

สถานภาพของกลุ่มพลรบตาลิบันที่ถูกควบคุมตัวโดยสหรัฐอเมริกาในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ



นาย ธีรวัฒน์ กฤตยานวัช

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2549

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

THE STATUS OF THE TALIBAN COMBATANTS WHO ARE DETAINED BY THE USA IN
INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Mr. Nattawat Kritayanawat



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2006

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

สถานภาพของกลุ่มพลรบตาลิบันที่ถูกควบคุมตัวโดยสหรัฐอเมริกาใน
กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

โดย

นายณัฐวัฒน์ กฤตยานวัช

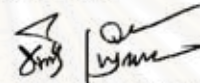
สาขาวิชา

กฎหมายระหว่างประเทศ

อาจารย์ที่ปรึกษา

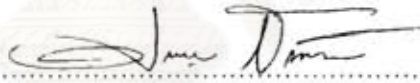
ศาสตราจารย์ วิฑิต มันทาภรณ์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโท

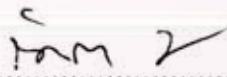


..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ธิตินันท์ เชื้อบุญชัย)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



..... ประธานกรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติวาสะ)



..... อาจารย์ที่ปรึกษา
(ศาสตราจารย์ วิฑิต มันทาภรณ์)



..... กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ สุมานิต เกิดสมเกียรติ)

พินิจเอก กฤษณะ บวรวิเศษ

..... กรรมการ

(พินิจเอก กฤษณะ บวรวิเศษ)


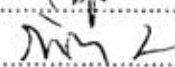


..... กรรมการ
(อาจารย์ ดร.พรชัย ด้านวิวัฒน์)

นายณัฐวัฒน์ กฤตยานวัช : สถานภาพของกลุ่มพลรบตาลิบันที่ถูกควบคุมตัวโดยสหรัฐอเมริกาในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ. (THE STATUS OF TALIBAN COMBATANTS WHO ARE DETAINED BY THE USA IN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW) อ. ที่ปรึกษา : ศาสตราจารย์ วิฑิต มั่นตาภรณ์, 266 หน้า.

สหรัฐอเมริกาไม่ได้กำหนดสถานภาพของพลรบตาลิบันให้เป็นไปตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยมองว่ากลุ่มพลรบตาลิบันเป็นพลรบที่มีขอบด้วยกฎหมายและไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ส่งผลให้พลรบตาลิบันไม่ได้รับสถานภาพเชลยศึกและไม่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ว่าด้วยการกำหนดสถานภาพเชลยศึก อีกทั้งกระบวนการกำหนดสถานภาพพลรบตาลิบันของสหรัฐอเมริกายังไม่เป็นไปตามกระบวนการของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ว่าด้วยการปฏิบัติต่อเชลยศึก โดยกระบวนการของสหรัฐอเมริกานั้นไม่ได้มีการสันนิษฐานเบื้องต้นว่าพลรบตาลิบันจะต้องได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาฉบับนี้ก่อนที่จะมีการชี้ขาดสถานภาพโดยกลไกศาลที่มีอำนาจ แต่สหรัฐอเมริกาได้กำหนดเอาไว้ในทันทีว่าเป็นพลรบที่มีขอบด้วยกฎหมายอยู่แล้ว นอกจากนี้ กระบวนการดำเนินคดีต่อกลุ่มพลรบตาลิบันยังขาดหลักนิติธรรมซึ่งเป็นการละเมิดต่อข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวา 1949 และข้อ 75 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ด้วย จึงต้องมีการเสนอแนวทางให้สหรัฐอเมริกาปรับปรุงหลักการและกระบวนการในการกำหนดสถานภาพแก่กลุ่มพลรบตาลิบันให้มีความสอดคล้องกับหลักการและกระบวนการในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศยิ่งขึ้น

สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

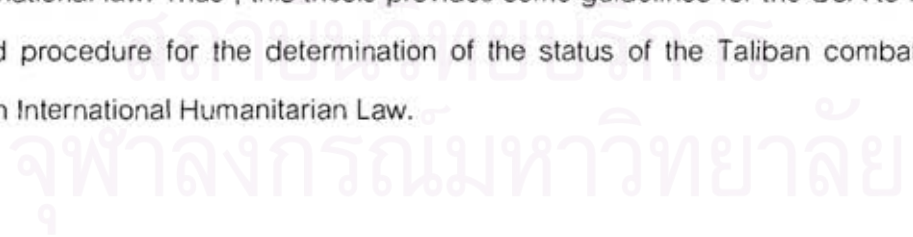
สาขาวิชา.....นิติศาสตร์.....ลายมือชื่อนิสิต.....
ปีการศึกษา.....2549.....ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....

: 4686234434 : MAJOR LAWS

KEY WORD : TALIBAN COMBATANTS / PRISONERS OF WAR / USA / INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW / GENEVA CONVENTION III 1949

NATTAWAT KRITTAYANAWAT : THE STATUS OF TALIBAN COMBATANTS WHO ARE DETAINED BY THE USA IN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW. THESIS ADVISOR : PROFESSOR VITIT MUNTARBHORN, 266 pp.

The determination of the legal status of the Taliban combatants by the USA is not consistent with International Humanitarian Law. The policies of the USA on determining the status of the Taliban combatants is that they are unlawful enemy combatants and consequently are not protected by Geneva Convention III 1949 relative to the Treatment of Prisoners of War. In addition , the procedure of determination of combatant status concerning them is not consistent with the procedure provided by the Geneva Convention III 1949 relative to the Treatment of Prisoners of War about the presumption that combatant would have protection from the Convention in case of doubt before determined by a competent tribunal. Moreover , the trial procedure of the USA on Taliban combatants lacks the principle of due process that exists in common article 3 of the Geneva Convention III 1949 relative to the Treatment of Prisoners of War and article 75 of Protocol Additional to the Geneva Conventions 1949 and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) 1977 , which are customary international law. Thus , this thesis provides some guidelines for the USA to improve it's policies and procedure for the determination of the status of the Taliban combatants of consistency with International Humanitarian Law.



Field of study.....Laws.....Student's signature.....
Academic year.....2549.....Advisor's signature.....

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยพระคุณอันยิ่งใหญ่ของศาสตราจารย์วิทิต มันทาภรณ์ ที่ได้ให้ความกรุณาว่าเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ซึ่งท่านได้ให้คำปรึกษา คำชี้แนะ กระบวนวิธีคิดต่าง ๆ อันทรงคุณค่ายิ่ง สอนให้ผู้เขียนรู้จักการทำงานหนักเพื่อความสำเร็จ อีกทั้งท่านยังให้กำลังใจแก่ผู้เขียนในการทำวิทยานิพนธ์ ตลอดจนได้สละเวลาอันมีค่ายิ่งในการตรวจอ่านจนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ผู้เขียนมีความซาบซึ้งในพระคุณของท่านเป็นอย่างสูงและขอกราบขอบพระคุณท่านไว้ ณ ที่นี้ด้วย

ผู้เขียนใคร่ขอกราบขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศรทูล สันติवासะ ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ายิ่งเพื่อรับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ตลอดทั้งได้ตรวจแก้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนเสร็จสมบูรณ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุพานิต เกิดสมเกียรติ พันเอกกฤษณะ บวรรัตนารักษ์ และอาจารย์ ดร.พรชัย ดำรงวิวัฒน์ ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ายิ่งของท่านมาเป็นกรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ซึ่งทุกท่านได้กรุณาให้คำแนะนำ คำปรึกษา ตลอดจนข้อคิดเห็นในประเด็นต่าง ๆ อันเป็นประโยชน์ในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้อีกด้วย

ผู้เขียนใคร่ขอกราบขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์จันตรี ลินสุภฤกษ์สำหรับคำแนะนำและกำลังใจในการทำวิทยานิพนธ์ ขอขอบคุณคุณเดชอุดม ขุนนะสิทธิ์ คุณนุชจรี ศิริยทรัพย์ คุณอรุณลักษณ์ อิ่มทรัพย์ ที่ได้ช่วยเหลืออำนวยความสะดวกในการนัดวันและเวลาในการเข้าพบเพื่อขอคำปรึกษาและในการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้อีกด้วย

ผู้เขียนใคร่ขอขอบคุณอาจารย์จิรวุฒิ ลิปิพันธ์ อาจารย์จตุภูมิ ภูมิบุญชู คุณหัสญา อุ่นจิตต์ คุณปฎิญา เสนะวินิน คุณธีระวุฒิ เต็มสิริวัฒนกุล ร้อยตำรวจโทธงไท รัมมะศักดิ์ คุณจันญญา ภิญาวัธน คุณจิตสุคนธ์ ธรรมมาสุ คุณทศพล ทรรคนะกุลพันธ์ คุณวรียา หยกประเสริฐ คุณพจณี สิมะนราธร คุณยอดพล เทพสิทธิ คุณประดิษฐ์ พงษ์สุวรรณ คุณนงศิรนาถ เดิมกาญจน์ คุณนรา สวัสดิภาพ คุณเดชาวิทย์ พั่ววิไล รวมถึงเพื่อน ๆ พี่ ๆ น้อง ๆ ทุกท่านที่ผู้เขียนไม่ได้เอ่ยนามมา ณ ที่นี้ ที่ได้ให้คำแนะนำอันมีค่า กำลังใจในยามทุกข์ยาก คอยช่วยแบ่งปันความทุกข์ซึ่งกันและกัน และได้ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้เขียนตลอดมา

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดาและมารดาบังเกิดเกล้า คุณพ่อประวิทย์ คุณแม่วรรณี กฤตยานวิษ พี่สาวคนโต คุณณัฐริษา วงศ์จรรยา พี่สาวคนรองและพี่ชาย คุณกุลวิภา คุณธนภรณ์ งามมงคลรัตน์ พี่สาวคนที่สามและพี่ชาย นาวาตรี แพทย์หญิงปัทมพัชร์ นาวาโท นายแพทย์ทศพล ชังเทศ พี่เลี้ยง คุณสมบุญร์ เจริญใจ ซึ่งทุกท่านได้คอยให้การสนับสนุน ด้านต่าง ๆ คำแนะนำอันมีค่า และกำลังใจในยามท้อแท้ ให้ผู้เขียนสามารถทำวิทยานิพนธ์สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ผู้เขียนขอขอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้เป็นกตเวทิตาคุณแก่บิดามารดาบังเกิดเกล้า คณาจารย์ผู้อบรมสั่งสอนขัดเกลาจนมีสติปัญญาเฉียบแหลม ตลอดจนท่านผู้มีพระคุณท่านอื่น ๆ ทุกท่าน หากวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนมีข้อบกพร่องและความผิดพลาดอันใด ผู้เขียนขอน้อมรับฟังคำวิจารณ์และคำแนะนำต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับข้อบกพร่องและความผิดพลาดของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้แต่เพียงผู้เดียวจากใจจริง

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฐ

บทที่

1	บทนำ.....	1
	1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
	1.2 วัตถุประสงค์การวิจัย.....	3
	1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย.....	3
	1.4 วิธีการศึกษาวิจัย.....	4
	1.5 สมมติฐานของการวิจัย.....	4
	1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
2	สถานภาพของพลรบที่เข้าร่วมการสู้รบโดยตรงในกรณีพิพาททางอาวุธ ระหว่างประเทศตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ.....	6
	2.1 สถานภาพพลรบตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ.....	6
	2.1.1 พลรบต้องเป็นสมาชิกของกองทัพ.....	6
	2.1.2 กองทัพต้องเป็นองค์กร.....	8
	2.1.3 พลรบต้องแยกตัวออกจากพลเรือนในระหว่างการสู้รบ.....	8
	2.2 สถานภาพของพลรบตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ว่าด้วยการปฏิบัติต่อเชลยศึก.....	9
	2.2.1 พลรบที่เป็นสมาชิกของกองทัพของรัฐที่เป็นคู่พิพาทในสงคราม.....	9
	2.2.1.1 พลรบซึ่งเป็นสมาชิกของกองทัพคู่พิพาท.....	9
	2.2.1.2 สมาชิกของกองทัพรัฐคู่พิพาทที่ไม่ได้รับ การรับรองโดยคู่สงครามฝ่ายศัตรู.....	11
	2.2.2 พลรบที่เป็นสมาชิกของมิลิตารีหรือหน่วยอาสาสมัคร รวมถึงขบวนต่อต้าน.....	13

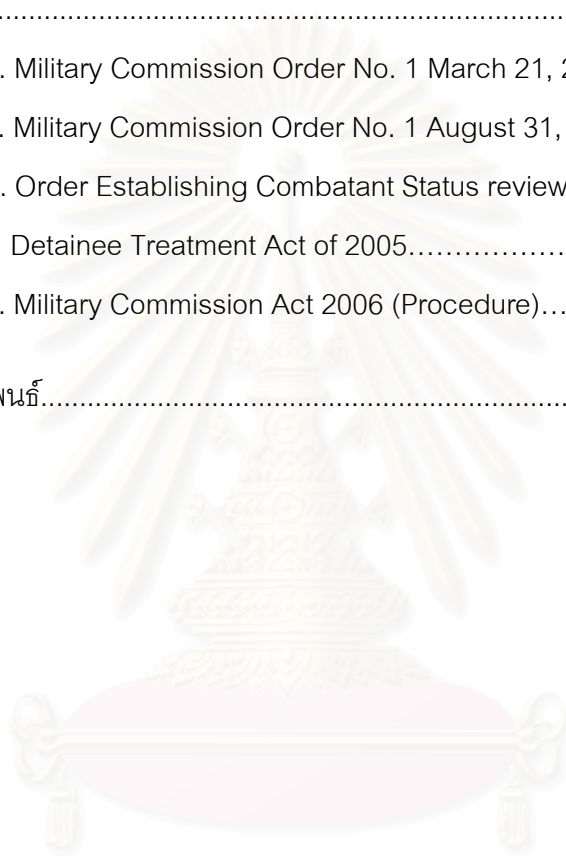
2.2.3 พลเรือนในอาณาเขตที่ไม่ได้ถูกยึดครองซึ่งได้สมัครใจถืออาวุธเข้าต่อสู้กับศัตรูที่บุกเข้ามาโดยไม่มีเวลาจัดรวมเป็นหน่วยกองทหารประจำ (Levie en masse).....	18
2.3 สถานภาพพลรบที่เข้าร่วมการสู้รบโดยตรง ตามพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949.....	20
2.3.1 การที่พลรบต้องเป็นสมาชิกของกองทัพภาคีคู่พิพาท.....	21
2.3.2 กองทัพต้องประกอบด้วยกองทัพที่จัดอย่างเป็นระบบที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาที่รับผิดชอบต่อรัฐสำหรับการกระทำของผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา.....	24
2.3.3 กรณีรัฐคู่สงครามนำเอาหน่วยคล้ายทหารเข้าร่วมการสู้รบจะต้องแจ้งต่อรัฐคู่สงครามอื่น ๆ.....	25
2.3.4 กรณีที่พลรบนั้นทำการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสงคราม พลรบนั้นไม่สูญเสียสถานภาพพลรบ.....	27
2.3.5 พลรบมีการแยกตัวเองต่างหากจากพลเรือน.....	27
2.3.5.1 การได้สถานภาพพลรบจากการที่พลรบแยกตัวเองต่างหากจากพลเรือน.....	28
2.3.5.2 บทลงโทษในกรณีของการฝ่าฝืนเงื่อนไขที่ได้วางเอาไว้ในประโยคที่ 2 ของข้อ 44 วรรค 3.....	33
2.3.5.3 ข้อจำกัดของการนำเอาบทลงโทษในข้อ 44 วรรค 4 ไปบังคับใช้กับพลรบที่ถูกจับกุมในระหว่างการสู้รบ.....	36
2.3.5.4 ไม่เป็นการขัดต่อข้อ 4 ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3.....	37
2.3.5.5 การยืนยันการปฏิบัติที่เกี่ยวกับการสวมใส่เครื่องแบบของกองทหารประจำ.....	39
2.3.5.6 การขยายประโยชน์ให้อยู่ภายใต้อนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 และ 2 ที่ได้ระบุไว้ในข้อ 43 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949.....	40
2.4 สิทธิในการเป็นพลรบ.....	41
2.4.1 สิทธิในการเข้าสู่สู้รบในสงคราม.....	41
2.4.2 สิทธิในการได้รับสถานภาพพลรบ.....	42
2.4.3 สิทธิพิเศษในการไม่ถูกดำเนินคดีในฐานะที่ตนเป็นอาชญากร.....	43

3	กระบวนการกำหนดสถานภาพและหลักการในการคุ้มครองเชลยศึก	
	ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ.....	45
3.1	กระบวนการกำหนดสถานภาพเชลยศึกตามกฎหมายมนุษยธรรม	
	ระหว่างประเทศ.....	45
3.1.1	กระบวนการกำหนดสถานภาพเชลยศึกตามอนุสัญญาเจนีวา 1949	
	ฉบับที่ 3.....	45
3.1.2	กระบวนการในการกำหนดสถานภาพเชลยศึก ตามพิธีสารเพิ่มเติม	
	ฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949.....	47
3.1.2.1	เงื่อนไขในการกำหนดสถานภาพเชลยศึก.....	47
3.1.2.2	บทสันนิษฐานเบื้องต้นกรณีสงสัยว่าจะได้	
	สถานภาพเชลยศึกหรือไม่.....	50
3.1.2.3	กรณีที่พลรบผู้หนึ่งไม่ได้ถูกควบคุมตัวในฐานะของเชลยศึก	
	และต้องถูกดำเนินคดีจากความผิดที่ได้กระทำไปในระหว่าง	
	ที่มีการสู้รบ.....	52
3.1.2.4	กรณีที่พลรบผู้ไม่มีสิทธิได้สถานภาพเชลยศึก	
	จะต้องถูกพิจารณาคดีได้.....	55
3.2	หลักการของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเกี่ยวกับเชลยศึก.....	59
3.2.1	เชลยศึกอยู่ในความคุ้มครองของรัฐ.....	59
3.2.2	สิทธิในการได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม.....	60
3.2.3	สิทธิในการได้รับการเคารพต่อตัวบุคคลและศักดิ์ศรี.....	62
3.2.4	สิทธิในการมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย.....	64
3.2.5	สิทธิในการให้ความคุ้มครองต่อสภาพความเป็นอยู่ของเชลยศึก.....	64
3.2.6	สิทธิในการได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน.....	65
3.2.7	ความคุ้มครองในเรื่องของการลงทะเบียนทางอาญาและวินัย.....	66
4	หลักการและกระบวนการในการกำหนดสถานภาพของ	
	กลุ่มพลรบตาลิบันโดยสหรัฐอเมริกา.....	69
4.1	หลักการของสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการกำหนดสถานภาพต่อกลุ่มพลรบตาลิบัน.....	69
4.1.1	แนวคิดเกี่ยวกับสงครามต่อต้านการก่อการร้าย.....	70
4.1.2	สหรัฐอเมริกามองว่าพลรบของกลุ่มตาลิบันเป็นพลรบของ	
	ฝ่ายศัตรูที่มีขอบด้วยกฎหมาย.....	71

4.1.3	พลรบตาลิบันไม่แยกแยะตนเองให้แตกต่างจากพลเรือนและ ไม่ปฏิบัติตามกฎและจารีตประเพณีแห่งสงคราม.....	78
4.1.4	อัฟกานิสถานขาดองค์ประกอบความเป็นรัฐและรัฐบาลตาลิบัน ของอัฟกานิสถานไม่ได้รับการรับรองจากรัฐบาลสหรัฐอเมริกา.....	80
4.2	กระบวนการในการกำหนดสถานภาพของกลุ่มพลรบตาลิบัน โดยสหรัฐอเมริกา.....	82
4.2.1	กระบวนการพิจารณาคดีของคณะกรรมการทหาร.....	82
4.2.1.1	วัตถุประสงค์.....	83
4.2.1.2	เขตอำนาจของคณะกรรมการทหาร.....	84
4.2.1.3	ตัวคณะกรรมการทหาร.....	84
4.2.1.4	ฝ่ายดำเนินคดี.....	86
4.2.1.5	ฝ่ายผู้คดี.....	86
4.2.1.6	กระบวนการเกี่ยวกับตัวจำเลย.....	87
4.2.1.7	การปฏิบัติในระหว่างการพิจารณาคดี.....	88
4.2.1.8	หน้าที่ของคณะกรรมการทหารระหว่างการพิจารณาคดี.....	88
4.2.1.9	พยานหลักฐาน.....	89
4.2.1.10	การตัดสินคดี.....	92
4.2.1.11	การลงโทษ.....	92
4.2.1.12	การอุทธรณ์.....	92
4.2.2	กระบวนการของศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบ.....	94
4.2.2.1	นิยามของคำว่าพลรบฝ่ายศัตรู.....	94
4.2.2.2	องค์ประกอบของศาลพิเศษ.....	95
4.2.2.3	กระบวนการในการพิจารณาคดี.....	96
4.2.2.4	การตัดสินว่าจำเลยไม่เป็นพลรบฝ่ายศัตรู.....	97
4.2.2.5	กระบวนการทบทวนโดยศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit.....	98
4.2.3	กระบวนการกำหนดสถานภาพของกลุ่มพลรบตาลิบันโดย คณะกรรมการทหารภายใต้ Military Commissions Act 2006.....	99
4.2.3.1	ลักษณะโดยทั่วไปของคณะกรรมการทหารภายใต้ Military Commissions Act 2006.....	99
4.2.3.2	เขตอำนาจของคณะกรรมการทหาร.....	100

4.2.3.3	สมาชิกของคณะกรรมการอาหาร.....	101
4.2.3.4	ตุลาการอาหาร.....	102
4.2.3.5	ฝ่ายผู้คดี.....	103
4.2.3.6	ฝ่ายดำเนินคดี.....	104
4.2.3.7	กระบวนการก่อนการพิจารณาคดี.....	104
4.2.3.8	กระบวนการพิจารณาคดี.....	105
4.2.3.9	การคุ้มครองข้อมูลลับ.....	106
4.2.3.10	การตัดสินคดี.....	107
4.2.3.11	การลงโทษ.....	108
4.2.3.12	กระบวนการพิจารณาทบทวน.....	108
4.2.4	ปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีของคณะกรรมการอาหาร.....	116
4.2.4.1	มีเขตอำนาจที่กว้างเกินไป.....	116
4.2.4.2	ขาดความเป็นอิสระ.....	117
4.2.4.3	การไม่ให้อำนาจเข้าถึงข้อมูลและการพิจารณาคดี.....	118
4.2.4.4	การรบกวนสิทธิระหว่างผู้ต้องหาและทนายความแก้ต่าง.....	119
4.2.4.5	สิทธิในการเรียกพยาน.....	121
4.2.4.6	การจำกัดสิทธิในการอุทธรณ์.....	121
4.2.4.7	ไม่มีการกำหนดสถานภาพเคลย์ศึก.....	122
4.2.4.8	ยังคงมีปัญหากับการกักขังหน่วยงานนี้วยอยู่.....	125
5	แนวทางในการเปลี่ยนแปลงหลักการและกระบวนการกำหนดสถานภาพ ของกลุ่มพลรบตาลิบันโดยสหรัฐอเมริกาให้เป็นไปตามกระบวนการของ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ.....	132
5.1	แนวทางในการเปลี่ยนแปลงทัศนะของสหรัฐอเมริกาในการกำหนด สถานภาพแก่กลุ่มพลรบตาลิบัน.....	132
5.1.1	ปรับปรุงแนวคิดสงครามต่อต้านการก่อการร้าย.....	132
5.1.2	เปลี่ยนแปลงแนวคิดในการตีความกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ.....	136
5.2	แนวทางในการเปลี่ยนแปลงกระบวนการของสหรัฐอเมริกา ในการกำหนดสถานภาพแก่กลุ่มพลรบตาลิบัน.....	138

5.2.1 การเพิ่มกระบวนการกำหนดสถานภาพพลรบตาลิบันให้สอดคล้อง กับอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3.....	138
5.2.2 ให้การพิจารณาคดีของพลรบเป็นหน้าที่ของศาลทหาร.....	140
6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	153
รายการอ้างอิง.....	162
ภาคผนวก.....	166
ภาคผนวก ก. Military Commission Order No. 1 March 21, 2002.....	167
ภาคผนวก ข. Military Commission Order No. 1 August 31, 2005.....	186
ภาคผนวก ค. Order Establishing Combatant Status review Tribunal.....	210
ภาคผนวก ง. Detainee Treatment Act of 2005.....	216
ภาคผนวก จ. Military Commission Act 2006 (Procedure).....	228
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	266



สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 1	แสดงกระบวนการกำหนดสถานภาพและพิจารณากลุ่มพลรบตาลีบัน.....	112
ตารางที่ 2	เปรียบเทียบระหว่างกระบวนการกำหนดสถานภาพตาลีบันของสหรัฐอเมริกา และกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ.....	125
ตารางที่ 3	เปรียบเทียบระหว่างกระบวนการกำหนดสถานภาพกลุ่มพลรบตาลีบัน และศาลทหาร.....	145



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ พลรบของรัฐคู่สงครามที่เข้าร่วมการสู้รบในกรณีพิพาททางอาวุธระหว่างประเทศนั้น เมื่อถูกจับกุมตัวจะต้องได้รับความคุ้มครองอย่างใดอย่างหนึ่งเนื่องจากพลรบที่ถูกจับกุมตัวนั้นมีสภาพเป็นบุคคลที่ออกจากการสู้รบ ซึ่งก็คือ Hors de Combat ซึ่งจะต้องออกจากการรบ และจะต้องได้รับการคุ้มครองในฐานะที่เป็นเชลยศึกในกรณีที่พลรบผู้นั้นเข้าเงื่อนไขในการเป็นพลรบที่จะต้องได้รับสถานภาพเชลยศึกเมื่อถูกจับกุมตัว ทั้งนี้ กฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นตัวกำหนดว่าพลรบผู้นั้นเป็นพลรบโดยชอบด้วยกฎหมายและจะต้องได้รับการกำหนดสถานภาพเชลยศึกนั้นคือกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยแบ่งเป็นอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ว่าด้วยการปฏิบัติต่อเชลยศึก และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ซึ่งได้มีการกำหนดเงื่อนไขในการได้สถานภาพเชลยศึกเอาไว้

อนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ได้กำหนดเงื่อนไขในการได้มาซึ่งสถานภาพเชลยศึกโดยพลรบของรัฐคู่สงครามจะต้องเป็นสมาชิกส่วนหนึ่งของกองทัพ พลรบที่เป็นสมาชิกของกองทัพของรัฐคู่สงครามที่รัฐบาลไม่ได้รับการยอมรับโดยคู่สงครามฝ่ายศัตรู สมาชิกของมิลิเซีย หน่วยอาสาสมัคร และกลุ่มเคลื่อนไหวต่อต้านที่ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของกองทัพ รวมถึงพลเรือนในอาณาเขตที่ไม่ได้ถูกยึดครอง ซึ่งได้สมัครใจถืออาวุธเข้าต่อสู้กับศัตรูที่บุกเข้ามาโดยไม่มีเวลาจัดรวมเป็นหน่วยกองทหารประจำด้วย ในขณะที่พิธีสารฉบับที่ 1 ปี 1977 นั้น ได้เสริมและแก้ไขหลักการของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ให้มีความทันสมัยและเข้ากับข้อเท็จจริงในปัจจุบันมากขึ้น โดยได้กำหนดให้พลรบต้องเป็นสมาชิกของกองทัพและมีสิทธิในการเข้าร่วมการสู้รบโดยตรง ส่วนหน่วยคล้ายทหารหรือองค์กรที่เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายจะต้องมีการแจ้งแก่คู่สงครามฝ่ายอื่นด้วย นอกจากนี้ พลรบของคู่สงครามจะต้องแยกแยะตัวเองให้แตกต่างจากพลเรือนอีกด้วย แต่ก็ยังคงมีข้อยกเว้นในเรื่องของการถืออาวุธโดยเปิดเผยซึ่งมองว่าจะต้องถืออาวุธโดยเปิดเผยเฉพาะในการสู้รบแต่ละครั้ง หรืออาจถืออาวุธอย่างเปิดเผยเฉพาะช่วงเวลาตั้งแต่มีการวางกำลังทหารในพื้นที่ เมื่อพลรบที่เข้าร่วมการสู้รบมีคุณสมบัติตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 นี้แล้ว พลรบผู้นั้นเป็นพลรบที่เข้าข่ายได้รับสถานภาพเชลยศึก

กระนั้นก็ตาม ในทางปฏิบัติ อาจมีข้อสงสัยนานาประการว่าพลรบของรัฐคู่สงครามฝ่ายศัตรูจะต้องได้รับสถานภาพเชลยศึกหรือไม่ ก็ต้องมีกระบวนการสันนิษฐานเบื้องต้นเพื่อให้ได้สถานภาพเชลยศึก ซึ่งกระบวนการเช่นว่านั้นอยู่ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ว่าด้วยการปฏิบัติต่อเชลยศึก โดยได้มีการกำหนดว่าเมื่อมีกรณีสงสัยว่าพลรบผู้นั้นจะต้องได้รับสถานภาพเชลยศึกหรือไม่ ให้รัฐคู่สงครามที่ควบคุมตัวสันนิษฐานเบื้องต้นว่าพลรบผู้นั้นได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ก่อนมีการชี้ขาดสถานภาพเชลยศึกโดยศาลที่มีอำนาจ ต่อมาในพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ก็ได้วางหลักการกำหนดสถานภาพเชลยศึกใหม่โดยให้มีการสันนิษฐานว่าบุคคลผู้นั้นมีสถานภาพเชลยศึกก่อนที่ศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีทำการชี้ขาดสถานภาพเชลยศึกอีกครั้ง ทั้งนี้ กระบวนการสันนิษฐานเพื่อกำหนดสถานภาพเชลยศึกนั้นมีขึ้นเพื่อให้พลรบได้รับความคุ้มครองในฐานะเชลยศึกอย่างเต็มที่ตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ที่ได้ระบุถึงความคุ้มครองเชลยศึกเอาไว้

หลังจากเกิดเหตุการณ์ก่อวินาศกรรมอาคารเวิลด์เทรดเซนเตอร์ กรุงนิวยอร์กและอาคารที่ทำการกระทรวงกลาโหม กรุงวอชิงตัน ดีซี ประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ 11 กันยายน ปี 2001 ได้ก่อความเสียหายแก่ชีวิตและทรัพย์สินของชาวอเมริกันเป็นจำนวนมาก รัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้ตั้งข้อสงสัยว่าเป็นการกระทำของกลุ่มผู้ก่อการร้ายอัลเคด้าของนายโอซามา บิน ลาดิน ซึ่งมีประเทศอัฟกานิสถานที่ปกครองโดยรัฐบาลตาลีบันให้ที่พักพิง รัฐบาลตาลีบันยื่นคำขาดต่อรัฐบาลตาลีบันของอัฟกานิสถานให้ส่งตัวนายบิน ลาดินกลับมาให้สหรัฐอเมริกาดำเนินคดีจากกรก่อวินาศกรรมในครั้งนี้ แต่ทางรัฐบาลตาลีบันของอัฟกานิสถานได้ปฏิเสธที่จะส่งตัวนายบิน ลาดินกลับไปให้สหรัฐอเมริกาดำเนินคดี ทำให้สหรัฐอเมริกามองว่ารัฐบาลตาลีบันอยู่เบื้องหลังการก่อวินาศกรรมซึ่งเป็นการก่อการร้ายต่อสหรัฐอเมริกา อีกทั้งสหรัฐอเมริกายังเล็งเห็นว่าการก่อการร้ายต่อสหรัฐอเมริกานั้น ได้เป็นการใช้กำลังต่อสหรัฐอเมริกา ก่อน สหรัฐอเมริกาและพันธมิตรจึงใช้กำลังทหารกับอัฟกานิสถานโดยอ้างว่าเป็นการปราบปรามกลุ่มผู้ก่อการร้ายที่มีส่วนในการก่อวินาศกรรมในสหรัฐอเมริกาเมื่อวันที่ 11 กันยายน 2001 นี้ ซึ่งกองทัพสหรัฐอเมริกาได้ทำการจับกุมตัวพลรบของอัฟกานิสถานซึ่งเป็นทหารของรัฐบาลตาลีบันจำนวนมาก โดยสหรัฐอเมริกาหลีกเลี่ยงไม่กำหนดสถานภาพเชลยศึกให้เป็นไปตามกระบวนการที่ได้กำหนดเอาไว้ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ยิ่งกว่านั้น สหรัฐอเมริกายังวางหลักการในเรื่องนี้ว่าอนุสัญญาเจนีวา 1949 ไม่อาจนำมาใช้กับพลรบตาลีบันได้ ทำให้พลรบตาลีบันไม่มีสถานภาพใด ๆ ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 เป็นผลให้เกิดการกักขังหน่วงเหนี่ยวและการทรมานพลรบตาลีบันที่ถูกกักกันที่ค่ายกักกันของฐานทัพเรือสหรัฐอเมริกาที่อ่าวกวนตานาโม ประเทศคิวบา ถึงแม้ว่าในระยะหลังสหรัฐอเมริกาจะได้มีการกำหนดสถานภาพและมี

กระบวนการพิจารณาคดีที่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมมากขึ้นก็ตาม แต่ก็ยังคงไม่เพียงพอ สำหรับการปฏิบัติตามพันธกรณีในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ซึ่งสหรัฐอเมริกาเป็นภาคีอยู่ จึงต้องมีการศึกษาในเรื่องนี้เพื่อเสนอแนวทางแก้ไขให้แก่สหรัฐอเมริกาในการกำหนดสถานภาพแก่กลุ่มพลรบตาลีบันที่สอดคล้องต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมากกว่าเดิม

1.2 วัตถุประสงค์การวิจัย

1. เพื่อทราบถึงเงื่อนไขการได้สถานภาพพลรบของพลรบที่เข้าร่วมการสู้รบโดยตรงในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศว่าพลรบเหล่านั้นต้องเข้าเงื่อนไขตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ว่าด้วยการปฏิบัติต่อเชลยศึกและพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 อย่างไรบ้าง รวมถึงสิทธิประโยชน์ในการเป็นพลรบ

2. เพื่อทราบถึงกระบวนการในการกำหนดสถานภาพเชลยศึกในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศซึ่งระบุเอาไว้ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ว่าด้วยการปฏิบัติต่อเชลยศึกและพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 รวมถึงหลักการคุ้มครองเชลยศึกในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

3. เพื่อนำเสนอข้อเท็จจริงเกี่ยวกับหลักการของสหรัฐอเมริกาในการกำหนดสถานภาพกลุ่มพลรบตาลีบันที่ถูกควบคุมตัวโดยสหรัฐอเมริกาว่าไม่สอดคล้องต่อหลักการกำหนดสถานภาพเชลยศึกตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศซึ่งก็คือ อนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 อย่างไรบ้าง รวมถึงนำเสนอกระบวนการกำหนดสถานภาพและการพิจารณาคดีพลรบตาลีบันของสหรัฐอเมริกา

4. เสนอแนวทางให้สหรัฐอเมริกาทำการแก้ไขหลักการและกระบวนการกำหนดสถานภาพของกลุ่มพลรบตาลีบันให้สอดคล้องกับหลักการในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมากกว่าเดิม

1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

ศึกษาในเรื่องกรณีพิพาททางอาชวาระหว่างสหรัฐอเมริกาและอัฟกานิสถาน โดยศึกษาใน ส่วนของการกำหนดสถานภาพต่อกลุ่มพลรบตาลิบันของอัฟกานิสถานโดยรัฐบาลสหรัฐอเมริกา โดยการวิเคราะห์ปัญหาผ่านกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยศึก ซึ่ง ประกอบด้วยอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของ อนุสัญญาเจนีวา 1949 โดยวิเคราะห์ว่าหลักการและกระบวนการกำหนดสถานภาพกลุ่มพลรบตา ลิบันโดยสหรัฐอเมริกา มีความสอดคล้องกับกระบวนการกำหนดสถานภาพตามกฎหมาย มนุษยธรรมระหว่างประเทศหรือไม่

1.4 วิธีการศึกษาวิจัย

ทำการวิจัยเอกสาร โดยค้นคว้าหาข้อมูลจากเอกสารในห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ห้องสมุดของ คณะกรรมการกชาดระหว่างประเทศประจำภูมิภาคเอเชียอาคเนย์ เว็บไซต์ของคณะกรรมการ กชาดระหว่างประเทศ เว็บไซต์อื่น ๆ ซึ่งเป็นแหล่งข้อมูลที่เชื่อถือได้ รวมถึงเอกสารจากแหล่งอื่น ๆ ที่ได้รับการแนะนำ โดยเอกสารที่เกี่ยวข้องนั้นเป็นอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ว่าด้วยการ ปฏิบัติต่อเชลยศึก พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 หนังสือคำ บรรยายกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ บทวิจารณ์อนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ว่าด้วย การปฏิบัติต่อเชลยศึก บทวิจารณ์พิธีสารฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 บทความที่ เกี่ยวข้องกับหลักการของสหรัฐอเมริกาในการกำหนดสถานภาพกลุ่มพลรบตาลิบัน กฎหมาย คำสั่ง ข้อบังคับของสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดสถานภาพและดำเนินคดีแก่กลุ่มพลรบตา ลิบัน คำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการกำหนดสถานภาพกลุ่มพลรบตา ลิบัน และคำพิพากษาของศาลประเทศต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการในการกำหนดสถานภาพ เชลยศึก

1.5 สมมติฐานของการวิจัย

การที่สหรัฐอเมริกาคำหนดว่ากลุ่มพลรบตาลิบันที่สู้รบกับสหรัฐอเมริกาและถูกควบคุมตัว โดยสหรัฐอเมริกามีสถานภาพเป็นเพียงพลรบของฝ่ายศัตรูนั้น เป็นการขัดต่อการกำหนด สถานภาพเชลยศึกในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ จึงต้องมีการเปลี่ยนแปลงหลักการและ กระบวนการของสหรัฐอเมริกาให้สอดคล้องกับหลักการและกระบวนการตามกฎหมายมนุษยธรรม ระหว่างประเทศให้มากกว่าเดิม

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ได้ทราบถึงเงื่อนไขการได้สถานภาพพลรบของพลรบที่เข้าร่วมการสู้รบโดยตรงในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศว่าพลรบเหล่านั้นต้องเข้าเงื่อนไขตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ว่าด้วยการปฏิบัติต่อเชลยศึกและพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 อย่างไรบ้าง อีกทั้งยังได้ทราบถึงสิทธิประโยชน์ในการเป็นพลรบ

2. เพื่อทราบถึงกระบวนการในการกำหนดสถานภาพเชลยศึกในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศซึ่งระบุเอาไว้ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ว่าด้วยการปฏิบัติต่อเชลยศึกและพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 รวมถึงหลักการคุ้มครองเชลยศึกในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

3. ได้ทราบถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับหลักการของสหรัฐอเมริกาในการกำหนดสถานภาพกลุ่มพลรบตาลีบันที่ถูกควบคุมตัวโดยสหรัฐอเมริกาว่าไม่สอดคล้องต่อหลักการกำหนดสถานภาพเชลยศึกตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศซึ่งก็คือ อนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 รวมถึงได้ทราบถึงกระบวนการกำหนดสถานภาพและการพิจารณาคดีพลรบตาลีบันของสหรัฐอเมริกา

4. ได้ทราบถึงแนวทางให้สหรัฐอเมริกาทำการแก้ไขหลักการและกระบวนการกำหนดสถานภาพของกลุ่มพลรบตาลีบันให้สอดคล้องกับหลักการในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมากกว่าเดิม

นอกจากนี้ ผลจากการวิจัยจะเป็นข้อมูลที่ผู้เขียนสามารถนำไปต่อยอดในการทำงานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับประเด็นในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ รวมถึงจะเป็นประโยชน์ต่อการใช้เป็นข้อมูลในการค้นคว้าทางด้านวิชาการของผู้สนใจหรือเกี่ยวข้องต่อไป

บทที่ 2

สถานการณ์ของพลรบที่เข้าร่วมการสู้รบโดยตรงในกรณีพิพาททางอาวุธระหว่างประเทศตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

กรณีพิพาททางอาวุธเกิดขึ้นระหว่างคู่ภาคีของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศทั้ง 2 ฝ่าย หรือมากกว่านั้นโดยเป็นการเข้าทำการสู้รบเพื่อประโยชน์ในทางการทหาร รวมถึงประโยชน์ในทางการเมือง ยุทธศาสตร์ และอื่น ๆ ซึ่งการเข้าสู้รบระหว่างคู่ภาคีเช่นว่านั้นจำเป็นต้องใช้ทหารหรือบุคลากรในกองทัพของฝ่ายตนเข้าร่วมในการสู้รบด้วยไม่มากนักน้อย

สถานการณ์ของพลรบที่เข้าร่วมการสู้รบโดยตรงในกรณีพิพาททางอาวุธตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ แบ่งได้ดังนี้

2.1 สถานภาพพลรบตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศกฎหมายระหว่างประเทศที่เกิดจากการปฏิบัติของรัฐอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลาหนึ่ง จนกระทั่งหลักการปฏิบัติเช่นว่านั้นได้รับการยอมรับต่อมาว่าเป็นกฎหมาย ซึ่งในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้นได้มีแนวทางในการปฏิบัติต่อเหยื่อของสงครามโดยรัฐต่าง ๆ มาเป็นเวลานานพอสมควร จนส่งผลทำให้การปฏิบัตินั้นได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย ซึ่งก็ได้รวมถึงหลักการเกี่ยวกับพลรบเอาไว้ด้วย โดยหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับเงื่อนไขของพลรบนั้นมีดังต่อไปนี้

2.1.1 พลรบต้องเป็นสมาชิกของกองทัพ

หลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนี้ มีอยู่ว่า สมาชิกของกองทัพมีสถานภาพเป็นพลรบในทุกกรณีพิพาททางอาวุธ¹ ซึ่งหลักการในเรื่องนี้ได้บรรจุเอาไว้ใน ข้อ 1 ของ Hague Regulations IV Respecting the Law and Customs of War on Land 1907² ซึ่งได้

¹ Jean-Marie Henkearts and Louise-Doswald Beck, Customary International Law Vol. 1 : Rules (Cambridge : Cambridge University Press , 2005), p. 11

มองถึงการมีสถานภาพพลรบจากการเป็นสมาชิกของกองทัพ รวมถึงหน่วยมิลิเชียและหน่วยอาสาสมัครที่เป็นส่วนหนึ่งของกองทัพด้วยเช่นกัน หน่วยมิลิเชียและหน่วยอาสาสมัครจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขในเรื่องของการบังคับบัญชา การแยกตัวออกจากพลเรือนและการปฏิบัติตามกฎและประเพณีแห่งสงครามเพิ่มเข้ามาด้วย

มีข้อยกเว้นในเรื่องของการได้สถานภาพพลรบจากการเป็นสมาชิกของกองทัพ โดยในข้อ 2 ของ Hague Regulations IV Respecting the Law and Customs of War on Land 1907 ได้ระบุถึง พลเรือนผู้อยู่อาศัยในอาณาเขตผู้ซึ่งจับอาวุธเข้าต่อสู้กับกองทัพที่บุกเข้ามาโดยไม่มีเวลาพอสำหรับจัดตั้งกองทัพเป็นองค์กร ในกรณีที่พลเรือนเหล่านั้นถืออาวุธโดยเปิดเผยและปฏิบัติตามกฎและจารีตประเพณีแห่งสงคราม หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า *Levée en Masse* ก็ถือว่า มีสถานภาพพลรบเช่นกัน³

2.1.2 กองทัพต้องเป็นองค์กร

² Hague Regulations IV Respecting the Law and Customs of War on Land 1907 , Art. 1 :

“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.

In countries where militia or volunteer corps constitute the army, or form part of it, they are included under the denomination "army." “

³ Hague Regulations IV Respecting the Law and Customs of War on Land 1907 , Art. 2 “Art. 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.”

โดยทั่ว ๆ ไปแล้ว ความหมายของคำว่า กองทัพ นั้น รวมถึงบุคคลทุกคนที่ต่อสู้เพื่อรัฐคู่สงครามที่ตนสังกัดในการบังคับบัญชา กองทัพที่เข้าร่วมในการรบจึงต้องมีลักษณะที่เป็นองค์กรที่มีการบังคับบัญชาอยู่แล้ว⁴

ในประโยคท้ายของข้อ 1 ของ Hague Regulations IV Respecting the Law and Customs of War on Land 1907 ได้มีการระบุเอาไว้เกี่ยวกับการเป็นกองทัพว่าจะต้องเป็นกองทัพที่มีทั้งกองทัพหลักซึ่งเป็นกองทหารประจำ (Regular Armed Forces) และมีมิลิตีเรียกับหน่วยอาสาสมัครประกอบเข้าด้วยกัน แต่อย่างไรก็ตาม ใน Hague Regulations IV Respecting the Law and Customs of War on Land 1907 ไม่ได้มีการระบุเอาไว้ถึงการที่กองทหารประจำจะต้องมีการจัดเป็นองค์กร ทั้งนี้เนื่องจากกองทหารประจำนั้นมีลักษณะการทำงานเป็นองค์กร มีระบบการบังคับบัญชาที่ผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาอยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องระบุเอาไว้อย่างเปิดเผยถึงการที่กองทัพจะต้องอยู่ภายใต้การบังคับบัญชา แต่ในกรณีของมิลิตีเรียและหน่วยอาสาสมัครซึ่งเป็นกองทหารไม่ประจำ (Irregular Armed Forces) นั้น ต้องมีการระบุเงื่อนไขเอาไว้เนื่องจากลักษณะการปฏิบัติการไม่มีความแน่นอนเท่ากับกองทัพซึ่งเป็นกองทหารประจำ จึงต้องมีการกำหนดเงื่อนไขในส่วนของปฏิบัติการเป็นองค์กร เพื่อให้สมาชิกปฏิบัติตามเพื่อให้ได้สถานภาพพลรบ⁵

2.1.3 พลรบต้องแยกแยะตนเองให้แตกต่างจากพลเรือนในการสู้รบ

ถือเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ได้รับการปฏิบัติตามมานานแล้ว ซึ่งการแยกแยะตนเองให้แตกต่างจากพลเรือนนั้น มีไว้เพื่อคุ้มครองพลเรือนที่ต้องเป็นเหยื่อของสงคราม โดยในข้อ 1 ของ Hague Regulations IV Respecting the Law and Customs of War on Land 1907 นั้นได้ระบุถึงเงื่อนไขของมิลิตีเรียและหน่วยอาสาสมัครในการแยกแยะตนเองให้แตกต่างจากพลเรือน ซึ่งเป็นที่เข้าใจว่าการปฏิบัติการของหน่วยรบเช่นว่านั้น มีความเป็นอิสระมากกว่า และไม่มี ความแน่นอนเท่ากับกองทหารประจำ จึงต้องมีการระบุเอาไว้เป็นเงื่อนไขในการปฏิบัติตาม เพื่อให้เกิดความคุ้มครองต่อพลเรือนที่ไม่มีส่วนร่วมในการสู้รบ ส่วนการที่เงื่อนไขเช่นว่าไม่ได้บัญญัติเอาไว้อย่างชัดแจ้งในกรณีของกองทหารประจำ ก็เป็นเพราะกองทหารประจำมี

⁴ Jean-Marie Henkearts and Louise-Doswald Beck, *Customary International Law Vol. 1 : Rules* (Cambridge : Cambridge University Press , 2005), p. 15 , para. 1

⁵ Ibid., p. 15 , para. 2

ระเบียบวินัยของกองทัพอยู่แล้วในการปฏิบัติกรรพ ซึ่งรวมถึงการแยกแยะตนเองออกจากพลเรือน โดยเป็นหน้าที่ที่สมาชิกของกองทัพปกติต้องทำ ซึ่งได้มีการระบุเอาไว้ในคู่มือการรบของกองทัพหลาย ๆ ประเทศทั่วโลก จึงไม่จำเป็นที่จะต้องมีการบัญญัติเป็นเงื่อนไขเอาไว้อย่างชัดเจนแต่ประการใด⁶

2.2 สถานภาพของพลรบตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ว่าด้วยการปฏิบัติต่อเชลยศึก

ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ว่าด้วยการปฏิบัติต่อเชลยศึก (Geneva Convention III 1949 relative to the Treatment of Prisoners of War) นั้นไม่ได้กำหนดนิยามเกี่ยวกับสถานภาพพลรบเอาไว้อย่างชัดเจน เนื่องจากอนุสัญญาฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองพลรบที่ถูกจับกุมและควบคุมตัวของกองทัพคู่สงครามฝ่ายศัตรูให้ได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมที่สุด โดยมีการกำหนดว่าต้องเป็นผู้ที่จะได้รับการปฏิบัติในฐานะเชลยศึกได้นั้น จะต้องมีสถานภาพเป็นพลรบชอบด้วยกฎหมายก่อน เมื่อถูกจับกุมและควบคุมตัวอยู่ภายใต้กองทัพของคู่สงครามฝ่ายศัตรูแล้วจึงจะได้รับการปฏิบัติในฐานะเชลยศึกได้

ดังนั้น ผู้ที่จะมีสถานภาพเป็นพลรบได้นั้น ตามอนุสัญญาเจนีวาได้กำหนดเอาไว้ในข้อ 4 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ว่าด้วยการปฏิบัติต่อเชลยศึก ซึ่งมีทั้งบุคคลที่เป็นพลรบที่เข้าร่วมการสู้รบโดยตรงและบุคคลที่ไม่ได้เข้าทำการสู้รบโดยตรง

สถานภาพของพลรบที่เข้าร่วมการสู้รบโดยตรงตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ที่ระบุเอาไว้ในข้อ 4 นั้นได้แก่บุคคลดังต่อไปนี้

2.2.1 พลรบที่เป็นสมาชิกของกองทัพของรัฐที่เป็นคู่พิพาทในสงคราม

พลรบที่เป็นสมาชิกของรัฐที่เป็นคู่พิพาทในสงครามแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ดังนี้

2.2.1.1 พลรบซึ่งเป็นสมาชิกของกองทัพคู่พิพาท

⁶ Ibid., p. 385

ตามข้อ 4A(1) ได้กำหนดถึงเงื่อนไขหนึ่งในการมีสถานภาพพลรบว่า ผู้ที่เป็นพลรบจะต้องเป็นสมาชิกของกองทัพของคู่สงครามในกรณีพิพาททางอาวุธ รวมถึงสมาชิกของมิลิเชีย * หรือหน่วยอาสาสมัครที่ประกอบเป็นส่วนหนึ่งของกองทัพนั้น ๆ ⁷

คำว่า กองทัพ ตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับนี้ใช้คำภาษาอังกฤษว่า Armed Force ซึ่งได้เข้ามาแทนที่คำว่า Army ในข้อ 1 ของ Hague Regulations IV Respecting the Law and Customs of War on Land 1907 ⁸ ย่อมหมายความว่าบุคคลากรทางทหารที่เป็นของกองทัพบก กองทัพเรือ และกองทัพอากาศ โดยที่ในกรณีของกองทัพเรือและกองทัพอากาศไม่อาจมีข้อบังคับใด ๆ มาจำกัดแบ่งแยก ⁹

ในการประชุมของผู้เชี่ยวชาญของรัฐบาล (The Conference of Government Experts) เกี่ยวกับการร่างอนุสัญญาเจนีวา 1949 ได้มีการเสนอให้กำหนดนิยามของคำว่า กองทัพ (Armed Forces) ที่มีความชัดเจนกว่าเดิมที่ปรากฏในข้อบังคับกรุงเฮก ฉบับที่ 4 ปี

* มิลิเชีย (Militia) เป็นหน่วยรบพลเรือนติดอาวุธอันเกิดจากการระดมพลเพื่อเสริมการปฏิบัติการของกองทหารประจำ โดยอาวุธยุทธโธปกรณ์รวมถึงเสบียงอาหารจะต้องมีการจัดหาตนเอง ไม่เหมือนกับกองทหารประจำที่มีกำหนดระยะเวลาประจำการที่แน่นอน อีกทั้งมีการจัดหาเสบียงอาหารและเบี่ยเลี้ยงอย่างเป็นระบบ

⁷ Geneva Convention III 1949 relative to the Treatment of Prisoners of War, Art. 4(A)(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.”

⁸ Hague Regulations IV Respecting the Law and Customs of War on Land 1907, Art. 1 :
 “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.

In countries where militia or volunteer corps constitute the army, or form part of it, they are included under the denomination "army." “

⁹ The International Committee of the Red Cross , The Geneva conventions of 12 august 1949 : Commentary III geneva convention relative treatment of prisoner of war (Geneva: The International Committee of the Red Cross, 1960), p.51

1907 ซึ่งครอบคลุมทั้งส่วนที่เป็นพลรบและไม่ใช่พลรบ แต่ในที่สุดแล้วที่ประชุมได้พิจารณาว่าให้ใช้นิยามตามแบบที่ได้เสนอมานี้ในร่างอนุสัญญาเจนีวา 1949 เนื่องจากที่ประชุมเห็นว่าคำว่า กองทัพนั้น บ่งบอกโดยนัยยะอยู่แล้วว่าย่อหมายถึงพลรบ ไม่ใช่พลเรือน อีกทั้งในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งเป็นช่วงก่อนหน้าการร่างอนุสัญญาเจนีวา 1949 ก็ไม่ได้เกิดปัญหาในเรื่องของนิยามของคำว่า กองทัพแต่ประการใด¹⁰

ถึงแม้ว่าจะไม่ได้มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการที่กองทัพจะต้องมีลักษณะเป็นองค์กรที่มีระบบการบังคับบัญชาโดยมีผู้บังคับบัญชารับผิดชอบต่อการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา การที่สมาชิกของกองทัพจะต้องแยกแยะตนเองให้แตกต่างจากพลเรือน และการที่พลรบจะต้องปฏิบัติตามกฎและจารีตประเพณีแห่งสงคราม แต่ก็เป็นหน้าที่ของแต่ละรัฐในการทำให้กองทัพของตนมีระบบการบังคับบัญชา อีกทั้งสามารถแยกแยะตนเองให้แตกต่างจากสมาชิกกองทัพของฝ่ายศัตรูหรือพลเรือนได้ โดยอนุสัญญาฉบับนี้ไม่ได้กำหนดให้มีการตั้งข้อสังเกตซึ่งกันและกันในกรณีของรูปแบบหรือเครื่องหมาย แต่ได้สันนิษฐานเอาไว้ว่าสิ่งเหล่านั้นจะต้องเป็นที่รู้จักโดยที่ไม่มีข้อสงสัยอันใด¹¹

2.2.1.2 สมาชิกของกองทัพรัฐคู่พิพาทที่ไม่ได้รับการรับรองโดยคู่สงครามฝ่ายศัตรู

ข้อ 4A(3) ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3¹² ได้วางหลักการเกี่ยวกับการได้สถานภาพพลรบของพลรบของรัฐคู่พิพาทในสงครามซึ่งรัฐบาลของรัฐคู่สงครามนั้นไม่ได้รับการยอมรับจากรัฐคู่สงครามฝ่ายศัตรูที่ทำการควบคุมตัว อีกทั้งหลักการนี้ได้ครอบคลุมถึงกองทัพที่ได้ต่อสู้ภายใต้ระเบียบคำสั่งของรัฐบาลพลัดถิ่นซึ่งไม่ได้รับการยอมรับจากคู่สงครามฝ่ายศัตรูและได้รับความอนุเคราะห์จากรัฐอื่น ๆ จึงได้มีปัญหามาตามมาว่า กองทัพของรัฐคู่สงครามที่ไม่ได้รับการยอมรับเช่นนั้นได้เข้าร่วมสงครามในลักษณะเดียวกับกองทหารประจำหรือไม่ คำตอบก็คือ ผู้ร่างอนุสัญญาได้วางคุณสมบัติของกองทัพนั้นว่าต้องทำการสู้รบในฐานะที่เป็นรัฐซึ่ง

¹⁰ Ibid. , p. 51

¹¹ Ibid , p. 52

¹² Geneva Convention III 1949 relative to the Treatment of Prisoners of War, Art. 4(A)(3)

“Members of regular armed forces who profess allegiance to a government or an authority not recognized by the Detaining Power. “

เป็นคู่สงคราม¹³ จึงมีความจำเป็นที่ว่าการกลุ่มอำนาจซึ่งไม่ได้รับการยอมรับโดยคู่สงครามฝ่ายศัตรูนั้น ควรพิจารณาว่าตนได้เป็นภาคีของอนุสัญญาหรือไม่ หรือประกาศว่าได้ยอมรับพันธกรณีที่ได้อ้างเอาไว้ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ซึ่งมุ่งหมายที่บังคับใช้กับตน¹⁴

คำว่า “สมาชิกของกองทหารประจำ (Members of regular armed forces)” ในข้อ 4A(3) นั้นมีความแตกต่างจากกองทัพที่ได้กล่าวถึงในข้อ 4A(1) ในเรื่องของกลุ่มอำนาจที่ได้ทำการสนับสนุนนั้น ไม่ได้รับการยอมรับโดยฝ่ายศัตรูในฐานะของคู่สงคราม เพียงแต่ยังคงมีองค์ประกอบตามข้อ 4A(1) ที่ว่าสมาชิกยังทำการสวมเครื่องแบบ มีการจัดลำดับชั้นยศอย่างเป็นระบบ อีกทั้งยังเคารพต่อกฎจารีตประเพณีแห่งสงครามอยู่ทุกประการ¹⁵

ในช่วงระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 หลายรัฐได้ปฏิเสธที่จะยอมรับหน่วยรบของฝ่ายศัตรูที่ได้ทำการสนับสนุนรัฐบาลหรือกลุ่มอำนาจที่หลายรัฐเห็นว่าไม่ได้ให้การยอมรับ กรณีนี้มีปรากฏในเรื่องของกลุ่มฝรั่งเศสเสรีของนายพลชาร์ลส์ เดอ โกลล์ รวมถึงกลุ่มกองกำลังทหารอิตาลีเลียนที่ได้ทำการสู้รบต่อต้านนาซีเยอรมันทางตอนใต้ของอิตาลีเมื่อเดือนกันยายน ปี 1943 โดยความตกลงระหว่างฝรั่งเศสและเยอรมันเมื่อปี 1940 วางเงื่อนไขเอาไว้ว่ากลุ่มคนชาติที่จับอาวุธต่อต้านเยอรมันจะไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายสงคราม ตามที่คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศได้แสดงปฏิกิริยาออกมาในกรณีนี้ กองกำลังของนายพลเดอ โกลล์ ได้รับการปฏิบัติในฐานะของเชลยศึก และเจ้าหน้าที่เยอรมันได้ชี้แจงต่อคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศว่าตนไม่ได้นำเอาความตกลงระหว่างฝรั่งเศสและเยอรมันเช่นว่ามาบังคับใช้กับกลุ่มทหารของนายพลเดอ โกลล์ แต่กรณีของกองทหารอิตาลีเลียนที่ทำการสู้รบต่อต้านนาซีเยอรมันเมื่อปี 1943 นั้น ทางเยอรมันไม่ได้มีปฏิกิริยาออกมาแต่ประการใด¹⁶

ในการประชุมของผู้เชี่ยวชาญของรัฐบาล (Conference of Government's Experts) เพื่อร่างอนุสัญญาเจนีวา 1949 ตัวแทนต่าง ๆ ได้ยอมรับข้อเสนอของ

¹³ The International Committee of the Red Cross , The Geneva conventions of 12 august 1949 : Commentary III geneva convention relative treatment of prisoner of war (Geneva: The International Committee of the Red Cross, 1966), p.63-64

¹⁴ Ibid , p.63

¹⁵ Ibid , p.62-63

¹⁶ Ibid , p.61-62

คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศเกี่ยวกับเงื่อนไขพิเศษที่ครอบคลุมถึงสมาชิกของกองทัพที่ไม่ได้รับการยอมรับจากฝ่ายศัตรูโดยทันที อย่างไรก็ตาม เป็นที่เกรงว่าจะมีการนำเอาข้อเสนอนี้ไปตีความในทางที่ผิด ที่ประชุมจึงได้เพิ่มเติมว่า กองกำลังเช่นว่าจะต้องสู้โดยเกี่ยวข้องกับรัฐที่ได้รับการยอมรับโดยฝ่ายศัตรูว่าเป็นคู่สงคราม เงื่อนไขนี้ถูกกลบออกไปในการประชุมที่สต็อกโฮล์ม และได้รับการแก้ไขโดยคณะกรรมการพิเศษของคณะกรรมการที่ 2 ในการประชุมทางการทูตในปี 1949 (Diplomatic Conference 1949) ข้อเสนอส่วนหนึ่งก็ได้ใช้สำหรับการอ้างซ้ำของร่างสต็อกโฮล์ม ซึ่งได้รับการยอมรับในที่สุด¹⁷

กระบวนการต่อมาซึ่งได้รับการเสนอโดยคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ คือ การที่กองกำลังเช่นว่าควรได้รับการยอมรับ โดยกำหนดว่ากองกำลังเหล่านี้ได้รับการจัดตั้งโดยที่ไม่คำนึงว่า รัฐบาลหรือกลุ่มอำนาจมีระเบียบคำสั่งที่กองกำลังเช่นว่าต้องปฏิบัติตาม แต่เพื่อที่จะป้องกันการตีความในทางที่ผิด ผู้ร่างอนุสัญญาเจนีวา 1949 จึงได้กำหนดว่ากองทัพจะต้อง "ให้การสนับสนุนต่อรัฐบาลหรือกลุ่มอำนาจที่ไม่ได้รับการรับรองจากรัฐคู่สงครามฝ่ายศัตรูที่ทำการควบคุมตัว" แต่อย่างไรก็ดี ไม่ได้มีการอ้างถึงโดยชัดแจ้งว่ารัฐบาลหรือกลุ่มอำนาจนี้จะต้องได้รับการยอมรับจากรัฐที่ 3 ในฐานะที่เป็นมาตรฐานขั้นต่ำ ถึงกระนั้น เงื่อนไขนี้ได้เหมาะสมกับเจตนารมณ์ของบทบัญญัติข้อ 4A(3) ซึ่งได้รับการระบุในกรณีเฉพาะของกองทัพที่มีลักษณะคล้ายกับกองกำลังฝรั่งเศสเสรีของเดอ โกลล์¹⁸

ดังนั้นจึงถือว่าพลรบของกองกำลังของรัฐหรือกลุ่มอำนาจที่ไม่ได้รับการยอมรับจากคู่สงครามฝ่ายศัตรูนั้นก็ยังคงได้รับสถานภาพพลรบตามที่ระบุในข้อ 4(A)(3)

2.2.2 พลรบที่เป็นสมาชิกของมิลิเชียหรือหน่วยอาสาสมัครรวมถึงขบวนต่อต้านที่ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของกองทัพ

เนื้อหาของข้อ 4(A)(2) ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ว่าด้วยการปฏิบัติต่อเชลยศึก¹⁹ นี้ กลุ่มตัวแทนที่เข้าร่วมประชุมทางการทูตในปี 1949 (Diplomatic Conference

¹⁷ Ibid , p.62

¹⁸ Ibid., p.64

¹⁹ Geneva Convention III 1949 relative to the Treatment of Prisoners of War, Art. 4A(2) :

1949) ได้หันกลับไปสู่หลักการที่ปรากฏในข้อ 1 ของข้อบังคับกรุงเฮก 1907 เพียงแต่ได้แยกแยะมิ
 ลิเชียและหน่วยอาสาสมัครที่มีได้เป็นส่วนหนึ่งของกองทัพของรัฐคู่สงครามเป็นอิสระจากกองทัพคู่
 สงคราม โดยได้มีการรวมกลุ่มที่เคลื่อนไหวต่อต้านต่าง ๆ ไปไว้ในประเภทเดียวกันกับหน่วยรบ
 ประเภทแรกอีกด้วย ซึ่งหน่วยรบเหล่านี้จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ได้ระบุเอาไว้ในข้อ 4A(2) นี้ อีก
 ทั้ง กลุ่มที่ทำการต่อต้านจะต้องต่อสู้เพื่อประโยชน์ของรัฐคู่สงครามตามข้อ 2 แห่งอนุสัญญาเจนีวา
 1949 มิฉะนั้นแล้วข้อ 3 ที่ใช้บังคับในกรณีพิพาททางอาชญาที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศจะนำมาใช้บังคับ
 เนื่องจากมิลิเชียและหน่วยอาสาสมัครเช่นว่าไม่ได้ทำการสู้รบเพื่อรัฐคู่สงครามในกรณีพิพาททาง
 อาชญาระหว่างประเทศ แต่เป็นภาคีในกรณีพิพาททางอาชญาที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศแทน²⁰

คำว่า “Organized resistance movements” หรือกลุ่มเคลื่อนไหวต่อต้านนั้น
 ได้รับการแทรกเข้าไปควบคู่กับมิลิเชียและหน่วยรบอาสาสมัคร โดยการประชุมของผู้เชี่ยวชาญของ
 รัฐบาลได้เห็นพ้องต้องกันว่าเงื่อนไขแรกสุดก่อนที่จะให้สถานภาพเชลยศึกต่อกลุ่มเคลื่อนไหว
 ต่อต้านก็คือ หน่วยรบเช่นว่าต้องเป็นรูปแบบขององค์กร การนำไปบังคับใช้โดยองค์กรเช่นว่า
 จะต้องมีลักษณะเฉพาะที่พบได้ในกองทัพทั่วไปทั่วโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของระบบวินัย
 ในกองทัพ การแบ่งลำดับชั้นยศ ความรับผิดชอบ และการปูนบำเหน็จ²¹

ในมุมมองของผู้เชี่ยวชาญ เงื่อนไขนี้ควรจะมีการให้หลักประกันในเบื้องต้นที่ว่า
 กรณีพิพาททางอาชญาระหว่างหน่วยใต้ดินและกองทัพที่ทำการยึดครองดินแดนจะต้องลักษณะ
 เปิดเผยและตรงไปตรงมา ขณะที่บางฝ่ายอาจจะมองว่า คำว่า “resistance” ครอบคลุมไม่เฉพาะ

“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.”

²⁰ The International Committee of the Red Cross , The Geneva conventions of 12 august 1949 : Commentary III geneva convention relative treatment of prisoner of war (Geneva: The International Committee of the Red Cross, 1966) , p.56-57

²¹ Ibid , p.57-58

การรบที่เปิดเผยเท่านั้นแต่ยังใช้กับการรบในรูปแบบอื่น ๆ เพื่อทำการต่อต้านการยึดครองได้อีกด้วย²²

มิลิเชียและหน่วยอาสาสมัครเช่นว่าจะต้องได้รับการคุ้มครองจากอนุสัญญาทั้งในและนอกดินแดนของตน ถึงแม้ว่าดินแดนนั้นจะถูกยึดครอง หน่วยรบเหล่านี้สามารถปฏิบัติการได้ทั่วไปในดินแดนของฝ่ายศัตรูรวมถึงบนอากาศและในทะเลอาณาเขตรวมถึงทะเลหลวง และอาจเป็นดินแดนที่อยู่ภายใต้การยึดครองของรัฐฝ่ายศัตรูอีกด้วย โดยคำนึงถึงดินแดนที่กลุ่มต่อต้านได้ถูกตั้งขึ้น ประเด็นนี้เป็นการให้หลักประกันที่เปิดเผยต่อกลุ่มเคลื่อนไหวต่อต้านเช่นเดียวกับพวกที่เกิดขึ้นในสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยถ้อยคำนี้ได้ก่อให้เกิดการปลี่ยนแปลงหลักการดั้งเดิมของข้อบังคับกรุงเฮก ฉบับที่ 4 ปี 1907 ซึ่งถ้อยคำเช่นนี้ได้ระบุถึง กลุ่มเคลื่อนไหวต่อต้าน ซึ่งเป็นหน่วยอาสาสมัครที่ไม่ได้สังกัดกองทัพของรัฐคู่สงคราม ได้รับการยอมรับเฉพาะช่วงที่มีการรุกรานดินแดนของศัตรูถูกยึดครอง โดยสมาชิกของหน่วยจะต้องเคารพต่อมาตรการที่วางเอาไว้โดยผู้ทำการยึดครองเพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย การลงโทษซึ่งผู้ยึดครองได้วางเอาไว้อาจรวมถึงโทษประหารชีวิตโดยปราศจากการพิจารณาเป็นพิเศษในกรณีของกลุ่มต่อต้านซึ่งเป็นองค์กรที่มีลักษณะตามข้อ 1 ของข้อบังคับกรุงเฮก²³

กลุ่มนักรบที่เป็นมิลิเชียและหน่วยอาสาสมัครรวมถึงขบวนการต่อต้านนั้นจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้ จึงจะได้รับสถานภาพพลรบโดยชอบด้วยกฎหมาย

ก) มีผู้บังคับบัญชาอันเป็นบุคคลที่รับผิดชอบสำหรับผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา

ผู้นำของกลุ่มอาจเป็นได้ทั้งทหารหรือพลเรือนเนื่องจากหน่วยรบประเภทนี้ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของกองทัพซึ่งโดยธรรมชาติของหน่วยงานในกองทัพจะต้องมีผู้บังคับบัญชาเป็นทหารในกองทัพเอง แต่กระนั้นก็ตาม ผู้นำของหน่วยจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของลูกน้องที่ได้ทำตามและผู้บังคับบัญชาได้สั่งการลงไป รวมถึงต้องรับผิดชอบต่อการกระทำที่ตนไม่สามารถป้องกันได้ อำนาจของผู้บังคับบัญชาจะต้องได้รับการพิจารณาในลักษณะเดียวกับผู้บังคับบัญชาทางทหาร ยิ่งกว่านั้นการเคารพต่อหลักการนี้เป็นการรับรองหลักการซึ่งต้องใช้กันจนแพร่หลายใน

²² Ibid , p.58

²³ Ibid , p.58-59

กองอาสาสมัครและสร้างหลักประกันที่ว่าเงื่อนไขอื่น ๆ ที่ได้อ้างถึงต่อไปจะต้องได้รับการปฏิบัติ ตาม²⁴

ข) มีเครื่องหมายที่กำหนดไว้อย่างเด่นชัด สามารถมองเห็นได้ในระยะไกล

สำหรับกรณีของมิลิเซียและหน่วยอาสาสมัคร เครื่องหมายที่กำหนดไว้อย่างเด่นชัดเป็นสิ่งที่มาแทนเครื่องแบบ ดังนั้น เครื่องหมายเช่นว่าจะต้องได้รับการสวมใส่อย่างสม่ำเสมอ ในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 หลักการนี้ไม่ได้รับการปฏิบัติตามโดยกลุ่มต่อต้าน ในการประชุมของผู้เชี่ยวชาญของรัฐบาลจึงได้เสนอว่า มิลิเซียและหน่วยอาสาสมัครที่ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของกองทัพควรได้รับการเรียกร้องให้ “แสดงเครื่องหมายที่กำหนดไว้อย่างเด่นชัดซึ่งสามารถมองเห็นได้ในระยะไกลโดยที่ ต้องมีการสวมใส่อย่างสม่ำเสมอเป็นนิสัย” * ข้อเสนอนี้ไม่ได้รับการยอมรับโดยการประชุมทางการทูต ในปี 1949 ซึ่งเน้นเสียงไปในทางการใช้คำนิยามตามข้อบังคับกรุงเฮกมากกว่า โดยไม่ได้มีความมุ่งหวังที่จะดเว้นการตีความคำว่า “fixed” ซึ่งก็ได้มีการเห็นพ้องต้องกันในเจตนารมณ์ของผู้ร่างข้อบังคับนี้²⁵

ในกรณีที่จะต้องมีการใช้คำว่า distinctive สัญลักษณ์เช่นว่าจะต้องเป็นเหมือนกับทุก ๆ สมาชิกของกลุ่มนักรบต่อต้าน และต้องมีการใช้โดยกลุ่มองค์กรนั้นด้วยโดยไม่มี การกีดกันการสวมใส่ตราสัญลักษณ์ที่เพิ่มเติมเข้ามาซึ่งบ่งชี้ถึงลำดับชั้นยศและหน้าที่พิเศษ²⁶

ค) ถืออาวุธโดยเปิดเผย

ถึงแม้ว่าความแตกต่างอาจจะดูเล็กน้อยระหว่างการถืออาวุธโดยเปิดเผยและการถือโดยสามารถมองเห็นได้ ก็ต้องไม่มีความสับสนระหว่างการถืออาวุธทั้ง 2 ลักษณะนี้ ที่ยิ่งไปกว่า

²⁴ Ibid , p.59

* ที่ประชุมใช้ถ้อยคำว่า “Habitually and constantly display a fixed distinctive sign recognizable at a distance”

²⁵ The International Committee of the Red Cross , The Geneva conventions of 12 august 1949 : Commentary III geneva convention relative treatment of prisoner of war (Geneva: The International Committee of the Red Cross, 1960), p.59-60

²⁶ Ibid , p.60

นั่นก็คือ ไม่ว่าจะ เป็นปัจจัยในการปฏิบัติการทางทหารไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติการทางทหารของ กองทัพปกติหรือไม่ ศัตรูต้องยอมรับตัวกลุ่มปาร์ติซานได้ในลักษณะเดียวกับกองทัพปกติทั่วไป ไม่ จะใช้อาวุธลักษณะใดก็ตาม ดังนั้น พลเรือนไม่สามารถเข้าไปยังบ้อมค่ายเพื่อทำการหลอกลวง และเปิดการต่อสู้ ซึ่งถือว่าการฉวยโอกาสที่ไม่เป็นธรรมต่อฝ่ายศัตรู²⁷

ง) ปฏิบัติการรบตามกฎหมายและจารีตประเพณีแห่งสงคราม

เป็นบทบัญญัติที่สำคัญซึ่งเป็นการรับรองเงื่อนไขที่อยู่ข้างต้นทั้งหมด อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ตาม เป็นที่ชัดเจนว่าแนวคิดทางกฎหมายและจารีตประเพณีของสงครามค่อนข้างคลุมเครือ และ อยู่ภายใต้ความหลากหลายของสงครามที่ได้มีวิวัฒนาการเสมอ ดังนั้นร่างสต็อกโฮล์มจึงได้ให้ ความกระจ่างต่อความมุ่งหมายของรัฐภาคี อย่างน้อยประเด็นหนึ่ง โดยรวมเอาพันธกรณีของปาร์ติ ซานต่อการปฏิบัติต่อคนชาติของคู่สงครามที่ทำการยึดครองดินแดนซึ่งตกอยู่ภายใต้อำนาจของตน ตามบทบัญญัติของอนุสัญญาฉบับปัจจุบัน²⁸

สิ่งที่สำคัญในอีกลำดับหนึ่งของการที่กลุ่มมิลิเชีย หน่วยอาสาสมัคร และกลุ่มที่ เคลื่อนไหวต่อต้านจะต้องได้รับสถานภาพพลรบก็คือ จะต้องทำการสู้รบเพื่อประโยชน์ของรัฐที่ตน สังกัด ซึ่งเป็นสิ่งที่สำคัญไม่แพ้กับเงื่อนไขทั้ง 4 ข้อที่ได้กล่าวมา โดยมีกรณีตัวอย่างในคดี Military Prosecutor v. Kassem and Others ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวกับสมาชิกของแนวร่วมประชาชนเพื่อ ปลดปล่อยปาเลสไตน์ (Popular Front for the Liberation of Palestine) 2 คน ได้ทำการก่อ วินาศกรรมในประเทศอิสราเอลเมื่อปี 1969 ซึ่งเมื่อเจ้าหน้าที่อิสราเอลทำการจับกุมตัว ผู้ต้องหาทั้ง 2 คนเรียกร้องเพื่อขอสถานภาพพลรบเสีย เนื่องจากตนได้ทำสงครามและได้สวมใส่ชุดเครื่องแบบ ทหารระหว่างที่ตนถูกจับกุมตัว โดยศาลอิสราเอลได้มองในประเด็นของการเป็นสมาชิกของหน่วย ต่อต้านเอาไว้ว่า หน่วยต่อต้านจะต้องเข้า 4 เงื่อนไขของข้อ 4A(2) เพื่อที่ตนจะต้องได้รับการปฏิบัติ ในฐานะพลรบและได้สถานภาพพลรบอีกด้วย แต่กระนั้นก็ตาม หน่วยรบที่เป็นหน่วยต่อต้าน ถึงแม้ว่าจะเข้าเงื่อนไขทั้ง 4 ข้อ แต่หากไม่ได้เข้าร่วมรบเพื่อรัฐคู่สงครามที่ตนสังกัดแล้ว ก็ไม่ถือว่า สมควรได้รับสถานภาพพลรบแต่ประการใด ยิ่งกว่านั้น พลรบเช่นว่า ถือเป็นพลรบที่มีขอบด้วย กฎหมายและไม่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ซึ่งเมื่อพิจารณาตาม

²⁷ Ibid , p.61

²⁸ Ibid , p.61

ข้อเท็จจริงแล้วจะเห็นได้ว่า จำเลยทั้ง 2 คนได้เข้ามาก่อวินาศกรรมโดยอ้างว่าเป็นสมาชิกกองกำลังปลดปล่อยปาเลสไตน์ แต่ปาเลสไตน์ไม่ได้มีสถานภาพเป็นรัฐแต่อย่างใด ยิ่งกว่านั้น เมื่อพิจารณาถึงประเทศเพื่อนบ้านที่จำเลยและองค์กรต้นสังกัดของได้ใช้เป็นที่พักพิงอยู่นั้น ก็คือประเทศจอร์แดน ซึ่งไม่ได้มีที่ทำว่าจะสนับสนุนแนวร่วมปลดปล่อยปาเลสไตน์แต่ประการใด ถือว่าผู้ต้องหาทั้ง 2 คนนี้ไม่ได้ปฏิบัติตามเพื่อประโยชน์ของรัฐ จึงไม่มีสิทธิได้รับสถานภาพเชลยศึก²⁹

2.2.3 พลเรือนในอาณาเขตที่ไม่ได้ถูกยึดครอง ซึ่งได้สมัครใจถืออาวุธเข้าต่อสู้กับศัตรูที่บุกเข้ามาโดยไม่มีเวลาจัดรวมเป็นหน่วยกองทหารประจำ (Levie en masse)

บทบัญญัติข้อ 4(A)(6) ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ว่าด้วยการปฏิบัติต่อเชลยศึก³⁰ เป็นเรื่องของพลเรือนได้จับอาวุธเข้าต่อสู้ตอบโต้การบุกรุกของฝ่ายศัตรูโดยทันที ซึ่งกลุ่มคนเช่นนี้จะต้องเป็นประชาชนที่อยู่ในดินแดนที่ไม่ได้ถูกยึดครองซึ่งได้ลุกขึ้นจับอาวุธเข้าต่อต้านการรุกรานโดยไม่มีเวลาจัดตั้งกลุ่มของตนเองเป็นหน่วยกองทหารประจำขึ้นมา โดยที่กลุ่มพลเรือนเหล่านี้จะต้องถืออาวุธโดยเปิดเผยและเคารพต่อกฎและประเพณีแห่งสงคราม³¹

หลักการในข้อ 4A(6) มีวิวัฒนาการมาจากข้อ 2³² ในข้อบังคับกรุงเฮก 1907 ซึ่งหลักการเช่นนี้ ผู้อยู่อาศัยในดินแดนที่ยังไม่ได้ถูกยึดครองไม่เพียงถืออาวุธตอบโต้การรุกรานใน

²⁹ Marco Sassoli and Antoine Bouvier, How does law protect in war? : cases, documents, and teaching materials on contemporary practice in international humanitarian law (Geneva: International Committee of the Red Cross, 1999), p. 806-809

³⁰ Geneva Convention III 1949 relative to the Treatment of Prisoners of War, Art. 4A(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."

