

## บทที่ 1

### วิวัฒนาการและหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองผู้สื่อข่าว ในภาวะการขัดกันทางกำลังทหาร

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นกฎเกณฑ์ที่มีวัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองและช่วยเหลือแก่ผู้ตกเป็นเหยื่อในภาวะการขัดกันทางกำลังทหาร เพื่อป้องกันมิให้พลเรือนที่ไม่ได้มีส่วนร่วมในการสู้รบโดยตรงได้รับผลกระทบจากการขัดกันนั้น ผู้สื่อข่าวก็เป็นพลเรือนประเภทหนึ่งที่ได้รับ ความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 หรือที่เรียกว่ากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่ากฎหมายว่าด้วยการขัดกันทางกำลังทหาร ซึ่งภาวะการขัดกันทางกำลังทหารนั้นมีทั้งที่มีลักษณะระหว่างประเทศและไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยขอบเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนจะได้ศึกษาถึงภาวะการขัดกันทางกำลังทหารที่มีลักษณะระหว่างประเทศเท่านั้น ดังนั้น การที่จะทราบถึงหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองผู้สื่อข่าวในภาวะการขัดกันทางกำลังทหาร จึงควรศึกษาถึงวิวัฒนาการทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองผู้สื่อข่าวในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารเสียก่อน

#### 1.1 วิวัฒนาการทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองผู้สื่อข่าว ในภาวะการขัดกันทางกำลังทหาร

เดิมกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้ให้ความคุ้มครองผู้สื่อข่าวที่ปฏิบัติวิชาชีพในภาวะเสี่ยงอันตรายภายใต้บทบัญญัติมาตรา 13 แห่งกฎเกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมายและจารีตประเพณีในการทำสงครามทางบก ซึ่งผนวกกับอนุสัญญากรุงเฮก ฉบับที่ 4 ค.ศ.1899 และ ค.ศ.1907 (The Regulations Respecting the Laws and Customs of War, appended to The Hague Conventions of 1899 and 1907)<sup>1</sup> และมาตรา 81 แห่งอนุสัญญาเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยสงคราม ลงวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ.1929 (The Geneva Convention of 27 July 1929

---

<sup>1</sup> The Regulations Respecting the Laws and Customs of War, appended to The Hague Conventions of 1899 and 1907, art.13.

Relative to the Treatment of Prisoner of War)<sup>2</sup> ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดสถานะของผู้สื่อข่าวไว้อย่างเหมาะสม ผู้สื่อข่าวเป็นเพียงผู้ติดตามกองทัพแต่มิได้สังกัดกองทัพนั้นโดยตรง มีสถานะเป็นพลเรือน แต่หากเขาถูกจับกุมโดยได้รับอนุมัติจากกองทัพที่เขาได้ร่วมอยู่ออกไปรับรอง เขาย่อมได้รับสถานะเชลยสงคราม ต่อมาได้มีการแก้ไขปรับปรุงอนุสัญญาเจนีวา ผู้ร่างได้คำนึงถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสงครามโลกครั้งที่ 2 ว่าผู้สื่อข่าวผู้ถือใบรับรองได้ทำใบรับรองสูญหายจึงให้มีการกำหนดว่า ในทุกสถานการณ์ผู้สื่อข่าวสงครามต้องได้รับอนุญาตจากกองทัพที่ตนติดตามโดยกองทัพนั้นออกบัตรประจำตัวให้ อย่างไรก็ตามบัตรประจำตัวเป็นเพียงหลักฐานในการแสดงว่าเขาได้รับอนุญาตให้ติดตามกองทัพ และเป็นสิ่งที่ต้องนำมาพิจารณาในการกำหนดสถานะหากเขาถูกจับกุม ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 A (4) แห่งอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยสงครามลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949 (The Geneva Convention III Relating to the Treatment of Prisoners of War of 12 August 1949)<sup>3</sup>

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในการให้ความคุ้มครองผู้สื่อข่าวเพียงแต่กำหนดสถานะเชลยสงครามให้แก่ผู้สื่อข่าวหากเขาถูกจับกุมเท่านั้น ซึ่งไม่สอดคล้องกับความต้องการในการให้ความคุ้มครองผู้สื่อข่าวและยังเป็นข้อจำกัดทางกฎหมาย กล่าวคือ สามารถนำไปบังคับใช้ได้เฉพาะสถานการณ์ที่มีการขัดกันทางกำลังทหารที่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยผู้สื่อข่าวจะได้รับความคุ้มครองก็ต่อเมื่อถูกจับกุมและผู้สื่อข่าวสงครามผู้ติดตามกองทัพเท่านั้นที่จะได้รับความคุ้มครองเช่นว่านี้

ด้วยข้อจำกัดทางกฎหมายดังกล่าวทำให้เกิดการถกเถียงกันเรื่องสถานการณ์และระดับในการให้ความคุ้มครองผู้สื่อข่าวในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารให้ดียิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้ความคุ้มครองผู้สื่อข่าวที่ปฏิบัติวิชาชีพในภาวะเสี่ยงอันตราย ในปีค.ศ. 1970 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (The United Nations General Assembly : UNGA) และนายมุริส ชูมาน (Mr. Maurice Schumann) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศของประเทศฝรั่งเศสในขณะนั้นจึงได้เสนอแนะแก่องค์การสหประชาชาติ (The United Nations : UN) ว่าควรที่จะริเริ่มให้มีการให้ความคุ้มครองแก่ผู้สื่อข่าวในการปฏิบัติตามหน้าที่เนื่องจากกฎเกณฑ์ที่มีอยู่ในขณะนั้นไม่

<sup>2</sup> The Geneva Convention of 27 July 1929 Relative to the Treatment of Prisoner of War, art.81.

<sup>3</sup> The Geneva Convention III Relating to the Treatment of Prisoners of War, 12 August 1949, 75 U.N.T.S. 135 (hereinafter Geneva Convention III), art.4 A (4).

ครอบคลุมถึงประเภทของผู้สื่อข่าวที่ปฏิบัติวิชาชีพในภาวะเสี่ยงอันตรายและไม่สอดคล้องกับความต้องการของผู้สื่อข่าว ด้วยเหตุนี้ สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติจึงได้ออกมติที่ 2673 (XXV) ลงวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ.1970 ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความต้องการในการเพิ่มเติมกฎเกณฑ์ทางมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อประกันว่าผู้สื่อข่าวที่ปฏิบัติวิชาชีพเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติทางทหารจะได้รับความคุ้มครองดียิ่งขึ้นโดยเฉพาะในพื้นที่ที่เกิดภาวะการขัดกันทางกำลังทหาร และยังแสดงให้เห็นถึงความร้ายแรงของความหายนะที่เกิดขึ้นแก่ผู้สื่อข่าวที่ปฏิบัติวิชาชีพในภาวะเสี่ยงอันตรายเช่นว่านั้น โดยมอบหมายให้คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติ (The United Nations Economic and Social Council : ECOSOC) และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Commission on Human Rights) พิจารณาเรื่องดังกล่าวในสมัยการประชุมที่ 27 ถึงความเป็นไปได้ในการเตรียมร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้สื่อข่าวที่ปฏิบัติวิชาชีพในภาวะเสี่ยงอันตรายที่ได้รับการยอมรับเป็นสากล<sup>4</sup> การรวบรวมแนวความคิดในการให้ความคุ้มครองผู้สื่อข่าวให้เป็นระบบจึงได้เริ่มขึ้น

คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้ร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศในการให้ความคุ้มครองผู้สื่อข่าวที่ปฏิบัติวิชาชีพในภาวะเสี่ยงอันตรายในพื้นที่ที่มีการขัดกันทางกำลังทหารฉบับแรกพร้อมรายงานการประชุมที่เกี่ยวข้องเสนอไปยังสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติเพื่อพิจารณา โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้ร้องขอให้สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติประสานงานเรื่องดังกล่าวกับที่ประชุมรัฐบาลผู้เชี่ยวชาญแห่งคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ (The Intergovernmental Conference of Experts of the International Committee of the Red Cross) ที่จะจัดขึ้นในเดือนพฤษภาคม ค.ศ.1971 และให้จัดตั้งคณะผู้เชี่ยวชาญขึ้นเพื่ออธิบายบทบาท หน้าที่ และการดำเนินการของคณะกรรมการวิชาชีพระหว่างประเทศ (International Professional Committee) ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งร่างอนุสัญญา<sup>5</sup>

ต่อมาในปี ค.ศ.1971 คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ (The International Committee of Red Cross : ICRC) ได้เสนอแนวทางในการให้ความช่วยเหลือโดยมอบหมายให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเป็นผู้รับผิดชอบและมีหน้าที่ในการจัดการดูแลเรื่องดังกล่าว

<sup>4</sup> The United Nations General Assembly Resolution 2673 (XXV) of 9 December 1970.

<sup>5</sup> The Economic and Social Council Resolution 1597 (L) of 21 May 1971.

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนจึงได้เสนอให้สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติและรัฐภาคีสมาชิกแห่งสหประชาชาติพิจารณาร่างอนุสัญญาฯ ฉบับแรก โดยแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นฉุกเฉินในการตรวจสอบปัญหาเรื่องการให้ความคุ้มครองแก่ผู้สื่อข่าวที่ปฏิบัติวิชาชีพในภาวะเสี่ยงอันตรายบนพื้นฐานทางมนุษยธรรม โดยให้คำนึงถึงประโยชน์ของผู้สื่อข่าวในการแสวงหา, การได้รับและการแจ้งข้อมูลข่าวสาร เพื่อให้การปฏิบัติวิชาชีพของผู้สื่อข่าวเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ อีกทั้งยังทำให้ผู้สื่อข่าวปฏิบัติวิชาชีพด้วยความซื่อสัตย์สุจริตภายใต้วัตถุประสงค์และกฎเกณฑ์ของสหประชาชาติและปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับเสรีภาพในข้อมูลข่าวสาร

เมื่อสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้พิจารณาร่างอนุสัญญาฯ ฉบับดังกล่าวแล้วก็เล็งเห็นถึงความจำเป็นในการให้สัตยาบันร่างอนุสัญญาฯ ฉบับนี้จึงได้มอบหมายให้คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนทำการตรวจสอบความจำเป็นในการตราร่างอนุสัญญาฯ ฉบับนี้อีกครั้งหนึ่ง และให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเสนอรายงานไปยังที่ประชุมรัฐบาลผู้เชี่ยวชาญฯ ในการประชุมกาชาดระหว่างประเทศ สมัยวาระการประชุมที่ 2 ค.ศ. 1972 เพื่อให้ที่ประชุมมอบหมายให้สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติเป็นผู้สังเกตการณ์ในการปฏิบัติตามกฎ ระเบียบ หน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในร่างอนุสัญญาฯ<sup>6</sup>

การประชุมกาชาดระหว่างประเทศ สมัยวาระการประชุมที่ 1 และ 2 ที่ประชุมรัฐบาลผู้เชี่ยวชาญฯ ได้ตรวจสอบผลที่ตามมาจากการตราร่างอนุสัญญาฯ ฉบับดังกล่าวและแจ้งให้สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติทราบถึงข้อสังเกตต่างๆ<sup>7</sup> ต่อมาในปี ค.ศ. 1974 ได้มีการประชุมทางการทูตเพื่อพิจารณายืนยันและพัฒนามาตรฐานกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศซึ่งนำไปใช้ในภาวะการขัดกันทางกำลังทหาร (The Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts) สมัชชา

---

<sup>6</sup> The United Nations General Assembly Resolution 2854 (XXVI) of 20 December 1971.

<sup>7</sup> See ICRC Report on the work of the Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, 1971, para.507-515 and second session, 1972, para.3.72-3.93.

ใหญ่แห่งสหประชาชาติได้เชื้อเชิญให้ที่ประชุมแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับร่างอนุสัญญา ฉบับนี้<sup>8</sup> อย่างไรก็ดี คณะผู้ทำงานเฉพาะกิจของคณะกรรมการชุดที่ 1 มิได้แสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับร่างอนุสัญญา แต่อย่างใด กลับมีมติให้ที่ประชุมจัดการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นและเสนอให้มีการนำบทบัญญัติแห่งร่างอนุสัญญา ไปบัญญัติไว้ในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาฉบับลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ.1949 เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประสบภัยจากการขัดกันทางกำลังทหารระหว่างประเทศ ค.ศ. 1977 (พิธีสารฉบับที่ 1) (The Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 Relating to the Protection of victims of International Armed Conflicts 8 June 1977 “Protocol I”)<sup>9</sup> การเสนอของคณะผู้ทำงานเฉพาะกิจได้รับการยอมรับอย่างเอกฉันท์ส่งผลให้ในวันที่ 8 มิถุนายน ค.ศ.1977 ที่ประชุมทางการทูตรับเอาบทบัญญัติในร่างอนุสัญญา มาบัญญัติไว้ในมาตรา 79 แห่งพิธีสารฉบับที่ 1<sup>10</sup> ทั้งนี้ สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้ตั้งข้อสังเกตว่าบทบัญญัติในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้สื่อข่าวที่ปฏิบัติวิชาชีพในภาวะเสี่ยงอันตรายในพื้นที่ที่มีการขัดกันทางกำลังทหารที่เกิดขึ้นนั้นได้สร้างความพอใจให้แก่สหประชาชาติเป็นอย่างมาก<sup>11</sup>

แม้ว่าบทบัญญัติมาตรา 79 แห่งพิธีสารฉบับที่ 1 จะได้รับการยอมรับและรับรองตามกฎหมาย แต่ยังคงมีประเด็นถกเถียงเกี่ยวกับสถานะพิเศษของผู้สื่อข่าว เนื่องจากมาตรา 79 ได้ให้สิทธิแก่ผู้สื่อข่าวในสถานะพลเรือน โดยจะได้รับความคุ้มครองตราบเท่าที่เขาไม่กระทำการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อสถานะพลเรือนของเขา แต่บทบัญญัติในร่างอนุสัญญา ได้กำหนดสถานะพิเศษให้แก่ผู้สื่อข่าว ประเด็นถกเถียงเรื่องนี้ได้ปรากฏให้เห็นในการทำงานของคณะกรรมการชุดที่ 1 ใน

---

<sup>8</sup> The United Nations General Assembly Resolution 3058 (XXVIII) of 2 November 1973 and The United Nations General Assembly Resolution 3245 (XXIX) of 29 November 1974.

<sup>9</sup> The Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 Relating to the Protection of victims of International Armed Conflicts, 8 June 1977, 16 I.L.M. 1391 (hereinafter Protocol I).

<sup>10</sup> Hans-Peter Gasser, “The Protection of journalists engaged in dangerous professional missions,” *International Review of the Red Cross* 232, (February 1983) : 7

<sup>11</sup> The United Nations General Assembly Resolution 3500 (XXX) of 15 December 1975.

การประชุมทางการทูต ผู้แทนของประเทศเวเนซุเอลาเสนอให้ผู้สื่อข่าวที่จะได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 79 จะต้องสวมใส่สัญลักษณ์ที่ได้รับความคุ้มครองซึ่งสามารถมองเห็นได้ระยะไกล แต่ผู้แทนจากรัฐบาลอื่นเห็นว่าการสวมใส่สัญลักษณ์เช่นนั้นย่อมเป็นการดึงดูดความสนใจจากภาคีฝ่ายปฏิปักษ์อันจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ผู้สื่อข่าวหรือประชาชนพลเรือนในบริเวณนั้นมากยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตามมติที่ประชุมเสียงข้างมาก (by consensus) ได้ยอมรับบทบัญญัติดังกล่าวโดยไม่มีการแก้ไข<sup>12</sup>

อาจกล่าวโดยสรุปว่าความพยายามในการจัดให้มีการให้ความคุ้มครองแก่ผู้สื่อข่าวที่ปฏิบัติวิชาชีพในภาวะเสี่ยงอันตรายในพื้นที่ที่มีการขัดกันทางกำลังทหารให้มีลักษณะที่ดีขึ้นนั้นส่งผลให้เกิดบทบัญญัติมาตรา 79 แห่งพิธีสารฉบับที่ 1 อันเป็นมาตรการในการให้ความคุ้มครองผู้สื่อข่าว (Measures of Protection of Journalists) มิได้เป็นการสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นมาใหม่ แต่เป็นการทำให้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายดังกล่าวมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น<sup>13</sup>

### 1.1.1 คำจำกัดความของ “ผู้สื่อข่าว”

#### 1.1.1.1 คำจำกัดความทั่วไปของ “ผู้สื่อข่าว”

กระบวนการสื่อสารมวลชน มีองค์ประกอบที่สำคัญอยู่ 4 ประการ คือ ผู้ส่งสาร สารสื่อ และผู้รับสาร โดยผู้ส่งสารคือผู้ทำหน้าที่ในองค์กรการสื่อสารมวลชน (mass media organization) หรือผู้ที่ทำงานร่วมกับองค์กรการสื่อสารมวลชนในการผลิตสาร เพื่อส่งผ่านสื่อมวลชน (mass media) ซึ่งได้แก่ หนังสือพิมพ์ นิตยสาร วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ ภาพยนตร์ เป็นต้น ไปยังประชาชนผู้รับสาร ผู้ส่งสารหรืออีกชื่อหนึ่งเรียกว่า นักสื่อสารมวลชน (mass communication) จึงได้แก่นักข่าว นักเขียน บรรณาธิการ ช่างภาพ ผู้อ่านข่าว คอลัมนิสต์ นักวิจารณ์ นักโฆษณา นักประชาสัมพันธ์ ผู้เขียนบท ผู้จัดรายการ ผู้กำกับเวที ผู้กำกับรายการ ผู้กำกับการแสดง ผู้สร้างภาพยนตร์ นักร้องและนักแสดง<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Hans-Peter Gasser, *supra note* 10, p.8.

<sup>13</sup> Yves Sandoz , Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 , (Geneva : Martius Nijhoff , 1987) , p.920.

<sup>14</sup> ประมะ สตะเวทิน, การสื่อสารมวลชน กระบวนการและทฤษฎี, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนภาพพิมพ์ จำกัด, 2546), น.26.

ผู้ประกอบการวิชาชีพนักสื่อสารมวลชน สามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภท<sup>15</sup> โดยอาศัยเกณฑ์การแบ่งประเภทจากการปฏิบัติหน้าที่และจากประเภทของสื่อมวลชน ทั้งนี้ การแบ่งประเภทจากการปฏิบัติหน้าที่ ดังนี้

(1) นักสื่อสารมวลชนที่ทำหน้าที่ด้านข่าว ได้แก่ นักข่าว ช่างภาพ บรรณาธิการ ฝ่ายข่าวของสถานีวิทยุกระจายเสียง และสถานีวิทยุโทรทัศน์

(2) นักสื่อสารมวลชนที่ทำหน้าที่ด้านความรู้ ได้แก่ นักเขียนคอลัมน์ความรู้ สารคดีต่างๆ ในหนังสือพิมพ์ นิตยสาร พ็อกเก็ต ผู้จัดรายการ ผู้เขียนบท และผู้ผลิตรายการประเภทความรู้

(3) นักสื่อสารมวลชนที่ทำหน้าที่ด้านความคิดเห็น ได้แก่ ผู้เขียนบทบรรณาธิการ คอลัมน์นิสต์ ผู้วิจารณ์ทางวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์

(4) นักสื่อสารมวลชนที่ทำหน้าที่ด้านความบันเทิง ได้แก่ นักร้อง นักแสดงทางวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และภาพยนตร์ ผู้กำกับการแสดง ผู้เขียนบท ช่างภาพ ผู้จัดรายการ พิธีกร รายการบันเทิง และผู้สร้างภาพยนตร์บันเทิง

การแบ่งผู้ประกอบการวิชาชีพนักสื่อสารมวลชนตามประเภทของสื่อมวลชน ดังนี้

- (1) หนังสือพิมพ์
- (2) วิทยุกระจายเสียง
- (3) วิทยุโทรทัศน์ และ
- (4) ภาพยนตร์

ตามที่ได้กล่าวข้างต้นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนจะศึกษาถึงการให้ความคุ้มครองผู้สื่อข่าวในภาวะการขัดกันทางกำลังทหาร ซึ่งผู้สื่อข่าวในความหมายนี้หมายถึงนักสื่อสารมวลชนที่ทำหน้าที่ด้านข่าวในสื่อมวลชนประเภทหนังสือพิมพ์ วิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ เท่านั้น

ผู้สื่อข่าว (Reporter) เป็นบุคคลที่มีบทบาทสำคัญในการรายงานข่าวของสื่อมวลชนไม่ว่าจะเป็นสื่อประเภทหนังสือพิมพ์ วิทยุกระจายเสียง หรือวิทยุโทรทัศน์ มีหน้าที่ในการสื่อข่าวเสาะแสวงหาข่าว โดยการรวบรวมข้อมูลจากบันทึกเหตุการณ์หรือสถานการณ์ สัมภาษณ์ข้อมูลจากแหล่งข่าว ทำความจริงให้ปรากฏเป็นข่าวแล้วทำการรายงานต่อประชาชน การหาข่าวต้องมีอิสระ ผู้สื่อข่าวจึงต้องติดต่อสื่อสารกับบุคคลหลายประเภท เพื่อจะได้ข่าวมานำเสนอ ผู้สื่อข่าว

<sup>15</sup> เพิ่งอ้าง, น.25-30.

จึงถือเป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญในการรวบรวมข้อมูลจากแหล่งข่าว ทั้งนี้ หากแบ่งผู้สื่อข่าวตามหน้าที่ที่สามารถแบ่งออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่<sup>16</sup>

(1) ผู้สื่อข่าวประจำ (Beat reporter หรือ Run) หมายถึง ผู้สื่อข่าวที่ทำหน้าที่หาข่าวประจำสถานที่ต่างๆ โดยจะติดตามหาเบาะแสของข่าวตลอดจนสัมภาษณ์บุคคลสำคัญของสถานที่นั้นๆ จะมีงานข่าวที่แน่นอน มีการรับผิดชอบเป็นการเฉพาะด้าน

(2) ผู้สื่อข่าวทั่วไป (General Assignment) หมายถึง ผู้สื่อข่าวที่ได้รับมอบหมายให้หาข่าวเป็นเรื่อยๆ หรือครั้งคราว ไม่แน่นอนแล้วแต่คำสั่ง ซึ่งอาจเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลาลักษณะของการทำข่าวประเภทนี้ ได้แก่ การสัมภาษณ์บุคคล การอภิปราย หรืองานพิธีต่างๆ

(3) ผู้สื่อข่าวพิเศษ (Special Assignment Reporter) หมายถึง ผู้สื่อข่าวที่มีประสบการณ์ ผู้สื่อข่าวประเภทนี้อาจได้รับมอบหมายให้หาข้อมูลหรือสืบเสาะหาที่มาของข่าวเป็นการเฉพาะด้านตามความสามารถ

กล่าวโดยสรุป ผู้สื่อข่าว คือ ผู้ทำความจริงให้ปรากฏเป็นข่าว เพื่อรายงานให้สังคมทราบว่าในแต่ละวันมีเหตุการณ์อะไรเกิดขึ้นบ้าง

#### 1.1.1.2 คำจำกัดความทางกฎหมายของ “ผู้สื่อข่าว”<sup>17</sup>

การให้คำจำกัดความทางกฎหมายของ “ผู้สื่อข่าว” นั้น ได้มีความพยายามในทางระหว่างประเทศที่จะให้คำจำกัดความดังกล่าว ดังที่ปรากฏในตราสารทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ดังนี้

กฎเกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมายและจารีตประเพณีในการทำสงครามทางบก ซึ่งผนวกกับอนุสัญญากรุงเฮก ฉบับที่ 4 ค.ศ.1899 และ ค.ศ.1907 มาตรา 13 และอนุสัญญาเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยสงคราม ลงวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ.1929 มาตรา 81 ซึ่งบัญญัติความเรื่องดังกล่าวในลักษณะเดียวกันว่า

“บุคคลที่ติดตามกองทัพแต่มิได้สังกัดอยู่ในกองทัพนั้นโดยตรง เช่น นักหนังสือพิมพ์ ผู้ส่งสาร ผู้รายงานข่าว ... ซึ่งตกอยู่ในอำนาจภาคีฝ่ายปฏิบัติและหากพิจารณาแล้วว่าการกักกัน

<sup>16</sup> พิเศษฐ์ ชวลาธวัช, การรายงานข่าวชั้นสูง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (คณะวารสารและสื่อสารมวลชนมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), น.29.

<sup>17</sup> Anastasia Heeger, “Securing a Journalists’s Testimonial Privilege in the International Criminal Court,” *San Diego International Law Journal*, (2005) : 222-223.

ยอมเป็นประโยชน์ก็สามารถกระทำได้ หากว่าบุคคลเหล่านี้ได้รับอนุมัติจากกองทัพที่ตนได้ร่วมอยู่ โดยกองทัพนั้นออกใบรับรอง เขายอมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติอย่างเชลยสงคราม”

อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยสงครามลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949 มาตรา 4 A (4) ความว่า

“มาตรา 4 (A) เชลยสงครามตามความหมายแห่งอนุสัญญาฉบับนี้ ได้แก่ บุคคลประเภทหนึ่งประเภทใดดังต่อไปนี้ ซึ่งได้ตกอยู่ในอำนาจของฝ่ายศัตรู คือ ...

