

บทที่ 2

วิวัฒนาการและหลักการสำคัญของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 1 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 1 ค.ศ.1977

1. อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 1

1.1 ความเป็นมาและวิวัฒนาการของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 1

อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 1 อนุสัญญาเพื่อฟื้นฟูผู้บาดเจ็บและผู้ป่วยใน
ภายในกองทัพในสนามรบ (The First Geneva Convention for the Amelioration of the
Condition of the Wounded in Armies in the Field, Geneva, 12 August 1949) เป็นหนึ่ง
ใน 4 ฉบับของอนุสัญญาที่ถือเป็นกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศสายเจนีวา ที่มีการ
ลงนามกันที่กรุงเจนีวาเมื่อ 12 สิงหาคม ค.ศ.1949 ซึ่งอีก 3 ฉบับประกอบด้วย

อนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 2 อนุสัญญาเพื่อให้ผู้ที่สังกัดในกองทัพขณะอยู่ในทะเลซึ่ง
บาดเจ็บ ผู้ป่วย และเรืออับปางมีสภาพดีขึ้น (Geneva Convention (II) for the
Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of
Armed Forces at Sea. Geneva, 12 August 1949) อนุสัญญาฉบับนี้ใช้กับการสู้รบที่
เกิดขึ้นในทะเล โดยกำหนดการปฏิบัติต่อผู้บาดเจ็บ ผู้บาดเจ็บ ผู้ป่วยและผู้ซึ่งเรืออับปาง
รวมถึงกรณีของอากาศยานที่ลงสู่ทะเลด้วย

อนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 3 อนุสัญญาเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อนักโทษสงคราม
(Geneva Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12
August 1949) อนุสัญญาฉบับนี้ใช้กับกรณีที่ฝ่ายหนึ่งได้จับกุมตัวพลรบของอีกฝ่ายหนึ่ง โดย
กำหนดว่าบุคคลผู้ใดที่ได้รับสถานะนักโทษสงครามจะได้รับการปฏิบัติตามสิทธิหน้าที่ที่
กำหนด ประเด็นที่สำคัญคือนักโทษสงครามจะอยู่ในอำนาจของฝ่ายที่เป็นศัตรู มิใช่อยู่ใน
อำนาจของบุคคลหรือหน่วยที่จับกุมได้ ฝ่ายที่จับกุมจะต้องรับผิดชอบต่อการปฏิบัติต่อ
นักโทษสงครามผู้นั้น การปฏิบัติต่อนักโทษสงครามจะต้องเป็นไปอย่างมีมนุษยธรรม นักโทษ
สงครามต้องได้รับความคุ้มครอง ได้รับสิทธิที่จำเป็นพื้นฐาน และไม่ถูกแก้อค้น อนุสัญญา
เจนีวา ฉบับที่ 3 ได้กล่าวถึงการดำเนินการตามพันธกรณีต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับนักโทษสงคราม
ตั้งแต่ถูกฝ่ายตรงข้ามจับกุมจนกระทั่งพ้นจากอำนาจของตนไป ในส่วนที่เกี่ยวกับพนักงาน
การแพทย์ อนุสัญญานี้กำหนดหลักการว่าเจ้าหน้าที่ดังกล่าวจะถูกกักตัวไว้เพื่อให้ความ

ช่วยเหลือนักโทษสงครามเท่านั้น ไม่ถือว่าเป็นนักโทษสงครามด้วย และให้ได้รับการคุ้มครอง และการปฏิบัติขั้นต่ำเหมือนกับนักโทษสงคราม ทั้งต้องไม่ถูกบังคับให้ทำงานอื่น นอกเหนือไปจากหน้าที่ที่ตนปฏิบัติอยู่

อนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 อนุสัญญาเกี่ยวกับการคุ้มครองพลเรือนในยามสงคราม (Geneva, Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949) อนุสัญญานี้วางข้อกำหนดเพื่อคุ้มครองพลเรือนในดินแดนที่ถูกยึดครอง การคุ้มครองต้องเป็นไปโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ยังรวมถึงการกำหนดเขตโรงพยาบาล เขตปลอดภัย การให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหน้าที่ สถานที่ และการขนส่งที่เกี่ยวข้องกับให้ความช่วยเหลือแก่พลเรือนดินแดนดังกล่าว

ทั้งนี้ อนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 1 ค.ศ.1949 มุ่งให้ความคุ้มครองผู้บาดเจ็บและป่วยไข้ในสนามรบในสงครามทางบก โดยกำหนดไว้ว่าผู้ทำการรบในสนามรบที่ป่วยไข้หรือผู้บาดเจ็บ ย่อมได้รับการเคารพปกป้องและดูแลจากฝ่ายศัตรู ในกรณีที่ถูกอยู่ภายใต้อำนาจของรัฐฝ่ายศัตรู โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ เพราะความแตกต่างอันเนื่องมาจากสัญชาติ เพศ เชื้อชาติ ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง

ที่มาของกฎเกณฑ์ต่างๆ ในการปฏิบัติต่อผู้ได้รับบาดเจ็บหรือป่วยไข้ในสนามรบ เกิดขึ้นเนื่องจากในปี ค.ศ.1859 เกิดสงครามขึ้นที่เมืองโซเฟรีโน ระหว่างฝรั่งเศสกับออสเตรีย Henry Dunant ซึ่งเป็นนักบุญชาวสวิสเซอร์แลนด์ พบเห็นทหารในสนามรบจำนวนมากถูกฆ่าตายอย่างโหดร้ายป่าเถื่อนและมีผู้ได้รับบาดเจ็บจำนวนมากที่ต้องเสียชีวิตเพราะขาดการเหลียวแล ขาดการรักษาพยาบาลที่เพียงพอ Dunant จึงได้ทำการรักษาผู้บาดเจ็บเท่าที่ตนเองสามารถทำได้ จากประสบการณ์ดังกล่าว เขาได้เขียนหนังสือเรื่อง “ความทรงจำที่โซเฟรีโน” ออกตีพิมพ์เมื่อปี ค.ศ.1862 ในหนังสือได้เรียกร้องให้ทุกฝ่ายร่วมกันช่วยเหลือผู้ได้รับบาดเจ็บทั้งที่เป็นมิตรและฝ่ายศัตรู โดยไม่เลือกปฏิบัติ งานเขียนของเขาได้แพร่กระจายหลักการทางด้านมนุษยธรรม Dunant ได้เสนอให้มีการจัดทำอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1864 ซึ่งเป็นอนุสัญญาฉบับแรกที่วางพื้นฐานทางด้านกฎหมายมนุษยธรรมไว้