³¹ Hilaire Mc.Coubrey, International humanitarian law : The regulation of armed conflicts (Aldershot, Hants : Dartmouth, 1990) , p.81

³² Hague Regulations IV Respecting the Law and Customs of War on Land 1907 , Art. 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. "

กรณีที่มีการรุกรานโดยฉับพลันเท่านั้น แต่จะต้องเป็นกรณีที่ไม่มีความจำเป็นในการจัดตั้งหน่วยรบด้วยตนเองตามข้อ 4A(2)(a)-(b) ซึ่งเป็นเรื่องของการมีผู้บังคับบัญชาที่รับผิดชอบการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาและการมีตราสัญลักษณ์ที่ชัดเจนตายตัวอีกด้วย ไม่ว่าจะได้รับการเตือนหรือไม่ก็ตาม ในกรณีของการขาดหายไปของตราสัญลักษณ์ที่ชัดเจนประจำหน่วยรบนั้น เงื่อนไขเรื่องของการถืออาวุธโดยเปิดเผยได้เข้ามามีความสำคัญโดยการจะทำให้มีสถานะเป็นพลรบที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น พลเรือนผู้อยู่อาศัยที่ทำการจับอาวุธเข้าสู่ในลักษณะเช่นว่านั้นจะต้องถืออาวุธให้เป็นที่มองเห็นได้จากฝ่ายศัตรู³³ แต่หลังจากนั้น ข้อ 4(A)(6) ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ได้ทำการปรับเปลี่ยนหลักการในเรื่องของการได้รับการตกเดือนออกไป โดยให้เป็นเรื่องของการลุกขึ้นจับอาวุธในทันทีที่กองทัพฝ่ายศัตรูบุกเข้ามาโดยที่พลเรือนไม่ทันได้ตั้งตัว นั้นหมายความว่าความถึงการที่พลเรือนไม่สามารถตั้งกองทัพที่เป็นไปตามเงื่อนไขในข้อ 4A(2) ได้ ซึ่งก็คือ มีการบังคับบัญชาที่ผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา มีสัญลักษณ์ที่ชัดเจนตายตัว ถืออาวุธโดยเปิดเผยและเคารพต่อกฎและจารีตประเพณีแห่งสงคราม ดังนั้น ในข้อ 2(6) ของข้อบังคับกรุงเฮก 1907 ที่เกี่ยวกับการตกเดือนนั้นก็เป็นอันต้องตัดทิ้งไป

หลักในข้อ 4A(6) นี้ใช้ได้เฉพาะกับกรณีที่มีกลุ่มเคลื่อนไหวจำนวนมากซึ่งเผชิญหน้ากับกองทัพที่บุกเข้ามาในดินแดนของตน เมื่อมองดูอาวุธยุทโธปกรณ์ในยุคปัจจุบันแล้ว มีความเป็นไปได้ในการที่กลุ่มพลเรือนจะต้องทำการสู้รบในพื้นที่ที่เป็นตึกกรมบ้านช่องในเมืองมากกว่าชนบท³⁴

เป็นสิ่งสำคัญที่ต้องระลึกไว้เสมอว่าการที่พลเรือนจับอาวุธลุกฮือเข้าสู่ต่อต้านการรุกรานนั้นสามารถทำได้เพียงช่วงระยะเวลาเพียงสั้น ๆ เท่านั้น ยกตัวอย่างเช่น ช่วงที่มีการบุกเข้ามาของกองทัพของฝ่ายศัตรู ถ้าการต่อต้านยังดำเนินต่อไป เจ้าหน้าที่ผู้ทำการบัญชาการรบหรือให้การสนับสนุนแก่กลุ่มพลเรือนที่ลุกฮือจับอาวุธเช่นว่าจะต้องส่งกองทหารประจำมาแทนที่พลเรือนเหล่านั้น หรือเรียกกลุ่มพลเรือนเหล่านั้นเข้าประจำการ ไม่อย่างนั้น พลเรือนเหล่านี้จะไม่อาจต้านทานการรุกรานได้³⁵

³³ The International Committee of the Red Cross, The Geneva conventions of 12 august 1949 : Commentary III geneva convention relative treatment of prisoner of war (Geneva: The International Committee of the Red Cross, 1960), p.67

³⁴ Ibid. , p.67-68

2.3 สถานภาพพลรบที่เข้าร่วมการสู้รบโดยตรง ตามพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949

หลังจากที่มีอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ออกมาใช้บังคับแล้ว ปรากฏว่ายังคงมี ปัญหาที่เกี่ยวกับกรณีที่มีการใช้บังคับอันเนื่องมาจากเหตุการณ์ข้อเท็จจริงต่าง ๆ ในโลกเริ่มมีการ เปลี่ยนแปลงไป โดยมีประเด็นกรณีของการต่อสู้ของดินแดนที่เป็นอาณานิคมเพื่อแยกตัวออกเป็น อิสระจากรัฐที่เป็นเจ้าของอาณานิคมนั้น ๆ โดยที่การต่อสู้เพื่อแยกตัวออกจากอาณานิคมเช่นว่า นั้นได้มีการใช้วิธีการสู้รบแบบกองโจรซึ่งไม่มีรูปแบบการรบที่มีความตายตัวเหมือนหน่วยกอง ทหารประจำ ไม่มีการสวมใส่เครื่องแบบที่มีลักษณะแน่นอน ค่อนข้างมีความกลมกลืนกับกลุ่ม พลเรือนตั้งแต่ช่วงของการเตรียมการรบ การเข้าสู้รบ หรือการอำพรางตัวเพื่อหลบหนีจากการ โจมตีของฝ่ายศัตรู จึงได้มีการจัดทำพิธีสารเพิ่มเติมของอนุสัญญาเจนีวาขึ้นมาในช่วงต้นทศวรรษ 1970 และมาสำเร็จในปี 1977 เกิดเป็นพิธีสาร 2 ฉบับคือพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของ อนุสัญญาเจนีวา 1949 ซึ่งเกี่ยวข้องกับกรณีพิพาททางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ และพิธี สารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ซึ่งเกี่ยวข้องกับกรณีพิพาททางอาวุธที่ ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ³⁶

สำหรับสถานภาพพลรบที่เข้าร่วมการสู้รบโดยตรงตามพิธีสารเพิ่มเติม ปี 1977 ของ อนุสัญญาเจนีวา 1949 นั้น เมื่อมองในเรื่องกรณีพิพาททางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศแล้ว จึงต้องมองตามพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ซึ่งมีขอบเขตการใช้ บังคับกับกรณีพิพาททางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศรวมถึงการต่อสู้ของพลชนซึ่งเป็นการใช้ สิทธิกำหนดอนาคตของตนเองเพื่อต่อต้านการครอบครองของเจ้าอาณานิคม การยึดครองโดยต่าง ด้ว และการเหยียดเชื้อชาติ ดังที่กำหนดไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติและปฏิญญาว่าด้วยหลัก กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ฉันท์มิตรและความร่วมมือระหว่างรัฐต่าง ๆ ตามกฎบัตรสหประชาชาติ*

³⁵ Ibid. , p.68

³⁶ จาตุรนต์ วรรณนวล , กฎหมายและการปฏิบัติต่อเชลยศึกของประเทศไทย , (วิทยานิพนธ์ ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534) , หน้า 59-61

* ถ้อยคำตามข้อ 1 ในพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ที่เป็นบทบัญญัติที่ เกี่ยวกับหลักทั่วไปและขอบเขตในการนำเอาพิธีสารบทนี้ไปใช้บังคับนั้น ได้วางหลักเอาไว้ให้สามารถนำไปใช้ได้

เงื่อนไขในการได้มาซึ่งสถานภาพพลรบของผู้ที่เข้าร่วมการสู้รบโดยตรงตามพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 มีดังนี้

2.3.1 การที่พลรบต้องเป็นสมาชิกของกองทัพภาคีคู่พิพาท

บทบัญญัติข้อ 43 วรรค 2 ของพิธีสารปี 1977 ฉบับที่ 1³⁷ นี้บ่งชี้ว่าสมาชิกของกองทัพจะต้องมีสถานภาพเป็นพลรบ โดยมีข้อยกเว้นที่ว่าจะต้องไม่เป็นบุคลากรทางการแพทย์และศาสนา ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 นั้น ไม่ได้มีการบ่งบอกอย่างชัดเจนเกี่ยวกับสถานภาพพลรบ ได้แค่ระบุเอาไว้เป็นนัย ๆ ในเรื่องของการรับรองสถานภาพเชลยศึกเมื่อพลรบผู้นั้นถูกจับกุมตัว การประชุมทางการทูตในปี 1976 (Diplomatic Conference 1976) ได้พิจารณาว่ากรณีที่ไม่ชัดเจนต่าง ๆ ควรจะมีการทำให้กระจ่างขึ้นและควรได้รับการมองว่าทุก ๆ สมาชิกของกองทัพโดยทั่วไปสามารถเข้าร่วมการสู้รบได้โดยตรง สามารถเข้าทำการต่อสู้และถูกโจมตีในฐานะที่เป็นเป้าหมายทางทหารได้ อีกทั้ง การแยกแยะประเภทโดยทั่วไปในข้อ 3 ของข้อบังคับกรุงเฮก 1907³⁸ ซึ่งกำหนดว่ากองทัพประกอบด้วยผู้ที่เป็นพลรบและไม่ใช่พลรบนั้นไม่มีการนำมาใช้อีกต่อไป ซึ่งถือได้ว่าบทบัญญัติในข้อ 43 นี้สร้างความชัดเจนให้กับเรื่องสถานภาพพลรบของผู้ที่ทำการสู้รบมากขึ้น³⁹

ทั้งในกรณีของกรณีพิพาททางอาวุธระหว่างรัฐซึ่งอยู่ในข้อ 1 (3) รวมถึงกรณีพิพาททางอาวุธที่เป็นการต่อสู้ของประชาชนในการกำหนดอนาคตของตนเองไม่ว่าจะเป็นการต่อต้านการครอบครองของอาณานิคม การยึดครองโดยต่างด้าว และการเหยียดเชื้อชาติ ซึ่งอยู่ในข้อ 1 (4)

³⁷ Protocol Additional to the Geneva Conventions 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) 1977, Art. 43 para. 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.”

³⁸ Hague Regulations IV Respecting the Law and Customs of War on Land 1907 , Art. 3 “ The armed forces of the belligerent parties may consist of combatants and non-combatants. In the case of capture by the enemy, both have a right to be treated as prisoners of war. “

³⁹ The International Committee of the Red Cross, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Geneva : International Committee of the Red Cross : M. Nijhoff Publishers, 1987), p. 515

ตามที่ปรากฏในต้วบทบัญญัตินี้ที่ว่า พลรบมีสิทธิในการเข้าร่วมการสู้รบโดยตรงนั้น ผู้รายงานของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศได้ชี้ว่าตัวแทนที่เข้าประชุมจำนวนมากได้แสดงความประสงค์ว่ารายงานควรบันทึกเอาไว้เรื่องนิยามของคำว่ากรเข้าสู้รบ (hostilities) ที่ใช้ในวรรค 2 ให้ครอบคลุมถึงการเตรียมและการถอยกลับมาจากกรสู้รบ ถึงกระนั้น ได้มีการแสดงหลักการเมื่อนำเอาเงื่อนไขในข้อ 46 ของร่างพิธีสารซึ่งก็คือข้อ 51 ของพิธีสารฉบับที่ 1⁴⁰ ใน

⁴⁰ Protocol Additional to the Geneva Conventions 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) 1977, Art. 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.

4. Indiscriminate attacks are prohibited. Indiscriminate attacks are:

(a) those which are not directed at a specific military objective;

(b) those which employ a method or means of combat which cannot be directed at a specific military objective; or

(c) those which employ a method or means of combat the effects of which cannot be limited as required by this Protocol; and consequently, in each such case, are of a nature to strike military objectives and civilians or civilian objects without distinction.

5. Among others, the following types of attacks are to be considered as indiscriminate:

(a) an attack by bombardment by any methods or means which treats as a single military objective a number of clearly separated and distinct military objectives located in a city, town, village or other area containing a similar concentration of civilians or civilian objects; and

(b) 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.

ปัจจุบัน ที่ว่าเงื่อนไขเหล่านี้ได้ครอบคลุมการทำสงครามที่มุ่งประสงค์โดยลักษณะหรือวัตถุประสงค์เพื่อโจมตีบุคคลหรือทรัพย์สินของกองทัพของฝ่ายศัตรูโดยเฉพาะ ไม่เป็นที่แปลกใจที่ว่ามิชชั่นกว้างสำหรับบางขอบเขตของการชี้ขาด เช่น ได้มีการจำกัดแนวคิดเรื่องการทำสงครามและการปฏิบัติการรบให้แคบเกินไป ในขณะที่ได้ขยายแนวคิดเหล่านี้ไปยังความพยายามในการทำสงครามให้กว้างเกินไป ในฐานะที่ในการสงครามสมัยใหม่ ประชาชนทั้งหมดได้เข้าร่วมในความพยายามในการทำสงครามในบางขอบเขต แม้ว่าเป็นการเข้าร่วมโดยอ้อมก็ตาม ประชาชนไม่อาจถูกมองว่าเป็นพลรบถึงแม้ว่าการปรากฏตัวใกล้กับทรัพย์สินของกองทัพเท่าที่เป็นไปได้นั้นจะทำให้ประชาชนเหล่านั้นออกไปรับกับความเสี่ยง หลักการเดียวกันนี้ได้นำมาใช้กับการรบบแบบกองโจรในสถานที่ซึ่งกองทัพได้มีการจัดเป็นหลายลำดับ การเข้าร่วมการสู้รบโดยตรงได้บ่งบอกถึงความสัมพันธ์ในเชิงเหตุและผลอย่างตรงไปตรงมาระหว่างกิจกรรมที่ได้เข้าไปเกี่ยวข้องและอันตรายที่ได้กระทำต่อศัตรูในเวลาและสถานที่ที่กิจกรรมทางการรบเกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม อาจเป็นที่พึงพอใจสำหรับรัฐต่าง ๆ ที่เป็นภาคีของพิธีสารในการรบ สำหรับการแจ้งให้ทราบซึ่งกันและกันเกี่ยวกับองค์ประกอบของกองทัพตน แม้กระทั่งกระทำโดยการติดต่อในเชิงกฎระเบียบซึ่งพวกเขาจำต้องยอมรับเพื่อยืนยันการปฏิบัติตามพิธีสารฉบับนี้ตามข้อ 84 ⁴¹ (การนำพิธีสารไปใช้) ⁴²

6. Attacks against the civilian population or civilians by way of reprisals are prohibited.

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.

8. Any violation of these prohibitions shall not release the Parties to the conflict from their legal obligations with respect to the civilian population and civilians, including the obligation to take the precautionary measures provided for in Article 57.

⁴¹ Ibid., Art. 84 “The High Contracting Parties shall communicate to one another, as soon as possible, through the depositary and, as appropriate, through the Protecting Powers, their official translations of this Protocol, as well as the laws and regulations which they may adopt to ensure its application. “

⁴² The International Committee of the Red Cross, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Geneva : International Committee of the Red Cross : M. Nijhoff Publishers, 1987), p. 516

โดยสรุปแล้ว เงื่อนไขซึ่งควรได้รับการปฏิบัติสำหรับพลรบที่เข้าร่วมการสู้รบโดยตรงในกรณีพิพาททางอาวุธระหว่างประเทศนั้น พลรบต้องอยู่ภายใต้รัฐคู่สงครามซึ่งแสดงถึงการเป็นตัวตนร่วมกันที่อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ โดยมีการรวมตัวเป็นองค์กรทางทหาร มีการบังคับบัญชาที่เป็นการควบคุมสมาชิกขององค์กร รวมทั้งมีการเคารพต่อกฎและประเพณีของสงครามที่ใช้กับกรณีพิพาททางอาวุธ เงื่อนไขทั้งหมดนี้สมควรได้รับการปฏิบัติอย่างมีประสิทธิภาพ และได้รับการปฏิบัติในระหว่างการรบ

2.3.2 กองทัพต้องประกอบด้วยกองทัพที่จัดอย่างเป็นระบบที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาที่รับผิดชอบต่อรัฐสำหรับการกระทำของผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา

ทุก ๆ กองทัพ กลุ่มนักรบ และหน่วยรบได้รับการก่อตั้งขึ้นอย่างมีความจำเป็นและมีระบบการแบ่งลำดับชั้นยศ ในฐานะที่เป็นอยู่ภายใต้การบัญชาการซึ่งต้องรับผิดชอบต่อรัฐคู่สงครามสำหรับการปฏิบัติการทางทหารในกรณีพิพาท กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ สมาชิกกองทัพทุกคนอยู่ภายใต้การบัญชาการของรัฐคู่สงครามโดยปราศจากข้อยกเว้นใด ๆ โดยไม่ว่าหน่วยรบใดก็ตามไม่ได้รับอนุญาตให้ก่อสงครามเป็นการส่วนตัว⁴³

กรณีของกองทัพที่จัดอย่างเป็นระบบนั้น ถ้อยคำในข้อ 43 วรรค 1 พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949⁴⁴ ใช้คำว่า "organized armed forces" ซึ่งคำว่า "organized" นั้นค่อนข้างมีความยืดหยุ่น ด้วยเหตุที่มีองค์กรทางการทหารจำนวนมากมาย ในเบื้องต้น ควรมีการตีความว่าการต่อสู้ควรอยู่ในลักษณะร่วมกัน กระทำภายใต้การควบคุมที่

⁴³ Ibid , p. 512

⁴⁴ Protocol Additional to the Geneva Conventions 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) 1977, Art. 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."

เหมาะสมและทำตามหลักเกณฑ์ ซึ่งเป็นการแย้งกับการที่แต่ละคนได้ทำการต่อสู้ไปโดยลำพังโดยปราศจากการเตรียมการหรือการฝึกหัดที่พร้อมเพรียงกัน⁴⁵

นอกจากนี้กองทัพยังต้องมีระเบียบวินัยในกองทัพนั้นเป็นตัวบังคับ โดยถึงแม้ว่าสมาชิกของกองทัพไม่ได้เคารพต่อกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับในกรณีพิพาททางอาวุธ ซึ่งทำให้สูญเสียสถานภาพพลรบไปก็ตาม กองทัพที่พลรบนั้นสังกัดอยู่ก็ยังคงผูกพันโดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศเช่นว่า⁴⁶

2.3.3 กรณีรัฐคู่สงครามนำเอาหน่วยคล้ายทหารเข้าร่วมการสู้รบ จะต้องแจ้งต่อรัฐคู่สงครามอื่น ๆ

ข้อ 43 วรรค 3 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949⁴⁷ เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับกรณีของรัฐคู่สงครามได้นำเอาหน่วยคล้ายทหาร (Paramilitary) หรือองค์กรที่มีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมาย (Armed Law Enforcement Agency) เข้าร่วมในการสู้รบในกรณีพิพาททางอาวุธระหว่างประเทศ ซึ่งได้กำหนดเงื่อนไขของการได้สถานภาพพลรบของสมาชิกของหน่วยรบเช่นว่า โดยรัฐคู่สงครามจะต้องแจ้งให้รัฐคู่สงครามฝ่ายอื่นทราบเกี่ยวกับการที่ตนนำเอาหน่วยคล้ายทหารหรือองค์กรที่มีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายมาเข้าร่วมในการสู้รบ

หน่วยคล้ายทหารนั้น เป็นหน่วยรบที่สมาชิกไม่ได้เป็นทหาร แต่มีรูปแบบการปฏิบัติการในลักษณะของทหารในกองทัพ โดยหน่วยคล้ายทหารนั้น มีหลายหน่วย ไม่ว่าจะเป็น ตำรวจตระเวนชายแดน หน่วย Special Weapons Attack Team (SWAT) ของสหรัฐอเมริกา หน่วย Gendarmerie Nationale ของฝรั่งเศส หน่วย People's Armed Police ของสาธารณรัฐ

⁴⁵ The International Committee of the Red Cross, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Geneva : International Committee of the Red Cross : M. Nijhoff Publishers, 1987), p. 512

⁴⁶ Ibid , p. 512

⁴⁷ Protocol Additional to the Geneva Conventions 1949 , and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) 1977, Art. 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.”

ประชาชนจีน หน่วย Bundespolizei ของเยอรมัน เป็นต้น⁴⁸ ทั้งนี้ อาจรวมถึงหน่วยมิลิเชีย หน่วย อาสาสมัคร หรือขบวนการต่อต้านก็ได้

ในการประชุมยกข้อ 43 ของพิธีสารฉบับที่ 1 ปี 1977 นี้ ได้มีประเด็นถกเถียงกันพอสมควร โดยได้มีการเสนอว่าไม่ให้มีการเอาหน่วยงานตำรวจเข้ามาเกี่ยวข้องในเรื่องของการได้มาซึ่งสถานภาพพลรบ เนื่องจากจะเป็นการซ้ำซ้อนกับการทำหน้าที่ของทหารที่เป็นสมาชิกของกองทัพ อีกทั้งยังมีปัญหาเกี่ยวกับเรื่องของนิยามของคำว่า Police Force อีกด้วย แต่ในที่สุดที่ประชุมก็ได้ลงมติให้เอาคำว่า หน่วยคล้ายทหาร (Paramilitary) และองค์กรที่มีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมาย (Armed Law Enforcement Agency) เข้ามาใช้ในข้อ 43 วรรค 3 นี้ เพื่อเป็นการตัดปัญหาที่เกี่ยวกับคำว่า Police Force ออกไป โดยที่ประชุมมองว่าเป็นการยากที่จะตัดเอาหน่วยคล้ายทหาร หรือหน่วยงานตำรวจที่มีหน้าที่ในการปฏิบัติการสู้รบออกไป เนื่องจากกฎหมายภายในของหลายประเทศได้กำหนดให้มีการนำเอาหน่วยรบเช่นว่าเข้าสู่รบในกรณีพิพาททางอาวุธระหว่างประเทศได้ จึงให้มีการระบุหน่วยคล้ายทหารและองค์กรที่มีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายลงไปในข้อ 43(3) นี้ โดยระบุเพิ่มเติมไปว่ารัฐคู่สงครามจะต้องแจ้งให้รัฐคู่สงครามฝ่ายอื่นทราบถึงหน่วยรบ เช่นว่าที่จะต้องทำการสู้รบในสงครามนั้น⁴⁹

2.3.4 กรณีที่พลรบนั้นทำการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศด้วยสงคราม พลรบนั้นไม่สูญเสียสถานภาพพลรบ

ในข้อ 44 วรรค 2 ในพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 นั้นได้มีหลักการเกี่ยวกับเรื่องผลกระทบต่อสถานภาพพลรบหากพลรบผู้นั้นไม่ปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสงคราม

⁴⁸ <http://en.wikipedia.org/wiki/Paramilitary>

⁴⁹ The International Committee of the Red Cross , Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 , (Geneva : International Committee of the Red Cross : M. Nijhoff Publishers, 1987), p. 517-518

ภายใต้เงื่อนไขของข้อ 85 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3⁵⁰ นั้น กรณีที่เชลยศึกได้ถูกดำเนินคดีภายใต้กฎหมายของรัฐที่ทำการควบคุมตัวจากการกระทำที่ได้กระทำลงไปก่อนถูกจับกุมตัว เชลยศึกผู้นั้นยังคงได้รับประโยชน์จากอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 อยู่ดี แม้ว่าคดีนั้นจะได้รับการตัดสินไปแล้วก็ตาม นั้นหมายความว่า การละเมิดต่อหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับในกรณีพิพาททางอาวุธโดยพลรบไม่ได้เป็นการลิดรอนสิทธิของพลรบในการได้รับการปฏิบัติในฐานะที่เป็นเชลยศึก ในข้อ 44 วรรค 2 ก็เช่นกัน ไม่ว่าประเด็นการปฏิบัติตามกฎและจารีตประเพณีแห่งสงครามจะไปเกี่ยวข้องกับนักรบที่ทำการสู้รบแบบกองโจรหรือทหารในกองทหารประจำก็ตาม ถ้าพลรบเช่นว่าได้ละเมิดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับในกรณีพิพาททางอาวุธแล้ว ประเด็นข้อเท็จจริงเช่นว่าไม่อาจทำให้สูญเสียสถานภาพพลรบไป⁵¹

เมื่อมองถึงสมาชิกของกองทหารประจำแล้ว พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ไม่ได้เปลี่ยนแปลงเงื่อนไขเกี่ยวกับสถานการณ์ที่ได้กำหนดเอาไว้ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 แต่อย่างใด พลรบที่เป็นสมาชิกของกองทหารประจำเหล่านี้ก็ยังคงเป็นเชลยศึกอยู่ดีเมื่อถูกจับกุมตัว แม้หลังจากที่พวกเขาได้รับการตัดสินชี้ขาดความผิดโดยศาลว่าล่วงละเมิดต่อกฎหมายสงคราม สมาชิกทุก ๆ คนของกองทัพที่ได้รับการยอมรับโดยพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ที่ทำการรบแบบกองโจรนั้น ได้รับประโยชน์จากสิทธิพิเศษในฐานะที่ตนเป็นเชลยศึกเมื่อถูกจับกุมตัวเช่นเดียวกัน และอยู่ภายใต้ข้อจำกัดเดียวกันด้วย อย่างไรก็ตาม นักรบกองโจรนี้ไม่อาจถูกดำเนินคดีสำหรับกรณีที่ได้จับอาวุธเข้าต่อสู้ในฐานะที่ก่อนถูกจับกุมตัว พวกเขามีสถานะเป็นพลรบที่ชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้ว⁵²

2.3.5 พลรบมีการแยกแยะตนเองให้แตกต่างจากพลเรือน

⁵⁰ Geneva Convention III 1949 relative to the Treatment of Prisoners of War, Art. 85

“Prisoners of war prosecuted under the laws of the Detaining Power for acts committed prior to capture shall retain, even if convicted, the benefits of the present Convention..

⁵¹ The International Committee of the Red Cross, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Geneva : International Committee of the Red Cross : M. Nijhoff Publishers, 1987), p. 525-526

⁵² Ibid , p. 526

ในข้อ 44 (3) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949⁵³ ได้มีการระบุถึงการที่พลรบต้องแยกแยะตนเองให้แตกต่างจากพลเรือน ซึ่งมีส่วนสำคัญในการลดความสูญเสียของเหยื่อสงครามในกรณีพิพาททางอาวุธที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐคู่สงคราม 2 ฝ่ายหรือมากกว่านั้น โดยให้มีเครื่องแบบการแต่งกายเฉพาะเพื่อให้ดูแตกต่างไปจากพลเรือนอย่างชัดเจน อีกทั้งถืออาวุธโดยเปิดเผยอันส่งผลให้พลรบของคู่สงครามสามารถมองเห็นเป้าหมายทางทหารได้ง่ายและช่วยให้สามารถโจมตีไปยังเป้าหมายทางทหารได้แม่นยำ โดยไม่มีผลกระทบต่อพลเรือนในพื้นที่นั้น

หลักการที่เกี่ยวข้องกับการที่พลรบต้องแยกตัวออกจากพลตามพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 มีดังนี้

2.3.5.1 การได้สถานภาพพลรบจากการที่พลรบแยกแยะตนเองให้แตกต่างจากพลเรือน

บทบัญญัติในข้อ 44(3) นี้ได้วางหลักการพื้นฐานซึ่งพลรมมีพันธะในการแยกแยะตนเองให้แตกต่างจากพลเรือนในระหว่างที่ทำการโจมตี การปฏิบัติการทางทหารเพื่อเตรียมพร้อมสำหรับการเข้าโจมตี หรือในการกระทำใด ๆ ก็ตามที่ได้กระทำไปเพื่อมุ่งให้เกิดการโจมตีนั้น ๆ อาจจะเป็นข้อผิดพลาดในการมองว่าเป็นการกล่าวพอสั่งเขบหรือมองว่าเป็น

⁵³ Protocol Additional to the Geneva Conventions 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) 1977, Art. 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. Recognizing, however, that there are situations in armed conflicts where, owing to the nature of the hostilities an armed combatant cannot so distinguish himself, he shall retain his status as a combatant, provided that, in such situations, he carries his arms openly:

(a) during each military engagement, and

(b) during such time as he is visible to the adversary while he is engaged in a military deployment preceding the launching of an attack in which he is to participate.

Acts which comply with the requirements of this paragraph shall not be considered as perfidious within the meaning of Article 37, paragraph 1 (c). “

บทบัญญัติซึ่งอ้างถึงปฏิบัติการทางทหารเช่นว่าโดยไม่ได้กล่าวถึงการรบแบบกองโจร ในความเป็นจริง ภายใต้เงื่อนไขปกติ สมาชิกของกองทหารประจำเช่นว่าได้สวมใส่เครื่องแบบในการเข้าร่วมการสู้รบเป็นปกติอยู่แล้วและบทบัญญัตินี้ไม่ได้มุ่งประสงค์เพื่อเปลี่ยนการปฏิบัตินั้น ดังนั้น นักรบกองโจรจึงเป็นประเด็นหลักที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติข้อนี้ ซึ่งก็ได้มีตัวบ่งชี้เอาไว้ในประโยคที่ 2 ของข้อ 44วรรค 3 ว่าเป็นข้อยกเว้นอย่างแน่นอนจริง ๆ⁵⁴

ตามความเห็นของของผู้แทนรัฐบาลบางฝ่าย การแยกแยะตนเองให้ดูแตกต่างจากพลเรือนนี้ควรได้รับการยอมรับอย่างชัดเจนตามที่ปรากฏในข้อ 4A(2)(b) ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 และควรได้รับการยอมรับตลอดทั้งปฏิบัติการทางทหาร ซึ่งไม่ได้แตกต่างไปจากมาตรฐานที่ได้รับการยอมรับในทางระหว่างประเทศ ข้อสรุปอย่างน้อยที่สุด คือ พลรบติดอาวุธผู้ใดก็ตามควรแยกแยะตนเองให้ดูแตกต่างจากพลเรือนด้วยวิธีการสวมใส่เครื่องแบบที่มีลักษณะเฉพาะซึ่งสามารถมองเห็นได้ทราบเท่าที่ ยังคงติดอาวุธ รวมถึงสิ่งใดก็ตามที่เป็นอาวุธโดยลักษณะของมัน ในทางกลับกัน เป็นที่สงสัยว่าพันธกรณีได้ขยายไปยังสมาชิกของกลุ่มนักรบกองโจรซึ่งไม่ได้ติดอาวุธและอาจเข้าร่วมปฏิบัติการทางทหารได้ไม่จำกัดซึ่งยังคงเป็นการเข้าร่วมการรบโดยอ้อม ทั้งนี้ มองจากถ้อยคำในข้อ 44 วรรคที่ 2 ซึ่งใช้กับคำว่า “ติดอาวุธ (armed)” ในฐานะที่เป็นหลักทั่วไป พลรบประเภทนี้ซึ่งกิจกรรมทางการรบเป็นตัวบอกถึงสถานภาพควรเข้าร่วมการสู้รบโดยตรงเฉพาะอยู่แล้ว⁵⁵

ท้ายที่สุด เหตุผลอันเป็นที่มาของบทบัญญัตินี้ มาจากเงื่อนไขซึ่งอ้างว่า “เพื่อส่งเสริมการคุ้มครองพลเรือนจากผลกระทบของการสู้รบ” ซึ่งพลรบมีพันธะที่ต้องแยกแยะตนเองให้แตกต่างจากพลเรือน เพื่อให้แน่ใจว่า ได้เคารพและปกป้องประชาชนพลเรือนซึ่งการแยกแยะเช่นว่าจะต้องทำให้เกิดขึ้นอย่างเป็นไปได้ หากมีการเข้าต่อสู้ของกลุ่มนักรบกองโจรซึ่งไม่อาจแยกแยะตนเองให้แตกต่างจากพลเรือนได้เกิดขึ้นแล้ว เป็นที่แน่นอนว่าความมั่นคงปลอดภัยของประชาชนพลเรือนจะถูกคุกคามได้ ซึ่งในพื้นที่ที่ไม่ได้มีการยึดครองนั้น นักรบกองโจรสามารถแยกตนเองให้แตกต่างจากพลเรือนได้เมื่อเข้าร่วมปฏิบัติการทางทหาร จึงเป็นที่แน่นอนว่าหลักมนุษยธรรมที่ต้องมีการนำมาใช้ที่รวมถึงการสวมใส่เครื่องแบบด้วยนั้นได้มีการนำมาใช้ตลอด

⁵⁴ The International Committee of the Red Cross, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Geneva : International Committee of the Red Cross : M. Nijhoff Publishers, 1987), p. 527

⁵⁵ Ibid , p. 527-528

กิจกรรมทางทหารในทุกกรณีซึ่งไม่ได้รับการทำให้มีการครอบคลุมโดยประโยคที่ 2 ของข้อ 44 วรรค 3 แห่งพิธีสาร 1977 ฉบับที่ 1 นี้⁵⁶

หลักในข้อ 44 วรรค 3 ที่ให้พลรบต้องทำการแยกแยะตนเองให้ดูแตกต่างจากพลเรือนเพื่อคุ้มครองพลเรือนจากผลกระทบของการสู้รบนั้นก็มีข้อยกเว้นในประโยคที่ 2 ของข้อ 44 วรรค 3 ซึ่งโดยธรรมชาติของการรบนั้น พลรบติดอาวุธไม่อาจแยกแยะตนเองให้แตกต่างจากพลเรือนได้ หากพลรบเช่นว่าทำการถืออาวุธโดยเปิดเผย ในสถานการณ์ดังต่อไปนี้ พลรบผู้นั้นยังคงมีสถานภาพพลรบตามพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949

(ก) ถืออาวุธโดยเปิดเผยในการเข้าทำการสู้รบแต่ละครั้ง

ในข้อ (a) นี้ จุดที่เกี่ยวกับการถืออาวุธโดยเปิดเผยระหว่างที่มีการปฏิบัติการทางทหารเป็นเรื่องที่ชัดเจนในตัวของมัน หมายความว่าอาวุธจะต้องมีการถืออย่างเปิดเผยในระหว่างที่มีการเข้าปะทะ ไม่ว่าจะเป็นการเข้าจู่โจมหรือตั้งรับ⁵⁷ หรือ

(ข) ถืออาวุธอย่างเปิดเผยในช่วงที่นักรบเหล่านั้นสามารถมองเห็นได้โดยฝ่ายศัตรู ในขณะที่ได้เข้าร่วมในการวางกำลังทหารในพื้นที่ก่อนหน้าที่จะทำการโจมตี⁵⁸

ในข้อ (b) นั้น เป็นเรื่องของการถืออาวุธโดยเปิดเผยในขณะที่มีการวางกำลังในพื้นที่ในลักษณะของการตั้งรับการโจมตี อย่างไรก็ตาม ยังไม่มีความแตกต่างที่มากมายในความเห็นในระหว่างที่มีการประชุมทางการทูตเกี่ยวกับการตีความ ผู้รายงานได้ให้ความเห็นว่า

“ ผู้แทนบางฝ่ายได้อ้างว่าตนเข้าใจว่าเป็นความหมายของการเคลื่อนที่ใด ๆ ที่มุ่งไปยังสถานที่ที่การโจมตีต้องเริ่มขึ้นจากที่นั้น ผู้แทนคนอื่นก็ได้แสดงความคิดเห็นว่ารวมถึง

⁵⁶ Ibid , p. 528

⁵⁷ Ibid , p. 534

⁵⁸ Protocol Additional to the Geneva Conventions 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) 1977, Art. 44 (3)(b) “during such time as he is visible to the adversary while he is engaged in a military deployment preceding the launching of an attack in which he is to participate.”

การเคลื่อนย้ายครั้งสุดท้ายไปยังสถานที่ตั้งสำหรับการโจมตี ผู้แทนอีกหลายคนกล่าวว่า รวมถึงเฉพาะช่วงเวลาก่อนการโจมตีในทันที”⁵⁹

สำหรับผู้ที่สนับสนุนการตีความแรก การวางกำลังทหารในพื้นที่ที่จะทำขึ้น ต่อเมื่อพลรบนายหนึ่งหรือหลายนายได้เคลื่อนออกจากจุดรวมพลหรือจุดนัดพบด้วยความมุ่งหมายเพื่อดำเนินตามวัตถุประสงค์ และในจุดนี้ ต้องมีการถืออาวุธโดยเปิดเผยโดยไม่ต้องคำนึงถึงความเสี่ยง ถ้อยคำนี้ย่อหมายถึง “การเคลื่อนพลในทางการยุทธ์ที่ไม่มีการขัดจังหวะไปยังสถานที่ซึ่งการเข้าโจมตีได้เริ่มต้นขึ้นจากจุดนั้น” การเคลื่อนพลซึ่งพลรบไม่สามารถอาศัยการไม่แยกตัวออกจากพลเรือนเป็นองค์ประกอบในการโจมตีโดยฉับพลัน⁶⁰ มีปัญหาที่สำคัญคือ มีสิ่งที่มีมากกว่าความแตกต่างโดยนัยระหว่างการเคลื่อนที่ใด ๆ ไปยังจุดที่การโจมตีได้เริ่มขึ้น การวางกำลังทหารในครั้งสุดท้ายก่อนการโจมตีเมื่อพลรบกำลังเข้าประจำตำแหน่งก่อนการเข้าทำการสู้รบ รวมถึงการรวมพลโดยทันทีก่อนทำการเข้าปะทะซึ่งเกิดพร้อม ๆ กับการเริ่มโจมตี ปัจจุบันการละเมิดหลักในเรื่องนี้นำมาสู่การนำเอาวรรค 4 ของข้อ 44 มาใช้ซึ่งเปิดโอกาสให้มีการลงโทษ⁶¹

อย่างไรก็ตาม การวางกำลังทหารในพื้นที่ที่อยู่ภายใต้หลักการถืออาวุธโดยเปิดเผยโดยทหารซึ่งได้เข้าร่วมการสู้รบเท่านั้น ซึ่งต้องเป็นในช่วงที่พลรบเชื่อว่าสามารถมองเห็นได้โดยฝ่ายศัตรู เงื่อนไขนี้เป็นการบอกอย่างเป็นทางการเป็นนัยว่าพลรบรู้หรือควรรู้ว่าตนเป็นที่มองเห็นได้โดยฝ่ายศัตรู และเมื่อไม่ทำตามพันธกรณีเช่นว่า ก็ไม่อาจได้รับสถานะภาพพลรบตามพิธีสารฉบับนี้ ผู้แทนคนหนึ่งซึ่งได้แสดงความเห็นในเรื่องนี้ในการประชุมโดยมองว่า นักรบกองโจรต้องถืออาวุธโดยเปิดเผยในระยะเวลาที่สามารถมองเห็นได้โดยพลรบฝ่ายศัตรูเท่านั้น ขณะที่ตัวแทนของกลุ่มเคลื่อนไหวเพื่อปลดปล่อยแห่งชาติได้เสริมว่าต้องมองเห็นได้โดยการใช้ตาเปล่า ซึ่งไม่รวมเอาเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ในการค้นหาและสังเกตการณ์เข้าไปด้วย การตีความนี้ได้รับการชี้ขาดโดยข้อเท็จจริงที่ว่าส่วนใหญ่เมื่อนักรบผู้นั้นสามารถมองเห็นได้โดยตรง ซึ่งนักรบกองโจรสามารถเปิดการโจมตีและฝ่ายศัตรูอาจถูกคุกคามโดยฉับพลัน ดังนั้น การแยกแยะระหว่างพลรบและพลเรือนจะต้องชัดเจน หากการแยกแยะระหว่างพลรบและพลเรือนเกิดความสับสนแล้ว ย่อมเกิดความล้มเหลวใน

⁵⁹ The International Committee of the Red Cross, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Geneva : International Committee of the Red Cross : M. Nijhoff Publishers, 1987), p. 534

⁶⁰ Ibid , p. 534-535

⁶¹ Ibid , p. 535

การนำพิธีสารนี้มาใช้บังคับ นอกจากนี้ ยังเป็นการยอมรับความเสี่ยงในการเป็นเป้าหมายทางทหารที่ชอบด้วยกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศโดยนักรบกองโจรซึ่งเป็นการจำแนกนักรบเหล่านี้ออกจากผู้ก่อการร้ายด้วย⁶²

ในทางกลับกัน หลักเกณฑ์ในการถืออาวุธโดยเปิดเผยและการวางกำลังทหารในพื้นที่นั้นไม่ได้ให้คำตอบในกรณีของที่ตั้งพลรบในชุดพลเรือนใช้อาวุธซึ่งไม่จำเป็นต้องเปิดเผยออกมาก่อนเวลาจำเป็น ตัวอย่างเช่น ซอนระเบิดขวางเอาไว้ในกระเป๋าคือข้อเท็จจริงอันนี้ไม่อาจได้รับการมองข้าม อย่างไรก็ตาม ในกรณีนี้ สถานการณ์ไม่ได้แตกต่างจากสิ่งซึ่งได้ใช้ต่อกับระเบิดและเป่าระเบิดลง โดยเอาไปใช้ในกองทหารประจำโดยพื้นฐาน ดังนั้น จึงมีเฉพาะการสวมใส่สัญลักษณ์ที่มีความโดดเด่นเมื่อได้ทำการวางอุปกรณ์เหล่านี้ประจำตำแหน่ง ซึ่งพลรบเหล่านี้สามารถแยกตัวออกจากพลเรือนได้⁶³

โดยสรุปแล้ว ถ้อยคำของประโยคที่ 2 ของวรรค 3 ได้แสดงถึงการประนีประนอมซึ่งได้รับการทำให้บรรลุผลหลังจากการเจรจาที่ใช้ระยะเวลาานาน ผู้รายงานได้ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับข้อ 44 ทั้งหมดซึ่งเอามาใช้โดยส่วนใหญ่ว่า

“ ได้มีการแสดงถึงพัฒนาการในทางกฎหมายเดินใกล้เข้าไปสู่ความเป็นจริงมากขึ้น ในขณะที่ในเวลาเดียวกัน การให้นักรบกองโจรมีแรงจูงใจในการแยกแยะตัวเองออกจากพลเรือนในที่ซึ่งผู้นั้นอาจได้รับการคาดหมายให้ทำเช่นนั้นได้”⁶⁴

อย่างไรก็ตาม มีข้อเท็จจริงที่ว่า การประชุมครั้งนี้ ในท้ายที่สุด ก็ได้เงื่อนไขพอสังเขปตามที่ได้คาดหวังไว้ ไม่ว่าจะเป็นเพราะการขาดการเอ่ยถึงกลุ่มเคลื่อนไหวเพื่อปลดปล่อยแห่งชาติหรือนักรบกองโจร การตีความของคำว่า “การวางกำลังทหารในพื้นที่ (Military Deployment)” ยังคงมีหลายความเห็น ถึงแม้ว่าหลักการนี้ไม่ได้กำหนดขอบเขตในการบังคับใช้กับสถานการณ์เฉพาะอย่างแน่ชัด และมนุษย์เราก็ต้องการให้มีการนำมาใช้ จากความเห็นที่เหมาะสมผลประโยชน์พื้นฐานของกลุ่มพลเรือนและความหวังของคู่สงครามที่ไม่ให้ประชาชนดูแปลกแยก

⁶² Ibid , p. 535-536

⁶³ Ibid , p.536

⁶⁴ Ibid , p.536

ในการกระทำซึ่งอาจนำไปสู่ความผิดพลาดอย่างใหญ่หลวงหรือการนำไปใช้ในทางที่ผิด ควรกำหนดให้มีการตีความที่สมเหตุสมผลที่สุดที่เป็นไปได้ในการตีความเฉพาะ บางที ทางแก้ปัญหามาดังกล่าวต้องอยู่ในสถานการณ์เฉพาะจึงจะดีที่สุด ในฐานะที่ได้มีสิ่งปรากฏออกมาจากการที่ได้ปฏิสัมพันธ์กันต่าง ๆ นานา เช่น การค้นคว้าเกี่ยวกับแ่งมุมทั้ง 2 ด้านการตีความโดยทันทีซึ่งใช้ได้ ในทางปฏิบัติ พันธกรณีในการถืออาวุธโดยเปิดเผยในช่วงของการแปรขบวนทัพก่อนที่จะมีการเริ่มการเข้าปะทะควรแสดงให้เห็นถึงความเท่าเทียมกันในความเป็นจริงเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพ ซึ่งเป็นการแสดงถึงความได้เปรียบเชิงเปรียบเทียบระหว่างคู่สงครามอันเป็นการวิเคราะห์ขั้นสุดท้ายได้⁶⁵

2.3.5.2 บทลงโทษในกรณีของการฝ่าฝืนเงื่อนไขที่ได้วางเอาไว้ใน ประโยคที่ 2 ของข้อ 44 วรรค 3

เป็นหลักการในข้อ 44 วรรค 4 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977⁶⁶ ที่เกี่ยวข้องกับบทลงโทษในกรณีที่พลรบผู้หนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อ 44 วรรค 3 ในประโยคที่ 2 การนำไปสู่วรรคนี้ได้ก่อให้เกิดความยากลำบากบางอย่าง เนื่องจากได้มีความกังวลในเชิงสาระสำคัญเกี่ยวกับการคุ้มครองพลเรือน ผู้แทนต่าง ๆ ต้องการให้พลรบผู้ใดก็ตามที่ไม่ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขขั้นต่ำในเรื่องของการแยกแยะตนเองให้แตกต่างจากพลเรือนอื่นช่วยให้ฝ่ายศัตรูมองเห็นได้โดยง่ายตามข้อ 44 วรรค 3 ต้องเสียสถานภาพพลรบไป กรณีนี้ ผู้แทนคนอื่น ๆ ได้ให้คำตอบว่าพลรบผู้หนึ่งจะต้องไม่สวมใส่สัญลักษณ์ที่มองเห็นได้ในระยะไกลจะส่งผลให้มีความกลมกลืนกับพลเรือนยิ่งกว่าพลรบอื่น ๆ จึงต้องถูกทำให้เสียสถานภาพนี้ไป ยิ่งกว่านั้น ตัวแทนของกลุ่มเคลื่อนไหวได้

⁶⁵ Ibid , p.536

⁶⁶ Protocol Additional to the Geneva Conventions 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) 1977, Art. 44 (4) "A combatant who falls into the power of an adverse Party while failing to meet the requirements set forth in the second sentence of paragraph 3 shall forfeit his right to be a prisoner of war, but he shall, nevertheless, be given protections equivalent in all respects to those accorded to prisoners of war by the Third Convention and by this Protocol. This protection includes protections equivalent to those accorded to prisoners of war by the Third Convention in the case where such a person is tried and punished for any offences he has committed."

เรียกร้องให้ตนได้รับสถานะตามข้อ 1 วรรค 4 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิจารณาทางแก้ปัญหาอื่น ๆ ที่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อตน

อย่างไรก็ตาม เมื่อจบสิ้นการประชุมในครั้งที่ 3 ข้อความในข้อ 44 วรรค 4 ได้เกิดขึ้นมาจากหลักการต่าง ๆ ที่ขัดแย้งกัน ซึ่งดูเหมือนว่าจะไม่สามารถประนีประนอมกันได้ ตามความเห็นของผู้รายงานนั้นเห็นว่า

“ ได้มีการพิจารณาว่าเป็นพื้นฐานสำหรับการประนีประนอม โดยได้รับการสนับสนุนเป็นอันมาก ในสาระสำคัญแล้ว วรรค 4 ได้ให้สถานะที่แตกต่างอย่างเท่าเทียมกันต่อพลรบที่ถูกจับกุมตัวในขณะที่ไม่ได้ปฏิบัติตามหลักว่าด้วยการแยกตัวออกจากพลเรือนในประโยคที่ 2 ของวรรค 3 พลรบเช่นว่าไม่อาจเป็นเชลยศึก (และภายในวรรค 3 พลรบเหล่านี้สูญเสียสถานภาพพลรบอีกด้วย) แต่พวกเขาน่าจะได้รับประโยชน์จากความคุ้มครองในทางสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติที่เทียบเท่ากับเชลยศึกในอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ตัวแทนหลายคนได้ชี้ว่าวรรคนี้ไม่ได้มุ่งหมายเพื่อคุ้มครองผู้ก่อการร้ายผู้แอบลักลอบทำร้ายประชาชน”⁶⁷

ประโยคแรกประกอบด้วยหลักการที่ว่าพลรบซึ่งละเมิดบทบัญญัติในประโยคที่ 2 ของวรรค 3 ได้สูญเสียสิทธิในการเป็นเชลยศึก แต่ยังคงมีสิทธิในการได้รับการปฏิบัติในฐานะเชลยศึกอยู่ ประโยคที่ 2 ระบุว่าพลรบผู้นั้นจำเป็นต้องได้รับการประกันตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ในกรณีของการได้รับการพิจารณาดีและถูกลงโทษตามความผิดที่ได้กระทำลงไป⁶⁸

ประโยคแรกของข้อ 44 วรรค 4 นี้ครอบคลุมถึงพลรบซึ่งความเป็นสมาชิกในกองทัพตามข้อ 43 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ไม่ว่าจะ

⁶⁷ The International Committee of the Red Cross, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, (Geneva : International Committee of the Red Cross : M. Nijhoff Publishers, 1987), p. 537-538

⁶⁸ Ibid. , p. 538

ปัญหาเกี่ยวกับการเป็นสมาชิกนั้นจะยุติลงโดยเหตุผลของข้อสันนิษฐานตามข้อ 45 วรรค 1 ที่เกี่ยวข้องกับกรณีสืบสวนผู้ที่เกี่ยวข้องการสู้รบโดยตรง หรือไม่ก็ตาม หลักการในประเด็นนี้ยังได้ครอบคลุมพลรบที่ถูกจับกุมตัว โดยได้ฝ่าฝืนเงื่อนไขเรื่องการถืออาวุธโดยเปิดเผย ดังนั้น จึงอาจเป็นพลรบที่แยกตัวออกจากพลเรือนโดยการถืออาวุธโดยเปิดเผยในสถานการณ์ที่ซึ่งข้อยกเว้นในวรรค 3 ไม่อาจใช้บังคับได้ ข้อความในเรื่องนี้มีความกระจ่างชัดตรงไปตรงมา พลรบที่เสียสิทธิในการได้รับการพิจารณาว่าเป็นเชลยศึกแต่ก็ยังคงได้รับการปฏิบัติในฐานะเชลยศึก ในกรณีนี้ เมื่อได้อ้างถึงถ้อยคำของประโยคที่ 2 ของวรรค 3 ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องของการถืออาวุธโดยเปิดเผยแล้ว ต้องระลึกเอาไว้ว่าบุคคลเหล่านี้ได้เสียสถานภาพของพลรบไปแล้ว ดังนั้น การดำเนินคดีจึงเป็นไปได้ แม้ว่าผู้เหล่านั้นจะไม่อาจต้องรับโทษตามสถานการณ์นั้น ๆ ก็ตาม กล่าวอีกนัยหนึ่ง บุคคลเช่นนี้อาจตกอยู่ภายใต้อำนาจของกฎหมายอาญาของรัฐคู่สงครามที่ได้จับกุมผู้เหล่านั้น อย่างน้อยที่สุด ถือเป็นหลักการของผู้แทนส่วนใหญ่ในที่ประชุม อย่างไรก็ตาม ผู้แทนผู้หนึ่งไม่ได้เน้นความระบือเบี่ยงกฎเกณฑ์มากนัก ซึ่งเขาได้ประกาศว่า ในทางทฤษฎี พลรบผู้เหล่านั้นไม่อาจมีสถานภาพเชลยศึก หลักการมุมมองใดก็ตามที่มีคนสนับสนุน กระบวนการทางกฎหมายอาญาก็ยังคงมีอยู่ในกรณีของการละเมิดบทบัญญัติข้อ 37 พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949⁶⁹ ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีของพลรบที่อาจถูกกล่าวหาว่าได้ทำการฆ่าหรือทำให้ศัตรูได้รับบาดเจ็บ โดยใช้วิธีการล่อลวงให้เข้าใจผิด⁷⁰

⁶⁹ Protocol Additional to the Geneva Conventions 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) 1977, Art. 37 :

“1. It is prohibited to kill, injure or capture an adversary by resort to perfidy. Acts inviting the confidence of an adversary to lead him to believe that he is entitled to, or is obliged to accord, protection under the rules of international law applicable in armed conflict, with intent to betray that confidence, shall constitute perfidy. The following acts are examples of perfidy:

- (a) the feigning of an intent to negotiate under a flag of truce or of a surrender;
- (b) the feigning of an incapacitation by wounds or sickness;
- (c) the feigning of civilian, non-combatant status; and

(d) the feigning of protected status by the use of signs, emblems or uniforms of the United Nations or of neutral or other States not Parties to the conflict.”

⁷⁰ The International Committee of the Red Cross, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, (Geneva : International Committee of the Red Cross : M. Nijhoff Publishers, 1987), p. 538-539

ประโยคที่ 2 ของข้อ 44 วรรค 4 นั้น ไม่ได้รับการเรียกร้องให้อธิบายขยายความอย่างละเอียดมากนัก เมื่อพลรบผู้หนึ่งถูกจับกุมตัวในขณะที่ตนไม่ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ได้ระบุเอาไว้ในประโยคที่ 2 ของข้อ 44 วรรค 3 อันเป็นเรื่องของการถืออาวุธโดยเปิดเผย ก็ยังคงได้รับการปฏิบัติในฐานะเชลยศึก อีกทั้งยังได้รับการประกันสิทธิตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 อันเกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาโทษและวินัย (ข้อ 82-108) อย่างไรก็ตาม ยังหมายความว่า อีกร่างข้อบังคับและมาตรการอื่น ๆ สำหรับการนำไปใช้เป็นการทั่วไปของกองทัพของรัฐที่ทำการควบคุมตัวพลรบผู้นั้น ไม่ได้ให้การยอมรับเป็นกรณีพิเศษในเรื่องของการเอาหลักเกี่ยวกับสถานการณ์ยกเว้นตามวรรค 3 มาใช้บังคับได้ หรือการตีความหลักการนี้ของรัฐคู่สงครามฝ่ายศัตรู โดยกระบวนการพิจารณาโทษตามข้อ 82 และ 85 ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 อาจได้รับการส่งเสริมสำหรับสมาชิกของกองทัพของคู่สงครามในกรณีที่กระบวนการนี้มีการนำมาบังคับใช้ อย่างเท่าเทียมกันและมีการฝ่าฝืนหลักการแห่งวรรค 3 ในกรณีที่คล้ายกัน⁷¹

2.3.5.3 ข้อจำกัดของการนำเอาบทลงโทษในข้อ 44 วรรค 4 ไปบังคับใช้กับพลรบที่ถูกจับกุมในระหว่างการสู้รบ

ในข้อ 44 วรรค 5 ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ปี 1977⁷² เป็นเรื่องของพลรบที่ไม่ได้เข้าร่วมในการสู้รบหรืออยู่ในระหว่างเตรียมการเข้าสู้รบ เมื่อตกไปอยู่ภายใต้อำนาจของคู่สงครามฝ่ายศัตรู เมื่อพลรบผู้นั้นไม่ได้ทำการแยกแยะตนเองให้แตกต่างจากพลเรือนตามพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 นี้ พลรบผู้นั้นไม่เสียสถานภาพพลรบแต่ประการใด เนื่องจากตนไม่ได้กระทำการสู้รบทั้ง ๆ ที่ตนไม่ได้แยกแยะตัวเองให้แตกต่างจากพลเรือนจนส่งผลให้พลเรือนต้องเสี่ยงต่อการเป็นเหยื่อของสงคราม

ผู้รายงานได้อธิบายเอาไว้ดังนี้

“วรรค 5 เป็นการค้นพบครั้งสำคัญที่ได้พัฒนาภายใต้คณะกรรมการ ซึ่งจะยืนยันว่า

⁷¹ Ibid. , p. 539

⁷² Protocol Additional to the Geneva Conventions 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) 1977, Art. 44 (5) “Any combatant who falls into the power of an adverse Party while not engaged in an attack or in a military operation preparatory to an attack shall not forfeit his rights to be a combatant and a prisoner of war by virtue of his prior activities .”

พลรบที่ถูกจับกุมตัวในขณะที่ไม่ได้เข้าร่วมในการสู้รบหรือปฏิบัติการทางทหารที่เตรียมพร้อมสำหรับการสู้รบนั้น ได้สิทธิในฐานะที่เป็นพลรบและเชลยศึกไม่ว่าผู้นั้นได้ละเมิดหลักการในประโยคที่ 2 ของข้อ 44 วรรค 3 ก่อนหน้านั้นหรือไม่ หลักการนี้ในหลาย ๆ กรณี ควรครอบคลุมนักโทษส่วนใหญ่และจะต้องคุ้มครองนักโทษเหล่านั้นจากความพยายามใด ๆ ในการค้นหาหรือแก้งตักแต่งข้อเท็จจริงในอดีตเพื่อให้พวกเขาเหล่านั้นสูญเสียความคุ้มครอง”⁷³

ดังนั้น เฉพาะสมาชิกของกองทัพที่ถูกจับกุมตัวในระหว่างทำการสู้รบโดยไม่แยกแยะตนเองให้แตกต่างจากพลเรือนเท่านั้นที่อาจเสียสถานภาพพลรบและสิทธิในการได้รับการปฏิบัติในฐานะเชลยศึกได้ สำหรับข้อ 44 วรรค 4 ในการนำมาบังคับใช้นั้น เป็นสิ่งจำเป็นที่การฝ่าฝืนเงื่อนไขเกี่ยวกับการถืออาวุธโดยเปิดเผยจะต้องได้กระทำในเวลาที่มีมีการจับกุมหรือก่อนหน้าการจับกุม ความเชื่อมโยงระหว่างการละเมิดกฎหมายสงครามและการจับกุมต้องใกล้เคียงกัน อย่างเพียงพอที่จะให้ผู้ทำการจับกุมได้สังเกตเห็นด้วยตนเอง ดังนั้น จึงเป็นกรณีของ ไม่มีข้อสงสัยว่านี่เป็น การเปลี่ยนแปลงเท่าที่จำเป็น โดยพลรบที่ถูกจับกุมตัวในขณะที่ไม่ได้ทำการละเมิดต่อกฎหมายสงคราม ไม่อาจมีความรับผิดชอบต่อการกระทำที่ได้ทำไปก่อนหน้านี้ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ ฝ่ายศัตรูไม่อาจมองว่าพลรบผู้นั้นต้องเสียสถานภาพพลรบและเชลยศึก เว้นแต่เป็นการกระทำความผิดซึ่งหน้า ในช่วงที่มีการจับกุมตัว โดยพลรบผู้ที่ได้กระทำการละเมิดข้อ 44(3) ของพิธีสารฉบับนี้ก็ยังคงมีสถานภาพพลรบและสิทธิที่จะได้สถานภาพเชลยศึก กรณีที่ถูกจับกุมตัวในขณะที่พลรบผู้นั้นไม่ได้ทำการละเมิดกฎหมายสงคราม พลรบเช่นว่าเป็นเชลยศึกและการลงโทษสามารถกระทำได้ตามข้อ 44 วรรค 2⁷⁴

2.3.5.4 ไม่เป็นการขัดต่อข้อ 4 ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3

⁷³ The International Committee of the Red Cross, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, (Geneva : International Committee of the Red Cross : M. Nijhoff Publishers, 1987), p. 539

⁷⁴ Ibid. , p. 540

ในข้อ 44 วรรค 6 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977⁷⁵ ตามรายงานของผู้รายงาน วรรคนี้เป็นเงื่อนไขป้องกันที่ได้รับการออกแบบมาเพื่อสร้างความกระจ่างว่าข้อ 42 ไม่ได้มุ่งหมายเพื่อเข้ามาแทนที่ข้อ 4 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ในกรณีพลรบรายหลังจะต้องได้รับสถานภาพเชลยศึกโดยรัฐคู่สงครามที่ทำการควบคุมตัวอยู่⁷⁶

ในทางกลับกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อ 4A(2) ซึ่งได้อ้างถึงเงื่อนไข 4 ข้อที่ได้วางเอาไว้ก่อนหน้านี้ในข้อบังคับกรุงเฮก 1907 ยังคงมีการใช้บังคับและปรากฏควบคู่กันกับหลักการในพิธีสาร ถึงแม้ว่าข้อ 44 จะครอบคลุมทุก ๆ สถานการณ์ซึ่งนักรบกองโจรจะต้องเผชิญหน้า โดยในระหว่างการเจรจาของคณะทำงาน ตัวแทนบางคนดูเหมือนเสียใจที่ว่าบทบัญญัติไม่ได้รวมอยู่ในข้อ 43 ว่าด้วยกองทัพ (' Armed forces ') ประเด็นที่น่าเป็นห่วงนี้ปรากฏว่า มาจากปัญหาเกี่ยวกับเรื่องพลเรือนในอาณาเขตที่ไม่ได้ถูกยึดครอง ซึ่งได้สมัครใจถืออาวุธเข้าต่อสู้กับศัตรูที่บุกเข้ามาโดยไม่มีเวลาจัดรวมเป็นหน่วยกองทหารประจำ (Levée en masse) ซึ่งก็เป็นพลรบที่ไม่ได้เข้าเงื่อนไขของข้อ 43 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดรวมเป็นหน่วยทหาร ฝ่ายหนึ่งอาจจะสรุปว่าถึงแม้ข้อ 44 ไม่ได้ทำให้บางส่วนของข้อ 4 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 เกี่ยวกับสิทธิในการได้สถานภาพเชลยศึกนั้นเสียไป ข้อ 43 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ซึ่งไม่ได้ระบุเงื่อนไขป้องกันเอาไว้ก็ยังคงมีผลให้มีการยับยั้งไม่ให้มีการยอมรับจาก ' Levée en masse. ' ดังนั้น จึงอาจจะมีความขัดแย้งในจุดระหว่าง 2 บทบัญญัติของพิธีสาร อย่างไรก็ตาม เมื่อไม่มีสิ่งใดในช่วงระหว่างการเจรจาที่สามารถทำให้เกิดความคิดที่ว่า การประชุมมีจุดมุ่งหมายที่จะไม่มีการยอมรับ ' levée en masse, ' มากกว่านี้ โดยที่ความมุ่งหมายนี้ไม่อาจได้รับการสันนิษฐานเบื้องต้นเอาไว้ และหลักข้อ 4A(6) ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ก็ยังคงอยู่ อาจจะดูเหมือนว่าสมเหตุสมผลอย่างมากในกรณีที่มีการประชุมควรมีจุดมุ่งหมายเพื่อกำจัดความเป็นไปได้ในการป้องกันเช่นว่านี้ ในเวลาเมื่อความเสี่ยงของการรุกรานต่ออาณาเขตที่ไม่ได้รับการคาดหมายมาก่อนมีความร้ายแรงเกินกว่าแต่ก่อนหน้านั้น ซึ่งเป็นผลมาจากกองทัพอากาศและทหารพลร่ม

⁷⁵ Protocol Additional to the Geneva Conventions 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) 1977, Art. 44 (6) "This Article is without prejudice to the right of any person to be a prisoner of war pursuant to Article 4 of the Third Convention. "

⁷⁶ The International Committee of the Red Cross, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 , (Geneva : International Committee of the Red Cross : M. Nijhoff Publishers, 1987), p. 541

2.3.5.5 การยืนยันการปฏิบัติที่เกี่ยวกับการสวมใส่เครื่องแบบของ กองทหารประจำ

ข้อ 44 วรรค 7 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977⁷⁷ ลักษณะทั่วไปของหมวดว่าด้วยเรื่องพลรบและเชลยศึกนี้ รวมถึงถ้อยคำในบทบัญญัติที่ได้ทำการระงับการกล่าวถึงเรื่องของการเคลื่อนไหวก่อนในการต่อสู้เพื่อเอกราชและการเคลื่อนไหวก่อนต่อต้านนั้น ได้นำไปสู่ความหวังใบบางประการภายในกลุ่มตัวแทนบางฝ่าย พวกเขาเหล่านี้รู้สึกว่ประเด็นนี้ก่อให้เกิดการตีความที่ว่า การปฏิบัติที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางของรัฐที่เข้าไปเกี่ยวข้องกับกาแต่งเครื่องแบบของพลรบในกองทหารประจำนั้นอาจถูกตั้งคำถามจนเป็นปัญหาขึ้นมา นี้ไม่ได้เป็นความมุ่งหมายของการประชุมในครั้งนี้ ซึ่งก็ได้บ่งบอกเอาไว้แล้วในวรรคนี้ ดังนั้นไม่มีสิ่งใดเปลี่ยนแปลงในประเด็นนี้ที่เกี่ยวกับการปฏิบัติของรัฐที่ได้รับการยอมรับ

ประเด็นนี้มีอยู่ว่า พลรบของกองทหารประจำที่ได้เข้าร่วมในการสู้รบในชุดแต่งกายของพลเรือนโดยไม่เดินตามเงื่อนไขที่ได้ปรากฏในประโยคที่ 2 ในข้อ 44 วรรค 3 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 จะถือได้ว่าอาจถูกกล่าวหาว่าเป็นการกระทำที่เป็นการล่อลวงให้เข้าใจผิดก็ นั่นไม่ได้หมายความว่าพลรบของกองทหารประจำนั้นไม่เคยทำได้โดยสวมใส่ชุดเครื่องแบบทหารในขณะที่ได้ทำการสู้รบ อย่างไรก็ตาม ความเป็นไปได้ได้เปิดกว้างต่อพลรบเช่นว่านั้น ตามที่ได้สังเกตในวรรคต้น ๆ โดยเฉพาะในสถานการณ์เดียวกันและภายใต้เงื่อนไขพิเศษพิเศษอย่างเดียวกันเหมือนกับเงื่อนไขที่ได้นำไปใช้กับสมาชิกของหน่วยรบกองโจร ถึงแม้ว่าจะไม่ได้มีการกล่าวเอาไว้อย่างเปิดเผย บทบัญญัติข้อ 44 นี้ได้มุ่งประสงค์ไปยังกลุ่มนักรบกองโจรก่อนฝ่ายอื่น⁷⁸

⁷⁷ Protocol Additional to the Geneva Conventions 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) 1977, Art. 44 (6) "This Article is not intended to change the generally accepted practice of States with respect to the wearing of the uniform by combatants assigned to the regular, uniformed armed units of a Party to the conflict."

⁷⁸ The International Committee of the Red Cross, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, (Geneva : International Committee of the Red Cross : M. Nijhoff Publishers, 1987), p. 542

2.3.5.6 การขยายประโยชน์ให้อยู่ภายใต้อนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 และ 2 ที่ได้ระบุไว้ในข้อ 43 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949

ข้อ 13 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 1 และข้อ 13 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 2⁷⁹ ได้กำหนดประเภทของบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองโดยอนุสัญญาเช่นว่านี้

⁷⁹ Geneva Convention I 1949. for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field and Convention II 1949 for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea , Art. 13 :

“ The present Convention shall apply to the wounded and sick belonging to the following categories:

(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.

(4) Persons who accompany the armed forces without actually being members thereof, such as civil members of military aircraft crews, war correspondents, supply contractors, members of labour units or of services responsible for the welfare of the armed forces, provided that they have received authorization from the armed forces which they accompany.

(5) Members of crews, including masters, pilots and apprentices, of the merchant marine and the crews of civil aircraft of the Parties to the conflict, who do not benefit by more favourable treatment under any other provisions in international law.

ซึ่งได้เอาแบบอย่างมาจากข้อ 4(A) ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 นั้นจึงนำไปสู่ความกลัวที่ว่า รายชื่อเหล่านี้ได้มีการจำกัดจำนวนเอาไว้ ยกเว้นประเภทของบุคคลที่ไม่ได้รวมเอาไว้ในขอบเขตของอนุสัญญาฉบับที่ 1 และ 2 ทั้งหมด บทบัญญัติข้อ 8 ซึ่งประกาศว่าสมาชิกทุกคนของกองทัพของคู่สงครามซึ่งเช่นเดียวกับที่ได้ ระบุไว้ในข้อ 43 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ควรได้รับความคุ้มครองโดยอนุสัญญาฉบับที่ 1 และ 2 นั้น เป็นการลดความคลุมเครือออกไป เป็นที่ชัดเจนว่าการคุ้มครองนี้มีสาเหตุมาจากเซลยศึกทุกคนไม่ว่าจะมีสถานภาพเซลยศึกในยามที่ถูกจับกุมตัวหรือไม่⁸⁰

2.4 สิทธิในการเป็นพลรบ

2.4.1 สิทธิในการเข้าสู่รบในสงคราม

พลรบมีสิทธิเข้าร่วมสู้รบสงครามได้ ซึ่งการเข้าร่วมสงครามของพลรบนั้น ย่อมหมายถึงมีการจับอาวุธเข้าต่อสู้กับนักรบฝ่ายตรงข้าม อันเป็นการทำอันตรายต่อชีวิต ร่างกายของนักรบฝ่ายตรงข้ามนั้น รวมถึงยังสามารถทำลายเป้าหมายทางทหารของฝ่ายตรงข้ามได้อีกด้วย⁸¹

โดยปกติแล้ว ในยามสงบ การฆ่าเป็นการทำอันตรายต่อชีวิต การทำร้ายร่างกาย อันเป็นการก่อให้เกิดผลกระทบต่อร่างกาย อีกทั้งการทำให้เสียทรัพย์สินซึ่งเป็นการกระทำอันตรายต่อทรัพย์สินที่ตนไม่ได้เป็นเจ้าของ ในกฎหมายอาญาอันเป็นกฎหมายภายในประเทศ ได้มีการระบุไว้เป็นความผิด ซึ่งเมื่อบุคคลผู้นั้นกระทำผิด ก็ย่อมได้รับโทษตามที่กฎหมายอาญามาตราผู้นั้นได้ระบุเอาไว้ นอกจากนี้ ยังรวมถึงความรับผิดในทางแพ่ง ซึ่งมีอยู่ในกฎหมายที่เกี่ยวกับการละเมิด อันมี

(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.

⁸⁰ The International Committee of the Red Cross, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Geneva : International Committee of the Red Cross : M. Nijhoff Publishers, 1987), p. 542

⁸¹ Robert K. Goldman and Brian Tittmore , Unprivileged Combatants and the Hostilities in Afghanistan : Their Status and Rights Under International Humanitarian and Human Rights Law , (USA: The American Society of International Law , December , 2002) , p. 2

หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการจงใจก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกายด้วย โดยผู้กระทำการเช่นว่าจะต้องรับผิดชอบจากการกระทำละเมิดนั้น ในขณะที่ยามสงคราม พลรบผู้มีสิทธิในการเข้าร่วมการสู้รบโดยตรงสามารถฆ่าหรือทำร้ายร่างกายทหารฝ่ายศัตรูได้ โดยที่ตนไม่ต้องรับผิดชอบและรับโทษตามกฎหมายแต่อย่างใด⁸²

พลรบที่มีสิทธิในการเข้าร่วมการสู้รบนั้น ถือเป็นพลรบที่มีสิทธิพิเศษ (Privileged Combatant) ในการที่พลรบสามารถจับอาวุธเข้าต่อสู้กับพลรบฝ่ายศัตรู โดยสามารถฆ่าพลรบฝ่ายศัตรูได้โดยไม่มี ความผิดต่อชีวิต ทำร้ายร่างกายได้โดยไม่มี ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย อีกทั้งยังสามารถทำลายทรัพย์สินอันเป็นเป้าหมายทางทหารได้โดยที่ตนไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหาย⁸³

2.4.2 สิทธิในการได้รับสถานภาพเชลยศึก

พลรบมีสิทธิในการได้รับสถานภาพเชลยศึก เมื่อพลรบผู้นั้นได้ตกไปอยู่ภายใต้ อำนาจของรัฐคู่สงครามฝ่ายศัตรู ในกรณีพิพาททางอาวุธระหว่างประเทศ ซึ่งการเป็นเชลยศึกนั้นได้ทำให้พลรบไม่ต้องถูกดำเนินคดีในฐานะอาชญากรตามกฎหมายภายในของรัฐที่ตนได้ตกอยู่ใต้อำนาจนั้น

เนื่องจากการที่พลรบสามารถเข้าร่วมในการสู้รบในกรณีพิพาททางอาวุธ ได้ทำให้พลรบมีสิทธิพิเศษในการกระทำที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายอาญาได้ ไม่ว่าจะเป็นการฆ่า การทำร้ายร่างกาย รวมถึงการทำลายทรัพย์สิน โดยจะต้องเป็นการฆ่าบุคคลหรือทำลายทรัพย์สินที่เป็นเป้าหมายทางทหาร ซึ่งพลรบสามารถทำได้ในบริบทของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้น ได้ระบุถึงการที่พลรบที่ซบด้วยกฎหมายได้สถานภาพเชลยศึกเมื่อตกไปอยู่ภายใต้อำนาจของรัฐคู่สงครามฝ่ายศัตรู โดยมีการระบุ

⁸² Nathaniel Berman , Privileging Combat ? Contemporary Conflict and the Legal Construction of War , Columbia Journal of Transnational Law , Vol. 43 No. 1, 2004 , p. 10

⁸³ Ibid., p. 10

เอาไว้ในทั้งอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ว่าด้วยการปฏิบัติต่อเชลยศึกและพิธีสารเพิ่มเติมปี 1977 ฉบับที่ 1 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 โดยกำหนดเงื่อนไขเอาไว้ให้พลรบปฏิบัติตามเพื่อที่จะได้รับความคุ้มครองตามข้อตกลงระหว่างประเทศเช่นว่านี้

การได้รับสถานภาพเชลยศึกนั้น เป็นการป้องกันไม่ให้พลรบเข้าร่วมกับกองทัพที่ตนสังกัดอยู่เพื่อทำการสู้รบกับรัฐ โดยรัฐที่ควบคุมตัวเชลยศึกจะต้องทำการควบคุมตัวจนกว่ากรณีพิพาททางอาวุธจะสิ้นสุดลง รัฐที่ทำการควบคุมตัวจึงปล่อยตัวเชลยศึกผู้นั้นกลับถิ่นฐานเดิมของตนได้

2.4.3 สิทธิพิเศษในการไม่ถูกดำเนินคดีในฐานะที่ตนเป็นอาชญากร

การที่พลรบเข้าทำการสู้รบในกรณีพิพาททางอาวุธได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตและร่างกายของพลรบกองทัพฝ่ายศัตรู อีกทั้งยังก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินอันเป็นเป้าหมายทางทหาร แต่เมื่อพลรบที่ได้กระทำการเช่นว่า แล้วตกไปอยู่ภายใต้อำนาจของกองทัพคู่สงครามฝ่ายศัตรู พลรบเหล่านี้มีสิทธิพิเศษในการไม่ถูกดำเนินคดีในฐานะอาชญากร⁸⁴

ในยามสงบ เมื่อพิจารณาตามกฎหมายอาญาแล้ว บุคคลที่ได้กระทำการอันก่อให้เกิดผลกระทบต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของผู้อื่น บุคคลนั้นมีความผิดและต้องรับโทษตามที่กฎหมายอาญาได้ระบุไว้ โดยจะต้องถูกดำเนินคดีตามกฎหมายกระบวนการพิจารณาคดีอาญา โดยถือว่าบุคคลผู้นั้นเป็นอาชญากร (Criminals) ผู้ต้องรับโทษตามกฎหมาย หากมีการพิสูจน์ได้ว่าได้มีการกระทำเช่นว่าจริง แต่ในกรณีพิพาททางอาวุธนั้น พลรบมีสิทธิพิเศษบางประการในการไม่ต้องถูกดำเนินคดีและลงโทษในทางอาญาดังเหตุผลที่พลรบมีสิทธิในการเข้าร่วมการสู้รบโดยตรง ซึ่งการเข้าร่วมการสู้รบนั้นย่อมหมายถึงการทำการต่อสู้ ประหัตประหาร ทำร้ายร่างกายของพลรบฝ่ายศัตรู รวมถึงการโจมตีทรัพย์สินอันเป็นเป้าหมายทางทหารอีกด้วย ซึ่งโดยลักษณะของการกระทำเหล่านี้เป็นการกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาในตัวของมันเอง (Mala In Se) แต่โดยธรรมชาติของสงครามนั้น ต้องมีการจับอาวุธเข้าต่อสู้กันเพื่อทำให้กองทัพของศัตรูอ่อนแอลงไปจึงหลีกเลี่ยงไม่พ้นที่จะมีการฆ่า ทำร้ายร่างกาย หรือทำให้เสียทรัพย์สิน เพื่อประโยชน์ในทางการทหาร เมื่อพลรบผู้นั้นตกอยู่ภายใต้อำนาจของรัฐคู่สงครามฝ่ายศัตรู ย่อมได้รับสิทธิพิเศษในการไม่ถูก

⁸⁴ Ibid., p. 4

ดำเนินคดีอาญาในฐานะที่ตนเป็นอาชญากร อันเนื่องมาจากตนมีสิทธิพิเศษในการกระทำที่ได้กล่าวมานั้นเอง

สถานภาพพลรบในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้น ได้มีปรากฏในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งต่อมาได้มีการประมวลเป็นข้อตกลง Hague Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land 1907 ซึ่งก็ได้มีการพัฒนามาเป็นอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ว่าด้วยการปฏิบัติต่อเชลยศึก ซึ่งเป็นหลักการของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ที่ได้ระบุถึงสถานภาพพลรบว่าได้แก่พลรบที่เป็นสมาชิกของกองทัพของรัฐคู่สงครามซึ่งรัฐบาลของรัฐคู่สงครามอาจจะไม่ได้รับการยอมรับก็ได้ นอกจากนี้ยังมี มิลิเชีย หน่วยอาสาสมัคร และหน่วยต่อต้านที่ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของกองทัพ และพลเรือนที่ลุกขึ้นจับอาวุธต่อสู้กับกองทัพศัตรูหรือ *Levée en masse* ต่อมามติทางการสู้รบได้มีการพัฒนาไปสู่การรบที่ไม่เป็นรูปแบบมากขึ้น ซึ่งเกิดมาจากการต่อสู้ปลดปล่อยของอาณานิคมจากการปกครองอย่างกดขี่ของเจ้าอาณานิคม จึงได้มีการเสริมหลักการเกี่ยวกับการกำหนดสถานภาพพลรบให้มีความยืดหยุ่นมากขึ้น ในเรื่องของการแยกตัวออกจากพลเรือน เพื่อให้หน่วยรบแบบกองโจรสามารถปฏิบัติการรบได้สะดวกขึ้น ไม่เสียเปรียบในการรบกับกองทัพของรัฐคู่สงครามที่เป็นมหาอำนาจหรือเจ้าอาณานิคม ซึ่งเมื่อพลรบได้สถานภาพพลรบแล้ว พลรบผู้นั้นก็จะได้รับสิทธิพิเศษจากการเป็นพลรบ โดยพลรบนั้นสามารถจับอาวุธเข้าประหัตประหาร ทำร้ายศัตรู รวมทั้งทำลายเป้าหมายทางทหารของได้โดยที่ตนไม่มีความผิด เนื่องจากการทำเพื่อความได้เปรียบทางยุทธศาสตร์และเป็นการทำเพื่อประโยชน์ของประเทศที่ตนสังกัด ซึ่งต่อมา เมื่อพลรบผู้นั้นถูกจับกุมตัว ก็ยังมีสิทธิพิเศษในการไม่ถูกดำเนินคดีในฐานะอาชญากรจากการที่ตนได้สู้รบกับศัตรู ยกเว้นความผิดตามกฎหมายสงคราม อีกทั้งเมื่อถูกจับกุมแล้ว พลรบผู้นั้นก็จะได้รับสถานภาพเชลยศึก ทำให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างเต็มที่ ซึ่งแน่นอนว่า เป็นสิทธิพิเศษที่พลรบสมควรได้ ทั้งนี้ กรณีที่พลรบถูกจับกุมและได้เป็นเชลยศึกแล้ว ก็ต้องได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับเชลยศึก อีกทั้งการได้มาซึ่งสถานภาพเชลยศึกก็ยังมีกระบวนการตามกฎหมายระหว่างประเทศในการพิจารณาเพื่อบ่งชี้ว่าพลรบผู้นั้นสมควรได้สถานภาพเชลยศึกหรือไม่ ทั้งนี้ บทต่อไปจะได้กล่าวถึงประโยชน์ของการมีสถานภาพเชลยศึกและกระบวนการกำหนดสถานภาพเชลยศึกในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

บทที่ 3

กระบวนการกำหนดสถานภาพและหลักการในการคุ้มครอง เชลยศึกในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

กระบวนการกำหนดสถานภาพเชลยศึกในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้น ได้รากฐานอยู่ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ว่าด้วยการปฏิบัติต่อเชลยศึกและพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ซึ่งเมื่อพลรบได้ผ่านกระบวนการนี้และได้สถานภาพเชลยศึกแล้วนั้น เชลยศึกจะต้องได้รับความคุ้มครองในด้านต่าง ๆ ซึ่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ว่าด้วยการปฏิบัติต่อเชลยศึกได้ระบุถึงความคุ้มครองต่อเชลยศึกเอาไว้

3.1 กระบวนการกำหนดสถานภาพเชลยศึกตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

เมื่อรัฐคู่สงครามได้ควบคุมตัวพลรบของรัฐคู่สงครามฝ่ายศัตรูเอาไว้ในอำนาจ จะต้องมีการกำหนดว่าพลรบผู้นั้นต้องมีสถานภาพเป็นเชลยศึกหรือไม่ โดยกระบวนการกำหนดสถานภาพเชลยศึกนั้น ได้มีระบุเอาไว้ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอยู่แล้ว เมื่อมีการกำหนดสถานภาพพลรบผู้นั้นเป็นเชลยศึกแล้ว เชลยศึกผู้นั้นก็จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศตามมา ซึ่งกระบวนการกำหนดสถานภาพเชลยศึกในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีดังนี้

3.1.1 กระบวนการกำหนดสถานภาพเชลยศึกตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3

เมื่อพิจารณาถึงข้อ 4 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ประกอบแล้วจะเห็นได้ว่าในข้อ 4 นั้นเป็นการกำหนดเกี่ยวกับสถานภาพพลรบซึ่งมีความชัดเจนพอสมควรว่าบุคคลใดมีสิทธิได้สถานภาพเชลยศึกได้บ้าง แต่ก็มีข้อยกเว้นในกรณีของทหารหนีทัพ รวมถึงสมาชิกในกองทัพที่ไม่มีบัตรประจำตัวที่ระบุถึงกองทัพและตำแหน่งที่ตนสังกัด อีกทั้งข้อเท็จจริงอื่น ๆ ซึ่งบุคคลเหล่านี้ไม่สามารถระบุได้อย่างแน่ชัดว่าเป็นบุคคลประเภทไหนในข้อ 4 ซึ่งเมื่อกองทัพฝ่ายศัตรูได้ไปพบเห็นแล้ว ย่อมเกิดความสงสัยเป็นธรรมดาว่าบุคคลที่ตนได้ไปพบเข้านั้นเป็นบุคคลผู้สังกัดกองทัพคู่สงครามหน่วยไหน และตำแหน่งอะไร เนื่องจากการพิจารณาว่าบุคคลผู้นั้นจะเข้า

ลักษณะในข้อ 4 ได้อย่างไรนั้น จะต้องพิจารณาถึงหน่วยรบที่สังกัด และตำแหน่งหน้าที่ของบุคคลผู้นั้นในกองทัพด้วย โดยการพิจารณาแค่เพียงบุคลิกลักษณะและเครื่องแต่งกายอย่างเดียวยังไม่อาจบอกได้ว่าบุคคลเหล่านั้นเป็นพลรบโดยชอบด้วยข้อ 4 หรือไม่ อันเป็นการยากในการที่จะตัดสินได้ในทันทีที่พบเห็นว่าบุคคลผู้นั้นเข้าลักษณะตามที่ปรากฏในข้อ 4 แล้ว จึงต้องมีการตั้งข้อสันนิษฐานเอาไว้ก่อนโดยให้บุคคลผู้นั้นได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 นี้ จนกว่าจะได้มีการชี้ขาดสถานภาพเชลยศึกโดยศาลพิเศษที่มีอำนาจเกี่ยวข้อง

อนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ในส่วนของข้อ 5 วรรค 2¹ มองว่า เมื่อพลรบผู้นั้นได้ตกอยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมตัวของกองทัพฝ่ายศัตรูแล้วนั้น จะต้องได้รับการสันนิษฐานเบื้องต้นว่าได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 นี้ก่อน จนกว่าศาลที่มีอำนาจจะทำการชี้ขาดว่า พลรบผู้นั้นเป็นเชลยศึกหรือไม่ในกรณีที่สูงส่ง²

วัตถุประสงค์ของการระบุถึงบทสันนิษฐานเกี่ยวกับการจัดบุคคลผู้นั้นให้เข้าลักษณะตามข้อ 4 ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 นั้น ก็เพื่อให้บุคคลผู้นั้นได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาฉบับนี้แต่เบื้องต้นโดยเป็นการสันนิษฐานว่าบุคคลผู้นั้นจะต้องได้รับความคุ้มครองก่อนที่จะมีการตัดสินชี้ขาดสถานภาพเชลยศึกโดยศาลพิเศษที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะทำให้กองทัพของคู่สงครามที่จับกุมตัว ไม่มีโอกาสทำการอันใดที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกายและจิตใจของบุคคลผู้นั้น ไม่ว่าจะเป็นการทรมาน การใช้แรงงานเกินกำลัง หรือการกักขังหน่วงเหนี่ยวเกินกว่าระยะเวลาที่อนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดเอาไว้

กลไกทางศาลที่ทำการชี้ขาดสถานภาพเชลยศึกของบุคคลที่ถูกคู่สงครามควบคุมตัวเอาไว้ได้นั้น แต่เดิมทางคณะกรรมการกาชาดสากลได้ทำการร่างข้อความในข้อ 5(2) เอาไว้ในการประชุมที่กรุงสต็อกโฮล์มในปี 1948 มีหลักการว่า “ให้บุคคลผู้นั้นได้รับการชี้ขาดโดย

¹ Geneva Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War 1949 , Art. 5 para 2
“Should any doubt arise as to whether persons, having committed a belligerent act and having fallen into the hands of the enemy, belong to any of the categories enumerated in Article 4, such persons shall enjoy the protection of the present Convention until such time as their status has been determined by a competent tribunal.”

² Ingrid Detter, *The Law of War*, Second Edition, (Cambridge [England] ; New York : Cambridge University Press, 2000) , p. 327

เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเกี่ยวข้อง” ซึ่งหลังจากนั้น ก็ได้มีการเสนอว่าควรใช้คำว่า “ศาลทหาร” แทน ด้วยเหตุผลที่ไม่อาจให้การตัดสินชี้ขาดสถานภาพเชลยศึกต้องขึ้นอยู่กับบุคคลผู้เดียว โดยจะต้องทำการขึ้นศาลทหาร ถ้าหากบุคคลผู้นั้นได้เข้าร่วมการสู้รบโดยไม่มีสิทธิที่จะทำได้ ก็ให้เป็นหน้าที่ของศาลทหารในการดำเนินคดีบุคคลผู้นั้นในความผิดฐานฆาตกรรมหรือพยายามฆาตกรรม และอาจต้องได้รับโทษประหารชีวิต อย่างไรก็ตาม ข้อเสนอให้ใช้ศาลทหารนี้ก็ไม่ได้ได้รับการยอมรับโดยเอกฉันท์ ด้วยเหตุที่ศาลทหารอาจก่อให้เกิดผลที่ตามมาที่ร้ายแรงเกินไป เนื่องจากกรณีนี้เป็นเรื่องของกรณีสืบหาสถานภาพเชลยศึก หากบุคคลผู้ที่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐคู่สงครามฝ่ายศัตรูนั้นไม่ได้เข้าตามลักษณะที่ระบุเอาไว้ในข้อ 4 ซึ่งถือว่าไม่ได้สถานภาพพลรบ ผลของกรณีนี้ก็จะเป็นแค่เพียงการสูญเสียความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวาที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเชลยศึกเท่านั้น จึงได้มีการเสนอแก้ไขร่างอนุสัญญาเจนีวา 1949 ในส่วนของกลไกในการกำหนดสถานภาพเชลยศึกว่า ให้ใช้ศาลพิเศษที่มีอำนาจในการกำหนดสถานภาพ ซึ่งศาลพิเศษเช่นว่านั้น มีลักษณะที่เป็นทางการและเป็นศาลตุลาการมากกว่าที่ระบุในร่างที่คณะกรรมการกาชาดสากลได้เสนอเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเกี่ยวข้อง³

3.1.2 กระบวนการในการกำหนดสถานภาพเชลยศึกตามพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949

3.1.2.1 เงื่อนไขในการกำหนดสถานภาพเชลยศึก ในข้อ 45 วรรค 1 ประโยคแรก⁴ พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ได้ระบุถึงข้อสันนิษฐานเบื้องต้นเอาไว้ ซึ่งเริ่มต้นด้วยเงื่อนไขในการกำหนดสถานภาพเชลยศึกซึ่งเมื่อมีเงื่อนไขเหล่านี้อย่างใดอย่างหนึ่ง จะทำให้รัฐที่ทำการควบคุมตัวเกิดพันธะกรณีในการให้สถานภาพเชลย

³ The International Committee of the Red Cross, The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary III Geneva Convention Relative Treatment of Prisoner of War (Geneva: The International Committee of the Red Cross, 1960) , p. 76

⁴ Protocol Additional to the Geneva Conventions 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) 1977, Art. 45 para 1, first sentence “A person who takes part in hostilities and falls into the power of an adverse Party shall be presumed to be a prisoner of war, and therefore shall be protected by the Third Convention, if he claims the status of prisoner of war, or if he appears to be entitled to such status, or if the Party on which he depends claims such status on his behalf by notification to the detaining Power or to the Protecting Power.”

