า บุคคลดังกล่าวจะสูญเสียความคุ้มครองเนื่องจากเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบแล้ว อาจทำให้ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในสถานการณ์นั้นเป็นสงครามเบ็ดเสร็จ (Total War) ซึ่งเป็นความขัดแย้งรูปแบบหนึ่งที่ประชากรทั้งหมดเข้าร่วมในการสู้รบและตกเป็นเป้าหมายของการโจมตีที่ขอบด้วยกฎหมาย⁴²⁹ ซึ่งถูกใช้เป็นการอธิบายสงครามที่เกิดขึ้นในอดีตที่ทรัพยากรทั้งหมดของประเทศ รวมถึงประชากรทุกคนจะมีส่วนร่วมในการทำสงคราม ไม่เพียงแต่ในส่วนของกองทัพเท่านั้น เช่น โรงงานถูกใช้เป็นสถานที่เก็บรถถัง เรือสำราญถูกใช้เพื่อขนส่งกองทหาร และพลเรือนถูกเกณฑ์เป็นทหาร เป็นต้น ซึ่งคูร์ณีในความขัดแย้งจะโจมตีพลเรือนรวมถึงทรัพย์สินของพลเรือนด้วย⁴³⁰ จึงมีความเป็นไปได้ว่า สงครามเบ็ดเสร็จอาจเกิดขึ้นได้ในความขัดแย้งปัจจุบัน หากไม่มีแนวทางที่ชัดเจนในการพิจารณาการกระทำ อันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบของพลเรือน การสูญเสียความคุ้มครองของพลเรือนเป็นวงกว้าง อันเนื่องมาจากการใช้ดุลพินิจของผู้มีอำนาจตัดสินใจในการโจมตีที่มุ่งเน้นเพื่อเอาชนะคูร์ณีฝ่ายตรงข้าม อาจส่งผลให้เกิดเป็นสงครามเบ็ดเสร็จที่พลเรือนถูกโจมตีได้

4.1.2 ความขอบด้วยกฎหมายของการใช้หลักการพื้นฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

เนื่องจากการปฏิบัติการทางทหารในบริบทของการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศและไม่มีลักษณะระหว่างประเทศตกอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ส่งผลให้รัฐ หรือผู้ที่กระทำการสู้รบจะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ รวมทั้งหลักการพื้นฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ อันได้แก่ หลักการแยกแยะเป้าหมาย หลักความได้สัดส่วน หลักความจำเป็นทางทหาร และหลักการระมัดระวังล่วงหน้า เป็นต้น ผู้มีหน้าที่ตัดสินใจโจมตีบุคคลหนึ่งต้องพิจารณาว่าบุคคลดังกล่าวได้กระทำการอันเป็นการเข้า

⁴²⁹ Hugh Bicheno, *Total War* (Oxford: Oxford University Press, 2001),

⁴³⁰ Brian W Brennan, "Limited Vs. Total War," *Armor*, September/October 2002. P. 8.

ร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่ ซึ่งจะส่งผลให้บุคคลนั้นสูญเสียความคุ้มครองจากการโจมตีไป แต่ความไม่ชัดเจนของกฎหมาย รวมทั้งทางปฏิบัติเกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ส่งผลให้การตัดสินใจของบุคคลดังกล่าว รวมถึงการประเมินตามหลักการพื้นฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในแต่ละครั้งอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นอัตวิสัย ขึ้นกับดุลพินิจของผู้มีหน้าที่ตัดสินใจโจมตีแต่ละบุคคล และไม่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างแท้จริง ซึ่งสามารถพิจารณาผลกระทบต่อความชอบด้วยกฎหมายของการใช้หลักการพื้นฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้ดังต่อไปนี้

4.1.2.1 หลักการแยกแยะเป้าหมาย (Principle of Distinction)

หลักการแยกแยะเป้าหมายปรากฏขึ้นเป็นครั้งแรกใน Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight. Saint Petersburg ในปี ค.ศ. 1868 โดยในปฏิญญาระบุว่า เป้าหมายที่ชอบด้วยกฎหมายเพียงอย่างเดียวที่รัฐต้องพยายามที่จะบรรลุเป้าหมายในระหว่างสงคราม คือ การทำให้กองทัพของคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามอ่อนแอ⁴³¹ จึงสามารถตีความได้ว่า ไม่มีเหตุอันชอบด้วยกฎหมายตามหลักความจำเป็นทางทหารรองรับการโจมตีต่อพลเรือนและทรัพย์สินของพลเรือน ซึ่งต่อมาภายหลังในอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 โดยเฉพาะในส่วนของ 2 ว่าด้วยการคุ้มครองทั่วไปแก่ประชากรจากผลของสงคราม ซึ่งมีบทบัญญัติจำนวนมากเกี่ยวกับความคุ้มครองเป็นพิเศษให้แก่ทรัพย์สินของพลเรือนจากการโจมตี เช่น ข้อ 19 ห้ามการโจมตีโรงพยาบาลของพลเรือน⁴³²

บทบัญญัติเหล่านี้มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองประชากรพลเรือนและทรัพย์สินของพลเรือนจากผลของการสู้รบตามหลักการแยกแยะเป้าหมายปรากฏอยู่ในพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ข้อ 44(3) ซึ่งกำหนดหน้าที่ให้แก่พลรบในการแยกแยะตนเองออกจากประชากรพลเรือนในขณะที่โจมตี

⁴³¹ "Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles under 400 Grammes Weight," (Saint Petersburg 1868).

"... That the only legitimate object which States should endeavour to accomplish during war is to weaken the military forces of the enemy; ..."

⁴³² "The Fourth Geneva Convention "Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949."

Article 19

"The protection to which civilian hospitals are entitled shall not cease unless they are used to commit, outside their humanitarian duties, acts harmful to the enemy..."

หรืออยู่ระหว่างปฏิบัติการทางทหารเตรียมที่จะโจมตี⁴³³ และข้อ 48 ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ซึ่งกำหนดให้คู่อริของความขัดแย้งต้องแยกแยะระหว่างประชากรพลเรือนและพลรบ รวมถึงต้องแยกแยะระหว่างทรัพย์สินของพลเรือนและเป้าหมายทางทหาร และจะต้องโจมตีเป้าหมายทางทหารเท่านั้น⁴³⁴ ประกอบกับข้อ 51(2) ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 เสริมรายละเอียดของหลักการแยกแยะเป้าหมาย โดยกำหนดให้ ประชากรพลเรือนรวมถึงพลเรือนแต่ละคน ไม่สามารถตกเป็นเป้าหมายของการโจมตี⁴³⁵ ส่วนในสถานการณ์ขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศหลักการแยกแยะเป้าหมายปรากฏอยู่ใน ข้อ 13(2) ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 ซึ่งกำหนดให้ ประชากรพลเรือน และพลเรือนแต่ละคนไม่สามารถตกเป็นเป้าหมายของการโจมตีได้⁴³⁶

ดังนั้น จากบทบัญญัติของกฎหมายข้างต้นเกี่ยวกับหลักการแยกแยะเป้าหมายสามารถสรุปได้ว่า พลรบจะต้องแยกแยะตนเองออกจากประชากรพลเรือน รวมถึงต้องแยกแยะตนเองออกจากพลเรือนที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ เพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองพลเรือนที่ไม่ได้มีส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบ และระบุเป้าหมายที่ชอบด้วยกฎหมายได้

หากไม่มีหลักเกณฑ์ในการประเมินการกระทำของบุคคลหนึ่งว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่ การแยกแยะเป้าหมายของพลรบจะขึ้นกับดุลพินิจของแต่ละบุคคล ซึ่ง

⁴³³ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977."

Article 44(3)

"In order to promote the protection of the civilian population from the effects of hostilities, combatants are obliged to distinguish themselves from the civilian population while they are engaged in an attack or in a military operation preparatory to an attack."

⁴³⁴ Ibid.

Article 48

"In order to ensure respect for and protection of the civilian population and civilian objects, the Parties to the conflict shall at all times distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly shall direct their operations only against military objectives."

⁴³⁵ Ibid.

Article 51(2)

"The civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack ..."

⁴³⁶ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), of 8 June 1977."

Article 13(2)

"The civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack. ..."

ส่งผลให้สิทธิในการได้รับความคุ้มครองของพลเรือนไม่มีความมั่นคง โดยพลเรือนไม่อาจทราบได้ว่าตนเองจะเสียความคุ้มครองจากการโจมตีเมื่อใด และจะตกเป็นเป้าหมายของการโจมตีที่ชอบด้วยกฎหมายเมื่อใด

4.1.2.2 หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)

พิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 เป็นสนธิสัญญาฉบับแรกที่กำหนดหลักความได้สัดส่วนไว้ใน 2 ลักษณะ ได้แก่

1) หลักความได้สัดส่วนเป็นตัวอย่างของการโจมตีที่ต้องห้ามตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเนื่องจากการโจมตีที่ไม่แยกแยะเป้าหมาย ปรากฏอยู่ใน ข้อ 51(5)(b) ซึ่งกำหนดว่า การโจมตีที่คาดว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของพลเรือนมากเกินไปจนกว่าประโยชน์ทางทหารโดยตรงที่คาดว่าจะได้รับเป็นการโจมตีที่ไม่แบ่งแยก⁴³⁷

2) หลักความได้สัดส่วนปรากฏอยู่ในหลักการใช้ความระมัดระวังล่วงหน้าในการโจมตี (Precautions in Attack) ในข้อ 57(2)(a)(iii) โดยกำหนดว่า ผู้ที่วางแผนหรือตัดสินใจโจมตีจะต้องระงับการตัดสินใจโจมตีที่คาดว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายข้างเคียงต่อชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของพลเรือนเกินไปจนกว่าประโยชน์ทางทหารโดยตรงและเป็นรูปธรรมที่คาดว่าจะได้รับ⁴³⁸ และในข้อ 57(2)(b) ภายหลังการประเมิน หากพบว่าการโจมตีจะไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน กล่าวคือ หากมีการโจมตีเกิดขึ้น ความเสียหายข้างเคียงที่เกิดขึ้นกับชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁴³⁷ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977."

Article 51(5)(b)

"Among others, the following types of attacks are to be considered as indiscriminate: an attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated."

⁴³⁸ Ibid.

Article 57(2)(a)(iii)

"Those who plan or decide upon an attack shall refrain from deciding to launch any attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated ..."

พลเรือนจะเกินกว่าประโยชน์ทางทหารโดยตรงที่คาดว่าจะได้รับ การโจมตีนั้นจะต้องถูกยกเลิกหรือระงับไป⁴³⁹

รัฐจำนวนหนึ่งเห็นว่าประโยชน์ทางทหารที่คาดว่าจะได้รับจากการโจมตีสามารถประเมินได้จากการพิจารณาในภาพรวม ไม่ได้พิจารณาเพียงแต่การโจมตีส่วนใดส่วนหนึ่งเพียงส่วนเดียว หรือพิจารณาการโจมตีหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ดังนั้น เมื่อการพิจารณาความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาจึงต้องพิจารณาการโจมตีในส่วนที่ผู้บังคับบัญชานั้นรับผิดชอบบนพื้นฐานของบริบทของการโจมตีในภาพรวม⁴⁴⁰

อนึ่ง หลักความได้สัดส่วนแสดงถึงความสมดุลระหว่างหลักมนุษยธรรมและหลักความจำเป็นทางทหาร โดยมีความเชื่อมโยงกันในเรื่องการลดความเสียหายข้างเคียงที่เกิดขึ้นจากปฏิบัติการทางทหาร ซึ่งหลักความได้สัดส่วนนี้ไม่ได้กำหนดว่าจะต้องไม่มีความเสียหายข้างเคียงเกิดขึ้นจากการโจมตี แต่ความเสียหายที่เกิดจากการโจมตีจะต้องมีขอบเขตตามสมควร⁴⁴¹ พลเรือนจึงไม่ได้มีความคุ้มกันโดยเด็ดขาด เนื่องจากพลเรือนอาจได้รับความเสียหายจากการโจมตีอันเป็นผลข้างเคียงที่เกิดขึ้นสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนได้ โดยการประเมินความได้สัดส่วนนี้อาศัยจากข้อมูลที่ได้ก่อนที่จะมีการโจมตี⁴⁴² และถึงแม้ว่าการประเมินตามหลักสุจริตจะเป็นการประเมินที่ผิดพลาดส่งผลให้มีอันตรายเกิดขึ้นมากกว่าที่คาดหมายไว้ การโจมตีดังกล่าวสามารถสอดคล้องตามหลักความได้สัดส่วนได้⁴⁴³

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁴³⁹ Ibid.

Article 57(2)(b)

“An attack shall be cancelled or suspended if it becomes apparent that the objective is not a military one or is subject to special protection or that the attack may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated”

⁴⁴⁰ the United Kingdom, "The Manual of the Law of Armed Conflict." P. 67.

⁴⁴¹ Galvin, "Direct Participation in Hostilities: A Proposition for U.S. Reaction to the Icrc's Interpretive Guidance and Formulation for a Practicable Definition." P. 16.

⁴⁴² Christensen, "The Dilemma of Direct Participation in Hostilities." P. 8.

⁴⁴³ Galvin, "Direct Participation in Hostilities: A Proposition for U.S. Reaction to the Icrc's Interpretive Guidance and Formulation for a Practicable Definition." P. 16.

เมื่อบุคคลกระทำการอันถือได้ว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบแล้ว บุคคลดังกล่าวจะสามารถถูกโจมตีได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นการตาย หรือการบาดเจ็บจะไม่ถูกนำมาพิจารณาในการประเมินความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการโจมตีตามหลักความได้สัดส่วน⁴⁴⁴ ความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับลักษณะของการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบจึงส่งผลต่อการประเมินตามหลักความได้สัดส่วนด้วย เนื่องจากผู้ที่มีอำนาจโจมตีจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจประเมินว่าบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองบุคคลใด จะนำมาใช้ประเมินเป็นความเสียหายข้างเคียงจากการโจมตีตามหลักความได้สัดส่วนนี้

4.1.3 การเสียความสมดุลระหว่างการคุ้มครองพลเรือนและประโยชน์ทางทหาร

ความสมดุลระหว่างการคุ้มครองพลเรือนและประโยชน์ทางทหารต้องพิจารณาจากความสมดุลระหว่างหลักมนุษยธรรมและหลักความจำเป็นทางทหาร ซึ่งเป็นหลักการสำคัญที่เป็นรากฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ หากเน้นไปที่หลักมนุษยธรรมเพียงหลักการเดียว กฎหมายมนุษยธรรมจะไม่สอดคล้องกับทางปฏิบัติทางทหาร ซึ่งขัดแย้งกับข้อเท็จจริงของการขัดกันทางอาวุธที่เป็นสภาพแวดล้อมของการสู้รบ และในขณะเดียวกัน หากหลักความจำเป็นทางทหารถูกใช้เป็นฐานในการออกกฎเกณฑ์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ กฎเกณฑ์ที่ถูกกำหนดขึ้นจะไม่สามารถลดความโหดร้ายของความขัดแย้งได้ และความขัดแย้งอาจเกิดขึ้นเป็นวงกว้าง และคู่กรณีของความขัดแย้งสามารถกระทำการใด ๆ ได้โดยปราศจากข้อจำกัด⁴⁴⁵

4.1.3.1 หลักมนุษยธรรม (Principle of Humanity) กับการคุ้มครองพลเรือน

หลักมนุษยธรรม หรือ Principle of Humanity โดยทั่วไปเป็นหลักที่กำหนดให้บุคคลทุกคนต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมในทุกสถานการณ์ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองชีวิตและร่างกายของมนุษย์ บรรเทาความเจ็บปวดทุกข์ทรมาน รวมถึงรับประกันการเคารพความเป็นมนุษย์ และช่วยส่งเสริมความเข้าใจร่วมกัน มิตรภาพ และความร่วมมือกันในการรักษาสันติภาพ

⁴⁴⁴ Schmitt, "The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis." P. 13.

⁴⁴⁵ Robert Kolb and Richard Hyde, *An Introduction to International Law of Armed Conflicts* (Portland: Hart Publishing, 2010), P. 43.

ระหว่างประชาชนทุกคน⁴⁴⁶ ส่วนหลักมนุษยธรรมภายใต้กรอบของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ กำหนดให้ บุคคลทุกคนที่ไม่มีส่วนร่วมโดยตรงในการขัดกันทางอาวุธ หรือที่เรียกว่า “บุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง” (Protected persons) จะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม⁴⁴⁷

หลักมนุษยธรรมปรากฏอยู่ใน Martens Clause ในอารัมภบทของอนุสัญญากรุงเฮก ฉบับปี ค.ศ. 1907 ซึ่งกำหนดไว้ว่า พลเมืองและคู่สงครามจะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายของรัฐซึ่งเป็นผลมาจากกฎหมายว่าด้วยมนุษยธรรม⁴⁴⁸ และถูกนำมาระบุไว้ในข้อ 1(2) ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ซึ่งกำหนดว่า ในกรณีที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของพิธีสารเพิ่มเติม หรือความตกลงระหว่างประเทศฉบับอื่น พลเรือนและพลรบยังคงอยู่ภายใต้ความคุ้มครอง และอยู่ภายใต้อำนาจของหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้มาจากจารีตประเพณี หลักมนุษยธรรม และจากความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของประชาชน⁴⁴⁹

ส่วนเนื้อหาของหลักมนุษยธรรมปรากฏอย่างชัดเจนใน ข้อ 3(1) ของอนุสัญญาเจนีวาทั้งสี่ฉบับซึ่งกำหนดให้ บุคคลซึ่งไม่ได้เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบรวมถึงสมาชิกของกองทัพที่ได้วางอาวุธแล้ว และผู้ถูกกันออกจากการต่อสู้ เพราะป่วยไข้ บาดเจ็บ ถูกกักขัง หรือเพราะเหตุอื่นใด ไม่ว่าในพฤติการณ์ใด จะต้องได้รับการปฏิบัติด้วยมนุษยธรรม โดยไม่คำนึงถึงลักษณะความแตกต่างทางเชื้อชาติ สีผิว ศาสนาหรือความเชื่อ เพศ กำเนิด หรือความมั่งมี หรือเหตุอื่นใดที่คล้ายคลึงกัน⁴⁵⁰ ข้อ 12

⁴⁴⁶ Robin Coupland, "Humanity: What Is It and How Does It Influence International Law?," *International Review of the Red Cross* 83 (2001). P. 973.

⁴⁴⁷ Robert Kolb and Richard Hyde, *An Introduction to International Law of Armed Conflicts* . P. 45.

⁴⁴⁸ "Convention (iv) Respecting the Laws and Customs of War on Land and Its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907. (the Hague 1907)."

"... the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience."

⁴⁴⁹ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977."

Article 1(2)

"In cases not covered by this Protocol or by other international agreements, civilians and combatants remain under the protection and authority of the principles of international law derived from established custom, from the principles of humanity and from the dictates of public conscience."

⁴⁵⁰ "The Geneva Conventions of 12 August 1949."

Common Article 3(1)

ของอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 1 กำหนดให้ สมาชิกของกองทัพและบุคคลที่บาดเจ็บหรือป่วยไข้ จะต้องได้รับการปฏิบัติและรักษาพยาบาลด้วยมนุษยธรรมโดยคู่กรณีซึ่งตนตกอยู่ในอำนาจ โดยไม่คำนึงถึงลักษณะความแตกต่าง⁴⁵¹ และข้อ 4 ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 กำหนดให้ บุคคลทุกคนที่ไม่ได้เข้าร่วมโดยตรง หรือยุติการเข้าร่วมในการสู้รบ ไม่ว่าจะถูกจำกัดเสรีภาพหรือไม่ จะได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมในทุกสถานการณ์ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ⁴⁵² เป็นต้น

นอกเหนือจากการระบุหลักมนุษยธรรมอย่างชัดเจนในบทบัญญัติของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศแล้ว หลักมนุษยธรรมยังเป็นรากฐานของบทบัญญัติอื่นในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นความพยายามในการปรับใช้เรื่องการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมกับบริบทใดบริบทหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง และเป็นการกำหนดหน้าที่ให้แก่บุคคลอย่างเฉพาะเจาะจงด้วย⁴⁵³

ทั้งนี้ หลักมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีบทบาทในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศใน 4 แง่มุม⁴⁵⁴ ได้แก่

“Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria...”

