

บทที่ 4

ปัญหาจากการปฏิเสธการขัดกันทางอาวุธ ตามเงื่อนไขของคำนิยามการขัดกันทางอาวุธ และผลทางกฎหมาย

เนื่องจากการที่ไม่มีคำจำกัดความอย่างเป็นทางการ และการไม่มีความชัดเจนในนิยามของคำว่า “การขัดกันทางอาวุธ (Armed Conflicts)” จึงได้เกิดปัญหาดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3 ซึ่งนอกจากปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวแล้ว ยังเกิดปัญหาในเรื่องความสามารถในการที่จะบังคับใช้กฎหมายแม้ว่ารัฐหนึ่งรัฐใดที่เป็นคู่สงคราม หรือเกิดความขัดกันทางอาวุธที่ถึงระดับที่เรียกได้ว่าเป็นการสู้รบแล้วนั้นปฏิเสธความมีอยู่ของการขัดแย้งดังกล่าว ซึ่งนำมาสู่การละเมิดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้ และนอกจากนั้น

ในบทนี้จะได้อธิบายถึงผลของการที่รัฐ หรือปัจเจกบุคคลกระทำความผิดต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศด้วยว่าจะมีการจัดการกับรัฐหรือบุคคลดังกล่าวอย่างไร

1. ปัญหาจากการที่รัฐปฏิเสธการขัดกันทางอาวุธภายในดินแดนแห่งรัฐ และความไม่ได้ของการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศแม้มีการปฏิเสธของรัฐ

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ หรืออนุสัญญาเจนีวา 1949 ทั้ง 4 ฉบับ และพิธีสารเพิ่มเติม 1977 ทั้ง 2 ฉบับ มีจุดมุ่งหมายในการปกป้องคุ้มครองผู้ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบในภาวะสงคราม และเพื่อเป็นการทำให้กฎหมายมีประสิทธิภาพต่อการคุ้มครองสูงสุด ผู้ร่างจึงวางเงื่อนไขโดยพยายามให้การปรับใช้กฎหมายขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริง ซึ่งจะทำให้บทบัญญัติดังกล่าวสามารถบังคับใช้ได้โดยอัตโนมัติมากกว่าจะขึ้นอยู่กับการพิจารณาจากคู่สงคราม ซึ่งปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้นส่วนใหญ่จะเกิดเพราะการกระทำของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการปฏิเสธการมีอยู่ของการขัดกันทางอาวุธอันอาจนำไปสู่การกระทำที่ผิด หรือการละเมิดต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งในบทนี้จะได้อธิบายถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากการที่รัฐปฏิเสธว่ามีการขัดกันทางอาวุธและความเป็นไปได้ในการบังคับใช้กฎหมายแม้ว่ารัฐนั้นจะปฏิเสธ

1.1 ปัญหาจากการที่รัฐปฏิเสธการขัดกันทางอาชญาภายในดินแดนแห่งรัฐ

การที่รัฐปฏิเสธความมีอยู่ของการขัดกันทางอาชญาภายในดินแดนแห่งรัฐ ทั้งที่ตามข้อเท็จจริงสถานการณ์ดังกล่าวได้เข้าเงื่อนไขของการเกิดการขัดกันทางอาชญาแล้วไม่ว่าจะเป็น การขัดกันทางอาชญาที่มีลักษณะระหว่างประเทศหรือไม่ใช้ระหว่างประเทศทำให้เกิดปัญหาว่ากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไม่สามารถบังคับใช้ได้หรือเกิดความยากที่จะปรับใช้ อันอาจนำมาซึ่งความสูญเสียทั้งต่อชีวิตและทรัพย์สิน ด้วยการที่ไม่อาจให้ความคุ้มครองต่อผู้ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการสู้รบ และทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานที่ให้ความช่วยเหลือไม่อาจกระทำได้ และอาจนำไปสู่การละเมิดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศอย่างรุนแรง ซึ่งในบางกรณีนั้น ในเรื่องของดุลยพินิจในการพิจารณาว่าเป็นการขัดกันทางอาชญาหรือไม่ของรัฐนั้นก็เป็นสิ่งสำคัญ หากว่าลักษณะความขัดแย้งที่เกิดขึ้นอาจไม่ชัดเจนถึงระดับที่เป็นการขัดกันทางอาชญา เช่น การก่อความไม่สงบภายใน ซึ่งไม่อาจพิสูจน์ตัวผู้กระทำหรือผู้รับผิดชอบได้ รัฐก็อาจปฏิเสธการมีอยู่ของการขัดกันทางอาชญาและไม่นำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาบังคับใช้ เนื่องจากการใช้กฎหมายภายในในการปราบปรามมากกว่า แต่หากสถานการณ์มีความชัดเจนอยู่ในตัวแล้วว่าเป็นการขัดกันทางอาชญา เช่น เป็นสงครามแบ่งแยกดินแดนที่มีผู้ออกมารับผิดชอบต่อที่สามารถพิสูจน์ตัวได้ รัฐนั้นก็ไม่ว่าที่จะปฏิเสธที่จะบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้ ซึ่งโดยสรุปแล้วการปฏิเสธสถานการณ์การขัดกันทางอาชญาของรัฐจะทำให้เกิดปัญหาต่างๆ ดังต่อไปนี้ คือ