ศึกทันที เพื่อให้บุคคลผู้นั้นได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 อย่างเต็มที่ อีกทั้งทั้งเพื่อเป็นการกันไม่ให้บุคคลผู้นั้นเข้าสู่สงครามได้อีก เนื่องจากบุคคลผู้มีสถานภาพเชลยศึกนั้นเป็นบุคคลประเภท Hors de Combat ซึ่งเป็นบุคคลที่ไม่อาจอยู่ในการสู้รบได้อีก ซึ่งเงื่อนไขเหล่านี้มีดังต่อไปนี้

ก) กรณีที่บุคคลผู้นั้นได้ทำการเรียกร้องสถานภาพเชลยศึก

เมื่อคู่สงครามได้ทำการควบคุมตัวบุคคลผู้หนึ่งซึ่งโดยผิวเผินอาจไม่ทราบว่าเป็นพลรบโดยชอบด้วยอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 รวมถึงพิธีสารเพิ่มเติมปี 1977 ฉบับที่ 1 และบุคคลผู้นั้นได้ทำการเรียกร้องให้คู่สงครามที่ทำการควบคุมตัวผู้นั้น ให้สถานภาพเชลยศึกเพื่อที่ตนจะได้รับความคุ้มครองตามความตกลงระหว่างประเทศเช่นว่า คู่สงครามที่ทำการควบคุมตัวจะต้องทำการพิสูจน์และสรุปให้ได้ว่าบุคคลผู้นั้นเป็นพลรบโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งเมื่อได้มาอยู่ภายใต้การควบคุมของตนแล้วจะต้องได้สถานภาพเชลยศึกหรือไม่ ทั้งนี้ภาวะในการพิสูจน์ตกอยู่กับคู่สงครามที่ควบคุมตัวนั่นเอง⁵

(ข) กรณีที่มีข้อเท็จจริงปรากฏว่าบุคคลผู้นั้นมีสิทธิได้รับสถานภาพเชลยศึก⁶

ข้อเท็จจริงที่ปรากฏว่าบุคคลผู้นั้นมีสิทธิได้รับสถานภาพเชลยศึกหรือไม่ นั้น ต้องเป็นข้อเท็จจริงที่ปรากฏแก่สายตาของสมาชิกของกองทัพที่ทำการจับกุมตัวหรือควบคุมตัวบุคคลผู้นั้นเอาไว้ในกรณีที่ผู้นั้นยอมแพ้ ซึ่งขั้นตอนในการพิจารณานั้นมีวิธีการดังต่อไปนี้

ขั้นตอนแรก พิจารณาก่อนว่า ในขณะที่มีการสู้รบ บุคคลผู้นั้นได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการเป็นพลรบที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งรวมถึงการใช้สัญลักษณ์ประจำหน่วยรบที่แน่นอนและชัดเจน การสวมชุดเครื่องแบบที่เป็นเอกลักษณ์ของกองทัพ และการถืออาวุธโดย

⁵ The International Committee of the Red Cross, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Geneva : International Committee of the Red Cross : M. Nijhoff Publishers, 1987), p. 547-548

⁶ Ibid. , p. 548

เปิดเผย ซึ่งเหล่านี้ถือว่าเป็นการแยกตัวออกจากพลเรือนอันเป็นการได้มาซึ่งสถานภาพพลรบที่ชอบด้วยกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศประการหนึ่งด้วย

ขั้นตอนต่อมา หากบุคคลที่กองทัพคู่สงครามทำการควบคุมตัวไม่ได้ อยู่ในสนามรบแล้ว สิ่งต่อไปที่จะต้องพิจารณาคือ เอกสารที่เป็นการระบุถึงข้อมูลของบุคคลผู้นั้น ซึ่งเป็นการแสดงถึงตำแหน่งในกองทัพของบุคคลผู้นั้น เพื่อบ่งชี้ว่าบุคคลที่กองทัพของคู่สงครามทำการควบคุมตัวผู้นั้นมีสิทธิได้รับสถานภาพพลรบละสถานภาพเชลยศึกหรือไม่

ขั้นตอนสุดท้าย หากไม่พบว่าบุคคลผู้นั้นได้อยู่ในสนามรบ อีกทั้งไม่มีเอกสารที่เกี่ยวข้องและมีน้ำหนักพอในการบ่งชี้ถึงการเข้าเงื่อนไขในการได้รับสถานภาพพลรบและเชลยศึก ก็ให้พิจารณาถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการปรากฏตัวของบุคคลนั้นในบริเวณสถานที่อันเป็นเป้าหมายทางทหารได้ตั้งอยู่ ไม่ว่าจะเป็นป้อมปราการ สนามพลาะ กองบัญชาการ ค่ายทหาร เป็นต้น รวมถึงอาจพิจารณาจากชื่อที่ปรากฏอยู่ในรายชื่อ คำสั่งในทางการบัญชาการทหาร การวางแผนเกี่ยวกับการจัดวางตำแหน่งของทหารไปประจำยังสถานที่ต่าง ๆ ซึ่งเหล่านี้จะต้องนำไปสู่ข้อสรุปได้ว่าบุคคลผู้นั้นมีสิทธิได้รับสถานภาพเชลยศึก

ที่กล่าวมาในข้อนี้เป็นเรื่องของการพิจารณาตามข้อเท็จจริง และเอกสารที่ปรากฏ ซึ่งเป็นสิ่งที่เกี่ยวกับตัวบุคคลที่คู่สงครามที่ทำการควบคุมตัวทั้งสิ้น จึงต้องมีการเฝ้าระวังเป็นพิเศษต่อหลักฐานต่าง ๆ เหล่านี้ โดยผู้บัญชาการรบในสถานที่ที่ทำการควบคุมตัวบุคคลผู้นั้น จะต้องทำการเฝ้าระวังดูแลหลักฐานเหล่านี้ให้รวมอยู่ในที่เดียวกันไม่ให้มีการสูญหาย ซึ่งในกรณีที่มีความจำเป็น อาจจะต้องมีการวางกำลังรักษาความปลอดภัยเพื่อดูแลหลักฐานเช่นว่านี้เอาไว้

(ค) กรณีรัฐคู่สงครามที่บุคคลนั้นได้สังกัดอยู่ เรียกร้องให้คู่สงครามฝ่ายศัตรูทำการให้สถานภาพเชลยศึกต่อบุคคลที่ถูกควบคุมตัวนั้น⁷

การที่บุคคลผู้นั้นอยู่ใต้บังคับบัญชาของกองทัพที่ได้จัดตั้งขึ้นตามที่อนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 และพิธีสารเพิ่มเติมปี 1977 ฉบับที่ 1 นี้ได้ระบุเอาไว้ นั่นถือเป็นเรื่องปกติในการได้สถานภาพเชลยศึก ซึ่งเงื่อนไขในกรณีนี้ถือว่าเป็นการที่รัฐคู่สงครามที่บุคคลนั้น

⁷ Ibid. , p. 549-550

ได้ทำการสังกัดอยู่ได้สร้างความแน่นอนให้แก่คู่สงครามฝ่ายตรงข้ามที่ทำการควบคุมตัวว่า บุคคลผู้นั้นเป็นสมาชิกของกองทัพของตน อันเป็นการแก้ปัญหาได้พอสมควรในเรื่องของกรณีที่เป็นที่สงสัยซึ่งอาจจะต้องอาศัยการพิจารณาข้อเท็จจริงตามเงื่อนไขในข้อ (ข) ที่ได้กล่าวไปแล้ว หรือในกรณีของการที่บุคคลผู้นั้นได้ทำการเรียกร้องสถานภาพเชลยศึกตามข้อ (ก) คู่สงครามที่ทำการควบคุมตัวก็อาจจะทำการพิสูจน์หลักฐานโดยใช้เวลาพอสมควรเพื่อให้แน่ใจว่าบุคคลผู้นั้นมีความเหมาะสมตามเงื่อนไขการได้สถานภาพเชลยศึกหรือไม่อีกด้วย

แต่ทั้งนี้ก็ยังคงมีปัญหาอีกประการหนึ่งก็คือ ถึงแม้ว่าคู่สงครามที่บุคคลผู้นั้นได้ทำการสังกัดอยู่ได้ทำการเรียกร้องให้คู่สงครามที่ควบคุมตัวให้สถานภาพเชลยศึก ก็เป็นเพียงการแสดงให้เห็นว่าบุคคลผู้นั้นเป็นสมาชิกของกองทัพตนอันเป็นการเดินตามเงื่อนไขในข้อ 4 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 และข้อ 43 ในพิธีสารเพิ่มเติมปี 1977 ฉบับที่ 1 แต่ก็ได้ไม่ได้บ่งบอกหรือแสดงให้เห็นชัดเจนว่าในระหว่างที่ทำการสู้รบ บุคคลผู้นั้นได้กระทำตามเงื่อนไขอื่น ๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งสถานภาพเชลยศึกที่ได้ระบุเอาไว้ในข้อ 44 วรรค 3 อันเกี่ยวกับการที่พลรบได้ทำการแยกตัวเองออกจากพลเรือน ซึ่งเงื่อนไขในเรื่องนี้ก็ยังไม่อาจตัดสินกรณีสงสัยให้หมดสิ้นไปได้โดยสิ้นเชิง

3.1.2.2 บทสันนิษฐานเบื้องต้นกรณีสงสัยว่าจะได้สถานภาพเชลยศึกหรือไม่

เมื่อกองทัพคู่สงครามที่ทำการควบคุมตัวนั้นไม่อาจค้นพบได้ว่าบุคคลที่ตนได้ทำการควบคุมตัวเป็นเชลยศึกหรือไม่ หรือในบางสถานการณ์อาจมีหลักฐานและข้อเท็จจริงที่เป็นตัวบ่งชี้แต่ยังไม่พอสอดคล้องที่จะบอกได้ว่าผู้นั้นเป็นเชลยศึกหรือไม่ บุคคลผู้นั้นจะได้รับการสันนิษฐานเอาไว้ก่อนว่ามีสถานภาพเชลยศึก⁸ เมื่อมีการสันนิษฐานเบื้องต้นต่อบุคคลผู้ถูกควบคุมตัวเช่นนี้แล้ว ฝ่ายคู่สงครามที่ทำการควบคุมตัวต้องทำการพิสูจน์หักล้างโดยแสดงหลักฐานให้เป็นที่ประจักษ์ว่าบุคคลที่ตนได้ควบคุมตัวเช่นนั้นเป็นเชลยศึกหรือไม่ ซึ่งกลายเป็นว่าภาระการพิสูจน์นั้นได้ตกอยู่ที่ตัวคู่สงครามที่ทำการควบคุมตัวบุคคลผู้นั้น⁹

⁸ The International Committee of the Red Cross, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, (Geneva : International Committee of the Red Cross : M. Nijhoff Publishers, 1987), p. 547

ตามพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ถึงแม้ว่าในข้อ 45 วรรค 1 ประโยคแรกจะมีการกำหนดเงื่อนไขของการให้สถานภาพเชลยศึกแก่บุคคลที่ถูกคู่สงครามฝ่ายศัตรูควบคุมตัว โดยให้มีเงื่อนไขถึง 3 ประการ อย่างใดอย่างหนึ่งให้คู่สงครามที่ทำการควบคุมตัวทำการพิจารณา แต่ก็อาจมีกรณีที่เกิดข้อสงสัยอื่น ๆ อยู่อีก ซึ่งก็มาจากปัญหาต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาการติดต่อสื่อสารจากคู่สงครามที่บุคคลนั้นได้ทำการสังกัดอยู่อาจมีการขาดช่วงไป หรืออาจจะขาดหลักฐานข้อเท็จจริงที่มีน้ำหนัก การนิ่งเงียบหรือปฏิเสธข้อซักถามของเจ้าหน้าที่ของกองทัพคู่สงครามฝ่ายศัตรูที่ทำการควบคุมตัว รวมถึงการข้อสงสัยเกี่ยวกับตัวบุคคลที่ถูกควบคุมตัวนั้นยังคงปราศจากข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการเป็นจอร์จนหรือทหารรับจ้าง ฯลฯ ทั้งนี้ประโยคสุดท้ายของข้อ 45 วรรค 1¹⁰ พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 จึงได้ทำการบัญญัติบทสันนิษฐานในกรณีที่สงสัยเอาไว้ ซึ่งมีหลักการว่า เมื่อมีกรณีสงสัยว่าบุคคลนั้นจะเป็นพลรบโดยชอบด้วยอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 หรือไม่นั้น ให้บุคคลนั้นมีสถานภาพเชลยศึกและได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 จนกว่าศาลพิเศษผู้มีอำนาจจะได้ทำการชี้ขาดเกี่ยวกับประเด็นเรื่องการได้สถานภาพเชลยศึกในเวลาต่อมา¹¹

หลักการในข้อ 45 วรรค 1 ประโยคท้ายมีความแตกต่างไปจากหลักการในข้อ 5 วรรค 2 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ตรงที่ข้อ 5 วรรค 2 ได้ให้พลรบที่เป็นที่สงสัยแค่เพียงได้รับสันนิษฐานเบื้องต้นว่าได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 โดยที่ยังไม่มีสถานภาพเชลยศึก ในขณะที่ข้อ 45 วรรค 1 ประโยคท้ายของพิธีสารฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ได้มีการสันนิษฐานเบื้องต้นว่าพลรบผู้นั้นจะต้องมีสถานภาพเชลยศึก

⁹ Ibid. , p. 546

¹⁰ Additional Protocol I 1977 to the Geneva Conventions 1949 relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, Art. 45 para 1, second sentence " ... Should any doubt arise as to whether any such person is entitled to the status of prisoner of war, he shall continue to have such status and, therefore, to be protected by the Third Convention and this Protocol until such time as his status has been determined by a competent tribunal."

¹¹ The International Committee of the Red Cross, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 , (Geneva : International Committee of the Red Cross : M. Nijhoff Publishers, 1987), p. 550-551

พร้อมทั้งได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 อีกด้วย ซึ่งจะเห็นได้ว่า ศาลที่มีอำนาจชี้ขาดสถานภาพเชลยศึกของพลรบที่ถูกคู่สงครามฝ่ายศัตรูควบคุมตัวนั้น จะต้องเป็นศาลที่มีพื้นฐานที่ปรากฏตามข้อ 5 วรรค 2 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 โดยศาลเช่นนี้จะต้องเป็นศาลที่มีลักษณะของศาลที่ไม่ใช่ศาลของอำนาจฝ่ายตุลาการ เนื่องจากเป็นการทับซ้อนกับหลักการในข้อ 45 วรรค 2 ที่เกี่ยวข้องกับศาลตุลาการที่ทำการชี้ขาดสถานภาพพลรบของบุคคลที่ได้กระทำความผิดในระหว่างการสู้รบและไม่ถูกควบคุมตัวในฐานะของเชลยศึก ดังนั้น ศาลเช่นนี้จะต้องประกอบไปด้วยเจ้าหน้าที่ทางฝ่ายบริหาร ไม่ใช่บุคลากรทางด้านตุลาการ¹²

ยิ่งกว่านั้น ศาลที่ทำหน้าที่ชี้ขาดตามข้อ 45 วรรค 1 ซึ่งยื่นขึ้นในหลักการของข้อ 5 วรรค 2 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 จะต้องจัดทำขึ้นด้วยความรวดเร็ว ซึ่งสถานที่ที่เป็นที่ตั้งของศาลจึงต้องเป็นสถานที่ที่อยู่ใกล้กับแนวหน้าในสมรภูมิรบ อีกทั้งศาลพิเศษเช่นว่านั้น จะต้องมีความครอบคลุมถึงอำนาจ องค์คณะตุลาการ และวิธีพิจารณาครบถ้วน อีกทั้งต้องมีประสิทธิภาพและก่อให้เกิดความยุติธรรมในการพิจารณาคดี โดยศาลพิเศษที่มีอำนาจนั้น มักมีการเรียกว่า คณะกรรมการทหาร (Military Commission)¹³

อย่างไรก็ตาม เมื่อพลรบผู้นั้นไม่ถูกควบคุมตัวในฐานะที่เป็นเชลยศึกแต่ยังคงเรียกร้องสถานภาพเชลยศึกอยู่ ก็ต้องให้ศาลของทางฝ่ายตุลาการ (Judicial Tribunal) เป็นผู้ทำการชี้ขาดสถานภาพตามความในข้อ 45 วรรค 2 ซึ่งจะได้ทำการกล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

3.1.2.3 กรณีที่พลรบผู้นั้นไม่ได้ถูกควบคุมตัวในฐานะของเชลยศึก และต้องถูกดำเนินคดีจากความผิดที่ได้กระทำไปในระหว่างที่มีการสู้รบ

ในข้อ 45 วรรค 2 นั้นวางหลักการเกี่ยวกับกรณีที่พลรบไม่ได้ถูกควบคุมตัวในฐานะของเชลยศึก และถูกดำเนินคดีจากความผิดที่ได้กระทำไปในระหว่างที่มีการสู้รบ อันเป็นกรณีที่แตกต่างจากที่ได้ปรากฏในวรรคแรก ทั้งนี้ ถือได้ว่าเป็นกรณีที่พลรบผู้นั้นไม่ได้

¹² Yasmin Naqvi , Doubtful Prisoner-Of-War Status, *International Review of the Red Cross* No. 847, (Geneva : The International Of the Red Cross , September , 2002) , p. 576

¹³ The International Committee of the Red Cross, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* , (Geneva : International Committee of the Red Cross : M. Nijhoff Publishers, 1987), p. 549-550

สถานภาพเชลยศึก โดยผลของการไม่ได้สถานภาพเชลยศึกนั้น ทำให้พลรบผู้หนึ่งต้องตกเป็น ผู้ต้องหาจากการกระทำที่อาจไม่ใช่ความผิด ซึ่งกองทัพที่ทำการควบคุมตัวอาจจะตั้งข้อหาอย่างไม่ เป็นธรรมในหลาย ๆ ข้อหา รวมถึงข้อหาเพียงแค่การเข้าร่วมในการสู้รบทำให้พลรบผู้หนึ่งต้องม ี ความผิด อีกทั้งการที่พลรบผู้หนึ่งไม่ได้ถูกควบคุมตัวในฐานะเชลยศึก เป็นการทำให้พลรบเช่นว่าไม่ได้ รับการประกันสิทธิในฐานะที่เชลยศึกหรือผู้ที่ถูกควบคุมตัวในฐานะเชลยศึกจะต้องได้รับ ถือได้ว่า เป็นการไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิในกระบวนการยุติธรรมอย่างเพียงพอ ซึ่งเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นได้ใน หลาย ๆ กรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่พลรบผู้หนึ่งเป็นสมาชิกของหน่วยรบกองโจรซึ่งคู่สงครามที่ ควบคุมตัวอาจจะไม่ให้สถานภาพเชลยศึก อีกทั้งอาจจะไม่ได้ทำการควบคุมตัวในฐานะเชลยศึก

ด้วยเหตุนี้ จึงมีบทบัญญัติในวรรค 2 ที่เอื้อประโยชน์ให้มีกระบวนการ พิจารณาเพื่อกำหนดสถานภาพเชลยศึกแก่พลรบผู้หนึ่งเมื่อพลรบเช่นว่าได้ทำการเรียกร้อง สถานภาพเชลยศึก โดยกลไกที่ทำหน้าที่ในการกำหนดสถานภาพนั้นไม่อาจเป็นศาลพิเศษที่มี อำนาจตามที่ปรากฏในวรรคแรก เนื่องจากตนได้ถูกลิดรอนสิทธิโดยเจ้าหน้าที่ทางทหารซึ่งเป็น บุคลากรของฝ่ายรัฐบาลอันถือเป็นการเสียสิทธิโดยการกระทำของรัฐบาล จึงไม่อาจใช้ศาลพิเศษที่ ประกอบไปด้วยเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารที่เป็นการทำให้ตนต้องเสี่ยงต่อการไม่ได้รับความเป็นธรรม จากฝ่ายบริหารอีก แต่ต้องเป็นกลไกทางศาลที่อยู่ในอำนาจตุลาการในการชี้ขาด อันช่วยให้เกิด ความยุติธรรมแก่ตัวพลรบผู้หนึ่งมากขึ้น¹⁴

บางฝ่ายเห็นว่า ศาลยุติธรรมนั้นอาจจะเป็นศาลพลเรือนหรือศาลทหารก็ ได้ แต่ถ้าให้เกิดความเหมาะสมตามรูปคดี โดยพิจารณาตามความในข้อ 84¹⁵ และ 102¹⁶ ของ

¹⁴ Yasmin Naqvi , Doubtful Prisoner-Of-War Status, in International Review of the Red Cross No. 847 (Geneva : The International Of the Red Cross , September , 2002) , p. 576

¹⁵ Additional Protocol I 1977 to the Geneva Conventions 1949 relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts , Art. 85 “A prisoner of war shall be tried only by a military court, unless the existing laws of the Detaining Power expressly permit the civil courts to try a member of the armed forces of the Detaining Power in respect of the particular offence alleged to have been committed by the prisoner of war.”

¹⁶ Geneva Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War 1949, Art. 102 “A prisoner of war can be validly sentenced only if the sentence has been pronounced by the same

อนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ควรใช้ศาลทหารในการชี้ขาดสถานภาพเชลยศึก ซึ่งศาลทหาร เช่นว่านั้นจะต้องมีวิธีพิจารณาที่รับรองสิทธิของพลรบผู้นั้นในการพิจารณาคดี ซึ่งเป็นไปตาม อนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ยิ่งกว่านั้น องค์ประกอบของศาลและกระบวนการวิธีพิจารณาจะต้อง เป็นแบบเดียวกันกับที่ใช้กับพลรบที่เป็นสมาชิกในกองทัพของคู่สงครามที่ทำการควบคุมตัว อีกทั้ง จะต้องเป็นไปตามความในข้อ 75 วรรค 4 , 7 และ 8 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 นี้ จึงเห็นได้ว่า การลิดรอนสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการพิจารณาสถานภาพเชลยศึกของพลรบที่ถูกควบคุมตัว เป็นการละเมิดทั้งอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 อีกด้วย¹⁷ แต่ กระนั้นก็ตาม ศาลทหารในหลายประเทศก็เป็นศาลที่อยู่ในกองทัพ ซึ่งกองทัพนั้นเป็นองค์กรหนึ่งใน ฝ่ายบริหาร อีกทั้งผู้ตั้งศาลขึ้นมาได้ส่วน ก็ยังคงเป็นหัวหน้ารัฐบาล จึงควรอาศัยศาลยุติธรรมซึ่งเป็น ศาลของพลเรือนเป็นหลักในการพิจารณาคดีโดยมีการเชิญนายทหารพระธรรมนูญประจำ กองทัพเข้ามาเป็นผู้พิพากษาสมทบได้

ในประโยคที่ 2 ของวรรค 2 ในกรณีที่พลรบผู้นั้นได้กระทำความผิดใน ระหว่างที่มีการสู้รบ กระบวนการให้สถานภาพจะต้องกระทำก่อนกระบวนการพิจารณาความผิด นั้น ๆ เสมอ ถึงแม้ว่าในกระบวนการวิธีพิจารณาของแต่ละประเทศจะมีความแตกต่างกัน อีกทั้ง หลักการทางกฎหมายอาจมีความแตกต่างกัน จนถึงขนาดที่ว่า บางประเทศมีการมองว่า การถือ อาวุธเข้าร่วมในสงครามนั้นเป็นความผิด แต่ถึงกระนั้นก็ตาม เพื่อให้มีความสอดคล้องกับความ คุ่มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 เพื่อไม่ให้เกิดสัญญาภาคทางการคุ้มครองเชลยศึก ซึ่งเป็นการทำให้การใช้บังคับตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 นี้ ไม่มีประสิทธิภาพ จึงต้องมี การบัญญัติหลักการเรื่องนี้ขึ้นมาในข้อ 45 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 เพื่อให้การคุ้มครองเชลย ศึกเป็นรูปธรรมยิ่งขึ้น โดยกระบวนการในการให้สถานภาพนั้นสามารถทำได้โดยใช้วิธีการตาม อนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 4 ในกรณีที่พลรบผู้นั้นไม่ได้ถูกควบคุมตัวในฐานะเชลยศึก หรือ สามารถใช้กระบวนการตามข้อ 75 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 อีกด้วย¹⁸

courts according to the same procedure as in the case of members of the armed forces of the Detaining Power, and if, furthermore, the provisions of the present Chapter have been observed.”

¹⁷The International Committee of the Red Cross, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Geneva : International Committee of the Red Cross : M. Nijhoff Publishers, 1987), p. 555

¹⁸Ibid. , p. 556

นอกจากนี้ ในประโยคที่ 3 และ 4 ของข้อ 45 วรรค 2 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ได้มีการนำมาจากข้อ 105 วรรค 5 ประโยคแรกและประโยคที่ 2 ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ข้อ 71 วรรค 4 และข้อ 74 วรรคแรก ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 4 ได้วางหลักการถึงการที่คู่สงครามที่ทำการควบคุมตัวพลรบ จะต้องขอคำแนะนำจากรัฐที่ให้การคุ้มครองได้อีกด้วย ในกรณีของการให้สถานภาพเชลยศึกแก่พลรบผู้หนึ่ง ก่อนหน้าที่จะทำการพิจารณาคดีเกี่ยวกับความผิดที่พลรบผู้หนึ่งได้กระทำให้ไประหว่างการสู้รบ อีกทั้งผู้แทนจากประเทศที่ทำการคุ้มครองจะต้องเข้าร่วมในการพิจารณากำหนดสถานภาพเชลยศึกแก่พลรบผู้หนึ่ง เว้นแต่กรณีที่ต้องพิจารณาอย่างเป็นทางการเป็นความลับซึ่งมีเหตุเกี่ยวกับความมั่นคง โดยอาศัยการพิจารณาคดีผ่านกล้องโทรมทศนวงจรปิด ผู้แทนจากรัฐที่ให้ความคุ้มครองไม่อาจเข้าร่วมการพิจารณาคดีได้ ทั้งนี้ หลักการเช่นว่าถือเป็นหลักการคุ้มครองพลรบอีกชั้นหนึ่งด้วย¹⁹

เมื่อพลรบผู้หนึ่งถูกควบคุมตัวแต่ไม่ได้เป็นการควบคุมตัวในฐานะเชลยศึก ทำให้พลรบผู้หนึ่งไม่ได้รับความคุ้มครองที่เป็นไปตามในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 อีกทั้งยังอาจถูกลิดรอนสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม พลรบผู้หนึ่งสามารถเรียกร้องให้คู่สงครามที่ทำการควบคุมตัว ทำการให้สถานภาพเชลยศึกแก่ตน ซึ่งเมื่อพลรบทำการเรียกร้องเช่นว่าแล้ว คู่สงครามที่ควบคุมตัวก็ต้องทำการกำหนดสถานภาพเชลยศึกโดยอาศัยกลไกศาลพิเศษที่อยู่ในข่ายงานศาลยุติธรรมทำหน้าที่ในการพิจารณาสถานภาพเชลยศึก โดยที่คู่สงครามที่ควบคุมตัวจะต้องขอคำแนะนำจากรัฐที่ให้ความคุ้มครอง (Protecting Power) โดยตัวแทนของรัฐที่ให้การคุ้มครองจะเข้าร่วมการพิจารณากำหนดสถานภาพเชลยศึกด้วย เว้นแต่ในกรณีที่ต้องพิจารณาอย่างเป็นทางการโดยผ่านกล้องทศนวงจรปิด ทั้งนี้เป็นหลักการที่ปรากฏอยู่ในข้อ 105 วรรค 5 ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ข้อ 71 วรรค 4 และข้อ 74 วรรคแรกของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 4 อีกด้วย²⁰

3.1.2.4 กรณีที่พลรบผู้ไม่มีสิทธิได้สถานภาพเชลยศึกจะต้องถูกพิจารณาคดีได้

ในพิธีสารเพิ่มเติมปี 1977 ฉบับที่ 1 ข้อ 45 วรรค 3 นั้นใช้บังคับในกรณีของพลรบผู้ไม่มีสิทธิได้สถานภาพเชลยศึกและถูกพิจารณาคดีจากการเข้าร่วมการสู้รบ โดยใน

¹⁹ Ibid., p. 557

²⁰ Ibid., p. 557

กรณีของพลรบที่สังกัดกองทัพที่ไม่เข้าองค์ประกอบตามที่ระบุเอาไว้ในข้อ 43 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ทหารรับจ้าง หรือจารชนแล้ว ถือว่าข้อ 45 วรรค 3 ใช้บังคับไม่ได้²¹

เมื่อได้พิจารณาประโยคแรกของข้อ 45 วรรค 3 จะเห็นได้ว่า ในกรณีพิพาททางอาวุธระหว่างประเทศ เมื่อพลรบผู้ถูกควบคุมตัวเป็นพลรบของคู่สงครามฝ่ายศัตรูโดยมีสัญชาติของคู่สงครามฝ่ายศัตรูเช่นว่าและไม่ได้รับสถานภาพเชลยศึก พลรบผู้นั้นจะต้องได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 4 แต่หากเป็นกรณีของการที่พลรบผู้นั้นไม่ได้มีสัญชาติของรัฐคู่สงคราม แต่กลับเป็นประชาชนที่มีสัญชาติของรัฐที่ทำการควบคุมตัว ก็ถือว่าไม่ได้เข้าองค์ประกอบที่จะสามารถได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 4 ซึ่งอาจเกิดปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของพลรบผู้นั้น ในข้อ 45 วรรค 3 นี้จึงได้ระบุหลักการที่เป็นทางแก้ของการให้ประกันสิทธิขั้นพื้นฐานให้แก่พลรบผู้นั้น โดยอาศัยหลักการตามข้อ 75 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977²²

ถึงกระนั้นก็ตาม แม้ว่าบุคคลผู้ถูกควบคุมตัวจะไม่ได้ถูกปฏิเสธความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 4 บุคคลผู้นั้นก็ยังคงได้รับความคุ้มครองขั้นพื้นฐานตามข้อ 75 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 อยู่ก่อนแล้ว ซึ่งหลักการในข้อนี้ได้ครอบคลุมบุคคลผู้ที่พิธีสารฉบับที่ 1 ได้ระบุเอาไว้²³

กรณีที่เกี่ยวข้องกับดินแดนที่ถูกยึดครองนั้น หากบุคคลผู้นั้นไม่ใช่จารชน ก็จะได้รับคุ้มครองโดยข้อ 75²⁴ ของพิธีสารฉบับนี้²⁵

²¹ Ibid. , p. 558

²² Ibid. , p. 558

²³ Ibid. , p. 559

²⁴ Additional Protocol I 1977 to the Geneva Conventions 1949 relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts , Art. 75

“1. In so far as they are affected by a situation referred to in Article 1 of this Protocol, persons who are in the power of a Party to the conflict and who do not benefit from more favourable treatment under the Conventions or under this Protocol shall be treated humanely in all circumstances and shall enjoy, as a minimum, the protection provided by this Article without any adverse distinction based upon race, colour, sex, language, religion or belief, political or other

opinion, national or social origin, wealth, birth or other status, or on any other similar criteria. Each Party shall respect the person, honour, convictions and religious practices of all such persons.

2. The following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever, whether committed by civilian or by military agents:

(a) violence to the life, health, or physical or mental well-being of persons, in particular:

(i) murder;

(ii) torture of all kinds, whether physical or mental;

(iii) corporal punishment; and

(iv) mutilation;

(b) outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, enforced prostitution and any form of indecent assault;

(c) the taking of hostages;

(d) collective punishments; and

(e) threats to commit any of the foregoing acts.

3. Any person arrested, detained or interned for actions related to the armed conflict shall be informed promptly, in a language he understands, of the reasons why these measures have been taken. Except in cases of arrest or detention for penal offences, such persons shall be released with the minimum delay possible and in any event as soon as the circumstances justifying the arrest, detention or internment have ceased to exist.

4. No sentence may be passed and no penalty may be executed on a person found guilty of a penal offence related to the armed conflict except pursuant to a conviction pronounced by an impartial and regularly constituted court respecting the generally recognized principles of regular judicial procedure, which include the following:

(a) the procedure shall provide for an accused to be informed without delay of the particulars of the offence alleged against him and shall afford the accused before and during his trial all necessary rights and means of defence;

(b) no one shall be convicted of an offence except on the basis of individual penal responsibility;

(c) no one shall be accused or convicted of a criminal offence on account or any act or omission which did not constitute a criminal offence under the national or international law to which he was subject at the time when it was committed; nor shall a heavier penalty be imposed than that which was applicable at the time when the criminal offence was

committed; if, after the commission of the offence, provision is made by law for the imposition of a lighter penalty, the offender shall benefit thereby;

(d) anyone charged with an offence is presumed innocent until proved guilty according to law;

(e) anyone charged with an offence shall have the right to be tried in his presence;

(f) no one shall be compelled to testify against himself or to confess guilt;

(g) anyone charged with an offence shall have the right to examine, or have examined, the witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

(h) no one shall be prosecuted or punished by the same Party for an offence in respect of which a final judgement acquitting or convicting that person has been previously pronounced under the same law and judicial procedure;

(i) anyone prosecuted for an offence shall have the right to have the judgement pronounced publicly; and

(j) a convicted person shall be advised on conviction of his judicial and other remedies and of the time-limits within which they may be exercised.

5. Women whose liberty has been restricted for reasons related to the armed conflict shall be held in quarters separated from men's quarters. They shall be under the immediate supervision of women. Nevertheless, in cases where families are detained or interned, they shall, whenever possible, be held in the same place and accommodated as family units.

6. Persons who are arrested, detained or interned for reasons related to the armed conflict shall enjoy the protection provided by this Article until their final release, repatriation or re-establishment, even after the end of the armed conflict.

7. In order to avoid any doubt concerning the prosecution and trial of persons accused of war crimes or crimes against humanity, the following principles shall apply:

(a) persons who are accused of such crimes should be submitted for the purpose of prosecution and trial in accordance with the applicable rules of international law; and

(b) any such persons who do not benefit from more favourable treatment under the Conventions or this Protocol shall be accorded the treatment provided by this Article, whether or not the crimes of which they are accused constitute grave breaches of the Conventions or of this Protocol.

3.2 หลักการของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในการคุ้มครองเชลยศึก

เมื่อพลรบของคู่สงครามที่ถูกควบคุมตัวโดยคู่สงครามฝ่ายศัตรูได้รับสถานภาพเชลยศึกตามกระบวนการที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว เชลยศึกจะต้องได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ว่าด้วยการปฏิบัติต่อเชลยศึก ซึ่งความคุ้มครองต่อตัวเชลยศึกตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 มีดังต่อไปนี้

3.2.1 เชลยศึกอยู่ในความคุ้มครองของรัฐ

เชลยศึกเป็นบุคคลที่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองของรัฐ เนื่องจากสงครามเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐคู่สงคราม 2 รัฐขึ้นไป นั่นก็เท่ากับว่า เชลยศึกจะต้องอยู่ภายใต้อำนาจของรัฐไม่ใช่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของบุคคลใดหรือหน่วยทหารหน่วยใด ซึ่งบุคคลากรในกองทัพหรือหน่วยทหารเป็นแค่เพียงตัวแทนของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ทางสงครามเท่านั้น การปฏิบัติต่อเชลยศึกนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ทำการควบคุมตัวเป็นผู้กระทำ ซึ่งเป็นธรรมดาที่บุคคลผู้นั้นจะต้องชี้แจงการกระทำนั้น แต่อย่างไรก็ดี ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้กระทำการต่าง ๆ ในนามของรัฐ การปฏิบัติต่อเชลยศึกจึงเป็นการกระทำในนามของรัฐที่ทำการควบคุมตัว จึงถือเป็นการปฏิบัติของรัฐไปโดยปริยาย เท่ากับว่า รัฐเป็นผู้รับผิดชอบต่อการกระทำใด ๆ ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้ปฏิบัติต่อตัวเชลยศึกผู้นั้นด้วย²⁶

อย่างไรก็ตาม บุคคลที่เป็นเจ้าหน้าที่รัฐยังคงมีความรับผิดชอบในการกระทำที่ตนได้กระทำลงไปถึงแม้ว่ารัฐจะต้องร่วมรับผิดชอบไปด้วย โดยความรับผิดชอบนั้นเป็นไปตามกฎหมายระหว่าง

8. No provision of this Article may be construed as limiting or infringing any other more favourable provision granting greater protection, under any applicable rules of international law, to persons covered by paragraph 1 “

²⁵ The International Committee of the Red Cross , Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Geneva : International Committee of the Red Cross : M. Nijhoff Publishers, 1987), p. 559

²⁶ The International Committee of the Red Cross , The Geneva Conventions of 12 August 1949; Commentary III Geneva Convention Relative Treatment of Prisoner of War (Geneva: The International Committee of the Red Cross, 1960), p. 128-129

ประเทศว่าด้วยสงครามและกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งได้กำหนดความผิดเอาไว้สำหรับการกระทำนั้น ๆ เท่ากับว่า รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐมีความรับผิดชอบในการปฏิบัติต่อเชลยศึกควบคู่กันไป โดยการที่รัฐต้องรับผิดชอบไม่ได้หมายความว่าความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่รัฐจะต้องลดน้อยลงแต่ประการใด²⁷

ดังนั้น รัฐจึงต้องให้คำแนะนำต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยศึกตามสิทธิและหน้าที่ที่ตนมีอยู่

ในกรณีที่รัฐคู่สงครามที่ทำการควบคุมตัวนั้นไม่อาจคุ้มครองสิทธิของเชลยศึกได้เต็มที่ จะต้องส่งตัวเชลยศึกไปยังรัฐอื่นซึ่งเป็นภาคีของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 นี้ โดยรัฐคู่สงครามที่ทำการควบคุมตัวอยู่นั้นจะต้องแน่ใจว่า รัฐที่รับเชลยศึกจากรัฐคู่สงครามเพื่อไปควบคุมตัวไว้สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ได้อย่างเต็มที่ อีกทั้งรัฐเช่นว่านั้นจะต้องเต็มใจในการรับเชลยศึกไปดูแล โดยรัฐผู้รับเชลยศึกไปควบคุมตัวนั้น มีหน้าที่ความรับผิดชอบในการดูแลเชลยศึกตั้งแต่ช่วงที่รัฐนั้นรับตัวเชลยศึกมาควบคุมตัวจนถึงช่วงระหว่างการควบคุมตัวเชลยศึกนั้น เท่ากับว่า สิทธิหน้าที่ตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ที่รัฐคู่สงครามมีอยู่จะตกทอดไปยังรัฐที่ทำการรับเชลยศึกไปควบคุมตัวต่อไป²⁸

กระนั้นก็ตาม รัฐคู่สงครามที่ทำการส่งตัวเชลยศึกไปให้อีกรัฐดูแลยังคงมีหน้าที่ความรับผิดชอบอยู่ ในกรณีที่รัฐที่รับตัวเชลยศึกไปควบคุมตัวเอาไว้ไม่ได้ทำตามพันธกรณีตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ที่รัฐนั้นต้องปฏิบัติตาม

3.2.2 สิทธิในการได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม

หลักทั่วไปว่าด้วยการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมต่อผู้ที่เป็นเชลยศึกในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้นได้ระบุเอาไว้ในข้อ 13 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ว่าด้วยการปฏิบัติต่อเชลยศึก²⁹ ซึ่งได้ระบุถึงการที่รัฐคู่สงครามที่ทำการควบคุมตัวเชลยศึกเอาไว้จะต้อง

²⁷ Ibid., p.129

²⁸ Ibid., p. 136-137

²⁹ Geneva Convention III 1949 relative to the Treatment of Prisoners of War, Art. 13

“Prisoners of war must at all times be humanely treated. Any unlawful act or omission by the

ปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม ซึ่งการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมในกรอบของข้อ 13 นี้รวมถึงการที่รัฐจะต้องไม่ทำการข่มขู่คุกคามต่อชีวิตและสุขภาพของเชลยศึก ไม่อาจใช้เชลยศึกเป็นตัวทดลองทางการแพทย์ ไม่อาจทำให้ทุพพลภาพ ไม่อาจลงโทษด้วยการทำร้ายร่างกายหรือการทรมาน คุ่มครองไม่ให้เชลยศึกถูกทำร้ายร่างกายจากบุคคลอื่น อีกทั้งจะต้องไม่ทำการแก้แค้นเชลยศึกด้วยการใช้ความรุนแรง³⁰

เมื่อพลรบตกไปอยู่ภายใต้อำนาจของรัฐคู่สงครามฝ่ายศัตรูแล้ว พลรบจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม ซึ่งการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมนั้นเป็นที่เข้าใจกันในความหมายทั่ว ๆ ไปว่าจะต้องปฏิบัติในทางที่สมควรต่อการเป็นมนุษย์ โดยบุคคลแต่ละคนสมควรได้รับการปฏิบัติที่เป็นไปตามสถานภาพที่ตนได้รับซึ่งสามารถชี้ได้ว่า บุคคลในสถานภาพไหนสมควรได้รับการปฏิบัติแบบใด เงื่อนไขในการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมและข้อห้ามการกระทำที่ขัดต่อมนุษยธรรมนั้นใช้ได้แม้กรณีที่รัฐคู่สงครามที่ทำการควบคุมตัวเชลยศึกได้มีมาตรการทางความมั่นคงและมาตรการปราบปรามต่อบุคคลเช่นว่า อีกทั้งยังใช้ได้ในพื้นที่ที่ถูกยึดครองหรือดินแดนของรัฐที่เป็นคู่สงคราม

การไม่คุกคามต่อชีวิตและสุขภาพของเชลยศึกเป็นพันธกรณีขั้นพื้นฐานในการที่เชลยศึกจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมจากรัฐที่ทำการควบคุมตัว

อีกกรณีหนึ่งคือ การที่เชลยศึกไม่อาจเป็นตัวทดลองทางการแพทย์นั้น อนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับนี้ไม่ได้ห้ามการรักษาโรคเพื่อเหตุผลทางการแพทย์ที่เป็นการช่วยให้เชลยศึกที่

Detaining Power causing death or seriously endangering the health of a prisoner of war in its custody is prohibited, and will be regarded as a serious breach of the present Convention. In particular, no prisoner of war may be subjected to physical mutilation or to medical or scientific experiments of any kind which are not justified by the medical, dental or hospital treatment of the prisoner concerned and carried out in his interest.”

³⁰ The International Committee of the Red Cross , The Geneva Conventions of 12 August 1949; Commentary III Geneva Convention Relative Treatment of Prisoner of War (Geneva: The International Committee of the Red Cross, 1960), p. 140

เจ็บป่วยมีอาการทุเลาลง รวมถึงการใช้ตัวยาชนิดใหม่หรือรูปแบบการรักษาโรคแบบใหม่ที่เพิ่งมีการคิดค้นในทางการแพทย์โดยที่วิธีการเช่นว่าเป็นการใช้เพื่อหวังผลทางการรักษาพยาบาล³¹

การห้ามการทำร้ายร่างกายในข้อ 13 วรรค 2 นั้น ไม่ได้มีการระบุเอาไว้อย่างชัดเจน เพียงแต่ได้ระบุถึงการห้ามมิให้เกิดการกระทำที่เป็นความรุนแรง หรือการกระทำอื่น ๆ ที่คล้าย ๆ กัน อย่างไรก็ตาม นั้นหมายความว่า เป็นพันธะกรณีของรัฐที่ทำการควบคุมตัวในการที่รัฐป้องกันไม่ให้เชลยศึกผู้นั้นต้องได้รับอันตรายจากความรุนแรงในรูปแบบต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นความรุนแรงอันมาจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ผู้คุม หรือความรุนแรงอันมาจากภายนอกสถานที่กักกันเชลยศึก ป้องกันไม่ให้เชลยศึกผู้นั้นได้รับอันตรายจากการบาดเจ็บ นอกจากนี้ ยังรวมถึงกรณีที่รัฐที่ทำการควบคุมตัวจะต้องไม่ทำการแก้แค้นต่อตัวเชลยศึก ซึ่งก็มีเหตุผลตรงที่การแก้แค้นต่อตัวเชลยศึก อันมาจากเหตุผลต่าง ๆ นานาไม่ว่าเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ทางการเมืองระหว่างรัฐคู่สงคราม หรือเหตุผลส่วนบุคคล ไม่อาจช่วยให้ปัญหาเช่นว่าคลี่คลายลงได้ ยิ่งกว่านั้น กลับเป็นการทำให้ความขัดแย้งบานปลายออกไป โดยอาจก่อให้เกิดความเกลียดชังจากตัวเชลยศึกที่ถูกทำร้ายการจนเกิดการแก้แค้นตอบโต้บุคคลที่กระทำการแก้แค้นไปนั้น กลายเป็นวงจรแห่งความโกรธแค้นซึ่งหมายถึงการแก้แค้นระหว่างกันที่ไม่มีทางจบสิ้น³²

3.2.3 สิทธิในการได้รับการเคารพต่อตัวบุคคลและศักดิ์ศรี

สิทธิในการได้รับความเคารพต่อตัวบุคคลและศักดิ์ศรีนั้น ได้ระบุเอาไว้ในข้อ 14 วรรค 1 โดยรัฐจะต้องวางมาตรการเพื่อไม่ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการอันเป็นการไม่เคารพต่อตัวเชลยศึกรวมถึงศักดิ์ศรีของตัวเชลยศึก อีกทั้งรัฐจะต้องวางมาตรการป้องกันไม่ให้เชลยศึกถูกระทำเช่นว่าโดยเชลยศึกด้วยกัน³³

เชลยศึกมีสิทธิในการได้รับการปฏิบัติที่เป็นการเคารพต่อตัวบุคคลในทางกายภาพ ซึ่งมาตรการของรัฐที่ทำการควบคุมตัวนั้น แบ่งได้เป็น 3 ประเภทดังนี้³⁴

³¹ Ibid., p. 140

³² Ibid., p. 141

³³ Ibid., p. 143

³⁴ Ibid., p. 143

ก) การป้องกันการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของเชลยศึก ซึ่งเป็นการป้องกันการฆ่า การทำร้ายร่างกาย การทรมาน การทำให้พิการ การเอาไปเป็นตัวทดลองทางการแพทย์หรือวิทยาศาสตร์ เป็นต้น

ข) การคุ้มครองเชลยศึกในเรื่องของสภาพการคุมขัง สภาพความเป็นอยู่ที่เชลยศึกผู้นั้นได้อยู่อาศัย โดยจะต้องไม่เป็นอันตรายต่อสุขภาพของเชลยศึก ไม่เกิดความเสี่ยงต่อการเกิดโรคภัยโดยไม่จำเป็น

ค) จะต้องให้การคุ้มครองเชลยศึกจากผลกระทบของการสู้รบในกรณีพิพาททางอาวุธ ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมตัวเชลยศึกให้ไกลจากสมรภูมิตรบ การป้องกันไม่ให้เชลยศึกต้องได้รับผลกระทบจากการทิ้งระเบิดจากอากาศลงสู่พื้นดินในการสู้รบ เป็นต้น

นอกจากนี้ เชลยศึกยังมีสิทธิในการได้รับการปฏิบัติที่เป็นการเคารพต่อสภาพจิตใจอีกด้วย ซึ่งหลักการในข้อนี้มุ่งถึงการได้รับความกระทบกระเทือนทางจิตใจ นอกเหนือจากการถูกกระทบกระเทือนทางร่างกายเนื่องจากความสามารถของบุคคลอาจถูกจำกัดจากการได้รับผลกระทบทางลบในเรื่องของจิตใจ³⁵

นอกจากนี้ เชลยศึกยังมีสิทธิในการได้รับความเคารพต่อศักดิ์ศรี เนื่องจากปกติในการสู้รบ พลรบของคู่สงครามที่ทำการต่อสู้จะต้องทำการต่อสู้เพื่อหวังชัยชนะในสงครามอันเป็นชัยชนะของรัฐคู่สงครามที่ตนสังกัด เมื่อพลรบผู้นั้นถูกจับตัวเป็นเชลยศึกโดยพลรบฝ่ายศัตรูหรือยอมแพ้เนื่องจากตนไม่มีทางที่จะสู้รบต่อได้อีก พลรบผู้นั้นย่อมมีสภาวะจิตใจที่ตกต่ำเสมือนผู้แพ้และเสียศักดิ์ศรี รัฐคู่สงครามที่ทำการควบคุมตัวจะต้องปฏิบัติต่อพลรบผู้นั้นเสมือนกับว่าเป็นศัตรูผู้เคราะห์ร้าย โดยที่ไม่อาจกระทำการอันเป็นการสบประมาท ดูถูกดูแคลน พุดจาให้ร้าย หรือการกระทำอันมีลักษณะคล้ายกัน อีกทั้งจะต้องป้องกันไม่ให้เชลยศึกต้องได้รับผลกระทบจากการกระทำเช่นว่าโดยเชลยศึกด้วยกันอีกด้วย³⁶

³⁵ Ibid., p. 145

³⁶ Ibid., p. 145-146

นอกจากนี้ สิทธิของเซลยศึกในการได้รับการปฏิบัติอย่างมีศักดิ์ศรีนั้น ยังรวมถึง สิทธิในการได้รับอนุญาตให้สวมใส่เครื่องหมายบอกยศ สิทธิในการได้รับการปฏิบัติตามยศและ อาวุโส สิทธิในการถูกใช้แรงงานอย่างเป็นทางการเป็นธรรมเนียมอีกด้วย

3.2.4 สิทธิในการใช้สิทธิตามสภาพบุคคล

เซลยศึกจะต้องมีสภาพบุคคลในทางกฎหมาย โดยสภาพบุคคลนั้นประกอบไปด้วยการมีอยู่ซึ่งสิทธิพลเมือง รวมถึงการใช้สิทธิพลเมืองนั้น โดยบุคคลที่สามารถใช้สิทธิของตนได้ นั้น จะต้องเป็นผู้มีสิทธิอย่างสมบูรณ์จากการบรรลุนิติภาวะ ไม่เป็นบุคคลที่ต้องถูกจำกัดสิทธิทางกฎหมายโดยการมีสภาพบุคคลตามกฎหมายจะต้องมีสภาพบุคคลตามของหมายภายในของรัฐที่ตนสังกัด หรือรัฐที่เป็นภูมิลำเนาของตน³⁷

ในสมัยโบราณ เมื่อมีสงครามเกิดขึ้น และทหารของฝ่ายศัตรูถูกจับกุมตัวเป็น เซลยศึก ผู้นั้นมักถูกเอาตัวลงเป็นทาส ซึ่งถือว่าเป็นเพียงทรัพย์สินของนายทาส ไม่ใช่บุคคลในทางกฎหมาย เท่ากับว่าได้สูญเสียสภาพบุคคลทางกฎหมายที่ตนมีอยู่ก่อนถูกจับกุมตัวไปสิ้น หลังจาก นั้นได้มีความพยายามในการคุ้มครองสภาพความเป็นบุคคลในทางกฎหมายของเซลยศึกมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นประมวลหลักการท่าสงครามของสหรัฐอเมริกาปี 1863 ข้อบังคับกรุงเฮกปี 1907³⁸

เซลยศึกมีความสามารถในการทำนิติกรรมหรือกระทำการอื่นใดอันเกี่ยวกับกฎหมายได้ โดยทำภายใต้กฎหมายภายในประเทศที่ที่ตนสังกัดหรือประเทศที่เป็นภูมิลำเนาของตนเอง ยกเว้นในบางกรณีที่ต้องใช้หนังสือมอบอำนาจในการทำการ เช่น การสมรส การหย่า การหย่าในทางกฎหมาย การรับรองบุตร และการขอใช้อำนาจในทางปกครองบุตร เป็นต้น³⁹

3.2.5 สิทธิในการได้รับความคุ้มครองต่อสภาพความเป็นอยู่ของเซลยศึก

เซลยศึกมีสิทธิในการได้รับความคุ้มครองด้านสภาพความเป็นอยู่โดยไม่เสียค่าใช้จ่ายของตนเอง ในกรณีนี้ รัฐที่ทำการควบคุมตัวมีหน้าที่ในการรับรองความเป็นอยู่ของเซลย

³⁷ Ibid., p. 148

³⁸ Ibid., p. 149

³⁹ Ibid., p. 149-150

ศึกในด้านต่าง ๆ เกี่ยวกับสภาพความเป็นอยู่ของเชลยศึกชั้นพื้นฐานโดยเป็นเรื่องของปัจจัยที่มีความจำเป็นขั้นพื้นฐานในชีวิตประจำวัน ได้แก่ การคุ้มครองทางด้านอาหาร เครื่องนุ่งห่ม การเข้ารับการรักษาพยาบาล การพักผ่อนหย่อนใจ กีฬาและนันทนาการ เป็นต้น นอกจากนี้ รัฐนั้นจะต้องมีการจ่ายเงินให้กับเชลยศึกในรูปแบบของค่าตอบแทนการใช้แรงงาน หรือเงินเดือนที่ไว้ล่วงหน้า เพื่อให้เชลยศึกผู้นั้นสามารถนำเงินไปใช้สอยในการซื้อสินค้าที่มีความจำเป็นต่อการดำรงชีวิตประจำวันต่อไป⁴⁰

รัฐที่ทำการควบคุมตัวมีหน้าที่อย่างเคร่งครัดในการรับรองสภาพความเป็นอยู่โดยไม่คิดค่าใช้จ่าย ในกรณีที่รัฐที่เชลยศึกสังกัดอยู่ได้ส่งสิ่งของบรรเทาทุกข์มาให้ รัฐที่ทำการควบคุมตัวก็ไม่อาจลดการให้ความช่วยเหลือเกี่ยวกับสิ่งของอุปโภคบริโภคในชีวิตประจำวันของเชลยศึกแต่อย่างใด⁴¹

ในกรณีที่รัฐที่ทำการควบคุมตัวไม่อาจทำหน้าที่ตามสิทธิในการให้ความคุ้มครองด้านความเป็นอยู่ของเชลยศึก ไม่ว่าจะรัฐนั้นจะไม่สามารถรับรองสิทธิด้านนี้ได้เพียงพอหรือไม่เต็มที่ที่จะปฏิบัติตามหน้าที่นี้ รัฐที่ควบคุมตัวเชลยศึกไม่อาจควบคุมตัวเชลยศึกได้อีกต่อไป โดยจะต้องส่งตัวเชลยศึกผู้นั้นหรือกลุ่มนั้นให้แก่รัฐที่เป็นกลางที่สามารถรับรองสิทธิในเรื่องของการดูแลสุขภาพความเป็นอยู่ขั้นพื้นฐานได้อย่างเต็มที่⁴²

3.2.6 สิทธิในการได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน

โดยปกติแล้วการไม่เลือกปฏิบัติจะต้องกระทำโดยไม่คำนึงถึงเพศ วัย เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ แต่ในกรณีของข้อ 16 ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 นั้น ได้ระบุถึงการปฏิบัติต่อเชลยศึกด้วยความเท่าเทียมกัน แต่ก็มีข้อยกเว้นเกี่ยวกับการปฏิบัติที่แตกต่างออกไป ซึ่งเป็นกรปฏิบัติโดยคำนึงถึงเรื่องของยศ เพศ อายุ ความถนัดทางอาชีพ และภาวะทางสุขภาพ เนื่องจากหากมีการปฏิบัติโดยไม่มีความแตกต่างกันย่อมส่งผลเสียต่อตัวเชลยศึกเองในเรื่องของสุขภาพร่างกาย และการปกครองเชลยศึก⁴³

⁴⁰ Ibid., p. 152-153

⁴¹ Ibid., p. 153

⁴² Ibid., p. 153

ในเรื่องของเชลยศึกที่เป็นสตรี ได้มีการเน้นถึงการปฏิบัติเป็นกรณีพิเศษ โดยถึงแม้ว่าเชลยศึกสตรีจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันกับบุรุษ แต่กระนั้นก็ตาม การปฏิบัติจะต้องดูถึงสภาพของสตรีเพศในเรื่องของการที่สตรีมีความอ่อนแอทางร่างกายมากกว่าบุรุษ ซึ่งไม่อาจใช้งานหนักได้ การให้ความคุ้มครองสตรีเพศเป็นกรณีพิเศษในเรื่องของการป้องกันการถูกข่มขืนหรือการบังคับให้ค้าประเวณี รวมถึงกรณีที่เชลยศึกสตรีตั้งครรภ์หรือมีภาวะในการเลี้ยงดูบุตรโดยรัฐที่ทำการควบคุมตัวจะต้องส่งตัวเชลยศึกสตรีผู้นั้นกลับประเทศถิ่นเกิดของตน⁴⁴

3.2.7 ความคุ้มครองในเรื่องของการลงโทษทางอาญาและวินัย⁴⁵

โดยปกติ เชลยศึกอยู่ภายใต้กฎหมายอาญาของรัฐที่ทำการควบคุมตัว ซึ่งต่างจากกรณีในเรื่องกฎหมายแพ่งที่เชลยศึกยังคงเป็นบุคคลในกฎหมายแพ่งของรัฐต้นสังกัดหรือรัฐที่ตนมีภูมิลำเนาเดิม

รัฐที่ทำการควบคุมตัวจะต้องไม่ตีความกฎหมายให้เกิดผลร้ายแรงต่อตัวเชลยศึก อีกทั้ง กรณีที่เชลยศึกได้กระทำความผิดลงไปและรัฐจะต้องชี้ขาดว่าเป็นความผิดทางวินัยหรือความผิดอาญา รัฐจะต้องชี้ขาดโดยเน้นว่าเป็นความผิดวินัย เท่าที่รัฐสามารถจะทำได้ โดยไม่จำเป็นต้องเน้นเรื่องโทษทางอาญา ซึ่งการลงโทษทางวินัยต้องทำการลงโทษโดยผู้บัญชาการของสถานกักกันเชลยศึก หรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายจากผู้บัญชาการสถานกักกันเชลยศึกนั้น ยิ่งกว่านั้น เชลยศึกที่ถูกสั่งลงโทษทางวินัย ยังคงมีอิสรภาพบางประการ เช่น ในเรื่องของการติดต่อกับบุคคลภายนอก การออกมาสู่ภายนอกเป็นเวลาอย่างน้อย 2 ชั่วโมงในกรณีที่มีการสั่งขัง เป็นต้น อีกทั้ง เชลยศึกต้องไม่ถูกลงโทษทางวินัยด้วยวิธีการอันโหดร้ายและไร้มนุษยธรรม รวมถึงเชลยศึกไม่อาจถูกลงโทษด้วยการขังเดี่ยวเกิน 30 วัน

กรณีของการลงโทษทางอาญาซึ่งเกี่ยวข้องกับกระบวนกฤษฎีธรรม เชลยศึกจะต้องขึ้นศาลทหารเท่านั้น เว้นแต่จะมีข้อเท็จจริงที่เป็นภาวะการณ์เฉพาะที่ศาลทหารไม่มีอำนาจ

⁴³ Ibid., p. 154

⁴⁴ Ibid., p. 146-147

⁴⁵ The International Committee of Red Cross, Basic Rules of the Geneva Conventions and their Additional Protocols, (Geneva : International Committee of Red Cross, 1983), p. 29-31

เกี่ยวข้อง โดยการลงโทษทางอาญาจะต้องเป็นไปตามกฎหมายทหารของรัฐที่ทำการควบคุม ซึ่งจะเห็นได้ว่า เซลยศึกจะต้องไม่ถูกลงโทษหนักกว่าที่สมาชิกของกองทัพของรัฐที่ทำการควบคุมตัวจะต้องได้รับในการกระทำความผิดเดียวกัน อีกทั้ง การลงโทษร่วมกันเป็นหมู่คณะจากความผิดเฉพาะบุคคลของเซลยศึก ไม่อาจทำได้ ไม่ว่าจะเป็นการลงโทษต่อร่างกาย การคุมขังโดยไม่ยอมให้ออกมาสู่ภายนอก หรือการลงโทษด้วยวิธีการทารุณโหดร้ายอื่น ๆ

โทษประหารชีวิตสำหรับเซลยศึกนั้น สามารถทำได้ หากเป็นโทษที่ระบุเอาไว้ในกฎหมายทหารของรัฐที่ทำการควบคุมตัว แต่หากเป็นกรณีของเซลยศึกที่เป็นหญิงมีครรภ์ หญิงผู้อยู่ในภาวะเลี้ยงดูบุตร หรือเซลยศึกที่วัยไม่ถึง 18 ปี รัฐที่ทำการควบคุมตัวไม่อาจลงโทษประหารชีวิตได้

กระบวนการพิจารณาคดีจะต้องรับรองสิทธิต่าง ๆ ของเซลยศึกที่เข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดี อาทิเช่น จำเลยจะต้องได้รับการแจ้งถึงรายละเอียดเกี่ยวกับความผิดที่ตนเองได้กระทำลงไปซึ่งจะต้องเป็นความผิดที่ระบุเอาไว้ในกฎหมาย การได้รับการสันนิษฐานว่าจำเลยบริสุทธิ์จนกว่าจะได้มีคำตัดสินของศาล การไม่บังคับข่มขู่จำเลยให้รับสารภาพ การตัดสินคดีจะต้องทำต่อหน้าจำเลย อีกทั้งจำเลยจะต้องไม่ถูกลงโทษมากกว่าหนึ่งครั้งจากการกระทำความผิดเดียวกัน เป็นต้น

เซลยศึกมีสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือต่าง ๆ ในการสู้คดี ไม่ว่าจะเป็นการที่เซลยศึกสามารถเลือกทนายความเพื่อแก้ต่างในการสู้คดีของตนเอง การที่จำเลยสามารถให้เซลยศึกด้วยกันช่วยในการแก้ต่าง การเรียกพยานเพื่อยืนยันความบริสุทธิ์ของตน รวมถึงการเรียกผู้ตีความกรณีที่มีความจำเป็น นอกจากนี้ เซลยศึกยังมีสิทธิในการอุทธรณ์คำตัดสินของศาลทหารเพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่ตัวเซลยศึกอีกด้วย

หลักการและกระบวนการในการกำหนดสถานภาพพลรบและเซลยศึกในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ มีอยู่ทั้งในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 และพิธีสารปี 1977 ฉบับที่ 1 นั้นมีใจความสำคัญของการที่เมื่อพลรบเข้าเงื่อนไขตามอนุสัญญาฉบับที่ 3 และพิธีสารฉบับแรกแล้วตกไปอยู่ภายใต้อำนาจของคู่สงครามฝ่ายศัตรู พลรบผู้นั้นได้สถานภาพเซลยศึก อีกทั้งกระบวนการกำหนดสถานภาพเซลยศึกนั้น ในอนุสัญญาฉบับที่ 3 จะให้มีการคุ้มครองตัวพลรบจนกว่าจะชี้ขาดว่าพลรบผู้นั้นสมควรได้สถานภาพเซลยศึกหรือไม่ แต่ในพิธีสารฉบับแรก ได้เสริมหลักการใหม่ โดยเมื่อมีกรณีสงสัย ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลผู้นั้นมีสถานภาพเซลยศึกจนกว่า

ศาลพิเศษผู้มีอำนาจจะได้ทำการชี้ขาดอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งเป็นการสร้างความคุ้มครองที่แน่นอนขึ้นอีกชั้นหนึ่งด้วย ในกรณีที่พลรบผู้นั้นไม่ได้ผ่านกระบวนการกำหนดสถานภาพเชลยศึก ก็มีสิทธิเรียกร้องให้ศาลยุติธรรมของรัฐคู่สงครามที่ควบคุมตัวทำการชี้ขาด นอกจากนี้ กรณีที่ศาลได้ชี้ขาดสถานภาพของพลรบผู้นั้นแล้วว่าไม่ใช่เชลยศึก พลรบผู้นั้นก็ยังคงได้รับความคุ้มครองตามข้อ 75 แห่งพิธีสารฉบับแรกอยู่ดี

หลักการให้ความคุ้มครองเชลยศึกนั้นมีอยู่ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 โดยเชลยศึกเป็นพลรบที่ชอบด้วยกฎหมายที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจและความคุ้มครองของรัฐ ซึ่งจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม ได้รับการเคารพในศักดิ์ศรี มีสภาพบุคคลที่ชอบด้วยกฎหมาย ได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน ได้รับการรับรองในเรื่องของสภาพความเป็นอยู่ รวมถึงความคุ้มครองในด้านของการลงทะเบียนทางวินัยและทะเบียนทางอาญา ซึ่งการได้มาซึ่งสถานภาพเชลยศึกนั้นจำเป็นต้องมีวิธีการในการกำหนดสถานภาพเชลยศึก ซึ่งจะต้องมีเงื่อนไขในการได้สถานภาพเชลยศึกไม่ว่าจะเป็นกรณีที่พลรบได้ร้องขอสถานภาพเชลยศึก การร้องขอโดยรัฐต้นสังกัดของพลรบผู้นั้น หรือมีข้อเท็จจริงบ่งบอกว่าสมควรได้สถานภาพเชลยศึก ซึ่งรัฐที่ควบคุมตัวจะต้องให้สถานภาพเชลยศึกทันทีเว้นแต่จะมีกรณีสงสัย ซึ่งในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ได้กำหนดให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าจะต้องได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวาเช่นว่าก่อนที่ศาลจะทำการชี้ขาดสถานภาพเชลยศึก แต่ในพิธีสารฉบับที่ 1 ปี 1977 ได้ระบุว่าให้สันนิษฐานว่าพลรบผู้นั้นได้รับสถานภาพเชลยศึกจนกว่าจะมีการตัดสินชี้ขาดโดยศาลที่มีอำนาจ ซึ่งกรณีที่พลรบผู้มีสิทธิได้รับสถานภาพเชลยศึกไม่ได้รับการชี้ขาดเกี่ยวกับสถานภาพเชลยศึก อีกทั้งกำลังอยู่ในช่วงของการพิจารณาความผิดที่กระทำไปในการสู้รบ พลรบผู้นั้นมีสิทธิร้องขอต่อศาลยุติธรรมเพื่อให้กำหนดสถานภาพเชลยศึกให้แก่ตนเนื่องจากกระบวนการของศาลพิเศษที่ชี้ขาดสถานภาพพลรบซึ่งเป็นหน่วยงานของฝ่ายบริหาร คือกองทัพ ไม่ได้ชี้ขาดสถานภาพแก่ตน โดยการชี้ขาดจะต้องทำก่อนการพิจารณาความผิดที่กระทำไปนั้น พลรบที่ไม่มีสิทธิได้สถานภาพเชลยศึกและกำลังถูกพิจารณาผิดจากการกระทำความผิดที่ได้ทำไปในระหว่างการรบ ก็ยังคงได้รับความคุ้มครองขั้นพื้นฐานตามข้อ 75 ของพิธีสารฉบับที่ 1 ปี 1977 ซึ่งเมื่อมาพิจารณาถึงกระบวนการกำหนดสถานภาพกลุ่มพลรบตาลิบันโดยสหรัฐอเมริกาในบทต่อไปแล้ว จะเห็นได้ว่าสหรัฐอเมริกาได้กำหนดสถานภาพพลรบตาลิบันแตกต่างจากกระบวนการตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างไรบ้าง

บทที่ 4

หลักการและกระบวนการกำหนดสถานภาพ แก่กลุ่มพลรบตาลิบันโดยสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกา มีหลักการในการกำหนดสถานภาพแก่กลุ่มพลรบตาลิบันซึ่งได้สะท้อนนโยบายของสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับเรื่องของการทำสงครามกับอัฟกานิสถานซึ่งปกครองโดยรัฐบาลตาลิบัน ทั้งนี้ เมื่อมีหลักการกำหนดสถานภาพพลรบแล้ว ย่อมต้องมีกระบวนการในการกำหนดสถานภาพพลรบตาลิบันซึ่งได้ปรากฏในกฎหมายรัฐธรรมนูญ คำสั่งต่าง ๆ โดยคำสั่งเหล่านี้ได้วางกลไกในการกำหนดสถานภาพและพิจารณาคดีแก่กลุ่มพลรบตาลิบันเอาไว้ด้วย ซึ่งได้มีปัญหามาตามมา โดยปัญหาเหล่านี้เป็นปัญหาที่เกิดมาจากกระบวนการกำหนดสถานภาพแก่กลุ่มพลรบตาลิบันของสหรัฐอเมริกาไม่สอดคล้องกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

4.1 หลักการของสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการกำหนดสถานภาพต่อกลุ่มพลรบตาลิบัน

หลังจากที่ได้เกิดเหตุการณ์ก่อวินาศกรรมในวันที่ 11 กันยายน ปี 2001 สหรัฐอเมริกาได้ตั้งข้อสงสัยว่าเป็นฝีมือของขบวนการก่อการร้ายอัลเคด้าที่มีฐานพำนักที่ประเทศอัฟกานิสถานโดยมีกลุ่มตาลิบันเป็นรัฐบาล ซึ่งสหรัฐอเมริกาได้เรียกร้องให้รัฐบาลตาลิบันทำการส่งตัวการที่อยู่เบื้องหลังการก่อวินาศกรรมดังกล่าวมาให้กับสหรัฐอเมริกา แต่รัฐบาลตาลิบันปฏิเสธที่จะทำตามคำร้องขอของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา สหรัฐอเมริกาจึงมองว่า การก่อวินาศกรรมนี้เป็นการกระทำของกลุ่มผู้ก่อการร้ายอัลเคด้าโดยมีรัฐบาลตาลิบันมีส่วนร่วมรู้เห็นด้วย จึงถือว่าเป็นการใช้กำลังทางทหารต่อสหรัฐอเมริกา เมื่อเป็นเช่นนี้ สหรัฐอเมริกาจึงได้ทำการประกาศสงครามต่ออัฟกานิสถานโดยได้ใช้กำลังทางทหารร่วมกับฝ่ายพันธมิตรเมื่อวันที่ 7 ตุลาคม 2001 ซึ่งถือได้ว่าสงครามครั้งนี้เป็นกรณีพิพาททางอาวุธระหว่างรัฐบาลสหรัฐอเมริกาและรัฐบาลตาลิบันอัฟกานิสถาน เมื่อได้มีการสู้รบเกิดขึ้น ก็ได้มีการจับกุมตัวพลรบของกลุ่มตาลิบันโดยรัฐบาลสหรัฐอเมริกา มาควบคุมตัวเอาไว้ ซึ่งก็ได้ควบคุมตัวเอาไว้ตามที่ต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งค่ายกักกันของฐานทัพเรือสหรัฐอเมริกาที่อ่าวกวนตานาโม ประเทศคิวบาซึ่งเป็นพื้นที่ที่สหรัฐอเมริกาได้ทำการเข้ามาจากประเทศคิวบาเป็นเวลานานตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ 20 หลังจากที่ได้มีการจับกุมตัวพลรบตาลิบันมาแล้วนั้น ก็ได้เกิดเสียงวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับการกำหนดสถานภาพต่อพลรบตาลิบันอย่างกว้างขวางมาก จนปัจจุบันปัญหานี้ยังไม่อาจแก้ไขให้เสร็จสิ้นไป

สหรัฐอเมริกาที่มีมุมมองในการกำหนดสถานภาพแก่พลรบของกลุ่มตาลิบันดังต่อไปนี้

4.1.1 แนวคิดเกี่ยวกับสงครามต่อต้านการก่อการร้าย

แนวคิดเกี่ยวกับสงครามต่อต้านการก่อการร้ายของสหรัฐอเมริกานั้น พิจารณาได้จากคำสั่งอนุมัติให้ใช้กำลังทหารของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา (Authorization for Use of Military Force or AUMF) ได้บ่งบอกถึงแนวความคิดในการทำสงครามของสหรัฐอเมริกาในช่วงหลังเหตุการณ์ก่อวินาศกรรมที่กรุงนิวยอร์ก เมื่อวันที่ 11 กันยายน 2001 ที่ว่า ประธานาธิบดีมีอำนาจในการใช้กำลังทหารต่อชาติ องค์กร หรือบุคคลที่ทางประธานาธิบดีเห็นว่าได้กระทำการก่อการร้าย วางแผน หรือช่วยเหลือการกระทำที่เป็นการก่อการร้ายที่เกิดขึ้นในวันที่ 11 กันยายน 2001 หรือได้ให้ที่พักพิงต่อบุคคลที่ทำการก่อการร้ายเช่นว่านั้นด้วย¹

จะเห็นได้ว่า หลังจากที่เกิดการก่อวินาศกรรมในวันที่ 11 กันยายน 2001 แล้ว รัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้กล่าวหาว่ารัฐบาลตาลิบันของอัฟกานิสถานว่าเป็นผู้ให้ที่พักพิงต่อองค์กรก่อการร้ายอัลเคด้าของนายโอซามา บิน ลาดิน โดยหลังจากที่สหรัฐอเมริกาได้ออกคำสั่งให้มีการใช้กำลังทหารที่เรียกว่า Authorization for Use of Military Force หรือ AUMF แล้ว ในเนื้อหานั้น ได้บ่งบอกชัดว่ารัฐสภาอนุมัติให้รัฐบาลใช้กำลังทหารในสงครามซึ่งรัฐบาลอ้างว่าเป็น สงครามต่อต้านการก่อการร้าย (War against terrorism) โดยรัฐบาลสหรัฐอเมริกาสามารถใช้กำลังทหารกับชาติที่ให้การสนับสนุนการก่อการร้ายได้ ทำให้สหรัฐอเมริกามีมุมมองว่า สงครามต่อต้านการก่อการร้ายเป็นสงครามที่สหรัฐอเมริกามุ่งประสงค์ทำขึ้นเพื่อต่อต้านการก่อการร้ายที่ได้กระทำต่อสหรัฐอเมริกาในการก่อวินาศกรรมในวันที่ 11 กันยายน 2001 นั้น ซึ่งสหรัฐอเมริกาก็ถือว่าเป็นกรณี

¹ ใน Authorization for Use of Military Force ข้อ 2(a) ได้ระบุเอาไว้ดังนี้

” Section 2(a) :

IN GENERAL- That the President is authorized to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons.”

พิพาททางอาวุธที่จะจบลงได้ก็ต่อเมื่อมีการปราบปรามผู้ที่ทำการก่อการร้ายด้วยการก่อวินาศกรรม เช่นว่า รวมถึงบุคคลที่ให้ที่พักพิงและบุคคลที่สนับสนุนการก่อการร้ายได้ทั้งหมด เมื่อปัญหาการก่อการร้ายเช่นว่ายังไม่หมด ก็ไม่ถือว่าสงครามนั้นสิ้นสุดลง ถึงแม้ว่าสงครามที่ทำกับอัฟกานิสถานนั้นจะสิ้นสุดลงไปแล้วก็ตาม กรอบแนวคิดของสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับเรื่องของสงครามนั้นไม่ได้เน้นไปที่กับการใช้กำลังทหาร แต่เน้นในเรื่องของการแก้ปัญหาการก่อการร้ายที่ได้กระทำต่อสหรัฐอเมริกาในเหตุการณ์ก่อวินาศกรรมเช่นว่านั้น ซึ่งถือเป็นการเอาประเด็นการก่อการร้ายเข้ามาปะปนกับแนวคิดในเรื่องของการทำสงครามระหว่างรัฐ²

ดังนั้น เมื่อมีการจับกุมตัวพลรบตาลิบัน สหรัฐอเมริกาจึงสามารถกักขังหน่วยงานนี้โดยยังไม่อาจให้สถานภาพเชลยศึกได้ ถึงแม้ว่ากรณีพิพาททางอาวุธระหว่างสหรัฐอเมริกาและอัฟกานิสถานจะสิ้นสุดลง โดยอ้างสถานการณ์เกี่ยวกับการต่อสู้กับผู้ก่อการร้าย ซึ่งสหรัฐอเมริกาถือว่าถ้าการก่อการร้ายยังไม่จบสิ้น ก็ถือว่าสงครามยังไม่สิ้นสุด ไม่อาจปล่อยตัวกลับภูมิลำเนาได้³

4.1.2 สหรัฐอเมริกามองว่าพลรบของกลุ่มตาลิบันเป็นพลรบของฝ่ายศัตรูที่มีขอบด้วยกฎหมาย

สหรัฐอเมริกาไม่ทำการกำหนดสถานภาพของพลรบฝ่ายตาลิบันให้เป็นไปตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยการกำหนดสถานภาพพลรบตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้น ได้ปรากฏเอาไว้ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ซึ่งเมื่อพิจารณาเกี่ยวกับเรื่องของการนำเอาตราสารที่เกี่ยวกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศดังกล่าวมาข้างต้นมาบังคับใช้นั้น จะเห็นได้ว่าในคำสั่งที่ออกโดยรัฐบาลสหรัฐอเมริกา ลงวันที่ 7 กุมภาพันธ์ ปี 2002 อนุสัญญาเจนีวา 1949 ไม่อาจใช้บังคับ⁴

² Nathaniel Berman , Privileging Combat ? Contemporary Conflict and the Legal Construction of War , *Columbia Journal of Transnational Law* , Vol. 43 No. 1, 2004 , p. 64

³ Ibid., p. 65-66

⁴ President's Military Order at 7 February 2002

ยิ่งกว่านั้น ในบันทึกข้อกฎหมายของผู้ช่วยอัยการสูงสุดเมื่อเดือนสิงหาคม 2002 ได้วางหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับเทคนิคใหม่ที่เป็นกรหลีกเลี่ยงการบังคับใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชน และกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เพื่อเป็นการสนับสนุนการตีความแนวคิดทางกฎหมาย ภายในเกี่ยวกับการทรมานและการลงโทษอย่างทารุณโหดร้ายโดยปฏิเสธอำนาจศาลพลเรือนของ สหรัฐอเมริกา เมื่อเป็นเช่นนี้ การที่กลุ่มพลรบตาลิบันไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ว่าด้วยการปฏิบัติต่อเชลยศึก อีกทั้งไม่ยอมปฏิบัติตามข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญา เจนีวา 1949 ซึ่งเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ จะเห็นได้ว่า สหรัฐอเมริกาได้ทำการหลีกเลี่ยงและยกเว้นไม่บังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศที่ เป็นการคุ้มครองสิทธิของพลรบตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและสิทธิขั้นพื้นฐานของ มนุษย์ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน⁵

สหรัฐอเมริกามองว่ากลุ่มพลรบตาลิบันเป็นพลรบฝ่ายศัตรูที่มีขอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเมื่อมองจากเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดสถานภาพเช่นว่านั้น ปรากฏว่าตั้งแต่ช่วงที่ สหรัฐอเมริกาได้ทำสงครามกับอัฟกานิสถาน จนกระทั่งถึงตอนที่อัฟกานิสถานประกาศยอมแพ้ และมีรัฐบาลชั่วคราวของตัวเอง อีกทั้งได้ทำการเลือกตั้งทั่วไปเพื่อจัดตั้งรัฐบาลในเดือนมิถุนายน 2002 ยังไม่มีคำว่า พลรบฝ่ายศัตรู ซึ่งคำภาษาอังกฤษใช้คำว่า Enemy combatants ปรากฏอยู่ เลย โดยหลังจากนั้น สหรัฐอเมริกาได้ระบุถ้อยคำนี้ลงในข้อ a ของคำสั่งก่อตั้งศาลพิเศษทบทวน สถานภาพพลรบ (Combatant Status Review Tribunal) เมื่อปี 2004 ซึ่งได้ระบุเอาไว้ว่าพลรบ ของฝ่ายศัตรูหมายถึงบุคคลที่เป็นส่วนหนึ่งหรือได้ทำการสนับสนุนกลุ่มตาลิบันหรือกลุ่ม ผู้ก่อการร้ายอัลเคด้า หรือได้ทำการเข้าร่วมกองกำลังเพื่อทำการสู้รบกับกองทัพสหรัฐอเมริกาหรือ พันมิตร ทั้งนี้ยังได้รวมถึงบุคคลผู้ได้ทำการสู้รบหรือสนับสนุนการรบอันเป็นการช่วยเหลือกองทัพ ของฝ่ายศัตรู⁶

⁵ Eminent Jurists Panel on Terrorism , Counter-Terrorism and Human Rights, "Torture and other cruel , inhuman or degrading treatment in the "War on Terror"", Briefing on U.S. Counter-Terrorism Measures and Human Rights, International Commission of Jurists, September 2006, p. 4-5

⁶ Order Establishing Combatant Status Review Tribunal , Memorandum of the Secretary of Navy , Art. A "a. **Enemy Combatant.** For purposes of this Order, the term "enemy combatant" shall mean an individual who was part of or supporting Taliban or al Qaeda forces, or associated forces that are engaged in hostilities against the United States or its coalition partners, This includes any person who has committed a belligerent act or has directly supported hostilities in aid or enemy

ต่อมา เมื่อเดือนตุลาคม ปี 2006 รัฐสภาของสหรัฐอเมริกาได้ผ่านกฎหมายออกมามีฉบับหนึ่ง คือ Military Commissions Act 2006 ซึ่งได้มีการให้คำนิยามของคำว่า พลรบฝ่ายศัตรูที่มีขอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Enemy combatant) เอาไว้ โดยหมายถึงบุคคลผู้ทำการสู้รบ ให้การสนับสนุนการสู้รบเพื่อต่อต้านสหรัฐอเมริกาหรือพันธมิตร ซึ่งรวมถึงสมาชิกของกลุ่มตาลิบัน นอกจากนี้ยังรวมถึงบุคคลที่ศาลพิเศษพิจารณาสถานภาพพลรบ (Combatant Status Review Tribunal) ได้กำหนดสถานภาพว่าเป็นพลรบที่มีขอบด้วยกฎหมายอีกด้วย⁷

ทั้งนี้ คำว่า พลรบฝ่ายศัตรูที่มีขอบด้วยกฎหมาย (Enemy unlawful combatants) ไม่ได้มีปรากฏในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาก่อน โดยบรรดาองค์การระหว่างประเทศรวมทั้งคณะกรรมการกาชาดสากล (International Commission of Red Cross or ICRC) ได้ปฏิเสธในการให้คำนิยามเช่นว่าภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยมองว่า บุคคลที่เข้าร่วมการสู้รบ ถึงแม้ว่าจะไม่ได้สถานภาพเชลยศึกก็ยังคงได้รับความคุ้มครองตามตราสารกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอยู่ดี⁸

armed forces Each detainee subject to this Order has been determined to be an enemy combatant through multiple levels of review by officers of the Department of Defense. “

⁷ Military Commission Act 2006 , Art. 948a

“948a. Definitions

In this chapter:

(1) UNLAWFUL ENEMY COMBATANT.—(A) The term ‘unlawful enemy combatant’ means—

(i) a person who has engaged in hostilities or who has purposefully and materially supported hostilities against the United States or its co-belligerents who is not a lawful enemy combatant (including a person who is part of the Taliban, al Qaeda, or associated forces); or

(ii) a person who, before, on, or after the date of the enactment of the Military Commissions Act of 2006, has been determined to be an unlawful enemy combatant by a Combatant Status Review Tribunal or another competent tribunal established under the authority of the President or the Secretary of Defense. “

⁸ Steven Poole, Unspeak (London: Time Warner Book Group UK , 2005), p. 179

การที่สหรัฐอเมริกาได้กำหนดสถานภาพของกลุ่มพลรบตาลิบันให้เป็นพลรบฝ่ายศัตรูนั้น ก็เพื่อว่า จะได้หลีกเลี่ยงไม่นำเอาอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 มาใช้บังคับได้ นั้นหมายความว่า การกำหนดสถานภาพให้เป็นไปตามข้อตกลงระหว่างประเทศเช่นนั้นไม่อาจทำได้ภายใต้กระบวนการกำหนดสถานภาพของสหรัฐอเมริกาเองซึ่งจะได้กล่าวในหัวข้อหลังจากนี้เป็นผลให้กลุ่มพลรบตาลิบันไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเท่าที่ควร อีกทั้งยังก่อให้เกิดการลิดรอนสิทธิขั้นพื้นฐาน การทรมาน การกักขังหน่วงเหนี่ยว และการละเมิดต่อหลักนิติธรรม (Due Process) อีกด้วย

สืบเนื่องมาจากการที่สหรัฐอเมริกาได้กำหนดสถานภาพกลุ่มพลรบตาลิบันเป็นพลรบฝ่ายศัตรู จึงเป็นเหตุให้กระบวนการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับตาลิบันนั้นไม่เป็นไปตามกระบวนการตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ทั้งนี้ รัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้มีการตั้งกลไกในการพิจารณาคดีขึ้นมาเกี่ยวข้อง โดยในช่วงแรก สหรัฐอเมริกาได้ทำการก่อตั้งคณะกรรมการทหารในการทำการพิจารณาคดีเกี่ยวกับพลรบตาลิบันขึ้น ซึ่งในคำสั่งทางทหารลงวันที่ 13 พฤศจิกายน 2001⁹ ได้ระบุถึงอำนาจในการพิจารณาคดีต่อกลุ่มพลรบตาลิบันว่าให้อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการทหาร (Military Commission) ซึ่งในคณะกรรมการทหารนั้นก็ได้ระบุถึงการกำหนดสถานภาพให้เป็นไปตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ถึงแม้ว่าในคำสั่งเช่นนี้จะไม่ได้มีการกำหนดสถานภาพแก่กลุ่มพลรบตาลิบันแต่อย่างใดก็ตามที่ ซึ่งก็เป็นหลักฐานในการชี้ชัดได้ว่า สหรัฐอเมริกาหลีกเลี่ยงกระบวนการกำหนดสถานภาพตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเช่นว่าโดยถือเอาการปฏิบัติแต่เพียงฝ่ายเดียว (Unilateral Action) เท่านั้น โดยรัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้อ้างถึงบรรทัดฐานในการใช้คณะกรรมการทหารว่า มาจากหลักบรรทัดฐานในคำพิพากษาของคดี Quirin

คดี Ex parte Quirin นั้นมีข้อเท็จจริงมาจากสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 เมื่อปี 1942 ที่มีทหารเยอรมันกลุ่มหนึ่งเข้ามาทำการก่อวินาศกรรมในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยทหารเยอรมันกลุ่มดังกล่าว แต่เดิมเป็นคนเยอรมันที่เติบโตในสหรัฐอเมริกา จึงได้รู้จักสภาพบ้านเมืองของสหรัฐอเมริกาคดี ซึ่งกลุ่มทหารเยอรมันได้อาศัยเรือดำน้ำของกองทัพเยอรมันเข้ามาที่กรุงนิวยอร์ก โดยได้เข้ามาทำลายโรงงานผลิตยุทธปัจจัยและทรัพย์สินของกองทัพสหรัฐอเมริกา โดยในภายหลังเจ้าหน้าที่ของสหรัฐอเมริกาจับกุมตัวเอาไว้ได้ ซึ่งประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาได้ทำการตั้ง

⁹ President's Military Order on 13 November 2001

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้มาสอบสวนการกระทำของทหารเยอรมันกลุ่มนั้น ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้ข้อสรุปว่า กลุ่มทหารเยอรมันกลุ่มนั้นเป็นพลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเป็นผู้ก่อวินาศกรรม (Saboteur) ซึ่งได้ทำการละเมิดกฎหมายสงครามและต้องถูกดำเนินคดีตามกฎหมายทหาร¹⁰

สหรัฐอเมริกาจึงได้นำบรรทัดฐานของคดีเช่นว่ามาใช้กับการตั้งคณะกรรมการทหารเพื่อพิจารณาคดีของกลุ่มพลรบตาลิบัน โดยมองว่ากลุ่มพลรบตาลิบันก็เป็นพลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ต่างกลุ่มทหารเยอรมันในคดี Quirin ทั้ง ๆ ที่พลรบตาลิบันนั้นไม่ได้เป็นผู้ทำการก่อวินาศกรรมเช่นว่า อีกทั้งยังเป็นพลรบของกองทัพของอัฟกานิสถานซึ่งเป็นกองทัพของคู่สงครามฝ่ายศัตรู

ส่วนการที่สหรัฐอเมริกาไม่ยอมรับเอาอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 มาใช้บังคับนั้น เมื่อพิจารณาตามคำพิพากษาศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาในคดี Hamdan v. Rumsfeld ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการที่ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกามีความเห็นไม่ตรงกับหลักการของสหรัฐอเมริกาที่ว่า พลรบตาลิบันเป็นพลรบฝ่ายศัตรูที่มีชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 จะเห็นได้ว่า ประเด็นในคดี Hamdan v. Rumsfeld มีอยู่ว่า อนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 สามารถใช้บังคับในสหรัฐอเมริกาได้ หมายถึงว่าได้ทำการแปลงให้สิทธิหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายในประเทศโดยไม่จำเป็นต้องมีการออกกฎหมายรองรับโดยรัฐสภา¹¹ ภายใต้หลักการเหล่านี้ สิทธิพื้นฐานของปัจเจกที่ได้มีการระบุเอาไว้ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 นั้น สามารถบังคับใช้ได้ในระดับสหพันธรัฐ¹²

นอกจากนี้ ศาลยังมองว่า กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศต้องประกอบด้วยองค์ประกอบว่าด้วยการปฏิบัติของรัฐต่าง ๆ (State Practice) และการได้รับการ

¹⁰ Lord Johan Steyn , “Guantanamo Bay : The Legal Black Hole”, Twenty-Seventh F.A.