ในปี ค.ศ.1906 มีการประชุมเพื่อแก้ไขอนุสัญญาเจนีวา โดยพิจารณาควบคู่กับอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยกับกฎหมายและจารีตประเพณีในสงครามทางบก ค.ศ.1899 เพราะต้องการอ้างอิงถึงหน้าที่ของประเทศคู่สงครามในการปฏิบัติต่อผู้ป่วยและผู้ได้รับบาดเจ็บด้วย ซึ่งเป็นการทบทวนและพัฒนาหลักการของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1864 เกิดจากประสบการณ์ตรงในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 จึงต้องมีการปรับปรุงแก้ไขอนุสัญญาเจนีวา ปี ค.ศ.1906 ให้

สอดคล้องกับรูปแบบการสู้รบที่ทันสมัยขึ้น โดยมีการลงนามกันเมื่อ 29 มิถุนายน 1929 โดยอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1929 นี้ นอกจากกฎเกณฑ์เกี่ยวกับผู้บาดเจ็บในสนามรบแล้ว ยังมีกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อนักโทษสงครามด้วย

อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1929 ฉบับนี้วางหลักเกณฑ์ทางด้านมนุษยธรรมที่ลงลึกในรายละเอียดมากขึ้นในการปกป้องคุ้มครองและปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมแก่พลรบหรือผู้เข้าไปมีส่วนร่วมในการสู้รบที่ไม่อาจทำการสู้รบได้ต่อไปเนื่องจากได้รับบาดเจ็บหรือเจ็บป่วย รวมทั้งได้ห้ามการแกล้งแค้นด้วย นอกจากนี้อนุสัญญายังได้กำหนดข้อยกเว้นอย่างชัดแจ้งที่จะไม่นำข้อกำหนดทั่วไป (General participation clause) ที่ว่าอนุสัญญาจะผูกพันคู่สงครามต่อเมื่อคู่สงครามเหล่านั้นเป็นภาคีของอนุสัญญาดังกล่าว ซึ่งปรากฏอยู่ในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1906 และอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ.1907 มาใช้บังคับ หลักเกณฑ์นี้ทำให้สามารถนำเอากฎเกณฑ์ทางด้านมนุษยธรรมไปใช้ให้ความคุ้มครองแก่ผู้บาดเจ็บ เจ็บป่วย และนักโทษสงครามได้ในขอบเขตที่กว้างมากขึ้นและดีขึ้นมาก

ในปี ค.ศ.1937 หลังจากมีการปรึกษาผู้เชี่ยวชาญต่างๆ เกี่ยวกับการยกวางอนุสัญญาเจนีวาระบบใหม่ที่คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ (ICRC) เป็นผู้วางกฎเกณฑ์ก็ได้ส่งให้ที่ประชุม ICRC ครั้งที่ 16 ค.ศ.1938 พิจารณาอนุมัติ ต่อมาในเดือนมกราคม ค.ศ.1939 รัฐบาลสวิสเซอร์แลนด์ได้ส่งร่างที่มีการพิจารณาแก้ไขใหม่ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1929 หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ประชาคมระหว่างประเทศเข้าใจถึงความจำเป็นที่ต้องมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เนื่องจากหลักเกณฑ์ในอนุสัญญาเจนีวาฉบับก่อนๆ ไม่สอดคล้องกับสถานการณ์และไม่เพียงพอต่อการให้ความคุ้มครองทางด้านมนุษยธรรม โดยผู้แทนของประเทศต่างๆ ได้ลงนามในวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ.1949 ณ นครเจนีวา ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ ซึ่งก่อให้เกิดอนุสัญญาขึ้น 4 ฉบับ ประกอบด้วย อนุสัญญาเจนีวาระบบที่ 1 ว่าด้วยการฟื้นฟูผู้บาดเจ็บและผู้ป่วยในกองทัพนอกสนามรบ อนุสัญญาเจนีวาระบบที่ 2 ว่าด้วยการให้ผู้ที่สังกัดในกองทัพนอกสนามรบอยู่ในทะเลซึ่งบาดเจ็บป่วยไข้ และเรืออับปางมีสถานะดีขึ้น อนุสัญญาเจนีวาระบบที่ 3 ว่าด้วยการปฏิบัติต่อนักโทษสงคราม อนุสัญญาเจนีวาระบบที่ 4 ว่าด้วยการคุ้มครองพลเรือนในยามสงคราม

1.2 หลักการของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 1

อนุสัญญาฉบับนี้ใช้ในการดำเนินการสู้รบในสนามรบในสงครามทางบก หลักการของอนุสัญญาฉบับนี้มุ่งให้การคุ้มครองแก่ผู้ประสบภัย ผู้บาดเจ็บและป่วยไข้จากการรบไม่ว่าผู้นั้น

จะเป็นสมาชิกของกองทัพที่เป็นพลรบที่เข้าร่วมในการสู้รบ หรือผู้ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการสู้รบ โดยกำหนดให้ผู้ประสพภัยดังกล่าวจะต้องได้รับความช่วยเหลือ และได้รับการคุ้มครองขั้นพื้นฐานให้แก่บุคคลทุกคนในทุกสถานการณ์โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ยังให้ความคุ้มครองต่อเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการให้ความช่วยเหลือ ซึ่งได้แก่ พนักงานแพทย์และเจ้าหน้าที่บรรเทาทุกข์ต่างๆ เช่น เจ้าหน้าที่กาชาด เจ้าหน้าที่แพทย์ พยาบาล อีกทั้งคุ้มครองตลอดไปจนถึงสถานที่ อุปกรณ์ และการขนส่งในกิจกรรมให้ความช่วยเหลือนั้นๆ ทั้งนี้หลักการของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องนี้ มีที่มาจากอนุสัญญาเจนีวาฉบับต่างๆ ที่ได้มีการลงนามกันตั้งแต่ฉบับปี ค.ศ.1864 ค.ศ.1906 ค.ศ.1929 จนกระทั่งถึงฉบับปี ค.ศ.1949

1.3 ขอบเขตการบังคับใช้อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 1

ขอบเขตการใช้บังคับของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 1 กำหนดไว้ในมาตรา 1 – 3 ของอนุสัญญา ซึ่งเป็นข้อบทที่บัญญัติไว้เหมือนกันในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 2 – 4 ด้วย ในที่นี้จึงขอเรียกว่ามาตรา 1 – 3 รวม