⁴⁵¹ "The First Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of 12 August 1949.."

Article 12

“Members of the armed forces and other persons mentioned in the following Article, who are wounded or sick, shall be respected and protected in all circumstances. They shall be treated humanely and cared for by the Party to the conflict in whose power they may be, without any adverse distinction...”

⁴⁵² "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), of 8 June 1977."

Article 4

“All persons who do not take a direct part or who have ceased to take part in hostilities, whether or not their liberty has been restricted, are entitled to respect for their person, honour and convictions and religious practices. They shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction...”

⁴⁵³ *An Introduction to International Law of Armed Conflicts* . P. 45.

⁴⁵⁴ *Ibid.* P. 45-46.

- 1) กำหนดให้คู่สงครามปฏิบัติต่อบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองด้วยความเคารพ ในลักษณะของการกระทำที่เป็นการละเว้นไม่กระทำการอันเป็นการปฏิบัติโดยมิชอบ ก่อให้เกิดความเสียหาย หรือเป็นการข่มขู่บุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง
- 2) กำหนดเงื่อนไขของการคุ้มครอง ในลักษณะที่เป็นการกำหนดให้คู่สงคราม ต้องกระทำการอันเป็นการคุ้มครองบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองจากอันตราย หรือความเจ็บปวดทุกข์ทรมานที่เกิดขึ้นจากการขัดกันทางอาวุธ ตัวอย่างเช่น เชลยศึกจะต้องถูกเคลื่อนย้ายออกจากพื้นที่ที่มีการต่อสู้ ไปยังค่ายพักพิงที่ปลอดภัยโดยเร็วที่สุดทันทีที่จับกุมเชลยศึกดังกล่าว
- 3) เป็นการรวมหลักความเท่าเทียมกันไว้ในหลักมนุษยธรรม โดยกำหนดให้คู่สงครามต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน จะไม่มีการปฏิบัติโดยอาศัยเกณฑ์ที่ไม่เกี่ยวข้องเป็นฐานของการเลือกปฏิบัติ ตัวอย่างของเกณฑ์ดังกล่าว เช่น สัญชาติ ศาสนา ความเชื่อ ความเห็นทางการเมือง เชื้อชาติ สีผิว เพศ และความมั่งคั่ง เป็นต้น แต่เกณฑ์บางอย่างที่มีแรงจูงใจที่เหมาะสมและเป็นที่ยอมรับ ซึ่งอาจใช้เป็นฐานแบ่งแยกบุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง ซึ่งทำให้คู่สงครามสามารถปฏิบัติต่อบุคคลดังกล่าวแตกต่างกันได้ เช่น บุคคลที่ได้รับบาดเจ็บสาหัสอาจได้รับความช่วยเหลือก่อนบุคคลที่ได้รับความบาดเจ็บที่มีความรุนแรงน้อยกว่า หรือเชลยศึกที่มีตำแหน่งสูงกว่า อาจได้รับเอกสิทธิ์มากกว่าบุคคลอื่น เป็นต้น
- 4) กำหนดให้คู่สงครามต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองอย่างมีมนุษยธรรม และเหมาะสมในทุกสถานการณ์ เนื่องจากบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองเป็นมนุษย์ ซึ่งจะต้องได้รับความเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในทุกเวลา

ในข้อ 22 ของ อนุสัญญากรุงเฮก ฉบับปี ค.ศ. 1907⁴⁵⁵ สะท้อนเป้าหมายของหลักมนุษยธรรมโดยระบุว่า คู่สงครามมีสิทธิในการเลือกใช้อาวุธทำให้คู่กรณีฝ่ายตรงข้ามได้รับบาดเจ็บอย่างไม่จำกัด แต่ข้อ 23(e) ของอนุสัญญาเดียวกันกำหนดให้ การใช้อาวุธดังกล่าวจะต้องไม่ก่อให้เกิด

⁴⁵⁵ "Convention (iv) Respecting the Laws and Customs of War on Land and Its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907. (the Hague 1907)."

Article 22

"The right of belligerents to adopt means of injuring the enemy is not unlimited."

ความเจ็บปวดทุกข์ทรมานโดยไม่จำเป็น⁴⁵⁶ ซึ่งเนื้อหาของบทบัญญัติดังกล่าวปรากฏอยู่ในข้อ 35 ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 เช่นเดียวกัน⁴⁵⁷

หลักมนุษยธรรมเป็นหลักการเบื้องหลังของกฎเกณฑ์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ที่กำหนดให้คู่กรณีของความขัดแย้งห้ามกระทำการที่ก่อให้เกิดความทุกข์ทรมาน การบาดเจ็บ หรือความเสียหายที่ไม่จำเป็นต่อการบรรลุเป้าหมายทางทหารที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยมีฐานอยู่บนความคิดที่ว่า เมื่อเป้าหมายทางทหารบรรลุผลแล้ว การก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานจึงไม่มีความจำเป็นอีกต่อไป และเป็นหลักการรับรองความคุ้มกันพื้นฐานของประชากรพลเรือนและทรัพย์สินของพลเรือนจากการโจมตี เนื่องจากพลเรือนและทรัพย์สินของพลเรือนไม่ได้มีประโยชน์ต่อการกระทำทางทหาร ซึ่งพลรบของคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามจะต้องเคารพและให้เกียรติต่อพลเรือน⁴⁵⁸ หลักมนุษยธรรมยังเป็นหลักการสูงสุดที่จำกัดหลักการตามกฎหมายมนุษยธรรมอื่น ๆ ถึงแม้ว่าการกระทำหนึ่งจะสอดคล้องกับหลักการแยกแยะเป้าหมาย หลักความจำเป็นทางทหาร และหลักความได้สัดส่วนแล้ว แต่หากการกระทำดังกล่าวขัดต่อหลักมนุษยธรรม คู่กรณีของความขัดแย้งจะต้องไม่กระทำการนั้น⁴⁵⁹

4.1.3.2 หลักความจำเป็นทางทหาร (Principle of Military necessity) กับประโยชน์ทางทหาร

หลักความจำเป็นทางทหารเป็นหลักการที่อนุญาตให้รัฐที่เข้าร่วมในการขัดกันทางอาวุธใช้ระดับและประเภทของกำลังได้ตราบเท่าที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมายว่าด้วยการขัดกันทางอาวุธ

⁴⁵⁶ Ibid.

Article 23

"In addition to the prohibitions provided by special Conventions, it is especially forbidden...

(e) To employ arms, projectiles, or material calculated to cause unnecessary suffering; ..."

⁴⁵⁷ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977."

Article 35

"1. In any armed conflict, the right of the Parties to the conflict to choose methods or means of warfare is not unlimited.

2. It is prohibited to employ weapons, projectiles and material and methods of warfare of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering.

⁴⁵⁸ the United Kingdom, "The Manual of the Law of Armed Conflict." P. 23.

⁴⁵⁹ Vogel, "Drone Warfare and the Law of Armed Conflict." P. 128.

เพื่อที่จะบรรลุเป้าหมายของความขัดแย้งที่ชอบด้วยกฎหมาย ถูกกำหนดไว้ใน ข้อ 48 ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 อนุญาตให้โจมตีได้เฉพาะเป้าหมายทางทหาร⁴⁶⁰ ที่ชอบด้วยกฎหมายโดยพิจารณาจากลักษณะ สถานที่ตั้ง วัตถุประสงค์ของการใช้ หรือการใช้วัตถุดังกล่าวจะก่อให้เกิดให้ประโยชน์ต่อการกระทำทางทหารอย่างมีประสิทธิภาพ และการทำลาย การยึด หรือการทำให้เป้าหมายดังกล่าวใช้งานไม่ได้ทั้งหมดหรือบางส่วนจะทำให้เกิดความได้เปรียบทางทหารในขณะนั้น⁴⁶¹ ซึ่งหลักความจำเป็นทางทหารจะถูกนำมาอ้างได้ต่อเมื่อกฎเกณฑ์ของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันทางอาวัระระบุหลักความจำเป็นทางทหารไว้โดยชัดแจ้ง⁴⁶²

หลักความจำเป็นทางทหารประกอบด้วยองค์ประกอบ 4 ประการ⁴⁶³ ได้แก่

- 1) การใช้กำลังต้องสามารถควบคุมได้ หรืออยู่ภายใต้การควบคุม
- 2) คู่กรณีในความขัดแย้งไม่สามารถใช้ความจำเป็นเป็นข้ออ้างในการใช้กำลังที่ต้องห้ามตามกฎหมายว่าด้วยการขัดกันทางอาวัระได้
- 3) การใช้กำลังในลักษณะที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมายนั้นชอบด้วยกฎหมายถ้ามีความจำเป็นที่จะต้องใช้กำลังเพื่อให้ได้รับชัยชนะอย่างสมบูรณ์หรือเพียงบางส่วนเหนือคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามให้เร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้
- 4) การใช้กำลังที่ไม่จำเป็นนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากก่อให้เกิดการเสียชีวิตหรือความเสียหายอย่างมหาศาล

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁴⁶⁰ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977." Article 48

"In order to ensure respect for and protection of the civilian population and civilian objects, the Parties to the conflict shall at all times distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly shall direct their operations only against military objectives."

⁴⁶¹ Ibid.

Article 52(2)

"Attacks shall be limited strictly to military objectives. In so far as objects are concerned, military objectives are limited to those objects which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose total or partial destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage."

⁴⁶² International Committee of the Red Cross, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. P. 393.

⁴⁶³ the United Kingdom, "The Manual of the Law of Armed Conflict." P. 22.

การพิจารณาว่าปฏิบัติการทางทหาร หรือการใช้อาวุธในแต่ละครั้งเป็นความจำเป็นทางทหารหรือไม่นั้นต้องอาศัยการพิจารณาเป็นรายกรณีไป โดยการปรับใช้หลักความจำเป็นทางทหาร ผู้บังคับบัญชาหรือผู้ควบคุมอาวุธต้องสามารถอธิบายได้ว่า การโจมตีดังกล่าวมีความจำเป็นทางทหารที่จะบรรลุเป้าหมายของสงครามได้อย่างไร⁴⁶⁴ ซึ่งการรักษาเป้าหมายทางทหารนั้นจะต้องก่อให้เกิดความเสียหายต่อพลเรือนน้อยที่สุดตามหลักความได้สัดส่วน และผู้บังคับบัญชาหรือผู้ควบคุมอาวุธดังกล่าวมีหน้าที่ในการใช้มาตรการระมัดระวังล่วงหน้าตามข้อ 57 ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1⁴⁶⁵ ซึ่งกำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้วางแผนและผู้ตัดสินใจโจมตีในกรณีดังต่อไปนี้

- 1) การกระทำการใด ๆ ที่เป็นไปได้เพื่อยืนยันเป้าหมายที่โจมตีนั้นเป็นเป้าหมายทางทหาร ไม่ใช่พลเรือนหรือเป็นทรัพย์สินของพลเรือน และไม่ได้รับความคุ้มกันพิเศษ หรือต้องห้ามตามบทบัญญัติในพิธีสารในการโจมตี
- 2) กระทำการใด ๆ เป็นการแจ้งเตือนล่วงหน้าเพื่อหลีกเลี่ยงและลดความเสียหายข้างเคียงต่อ ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของพลเรือน

⁴⁶⁴ Vogel, "Drone Warfare and the Law of Armed Conflict." P. 116.

⁴⁶⁵ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977."

Article 57

"With respect to attacks, the following precautions shall be taken:

a) those who plan or decide upon an attack shall:

i) do everything feasible to verify that the objectives to be attacked are neither civilians nor civilian objects and are not subject to special protection but are military objectives within the meaning of paragraph 2 of Article 52 and that it is not prohibited by the provisions of this Protocol to attack them;

ii) take all feasible precautions in the choice of means and methods of attack with a view to avoiding, and in any event to minimizing, incidental loss of civilian life, injury to civilians and damage to civilian objects;

iii) refrain from deciding to launch any attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated;

b) an attack shall be cancelled or suspended if it becomes apparent that the objective is not a military one or is subject to special protection or that the attack may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated; ..."

3) ผู้มีหน้าที่ตัดสินใจในการโจมตีจะต้องระงับการโจมตีที่คาดว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายข้างเคียงต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของพลเรือนเกินกว่าประโยชน์ทางทหารโดยตรงที่คาดว่าจะได้รับ

อีกทั้งผู้มีหน้าที่ตัดสินใจในการโจมตีจะต้องยกเลิกหรือระงับการโจมตีถ้าเห็นได้ชัดเจนว่าเป้าหมายของการโจมตีดังกล่าวไม่ใช่เป้าหมายทางทหาร หรือเป็นเป้าหมายที่ได้รับความคุ้มครอง หรือการโจมตีคาดว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายข้างเคียงต่อ ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของพลเรือนเกินกว่าประโยชน์ทางทหารที่คาดว่าจะได้รับ

หลักความจำเป็นทางทหารสามารถนำมาใช้เพื่อปิดเบี่ยงกฎเกณฑ์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้ต่อเมื่อกฎเกณฑ์ดังกล่าวได้ระบุให้สามารถอ้างหลักความจำเป็นทางทหารได้โดยชัดแจ้ง⁴⁶⁶

ความไม่ชัดเจนของแนวทางการพิจารณาการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบส่งผลกระทบต่อความสมดุลระหว่างหลักมนุษยธรรมซึ่งมุ่งคุ้มครองพลเรือน และหลักความจำเป็นทางทหารที่มุ่งเน้นการกระทำอันเป็นการสู้รบของคู่กรณีแต่ละฝ่ายเพื่อให้บรรลุเป้าหมายทางทหาร ในแง่มุมที่ว่า หากแนวทางในการพิจารณาการกระทำของพลเรือนไม่มีความชัดเจน ความคุ้มครองของบุคคลที่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้ให้แก่บุคคลประเภทหนึ่งอาจถูกกระทบ เนื่องจากการใช้ดุลพินิจของผู้มีหน้าที่ตัดสินใจในการโจมตีซึ่งเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่มีหลักเกณฑ์แน่นอนและไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน หลักมนุษยธรรมที่มุ่งคุ้มครองบุคคลจากการได้รับอันตรายที่เกิดขึ้นจากการทำสงครามจึงถูกกระทบ ในขณะเดียวกัน หากผู้ที่มีอำนาจตัดสินใจโจมตีอาศัยแนวทางการพิจารณาบุคคลที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบโดยเอนเอียงไปในทางที่ให้ความคุ้มครองบุคคลมากเกินไป จะทำให้การบรรลุเป้าหมายทางทหารเป็นไปได้ยากมากขึ้น จึงส่งผลกระทบต่อหลักความจำเป็นทางทหารได้

เมื่อวิเคราะห์ผลกระทบที่เกิดขึ้นจากความไม่ชัดเจนของแนวทางการพิจารณาการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบในแง่มุมที่เกี่ยวข้องแล้วพบว่า ความไม่ชัดเจนดังกล่าวส่งผลกระทบต่อการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะหลักมนุษยธรรมและหลักความจำเป็นทางทหาร ซึ่งเป็นหลักที่เป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ผู้ที่มีบทบาทในการ

⁴⁶⁶ Robert Kolb and Richard Hyde, *An Introduction to International Law of Armed Conflicts* . P. 44.

ขัดกันทางอาวุธต้องยึดถือไว้เป็นสำคัญ ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดแนวทางร่วมกันในลักษณะที่เป็นแนวทางพื้นฐาน เพื่อใช้พิจารณาการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบจึงเป็นสิ่งสำคัญ เพื่อก่อให้เกิดความเป็นเอกภาพ และก่อให้เกิดความสมดุลของหลักมนุษยธรรมและหลักความจำเป็นทางทหาร

4.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ

ผลกระทบต่อการใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศซึ่งได้ศึกษาในข้างต้นจะเห็นได้ว่า ความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติ รวมถึงการไม่มีแนวทางหรือหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน แน่นนอน หรือแนวทางร่วมกันส่งผลต่อการปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งอาจก่อให้เกิดผลเสียต่อบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองโดยตรง รวมถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอาจถูกบิดเบือนโดยผู้มีอำนาจตัดสินใจในแต่ละกรณี ดังนั้น ความไม่ชัดเจนของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบจึงก่อให้เกิดผลอีกประการหนึ่ง คือ การเสนอแนะข้อพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ เพื่อให้ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องมีแนวทางร่วมกันในการพิจารณาการกระทำของผู้เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบในแต่ละเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น เพื่อก่อให้เกิดแนวปฏิบัติร่วมกันที่มีเอกภาพต่อไป

การเสนอแนะแนวทางการพิจารณาการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ มีข้อท้าทายบางประการ เนื่องจากหลักเกณฑ์ที่อาจนำมาใช้ในการพิจารณาการกระทำดังกล่าวจะต้องเป็นหลักเกณฑ์ที่ไม่เคร่งครัดจนเกินไป กล่าวคือ จะต้องไม่เป็นหลักเกณฑ์ที่จำกัดขอบเขตหรือลักษณะของการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบเฉพาะการกระทำที่เป็นการต่อสู้เท่านั้น ซึ่งเป็นการเอื้อต่อหลักมนุษยธรรมมากเกินไป ส่งผลให้หลักความจำเป็นทางทหารได้รับผลกระทบ ในทางกลับกัน หากหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาการกระทำเป็นหลักเกณฑ์กำหนดลักษณะของการกระทำไว้อย่างกว้าง ๆ ครอบคลุมการกระทำที่เป็นเพียงการสนับสนุนการสู้รบโดยอ้อมอันส่งผลให้หลักมนุษยธรรมที่มุ่งคุ้มครองบุคคลถูกกระทบ และเอื้อประโยชน์ทางทหารเกินความจำเป็น

การกำหนดหลักเกณฑ์ที่เอื้อต่อหลักใดหลักหนึ่งอย่างสุดโต่งเช่นนี้อาจกระทบต่อความสมดุลระหว่างหลักมนุษยธรรมและหลักความจำเป็นทางทหาร ซึ่งเป็นสิ่งสำคัญที่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมุ่งคุ้มครอง หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาการกระทำที่มีความยืดหยุ่น สามารถปรับใช้ให้สอดคล้องกับสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่แตกต่างกันออกไปจึงเป็นสิ่งสำคัญและเป็นสิ่งที่

จำเป็นในการป้องกันผลกระทบที่เกิดขึ้นจากความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติ ซึ่งการศึกษาแนวปฏิบัติของตัวแสดงในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่มีบทบาทในการใช้บังคับกฎหมายอย่างแท้จริงจะมีส่วนช่วยในการสร้างแนวทางที่เป็นข้อพิจารณาพื้นฐานที่มีลักษณะยืดหยุ่นได้

แม้ว่ารัฐแต่ละรัฐ ศาลภายในของรัฐ ศาลระหว่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศ รวมถึงนักวิชาการต่าง ๆ จะไม่มีการกำหนดคำนิยามหรือหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบไว้อย่างชัดเจนและแน่นอน แต่จากการศึกษาในบทที่ผ่านมามีพบว่ามีแนวทางในการพิจารณา รวมถึงความเห็นของรัฐ ศาลภายในของรัฐและศาลระหว่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศ และนักวิชาการมีลักษณะร่วมกันบางประการ จึงมีข้อพิจารณาที่อาจสรุปได้จากแนวทางดังกล่าวซึ่งอาจใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบได้ดังนี้

4.2.1 ข้อพิจารณาพื้นฐานในการวินิจฉัยการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ

ข้อพิจารณาพื้นฐานในการวินิจฉัยการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบที่ใช้ในการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ การขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ควรรับประกันการคุ้มครองหลักการพื้นฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะหลักการแยกแยะเป้าหมาย ซึ่งต้องปรับใช้ในทุกสถานการณ์ รวมถึงพิจารณามุมมองในทางปฏิบัติของการปรับใช้ความคิดว่าด้วยการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ รวมถึงวิธีการที่สามารถใช้ในการตัดสินว่าพลเรือนเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่ในทางปฏิบัติ⁴⁶⁷

เมื่อพิจารณาจากความหมายของถ้อยคำโดยทั่วไปของคำว่า “การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ” ประกอบกับแนวทางปฏิบัติของรัฐรวมถึงความตกลงระหว่างประเทศ คำพิพากษาของศาลภายในของรัฐ คำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศ และความเห็นของนักวิชาการ แล้วพบว่าลักษณะของการกระทำที่เป็นที่ยุติแล้วถือว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ได้แก่ การถืออาวุธ การใช้อาวุธ การมีส่วนร่วมในการต่อสู้ ปฏิบัติการ หรือการกระทำทางทหาร การต่อสู้หรือการสู้รบโดยใช้อาวุธ การโจมตีบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีของฝ่ายตรงข้าม ทรัพย์สิน หรือ

⁴⁶⁷ International Committee of the Red Cross, "Summary Report: Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law." P. 4.