(4) บุคคลที่ติดตามกองทัพแต่มิได้สังกัดอยู่ในกองทัพนั้นโดยตรง เช่น พนักงานพลเรือนที่สังกัดอยู่ในพวกคนประจำอากาศยานทหาร ผู้สื่อข่าวสงคราม ผู้รับเหมาส่งเสบียง ผู้สังกัดในหน่วยกรรมกรหรือในบริการต่างๆ ที่รับผิดชอบต่อสวัสดิภาพของกองทัพ หากว่าบุคคลเหล่านี้ได้รับอนุมัติจากกองทัพที่ตนได้ร่วมอยู่โดยกองทัพนั้นออกบัตรประจำตัว ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับแบบที่ได้ผนวกไว้ ...”

ร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศในการให้ความคุ้มครองผู้สื่อข่าวที่ปฏิบัติวิชาชีพในภาวะเสี่ยงอันตรายในพื้นที่ที่มีการขัดกันทางกำลังทหาร มาตรา 2 (Draft Articles of the International Convention on the Protection of Journalists Engaged in Dangerous Professional Missions in Areas of Armed Conflict)<sup>18</sup> ความว่า

“เพื่อวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้อนุสัญญาฉบับนี้ คำว่า “ผู้สื่อข่าว” หมายถึง ผู้ส่งสาร ผู้รายงานข่าว ผู้เก็บภาพถ่าย ช่างบันทึกภาพหรือเจ้าหน้าที่เทคนิคซึ่งประกอบกิจกรรมดังกล่าวโดยปกติเป็นอาชีพหลัก และหมายความรวมถึงบุคคลที่ได้รับสถานะพิเศษตามกฎหมาย ระเบียบหรือข้อบังคับของประเทศที่ตนได้รับมอบหมายให้ดำเนินการดังกล่าว”

พิธีสารฉบับที่ 1 มาตรา 79<sup>19</sup> ความว่า

“1. ผู้สื่อข่าวที่ปฏิบัติภารกิจทางอาชีพอันมีอันตรายในพื้นที่ที่มีการขัดกันทางกำลังทหารต้องถือว่าเป็นพลเรือนในความหมายของมาตรา 50 วรรค 1

2. บุคคลเหล่านี้ต้องได้รับการคุ้มครองเช่นว่าตามอนุสัญญาและพิธีสารนี้ โดยมีเงื่อนไขว่าต้องไม่กระทำการอันมีผลเป็นปฏิปักษ์ต่อสถานะพลเรือนของตน และโดยไม่กระทบต่อ

<sup>18</sup> Draft Articles of the International Convention on the Protection of Journalists Engaged in Dangerous Professional Missions in Areas of Armed Conflict, art.2.

<sup>19</sup> Protocol I, art.79.

สิทธิของผู้สื่อข่าวสงครามที่ได้รับมอบหมายให้ประจำกองทัพในสถานะที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ก (4) แห่งอนุสัญญาฉบับที่สาม

3. ผู้สื่อข่าวอาจได้รับบัตรประจำตัวคล้ายกับแบบในภาคผนวก 2 ของพิธีสารนี้ บัตรที่จะรับรองสถานะของผู้สื่อข่าวนี้ต้องออกโดยรัฐบาลแห่งรัฐซึ่งผู้สื่อข่าวเป็นคนชาตินั้น หรือโดยรัฐบาลเจ้าของอาณาเขตที่ผู้สื่อข่าวพำนักหรือที่ซึ่งสำนักข่าวที่ว่าจ้างตั้งอยู่”

อาจกล่าวโดยสรุปว่า กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมิได้ให้คำจำกัดความของ “ผู้สื่อข่าว” เอาไว้โดยเฉพาะ แต่อาจอนุมานได้ว่าหมายถึง ผู้ส่งสาร ผู้รายงานข่าว ผู้เก็บภาพถ่าย ช่างบันทึกภาพ เจ้าหน้าที่เทคนิค ฯลฯ โดยมีบัตรประจำตัวซึ่งออกโดยรัฐบาลแห่งรัฐซึ่งผู้สื่อข่าวมีสัญชาติ หรือรัฐบาลที่ผู้สื่อข่าวพำนัก หรือที่ซึ่งสำนักข่าวที่ว่าจ้างผู้สื่อข่าวนั้นตั้งอยู่ และแบ่งประเภทของผู้สื่อข่าวที่ปฏิบัติวิชาชีพในพื้นที่ที่มีการขัดกันทางกำลังทหารออกเป็นสองประเภท คือ ผู้สื่อข่าวสงครามที่ติดตามกองทัพตามมาตรา 4 A (4) แห่งอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 และผู้สื่อข่าวที่ปฏิบัติวิชาชีพอิสระตามมาตรา 79 แห่งพิธีสารฉบับที่ 1

### 1.1.2 สถานะทางกฎหมายของ “ผู้สื่อข่าว”

ในปี ค.ศ.1971 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้เสนอให้สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติและรัฐภาคีสมาชิกแห่งสหประชาชาติพิจารณาร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศในการให้ความคุ้มครองผู้สื่อข่าวที่ปฏิบัติวิชาชีพในภาวะเสี่ยงอันตรายฉบับแรก โดยแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นฉุกเฉินในการตรวจสอบปัญหาเรื่องการให้ความคุ้มครองแก่ผู้สื่อข่าวที่ปฏิบัติวิชาชีพในภาวะเสี่ยงอันตรายบนพื้นฐานทางมนุษยธรรม โดยให้คำนึงถึงประโยชน์ของผู้สื่อข่าวในการแสวงหา, การได้รับและการแจ้งข้อมูลข่าวสาร เพื่อให้การปฏิบัติวิชาชีพของผู้สื่อข่าวเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 2 แห่งร่างอนุสัญญาฯ สามารถอนุมานได้ว่าผู้สื่อข่าวคือบุคคลที่มีบัตรประจำตัวซึ่งการออกบัตรดังกล่าวจะพิจารณาจากสัญชาติของผู้สื่อข่าว เมื่อผู้ข่าวมีบัตรประจำตัวเขาย่อมได้รับสถานะพิเศษทางกฎหมายในการได้รับความคุ้มครองใดๆ ผู้สื่อข่าวที่ถือบัตรประจำตัวและปฏิบัติวิชาชีพในภาวะเสี่ยงอันตรายจะอ้างประโยชน์จากบัตรดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อมีความจำเป็นในการได้รับความคุ้มครองเพื่อความปลอดภัยของตน อย่างไรก็ตาม ผู้สื่อข่าวผู้ถือบัตรจะต้องสวมใส่ปลอกแขนที่มีเครื่องหมายอักษรพีสีด้านบนวงกลมสีทองซึ่งสามารถเห็นได้ระยะไกลตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 8 และมาตรา 9 แห่งร่างอนุสัญญาฯ

ผู้สื่อข่าวที่ปฏิบัติตนตามที่กล่าวข้างต้นย่อมได้รับความคุ้มครองจากรัฐทุกรัฐ รวมถึงรัฐภาคีฝ่ายขัดกันทุกฝ่ายในดินแดนของรัฐภาคีแห่งร่างอนุสัญญา ฉบับนี้ตามที่กำหนดไว้ใน มาตรา 10 แห่งร่างอนุสัญญา กล่าวคือ ภาคีฝ่ายขัดกันทุกฝ่ายจะต้องดำเนินการใดที่จำเป็นในการให้ได้รับความคุ้มครองจากภัยที่จะมาถึงผู้สื่อข่าวตามสมควร, เตือนผู้สื่อข่าวมิให้เข้าใกล้เขตอันตรายซึ่งอาจเกิดอันตรายได้, หากผู้สื่อข่าวถูกกักกันจะต้องได้รับการปฏิบัติตามบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในมาตรา 79-135 แห่งอนุสัญญาฉบับที่ 4 และให้ประกันว่าหากผู้สื่อข่าวถูกฆ่าหรือได้รับบาดเจ็บภาคีฝ่ายขัดกันทุกฝ่ายจะแจ้งข่าวสารการตาย สูญหาย จำคุกของผู้สื่อข่าวให้รัฐที่ออกบัตรทราบ อีกทั้งให้ประกันว่าข่าวสารนี้ย่อมเผยแพร่ให้สาธารณชนทราบผ่านองค์กรสื่อมวลชนอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ รวมถึงผ่านคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศหรือสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติเพื่อให้คณะกรรมการวิชาชีพระหว่างประเทศดำเนินการโดยไม่ล่าช้า

อย่างไรก็ดีในปี ค.ศ. 1974 ได้มีการประชุมทางการทูตเพื่อพิจารณายืนยันและพัฒนากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศซึ่งนำไปใช้ในภาวะการขัดกันทางกำลังทหาร สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้เชิญให้ที่ประชุมแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับร่างอนุสัญญา ฉบับนี้ คณะผู้ทำงานเฉพาะกิจของคณะกรรมการชุดที่ 1 มีมติให้ที่ประชุมจัดการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นและเสนอให้มีการนำบทบัญญัติแห่งร่างอนุสัญญา ไปบัญญัติไว้ในพิธีสารฉบับที่ 1 การเสนอของคณะผู้ทำงานเฉพาะกิจได้รับการยอมรับอย่างเอกฉันท์ส่งผลให้ในวันที่ 8 มิถุนายน ค.ศ. 1977 ที่ประชุมทางการทูตรับเอาบทบัญญัติในร่างอนุสัญญา มาบัญญัติไว้ในมาตรา 79 แห่งพิธีสารฉบับที่ 1 เกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองผู้สื่อข่าว ซึ่งผู้ร่างพิธีสารฉบับที่ 1 มิได้ต้องการให้มีการกำหนดสถานะพิเศษทางกฎหมายให้แก่ผู้สื่อข่าวจึงไม่มีการกำหนดสถานะพิเศษทางกฎหมายให้แก่ผู้สื่อข่าวแต่อย่างใด

บทบัญญัติมาตรา 79 แห่งพิธีสารฉบับที่ 1 กำหนดเรื่องบัตรประจำตัวเอาไว้ว่า ผู้สื่อข่าวอาจได้รับบัตรประจำตัวเพื่อรับรองสถานะของผู้สื่อข่าว ซึ่งออกโดยรัฐบาลแห่งรัฐซึ่งผู้สื่อข่าวเป็นคนชาตินั้น หรือโดยรัฐบาลเจ้าของอาณาเขตที่ผู้สื่อข่าวพำนักหรือที่ซึ่งสำนักข่าวที่ว่าจ้างตั้งอยู่ จึงอาจก่อให้เกิดความสับสนว่าบัตรประจำตัวดังกล่าวแสดงถึงสถานะพิเศษทางกฎหมายของผู้สื่อข่าวหรือไม่

อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 และพิธีสารฉบับที่ 1 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับบัตรประจำตัวบุคคลเพื่อแบ่งแยกพลรบออกจากบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองอันจะส่งผลให้การบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้นเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งการ

กำหนดบัตรประจำตัวบุคคลนั้นมีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิดกับการให้ความคุ้มครองบุคคลอันเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์พื้นฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ บัตรประจำตัวบุคคลกำหนดขึ้นเพื่อพิสูจน์สถานะและให้ความคุ้มครองบุคคลเท่านั้น นอกจากนี้อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 และพิธีสารฉบับที่ 1 ยังได้กำหนดลักษณะและสาระสำคัญของเบื้องต้นในการกำหนดบัตรประจำตัวบุคคล รวมถึงรูปแบบของบัตรประจำตัวดังกล่าวแนบท้ายภาคผนวก หากรัฐภาคีตระหนักถึงความสำคัญในเรื่องนี้และนำรูปแบบตามที่กำหนดไว้ไปบังคับใช้ย่อมก่อให้เกิดความสะดวกในการปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาที่ตนเป็นภาคี และยังทำให้การให้ความคุ้มครองบุคคลเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม การกำหนดบัตรประจำตัวบุคคลนี้เป็นความตกลงสองฝ่ายระหว่างรัฐภาคีจึงต้องอาศัยความสมัครใจของรัฐภาคี หากรัฐภาคีผูกพันตนแล้วย่อมมีพันธกรณีในการปฏิบัติตามหากบุคคลของภาคีฝ่ายปฏิบัติตกอยู่ภายใต้อำนาจตนไม่ว่าจะถูกจับกุมคุมขัง ได้รับความเจ็บ หรือเสียชีวิตก็ตาม

บัตรประจำตัวบุคคล เป็นเอกสารพื้นฐานที่แสดงให้เห็นถึงสถานะและลักษณะของบุคคลที่ตกอยู่ในอำนาจภาคีฝ่ายปฏิบัติ โดยภาคีฝ่ายนั้นจะพิจารณาจากบัตรประจำตัวในการกำหนดสถานะเชลยสงครามให้แก่บุคคลดังกล่าว ทั้งนี้ บัตรประจำตัวจะประกอบด้วยชื่อสกุลของเจ้าของบัตร ชื่อตัว วันเกิด หมายเลขประจำตัว ตำแหน่งและกลุ่มเลือด เป็นต้น นอกจากนี้บัตรประจำตัวอาจมีข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับลักษณะรูปร่าง สัญชาติ ศาสนา ลายพิมพ์นิ้วมือ รูปของผู้ถือบัตร รวมถึงวันหมดอายุของบัตร

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในเรื่องบัตรประจำตัวผู้สื่อข่าวแล้ว จะเห็นได้ว่าบัตรประจำตัวของผู้สื่อข่าวตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 4 (A) (4) แห่งอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 และมาตรา 79 แห่งพิธีสารฉบับที่ 1 นั้นเป็นการกำหนดบัตรประจำตัวพิเศษสำหรับเจ้าหน้าที่ของกองทัพหรือพลเรือนที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ใดโดยเฉพาะ ซึ่งมีได้กำหนดสถานะพิเศษให้แก่ผู้สื่อข่าวและมิได้เป็นเงื่อนไขในการกำหนดสถานะทางพลเรือนของผู้สื่อข่าว แต่เป็นการแสดงให้เห็นว่าผู้ถือบัตรดังกล่าวเป็นผู้สื่อข่าวเท่านั้น อีกทั้งยังเป็นการแบ่งแยกผู้สื่อข่าวออกจากพลรบอันจะส่งผลให้การให้ความคุ้มครองผู้สื่อข่าวในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และเมื่อผู้สื่อข่าวตกอยู่ในอำนาจภาคีฝ่ายปฏิบัติ ภาคีฝ่ายนั้นย่อมพิจารณาบัตรประจำตัวของผู้สื่อข่าวว่าเขาเป็นผู้สื่อข่าวประเภทใดหากเขาเป็นผู้สื่อข่าวสงครามภาคีฝ่ายนั้นย่อมกำหนดสถานะเชลยสงครามให้แก่เขา

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าผู้สื่อข่าวไม่มีสถานะพิเศษทางกฎหมายแต่ผู้สื่อข่าวยังคงมีสถานะทางกฎหมายจึงจำเป็นต้องศึกษาว่าในสถานการณ์ต่างๆ ผู้สื่อข่าวมีสถานะทางกฎหมายเช่นไร กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้แบ่งประเภทของผู้สื่อข่าวที่ปฏิบัติวิชาชีพในพื้นที่ที่มีการขัดกันทางกำลังทหารออกเป็นสองประเภท คือ ผู้สื่อข่าวสงครามที่ติดตามกองทัพ (war correspondents) และผู้สื่อข่าวที่ปฏิบัติวิชาชีพอิสระ (free-lance journalists) ฉะนั้น จึงต้องแยกพิจารณาเป็นรายกรณีว่าผู้สื่อข่าวแต่ละประเภทมีสถานะทางกฎหมายแตกต่างกันอย่างไร และเมื่อตกอยู่ในอำนาจของฝ่ายศัตรูเขายังคงได้รับสถานะทางกฎหมายเช่นว่านั้นหรือไม่อย่างไร

ผู้สื่อข่าวสงครามที่ติดตามกองทัพ ตามมาตรา 4 A (4) แห่งอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 ซึ่งบัญญัติให้เชลยสงคราม ได้แก่ บุคคลที่ติดตามกองทัพแต่ไม่ได้สังกัดอยู่ในกองทัพนั้นโดยตรงซึ่งได้ตกอยู่ในอำนาจของฝ่ายศัตรู หากว่าเขาได้รับอนุมัติจากกองทัพที่ตนได้ร่วมอยู่โดยกองทัพนั้น ออกบัตรประจำตัว ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับแบบที่ได้ผนวกไว้ โดยผู้สื่อข่าวสงครามเป็นตัวอย่าง บุคคลประเภทหนึ่งตามมาตรา 4 นี้จึงอาจอนุมานได้ว่าผู้สื่อข่าวสงครามเป็นบุคคลที่ติดตามกองทัพแต่ไม่ได้สังกัดอยู่ในกองทัพนั้นโดยตรงซึ่งมีบัตรประจำตัวโดยได้รับอนุมัติจากกองทัพที่ตนได้ร่วมอยู่โดยปฏิบัติหน้าที่ในการจัดหาข้อมูลข่าวสารต่างๆ ในสถานการณ์ที่มีการสู้รบภายใต้การคุ้มครองของกองทัพของรัฐผู้สงครามและมีสถานะเช่นเดียวกับบุคคลประเภทอื่นๆ ที่ติดตามกองทัพนั้นและมิได้รับความคุ้มครองใดๆ เป็นพิเศษ

ผู้สื่อข่าวที่ประกอบวิชาชีพอิสระ ตามมาตรา 79 แห่งพิธีสารฉบับที่ 1 ว่าผู้สื่อข่าวที่ปฏิบัติวิชาชีพในภาวะเสี่ยงอันตรายในพื้นที่ที่มีการขัดกันทางกำลังทหารต้องถือว่าเป็นพลเรือนในความหมายของมาตรา 50 วรรค 1 ซึ่งผู้สื่อข่าวจะได้รับความคุ้มครองก็ต่อเมื่อตนไม่กระทำการอันมีผลเป็นปฏิปักษ์ต่อสถานะพลเรือนของตน โดยผู้สื่อข่าวอาจได้รับบัตรประจำตัวซึ่งจะรับรองสถานะของผู้สื่อข่าว โดยรัฐบาลแห่งรัฐซึ่งผู้สื่อข่าวเป็นคนชาตินั้น หรือโดยรัฐบาลเจ้าของอาณาเขตที่ผู้สื่อข่าวพำนักหรือที่ซึ่งสำนักข่าวที่ว่าจ้างตั้งอยู่เป็นผู้ออกบัตรประจำตัวนี้

ทั้งนี้ เมื่อผู้สื่อข่าวตกอยู่ในอำนาจของฝ่ายศัตรูการปฏิบัติต่อผู้สื่อข่าวแต่ละประเภทย่อมขึ้นอยู่กับปัจจัยต่างๆ รวมทั้งแหล่งกำเนิดและสัญชาติ ดังนั้น การพิจารณาการให้ความคุ้มครองและสถานะทางกฎหมายของผู้สื่อข่าวแต่ละประเภทในสถานการณ์เช่นนี้จะพิจารณาตามสัญชาติของผู้สื่อข่าวเป็นสำคัญ ดังนี้<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Hans-Peter Gasser, *supra* note 10, pp.15-16.

ผู้สื่อข่าวที่มีสัญชาติของภาคีฝ่ายขัดกันฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ซึ่งตกอยู่ในอำนาจของภาคีฝ่ายปฏิบัติฯ พิจารณาได้ดังนี้

ผู้สื่อข่าวสงครามที่ติดตามกองทัพ เมื่อถูกจับกุมย่อมมีสถานะเชลยสงครามตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 นอกจากนี้ยังได้รับสถานะดังกล่าวตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเฮกฉบับที่ 4 ว่าด้วยการเคารพกฎหมายและจารีตประเพณีในการทำสงครามบนบก ค.ศ. 1907 (The Hague Convention IV Respecting the Laws and Customs of War on Land 1907) และอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 1 เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยสงครามลงวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 1929

ผู้สื่อข่าวที่ประกอบวิชาชีพอิสระ แบ่งออกเป็น 3 กรณี

- เมื่อถูกจับกุมในประเทศของตนซึ่งถูกภาคีฝ่ายปฏิบัติฯยึดครอง ผู้สื่อข่าวยังคงมีสถานะเป็นพลเรือน ภาคีฝ่ายปฏิบัติฯจะต้องกักขังเขาไว้ในพื้นที่ที่ถูกยึดครอง โดยไม่เคลื่อนย้ายไปยังดินแดนของตน ทั้งนี้ ภาคีผู้ใช้อำนาจหน่วงเหนี่ยวกักขัง (Detaining Powers) ย่อมมีอำนาจในการดำเนินคดีหรือสอบสวนผู้ถูกจับกุมเพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคง แต่หากข้อกล่าวหาผู้สื่อข่าวไม่ร้ายแรงถึงขนาดจะต้องลงโทษหรือกักขัง ภาคีผู้ใช้อำนาจหน่วงเหนี่ยวกักขังจะต้องปล่อยตัวผู้สื่อข่าวไป

- เมื่อถูกจับกุมในประเทศของตนซึ่งมิได้ถูกภาคีฝ่ายปฏิบัติฯยึดครอง โดยทั่วไปผู้สื่อข่าวย่อมมีสถานะเป็นพลเรือนแต่หากเขาได้มีส่วนร่วมในการสู้รบโดยตรงโดยการถืออาวุธอย่างเปิดเผยและเคารพต่อกฎและประเพณีในการทำสงคราม แม้จะมีได้จัดรวมกันเป็นหน่วยกองทหารประจำ สถานะพลเรือนของผู้สื่อข่าวประเภทนี้ย่อมหมดไปและได้รับสถานะเชลยสงครามตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 A (6) แห่งอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3<sup>21</sup>

<sup>21</sup> อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 มาตรา 4 A (6) บัญญัติว่า

“เชลยสงครามตามความหมายแห่งอนุสัญญาฉบับนี้ ได้แก่ บุคคลประเภทหนึ่งประเภทใดดังต่อไปนี้ ซึ่งได้ตกอยู่ในอำนาจของฝ่ายศัตรู คือ ...

(6) พลเมืองในอาณาเขตที่มีได้ถูกยึดครอง ซึ่งเมื่อศัตรูประชิดเข้ามาได้สมัครใจเข้าจับอาวุธต่อต้านกองทหารที่บุกเข้ามานั้น โดยไม่มีเวลาจัดรวมกันเข้าเป็นหน่วยกองทหารประจำ หากว่าบุคคลเหล่านี้ถืออาวุธโดยเปิดเผยและเคารพต่อกฎและประเพณีในการทำสงคราม ...”