Mann Lecture , 25 November 2003, p. 5

¹¹ จุมพต สายสุนทร , กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 , พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), หน้า 131-132

¹² Supreme Court of the United States, “Salim Ahmed Hamdan v. Donald H. Rumsfeld”, On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, No. 05-184, p. 10-11

ยอมรับโดยรัฐเช่นว่า ว่าเป็นกฎหมายที่ผูกพันต่อตน (Opinio Juris) โดยการปฏิบัติของรัฐไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติในเชิงกายภาพ ซึ่งได้แก่การปฏิบัติในสนามรบ การใช้อาวุธ และการปฏิบัติต่อบุคคลประเภทต่าง ๆ เป็นต้น อีกทั้งการแสดงออกทางลายลักษณ์อักษรหรือวาจา เช่น คู่มือทางทหาร ข้อปฏิบัติในทางทหาร กฎหมายภายในประเทศที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ แนวคำพิพากษาฎีกา การปฏิบัติในทางการทูต คำกล่าวและคำร้องขอในการประชุมระหว่างประเทศ รวมถึงท่าทีของรัฐบาลในมติขององค์การระหว่างประเทศ เป็นต้น ทั้ง 2 อย่างนี้ได้ประกอบเข้าเป็นการปฏิบัติที่นำไปสู่การสร้างหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยประชาคมระหว่างประเทศจะต้องตัดสินใจการปฏิบัติเช่นว่าว่าเป็นกฎหมาย¹³ ยิ่งไปกว่านั้น ในขณะที่สนธิสัญญาอาจประมวลหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นก่อนหน้า สนธิสัญญาเช่นว่าอาจวางหลักการพื้นฐานในการพัฒนาจารีตประเพณีใหม่ ๆ ที่มีพื้นฐานอยู่บนสนธิสัญญาอีกด้วย ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice or ICJ) ยังได้ยอมรับว่า การวางบรรทัดฐานของสนธิสัญญาได้มีจุดมุ่งหมายไปยังการมองการปฏิบัติของรัฐให้เป็นกฎหมาย โดยรัฐต่าง ๆ อีกทั้งยังมีอิทธิพลต่อการปฏิบัติของรัฐในภายหลัง โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มองว่า การให้สัตยาบันต่อสนธิสัญญาและการปฏิบัติของรัฐที่ได้รับผลกระทบโดยการให้สัตยาบันเช่นว่านั้นทำให้เกิดหลักฐานที่ว่าบรรทัดฐานในสนธิสัญญานั้นกลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ¹⁴

อนุสัญญาเจนีวา 1949 ได้มีขึ้นเพื่อคุ้มครองเหยื่อของสงคราม โดยบุคคลที่ถูกจับกุมตัวในพื้นที่การรบ จะต้องมิสถานะตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อที่ตนจะได้รับความคุ้มครอง ซึ่งพลรบของคู่สงครามฝ่ายศัตรูจะต้องได้รับการสันนิษฐานเบื้องต้นว่าต้องได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ว่าด้วยการปฏิบัติต่อเชลยศึก จนกว่าจะมีการชี้ขาดสถานภาพเชลยศึกโดยศาลที่มีอำนาจ โดยความคุ้มครองต่อตัวเชลยศึกตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 นั้นรวมถึงความคุ้มครองจากการทรมาน การสืบสวนสอบสวนโดยใช้วิธีการข่มขู่ รวมถึงสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมในกรณีที่ต้องมีการพิจารณาคดี¹⁵

¹³ Ibid. , p. 14-15

¹⁴ Ibid. , p. 15-16

¹⁵ Ibid., p. 16-18

ยิ่งกว่านั้น ศาลสูงสุดยังมองว่าเมื่อพลรบฝ่ายศัตรูไม่อาจได้รับสถานภาพใด ๆ ในอนุสัญญาเจนีวา ก็ยังคงได้รับความคุ้มครองตามข้อ 3 ร่วมในอนุสัญญาเจนีวา 1949 โดยข้อ 3 ร่วมนั้น ได้วางหลักความคุ้มครองตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ใช้ได้กับบุคคลที่อยู่ภายใต้อำนาจของคู่สงคราม และยังถูกมองว่าเป็นการสร้างการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานที่สุดสำหรับบุคคลทุกคนเพื่อให้ได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมในระหว่างมีกรณีพิพาททางอาวุธ ข้อ 3 ร่วมนี้ ยังป้องกันการถูกฆาตกรรม การลงโทษแบบ Summary Execution การทรมาน และการปฏิบัติที่ไม่เป็นมนุษยธรรม รวมถึงกำหนดว่าบุคคลที่ถูกควบคุมตัวโดยคู่สงครามฝ่ายศัตรูอาจจะถูกตัดสินลงโทษตามกระบวนการพิจารณาคดีซึ่งได้ให้ความคุ้มครองตามกระบวนการยุติธรรมซึ่งได้รับการยอมรับว่า จำเป็นต่อประชาชนที่มีอารยธรรม ยิ่งกว่านั้น ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกายังให้ความเห็นอีกว่า ข้อ 75 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ยังได้ระบุถึงความคุ้มครองที่ครอบคลุมกว่าในเรื่องของการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม ซึ่งสหรัฐอเมริกาได้ยอมรับว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอีกด้วย¹⁶

เป็นที่น่าสังเกตว่า ถึงแม้คดี Hamdan v. Rumsfeld จะเป็นคดีที่โจทก์คือนาย Salim Ahmed Hamdan เป็นคนขับรถของนายโอบามา บิน ลาเดน ซึ่งไม่ได้เข้าร่วมการสู้รบโดยตรง อีกทั้งได้สนับสนุนทางอาวุธยุทธโปกรณ์ให้กับกลุ่มผู้ก่อการร้ายอัลเคด้าของนายโอบามา บิน ลาเดน อันเป็นผลให้นาย Hamdan เข้าข่ายผู้ก่อการร้ายมากกว่าพลรบของรัฐบาลที่เข้าร่วมการสู้รบโดยตรง แต่ด้วยการที่สหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้พลรบของรัฐบาลตาลีบันเป็นบุคคลจำพวกเดียวกับผู้ก่อการร้ายซึ่งสหรัฐอเมริกามองว่าไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 และไม่อาจได้รับสถานภาพเชลยศึก คดีนี้จึงอนุโลมเอามาใช้เป็นคดีตัวอย่างเกี่ยวกับความเห็นของศาลสูงสุดที่แย้งกับหลักการกำหนดสถานภาพของพลรบตาลีบันได้

มีประเด็นที่น่าสังเกตอีกเรื่องหนึ่งคือ พลรบตาลีบันที่ถูกจับกุมตัวโดยสหรัฐอเมริกานั้น แต่ละกลุ่มถูกจับกุมมาจากสถานการณ์ที่แตกต่างกัน โดยกลุ่มหนึ่งถูกจับกุมจากสงครามระหว่างสหรัฐอเมริกาและอัฟกานิสถานในช่วงที่รัฐบาลตาลีบันยังไม่ได้พ่ายแพ้ให้กับสหรัฐอเมริกา ในขณะที่พลรบตาลีบันอีกกลุ่มหนึ่งถูกจับกุมจากการสู้รบกับกองกำลังรักษาสันติภาพของสหรัฐอเมริกาในอัฟกานิสถานซึ่งเป็นช่วงหลังจากที่รัฐบาลตาลีบันของอัฟกานิสถานได้พ่ายแพ้ให้กับสหรัฐอเมริกาและได้มีรัฐบาลใหม่ที่อยู่ข้างสหรัฐอเมริกา ดังนั้น สถานภาพตาม

¹⁶ Ibid. , p. 18-19

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจึงมีความแตกต่างกันพอสมควร โดยพลรบตาลิบันที่ถูกจับกุมตัวในสงครามระหว่างสหรัฐอเมริกาและอัฟกานิสถานนั้น เป็นพลรบที่จะต้องได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 เนื่องจากได้ทำการสู้รบในกรณีพิพาททางอาวุธระหว่างประเทศ ในขณะที่พลรบกลุ่มตาลิบันที่ยังคงปักหลักสู้รบกับกองกำลังรักษาสันติภาพของสหรัฐอเมริกาในตอนนี้อย่าอาจได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 เนื่องจากสถานการณ์ที่กลุ่มพลรบตาลิบันเช่นว่าได้ทำการสู้รบนั้น เป็นกรณีพิพาททางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ จึงต้องได้รับความคุ้มครองจาก ข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวา 1949

4.1.3 พลรบตาลิบันไม่แยกแยะตนเองให้แตกต่างจากพลเรือนและไม่ปฏิบัติตามกฎและจารีตประเพณีแห่งสงคราม

มุมมองของรัฐบาลสหรัฐอเมริกาที่เป็นเหตุผลเกี่ยวกับการไม่ให้สถานภาพเชลยศึกแก่กลุ่มพลรบตาลิบันตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้นมีอยู่ว่า กลุ่มพลรบตาลิบันไม่ได้ปฏิบัติให้ครบเงื่อนไขทั้ง 4 ข้อ ในข้อ 4A(2)(b) , (c) และ (d) ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยศึก โดยกลุ่มพลรบตาลิบันไม่ได้แยกแยะตนเองให้แตกต่างจากกลุ่มพลเรือนของอัฟกานิสถานในระหว่างการสู้รบกับกองทัพสหรัฐอเมริกา รวมทั้งไม่ได้ปฏิบัติตามกฎและจารีตประเพณีแห่งสงครามอีกด้วย¹⁷ แต่ได้ทำการสนับสนุนองค์การก่อการร้ายอัลเคด้า กลุ่มพลรบตาลิบันจึงไม่ได้รับสถานภาพเชลยศึกตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3¹⁸

การที่กลุ่มพลรบตาลิบันไม่ได้แยกแยะตนเองให้แตกต่างจากกลุ่มพลเรือนนั้น สหรัฐอเมริกามองว่าพลรบตาลิบันไม่ได้ทำการสวมใส่เครื่องแบบที่มีสัญลักษณ์ที่สามารถมองเห็นได้จากระยะไกลอันสามารถบ่งบอกได้ว่าได้แต่งกายชุดพลเรือนออกทำการรบ อีกทั้งยังไม่ได้ทำการถืออาวุธโดยเปิดเผย โดยทำการซ่อนอาวุธและยุทธปัจจัยอื่น ๆ เอาไว้ในกลุ่มพลเรือน เมื่อการสู้รบเกิดขึ้น พลรบตาลิบันจึงได้นำอาวุธนั้นเข้ามาต่อสู้กับกองทหารสหรัฐและพันธมิตร ทั้งนี้ สหรัฐอเมริกามองว่าการที่พลรบตาลิบันไม่ได้ทำการแยกแยะตนเองให้แตกต่างจากกลุ่มพลเรือนเป็นเหตุให้กองทัพสหรัฐอเมริกาไม่อาจกำหนดเป้าหมายที่แน่ชัดได้ว่าใครคือพลรบที่เป็นเป้าหมาย

¹⁷ B. Berger, III, Joseph., Grimes, Derek, Maj., Jensen, Eric T., Maj., ed, Operational Handbook, (USA: International and Operational Law Department, The Judge Advocate General Legal Center and School , 2004), p. 350

¹⁸ Philippe Sands, Lawless world, (London: Penguin Groups Ltd, 2006), p. 145

ทางทหาร อีกทั้งสถานที่ใดเป็นกองบัญชาการรบหรือสถานที่ที่เป็นเป้าหมายทางทหารอื่น ๆ อีกด้วย¹⁹

หลักการแยกแยะตนเองให้แตกต่างจากกลุ่มพลเรือนของสมาชิกกองทัพในการสู้รบนั้น ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ได้ระบุเอาไว้ในข้อ 4A(2)²⁰ ซึ่งกำหนดเอาไว้ว่าให้นำมาพิจารณาเพื่อใช้กับมิลิเชีย หน่วยงานสมัคร รวมถึงกองกำลังต่อต้านของกลุ่มสงครามที่ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของกองทัพ โดยไม่เกี่ยวข้องกับกการนำเอามาใช้กับสมาชิกกองทัพตามข้อ 4A(1) แต่ถึงแม้ว่ากลุ่มพลรบตาลีบันจะเป็นสมาชิกของกองทัพของรัฐบาล รวมถึงบางส่วนก็อาจเป็นมิลิเชียที่เป็นส่วนหนึ่งของกองทัพรัฐบาลตาลีบันของอัฟกานิสถาน รัฐบาลสหรัฐอเมริกา มองว่าหลักการที่พลรบต้องแยกแยะตนเองให้แตกต่างจากกลุ่มพลเรือนเช่นว่าสามารถนำมาใช้กับกลุ่มพลรบตาลีบันได้เนื่องจากอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 มีพื้นฐานมาจากข้อบังคับกรุงเฮก 1907 ฉบับที่ 4 ข้อ 1²¹ ที่ได้ระบุเกี่ยวกับการที่พลรบที่เป็นสมาชิกของกองทัพจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขทั้ง 4 ข้อ ซึ่ง

¹⁹ Dorf, Michael C. , What is an “unlawful combatant” , and why it matters : The status of detained al queda and tliban fighters , FindLaw’s Writ , Wednesday , Wednesday, Jan. 23, 2003, p. 2

²⁰ Geneva Conventions III 1949 , Art. 4A(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.”

²¹ Hague Regulations IV 1907 Art. 1 “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.

In countries where militia or volunteer corps constitute the army, or form part of it, they are included under the denomination “army.” “

รวมถึงการแยกแยะตนเองให้แตกต่างจากกลุ่มพลเรือนของพลรบด้วย ซึ่งการที่อนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ไม่ได้ระบุเงื่อนไขเอาไว้ในข้อ 4A(1) เป็นเพราะไม่ต้องการให้มีถ้อยคำมากเกินไปจนจำเป็น อีกทั้งหลักการในข้อบังคับกรุงเฮกเช่นว่านี้ เป็นการประมวลหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศเอาไว้ด้วยกันซึ่งผูกมัดต่อรัฐบาลสหรัฐอเมริกาในการนำมาใช้บังคับในการพิจารณา สถานภาพของกลุ่มพลรบตาลิบัน ด้วยเหตุนี้ สหรัฐอเมริกาจึงมองว่ากลุ่มพลรบตาลิบันไม่ได้ทำการแยกแยะตนเองให้แตกต่างจากกลุ่มพลเรือนตามหลักการในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ข้อ 4A(1)²² ประกอบกับข้อบังคับกรุงเฮก 1907 ฉบับที่ 4 ข้อ 1 ด้วยกัน

4.1.4 อัฟกานิสถานขาดองค์ประกอบความเป็นรัฐและรัฐบาลตาลิบันของ อัฟกานิสถานไม่ได้รับการรับรองจากรัฐบาลสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกามองว่า อัฟกานิสถานขาดองค์ประกอบความเป็นรัฐเนื่องจากไม่สามารถควบคุมดินแดนและประชากรของรัฐเอาไว้ได้ทั้งหมด โดยรัฐบาลตาลิบันควบคุมดินแดนเอาไว้ได้เพียงร้อยละ 90 ของดินแดนทั้งหมดเท่านั้น โดยดินแดนที่เหลือตกอยู่ภายใต้การยึดครองของกลุ่มพันธมิตรฝ่ายเหนือที่ทำการสู้รบต่อต้านรัฐบาลตาลิบันอยู่ อีกทั้งในสงครามระหว่างสหรัฐอเมริกาและอัฟกานิสถาน กลุ่มพันธมิตรเช่นว่ายังได้ช่วยสหรัฐอเมริกาและประเทศพันธมิตรทำการสู้รบกับรัฐบาลตาลิบันของอัฟกานิสถานอีกด้วย จึงถือว่าขาดองค์ประกอบของรัฐที่สมบูรณ์พร้อมในการบริหารองค์ประกอบแห่งรัฐทั้งหมดซึ่งรวมถึงดินแดนและประชากรอีกด้วย²³

นอกจากนี้ สหรัฐอเมริกายังไม่ได้ให้การรับรองรัฐบาลตาลิบันว่าเป็นรัฐบาลที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยรัฐบาลตาลิบันเป็นรัฐบาลที่ได้มาจากการยึดอำนาจจากรัฐบาลเก่า ซึ่งไม่ได้ได้รับการรับรองนานาประเทศส่วนใหญ่ทั่วโลก ยกเว้น ซาอุดีอาระเบีย ซูดาน และโซมาเลียเท่านั้นเอง สหรัฐอเมริกาถือเอาเหตุผลแห่งความล้มเหลวในความเป็นรัฐของอัฟกานิสถานและการไม่รับรองรัฐบาลตาลิบันของอัฟกานิสถานโดยสหรัฐอเมริกาเอง เป็นเหตุผลในการไม่ยอมให้สถานภาพเชลย

²² Geneva Convention III 1949 relative to the Treatment of Prisoners of War, Art. 4(A)(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."

²³ Luisa Vierucci, "Is the Geneva Convention on Prisoner of War Obsolete?", *Journal of International Criminal Justice* Vol. 2 (Oxford: Oxford University Press, 2004), p. 868

คึกตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศโดยอาศัยกระบวนการกำหนดสถานภาพเชลยศึกของทางสหรัฐอเมริกาเอง²⁴

ความเป็นรัฐในทางกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ไม่จำเป็นที่ว่ารัฐบาลที่สามารถมีและใช้อำนาจได้อย่างมีประสิทธิภาพเสมอไป รัฐบาลของรัฐที่ควบคุมดินแดนได้ไม่ครบทั้งหมด แต่อยู่ในสภาพที่พยายามนำไปสู่การใช้อำนาจในดินแดนของรัฐนั้นอย่างมีประสิทธิภาพ ก็ถือได้ว่าเป็นรัฐบาลที่ชอบธรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากความสำคัญของรัฐบาลในทางระหว่างประเทศนั้น คือผู้กระทำการต่าง ๆ ในนามของรัฐ เกี่ยวกับการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ไม่ใช่การครอบครองดินแดน เมื่อรัฐบาลนั้นสามารถดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในลักษณะต่าง ๆ ได้ ก็ถือว่าตัวตนนั้นมีองค์ประกอบที่เป็นรัฐบาลตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐบาลตาลีบันก็เช่นเดียวกัน โดยรัฐบาลตาลีบันสามารถดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้ อีกทั้งยังได้รับการรับรองจากบางรัฐในประชาคมระหว่างประเทศ อันอนุมานได้ว่ารัฐบาลเหล่านี้ได้รับการรับรองเพื่อสามารถติดต่อและดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศกับรัฐบาลตาลีบันได้ ก็เท่ากับว่ารัฐบาลตาลีบันมีคุณเป็นรัฐบาลตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว จึงถือได้ว่ามีความเป็นรัฐที่สมบูรณ์ ดังนั้น อัฟกานิสถานจึงมีลักษณะเป็นรัฐซึ่งเป็นตัวตนในกฎหมายระหว่างประเทศด้วย²⁵

ยิ่งกว่านั้นได้มีนักวิชาการบางท่านให้ความเห็นเอาไว้ว่า ถึงแม้สหรัฐอเมริกาและส่วนใหญ่ของประชาคมโลกไม่รับรองรัฐบาลตาลีบันของอัฟกานิสถาน แต่เมื่อพิจารณาถึงมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่ 1267 / 1999 และ 1333 / 2000 ได้ให้การรับรองรัฐบาลตาลีบันโดยนัย ซึ่งการรับรองรัฐบาลตาลีบันโดยนัยตามมติเช่นนั้น เมื่อพิจารณาถึงเนื้อหาของมติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่ 1267 / 1999 แล้ว จะเห็นได้ว่า ส่วนหนึ่งของเนื้อหาในมตินี้เป็นการเรียกร้องให้รัฐบาลตาลีบันของอัฟกานิสถานในการปราบปรามการก่อการร้าย โดยในขณะนั้นอัฟกานิสถานซึ่งปกครองโดยรัฐบาลตาลีบันได้ให้ที่พักพิงแก่กลุ่มอัลเคด้าของนายโອซามา บิน ลาดิน คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติจึงได้ทำการ

²⁴ Eminent Jurists Panel on Terrorism , Counter-Terrorism and Human Rights , Torture and other cruel , inhuman or degrading treatment in the “War on Terror” , Briefing on U.S. Counter-Terrorism Measures and Human Rights , International Commission of Jurists , September 2006, p. 27

²⁵ จุมพต สายสุนทร , กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 , พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), หน้า 193

เรียกร้องให้รัฐบาลตาลีบันของอัฟกานิสถานทำการปราบปรามกลุ่มก่อการร้าย ปิดค่ายผู้ก่อการร้ายอัลเคด้า และส่งตัวนายโศมามา บิน ลาเดนมาให้กับสหรัฐอเมริกา²⁶ รวมถึงมติที่ 1333 / 2000 ได้ทำการเนี่ยย้าให้รัฐบาลตาลีบันทำตามมติสหประชาชาติที่ 1267 / 1999 ซึ่งถือเป็นการแสดงให้เห็นถึงการติดต่อและมีปฏิสัมพันธ์กับรัฐบาลตาลีบันของอัฟกานิสถาน อันเป็นการรับรองว่ารัฐบาลตาลีบันของอัฟกานิสถานนั้นมีอยู่จริงและเป็นรัฐบาลที่สามารถปฏิบัติตามพันธะกรณีในกฎหมายระหว่างประเทศในฐานะของประเทศอัฟกานิสถานซึ่งเป็นรัฐได้²⁷

4.2 กระบวนการในการกำหนดสถานภาพของกลุ่มพลรบตาลีบันโดยสหรัฐอเมริกา

จากตาราง จะเห็นได้ว่า กระบวนการกำหนดสถานภาพของกลุ่มพลรบตาลีบันนั้น ได้รวมถึงกระบวนการดำเนินคดีอีกแก่พลรบตาลีบันด้วย โดยมีกระบวนการดำเนินคดีของคณะกรรมการทหารก่อน แล้วตามมาด้วยกระบวนการทบทวนสถานภาพพลรบซึ่งเป็นกระบวนการกำหนดสถานภาพรูปแบบหนึ่ง ตามมาด้วยกระบวนการดำเนินคดีของคณะกรรมการทหารภายใต้ Military Commissions Act 2006 ซึ่งทั้งหมดนี้จะได้ทำการกล่าวต่อไป

4.2.1 กระบวนการพิจารณาคดีของคณะกรรมการทหาร

หลังจากที่สหรัฐอเมริกาได้ทำการจับกุมตัวพลรบตาลีบันมาทำการควบคุมตัวไว้ สหรัฐอเมริกาได้หลีกเลี่ยงไม่กำหนดสถานภาพแก่กลุ่มพลรบตาลีบันตามบรรทัดฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศซึ่งได้ระบุเอาไว้ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ทำให้สหรัฐอเมริกาไม่นำเอาหลักการให้สถานภาพตามข้อตกลงระหว่างประเทศเช่นว่ามาบังคับใช้ ส่งผลให้พลรบของกลุ่มตาลีบันไม่ได้รับสถานภาพพลรบแต่ประการใด เป็นเพียงพลรบที่มีขอบด้วยกฎหมาย ในขั้นแรกจึงไม่มีกลไกและกระบวนการกำหนดสถานภาพของพลรบตาลีบันแต่ประการใด โดยมีกลไกและกระบวนการในการ

²⁶ United Nations Security Council Resolution 1267/1999, p. 2, para. 1-3

²⁷ Vierucci , Luisa , Is the Geneva Convention on Prisoner of War Obsolete ? , Journal of

พิจารณาคดีของพลรบตาลีบันที่เกี่ยวข้องกับความผิดตามกฎหมายสงครามที่ไม่ได้มีหลักการในการกำหนดสถานภาพใด ๆ ซึ่งกลไกเช่นว่านั้นคือ คณะกรรมาธิการทหาร (Military Commission)

ตามคำสั่งทางทหารของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา ลงวันที่ 13 พฤศจิกายน 2001²⁸ ได้ให้อำนาจแก่คณะกรรมาธิการทหารในการกักขังและพิจารณาคดีบุคคลที่ได้รับมอบหมายไว้ในคำสั่งทางทหารเช่นว่านั้น ซึ่งก็รวมถึงกลุ่มพลรบตาลีบันที่ได้ทำการให้ที่พักพิง อีกทั้งสนับสนุนกลุ่มอัลเคด้า ในการทำการก่อวินาศกรรมในสหรัฐอเมริกาในวันที่ 11 กันยายน 2001 รวมถึงในกรณีพิพาททางอาชวาระหว่างสหรัฐอเมริกาและอัฟกานิสถานอีกด้วย

คณะกรรมาธิการทหารประกอบไปด้วยคณะเจ้าหน้าที่ทหารที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีพลรบของฝ่ายศัตรูที่เกี่ยวข้องกับความผิดตามกฎหมายสงคราม โดยได้นำเอากฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายสงครามโดยไม่มี การนำเอากฎหมายภายในประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง ในขณะที่วิธีพิจารณาซึ่งแต่เดิมนั้นใช้วิธีพิจารณาแบบเดียวกับของศาลทหาร กรณีของการพิจารณาคดีต่อกลุ่มพลรบตาลีบัน ทางคณะกรรมาธิการทหารใช้วิธีพิจารณาของตนเอง โดยในเดือนมีนาคม 2002 ทางคณะกรรมาธิการทหารได้ออกคำสั่งของคณะกรรมาธิการทหาร (Military Commission Order) ฉบับที่ 1 ซึ่งได้ระบุถึงหลักการพิจารณาคดีเอาไว้ อีกทั้งคณะกรรมาธิการทหารได้ออกคำแนะนำของคณะกรรมาธิการทหาร (Military Commission Instruction) อีก 8 ฉบับซึ่งได้ระบุถึงองค์ประกอบความผิดที่อยู่ในข่ายพิจารณาคดีคำแนะนำสำหรับทนายความพลเรือน รวมถึงข้อแนะนำทางฝ่ายปกครองและกระบวนการพิจารณาคดี ซึ่งต่อมาในปี 2005 ได้มีการแก้ไขคำสั่งคณะกรรมาธิการทหารฉบับที่ 1 เพื่อให้มีความคล้ายคลึงกับศาลทหารในส่วนของการไม่ให้จำเลยเข้าร่วมการพิจารณาคดี

4.2.1.1 วัตถุประสงค์²⁹

คณะกรรมาธิการทหารของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดกระบวนการวิธีพิจารณาพลรบจากสงครามระหว่างสหรัฐอเมริกาพร้อมด้วยพันธมิตรและอัฟกานิสถานเมื่อปี 2001 ที่ถูกควบคุมตัวโดยสหรัฐอเมริกา โดยกระบวนการเช่นว่าอยู่ในคำสั่งของคณะกรรมาธิการทหารฉบับที่ 1

²⁸ Presidents Military Order on 13 November 2001

²⁹ Military Commissions Order No. 1 , March 21, 2002 , Art. 1

(Military Commission Order No.1) ซึ่งวัตถุประสงค์ของคำสั่งนี้มีเพื่อปฏิบัติตามนโยบายมอบหมายความรับผิดชอบ และวางกระบวนการพิจารณาภายใต้ มาตรา 2 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา และคำสั่งทางทหารของประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาเมื่อวันที่ 13 พฤศจิกายน 2001 แก่คณะกรรมการทหาร โดยจะต้องทำการพิจารณาคดีต่อบุคคลที่อยู่ภายใต้คำสั่งทางทหารของประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ 13 พฤศจิกายน 2001 ด้วย ซึ่งกระบวนการพิจารณาเห็นว่า จะต้องมีการนำไปใช้กับบุคคลที่ถูกพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม เว้นแต่จะมีคำสั่งโดยรัฐมนตรีกระทรวงกลาโหมหรือมีวิธีพิจารณาคดีเพิ่มเติมขึ้นมาโดยคำสั่งจากประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกา

ตามคำสั่งของประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกา รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมหรือผู้แทนรัฐมนตรี (Appointing Authority) เป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งในการเปิดการพิจารณาคดี

4.2.1.2 เขตอำนาจของคณะกรรมการทหาร³⁰

เขตอำนาจเหนือบุคคลเขตอำนาจของศาลเหนือบุคคลนั้น คณะกรรมการทหารได้มอบหมายภายใต้คำสั่งคณะกรรมการทหารนี้ว่า ให้มีเขตอำนาจเหนือบุคคลที่อยู่ภายใต้คำสั่งของประธานาธิบดี และบุคคลนั้นได้กระทำความผิดในข้อหาที่ได้อ้างต่อคณะกรรมการทหารโดยผู้แทนรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม

ในส่วนของเขตอำนาจของศาลเหนือความผิด คณะกรรมการทหารมีเขตอำนาจเหนือการละเมิดกฎหมายสงครามและความผิดอื่น ๆ ที่พิจารณาคดีได้ภายใต้คณะกรรมการทหาร ทั้งนี้ การใช้เขตอำนาจนั้น ใช้ตามกระบวนการของตนต่อผู้เข้าร่วมในการพิจารณาคดีเท่าที่จำเป็นเพื่อบูรณภาพและความเป็นระเบียบในการพิจารณาคดี

4.2.1.3 ตัวคณะกรรมการทหาร

³⁰ Ibid., Art. 3

คณะกรรมการทหารมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดีของบุคคลที่อยู่ภายใต้การพิจารณาคดีของคณะกรรมการทหารตามคำสั่งทางทหารของประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาเมื่อวันที่ 13 พฤศจิกายน 2001 ทั้งนี้ ผู้ที่มีอำนาจในการแต่งตั้งสมาชิกของคณะกรรมการทหาร คือ เจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการทหาร (Appointing Authority) ที่เป็นผู้แทนรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม โดยคณะกรรมการทหารจะต้องประกอบด้วยสมาชิกอย่างน้อย 3 คน แต่ไม่มากกว่า 7 คน ซึ่งเป็นดุลพินิจของผู้แทนรัฐมนตรีกระทรวงกลาโหมในการแต่งตั้งนั้น อีกทั้งจะต้องมีสมาชิกหมุนเวียน 1 – 2 คน แต่ละสมาชิกและสมาชิกหมุนเวียนจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่กองทัพสหรัฐอเมริกาที่เป็นทหารประจำการ โดยอาจจะเป็นเจ้าหน้าที่ที่ประจำการตามหน้าที่ เจ้าหน้าที่รักษาความมั่นคงภายใน หรือนายทหารนอกราชการ ซึ่งเจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการทหาร (Appointing Authority) จะต้องเป็นผู้ที่มีความสามารถในการปฏิบัติหน้าที่ในคณะกรรมการทหารที่เกี่ยวข้อง³¹ ต่อมา ในคำสั่งของคณะกรรมการทหารฉบับที่ 1 ที่ได้รับการแก้ไขใหม่เมื่อเดือนสิงหาคม 2005 ได้ระบุเอาไว้ว่า จำนวนสมาชิกของคณะกรรมการทหารจะต้องมีอย่างน้อย 3 คนแต่ไม่ได้ระบุจำนวนสูงสุดของคณะกรรมการทหารชุดนั้น อีกทั้งให้คณะกรรมการที่เป็นสมาชิกหมุนเวียน ไม่จำเป็นต้องเข้าพิจารณาคดีทุกครั้ง โดยส่วนของการประชุมและตัดสินการพิจารณาคดี คณะกรรมการที่เป็นสมาชิกหมุนเวียนไม่จำเป็นต้องนั่งในที่ประชุมพิจารณาคดีได้ ในกรณีที่สมาชิกหมุนเวียนได้เข้าฟังการประชุม คณะกรรมการเช่นว่าไม่ต้องทำการโหวต³²

ประธานคณะกรรมการทหารมีหน้าที่สำคัญในการควบคุมการพิจารณาคดีให้เป็นไปอย่างเรียบร้อยตามคำสั่งทางทหารของประธานาธิบดี จัดหาทนายความให้จำเลยทำการสู้คดี ยอมรับหรือกีดกันพยานหลักฐานในการพิจารณาคดี รวมถึงมีอำนาจในการปิดการพิจารณาคดีเป็นการลับได้³³ ตัดสินคดีในประเด็นของข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงเกี่ยวกับข้อเท็จจริง รวมถึงต้องสรุปคดีส่งให้เจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการทหารในแต่ละช่วงของการพิจารณาคดี³⁴

³¹ Ibid. , art. 4(A)

³² Military Commission Order No. 1 , August 3 1,2005 , Art. 4(A)(1)-(4)

³³ Military Commission Order No. 1 , March 21, 2002 , Art. 4(A)(5)(a)

³⁴ Military Commission Order No. 1 , August 3 1,2005 , Art. 4(A)(5)(a)

การสรรหาตัวประธานของคณะกรรมการนั้น จะต้องทำโดยเจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการทหาร ซึ่งแต่เดิมนั้นต้องคัดเลือกจากสมาชิกคนใดคนหนึ่งในคณะกรรมการทหารทั้งหมด³⁵ แต่ต่อมาได้มีการแก้ไขระเบียบให้มีการคัดเลือกเอาคนนอกมาเป็นประธานคณะกรรมการได้โดยไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นสมาชิกของคณะกรรมการทหารเท่านั้น³⁶

4.2.1.4 ฝ่ายดำเนินคดี³⁷

ในคำสั่งของคณะกรรมการทหารใช้คำว่า Prosecution ฝ่ายดำเนินคดี ในคณะกรรมการทหารนั้น ประกอบไปด้วยอัยการและผู้ช่วยอัยการซึ่งทำหน้าที่ในการฟ้องร้องคดีต่อตัวผู้ต้องหาที่อยู่ภายใต้การพิจารณาคดีของคณะกรรมการทหาร เตรียมข้อหาเพื่อให้เจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการทหารทำการอนุมัติให้คณะกรรมการทหารทำการพิจารณาคดีในข้อหาที่ได้ฟ้องร้อง อีกทั้งยังเป็นตัวแทนผลประโยชน์ของฝ่ายดำเนินคดีในกระบวนการทบทวนคำสั่งคณะกรรมการโดยอัยการและผู้ช่วยอัยการซึ่งจะต้องเป็นนายทหารพระธรรมนูญประจำกองทัพสหรัฐอเมริกา หรือเป็นเจ้าหน้าที่ดำเนินคดีพิเศษของกระทรวงยุติธรรมซึ่งอัยการสูงสุดเป็นผู้แต่งตั้ง

4.2.1.5 ฝ่ายสู้คดี³⁸

ในคำสั่งของคณะกรรมการทหารใช้คำว่า Defense ซึ่งฝ่ายสู้คดี ประกอบไปด้วยทนายความที่ทำหน้าที่แก้ต่างให้กับจำเลยในขอบเขตของกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาคดีนั้น ทั้งนี้ จำเลยจะต้องมีทนายความแก้ต่างเสมอในการพิจารณาคดี โดยหัวหน้าทนายทหารเป็นผู้ระบุถึงนายทหารพระธรรมนูญของกองทัพสหรัฐอเมริกาที่จะมาทำหน้าที่ทนายความให้กับจำเลย แต่จำเลยสามารถเลือกนายทหารพระธรรมนูญคนอื่น ๆ ที่ไม่ได้รับการระบุชื่อมาเป็นทนายความของตนเองก็ได้ โดยทนายความทหารที่ทางการได้แต่งตั้งให้มาแก้ต่าง

³⁵ Military Commission Order No. 1 , March 21, 2002 , Art. 4(A)(4)

³⁶ Military Commission Order No. 1 , August 3 1,2005 , Art. 4(A)(4)

³⁷ Military Commission Order No. 1 , March 21, 2002 , Art. 4(B)

³⁸ Ibid., Art. 4(C)

ให้แก่จำเลยจะหมดหน้าที่การเป็นทนายความไปโดยปริยายเว้นแต่จำเลยได้ร้องขอให้ทนายความทนายผู้ นั้นเป็นทนายความทนายอีกคนของจำเลยในการช่วยจำเลยทำการสู้คดี

นอกจากนี้ จำเลยยังคงมีสิทธิในการมีทนายความพลเรือนได้ โดยจำเลยสามารถเลือกทนายความพลเรือนตามที่จำเลยต้องการได้ หรืออาจให้รัฐบาลสหรัฐอเมริกาทำการแต่งตั้งทนายพลเรือนโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย โดยทนายความพลเรือนจะต้องเป็นคนอเมริกันที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพในสหรัฐอเมริกาโดยจะต้องได้รับอนุญาตให้ประกอบอาชีพทนายความของศาลสหพันธรัฐอเมริกา ซึ่งทนายความผู้นั้นจะต้องไม่ถูกลงโทษในทางกฎหมายหรือทางวินัยโดยศาลใด ๆ สมาคมทนายความ ฯลฯ มาก่อน อีกทั้งคณะกรรมการทนายได้กำหนดว่าสามารถเข้าถึงข้อมูลที่อยู่ภายใต้กระบวนการพิจารณาคดีหรือข้อมูลที่ต้องเก็บไว้เป็นความลับได้

4.2.1.6 กระบวนการเกี่ยวกับตัวจำเลย³⁹

ในเบื้องต้นของกระบวนการในการพิจารณาคดีจำเลยนั้น จะต้องมีการสันนิษฐานเอาไว้ก่อนว่าจำเลยผู้นั้นบริสุทธิ์ อันเป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายอาญา ซึ่งคณะกรรมการทนายจะต้องทำการพิจารณาคดีว่าจำเลยผู้นั้นมีความผิดจริงหรือไม่

การเตรียมตัวทนายความทนายนั้น คณะกรรมการทนายจะต้องเตรียมตัวทนายความทนายเอาไว้ล่วงหน้าก่อนที่จะมีการพิจารณาคดี จนกระทั่งการสืบพยานและการตัดสินคดีจะสิ้นสุดลง โดยฝ่ายอัยการจะต้องให้จำเลยและทนายความทนายเข้าถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องที่ฝ่ายดำเนินคดีเห็นว่าเป็นประโยชน์ต่อจำเลยในการสู้คดีให้พ้นจากความผิด

ในการพิสูจน์พยาน จำเลยไม่อาจให้การเป็นพยานในระหว่างการพิจารณาคดี เว้นแต่ผู้ต้องหาได้เลือกแล้วว่าจะเข้าให้การเป็นพยาน จำเลยจะต้องตกอยู่ภายใต้กระบวนการซักถามพยานนั้น ๆ

ในส่วนของการพยานบุคคลและพยานหลักฐานนั้น เมื่อประธานคณะกรรมการทนายเห็นว่ามีความจำเป็นและสมเหตุสมผล การเข้าถึงพยานหลักฐานของ

³⁹ Ibid., Art. 5

จำเลยจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดเอาไว้ในข้อ 6(D)(5) จำเลยสามารถเข้าถึงกระบวนการพิจารณาคดีในทุกขั้นตอนเว้นแต่ประธานคณะกรรมการทหารจะสั่งให้มีการพิจารณาคดีเป็นการลับ ซึ่งจำเลยไม่มีสิทธิเข้าถึงการพิจารณาคดีเช่นว่า

4.2.1.7 การปฏิบัติในระหว่างการพิจารณาคดี

ในการพิจารณาคดีนั้น เริ่มแรกอัยการจะต้องเตรียมข้อหาในการกล่าวหาจำเลย ซึ่งข้อหาจะต้องได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการทหาร หลังจากนั้น อัยการจะส่งสำเนาข้อหาไปยังจำเลยและทนายความของจำเลย รวมถึงประธานและตัวคณะกรรมการทหารอีกชุดหนึ่งด้วย จากนั้น ฝ่ายจำเลยและอัยการจะต้องส่งข้อตกลงเพื่อให้มีการจำกัดการลงโทษหรือข้อกำหนดอื่น ๆ สำหรับการรับสารภาพเพื่อขอความเห็นชอบต่อเจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการทหารเป็นการแลกเปลี่ยน ซึ่งข้อตกลงในการรับสารภาพนั้นจะต้องรวมเอาข้อกำหนดในเรื่องของข้อเท็จจริงที่ยืนยันความผิดของจำเลย ทั้งนี้ เอกวารเช่นว่า จะต้องลงชื่อโดยจำเลย ในกรณีที่เจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการทหารเห็นชอบต่อข้อตกลงนั้นแล้ว คณะกรรมการทหารจะทำการยอมรับและกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวพยานหลักฐานและจะต้องถูกผูกมัดในการตัดสินใจตามข้อตกลงรับสารภาพและลดโทษนั้น⁴⁰

การได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้น คณะกรรมการทหารจะต้องเบิกพยานเพื่อการนำสืบ จากนั้นจึงทำการสอบสวนต่อหน้าพยานและผู้อื่นแล้วค่อยมีการซักถามพยานหลักฐาน ต่อมา จะต้องทำการเรียกร้องให้มีการทำเอกสารอันเกี่ยวกับหลักฐานนั้น ๆ รวมถึงตั้งคณะกรรมการพิเศษเพื่อพิสูจน์หลักฐานนั่นเอง ทั้งนี้ ประธานคณะกรรมการทหารมีอำนาจในการดำเนินการเพื่อประโยชน์ของกรรมการทหารเองไม่ว่าจะโดยการริเริ่มของประธานหรือโดยการร้องขอของคุณความในคดี ซึ่งก็คือ อัยการหรือจำเลย โดยทำเท่าที่จำเป็นต่อความยุติธรรมแห่งการพิจารณาคดีตามคำสั่งทางทหารของประธานาธิบดี⁴¹

4.2.1.8 หน้าที่ของคณะกรรมการทหารระหว่างการพิจารณาคดี

42

⁴⁰ Ibid., Art. 6A(1)-(4)

⁴¹ Ibid., Art. 6A(5)

⁴² Military Commission Order No. 1 , March 21, 2002 , Art. 6(B)

โดยปกติแล้ว คณะกรรมการอาหารมีหน้าที่ในการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมและไม่มีการเลือกปฏิบัติ โดยจะต้องทำการพิจารณาคดีต่อหน้าจำเลย เว้นแต่ในบางกรณีที่จะต้องมีการพิจารณาคดีโดยกันไม่ให้จำเลยเข้าร่วมในการพิจารณาคดีนั้น ๆ ซึ่งถือว่าเป็นการพิจารณาคดีเป็นการลับ อันเป็นการไม่ให้จำเลย ทนายความพลเรือน หรือบุคคลอื่นเข้าร่วมในการพิจารณาคดี ยกเว้นทนายความทหารที่สามารถเข้าร่วมการพิจารณาคดีได้เหมือนปกติ โดยเหตุผลในการพิจารณาคดีอย่างเป็นการลับนั้นก็เพื่อปกป้องข้อมูลที่เป็นความลับหรือข้อมูลที่ได้รับ การคุ้มครองเพื่อไม่ให้เกิดการเปิดเผยโดยไม่ได้รับอนุญาต ทั้งนี้ เพื่อความปลอดภัยในตัวบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดี ข้าราชการ วิธีการในการบังคับใช้กฎหมาย รวมถึงผลประโยชน์ของสหรัฐอเมริกาในเรื่องที่เกี่ยวกับความมั่นคง โดยอำนาจในการสั่งให้มีการพิจารณาคดีเป็นการลับนั้น อยู่ที่ตัวประธานของคณะกรรมการอาหาร โดยประธานจะทำการสั่งให้มีการพิจารณาคดีเป็นการลับในบางช่วงหรือทุกช่วงของการพิจารณาคดีก็ได้ ไม่ว่าจะโดยดุลพินิจของประธาน ข้อเท็จจริงที่ปรากฏออกมาก็ตาม นอกจากนี้ ทนายความทหารที่ได้เข้าร่วมในการพิจารณาคดีเป็นการลับนั้น ไม่อาจเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีเช่นนั้น โดยไม่อาจเปิดเผยให้แก่บุคคลที่ถูกันไม่ให้เข้าร่วมในการพิจารณาคดีเช่นนั้น

กรณีที่มีการพิจารณาคดีแบบเปิดเผยแล้วต้องการให้มีสื่อมวลชนเข้าทำข่าว จะต้อง จะต้องทำการพิจารณาคดีอย่างเปิดเผยเท่าที่เหมาะสม โดยไม่ให้มีการออกอากาศเกี่ยวกับการพิจารณาคดี เว้นแต่จะทำการถ่ายภาพหรือบันทึกภาพซึ่งเป็นไปตามคำสั่งของประธานคณะกรรมการอาหาร

4.2.1.9 พยานหลักฐาน

โดยปกติ พยานหลักฐานสามารถรับฟังได้ก็ต่อเมื่อประธานคณะกรรมการอาหารเห็นชอบ หรือในกรณีที่กรรมการได้ร้องขอให้มีการลงความเห็นชอบ คณะกรรมการอาหารจะต้องลงความเห็นด้วยเสียงส่วนใหญ่ให้มีการแสดงพยานหลักฐานในการพิจารณาคดี⁴³ ซึ่งในกระบวนการวิธีพิจารณาความของคณะกรรมการอาหารมีประเด็นที่เกี่ยวกับพยานหลักฐานดังนี้

⁴³ Ibid., Art. 6D(2)(a)

ก) ประเด็นที่เกี่ยวกับพยานบุคคล

คู่กรณีไม่ว่าจะเป็นฝ่ายจำเลยหรือฝ่ายอัยการมีสิทธิในการเรียกร้องให้ คณะกรรมการทหารรับฟังพยานบุคคลได้ อีกทั้งประธานยังมีอำนาจในการเบิกพยานในการเบิกพยานด้วยตนเองอีกด้วย โดยหลังจากที่มีการแก้ไขคำสั่งของคณะกรรมการทหาร อำนาจในการเบิกตัวและรับฟังพยานบุคคลเป็นของประธานแต่เพียงผู้เดียว โดยในกรณีที่พยานบุคคลไม่ได้เข้า สบาณตนกับคณะกรรมการทหาร คณะกรรมการทหารก็ยังคงต้องรับฟังพยานบุคคลผู้นั้น แต่ อาจรับฟังโดยอาศัยวิจารณญาณมากกว่าการรับฟังพยานบุคคลที่เข้าสบาณตน⁴⁴

พยานบุคคลจะต้องได้รับความคุ้มครองซึ่งประธานคณะกรรมการ ทหารจะต้องใช้วิธีที่เหมาะสมในการคุ้มครองพยานบุคคลนั้น ๆ ไม่ว่าจะเป็นวิธีการในการสืบพยาน ทางโทรศัพท์ วิดีทัศน์ หรือวิธีการอื่น ๆ รวมไปถึงการพิจารณาคดีเป็นการลับด้วย⁴⁵

ข) ประเด็นที่เกี่ยวกับพยานเอกสารและข้อมูล

ในเรื่องของพยานเอกสารและข้อมูลต่าง ๆ นั้น ประธานคณะกรรมการ ทหารมีอำนาจในการออกคำสั่งเพื่อคุ้มครองข้อมูลที่ต้องได้รับการปกป้อง ซึ่งข้อมูลที่ต้องได้รับการ ปกป้องได้แก่ ข้อมูลที่เป็นความลับ ข้อมูลที่กฎหมายห้ามไม่ให้นำไปเปิดเผยโดยไม่ได้รับอนุญาต จากคณะกรรมการทหาร ข้อมูลที่ไม่อาจเปิดเผยเนื่องจากส่งผลกระทบต่อบุคคลที่เข้าร่วมในการ พิจารณาคดี ข้อมูลเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย หรือข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของชาติ เป็นต้น โดยข้อมูลเหล่านี้ ที่ปรึกษาของทั้งฝ่ายจำเลย ซึ่งก็คือทนายความของจำเลย และที่ปรึกษา ของทางฝ่ายอัยการ จะต้องเป็นผู้แจ้งต่อประธานคณะกรรมการทหารเกี่ยวกับข้อมูลที่ได้รับการ คุ้มครองนั้น ๆ⁴⁶

⁴⁴ Ibid., Art. 6D(2)(a)

⁴⁵ Ibid., Art. 6D(2)(d)

⁴⁶ Ibid., Art. 6(D)(5)(a)

ยิ่งกว่านั้น ยังมีข้อกำหนดข้อปฏิบัติบางอย่างเกี่ยวกับข้อมูลที่ได้รับการปกป้องเพื่อประโยชน์ของสหรัฐอเมริกาเอง ไม่ว่าจะเป็นการลบประเด็นในข้อมูลที่ได้รับการคุ้มครองออกไปจากเอกสารที่มีไว้สำหรับให้ฝ่ายจำเลยที่สู้คดี การนำข้อมูลจากส่วนอื่นไปบรรจุไว้แทนข้อมูลที่ได้รับการปกป้องนั้นเพียงบางส่วนหรือทั้งหมด รวมถึงการเปลี่ยนถ้อยคำที่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงตามข้อมูลที่ได้รับการคุ้มครองนั้น ซึ่งข้อเท็จจริงเช่นว่าเป็นสิ่งที่พิสูจน์คดีในศาล⁴⁷

ต่อมาในคำสั่งของคณะกรรมการทหารฉบับที่ 1 ที่ได้รับการแก้ไขใหม่เมื่อปี 2005 ได้เพิ่มหลักการเกี่ยวกับการจำกัดการเปิดเผยข้อมูลโดยผู้ต้องหาและทนายความพลเรือนสามารถเข้าถึงข้อมูลที่ได้รับการคุ้มครองได้ในกรณีที่สอดคล้องกับความมั่นคงของชาติและประโยชน์เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย หากผู้ต้องหาและทนายความพลเรือนถูกปฏิเสธไม่ให้เข้าถึงข้อมูลโดยข้อมูลนั้นไม่ได้รับการแทนที่ ฝ่ายอัยการไม่อาจเอาข้อมูลนั้นมาใช้เป็นหลักฐานในการพิจารณาคดี ยิ่งกว่านั้น ประธานมีอำนาจในการไม่ยอมรับข้อมูลที่ได้รับการปกป้องนั้นหากเป็นการกระทบต่อความยุติธรรมในการพิจารณาคดี⁴⁸

ถึงกระนั้นก็ตาม ประธานยังคงมีอำนาจในการเปิดการพิจารณาคดีเป็นการลับได้⁴⁹ โดยเหตุผลในการพิจารณาคดีอย่างเป็นทางการลับนั้นก็เพื่อปกป้องข้อมูลที่เป็นความลับหรือข้อมูลที่ได้รับการคุ้มครองเพื่อไม่ให้มีการเปิดเผยโดยไม่ได้รับอนุญาต ทั้งนี้ เพื่อความปลอดภัยในตัวบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดี ชาวกรอง วิธีการในการบังคับใช้กฎหมาย รวมถึงผลประโยชน์ของสหรัฐอเมริกาในเรื่องที่เกี่ยวกับความมั่นคง โดยอำนาจในการสั่งให้มีการพิจารณาคดีเป็นการลับนั้น อยู่ที่ตัวประธานของคณะกรรมการทหาร โดยประธานจะทำการสั่งให้มีการพิจารณาคดีเป็นการลับในบางช่วงหรือทุกช่วงของการพิจารณาคดีก็ได้ ไม่ว่าจะโดยดุลพินิจของประธาน ข้อเท็จจริงที่ปรากฏออกมาก็ตาม นอกจากนี้ ทนายความทหารที่ได้เข้าร่วมในการพิจารณาคดีเป็นการลับนั้น ไม่อาจเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีเช่นว่านั้น โดยไม่อาจเปิดเผยให้แก่บุคคลที่ถูกต้องกันไม่ให้เข้าร่วมในการพิจารณาคดีเช่นว่านั้น⁵⁰

⁴⁷ Ibid., Art. 6(D)(5)(b)

⁴⁸ Military Commission Order No. 1 , August 3 1,2005 , Art. 6(D)(5)(b)

⁴⁹ Military Commission Order No. 1 , March 21, 2002 , Art. 6(D)(5)(C)

⁵⁰ Ibid., Art. 6(B)(3)

4.2.1.10 การตัดสินคดี⁵¹

สมาชิกของคณะกรรมการอาหารจะต้องทำการลงมติเป็นการลับในการตัดสินความผิดของจำเลย ซึ่งจะต้องเป็นการลงมติเกี่ยวกับผลการพิจารณาคดีซึ่งสมาชิกของคณะกรรมการอาหารมองว่าจำเลยมีความผิดจริง ซึ่งการลงมติดังกล่าวจะต้องลงมติ 2 ใน 3 ของสมาชิกคณะกรรมการอาหารทั้งหมด จึงสามารถตัดสินลงโทษจำเลยว่ามีความผิดได้ ยกเว้นโทษประหารชีวิตซึ่งต้องลงมติเป็นเอกฉันท์

4.2.1.11 การลงโทษ⁵²

สมาชิกคณะกรรมการอาหารจะต้องระวางโทษที่เหมาะสมกับความผิดที่ได้มีการพิสูจน์พบ ซึ่งโทษนั้น นอกจากมีโทษประหารชีวิตแล้วยังรวมถึงโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือโทษสถานเบาว่า ตามที่สมาชิกคณะกรรมการอาหารเห็นสมควร

4.2.1.12 การอุทธรณ์

หลังจากที่คณะกรรมการมีคำตัดสินแล้ว สมาชิกของคณะกรรมการอาหารแต่ละคนต้องทำรายงานเกี่ยวกับการพิจารณาคดี โดยส่งไปยังประธานคณะกรรมการอาหารเพื่อนำไปให้แก่เจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการอาหาร⁵³ ซึ่งเจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการอาหารเป็นผู้ทบทวนบันทึกของการพิจารณาคดีที่คณะกรรมการอาหารเป็นผู้ทำขึ้น โดยเมื่อเจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการอาหารได้พิจารณาเห็นชอบแล้วจึงส่งไปยังคณะกรรมการทบทวนคำสั่งของคณะกรรมการอาหาร (Review Panel)⁵⁴

คณะกรรมการทบทวนคำสั่งของคณะกรรมการอาหาร ประกอบไปด้วยเจ้าหน้าที่ทหาร 3 คน ซึ่งรวมถึงเจ้าหน้าที่ทหารอย่างน้อย 1 คนที่ต้องมีประสบการณ์ในการเป็นผู้พิพากษาคดี โดยคณะกรรมการทบทวนมีหน้าที่ในการทบทวนบันทึกการพิจารณาคดีและข้อมูล

⁵¹ Ibid., Art. 6(F)

⁵² Ibid., Art. 6(G)

⁵³ Ibid., Art. 6(H)(1)

⁵⁴ Ibid., Art. 6(H)(3)

ต่าง ๆ ที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายอัยการและฝ่ายจำเลย โดยจะต้องประชุมเป็นการลับ หลังจากที่คุณคณะกรรมการทบทวนได้รับข้อมูลบันทึกการพิจารณาคดีมาทบทวนแล้ว คณะกรรมการทบทวนมีทางเลือกในการส่งต่อไปให้กระทรวงกลาโหมเพื่อทำการทบทวนอีกชั้นหนึ่ง หรือส่งกลับไปยังเจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการทหารเพื่อให้คณะกรรมการทหารทำการพิจารณาคดีเพิ่มในกรณีที่คณะกรรมการทบทวนเห็นว่าไม่มีข้อผิดพลาดในประเด็นข้อกฎหมายเกิดขึ้น⁵⁵

ขั้นตอนต่อมา เมื่อกระทรวงกลาโหมได้รับข้อมูลการพิจารณาคดีตัดสินคดีจากคณะกรรมการทบทวนการตัดสินของคณะกรรมการทหารแล้ว จะต้องทำการพิจารณาทบทวนข้อมูลเช่นว่าอีกครั้ง รวมถึงพิจารณาคำแนะนำที่คณะกรรมการทบทวนได้เสนอมาด้วย จากนั้น กระทรวงกลาโหมมีอำนาจในการตัดสินชี้ขาดหรือส่งกลับคืนไปยังคณะกรรมการทหารให้พิจารณาคดีเพิ่ม หรือตัดสินชี้ขาดคดีได้ในกรณีที่ได้รับมอบอำนาจในการตัดสินจากประธานาธิบดีให้ทำการตัดสินคดี⁵⁶

ขั้นตอนสุดท้ายคือ การให้ประธานาธิบดีเป็นผู้ทบทวนและทำการตัดสินคดี โดยประธานาธิบดีมีอำนาจในการพิจารณาโทษว่าสมควรลงโทษสถานใดบ้าง รวมถึงมีอำนาจพิจารณาเกี่ยวกับการลดโทษอีกด้วย⁵⁷

ต่อมา ในวันที่ 31 ธันวาคม 2005 รัฐสภาสหรัฐอเมริกาได้ทำการผ่านกฎหมาย Detainee Treatment Act 2005 เพื่อให้ศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit ทำการทบทวนคำตัดสินของคณะกรรมการทหารอีกลำดับหนึ่ง โดยมีอำนาจทบทวนคำตัดสินของคณะกรรมการทหารที่เกี่ยวกับการตัดสินโทษประหารชีวิตหรือจำคุก 10 ปีขึ้นไป รวมถึงคำตัดสินอื่น ๆ ที่ D.C. Circuit มีเขตอำนาจ โดยอำนาจในการพิจารณาคดีของศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit จำกัดอยู่ที่จำเลยที่เป็นคนต่างด้าวที่ถูกคุมขังอยู่ที่ค่ายกักกันของกองทัพเรือสหรัฐอเมริกาที่อ่าวกวานตานาโม ประเทศคิวบา ซึ่งศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit นั้นมีอำนาจในการพิจารณาคำตัดสินของคณะกรรมการทหารเกี่ยวกับความชอบด้วยมาตรฐานตามคำสั่งของคณะกรรมการ

⁵⁵ Ibid., Art. 6(H)(4)

⁵⁶ Ibid., Art. 6(H)(5)

⁵⁷ Ibid., Art. 6(H)(6)

ทหารฉบับที่ 1 ลงวันที่ 31 สิงหาคม 2005 (Military Commission Order No. 1, dated August 31, 2005) รวมถึงกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาและกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง⁵⁸ ในกรณีที่ไม่ได้มีการกำหนดเอาไว้ใน Detainee Treatment Act 2005 ศาลอื่น ๆ ไม่มีอำนาจในการพิจารณาการยื่นคำร้องเกี่ยวกับการคุมขังที่มีขอบด้วยกฎหมายของพลรบฝ่ายศัตรูที่เป็นคนต่างด้าวที่ถูกคุมขังโดยสหรัฐอเมริกาในค่ายกักกันของกองทัพสหรัฐอเมริกาที่อ่าวกวานตานาโม รวมถึงคำตัดสินของศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit ที่เกี่ยวกับการปฏิบัติในค่ายกักกันที่อ่าวกวานตานาโม ตาม Detainee Treatment Act 2005 ที่ให้จำเลยยังคงสถานภาพเป็นพลรบฝ่ายศัตรู เท่ากับว่าคำตัดสินของ ศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit ไม่อาจทำการทบทวนโดยศาลอื่นได้อีก⁵⁹

4.2.2 กระบวนการของศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบ

4.2.2.1 นิยามของคำว่าพลรบฝ่ายศัตรู

ศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบได้กำหนดสถานภาพของบุคคลจะต้องถูกพิจารณาคดีเอาไว้ว่าเป็น พลรบฝ่ายศัตรู (Enemy Combatant) โดยกำหนดว่าบุคคลผู้นั้นจะต้องเป็นส่วนหนึ่งหรือให้การสนับสนุนกองกำลังของรัฐบาลตาลิบันหรือองค์กรก่อการร้ายอัลเคด้า หรือได้เข้าร่วมกับกองกำลังที่ทำการต่อสู้กับทหารสหรัฐอเมริกาหรือพันธมิตร ซึ่งรวมถึงบุคคลที่ทำการสู้รบหรือสนับสนุนการรบโดยตรงเพื่อช่วยเหลือศัตรู⁶⁰

แต่เดิม หลังจากที่มีการออกคำสั่งทางทหารของประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาเมื่อวันที่ 13 พฤศจิกายน 2001 ซึ่งได้ระบุถึงบุคคลผู้ต้องถูกพิจารณาคดีในคณะกรรมการทหาร ซึ่งหมายรวมถึงพลรบกลุ่มตาลิบันไปด้วยนั้น ยังไม่ได้รับการกำหนดสถานภาพใด ๆ เลยจากทางรัฐบาลสหรัฐอเมริกา แต่เมื่อได้มีการจัดตั้งศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบขึ้นมาแล้ว ในข้อ A ของคำสั่งแต่งตั้งศาลพิเศษนี้ ได้มีการให้คำนิยามของการเป็นพลรบฝ่ายศัตรู (Enemy Combatant) ซึ่งเป็นเกณฑ์เบื้องต้นในการพิจารณาทบทวนว่าบุคคลใดยังคงมีสถานภาพเป็นพลรบฝ่ายศัตรูอยู่หรือไม่ ถือได้ว่ามีการกำหนดสถานภาพให้แก่กลุ่มพลรบ

⁵⁸ Detainee Treatment Act 2005 Art. 1005(e)(3)

⁵⁹ Ibid., Art. 1005(e)

⁶⁰ Order Establishing Combatant Status Review Tribunal , Memorandum of the Secretary of

ตาลิบันไปแล้ว แต่เป็นการกำหนดว่ากลุ่มพลรบตาลิบันนั้นเป็นพลรบฝ่ายศัตรู (Enemy Combatant) นั้นเอง

แต่เดิม หลังจากที่มีการออกคำสั่งทางทหารของประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาเมื่อวันที่ 13 พฤศจิกายน 2001 ซึ่งได้ระบุถึงบุคคลผู้ต้องถูกพิจารณาคดีในคณะกรรมการทหาร ซึ่งหมายรวมถึงพลรบกลุ่มตาลิบันไปด้วยนั้น ยังไม่ได้รับการกำหนดสถานภาพใด ๆ เลยจากทางรัฐบาลสหรัฐอเมริกา แต่เมื่อได้มีการจัดตั้งศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบขึ้นมาแล้ว ในข้อ A ของคำสั่งแต่งตั้งศาลพิเศษนี้ ได้มีการให้คำนิยามของการเป็นพลรบฝ่ายศัตรู (Enemy Combatant) ซึ่งเป็นเกณฑ์เบื้องต้นในการพิจารณาทบทวนว่าบุคคลใดยังคงมีสถานภาพเป็นพลรบฝ่ายศัตรูอยู่หรือไม่ ถือได้ว่ามีการกำหนดสถานภาพให้แก่กลุ่มพลรบตาลิบันไปแล้ว แต่เป็นการกำหนดว่ากลุ่มพลรบตาลิบันนั้นเป็นพลรบฝ่ายศัตรู (Enemy Combatant) นั้นเอง

4.2.2.2 องค์ประกอบของศาลพิเศษ

ศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบประกอบไปด้วยเจ้าหน้าที่ทหารของกองทัพสหรัฐอเมริกาที่ได้รับมอบหมายให้เป็นตุลาการ จำนวน 3 นาย โดยแต่ละนายจะต้องมีความโปร่งใสในเรื่องของความมั่นคงและไม่เกี่ยวข้องกับการจับกุมตัว การสืบสวนสอบสวน หรือการกำหนดสถานภาพในการพิจารณาคดีก่อนหน้านี้ โดยประธานองค์คณะตุลาการจะต้องเป็นนายทหารระดับอาวุโส โดยมีนายทหารพระธรรมนูญของกองทัพสหรัฐอเมริกาเป็นตุลาการที่มีสิทธิลงมติ ส่วนตุลาการศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบอีกนายหนึ่ง ซึ่งอาจจะเป็นนายทหารพระธรรมนูญหรือไม่ก็ได้ นั้น ทำหน้าที่เป็นผู้บันทึกการพิจารณาคดี⁶¹

ผู้แทนที่ทำหน้าที่ช่วยจำเลยในการสู้คดีนั้นเรียกว่าเป็นผู้แทนส่วนตัว (Personal Representative) ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ทหารที่ทางกระทรวงกลาโหมได้มอบหมายให้ทำหน้าที่ช่วยจำเลยในการสู้คดี โดยหน้าที่ในการช่วยจำเลยสู้คดีนั้น เป็นหน้าที่ในส่วนของการให้คำปรึกษาแก่จำเลยในการสู้คดี การพิจารณาข้อมูลของกระทรวงกลาโหมที่เกี่ยวกับการพิจารณาสถานภาพของพลรบตาลิบัน รวมถึงบันทึก คำตัดสิน หรือรายงานของการพิจารณาคดีในครั้งก่อน

⁶¹ Ibid., Art. E

ซึ่งก็คือการพิจารณาคดีในคณะกรรมการทหาร (Military Commissions) นั้นเอง โดยในเรื่องของข้อมูลที่จะใช้ในการพิจารณาคดีนั้น จำเลยมีสิทธิในการใช้ข้อมูลร่วมกันกับผู้แทนส่วนตัว เว้นแต่ในกรณีของข้อมูลที่ปิดเป็นความลับ ซึ่งจำเลยไม่อาจเข้าถึงได้ อีกทั้ง ผู้แทนส่วนตัวสามารถเข้าร่วมในการพิจารณาคดีทุกขั้นตอน⁶²

นอกจากนี้ยังมีเจ้าหน้าที่แต่งตั้งศาล (Convening Authority) ซึ่งมีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการศาล รวมถึงแต่งตั้งผู้แทนส่วนตัวของจำเลยอีกด้วย โดยเจ้าหน้าที่แต่งตั้งศาลนี้ จะต้องได้รับการมอบหมายจากกองทัพเรือให้ทำหน้าที่ในส่วนนี้ อีกทั้งกองทัพเรือยังอาจส่งคำแนะนำให้แก่เจ้าหน้าที่แต่งตั้งศาลในเรื่องของการนำเอาคำสั่งก่อตั้งศาลพิเศษนี้ไปใช้บังคับ⁶³

4.2.2.3 กระบวนการในการพิจารณาคดี⁶⁴

ในการพิจารณาคดีต่อตัวจำเลยนั้น เริ่มแรก เสมียนศาลจะต้องแจ้งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกำหนดสถานภาพจำเลยว่าเป็นพลรบฝ่ายศัตรู (Enemy Combatant) จากนั้นสมาชิกของศาลพิเศษและเสมียนศาลจึงทำการสอบานตนก่อนเข้าร่วมการพิจารณาคดี โดยการบันทึกการพิจารณาคดีจะต้องบันทึกเป็นหลักฐานทางเอกสารบันทึกคำให้การ รายงานคำตัดสินของศาลแบบลายลักษณ์อักษร และบันทึกการพิจารณาคดี ซึ่งจะต้องมีการเก็บเอาไว้เป็นหลักฐานในภายหลัง

จำเลยและผู้แทนส่วนตัวของจำเลยมีสิทธิเข้าร่วมการพิจารณาคดีในทุกๆ ช่วง เว้นแต่โดยความต้องการและการลงมติของคณะตุลาการศาล หรือตามลักษณะของคำให้การของจำเลย โดยเมื่อศาลเห็นว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศสหรัฐอเมริกา จำเลยและผู้แทนส่วนตัวไม่มีสิทธิเข้าร่วมการพิจารณาคดีเช่นว่า โดยในการเข้าร่วมการพิจารณาคดีของจำเลยนั้น จำเลยจะต้องได้รับคำแนะนำเกี่ยวกับลักษณะของการพิจารณาคดีในศาลพิเศษทบพันสถานภาพพลรบ และสามารถชี้แจงได้ถ้ามีความจำเป็น

⁶² Ibid., Art. C

⁶³ Ibid., Art. F

⁶⁴ Ibid., Art. G

ในการพิจารณาคดีของศาลพิเศษนั้น ศาลจะต้องเข้าถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการกักขังจำเลยในฐานะที่เป็นพลรบฝ่ายศัตรูและอาศัยข้อมูลเช่นว่าในการพิจารณาเพื่อทบทวนการให้สถานภาพแก่จำเลยที่เป็นพลรบตาลิบัน สมาชิกองค์กรอัลเคด้า หรือผู้ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งข้อมูลเหล่านี้ รวมไปถึงบันทึก การตัดสินใจคดี หรือรายงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสถานภาพพลรบฝ่ายศัตรู

ในกรณีของการสืบพยานของจำเลยนั้น จำเลยไม่อาจถูกบังคับเพื่อให้การนำสืบพยานต่อหน้าศาล ซึ่งจำเลยมีสิทธิในการเรียกพยานบุคคลเข้ามาเพื่อทำการสืบพยานได้ โดยศาลจะเป็นผู้กำหนดตัวพยานบุคคลให้แก่จำเลย ทั้งนี้ หากพยานบุคคลเป็นทหารจากกองทัพสหรัฐอเมริกา พยานผู้นั้นไม่จำเป็นต้องขึ้นศาลเพื่อให้การเป็นพยานก็ได้ในกรณีที่ผู้บังคับบัญชาไม่อนุญาตด้วยเหตุผลที่ว่าอาจจะกระทบต่อการปฏิบัติการทางทหารที่พยานผู้นั้นได้ปฏิบัติอยู่ ส่วนในกรณีที่พยานบุคคลขาดนัดการพิจารณาคดี จำเลยมีสิทธิใช้พยานเอกสารแทนพยานบุคคลนั้น โดยจำเลยจะต้องแจ้งต่อศาลในการเอาพยานเอกสารเข้ามาในการพิจารณาคดี อย่างไรก็ตาม ศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบไม่ถูกผูกมัดโดยกฎหมายว่าด้วยพยานที่ใช้ในศาลทั่วไปของสหรัฐอเมริกา โดยศาลพิเศษมีอิสระในการพิจารณาข้อมูลใด ๆ ที่ศาลเห็นว่าเกี่ยวข้องและเป็นประโยชน์ ซึ่งอาจมีการยอมรับเอาพยานบอกเล่ามาใช้ในการสืบพยานได้ อีกทั้งศาลพิเศษไม่มีอำนาจในการเปลี่ยนแปลงสถานะในการเป็นข้อมูลลับของข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของชาติให้เป็นข้อมูลที่สามารถเข้าถึงได้

ในการรับฟังคำให้การและทบทวนพยานเอกสารและพยานอื่น ๆ ศาลจะต้องกำหนดให้มีการลงคะแนนเสียงโดยเสียงส่วนใหญ่ว่าจะให้จำเลยผู้นั้นมีสถานภาพเป็นพลรบศัตรูต่อไปหรือไม่ โดยอาศัยพยานหลักฐานที่อยู่ในการนำสืบคดีเป็นมาตรฐานในการกำหนด

4.2.2.4 การตัดสินว่าจำเลยไม่เป็นพลรบฝ่ายศัตรู⁶⁵

ในการตัดสินว่าจำเลยไม่เป็นพลรบฝ่ายศัตรูนั้น ถ้าศาลทำการตัดสินว่าจำเลยไม่มีสถานภาพเป็นพลรบฝ่ายศัตรูอีกต่อไป ศาลก็จะทำรายงานส่งไปยังรัฐมนตรีว่าการ

⁶⁵ Ibid., Art. H

กระทรวงกลาโหมหรือผู้แทนรัฐมนตรีรับทราบก่อนที่จะทำการแจ้งไปยังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเพื่อติดต่อเจรจาเพื่อให้มีการปล่อยตัวหรือส่งต่อไปยังประเทศที่มีพันธะในทางนโยบายการต่างประเทศกับสหรัฐอเมริกา

4.2.2.5 กระบวนการทบทวนโดยศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit

หลังจากที่รัฐสภาของสหรัฐอเมริกาได้ผ่านกฎหมาย Detainee Treatment Act 2005 ออกมาได้ส่งผลให้ศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit มีอำนาจในการทบทวนคำตัดสินของศาลพิเศษพิจารณาสถานภาพพลรบ

ศาลทบทวนสถานภาพพลรบนั้น มีอำนาจหน้าที่ในการทบทวนสถานภาพพลรบฝ่ายศัตรู ซึ่งคำตัดสินที่ออกมาแล้วก็มักจะเกี่ยวข้องกับการกำหนดสถานภาพพลรบของบุคคลที่อยู่ภายใต้การพิจารณาคดี ซึ่งก็รวมถึงพลรบตาลิบันด้วยนั้น ว่าเป็นพลรบของศัตรูหรือไม่ ต่อมา เมื่อมี Detainee Treatment Act 2005 ออกมาแล้ว จึงได้มีการทบทวนคำตัดสินเช่นว่า โดยรัฐมนตรีกระทรวงกลาโหมจะต้องส่งรายงานเกี่ยวกับกระบวนการของศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบไปยัง The Committee on Armed Services and the Committee on the Judiciary ของวุฒิสภาและ The Committee on Armed Services and the Committee on the Judiciary ของรัฐสภา ภายใน 180 วันนับจากที่กฎหมาย Detainee Treatment Act 2005 ใช้บังคับ⁶⁶ หลังจากนั้น ศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบจะต้องทำการประเมินว่า ข้อความ ข้อมูลต่าง ๆ ที่ได้มานั้น ได้มาโดยการบังคับข่มขู่ อีกทั้งมีคุณค่าสำหรับการพิสูจน์ในชั้นศาลหรือไม่ โดยข้อมูลที่ทำการประเมินนั้น เป็นข้อมูลที่ได้มาจากการพิจารณาคดีทั้งก่อนและหลังจาก Detainee Treatment Act 2005 ใช้บังคับ⁶⁷ โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมจะต้องส่งรายงานเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงกระบวนการพิจารณากระบวนการในการทบทวนสถานภาพของศาลพิเศษพิจารณาสถานภาพพลรบ⁶⁸ และส่งรายงานประจำปีเกี่ยวกับกระบวนการทบทวนสถานภาพคนต่างด้าวที่ถูกขังนอกสหรัฐอเมริกาให้กับรัฐสภาสหรัฐอเมริกา โดยรายงานแต่ละฉบับไม่มีสถานะเป็นข้อมูลลับยกเว้นภาคผนวก⁶⁹

⁶⁶ Detainee Treatment Act 2005 SEC. 1005 (a)(1)

⁶⁷ Ibid., Sec.1005 (b)

⁶⁸ Ibid., Sec. 1005 (c)

⁶⁹ Ibid. , Sec. 1005 (d)

ต่อมา ศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit จึงทำการทบทวนคำตัดสินของศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบ โดยศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit มีอำนาจในการพิจารณาคำตัดสินของศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบในเรื่องของสถานภาพของพลรบฝ่ายศัตรู ซึ่งรวมถึงสถานภาพของพลรบของรัฐบาลตาลีบันของอัฟกานิสถาน โดยจะต้องเป็นพลรบตาลีบันที่ต้องเป็นคนต่างด้าวที่ถูกคุมขังอยู่ในค่ายกักกันของกองทัพเรือสหรัฐที่อ่าวกวานตานาโม โดยขอบเขตของกฎหมายและกฎเกณฑ์ในการทบทวนคำตัดสินของศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบนั้น อยู่ที่กระบวนการที่กระทรวงกลาโหมได้กำหนดขึ้นมาให้ศาลพิเศษนี้พิจารณา รวมถึงประเด็นของกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น ๆ ของสหรัฐอเมริกาที่เข้ามาเกี่ยวข้อง ทั้งนี้ ในกรณีที่ไม่ได้มีการกำหนดเอาไว้ใน Detainee Treatment Act 2005 ศาลอื่น ๆ ไม่มีอำนาจในการพิจารณายื่นคำร้องเกี่ยวกับการคุมขังที่มีขอบด้วยกฎหมายของพลรบฝ่ายศัตรูที่เป็นคนต่างด้าวที่ถูกคุมขังโดยสหรัฐอเมริกาในค่ายกักกันของกองทัพสหรัฐอเมริกาที่อ่าวกวานตานาโม รวมถึงคำตัดสินของศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit ที่เกี่ยวกับการปฏิบัติในค่ายกักกันที่อ่าวกวานตานาโม ตาม Detainee Treatment Act 2005 ที่ให้จำเลยยังคงสถานภาพเป็นพลรบฝ่ายศัตรู⁷⁰

4.2.3 กระบวนการกำหนดสถานภาพของกลุ่มพลรบตาลีบันโดยคณะกรรมการทหารภายใต้ Military Commission Act 2006

เมื่อวันที่ 17 ตุลาคม ปี 2006 รัฐสภาสหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมาย Military Commission Act ซึ่งมีสาระสำคัญในการดำเนินคดีต่อกลุ่มพลรบตาลีบันและผู้ก่อการร้ายอัลเคด้า โดยให้คณะกรรมการทหารมีอำนาจในการพิจารณาคดีต่อกลุ่มบุคคลเช่นว่า โดยสาระสำคัญในกฎหมายฉบับนี้ เน้นปรับปรุงให้กระบวนการวิธีพิจารณาคดีของคณะกรรมการทหารมีความสอดคล้องกับกระบวนการวิธีพิจารณาคดีของศาลทหารมากขึ้น อีกทั้งคดีที่ศาลทบทวนสถานภาพพลรบยังพิจารณาคดีค้างอยู่ก็ให้โอนมายังคณะกรรมการทหารนี้ด้วย

4.2.3.1 ลักษณะโดยทั่วไปของคณะกรรมการทหารภายใต้ Military Commission Act 2006

⁷⁰ Ibid. , Sec. 1005 (e)

คณะกรรมการทหารที่อยู่ภายใต้ Military Commissions Act 2006 นั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อพิจารณาคดีพลรบที่เป็นคนต่างด้าวที่ละเมิดกฎหมายสงครามหรือความผิดอื่น ๆ ซึ่งคณะกรรมการทหารชุดนี้สามารถพิจารณาคดีได้ โดยได้กระทำไปในช่วงทำการสู้รบกับสหรัฐอเมริกา โดยประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาได้รับอำนาจให้เป็นผู้ก่อตั้งคณะกรรมการทหารนี้ขึ้นมาอีกครั้งภายใต้ Military Commissions Act 2006 นี้⁷¹

กระบวนการของคณะกรรมการทหารตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้อยู่บนพื้นฐานของการพิจารณาคดีภายใต้ข้อ 47 ของ The Uniform Code of Military Justice แต่กระนั้นก็ตาม ข้อ 47⁷² ของกฎหมายทหารสหรัฐอเมริกานั้นไม่อาจนำมาใช้กับการพิจารณาคดีในคณะกรรมการทหารได้⁷³ อีกทั้ง บทบัญญัติใน Military Commissions Act 2006 นี้ไม่อาจใช้บังคับกับการพิจารณาคดีโดยเร่งด่วนตามข้อ 10 ในกฎหมายทหารของสหรัฐอเมริกา อีกทั้งไม่อาจใช้บังคับกับการบังคับให้มีกรกล่าวโทษในการพิจารณาคดีในข้อ 31 ของกฎหมายทหารสหรัฐอเมริกา อีกทั้งข้อ 32 เกี่ยวกับการสืบสวนสอบสวนก่อนการพิจารณาคดี⁷⁴ นอกจากนี้ คำตัดสินของคณะกรรมการทหารในยุคนั้นนี้ไม่อาจเป็นบรรทัดฐานให้ศาลทหารในการตัดสินคดีต่อไปที่มีข้อเท็จจริงลักษณะเดียวกันได้⁷⁵

คณะกรรมการทหารที่ได้ก่อตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายฉบับนี้ มีฐานะเป็นศาลซึ่งกระบวนการพิจารณาคดีเป็นไปตามข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ที่เกี่ยวข้องกับ การรับประกันสิทธิของจำเลยในการพิจารณาคดีในกระบวนการยุติธรรม แต่กระนั้นก็ตาม พลรบฝ่ายศัตรูที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ไม่อาจยกเอาบทบัญญัติในอนุสัญญาเจนีวา 1949 มายืนยันสิทธิของตัวเองที่เป็นไปตามนั้นได้⁷⁶

4.2.3.2 เขตอำนาจของคณะกรรมการทหาร

⁷¹ Military Commission Act 2006 , Art. 948b. (a)-(b)

⁷² Uniform Code of Military Justice, Art. 47

⁷³ Military Commission Act 2006, Art. 948b. (c)

⁷⁴ Ibid., Art 948b. (d)

⁷⁵ Ibid., Art 948b. (e)

⁷⁶ Ibid., Art 948b. (f)-(g)

คณะกรรมการทหารมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับความผิดกฎหมายสงครามหรือความผิดอื่น ๆ ที่สามารถพิจารณาคดีภายใต้คณะกรรมการทหารได้ ซึ่งการกระทำผิดเช่นว่านั้นจะต้องกระทำโดยพลรบศัตรูที่มีขอบด้วยกฎหมายก่อนหรือหลังจากวันที่ 11 กันยายน ปี 2001 ซึ่งเป็นวันที่มีการก่อวินาศกรรมต่อสหรัฐอเมริกา⁷⁷ การก่อวินาศกรรม ซึ่งพลรบของศัตรูที่มีขอบด้วยกฎหมายนั้น ได้มีการให้คำนิยามเอาไว้แล้วว่า เป็นบุคคลผู้เข้าร่วมในการสู้รบหรือสนับสนุนการสู้รบต่อสหรัฐอเมริกาหรือพันธมิตร ซึ่งรวมถึงสมาชิกขององค์กรก่อการร้ายอัลเคด้าและสมาชิกรัฐบาลตาลีบันของอัฟกานิสถาน ยิ่งกว่านั้นยังรวมถึงบุคคลผู้ซึ่งได้รับการตัดสินชี้ขาดสถานภาพว่าเป็นพลรบศัตรูที่มีขอบด้วยกฎหมายโดยศาลพิเศษทบพันสถานภาพพลรบ (Combatant Status Review Tribunal) หรือศาลพิเศษอื่น ๆ ที่ได้รับการก่อตั้งขึ้นภายใต้อำนาจของประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาหรือกระทรวงกลาโหม⁷⁸ อีกทั้ง ข้อเท็จจริงข้อมูลที่ค้นพบโดยศาลพิเศษทบพันสถานภาพพลรบหรือศาลพิเศษอื่น ๆ เกี่ยวกับการตัดสินชี้ขาดว่าพลรบผู้นั้นเป็นพลรบศัตรูที่มีขอบด้วยกฎหมาย ก็ให้โอนมายังคณะกรรมการทหารนี้⁷⁹ ส่วนพลรบศัตรูที่มีขอบด้วยกฎหมาย⁸⁰ จะต้องถูกพิจารณาคดีโดยศาลทหาร⁸¹

คณะกรรมการทหารมีอำนาจในการตัดสินลงโทษตาม Military Commissions Act 2006 นี้ โดยรวมถึงการตัดสินโทษประหารชีวิตด้วย⁸²

4.2.3.3 สมาชิกของคณะกรรมการทหาร

คณะกรรมการทหารจะต้องได้รับการแต่งตั้งให้ทำหน้าที่พิจารณาคดีโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมของสหรัฐอเมริกาหรือเจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการทหารที่ได้รับมอบหมายมาจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม⁸³ โดยคณะกรรมการทหารแต่

⁷⁷ Ibid., Art. 948d. (a)

⁷⁸ Ibid., Art. 948a. (1)

⁷⁹ Ibid., Art. 948d. (c)

⁸⁰ Ibid., Art. 948a. (2)

⁸¹ Ibid., Art. 948a. (b)

⁸² Ibid., Art. 948d. (d)

ละชุดจะต้องมีสมาชิกอย่างน้อย 5 คน ซึ่งไม่อาจขาดการทำหน้าที่พิจารณาคดีหรือถูกเว้นไม่ให้เข้าร่วมพิจารณาคดี เว้นแต่ในกรณีที่สมาชิกผู้นั้นได้รับการงดเว้นจากการได้รับคำร้อง ไม่สามารถทำหน้าที่ได้เนื่องจากมีปัญหาทางสภาพร่างกาย หรือโดยคำสั่งของเจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการทหาร โดยเมื่อสมาชิกคณะกรรมการทหารขาดไปและคณะกรรมการทหารทั้งหมดมีจำนวนไม่ครบตามที่กำหนดเอาไว้ เจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการทหารจะต้องเรียกสมาชิกคณะกรรมการทหารคนใหม่มาเพิ่มเพื่อให้ครบตามจำนวนที่กำหนดเอาไว้⁸⁴

สมาชิกของคณะกรรมการทหารจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ทหารของกองทัพสหรัฐอเมริกาที่ประจำการอยู่ในหน้าที่ของตน โดยเจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการทหารจะต้องทำการระบุถึงคุณสมบัติของสมาชิกคณะกรรมการทหารในชุดนั้น โดยจะต้องมีคุณสมบัติที่เหมาะสมกับวัยวุฒิ คุณวุฒิ ประสบการณ์ อายุงาน และสภาวะการควบคุมอารมณ์ ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่ทหารผู้นั้นจะต้องไม่เป็นเจ้าพนักงานสอบสวน อัยการ หรือทนายความทหารมาก่อน ซึ่งทำให้หมดคุณสมบัติในการเป็นสมาชิกของคณะกรรมการทหาร⁸⁵

4.2.3.4 ตุลาการทหาร⁸⁶

ตุลาการทหารจะต้องได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประธานในคณะกรรมการทหารแต่ละชุด ซึ่งมีหน้าที่ในการตัดสินคดี โดยเป็นเจ้าหน้าที่ทหารของกองทัพสหรัฐอเมริกาที่มีหน้าที่ในการตัดสินคดีและเป็นสมาชิกของสมาคมวิชาชีพนักกฎหมายของศาลสูงสุดของมลรัฐ อีกทั้งจะต้องไม่เป็นอัยการ เจ้าพนักงานสืบสวนความผิด หรือพยานในคดีนี้มาก่อน

ตุลาการทหารไม่อาจปรึกษาคำถามกับสมาชิกคณะกรรมการทหารโดยไม่มีอัยการ จำเลยหรือทนายความของจำเลยปรากฏตัวอยู่ อีกทั้งไม่มีสิทธิในการลงคะแนนในการตัดสินคดีร่วมกับสมาชิกคณะกรรมการทหารอีกด้วย นอกจากนี้ ตุลาการทหารยังมีหน้าที่อื่นที่

⁸³ Ibid., Art. 948h.