1.1.1 การไม่อาจให้ความคุ้มครองต่อผู้ที่เสียหายจากการขัดแย้งกัน

การที่รัฐปฏิเสธการมีอยู่ของการขัดกันทางอาชญาไม่ว่าจะเป็นลักษณะระหว่างประเทศหรือภายในประเทศนั้นมีผลต่อการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ แม้จะได้กล่าวไว้ว่ากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้นใช้บังคับโดยอัตโนมัติ เมื่อเกิดการขัดกันทางอาชญาขึ้น หากพิจารณาในด้านการขัดกันทางอาชญาที่มีลักษณะระหว่างประเทศหรือสงครามนั้น ซึ่งไม่ค่อยเกิดขึ้นในโลกปัจจุบัน ซึ่งหากเกิดขึ้น ย่อมเห็นได้ชัดเพราะต้องเป็นการพิพาทกันอย่างรุนแรงระหว่างประเทศสองประเทศ แต่กับการขัดกันทางอาชญาที่มีลักษณะผสม ซึ่งมีขึ้นมากในปัจจุบัน เพราะเกิดการขัดกันทางอาชญาทั้งสองประเภทขึ้นในครั้งเดียวกัน อาจเกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ หากมีการปฏิเสธว่าไม่ใช้การขัดกันทางอาชญาที่ปรากฏในอนุสัญญาเจนีวาหรือในพิธีสาร แต่ถึงอย่างไรการขัดกันทางอาชญาประเภทนี้มักเกิดขึ้นอย่างชัดเจน

ดังนั้น รัฐคู่สงครามจึงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าเกิดการขัดกันทางอาวุธขึ้น ประกอบกับความเป็นสากล และเป็นกฎเกณฑ์ที่พัฒนามาจากจารีตประเพณี รัฐทั้งหลายแม้มิได้เป็นภาคีของอนุสัญญาเจนีวา ก็ไม่อาจปฏิเสธที่จะนำกฎเกณฑ์ดังกล่าวมาบังคับใช้ได้

มาตรา 3 ร่วม ซึ่งใช้กับการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ หรือการสู้รบกันภายในประเทศ ซึ่งมาตรา 3 ไม่ได้มีกลไกในการอนุวัติการและควบคุมการปฏิบัติตาม เนื่องจากต้องการให้รัฐเข้าเป็นภาคีจึงไม่ต้องการให้มีความยุ่งยากทางการเมือง โดยเฉพาะจากการที่ฝ่ายต่อต้านรัฐบาลอาจกำหนดฝ่ายที่ทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองขึ้น อันอาจถือได้ว่าเป็นการมอบ หรือยอมรับสถานะระหว่างประเทศให้ฝ่ายต่อต้าน¹ การใช้อำนาจของรัฐบาลปฏิเสธถึงสถานการณ์ว่าไม่มีลักษณะเป็นการขัดกันทางอาวุธ โดยลักษณะความรุนแรงที่เกิดขึ้น อันอาจอ้างว่าเป็นความตึงเครียดภายใน หรืออ้างว่าเป็นการกระทำของโจรเท่านั้นไม่ใช่การขัดกันทางอาวุธภายในประเทศ ที่รัฐสามารถจัดการได้เองตามกฎหมายภายในประเทศ โดยการพยายามที่จะขัดขวางหรือไม่ยอมรับการที่กลุ่มฝ่ายต่อต้านสามารถเข้าควบคุมพื้นที่ได้²

