

บทที่ 2

ปัญหาในการนิยามซึ่งเกิดจากการขัดแย้งในลักษณะอื่นๆที่มีปัญหาในการ จำแนกประเภทของการขัดกันทางอาวุธ

นอกจากการขัดกันทางอาวุธทั้งสองประเภทคือ การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ และการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ ด้วยเหตุที่ปัจจุบันการสู้รบได้เปลี่ยนแปลงรูปแบบไป การทำสงครามได้มีความซับซ้อนขึ้น ดังที่กล่าวมาแล้วในบทนี้ จึงทำให้เกิดความขัดแย้งหรือการขัดกันทางอาวุธในลักษณะอื่นๆ อีก ที่เป็นปัญหาในการจำแนกประเภทว่าเป็นการขัดกันทางอาวุธหรือไม่ และถ้าเป็นจะอยู่ในลักษณะของการขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศ หรือไม่ในระดับระหว่างประเทศ เพื่อให้เกิดผลของการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้ถูกต้อง โดยเหตุที่ไม่สามารถจำแนกประเภทว่าเป็นการขัดกันทางอาวุธหรือไม่นั้น ส่งผลต่อการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในสถานการณ์ความขัดแย้งดังกล่าว เพราะเนื่องจากการขัดแย้งกันลักษณะอื่นๆ นั้น ประกอบด้วยปัจจัยและองค์ประกอบที่ต่างออกไปจากการขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศ และการขัดกันทางอาวุธภายในประเทศที่มีการบัญญัติไว้ในกฎหมาย แต่บางกรณีอาจมีลักษณะผสมกันในสถานการณ์ทั้งสองประเภท หรือในอีกลักษณะหนึ่ง ที่จะขอยกเป็นตัวอย่างคือ เหตุการณ์ 9/11 ที่มีลักษณะเป็นการก่อวินาศกรรมอันเป็นการก่อการร้ายอย่างหนึ่ง และตามมาด้วยการทำสงครามของสหรัฐอเมริกาและกลุ่มประเทศที่เข้าร่วมในดินแดนอัฟกานิสถานก็ยังคงเป็นปัญหาและเป็นประเด็นที่ถกเถียงกันอยู่ว่าสถานการณ์ต่างๆ เหล่านี้ จะสามารถนำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาบังคับใช้ได้หรือไม่ ถ้าใช้ได้จะใช้ได้มากน้อยแค่ไหน อย่างไร ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการศึกษา โดยการศึกษาในเรื่อง สงครามต่อต้านการก่อการร้าย หรือ War on Terror และการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสม หรือ Internationalized Armed Conflicts โดยจะได้ชี้ให้เห็นถึงลักษณะของการขัดกันทางอาวุธดังกล่าว และมีความแตกต่างจากการขัดกันทางอาวุธที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 อย่างไร

1. สงครามต่อต้านการก่อการร้าย (War on Terror)

จากสถานการณ์ใน 9/11 ได้เกิดประเด็นที่วิพากษ์วิจารณ์กันว่า การก่อการร้ายในเหตุการณ์ที่มีระดับความรุนแรงมากถึงขนาดนั้น จัดเป็นการขัดกันทางอาวุธหรือไม่ อย่างไร และกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจะนำมาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองหรือไม่ และจะใช้กฎหมายอะไรในการควบคุมและจัดการกับผู้ก่อการร้าย หรือผู้ต้องสงสัยว่าก่อการร้าย รวมถึงการปกป้องคุ้มครองผู้ที่ตกเป็นเหยื่อในการก่อการร้ายนั้น ด้วยเหตุนี้ แม้จะยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่ชัดที่สามารถยืนยันได้ว่าการก่อการร้ายนั้นสามารถนำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาบังคับใช้ได้ก็ตาม แต่ก็ได้มีความพยายามร่วมกันของเหล่านักกฎหมาย และนักวิชาการต่างๆ ในการวิเคราะห์ และให้ข้อเสนอแนะในการใช้กฎหมายเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องของผู้ประสบภัย ผู้ตกเป็นเหยื่อของเหตุการณ์ดังกล่าว โดยก่อนที่จะได้วิเคราะห์ในบทที่ 3 ในประเด็นการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศต่อสงครามการก่อการร้ายนั้นได้หรือไม่ เพียงใด รวมถึงปัญหาในการบังคับใช้ และในบทนี้จะต้องศึกษาถึงลักษณะของการก่อการร้าย รวมทั้งองค์ประกอบอันเป็นลักษณะที่แตกต่างจากการขัดกันทางอาวุธที่ได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 และในพิธีสารเพิ่มเติม 1977 ทั้ง 2 ฉบับ

1.1 ลักษณะของการก่อการร้าย

การให้ความหมายของคำว่า การก่อการร้าย เป็นคำที่มีการโต้เถียงกันอย่างกว้างขวางของเหล่านักวิชาการ และมีการพยายามให้คำนิยามของการก่อการร้ายที่หลากหลาย รวมทั้งในบางสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการปกป้องคุ้มครองภัยจากการก่อการร้าย ได้บัญญัติถึงการกระทำต่างๆ อันเป็นการก่อการร้าย แต่ผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายระหว่างประเทศและผู้แทนของรัฐก็ยังไม่เห็นด้วยในวงกว้างหรือยอมรับกันอย่างกว้างขวาง¹ ยังไม่มีความหมายใด ที่ได้รับการยอมรับโดยสมบูรณ์ โดยผู้เชี่ยวชาญด้านการก่อการร้ายจำนวนมากมีความเห็นสอดคล้องกันว่า² การก่อการร้ายที่เกิดขึ้น จะแฝงไว้ด้วยยุทธศาสตร์ ไม่ว่าจะกระทำโดย การวางระเบิด การใช้ปืนยิง การจี้ (เครื่องบิน หรือ รถโดยสาร) หรือ การลอบสังหาร ไม่ได้เป็นการลงมืออย่างเลือกสุ่ม ไม่เกิดขึ้นเอง

¹ HANS-PETER GASSER, "Acts of terror, 'terrorism' and international humanitarian law," vol.84, No.847, (RICR : September), p.552.

² สืบค้นจาก <http://en.wikipedia.org/wiki/Terrorism>.

โดยปราศจากความตั้งใจ แต่เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นโดยตั้งใจที่จะใช้ความรุนแรง มุ่งประสงค์ต่อพลเรือน เพื่อหวังผลทางการเมือง หรือสนองความเชื่อทางศาสนา

อย่างไรก็ตาม ผู้เชี่ยวชาญส่วนใหญ่ ก็ยังคงไม่สามารถที่จะกำหนดคำจำกัดความที่ตายตัวเนื่องจากเป็นอรรถวิสัยขึ้นอยู่กับว่าผู้ใดจะเป็นผู้นิยาม โดยผู้เขียนได้รวบรวมการให้คำจำกัดความของการก่อการร้ายที่หลากหลาย แตกต่างกัน ดังนี้

ในบทบัญญัติ Convention for the Prevention and Punishment of Terrorism ที่ให้ความหมายของการกระทำอันเป็นการก่อการร้าย ดังนี้

“การกระทำที่เป็นอาชญากรรมโดยตรงต่อประเทศ หรือ ที่ทำขึ้นเพื่อทำให้ประเทศนั้นอยู่ในความตื่นตกใจต่อประเทศ ต่อความรู้สึกของบุคคล กลุ่มคน หรือต่อมหาชน”³

นิยามนี้ไม่ชัดเจนตรงถ้อยคำที่ว่า “การกระทำที่เป็นอาชญากรรม (criminal acts) โดยไม่บ่งบอกอย่างเฉพาะเจาะจงว่าการกระทำอะไรที่เป็นความผิดตามบทบัญญัติ

ร่างของ UN Comprehensive Convention on International Terrorism ตามมาตรา 2 ให้คำนิยามไว้ดังนี้

“.....คนที่กระทำการผิดกฎหมายและกระทำโดยตั้งใจเพื่อให้เกิด การตาย หรือบาดเจ็บสาหัสต่อบุคคล หรือ การทำลายล้างอย่างรุนแรงต่อสาธารณะ รวมทั้งต่อทรัพย์สินของประชาชน สถานที่สาธารณะที่ใช้ร่วมกัน สิ่งอำนวยความสะดวกของประเทศของรัฐบาล ระบบขนส่งมวลชน สาธารณูปโภค สิ่งแวดล้อม หรือการทำลายทรัพย์สิน สถานที่ สิ่งอำนวยความสะดวก...”⁴

กระทรวงการต่างประเทศของสหรัฐอเมริกาได้ให้คำจำกัดความของการก่อการร้ายไว้ดังนี้

“เป็นการกระทำที่ผ่านการไตร่ตรองพิจารณา เป็นการก่อความรุนแรงพุ่งเป้าต่อบุคคลที่ไม่ใช่ทหาร และแฝงไว้ด้วยวัตถุประสงค์ทางการเมือง กระทำขึ้นโดยกลุ่มองค์กรระดับท้องถิ่นของแต่ละประเทศ หรือองค์กรลับ โดยปกติจะกระทำเพื่อให้เกิดผลกระทบขึ้นแก่ผู้พบเห็น”⁵

³ HANS-PETER GASSER, *supra* note 1, p. 552.

⁴ HANS-PETER GASSER, *supra* note 1, p. 552.

⁵ สืบค้นจาก <http://en.wikipedia.org/wiki/Terrorism>.

ความหมายของการก่อการร้ายของสหรัฐอเมริกา ใน Title 22 the United State Code, section 2656 f (d)

“การเตรียมการในการใช้ความรุนแรงในการเคลื่อนไหวทางการเมือง ต่อเป้าหมายที่เป็นผู้ที่มิได้ถืออาวุธ และปฏิบัติโดยกลุ่มบุคคลหรือองค์กรลับ เพื่อที่จะตั้งใจให้เกิดผลกระทบและสร้างอิทธิพลให้กับสื่อ ส่วนการก่อการร้ายสากล หมายถึงการก่อการร้ายที่เกี่ยวข้องกับพลเมืองหรืออาณาเขตที่มากกว่าหนึ่งประเทศ กลุ่มผู้ก่อการร้าย หมายถึง กลุ่มใดๆ ที่จัดเตรียมหรือมีกลุ่มย่อยในการเตรียมการก่อการร้ายสากล”⁶

กระทรวงกลาโหมของสหรัฐอเมริกา ได้ให้คำนิยามไว้ ดังนี้

“การก่อการร้ายในประเทศ คือการก่อการร้ายที่แสดงออกมาในพรมแดน และอาณาเขตของประเทศใดประเทศหนึ่ง ส่วนการก่อการร้ายระหว่างประเทศ คือ การก่อการร้ายที่เกี่ยวข้องกับพลเมืองและดินแดนมากกว่าหนึ่งประเทศ”⁷

ความหมายตาม Arab Convention on the Suppression of Terrorism มาตรา 1(2)

“.....การกระทำที่เป็นการคุกคามที่รุนแรง ไม่ว่าจะด้วยสาเหตุ หรือวัตถุประสงค์อะไรก็ตาม ที่เกิดขึ้นต่อปัจเจกชน หรืออาชญากรรมต่อส่วนรวม เพื่อพยายามให้เกิดความตื่นตระหนกของผู้คน ความกลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อพวกเขา กระทำต่อชีวิต ทรัพย์สิน ความมั่นคงปลอดภัย การทำลายสิ่งแวดล้อมหรือสาธารณสุขสมบัติของประชาชนหรือส่วนรวม...”⁸

นายพอล พิลลาร์ อดีต รองผู้อำนวยการศูนย์ต่อต้านการก่อการร้าย ของสำนักงานข่าวกรองกลางสหรัฐอเมริกา (Central Intelligence Agency : CIA) ให้ความเห็นในเชิงโต้เถียงว่า การก่อการร้ายจะต้องมีองค์ประกอบรวม 4 ประการ คือ

⁶ Office of the Coordinator for Counterterrorism, U.S. State Department, “Patterns of Global Terrorism : 2001,” <http://www.state.gov/documents/organization/10287.pdf>/2001 report/.

⁷ ภาวดี ดีฟิงตัน, “Terrorism : การก่อการร้าย,” เสนาศึกษา 67, ตอน 3, (พฤศจิกายน 2544), น.16.

⁸ Helen Duffy, The ‘War on Terror’ and The Framework of International Law, (Cambridge University Press, 2005), p. 27.