- เมื่อถูกจับกุมในดินแดนของภาคีฝ่ายปฏิปักษ์ หากผู้สื่อข่าวได้กระทำความผิดตามกฎหมาย เขาต้องถูกลงโทษหรือถูกกักขังเพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคง หากสอบสวนแล้วไม่พบการกระทำความผิดจะต้องปล่อยตัวผู้สื่อข่าวไป

ผู้สื่อข่าวที่มีสัญชาติของรัฐที่สาม โดยมีได้เป็นภาคีฝ่ายขัดกันฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ซึ่งตกอยู่ในอำนาจของภาคีฝ่ายขัดกันฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่บังคับใช้ในภาวะสันติภาคีผู้มีอำนาจหนึ่งหรือมากกว่าสามารถจับกุมผู้สื่อข่าวได้หากตนมีข้อกล่าวหาผู้สื่อข่าวที่เหมาะสม แต่หากทำการสอบสวนแล้วไม่พบการกระทำความผิดจะต้องปล่อยตัวผู้สื่อข่าวไป

ทั้งนี้ ในทุกสถานการณ์ไม่ว่าผู้สื่อข่าวจะมีสัญชาติของภาคีฝ่ายขัดกันฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือผู้สื่อข่าวจะมีสัญชาติของรัฐที่สาม โดยมีได้เป็นภาคีฝ่ายขัดกันฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ภาคีผู้มีอำนาจหนึ่งหรือมากกว่าจะต้องประกันว่าผู้สื่อข่าวผู้ถูกจับกุมคุมขังจะได้รับหลักประกันทางกฎหมายและได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม รวมถึงยังมีสิทธิได้รับการเยี่ยมเยียนจากตัวแทนของภาคีผู้มีอำนาจคุ้มครองหรือตัวแทนของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศและมีสิทธิติดต่อกับญาติของตน อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีผู้สื่อข่าวที่มีสัญชาติของรัฐที่สาม โดยมีได้เป็นภาคีฝ่ายขัดกันฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ภาคีผู้มีอำนาจหนึ่งหรือมากกว่าจะต้องประกันด้วยว่าเขาจะได้รับสิทธิในการพบปะกับตัวแทนทางการทูตหรือทางกงสุลของประเทศตน หรือได้รับความคุ้มครองผ่านความสัมพันธ์ทางการทูตจากตัวแทนของประเทศที่สามซึ่งมีส่วนได้เสียกับภาคีผู้มีอำนาจหนึ่งหรือมากกว่า ทั้งนี้ ภาคีผู้มีอำนาจหนึ่งหรือมากกว่าจะต้องพิจารณาโดยเร็วว่าจะกักขังหรือปล่อยตัวผู้สื่อข่าว โดยมีเงื่อนไขว่าเขาจะต้องได้รับความปลอดภัยตลอดระยะเวลาที่อยู่ในความควบคุมของภาคีผู้มีอำนาจหนึ่งหรือมากกว่า

### 1.1.3 กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองผู้สื่อข่าวในภาวะการขัดกันทางกำลังทหาร

การให้ความคุ้มครองผู้สื่อข่าวในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศย่อมหมายถึงการให้ความคุ้มครองตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและตามอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 และพิธีสารเพิ่มเติม ค.ศ.1977 ในฐานะที่เป็นการประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 และพิธีสารฉบับที่ 1 ซึ่งอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลพลเรือนในเวลาสงครามและเป็นบทบัญญัติเสริมของอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยกฎและประเพณีการสงครามทางบก ค.ศ.1899 และค.ศ.1907 ส่วนพิธีสารฉบับที่ 1 เป็นบทบัญญัติที่นำเอา

กฎเกณฑ์ว่าด้วยการทำสงคราม (Hague Rule) มาบรรจุไว้ โดยปรับปรุงการคุ้มครองพลเรือนให้ได้รับความคุ้มครองมากยิ่งขึ้น

### 1.1.3.1 การก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Formation of Customary Law)<sup>22</sup>

กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศประเภทหนึ่งตามที่ได้บัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ข้อ 38 ซึ่งบัญญัติว่า

“1. ศาลซึ่งมีหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเช่นที่เสนอต่อศาลตามกฎหมายระหว่างประเทศจะต้องใช้

ก. อนุสัญญาระหว่างประเทศไม่ว่าทั่วไปหรือโดยเฉพาะซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นที่รับรองโดยชัดแจ้งโดยรัฐคู่กรณี

ข. จารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นหลักฐานแห่งการถือปฏิบัติโดยทั่วไปซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย

ค. หลักกฎหมายทั่วไปซึ่งอารยประเทศรับรอง

ง. ภายใต้บังคับแห่งข้อบทของข้อ 59 คำพิพากษาของศาลและคำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิอย่างสูงของประเทศต่างๆ ในฐานะที่เป็นเครื่องช่วยในการพิจารณากำหนดหลักกฎหมาย

2. ข้อบทนี้ไม่กระทบกระเทือนต่ออำนาจศาลในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยอาศัยหลักความยุติธรรมและความรู้สึกผิดชอบชั่วดี หากคู่ความตกลงตามนั้น”<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Jean-Marie Henckaerts, “Study on customary international humanitarian law : A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict,” *International Review of the Red Cross*, 857 (March 2005) : 175-212.

<sup>23</sup> Article 38 of the Statute of International Court of Justice

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

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

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

จะเห็นได้ว่า กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ประการ กล่าวคือ ทางปฏิบัติของรัฐ(State Practice) และความเชื่อว่าเป็นกฎหมาย (Opinio Juris) ดังนั้น ในการศึกษาการก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจึงจำเป็นต้องศึกษาองค์ประกอบทั้งสองดังกล่าว โดยมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

#### 1.1.3.1.1 ทางปฏิบัติของรัฐ (State Practice)

เมื่อพิจารณาทางปฏิบัติของรัฐประกอบกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ มีประเด็นต้องพิจารณา 2 ประเด็นกล่าวคือ ประการแรก ทางปฏิบัติเช่นไรที่มีผลต่อการก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรืออาจเรียกว่า “การเลือกทางปฏิบัติของรัฐ” และประการที่สอง ทางปฏิบัติดังกล่าวทำให้เกิดกฎเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่หรืออาจเรียกว่า “การประเมินทางปฏิบัติของรัฐ”

##### (1) การเลือกทางปฏิบัติของรัฐ (Selection of State Practice)

ทางปฏิบัติทางกายภาพและทางวาจาของรัฐย่อมมีผลต่อการก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอย่างแน่แท้ ซึ่งการกระทำทางกายภาพหมายถึงความถึง ความประพฤติในสนามรบ, การใช้อาวุธบางประเภทและการปฏิบัติต่อบุคคลประเภทต่างๆ ในยามสงคราม ส่วนการกระทำทางวาจามีความรวมถึงคู่มือทหาร, กฎหมายภายในประเทศ, คำวินิจฉัยของศาลในประเทศ, คำสั่งของกองทัพและกองกำลังรักษาความปลอดภัย, การสื่อสารทางทหารระหว่างสงคราม, การคัดค้านทางการทูต, ความเห็นของที่ปรึกษากฎหมายซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่รัฐ, ความเห็นของรัฐบาลเกี่ยวกับร่างสนธิสัญญาต่างๆ, ความเห็นและกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร, คำให้การต่อศาลระหว่างประเทศ, ถ้อยคำที่กล่าวในเวทีระหว่างประเทศ, จุดยืนของรัฐบาลเกี่ยวกับข้อมติที่ออกโดยองค์การระหว่างประเทศ ปัจจัยต่างๆ ที่กล่าวมาแสดงให้เห็นถึงทางปฏิบัติ

(c) the general principle of law recognized by civilized nations;

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

2. The provision shall not prejudice the power or the Court to decide a case ex aequo et bono, if the parties agree thereto.

ของฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการของรัฐที่มีผลต่อการก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

เมื่อกล่าวถึงข้อมติที่ออกโดยองค์การระหว่างประเทศหรือการประชุมระหว่างประเทศ ย่อมเป็นการกระทำของรัฐที่เกี่ยวข้อง โดยทั่วไปแล้วข้อมติจะไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายเว้นแต่จะเข้าช้อยกเว้นบางประการ ดังนั้น การพิจารณาว่าข้อมติใดๆ มีผลต่อการก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับเนื้อหาสาระของข้อมตินั้นๆ รวมถึงการยอมรับของรัฐต่างๆ และทางปฏิบัติของรัฐว่าเป็นไปอย่างสม่ำเสมอหรือไม่ หากข้อมติใดได้รับการสนับสนุนอย่างมาก<sup>24</sup> การพิจารณาข้อมตินั้นก็จะมีผลสำคัญมากขึ้น

จากที่กล่าวมาข้างต้นว่าการกระทำทางวาจาที่มีผลต่อการก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหมายความว่ารวมถึงคำวินิจฉัยของศาลในประเทศนั้น อาจเกิดข้อสงสัยว่าเหตุใดจึงไม่หมายความรวมถึงคำวินิจฉัยของศาลระหว่างประเทศด้วย เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าแม้ว่าคำวินิจฉัยของศาลระหว่างประเทศถือว่าเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 38 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ แต่คำวินิจฉัยดังกล่าวไม่อาจถือได้ว่าเป็นทางปฏิบัติของรัฐเนื่องจากศาลระหว่างประเทศมิได้เป็นองค์กรของรัฐเช่นเดียวกับศาลภายในของรัฐ อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยดังกล่าวถือได้ว่าเป็นคำวินิจฉัยที่วินิจฉัยว่ากฎหมายใดถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งเป็นหลักฐานที่น่าหนักในการช่วยยืนยันได้ นอกจากนี้คำวินิจฉัยดังกล่าวยังเป็นบรรทัดฐานที่เกิดขึ้นและได้รับการยอมรับมาก่อนศาลระหว่างประเทศจึงมีอิทธิพลต่อทางปฏิบัติของรัฐและองค์การระหว่างประเทศในเวลาต่อมา

## (2) การประเมินทางปฏิบัติของรัฐ (Assessment of State Practice)

ทางปฏิบัติของรัฐจะถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจะต้องมีการนำทางปฏิบัติของรัฐดังกล่าวมาประเมินว่ามีน้ำหนักมากเพียงพอที่จะถือได้ว่าเป็นการก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อทางปฏิบัติของรัฐเป็นไปในรูปแบบเดียวกันแพร่หลายและต้องเป็นการปฏิบัติที่ถือได้ว่า

<sup>24</sup> ความสำคัญของเรื่องนี้ได้มีการกล่าวอ้างโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons ความเห็นเชิงปรึกษา, 8 กรกฎาคม 1996, ICJ Reports 1996, น.254-255, ย่อหน้าที่ 70-73.

เป็นการกระทำของรัฐด้วย<sup>25</sup> อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนจะได้ศึกษาถึงความหมายของถ้อยคำต่างๆ ที่ได้กล่าวมาแล้วว่ามีความหมายเช่นไรเพื่อให้เกิดความเข้าใจในการศึกษาหัวข้อนี้มากยิ่งขึ้น

ประการแรก ทางปฏิบัติโดยของรัฐอันจะถือว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้จะต้องเป็นรูปแบบเดียวกันอย่างแท้จริง แต่รัฐแต่ละรัฐอาจมีทางปฏิบัติที่แตกต่างกัน ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วางหลักกฎหมายไว้ว่า หากปรากฏตั้งแต่แรกว่าทางปฏิบัติของบางรัฐจะก่อให้เกิดผลด้านลบแก่ทางปฏิบัติของรัฐอื่นในรูปแบบเดียวกัน ทางปฏิบัติของรัฐนั้นย่อมไม่มีผลต่อการก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศของรัฐอื่นตราบเท่าที่ทางปฏิบัติในทางตรงข้ามนั้นรัฐอื่นได้ประณามหรือรัฐบาลได้ปฏิเสธในภายหลัง ซึ่งผลของการประณามหรือการปฏิเสธนั้นเป็นการยืนยันถึงกฎเกณฑ์อันเป็นกรณีสงสัยนั้นเอง<sup>26</sup>

ประการที่สอง กฎเกณฑ์อันเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั่วไปจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อทางปฏิบัติของรัฐเป็นไปในรูปแบบเดียวกันอย่างแพร่หลายและต้องเป็นทางปฏิบัติที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐด้วย แต่ทางปฏิบัติที่กล่าวมาไม่จำเป็นต้องได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการ เพียงแต่มีการปฏิบัติโดยทั่วไปก็ถือว่าเพียงพอแล้ว<sup>27</sup> และไม่ต้องพิจารณาถึงจำนวนรัฐขั้นต่ำแต่อย่างใดเนื่องจากการกำหนดจำนวนรัฐขั้นต่ำเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาทางปฏิบัติที่มีลักษณะทั่วไปย่อมเป็นไปได้ อย่างไรก็ตาม ยังคงต้องพิจารณาว่ารัฐที่ปฏิบัตินั้นคือรัฐใด<sup>28</sup> ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วินิจฉัยในคดีไหลทวีปของทะเลเหนือว่าทางปฏิบัติของรัฐรวมถึงรัฐซึ่งผลประโยชน์ของตนได้รับผลกระทบเป็นพิเศษด้วย<sup>29</sup>

<sup>25</sup> International Court of Justice, North Sea Continental Shelf cases, Judgment, 20 February 1969, ICJ Reports 1969, p.43, para 74.

<sup>26</sup> See International Court of Justice, Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States), Merits, Judgement, 27 June 1986, ICJ Reports 1986, p.98, para 186.

<sup>27</sup> International Law Association, Final Report of the Committee on the Formation of Customary (General) International Law, Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, Report of Sixty-Ninth Conference, London, 2000, Principle 14, p. 734. (hereinafter "ILA Report")

<sup>28</sup> *Ibid.*, commentary (d) and (e) to Principle 14, pp.736-737.

<sup>29</sup> International Court of Justice, *supra note 25*, p.43, para 74.

คำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่กล่าวข้างต้นส่งผลสองประการ กล่าวคือ ประการแรก ถ้ารัฐที่ได้รับผลกระทบเป็นพิเศษมีส่วนร่วมด้วย ก็ไม่จำเป็นต้องมีรัฐส่วนใหญ่ เข้ามามีส่วนร่วมอีก อย่างไรก็ตาม รัฐส่วนใหญ่เหล่านั้นจะต้องไม่แสดงว่าตนไม่ยอมรับทางปฏิบัติ ของรัฐที่ได้รับผลกระทบเป็นพิเศษ และประการที่สอง ถ้ารัฐที่ได้รับผลกระทบเป็นพิเศษไม่ยอมรับ ทางปฏิบัติที่เกิดขึ้น ทางปฏิบัตินั้นย่อมไม่สามารถก่อตัวขึ้นเป็นกฎเกณฑ์ของกฎหมายจารีต ประเพณีได้ แม้ว่าทางปฏิบัตินั้นไม่จำเป็นต้องมีการยอมรับอย่างเป็นทางการเป็นเอกฉันท์ตามที่กล่าวมาแล้วก็ตาม<sup>30</sup>

ส่วนการพิจารณาว่ารัฐใดเป็นรัฐที่ได้รับผลกระทบเป็นพิเศษภายใต้กฎหมาย มนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้นย่อมแตกต่างกันไปตามสถานการณ์ เช่น กรณีความชอบด้วย กฎหมายในการใช้อาวุธเลเซอร์ทำให้ตาบอด รัฐที่ได้รับผลกระทบเป็นพิเศษคือรัฐที่กำลังพัฒนา อาวุธดังกล่าว แม้ว่ารัฐอื่นๆ อาจจะได้รับผลร้ายจากการใช้อาวุธก็ตาม, กรณีการให้ความ ช่วยเหลือด้านมนุษยธรรม รัฐซึ่งประชากรต้องการความช่วยเหลือด้านมนุษยธรรมเป็นรัฐที่ได้รับ ผลกระทบเป็นพิเศษเช่นเดียวกับรัฐที่เป็นผู้ให้ความช่วยเหลือเช่นว่านั้น เป็นต้น

หากพิจารณากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศโดยรวม จะเห็นได้ว่ารัฐที่มีส่วน ร่วมในการสู้รบย่อมถือว่าเป็นรัฐที่ได้รับผลกระทบเป็นพิเศษ อย่างไรก็ตาม หากทางปฏิบัติของรัฐ ที่นำมาพิจารณานั้นมีส่วนเกี่ยวข้องกับการสู้รบที่เกิดขึ้น แม้จะมีบางรัฐที่ได้รับผลกระทบเป็นพิเศษ เกี่ยวกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในบางเรื่อง ทุกรัฐล้วนมีผลประโยชน์ทางกฎหมาย ในการเรียกร้องให้รัฐอื่นต้องเคารพต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศแม้ว่าตนจะมีได้เป็น ฝ่ายในการสู้รบก็ตาม<sup>31</sup> ยิ่งไปกว่านั้น ในการใช้อาวุธและยุทธวิธีในการสู้รบ รัฐทุกรัฐอาจได้รับ ผลร้ายจากการกระทำของรัฐอื่นได้ ฉะนั้น เมื่อพิจารณาโดยเคร่งครัดแล้วจำเป็นต้องพิจารณาถึงทาง ปฏิบัติของทุกรัฐในการพิจารณาเรื่องใดๆ ไม่ว่าจะรัฐนั้นๆ จะเป็นรัฐที่ได้รับผลกระทบเป็นพิเศษ หรือไม่ก็ตาม ส่วนเรื่องกำหนดระยะเวลาขึ้นของกฎเกณฑ์ของกฎหมายจารีต ประเพณีจะต้องอาศัยระยะเวลาชั่วขณะหนึ่ง แต่ก็ไม่ปรากฏว่ามีกำหนดระยะเวลาที่แน่นอน ดังนั้น อาจกล่าวได้โดยสรุปว่าปัจจัยสำคัญที่ต้องนำมาพิจารณาการก่อตัวของกฎเกณฑ์ของ

<sup>30</sup> ILA Report, *supra note 27*, commentary (b) to Principle 15, p.738.

<sup>31</sup> Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, 2 volumes, (Cambridge University Press, 2005), Volume I. Rules, commentary to Rule 144.

กฎหมายจารีตประเพณี คือ การสะสมของทางปฏิบัติของรัฐที่เกิดขึ้นนั้นมีมากเพียงพอ เป็นไปในรูปแบบเดียวกัน มีความแพร่หลายและต้องถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐด้วย<sup>32</sup>

#### 1.1.3.1.2 ความเชื่อว่าเป็นกฎหมาย (*Opinio Juris*)

การแสดงออกถึงรูปแบบและความเชื่อทางกฎหมายย่อมแตกต่างกันขึ้นอยู่กับว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นพันธกรณี ขัดห้าม หรือเป็นเพียงสิทธิที่สามารถกระทำได้ ซึ่งการพิจารณาความเชื่อทางกฎหมายถึงการมีอยู่ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นหมายความว่าความเชื่อทางกฎหมายว่าทางปฏิบัติของรัฐนั้นเป็นสิทธิที่รัฐสามารถกระทำได้ อย่างไรก็ตามการแยกแยะองค์ประกอบทางปฏิบัติและความเชื่อทางกฎหมายเป็นสิ่งที่ยากหรือเป็นเพียงทฤษฎีเท่านั้นเนื่องจากการกระทำเดียวกันย่อมแสดงให้เห็นถึงทั้งทางปฏิบัติของรัฐและความเชื่อทางกฎหมายของรัฐในเวลาเดียวกัน ทั้งนี้ สหประชาคมกฎหมายระหว่างประเทศชี้ให้เห็นว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่ได้กล่าวโดยละเอียดว่าการอ้างว่าองค์ประกอบสองประการที่ต่างกันของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจะทำให้การกระทำอย่างเดียวกันไม่สามารถแสดงถึงองค์ประกอบทั้งสองประการได้อย่างชัดเจนบ่อยครั้งการแยกองค์ประกอบดังกล่าวเป็นเรื่องยากหรือเป็นไปได้<sup>33</sup> ดังเช่นคู่มือทางทหารซึ่งเป็นการกระทำทางวาจาที่ถือได้ว่าเป็นทางปฏิบัติของรัฐและสะท้อนถึงความเชื่อทางกฎหมายของรัฐในขณะเดียวกันด้วย

หากทางปฏิบัติของรัฐมีมากเพียงพอความเชื่อว่าเป็นกฎหมายก็มักจะรวมอยู่ในทางปฏิบัตินั้นด้วยจึงไม่มีความจำเป็นต้องแสดงให้เห็นว่าความเชื่อว่าเป็นกฎหมายนั้นเป็นองค์ประกอบที่แยกออกจากองค์ประกอบเรื่องทางปฏิบัติของรัฐได้ ซึ่งแตกต่างจากกรณีที่ทางปฏิบัติของรัฐนั้นมีความคลุมเครือ ความเชื่อว่าเป็นกฎหมายย่อมเป็นองค์ประกอบสำคัญที่มีบทบาทในการชี้ให้เห็นว่าทางปฏิบัตินั้นถือได้ว่าเป็นการเริ่มก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีทางปฏิบัตินั้นเป็นการละเว้นกระทำการซึ่งรัฐมักจะไม่กระทำการหรือไม่แสดงปฏิกิริยาโดยไม่มีเหตุผลที่ชัดเจน ในกรณีเช่นนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศหรือศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศเดิมเห็นว่า ในการพิจารณาว่าทางปฏิบัติที่คลุมเครือนั้นอาจถือได้ว่าเป็นการก่อตั้งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่ จะต้องแยก

<sup>32</sup> ILA Report, *supra* note 27, commentary (b) to Principle 12, p.731.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p.718, para 10 (c).

องค์ประกอบของความเชื่อทางกฎหมายออกต่างหาก<sup>34</sup> เช่นใน *The Lotus Case* (France v. Turkey) การที่รัฐละเว้นไม่ดำเนินคดีต่อการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นบนเรือมิใช่เพราะรัฐถูกห้ามมิให้กระทำเช่นนั้น และใน *North Sea Continental Shelf Case* (Federal Republic of Germany v. The Netherlands and Denmark) รัฐที่ได้กำหนดเขตไหล่ทวีปของตนบนหลักระยะทางที่เท่ากัน (equidistance principle) ไม่ได้กระทำเช่นนั้นเพราะเห็นว่าตนมิได้มีพันธกรณีให้ต้องทำแต่อย่างใด

เมื่อพิจารณากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ จะเห็นได้ว่ากฎเกณฑ์จำนวนมาก บังคับให้ละเว้นการกระทำบางอย่าง ซึ่งการละเว้นกระทำนี้ทำให้เกิดปัญหาในการประเมิน องค์ประกอบของความเชื่อทางกฎหมายเนื่องจากจะต้องมีการพิสูจน์ว่าการละเว้นนั้นมีใช่เรื่อง บังเอิญแต่เป็นความคาดหวังทางกฎหมาย หากข้อบังคับให้ละเว้นกระทำนั้นปรากฏในตราสาร ระหว่างประเทศหรือถ้อยแถลงที่เป็นทางการก็ย่อมสามารถพิสูจน์ความมีอยู่ของข้อบังคับทาง กฎหมายดังกล่าวได้ ยิ่งไปกว่านั้นการละเว้นดังกล่าวอาจเกิดขึ้นเมื่อความประพฤติที่เป็นปัญหา ก่อให้เกิดความขัดแย้ง ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการละเว้นนั้นมีเหตุบังเอิญ แม้ว่าจะไม่ใช่เรื่องง่ายใน การพิสูจน์ว่าการละเว้นเกิดจากพันธกรณีตามกฎหมายก็ตาม<sup>35</sup>

กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในการให้ความคุ้มครองผู้สื่อข่าวในภาวะการ ขัดกันทางกำลังทหารตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้นได้กำหนดไว้ในเรื่องบุคคลและ วัตถุที่ได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ ผู้สื่อข่าว ข้อ 34 แห่งกฎจารีตประเพณีของกฎหมาย มนุษยธรรมระหว่างประเทศว่า “ผู้สื่อข่าวพลเรือนที่ประกอบภารกิจตามอาชีพของตนในบริเวณที่มี การสู้รบต้องได้รับการเคารพและคุ้มครองตราบเท่าที่พวกเขาไม่มีส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบ” ซึ่ง กฎจารีตประเพณีของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศสามารถนำไปใช้บังคับได้ในภาวะการ ขัดกันทางกำลังทหารที่มีและไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ

<sup>34</sup> ILA Report, *Ibid.*, Principle 17 and commentary.

<sup>35</sup> Jean-Marie Henckaerts, *supra note 18*, p.182.

