

บทที่ 4

ปัญหาทางกฎหมายของสายลับ

1. ปัญหาว่าด้วยคำจำกัดความของสายลับ

จากบทบัญญัติว่าด้วยสายลับตามมาตรา 46 แห่งพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 นั้นมีปัญหาทางกฎหมายที่ต้องวิเคราะห์คำจำกัดความต่างๆ ดังนี้

1.1 สมาชิกของกองทัพของภาคีผู้เป็นฝ่ายในความขัดแย้ง

ถ้อยคำในมาตรา 46 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ใช้คำว่าสมาชิกของกองทัพของภาคีผู้เป็นฝ่ายในความขัดแย้ง (A member of the armed forces of a Party to the conflict)¹ นั้นหากตีความตามถ้อยคำดังกล่าวอย่างกว้างก็จะหมายถึงสมาชิกของกองทัพที่สังกัดกระทรวงกลาโหม และเหล่าทัพต่างๆ คือทัพบก ทัพเรือ ทัพอากาศ และกองกำลังรบพิเศษต่างๆ ทั้งที่เป็นพลเรือนและทหาร หรือทั้งที่เป็นพลรบ และฝ่ายอำนาจการและสนับสนุน ไม่ว่าจะ เป็น ทหารราบ ทหารม้า ทหารปืนใหญ่ ทหารรบพิเศษ ทหารสื่อสาร ทหารช่าง ทหารเสนาธิการ (ทหารฝ่ายแพทย์) ทหารอนุศาสนาจารย์ (ให้ความรู้ด้านศาสนา) ทหารเลียบ ทหารฝ่ายอำนาจการ รวมทั้งเจ้าหน้าที่พลเรือนสังกัดกองทัพที่ทำหน้าที่ทำหน้าที่อำนาจการและสนับสนุนต่างๆ ที่ไม่เกี่ยวกับการรบ อย่างไรก็ตามการที่จะดูว่าสามารถตีความสมาชิกของกองทัพ ได้เพียงใดต้องดูบริบทอื่นของกฎหมายภาคสงครามประกอบด้วย

ตามบทบัญญัติมาตรา 43² ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ให้ความหมายของสมาชิกกองทัพของภาคีผู้เป็นฝ่ายในความขัดแย้ง ว่าประกอบด้วยกองทหาร กลุ่ม และหน่วยทั้งหลายที่จัดตั้งขึ้นโดยมีระเบียบภายใต้ความรับผิดชอบในการบังคับบัญชาของภาคีคู่พิพาทในการปฏิบัติของผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาของตน แม้ว่าภาคีนั้นจะมีตัวแทนเป็นรัฐบาลหรือเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่ได้รับการรับรองจากภาคีฝ่ายปฏิปักษ์ กองทัพเช่นนั้นต้องอยู่ภายใต้บังคับของระบบวินัยภายใน ซึ่งนอกจากประการอื่นแล้วต้องบังคับให้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับในการขัดกันด้วยอาวุธ และให้ถือว่าผู้ที่สังกัดในกองทัพของภาคีคู่พิพาทเป็นพลรบ โดยบุคคลเหล่านั้นมีสิทธิที่จะเข้าร่วมในการต่อสู้โดยตรง (ยกเว้นผู้ที่เป็นพนักงานทางการแพทย์และอนุศาสนาจารย์ ตามมาตรา 33 อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949

¹Additional Protocol I, Art 46

²Ibid, Art 43

ฉบับที่ 3 ที่แม้จะสังกัดในกองทัพก็ไม่ถือว่าเป็นพลรบ) และเมื่อใดก็ตามที่ภาคีคู่พิพาทฝ่ายใด นำกองกำลังกึ่งทหารหรือกองกำลังของหน่วยบังคับใช้กฎหมายเข้าร่วมในกองทัพจะต้องแจ้งให้ภาคีคู่พิพาทอีกฝ่ายได้รับรู้ถึงการเข้าร่วมดังกล่าว นอกจากนี้ในมาตรา 50 ยังได้ขยายความหมายของพลรบให้ชัดเจนขึ้น โดยนิยามว่ากรณีบุคคลใดไม่ใช่บุคคลประเภท ตามที่กำหนดในมาตรา 4 (A) (1), (2), (3) และ (6) ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 และมาตรา 43 ของพิธีสารเพิ่มเติมให้ถือว่าเป็นบุคคลพลเรือนทั้งหมด

เห็นได้ชัดเจนว่าบทบัญญัติมาตรา 43 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ให้ความหมายของสมาชิกกองทัพของภาคีผู้เป็นฝ่ายในความขัดแย้งโดยผูกโยงกับบุคคลที่ได้รับสถานะพลรบ (combatant) ซึ่งแตกต่างจากอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 3 ที่มุ่งเน้นไปที่การให้คำจำกัดความนักโทษสงคราม โดยพิธีสารฉบับที่ 1 มุ่งที่จะขจัดความคลุมเครือที่ว่าพลรบหมายถึงบุคคลใดบ้าง โดยวางหลักการให้ชัดเจนขึ้นว่าสมาชิกของกองทัพทุกคนทั้งที่อยู่แนวหน้าและแนวหลัง สามารถมีส่วนร่วมโดยตรงในความเป็นปรปักษ์ได้ หมายถึง อาจทำหน้าที่เป็นทั้งผู้ทำการโจมตีฝ่ายตรงข้ามและเป็นเป้าหมายให้ฝ่ายตรงข้ามโจมตี ซึ่งการให้ความหมายดังกล่าวทำให้หลักเกณฑ์ตามมาตรา 3 ของอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ.1907 ที่ว่ากองทัพประกอบด้วยพลรบและกลุ่มที่ไม่ใช่พลรบ ไม่มีผลบังคับใช้ต่อไป ดังนั้นจากคำนิยามในมาตรา 43 ทำให้ทหารทุกคน ทุกระดับตำแหน่ง ทุกหน้าที่ ทุกชั้นยศ ไม่ว่าจะพลทหารหรือนายพล ไม่ว่าจะพลรบฝ่ายรบ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายอำนวยความสะดวกและสนับสนุน เช่น ทหารช่าง ทหารพระธรรมทูต ทหารการเงิน ทหารธุรการ ต่างก็ถือเป็นสมาชิกของกองทัพตามนิยามดังกล่าว³ ยกเว้นทหารที่ทำหน้าที่ แพทย์ อนุศาสนาจารย์ และบุคคลที่ติดตามกองทัพตาม มาตรา 4 (A) (4), (5) ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 3

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่ามุ่งให้ความหมายสมาชิกของกองทัพไปผูกโยงกับพลรบที่มีส่วนร่วมในการสู้รบทั้งในลักษณะเป็นผู้ทำการโจมตีและตกเป็นเป้าของการโจมตี โดยเป็นพลรบในบริบทที่กว้างกว่าที่บัญญัติในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 3 โดยให้รวมถึงกองกำลังที่ถูกรวมเข้าเป็นส่วนหนึ่งของกองทัพและอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของผู้บัญชาการกองทัพที่รับผิดชอบ เช่น กองกำลังกึ่งทหาร หรือกองกำลังของหน่วยบังคับใช้กฎหมาย และหมายรวมถึงสมาชิกของกองกำลังต่างๆ ของผู้ที่เป็นฝ่ายในความขัดแย้งที่

³ ICRC Commentary on Additional Protocol I, Article 43

ไม่มีสถานะเป็นรัฐ ที่เข้าไปมีส่วนร่วมในการสู้รบโดยได้รับสถานะเป็นพลรบเช่น สมาชิก ขบวนการปลดแอก ดังนั้นปัญหาที่ว่าสมาชิกของกองทัพของภาคีผู้เป็นฝ่ายในความขัดแย้งที่ ทำหน้าที่เป็นสายลับตามบริบทนี้หมายถึงใครบ้างนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าหมายถึงบุคคลทุกคน ที่มีสถานะเป็นพลรบตามพิธีสารฉบับที่ 1 นั้นเอง ทั้งนี้ลักษณะกองทัพหรือกลุ่มกองกำลัง ของภาคีคู่พิพาท ตามที่กล่าวมาทั้งหมดควรมีการจัดตั้งเป็นองค์กร มีโครงสร้าง มีการแบ่ง หน่วยงาน แบ่งอำนาจหน้าที่ และความรับผิดชอบ มีผู้บังคับบัญชารับผิดชอบ อยู่ภายใต้ ระบบวินัยภายในซึ่งช่วยเป็นหลักประกันสำหรับการเคารพกฎหมายภาคสงคราม ทั้งนี้เพื่อให้ มีความเกี่ยวโยงระหว่างกองกำลังและผู้ทรงสิทธิซึ่งเป็นผู้ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่าง ประเทศ⁴

1.2 รวบรวมหรือพยายามรวบรวมข้อมูลข่าวสารที่มีคุณค่าทางทหาร

คำว่ารวบรวมหรือพยายามรวบรวมข้อมูลข่าวสารที่มีคุณค่าทางทหาร (gathers or attempts to gather information of military value) ที่บัญญัติไว้ในวรรคสามของมาตรา 46 นั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ส่วนสำคัญ ส่วนแรกคือ รวบรวมหรือพยายามรวบรวมข้อมูล ข่าวสาร ส่วนที่สองคือ ข้อมูลข่าวสารที่มีคุณค่าทางทหาร

รวบรวมหรือพยายามรวบรวมข้อมูลข่าวสาร

ข้อมูลข่าวสาร โดยทั่วไปหมายถึง สิ่งที่สื่อความหมายให้รู้เรื่องราวข้อเท็จจริง ข้อมูล หรือสิ่งใดๆ ไม่ว่าจะสื่อความหมายนั้นจะทำได้โดยสภาพของสิ่งนั้นเองหรือโดยผ่าน วิธีการใดๆ และไม่ว่าจะได้จัดทำไว้ในรูปของเอกสาร แฟ้ม รายงาน หนังสือ แผนที่ ภาพวาด ภาพถ่าย ฟิล์ม การบันทึกภาพหรือเสียง การบันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือวิธี อื่นใดที่ทำให้สิ่งที่บันทึกไว้ปรากฏได้⁵ ส่วนข้อมูลข่าวสาร ในทางการข่าวกรอง หมายถึง เรื่องราวของการพรรณนาเหตุการณ์ต่างๆ เรื่องที่ยังไม่นำมาประเมินค่า ซึ่งอาจประกอบไปด้วย เรื่องต่างๆ ที่ได้จากการสังเกตการณ์ การสืบสาร การรายงาน ข่าวลือ ภาพถ่าย และ แหล่งข้อมูลต่างๆ ซึ่งจะนำมาผลิตเป็นข่าวกรอง ข่าวสารในตัวเองอาจจะเป็นจริงหรือไม่ เป็นจริง ยืนยันหรือปฏิเสธก็ได้⁶

⁴ *Ibid*, Article 43

⁵ พรบ.ข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ.2540 มาตรา 4

⁶ กองทัพเรือ, คู่มือการข่าวของกองทัพเรือ พ.ศ.2543, น.1

การรวบรวมข้อมูลข่าวสาร ในทางข่าวกรองอาจรวบรวมได้โดย

ก. ใช้เครื่องมือทางเทคนิค (SIGINT) เป็นข้อมูลข่าวสารที่ได้จากการตรวจจับดักจับและดักฟังการติดต่อสื่อสารระหว่างกันของฝ่ายตรงข้าม เช่น การดักฟังโทรศัพท์ ดักจับไปรษณีย์ ตรวจจับระบบสื่อสาร ตรวจจับระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ ใช้เรดาร์ตรวจจับความเคลื่อนไหว

ข. ใช้แหล่งข่าวบุคคล (HUMINT) เป็นข้อมูลข่าวสารที่ได้จากการรวบรวมโดยแหล่งข่าวบุคคล เช่น การตรวจการณ์ การลาดตระเวน การสะกดรอยติดตามบุคคล การซักถามนักโทษสงคราม การใช้บุคคลภายในของฝ่ายศัตรูให้คอยแจ้งข่าว การใช้สายลับ

ค. จากแหล่งข่าวเปิดต่างๆ (OSINT) เป็นการรวบรวมจากแหล่งข้อมูลเปิดต่างๆ เช่น หนังสือพิมพ์ วิทยุ โทรทัศน์ อินเทอร์เน็ต

ข้อมูลข่าวสารที่มีคุณค่าทางทหาร

ในประเด็นนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่าในวรรคที่สองของมาตรา 46 บัญญัติถึงเฉพาะ “ข้อมูลข่าวสาร” (gathers or attempts to gather information) ที่ไม่เจาะจงลงไปว่าเป็นข้อมูลด้านใด แต่ในวรรคที่สาม ได้เพิ่มคำว่า “ข้อมูลข่าวสารที่มีคุณค่าทางทหาร” (gathers or attempts to gather information of military value) เข้ามาด้วย โดยความแตกต่างดังกล่าวอาจมีที่มาจากในวรรคที่สองนั้นกล่าวถึงสมาชิกของกองทัพที่เข้าไปรวบรวมข่าวสารในดินแดนที่อยู่ในควบคุมของฝ่ายศัตรู (territory controlled by an adverse) ขณะที่วรรคที่สามกล่าวถึงสมาชิกของกองทัพที่เข้าไปรวบรวมข่าวสารในดินแดนที่อยู่ภายใต้การยึดครองของฝ่ายศัตรู (territory occupied by an adverse Party) การที่ในวรรคสามเพิ่มคำว่า “ข้อมูลข่าวสารที่มีคุณค่าทางทหาร” เข้ามานั้นเป็นเพราะต้องการคุ้มครองสมาชิกของกองทัพที่เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในเขตยึดครองของฝ่ายศัตรูไม่ให้ถูกกลั่นแกล้งกล่าวโทษจากผู้ยึดครองว่าเป็นสายลับเพียงเพราะบอกข้อมูลข่าวสารทั่วไปที่ตนได้รับรู้มาจากการที่ดำเนินวิถีชีวิตตามปกติในเขตยึดครอง⁷

⁷ ICRC Commentary on Additional Protocol I, Article 43

ข้อมูลข่าวสารที่มีคุณค่าทางทหาร นั้น จึงหมายถึงข้อมูลข่าวสารทางยุทธศาสตร์ ที่เป็นความรู้ในการกำหนดนโยบาย เป้าหมาย และแผนการทางทหารต่อฝ่ายศัตรู เช่น ความมุ่งหมาย ขีดความสามารถ จุดอ่อน จุดแข็ง ชาติพันธมิตร ชาติเป็นกลาง กำลังพล อาวุธ ยุทธปกรณ์ ความพร้อมรบ งบประมาณในการทำสงคราม และข้อมูลข่าวสารทางยุทธวิธีที่เป็นความรู้เกี่ยวกับฝ่ายศัตรู เช่น กลศึกของศัตรู สายลับหรือไส้ศึกฝ่ายศัตรู ที่ตั้งทางทหาร สภาพพื้นที่การปฏิบัติการ ขวัญกำลังใจของกองทัพ ทั้งนี้ไม่รวมถึงข้อมูลข่าวสารอื่นๆ ที่ทั่วไปที่ไม่เกี่ยวกับยุทธศาสตร์หรือยุทธวิธีทางทหาร เช่น การทุจริตคอร์รัปชัน การชุมนุมประท้วง ความตกต่ำทางเศรษฐกิจ โรคระบาด การขาดอาหาร ภัยธรรมชาติ ที่เกิดขึ้นในดินแดนของฝ่ายศัตรู

1.3 ดินแดนที่อยู่ภายใต้การควบคุมของกองทัพฝ่ายศัตรู

ดินแดนเป็นส่วนหนึ่งในองค์ประกอบของรัฐ ที่ประกอบด้วยประชากร ดินแดน รัฐบาล และความสามารถในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ การมีดินแดนที่แน่นอนเป็นองค์ประกอบหนึ่งของความเป็นรัฐ เพราะรัฐจะเป็นรัฐไม่ได้ถ้าไม่มีดินแดนที่แน่นอน แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่ารัฐจะต้องมีดินแดนที่แน่นอนโดยมีการปักปันเขตแดนทั้งหมด^๘ คำว่าดินแดนหมายถึงดินแดนในแนวนอน (Horizontal Aspect) คือ พื้นดิน แม่น้ำ ลำคลอง ทะเลสาบ หนองบึง รวมถึงทะเลอาณาเขตซึ่งมีความกว้าง 12 ไมล์ทะเลเมื่อวัดจากเส้นฐาน และให้รวมถึงดินแดนในแนวตั้ง (Vertical Aspect) คือน่านฟ้าลงไปถึงใต้ดินภายในอาณาเขตของรัฐด้วย ดังนั้นดินแดนในความหมายที่จะกล่าวถึงต่อไปนี้จึงหมายถึงดินแดนทั้งหมดทั้งทางบก ทางอากาศ ทางทะเล และได้พื้นพิภพ ดังกล่าว

ก่อนที่จะสรุปว่าดินแดนที่อยู่ในควบคุมของฝ่ายศัตรู (territory controlled by an adverse) มีความหมายครอบคลุมเพียงใด ควรต้องรู้ความหมายของคำว่าดินแดนที่อยู่ภายใต้การยึดครองของฝ่ายศัตรู (territory occupied by an adverse Party) ก่อนเพราะดินแดนทั้งสองประเภทมีความเกี่ยวข้องกัน

^๘ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง เล่ม 2 รัฐ, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2547), น.37-38