1. ไม่ใช่การกระทำที่เกิดขึ้นจากการตัดสินใจเพียงชั่ววูบ แต่เป็นการกระทำที่ผ่านการไตร่ตรองไว้ล่วงหน้า

2. เป็นการกระทำที่หวังผลทางการเมือง ไม่ใช่อาชญากรรมที่ดำเนินธุรกิจผิดกฎหมาย เช่น กลุ่มค้ายาเสพติด หรือกลุ่มมาเฟียที่ก่อเหตุรุนแรงเพื่อหวังเงินหรือทรัพย์สินเป็นรายได้ แต่เป็นการกระทำที่สร้างความเปลี่ยนแปลงทางการเมืองจากที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ไปสู่แนวทางที่ผู้ก่อการร้ายต้องการ

3. ส่วนใหญ่เป็นการกระทำที่มุ่งร้ายต่อเป้าหมายพลเรือน ไม่ได้พุ่งเป้าที่ฝ่ายทหารหรือหน่วยทหารที่พร้อมรบ

4. กระทำโดยกลุ่มองค์กรที่แฝงตัวอยู่ในประเทศ ไม่ใช่กำลังทหารอย่างเป็นทางการของประเทศต้นกำเนิด⁹

โดยสรุปแล้ว นิยามของการก่อการร้ายนั้นไม่อาจจะกำหนดได้อย่างแน่ชัด ไม่มีนิยามไหนได้รับการยอมรับอย่างสมบูรณ์ และเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นและเพียงพอกับเหตุการณ์ที่เป็นการก่อการร้าย แต่การก่อการร้ายมักจะมีลักษณะร่วมกันอยู่บางประการ ดังต่อไปนี้

1. มีแรงจูงใจเกี่ยวกับการเมือง ศาสนา ลัทธิความเชื่อ
2. เป้าหมายการโจมตี คือ พลเมือง หรือสถานที่ต่างๆ ที่มีประชาชนใช้ร่วมกัน
3. จุดประสงค์ของการก่อเหตุเพื่อเป็นขมขู่ให้เกิดความหวาดกลัว และสร้างเงื่อนไขอำนาจต่อรอง

4. การข่มขู่มุ่งเป้าประสงค์ไปที่รัฐบาล หรือสังคม
5. ผู้กระทำนั้นไม่ใช่ “รัฐ”
6. การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

ส่วนการก่อวินาศกรรมกับการก่อการร้ายนั้น จะเห็นได้ว่าการก่อวินาศกรรมไม่ทุกกรณีที่เป็นการกระทำอันเป็นการก่อการร้าย เนื่องจากการก่อการร้ายโดยส่วนใหญ่มักมีเป้าหมายเพื่อให้มีการเปลี่ยนแปลงทางสังคม ทางการเมือง ศาสนา และตั้งใจกระทำต่อพลเรือนเพื่อให้ตื่นตระหนก อยู่ในความหวาดกลัว และอาจกระทำการในนามของกลุ่มเครือข่ายต่างๆ โดยที่การก่อวินาศกรรมนั้น หมายความว่า การกระทำใดๆ เพื่อทำลาย ทำความเสียหายต่อทรัพย์สิน วัสดุ อาคาร สถานที่ ยุทโธปกรณ์ สาธารณูปโภค และสิ่งอำนวยความสะดวกหรือระบบ ขัดขวาง หน่วงเหนี่ยวระบบการปฏิบัติงานใดๆ รวมทั้งการประทุษร้ายต่อบุคคลซึ่งทำให้เกิดความปั่นป่วนทาง

⁹ สืบค้นจาก <http://en.wikipedia.org/wiki/Terrorism>.

การเมือง การทหาร การเศรษฐกิจ และสังคมจิตวิทยา หรือทางใดทางหนึ่ง ด้วยความมุ่งหมายที่จะให้เกิดผลร้ายต่อความสงบเรียบร้อย ผลประโยชน์หรือความมั่นคงของชาติ¹⁰ ซึ่งอาจเป็นเพียงการกระทำเพียงครั้งคราว ไม่ต่อเนื่องกัน และการก่อวินาศกรรมในลักษณะที่ไม่ค่อยมีผลกระทบต่อคนส่วนใหญ่ ซึ่งเป็นการกระทำที่พอรับได้ในกฎหมายภาคสงคราม แต่การกระทำการก่อการร้ายนั้น เป็นการกระทำที่เป็นข้อห้ามในกฎหมายมนุษยธรรม เช่น มาตรา 3 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ ที่กำหนดว่าการก่อการร้ายนั้นเป็นการกระทำที่ห้ามกระทำเด็ดขาด

ตัวอย่างของการก่อการร้ายที่สร้างความเสียหายที่สุดคือ เหตุการณ์การก่อวินาศกรรม เมื่อวันที่ 11 กันยายน 2544 หรือปี ค.ศ.2001 เป็นเหตุการณ์ตัวอย่างของการก่อการร้ายที่ถือว่ามีความเสียหายร้ายแรงที่สุดเท่าที่โลกเคยเผชิญ โดยการปล้นเครื่องบินพาณิชย์ในสหรัฐอเมริกาเพื่อเข้าชนตึกเวิลด์เทรดเซนเตอร์ และตึกเพนตากอน โดยวินาศกรรมครั้งนี้ไม่ได้เกิดเฉพาะ 2 แห่งนี้ แต่ได้มีการใช้เครื่องบินถึง 3 ลำในการก่อการร้าย ซึ่งผู้ก่อการร้ายได้เข้ายึดครองเพื่อบังคับให้เข้าพutschนอาคารสำคัญ และยังมีเครื่องบินอีกหนึ่งลำที่ถูกจับแต่ไม่สามารถพutschนตึกได้ซึ่งอาจเป็นเพราะว่าการขัดขึ้นจากลูกเรือและผู้โดยสารลำดังกล่าว และทำให้เครื่องบินดังกล่าวตกในแถบชนบทแถวซัมเมอร์เซท รัฐเพนซิลวาเนีย ซึ่งเหตุการณ์ครั้งนี้มีผู้เสียชีวิตทั้งหมด 2,973 คน¹¹

สงครามต่อต้านการก่อการร้ายที่ประกาศโดยสหรัฐอเมริกา หลังจากการถูกเป็นเป้าโจมตีจากกลุ่มเครือข่ายผู้ก่อการร้ายที่ออกมาแสดงตัวว่าเป็นผู้ลงมือ คือกลุ่มอัล-คาเอเดห์ โดยสหรัฐได้ประกาศที่จะทำสงครามเพื่อจะกวาดล้าง และหาผู้รับผิดชอบต่อเหตุการณ์ดังกล่าว ซึ่งเป็นก้าวที่สำคัญของความท้าทายต่อกฎหมายระหว่างประเทศ โดยการจัดประเภทว่าการก่อการร้ายคือ สงคราม หรือการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยผู้ก่อการร้ายถูกพิจารณาเป็นข้าศึก หรือฝ่ายตรงข้ามของการสู้รบ ซึ่งตามมาด้วยสองคำถามหลักว่า เราสามารถที่จะจัดประเภทให้กลุ่มผู้ก่อการร้ายดังกล่าวมีฐานะเป็นกลุ่มกองกำลังที่เป็นฝ่ายในคู่สงครามได้หรือไม่ และการขัดกันทางอาวุธไม่สามารถจะมีอยู่ได้ หากปราศจากลักษณะที่จะต้องมียุทธศาสตร์ที่ทั้งสองฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเป็นรัฐหรือกลุ่มกองกำลังติดอาวุธไว้หรือไม่¹²

¹⁰ “การก่อวินาศกรรม”, <http://www.panyathai.or.th/wiki/index.php/>.

¹¹ “วินาศกรรม”, th.wikipedia.org/wiki/, 11 กันยายน 2544.

¹² Sassoil M., “Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law”, *Program on Humanitarian Policy and Conflict Research*, (Harvard University, Occasional Paper Series, Winter 2006, Number 6), p. 1.

เมื่อศึกษาถึงลักษณะของการก่อการร้ายแล้ว อาจแบ่งประเภทของการก่อการร้ายได้ดังนี้¹³

1. การก่อการร้ายภายในประเทศ หมายถึง การต่อสู้ด้วยวิธีการรุนแรงของขบวนการก่อการร้ายภายในประเทศ ซึ่งมุ่งต่อต้านรัฐบาลประเทศของตน การปฏิบัติการจะกระทำเฉพาะภายในประเทศตน ไม่กระทำข้ามประเทศ และมักจะไม่มีปฏิบัติการร่วม (Joint Operations) หรือการร่วมมือประสานงานในการต่อสู้ด้วยกำลังอาวุธกับขบวนการก่อการร้ายภายนอกประเทศ

2. การก่อการร้ายข้ามประเทศ หมายถึง การก่อการร้ายของขบวนการก่อการร้ายภายในประเทศ ซึ่งโดยปกติมักกระทำโดยขบวนการเดียว ไม่มีการเชื่อมโยงหรือปฏิบัติการร่วมกับขบวนการก่อการร้ายภายนอกประเทศ และเป้าหมายของการก่อการร้ายก็มุ่งกระทำการต่อต้านรัฐบาลของตน

3. การก่อการร้ายระหว่างประเทศ หรือ การก่อการร้ายสากล หมายถึง การก่อการร้ายซึ่งมีการร่วมมือกัน กระทำการโดยขบวนการหลายขบวนการที่มีอยู่ในประเทศต่าง ๆ ตั้งแต่สองขบวนการขึ้นไป เพื่อให้บรรลุจุดมุ่งหมายทางการเมืองของขบวนการใดขบวนการหนึ่ง หรือเพื่อบรรลุจุดมุ่งหมายร่วมกันของหลายขบวนการ รัฐบาลที่ตกเป็นเป้าหมายของการก่อการร้าย อาจเป็นรัฐบาลประเทศใดประเทศหนึ่งหรือหลายประเทศที่เป็นปฏิปักษ์กับขบวนการก่อการร้ายต่าง ๆ และการก่อการร้ายมักมีลักษณะเป็นการกระทำแบบข้ามประเทศ

ส่วนความหมายในทางสากลของการก่อการร้ายนั้น ยังไม่ปรากฏชัดเจน และแม้แต่สหประชาชาติเองก็ยังไม่สามารถหาคำนิยามที่เหมาะสมสำหรับคำนี้ได้ ทั้งนี้เนื่องจาก การก่อการร้ายนั้น สามารถมองได้สองมิติ ผู้ก่อการร้ายในมุมมองของอีกคนหนึ่งอาจเป็นวีรบุรุษของอีกคนหนึ่ง ตัวอย่างเช่น ยัสเซอร์ อาราฟัต อาจเป็นผู้ก่อการร้ายในสายตาของคนอิสราเอล แต่เป็นวีรบุรุษและผู้นำ หรือผู้ปลดปล่อยปาเลสไตน์ในสายตาของคนปาเลสไตน์ หรือแม้กระทั่งนายโฆเซ มานูเอล ลาดเอนก็ตาม ก็อาจจะถูกมองเป็นวีรบุรุษในสายตาของคนอิสลามบางกลุ่มก็ได้ ที่พยายามต่อสู้ทุกวิถีทางต่อบุคคลที่จะคิดทำลายศาสนาอิสลาม ด้วยความที่การก่อการร้ายมีมิติทางการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้อง จึงเป็นการยากที่องค์การสหประชาชาติจะเข้ามากำหนดนิยามหรือความหมายในทางที่เป็นสากล

และเมื่อพิจารณาถึงในแง่ที่ว่าการก่อการร้ายเป็นอาชญากรรมข้ามชาติหรือไม่ และเหตุใดปัจจุบันจึงแยกเรียกอาชญากรรมข้ามชาติและการก่อการร้าย โดยไม่เรียกอาชญากรรมข้ามชาติเสียคำเดียวแล้วให้รวมหมายถึงการก่อการร้ายไปด้วยเลย เหมือนกับเมื่อนึกถึงอาชญากรรมข้าม

¹³ สืบค้นจาก <http://www.oknation.net/blog/print.php?id=465587>.

ชาติ ก็เป็นที่เข้าใจว่า ต้องหมายความว่ารวมถึง การค้ายาเสพติดข้ามชาติ การค้ามนุษย์ข้ามชาติ การค้าอาวุธข้ามชาติ หรืออื่นๆ ก่อนจะตอบคำถามดังกล่าวข้างต้น ควรพิจารณาประเด็นในการเปรียบเทียบระหว่างการก่อการร้ายและอาชญากรรมข้ามชาติ จะเห็นว่าแรงจูงใจของการก่อการร้ายและอาชญากรรมข้ามชาตินั้นมีความแตกต่างกัน โดยการก่อการร้ายมักมีความประสงค์ที่จะเปลี่ยนแปลงนโยบายทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม หรือต้องการเผยแพร่ลัทธิความเชื่อ หรือต้องการเรียกร้องความสนใจจากรัฐบาลหรือประชาคมโลก ในขณะที่อาชญากรรมข้ามชาติมีความประสงค์ต้องการเพียงจำนวนเงินที่มากขึ้นอย่างไม่มีขีดจำกัด

ในส่วนของเป้าหมายก็มีความแตกต่างกัน โดยการก่อการร้ายนั้นเน้นเป้าหมายที่เป็นมหภาค เช่น สาธารณะหรือประชาชนจำนวนมาก ส่วนอาชญากรรมข้ามชาติเน้นไปที่เป้าหมายที่มีเงิน ไม่ว่าจะเป็นบุคคล องค์กรหน่วยงาน รวมไปถึงสาธารณะด้วย สำหรับวิธีการแม้จะมีความคล้ายกันแต่ก็มีความแตกต่างกันอยู่ด้วย เช่น เริ่มต้นด้วยการทำให้เกิดความหวาดกลัวเหมือนกัน แต่เป้าหมายที่ต้องการแตกต่างกัน กลุ่มก่อการร้ายต้องการให้สาธารณะหรือเป้าหมายเห็นความสำคัญ ส่วนอาชญากรรมข้ามชาติต้องการเพียงเงินและทรัพย์สิน