มาตรา 1 รวม บัญญัติว่า “ภาคีคู่สัญญาจะต้องเคารพและดำเนินการให้มีการเคารพอนุสัญญาฉบับนี้ในทุกสถานการณ์” ซึ่งหมายความว่าภาคีคู่สัญญาจะต้องเคารพและดำเนินการให้มีการเคารพอนุสัญญาทั้งกรณีการขัดกันทางกำลังทหารระหว่างประเทศและการขัดกันทางกำลังทหารที่มีไช่ระหว่างประเทศด้วย ดังนั้นหลักการในมาตรา 1 รวมจึงแสดงให้เห็นว่าการบังคับใช้กฎเกณฑ์ทางด้านมนุษยธรรมเพื่อปกป้องผู้เป็นเหยื่อในการสู้รบสามารถทำได้ในทุกสถานการณ์ ทั้งการสู้รบระหว่างรัฐและภายในรัฐ

มาตรา 2 รวม วางหลักเกณฑ์การใช้บังคับอนุสัญญา กับกรณีการสู้รบระหว่างรัฐไว้ดังนี้

1) ในกรณีสงครามที่ได้มีการประกาศ ซึ่งการประกาศสงครามตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเป็นไปเพื่อทำให้ทราบสถานะสงครามของรัฐเท่านั้น และเพื่อต้องการคุ้มครองพลเรือนในรัฐนั้นไม่ให้มีการโจมตีเป้าหมายที่เป็นพลเรือน โดยสามารถป้องกันเหตุการณ์การสู้รบที่จะเกิดขึ้นก่อนได้

โดยทั่วไปสงครามเริ่มต้นเมื่อมีการประกาศสงคราม เนื่องจากเมื่อเกิดสงครามขึ้นย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคล ทรัพย์สินของรัฐคู่สงคราม โดยเฉพาะรัฐฝ่ายที่ถูกโจมตี ก่อนจึงจำเป็นต้องมีการประกาศให้รัฐคู่สงครามทราบล่วงหน้าก่อนที่จะทำการโจมตี การประกาศสงครามเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวอย่างชัดแจ้งของรัฐที่เริ่มสงครามไปยังอีกรัฐ

หนึ่งก่อนที่จะเริ่มสงคราม เพื่อแจ้งให้ทราบว่ามีภาวะสันติระหว่างรัฐสิ้นสุดลงและรัฐดังกล่าวได้เข้าสู่ภาวะสงคราม การประกาศสงครามไม่จำเป็นที่รัฐอีกฝ่ายหนึ่งต้องตอบรับ โดยถือว่าภาวะสงครามได้เกิดขึ้นทันทีนับจากการประกาศสงคราม

ในอดีตการที่รัฐจะทำสงครามกับรัฐอื่น รัฐนั้นไม่มีพันธกรณีที่ต้องประกาศสงครามก่อนแต่อย่างใด ต่อมาเมื่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่ารัฐจะไม่ใช้กำลังเข้าทำสงคราม จนกว่าจะได้มีการแจ้งเตือนกับฝ่ายศัตรูก่อน การโจมตีโดยทันทีก่อนการเจรจาจะรับข้อพิพาทย่อมกระทำมิได้ อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ.1907 ฉบับที่ 3 ว่าด้วยกฎหมายและจารีตประเพณีในการทำสงครามทางบก วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า ผู้เป็นภาคีในอนุสัญญาจะไม่เริ่มทำการสู้รบก่อนที่จะมีการเตือนโดยชัดแจ้ง เสียก่อนโดยแสดงเหตุผลในการประกาศสงครามในรูปคำขาด (Ultimatum) โดยมีเงื่อนไขในการประกาศสงคราม¹ และต้องแจ้งสถานะสงครามให้รัฐอื่นที่เป็นกลางทราบโดยมิชักช้า²

ภายใต้หลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ การประกาศสงครามจะต้องเป็นการประกาศในลักษณะที่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ คือต้องเป็นสงครามที่เกิดขึ้นจากสาเหตุที่ชอบธรรม³ ประกอบกับมาตรา 2 อนุมาตรา 4 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ที่กำหนดให้ทุกรัฐต้องละเว้นจากการคุกคามหรือการใช้กำลังต่อบูรณภาพแห่งอาณาเขตหรือเอกราชของรัฐใดๆ หรือกระทำในลักษณะอื่นใดที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสหประชาชาติที่ต้องการจะรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศและมุ่งปราบปรามการกระทำการรุกรานและการละเมิดอื่นๆ ต่อสันติภาพ เว้นแต่จะเป็นการใช้กำลังเพื่อป้องกันตนเองดังนั้นถ้า

¹Hague Convention (III) 1907, relative to the Opening of Hostilities, Art 1

²*Ibid*, Art 2

³สุข เปรมนาวิน, “คำสอนชั้นปริญญาตรีกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง” พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2507) น.418-419

การประกาศสงครามนั้นไม่ได้เกิดจากข้อยกเว้นของหลักการห้ามใช้กำลังทหารดังกล่าวก็จะถือเป็นลักษณะการใช้กำลังคุกคามหรือรุกรานทางทหารต่อรัฐอื่น ซึ่งขัดต่อเจตนารมณ์ของสหประชาชาติที่ต้องการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ดังนั้นบทบัญญัติในมาตรา 2 ร่วมที่กำหนดให้ใช้กับกรณีสงครามที่มีการประกาศนั้นต้องเป็นการประกาศสงครามที่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติด้วย

2) ในกรณีสงครามที่ไม่ได้มีการประกาศ เป็นกรณีการพิพาทกันระหว่างกองกำลังติดอาวุธซึ่งไม่ถึงขั้นเป็นลักษณะการสู้รบในรูปแบบการทำสงครามแต่เป็นเพียงการขัดกันทางกำลังทหารเท่านั้น จึงเป็นลักษณะการขัดกันทางกำลังทหารที่ไม่ได้มีการประกาศให้รัฐอื่นๆ ทราบถึงการสู้รบ เนื่องจากภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมารูปแบบสงครามได้มีวิวัฒนาการเปลี่ยนมาเป็นการขัดกันทางกำลังทหาร โดยเห็นว่าลักษณะของสงครามนั้นมีความไม่แน่นอน การจะกำหนดสถานะว่าเกิดภาวะสงครามขึ้นหรือไม่เป็นสิ่งที่ทำได้ยากและไม่แน่นอน ประกอบกับข้อเท็จจริงที่ว่า การขัดกันทางกำลังทหารที่มีลักษณะระหว่างประเทศ มักไม่มีการประกาศการทำสงครามอย่างเป็นทางการ⁴