ดินแดนที่อยู่ภายใต้การยึดครองของฝ่ายศัตรู

หลักเกณฑ์การตกเป็นดินแดนที่อยู่ภายใต้การยึดครองของศัตรู นั้นปรากฏในอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ.1907⁹ ที่บัญญัติว่าดินแดนใดจะถือว่าอยู่ในภาวะภายใต้การยึดครองของฝ่ายศัตรูก็ต่อเมื่อดินแดนนั้นตกอยู่ภายใต้อำนาจของกองทัพฝ่ายศัตรูอย่างแท้จริง ไม่ว่าจะฝ่ายศัตรูจะสามารถยึดครองดินแดนนั้นได้ทั้งหมดหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้การยึดครองให้มีผลเฉพาะภายในดินแดนที่ผู้ยึดครองสามารถสถาปนาอำนาจและใช้อำนาจนั้นได้ การบัญญัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็เพื่อให้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศสามารถบังคับใช้ในทุกขณะที่การยึดครองดังกล่าวสมบูรณ์ตามหลักเกณฑ์ โดยไม่คำนึงถึงเหตุผลของการยึดครอง และไม่คำนึงถึงความชอบด้วยกฎหมายของการยึดครอง¹⁰ ทั้งนี้ฝ่ายผู้ยึดครองต้องเคารพสิทธิมนุษยชนและกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อผู้ยึดครองได้สถาปนาอำนาจเหนือดินแดนที่ยึดครองอย่างมีประสิทธิภาพแล้ว จะต้องฟื้นฟู รักษาความสงบเรียบร้อย และความปลอดภัย และนำกฎหมายที่ใช้บังคับในดินแดนที่ถูกยึดครองก่อนมีการยึดครองมาใช้บังคับต่อไป

จากบทบัญญัติดังกล่าวดินแดนที่อยู่ภายใต้การยึดครองของฝ่ายศัตรู จึงหมายถึงดินแดนที่ถูกศัตรูผู้เป็นฝ่ายในสงครามบุกเข้ายึดได้ และสามารถสถาปนาอำนาจของผู้ยึดครองขึ้นในดินแดนดังกล่าว โดยการควบคุมกลไกทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม ในดินแดนนั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ยังไม่ถึงขนาดมีการผนวกดินแดนดังกล่าวเข้าเป็นส่วนหนึ่งของรัฐผู้ยึดครอง

การยึดครองดินแดนในสถานการณ์สงครามต่างจากการครอบครองดินแดนในภาวะสันติ ซึ่งเป็นการครอบครองดินแดนที่ไม่มีใครเป็นเจ้าของ หรือเจ้าของได้สละดินแดนนั้นแล้ว หรือดินแดนนั้นไม่ปรากฏว่ามีผู้อยู่อาศัยในลักษณะที่จะจัดโครงสร้างทางสังคมต่อการเป็นรัฐอธิปไตย เช่น การครอบครองดินแดนทวีปออสเตรเลียของอังกฤษเพื่อจัดตั้งออสเตรเลียและนิวซีแลนด์

การยึดครองเป็นการเข้าครอบครองดินแดนของรัฐอื่นด้วยการใช้กำลังทางทหารซึ่งในอดีตถือว่าการทำสงครามเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งแม้ไม่มีสนธิสัญญายกดินแดนให้การได้ดินแดนมาด้วยการใช้กำลังทางทหารก็ถือกันว่าเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย เพียงแต่ถ้า

⁹Hague Convention 1907, Art 42

¹⁰ICRC Occupied territory - the legal issues

http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/section_ihl_occupied_territory

สถานการณ์สู้รบสิ้นสุดลงเมื่อใดการยึดครองดินแดนนั้นก็ต้องสิ้นสุดลงทันทีเช่นกัน มิฉะนั้นจะถือว่าการได้ดินแดนมาจากการเข้ายึดครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในปัจจุบันการเข้ายึดครองดินแดนไม่ถือว่าเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายต่อไปเนื่องจากมาตรา 2 วรรค 4 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติได้บัญญัติห้ามมิให้รัฐใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ดังนั้นการเข้ายึดครองดินแดนของรัฐอื่นโดยกำลังทหารจึงเป็นสิ่งที่ขัดต่อหลักการห้ามใช้กำลังตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ

ตัวอย่างการยึดครองดินแดนในอดีต เช่น การยึดครองดินแดนฝรั่งเศสและยุโรปอีกหลายประเทศโดยเยอรมนี การยึดครองดินแดนเกาหลี และแมนจูเรีย (ของจีน) โดยญี่ปุ่น ในสงครามโลกครั้งที่ 2 การยึดครองดินแดนปาเลสไตน์ของอิสราเอล การยึดครองดินแดนอิรักของสหรัฐฯ

ดินแดนที่อยู่ในการควบคุมของฝ่ายศัตรู

คำว่าดินแดนที่อยู่ในการควบคุมของฝ่ายศัตรู (territory controlled by an adverse Party) นั้นปรากฏอยู่ในมาตรา 42 วรรคสอง¹¹ ว่าด้วยบุคคลที่ได้รับบาดเจ็บจากการโศครัมลงในดินแดนที่อยู่ภายใต้การควบคุมของฝ่ายศัตรู และมาตรา 46 วรรคสองว่าด้วยสมาชิกของกองทัพที่เข้าไปจรรกรมในดินแดนที่อยู่ภายใต้การควบคุมของฝ่ายศัตรู ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 แต่มาตราทั้งสองไม่ได้ให้ความหมายที่ชัดเจนว่าดินแดนดังกล่าวครอบคลุมถึงส่วนใดบ้าง ประกอบกับมาตรา 5 ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 4 ใช้คำว่าดินแดนของฝ่ายศัตรู (territory of a Party to the conflict) ในความหมายที่ว่าเป็นดินแดนที่อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐนั้นโดยตรง หรือเป็นเขตแดนของรัฐนั้นโดยตรง ขณะที่มาตรา 46 วรรคสองของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่บัญญัติภายหลังใช้คำว่าดินแดนที่อยู่ในการควบคุมของฝ่ายศัตรู ประกอบกับพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 มีขอบเขตใช้บังคับกับสงครามปลดปล่อยและการต่อสู้เพื่อกำหนดจิตใจตนเองซึ่งคู่ขัดแย้งอาจเป็นกลุ่มคนในรัฐเดียวกันด้วย¹² จึงอาจอนุมานได้ว่าบทบัญญัติทั้งสองมีความหมายต่างกัน โดยคำว่าดินแดนที่อยู่ภายใต้การควบคุมมีความหมายกว้างกว่าดินแดนของฝ่ายศัตรู

¹¹Additional Protocol I, Art 42 para 2

¹²ICRC Commentary on Additional Protocol I, Article 46

เมื่อพิจารณาจากบริบทดังกล่าวคำว่าดินแดนที่อยู่ภายใต้การควบคุมน่าจะหมายถึงดินแดนทุกแห่ง ทั้งทางบก ทางทะเล ทางอากาศ รวมทั้งทะเลอาณาเขตที่อยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมของผู้เป็นฝ่ายในการสู้รบ ซึ่งอาจประกอบด้วยดินแดนของฝ่ายศัตรูผู้เป็นฝ่ายในการสู้รบเองทั้งในแนวหน้าและภายในรัฐ ดินแดนที่อยู่ภายใต้การยึดครองของศัตรู (occupied territory) ดินแดนอาณานิคม (Colonies) ดินแดนภายใต้อาณัติ (Mandates) รัฐในอารักขา (Protectorates) ของฝ่ายศัตรู รวมถึงดินแดนในเขตปฏิบัติการสู้รบที่ฝ่ายศัตรูสามารถรุกเข้าควบคุมพื้นที่ได้ระยะเวลาหนึ่งในระหว่างการสู้รบแต่ยังไม่ถึงขนาดเป็นการยึดครอง ดังนั้นดินแดนที่อยู่ในควบคุมของฝ่ายศัตรูจึงมีความหมายในบริบทที่กว้างกว่าดินแดนที่อยู่ภายใต้การยึดครองของฝ่ายศัตรู โดยรวมดินแดนทุกส่วน ทุกประเภทที่อยู่ภายใต้การควบคุม ทั้งนี้การควบคุมดินแดนนั้นต้องเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและมีระยะเวลาพอสมควร

1.4 ใช้วิถีโกหกหลอกลวงต่างๆ หรือมีการกระทำในลักษณะปฏิบัติการลับ

การโกหกหลอกลวงหรือกระทำการในลักษณะปฏิบัติการลับ (false pretences or clandestine manner) เป็นองค์ประกอบสำคัญของการเป็นสายลับตามพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 โดยแยกวิเคราะห์ปัญหาตามองค์ประกอบเป็น 2 กลุ่มดังนี้

องค์ประกอบแรก ใช้วิถีโกหกหลอกลวงต่างๆ (false pretences)

pretense (พรีเทนซ) หมายถึง พฤติกรรมที่ไม่จริงใจ การเสแสร้ง สวมรอย ใช้ในบริบทที่มุ่งสื่อถึงบุคคลที่สร้างเรื่อง สร้างสถานการณ์ ให้ดูเหมือนเป็นความจริงเพื่อเป็นประโยชน์กับตนขณะที่ความจริงแล้วเป็นเรื่องเท็จ ที่ตนเองแต่งเรื่องขึ้นมาโกหกหลอกลวงผู้อื่น เช่น ใช้การอำพราง (cover) หรือการซ่อนพราง (conceal) ทั้งนี้คำว่า "pretenses" อาจสร้างความสับสนให้กับคนรุ่นใหม่ที่ไม่ลึกซึ้งในภาษาอังกฤษเพราะคำนี้ยืมมาจากภาษาฝรั่งเศสที่มีความหมายว่า "อ้าง" (claim) หรือ "เชื่อ" (belief) ส่วนคำว่า false (ฟอลซ) หมายถึง เท็จ เทียม เก๊ ปลอม ไม่จริง ไม่ถูกต้อง ไม่น่าไว้วางใจ ไม่จริงใจ คบไม่ได้ ไม่แท้ หลอกลวง ไม่ซื่อสัตย์ ไม่ถูกทำนอง ทฤษฎีหักหลัง ไม่มีวาจาสัตย์ ทุจริต

การใช้วิธีโกหกหลอกลวงต่างๆ (false pretences) ในที่นี้จึงหมายถึงการเจตนาที่จะหลอกผู้อื่นโดยการแสดงหรือเสนอข้อมูลหรือเหตุการณ์ต่างๆ ที่เป็นเท็จเพื่อลวงหรือทำให้ผู้อื่นเข้าใจข้อมูลและสถานะของตนผิดไปจากความเป็นจริง¹³ การใช้วิธีหลอกลวงต่างๆ ของสายลับในที่นี้อาจทำได้หลายวิธีด้วยกัน อาทิเช่น

ก. การปลอมตัว หรือแปลงตัว หรือปิดบังอำพราง (Disguise) เช่น ปลอมเป็นทหารหรือพลเรือนของฝ่ายศัตรู การแปลงตัวจากชายเป็นหญิง การแปลงตัวให้เปลี่ยนรูปร่างลักษณะไปจากเดิม รวมทั้งการผ่าตัดศัลยกรรมเรือนร่างหรือหน้าตาด้วย

ข. การใช้หลักฐานปลอม (False Identity) เช่น หนังสือเดินทางปลอม (False Passport) การใช้บัตรปลอม (False Card) การใช้ชื่อปลอม (Alias) เพื่อพรางชื่อจริงในการปฏิบัติการจารกรรม การใช้สถานที่อยู่ปลอม (Cover Address) เพื่อยืนยันการอำพราง

ค. การอำพราง (cover) สถานะที่แท้จริงของตน ซึ่งมีลักษณะของการอำพรางที่สำคัญดังนี้

- การสร้างเรื่องอำพราง (Cover Story) เป็นเรื่องราวเกี่ยวกับพื้นฐานส่วนบุคคลและการเคลื่อนไหวของผู้ปฏิบัติการลับทั้งที่เป็นอยู่ในปัจจุบันและอดีต ใช้สำหรับปกปิดและป้องกันมิให้ผู้อื่นทราบว่าผู้นั้นเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานลับ

- การอำพรางอย่างลึกซึ้ง (Deep Cover) เป็นการอำพรางที่ใกล้เคียงกับความจริงมากที่สุด โดยมีสิ่งยืนยันที่สนับสนุนให้เห็นเป็นจริงจังและสามารถปกปิดความเป็นจริงว่าปฏิบัติการลับได้แม้ว่าฝ่ายตรงข้ามจะดำเนินการสืบสวนอย่างละเอียดก็ยากที่จะตรวจพบว่าเป็นสายลับ เช่น อำพรางเป็นผู้ดีภัยสงครามโดยอพยพจากประเทศหนึ่งไปสู่ประเทศหนึ่ง เพื่อเริ่มสร้างอำพรางโดยประกอบอาชีพอย่างใดอย่างหนึ่งชั่วคราวระยะเวลาหนึ่งแล้วจึงอพยพจากประเทศนั้นเข้าไปในประเทศเป้าหมายและดำเนินอาชีพอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไป เพื่อยืนยันการอำพรางของตนจนกว่าจะแน่ใจว่าฝ่ายตรงข้ามไม่สงสัยจึงเริ่มปฏิบัติการลับไปพร้อมๆ กับดำเนินวิถีชีวิตตามอาชีพที่อำพรางไว้

¹³The Collaborative International Dictionary of English

False pretences (Law), false representations concerning past or present facts and events, for the purpose of defrauding another.

- การอำพรางโดยผิดกฎหมาย (Illegal Resident) เป็นการส่งสายลับเข้าไปปฏิบัติการลับในประเทศเป้าหมาย โดยไม่ถูกกฎหมาย โดยใช้ชื่อ สัญชาติ ประวัติส่วนตัว อาชีพปลอม และข้อมูลอื่นที่ไม่เป็นความจริง โดยใช้หลักฐานต่างๆ ที่สร้างขึ้นให้สมจริง เช่น สายลับของรัสเซีย อำพรางเป็นชาวอเมริกันเข้าไปเปิดบริษัททำการค้าในอังกฤษ โดยปกติสายลับประเภทนี้ต้องมีความสามารถพิเศษ สามารถใช้ชีวิตอยู่ภายใต้การอำพรางและความกดดันได้เป็นเวลานาน สามารถใช้ภาษาได้เหมือนเจ้าของภาษา และมีลักษณะท่าทางเหมือนคนเชื้อชาติที่ตนปลอมแปลง

- การตั้งองค์กรบังหน้า (Front Organization) เป็นองค์กรที่ก่อตั้งขึ้นเพื่ออำพรางสถานะและปิดบังวัตถุประสงค์ที่แท้จริงขององค์กรว่าตั้งขึ้นมาเพื่อการจารกรรม เช่น จัดตั้งองค์กรพัฒนาเอกชนโดยอ้างว่าเพื่อทำหน้าที่อนุรักษ์คุ้มครองสิ่งแวดล้อมโลกแต่แท้จริงกลับใช้องค์กรนี้เพื่อล้วงความลับของต่างชาติ

องค์กรประกอบที่สอง กระทำในลักษณะปฏิบัติการลับ (Clandestine)

การปฏิบัติการลับ (Clandestine Operations) หมายถึงการปฏิบัติการใดๆ ก็ตามในลักษณะลับ ด้วยความมุ่งหมายที่จะรวบรวมข่าวสารหรือปฏิบัติการอื่นๆ อันมีคุณค่าต่อประเทศชาติ ซึ่งไม่อาจทำได้โดยวิธีการที่เปิดเผย การปฏิบัติการลับจะต้องไม่เปิดเผยให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ เพราะหากถูกเปิดเผยแล้วย่อมเป็นอันตรายต่อภารกิจอย่างใหญ่หลวง การปฏิบัติการลับจะได้รับการสนับสนุนและควบคุมโดยหน่วยงานของรัฐในลักษณะปิดลับ ต่างกับการปฏิบัติการปกปิด โดยการปฏิบัติการลับมุ่งเน้นการปกปิดการปฏิบัติการมากกว่าการปกปิดผู้ปฏิบัติการ อาจปรากฏในรูปของการจารกรรม การรวบรวมข่าวสารทางลับ¹⁴ ทั้งนี้ความหมายของการปฏิบัติการในลักษณะลับตามบริบทจึงหมายถึงปฏิบัติการที่ถูกปิดเป็นความลับไม่ให้ฝ่ายศัตรูรวมทั้งฝ่ายตัวเองที่ไม่เกี่ยวข้องล่วงรู้ จะรู้ได้เฉพาะบุคคลที่เกี่ยวข้องอย่างแท้จริง ตัวอย่างเช่น การส่งสายลับแฝงตัวเข้าไปหาข่าวในดินแดนของฝ่ายตรงข้าม การจัดตั้งแหล่งข่าวบุคคล (HUMINT) ซึ่งเข้าถึงข้อมูลข่าวสารลับของฝ่ายตรงข้าม การสร้าง

¹⁴"The U.S. Department of Defense Dictionary of Military and Associated Terms - Joint Publication JP1-02" dated 05 January 2007

<http://encyclopedia.thefreedictionary.com/clandestine+operation>

ช่างงานจารกรรมภายในดินแดนของฝ่ายศัตรู รวมทั้งการใช้เครื่องมือเทคนิคเพื่อดักฟังหรือดักจับข้อมูล เช่น

Tap การติดตั้งเครื่องมือขนาดเล็กเพื่อดักฟังการสนทนาของฝ่ายตรงข้าม

Bug เครื่องมือทางเทคนิคที่ใช้สำหรับดักฟัง และลักลอบนำเครื่องมือสำหรับดักฟังไปฝังไว้ในสถานที่เป้าหมาย

Mail Interception การดักตรวจข่าวสารของฝ่ายตรงข้ามที่ส่งทางไปรษณีย์

Telephone Interception การดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ของฝ่ายตรงข้าม

Concealing Device การใช้อุปกรณ์สายลับ ที่มีการหุ้มห่อเพื่ออำพรางอุปกรณ์ลับ เช่น กล้องจิ๋ว ไมโครโฟนดูดเสียง เครื่องบันทึกเสียงสนทนาที่ติดกับนาฬิกาข้อมือ