⁸⁴ Ibid., 948m.

⁸⁵ Ibid., Art. 948i.

⁸⁶ Ibid., Art. 948j.

ได้รับมอบหมายในกรณีที่กรมพระธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาที่ตนได้สังกัดอยู่ได้มอบหมายให้กระทำ รวมถึงเจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการทหารไม่ว่าจะทำรายงานเกี่ยวกับความเหมาะสมและสมรรถภาพในการทำงานของตุลาการทหารได้

4.2.3.5 ฝ่ายผู้คดี

ทนายความที่ทำหน้าที่ในการว่าความแก่ต่างให้กับจำเลยมีทั้งทนายความทหาร (Military Counsel) และทนายความพลเรือน (Civilian Counsel) โดยทนายความทหาร (Military Counsel) จะต้องได้รับการมอบหมายให้ว่าความให้แก่จำเลยทันทีเมื่อมีการแจ้งข้อหาแก่จำเลยเรียบร้อยแล้ว² คุณสมบัติของทนายความทหารนั้น จะต้องเป็นนายทหารพระธรรมนูญของกองทัพสหรัฐอเมริกาที่จบการศึกษาจากมหาวิทยาลัยกฎหมายที่มีชื่อเสียง หรือเป็นสมาชิกของสมาคมนักกฎหมายของศาลสหพันธรัฐหรือศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา และได้รับอนุญาตให้ทำหน้าที่ว่าความแก่ต่างในศาลทหารโดยหัวหน้านายทหารพระธรรมนูญ³

จำเลยสามารถจ้างทนายความพลเรือนเพื่อว่าความให้กับตนในการพิจารณาคดีในคณะกรรมการทหารได้ โดยทนายความพลเรือนจะต้องเป็นคนสัญชาติอเมริกันที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพทนายความในสหรัฐอเมริกา โดยไม่อยู่ในข่ายที่ต้องถูกพิจารณาโทษทางวินัยโดยศาล สมาคมวิชาชีพนักกฎหมาย หรือโดยเจ้าหน้าที่ทางการคนอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับความประพฤติ โดยในการว่าความให้แก่จำเลยในการพิจารณาคดีของคณะกรรมการทหารนั้น ทนายความพลเรือนจะต้องได้รับอนุญาตให้เข้าถึงข้อมูลลับซึ่งต้องปกป้องข้อมูลลับประเภทต่าง ๆ โดยไม่อาจเปิดเผยข้อมูลนั้นให้กับบุคคลอื่นที่ไม่มีสิทธิได้เข้าถึงข้อมูล อีกทั้งได้ลงนามในข้อตกลงเกี่ยวกับข้อบังคับและข้อแนะนำในการเป็นทนายความที่ปรึกษาทางกฎหมาย ทั้งนี้ เมื่อจำเลยทำการว่าจ้างทนายความพลเรือนให้ว่าความให้แก่ตน ทนายความทหารที่ได้รับการจัดสรรมาให้จำเลยก่อนหน้าจะต้องทำหน้าที่เป็นผู้ช่วยของทนายความพลเรือนแทน⁴

ส่วนกรณีที่จำเลยสามารถว่าความให้ตนเองโดยไม่มีทนายความได้ โดยจะต้องอยู่ภายใต้หลักการสืบพยาน และกระบวนการต่าง ๆ ที่ใช้ในการพิจารณาคดีใน

² Ibid., Art. 948k. (a)(3)

³ Ibid., Art. 948k. (c)

⁴ Ibid., Art. 949c. (b)(3)-(5)

คณะกรรมการสิทธิการทหาร เว้นแต่ในกรณีที่จำเลยไม่อาจว่าความแตกต่างด้วยตัวเองจากการที่ตัวของจำเลยเองไม่สามารถกระทำตามหลักก้ารต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการพิจารณาคดีในคณะกรรมการสิทธิการทหารแล้ว จำเลยจะต้องมีทนายความทหารที่ได้รับการจัดสรรโดยเจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการสิทธิการทหารหรือมีทนายความพลเรือนซึ่งจำเลยเป็นผู้ว่าจ้างมาทำการว่าความแทน⁵

4.2.3.6 ฝ่ายดำเนินคดี

อัยการต้องเป็นนายทหารพระธรรมนูญที่จบกฎหมายจากมหาวิทยาลัยที่มีชื่อเสียงของสหรัฐอเมริกาหรือเป็นสมาชิกของสมาคมวิชาชีพนักกฎหมายของศาลสหพันธรัฐหรือศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา และได้รับอนุญาตให้ทำหน้าที่อัยการในศาลทหารโดยหัวหน้านายทหารพระธรรมนูญของกองทัพสหรัฐอเมริกาที่ตนเป็นผู้สังกัด แต่อย่างไรก็ตามอัยการอาจเป็นพลเรือนก็ได้ โดยมีคุณสมบัติเป็นสมาชิกของสมาคมวิชาชีพนักกฎหมายของสหรัฐอเมริกาเหมือนกับที่อัยการที่เป็นนายทหารพระธรรมนูญเป็นอยู่ อีกทั้งมีคุณสมบัติตามข้อบังคับที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมกำหนดเอาไว้ให้⁶

4.2.3.7 กระบวนการก่อนการพิจารณาคดี

กระบวนการก่อนการพิจารณาคดีเริ่มต้นด้วยการตั้งข้อหาและกำหนดความผิดของจำเลย ซึ่งบุคคลตามข้อ 47 ของกฎหมายทหารสหรัฐอเมริกาเป็นผู้ลงนามและสาบานตนต่อหน้าเจ้าหน้าที่ของกองทัพที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับการรับคำสาบานตนและประกาศว่าตนเชื่อว่าข้อหาเป็นเช่นนั้นและตนได้เชื่อว่าข้อหาจะต้องเป็นไปตามการพิจารณาของตน จากนั้นจึงแจ้งข้อหาไปยังจำเลย และอัยการต้องส่งสำเนาเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการตั้งข้อหาไปให้แก่จำเลย⁷

คณะกรรมการสิทธิการทหารไม่อาจรับฟังถ้อยคำให้การและข้อความต่าง ๆ ที่ได้มาจากการทรมานจำเลย นอกจากนี้ คำให้การและข้อความที่ได้มาก่อนที่ Detainee Treatment Act 2005 ได้มีการประกาศใช้บังคับสามารถนำมาใช้ในการพิจารณาคดีได้หากก่อให้เกิดคุณค่าใน

⁵ Ibid., Art. 949a. (b)(3)

⁶ Ibid., Art. 948k. (b)

⁷ Ibid., Art. 948q.

การพิสูจน์คดีในศาล อีกทั้งคำให้การและข้อความที่ได้มาหลังจากที่ Detainee Treatment Act 2005 ได้มีการประกาศใช้บังคับนั้น ถือว่านำมาใช้ได้อีกด้วย โดยจะต้องมีคุณค่าในการนำมาพิสูจน์คดีและไม่ได้มาจากการข่มขู่หรือทรมาน⁸

4.2.3.8 กระบวนการพิจารณาคดี

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมเป็นผู้กำหนดกระบวนการพิจารณาคดีของคณะกรรมการทหาร โดยในการเริ่มต้นการพิจารณาคดีนั้น ตุลาการทหารจะต้องยอมรับพยานหลักฐานที่นำมาใช้ในการพิจารณาคดีว่ามีคุณค่าพอแก่การพิสูจน์คดีเพียงใด ถึงแม้ว่าข้อความของจำเลยอันได้มาจากการบังคับข่มขู่หรือบังคับให้รับสารภาพก็ตาม หากยังคงมีคุณค่าในการพิสูจน์คดี ก็ไม่อาจถูกตัดออกจากการพิจารณาคดีนั้น ยิ่งกว่านั้น ยังสามารถรับฟังพยานบอกเล่าได้ โดยถึงแม้ว่าพยานบอกเล่านั้นจะต้องห้ามตามหลักการพิจารณาคดีของศาลทหาร แต่หากเป็นการเปิดโอกาสให้คู่กรณีได้รับความเป็นธรรมในการพิสูจน์และมีคุณค่าในการพิสูจน์คดี ก็สามารถรับฟังได้โดยตุลาการทหาร อีกทั้ง ตุลาการทหารสามารถกันพยานหลักฐานออกไปในกรณีที่พยานหลักฐานนั้น อาจส่งผลให้เกิดความไม่ยุติธรรมในการตัดสินคดี ก่อให้เกิดความสับสนในการพิจารณาคดี เป็นการชี้นำคณะกรรมการทหารในทางที่ผิด หรือทำให้เสียเวลาในการพิจารณาคดีโดยไม่จำเป็น⁹

การขอรับรองให้มีการแก้ไขกระบวนการพิจารณาคดีของคณะกรรมการทหาร รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมจะต้องส่งคำร้องขอแก้ไขไปยัง The Committee of the Armed Services of the Senate และ The Committee on Armed Services of the House of Representatives ภายใน 60 วัน¹⁰

เริ่มแรกของการพิจารณาคดีในคณะกรรมการทหารนั้น สมาชิกของคณะกรรมการทหารจะไม่ได้เข้าอยู่ในการพิจารณาคดีแต่อย่างใด คงมีแต่ตุลาการทหารทำหน้าที่ในการพิจารณาคำร้องซึ่งสามารถทำได้โดยไม่ต้องทำการพิจารณาถึงประเด็นที่อยู่ในคำให้การของจำเลย ทำการพิจารณาในประเด็นที่ตุลาการทหารมีอำนาจกระทำ สามารถรับคำร้อง

⁸ Ibid., Art. 948r.

⁹ Ibid., Art. 949a. (a)-(b)

¹⁰ Ibid., Art. 949a. (c)-(d)

ขอของจำเลยในกรณีนี้ที่ข้อบังคับของรัฐมนตรีกว่าการกระทรวงกลาโหมเป็นผู้วางเอาไว้ รวมถึงหน้าที่อื่น ๆ ทั้งนี้ จะต้องทำต่อหน้าอัยการ จำเลย และทนายความของจำเลย โดยถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของบันทึกการพิจารณาคดีอีกด้วย¹¹

ต่อมาเมื่อถึงการพิจารณาคดีที่สมาชิกของคณะกรรมการอาหารจะต้องอยู่ทำหน้าที่ในการพิจารณาคดีร่วมกับตุลาการทหาร การพิจารณาคดีนี้ ต้องทำต่อหน้าอัยการ จำเลย และทนายความของจำเลย และสมาชิกของคณะกรรมการอาหารจะต้องอยู่ในการพิจารณาคดีในส่วนของการลงคะแนนเพื่อทำการตัดสินคดีอีกด้วย เว้นแต่ตุลาการทหารสามารถปิดการพิจารณาคดีให้เป็นการลับได้ในกรณีที่ข้อมูลในการพิจารณาคดีเป็นเรื่องของความมั่นคงหรือเป็นเรื่องของการรับรองความปลอดภัยของผู้ที่เข้าร่วมในการพิจารณาคดี โดยการพิสูจน์ในศาลจะต้องทำโดยผ่านวิดีโอ หรือทำแบบยื่นคำร้องฝ่ายเดียว นอกจากนี้ การไม่ให้จำเลยเข้าฟังการพิจารณาคดี ยังทำได้ในกรณีที่จำเลยมีพฤติกรรมไม่เหมาะสม โดยไม่ฟังคำตักเตือนของตุลาการทหารอีกด้วย¹²

คณะกรรมการอาหารยังมีอำนาจในการพิจารณาคำให้การของจำเลยที่ไม่ตรงกับประเด็นที่รับสารภาพ คำรับสารภาพของจำเลยที่ได้ทำไปเพราะขาดความเข้าใจเกี่ยวกับวิธีการและผลของการรับสารภาพนั้น รวมถึงในกรณีที่จำเลยให้การปฏิเสธความผิดของตนเอง ส่วนในกรณีที่จำเลยสารภาพผิด คณะกรรมการอาหารจะทำการลงคะแนนเพื่อตัดสินคดี¹³

4.2.3.9 การคุ้มครองข้อมูลลับ¹⁴

ข้อมูลลับเป็นข้อมูลที่ต้องได้รับความคุ้มครองไม่ให้มีการเปิดเผย โดยจะต้องเป็นข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคง ซึ่งการปกป้องข้อมูลลับจะต้องทำโดยการเรียกร้องของหัวหน้าหน่วยงานบริหาร หัวหน้าหน่วยงานการทหาร หรือตัวแทนของรัฐบาลในการระบุว่าข้อมูลนี้เป็นข้อมูลลับซึ่งไม่อาจเผยแพร่ออกไปจนเกิดผลเสียต่อความมั่นคงของสหรัฐอเมริกาได้

¹¹ Ibid., Art. 949d. (a)

¹² Ibid., Art. 949d. (b)-(e)

¹³ Ibid., Art. 949i.

¹⁴ Ibid., Art. 949d. (f)

การนำข้อมูลลับมาเปิดเผยเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาคดีนั้น จะต้องมี การลบข้อมูลบางส่วนที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงออก หรือนำเอาข้อมูลอื่น ๆ มาแทนที่ข้อมูลที่ เกี่ยวข้องกับความมั่นคงบางส่วนหรือทั้งหมด หรือนำเอาข้อความอื่นมาแทนข้อมูลที่ข้อเท็จจริง ในข้อมูลลับนั้น ๆ จะเป็นตัวพิสูจน์ ซึ่งการนำเอาข้อมูลที่ได้รับการแก้ไขใหม่มานำเสนอต่อศาลนั้น จะต้องนำมาเสนอต่อคณะกรรมการทหาร โดยตุลาการทหารเป็นผู้สั่งให้อัยการแสดงข้อมูลนั้น ต่อหน้าจำเลยและทนายความของจำเลย

อัยการสามารถค้านคำถามเกี่ยวกับการนำข้อมูลลับมาเปิดเผยเพื่อเป็น พยานในการพิจารณาคดีได้ โดยเมื่อมีการคัดค้านเช่นว่าโดยอัยการแล้ว ตุลาการทหารจะต้องทำ การปกป้องข้อมูลลับซึ่งวิธีการในการปกป้องข้อมูลลับนั้น รวมไปถึงการทบทวนข้อเรียกร้องอัยการ เกี่ยวกับการปกป้องหลักฐานเช่นว่า รวมถึงการชะลอการพิจารณาคดีเพื่อให้อัยการขอคำปรึกษา จากหน่วยงานอัยการสูงสุดเกี่ยวกับข้อมูลลับที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงนี้

4.2.3.10 การตัดสินคดี

การตัดสินคดีของคณะกรรมการทหารจะต้องลงมติเป็นการลับ โดย สมาชิกของคณะกรรมการทหารเป็นผู้ลงคะแนนในส่วนของการพิจารณาคดีและการตัดสิน ลงโทษ อีกทั้งตุลาการทหารจะต้องตัดสินในประเด็นที่เกี่ยวกับกฎหมายและประเด็นในข้อความ สนทนาในการพิจารณาคดี โดยคำตัดสินของตุลาการทหารถือเป็นอันยุติ แต่ก่อนหน้าที่จะมีการลง มตินั้น ตุลาการทหารจะต้องอธิบายต่อสมาชิกคณะกรรมการทหารถึงการพิจารณาและพิสูจน์ ความผิดของจำเลยก่อน¹⁵

โดยปกติแล้วการลงมติดำเนินโทษโดยคณะกรรมการทหารนั้น สมาชิก คณะกรรมการทหารจะต้องลงมติ 2 ใน 3 ขึ้นไป ของสมาชิกทั้งหมดที่เข้าร่วมในการลงมติ จำเลยจึงจะต้องได้รับโทษ ในกรณีของโทษจำคุก 10 ปีขึ้นไปจนถึงจำคุกตลอดชีวิต สมาชิก คณะกรรมการทหารจะต้องลงมติมากกว่า 3 ใน 4 จำเลยจึงจะถูกลงโทษเช่นว่า ส่วนโทษ ประหารชีวิตนั้น ไม่อาจลงมติให้มีการลงโทษประหารชีวิตได้เว้นแต่โทษประหารชีวิตนั้นมีอยู่ใน Military Commissions Act 2006 หรือกฎหมายสงคราม โดยอัยการสั่งฟ้องให้มีการประหารชีวิต

¹⁵ Ibid., Art 949I.

ตามบทบัญญัติเช่นว่าและจำเลยถูกตุลาการทหารตัดสินว่าต้องรับโทษประหารชีวิต เมื่อนั้น สมาชิกคณะกรรมการทหารจึงสามารถลงมติสำหรับโทษประหารชีวิตได้¹⁶

4.2.3.11 การลงโทษ

การพิพากษาลงโทษจะต้องไม่เป็นการพิพากษาลงโทษอย่างทารุณ¹⁷ และต้องไม่เกินขอบเขตที่กำหนดเอาไว้โดยประธานาธิบดีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม¹⁸

ในกรณีของการกักกันในสถานกักกันที่ไม่ได้เป็นของกองทัพสหรัฐอเมริกา นักโทษต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบของสถานกักกันที่ไม่ใช่ของกองทัพที่ตนได้ถูกคุมขังอยู่¹⁹

4.2.3.12 กระบวนการพิจารณาทบทวน

กระบวนการพิจารณาทบทวนแบ่งได้ดังนี้

ก) กระบวนการพิจารณาทบทวนโดยเจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการทหาร

เจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการทหารมีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการทบทวนคำตัดสินของคณะกรรมการทหาร โดยเจ้าหน้าที่แต่งตั้งมีอำนาจสั่งลงโทษหลังจากที่ได้ทำการพิจารณาประเด็นของคำตัดสินของคณะกรรมการทหารที่จำเลยได้ส่งมายังเจ้าหน้าที่แต่งตั้งนั้น หรือสั่งลงโทษจำเลยได้เมื่อกำหนดระยะเวลาในการส่งคำร้องขอให้เจ้าหน้าที่แต่งตั้งทำการทบทวนสิ้นสุดลง นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการทหารยังมีดุลพินิจในการเห็นชอบ ไม่เห็นชอบ ลดโทษ หรือยับยั้งโทษอันเกี่ยวกับตัวจำเลยได้²⁰

¹⁶ Ibid., Art 949m.

¹⁷ Ibid., Art. 949s.

¹⁸ Ibid., Art. 949t.

¹⁹ Ibid., Art. 949u. (b)

การแจ้งให้เจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการอาหารทำการทบทวนคำสั่งของคณะกรรมการอาหารนั้น จำเลยจะต้องส่งคำร้องไปยังเจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการอาหารภายใน 20 วันนับจากที่ได้รับบันทึกการพิจารณาคดี เว้นแต่จำเลยจะขอร้องให้เจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการอาหารทำการขยายเวลาออกไปอีกไม่เกิน 20 วัน นอกจากนี้ จำเลยสามารถละสิทธิในการส่งเรื่องให้เจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการอาหารทำการทบทวนได้²¹

เจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการอาหารไม่มีอำนาจในการกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการสืบสวนของคณะกรรมการอาหาร เจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการอาหารมีอำนาจแค่เพียงปฏิเสธตั้งข้อหาและกำหนดความผิดโดยการวางเฉยไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับผลการสืบสวนของคณะกรรมการอาหาร หรือทำการเปลี่ยนแปลงผลของการสืบสวนให้จำเลยมีความผิดที่เบาลง²²

ยิ่งกว่านั้น เจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการอาหารสามารถสั่งให้คณะกรรมการอาหารกลับไปทบทวนการพิจารณาของตนเองหรือพิจารณาคดีใหม่ได้ เมื่อมีข้อผิดพลาดในบันทึกการพิจารณาคดี หรือบันทึกการพิจารณาคดีไม่ได้แสดงข้อมูลที่ชัดเจน แต่อย่างไรก็ตาม กระบวนการในการพิจารณาคดีใหม่ของคณะกรรมการอาหารไม่อาจทำได้ในกรณีของข้อเท็จจริงที่ระบุว่าจำเลยไม่มีความผิด หรือการพิจารณาคดีใหม่เป็นการเพิ่มโทษของจำเลย อีกทั้งเจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการอาหารไม่อาจสั่งให้มีการพิจารณาคดีใหม่ได้หากหลักฐานไม่เพียงพอ นอกจากนี้ หากเจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการอาหารไม่เห็นชอบกับผลการพิจารณาคดีและตัดสินโทษของคณะกรรมการอาหาร ทั้งยังไม่สั่งพิจารณาคดีใหม่ ก็มีอำนาจปฏิเสธข้อกล่าวหาได้²³

ข) ศาลทบทวนของคณะกรรมการอาหาร

²⁰ Ibid., Art. 950b. (c)

²¹ Ibid., Art. 950b. (a)-(b)

²² Ibid., Art. 950b. (c) (3)

²³ Ibid., Art. 950b. (d)

กรณีที่คำตัดสินของคณะกรรมการทหารยังไม่ถึงที่สุดโดยการตัดสินของเจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการทหาร เจ้าหน้าที่แต่งตั้งต้องเสนอให้ศาลทบทวนของคณะกรรมการทหาร (Court of Military Commission Review) ทำการทบทวนคำตัดสินนั้น จำเลยสามารถส่งคำขอขอคืนไม่ใช้สิทธิในการอุทธรณ์ต่อศาลทบทวนของคณะกรรมการทหารได้โดยส่งภายใน 10 วันหลังจากที่ได้รับแจ้งเกี่ยวกับการอุทธรณ์โดยที่สามารถถอนอุทธรณ์เมื่อใดก็ได้²⁴

ศาลทบทวนของคณะกรรมการทหาร ได้รับการแต่งตั้งให้ดำเนินการโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม ซึ่งมีองค์คณะอย่างน้อย 3 คนที่มีคุณสมบัติเช่นเดียวกับของสมาชิกคณะกรรมการทหาร โดยศาลทบทวนของคณะกรรมการทหารมีหน้าที่ในการทบทวนบันทึกในแต่ละคดีที่เจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการทหารทำการเสนอโดยจะต้องทำการทบทวนในขอบเขตของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง²⁵

สหรัฐอเมริกาสามารถอุทธรณ์คดีนี้ได้เองในกรณีของการที่คณะกรรมการทหารยุติการตั้งข้อหาและกำหนดความผิด กีดกันหลักฐานที่จำเป็นต่อการพิจารณาคดี หรืออื่น ๆ โดยสหรัฐอเมริกาจะต้องส่งคำร้องอุทธรณ์ไปยังศาลทบทวนของคณะกรรมการทหารภายใน 5 วันนับตั้งแต่คณะกรรมการทหารมีคำสั่งหรือคำตัดสิน ซึ่งมีข้อยกเว้นสำหรับการอุทธรณ์ของสหรัฐอเมริกา ในกรณีที่คณะกรรมการทหารตัดสินว่าจำเลยไม่มีความผิด สหรัฐอเมริกาไม่สามารถอุทธรณ์ต่อศาลทบทวนของคณะกรรมการทหารได้เอง²⁶

ค) การทบทวนโดยศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit

ศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit มีอำนาจในการทบทวนคำตัดสินของของคณะกรรมการทหารโดยจะต้องได้รับคำร้องอุทธรณ์ภายใน 20 วันหลังจากที่คำตัดสินของศาลทบทวนของคณะกรรมการทหารมีผลบังคับ หรือหลังจากที่จำเลยได้ทำเรื่องขอคืนอุทธรณ์ต่อศาลทบทวนของคณะกรรมการทหาร โดยศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit มีขอบเขตการทบทวนใน

²⁴ Ibid., Art. 950c.

²⁵ Ibid., Art. 950f.

²⁶ Ibid., Art. 950d.

ส่วนของความสอดคล้องกับกระบวนการในการตัดสินของคณะกรรมการอาหาร และตามขอบเขตของกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง²⁷

ที่ปรึกษาทางกฎหมายที่ทำหน้าที่แตกต่างกันและเป็นตัวแทนผลประโยชน์ของจำเลยจะต้องเป็นทนายความพลเรือนที่จำเลยจ้างมา หรืออาจเป็นทนายความประจำศาลอุทธรณ์ ส่วนฝ่ายของสหรัฐอเมริกา นั้น ทนายความประจำศาลอุทธรณ์จะต้องเป็นตัวแทนผลประโยชน์ของสหรัฐอเมริกาในกระบวนการอุทธรณ์ รวมถึงกระบวนการทบทวนในศาลสูงสุด

28

ศาลสูงสุดทำหน้าที่ในการทบทวนขั้นสุดท้าย หลังจากคู่ความได้ทำการส่งคำร้องขอให้ศาลสูงสุดทำการพิจารณาทบทวนคำตัดสินของศาลอุทธรณ์อีกครั้งหนึ่ง²⁹

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมทำหน้าที่ในการลงโทษตามคำตัดสิน โดยการยับยั้งการลงโทษนั้นสามารถกระทำได้โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมหรือเจ้าหน้าที่แต่งตั้งศาล แต่ในกรณีของโทษประหารชีวิต ผู้ที่มีอำนาจในการตัดสินประหารชีวิตคือประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาเมื่อคณะกรรมการอาหารได้มีคำตัดสินให้ประหารชีวิตจำเลยผู้นั้น แต่อย่างไรก็ดี ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกายังคงมีอำนาจในการลดหย่อนโทษประหารชีวิตให้เบาลงได้ ยิ่งกว่านั้น หากคำตัดสินประหารชีวิตยังไม่ถึงที่สุด จำเลยไม่อาจอุทธรณ์โทษประหารชีวิตได้ ซึ่งคำตัดสินประหารชีวิตถือเป็นที่สุดก็ต่อเมื่อระยะเวลาในการอุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit ระยะเวลาในการทำคำร้องไปยังศาลสูงให้พิจารณาทบทวนเป็นอันสิ้นสุดลง หรือศาลสูงสุดปฏิเสธทบทวนคำร้องเช่นว่า³⁰ ซึ่งการทบทวนเมื่อได้รับการอนุมัติ ถือว่าถึงที่สุด³¹

กระบวนการกำหนดสถานภาพของกลุ่มพลรบตาลิบันโดยสหรัฐอเมริกานั้น มีความหลากหลายและมีหลายกลไกซึ่งพอจะสรุปเป็นตารางได้ดังนี้

²⁷ Ibid., Art. 950g.

²⁸ Ibid., 950h.

²⁹ Ibid., Art. 950g. (d)

³⁰ Ibid., Art. 950i.

³¹ Ibid., Art. 950j.

ประเด็น	คณะกรรมการอาหารทหาร	ศาลพิเศษทบพันสถานภาพพลรบ	คณะกรรมการอาหารทหารภายใต้ Military Commission Act 2006
บุคคลภายใต้เขตอำนาจในการพิจารณา	-สมาชิกขององค์การก่อการร้ายอัลเคด้า -บุคคลที่เข้าร่วมหรือสนับสนุนการก่อการร้าย - รัฐหรือบุคคลผู้ให้ที่พักพิงหลบซ่อนแก่กลุ่มผู้ก่อการร้ายหรือผู้เข้าร่วมก่อการร้ายซึ่งก็รวมถึงตาลิบันด้วย	-สมาชิกขององค์การก่อการร้ายอัลเคด้า -บุคคลที่เข้าร่วมหรือสนับสนุนการก่อการร้าย - รัฐหรือบุคคลผู้ให้ที่พักพิงหลบซ่อนแก่กลุ่มผู้ก่อการร้ายหรือผู้เข้าร่วมก่อการร้ายซึ่งก็รวมถึงตาลิบันด้วย	สมาชิกขององค์การก่อการร้ายอัลเคด้า -บุคคลที่เข้าร่วมหรือสนับสนุนการก่อการร้าย - รัฐหรือบุคคลผู้ให้ที่พักพิงหลบซ่อนแก่กลุ่มผู้ก่อการร้ายหรือผู้เข้าร่วมก่อการร้ายซึ่งก็รวมถึงตาลิบันด้วย - พลรบศัตรูที่มีขอบด้วยกฎหมายโดยศาลพิเศษทบพันสถานภาพพลรบ หรือศาลพิเศษอื่น ๆ
สมาชิกและประธาน	1. เป็นทหารประจำการเจ้าหน้าที่รักษาความมั่นคงภายใน หรือนายทหารนอกราชการ 2. ทำหน้าที่ในการพิจารณาคดี 3. ประธานคณะกรรมการอาหารทหารมีหน้าที่สำคัญในการควบคุมการพิจารณาคดีให้เป็นไปโดยเรียบร้อยตามคำสั่งทางทหารของประธานาธิบดี	1. เจ้าหน้าที่ทหารของกองทัพสหรัฐอเมริกาซึ่งมีสิทธิลงมติ 2. ประธานคณะตุลาการเป็นนายทหารระดับอาวุโส 3. เป็นผู้บันทึกการพิจารณาคดี เป็น นาย ทหาร พระ ธรรมนูญหรือไม่ได้	1. เป็นทหารประจำการโดยเจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการอาหารระบุดุชนสมบัติโดยคำนึงถึงวัยวุฒิคุณวุฒิ ประสบการณ์ ฯลฯ 2. ตุลาการทหารเป็นประธานในคณะกรรมการอาหารทหาร ทำการตัดสินคดี และต้องมีความรู้ทางกฎหมาย
ฝ่ายดำเนินคดี	ประกอบไปด้วยอัยการและผู้ช่วยอัยการซึ่งมาจากนายทหารพระธรรมนูญ มีหน้าที่ 1. ฟ้องคดีต่อผู้ต้องหา 2. เตรียมข้อหาให้กรรมการอาหารทหารพิจารณาคดี 3. เป็นตัวแทนของฝ่ายดำเนินคดีในกระบวนการทบทวนคำสั่งคณะกรรมการอาหารทหาร	ไม่ปรากฏในคำสั่งแต่งตั้งศาล	เป็นได้ทั้งนายทหารพระธรรมนูญหรืออัยการพลเรือนซึ่งมีความรู้ทางกฎหมายโดยมีหน้าที่ในการดำเนินการฟ้องคดีต่อจำเลย
ฝ่ายผู้คดี	ให้คำปรึกษาจำเลย และเป็นตัวแทนจำเลยในกระบวนการทบทวนคำสั่งคณะกรรมการอาหารทหาร	ผู้แทนส่วนตัว ซึ่งเป็นทหารที่กระทรวงกลาโหมมอบหมายให้ช่วยจำเลยผู้คดี ให้	ทนายความทำหน้าที่ในการช่วยจำเลยในการสู้คดี 1. มีทั้งทนายความทหาร และ

	<p>คณะกรรมการสิทธิการทหารประกอบด้วย</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ทหารพระธรรมนูญในกองทัพ ซึ่งได้รับการจัดสรรให้ว่าความแก่จำเลย 2. ทนายความทหารที่จำเลยเลือกเอง 3. ทนายความพลเรือน 	<p>คำปรึกษาจำเลยในการสู้คดีพิจารณาข้อมูลของกระทรวงกลาโหมที่เกี่ยวกับการพิจารณาสถานภาพรวมถึงบันทึก คำตัดสิน หรือรายงานของการพิจารณาคดีในครั้งก่อน ซึ่งก็คือการพิจารณาคดีในคณะกรรมการสิทธิการทหาร</p>	<p>ทนายความพลเรือน</p> <ol style="list-style-type: none"> 2. ทนายความทหาร จะต้องได้รับมอบหมายให้ว่าความแก่จำเลย 3. จะต้องเป็นนายทหารพระธรรมนูญและได้รับอนุญาตว่าความในศาลทหาร 4. ทนายความพลเรือนจะต้องเป็นชาวอเมริกันที่ได้รับอนุญาตให้ว่าความและไม่มี ความผิดทางด้านวินัยและคดีความ 5. จำเลยว่าความแก่ต่างให้ตนเองได้เว้นแต่เมื่อที่จำเลยไม่อาจทำตามหลักการเกี่ยวกับการพิจารณาคดีในคณะกรรมการสิทธิการทหาร จะต้องมีการจัดหาทนายความมาว่าความให้
<p>ข้อปฏิบัติก่อนการพิจารณาคดี</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. อัยการเตรียมข้อหาในการกล่าวหาจำเลย 2. อัยการส่งสำเนาข้อหาไปยังจำเลย ทนายความ ประธาน และ สมาชิกคณะกรรมการสิทธิการทหารทหาร 3. ฝ่ายจำเลยและอัยการอาจทำข้อตกลงจำกัดการลงโทษ 4. คณะกรรมการสิทธิการทหารเบิกพยานเพื่อนำสืบชักถามพยานหลักฐาน 	<p>ไม่ปรากฏในคำสั่งแต่งตั้งศาล</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. ตั้งข้อหาและกำหนดความผิดของจำเลย 2. แจ้งข้อหาไปยังจำเลยและอัยการส่งสำเนาเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการตั้งข้อหาไปให้จำเลย 3. คำให้การและข้อความที่ได้มาทั้งก่อนและหลัง DTA 2005 สามารถรับฟังได้หากมีคุณค่าแก่การพิสูจน์
<p>กระบวนการพิจารณาคดี</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. สันนิษฐานเอาไว้ก่อนว่าจำเลยบริสุทธิ์ 2. เตรียมตัวทนายความทหารล่วงหน้าก่อนพิจารณาคดี 3. จำเลยและทนายความทหารเข้าถึงข้อมูลที่ฝ่ายดำเนินคดี เห็นว่าเป็นประโยชน์ต่อจำเลย 4. จำเลยเข้าถึงกระบวนการพิจารณาคดีในทุกขั้นตอนวันแต่ประธานสั่งให้พิจารณาคดี 	<ol style="list-style-type: none"> 1. ศาลแจ้งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกำหนดสถานภาพจำเลยเป็นพลรบฝ่ายศัตรู (Enemy Combatant) 2. สมาชิกของศาลพิเศษและเสมียนศาลสาบานตนก่อนพิจารณาคดี 3. บันทึกการพิจารณาคดีจะต้องเป็นหลักฐานทางเอกสาร 4. รายงานคำตัดสินของศาล 	<ol style="list-style-type: none"> 1. ตุลาการทหารยอมรับพยานหลักฐานที่มีคุณค่าแก่การพิสูจน์คดี 2. สมาชิกของคณะกรรมการสิทธิการทหารไม่ได้ อยู่ในการพิจารณาคดี มีแต่ ตุลาการทหารพิจารณาคำร้อง โดยไม่พิจารณาประเด็นใน คำให้การจำเลย 3. รับคำร้องขอของจำเลยตาม ที่ ข้อ บัง คับ ข อง

	เป็นการลับซึ่งจำเลยเข้าฟังไม่ได้	แบบลายลักษณ์อักษร และบันทึกการพิจารณาคดี ต้องมีการเก็บเอาไว้เป็นหลักฐานในภายหลัง	รัฐ ม น ต รี ว่า ก า ร กระทรวงกลาโหมเป็นผู้วางเอาไว้ได้ 4. การพิจารณาคดีที่สมาชิกคณะกรรมาธิการทหารจะต้องพิจารณาคดีร่วมกับตุลาการทหาร ต้องทำต่อหน้าอัยการ จำเลย และทนายความของจำเลย
การเข้าถึงการพิจารณาคดี	มีการพิจารณาคดีลับ ซึ่งกันไม่ให้จำเลย ทนายความพลเรือน หรือบุคคลอื่นเข้าร่วมการพิจารณาคดีได้ ยกเว้นทนายความทหาร เพื่อปกป้องข้อมูลลับหรือข้อมูลที่ได้รับการคุ้มครอง เพื่อความปลอดภัยของตัวบุคคลและความมั่นคง	จำเลยและผู้แทนส่วนตัวของจำเลยมีสิทธิเข้าร่วมการพิจารณาคดีในทุก ๆ ช่วง เว้นแต่ศาลเห็นว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคง จำเลยและผู้แทนส่วนตัวไม่มีสิทธิเข้าร่วมการพิจารณาคดี	ตุลาการทหารปิดการพิจารณาคดีให้เป็นการลับได้ ในกรณีที่เป็นเรื่องของความมั่นคงหรือเป็นเรื่องของการรับรองความปลอดภัยของผู้ที่เข้าร่วมในการพิจารณาคดี รวมถึงในกรณีที่จำเลยมีพฤติกรรมไม่เหมาะสม
พยานบุคคล	ทั้งจำเลยและอัยการเรียกร้องให้พยานบุคคลได้ และพยานบุคคลต้องได้รับความคุ้มครอง	1. ไม่อาจบังคับจำเลยให้การนำสืบพยานต่อหน้าศาล 2. หากพยานบุคคลเป็นทหารจากกองทัพ พยานผู้นั้นไม่จำเป็นต้องให้การเป็นพยานก็ได้ ถ้าผู้บังคับบัญชาไม่อนุญาตเนื่องจากกระทบต่อการปฏิบัติการทางทหาร 3. กรณีพยานบุคคลขาดนัดพิจารณาคดี จำเลยใช้พยานเอกสารแทนได้ 4. ไม่ถูกผูกมัดโดยกฎหมายพยานที่ใช้ในศาลทั่วไปของสหรัฐอเมริกา 5. ยอมรับเอาพยานบอกเล่ามาใช้ในการสืบพยานได้	ไม่ปรากฏ
การเข้าถึงข้อมูลเพื่อให้เป็นพยานหลักฐาน	ข้อมูลลับเป็นข้อมูลที่ต้องได้รับความคุ้มครองไม่ให้เกิดการเปิดเผย ไม่ว่าจะเป็จำเลยหรือทนายความจำเลย ทั้งที่เป็นทนายความทหารและทนายความพลเรือน โดยจะต้องเป็นข้อมูลที่เกี่ยวข้อง	จำเลยมีสิทธิการใช้ข้อมูลร่วมกันกับผู้แทนส่วนตัว เว้นแต่ในกรณีของข้อมูลที่ปิดเป็นความลับ	ข้อมูลลับเป็นข้อมูลที่ต้องได้รับความคุ้มครองไม่ให้เกิดการเปิดเผย ไม่ว่าจะเป็จำเลยหรือทนายความจำเลย ทั้งที่เป็นทนายความทหารและทนายความพลเรือน โดยจะต้องเป็นข้อมูลที่เกี่ยวข้อง

	ความมั่นคง		ความมั่นคง
การตัดสินคดี	จะต้องทำการลงมติเป็นการลับในการตัดสินความผิดของจำเลยนั้น โดยต้องลงมติ 2 ใน 3 ของสมาชิกคณะกรรมการทหารทั้งหมด ยกเว้นโทษประหารชีวิตซึ่งต้องลงมติเป็นเอกฉันท์	ถ้าศาลตัดสินว่าจำเลยไม่มีสถานภาพเป็นพลรบฝ่ายศัตรู อีกต่อไป ศาลจะทำรายงานส่งไปยังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมหรือผู้แทนรัฐมนตรีรับทราบก่อนแจ้งไปยังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเพื่อติดต่อเจรจาให้การปล่อยตัวหรือส่งต่อไปยังประเทศที่มีพันธะในทางนโยบายการต่างประเทศกับสหรัฐอเมริกา	1. คณะกรรมาธิการทหารจะต้องลงมติเป็นการลับ 2. สมาชิกคณะกรรมการทหารลงคะแนนในส่วนของผลการพิจารณาคดีและการตัดสินลงโทษ 3. ตุลาการทหารตัดสินในประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายและประเด็นในบทสนทนาในการพิจารณาคดี โดยคำตัดสินถือเป็นอันยุติ 4. คณะกรรมาธิการทหารจะต้องลงมติตัดสินโทษ 2 ใน 3 ขึ้นไป 5. ของโทษจำคุก 10 ปีขึ้นไป จนถึงจำคุกตลอดชีวิต ต้องลงมติดีกกว่า 3 ใน 4 6. ไม่อาจลงมติให้ลงโทษประหารชีวิตได้เว้นแต่โทษประหารชีวิตอยู่ใน Military Commissions Act 2006 หรือกฎหมายสงคราม
การลงโทษ	ต้องระวางโทษที่เหมาะสมกับความผิดที่ได้มีการพิสูจน์พบ	ไม่มีการลงโทษเนื่องจากเป็นการทบทวนสถานภาพพลรบ	ต้องไม่เป็นการพิพากษาลงโทษอย่างทารุณและต้องไม่เกินขอบเขตที่กำหนดเอาไว้โดยประธานาธิบดีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม
การทบทวนคำตัดสิน	1. เจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการทหารทบทวนบันทึกการพิจารณาคดีที่คณะกรรมการทหารทำขึ้น 2. ส่งต่อไปยังคณะกรรมการทบทวนคำสั่งของคณะกรรมการทหาร 3. รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมทบทวนข้อมูลอีก 4. ประธานาธิบดีทบทวนใน	ศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit ทบทวนคำตัดสินของศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบพิจารณาคำตัดสินของศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบในเรื่องของสถานภาพของพลรบฝ่ายศัตรู ส่วนพลรบศัตรูที่เป็นคนต่างด้าวที่ถูกคุมขังที่กวนตานาโมนั้น ศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit มีอำนาจทบทวนสถานภาพแต่ผู้เดียว โดยศาลอื่น ๆ ไม่อาจ	1. เจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการทหารทบทวนคำตัดสินของคณะกรรมการทหาร อีกทั้งมีอำนาจสั่งลงโทษและสั่งให้คณะกรรมการทหารกลับไปทบทวนการพิจารณาของตนเองหรือพิจารณาคดีใหม่ได้ 2. ศาลทบทวนของคณะกรรมการทหารทบทวนกรณี คำตัดสินของ

	<p>ชั้นตอนสุดท้ายและมีอำนาจลงโทษในกรณีไม่ได้แต่งตั้งให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมเป็นผู้ทำการแทนประธานาธิบดี</p> <p>5. ในปี 2005 DTA 2005 ให้ศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit ทำการทบทวนคำตัดสินของคณะกรรมการสิทธิการทหารแทน</p>	<p>ทบทวนคำตัดสินของศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit หรือพิจารณาสถานภาพของพลรบ เช่นว่า</p>	<p>คณะกรรมการสิทธิการทหารยังไม่ถึงที่สุด 3. สหรัฐอเมริกาสามารถอุทธรณ์คดีนี้ได้เองในกรณีคณะกรรมการสิทธิการทหารยุติการตั้งข้อหาและกำหนดความผิด กีดกันหลักฐานที่จำเป็นต่อการพิจารณาคดีหรืออื่นๆ</p> <p>4. ศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit มีอำนาจทบทวนคำตัดสินของคณะกรรมการสิทธิการทหารโดยต้องได้รับคำร้องอุทธรณ์หลังจากคำตัดสินของศาลทบทวนของคณะกรรมการสิทธิการทหารมีผลบังคับ หรือหลังจากที่จำเลยทำเรื่องดเว้นอุทธรณ์ต่อศาลทบทวนของคณะกรรมการสิทธิการทหาร</p> <p>5. ศาลสูงสุดทบทวนชั้นสุดท้าย หลังจากคู่ความส่งคำร้องขอให้ศาลสูงสุดพิจารณาทบทวนคำตัดสินของศาลอุทธรณ์อีกครั้ง</p> <p>6. รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมทำหน้าที่ลงโทษตามคำตัดสินยกเส้นโทษประหารชีวิต</p> <p>7. ประธานาธิบดีมีสิทธิลงโทษประหารชีวิตและยังมีสิทธิลดโทษได้อีกด้วย</p>
--	--	--	---

4.2.4 ปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีของคณะกรรมการสิทธิการทหาร

4.2.4.1 มีเขตอำนาจที่กว้างเกินไป

ในคำสั่งของคณะกรรมการสิทธิการทหาร (Military Commission Order) ฉบับที่ 1 ได้ระบุเอาไว้ว่า “คณะกรรมการสิทธิการทหารมีเขตอำนาจเกี่ยวกับการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับ

ความผิดจากการละเมิดกฎหมายสงครามและความผิดอื่น ๆ ที่คณะกรรมการทหารสามารถพิจารณาคดีได้”³²

จะเห็นได้ว่าได้มีการเปิดช่องให้คณะกรรมการทหารมีอำนาจในการพิจารณาความผิดอื่น ๆ นอกเหนือจากความผิดตามกฎหมายสงคราม โดยอาจรวมถึงความผิดตามกฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาด้วย อีกทั้งในข้อบังคับของคณะกรรมการทหาร ฉบับที่ 2 (Military Commission Instructions No.2) ข้อ 5 (C) ที่เพิ่มเติมคำสั่งคณะกรรมการทหารฉบับที่ 1 ได้ระบุถึงความผิดที่พิจารณาคดีได้ในบริบทของกรณีพิพาททางอาญา ซึ่งในข้อบังคับนี้ได้ให้นิยามของกรณีพิพาททางอาญาให้รวมไปถึงการกระทำที่เป็นการก่อการร้ายที่กระทำในที่ต่าง ๆ บนโลก ซึ่งถือได้ว่าเป็นนิยามที่กว้างเกินไปและส่งผลให้คณะกรรมการมีเขตอำนาจที่กว้างครอบคลุมการก่อการร้าย อีกทั้งสหรัฐอเมริกาได้มองว่ารัฐบาลตาลีบันได้ให้การสนับสนุนผู้ก่อการร้าย ซึ่งเมื่อพลรบตาลีบันที่ถูกควบคุมตัวโดยสหรัฐอเมริกาได้รับการพิจารณาคดีโดยคณะกรรมการทหารแล้ว อาจถูกกล่าวหาความผิดโดยโยงไปถึงการก่อการร้ายด้วย³³

ต่อมา ปัญหานี้ได้รับการแก้ไขให้หมดไปด้วยการออก Military Commissions Act 2006 ที่พยายามกำหนดความผิดให้มีลักษณะคล้ายกับกฎหมายทหารของสหรัฐอเมริกา (Uniform Code of Military Justice) มากขึ้น

4.2.4.2 ขาดความเป็นอิสระ

ผู้พิพากษาที่ทำการพิจารณาคดีเป็นเจ้าหน้าที่ทหารซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยฝ่ายบริหาร และถูกควบคุมการดำเนินงานโดยฝ่ายบริหารเอง แทนที่จะเป็นหน้าที่ของฝ่ายตุลาการในการตรวจสอบ ซึ่งจะเห็นได้ว่า ผู้พิพากษาที่เป็นเจ้าหน้าที่ทหารนั้น คือผู้เป็นสมาชิกของคณะกรรมการทหารที่ได้รับการแต่งตั้งโดยเจ้าหน้าที่แต่งตั้ง โดยเจ้าหน้าที่แต่งตั้งนั้น เป็นผู้อยู่ภายใต้อำนาจของกระทรวงกลาโหมและประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกา จึงถือว่าถูกควบคุมโดย

³² Eminent Jurists Panel on Terrorism , Counter-Terrorism and Human Rights ,Trial of “enemy combatants” by military commissions , Briefing on U.S. Counter-Terrorism Measures and Human Rights , International Commission of Jurists , September 2006, p. 77

³³ Ibid. , p.77

ฝ่ายบริหารโดยสิ้นเชิง อันทำให้การพิจารณาคดีที่เป็นธรรมต้องบิดเบือนไป เนื่องจากการตัดสินคดี และทำการชี้ขาดประเด็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับความผิดของบุคคลนั้น ๆ จะต้องเป็นอำนาจของฝ่ายตุลาการที่จะคอยทำหน้าที่นี้³⁴

ในคำสั่งของคณะกรรมการทหารได้มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการออกคำสั่งสุดท้าย (Final Decision) โดยประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา ซึ่งการให้อำนาจการตัดสินอยู่ที่ตัวประธานาธิบดีโดยไม่มีกระบวนการถ่วงดุลหรือกระบวนการตรวจสอบ ย่อมเอื้อให้ประธานาธิบดีใช้อำนาจในการตัดสินที่ไม่เป็นธรรม โดยการระงับยับยั้งการกระทำของประธานาธิบดีมีเพียงสิ่งเดียว ก็คือ การที่ประธานาธิบดีไม่อาจกลับคำตัดสินว่าผู้ต้องหาบริสุทธิ์ให้มีความผิดได้ ซึ่งยังไม่พอเพราะประธานาธิบดียังมีอำนาจในการสั่งให้มีการพิจารณาคดีใหม่ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการพิจารณาคดีซึ่งอาจมีการระวางโทษที่หนักขึ้น อันส่งผลเสียต่อตัวผู้ต้องหาอีกด้วย

4.2.4.3 การไม่ให้จำเลยเข้าถึงข้อมูลและการพิจารณาคดี

คำสั่งของคณะกรรมการทหารฉบับที่ 1 ได้กำหนดให้ประธานคณะกรรมการทหารมีอำนาจกับผู้ต้องหาและทนายความพลเรือนของผู้ต้องหาออกไปจากการพิจารณาคดีที่เป็นการลับด้วยเหตุผลที่กว้าง เช่น ข่าวดกรองและฐานข้อ วิจารณ์ หรือข้อปฏิบัติมูลทางการบังคับใช้กฎหมาย รวมถึงผลประโยชน์ในด้านของความมั่นคง เป็นต้น³⁵

นอกจากนี้ ผู้ต้องหาและทนายความที่เป็นพลเรือนอาจถูกปฏิเสธไม่ให้เข้าถึงข้อมูลที่ได้รับการปกป้อง ซึ่งข้อมูลที่ได้รับการปกป้องนั้นไม่ได้จำกัดแค่เฉพาะข้อมูลลับเท่านั้น แต่ยังรวมถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับข่าวกรองและฐานข้อ วิจารณ์ หรือข้อปฏิบัติมูลทางการบังคับใช้กฎหมาย รวมถึงผลประโยชน์ในด้านของความมั่นคง เป็นต้น³⁶

ต่อมาในกระบวนการพิจารณาทบทวนสถานภาพพลรบของศาลพิเศษ ทบทวนสถานภาพพลรบ (Combatant Status Review Tribunal) ผู้ถูกควบคุมตัวไม่อาจเข้าถึง

³⁴ Ibid. , p.78

³⁵ Ibid., p.78-79

³⁶ Ibid., p. 79

หลักฐานที่ชัดเจนได้ โดยศาลทบทวนสถานภาพพลรบไม่ยอมให้ตนรับรู้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับผู้ที่ถูกกล่าวหาตนเอง ในขณะที่ผู้แทนส่วนตัวสามารถทบทวนข้อมูลที่ได้กลับกรอกมาแล้วได้ก็จริงแต่ก็ไม่สามารถสนทนาพูดคุยให้คำปรึกษากับตัวผู้ถูกควบคุมตัวได้ ทำให้ผู้ถูกควบคุมตัวได้รับความลำบากในการตอบโต้ข้อกล่าวหาในการพิจารณาทบทวนสถานภาพ³⁷ ยิ่งกว่านั้นในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการสาบานตนและประเด็นอื่นที่เกี่ยวกับความมั่นคงถ้าต้องทำการคุมขังผู้ถูกควบคุมตัว ผู้ถูกควบคุมตัวเช่นว่าไม่มีสิทธิเข้าร่วมการพิจารณาคดี โดยจะถูกกันออกไป

ยิ่งกว่านั้น ตามข้อ 1005(b) ของรัฐบัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อผู้ถูกควบคุมตัว 2005 (Detainee Treatment Act 2005) นั้นมีหลักอยู่ว่า ศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบจะต้องประเมินเกี่ยวกับข้อความที่ได้มาจากการข่มขู่ และต้องประเมินเกี่ยวกับข้อความเช่นว่านั้น ซึ่งถือได้ว่า เป็นการเอื้อต่อเจ้าหน้าที่ในการใช้วิธีการสอบสวนเชิงข่มขู่บังคับได้ อันเป็นเหตุให้เกิดการทรมานและปฏิบัติอย่างทารุณโหดร้ายจนการให้ความยุติธรรมต่อผู้ถูกควบคุมตัวต้องบิดเบือนไป³⁸

4.2.4.4 การรบกวนสิทธิระหว่างผู้ต้องหาและทนายความแก้ต่าง

คำสั่งของคณะกรรมการทหารฉบับที่ 3 เกี่ยวข้องกับการควบคุมความสัมพันธ์ระหว่างทนายความและลูกความ ซึ่งเป็นการขัดต่อหลักการที่เกี่ยวกับการรักษาข้อมูลระหว่างทนายความและลูกความให้เป็นความลับ ซึ่งการควบคุมการติดต่อระหว่างทนายความและผู้ต้องหานั้น มีทั้งการขัดขวางการติดต่อปรึกษาระหว่างทนายความและผู้ต้องหา และการวิเคราะห์รวมถึงการบันทึกหลักฐานของการติดต่อสื่อสารกันโดยอาศัยวิธีการใดวิธีการหนึ่งในการขัดขวางการติดต่อนั้น โดยเหตุผลของการควบคุมการติดต่อกันระหว่างทนายความและผู้ต้องหา เป็นไปเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการติดต่อสื่อสารเพื่อจุดมุ่งหมายในการกระทำที่เป็นการก่อการร้ายหรือการกระทำที่ผิดกฎหมายประเภทอื่น ๆ ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว เมื่อมองตามหลักของ

³⁷Eminent Jurists Panel on Terrorism , Counter-Terrorism and Human Rights , Detention of “Enemy Combatants” , Briefing on u.s. counter-terrorism measures and human rights , International Commission of Jurists , September 2006, p. 50

³⁸Amnesty International, Guantanamo and beyond : The continuing pursuit of unchecked executive power, p. 32 [Online] Available from:

<http://web.amnesty.org/library/print/ENGAMR510632005> (2006, August 5)

ความสัมพันธ์ระหว่างทนายความกับลูกความที่เป็นความลับนั้น ถือว่ากระบวนการตามคำสั่งคณะกรรมาธิการทหารฉบับที่ 5 นั้นเป็นการรบกวนความสัมพันธ์ระหว่างทนายความกับลูกความที่จะต้องปิดเป็นความลับ จึงถือว่าเป็นการรบกวนสิทธิระหว่างผู้ต้องหาและทนายความแก้ต่างในเรื่องของสิทธิส่วนบุคคลและความสัมพันธ์ที่ต้องปกปิดเป็นความลับ³⁹

ต่อมาเมื่อมีศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบ ตามกระบวนการของศาลเห็นว่า ผู้ถูกควบคุมตัวไม่มีสิทธิเข้าถึงที่ปรึกษาทางกฎหมาย โดยให้มีตัวแทนส่วนตัว (Personal Representative) เพื่อการแสดงตัวในศาลเห็นว่า โดยตัวแทนส่วนตัวนี้ เป็นเจ้าหน้าที่ทหาร ไม่ได้เป็นนักกฎหมาย และไม่จำเป็นต้องมีความสามารถทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุมตัวหรือการคุมขังในระหว่างที่มีกรณีพิพาททางอาชญากรรม ยิ่งกว่านั้น ไม่มีการนำเอาหลักการรักษาความลับระหว่างทนายความและลูกความมาใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถูกควบคุมตัวกับตัวแทนส่วนตัวที่เป็นเจ้าหน้าที่ทหาร ซึ่งยังคงสามารถติดต่อกับเจ้าหน้าที่ของศาล เจ้าหน้าที่ทหารเกี่ยวกับข้อมูลที่ได้รับมาจากตัวผู้ถูกควบคุมตัว⁴⁰ ดังจะเห็นได้ว่า ผู้ถูกควบคุมตัวต้องเสียเปรียบในการพิจารณาคดี เนื่องจาก ทนายที่ทำการแก้ต่างนั้นเป็นผู้ที่ไม่มีความรู้ความสามารถทางด้านกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตัวในระหว่างที่มีกรณีพิพาททางอาชญากรรม ซึ่งเมื่อมีการพิจารณาคดีเกิดขึ้น โดยองค์คณะของตุลาการเป็นผู้ทำหน้าที่ซักถามและสืบพยาน กรณีที่ผู้ถูกกักขังไม่สามารถแก้ต่างให้กับตนเองได้ ก็ไม่อาจพึ่งพาตัวผู้แทนส่วนตัวได้เช่นกัน เนื่องจากผู้แทนส่วนตัวไม่ได้มีความรู้ความสามารถเพียงพอในการตอบข้อซักถามของตุลาการศาล⁴¹ ยิ่งกว่านั้น ด้วยเหตุที่ผู้ทำการแก้ต่างให้แก่ผู้ถูกควบคุมตัวไม่ใช่ทนายความที่มีความรู้ความสามารถทางกฎหมาย จึงไม่จำเป็นต้องมีการรักษาความลับระหว่างทนายความและลูกความอันถือเป็นจรรยาบรรณอย่างหนึ่งซึ่งทนายความพึงมีเพื่อช่วยเหลือลูกความให้พ้นจากความผิดในระหว่างที่มีการพิจารณาคดีตามกระบวนการศาล ดังนั้น ผู้แทนส่วนบุคคลจึงมีโอกาที่จะเปิดเผยความลับ

³⁹ Ibid. , p. 79

⁴⁰ Eminent Jurists Panel on Terrorism , Counter-Terrorism and Human Rights , Detention of “Enemy Combatants” , Briefing on u.s. counter-terrorism measures and human rights , International Commission of Jurists , September 2006, p. 49-50

⁴¹ Amnesty International, Guantanamo and beyond : The continuing pursuit of unchecked executive power, p. 28 [Online] Available from:

<http://web.amnesty.org/library/print/ENGAMR510632005> (2006, August 5)

ให้กับตัวตุลาการศาลทบทวนสถานภาพพลรบได้ อันเป็นอุปสรรคในการให้ความยุติธรรมต่อตัวผู้ถูกกักขังในการกำหนดสถานภาพแก่ผู้ถูกควบคุมตัวผู้นั้น⁴²

4.2.4.5 สิทธิในการเรียกพยาน

ในกระบวนการของคณะกรรมการสิทธิการทหาร ไม่มีปัญหาในเรื่องของการเบิกพยานตัวบุคคลเข้าสู่คดี โดยปัญหาอยู่ที่กระบวนการพิจารณาทบทวนสถานภาพพลรบฝ่ายศัตรูของศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบ (Combatant Status Review Tribunal) ผู้ถูกคุมขังได้รับอนุญาตในการเรียกพยานเฉพาะกรณีที่มีรัฐบาลสรุปว่าพยานนั้นยังมีอยู่จริง โดยไม่มีกลไกใดๆ ที่อนุญาตให้ผู้ถูกควบคุมตัวสามารถรวบรวมหลักฐานที่ทางรัฐบาลจะต้องจัดหาให้ ซึ่งมีหลักฐานเกี่ยวกับการที่ศาลปฏิเสธการเบิกตัวพยานมาให้ปากคำเพื่อยืนยันความบริสุทธิ์ของผู้ถูกควบคุมตัว ตัวอย่างเช่น มีผู้ถูกควบคุมตัวชาวอัฟกานิสถานได้พยายามเบิกตัวพยานเพื่อมายืนยันว่าตนไม่ได้เป็นพลรบตาลิบัน โดยเป็นแค่เพียงพ่อครัว แต่ก็ถูกเจ้าหน้าที่ทหารที่เป็นประธานในองค์คณะตุลาการศาลทบทวนสถานภาพพลรบปฏิเสธคำร้องขอเช่นนั้นว่า โดยเปิดเผยว่า กรณีที่ผู้ถูกควบคุมตัวจะถูกบังคับให้เข้าร่วมกลุ่มตาลิบันหรือไม่นั้น ไม่ใช่ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการที่ผู้ถูกควบคุมตัวสามารถเบิกตัวพยานมาให้ปากคำเพื่อยืนยันความบริสุทธิ์ของตนได้ เป็นต้น ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นถึงกระบวนการทบทวนสถานภาพพลรบของกลุ่มตาลิบันที่ไม่ได้ให้ความยุติธรรมแก่ตัวผู้ถูกควบคุมตัวในเรื่องของการเบิกตัวพยานอันนำมาซึ่งความกระจ่างในประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงอันนำไปสู่ขั้นตอนการปรับหลักกฎหมายไปใช้ต่อไป⁴³

4.2.4.6 การจำกัดสิทธิในการอุทธรณ์

ข้อ 75 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ซึ่งเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศพอสมควร แต่ยังคงมีปัญหาในเรื่องของการสร้างความเป็นธรรมในคดีให้แก่จำเลยพอสมควร

⁴² Ibid. , p. 32

⁴³ Eminent Jurists Panel on Terrorism , Counter-Terrorism and Human Rights , Detention of “Enemy Combatants” , Briefing on U.S. Counter-Terrorism Measures and Human Rights , USA: International Commission of Jurists , September 2006, p. 50

กระบวนการในการอุทธรณ์นั้นเป็นไปตามการอุทธรณ์เพื่อทบทวนคำตัดสินของคณะกรรมการทหารนั้น ต้องอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการทบทวนคำตัดสิน (Review Panel) ซึ่งประกอบไปด้วยเจ้าหน้าที่ 3 นาย โดยเป็นเจ้าหน้าที่ทหาร แต่สามารถดึงพลเรือนมาเป็นคณะกรรมการได้ ซึ่งการแต่งตั้งกรรมการชุดนี้ เป็นอำนาจของกระทรวงกลาโหม⁴⁴

เมื่อมองถึงกระบวนการทบทวนหลังจากการพิจารณาคดี จะเห็นได้ว่ากระบวนการในการอุทธรณ์ เป็นกระบวนการที่ตั้งขึ้นโดยฝ่ายบริหาร ซึ่งคณะกรรมการทบทวนไม่มีอิสระในทบทวนคำตัดสินอันเป็นผลมาจากการพิจารณาคดีของคณะกรรมการทหาร ทำให้ความเป็นธรรมในการพิจารณาคดีอาจบิดเบือนไปตามความต้องการของกระทรวงกลาโหมและประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาได้⁴⁵ ต่อมาหลังจากที่ได้มีการตั้งศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบ (Combatant Status Review Tribunal) กระบวนการในการทบทวนคำตัดสินของศาลพิเศษไม่ได้มีอยู่ในคำสั่งก่อตั้งศาลพิเศษนี้ จึงได้มีการออกกฎหมายมาอีกฉบับหนึ่งเพื่อสร้างกระบวนการทบทวนอีกลำดับหนึ่งเมื่อวันที่ 31 ธันวาคม 2005 นั่นคือ Detainee Treatment Act 2005 ซึ่งได้วางระบบการทบทวนคำตัดสินของทั้งคณะกรรมการทหารและศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบ โดยให้ศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit มีอำนาจในการพิจารณาทบทวน แต่ก็ยังคงมีปัญหาในเรื่องของกระบวนการในการทบทวนของคำตัดสินของศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit ในกรณีของการคุมขังที่มีขอบด้วยกฎหมายของพลรบตาลิบันและผู้ก่อการร้ายอัลเคด้าที่ถูกควบคุมตัวที่ค่ายกักกันฐานทัพเรือสหรัฐอเมริกาที่อ่าวกวานตานาโม โดยศาลอื่นไม่อาจทบทวนคำตัดสินของศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit ในกรณีที่ Detainee Treatment Act 2005 ไม่ได้กำหนดเอาไว้⁴⁶

ต่อมากระบวนการในการอุทธรณ์คำตัดสินของคณะกรรมการทหารได้มีการแก้ไขให้สอดคล้องกับหลักนิติธรรมมากขึ้นโดยอาศัยกระบวนการศาลยุติธรรมมากขึ้น เพื่อให้จำเลยได้รับความเป็นธรรมแก่คดีมากขึ้นตามไปด้วย แต่กระนั้นก็ตาม ก็ยังคงมีข้อจำกัดในเรื่องของการอุทธรณ์ habeas corpus โดยศาล D.C. Circuit ทำให้คดีไม่อาจขึ้นสู่ศาลสูงสุดได้

4.2.4.7 ไม่มีการกำหนดสถานภาพเชลยศึก

⁴⁴ Ibid. , p. 80

⁴⁵ Ibid. , p. 80

⁴⁶ Ibid., p. 57

หลังจากที่สหรัฐอเมริกาได้ทำการจับกุมตัวพลรบตาลิบันมาทำการควบคุมตัวไว้ สหรัฐอเมริกาได้หลีกเลี่ยงไม่กำหนดสถานภาพแก่กลุ่มพลรบตาลิบันตามบรรทัดฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศซึ่งได้ระบุเอาไว้ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ทำให้สหรัฐอเมริกาไม่นำเอาหลักการให้สถานภาพตามข้อตกลงระหว่างประเทศเช่นว่ามาบังคับใช้ ส่งผลให้พลรบของกลุ่มตาลิบันไม่ได้รับสถานภาพเชลยศึกแต่ประการใด เป็นเพียงพลรบที่มีขอบด้วยกฎหมาย ในขั้นแรกจึงไม่มีกลไกและกระบวนการกำหนดสถานภาพของพลรบตาลิบันแต่ประการใด โดยมีกลไกและกระบวนการในการพิจารณาคดีของพลรบตาลิบันที่เกี่ยวกับความผิดตามกฎหมายสงครามที่ไม่ได้มีหลักการในการกำหนดสถานภาพใด ๆ ซึ่งกลไกเช่นว่านั้นคือ คณะกรรมาธิการทหาร (Military Commission)

ตามคำสั่งทางทหารของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา ลงวันที่ 13 พฤศจิกายน 2001⁴⁷ ได้ให้อำนาจแก่คณะกรรมาธิการทหารในการกักขังและพิจารณาคดีบุคคลที่ได้ระบุเอาไว้ในคำสั่งทางทหารเช่นว่านั้น ซึ่งก็รวมถึงกลุ่มพลรบตาลิบันที่ได้ทำการให้ที่พักพิง อีกทั้งสนับสนุนกลุ่มอัลเคด้าในการทำการก่อวินาศกรรมในสหรัฐอเมริกาในวันที่ 11 กันยายน 2001 รวมถึงในกรณีพิพาททางอาวุธระหว่างสหรัฐอเมริกาและอัฟกานิสถานอีกด้วย

คณะกรรมาธิการทหารประกอบไปด้วยคณะเจ้าหน้าที่ทหารที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีพลรบของฝ่ายศัตรูเกี่ยวกับความผิดตามกฎหมายสงคราม โดยได้นำเอากฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับกฎหมายสงครามโดยไม่มีให้นำเอากฎหมายภายในประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง ในขณะที่วิธีพิจารณาซึ่งแต่เดิมนั้นใช้วิธีพิจารณาแบบเดียวกับของศาลทหาร กรณีของการพิจารณาคดีต่อกลุ่มพลรบตาลิบัน ทางคณะกรรมาธิการทหารใช้วิธีพิจารณาของตนเอง โดยในเดือนมีนาคม 2002 ทางคณะกรรมาธิการทหารได้ออกคำสั่งของคณะกรรมาธิการทหาร (Military Commission Order) ฉบับที่ 1 ซึ่งได้ระบุถึงหลักการพิจารณาคดีเอาไว้ อีกทั้งคณะกรรมาธิการทหารได้ออกคำแนะนำของคณะกรรมาธิการทหาร (Military Commission Instruction) อีก 8 ฉบับซึ่งได้ระบุถึงองค์ประกอบความผิดที่อยู่ในข่ายพิจารณาคดีคำแนะนำสำหรับทนายความพลเรือน รวมถึงข้อแนะนำทางฝ่ายปกครองและกระบวนการ

⁴⁷ Presidents Military Order on 13 November 2001

พิจารณาคดี ซึ่งต่อมาในปี 2005 ได้มีการแก้ไขคำสั่งคณะกรรมการทหารฉบับที่ 1 เพื่อให้มีความคล้ายคลึงกับศาลทหารในส่วนของการไม่ให้จำเลยเข้าร่วมการพิจารณาคดี⁴⁸

หน้าที่สำคัญของศาลทบทวนสถานภาพพลรบไม่ใช่การกำหนดสถานภาพพลรบเมื่อผู้ถูกควบคุมตัวมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณากำหนดสถานภาพพลรบ แต่เป็นการพิจารณาว่าผู้ถูกควบคุมตัวเช่นว่านั้น ยังคงเป็นพลรบฝ่ายศัตรูอีกหรือไม่ โดยนิยามของคำว่า “พลรบฝ่ายศัตรู (Enemy Combatants)” เป็นคำนิยามที่ครอบคลุมไปถึงบุคคลผู้เป็นส่วนหนึ่งหรือให้การสนับสนุนกลุ่มตาลิบันหรือกลุ่มก่อการร้ายอัลเคด้า หรือกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับกลุ่มเช่นว่านั้น นั้นย่อมหมาความว่ารัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้มองถึงบุคคลที่สนับสนุนกลุ่มพลรบตาลิบันหรือกลุ่มผู้ก่อการร้ายอัลเคด้าในทุกกรณี ไม่ว่าบุคคลผู้นั้นจะได้เข้าลักษณะที่ปรากฏในอนุสัญญาเจนีวา 1949 หรือไม่ก็ตาม โดยบุคคลเหล่านั้นอาจถูกจองจำและได้รับสถานภาพเป็นพลรบฝ่ายศัตรูได้ ทั้ง ๆ ที่ไม่ได้เข้าร่วมการสู้รบโดยตรงกับสหรัฐอเมริกาและพันธมิตร แม้กระทั่งไม่เข้ากับลักษณะตามเงื่อนไขการได้สถานภาพพลรบและพลรบที่ปรากฏในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 และพิธีสารเพิ่มเติมปี 1977 ฉบับที่ 1 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 อีกด้วย⁴⁹

ต่อมา เมื่อมีการออกกฎหมาย Military Commissions Act 2006 ซึ่งใช้กับคณะกรรมการทหาร จากเดิมที่มีแค่คำสั่งของคณะกรรมการทหารซึ่งเดินตามคำสั่งทางทหารของประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ 13 พฤศจิกายน 2001 โดยกระบวนการของคณะกรรมการทหารนั้น ไม่ได้มีกระบวนการในการพิจารณาคดีที่ขาดสถานภาพพลรบเอาไว้อย่างไรบ้าง โดยมีแค่กระบวนการในการพิจารณาคดีเพื่อลงโทษจำเลยเท่านั้น นอกจากนี้ ทั้ง ๆ ที่ไม่มีกระบวนการในการกำหนดสถานภาพพลรบ แต่ก็ยังมีกระบวนการถึงสถานภาพของพลรบที่จะต้องถูกพิจารณาคดีโดยคณะกรรมการทหาร ซึ่งมีทั้งพลรบศัตรูที่ชอบด้วยกฎหมายและพลรบศัตรูที่มีชอบด้วยกฎหมาย โดยพลรบของศัตรูที่มีชอบด้วยกฎหมาย เป็นบุคคลผู้เข้าร่วมในการสู้รบหรือสนับสนุนการสู้รบต่อสหรัฐอเมริกาหรือพันธมิตร ซึ่งรวมถึงสมาชิก

⁴⁸ Eminent Jurists Panel on Terrorism , Counter-Terrorism and Human Rights , Trial of “Enemy Combatants” by Military Commissions , Briefing on U.S. Counter-Terrorism Measures and Human Rights , USA: International Commission of Jurists , September 2006, p. 77

⁴⁹ Eminent Jurists Panel on Terrorism , Counter-Terrorism and Human Rights , Detention of “Enemy Combatants” , Briefing on U.S. Counter-Terrorism Measures and Human Rights , USA: International Commission of Jurists , September 2006, p. 50

ขององค์การก่อการร้ายอัลเคด้าและสมาชิกรัฐบาลตาลีบันของอัฟกานิสถาน ยิ่งกว่านั้นยังรวมถึงบุคคลผู้ซึ่งได้รับการตัดสินที่ขาดสถานภาพว่าเป็นพลรบศัตรูที่มีขอบด้วยกฎหมายโดยศาลพิเศษ ทบทวนสถานภาพพลรบ (Combatant Status Review Tribunal) หรือศาลพิเศษอื่น ๆ ที่ได้รับการก่อตั้งขึ้นภายใต้อำนาจของประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาหรือกระทรวงกลาโหม⁵⁰ ส่วนพลรบของศัตรูที่มีขอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นสมาชิกของกองทัพปกติที่เข้าสู่รบกับสหรัฐอเมริกาไม่ว่ารัฐบาลของกองทัพนั้นสหรัฐอเมริกาจะให้การยอมรับหรือไม่ รวมถึงมิเลียเรียหรือหน่วยต่อต้านที่ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของกองทัพแต่รบให้กับกองทัพของคู่สงครามฝ่ายศัตรูซึ่งมีกระบวนการบังคับบัญชา แยกตัวออกจากพลเรือน และปฏิบัติตามกฎและจารีตประเพณีแห่งสงคราม⁵¹

4.2.4.8 ยังคงมีปัญหากับการกักขังหน่วงเหนี่ยวอยู่

กรณีของกระบวนการกำหนดสถานภาพของพลรบตาลีบันโดยศาลพิเศษ ทบทวนสถานภาพพลรบนั้น ยังคงมีการกักขังหน่วงเหนี่ยวและปัญหากับประเทศที่บุคคลที่ไม่ได้เป็นพลรบฝ่ายศัตรูถูกส่งไปอยู่นั้น ซึ่งมีกรณีตัวอย่างของบุคคลผู้ไม่ได้เป็นพลรบตาลีบัน แต่ถูกกักขังโดยมีสถานภาพพลรบฝ่ายศัตรูเหมือนกับพลรบตาลีบันซึ่งพบกับปัญหานี้มาแล้ว

ในคดี *Qassim et al. v. Bush et al.* นาย Abu Bakker Qassim และ นาย A'del Abdu Al-Hakim เป็นชาวอุยกูร์ซึ่งอยู่ที่แคว้นซินเจียงทางตะวันตกเฉียงเหนือของประเทศจีน ได้ถูกจับกุมตัวโดยหน่วยล่าสังหารในอัฟกานิสถานเมื่อประมาณปลายปี 2001 ถึงต้นปี 2002 แล้วถูกส่งตัวไปกักขังไว้ที่ค่ายกักกันของฐานทัพเรือสหรัฐอเมริกาที่อ่าวกวานตานาโม ประเทศคิวบา และถูกคุมขังในฐานะที่เป็นพลรบฝ่ายศัตรู (Enemy Combatants) เมื่อเดือนมีนาคม ปี 2005 ศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบได้ตัดสินว่า นาย Abu Bakker Qassim และ นาย A'del Abdu Al-Hakim ไม่มีสถานะเป็นพลรบฝ่ายศัตรูอีกต่อไป แต่ทางการสหรัฐอเมริกาก็ยังกักขังเอาไว้ที่ค่ายกักกันที่อ่าวกวานตานาโมตามเดิม ไม่ยอมปล่อยไป ทั้งคู่จึงฟ้องร้องต่อศาล โดยรัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้ทำการโต้แย้งว่ากำลังหาทางส่งตัวไปยังรัฐที่ไม่มีปัญหาเรื่องการละเมิดสิทธิมนุษยชนอยู่ ซึ่งศาลได้ตัดสินว่า การกักขังของสหรัฐอเมริกาต่อชายชาวอุยกูร์ 2 คนนี้ เป็นการกักขังหน่วงเหนี่ยวซึ่งมีขอบด้วยกฎหมาย แต่ยังไม่ปล่อยชาย 2 คนนี้ไม่ได้เนื่องจากอาจเป็นภัยต่อความมั่นคงละมีปัญหาด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่กระนั้นก็ตาม รัฐบาลของ

⁵⁰ Military Commissions Act 2006 , Art. 948a. (1)

⁵¹ Ibid., Art. 949a. (2)

สหรัฐอเมริกาก็ได้ทำการปล่อยตัวออกจากค่ายกักกันที่อ่าวกวานตานาโม โดยส่งไปอยู่ที่ประเทศ แอลเบเนีย ซึ่งเป็นประเทศที่ประชาชนส่วนใหญ่นับถือศาสนาอิสลามเหมือนกับที่ชายชาวอุยกูร์ 2 คนนี้นับถืออยู่ แต่ก็ได้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการที่ชาย 2 คนนี้เป็นชาวอุยกูร์ซึ่งพูดคนละภาษากับชาว แอลเบเนียน จึงพบกับความยากลำบากในการใช้ชีวิตอยู่อาศัย สุดท้ายก็ต้องอยู่อาศัยในค่ายผู้ลี้ภัยในกรุงติราน่า เมืองหลวงของแอลเบเนีย และกำลังทำเรื่องติดต่อกับรัฐบาลจีนให้รับตัวกลับประเทศ

ต่อมา เมื่อมีการผ่านกฎหมาย Military Commission Act 2006 แล้ว ก็ได้ส่งผลให้มีการแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ไปในทางที่ดีขึ้น ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการอุทธรณ์ สิทธิในการ มีทนายความ ความเป็นอิสระของคณะกรรมการทหาร การเรียกพยานบุคคล เขตอำนาจของ ศาล แต่ก็ยังคงมีปัญหาในเรื่องของกระบวนการกำหนดสถานภาพเชลยศึกที่สอดคล้องกับอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ว่าด้วยการปฏิบัติต่อเชลยศึก การเข้าถึงข้อมูล และการพิจารณาคดีต่อหน้าจำเลย

เพื่อให้เห็นถึงภาพของพัฒนาการของกระบวนการกำหนดสถานภาพพลรบตาม บันว่าสอดคล้องกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพียงใดนั้น จึงต้องมีการเปรียบเทียบเป็น ตารางได้ดังนี้

ประเด็น	คณะกรรมการทหาร	ศาลพิเศษทบพัน สถานภาพพลรบ	คณะกรรมการ ทหารภายใต้ Military Commissions Act 2006	กฎหมายมนุษยธรรม ระหว่างประเทศ
การกำหนดสถานภาพ เชลยศึกตาม อนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3	ไม่มี การกำหนด สถานภาพเชลยศึก	ไม่มี การกำหนด สถานภาพเชลยศึก	ไม่มี การกำหนด สถานภาพเชลยศึก	ให้มีการสันนิษฐานว่า บุคคลนั้นได้รับความ คุ้มครองตามอนุสัญญา เจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 จนกว่าศาลจะชี้ขาด สถานภาพเชลยศึก
การกำหนดสถานภาพ เชลยศึกตามพิธีสาร เพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญา เจนีวา 1949	สหรัฐอเมริกาไม่ได้เป็น ภาคีในพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ปี 1977 ของ อนุสัญญาเจนีวา 1949	สหรัฐอเมริกาไม่ได้เป็น ภาคีในพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ปี 1977 ของ อนุสัญญาเจนีวา 1949	สหรัฐอเมริกาไม่ได้ เป็นภาคีในพิธีสาร เพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญา เจนีวา 1949	1. เมื่อพลรบเรียกร้อง สถานภาพเชลยศึก , รัฐ ต้นสังกัดของพลรบ เรียกร้องสถานภาพ เชลยศึก หรือ มี ข้อเท็จจริงที่ว่าพลรบผู้ นั้นสมควรได้สถานภาพ