ยุทธศาสตร์ และการกระทำที่เป็นเพียงการสนับสนุนโดยทั่วไปไม่ถือเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ตัวอย่างเช่น การให้กำลังใจ การส่งข้อมูล การจัดหาเสบียง หรือการขนส่งสิ่งของ เป็นต้น เว้นแต่เป็นการกระทำดังกล่าวการสนับสนุนโดยตรงต่อปฏิบัติการทางทหาร

ส่วนการกระทำอื่นนอกเหนือจากที่มีลักษณะข้างต้นนั้น ผลของการศึกษาพบว่ารัฐแต่ละรัฐศาลภายในของรัฐ ศาลระหว่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศ และนักวิชาการมีข้อพิจารณาที่มีลักษณะร่วมกันบางประการในการพิจารณาว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่ โดยสามารถสรุปได้เป็นข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

4.2.1.1 การกระทำต้องมีความเชื่อมโยงกับการขัดกันทางอาวุธ

ข้อพิจารณาเรื่องการกระทำที่เป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบจะต้องมีความเชื่อมโยงกับการขัดกันทางอาวุธนี้ เป็นผลมาจากการพิจารณาความหมายของถ้อยคำ คำว่า “การสู้รบ” เป็นสำคัญ เนื่องจากการสู้รบจำเป็นต้องเกิดขึ้นในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ อีกทั้งแนวปฏิบัติต่าง ๆ ที่ได้ศึกษามาแล้วข้างต้นล้วนสนับสนุนข้อพิจารณาประการนี้ทั้งสิ้น กล่าวคือ การกระทำที่เป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบนั้นจะต้องมีความเกี่ยวข้องกับบางประการกับสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่เกิดขึ้นอยู่ในขณะนั้นไม่ว่าในแง่มุมใดแง่มุมหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็น วัตถุประสงค์ของการกระทำ ผลของการกระทำ หรือลักษณะของการกระทำที่เกิดขึ้น โดยอาจพิจารณาจากบริบทแวดล้อมในขณะที่เกิดการกระทำนั้น

นอกจากนี้ เมื่อสืบค้นคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศที่อาจมีความเกี่ยวข้องกับ การกำหนดเงื่อนไขเรื่องความเชื่อมโยงระหว่างการกระทำและการขัดกันทางอาวุธพบว่า คำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศที่ตัดสินคดีเกี่ยวกับการกระทำความผิดอาญาระหว่างประเทศ ได้กำหนดเงื่อนไขนี้ในคำพิพากษาหลายคดีด้วยกัน โดยในคดี Tadic องค์คณะพิจารณาของศาล ICTY ตัดสิน ในปี ค.ศ. 1997 ว่า ความผิดอาญาที่อยู่ภายในเขตอำนาจของศาลระหว่างประเทศจะต้องมีความเชื่อมโยงกับการขัดกันทางอาวุธ อันจะส่งผลให้ศาลสามารถปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในการพิจารณาคดีได้⁴⁶⁸ คดี The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski ซึ่งได้รับการพิจารณาในปี ค.ศ. 1999 ศาล ICTY ตัดสินว่า การกระทำที่ผิดกฎหมายที่เกิดขึ้นในช่วงที่เกิดการขัดกันทาง

⁴⁶⁸ *The Prosecutor v. Dusko Tadic a/K/a “Dule”, Judgement (Trial Chamber), Case No. IT-94-1-T, 7 May 1997. Para. 572.* ดูรายละเอียดได้ในภาคผนวก 2

อาวุธเพียงบางส่วนเท่านั้นที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยการกระทำดังกล่าวต้องเป็นการกระทำที่มีความเชื่อมโยงกับการสู้รบอย่างเพียงพอเท่านั้นที่จะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายนี้⁴⁶⁹

ต่อมาภายหลังศตวรรษที่ 20 ปี ค.ศ. 2000 ในคดี *The Prosecutor v. Alfred Musema* ศาล ICTR กำหนดชัดเจนว่า การกระทำที่ถูกล่ามำจำเป็นต้องมีความเชื่อมโยงกับการสู้รบ เพื่อวัตถุประสงค์ในการพิพากษาว่าพลเรือนต้องรับผิดชอบเพื่อความผิดฐานก่ออาชญากรรมสงคราม⁴⁷⁰ ต่อมาในคดี *The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic* องค์คณะพิจารณาของ ICTY ตัดสินในปี ค.ศ. 2001 ว่า การปรับใช้ข้อ 3 ร่วม ของอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ และความผิดตามข้อ 3 ร่วมนั้น ต้องมีเงื่อนไขเรื่องความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดระหว่างการฝ่าฝืนและการขัดกันทางอาวุธ⁴⁷¹ ส่วนคดี *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* องค์คณะอุทธรณ์ของศาล ICTR ตัดสินในปี ค.ศ. 2001 ว่า มีความจำเป็นที่จะต้องมีความเชื่อมโยงระหว่างการฝ่าฝืนและความขัดแย้งทางอาวุธ⁴⁷²

ดังนั้น การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบจึงต้องมีความเกี่ยวข้องกับการขัดกันทางอาวุธด้วย หากการกระทำดังกล่าวไม่มีความเกี่ยวข้องกับการขัดกันทางอาวุธ เช่น การขโมยรถที่ใช้ในราชการของคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง หรือพลเรือนชกต่อยทะเลาะวิวาทกับทหารด้วยเรื่องส่วนตัว แม้ว่าจะทำให้คู่กรณีฝ่ายนั้นได้รับความเสียหาย การกระทำของพลเรือนนี้ไม่ถือเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ แต่พลเรือนดังกล่าวอาจถูกดำเนินคดีอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดตามกฎหมายภายในของรัฐคู่กรณีได้ อีกทั้งความเชื่อมโยงระหว่างการกระทำและการขัดกันทางอาวุธ ไม่จำเป็นต้องเป็นการต่อสู้เสมอไป เนื่องจากพลรบของฝ่ายตรงข้ามเป็นเป้าหมายทางทหารที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งสามารถถูกโจมตีได้ในทุกสถานที่ แม้ว่าจะเป็นที่นอกเหนือจากสนามรบ แต่ด้วยเหตุที่ผู้ที่ถูกโจมตี

⁴⁶⁹ *The Prosecutor V. Zlatko Aleksovski*, Judgement Case No. IT-95-14/1-T, 25 June 1999. Para. 45. ดูรายละเอียดได้ในภาคผนวก 3

⁴⁷⁰ *The Prosecutor V. Alfred Musema*, Judgement Case No. ICTR-96-13-T, 27 January 2000. Para. 973. See also paras. 259-262. ดูรายละเอียดได้ในภาคผนวก 4

⁴⁷¹ *Prosecutor V. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković*, Judgement (Trial Chamber), Case No. IT-96-23-T&IT96-23/1-T, 22 February 2001. Para. 407. ดูรายละเอียดได้ในภาคผนวก 5

⁴⁷² *The Prosecutor V. Jean-Paul Akayesu*, Judgement (Appeals Chamber), Case No. ICTR-96-4-T, 1 June 2001. Para 438. ดูรายละเอียดได้ในภาคผนวก 1

เป็นสมาชิกของกองทัพของคู่กรณีในความขัดแย้ง การกระทำของบุคคลจึงอาจถือได้ว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบได้เช่นกัน⁴⁷³

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า หากการกระทำของบุคคลหนึ่งเกี่ยวข้องกับการขัดกันทางอาวุธแล้ว บุคคลที่กระทำการดังกล่าวจำเป็นต้องมีความเกี่ยวข้องกับคู่กรณีในความขัดแย้งหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้อาจอาศัยการเทียบเคียงจากคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศเกี่ยวกับการพิจารณาการกระทำความผิดอาญาระหว่างประเทศแล้วพบว่า เดิมองค์คณะพิจารณาของศาล ICTY ในคดี *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic* ตัดสิน ว่า ข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ ต้องมีเงื่อนไขเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและคู่กรณีของความขัดแย้ง แต่ต่อมาภายหลังในคดี *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* องค์คณะอุทธรณ์ของศาล ICTR พิพากษากลับว่า ผู้กระทำความผิดที่ฝ่าฝืนข้อ 3 ร่วมไม่จำเป็นต้องมีความเชื่อมโยงโดยเฉพาะเจาะจงกับคู่กรณีฝ่ายหนึ่งของความขัดแย้ง⁴⁷⁴ ซึ่งคำพิพากษาในคดี *Akayesu* กลายเป็นคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลระหว่างประเทศว่า การกระทำความผิดไม่จำเป็นต้องมีความเชื่อมโยงระหว่างการกระทำที่ทาลงและคู่กรณีของความขัดแย้ง⁴⁷⁵

ดังนั้นจึงอาจสรุปเป็นข้อพิจารณาประการแรกโดยอ้างอิงจากแนวทางปฏิบัติและแนวทางการตีความที่ได้ศึกษามา พร้อมทั้งอาศัยการเทียบเคียงจากคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศข้างต้นประกอบข้อพิจารณา ได้ว่า บุคคลที่กระทำการอันเป็นการเข้าร่วมในการสู้รบจะต้องมีความเกี่ยวข้อง หรือมีความเชื่อมโยงกับการขัดกันทางอาวุธ โดยไม่จำเป็นต้องมีความเกี่ยวข้องกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งของความขัดแย้ง

4.2.1.2 ลักษณะและวัตถุประสงค์ของการกระทำมุ่งก่อให้เกิดอันตรายต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม หรือพลเรือน

⁴⁷³ Michael N. Schmit, "Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees," *Chicago Journal of International Law* 5 (2005). P. 536-537.

⁴⁷⁴ *The Prosecutor V. Jean-Paul Akayesu*. Para. 437. ดูรายละเอียดได้ในภาคผนวก 1

⁴⁷⁵ McDonald, "The Challenges to International Humanitarian Law and the Principles of Distinction and Protection from the Increased Participation of Civilians in Hostilities, Spotlight on Issues of Contemporary Concern in International Humanitarian Law and International Criminal Law." P. 28.

แนวทางการพิจารณาของรัฐ ศาลภายในของรัฐ ศาลระหว่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศ รวมถึงนักวิชาการเห็นว่าการกระทำดังกล่าวจะต้องก่อให้เกิดภัยคุกคาม โดยมีลักษณะเป็นการกระทำทางทหาร หรืออาจเป็นการกระทำที่ไม่มีลักษณะทางทหารแต่โดยวัตถุประสงค์ของการกระทำอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม หรือพลเรือนที่ได้รับความคุ้มครอง และจากการพิจารณาวัตถุประสงค์ของการกระทำประกอบจึงอาจตีความได้ว่าการกระทำที่เกิดขึ้นไม่จำเป็นต้องมีอันตรายซึ่งเป็นผลเกิดขึ้นในทันที และไม่มีการพิจารณาถึงระดับของอันตรายว่าต้องเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายร้ายแรงเพียงใด รวมถึงไม่พิจารณาจำนวนความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งการพิจารณาว่าการกระทำใดจะเป็นการกระทำที่มีลักษณะและวัตถุประสงค์มุ่งก่อให้เกิดอันตรายต่อบุคคล หรือทรัพย์สินของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม หรือพลเรือน จำเป็นต้องพิจารณาจากบริบทแวดล้อมที่การกระทำนั้นเกิดขึ้นประกอบ โดยอาจพิจารณาจากการใช้หรือถืออาวุธ การเล็งเป้าหมาย หรือพฤติกรรมที่แสดงออก เป็นต้น

ข้อพิจารณาประการนี้สะท้อนข้อสันนิษฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองแก่พลเรือนจากการโจมตีโดยตรง เนื่องจากสันนิษฐานว่าพลเรือนนั้นเป็นบุคคลที่สันติ และไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการสู้รบ อีกทั้งการที่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศยังกำหนดว่า หากพลเรือนเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ พลเรือนดังกล่าวจะสูญเสียความคุ้มครองจากการโจมตีไปในขณะที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบนั้น แสดงให้เห็นว่าการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบของพลเรือนจะต้องเป็นการกระทำที่ไม่สันติ ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติข้างต้นที่เห็นร่วมกันว่า การกระทำที่จะส่งผลให้พลเรือนสูญเสียความคุ้มครอง จะต้องเป็นการกระทำที่มีลักษณะและวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดอันตราย ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่สันตินั่นเอง

ส่วนประเด็นเรื่องระยะเวลาการเกิดผลของการกระทำที่มุ่งก่อให้เกิดอันตรายนั้น แนวทางปฏิบัติส่วนหนึ่งเห็นว่า อันตรายที่มุ่งก่อให้เกิดขึ้นควรเกิดในระยะเวลาใกล้ชิดกับการกระทำดังกล่าวหรือการกระทำนั้นก่อให้เกิดอันตรายในทันที และแนวทางปฏิบัติอีกส่วนหนึ่งเห็นว่า มีเพียงความเป็นไปได้ว่าการกระทำดังกล่าวจะก่อให้เกิดอันตรายต่อบุคคลก็เพียงพอแล้ว ดังนั้น ประเด็นเรื่องของระยะเวลาที่ผลของการกระทำเกิดขึ้นยังไม่มีคำตอบและเป็นเอกภาพในทางปฏิบัติว่าจะนำมาใช้เป็นข้อพิจารณาว่าการกระทำหนึ่งเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่

จากการวิเคราะห์ถ้อยคำของข้อพิจารณาประการนี้ที่กำหนดให้การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบต้องมีลักษณะและวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดอันตรายต่อบุคคล หรือทรัพย์สินของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม หรือพลเรือน จึงอาจอนุมานได้ว่า การกระทำที่เป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบเพียง

แต่มีลักษณะและวัตถุประสงค์มุ่งก่อให้เกิดอันตรายก็เพียงพอแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าอันตรายอันเป็นผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นจำเป็นต้องเกิดขึ้นในทันทีภายหลังจากที่ได้ลงมือกระทำนั้นหรือไม่ ซึ่งจะสอดคล้องกับทางปฏิบัติของการสู้รบ ในการตัดสินว่าการกระทำของบุคคลหนึ่งเป็นการเข้าร่วมโดยตรงหรือไม่ ซึ่งในขณะที่บุคคลกระทำการดังกล่าว อาจไม่ก่อให้เกิดผลทางลบ หรืออันตรายในทันทีก็เป็นได้

การพิจารณาจากลักษณะและวัตถุประสงค์ของการกระทำอาจอาศัยหลักของการคาดเห็นได้ ซึ่งเป็นองค์ประกอบหนึ่งของหลักการพื้นฐานกฎหมายอาญาระหว่างประเทศสนับสนุนข้อพิพาทนี้ ซึ่งหลักของการคาดเห็นได้เป็นมาตรฐานของการวิเคราะห์การก่อให้เกิดผล ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการนำหลักการนี้ไปใช้ในการพิจารณาการให้ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น ตัวอย่างเช่น คดี Naulilaa ระหว่างประเทศโปรตุเกสและประเทศเยอรมนี ซึ่งเป็นข้อพิพาทว่าด้วยความรับผิดชอบของประเทศเยอรมนีเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นกับประเทศอาณานิคมของโปรตุเกสในแอฟริกาใต้ อนุญาโตตุลาการในคดีนี้ตัดสินไม่ให้ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่ไม่สามารถคาดเห็นได้⁴⁷⁶ การคาดเห็นได้จึงอาจใช้เป็นปัจจัยที่ช่วยบรรเทาความเคร่งครัดของแนวคิดเรื่องการก่อให้เกิดผลโดยตรงซึ่งจะศึกษาในหัวข้อถัดไป

ดังนั้นเมื่อพิจารณาการคาดเห็นได้ประกอบกับข้อพิพาทเรื่องการก่อให้เกิดผลโดยตรง การเตรียมการ หรือการเคลื่อนกำลังก่อนที่จะเกิดการต่อสู้กันอย่างแท้จริงจึงอาจถือเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบได้ และผู้ที่มีหน้าที่ตัดสินใจโจมตีสามารถโจมตีบุคคลที่กระทำการนั้นได้ หากคาดเห็นได้ว่าการเตรียมการหรือการเคลื่อนกำลังพลดังกล่าวมีลักษณะหรือวัตถุประสงค์ที่จะก่อให้เกิดภัยคุกคามต่อผู้โจมตี โดยไม่จำเป็นต้องรอให้บุคคลนั้นกระทำการอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบอย่างเสร็จสิ้นเพื่อให้สอดคล้องกับทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นจริง และสอดคล้องกับหลักความจำเป็นทางทหาร ประกอบกับเหตุทางด้านความก้าวหน้าของเทคโนโลยีที่ส่งผลให้การควบคุมอาวุธ หรือการมีส่วนร่วมในการสู้รบ อาจทำได้โดยการควบคุมในระยะไกล เช่น การวางระเบิด ซึ่งสามารถจุดชนวนโดยใช้รีโมทควบคุมในระยะไกล หรือการวางกับดักอาวุธ เมื่อบุคคลหนึ่งลงมือกระทำการโดยการวางอาวุธเหล่านั้น ถือว่าบุคคลดังกล่าวเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบแล้ว โดยไม่ต้องพิจารณาว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นต่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งของการสู้รบโดยทันทีหรือไม่ และอาจเป็นการกระทำในลักษณะใดก็ได้ ตัวอย่างเช่น การวางแผน ซึ่งเป็นขั้นตอนที่พลเรือนที่เป็นลูกจ้างของรัฐบาลเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้อง

⁴⁷⁶ Leon Castellanos-Jankiewicz, "Causation and International State Responsibility," (Amsterdam Center for International Law, 2012). P. 57.