ในปัจจุบันการการประกาศสงครามเกิดขึ้นค่อนข้างน้อย เนื่องจากรัฐต่างๆ มองว่าการประกาศสงครามเป็นสิ่งที่ไม่มีความจำเป็นสำหรับการนำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไปใช้บังคับ ทั้งนี้อาจเป็นเพราะรัฐส่วนมากนิยมใช้วิธีการทางการทูตหรือวิธีการอื่นมาใช้มากกว่าการประกาศสงคราม อีกทั้งผลของการประกาศสงครามอาจทำให้ถูกรัฐอื่นมองว่าอยู่ในภาวะสงคราม ส่งผลต่อความเชื่อมั่นทั้งทางเศรษฐกิจและสังคมต่อรัฐที่ประกาศสงคราม โดยรัฐอื่นไม่กล้าติดต่อสมาคม และทำการค้าด้วย⁵

⁴ ตัวอย่าง เช่น การโจมตีทางอากาศของญี่ปุ่นต่อฐานทัพอากาศเพิร์ลฮาร์เบอร์ ของสหรัฐ เมื่อปี ค.ศ.1941 ซึ่งเป็นการลอบโจมตีโดยที่ฝ่ายตรงข้ามไม่รู้ตัว การโจมตีโดยญี่ปุ่นในครั้งนี้ไม่ได้มีการประกาศสงครามและไม่ได้มีการยื่นคำขาดอย่างเป็นทางการ หรือการบุกโจมตีของเกาหลีเหนือต่อเกาหลีใต้โดยไม่มีประกาศ ในปี ค.ศ.1950 ทำให้ต่อมาขยายขอบเขตการสู้รบกลายเป็นสงครามตัวแทนระหว่างฝ่ายโลกเสรีกับฝ่ายคอมมิวนิสต์ โดยมีแผ่นดินเกาหลีเป็นสมรภูมิรบ

⁵ Fleck, Dieter, The handbook of humanitarian law in armed conflicts, (Oxford University press : 1995), pp.43-44.

3) กรณีการขัดกันทางกำลังทหารที่ได้มีการรับรองสถานะทางสงคราม การรับรองสถานะทางสงครามคือการรับรองความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาทว่าเป็นคู่สงครามในอดีต แต่ในปัจจุบันได้เกิดวิวัฒนาการของกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดสิทธิของรัฐในการทำสงครามได้โดยชอบด้วยกฎหมาย อันมีผลให้การรับรองสถานะสงครามโดยรัฐฝ่ายต่างๆ ในข้อพิพาททางทหารเป็นเรื่องพ้นสมัยไป เนื่องจากกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศถือว่าการทำสงครามเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทำให้การรับรองของรัฐฝ่ายต่างๆ ในการทำสงครามมิใช่เงื่อนไขในการปรับใช้กฎหมายภาคสงครามอีกต่อไป ทั้งนี้ การรับรองสถานะทางสงครามเป็นเพียงการทำให้อีกฝ่ายทราบถึงสถานะการเป็นคู่สงครามในระหว่างการสู้รบเท่านั้น ซึ่งบางครั้งการสู้รบอาจไม่มีการรับรองสถานะทางสงครามก็ได้ ฉะนั้นขอบเขตการใช้บังคับในมาตรา 2 ร่วม จึงสามารถนำไปใช้บังคับได้ทั้งกรณีที่มีการรับรองสถานะทางสงคราม และกรณีที่ไม่รับรองสถานะทางสงคราม

4) กรณีการยึดครองดินแดนทั้งหมดหรือบางส่วน รวมถึงการยึดครองดินแดนที่ไม่มีการต่อต้านทางทหาร ทั้งนี้เพราะในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 มีการยึดครองดินแดนของรัฐที่เข้าร่วมสงครามจำนวนมาก จึงมีความจำเป็นต้องคุ้มครองพลเรือนที่อยู่ในดินแดนที่ถูกยึดครองให้ได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม ในอดีตการยึดครองดินแดนของข้าศึกทางทหารยึดหลักทั่วไปว่ารัฐคู่สงครามต้องการทำลายล้างฝ่ายศัตรูเพื่อขยายอาณาเขตของตน โดยรัฐที่เป็นฝ่ายชนะสงครามจะยึดครองดินแดนของฝ่ายที่แพ้ การยึดครองดินแดนต้องเป็นการยึดโดยอาศัยอำนาจทางทหาร ไม่ว่าจะมีการประกาศสงครามหรือไม่ก็ตาม หลังจากมีการก่อตั้งสหประชาชาติแนวความคิดเรื่องการผนวกดินแดนนั้น กฎหมายระหว่างประเทศไม่อนุญาตให้ทำได้ เพราะขัดต่อวัตถุประสงค์ของกฎบัตรสหประชาชาติในมาตรา 1 ที่มุ่งประสงค์จะธำรงรักษาไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศและมุ่งที่จะปราบปรามการรุกรานและการละเมิดต่อสันติภาพ ประกอบกับกฎบัตรสหประชาชาติ มาตรา 2 วรรค 4 ที่ห้ามการรุกรานคุกคามหรือใช้กำลังต่อรัฐอื่น เมื่อพิจารณาจากกฎบัตรสหประชาชาติดังกล่าวกับการให้ใช้อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 กับการยึดครองดินแดน จึงทำให้เกิดปัญหาขัดกันของกฎหมายเนื่องจากหลักการในมาตรา 2 ร่วม ที่ให้ใช้บังคับกับการยึดครองดินแดนบางส่วนหรือทั้งหมดนั้นมีหลักเกณฑ์ที่ไปขัดแย้งกับกฎบัตรของสหประชาชาติที่ห้ามไม่ให้รัฐสมาชิกใช้กำลังรุกรานรัฐอื่น อีกทั้งอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ยังได้บัญญัติให้มีการคุ้มครองพลเรือนในดินแดนที่ถูกยึดครองด้วย ซึ่งเท่ากับยอมรับและสนับสนุนให้มีการยึดครองดินแดนของรัฐอื่นได้

5) การขยายขอบเขตบังคับกับรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีในอนุสัญญา การขยายขอบเขตบังคับกับการขัดกันทางกำลังทหารระหว่างประเทศไปถึงรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 โดยมาตรา 2 ร่วม บัญญัติว่า ถ้าหากรัฐที่พิพาทกันมิได้เป็นภาคีในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 รัฐที่เป็นภาคียังต้องผูกพันตามอนุสัญญาในความสัมพันธ์ระหว่างกันและยิ่งกว่านั้น บรรดารัฐที่เป็นภาคียังมีความผูกพันตามอนุสัญญากับรัฐที่มีได้เป็นภาคีนั้นด้วย โดยถ้ารัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีนั้นได้ยอมรับและใช้บทบัญญัติในอนุสัญญาก็เท่ากับว่ารัฐที่ไม่ได้เป็นภาคียอมที่จะผูกพันและปฏิบัติตามพันธกรณีตามอนุสัญญาโดยปริยาย และจะนำข้อที่ไม่ได้เป็นภาคีมากล่าวอ้างเพื่อที่จะไม่ผูกพันไม่ได้ นอกจากนี้เนื่องจากอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 เป็นการรวบรวมมาจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยการทำสงคราม ได้รับการยอมรับและมีการปฏิบัติตามโดยนานารัฐ ทำให้หลักเกณฑ์ในอนุสัญญาได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณี ที่ทุกรัฐไม่ว่าจะเป็นภาคีหรือไม่ต้องปฏิบัติตาม⁶ ดังนั้นหลักการและเนื้อหาของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 จึงมีผลผูกพันทุกรัฐที่ต้องเคารพและปฏิบัติตาม

6) ขอบเขตการใช้บังคับกับการการขัดกันทางอาวุธภายในประเทศ มาตรา 3 ร่วม เป็นบทบัญญัติใช้บังคับสำหรับกรณีการขัดกันทางกำลังทหารภายในรัฐ ในลักษณะการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ตกเป็นเหยื่อจากการสู้รบภายในประเทศ ซึ่งในอดีตการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ตกเป็นเหยื่อในการสู้รบจะให้ความคุ้มครองเฉพาะการสู้รบระหว่างประเทศเท่านั้น กฎเกณฑ์ในมาตรา 3 ร่วม จึงเป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่ภาคีผู้เป็นฝ่ายในการสู้รบต้องปฏิบัติตาม

⁶Derek Jinks, "THE DECLINING SIGNIFICANCE OF POW STATUS", Harvard International Law Journal, (Summer, 2004)

2. พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 1 ค.ศ.1977

2.1 ความเป็นมาและวิวัฒนาการของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 1 ค.ศ.1977

พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 1 ค.ศ.1977 เป็นพิธีสารต่อท้ายอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ที่มีวิวัฒนาการและความเป็นมา เหตุผลในการยกร่างเพื่อขยายและเพิ่มเติมกฎเกณฑ์ในทางมนุษยธรรมของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ให้มากยิ่งขึ้น

แนวคิดในการยกร่างพิธีสารเพิ่มเติมฯ มีวิวัฒนาการมาจากกฎหมายภาคสงคราม (Law of War) โดยกฎเกณฑ์ต่างๆ ของกฎหมายภาคสงครามจะเป็นการกำหนดสิทธิหน้าที่ของผู้เป็นฝ่ายในการสู้รบและจำกัดขอบเขตของวิธีและวิถีทาง (means and methods) ในการสู้รบเพื่อคุ้มครองผู้ประสบภัยจากสงครามทางบก ต่อมาได้เริ่มมีแนวคิดให้กฎหมายภาคสงครามมีหลักเกณฑ์คุ้มครองผู้มีส่วนร่วมในการสู้รบมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นสงครามทางบก ทางทะเล และทางอากาศ ตลอดจนคุ้มครองพลเรือน ซึ่งไม่ได้เข้าเป็นฝ่ายในสงครามด้วย เนื่องจากในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 บุคคลพลเรือนได้รับความเสียหายอย่างมาก กฎเกณฑ์ต่างๆ ที่มีอยู่ไม่เพียงพอต่อการให้ความคุ้มครองทางมนุษยธรรมได้อย่างทั่วถึง

ต่อมาแม้เมื่อ 12 ส.ค.1949 ที่ประชุมการประชุมระหว่างประเทศ ได้มีการรับตัวบทอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อบรรเทาความโหดร้ายทารุณจากการสู้รบ โดยมุ่งคุ้มครองผู้ประสบภัยจากสงครามหรือการขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามเนื่องจากอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 มีข้อจำกัดในการให้ความคุ้มครองเฉพาะผู้บาดเจ็บ และป่วยไข้ในกองทัพนบนามรบ ผู้สังกัดในกองทัพนขณะอยู่ในทะเลซึ่งบาดเจ็บป่วยไข้และเรือต้องอับปาง การให้ความคุ้มครองโดยให้สถานะนักโทษสงครามแก่เฉพาะผู้ที่เป็นพลรบ ส่วนการให้ความคุ้มครองพลเรือนก็ให้เฉพาะในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารระหว่างประเทศ และมีข้อจำกัดค่อนข้างมาก

ขอบเขตการบังคับใช้ตามที่บัญญัติในมาตรา 1 - 3 ร่วม ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ แม้จะกำหนดให้บังคับใช้กับกรณีสงครามที่มีการประกาศ การขัดกันทางกำลังทหารระหว่างประเทศ การยึดครองอาณาเขตบางส่วนหรือทั้งหมด และกรณีการขัดกันทางอาวุธภายในประเทศ แต่เนื่องจากภาวะแวดล้อมของโลกที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ทำให้ขอบเขตการบังคับใช้ดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึงความขัดแย้งในรูปแบบใหม่ๆ ที่เกิดขึ้นภายหลังการรับตัวบทของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ โดยหลังสงครามโลก

ครั้งที่ 2 ความขัดแย้งหลายรูปแบบที่เกิดขึ้นมีลักษณะที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศ และการเพิ่มขึ้นของการรบนอกกรอบแบบ เช่น สงครามกองโจร สงครามตัวแทน จึงเป็นปัญหาที่มีการพิจารณาเกี่ยวกับการปรับใช้กฎหมายเพื่อให้ครอบคลุมถึงการรบที่ไม่เป็นรูปแบบดังกล่าว⁷

อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 มีช่องว่างเพราะไม่ได้มีบทบัญญัติที่ครอบคลุมถึงสถานการณ์ของสงครามปลดปล่อยเพื่ออิสรภาพ กรณีที่ประชาชนสู้รบเพื่อใช้สิทธิในการกำหนดจิตใจตนเองในการต่อต้านเจ้าอาณานิคม การยึดครองของต่างชาติ และระบอบการปกครองแบบแบ่งแยกสีผิว อีกทั้งมาตรา 3 ร่วม แห่งอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 กำหนดเพียงข้อผูกพันพื้นฐานที่ภาคีคู่พิพาทจะต้องปฏิบัติ แต่ไม่ได้กำหนดให้ชัดเจนว่าการขัดกันทางกำลังทหารภายในประเทศจะครอบคลุมถึงการต่อต้านเจ้าอาณานิคม การยึดครองของต่างชาติ และการปกครองแบบแบ่งแยกสีผิว⁸

อนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับมิได้รวบรวมกฎเกณฑ์ในการทำสงครามเอาไว้ ดังนั้นเพื่อเป็นการสร้างหลักกฎหมายขึ้นใหม่ให้สอดคล้องกับสถานการณ์ ที่มีรัฐเอกราชเกิดขึ้นใหม่จำนวนมาก จึงต้องทำให้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีความชัดเจนมากขึ้นในทางปฏิบัติ ดังนั้นจึงได้มีความพยายามยกร่างพิธีสารฉบับที่ 1 (รวมถึงฉบับที่ 2 ด้วย) โดยมีวิวัฒนาการเริ่มจากปี ค.ศ.1960 ที่คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ ได้มีความพยายามในการยืนยันและพัฒนากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

ในการประชุมคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ ครั้งที่ 21 เมื่อปี ค.ศ.1969 ที่ประชุมได้รับเอาข้อมติของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ ที่มีวัตถุประสงค์ในการเพิ่มบทบาทเกี่ยวกับมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ในปี ค.ศ.1971 และ ค.ศ.1972 มีการประชุมผู้นำระหว่างรัฐบาล (government expert) ขึ้นที่กรุงเจนีวา เพื่อพิจารณาร่างพิธีสารเพิ่มเติมทั้ง 2 ฉบับที่จัดโดยคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ จุดประสงค์ของการยกร่างพิธีสารเพื่อเป็นการยืนยันและพัฒนาหลักการสำคัญเพิ่มเติมจากอนุสัญญาเจนีวา ซึ่งการประชุมทั้ง 2 ครั้ง ทำให้เกิดการยกร่างพิธีสารทั้งสองฉบับขึ้น

⁷Adam Roberts and Richard Guelt, Documents on the Laws of War, third edition, (Newyork:Oxford University Press,2000) ,p.19

⁸Gardam Judith, "A victim of short sighted political considerations?" Melburn University Law Review vol. 17 (1989),pp.111-112

การประชุมครั้งที่ 22 ของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ ที่ประชุมได้พิจารณาร่างข้อบทต่างๆ และได้รับการยอมรับจากรัฐต่างๆ ที่เข้าร่วมประชุม ใน ค.ศ.1973 ต่อมาใน ค.ศ.1974 ร่างพิธีสารเพิ่มเติมทั้ง 2 ฉบับ⁹ ได้รับการยอมรับในที่ประชุมทางการทูตที่จัดโดยรัฐบาลสวิสเซอร์แลนด์ ซึ่งมีการประชุมกันจำนวนสี่สมัย และได้สิ้นสุดลงในสมัยสุดท้ายของการประชุมเมื่อ 8 มิ.ย. 1977 ในการประชุมครั้งนี้ผู้แทนผู้มีอำนาจเต็มของรัฐจำนวน 102 รัฐ ต่างรับเอาข้อบทของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 จำนวน 102 มาตรา และฉบับที่ 2 จำนวน 28 มาตรา เป็นผลของการประชุม โดยมีการเปิดให้ลงนามขึ้น ณ กรุงเบิร์น ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ เมื่อ 12 ธ.ค. 1977 ทั้งนี้กฎเกณฑ์ในพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ส่วนใหญ่จะเป็นการเสริมและเพิ่มเติมมากกว่ามาแทนที่อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ

⁹หมายถึงพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 1 เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประสบภัยจากการขัดกันทางกำลังทหารที่มีลักษณะระหว่างประเทศ กับพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 2 เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประสบภัยจากการขัดกันขัดกันทางกำลังทหารที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ

2.2 หลักการของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 1 ค.ศ.1977

หลักการสำคัญของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 คือเป็นการแก้ไขปรับปรุงและพัฒนา กฎเกณฑ์ของกฎหมายภาคสงครามที่ใช้อยู่ในขณะนั้นคืออนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ.1907 และ อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 โดยมีมุ่งหมายให้เป็นส่วนเสริมหรือส่วนเพิ่มเติมของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ และขยายความกฎเกณฑ์กฎหมายภาคสงครามบางอย่างที่ไม่ชัดเจนให้ชัดเจนมากขึ้น และเพิ่มการคุ้มครองบุคคลที่เกี่ยวข้องในสถานการณ์การขัดกันทางกำลังทหารทั้งพลรบและพลเรือน อีกทั้งขยายขอบเขตการใช้หลักเกณฑ์ด้านมนุษยธรรมให้ครอบคลุมถึงการพิพาทกันของกองกำลังทหารในรูปแบบใหม่ๆ นำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไปใช้กับสงครามปลดแอก ให้สถานะนักโทษสงครามกับพลรบที่ไม่เป็นรูปแบบ เช่น พลรบที่ไม่ได้สวมเครื่องแบบ พลรบที่เป็นกองกำลังกึ่งทหาร การรบในสงครามกองโจร รวมถึงนำกฎเกณฑ์และจารีตประเพณีว่าด้วยการทำสงคราม Hague Rule มาบรรจุไว้โดยปรับปรุงการให้ความคุ้มครองต่อพลเรือนให้มากยิ่งขึ้น อีกทั้งกำหนดกฎเกณฑ์คุ้มครองพื้นฐานขั้นต่ำแก่บุคคลทุกคนในทุกสถานการณ์เพิ่มเติมให้ครอบคลุมมากขึ้นและชัดเจนมากยิ่งขึ้นกว่าที่คุ้มครองในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949

2.3 ขอบเขตการบังคับใช้พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 1 ค.ศ.1977

พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 1 เป็นพิธีสารต่อท้ายอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ที่มีวิวัฒนาการและความเป็นมา เหตุผลในการยกร่างเพื่อเพิ่มเติมและขยายกฎเกณฑ์ในทางมนุษยธรรมให้มากยิ่งขึ้น ขอบเขตการบังคับใช้ในพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 กำหนดไว้ในมาตรา 1(3) และมาตรา 1(4) ดังนี้