				<p>เคลยศึก ก็ถือว่าได้ สถานภาพเคลยศึกแล้ว</p> <p>2. กรณีสงสัยว่าจะได้รับ สถานภาพเคลยศึก หรือไม่ ให้สันนิษฐานไว้ ก่อนว่ามีสถานภาพ เคลยศึก จนกว่าศาล พิเศษจะชี้ขาด</p> <p>3. ถ้าพลรบมีสิทธิได้รับ สถานภาพเคลยศึก แต่ รัฐคู่สงครามที่ควบคุม ตัวไม่ให้สถานภาพ อีก ทั้งจะต้องถูกพิจารณา คดีจากความผิดใน ระหว่างการรบ พลรบผู้นั้นมีสิทธิร้องต่อศาล ยุติธรรมของรัฐที่ควบคุม ตัวให้ชี้ขาดสถานภาพ ได้ และต้องทำก่อนการ พิจารณาความผิด</p>
การมีนายผู้คดี	มีนายความได้ โดย กรรมการทหารจัด ให้ อีกทั้งจ้างทนาย พล เรือ น ได้ แต่ ทนายความทำงานได้ ยากลำบากในการช่วย แก่ต่าง	ไม่มีนายความ มีแต่ ตัว แ ท น ส ่ ว น ตัว (Personal Representative) เพื่อ การแสดงตัวในศาล โดย เป็นเจ้าหน้าที่ทหาร ไม่ได้เป็นนักกฎหมาย และ ไม่ มี ความ สามารถทาง กฎหมายที่เกี่ยวกับการ ควบคุมตัวหรือการคุมขัง ในระหว่างที่มีกรณี พิพาททางอาวุธ	มีนายความได้ โดย กรรมการทหารจัด ให้ อีกทั้งจ้างทนาย พล เรือ น ได้ แต่ ทนายความทำงานได้ ยากลำบากในการ ช่วยแก่ต่าง	ต้องมีสิทธิในการผู้คดี อย่างเพียงพอ ซึ่ง อนุมานได้ว่ารวมถึงการ มีนายแก้ต่างด้วย
การพิจารณาคดีต่อ หน้าจำเลย	ผู้ ตั อ ง ห า แ ล ะ ทนายความพลเรือน อาจถูกกันออกไปจาก การพิจารณาคดีลับ ด้วยเหตุผลต่าง ๆ เช่น ข้าราชการ ฐานข้อมูล วิธีการ หรือข้อปฏิบัติ ทางการบังคับใช้	กรณีการสอบสวน ตนและประเด็น เกี่ยวกับ ความ มั่นคง ผู้ถูกควบคุม	ตุ ล า ก า ร ท ห า ร สามารถปิด การ พิจารณาคดีเป็นการ ลับได้ในกรณีข้อมูลใน การพิจารณาคดีเป็น เรื่องความมั่นคงหรือ เป็นเรื่องการรับรอง ความปลอดภัยของผู้	ต้องมีการพิจารณาคดีต่อ หน้าจำเลย

	กฎหมาย ความมั่นคง เป็นต้น	ตัวไม่มีสิทธิเข้าร่วม การพิจารณาคดี โดย จะ ถูก กั้น ออกไป	ที่เข้าร่วมในการ พิจารณาคดี	
การเข้าถึงข้อมูลของ จำเลย	ข้อมูลลับเป็นข้อมูลที่ต้องได้รับความคุ้มครองไม่ให้มีการเปิดเผย ไม่ว่าจะเปิดเผยหรือทนายความ จำเลย ทั้ง ที่เป็น ทนายความทนายความพลเรือน โดยจะต้องเป็นข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคง	จำเลยมีสิทธิการใช้ ข้อมูลร่วมกันกับผู้แทน ส่วนตัว เว้นแต่ในกรณีของข้อมูลที่ปิดเป็น ความลับ	ข้อมูลลับเป็นข้อมูลที่ต้องได้รับความคุ้มครองไม่ให้มีการเปิดเผย ไม่ว่าจะเปิดเผยหรือ ทนายความจำเลยทั้ง ที่เป็นทนายความ ทนายความพลเรือน โดยจะต้อง เป็นข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคง	จำเลยมีสิทธิในการเข้าถึงข้อมูล ในการสู้คดี
การทบทวนคำตัดสิน	1. เจ้าหน้าที่แต่งตั้ง คณะกรรมการทบทวน บันทึกรายการ พิจารณาคดีที่ คณะกรรมการทบทวน ทำขึ้น 2. ส่งต่อไปยัง คณะกรรมการทบทวน คำ สั่ง ข อ ง คณะกรรมการทบทวน 3. รัฐมนตรีว่าการ กระทรวงกลาโหม ทบทวนข้อมูลอีก 4. ประธานาธิบดี ทบทวนในขั้นตอน สุดท้ายและมีอำนาจ ลงโทษในกรณีไม่ได้ แต่ ง ตั้ง ใ้ ให้ รัฐ ม น ต รี ว่า ก า ร กระทรวงกลาโหมเป็น ผู้ ทำ ก า ร แทน	ศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit ทบทวนคำตัดสิน ของศาลพิเศษทบทวน สถานภาพพลรบ พิจารณาคำตัดสินของ ศาลพิเศษทบทวน สถานภาพพลรบในเรื่อง ของสถานภาพของพล รบฝ่ายศัตรู ส่วนพลรบ ศัตรูที่เป็นคนต่างดาวที่ ถูกคุมขังที่กวนตานาโม นั้น ศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit มีอำนาจทบทวน สถานภาพแต่ผู้เดียว โดยศาลอื่น ๆ ไม่อาจ ทบทวนคำตัดสินของ ศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit หรือพิจารณา สถานภาพของพลรบเช่น ว่า	1. เจ้าหน้าที่แต่งตั้ง คณะกรรมการ ทบทวนคำ ตัดสิน ข อ ง คณะกรรมการ ทบทวน อีกรั้งมีอำนาจ สั่งลงโทษและสั่งให้ คณะกรรมการ ทบทวนกลับไปทบทวน การพิจารณาของ ตนเองหรือพิจารณา คดีใหม่ได้ 2. ศาลทบทวนของ คณะกรรมการ ทบทวนกรณีที คำ ตัด สิน ข อ ง คณะกรรมการ ทบทวนยังไม่ถึงที่สุด 3. สหรัฐอ เม ริ ก า สามารถอุทธรณ์คดีนี้ ได้เองในกรณี	เมื่อมีคำตัดสินชี้ขาด จำเลยจะต้องได้รับ คำแนะนำเกี่ยวกับ กระบวนการในการยื่น อุทธรณ์คำตัดสินของศาล

	<p>ประธานาธิบดี</p> <p>5. ในปี 2005 DTA 2005 ให้ศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit ทำการทบทวนคำตัดสินของ คณะกรรมาธิการทหารแทน</p>		<p>คณะกรรมาธิการทหารยุติการตั้งข้อหาและกำหนดความผิดที่ติดกันหลักฐานที่จำเป็นต่อการพิจารณาคดี หรืออื่น ๆ</p> <p>4. ศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit มีอำนาจทบทวนคำตัดสินของ คณะกรรมาธิการทหารโดยต้องได้รับคำร้องอุทธรณ์หลังจากคำตัดสินของศาลทบทวนของ คณะกรรมาธิการทหารมีผลบังคับ หรือหลังจากที่จำเลยทำเรื่องงดเว้นอุทธรณ์ต่อศาลทบทวนของ คณะกรรมาธิการทหาร</p> <p>5. ศาลสูงสุดทบทวนชั้นสุดท้าย หลังจากคู่ความส่งคำร้องขอให้ศาลสูงสุดพิจารณาทบทวนคำตัดสินของศาลอุทธรณ์อีกครั้ง</p> <p>6. รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมทำหน้าที่ลงโทษตามคำตัดสินยกเส้นโทษประหารชีวิต</p> <p>7. ประธานาธิบดีมีสิทธิลงโทษประหารชีวิตและยังมีสิทธิลดโทษได้อีกด้วย</p>	
การปล่อยตัวหลังจากสงครามสิ้นสุด	ไม่ปรากฏกระบวนการในการปล่อยตัว	ไม่ปรากฏกระบวนการในการปล่อยตัว	ไม่ปรากฏกระบวนการในการปล่อยตัว	จำเลยยังคงได้รับการคุ้มครอง ถึงแม้ว่าจะมีการ

				ปล่อยตัวหลังจาก สงครามสิ้นสุด
--	--	--	--	----------------------------------

จากตาราง จะเห็นได้ถึงกระบวนการพิจารณาคดีของกลไกในการกำหนดสถานภาพพลรบและการดำเนินคดีต่อกลุ่มพลรบตาลิบัน ซึ่งได้มีพัฒนาการอย่างต่อเนื่องดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น แต่ก็ยังคงมีปัญหาในเรื่องของการขาดกระบวนการกำหนดสถานภาพพลรบ การเข้าถึงข้อมูลของจำเลยและการพิจารณาคดีต่อหน้าจำเลยที่ยังคงขาดความโปร่งใส มีการกีดกันไม่ให้จำเลยเข้าถึงข้อมูลและการพิจารณาคดีอยู่ซึ่งเป็นปัญหาให้ต้องมีการแก้ไขกันไป

สหรัฐอเมริกามีหลักการในการกำหนดสถานภาพแก่กลุ่มพลรบตาลิบัน โดยเอาประเด็นเรื่องการปราบปรามการก่อการร้ายมาปะปนในแนวคิดด้านการทำสงครามระหว่างประเทศ ซึ่งสหรัฐอเมริกาได้อ้างว่านโยบายของตนเป็นนโยบายเกี่ยวกับสงครามต่อต้านการก่อการร้าย ทำให้เกิดการบิดเบือนหลักการเกี่ยวกับการทำสงครามระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการกักขังหน่วยงานหนึ่ง ๆ ที่สงครามกับอัฟกานิสถานจบลงแล้ว โดยอ้างว่าสงครามกับอัฟกานิสถานจบลง แต่สงครามต่อต้านการก่อการร้ายยังไม่จบ อีกทั้งพลรบตาลิบันก็เป็นบุคคลที่ต้องได้รับการพิจารณาคดีในความผิดกฎหมายสงครามและความผิดอื่น ๆ เหมือนกับผู้ก่อการร้าย ทั้ง ๆ ที่พลรบตาลิบันเป็นพลรบของกองทัพฝ่ายศัตรู ที่เข้าร่วมการสู้รบกับสหรัฐอเมริกาในยามสงครามด้วยเหตุนี้ สหรัฐอเมริกาจึงถือโอกาสกักขังหน่วยงานพลรบตาลิบันเนื่องจากสงครามยังไม่จบสิ้น อีกทั้งสหรัฐอเมริกาถือว่าอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ไม่สามารถใช้กับตนเองได้เนื่องจากเป็นเรื่องของสงครามต่อต้านการก่อการร้าย ไม่ใช่สงครามระหว่างประเทศเหมือนปกติทั่วไป ทั้ง ๆ ที่อนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 มีผลผูกมัดสหรัฐอเมริกาอยู่แล้วเนื่องจากสหรัฐอเมริกามีภาคี อีกทั้งยังมีผลบังคับในทันทีโดยไม่ต้องขอความเห็นชอบต่อรัฐสภาอีกด้วย นอกจากนี้สหรัฐอเมริกายังมีมุมมองเกี่ยวกับการตีความกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศโดยมองว่าการแยกตัวออกจากพลเรือนและการปฏิบัติตามกฎและจารีตประเพณีแห่งสงครามเป็นเงื่อนไขที่แม้แต่พลรบที่เป็นสมาชิกของกองทัพฝ่ายศัตรูก็ต้องปฏิบัติตามจึงจะได้สถานภาพพลรบ ซึ่งเป็นการตีความที่ขัดต่อหลักการในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ที่สหรัฐอเมริกามีภาคี นอกจากนี้สหรัฐอเมริกายังมองว่า พลรบของตาลิบันไม่ได้มาจากกองทัพของรัฐบาลที่ได้รับการรับรองจากสหรัฐอเมริกา จึงไม่อาจได้สถานภาพพลรบ ทั้ง ๆ ที่ข้อ 4A(3) ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ระบุให้พลรบเช่นว่าได้รับสถานภาพพลรบ ด้วยเหตุนี้ กระบวนการกำหนดสถานภาพของพลรบตาลิบันที่ออกมาจึงไม่เป็นไปตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 อีกทั้งการคุ้มครองพลรบตาลิบันในการดำเนินคดีก็ไม่เต็มที่อีกเช่นกัน โดยนอกจากจะไม่มีกำหนดสถานภาพพลรบแล้ว ยังมอง

พลรบตาลีบันให้เป็นผู้สนับสนุนการก่อการร้ายที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ไม่ว่าจะเป็นศาลพิเศษทบพันสถานภาพพลรบ และคณะกรรมการสิทธิการทหาร ยิ่งกว่านั้น กระบวนการพิจารณาคดียังขาดหลักนิติธรรมอันเป็นหลักการขั้นพื้นฐานของข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวา 1949 และข้อ 75 ของพิธีสารฉบับที่ 1 ปี 1977 ไม่ว่าจะเป็นการเข้าถึงข้อมูลของจำเลย การพิจารณาคดีต่อหน้าจำเลย การมีทนายความ สิทธิในการเรียกพยานหลักฐาน เป็นต้น จึงต้องมีการเสนอแนวทางแก้ไขปัญหานี้ ซึ่งจะได้กล่าวในบทถัดไปว่าการแก้ไขควรทำอย่างไรบ้าง



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 5

แนวทางในการเปลี่ยนแปลงหลักการและกระบวนการกำหนดสถานภาพของกลุ่มพลรบตาลิบันโดยสหรัฐอเมริกาให้เป็นที่ไปตามกระบวนการของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

หลังจากที่สหรัฐอเมริกาไม่กำหนดสถานภาพแก่พลรบกลุ่มตาลิบันให้เป็นที่ไปตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ อีกทั้งสหรัฐอเมริกาไม่ยอมให้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศซึ่งก็คืออนุสัญญาเจนีวา 1949 ใช้บังคับกับพลรบตาลิบัน ส่งผลให้พลรบตาลิบันต้องได้รับผลกระทบมากมายจากการที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ จึงต้องมีหนทางในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับหลักการและกระบวนการกำหนดสถานภาพพลรบตาลิบันให้เป็นที่ไปตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมากขึ้น

5.1 แนวทางในการเปลี่ยนแปลงหลักการของสหรัฐอเมริกาในการกำหนดสถานภาพแก่กลุ่มพลรบตาลิบัน

5.1.1 ปรับปรุงแนวคิดสงครามต่อต้านการก่อการร้าย

แต่เดิมหลังจากที่เกิดเหตุการณ์การก่อวินาศกรรมที่อาคารเวิลด์เทรดเซนเตอร์ กรุงนิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ 11 กันยายน 2001 สหรัฐอเมริกาได้มองว่าเป็นฝีมือขององค์กรก่อการร้ายอัลเคด้าซึ่งมีที่พักพิงอยู่ที่ประเทศอัฟกานิสถานที่มีรัฐบาลตาลิบันปกครองอยู่ สหรัฐอเมริกาได้พยายามเรียกร้องให้รัฐบาลตาลิบันทำการส่งตัวนายโฆซามา บิน ลาเดนมาให้ สหรัฐอเมริกาดำเนินคดี แต่ทางรัฐบาลตาลิบันไม่ยอมส่งกลับมาให้ โดยอ้างว่าต้องการดำเนินคดีเอง สหรัฐอเมริกาจึงกล่าวหาว่ารัฐบาลตาลิบันของอัฟกานิสถานให้ที่พักพิงต่อผู้ก่อการร้าย และสนับสนุนการก่อวินาศกรรมต่อสหรัฐอเมริกาซึ่งสหรัฐอเมริกามองว่าเป็นการก่อการร้าย¹

หลังจากนั้น สหรัฐอเมริกาจึงได้ขอความเห็นชอบจากรัฐสภาเพื่อขออนุมัติในการใช้กำลังต่ออัฟกานิสถาน โดยรัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้ประกาศว่า เป็นการทำสงครามเพื่อต่อต้านการก่อการร้าย รัฐสภาสหรัฐอเมริกาจึงออกประกาศการใช้กำลังทหาร (Authorization for Use of

¹ BBC News , 18 September, 2001

Military Force) ออกมาเมื่อวันที่ 18 กันยายน 2001 ซึ่งมีเนื้อหาที่เกี่ยวกับการใช้กำลังต่อองค์กรก่อการร้าย รวมถึงรัฐที่สหรัฐอเมริกาบอกว่าให้ที่พักพิงแก่ผู้ก่อการร้ายซึ่งก็คืออัฟกานิสถานภายใต้การปกครองของรัฐบาลตาลีบันนั่นเอง เมื่อพิจารณาจากคำประกาศนี้แล้ว จะเห็นได้ว่า หลักการของสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการทำสงครามนั้นไม่เหมือนในอดีตที่ผ่านมา เนื่องจากเป็นการเอาประเด็นเรื่องการปราบปรามการก่อการร้ายเข้ามารวมอยู่ในการทำสงครามระหว่างประเทศ² ทั้ง ๆ ที่การปราบปรามการก่อการร้ายนั้น เป็นการกระทำขององค์กรอาชญากรรมระหว่างประเทศ ซึ่งวิธีการกำจัด ก็ต้องเป็นความร่วมมือระหว่างรัฐในการปราบปรามเฉพาะกลุ่มอาชญากรรมที่ทำการก่อการร้ายและเครือข่ายที่เกี่ยวข้อง

ยิ่งกว่านั้น แนวคิดในเรื่องการทำสงครามต่อต้านการก่อการร้ายนั้น วัตถุประสงค์ของสหรัฐอเมริกามุ่งเป้าไปยังการปราบปรามผู้ที่ทำการก่อการร้ายต่อสหรัฐอเมริกาเมื่อวันที่ 11 กันยายน 2001 ซึ่งสงครามกับรัฐที่ทำการให้ที่พักพิงแก่ผู้ก่อการร้ายนั้น เป็นเพียงส่วนหนึ่งของสงครามต่อต้านการก่อการร้ายทั้งหมด นั่นทำให้พลรบของรัฐคู่สงครามที่สหรัฐอเมริกาจับกุมตัว ต้องถูกกักขังจนกว่าสหรัฐอเมริกาจะปราบต้นตอของผู้ก่อการร้ายที่ได้ทำการก่อการร้ายกับสหรัฐอเมริกาจนหมดสิ้นไป โดยเหตุผลของสหรัฐอเมริกาก็คือ เพื่อป้องกันไม่ให้พลรบเช่นว่าไปเข้ากับกลุ่มกับผู้ก่อการร้ายซึ่งเป็นคู่สงครามฝ่ายศัตรูตามหลักการของสหรัฐอเมริกา ไม่ใช่รัฐที่เป็นคู่สงครามฝ่ายศัตรูแต่ประการใด

แต่เดิมแนวคิดในเรื่องของสงครามนั้น กรณีพิพาททางอาวุธระหว่างประเทศเริ่มขึ้นจากการที่รัฐคู่สงคราม 2 ฝ่ายหรือมากกว่านั้นได้ใช้กำลังอาวุธแก่กันเพื่อผลในด้านต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นความได้เปรียบในทางยุทธศาสตร์หรือผลประโยชน์ในเชิงทรัพยากร ซึ่งคู่สงครามมีสถานะเป็นรัฐ และการสิ้นสุดลงของกรณีพิพาททางอาวุธก็คือการสิ้นสุดของการใช้กำลังทหาร ไม่ว่าจะรู้ผลแพ้ชนะโดยรัฐหนึ่งต้องตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบอีกรัฐหนึ่ง หรือโดยการสงบศึกเล็กแล้วทั้ง 2 ฝ่ายก็ตาม แต่แนวความคิดในเรื่องของการทำสงครามต่อต้านการก่อการร้ายของสหรัฐอเมริกานั้น สหรัฐอเมริกาได้มองว่าคู่สงครามฝ่ายศัตรูของตนไม่ได้มีแค่รัฐเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงผู้ก่อการร้ายด้วย อีกทั้งการสิ้นสุดของกรณีพิพาททางอาวุธที่เป็นสงครามต่อต้านการก่อการร้ายอยู่ที่ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการก่อการร้ายต่อสหรัฐอเมริกาในวันที่ 11 กันยายน 2001 ทั้งหมด ไม่ว่าจะป็นรัฐ

² Nathaniel Berman, Privileging Combat ? : Contemporary Conflict and the Legal

หรือองค์การก่อการร้าย ได้พ่ายแพ้และถูกจับกุมตัวหมด จึงจะถือว่าเป็นการสิ้นสุดสงครามต่อต้านการก่อการร้าย ซึ่งเป็นหลักการที่ขัดต่อหลักการทำสงครามระหว่างประเทศอย่างมาก โดยเป็นการเอาประเด็นเรื่องการก่อการร้ายมาปะปนกับกรณีพิพาททางอาชุระหว่างประเทศ จนทำให้หลักการทำสงครามต้องผิดเพี้ยนไป

ด้วยเหตุนี้ ประเด็นในเรื่องของการคุ้มครองผู้ตกเป็นเหยื่อของสงครามจึงได้มีการบิดเบือนไปด้วย โดยในกรณีของกลุ่มพลรบตาลิบันที่ถูกจับกุมตัวโดยกองทัพสหรัฐอเมริกาในระหว่างที่ทำสงครามกับสหรัฐอเมริกา รวมถึงพลรบตาลิบันที่ถูกจับกุมตัวในภายหลังที่อัฟกานิสถานได้พ่ายแพ้แก่สหรัฐอเมริกาซึ่งยังคงมีการสู้รบกันภายในประเทศอัฟกานิสถานอยู่เนือง ๆ นั้น โดยหลักจะต้องได้รับความคุ้มครองโดยอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 อยู่แล้วในกรณีที่เป็นพลรบผู้เป็นสมาชิกของกองทัพรัฐบาลตาลิบันที่ได้รับกับสหรัฐอเมริกาในสงครามระหว่างสหรัฐอเมริกาและอัฟกานิสถาน ส่วนพลรบตาลิบันที่ถูกจับกุมตัวในภายหลังจากที่อัฟกานิสถานได้พ่ายแพ้นั้น ถือเป็นพลรบที่เข้าสู่รบในกรณีพิพาททางอาชุที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งจะต้องได้รับความคุ้มครองตามข้อ 3 ร่วม แม้จะไม่มีสิทธิได้รับสถานภาพเชลยศึกก็ตาม แต่สหรัฐอเมริกาไม่ได้ให้ความคุ้มครองเช่นว่า เนื่องจากสหรัฐอเมริกาได้มีมุมมองในเรื่องของสงครามที่แตกต่างออกไป โดยมองว่าพลรบตาลิบันที่ถูกจับกุมตัวนั้น มีสถานภาพเป็นพลรบฝ่ายศัตรูที่มีขอบด้วยกฎหมายซึ่งได้มีส่วนร่วมในการก่อการร้ายและให้ที่พักพิงต่อผู้ก่อการร้าย ไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ได้ ทำให้ไม่มีการคุ้มครองพลรบตาลิบันอย่างที่ควรจะเป็น มีการกักขังหน่วงเหนี่ยวโดยอ้างว่าเป็นการกักขังจนกว่าสงครามต่อต้านการก่อการร้ายจะสิ้นสุดลง ซึ่งยังไม่มีที่ท่าว่าจะสิ้นสุดลงแต่ประการใด อีกทั้งการไม่นำเอาอนุสัญญาเจนีวา 1949 มาใช้ ยิ่งก่อให้เกิดปัญหาเรื่องการปฏิบัติต่อเชลยศึกไม่ว่าจะเป็นการทรมาน สภาพความเป็นอยู่ของค่ายกักกันพลรบตาลิบัน เป็นต้น ซึ่งปัญหาได้ลุกลามกลายเป็นปัญหาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและกฎหมายสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นกฎหมายที่รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ โดยมีการวิพากษ์วิจารณ์และประณามในวงกว้างเกี่ยวกับการไม่นำเอาอนุสัญญาเจนีวา 1949 มาใช้กับพลรบตาลิบัน

ด้วยเหตุนี้ สหรัฐอเมริกาจึงควรเปลี่ยนนโยบายในการกำหนดสถานภาพแก่กลุ่มพลรบตาลิบันใหม่ โดยปรับแนวความคิดเกี่ยวกับสงครามต่อต้านการก่อการร้ายให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น โดยไม่นำเอาการก่อการร้ายมาพัวพันกับการสงครามระหว่างประเทศ เนื่องจาก 2 เรื่องนี้เป็นสิ่งที่อยู่คนละประเด็นกัน ไม่อาจทำให้สับสนด้วยการนำเอามารวมกันแล้วก่อให้เกิดการ

บิดเบือนหลักการจนสร้างผลเสียในเรื่องหลักนิติธรรมและการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของพลรบที่ ถูกจับกุมตัว

ในอดีต สหรัฐอเมริกามีหลักการเกี่ยวกับการกำหนดสถานภาพพลรบและเชลยศึกให้เป็นไปตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งก็คืออนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 โดยพอจะมีตัวอย่างให้เห็นในส่วนของกาหนดสถานภาพเชลยศึกในสงครามเวียดนาม ซึ่งได้มองว่าพลรบที่มีสิทธิได้สถานภาพเชลยศึกนั้นจะต้องเป็นพลรบที่เป็นสมาชิกของกองทัพของเวียดนามเหนือ (Viet Cong) สมาชิกของหน่วยรบกองโจรที่ได้เข้าทำการสู้รบกับสหรัฐอเมริกา โดยได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่เกี่ยวกับการบังคับบัญชา การแยกตัวออกจากพลเรือน และการปฏิบัติตามกฎและจารีตประเพณีของสงคราม ซึ่งเป็นไปตามข้อ 4A ของอนุสัญญาเจนีวา 1949³ จึงเห็นได้ว่า

³ Geneva Conventions III 1949, Art.4A

“Art 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.

(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 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.

สหรัฐอเมริกาได้ทำการกำหนดสถานภาพพลเรือนที่เป็นไปตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ อันแสดงให้เห็นถึงมุมมองของสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับสงครามว่าเป็นกรณีพิพาททางอาวุธระหว่างประเทศโดยไม่มีกรเอาประเด็นเรื่องการก่อการร้ายเข้ามาปะปนแต่ประการใด⁴

ในกรณีของพลรบตาลิบันก็เช่นกัน สหรัฐอเมริกาสามารถเปลี่ยนไปใช้แนวความคิดเกี่ยวกับกรณีพิพาททางอาวุธแบบเดิมได้โดยไม่ต้องเกรงว่าพลรบตาลิบันจะเข้าร่วมกับกลุ่มก่อการร้ายอีก โดยการปรับเปลี่ยนนโยบายให้มีมุมมองเกี่ยวกับการก่อการร้ายว่าเป็นเรื่องของอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ต้องอาศัยความร่วมมือช่วยกันปราบปราม ส่วนสงครามระหว่างสหรัฐอเมริกาและตาลิบันก็เป็นเรื่องของสงครามระหว่างรัฐ ซึ่งได้มีกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ผูกมัดสหรัฐอเมริกาในฐานะที่สหรัฐอเมริกาเป็นภาคีของความตกลงระหว่างประเทศและในฐานะที่เป็นกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของพลรบให้เป็นที่ไปตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศให้เต็มที่ตามพันธะกรณีของตนมี

5.1.2 เปลี่ยนแปลงแนวคิดในการตีความกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

สหรัฐอเมริกามองว่าพลรบตาลิบันไม่สมควรได้รับสถานภาพพลเรือนเนื่องจากไม่ได้ทำการแยกแยะตนเองให้แตกต่างจากกลุ่มพลเรือนอีกทั้งไม่ได้ปฏิบัติตามกฎและจารีตประเพณีแห่งสงคราม ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว พลรบของกลุ่มตาลิบันก็ไม่ต่างจากพลรบของรัฐอื่น ๆ โดยทั่วไป นั่นคือ มีทั้งพลรบที่เป็นสมาชิกของกองทัพของรัฐ รวมถึงมิลิเชีย หน่วยอาสาสมัคร

(5) Members of crews, including masters, pilots and apprentices, of the merchant marine and the crews of civil aircraft of the Parties to the conflict, who do not benefit by more favourable treatment under any other provisions of international law.

(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.”

⁴ Marco Sassoli and Antoine Bouvier, How does law protect in war? : Cases, documents, and teaching materials on contemporary practice in international humanitarian law , (Geneva: International Committee of the Red Cross 1999), p. 781-783

และหน่วยต่อต้าน ซึ่งในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรืออนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ก็ได้ระบุเอาไว้ชัดเกี่ยวกับเงื่อนไขในการได้มาซึ่งสถานภาพพลรบและสถานภาพเชลยศึก

สหรัฐอเมริกาได้นำเอาบทบัญญัติข้อ 1 ของ Hague Regulations IV Respecting the Law and Customs of War on Land 1907⁵ ซึ่งได้ประมวลหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาตีความโดยมองว่า กองทัพของรัฐบาลจะต้องอยู่ในเงื่อนไขการแยกแยะตนเองให้แตกต่างจากกลุ่มพลเรือนและปฏิบัติตามกฎและจารีตประเพณีแห่งสงคราม ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว หลักการที่ว่าพลรบจะต้องทำตามเงื่อนไขเช่นว่านั้น จะต้องเป็นพลรบที่เป็นมิลิตีหรือหน่วยอาสาสมัครที่ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของกองทัพรัฐคู่สงครามแต่ได้สู้รบให้กับรัฐคู่สงคราม ซึ่งนอกจากหลักการนี้จะปรากฏใน Hague Regulations IV Respecting the Law and Customs of War on Land 1907 แล้ว ยังอยู่ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ข้อ 4A อีกด้วย

ยิ่งกว่านั้น สหรัฐอเมริกาถูกผูกมัดโดยกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในส่วนของ Hague Regulations IV Respecting the Law and Customs of War on Land 1907 และ อนุสัญญาเจนีวา 1949 เท่านั้น โดยพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 สหรัฐฯยังไม่ได้ให้สัตยาบัน ทำให้หลักการเกี่ยวกับการแยกตัวออกจากพลเรือนของพลรบทุกประเภทตามพิธีสารฉบับที่ 1 ปี 1977 นั้นไม่ผูกมัดต่อสหรัฐอเมริกา ด้วยเหตุนี้ ถึงแม้ว่าพลรบกลุ่มตาลิบันจะไม่ได้ทำการแยกตัวออกจากพลเรือนและไม่ได้ปฏิบัติตามกฎและจารีตประเพณีแห่งสงคราม ก็ยังคงได้รับสถานภาพเชลยศึกเช่นเดิม

⁵ Hague Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land 1907 Art. 1 “ 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. In countries where militia or volunteer corps constitute the army, or form part of it, they are included under the denomination "army." “

ดังนั้น สหรัฐอเมริกาไม่อาจปฏิเสธสถานภาพเชลยศึกแก่กลุ่มพลรบตาลิบัน โดยต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในส่วนของการให้สถานภาพเชลยศึก ซึ่งสหรัฐอเมริกาควรปรับแนวความคิดที่เกี่ยวกับการให้สถานภาพจากเดิมที่ไม่ยอมให้อनुสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ใช้นับตั้งแต่วันที่พลรบกลุ่มตาลิบันไม่ยอมแยกแยะตนเองให้แตกต่างจากกลุ่มพลเรือนและไม่ปฏิบัติตามกฎและจารีตประเพณีแห่งสงคราม โดยจะต้องได้รับสถานภาพพลรบและเชลยศึกตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

5.2 แนวทางในการเปลี่ยนแปลงกระบวนการของสหรัฐอเมริกาในการกำหนดสถานภาพแก่กลุ่มพลรบตาลิบัน

แนวทางในการแก้ไขกระบวนการกำหนดสถานภาพพลรบตาลิบันของสหรัฐอเมริกา มีดังต่อไปนี้

5.2.1 การเพิ่มกระบวนการกำหนดสถานภาพพลรบตาลิบันให้สอดคล้องกับอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3

จะเห็นได้ว่า กระบวนการกำหนดสถานภาพและดำเนินคดีต่อพลรบตาลิบันของสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีการกำหนดสถานภาพของพลรบตาลิบันตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเลย ทั้ง ๆ ที่สหรัฐอเมริกามีพันธกรณีในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ในการกำหนดสถานภาพพลรบและเชลยศึก ซึ่งในข้อ 5(2) ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3⁶ ได้วางกระบวนการเกี่ยวกับการให้สถานภาพเชลยศึกแก่พลรบฝ่ายศัตรูที่ถูกควบคุมตัว โดยจะต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าพลรบผู้นั้นได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 จนกว่าจะมีศาลพิเศษเพื่อมาตัดสินชี้ขาดสถานภาพเชลยศึก

⁶ Geneva Convention III 1949, Art. 5(2) "Should any doubt arise as to whether persons, having committed a belligerent act and having fallen into the hands of the enemy, belong to any of the categories enumerated in Article 4, such persons shall enjoy the protection of the present Convention until such time as their status has been determined by a competent tribunal."

คณะกรรมการทหารในช่วงแรกนั้น ไม่ได้มีการกำหนดสถานภาพอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมแม้แต่ร้อยละ โดยกำหนดแค่บุคคลที่ต้องอยู่ภายใต้การพิจารณาคดีของคณะกรรมการทหารเท่านั้น โดยได้ระบุว่าบุคคลผู้ที่ทำการก่อการร้าย หรือสนับสนุนการก่อการร้าย ซึ่งแม้ว่าไม่ได้มีการอ้างถึงโดยตรงเกี่ยวกับพลรบตาลิบัน แต่ความหมายได้มีนัยอ้างไปถึงพลรบของกลุ่มตาลิบันด้วย ต่อมา ศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบ (Combatant Status Review Tribunal) ก็ได้กำหนดบุคคลประเภทเดียวกันนี้ว่าเป็นพลรบฝ่ายศัตรู โดยในคำนิยามของพลรบฝ่ายศัตรูก็ได้บอกถึงพลรบตาลิบันเอาไว้อย่างชัดเจน แต่ก็ไม่ได้ระบุให้เป็นไปตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ยิ่งกว่านั้น ยังไม่มีกระบวนการสันนิษฐานเบื้องต้นตามข้อ 5(2) ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 อีกด้วย ทั้ง ๆ ที่ศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบเป็นกลไกในการกำหนดสถานภาพพลรบซึ่งน่าจะนำไปสู่การกำหนดสถานภาพพลรบที่ชัดเจนได้ แต่ศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบนั้นมีหลักการในกระบวนการกำหนดสถานภาพพลรบตาลิบันที่เป็นการชี้ชัดลงไปแน่นอนว่าพลรบตาลิบันนั้นเป็นพลรบที่มีขอบด้วยกฎหมาย ซึ่งขัดต่อกระบวนการตามข้อ 5(2) ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ที่ให้มีการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าพลรบที่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมตัวของรัฐคู่สงครามฝ่ายศัตรูจะต้องได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 นี้

ในปัจจุบันคณะกรรมการทหารที่อยู่ภายใต้ Military Commissions Act 2006 ยังคงไม่มีกระบวนการในการกำหนดสถานภาพพลรบของกลุ่มพลรบตาลิบันให้เป็นไปตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งได้ส่งผลให้พลรบตาลิบันไม่ได้รับความคุ้มครองตามหลักการอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 อันเกี่ยวกับการคุ้มครองพลรบที่ควร ยังคงมีการชี้ชัดลงไปอย่างแน่นอนว่าพลรบตาลิบันเป็นพลรบฝ่ายศัตรูที่มีขอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Combatant)⁷ ซึ่งตามกระบวนการในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้น ในข้อ 5(2) อนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ได้ระบุถึงกระบวนการสันนิษฐานเบื้องต้นเอาไว้ โดยกระบวนการสันนิษฐานเบื้องต้นเอาไว้ว่าพลรบที่ถูกรัฐคู่สงครามฝ่ายศัตรูทำการควบคุมตัวจะต้องได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 นี้

จะเห็นได้ว่า กระบวนการกำหนดสถานภาพพลรบตาลิบันของคณะกรรมการทหารทั้งในช่วงแรกและหลังจากที่มีการผ่านกฎหมาย Military Commission Act 2006 รวมถึงกระบวนการของศาลทบทวนสถานภาพพลรบนั้น ไม่ได้เดินตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3

⁷ Military Commission Act 2006 , Art. 948a. (1)

เลยแม้แต่ร้อยละ โดยที่กระบวนการในการสันนิษฐานเบื้องต้นเกี่ยวกับการได้สถานภาพเชลยศึกของพลรบผู้นั้น โดยจะต้องมีการสันนิษฐานเอาไว้ก่อนว่าบุคคลผู้นั้นจะต้องได้รับความคุ้มครองในฐานะเชลยศึกตามอนุสัญญาฉบับนี้ จนกว่าศาลพิเศษที่มีอำนาจจะทำหน้าที่ในการชี้ขาดสถานภาพเชลยศึกเพื่อให้รู้ว่าพลรบผู้นั้นได้สถานภาพเชลยศึกหรือไม่ แต่คณะกรรมการทหารของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดสถานภาพของพลรบตาลีบันให้เป็นพลรบฝ่ายศัตรูที่มีขอบด้วยกฎหมาย ทั้ง ๆ ที่พลรบตาลีบันหลายคนเป็นสมาชิกของกองทัพของอัฟกานิสถานที่เป็นรัฐคู่สงครามกับสหรัฐอเมริกา จึงทำให้พลรบตาลีบันไม่ได้รับความคุ้มครองเท่าที่ควร ทั้ง ๆ ที่เป็นพันธะกรณีของสหรัฐอเมริกาตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ในการใช้กระบวนการกำหนดสถานภาพเชลยศึกโดยอาศัยการสันนิษฐานเบื้องต้นว่าพลรบตาลีบันจะต้องได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ก่อนที่จะมีการชี้ขาดสถานภาพเชลยศึกโดยกลไกในรูปแบบของศาล

ยิ่งกว่านั้นคือ คณะกรรมการทหารเป็นคณะกรรมการที่ได้รับการก่อตั้งโดยฝ่ายบริหาร ซึ่งก็คือ ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม ซึ่งตามเจตนารมณ์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้น ได้มุ่งหมายให้กลไกในการพิจารณาชี้ขาดสถานภาพเชลยศึกเมื่อพลรบผู้นั้นตกอยู่ภายใต้อำนาจของรัฐคู่สงครามฝ่ายศัตรู เป็นของกองทัพ ซึ่งกองทัพจะต้องวางกลไกเช่นว่าขึ้นมา ซึ่งกองทัพ ถือเป็นหน่วยงานของรัฐบาลที่เป็นฝ่ายบริหาร นั่นก็เท่ากับว่า คณะกรรมการทหารของสหรัฐอเมริกาก็สามารถทำหน้าที่กำหนดสถานภาพเชลยศึกได้ด้วย โดยกลไกในการพิจารณาคดีนั้นก็ให้เป็นอำนาจของศาลทหารแทน ถึงแม้ว่าศาลทหารจะเป็นกลไกที่สังกัดฝ่ายบริหารก็ตาม แต่มีวิธีพิจารณาคดีที่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมพอสมควร

จึงสมควรให้มีการวางกระบวนการในการกำหนดสถานภาพเชลยศึกตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 เอาไว้ใน Military Commission Act 2006 ซึ่งจะต้องกำหนดเอาไว้เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของพลรบตาลีบันที่ถูกควบคุมตัวในสหรัฐอเมริกา โดยกระบวนการในการพิจารณาคดีต่อพลรบตาลีบันที่ได้กระทำผิดในระหว่างที่ทำการสู้รบนั้น ให้เป็นหน้าที่ของศาลทหารซึ่งมีกระบวนการวิธีพิจารณาคดีที่พร้อมอยู่แล้วสำหรับพลรบฝ่ายศัตรูที่ถูกคุมขังหรือเชลยศึก

5.2.2 ให้การพิจารณาคดีของพลรบเป็นหน้าที่ของศาลทหาร

เมื่อพลรบของคู่สงครามฝ่ายศัตรูตกอยู่ภายใต้อำนาจของรัฐคู่สงคราม รัฐจะต้องทำการกำหนดสถานภาพพลรบศึกในขั้นต้น ในกรณีที่เป็นพลรบที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากเป็นพลรบที่มีชอบด้วยกฎหมายแล้ว นอกจากไม่ได้สถานภาพพลรบศึก ยังต้องถูกดำเนินคดีในความผิดต่าง ๆ ที่ตนได้ทำไปในการรบ เนื่องจากตนไม่มีอภิสิทธิ์ในการเป็นพลรบที่จะต้องรอดจากการดำเนินคดี แต่กระนั้นก็ตาม พลรบที่ชอบด้วยกฎหมายก็อาจถูกดำเนินคดีได้ หากพลรบผู้นั้นกระทำความผิดในกฎหมายสงคราม ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่าจะต้องมีกลไกในการดำเนินคดีกับพลรบทั้งที่ชอบและไม่ชอบด้วยกฎหมายในความผิดที่ได้กระทำไป

กระบวนการของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแต่เดิมนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินคดีต่อพลรบตาลิบันซึ่งเป็นไปตามคำสั่งทางทหารของประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ 13 พฤศจิกายน 2001 โดยกระบวนการพิจารณาคดีของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนนั้นมีข้อบกพร่องในหลายส่วน

เรื่องของการกำหนดคุณสมบัติของสมาชิกที่เป็นองค์ประกอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนนั้น ไม่ได้มีการกำหนดคุณสมบัติอย่างละเอียดว่าจะต้องมีความรู้ในเรื่องของกฎหมายและเป็นสมาชิกของสมาคมนักกฎหมายของศาลทั่วไปหรือศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา จึงส่งผลให้สมาชิกของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและประธานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนที่ขึ้นนั่งพิจารณาคดีพลรบตาลิบันไม่มีความรู้เพียงพอในเรื่องของกฎหมายสงครามและกฎหมายอื่น ๆ ที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนจะต้องนำมาใช้ในการพิจารณาคดี ส่งผลให้เกิดปัญหาในเรื่องของการอำนวยความสะดวกหรือการให้คำปรึกษาต่อพลรบตาลิบันที่ต้องถูกพิจารณาคดีนั้น อีกทั้งในส่วนของการทบทวนสถานภาพพลรบเองก็ไม่ได้มีการระบุถึงคุณสมบัติของตุลาการที่ขึ้นพิจารณาคดีเช่นกันซึ่งก็ได้ส่งผลกระทบต่อการใช้ความเป็นธรรมในการพิจารณาคดีตัวผู้ต้องหา คือพลรบตาลิบันด้วย

ต่อมาในเรื่องของการพิจารณาคดีต่อหน้าจำเลยนั้น ทั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนในช่วงแรกและศาลทบทวนสถานภาพพลรบไม่ได้ให้การรับรองสิทธิของผู้ต้องหาในการเข้าร่วมการพิจารณาคดี ถึงแม้ว่าในเบื้องต้นจะมีหลักการเกี่ยวกับการที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและศาลทบทวนสถานภาพพลรบต้องพิจารณาคดีต่อหน้าจำเลย แต่ก็ยังมีข้อยกเว้นที่ประธานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนหรือตุลาการศาลมีอำนาจในการสั่งให้มีการพิจารณาคดีเป็นการลับโดยไม่ให้จำเลยเข้าร่วมการพิจารณาคดี ทำให้เกิดปัญหาเรื่องของการโปร่งใสในการพิจารณาคดีและการเอื้ออำนวยความสะดวกแก่คดี รวมถึงโอกาสของจำเลยในการพิสูจน์ความผิดของตนเองต่อหน้าคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนหรือศาลทบทวนสถานภาพพลรบ

ยิ่งกว่านั้น คณะกรรมการทหารในช่วงแรกและศาลทบทวนสถานภาพพลรบยังมีปัญหาในเรื่องของการเข้าถึงข้อมูลและทนายความของจำเลย โดยมีการปิดข้อมูลเป็นความลับโดยอ้างเหตุผลในเรื่องของความมั่นคง ซึ่งเป็นมุมมองในเรื่องของการพิจารณาคดีพลรบฝ่ายศัตรู รวมถึงพลรบตาลิบันว่าข้อมูลบางอย่างถ้าหากพลรบฝ่ายศัตรูที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้รับรู้หรือเข้าถึงข้อมูลเช่นว่าได้ จะทำให้พลรบฝ่ายศัตรูสามารถนำเอาข้อมูลไปใช้เพื่อเป็นประโยชน์ในการก่อการร้ายหรือทำการอย่างอื่นที่สหรัฐอเมริกาถือว่าเป็นภัยต่อความมั่นคงของสหรัฐอเมริกา ทั้งๆ ที่ความจริงแล้ว การพิจารณาคดีต่อตัวจำเลยจะต้องให้จำเลยได้เข้าถึงข้อมูลเพื่อนำมาเป็นพยานหลักฐานในการสู้คดี เพื่อให้จำเลยได้รับความเป็นธรรมสูงสุดในการได้รับการพิจารณาคดี

นอกจากนี้ กระบวนการในการทบทวนคำตัดสินของคณะกรรมการทหารในช่วงแรกและศาลทบทวนสถานภาพพลรบนั้น มีปัญหาอยู่มาก โดยคณะกรรมการทหารในช่วงแรกได้กำหนดให้อำนาจในการทบทวนอยู่ที่ตัวประธานาธิบดีแต่เพียงผู้เดียว ในขณะที่ศาลทบทวนสถานภาพพลรบไม่มีกระบวนการในการทบทวนคำตัดสิน ซึ่งทำให้ไม่มีการกลั่นกรองคำตัดสินเช่นว่าอย่างเต็มที่ ต่อมาเมื่อมีการผ่านกฎหมาย Detainee Treatment Act 2005 ก็ได้มีการระบุเอาไว้ว่า การทบทวนคำตัดสินนั้นจะต้องขึ้นศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit ซึ่งเป็นการแก้ไขกระบวนการทบทวนให้ดีขึ้นในระดับหนึ่ง แต่กระนั้นก็ตาม ยังคงมีปัญหาในเรื่องของการพิจารณาทบทวนคำสั่งของคณะกรรมการทหารของพลรบตาลิบันที่ถูกกักขังที่อ่าวกวานตานาโมโดยไม่เปิดโอกาสให้มีการทบทวนคำสั่งเกี่ยวกับพลรบเช่นว่า

ต่อมา เมื่อมีการออก Military Commission Act 2006 เพื่อให้คณะกรรมการทหารทำการพิจารณาคดีของพลรบตาลิบันนั้น ก็ได้มีการแก้ไขจุดบกพร่องในเรื่องของกระบวนการพิจารณาคดีพลรบตาลิบันให้มีความสอดคล้องกับหลักนิติธรรมมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดคุณสมบัติของตุลาการทหารและสมาชิกคณะกรรมการทหารที่ทำการพิจารณาคดี รวมถึงกระบวนการในการทบทวนคำตัดสินของคณะกรรมการทหารซึ่งอาศัยกระบวนการของศาลอุทธรณ์ D.C.Circuit และ ศาลสูงสุดมากขึ้น แต่กระนั้นก็ตาม ก็ยังคงมีปัญหาในเรื่องของหลักนิติธรรมบางประการในส่วนของความโปร่งใสในการเข้าถึงข้อมูลของจำเลยและทนายความของจำเลย อีกทั้งการพิจารณาคดีต่อหน้าจำเลย ซึ่งคณะกรรมการทหารยังคงมีสิทธิปิดการพิจารณาคดีเป็นการลับได้

จะเห็นได้ว่า พลรบของตาลิบันต้องอยู่ภายใต้กระบวนการพิจารณาคดีตาม คณะกรรมาธิการทหารตลอด ซึ่งโดยปกติแล้ว กระบวนการในการดำเนินคดีกับพลรบฝ่ายศัตรู ไม่ว่าจะพลรบผู้เป็นเชลยศึกหรือไม่ ก็คือศาลทหาร ซึ่งจะเห็นได้จากข้อ 2(9) ของกฎหมายทหารของ สหรัฐอเมริกา (Uniform Code of Military Justice) ⁸ นั้น ได้ระบุเอาไว้ว่าบุคคลผู้อยู่ภายใต้การ พิจารณาคดีของศาลทหารคือเชลยศึก อีกทั้งในข้อ 2(10) ⁹ ยังได้ระบุถึงบุคคลผู้ที่ถูกขังอยู่ในค่าย กักกันในยามสงครามโดยไม่ได้เป็นเชลยศึก ก็ยังคงถูกพิจารณาคดีโดยศาลทหารได้

ยิ่งกว่านั้น กระบวนการของศาลทหาร ยังได้คุ้มครองสิทธิของจำเลยในการ พิจารณาคดีอย่างเต็มที่ โดยในเรื่องของการพิจารณาคดีต่อหน้าจำเลยนั้น จำเลยสามารถปรากฏ ตัวในการพิจารณาคดีชั้นศาลในทุกช่วงของการพิจารณาคดี ¹⁰ โดยไม่มีการกีดกันตัวจำเลย

⁸ Uniform Code of Military Justice, Art. 2(9) "(9) Prisoners of war in custody of the armed forces."

⁹ Ibid., Art 2(10) "(10) In time of war, persons serving with or accompanying an armed force in the field."

¹⁰ Ibid., Art. 39 :

"(a) At any time after the service of charges which have been referred for trial by court-martial composed of a military judge and members, the military judge may, subject to section 835 of this title (article 35), call the court into session without the presence of the members for the purpose of--

(1) hearing and determining motions raising defenses or objections which are capable of determination without trial of the issues raised by a plea of not guilty;

(2) hearing and ruling upon any matter which may be ruled upon by the military judge under this chapter, whether or not the matter is appropriate for later consideration or decision by the members of the court;

ออกไปจากการพิจารณาคดีและปิดการพิจารณาคดีเป็นการลับด้วยเหตุผลของความมั่นคงแต่อย่างใด ซึ่งต่างจากกระบวนการพิจารณาคดีของคณะกรรมการทหาร ซึ่งกระบวนการพิจารณาคดีของคณะกรรมการทหารนั้น ได้ระบุถึงการปิดการพิจารณาคดีด้วยเหตุผลเรื่องของความมั่นคง ทำให้ขาดความโปร่งใสในการพิจารณาคดีจำเลยและจำเลยอาจไม่ได้รับความยุติธรรมจากคดีเท่าที่ควร นอกจากนี้ การเข้าถึงข้อมูลของทนายความจำเลยในศาลทหารนั้น ทนายความสามารถเข้าถึงข้อมูลได้อย่างอิสระ¹¹ โดยไม่มีการกีดกันไม่ให้ทนายความของจำเลยเข้าถึงข้อมูลด้วยเหตุผลในเรื่องของความมั่นคง ซึ่งในกระบวนการพิจารณาคดีของคณะกรรมการทหารนั้น ได้มีการกีดกันจำเลยไม่ให้เข้าถึงข้อมูลที่ใช้เป็นหลักฐานในการพิจารณาคดี โดยอ้างถึงเรื่องของความมั่นคงของประเทศเป็นหลัก ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่ากระบวนการของศาลทหารสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีการอ้างถึงเรื่องของความมั่นคง เนื่องจากจะทำให้ความยุติธรรมต่อตัวจำเลยต้องเสียไป อีกทั้งยังรับรองสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมของตัวจำเลยอย่างครบถ้วน

(3) if permitted by regulations of the Secretary concerned, holding the arraignment and receiving the pleas of the accused; and

(4) performing any other procedural function which may be performed by the military judge under this chapter or under rules prescribed pursuant to section 836 of this title (article 36) and which does not require the presence of the members of the court.

These proceedings shall be conducted in the presence of the accused, the defense counsel, and the trial counsel and shall be made part of the record.

(b) When the members of a court-martial deliberate or vote, only the members may be present. All other proceedings, including any other consultation of the members of the court with counsel or the military judge, shall be made a part of the record and shall be in the presence of the accused, the defense counsel, the trial counsel, and in cases in which a military judge has been detailed to the court, the military judge.

¹¹ Ibid., Art 46 “The trial counsel, the defense counsel, and the court-martial shall have equal opportunity to obtain witnesses and other evidence in accordance with such regulations as the President may prescribe. Process issued in court-martial cases to compel witnesses to appear and testify and to compel the production of other evidence shall be similar to that which courts of the United States having criminal jurisdiction may lawfully issue and shall run to any part of the United States, or the Territories, Commonwealths, and possessions.”

จะเห็นได้ว่า กระบวนการในการดำเนินคดีของศาลทหารนั้น ให้ความยุติธรรมได้มากกว่ากระบวนการดำเนินคดีของคณะกรรมการทหาร เนื่องจากไม่มีการเอาเรื่องของความมั่นคงมาอ้าง จนทำให้ต้องมีการกีดกันไม่ให้จำเลยเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีหรือกีดกันไม่ให้เข้าถึงข้อมูลต่าง ๆ โดยกระบวนการพิจารณาคดีของศาลทหารนั้น จำเลยและทนายจำเลยสามารถปรากฏตัวได้ในทุกช่วงของการพิจารณา เพื่อให้จำเลยได้รับความยุติธรรมสูงสุดในคดี ยิ่งกว่านั้น ทนายความของจำเลยสามารถเข้าถึงข้อมูลได้อย่างเสรี ทั้งนี้เพื่อช่วยให้จำเลยมีข้อมูลหลักฐานเพียงพอในการนำสืบให้ตนพ้นจากความผิด อันเป็นการสร้างความยุติธรรมแห่งคดี ทำให้จำเลยได้รับประโยชน์สูงสุดในการถูกพิจารณาคดี

กระบวนการในการกำหนดสถานภาพพลรบของกลุ่มตาลิบันโดยสหรัฐอเมริกา นั้น พอจะสรุปเป็นตารางได้ดังนี้

ประเด็น	คณะกรรมการทหาร	ศาลพิเศษทบวง สถานภาพพลรบ	คณะกรรมการทหาร ภายใต้ Military Commissions Act 2006	ศาลทหาร
บุคคลภายใต้เขตอำนาจในการพิจารณา	-สมาชิกขององค์กรก่อการร้ายอัลเคด้า -บุคคลที่เข้าร่วมหรือสนับสนุนการก่อการร้าย - รัฐหรือบุคคลผู้ให้ที่พักพิงหลบซ่อนแก่กลุ่มผู้ก่อการร้ายหรือผู้ที่ร่วมก่อการร้ายซึ่งก็รวมถึงตาลิบันด้วย	สมาชิกขององค์กรก่อการร้ายอัลเคด้า -บุคคลที่เข้าร่วมหรือสนับสนุนการก่อการร้าย - รัฐหรือบุคคลผู้ให้ที่พักพิงหลบซ่อนแก่กลุ่มผู้ก่อการร้ายหรือผู้ที่ร่วมก่อการร้ายซึ่งก็รวมถึงตาลิบันด้วย	สมาชิกขององค์กรก่อการร้ายอัลเคด้า -บุคคลที่เข้าร่วมหรือสนับสนุนการก่อการร้าย - รัฐหรือบุคคลผู้ให้ที่พักพิงหลบซ่อนแก่กลุ่มผู้ก่อการร้ายหรือผู้ที่ร่วมก่อการร้ายซึ่งก็รวมถึงตาลิบันด้วย - พลรบศัตรูที่มีขอบด้วยกฎหมายโดยศาลพิเศษทบวง สถานภาพพลรบ หรือศาลพิเศษอื่น ๆ	เชลยศึกที่ถูกคุมขังและพลรบที่เข้าร่วมการสู้รบโดยตรง
สมาชิกและประธาน	1. เป็นทหารประจำการเจ้าหน้าที่รักษาความมั่นคงภายใน หรือนายทหารนอกราชการ 2. ทำหน้าที่ในการ	1. เจ้าหน้าที่ทหารของกองทัพอเมริกาซึ่งมีสิทธิลงมติ 2. ประธานคณะตุลาการเป็นนายทหาร	1. เป็นทหารประจำการโดยเจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการทหารระบุดุชนสมบัติโดยคำนึงถึงวัยวุฒิ คุณวุฒิ	ตุลาการทหารเป็นประธานในการพิจารณาคดี โดยจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ทหารสังกัดกองทัพและ

	<p>พิจารณาคดี</p> <p>3. ประธานคณะกรรมการอาหารมีหน้าที่สำคัญในการควบคุมการพิจารณาคดีให้เป็นไปโดยเรียบร้อยตามคำสั่งทางทหารของประธานาธิบดี</p>	<p>ระดับอาวุโส</p> <p>3. เป็นผู้บันทึกการพิจารณาคดีเป็นนายทหารพระธรรมนูญหรือไม่ก็ได้</p>	<p>ประสบการณ์ ฯลฯ</p> <p>2. ตุลาการทหารเป็นประธานในคณะกรรมการอาหารทำการตัดสินใจและต้องมีความรู้ทางกฎหมาย</p>	<p>มีความรู้ทางด้านกฎหมาย โดยตุลาการทหารนั้นต้องได้รับการมอบหมายมาจากรัฐธรรมนูญของกระทรวงกลาโหม</p>
ฝ่ายดำเนินคดี	<p>ประกอบไปด้วยอัยการและผู้ช่วยอัยการซึ่งมาจากนายทหารพระธรรมนูญ มีหน้าที่</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ฟ้องคดีต่อผู้ต้องหา 2. เตรียมข้อหาให้กรรมการอาหารพิจารณาคดี 3. เป็นตัวแทนของฝ่ายดำเนินคดีในกระบวนการทบทวนคำสั่งคณะกรรมการ 	<p>ไม่ปรากฏในคำสั่งแต่งตั้งศาล</p>	<p>เป็นได้ทั้งนายทหารพระธรรมนูญหรืออัยการพลเรือนซึ่งมีความรู้ทางกฎหมายโดยมีหน้าที่ในการดำเนินการฟ้องคดีต่อจำเลย</p>	<p>อัยการมีหน้าที่ในการดำเนินคดีต่อจำเลยโดยจะต้องมาจากนายทหารพระธรรมนูญซึ่งเป็นสมาชิกของสมาคมนักกฎหมายของศาลสหพันธรัฐหรือศาลสูงสุด และได้รับอนุญาตให้ทำหน้าที่อัยการในศาลทหาร</p>
ฝ่ายผู้คดี	<p>ให้คำปรึกษาจำเลยและเป็นตัวแทนจำเลยในกระบวนการทบทวนคำสั่งคณะกรรมการอาหาร ประกอบด้วย</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ทหารพระธรรมนูญในกองทัพ ซึ่งได้รับการจัดสรรให้ว่าความแก่จำเลย 2. ทนายความทหารที่จำเลยเลือกเอง 3. ทนายความพลเรือน 	<p>ผู้แทนส่วนตัว ซึ่งเป็นทหารที่กระทรวงกลาโหมมอบหมายให้ช่วยจำเลยผู้คดี ให้คำปรึกษาจำเลยในการสู้คดี พิจารณาข้อมูลของกระทรวงกลาโหมที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาสถานภาพ รวมถึงบันทึก คำตัดสิน หรือรายงานของการพิจารณาคดีในครั้งก่อน ซึ่งก็คือการพิจารณาคดีในคณะกรรมการอาหาร</p>	<p>ทนายความทำหน้าที่ในการช่วยจำเลยในการสู้คดี</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. มีทั้งทนายความทหาร และทนายความพลเรือน 2. ทนายความทหารจะต้องได้รับมอบหมายให้ว่าความแก่จำเลย 3. จะต้องเป็นนายทหารพระธรรมนูญและได้รับอนุญาตว่าความในศาลทหาร 4. ทนายความพลเรือนจะต้องเป็นชาวอเมริกันที่ได้รับอนุญาตให้ว่าความและไม่มีอคติทางด้านวินัยและคดีความ 	<p>ทนายความทำหน้าที่ในการช่วยจำเลยในการสู้คดี มีทั้งทนายความทหารและทนายความพลเรือน</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ทนายความทหารเป็นทนายความที่ทางศาลทหารจัดให้ แต่จำเลยสามารถเลือกตัวทนายทหารสำหรับช่วยจำเลยแก่ต่างได้เองเมื่อเลือกแล้วก็ไม่จำเป็นต้องใช้ทนายความทหารที่จัดให้ 2. ทนายความทหารจะต้องมาจากนายทหารพระธรรมนูญซึ่งเป็นสมาชิกของสมาคมนัก

			5. จำเลยว่าความแตกต่างให้ตนเองได้เว้นแต่เมื่อที่จำเลยไม่อาจทำตามหลักการเกี่ยวกับการพิจารณาคดีในคณะกรรมการทหารจะต้องมีการจัดหาทนายความมาว่าความให้	กฎหมายของศาลสหพันธรัฐหรือศาลสูงสุดและได้รับอนุญาตให้ทำหน้าที่ทนายความในศาลทหาร 3. สามารถจ้างทนายความพลเรือนได้โดยให้ทนายความทหารเป็นผู้ช่วยทนายความพลเรือน
ข้อปฏิบัติก่อนการพิจารณาคดี	1. อัยการเตรียมข้อหาในการกล่าวหาจำเลย 2. อัยการส่งสำเนาข้อหาไปยังจำเลยทนายความ ประธานและสมาชิกคณะกรรมการทหาร 3. ฝ่ายจำเลยและอัยการอาจทำข้อตกลงจำกัดการลงโทษ 4. คณะกรรมการทหารเบิกพยานเพื่อนำสืบ ซักถามพยานหลักฐาน	ไม่ปรากฏในคำสั่งแต่งตั้งศาล	1. ตั้งข้อหาและกำหนดความผิดของจำเลย 2. แจ้งข้อหาไปยังจำเลย และอัยการส่งสำเนาเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการตั้งข้อหาไปให้จำเลย 3. คำให้การและข้อความที่ได้มาทั้งก่อนและหลัง DTA 2005 สามารถรับฟังได้หากมีคุณค่าแก่การพิสูจน์	1. ตั้งข้อหาและกำหนดความผิดของจำเลย 2. ห้ามการบังคับให้รับสารภาพ 3. สืบสวนหลักฐานก่อนที่จะทำการส่งสำเนาข้อหาไปให้จำเลย 4. ก่อนพิจารณาคดีต้องให้นายทหารพระธรรมนูญ กำหนดความผิด รวมถึงสรุปประเด็นและให้คำแนะนำเกี่ยวกับการพิจารณาคดี
กระบวนการพิจารณาคดี	1. สันนิษฐานเอาไว้ก่อนว่าจำเลยบริสุทธิ์ 2. เตรียมตัวทนายความทหารล่วงหน้าก่อนพิจารณาคดี 3. จำเลยและทนายความทหารเข้าถึงข้อมูลที่ฝ่ายดำเนินคดีเห็นว่าเป็นประโยชน์ต่อจำเลย 4. จำเลยเข้าถึงกระบวนการพิจารณาคดี	1. ศาลแจ้งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกำหนดสถานภาพจำเลยเป็นพลรบฝ่ายศัตรู (Enemy Combatant) 2. สมาชิกของศาลพิเศษและเสมียนศาลสอบสวนก่อนพิจารณาคดี 3. บันทึกการพิจารณาคดีจะต้องเป็นหลักฐานทางเอกสาร 4. รายงานคำตัดสิน	1. ตุลาการทหารยอมรับพยานหลักฐานที่มีคุณค่าแก่การพิสูจน์คดี 2. สมาชิกของคณะกรรมการทหารไม่ได้มีส่วนร่วมในการพิจารณาคดี มีแต่ตุลาการทหารพิจารณาคำร้องโดยไม่พิจารณาประเด็นในคำให้การจำเลย 3. รับคำร้องขอของ	1. กำหนดประเด็นที่จะต้องทำการโต้แย้ง 2. กำหนดประเด็นที่จะต้องทำการตัดสิน 3. กรณีที่เกี่ยวข้องข้อบังคับของกระทรวงกลาโหมให้ศาลรับคำสารภาพของจำเลย

	คดีในทุกขั้นตอนเว้นแต่ประธานสั่งให้พิจารณาคดีเป็นการลับซึ่งจำเลยเข้าฟังไม่ได้	ของศาลแบบปลายลักษณะอักษร และบันทึกการพิจารณาคดีต้องมีการเก็บเอาไว้เป็นหลักฐานในภายหลัง	จำเลยตามที่ข้อบังคับของรัฐมนตรีกว่าการกระทรวงกลาโหมเป็นผู้วางเอาไว้ได้ 4. การพิจารณาคดีที่สมาชิกคณะกรรมาธิการทหารจะต้องพิจารณาคดีร่วมกับตุลาการทหารต้องทำต่อหน้าอัยการจำเลยและทนายความของจำเลย	
การเข้าถึงการพิจารณาคดี	มีการพิจารณาคดีลับซึ่งกันไม่ให้จำเลยทนายความพลเรือนหรือบุคคลอื่นเข้าร่วมการพิจารณาคดีได้ ยกเว้นทนายความทหาร เพื่อปกป้องข้อมูลลับหรือข้อมูลที่ได้รับการคุ้มครองเพื่อความปลอดภัยของตัวบุคคลและความมั่นคง	จำเลยและผู้แทนส่วนตัวของจำเลยมีสิทธิเข้าร่วมการพิจารณาคดีในทุก ๆ ช่วง เว้นแต่ศาลเห็นว่า เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคง จำเลยและผู้แทนส่วนตัวไม่มีสิทธิเข้าร่วมการพิจารณาคดี	ตุลาการทหารปิดการพิจารณาคดีให้เป็นการลับได้ในกรณีที่เป็นเรื่องของความมั่นคงหรือเป็นเรื่องของการรับรองความปลอดภัยของผู้ที่เข้าร่วมในการพิจารณาคดี รวมถึงในกรณีที่จำเลยมีพฤติกรรมไม่เหมาะสม	จำเลยและทนายความของจำเลยสามารถเข้าถึงการพิจารณาคดีได้ในทุกขั้นตอน
พยานบุคคล	ทั้งจำเลยและอัยการเรียกร้องให้พยานบุคคลได้ และพยานบุคคลต้องได้รับความคุ้มครอง	1. ไม่อาจบังคับจำเลยให้การนำสืบพยานต่อหน้าศาล 2. หากพยานบุคคลเป็นทหารจากกองทัพ ยานผู้นั้นไม่จำเป็นต้องให้การเป็นพยานก็ได้ ถ้าผู้บังคับบัญชาไม่อนุญาตเนื่องจากกระทบต่อการปฏิบัติการทางทหาร 3. กรณีพยานบุคคลขาดนัดพิจารณาคดี จำเลยใช้พยานเอกสารแทนได้ 4. ไม่ถูกผูกมัดโดยกฎหมายพยานที่ใช้ใน	ไม่ปรากฏ	ศาลสามารถเบิกตัวพยานบุคคลเข้ามาให้ปากคำต่อศาลทหารได้อีกทั้งทนายความของจำเลยและอัยการมีสิทธิเท่าเทียมกันในการได้มาซึ่งพยานบุคคล

		ศาลทั่วไปของสหรัฐอเมริกา 5. ยอมรับเอาพยานบอกเล่ามาใช้ในการสืบพยานได้		
การเข้าถึงข้อมูลเพื่อให้เป็นพยานหลักฐาน	ข้อมูลลับเป็นข้อมูลที่ ต้อง ใ้ ด้ รั บ ค ว า ม ค ุ้ ม ค ร อ ง ไม่ให้มีการเปิดเผย ไม่ว่าจะเป็ น จำเลยหรือทนายความจำเลย ทั้ง ที่ เป็น ทนายความทหารและ ทนายความพลเรือน โดยจะต้องเป็นข้อมูลที่เกี่ยวกับความมั่นคง	จำเลยมีสิทธิการใช้ ข้อมูลร่วมกันกับผู้แทนส่วนตัว เว้นแต่ในกรณีของข้อมูลที่ปิดเป็น ความลับ	ข้อมูลลับเป็นข้อมูลที่ ต้อง ใ้ ด้ รั บ ค ว า ม ค ุ้ ม ค ร อ ง ไม่ให้มีการเปิดเผย ไม่ว่าจะเป็ น จำเลยหรือทนายความจำเลย ทั้ง ที่ เป็น ทนายความทหารและ ทนายความพลเรือน โดยจะต้องเป็นข้อมูลที่เกี่ยวกับความมั่นคง	อัยการและทนายความของจำเลยมีสิทธิเท่าเทียมกันในการได้มาซึ่ง ข้อมูลอันใช้เป็นพยานในคดี
การตัดสินคดี	จะต้องทำการลงมติ เป็นการลับในการ ตัดสินความผิดของ จำเลยนั้น โดยต้องลง มติ 2 ใน 3 ของสมาชิก คณะกรรมการทหาร ทั้งหมด ยกเว้นโทษ ประหารชีวิตซึ่งต้องลง มติเป็นเอกฉันท์	ถ้าศาลตัดสินว่าจำเลย ไม่มีสถานภาพเป็นพล รบฝ่ายศัตรูอีกต่อไป ศาลจะทำรายงาน ส่งไปยังรัฐมนตรีว่าการ กระทรวงกลาโหมหรือ ผู้แทนรัฐมนตรีรับทราบ ก่อ น แ จ้ ง ไป ยั ง รัฐ ม น ต ร ี ว่า ก า ร ก ร ะ ท ร ว ง ก า ร ต่ า ง ป ร ะ เ ท ศ เพื่ อ ต ี ด ต อ เ จ ร จ า ให้การปล่อยตัว หรือ ส่ง ต่อ ไป ยั ง ป ร ะ เ ท ศ ที่ มี พ ัน ธิ ในทางนโยบายการ ต่ า ง ป ร ะ เ ท ศ กั บ สหรััฐอเมริกา	1. คณะกรรมการทหารจะต้องลงมติเป็น การลับ 2. สมาชิก คณะกรรมการทหาร ลงคะแนนในส่วนของ ผลการพิจารณาคดี และการตัดสินลงโทษ 3. ตุลาการทหารตัดสิน ในประเด็นเกี่ยวกับ กฎหมายและประเด็น ในบทสนทนาในการ พิจารณาคดี โดยคำ ตัดสินถือเป็นอันยุติ 4. คณะกรรมการทหารจะต้องลงมติ ตัดสินโทษ 2 ใน 3 ขึ้น ไป 5. ของโทษจำคุก 10 ปี ขึ้นไปจนถึงจำคุก ตลอดชีวิต ต้องลงมติ มากกว่า 3 ใน 4 6. ไม่อาจลงมติให้ ลงโทษประหารชีวิตได้ เว้นแต่โทษประหาร ชี วิ ต อ ยู่ ใน Military	1. การตัดสินคดีของ ศาลทหารจะต้องลงมติ เป็นการลับ 2. ตุลาการศาลทหาร เป็นผู้ลงคะแนนในส่วน ของผลการพิจารณา คดี และการ ตัด สิ้น ลงโทษ 3. ตุลาการศาลทหาร จะ ต้อง ตัด สิ้น ใน ประเด็นที่เกี่ยวกับ กฎหมายและประเด็น ในข้อความสนทนาใน การพิจารณาคดี โดย คำ ตัด สิ้น ของ ตุลา การทหารถือเป็นอันยุติ 4. การลงมติดัดสินโทษ ส ม า ช ิ ก คณะกรรมการทหาร จะต้องลงมติ 2 ใน 3 ขึ้นไป 5. ในกรณีของโทษ จำคุก 10 ปีขึ้นไปจนถึง จำ คุ ก ต ล อ ด ชี วิ ต จะต้องลงมติมากกว่า 3 ใน 4

			Commissions Act 2006 หรือกฎหมายสงคราม	
การลงโทษ	ต้องระวางโทษที่เหมาะสมกับความผิดที่ได้มีการพิสูจน์พบ	ไม่มีการลงโทษเนื่องจากเป็นการทบทวนสถานภาพพลรบ	ต้องไม่เป็นการพิพากษาลงโทษอย่างทารุณและต้องไม่เกินขอบเขตที่กำหนดเอาไว้โดยประธานาธิบดีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม	จะต้องไม่ลงโทษอย่างทารุณและไม่เกินขอบเขตที่กำหนดเอาไว้โดยประธานาธิบดี
การทบทวนคำตัดสิน	<p>1. เจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการทหารทบทวนบันทึกการพิจารณาคดีที่คณะกรรมการทหารทำขึ้น</p> <p>2. ส่งต่อไปยังคณะกรรมการทบทวนคำสั่งของคณะกรรมการทหาร</p> <p>3. รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมทบทวนข้อมูลอีก</p> <p>4. ประธานาธิบดีทบทวนในขั้นตอนสุดท้ายและมีอำนาจลงโทษในกรณีไม่ได้แต่งตั้งให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมเป็นผู้ทำการแทนประธานาธิบดี</p> <p>5. ในปี 2005 DTA 2005 ให้ศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit ทำการทบทวนคำตัดสินของคณะกรรมการทหารแทน</p>	<p>ศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit ทบทวนคำตัดสินของศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบพิจารณาคำตัดสินของศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบในเรื่องของสถานภาพของพลรบฝ่ายศัตรู ส่วนพลรบศัตรูที่เป็นคนต่างด้าวที่ถูกคุมขังที่กวนตานาโมนั้น ศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit มีอำนาจทบทวนสถานภาพแต่ผู้เดียวโดยศาลอื่นๆ ไม่อาจทบทวนคำตัดสินของศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit หรือพิจารณาสถานภาพของพลรบเช่นว่า</p>	<p>1. เจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการทหารทบทวนคำตัดสินของคณะกรรมการทหารอีกทั้งมีอำนาจสั่งลงโทษและสั่งให้คณะกรรมการทหารกลับไปทบทวนการพิจารณาของตนเองหรือพิจารณาคดีใหม่ได้ เมื่อมีข้อผิดพลาดในบันทึกการพิจารณาคดีหรือบันทึกการพิจารณาคดีไม่ได้แสดงข้อมูลที่ชัดเจน</p> <p>2. สหรัฐอเมริกาสามารถอุทธรณ์คดีนี้ได้เองในกรณีของการที่ศาลทหารยุติการตั้งข้อหาและกำหนดความผิดก็ตกกันหลักฐานที่จำเป็นต่อการพิจารณา คดีหรืออื่นๆ</p> <p>3. ศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit มีอำนาจทบทวนคำตัดสินของคณะกรรมการทหารโดยต้องได้รับคำร้อง</p>	<p>1. เจ้าหน้าที่แต่งตั้งศาลทหารมีอำนาจในการทบทวนคำตัดสินของศาลทหารและสามารถสั่งให้คณะกรรมการทหารกลับไปทบทวนการพิจารณาของตนเองหรือพิจารณาคดีใหม่ได้ เมื่อมีข้อผิดพลาดในบันทึกการพิจารณาคดีหรือบันทึกการพิจารณาคดีไม่ได้แสดงข้อมูลที่ชัดเจน</p> <p>2. สหรัฐอเมริกาสามารถอุทธรณ์คดีนี้ได้เองในกรณีของการที่ศาลทหารยุติการตั้งข้อหาและกำหนดความผิดก็ตกกันหลักฐานที่จำเป็นต่อการพิจารณา คดีหรืออื่นๆ</p> <p>3. ศาลทบทวนคำตัดสินของศาลทหาร (Court of Military Review)</p> <p>4. จากนั้นศาลทบทวนคำตัดสินของศาลทหาร</p>

			<p>อุทธรณ์หลังจากคำตัดสินของศาลทบทวนของคณะกรรมการทหารมีผลบังคับ หรือหลังจากที่จำเลยทำเรื่องงดเว้นอุทธรณ์ต่อศาลทบทวนของคณะกรรมการทหาร</p> <p>5. ศาลสูงสุดทบทวนขั้นสุดท้าย หลังจากคู่ความส่งคำร้องขอให้ศาลสูงสุดพิจารณาทบทวนคำตัดสินของศาลอุทธรณ์อีกครั้ง</p> <p>6. รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมทำหน้าที่ลงโทษตามคำตัดสิน ยกเว้นโทษประหารชีวิต</p> <p>7. ประธานาธิบดีมีสิทธิลงโทษประหารชีวิตและยังมีสิทธิลดโทษได้อีกด้วย</p>	<p>จึงส่งไปให้กับศาลอุทธรณ์ทหาร (Court of Military Appeal)</p> <p>5. คำตัดสินของศาลอุทธรณ์ทหารทบทวนได้โดยศาลสูงสุด</p> <p>6. ประธานาธิบดีมีสิทธิลงโทษประหารชีวิตและยังมีสิทธิลดโทษได้อีกด้วย</p>
--	--	--	---	--

จากตารางจะเห็นได้ว่าสหรัฐอเมริกายังคงมีปัญหาที่ต้องแก้ไขในส่วนของ การเข้าถึงข้อมูลของจำเลยและการพิจารณาคดีต่อหน้าจำเลย ซึ่งแม้ว่าศาลทหารจะเป็นศาลที่ไม่ได้สังกัดในส่วนของอำนาจตุลาการ โดยสังกัดอยู่ในกระทรวงกลาโหมซึ่งอยู่ในฝ่ายบริหารก็ตาม แต่ก็ยังคงมีหลักนิติธรรมครบถ้วน และมีวิธีพิจารณาคดีที่เหมาะสมสำหรับพิจารณาคดีพลรบตาลีบัน อยู่แล้ว ไม่ว่าจะ มีสถานภาพเป็นเชลยศึกตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศหรือไม่ก็ตาม

แนวทางในการเปลี่ยนหลักการและกระบวนการในการกำหนดสถานภาพพลรบตาลีบันให้ เป็นไปตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้น จะต้องเป็นการเปลี่ยนแปลงในส่วนของ แนวคิดเกี่ยวกับสงครามต่อต้านการก่อการร้าย ซึ่งสหรัฐอเมริกาได้นำเอามาเป็นประเด็นในการ กำหนดสถานภาพและการดำเนินคดีต่อพลรบตาลีบัน ซึ่งเป็นการหลีกเลี่ยงการนำเอากฎหมาย มนุษยธรรมระหว่างประเทศมาใช้บังคับ ส่งผลให้พลรบตาลีบันไม่ได้รับความคุ้มครองเท่าที่ควร โดยจะต้องมีการเปลี่ยนแปลงให้กลับคืนสู่แนวคิดเดิมก่อนหน้าที่จะมีเหตุการณ์เมื่อวันที่ 11 กันยายน 2001 ซึ่งก็มีตัวอย่างในกรณีของสงครามเวียดนาม ซึ่งสหรัฐอเมริกาได้ทำการกำหนด

สถานการณ์เขลยศึกแก่พลรบของเวียดนามเหนือซึ่งเป็นไปตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ อันสะท้อนให้เห็นถึงแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดสถานภาพและการคุ้มครองพลรบฝ่ายศัตรู นอกจากนี้ สหรัฐอเมริกาควรเปลี่ยนแนวคิดเกี่ยวกับการตีความกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยสหรัฐอเมริกาได้ตีความข้อ 1 ของ Hague Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land 1907 และอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ให้เงื่อนไขเรื่องการแยกตัวออกจากพลเรือนและการปฏิบัติตามกฎและจารีตประเพณีแห่งสงครามให้ครอบคลุมไปถึงพลรบที่เป็นสมาชิกกองทัพ ทั้ง ๆ ที่หลักการนี้ใช้กับมิลิตารี หน่วยอาสาสมัคร และกลุ่มเคลื่อนไหวต่อต้านซึ่งไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของกองทัพ เนื่องจากหน่วยรบเหล่านี้ไม่มีระเบียบในการปฏิบัติที่ชัดเจนเหมือนในกฎระเบียบของกองทัพปกติ ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีการระบุเงื่อนไขไว้สำหรับการได้สถานภาพ ซึ่งสหรัฐอเมริกาจะต้องทำการแก้ไขโดยใช้การตีความในแบบเดิมเพื่อให้พลรบตาลิบันได้รับความคุ้มครอง

นอกจากนี้ แนวทางเปลี่ยนแปลงกระบวนการในการกำหนดสถานภาพพลรบตาลิบัน จะต้องมีการแก้กฎหมายที่เกี่ยวกับคณะกรรมการทหาร หรือ Military Commissions Act 2006 ให้มีกระบวนการกำหนดสถานภาพที่เป็นไปตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมากขึ้นโดยเป็นไปตามข้อ 5(2) ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ที่สหรัฐอเมริกาเป็นภาคี นอกจากนี้ กระบวนการในการดำเนินคดีต่อพลรบตาลิบันควรใช้ศาลทหาร เนื่องจากกระบวนการของศาลทหารนั้นมีพร้อมสำหรับการพิจารณาคดีของเขลยศึกและพลรบที่ไม่เป็นเขลยศึกแต่ถูกกักขัง ซึ่งกระบวนการของศาลทหารนั้นเป็นไปตามหลักนิติธรรมพอสมควร โดยเปิดโอกาสให้ทนายความของจำเลยเข้าถึงข้อมูลเพื่อใช้ในการเป็นหลักฐานในการสู้คดีได้ อีกทั้งยังเปิดโอกาสให้จำเลยและทนายความจำเลยเข้าฟังการพิจารณาคดีได้ในทุกช่วง โดยไม่มีการอ้างถึงเรื่องของความมั่นคงมาเป็นเหตุผลในการกีดกัน ซึ่งทำที่สุดแล้ว ก็ได้นำไปสู่บทต่อไปซึ่งเป็นบทสรุปและข้อเสนอแนะเพิ่มเติมสำหรับการแก้ไขปัญหาการกำหนดสถานภาพพลรบตาลิบันโดยสหรัฐอเมริกา

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

สหรัฐอเมริกาที่มีมุมมองในการกำหนดสถานภาพพลรบตาลิบันที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยสหรัฐอเมริกาได้มีแนวคิดเกี่ยวกับการทำสงครามที่เปลี่ยนไป ซึ่งหลังจากที่มีการก่อวินาศกรรมที่อาคารเวิลด์เทรดเซนเตอร์ กรุงนิวยอร์ก สหรัฐอเมริกาเมื่อวันที่ 11 กันยายน ปี 2001 ได้ทำให้สหรัฐอเมริกาวางแนวคิดเรื่องการทำสงครามในรูปแบบใหม่ เรียกว่า สงครามต่อต้านการก่อการร้าย ซึ่งสงครามต่อต้านการก่อการร้ายนั้น ได้มองถึงการเริ่มต้นและสิ้นสุดของสงครามไม่เหมือนแนวคิดแบบเก่า นั่นก็คือ แทนที่จะมองว่าการทำสงครามเป็นเรื่องระหว่างรัฐ 2 รัฐขึ้นไป ใช้กำลังอาวุธเข้าสู่รบกันเพื่อประโยชน์ในด้านต่าง ๆ ไม่ว่าจะด้าน ยุทธศาสตร์ หรือด้านอื่น ๆ และสิ้นสุดลงเมื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ชัยชนะหรือทั้ง 2 ฝ่ายตกลงยุติการสู้รบ กลับมองว่าสงครามต่อต้านการก่อการร้ายเป็นสงครามที่ปราบปรามผู้ก่อการร้าย โดยได้มุ่งจุดสนใจไปยังปัญหาการก่อการร้ายและผู้กระทำการก่อการร้ายต่อสหรัฐอเมริกาเมื่อวันที่ 11 กันยายน 2001 ซึ่งสหรัฐอเมริกามองว่าสงครามต่อต้านการก่อการร้ายจะสิ้นสุดลงก็ต่อเมื่อปัญหาการก่อการร้ายได้หมดสิ้นไป อีกทั้งผู้ก่อการร้ายที่ได้ก่อวินาศกรรมที่สหรัฐอเมริกาถูกจับหรือพ่ายแพ้ในสงครามเชื่อว่าจนหมด ซึ่งกินเวลานาน เนื่องจากการปราบปรามการก่อการร้ายไม่มีทางที่จะหมดภายในเวลาอันสั้น

ในความเป็นจริงแล้วการปราบปรามการก่อการร้ายไม่ถือเป็นการทำสงครามแต่อย่างใด เพราะเป็นการใช้อำนาจปราบปรามกลุ่มอาชญากรรมระหว่างประเทศมากกว่า ซึ่งเป็นเรื่องที่รัฐทำกับตัวจนที่ไม่ใช่รัฐมากกว่าการที่รัฐต้องใช้กำลังทหารกับรัฐด้วยกัน ทั้งนี้ ถือว่าเป็นการที่สหรัฐอเมริกาเอาแนวคิดเรื่องการปราบปรามการก่อการร้ายมาปะปนกับการทำสงครามระหว่างประเทศ แล้วชูประเด็นให้ใหญ่จนกลายเป็นประเด็นของการทำสงครามจนเกิดความเข้าใจผิดว่าจริง ๆ แล้วการปราบปรามการก่อการร้ายเป็นการใช้กำลังทหารเข้าปะทะกับผู้ก่อการร้าย ยิ่งกว่านั้น สหรัฐอเมริกายังได้กำหนดให้พลรบตาลิบันที่เป็นสมาชิกของกองทัพของอัฟกานิสถาน ซึ่งเป็นรัฐคู่สงครามที่ให้ที่พักพิงแก่ผู้ก่อการร้าย หรือสนับสนุนการก่อการร้าย ไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ทั้ง ๆ ที่พลรบผู้เป็นสมาชิกของกองทัพที่ได้สู้รบกับสหรัฐอเมริกา อย่างน้อยก็จะต้องได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยแม้ว่าจะไม่มีสิทธิในการรับสถานภาพพลรบตาลิบันก็ยังคงได้รับความคุ้มครองขั้นพื้นฐานตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