ในการวางแผน และการออกคำสั่งในระดับการปฏิบัติการทางทหาร ซึ่งมีส่วนสำคัญต่อการก่อให้เกิดปฏิบัติการทางทหารหนึ่งโดยเฉพาะ และหากปราศจากการวางแผน ปฏิบัติการทางทหารดังกล่าวไม่สามารถเกิดขึ้นได้ ดังนั้น จึงอาจถือได้ว่าบุคคลที่เป็นผู้วางแผนเป็นผู้ที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ⁴⁷⁷

4.2.1.3 การกระทำเป็นส่วนสำคัญที่ก่อให้เกิดผล และมีความเชื่อมโยงกับผล

โดยตรง

ความเชื่อมโยงระหว่างการกระทำและผลเป็นข้อพิจารณาหนึ่งที่รัฐ ศาลภายในของรัฐ ศาลระหว่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศ และนักวิชาการเห็นว่าควรใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ เนื่องจากการกระทำของบุคคลหนึ่งที่มีความเชื่อมโยงกับผลที่เกิดขึ้นโดยตรงสามารถสะท้อนได้ว่า ผู้กระทำการดังกล่าวเป็นต้นเหตุของการก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม และต้องเป็นการกระทำที่เป็นส่วนสำคัญในการก่อให้เกิดผล ในการพิจารณาหลักเกณฑ์พื้นฐานประการนี้ ผู้พิจารณาอาจต้องคำนึงว่าหากบุคคลดังกล่าวไม่กระทำการนั้นแล้ว ผลที่อาจเกิดขึ้นกับคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามจะสามารถเกิดขึ้นได้หรือไม่ หรือการกระทำเหล่านั้นสามารถก่อให้เกิดผลกระทบหรือความเสียหายแก่คู่กรณีฝ่ายตรงข้ามหรือไม่

หลักเกณฑ์พื้นฐานในประการนี้สอดคล้องกับทฤษฎีของการก่อให้เกิดผล (Theory of Causation) ซึ่งเป็นทฤษฎีที่ศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้น⁴⁷⁸ โดยการพิจารณาการก่อให้เกิดผลจากข้อเท็จจริง (Cause-in-fact)⁴⁷⁹ ว่า การกระทำของบุคคลหนึ่งจำเป็นต่อการก่อให้เกิดอันตรายต่อบุคคลอีกคนหนึ่งที่ได้รับ ความเสียหายหรือไม่ และความเสียหายดังกล่าว มีความใกล้ชิดกับการกระทำหรือไม่⁴⁸⁰ และอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดเรื่องการก่อให้เกิดผลโดยตรง (Direct Causation) ซึ่งมีเงื่อนไขว่า การกระทำจะต้องมีความเชื่อมโยงที่ชัดเจนกับความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยไม่พิจารณาว่ามีเหตุที่เกิดขึ้นพร้อมกัน ซึ่งก่อให้เกิดอันตรายหรือไม่ ประเด็นสำคัญอยู่ที่การกระทำที่ถูกล่ามโซ่ไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำเดียว หรือเป็นเหตุหลักที่ก่อให้เกิดอันตราย หรือความเสียหายต่อชีวิตของผู้เสียหาย แต่จะต้องเป็นเหตุที่สำคัญอันจะก่อให้เกิดผลนั้น

⁴⁷⁷ Schmit, "Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees." P. 543.

⁴⁷⁸ Castellanos-Jankiewicz, "Causation and International State Responsibility." P. 7.

⁴⁷⁹ Ibid. P. 9.

⁴⁸⁰ Ibid. P. 8.

และต้องผลดังกล่าวเกิดขึ้นจากการกระทำนั้นโดยตรงจากการกระทำ⁴⁸¹ แต่ในทางปฏิบัติการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ไม่จำเป็นต้องก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งของความขัดแย้งเสมอไป จึงจะทำให้การกระทำหนึ่งเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบได้ จึงควรพิจารณาที่ลักษณะและวัตถุประสงค์ของการกระทำที่เป็นส่วนสำคัญมากกว่าผลของการกระทำดังที่พิจารณาแล้วในข้อพิจารณาที่สอง ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดเรื่องการก่อให้เกิดผลโดยตรง จึงสามารถสะท้อนได้ว่า การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำที่ทำการและอันตรายที่เกิดขึ้นต่อคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามในเวลาและสถานที่ที่การกระทำนั้นเกิดขึ้น⁴⁸² โดยไม่คำนึงว่าผลของการกระทำจะเกิดขึ้นในทันทีขณะกระทำการอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่

หากการกระทำเป็นเพียงการทำงานในสถานที่ที่มีความเกี่ยวข้องกับทหารกับคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง เช่น โรงงานผลิตอาวุธ ซึ่งโดยลักษณะและวัตถุประสงค์ไม่ได้มุ่งก่อให้เกิดอันตราย หรือก่อให้เกิดความได้เปรียบ หรือเสียเปรียบทางทหารแต่อย่างใด จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ แต่บุคคลที่กระทำการดังกล่าวมีความเสี่ยงที่จะถูกโจมตี หรือได้รับความเสียหายอันเป็นผลข้างเคียงจากการโจมตีเป้าหมายทางทหารที่บุคคลดังกล่าวอาศัยหรือทำงานอยู่ ซึ่งความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นนี้ถูกนำมาพิจารณาในประเด็นเรื่องความเสียหายข้างเคียงที่เกิดขึ้นกับพลเรือนตามหลักความได้สัดส่วน และหลักความจำเป็นทางทหาร

การกระทำที่เป็นการรวบรวมข้อมูลเพื่อระบุเป้าหมาย และอำนวยความสะดวกให้แก่การใช้อาวุธสามารถถือได้ว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบได้ หากลักษณะของการกระทำนี้เป็นการกระทำที่แยกออกจากการกระทำที่เป็นส่วนสำคัญในการก่อให้เกิดความเสียหายไม่ได้ และมีความเกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดกับการก่อให้เกิดความรุนแรง หรืออันตรายโดยตรงต่อคู่กรณี หรือพลเรือน หรือทรัพย์สินของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม ดังนั้น การกระทำที่เป็นการจัดหาอาหารหรือน้ำให้แก่พลรบ ไม่ใช่การกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายโดยตรงต่อคู่กรณี หรือพลเรือนของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม พลเรือนที่กระทำการดังกล่าวจึงไม่ถือว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ เนื่องจากไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลที่เกิดขึ้น⁴⁸³

⁴⁸¹ Ibid. P. 48.

⁴⁸² International Committee of the Red Cross, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. P. 516.

⁴⁸³ Ibid. P. 619.

ผลของการศึกษาแนวทางการพิจารณาของรัฐ ศาลภายในของรัฐ ศาลระหว่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศ และนักวิชาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวทางการพิจารณาของรัฐ ศาลภายในของรัฐ และศาลระหว่างประเทศ สะท้อนว่า ในการพิจารณาการกระทำหนึ่งว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่ แม้ว่าจะมีลักษณะเป็นไปตามข้อพิจารณาข้างต้นครบถ้วนทั้งสามประการแล้ว ผู้มีอำนาจหรือหน้าที่ตัดสินใจโจมตีต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงและข้อมูลที่มีอยู่ในขณะนั้นจากทุกแหล่งข้อมูลเป็นรายกรณีไปประกอบการพิจารณาด้วย โดยผู้เขียนเห็นว่าหากใช้ข้อพิจารณาทั้งสามประการข้างต้นเป็นแนวทางพื้นฐานในการพิจารณาการกระทำ ประกอบกับการพิจารณาจากข้อเท็จจริงและข้อมูลที่มีอยู่ในแต่ละกรณีนั้น จะส่งผลให้การพิจารณาการกระทำมีความสอดคล้องกับทางปฏิบัติของการสู้รบที่เกิดขึ้นจริง เนื่องจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณีมีความแตกต่างกันในรายละเอียด หรือบางกรณีอาจแตกต่างกันในสาระสำคัญ อีกทั้งการประเมินการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่มีอยู่ในขณะที่เกิดการกระทำเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ที่มีหน้าที่ตัดสินใจสามารถใช้ดุลพินิจของตนบนฐานของหลักสุจริตในการประเมินการกระทำและตัดสินใจได้อย่างเหมาะสมกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นจริงขณะนั้น เป็นผลให้การปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีความเป็นเอกภาพ และก่อให้เกิดความสมดุลระหว่างความจำเป็นทางทหารและการคุ้มครองพลเรือน ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ อีกทั้งบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจะไม่เสียความคุ้มครองจากการโจมตีโดยไม่มีเหตุตามสมควร

หากข้อเท็จจริงไม่เพียงพอที่จะประเมินได้ว่าบุคคลดังกล่าวเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่ ผู้ที่มีหน้าที่ตัดสินใจจะต้องใช้มาตรการป้องกันล่วงหน้าทุกประการที่สามารถทำได้ก่อนที่จะโจมตี เพื่อให้เกิดความแน่ใจว่าเป้าหมายดังกล่าวเป็นเป้าหมายที่ชอบด้วยกฎหมาย⁴⁸⁴ ให้ถือว่าบุคคลที่กระทำการดังกล่าวมีสถานะเป็นพลเรือน ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และไม่สามารถตกเป็นเป้าหมายของการโจมตีได้⁴⁸⁵ โดยสอดคล้องกับข้อ 50 ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1

⁴⁸⁴ Toorn, "Direct Participation in Hostilities: A Legal and Practical Road Test of the International Committee of the Red Cross's Guidance through Afghanistan." P. 16.

⁴⁸⁵ "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977."

Article 50

"(1) A civilian is any person who does not belong to one of the categories of persons referred to in Article 4 A 1), 2), 3) and 6) of the Third Convention and in Article 43 of this Protocol. In case of doubt whether a person is a civilian, that person shall be considered to be a civilian.

4.2.2 ข้อพิจารณาอื่นที่อาจใช้ประกอบการพิจารณาการกระทำที่ถือเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ

นอกเหนือจากแนวทางพื้นฐานที่ใช้ในการพิจารณาการกระทำอันถือเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบที่เป็นไปในแนวทางเดียวกับของรัฐ ศาล องค์การระหว่างประเทศ และนักวิชาการต่าง ๆ ยังคงปรากฏลักษณะของการกระทำของบุคคลอันถือเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบบางประการที่ถูกใช้เป็นแนวทางการตีความ หรือแนวทางในการพิจารณาของบางรัฐ ศาลภายในของรัฐ ศาลระหว่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศ ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วลักษณะของการกระทำดังกล่าวไม่สามารถนำมาใช้เป็นแนวทางพื้นฐานในการพิจารณาการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบได้โดยตรง ด้วยเหตุผลด้านความไม่เหมาะสมกับสภาพของการขัดกันทางอาวุธในปัจจุบัน ความไม่สะดวกในการใช้เป็นแนวทางพิจารณา หรือพัฒนาการของเทคโนโลยีที่ทันสมัย และความไม่เป็นเอกภาพของการใช้ข้อพิจารณาดังกล่าว ซึ่งมีดังต่อไปนี้

4.2.2.1 เจตนาภายในของบุคคลที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ

เจตนาในการเข้าร่วมในการสู้รบของบุคคล หมายถึง เจตนาในการเข้าร่วมในการกระทำที่มีส่วนเกี่ยวข้องและก่อให้เกิดอันตราย หรือได้รับประโยชน์จากการกระทำนั้น ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับเจตนาทางการเมือง หรือแรงจูงใจอื่นในการเข้าร่วมในการสู้รบ และไม่ว่าแรงจูงใจนั้นจะเป็นแรงจูงใจเชิงบวก หรือเชิงลบก็ตาม⁴⁸⁶ เช่น แรงจูงใจทางบวกที่เข้าร่วมเพื่อให้เกิดสันติภาพ หรือแรงจูงใจทางลบเพื่อให้บุคคลที่มุ่งกระทำต่อได้รับความเสียหาย

เจตนาในการเข้าร่วมในการสู้รบไม่อาจใช้เป็นข้อพิจารณาพื้นฐานในการพิจารณาว่าการกระทำของพลเรือนเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่ เนื่องจากเจตนาดังกล่าวนี้เป็นสิ่งที่อยู่ภายใน ผู้ที่มีหน้าที่ตัดสินใจจะโจมตีไม่สามารถหยั่งรู้ถึงเจตนาภายในของบุคคลที่กระทำการได้ในทันที จึงต้องอาศัยการประเมินเจตนาในการเข้าร่วมจากการกระทำภายนอกของบุคคล รวมถึง

(2) The civilian population comprises all persons who are civilians.”

⁴⁸⁶ McDonald, "The Challenges to International Humanitarian Law and the Principles of Distinction and Protection from the Increased Participation of Civilians in Hostilities, Spotlight on Issues of Contemporary Concern in International Humanitarian Law and International Criminal Law." P. 20.

หลักฐาน หรือข้อเท็จจริงอื่น ๆ ที่มีหน้าที่ตัดสินใจมีอยู่หรือได้รับในขณะนั้นเป็นสำคัญ โดยการประเมินจะกระทำเป็นรายกรณีไป ดังนั้น การอาศัยเจตนาภายในของบุคคลเพื่อเป็นแนวทางพื้นฐานในการพิจารณาการกระทำว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่นั้น อาจไม่สอดคล้องกับทางปฏิบัติของการสู้รบที่ต้องอาศัยความรวดเร็วในการวิเคราะห์และตัดสินใจที่จะโจมตี

4.2.2.2 ความเป็นสมาชิก (Membership Approach)

วิธีการประเมินการเข้าร่วมของบุคคลในการขัดกันทางอาวุธโดยอาศัยความเป็นสมาชิก (Membership Approach) เป็นวิธีการที่อนุญาตให้โจมตีบุคคลที่เข้าร่วมกับกลุ่มติดอาวุธหรือกลุ่มในลักษณะอื่นนอกเหนือจากการเข้าร่วมเป็นสมาชิกของกองทัพที่ถูกเกณฑ์ตามกฎหมายภายในในกรณีที่เป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ หรือเข้าร่วมกับกลุ่มติดอาวุธในการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ในเวลาใด ๆ จนกระทั่งบุคคลดังกล่าวสามารถพิสูจน์ได้ว่าไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มนั้นอีกต่อไป⁴⁸⁷

จากแนวปฏิบัติศาลภายในและความเห็นของผู้แทนของสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการพิจารณาการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบของผู้ก่อการร้ายซึ่งอาศัยความเป็นสมาชิกในการพิจารณา ประกอบกับการยกตัวอย่างของความเกี่ยวข้องซึ่งแสดงถึงความเป็นสมาชิก ซึ่งถูกระบุไว้ในคู่มือทางทหารดังที่ได้พิจารณาในบทที่ 3 รวมถึงบันทึกความตกลงเกี่ยวกับอำนาจในการคุมขังของรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับผู้ถูกคุมขังที่อ่าวกวนตานาโม เนื่องจากสมาชิกของกลุ่มติดอาวุธที่รัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกาอนุญาตให้คุมขังนั้น ไม่มีบัตรแสดงถึงความเป็นสมาชิก หรือเครื่องแบบ หรือสิ่งที่แสดงอื่นใดว่าบุคคลดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มติดอาวุธนี้ ดังนั้นการพิจารณาความเกี่ยวข้องของกลุ่มติดอาวุธหนึ่งจึงต้องพิจารณาจากการวิเคราะห์จากลักษณะ หรือหน้าที่ของบุคคลนั้น รวมถึงหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจว่าบุคคลหนึ่งเข้าร่วมหรือเป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มติดอาวุธ ซึ่งอาจมาจากรูปแบบในการเข้าร่วมเป็นสมาชิกกลุ่ม เช่น การสาบานว่าจะจงรักภักดี หรือหลักฐานเกี่ยวกับหน้าที่ในกลุ่ม เช่น การฝึกการต่อสู้กับกลุ่มติดอาวุธ การอาศัยอยู่ในที่หลบภัยกลุ่มติดอาวุธดังกล่าวที่ใช้เป็นสถานที่เกณฑ์คน หรือตั้งอยู่ในกองทัพของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม เป็นต้น⁴⁸⁸

⁴⁸⁷ International Committee of the Red Cross, "Summary Report: Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law." P. 7.

⁴⁸⁸ the United States District Court for the District of Columbia, "Respondents' Memorandum Regarding the Government's Detention Authority Relative to Detainees Held at Guantanamo Bay," in *Guantanamo Bay Detainee Litigation* (2009).

การพิจารณาการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบจากฐานของความ เป็นสมาชิกจึงเป็นการพิจารณาสถานะของบุคคลที่เข้าร่วมมากกว่าพิจารณาจากการกระทำ ซึ่งอาจ ส่งผลให้บุคคลที่อาจไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการโจมตีหรือการก่อให้เกิดความเสียหายอย่างแท้จริงและ โดยตรง สูญเสียความคุ้มครองจากการโจมตีและตกเป็นเป้าหมายของการโจมตีได้โดยง่าย ซึ่งเป็นการ ลดทอนหลักมนุษยธรรมของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่มุ่งคุ้มครองพลเรือนจากภัยที่ เกิดขึ้นจากสงคราม ดังนั้น ข้อพิจารณาเกี่ยวกับความเป็นสมาชิกของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกลุ่มติดอาวุธ หรือกลุ่มก่อการร้ายจึงไม่อาจใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาการกระทำอันเป็นการเข้าร่วม โดยตรงในการสู้รบได้โดยตรง แต่ผู้ที่มีอำนาจตัดสินใจที่จะโจมตีขณะนั้นอาจอาศัยเป็นข้อพิจารณา ประกอบการตัดสินใจ เพื่อให้เหตุผลสนับสนุนการตัดสินใจโจมตีให้มีน้ำหนักมากขึ้นได้

4.2.2.3 ความใกล้ชิดทางภูมิศาสตร์ของการกระทำกับสนามรบ (Geographic Proximity)

ความใกล้ชิดทางภูมิศาสตร์ของการกระทำกับสนามรบเป็นปัจจัยหนึ่งที่ปรากฏใน แนวทางปฏิบัติที่ใช้ในการประเมินว่า การกระทำที่เกิดขึ้นใกล้กับสนามรบจะมีความเชื่อมโยงอย่าง ใกล้ชิดกับการก่อให้เกิดอันตรายต่อศัตรู โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การประเมินความใกล้ชิดของการกระทำ และสถานที่ที่เกิดการกระทำในแนวหน้าของสนามรบ (Front Line) โดยการประเมินจะพิจารณาว่า หากบุคคลหนึ่งกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่มีลักษณะเป็นการเข้าร่วมใกล้ชิดกับแนวหน้าของสนาม รบมากเท่าใด แสดงว่าบุคคลดังกล่าวจะมีความเกี่ยวข้องกับการสู้รบมากเท่านั้น⁴⁸⁹ โดยความใกล้ชิด ทางภูมิศาสตร์กับสนามรบปรากฏอยู่ในแนวทางการพิจารณา รวมถึงความเห็นของรัฐและองค์การ ระหว่างประเทศ ตัวอย่างเช่น ถ้าพลเรือนขับรถบรรทุกอาวุธจากโรงงานในบ้านเกิดไปยังท่าเรือที่อยู่ ใกล้กัน เพื่อขนส่งอาวุธไปยังบริเวณที่ความขัดแย้งเกิดขึ้นห่างออกไป 4,000 ไมล์ การขนส่งอาวุธของ พลเรือนจะไม่ถือเป็นการสู้รบ⁴⁹⁰ แต่ถ้าเรือบรรทุกอาวุธดังกล่าวไปถึงจุดหมายปลายทางแล้ว และพล เรือนอีกคนหนึ่งขับรถบรรทุกขนอาวุธไปส่งไปยังหน่วยที่คุ้มกันทหารโดยเป็นส่วนหนึ่งของการสู้รบ การขับรถขนส่งอาวุธนี้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการสู้รบ⁴⁹¹ แต่เนื่องด้วยในปัจจุบัน ผลของ ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีส่งผลให้คู่มือของการขัดกันทางอาวุธสามารถสู้รบในระยะไกลผ่านการ

⁴⁸⁹ Schmitt, *Direct Participation in Hostilities and 21st Century Armed Conflict*. P. 511.

⁴⁹⁰ Ricou, "Civilians at War: Reexamining the Status of Civilians Accompanying the Armed Forces."

⁴⁹¹ Ibid.

