

บทที่ 3

ปัญหาในการปฏิบัติตามอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วย การปราบปรามการก่อการร้ายด้วยนิวเคลียร์ 2005

เมื่อได้ทำการศึกษาบทบัญญัติของอนุสัญญาฯ แล้วพบว่ามีปัญหาหลายประการเกี่ยวกับการปฏิบัติตามอนุสัญญาฯ ซึ่งบางประการเป็นปัญหาที่มีมานานแล้ว แต่ยังไม่ได้รับการแก้ไข อันมีรายละเอียดดังนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดคำนิยามและขอบเขตของความผิด

1.1 ปัญหาในการกำหนดคำนิยาม “การก่อการร้าย”

ที่ผ่านมาได้มีการพยายามกำหนดคำนิยามของการก่อการร้ายขึ้นทั้งในระดับระหว่างประเทศ ระดับภูมิภาค ตามกฎหมายภายในของบางประเทศ หรือแม้กระทั่งในเวทีการประชุมระหว่างประเทศต่างๆ แต่ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดคำนิยามของ “การก่อการร้าย” ก็ยังคงเป็นประเด็นปัญหาสำคัญในทางปฏิบัติ สืบเนื่องมาจากการขาดบรรทัดฐานในการกำหนดความหมายที่เป็นแบบแผนเดียวกัน จึงส่งผลให้มีการกำหนดคำนิยามการก่อการร้ายที่มีความแตกต่างกันออกไป แม้กระทั่งในอนุสัญญาฉบับนี้ซึ่งเป็นหนึ่งในอนุสัญญาต่อต้านการก่อการร้ายที่กว้างโดยสหประชาชาติ และมีผลบังคับใช้ฉบับล่าสุด¹ แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในอนุสัญญาฯ แล้วก็ไม่ปรากฏว่ามีการให้คำนิยามของการก่อการร้ายเอาไว้โดยตรงแต่อย่างใด มีเพียงการกำหนดฐานความผิดไว้ในมาตรา 2 ของอนุสัญญาซึ่งบัญญัติว่า “...เป็นการกระทำที่มีเจตนาก่อให้เกิดความตาย หรือบาดเจ็บทางกายอย่างร้ายแรงแก่พลเรือน หรือผู้ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสถานการณ์การขัดกันด้วยอาวุธ หรือเป็นการกระทำเพื่อขู่เข็ญประชาชน หรือบังคับรัฐบาล หรือองค์การระหว่างประเทศให้กระทำ หรือละเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง” จะเห็นได้ว่าเป็นการกำหนดการกระทำ ความผิดฐานก่อการร้ายไว้โดยเฉพาะเจาะจง กล่าวคือ เฉพาะการก่อการร้ายด้วยนิวเคลียร์ โดยที่ไม่ได้มีการให้คำนิยามของการก่อการร้ายที่เป็นกลางเอาไว้ ซึ่งแม้ว่าการกำหนดฐานความผิดแบบเฉพาะแบบนี้จะมีข้อดีตรงที่มีเนื้อหาที่แน่นอนในการใช้พิจารณา รวมถึงรัฐภาคีมีพันธกรณีที่จะต้อง

¹ มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 7 กรกฎาคม ค.ศ. 2007 โปรดดูรายละเอียดในภาคผนวก ข

ปฏิบัติตามเพื่อให้บรรลุจุดมุ่งหมายตามอนุสัญญา หรือความตกลงนั้นๆ แต่อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือ ไม่มีการกำหนดคำนิยามของการก่อการร้ายที่ชัดเจน และไม่เปิดโอกาสให้มีการกล่าวอ้างถึงอย่างตรงไปตรงมา และนอกจากนี้รูปแบบของการก่อการร้ายมักมีการพัฒนาไปเรื่อยๆ ตามวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีที่ทันสมัยมากขึ้นเรื่อยๆ ดังนั้นแล้วการที่ไม่มีการให้คำนิยามไว้เป็นการทั่วไป มีเพียงการกำหนดฐานความผิดไว้แบบเฉพาะเจาะจงเช่นนี้ ย่อมไม่อาจครอบคลุมได้ทุกเหตุการณ์ ทำให้อาจต้องพิจารณาเพิ่มหลักกฎหมายตามการกระทำนั้นอยู่เรื่อยๆ เมื่อมีการกระทำการก่อการร้ายรูปแบบใหม่เกิดขึ้น

ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วก็ไม่อาจถือได้ว่าการกำหนดลักษณะของการกระทำความผิดตามอนุสัญญาในมาตราดังกล่าว เป็นการให้คำนิยามการก่อการร้ายในทางสากลได้ ซึ่งที่ผ่านมาได้มีการให้คำนิยามการก่อการร้ายไว้ ซึ่งสามารถแบ่งการให้คำนิยามการก่อการร้าย ออกเป็นสามระดับดังต่อไปนี้ คือ

(1) การให้คำนิยามในระดับระหว่างประเทศ

การให้คำนิยามในระดับระหว่างประเทศนั้นเริ่มปรากฏเมื่อสันนิบาตชาติได้จัดตั้งคณะกรรมการเพื่อทำหน้าที่ยกร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษการก่อการร้าย (Draft Convention for the Prevention and Punishment of Terrorism) ในปีค.ศ.1937 โดยในอนุสัญญาฉบับนี้ได้มีการให้ความหมายของการก่อการร้ายไว้ว่า “การก่อการร้าย” คือ “การกระทำในทางอาญาโดยตรงต่อรัฐ และมีความประสงค์หรือความมุ่งผลว่าจะเป็นการทำให้เกิดความหวาดกลัวต่อจิตใจของประชาชน หรือกลุ่มคน หรือสาธารณชน”² แต่อย่างไรก็ตาม ร่างอนุสัญญาฉบับนี้เป็นอันตกไป มิได้มีผลบังคับใช้แต่อย่างใด เนื่องจากมีเพียงอินเดียเท่านั้นที่ให้สัตยาบันในอนุสัญญาดังกล่าว

หากพิจารณาการให้คำนิยามของ “การก่อการร้าย” ในระดับระหว่างประเทศอื่นๆ ก็พบว่ามิได้มีการให้คำนิยาม ของการก่อการร้ายระหว่างประเทศเอาไว้แต่อย่างใด จะมีก็แต่เพียง ในปี ค.ศ. 1972 คณะกรรมาธิการร่างกฎหมายของสหประชาชาติ ได้มีการกำหนดให้ “การก่อการร้าย” เป็นการกระทำที่มีรูปแบบดังต่อไปนี้

² มาตรา 1 วรรค 2 ของร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษการก่อการร้าย

(Draft Convention for the Prevention and Punishment of Terrorism)

1. การกระทำที่มีมุ่งกระทำต่อบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองในระดับระหว่างประเทศ (Internationally protected persons) เช่น ประมุขของรัฐ (Head of State) หัวหน้ารัฐบาล (Head of Government) หรือตัวแทนทางการทูต (Diplomatic Agents) เป็นต้น

2. การกระทำที่มีจุดมุ่งหมายเป็นสัดอากาศต่อเครื่องบินโดยสารพลเรือน

3. การกระทำการส่งผู้ก่อการร้ายไปปฏิบัติการนอกประเทศ และใช้วิธีการที่รุนแรง

4. การกระทำที่ใช้ชีวิตมนุษย์ผู้บริสุทธิ์ (Innocents) เป็นเครื่องมือในการก่อการร้าย³

นอกจากนี้ยังมี องค์การตำรวจสากล (Interpol) ซึ่งถือเป็นองค์การหนึ่งในสหประชาชาติ ที่มีบทบาทในเรื่องการป้องกันอาชญากรรมและปัญหาการก่อการร้ายระหว่างประเทศ ก็ได้ให้คำนิยามของการกระทำการก่อการร้ายไว้เช่นกัน กล่าวคือ

1. การกระทำที่มีจุดมุ่งหมายในการแสดงออกให้เกิดผลมากกว่าหนึ่งประเทศขึ้นไป

2. การกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในประเทศหนึ่งและไปสิ้นสุดลงในอีกประเทศหนึ่ง

3. การกระทำของกลุ่มที่ได้รับการสนับสนุนที่มีแหล่งกำเนิดมาจากต่างประเทศ

4. ได้มีการวางแผนหรือเตรียมการในประเทศหนึ่ง และไปปฏิบัติการในอีกประเทศหนึ่ง

5. ผู้เสียหายเป็นประชาชนพลเมืองของประเทศต่างๆ หรือเป็นผู้เสียหายขององค์การระหว่างประเทศ

6. ความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นสาเหตุให้ประเทศต่างๆ ได้รับผลร้ายหรือเกิดผลกระทบต่องค์การระหว่างประเทศ⁴

นอกจากนั้นใน Draft Comprehensive Convention against International Terrorism⁵ ได้ให้คำนิยามของการก่อการร้ายไว้ว่า “การก่อการร้าย” หมายถึง การกระทำโดยใช้

³ “Encyclopedia of the United Nations and International Agreements, Terrorism,” Great Britain: Redwood Burn, <<http://www.un.org>>(15 July 2009), p. 799.

และดูรายละเอียดเพิ่มเติม ใน พรรณทิตา พูลสวัสดิ์, “ปัญหากฎหมายตามอนุสัญญาระหว่างประเทศเพื่อการปราบปรามการให้การสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย ค.ศ.1999,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น. 57.

⁴ Guide for Combating International Terrorism, I.C.P.O.-Interpol, General Secretariat, <<http://www.un.org>>(15 July 2009), p. 3.

⁵ Draft Comprehensive Convention Against International Terrorism เกิดขึ้นเนื่องจากปัญหาการก่อการร้ายมีการแพร่ขยายเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาเกี่ยวกับรัฐก่อการ

กำลังประทุษร้ายหรือขู่เชียวว่าจะกระทำการดังกล่าว เพื่อดำเนินการตามแผนการซึ่งมุ่งหมายที่จะทำให้ประชาชนเกิดความหวาดกลัว หรือขู่ว่าจะทำร้ายประชาชน หรือเป็นการทำอันตรายต่อชีวิต ชื่อเสียง เสรีภาพ ความปลอดภัย หรือสิทธิของประชาชน หรือการกระทำอันตรายต่อทรัพยากรธรรมชาติ(national resource) หรือสิ่งอำนวยความสะดวกในทางระหว่างประเทศ (international facility) ด้วย”⁶ แต่ยังมีประเด็นปัญหาเนื่องจากกลุ่มองค์กรอิสลาม(OIC)และประเทศมาเลเซียได้เสนอให้เพิ่มข้อยกเว้นเรื่องการต่อสู้เพื่อเอกราชโดยพื้นฐานของการใช้สิทธิในการกำหนดจิตใจตนเอง(right to self-determination)ว่า ไม่ควรถือเป็นการก่อการร้าย ในขณะที่ข้อเสนอดังกล่าวก็ยังคงได้รับการคัดค้านจากกลุ่มประเทศในแถบตะวันตกที่ไม่เห็นด้วยกับข้อเสนอดังกล่าว ซึ่งปัญหาสำคัญที่ยังคงเป็นประเด็นถกเถียงกันในการให้คำนิยามของการก่อการร้ายดังกล่าวก็คือ ความเห็นที่ว่า บุคคลที่เป็นผู้ก่อการร้าย คือ บุคคลผู้ต่อสู้เพื่ออิสรภาพ(One Man's Terrorist another Man's Freedom Fighter) ซึ่งถือได้ว่าเป็นประเด็นหลักในการขัดขวางการบรรลุถึงข้อตกลงในการกำหนดคำนิยามเกี่ยวกับการก่อการร้าย⁷

(2) การให้คำนิยามในระดับภูมิภาค

ไม่เฉพาะเพียงแต่ในระดับระหว่างประเทศเท่านั้นที่เล็งเห็นภัยจากการก่อการร้าย ในระดับภูมิภาคต่างๆก็ได้มีการจัดทำอนุสัญญาเพื่อร่วมมือในการป้องกันและปราบปรามการก่อการร้ายขึ้นเพื่อบังคับใช้ในภูมิภาคด้วย อาทิเช่น

ร้าย ดังนั้นในข้อมติของ Sixth Committee ว่าด้วยการกำจัดการก่อการร้ายระหว่างประเทศ โดยเน้นการร่วมมือกันเพื่อป้องกันและปราบปรามการก่อการร้ายให้มีประสิทธิภาพ ดังนี้ประเทศอินเดียจึงได้เสนอร่าง Comprehensive Convention Against International Terrorism ขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาฉบับนี้ก็ยังคงเป็นเพียงแค่วางอนุสัญญาเท่านั้น ทั้งนี้ก็เนื่องจากคณะกรรมการเฉพาะกิจด้านการก่อการร้ายยังคงโต้แย้งกันในเรื่องของคำนิยามที่กำหนดในร่างอนุสัญญาฉบับนี้

⁶ มาตรา 2 ของร่างอนุสัญญาว่าด้วยการก่อการร้ายระหว่างประเทศ (Draft Comprehensive Convention on International Terrorism)

⁷ Boaz Ganor, “Terrorism: Is One Man's Terrorist another Man's Freedom Fighter?, (September 1998):7. <<http://www.ict.org.il>>, (1 December 2009).

กลุ่มประชาคมยุโรป (EU: European Union)

ในกลุ่มประชาคมยุโรปได้มีการจัดทำอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการปราบปรามการก่อการร้าย ค.ศ.1977(European Convention on Suppression of Terrorism) แต่ทั้งนี้ไม่ได้มีการให้คำนิยามของ”การก่อการร้าย”ไว้ในอนุสัญญาแต่อย่างใด และที่สำคัญในอนุสัญญาดังกล่าวยังมีการกำหนดให้บรรดาอนุสัญญาที่กว้างโดยสหประชาชาติในการต่อต้านการก่อการร้ายถือเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเมือง (political offence) ด้วย ซึ่งในปัจจุบันกลุ่มประชาคมยุโรปได้มีการร่างอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการป้องกันการก่อการร้าย (European Convention on the Prevention of Terrorism) ขึ้น เพื่อการป้องกันและปราบปรามการก่อการร้ายที่มีขึ้นในปัจจุบัน แต่ทั้งนี้ในอนุสัญญาดังกล่าวก็ยังขาดการให้คำนิยามเกี่ยวกับ “การก่อการร้าย” เอาไว้เช่นกัน

กลุ่มองค์กรอิสลาม (OIC: Organization of the Islamic Conference)

สำหรับกลุ่มองค์กรอิสลาม ได้มีการให้คำนิยามของ “การก่อการร้าย” ไว้ในอนุสัญญาขององค์กรอิสลามว่าด้วยการต่อต้านการก่อการร้ายระหว่างประเทศ ค.ศ.1999 (Convention of the Organization of the Islamic Conference on Combating International Terrorism) ว่า “การก่อการร้าย คือการกระทำใดๆโดยใช้ความรุนแรง หรือเป็นการคุกคาม และรวมถึงการกระทำโดยใช้กำลังประทุษร้ายของปัจเจกชน หรือกลุ่มอาชญากรที่มีจุดมุ่งหมายให้เกิดอันตรายต่อชีวิต เกียรติยศชื่อเสียง ความมั่นคงในเสรีภาพ หรือสิทธิ หรือต่อทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งอำนวยความสะดวก หรือทรัพย์สินของรัฐและเอกชน และให้หมายความรวมถึงการเข้ายึดครองสถานที่ดังกล่าวด้วย” และนอกจากนี้ยังได้มีการกำหนดข้อยกเว้นในเรื่องของการต่อสู้เพื่อเอกราช หรือการปลดแอกไม่ให้ถือว่าเป็นการก่อการร้าย⁸ เช่นเดียวกับความร่วมมือกันระหว่างกลุ่มประเทศอาหรับในอนุสัญญาอาหรับว่าด้วยการปราบปรามการก่อการร้าย ค.ศ.1998 (The Arab Convention on Suppression of Terrorism) ที่มีการให้คำนิยาม “การก่อการร้าย” ไว้ในมาตรา 1 (2) อันมีเนื้อหา

⁸ Article 1(2) of Convention of the Organization of the Islamic Conference on Combating International Terrorism. "Terrorism" means any act of violence or threat thereof notwithstanding its motives or intentions perpetrated to carry out an individual or collective criminal plan with the aim of terrorizing people or threatening to harm them or imperiling their lives, honour, freedoms, security or rights or exposing the environment or any facility or public or private property to hazards or occupying or seizing them, or endangering a national resource, or international facilities, or threatening the stability, territorial integrity, political unity or sovereignty of independent States.