กล่าวโดยสรุปก็คือ การก่อการร้ายก็คือความผิดทางอาญาชนิดหนึ่ง เพราะการดำเนินการเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย มีเจตนามุ่งเน้นทำให้ประชาชนจำนวนมากเสียชีวิตบาดเจ็บ และได้รับความเสียหาย แม้ว่าวัตถุประสงค์ในสร้างความเดือดร้อน และเป้าหมายที่ต้องการจะแตกต่างกันอยู่บ้างก็ตาม ก็ยังถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอยู่นั่นเอง แต่ที่ประเด็นที่แตกต่างและน่าสนใจที่สุดคือ การตอบสนองของฝ่ายรัฐที่มีต่อกลุ่มการก่อการร้ายและอาชญากรรมข้ามชาตินั้นแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง

การแก้ไขปัญหาการก่อการร้ายไม่สามารถดำเนินการโดยการให้การบังคับใช้กฎหมายที่มีประสิทธิภาพและเฉียบขาดเพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ต้องแก้ไขด้านความเชื่อ เศรษฐกิจ และสังคมวัฒนธรรม รวมไปถึงวิถีชีวิตความเป็นอยู่ด้วย

ย้อนกลับมาพิจารณาประเทศไทย ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายเฉพาะด้านเกี่ยวกับการก่อการร้ายเป็นการเฉพาะ คงมีเพียงมาตรา 135/1, 135/2 , 135/3 และ 135/4 ที่ระบุอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา¹⁴ ซึ่งกำหนดองค์ประกอบสำหรับความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายไว้ โดย

¹⁴ ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 135/1 การก่อการร้าย

ผู้ใดกระทำการอันเป็นความผิดอาญาดังต่อไปนี้

(๑) ใช้กำลังประทุษร้าย หรือกระทำการใดอันก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต หรืออันตรายอย่างร้ายแรงต่อร่างกาย หรือเสรีภาพของบุคคลใด ๆ

(๒) กระทำการใดอันก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ระบบการขนส่ง สาธารณะ ระบบโทรคมนาคม หรือโครงสร้างพื้นฐานอันเป็นประโยชน์สาธารณะ

(๓) กระทำการใดอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของรัฐหนึ่งรัฐใด หรือของบุคคลใด หรือต่อสิ่งแวดล้อม อันก่อให้เกิดหรือน่าจะก่อให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจ อย่างสำคัญ

ถ้าการกระทำนั้นได้กระทำโดยมีความมุ่งหมายเพื่อขู่เข็ญหรือบังคับรัฐบาลไทย รัฐบาลต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศ ให้กระทำหรือไม่กระทำการใดอันจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือเพื่อสร้างความปั่นป่วนโดยให้เกิดความหวาดกลัวในหมู่ประชาชน ผู้นั้นกระทำความผิดฐานก่อการร้าย ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สามปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงหนึ่งล้านบาท

การกระทำในการเดินขบวน ชุมนุม ประท้วง ได้แย่ง หรือเคลื่อนไหวก่อให้เกิดภัยหรือให้รัฐช่วยเหลือหรือให้ได้รับความเป็นธรรมอันเป็นการใช้เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ไม่เป็นการกระทำความผิดฐานก่อการร้าย

มาตรา 135/2 ขู่เข็ญว่าจะก่อการร้าย หรือเตรียมการก่อการร้าย

ผู้ใด

(๑) ขู่เข็ญว่าจะกระทำการก่อการร้าย โดยมีพฤติการณ์อันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะกระทำการตามที่ขู่เข็ญจริง หรือ

(๒) สะสมกำลังพลหรืออาวุธ จัดหาหรือรวบรวมทรัพย์สิน ให้หรือรับการฝึกการก่อการร้าย เตรียมการอื่นใด หรือสมคบกันเพื่อก่อการร้าย หรือกระทำความผิดใด ๆ อันเป็นส่วนหนึ่งของแผนการเพื่อก่อการร้าย หรือยุยงประชาชนให้เข้ามามีส่วนในการก่อการร้าย หรือรู้ว่ามีผู้จะก่อการร้าย แล้วกระทำการใดอันเป็นการช่วยปกปิดไว้

องค์ประกอบดังกล่าวก็อาจใช้เป็นความหมายของการก่อการร้ายของประเทศไทยได้ ส่วนความหมายในเชิงวิชาการนั้น ยังไม่มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนแต่อย่างใด ทั้งนี้อาจเป็นเพราะว่าเราไม่ต้องการให้ต่างชาติมองประเทศไทยว่า เรามีปัญหาด้านการก่อการร้ายเกิดขึ้นในประเทศ เมื่อไม่มีปัญหาก็ไม่จำเป็นต้องกำหนดคำนิยาม ด้วยเหตุผลนี้ส่วนหนึ่ง สถานการณ์ทางภาคใต้ของไทยถูกมองเป็นเพียงการก่อความไม่สงบเรียบร้อยภายในประเทศเท่านั้น ไม่ใช่การก่อการร้าย

ประเทศไทยได้ประณามการก่อการร้ายทุกรูปแบบและพร้อมที่จะร่วมกับพันธมิตรระหว่างประเทศในการปราบปรามการก่อการร้ายในกรอบของสหประชาชาติ นอกจากนี้ ไทยยังยึดมั่นในพันธกรณีที่จะปฏิบัติตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติในการต่อต้านการก่อการร้าย เช่น ข้อมติที่ 1269 (1999) , 1368 (2001) , 1373 (2001) , 1377 (2001) และข้อมติสมัชชาสหประชาชาติที่ 56/1 เป็นต้น ในด้านการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายภายในประเทศเพื่อต่อต้านการก่อการร้ายนั้น ไทยอยู่ระหว่างกระบวนการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น การขยายฐานความผิดใน พรบ.ความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องอาญา พ.ศ. 2535 ให้รวมถึงความร่วมมือระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ การพิจารณาจัดทำร่าง พรบ.การก่อการร้ายเป็นการเฉพาะ (สำนักงานกฤษฎีกากำลังดำเนินการอยู่) รวมทั้งการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายอื่น ๆ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา พรบ.อนุมติพระราชกำหนดควบคุมการติดต่อกับต่างประเทศ พ.ศ. 2483 พรบ.ควบคุมและจัดการกิจการหรือทรัพย์สินคนต่างด้าวบางจำพวกในภาวะคับขัน พ.ศ.2484 และ พรบ.ความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ.2535 เป็นต้น

มาตรา 135/3 การสนับสนุนการกระทำความผิดตามมาตรา 135/1, 135/2

ผู้ใดเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดตามมาตรา ๑๓๕/๑ หรือมาตรา ๑๓๕/๒ ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับตัวในความผิดนั้น ๆ

มาตรา 135/4 ขบวนการก่อการร้ายสากล

ผู้ใดเป็นสมาชิกของคณะบุคคลซึ่งมีมติของหรือประกาศภายใต้คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติกำหนดให้เป็นคณะบุคคลที่มีการกระทำอันเป็นการก่อการร้าย และรัฐบาลไทยได้ประกาศให้ความรับรองมติหรือประกาศดังกล่าวด้วยแล้ว ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี และปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท

นอกจากนี้ เมื่อวันที่ 2 ตุลาคม 2544 คณะรัฐมนตรีได้มีมติอนุมัติให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องปฏิบัติการตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงฯ ที่ 1373 (2001) ซึ่งเน้นการปราบปรามการให้การสนับสนุนทางการเงินต่อกลุ่มก่อการร้าย ได้แก่ การควบคุมการตรวจคนเข้าเมือง การอายัดทรัพย์สินและห้ามการรวบรวมเงินทุนเพื่อสนับสนุนการก่อการร้าย การแลกเปลี่ยนข่าวสารและความร่วมมือด้านอาญา เป็นต้น

ปัจจุบันไทยได้ลงนามในอนุสัญญาและพิธีสารที่เกี่ยวข้องกับการก่อการร้ายแล้ว 5 ฉบับ (จากที่มีอยู่ทั้งหมด 12 ฉบับ) โดยฉบับล่าสุดรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ได้ลงนามใน International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism ที่สหประชาชาติ ระหว่างการเยือนสหรัฐฯ พร้อม ฯพณฯ นายกรัฐมนตรีในต่อนั้น เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม 2544 ขณะนี้คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบให้ไทยเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาเกี่ยวกับการก่อการร้ายทุกฉบับแล้ว

ไทยและประเทศสมาชิกอาเซียนได้ร่วมมือกันต่อต้านการก่อการร้ายและอาชญากรรมข้ามชาติอย่างใกล้ชิด โดยจะเห็นได้จากการประชุมระดับรัฐมนตรีอาเซียนด้านอาชญากรรมข้ามชาติ (ASEAN Ministerial Meeting on Transnational Crime - AMMTC) ครั้งที่ 3 ที่สิงคโปร์ เมื่อเดือนตุลาคม 2544 ได้เน้นความร่วมมือในการต่อต้านการก่อการร้ายระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน และอาเซียนมีกำหนดจะจัด AMMTC ครั้งที่พิเศษ ซึ่งเน้นเรื่องการต่อต้านการก่อการร้ายที่มาเลเซียในเดือนเมษายน 2545 นอกจากนี้ ในการประชุมสุดยอดอาเซียนที่กรุงบันดาร์เสรีเบกาวัน บรูไน ระหว่างวันที่ 5-6 พ.ย. 2544 ผู้นำอาเซียนได้ออกปฏิญญาการดำเนินการร่วมกันในการต่อต้านการก่อการร้าย ค.ศ. 2001 (2001 ASEAN Declaration on Joint Action to Counter Terrorism) ซึ่งได้กำหนดแผนปฏิบัติการร่วมกันระหว่างประเทศสมาชิกในการต่อต้านการก่อการร้าย เช่น การเสริมสร้างสมรรถนะของกลไกการต่อต้านการก่อการร้ายภายในประเทศและระหว่างประเทศสมาชิก การแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสาร/ข่าวกรอง ความร่วมมือกับประเทศและภูมิภาคอื่น ๆ เป็นต้น

ในการประชุมรัฐมนตรีต่างประเทศอาเซียนอย่างไม่เป็นทางการ (ASEAN Foreign Ministers' Retreat) เมื่อวันที่ 20-21 กุมภาพันธ์ ในสหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ 11 กันยายน 2544 และความเคลื่อนไหวของกลุ่ม Al Qaeda ในบางประเทศสมาชิกอาเซียน และได้แลกเปลี่ยนข้อคิดเห็นเกี่ยวกับการดำเนินการในแต่ละประเทศสมาชิกเพื่อต่อต้านการก่อการร้าย¹⁵

¹⁵ สืบค้นจาก <http://www.mfa.go.th/web/791.php>.

1.2 ความแตกต่างของการขัดกันทางอาวุธและการก่อการร้าย

นอกจากเหตุการณ์ที่สหรัฐอเมริกาโดนโจมตีจากกลุ่มผู้ก่อการร้าย เมื่อวันที่ 11 กันยายน 2001 ที่ทำให้มีผู้เสียชีวิตเกือบ 3000 คน ซึ่งเป็นการโจมตีพลเรือนและเป้าหมายพลเรือน ซึ่งนับว่ามีความรุนแรงโดยอาจมีความเสียหายและการสูญเสียมากกว่าเหตุการณ์ที่เป็นการขัดกันทางอาวุธในบางกรณี และหลังจากเหตุการณ์ 11 กันยายน 2001 การปฏิบัติการก่อการร้ายก็ยังคงมีปรากฏขึ้นเรื่อยๆ ไม่ว่าจะเป็นกรณีของโจรบุกกุชเชนที่บุกยึดโรงละครในกรุงมอสโก และจับกุมผู้ชมกับพนักงานไว้เป็นตัวประกันกว่า 700 คน โดยเหตุการณ์ครั้งนี้ทำให้มีผู้เสียชีวิตจำนวน 117 ศพ เนื่องจากปฏิบัติการทางทหารของทหารรัสเซียที่ทำการปล่อยก๊าซพิษเข้าไปในโรงละครเพื่อบุกจับพวกกบฏเชเชนที่ปิดล้อมตัวประกันมานาน 3 วัน หรือเหตุการณ์การก่อวินาศกรรมที่เกาะบาห์ลี ประเทศอินโดนีเซียที่ผู้ก่อการร้ายวางระเบิดสถานที่ท่องเที่ยวสำคัญ ซึ่งมีนักท่องเที่ยวอยู่หนาแน่นเมื่อปี พ.ศ. 2545 ซึ่งเหตุการณ์ดังกล่าวทำให้มีผู้เสียชีวิตกว่า 200 ศพ¹⁶ โดยผู้เขียนต้องการจะชี้ให้เห็นว่าการขัดกันทางอาวุธกับการก่อการร้ายนั้นมีความแตกต่างกันอย่างไร ซึ่งบางทีอาจมีความคล้ายคลึงกัน เช่น อาวุธที่ใช้ในการก่อการร้ายนั้นมีความร้ายแรงเหมือนกับการปฏิบัติการในการรบ หรือแม้กระทั่งระดับของความเสียหาย จำนวนของผู้เสียชีวิต ผู้บาดเจ็บ เช่น การที่ผู้ก่อการร้ายได้โจมตีตึกเวิลด์เทรด ซึ่งเหตุการณ์นั้นมีระดับความเสียหาย และจำนวนผู้เสียชีวิตและบาดเจ็บมาก และสหรัฐอเมริกาก็ได้ใช้เหตุดังกล่าวเป็นข้ออ้างในการโต้ตอบโดยอ้างว่ามีความจำเป็นที่จะต้องป้องกันตัว และได้โจมตีประเทศอัฟกานิสถานในฐานะที่สนับสนุนกลุ่มผู้ก่อการร้าย ซึ่งในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะได้แจกแจงถึงลักษณะที่แตกต่างกันของความขัดแย้งในทั้งสองลักษณะ ดังนี้

ประการแรก วัตถุประสงค์ในการก่อเหตุ

การทำสงครามหรือการสู้รบระหว่างประเทศนั้น ใช้เมื่อมีข้อพิพาทระหว่างประเทศเกิดขึ้นแล้วไม่สามารถที่จะตกลงกันได้ จึงมีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นหลัก ส่วนการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศนั้นมักมีจุดประสงค์ในเรื่องเกี่ยวกับการเมือง การปกครองเป็นหลัก และบางทีอาจเกี่ยวกับศาสนา เช่น ต้องการแบ่งแยกดินแดน หรือต้องการล้มล้างรัฐบาล เป็นต้น แต่การก่อการร้ายนั้นโดยรวมแล้ววัตถุประสงค์อาจ

¹⁶ ขวัญนที ศรีสุขวัฒนา, “พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 1 และฉบับที่ 2 ค.ศ.1977 และปัญหาการเข้าเป็นภาคีของประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น. 69.