### 1.1.3.2 การจัดทำอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 และพิธีสารเพิ่มเติม ค.ศ.1977 ในฐานะที่เป็นการประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ในปี ค.ศ.1859 ได้เกิดสงครามระหว่างฝรั่งเศสและออสเตรียขึ้นที่เมืองโซเฟริโน (Solferino) Henri Dunant ชาวสวิสเซอร์แลนด์ได้เห็นทหารในสนามรบได้รับบาดเจ็บ ซึ่งมีความโหดร้ายทารุณและทำให้ทหารถูกฆ่าตายเป็นจำนวนมากเนื่องจากการขาดการให้บริการทางการแพทย์และการดูแลรักษาที่เพียงพอ Dunant จึงได้รักษาผู้ได้รับบาดเจ็บเท่าที่ทำได้และได้เรียกร้องให้ทุกฝ่ายช่วยกันให้ความช่วยเหลือผู้ได้รับบาดเจ็บทั้งที่เป็นมิตรและศัตรูโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างทางด้านเชื้อชาติ และจากประสบการณ์ดังกล่าว เขาจึงได้เขียนหนังสือชื่อ “บันทึกความทรงจำที่โซเฟริโน” และได้จัดพิมพ์ในปี ค.ศ.1862-1863 จากงานเขียนชิ้นนี้ทำให้มีการเผยแพร่หลักการด้านมนุษยธรรม ซึ่ง Dunant ได้เสนอให้มีการจัดทำอนุสัญญาที่ให้ความคุ้มครองผู้เจ็บป่วยและผู้บาดเจ็บในสนามรบให้ดีขึ้น

อนุสัญญาเจนีวาฉบับแรกมีชื่อว่า “อนุสัญญาเจนีวาเพื่อการฟื้นฟูสภาพผู้บาดเจ็บภายในกองทัพในสนามรบ ค.ศ. 1864” (1864 The Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armed Force in the Field) ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองผู้เจ็บป่วยและผู้บาดเจ็บในสนามรบให้ดีขึ้นอันเป็นผลมาจากเหตุการณ์ที่โซเฟริโน และเป็นอนุสัญญาฉบับแรกที่ได้วางพื้นฐานทางด้านมนุษยธรรม หลักความเป็นกลางและหลักความได้สัดส่วนของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเอาไว้ และเมื่อบุคคลเหล่านี้ถูกกล่าวหาอนุสัญญาฉบับนี้ย่อมให้ความคุ้มครองเขาได้ อีกทั้ง อนุสัญญาฉบับนี้ยังถือเป็นอนุสัญญาที่มีความสำคัญมากกว่าการกระทำในทางปฏิบัติ เช่น เรื่องหน่วยทางการแพทย์ อนุสัญญาฉบับนี้ให้ความสำคัญกับการห้ามการแทรกแซงหน้าที่ของหน่วยทางการแพทย์อันแตกต่างจากทางปฏิบัติที่ห้ามการกักกันหน่วยทางการแพทย์ นอกจากนี้อนุสัญญาฉบับนี้ยังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการก่อตั้งสภาสากล ซึ่งแสดงให้เห็นถึงสัญลักษณ์ในการให้ความคุ้มครองทางระหว่างประเทศ อันส่งผลให้เกิดเครื่องหมายเสี้ยววงเดือนแดง (Red Crescent), เครื่องหมายสิงโตแดงและพระอาทิตย์ (The red lion and sun), เครื่องหมายดาวแดงแห่งเดวิด (The red star of david) โดยพฤตินัย (de facto) มิใช่โดยนิตินัย (de jure) ประเทศมหาอำนาจส่วนใหญ่เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฉบับนี้ภายในระยะเวลา 5 ปี โดยในปี ค.ศ. 1882 สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศสุดท้ายที่เข้าเป็นสมาชิก

อนุสัญญาฉบับนี้มีความสำคัญมากในการพัฒนากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ แต่ไม่ได้รับการยอมรับในทางปฏิบัติเนื่องจากมิได้มีการเผยแพร่อนุสัญญาฉบับนี้มากนัก และประเทศมหาอำนาจทั้งหลายไม่มีความเข้าใจในกฎเกณฑ์ต่างๆ เช่น สงครามระหว่างฝรั่งเศสและรัสเซียในปี ค.ศ. 1870-1871 (The Franco-Prussian War 1870-1871) รัสเซียและประเทศพันธมิตรทั้งหลายได้นำอนุสัญญาฉบับนี้ไปบังคับใช้ แต่ฝรั่งเศสมิได้กระทำเช่นนั้น อย่างไรก็ตาม ฝรั่งเศสได้นำอนุสัญญาฉบับนี้ไปใช้บังคับในภายหลังส่งผลให้ระบบกฎหมายมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น จะเห็นได้ว่าปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาเกี่ยวกับเนื้อหาของอนุสัญญาอันจะนำไปสู่กฎเกณฑ์ที่มีความแน่นอน แต่ก็ยังคงมีข้อบกพร่องในการรวบรวมรายละเอียดต่างๆ<sup>36</sup>

ในปี ค.ศ. 1906-1907 ได้มีการแก้ไขปรับปรุงอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1864 เป็น “อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1907” ซึ่งเป็นการทบทวนและพัฒนาหลักการของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1864 ให้มีความเหมาะสมกับรูปแบบการสู้รบที่ทันสมัยขึ้น โดยพิจารณาควบคู่กับอนุสัญญากรุงเฮกเกี่ยวกับกฎหมายและจารีตประเพณีของสงครามทางบก ค.ศ. 1899 เพราะต้องการอ้างอิงถึงหน้าที่ของประเทศคู่สงครามในการปฏิบัติต่อผู้ป่วยและผู้บาดเจ็บ ต่อมาในปี ค.ศ. 1914-1918 เกิดสงครามโลกครั้งที่ 1 การทำสงครามระหว่างรัฐในขณะนั้นมีลักษณะเป็นสงครามเบ็ดเสร็จ รัฐคู่สงครามต่างมุ่งหมายที่จะทำลายล้างกัน วิธีการสู้รบขยายตัวอย่างกว้างขวาง เช่น มีการใช้แก๊สพิษ การทิ้งระเบิดจากเครื่องบินเป็นครั้งแรก การนำอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1907 ไปใช้บังคับจึงไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป เมื่อสงครามโลกครั้งที่ 1 สิ้นสุดลงส่งผลให้เกิดความสูญเสียแก่พลเรือนเป็นจำนวนมากจึงมีความจำเป็นต้องแก้ไขปรับปรุงอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1907

การแก้ไขปรับปรุงอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1907 ได้มีการลงนามกันในวันที่ 29 มิถุนายน ค.ศ. 1929 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับผู้บาดเจ็บในสนามรบ อนุสัญญาฉบับนี้มีชื่อว่า “อนุสัญญาว่าด้วยผู้บาดเจ็บและผู้บาดเจ็บ ค.ศ. 1929” (The Geneva Convention on Wounded and Sick) ซึ่งได้ยกเว้นอย่างชัดเจนที่จะไม่นำ “General participation Clause”<sup>37</sup> มาใช้บังคับ ทำ

<sup>36</sup> Hilaire McCoubrey, International Humanitarian Law : The Regulation of Armed Conflict. ( Great Britain : Dartmouth Publishing Company Limited, 1990), p.11-12.

<sup>37</sup> General participation Clause หมายถึง อนุสัญญาจะผูกพันคู่สงครามก็ต่อเมื่อคู่สงครามเหล่านั้นเป็นภาคีของอนุสัญญาดังกล่าว ซึ่งถือว่าไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ทางด้านมนุษยธรรม

ให้อนุสัญญาฉบับนี้มีประโยชน์แก่รัฐภาคีเป็นอย่างมากเนื่องจากหากมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นสามารถนำอนุสัญญาฉบับนี้ไปใช้บังคับแก่รัฐที่มีโชภาคีด้วยส่งผลให้การนำอนุสัญญาฉบับดังกล่าวมาใช้ปกป้องทางมนุษยธรรมแก่ผู้ได้รับบาดเจ็บ ผู้ป่วยและเชลยสงครามจากสงครามให้ดีขึ้น ซึ่งอนุสัญญาฉบับนี้ได้นำไปใช้สงครามโลกครั้งที่ 2 ด้วย

ในปี ค.ศ.1939-1945 ได้เกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 มีการใช้อาวุธนิวเคลียร์ต่อสู้กัน ส่งผลให้พลเรือนและทหารถูกฆ่าตายเป็นจำนวนมากจึงเกิดความจำเป็นในการแก้ไขปรับปรุงอนุสัญญาฉบับก่อนๆ เพื่อให้มีความสอดคล้องกับขอบเขตของวิธีการสู้รบที่เปลี่ยนแปลงไป ดังนั้นในวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ.1949 ผู้แทนจากประเทศต่างๆ ได้ลงนามตราสารทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ณ นครเจนีวา ก่อให้เกิดอนุสัญญาเจนีวาขึ้นอีก 4 ฉบับ ดังนี้

อนุสัญญาเจนีวาฉบับแรก มีชื่อว่า “อนุสัญญาเจนีวาเพื่อให้ผู้บาดเจ็บและป่วยไข้ในกองทัพในสนามรบมีสถานะดีขึ้นลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ.1949” (The Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of 12 August 1949)<sup>38</sup> ซึ่งกำหนดว่าผู้ป่วยและผู้บาดเจ็บซึ่งเป็นผู้ทำการรบยอมได้รับการเคารพปกป้องและดูแลจากรัฐศัตรู ในกรณีที่ดินตกไปอยู่ในอำนาจของรัฐศัตรู ทั้งนี้ จะไม่มีการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุทางสัญชาติ เพศ เชื้อชาติ ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง การพยายามทำอันตรายต่อชีวิต หรือการใช้กำลังต่อตัวบุคคลเหล่านี้

อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่สอง มีชื่อว่า “อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 2 เพื่อให้ผู้สังกัดในกองทัพขณะอยู่ในทะเลซึ่งบาดเจ็บป่วยไข้และเรือต้องอัปปางมีสถานะดีขึ้นลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ.1949” (The Geneva Convention II for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of the Armed Forces at Sea 12 August 1949)<sup>39</sup>

เดิมหลักเกณฑ์ทางกฎหมายมนุษยธรรมให้ความคุ้มครองเฉพาะผู้เจ็บป่วยและผู้บาดเจ็บในสนามรบเท่านั้น ต่อมาจึงได้ขยายความคุ้มครองให้แก่ผู้เจ็บป่วยและผู้บาดเจ็บในสงครามทางเรือด้วยส่งผลให้ในปี ค.ศ.1868 ได้มีการร่างกฎหมายในเรื่องดังกล่าวซึ่งเป็นการขยาย

<sup>38</sup> The Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 12 August 1949, 75 U.N.T.S.31.

<sup>39</sup> The Geneva Convention II for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of the Armed Forces at Sea, 12 August 1949, 75 U.N.T.S.85 (hereinafter Geneva Convention II)

กฎหมายเจนีวาในการให้ความคุ้มครองผู้เจ็บป่วยและผู้บาดเจ็บให้ครอบคลุมถึงผู้เจ็บป่วยและผู้บาดเจ็บอันเนื่องมาจากสงครามทางทะเลด้วย<sup>40</sup> เรื่องดังกล่าวยังปรากฏให้เห็นในอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1899 ซึ่งเป็นการปรับใช้กับการสู้รบทางทะเลตามหลักการของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1864 ต่อมาในการประชุมที่เฮก ครั้งที่ 2 ปี ค.ศ. 1907 ได้มีการทบทวนอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1899 และการรับเอาข้อบทของอนุสัญญาฉบับใหม่ๆ ซึ่งรวมเอาหลักการพื้นฐานของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1906 เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อผู้บาดเจ็บหรือเจ็บป่วยในสงครามทางบกมาปรับใช้ด้วย<sup>41</sup> กฎเกณฑ์เหล่านี้ถูกนำไปใช้ในสงครามโลกครั้งที่ 1 หลังจากสงครามสิ้นสุดลง แต่ยังคงมีการโต้เถียงกันในเรื่องข้อจำกัดในการทำสงครามเรือดำน้ำ รวมถึงเหตุการณ์ในปี ค.ศ. 1916 กรณี U20 ได้กระทำการจมเรือทางการแพทย์ Britannic ใน Aegean เรือดังกล่าวถูกโจมตีด้วยทุ่นระเบิดส่งผลให้เกิดปัญหาในเรื่องการใช้อาวุธอัตโนมัติ (automatic weapons) จึงได้มีการทบทวนและแก้ไขบทบัญญัติทางกฎหมายใหม่เพื่อให้สอดคล้องกับการสู้รบที่ทันสมัยขึ้นส่งผลให้มีการรวมเอาหลักการในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1929 ไว้ในหลักการเกี่ยวกับการสู้รบทางทะเลด้วย อย่างไรก็ตาม ปัญหาดังกล่าวและปัญหาเรื่องการยอมรับสัญลักษณ์เรือทางการแพทย์ก็ยังคงเกิดขึ้นในสงครามโลกครั้งที่ 2

หลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลงได้มีการแก้ไขปรับปรุงอนุสัญญาฉบับก่อนๆ เพื่อให้สอดคล้องกับการสู้รบที่ทันสมัยจนก่อให้เกิดอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 2 เกี่ยวกับผู้บาดเจ็บหรือเจ็บป่วยในสงครามทางทะเล โดยมีหลักการว่าผู้สังกัดในกองทัพขณะอยู่ในทะเลซึ่งบาดเจ็บป่วยไข้และเรือต้องอับปางจะต้องได้รับความเคารพและคุ้มครองในทุกสถานการณ์ จะต้องได้รับการปฏิบัติและรักษาพยาบาลด้วยมนุษยธรรมโดยคู่พิพาทซึ่งตนตกอยู่ในอำนาจโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากสัญชาติ เพศ เชื้อชาติ ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง ห้ามการประทุษร้ายต่อชีวิตและร่างกายของบุคคลเหล่านี้อย่างเด็ดขาด<sup>42</sup>

<sup>40</sup> Hilaire McCoubrey, *supra note* 36 ,p.13.

<sup>41</sup> Adam Roberts and Richard Guelff, *Documents in the laws of war*, (Oxford University, 2000), p.221.

<sup>42</sup> เวียงพร ไกรเกียรติสกุล, “มารราร่วม (มาตรา 1-3) ในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 กับการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยธรรมในภาวะของการขัดกันทางกำลังทหาร”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.34.

อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่สาม มีชื่อว่า “อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยสงคราม ลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ.1949” (The Geneva Convention III Relative to the Treatment of Prisoners of War of 12 August 1949)

เดิมแนวความคิดเรื่องเชลยสงครามยังไม่เป็นที่แพร่หลายและประสบความล้มเหลวในขณะนั้นการจับเชลยสงครามหมายถึงผู้มีชัยชนะของทาส ต่อมาในยุคกลางการจับเชลยสงครามได้กลายเป็นจารีตประเพณีที่สามารถกระทำได้โดยการจ่ายค่าไถ่เชลยสงคราม อย่างไรก็ตาม ในยุคสมัยใหม่การกระทำเช่นนี้มาสามารถกระทำได้ ต่อมาในปี ค.ศ.1874 ได้มีการประชุม ณ กรุงบรัสเซล ซึ่งได้มีการร่างคำประกาศระหว่างประเทศซึ่งเป็นร่างฉบับแรกที่มีผลเปลี่ยนแปลงภาพรวมของกฎเกณฑ์สถานะของเชลยสงคราม อีกทั้ง ภายหลังปี ค.ศ.1880 สถาบันกฎหมายระหว่างประเทศได้มีการรับเอากฎเกณฑ์ที่รู้จักกันในนาม “oxford manual” ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่มีความมุ่งหมายในการประมวลกฎหมายภาคสงคราม จนกระทั่งในการประชุมเพื่อสันติภาพ ค.ศ. 1899 และค.ศ.1907 ณ กรุงเฮก รัฐต่างๆ ตกลงกันที่จะจำกัดสิทธิอธิปไตยเหนือเชลยสงครามของตนจึงมีการประกาศเป็นครั้งแรกว่าห้ามใช้เชลยสงครามในการโต้ตอบด้วยกำลังทางทหาร

ในสงครามโลกครั้งที่ 1 ได้มีการนำกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยสงครามตามที่บัญญัติไว้ในกฎเกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมายและจารีตประเพณีในการทำสงครามทางบก ซึ่งผนวกกับอนุสัญญากรุงเฮก ฉบับที่ 4 ค.ศ.1899 และค.ศ.1907 ไปใช้บังคับ บทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดอำนาจของรัฐผู้มีอำนาจหนึ่งเดียว (Detaining power) ในการให้ความคุ้มครองแก่เชลยสงครามจากการปฏิบัติโดยอำเภอใจ แต่กฎเกณฑ์ดังกล่าวยังคงมีช่องว่างของกฎหมายบางประการจึงมีความจำเป็นในการบัญญัติกฎเกณฑ์กรุงเฮกให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น หลังสงครามโลกครั้งที่ 1 รัฐคู่สงครามได้จัดทำข้อตกลงกรุงเบิร์น ค.ศ.1917 และค.ศ.1918 ซึ่งเป็นข้อตกลงพิเศษระหว่างกัน การจัดทำข้อตกลงเช่นนี้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการประชุม ICRC ครั้งที่ 10 ณ กรุงเจนีวา ในปีค.ศ.1921 ซึ่ง ICRC ได้ร่างอนุสัญญาเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวขึ้นในปีค.ศ.1923 และในการประชุมทางการทูต ค.ศ.1929 ได้มีการจัดทำอนุสัญญาเกี่ยวกับเชลยสงครามขึ้น โดยมีชื่อว่า “อนุสัญญาเจนีวา เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยสงคราม ค.ศ. 1929” (1929 The Geneva Convention Relation to the Treatment of Prisoner of War) ซึ่งกำหนดว่าสถานะของเชลยสงครามย่อมขึ้นอยู่กับทำให้คำจำกัดความของรัฐคู่สงคราม การกำหนดเช่นนี้ย่อมเป็นยกเลิกเพิกถอนกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเฮก โดยมีเงื่อนไขเพิ่มเติมว่าจะต้องมีการกำหนดบทบัญญัติเพิ่มเติมที่สำคัญ กล่าวคือ การห้ามการแก้แค้น, องค์การแรงงานของเชลยสงครามและความรับผิดชอบแห่งสำหรับลูกจ้าง, สิทธิของเชลยสงครามในการเลือกตัวแทนของตน

, การรวบรวมกระบวนการขั้นตอนของศาลสถิตยุติธรรม, มาตรการในการลงโทษ, องค์การที่ดูแล โดยรัฐผู้ให้ความคุ้มครอง (Protecting power) รวมถึงเจ้าหน้าที่ของ ICRC ซึ่งเป็นหน่วยงานกลาง เพื่อการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสาร เป็นต้น<sup>43</sup>

ในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้มีการนำอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1929 ไปใช้บังคับ ภายใต้เงื่อนไขการคุ้มครองและปฏิบัติต่อเชลยสงครามอย่างมีประสิทธิภาพ แต่อนุสัญญาฉบับดังกล่าวไม่มีกฎเกณฑ์ที่เคร่งครัดในการควบคุมดูแลเชลยสงครามหากถูกจับกุมเพื่อมิให้มีการกำหนดสถานะของเชลยสงครามตามอำเภอใจ และไม่มีการกำหนดว่าสนธิสัญญานั้นมีผลใช้บังคับเฉพาะภาคีของอนุสัญญาเท่านั้นทำให้รัฐอื่นสามารถอ้างเหตุดังกล่าวในการไม่เคารพปฏิบัติ ตามกฎเกณฑ์ในการคุ้มครองสถานะของเชลยสงครามตามที่กำหนดไว้ จึงจำเป็นต้องปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติในบางเรื่องเพื่อให้สอดคล้องกับธรรมเนียมปฏิบัติ ผลที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากสงคราม และเงื่อนไขในการดำรงชีพของมนุษย์ที่เปลี่ยนแปลงไป รัฐต่างๆ จึงได้ร่วมกันร่าง อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ขึ้น

อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 เป็นการกำหนดหลักทั่วไปเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยสงครามว่ารัฐผู้จับกุมเชลยสงครามจะต้องรับผิดชอบดูแลเชลยสงคราม การปฏิบัติต่อเชลยสงครามจะต้องเป็นไปโดยมีมนุษยธรรม ห้ามมิให้มีการการกระทำหรือละเว้นกระทำของรัฐซึ่งทำให้เชลยสงครามถึงแก่ชีวิตหรือเป็นอันตรายแก่สุขภาพอย่างร้ายแรง เช่น การทำร้ายร่างกาย การทดลองทางการแพทย์ เป็นต้น การเคารพปฏิบัติต่อเชลยสงครามให้คำนึงถึงเพศ วัตถุประสงค์และเกียรติศักดิ์ของเชลยสงครามด้วย และหญิงจะได้รับการปฏิบัติที่เร็วกว่าชายมิได้ นอกจากนี้ยังมีการกำหนดให้อำนาจแก่รัฐที่เป็นกลางในการเข้าไปให้ความคุ้มครองแก่รัฐคู่สงครามในการควบคุมช่วยเหลือและป้องกันเกี่ยวกับเชลยสงคราม และอนุสัญญาฉบับนี้ยังมีผลใช้บังคับไม่เฉพาะในกรณีสงครามระหว่างภาคีของอนุสัญญาเท่านั้น แต่ใช้กับสงครามระหว่างภาคีกับรัฐอื่นเมื่อรัฐอื่นยอมปฏิบัติตามอนุสัญญานี้ไม่ว่าจะเป็นสงครามที่มีการประกาศหรือกรณีพิพาทด้วยอาวุธอย่างอื่นใด<sup>44</sup>

<sup>43</sup> Jean Pictet, Commentary of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, (Geneva : ICRC , 1958), pp.4-6.

<sup>44</sup> เวียงพร ไกรเกียรติสกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 42, น.35-36.

อีกทั้ง เนื้อหาส่วนใหญ่ของอนุสัญญาฉบับที่ 3 เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยสงคราม ได้รับการยอมรับกันทั่วไปว่ามีลักษณะเป็นการประกาศกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป ดังนั้น กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องในอนุสัญญาดังกล่าวย่อมมีผลใช้บังคับกับรัฐที่ยังไม่ได้เป็นภาคีกับสนธิสัญญาแต่ก็ต้องผูกพันในฐานะที่กฎเกณฑ์เป็นลักษณะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>45</sup>

อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่สี่ มีชื่อว่า “อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 เกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลพลเรือนในเวลาสงครามลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ.1949” (The Geneva Convention IV Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949)<sup>46</sup>

อนุสัญญาเจนีวาฉบับเดิมก่อนที่มีการรับเอาข้อบทของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองพลรบ (combatants) เท่านั้น มิได้รวมถึงพลเรือน (civilians) ซึ่งหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองพลเรือนอันเนื่องมาจากผลของสงคราม รวมถึงในดินแดนยึดครองของอีกฝ่ายหนึ่งได้ปรากฏให้เห็นในกฎเกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมายและจารีตประเพณีในการทำสงครามทางบก ซึ่งผนวกกับอนุสัญญากรุงเฮกฉบับที่ 4 ค.ศ.1899 และค.ศ.1907 หลังจากสงครามโลกครั้งที่ 1 สิ้นสุดลง ได้แสดงให้เห็นว่า กฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเฮกไม่เพียงพอต่อการให้ความคุ้มครองพลเรือนเนื่องจากวิธีการสู้รบได้เปลี่ยนแปลงไป เช่น การปฏิบัติการโจมตีทางอากาศ รวมถึงปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองคนชาติศัตรูในดินแดนหรือดินแดนยึดครองของอีกฝ่ายหนึ่ง ICRC ได้เล็งเห็นถึงปัญหาดังกล่าวจึงได้มีการจัดการประชุมระหว่างประเทศขึ้นในปี ค.ศ.1920 ซึ่งเป็นการเพิ่มหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองพลเรือนในเวลาสงครามมากขึ้น<sup>47</sup>

ในการประชุมทางการทูต ค.ศ.1929 ได้มีการปรับปรุงอนุสัญญาเจนีวาว่าด้วยผู้ป่วยและผู้บาดเจ็บ โดยที่ประชุมได้พิจารณาร่วมกับเรื่องการให้ความคุ้มครองคนชาติศัตรูในดินแดนหรือดินแดนยึดครองของอีกฝ่ายหนึ่งส่งผลให้ในปี ค.ศ.1934 การประชุมกาชาดระหว่างประเทศครั้งที่ 15 ณ กรุงโตเกียว ได้มีการรับข้อบทอนุสัญญาว่าด้วยเจ้าหน้าที่และ

<sup>45</sup> จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.542.

<sup>46</sup> The Geneva Convention IV Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 12 August 1949, 75 U.N.T.S.287.

<sup>47</sup> <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebPrint/380-TRA?OpenDocument>

การคุ้มครองคนชาติศัตรูในดินแดนหรือดินแดนยึดครองของอีกฝ่ายหนึ่ง (ร่างอนุสัญญาโตเกียว) ซึ่งร่างโดย ICRC แต่ก็มีได้มีการนำร่างอนุสัญญาฉบับดังกล่าวไปปฏิบัติเนื่องจากรัฐบาลหลายประเทศไม่ยอมเรียกประชุมทางการทูตเพื่อตัดสินใจว่าจะรับข้อบทของอนุสัญญาหรือไม่ ทำให้ร่างอนุสัญญาฉบับดังกล่าวไม่มีผลใดๆ ทางกฎหมายที่จะสามารถนำมาใช้กับเหตุการณ์ในสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้ส่งผลให้เกิดความเสียหายเป็นอย่างมาก<sup>48</sup> ความเสียหายดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงการขาดหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองพลเรือนในเวลาสงคราม ICRC จึงได้พยายามปรับปรุงกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อปกป้องผู้ได้รับเคราะห์กรรมจากสงคราม โดยเฉพาะแก่พลเรือนจึงส่งผลให้มีการจัดทำอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 ขึ้น

อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลพลเรือนในเวลาสงคราม ซึ่งวางข้อกำหนดเพื่อคุ้มครองพลเรือนในดินแดนที่ถูกยึดครอง การคุ้มครองเช่นว่านี้จะต้องปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม โดยไม่คำนึงถึงข้อแตกต่างในเผ่าพันธุ์ สีผิว ศาสนา หรือความเชื่อ เพศ ชาติกำเนิด หรือฐานะความร่ำรวย หรือเงื่อนไขอื่นๆ ทำนองเดียวกันให้เป็นผลร้ายต่อบุคคลดังกล่าว เพื่อป้องกันและคุ้มครองพลเรือนมิให้ถูกฆ่า ถูกทรมาน ถูกจับเป็นตัวประกัน เป็นต้น นอกจากนี้ยังรวมถึงการกำหนดเขตโรงพยาบาล เขตปลอดภัย การให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหน้าที่ สถานที่ และการขนส่งที่เกี่ยวข้องกับการให้ความช่วยเหลือแก่พลเรือนในดินแดนดังกล่าว อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 นี้มิได้ทำให้อนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยกฎและประเพณีการสงครามทางบก ค.ศ.1899 และค.ศ.1907 สิ้นผลลง แต่อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 เป็นบทบัญญัติเสริมของอนุสัญญากรุงเฮกฉบับดังกล่าว<sup>49</sup>

จะเห็นได้ว่าอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้งสี่ฉบับนี้เป็นการกำหนดการปฏิบัติต่อบุคคลผู้ประสบภัยในกรณีต่างๆ ได้แก่ กำลังพลของกองทัพซึ่งออกจากการรบไม่ว่าจะได้รับบาดเจ็บ ป่วยไข้ เรืออัปปาง เป็นต้น, เหยื่อสงคราม, ประชาชนพลเรือน และเจ้าหน้าที่ทางการแพทย์ ซึ่งหลักเกณฑ์ในอนุสัญญาเหล่านี้นับว่าเป็นการบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ตามหลัก

<sup>48</sup> เบอรินาด โอเบอร์สัน, คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศตอบคำถามคุณ, แปลโดยประสิทธิ์ เอกบุตร, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา), น.12.