ทำนองเดียวกันกับอนุสัญญาขององค์การอิสลามว่าด้วยการต่อต้านการก่อการร้ายระหว่างประเทศ ค.ศ.1999 ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

นอกจากนี้แล้วยังมีความร่วมมือในระดับภูมิภาคอื่นๆอีก เช่น ความร่วมมือในกลุ่มประเทศ Inter-American ในอนุสัญญา Inter-American ว่าด้วยการต่อต้านการก่อการร้าย ค.ศ. 2002 (Inter-American Convention against Terrorism) และในความร่วมมือในกลุ่มอาเซียนของเราในอนุสัญญาอาเซียนว่าด้วยการต่อต้านการก่อการร้าย ค.ศ.2007 (Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) Convention on Counter-Terrorism) ก็ไม่ปรากฏว่ามีการให้คำนิยามของ "การก่อการร้าย" เอาไว้ในอนุสัญญาแต่อย่างใด เพียงแต่มีการกำหนดในมาตรา 2 ของอนุสัญญาไว้เพียงว่า การกระทำความผิดตามอนุสัญญานี้หมายถึง บรรดาการกระทำความผิดที่ได้กำหนดขึ้นตามอนุสัญญาที่สหประชาชาติยกร่างขึ้นเพื่อต่อต้านการก่อการร้าย

(3) การให้คำนิยามตามกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ

การให้คำนิยามหรือการให้ความหมายของการก่อการร้าย ของประเทศต่าง ๆ นั้น มีพื้นฐานของการให้คำนิยามและองค์ประกอบที่แตกต่างกันในรายละเอียด โดยในที่นี้จะทำการศึกษาการให้คำนิยามหรือการให้ความหมายของการก่อการร้าย ของประเทศต่างๆดังนี้คือ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศออสเตรเลีย

เมื่อทั่วโลกต้องเผชิญกับเหตุการณ์การก่อการร้ายที่เกิดขึ้นในประเทศต่างๆอย่างต่อเนื่องทำให้แต่ละประเทศเล็งเห็นถึงความสำคัญในเรื่องดังกล่าวประกอบกับข้อมติของสหประชาชาติ⁹ ที่ให้นานาประเทศเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาต่อต้านการก่อการร้ายที่ยกร่างโดยสหประชาชาติ ด้วยเหตุนี้เองทำให้หลายประเทศได้มีการพยายามที่จะกำหนดคำนิยามของการก่อการร้ายในกฎหมายภายในของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้รับความเสียหายจากเหตุการณ์การก่อการร้าย 11 กันยายน ค.ศ. 2001 มากที่สุด และถือเป็นแรงขับเคลื่อนสำคัญในการออกข้อมติของสหประชาชาติดังกล่าว

ประเทศสหรัฐอเมริกา

โดยหลังจากเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการประกาศใช้กฎหมายฉบับใหม่ที่ได้ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาเมื่อวันที่ 26 พฤศจิกายน ค.ศ. 2001 ซึ่งได้มีการกำหนดคำนิยามของการก่อการร้ายไว้ทั้งการก่อการร้ายระหว่างประเทศ(International Terrorism) และการก่อการร้ายภายในประเทศอเมริกาเอง(Domestic Terrorism) อันมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

⁹ United Nations Security Council Resolution 1373(2001).

ใน Title 18 ของ US. Code, section 2331¹⁰ ซึ่งได้มีการให้คำนิยามของ “การก่อการร้ายระหว่างประเทศ” เอาไว้ว่าใน (1) หมายถึง “การกระทำที่เป็นการใช้ความรุนแรง หรือเป็นอันตรายต่อชีวิตมนุษย์ ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายอาญาของสหรัฐอเมริกาหรือรัฐใด หรือได้กระทำอาชญากรรมในเขตอำนาจศาลของสหรัฐอเมริกาหรือรัฐอื่น โดยมีเจตนาเพื่อก่อให้เกิดความหวาดกลัวในหมู่ประชาชน หรือมีเจตนาเพื่อข่มขู่ บังคับและเพื่อสร้างอิทธิพลให้เหนือนโยบายของรัฐบาล หรือมีเจตนาเพื่อก่อให้เกิดการทำลายล้างอย่างรุนแรง การลอบสังหาร การลักพาตัว รวมไปถึงการกระทำที่เป็นการสมรู้ร่วมคิด การจัดหาสถานที่เตรียมการ หรือการให้ที่หลบภัย ที่เกิดขึ้นนอกเขตอำนาจ หรือนอกเหนือเขตแดนของประเทศสหรัฐอเมริกา”

และใน Title 18 ของ US. Code, section 2331 (5)¹¹ ยังได้มีการให้คำนิยาม “การก่อการร้ายภายในประเทศ” ไว้ว่า หมายถึง “การกระทำที่เป็นอันตรายต่อชีวิตมนุษย์ ที่เกิดขึ้นโดย

¹⁰ United States Code (26 November 2001) Title 18; Chapter 113b.

“(1) the term “international terrorism” means activities that

(a) involve violent acts or acts dangerous to human life that are a violation of the criminal laws of the United States or of any State, or that would be a criminal violation if committed within the jurisdiction of the United States or of any State;

(b) appear to be intended

(i) to intimidate or coerce a civilian population;

(ii) to influence the policy of a government by intimidation or coercion; or

(iii) to affect the conduct of a government by mass destruction, assassination, or kidnapping; and

(c) occur primarily outside the territorial jurisdiction of the United States, or transcend national boundaries in terms of the means by which they are accomplished, the persons they appear intended to intimidate or coerce, or the locale in which their perpetrators operate or seek asylum; ...”

¹¹ United States Code (26 November 2001) Title 18; Chapter 113b. section 2331

“(5) the term “domestic terrorism” means activities that

(a) involve acts dangerous to human life that are a violation of the criminal laws of the United States or of any State;

(b) appear to be intended

ฝ่าฝืนกฎหมายอาญาของสหรัฐอเมริกา หรือรัฐใดๆ โดยมีเจตนาเพื่อก่อให้เกิดความหวาดกลัวในหมู่ประชาชน หรือมีเจตนาเพื่อข่มขู่ บังคับและเพื่อสร้างอิทธิพลให้เหนือนโยบายของรัฐบาล หรือมีเจตนาเพื่อก่อให้เกิดการทำลายล้างอย่างรุนแรง การลอบสังหาร การลักพาตัว และเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นภายในเขตอำนาจของประเทศสหรัฐอเมริกา”

นอกจากนี้ใน Title 22 of the United State Code, section 2656 f Annual country reports on terrorism (d)¹² ได้ให้คำนิยามของการก่อการร้าย(terrorism)เอาไว้ว่า หมายถึง การเตรียมการในการใช้ความรุนแรงในการเคลื่อนไหวทางการเมืองต่อเป้าหมายที่เป็นผู้ที่มีได้ถืออาวุธ และปฏิบัติโดยกลุ่มบุคคลหรือองค์กรลับ เพื่อที่ตั้งใจให้เกิดผลกระทบและสร้างอิทธิพลให้กับสื่อ ส่วนการก่อการร้ายสากล (International terrorism) หมายถึง การก่อการร้ายที่เกี่ยวข้องกับพลเมืองหรืออาณาเขตที่มากกว่าหนึ่งประเทศ และคำว่า กลุ่มผู้ก่อการร้าย (Terrorist group) หมายถึง กลุ่มใดๆ ที่มีการจัดเตรียม หรือมีกลุ่มย่อยในการเตรียมการเพื่อก่อการร้ายสากล

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีการให้คำนิยามของการก่อการร้าย ทั้งที่เป็นการก่อการร้ายระหว่างประเทศ และการก่อการร้ายในประเทศ โดยมีการกำหนดลักษณะของการกระทำไว้อย่างเดียวกัน กล่าวคือ ต้องเป็นการกระทำที่มีความรุนแรง หรือเป็นการกระทำที่เป็น

(i) to intimidate or coerce a civilian population;

(ii) to influence the policy of a government by intimidation or coercion; or

(iii) to affect the conduct of a government by mass destruction, assassination, or kidnapping; and

(c) occur primarily within the territorial jurisdiction of the United States.”

¹² United States Code Title 22; Chapter 38. section 2656f.

(d) Definitions

As used in this section

(1) the term “international terrorism” means terrorism involving citizens or the territory of more than 1 country;

(2) the term “terrorism” means premeditated, politically motivated violence perpetrated against noncombatant targets by sub national groups or clandestine agents;

(3) the term “terrorist group” means any group practicing, or which has significant subgroups which practice, international terrorism; ...”

อันตรายต่อชีวิตมนุษย์ โดยมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดความหวาดกลัวในหมู่ประชาชน หรือเป็นการข่มขู่ หรือบังคับเพื่อสร้างอิทธิพลเหนือรัฐบาล หรือโดยมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดการทำลายล้างที่ร้ายแรง การลอบสังหาร หรือการลักพาตัว แต่ทั้งนี้การให้คำนิยามของการก่อการร้ายระหว่างประเทศ กับการก่อการร้ายภายใน มีความแตกต่างกันตรงที่เขตแดนที่ใช้บังคับ กล่าวคือ การก่อการร้ายระหว่างประเทศนั้น เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา หรือกฎหมายของรัฐอื่นๆ โดยที่การกระทำการฝ่าฝืนนั้นได้กระทำขึ้นในเขตอำนาจของประเทศสหรัฐอเมริกา หรือ รัฐใดๆก็ได้ แต่สำหรับการก่อการร้ายในประเทศนั้น ถือเอาเฉพาะกรณีที่มีการกระทำนั้นเกิดขึ้นในเขตอำนาจของประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้น และนอกจากนี้แล้วเห็นได้ชัดเจนว่าการให้คำนิยามตามกฎหมายฉบับนี้ของสหรัฐอเมริกา มีความเคร่งครัดมาก โดยไม่มีการกล่าวยกเว้นถึงการกระทำที่เป็นการประท้วง หรือการนัดหยุดงาน ซึ่งมีได้เป็นผลมาจากการก่อการร้ายแต่อย่างใด ดังนี้แล้วอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนในกรณีดังกล่าวได้

ประเทศ สหราชอาณาจักร

ประเทศสหราชอาณาจักรได้ออกกฎหมายต่อต้านการก่อการร้ายขึ้นในปี ค.ศ. 2000 คือ The Terrorism Act 2000(UK) โดยได้มีการให้คำนิยามของ “การก่อการร้าย” ไว้ในมาตรา 1¹³

¹³ Article 1 of The Terrorism Act 2000(UK)

“1 Terrorism: interpretation

(1) In this Act “terrorism” means the use or threat of action where

(a) the action falls within subsection (2),

(b) the use or threat is designed to influence the government or to intimidate the public or a section of the public, and

(c) the use or threat is made for the purpose of advancing a political, religious or ideological cause.

(2) Action falls within this subsection if it

(a) involves serious violence against a person,

(b) involves serious damage to property,

(c) endangers a person’s life, other than that of the person committing the action,

(d) creates a serious risk to the health or safety of the public or a section of the public, or

ว่า หมายถึง การใช้หรือข่มขู่ว่าจะกระทำการใด ๆ อันเกี่ยวข้องกับความรุนแรงโหดร้ายต่อบุคคล หรือก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตบุคคล เพื่อก่อให้เกิดการอันตรายอย่างร้ายแรงต่อชีวิตของผู้อื่น หรือการสร้างความเสียหายให้เกิดขึ้นต่อทรัพย์สินหรือสร้างความเสี่ยงต่อพลานามัยหรือความปลอดภัยสาธารณะ หรือส่วนหนึ่งของสาธารณะ รวมไปถึงการกระทำการอันรุนแรงต่อทรัพย์สิน หรือเจตนาที่จะกระทำการอันมีลักษณะเป็นการขัดขวางระบบอิเล็กทรอนิกส์ ทั้งนี้เพื่อเป็นการใช้หรือการข่มขู่ว่าจะใช้อิทธิพลเหนือรัฐบาลของสหราชอาณาจักรรวมถึงรัฐบาลของต่างประเทศ หรือสร้างความหวาดกลัวต่อสาธารณชน หรือสถานที่สาธารณะซึ่งรวมถึงที่อยู่นอกสหราชอาณาจักรด้วย โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อวัตถุประสงค์ทางการเมือง การศาสนา และอุดมการณ์ โดยให้รวมถึงการกระทำที่เกิดขึ้นนอกสหราชอาณาจักรโดยไม่คำนึงว่าบุคคล ทรัพย์สิน หรือสถานที่นั้นๆ จะถูกกระทำอยู่ ณ ที่ใด และการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ในการก่อการร้าย รวมไปถึงการทำเพื่อประโยชน์ขององค์กรด้วย

จะเห็นได้ว่า การให้คำนิยามการก่อการร้ายของสหราชอาณาจักร ได้บัญญัติถึงลักษณะของการกระทำที่เป็นการก่อการร้ายไว้ค่อนข้างกว้าง กล่าวคือ นอกจากจะเป็นการกระทำที่ใช้ความรุนแรง ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตและทรัพย์สินของเอกชน และสาธารณะซึ่งครอบคลุมไปถึงการกระทำที่สร้างความเสี่ยงต่อ สุขภาพ ความปลอดภัยสาธารณะ ยกตัวอย่างเช่น

(e) is designed seriously to interfere with or seriously to disrupt an electronic system.

(3) The use or threat of action falling within subsection (2) which involves the use of firearms or explosives is terrorism whether or not subsection (1)(b) is satisfied.

(4) In this section

(a) “action” includes action outside the United Kingdom,

(b) a reference to any person or to property is a reference to any person, or to property, wherever situated,

(c) a reference to the public includes a reference to the public of a country other than the United Kingdom, and

(d) “the government” means the government of the United Kingdom, of a Part of the United Kingdom or of a country other than the United Kingdom.