คล้ายกันแต่ที่สำคัญคือการเมืองและศาสนา นอกจากนั้นแล้วยังอาจเป็นการกระทำในลักษณะลัทธิความเชื่อมากกว่า

ประการที่สอง เป้าหมายในการโจมตี

การขัดกันทางอาวุธระหว่างลักษณะระหว่างประเทศและที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ ถ้าปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ในการทำสงครามแล้ว เป้าหมายในการโจมตีเป็นเป้าหมายทางการทหาร เช่น โจมตีเฉพาะทหารฝ่ายตรงข้าม หรือฐานทัพ เป็นต้น ส่วนการก่อการร้ายนั้นไม่เลือกสถานที่ในการโจมตี แต่ด้วยวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้เกิดความหวาดกลัวและตื่นตระหนกแก่ประชาชน ผู้ก่อการร้ายจึงเลือกที่จะโจมตีเป้าหมายพลเรือน หรือทรัพย์สินทั้งของส่วนบุคคลและของส่วนรวม

การโจมตีสถานที่ต่างๆ ที่ประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกัน สาธารณสมบัติ ระบบสาธารณูปโภค เช่น สะพาน ถนน โรงพยาบาล โรงงาน สิ่งก่อสร้าง ที่ชุมชน หรือแม้แต่การลอบยิงวางระเบิดในสถานที่ต่างๆ เพื่อที่จะสร้างเงื่อนไขและอำนาจการต่อรอง

ประการที่สาม ภาควิธีในการสู้รบ

ภาควิธีในการสู้รบในการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ตามบทบัญญัติมาตรา 2 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวา คือ รัฐกับรัฐ ส่วนในการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศคือ กองกำลังของรัฐบาลกับกลุ่มกองกำลังติดอาวุธ หรือระหว่างกลุ่มกองกำลังติดอาวุธหลายฝ่าย ซึ่งบัญญัติไว้ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาดังกล่าว ส่วนในเรื่องของการก่อการร้ายนั้นไม่มีกฎหมายระบุไว้อย่างแน่ชัดว่าผู้ก่อการร้ายนั้นมีสถานะทางกฎหมายอย่างไร เป็นภาควิธีในการสู้รบหรือไม่ แต่มีผู้เขียนบางท่านกล่าวว่า “ขบวนการ/ลัทธิก่อการร้าย (Terrorism) ไม่อาจเป็นภาควิธีในการสู้รบ (party to a conflict) ได้ แต่เป็นที่ชัดเจนว่ากลุ่มผู้ก่อการร้าย (Terrorist Groups) สามารถเป็นภาควิธีในการสู้รบได้”¹⁷ โดยเป็นการวิเคราะห์จากคำตัดสินของศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกา (US Supreme Court, 29 June 2006) ในการตัดสินคดี Hamdan v. Rumsfeld ซึ่งสืบเนื่องมาจากการที่สหรัฐอเมริกาเข้าโจมตีกลุ่มอัล-เคดาที่ดินแดนประเทศอัฟกานิสถาน โดยจับกุมตัวบอดีการ์ดของ Osama bin Laden ศาลอ้างว่ามาตรา 3 ร่วมใช้บังคับต่อการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศระหว่างสหรัฐกับกลุ่ม อัล-เคดา

¹⁷ A. Paulus and M. Vashakmadze, “Asymmetrical war and the notion of armed conflict : a tentative conceptualization,” *Typology of armed conflicts*, (International Review of the Red Cross : volume 91, Number 873, March 2009), p.115.

ซึ่งเป็นการสรุปว่าคำว่า “การขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศตามความในมาตรา 3 ร่วมกันนั้น ถูกใช้ในทางตรงกันข้ามต่อการขัดกันทางอาวุธระหว่างรัฐ โดยศาลปฏิเสธเหตุผลของรัฐบาลสหรัฐที่ว่า การสู้รบกับกลุ่มอัล-เคดาไม่มีลักษณะเป็นการสู้รบกันระหว่างประเทศแต่เป็น เรื่องอยู่ในขอบเขตระหว่างประเทศ¹⁸ แต่ศาลไม่ได้ชี้ชัดว่าด้วยเพราะเหตุผลอะไร ทำให้ถึงต้องใช้ มาตรา 3 ร่วมมาบังคับใช้ เป็นการบังคับใช้เพราะในฐานะที่มาตรา 3 ร่วมเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็น จารีตประเพณี หรือบังคับใช้เพราะการขัดกันทางอาวุธระหว่างสหรัฐอเมริกากับอัล-เคดาเป็น การสู้รบที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ ถ้าเป็นเช่นนั้นฝ่ายไหนเป็นฝ่ายกองทัพของรัฐบาล และ ฝ่ายไหนเป็นกลุ่มกองกำลังติดอาวุธ เพราะเนื่องจากกรณีนี้เป็นการที่สหรัฐอเมริกาสู้รบกับกลุ่ม อัล-เคดาในประเทศอัฟกานิสถาน¹⁹

ในความเห็นของผู้เขียน ผู้ก่อการร้ายไม่อาจเป็นและไม่มีสถานะเป็นคู่ภาคีในการสู้รบ (party to a conflict) โดยเฉพาะกับการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่ง “รัฐ” เท่านั้นที่จะสามารถเป็นภาคีในการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศได้ (ยกเว้นสงครามเพื่อ ปลดปล่อยตัวเอง ‘National liberation movement’ ในพิธีสารฉบับที่ 1 ที่คู่ภาคีในการสู้รบ คือรัฐ ional ที่ปกครองกับกลุ่มผู้ต่อสู้ในสงครามปลดปล่อย) ซึ่งในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งจะใช้บังคับต่อรัฐเท่านั้น โดยภาคีในการสู้รบทุกฝ่ายมีสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบ ไม่อาจมีการสู้รบตามกฎหมายที่ไม่ปรากฏชื่อ หรือพิสูจน์ตัวของคู่ต่อสู้ได้ (There can be no humanitarian law conflict without identifiable parties)²⁰ ส่วนในการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ ซึ่งในกฎหมายได้กำหนดให้รัฐภาคี หรือรัฐ และกลุ่มกองกำลังติดอาวุธ (armed group) หรือ ระหว่างกลุ่มติดอาวุธด้วยกันนั้น กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไม่ได้รับรองสถานะของกลุ่ม กองกำลังติดอาวุธไว้ และผู้ก่อการร้ายไม่มีกฎหมายรับรองสถานะดังกล่าวด้วย

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Marko Milanovic, “Lessons for human rights and humanitarian law in the war on terror : comparing Hamdan and the Israeli Targeted Killings case,” Selected articles on International Humanitarian Law, (International Review of the Red Cross : volume 89, No.866, June 2006), p.377.

²⁰ Gabor Rona. “Interesting Times for International Humanitarian Law:Challenges from the ‘War on Terror’,” The Fletcher Forum of World Affairs, vol.27, No 2, (2003), p. 60.

ประการที่สี่ สถานะพลรบของผู้กระทำการสู้รบ

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ แบ่งแยกสถานะของบุคคลในสภาวะสงครามออกเป็นสองประเภทใหญ่ๆ ได้แก่ พลรบ และพลเรือน โดยกำหนดหน้าที่และสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองไว้แตกต่างกันไปตามแต่ละประเภท โดยสำหรับพลรบนั้นมีสิทธิที่จะทำการรบและมีหน้าที่ต้องเคารพกฎเกณฑ์ต่างๆ ของกฎหมายภาคสงคราม เช่น กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและเมื่อถูกจับจะได้รับความคุ้มครองในฐานะนักโทษสงครามมิใช่อาชญากรโดยทั่วไป²¹ พลรบนั้นมีกฎหมายให้การรับรองทั้งในส่วนที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งได้แก่ มาตรา 1 ของข้อบังคับที่ใช้กับกฎหมายและจารีตประเพณีแห่งสงครามทางบกซึ่งผนวกไว้กับอนุสัญญากรุงเฮก ฉบับที่ 2 ฉบับที่ 4 ที่ให้การรับรองกลุ่มนักรบและกลุ่มอาสาสมัครแต่ต้องอยู่ในเงื่อนไขที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับบัญชา โดยต้องติดเครื่องหมาย สัญลักษณ์ และถืออาวุธอย่างเปิดเผย และปฏิบัติตามจารีตประเพณีและกฎหมายของสงคราม รวมทั้งในมาตรา 2 ในหัวข้อ Levee en masse ที่รับรองการกระทำของประชาชนที่ร่วมกันจับอาวุธต่อต้านฝ่ายศัตรู ว่ามีสถานะเป็นพลรบ ส่วนมาตรา 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ไม่ได้บัญญัติรับรองสถานะพลรบ เพราะเป็นส่วนที่ต้องการคุ้มครองผู้ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบ โดยสมาชิกของกองกำลังฝ่ายที่ทำการสู้รบบุคคลเหล่านี้ต้องอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของผู้บัญชาการที่รับผิดชอบ และติดเครื่องหมาย สัญลักษณ์ที่สามารถสังเกตเห็นได้ง่าย เช่น การสวมเครื่องแบบและต้องพกอาวุธอย่างเปิดเผย ทั้งนี้เพื่อมิให้มีการลวงว่าเป็นพลเรือน เป็นต้น

ส่วนในพิธีสารเพิ่มเติม 1977 ฉบับที่ 1 มาตรา 43²² เป็นเกณฑ์ในการกำหนดสถานะพลรบ แต่ยังเพิ่มหลักบางประการซึ่งบัญญัติในมาตรา 44²³ เช่น พลรบต้องเคารพกฎหมาย

²¹ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ, คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ, (ICRC, 2550), pp. 57-58.

²² Additional Protocol I, Art 43. Armed forces

1. The armed forces of a Party to a conflict consist of all organized armed forces, groups and units which are under a command responsible to that Party for the conduct or its subordinates, even if that Party is represented by a government or an authority not recognized by an adverse Party. Such armed forces shall be subject to an internal disciplinary system which, inter alia, shall enforce compliance with the rules of international law applicable in armed conflict.

2. Members of the armed forces of a Party to a conflict (other than medical personnel and chaplains covered by Article 33 of the Third Convention) are combatants, that is to say, they have the right to participate directly in hostilities.

3. Whenever a Party to a conflict incorporates a paramilitary or armed law enforcement agency into its armed forces it shall so notify the other Parties to the conflict.

²³ Art 44. Combatants and prisoners of war

1. Any combatant, as defined in Article 43, who falls into the power of an adverse Party shall be a prisoner of war.

2. While all combatants are obliged to comply with the rules of international law applicable in armed conflict, violations of these rules shall not deprive a combatant of his right to be a combatant or, if he falls into the power of an adverse Party, of his right to be a prisoner of war, except as provided in paragraphs 3 and 4.

3. In order to promote the protection of the civilian population from the effects of hostilities, combatants are obliged to distinguish themselves from the civilian population while they are engaged in an attack or in a military operation preparatory to an attack. Recognizing, however, that there are situations in armed conflicts where, owing to the nature of the hostilities an armed combatant cannot so distinguish himself, he shall retain his status as a combatant, provided that, in such situations, he carries his arms openly:

(a) during each military engagement, and

(b) during such time as he is visible to the adversary while he is engaged in a military deployment preceding the launching of an attack in which he is to participate.

Acts which comply with the requirements of this paragraph shall not be considered as perfidious within the meaning of Article 37, paragraph 1 (c).