ใช้วิธีควบคุมระบบอาวุธได้ เช่น การยิงขีปนาวุธไปยังพื้นที่ที่อยู่ห่างไกลออกไป การใช้อากาศยานไร้คนขับ หรือการโจมตีเครือข่ายคอมพิวเตอร์⁴⁹² ดังนั้น บุคคลที่ให้ข้อมูลเกี่ยวกับการระบุเป้าหมายใน ขณะที่โจมตีแก่พลรบในระยะไกลมีความเกี่ยวข้องกับการสู้รบได้เช่นเดียวกัน อีกทั้งการโจมตีทางอากาศเหนือพื้นที่ที่เกิดการสู้รบทางกายภาพอาจมีความตึงเครียดมากกว่าการสู้รบภาคพื้นดินที่เกิดขึ้นในแนวหน้าก็เป็นได้

ประเทศสหรัฐอเมริกาเริ่มพึ่งพาและใช้ประโยชน์จากอากาศยานไร้คนขับ หรือ โดรน (Unmanned aerial vehicles (UAVs) หรือ Drones) มากขึ้น เพื่อสนับสนุนความสามารถในการต่อสู้ และเพิ่มประสิทธิภาพในการระบุเป้าหมายและสังหารคู่อริฝ่ายตรงข้าม เนื่องจากเป็นวิธีที่มีประสิทธิภาพมากทั้งในด้านของการค้นหา และสังหารเป้าหมายที่ถูกระบุไว้แล้ว⁴⁹³ อันเป็นผลมาจากพัฒนาการทางด้านเทคโนโลยีซึ่งช่วยเสริมสมรรถภาพของคู่อริในความขัดแย้งในการต่อสู้ และก่อให้เกิดประโยชน์ทางทหาร โดยเฉพาะอย่างยิ่งการระบุเป้าหมายในกรณีที่คู่อริฝ่ายตรงข้ามแฝงตัวอยู่ท่ามกลางพลเรือน หรืออาศัยอยู่ในรัฐหรือดินแดนที่ลี้มหลบ

ผู้ควบคุมอากาศยานไร้คนขับมักจะอยู่ในสถานที่ซึ่งห่างจากเป้าหมาย และสนามรบ ตัวอย่างในเหตุการณ์ที่ใช้อากาศยานไร้คนขับสังหารเป้าหมายซึ่งเป็นกลุ่มก่อการร้ายอัลกออิดะฮ์ ผู้ควบคุมอากาศยานดังกล่าวควบคุมจากรัฐเนวาดาหรือแอละแบมา หรืออาจควบคุมอาวุธจากพื้นที่ที่อยู่ นอกขอบเขตของสนามรบแบบดั้งเดิมซึ่งเป็นพื้นที่ที่เกิดการสู้รบทางกายภาพ โดยผู้ควบคุมดังกล่าวจะ ไม่ได้รับอันตรายจากการโจมตีกลับของคู่อริฝ่ายตรงข้าม⁴⁹⁴ ส่งผลให้ผู้ควบคุมอากาศยาน หรืออาวุธ สามารถตัดสินใจในการระบุเป้าหมายได้อย่างแม่นยำและมีประสิทธิภาพมากขึ้นโดยปราศจากความกลัวว่าจะถูกฆ่า หรือได้รับอันตราย

นอกจากอากาศยานไร้คนขับแล้ว อาวุธประเภทอื่นสามารถถูกควบคุมให้โจมตีเป้าหมายจากระยะไกลได้เช่นกัน เช่น เรือยิงจรวดสามารถโจมตีเป้าหมายที่อยู่บนพื้นดิน เครื่องบินทิ้งระเบิดทางอากาศโดยโจมตีเป้าหมายทางทหารที่อยู่ในระยะไกล รวมถึงการติดตั้งระบบอาวุธที่สามารถยิงขีปนาวุธข้ามทวีปได้ (Intercontinental Ballistic Missile) ซึ่งขีปนาวุธข้ามทวีปนี้สามารถ

⁴⁹² International Committee of the Red Cross, "Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law". P. 55.

⁴⁹³ Vogel, "Drone Warfare and the Law of Armed Conflict." P. 102.

⁴⁹⁴ Ibid. P. 133.

ยิงได้ในระยะมากกว่า 5,500 กิโลเมตร⁴⁹⁵ ซึ่งอาวุธที่สามารถโจมตีได้ในระยะไกลนี้ชอบด้วยกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติที่ห้ามไม่ให้ผู้ควบคุมปฏิบัติการทางทหารใช้อาวุธที่สามารถควบคุมในระยะไกลได้ เว้นแต่จะต้องห้ามตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วยคุณสมบัติอื่น เช่น ก่อให้เกิดความเจ็บปวดทุกข์ทรมานแก่ผู้ถูกโจมตีเกินความจำเป็น หรือเป็นอาวุธที่โจมตีบุคคลโดยไม่แยกแยะเป้าหมาย เป็นต้น

การก่อให้เกิดอันตรายต่อข้อมูลที่อยู่ในเครือข่ายคอมพิวเตอร์ หรือการโจมตีข้อมูลที่ประมวลผลอยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ หรือที่เรียกว่า Computer Network Attack หรือ CNA ที่เป็นการขัดขวาง หรือทำลายข้อมูลที่อยู่ในคอมพิวเตอร์และเครือข่ายคอมพิวเตอร์ หรือทำลายคอมพิวเตอร์หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์นั้น⁴⁹⁶ ซึ่งอาจทำให้เกิดอันตราย หรือเปลี่ยนข้อมูลสามารถก่อให้เกิดอันตรายอย่างสำคัญต่อเศรษฐกิจหรือกองทัพได้⁴⁹⁷ การโจมตีในลักษณะดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของสงครามข้อมูล (Information Warfare) ซึ่งเป็นการอ้างถึงปฏิบัติการที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลที่เกิดขึ้นในช่วงความขัดแย้ง เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์โดยเฉพาะเจาะจงเหนือคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งของความขัดแย้ง⁴⁹⁸

CNA เป็นการโจมตีที่อาศัยกระแสข้อมูล เช่น การเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์เพื่อควบคุมระบบนั้น การส่งไวรัสเพื่อทำลายหรือเปลี่ยนแปลงข้อมูล การปล่อย Logic bomb เข้าไปในระบบคอมพิวเตอร์ของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม ซึ่งจะเริ่มทำงานเมื่อมีการกระตุ้น หรือเกิดเหตุการณ์ที่ตรงกับเงื่อนไขที่กำหนดไว้ การปล่อยหนอน หรือ Worms ที่สามารถแบ่งตัวเองได้เข้าสู่ระบบทำให้ระบบทำงานหนักมากเกินไป หรืออาจใช้โปรแกรมดักจับข้อมูล (Sniffer) เพื่อควบคุม และ/หรือดักจับข้อมูลบนระบบคอมพิวเตอร์ เป็นต้น⁴⁹⁹ ซึ่งไม่มีการกระทำโดยใช้แรงที่เกิดจากการเคลื่อนไหวร่างกาย แต่สามารถส่งผลกระทบอย่างมากมายมหาดศาลได้ เนื่องจากการดำรงชีวิตของประชาชนในแต่ละรัฐส่วนมากอาศัยการควบคุม และบันทึกข้อมูลผ่านระบบคอมพิวเตอร์ทั้งสิ้น อีกทั้งการพิจารณาว่าเป็นการโจมตีในบริบทของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ พิจารณาจากผลของการกระทำเท่านั้น

⁴⁹⁵ John Pike, "Intercontinental Ballistic Missile," <https://fas.org/nuke/intro/missile/icbm.htm>.

⁴⁹⁶ International Committee of the Red Cross, "Summary Report: Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law." P. 6.

⁴⁹⁷ Ricou, "Civilians at War: Reexamining the Status of Civilians Accompanying the Armed Forces."

⁴⁹⁸ Schmitt, *Direct Participation in Hostilities and 21st Century Armed Conflict*. P. 525.

⁴⁹⁹ *Ibid.* P. 525-526.

ไม่ได้พิจารณาจากวิธีการหรืออาวุธที่ใช้ ซึ่งสามารถก่อให้เกิดเป็นการขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศได้⁵⁰⁰

เมื่อพิจารณาจากความก้าวหน้าของเทคโนโลยี ประกอบกับลักษณะของความขัดแย้งที่เปลี่ยนแปลงไป ข้อพิจารณาด้านความใกล้ชิดทางภูมิศาสตร์จึงไม่อาจใช้เป็นแนวทางพื้นฐานที่อาจในการประเมินเรื่องการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบในปัจจุบันได้โดยตรง อีกทั้งการกำหนดขอบเขตของบริเวณที่จะถือว่าเป็นพื้นที่ใกล้ชิดกับการสู้รบเป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติ⁵⁰¹ ดังนั้นผู้มีหน้าที่ตัดสินใจในการโจมตีอาจอาศัยข้อพิจารณาทางด้านภูมิศาสตร์เป็นเพียงข้อพิจารณาประกอบการตัดสินใจเท่านั้น

4.2.2.4 หน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย (Function)

หน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย แม้ว่าจะจะเป็นหน้าที่ที่กำหนดให้บุคคลมีบทบาทในการสู้รบทางกายภาพก็ไม่สามารถนำมาใช้เป็นแนวทางหลักในการพิจารณาการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบได้ เนื่องจากการทำสงครามในปัจจุบันมีเทคโนโลยีเข้ามาเกี่ยวข้องมากขึ้น ส่งผลให้ปัจเจกบุคคลทุกคนสามารถมีส่วนร่วมในการสู้รบได้ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม แต่การสูญเสียความคุ้มครองจากการโจมตีซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกำหนดเป็นข้อยกเว้นการให้ความคุ้มครองแก่พลเรือนจากการสู้รบ จึงต้องจำกัดเพียงการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบเท่านั้น ซึ่งต้องพิจารณาจากลักษณะของการกระทำ และแนวทางการพิจารณาประการอื่นที่เกี่ยวข้องเท่านั้น ไม่สามารถพิจารณาจากหน้าที่ที่บุคคลดังกล่าวได้รับมอบหมายเพียงอย่างเดียวได้ แม้ว่าพลเรือนเข้าร่วมในการสู้รบโดยเป็นหน่วยสนับสนุนในปฏิบัติการทางทหาร แต่การทำหน้าที่สนับสนุนนั้นเป็นส่วนเสริมอย่างสำคัญต่อพลรบที่ทำหน้าที่เป็นผู้ปฏิบัติการสู้รบอย่างแท้จริงในการโจมตีเป้าหมาย ทำให้การโจมตีเป้าหมายของพลรบสามารถทำได้อย่างมีประสิทธิภาพซึ่งอันเป็นผลมาจากการสนับสนุนนั้น พลเรือนที่ได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่สนับสนุนจึงอาจเป็นบุคคลที่มีส่วนสำคัญต่อความสำเร็จของการโจมตี ซึ่งจะส่งผลให้บุคคลดังกล่าวเป็นผู้ที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบและสูญเสียความคุ้มครองจากการโจมตีโดยตรงได้ อย่างไรก็ตามหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายอาจเป็นข้อพิจารณาหนึ่งที่ผู้มีหน้าที่

⁵⁰⁰ Ibid. P. 526.

⁵⁰¹ International Committee of the Red Cross, "Summary Report of Second Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law." P. 14.

ตัดสินใจที่จะโจมตีอาจใช้ประกอบดุลพินิจในการตัดสินใจว่าบุคคลที่กระทำการดังกล่าวสมควรสูญเสียความคุ้มครองอันเนื่องมาจากการกระทำนั้นหรือไม่

การเสนอแนะข้อพิจารณาที่อาจใช้เป็นแนวทางพิจารณาการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบขึ้นอยู่กับฐานของการวิเคราะห์แนวทางปฏิบัติของตัวแสดงในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ อันประกอบไปด้วย รัฐ ศาลภายในประเทศ ศาลระหว่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศ และนักวิชาการ ประกอบกับหลักการต่าง ๆ ที่สนับสนุนทางปฏิบัติข้างต้น ซึ่งข้อพิจารณาดังกล่าวประกอบด้วยข้อพิจารณาพื้นฐานที่ใช้พิจารณาการกระทำหนึ่งว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่ และข้อพิจารณาประกอบการตัดสินใจของผู้มีอำนาจตัดสินใจที่จะโจมตี ประกอบกับการเปิดโอกาสให้ผู้ที่มีหน้าที่ตัดสินใจโจมตีสามารถใช้ดุลพินิจของตนเองบนฐานของหลักสุจริตในการพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณีนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ข้อพิจารณาที่เสนอแนะนี้เป็นสิ่งสำคัญที่อาจมีส่วนช่วยให้แนวปฏิบัติของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการสู้รบ รวมถึงผู้ที่มีบทบาทในการปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นไปในแนวทางเดียวกันและมีความเป็นเอกภาพ ก่อให้เกิดความมั่นคงในทางนิติฐานะของบุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง รวมถึงการปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศโดยสอดคล้องกับเป้าหมายและวัตถุประสงค์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งส่งเสริมความสมดุลระหว่างหลักมนุษยธรรมและการรักษาประโยชน์ทางทหาร อีกทั้งมีผลเป็นการช่วยลดผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อการปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะเห็นได้ว่า พลเรือนมีบทบาทสำคัญต่อการสู้รบในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศและการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยรัฐเป็นผู้ว่าจ้างหรือทำสัญญากับพลเรือนให้มีหน้าที่ช่วยเหลือหรือสนับสนุนในการกระทำอันเป็นการสู้รบทั้งโดยตรงและโดยอ้อม หรือพลเรือนอาจกระทำการอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบด้วยเจตนาของตนเอง ซึ่งสถานการณ์ความขัดแย้งดังกล่าวตกอยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ควบคุมการกระทำของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ โดยกำหนดหน้าที่ของบุคคลที่มีสถานะต่าง ๆ รวมถึงความคุ้มครองที่ให้แก่บุคคลที่มีสถานะเป็นพลเรือน ซึ่งได้กำหนดบทบัญญัติไว้หลายประการ รวมถึงได้กำหนดสถานะของบุคคลและสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบไว้ในกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม กฎเกณฑ์ว่าด้วยการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบนั้นได้ถูกบัญญัติเป็นถ้อยคำไว้ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ที่ใช้บังคับกับสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศและการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ไว้ในหลายบทบัญญัติ แต่ไม่ปรากฏว่า บทบัญญัติดังกล่าวได้ระบุคำนิยามหรือหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการกระทำใดของบุคคลถือเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ บทบัญญัติเหล่านั้นกำหนดแต่เพียงว่า หากพลเรือนเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ พลเรืوندังกล่าวจะสูญเสียความคุ้มครองในขณะที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ เมื่อพิจารณาจากแนวทางปฏิบัติของรัฐ คำพิพากษาของศาลทั้งศาลภายในและศาลระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการขัดกันทางอาวุธ รวมถึงความเห็นของนักวิชาการ เกี่ยวกับคำนิยาม และหลักเกณฑ์ของการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ยังคงไม่มีความชัดเจนเกี่ยวกับคำนิยามและลักษณะของการกระทำ และลักษณะของการกระทำที่แนวทางปฏิบัติของรัฐ คำพิพากษาของศาล รวมถึงความเห็นทางวิชาการได้ให้ตัวอย่างไว้ ไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกันอันจะส่งผลให้เกิดเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นหมายลำดับรองอันมีผลผูกพันรัฐโดยทั่วไปเช่นเดียวกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่รัฐเป็นภาคี

ผลของความไม่ชัดเจนดังกล่าว ก่อให้เกิดผลกระทบโดยตรงต่อสิทธิของบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เช่น พลเรือนที่ได้รับความคุ้มครองจากการโจมตีโดยตรงของคู่กรณีในความขัดแย้ง ซึ่งเป็นความมุ่งหมายของกฎหมายระหว่างประเทศในการจำกัดผลกระทบที่เกิดขึ้นจากความขัดแย้ง หากคำนิยามหรือลักษณะของการกระทำที่เป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบนั้นมีความไม่ชัดเจน การพิจารณาการกระทำของบุคคลจึงขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้มีอำนาจตัดสินใจในแต่ละบุคคล ซึ่งในสถานการณ์เดียวกัน บุคคลหนึ่งอาจตัดสินใจแตกต่างกันได้ การสูญเสียสิทธิในการได้รับความคุ้มครองของบุคคลจึงมีความไม่แน่นอน อีกทั้งการสูญเสียความคุ้มครองของบุคคลกระทบต่อการพิจารณาหลักการตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เช่น หลักการแยกแยะเป้าหมาย หากบุคคลหนึ่งสูญเสียความคุ้มครองจากการโจมตี บุคคลดังกล่าวจะถูกแยกแยะออกจากบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองกลายเป็นเป้าหมายทางทหารที่ชอบด้วยกฎหมาย และการสูญเสียความคุ้มครองจะกระทบต่อการประเมินตามหลักความได้สัดส่วน เนื่องจากผู้โจมตีจะต้องพิจารณาความเสียหายข้างเคียงที่เกิดขึ้นต่อบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองจากการโจมตี หากบุคคลหนึ่งสูญเสียความคุ้มครองจากการโจมตีเนื่องจากการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ บุคคลดังกล่าวจะไม่ถูกนำมาพิจารณาเป็นความเสียหายข้างเคียงที่อาจเกิดขึ้นจากการโจมตีนั้น เมื่อเกิดความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการกระทำของบุคคล หลักการของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ใช้ประเมินความชอบด้วยกฎหมายของการโจมตีจึงได้รับผลกระทบไปด้วย ความสมดุลระหว่างหลักมนุษยธรรมและความจำเป็นทางทหารจะได้รับผลกระทบเช่นเดียวกัน

ความสำคัญของหลักเกณฑ์การพิจารณาการกระทำของบุคคลอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ มีความจำเป็นมากกว่าการให้คำนิยามของคำว่าเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ เนื่องจากการให้คำนิยามในเวลาหนึ่ง อาจเป็นการจำกัดการตีความและการพิจารณาการกระทำของบุคคล ซึ่งอาจไม่สอดคล้องกับวิธีการหรือลักษณะของการสู้รบที่อาจเกิดขึ้นในภายหลังได้ ดังนั้นแนวทางในการพิจารณาการกระทำในเบื้องต้นที่สามารถใช้บังคับได้เป็นการทั่วไปจึงเป็นสิ่งสำคัญเพื่อใช้ในการพิจารณาการกระทำของบุคคลประกอบกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในเวลานั้น โดยอาศัยการใช้ดุลพินิจอย่างสุจริตของผู้มีหน้าที่โจมตีเพื่อให้เกิดความเหมาะสมต่อสถานการณ์แวดล้อมที่เกิดขึ้นในแต่ละบริบทของการกระทำ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากแนวทางปฏิบัติของรัฐ ศาลภายในของรัฐ ศาลระหว่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศ รวมถึงความเห็นของนักวิชาการหรือนักกฎหมายระหว่างประเทศ พบว่า แม้ว่าแนวปฏิบัติของตัวแสดงในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศดังกล่าวไม่มีความเป็นเอกภาพแต่อย่างไรก็ตามแนวทางปฏิบัติทั้งหลายเหล่านี้มีลักษณะที่สอดคล้องกันในบางประการ ซึ่งอาจนำมาใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาการกระทำของบุคคล ประกอบกับแนวคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ รวมถึงหลักการทั่วไปที่สนับสนุนแนวทางปฏิบัตินั้น จึงอาจใช้เป็นแนวทางในการ

พิจารณาลักษณะของการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบโดยมีข้อพิจารณาร่วมกันดังต่อไปนี้

1. การกระทำต้องมีความเชื่อมโยงกับการขัดกันทางอาวุธ
2. ลักษณะและวัตถุประสงค์ของการกระทำมุ่งก่อให้เกิดอันตรายต่อบุคคล หรือทรัพย์สินของคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามหรือพลเรือน
3. การกระทำเป็นส่วนสำคัญที่ก่อให้เกิดผล และมีความเชื่อมโยงกับผลโดยตรง

ข้อพิจารณาดังกล่าวเป็นเพียงข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางการพิจารณาพื้นฐานที่บุคคลซึ่งมีหน้าที่ตัดสินใจโจมตีในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ และการขัดกันทางอาวุธไม่มีลักษณะระหว่างประเทศอาจใช้เป็นข้อพิจารณาในการตัดสินใจ โดยการกระทำของบุคคลหนึ่งจะต้องมีความเชื่อมโยงกับการขัดกันทางอาวุธที่เกิดขึ้น โดยบุคคลดังกล่าวไม่จำเป็นต้องแสดงตนอย่างชัดแจ้งว่ากระทำการดังกล่าวเพื่อสนับสนุนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งของความขัดแย้ง ลักษณะของการกระทำและวัตถุประสงค์ของผู้กระทำการต้องมุ่งก่อให้เกิดอันตรายต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามหรือของพลเรือน และการกระทำดังกล่าวต้องมีความสัมพันธ์กับผลโดยเป็นการก่อให้เกิดผลกระทบโดยตรงต่อคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม และเป็นการกระทำที่เป็นส่วนสำคัญต่อการก่อให้เกิดผล ไม่ใช่เป็นเพียงการกระทำโดยอ้อม หรือหากไม่มีการกระทำของบุคคลดังกล่าว คู่กรณีฝ่ายตรงข้ามยังคงได้รับผลกระทบนั้นอยู่เช่นเดิม