สหรัฐอเมริกายังมีหลักการเกี่ยวกับการไม่นำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาใช้กับพลรบตาลิบัน ด้วยเหตุที่พลรบตาลิบันเป็นพลรบของศัตรูที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการเป็นพลรบของศัตรูที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เป็นการที่พลรบตาลิบันเป็นพลรบของรัฐที่สนับสนุนและให้ที่พักพิงแก่ผู้ก่อการร้าย ยิ่งกว่านั้นยังมองว่าพลรบตาลิบันไม่ได้แยกตัวออกจากพลเรือนและไม่ได้ปฏิบัติตามกฎและจารีตประเพณีแห่งสงคราม ซึ่งเป็นเงื่อนไขในการกำหนดสถานภาพพลรบของมิลิเซีย หน่วยอาสาสมัคร หรือกลุ่มเคลื่อนไหวต่อต้าน ซึ่งได้ระบุเอาไว้ในข้อ 4A(2) อนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ซึ่งโดยความจริงแล้ว พลรบตาลิบันนั้น เป็นสมาชิกของกองทัพรัฐบาลของอัฟกานิสถาน ซึ่งเป็นรัฐที่ทำกรสู้รบกับสหรัฐอเมริกา โดยเงื่อนไขเช่นนั้นไม่ได้ผูกมัดต่อพลรบที่เป็นของรัฐบาลแต่อย่างใด แต่สหรัฐอเมริกาได้ตีความให้ครอบคลุมโดยอ้างถึงข้อ 1 ของ Hague Regulations (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land 1907 ว่า ได้ระบุเอาไว้ให้ผูกมัดพลรบที่เป็นสมาชิกของกองทัพ ซึ่งโดยปกติแล้ว พลรบของกองทัพของรัฐคู่สงครามนั้นอยู่ภายใต้ระเบียบของการปฏิบัติในยามสงครามซึ่งมีข้อบังคับเกี่ยวกับวิธีการรบอยู่แล้ว ไม่ว่าจะเป็นการแยกตัวออกจากพลเรือน การปฏิบัติตามกฎและจารีตประเพณีสงคราม หรือการบังคับบัญชา โดยไม่มีความจำเป็นต้องทำการระบุเพิ่มแต่อย่างใด ซึ่งถือเป็นการพยายามทำให้พลรบตาลิบันต้องเสียสิทธิในการได้สถานภาพพลรบที่ชอบด้วยกฎหมายและเคลยศึก

การที่สหรัฐอเมริกาไม่ยอมรับเอาอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 มาใช้บังคับกับพลรบตาลิบัน เป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่สหรัฐอเมริกามีต่ออนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 นี้ ซึ่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 นั้น เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่มีที่มาจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งหลักการตามอนุสัญญาฉบับนี้ ได้มีการถือปฏิบัติกันมาเป็นเวลานาน จนถือว่าเป็นกฎหมายไปแล้ว ซึ่งสหรัฐอเมริกาและประเทศอื่น ๆ ในประชาคมโลกได้เป็นภาคีของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ไปเรียบร้อยแล้ว อีกทั้งอนุสัญญาเจนีวา 1949 เป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลบังคับในทันทีต่อสหรัฐอเมริกาโดยไม่ต้องมีการออกกฎหมายอนุวัติการในรัฐสภาของสหรัฐอเมริกา ซึ่งทำให้สหรัฐอเมริกาต้องผูกพันต่อหลักการในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ไปโดยปริยาย ดังนั้น สหรัฐอเมริกาจึงไม่อาจปฏิเสธพันธกรณีเช่นว่าไปได้

ยิ่งกว่านั้น สหรัฐอเมริกายังมีมุมมองเกี่ยวกับการไม่รับรองรัฐบาลและไม่รับรองความเป็นรัฐของอัฟกานิสถานภายใต้การปกครองของรัฐบาลตาลิบัน ซึ่งรัฐบาลตาลิบันนั้นปกครองพื้นที่แค่เพียงร้อยละ 90 ของพื้นที่อัฟกานิสถานทั้งหมด ทำให้อัฟกานิสถานขาดความเป็นรัฐ แต่กระนั้นก็ตามรัฐบาลของรัฐที่ควบคุมดินแดนได้ไม่ครบทั้งหมด แต่อยู่ในสภาพที่พยายาม

นำไปสู่การใช้อำนาจอินดินแดนของรัฐนั้นอย่างมีประสิทธิภาพ ก็ถือได้ว่าเป็นรัฐบาลที่ชอบธรรม ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น รัฐบาลตาลิบันก็ยังคงเป็นรัฐบาลโดยชอบและอัฟกานิสถาน ยังคงมีสภาพความเป็นรัฐด้วยเหตุที่รัฐบาลได้ปกครองดินแดนและได้นำไปสู่การครอบครอง ดินแดนทั้งหมด

หลักการทั้งหมดนี้ได้ก่อให้เกิดกระบวนการกำหนดสถานภาพและกระบวนการในการ ดำเนินคดีที่ตามมา โดยกระบวนการกำหนดสถานภาพของพลรบตาลิบันแต่เดิมนั้นไม่ได้มีอยู่ เนื่องจากสหรัฐอเมริกาถือว่าพลรบตาลิบันไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 อีกทั้งไม่อาจได้รับสถานภาพเชลยศึก จึงทำได้แค่เพียงดำเนินการพิจารณาคดีในคณะกรรมการทหาร (Military Commissions) ต่อมาเมื่อมีเสียงเรียกร้องเกี่ยวกับให้มีการกำหนดสถานภาพของ กลุ่มพลรบตาลิบันอย่างเป็นทางการ สหรัฐอเมริกาจึงตั้งศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบ (Combatant Status Review Tribunal) โดยทำหน้าที่เกี่ยวกับการทบทวนสถานภาพพลรบของ ผู้ต้องขังที่ถูกขังในฐานะที่เป็นพลรบฝ่ายศัตรู (Enemy Combatant) โดยทำการทบทวนเพื่อชี้ขาด สถานภาพผู้ต้องขังว่ายังคงเป็นพลรบฝ่ายศัตรูหรือไม่ ซึ่งหากพลรบผู้นั้นยังคงเป็นพลรบฝ่ายศัตรู ก็ จะทำการกักขังต่อไป แต่ถ้าไม่เป็นพลรบฝ่ายศัตรู ก็จะปล่อยตัวโดยส่งกลับภูมิลำเนา หรือส่งต่อไป ยังรัฐอื่น ต่อมา ได้มีการออกกฎหมาย Detainee Treatment Act 2005 เพื่อทำการทบทวนคำ ตัดสินของคณะกรรมการทหารและศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบ เนื่องจากทั้ง 2 กลไกเช่น ว่าจะมีความบกพร่องในเรื่องของกระบวนการทบทวนคำตัดสิน จึงต้องมีการให้อำนาจศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit ทำการทบทวนภายใต้บทบัญญัติของ Detainee Treatment Act 2005 นี้ แต่กระนั้น ก็ตาม การทบทวนภายใต้ Detainee Treatment Act 2005 ก็ยังคงมีจุดบกพร่องในเรื่องของ กระบวนการทบทวนคำตัดสินของศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit ซึ่งศาลสูงสุดไม่อาจทำการทบทวนได้

ต่อมา จึงได้มีการออก Military Commissions Act 2006 โดยเป็นการกำหนด กระบวนวิธีพิจารณาคดีของคณะกรรมการทหารแทน Military Commission Order หรือคำสั่ง คณะกรรมการทหารแต่เดิม โดยให้วิธีพิจารณาความของคณะกรรมการทหารนั้น มีความ ใกล้เคียงกับศาลทหารมากที่สุด

กระนั้นก็ตาม กลไกเหล่านี้ก็ยังคงมีปัญหาในด้านการกำหนดสถานภาพพลรบ และเชลยศึกให้เป็นไปตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยทั้งคณะกรรมการทหาร และศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบ ไม่มีการกำหนดกระบวนการกำหนดสถานภาพเชลยศึกให้ เป็นไปตามกระบวนการของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศแต่อย่างใด ยิ่งกว่านั้น ยังกำหนด

สถานภาพพลรบตาลีบันให้เป็นพลรบฝ่ายศัตรูที่มีขอบด้วยกฎหมาย โดยให้นิยามของพลรบที่มีขอบด้วยกฎหมายให้ไปรวมอยู่กับผู้ก่อการร้ายที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการก่อวินาศกรรมเมื่อวันที่ 11 กันยายน ปี 2001 ซึ่งส่งผลให้กลุ่มพลรบตาลีบันไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3

ปัญหาเกี่ยวกับการทบทวนคำตัดสินของคณะกรรมการทหารและศาลพิเศษ ทบทวนสถานภาพพลรบได้รับการแก้ไขมาเรื่อย ๆ จนกระทั่งล่าสุด ศาลอุทธรณ์และศาลสูงสุดก็มีอำนาจในการทบทวนคำสั่งของคณะกรรมการทหารได้ นอกจากนี้ ปัญหาในเรื่องของการมีทนายความผู้คดีที่แต่เดิมทนายความถูกรบกวนการทำงานที่ หรือไม่กี่ที่ปรึกษาของจำเลยในศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบไม่ได้มีความรู้ด้านกฎหมายเพียงพอสำหรับการช่วยจำเลยในการสู้คดี เมื่อมีการผ่าน Military Commissions Act 2006 ได้ทำให้ทนายความมีอิสระในการทำงานที่มากขึ้น แต่ปัญหาอื่น ๆ ยังคงมีอยู่และแก้ไขไม่หาย

ปัญหาที่ยังคงมีอยู่นั้น คือ ปัญหาเกี่ยวกับการเข้าถึงการพิจารณาคดี ซึ่งโดยหลักของข้อ 75 ของพิธีสารฉบับที่ 1 ปี 1977 นั้น จะต้องมีการพิจารณาคดีต่อหน้าจำเลย แต่จำเลยและทนายความของจำเลยไม่อาจเข้าถึงการพิจารณาได้ โดยทั้งศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบและคณะกรรมการทหารมีสิทธิปิดการพิจารณาคดีเป็นการลับโดยอ้างเหตุผลเรื่องของความมั่นคงได้

นอกจากนี้ การเข้าถึงข้อมูลของจำเลยในการสู้คดี ก็ถูกจำกัด โดยศาลพิเศษทบทวนสถานภาพพลรบและคณะกรรมการทหารมีสิทธิกันไม่ให้จำเลยเข้าถึงข้อมูลที่เป็นความลับ โดยให้เหตุผลว่าข้อมูลเหล่านี้ไม่อาจเปิดเผยด้วยเหตุผลในเรื่องของความมั่นคงอีกด้วย ซึ่งขัดต่อข้อ 75 ของพิธีสารฉบับที่ 1 ปี 1977 อีกด้วย

แนวทางในการเปลี่ยนแปลงหลักการเกี่ยวกับการกำหนดสถานภาพพลรบตาลีบันของสหรัฐอเมริกา นั้น แรกสุดคือการให้สหรัฐอเมริกาปรับปรุงแนวคิดเกี่ยวกับการต่อต้านการก่อการร้ายสหรัฐอเมริกาได้สร้างขึ้น โดยแนวคิดการต่อต้านการก่อการร้ายจะต้องออกไปในแนวทางของการปราบปรามกลุ่มหรือองค์กรก่อการร้ายมากกว่าการใช้กำลังทำสงครามซึ่งเป็นเรื่องระหว่างรัฐ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในเรื่องของนโยบาย ให้มีการปฏิบัติตามพันธกรณีของสหรัฐอเมริกาตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ในเรื่องของการกำหนดสถานภาพพลรบและเชลยศึก รวมถึง

ปรับปรุงการพิจารณาคดีกับพลรบที่มีขอบด้วยกฎหมายอันสร้างคามยุติธรรมแก่พลรบเช่นว่าอีก
ด้วย

นอกจากนี้ จะต้องมีเปลี่ยนแปลงแนวคิดในเรื่องของการตีความกฎหมายมนุษยธรรม
ระหว่างประเทศ โดยให้มีการตีความให้ตรงกับเจตนารมณ์ของข้อ 1 ของ Hague Convention (IV)
respecting the Laws and Customs of War on Land 1907 และข้อ 4A ของอนุสัญญาเจนีวา
1949 ฉบับที่ 3 เพื่อให้เกิดการคุ้มครองพลรบที่เป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศมากขึ้น

ส่วนการเปลี่ยนแปลงกระบวนการกำหนดสถานภาพพลรบตาลิบันนั้น ควรมีการแก้
Military Commissions Act 2006 ให้คณะกรรมการทหารทำหน้าที่ในการกำหนดสถานภาพ
เชลยศึกให้เป็นไปตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 มากขึ้น โดยโอนหน้าที่ในการพิจารณาคดี
พลรบที่มีขอบด้วยกฎหมายไปยังศาลทหารเต็มตัว เนื่องจากศาลทหารมีกระบวนการวิธีพิจารณาคดีที่
สอดคล้องกับหลักนิติธรรมอันเป็นหลักการขั้นพื้นฐานในข้อ 75 ของพิธีสารฉบับที่ 1 ปี 1977 อยู่
แล้ว ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการพิจารณาคดีต่อหน้าจำเลยในทุกช่วงของการพิจารณา การเข้าถึง
ข้อมูลของฝ่ายจำเลย การให้จำเลยได้รับการพิสูจน์ว่าตนบริสุทธิ์จนกว่าจะทำการพิสูจน์ความผิด
เป็นต้น ซึ่งหากใช้ศาลทหารในการพิจารณาคดี ก็ย่อมสร้างความเป็นธรรมในการพิจารณาคดีได้
มากที่สุดเท่าที่จะมากได้ ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อตัวจำเลยซึ่งเป็นพลรบตาลิบัน

ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะดังนี้

1. เกี่ยวกับกระบวนการทบทวนสถานภาพเชลยศึกของศาลพิเศษทบทวน
สถานภาพพลรบ ซึ่งในกรณีที่พลรบตาลิบันผู้นั้นไม่มีสถานภาพเป็นพลรบฝ่ายศัตรู (Enemy
Combatants) และจะต้องถูกปล่อยตัว พลรบตาลิบันผู้นั้นควรถูกปล่อยตัวกลับภูมิลำเนาเดิม
มากกว่าที่จะส่งตัวไปยังประเทศอื่นที่พลรบผู้นั้นจะต้องเสี่ยงต่อการถูกละเมิดสิทธิ ยิ่งกว่านั้น
สงครามระหว่างสหรัฐอเมริกากับอัฟกานิสถานได้สิ้นสุดลงแล้ว จึงควรส่งกลับภูมิลำเนาเดิมเพื่อให้
ได้พบหน้าญาติพี่น้องและครอบครัว

2. นักวิชาการหลายฝ่ายได้มีมุมมองเกี่ยวกับการส่งตัวพลรบตาลิบันเข้ารับการ
พิจารณาคดีโดยศาลยุติธรรม แต่เมื่อพิจารณากระบวนการพิจารณาคดีของสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้
ว่า กระบวนการของศาลทหารเองก็เพียงพอสำหรับการอำนวยความสะดวกความเป็นธรรมแก่คดี โดยไม่ต้อง

พึงพากระบวนการยุติธรรมของฝ่ายตุลาการ โดยศาลทหารมีหลักนิติธรรมครบถ้วนดังที่ได้กล่าวมา ซึ่งสหรัฐอเมริกาจะต้องดำเนินคดีต่อพลรบตาลีบันตามกระบวนการของศาลทหารนั้น

3. สหรัฐอเมริกาจะต้องปรับปรุงหลักการเกี่ยวกับการมองว่าพลรบตาลีบันไม่ได้สถานภาพเชลยศึกจากการไม่แยกแยะตนเองให้แตกต่างจากพลเรือน ซึ่งเป็นการตีความที่บิดเบือนโดยพยายามให้พลรบที่เป็นส่วนหนึ่งของกองทัพต้องเข้าใจเงื่อนไขด้วยจึงจะได้สถานภาพเชลยศึก เนื่องจากพลรบตาลีบันเป็นทหารของรัฐบาลตาลีบันซึ่งเป็นสมาชิกของกองทัพ การที่สหรัฐอเมริกาเหมารวมว่าพลรบตาลีบันจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขเช่นว่า ทำให้พลรบตาลีบันต้องเสียสิทธิในการได้รับความคุ้มครองในฐานะเชลยศึกอย่างเต็มที่

4. สหรัฐอเมริกาควรปรับปรุงหลักการในการทำสงคราม เนื่องจากสหรัฐอเมริกาได้นำเอาแนวคิดเรื่องของการทำสงครามเข้ามาปะปนกับการปราบปรามการก่อการร้าย โดยมองว่าสงครามที่สหรัฐอเมริกาได้กระทำอยู่นั้นเป็นสงครามต่อต้านการก่อการร้าย ซึ่งได้รวมถึงสงครามที่ทำกับรัฐที่ให้ที่พักพิงหรือให้การสนับสนุนการก่อการร้าย ในส่วนนี้ได้ทำให้เกิดความสับสนว่าการทำสงครามกับรัฐที่ให้ที่พักพิงหรือให้การสนับสนุนการก่อการร้ายเช่นนั้นเป็นสงครามระหว่างประเทศหรือไม่ ซึ่งในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้น ถือเป็นกรณีพิพาททางอาวุธระหว่างประเทศ และกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้เข้ามามีบทบาทในการคุ้มครองเหยื่อของสงครามไม่ว่าจะเป็นพลรบที่บาดเจ็บ เชลยศึก รวมถึงพลเรือนและทรัพย์สินของพลเรือนด้วย แต่สหรัฐอเมริกานั้นกลับมองว่ากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไม่อาจนำมาใช้บังคับได้ด้วยเหตุที่ตนมีหลักการในการทำสงครามซึ่งเรียกว่าสงครามต่อต้านการก่อการร้ายนั่นเอง โดยจะเห็นได้จากกรณีของกลุ่มพลรบตาลีบันที่ไม่ได้รับการคุ้มครองโดยอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ดังนั้น สหรัฐอเมริกาควรปรับหลักการในด้านการทำสงครามโดยมองว่าสงครามกับรัฐที่ให้การสนับสนุนหรือให้ที่พักพิงแก่ผู้ก่อการร้ายนั้น เป็นกรณีพิพาททางอาวุธระหว่างประเทศเนื่องจากการที่สหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นรัฐได้ใช้กำลังทหารทำสงครามกับอีกรัฐหนึ่ง

5. สหรัฐอเมริกาควรปฏิบัติตามกระบวนการในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการสันนิษฐานเบื้องต้นว่าพลรบของฝ่ายตาลีบันที่ถูกจับกุมตัวจะต้องได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ว่าด้วยการปฏิบัติต่อเชลยศึกก่อนที่จะมีการชี้ขาดสถานภาพเชลยศึกโดยกลไกศาลที่มีอำนาจ เนื่องจากเดิมนั้น สหรัฐอเมริกาไม่ได้สันนิษฐาน

เบื้องต้นตามกระบวนการเช่นว่า แต่ได้ชี้ชัดลงไปในทันทีว่าพลรบตาลีบันนั้นเป็นพลรบฝ่ายศัตรูที่มีชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งส่งผลให้พลรบตาลีบันไม่ได้รับความคุ้มครองในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 โดยสหรัฐอเมริกาจะต้องปรับปรุงกลไกคณะกรรมการทหารโดยการแก้ไขกฎหมาย Military Commission Act 2006 ให้คณะกรรมการทหารเป็นกลไกในการกำหนดสถานภาพเชลยศึกของกลุ่มพลรบตาลีบันโดยให้มีกระบวนการสันนิษฐานเบื้องต้นว่าพลรบตาลีบันจะต้องได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ก่อน จากนั้นคณะกรรมการทหารจะเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดสถานภาพเชลยศึกแก่พลรบตาลีบันเอง โดยเมื่อพลรบตาลีบันผู้นั้นได้รับสถานภาพเชลยศึกและไม่ต้องถูกดำเนินคดีตามกฎหมายสงคราม

6. สหรัฐอเมริกาจะต้องปฏิบัติต่อพลรบตาลีบันอย่างมีมนุษยธรรมมากกว่าเดิม เนื่องจากแต่เดิมนั้นสหรัฐอเมริกาอ้างว่าพลรบตาลีบันไม่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 แม้แต่น้อย ซึ่งแม้แต่ข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวา 1949 และข้อ 75 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ซึ่งเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอันเชื่อมโยงกับกฎหมายสิทธิมนุษยชน ทำให้กลุ่มพลรบตาลีบันถูกทรมานทางร่างกายและจิตใจด้วยวิธีการต่าง ๆ นานา ซึ่งวิธีการที่สหรัฐอเมริกาจะต้องทำนั้นก็คือ ปรับปรุงวิธีการในการสอบสวนพลรบตาลีบันใหม่โดยไม่ให้มีการทรมานต่อร่างกายและจิตใจ เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเช่นว่าอันเป็นการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานทางด้านสิทธิมนุษยชน

7. สหรัฐอเมริกาควรนำตัวเจ้าหน้าที่ที่ทำการทรมานพลรบตาลีบันมาดำเนินคดีรวมถึงผู้บังคับบัญชาที่สั่งการให้มีการทรมานนั้นด้วย โดยจะต้องดำเนินคดีอย่างเคร่งครัด เพื่อเป็นบรรทัดฐานในการลดการปฏิบัติต่อพลรบตาลีบันที่เป็นการทรมานลง

8. สหรัฐอเมริกาจะต้องปรับปรุงสภาพความเป็นอยู่ในค่ายกักกันที่มีสภาพความเป็นอยู่อย่างยากลำบากภายในค่ายกักกันของฐานทัพเรือสหรัฐอเมริกาที่อ่าวกววนตานาโมประเทศคิวบา ซึ่งค่ายกักกันเช่นว่านั้นมีปัญหาเรื่องของสาธารณสุขปกอภายในตัวค่ายกักกัน ส่งผลให้พลรบตาลีบันต้องพบกับปัญหาเรื่องของสิ่งอำนวยความสะดวกต่าง ๆ อยู่มาก ทั้งนี้เป็นพันธะกรณีของสหรัฐอเมริกาในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศด้วย ซึ่งเรื่องนี้เป็นผลมาจาก

หลักการของสหรัฐอเมริกาที่ว่าอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ไม่อาจใช้บังคับกับพลรบตาลิบัน ซึ่งส่งผลต่อการจัดการด้านสภาพความเป็นอยู่อีกด้วย ทำให้พลรบตาลิบันต้องอยู่ในค่ายกักกันอย่างยากลำบาก ซึ่งสหรัฐอเมริกาควรทำตามพันธกรณีเช่นว่านี้อย่างเคร่งครัดด้วย

9. สหรัฐอเมริกาควรแก้ไขเรื่องของการพิจารณาคดีต่อพลรบตาลิบันในเรื่องของการพิจารณาคดีต่อหน้าจำเลย โดยอาศัยกระบวนการของศาลทหารในการพิจารณาคดีต่อพลรบตาลิบัน เนื่องจากศาลทหารของสหรัฐอเมริกามีหลักการในเรื่องของการพิจารณาคดีต่อหน้าจำเลย โดยไม่มีการปิดการพิจารณาคดีเป็นการลับด้วยเหตุผลเรื่องของความมั่นคงตามกระบวนการของคณะกรรมการทหารแต่เดิม

10. สหรัฐอเมริกาควรแก้ไขเรื่องของการดำเนินคดีต่อพลรบตาลิบันในเรื่องของการเข้าถึงข้อมูลเพื่อนำมาเป็นประโยชน์ในการพิจารณาคดี โดยอาศัยกระบวนการของศาลทหารในการพิจารณาคดีต่อพลรบตาลิบัน เนื่องจากศาลทหารนั้นเปิดโอกาสให้จำเลยสามารถเข้าถึงข้อมูลที่ทางกองทัพมีอยู่เพื่อนำมาใช้ในการสู้คดีได้ไม่ว่าจะเป็นข้อมูลทั่วไปหรือข้อมูลลับก็ตาม ในขณะที่กระบวนการตามคณะกรรมการทหารแต่เดิมนั้นถือว่าข้อมูลลับบางส่วนเป็นเรื่องของความมั่นคงไม่อาจเข้าถึงได้

11. ในอนาคต สหรัฐอเมริกาควรล้มเลิกยกเรื่องประเด็นความมั่นคงของประเทศมาอ้างจนทำให้ความเป็นธรรมในการพิจารณาคดีต่อพลรบตาลิบันต้องเสียไป เพื่อไม่ให้สหรัฐอเมริกาถูกประณามเกี่ยวกับการไม่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างเท่าเทียมกันจากประชาคมระหว่างประเทศ ทั้งนี้ สหรัฐอเมริกานั้นเป็นประเทศที่มีชื่อเสียงเกี่ยวกับเรื่องของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพทั้งคนชาติและคนต่างด้าวที่เท่าเทียมกันอย่างมาก ซึ่งหากสหรัฐอเมริกายังคงยกประเด็นเรื่องความมั่นคงมาปิดเบือนความเป็นธรรมในการพิจารณาคดี สหรัฐอเมริกาอาจมีภาพลักษณ์ที่เป็นลบในสายตาของประชาคมระหว่างประเทศก็เป็นได้

12. หลังจากที่ถูกฟ้องโดยการปกครองของรัฐบาลตาลิบันได้พ่ายแพ้ต่อสหรัฐอเมริกาในปลายปี 2001 ก็ได้เกิดสงครามภายในอัฟกานิสถานซึ่งเกิดจากพลรบของรัฐบาลตาลิบันเดิมที่ได้แตกพ่ายไปนั้น ได้ตั้งหลักสู้รบกับกองกำลังรักษาสันติภาพในอัฟกานิสถานจนถึง

ปัจจุบัน ส่งผลให้มิติของกรณีพิพาททางอาชญากรรมได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่สหรัฐอเมริกาได้ทำสงครามกับอัฟกานิสถาน กลายมาเป็นสงครามภายในประเทศ นั้นเท่ากับว่าสงครามในอัฟกานิสถานช่วงหลังจากปลายปี 2001 นั้น เป็นกรณีพิพาททางอาชญากรรมที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ทำให้พลรบตาลีบันที่ถูกจับกุมตัวจะต้องได้รับความคุ้มครองที่แตกต่างไปจากพลรบที่ถูกจับระหว่างที่สหรัฐอเมริกาจับกับอัฟกานิสถาน โดยจะต้องได้รับความคุ้มครองตามข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 และข้อ 75 ของพิธีสารฉบับที่ 1 ปี 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 โดยหลักการของทั้ง 2 ข้อ นี้ เป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งสหรัฐอเมริกาจะต้องอาศัยหลักการเช่นว่านี้ในการคุ้มครองพลรบตาลีบันเช่นว่าอย่างเคร่งครัด เนื่องจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นสหรัฐอเมริกาต้องถูกผูกพันอย่างไม่มีข้อแม้

13. กระบวนการทบทวนการกักขังหน่วงเหนี่ยวโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (Writ of Habeas Corpus) ของสหรัฐอเมริกานั้น ยังคงมีปัญหาในส่วนของพลรบต่างด้าวที่ถูกควบคุมตัวโดยสหรัฐอเมริกา ซึ่งศาลไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาการคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมายต่อพลรบตาลีบันที่ไม่ใช่คนชาติสหรัฐอเมริกาด้วย โดยถือว่าพลรบตาลีบันเป็นพลรบศัตรูที่มีชอบด้วยกฎหมาย ทำให้สหรัฐอเมริกาสามารถกักขังหน่วงเหนี่ยวได้อย่างไม่จำกัด อีกทั้งศาลอุทธรณ์ D.C. Circuit ไม่มีอำนาจพิจารณาคดีเรื่องนี้ ทำให้ไม่สามารถเข้าสู่ศาลสูงสุดได้

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

จาตุรนต์ วรรณนวล. กฎหมายและการปฏิบัติต่อเชลยศึกของประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2534
จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ. เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์
วิญญูชน, 2544.

ภาษาอังกฤษ

Amnesty International. Guantanamo and beyond : The continuing pursuit of unchecked
executive power[Online]. 2005. Available from:

<http://web.amnesty.org/library/print/ENGAMR5106322005> (2006, August 8)

B. Berger, J., III, Maj, et al. Operational handbook. USA: International and Operational
Law Department, The Judge Advocate General' Legal Center and School, 2004

Berman , N. Privileging combat ? : Contemporary conflict and the legal construction of
war. Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 43 No. 1, (2004)

BBC News , 18 September, 2001

Borelli , S. Casting light on the legal black hole : International law and detentions
abroad , International Review of the Red Cross No. 857 (2005), p. 39-68

Brownlie, I. Principles of public international law. 5 th ed. Oxford: Oxford University
Press, 2001

Detainee Treatment Act 2005

Detter, I. The law of war. Second Edition. Cambridge: Cambridge University Press,
2000

Dinstein, Y. The conduct of hostilities under the law of international armed conflict.
Cambridge: Cambridge University Press, 2004

Dorf, M. C. What is an “unlawful combatant”, and why it matters : The status of detained
al queda and taliban fighters. FindLaw's Writ. Wednesday , Wednesday, Jan.
23, 2003

Dörmann , K. The legal situation of “unlawful / unprivileged combatants”. International
Review of the Red Cross. No. 85. (March , 2003) p. 45-74

- Elsea, Jennifer. Treatment of “battlefield detainees” in the war on terrorism. In R. D. McPhee (ed.), The treatment of prisoners : Legal, moral and criminal ?, New York: Nova Science Publishers, 2006
- Eminent Jurists Panel on Terrorism , Counter-Terrorism and Human Rights. “Detention of “enemy combatants””, Briefing on U.S. Counter-Terrorism Measures and Human Rights. International Commission of Jurists, September 2006
- Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-Terrorism and Human Rights. “Torture and other cruel , inhuman or degrading treatment in the “War on Terror””. Briefing on U.S. Counter-Terrorism Measures and Human Rights. International Commission of Jurists , September 2006
- Eminent Jurists Panel on Terrorism. Counter-Terrorism and Human Rights , Trial of “Enemy Combatants” by Military Commissions. Briefing on U.S. Counter-Terrorism Measures and Human Rights. International Commission of Jurists, September 2006
- Geneva Convention III 1949 relative to the Treatment of Prisoners of War
- Goldman , R. K. and Tittlemore , B. D. Unprivileged combatants and the hostilities in afghanistan : Their status and rights under international humanitarian and human rights law , USA: The American Society of International Law , December 2002
- Hague Regulations IV Respecting the Law and Customs of War on Land 1907
- Henkearts, J. M., and Doswald-Beck, L. Customary international law. Vol. 1. Cambridge: Cambridge University Press , 2005
- Henkaerts, J. M.. “Study on customary international humanitarian law : A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict”. International Review of the Red Cross. No 857 (2005), p. 175-212
- Korsirnik, R. The 1977 Protocols : A landmark in the development of international law , International Review of the Red Cross , No. 320 (1997), p. 483-505
- McCoubrey, H. International humanitarian law : The regulation of armed conflicts, Aldershot, Hants: Dartmouth, 1990
- Military Commission Act 2006
- Military Commission Order No. 1 , March 21, 2002
- Military Commission Order No. 1, August 31, 2005

- Naqvi, Y. "Doubtful prisoner-of-war status" , International Review of the Red Cross No. 847, p. 571-596 , September , 2002
- Neas, R. G. Undermining the bill of rights : The bush administration detention policy. People for the American Way Foundation , 22 April 2004
- Olshansky, B. Secret trials and executions, First Edition, New York: Seven Stories Press, 2002
- Order Establishing Combatant Status Review Tribunal , Memorandum of the Secretary of the Navy, 7 July, 2004
- Poole, S. Unspeak. London: Time Warner Book Group, 2005
- President's Military Order at 7 February 2002
- President's Military Order on 13 November 2001
- Protocol Additional to the Geneva Conventions 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) 1977
- Roth, K. U.S.: "Growing problem of Guantanamo detainees". Human Rights Watch Letter to Donald Rumsfeld. 29 May 2002
- Sands , P. Lawless world. London: Penguin Groups Ltd, 2006
- Sassoli , Marco., and Bouvier , Antoine A. How does law protect in war? : Cases, documents, and teaching materials on contemporary practice in international humanitarian law. Geneva: International Committee of the Red Cross, 1999
- Steyn, Johan, Lord. Guantanamo bay : The legal black hole , Twenty-Seventh F.A. Mann Lecture , 25 November 2003
- The International Committee of Red Cross. Basic rule of the Geneva Conventions and their additional protocols. Geneva : International Committee of Red Cross , 1983
- The International Committee of the Red Cross. Commentary on the additional protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949. Geneva: International Committee of the Red Cross: M. Nijhoff Publishers, 1987
- The International Committee of the Red Cross. The Geneva Convention of 12 August 1949, commentary III Geneva Convention relative to the treatment of prisoners of war. Geneva: The International Committee of the Red Cross, 1960
- Tuvayanond, V. The legality of the US assaults against the Taliban. Thammasat Review, Vol. 7,1 (Dec. 2002), 86-109

Uniform Code of Military Justice 1947

Vierucci, L. Is the Geneva Convention on Prisoner of War obsolete ?. Journal of International Criminal Justice Vol. 2, 866-871



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ก.

Military Commission Order No. 1 March 21, 2002



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Military Commission Order No. 1 March 21, 2002

SUBJECT:

Procedures for Trials by Military Commissions of Certain Non-United States Citizens in the War Against Terrorism

References:

(a)

United States Constitution, Article II, section 2

(b)

Military Order of November 13, 2001, "Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism," 66 F.R. 57833 (Nov. 16, 2001) ("President's Military Order")

(c)

DoD 5200.2-R, "Personnel Security Program," current edition

(d)

Executive Order 12958, "Classified National Security Information" (April 17, 1995, as amended, or any successor Executive Order)

(e)

Section 603 of title 10, United States Code

(f)

DoD Directive 5025.1, "DoD Directives System," current edition

1. PURPOSE

This Order implements policy, assigns responsibilities, and prescribes procedures under references (a) and (b) for trials before military commissions of individuals subject to the President's Military Order. These procedures shall be implemented and construed so as to ensure that any such individual receives a full and fair trial before a military commission, as required by the President's Military Order. Unless otherwise directed by the Secretary of Defense, and except for supplemental procedures established pursuant to the President's Military Order or this Order, the procedures prescribed herein and no others shall govern such trials.

2. ESTABLISHMENT OF MILITARY COMMISSIONS

In accordance with the President's Military Order, the Secretary of Defense or a designee ("Appointing Authority") may issue orders from time to time appointing one or more military commissions to try individuals subject to the President's Military Order and appointing any other personnel necessary to facilitate such trials.

3. JURISDICTION

A. Over Persons

A military commission appointed under this Order ("Commission") shall have jurisdiction over only an individual or individuals ("the Accused") (1) subject to the President's Military Order and (2) alleged to have committed an offense in a charge that has been referred to the Commission by the Appointing Authority.

B. Over Offenses

Commissions established hereunder shall have jurisdiction over violations of the laws of war and all other offenses triable by military commission.

C. Maintaining Integrity of Commission Proceedings

The Commission may exercise jurisdiction over participants in its proceedings as necessary to preserve the integrity and order of the proceedings.

4. COMMISSION PERSONNEL

A. Members

(1) Appointment

The Appointing Authority shall appoint the members and the alternate member or members of each Commission. The alternate member or members shall attend all sessions of the Commission, but the absence of an alternate member shall not preclude the Commission from conducting proceedings. In case of incapacity, resignation, or removal of any member, an alternate member shall take the place of that member. Any vacancy among the members or alternate members occurring after a trial has begun may be filled by the Appointing Authority, but the substance of all prior proceedings and evidence taken in that case shall be made known to that new member or alternate member before the trial proceeds.

(2) Number of Members

Each Commission shall consist of at least three but no more than seven members, the number being determined by the Appointing Authority. For each such Commission,

there shall also be one or two alternate members, the number being determined by the Appointing Authority.

(3) Qualifications

Each member and alternate member shall be a commissioned officer of the United States armed forces ("Military Officer"), including without limitation reserve personnel on active duty, National Guard personnel on active duty in Federal service, and retired personnel recalled to active duty. The Appointing Authority shall appoint members and alternate members determined to be competent to perform the duties involved. The Appointing Authority may remove members and alternate members for good cause.

(4) Presiding Officer

From among the members of each Commission, the Appointing Authority shall designate a Presiding Officer to preside over the proceedings of that Commission. The Presiding Officer shall be a Military Officer who is a judge advocate of any United States armed force.

(5) Duties of the Presiding Officer

(a) The Presiding Officer shall admit or exclude evidence at trial in accordance with Section 6(D). The Presiding Officer shall have authority to close proceedings or portions of proceedings in accordance with Section 6(B)(3) and for any other reason necessary for the conduct of a full and fair trial.

(b) The Presiding Officer shall ensure that the discipline, dignity, and decorum of the proceedings are maintained, shall exercise control over the proceedings to ensure proper implementation of the President's Military Order and this Order, and shall have authority to act upon any contempt or breach of Commission rules and procedures. Any attorney authorized to appear before a Commission who is thereafter found not to satisfy the requirements for eligibility or who fails to comply with laws, rules, regulations, or other orders applicable to the Commission proceedings or any other individual who violates such laws, rules, regulations, or orders may be disciplined as the Presiding Officer deems appropriate, including but not limited to revocation of eligibility to appear before that Commission. The Appointing Authority may further revoke that attorney's or any other person's eligibility to appear before any other Commission convened under this Order.

(c) The Presiding Officer shall ensure the expeditious conduct of the trial. In no circumstance shall accommodation of counsel be allowed to delay proceedings unreasonably.

(d) The Presiding Officer shall certify all interlocutory questions, the disposition of which would effect a termination of proceedings with respect to a charge, for decision by the Appointing Authority. The Presiding Officer may certify other interlocutory questions to the Appointing Authority as the Presiding Officer deems appropriate.

B. Prosecution

C. Defense

(1) Office of the Chief Prosecutor

(2) Prosecutors and Assistant Prosecutors The Chief Prosecutor shall be a judge advocate of any United States armed force, shall supervise the overall prosecution efforts under the President's Military Order, and shall ensure proper management of personnel and resources. Consistent with any supplementary regulations or instructions issued under Section 7(A), the Chief Prosecutor shall detail a Prosecutor and, as appropriate, one or more Assistant Prosecutors to prepare charges and conduct the prosecution for each case before a Commission ("Prosecution"). Prosecutors and Assistant Prosecutors shall be (a) Military Officers who are judge advocates of any United States armed force, or (b) special trial counsel of the Department of Justice who may be made available by the Attorney General of the United States. The duties of the Prosecution are:

- (a) To prepare charges for approval and referral by the Appointing Authority;
- (b) To conduct the prosecution before the Commission of all cases referred for trial; and
- (c) To represent the interests of the Prosecution in any review process.

(1) Office of the Chief Defense Counsel

The Chief Defense Counsel shall be a judge advocate of any United States armed force, shall supervise the overall defense efforts under the President's Military Order, shall ensure proper management of personnel and resources, shall preclude conflicts of interest, and shall facilitate proper representation of all Accused.

(2) Detailed Defense Counsel.

Consistent with any supplementary regulations or instructions issued under Section 7(A), the Chief Defense Counsel shall detail one or more Military Officers who are judge advocates of any United States armed force to conduct the defense for each case before a Commission ("Detailed Defense Counsel"). The duties of the Detailed Defense Counsel are:

- (a) To defend the Accused zealously within the bounds of the law without regard to personal opinion as to the guilt of the Accused; and
- (b) To represent the interests of the Accused in any review process as provided by this Order.

(3) Choice of Counsel

(a) The Accused may select a Military Officer who is a judge advocate of any United States armed force to replace the Accused's Detailed Defense Counsel, provided that Military Officer has been determined to be available in accordance with any applicable supplementary regulations or instructions issued under Section 7(A).

After such selection of a new Detailed Defense Counsel, the original Detailed Defense Counsel will be relieved of all duties with respect to that case. If requested by the Accused, however, the Appointing Authority may allow the original Detailed Defense Counsel to continue to assist in representation of the Accused as another Detailed Defense Counsel.

(b) The Accused may also retain the services of a civilian attorney of the Accused's own choosing and at no expense to the United States Government ("Civilian Defense Counsel"), provided that attorney: (i) is a United States citizen; (ii) is admitted to the practice of law in a State, district, territory, or possession of the United States, or before a Federal court; (iii) has not been the subject of any sanction or disciplinary action by any court, bar, or other competent governmental authority for relevant misconduct; (iv) has been determined to be eligible for access to information classified at the level SECRET or higher under the authority of and in accordance with the procedures prescribed in reference (c); and (v) has signed a written agreement to comply with all applicable regulations or instructions for counsel, including any rules of court for conduct during the course of proceedings. Civilian attorneys may be prequalified as members of the pool of available attorneys if, at the time of application, they meet the

relevant criteria, or they may be qualified on an *ad hoc* basis after being requested by an Accused. Representation by Civilian Defense Counsel will not relieve Detailed Defense Counsel of the duties specified in Section 4(C)(2). The qualification of a Civilian Defense Counsel does not guarantee that person's presence at closed Commission proceedings or that person's access to any information protected under Section 6(D)(5).

(4) Continuity of Representation

The Accused must be represented at all relevant times by Detailed Defense Counsel. Detailed Defense Counsel and Civilian Defense Counsel shall be herein referred to collectively as "Defense Counsel." The Accused and Defense Counsel shall be herein referred to collectively as "the Defense."

D. Other Personnel

Other personnel, such as court reporters, interpreters, security personnel, bailiffs, and clerks may be detailed or employed by the Appointing Authority, as necessary.

5. PROCEDURES ACCORDED THE ACCUSED

The following procedures shall apply with respect to the Accused:

- A. The Prosecution shall furnish to the Accused, sufficiently in advance of trial to prepare a defense, a copy of the charges in English and, if appropriate, in another language that the Accused understands.
- B. The Accused shall be presumed innocent until proven guilty.
- C. A Commission member shall vote for a finding of Guilty as to an offense if and only if that member is convinced beyond a reasonable doubt, based on the evidence admitted at trial, that the Accused is guilty of the offense.
- D. At least one Detailed Defense Counsel shall be made available to the Accused sufficiently in advance of trial to prepare a defense and until any findings and sentence become final in accordance with Section 6(H)(2).
- E. The Prosecution shall provide the Defense with access to evidence the Prosecution intends to introduce at trial and with access to evidence known to the Prosecution that tends to exculpate the Accused. Such access shall be consistent with Section 6(D)(5) and subject to Section 9.
- F.

The Accused shall not be required to testify during trial. A Commission shall draw

no adverse inference from an Accused's decision not to testify. This subsection shall not preclude admission of evidence of prior statements or conduct of the Accused.

G. If the Accused so elects, the Accused may testify at trial on the Accused's own behalf and shall then be subject to cross-examination.

H. The Accused may obtain witnesses and documents for the Accused's defense, to the extent necessary and reasonably available as determined by the Presiding Officer. Such access shall be consistent with the requirements of Section 6(D)(5) and subject to Section

9. The Appointing Authority shall order that such investigative or other resources be made available to the Defense as the Appointing Authority deems necessary for a full and fair trial.

I.

The Accused may have Defense Counsel present evidence at trial in the Accused's defense and cross-examine each witness presented by the Prosecution who appears before the Commission.

J.

The Prosecution shall ensure that the substance of the charges, the proceedings, and any documentary evidence are provided in English and, if appropriate, in another language that the Accused understands. The Appointing Authority may appoint one or more interpreters to assist the Defense, as necessary.

K. The Accused may be present at every stage of the trial before the Commission, consistent with Section 6(B)(3), unless the Accused engages in disruptive conduct that justifies exclusion by the Presiding Officer. Detailed Defense Counsel may not be excluded from any trial proceeding or portion thereof.

L. Except by order of the Commission for good cause shown, the Prosecution shall provide the Defense with access before sentencing proceedings to evidence the Prosecution intends to present in such proceedings. Such access shall be consistent with Section 6(D)(5) and subject to Section 9.

M. The Accused may make a statement during sentencing proceedings.

N. The Accused may have Defense Counsel submit evidence to the Commission during sentencing proceedings.

O. The Accused shall be afforded a trial open to the public (except proceedings closed by the Presiding Officer), consistent with Section 6(B).

P. The Accused shall not again be tried by any Commission for a charge once a Commission's finding on that charge becomes final in accordance with Section 6(H)(2).

6. CONDUCT OF THE TRIAL

A. Pretrial Procedures

(1) Preparation of the Charges

The Prosecution shall prepare charges for approval by the Appointing Authority, as provided in Section 4(B)(2)(a).

(2) Referral to the Commission

The Appointing Authority may approve and refer for trial any charge against an individual or individuals within the jurisdiction of a Commission in accordance with Section 3(A) and alleging an offense within the jurisdiction of a Commission in accordance with Section 3(B).

(3) Notification of the Accused

The Prosecution shall provide copies of the charges approved by the Appointing Authority to the Accused and Defense Counsel. The Prosecution also shall submit the charges approved by the Appointing Authority to the Presiding Officer of the Commission to which they were referred.

(4) Plea Agreements

The Accused, through Defense Counsel, and the Prosecution may submit for approval to the Appointing Authority a plea agreement mandating a sentence limitation or any other provision in exchange for an agreement to plead guilty, or any other consideration. Any agreement to plead guilty must include a written stipulation of fact, signed by the Accused, that confirms the guilt of the Accused and the voluntary and informed nature of the plea of guilty. If the Appointing Authority approves the plea agreement, the Commission will, after determining the voluntary and informed nature of the plea agreement, admit the plea agreement and stipulation into evidence and be bound to adjudge findings and a sentence pursuant to that plea agreement.

(5) Issuance and Service of Process; Obtaining Evidence

The Commission shall have power to:

- (a) Summon witnesses to attend trial and testify;
 - (b) Administer oaths or affirmations to witnesses and other persons and to question witnesses;
 - (c) Require the production of documents and other evidentiary material;
- and
- (d) Designate special commissioners to take evidence.

The Presiding Officer shall exercise these powers on behalf of the Commission at the Presiding Officer's own initiative, or at the request of the Prosecution or the Defense, as necessary to ensure a full and fair trial in accordance with the President's Military Order and this Order. The Commission shall issue its process in the name of the Department of Defense over the signature of the Presiding Officer. Such process shall be served as directed by the Presiding Officer in a manner calculated to give reasonable notice to persons required to take action in accordance with that process.

B. Duties of the Commission During Trial

The Commission shall:

- (1) Provide a full and fair trial.
- (2) Proceed impartially and expeditiously, strictly confining the proceedings to a full and fair trial of the charges, excluding irrelevant evidence, and preventing any unnecessary interference or delay.
- (3) Hold open proceedings except where otherwise decided by the Appointing Authority or the Presiding Officer in accordance with the President's Military Order and this Order. Grounds for closure include the protection of information classified or classifiable under reference (d); information protected by law or rule from unauthorized disclosure; the physical safety of participants in Commission proceedings, including prospective witnesses; intelligence and law enforcement sources, methods, or activities; and other national security interests. The Presiding Officer may decide to close all or part of a proceeding on the Presiding Officer's own initiative or based upon a presentation, including an *ex parte*, *in camera* presentation by either the Prosecution or the Defense. A decision to close a proceeding or portion thereof may include a decision to exclude the Accused, Civilian Defense Counsel, or any other person, but Detailed Defense Counsel may not be excluded from any trial proceeding or portion thereof. Except with

the prior authorization of the Presiding Officer and subject to Section 9, Defense Counsel may not disclose any information presented during a closed session to individuals excluded from such proceeding or part thereof. Open proceedings may include, at the discretion of the Appointing Authority, attendance by the public and accredited press, and public release of transcripts at the appropriate time. Proceedings should be open to the maximum extent practicable. Photography, video, or audio broadcasting, or recording of or at Commission proceedings shall be prohibited, except photography, video, and audio recording by the Commission pursuant to the direction of the Presiding Officer as necessary for preservation of the record of trial.

(4) Hold each session at such time and place as may be directed by the Appointing Authority. Members of the Commission may meet in closed conference at any time.

(5) As soon as practicable at the conclusion of a trial, transmit an authenticated copy of the record of trial to the Appointing Authority.

C. Oaths

(1) Members of a Commission, all Prosecutors, all Defense Counsel, all court reporters, all security personnel, and all interpreters shall take an oath to perform their duties faithfully.

(2) Each witness appearing before a Commission shall be examined under oath, as provided in Section 6(D)(2)(b).

(3) An oath includes an affirmation. Any formulation that appeals to the conscience of the person to whom the oath is administered and that binds that person to speak the truth, or, in the case of one other than a witness, properly to perform certain duties, is sufficient.

D. Evidence

(1) Admissibility

Evidence shall be admitted if, in the opinion of the Presiding Officer (or instead, if any other member of the Commission so requests at the time the Presiding Officer renders that opinion, the opinion of the Commission rendered at that time by a majority of the Commission), the evidence would have probative value to a reasonable person.

(2) Witnesses

(a) Production of Witnesses

The Prosecution or the Defense may request that the Commission hear the testimony of any person, and such testimony shall be received if found to be admissible and not cumulative. The Commission may also summon and hear witnesses on its own initiative. The Commission may permit the testimony of witnesses by telephone, audiovisual means, or other means; however, the Commission shall consider the ability to test the veracity of that testimony in evaluating the weight to be given to the testimony of the witness.

(4) Notice

(b) Testimony

Testimony of witnesses shall be given under oath or affirmation. The Commission may still hear a witness who refuses to swear an oath or make a solemn undertaking; however, the Commission shall consider the refusal to swear an oath or give an affirmation in evaluating the weight to be given to the testimony of the witness.

(c) Examination of Witnesses

A witness who testifies before the Commission is subject to both direct examination and cross-examination. The Presiding Officer shall maintain order in the proceedings and shall not permit badgering of witnesses or questions that are not material to the issues before the Commission. Members of the Commission may question witnesses at any time.

(d) Protection of Witnesses

The Presiding Officer shall consider the safety of witnesses and others, as well as the safeguarding of Protected Information as defined in Section 6(D)(5)(a), in determining the appropriate methods of receiving testimony and evidence. The Presiding Officer may hear any presentation by the Prosecution or the Defense, including an *ex parte*, *in camera* presentation, regarding the safety of potential witnesses before determining the ways in which witnesses and evidence will be protected. The Presiding Officer may authorize any methods appropriate for the protection of witnesses and evidence. Such methods may include, but are not limited to: testimony by telephone, audiovisual means, or other electronic means; closure of the proceedings; introduction of prepared declassified summaries of evidence; and the use of pseudonyms.

(3) Other Evidence

Subject to the requirements of Section 6(D)(1) concerning admissibility, the Commission may consider any other evidence including, but not limited to, testimony from prior trials and proceedings, sworn or unsworn written statements, physical evidence, or scientific or other reports. The Commission may, after affording the Prosecution and the Defense an opportunity to be heard, take conclusive notice of facts that are not subject to reasonable dispute either because they are generally known or are capable of determination by resort to sources that cannot reasonably be contested.

(5) Protection of Information

(a) Protective Order

The Presiding Officer may issue protective orders as necessary to carry out the Military Order and this Order, including to safeguard "Protected Information," which includes: (i) information classified or classifiable pursuant to reference (d); (ii) information protected by law or rule from unauthorized disclosure; (iii) information the disclosure of which may endanger the physical safety of participants in Commission proceedings, including prospective witnesses; (iv) information concerning intelligence and law enforcement sources, methods, or activities; or (v) information concerning other national security interests. As soon as practicable, counsel for either side will notify the Presiding Officer of any intent to offer evidence involving Protected Information.

(b) Limited Disclosure

The Presiding Officer, upon motion of the Prosecution or *sua sponte*, shall, as necessary to protect the interests of the United States and consistent with Section 9, direct (i) the deletion of specified items of Protected Information from documents to be made available to the the Accused, Detailed Defense Counsel, or Civilian Defense Counsel; (ii) the substitution of a portion or summary of the information for such Protected Information; or (iii) the substitution of a statement of the relevant facts that the Protected Information would tend to prove. The Prosecution's motion and any materials submitted in support thereof or in response thereto shall, upon request of the Prosecution, be considered by the Presiding Officer *ex parte*, *in camera*, but no Protected Information shall be admitted into evidence for consideration by the Commission if not presented to Detailed Defense Counsel.

(c) Closure of Proceedings

The Presiding Officer may direct the closure of proceedings in accordance with Section 6(B)(3).

(d) Protected Information as Part of the Record of Trial

All exhibits admitted as evidence but containing Protected Information shall be sealed and annexed to the record of trial. Additionally, any Protected Information not admitted as evidence but reviewed *in camera* and subsequently withheld from the Defense over Defense objection shall, with the associated motions and responses and any materials submitted in support thereof, be sealed and annexed to the record of trial as additional exhibits. Such sealed material shall be made available to reviewing authorities in closed proceedings.

E. Proceedings During Trial

The proceedings at each trial will be conducted substantially as follows, unless modified by the Presiding Officer to suit the particular circumstances:

(1)

Each charge will be read, or its substance communicated, in the presence of the Accused and the Commission.

(2)

The Presiding Officer shall ask each Accused whether the Accused pleads "Guilty" or "Not Guilty." Should the Accused refuse to enter a plea, the Presiding Officer shall enter a plea of "Not Guilty" on the Accused's behalf. If the plea to an offense is "Guilty," the Presiding Officer shall enter a finding of Guilty on that offense after conducting sufficient inquiry to form an opinion that the plea is voluntary and informed. Any plea of Guilty that is not determined to be voluntary and informed shall be changed to a plea of Not Guilty. Plea proceedings shall then continue as to the remaining charges. If a plea of "Guilty" is made on all charges, the Commission shall proceed to sentencing proceedings; if not, the Commission shall proceed to trial as to the charges for which a "Not Guilty" plea has been entered.

(3)

The Prosecution shall make its opening statement.

(4) The witnesses and other evidence for the Prosecution shall be heard or received.

(5) The Defense may make an opening statement after the Prosecution's opening statement or prior to presenting its case.

(6)

The witnesses and other evidence for the Defense shall be heard or received.

(7)

Thereafter, the Prosecution and the Defense may introduce evidence in rebuttal and surrebuttal.

(8)

The Prosecution shall present argument to the Commission. Defense Counsel shall be permitted to present argument in response, and then the Prosecution may reply in rebuttal.

(9)

After the members of the Commission deliberate and vote on findings in closed conference, the Presiding Officer shall announce the Commission's findings in the presence of the Commission, the Prosecution, the Accused, and Defense Counsel. The individual votes of the members of the Commission shall not be disclosed.

(10) In the event a finding of Guilty is entered for an offense, the Prosecution and the Defense may present information to aid the Commission in determining an appropriate sentence. The Accused may testify and shall be subject to cross-examination regarding any such testimony.

(11) The Prosecution and, thereafter, the Defense shall present argument to the Commission regarding sentencing.

(12) After the members of the Commission deliberate and vote on a sentence in closed conference, the Presiding Officer shall announce the Commission's sentence in the presence of the Commission, the Prosecution, the Accused, and Defense Counsel. The individual votes of the members of the Commission shall not be disclosed.

F. Voting

Members of the Commission shall deliberate and vote in closed conference. A Commission member shall vote for a finding of Guilty as to an offense if and only if that member is convinced beyond a reasonable doubt, based on the evidence admitted at

trial, that the Accused is guilty of the offense. An affirmative vote of two-thirds of the members is required for a finding of Guilty. When appropriate, the Commission may adjust a charged offense by exceptions and substitutions of language that do not substantially change the nature of the offense or increase its seriousness, or it may vote to convict of a lesser-included offense. An affirmative vote of two-thirds of the members is required to determine a sentence, except that a sentence of death requires a unanimous, affirmative vote of all of the members. Votes on findings and sentences shall be taken by secret, written ballot.

G. Sentence

Upon conviction of an Accused, the Commission shall impose a sentence that is appropriate to the offense or offenses for which there was a finding of Guilty, which sentence may include death, imprisonment for life or for any lesser term, payment of a fine or restitution, or such other lawful punishment or condition of punishment as the Commission shall determine to be proper. Only a Commission of seven members may sentence an Accused to death. A Commission may (subject to rights of third parties) order confiscation of any property of a convicted Accused, deprive that Accused of any stolen property, or order the delivery of such property to the United States for disposition.

H. Post-Trial Procedures

(1) Record of Trial

Each Commission shall make a verbatim transcript of its proceedings, apart from all Commission deliberations, and preserve all evidence admitted in the trial (including any sentencing proceedings) of each case brought before it, which shall constitute the record of trial. The court reporter shall prepare the official record of trial and submit it to the Presiding Officer for authentication upon completion. The Presiding Officer shall transmit the authenticated record of trial to the Appointing Authority. If the Secretary of Defense is serving as the Appointing Authority, the record shall be transmitted to the Review Panel constituted under Section 6(H)(4).

(2) Finality of Findings and Sentence

A Commission finding as to a charge and any sentence of a Commission becomes final when the President or, if designated by the President, the Secretary of Defense makes a

final decision thereon pursuant to Section 4(c)(8) of the President's Military Order and in accordance with Section 6(H)(6) of this Order. An authenticated finding of Not Guilty as to a charge shall not be changed to a finding of Guilty. Any sentence made final by action of the President or the Secretary of Defense shall be carried out promptly.

Adjudged confinement shall begin immediately following the trial.

(3) Review by the Appointing Authority

If the Secretary of Defense is not the Appointing Authority, the Appointing Authority shall promptly perform an administrative review of the record of trial. If satisfied that the proceedings of the Commission were administratively complete, the Appointing Authority shall transmit the record of trial to the Review Panel constituted under Section 6(H)(4). If not so satisfied, the Appointing Authority shall return the case for any necessary supplementary proceedings.

(4) Review Panel

The Secretary of Defense shall designate a Review Panel consisting of three Military Officers, which may include civilians commissioned pursuant to reference (e). At least one member of each Review Panel shall have experience as a judge. The Review Panel shall review the record of trial and, in its discretion, any written submissions from the Prosecution and the Defense and shall deliberate in closed conference. The Review Panel shall disregard any variance from procedures specified in this Order or elsewhere that would not materially have affected the outcome of the trial before the Commission. Within thirty days after receipt of the record of trial, the Review Panel shall either (a) forward the case to the Secretary of Defense with a recommendation as to disposition, or (b) return the case to the Appointing Authority for further proceedings, provided that a majority of the Review Panel has formed a definite and firm conviction that a material error of law occurred.

(5) Review by the Secretary of Defense

The Secretary of Defense shall review the record of trial and the recommendation of the Review Panel and either return the case for further proceedings or, unless making the final decision pursuant to a Presidential designation under Section 4(c)(8) of the President's Military Order, forward it to the President with a recommendation as to disposition.

(6) Final Decision

After review by the Secretary of Defense, the record of trial and all recommendations will be forwarded to the President for review and final decision (unless the President has designated the Secretary of Defense to perform this function). If the President has so designated the Secretary of Defense, the Secretary may approve or disapprove findings or change a finding of Guilty to a finding of Guilty to a lesser-included offense, or mitigate, commute, defer, or suspend the sentence imposed or any portion thereof. If the Secretary of Defense is authorized to render the final decision, the review of the Secretary of Defense under Section 6(H)(5) shall constitute the final decision.

7. REGULATIONS

A. Supplementary Regulations and Instructions

The Appointing Authority shall, subject to approval of the General Counsel of the Department of Defense if the Appointing Authority is not the Secretary of Defense, publish such further regulations consistent with the President's Military Order and this Order as are necessary or appropriate for the conduct of proceedings by Commissions under the President's Military Order. The General Counsel shall issue such instructions consistent with the President's Military Order and this Order as the General Counsel deems necessary to facilitate the conduct of proceedings by such Commissions, including those governing the establishment of Commission-related offices and performance evaluation and reporting relationships. In the event of any inconsistency between the President's Military Order and this Order, including any supplementary regulations or instructions issued under Section 7(A), the provisions of the President's Military Order shall govern. In the event of any inconsistency between this Order and any regulations or instructions issued under Section 7(A), the provisions of this Order shall govern.

S. AUTHORITY

Nothing in this Order shall be construed to limit in any way the authority of the President as Commander in Chief of the Armed Forces or the power of the President to grant reprieves and pardons. Nothing in this Order shall affect the authority to constitute military commissions for a purpose not governed by the President's Military Order.

9.

PROTECTION OF STATE SECRETS

Nothing in this Order shall be construed to authorize disclosure of state secrets to any person not authorized to receive them.

10. OTHER

B. Construction

This Order is not intended to and does not create any right, benefit, or privilege, substantive or procedural, enforceable by any party, against the United States, its departments, agencies, or other entities, its officers or employees, or any other person. No provision in this Order shall be construed to be a requirement of the United States Constitution. Section and subsection captions in this document are for convenience only and shall not be used in construing the requirements of this Order. Failure to meet a time period specified in this Order, or supplementary regulations or instructions issued under Section 7(A), shall not create a right to relief for the Accused or any other person. Reference (f) shall not apply to this Order or any supplementary regulations or instructions issued under Section 7(A).

11. AMENDMENT

The Secretary of Defense may amend this Order from time to time.

12. DELEGATION

The authority of the Secretary of Defense to make requests for assistance under Section 5 of the President's Military Order is delegated to the General Counsel of the Department of Defense. The Executive Secretary of the Department of Defense shall provide such assistance to the General Counsel as the General Counsel determines necessary for this purpose.

13. EFFECTIVE DATE

This Order is effective immediately.

ภาคผนวก ข.

Military Commission Order No. 1 August 31, 2005

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Military Commission Order No. 1 August 31, 2005

SUBJECT: Procedures for Trials by Military Commissions of Certain Non-United States Citizens in the War Against Terrorism References: (a) United States Constitution, Article 11, Section 2 (b) Military Order of November 13, 2001, "Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism," 66 F.R. 57833 (Nov. 16, 2001) ("President's Military Order") (c) DoD 5200.2-R, "Personnel Security program," current edition, (d) Executive Order 12958, "Classified National Security Information" (April 17, 1995, as amended, or any successor Executive Order) (e) Section 603 of title 10, United States Code (f) DoD Directive 5025.1, "DoD Directives System," current edition (g) Military Commission Order No. 1 (March 21, 2002)

1. PURPOSE

This Order implements policy, assigns responsibilities, and prescribes procedures under references (a) and (b) for trials before military commissions of individuals subject to the President's Military Order. These procedures shall be implemented and construed so as to ensure that any such individual receives a full and fair trial before a military commission, as required by the President's Military Order. Unless otherwise directed by the Secretary of Defense, and except for supplemental procedures established pursuant to the President's Military Order or this Order, the procedures prescribed herein and no others shall govern such trials. This Order supersedes reference (g).

2. ESTABLISHMENT OF MILITARY COMMISSIONS

In accordance with the President's Military Order, the Secretary of Defense or a designee ("Appointing Authority") may issue orders from time to time appointing one or more military commissions to try individuals subject to the President's Military Order and appointing any other personnel necessary to facilitate such trials.

3. JURISDICTION

A. Over Persons

A military commission appointed under this Order ("Commission") shall have jurisdiction over only an individual or individuals ("the Accused") (1) subject to the President's Military Order and (2) alleged to have committed an offense in a charge that has been referred to the Commission by the Appointing Authority.

B. Over Offenses

Commissions established hereunder shall have jurisdiction over violations of the laws of war and all other offenses triable by military commission.

C. Maintaining Integrity of Commission Proceedings

The Commission may exercise jurisdiction over participants in its proceedings as necessary to preserve the integrity and order of the proceedings.

4. COMMISSION PERSONNEL

A. Members

(1) Appointment

The Appointing Authority shall appoint the Presiding Officer, other members, and the alternate member or members of each Commission. The alternate member or members shall attend all sessions of the Commission except sessions with members deliberating and voting on findings and sentence and sessions conducted by the Presiding Officer under Section 4(A)(5)(a), but the absence of an alternate member shall not preclude the Commission from conducting proceedings. Alternate members shall attend deliberations on matters other than findings or sentence, but may not participate in such deliberations or in any voting. In case of incapacity, resignation, or removal of any member, an alternate member, if available, shall take the place of that member, in the sequence designated by the Appointing Authority. Any vacancy among the members or alternate members occurring after a trial has begun may, but

need not, be filled by the Appointing Authority, but the substance of all prior proceedings and evidence taken in that case shall be made known to that new member or alternate member before the trial proceeds.

(2) Number of Members

Each Commission shall consist of a Presiding Officer and at least three other members, the number being determined by the Appointing Authority. For each such Commission, the Appointing Authority shall also appoint at the outset of proceedings one or more alternate members, the number being determined by the Appointing Authority..

(3) Qualifications

Each member and alternate member shall be a commissioned officer of the United States armed forces ("Military Officer"), including without limitation reserve personnel on active duty, National Guard personnel on active duty in Federal service, and retired personnel recalled to active duty. The Appointing Authority shall appoint members and alternate members determined to be competent to perform the duties involved. The Appointing Authority may remove members and alternate members for good cause.

(4) Presiding Officer

The Appointing Authority shall designate a Presiding Officer to preside over the proceedings of that Commission. The Presiding Officer shall be a Military Officer who is a judge advocate of any United States armed force.

(5) Duties of the Presiding Officer

(a) The Presiding Officer shall rule upon all questions of law, all challenges for cause, and all interlocutory questions arising during the proceedings. The Presiding Officer

may conduct hearings (except hearings on the admissibility of evidence under Section 6(D)(1)) outside the presence of the other members for the purposes of hearing and determining motions, objections, pleas, or such other matters as will promote a fair and expeditious trial. If the Presiding Officer determines that deliberations are necessary to resolve a challenge by another member under Section 6@)(1) to a ruling by the Presiding Officer on the admissibility of evidence, the Presiding Officer shall deliberate and vote with the other members to determine the admissibility of the evidence in question. The Presiding Officer shall not deliberate or vote with the other members on findings or sentence, nor shall the Presiding Officer be present at such deliberations or votes.

(b) The Presiding Officer shall admit or exclude evidence at trial in accordance with Section 6(D). The Presiding Officer shall have authority to close proceedings or portions of proceedings in accordance with Section 6(B)(3) and for any other reason necessary for the conduct of a full and fair trial. (c) The Presiding Officer shall ensure that the discipline, dignity, and decorum of the proceedings are maintained, shall exercise control over the

proceedings to ensure proper implementation of the President's Military Order and this Order, and shall have authority to act upon any contempt or breach of Commission rules and procedures. Any attorney authorized to appear before a Commission who is thereafter found not to satisfy the requirements for eligibility or who fails to comply with laws, rules, regulations, or other orders applicable to the Commission proceedings or any other individual who violates such laws, rules, regulations, or orders may be disciplined as the Presiding Officer deems appropriate, including but not limited to revocation of eligibility to appear before that Commission. The Appointing Authority may further revoke that attorney's or any other person's eligibility to appear before any other Commission convened , under this Order.

(d) The Presiding Officer shall ensure the expeditious conduct of the trial. In no circumstance shall accommodation of counsel be allowed to delay proceedings unreasonably.

(e) The Presiding Officer shall certify all interlocutory questions, the disposition of which would effect a termination of proceedings with respect to a charge, for decision by the Appointing Authority. The Presiding Officer may certify other interlocutory questions to the Appointing Authority as the Presiding Officer deems appropriate.

(f) As soon as practicable at the conclusion of each Commission session, the Presiding Officer shall transmit an authenticated copy of the proceedings to the Appointing Authority.

(6) Duties of the Other Members

The other members of the Commission shall determine the findings and sentence without the Presiding Officer, and may vote on the admission of evidence, with the Presiding Officer, in accordance with Section 6(D)(1).

B. Prosecution

(1) Office of the Chief Prosecutor

The Chief Prosecutor shall be a judge advocate of any United States armed force, shall supervise the overall prosecution efforts under the President's Military Order, and shall ensure proper management of personnel and resources.

(2) Prosecutors and Assistant Prosecutors Consistent with any supplementary regulations or instructions issued under Section 7(A), the Chief Prosecutor shall detail a Prosecutor and, as appropriate, one or more Assistant Prosecutors to prepare charges and conduct the prosecution for each case before a Commission ("Prosecution"). Prosecutors and Assistant Prosecutors shall be (a) Military Officers who are judge advocates of any United States armed force, or (b) special trial counsel of the

Department of Justice who may be made available by the Attorney General of the United States. The duties of the Prosecution are:

- (a) To prepare charges for approval and referral by the Appointing Authority;
- (b) To conduct the prosecution before the Commission of all cases referred for trial; and
- (c) To represent the interests of the Prosecution in any review process.

C. Defense

(1) Office of the Chief Defense Counsel

The Chief Defense Counsel shall be a judge advocate of any United States armed force, shall supervise the overall defense efforts under the President's Military Order, shall ensure proper management of personnel and resources, shall preclude conflicts of interest, and shall facilitate proper representation of all Accused.

(2) Detailed Defense Counsel.

Consistent with any supplementary regulations or instructions issued under Section 7(A), the Chief Defense Counsel shall detail one or more Military Officers who are judge advocates of any United States armed force to conduct the defense for each case before a Commission ("Detailed Defense Counsel"). The duties of the Detailed Defense Counsel are:

- (a) To defend the Accused zealously within the bounds of the law without regard to personal opinion as to the guilt of the Accused; and
- (b) To represent the interests of the Accused in any review process as provided by this Order.

(3) Choice of Counsel

(a) The Accused may select a Military Officer who is a judge advocate of any United States armed force to replace the Accused's Detailed Defense Counsel, provided that Military Officer has been determined to be available in accordance with any applicable supplementary regulations or instructions issued under Section 7(A). After such selection of a new Detailed Defense Counsel, the original Detailed Defense Counsel will be relieved of all duties with respect to that case. If requested by the Accused, however, the Chief Defense Counsel may allow the original Detailed Defense Counsel to continue to assist in representation of the Accused as another Detailed Defense Counsel.

(b) The Accused may also retain the services of a civilian attorney of the Accused's own choosing and at no expense to the United States Government ("Civilian Defense Counsel"), provided that attorney: (i) is a United States citizen; (ii) is admitted to the practice of law in a State, district, territory, or possession of the United States, or before a Federal court; (iii) has not been the subject of any sanction or disciplinary action by any court, bar, or other competent governmental authority for relevant misconduct; (iv) has been determined to be eligible for access to information classified at the level SECRET or higher under the authority of and in accordance with the procedures prescribed in reference (c); and (v) has signed a written agreement to comply with all applicable regulations or instructions for counsel, including any rules of court for conduct during the course of proceedings. Civilian attorneys may be prequalified as members of the pool of available attorneys if, at the time of application, they meet the relevant criteria, or they may be qualified on an *ad hoc* basis after being requested by an Accused. Representation by Civilian Defense Counsel will not relieve Detailed Defense Counsel of the duties specified in Section 4(C)(2). The qualification of a Civilian Defense Counsel does not guarantee that person's presence at closed Commission proceedings or that person's access to any information protected under' Section 6(a)(5).

(4) Continuity of Representation

The Accused must be represented at all relevant times by Detailed Defense Counsel. Detailed Defense Counsel and Civilian Defense Counsel shall be herein referred to collectively as "Defense Counsel." The Accused and Defense Counsel shall be herein referred to collectively as "the Defense."

D. Other Personnel

Other personnel, such as court reporters, interpreters, security personnel, bailiffs, and clerks may be detailed or employed by the Appointing Authority, as necessary.

5. PROCEDURES ACCORDED THE ACCUSED

The following procedures shall apply with respect to the Accused:

A. The Prosecution shall furnish to the Accused, sufficiently in advance of trial to prepare a defense, a copy of the charges in English and, if appropriate, in another language that the Accused understands.

B. The Accused shall be presumed innocent until proven guilty.

C. A Commission member, other than the Presiding Officer, shall vote for a finding of Guilty as to an offense if and only if that member is convinced beyond a reasonable doubt, based on the evidence admitted at trial, that the Accused is guilty of the offense.

D. At least one Detailed Defense Counsel shall be made available to the Accused sufficiently in advance of trial to prepare a defense and until any findings and sentence become final in accordance with Section 6(H)(2).

E. The Prosecution shall provide the Defense with access to evidence the Prosecution intends to introduce at trial and with access to evidence known to the Prosecution that tends to exculpate the Accused. Such access shall be consistent with Section 6(a)(5) and subject to Section 9. Accused shall not be required to testify during trial. A

Commission shall draw no adverse inference from an Accused's decision not to testify. This subsection shall not preclude admission of evidence of prior statements or conduct of the Accused.

G. If the Accused so elects, the Accused may testify at trial on the Accused's own behalf and shall then be subject to cross-examination.

H. The Accused may obtain witnesses and documents for the Accused's defense, to the extent necessary and reasonably available as determined by the Presiding Officer. Such access shall be consistent with the requirements of Section 6(D)(5) and subject to Section 9. The Appointing Authority shall order that such investigative or other resources be made available to the Defense as the Appointing Authority deems necessary for a full and fair trial.

I. The Accused may have Defense Counsel present evidence at trial in the Accused's defense and cross-examine each witness presented by the Prosecution who appears before the Commission.

J. The Prosecution shall ensure that the substance of the charges, the proceedings, and any documentary evidence are provided in English and, if appropriate, in another language that the Accused understands. The Appointing Authority may appoint one or more interpreters to assist the Defense, as necessary.

K. The Accused shall be present at every stage of the trial before the Commission, to the extent consistent with Section 6(B)(3), unless the Accused engages in disruptive conduct that justifies exclusion by the Presiding Officer. Detailed Defense Counsel may not be excluded from any trial proceeding or portion thereof.

L. Except by order of the Presiding Officer for good cause shown, the Prosecution shall provide the Defense with access before sentencing proceedings to evidence the

Prosecution intends to present in such proceedings. Such access shall be consistent with Section 6(D)(5) and subject to Section 9.

M. The Accused may make a statement during sentencing proceedings:

N. The Accused may have Defense Counsel submit evidence to the Commission during sentencing proceedings.

O. The Accused shall be afforded a trial open to the public (except proceedings closed by the Presiding Officer), consistent with Section 6(B).

P. The Accused shall not again be med by any Commission for a charge once a Commission's finding on that charge becomes final in accordance with Section 6(H)(2).

6. CONDUCT OF THE TRIAL

A. Pretrial Procedures

(1) Preparation of the Charges

The rosec cut ion shall prepare charges for approval by the Appointing Authority, as provided in Section 4(B)(2)(a).

(2) Referral to the Commission

The Appointing Authority may approve and refer for trial any charge against an individual or individuals within the jurisdiction of a Commission in accordance with Section 3(A) and alleging an offense within the jurisdiction of a Commission in accordance with Section 3(B).

(3) Notification of the Accused

The Prosecution shall provide copies of the charges approved by the Appointing Authority to the Accused and Defense Counsel. The Prosecution also shall submit the

charges approved by the Appointing Authority to the Presiding Officer of the Commission to which they here referred.

(4) Plea Agreements

The Accused, through Defense Counsel, and the Prosecution may submit for approval to the Appointing Authority a plea agreement mandating a sentence limitation or any other provision in exchange for an agreement to plead guilty, or any other consideration. Any agreement to plead guilty must include a written stipulation of fact, signed by the Accused, that confirms the guilt of the Accused and the voluntary and informed nature of the plea of guilty. If the Appointing Authority approves the plea agreement, the Presiding Officer will, after determining the voluntary and informed nature of the plea agreement, admit the plea agreement and stipulation into evidence and the Commission will be bound to adjudge findings and a sentence pursuant to that plea agreement.

(5) Issuance and Service of Process; Obtaining Evidence The Commission shall have power to:

(a) Summon witnesses to attend trial and testify;

(b) Administer oaths or affirmations to witnesses and other persons and to question witnesses;

(c) Require the production of documents and other evidentiary material; and

(d) Designate special commissioners to take evidence. The Presiding Officer shall exercise these powers on behalf of the Commission at the Presiding Officer's own initiative, or at the request of the Prosecution or the Defense, as necessary to ensure a full and fair trial in accordance with the President's Military Order and this Order. The Commission shall issue its process in the name of the Department of Defense over the signature of the Presiding Officer. Such process shall be served as directed by the

Presiding Officer in a manner calculated to give reasonable notice to persons required to take action in accordance with that process.

B. Duties of the Commission During Trial

The Commission shall:

(1) Provide a full and fair trial.

(2) Proceed impartially and expeditiously, strictly confining the proceedings to a full and fair trial of the charges, excluding irrelevant evidence, and preventing any unnecessary interference or delay.

(3) Hold open proceedings except where otherwise decided by the Appointing Authority or the Presiding Officer in accordance with the President's Military Order and this Order. Grounds for closure include the protection of information classified or classifiable under reference (d); information protected by law or rule from unauthorized disclosure; the physical safety of participants in Commission proceedings, including prospective witnesses; intelligence and law enforcement sources, methods, or activities; and other national security interests. The Presiding Officer may decide to close all or part of a proceeding on the Presiding Officer's own initiative or based upon a presentation, including an *ex parte*, in *camera* presentation by either the Prosecution or the Defense. A decision to close a proceeding or portion thereof may include a decision to exclude the Accused, Civilian Defense Counsel, or any other person, but Detailed Defense Counsel may not be excluded from any trial proceeding or portion thereof. Except with the prior authorization of the Presiding Officer and subject to Section 9, Defense Counsel may not disclose any information presented during a closed session to individuals excluded from such proceeding or part thereof. Open proceedings may include, at the discretion of the Appointing Authority, attendance by the public and accredited press, and public release of transcripts at the appropriate time. Proceedings should be open to the maximum extent practicable. Photography, video, or audio broadcasting, or recording of or at Commission

proceedings shall be prohibited, except photography, video, and audio recording by the Commission pursuant to the direction of the Presiding Officer as necessary for preservation of the record of trial.

(4) Hold each session at such time and place as may be directed by the Appointing Authority. Members of the Commission may meet in closed conference at any time authorized by the Presiding Officer.

C. Oaths

(1) All members of a Commission, all Prosecutors, all Defense Counsel, all court reporters, all security personnel, and all interpreters shall take an oath to perform their duties faithfully.

(2) Each witness appearing before a Commission shall be examined under oath, as provided in Section 6(a)(2)(b).

(3) An oath includes an affirmation. Any formulation that appeals to the conscience of the person to whom the oath is administered and that binds that person to speak the truth, or, in the case of one other than a witness, properly to perform certain duties, is sufficient.

D. Evidence

(1) Admissibility

Evidence shall be admitted if, in the opinion of the Presiding Officer (or instead, if any other member of the Commission so requests at the time the Presiding Officer renders that opinion, the opinion of the Commission rendered at that time by a majority of the Commission) the evidence would have probative value to a reasonable person.

(2) Witnesses

(a) Production of Witnesses

The Prosecution or the Defense may request that the Commission hear the testimony of any person, and such testimony shall be received if found to be admissible and not cumulative. The Presiding Officer on his own initiative, or if requested by other members of the Commission, may also summon and hear witnesses. The Presiding Officer may permit the testimony of witnesses by telephone, audiovisual means, or other means; however, the Commission shall consider the ability to test the veracity of that testimony in evaluating the weight to be given to the testimony of the witness.

(b) Testimony

Testimony of witnesses shall be given under oath or affirmation. The Commission may still hear a witness who refuses to swear an oath or make a solemn undertaking; however, the Commission shall consider the refusal to swear an oath or give an affirmation in evaluating the weight to be given to the testimony of the witness.

(c) Examination of Witnesses

A witness who testifies before the Commission is subject to both direct examination and cross examination. The Presiding Officer shall maintain order in the proceedings and shall not permit badgering of witnesses or questions that are not material to the issues before the commission. Members of the Commission may submit written questions to the Presiding Officer for the witnesses at any time:

(d) Protection of Witnesses

The Presiding Officer shall consider the safety of witnesses and others, as well as the safeguarding of Protected Information as defined in Section 6(D)(5)(a), in determining the appropriate methods of receiving testimony and evidence. The Presiding Officer may hear any presentation by the Prosecution or the Defense, including an *ex parte*, in *camera* presentation, regarding the safety of potential witnesses before determining the ways in which witnesses and evidence will be protected. The Presiding Officer may authorize any methods appropriate for the protection of witnesses and evidence. Such methods may include, but are not limited to: testimony by telephone, audiovisual means,

or other electronic means; closure of the proceedings; introduction of prepared declassified summaries of evidence; and the use of pseudonyms.

(3) Other Evidence

Subject to the requirements of Section 6@)(1) concerning admssibility, the Commission may

consider any other evidence including, but not limited to, testimony from prior trials and proceedings, sworn or unsworn written statements, physical evidence, or scientific or other reports.

(4) Notice

The Presiding Officer may, after affording the Prosecution and the Defense an opportunity to be heard, take conclusive notice of facts that are not subject to reasonable dispute either because they are generally known or are capable of determination by resort to sources that cannot reasonably be contested. The Presiding Officer shall inform the other members of any facts conclusively noticed under this provision.

(5) Protection of Information

(a) Protective Order

The Presiding Officer may issue protective orders as necessary to carry out the President's Military Order and this Order, including to safeguard "Protected Infoimation," which includes: (i) information classified or classifiable pursuant to reference (d); (ii) information protected by law or rule from unauthorized disclosure; (iii) information the disclosure of which may endanger the physical safety of participants in Commission proceedings, including prospective witnesses; (iv) information concerning intelligence and law enforcement sources, methods, or activities; or (v) information concerning other national security interests. As soon as practicable, counsel for either side will notify the Presiding Officer of any intent to offer evidence involving Protected Information.

(b) Limited Disclosure

The Presiding Officer, upon motion of the Prosecution or *sua sponte*, shall, as necessary to

protect the interests of the United States and consistent with Section 9, direct (i) the deletion of specified items of Protected Information from documents to be made available to the Accused, Detailed Defense Counsel, or Civilian Defense Counsel; (ii) the substitution of a portion or summary of the information for such Protected Information; or (iii) the substitution of a statement of the relevant facts that the Protected Information would tend to prove. The

Prosecution's motion and any materials submitted in support thereof or in response thereto shall, upon request of the Prosecution, be considered by the Presiding Officer *ex parte, in camera*, but no Protected Information shall be admitted into evidence for consideration by the Commission if not presented to Detailed Defense Counsel. The Accused and the Civilian Defense Counsel shall be provided access to Protected Information falling under Section (E) to the extent consistent with national security, law enforcement interests, and applicable law. If access to such Protected Information is denied and an adequate substitute for that information, such as described above, is unavailable, the Prosecution shall not introduce the Protected Information as evidence without the approval of the Chief Prosecutor; and the Presiding Officer, notwithstanding any determination of probative value under Section 6(D)(1), shall not admit the Protected Information as evidence if the admission of such evidence would result in the denial of a full and fair trial.

(c) Closure of Proceedings

The Presiding Officer may direct the closure of proceedings in accordance with Section 6(B)(3).

(d) Protected Information as Part of the Record of Trial

All exhibits admitted as evidence but containing Protected Information shall be sealed and annexed to the record of trial. Additionally, any Protected Information not admitted as evidence but reviewed *in camera* and subsequently withheld from the Defense over

Defense objection shall, with the associated motions and responses and any materials submitted in support thereof, be sealed and annexed to the record of trial as additional exhibits. Such sealed material shall be made available to reviewing authorities in closed proceedings.

E. Proceedings During Trial

The proceedings at each trial will be conducted substantially as follows, unless modified by the Presiding Officer to suit the particular circumstances:

(1) Each charge will be read, or its substance communicated, in the presence of the Accused and the Commission.

(2) The Presiding Officer shall ask each Accused whether the Accused pleads "Guilty" or "Not Guilty." Should the Accused refuse to enter a plea, the Presiding Officer shall enter a plea of "Not Guilty" on the Accused's behalf. If the plea to an offense is "Guilty," the Presiding Officer shall enter a finding of Guilty on that offense after conducting sufficient inquiry to form an opinion that the plea is voluntary and informed. Any plea of Guilty that is not determined to be voluntary and informed shall be changed to a plea of Not Guilty.

Plea

proceedings shall then continue as to the remaining charges. If a plea of "Guilty" is made on all charges, the Commission shall proceed to sentencing proceedings; if not, the Commission shall proceed to trial as to the charges for which a "Not Guilty" plea has been entered.

(3) The Prosecution shall make its opening statement.

(4) The witnesses and other evidence for the Prosecution shall be heard or received.

(5) The Defense may make an opening statement after the Prosecution's opening statement or prior to presenting its case.

(6) The witnesses and other evidence for the Defense shall be heard or received.

(7) Thereafter, the Prosecution and the Defense may introduce evidence in rebuttal and surrebuttal.

(8) The Prosecution shall present argument to the Commission. Defense Counsel shall be permitted to present argument in response, and then the Prosecution may reply in rebuttal.