ในการปฏิบัติการลับ เพื่อป้องกันการตรวจจับ และไม่ใ้ฝ่ายศัตรูติดตามได้ สายลับอาจมีการป้องกันโดย ใช้รหัสลับ (Code) ในการส่งถึงกันผ่านช่องทางการสื่อสารคมนาคมต่างๆ การเข้ารหัส (Encrypt) การใช้นามเรียกขาน (Callsign) หรือสัญญาณเรียกสถานี เช่น Bravo การส่งมอบของทางลับ (Brush Contact)¹⁵

แม้การโกหกหลอกลวง ปลอมแปลงตัว และการกระทำในลักษณะปฏิบัติการลับต่างถือว่าเป็นองค์ประกอบสำคัญทางกฎหมายของการเป็นสายลับ แต่ในทางปฏิบัติเมื่อจะต้องมีการพิจารณาความผิดฐานเป็นสายลับในภาวะสงคราม การโกหกหลอกลวง หรือการปลอมแปลงตัว เป็นเครื่องบ่งชี้ถึงการเป็นสายลับได้ชัดเจนกว่าการกระทำในลักษณะปฏิบัติการลับ ซึ่งพิสูจน์หรือกำหนดกฎเกณฑ์ได้ยากกว่าอะไรคือลับหรือไม่ลับ¹⁶ ทั้งนี้การเป็นสายลับหรือไม่เป็นสายลับ ไม่สามารถพิจารณาจากลักษณะของการปฏิบัติการว่าลับหรือไม่เพียงอย่างเดียวได้ เพราะการรวบรวมข้อมูลข่าวสารทั่วไปก็อาจทำในเวลากลางคืน หรือทหาร

¹⁵Brush Contact เป็นวิธีการติดต่อเพื่อส่งมอบเอกสารหรืออุปกรณ์ทางลับ โดยไม่มีการสนทนาและไม่ใช่สิ่งที่สังเกตของบุคคลอื่น วิธีนี้ต้องมีการวางแผนอย่างดีและต้องกระทำในช่วงเวลาที่กำหนดไว้อย่างเที่ยงตรง เช่น เดินสวนกัน นั่ง หรือยืนใกล้กันเพื่อส่งมอบเอกสารหรือสิ่งของแก่กัน ดูเพิ่มเติมได้จาก [คู่มือศัพท์การข่าว กอง 1 สำนักข่าวกรองแห่งชาติ](#)

¹⁶Henry Wager Halleck and George D.Davis, "Military Espionage", [The American Journal of International Law](#), Vol. 5, No. 3, (Jul., 1911), pp. 590-603

ที่ทำหน้าที่สังเกตการณ์ลาดตระเวนแนวหน้าก็มีการอำพรางตนเพื่อหลีกเลี่ยงการถูกจับกุมจากฝ่ายศัตรู¹⁷

นอกจากนั้นแม้จะมีการกระทำครบองค์ประกอบของการเป็นสายลับ แต่ไม่ได้หมายความว่าทุกคนที่กระทำการดังกล่าวจะต้องเป็นสายลับ เช่น พลเมืองของรัฐที่รวบรวมข้อมูลอย่างลับๆ เพื่อส่งไปให้ฝ่ายศัตรูถือเป็นการกระทำที่เป็นการทรยศต่อชาติ (treasonable) หรือเป็นคนขายชาติ (traitor) ไม่ใช่ในฐานะเป็นสายลับ หรือกรณีนักโทษสงครามที่รวบรวมข้อมูลอย่างลับๆ โดยตั้งใจส่งไปยังกองทัพของตน ก็ไม่ถือว่าเป็นสายลับ เพราะบุคคลนั้นอยู่ภายใต้ควบคุมในฐานะนักโทษสงครามอยู่แล้ว หรือกรณีทหารของฝ่ายศัตรูเข้ามาหาข่าวโดยอยู่ในชุดทหารและไม่มีการปลอมแปลงตัว แม้จะมีการปกปิดการปฏิบัติการก็ไม่ถือเป็นสายลับ¹⁸

ความแตกต่างของการปฏิบัติการลับกับการปฏิบัติการปกปิด

การปฏิบัติการปกปิด (Covert Operations)¹⁹ หมายถึงการปฏิบัติการทั้งทางทหารและการเมืองซึ่งประเทศผู้ปฏิบัติการจะไม่แสดงตนรับผิดชอบใดๆ ต่อการปฏิบัติการในลักษณะนี้ เช่น การก่อวินาศกรรม การโฆษณาชวนเชื่อประเภทสีดำ การใช้ความรุนแรง ตัวอย่างการปฏิบัติการปกปิดได้แก่ กรณี Studies and Observation Group ของสหรัฐอเมริกาในสงครามเวียดนาม ซึ่งปฏิบัติการในหลายรูปแบบทั้ง การจารกรรม การสงครามจิตวิทยา การลักพาตัว การโจมตีด้วยหน่วยคอมมานโด รวมถึงกรณีปฏิบัติการบุกยึดคิวบาของซีไอเอ (The Bay of Pigs Invasion) และกรณีลับลอบขายอาวุธให้อิหร่าน (Iran Contra Affair) ล้วนเป็น Covert Operation ที่โด่งดังมาก

ข้อแตกต่างประการสำคัญระหว่าง ปฏิบัติการลับและการปฏิบัติการปกปิด คือ Clandestine Operations เน้นการปกปิดและอำพรางในการปฏิบัติการเป็นหลัก ในขณะที่ Covert Operations เน้นการปกปิดและอำพรางผู้ปฏิบัติการมากกว่าการปฏิบัติการ โดยในกิจกรรมหนึ่งของการปฏิบัติการพิเศษอาจครอบคลุมการปฏิบัติทั้งสองลักษณะ

¹⁷ ICRC Commentary on Additional Protocol I, Article 46

¹⁸ *Ibid*

¹⁹ The U.S. Department of Defense Dictionary of Military and Associated, *supra* note 14

1.5 สวมเครื่องแบบของกองทัพขณะสืบหาข่าว (in the uniform of his armed forces.)

คำว่า uniform มีที่มาจากคำ una (one) แปลว่าหนึ่งหรือเป็นหนึ่งเดียวบวก forma (form) แปลว่าลักษณะ รูปทรง รูปร่างภายนอก แปลรวมกันได้ว่าลักษณะของการแต่งกายที่เป็นหนึ่งเดียวกันหรือเหมือนกัน การใช้เครื่องแบบสามารถพบเห็นได้ทั่วไปในทุกสังคม เช่น เครื่องแบบนักเรียนเพื่อแยกตนให้แตกต่างจากเด็กอนุบาลหรือสถาบันอื่น เครื่องแบบลูกเสือที่ทำให้เด็กภูมิใจเพราะใกล้เคียงกับชุดทหาร เครื่องแบบพนักงาน เครื่องแบบข้าราชการ เครื่องแบบตำรวจ เครื่องแบบบ่งบอกถึงความเหมือนกันและความเป็นพวกเดียวกัน ที่แตกต่างจากพวกอื่น การแต่งเครื่องแบบทหารมีวัตถุประสงค์เพื่อแสดงถึงการเป็นสมาชิกของกองทัพแห่งรัฐนั้นๆ ทั้งนี้แม้ว่าในแต่ละรัฐจะมีการใช้เครื่องแบบทหารแตกต่างกันไปตามเหล่าทัพบกเรือ อากาศหรือหน่วยที่ตนสังกัดแต่จะมีรูปแบบที่เป็นชุดทหารเหมือนกัน²⁰

เครื่องแบบบ่งบอกถึงระเบียบ วินัย และการบังคับบัญชา โดยมีเครื่องหมายแสดงระดับชั้น ชั้นยศ และเหรียญตรา ประดับที่หลากหลายแตกต่างกันไป เป็นการแสดงถึงโครงสร้างและสายการบังคับบัญชาภายในกองทัพ รวมทั้งความเคารพยำเกรง และเป็นสัญลักษณ์ของความมีอำนาจ ความแข็งแกร่ง ของกองทัพ เครื่องแบบทหารมักถูกออกแบบที่ทำให้ทหารที่สวมใส่ดูทะมัดทะแมงสูงใหญ่กว่าปกติ เพื่อให้มีความศักดิ์สิทธิ์ในสายตาของพลเรือน กองทัพฝ่ายศัตรู หรือสมาชิกของกองทัพเดียวกัน นอกจากนั้นยังช่วยแสดงถึงความ เป็นพวกเดียวกัน และความภาคภูมิใจในการเป็นส่วนหนึ่งของหมู่คณะ (esprit de corps)²¹ เครื่องแบบทหารเป็นสิ่งที่ช่วยแยกสมาชิกของกองทัพออกจากประชากรพลเรือน ในสถานการณ์ขัดกันทางกำลังทหาร การเป็นสมาชิกของกองทัพทำให้บุคคลนั้นมีสิทธิเข้าร่วมในการสู้รบขณะเดียวกันก็เป็นสิทธิอันชอบธรรมของฝ่ายศัตรูที่จะทำการโจมตี ส่วนการไม่แต่งเครื่องแบบทหารเป็นเครื่องบ่งชี้ว่าบุคคลนั้นเป็นพลเรือนไม่มีสิทธิที่จะปฏิบัติหน้าที่ทางการทหารและไม่ต้องตกเป็นเป้าแห่งการโจมตีของฝ่ายศัตรู

²⁰ Pfanner, T “Military uniforms and the law of war” (2004) 86 IRRC 93, 111.

²¹ *Ibid*

อย่างไรก็ตามสมาชิกของกองทัพไม่ได้สวมเครื่องแบบทหารทุกคน หรือทุกเวลา เช่น จอมทัพซึ่งเป็นประมุขของรัฐ ในการทำงานหรือใช้ชีวิตทั่วไปแล้วจะแต่งชุดพลเรือน สมาชิกของกองทัพที่ไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่สู้รบโดยตรง เช่น เจ้าหน้าที่ทหารประจำสำนักงานใหญ่ เจ้าหน้าที่ทหารฝ่ายอำนวยการและสนับสนุน หรือแม้กระทั่งพลรบที่อยู่ในแนวรบบางโอกาสก็แต่งชุดพลเรือน เช่น ระหว่างพักร้อน หลับนอน หรือทหารที่ได้รับมอบหมายให้ไปปฏิบัติภารกิจพิเศษภายใต้การอำพรางสถานะ หรือทำการจารกรรม ซึ่งไม่มีการแต่งเครื่องแบบหรือมีเครื่องหมายที่แสดงความเป็นสมาชิกของกองทัพ แม้ว่าการกระทำการในลักษณะดังกล่าวจะขัดต่อกฎหมายภาคสงคราม²²

ในสถานการณ์ขัดกันทางกำลังทหาร สายลับอาจจะอยู่ในรูปของบุคคลที่สังกัดฝ่ายพลเรือน หรือเป็นสมาชิกของกองทัพ ที่เข้าไปมีส่วนร่วมกับการรบโดยมีภารกิจสำคัญคือสืบหาข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับความเคลื่อนไหวของฝ่ายศัตรู ทั้งในแนวหน้า (battle field) และแนวหลัง (behind enemy line) โดยวิธีการจารกรรมข้อมูลจากภาคีฝ่ายปรปักษ์ ทั้งนี้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ²³ และคู่มือทหารของหลายประเทศ (military manuals)²⁴ วางหลักเกณฑ์พื้นฐานไว้ว่า ทหารที่สังกัดกองทัพของฝ่ายศัตรู ซึ่งมีสถานะเป็น

²² *Ibid*

²³ see Hague Convention 1907, Additional Protocol I

²⁴ see Argentina, *Law of War Manual* (1989), *Law of War Manual* (1969), Australia, *Commanders' Guide* (1994), Canada, *LOAC Manual* (1999), Ecuador, *Naval Manual* (1989), Germany, *Military Manual* (1992), Netherlands, *Military Manual* (1993), New Zealand, *Military Manual* (1992), Nigeria, *Manual on the Laws of War* (undated), Spain, *LOAC Manual* (1996), US, *Naval Handbook* (1995), Chile, *Code of Military Justice* (1925), ทั้งนี้คู่มือทางทหารกำหนดขึ้นเพื่อช่วยให้กองทัพของรัฐต่างๆ สร้างความชัดเจนในหลักเกณฑ์ของกฎหมายภาคสงคราม และเป็นการแสดงถึงการยอมรับพันธกรณีตามกฎหมายภาคสงครามว่ามีขอบเขตใช้บังคับเพียงใดตามความเข้าใจของฝ่ายตน

พลรบที่ถูกจับขณะกระทำการจารกรรม โดยการหาข่าวสารจากฝ่ายศัตรูโดยไม่สวมเครื่องแบบของกองทัพ ในดินแดนที่ควบคุมหรือถูกยึดครองโดยฝ่ายศัตรู ถ้าถูกจับได้อาจถูกดำเนินคดีฐานเป็นสายลับ²⁵ ทั้งนี้กฎหมายภาคสงครามและคู่มือทหารดังกล่าวต่างยืนยันไว้ชัดเจนว่าเครื่องแบบเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้สามารถแบ่งแยกระหว่างทหารที่สืบหาข่าวทั่วไปกับสายลับ (explicitly mention the wearing of uniforms as an essential factor in deciding whether or not a soldier was engaged in spying) พลรบที่ทำการสืบหาข่าวโดยแต่งเครื่องแบบ ถือว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ทางทหารปกติทั่วไปไม่ใช่สายลับเมื่อถูกฝ่ายตรงข้ามจับได้จะมีฐานะเป็นนักโทษสงคราม²⁶ แต่พลรบที่สืบหาข่าวโดยวิธีการปกปิด อำพรางสถานะ จะได้รับการลงโทษฐานเป็นสายลับ ทั้งนี้พลรบหรือพลเรือนที่ปฏิบัติการสืบหาข่าวโดยเปิดเผยไม่ถือว่าเป็นสายลับ²⁷

²⁵Additional Protocol I Art 46 (3) (4)

²⁶Additional Protocol I Art 46 (2)

"A member of the armed forces (...) shall not be considered as engaging in espionage, if, while so acting, he is in the uniform of his armed forces."

Hague Convention 1907, Art 29 para 1

"A person can only be considered a spy when, acting clandestinely or on false pretences, he obtains or endeavours to obtain information in the zone of operations of a belligerent, (...) soldiers not wearing a disguise who have penetrated into the zone of operations of the hostile army, for the purpose of obtaining information, are not considered spies.

²⁷Hague Convention 1907, Art 29 para 2

"...the following are not considered spies: Soldiers and civilians, carrying out their mission openly, entrusted with the delivery of despatches intended either for their own army or for the enemy's army. To this class belong likewise persons sent in balloons for the purpose of carrying despatches and, generally, of maintaining communications between the different parts of an army or a territory."

ปัญหาเกี่ยวกับเครื่องแบบ เป็นปัญหาที่มีความยุ่งยากในการหาข้อยุติ ผู้แทนของรัฐที่เข้าร่วมในการประชุมรับร่างพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 เคยตั้งคำถามในที่ประชุมว่ากรณีที่พลรบไม่อยู่ในบังคับให้ต้องสวมเครื่องแบบ หรือที่ไม่อยู่ในสถานการณ์ที่จะสวมเครื่องแบบได้ จะมีผลสำคัญตามมาอย่างไร ปรากฏว่าคำตอบที่ได้นั้นไม่ค่อยตรงคำถามนัก แม้พัฒนาการของกฎหมายภาคสงครามในปัจจุบันคำว่า “เครื่องแบบ” ไม่ได้ใช้บังคับเฉพาะการแต่งเครื่องแบบทหารตามรูปแบบเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการติดเครื่องหมายสัญลักษณ์ (โดยไม่ได้ใส่ชุดทหาร) ที่สามารถแยกความแตกต่างระหว่างพลรบกับพลเรือนด้วย ผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายที่ทำหน้าที่เขียนรายงานต่อที่ประชุม (Rapporteur) อธิบายว่าเครื่องแบบตามที่บัญญัติในร่างพิธีสารหมายถึง เครื่องแบบตามจารีตประเพณีใดๆ ก็ตามที่สามารถแยกสมาชิกของกองทัพออกจากบุคคลที่ไม่ได้เป็นสมาชิกได้ การอธิบายดังกล่าวไม่เพียงพอที่จะให้ความกระจ่าง และไม่อาจเปลี่ยนแนวทางปฏิบัติที่ถือว่าพลรบบางประเภทได้รับยกเว้นจากการสวมเครื่องแบบหรือติดเครื่องหมายสัญลักษณ์ เช่น สมาชิกของกองกำลังปลดปล่อย ในสงครามปลดแอก หรือสงครามกลางเมือง แต่บุคคลกลุ่มนี้ยังต้องมีการถืออาวุธโดยเปิดเผย และกรณีนี้ถืออนุโลมเฉพาะในดินแดนที่ถูกฝ่ายศัตรูยึดครองเท่านั้น²⁸

ปัญหาที่ว่าสวมเครื่องแบบของกองทัพขณะสืบหาข่าว ตามหัวข้อนี้จึงหมายถึงบุคคลที่เป็นสมาชิกของกองทัพที่สวมเครื่องแบบในรูปแบบปกติทั่วไป และที่ถือว่าสวมเครื่องแบบ เช่น มีเครื่องหมายสัญลักษณ์บอกฝ่ายที่สามารถบ่งบอกได้ว่าเป็นสมาชิกของกองทัพ ไม่ใช่พลเรือนทั่วไป รวมถึงกรณีที่สมาชิกของกองทัพไม่สามารถสวมเครื่องแบบตามปกติได้ แต่ได้มีการถืออาวุธโดยเปิดเผยเพื่อแยกตนออกจากพลเรือน ในสงครามปลดแอกจากการยึดครองของฝ่ายศัตรูต่างชาติ ก็ถือว่าเป็นสมาชิกของกองทัพที่สวมเครื่องแบบในความหมายของบริบทนี้เช่นกัน โดยปฏิบัติการของบุคคลดังกล่าว ในการสืบหาข่าว หรือรวบรวมข้อมูลข่าวสารของฝ่ายศัตรู ไม่ถือว่าเป็นความผิดเพราะขาดองค์ประกอบของการเป็นสายลับ เนื่องจากการสวมเครื่องแบบกองทัพของฝ่ายตนในการสืบหาข่าวถือว่าการกระทำที่เปิดเผย ไม่ได้มีการปลอมแปลง แปลงตัว หรือโกหกหลอกลวง แต่หากการสวมเครื่องแบบดังกล่าวเป็นเครื่องแบบของกองทัพฝ่ายศัตรูก็จะถือว่าเป็นสายลับเพราะได้มีการปลอมแปลงตัวเพื่อสืบหาข่าวฝ่ายตรงข้าม