<sup>49</sup> มาตรา 154 แห่งอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 เกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลพลเรือนในเวลาสงครามลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ.1949

กฎหมายว่าด้วยมนุษยธรรมและจารีตประเพณีที่ได้ยึดถือปฏิบัติกันมาเป็นเวลานาน จึงทำให้ออนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 เป็นที่ยอมรับของนานาประเทศ<sup>50</sup>

อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ยังคงมีข้อจำกัดในเรื่องประเภทของบุคคลในการให้ความคุ้มครองและบททั่วไปในการนำอนุสัญญาไปใช้ในกรณีต่างๆ<sup>51</sup> ซึ่งไม่ครอบคลุมถึงความขัดแย้งรูปแบบใหม่ๆ และพัฒนาการของรูปแบบของสงครามที่เกิดขึ้นภายหลังที่มีการรับตัวบทอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ อีกทั้งอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับมิได้รวบรวมกฎเกณฑ์การทำสงครามไว้ จึงเกิดความพยายามที่จะทำให้อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีความชัดเจนมากขึ้นในทางปฏิบัติจึงส่งผลให้เกิดการยกร่างพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 2 ฉบับขึ้น โดยในปี ค.ศ.1960 ที่ประชุม ICRC ได้รับเอาข้อมติหลายฉบับเกี่ยวกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพิ่มเติมไปจากที่มีอยู่แต่เดิมและอาศัยผลของการประชุมสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่จัดขึ้น ณ กรุงเตหะราน ในปี ค.ศ.1968 มาเป็นแนวทางปรับปรุงเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949

ในการประชุม ICRC ครั้งที่ 21 เมื่อปี ค.ศ.1969 ได้มีการเสนอความคิดต่อที่ประชุมเพื่อทำการปรับปรุงเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 โดยที่รัฐต่างๆ ที่เข้าร่วมประชุมได้มอบหมายให้ ICRC เป็นผู้ทำการปรับปรุง ต่อมาในระหว่างปี ค.ศ.1971-1974 ICRC ได้จัดให้มีการหารือกับรัฐบาลและขบวนการต่างๆ หลายครั้งถึงความเป็นไปได้ในการปรับปรุงอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 โดยในการประชุมครั้งที่ 22 ของ ICRC ที่ประชุมก็ได้พิจารณาร่างข้อบทต่างๆ และได้สนับสนุนให้ทำงานสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ส่งผลให้ในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ.1974 รัฐบาลสวิสฯ ได้จัดการประชุมทางการทูตเรื่องการยืนยันและการพัฒนากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ใช้ในการขัดกันทางกำลังทหาร ณ กรุงเจนีวา ซึ่งมีการประชุมทั้งหมดสี่สมัย และได้สิ้นสุดลงในสมัยประชุมสุดท้ายของการประชุมทางการทูตเมื่อวันที่ 8 มิถุนายน ค.ศ.1977 ในการประชุมครั้งนี้ผู้แทนผู้มีอำนาจเต็มของรัฐจำนวน 102 รัฐ ต่างก็ได้รับเอาข้อบทของพิธีสารฉบับที่ 1 ซึ่งมีจำนวน 102 มาตรา และได้รับเอาข้อบทของพิธีสารฉบับที่ 2 อีก 28 มาตรา อันเป็นผลของการประชุมครั้งนี้<sup>52</sup>

<sup>50</sup> ขวัญนที ศรีสุขวัฒนา, “พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 1 และฉบับที่ 2 ค.ศ. 1977 และปัญหาการเข้าเป็นภาคีของประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น.11.

<sup>51</sup> บทบัญญัติมาตรา 1, 2 และ 3 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949.

<sup>52</sup> เบอ์นาค โอเบอ์สัน, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 48, น.22.

สาระสำคัญของพิธีสารจะประกอบด้วยหลักสิทธิมนุษยชนและกฎหมายสงครามที่มีวิวัฒนาการในรูปแบบต่างๆ โดยเริ่มจากความห่วงใยในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและประชากรภายในประเทศเวลาสงบ ส่วนในช่วงท้ายจะเป็นการแสดงความห่วงใยถึงการปฏิบัติต่อศัตรูในยามสงคราม

พิธีสารฉบับที่ 1 เป็นการพัฒนาหลักกฎหมายที่มีอยู่มาสู่หลักกฎหมายใหม่ และนำเอากฎเกณฑ์ว่าด้วยการทำสงคราม (Hague Rule) มาบรรจุไว้ โดยปรับปรุงการคุ้มครองพลเรือนให้ได้รับความคุ้มครองที่มากขึ้น นอกจากนี้ยังเพิ่มการนำเอากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาใช้กับสงครามปลดปล่อย อีกทั้งกองโจรที่ถูกจับได้จะได้รับการยอมรับในฐานะเชลยสงคราม

พิธีสารฉบับที่ 2 เป็นการขยายความอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ในเรื่องการขัดกันทางกำลังทหารที่มีใช้ระหว่างประเทศ เช่น สงครามกลางเมือง โดยบัญญัติเรื่องหลักประกันขั้นพื้นฐานแก่บุคคลที่ไม่มีส่วนในการสู้รบโดยตรง การให้ความคุ้มครองแก่ผู้บาดเจ็บ ป่วยไข้ และเรืออับปาง รวมทั้งมีการให้ความคุ้มครองพลเรือนที่มากขึ้น<sup>53</sup>

## 1.2 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองผู้สื่อข่าว ในภาวะการขัดกันทางกำลังทหาร

หลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองผู้สื่อข่าวในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารได้ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 79 แห่งพิธีสารฉบับที่ 1 ความว่า

“1. ผู้สื่อข่าวที่ปฏิบัติภารกิจทางอาชีพอันมีอันตรายในพื้นที่ที่มีการขัดกันทางกำลังทหารต้องถือว่าเป็นพลเรือนในความหมายของมาตรา 50 วรรค 1

2. บุคคลเหล่านี้ต้องได้รับการคุ้มครองเช่นว่าตามอนุสัญญาและพิธีสารนี้ โดยมีเงื่อนไขว่าต้องไม่กระทำการอันมีผลเป็นปฏิปักษ์ต่อสถานะพลเรือนของตน และโดยไม่กระทบต่อสิทธิของผู้สื่อข่าวสงครามที่ได้รับมอบหมายให้ประจำกองทัพในสถานะที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ก (4) แห่งอนุสัญญาฉบับที่สาม

3. ผู้สื่อข่าวอาจได้รับบัตรประจำตัวคล้ายกับแบบในภาคผนวก 2 ของพิธีสารนี้ บัตรที่จะรับรองสถานะของผู้สื่อข่าวนี้ต้องออกโดยรัฐบาลแห่งรัฐซึ่งผู้สื่อข่าวเป็นคนชาตินั้น หรือโดยรัฐบาลเจ้าของอาณาเขตที่ผู้สื่อข่าวพำนักหรือที่ซึ่งสำนักข่าวที่ว่าจ้างตั้งอยู่”

<sup>53</sup> ชาญฉวี ศรีสุขวัฒนา, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 50*, น.15.

## 1.2.1 การนำหลักการและกฎเกณฑ์ในการคุ้มครองพลเรือนมาใช้กับผู้สื่อข่าว

เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 79 แห่งพิธีสารฉบับที่ 1 ได้กำหนดให้ผู้สื่อข่าวที่ปฏิบัติภารกิจทางอาชีพอันมีอันตรายในพื้นที่ที่มีการขัดกันทางกำลังทหารถือเป็นพลเรือนในความหมายของมาตรา 50 วรรค 1 ซึ่งพลเรือนในที่นี้หมายความถึงบุคคลใดที่ไม่เป็นบุคคลจำพวกใดจำพวกหนึ่งตามที่ได้กล่าวไว้ในมาตรา 4 ก (1) (2) (3) และ (6) แห่งอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 และในมาตรา 43 แห่งพิธีสารฉบับนี้ ในกรณีที่เป็นที่สงสัยว่าบุคคลนั้นเป็นพลเรือนหรือไม่ ให้ถือว่าบุคคลนั้นเป็นพลเรือน นอกจากนี้การได้รับความคุ้มครองของผู้สื่อข่าวย่อมไม่กระทบต่อสิทธิของผู้สื่อข่าวสงครามที่ได้รับมอบหมายให้ประจำกองทัพในสถานะที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ก (4) แห่งอนุสัญญาฉบับที่สาม กล่าวคือ สิทธิของผู้สื่อข่าวสงครามที่ได้รับมอบหมายให้ประจำกองทัพย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฉบับที่สามเป็นการเฉพาะเจาะจง

การกำหนดมาตรานี้ย่อมแสดงให้เห็นว่าผู้สื่อข่าวเป็นพลเรือนประเภทหนึ่ง ดังนั้นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับกับพลเรือนย่อมต้องนำมาใช้บังคับกับผู้สื่อข่าวในการปฏิบัติหน้าที่ในพื้นที่ที่มีการขัดกันทางกำลังทหารด้วย อย่างไรก็ตาม ผู้สื่อข่าวจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศราวเท่าที่ผู้สื่อข่าวมิได้กระทำการอันมีผลปฏิบัติต่อสถานะพลเรือนของตน กล่าวคือ ผู้สื่อข่าวจะต้องไม่มีส่วนร่วมในการสู้รบโดยตรงกับภาคีฝ่ายปฏิบัติ หากผู้สื่อข่าวกระทำการเช่นนั้นการให้ความคุ้มครองผู้สื่อข่าวย่อมสิ้นสุดลง แต่ผู้สื่อข่าวสามารถกลับมาได้รับความคุ้มครองอีกครั้งหนึ่งหากตนได้ยุติกระทำการเช่นนั้นแล้ว

### 1.2.1.1 หลักการคุ้มครองสิทธิในชีวิต (Rights to Life)

เมื่อกล่าวถึงสิทธิในชีวิตในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารย่อมมีความเกี่ยวข้องกับสิทธิในชีวิตตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนเสมอ เนื่องจากกฎหมายสิทธิมนุษยชนอันเกี่ยวกับสิทธิในชีวิตนั้นเป็นส่วนที่มาเสริมกฎเกณฑ์ทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอันเกี่ยวกับหลักการใช้กำลังในอาณาเขตที่ถูกยึดครอง อย่างไรก็ตาม บางกรณีสถานการณ์ที่เกิดขึ้นอาจมีความไม่ชัดเจนในเรื่องดังกล่าวซึ่งอาจก่อให้เกิดความสับสนในการนำกฎหมายไปบังคับใช้ เช่น สนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ได้กำหนดสิทธิของปัจเจกชนในการร้องทุกข์ แต่กรณีที่เกิดขึ้นมักไม่มีกรณีใดที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ การพิจารณาว่ากรณีใดถือได้ว่าเป็นการละเมิดสิทธิในชีวิตในสถานการณ์ที่มีการต่อสู้กันย่อมต้องนำสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนมาพิจารณาแต่การตีความถึงการละเมิดดังกล่าวไม่มีการอ้างถึงกฎหมาย

มนุษยธรรมระหว่างประเทศแต่อย่างใด แม้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติจะกล่าวว่ากฎเกณฑ์โดยเฉพาะทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอาจมีความเกี่ยวพันในการตีความกติกาก็เกี่ยวกับเรื่องสิทธิ แต่ในทางปฏิบัติคือเกี่ยวกับสิทธิในชีวิตในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารที่เกิดขึ้นมักไม่มีการอ้างถึงกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ นอกจากนี้ข้อสันนิษฐานทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอในการกำหนดว่ารัฐสามารถใช้กำลังได้เมื่อใดอย่างไรในภาวะการขัดกันทางกำลังทหาร ซึ่งกรณีนี้ ICRC ได้จัดการประชุมผู้เชี่ยวชาญเพื่อสร้างกฎเกณฑ์ว่าในภาวะการขัดกันทางกำลังทหาร หากพลเรือนได้มีส่วนร่วมในการสู้รบโดยตรง พลเรือนดังกล่าวย่อมตกเป็นเป้าหมายในการโจมตีจะเห็นได้ว่ากฎหมายสิทธิมนุษยชนอันเกี่ยวกับสิทธิในการมีชีวิตนั้นมีความสัมพันธ์กับกฎเกณฑ์ทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอันเกี่ยวกับหลักการใช้กำลังอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาถึงการตีความสิทธิในชีวิตตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนเพื่อนำไปพิจารณาประกอบกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเรื่องหลักการใช้กำลังที่ยังไม่มีความชัดเจนโดยเฉพาะในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารในอาณาเขตที่ถูกระงับ

#### 1.2.1.1.1 สิทธิในชีวิตตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน

กฎหมายสิทธิมนุษยชนเรื่องสิทธิในชีวิตย่อมมีความสัมพันธ์กับหลักการใช้กำลังอันเป็นการกระทำต่อชีวิต (use of potentially lethal force) ซึ่งกฎหมายสิทธิมนุษยชนได้กำหนดรูปแบบการบังคับการเรื่องสิทธิในชีวิตให้เป็นไปตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนไว้สามประการ คือ หลักความจำเป็น (Necessity) หลักการได้สัดส่วน (Proportionality) และพันธกรณีในการจับกุมเท่าที่จะสามารถกระทำได้ (The obligation to arrest where possible) ซึ่งรูปแบบเหล่านี้สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะใหญ่ คือ ลักษณะแรก การใช้กำลังอันเป็นการกระทำต่อชีวิต เป็นการจำกัดสถานการณ์ที่มีลักษณะแคบเกินไปและจะต้องได้สัดส่วนโดยต้องมีการจำกัดวิธีในการชู้คุกคาม และลักษณะที่สอง เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องกระทำการจับกุมผู้ทำการชู้คุกคามว่าจะกระทำการใดๆ เท่าที่ตนสามารถกระทำได้ มิใช่ทำการฆ่าบุคคลนั้น อีกทั้งรัฐต้องวางแผนในการปฏิบัติการใดๆ ที่มีโอกาสในการจับกุมผู้ทำการชู้คุกคามได้มากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ ซึ่งรูปแบบการบังคับการเรื่องสิทธิในชีวิตให้เป็นไปตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่กล่าวมามีลักษณะแตกต่างจากกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอันเกี่ยวกับการปฏิบัติการทางทหารในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารกรณีที่พลรบฝ่ายศัตรูอาจตกเป็นเป้าหมายในการโจมตีได้ โดยไม่พิจารณาว่าสามารถกระทำการจับกุมพลรบนั้นก่อนที่จะกระทำการโจมตีได้หรือไม่

รูปแบบการบังคับการเรื่องสิทธิในชีวิตให้เป็นไปตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนนี้เกิดขึ้นจากแนวทางปฏิบัติของรัฐโดยทั่วไปและการพัฒนาขององค์กรหลักทางสิทธิมนุษยชนสามองค์กร<sup>54</sup> ดังนี้ องค์กรแรก คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (The UN Human Rights Committee) ได้กำหนดสิทธิในชีวิตอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966 : ICCPR) มาตรา 6<sup>55</sup> ซึ่งบทบัญญัติมาตรานี้ไม่มีข้อจำกัดใดๆ ในการนำไปบังคับใช้และการกำหนดถึงเหตุอันสมควรนั้นยอมทำให้การพิจารณาเรื่องการใช้กำลังอันเป็นกระทำต่อชีวิตเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ การละเมิดบทบัญญัติมาตรา 6 นี้เห็นได้ชัดในคดี Guerrero v Colombia เจ้าหน้าที่ตำรวจโคลัมเบียเชื่อว่ากลุ่มจลาจลได้จับตัวประกันไว้ในบ้านจึงได้กระทำการเข้าตรวจค้นโดยไม่รออยู่ภายนอกบริเวณบ้านและได้ทำการยิงกลุ่มจลาจล ทั้งๆ ที่กลุ่มจลาจลมีฝีมืออาวุธไว้ในครอบครองในขณะนั้น เมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจได้กระทำการเข้าตรวจค้นกลับไม่พบตัวประกันแต่อย่างใด คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนฯ เห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการตัดสิทธิในชีวิตของบุคคลอื่นโดยไม่มีเหตุอันสมควรและเป็นการกระทำที่ไม่ได้สัดส่วนกับความต้องการในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายเพราะกลุ่มจลาจลสามารถถูกจับกุมได้โดยไม่ต้องมีการกระทำดังกล่าว<sup>56</sup> ทั้งนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนฯ พิจารณาการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจว่าได้สัดส่วนหรือไม่จากปัจจัยต่างๆ คือ เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้กำลังโดยอ้างว่าเป็นการป้องกันตนเองหรือจำเป็นต้องกระทำเพื่อป้องกันมิให้กลุ่มจลาจลทำการหลบหนี ทั้งๆ ที่เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถ

---

<sup>54</sup> Report of the expert meeting on the right to life in armed conflicts and situations of occupation, University Centre for International Humanitarian Law, Geneva, 1-2 September 2005, pp.8-14. <[www.ucihl.org/communication/Right\\_to\\_Life\\_Meeting\\_Report.pdf](http://www.ucihl.org/communication/Right_to_Life_Meeting_Report.pdf)> (hereinafter “Report of the expert meeting”)

<sup>55</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 มาตรา 6

“มนุษย์ทุกคนมีสิทธิโดยธรรมชาติในการดำรงชีวิต สิทธินี้ย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ไม่มีบุคคลใดสามารถล่วงชีวิตของใครได้โดยไม่มีเหตุอันสมควร”

<sup>56</sup> Louise Doswald-Beck, “The right to life in armed conflict : does international humanitarian law provide all the answers?,” 88 *International Review of Red Cross* 864, (December 2006) : 885.

เตือนหรือให้โอกาสแก่กลุ่มจลาจลเพื่อแสดงความจำนงได้ แต่เจ้าหน้าที่ตำรวจหาได้กระทำการเช่นนั้นไม่<sup>57</sup> การกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจดังกล่าวจึงไม่ได้สัดส่วนกับการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตาม ประเทศโคลัมเบียได้บัญญัติกฎหมายภายในว่าหากมีความตายเกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจ เจ้าหน้าที่ตำรวจย่อมไม่ถูกดำเนินคดี ซึ่งการบัญญัติกฎหมายภายในเช่นนี้ย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถฆ่าผู้กระทำผิดโดยอ้างว่าการฆ่าเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดประเภทหนึ่งได้ จะเห็นได้ว่าการบัญญัติกฎหมายภายในของประเทศโคลัมเบียเช่นนี้ย่อมเป็นการขัดกับระบบกฎหมายที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนฯ ได้วางไว้ในคำอธิบายทั่วไปและในรายงานประจำปี ค.ศ.2003 ของประเทศอิสราเอลว่าภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนหากไม่มีมาตรการอันเป็นการกระทำต่อชีวิตที่รัฐสามารถกระทำได้ รัฐต้องอยู่ภายใต้พันธกรณีในการกระทำทุกมาตรการเพื่อจับกุมบุคคลผู้ต้องสงสัยที่กระทำการเพื่อสร้างความหวาดกลัวให้แก่บุคคลอื่น<sup>58</sup>

นอกจากนี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนฯ ยังได้กล่าวว่านโยบายของประเทศอิสราเอลในการฆ่าพลเรือนอันเป็นกลุ่มเป้าหมายในอาณาเขตที่ถูกยึดครอง ไม่ว่าจะเป็นในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารที่มีและไม่มีลักษณะระหว่างประเทศส่งผลให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนฯ ไม่สามารถนำกฎเกณฑ์ทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาใช้บังคับในสถานการณ์เช่นนั้นได้ ทั้งนี้ อิสราเอลได้โต้แย้งว่าการฆ่าพลเรือนอันเป็นกลุ่มเป้าหมายย่อมเป็นไปตามหลักการได้สัดส่วนและบุคคลที่จะตกเป็นเป้าหมายได้จะต้องมีส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบเท่านั้น อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนฯ ตัดสินว่าอิสราเอลต้องใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานโดยการจับกุมผู้กระทำผิดเท่าที่สามารถจะกระทำได้ แต่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนฯ ไม่ได้นำกฎเกณฑ์ทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอันเกี่ยวกับการปฏิบัติการทางทหารมาพิจารณาในสถานการณ์ดังกล่าว จะเห็นได้ว่าคณะกรรมการ

---

<sup>57</sup> Human Rights Committee, Communication No.R.11/45, Views, 31 March 1992, UN. Doc.Supp.No.40 (A/37/40), para.13.2, quoted in *Ibid.*

<sup>58</sup> Concluding Observation of the Human Rights Committee : Israel, CCPR/CO/78/ISR (21 August 2003), para.15, quoted in Report of the expert meeting, *supra* note 54, p.9.

สิทธิมนุษยชนฯ ไม่มีหลักเกณฑ์ที่มีความชัดเจนในการนำเรื่องสิทธิในชีวิตไปบังคับใช้ในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารในอาณาเขตที่ถูกยึดครอง รวมถึงการใช้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อตีความเรื่องเหตุอันสมควรตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 6 แห่งกติกา ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966

องค์ที่สอง ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (The European Court of Human Rights) อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นมูลฐาน ค.ศ.1950 มาตรา 2 ได้กำหนดเรื่องสิทธิในชีวิตเอาไว้ซึ่งมีสาระสำคัญโดยสรุปว่า การใช้กำลังอันเป็นการกระทำต่อชีวิตสามารถกระทำได้ต่อเมื่อมีความจำเป็นอย่างยิ่ง (absolutely necessity) โดยจะต้องมีวัตถุประสงค์ประการใดประการหนึ่ง คือ (1) เพื่อป้องกันบุคคลใดๆ จากการกระทำละเมิดอันมิชอบด้วยกฎหมาย (2) เพื่อให้การจับกุมนั้นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือเพื่อป้องกันการหลบหนีของบุคคลที่ถูกจับกุมโดยชอบด้วยกฎหมาย และ(3) เพื่อทำให้การกระทำที่เกิดขึ้นอันมีวัตถุประสงค์ในการบรรเทาสถานการณ์ของกลุ่มจลาจลนั้นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปได้ตีความบทบัญญัติมาตรา 2 ไว้ใน *McCann Case* ว่า การกระทำอันเป็นการใช้กำลังจะต้องเป็นไปตามหลักการได้สัดส่วนเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2(2)<sup>59</sup> ในการพิจารณาถึงการใช้กำลังศาลจะใช้มาตรฐานการได้สัดส่วนอย่างเหมาะสมมาพิจารณาซึ่งมีสามขั้นตอน ดังนี้ ขั้นตอนแรก การใช้กำลังดังกล่าวได้กระทำเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายโดยมีวัตถุประสงค์ประการใดประการหนึ่งตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2(2) หรือไม่ ขั้นตอนที่สอง ระดับและประเภทของการใช้กำลังนั้นเป็นการกระทำที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กล่าวอ้างไว้หรือไม่ และขั้นตอนสุดท้าย ระดับและประเภทของการใช้กำลังนั้นเป็นไปตามหลักการได้สัดส่วนตามที่รัฐบาลกล่าวอ้างถึงวัตถุประสงค์ของตนหรือไม่ ในคดีนี้ศาลได้พิจารณาถึงความแตกต่างระหว่างการวางแผนเพื่อปฏิบัติการและการปฏิบัติการโดยการใช้กำลัง ศาลเห็นว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ฆ่าสมาชิกกลุ่ม IRA (Irish Republican Army) เพราะเห็นว่าสมาชิกกลุ่ม IRA เป็นผู้ประกอบและผู้กระเบิดรถยนต์เป็นการละเมิดสิทธิในชีวิตโดยมีการวางแผนล่วงหน้า เจ้าหน้าที่ตำรวจเชื่อเหตุผลดังกล่าวจึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องกระทำการฆ่าเช่นนั้น ศาลเห็นว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจอังกฤษละเมิดสิทธิใน

<sup>59</sup> *McCann v United Kingdom*, ECtHR, App.No.18984/91, Judgement of 5 September 1995, para.149, quoted in Report of the expert meeting, *supra* note 54, p.10.