เมื่อพิจารณาจากแนวทางปฏิบัติของรัฐ ศาลภายในของรัฐ และศาลระหว่างประเทศ พบว่า มีปัจจัยบางประการที่ถูกนำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาการกระทำของบุคคลหนึ่งว่าเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่ เช่น เจตนาภายในของบุคคลที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ความเป็นสมาชิก (Membership Approach) ความใกล้ชิดทางภูมิศาสตร์ของการกระทำกับสนามรบ (Geographic Proximity) หรือหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย (Function) แต่เมื่อพิจารณาจากสภาพแวดล้อม ความก้าวหน้าของเทคโนโลยี และลักษณะของการสู้รบที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน พบว่า เกณฑ์ดังกล่าวไม่สามารถนำมาใช้พิจารณาการกระทำของบุคคลได้โดยตรง หรืออาจนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานในการพิจารณาการกระทำได้ แต่ปัจจัยเหล่านั้นสามารถนำมาใช้เป็นข้อพิจารณาประกอบการตัดสินใจของผู้โจมตี เพื่อให้การตัดสินใจของผู้โจมตีในแต่ละครั้งมีความสมบูรณ์และชอบด้วยกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมากยิ่งขึ้น

หากมีข้อสงสัยตามสมควรว่าบุคคลหนึ่งเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่ ผู้ที่มีหน้าที่ตัดสินใจที่จะโจมตี ควรสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลดังกล่าวเป็นพลเรือน และจะโจมตีบุคคลที่กระทำการได้เมื่อเกิดความแน่ใจว่าบุคคลนั้นได้กระทำการอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบอันเป็นไปตามหลักมนุษยธรรมซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

ความสำคัญของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ คือ การก่อให้เกิดความสมดุลระหว่างความจำเป็นทางทหารและการคุ้มครองบุคคลที่ไม่เกี่ยวข้องกับการสู้รบ โดยไม่สามารถเอนเอียงไปทางใดทางหนึ่งได้ หากกฎหมายมุ่งคุ้มครองบุคคลมากเกินไป ความสามารถของพลรบในการใช้อาวุธหรือวิธีการโจมตีพลรบของคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามจะถูกกระทบเนื่องจากการมีข้อจำกัดที่มากเกินไป แต่หากกฎหมายมุ่งให้สิทธิแก่พลรบของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายในความขัดแย้งมากเกินไป บุคคลที่ถูกสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์และผู้สันติ ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการสู้รบ หรือไม่ได้เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ อาจได้รับความเสียหายในชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนพื้นฐานของบุคคลโดยไม่จำเป็น ดังนั้น ความสมดุลระหว่างหลักความจำเป็นทางทหารและการคุ้มครองบุคคลหรือหลักมนุษยธรรมจึงเป็นสิ่งสำคัญที่รัฐแต่ละรัฐที่เกี่ยวข้องกับความขัดแย้งควรยึดถือไว้เป็นหลักในการทำการสู้รบ

การกำหนดแนวทางพิจารณาพื้นฐานที่จะนำมาใช้พิจารณาการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบส่งผลกระทบต่อประเทศไทยในฐานะที่ประเทศไทยเป็นภาคีของอนุสัญญาเจนีวา 4 ฉบับในกรณีที่ต้องพิจารณาการกระทำของบุคคลตามข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับว่าบุคคลดังกล่าวเป็นบุคคลที่มีส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือไม่ นอกจากนี้ ประเทศไทยยังสามารถอาศัยแนวทางพิจารณาการกระทำอันประกอบด้วยหลักเกณฑ์พื้นฐานทั้ง 3 ประการ รวมทั้งข้อพิจารณาอื่นเป็นแหล่งอ้างอิงเพื่อประโยชน์ในปฏิบัติการทางทหาร หรือปฏิบัติการอื่น ๆ นอกเหนือจากปฏิบัติการที่เกิดขึ้นสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ เช่น การปราบปรามความขัดแย้งหรือความไม่สงบที่เกิดขึ้นภายในประเทศไทย โดยใช้เป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานในการแยกแยะว่าบุคคลใดเป็นบุคคลที่มีพฤติกรรมอันเกี่ยวข้องอย่างแท้จริงกับสถานการณ์ความขัดแย้งหรือความไม่สงบที่เกิดขึ้น เป็นต้น

ในปัจจุบัน ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าพลเรือนไม่สามารถยุ่งเกี่ยว หรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับการสู้รบได้อย่างเด็ดขาด เนื่องจากความสามารถของบุคคลที่หลากหลาย และมีความเชี่ยวชาญในความรู้เฉพาะด้าน กองทัพของแต่ละรัฐจึงต้องพึ่งพาความรู้ ความสามารถ รวมทั้งความเชี่ยวชาญของบุคคลดังกล่าวซึ่งอาจเป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศโดย

หลีกเลี่ยงไม่ได้ แต่จากการศึกษาพบว่า แต่ละรัฐมีแนวทางปฏิบัติที่มีส่วนคล้ายคลึงกันและแตกต่างกันออกไป โดยยังไม่ปรากฏว่ามีการร่วมมือ หรือปรึกษาหารือกันในระดับพหุภาคี เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ร่วมกันในการสู้รบใหม่ เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพแวดล้อม สังคม เทคโนโลยี หรือการเมืองที่เปลี่ยนแปลงไป อีกทั้งไม่ปรากฏแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบของพลเรือน รัฐแต่ละรัฐ รวมถึงองค์การระหว่างประเทศ จึงควรร่วมมือกันแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเสนอแนะบทบัญญัติว่าด้วยการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ เพื่อแก้ไขปัญหาเรื่องความไม่ชัดเจนของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่บัญญัติมาเป็นเวลานาน ซึ่งส่งผลให้เกิดความไม่สอดคล้องในการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวกับลักษณะของความขัดแย้งในปัจจุบันได้อย่างมีประสิทธิภาพ

5.2 ข้อเสนอแนะ

1. กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศควรได้รับการแก้ไข และปรับปรุง ให้สามารถใช้บังคับได้ในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธรูปแบบใหม่ นอกเหนือจากสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศและไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยอาจบัญญัติกฎหมายใหม่เพิ่มเติมที่มีลักษณะเฉพาะในการควบคุมอาวุธและวิธีการทำสงครามในการขัดกันทางอาวุธประเภทใหม่นั้น เช่น การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะข้ามชาติ (Transnational Armed Conflicts) ที่ผู้ก่อการร้ายมีส่วนเกี่ยวข้อง เพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่ของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้อง โดยเฉพาะถึงสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ
2. รัฐแต่ละรัฐ รวมถึงองค์การระหว่างประเทศควรร่วมมือกัน โดยอาจจัดให้มีการประชุมระหว่างประเทศ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์พื้นฐานในการพิจารณาการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบของบุคคลที่ใช้บังคับในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ รวมถึงกำหนดสิทธิในการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบของบุคคลแต่ละสถานะที่เกี่ยวข้องกับการขัดกันทางอาวุธในแต่ละประเภทอย่างชัดเจน เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาที่อาจเกิดขึ้นเกี่ยวกับการสูญเสียความคุ้มครองของบุคคล โดยจัดทำเป็นแนวปฏิบัติร่วมกันระหว่างรัฐ ซึ่งอาจนำไปสู่การเกิดกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศต่อไป
3. รัฐแต่ละรัฐรวมถึงองค์การระหว่างประเทศควรร่วมกันกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบในสงครามที่ใช้เทคโนโลยีว่า บุคคลแต่ละคนที่มีส่วนร่วมในปฏิบัติการสู้รบโดยใช้เทคโนโลยีนั้นสูญเสียความคุ้มครองจากการโจมตีหรือไม่ และการกระทำที่จะส่งผลให้สูญเสียความคุ้มครองควรมีลักษณะใด

เนื่องจากลักษณะของการสู้รบโดยใช้เทคโนโลยี ต้องอาศัยบุคคลที่มีความเชี่ยวชาญ เฉพาะด้านต่างกัน และมีบทบาทแตกต่างกันแต่เป็นส่วนหนึ่งของปฏิบัติการการสู้รบนั้น ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง จึงควรมี หลักเกณฑ์พื้นฐานที่ชัดเจนและแน่นอน เพื่อใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาการกระทำ ของบุคคล

4. กองทัพของรัฐ พลรบของรัฐ รวมถึงบุคคลที่เกี่ยวข้องจะต้องเคารพกฎหมายมนุษยธรรม ระหว่างประเทศรวมถึงหลักการพื้นฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศทั้งใน ยามสันติ และในช่วงการเกิดการขัดกันทางอาวุธประเภทใด ๆ เช่น หลักการแยกแยะ เป้าหมาย หลักความจำเป็น หลักความได้สัดส่วน หลักมนุษยธรรม และหลักความจำเป็น ทางทหาร เป็นต้น และผู้มีอำนาจของรัฐควรกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาการกระทำ ที่ถือเป็นการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบอย่างเป็นรูปธรรม ชัดเจน และเป็นไปในแนวทาง เดียวกัน ไว้ในคู่มือทหารของตน
5. พลเรือนแต่ละคนควรทราบถึงสิทธิและหน้าที่ของตนเองในสถานการณ์การขัดกันทาง อาวุธ เพื่อที่จะปฏิบัติตนให้สอดคล้องกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ แสดงตน รวมถึงกระทำการอย่างชัดเจน เพื่อหลีกเลี่ยงการต้องสงสัยว่าเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ และลดความเสี่ยงในการตกเป็นเป้าหมายของการโจมตี เนื่องจากผู้โจมตีสำคัญผิดว่าเป็น ผู้เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ
6. รัฐคู่กรณีทุกฝ่ายในความขัดแย้งจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้กฎหมายมนุษยธรรม ระหว่างประเทศในการกระทำทุกวิถีทางที่เป็นไปได้เพื่อยืนยันว่าเป้าหมายที่จะโจมตี ไม่ใช่พลเรือน และมีหน้าที่ในการเคลื่อนย้ายประชากรพลเรือน รวมถึงพลเรือนแต่ละคน ที่อยู่ภายใต้การควบคุมออกจากบริเวณใกล้เคียงกับเป้าหมายทางทหาร หลีกเลี่ยงการ ตั้งเป้าหมายทางทหารไว้ในบริเวณใกล้เคียงกับพื้นที่ที่ประชากรพลเรือนอาศัยอยู่ หนาแน่น ใช้มาตรการระมัดระวังล่วงหน้าที่เป็นไปเพื่อป้องกันประชากรพลเรือน และพล เรือนแต่ละคนที่อยู่ภายใต้การควบคุมจากอันตรายที่เป็นผลมาจากปฏิบัติการทางทหาร และหลีกเลี่ยง รวมถึงลดความเสียหายข้างเคียงที่อาจเกิดขึ้นต่อชีวิต ร่างกาย หรือ ทรัพย์สินของพลเรือน เพื่อรักษาเป้าหมายของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่มุ่ง คุ้มครองพลเรือนผู้บริสุทธิ์จากผลกระทบที่เกิดขึ้นจากความขัดแย้ง

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

"ครบรอบ 1 ปี สงครามอิสราเอล - อิซบอเลาะห์." Manager Online,
<https://mgronline.com/around/detail/9500000082182>.

"ครบรอบ 10 ปี "วินาศกรรม 11 กันยายน 2001" โลกนี้เป็นอย่างไร?". ไทยรัฐ,
<https://www.thairath.co.th/content/200811>.

ปรีชา วรเศรษฐสิน . " สหรัฐอเมริกา ใน กระแส โลกาภิวัตน์ . "
<http://www.visitsurin.com/articles/132574/สหรัฐอเมริกาในกระแสโลกาภิวัตน์.html>.

ภาษาอังกฤษ

"The 1989 Convention on the Rights of the Child."

Allan, Collin. "Direct Participation in Hostilities from Cyberspace." *Virginia Journal of International Law* 54 (2013): 120, 22, 78, 81, 86.

Alvarez, Jose E. "Governng the World: International Organizations as Lawmakers." *Suffolk Transnational Law review* 31 (2008): 592.

Andreas Paulus and Mindia Vashakmadze. "Symmetrical War and the Notion of Armed Conflict – a Tentative Conceptualization." *International Review of the Red Cross* 91, no. 873 (March 2009): 111-12.

Andresen, Joshua. "New Voices: Challenging the Perplexity over Jus in Bello Proportionality." *European Journal of Legal Studies* 7, no. 2 (2014): 23.

Australia. "Manual of the Law of Armed Conflict." edited by Australian Defence Headquarters: Australian Defence Doctrine Publication, 2006.

———. "Manual on Law of Armed Conflict, Australian Defence Force Publication." Australian Defence Force Publication, 1994.

Bicheno, Hugh. *Total War*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

Borda, Aldo Zammit. "A Formal Approach to Article 38(1)(D) of the Icj Statute from the Perspective." *The European Journal of International Law* 24 (2013): 659.

- Bosch, Shannon Joy. "The Combatant Status of Non-State Actors in International Armed Conflicts, in Light of the Notion of Direct Participation in Hostilities." University of KwaZulu-Natal, 2012.
- Bothe, Michael. "Direct Participation in Hostilities in Non-International Armed Conflict." <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/2004-05-expert-paper-dph-icrc.pdf>.
- Brennan, Brian W. "Limited Vs. Total War." *Armor*, September/October 2002.
- Bush, George W. "Humane Treatment of Taliban and Al Qaeda Detainees " www.pegc.us/archive/White_House/bush_memo_20020207_ed.pdf.
- Cameron, Lindsey. "Private Military Companies: Their Status under International Humanitarian Law and Its Impact on Their Regulation." *International Review of the Red Cross* 88, no. 863 (September 2006): 583.
- Castellanos-Jankiewicz, Leon. "Causation and International State Responsibility." 57: Amsterdam Center for International Law, 2012.
- "Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice, 26 June 1945."
- Christensen, Eric Robert. "The Dilemma of Direct Participation in Hostilities." In *Professional Report of Master of Public Affairs/Juris Doctor*, 13-20, 30, 37: The University of Texas at Austin, 2009.
- "Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and Its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 29 July 1899 (the Hague 1899)."
- "Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and Its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907. (the Hague 1907)."
- "Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques 1977."
- Coupland, Robin. "Humanity: What Is It and How Does It Influence International Law?". *International Review of the Red Cross* 83 (December 2001).
- Crawford, Emily. "Tracing the Historical and Legal Development of the Levée En Masse in the Law of Armed Conflict." *Journal of the History of International Law* 19 (February 2017): 329.

Cross, International Committee of the Red. "Former Yugoslavia, Special Agreements between the Parties to the Conflicts." <https://casebook.icrc.org/case-study/former-yugoslavia-special-agreements-between-parties-conflicts> [22 February 2018].

"Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles under 400 Grammes Weight." Saint Petersburg, 1868.

Dinstein, Yoram. *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*. the United Kingdom: Cambridge University Press, 2004.

Fallah, Katherine. "Corporate Actors: The Legal Status of Mercenaries in Armed Conflict." *International Review of the Red Cross* 88 (September 2006): 605.

"The First Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of 12 August 1949."

Fleck, Dieter. *The Handbook of Humanitarian Law*. New York: Oxford University Press, 2008.

"The Fourth Geneva Convention "Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949."

"Framework Decision of the Council of the European Union on Combating Terrorism of 13 June 2002." *Official Journal of the European Communities* (June 2002).

Frontières, Médecins Sans. "The Practical Guide to Humanitarian Law." <http://guide-humanitarian-law.org/content/article/3/civilians/>.

Galvin, Joseph Edward. "Direct Participation in Hostilities: A Proposition for U.S. Reaction to the Icrc's Interpretive Guidance and Formulation for a Practicable Definition." the George Washington University Law School, 2012.

Gasser, Hans-Peter. "The United Nations and International Humanitarian Law: The International Committee of the Red Cross and the United Nations' Involvement in the Implementation of International Humanitarian Law " <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jmuk.htm>.

"The Geneva Conventions of 12 August 1949."

Geoffrey Corn and Chris Jenk. "Two Sides of the Combatant Coin: Untangling Direct Participation in Hostilities from Belligerent Status in Non-International Armed

Conflicts." *University of Pennsylvania Journal of International Law* 33 (November 2011): 319, 30, 32.

Ghaleb Nassar Al-Bihani V. Barack Obama Judgement United States Court of Appeals, Civil Case No. 05-1312(RJL), 28 January 2009.

Grover, Sonja. "“Child Soldiers” as “Non-Combatants”: The Inapplicability of the Refugee Convention Exclusion Clause." *The International Journal of Human Rights* 12, no. 1 (2008): 56.

Human Rights Watch. "History." <https://www.hrw.org/history>.

———. "International Humanitarian Law Issues in a Potential War with Iraq " <http://www.hrw.org/backgroundunder/arms/iraq0202003.htm>.

———. "The Special Court for Sierra Leone." <https://www.hrw.org/news/2012/04/11/special-court-sierra-leone>.

International Committee of the Red Cross. *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Netherlands 1987.

———. "Customary Ihl Database " https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule108.

———. "International Humanitarian Law and Private Military/Security Companies." <https://www.icrc.org/en/document/ihl-and-private-military-security-companies-faq>.

———. "International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts." *International Review of the Red Cross* 89, no. 867 (September 2007): 722, 27.

———. "Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law." <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf>.

———. "Our Mandate & Mission " <https://www.icrc.org/en/who-we-are>.

———. "Summary Report of Second Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law." 6-7, 14-15. Hague, 2004.

———. "Summary Report: Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law." 4, 6-7, 60, 2003.

- . "What Does Ihl Say About Terrorism?" <https://www.icrc.org/en/document/what-does-ihl-say-about-terrorism>.
- "International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries."
- "International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, the General Assembly of the United Nations in Resolution 54/109 of 9 December 1999."
- International Criminal Court. "About." <https://www.icc-cpi.int/about>
- International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. "About the Icty." <http://www.icty.org/en/about>.
- International Group of Experts at the Invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence. *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*. New York: Cambridge University Press, 2013.
- International Institute of Humanitarian Law. "Terrorism and International Law: Challenges and Responses." In *Meeting of independent experts on Terrorism and International Law: Challenges and Responses. Complementary Nature of Human Rights Law, International Humanitarian Law and Refugee Law* and the "Seminar on International Humanitarian Law and Terrorism, 60, 70, 2002.
- Jean-Marie Henckaeters and Louise Doswald-Beck. *Customary International Humanitarian Law Volume I: Rules Part 1*. Cambridge: The Press Syndicate of the University of Cambridge, 2005.
- . *Customary International Humanitarian Law Volume II: Practice Part 1*. Cambridge: The Press Syndicate of the University of Cambridge, 2005.
- "Jonathan Finer & Hasan Shamari, Zarqawi Lived after Airstrike." WASH. POST, <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/06/09/AR2006060900473.html>.
- Karon, Tony. "Yemen Strike Opens New Chapter in War on Terror." TIME, <http://content.time.com/time/world/article/0,8599,387571,00.html>.
- Kennedy, David. "The Sources of International Law." *American University International Law Review* 2 (1987): 79.
- Kouba, Maj Dustin. "Operational Law Handbook." 2017.