²⁸ ICRC Commentary on Additional Protocol I, Article 46

2. ปัญหาว่าด้วยสถานะของสายลับ (Status of spies)

ในภาวะขัดกันทางกำลังทหาร การใช้วิธีการหรือมาตรการต่างๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารของฝ่ายศัตรู เป็นเรื่องที่ได้รับการยอมรับว่าทำได้ในมุมมองของกฎหมายระหว่างประเทศ วิธีหรือมาตรการเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารที่เป็นความลับของฝ่ายศัตรู เช่น การดักฟังการสนทนา การดักจับการติดต่อสื่อสาร การใช้ดาวเทียมถ่ายภาพพื้นที่ ยุทธศาสตร์ การตรวจจับความเคลื่อนไหวทางทหารด้วยระบบเรดาร์ อย่างไรก็ตามแม้จะมีความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีเพียงใดวิธีการดังกล่าวก็ยังไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลข่าวสารหรือความลับของฝ่ายศัตรูที่มีระบบรักษาความปลอดภัยไว้เป็นอย่างดีได้ ดังนั้นการเลือกใช้สายลับเพื่อเข้าถึงเป้าหมายดังกล่าว จึงเป็นวิธีการที่จำเป็นมาก ในภาวะขัดกันทางกำลังทหาร การใช้สายลับเพื่อกระทำการจารกรรมต่อศัตรูไม่ใช่วิธีต้องห้ามตามกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งตามอนุสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรและกฎหมายจารีตประเพณี²⁹ อย่างไรก็ตามหากถูกจับได้ฝ่ายที่เป็นปรปักษ์มีสิทธิที่จะดำเนินการลงโทษสายลับตามกฎหมายภายในของตนได้³⁰ บุคคลที่เป็นสายลับทั้งในสถานะที่เป็นพลเรือนหรือสมาชิกของกองทัพ ตามสายตาของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ อาจได้รับสถานะเป็นนักโทษสงคราม หรือสูญเสียสถานะนักโทษสงคราม หรือเป็นพลเรือนที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แตกต่างกันไป ตามแต่ละกรณีและพฤติการณ์ที่ได้กระทำไป

จากบทบัญญัติในส่วนที่ว่าด้วยสายลับที่ปรากฏอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ.1907³¹ ซึ่งเป็นที่มาของบทบัญญัติว่าด้วยสายลับในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญา ค.ศ.1977 ฉบับที่ 1 อาจอนุมานได้ว่าในยุคนั้น ได้ให้การรับรองว่าการใช้สายลับเพื่อการจารกรรม ในภาวะที่มีการขัดกันทางกำลังทหารเป็นสิ่งที่ทำได้ ไม่ขัดต่อหลักกฎหมายภาคสงคราม เนื่องจากรัฐที่ทำสงครามมีความจำเป็นต้องทราบและติดตามความเคลื่อนไหวของศัตรู อย่างไรก็ตามแม้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศจะยอมรับว่าการจารกรรมเป็นสิ่งที่ทำได้ แต่บุคคลที่เป็นสายลับอาจต้องรับผิดชอบเมื่อถูกฝ่ายตรงข้ามจับตัวได้ขณะทำการจารกรรม แต่จะลงโทษสายลับทันทีที่ถูก

²⁹ *Ibid*

³⁰ Hague Convention 1907, Art 30

³¹ Hague Convention 1907, Art 29

จับไม่ได้ ต้องมีการสอบสวน และพิจารณาพิพากษาโดยศาลเสียก่อน³² หากสายลับที่มีได้ถูกจับขณะทำจารกรรม แต่ถูกจับภายหลังที่ได้กลับไปยังกองทัพของตนแล้ว จะได้รับสิทธิในฐานะนักโทษสงคราม กองทัพฝ่ายผู้จับไม่สามารถย้อนกลับไปเอาผิดในการจารกรรมที่ผ่านมาแล้วได้³³ ทั้งนี้ต่อไปในบทนี้จะได้พิจารณาถึงปัญหาว่าด้วยสถานะของสายลับตามพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ใน 4 กรณีด้วยกันคือ กรณีสายลับเป็นพลรบ กรณีสายลับเป็นพลเรือน กรณีสายลับถูกศัตรูจับกุมขณะกระทำการจารกรรมกับกรณีอื่น และกรณีสายลับเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในดินแดนที่ถูกยึดครองกับกรณีอื่น

2.1 กรณีสายลับเป็นพลรบ

สายลับที่เป็นพลรบ พลรบหมายถึงสมาชิกของกองทัพตามที่กล่าวมาแล้วในเรื่องปัญหาว่าด้วยคำจำกัดความของสายลับ ทั้งนี้พิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ซึ่งถือเป็นการยืนยันและขยายความบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสถานะของสายลับที่เป็นสมาชิกของกองทัพไว้ว่าไม่มีสถานะเป็นพลรบและไม่มีสิทธิได้รับสถานะนักโทษสงครามเหมือนสมาชิกของกองทัพคนอื่นๆ ที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายตรงข้าม³⁴ (falls into the power of an adverse Party) ในฐานะเป็นพลรบ แต่เนื่องจากการเป็นสายลับไม่มีความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม การดำเนินคดีต่อสายลับจึงให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐที่สายลับตกอยู่ภายใต้อำนาจ การที่ไม่ได้รับสถานะพลรบทั้งที่เป็นสมาชิกของกองทัพ นั้นนอกจากเป็นไปตามบทบัญญัติพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ดังกล่าวแล้วยังเป็นไปตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยพลรบด้วย ทั้งนี้สมาชิกของกองกำลังทางทหารที่เข้าร่วมรบถ้าไม่สวมเครื่องแบบเพื่อแยกตนให้แตกต่างจากพลเรือนหรือไม่ได้ถืออาวุธโดยเปิดเผยอาจจะสูญเสียสถานะพลรบได้ เว้นแต่กรณีสงครามกองโจร สงครามปลดแอก ที่พลรบอาจไม่สามารถแยกตนให้แตกต่างจากพลเรือนได้

³² *Ibid*, Art 30

³³ *Ibid*, Art 31

³⁴ คำว่า “ตกอยู่ภายใต้อำนาจ” เป็นภาษาที่ใช้ในพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 มีความหมายกว้างกว่าคำว่า “ถูกจับกุม” ตามที่ใช้ในอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 คือนอกจากหมายถึงถูกจับแล้วยังรวมถึงถูกกักกัน ถูกกักบริเวณ ถูกควบคุมตัว หรืออยู่ภายใต้การดูแลควบคุมอย่างหลวมๆ ก็ได้

ในการกระทำจรรยาบรรณ สมาชิกของกองทัพที่แฝงตัวเข้าไปสืบหาข่าวของฝ่ายศัตรูในฐานะที่เป็นสายลับนั้นไม่ได้มีคุณสมบัติตามเงื่อนไขของการเป็นพลรบ คือไม่ได้แยกตนให้แตกต่างจากพลเรือน ไม่ได้ถืออาวุธโดยเปิดเผย และไม่ได้เคารพกฎหมายจารีตว่าด้วยการสงคราม เพราะการเป็นสายลับจำเป็นจะต้องมีการอำพรางสถานะที่แท้จริงโดยการปลอมแปลงตัว หรือโกหกหลอกลวง หรือปฏิบัติการลับเพื่อไม่ให้ฝ่ายศัตรูล่วงรู้ถึงสถานะที่แท้จริง ความมุ่งหมาย และภารกิจของตน โดยหากทำการโดยเปิดเผยก็ย่อมไม่สามารถล่วงรู้ถึงความลับของฝ่ายศัตรูได้ การละเมิดกฎเกณฑ์ว่าด้วยพลรบ ประกอบกับความอันตรายจากปฏิบัติการของสายลับที่ยากจะป้องกันได้ น่าจะเป็นเหตุผลสำคัญในการมีบทบัญญัติว่าด้วยการสูญเสียสถานะพลรบและนักโทษสงครามของสมาชิกกองทัพที่ถูกจับได้ขณะกระทำการจรรยาบรรณ อย่างไรก็ตามแม้สมาชิกของกองทัพที่ต่อมาได้สูญเสียสถานะพลรบและไม่ได้รับสิทธิในฐานะเป็นนักโทษสงคราม แต่เมื่ออยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายศัตรูสายลับก็ยังคงได้รับการปฏิบัติในลักษณะเดียวกันกับนักโทษสงคราม³⁵ ในระหว่างที่รอการพิจารณาคดีและตัดสินลงโทษฐานเป็นสายลับของศาลตามกฎหมายภายในของรัฐฝ่ายศัตรู

การที่สมาชิกของกองทัพไปปฏิบัติการจรรยาบรรณต่อฝ่ายศัตรู ตามกฎหมายภาคสงครามถือว่าสมาชิกของกองทัพเหล่านี้มีสถานะเป็นพลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (unlawful Combatant) ประเภทหนึ่ง เช่นเดียวกับ สมาชิกกองโจร ทหารรับจ้าง ผู้ก่อวินาศกรรม ผู้ก่อการร้าย เพราะบุคคลพวกนี้ได้เข้าไปมีส่วนในการสู้รบโดยตรง (direct participate) โดยขาดคุณสมบัติ (disqualify) การเป็นพลรบ คือไม่ได้แยกตนเองให้แตกต่างจากพลเรือน ไม่ได้ถืออาวุธโดยเปิดเผย และไม่เคารพกฎหมายจารีตประเพณีว่าด้วยสงคราม อย่างไรก็ตามหากตกอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายศัตรูบุคคลกลุ่มนี้ก็ยังมีสิทธิได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมและอย่างยุติธรรม³⁶

³⁵ Additional Protocol I, Art 44 para 4

³⁶ *Ibid*, Art 75

2.2 กรณีสายลับเป็นพลเรือน

พลเรือนเป็นบุคคลที่มีสถานะได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 4 ว่าด้วยการคุ้มครองพลเรือนในภาวะขัดกันทางกำลังทหาร โดยสามารถดำเนินวิถีชีวิตตามปกติในดินแดนที่ถูกฝ่ายศัตรูยึดครองได้ ส่วนสายลับที่เป็นพลเรือนจะได้รับสถานะใดนั้น หากพิจารณาเฉพาะพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 อาจไม่เพียงพอที่จะรู้ถึงสถานะของพลเรือนที่เป็นสายลับได้ เนื่องจากพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 มุ่งหมายที่จะวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความหมาย และสถานะของสายลับที่เป็นสมาชิกของกองทัพผู้เป็นฝ่ายในความขัดแย้งโดยตรง ไม่มีกรณีที่กำลังถึงสายลับที่เป็นพลเรือนเอาไว้ นอกจากนี้กฎหมายภาคสงครามก่อนหน้าที่มีบทบัญญัติว่าด้วยสายลับ เช่นอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ.1907 ก็มุ่งไปที่สถานะของสายลับที่เป็นพลรบ โดยไม่ได้วางหลักเกณฑ์สถานะของสายลับกรณีเป็นพลเรือนไว้เช่นกัน ดังนั้นการพิจารณาสถานะของสายลับกรณีเป็นพลเรือน จึงอาจพิจารณาจากกฎหมายภาคสงครามอื่นที่เกี่ยวข้องกับพลเรือนมากที่สุด นั่นคืออนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 4

ในภาวะขัดกันทางกำลังทหาร พลเรือนของผู้เป็นฝ่ายในการสู้รบถือเป็นบุคคลที่ไม่ได้รับความคุ้มครองไม่ตกเป็นเป้าหมายของการโจมตี และไม่ถูกกักกันในฐานะนักโทษสงคราม เช่น พลรบ แต่ในบางกรณีที่พลเรือนมีพฤติการณ์เป็นปรปักษ์กับรัฐคู่สงครามรวมทั้งกรณีเป็นสายลับด้วยก็อาจถูกจำกัดสิทธิและความคุ้มครองบางประการ ตามมาตรา 5 ของอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4³⁷ กล่าวถึงบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองที่ภายหลังอาจสูญเสียสิทธิและสถานะความคุ้มครองบางประการ โดยจำแนกออกเป็น 2 กลุ่มคือ

กลุ่มแรก คือพลเรือนที่อยู่ในดินแดนของภาคีคู่ขัดแย้ง (territory of a Party to the conflict) ที่ถูกต้องหาว่าเข้าไปร่วมในกิจกรรมที่ถือว่าเป็นปรปักษ์กับรัฐภาคีนั้นๆ³⁸ ตัวอย่างเช่น การจับอาวุธขึ้นต่อสู้ การแจ้งข่าวสารแก่ฝ่ายศัตรู การเป็นสายลับให้ฝ่ายศัตรู การยุยงส่งเสริมให้เกิดการกระทำความผิดต่อระบบการปกครอง

³⁷ Hilly Moodrick- Even Khen (under the supervision of Mordechai Kremnitzer), *Unlawful Combatants or Unlawful Legislation? An Analysis of the Imprisonment of Unlawful Combatants Law* (2002), (Israel Democracy Institute, Jerusalem, 2005).

³⁸ Geneva Convention IV, Art 5 para 1

กลุ่มที่สอง คือพลเรือนในดินแดนที่ถูกยึดครอง (occupied territory) ที่ถูกกักขังในฐานที่เป็นสายลับ วิศวกร หรือบุคคลที่ถูกต้องหาว่ากระทำการอันเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐผู้ยึดครอง³⁹

บุคคลในทั้ง 2 กลุ่มอาจถูกพิจารณาลงโทษตามฐานความผิดที่ถูกกักขัง เช่น ฐานจารกรรม ก่อวินาศกรรม บ่อนทำลาย สร้างความปั่นป่วน ตีตีสินบนเจ้าหน้าที่ ทั้งนี้บุคคลกลุ่มแรกที่อยู่ในดินแดนของฝ่ายที่ทำการกักกันจะอ้างสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเหมือนพลเรือนทั่วไปไม่ได้ ส่วนบุคคลกลุ่มที่สองซึ่งอยู่ในดินแดนที่ถูกยึดครองนั้น อาจถูกตัดสิทธิในการติดต่อสื่อสารกับบุคคลภายนอก เช่น สิทธิส่งและรับจดหมายติดต่อกับญาติพี่น้อง สิทธิที่จะได้รับการช่วยเหลือบรรเทาทุกข์ สิทธิที่จะได้รับการเยี่ยมเยียนจากผู้แทนของรัฐที่ให้ความคุ้มครอง หรือจากคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ โดยฝ่ายผู้ควบคุมอ้างความจำเป็นทางความมั่นคงหรือทางการทหาร⁴⁰ ทั้งนี้ไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไรก็ตามบุคคลพลเรือนทั้งสองกลุ่มดังกล่าว จะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม และกรณีที่ต้องมีการดำเนินคดี ก็ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาอย่างยุติธรรมภายใต้กระบวนการไต่สวนพิจารณาปกติ และอาจกลับมามีสถานะเป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามปกติ เมื่อพฤติการณ์ที่เป็นปฏิปักษ์ต่อความมั่นคงของรัฐที่ยึดครองไม่มีอีกต่อไปแล้ว

นอกจากนี้อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 4 มาตรา 42 ,43, 78 ยังอนุญาตให้กองกำลังฝ่ายผู้ยึดครองทำการกักกันบุคคลพลเรือนที่ได้รับความคุ้มครองได้ หากมีความจำเป็นอย่างแท้จริงในด้านความมั่นคงของรัฐผู้กักกัน ซึ่งรวมถึงกรณีต้องสงสัยว่าเป็นสายลับของฝ่ายศัตรู แต่จะต้องปล่อยตัวเมื่อเหตุผลความจำเป็นที่อ้างดังกล่าวหมดไป และกรณีที่เป็นปรีกษาหรือภาวะขัดกันทางกำลังทหารยุติลงจะต้องยกเลิกการกักกันและปล่อยตัวให้เป็นอิสระหากไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่ามีการกระทำความผิดฐานเป็นสายลับหรือความผิดอื่นที่ใช้เป็นข้ออ้างในการกักกัน

³⁹ *Ibid*, Art 5 para 2

⁴⁰ *Ibid*, Art 5 para 3

การที่พลเรือนไปกระทำการจารกรรมต่อภาคีผู้เป็นฝ่ายในความขัดแย้งนั้น แม้จะมีได้มีการใช้อาวุธยุทธโศปกรณ์เข้าทำการทำห้ำหั่นโจมตีเช่นการต่อสู้กันของกองทัพ แต่เนื่องจากลักษณะของงานจารกรรมและผลของการใช้ข้อมูลจากการจารกรรมนั้นในบางกรณีอาจมีผลาญภาพทำลายฝ่ายตรงข้ามได้ร้ายแรงมากกว่าการใช้อาวุธเข้าต่อสู้กันเสียอีก จึงถือได้ว่าสายลับเป็นผู้ที่เข้าไปมีส่วนร่วมโดยตรงในความเป็นปรปักษ์ แต่เนื่องจากรูปแบบและวิธีการเข้าไปมีส่วนร่วมของสายลับไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นลักษณะของพลรบ สายลับจึงถูกจัดให้เป็นพลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย(unlawful Combatant) อีกประเภทหนึ่ง ดังนั้นสายลับที่เป็นพลเรือนจึงมีสถานะเป็นพลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกับสายลับที่เป็นสมาชิกของกองทัพ

2.3 กรณีสายลับตกอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายศัตรูขณะกระทำการจารกรรมกับกรณีอื่น

สมาชิกของกองทัพโดยทั่วไปแล้วถือว่าเป็นพลรบที่เมื่อถูกจับกุมหรือตกอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายศัตรูจะได้รับสถานะเป็นนักโทษสงคราม และได้รับการปฏิบัติในฐานะเป็นนักโทษสงครามตามอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 3 ว่าด้วยการปฏิบัติต่อนักโทษสงคราม ส่วนสมาชิกของกองทัพที่เป็นสายลับและตกอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายศัตรูขณะกระทำการจารกรรมนั้นจะไม่ได้สถานะเป็นนักโทษสงครามเนื่องจากขาดคุณสมบัติของการเป็นพลรบ และอาจถูกดำเนินคดีในฐานะเป็นสายลับตามกฎหมายภายในของรัฐที่ตนอยู่ภายใต้อำนาจด้วย⁴¹ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วโทษในความผิดฐานเป็นสายลับในภาวะขัดกันทางกำลังทหารนั้นรุนแรงถึงขั้นประหารชีวิต ทั้งนี้ตัวบทของหลักการนี้ตั้งมาจากหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเฮก⁴² แทบจะทั้งหมดโดยไม่มีการเปลี่ยนถ้อยคำและสาระสำคัญเลย

⁴¹Additional Protocol I, Art 46 (1)

“...any member of the armed forces of a Party to the conflict who falls into the power of an adverse Party while engaging in espionage shall not have the right to the status of prisoner of war and may be treated as a spy.”