ชีวิตเพราะเจ้าหน้าที่ตำรวจยังสามารถกระทำการจับกุมสมาชิกกลุ่ม IRA ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเวลาที่ยังมีกลุ่มคนดังกล่าวเดินทางข้ามมายัง Gibraltar แต่รัฐบาลอังกฤษหาได้วางแผนเพื่อกระทำการจับกุมอันเป็นการใช้กำลังในวิถีทางที่น้อยที่สุดไม่ อีกทั้งศาลยังมีหลักฐานเพียงพอในการไม่รับฟังคำแก้ต่างของรัฐบาลอังกฤษว่าตนมิได้กระทำการก่อนจนเมื่อเวลาผ่านไปถึงขนาดที่ไม่สามารถกระทำการใดๆ ได้แล้วจึงกระทำการดังกล่าว

จาก *McCann Case* จะเห็นได้ว่าหลักการได้สัดส่วนตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้นแตกต่างจากหลักการได้สัดส่วนตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ กล่าวคือ การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการให้ความคุ้มครองสิทธิในชีวิตและหลักการได้สัดส่วนตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนจะให้ความสำคัญกับเรื่องความจำเป็นโดยไม่พิจารณาถึงเรื่องเป้าหมายทางทหาร แต่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศคำนึงถึงเรื่องเป้าหมายทางทหารเป็นสำคัญ

เมื่อพิจารณาถึงการใช้อำนาจอันเป็นการกระทำต่อชีวิต ไม่มีกรณีใดที่ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปได้นำกฎเกณฑ์ทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาพิจารณาประกอบคดีต่างๆ ที่เกิดขึ้นเห็นได้ชัดจากคดีที่เกิดในประเทศตุรกีทางตะวันออกเฉียงใต้ ศาลได้นำกฎเกณฑ์ทางกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมาพิจารณาโดยไม่พิจารณาถึงมาตรการป้องกันล่วงหน้าตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ในคดีดังกล่าวศาลเพียงต้องการให้รัฐใช้มาตรการใดๆ ที่มีลักษณะเช่นเดียวกับมาตรการป้องกันล่วงหน้า อีกทั้งเมื่อเกิดกรณีโต้แย้งที่กล่าวอ้างถึงกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ หรือการกล่าวอ้างใดๆ ที่เป็นการสนับสนุนการวินิจฉัยถึงกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในการตีความความหมายของสิทธิในชีวิตตามบทบัญญัติมาตรา 2 ศาลจะไม่นำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาพิจารณากรณีที่รัฐใช้กำลังในการกระทำต่อชีวิตในภาวะการขัดกันทางกำลังทหาร ศาลมีแนวโน้มในการสันนิษฐานว่าการใช้กำลังดังกล่าวของรัฐไม่เป็นการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย และไม่พิจารณาว่าการใช้กำลังนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่ศาลจะพิจารณาว่าการใช้กำลังดังกล่าวเป็นไปตามหลักการได้สัดส่วนหรือไม่

กรณีความขัดแย้งระหว่างกลุ่มจลาจลและรัฐบาลจะต้องพิจารณาว่าการใช้มาตรการป้องกันล่วงหน้ามีความเหมาะสมโดยหลีกเลี่ยงที่จะกระทำต่อชีวิตของพลเรือนหรือไม่ ดังเช่นคดี *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v Russia*<sup>60</sup> และ *Isayeva v Russia*<sup>61</sup> ทั้งสองคดีเป็นคดี

<sup>60</sup> *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v Russia*, Judgement of 24 February 2005, para. 171 and 199, quoted in Louise Doswald-Beck, *supra* note 56, p.884.

ที่เกี่ยวกับการใช้กำลังต่อต้านกลุ่มจลาจล Chechen ซึ่งศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปเห็นว่า การใช้มาตรการป้องกันล่วงหน้านั้นไม่เหมาะสมมิได้มีการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงชีวิตของพลเรือน อย่างไรก็ตาม ศาลได้ยอมรับความจำเป็นในการใช้กำลังอันเป็นการกระทำต่อชีวิตเพื่อปราบปรามกลุ่มจลาจลในคดี *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v Russia* เนื่องจากเห็นว่าสถานการณ์ใน Chechen ขณะนั้น รัฐจำเป็นต้องโจมตีทางอากาศเพื่อควบคุมสถานการณ์ในการปราบปรามกลุ่มจลาจลที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การบังคับสิทธิในชีวิตให้เป็นไปตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนกรณีพันธกรณีในการจับกุมเท่าที่จะสามารถกระทำได้นั้นมิได้เกิดขึ้นทั่วไป เช่น สถานการณ์ที่มีการปราบปรามกลุ่มจลาจล ในสถานการณ์ดังกล่าวรัฐมิได้คำนึงถึงการจับกุมผู้ก่อจลาจลเป็นอันดับแรก รัฐมักกระทำการตอบโต้โดยอ้างถึงความจำเป็นที่ต้องกระทำกรณีนี้นั้นและการกระทำนั้นได้สัดส่วนกับภัยที่จะเกิดขึ้น การอ้างของรัฐเช่นนี้ย่อมส่งผลให้มีการกระทำต่อชีวิตของบุคคลมากขึ้น ในคดี *Nachova v Bulgaria*<sup>62</sup> บุคคลที่ถูกจับกุมหายไปจากกองทัพเพราะถูกยิงขณะหลบหนี คดีนี้ไม่เกี่ยวข้องกับภาวะการขัดกันทางกำลังทหารจึงนำกฎหมายสิทธิมนุษยชนซึ่งสามารถบังคับใช้ได้ในทุกสถานการณ์ทั้งยามสันติและยามสงครามมาพิจารณา การกระทำเช่นนี้เป็นการกระทำต่อชีวิตของบุคคลมากเกินไปเพราะบุคคลดังกล่าวถูกจับกุมอยู่ย่อมไม่สามารถก่อให้เกิดอันตรายใดๆ ต่อบุคคลอื่นได้ และไม่มีกรณีสงสัยว่าบุคคลนั้นได้กระทำการอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมาย ซึ่งแตกต่างจากกรณีที่บุคคลดังกล่าวได้กระทำการอันเป็นการชุกคุกคามต่อชีวิตบุคคลอื่นหรือเป็นบุคคลต้องสงสัยว่าได้กระทำความผิด หากมีการใช้กำลังเกิดขึ้นการใช้กำลังเช่นนี้ย่อมไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชน แต่จะต้องมีเพียงการใช้กำลังเพียงประการเดียวเท่านั้นที่สามารถจับกุมผู้กระทำความผิดได้

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปในการพิจารณาเรื่องสิทธิในชีวิต จะเห็นได้ว่าอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1950 ได้กำหนดห้ามมิให้รัฐบัญญัติกฎหมายใดๆ อันแตกต่างไปจากเรื่องสิทธิในชีวิต โดยต้องพิจารณาว่าความตายที่เกิดขึ้นนั้นเป็น

<sup>61</sup> *Isayeva v Russia*, Judgement of 24 February 2005, para. 187-189, quoted in Louise Doswald-Beck, *supra* note 56, p.884.

<sup>62</sup> *Nachova v Bulgaria*, European Court of Human Rights, Judgement of 6 July 2005, quoted in Louise Doswald-Beck, *supra* note 56, p.886.

ผลมาจากการกระทำอันชอบด้วยกฎหมายในภาวะสงครามหรือไม่<sup>63</sup> อย่างไรก็ตามก็ดี รัฐทั่วไปก็มีได้บัญญัติกฎหมายแตกต่างไปจากเรื่องสิทธิในชีวิต การบัญญัติกฎหมายให้แตกต่างกันนั้นสามารถกระทำได้โดยรัฐต้องประกาศภาวะฉุกเฉิน เช่นเดียวกับอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1950 ที่กำหนดให้รัฐสามารถบัญญัติกฎหมายให้แตกต่างกันไปจากเรื่องสิทธิในชีวิตได้ แต่รัฐต้องประกาศว่าตนมีความเกี่ยวข้องกับสงครามและไม่เต็มใจที่จะผูกพันว่าตนมีความเกี่ยวข้องกับภายในกับภาวะการขัดกันทางกำลังทหาร อย่างไรก็ตาม รัฐใดๆ ย่อมไม่ต้องการบัญญัติกฎหมายให้แตกต่างกันไปจากกฎหมายสิทธิมนุษยชนเพราะการกระทำเช่นนั้นผูกพันให้รัฐต้องนำกฎเกณฑ์ทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาใช้บังคับในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารทั้งที่มีและไม่มีลักษณะระหว่างประเทศโดยทันที

องค์กรสุดท้าย คณะกรรมาธิการและศาลอินเตอร์-อเมริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Inter-American Commission and Court on Human Rights) กฎเกณฑ์อื่นเกี่ยวกับสิทธิในชีวิตได้กำหนดไว้ในอนุสัญญาอเมริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1969 มาตรา 4 ซึ่งมีสาระสำคัญว่า ไม่มีบุคคลใดสามารถล่วงชีวิตของใครได้โดยไม่มีเหตุอันสมควร<sup>64</sup> การกำหนดเช่นนี้ได้เป็นการอนุญาตให้มีการใช้กำลังได้ เว้นแต่มีเหตุอันสมควรตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1950 เท่านั้น คณะกรรมาธิการและศาลฯ จะพิจารณาเรื่องการใช้กำลังโดยอาศัยหลักความจำเป็น (Necessity) และหลักการได้สัดส่วน (Proportionality) เมื่อคณะกรรมาธิการและศาลฯ ได้นำหลักการได้สัดส่วนมาพิจารณาย่อมก่อให้เกิดปัญหาเช่นเดียวกับองค์กรทางสิทธิมนุษยชนอื่นๆ ใน *El Fronton* case การก่อจลาจลเกิดขึ้นในเปรู เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจับกุมผู้ก่อการจลาจลกักขังไว้ในเรือนจำ จากนั้นได้ทำการโค่นเรือนจำดังกล่าวในขณะที่ผู้ก่อการจลาจลถูกกักขัง หรือใน *Brothers to the Rescue* case กองกำลังทางอากาศของคิวบาได้กระทำการยิงเครื่องบินของพลเรือนที่ได้กระทำการละเมิดน่านฟ้าของคิวบา ทั้งสองคดีนี้ศาลได้ตัดสินว่ารัฐได้กระทำการอันเป็นการตอบโต้ที่ไม่เป็นไปตามหลักการได้สัดส่วนอย่างที่สุด ปัญหาที่เกิดขึ้น คือการกระทำเช่นนี้เป็นกรกระทำที่ไม่สมควรอย่างแน่แท้และสามารถพิจารณาได้ว่าการกระทำ

<sup>63</sup> The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, art.15(2).

<sup>64</sup> American Convention on Human Rights, O.A.S.Treaty Series No.36, 1144 U.N.T.S. 123, art.4.

ดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่เป็นไปตามหลักการได้สัดส่วน แต่ศาลมักจะละเลยในการนำหลักการ ได้สัดส่วนมาพิจารณาประกอบการพิจารณาคดี

เมื่อมีคดีเกิดขึ้นคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและศาลฯ จะไม่นำหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย มนุษยธรรมระหว่างประเทศมาพิจารณาประกอบเห็นได้ชัดจากการพิจารณาของคณะกรรมการฯ ที่มีได้มีเจตนากรณีในการนำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาใช้ในการพิจารณา แต่นำ หลักเกณฑ์ต่างๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาใช้แทน เช่น การดำเนินคดีกับบุคคลผู้อยู่ในสถานะที่ไม่สามารถกระทำการสู้รบได้, หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยก และโจมตีตามอำเภอใจ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนฯ มิได้พิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่ละเมิด กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เพียงแต่ตีความสิทธิในชีวิตตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนโดย อ้างอิงถึงกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ยังเป็นกรณีถกเถียงว่าระหว่าง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและศาลฯ ถึงความเหมาะสมในการนำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมา ใช้ในการตีความสิทธิในชีวิตตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาอเมริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1969

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ , ศาล สิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปและคณะกรรมการ และศาลอินเตอร์-อเมริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็น องค์กรหลักทางกฎหมายสิทธิมนุษยชน 3 องค์กรในการพัฒนารูปแบบการบังคับการเรื่องสิทธิใน ชีวิตให้เป็นไปตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนไว้สามประการ คือ หลักความจำเป็น (Necessity) หลักการได้สัดส่วน (Proportionality) และพันธกรณีในการจับกุมเท่าที่จะสามารถกระทำได้ (The obligation to arrest where possible) ซึ่งมีความสัมพันธ์กับกฎเกณฑ์ทางกฎหมายมนุษยธรรม ระหว่างประเทศอันเกี่ยวกับหลักการใช้กำลังดังรายละเอียดที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

#### 1.2.1.1.2 สิทธิในชีวิตตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศหรือกฎหมายสงคราม หรืออาจเรียกชื่ออีก อย่างหนึ่งว่ากฎหมายว่าด้วยการขัดกันทางกำลังทหาร ซึ่งในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารที่มี ลักษณะระหว่างประเทศเมื่อที่มีการยึดครองอาณาเขตของภาคีฝ่ายปฏิปักษ์ รัฐผู้ครอบครองจะ กระทำการใดๆ ต่อชีวิตพลเรือนได้ก็ต่อเมื่อ ประการแรก รัฐผู้ครอบครองมีหน้าที่ในการธำรงรักษา ไว้ซึ่งความมั่นคงปลอดภัยของสาธารณชนตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 43 แห่งภาคผนวกของ อนุสัญญาเฮกฉบับที่ 4 ว่าด้วยการเคารพกฎหมายและจารีตประเพณีในการทำสงครามบนบก

ค.ศ. 1907<sup>65</sup> และมาตรา 64(2) แห่งอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 เกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลพลเรือนในเวลาสงคราม ลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949 (The Geneva Convention IV Relative to the Protection of Civilian Persons in Time or War of 12 August 1949)<sup>66</sup> หรือประการที่สอง รัฐได้กระทำการใดๆ ต่อชีวิตพลเรือนเพื่อความปลอดภัยของรัฐผู้ครอบครองนั่นเอง การกำหนดเช่นนี้มีได้หมายความว่า การกระทำใดๆ ของรัฐผู้ครอบครองที่กระทำต่อชีวิตพลเรือนในอาณาเขตที่ถูกยึดครองจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายเสมอไป

กฎเกณฑ์ที่ต้องปฏิบัติในอาณาเขตที่ถูกยึดครองนั้นเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่จะต้องนำไปใช้ในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ดังนั้น เมื่อมีความจำเป็นในการนำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไปใช้ในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารเพื่อปฏิบัติการทางทหาร รัฐผู้ครอบครองจะต้องนำกฎเกณฑ์ที่ต้องปฏิบัติในอาณาเขตที่ถูกยึดครองไปใช้ในสถานการณ์ดังกล่าวด้วย การนำกฎเกณฑ์ดังกล่าวไปบังคับใช้สามารถอนุมานได้จากแนวความคิดในการให้อำนาจอธิปไตยของรัฐที่ถูกยึดครองยังคงมีอยู่ต่อไป เมื่อเป็นเช่นนี้ย่อมสันนิษฐานได้ว่ารัฐที่ถูกยึดครองสามารถปกครองเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจและระบบทางการเมืองภายในของตนได้ในระหว่างที่ตนถูกยึดครอง

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 68 วรรค 2 แห่งอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4<sup>67</sup> ย่อมสันนิษฐานได้ว่าหากบุคคลในอาณาเขตที่ถูกยึดครองได้กระทำการใดๆ ที่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยแก่รัฐผู้ครอบครอง รัฐผู้ครอบครองอาจทำการจับกุมบุคคลนั้นได้ การสันนิษฐานเช่นนี้ย่อมแสดงให้เห็นโดยนัยยะว่ารัฐผู้ครอบครองไม่มีความจำเป็นในการนำกฎเกณฑ์ทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอันเกี่ยวกับการปฏิบัติการทางทหารไปใช้ในทุกสถานการณ์ที่บุคคลได้กระทำการอันเป็นการชุกชุมความปลอดภัยในอาณาเขตที่ถูกยึดครอง ปัจจุบันกฎหมายสิทธิมนุษยชนได้กำหนดว่าการนำกฎเกณฑ์ที่ต้องปฏิบัติต่อบุคคลในอาณาเขตที่ถูกยึดครองไปใช้ถือเป็นการบังคับการหลักเรื่องการใช้กำลังให้เป็นไปตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนและต้องนำไปใช้

<sup>65</sup> Hague IV, art. 43.

<sup>66</sup> Geneva Convention IV, art. 64(2).

<sup>67</sup> อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 มาตรา 68 วรรค 2

“... ในกรณีที่ผู้ผู้นั้นมีความผิดฐานกระทำจรรยากรรมหรือวินาศกรรมอย่างร้ายแรงต่อสิ่งปลูกสร้างทางทหารของประเทศที่ยึดครองหรือความผิดฐานฆาตกรรมต่อบุคคลคนเดียวหรือหลายคนโดยเจตนา...”

ในทุกสถานการณ์ในอาณาเขตที่ถูกยึดครอง เว้นแต่ในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งภาคีคู่พิพาทได้กระทำการใดๆ เพื่อเข้าครอบครองอาณาเขตนั้นใหม่หรือภาคีคู่พิพาทได้กระทำการจลาจลอันแตกต่างไปจากการจลาจลทั่วไปซึ่งอาจก่อให้เกิดภาวะการขัดกันทางกำลังทหารที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศได้

การเข้าครอบครองใหม่ (Resumption) หรือการกระทำจลาจล (Outbreak) โดยภาคีฝ่ายปฏิบัติกร หากรัฐผู้ครอบครองได้ต่อสู้กับกองกำลังทางทหารของรัฐที่ถูกยึดครองหรือกลุ่มต่อต้านที่เคลื่อนไหวภายในรัฐที่ถูกยึดครองย่อมมีผลให้รัฐผู้ครอบครองต้องนำกฎเกณฑ์ทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอันเกี่ยวกับการปฏิบัติการทางทหารมาใช้ในทันที ดังนั้นหากกองกำลังทางทหารของรัฐที่ถูกยึดครองได้ใช้กำลังทางทหาร รัฐผู้ครอบครองย่อมสามารถโจมตีกองกำลังดังกล่าวได้ แต่ถ้าสถานการณ์ในรัฐที่ถูกยึดครองมีความสงบ รัฐผู้ครอบครองย่อมไม่สามารถใช้กำลังทางทหารอันเป็นการขัดกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้ ในสถานการณ์เช่นนี้จะต้องนำกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่กำหนดให้รัฐกระทำกรจับกุมเท่าที่จะสามารถกระทำได้ไปบังคับใช้อันเป็นการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย

ในอาณาเขตที่ถูกยึดครอง สถานการณ์ที่มีความขัดแย้งกันจะต้องเกิดจากการกระทำอันเป็นการต่อสู้ของกองกำลังทางทหารของรัฐที่ถูกยึดครองหรือการต่อต้านภายในรัฐที่ถูกยึดครอง ในสถานการณ์ดังกล่าวหากรัฐผู้ครอบครองใช้กำลังเพื่อตอบโต้การกระทำของรัฐที่ถูกยึดครองอาจก่อให้เกิดความสับสนว่ากรณีเช่นใดต้องนำกฎหมายสิทธิมนุษยชนหรือกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไปใช้บังคับ จึงจำเป็นต้องศึกษาสถานการณ์เช่นว่านั้นเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการนำกฎหมายไปใช้บังคับ

เมื่อกองกำลังทางทหารของรัฐที่ถูกยึดครองเป็นฝ่ายเริ่มปฏิบัติการทางทหารโดยกระทำการโจมตีทางทหารต่อรัฐผู้ครอบครอง รัฐผู้ครอบครองสามารถตอบโต้การโจมตีดังกล่าวได้ แต่จะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอันเกี่ยวกับการปฏิบัติการทางทหาร อย่างไรก็ตาม หากดินแดนในรัฐที่ถูกยึดครองเกิดสถานการณ์ทั้งที่มีความสงบและไม่มี ความสงบ รัฐย่อมสามารถนำกฎเกณฑ์ทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอันเกี่ยวกับการปฏิบัติการทางทหารไปใช้ในดินแดนส่วนที่อยู่ในสถานการณ์ที่มีการเข้าครอบครองใหม่หรือการกระทำจลาจลเท่านั้น และเมื่อรัฐผู้ครอบครองสามารถควบคุมสถานการณ์ในรัฐที่ถูกยึดครองได้ หากรัฐผู้ครอบครองจะกระทำการใดๆ ก็จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนเช่นกัน

ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศการพิจารณาการกระทำของกลุ่มต่อต้านภายในรัฐที่ ถูกยึดครองที่นำมาพิจารณาว่าสถานการณ์ใดตกอยู่ในสถานการณ์ที่มีการเข้าครอบครองใหม่หรือ การกระทำจลาจลนั้นยังไม่มี ความชัดเจน แต่การต่อสู้ระหว่างกลุ่มต่อต้านและรัฐผู้ครอบครองมัก เป็นสถานการณ์ที่มีการขัดกันทางกำลังทหารที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งกลุ่มต่อต้านที่มีการ เคลื่อนไหวนี้ไม่จำเป็นต้องเป็นภาคีของฝ่ายพิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในภาวะการขัดกันทางกำลัง ทหารตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 แห่งอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลย สงคราม<sup>68</sup> และมาตรา 43 แห่งพิธีสารฉบับที่ 1<sup>69</sup> อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันการพิจารณาว่า สถานการณ์ใดมีลักษณะเป็นการขัดกันทางกำลังทหารที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศนั้นมีความ ชัดเจนแล้ว เห็นได้ชัดจากกรณีศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจเพื่อพิจารณาคดีที่ไม่สงบใน อดีตยูโกสลาเวีย (International Tribunal for the Former Yugoslavia : ICTY) ได้วางหลักว่า ภาวะการขัดกันทางกำลังทหารที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศเป็นกรณีที่มีการต่อสู้ทางกำลังทหาร ระหว่างกลุ่มกองกำลังและรัฐที่มีระดับความรุนแรงเพิ่มมากขึ้น<sup>70</sup> อีกทั้ง การบัญญัติมาตรา 3 ร่วม ในอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับอันเกี่ยวกับภาวะการขัดกันทางกำลังทหารที่ไม่มีลักษณะระหว่าง ประเทศย่อมเป็นประโยชน์ในการพิจารณาว่าการกระทำของกลุ่มต่อต้านลักษณะใดเป็น สถานการณ์ที่มีการเข้าครอบครองใหม่หรือการกระทำจลาจล ในสถานการณ์เช่นนี้รัฐผู้ครอบครอง จะกระทำการใดๆ อันเป็นการใช้กำลังก็ต่อเมื่อตนได้ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ทางกฎหมายมนุษยธรรม ระหว่างประเทศอันเกี่ยวกับการปฏิบัติทางทหาร

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าในอาณาเขตที่ถูกยึดครองรัฐผู้ครอบครองจะต้อง ปฏิบัติตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศหรือกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้นย่อมแตกต่างกัน ไปตามสถานการณ์ กล่าวคือ ในสถานการณ์ที่มีการเข้าครอบครองใหม่หรือการกระทำจลาจล รัฐผู้ ครอบครองจะกระทำการใดๆ ได้ต้องเป็นไปตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ส่วนใน สถานการณ์ที่มีความสงบรัฐผู้ครอบครองต้องปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้หาก รัฐผู้ครอบครองนำกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องไปบังคับใช้ในทางปฏิบัติอย่างมีประสิทธิภาพย่อม

<sup>68</sup> The Geneva Convention III, art.4.

<sup>69</sup> Protocol I, art. 43.

<sup>70</sup> *Prosecutor v Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995 , Appeals Chamber, International Tribunal for the Former Yugoslavia, para.70, quoted in Report of the expert meeting, *supra* note 54, p.28.

ก่อให้เกิดประโยชน์ในการวางแผนเพื่อนำไปปฏิบัติในพื้นที่ที่ต่างกันได้อย่างเหมาะสมอันจะทำให้พลรบสามารถแยกพื้นที่ที่มีการสู้รบออกจากพื้นที่ที่สถานการณ์ปกติได้อย่างชัดเจน

ในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารหากมีการยึดครองอาณาเขตของภาคีฝ่ายปฏิบัติ รัฐบาลผู้ครอบครองจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งบทบัญญัติเรื่องการคุ้มครองสิทธิในชีวิตอันเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานในการปฏิบัติต่อบุคคลในอำนาจของภาคีคู่พิพาทนั้นได้บัญญัติไว้ในมาตรา 75 ข้อ 2 แห่งพิธีสารฉบับที่ 1<sup>71</sup> กล่าวคือ พลรบอันเป็นกองกำลังทางทหารของรัฐบาลผู้ครอบครองสามารถไม่กระทำการฆ่าพลรบฝ่ายศัตรูได้ในฐานะที่เขาเป็นพลรบฝ่ายศัตรูในระหว่างที่มีการต่อสู้กันในภาวะการขัดกันทางกำลังทหาร รัฐบาลจะกระทำการฆ่าบุคคลใดๆ ได้ก็ต่อเมื่อพิจารณาแล้วว่าบุคคลนั้นได้กระทำการอันเป็นการชู้คุกคามอย่างร้ายแรงซึ่งจะส่งผลให้บุคคลนั้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปอีก รัฐบาลจึงตัดสินใจกระทำการฆ่าบุคคลนั้นในเวลาที่เขายังมีได้เริ่มลงมือกระทำการใดๆ อย่างไรก็ตาม หากในสถานการณ์ดังกล่าวรัฐบาลยังสามารถกระทำการจับกุมบุคคลนั้นได้ แต่รัฐบาลได้กระทำการเช่นนั้นไม่ แต่รัฐบาลกลับได้กระทำการฆ่าบุคคลนั้น การกระทำของรัฐบาลดังกล่าวย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การกระทำใดๆ อันเป็นการกระทำต่อชีวิตของบุคคลนั้น อาจเกี่ยวข้องกับสถานการณ์ที่เรียกว่า “Area A”<sup>72</sup> ในสถานการณ์เช่นนี้ รัฐบาลจะกระทำการใดๆ ต่อชีวิตของบุคคลได้ก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำเพื่อตอบโต้การชู้คุกคามที่มีลักษณะฉุกเฉินเท่านั้น การพิจารณาเรื่องการกระทำต่อชีวิต

<sup>71</sup> พิธีสารฉบับที่ 1 มาตรา 75

“... 2. การกระทำดังต่อไปนี้ ต้องห้ามมิให้กระทำความผิดต่อพลเรือนหรือต่อผู้แทนทางทหารไม่ว่าเวลาใด และในสถานที่ใดๆ

(A) การใช้ความรุนแรงต่อชีวิต, สุขภาพ หรือทางร่างกาย หรือจิตใจ ความ เป็นอยู่ของบุคคล โดยเฉพาะ :

- (1) การฆ่า
- (2) การทรมานทุกชนิดไม่ว่าจะเป็นทางร่างกายหรือจิตใจ
- (3) การลงโทษทางร่างกายโดยวิธีต่างๆ
- (4) การทำให้พิการ ...”