- Lauterpacht, Hersch. *The Development of International Law by the International Court*
Cambridge: Grotius Publications Limited, 1982.
- Lyll, Rewi. "Voluntary Human Shields, Direct Participation in Hostilities and the
International Humanitarian Law Obligations of States." *Melbourne Journal of
International Law* 9 (2008): 8.
- Margaret P. Karns, Karen A. Mingst and Kendall W. Stiles. *International Organizations:
The Politics and Processes of Global Governance*. third edition ed. Colorado:
Lynne Rienner, 2015.
- McDonald, Avril. "The Challenges to International Humanitarian Law and the Principles
of Distinction and Protection from the Increased Participation of Civilians in
Hostilities, Spotlight on Issues of Contemporary Concern in International
Humanitarian Law and International Criminal Law." (April 2004): 11-16, 20, 28.
- Melzer, Nils. "Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A
Response to Four Critiques of the Icr's Interpretative Guidance in the Notion
of Direct Participation in Hostilities." *New York University Journal of
International Law and Politics* 42, no. 831 (2010): 844.
- "Message from the President Transmitting Two Optional Protocols to the Convention
on the Rights of the Child." [https://www.congress.gov/treaty-document/106th-
congress/37/document-text](https://www.congress.gov/treaty-document/106th-congress/37/document-text).
- Neuman, Gerald L. "Humanitarian Law and Counterterrorist Force." *European Journal
of International Law* 14, no. 2 (2003): 288.
- "Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement
of Children in Armed Conflicts."
- Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons. "Chemical Weapons Convention
" <https://www.opcw.org/chemical-weapons-convention/>.
- Pejic, Jelena. "Terrorist Acts and Groups: A Role for International Law?". *British Yearbook
of International Law* 75, no. 1 (2005): 72-74, 78.
- Pictet, Jean S. *Commentary to the First Geneva Convention for the Amelioration of
the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of 12
August 1949*. Switzerland 1952.

Pike, John. "Intercontinental Ballistic Missile."
<https://fas.org/nuke/intro/missile/icbm.htm>.

The Prosecutor V. Alfred Musema, Judgement Case No. ICTR-96-13-T, 27 January 2000.

The Prosecutor V. Brima, Kamara and Kanu, Judgment Trial Chamber II, Case No. SCSL-04-16-T, 20 June 2007.

Prosecutor V. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković, Judgement Trial Chamber, Case No. IT-96-23-T&IT96-23/1-T, 22 February 2001.

The Prosecutor V. Dusko Tadic a/K/a "Dule", Judgement Trial Chamber, Case No. IT-94-1-T, 7 May 1997.

The Prosecutor V. Jean-Paul Akayesu, Judgement Chamber I, Case No. ICTR-96-4-T, 2 September 1998.

The Prosecutor V. Jean-Paul Akayesu, Judgement Appeals Chamber, Case No. ICTR-96-4-T, 1 June 2001.

Prosecutor V. Milorad Krnojelac, Judgement Judgement Trial Chamber II, Case No. IT-97-25-T, 15 March 2002.

The Prosecutor V. Moinina Fofana and Allieu Kondewa, Judgement Trial Chamber I, Case No. SCSL-04-14-T, 2 August 2007.

Prosecutor V. Pavle Strugar, Judgement Appeals Chamber, Case No. IT-01-42-A, 17 July 2008.

The Prosecutor V. Stanislav Galic, Judgement Trial Chamber I, Case No. IT-98-29-T, 5 December 2003.

The Prosecutor V. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute Trial Chamber I, Case No. ICC-01/04-01/06, 14 March 2012.

The Prosecutor V. Zlatko Aleksovski, Judgement Case No. IT-95-14/1-T, 25 June 1999.

"Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977."

"Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), of 8 June 1977."

Public Committee against Torture in Israel ('Pcati') V Government of Israel, Judgement The Israeli High Court of Justice, Case No. HCJ 769/02, 11 December 2015.

- Ricou, Heaton J. "Civilians at War: Reexamining the Status of Civilians Accompanying the Armed Forces." *Air Force Law Review* (2005).
- Robert Kolb and Richard Hyde. *An Introduction to International Law of Armed Conflicts* Portland: Hart Publishing, 2010.
- "The Rome Statute of the International Criminal Court 1998."
- Salim Ahmed Hamdan V. Donald H. Rumsfeld*, Judgement United States Supreme Court, Case No. 05.184, 29 June 2006.
- Schmit, Michael N. "Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees." *Chicago Journal of International Law* 5 (January 2005): 536-37.
- Schmitt, Michael N. "Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constituent Elements." *New York University Journal of International Law and Politics* 42 (2010): 714-36.
- Schmitt, Michael N. *Direct Participation in Hostilities and 21st Century Armed Conflict*. 2004.
- . "Human Shielding from the Attacker's Perspective." In *The Conduct of Hostilities Revisiting the Law of Armed Conflict 100 Years after the 1907 Hague Conventions and 30 Years after the 1977 Additional Protocols*, edited by Gian Luca Beruto, 89, 92-93, 2007.
- . "The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis." *Harvard National Security Journal* 1 (May 2010): 12-13, 21.
- Singer, Peter. "Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry." *Cornell University Press* (2003): 91-97.
- Solis, Gary D. *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*. the United States of America: Cambridge University Press, 2010.
- "Statute of the International Court of Justice."
- "Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia."
- Swiss Federal Department of Foreign Affairs and ICRC. "The Montreux Document on Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States Related to Operations of Private Military and Security Companies During Armed Conflict." 14, 2008.

- The Special Court for Sierra Leone. "Its History and Jurisprudence " <http://www.rscsl.org/>.
- the United Kingdom. "The Manual of the Law of Armed Conflict." edited by Ministry of Defence, 2004.
- The United States District Court for the District of Columbia. "Petitioners' Memorandum Regarding the Definition of "Enemy Combatant"." 6, 2008.
- . "Respondents' Memorandum Regarding the Government's Detention Authority Relative to Detainees Held at Guantanamo Bay." In *Guantanamo Bay Detainee Litigation*, 2009.
- the United States of America. "Law of War Manual." edited by Department of Defense, 2015.
- "The Third Geneva Convention for Relative to the Treatment of Prisoners of War of 12 August 1949."
- Toorn, Damien Van Der. "Direct Participation in Hostilities: A Legal and Practical Road Test of the International Committee of the Red Cross's Guidance through Afghanistan." *Australian International Law Journal* 17, no. 1 (2010): 11, 16.
- United Nations. "Report of the Un Truth Commission on El Salvador." 44, 151-55, 1993.
- United Nations General Assembly. "Resolution Adopted by the General Assembly: 2444 (Xxiii). Respect for Human Rights in Armed Conflicts." 1968.
- . "Resolution Adopted by the General Assembly: A/Res/50/46. Establishment of an International Criminal Court." 1995.
- . "Resolution Adopted by the General Assembly: International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries (a/Res/44/34)." 1989.
- United Nations Mechanism for International Criminal Tribunals. "The Ictr in Brief " <http://unictr.unmict.org/en/tribunal>.
- United Nations Office for Disarmament Affairs. "The Convention on Certain Conventional Weapons " <https://www.un.org/disarmament/geneva/ccw/>.
- United Nations Secretariat. "Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law." In *Secretary-General's Bulletin*, Section 5.2, 1999.

- United Nations Secretary General. "The Role of the Secretary General." <https://www.un.org/sg/en/content/role-secretary-general>.
- United Nations Security Council. "Resolution Adopted by the Security Council: S/Res/0598. The Situation between Iran and Iraq." 1987.
- United States Ex Rel. Quirin Et Al V. Cox, Provost Marshal*, Judgement U.S. Supreme Court, Case No. 317 U.S. 1, 31 July 1942.
- United States of America. "The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations." edited by Office of the Chief of Naval Operations and Headquarters the Department of the Navy, US Marine Corps, and Department of Homeland Security, US Coast Guard, , 5-4, 2007.
- Verri, P. *Dictionary of the International Law of Armed Conflict* Geneva: the International Committee of the Red Cross, 1992.
- "Vienna Convention on the Law of Treaties 1969."
- Vite, Sylvain. "Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations." *International Review of the Red Cross* 91, no. 873 (March 2009): 88-89.
- Vogel, Ryan J. "Drone Warfare and the Law of Armed Conflict." *Denver Journal of International Law and Policy* 39 (January 2010): 102, 16, 28, 34-35.
- Warioba, Joseph Sinde. "Monitoring Compliance with and Enforcement of Binding Decisions of International Courts." *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 5 (2001): 42-43, 49.
- Williamson, Jamie A. "Challenges of Twenty-First Century Conflicts: A Look at Direct Participation in Hostilities." *Duke Journal of Comparative and International Law* 20, no. 457 (2010): 466.
- Wing Commander (Dr) U C Jha. *Armed Conflict and Environmental Damage*. New Delhi: Vji Books India Pvt Ltd, 2014.
- Wood, Sir Michael. "Remarks on the Importance of 'Teachings' in International Law, with Particular Reference to the Melland Schill Lecture Series." *Manchester International Law Centre* (1 February 2016): 4.
- Wuerth, Ingrid. "International Law in Domestic Courts and the Jurisdictional Immunities of the State Case." *Melbourne Journal of International Law* 13 (2012): 3, 11.

Yugoslavia, The International Criminal Tribunal for the former. "About the Icty."
<http://www.icty.org/en/about>.

"Zarqawi Killed in Iraq Air Raid." BBC NEWS,
http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/5058304.stm.





ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY



ภาคผนวก 1

คำพิพากษาคดีระหว่าง The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu

คดีเลขที่ ICTR-96-4-T

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu

Jean-Paul Akayesu ถูกฟ้องต่อ International Criminal Tribunal for Rwanda ในวันที่ 13 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1996 ในข้อหาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และฝ่าฝืนข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ ซึ่งเกิดขึ้นในช่วงเหตุการณ์การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในสาธารณรัฐรวันดา ซึ่งเริ่มต้นในวันที่ 6 เมษายน ค.ศ. 1994 เครื่องบินที่ประธานาธิบดี Juvénal Habyarimana ของประเทศรวันดาและประธานาธิบดี Cyprien Ntaryamira ของประเทศบุรุนดีโดยสารถูกยิงตกระหว่างลงจอดที่สนามบินเมืองคิกาลีทำให้ผู้โดยสารทั้งหมดเสียชีวิต การเสียชีวิตของประธานาธิบดีทั้งสองคนส่งผลให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ขึ้นเป็นวงกว้าง โดยเริ่มต้นจากเมืองคิกาลี และแผ่ขยายออกไปยังส่วนอื่น ๆ ของสาธารณรัฐรวันดา

Jean-Paul Akayesu เป็นนายกเทศมนตรี (Bourgmestre) ของชุมชนเมือง Taba ในช่วงระหว่างเดือนเมษายน ค.ศ. 1993 จนถึงเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1994 ถูกกล่าวหาในฐานะที่เป็นเทศมนตรีที่มีอำนาจบริหารและมีหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของชุมชน ซึ่งมีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการควบคุมเหนือตำรวจและทหารจึงมีความรับผิดชอบในการใช้บังคับกฎหมาย ภาวะเบียดและบริหารความยุติธรรม การกระทำรวมถึงการละเว้นกระทำการของ Akayesu ที่ถูกระบุไว้ในคำฟ้องเกิดขึ้นระหว่างวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 1994 จนถึงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1994 เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในชุมชนเมือง Taba เขตการปกครอง Gitarama ประเทศรวันดา ได้แก่ การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์และการก่ออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งเป็นกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีประชากรพลเรือนอย่างกว้างขวางบนฐานของชาติ การเมือง ความเชื่อ ชาติพันธุ์ และเชื้อชาติ โดยขณะที่เกิดการกระทำนั้นอยู่ในช่วงที่มีการขัดกันทางอาวุธภายในเกิดขึ้นในประเทศรวันดา และเหยื่อทุกคนที่ได้รับความเสียหายตามคำฟ้องเป็นบุคคลที่ไม่ได้มีส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบ ซึ่งผู้กระทำการดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบเพื่อความผิดอาญา รวมถึงจะต้องรับผิดชอบในฐานะที่เป็นผู้วางแผน สั่งการ กระทำการ หรือให้ความช่วยเหลือในการวางแผน เตรียมการทำอาชญากรรมดังกล่าว

ในฐานะที่เป็นนายกเทศมนตรี Akayesu มีหน้าที่ในการธำรงไว้ซึ่งกฎหมายและความสงบเรียบร้อยในชุมชนของตน แต่ในขณะที่ดำรงตำแหน่งมีชาวทูตซีซึ่งเป็นชนเผ่าพื้นเมืองถูกฆ่าไม่น้อยกว่า 2,000 คน ซึ่งการฆ่านี้ได้กระทำอย่างเปิดเผยและเป็นวงกว้างซึ่ง Akayesu ในฐานะที่เป็นนายกเทศมนตรีต้องทราบถึงเหตุการณ์ดังกล่าว แต่ไม่ปรากฏว่า Akayesu ได้พยายามที่จะป้องกันไม่ให้เกิดการฆ่าชาวทูตซีในชุมชน หรือร้องขอความช่วยเหลือจากหน่วยงานในระดับภูมิภาคหรือหน่วยงานระดับชาติเพื่อที่จะปราบปรามความรุนแรงแต่อย่างใด รวมถึง Akayesu ได้ทราบ ให้ความ

ช่วยเหลือ สั่งการ และสนับสนุนการใช้ความรุนแรงทางเพศ การสังหารบุคคล และการทำร้ายร่างกาย ที่กระทำลงในช่วงเวลานั้น

ในข้อหาเกี่ยวกับการฝ่าฝืนข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งจะนำมาปรับใช้ต่อเมื่อการขัดกันทางอาวุธภายในได้เกิดขึ้นแล้ว ซึ่งเป็นที่ชัดเจนแล้วว่าบรรพตฐานของข้อ 3 ร่วมมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งแต่ละรัฐนำการกระทำที่ได้กระทำลงในระหว่างการขัดกันทางอาวุธภายในบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาภายในว่าเป็นการละเมิดข้อ 3 ร่วม

แม้ว่าข้อเท็จจริงปรากฏชัดแจ้งแล้วว่ามี การขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ระหว่างรัฐบาลของประเทศรวันดา และ Rwanda Patriotic Front (RPF) ในปี ค.ศ. 1994 ขณะที่เกิดเหตุการณ์ตามคำฟ้องขึ้น แต่ไม่มีการพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัยว่าการกระทำของ Akayesu ในชุมชนเมือง Taba ในช่วงเวลาที่เหตุการณ์ที่ถูกกล่าวหาขึ้นได้กระทำลงมีความเกี่ยวข้องกับการขัดกันทางอาวุธ และไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่า Akayesu เป็นสมาชิกของกองทัพ หรือได้รับการมอบหมายอย่างถูกต้องตามกฎหมายให้เป็นตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลที่มีอำนาจรัฐ หรือเป็นตัวแทนทางข้อเท็จจริงของรัฐบาลในการสนับสนุนการทำสงคราม

ภายหลังการพิจารณาจากข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานทั้งหมด ICTR ตัดสินว่า Akayesu มีความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามคำฟ้อง แต่ไม่มีความผิดฐานละเมิดข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ

ภาคผนวก 2

คำพิพากษาคดีระหว่าง The Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a “Dule”
คดีเลขที่ IT-94-1-T

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

The Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a “Dule”

Dusko Tadic ถูกจับกุมในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 1994 ในประเทศเยอรมนี เนื่องจากต้องสงสัยว่าได้ร่วมกับกองกำลังชาวเซิร์บในการโจมตี ทำลาย และปล้นชาวบอสเนียมุสลิม โดยกระทำ ความผิดที่ค่ายโอมาร์สกา (Omarska Camp) และภายนอกค่ายในดินแดนของอดีตยูโกสลาเวีย ใน เดือนมิถุนายน ค.ศ. 1992 และถูกฟ้องในข้อหาทรมาน และให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนการฆ่า ล้างเผ่าพันธุ์ รวมถึงข้อหาอื่นที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการละเมิดอนุสัญญาเจนีวาอย่างร้ายแรง ละเมิดกฎหมาย หรือจารีตประเพณีสงคราม และก่ออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ เช่น ปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรมและ ทรมาน ข่มขืน ฆ่าโดยเจตนา ทรมาน ก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานหรือการบาดเจ็บอย่างร้ายแรงต่อ ร่างกายและสุขภาพของบุคคล

บริบทของเหตุการณ์เบื้องหลังการกระทำที่ถูกกล่าวหาขึ้นนั้นเกิดขึ้นในดินแดนของบอสเนียและ เฮอร์เซโกวีนาในช่วงเดือนมีนาคม ค.ศ. 1992 จนถึงเดือนธันวาคม ค.ศ. 1992 เริ่มต้นจากการที่ กองทัพเซิร์บโจมตีชุมชนของชาวบอสเนียมุสลิมและโครแอต และบังคับขับไล่กลุ่มคนดังกล่าวออกจาก แหล่งที่อยู่ไปอยู่ในค่าย โอมาร์สกา Keraterm และ Trnopolje ในระหว่างการคุมขัง นักโทษในค่าย ได้รับการปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรมอย่างร้ายแรง เช่น ถูกทุบตี ถูกคุกคามทางเพศ ทรมาน และถูก ประหารชีวิต

องค์คณะพิจารณาของ ICTY พิจารณาข้อเท็จจริงเป็นที่ยุติแล้วว่า Tadic มีส่วนร่วมในการ กระทำความผิดต่อนักโทษเป็นจำนวนมากในค่ายโอมาร์สกา ในส่วนของการพิจารณาการเกิดการ ขัดกันทางอาวุธ ICTY พิจารณามีความขัดแย้งต่อเนื่องก่อน ระหว่าง และภายหลังเวลาที่เกิดการ โจมตีดินแดนของบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาในเดือนพฤษภาคม พ.ศ. 1992 ระหว่างรัฐบาลของ สาธารณรัฐบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาฝ่ายหนึ่ง และอีกฝ่ายหนึ่งคือกองทัพบอสเนียที่เป็นชาวเซิร์บ ซึ่งได้ครอบครองและกำลังจะครอบครองดินแดนส่วนหนึ่งของประเทศดังกล่าว โดยที่ความรุนแรงของ ความขัดแย้งนั้นสะท้อนจากการที่คณะมนตรีความมั่นคงเข้ามาเกี่ยวข้องตั้งแต่การต่อสู้ใน ประเทศอดีตยูโกสลาเวีย โดยพิจารณาว่าสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีตยูโกสลาเวียก่อให้เกิดภัยคุกคาม ต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ICTY จึงตัดสินว่าการขัดกันทางอาวุธได้เกิดขึ้นใน สาธารณรัฐบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา และสามารถปรับใช้กฎหมายหรือจารีตประเพณีสงครามตาม ข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวาทั้งสี่ฉบับ แต่การเกิดการขัดกันทางอาวุธหรือการยึดครองดินแดน รวมถึงการปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในดินแดนไม่เพียงพที่จะก่อให้เกิดเขตอำนาจ ของศาลระหว่างประเทศเหนือการกระทำความผิดอาญาอย่างร้ายแรงที่กระทำในดินแดนของอดีต ยูโกสลาเวียได้ เนื่องจากความผิดอาญาที่จะอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลระหว่างประเทศจะต้องมี

ความเชื่อมโยงอย่างเพียงพอระหว่างความผิดที่ถูกกล่าวหาและการขัดกันทางอาวุธซึ่งก่อให้เกิดการปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งการกระทำของ Tadic เกิดขึ้นในดินแดนของบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา และเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นระหว่างการใช้อำนาจยึดครองและการกวาดล้างชาวมุสลิมและโครแอตเกี่ยวข้องโดยตรงกับการขัดกันทางอาวุธ

ในการปรับใช้ข้อ 3 รวมของอนุสัญญาเจนีวา ICTY ตัดสินว่าการขัดกันทางอาวุธได้เกิดขึ้นในขณะที่ความผิดตามคำฟ้องนั้นได้กระทำลง และเหยื่อของการกระทำที่ถูกกล่าวหาเป็นบุคคลที่ได้รับ ความคุ้มครองตามข้อ 3 รวม โดยเป็นบุคคลที่ไม่มีส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบ และความผิดที่ถูกกล่าวหากระทำลงภายในบริบทของการขัดกันทางอาวุธ ในส่วนของการกระทำความผิดภายหลังจากการพิจารณาข้อเท็จจริงทั้งหมด องค์คณะ ICTY จึงตัดสินว่า Tadic ได้เข้าร่วมในการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในค่ายโอมาร์สกา