⁴²Hague Convention 1907 ,Art 30-31

ส่วนสมาชิกของกองทัพที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายศัตรูขณะที่ไม่ได้กระทำการ จารกรรมนั้น โดยทั่วไปแล้วถือว่าเป็นพลรบ มีสถานะเป็นนักโทษสงคราม และได้รับการปฏิบัติ ในฐานะเป็นนักโทษสงคราม⁴³ ตามอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 3 แต่สถานะที่ได้รับ อาจแตกต่างกันได้อีกในกรณีสายลับเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในดินแดนที่ถูกยึดครองโดยกองทัพฝ่าย ศัตรูกับกรณีสายลับไม่เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในดินแดนที่ถูกยึดครองโดยกองทัพฝ่ายศัตรู ซึ่งจะได้ กล่าวถึงในหัวข้อต่อไป ทั้งนี้คำว่า “ไม่ใช่ขณะกระทำจารกรรม” ในที่นี้หมายความว่าหากตก อยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายศัตรูหลังจากทำจารกรรมเสร็จแล้ว หรือก่อนที่จะกระทำจารกรรม จึง จะได้รับสถานะแต่ถ้าถูกจับได้ขณะกระทำจารกรรมนั้นจะไม่ได้รับสถานะนักโทษสงคราม

ปัญหาสำคัญที่ต้องวิเคราะห์ในส่วนนี้คือคำว่า “ขณะกระทำจารกรรม” ว่ามี ขอบเขตครอบคลุมถึงเพียงใด เนื่องจากส่งผลถึงสถานะของสมาชิกของกองทัพในลักษณะที่ ตรงข้ามกันอย่างมาก เพราะหากมีสถานะเป็นพลรบก็จะได้รับปฏิบัติที่ดีกว่าและไม่ต้องถูก ลงโทษสำหรับการเข้าร่วมในความเป็นปรปักษ์ แต่หากมีฐานะเป็นสายลับก็อาจถูกลงโทษ รุนแรงขึ้นประหารชีวิต การวิเคราะห์ความหมายของคำดังกล่าว ในที่นี้อาจแยกได้เป็นสาม กรณี

กรณีแรก ถือตามอำนาจหน้าที่ ซึ่งเป็นการตีความอย่างกว้าง “ขณะกระทำจาร กรรม” หมายถึงทุกขณะที่สมาชิกของกองทัพคนนั้นยังมีหน้าที่เป็นสายลับ ไม่ว่าจะอยู่ระหว่าง พักผ่อนหรือพำนัก หรือมีถิ่นที่อยู่ใด แต่พร้อมจะปฏิบัติงานจารกรรมให้แก่กองทัพของตน ทันทีที่ถูกเรียกใช้ไม่ใช่ถือตามภารกิจหรือตามเหตุการณ์ เพราะการเป็นสายลับนั้นย่อม สามารถปฏิบัติภารกิจจารกรรมต่อฝ่ายศัตรูได้ตลอดเวลา ทั้งโดยตนเอง เครื่องมือทางเทคนิค และใช้แหล่งข่าว อีกทั้งเป็นการยากมากที่ฝ่ายตรงข้ามจะรู้ว่าบุคคลดังกล่าวเลิกเป็นสายลับ แล้วหรือไม่ ซึ่งการตีความกว้างเช่นนี้เป็นการตีความที่เป็นผลร้าย คือไม่อาจช่วยให้สมาชิก ของกองทัพที่เป็นสายลับได้รับประโยชน์จากหลักประกันในข้อนี้มากนัก

กรณีที่สอง ถือตามภารกิจหมายถึงถือเอาเฉพาะกรณีภารกิจที่ได้รับมอบหมายให้ ทำนั้นเป็นงานจารกรรมและอยู่ระหว่างการกระทำภารกิจนั้น กรณีนี้ “ขณะกระทำจารกรรม” ถือว่าเริ่มตั้งแต่มีการรับมอบภารกิจจนถึงการสิ้นสุดภารกิจ โดยถ้าเกิดพลาดพลั้งไปตกอยู่ ภายใต้อำนาจฝ่ายศัตรูในขณะที่อยู่ระหว่างวางแผนหรือเตรียมการ หรือกำลังทำการจารกรรม หรือก่อนที่ภารกิจจารกรรมนั้นจะสำเร็จหรือยุติไปสมาชิกของกองทัพคนนั้นย่อมมีความผิด

⁴³ Ibid

ฐานเป็นสายลับ แต่ถ้าวัดตกอยู่ภายใต้อำนาจฝ่ายศัตรูก่อนหรือหลังช่วงเวลาดังกล่าวสมาชิกของกองทัพคนนั้นยังถือเป็นพลรบและจะได้รับสถานะนักโทษสงคราม

ถือตามเหตุการณ์ กรณีนี้ "ขณะกระทำจารกรรม" ยึดตามเหตุการณ์ว่าขณะนั้นได้กำลังปฏิบัติการจารกรรมอยู่หรือไม่ โดยแม้จะมีหน้าที่เป็นสายลับ หรือมอบหมายภารกิจให้ไปสืบราชการลับในดินแดนของฝ่ายศัตรูแต่ถ้าทราบใดที่ยังไม่ได้ลงมือกระทำภารกิจนั้น หยุดทำภารกิจนั้นชั่วคราว หรือทำภารกิจนั้นสำเร็จไปแล้วสมาชิกของกองทัพคนนั้นย่อมไม่มีความผิดฐานเป็นสายลับเมื่อตกอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายศัตรู โดยยังถือเป็นพลรบและจะได้รับสถานะนักโทษสงคราม แต่ถ้าถูกฝ่ายตรงข้ามจับหรือควบคุมตัวขณะที่ลงมือทำการจารกรรมอยู่นั้นก็จะสูญเสียสถานะนักโทษสงครามและถูกลงโทษในฐานะเป็นสายลับ

จากการวิเคราะห์ทั้ง 3 กรณีดังกล่าวเห็นว่า "ขณะกระทำจารกรรม" ตามบริบทของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 น่าจะถือตามเหตุการณ์เพราะสามารถพิสูจน์ได้ในทางปฏิบัติว่าได้กระทำการจารกรรมหรือไม่มากกว่ากรณีอื่น และการตีความเช่นนี้เป็นคุณกับผู้ถูกกล่าวหา มากกว่า ประกอบกับที่พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ได้วางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมบางประการว่าสมาชิกของกองทัพจะไม่สูญเสียสถานะนักโทษสงคราม และไม่ถูกปฏิบัติต่อในฐานะเป็นสายลับเว้นแต่จะตกอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายศัตรูก่อนที่จะกลับไปยังกองทัพของตน⁴⁴ แปลความได้ว่าหากตกอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายศัตรูหลังจากที่กลับไปยังกองทัพตนแล้วย่อมได้รับสถานะนักโทษสงคราม และฝ่ายศัตรูไม่สามารถดำเนินคดีสมาชิกของกองทัพดังกล่าวในฐานะเป็นสายลับได้ หลักเกณฑ์นี้แสดงให้เห็นว่าต้องการแยกความเป็นหรือไม่เป็นสายลับตามเหตุการณ์ โดยในเหตุการณ์ต่อเนื่องกันสมาชิกของกองทัพอาจจะมีสถานะเป็นพลรบหรือสายลับก็ได้ ขึ้นอยู่กับว่าขณะนั้นกำลังทำการจารกรรม หรือได้กลับไปพร้อมกับกองทัพของตนแล้วหรือไม่

⁴⁴Additional Protocol I, Art 46 (4)

2.4 กรณีสายลับเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในดินแดนที่ถูกยึดครองกับกรณีอื่น

กรณีสายลับเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในดินแดนที่ถูกยึดครอง

พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 มาตรา 46 วรรคสาม บัญญัติถึงสถานะสายลับกรณีเป็นสมาชิกของกองทัพซึ่งเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในดินแดนที่ถูกยึดครองไว้ว่า ถ้าตกอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายศัตรูขณะที่ไม่ได้กระทำการจารกรรม ให้สมาชิกของกองทัพคนนั้นได้รับสถานะนักโทษสงคราม แต่ถ้าตกอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายศัตรูขณะที่กระทำการจารกรรมจะไม่ได้รับสถานะนักโทษสงคราม ในที่นี้คำที่เป็นปัญหาที่ต้องวิเคราะห์คือคำว่าผู้มีถิ่นที่อยู่ "resident" หมายถึถึงคนกลุ่มใดบ้าง แต่จากการตีความของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ⁴⁵ นั้น คำว่าผู้มีถิ่นที่อยู่ หมายถึงผู้อยู่อาศัยทั่วไป "ordinary inhabitants" ในดินแดนที่ถูกยึดครอง ไม่ว่าจะเป็นพลเมืองของดินแดนที่ถูกยึดครองหรือไม่ก็ตาม โดยอาจเป็น ผู้อยู่อาศัยถาวร ผู้อยู่อาศัยระยะยาว หรือระยะสั้นก็ได้

กรณีอื่นนอกจากกรณีสายลับเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในดินแดนที่ถูกยึดครอง

กรณีสมาชิกของกองทัพที่เป็นสายลับไม่เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในดินแดนที่ถูกยึดครองโดยกองทัพฝ่ายศัตรู กระทำการจารกรรมในดินแดนที่ถูกยึดครอง พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 วางหลักเกณฑ์ไว้ว่าสมาชิกของกองทัพดังกล่าวไม่สูญเสียสถานะการเป็นนักโทษสงคราม และไม่ถูกปฏิบัติต่อในฐานะเป็นสายลับ เว้นแต่ได้ตกอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายศัตรูก่อนที่จะกลับไปยังกองทัพของตน⁴⁶ จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าแตกต่างจากกรณีสายลับเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในดินแดนที่ถูกยึดครองในประเด็นเงื่อนไขการสูญเสียสถานะอย่างชัดเจน โดยนำหลักเกณฑ์เรื่องการกลับไปยังกองทัพของตนหรือไม่กลับไปยังกองทัพของตนมาเป็นเงื่อนไขของการได้หรือสูญเสียสถานะการเป็นนักโทษสงคราม ขณะที่กรณีสถานะสายลับผู้มีถิ่นที่อยู่ในดินแดนที่ถูกยึดครอง นำหลักเกณฑ์เรื่องการตกอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายศัตรูขณะที่กระทำการจารกรรมมาเป็นเงื่อนไขของการได้หรือสูญเสียสถานะการเป็นนักโทษสงคราม

⁴⁵ ICRC Commentary on Additional Protocol I, Article 46

⁴⁶ Additional Protocol I, Art 46 (4)

กรณีนี้เป็นปัญหาให้พิจารณาในประเด็นนี้คือคำว่า คำว่า “ไม่มีถิ่นที่อยู่” และ “กลับไปยังกองทัพของตน” ว่ามีขอบเขตเพียงใด ทั้งนี้เห็นว่าคำว่า “ไม่มีถิ่นที่อยู่” หมายถึง คนที่ไม่ได้เป็นผู้อยู่อาศัยทั่วไปในดินแดนนั้น หรือเข้าไปในดินแดนนั้นในลักษณะเฉพาะกิจ เช่น ไปดูงาน ไปแข่งกีฬา ไปอบรมสัมมนา ไปท่องเที่ยว ไปปฏิบัติภารกิจชั่วคราว ส่วนคำว่า “กลับไปยังกองทัพของตน” น่าจะหมายถึงเฉพาะกรณีที่กลับไปยังกองทัพที่ตั้งอยู่ในดินแดนที่อยู่ภายใต้การยึดครองของฝ่ายตน หรือของพันธมิตร หรือประเทศเป็นกลาง⁴⁷ ไม่รวมถึง กองทัพของตนที่ตั้งอยู่ในดินแดนที่อยู่ภายใต้การยึดครองของฝ่ายศัตรู

⁴⁷ ICRC Commentary on Additional Protocol I, Article 46

3. ปัญหาความยุ่งยากในการจำแนกสายลับออกจากพลรบและพลเรือน

กฎเกณฑ์เรื่องการจำแนกพลรบกับพลเรือนออกจากกัน ถือเป็นพันธกรณีตามกฎหมายจารีตประเพณี และกฎหมายภาคสงคราม เช่นตามอนุสัญญาเจนีวา หรือพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ที่ผู้เป็นฝ่ายในความขัดแย้งทางกำลังทหารจะต้องปฏิบัติตาม หากผู้เป็นฝ่ายในการสู้รบหลีกเลี่ยงหรือไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ดังกล่าว จะถือเป็นการละเมิดต่อกฎหมายภาคสงคราม และอาจถูกลงโทษเพราะการละเมิดดังกล่าว หรืออาจสูญเสียสถานะความคุ้มครองบางประการที่ตนเองควรได้รับ อย่างไรก็ตามเนื่องจากสภาพการณ์การขัดกันทางทหารในปัจจุบัน มีความเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นอย่างซับซ้อนและหลากหลาย ไม่ว่าจะเป็นการขัดกันด้วยอาวุธในลักษณะที่เป็นสงครามที่เป็นรูปแบบ (regular warfare) และการขัดกันด้วยอาวุธที่ไม่เป็นรูปแบบ (irregular warfare) เช่น การรบแบบกองโจร การก่อการร้าย และการขัดกันด้วยอาวุธที่มีลักษณะไม่ใช่การขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ (non-international armed conflict) และทางปฏิบัติของรัฐและองค์การระหว่างประเทศ เช่น การปฏิบัติการเพื่อรักษาสันติภาพขององค์การสหประชาชาติ สงครามต่อต้านการก่อการร้ายของสหรัฐอเมริกา ทำให้กฎเกณฑ์เรื่องการจำแนกพลรบกับพลเรือนออกจากกันลดความเข้มงวดลงไปในบางสถานการณ์ เช่น กรณีสงครามปลดปล่อย สงครามกลางเมือง ที่พลรบของกองกำลังนอกรูปแบบอาจไม่ต้องอยู่ในชุดทหารเต็มรูปแบบเหมือนพลรบของกองทัพทั่วไป⁴⁸

⁴⁸ตามพันธกรณีของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 1 และฉบับที่ 2 ค.ศ.1977 ได้ขยายขอบเขตของการใช้บังคับเพิ่มเติมจากอนุสัญญาเจนีวา ไปถึงกองกำลังติดอาวุธที่ไม่เป็นกองทัพ และกลุ่มประชาชนที่ต่อสู้กับการปกครองแบบอาณานิคม การยึดครองของต่างชาติ และระบบการเหยียดผิวเพื่อการใช้สิทธิกำหนดใจตนเอง (Self-determination) อีกทั้งขยายขอบเขตการใช้บังคับไปถึงการขัดกันด้วยอาวุธที่มีได้มีลักษณะระหว่างประเทศ หรือที่เกิดภายในอาณาเขตของประเทศใดประเทศหนึ่ง โดยยอมรับการเป็นพลรบของกองกำลังนอกรูปแบบ (irregular armed force) ที่ไม่ได้สวมเครื่องแบบของกองทัพ แต่อย่างน้อยที่สุดต้องมีการถืออาวุธโดยเปิดเผย

ในสถานการณ์การขัดกันทางกำลังทหาร สถานะของบุคคลจะถูกแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ พลรบ (Combatant) กับพลเรือน (Civilian) โดยผู้ที่มีสถานะพลรบจะมีพันธกรณีตามกฎหมาย คือพลรบทุกคนมีหน้าที่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับในการขัดกันทางอาวุธ มีหน้าที่ต้องแยกตนให้แตกต่างจากพลเรือน โดยมีการบังคับบัญชาเป็นกองทัพ มีการสวมเครื่องแบบ และถืออาวุธโดยเปิดเผย⁴⁹ เพื่อฝ่ายตรงข้ามจะได้ทราบว่าจะโจมตีได้หรือไม่และหลีกเลี่ยงการโจมตีต่อพลเรือนและวัตถุทางพลเรือน ขณะที่พลเรือนก็มีหน้าที่ต้องงดเว้นการเข้าไปมีส่วนร่วมโดยตรงกับความเป็นปรปักษ์ เพื่อให้ตกเป็นเป้าหมายของการโจมตี และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายภาคสงคราม

ปัญหาความยุ่งยากในการจำแนกสายลับออกจากพลรบกับพลเรือน (Combatant and Civilian) นั้นเนื่องมาจากผู้เป็นสายลับ อาจเป็นสมาชิกของกองทัพหรือเป็นพลเรือนที่ถูกเกณฑ์หรือชักชวนให้ไปทำหน้าที่สายลับ ประกอบกับการทำงานจารกรรมของสายลับมีลักษณะที่ต้องใช้การปลอมแปลงตัว การแฝงตัว การอำพรางสถานะ การโกหกหลอกลวงเกี่ยวกับสถานะและข้อมูลเท็จจริงของตน หรือการปฏิบัติกรลับ อีกทั้งการเป็นสายลับอาจทำให้ต้องเปลี่ยนสถานะไปเรื่อยๆ ตามความจำเป็นของสถานการณ์ เช่น บางขณะอาจปลอมเป็นทหารในชั้นยศ และหน้าที่แตกต่างกันไป แต่บางขณะอาจทำตัวเป็นพลเรือน ที่เป็นพ่อค้า คนงาน นักศึกษา ผู้สื่อข่าว เจ้าหน้าที่ทางการทูต ฯลฯ ทำให้เป็นเรื่องยากมากที่จะรู้ว่าบุคคลนั้นเป็นสายลับ เป็นพลรบ หรือเป็นพลเรือน หรือเป็นสายลับที่มาจากพลรบ หรือเป็นสายลับที่มาจากพลเรือน

ทั้งนี้การจำแนกสายลับออกจากพลรบกับพลเรือน นั้นน่าจะเป็นการยากกว่าการจำแนกพลรบนอกกรอบแบบออกจากพลรบกับพลเรือนด้วย เพราะผู้ที่เข้าร่วมรบนอกกรอบแบบ เช่น ทหารในสงครามกองโจร แม้ขณะปฏิบัติการทางการทหารหรือสู้รบจะไม่ได้สวมเครื่องแบบ และกระทำการในลักษณะลอบโจมตี ทำให้แยกความแตกต่างกับพลเรือนได้ยาก แต่อย่างน้อยที่สุดบุคคลกลุ่มนี้ก็มีอาวุธโดยเปิดเผย และไม่มีการอำพรางสถานะในลักษณะที่หลากหลายและเปลี่ยนไปมาตามสถานการณ์เช่นที่สายลับกระทำ

⁴⁹ Geneva Convention III, Art 4

ในปฏิบัติการทางทหารตามพันธกรณีในพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1⁵⁰ กำหนดให้พลรบต้องเคารพหลักการแตกต่างระหว่างพลรบกับพลเรือน โดยต้องแยกตนให้แตกต่างจากพลเรือน ไม่โจมตีเป้าหมายพลเรือนและวัตถุทางพลเรือน แต่เนื่องจากสายลับเป็นศัตรูที่ไม่เห็นตัว ดังนั้นหากพลรบซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ทางทหารจะเข้าจับกุมหรือโจมตี ก็ไม่อาจทราบได้ว่าตนกำลังต่อสู้กับใคร เพราะเมื่อมีการปะปนในฝูงชนก็จะไม่สามารถแยกได้ว่าผู้ใดเป็นพลเรือนหรือผู้ใดเป็นสายลับจึงก่อให้เกิดความเสียหายเปรียบแก่เจ้าหน้าที่ทางทหารที่เป็นพลรบเพราะไม่อาจจับกุมตัวสายลับฝ่ายศัตรูที่เข้ามาล้วงความลับของฝ่ายตนได้ ขณะที่สายลับที่สามารถเข้าถึงความลับสามารถส่งข้อมูลข่าวสารที่รวบรวมได้ไปยังกองทัพของตนเพื่อใช้วางแผนโจมตีหรือแผนการยุทธเพื่อให้ฝ่ายตนได้เปรียบในการสงครามได้ ทั้งนี้ในทางปฏิบัติของนานารัฐคู่ต่อสู้ที่เข้าขบเกี่ยวกับสายลับฝ่ายศัตรูไม่ใช่พลรบ แต่เป็นหน่วยงานข่าวกรองหรือหน่วยงานต่อต้านการจารกรรม ที่มีประสิทธิภาพซึ่งสามารถรู้วิธีจัดการกับสายลับได้เป็นอย่างดี

⁵⁰ Additional Protocol I, Art 48

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

4. ปัญหาว่าด้วยกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองสายลับ

โดยหลักการและสาระของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ สายลับเป็นบุคคลจำพวกที่ไม่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองโดยตรงในฐานะเป็นนักโทษสงครามตามอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 3 หรือในฐานะพลเรือนที่ได้รับความคุ้มครอง (protected persons) ตามอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 ขณะเดียวกันก็อนุญาตให้ฝ่ายที่จับตัวสายลับได้สามารถลงโทษอย่างรุนแรงต่อสายลับได้ รวมทั้งโทษประหารชีวิต อย่างไรก็ตามในเรื่องของการปฏิบัติต่อสายลับ (treatment of spy) ก่อนที่จะมีการลงโทษ นั้น กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ได้กำหนดหลักประกันพื้นฐานขั้นต่ำเอาไว้ในหลายๆ ส่วน ซึ่งหลักประกันนี้สามารถปรับใช้กับการให้ความคุ้มครองกับบุคคลที่อยู่นอกเหนือจากการคุ้มครองในระบบปกติซึ่งถือว่าเป็นพลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (unlawful combatant)⁵¹ ได้ทุกประเภท เช่น สมาชิกกองโจร วิศวกร ทหารรับจ้าง ผู้ก่อการร้าย รวมทั้งสายลับด้วย หลักประกันพื้นฐานดังกล่าวประกอบด้วย

⁵¹พลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หมายถึงบุคคลที่เข้าไปมีส่วนในการสู้รบโดยตรง (direct participate) แต่ขาดคุณสมบัติ (disqualify) การเป็นพลรบ โดยไม่ได้รับสิทธิตามกฎหมายที่จะทำการเช่นนั้นได้ และไม่มีสิทธิได้รับสถานะนักโทษสงครามเมื่ออยู่ภายใต้อำนาจของศัตรู⁸⁰ ตัวอย่างเช่น พลเรือนที่เข้าร่วมกับการสู้รบ สมาชิกนักรบกองโจร ทหารรับจ้าง สายลับ วิศวกร ผู้ก่อการร้าย รวมทั้งสมาชิกของกองกำลังอาสาสมัคร กองอาสา รักษาดินแดน กองกำลังต่อต้านรัฐบาล ที่ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของกองทัพ และไม่ได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในมาตรา 4 A(2) ของอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 3 คือไม่มีผู้บังคับบัญชารับผิดชอบ ไม่แยกตนให้แตกต่างจากพลเรือน ไม่ถืออาวุธโดยเปิดเผย และไม่ปฏิบัติตามกฎหมายและจารีตประเพณีว่าด้วยสงคราม

4.1 ข้อกำหนดมาแต่ติง (the Marten clause)

ข้อกำหนดมาแต่ติง มีที่มาจากแนวคิดที่ต้องการคุ้มครองบุคคลที่ตกเป็นเหยื่อของการสู้รบ กำหนดขึ้นโดยฟิโอดอร์ มาแต่ติง (Fyodor Marten) นักกฎหมายและนักการทูตชาวรัสเซีย ซึ่งได้วางข้อกำหนดสำหรับกรณีที่ไม่อยู่ภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไว้ว่า “(....) พลเรือนและนักรบยังคงอยู่ภายใต้ความคุ้มครองและอำนาจแห่งหลักการของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งได้มาจากจารีตประเพณีที่ก่อตัวขึ้น รวมถึงหลักการต่างๆ ว่าด้วยมนุษยธรรมและมาจากบงการของสำนักมหาชน” ข้อกำหนดข้างต้นเรียกว่าข้อกำหนดมาแต่ติง ซึ่งเป็นชื่อเดียวกับชื่อของตัวเขา ถือเป็นมาตรฐานขั้นต่ำส่วนสำคัญของกฎหมายจารีตประเพณีที่ต้องได้รับความเคารพจากทุกรัฐ โดยเฉพาะเมื่อข้อกำหนดนี้ถูกนำมากำหนดยืนยันในมาตรา 1 วรรคสอง ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ค.ศ.1977

4.2 มาตรา 3 ร่วม แห่งอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949

หลักเกณฑ์ของมาตรา 3 ร่วม บัญญัติเป็นข้อความเดียวกันและอยู่ในมาตราเดียวกันของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ เป็นแนวทางปฏิบัติต่อมนุษย์ซึ่งมีลักษณะเป็นหลักประกันพื้นฐานที่บัญญัติไว้อย่างกว้างๆ รวบรวมมาจากหลักการของจารีตประเพณีว่าด้วยสงคราม และอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ.1907 ว่าด้วยสงครามทางบก และอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 โดยให้ความคุ้มครองขั้นต่ำแก่บุคคลทุกคนที่ตกเป็นเหยื่อของการสู้รบ หรือที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายภาคสงคราม ให้ได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม โดยแม้ในบทบัญญัติจะสื่อว่ามุ่งใช้บังคับกับการขัดกันทางกำลังทหารที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ แต่ที่บัญญัติดังกล่าวก็เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่เดิมมุ่งคุ้มครองเฉพาะการขัดกันทางทหารที่มีลักษณะระหว่างประเทศเท่านั้น ดังนั้นในทางปฏิบัติจึงสามารถนำบทบัญญัตินี้ไปใช้ได้ในทุกสถานการณ์⁵²

มาตรา 3 ร่วม ได้วางมาตรฐานขั้นต่ำโดยกำหนดให้ผู้เป็นฝ่ายในความขัดแย้งต้องปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของตนอย่างมีมนุษยธรรม และไม่เลือกปฏิบัติอันเนื่องมาแต่เชื้อชาติ ศิพ ศาสนา หรือความเชื่อถือ เพศ กำเนิด หรือความมั่งมี หรือเหตุอื่นใดที่คล้ายคลึงกัน โดยมีบัญญัติไว้ดังต่อไปนี้

⁵²ICRC, Commentary on Geneva Convention IV, at 44.

1) บุคคลซึ่งมิได้เข้าร่วมเป็นฝ่ายในการสู้รบโดยตรง รวมทั้งผู้สังกัดในกองทัพซึ่งได้วางอาวุธแล้ว และผู้ซึ่งถูกกันออกจากการต่อสู้ เพราะป่วยไข้ บาดเจ็บ ถูกกักกัน ควบคุม หรือเพราะเหตุอื่นใดก็ได้ ไม่ว่าในพฤติการณ์ใดๆ จะต้องได้รับการปฏิบัติด้วยมนุษยธรรม โดยไม่คำนึงถึงลักษณะความแตกต่างอันมีผลเสียเองมาแต่เชื้อชาติ ศาสนา หรือความเชื่อถือ เพศ กำเนิด หรือความมั่งมี หรือเหตุอื่นใดที่คล้ายคลึงกัน

เพื่อการนี้ บรรดาการกระทำต่อไปนี้ แก่บุคคลดังกล่าวข้างต้นเป็นอันห้ามและคงห้ามต่อไปไม่ว่าในกาลและเทศะใด คือ

ก) การประทุษร้ายต่อชีวิตและร่างกาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการฆาตกรรมทุกชนิด การตัดทอนอวัยวะส่วนหนึ่งส่วนใด การกระทำทารุณกรรม และการทรมาน

ข) การจับเป็นตัวประกัน

ค) การทำลายเกียรติยศแห่งบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปฏิบัติให้เป็นที่ยับอายขายหน้าและเสื่อมทรามต่ำช้า

ง) การตัดสินลงโทษและการปฏิบัติตามคำตัดสินลงโทษโดยไม่มีคำตัดสินของศาลที่ตั้งขึ้นตามระเบียบอันเป็นการให้หลักประกันความยุติธรรม ซึ่งอารยชนทั้งหลายยอมรับนับถือว่าเป็นสิ่งซึ่งไม่อาจจะเว้นเสียได้

2) การรวบรวมดูแลรักษาผู้บาดเจ็บและป่วยไข้

องค์การมนุษยธรรมซึ่งไม่ลำเอียงทางฝ่ายใด เช่นคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ อาจเสนอบริการของตนให้แก่ภาคีคู่พิพาทก็ได้ ภาคีคู่พิพาทควรพยายามนำบทบัญญัติอื่นๆ แห่งอนุสัญญาฉบับนี้ทั้งหมดหรือบางส่วนมาใช้บังคับอีกด้วย โดยทำความเข้าใจกันเป็นพิเศษและการใช้บทบัญญัติข้างต้นนี้ จะไม่กระทบกระเทือนฐานะของภาคีคู่พิพาท

ความหมายของการปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม

หลักการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมตามมาตรา 3 ร่วม มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปสำหรับรัฐทุกรัฐที่ต้องยอมรับและนำไปปฏิบัติตามพันธกรณี โดยถือว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ให้หลักประกันพื้นฐาน ทั้งนี้กรณีที่มีการปฏิบัติดังต่อไปนี้เป็นการปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม ซึ่งถือว่าไม่ใช่เป็นการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม

ก) กรณีที่มีการใช้ความรุนแรงต่างๆ ทั้งต่อบุคคลและกลุ่มบุคคล เช่น การประทุษร้ายต่อชีวิตและร่างกาย การฆาตกรรมทุกชนิด การกระทำทารุณกรรม การทรมาน

การนำมนุษย์มาเป็นเครื่องทดลองทางวิทยาศาสตร์และทางการแพทย์ การตัดทอนอวัยวะส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายรวมถึงการปลูกถ่ายเนื้อเยื่อหรืออวัยวะเพื่อปลูกถ่ายอวัยวะที่แสดงให้เห็นถึงความโหดร้ายทารุณของมนุษย์

ข) การจับเป็นตัวประกัน หมายถึงการจับบุคคลที่ไม่มีการต่อสู้มาเป็นตัวประกันถือเป็นสิ่งต้องห้าม รวมถึงพันธกรณีที่ต้องไม่จับพลเรือนมาใช้เป็นโล่เพื่อป้องกันเป้าหมายทางทหาร

ค) การเหยียดยามศักดิ์ศรีของบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำลายเกียรติยศแห่งบุคคล และการปฏิบัติให้เป็นที่อับอายขายหน้าและเสื่อมทรามต่ำช้า เช่น การบังคับให้เป็นทาส หรือค้าทาส นางบำเรอ โสเภณี ข่มขืนและละเมิดทางเพศทุกรูปแบบ

ง) การตัดสินใจโทษและการปฏิบัติตามคำตัดสินโทษโดยไม่มีคำตัดสินของศาลที่ตั้งขึ้นตามระเบียบอันเป็นการให้หลักประกันความยุติธรรม ซึ่งอารยชนทั้งหลายยอมรับนับถือว่าเป็นสิ่งซึ่งไม่อาจจะเว้นเสียได้ กล่าวคือการพิพากษาตัดสินคดีและการลงโทษนั้นเป็นการตัดสินคดีและลงโทษกันเองโดยไม่ได้มีคำวินิจฉัยของศาลที่ถูกต้อง ซึ่งถือว่าไม่มีหลักประกันความยุติธรรมที่นานาชาติจะยอมรับได้

ห้ามลงโทษรวมหมู่ ต้องเคารพความเชื่อและการปฏิบัติทางศาสนาของพลเรือนและผู้ที่ไม่อาจสู้รบต่อไปได้ บุคคลที่ในภาวะการณ์ขัดกันทางกำลังทหารตกอยู่ภายใต้อำนาจของศัตรูย่อมได้รับการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานที่บุคคลทั่วไปจะพึงได้รับ

หลักการปฏิบัติเยี่ยงมนุษย์

เป็นการยืนยันต่อหลักการเคารพศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ โดยกฎข้อ 87 ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่คณะกรรมการกาชาดได้รวบรวมจัดทำวางหลักเกณฑ์ว่า พลเรือนและผู้ที่ไม่อาจสู้รบต่อไปได้ต้องได้รับการปฏิบัติเยี่ยงมนุษย์จากฝ่ายที่บุคคลนั้นอยู่ภายใต้อำนาจ

4.3 พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 มาตรา 75

พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 มาตรา 75 กำหนดหลักประกันพื้นฐานที่จำเป็น โดยได้ให้หลักประกันแก่บุคคลทุกคนที่มีได้รับการปฏิบัติที่เอื้อประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 และภายใต้พิธีสารฉบับที่ 1 ให้ได้รับการปฏิบัติเยี่ยงมนุษย์ในทุกกรณี โดยห้ามการทรมานและการกระทำทารุณโหดร้ายในทุกกรณี กำหนดหลักประกันสิทธิของผู้ต้องหา เช่น การสันนิษฐานว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้บริสุทธิ์ การพิจารณาคดีโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย การ

เปิดโอกาสให้ผู้ต้องหาสามารถนำพยานหลักฐานเข้าต่อสู้ได้ การห้ามพิจารณาคดีหรือลงโทษซ้ำ เปิดโอกาสให้มีการดำเนินคดีและพิจารณาคดีบุคคลที่ถูกกล่าวหาในข้อหาอาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ หรืออาชญากรรมอื่นๆ ที่เกิดจากฝ่าฝืนอันร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวา ตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับ

4.4 อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 4

อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 4 แม้จะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองพลเรือนโดยตรง แต่ก็มีบทบัญญัติที่สามารถนำมาปรับใช้กับการคุ้มครองสายลับที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายศัตรูเช่นกัน ซึ่งเป็นมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับคุ้มครองบุคคลทุกคนในสถานการณ์ขัดกันทางกำลังทหาร โดยอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 กำหนดให้ผู้เป็นฝ่ายในความเป็นปรปักษ์ที่จับหรือควบคุมตัวสายลับได้ต้องปฏิบัติต่อสายลับอย่างมีมนุษยธรรม และกรณีที่ต้องมีการดำเนินคดี ก็ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาอย่างยุติธรรมภายใต้กระบวนการไต่สวนพิจารณาปกติ ไม่ว่าการจับหรือควบคุมสายลับนั้นจะทำในดินแดนที่ยึดครองหรือดินแดนภายใต้ควบคุม⁵³ ทั้งนี้ลักษณะของการปฏิบัติต่อสายลับอย่างมีมนุษยธรรม และการพิจารณาอย่างยุติธรรมภายใต้กระบวนการไต่สวนพิจารณาปกตินั้นโดยรายละเอียดในการปฏิบัติเป็นไปในลักษณะเดียวกันกับที่บัญญัติในมาตรา 3 ร่วม และมาตรา 75 แห่งพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ดังที่กล่าวมาแล้ว

⁵³ Geneva Convention IV, Art 5 para 3

5. บทวิเคราะห์ว่าด้วยปัญหาสายลับ : ข้อพิจารณาจากทางปฏิบัติ

5.1 ข้อพิจารณาว่าด้วยสายลับถือเป็นการใช้กลอุบายโดยชอบ (Ruses)

คำว่ากลอุบายโดยชอบ (Ruses) นั้นได้รับการยอมรับจนถือว่าเป็นจารีตประเพณีในการทำสงครามมาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน⁵⁴ ในการทำสงครามผู้บัญชาการกองทัพที่ดีจะต้องรู้จักใช้กลอุบายเพื่อสร้างความสับสนให้แก่ฝ่ายศัตรูและเพื่อเอาชนะฝ่ายศัตรู การลวงฝ่ายศัตรูเกี่ยวกับสถานะทางทหารของฝ่ายตน โดยเฉพาะในเรื่องศักยภาพการรบ ที่ตั้งทางทหาร ความมุ่งหมาย และแผนการเข้าโจมตี กฎหมายภาคสงครามที่เป็นลายลักษณ์อักษรหลายฉบับต่างยืนยันไปในแนวทางเดียวกันว่าการใช้กลอุบายโดยชอบในภาวะสงคราม เป็นสิ่งที่จำเป็นและชอบธรรม เช่น ประมวลลีเบอร์ ค.ศ.1963 ได้วางหลักเกณฑ์ว่า การใช้กลอุบายโดยชอบในการทำสงครามถือว่าเป็นสิ่งที่ยุติธรรมและเป็นวิถีทางที่จำเป็นของรัฐคู่สงคราม และสอดคล้องกับการสงครามของอานาอารยะ⁵⁵ อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ.1907 วางหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันว่าการใช้กลอุบายโดยชอบในการทำสงครามและการใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับฝ่ายศัตรูถือว่าเป็นสิ่งที่ทำได้⁵⁶ และได้รับการยืนยันในพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ว่าการใช้กลอุบายโดยชอบในการทำสงครามไม่เป็นสิ่งต้องห้าม เพราะการใช้กลอุบายโดยชอบไม่เกี่ยวข้องกับความสุจริตใจของคู่ต่อสู้ในการปฏิบัติตามกฎหมายภาคสงคราม การใช้กลอุบายโดยชอบจึงไม่เป็นสิ่งต้องห้าม⁵⁷

การใช้กลอุบายโดยชอบ อาจทำได้ในหลายรูปแบบ เช่น การอำพรางและซ่อนพรางทั้งโดยใช้ธรรมชาติ ใช้ตาข่ายอำพราง ใช้สีอำพราง ใช้ควัน เพื่ออำพรางการเคลื่อนไหวของฝ่ายตน การสร้างหรือหลอกกว่าจะทำการโจมตี การมุ่งเข้าโจมตีด้านใดด้านหนึ่งเพื่อให้

⁵⁴[http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/5P8EX4/\\$File/LAW4_final.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/5P8EX4/$File/LAW4_final.pdf)

⁵⁵Lieber Code 1863 ,Art 101

⁵⁶Hugue convention 1907 ,Art 24

⁵⁷Additional Protocol I, Art 37 para 2

ฝ่ายศัตรูพะวงกับการป้องกัน การใช้อาวุธหรือระเบิดปลอม ใช้รถถังจำลอง เครื่องบินจำลอง เพื่อทำให้ฝ่ายศัตรูสับสนและเข้าใจผิดในเรื่องความแข็งแกร่งและการจัดเตรียมกำลังของฝ่ายตน การปล่อยข่าวลวงผ่านเครือข่ายการสื่อสารของฝ่ายศัตรู หรือเข้าไปเจาะระบบการสื่อสารที่ใช้รหัสลับของข้าศึก หรือการ ปฏิบัติการจิตวิทยาเพื่อสร้างความสับสนและลดขวัญกำลังใจของฝ่ายศัตรู ทั้งนี้มีตัวอย่างเหตุการณ์ของการใช้กลอุบายโดยชอบในสงครามที่น่าสนใจ ดังนี้

ก. สงครามกรุงทรอย (The Trojan War)⁵⁸

เป็นสงครามระหว่างชาวกรีกและชาวทรอย เมื่อประมาณ 2,000 ปีก่อนคริสตศักราช ในการสู้รบกันแม้ชาวกรีกจะมีกำลังเหนือกว่าแต่ก็ไม่สามารถเอาชนะชาวทรอยได้ จนต้องใช้กลอุบายเพื่อให้เข้าไปในกรุงทรอย โดยสร้างม้าที่ทำด้วยไม้ขนาดใหญ่ให้ข้างในมีลักษณะกลวง ให้ทหารสามารถซ่อนตัวภายในนั้น เมื่อมีการสู้รบอีกฝ่ายกรีกได้แสร้งทำเป็นยอมแพ้ถอยไปโดยทิ้งม้าไม้ไว้ ชาวทรอยเข้าใจว่าชาวกรีกแพ้จริง จึงนำม้าไม้นั้นกลับเข้าไปในกรุงทรอย และทำการเฉลิมฉลองสิ่งที่พวกเขาคิดว่าเป็นชัยชนะ คือนั้นหลังจากชาวทรอยส่วนใหญ่นอนหลับหรืออยู่ในอาการมึนงงด้วยความ พวกนักรบกรีกที่ซ่อนอยู่ได้ออกมาจากม้าไม้ และทำการโจมตีชาวทรอยโดยไม่ได้ตั้งตัวจนสามารถเอาชนะและยึดกรุงทรอยได้สำเร็จ

ข. สงครามรัสเซียตุรกี (Russo-Turkish War, 1877-1878)⁵⁹

สงครามสงครามรัสเซียตุรกี มีประวัติการใช้กลอุบายการทำสงครามเหตุการณ์หนึ่ง โดยในการสู้รบใหญ่ครั้งหนึ่งขณะที่ทหารม้าของกองทัพตุรกีกำลังรุกไล่โจมตีกองทหารของรัสเซีย ทหารฝ่ายแตรสัญญาณของรัสเซีย ได้ใช้แตรสัญญาณเลียนเสียงแตรสัญญาณของกองทัพตุรกี โดยส่งสัญญาณให้กองทัพตุรกีหยุดการรุกโจมตีทั้งๆ ที่ฝ่ายตนกำลังได้เปรียบ ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นผลให้กองทัพรัสเซียที่กำลังเข้าตาดจมนรอดพ้นจากการถูกทำลายได้อย่างแทบไม่น่าเชื่อ

ค. สงครามอ่าวเปอร์เซีย (Gulf War, 1991)⁶⁰

ในสงครามอ่าวเปอร์เซียครั้งแรก กองทัพอิรักที่มีกำลังและศักยภาพการรบด้อยกว่าสหรัฐอเมริกา และกองกำลังพันธมิตรหลายเท่าได้ใช้กลอุบายอำพราง ซ่อนพรางโดยสร้าง

⁵⁸ <http://www.icrc.org>, *supra note 54*

⁵⁹ *Ibid*

⁶⁰ *Ibid*

เป้าหมายทางทหาร ฐานยิงขีปนาวุธ หรือฐานทัพอากาศทางทหารปลอมจำนวนมากเพื่อลวงกองทัพพันธมิตร หลังจากถูกโจมตีอิรักจะใช้วิธีสร้างการอำพรางเป้าหมายทางทหารขึ้นมาใหม่ให้โจมตีซ้ำอีก ซึ่งทำให้ความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อเป้าหมายทางทหารของอิรักน้อยกว่าความเป็นจริงมาก และยังทำให้ดาวเทียม และอากาศยานที่ใช้ทำการจารกรรมและสำรวจข้อมูลทางทหารได้ข้อมูลที่ผิดๆ เกี่ยวกับการทำลายเป้าหมายทางทหารของอิรัก เพราะเข้าใจว่าเป้าหมายที่ฝ่ายตนทำลายไปนั้น เป็นรถถัง เครื่องบิน เฮลิคอปเตอร์ ฐานยิงขีปนาวุธ ที่ทำการทางทหาร หรือกองกำลังทางทหารของอิรักจริง

การใช้กลอุบายโดยชอบ (Ruses) แตกต่างจากการใช้กลอุบายโดยมิชอบ (Perfidy) เพราะการใช้กลอุบายโดยมิชอบ เป็นการกระทำที่มีเป้าหมายลวงความสุจริตใจของคู่ต่อสู้ซึ่งเชื่อมั่นและเคารพกฎเกณฑ์ในกฎหมายเพื่อทรยศในการกระทำที่เป็นปฏิบัติ การใช้กลอุบายโดยมิชอบเป็นอันตรายอย่างยิ่งต่อผู้ที่อยู่ใต้การคุ้มครองของกฎหมายภาคสงคราม เนื่องจากทำให้ศัตรูลังเลที่จะให้ความคุ้มครองต่อไป การใช้กลอุบายโดยมิชอบจะต้องเป็นการใช้โดยมีวัตถุประสงค์ที่เป็นปฏิบัติเพื่ออำพรางการโจมตี อำนวยความสะดวก คุ้มครองขีดขวางปฏิบัติการทางทหาร หากปราศจากเป้าหมายที่เป็นปฏิบัติ ไม่ถือว่าเป็นการใช้กลอุบายโดยมิชอบ แต่การใช้กลอุบายโดยชอบไม่เกี่ยวข้องกับความสุจริตใจของคู่ต่อสู้ในการปฏิบัติตามกฎหมายภาคสงคราม การใช้กลอุบายโดยชอบจึงไม่เป็นเรื่องต้องห้าม ตัวอย่างของกลอุบายโดยมิชอบ เช่น

- (ก) การแสร้งว่ามีเจตนาจะเจรจาภายใต้ธงพักรบหรือธงยอมจำนน
- (ข) การแสร้งว่าไร้ความสามารถเพราะบาดเจ็บหรือป่วยไข้
- (ค) การแสร้งว่าเป็นพลเรือนหรือมีฐานะที่มีไซเป็นพลรบ
- (ง) การแสร้งว่ามีฐานะที่ได้รับการคุ้มครองโดยใช้เครื่องสัญญาณ เครื่องหมายหรือเครื่องแบบของสหประชาชาติ หรือของรัฐเป็นกลางหรือรัฐอื่นที่มีได้เป็นภาคีคู่พิพาท

จากข้อเท็จจริงและหลักการทางกฎหมายดังที่กล่าวมาแล้วนั้น ปัญหาที่ต้องพิจารณาสายลับถือเป็นกลอุบายโดยชอบหรือไม่นั้นเห็นว่าสายลับเป็นกลอุบายโดยชอบ เนื่องจากตามจารีตประเพณีการทำสงครามตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน และกฎหมายภาคสงครามที่ใช้บังคับในปัจจุบันต่างยอมรับและเห็นถึงความจำเป็นของการใช้สายลับ แม้จะยอมให้มีการลงโทษประหารชีวิตผู้กระทำการเป็นสายลับก็ตามแต่นั้นก็เพราะเห็นว่าการทำจารกรรมเป็นสิ่งที่อันตรายและป้องกันได้ยากมาก ไม่ใช่เพราะเห็นว่าการจารกรรมเป็นกล

ดูบายที่ไม่ชอบ อีกทั้งการทำหน้าที่ของสายลับแม้จะต้องใช้การปลอมแปลงตัว โกหก หลอกลวง หรือปฏิบัติการลับ แต่ก็มิเป็นไปโดยมีวัตถุประสงค์ที่เป็นปฏิปักษ์เพื่ออำพรางการโจมตี อำนวยความสะดวก คຸ້ມครองกิดขวางปฏิบัติการทางทหาร ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์สำคัญของกฎหมายภาคสงครามที่จะตัดสินว่าการกระทำนั้นเป็นกลอุบายโดยมิชอบหรือไม่

5.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการใช้สายลับกับการทำงานของหน่วยงานข่าวกรอง

ข่าวกรอง ภาษาอังกฤษใช้คำว่า Intelligence ที่แปลว่า "สติปัญญา ความเฉลียวฉลาด ไหวพริบ ความรู้" การข่าวกรอง คือ การใช้สติปัญญา ความฉลาด ไหวพริบ ความรอบรู้ เป็นเรื่องของการต่อสู้โดยใช้สติปัญญาความรอบรู้ ส่วนอีกความหมายหนึ่งหมายถึงผลผลิตที่ได้จากการรวบรวม การประเมินค่า การวิเคราะห์ การสนธิกรรม การตีความข่าวสารทั้งหมดที่ได้มา ซึ่งเกี่ยวข้องกับลักษณะอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างของต่างชาติหรือของพื้นที่ปฏิบัติการ ยุทธและมีความสำคัญโดยตรงหรือน่าจะมีความสำคัญต่อการวางแผนทางยุทธศาสตร์และนโยบายของชาติ และการกำหนดยุทธศาสตร์ทหาร⁶¹

การข่าวกรอง หมายความว่า การดำเนินการเพื่อให้ทราบถึงความมุ่งหมายกำลังความสามารถ และความเคลื่อนไหว รวมทั้งวิถีทางของต่างชาติหรือองค์การก่อการร้ายที่อาจกระทำการอันเป็นการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงแห่งชาติ ทั้งนี้ เพื่อให้รัฐบาลนำมาประกอบการพิจารณาในการกำหนดนโยบายแห่งชาติ⁶²

หน่วยงานข่าวกรอง (Intelligence Service Agency) หมายถึงองค์กรที่ทำหน้าที่ปฏิบัติการทางด้านข่าวกรอง โดยการรวบรวมและดำเนินการวิธี หรือเป็นผู้ใช้ข่าวกรองเพื่อรักษาผลประโยชน์และความมั่นคงของชาติ ซึ่งโดยทั่วไปประกอบด้วยงานที่เกี่ยวกับการกำหนดนโยบาย วางแผน รวบรวม ประเมินค่า การวิเคราะห์ สนธิ และการตีความข้อมูลข่าวสารทั้งหมดที่ได้มา ซึ่งเกี่ยวข้องกับความมั่นคงของชาติ ทั้งทางเศรษฐกิจ สังคม การเมือง การทหาร และการต่างประเทศ ผลิตเป็นข่าวกรอง (Intelligence) เพื่อนำมาใช้ในการตัดสินใจ กำหนดมาตรการ นโยบาย หรือการวางแผนในด้านต่างๆ ของรัฐบาล กองทัพ หรือผู้ใช้ข่าวกรองอื่น กล่าวได้ว่างานข่าวกรองมีความสำคัญมากต่อการปกป้องผลประโยชน์ของชาติ

⁶¹ กองทัพเรือ, คู่มือการข่าวของกองทัพเรือ พ.ศ.2543, น.1

⁶² พรบ.ข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ.2528 มาตรา 3

โดยเกือบทุกรัฐในปัจจุบันต่างก็มีหน่วยงานข่าวกรองเป็นของตนเองและให้ความสำคัญกับงานข่าวกรองมาก เช่น สหรัฐอเมริกามีหน่วยข่าวกรองระดับชาติถึง 18 หน่วย อังกฤษมีหน่วยข่าวกรอง 6 หน่วย นอกจากนั้น เยอรมนี ฝรั่งเศส ออสเตรเลีย รัสเซีย จีน ไทย หรือประเทศอื่นๆ ต่างก็มีหน่วยข่าวกรองจำนวนมาก⁶³ เพื่อทำภารกิจด้านข่าวกรองดังกล่าว

โดยทั่วไปแล้วหน่วยงานหรือองค์กรข่าวกรองของประเทศต่างๆ จะแบ่งออกเป็นองค์กรข่าวกรองพลเรือน ที่เน้นปฏิบัติการข่าวกรองในเกือบทุกๆ ด้านที่อาจเป็นภัยคุกคามต่อความมั่นคงของประเทศ รวมทั้งที่จะเป็นผลดีต่อการดำเนินนโยบายทางเศรษฐกิจ สังคม การเมืองของรัฐ และรวมถึงข่าวกรองเกี่ยวกับการทหารด้วย กับองค์กรข่าวกรองทางทหาร ที่เป็นหน่วยงานที่สังกัดกระทรวงกลาโหม หรือกองทัพ ซึ่งเน้นปฏิบัติการข่าวกรองเกี่ยวกับการทหารเป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ในปัจจุบันองค์กรข่าวกรองของประเทศต่างๆ จะมีภารกิจที่สำคัญดังต่อไปนี้⁶⁴

- 1) ปฏิบัติงานเกี่ยวกับกิจการข่าวกรอง การต่อต้านข่าวกรอง การข่าวกรองทางการสื่อสารคมนาคมและการรักษาความปลอดภัย
- 2) ติดตามสถานการณ์ภายในประเทศและต่างประเทศ ที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงแห่งชาติ
- 3) ศึกษา วิจัยและพัฒนา เกี่ยวกับกิจการการข่าวกรอง การต่อต้านข่าวกรอง
- 4) เป็นศูนย์กลางประสานกิจการข่าวกรอง การต่อต้านข่าวกรอง กับหน่วยงานอื่นทั้งในประเทศและต่างประเทศ

⁶³.intelligence agencies by country available at http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_intelligence_agencies