4. A combatant who falls into the power of an adverse Party while failing to meet the requirements set forth in the second sentence of paragraph 3 shall forfeit his right to be a prisoner of war, but he shall, nevertheless, be given protections equivalent in all respects to those accorded to prisoners of war by the Third Convention and by this Protocol. This protection includes protections equivalent to those accorded to prisoners

ระหว่างประเทศภาคสงคราม แม้จะกระทำละเมิดก็ไม่เสียสถานะพลรบ แต่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายและต้องมีหน้าที่ในการเคารพกฎเกณฑ์ในเรื่องการแบ่งแยกตัวเองจากพลเรือน และสำหรับสงครามปลดปล่อยจะคงสถานะพลรบได้ต่อเมื่อติดอาวุธอย่างเปิดเผยในระหว่างปฏิบัติการทางทหาร ดังนั้นผู้ที่เป็พลรบในกรณีได้แก่ สมาชิกของกองกำลังติดอาวุธ เป็นต้น²⁴

ส่วนพลรบที่ผิดกฎหมาย (unlawful combatant) นั้น ย่อมเป็นพลรบไม่ใช่พลเรือน แต่เป็นผู้ที่ไม่ได้รับสถานะเป็นพลรบที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น ทหารรับจ้าง สายลับ พวกนี้จะไม่ได้รับสถานะเป็นเชลยศึกตามกฎหมายภาคสงคราม สามารถถูกดำเนินคดีและตัดสินลงโทษได้จากการกระทำผิดที่ตนละเมิดกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นกฎหมายภายใน หรือกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้หากเข้าข่ายอาชญากรรมสงคราม ส่วนอาชญากรรมสงครามนั้นไม่จำเป็นต้องมีสถานะเป็นพลรบ แต่เป็นพลเรือนก็ได้ เช่น พวกที่จงใจละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยโจมตีวัตถุทางพลเรือน (civilian objects) สิ่งที่ไม่ใช่เป้าหมายทางทหาร เช่น ผู้ก่อวินาศกรรม รวมทั้งผู้ก่อการร้ายซึ่งจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองในฐานะเป็นเชลยศึกอีกด้วย²⁵

of war by the Third Convention in the case where such a person is tried and punished for any offences he has committed.

5. Any combatant who falls into the power of an adverse Party while not engaged in an attack or in a military operation preparatory to an attack shall not forfeit his rights to be a combatant and a prisoner of war by virtue of his prior activities .

6. This Article is without prejudice to the right of any person to be a prisoner of war pursuant to Article 4 of the Third Convention.

7. This Article is not intended to change the generally accepted practice of States with respect to the wearing of the uniform by combatants assigned to the regular, uniformed armed units of a Party to the conflict.

8. In addition to the categories of persons mentioned in Article 13 of the First and Second Conventions, all members of the armed forces of a Party to the conflict, as defined in Article 43 of this Protocol, shall be entitled to protection under those Conventions if they are wounded or sick or, in the case of the Second Convention, shipwrecked at sea or in other waters.

²⁴ จตุรนต์ ภิระวัฒน์, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 21, น. 58-66.

²⁵ จตุรนต์ ภิระวัฒน์, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 21, น. 66-69.

ดังนั้น พลรบ (combatant) เช่นพลรบที่มีอยู่ในการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศตามที่กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ได้อนุญาตให้สมาชิกของกองกำลังทหารของประเทศคู่สงครามต่อสู้ได้ แต่ต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ในการทำสงคราม ซึ่งในกรณีนี้ จะได้รับการพิจารณาสถานะเป็นพลรบที่ถูกต้องตามกฎหมาย (Lawful Combatant)²⁶ ซึ่งมีสิทธิที่จะไม่ถูกดำเนินคดี หากตรวจใดที่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และในกรณีที่ถูกรับพวกเขาจะได้รับสถานะเป็นเชลยสงคราม (prisoner of war) ซึ่งได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3

เมื่อพิจารณาคำว่า “พลรบ” ในความหมายของกฎหมายภาคสงครามกับลักษณะของผู้ก่อการร้ายนั้น จะเห็นได้ว่า แม้ว่าในบางกรณีที่ผู้ก่อการร้ายอยู่ภายใต้ระบบการบังคับบัญชาการที่รับผิดชอบ แต่ผู้ก่อการร้ายก็ไม่ได้มีการติดเครื่องหมาย สัญลักษณ์หรือสวมเครื่องแบบ และพกอาวุธอย่างเปิดเผย อีกทั้งยังแฝงตัวปะปนกับพลเรือน ทำให้ไม่สามารถแยกสถานะได้ว่าเป็นพลรบ แสดงให้เห็นว่าผู้ก่อการร้ายไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหมายภาคสงครามในเรื่องของการได้รับสถานะเป็นพลรบ ดังนั้น ในความเห็นของผู้เขียนจึงเห็นว่า ผู้ก่อการร้ายนั้นไม่มีสถานะเป็นพลรบ แต่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมสงคราม²⁷ หรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ²⁸ ซึ่งต้องถูกพิจารณาและ

²⁶ “The Relevance of IHL in the Context of Terrorism”,
<http://www.icrc.org/web/eng/siteengO.nsf/html/terrorism-ihl-210705>.

²⁷ ขวัญนที ศรีสุขวัฒนา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 16, น. 71.

²⁸ จตุรงค์ ถิระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 21, น. 267.

อาชญากรรมสงคราม คือ การละเมิดกฎหมายและจารีตประเพณีทางสงครามซึ่งรวมถึงการสังหาร การปฏิบัติอย่างเลวร้ายหรือการเคลื่อนย้ายประชาชนและบังคับให้ทำงานหนัก หรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นในดินแดนที่ถูกยึดครอง การสังหารหรือการปฏิบัติอย่างเลวร้ายต่อเชลยศึก การจับตัวประกัน การปล้นสะดมทรัพย์สินสาธารณะหรือของเอกชน การทำลายล้างหมู่บ้าน และการทำลายอื่นๆ ที่ไม่สามารถอธิบายได้ด้วยเหตุผลทางการทหาร

อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ คือ การสังหาร การทำลายล้าง การทำให้ตกเป็นทาส การเคลื่อนย้ายหรือการกระทำในลักษณะอื่นใดที่ผิดมนุษยต่อประชากรพลเรือนหรือการข่มเหงรังแกด้วยสาเหตุทางการเมือง เผ่าพันธุ์ ศาสนา เมื่อกระทำต่อเนื่องจากอาชญากรรมต่อสันติภาพหรืออาชญากรรมสงครามเกี่ยวกับอาชญากรรมเหล่านี้

ตัดสินลงโทษตามกฎหมายอาญาภายในประเทศที่ตนกระทำผิด หรือกฎหมายระหว่างประเทศทางใดทางหนึ่ง²⁹

1.3 ความเป็นไปได้ในการนำการก่อการร้ายเข้าเป็นลักษณะหนึ่งของการขัดกันทางอาวุธ

มีข้อโต้แย้งกันหลากหลายว่า การก่อการร้าย และสงครามต่อต้านการก่อการร้ายนั้น จัดเป็นรูปแบบหนึ่งของการขัดกันทางอาวุธหรือไม่ ได้มีนักวิชาการได้ให้ความเห็น โดยมีความเห็นที่แตกต่างกันไป มีทั้งที่เห็นว่าการก่อการร้ายนั้นจัดเป็นการขัดกันทางอาวุธรูปแบบหนึ่ง แต่ในทางกลับกัน หลายคนกลับเห็นว่าการก่อการร้ายนั้นไม่อาจเป็นลักษณะหนึ่งของการขัดกันทางอาวุธ อันจะอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์การบังคับใช้ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้ ผู้เขียนจะได้สรุป ดังนี้

1.3.1 ความเห็นแรกว่าการก่อการร้ายนั้นเป็นการขัดกันทางอาวุธลักษณะหนึ่ง

รัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แปลความหมายของการโจมตีโดยผู้ก่อการร้ายในวันที่ 11 กันยายน 2001 นั้น เป็นการขัดกันทางอาวุธลักษณะหนึ่ง โดยเริ่มจากการประกาศสงครามการต่อต้านการก่อการร้ายของประธานาธิบดี จอร์จ ดับเบิลยู บุช ซึ่งกล่าวได้ว่าการขัดกันทางอาวุธขึ้นแล้ว และการถูกโจมตี (aggression) ในระดับที่เป็นการกระทำผิดต่อมาตรา 2 วรรค 4 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ³⁰ อันเป็นเงื่อนไขของการใช้สิทธิในการป้องกันตนเอง (self-defense) ตามมาตรา 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ³¹ เพื่อที่จะใช้กำลังทางทหารต่อผู้ที่ต้อง

²⁹ จตุรนต์ ภิระวัฒน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 21, น. 68.

³⁰ กฎบัตรแห่งสหประชาชาติ มาตรา 2 วรรค 4

The Organization and its Members, in pursuit of the Purposes stated in Article 1, shall act in accordance with the following Principles:.....

4. All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.

³¹ Article 51

รับผิดชอบต่อเหตุการณ์ดังกล่าว ซึ่งผู้ต้องสงสัยอันดับหนึ่งคือ โอซามา บินลาเดน ผู้นำกลุ่มก่อการร้าย อัล-เคดา (al-Qaeda) แม้จะได้ออกมาแสดงปฏิเสธความรับผิดชอบต่อเหตุการณ์ดังกล่าว ซึ่งจากจุดนี้ การประกาศสงครามต่อต้านการก่อการร้ายระหว่างสหรัฐอเมริกากับกลุ่มผู้ก่อการร้ายโดยเฉพาะกับโอซามา บินลาเดน ซึ่งพำนักอยู่ที่อัฟกานิสถานและเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์อย่างแน่นแฟ้นกับรัฐบาลตะลิบันของอัฟกานิสถาน ซึ่งสนับสนุนกลุ่ม อัล-เคดา ดังกล่าวจึงเป็นจุดเริ่มต้นของการโจมตีของสหรัฐอเมริกาต่ออัฟกานิสถาน อันมีลักษณะเป็นการขัดกันทางอาวุธลักษณะหนึ่ง ซึ่งใช้กฎหมายภาคสงครามรวมทั้งกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในการบังคับใช้³²

คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้ออกข้อมติ (resolution) ที่ 1368³³ โดยอาศัยอำนาจตามกฎบัตรแห่งสหประชาชาติตามมาตรา 24³⁴ และมาตรา 25³⁵ โดยการลงมติ

Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defense if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defense shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security.

³² Derek Jinks, "September 11 and the Law of War," The Yale Journal of International Law , Vol. 28, (2008), p.33-34.

³³ สืบค้นจาก <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/533/82/PDF/N0153382.pdf?OpenElement>.

³⁴ มาตรา 24

1. In order to ensure prompt and effective action by the United Nations, its Members confer on the Security Council primary responsibility for the maintenance of international peace and security, and agree that in carrying out its duties under this responsibility the Security Council acts on their behalf.

ยอมรับในการประชุมครั้งที่ 4370 โดยการประชุมของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ Security Council เมื่อวันที่ 12 กันยายน ค.ศ. 2001 ซึ่งเป็นวันหลังจากที่สหรัฐอเมริกาถูกโจมตีโดยกลุ่มผู้ก่อการร้าย โดยถือว่าการปฏิบัติการดังกล่าวของผู้ก่อการร้ายเป็นการบุกรุกโจมตี (aggression) ในระดับที่เรียกได้ว่าประเทศกำลังตกอยู่ในภาวะสงคราม เป็นการคุกคามที่เป็นภัยต่อสันติภาพและความมั่นคงตามหลักการแห่งกฎบัตรแห่งสหประชาชาติที่ให้การรับรองไว้ โดยกลุ่มผู้ก่อการร้ายจะต้องได้รับการโต้ตอบและรับผิดชอบต่อการกระทำ และตัดสินใจที่จะต่อสู้ต่อการคุกคามดังกล่าว โดยขอความร่วมมือจากสมาชิกแห่งสหประชาชาติในการร่วมมือกันในการนำผู้ก่อการร้ายเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม และร่วมกันลงนามในสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการต่อต้านการก่อการร้ายเพื่อให้เกิดการเพิ่มขึ้นของความร่วมมือและเกิดอำนาจอย่างสมบูรณ์ในการร่วมกันป้องกันและต่อต้านการก่อการร้าย และเรียกร้องให้สมาชิกภาพเลือกข้างว่าอยู่ฝ่ายคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ หรือฝ่ายผู้ก่อการร้าย ³⁶

ซึ่งแม้ว่าโดยทั่วไปแล้ว ข้อมติขององค์การระหว่างประเทศจะเป็นการกระทำฝ่ายเดียวขององค์การระหว่างประเทศ และจะไม่มีคำบังคับทางกฎหมาย แต่ก็มิได้หมายความว่า จะปราศจากผลทางกฎหมายใดๆเลย ซึ่งข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงนั้นในกรณีที่สำคัญอำนาจตามมาตรา 24 และมาตรา 25 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งหากเป็นคำสั่งในเรื่องของอำนาจในการดำรงรักษาไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศนั้น เป็นข้อยกเว้นที่ให้ผล

2. In discharging these duties the Security Council shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations. The specific powers granted to the Security Council for the discharge of these duties are laid down in Chapters VI, VII, VIII, and XII.

3. The Security Council shall submit annual and, when necessary, special reports to the General Assembly for its consideration.

³⁵ มาตรา 25

The Members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter.

³⁶ See, Resolution 1368, 12 September 2001.