ภาคผนวก 3

คำพิพากษาคดีระหว่าง The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski

คดีเลขที่ IT-95-14/1-T

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski

Zlatko Aleksovski เป็นบุคคลสัญชาติอดีตยูโกสลาเวียที่อาศัยอยู่ในบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาในเวลาที่มีความผิดอาญาที่ถูกกล่าวหาว่าเกิดขึ้น Aleksovski ถูกกล่าวหาใน 3 ข้อหา คือ ปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม เจตนาก่อให้เกิดความทุกข์ทรมาน หรือบาดเจ็บอย่างร้ายแรงต่อร่างกายหรือสุขภาพ และกระทำความผิดต่อศักดิ์ศรีของบุคคลอย่างร้ายแรง ซึ่งความผิดดังกล่าวกระทำลงในช่วงวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1993 จนถึงวันที่ 31 พฤษภาคม ค.ศ. 1993 ที่บริเวณ Lašva Valley ในบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา

การกระทำของ Aleksovski เกิดขึ้นในบริบทของการขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศระหว่างกองทัพของบอสเนียและเฮอร์เซวีนาฝ่ายหนึ่ง และหน่วยทหารของบอสเนียโครแอต กองกำลังทหาร Croatian Defence Council และกองทัพของโครเอเชียอีกฝ่ายหนึ่ง

ในขณะที่การขัดกันทางอาวุธดังกล่าวเกิดขึ้น Aleksovski เป็นผู้บังคับบัญชาของเรือนจำ Kaonik ซึ่งตั้งอยู่ในบริเวณ Lašva Valley ซึ่งถูกใช้เป็นสถานที่คุมขังบุคคลที่เป็นมุสลิมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อใช้เป็นข้อต่อรองในอนาคตและอาศัยเป็นวิธีการหนึ่งในการกวาดล้างทางชาติพันธุ์ ในขณะที่มีการคุมขังภายใต้การบังคับบัญชาของ Aleksovski ผู้ถูกคุมขังหลายคนถูกฆ่า ทบตี ถูกทำร้ายทางจิตใจ ถูกข่มขู่ และถูกขโมยทรัพย์สิน อีกทั้งถูกบังคับให้อยู่ในเรือนจำในสภาพแวดล้อมที่เลวร้าย ไม่มีสุขอนามัยที่ดี ได้รับอาหารและน้ำที่ไม่เพียงพอ ได้รับการรักษาพยาบาลที่ไม่เหมาะสม รวมถึงไม่ได้รับอนุญาตให้ประกอบพิธีกรรมทางศาสนา ในบางครั้งผู้ถูกคุมขังถูกใช้เป็นโล่มนุษย์ในบริเวณ Lašva Valley อีกด้วย

เขตอำนาจของ ICTY ถูกจำกัดอยู่ที่การปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งข้อหาที่ถูกฟ้องตามข้อ 2 และ 3 ของธรรมนูญศาลของ ICTY นั้นจะสามารถนำมาปรับใช้ได้ต่อเมื่อความผิดที่ถูกกล่าวหาได้กระทำลงในบริบทของการขัดกันทางอาวุธ และมีความเชื่อมโยงกันระหว่างความผิดที่ถูกกล่าวหาและการขัดกันทางอาวุธนั้น ซึ่งคดีนี้มีข้อเท็จจริงเป็นที่ยุติแล้วว่าการขัดกันทางอาวุธได้เกิดขึ้นระหว่างกองทัพของมุสลิมในบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา และหน่วยทหารของบอสเนียโครแอต และความผิดดังกล่าวได้กระทำลงในช่วงที่เกิดสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธนั้น โดย ICTY ให้ความเห็นว่า ไม่ใช่การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งหมดที่เกิดขึ้นระหว่างการขัดกันทางอาวุธจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เฉพาะการกระทำที่มีความเกี่ยวข้องอย่างเพียงพอกับการสู้รบเท่านั้นที่จะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

ในส่วนของการพิจารณาการกระทำความผิดของ Aleksovski องค์กรพิจารณาของ ICTY ตัดสินว่า Aleksovski มีหน้าที่รับผิดชอบต่อสภาพความเป็นอยู่ของเรือนจำ ทั้งด้านความสะดวก สุขภาพ และสวัสดิการของผู้ถูกคุมขัง และแม้จะพิสูจน์ไม่ได้ว่า Aleksovski เป็นผู้สั่งการให้กระทำความผิด แต่เชื่อได้ว่า Aleksovski ได้ช่วยเหลือและสนับสนุนให้กระทำความผิดดังกล่าว และข้อเท็จจริงปรากฏชัดเจนว่า Aleksovski มีอำนาจควบคุมเหนือผู้ดูแลเรือนจำ และรู้ว่าความผิดอาญาดังกล่าวได้กระทำลง แต่ไม่ได้ดำเนินมาตรการใด ๆ ที่จำเป็นและสมควรในการป้องกันไม่ให้ความผิดเกิดขึ้นหรือลงโทษผู้กระทำความผิดดังกล่าว Aleksovski จึงต้องรับผิดชอบส่วนตัวเพื่อการกระทำข้างต้นซึ่งเกิดในเรือนจำเท่านั้น





ภาคผนวก 4

คำพิพากษาคดีระหว่าง The Prosecutor v. Alfred Musema
คดีเลขที่ ICTR-96-13-A

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

Prosecutor v. Alfred Musema

สถานการณ์เบื้องหลังคดีนี้เกิดขึ้นในระหว่างที่สาธารณรัฐรวันดาถูกแบ่งเขตการปกครองออกเป็น 11 เขต เมื่อเกิดเหตุการณ์ยิงเครื่องบินตึกที่กรุงคิกาลี ส่งผลให้ประธานาธิบดีรวันดา และประธานาธิบดีบุรุนดีเสียชีวิต ในปี ค.ศ. 1994 และก่อให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวทูตซี หรือบุคคลอื่นที่ช่วยเหลือชาวทูตซี โดยกองกำลังติดอาวุธชาวฮูตู การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เริ่มต้นที่เขตการปกครอง Kigali และเขตการปกครองอื่น ๆ ในรวันดา ซึ่งเป็นการโจมตีต่อบุคคลบนฐานของชาติพันธุ์หรือเชื้อชาติ

Alfred Musema-Uwimana หรือ Musema ถูกตั้งข้อหาว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกับการสังหารหมู่ที่เกิดขึ้นใน Bisesero ซึ่งอยู่ในเขตการปกครอง Kibuye ระหว่างวันที่ 9 เมษายน ค.ศ. 1994 จนถึงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 1994 โดย Musema นำกองกำลังติดอาวุธไปยังสถานที่ เพื่อโจมตีชาวทูตซีที่ลี้ภัยอยู่ในเมือง รวมทั้ง Musema ได้โจมตีและฆ่าชาวทูตซีที่ลี้ภัยด้วยตนเอง ซึ่งการโจมตีดังกล่าวส่งผลให้มีบุคคลจำนวนหลายพันคนเสียชีวิต และได้รับบาดเจ็บเป็นจำนวนมาก และ Musema ถูกกล่าวหาว่าได้ข่มขืนและฆ่าผู้หญิงชาวทูตซี รวมทั้ง Musema จะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา หาก Musema รู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าผู้อยู่ใต้บังคับช้ญชากำลังกระทำความผิด หรือได้กระทำความผิด แต่ไม่ดำเนินมาตรการใด ๆ ที่จำเป็นหรือสมควรในการป้องกันการกระทำความผิด หรือลงโทษผู้กระทำความผิดดังกล่าว

ข้อเท็จจริงปรากฏว่า Musema มีอำนาจทางกฎหมายและอำนาจทางข้อเท็จจริงเหนือลูกจ้างในโรงงาน Gisovu Tea ในฐานะที่เป็นผู้บริหารภายในสถานที่ตั้งของโรงงาน และมีอำนาจเหนือลูกจ้างในขณะที่ลูกจ้างกำลังปฏิบัติหน้าที่ในฐานะที่เป็นลูกจ้างของโรงงาน แม้ว่าการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวจะกระทำนอกโรงงานก็ตาม ดังนั้น Musema จึงมีหน้าที่ในการดำเนินมาตรการใด ๆ ตามสมควร เช่น ย้ายพนักงาน หรือขู่ว่าจะย้ายตำแหน่งหากลูกจ้างดังกล่าวกระทำความผิดอาญาตามกฎหมาย รวมถึงมีหน้าที่ในการดำเนินมาตรการใด ๆ ที่จะป้องกันหรือลงโทษการใช้ยานพาหนะ เครื่องแบบ หรือทรัพย์สินของโรงงานในการกระทำความผิดอาญา

เมื่อองค์คณะพิจารณาของ ICTR พิจารณาข้อเท็จจริงแล้วเห็นว่า Musema ได้เข้าร่วมในการโจมตี ข่มขืน และฆ่าชาวทูตซีในเขตการปกครอง Kibuye โดยใช้ทรัพย์สินของโรงงานและใส่เครื่องแบบพนักงานของโรงงานโดยมีลูกจ้างของโรงงานเข้าร่วมด้วย ดังนั้น องค์คณะพิจารณาจึงตัดสินว่า Musema มีความรับผิดชอบส่วนตัวเพื่อการกระทำความผิดข้อหาสังหาร ช่วยเหลือ และสนับสนุนการสังหารชาวทูตซีเนื่องจากการปรากฏตัวและเข้าร่วมในการกระทำดังกล่าว และรับผิดชอบ

อาญาเพื่อการก่อให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงต่อร่างกายและจิตใจของชาวพุทธซี รวมถึงก่ออาชญากรรมต่อมนุษยชาติโดยการโจมตีชาวพุทธซีอย่างกว้างขวางและเป็นระบบบนฐานของความเกี่ยวข้องทางชาติพันธุ์และเชื้อชาติ สังหารบุคคล และข่มขืน

ในส่วนของการรับผิดอาญาเพื่อการกระทำของลูกจ้างของโรงงาน องค์คณะพิจารณาเห็นว่า ลูกจ้างของโรงงานเป็นส่วนหนึ่งของผู้โจมตี ซึ่งเป็นการกระทำความผิดฐานก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายและจิตใจของชาวพุทธซีอย่างร้ายแรง อีกทั้ง Musema เป็นผู้บังคับบัญชาเหนือลูกจ้าง และมีอำนาจทางกฎหมายและข้อเท็จจริงเหนือลูกจ้างดังกล่าว เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า Musema ปรากฏตัวอยู่ที่สถานที่ที่เกิดการโจมตี ดังนั้น Musema จึงรู้ว่าผู้อยู่ใต้บังคับบัญชากำลังจะกระทำความผิดหรือได้กระทำความผิดแล้ว แต่ Musema ไม่ได้ดำเนินการที่จำเป็นและตามสมควรในการป้องกันไม่ให้ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชากระทำการดังกล่าว ทั้งยังช่วยเหลือในการกระทำนั้นโดยการปรากฏตัวและเข้าร่วมด้วยตนเอง Musema จึงต้องรับผิดชอบตัวในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชาด้วย

ในการพิจารณาข้อกล่าวหาว่า Musema ละเมิดข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวาทั้งสี่ฉบับอย่างร้ายแรง องค์คณะพิจารณาเห็นว่า ในเวลาที่เกิดการกระทำที่ถูกกล่าวหาตามคำฟ้องเกิดขึ้นเกิดการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศแล้ว ซึ่งเป็นไปตามเงื่อนไขทางด้านระยะเวลาและดินแดนตามข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวาและพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 โดยเป็นความขัดแย้งระหว่างกองกำลังติดอาวุธ FPR และกองทัพของรัฐบาลภายในสาธารณรัฐรวันดา โดยเหยื่อของการกระทำความผิดเป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามข้อ 3 ร่วมและพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 2

การกระทำที่จะเป็นการละเมิดข้อ 3 ร่วมและพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 อย่างร้ายแรงได้นั้น จะต้องเป็นกระทำที่มีความเกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดกับการสู้รบ หรือกระทำลงโดยมีส่วนเกี่ยวข้องกับการขัดกันทางอาวุธ กล่าวคือ มีความเชื่อมโยงระหว่างความผิดและการขัดกันทางอาวุธ ซึ่งคดีนี้ อัยการไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการกระทำของ Musema มีความเชื่อมโยงดังกล่าว ดังนั้น Musema จึงไม่มีความผิดฐานละเมิด ข้อ 3 ร่วมและพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 2



ภาคผนวก 5

คำพิพากษาคดีระหว่าง

The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac และ Zoran Vukovic

คดีเลขที่ IT-96-23-T และ IT-96-23/1-T

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic

ในระหว่างการขัดกันทางอาวุธระหว่างบอสเนียเซิร์บ และบอสเนียมุสลิมในปี ค.ศ. 1992 เมือง Foca ถูกกองกำลังของชาวเซิร์บยึดครองในเดือนเมษายน ค.ศ. 1992 หมู่บ้านเวดล้อมถูกโจมตีอย่างต่อเนื่อง จนถึงเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1992 กองกำลังเซิร์บจับกุมผู้อยู่อาศัยซึ่งเป็นชาวมุสลิม และกักขังไว้ในบ้านหรือศูนย์กักขัง เรียกว่า Partizan

Kunarac เป็นผู้บังคับบัญชาหน่วยลาดตระเวนพิเศษ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกองทัพบอสเนียเซิร์บในช่วงเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1992 จนถึงเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 1993 ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานทรมาณ ข่มขืน และเอาคนลงเป็นทาส ซึ่งเป็นความผิดต่อมนุษยชาติ และละเมิดกฎหมายหรือจารีตประเพณีสงคราม ซึ่งได้รับการรับรองโดยข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวาทั้งสี่ฉบับ โดยร่วมกับทหารภายในหน่วยของตน ข่มขืน หรืออยู่ในสถานที่ที่ทหารของตนข่มขืนผู้หญิงชาวบอสเนียมุสลิมจำนวนหลายคน และผู้หญิงส่วนหนึ่งถูกกักขังไว้ในบ้านให้ทำงานบ้านและซื้อฟังกำสั่งของ Kunarac

Kovac ถูกตั้งข้อหาฐานเอาคนลงเป็นทาส ข่มขืน และทำลายศักดิ์ศรีของบุคคล ซึ่งเป็นความผิดอาญาต่อมนุษยชาติ และเป็นการละเมิดกฎหมายหรือจารีตประเพณีสงคราม ซึ่งได้รับการรับรองตามข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวาทั้งสี่ฉบับ โดยการกักขังบุคคลในที่พักเพื่อทำงานบ้าน ทำร้ายร่างกาย และกระทำการคุกคามทางเพศ รวมทั้งข่มขืนบุคคลดังกล่าวจำนวนหลายครั้ง รวมถึงบังคับให้มีเพศสัมพันธ์กับทหารเซิร์บหลายคนซึ่งเป็นสมาชิกของหน่วยทหารเดียวกันกับ Kovac

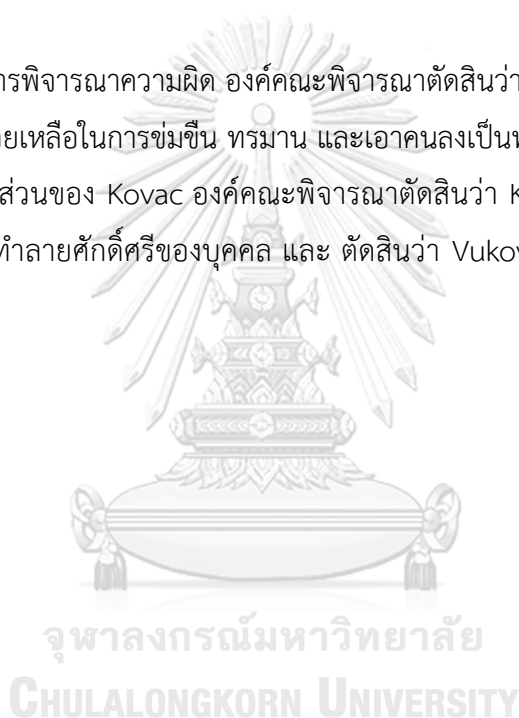
Vukovic ถูกตั้งข้อหาว่ากระทำความผิดฐานทรมาณ และข่มขืน ซึ่งเป็นความผิดอาญาต่อมนุษยชาติ และเป็นการละเมิดกฎหมายหรือจารีตประเพณีสงคราม ซึ่งได้รับการรับรองตามข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวาทั้งสี่ฉบับ โดยข่มขืนผู้ถูกคุมขังจำนวนหลายครั้ง กักขังบุคคล และข่มขู่ว่าจะฆ่า

องค์คณะพิจารณาของ ICTY พิจารณาข้อเท็จจริงแล้วเห็นว่า การขัดกันทางอาวุธได้เกิดขึ้นในขณะที่มีการกระทำความผิดตามคำฟ้องนั้นได้กระทำลง และการกระทำความผิดดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดกับการขัดกันทางอาวุธ และเป็นส่วนหนึ่งของการขัดกันทางอาวุธ พลเรือนชาวมุสลิมถูกฆ่า ข่มขืน และถูกปฏิบัติโดยมิชอบอันเป็นผลโดยตรงมาจากการขัดกันทางอาวุธอีกทั้งเกณฑ์เรื่องความเชื่อมโยงกับการกระทำความผิดนั้นไม่ได้กำหนดให้ความผิดจะต้องกระทำลงโดยตรงในขณะที่มีการต่อสู้เกิดขึ้นหรืออยู่ในเหตุการณ์ที่เกิดการสู้รบ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจะถูก

ใช้บังคับเหนือดินแดนทั้งหมดที่อยู่ภายใต้การควบคุมของคูร์ณิฝ่ายหนึ่งของความขัดแย้ง ไม่ว่าจะการต่อสู้จะเกิดขึ้นในสถานที่ที่เกิดการกระทำความผิดหรือไม่ก็ตาม

ผู้ถูกกล่าวหาทั้งสามคนเป็นทหารซึ่งมีส่วนร่วมในการปฏิบัติหน้าที่ทางทหารระหว่างการขัดกันทางอาวุธ และต่อสู้ในนามของคูร์ณิของความขัดแย้ง ซึ่งเป็นฝ่ายเซิร์บ และข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่าเหตุของการกระทำความผิดมีส่วนเกี่ยวข้องกับใด ๆ กับการสู้รบ โดยผู้ถูกกล่าวหาทั้งสามคนทราบว่ากระทำความผิดอาญาของตนเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีต่อประชากรพลเรือนซึ่งเป็นชาวมุสลิม และมีเจตนาที่จะกระทำความผิดอาญาดังกล่าว

ในส่วนของการพิจารณาความผิด องค์คณะพิจารณาตัดสินว่า Kunarac กระทำความผิดฐานข่มขืน และให้ความช่วยเหลือในการข่มขืน ทรมาน และเอาคนลงเป็นทาส แต่ไม่มีความผิดฐานทำลายศักดิ์ศรีของบุคคล ในส่วนของ Kovac องค์คณะพิจารณาตัดสินว่า Kovac มีความผิดฐานเอาคนลงเป็นทาส ข่มขืน และทำลายศักดิ์ศรีของบุคคล และ ตัดสินว่า Vukovic มีความผิดฐานทรมาน และข่มขืน ตามคำฟ้อง



ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวศศิไพลิน ชัยศรีโชติ สำเร็จการศึกษาระดับมัธยมศึกษาจากโรงเรียนมาแตร์เดอีวิทยาลัย จังหวัดกรุงเทพมหานคร เมื่อปี พ.ศ. 2554 และเข้าศึกษาต่อระดับอุดมศึกษาที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ สำเร็จการศึกษาเมื่อปี พ.ศ. 2558 และเข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปี พ.ศ. 2559