(5) In this Act a reference to action taken for the purposes of terrorism includes a reference to action taken for the benefit of a proscribed organization.”

การใช้สารพิษต่างๆ แก๊สพิษ หรืออาวุธชีวภาพต่างๆ รวมไปถึงการกระทำที่มีลักษณะเป็นการขัดขวางระบบอิเล็กทรอนิกส์ เช่น ระบบไฟฟ้า ระบบการสื่อสารต่างๆ นอกจากนี้ยังมีการกำหนดให้มีผลบังคับใช้ไว้อย่างกว้างขวาง ทั้งต่อบุคคล ทรัพย์สิน หรือสถานที่ของเอกชน หรือสาธารณะที่เกิดขึ้น ทั้งในและนอกสหราชอาณาจักร แต่อย่างไรก็ตามการกระทำที่จะถือได้ว่าเป็นการก่อการร้ายตาม The Terrorism Act 2000(UK) นั้น จะต้องเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นตามวัตถุประสงค์หรือผลประโยชน์ขององค์กรก่อการร้ายด้วย ดังนั้นหากการกระทำที่เกิดขึ้นมิได้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ขององค์กรดังกล่าว ผู้กระทำก็อาจไม่มีความผิดตามกฎหมายฉบับนี้ได้ และเช่นเดียวกับ US Code ของสหรัฐอเมริกา ที่ไม่มีการกล่าวถึงถึงการกระทำที่เป็นการประทุรัง หรือการนัดหยุดงาน ซึ่งมิได้เป็นผลมาจากการก่อการร้ายแต่อย่างใด ดังนั้นแล้วอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนในกรณีดังกล่าวได้เช่นกัน

ประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลีย ได้มีการให้คำนิยามการก่อการร้ายเอาไว้ใน The Criminal Code Act Division 100.1 of part 5.3¹⁴ ไว้ว่า การกระทำของผู้ก่อการร้าย หมายถึง การกระทำ หรือ

¹⁴ The Criminal Code Act 1995 (Australia) part 5.3 Division 100.1

“terrorist act means an action or threat of action where:

- (a) the action falls within subsection (2) and does not fall within subsection (3); and
- (b) the action is done or the threat is made with the intention of advancing a political, religious or ideological cause; and
- (c) the action is done or the threat is made with the intention of:
 - (i) coercing, or influencing by intimidation, the government of the Commonwealth or a State, Territory or foreign country, or of part of a State, Territory or foreign country; or
 - (ii) intimidating the public or a section of the public.

(2) Action falls within this subsection if it:

- (a) causes serious harm that is physical harm to a person; or
- (b) causes serious damage to property; or
- (c) causes a person’s death; or
- (d) endangers a person’s life, other than the life of the person taking the action; or
- (e) creates a serious risk to the health or safety of the public or a section of the public; or

งดเว้นการกระทำการโดยเจตนา ก่อให้เกิดความตายหรือเป็นเหตุให้เกิดอันตรายทางกายภาพของบุคคล เป็นสาเหตุให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สิน ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสุขภาพ และความปลอดภัยต่อสาธารณะ โดยการกระทำหรือข่มขู่ว่าจะกระทำการโดยมีมูลเหตุจูงใจทางการเมือง ศาสนา หรือ อุดมการณ์ เพื่อขู่บังคับโดยการใช้อำนาจคุกคามต่อรัฐ ดินแดน หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของรัฐ กระทำการคุกคามต่อสาธารณะ หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของสาธารณะหรือเป็นการเข้าแทรกแซง ชัดขวาง หรือทำลายระบบอิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ เช่น ระบบข้อมูลข่าวสาร ระบบโทรคมนาคม ระบบการเงิน ระบบการบริการของรัฐ สาธารณประโยชน์ต่างๆ และระบบการขนส่ง เป็นต้น แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงการกระทำอันเป็นการคัดค้าน หรือการประท้วงโดยไม่มีเจตนาที่จะ

(f) seriously interferes with, seriously disrupts, or destroys, an electronic system including, but not limited to:

- (i) an information system; or
- (ii) a telecommunications system; or
- (iii) a financial system; or
- (iv) a system used for the delivery of essential government services; or
- (v) a system used for, or by, an essential public utility; or
- (vi) a system used for, or by, a transport system.

(3) Action falls within this subsection if it:

(a) is advocacy, protest, dissent or industrial action; and

(b) is not intended:

- (i) to cause serious harm that is physical harm to a person; or
- (ii) to cause a person's death; or
- (iii) to endanger the life of a person, other than the person taking the action; or
- (iv) to create a serious risk to the health or safety of the public or a section of the public.

(4) In this Division:

(a) a reference to any person or property is a reference to any person or property wherever situated, within or outside Australia; and

(b) a reference to the public includes a reference to the public of a country other than Australia. ...“

ก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกาย ทำอันตรายต่อชีวิตหรือการดำเนินชีวิตปัจจุบัน หรือสร้างความเสียหายต่อสาธารณะ ไม่ว่าจะเกิดขึ้นในหรือนอกราชอาณาจักรก็ตาม

จะเห็นได้ว่า การให้คำนิยามการกระทำของผู้ก่อการร้ายดังกล่าว เป็นการให้คำนิยามที่ค่อนข้างชัดเจน และมีลักษณะเป็นสากล กล่าวคือ การกระทำที่มีลักษณะเป็นการก่อการร้าย นั้น ต้อง มีการกระทำให้เกิดอันตรายต่อชีวิต และร่างกายของมนุษย์ ทรัพย์สิน สุขภาพ ความปลอดภัย สาธารณะ สาธารณูปโภคและระบบอิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ โดยมีการกำหนดมูลเหตุจูงใจในการกระทำเอาไว้ นั่นก็คือ กระทำการโดยมีมูลเหตุจูงใจทางการเมือง ศาสนา หรืออุดมการณ์ต่างๆ ซึ่งการกระทำนั้นได้กระทำโดยเจตนา ที่จะข่มขู่บังคับ หรือเพื่อคุกคามรัฐใดรัฐหนึ่ง ไม่ว่าจะการกระทำดังกล่าวนี้จะเกิดขึ้นในประเทศออสเตรเลียหรือไม่ก็ตาม นอกจากนี้ The Criminal Code Act ของประเทศออสเตรเลียยังได้มีการกำหนดให้ การกระทำที่ไม่มีเจตนาก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน หรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อสาธารณะ และเป็นการใช้สิทธิโดยสุจริตตามกฎหมาย เช่น การประท้วง การคัดค้านต่างๆ โดยไม่มีเจตนาก่อให้เกิดอันตรายดังกล่าวข้างต้น ดังนั้นถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สามารถกระทำได้ ไม่ถือว่าเป็นการก่อการร้ายตามความหมายนี้แต่อย่างใด ซึ่งถือได้ว่าเป็นการบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานและคำนึงถึงสิทธิมนุษยชน มากกว่า US Code ของประเทศสหรัฐอเมริกา และ The Terrorism Act 2000 ของสหราชอาณาจักร ที่ไม่ได้มีการกำหนดข้อยกเว้นในส่วนนี้แต่อย่างใด

จากการกำหนดคำนิยาม “การก่อการร้าย” ใน 3 ระดับ ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว สามารถสรุปลักษณะของการก่อการร้ายได้ดังต่อไปนี้

1. เป็นการกระทำที่มีจุดมุ่งหมายให้ประชาชนเกิดความหวาดกลัว หรือเพื่อเป็นการบีบบังคับรัฐ หรือองค์การระหว่างประเทศให้กระทำการ หรือไม่กระทำการใดๆ
2. เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต เสรีภาพ หรือชื่อเสียงของมนุษย์รวมไปถึงก่อให้เกิดอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม หรือทรัพย์สินที่สำคัญของรัฐหรือเอกชน
3. ขอบเขตของการกระทำความผิดฐานก่อการร้ายนั้นครอบคลุมถึง การเตรียมการ การขู่เข็ญ และการสนับสนุนการกระทำไม่ว่าจะโดยวิธีใดก็ตาม

จากอดีตจนถึงปัจจุบันการให้คำนิยามการก่อการร้ายนั้นยังคงเป็นเรื่องที่มีความยากลำบากสืบเนื่องมาจากการมีทัศนคติที่แตกต่างกันหลายประการ¹⁵ เช่น ความไม่ชัดเจนของการแยกแยะความแตกต่างระหว่างผู้ก่อการร้ายกับการต่อสู้เพื่ออิสรภาพ หรือในเรื่องของการสิทธิใน

¹⁵ Nicolas K. Laos, “Fighting Terrorism: What Can International Law Do?,” V Journal of International Affairs No.19(2000): 22.

การกำหนดจิตใจตนเอง (Right to self determination) ซึ่งเป็นหลักการหนึ่งที่องค์การสหประชาชาติให้การยอมรับ โดยถือเป็นหลักในการคุ้มครองชนกลุ่มน้อยบางกลุ่มที่อาจมีความแตกต่างในเรื่องเชื้อชาติ ศาสนา และภาษาที่อาจกระทำการต่อสู้เพื่ออิสรภาพของตนเอง ก็เป็นอีกประการหนึ่งที่ทำให้การกำหนดค่านิยมการก่อการร้ายเป็นไปอย่างยากลำบากมากยิ่งขึ้นนั่นเอง

ดังนั้นแม้ว่าจะมีการให้ค่านิยม “การก่อการร้าย” ไว้ในความร่วมมือกันในระดับต่างๆ แต่ตราบใดที่ในปัจจุบันยังไม่มีมีการให้ค่านิยม “การก่อการร้าย” เอาไว้เป็นบรรทัดฐานในอันที่จะสามารถใช้เป็นหลักสากลได้และเป็นไปในทางเดียวกัน ด้วยเหตุนี้เองจึงก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติกล่าวคือ ทำให้อนุสัญญาต่างๆ ที่เกี่ยวกับการต่อต้านการก่อการร้ายรวมทั้งอนุสัญญาฉบับนี้ ไม่มีประสิทธิภาพในการปฏิบัติเท่าที่ควร อาจทำให้มีการให้คำจำกัดความและการตีความการก่อการร้ายที่แตกต่างกันออกไปตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกันนั่นเอง สำหรับปัญหาการให้ค่านิยม “การก่อการร้าย” ดังกล่าวส่งผลให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติตามกฎหมายภายในของประเทศไทยเช่นกัน (ซึ่งจะทำการกล่าวต่อไปในบทที่ 4)

1.2 ปัญหาในการกำหนดขอบเขตของความผิดตามอนุสัญญาฯ

ปัญหาในการปฏิบัติตามอนุสัญญาฯ ในส่วนที่สองคือ การกำหนดขอบเขตความผิดตามอนุสัญญาฯ ซึ่งจากการศึกษาหลักการตามอนุสัญญาฯ ในบทที่สองแล้วพบว่า อาจก่อให้เกิดปัญหาในการกำหนดขอบเขตของความผิดตามอนุสัญญาฯ บางประการ อันมีรายละเอียดดังต่อไปนี้คือ

ปัญหากรณีแรก จากที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่สองว่าอนุสัญญาฯ ฉบับนี้ได้มีการกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับการมีไว้ในครอบครองหรือผลิตวัสดุกำมันตรังสี หรือมีไว้ในครอบครองอุปกรณ์ที่ทำให้เกิดระเบิดนิวเคลียร์ หรืออุปกรณ์ที่ทำให้เกิดการแพร่กระจายของวัสดุกำมันตรังสี หรือวัสดุอุปกรณ์ที่ปล่อยกำมันตรังสี โดยมีเจตนาทำให้ถึงแก่ชีวิตหรือบาดเจ็บต่อร่างกายอย่างร้ายแรง หรือโดยมีเจตนาทำให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินหรือสิ่งแวดล้อม¹⁶ นั้น

¹⁶ Article 2 (1)(a)(i), (ii) of International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism 2005.

“1. Any person commits an offence within the meaning of this Convention if that person unlawfully and intentionally:

(a) Possesses radioactive material or makes or possesses a device:

เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าบทบัญญัติในส่วนนี้อาจก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้ โดยสามารถแยกอธิบายออกเป็นสองส่วนดังต่อไปนี้คือ

ประการแรก “การมีไว้ในครอบครองวัตถุนิวเคลียร์ หรือการมีไว้ในครอบครองอุปกรณ์ที่ทำให้เกิดระเบิดนิวเคลียร์ หรืออุปกรณ์ที่ทำให้เกิดการแพร่กระจายของวัสดุกัมมันตรังสี หรือวัสดุอุปกรณ์ที่ปล่อยกัมมันตรังสี โดยมีเจตนาทำให้ถึงแก่ชีวิตหรือบาดเจ็บต่อร่างกายอย่างร้ายแรง หรือ โดยมีเจตนาทำให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินหรือสิ่งแวดล้อม” เนื่องจากอนุสัญญาฉบับนี้มีได้ขยายความหรือให้คำจำกัดความต่อไปว่า การมีไว้ในครอบครองอย่างไรจึงจะสามารถสังเกตเห็นได้ว่า ผู้นั้นมีเจตนาที่จะมีไว้ในครอบครองเพื่อก่อให้เกิดความตาย บาดเจ็บต่อร่างกายอย่างร้ายแรง หรือทำให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สิน หรือสิ่งแวดล้อมแล้ว ซึ่งในประเด็นนี้อาจไม่เกิดปัญหามากนัก หากเป็นการมีไว้ในครอบครองวัตถุนิวเคลียร์หรืออุปกรณ์ดังกล่าวโดยกลุ่มหรือองค์กรผู้ก่อการร้าย ดังนั้นพฤติการณ์ย่อมชัดเจนอยู่แล้วว่าอาจเป็นการมีไว้ในครอบครองเพื่อวัตถุประสงค์ในการก่อการร้าย แต่หากการมีไว้ในครอบครองดังกล่าวนั้น กระทำโดยบุคคลหรือกลุ่มบุคคลอื่นที่มีข้อองค์กรก่อการร้าย¹⁷ การพิสูจน์ว่าการมีไว้ในครอบครองดังกล่าวนี้มีเจตนาที่จะก่อให้เกิดความตายหรือบาดเจ็บต่อร่างกายอย่างร้ายแรง หรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินหรือสิ่งแวดล้อมหรือไม่ นั้น ย่อมก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้พอสมควร ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในกรณีที่มีได้เป็นการมีไว้ในครอบครองโดยกลุ่มหรือองค์กรผู้ก่อการร้าย ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่เป็นการมีไว้ในครอบครองอาวุธนิวเคลียร์ การมีไว้ในครอบครองจรวดหัวรบนิวเคลียร์ การมีไว้ในครอบครองระเบิดนิวเคลียร์ ซึ่งย่อมเห็นได้ว่าการมีไว้ในครอบครองดังกล่าวมีลักษณะเป็นการมีไว้ในครอบครองอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างอย่างสูง สามารถก่อให้เกิดการสูญเสียชีวิต การบาดเจ็บต่อร่างกายอย่างร้ายแรง และเป็นอันตรายต่อทรัพย์สินและสิ่งแวดล้อมได้เป็นวงกว้าง มากกว่าที่จะเป็นการมีไว้ในครอบครองเทคโนโลยีทางด้านนิวเคลียร์เพื่อนำไปใช้ในเชิงสันติ

(i) With the intent to cause death or serious bodily injury; or

(ii) With the intent to cause substantial damage to property or to the environment;...”