ของข้อมติผูกพันและมีผลเป็นคำสั่ง ซึ่งสมาชิกต้องเคารพและปฏิบัติตามคำสั่งของคณะมนตรีความมั่นคง³⁷

นอกจากนี้ยังมีความเห็นของนักกฎหมายท่านหนึ่ง โดยเป็นผู้สนับสนุนแนวความคิดนี้ท่านหนึ่ง คือ Derek Jinks ซึ่งได้อ้างเหตุผลว่า

“กฎหมายภาคสงครามนี้ ใช้บังคับต่อการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศซึ่งครอบคลุมถึงการโจมตีเมื่อวันที่ 11 กันยายน 2001 และการโจมตีสั้นๆจะเกิดต่อกฎหมายดังกล่าว ด้วยเพราะการโจมตีครั้งนี้มีลักษณะ (nature) และระดับ (quality) ของการโจมตีเหมือนกับผลของการสู้รบกัน อันนำมาซึ่งการสนับสนุนอย่างเต็มที่ขององค์การระหว่างประเทศ และรัฐบาลนานาชาติในการยืนยันการเกิดขึ้นของภาวะสงครามระหว่างสหรัฐอเมริกาและกลุ่มอัล-เคดา และยิ่งกว่านั้นมาตรา 3 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวาผูกพันคู่ภาคีในการสู้รบและการละเมิดกฎเกณฑ์นี้ก็เป็นองค์ประกอบของอาชญากรรมสงคราม ดังนั้น การโจมตีในวันที่ 11 กันยายน 2001 นั้น ละเมิดต่อกฎหมายภาคสงครามโดยไม่คำนึงถึงว่าประเทศอื่นๆเกี่ยวข้องหรือไม่ และไม่คำนึงถึงฐานะโดยแท้ของกลุ่มผู้ก่อการร้ายซึ่งถูกบังคับโดยกฎหมายภาคสงคราม”³⁸

เมื่อมองในมุมมองของกลุ่มผู้ก่อการร้ายผู้เขียนเห็นว่า กลุ่มอัล-เคดา นั้นอาจมีสถานะเป็นคู่สงครามที่ไม่ใช่รัฐ (Non-State Belligerent) โดยพิจารณาจากลักษณะของการโจมตี เป็นการกระทำที่มีเจตนากระทำความเสียหายต่อสหรัฐอเมริกา มีระดับเป็นการทำสงคราม โดยมีเจตนาฆ่าพลเรือนเป็นจำนวนมาก อันถือเป็นการกระทำที่เป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ โดยนอกจากการกระทำความผิดดังกล่าวแล้ว กลุ่มผู้ก่อการร้ายนี้ยังได้ฆ่าทหารของสหรัฐที่โซมาเลียในปี 1994 ในซาอุดีอาระเบีย ปี 1996 การโจมตีสถานทูตที่เคนยาและแทนซาเนียในปี 1998 เป็นต้น ³⁹ ซึ่งถ้าหากดูที่ลักษณะและความรุนแรงโดยไม่พิจารณาองค์ประกอบอื่น ก็สามารถจัดว่าเป็นการขัดกันทางอาวุธได้ แต่เนื่องจากตามที่ได้กล่าวไปแล้วในตอนต้นว่า ยังไม่มีกฎหมายใดให้สถานะแก่ผู้ก่อการร้ายว่าเป็นคู่สงคราม ดังนั้น ในขณะนี้ เมื่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ยังไม่มีการกำหนดคำนิยามที่ชัดเจน จึงไม่อาจจัดให้ผู้ก่อการร้ายเป็นคู่ต่อสู้ในการขัดกันทางอาวุธได้

³⁷ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 94-99.

³⁸ Derek Jinks, *supra* note 32, p. 9.

³⁹ Derek Jinks, *supra* note 32, p.35.

1.3.2 ความเห็นตรงข้ามว่าการก่อการร้ายนั้นไม่เป็นการขัดกันทางอาวุธ

William K. Lietzau ได้กล่าวว่า อนุสัญญาเจนีวา และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ซึ่งใช้กับการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ในมาตรา 2 รวมได้บัญญัติถึงการขัดกันทางอาวุธที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐสองรัฐหรือมากกว่าสองรัฐซึ่งเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาเจนีวา ซึ่งมีความหมายว่า ผู้ที่จะเป็นภาคีฝ่ายในการสู้รบในการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศนั้นต้องเป็นประเทศเท่านั้น ซึ่งผู้ก่อการร้ายไม่ใช่รัฐหรือประเทศ ทำให้อนุสัญญาเจนีวาจึงไม่อาจบังคับใช้กับการสู้รบกันระหว่างสหรัฐอเมริกาและการกระทำที่ไม่ใช่รัฐ คือผู้ก่อการร้าย⁴⁰ ส่วนอนุสัญญาเจนีวาและพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ซึ่งใช้กับการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศนั้น ที่ไม่นำมาใช้กับความตึงเครียดภายในดินแดน แต่ต้องมีความขัดแย้งหรือการสู้รบกันที่มีความรุนแรงและยืดเยื้อภายในดินแดนแห่งรัฐหนึ่งรัฐใด จึงจะเป็นการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ⁴¹

ในขณะที่นักเขียนบางท่านกล่าวว่า การพิจารณาตัวเองว่าเป็นคู่สงคราม หรือการพิจารณาว่าการขัดแย้งที่เกิดขึ้นดังกล่าวเป็นการขัดกันทางอาวุธนั้น ไม่ใช่องค์ประกอบที่สำคัญ แต่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริง ไม่ใช่อยู่ที่การตัดสินใจตัวเอง⁴²

ส่วน Jelena Pejic⁴³ ได้กล่าวไว้ว่า สงครามต่อต้านการก่อการร้ายระหว่างสหรัฐอเมริกาและอัฟกานิสถานนั้น เป็นการขัดแย้งกันที่มีลักษณะเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ แต่ในบางสถานการณ์นั้นเป็นการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ แต่บางกรณีก็ไม่ใช่การขัดกันทางอาวุธไม่ใช่ทั้งสองลักษณะ โดยเฉพาะกับสถานการณ์ที่สหรัฐอเมริกาและกลุ่มพันธมิตรได้ร่วมกันรบกับรัฐบาลตาลีบันรวมทั้งกับกลุ่มอัล-เคดานั้นจัดว่าเป็นการขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

⁴⁰ William K. Lietzau, "Combating Terrorism : Law Enforcement of War?," *cited by*, Sassoil M., *supra note* 12, p.4.

⁴¹ Sassoil M., *supra note* 12, p. 6.

⁴² Derek Jinks, *supra note* 32, pp.31-38.

⁴³ Jelena Pejic, " 'Unlawful/Enemy Combatants': Interpretations and Consequences," *International Law and Armed Conflicts : Exploring the Faultlines Essays in Honour of Yoram Dinstein*, (Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007), pp.344-346.

ในอีกด้านหนึ่ง สงครามการต่อต้านการก่อการร้ายซึ่งในกรณีนี้เป็นการสู้รบภายในดินแดนประเทศอัฟกานิสถานระหว่างรัฐบาลที่ก่อตั้งใหม่ซึ่งได้รับการรับรองของ Loya Jirga ในปี ค.ศ. 2002 ซึ่งเป็นการสู้รบระหว่างรัฐบาลอัฟกานิสถานซึ่งถูกสนับสนุนโดยกลุ่มพันธมิตร กับกลุ่มกองกำลังติดอาวุธ คือ ตะลิบันและอัล-เคดา เป็นการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศเพราะว่าไม่ได้เกี่ยวข้องกับการที่มีประเทศคู่สงคราม หรือไม่ได้เป็นการสู้รบระหว่างรัฐกับรัฐ⁴⁴

แม้ว่าระดับของความรุนแรงของการก่อการร้าย จะเข้าลักษณะของการถูกโจมตี หรือ aggression ซึ่งการโจมตีนี้เป็นการกระทำอันเป็นข้อห้ามตามกฎหมายระหว่างประเทศตามมาตรา 2 วรรค 4 ตามที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น และเป็นเหตุผลที่รัฐที่ถูกโจมตีดังกล่าวใช้เป็นข้ออ้างในการโต้ตอบอันเป็นเรื่องของการป้องกันตนเอง ตามมาตรา 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ แต่เรื่องสิทธิ หรือ ความชอบธรรมในการทำสงครามก็เป็นเรื่องในส่วนของ jus ad bellum ซึ่งเป็นคนละเรื่องหรือคนละส่วนกับเรื่องของการปฏิบัติการในสงคราม แม้มูลเหตุข้ออ้างในการทำสงครามจะถูกตั้งตามกฎหมาย แต่หากในการสู้รบไม่ได้ปฏิบัติตามหลัก jus in bello ผู้กระทำที่เกี่ยวข้องก็ไม่อาจหลุดพ้นจากความรับผิดชอบในส่วนนี้ด้วย

2. การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสม⁴⁵ (Internationalized Armed Conflicts)

การขัดกันทางอาวุธลักษณะผสม เป็นสถานการณ์ความขัดแย้งที่ยังไม่มีคำนิยามทางกฎหมาย แต่เนื่องจากการขัดกันทางอาวุธดังกล่าวพบขึ้นมากในปัจจุบัน ซึ่งส่งผลต่อการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เนื่องจากความประสงค์ของกฎหมายที่มุ่งหวังจะใช้บังคับกับการขัดกันทางอาวุธในทุกกรณี ซึ่งได้มีความพยายามในเชิงวิชาการที่จะอธิบายลักษณะของการขัดกันทางอาวุธดังกล่าวว่า มีลักษณะและความแตกต่างจากการขัดกันทางอาวุธทั้งสองประเภทอย่างไร แต่ก็ไม่สามารถให้ความหมายที่ชัดเจน และก็ไม่อาจจะจำแนกได้ว่าอยู่ในประเภทใดของการขัดกันทางอาวุธที่บัญญัติในอนุสัญญาเจนีวาและในพิธีสาร ซึ่งการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสมอาจมีองค์ประกอบและปัจจัยที่ต่างออกไป ดังนี้

⁴⁴ *Ibid*, p. 345.

⁴⁵ ผู้เขียนขอใช้คำว่า “การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสม” แทนคำว่า “Internationalized Armed Conflicts” อ้างจาก จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 17*, น. 47.

2.1 ลักษณะของการขัดกันทางอาวุธลักษณะผสม

คำว่า “การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสมหรือ Internationalized Armed Conflicts เป็นคำที่อธิบายถึง การสู้รบกันภายในประเทศที่ทำให้เป็นหรือกลายเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งในความเป็นจริงแล้วสถานการณ์นี้นับได้ว่ามีจำนวนมาก และมีความซับซ้อนจึงยากที่จะจำแนกประเภทได้ ซึ่งคำว่า Internationalized Armed Conflicts นั้น เช่น การที่ประเทศอินเดียให้ความช่วยเหลือในเรื่องกองกำลังทางทหารต่อกลุ่มกบฏในการปฏิวัติที่ปากีสถาน ตะวันออก หรือการที่สหรัฐให้เงินช่วยเหลือต่อกลุ่มกบฏ Contras ที่ต่อต้านรัฐบาลนิคารากัว ตามตัวอย่างนี้ บางท่านเห็นว่าเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ⁴⁶ ซึ่งเป็นข้อโต้แย้งกันโดยทั่วไปถึงกฎเกณฑ์ที่แน่นอนในการระบุให้แน่ชัดว่า การขัดกันทางอาวุธลักษณะผสมต้องมีเกณฑ์ในการชี้วัดอย่างไร โดยมีนักเขียนบางท่านกล่าวว่า “การที่ต่างประเทศให้ความช่วยเหลือแก่ฝ่ายรัฐบาล (ในการสู้รบภายในประเทศ) นั้น มีลักษณะเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะเหมือนระหว่างประเทศ (Internationalised Armed Conflict)”⁴⁷ และมีบางท่านกล่าวว่า “การที่ มีต่างประเทศให้การสนับสนุนแต่ละฝ่าย (ฝ่ายรัฐบาล-ฝ่ายกบฏ) มีลักษณะเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะเหมือนระหว่างประเทศ”⁴⁸

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสม (Internationalized armed conflict) ประกอบด้วยสงคราม (war) ระหว่างฝ่ายสองฝ่าย (factions) ภายในประเทศ ที่ทั้งสองฝ่าย หรือเพียงฝ่ายหนึ่ง ได้รับการหนุนหลัง-สนับสนุนจากต่างชาติ โดยอาจจะเป็นกรณีที่ประเทศอื่นมีการสนับสนุนแต่ละฝ่าย ซึ่งรัฐที่สามหรือที่สี่ต่างเป็นชาติศัตรูกันและต่างแทรกแซงสนับสนุนทางด้านการทหารต่อฝ่ายตรงข้าม หรือที่เรียกว่า “wars by proxy” (สงครามตัวแทน) ซึ่งเป็นสงครามตัวแทนซึ่งเกิดขึ้นมากในระหว่างสงครามเย็น โดยดูเผินๆ อาจมีลักษณะเป็นสงครามภายในประเทศ แต่จริงๆ แล้วเป็นสงครามตัวแทนในลักษณะที่เกิดการสู้รบขึ้นภายในดินแดนแห่งรัฐที่มี

⁴⁶ Ingrid Detter, *The Law of War*, (Cambridge University Press, 2000), p.46.
citing T. Wulff, *Handbok I folkrätt under krig, neutralitet och occupation*, Stockholm, (1980), pp. 74-75.

⁴⁷ *Ibid*, citing, Zorgbibe, “De la theorie,” 50; cf. E. Suy, in Centre Henri Rolin, *Droit Humanitaire et conflits armes*, p. 53.

⁴⁸ *Ibid*, citing, E.g., Centre Henri Rolin, S. McBride, in *Droit humanitaire et conflits armes*, p. 49.