⁶⁴ ตัวอย่างอำนาจหน้าที่ของหน่วยข่าวกรองของไทยซึ่งนำแม่แบบมาจากหน่วยข่าวกรองของสหรัฐฯ เช่น สำนักข่าวกรองแห่งชาติ ศูนย์รักษาความปลอดภัย และกองบัญชาการตำรวจสันติบาล โปรดดู พรบ.ข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ.2528 มาตรา 4 ; พระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2548 มาตรา 5 2(13) ; พระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการและกำหนดหน้าที่ของส่วนราชการกองบัญชาการทหารสูงสุด กระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2539 มาตรา 4 (10)

5) เสนอแนะนโยบายและมาตรการ ตลอดจนให้คำแนะนำ และคำปรึกษาด้านการข่าวกรองการต่อต้านข่าวกรอง และการรักษาความปลอดภัยต่อรัฐบาล

6) ปฏิบัติหน้าที่อื่นใดที่เกี่ยวกับการข่าวกรองตามที่รัฐบาลกำหนด หรือมอบหมาย

ในส่วนของข่าวกรองทางทหาร (Military Intelligence) นั้น เป็นข่าวกรองสำหรับนำมาใช้ในการวางแผนการปฏิบัติการตามแผนนโยบาย โครงการ และกำหนดการทางทหาร ซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็น ข่าวกรองทางการรบ หรือข่าวกรองทางยุทธวิธี (Combat Intelligence) และ ข่าวกรองทางยุทธศาสตร์

ข่าวกรองทางการรบ คือ ความรู้เกี่ยวกับข้าศึกกลมฟ้าอากาศและลักษณะทางภูมิศาสตร์ ที่ผู้บัญชาการต้องการในการวางแผนและการปฏิบัติการทางยุทธวิธี ข่าวกรองทางการรบได้มาจากการดำเนินการรวบรวมวิธีต่อข่าวสารเกี่ยวกับข้าศึก ลมฟ้าอากาศที่ได้รับจากเจ้าหน้าที่รวบรวมข่าวสารของทั้งหน่วยเหนือ หน่วยรอง หน่วยข้างเคียง และแหล่งข่าวอื่นๆ ความมุ่งหมายในการใช้ข่าวกรองทางการรบ ซึ่งได้แก่ ข้อสรุปเกี่ยวกับพื้นที่ปฏิบัติการ ซัดความสามารถ จุดล่อแหลมและหนทางปฏิบัติของข้าศึก ก็เพื่อลดผลกระทบต่างๆ ที่จะมีการบรรลุภารกิจให้เหลือน้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ผู้บัญชาการใช้ข่าวกรองทางการรบในการกำหนดข้อตกลงใจที่จะใช้ปัจจัยอำนาจกำลังรบของตนได้อย่างเหมาะสม เพื่อบรรลุภารกิจของหน่วย และกำหนดมาตรการรักษาความปลอดภัยให้แก่หน่วยได้⁶⁵

ข่าวกรองทางยุทธศาสตร์ คือ ความรู้เกี่ยวกับพื้นฐานในการกำหนดนโยบายและแผนการทางทหารของต่างชาติ ชาติใดชาติหนึ่ง หรือหลายๆ ชาติ โดยมุ่งพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของชาติ การวางแผนและวิธีการปฏิบัติเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ ความมุ่งหมายของการข่าวกรองทางยุทธศาสตร์ ได้แก่ ซัดความสามารถ จุดล่อแหลม และหนทางปฏิบัติที่น่าจะเป็นของชาติอื่นทั้งที่เป็นศัตรู พันธมิตร และชาติที่เป็นกลาง การพิจารณาข่าวกรองทางยุทธศาสตร์ เพื่อทราบถึงพลังอำนาจของต่างชาติ ซึ่งพลังอำนาจของชาติก็คือความสามารถของชาติหนึ่งๆ ในการที่จะดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของชาตินั้นๆ นั้นเอง

⁶⁵http://www.rta.mi.th/21123u/cpt_big/test/umnoykan.htm

โดยทั่วไปแล้วประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของหน่วยข่าวกรองต่างๆ จะขึ้นอยู่กับความสามารถในกระบวนการจัดให้ได้มาซึ่งข่าวสารและดำเนินการวิธีต่อข่าวสารนั้นให้เป็นข่าวกรอง หรือที่เรียกว่า “วงจรข่าวกรอง” ที่มี 4 ขั้นตอน ประกอบด้วย การวางแผนการรวบรวมข่าวกรอง การรวบรวมข่าวกรอง การดำเนินการวิธีต่อข่าวสาร และการใช้และกระจายข่าวสารข่าวกรอง

วงจรข่าวกรอง เริ่มต้นจากแผนงานข่าวกรองประจำปี ที่ต้องมีการประเมินภัยคุกคาม หรือประเมินความเสี่ยงต่อความมั่นคงของประเทศในทุกด้าน จัดลำดับความสำคัญเร่งด่วน (priority) ทบทวนทรัพยากรที่องค์การมีอยู่ทั้งด้านบุคลากร เจ้าหน้าที่ แหล่งข่าว สายลับ การฝึกอบรม ด้านงบประมาณ ด้านเทคโนโลยี ด้านเครื่องมืออุปกรณ์ในการปฏิบัติการ ว่าเพียงพอที่จะเผชิญกับภัยคุกคามที่จะเกิดขึ้นหรือไม่ ถ้าไม่พอ จำเป็นต้องหาเพิ่มเติมมาอีกเท่าใด จากนั้นจึงเข้าสู่ขั้นตอนของการรวบรวมข่าวทั้งวิธีเปิดและวิธีลับ ที่บุคลากรต้องได้รับการฝึกอบรมเป็นการเฉพาะ โดยเฉพาะการรวบรวมข่าวทางลับด้วยการใช้สายลับ การใช้เครื่องมือเทคนิค และเทคโนโลยีขั้นสูง เช่น หน่วยข่าวกรองของสหรัฐฯ รัสเซีย จีน มีการรวบรวมข่าวด้วยดาวเทียมจารกรรม เครื่องบินจารกรรมที่มีประสิทธิภาพ การดักฟังเครือข่ายสื่อสารทั่วโลก ดังเช่นศูนย์เฝ้าฟังการสื่อสารนานาชาติ (ECHELON interception system) ซึ่งเป็นโครงการข่าวกรองการสื่อสารคมนาคมร่วมกันของ 5 ชาติพันธมิตร อังกฤษ สหรัฐฯ แคนาดา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์⁶⁶ จากนั้นจะเป็นการดำเนินการวิธีข่าวกรอง โดยอาศัยข้อมูลข่าวสารที่รวบรวมมาทำการประเมินค่า วิเคราะห์ และประมวลโดยอาศัยข้อมูลผ่านการประเมินค่าและวิเคราะห์แล้วมาปะติดปะต่อกันเพื่อให้ทราบเรื่องราวหรือภาพที่สมบูรณ์และตีความโดยการแปลภาพที่เกิดขึ้นจากการประมวลและชี้ให้เห็นแนวโน้มที่จะเกิดขึ้น

สำหรับการรวบรวมข่าวกรอง เพื่อนำมาดำเนินการวิธีและผลิตเป็นข่าวกรอง ซึ่งเกี่ยวข้องกับการจารกรรมและใช้สายลับนั้น จะแบ่งเป็น 2 วิธีการใหญ่ๆ ได้แก่การรวบรวมจากแหล่งข่าวเปิด กับการรวบรวมจากแหล่งข่าวปิดหรือโดยการใช้ปฏิบัติการลับ

⁶⁶<http://en.wikipedia.org/wiki/ECHELON>

1) การรวบรวมข่าวสารจากแหล่งข่าวเปิด เป็นการรวบรวมข่าวสารจากแหล่งข่าวต่างๆ ซึ่งมิได้มีการป้องกันรักษาข้อมูลข่าวสารตามมาตรการรักษาความปลอดภัย และไม่ต้องใช้เทคนิค หรือวิธีการที่ยุ่งยากสลับซับซ้อนในการรวบรวม แต่อาจใช้วิธีการปกติธรรมดา เช่น รวบรวมข่าวสารจากสื่ออินเทอร์เน็ต สื่อมวลชน เอกสาร วารสาร สิ่งพิมพ์ เอกสารวิจัยของสถาบันการศึกษาและหน่วยงานต่างๆ รายงานทางการศึกษาและทางวิชาการ

2) การรวบรวมข่าวสารโดยการปฏิบัติการลับ เป็นการรวบรวมข่าวสารซึ่งต้องใช้ผู้ชำนาญพิเศษ โดยใช้เทคนิคหรือวิธีการที่สลับซับซ้อน และใช้เครื่องมือ หรืออุปกรณ์พิเศษต่างๆ ประการสำคัญจะเน้นหนักในเรื่องของการรักษาความปลอดภัยในการปฏิบัติการอย่างเข้มงวดมี 2 วิธีการ คือ

การจัดตั้งข่าวยานข่าวลับ หรือข่าวกรองทางบุคคล (Human Intelligence : HUMINT) กับการใช้เครื่องมือสื่อสารและอิเล็กทรอนิกส์ หรือเรียกว่า ข่าวกรองทางการสื่อสาร (Signal Intelligence : SIGINT)

ข่าวกรองทางบุคคล (HUMINT)

ข่าวกรองทางบุคคล โดยการจัดตั้งข่าวยานข่าวลับ (clandestine HUMINT) คือกรรมวิธีในการแสวงหาและเลือกเฟ้นตัวบุคคล เพื่อชักจูงให้เข้ามาปฏิบัติงานลับทางด้านการข่าวกรอง ซึ่ง ประกอบด้วยการปฏิบัติ 2 ขั้นตอนใหญ่ๆ ขั้นการคัดเลือกสายลับ และชักชวนสายลับกับขั้นการใช้สายลับ ข่าวยานข่าวลับอาจประกอบไปด้วยเครือข่ายหลายชั้น อาทิ สายลับ สายลับสนับสนุน สายลับควบคุม มีกลุ่มบุคคลเล็กๆ ที่ปฏิบัติการลับ (cell) หลายๆ กลุ่ม สายลับในแต่ละกลุ่มจะรู้จักเฉพาะคนในกลุ่ม ใช้ช่องทางลับในการติดต่อระหว่างกัน และกับผู้ควบคุมการปฏิบัติการลับ เพื่อป้องกันการตรวจพบของฝ่ายตรงข้าม ข่าวยานข่าวลับอาจใช้เพื่อปฏิบัติการรวบรวมข่าวกรองต่อฝ่ายตรงข้าม หรือต่อต้านการปฏิบัติการข่าวกรองของฝ่ายตรงข้าม (counter intelligence) ก็ได้

ข่าวกรองทางการสื่อสาร (SIGINT)

ข่าวกรองทางการสื่อสาร คือรวบรวมข่าวกรองโดยวิธีการดักการติดต่อสื่อสารกันระหว่างบุคคลและระบบอิเล็กทรอนิกส์ หรือระหว่างบุคคลกับเครื่องอิเล็กทรอนิกส์ สามารถแยกย่อยได้เป็น 2 ชนิดคือ

1. ข่าวกรองทางระบบโทรคมนาคม (communications intelligence : COMINT) เป็นการรวบรวมข่าวกรองโดยวิธีการดักการติดต่อสื่อสารกันระหว่างบุคคล อาทิเช่น การดักจับข้อความ รูปภาพ และเสียงพูดที่ส่งถึงกันผ่านทางระบบสื่อสารคมนาคม การดักจับทางเสียง

(voice interception) เป็นวิธีการพื้นฐานของข่าวกรองประเภทนี้ โดยอาจดักรับการสนทนาทางโทรศัพท์ (telephones interception) หรือการติดตั้งเครื่องมือดักฟังกับสายอุปกรณ์ไฟฟ้า (wiretaps) หรือการติดอุปกรณ์ดักฟังเฉพาะจุด (taps) เช่นรถยนต์ โต๊ะอาหาร รองเท้า ส่วนการดักจับข้อความ (text interception) เช่น ดักจับข้อความหรือรูปภาพที่ส่งถึงกันทางโทรศัพท์ แฟกซ์ อีเมล หรือรหัสมอส (morse code)

2. ข่าวกรองทางอิเล็กทรอนิกส์ (electronic intelligence : ELINT) เป็นวิธีการรวบรวมข่าวกรองโดยดักจับสัญญาณทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ของฝ่ายตรงข้าม ซึ่งไม่ใช่อุปกรณ์สื่อสารโทรคมนาคม โดยใช้ระบบตรวจจับทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ (electronic sensors) เช่น ตรวจจับสัญญาณคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้า สัญญาณเรดาร์ ระบบชีปนาอูธ เครื่องบินรบ เรือรบ ข่าวกรองอิเล็กทรอนิกส์ สามารถทำการรวบรวมโดยใช้สถานีสื่อสารภาคพื้นดินที่ตั้งอยู่ใกล้ดินแดนฝ่ายศัตรู จากเรือที่อยู่ในทะเล เครื่องบินที่อยู่น่านฟ้า หรือดาวเทียมจารกรรม

ภารกิจขององค์กรด้านข่าวกรองของรัฐต่างๆ ในปัจจุบันโดยทั่วไปแล้ว จะประกอบไปด้วยงานข่าวกรองที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการข่าวกรองที่มุ่งกระทำต่อรัฐอื่น คืองานปฏิบัติการรวบรวมข่าวสารข่าวกรอง⁶⁷ งานวิเคราะห์และประมาณสถานการณ์ จารกรรม การปฏิบัติการลับ (clandestine operations) ปฏิบัติการปกปิด (covert operations) และปฏิบัติการข่าวกรองที่มุ่งต่อต้านการปฏิบัติการข่าวกรองของฝ่ายศัตรู (counter intelligence) คืองานต่อต้านการจารกรรม (counter espionage) งานต่อต้านการวินาศกรรม (counter sabotage) ต่อต้านการบ่อนทำลาย (counter subversion) ต่อต้านการก่อการร้าย (counter terrorism) การต่อต้านอาวุธทำลายล้างรุนแรง (counter proliferation of Weapons of Mass Destruction) รวมทั้งอาชญากรรมที่มีลักษณะข้ามชาติ (Transnational Crime)

⁶⁷ การปฏิบัติการรวบรวมข่าวสารข่าวกรอง เป็นไปเพื่อรวบรวมและรายงานข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับขีดความสามารถ เป้าหมาย และการดำเนินการของรัฐบาลหรือพลังอำนาจรัฐที่ยึดครองรวมทั้งอิทธิพลของผู้อุปถัมภ์ภายนอก การปฏิบัติการรวบรวมข่าวกรอง หมายรวมถึงการปฏิบัติการรวบรวมข่าวสารของแหล่งข่าวระดับผู้ปฏิบัติ ทั้งในเชิงรุกและเชิงรับ

ความแตกต่างของสายลับกับงานข่าวกรอง

งานสายลับกับงานข่าวกรอง เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกันแต่ไม่ใช่สิ่งเดียวกัน โดยการที่สายลับเป็นเพียงส่วนหนึ่งของงานด้านจารกรรม ซึ่งเป็นส่วนย่อยของงานข่าวกรอง ในส่วนที่เป็นการรวบรวมข่าวสาร (collection) เกี่ยวกับฝ่ายศัตรูและเป้าหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง การที่สายลับเป็นการดำเนินกรรมวิธีทางการข่าวกรองเพื่อชักชวนบุคคลใดบุคคลหนึ่งให้ทำการหาข่าวเกี่ยวกับรัฐศัตรูหรือเป้าหมายอย่างลับๆ และเป็นการรวบรวมข่าวกรองโดยใช้บุคคลที่เป็นสายลับเท่านั้น ขณะที่งานข่าวกรองนั้นรวมถึงการกระทำทุกอย่างที่อยู่ในสิ่งที่เรียกว่า “วงจรข่าวกรอง” ซึ่งประกอบไปด้วย การวางแผนการรวบรวมข่าวกรอง การรวบรวมข่าวกรอง การดำเนินกรรมวิธีต่อข่าวสาร และการใช้และกระจายข่าวสารข่าวกรอง ตามที่กล่าวมาแล้ว การที่สายลับจึงเป็นเพียงส่วนย่อยหนึ่งเท่านั้น ในการปฏิบัติงานของหน่วยข่าวกรอง

ในการรวบรวมข้อมูลข่าวสารเพื่อผลิตเป็นข่าวกรองนั้น อาจทำได้ทั้งโดยทางเปิดจากแหล่งข่าวเปิดต่างๆ และทางลับโดยใช้สายลับ หรือใช้เทคโนโลยีล้วงความลับของฝ่ายตรงข้าม โดยการรวบรวมข่าวกรองมีหลายวิธี เช่น ข่าวกรองบุคคล ข่าวกรองการสื่อสาร ข่าวกรองภาพถ่าย ข่าวกรองถอดรหัส ข่าวกรองดาวเทียม นอกจากนั้นในส่วนอำนาจหน้าที่ขององค์กรข่าวกรอง ไม่ได้จำกัดเฉพาะการปฏิบัติการข่าวกรองตามวงรอบข่าวกรองเท่านั้น แต่ยังมีภารกิจพิเศษอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับ ความมั่นคงและผลประโยชน์ของชาติ เช่น การปฏิบัติการสงครามจิตวิทยา ปฏิบัติการสงครามกองโจร การปฏิบัติการปกปิดหรือปฏิบัติการลับต่างๆ เช่น การบ่อนทำลาย การลักพาตัว การลอบสังหาร การก่อวินาศกรรม การสนับสนุนฝ่ายกบฏ เนื่องจากหน่วยข่าวกรองมีความคล่องตัวในการปฏิบัติงานโดยไม่ติดขัดอยู่กับกฎระเบียบ และมีความเชี่ยวชาญในการปฏิบัติการลับและรักษาความลับ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับนโยบายหรือความมุ่งหมายของรัฐบาลของแต่ละประเทศในการใช้งานหน่วยข่าวกรอง