¹⁷ ทั้งนี้ไม่รวมถึงการมีไว้ในครอบครองวัตถุนิวเคลียร์หรืออุปกรณ์ที่ทำให้เกิดระเบิดนิวเคลียร์ หรืออุปกรณ์ที่ทำให้เกิดการแพร่กระจายของวัสดุกัมมันตรังสี หรือวัสดุอุปกรณ์ที่ปล่อยกัมมันตรังสีโดยรัฐ ซึ่งจะกล่าวต่อไปในหัวข้อที่ 2 กรณีที่เกี่ยวกับการบังคับใช้อนุสัญญาฯ กรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นรัฐ

ประการที่สอง “การกำหนดให้การผลิตวัสดุนิวเคลียร์เป็นความผิดคือ ย่อมเป็นการยากที่จะพิสูจน์ว่าการผลิตดังกล่าวเป็นการผลิตที่มีเจตนาก่อให้เกิดความตาย บาดเจ็บต่อร่างกายอย่างร้ายแรง ก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินและสิ่งแวดล้อม” ในกรณีนี้เช่นเดียวกันกับการมีไว้ในครอบครองวัสดุนิวเคลียร์ หรือการมีไว้ในครอบครองอุปกรณ์ที่ทำให้เกิดระเบิดนิวเคลียร์ หรืออุปกรณ์ที่ทำให้เกิดการแพร่กระจายของวัสดุกัมมันตรังสี หรือวัสดุอุปกรณ์ที่ปล่อยกัมมันตรังสี โดยมีเจตนาทำให้ถึงแก่ชีวิตหรือบาดเจ็บต่อร่างกายอย่างร้ายแรง หรือโดยมีเจตนาทำให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินหรือสิ่งแวดล้อม ซึ่งไม่ได้ให้คำขยายความเพิ่มเติมแต่อย่างใด ว่าการผลิตอย่างไร จึงจะถือได้ว่ามีวัตถุประสงค์ในการก่อการร้ายตามอนุสัญญาฯ ซึ่ง“วัสดุกัมมันตรังสี” ตามที่อนุสัญญาฯได้ให้ความหมายไว้ใน มาตรา 1 ก็คือ วัสดุนิวเคลียร์อันได้แก่พลูโทเนียมรวมไปถึงสารกัมมันตรังสีอื่นๆ ซึ่งกินความหมายค่อนข้างกว้างดังที่ได้อธิบายรายละเอียดไว้แล้วในบทที่สอง ดังนั้นแม้อาจพิจารณาได้โดยนัยว่าการที่อนุสัญญาฯบัญญัติไว้เช่นนี้ก็เพื่อต้องการเปิดช่องให้รัฐภาคีสามารถใช้ดุลพินิจในการตีความได้ แต่อย่างไรก็ตาม หากรัฐภาคีละเลยไม่ตีความอย่างรัดกุม หรือมีการตีความที่เข้มงวดแตกต่างกันไป ก็อาจส่งผลให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติตามอนุสัญญาฯได้ ดังนั้นจึงถือเป็นหน้าที่ของรัฐภาคีเองที่จะต้องให้ความสำคัญกับปัญหาการก่อการร้ายด้วยนิวเคลียร์ โดยจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในอนุสัญญาอย่างเคร่งครัด ตลอดจนดำเนินคดีต่อผู้ที่กระทำความผิดตามอนุสัญญาอย่างเด็ดขาด โปร่งใส และเที่ยงธรรม เพื่อประโยชน์สูงสุดในการบังคับใช้อนุสัญญาฯอย่างมีประสิทธิภาพ

ปัญหาในการกำหนดขอบเขตการกระทำความผิดในอนุสัญญาฯประการต่อมา ก็คือ โดยทั่วไปขั้นตอนที่กฎหมายจะลงโทษบุคคลใดนั้นจะเริ่มพิจารณาตั้งแต่มีการลงมือกระทำความผิดเป็นต้นไปจนกระทั่งผลแห่งการกระทำความผิดสำเร็จ เว้นเสียแต่ว่าในบางความผิดกฎหมายบัญญัติให้การเตรียมการในความผิดบางฐานซึ่งมีความร้ายแรงเป็นความผิด โดยไม่จำเป็นต้องถึงขั้นลงมือกระทำความผิดหรือถึงขั้นความผิดต้องสำเร็จแต่อย่างใด หรือนอกจากนี้การสมคบกันกระทำความผิดที่มีลักษณะของการกระทำบางอย่างที่แสดงออกอย่างชัดเจนว่าจะกระทำความผิด ทั้งนี้การกำหนดให้การกระทำทั้งที่ยังไม่ถึงขั้นลงมือกระทำความผิดเป็นความผิดนั้น ก็เพื่อให้รัฐดำเนินการป้องกันภัยอันตรายที่อาจจะเกิด หรือกำลังจะเกิดขึ้นนั่นเอง เช่นเดียวกับในอนุสัญญาฯฉบับนี้ ซึ่งนอกจากจะได้กำหนดให้ผู้กระทำความผิดตามอนุสัญญาฯต้องรับผิดชอบตามอนุสัญญาฯแล้ว ยังได้กำหนดให้บุคคลที่พยายามกระทำความผิดต้องรับผิดชอบเป็นผู้กระทำความผิด รวมไปถึงบุคคลที่กระทำการในฐานะตัวแทน หรือตัวการ หรือผู้สนับสนุนการกระทำความผิดดังกล่าว ย่อมต้องรับผิดชอบในฐานะเป็นผู้กระทำความผิดเองด้วย

การที่อนุสัญญาฉบับนี้ไม่ได้กำหนดเพียงผู้ที่ลงมือกระทำความผิดเท่านั้นที่จะต้องรับโทษ แต่ยังขยายการลงโทษไปถึงผู้ที่พยายามกระทำความผิด รวมไปถึงผู้ที่เป็นตัวการ ตัวแทน หรือผู้สนับสนุนการกระทำความผิดดังกล่าวก็ต้องรับโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดด้วย ดังนั้นอาจก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบได้กล่าวคือ หากแต่ละรัฐมิได้มีการบัญญัติความผิดตามอนุสัญญาไว้เป็นความผิดเฉพาะ ก็จะต้องปรับใช้บททั่วไปซึ่งโดยหลักแล้วในการกำหนดโทษในแต่ละฐานความผิดตามกฎหมายภายในนั้น มักจะมีการกำหนดโทษตามความหนักเบาของลักษณะการกระทำ เช่น จะมีการกำหนดโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิด หรือการเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิด เบากว่าความร้ายแรงของโทษที่ได้รับ หากเป็นการลงมือกระทำความผิด ซึ่งในแต่ละรัฐย่อมมีการกำหนดโทษในการกระทำความผิดลักษณะดังกล่าวที่แตกต่างกันออกไปอาจก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันทางปฏิบัติ ดังนั้นหากรัฐภาคีแต่ละรัฐละเลยในส่วนนี้อาจทำให้ประสิทธิภาพในการปฏิบัติตามอนุสัญญานี้ด้อยลงไปได้ สำหรับกรณีดังกล่าวนี้อาจก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติตามกฎหมายภายในของประเทศไทยด้วยเช่นกัน ซึ่งจะกล่าวรายละเอียดเพิ่มเติมต่อไปในบทที่ 4

2. ปัญหาการบังคับใช้อนุสัญญาระหว่างประเทศด้วยการปราบปราม ก่อการร้ายด้วยนิวเคลียร์ ค.ศ. 2005

1.1 ปัญหาในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

แม้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นความร่วมมือทางอาญาระหว่างประเทศในอันที่จะช่วยให้มีการนำตัวผู้กระทำความผิดที่หลบหนีไปอยู่ในอีกประเทศหนึ่งมาดำเนินคดีได้ แต่ก็มีความหมายว่าความผิดทุกประเทศจะสามารถดำเนินการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างกันได้ ซึ่งในบางกรณีรัฐที่ได้รับการร้องขออาจมีการกำหนดข้อยกเว้นไม่ดำเนินการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เช่น ในกรณีที่ความผิดเกี่ยวกับการเมือง กรณีที่จะไม่ส่งคนชาติเป็นผู้ร้ายข้ามแดน หรือกรณีที่จะไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนหากต้องรับโทษประหารชีวิต อันมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

กรณีที่เป็นความผิดเกี่ยวกับการเมืองซึ่งในปัจจุบันยังไม่มีคำนิยาม “ความผิดทางการเมือง” ไว้เป็นการเฉพาะอันเป็นบรรทัดฐานสากล จึงทำให้หลายประเทศยังคงมีความแตกต่างกันออกไป และโดยทั่วไปอำนาจในการวินิจฉัยว่าความผิดตามคำร้องนั้นเป็นความผิดทางการเมืองหรือไม่นั้น เป็นอำนาจของศาลแห่งประเทศผู้รับคำขอให้มีการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน เมื่อพิจารณาการก่อการร้ายในบางลักษณะอาจพบว่ามีมูลเหตุจูงใจทางการเมืองเป็นมูลฐาน

ด้วยซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาขึ้นได้ว่าบางประเทศอาจมีการวินิจฉัยว่าการก่อการร้ายระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นถือเป็นความผิดทางการเมือง ด้วยเหตุนี้เองอนุสัญญาเกี่ยวกับการต่อต้านการก่อการร้ายส่วนใหญ่ที่กว้างโดยสหประชาชาติ จึงมีการบัญญัติให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างกันได้ในความผิดตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา เช่นเดียวกับในอนุสัญญานี้ที่ห้ามมิให้ถือว่าความผิดตามอนุสัญญาเป็นความผิดทางการเมือง หรือเป็นความผิดที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางการเมือง หรือเป็นความผิดที่เกิดจากมูลเหตุจูงใจทางการเมือง ทั้งนี้เนื่องมาจากลักษณะของการก่อการร้ายที่มักมีการใช้ความรุนแรงและอาจกระทำต่อกลุ่มบุคคลโดยไม่เลือกว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือประชาชนผู้บริสุทธิ์ ดังนั้นหากมีการร้องขอให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดน หรือขอความช่วยเหลือทางกฎหมายระหว่างกันในความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย รัฐที่ถูกร้องขอก็จะต้องสามารถปฏิเสธการส่งตัวโดยยกข้ออ้างเกี่ยวกับความผิดทางการเมืองดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นได้¹⁸ เช่นเดียวกับในความผิดร้ายแรงบางฐานที่มีสนธิสัญญาระหว่างประเทศกำหนดให้เป็นความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้โดยไม่ถือว่าเป็นความผิดทางการเมือง เช่นการรุกราน, อาชญากรรมข้ามชาติ, อาชญากรรมสงคราม, ความผิดฐานฆาตกรรมประมุขของรัฐ หรือผู้นำรัฐบาล, โจรสลัด, การจี้เครื่องบิน, การเอาคนลงเป็นทาส, การกีดกันสีผิว เป็นต้น¹⁹

สำหรับกรณีที่บางประเทศมีแนวคิดที่ไม่สนับสนุนทฤษฎีการส่งคนชาติเป็นผู้ร้ายข้ามแดน ดังจะเห็นได้จาก The European Extradition Convention 1957 ในกลุ่มสหภาพยุโรป ที่ได้มีการกำหนดเรื่องนี้ไว้ในมาตรา 6(1)a. ว่า “รัฐภาคีมีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่ส่งคนชาติของตนข้ามแดนได้...”²⁰ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าแม้จะมีการยอมรับทฤษฎีการส่งคนชาติเป็นหลักปฏิบัติทั่วไปแต่ก็ได้มีการกำหนดข้อยกเว้นไว้หากรัฐภาคีไม่ประสงค์จะส่งคนชาติข้ามแดนก็สามารถทำการปฏิเสธได้ จึงอาจเกิดปัญหาในทางปฏิบัติสำหรับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีนี้ได้²¹ ซึ่งหากพิจารณาแล้วทฤษฎีที่

¹⁸ Article 15 of International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism 2005.

¹⁹ วิษญา ลิ้มวงศ์, “ความผิดทางการเมืองในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), น. 18-19.

²⁰ Article 6 (1)a of The European Extradition Convention 1957 “A Contracting Party shall have the right to refuse extradition of its nationals. ...”

²¹ ในอดีตพบอุปสรรคในปัญหาดังกล่าว เช่น ลิเบียได้ยกเว้นที่จะไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนไปยังสหรัฐอเมริกาเนื่องจากผู้กระทำความผิดเป็นคนชาติของลิเบียนำมาสู่ข้อพิพาท *Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America* ใน *Case Concerning Questions of Interpretation*

สนับสนุนการส่งคนชาติข้ามแดนเป็นทฤษฎีที่สนับสนุนการป้องกันและปราบปรามการก่อการร้าย รวมไปถึงอาชญากรรมข้ามชาติได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่า รัฐภาคีจึงควรให้ความร่วมมือในการส่งคนชาติข้ามแดนโดยเฉพาะในกรณีที่เป็นการกระทำความผิดที่ร้ายแรงและก่อให้เกิดความเสียหายในวงกว้าง อย่างเช่น การก่อการร้าย หรืออาชญากรรมข้ามชาติ เป็นต้น

และนอกจากนี้การไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนกรณีที่มีโทษประหารชีวิต สืบเนื่องมาจากแนวความคิดที่ว่าโทษประหารชีวิตเป็นการตัดโอกาสที่ผู้นั้นจะแก้ไขปรับปรุงตัวเอง ซึ่งแม้อาจส่งผลในการยับยั้งอาชญากรรมในระดับหนึ่งแต่ได้เคยมีการวิจัยเอาไว้²²ว่าการประหารชีวิตมิได้ส่งผลดีต่อการควบคุมอาชญากรรมในระยะยาวได้ ประกอบกับเหตุผลด้านมนุษยธรรมที่ว่า “ประเทศผู้รับคำขอให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไม่สมควรจะส่งตัวบุคคลที่เข้ามาพึ่งอำนาจของประเทศนั้นให้ประเทศอื่นนำไปประหารชีวิต”²³ ด้วยเหตุนี้ในปัจจุบันหลายประเทศโดยเฉพาะในยุโรปจึงได้มีการยกเลิกโทษประหารชีวิตไปแล้ว ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติที่เป็นอุปสรรคสำหรับการให้ความร่วมมือในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เนื่องจากความแตกต่างสำหรับโทษในการกระทำความผิดร้ายแรงเดียวกัน แต่มีการกำหนดโทษที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ โดยเฉพาะความผิดที่เกี่ยวกับการก่อการร้ายถือเป็นความผิดที่ร้ายแรงในหลายประเทศมีการกำหนดโทษประหารชีวิตไว้สำหรับความผิดนี้ รวมทั้งในประเทศไทยด้วย ด้วยเหตุปัจจัยดังกล่าวอาจเป็นสาเหตุหนึ่งที่รัฐที่ได้รับการร้องขออาจปฏิเสธไม่ให้ความร่วมมือในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ดังจะเห็นได้จากการที่มีบทบัญญัติที่จะไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดที่มีโทษประหารชีวิต ในอนุสัญญาหลายฉบับอาทิเช่น กฎบัตรว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหภาพยุโรปมาตรา 19(2), อนุสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie นั่นเอง

²² Beyleveld Deryck, “Deterrence Research and Deterrence Politics” in Andrew von Hirsch and Andrew Ashworth, *Principled Sentencing-Reading on Theory & Policy* (Oxford: Hart Publishing, 2000), pp. 72-73.