มาตรา 1(3) ให้ใช้กับสถานการณ์ที่อ้างถึงในมาตรา 2 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ซึ่งเป็นขอบเขตที่หมายถึงการขัดกันทางกำลังทหารระหว่างประเทศในรูปแบบปกติ ดังที่กล่าวมาแล้วในเรื่องขอบเขตการใช้บังคับของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ซึ่งพิจารณาได้ว่าไม่คอยให้ความคุ้มครองที่ครอบคลุมถึงการขัดแย้งภายในประเทศ และการขัดแย้งรูปแบบใหม่ที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

มาตรา 1(4) ได้ขยายขอบเขตบังคับกับกรณีการขัดกันทางกำลังทหารภายในประเทศขึ้น โดยนอกจากให้ใช้บังคับกับสถานการณ์ตามมาตรา 2 ร่วมตามอนุสัญญาเจนีวา แล้วยังขยายขอบเขตไปถึงกรณีการขัดกันทางกำลังทหาร ซึ่งประชาชนต่อสู้กับการ

ปกครองแบบอาณานิคม การยึดครองของต่างชาติ และระบอบการเหยียดผิว เพื่อการใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเอง กล่าวได้ว่าเป็นการขยายขอบเขตให้มีการใช้บังคับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกับการขัดกันทางกำลังทหารที่เกิดขึ้นภายในรัฐ¹⁰

การขยายขอบเขตเพื่อให้บุคคลตาม มาตรา 1(4) ได้รับความคุ้มครองตามพิธีสารด้วยนั้น เกิดขึ้นจากการพัฒนาแนวความคิดของกฎหมายจารีตประเพณี และข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยประชาชนของรัฐที่ถูกปกครองในลักษณะของอาณานิคม ถูกยึดครอง หรือถูกแบ่งแยกกีดกันทางสีผิว ได้เรียกร้องความคุ้มครองจากรัฐผู้ปกครองในการประชุมทางการทูต (Diplomatic Conference) ที่จัดโดยรัฐบาลสวิส เมื่อปี ค.ศ.1974 เพื่อพิจารณาร่างพิธีสาร กลุ่มคลื่นไหวเพื่ออิสรภาพจำนวน 11 กลุ่ม ที่ได้รับการยอมรับจากประเทศอาหรับและสหพันธ์อัฟริกาได้เข้าร่วมประชุมครั้งนี้ด้วย ในการประชุมมีการกล่าวถึงและถกเถียงกันค่อนข้างมากในเนื้อหาของมาตรา 1(4) ที่ว่าด้วยการขัดกันทางกำลังทหารที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศ โดยแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยมองว่าข้อบทดังกล่าวเป็นการวางหลักเกณฑ์ตามอำเภอใจ และมีจุดประสงค์ที่จะก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมของกฎเกณฑ์ในการทำสงคราม (Jus in bello) นอกจากนี้ยังเห็นว่าการใช้กำลังเพื่อกำหนดใจตนเอง (self-determination) ไม่ควรได้รับการรับรองตามกฎหมาย ส่วนฝ่ายที่เห็นด้วยกับข้อบทมาตรา 1(4) มองเห็นถึงความจำเป็นในการให้สิทธิในการใช้กำลังของกลุ่มที่ต่อสู้เพื่ออิสรภาพ (national liberation movement) ครอบคลุมถึงสิทธิพื้นฐานของการกำหนดใจตนเอง และสิทธิที่จะต่อสู้กับการยึดครองของต่างชาติ โดยความมุ่งหมายของพิธีสารนั้นเป็นไปเพื่อย้ำและยืนยันหลักการปกป้องคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการขัดกันทางกำลังทหาร และไม่ยอมรับการกระทำใดๆ หรือการใช้กำลังที่อยู่นอกเหนือไปจากที่กำหนดในกฎบัตรสหประชาชาติ¹¹

¹⁰ Adam Roberts and Richard Guelt, *Documents on the Laws of War*, *supra* note 7, pp.419-420

¹¹ preamble of Additional Protocol I of 1977

ในการประชุมกร่างพิธีสารกลุ่มประเทศยุโรปตะวันตกได้คัดค้านความชอบธรรมของการใช้กำลังทหารในทุกวัตถุประสงค์ที่นอกเหนือจากการใช้เพื่อป้องกันตนเอง (self defense) ซึ่งแนวคิดเช่นนี้ไม่สามารถให้ความคุ้มครองผู้เป็นฝ่ายในการขัดกันทางกำลังทหารได้ อย่างไรก็ตามหลักการทางมนุษยธรรมประกอบกับมาตรา 4 ของพิธีสารฉบับที่ 1 ได้โน้มน้าวให้กลุ่มประเทศยุโรปตะวันตกยอมรับในข้อบทเกี่ยวกับการใช้กำลังของกลุ่มต่อสู้เพื่ออิสรภาพ ทั้งนี้ต่อมาประเทศต่างๆ ที่เคยคัดค้านก็ได้กลับมาเห็นด้วยกับหลักการในมาตรา 1(4) ในช่วงท้ายของการประชุม¹²

การยอมรับหลักการในมาตรา 1(4) แสดงให้เห็นว่ารัฐส่วนใหญ่ยอมรับการเคลื่อนไหวเพื่อเอกราชของกลุ่มต่างๆ ว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและชอบด้วยกฎหมาย การที่รวมเอาสงครามเพื่ออิสระเข้ามาไว้ในข้อบทของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประสบภัยจากการขัดกันทางกำลังทหารระหว่างประเทศ ก็เท่ากับเป็นการยอมรับการใช้กำลังกรณีการขัดกันทางกำลังทหารภายในประเทศเดียวกัน

การขยายขอบเขตตามมาตรา 1(4) ที่ให้นำเอาการขัดกันทางกำลังทหาร กรณีประชาชนจับอาวุธขึ้นต่อสู้กับการปกครองในลักษณะอาณานิคม การถูกยึดครองจากต่างชาติ หรือถูกแบ่งแยกกีดกันทางสีผิว เพื่อใช้สิทธิกำหนดใจตนเองมารวมไว้ในขอบเขตการใช้บังคับของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 นั้น แสดงให้เห็นถึงระบบการให้ความคุ้มครองต่อการขัดกันทางกำลังทหารภายในประเทศที่พัฒนาขึ้น และเป็นการเพิ่มความคุ้มครองทางมนุษยธรรมที่มากยิ่งขึ้นกว่าอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949¹³