การแทรกแซงโดยรัฐบาลต่างชาติแฝงอยู่ ตัวอย่างเช่น สงครามเกาหลี สงครามเวียดนาม หรือกรณีที่สหรัฐอเมริกาให้การสนับสนุนกลุ่มกบฏ *contras* ในประเทศนิการากัว เป็นต้น⁴⁹

ในอีกกรณีที่เกิดการสู้รบโดยมีความเกี่ยวข้องกับการแทรกแซงทางการทหารในการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศภายในประเทศหนึ่ง (Internal , Non- International Armed Conflicts) และมีลักษณะที่รัฐต่างชาติให้การสนับสนุนกลุ่มกบฏที่ต่อสู้กับฝ่ายรัฐบาลที่ปกครองอยู่ เช่น การที่ต่างชาติส่งกองกำลังเข้าไปในดินแดนแห่งรัฐเพื่อสนับสนุนการเคลื่อนไหวของฝ่ายตรงข้ามกับรัฐบาล การแทรกแซงอาจเป็นไปในลักษณะเกิดมีขึ้นโดยตัวแทน (Proxy) เมื่อมหาอำนาจสนับสนุนและชักนำให้เกิดการจลาจลขึ้น ซึ่งจำเป็นต้องดูที่ระดับการควบคุม (level of control) นั้น จะทำให้ง่ายต่อการจัดประเภทของการขัดกันทางอาวุธดังกล่าว เป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศขึ้นได้⁵⁰

ตัวอย่างของกรณีที่เคยเกิดขึ้นโดยศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย (ICTY) ได้เคยกล่าวไว้ในคดี *Prosecutor v. Tadic* ไว้ดังนี้

“การควบคุมโดยรัฐต่อกองกำลังภายใต้บังคับบัญชา หรือการปฏิบัติการทางทหารหรือลักษณะทั้งหมดรวมกัน และต้องประกอบด้วยการกระทำที่มากกว่าการให้ความช่วยเหลือทางการเงิน ให้เครื่องมือการทหาร หรือการฝึกฝน...”⁵¹

และการควบคุมทั้งหมด (overall control) กฎเกณฑ์นี้จะสำเร็จได้ต่อเมื่อ รัฐต่างชาตินั้นมีบทบาทในการจัดตั้ง ประสานงานร่วมกัน หรือวางแผนในการปฏิบัติการทางทหาร เช่น การเงิน การฝึกฝน การจัดให้มีหรือเตรียมให้มีการปฏิบัติการได้ของกลุ่มนั้น⁵² ความเกี่ยวข้องกันระหว่างรัฐอื่นกับกองกำลังที่ได้รับการสนับสนุนนั้น จะต้องเกี่ยวข้องมากกว่าในการสนับสนุนทาง

⁴⁹ G. Stewart.” Towards a Single Definition of Armed Conflict in International Humanitarian Law: A Critique of Internationalized Armed Conflict”, (International Review of the Red Cross, Vol.85, 2003), p. 315.

⁵⁰ Sylvain Vite, “Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations,” International Review of the Red Cross, Volume 91, No.873, (March 2009), p. 71.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

การทหาร แต่ว่าการเกี่ยวข้อนั้น จะต้องไม่แปลได้ว่าในทุกอย่างจะสำเร็จลงได้ด้วยการที่กลุ่มดังกล่าวเกี่ยวพันโดยตรงกับรัฐที่ทางโดยระยะทางนั้นมีส่วน⁵³

นอกจากนี้ มีคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ) คดี *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*⁵⁴ ได้กล่าวไว้ในบางส่วนเกี่ยวกับการตัดสินในความรับผิดชอบของสหรัฐอเมริกา ในการขัดกันทางอาวุธระหว่างกลุ่ม *contras* ที่ได้รับการสนับสนุนจากสหรัฐฯ กับ รัฐบาลนิการากัว โดยการหานิยามของสถานการณ์ที่การกระทำของกลุ่มกบฏว่าเป็นการกระทำแทนประเทศสหรัฐฯ นั้นโดยศาลได้ใช้คำว่า “effective control” เพื่อเป็นการพิสูจน์ถึงการกระทำที่กระทำแทนสหรัฐอเมริกา

“whether or not the relationship of the *contras* to the United States Government was so much one of *dependence on the side and control on the other* that it would be right to equate the *contras*, for legal purposes, with an organ of the United States Government, or as acting on behalf of that Government”⁵⁵

โดยศาลอ้างถึงเหตุผลข้างต้นเพื่อวินิจฉัยนำไปสู่การตัดสินความรับผิดชอบทางกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ซึ่งใช้เป็นหลักในการพิสูจน์ว่ารัฐนั้นได้มี “อำนาจบงการอย่างแท้จริง (effective control)” ต่อทหาร หรือสิ่งที่เทียบได้กับทหารนั้นหมายถึงกลุ่มกบฏคือกลุ่มคอนทราส ในการกระทำที่เป็นการละเมิดกฎหมายตามข้อกล่าวหา ซึ่งดูจากความร่วมมือร่วมของสหรัฐอเมริกานั้นอยู่ในระดับที่สูงและระดับของการควบคุมกลุ่มคอนทราส ซึ่งขึ้นอยู่กับความช่วยเหลือของสหรัฐอเมริกา เสมือนกับเป็นหน่วยหนึ่งของสหรัฐอเมริกาและกระทำการเป็นตัวแทนของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา⁵⁶

การขัดกันทางอาวุธลักษณะผสมที่เห็นได้ชัดเจนในประวัติศาสตร์ ยกตัวอย่างเช่น การเข้าแทรกแซงของ NATO ในการขัดกันทางอาวุธระหว่างสาธารณรัฐยูโกสลาเวีย (FRY) และกอง

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ See *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), Merit, Judgment, ICJ Reports 1986, p.14.

⁵⁵ *Ibid*, para 109.

⁵⁶ James G. Stewart, *supra* note 49, p. 324.

กำลังพลดปล่อยของโคโซโว (KLA) ในปีค.ศ. 1999 และการเข้าแทรกแซงโดยรวันดา Rwanda, อังโกลา Angola, ซิมบับเว Zimbabwe, อุกันดา Uganda และประเทศอื่นๆ ในการสนับสนุนฝ่ายตรงข้ามในการสู้รบกันภายในสาธารณรัฐคองโก ในปี ค.ศ. 1998

นอกจากนี้แล้วยังมีการแทรกแซงโดยรัฐบาลสหรัฐอเมริกาที่สนับสนุนกลุ่มคอนทราส ในประเทศนิการากัว ในปี ค.ศ. 1980 ซึ่งเป็นตัวอย่างที่ดีในการอธิบายถึงการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสม ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น⁵⁷

นักวิชาการบางท่านกล่าวว่า⁵⁸ ปัจจุบัน การขัดกันทางอาวุธภายในดินแดนของประเทศใดประเทศหนึ่ง ซึ่งมีลักษณะเป็นการสู้รบที่เป็นทั้งสงครามกลางเมือง (Civil War) ที่จัดเป็นการสู้รบภายในประเทศ และมีการสู้รบระหว่างประเทศไปพร้อมๆกัน ซึ่งแม้ว่าการขัดกันทางอาวุธทั้งสองประเภทจะมีลักษณะและองค์ประกอบพื้นฐานที่ต่างกัน แต่ได้เกิดการผสมผสานกลายเป็นการขัดกันทางอาวุธอันเดียวกันได้ เช่น เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอัฟกานิสถาน ซึ่งกลุ่ม Taliban ได้ต่อสู้ในสงครามกลางเมืองอย่างยาวนานกับ Northern Alliance ซึ่งนำไปสู่การสู้รบระหว่างประเทศกับสหรัฐอเมริกาและพันธมิตรด้วยเหตุที่กลุ่ม Taliban ปกป้องและสนับสนุนกลุ่ม Al-Qaeda ซึ่งเป็นกลุ่มผู้ก่อการร้ายที่ได้รับการสงสัยว่าเป็นผู้ก่อวินาศกรรมให้เกิดเหตุการณ์เมื่อวันที่ 11 กันยายน 2001 ในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่แม้ว่าลักษณะการขัดกันทางอาวุธจะเปลี่ยนจากการสู้รบภายในประเทศเป็นการสู้รบระหว่างประเทศแต่ก็ยังมีลักษณะเป็นการต่อสู้กันระหว่างศัตรูภายในประเทศคือกลุ่ม Taliban และ Northern Alliance โดยสรุปแล้วการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสมมีลักษณะ ดังต่อไปนี้

2.1.1 การขัดกันทางอาวุธภายในประเทศได้เปลี่ยนแปลงลักษณะเป็นการขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศ

การขัดกันทางอาวุธลักษณะผสม (Internationalized Armed Conflicts) จากการนำเสนอตัวอย่างการสู้รบดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าการขัดกันทางอาวุธนี้มีลักษณะเป็นการขัดกันทางอาวุธภายในประเทศ โดยเป็นการสู้รบระหว่างกองกำลังของรัฐบาลกับกลุ่มกบฏหรือที่เรียกว่ากลุ่มกองกำลังติดอาวุธ หรือการขัดกันทางอาวุธระหว่างฝ่ายต่างๆ ภายในประเทศเดียวกัน

⁵⁷ James G. Stewart, *supra* note 49, pp.313-315.

⁵⁸ Yoram Dinstein, *War Aggression and Self-Defence*, Fourth Edition, (UK : Cambridge University Press, 2005), p. 7.

ดังเช่น การปะทะกันในประเทศนิการากัว ระหว่างรัฐบาลนิการากัวกับกลุ่ม Contras และในกรณีของประเทศอัฟกานิสถานโดยรัฐบาล Taliban กับกลุ่ม Northern Alliance หรือ ในกรณีการสู้รบที่ประเทศยูโกสลาเวียที่ชาวโครเอเชีย มาซิโดเนีย ชาวโครเอเชีย บอสเนีย เฮอร์เซโกวีนาต่อสู้กับรัฐบาลของประเทศยูโกสลาเวีย เพื่อต้องการการแบ่งแยกดินแดน ปลดปล่อยตัวเองให้เป็นอิสระ เนื่องจากความรู้สึกที่ไม่เป็นชาติเดียวกันของทั้งสองชนชาติ เพราะมีสาเหตุอันเนื่องมาจากความแตกต่างของเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์และการนับถือศาสนา และการไม่พอใจในการปกครองของรัฐบาลจึงต้องการแยกตนออกเป็นอิสระ หากเมื่อแยกดินแดนเป็นอีกประเทศหนึ่ง และได้รับเอกราชโดยประชาคมโลกให้การรับรองรัฐบาลใหม่แล้ว การสู้รบที่เกิดขึ้นก็จะเปลี่ยนลักษณะกลายเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสม⁵⁹ หรือหากอีกฝ่ายได้รับการสนับสนุน หรือการถูกแทรกแซงโดยประเทศอื่น (third state(s)) ในด้านการทหาร หรือเป็นการปฏิบัติการในนามของประเทศอื่นก็มีลักษณะเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสม เป็นต้น

2.1.2 การได้รับการสนับสนุน การแทรกแซงจากต่างชาติ หรือการปฏิบัติการในนามของประเทศอื่น⁶⁰

ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย (ICTY) ได้วินิจฉัยในตอนที่หนึ่งในคดี Prosecutor v. Tadic ไว้ดังนี้

“.....การจะตัดสินว่าการขัดกันทางอาวุธภายในประเทศได้กลายเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศต่อเมื่อ ภาควิชาหนึ่งในการสู้รบในการขัดกันทางอาวุธภายในประเทศได้กระทำการในนามของรัฐอื่น”⁶¹

จัดได้ว่าเป็นองค์ประกอบหนึ่งในการชี้วัดว่าสถานการณ์ความขัดแย้งใด มีลักษณะเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสมหรือไม่ เนื่องจากการสู้รบภายในประเทศได้กลายเป็นการสู้รบระหว่างประเทศ โดยการที่ภาควิชาหนึ่งในการสู้รบได้กระทำการในนามของรัฐอื่น

การได้รับการสนับสนุนโดยการให้กองกำลังทางทหารหรืออาวุธยุทโธปกรณ์ เครื่องมือในการทำสงคราม ตลอดจนในเรื่องการวางแผนทางการทหารในการสู้รบ รวมถึงอาจเป็นการที่มี

⁵⁹ Ingrid Detter, *supra* note 46, p. 48.

⁶⁰ James G. Stewart, *supra* note 49, p. 323.

⁶¹ Tadic Jurisdiction Appeal, IT-94-1-AR72, 2 October 1995, para.126.