²³ ประสพสุข บุญเดช, *การส่งผู้ร้ายข้ามแดน ทฤษฎีและแนวปฏิบัติ*, (ศาลอุทธรณ์พิมพ์, 2548), น. 40.

Inter-American มาตรา 9 และอนุสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของสหภาพยุโรป ค.ศ.1957 มาตรา 11 เป็นต้น²⁴

แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันได้มีทางออกสำหรับปัญหาดังกล่าว นั่นคือ รัฐผู้รับคำร้อง และรัฐผู้ร้องขอต่างยอมรับถึงการมีอยู่ของโทษประหารชีวิตของอีกประเทศหนึ่ง แต่เพื่อให้มีความร่วมมือในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนแก่กันได้แม้จะเป็นความผิดที่มีโทษประหารชีวิต จึงได้มีการกำหนดให้รัฐผู้ร้องขอต้องดำเนินการบัญญัติกฎหมายเพื่อเป็นหลักประกันว่า รัฐผู้ร้องขอจะไม่มีคำพิพากษาลงโทษประหารชีวิต หรือแม้จะมีคำพิพากษาดังกล่าวก็จะไม่มีการลงโทษเช่นนั้น หากรัฐที่ได้รับคำร้องขอจะให้ความร่วมมือในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้ ซึ่งข้อตกลงที่มีบทบัญญัติดังกล่าว อาทิเช่น สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างสหรัฐ, ปารากวัย และแอฟริกาใต้ , ข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง , กฎหมายการส่งผู้ร้ายข้ามแดนออสเตรเลีย (Australia's Extradition Act) เป็นต้น²⁵ ถึงกระนั้นก็ตาม การที่รัฐผู้ร้องขอทำการรับรองว่าจะไม่ประหารชีวิตผู้ร้ายที่ขอให้ส่งข้ามแดนดังกล่าว ก็อาจส่งผลให้เกิดปัญหา Double Standard ได้ เนื่องจากหากเป็นกรณีที่มีการร่วมกันกระทำความผิดเป็นขบวนการแล้วผู้ที่อยู่ในประเทศได้รับการลงโทษประหารชีวิต ในขณะที่ผู้ที่ร่วมกระทำความผิดด้วยกันและหลบหนีข้ามประเทศไม่ได้รับการลงโทษประหารชีวิต เนื่องจากการทำคำรับรองดังกล่าว นั่นเอง

1.2 ปัญหาการบังคับใช้อนุสัญญาต่อรัฐที่มิได้เป็นภาคี

ปัญหาประการที่สอง ก็คือปัญหาการบังคับใช้อนุสัญญาต่อรัฐที่มิได้เป็นภาคีในอนุสัญญาฉบับนี้ ทั้งนี้เนื่องจากโดยหลักแล้ว สนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับก็เฉพาะแต่รัฐภาคีเท่านั้น ดังนั้นบุคคลอื่นที่มิได้เป็นภาคีในสนธิสัญญาด้วย หรือที่เรียกว่า รัฐที่สามจึงไม่อาจอ้างประโยชน์จากสัญญาได้และในขณะเดียวกันก็ไม่อาจถูกบังคับให้ปฏิบัติตามสนธิสัญญาได้

ซึ่งในกฎหมายสนธิสัญญา ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 นั้นได้มีการแยกความหมายเพื่อให้เห็นความแตกต่างระหว่าง การเป็นภาคี รัฐที่เป็น

²⁴ ในอดีตพบอุปสรรคในปัญหาดังกล่าว เช่น ประเทศรัสเซียได้แสดงจุดยืนว่าจะไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดก่อการร้ายไปยังสหรัฐอเมริกา ในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 2001 หากผู้ก่อการร้ายเหล่านั้นจะต้องได้รับโทษประหารชีวิต

²⁵ อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 23, น. 40.

คู่สัญญา รัฐที่เพียงแต่เข้าร่วมเจรจา หรือ รัฐที่สาม ซึ่งแสดงให้เห็นได้ว่า โดยหลักแล้วสนธิสัญญา จะมีผลก็แต่เฉพาะสำหรับรัฐภาคีเท่านั้น โดยอนุสัญญากรุงเวียนนาได้ให้ความหมายไว้ดังนี้คือ

“ภาคี” หมายถึง รัฐที่ยอมผูกพันตามสนธิสัญญาและรัฐที่สนธิสัญญามีผลใช้บังคับ²⁶

“รัฐที่สาม” หมายถึง หมายถึง รัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีของสนธิสัญญา²⁷

“รัฐที่เป็นคู่สัญญา” หมายถึง รัฐที่ได้แสดงความยินยอมเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาไม่ว่าสนธิสัญญานั้นจะมีผลใช้บังคับหรือไม่ก็ตาม²⁸

“รัฐที่เพียงแต่ได้เข้าร่วมเจรจา” หมายถึง รัฐที่ได้เข้าร่วมในการจัดทำและรับเอาข้อบทของสนธิสัญญาซึ่งยังไม่เข้าผูกพันตามสนธิสัญญา²⁹

การที่สนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับก็เฉพาะแต่รัฐภาคีเท่านั้น บุคคลอื่นที่มีได้เป็นภาคีในสนธิสัญญาด้วยไม่อาจอ้างประโยชน์จากสนธิสัญญาได้และในขณะเดียวกันก็ไม่อาจถูกบังคับให้ปฏิบัติตามสนธิสัญญาได้ เป็นไปตามหลักภาษิตลาตินที่ว่า “*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*” นั่นคือ บุคคลที่สามย่อมไม่อาจอ้างประโยชน์จากสัญญาหรือไม่อาจถูกบังคับจากสัญญาได้” ทั้งนี้เนื่องมาจากไม่มีความผูกพันทางกฎหมายต่อกันนั่นเอง (*res inter alios acta*) หลักการดังกล่าวนี้ได้รับการยืนยันในคำพิพากษาของศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ ในคดีผลประโยชน์บางประการของชาวเยอรมัน (*Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia*) คำพิพากษาดังที่ 7 ลงวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 1926 โดยในคดีนี้ศาลฯ

²⁶ Article 2 paragraph 1(g) of Vienna Convention on the Law of Treaties. "party" means a State which has consented to be bound by the treaty and for which the treaty is in force.

²⁷ Article 2 paragraph 1(h) of Vienna Convention on the Law of Treaties. "third State" means a State not a party to the treaty.

²⁸ Article 2 paragraph 1(f) of Vienna Convention on the Law of Treaties. "contracting State" means a State which has consented to be bound by the treaty, whether or not the treaty has entered into force.

²⁹ Article 2 paragraph 1(e) of Vienna Convention on the Law of Treaties. "negotiating State" means a State which took part in the drawing up and adoption of the text of the treaty.

เห็นว่า “สนธิสัญญาจะมีผลก็แต่ระหว่างรัฐที่เป็นภาคีในสนธิสัญญาเท่านั้น กรณีที่มีข้อสงสัย สิทธิประโยชน์ต่างๆย่อมไม่ตกไปเป็นประโยชน์แก่รัฐอื่นๆ”³⁰

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Case Concerning the Aerial Incident* ระหว่างอิสราเอลกับบัลแกเรีย คำพิพากษาลงวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 1955 โดยในคดีนี้ศาลเห็นว่า “ไม่มีผลผูกพันใดๆทางกฎหมายสำหรับรัฐที่มีชื่อผู้ลงนาม”³¹

ซึ่งเมื่อพิจารณาหลักดังกล่าวในอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ก็พบว่าได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 34 ว่า “สนธิสัญญาย่อมไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีหรือสิทธิใดๆแก่รัฐที่สามโดยปราศจากความยินยอมของรัฐที่สามนั้น”³² อย่างไรก็ตาม จากหลักการดังกล่าวก็มีข้อยกเว้นหลายประการ โดยสามารถแบ่งออกได้สองหัวข้อใหญ่ๆคือ ข้อยกเว้นที่เกิดจากความยินยอมของรัฐที่สามเอง หรือ ข้อยกเว้นที่แม้มิได้เกิดจากความยินยอมของรัฐที่สามก็ผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตาม อันมีรายละเอียดดังต่อไปนี้คือ

1. ข้อยกเว้นที่เกิดจากความยินยอมของรัฐที่สาม

กล่าวคือ สนธิสัญญาอาจจะมีผลถึงรัฐอื่นที่มีชื่อภาคีในสนธิสัญญานั้นๆได้ หากสนธิสัญญาดังกล่าวมีลักษณะที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่รัฐที่สาม และหากรัฐที่สามนั้นยินยอม หรือเป็นกรณีที่เกิดพันธกรณีต่อรัฐที่สาม

1) กรณีที่เกิดสิทธิต่อรัฐที่สาม สามารถแบ่งออกได้สองประการ ดังนี้คือ

ประการแรก “ข้อกำหนดอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง” (หลักMFN) กล่าวคือ เป็นหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non Discrimination) อย่างหนึ่ง³³ หมายถึง กรณีที่มีการทำสนธิสัญญากันไว้แล้วมีลักษณะเป็นข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญาอื่น และรัฐคู่ภาคีของสนธิสัญญาฉบับนี้ไปทำสนธิสัญญากับรัฐอื่นในลักษณะที่เป็นการให้ประโยชน์มากกว่าหรือดีกว่าที่

³⁰ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), น. 196.

³¹ เพิ่งอ้าง, น. 196.

³² Article 34 of Vienna Convention on the Law of Treaties 1969. “A treaty does not create either obligations or rights for a third State without its consent.”

³³ Matsushita Mitsuo, Schoenbaum, Thomas J. and Mavroidis, Petros C. The World Trade Organization Law, Practice, and Policy, (New York: Oxford University Press, 2003), p. 143.

ได้ตกลงให้กันในสนธิสัญญาฉบับแรก ดังนี้สิทธิประโยชน์ต่างๆที่ดีกว่าเหล่านี้จะต้องขยายไปยังภาคีคู่สัญญาของสนธิสัญญาฉบับแรกทุกภาคีด้วย³⁴ ดังนี้ ข้อกำหนดอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง เป็นข้อกำหนดที่ให้หลักประกันแก่รัฐภาคีคู่สัญญาว่า รัฐคู่สัญญาจะได้รับประโยชน์เพิ่มเติม หากภาคีคู่สัญญาใดไปตกลงประโยชน์ที่ดีกว่าแก่รัฐอื่น ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า ข้อกำหนดอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง นั้นเป็นบทบัญญัติทางสนธิสัญญาซึ่งรัฐภาคีฝ่ายต่างๆยอมรับที่จะให้แก่กันและกันซึ่งสิทธิประโยชน์ทางการค้าที่ตนให้กับรัฐที่สามไม่ว่าในลักษณะต่างตอบแทนหรืออย่างไม่มีเงื่อนไขก็ตาม³⁵ โดยข้อกำหนดนี้มักจะเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับสนธิสัญญาทางเศรษฐกิจ เช่นดังที่ได้มีการบัญญัติไว้ในข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยพิกัดอัตราภาษีศุลกากรและการค้า (GATT 1994) ข้อ I(1) ว่า "... สิทธิหรือประโยชน์ใด ที่รัฐภาคีรัฐหนึ่งให้กับสินค้าที่มาจากหรือนำเข้ามาจากรัฐภาคีอีกรัฐหนึ่ง สิทธิหรือประโยชน์นั้น จะต้องตกไปยังสินค้าชนิดเดียวกัน ที่มาจากประเทศภาคีอื่นโดยอัตโนมัติและไม่มีเงื่อนไข³⁶ การที่ GATT ได้กำหนดไว้เช่นนี้ก็เพื่อให้รัฐภาคีทุกรัฐได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน ไม่มีการเลือกปฏิบัติ เพื่อสร้างความเท่าเทียมให้แก่รัฐภาคนั้นเอง

อย่างไรก็ตาม สนธิสัญญาที่มีข้อกำหนดอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งเพียงอย่างเดียวไม่ได้เป็นตัวแปรสำคัญที่จะทำให้รัฐภาคีได้ประโยชน์เพิ่มแต่อย่างใด แต่ประโยชน์ที่จะได้เพิ่มนั้นขึ้นอยู่กับสนธิสัญญาที่รัฐคู่ภาคีไปทำสนธิสัญญาตกลงไว้กับรัฐอื่นซึ่งเป็นรัฐที่สาม ดังนั้น หากปรากฏว่าภายหลังต่อมาสนธิสัญญาที่ทำขึ้นกับรัฐที่สามนั้นได้ถูกยกเลิกไป ดังนี้ประโยชน์

³⁴ อ้างแล้ว, *เชิงอรรถที่ 30*, น. 197.

³⁵ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 419.

³⁶ Article I(1) of GATT 1994. " General Most-Favoured-Nation Treatment

1. With respect to customs duties and charges of any kind imposed on or in connection with importation or exportation or imposed on the international transfer of payments for imports or exports, and with respect to the method of levying such duties and charges, and with respect to all rules and formalities in connection with importation and exportation, and with respect to all matters referred to in paragraphs 2 and 4 of Article III,* any advantage, favour, privilege or immunity granted by any contracting party to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties. ..."