<sup>72</sup> ส่วนหนึ่งของดินแดนที่ถูกยึดครองซึ่งปกครองโดยประชากรในพื้นที่ มิใช่ปกครองโดยรัฐบาลผู้ครอบครอง ภายใต้ข้อตกลงระหว่างรัฐบาลผู้ครอบครองและประชากรในพื้นที่ รัฐบาลผู้ครอบครองได้ยกเลิกเขตอำนาจศาลในพื้นที่นี้จึงไม่สามารถกระทำการใดๆ อันเป็นการควบคุมสถานการณ์ได้

จะต้องพิจารณาว่าบุคคลนั้นได้มีการกระทำแรกเริ่มและรัฐเห็นว่าการกระทำดังกล่าวจะนำไปสู่การกระทำอื่นที่มีความรุนแรงต่อไป รัฐจึงกระทำการฆ่าบุคคลนั้นได้ เช่น ผู้ประกอบระเบิดได้กระทำการประกอบระเบิดขึ้นแล้ว รัฐคาดเห็นได้ว่าบุคคลนั้นยังคงจะประกอบระเบิดต่อไปและเป็นผู้ที่ประกาศความตั้งใจของตนว่าไม่ว่าอย่างไรเขาก็จะยังคงประกอบระเบิดต่อไปเช่นนี้ รัฐย่อมกระทำการฆ่าบุคคลนี้ได้ จะเห็นได้ว่าการพิจารณาเช่นนี้มีได้พิจารณาเฉพาะกรณีที่ต้องมีการชุกชุมความอันมีลักษณะฉุกเฉินแต่เพียงประการเดียวเท่านั้น ยังพิจารณาถึงการกระทำอันเป็นการใช้กำลังที่มีความจำเป็นและมีลักษณะฉุกเฉิน ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ คือ ประการแรก รัฐจะกระทำการต่อชีวิตของบุคคลได้ขึ้นอยู่กับความอันตรายที่ปัจเจกชนนั้นได้กระทำขึ้นหรือรัฐได้กระทำการทุกประการเท่าที่ตนสามารถกระทำได้เพื่อเคลื่อนย้ายปัจเจกชนออกจากพื้นที่ดังกล่าวแล้ว และประการที่สอง รัฐสามารถกระทำการอันมีลักษณะฉุกเฉินได้เพียงประการเดียวเท่านั้น

การฆ่าบุคคลอย่างมีเป้าหมาย (targeted killings) มีกรณีที่เกิดขึ้นในประเทศอิสราเอลซึ่งผู้ก่อการร้ายได้กระทำการต่อผู้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐในภาวะการขัดกันทางกำลังทหาร ผู้ก่อการร้ายมิใช่พลรบเพราะมิใช่เป็นสมาชิกของกองกำลังทางทหาร มิได้สวมใส่สัญลักษณ์อันมีลักษณะเด่นชัดซึ่งสามารถมองเห็นได้ในระยะไกลและมีได้เคารพต่อกฎหมายและจารีตประเพณีในการทำสงคราม ผู้ก่อการร้ายย่อมมีสถานะเป็นพลเรือนแต่เขาได้มีส่วนร่วมในการสู้รบโดยตรง สถานะพลเรือนของเขาย่อมหมดไปอันจะส่งผลให้เขาไม่ได้รับความคุ้มครองจากการโจมตีศาลแห่งอิสราเอลตัดสินว่าการฆ่าบุคคลอย่างมีเป้าหมายของรัฐบาลอิสราเอลนี้เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติเห็นว่ารัฐภาคีไม่ควรอ้างว่าการฆ่าบุคคลอย่างมีเป้าหมายเป็นการลงโทษประการหนึ่ง รัฐภาคีจะกระทำการดังกล่าวก็ต่อเมื่อรัฐนั้นได้นำหลักการได้สัดส่วนมาพิจารณาเพื่อกระทำการตอบโต้ต่อการชุกชุมความหรือกิจกรรมอันเป็นการสร้างความหวาดกลัวให้แก่ผู้อื่น โดยรัฐจะต้องมีนโยบายในการออกคำสั่งทางทหารของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในระดับภูมิภาคอย่างชัดเจนและต้องเปิดโอกาสให้องค์กรอิสระสามารถตรวจสอบการใช้กำลังที่ถูกกล่าวหาว่าไม่เป็นไปตามหลักการได้สัดส่วน นอกจากนี้รัฐจะใช้มาตรการอันเป็นการฆ่านั้นได้ก็ต่อเมื่อมีการชุกชุมความต่อชีวิตอันมีลักษณะฉุกเฉินหรืออาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหน้าที่ผู้ถูกจับกุมหรือบุคคลที่สาม หรืออาจเป็นวิธีการเดียวที่สามารถกระทำได้อยู่ติการหลบหนีของบุคคลนั้น เว้นแต่ถ้าบุคคลผู้เกี่ยวข้องในอาณาเขตที่ถูกยึดครองยกเลิกเขตอำนาจศาลภายใต้ข้อตกลงหรือรัฐไม่สามารถควบคุมสถานการณ์ดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม การฆ่าบุคคลอย่างมีเป้าหมายอาจเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายได้ในบริบทที่การยึดครองอาณาเขตของภาคีฝ่ายปฏิปักษ์นั้นไม่มีสถานการณ์การเข้าครอบครองใหม่

ในสถานการณ์เช่นว่านั้นจะต้องมีการนำกฎหมายสิทธิมนุษยชนไปใช้บังคับ แต่สถานการณ์ที่เกิดขึ้นมักเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากสถานการณ์ในอาณาเขตที่ถูกยึดครองมีความสงบ รัฐผู้ครอบครองสามารถกระทำการจับกุมบุคคลอันเป็นการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายได้ แต่รัฐผู้ครอบครองหาได้กระทำการเช่นนั้นไม่

นอกจากนี้การกระทำอันเป็นการชู้คุกคามต่อชีวิตอันมีลักษณะฉุกเฉินได้กำหนดไว้ใน Principle 9 of the Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials<sup>73</sup> ซึ่งเป็นการอธิบายถึงการกระทำอันเป็นการชู้คุกคามนั้นจะต้องมีลักษณะฉุกเฉินจึงจำเป็นต้องป้องกันมิให้มีการก่ออาชญากรรมอันมีลักษณะเช่นว่านั้นเกิดขึ้น การใช้กำลังจะกระทำได้ต่อเมื่อมีความจำเป็นอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ อย่างไรก็ตาม ภายใต้บทบัญญัตินี้ หากมีการใช้กำลังอันเป็นกระทำต่อชีวิตเกิดขึ้นในอาณาเขตที่ถูกยึดครอง มิได้หมายความว่า การกระทำนั้นต้องมีชอบด้วยกฎหมายเสมอไป การกระทำดังกล่าวอาจเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อเข้าข้อยกเว้น 4 ประการ กล่าวคือ (1) รัฐผู้ครอบครองได้กระทำการนั้นในพื้นที่ที่ตนไม่สามารถควบคุมสถานการณ์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ (2) เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐผู้ครอบครองได้กระทำการเคลื่อนย้ายบุคคลจากพื้นที่ที่ตนมีอำนาจควบคุมเนื่องจากเข้าใจว่าตนมีอำนาจกระทำการเช่นนั้นได้ (3) บุคคลผู้นั้นมีความเกี่ยวข้องกับกระทำการอันเป็นการชู้คุกคามต่อชีวิตอย่างร้ายแรงและรัฐเห็นว่าบุคคลนั้นจะยังคงกระทำการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อชีวิตของบุคคลต่อไป รัฐย่อมมีพันธกรณีในการให้ความคุ้มครองแก่ชีวิตพลเรือนของตน และ (4) ไม่มีมาตรการอื่นใดที่สามารถยุติการกระทำอันเป็นการชู้คุกคามนี้ได้

---

<sup>73</sup> Principle 9 of the Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials

“ Law enforcement officials shall not use firearms against persons except in self-defence or defence of others against imminent threat of death or serious injury, to prevent the perpetration of particularly serious crime involving grave threat to life, to arrest a person presenting such a danger and resisting their authority, or to prevent his or her escape, and only when less extreme means are sufficient to achieve these objectives. In any event, intentional lethal use of firearms may only be made when strictly unavoidable in order to protect life.”

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ผู้สื่อข่าวย่อมได้รับการคุ้มครองสิทธิในชีวิตในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารที่มีลักษณะระหว่างประเทศในสถานะพลเรือน หรือในฐานะที่ตนเป็นบุคคลผู้ อยู่ในสถานะที่ไม่สามารถกระทำการสู้รบได้ (*hors de combat*) ซึ่งหมายความถึงผู้สื่อข่าวได้ตก อยู่ในอำนาจของภาคีฝ่ายปฏิบัติและได้แสดงเจตนาอย่างชัดแจ้งว่าตนยอมจำนนหรือผู้สื่อข่าว ถูกทำให้หมดสติหรือไร้ความสามารถจากบาดแผลหรือการเจ็บป่วย ทำให้ไม่สามารถป้องกัน ตนเองได้ โดยผู้สื่อข่าวต้องละเว้นจากการกระทำอันเป็นปฏิบัติและไม่พยายามที่จะหลบหนี<sup>74</sup>

### 1.2.1.2 หลักการปฏิบัติเยี่ยงมนุษย์ (Humane Treatment)

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้บัญญัติให้รัฐภาคีฝ่ายขัดกันมีพันธกรณีในการปฏิบัติต่อบุคคลผู้ตกอยู่ในอำนาจภาคีฝ่ายปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม รัฐภาคีฝ่ายขัดกันไม่สามารถอ้างเหตุภาวะการขัดกันทางกำลังทหาร เหตุความมั่นคงปลอดภัยของชาติ รวมถึงความ จำเป็นทางทหารเพื่อปฏิเสธในการที่จะไม่ปฏิบัติเช่นนั้นได้ ซึ่งหลักการปฏิบัติเยี่ยงมนุษย์นี้ได้ กำหนดไว้ในมาตรา 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวาทั้งสี่ฉบับ ดังนี้

“ ... (1) บุคคลซึ่งมิได้เข้าร่วมในการสู้รบโดยตรงรวมทั้งผู้สังกัดในกองทัพซึ่งได้วาง อาวุธแล้ว และผู้ซึ่งถูกกันออกจากการต่อสู้เพราะป่วยไข้ บาดเจ็บ ถูกกักคุม หรือเพราะเหตุอื่นใด ก็ดี ไม่ว่าจะพฤติการณ์ใดๆ จะต้องได้รับการปฏิบัติด้วยมนุษยธรรม โดยไม่คำนึงถึงลักษณะความ แตกต่างอันเป็นผลเสียเนื่องมาแต่เชื้อชาติ ศาสนา หรือลัทธิ ความเชื่อถือ เพศ กำเนิด หรือความมั่งมี หรือเหตุอื่นใด

เพื่อการนี้ บรรดาการกระทำต่อไปนี้แก่บุคคลดังกล่าวข้างต้นเป็นอันต้องห้ามและ คงห้ามต่อไปไม่ว่าในกาละเทศะใด คือ

ก. การประทุษร้ายต่อชีวิต และร่างกาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการฆาตกรรมทุกชนิด การตัดทอนอวัยวะส่วนหนึ่งส่วนใด การทำทารุณกรรม และการทรมาน ...

ค. การทำลายเกียรติยศแห่งบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปฏิบัติให้เป็นที่อับอาย ขายหน้าและเสื่อมทรามต่ำช้า ...”

<sup>74</sup> ดูพิธีสารฉบับที่ 1 มาตรา 41

จะเห็นได้ว่า มาตราดังกล่าวได้กำหนดรูปแบบของการปฏิบัติที่ไม่เหมาะสม (ill - treatment) เอาไว้สามประการ คือ 1. การทรมาน (torture) 2. การทำทารุณกรรม (cruel or inhuman treatment) 3. การทำลายเกียรติยศแห่งบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปฏิบัติให้เป็นที่อับอายขายหน้าและเสื่อมทรามต่ำช้า (outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment) ซึ่งการกำหนดรูปแบบเช่นนี้มีลักษณะเช่นเดียวกับรูปแบบตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศซึ่งห้ามมิให้กระทำการดังกล่าวในสถานการณ์ฉุกเฉิน เช่น ภาวะสงคราม, ภาวะคุกคามของสงคราม เป็นต้น<sup>75</sup> อย่างไรก็ตาม การกำหนดมาตรา 3 ร่วมเช่นนี้นี้อยู่ไม่กระทบถึงพันธกรณีในการปฏิบัติตามเงื่อนไขเรื่องการคุมขังภายใต้กฎหมายสนธิสัญญาและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

การทรมาน (torture) ในความหมายทั่วไปตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ หมายถึง บุคคลหนึ่งกระทำต่อตนเองหรือบุคคลอื่นกระทำต่อบุคคลอีกคนหนึ่งให้ได้รับความเจ็บปวด รวมถึงการบังคับให้สารภาพหรือให้ได้มาซึ่งข้อมูลใด ทั้งนี้ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้บัญญัติห้ามมิให้กระทำการทรมานพลเรือนไม่ว่าจะเป็นทางร่างกายหรือจิตใจโดยวิธีใดๆ ก็ตาม การลงโทษหรือบีบบังคับให้เปิดเผยข้อมูลโดยการทรมานเป็นสิ่งเลวร้ายและเป็นอันตรายต่อพลเรือน การบังคับให้พลเรือนปฏิบัติตามและการบีบบังคับให้เปิดเผยข้อมูลเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของบุคคลนั้นๆ และยังเป็นการทรมานต่อพวกพ้องของตน

การทำทารุณกรรม (cruel or inhuman treatment) มิได้หมายความว่าเฉพาะแต่การทำอันตรายแก่ร่างกายหรืออนามัยเท่านั้น ยังหมายความรวมถึงการกระทำใดๆ ที่ไม่เคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เช่น การจับกุมคุมขังเซลล์สงครามโดยห้ามมิให้ติดต่อกับบุคคลภายนอก โดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลภายในครอบครัว, มาตรการใดอันเป็นเหตุให้ไม่เคารพต่อศักดิ์ศรีความ

---

<sup>75</sup> เช่น มาตรา 4 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

“1. ในภาวะฉุกเฉินสาธารณะซึ่งคุกคามความอยู่รอดของชาติ และได้มีการประกาศภาวะนั้นอย่างเป็นทางการแล้ว รัฐภาคีแห่งกติกานี้อาจใช้มาตรการที่เป็นการหลีกเลี่ยงพันธกรณีของตนภายใต้กติกานี้ได้เพียงเท่าที่จำเป็นตามความฉุกเฉินของสถานการณ์ ทั้งนี้ มาตรการเช่นนั้นจะต้องไม่ขัดแย้งต่อพันธกรณีอื่นๆ ของตนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติเพียงเหตุแห่งเชื้อชาติ ศิพ พิศ ภาษา ศาสนา หรือเผ่าพันธุ์ทางสังคม”

เป็นมนุษย เป็นต้น<sup>76</sup> นอกจากนี้ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจเพื่อพิจารณากรณีไม่สงบในอดีตยูโกสลาเวียยังได้กำหนดความหมายของการทำทารุณกรรมว่าหมายถึง การกระทำโดยเจตนาหรือละเว้นการกระทำอันเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ หรือก่อให้เกิดการไม่เคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์<sup>77</sup>

การทำลายเกียรติยศแห่งบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปฏิบัติให้เป็นที่อับอายขายหน้าและเสื่อมทรมานต่ำช้า (outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment) ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 75 แห่งพิธีสารฉบับที่ 1 หมายความว่า การกระทำใดที่ประสงค์ให้บุคคลอื่นได้รับความอับอายขายหน้าหรือบังคับให้บุคคลอื่นกระทำการที่เสื่อมทรมานต่ำช้า โดยไม่คำนึงถึงหลักคุณธรรม ความปลอดภัยทางร่างกายหรือจิตใจของบุคคลอื่น ทั้งนี้ ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจเพื่อพิจารณากรณีไม่สงบในอดีตยูโกสลาเวียเห็นว่า คำนียามเช่นนี้มีความหมายใกล้เคียงกับมาตรา 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวาทั้งสี่ฉบับ และแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างการทำลายเกียรติยศแห่งบุคคลกับการทำทารุณกรรมเนื่องจากการกระทำใดจะถือเป็นการทำลายเกียรติยศแห่งบุคคลได้นั้น ผู้กระทำความผิดจะต้องกระทำโดยเจตนาหรือมีส่วนร่วมในการกระทำหรือละเว้นการกระทำอันเป็นเหตุให้เกิดความอับอายขายหน้า ความเสื่อมทรมานต่ำช้า หรือการกระทำอื่นใดที่ไม่เคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์<sup>78</sup>

นอกจากนี้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศยังได้กำหนดห้ามกระทำการทรมานและการทำทารุณกรรมไว้ในมาตรา 147 แห่งอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 ดังนี้

---

<sup>76</sup> Jean Pictet, The Geneva Convention of 12 August 1949 : Commentary Vol.III Geneva Convention relative to Prisoners of War, ICRC, Geneva 1958, p.627, and Jean Pictet, The Geneva Convention of 12 August 1949 : Commentary Vol.IV Geneva Convention relative to the Protection of Civilians Persons in Time of War, ICRC, Geneva 1958, p.598.

<sup>77</sup> Cordula Droege, “ “In truth the leitmotiv” : the prohibition or torture and other forms of ill-treatment in international humanitarian law,” 89 International Review of the Red Cross, 867 (September 2007) : 520.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p.530.

“การละเมิดอันร้ายแรงที่ได้กล่าวถึงในข้อก่อนนั้น ได้แก่การกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปนี้ หากได้กระทำต่อบุคคลหรือทรัพย์สินซึ่งอนุสัญญาฉบับนี้ให้ความคุ้มครองคือ การฆ่าโดยเจตนา การทรมานหรือการปฏิบัติอย่างโหดร้ายรวมทั้งการทดลองทางชีววิทยา การกระทำให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างสาหัส หรือทำอันตรายแก่ร่างกายหรืออนามัยอย่างร้ายแรงโดยเจตนา ...”

ส่วนการทำลายเกียรติยศแห่งบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปฏิบัติให้เป็นที่ยับอายขายหน้าและเสื่อมทรามต่ำช้า ได้กำหนดไว้ในมาตรา 75 แห่งพิธีสารฉบับที่ 1 ซึ่งเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานที่จำเป็น อย่างไรก็ตาม ความในมาตรานี้ย่อมนำไปบังคับใช้กับการห้ามกระทำการทรมาน การทำทารุณกรรมด้วย

“1. บุคคลผู้อยู่ในอำนาจของภาคีคู่พิพาท และผู้มิได้รับประโยชน์จากการปฏิบัติที่อนุเคราะห์ดีกว่านี้ภายใต้อนุสัญญาหรือพิธีสารนี้ ตราบใดที่บุคคลเหล่านี้ยังได้รับผลกระทบจากสถานการณ์ที่อ้างถึงในข้อ 1 ของพิธีสารนี้ ต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมในทุกสถานการณ์ ...

2. การกระทำต่อไปนี้เป็นอันต้องห้ามและจะคงถูกห้ามทุกเมื่อและในทุกสถานที่ไม่ว่าจะได้กระทำโดยพลเรือนหรือโดยเจ้าหน้าที่ทางทหาร

(ก) การใช้ความรุนแรงต่อชีวิต สุขภาพ หรือสวัสดิภาพทางกาย หรือจิตใจของบุคคล โดยเฉพาะ

- (1) การฆาตกรรม
- (2) การทรมานทุกชนิดไม่ว่าทางกายหรือจิตใจ
- (3) การลงโทษทางกาย และ
- (4) การตัดทอนอวัยวะของร่างกาย

(ข) การกระทำที่ร้ายแรงต่อศักดิ์ศรีต่อบุคคล โดยเฉพาะการปฏิบัติให้ยับอายและเหยียดศักดิ์ศรี การบังคับให้ค้าประเวณี และการกระทำอนาจารไม่ว่ารูปแบบใด ...”

จะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของการบัญญัติหลักประกันขั้นพื้นฐานเช่นนี้มีได้เป็นการสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นใหม่ แต่เป็นความพยายามที่จะทำให้บทบัญญัติดังกล่าวสามารถนำไปใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ<sup>79</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้หลักประกันแก่ผู้ที่มีได้รับประโยชน์จากการปฏิบัติ

<sup>79</sup>Jean Pictet, Development and Principles of International Humanitarian Law, p.65 อ้างใน นารี พีระวุฒิจพงศ์, “การให้ความคุ้มครองผู้ลี้ภัยและผู้พลัดถิ่นตามกฎหมาย

ที่เชื้อประโยชน์ยิ่งกว่าภายใต้อนุสัญญาเจนีวาหรือภายใต้พิธีสารฉบับที่ 1 นี้ให้ได้รับการปฏิบัติเยี่ยงมนุษย์ในทุกกรณี ดังนั้น หากมีการปฏิบัติที่ไม่เหมาะสมต่อผู้สื่อข่าว ไม่ว่าจะเป็นการทรมาน การทำทารุณกรรม การทำลายเกียรติยศแห่งบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปฏิบัติให้เป็นที่อับอาย ขายหน้าและเสื่อมทรามต่ำช้า ย่อมเป็นการละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้นเป็นการละเมิดบทบัญญัติมาตรา 147 แห่งอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 และมาตรา 75 แห่งพิธีสารฉบับที่ 1 อันเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม

### 1.2.1.3 หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination)

หลักการไม่เลือกปฏิบัติเป็นหลักการพื้นฐานหนึ่งของกฎหมายสิทธิมนุษยชนอันจะนำไปสู่ความเสมอภาค ซึ่งหลักความเสมอภาคย่อมนำไปสู่ความยุติธรรม (impartiality) และความเป็นกลาง (neutrality) อันเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ จะเห็นได้ว่ากฎหมายสิทธิมนุษยชนอันเกี่ยวกับหลักการไม่เลือกปฏิบัตินั้นมีความสัมพันธ์กับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในเรื่องหลักความยุติธรรมและหลักความเป็นกลางอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ โดยขอบเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนจะได้ศึกษาถึงหลักเกณฑ์พื้นฐานดังกล่าวทั้งในแง่ของกฎหมายสิทธิมนุษยชนและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เพื่อให้การให้ความคุ้มครองผู้สื่อข่าวในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

แบล็คลอร์ดิกชันนารี (Black's law Dictionary) ได้ให้ความหมายกล่าวโดยสรุปของคำว่า การเลือกปฏิบัติ หมายความว่า การปฏิบัติใดๆ ต่อบุคคลหรือกลุ่มคนโดยไม่เท่าเทียมกัน และไร้เหตุผล หรือการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือปฏิเสธที่จะปฏิบัติเนื่องจากเชื้อชาติ อายุ สัญชาติ หรือศาสนา หรือการปฏิบัติที่แตกต่างเรื่องความชอบหรือความไม่ชอบที่ปราศจากเหตุผลที่สามารถรับฟังได้<sup>80</sup>

---

มนุษยธรรมระหว่างประเทศในภาวะการขัดกันทางกำลังทหาร”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), น.28.

<sup>80</sup> Henry Campbell Black, *Black's law Dictionary* อ่างใน กิตติบดี ไยพุล, “ปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้พันโทษในการเข้าทำงาน”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2544), น.41.