(9) After the members of the Commission, other than the Presiding Officer, deliberate and vote on findings in closed conference, the senior-ranking member who voted on findings shall announce the Commission's findings in the presence of the entire Commission, the Prosecution, the Accused, and Defense Counsel. The individual votes of the members of the Commission shall not be disclosed.

(10) In the event a finding of Guilty is entered for an offense, the Prosecution and the Defense may present information to aid the Commission in determining an appropriate sentence. The Accused may testify and shall be subject to cross examination regarding any such testimony.

(11) The Prosecution and, thereafter, the Defense shall present argument to the Commission regarding sentencing.

(12) After the members of the Commission, other than the Presiding Officer, deliberate and vote on a sentence in closed conference, the senior-ranking member who voted on a sentence shall announce the Commission's sentence in the presence of the entire Commission, the Prosecution, the Accused, and Defense Counsel. The individual votes of the members of the Commission shall not be disclosed.

F. Voting

In accordance with instructions from the Presiding Officer, the other members of the Commission shall deliberate and vote in closed conference. Such a Commission member shall vote for a finding of Guilty as to an offense if and only if that member is convinced beyond a reasonable doubt, based on the evidence admitted at trial, that the Accused is guilty of the offense. An affirmative vote of two-thirds of the other members is required for a finding of Guilty. When appropriate, the other members of the Commission may adjust a charged offense by exceptions and substitutions of language that do not substantially change the nature of the offense or increase its seriousness, or it may vote to convict of a lesser-included offense. An affirmative vote of two-thirds of the other members is required to determine a sentence, except that a sentence of death requires a unanimous, affirmative vote of all of the other members. Votes on findings and sentences shall be taken by secret, written ballot. The Presiding Officer shall not participate in, or be present during, the deliberations or votes on findings or sentence by the other members of the Commission.

G. Sentence

Upon conviction of an Accused, in accordance with instructions from the Presiding Officer, the other members of the Commission shall impose a sentence that is appropriate to the offense or offenses for which there was a finding of Guilty, which sentence may include death, imprisonment for life or for any lesser term, payment of a fine or restitution, or such other lawful punishment or condition of punishment as the other members of the Commission shall determine to be proper. Only a Commission that includes at least seven other members may sentence an Accused to death. A Commission may (subject to rights of third parties) order confiscation of any property of a convicted Accused, deprive that Accused of any stolen property, or order the delivery of such property to the United States for disposition.

H. Post-Trial Procedures

(1) Record of Trial

Each Commission shall make a verbatim transcript of its proceedings, apart from all Commission deliberations, and preserve all evidence admitted in the trial (including any sentencing proceedings) of each case brought before it, which shall constitute the record of trial. The court reporter shall prepare the official record of trial and submit it to the Presiding Officer for authentication upon completion. The Presiding Officer shall transmit the authenticated record of trial to the Appointing Authority. If the Secretary of Defense is serving as the Appointing Authority, the record shall be transmitted to the Review Panel constituted under Section 6(H)(4).

(2) Finality of Findings and Sentence

A Commission finding as to a charge and any sentence of a Commission becomes final when the President or, 'if designated by the President, the Secretary of Defense makes a final decision thereon pursuant to Section 4(c)(8) of the President's Military Order and in accordance with Section 6(H)(6) of this Order. An authenticated finding of Not Guilty as to a charge shall not be changed to a finding of Guilty. Any sentence made final by action of the President or the Secretary of Defense shall be carried out promptly. Adjudged confinement shall begin immediately following the trial.

(3) Review .by the Appointing Authority

If the Secretary of Defense is not the Appointing Authority, the Appointing Authority shall promptly perform an administrative review of the record of trial. If satisfied that the proceedings of the Commission were administratively complete, the Appointing Authority shall transmit the record of trial to the Review Panel constituted under Section 6(H)(4). If not so satisfied, the Appointing Authority shall return the case for any necessary supplementary proceedings.

(4) Review Panel

The Secretary of Defense shall designate a Review Panel consisting of three Military Officers, which may include civilians commissioned pursuant to reference (e). At least one member of each Review Panel shall have experience as a judge. The Review Panel shall review the record of trial and, in its discretion, any written submissions from the

Prosecution and the Defense and shall deliberate in closed conference. The Review Panel shall disregard any variance from procedures specified in this Order or elsewhere that would not materially have affected the outcome of the trial before the Commission. Within seventy-five days after receipt of the record of trial, the Review Panel shall either (a) forward the case to the Secretary of Defense with a recommendation as to disposition, or (b) return the case to the Appointing Authority for further proceedings, provided that a majority of the Review Panel has formed a definite and firm conviction that a material error of law occurred.

(5) Review by the Secretary of Defense

The Secretary of Defense shall review the record of trial and the recommendation of the Review Panel and either return the case for further proceedings or, unless making the final decision pursuant to a Presidential designation under Section 4(c)(8) of the President's Military Order, forward it to the President with a recommendation as to disposition.

(6) Final Decision

After review by the Secretary of Defense, the record of trial and all recommendations will be forwarded to the President for review and final decision (unless the President has designated the Secretary of Defense to perform this function). If the President has so designated the Secretary of Defense, the Secretary may approve or disapprove findings or change a finding of Guilty to a finding of Guilty to a lesser-included offense, or mitigate, commute, defer, or suspend the sentence imposed or any portion thereof. If the Secretary of Defense is authorized to render the final decision, the review of the Secretary of Defense under Section 6(H)(5) shall constitute the final decision.

7. REGULATIONS

A. Supplementary Regulations and Instructions

The Appointing Authority shall, subject to approval of the General Counsel of the Department of Defense if the Appointing Authority is not the Secretary of Defense, publish such further regulations consistent with the President's Military Order and this Order as are necessary or appropriate for the conduct of proceedings by Commissions under the President's Military Order. The General Counsel shall issue such instructions consistent with the President's Military Order and this Order as the General Counsel deems necessary to facilitate the conduct of proceedings by such Commissions, including those governing the establishment of Commission-related offices and performance evaluation and reporting relationships.

B. Construction

In the event of any inconsistency between the President's Military Order and this Order, including any supplementary regulations or instructions issued under Section 7(A), the provisions of the President's Military Order shall govern. In the event of any inconsistency between this Order and any regulations or instructions issued under Section 7(A), the provisions of this Order shall govern.

8. AUTHORITY

Nothing in this Order shall be construed to limit in any way the authority of the President as Commander in Chief of the Armed Forces or the power of the President to grant reprieves and pardons. Nothing in this Order shall affect the authority to constitute military commissions for a purpose not governed by the President's Military Order.

9. PROTECTION OF STATE SECRETS

Nothing in this Order shall be construed to authorize disclosure of state secrets to any person not authorized to receive them.

10. OTHER

This Order is not intended to and does not create any right, benefit, or privilege, substantive or procedural, enforceable by any party, against the United States, its departments, agencies, or other entities, its officers or employees, or any other person.

No provision in this Order shall be construed to be a requirement of the United States Constitution. Section and subsection captions in this document are for convenience only and shall not be used in construing the requirements of this Order. Failure to meet a time period specified in this Order, or supplementary regulations or instructions issued under Section 7(A), shall not create a right to relief for the Accused or any other person. Reference (f) shall not apply to this Order or any supplementary regulations or instructions issued under Section 7(A).

11. AMENDMENT

The Secretary of Defense may amend this Order from time to time.

12. DELEGATION

The authority of the Secretary of Defense to make requests for assistance under Section 5 of the President's Military Order is delegated to the General Counsel of the Department of Defense. The Executive Secretary of the Department of Defense shall provide such assistance to the General Counsel as the General Counsel determines necessary for this purpose.

13. EFFECTIVE DATE

This Order is effective immediately.

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ค.

Order Establishing Combatant Status review Tribunal

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Order Establishing Combatant Status review Tribunal

This Order applies only to foreign nationals held as enemy combatants in the control of the Department of Defense at the Guantanamo Bay Naval Base. Cuba ("detainees").

a. Enemy Combatant. For purposes of this Order, the term "enemy combatant" shall mean an individual who was part of or supporting Taliban or al Qaeda forces, or associated forces that are engaged in hostilities against the United States or its coalition partners, This includes any person who has committed a belligerent act or has directly supported hostilities in aid of enemy armed forces Each detainee subject to this Order has been determined to be an enemy combatant through multiple levels of review by officers of the Department of Defense.

b. Notice. Within ten days after the date of this Order, all detainees shall be notified of the opportunity to contest designation as an enemy combatant in the proceeding described herein, of the opportunity to consult with and be assisted by a personal representative as described in paragraph (c), and of the right to seek a writ of habeas corpus in the courts of the United States.

c. Personal Representative. Each detainee shall be assigned a military officer, with the appropriate security clearance, as a personal representative for the purpose of assisting the detainee in connection with the review process described herein. The personal representative shall be afforded the opportunity to review any reasonably available information in the possession of the Department of Defense that may be relevant to a determination of the detainee designation as an enemy combatant, including any records, determinations, or reports generated in connection with earlier determinations or reviews, and to consult with the detainee concerning that designation and any challenge thereto. The personal representative may share any information with the detainee, except for classified information, and may participate in the Tribunal proceedings as provided in paragraph (g)(4).

d. Tribunals. Within 30 days after the detainee's personal representative has been afforded the opportunity to review the reasonably available information in the possession of the Department of Defense and had an opportunity to consult with the

detainee. a Tribunal shall be convened to review the detainee's status as an enemy combatant.

e. Composition of Tribunal. A Tribunal shall be composed of three neutral commissioned officers of the U S. Armed Forces. each of whom possesses the appropriate security clearance and none of whom was involved in the apprehension, detention, interrogation, or previous determination of status of the detainee. One of the member shall be a judge advocate. The senior member (in the grade of O-5 and above) shall serve as President of the Tribunal. Another non-voting officer, preferably a judge advocate, shall serve as the Recorder and shall not be a member of the Tribunal.

f. Convening Authority. The Convening Authority shall be designated by the Secretary of the Navy. The Convening Authority shall appoint each Tribunal and its members, and a personal representative for each detainee. The Secretary of the Navy, with the concurrence or the General Counsel of the Department of Defense, may issue instructions to implement this Order.

g. Procedures

(1) The Recorder shall provide the detainee in advance of the proceedings with notice of the unclassified [actual basis for the detainee's designation as an enemy combatant.

(2) Members of the Tribunal and the Recorder shall be sworn. The Recorder shall be sworn first by the President of the Tribunal. The Recorder will then administer an oath, to faithfully and impartially perform their duties, to all members of the Tribunal to include the President

(3) The record in each Case shall consist of all the documentary evidence presented to the Tribunal, the Recorder's summary of all witness testimony, a written report of the Tribunal's decision, and a recording of the proceedings (except proceedings involving deliberation and voting by the members), which shall be preserved.

(4) The detainee shall be allowed to attend all proceedings, except for proceedings involving deliberation and voting by the members or testimony and other matters that would compromise national security if held in the presence of the detainee.

The detainee's personal representative shall be allowed to attend all proceedings, except for proceedings involving deliberation and voting by the members of the Tribunal

(5) The detainee shall be provided with an interpreter, if necessary.

(6) The detainee shall be advised at the beginning of the hearing of the nature of the proceedings and of the procedures accorded him in connection with the hearing .

(7) The Tribunal, through its Recorder, shall have access to and consider any reasonably available information generated in connection with the initial determination to hold the detainee as an enemy combatant and in any subsequent reviews of that determination, as well as any reasonably available records, determinations, or reports generated in connection therewith.

(8) The detainee shall be allowed to call witnesses if reasonably available, and to question those witnesses called by the Tribunal. The Tribunal shall determine the reasonable availability of witnesses. If such witnesses are from within the U.S. Armed Forces, they shall not be considered reasonably available if, as determined by their commanders, their presence at a hearing would affect combat or support operations. In the case of witnesses who are not reasonably available, written statements, preferably sworn, may be submitted and considered as evidence.

(9) The Tribunal is not bound by the rules of evidence such as would apply in a court of law. Instead, the Tribunal shall be free to consider any information it deems relevant and helpful to a resolution of the issue before it. At the discretion of the Tribunal, for example, it may consider hearsay evidence, taking into account the reliability of such evidence in the circumstances. The Tribunal does not have the authority to declassify or change the classification of any national security information it reviews.

(10) The detainee shall have a right to testify or otherwise address the Tribunal in oral or written form, and to introduce relevant documentary evidence.

(11) The detainee may not be compelled to testify before the Tribunal.

(12) Following the hearing of testimony and the review of documents and other evidence, the Tribunal shall determine in closed session by majority vote whether the detainee is properly detained as an enemy combatant. Preponderance of evidence shall

be the standard used in reaching this determination, but there shall be a rebuttable presumption in favor of the Government's evidence,

(13) The President of the Tribunal shall, without regard to any other provision of this Order, have authority and the duty to ensure that all proceedings of or in relation to the Tribunal under this Order shall comply with Executive Order 12958 regarding national security information.

It The Record. The Recorder Shall, to the maximum extent practicable, prepare the record of the Tribunal within three working days of the announcement of the Tribunal's decision. The record shall include those items described in paragraph (g)(3) above. The record will then be forwarded to the Staff Judge Advocate for the Convening Authority, who shall review the record for legal sufficiency and make a recommendation to the Convening Authority. The Convening Authority shall review the Tribunal's decision and, in accordance with this Order and any implementing instructions issued by the Secretary of the Navy, may return the record to the Tribunal for further proceedings or approve the decision and take appropriate action.

i. Non - Enemy Combatant Determination. If the Tribunal determines that the detainee shall no longer be classified as an enemy combatant, the written report of its determination shall be forwarded directly to the Secretary of Defense or his designee. The Secretary or his designee shall so advise the Secretary of State, in order to permit the Secretary of State to coordinate the transfer of the detainee for release to the detainee's country of citizenship or other disposition consistent with domestic and international obligations and the foreign policy of the United States.

j This Order is intended solely to improve management within the Department of Defense concerning its detention of enemy combatants at Guantanamo Bay Naval Base. Cuba and is not intended to, and does not, create any right or benefit. Substantive or procedural, enforceable at law, in equity, or otherwise by any party against the United State. Its departments, agencies, instrumentalities or entities. Its officers, employees or agents or any other person.

k. Nothing in this Order shall be construed to limit, in any way, or otherwise affect the constitutional authority of the President as Commander in Chief or any authority granted by statute to the President or the Secretary of Defense.

This Order is effective immediately.



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก ง.

Detainee Treatment Act of 2005

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Detainee Treatment Act of 2005 [White House]

8:58 PM ET

Detainee Treatment Act of 2005, as included in the Department of Defense Appropriations Act, 2006 and agreed to by the US House and Senate and signed by President Bush, December 30, 2005 [incorporating the McCain Amendment and the Graham-Levin Amendment on detainees]. Full text from THOMAS:

TITLE X--MATTERS RELATING TO DETAINEES**SEC. 1001. SHORT TITLE.**

This title may be cited as the 'Detainee Treatment Act of 2005'.

SEC. 1002. UNIFORM STANDARDS FOR THE INTERROGATION OF PERSONS UNDER THE DETENTION OF THE DEPARTMENT OF DEFENSE.

(a) In General- No person in the custody or under the effective control of the Department of Defense or under detention in a Department of Defense facility shall be subject to any treatment or technique of interrogation not authorized by and listed in the United States Army Field Manual on Intelligence Interrogation.

(b) Applicability- Subsection (a) shall not apply with respect to any person in the custody or under the effective control of the Department of Defense pursuant to a criminal law or immigration law of the United States.

(c) Construction- Nothing in this section shall be construed to affect the rights under the United States Constitution of any person in the custody or under the physical jurisdiction of the United States.

SEC. 1003. PROHIBITION ON CRUEL, INHUMAN, OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT OF PERSONS UNDER CUSTODY OR CONTROL OF THE UNITED

STATES GOVERNMENT.

(a) In General- No individual in the custody or under the physical control of the United States Government, regardless of nationality or physical location, shall be subject to cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment.

(b) Construction- Nothing in this section shall be construed to impose any geographical limitation on the applicability of the prohibition against cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment under this section.

(c) Limitation on Supersedure- The provisions of this section shall not be superseded, except by a provision of law enacted after the date of the enactment of this Act which specifically repeals, modifies, or supersedes the provisions of this section.

(d) Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment Defined- In this section, the term 'cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment' means the cruel, unusual, and inhumane treatment or punishment prohibited by the Fifth, Eighth, and Fourteenth Amendments to the Constitution of the United States, as defined in the United States Reservations, Declarations and Understandings to the United Nations Convention Against Torture and Other Forms of Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment done at New York, December 10, 1984.

SEC. 1004. PROTECTION OF UNITED STATES GOVERNMENT PERSONNEL ENGAGED IN AUTHORIZED INTERROGATIONS.

(a) Protection of United States Government Personnel- In any civil action or criminal prosecution against an officer, employee, member of the Armed Forces, or other agent of the United States Government who is a United States person, arising out of the officer, employee, member of the Armed Forces, or other agent's engaging in specific operational practices, that involve detention and interrogation of aliens who the President or his designees have determined are believed to be engaged in or

associated with international terrorist activity that poses a serious, continuing threat to the United States, its interests, or its allies, and that were officially authorized and determined to be lawful at the time that they were conducted, it shall be a defense that such officer, employee, member of the Armed Forces, or other agent did not know that the practices were unlawful and a person of ordinary sense and understanding would not know the practices were unlawful. Good faith reliance on advice of counsel should be an important factor, among others, to consider in assessing whether a person of ordinary sense and understanding would have known the practices to be unlawful. Nothing in this section shall be construed to limit or extinguish any defense or protection otherwise available to any person or entity from suit, civil or criminal liability, or damages, or to provide immunity from prosecution for any criminal offense by the proper authorities.

(b) Counsel- The United States Government may provide or employ counsel, and pay counsel fees, court costs, bail, and other expenses incident to the representation of an officer, employee, member of the Armed Forces, or other agent described in subsection (a), with respect to any civil action or criminal prosecution arising out of practices described in that subsection, under the same conditions, and to the same extent, to which such services and payments are authorized under section 1037 of title 10, United States Code.

SEC. 1005. PROCEDURES FOR STATUS REVIEW OF DETAINEES OUTSIDE THE UNITED STATES.

(a) Submittal of Procedures for Status Review of Detainees at Guantanamo Bay, Cuba, and in Afghanistan and Iraq-

(1) IN GENERAL- Not later than 180 days after the date of the enactment of this Act, the Secretary of Defense shall submit to the Committee on Armed Services and the Committee on the Judiciary of the Senate and the Committee on Armed Services and the Committee on the Judiciary of the House of Representatives a report setting forth--

(A) the procedures of the Combatant Status Review Tribunals and the Administrative Review Boards established by direction of the Secretary of Defense that are in operation at Guantanamo Bay, Cuba, for determining the status of the detainees held at Guantanamo Bay or to provide an annual review to determine the need to continue to detain an alien who is a detainee ; and

(B) the procedures in operation in Afghanistan and Iraq for a determination of the status of aliens detained in the custody or under the physical control of the Department of Defense in those countries.

(2) DESIGNATED CIVILIAN OFFICIAL- The procedures submitted to Congress pursuant to paragraph (1)(A) shall ensure that the official of the Department of Defense who is designated by the President or Secretary of Defense to be the final review authority within the Department of Defense with respect to decisions of any such tribunal or board (referred to as the 'Designated Civilian Official') shall be a civilian officer of the Department of Defense holding an office to which appointments are required by law to be made by the President, by and with the advice and consent of the Senate.

(3) CONSIDERATION OF NEW EVIDENCE- The procedures submitted under paragraph (1)(A) shall provide for periodic review of any new evidence that may become available relating to the enemy combatant status of a detainee .

(b) Consideration of Statements Derived With Coercion-

(1) ASSESSMENT- The procedures submitted to Congress pursuant to subsection (a)(1)(A) shall ensure that a Combatant Status Review Tribunal or Administrative Review Board, or any similar or successor administrative tribunal or board, in making a determination of status or disposition of any detainee under such procedures, shall, to the extent practicable, assess--

(A) whether any statement derived from or relating to such detainee was obtained as a result of coercion; and

(B) the probative value (if any) of any such statement.

(2) APPLICABILITY- Paragraph (1) applies with respect to any proceeding beginning on or after the date of the enactment of this Act.

(c) Report on Modification of Procedures- The Secretary of Defense shall submit to the committees specified in subsection (a)(1) a report on any modification of the procedures submitted under subsection (a). Any such report shall be submitted not later than 60 days before the date on which such modification goes into effect.

(d) Annual Report-

(1) REPORT REQUIRED- The Secretary of Defense shall submit to Congress an annual report on the annual review process for aliens in the custody of the Department of Defense outside the United States. Each such report shall be submitted in unclassified form, with a classified annex, if necessary. The report shall be submitted not later than December 31 each year.

(2) ELEMENTS OF REPORT- Each such report shall include the following with respect to the year covered by the report:

(A) The number of detainees whose status was reviewed.

(B) The procedures used at each location.

(e) Judicial Review of Detention of Enemy Combatants-

(1) IN GENERAL- Section 2241 of title 28, United States Code, is amended by adding at

the end the following:

`(e) Except as provided in section 1005 of the Detainee Treatment Act of 2005, no court, justice, or judge shall have jurisdiction to hear or consider--

`(1) an application for a writ of habeas corpus filed by or on behalf of an alien detained by the Department of Defense at Guantanamo Bay, Cuba; or

`(2) any other action against the United States or its agents relating to any aspect of the detention by the Department of Defense of an alien at Guantanamo Bay, Cuba, who--

`(A) is currently in military custody; or

`(B) has been determined by the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit in accordance with the procedures set forth in section 1005(e) of the Detainee Treatment Act of 2005 to have been properly detained as an enemy combatant.'

(2) REVIEW OF DECISIONS OF COMBATANT STATUS REVIEW TRIBUNALS OF PROPRIETY OF DETENTION-

(A) IN GENERAL- Subject to subparagraphs (B), (C), and (D), the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit shall have exclusive jurisdiction to determine the validity of any final decision of a Combatant Status Review Tribunal that an alien is properly detained as an enemy combatant.

(B) LIMITATION ON CLAIMS- The jurisdiction of the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit under this paragraph shall be limited to claims brought by or on behalf of an alien--

(i) who is, at the time a request for review by such court is filed, detained by the

Department of Defense at Guantanamo Bay, Cuba; and

(ii) for whom a Combatant Status Review Tribunal has been conducted, pursuant to applicable procedures specified by the Secretary of Defense.

(C) SCOPE OF REVIEW- The jurisdiction of the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit on any claims with respect to an alien under this paragraph shall be limited to the consideration of--

(i) whether the status determination of the Combatant Status Review Tribunal with regard to such alien was consistent with the standards and procedures specified by the Secretary of Defense for Combatant Status Review Tribunals (including the requirement that the conclusion of the Tribunal be supported by a preponderance of the evidence and allowing a rebuttable presumption in favor of the Government's evidence); and

(ii) to the extent the Constitution and laws of the United States are applicable, whether the use of such standards and procedures to make the determination is consistent with the Constitution and laws of the United States.

(D) TERMINATION ON RELEASE FROM CUSTODY- The jurisdiction of the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit with respect to the claims of an alien under this paragraph shall cease upon the release of such alien from the custody of the Department of Defense.

(3) REVIEW OF FINAL DECISIONS OF MILITARY COMMISSIONS-

(A) IN GENERAL- Subject to subparagraphs (B), (C), and (D), the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit shall have exclusive jurisdiction to determine the validity of any final decision rendered pursuant to Military Commission Order No. 1, dated August 31, 2005 (or any successor military order).

(B) GRANT OF REVIEW- Review under this paragraph--

(i) with respect to a capital case or a case in which the alien was sentenced to a term of imprisonment of 10 years or more, shall be as of right; or

(ii) with respect to any other case, shall be at the discretion of the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit.

(C) LIMITATION ON APPEALS- The jurisdiction of the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit under this paragraph shall be limited to an appeal brought by or on behalf of an alien--

(i) who was, at the time of the proceedings pursuant to the military order referred to in subparagraph (A), detained by the Department of Defense at Guantanamo Bay, Cuba; and

(ii) for whom a final decision has been rendered pursuant to such military order.

(D) SCOPE OF REVIEW- The jurisdiction of the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit on an appeal of a final decision with respect to an alien under this paragraph shall be limited to the consideration of--

(i) whether the final decision was consistent with the standards and procedures specified in the military order referred to in subparagraph (A); and

(ii) to the extent the Constitution and laws of the United States are applicable, whether the use of such standards and procedures to reach the final decision is consistent with the Constitution and laws of the United States.

(4) RESPONDENT- The Secretary of Defense shall be the named respondent in any appeal to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit under

this subsection.

(f) Construction- Nothing in this section shall be construed to confer any constitutional right on an alien detained as an enemy combatant outside the United States.

(g) United States Defined- For purposes of this section, the term 'United States', when used in a geographic sense, is as defined in section 101(a)(38) of the Immigration and Nationality Act and, in particular, does not include the United States Naval Station, Guantanamo Bay, Cuba.

(h) Effective Date-

(1) IN GENERAL- This section shall take effect on the date of the enactment of this Act.

(2) REVIEW OF COMBATANT STATUS TRIBUNAL AND MILITARY COMMISSION DECISIONS- Paragraphs (2) and (3) of subsection (e) shall apply with respect to any claim whose review is governed by one of such paragraphs and that is pending on or after the date of the enactment of this Act.

SEC. 1006. TRAINING OF IRAQI FORCES REGARDING TREATMENT OF DETAINEES.

(a) Required Policies-

(1) IN GENERAL- The Secretary of Defense shall ensure that policies are prescribed regarding procedures for military and civilian personnel of the Department of Defense and contractor personnel of the Department of Defense in Iraq that are intended to ensure that members of the Armed Forces, and all persons acting on behalf of the Armed Forces or within facilities of the Armed Forces, ensure that all personnel of Iraqi military forces who are trained by Department of Defense personnel and contractor personnel of the Department of Defense receive training regarding the international obligations and laws applicable to the humane detention of detainees, including

protections afforded under the Geneva Conventions and the Convention Against Torture.

(2) ACKNOWLEDGMENT OF TRAINING- The Secretary shall ensure that, for all personnel of the Iraqi Security Forces who are provided training referred to in paragraph (1), there is documented acknowledgment of such training having been provided.

(3) DEADLINE FOR POLICIES TO BE PRESCRIBED- The policies required by paragraph (1) shall be prescribed not later than 180 days after the date of the enactment of this Act.

(b) Army Field Manual-

(1) TRANSLATION- The Secretary of Defense shall provide for the United States Army Field Manual on Intelligence Interrogation to be translated into arabic and any other language the Secretary determines appropriate for use by members of the Iraqi military forces.

(2) DISTRIBUTION- The Secretary of Defense shall provide for such manual, as translated, to be provided to each unit of the Iraqi military forces trained by Department of Defense personnel or contractor personnel of the Department of Defense.


(c) Transmittal of Regulations- Not less than 30 days after the date on which regulations, policies, and orders are first prescribed under subsection (a), the Secretary of Defense shall submit to the Committee on Armed Services of the Senate and the Committee on Armed Services of the House of Representatives copies of such regulations, policies, or orders, together with a report on steps taken to the date of the report to implement this section.

(d) Annual Report- Not less than one year after the date of the enactment of this Act, and annually thereafter, the Secretary of Defense shall submit to the Committee on Armed

Services of the Senate and the Committee on Armed Services of the House of Representatives a report on the implementation of this section.



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก จ.

Military Commission Act 2006 (Procedure)

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Military Commission Act 2006 (Procedure)

An Act

To authorize trial by military commission for violations of the law of war, and for other purposes.

Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled,

SECTION 1. SHORT TITLE; TABLE OF CONTENTS.

(a) SHORT TITLE.—This Act may be cited as the “Military Commissions Act of 2006”.

(b) TABLE OF CONTENTS.—The table of contents for this Act is as follows:

Sec. 1. Short title; table of contents.

Sec. 2. Construction of Presidential authority to establish military commissions.

Sec. 3. Military commissions.

Sec. 4. Amendments to Uniform Code of Military Justice.

Sec. 5. Treaty obligations not establishing grounds for certain claims.

Sec. 6. Implementation of treaty obligations.

Sec. 7. Habeas corpus matters.

Sec. 8. Revisions to Detainee Treatment Act of 2005 relating to protection of certain United States Government personnel.

Sec. 9. Review of judgments of military commissions.

Sec. 10. Detention covered by review of decisions of Combatant Status Review Tribunals

of propriety of detention.

SEC. 2. CONSTRUCTION OF PRESIDENTIAL AUTHORITY TO ESTABLISH MILITARY COMMISSIONS.

The authority to establish military commissions under chapter 47A of title 10, United States Code, as added by section 3(a), may not be construed to alter or limit the

authority of the President under the Constitution of the United States and laws of the United States to establish military commissions for areas declared to be under martial law or in occupied territories should circumstances so require.

SEC. 3. MILITARY COMMISSIONS.

(a) MILITARY COMMISSIONS.—

(1) IN GENERAL.—Subtitle A of title 10, United States Code, is amended by inserting after chapter 47 the following new chapter:

“CHAPTER 47A—MILITARY COMMISSIONS

“Subchapter

“I. General Provisions	948a
“II. Composition of Military Commissions	948h
“III. Pre-Trial Procedure	948q
“IV. Trial Procedure	949a
“V. Sentences	949s
“VI. Post-Trial Procedure and Review of Military Commissions	950a
“VII. Punitive Matters	950p

“SUBCHAPTER I—GENERAL PROVISIONS

“Sec.

“948a. Definitions.

“948b. Military commissions generally.

“948c. Persons subject to military commissions.

“948d. Jurisdiction of military commissions.

“948e. Annual report to congressional committees.

“§ 948a. Definitions

“In this chapter:

“(1) UNLAWFUL ENEMY COMBATANT.—(A) The term ‘unlawful enemy combatant’ means—

“(i) a person who has engaged in hostilities or who has purposefully and materially supported hostilities against the United States or its co-belligerents who is not a lawful enemy combatant (including a person who is part of the Taliban, al Qaeda, or associated forces);

or

“(ii) a person who, before, on, or after the date of the enactment of the Military Commissions Act of 2006, has been determined to be an unlawful enemy combatant by a Combatant Status Review Tribunal or another competent tribunal established under the authority of the President or the Secretary of Defense.

“(B) CO-BELLIGERENT.—In this paragraph, the term ‘cobelligerent’, with respect to the United States, means any State or armed force joining and directly engaged with the United States in hostilities or directly supporting hostilities against a common enemy.

“(2) LAWFUL ENEMY COMBATANT.—The term ‘lawful enemy combatant’ means a person who is—

“(A) a member of the regular forces of a State party engaged in hostilities against the United States;

“(B) a member of a militia, volunteer corps, or organized resistance movement belonging to a State party engaged in such hostilities, which are under responsible command, wear a fixed distinctive sign recognizable at a distance, carry their arms openly, and abide by the law of war; or

“(C) a member of a regular armed force who professes allegiance to a government engaged in such hostilities, but not recognized by the United States.

“(3) ALIEN.—The term ‘alien’ means a person who is not a citizen of the United States.

“(4) CLASSIFIED INFORMATION.—The term ‘classified information’ means the following:

“(A) Any information or material that has been determined by the United States Government pursuant to statute, Executive order, or regulation to require protection against unauthorized disclosure for reasons of national security. “(B) Any restricted data, as that term is defined in section 11 y. of the Atomic Energy Act of 1954 (42 U.S.C. 2014(y)).

“(5) GENEVA CONVENTIONS.—The term ‘Geneva Conventions’ means the international conventions signed at Geneva on August 12, 1949.

“§ 948b. Military commissions generally

“(a) PURPOSE.—This chapter establishes procedures governing the use of military commissions to try alien unlawful enemy combatants engaged in hostilities against the United States for violations of the law of war and other offenses triable by military commission.

“(b) AUTHORITY FOR MILITARY COMMISSIONS UNDER THIS CHAPTER.—The President is authorized to establish military commissions under this chapter for offenses triable by military commission as provided in this chapter.

“(c) CONSTRUCTION OF PROVISIONS.—The procedures for military commissions set forth in this chapter are based upon the procedures for trial by general courts-martial under chapter 47 of this title (the Uniform Code of Military Justice). Chapter 47 of this title does not, by its terms, apply to trial by military commission except as specifically provided in this chapter. The judicial construction and application of that chapter are not binding on military commissions established under this chapter.

“(d) INAPPLICABILITY OF CERTAIN PROVISIONS.—(1) The following provisions of this title shall not apply to trial by military commission under this chapter:

“(A) Section 810 (article 10 of the Uniform Code of Military Justice), relating to speedy trial, including any rule of courtmartial relating to speedy trial.

“(B) Sections 831(a), (b), and (d) (articles 31(a), (b), and (d) of the Uniform Code of Military Justice), relating to compulsory self-incrimination.

“(C) Section 832 (article 32 of the Uniform Code of Military Justice), relating to pretrial investigation.

“(2) Other provisions of chapter 47 of this title shall apply to trial by military commission under this chapter only to the extent provided by this chapter.

“(e) TREATMENT OF RULINGS AND PRECEDENTS.—The findings, holdings, interpretations, and other precedents of military commissions under this chapter may not be introduced or considered in any hearing, trial, or other proceeding of a court-martial convened under chapter 47 of this title. The findings, holdings, interpretations, and other precedents of military commissions under this chapter may not form the basis of any holding, decision, or other determination of a court-martial convened under that chapter.

“(f) STATUS OF COMMISSIONS UNDER COMMON ARTICLE 3.— A military commission established under this chapter is a regularly constituted court, affording all the necessary ‘judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples’ for purposes of common Article 3 of the Geneva Conventions.

“(g) GENEVA CONVENTIONS NOT ESTABLISHING SOURCE OF RIGHTS.—No alien unlawful enemy combatant subject to trial by military commission under this chapter may invoke the Geneva Conventions as a source of rights.

“§ 948c. Persons subject to military commissions

“Any alien unlawful enemy combatant is subject to trial by military commission under this chapter.

“§ 948d. Jurisdiction of military commissions

“(a) JURISDICTION.—A military commission under this chapter shall have jurisdiction to try any offense made punishable by this chapter or the law of war when committed by an alien unlawful enemy combatant before, on, or after September 11, 2001.

“(b) LAWFUL ENEMY COMBATANTS.—Military commissions under this chapter shall not have jurisdiction over lawful enemy combatants. Lawful enemy combatants who violate the law of war are subject to chapter 47 of this title. Courts-martial established under that chapter shall have jurisdiction to try a lawful enemy combatant for any offense made punishable under this chapter.

“(c) DETERMINATION OF UNLAWFUL ENEMY COMBATANT STATUS DISPOSITIVE.—A finding, whether before, on, or after the date of the enactment of the Military Commissions Act of 2006, by a Combatant Status Review Tribunal or another competent tribunal established under the authority of the President or the Secretary of Defense that a person is an unlawful enemy combatant is dispositive for purposes of jurisdiction for trial by military commission under this chapter.

“(d) PUNISHMENTS.—A military commission under this chapter may, under such limitations as the Secretary of Defense may prescribe, adjudge any punishment not forbidden by this chapter, including the penalty of death when authorized under this chapter or the law of war.

“§ 948e. Annual report to congressional committees

“(a) ANNUAL REPORT REQUIRED.—Not later than December 31 each year, the Secretary of Defense shall submit to the Committees on Armed Services of the Senate and the House of Representatives a report on any trials conducted by military commissions under this chapter during such year.

“(b) FORM.—Each report under this section shall be submitted in unclassified form, but may include a classified annex.

“SUBCHAPTER II—COMPOSITION OF MILITARY COMMISSIONS

“Sec.

“948h. Who may convene military commissions.

“948i. Who may serve on military commissions.

“948j. Military judge of a military commission.

“948k. Detail of trial counsel and defense counsel.

“948l. Detail or employment of reporters and interpreters.

“948m. Number of members; excuse of members; absent and additional members.

“§ 948h. Who may convene military commissions

“Military commissions under this chapter may be convened by the Secretary of Defense or by any officer or official of the United States designated by the Secretary for that purpose.

“§ 948i. Who may serve on military commissions

“(a) IN GENERAL.—Any commissioned officer of the armed forces on active duty is eligible to serve on a military commission under this chapter.

“(b) DETAIL OF MEMBERS.—When convening a military commission under this chapter, the convening authority shall detail as members of the commission such members of the armed forces eligible under subsection (a), as in the opinion of the convening authority, are best qualified for the duty by reason of age, education, training, experience, length of service, and judicial temperament. No member of an armed force is eligible to serve

as a member of a military commission when such member is the accuser or a witness for the prosecution or has acted as an investigator or counsel in the same case.

“(c) EXCUSE OF MEMBERS.—Before a military commission under this chapter is assembled for the trial of a case, the convening authority may excuse a member from participating in the case.

“§ 948j. Military judge of a military commission

“(a) DETAIL OF MILITARY JUDGE.—A military judge shall be detailed to each military commission under this chapter. The Secretary of Defense shall prescribe regulations providing for the manner in which military judges are so detailed to military commissions. The military judge shall preside over each military commission to which he has been detailed.

“(b) QUALIFICATIONS.—A military judge shall be a commissioned officer of the armed forces who is a member of the bar of a Federal court, or a member of the bar of the highest court of a State, and who is certified to be qualified for duty under section 826 of this title (article 26 of the Uniform Code of Military Justice) as a military judge in general courts-martial by the Judge Advocate General of the armed force of which such military judge is a member.

“(c) INELIGIBILITY OF CERTAIN INDIVIDUALS.—No person is eligible to act as military judge in a case of a military commission under this chapter if he is the accuser or a witness or has acted as investigator or a counsel in the same case.

“(d) CONSULTATION WITH MEMBERS; INELIGIBILITY TO VOTE.— A military judge detailed to a military commission under this chapter may not consult with the members of the commission except in the presence of the accused (except as otherwise provided in section 949d of this title), trial counsel, and defense counsel, nor may he vote with the members of the commission.

“(e) OTHER DUTIES.—A commissioned officer who is certified to be qualified for duty as a military judge of a military commission under this chapter may perform such other duties as are assigned to him by or with the approval of the Judge Advocate General of the armed force of which such officer is a member or the designee of such Judge Advocate General.

“(f) PROHIBITION ON EVALUATION OF FITNESS BY CONVENING

AUTHORITY.—The convening authority of a military commission under this chapter shall not prepare or review any report concerning the effectiveness, fitness, or efficiency of a military judge detailed to the military commission which relates to his performance of duty as a military judge on the military commission.

“§ 948k. Detail of trial counsel and defense counsel

“(a) DETAIL OF COUNSEL GENERALLY.—(1) Trial counsel and military defense counsel shall be detailed for each military commission under this chapter.

“(2) Assistant trial counsel and assistant and associate defense counsel may be detailed for a military commission under this chapter. Regulations.

“(3) Military defense counsel for a military commission under this chapter shall be detailed as soon as practicable after the swearing of charges against the accused.

“(4) The Secretary of Defense shall prescribe regulations providing for the manner in which trial counsel and military defense counsel are detailed for military commissions under this chapter and for the persons who are authorized to detail such counsel for such commissions.

“(b) TRIAL COUNSEL.—Subject to subsection (e), trial counsel detailed for a military commission under this chapter must be—

“(1) a judge advocate (as that term is defined in section 801 of this title (article 1 of the Uniform Code of Military Justice) who—

“(A) is a graduate of an accredited law school or is a member of the bar of a Federal court or of the highest court of a State; and

“(B) is certified as competent to perform duties as trial counsel before general courts-martial by the Judge Advocate General of the armed force of which he is a member; or

“(2) a civilian who—

“(A) is a member of the bar of a Federal court or of the highest court of a State; and

“(B) is otherwise qualified to practice before the military commission pursuant to regulations prescribed by the Secretary of Defense.

“(c) MILITARY DEFENSE COUNSEL.—Subject to subsection (e), military defense counsel detailed for a military commission under this chapter must be a judge advocate (as so defined) who is—

“(1) a graduate of an accredited law school or is a member of the bar of a Federal court or of the highest court of a State; and

“(2) certified as competent to perform duties as defense counsel before general courts-martial by the Judge Advocate General of the armed force of which he is a member.

“(d) CHIEF PROSECUTOR; CHIEF DEFENSE COUNSEL.—(1) The Chief Prosecutor in a military commission under this chapter shall meet the requirements set forth in subsection (b)(1).

“(2) The Chief Defense Counsel in a military commission under this chapter shall meet the requirements set forth in subsection (c)(1).

“(e) INELIGIBILITY OF CERTAIN INDIVIDUALS.—No person who has acted as an investigator, military judge, or member of a military commission under this chapter in any case may act later as trial counsel or military defense counsel in the same case. No person who has acted for the prosecution before a military commission under this chapter may act later in the same case for the defense, nor may any person who has acted for the defense before a military commission under this chapter act later in the same case for the prosecution.

“§ 948I. Detail or employment of reporters and interpreters

“(a) COURT REPORTERS.—Under such regulations as the Secretary of Defense may prescribe, the convening authority of a military commission under this chapter shall detail to or employ for the commission qualified court reporters, who shall make a verbatim recording of the proceedings of and testimony taken before the commission.

“(b) INTERPRETERS.—Under such regulations as the Secretary of Defense may prescribe, the convening authority of a military commission under this chapter may detail to or employ for the military commission interpreters who shall interpret for the commission and, as necessary, for trial counsel and defense counsel and for the accused.

“(c) TRANSCRIPT; RECORD.—The transcript of a military commission under this chapter shall be under the control of the convening authority of the commission, who shall also be responsible for preparing the record of the proceedings.

“§ 948m. Number of members; excuse of members; absent and additional members

“(a) NUMBER OF MEMBERS.—(1) A military commission under this chapter shall, except as provided in paragraph (2), have at least five members.

“(2) In a case in which the accused before a military commission under this chapter may be sentenced to a penalty of death, the military commission shall have the number of members prescribed by section 949m(c) of this title.

“(b) EXCUSE OF MEMBERS.—No member of a military commission under this chapter may be absent or excused after the military commission has been assembled for the trial of a case unless excused—

“(1) as a result of challenge;

“(2) by the military judge for physical disability or other good cause; or

“(3) by order of the convening authority for good cause.

“(c) ABSENT AND ADDITIONAL MEMBERS.—Whenever a military commission under this chapter is reduced below the number of members required by subsection (a), the trial may not proceed unless the convening authority details new members sufficient to provide not less than such number. The trial may proceed with the new members present after the recorded evidence previously introduced before the members has been read to the military commission in the presence of the military judge, the accused (except as provided in section 949d of this title), and counsel for both sides.

“SUBCHAPTER III—PRE-TRIAL PROCEDURE

“Sec.

“948q. Charges and specifications.

“948r. Compulsory self-incrimination prohibited; treatment of statements obtained by torture and other statements.

“948s. Service of charges.

“§ 948q. Charges and specifications

“(a) CHARGES AND SPECIFICATIONS.—Charges and specifications against an accused in a military commission under this chapter shall be signed by a person subject to chapter 47 of this title under oath before a commissioned officer of the armed forces authorized to administer oaths and shall state—

“(1) that the signer has personal knowledge of, or reason to believe, the matters set forth therein; and

“(2) that they are true in fact to the best of the signer’s knowledge and belief.

“(b) NOTICE TO ACCUSED.—Upon the swearing of the charges and specifications in accordance with subsection (a), the accused shall be informed of the charges against him as soon as practicable.

“§ 948r. Compulsory self-incrimination prohibited; treatment of statements obtained by torture and other statements

“(a) IN GENERAL.—No person shall be required to testify against himself at a proceeding of a military commission under this chapter.

“(b) EXCLUSION OF STATEMENTS OBTAINED BY TORTURE.—A statement obtained by use of torture shall not be admissible in a military commission under this chapter, except against a person accused of torture as evidence that the statement was made.

“(c) STATEMENTS OBTAINED BEFORE ENACTMENT OF DETAINEE TREATMENT ACT OF 2005.—A statement obtained before December 30, 2005 (the date of the enactment of the Defense Treatment Act of 2005) in which the degree of coercion is disputed may be admitted only if the military judge finds that—

“(1) the totality of the circumstances renders the statement reliable and possessing sufficient probative value; and

“(2) the interests of justice would best be served by admission of the statement into evidence.

“(d) STATEMENTS OBTAINED AFTER ENACTMENT OF DETAINEE TREATMENT ACT OF 2005.—A statement obtained on or after December 30, 2005 (the date of the

enactment of the Defense Treatment Act of 2005) in which the degree of coercion is disputed may be admitted only if the military judge finds that—

“(1) the totality of the circumstances renders the statement reliable and possessing sufficient probative value;

“(2) the interests of justice would best be served by admission of the statement into evidence; and

“(3) the interrogation methods used to obtain the statement do not amount to cruel, inhuman, or degrading treatment prohibited by section 1003 of the Detainee Treatment Act of 2005.

“§ 948s. Service of charges

“The trial counsel assigned to a case before a military commission under this chapter shall cause to be served upon the accused and military defense counsel a copy of the charges upon which

trial is to be had. Such charges shall be served in English and, if appropriate, in another language that the accused understands. Such service shall be made sufficiently in advance of trial to prepare a defense.

“SUBCHAPTER IV—TRIAL PROCEDURE

“Sec.

“949a. Rules.

“949b. Unlawfully influencing action of military commission.

“949c. Duties of trial counsel and defense counsel.

“949d. Sessions.

“949e. Continuances.

“949f. Challenges.

“949g. Oaths.

“949h. Former jeopardy.

“949i. Pleas of the accused.

“949j. Opportunity to obtain witnesses and other evidence.

“949k. Defense of lack of mental responsibility.

“949l. Voting and rulings.

“949m. Number of votes required.

“949n. Military commission to announce action.

“949o. Record of trial.

“§ 949a. Rules

“(a) PROCEDURES AND RULES OF EVIDENCE.—Pretrial, trial, and post-trial procedures, including elements and modes of proof, for cases triable by military commission under this chapter may be prescribed by the Secretary of Defense, in consultation with the Attorney General. Such procedures shall, so far as the Secretary considers practicable or consistent with military or intelligence activities, apply the principles of law and the rules of evidence in trial by general courts-martial. Such procedures and rules of evidence may not be contrary to or inconsistent with this chapter.

“(b) RULES FOR MILITARY COMMISSION.—(1) Notwithstanding any departures from the law and the rules of evidence in trial by general courts-martial authorized by subsection (a), the procedures and rules of evidence in trials by military commission under this chapter shall include the following:

“(A) The accused shall be permitted to present evidence in his defense, to cross-examine the witnesses who testify against him, and to examine and respond to evidence admitted against him on the issue of guilt or innocence and for sentencing, as provided for by this chapter.

“(B) The accused shall be present at all sessions of the military commission (other than those for deliberations or voting), except when excluded under section 949d of this title.

“(C) The accused shall receive the assistance of counsel as provided for by section 948k.

“(D) The accused shall be permitted to represent himself, as provided for by paragraph (3).

“(2) In establishing procedures and rules of evidence for military commission proceedings, the Secretary of Defense may prescribe the following provisions:

“(A) Evidence shall be admissible if the military judge determines that the evidence would have probative value to a reasonable person.

“(B) Evidence shall not be excluded from trial by military commission on the grounds that the evidence was not seized pursuant to a search warrant or other authorization.

“(C) A statement of the accused that is otherwise admissible shall not be excluded from trial by military commission on grounds of alleged coercion or compulsory self-incrimination so long as the evidence complies with the provisions of section 948r of this title.

“(D) Evidence shall be admitted as authentic so long as—

“(i) the military judge of the military commission determines that there is sufficient basis to find that the evidence is what it is claimed to be; and

“(ii) the military judge instructs the members that they may consider any issue as to authentication or identification of evidence in determining the weight, if any, to be given to the evidence.

“(E)(i) Except as provided in clause (ii), hearsay evidence not otherwise admissible under the rules of evidence applicable in trial by general courts-martial may be admitted in a trial by military commission if the proponent of the evidence makes known to the adverse party, sufficiently in advance to provide Applicability. the adverse party with a fair opportunity to meet the evidence, the intention of the proponent to offer the evidence, and the particulars of the evidence (including information on the general circumstances under which the evidence was obtained). The disclosure of evidence under the preceding sentence is subject to the requirements and limitations applicable to the disclosure of classified information in section 949j(c) of this title.

“(ii) Hearsay evidence not otherwise admissible under the rules of evidence applicable in trial by general courts-martial shall not be admitted in a trial by military commission if the party opposing the admission of the evidence demonstrates that the evidence is unreliable or lacking in probative value.

“(F) The military judge shall exclude any evidence the probative value of which is substantially outweighed—

“(i) by the danger of unfair prejudice, confusion of the issues, or misleading the commission; or

“(ii) by considerations of undue delay, waste of time, or needless presentation of cumulative evidence.

“(3)(A) The accused in a military commission under this chapter who exercises the right to self-representation under paragraph

(1)(D) shall conform his deportment and the conduct of the defense to the rules of evidence, procedure, and decorum applicable to trials by military commission.

“(B) Failure of the accused to conform to the rules described in subparagraph (A) may result in a partial or total revocation by the military judge of the right of self-representation under paragraph (1)(D). In such case, the detailed defense counsel of the accused or an appropriately authorized civilian counsel shall perform the functions necessary for the defense.

“(c) DELEGATION OF AUTHORITY TO PRESCRIBE REGULATIONS.— The Secretary of Defense may delegate the authority of the Secretary to prescribe regulations under this chapter.

“(d) NOTIFICATION TO CONGRESSIONAL COMMITTEES OF CHANGES TO PROCEDURES.—Not later than 60 days before the date on which any proposed modification of the procedures in effect for military commissions under this chapter goes into effect, the Secretary of Defense shall submit to the Committee on Armed Services of the Senate and the Committee on Armed Services of the House of Representatives a report describing the modification.

“§ 949b. Unlawfully influencing action of military commission

“(a) IN GENERAL.—(1) No authority convening a military commission under this chapter may censure, reprimand, or admonish the military commission, or any member, military judge, or counsel thereof, with respect to the findings or sentence adjudged by the military commission, or with respect to any other exercises of its or his functions in the conduct of the proceedings.

“(2) No person may attempt to coerce or, by any unauthorized means, influence—

“(A) the action of a military commission under this chapter, or any member thereof, in reaching the findings or sentence in any case;

“(B) the action of any convening, approving, or reviewing authority with respect to his judicial acts; or

“(C) the exercise of professional judgment by trial counsel or defense counsel.

“(3) Paragraphs (1) and (2) do not apply with respect to—

“(A) general instructional or informational courses in military justice if such courses are designed solely for the purpose of instructing members of a command in the substantive and procedural aspects of military commissions; or

“(B) statements and instructions given in open proceedings by a military judge or counsel.

“(b) PROHIBITION ON CONSIDERATION OF ACTIONS ON COMMISSION IN EVALUATION OF FITNESS.—In the preparation of an effectiveness, fitness, or efficiency report or any other report or document used in whole or in part for the purpose of determining whether a commissioned officer of the armed forces is qualified to be advanced in grade, or in determining the assignment or transfer of any such officer or whether any such officer should be retained on active duty, no person may—

“(1) consider or evaluate the performance of duty of any member of a military commission under this chapter; or

“(2) give a less favorable rating or evaluation to any commissioned officer because of the zeal with which such officer, in acting as counsel, represented any accused before a military commission under this chapter.

“§ 949c. Duties of trial counsel and defense counsel

“(a) TRIAL COUNSEL.—The trial counsel of a military commission under this chapter shall prosecute in the name of the United States.

“(b) DEFENSE COUNSEL.—(1) The accused shall be represented in his defense before a military commission under this chapter as provided in this subsection.

“(2) The accused shall be represented by military counsel detailed under section 948k of this title.

“(3) The accused may be represented by civilian counsel if retained by the accused, but only if such civilian counsel—

“(A) is a United States citizen;

“(B) is admitted to the practice of law in a State, district, or possession of the United States or before a Federal court;

“(C) has not been the subject of any sanction of disciplinary action by any court, bar, or other competent governmental authority for relevant misconduct;

“(D) has been determined to be eligible for access to classified information that is classified at the level Secret or higher;

and

“(E) has signed a written agreement to comply with all applicable regulations or instructions for counsel, including any rules of court for conduct during the proceedings.

“(4) Civilian defense counsel shall protect any classified information received during the course of representation of the accused in accordance with all applicable law governing the protection of classified information and may not divulge such information to any person not authorized to receive it.

“(5) If the accused is represented by civilian counsel, detailed military counsel shall act as associate counsel.

“(6) The accused is not entitled to be represented by more than one military counsel. However, the person authorized under regulations prescribed under section 948k of this title to detail counsel, in that person's sole discretion, may detail additional military counsel to represent the accused.

“(7) Defense counsel may cross-examine each witness for the prosecution who testifies before a military commission under this chapter.

“§ 949d. Sessions

“(a) SESSIONS WITHOUT PRESENCE OF MEMBERS.—(1) At any time after the service of charges which have been referred for trial by military commission under this chapter, the military judge may call the military commission into session without the presence of the members for the purpose of—

“(A) hearing and determining motions raising defenses or objections which are capable of determination without trial of the issues raised by a plea of not guilty;

“(B) hearing and ruling upon any matter which may be ruled upon by the military judge under this chapter, whether or not the matter is appropriate for later consideration or

decision by the members;

“(C) if permitted by regulations prescribed by the Secretary of Defense, receiving the pleas of the accused; and

“(D) performing any other procedural function which may be performed by the military judge under this chapter or under rules prescribed pursuant to section 949a of this title and which does not require the presence of the members.

“(2) Except as provided in subsections (c) and (e), any proceedings under paragraph (1) shall—

“(A) be conducted in the presence of the accused, defense counsel, and trial counsel; and

“(B) be made part of the record.

“(b) PROCEEDINGS IN PRESENCE OF ACCUSED.—Except as provided in subsections (c) and (e), all proceedings of a military commission under this chapter, including any consultation of the members with the military judge or counsel, shall—

“(1) be in the presence of the accused, defense counsel, and trial counsel; and

“(2) be made a part of the record.

“(c) DELIBERATION OR VOTE OF MEMBERS.—When the members of a military commission under this chapter deliberate or vote, only the members may be present.

“(d) CLOSURE OF PROCEEDINGS.—(1) The military judge may close to the public all or part of the proceedings of a military commission under this chapter, but only in accordance with this subsection.

“(2) The military judge may close to the public all or a portion of the proceedings under paragraph (1) only upon making a specific finding that such closure is necessary to—

“(A) protect information the disclosure of which could reasonably be expected to cause damage to the national security, including intelligence or law enforcement sources, methods, or activities; or

“(B) ensure the physical safety of individuals.

“(3) A finding under paragraph (2) may be based upon a presentation, including a presentation ex parte or in camera, by either trial counsel or defense counsel.

“(e) EXCLUSION OF ACCUSED FROM CERTAIN PROCEEDINGS.— The military judge may exclude the accused from any portion of a proceeding upon a determination that, after being warned by the military judge, the accused persists in conduct that justifies exclusion from the courtroom—

“(1) to ensure the physical safety of individuals; or

“(2) to prevent disruption of the proceedings by the accused.

“(f) PROTECTION OF CLASSIFIED INFORMATION.—

“(1) NATIONAL SECURITY PRIVILEGE.—(A) Classified information shall be protected and is privileged from disclosure if disclosure would be detrimental to the national security. The rule in the preceding sentence applies to all stages of the proceedings of military commissions under this chapter.

“(B) The privilege referred to in subparagraph (A) may be claimed by the head of the executive or military department or government agency concerned based on a finding by the head of that department or agency that—

“(i) the information is properly classified; and

“(ii) disclosure of the information would be detrimental to the national security.

“(C) A person who may claim the privilege referred to in subparagraph (A) may authorize a representative, witness, or trial counsel to claim the privilege and make the finding described in subparagraph (B) on behalf of such person. The authority of the representative, witness, or trial counsel to do so is presumed in the absence of evidence to the contrary.

“(2) INTRODUCTION OF CLASSIFIED INFORMATION.—

“(A) ALTERNATIVES TO DISCLOSURE.—To protect classified information from disclosure, the military judge, upon motion of trial counsel, shall authorize, to the extent practicable—

“(i) the deletion of specified items of classified information from documents to be introduced as evidence before the military commission;

“(ii) the substitution of a portion or summary of the information for such classified documents; or

“(iii) the substitution of a statement of relevant facts that the classified information would tend to prove.

“(B) PROTECTION OF SOURCES, METHODS, OR ACTIVITIES.— The military judge, upon motion of trial counsel, shall permit trial counsel to introduce otherwise admissible evidence before the military commission, while protecting from disclosure the sources, methods, or activities by which the United States acquired the evidence if the military judge finds that (i) the sources, methods, or activities by which the United States acquired the evidence are classified, and (ii) the evidence is reliable. The military judge may require trial counsel to present to the military commission and the defense, to the extent practicable and consistent with national security, an unclassified summary of the sources, methods, or activities by which the United States acquired the evidence.

“(C) ASSERTION OF NATIONAL SECURITY PRIVILEGE AT TRIAL.—During the examination of any witness, trial counsel may object to any question, line of inquiry, or motion to admit evidence that would require the disclosure of classified information. Following such an objection, the military judge shall take suitable action to safeguard such classified information. Such action may include the review of trial counsel’s claim of privilege by the military judge in camera and on an ex parte basis, and the delay of proceedings to permit trial counsel to consult with the department or agency concerned as to whether the national security privilege should be asserted.

“(3) CONSIDERATION OF PRIVILEGE AND RELATED MATERIALS.—

A claim of privilege under this subsection, and any materials submitted in support thereof, shall, upon request of the Government, be considered by the military judge in camera and shall not be disclosed to the accused.

“(4) ADDITIONAL REGULATIONS.—The Secretary of Defense may prescribe additional regulations, consistent with this subsection, for the use and protection of classified information during proceedings of military commissions under this chapter. A report on any regulations so prescribed, or modified, shall be submitted to the Committees on Armed Services of the Senate and the House of Representatives not later than 60 days before the date on which such regulations or modifications, as the case may be, go into effect.

“§ 949e. Continuances

“The military judge in a military commission under this chapter may, for reasonable cause, grant a continuance to any party for such time, and as often, as may appear to be just.

“§ 949f. Challenges

“(a) CHALLENGES AUTHORIZED.—The military judge and members of a military commission under this chapter may be challenged by the accused or trial counsel for cause stated to the commission. The military judge shall determine the relevance and validity of challenges for cause. The military judge may not receive a challenge to more than one person at a time. Challenges by trial counsel shall ordinarily be presented and decided before those by the accused are offered.

“(b) PEREMPTORY CHALLENGES.—Each accused and the trial counsel are entitled to one peremptory challenge. The military judge may not be challenged except for cause.

“(c) CHALLENGES AGAINST ADDITIONAL MEMBERS.—Whenever additional members are detailed to a military commission under this chapter, and after any challenges for cause against such additional members are presented and decided, each accused and the trial counsel are entitled to one peremptory challenge against members not previously subject to peremptory challenge.

“§ 949g. Oaths

“(a) IN GENERAL.—(1) Before performing their respective duties in a military commission under this chapter, military judges, members, trial counsel, defense counsel, reporters, and interpreters shall take an oath to perform their duties faithfully.

“(2) The form of the oath required by paragraph (1), the time and place of the taking thereof, the manner of recording the same, and whether the oath shall be taken for all cases in which duties are to be performed or for a particular case, shall be as prescribed in regulations of the Secretary of Defense. Those regulations may provide that—

“(A) an oath to perform faithfully duties as a military judge, trial counsel, or defense counsel may be taken at any time by any judge advocate or other person certified to be qualified or competent for the duty; and

“(B) if such an oath is taken, such oath need not again be taken at the time the judge advocate or other person is detailed to that duty.

“(b) WITNESSES.—Each witness before a military commission under this chapter shall be examined on oath.

“§ 949h. Former jeopardy

“(a) IN GENERAL.—No person may, without his consent, be tried by a military commission under this chapter a second time for the same offense.

“(b) SCOPE OF TRIAL.—No proceeding in which the accused has been found guilty by military commission under this chapter upon any charge or specification is a trial in the sense of this section until the finding of guilty has become final after review of the case has been fully completed.

“§ 949i. Pleas of the accused

“(a) ENTRY OF PLEA OF NOT GUILTY.—If an accused in a military commission under this chapter after a plea of guilty sets up matter inconsistent with the plea, or if it appears that the accused has entered the plea of guilty through lack of understanding of its meaning and effect, or if the accused fails or refuses to plead, a plea of not guilty shall be entered in the record, and the military commission shall proceed as though the accused had pleaded not guilty.

“(b) FINDING OF GUILT AFTER GUILTY PLEA.—With respect to any charge or specification to which a plea of guilty has been made by the accused in a military commission under this chapter and accepted by the military judge, a finding of guilty of the charge or specification may be entered immediately without a vote. The finding shall constitute the finding of the commission unless the plea of guilty is withdrawn prior to announcement of the sentence, in which event the proceedings shall continue as though the accused had pleaded not guilty.

“§ 949j. Opportunity to obtain witnesses and other evidence

“(a) RIGHT OF DEFENSE COUNSEL.—Defense counsel in a military commission under this chapter shall have a reasonable opportunity to obtain witnesses and other evidence as provided in regulations prescribed by the Secretary of Defense.

“(b) PROCESS FOR COMPULSION.—Process issued in a military commission under this chapter to compel witnesses to appear and testify and to compel the production of other evidence—

“(1) shall be similar to that which courts of the United States having criminal jurisdiction may lawfully issue; and

“(2) shall run to any place where the United States shall have jurisdiction thereof.

“(c) PROTECTION OF CLASSIFIED INFORMATION.—(1) With respect to the discovery obligations of trial counsel under this section, the military judge, upon motion of trial counsel, shall authorize, to the extent practicable—

“(A) the deletion of specified items of classified information from documents to be made available to the accused;

“(B) the substitution of a portion or summary of the information for such classified documents; or

“(C) the substitution of a statement admitting relevant facts that the classified information would tend to prove.

“(2) The military judge, upon motion of trial counsel, shall authorize trial counsel, in the course of complying with discovery obligations under this section, to protect from disclosure the sources, methods, or activities by which the United States acquired evidence if the military judge finds that the sources, methods, or activities by which the United States acquired such evidence are classified. The military judge may require trial counsel to provide, to the extent practicable, an unclassified summary of the sources, methods, or activities by which the United States acquired such evidence.

“(d) EXCULPATORY EVIDENCE.—(1) As soon as practicable, trial counsel shall disclose to the defense the existence of any evidence known to trial counsel that reasonably tends to exculpate the accused. Where exculpatory evidence is classified, the accused shall be provided with an adequate substitute in accordance with the procedures under subsection (c).

“(2) In this subsection, the term ‘evidence known to trial counsel’, in the case of exculpatory evidence, means exculpatory evidence that the prosecution would be required to disclose in a trial by general court-martial under chapter 47 of this title.

“§ 949k. Defense of lack of mental responsibility

“(a) AFFIRMATIVE DEFENSE.—It is an affirmative defense in a trial by military commission under this chapter that, at the time of the commission of the acts constituting the offense, the accused, as a result of a severe mental disease or defect, was unable to appreciate the nature and quality or the wrongfulness of the acts. Mental disease or defect does not otherwise constitute a defense.

“(b) BURDEN OF PROOF.—The accused in a military commission under this chapter has the burden of proving the defense of lack of mental responsibility by clear and convincing evidence.

“(c) FINDINGS FOLLOWING ASSERTION OF DEFENSE.—Whenever lack of mental responsibility of the accused with respect to an offense is properly at issue in a military commission under this chapter, the military judge shall instruct the members of the commission as to the defense of lack of mental responsibility under this section and shall charge them to find the accused—

“(1) guilty;

“(2) not guilty; or

“(3) subject to subsection (d), not guilty by reason of lack of mental responsibility.

“(d) MAJORITY VOTE REQUIRED FOR FINDING.—The accused shall be found not guilty by reason of lack of mental responsibility under subsection (c)(3) only if a majority of the members present at the time the vote is taken determines that the defense of lack of mental responsibility has been established.

“§ 949l. Voting and rulings

“(a) VOTE BY SECRET WRITTEN BALLOT.—Voting by members of a military commission under this chapter on the findings and on the sentence shall be by secret written ballot.

“(b) RULINGS.—(1) The military judge in a military commission under this chapter shall rule upon all questions of law, including the admissibility of evidence and all interlocutory questions arising during the proceedings.

“(2) Any ruling made by the military judge upon a question of law or an interlocutory question (other than the factual issue of mental responsibility of the accused) is

conclusive and constitutes the ruling of the military commission. However, a military judge may change his ruling at any time during the trial.

“(c) INSTRUCTIONS PRIOR TO VOTE.—Before a vote is taken of the findings of a military commission under this chapter, the military judge shall, in the presence of the accused and counsel, instruct the members as to the elements of the offense and charge the members—

“(1) that the accused must be presumed to be innocent until his guilt is established by legal and competent evidence beyond a reasonable doubt;

“(2) that in the case being considered, if there is a reasonable doubt as to the guilt of the accused, the doubt must be resolved in favor of the accused and he must be acquitted;

“(3) that, if there is reasonable doubt as to the degree of guilt, the finding must be in a lower degree as to which there is no reasonable doubt; and

“(4) that the burden of proof to establish the guilt of the accused beyond a reasonable doubt is upon the United States.

“§ 949m. Number of votes required

“(a) CONVICTION.—No person may be convicted by a military commission under this chapter of any offense, except as provided in section 949i(b) of this title or by concurrence of two-thirds of the members present at the time the vote is taken.

“(b) SENTENCES.—(1) No person may be sentenced by a military commission to suffer death, except insofar as—

“(A) the penalty of death is expressly authorized under this chapter or the law of war for an offense of which the accused has been found guilty;

“(B) trial counsel expressly sought the penalty of death by filing an appropriate notice in advance of trial;

“(C) the accused is convicted of the offense by the concurrence of all the members present at the time the vote is taken;

and

“(D) all the members present at the time the vote is taken

concur in the sentence of death.

“(2) No person may be sentenced to life imprisonment, or to confinement for more than 10 years, by a military commission under this chapter except by the concurrence of three-fourths of the members present at the time the vote is taken.

“(3) All other sentences shall be determined by a military commission by the concurrence of two-thirds of the members present at the time the vote is taken.

“(c) NUMBER OF MEMBERS REQUIRED FOR PENALTY OF DEATH.—

(1) Except as provided in paragraph (2), in a case in which the penalty of death is sought, the number of members of the military commission under this chapter shall be not less than 12.

“(2) In any case described in paragraph (1) in which 12 members are not reasonably available because of physical conditions or military exigencies, the convening authority shall specify a lesser number of members for the military commission (but not fewer than 9 members), and the military commission may be assembled, and the trial held, with not fewer than the number of members so specified. In such a case, the convening authority shall make a detailed written statement, to be appended to the record, stating why a greater number of members were not reasonably available.

“§ 949n. Military commission to announce action

“A military commission under this chapter shall announce its findings and sentence to the parties as soon as determined.

“§ 949o. Record of trial

“(a) RECORD; AUTHENTICATION.—Each military commission under this chapter shall keep a separate, verbatim, record of the proceedings in each case brought before it, and the record shall be authenticated by the signature of the military judge. If the

record cannot be authenticated by the military judge by reason of his death, disability, or absence, it shall be authenticated by the signature of the trial counsel or by a member of the commission if the trial counsel is unable to authenticate it by reason of his death, disability, or absence. Where appropriate, and as provided in regulations prescribed by the Secretary of Defense, the record of a military commission under this chapter may contain a classified annex.

“(b) COMPLETE RECORD REQUIRED.—A complete record of the proceedings and testimony shall be prepared in every military commission under this chapter.

“(c) PROVISION OF COPY TO ACCUSED.—A copy of the record of the proceedings of the military commission under this chapter shall be given the accused as soon as it is authenticated. If the record contains classified information, or a classified annex, the accused shall be given a redacted version of the record consistent with the requirements of section 949d of this title. Defense counsel shall have access to the unredacted record, as provided in regulations prescribed by the Secretary of Defense.

“SUBCHAPTER V—SENTENCES

“Sec.

“949s. Cruel or unusual punishments prohibited.

“949t. Maximum limits.

“949u. Execution of confinement.

“§ 949s. Cruel or unusual punishments prohibited

“Punishment by flogging, or by branding, marking, or tattooing on the body, or any other cruel or unusual punishment, may not be adjudged by a military commission under this chapter or inflicted under this chapter upon any person subject to this chapter. The use of irons, single or double, except for the purpose of safe custody, is prohibited under this chapter.

“§ 949t. Maximum limits

“The punishment which a military commission under this chapter may direct for an offense may not exceed such limits as the President or Secretary of Defense may prescribe for that offense.

“§ 949u. Execution of confinement

“(a) IN GENERAL.—Under such regulations as the Secretary of Defense may prescribe, a sentence of confinement adjudged by a military commission under this chapter may be carried into execution by confinement—

“(1) in any place of confinement under the control of any of the armed forces; or

“(2) in any penal or correctional institution under the control of the United States or its allies, or which the United States may be allowed to use.

“(b) TREATMENT DURING CONFINEMENT BY OTHER THAN THE ARMED FORCES.—

Persons confined under subsection (a)(2) in a penal or correctional institution not under the control of an armed force are subject to the same discipline and treatment as persons confined or committed by the courts of the United States or of the State, District of Columbia, or place in which the institution is situated.

“SUBCHAPTER VI—POST-TRIAL PROCEDURE AND REVIEW OF MILITARY COMMISSIONS

“Sec.

“950a. Error of law; lesser included offense.

“950b. Review by the convening authority.

“950c. Appellate referral; waiver or withdrawal of appeal.

“950d. Appeal by the United States.

“950e. Rehearings.

“950f. Review by Court of Military Commission Review.

“950g. Review by the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit and the Supreme Court.

“950h. Appellate counsel.

“950i. Execution of sentence; procedures for execution of sentence of death.

“950j. Finality or proceedings, findings, and sentences.

“§ 950a. Error of law; lesser included offense

“(a) ERROR OF LAW.—A finding or sentence of a military commission under this chapter may not be held incorrect on the ground of an error of law unless the error materially prejudices the substantial rights of the accused.

“(b) LESSER INCLUDED OFFENSE.—Any reviewing authority with the power to approve or affirm a finding of guilty by a military commission under this chapter may approve or affirm, instead, so much of the finding as includes a lesser included offense.

“§ 950b. Review by the convening authority

“(a) NOTICE TO CONVENING AUTHORITY OF FINDINGS AND SENTENCE.— The findings and sentence of a military commission under this chapter shall be reported in writing promptly to the convening authority after the announcement of the sentence.

“(b) SUBMITTAL OF MATTERS BY ACCUSED TO CONVENING

AUTHORITY.—(1) The accused may submit to the convening authority matters for consideration by the convening authority with respect to the findings and the sentence of the military commission under this chapter.

“(2)(A) Except as provided in subparagraph (B), a submittal under paragraph (1) shall be made in writing within 20 days after the accused has been given an authenticated record of trial under section 949o(c) of this title.

“(B) If the accused shows that additional time is required for the accused to make a submittal under paragraph (1), the convening authority may, for good cause, extend the applicable period under subparagraph (A) for not more than an additional 20 days.

“(3) The accused may waive his right to make a submittal to the convening authority under paragraph (1). Such a waiver shall be made in writing and may not be revoked. For the purposes of subsection (c)(2), the time within which the accused may make a submittal under this subsection shall be deemed to have expired upon the submittal of a waiver under this paragraph to the convening authority.

“(c) ACTION BY CONVENING AUTHORITY.—(1) The authority under this subsection to modify the findings and sentence of a military commission under this chapter is a matter of the sole discretion and prerogative of the convening authority.

“(2)(A) The convening authority shall take action on the sentence of a military commission under this chapter.

“(B) Subject to regulations prescribed by the Secretary of Defense, action on the sentence under this paragraph may be taken only after consideration of any matters

submitted by the accused under subsection (b) or after the time for submitting such matters expires, whichever is earlier.

“(C) In taking action under this paragraph, the convening authority may, in his sole discretion, approve, disapprove, commute, or suspend the sentence in whole or in part. The convening authority may not increase a sentence beyond that which is found by the military commission.

“(3) The convening authority is not required to take action on the findings of a military commission under this chapter. If the convening authority takes action on the findings, the convening authority may, in his sole discretion, may—

“(A) dismiss any charge or specification by setting aside a finding of guilty thereto; or

“(B) change a finding of guilty to a charge to a finding of guilty to an offense that is a lesser included offense of the offense stated in the charge.

“(4) The convening authority shall serve on the accused or on defense counsel notice of any action taken by the convening authority under this subsection.

“(d) ORDER OF REVISION OR REHEARING.—(1) Subject to paragraphs (2) and (3), the convening authority of a military commission under this chapter may, in his sole discretion, order a proceeding in revision or a rehearing.

“(2)(A) Except as provided in subparagraph (B), a proceeding in revision may be ordered by the convening authority if—

“(i) there is an apparent error or omission in the record;

or

“(ii) the record shows improper or inconsistent action by the military commission with respect to the findings or sentence that can be rectified without material prejudice to the substantial rights of the accused.

“(B) In no case may a proceeding in revision—

“(i) reconsider a finding of not guilty of a specification or a ruling which amounts to a finding of not guilty;

“(ii) reconsider a finding of not guilty of any charge, unless there has been a finding of guilty under a specification laid under that charge, which sufficiently alleges a violation;

or

“(iii) increase the severity of the sentence unless the sentence prescribed for the offense is mandatory.

“(3) A rehearing may be ordered by the convening authority if the convening authority disapproves the findings and sentence and states the reasons for disapproval of the findings. If the convening authority disapproves the finding and sentence and does not order a rehearing, the convening authority shall dismiss the charges. A rehearing as to the findings may not be ordered by the convening authority when there is a lack of sufficient evidence in the record to support the findings. A rehearing as to the sentence may be ordered by the convening authority if the convening authority disapproves the sentence.

“§ 950c. Appellate referral; waiver or withdrawal of appeal

“(a) AUTOMATIC REFERRAL FOR APPELLATE REVIEW.—Except as provided under subsection (b), in each case in which the final decision of a military commission (as approved by the convening authority) includes a finding of guilty, the convening authority shall refer the case to the Court of Military Commission Review. Any such referral shall be made in accordance with procedures prescribed under regulations of the Secretary.

“(b) WAIVER OF RIGHT OF REVIEW.—(1) In each case subject to appellate review under section 950f of this title, except a case in which the sentence as approved under section 950b of this title extends to death, the accused may file with the convening authority a statement expressly waiving the right of the accused to such review.

“(2) A waiver under paragraph (1) shall be signed by both the accused and a defense counsel.

“(3) A waiver under paragraph (1) must be filed, if at all, within 10 days after notice on the action is served on the accused or on defense counsel under section 950b(c)(4) of this title. The convening authority, for good cause, may extend the period for such filing by not more than 30 days.

“(c) WITHDRAWAL OF APPEAL.—Except in a case in which the sentence as approved under section 950b of this title extends to death, the accused may withdraw an appeal at any time.

“(d) EFFECT OF WAIVER OR WITHDRAWAL.—A waiver of the right to appellate review or the withdrawal of an appeal under this section bars review under section 950f of this title.

“§ 950d. Appeal by the United States

“(a) INTERLOCUTORY APPEAL.—(1) Except as provided in paragraph (2), in a trial by military commission under this chapter, the United States may take an interlocutory appeal to the Court of Military Commission Review of any order or ruling of the military judge that—

“(A) terminates proceedings of the military commission with respect to a charge or specification;

“(B) excludes evidence that is substantial proof of a fact material in the proceeding; or

“(C) relates to a matter under subsection (d), (e), or (f) of section 949d of this title or section 949j(c) of this title.

“(2) The United States may not appeal under paragraph (1) an order or ruling that is, or amounts to, a finding of not guilty by the military commission with respect to a charge or specification.

“(b) NOTICE OF APPEAL.—The United States shall take an appeal of an order or ruling under subsection (a) by filing a notice of appeal with the military judge within five days after the date of such order or ruling.

“(c) APPEAL.—An appeal under this section shall be forwarded, by means specified in regulations prescribed the Secretary of Defense, directly to the Court of Military Commission Review. In ruling on an appeal under this section, the Court may act only with respect to matters of law.

“(d) APPEAL FROM ADVERSE RULING.—The United States may appeal an adverse ruling on an appeal under subsection (c) to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit by filing a petition for review in the Court of Appeals within 10 days after the date of such ruling. Review under this subsection shall be at the discretion of the Court of Appeals.

“§ 950e. Rehearings

“(a) COMPOSITION OF MILITARY COMMISSION FOR REHEARING.— Each rehearing under this chapter shall take place before a military commission under this chapter composed of members who were not members of the military commission which first heard the case.

“(b) SCOPE OF REHEARING.—(1) Upon a rehearing—

“(A) the accused may not be tried for any offense of which he was found not guilty by the first military commission; and

“(B) no sentence in excess of or more than the original sentence may be imposed unless—

“(i) the sentence is based upon a finding of guilty of an offense not considered upon the merits in the original proceedings; or

“(ii) the sentence prescribed for the offense is mandatory.

“(2) Upon a rehearing, if the sentence approved after the first military commission was in accordance with a pretrial agreement and the accused at the rehearing changes his plea with respect to the charges or specifications upon which the pretrial agreement was based, or otherwise does not comply with pretrial agreement, the sentence as to those charges or specifications may include any punishment not in excess of that lawfully adjudged at the first military commission.

“§ 950f. Review by Court of Military Commission Review

“(a) ESTABLISHMENT.—The Secretary of Defense shall establish a Court of Military Commission Review which shall be composed of one or more panels, and each such panel shall be composed of not less than three appellate military judges. For the purpose of reviewing military commission decisions under this chapter, the court may sit in panels or as a whole in accordance with rules prescribed by the Secretary.

“(b) APPELLATE MILITARY JUDGES.—The Secretary shall assign appellate military judges to a Court of Military Commission Review. Each appellate military judge shall meet the qualifications for military judges prescribed by section 948j(b) of this title or shall be a civilian with comparable qualifications. No person may be serve as an appellate military judge in any case in which that person acted as a military judge, counsel, or reviewing official.

“(c) CASES TO BE REVIEWED.—The Court of Military Commission Review, in accordance with procedures prescribed under regulations of the Secretary, shall review the record in each case that is referred to the Court by the convening authority under section 950c of this title with respect to any matter of law raised by the accused.

“(d) SCOPE OF REVIEW.—In a case reviewed by the Court of Military Commission Review under this section, the Court may act only with respect to matters of law.

“§ 950g. Review by the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit and the Supreme Court

“(a) EXCLUSIVE APPELLATE JURISDICTION.—(1)(A) Except as provided in subparagraph (B), the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit shall have exclusive jurisdiction to determine the validity of a final judgment rendered by a military commission (as approved by the convening authority) under this chapter.

“(B) The Court of Appeals may not review the final judgment until all other appeals under this chapter have been waived or exhausted.

“(2) A petition for review must be filed by the accused in the Court of Appeals not later than 20 days after the date on which—

“(A) written notice of the final decision of the Court of Military Commission Review is served on the accused or on defense counsel; or

“(B) the accused submits, in the form prescribed by section 950c of this title, a written notice waiving the right of the accused to review by the Court of Military Commission Review under section 950f of this title.

“(b) STANDARD FOR REVIEW.—In a case reviewed by it under this section, the Court of Appeals may act only with respect to matters of law.

“(c) SCOPE OF REVIEW.—The jurisdiction of the Court of Appeals on an appeal under subsection (a) shall be limited to the consideration of—

“(1) whether the final decision was consistent with the standards and procedures specified in this chapter; and

“(2) to the extent applicable, the Constitution and the laws of the United States.

“(d) SUPREME COURT.—The Supreme Court may review by writ of certiorari the final judgment of the Court of Appeals pursuant to section 1257 of title 28.

“§ 950h. Appellate counsel

“(a) APPOINTMENT.—The Secretary of Defense shall, by regulation, establish procedures for the appointment of appellate counsel for the United States and for the accused in military commissions under this chapter. Appellate counsel shall meet the qualifications for counsel appearing before military commissions under this chapter.

“(b) REPRESENTATION OF UNITED STATES.—Appellate counsel appointed under subsection (a)—

“(1) shall represent the United States in any appeal or review proceeding under this chapter before the Court of Military Commission Review; and

“(2) may, when requested to do so by the Attorney General in a case arising under this chapter, represent the United States before the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit or the Supreme Court.

“(c) REPRESENTATION OF ACCUSED.—The accused shall be represented by appellate counsel appointed under subsection (a) before the Court of Military Commission Review, the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, and the Supreme Court, and by civilian counsel if retained by the accused. Any such civilian counsel shall meet the qualifications under paragraph (3) of section 949c(b) of this title for civilian counsel appearing before military commissions under this chapter and shall be subject to the requirements of paragraph (4) of that section.

“§ 950i. Execution of sentence; procedures for execution of sentence of death

“(a) IN GENERAL.—The Secretary of Defense is authorized to carry out a sentence imposed by a military commission under this chapter in accordance with such procedures as the Secretary may prescribe.

“(b) EXECUTION OF SENTENCE OF DEATH ONLY UPON APPROVAL BY THE PRESIDENT.—If the sentence of a military commission under this chapter extends to

death, that part of the sentence providing for death may not be executed until approved by the President. In such a case, the President may commute, remit, or suspend the sentence, or any part thereof, as he sees fit.

“(c) EXECUTION OF SENTENCE OF DEATH ONLY UPON FINAL JUDGMENT OF LEGALITY OF PROCEEDINGS.—(1) If the sentence of a military commission under this chapter extends to death, the sentence may not be executed until there is a final judgment as to the legality of the proceedings (and with respect to death, approval under subsection (b)).

“(2) A judgment as to legality of proceedings is final for purposes of paragraph (1) when—

“(A) the time for the accused to file a petition for review by the Court of Appeals for the District of Columbia Circuit has expired and the accused has not filed a timely petition for such review and the case is not otherwise under review by that Court; or

“(B) review is completed in accordance with the judgment of the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit and—

“(i) a petition for a writ of certiorari is not timely filed;

“(ii) such a petition is denied by the Supreme Court; or

“(iii) review is otherwise completed in accordance with the judgment of the Supreme Court.

“(d) SUSPENSION OF SENTENCE.—The Secretary of the Defense, or the convening authority acting on the case (if other than the Secretary), may suspend the execution of any sentence or part thereof in the case, except a sentence of death.

“§ 950j. Finality or proceedings, findings, and sentences

“(a) FINALITY.—The appellate review of records of trial provided by this chapter, and the proceedings, findings, and sentences of military commissions as approved, reviewed, or affirmed as required by this chapter, are final and conclusive. Orders publishing the proceedings of military commissions under this chapter are binding upon all departments, courts, agencies, and officers of the United States, except as otherwise provided by the President.

“(b) PROVISIONS OF CHAPTER SOLE BASIS FOR REVIEW OF MILITARY COMMISSION PROCEDURES AND ACTIONS.—Except as otherwise provided in this chapter and notwithstanding any other provision of law (including section 2241 of title 28 or any other habeas corpus provision), no court, justice, or judge shall have jurisdiction to hear or consider any claim or cause of action whatsoever, including any action pending on or filed after the date of the enactment of the Military Commissions Act of 2006, relating to the prosecution, trial, or judgment of a military commission under this chapter, including challenges to the lawfulness of procedures of military commissions under this chapter.



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายณัฐวัฒน์ กฤตยานวัช เกิดเมื่อวันที่ 17 ธันวาคม พ.ศ. 2522 ที่กรุงเทพมหานคร ราชอาณาจักรไทย จบการศึกษาระดับประถมศึกษาจากโรงเรียนสาธิตแห่งมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ วิทยาเขตบางเขน จบการศึกษาระดับมัธยมศึกษาตอนต้นจากโรงเรียนสาธิตแห่งมหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ ปทุมวัน จบการศึกษาระดับมัธยมศึกษาตอนปลายจากโรงเรียนเตรียมอุดมศึกษา พญาไท เมื่อปี พ.ศ. 2541 หลังจากที่พักผ่อนหิวในสิ่งที่ตั้งใจ เว้นวรรคทางการศึกษาไป 1 ปีเพื่อบ่มเพาะตนเอง ก็ได้สอบผ่านเข้าศึกษาที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยในปี พ.ศ. 2542 จนจบการศึกษาระดับนิติศาสตรบัณฑิตเมื่อปีพ.ศ. 2546 และเข้าศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยในปีเดียวกัน



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย