

บทนำ

แนวคิดดั้งเดิมของการทำสงครามนั้น ถือว่า “สงคราม” เป็นรูปแบบหนึ่งของการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยรัฐนั้นมีสิทธิที่จะใช้กำลังทางทหารในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยชอบด้วยกฎหมายได้ แต่ในปัจจุบันการทำสงครามเป็นข้อห้ามปฏิบัติ แต่มีข้อยกเว้นให้กระทำได้ในบางประการ เช่น การป้องกันตนเอง เกิดกรณีจำเป็นที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ โดยเกิดหลักการใหม่ที่มอบหมายให้องค์การระหว่างประเทศเป็นผู้รับผิดชอบ และมีบทบาทสำคัญต่างๆ เกี่ยวกับการรักษาและธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ เพื่อมิให้รัฐใช้กำลังอาวุธและความรุนแรงกันในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยพลการ¹

ซึ่งนับตั้งแต่อดีตการทำสงครามมีลักษณะเป็นการสู้รบกันระหว่างประเทศสองประเทศ อันเป็นรูปแบบการทำสงครามในรูปแบบดั้งเดิม เพราะการที่มนุษย์ได้อยู่ร่วมกันเป็นสังคมและหลายสังคมได้รวมตัวกันเป็นชาติในที่สุด และเมื่อสังคมโลกได้ประกอบไปด้วยหลายชาติ ย่อมเกิดความขัดแย้งอันเนื่องมาจากเชื้อชาติ ภาษา ศาสนาและเรื่องของผลประโยชน์ที่ไม่ตรงกันรวมทั้งการแสวงหาทรัพยากรจากแผ่นดินอื่นซึ่งอาจมีเจ้าผู้ปกครองอยู่ก่อน แล้วแต่กรณี จนเกิดข้อพิพาทที่ไม่อาจตกลงกันได้นำไปสู่การขัดแย้งและกลายเป็นสงครามในที่สุด ซึ่งแนวคิดดั้งเดิมเรื่องสงครามนี้มีนักทฤษฎีบางท่าน ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องของสงครามว่า “ปัจเจกชนมีฐานะเพียงเป็นแค่ข้าศึกหรือ ศัตรู(enemy) เท่านั้น” โดยปรากฏตามทฤษฎีของโบแดงที่ได้กล่าวว่า “สงครามเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ” ซึ่งสอดคล้องกับรัฐโซที่เห็นว่า “สงครามนั้นไม่ใช่เรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล แต่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างสองประเทศ ในขณะที่มีคนเป็นเพียงส่วน ประกอบในฐานะที่เป็นพลรบไม่ใช่ในฐานะที่เป็นประชาชนพลเมืองของแผ่นดินบ้านเกิด แต่อยู่ในฐานะผู้ปกป้อง ผู้ต่อสู้² แต่ได้มีนักทฤษฎีบางท่าน เช่น Vattel ที่เห็นตรงกันข้ามว่า “เมื่อผู้นำของประเทศเอกราช ได้ประกาศสงครามต่ออีกประเทศหนึ่ง หมายถึงประชาชนทั้งชาติได้ประกาศสงครามต่ออีกชาติหนึ่ง การกระทำของผู้นำเป็นการกระทำในนามของปวงชน”³ และนอกจากนี้บางท่านกล่าวว่า “สงครามนั้นเป็นการแสดงอำนาจบังคับต่อ

¹ จตุรนต์ ธิระวัฒน์, “กฎหมายระหว่างประเทศ,” (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 507.

² Six livres de la republique, 1577. and J.J.Rousseau, Du contrat social, i,c.4. cited by, Ingrid Detter, The Law of War, (Cambridge University Press, 2000), p. 3-4.

³ Vattel, droit des gens, 1758,iii c.5.s.70. cited by, Ingrid Detter, *Ibid*, p. 4.

ข้าศึกศัตรูเพื่อให้ปฏิบัติตามความประสงค์ของเรา”⁴ ซึ่งเป็นคำตอบของคำถามที่ว่าทำไมสงครามถึงต้องมีการทำลายล้าง และได้มีบางท่านเห็นว่า “สงครามเป็นการระงับความสัมพันธ์อันดีระหว่างกัน”⁵ อีกทั้งมีนักวิชาการบางท่านในช่วงทศวรรษที่ 19 – 20 นี้ Oppenheim ได้กล่าวว่า “สงครามคือการต่อสู้ระหว่างสองประเทศหรือกว่าสองประเทศโดยการใช้กำลังเพื่อควมมีอำนาจเหนือประเทศดังกล่าว โดยมีเงื่อนไขของสันติภาพคือชัยชนะที่พึงปรารถนา”⁶ ซึ่งไม่ว่าแท้จริงแล้วสงครามนั้นจะหมายถึงความไม่ลงรอยกันระหว่างคนของแต่ละประเทศ หรือความขัดแย้งกันของสองประเทศ แต่การทำสงครามนั้นย่อมมีผลกระทบอันนำมาซึ่งความเสียหาย และการสูญเสียของชีวิต ทรัพย์สินอย่างมากมายมหาศาล ซึ่งประเทศแต่ละประเทศมีสิทธิที่จะปกป้องแผ่นดินของตนเอง และสิทธิในการปกป้องพลเมืองของตนมิให้ถูกละเมิดต่อร่างกาย ชีวิต ทรัพย์สิน เสรีภาพจากการกระทำสงครามหรือการสู้รบที่ไม่เป็นธรรม โดยมีกฎเกณฑ์ที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ที่ใช้ประพฤติดิปฏิบัติในเรื่องของสงคราม คือ *jus ad bellum* และ *jus in bello*

วิวัฒนาการในการทำสงครามที่เปลี่ยนแปลงไป จากที่อดีตต้องเป็นการใช้กำลังทางทหารระหว่างรัฐมากกว่า 2 รัฐขึ้นไป จนถึงปัจจุบันการสู้รบที่ไม่จำเป็นจะต้องเป็นการกระทำระหว่างรัฐกับรัฐ แต่อาจอยู่ในรูปของการต่อสู้กับกองกำลังของรัฐบาลที่ปกครองเพื่อปลดแอก หรือการสู้รบกันภายในประเทศที่เกิดจากการจลาจล สงครามกลางเมือง ความขัดแย้งระหว่างเชื้อชาติในรัฐเดียวกัน รวมถึงลักษณะการสู้รบแบบใหม่ที่โลกต้องเผชิญกับการก่อการร้ายอันเป็นผลทำให้เกิดสงครามต่อต้านการก่อการร้าย (War on terror) ตามมา ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายรุนแรงมากขึ้น ทั้งเป็นการกระทำที่มีการปกปิดรูปแบบของการกระทำและไม่ปรากฏว่ามีผู้รับผิดชอบอย่างชัดเจน ซึ่งเมื่อเทียบกับความเสียหายที่เกิดขึ้นและยิ่งทวีความรุนแรง และยากที่จะป้องกันนั้น ทำให้เกิดความกังวลใจต่อการปกป้องคุ้มครองพลเรือนหรือผู้ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการสู้รบที่ตกเป็นเป้าหมายของการทำลายล้าง ดังนั้น การใช้คำว่า “สงคราม” ซึ่งมีความหมายที่ชัดเจนอยู่แล้ว และตัวอย่างเช่นในอดีตคงจะใช้ไม่ได้อีกต่อไป แต่ในความหมายที่ครอบคลุมต่อการสู้รบทั้งหมด

⁴ C. v. Clausewitz, *Vom Kriege*, 1834. cited by, Ingrid Detter, *supra* note 2, p. 4.

⁵ A. v. Verdross, *Volkerrecht*, 5th edn, Vienna, 1964, 432. cited by, Ingrid Detter, *supra* note 2, p. 4.

⁶ Oppenheim, *2 International Law, War and Neutrality*, 7th edn, ed. H. Lauterpacht, London, 1952, 202. cited by, Ingrid Detter, *supra* note 2, p. 5.

ก็คือคำว่า “การขัดกันทางอาวุธ (armed conflict)” นั้น ซึ่งผู้เขียนคิดว่าน่าจะเป็นคำที่เหมาะสมกับรูปแบบของสถานการณ์ในปัจจุบันมากที่สุด

การขัดกันทางอาวุธระหว่างฝ่ายต่างๆ ยังคงมีอยู่อย่างต่อเนื่อง อันเป็นสาเหตุที่สำคัญยิ่งที่ทำให้เกิดความสูญเสียและความเสียหายต่อชีวิต ร่างกายและทรัพย์สิน จนยากที่จะบูรณาการได้อีก และหลังจากความสูญเสียครั้งยิ่งใหญ่จากสงครามโลกครั้งที่ 2 ประเทศต่างๆ ในสังคมโลกต่างได้คำนึงถึงผลเสียของการทำสงคราม ที่ได้สร้างความหายนะให้แก่มวลมนุษยชาติอย่างมหาศาล ยากที่จะเยียวยาให้กลับคืนสู่สภาพปกติได้ โดยองค์การระหว่างประเทศที่มีบทบาทสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคณะกรรมการกาชาดสากลระหว่างประเทศ ที่ได้มีบทบาทในการรวบรวมกฎเกณฑ์ในการสู้รบและทำหน้าที่ในการปฏิบัติการให้เกิดมนุษยธรรมต่อฝ่ายต่างๆ ในการสู้รบ ซึ่งการสู้รบกันจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์บางประการที่มีความชอบธรรม และอยู่บนพื้นฐานของหลักมนุษยธรรม จึงได้เกิด “กฎหมายภาคสงคราม (Law of War)” ขึ้น หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “กฎหมายว่าด้วยการขัดกันทางอาวุธ (Law of Armed Conflict)” โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การทำสงครามเป็นไปอย่างมีมนุษยธรรม ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่ได้พัฒนามาจากกฎเกณฑ์การทำสงครามที่รวบรวมและประมวลจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ที่ปรากฏอยู่แล้วในเรื่องของการใช้กำลังทางทหาร ให้มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร และมีสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีการยอมรับอย่างเป็นทางการ

โดยกฎหมายภาคสงครามนั้น ได้แบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนแรกที่เป็นการควบคุมและกำกับพฤติกรรมของรัฐเกี่ยวกับหลักการต่างๆ ว่าเมื่อใดจะทำสงครามได้ และเมื่อใดจะทำสงครามไม่ได้ หรือเรียกว่า *jus ad bellum* และส่วนที่สองเป็นกฎเกณฑ์ในการทำสงคราม หรือ *jus in bello* ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองและปกป้องพลเรือน พลรบ ผู้ที่ไม่มีส่วนร่วมหรือไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบ รวมถึงผู้ที่ตกเป็นเหยื่อ หรือเป็นผู้ประสบภัยจากการทำสงครามให้ได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม ซึ่งการทำสงครามในอดีตมิได้เป็นสิ่งที่ผิดและไม่มีข้อห้ามแต่อย่างใด แต่ต้องอยู่ในรูปแบบที่เรียกว่า “Just War” หรือ “สงครามยุติธรรม” เช่น ต้องมีการประกาศโดยผู้มีอำนาจ ต้องมีเหตุจูงใจเพื่อความยุติธรรม และต้องกระทำไปไม่เกินสัดส่วนของความรุนแรงที่ตนได้รับ และจะกระทำได้อีกเมื่อจำเป็น และไม่มีวิถีทางอื่นที่จะกระทำเพื่อก่อให้เกิดความยุติธรรมขึ้นได้อีกแล้ว

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้นประกอบไปด้วยอนุสัญญาเจนีวา 1949 ทั้ง 4 ฉบับ ได้แก่

1. อนุสัญญาเพื่อให้ผู้บาดเจ็บและป่วยไข้ในกองทัพนามรบมีสภาพที่ดีขึ้น (Convention for the Amelioration of Wounded and sick in Armed Forces in the Field) หรืออนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 1

2. อนุสัญญาเพื่อให้ผู้ที่สังกัดในกองทัพนขณะอยู่ในทะเลซึ่งบาดเจ็บ ป่วยไข้ และเรือต้องอับปางมีสภาพที่ดีขึ้น (Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at sea) หรืออนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 2

3. อนุสัญญาเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยศึก (Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War) หรืออนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 3

4. อนุสัญญาเกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลพลเรือนในยามสงคราม (Convention Relative to the Protection of civilian Persons in the Time of War) หรืออนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4

และนอกจากอนุสัญญาเจนีวา 1949 ทั้ง 4 ฉบับแล้ว กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ยังประกอบไปด้วยพิธีสารเพิ่มเติม ซึ่งเป็นพิธีสารที่สร้างกฎเกณฑ์การทำสงครามขึ้นใหม่ ทั้งเป็นการพัฒนาหลักกฎหมายที่มีอยู่แล้วมาสู่หลักกฎหมายใหม่ รวมทั้งเป็นการนำเอากฎเกณฑ์ว่าด้วยการทำสงคราม (Hague Rule) มาบรรจุไว้ โดยให้มีการคุ้มครองพลเรือนมากขึ้นและเพิ่มการนำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาใช้บังคับกับสงครามปลดปล่อยอาณานิคมและสงครามแบบกลุ่มกองโจร ซึ่งจะได้รับการยอมรับในฐานะเป็นพลรบและได้การยอมรับในสถานะเชลยศึก นอกจากนี้ พิธีสารยังเพิ่มความคุ้มครองไปสู่การขัดกันทางอาวุธภายในประเทศอีกด้วย⁷

โดยพิธีสารเพิ่มเติม 1977 ทั้ง 2 ฉบับ ประกอบด้วย

1. พิธีสารเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประสบภัยจากการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ (Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 , and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts) หรือ พิธีสารฉบับที่ 1 หรือ Protocol I

⁷ ขวัญนที ศรีสุขวัฒนา, “พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 1 และฉบับที่ 2 ค.ศ. 1977 และปัญหาการเข้าร่วมเป็นภาคีของประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น. 4.

2. พิธีสารเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประสบภัยจากการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ (Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 , and Relating to the Protection of Victims of Non- International Armed Conflicts) หรือ พิธีสารฉบับที่ 2 หรือ Protocol II

โดยปรัชญาของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ คือ การจำกัดการใช้ความรุนแรงในการสู้รบ โดยมีหลักการ ดังนี้ คือ

1. ไม่กระทำความรุนแรงต่อผู้ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้อง กล่าวคือ พลเรือน หรือผู้วางอาวุธแล้ว เช่น ทหารที่ยอมแพ้ เหยื่อ ในการสู้รบ
2. จำกัดการใช้ความรุนแรงเท่าที่จำเป็นเพื่อบรรลุจุดประสงค์ของการสู้รบกัน เท่าที่จะเป็นไปได้ โดยทำให้ประสิทธิภาพของการสู้รบของฝ่ายตรงข้ามอ่อนลงโดยไม่จำเป็นต้องฆ่ากระทำความรุนแรงต่อพลเมือง หรือทำลายล้างประเทศ⁸
3. หลักที่ว่าในการทำสงครามนั้น ถ้าหากจะดำเนินการแล้ว จะให้สิ่งที่มีคุณค่าไม่สมกับสิ่งที่แลกเปลี่ยนแล้ว ก็ไม่ควรจะกระทำ⁹

ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ เมื่อวันที่ 28 ธันวาคม พ.ศ.2497 โดยการภาคยานุวัติ ซึ่งมีผลตามกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกับการให้สัตยาบัน แต่มีความแตกต่างในส่วนของขั้นตอน กล่าวคือ การภาคยานุวัติจะใช้ในกรณีของรัฐซึ่งให้ความยินยอมของตนเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญานั้น มิได้เข้าร่วมเจรจาทำสนธิสัญญามาก่อน และได้ลงนามในสนธิสัญญานั้นมาก่อน ซึ่งการภาคยานุวัตินั้นอาจเกิดขึ้นก่อนหรือหลังการมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญาก็ได้ โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงว่าสนธิสัญญานั้นจะมีผลใช้บังคับแล้วหรือไม่¹⁰

⁸ Marco Sassoli and Antoine A. Bouvier, How dose law protect in war, case, documents, and teaching materials on contemporary practice in Humanitarian Law, ICRC, 1999, p. 67.

⁹ Major Sanit Tipayaso, "An Analysis of Prisoner of War policies and Legal Consider ations," (Tutorial Programe, U.S. Army Military Police School, 1986), p.172. cited by. เฉลียว นครจันทร์, "การนำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาประยุกต์ใช้กับการพิพาทด้วยอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ: ศึกษาเฉพาะกรณีไทยและฟิลิปปินส์," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), น. 20.

¹⁰ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดียนตุลา, 2539), น. 513-516.

เนื่องจากอนุสัญญาเจนีวาได้มีการเปิดให้ประเทศต่างๆ ลงนามและให้สัตยาบันเป็นภาคี แต่ประเทศไทยได้แจ้งการภาคยานุวัติเข้าไปเมื่อ วันที่ 28 ธันวาคม พ.ศ.2497 ซึ่งพ้นระยะเวลาที่เปิดให้มีการลงนามแล้ว ดังนั้นประเทศไทยจึงต้องเข้าเป็นภาคีโดยการภาคยานุวัติ และในข้อ 60 แห่งอนุสัญญาฉบับที่ 1, ข้อ 60 แห่งอนุสัญญาฉบับที่ 2 , ข้อ 140 แห่งอนุสัญญาฉบับที่ 3, ข้อ 156 แห่งอนุสัญญาฉบับที่ 4 มีบทบัญญัติให้เริ่มใช้อนุสัญญาแก่ประเทศที่แจ้งการภาคยานุวัติ 6 เดือนภายหลังวันแจ้งแก่รัฐบาลสวิส ดังนั้น อนุสัญญาเจนีวาดังกล่าวจึงมีผลบังคับกับประเทศไทยเมื่อวันที่ 29 มิถุนายน พ.ศ. 2498

การเข้าเป็นภาคีของประเทศไทยในอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับนั้น มีผลให้ประเทศไทยออกพระราชบัญญัติบังคับการให้เป็นไปตามอนุสัญญาเจนีวาเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยศึก ลงวันที่ 12 สิงหาคม พ.ศ. 2498 ¹¹ ประกาศให้ใช้อนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประสบภัยสงคราม ลงวันที่ 25 กรกฎาคม พ.ศ.2498 ¹² และประกาศกระทรวงกลาโหมเรื่องการปฏิบัติตามอนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประสบภัยสงคราม ลงวันที่ 9 กันยายน พ.ศ. 2498 เพื่อกำหนดให้มีผลผูกพันตามสนธิสัญญา ซึ่งในทางกฎหมายถือว่าเป็นการกำหนดการมีผลผูกพันของการนำอนุสัญญาเจนีวา 1949 มาปรับใช้ในประเทศไทยแล้ว ¹³ ดังนั้น อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 จึงมีผลใช้บังคับกับประเทศไทยในฐานะรัฐภาคี ซึ่งในทางปฏิบัติการนำอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 มาใช้บังคับนั้นที่ผ่านมาไม่พบว่ามีปัญหาในทางปฏิบัติ เนื่องจากประเทศไทยไม่มีนโยบายในการรุกราน ¹⁴

ส่วนฐานะทางกฎหมายของอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ นั้น อนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ โดยลักษณะแล้วเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เนื่องจากเป็นกฎเกณฑ์ทางด้านมนุษยธรรม (Humanitarian Rules) อันถือเป็นหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติในห้วงระยะเวลาแห่งสงครามอันเป็นกฎเกณฑ์ที่ปฏิบัติสืบต่อกันมาในลักษณะจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เมื่อได้ประมวล

¹¹ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 72 ตอนที่ 57 (ฉบับพิเศษ) ลงวันที่ 4 สิงหาคม พ.ศ. 2498.

¹² เพิ่งอ้าง.

¹³ หนังสือกระทรวงการต่างประเทศที่ 0606/2543 ลงวันที่ 29 กันยายน พ.ศ. 2543 เรื่อง การพิจารณาเข้าเป็นภาคีพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977.

¹⁴ ความเห็นของผู้แทนกระทรวงกลาโหม ในการประชุมการพิจารณาเข้าเป็นภาคีพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 ครั้งที่ 1 วันที่ 25 ธันวาคม พ.ศ. 2539.

กฎเกณฑ์ดังกล่าวออกมาเป็นกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร ก็ไม่ได้ทำให้ความเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังกล่าวนั้นสิ้นสภาพลงแต่อย่างใด เพียงแต่เป็นการนำหลักเกณฑ์ต่างๆ มาจัดทำในรูปแบบของสนธิสัญญา (Convention Law) ที่เป็นประมวลกฎหมาย (Codification) ซึ่งรัฐที่เป็นฝ่ายในอนุสัญญาคงต้องผูกพันในฐานะที่เป็นรัฐภาคี และในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งรัฐที่มีได้เป็นภาคีก็ต้องเคารพและปฏิบัติตามอนุสัญญา

ส่วนพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ทั้ง 2 ฉบับ นั้นมีสถานะทางกฎหมายในฐานะสนธิสัญญา ซึ่งในพิธีสารมีทั้งส่วนที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เช่น การห้ามโจมตีพลเรือน เป็นต้น และส่วนที่มีได้เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือเป็นกฎหมายที่บังคับเด็ดขาด (jus cogens) แต่เป็นกฎเกณฑ์ที่ผู้ร่างประสงค์จะวางกฎเกณฑ์ขึ้นใหม่ ดังนั้น ประเทศทุกประเทศที่เข้าเป็นภาคีฝ่ายในพิธีสารก็ต้องผูกพันในฐานะที่เป็นรัฐภาคี และประเทศที่มีได้เป็นภาคีต้องผูกพันในข้อที่มาจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย

ส่วนประเทศไทยเอง มิได้เข้าเป็นภาคีพิธีสารเพิ่มเติมทั้ง 2 ฉบับ ซึ่งประเทศไทยจะต้องออกกฎหมายเพื่อกำหนดให้การก่อนจึงจะมีหน้าที่ต้องผูกพันในพิธีสารทั้ง 2 ฉบับ แต่สิ่งที่สำคัญคือต้องพิจารณาก่อนว่ากฎหมายภายในของประเทศไทยในปัจจุบันนั้นเพียงพอต่อหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพิธีสารหรือไม่ และในเรื่องใดบ้างที่จะต้องปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกับพิธีสารทั้ง 2 ฉบับ¹⁵ ซึ่งพิธีสารทั้งสองฉบับถือเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเลือกปฏิบัติตาม แต่บทบัญญัติบางส่วนของพิธีสารได้รับการยอมรับว่าเป็นการประกาศจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป ซึ่งรัฐต่างๆ ต้องปฏิบัติตามแม้ว่าจะมิได้เป็นภาคีก็ตาม เช่น การเน้นปฏิบัติการโจมตีเฉพาะเป้าหมายทางทหารเท่านั้น¹⁶

แต่อย่างไรก็ตาม ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้นว่ารูปแบบของการทำสงคราม หรือด้วยเหตุที่การสู้รบนั้นได้เปลี่ยนแปลงไป และประกอบกับในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไม่ได้มีการกำหนดนิยามที่ชัดเจนของการขัดกันทางอาวุธไว้ ซึ่งทำให้เกิดปัญหาที่ตามมาคือ การไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศต่อสถานการณ์ดังกล่าวได้ ซึ่งจำเป็นต้องมีการศึกษาถึงการกำหนดนิยามของการขัดกันทางอาวุธ หรือเงื่อนไขใดที่เป็นองค์ประกอบที่สำคัญอันทำให้ทราบได้ว่าการขัดกันทางอาวุธขึ้นแล้ว และกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีขอบเขตในการบังคับใช้แค่ไหน เพียงไร และมีความสามารถในการบังคับใช้ต่อ

¹⁵ ขวัญนที ศรีสุขวัฒนา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น.113.

¹⁶ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ*, (กรุงเทพมหานคร:

สถานการณ์ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในปัจจุบันได้หรือไม่ อย่างไร โดยผู้เขียนสามารถอธิบายถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น ได้ดังนี้

1. สภาพปัญหา และความสำคัญของปัญหา

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกำลังเผชิญหน้ากับปัญหาสำคัญในการปรับใช้กับการขัดกันทางอาวุธในลักษณะต่างๆ ที่ได้มีพัฒนาการและมีการเปลี่ยนแปลงไปในรูปแบบใหม่ รวมทั้งด้านขอบเขต วิธีการรบและวิถีทางในการต่อสู้ ซึ่งกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (International Humanitarian Law) ในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ในการทำสงครามที่บังคับใช้เพื่อช่วยเหลือปกป้องผู้ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบ ตามที่ได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญาเจนีวา ปี 1949 ทั้ง 4 ฉบับ และในพิธีสารเพิ่ม 1977 ฉบับที่ 1 และฉบับที่ 2 อันมีขอบเขตการบังคับใช้ในการขัดกันทางอาวุธตามลักษณะที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 2 และมาตรา 3 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ¹⁷ โดยลักษณะแรก คือ การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ อันเป็นการสู้รบหรือการทำสงครามระหว่างประเทศ หรือมากกว่า 2 ประเทศ ตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 2 ร่วม และอีกลักษณะหนึ่งตามที่ปรากฏในอนุสัญญาเจนีวา มาตรา 3 ร่วม โดยปรากฏว่าเป็นการบัญญัติที่ไม่มีความชัดเจน โดยบัญญัติว่าบังคับใช้กับการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ (armed conflict not of an international character) และนอกจากนี้ ยังมีลักษณะของการขัดกันทางอาวุธตามลักษณะที่ปรากฏตามบทบัญญัติแห่งพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 และฉบับที่ 2 ดังเช่น การต่อสู้เพื่อกำหนดเจตน์จำนงของตนเองตามพิธีสารฉบับที่ 1¹⁸ และการสู้รบกับกลุ่มกองกำลังติดอาวุธที่มีความร้ายแรงถึงขนาดที่กองกำลังอีกฝ่ายหนึ่งสามารถเข้ายึด

¹⁷ มาตรา 2the present Convention shall apply to all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties.....

มาตรา 3In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties.....

¹⁸ มาตรา 1(4)armed conflicts in which peoples are fighting against colonial domination and alien occupation and against racist regimes in the exercise of their right of self-determination.....

ครองดินแดนส่วนหนึ่งหรือทั้งหมดภายในประเทศนั้นได้¹⁹ ซึ่งไม่รวมถึงความยุ่งยากหรือความตึงเครียดภายในและการก่อการจลาจลภายในประเทศตามที่บัญญัติในมาตรา 1(2) แห่งพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 2²⁰ อันเป็นเพียงข้อ บัญญัติที่ได้วางกฎเกณฑ์ไว้อย่างกว้าง ๆ เท่านั้น

จากบทบัญญัติดังกล่าว ทำให้เกิดปัญหาในการตีความว่าการขัดกันทางอาวุธนั้นจะต้องมีลักษณะอย่างไร ถึงจะต้องนำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาปรับใช้ ซึ่งโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเนื้อหาของอนุสัญญาและในพิธีสารตามที่ได้กล่าวข้างต้น ไม่ปรากฏว่าได้มีการให้คำนิยามของการขัดกันทางอาวุธไว้อย่างใด และเนื่องจากการสู้รบในปัจจุบันนี้มีลักษณะที่แตกต่างไป หรือมีองค์ประกอบที่ต่างจากการสู้รบที่ได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญาเจนีวาและในพิธีสารเพิ่มเติมดังกล่าว ซึ่งถ้าพิจารณาจากกฎหมายดังกล่าว จะพบว่ายังขาดความชัดเจนในการนิยามการขัดกันทางอาวุธที่เป็นทางการ โดยที่ผู้ร่างแห่งอนุสัญญาเจนีวาได้มีเจตนาลดให้เป็นเรื่องของทวิภาคีของแต่ละประเทศตามข้อเท็จจริงในแต่ละเหตุการณ์ อันทำให้การวิเคราะห์ว่าเกิดการสู้รบแล้วหรือยังมีลักษณะเป็นอัตวิสัย (subjective) โดยเป็นเรื่องของการวิเคราะห์ตามอำเภอใจของแต่ละประเทศ ว่าสถานการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นการขัดกันทางอาวุธแล้วหรือไม่ ซึ่งการที่ไม่ได้บัญญัติคำนิยามดังกล่าว ทำให้เงื่อนไขของการขัดกันทางอาวุธนั้นขาดความเป็นภาวะวิสัย (objective) ในตัวเอง กล่าวคือไม่มีความชัดเจนแน่นอนในตัวกฎหมายเอง โดยขาดองค์ประกอบที่แน่ชัด อีกทั้งยังขาดการกำหนดเงื่อนไขที่จำเป็น เหมาะสม และเพียงพอที่จะเป็นเงื่อนไขของการเกิดการขัดกันทางอาวุธ ทั้งนี้ เพื่อประสิทธิภาพในการปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และเนื่องจากหากตีกรอบการให้คำนิยามไม่ได้ก็จะกระทบต่อเงื่อนไขของการนำกฎหมายมนุษยธรรมมาใช้ และกระทบต่อขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายอันจะเป็นสาเหตุที่ก่อให้เกิดความยุ่งยาก และประกอบกับในปัจจุบันนี้ การสู้รบมิได้มีเพียงตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาฯ และตามที่ปรากฏในพิธีสาร เท่านั้น แต่ยังมีความขัดแย้งใน

¹⁹ มาตรา 1 (1) ...which take place in the territory of a High Contracting Party between its armed forces and dissident armed forces or other organized armed groups which, under responsible command, exercise such control over a part of its territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations and to implement this Protocol.

²⁰ มาตรา 1 (2)This Protocol shall not apply to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature, as not being armed conflicts.

ลักษณะอื่นๆ อีกที่ไม่อาจจะจำแนกประเภทได้ว่าเป็นลักษณะหนึ่งของการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ หรือการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ หรือไม่อีกนัยหนึ่ง อาจไม่เป็นการขัดกันทางอาวุธเลยก็ได้ โดยกรณีของเหตุการณ์การก่อการร้ายเมื่อวันที่ 11 กันยายน 2001 ซึ่งเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์กันอย่างกว้างขวางว่าเป็นการขัดกันทางอาวุธหรือไม่ และกับกรณีการปฏิบัติการทางทหารในประเทศที่เกิดการแทรกแซงจากกองกำลังของต่างประเทศ ภายในดินแดนแห่งรัฐ อันเป็นปัญหาว่าเหตุการณ์ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นนั้นจะสามารถจำแนกเป็นประเภทหนึ่งประเภทใดของการขัดกันทางอาวุธหรือไม่ ซึ่งจะทำให้อยู่ในขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เพื่อปกป้องคุ้มครองเหยื่อจากความขัดแย้งในสถานการณ์ดังกล่าวได้หรือไม่ อย่างไร

โดยการวิเคราะห์ขอบเขตในการบังคับใช้กฎหมายนี้ จำเป็นต้องอธิบายถึงสถานการณ์ความขัดแย้งในปัจจุบัน ซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างจากอดีต โดยสามารถจำแนกลักษณะของความขัดแย้งที่เปลี่ยนแปลงไปได้ดังต่อไปนี้

1. การขัดกันทางอาวุธในรูปแบบใหม่

จากวิวัฒนาการของสงครามตั้งแต่อดีต ที่รูปแบบการสู้รบเป็นการต่อสู้ระหว่างรัฐสองรัฐ หรืออย่างน้อย 2 รัฐขึ้นไป โดยกระทำในรูปแบบของกองทัพโดยมีความมุ่งหมายในการทำสงครามที่ชัดเจน คือ ผลประโยชน์ของชาติ ซึ่งในปัจจุบันลักษณะของความขัดแย้งมีความซับซ้อนขึ้นทำให้การพิจารณาว่าอยู่ในสภาวะสงครามหรือไม่ ไม่อาจกำหนดได้อย่างแน่นอนตายตัวอย่างเช่นแต่ก่อน เนื่องจากไม่จำเป็นต้องมีการประกาศสงครามอีกต่อไป จึงไม่อาจใช้คำว่า “สงคราม (War)” มาเป็นคำจำกัดความของลักษณะความขัดแย้งที่เกิดขึ้นได้ ซึ่งการเปลี่ยนมาใช้คำว่า “การขัดกันทางอาวุธ (Armed Conflicts)” นั้น จะเป็นประโยชน์ในการขยายขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศให้กว้างมากขึ้น

นับตั้งแต่อดีตจนถึงก่อนปี ค.ศ.1949 การทำสงครามมักจะถูกพิจารณาในกรอบทางกฎหมายประเภทเดียว คือ การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ และภายหลังจากที่ได้มีการประมวลกฎเกณฑ์ในการทำสงครามเป็นกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้น อนุสัญญาเจนีวาได้แบ่งประเภทของการสู้รบออกเป็นสองประเภท คือ การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ (International Armed Conflicts) และการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ (Non-International Armed Conflicts) ซึ่งมักเกี่ยวข้องกับกลุ่มกองกำลังฝ่ายตรงข้ามกับรัฐบาลที่พยายามจะล้มล้างรัฐบาลอันเป็นรูปแบบเก่าแก่ แต่ปัจจุบันโลกกำลัง

เผชิญกับการสู้รบแบบใหม่ โดยยังมีความพยายามที่จะบังคับใช้กฎเกณฑ์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ต่อการขัดกันทางอาวุธที่เกิดขึ้น ซึ่งนักวิชาการบางท่านได้กล่าวว่า “การขัดกันทางอาวุธทั้งหมดที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน ไม่ใช่การสู้รบระหว่างประเทศ ในนัยของความเป็นรัฐคู่สงคราม”²¹ นักทฤษฎีบางท่านถือว่าการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศนั้น กำลังหายไป แม้จะมีเหตุการณ์สู้รบในโคโซโว ในปี ค.ศ.1999 การขัดกันทางอาวุธในอัฟกานิสถาน ปี ค.ศ.2001 และในปี 2003 เหตุการณ์โจมตีอิรัก แต่การทำลายล้างและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติโดยมากเป็นผลจากการขัดกันทางอาวุธที่เกิดขึ้นในประเทศ²² และกับเหตุการณ์ 9/11 รวมทั้งเหตุการณ์การแทรกแซงทางทหารโดยสหรัฐอเมริกาในอัฟกานิสถาน หลังจากเหตุการณ์ดังกล่าวทำให้เกิดประเด็นขึ้นมาว่าการขัดกันทางอาวุธที่เป็นผลจากการก่อการร้าย ถือว่าเป็นการขัดกันทางอาวุธหรือไม่ แล้วถ้าเป็นการขัดกันทางอาวุธ จะจัดว่าเป็นการขัดกันทางอาวุธซึ่งอยู่ในประเภทอะไร ซึ่งเป็นประเด็นที่ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้

2. ขอบเขต วิธีการและวิถีทางในการรบที่เปลี่ยนแปลงไป

หลังจากสงครามโลกครั้งที่ 1 การทำสงครามระหว่างรัฐที่มีลักษณะเป็นสงครามเบ็ดเสร็จ รัฐคู่สงครามต่างมุ่งหมายที่จะทำลายล้างกัน วิธีการสู้รบได้ขยายอย่างกว้างขวาง เช่น มีการใช้อาวุธยุทธโศปกรณ์ที่มีความรุนแรงขึ้น การใช้ก๊าซพิษ การทิ้งระเบิดจากเครื่องบินเป็นครั้งแรก และการจับนักโทษสงครามเป็นจำนวนนับพันๆ คนเพื่อทำการสังหาร จนทำให้เกิดสนธิสัญญาในปี ค.ศ. 1925 และ ค.ศ.1929 ซึ่งได้ทำขึ้นเพื่อตอบสนองต่อพัฒนาการของความร้ายแรงของการสู้รบ

²¹ Kenneth Watkin, “21st Century Conflict and International Humanitarian Law: Status Quo or Change?,” International Law and Armed Conflicts : Exploring the Faultlines Essays in Honour of Yoram Dinstein, (Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007), p.269.

²² *Ibid*, p. 270.

ดังกล่าว จนกระทั่งในเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่ 2 ในปี ค.ศ. 1939 ถึง ปี ค.ศ. 1945 ที่ใช้อาวุธนิวเคลียร์ต่อสู้กัน ทำให้มีพลเรือนและทหารถูกฆ่าตายเป็นจำนวนมากเมื่อเทียบกับสงครามโลกครั้งที่ 1²³

ในปัจจุบัน หลายครั้งที่ในการปฏิบัติการในการสู้รบ ได้มีการทำการต่อสู้ซึ่งมีลักษณะเป็นการปฏิบัติการในจำนวนเนื้อที่ขนาดใหญ่โดยใช้กองกำลังขนาดเล็ก กองปืน รวมถึงได้มีการฝังทุ่นระเบิดไว้ในใต้ดินอันส่งผลต่อพลเรือน แม้ว่าปัจจุบันนี้ประชาคมโลกได้ประกาศห้ามไม่ให้ใช้การฝังทุ่นระเบิดก็ตาม²⁴

เป้าหมายทางการรบ ได้ขยายไปสู่การมุ่งทำร้ายพลเรือนเพื่อสร้างความหวาดกลัวและอำนาจการต่อรอง นอกจากนี้ยังปรากฏว่า แต่เดิมสามารถแยกแยะได้ว่าผู้ใดเป็นพลรบหรือพลเรือนผู้ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับเครื่องแต่งกายที่เป็นเครื่องแบบ (uniform) หรือมีสัญลักษณ์ของพลรบ ซึ่งปัจจุบัน พลรบได้แต่งกายเหมือนกับพลเรือนทั่วไป หรือมีการพรางตัวโดยไม่มีเครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ที่ทำให้สามารถเข้าใจได้อย่างทั่วไปว่าเป็นพลรบ นอกจากนั้นเป้าหมายการโจมตีที่การสู้รบนั้นต้องโจมตีเป้าหมายทางทหาร หรือเครื่องมือในการทำสงคราม เช่น รถถัง, เรือ, เครื่องบินรบ ฯลฯ แต่ปัจจุบันเป้าหมายในการโจมตีกลับกลายเป็นสิ่งก่อสร้างที่ไว้ใช้ร่วมกันของพลเรือน เช่น โรงงาน สะพาน โรงพยาบาล หรือแหล่งผลิตชุดเจาะน้ำมัน²⁵ ร้านอาหาร โรงเรียนหรือที่อยู่อาศัยของคน

และยังปรากฏว่าการใช้กองกำลังทางทหาร และกองกำลังสนับสนุนต่อการต่อต้านการก่อการร้าย ซึ่งหลังจากเหตุการณ์ 9/11 นั้น ได้มีการอภิปรายกันในประเทศที่เกี่ยวข้องกับสถานะของผู้ถูกกักขัง (detainee) ซึ่งถูกจับกุมตัวระหว่างการปฏิบัติการดังกล่าว ว่ามีสถานะเป็นพลรบที่ผิดกฎหมาย (unlawful combatants) หรือว่าเป็นผู้ที่ไม่ได้รับสิทธิพิเศษอย่างคู่ต่อสู้ (unprivileged belligerents)²⁶ เช่น สายลับ (spies), กลุ่มกองโจร (guerrillas), ผู้ก่อวินาศกรรม (saboteurs)

²³ เวียงพร ไกรเกียรติสกุล, “มาตรการร่วม (มาตรา 3 ร่วม) ในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 กับการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยธรรมในภาวะของการขัดกันทางกำลังทหาร,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น. 9.

²⁴ 1997 Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on Their Destruction.

²⁵ Yoram Dinstein, The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict, (Cambridge University Press, 2004), p. 38.

²⁶ Kenneth Watkin, *supra* note 21, p. 275.

ซึ่งหลักการในการให้ความคุ้มครองต่อพลรบและต่อพลเรือน รวมทั้งการจำกัดวิธีการและวิถีทางในการรบนั้น เป็นหลักการที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งจะสามารถบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวเพื่อปกป้องคุ้มครองบุคคลต่างๆ ที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นได้หรือไม่ประการใด อันจะได้วิเคราะห์ต่อไป

ส่วนในเรื่องของความจำเป็นที่ต้องกำหนดนิยามทางกฎหมายของคำว่า “การขัดกันทางอาวุธ” นั้นเมื่อได้วิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาที่มีการเปลี่ยนแปลงไปของลักษณะการสู้รบดังกล่าว จึงมีความจำเป็น และมีความพยายามที่จะปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในสถานการณ์ต่างๆ ซึ่งหากไม่มีนิยามที่ชัดเจนแล้วจะทำให้ไม่สามารถให้ความคุ้มครองตามกฎหมายนี้ได้ ส่งผลให้ไม่เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อรัฐ หรือคู่สงครามที่จะต้องปฏิบัติ อันทำให้เกิดช่องโหว่ทางกฎหมาย หากมีนิยามที่ชัดเจน ทำให้สถานการณ์ที่นักกฎหมายไปบังคับใช้ชัดเจนขึ้น ครอบคลุมสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในโลกปัจจุบันมากขึ้น ซึ่งอาจเยาะเย้ยถึงความสำคัญของการกำหนดนิยามทางกฎหมายของการขัดกันทางอาวุธ ได้ดังนี้

1) ตามมาตรา 3 ร่วม ของอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ มิได้มีการให้คำนิยามของการขัดกันทางอาวุธ “Armed Conflicts” ไว้แต่อย่างใด แต่ได้ปรากฏคำว่า “การขัดกันทางอาวุธอันมีลักษณะไม่เป็นระหว่างประเทศ”²⁷ จึงก่อให้เกิดปัญหาว่า อะไรคือเงื่อนไขอย่างต่ำ ที่จำเป็นและเพียงพอที่จะทำให้แน่ใจว่า เกิดการขัดกันทางอาวุธอันมีลักษณะไม่เป็นระหว่างประเทศขึ้นแล้วในประเทศซึ่งเป็นภาคีของอนุสัญญาเจนีวา ซึ่งมีความผูกพันที่จะต้องนำกฎเกณฑ์พื้นฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองผู้ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบตามที่ระบุไว้ในมาตรา 3 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวามาบังคับใช้ และเกิดปัญหาในการวัดระดับของความรุนแรงที่เกิดขึ้นว่าเพียงพอแล้วหรือยังที่จะเรียกได้ว่าเป็นการขัดกันทางอาวุธ ซึ่งความรุนแรงที่เกิดขึ้นในทฤษฎีของแต่ละประเทศอาจจะไม่มีมาตรฐานที่เท่าเทียมกัน อาจนำไปสู่การนำไปเป็นข้ออ้างของรัฐภาคีที่จะไม่นำมาตรา 3 ร่วมมาใช้ เนื่องจากกลัวว่าจะเสียอำนาจอธิปไตย เพราะเป็นการให้สถานะต่อคู่กรณีที่ทำกรสู้รบด้วย

2) ในพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศ แต่ในพิธีสารดังกล่าวมิได้มีการกำหนดนิยามของการสู้รบที่

²⁷ Article 3 “In the case of *armed conflicts not of an international character* occurring in territory of one of the High Contracting Parties,.....”

ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศไว้แต่อย่างใด เพียงแต่มีการใช้ถ้อยคำว่าจำกัดเฉพาะการขัดกันทางอาวุธที่ถือว่าอยู่ในระดับสูงหรือรุนแรง ก็ต่อเมื่อกองกำลังติดอาวุธของฝ่ายตรงข้ามสามารถควบคุมดินแดนได้ทั้งหมดหรือแม้แต่ส่วนหนึ่งส่วนใดของรัฐภาคี จึงจะอยู่ในขอบเขตของการบังคับใช้พิธีสารฯ นี้ จึงทำให้รูปแบบของการขัดกันทางอาวุธที่มีระดับความรุนแรงที่ต่ำกว่านี้ และรวมถึงการสู้รบแบบกองโจร การก่อการร้าย ไม่ตกอยู่ภายใต้ขอบเขตการบังคับใช้ของพิธีสารฉบับที่ 2 นี้

3) การไม่มีคำนิยามที่เป็นทางการของคำว่า “การขัดกันทางอาวุธ” ส่งผลให้รัฐหลายรัฐที่เกิดการสู้รบแต่ไม่ค่อยรุนแรงมากนัก มักจะไม่ค่อยยอมรับ หรือปฏิเสธว่าเกิดการขัดกันทางอาวุธขึ้นในรัฐของตนแล้ว เพื่อที่จะได้ใช้กฎหมายภายในของตนเองจัดการกับกลุ่มกบฏ หรือผู้ก่อการจลาจล แล้วแต่กรณี เพราะกลัวว่าถ้ายอมรับว่าเกิดการขัดกันทางอาวุธแล้วจะถูกคุกคามและแทรกแซงจากต่างชาติ และเป็นการให้สถานะยอมรับในการเป็นคู่สงครามของกลุ่มกบฏ หรือกลุ่มกองกำลังติดอาวุธ อันอาจทำให้สูญเสียความมั่นคง อำนาจอธิปไตย และประสิทธิภาพต่อการปราบปรามกลุ่มต่อต้านต่างๆ ซึ่งในการปราบปรามโดยการใช้อำนาจรัฐนั้น อาจเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และกฎหมายสิทธิมนุษยชนในเรื่องการจับตัว การกักขัง คั่น จำคุก การทรมาน หรือการฆ่าอันมีลักษณะเป็นการก่ออาชญากรรม

4) การไม่ยอมรับว่าเกิดการขัดกันทางอาวุธขึ้น ในบรรณภาพแห่งแผ่นดินของรัฐใดรัฐหนึ่งนั้น ทำให้คณะกรรมการกาชาดสากลไม่สามารถเข้าไปช่วยเหลือ หรือขยายขอบเขตของการช่วยเหลือ ไปยังสถานการณ์ความขัดแย้งที่ใช้กำลังทางทหารภายในรัฐที่ไม่มีการยอมรับว่าเกิดการขัดกันทางอาวุธขึ้นแล้ว เนื่องจากเป็นเรื่องที่จะต้องใช้การพิจารณาเป็นกรณีๆ ไปโดยไม่มีองค์กรที่ทำหน้าที่ในการชี้ขาดว่าสถานการณ์ดังกล่าวเป็นการขัดกันทางอาวุธหรือไม่ เพราะมิได้มีคำนิยามไว้ในอนุสัญญาเจนีวา หรือในพิธีสารเพิ่มเติม หรือการเข้าไปช่วยเหลือแต่ก็ไม่ได้รับการปฏิบัติที่ดี เช่น ในการเข้าไปช่วยเหลือทางมนุษยธรรมในปี ค.ศ. 1969²⁸ ในสงครามกลางเมืองที่ประเทศไนจีเรียและไนจีเรียได้ยิงเครื่องบินของคณะกรรมการกาชาด พร้อมกับสั่งให้คณะกรรมการกาชาดสากลยุติกิจกรรมการช่วยเหลือทั้งหมด ทำให้คณะกรรมการกาชาดสากลไม่สามารถปฏิบัติงานเพื่อบรรลุลวัตถุประสงค์ในการช่วยเหลือทางมนุษยธรรมได้อย่างเต็มที่

²⁸ เวียงพร ไกรเกียรติสกุล, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 23, น 86.

2. วัตถุประสงค์ในการศึกษา

1. เพื่อให้เห็นสภาพของปัญหา และความจำเป็นของการกำหนดนิยามที่เป็นทางการ และต้องชัดเจนในอนุสัญญาเจนีวา 1949 และในพิธีสาร 1977 ทั้ง 2 ฉบับ
2. เพื่อศึกษาการให้คำนิยามคำว่า “Armed Conflicts” โดยรวบรวมจากอนุสัญญาเจนีวา 1949 ทั้ง 4 ฉบับ และในพิธีสารเพิ่มเติม 1977 ทั้ง 2 ฉบับ ในคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศต่างๆ และความเห็นจากที่ประชุมร่างอนุสัญญาเจนีวา 1949 รวมทั้งการรวบรวมจากบทความของนักวิชาการ และความเห็นของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์และสังเคราะห์ อันจะทำให้ได้นิยามซึ่งเงื่อนไขของการขัดกันทางอาวุธลักษณะต่างๆ
3. เพื่อศึกษาถึงความขัดแย้งกันในรูปแบบอื่นๆ ที่มีปัญหาในการจัดประเภทว่าเป็นลักษณะหนึ่งของการขัดกันทางอาวุธหรือไม่ เพื่อศึกษาลักษณะและความแตกต่าง เพื่อนำกฎหมายมนุษยธรรมไปปรับใช้
4. เพื่อศึกษาปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ต่อการขัดกันทางอาวุธในที่มีลักษณะระหว่างประเทศและที่ไม่ใช่ในระดับระหว่างประเทศ
5. เพื่อศึกษาความเป็นไปได้ในการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ในการขัดกันทางอาวุธในลักษณะอื่นๆ ซึ่งเป็นรูปแบบใหม่ รวมถึงความเป็นไปได้ในการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศแม้ว่ารัฐปฏิเสธความมีอยู่ของการขัดกันทางอาวุธ
6. เพื่อศึกษาผลของการละเมิดกฎเกณฑ์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยรัฐและโดยการกระทำละเมิดของปัจเจกชนที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ
7. เพื่อให้ทราบถึงข้อจำกัด ตลอดจนความไม่พอเพียงแห่งกฎเกณฑ์ของกฎหมายที่มีผลต่อความมีประสิทธิภาพของการให้คุ้มครองต่อผู้ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบให้เพิ่มมากขึ้น
8. เพื่อให้ทราบถึงปัญหา ข้อจำกัด และเพื่อค้นคว้าหาแนวทางในการปรับปรุง แก้ไข ปัญหาการขาดนิยามของการขัดกันทางอาวุธ

3. ขอบเขตการศึกษา

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ ศึกษาถึงเรื่องการให้คำนิยามอย่างเป็นทางการของคำว่า การขัดกันทางอาวุธ เพื่อทราบเงื่อนไขของการขัดกันทางอาวุธในลักษณะต่างๆ โดยรวบรวมการให้คำนิยามที่ปรากฏในกฎหมาย ในคำพิพากษา และในบทความของนักวิชาการ แล้วรวบรวม วิเคราะห์ให้ได้

เงื่อนไขของการขัดกันทางอาวุธ และศึกษาการขัดแย้งกันในรูปแบบใหม่โดยมุ่งไปที่การก่อการร้ายหรือสงครามต่อต้านการก่อการร้าย และการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสม ตลอดจนศึกษาขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ กับ การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ การขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ การก่อการร้าย การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสมเท่านั้น รวมถึงการศึกษาเฉพาะผลของการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ไม่รวมถึงการละเมิดกฎหมายอื่น ๆ

4. วิธีการศึกษา

ในการศึกษาครั้งนี้ได้ใช้วิธีการศึกษาแบบวิจัยเอกสาร (Documentary Research) จากหนังสือภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ วิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง จากธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศ ธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา จากคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตกองสลาเวีย คำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา เป็นต้น และศึกษาจากกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ อันได้แก่ อนุสัญญาเจนีวา 1949 ทั้ง 4 ฉบับ และในพิธีสารเพิ่มเติม 1977 ทั้ง 2 ฉบับ รวมทั้งความเห็นของนักวิชาการ คณะกรรมการกาชาดสากล ที่ประชุมร่างอนุสัญญาเจนีวาและบทความต่างๆ จากวารสารเอกสารทางวิชาการทางกฎหมายจากในประเทศและจากต่างประเทศ รวมถึงการใช้ข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

5. ผลที่คาดว่าจะได้รับ

1. ได้ทราบถึงสภาพของปัญหา และความจำเป็นที่ต้องมีการกำหนดนิยามที่เป็นทางการของคำว่า “Armed Conflicts” ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 และในพิธีสารเพิ่มเติม 1977
2. ได้ทราบถึงการให้คำนิยามคำว่า “การขัดกันทางอาวุธ” ในกฎหมาย และโดยการพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ ความคิดเห็นของนักวิชาการต่อการกำหนดนิยามการขัดกันทางอาวุธ รวมทั้งทราบถึงเงื่อนไขที่จำเป็น เหมาะสมและเพียงพอของการเกิดการขัดกันทางอาวุธตามประเภทต่างๆ
3. ได้ทราบและเข้าใจถึงการขัดแย้งกันในรูปแบบอื่นๆ ที่มีมากขึ้นในปัจจุบันว่ามีลักษณะและแตกต่างจากการขัดกันทางอาวุธที่มีปรากฏอยู่แล้วในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และปัญหาในการจัดประเภทว่าเป็นการขัดกันทางอาวุธลักษณะหรือไม่

4. ได้ทราบถึงปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ต่อการขัดกันทางอาวุธในลักษณะต่างๆ รวมถึงความเป็นไปได้ในการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในการขัดกันทางอาวุธในรูปแบบอื่นๆ

5. ได้ทราบถึงความเป็นไปได้ในการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศแม้ว่ารัฐปฏิเสธความมีอยู่ของการขัดกันทางอาวุธ และทราบถึงผลของการละเมิดกฎเกณฑ์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศโดยรัฐ และการละเมิดกฎหมายดังกล่าวโดยปัจเจกชน

วิทยานิพนธ์นี้ได้แบ่งการศึกษาออกเป็นสองส่วน โดยส่วนแรกจะทำการศึกษาในเรื่องการนิยามการขัดกันทางอาวุธทั้งการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ และที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ โดยศึกษาการให้คำนิยามจากกฎหมาย จากคำพิพากษา ธรรมเนียมของศาลระหว่างประเทศ รวมทั้งการให้ความเห็นในเรื่องนี้จากนักกฎหมาย เพื่อนำมาสู่เงื่อนไขของการขัดกันทางอาวุธที่ชัดเจนขึ้น รวมทั้งศึกษาถึงการขัดกันทางอาวุธในลักษณะอื่นที่มีปัญหาในการจำแนกโดยมุ่งเน้นที่การก่อการร้าย และการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสม โดยแสดงให้เห็นถึงลักษณะและความแตกต่างของความขัดแย้งดังกล่าว กับการขัดกันทางอาวุธที่ปรากฏอยู่แล้วในอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติม 1977

ในส่วนที่สอง จะได้ทำการศึกษาในเรื่องปัญหาในทางปฏิบัติในการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศตามนิยามของการขัดกันทางอาวุธ โดยแบ่งปัญหาในการบังคับใช้ออกเป็นสองประเด็น คือประเด็นเรื่องการบังคับใช้กับการขัดกันทางอาวุธที่ปรากฏอยู่แล้วตามกฎหมายว่ามีปัญหาในการบังคับใช้อย่างไร และประเด็นปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศต่อการขัดกันทางอาวุธในลักษณะอื่นๆ และจะได้ศึกษาถึงความเป็นไปได้ในการปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศแม้เกิดการปฏิเสธของรัฐ และความเป็นไปได้ในการบังคับใช้กฎหมายต่อสถานการณ์อื่น ๆ โดยสุดท้ายเป็นการศึกษาเกี่ยวกับการละเมิดกฎเกณฑ์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศโดยรัฐและโดยปัจเจกชน เพื่อนำไปสู่แนวทางในการปรับปรุงแก้ไขต่อไป