ต่างๆที่ภาคีสัญญาต่างได้รับตามข้อกำหนดอย่างชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง ก็ต้องหมดไปด้วยเช่นกัน³⁷ และนอกจากนี้แล้ว ความผูกพันตามกฎหมายนี้จะเกิดจากสนธิสัญญาที่มีข้อกำหนดอย่างชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งนั่นเอง ไม่ได้เกิดจากสนธิสัญญาที่กำหนดให้สิทธิพิเศษต่างแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ ความผูกพันทางกฎหมายจึงจะเริ่มนับจากวันที่สนธิสัญญาที่มีข้อกำหนดอย่างชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งนั้นได้มีผลใช้บังคับ มิใช่เริ่มนับจากวันที่สนธิสัญญาที่ให้สิทธิพิเศษมีผลใช้บังคับ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าโดยผลของสนธิสัญญาที่มีข้อกำหนดอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งนั่นเอง อาจทำให้รัฐภาคีในสนธิสัญญา MFN ได้รับสิทธิพิเศษในสนธิสัญญาอื่นที่รัฐคู่ภาคีไปทำสัญญากับรัฐอื่นไปด้วยแม้ว่าจะมิใช่ภาคีในสนธิสัญญานั้นก็ตาม

ประการที่สอง ก็คือ “ข้อกำหนดเพื่อประโยชน์แก่บุคคลภายนอก”ซึ่ง ตามอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้วางหลักในเรื่องนี้ไว้ใน มาตรา 36 ดังนี้คือ

“ 1. สิทธิย่อมเกิดแก่รัฐที่สามตามบทบัญญัติของสนธิสัญญา หากรัฐภาคีของสนธิสัญญาต่างตกลงให้สิทธิโดยอาศัยบทบัญญัติดังกล่าวแก่รัฐที่สามหรือกลุ่มรัฐที่เป็นรัฐที่สามหรือแก่รัฐทุกรัฐหากรัฐที่สามให้ความยินยอม การให้ความยินยอมจะต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีอยู่ ตราบเท่าที่ไม่มีข้อบ่งชี้ไปในทางตรงกันข้าม ทั้งนี้เว้นแต่สนธิสัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

³⁷ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ได้เคยตัดสินเกี่ยวกับเรื่องนี้ ไว้ในคดี Rights of the United States of America in Morocco ระหว่างฝรั่งเศสกับสหรัฐอเมริกา คำพิพากษาลงวันที่ 27 สิงหาคม ค.ศ. 1952 กล่าวคือ ในคดีนี้ สหรัฐอเมริกาได้ทำสนธิสัญญาไว้กับโมร็อกโก โดยในสนธิสัญญาดังกล่าวมีข้อกำหนดอย่างชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN clause) เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อคนชาติของสหรัฐในโมร็อกโก ต่อมาโมร็อกโกได้ทำสนธิสัญญากับรัฐอื่นๆโดยให้เอกสิทธิอย่างกว้างขวางแก่คนชาติของรัฐต่างๆเหล่านั้น ในเรื่องเขตอำนาจศาลโดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิของศาลกงสุล ด้วยเหตุนี้สหรัฐจึงได้รับสิทธิพิเศษเหล่านี้ไปด้วย โดยผลของข้อกำหนดอย่างชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง แต่ภายหลังต่อมาเมื่อสนธิสัญญาเพื่อให้สิทธิพิเศษทางศาลกงสุลได้ถูกยกเลิกไปโดยการทำข้อตกลงระหว่างรัฐโมร็อกโก กับรัฐภาคีต่างๆเหล่านั้น ดังนั้น ศาลจะเห็นว่า เมื่อสนธิสัญญาที่ให้สิทธิพิเศษถูกยกเลิกไปแล้ว ข้อกำหนดอย่างชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งก็ไม่มีผลเพียงพอโดยลำพังของตัวข้อกำหนดเอง ในอันที่จะคงไว้ซึ่งสิทธิพิเศษต่างๆได้ ดังนั้น ศาลในคดีนี้จึงลงความเห็นว่าการยกเลิกสนธิสัญญาพิเศษดังกล่าวจึงมีผลทำให้สหรัฐหมดสิทธิพิเศษนี้ไปด้วย

2. ในการใช้สิทธิ รัฐที่ใช้สิทธิตามวรรคหนึ่ง จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขต่างๆที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาหรือเงื่อนไขต่างๆที่กำหนดขึ้นตามบทบัญญัติต่างๆของสนธิสัญญา”³⁸

จากบทบัญญัติมาตรา 36 ของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา 1969 จะเห็นได้ว่า รัฐที่สามอาจได้สิทธิต่างๆได้ หากมีการกำหนดถึงการให้สิทธิดังกล่าวไว้ในสนธิสัญญา โดยจากมาตรา 36 ได้มีการกำหนดถึงผู้รับประโยชน์ที่เป็นบุคคลที่สามไว้ ได้แก่ รัฐเดียว กลุ่มรัฐ หรือทุกรัฐ (หากรัฐที่สามให้ความยินยอม) โดยการได้มาซึ่งสิทธิดังกล่าวนี้ ยังมีการกำหนดไว้ว่า รัฐที่สามเพียงแต่แสดงความยินยอม ก็สามารถได้รับสิทธิตามที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา ซึ่งในบทบัญญัตินี้ได้กำหนดวิธีการที่จะแสดงความยินยอมเอาไว้แต่อย่างใด ดังนั้นการให้ความยินยอมของรัฐที่สามจึงสามารถที่จะแสดงออกโดยวิธีการใดก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นโดยชัดแจ้งเป็นหนังสือหรือโดยวาจา หรือแสดงออกโดยปริยาย ดังนั้นจะเห็นได้ว่าแม้ว่ารัฐที่สามจะนิ่งเฉยก็อาจเป็นการแสดงความยินยอมและสามารถได้รับสิทธิตามสนธิสัญญานี้ได้ เนื่องจากเป็นเรื่องของการได้สิทธิ ทั้งนี้หากรัฐที่สามไม่ประสงค์ที่จะได้สิทธิดังกล่าวก็สามารถที่จะปฏิเสธได้ ด้วยเหตุนี้เองการให้ความยินยอมของรัฐที่สามในกรณีนี้จึงถือได้ว่าเป็นการทำข้อตกลงถือเอาประโยชน์ตามสนธิสัญญาอันมีลักษณะเป็นข้อตกลงข้างเคียงสนธิสัญญานั้นเอง (Collateral Agreement)³⁹

นอกจากนี้ความยินยอมดังกล่าว ก็จะได้รับการสันนิษฐานว่ายังคงมีอยู่ต่อไป ตราบเท่าที่ไม่ปรากฏข้อบ่งชี้ไปในทางตรงกันข้าม หรือ หากสนธิสัญญากำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ดังนั้นรัฐภาคีอาจตกลงกันให้สิทธิดังกล่าวแก่รัฐที่สามนั้นยังคงมีอยู่ต่อไปได้ ตราบเท่าที่รัฐที่สามยังไม่แสดงออกถึงการปฏิเสธที่จะรับสิทธิดังกล่าวตามสนธิสัญญา โดยหากรัฐที่สามทำการปฏิเสธ

³⁸ Article 36 of Vienna Convention on the Law of Treaties 1969

“Treaties providing for rights for third States

1. A right arises for a third State from a provision of a treaty if the parties to the treaty intend the provision to accord that right either to the third State, or to a group of States to which it belongs, or to all States, and the third State assents thereto. Its assent shall be presumed so long as the contrary is not indicated, unless the treaty otherwise provides.

2. A State exercising a right in accordance with paragraph 1 shall comply with the conditions for its exercise provided for in the treaty or established in conformity with the treaty.”

³⁹ อ่างแล้ว, เจริญพรที่ 30, น. 202.

การได้รับประโยชน์นั้นก็จะมียกเว้นต่อไปเสมือนว่าไม่มีข้อตกลงในการรับประโยชน์ตามสนธิสัญญาโดยปริยายนั้นมาตั้งแต่ต้นด้วย อย่างไรก็ตาม กรณีที่มีสิทธิดังกล่าวเกิดขึ้นและรัฐที่สามได้แสดงความยินยอมรับประโยชน์ตามสิทธิดังกล่าวแล้ว สิทธิดังกล่าวนี้ก็จะเกิดขึ้นนับแต่นั้นซึ่งไม่สามารถยกเลิกหรือแก้ไขโดยรัฐคู่ภาคีในสนธิสัญญาได้ หากไม่ได้รับความยินยอมจากรัฐที่สาม⁴⁰

2) กรณีที่ก่อให้เกิดพันธกรณีต่อรัฐที่สาม

จากที่ได้กล่าวไปแล้วในกรณีที่ 1) คือแม้โดยหลักแล้วสนธิสัญญาจะมีผลเฉพาะแต่รัฐภาคีเท่านั้น แต่ก็มีข้อยกเว้นในกรณีที่รัฐอื่นๆซึ่งแม้จะมีได้เป็นภาคีในสนธิสัญญาแต่สามารถได้รับสิทธิในสนธิสัญญาได้หากสนธิสัญญามีการกำหนดไว้เช่นนั้น และนอกจากการที่รัฐที่สามอาจได้รับสิทธิตามสนธิสัญญาแล้ว ยังมีข้อยกเว้นในกรณีที่สนธิสัญญาอาจมีผลต่อรัฐที่สามได้หากเป็นกรณีที่สนธิสัญญานั้นก่อให้เกิดพันธกรณีต่อรัฐที่สามอีกด้วย

ดังจะเห็นได้จากมาตรา 34 แห่งอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ.1969 ที่บัญญัติว่าหลักดังกล่าวไว้ว่า “สนธิสัญญาย่อมไม่ก่อให้เกิดทั้งพันธกรณีและทั้งสิทธิใดๆแก่รัฐที่สามโดยปราศจากความยินยอมของรัฐที่สาม” และในมาตรา 35 แห่งอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ.1969 ได้บัญญัติกรณีที่สนธิสัญญากำหนดพันธกรณีแก่รัฐที่สามไว้ว่า “พันธกรณีย่อมเกิดขึ้นแก่รัฐที่สามตามบทบัญญัติของสนธิสัญญา หากภาคีสนธิสัญญาตกลงก่อพันธกรณีตามวิธีการของบทบัญญัติดังกล่าว และหากรัฐที่สามยอมรับพันธกรณีนั้นอย่างชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษร”

กล่าวคือ หากสนธิสัญญาได้กำหนดพันธกรณีแก่บุคคลที่สามไว้ จำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากรัฐที่สามนั้นอย่างชัดแจ้งเป็นหนังสือเสียก่อน ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักฐานยืนยันว่า รัฐที่สามนั้นยินยอมที่จะรับเอาพันธกรณีดังกล่าวแล้ว มิเช่นนั้นอาจก่อให้เกิดข้อโต้แย้งว่า รัฐที่สามมิได้ยินยอมและไม่รู้เห็นถึงพันธกรณีดังกล่าวที่เกิดขึ้นโดยรัฐอื่น และตนมิได้เป็นรัฐคู่ภาคีในสนธิสัญญา จะเห็นได้ว่าในกรณีนี้มีความแตกต่างจากกรณีที่สนธิสัญญากำหนดให้สิทธิแก่รัฐที่สามไว้ ดังเช่นในกรณีแรกซึ่งเพียงแต่รัฐที่สามให้ความยินยอมก็ถือว่าได้รับสิทธิตามสนธิสัญญานั้นแล้ว ไม่ว่ารัฐที่

⁴⁰ Article 37 paragraph 2 of Vienna Convention on the Law of Treaties 1969

“When a right has arisen for a third State in conformity with article 36, the right may not be revoked or modified by the parties if it is established that the right was intended not to be revocable or subject to modification without the consent of the third State.”

สามนั้นจะให้ความยินยอมโดยวิธีชัดแจ้งหรือปริยาย โดยลายลักษณ์อักษร โดยวาจา หรือโดยการนิ่งก็ถือได้ว่าเป็นการแสดงความยินยอมที่จะรับเอาประโยชน์ตามสนธิสัญญาแล้ว

อย่างไรก็ตามเช่นเดียวกันกับกรณีการได้รับสิทธิตามสนธิสัญญา กล่าวคือ กรณีที่มีสิทธิดังกล่าวเกิดขึ้นและรัฐที่สามได้แสดงความยินยอมโดยชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรในการยอมรับพันธกรณีตามสนธิสัญญาดังกล่าวแล้ว การยกเลิกหรือแก้ไขพันธกรณีในสนธิสัญญานั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากรัฐที่สามด้วยเช่นกัน⁴¹

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า มีข้อยกเว้นที่สนธิสัญญาอาจจะมีผลถึงรัฐที่สามได้ หากเป็นกรณีที่สนธิสัญญานั้นก่อให้เกิดสิทธิต่อรัฐที่สาม และ กรณีที่สนธิสัญญานั้นก่อให้เกิดพันธกรณีต่อรัฐที่สามแล้ว แต่ทั้งนี้ข้อยกเว้นของทั้งสองกรณิดังกล่าว นั้น ต้องอาศัยความยินยอมของรัฐที่สามประกอบด้วยแล้ว แต่อย่างไรก็ตามในบางกรณีที่สนธิสัญญาอาจจะมีผลถึงรัฐที่สามได้ แม้ว่าจะปราศจากความยินยอมของรัฐที่สามก็ตาม ทั้งนี้ก็เนื่องด้วยลักษณะพิเศษของสนธิสัญญานั้นๆนั่นเอง อันมีรายละเอียดดังต่อไปนี้คือ

2. ข้อยกเว้นที่มีได้เกิดจากความยินยอมของรัฐที่สาม

ข้อยกเว้นในกรณีนี้แตกต่างจาก ข้อที่ 1 กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องอาศัยความยินยอมของรัฐที่สามร่วมด้วยแต่อย่างใด รัฐที่สามก็ผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญา ได้แก่ กรณีที่กฎเกณฑ์ในสนธิสัญญาเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และ กรณีที่ก่อให้เกิดสถานะเป็นการทั่วไป โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) กรณีที่กฎเกณฑ์ในสนธิสัญญาเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

กรณีที่กฎเกณฑ์ในสนธิสัญญาเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แบ่งเป็นสองประการดังต่อไปนี้คือ

ประการแรก กรณีที่เป็นการจัดทำสนธิสัญญา โดยมีลักษณะเป็นการประมวลเอากฎหมายจารีตประเพณีในทางระหว่างประเทศ⁴² กล่าวคือ การที่นำเอากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาประมวลเป็นลายลักษณ์อักษรนี้ เป็นลักษณะของการยืนยันถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีอยู่ก่อนแล้ว กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ถือได้ว่าเป็นการรับรองสถานะทางกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น แต่ทั้งนี้การนำเอากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาประมวลเป็นลายลักษณ์อักษรนั้น ไม่ได้ทำให้กฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่หมดไปแต่อย่างใด ดังนั้น กฎหมายจารีตประเพณีดังกล่าวก็จะยังคงมีอยู่แม้จะถูกนำมารวบรวมเป็น

⁴¹ *Ibid.*

⁴² ยกตัวอย่างเช่น Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961 เป็นต้น

ลายลักษณ์อักษรในสนธิสัญญาแล้วก็ตาม ด้วยเหตุนี้เองสนธิสัญญาที่ประมวลขึ้นจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นก็จะมีผลผูกพันในสองฐานะกล่าวคือ ประการแรกในฐานะของกฎหมายสนธิสัญญา ก็จะผูกพันเฉพาะคู่ภาคีในสนธิสัญญา และประการที่สองอาจผูกพันรัฐอื่นๆที่มีใช้รัฐภาคีในสนธิสัญญาด้วยในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (International Customary Law)

ประการที่สอง กรณีที่ข้อกำหนดต่างๆในสนธิสัญญาบางเรื่อง กลายมาเป็นกฎหมายจารีตประเพณีในภายหลัง กล่าวคือ กรณีนี้ต่างกับกรณีแรกตรงที่สนธิสัญญาที่ทำขึ้นนั้นมิใช่เป็นการประมวลกฎหมายจารีตประเพณี เนื่องจากมิได้มีกฎหมายจารีตประเพณีในเรื่องนั้นอยู่ก่อน แต่ข้อกำหนดบางประการในสนธิสัญญาอาจกลายมาเป็นกฎหมายจารีตประเพณีในภายหลังได้ กล่าวคือ หากรัฐต่างๆ มีความเชื่อมั่น (*opinio juris*) ว่า กฎเกณฑ์ดังกล่าวในสนธิสัญญาได้กลายมาเป็นข้อผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตาม และมีการถือปฏิบัติตามกันอย่างกว้างขวาง (*state practice*) ดังนั้นสนธิสัญญาดังกล่าวก็อาจมีลักษณะเป็นการสร้างกฎหมายจารีตประเพณีขึ้นเท่ากับเป็นการรับรองสถานะทางกฎหมายของจารีตประเพณีที่เกิดขึ้นใหม่นั้นเอง

2) กรณีสนธิสัญญาก่อให้เกิดสถานะเป็นการทั่วไป

ในบางกรณีสนธิสัญญาที่จัดทำขึ้นโดยรัฐต่างๆ อาจก่อให้เกิดสถานะเป็นการทั่วไปผูกพันรัฐที่มีใช้ภาคีของสนธิสัญญาได้ กล่าวคือ มีลักษณะบังคับใช้กับบุคคลได้ทั่วไปเนื่องมาจากผลของสนธิสัญญานั้นได้รับการยอมรับหรือรับรู้โดยรัฐอื่น ซึ่งอาจจะเป็นการยอมรับหรือรับรู้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ ดังนั้นการที่รัฐอื่นๆมิได้คัดค้านสถานะทั่วไปของสนธิสัญญาก็จะถือว่า เมื่อเวลาผ่านไปแล้วมิได้คัดค้านการไม่คัดค้านนั่นเองเมื่อมีหน้าที่ต้องคัดค้านเพื่อรักษาผลประโยชน์ของตนก็จะมีผลเท่ากับได้ให้ความยินยอมโดยปริยายแล้ว และเมื่อสนธิสัญญาดังกล่าวได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปแล้ว ดังนั้นแม้จะมีรัฐใดรัฐหนึ่งคัดค้าน คำคัดค้านดังกล่าวก็ไม่ใช่เป็นผลแต่อย่างใด เนื่องจากสถานะทั่วไปของสนธิสัญญาดังกล่าวได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปอันมีลักษณะบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) ซึ่งสามารถใช้บังคับกับบุคคลทั่วไป ตัวอย่างของสนธิสัญญาที่ก่อให้เกิดเป็นสถานะทั่วไป เช่น กฎบัตรสหประชาชาติ สนธิสัญญากำหนดเขตแดน สนธิสัญญาเกี่ยวกับการสื่อสารคมนาคม สนธิสัญญาเกี่ยวกับความเป็นกลางถาวรทั่วไปแต่อย่างไรก็ตาม หากการคัดค้านผลของสนธิสัญญามาตั้งแต่แรกที่มีโอกาสคัดค้านนั้น ย่อมทำให้ผลของสนธิสัญญานั้นไม่อาจผูกพันรัฐที่ทำการคัดค้านได้ แม้ว่าสนธิสัญญาดังกล่าวจะเป็นสนธิสัญญาก่อตั้งสถานะบางอย่างก็ตาม เช่น ในสนธิสัญญากำหนดเขตแดน เป็นต้น

แม้ว่าอนุสัญญาฯนี้จะได้รับความร่วมมือจากนานาประเทศโดยในปัจจุบันมีรัฐที่แสดงเจตจำนงเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฯและร่วมลงนามในอนุสัญญาฯฉบับนี้รวมทั้งสิ้น 115 รัฐก็ตาม แต่หากพิจารณาจากรัฐที่เข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวก็จะพบว่าส่วนใหญ่รัฐที่เข้าร่วมเป็นภาคีและลงนามในอนุสัญญาฯ ล้วนแล้วแต่เป็นรัฐที่มีได้มีอาวุธนิวเคลียร์ไว้ในครอบครอง ยิ่งไปกว่านั้นบางประเทศยังอยู่ในกลุ่มประเทศที่ไม่มีศักยภาพพอที่จะผลิตอาวุธนิวเคลียร์อีกด้วย

แต่เมื่อได้ทำการพิจารณาถึงการลงนามในอนุสัญญาฯฉบับนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่า รัฐที่ได้ทำการเปิดเผยว่ามีอาวุธนิวเคลียร์ไว้ในความครอบครองอย่างเป็นทางการ ทั้งแปดรัฐได้แก่ อเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส จีน รัสเซีย ยูเครน คาซัคสถาน และ เบลารุส นั้น มีเพียงรัสเซีย⁴³ ยูเครน⁴⁴ คาซัคสถาน⁴⁵ และ เบลารุส⁴⁶ เท่านั้นที่เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญานี้แล้ว ส่วนอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส จีน ซึ่งถือได้ว่าเป็นประเทศมหาอำนาจที่มีศักยภาพพอที่จะผลิตอาวุธนิวเคลียร์ได้⁴⁷ เพียงแต่ทำการลงนามในอนุสัญญาฯฉบับนี้ไว้เท่านั้น

สำหรับรัฐที่มีอาวุธนิวเคลียร์อย่างไม่เป็นทางการนั้น มีเพียงอินเดีย⁴⁸ และ ปากีสถาน⁴⁹ เท่านั้นที่ได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาฯฉบับนี้ โดยที่อิสราเอล เพียงแต่ลงนามใน

⁴³ รัสเซีย เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาฯฉบับนี้ เมื่อวันที่ 29 มกราคม ค.ศ. 2007

⁴⁴ ยูเครน เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาฯฉบับนี้ เมื่อวันที่ 25 กันยายน ค.ศ. 2007

⁴⁵ คาซัคสถาน เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาฯฉบับนี้ เมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 2008

⁴⁶ เบลารุส เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาฯฉบับนี้ เมื่อวันที่ 13 มีนาคม ค.ศ. 2007

⁴⁷ จากการเปิดเผยข้อมูลการมีอาวุธนิวเคลียร์ไว้ในครอบครองพบว่า

(1) รัสเซีย มีหัวรบนิวเคลียร์ 11,500 หัวรบ และอยู่ในคลังนิวเคลียร์สำรอง 17,000

หัวรบ

(2) อเมริกา มีหัวรบนิวเคลียร์ 9,200 หัวรบ และอยู่ในคลังนิวเคลียร์สำรอง 5,700 หัวรบ

(3) ยูเครน มีหัวรบนิวเคลียร์ที่พร้อมปฏิบัติการได้ จำนวน 1,104 หัวรบ

(4) คาซัคสถาน มีหัวรบนิวเคลียร์ที่พร้อมปฏิบัติการได้ จำนวน 600 หัวรบ

(5) ฝรั่งเศส มีหัวรบนิวเคลียร์ที่พร้อมปฏิบัติการได้ จำนวน 530 หัวรบ

(6) จีน มีหัวรบนิวเคลียร์ที่พร้อมปฏิบัติการได้ จำนวน 735 หัวรบ

(7) อังกฤษ มีหัวรบนิวเคลียร์ที่พร้อมปฏิบัติการได้ จำนวน 200 หัวรบ

(8) เบลารุส มีหัวรบนิวเคลียร์ที่พร้อมปฏิบัติการได้ จำนวน 34 หัวรบ

⁴⁸ อินเดีย เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาฯฉบับนี้ เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม ค.ศ. 2006

อนุสัญญาฉบับนี้ไว้เท่านั้น⁵⁰ ยิ่งไปกว่านั้นในสำหรับบางรัฐซึ่งถือได้ว่าเป็นประเทศที่ถูกจับตามองจากนานาประเทศว่าเป็นประเทศลัทธิลอบผลิตและมีอาวุธนิวเคลียร์ไว้ในครอบครองอย่างประเทศอิหร่าน และเกาหลีเหนือ กลับไม่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญานี้แต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้นทั้งสองประเทศดังกล่าวไม่ได้แม้แต่จะลงนามในอนุสัญญานี้ด้วย และโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่ผ่านมาประเทศเหล่านี้ยังมีส่วนเข้าไปเกี่ยวข้องกับการก่อการร้าย หรือพูดว่าจะทำการก่อการร้ายอยู่เสมอๆ

ดังนั้นแล้วเมื่อรัฐที่มีอาวุธนิวเคลียร์ไว้ในครอบครองอย่าง อเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส จีน รวมไปถึงรัฐที่แนวโน้มที่อาจทำการก่อการร้ายโดยใช้นิวเคลียร์กลับไม่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาฉบับนี้ ก็อาจส่งผลให้การบังคับใช้อนุสัญญาฉบับนี้ ขาดประสิทธิภาพตามจุดมุ่งหมายที่แท้จริง เนื่องจากดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า สนธิสัญญาจะมีผลผูกพันเฉพาะรัฐภาคีในสนธิสัญญาเท่านั้น⁵¹ กล่าวคือ สนธิสัญญาจะผูกพันเฉพาะรัฐภาคีในอนุสัญญาเท่านั้น และจะไม่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ใดๆต่อรัฐที่สามซึ่งมิใช่ภาคีในอนุสัญญาดังกล่าว ตามสุภาษิตกฎหมายลาตินที่ว่า “*res inter alios acta nec nocere nec prodesse protest*”⁵² เว้นเสียแต่ว่าจะเข้าข้อยกเว้นดังที่ได้กล่าวมาแล้วในตอนต้น แต่เมื่อได้ทำการพิจารณาแล้ว

อย่างไรก็ตามผลของสนธิสัญญาอาจขยายไปยังรัฐที่สามได้หากได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรจากรัฐที่สามแล้ว หรืออาจขยายไปยังรัฐที่สามได้หากเป็นกรณีที่สนธิสัญญานั้นเป็นกฎหมายจารีตประเพณีอันได้รับการยอมรับและถือปฏิบัติกันในระดับสากล ซึ่งอนุสัญญาฉบับนี้แม้จะเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศที่มีรัฐเข้าร่วมลงนามและเป็นภาคีในอนุสัญญาเป็นจำนวนมากก็ตาม แต่ก็ถือไม่ได้ว่าอนุสัญญาฉบับนี้เป็นจารีตประเพณีอันจะสามารถขยายผลไปยังรัฐที่มีได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญานี้ได้

⁴⁹ ปากีสถาน เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาฉบับนี้ เมื่อวันที่ 29 เมษายน ค.ศ. 2008 โดยภาคยานุวัติ

⁵⁰ จากการเปิดเผยข้อมูลการมีอาวุธนิวเคลียร์ไว้ในครอบครองพบว่า

- (1) อิสราเอล มีหัวรบนิวเคลียร์ที่พร้อมปฏิบัติการได้ จำนวน 1,104 หัวรบ
- (2) อินเดีย มีหัวรบนิวเคลียร์ที่พร้อมปฏิบัติการได้ จำนวน 50 หัวรบ
- (3) ปากีสถาน มีหัวรบนิวเคลียร์ที่พร้อมปฏิบัติการได้ จำนวน 35 หัวรบ

⁵¹ Article 26 of Vienna Convention on the Law of Treaties 1969.

⁵² จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 175.

1.3 ปัญหาในการปฏิบัติตามพันธกรณีในอนุสัญญากรณีผู้กระทำความผิดเป็นรัฐ

ตามอนุสัญญาฉบับนี้ได้มีการกำหนดผู้กระทำความผิดตามอนุสัญญาไว้ว่า ได้แก่ บุคคลที่กระทำการมีไว้ในครอบครองหรือผลิตวัสดุแก๊สมันตรังสี หรือมีไว้ในครอบครองเครื่องมือเครื่องใช้ในการก่อการร้าย, ใช้อาวุธแก๊สมันตรังสี หรือเครื่องมือเครื่องใช้ไม่ว่าทางใด หรือการใช้หรือทำลายสถานปฏิบัติการทางนิวเคลียร์ในทางที่ทำให้เกิดการแผ่รังสีหรือเสี่ยงต่อการแผ่รังสีโดยมีวัตถุประสงค์ในการก่อการร้าย หรือ การกระทำอื่นที่เกี่ยวกับการก่อการร้ายด้วยนิวเคลียร์ ซึ่งนอกจากบุคคลที่เป็นผู้ลงมือกระทำความผิดดังกล่าวข้างต้น ในอนุสัญญายังกำหนดให้บุคคลบางประเภทต้องรับผิดชอบเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดเอง โดยถือเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดตามอนุสัญญาเช่นเดียวกัน ได้แก่ บุคคลที่พยายามกระทำความผิดตามอนุสัญญา, บุคคลที่เข้าร่วมในฐานะผู้ร่วมกระทำความผิดตามอนุสัญญา, บุคคลที่มีส่วนช่วยเหลือในการกระทำความผิดหรือเป็นการกระทำโดยรู้ถึงเจตนาของกลุ่มบุคคลที่จะกระทำความผิดดังกล่าว รวมทั้งบุคคลที่จัดการหรือสั่งการให้ผู้อื่นกระทำความผิดตามอนุสัญญา

แต่เป็นที่น่าสังเกตว่า การก่อการร้ายที่ผ่านมามีได้มีเฉพาะแต่เพียงการก่อการร้ายที่กระทำการโดยบุคคลหรือ กลุ่มบุคคลที่รวมตัวกันเป็นองค์กรเท่านั้น แต่การก่อการร้ายในอีกรูปแบบหนึ่งที่น่าจะเกิดขึ้นได้ กล่าวคือ กรณีที่รัฐหนึ่งสนับสนุนคนชาติของตนไปกระทำการก่อการร้ายในอีกรัฐหนึ่ง หรือ กรณีที่รัฐนั้นเป็นผู้ที่จัดการหรือสั่งการเองผ่านทางผู้นำของรัฐหรือรัฐบาล ดังนี้แล้วจะถือได้ว่ารัฐที่ทำการ หรือให้การสนับสนุนดังกล่าวเป็นผู้กระทำความผิดตามอนุสัญญานี้ได้หรือไม่

ด้วยเหตุที่ว่ากรณีที่รัฐเป็นผู้ก่อการร้าย หรือ เป็นผู้สนับสนุนคนชาติของตนไปทำการก่อการร้ายนั้น อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่รัฐนั้นเห็นว่าไม่สามารถนำวิธีอื่นมาใช้เพื่อให้สัมฤทธิ์ผลตามวัตถุประสงค์ของตน หรือ เห็นว่าอาจเป็นวิธีที่ดีที่สุดในการที่จะทำให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่ตนได้ตั้งเป้าหมายไว้ ดังนั้นในเรื่องของการก่อการร้ายโดยรัฐ (state-sponsored terrorism) นั้น อาจทำการแยกออกได้เป็นสองกรณี⁵³ กล่าวคือ กรณีแรก การที่รัฐเข้าจัดการกับกลุ่มทางการเมืองที่เป็นปฏิปักษ์ โดยวิธีการที่รุนแรงและดำเนินการอย่างลับๆ ซึ่งการกระทำเช่นนี้ถือได้ว่ามิได้ตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมายเกี่ยวกับการปราบปรามการก่อการร้ายภายในประเทศแต่เป็นเรื่องภายในของรัฐนั่นเอง ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะไม่กล่าวถึง แต่สำหรับ กรณีที่สอง ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐใช้การก่อการร้ายเป็นเครื่องมือเพื่อใช้ในการต่อสู้กับอีกรัฐหนึ่ง ยกตัวอย่างเหตุการณ์ใน

⁵³ สุรชาติ บำรุงสุข, การก่อการร้ายในศตวรรษที่ 21 [จุลสาร], ฉบับที่ 4, (โครงการความมั่นคงศึกษา: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2549), น. 1.