¹²Wilson Heather, International law and the use of force by National Liberation Movement, (Oxford : Clarendon Press,1988),pp.127-130

¹³Adam Roberts and Richard Guelt, *Supra note 7*, p. 28

ขอบเขตตามมาตรา 1(4) แยกองค์ประกอบได้ 3 ประการ ดังนี้

ประการแรก สถานการณ์การขัดกันทางกำลังทหาร ตามมาตรา 1(4) ไม่ว่าจะเป็นการต่อสู้กับการปกครองในลักษณะอาณานิคม การยึดครองจากต่างชาติ หรือระบอบกีดกันทางสีผิว เพื่อใช้สิทธิกำหนดใจตนเอง นั้นจะต้องเกิดจากประชาชน โดยในมาตรา 96(3) ยังได้เพิ่มหลักการว่าต้องมีการให้อำนาจที่เป็นตัวแทนของประชาชนซึ่งหมายถึงองค์กร (Authority) แต่ว่าอำนาจตัวแทนประชาชนนั้น ต้องไม่มีอำนาจดูแลส่วนใดส่วนหนึ่งของรัฐหรือมีความสามารถในการปฏิบัติการทางทหารได้¹⁴

ประการที่สอง ประชาชนนั้นต้องใช้สิทธิกำหนดจิตใจตนเองตามความหมายของสหประชาชาติ คำว่า “right of self-determination” นั้นจะต้องพิจารณาว่าเป็นสิทธิเช่นนั้นจริงหรือไม่ ซึ่งการตีความอาจตีได้กว้างแต่โดยหลักการแล้วการใช้สิทธิกำหนดจิตใจตนเองจะต้องเป็นการใช้สิทธิตามความหมายของกฎบัตรสหประชาชาติ ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1วรรค 2 และมาตรา 55 เป็นหลัก ซึ่งสรุปได้ว่าเป็นการใช้สิทธิที่จะต้องเคารพในตัวมนุษย์และมนุษย์มีสิทธิที่จะคิดกำหนดได้ว่าตนเองต้องการอะไร

ประการที่สาม จะต้องเป็นการขัดกันทางกำลังทหารที่ต่อสู้กับเจ้าอาณานิคมการยึดครองจากต่างชาติ หรือระบอบเหยียดผิว

บุคคลที่จะได้รับความคุ้มครองตามพิธีสารฉบับที่ 1 มาตรา 1 (4) จะต้องมีความสัมพันธ์เข้าองค์ประกอบครบ 3 ประการข้างต้นเท่านั้น กรณีการเรียกร้องการปกครองตนเองของประชาชนที่ไม่ได้อยู่ภายใต้การปกครองแบบอาณานิคม การยึดครองของต่างชาติ หรือระบอบเหยียดผิว กรณีนี้ถือว่าเป็นการแบ่งแยกดินแดนไม่ถือว่าเป็นสถานการณ์ที่อยู่ภายใต้บังคับของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ดังนั้นการเคลื่อนไหวของชนกลุ่มน้อยที่จับอาวุธขึ้นมาต่อสู้เพื่อแบ่งแยกดินแดน ในประเทศต่างๆ เช่น กลุ่มขบวนการโจรแบ่งแยกดินแดนใน 3 จังหวัดภาคใต้ของไทย กลุ่มกบฏในฟิลิปปินส์ กลุ่มพยัคฆ์พิ้อแลม ในศรีลังกา จึงไม่เข้าองค์ประกอบที่จะได้รับความคุ้มครองตามพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 แม้ปัจจุบันชนกลุ่มน้อยในประเทศต่างๆ มีความพยายามตีความขยายขอบเขตข้อบทตามมาตรา 1(4) เพื่อให้รัฐภาคีให้ความคุ้มครองตามกฎหมายภาคสงครามก็ตาม

¹⁴Wilson Heather, *supra* note 12, p.165

การขยายการใช้บังคับกับตัวตนที่ไม่ใช่รัฐ

ขอบเขตการใช้บังคับ (Scope of application) ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ ซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 2 กำหนดให้ปรับใช้เฉพาะกับสถานการณ์การขัดกันทางการทหารระหว่างรัฐ (state) เท่านั้น แต่ในพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ได้ขยายขอบเขตการใช้บังคับไปถึงตัวตน (entities) ที่ไม่ใช่รัฐด้วย ทำให้ขอบเขตการปลดแอกที่ต่อสู้เพื่อกำหนดจิตใจตนเอง (self-determination) ก็สามารถเป็นฝ่ายในการขัดกันทางการทหารได้

มาตรา 96(3) ของพิธีสารฉบับที่ 1 กำหนดให้หน่วยงานซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชนที่ต่อสู้กับรัฐภาคีของพิธีสารในลักษณะที่อ้างถึงตามมาตรา 1 (4) อาจดำเนินการที่จะนำพิธีสารมาบังคับใช้ได้ โดยวิธีการทำคำประกาศฝ่ายเดียว (unilateral declaration) ไปยังผู้เก็บรักษา เมื่อผู้เก็บรักษาได้รับคำประกาศเช่นนั้นแล้ว จะมีผลให้อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 และพิธีสารฉบับที่ 1 มีผลใช้บังคับกับหน่วยงานดังกล่าวเสมือนเป็นภาคีคู่พิพาททันที

หลักการตามมาตรา 96(3) เป็นการขยายขอบเขตการใช้บังคับของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ให้รวมไปถึงสงครามปลดปล่อยอิสรภาพ (national liberation movement) และเพิ่มความชัดเจนว่าสงครามปลดปล่อยดังกล่าวจำเป็นต้องมีการประกาศเจตนารมณ์ของตนโดยทำคำประกาศฝ่ายเดียว เพื่อที่นำจะอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 มาใช้บังคับได้กับการต่อสู้ของฝ่ายตน ซึ่งการให้ทำคำประกาศฝ่ายเดียวมีความสำคัญ และแตกต่างจากการขัดกันระหว่างรัฐ (interstate of armed conflict) มาก โดยในการขัดกันทางการทหารระหว่างรัฐนั้น รัฐภาคีจะผูกพันตามอนุสัญญาและพิธีสาร เพียงแค่รัฐภาคีนั้นยอมรับ และใช้บทบัญญัติแห่งพิธีสารบังคับ ตามมาตรา 96(2)