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งไม่มีผลบังคับในฐานะกฎหมายลายลักษณ์อักษรระหว่างประเทศเหมือนอนุสัญญาหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศ แต่ปฏิญญาสากลนี้ได้กลายมาเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายทั่วไปภายในรัฐ ดังจะเห็นได้จากการที่รัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศมักจะต้องกำหนดให้มีการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสิทธิต่างๆ ที่กำหนดไว้ในปฏิญญาสากล นี้จนกล่าวได้ว่าปฏิญญาสากลนี้ได้กลายมาเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>81</sup> ที่มีสถานะเป็นหลักกฎหมายที่มีลักษณะเด็ดขาด (*jus cogens*) ผู้พันรัฐทุกรัฐให้ต้องปฏิบัติตามหลักการไม่เลือกปฏิบัติจึงใช้บังคับเป็นการทั่วไป (*erga omnes*) ซึ่งปฏิญญาสากลได้กำหนดเรื่องหลักการไม่เลือกปฏิบัติไว้ในมาตรา 2 วรรคแรก และมาตรา 7 ดังนี้

“บุคคลชอบที่จะมีสิทธิและเสรีภาพตามที่ระบุไว้ในปฏิญญานี้ ทั้งนี้โดยไม่มี การแบ่งแยกในความแตกต่าง เช่น เชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมืองหรือความเห็นเรื่องอื่น ๆ ชาติหรือสังคมกำเนิด ทรัพย์สิน ถิ่นกำเนิดหรือสถานะอื่นๆ”

“ทุกๆ คนต่างมีความเสมอภาคเบื้องต้นตามกฎหมายและชอบที่จะได้รับการคุ้มครองที่เท่าเทียมกันตามกฎหมายโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ ทุกๆ คนชอบที่จะได้รับความคุ้มครองที่เท่าเทียมต่อการเลือกปฏิบัติใดๆ ที่เป็นการฝ่าฝืนต่อปฏิญญานี้ และการยุยงส่งเสริมให้เกิดการเลือกปฏิบัติเช่นนั้น”

นอกจากนี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้ทำความเข้าใจเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในกติกาว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน มีความเชื่อว่าคำว่า “การเลือกปฏิบัติ” ควรเป็นที่เข้าใจว่าใช้สำหรับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน การกีดกัน การหน่วงเหนี่ยว หรือการล่าเหยียดซึ่งมีพื้นฐานมาจากเรื่องเพศ สีผิว เชื้อชาติ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความเห็นในเรื่องอื่นๆ เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคมฐานะ ถิ่นกำเนิด หรือสถานะอื่นๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์หรือมีผลกระทบหรือทำให้

<sup>81</sup> อธิป จันทรโรจน์, “การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการกับกฎหมายระหว่างประเทศ : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทย”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น.33.

สูญเปล่าหรือทำให้การยอมรับต้องเสื่อมเสียไป การอุปโภคหรือการใช้สิทธิโดยบุคคลทุกคนบน  
จุดยืนที่เสมอภาคกันซึ่งสิทธิเสรีภาพทั้งหมด<sup>82</sup>

อาจกล่าวโดยสรุปว่า การไม่เลือกปฏิบัติหมายถึงการกระทำใดๆ อันเป็นการปฏิบัติที่  
ไม่มีความแตกต่างกันระหว่างบุคคล โดยไม่คำนึงถึงพื้นฐานอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น เชื้อชาติ เพศ  
ศาสนา เป็นต้น ซึ่งการกระทำดังกล่าวย่อมนำไปสู่ความเสมอภาคระหว่างบุคคล

ที่กล่าวมาข้างต้นเป็นการพิจารณาหลักไม่การเลือกปฏิบัติตามที่กำหนดไว้ใน  
กฎหมายสิทธิมนุษยชนแต่เพียงบางส่วน อย่างไรก็ตาม กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศก็ได้  
กำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายดังกล่าวไว้เช่นกัน กล่าวคือ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ  
มีวัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ตกเป็นเหยื่อในภาวะขัดกันทางกำลังทหารโดย  
ปราศจากการเลือกปฏิบัติอันเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่มี  
ผลผูกพันให้ภาคีฝ่ายขัดกันต้องปฏิบัติตาม<sup>83</sup> ซึ่งบทบัญญัติที่เกี่ยวกับหลักการไม่เลือกปฏิบัตินี้  
ปรากฏอยู่ในมาตรา 16 แห่งอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 ดังนี้

“การพิจารณาบทบัญญัติในอนุสัญญาฉบับนี้เกี่ยวกับเชื้อชาติ เพศและการปฏิบัติต่อ  
บุคคลที่ได้รับการคุ้มครองเกี่ยวข้องกับสภาพแห่งอนามัย อายุ หรือคุณสมบัติในการประกอบวิชาชีพ  
รัฐผู้มีอำนาจหนึ่งหรือมากกว่าต้องปฏิบัติต่อพลเมืองทุกคน โดยมีต้องคำนึงถึงความ  
แตกต่างทางเชื้อชาติ สัญชาติ ศาสนาและความคิดเห็นในทางการเมือง หรือความแตกต่างอื่นๆ  
ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน”

และปรากฏอยู่ในมาตรา 13 และมาตรา 27 วรรคสามแห่งอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4  
ดังนี้

“บทบัญญัติในภาค 2 ย่อมคลุมถึงประชากรทั้งปวงของประเทศที่พิพาทกันโดยไม่  
คำนึงถึงลักษณะความแตกต่างอันเป็นผลเสื่อมเสีย โดยเฉพาะอย่างยิ่งซึ่งเนื่องมาจากแต่เชื้อชาติ  
สัญชาติ ศาสนา หรือความคิดเห็นในทางการเมือง และย่อมมุ่งหมายที่จะบรรเทาความทุกข์  
ทรมานอันเกิดแก่สงคราม ”

<sup>82</sup> กุลพล พลวัน, “การเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ”, วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน  
ของรัฐสภา, เล่ม 2, 2 (ตุลาคม 2546 – มีนาคม 2547), น. 14-15 อ้างใน อธิป จันทรโรจน์, เพ็ญอ้าง,  
น.55.

<sup>83</sup> Jelena Pejic, “Non-discrimination and armed conflict,” International  
Review of the Red Cross, 841 (March 2001) : 184.

“ ... โดยไม่เป็นการเสียสิทธิตามบทบัญญัติเกี่ยวกับสภาพแห่งอนามัย อายุและเพศ บุคคลที่ได้รับความคุ้มครองทั้งปวงจะต้องได้รับผลปฏิบัติจากภาคีคู่พิพาทซึ่งตนตกอยู่ในอำนาจ โดยลักษณะอย่างเดียวกัน โดยมีต้องคำนึงถึงความแตกต่างอันเป็นผลเสียโดยเฉพะอย่างยิ่งเกี่ยวกับเชื้อชาติ ศาสนาหรือความคิดเห็นในทางการเมือง ...”

นอกจากนี้ยังปรากฏอยู่ในมาตรา 75 วรรคแรกแห่งพิธีสารฉบับที่ 1 อันเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐาน ดังนี้

“บุคคลผู้อยู่ในอำนาจของภาคีคู่พิพาทและผู้มิได้รับประโยชน์จากการปฏิบัติที่อนุเคราะห์ดีกว่านี้ภายใต้สนธิสัญญาหรือพิธีสารนี้ ตราบใดที่บุคคลเหล่านี้ยังได้รับผลกระทบจากสถานการณ์ที่อ้างถึงในข้อ 1 ของพิธีสารนี้ต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมในทุกสภาวะการณ์และอย่างน้อยที่สุดต้องมีสิทธิได้รับการคุ้มครองดังที่กำหนดไว้ในข้อนี้ โดยไม่ก่อให้เกิดความแตกต่างอันเป็นผลเสียบนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนาหรือความเชื่อ ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่น ต้นกำเนิดทางสัญชาติหรือสังคม ความมั่งมี กำเนิดหรือสถานภาพอื่นหรือเกณฑ์อื่นใดที่คล้ายคลึงกัน ภาคีแต่ละฝ่ายต้องเคารพบุคคล เกียรติยศ ความเชื่อถือและการปฏิบัติศาสนกิจของบุคคลเช่นว่าทั้งปวง ...”

ดังนั้น หากมีการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้สื่อข่าวสงครามย่อมถือเป็นการละเมิดบทบัญญัติมาตรา 16 แห่งสนธิสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 แต่หากกระทำการดังกล่าวต่อผู้สื่อข่าวอิสระย่อมเป็นการละเมิดบทบัญญัติมาตรา 13 และมาตรา 27 วรรคสามแห่งสนธิสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 และมาตรา 75 วรรคแรกแห่งพิธีสารฉบับที่ 1 อันเป็นหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองพลเรือนที่นำมาใช้บังคับกับการให้ความคุ้มครองผู้สื่อข่าว การละเมิดบทบัญญัติที่กล่าวมาย่อมก่อให้เกิดความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม และเนื่องจากกฎหมายสิทธิมนุษยชนหมายรวมถึงสนธิสัญญาทั้งปวงที่มีเจตนารมณ์ในการลงโทษผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชน เช่น อาชญากรรมสงคราม, อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติและการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ เป็นต้น<sup>84</sup> ดังนั้น การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนเช่นกัน

<sup>84</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Human\\_Rights](http://en.wikipedia.org/wiki/Human_Rights)

## 1.2.2 การคุ้มครองเสรีภาพของผู้สื่อข่าวในภาวะการขัดกันทางกำลังทหาร

### 1.2.2.1 เสรีภาพในข้อมูลข่าวสาร (Freedom of Information)

เดิมกฎหมายได้กำหนดเรื่องเสรีภาพในข้อมูลข่าวสารเพื่อเป็นการประกันการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของสาธารณะ หรืออาจเรียกว่า กฎหมายเสรีภาพในข้อมูลข่าวสาร ต่อมาได้มีการให้ความสำคัญแก่เสรีภาพในข้อมูลข่าวสารมากขึ้นส่งผลให้สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีข้อมติที่ 59(1) ลงวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ.1946<sup>85</sup> กำหนดให้เสรีภาพในข้อมูลข่าวสารเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน การกำหนดเช่นนี้ย่อมแสดงให้เห็นว่านานาประเทศได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของการไหลเวียนของข้อมูลข่าวสารในสังคมมากขึ้น โดยมีได้ให้ความสำคัญแต่เฉพาะการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของสาธารณะเท่านั้น อีกทั้งยังมีการกำหนดเรื่องดังกล่าวไว้ในมาตรา 19 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights) ดังนี้

“บุคคลมีสิทธิในเสรีภาพแห่งความเห็นและการแสดงออก สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพที่จะยึดมั่นในความเห็นโดยปราศจากการแทรกสอดและที่จะแสวงหา รับ ตลอดจนแจกจ่าย รวมทั้งความคิดเห็นโดยผ่านสื่อใดๆ และโดยมิต้องคำนึงถึงเขตแดน ”

และได้มีการเน้นย้ำความสำคัญของเสรีภาพในข้อมูลข่าวสาร โดยได้กำหนดไว้ในมาตรา 19 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ดังนี้

“1. บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะมีความคิดเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง

2. บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพที่จะแสวงหา รับและเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารและความคิดทุกประเภท โดยไม่คำนึงถึงพรมแดน ทั้งนี้ ไม่ว่าด้วยวาจา เป็นลายลักษณ์อักษรหรือการตีพิมพ์ในรูปของศิลปะ หรือโดยอาศัยสื่อประการอื่นตามที่เลือก...”

จะเห็นได้ว่าความที่กำหนดในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองนั้นมีลักษณะคล้ายคลึงกัน และตราสารทางสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศทั้งสองฉบับนี้มีได้กำหนดรายละเอียดสาระสำคัญของเสรีภาพในข้อมูลข่าวสาร และหลักประกันทั่วไปเรื่องเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of Expression) อันจะก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนในการตีความ อย่างไรก็ตาม กรณียังกล่าวศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้วางหลักว่าการตีความบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1950 จะต้องอาศัยเงื่อนไขที่มีอยู่ ณ เวลาตีความ และศาลอินเตอร์-อเมริกันว่าด้วย

<sup>85</sup> The United Nations General Assembly Resolution 59(1) of 14 December 1946.

สิทธิมนุษยชนได้วางหลักในลักษณะเดียวกันว่าการตีความสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศจะต้องอาศัยวิวัฒนาการด้านเวลาและเงื่อนไขที่มีอยู่ ณ เวลาตีความมาพิจารณาประกอบการตีความด้วย<sup>86</sup> อย่างไรก็ตาม หากมีการกำหนดกรณีดังกล่าวไว้ในตราสารทางสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศย่อมแสดงให้เห็นถึงการให้ความสำคัญแก่เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการเผยแพร่ การได้มาและการได้รับข้อมูลข่าวสาร โดยตระหนักถึงความสำคัญของบทบาททางสังคมในการแสดงความคิดเห็น การพูดและการไหลเวียนของข้อมูลข่าวสารได้อย่างอิสระ อีกทั้งยังให้ความสำคัญแก่การให้ความคุ้มครองผู้ส่งสารและผู้รับสาร

ในปี ค.ศ.1993 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (The United Nation Commission on Human Rights) ได้จัดตั้งผู้รายงานตรวจสอบพิเศษแห่งสหประชาชาติเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก” (The United Nation Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression) ซึ่งวัตถุประสงค์หนึ่งในการจัดตั้งผู้รายงานตรวจสอบพิเศษ (special rapporteurs) เพื่อกำหนดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออกให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น และตั้งแต่วันที่ ค.ศ.1997 ในรายงานประจำปีของผู้รายงานตรวจสอบพิเศษได้มีการกล่าวอ้างถึงเสรีภาพในข้อมูลข่าวสารเพื่อแจ้งให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนทราบเรื่องดังกล่าวส่งผลให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนมอบหมายให้ผู้รายงานตรวจสอบพิเศษเป็นผู้สังเกตการณ์และพัฒนาเสรีภาพในการได้มาและได้รับข้อมูลข่าวสาร รวมถึงให้คำแนะนำแก่สื่อมวลชน ต่อมาในปี ค.ศ.1998 ผู้รายงานตรวจสอบพิเศษได้เน้นย้ำว่าเสรีภาพในการแสดงออกหมายความว่ารวมถึงเสรีภาพในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารด้วย ซึ่งหมายถึงการได้มา การได้รับและการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสาร และในปี ค.ศ.2000 ผู้รายงานตรวจสอบพิเศษได้ให้ความสำคัญแก่การบังคับการให้เป็นไปตามเสรีภาพในข้อมูลข่าวสารมากยิ่งขึ้น

นอกจากนั้นสังคมระหว่างประเทศยังให้ความสำคัญแก่เสรีภาพในข้อมูลข่าวสารอันเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้รับเอาคำประกาศเกี่ยวกับสิทธิและความรับผิดชอบของปัจเจกชน กลุ่มคนและองค์กรทางสังคมในการส่งเสริมและให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขึ้นพื้นฐานที่มีลักษณะเป็นสากล (The Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect

<sup>86</sup> Toby Mendel, Freedom of Information : A Comparative Legal Survey, Second Edition (Paris : UNESCO, 2008), p.8.

Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms)<sup>87</sup> ซึ่งข้อ 6 แห่งคำประกาศดังกล่าวได้กำหนดเกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ดังนี้

“บุคคลทุกคน ไม่ว่าจะเป็นปัจเจกชนหรือหุ้นส่วนมีสิทธิ

(ก) ที่จะรับรู้ ได้มา ได้รับและรักษาไว้ซึ่งข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งปวง รวมทั้งการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารว่าสิทธิและเสรีภาพมีผลต่อการตรากฎหมายภายในของรัฐ ระบบการปกครองหรือระบบยุติธรรม

(ข) เอกสารเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนหรือเอกสารทางระหว่างประเทศอื่นๆ จะพิมพ์เผยแพร่ หรือแจกจ่ายข้อมูลข่าวสารและความรู้เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานให้แก่บุคคลอื่นได้อย่างอิสระ ...”

การกำหนดเช่นนี้ย่อมแสดงให้เห็นถึงการให้ความสำคัญแก่สิทธิที่จะรับรู้ ได้มา ได้รับรักษาไว้ซึ่ง และเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานเพื่อการส่งเสริมและการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ นอกจากนี้ยังเป็นการให้ความคุ้มครองการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและการละเมิดสิทธิมนุษยชนดังกล่าวผ่านเสรีภาพในการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสาร

อนึ่ง เมื่อพิจารณาการประกอบวิชาชีพของผู้สื่อข่าว ข้อมูลข่าวสารถือเป็นสิ่งสำคัญของผู้สื่อข่าวในการทำหน้าที่ด้านข่าวของสื่อมวลชนประเภทหนังสือพิมพ์ วิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ และปัจจุบันได้มีการยอมรับว่าประชาชนมีสิทธิที่จะรับรู้ (Right to Know) รับทราบเรื่องราวต่างๆ ในสังคม ซึ่งถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานประการหนึ่ง ดังนั้น ผู้สื่อข่าวในฐานะผู้ส่งสารซึ่งเป็นสื่อกลางในการเสนอข้อมูลข่าวสารจึงจำเป็นต้องแสวงหาข้อมูลข่าวสารเพื่อนำมารายงานให้ประชาชนรับทราบข้อเท็จจริงอย่างครบถ้วนและถูกต้อง เสรีภาพในข่าวสารจึงมีความสำคัญต่อการทำหน้าที่สื่อมวลชนของผู้สื่อข่าว

### 1.2.2.2 เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก (Freedom of Opinions and Expression)

บทบัญญัติมาตรา 19 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และมาตรา 19 (1) (2) แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองได้กำหนดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออกไว้เช่นเดียวกับเสรีภาพในข่าวสารตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น

<sup>87</sup> The United Nations General Assembly Resolution 53/144 of 8 March 1999.

อย่างไรก็ตาม การกำหนดเช่นนี้เป็นเพียงบททั่วไปเท่านั้น ยังคงมีข้อจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออกตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติมาตรา 29 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ดังนี้

“...(2) ในการใช้สิทธิและเสรีภาพ บุคคลต้องอยู่ภายใต้เพียงเช่นที่จำกัดโดยกำหนดแห่งกฎหมายเฉพาะ เพื่อความมุ่งประสงค์ให้ได้มาซึ่งการยอมรับและการเคารพโดยชอบในสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น และเพื่อให้สอดคล้องกับข้อกำหนดอันยุติธรรมของศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของประชาชาติและสวัสดิการโดยทั่วไปในสังคมประชาธิปไตย ”

นอกจากนี้ยังมีการกำหนดข้อจำกัดดังกล่าวไว้ในมาตรา 19 (3) แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ดังนี้

“...(3) การใช้สิทธิตามที่บัญญัติในวรรคสองของข้อนี้ ต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบพิเศษควบคู่ไปด้วย การใช้สิทธิดังกล่าวอาจมีข้อจำกัดในบางเรื่อง แต่ทั้งนี้ข้อจำกัดนั้นต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายและจำเป็นต่อ

(ก) การเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น

(ข) การรักษาความมั่นคงของชาติ หรือความสงบเรียบร้อย หรือการสาธารณสุข หรือศีลธรรมของประชาชน”

รวมถึงการโฆษณาชวนเชื่อใดๆ เพื่อการสงคราม หรือการสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา ซึ่งช่วยทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือการใช้ความรุนแรง เป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมายตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 20 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

ทั้งนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติในฐานะผู้สังเกตการณ์เพื่อให้มีการปฏิบัติตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองได้กล่าวไว้ในคำอธิบายโดยทั่วไปที่ 10 ว่าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นไม่อาจถูกจำกัดได้ อย่างไรก็ตาม ภายใต้สถานการณ์ใดๆ เสรีภาพการแสดงออกอาจถูกจำกัดได้ แต่การจำกัดนั้นจะต้องไม่เป็นผลเสียแก่การใช้เสรีภาพดังกล่าว<sup>88</sup>

<sup>88</sup> Peter McIntyre, Human Right Reporting : A handbook for journalists in south-eastern Europe, (Belgium : International Federation of Journalists,2003), p.38.

การจำกัดเสรีภาพการแสดงออกภายใต้สถานการณ์ใดๆ นั้น หมายถึง สถานการณ์ที่มีการคุ้มครองบุคคลจากถ้อยคำที่ไม่เหมาะสมซึ่งอาจก่อให้เกิดบุคคลนั้น, การคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของบุคคลเป็นรายกรณี, การอนุญาตให้รัฐให้ความคุ้มครองเพื่อประโยชน์ด้านความปลอดภัยของรัฐนั้น, การป้องกันการสื่อสารมวลชนในทางที่ผิดโดยเฉพาะอย่างยิ่งการส่งเสริมการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ ศาสนา และการป้องกันการโฆษณาชวนเชื่อเพื่อการสงคราม ซึ่งสถานการณ์สามประการหลังเป็นการให้ความคุ้มครองเพื่อประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้ ในการปฏิบัติวิชาชีพของผู้สื่อข่าวผู้สื่อข่าวย่อมตีความสถานการณ์ที่กล่าวมาภายใต้กรอบทางกฎหมายภายในของประเทศตน และคำตัดสินของศาลภายในของรัฐย่อมมีผลผูกพันในการนำคดีขึ้นสู่ศาลระหว่างประเทศ<sup>89</sup>

### 1.2.2.3 เสรีภาพในการเผยแพร่ข่าวสาร (Freedom of Information Distribution)

เนื่องจากผู้สื่อข่าวที่ทำหน้าที่ด้านข่าวในสื่อมวลชนประเภทหนังสือพิมพ์ วิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ซึ่งอยู่ในฐานะผู้ส่งสารมีบทบาทหน้าที่ 5 ประการ<sup>90</sup> กล่าวคือ

(1) บทบาทผู้แจ้งข่าว (messenger) ซึ่งเป็นบทบาทหลักที่สำคัญของผู้สื่อข่าวในการทำหน้าที่ส่งสาร แจ้งข่าวสารที่เกิดขึ้นในสังคม โดยรายงานต่อผู้รับสารได้รับรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพปัจจุบันของสังคมและสิ่งแวดล้อม

(2) บทบาทสุนัขเฝ้าบ้าน (watchdog) ผู้สื่อข่าวมีหน้าที่ในการสืบสวนและรายงานสิ่งที้อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อความมั่นคงทางร่างกาย เศรษฐกิจ หรือการเมือง ปัญหาต่างๆ ในสังคม ความไม่ยุติธรรม ให้สาธารณชนรับทราบและระมัดระวังตนจากอันตราย

(3) บทบาทของตัวกลาง (intermediary) เนื่องจากผู้สื่อข่าวอยู่ในฐานะที่ต้องรายงานเหตุการณ์ต่างๆ ให้แก่สาธารณชนทราบ ผู้สื่อข่าวจึงเป็นตัวกลางระหว่างแหล่งข่าว (news source) กับสาธารณชนผู้รับข่าว (new audience) นอกจากนี้ยังเป็นตัวกลางระหว่างแหล่งข่าว (news source) กับแหล่งข่าว (new source) เนื่องจากการแสวงหาข่าวทำให้ผู้สื่อข่าวพบกับแหล่งข่าวต่างๆ ได้รับรู้ข้อมูลและปัญหาระหว่างแหล่งข่าวผ่านนักสื่อสารมวลชนด้วยกัน

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> ประมะ สตะเวทิน, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 14*, น.30-32.

(4) บทบาทตัวเชื่อม (relay) เป็นตัวเชื่อมในกระบวนการสื่อสาร โดยเชื่อมโยงระหว่างชนชาติต่างๆ เชื่อมอดีตกับอนาคต ทำให้รับรู้แลกเปลี่ยนวัฒนธรรมซึ่งกันและกัน และเกิดการถ่ายทอดทางวัฒนธรรมจากสมัยหนึ่งมาสู่อีกสมัยหนึ่ง และ

(5) บทบาทผู้เฝ้าประตู (gatekeeper) ผู้สื่อข่าวเป็นผู้ทำหน้าที่กั้นกรองและตัดสินใจว่าจะส่งสารใดไปสู่ผู้รับสาร

ดังนั้น เสรีภาพในการเผยแพร่ข่าวสารย่อมเป็นสิ่งสำคัญอีกประการหนึ่งในการปฏิบัติวิชาชีพของผู้สื่อข่าว หากมีการจำกัดเสรีภาพดังกล่าว การปฏิบัติวิชาชีพของผู้สื่อข่าวย่อมไม่ประสบผลสำเร็จ และแม้ว่าผู้สื่อข่าวได้รับเสรีภาพในข้อมูลข่าวสารและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก แต่มิได้รับเสรีภาพในการเผยแพร่ข่าวสาร เสรีภาพ 2 ประการดังกล่าวย่อมไร้ความหมาย เนื่องจากไม่มีหลักประกันในการส่งเสริมกระแสการไหลเวียนของข่าวสารให้เป็นไปอย่างอิสระและต่อเนื่อง ดังนั้น หากกล่าวถึงเสรีภาพของผู้สื่อข่าวหมายถึงเสรีภาพในการเผยแพร่ข่าวสารโดยปราศจากการเข้าควบคุมหรือแทรกแซงด้วย

อนึ่ง ได้มีการรับรองเสรีภาพในการเผยแพร่ข่าวสารไว้ในมาตรา 19 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และมาตรา 19 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองเช่นเดียวกับเสรีภาพในข่าวสารและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออกตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น