อดีตที่เกิดขึ้นเช่น การที่บางประเทศในตะวันออกกลางได้ให้ความช่วยเหลือแก่กลุ่มก่อการร้าย และใช้กลุ่มก่อการร้ายที่ตนให้ความช่วยเหลือเหล่านี้ออกปฏิบัติการแทนตนในลักษณะของ “สงครามตัวแทน” (proxy war) โดยอาจเปรียบเทียบได้กับการที่ประเทศมหาอำนาจอยู่เบื้องหลังและให้การสนับสนุนทั้งทางด้านการเงินและอาวุธเพื่อใช้ก่อความไม่สงบต่อประเทศโลกที่สาม เป็นต้น⁵⁴ ซึ่งจากเหตุการณ์ดังกล่าวจะเห็นได้ว่าแม้เหตุการณ์การก่อการร้ายโดยรัฐจะมีได้มีการประกาศตัวอย่างชัดเจนเป็นการยากต่อการพิสูจน์ก็ตาม แต่ปฏิเสธมิได้ว่า ไม่มีการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นเลย

ในอดีต การที่สหรัฐส่งฝูงบินบุกโจมตีศูนย์ฝึกผู้ก่อการร้ายในประเทศลิเบีย เมื่อเดือนมีนาคม พ.ศ. 2529 การกระทำดังกล่าวของสหรัฐได้ถูกลิเบียกล่าวหาว่า สหรัฐเป็นรัฐที่ใช้วิธีการก่อการร้ายระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตามหากพิจารณาการกระทำของสหรัฐในครั้งนั้นก็จะพบว่าการกระทำดังกล่าวเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องของการใช้มาตรการตอบโต้โดยใช้กำลัง (Intervention)⁵⁵ มากกว่าที่จะเป็นการก่อการร้ายโดยรัฐตามที่ลิเบียกล่าวอ้าง กล่าวคือ การกระทำดังกล่าวเป็นการใช้สิทธิที่จะใช้กำลังในการคุ้มครองสิทธิอันชอบธรรมของตนซึ่งถูกละเมิดโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และไม่มีหนทางที่จะหลีกเลี่ยงได้ ดังนั้นการกระทำดังกล่าวของสหรัฐจึงไม่เข้าข่ายของการที่รัฐกระทำการก่อการร้าย แต่ทั้งนี้จะเป็นความผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศอื่นหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาเป็นกรณีต่างหากออกไป กลับกันหากพิจารณาการกระทำของประเทศลิเบียซึ่งมีศูนย์ฝึกผู้ก่อการร้ายในประเทศ ย่อมเป็นสิ่งที่ชี้ให้เห็นได้ว่าประเทศลิเบียเองต่างหากที่เป็นรัฐที่กระทำการก่อการร้ายโดยตรง

ซึ่งเมื่อพิจารณาการกระทำที่เกี่ยวกับการก่อการร้ายด้วยนิเวศน์ตามทฤษฎีอนุสัญญาที่กำหนดไว้ก็จะพบว่าไม่เพียงแต่บุคคลธรรมดาเท่านั้นที่อาจเข้าไปเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามอนุสัญญา แต่ลักษณะความผิดตามอนุสัญญาฉบับนี้ รัฐเองยังอาจเป็นผู้กระทำความผิดตามอนุสัญญาเสียเองได้ด้วย ไม่ว่าจะเป็นการใช้ หรือมิไว้ในครอบครอง วัสดุกัมมันตรังสี หรืออุปกรณ์ที่ทำให้เกิดระเบิดนิวเคลียร์ หรือ อุปกรณ์ที่ทำให้เกิดการแพร่กระจายของวัสดุกัมมันตรังสี หรือวัสดุที่ปล่อยกัมมันตรังสี ในการก่อการร้าย รวมไปถึงการใช้หรือทำลายสถานปฏิบัติการทาง

⁵⁴ เฟิงอ๋าง, น. 1.

⁵⁵ Burns H. Weston, Richard A. Falk and Anthony A. D'Amato, International Law and World Order (United States of America, 1980), p. 346-375.

Louis Henkin, Richard C. Pugh, Oscar Schachter and Hans Smit, International Law Case and Material (United States of America : West Publishing, 1980), p. 104-928.

นิวเคลียร์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อก่อให้เกิดการแพร่กระจายของสารกัมมันตรังสี⁵⁶ เพียงเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึง การกระทำความผิด ,การพยายามกระทำความผิด⁵⁷ และการกระทำความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนหรือมีส่วนในการกระทำความผิด หรือวางแผนหรือสั่งให้ผู้อื่นกระทำความผิดด้วย⁵⁸ นอกจากนี้ยังหมายความรวมถึงการกระทำที่มีลักษณะเป็นการคุกคามดังต่อไปนี้ด้วย

1) การข่มขู่ภายใต้สถานการณ์อันควรเชื่อได้ว่า มีการคุกคาม เพื่อใช้วัสดุกัมมันตรังสีหรือเครื่องมือเครื่องใช้ไม่ว่าทางใด หรือใช้หรือทำลายสถานปฏิบัติการทางนิวเคลียร์ ในทางที่ทำให้เกิดการแผ่รังสี หรือเสี่ยงต่อการแผ่รังสี โดยเจตนาที่จะทำให้เกิดการเสียชีวิต หรือบาดเจ็บต่อร่างกายอย่างร้ายแรง หรือทำให้เกิดความเสียหายที่เป็นอุปสรรคแก่ทรัพย์สินหรือสิ่งแวดล้อม หรือบังคับบุคคลหรือนิติบุคคลหรือองค์การระหว่างประเทศหรือรัฐให้กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการใดๆ หรือ

2) การแสดงความต้องการมีวัสดุกัมมันตรังสี โดยการคุกคาม ภายใต้สถานการณ์อันควรเชื่อได้ว่ามีการคุกคามโดยใช้กำลัง⁵⁹

แม้ว่าในปัจจุบันยังไม่เกิดเหตุการณ์การก่อการร้ายด้วยนิวเคลียร์ หรือ การก่อการร้ายด้วยนิวเคลียร์โดยผู้กระทำคือรัฐนั้นก็ตาม แต่เป็นที่วันวิตกกันว่ารัฐที่มีอาวุธนิวเคลียร์ไว้ในครอบครองบางประเทศอาจจะมีการกระทำความดังกล่าวดังกล่าวได้ในอนาคต หรือ อาจเป็นผู้อยู่เบื้องหลังและให้การสนับสนุนกลุ่มผู้ก่อการร้ายให้กระทำการดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่รัฐที่มีนิวเคลียร์ไว้ในครอบครอง อย่างอเมริกา ฝรั่งเศส อังกฤษ และจีน ที่เพียงแต่ลงนามไว้ในอนุสัญญาฉบับนี้ไม่ได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญานี้แต่อย่างใด หรือรัฐที่มีอาวุธนิวเคลียร์ไว้ในครอบครองอย่างอิหร่านและเกาหลีเหนือที่ไม่ได้แม้แต่จะร่วมลงนามในอนุสัญญาฉบับนี้ แต่รัฐทั้งสองต่างมีการพัฒนาและทดลองอาวุธนิวเคลียร์อันเป็นการแสดงแสนยานุภาพให้เป็นที่ประจักษ์แก่ประชาคมโลกอยู่เสมอ ก็แสดงให้เห็นได้ว่า ไม่มีหลักประกันใดๆอันจะสร้างความมั่นใจให้กับประชาคมโลกได้ว่า

⁵⁶ Article 2 (1) of International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism 2005.

⁵⁷ Article 2 (3) of International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism 2005.

⁵⁸ Article 2 (4)(a), (b) and (c) of International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism 2005.

⁵⁹ Article 2 (2)(a), (b) of International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism 2005.

ประเทศเหล่านี้จะไม่เป็นผู้กระทำการก่อการร้ายด้วยนิวเคลียร์เสียเอง หรืออยู่เบื้องหลังการให้ความช่วยเหลือสนับสนุนผู้ก่อการร้ายในอนาคต

แต่อย่างไรก็ตาม ปัญหาการก่อการร้ายโดยรัฐนั้นเป็นปัญหาที่มีความยุ่งยาก กล่าวคือ จะมีการลงโทษรัฐนั้นอย่างไร และรัฐนั้นสมควรได้รับโทษสถานใดหรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้กฎหมายเกี่ยวกับการต่อต้านการก่อการร้ายระหว่างประเทศที่มีอยู่นั้นยังคงมีช่องโหว่อยู่ เช่นเดียวกับอนุสัญญาฉบับนี้ กล่าวคือ โดยส่วนมากแล้วกฎหมายที่เกี่ยวกับการต่อต้านการก่อการร้ายนั้นจะมีบทบัญญัติที่มุ่งลงโทษผู้กระทำความผิดที่เป็นบุคคลธรรมดาโดยตรง นอกจากนี้แล้วยังไม่มีกฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่จะบังคับต่ออาชญากรก่อการร้ายที่กระทำโดยรัฐ ด้วยเหตุนี้หากจะพิจารณาถึงทางปฏิบัติที่สามารถเกิดขึ้นได้จริงในกรณีนี้ก็คงมีเพียงเท่าที่จะกระทำได้ กล่าวคือ การลงโทษโดยมติมหาชนระหว่างประเทศในรูปของการร่วมกันประณามโดยข้อมติขององค์การระหว่างประเทศ ดังเช่นการออกข้อมติประณามการก่อการร้ายขององค์การสหประชาชาติ หรือ ในรูปของการคว่ำบาตร (Boycott) หรือ อาจเป็นการลงโทษตามหลักความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility) กล่าวคือ เมื่อรัฐก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นก็ต้องชดเชยค่าเสียหายแก่รัฐที่ได้รับ ความเสียหายนั้น เป็นต้น แต่ทั้งนี้เมื่อพิจารณาถึงมาตรการดังที่กล่าวมาก็จะพบว่าเป็นมาตรการในการลงโทษตามกฎหมายระหว่างประเทศภาคประชาคมนั้น มิใช่เป็นการลงโทษโดยใช้มาตรการทางกฎหมายอาญาระหว่างประเทศเช่นเดียวกับที่อนุสัญญาต่อต้านการก่อการร้ายฉบับต่างๆ กำหนดมาตรการในการลงโทษไว้หากเป็นการก่อการร้ายที่กระทำโดยบุคคลธรรมดา ด้วยเหตุผลที่ว่าเมื่อทำการพิจารณาถึงสภาพความเป็นจริงในทางปฏิบัติ การที่จะดำเนินคดีอาญาต่อรัฐ และการลงโทษทางอาญาต่อรัฐโดยตรงนั้นเป็นสิ่งที่ไม้อาจกระทำได้นั่นเอง

ปัญหาอีกประการหนึ่งก็คือ หากเกิดกรณีดังกล่าว ตามกฎหมายระหว่างประเทศได้กำหนดความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจทางอาญาและทางแพ่งของรัฐอื่นเอาไว้ และแม้ว่าหลักความคุ้มกันของผู้ของรัฐจะไม่ได้อยู่ในรูปของสนธิสัญญาแต่อย่างใด แต่ก็ถือได้ว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ อันมีรากฐานมาจากหลักอธิปไตยของรัฐ (sovereign of state) กล่าวคือ ผู้นำของรัฐก็จะได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจรัฐอื่นโดยเด็ดขาด เว้นแต่รัฐจะเพิกถอนการให้ความคุ้มกันแก่รัฐนั้น

อย่างไรก็ตามแม้ว่าจะไม่เคยมีการวินิจฉัยในเรื่องที่เกี่ยวกับการที่ผู้นำรัฐเป็นผู้ก่อการร้ายเสียเอง คงมีก็แต่เพียงคำวินิจฉัยของศาลเฉพาะกิจระหว่างประเทศในกรณีที่ผู้นำรัฐ

หรือเจ้าหน้าที่ระดับสูงได้ก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศเท่านั้น⁶⁰ ในธรรมนูญก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้มีการกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้กล่าวคือ ห้ามมิให้มีการอ้างตำแหน่งหน้าที่ของบุคคลใดไม่ว่าจะเป็นผู้นำรัฐ ผู้นำรัฐบาล หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อเป็นเหตุให้ไม่ต้องรับผิดชอบหรือลดโทษได้ ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลอาญาระหว่างประเทศล้วนเป็นไปในทิศทางเดียวกับที่ได้บัญญัติไว้นี้ แต่ทั้งนี้ความคุ้มกันของผู้นำรัฐสามารถแยกออกได้เป็นความคุ้มกันต่อตัวบุคคล (*immunity ratione personae*) และความคุ้มกันในตำแหน่งหน้าที่ (*immunity ratione materiae*) ซึ่งศาลในแต่ละคดีไม่ได้มีการวินิจฉัยถึงความแตกต่างของความคุ้มกันแต่ละประเภทว่าเป็นอย่างไร ด้วยเหตุนี้การแบ่งแยกประเภทของความคุ้มกันของผู้นำรัฐจึงยังคงเป็นปัญหาในทางระหว่างประเทศเนื่องจาก แต่ละรัฐล้วนแต่มีความเห็นที่แตกต่างกันออกไปเกี่ยวกับการแบ่งแยกการกระทำที่เป็นการส่วนตัวโดยแท้หรือการกระทำในตำแหน่งหน้าที่ ซึ่งปัญหาที่ตามมาก็คือ หากเป็นการกระทำที่เป็นการส่วนตัวโดยแท้และเป็นความผิดอาญา ในกรณีนี้ผู้นำก็ยังคงสามารถอ้างความคุ้มกันในตัวบุคคลได้ทราบเท่าที่ดำรงตำแหน่งอยู่ แต่ถ้าการกระทำนั้นเป็นการกระทำในตำแหน่งหน้าที่หากเป็นความผิดอาญา ผู้นำก็ยังสามารถอ้างความคุ้มกันได้แม้ว่าจะพ้นตำแหน่งไปแล้วก็ตาม

ด้วยเหตุนี้ในทำนองเดียวกัน หากกรณีที่รัฐหนึ่งสนับสนุนคนชาติของตนไปกระทำการก่อการร้ายตามอนุสัญญาฯ ในอีกรัฐหนึ่ง หรือ กรณีที่รัฐนั้นเป็นผู้ที่จัดการหรือสั่งการเองผ่านทางผู้นำของรัฐหรือรัฐบาลอาจก่อให้เกิดปัญหาในการนำตัวบุคคลนั้นมาลงโทษในศาลของรัฐที่มีเขตอำนาจได้ เนื่องจากปัญหาเกี่ยวกับความคุ้มกันของบุคคลเหล่านั้นจากเขตอำนาจทางอาญาและทางแพ่งของรัฐอื่นนั่นเอง และประการสำคัญในทางปฏิบัติ การพิสูจน์หลักฐานต่างๆเกี่ยวกับการกระทำความผิดในกรณีดังกล่าวนี้ ค่อนข้างจะเป็นไปได้ยากอีกด้วย

⁶⁰ เช่นใน Nuremberg Tribunal(1945), Tokyo Tribunal(1946), International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia(1993), International Criminal Tribunal for Rwanda(1994), Special Court for Sierra Leone(2000) เป็นต้น