กองกำลังทางทหารของต่างชาติ หรือขององค์การระหว่างประเทศเข้าแทรกแซงการสู้รบดังกล่าว โดยให้การช่วยเหลือ สนับสนุนฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในการสู้รบนั้น เช่น NATO เข้าแทรกแซงการสู้รบระหว่างประเทศยูโกสลาเวียซึ่งปัจจุบันคือเซอร์เบีย กับคอโซโว เนื่องจากคอโซโวต้องการจะแยกเป็นประเทศอิสระจากเซอร์เบีย เซอร์เบียจึงได้ส่งทหารเข้ามาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวมุสลิมในคอโซโว ในปี 1999 จนทำให้ NATO ต้องส่งกองกำลังเข้ามาช่วยเหลือโดยส่งเครื่องบินทิ้งระเบิดจนเซอร์เบียต้องยอมถอนทหาร ทำให้ตั้งแต่นั้นมาคอโซโวได้แยกตัวเป็นประเทศอิสระ และอยู่ภายใต้การดูแลรักษาความปลอดภัยของกองกำลังสหประชาชาติซึ่งนำโดยนาโต และตั้งแต่วันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2008 ก็ได้ประกาศเป็นประเทศอิสระจากเซอร์เบีย โดยได้รับการรับรองจากเพียงบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา อังกฤษ เป็นต้น ส่วนในมุมมองของเซอร์เบียก็ยังถือว่าคอโซโวยังเป็นจังหวัดหนึ่งของตน⁶² เหตุการณ์นี้เป็นตัวอย่างของการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสมนั้น ซึ่งที่จริงแล้วการขัดกันทางอาวุธในรูปแบบนี้มีมายาวนานแล้ว ซึ่งสงครามที่ไม่อาจคาดคิดเลยว่าเป็นการขัดกันทางอาวุธในลักษณะผสมก็คือสงครามกลางเมืองในประเทศสเปน ในปี 1936-1939 ซึ่งเป็นสงครามกลางเมืองในความขัดแย้งกันระหว่างฝ่ายนิยมสาธารณรัฐซึ่งสนับสนุนโดยประเทศโซเวียต และประเทศเม็กซิโก กับฝ่ายชาตินิยมที่ได้รับการสนับสนุนโดยประเทศอิตาลีและเยอรมัน ซึ่งเป็นเหตุการณ์ในช่วงก่อนที่จะมีสงครามโลกครั้งที่สอง ที่จริงแล้วเป็นเหตุการณ์ที่เป็นชนวนอันนำไปสู่สงครามระดับโลกดังกล่าว⁶³ นอกจากนั้นยังมีความขัดแย้งกันทั้งระหว่างประเทศเกาหลีเหนือกับเกาหลีใต้ซึ่งได้รับการสนับสนุนจากฝ่ายสังคมนิยมและฝ่ายเสรีนิยม เหตุการณ์การปฏิวัติที่ปากีสถานตะวันออกโดยอินเดียให้ความสนับสนุนต่อกลุ่มกบฏในด้านกองกำลังทางทหาร และการสนับสนุนและแทรกแซงทางการเมือง และการเงินของประเทศสหรัฐอเมริกาต่อกลุ่มกบฏคอนทราสในสงครามกลางเมืองประเทศนิการากัว ซึ่งประธานาธิบดีโรนัล เรแกน ผู้ซึ่งเป็นผู้นำของสหรัฐอเมริกาในตอนนั้นได้ลงนามในเอกสารลับสุดยอดเพื่อมอบอำนาจให้กับซีไอเอ เพื่อนำไปเป็นค่าใช้จ่ายในการสนับสนุนกลุ่มคอนทราสดังกล่าว จำนวนทั้งสิ้น 19 ล้านดอลลาร์สหรัฐในการปฏิบัติการทางทหาร ซึ่งนำไปสู่การตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice : ICJ) ในคดี Nicaragua vs. United states ในข้อหากระทำการฝ่าฝืนโดยการใช้กำลังโดยผิดกฎหมายต่อประเทศนิการากัว (Unlawful use of force against Nicaragua)

⁶² “คอซอวอ”, th.wikipedia.org/wiki/

http://www.geocities.com/devil_140323/index_y5.html.

⁶³ สืบค้นจาก http://en.wikipedia.org/wiki/Spanish_Civil_War.

โดยศาลตัดสินว่าสหรัฐอเมริกาได้ทำการละเมิดกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยกระทำต่อประเทศอื่นโดยการเข้าแทรกแซงกิจการภายในของประเทศนิการากัวเป็นการกระทำผิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ⁶⁴ แม้การแทรกแซงและการเข้าควบคุมของสหรัฐอเมริกาต่อกลุ่ม *contras* จะอยู่ในระดับสูง แต่สหรัฐอเมริกาไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำของกลุ่มกบฏ *contras* ที่กระทำละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศต่อรัฐบาลนิการากัว⁶⁵

2.2 ความแตกต่างของการขัดกันทางอาวุธที่ปรากฏตามอนุสัญญาเจนีวาและการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสม

ประการแรก การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสมนี้มีลักษณะที่รวมการสู้รบทั้งสองอย่างเข้าด้วยกัน โดยเริ่มต้นการสู้รบด้วยการรบกันภายในประเทศ อันมีลักษณะเป็นการขัดกันทางอาวุธภายในประเทศ เช่น สงครามกลางเมือง แล้วต่อมาได้เปลี่ยนแปลงลักษณะการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งการสู้รบชนิดนี้ยังไม่มี การบัญญัติไว้ในอนุสัญญาเจนีวาหรือกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศแต่อย่างใด เพราะว่ามีองค์ประกอบที่ซับซ้อนขึ้น กล่าวคือ ไม่ได้มีลักษณะการขัดกันทางอาวุธประเภทเดียว แต่มีทั้งสองลักษณะรวมกันในการเกิดสงครามครั้งนั้น

ประการที่สอง โดยปกติแล้วคู่สงครามจะต้องมีสถานะเป็นรัฐกับรัฐตามความหมายของการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ และในอีกลักษณะเป็นการสู้รบระหว่างกองกำลังของรัฐบาลกับกลุ่มกองกำลังติดอาวุธ หรือระหว่างกลุ่มกองกำลังติดอาวุธด้วยกันในความหมายของการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ แต่ฝ่ายที่ทำการรบกันในการขัดกันทางอาวุธลักษณะผสมนี้ ดูเผินๆ แล้วมีลักษณะเหมือนกับฝ่ายที่ทำการรบกันในการรบของสงครามภายในประเทศ กล่าวคือ อาจเป็นทั้งการสู้รบกันระหว่างรัฐบาลและกลุ่มกบฏ หรือระหว่างกลุ่มติดอาวุธด้วยกันภายในประเทศ เพียงแต่ต่างกันทั้งสองฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับการสนับสนุนจากต่างชาติ ซึ่งไม่จำกัดว่าเป็นการสนับสนุนในด้านใดก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นกำลังทหาร อาวุธยุทโธปกรณ์ การเงิน การฝึกทหารหรือแม้กระทั่งในการวางแผนการ

⁶⁴ สืบค้นจาก http://en.wikipedia.org/wiki/Nicaragua_v._United_States.

⁶⁵ James G. Stewart, *supra* note 49, p. 324.

ปฏิบัติการ ในลักษณะที่เป็นการแทรกแซงโดยรัฐต่างชาติ ซึ่งกล่าวได้ว่าฝ่ายที่สู้รบกันในประเทศนั้นเป็นตัวแทนของรัฐต่างชาตินั้นในการสู้รบกัน หรือ war by proxy

หลายๆประเทศ มักจะยืนยันว่าการขัดกันทางอาวุธที่เกิดขึ้นเป็นการขัดกันทางอาวุธภายในประเทศ ไม่ใช่การสู้รบอันมีลักษณะระหว่างประเทศ โดยการอ้างเหตุผลดังกล่าวเพื่อที่จะได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 2(7) แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ⁶⁶ ที่เป็นบทบัญญัติข้อห้ามมิให้ประเทศอื่นเข้าแทรกแซงในกิจการภายในของประเทศอื่น โดยต่างประเทศถูกจำกัดในเรื่องของอาณาเขต แม้ว่าจะมีประเทศอื่นหรือองค์กรอื่นที่น่ามุ่มมองนี้ไปสนับสนุนการจัดตั้งรัฐใหม่ ดังเช่นตัวอย่างของการประกาศแยกตัวเป็นอิสระของซโลเวเนียและโครเอเชีย ซึ่งตั้งแต่การประกาศอิสรภาพ และ/หรือการได้รับการรับรองรัฐก็ถือว่านับแต่บัดนั้นการขัดกันทางอาวุธในประเทศนั้นได้เปลี่ยนเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ อันกลายเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสมตั้งแต่นั้น⁶⁷

ซึ่งมีหลายท่านได้มีมุมมองว่าสถานการณ์ดังกล่าวเป็นการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศหรือการสู้รบภายในประเทศ ซึ่งควรจะถูกจัดการโดยรัฐบาลในประเทศ คือรัฐบาล Belgrade⁶⁸ ซึ่งเหตุผลสำคัญที่สนับสนุนการกล่าวอ้างดังกล่าวน่าจะเป็นเพราะว่าเป็นการขัดกันทางอาวุธครั้งนี้มีลักษณะเป็นการแยกตนออกเป็นอิสระ ซึ่งสงครามดังกล่าวเป็นสงครามระหว่างฝ่ายต่างๆ หรือกลุ่มทางศาสนาโดยมีวัตถุประสงค์ในการทำสงครามเพื่อแบ่งแยกตนเองออกเป็นรัฐหนึ่ง โดยอ้างเหตุผลเพราะความโหดร้ายของ Belgrade ซึ่งมีอิทธิพลต่อความรู้สึกชาวซโลเวเนียและชาวโครเอเชีย จนทำให้ต้องแยกตัวออกจากประเทศยูโกสลาเวียในปี 1991 ซึ่งประชาคมโลกได้ให้การรับรองเจตน์จำนงในการประกาศอิสรภาพดังกล่าวตามสังคมแบบประชาธิปไตยซโลเวเนียและโครเอเชียจึงแยกไปเป็นอีกสองประเทศทำให้การสู้รบครั้งนี้เปลี่ยนเป็นการสู้รบระหว่างประเทศ

⁶⁶ มาตรา 2 เพื่อปฏิบัติการตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวไว้ในมาตรา 1 องค์การสหประชาชาติและสมาชิกแห่งองค์การนี้ จะต้องกระทำการโดยชอบด้วยหลักดังต่อไปนี้

(1),(2),....

(7) ห้ามมิให้ถือว่าข้อความในกฎบัตรนี้ ได้ให้อำนาจแก่สหประชาชาติ

ที่จะเข้าแทรกแซงในกรณีต่าง ๆ ที่มีสาระเป็นกรณีในอำนาจภายในของรัฐใดรัฐหนึ่ง และมีให้ถือว่าได้บังคับให้สมาชิกต้องนำกรณีเช่นนั้นมาเสนอเพื่อจัดการตามกฎบัตรนี้ แต่หลักข้อนี้ไม่กระทบกระทั่งถึงผลแห่งการใช้วิธีบังคับตามที่มีอยู่ในหมวดที่ 7

⁶⁷ Ingrid Detter, *supra* note 46, p.48.

⁶⁸ Ingrid Detter, *supra* note 46, p.48.

นับตั้งแต่นั้น⁶⁹ นอกจากนี้ยังตัวอย่างของการแยกตัวออกมาของมาซิโดเนีย บอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา ตามมาเป็นลำดับ

การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสมในประเทศยูโกสลาเวีย ซึ่งต่อมาได้กลายเป็นประเทศเซอร์เบียนี้ ได้มีการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศขึ้นมาเพื่อตัดสินคดีดังกล่าวเนื่องจากมีลักษณะเป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวมุสลิมในคอโซโว ซึ่งต้องการแยกประเทศเป็นอิสระจากเซอร์เบียเช่นกัน ซึ่งในคดีดังกล่าว ศาลที่ตัดสินคือ The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia หรือ ICTY ได้ตัดสินในกรณี Tadic Appeal Judgement⁷⁰ โดยมีข้อความตอนหนึ่งสรุปได้ว่า

“ไม่อาจโต้แย้งได้ว่าจะเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศได้ก็ต่อเมื่อได้มีการขัดกันทางอาวุธระหว่างสองประเทศหรือมากกว่าสองประเทศ และตามนี้ในกรณีที่การขัดกันทางอาวุธภายในประเทศมีลักษณะเป็นการแบ่งแยกดินแดนของประเทศนั้น ก็อาจกลายเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศได้ต่อเมื่อ ประการแรก ประเทศอื่นเข้าแทรกแซงในการขัดกันทางอาวุธนั้นโดยการให้กองกำลังทหาร หรือในอีกประการ ถ้าหากว่าผู้ที่ทำการสู้รบในการขัดกันทางอาวุธภายในประเทศนั้น ได้กระทำการในนามของประเทศอื่น”⁷¹

(คำแปลโดยผู้เขียน)

คำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศนี้ ได้เป็นแนวทางในการแบ่งแยกลักษณะการขัดกันทางอาวุธลักษณะนี้ ซึ่งศาลชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างจากการขัดกันทางอาวุธในลักษณะตามที่ปรากฏในอนุสัญญาเจนีวา เนื่องจากไม่อาจแบ่งแยกประเภทโดยเฉพาะเจาะจงได้ว่าเป็นการขัดกันทางอาวุธในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง แต่หากเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสม

⁶⁹ Ingrid Detter, *supra* note 46, p.48.

⁷⁰ James G. Stewart, *supra* note 49, p. 323.

⁷¹ Prosecutor v. Tadic, T-94-1-A, Judgement, 15 July 1999, para. 84.

“It is indisputable that an armed conflict is international if it takes place between two or more States. In addition, in case of an internal armed conflict breaking out on the territory of a State, it may become international if (i) another State intervenes in that conflict through its troops, or alternatively if (ii) some of the participants in the internal armed conflict act on behalf of that other State.”

ซึ่งศาลได้ให้ความสำคัญกับความแตกต่างของการขัดกันทางอาวุธ โดยให้ได้นั้นที่ลักษณะของการเป็นตัวแทน กับลักษณะที่เป็นการแทรกแซงทางการทหารจากต่างชาติ

นอกจากนี้คำพิพากษาดังกล่าว ยังส่งผลต่อการจัดการกับปัญหาในการแบ่งแยกลักษณะของการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสม ซึ่งมีผลต่อการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศด้วย