ส่วนในด้านของกลุ่มกองกำลังติดอาวุธที่เป็นฝ่ายต่อต้านรัฐบาล ก็มักจะมีท่าทีปฏิเสธการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศด้วยเช่นกัน โดยการปฏิเสธการรับรองด้วยกฎหมายที่บัญญัติโดยรัฐ หรือโดยการเรียกร้องว่า พวกเขาไม่อาจผูกพันตามกฎหมายที่รัฐบาลได้อนุวัติการ หรือให้สัตยาบันโดยรัฐบาลที่พวกเขาไม่ยอมรับหรือต่อต้าน³ การปฏิเสธการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมของทั้งสองฝ่ายเช่นนี้ อาจนำมาซึ่งการกระทำความผิดอาญาที่เป็นการละเมิดกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ และมีผลต่อการไม่สามารถให้ความช่วยเหลือของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ เพื่อให้เกิดการปรับใช้มาตรฐานขั้นต่ำ ตามที่มาตรา 3 ได้บัญญัติไว้ เพื่อคุ้มครองผู้ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบ

¹ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายมนุษยธรรม ระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ ICRC, 2550), น. 51.

² Michelle Mack, Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts, International Committee of the Red Cross, (Geneva, February 2008), p.11.

³ *Ibid*, p. 11.

1.1.2 ปัญหาในการปฏิบัติต่อบุคคลที่ถูกจับกุมโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

สถานการณ์ความขัดแย้ง ที่ยังไม่ได้มีการบัญญัติลักษณะไว้ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและยังคลุมเครืออยู่ว่าสถานการณ์ดังกล่าวเป็นการขัดกันทางอาวุธหรือไม่ และถ้าหากเป็นจะจัดอยู่ในประเภทใดของการขัดกันทางอาวุธ ที่จะต้องนำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศใดมาบังคับใช้หรือไม่ โดยเฉพาะกับสงครามการต่อต้านการก่อการร้าย และการเกิดการสู้รบภายในดินแดนแห่งรัฐในบางกรณี ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 2 และในบทที่ 3 มักจะมีคำถามเกิดขึ้นตามมาเสมอว่ากลุ่มผู้ก่อการร้ายที่ปฏิบัติการ หรือมีถิ่นที่อยู่ภายในดินแดนแห่งรัฐนั้น จะมีสถานะเป็นพลเรือนหรือพลรบ โดยเฉพาะสถานการณ์การสู้รบภายในประเทศที่ฝ่ายในการสู้รบไม่ใช่รัฐบาลประเทศนั้นแต่เป็นกองกำลังของต่างชาติ เช่น อิสราเอลกับกลุ่มฮิซบอลเลาะห์ เป็นต้น และกับเหตุการณ์การก่อการร้าย ที่นักวิชาการได้ใช้คำว่า “Transnation Armed Group” ซึ่งเป็นคำที่ใช้แทนกลุ่มผู้ก่อการร้ายข้ามชาติ โดยเป็นคำที่ถูกใช้ตั้งแต่เหตุการณ์วันที่ 11 กันยายน 2001 โดยกลุ่มผู้ที่เห็นว่า War on Terror เป็นการขัดกันทางอาวุธชนิดหนึ่ง และควรจะใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในการปฏิบัติต่อกลุ่มดังกล่าว⁴ อันดับแรกต้องหาคำตอบว่าก่อนว่ากลุ่มบุคคลดังกล่าวมีสถานะเป็นพลรบหรือพลเรือนนั้น เพื่อที่จะทำให้สามารถปรับใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้อง ซึ่งหากว่ากลุ่มผู้ก่อการร้ายนั้นมีสถานะเป็นพลรบพวกเขาก็จะมีสิทธิที่จะมีเข้าร่วมกับการสู้รบโดยตรง และจะไม่ถูกลงโทษสำหรับการปฏิบัติการในการสู้รบ เขาจะถูกทำร้ายจากอีกฝ่ายหนึ่งจนกว่าพวกเขาจะยอมแพ้หรือได้กลายไปเป็นสถานะอื่น ถ้าหากตกไปอยู่ในอำนาจของฝ่ายตรงข้ามเขาจะมีสถานะเป็นนักโทษสงคราม (prisoner of war) ซึ่งจะได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 และถ้าหากพิจารณาว่าพวกเขามีสถานะเป็นพลเรือนพวกเขาไม่มีสิทธิที่จะทำการรบ แต่มีสิทธิได้รับการปกป้องคุ้มครองต่อการถูกทำร้าย และได้รับสิทธิประโยชน์จากอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 ถ้าพลเรือนเข้าร่วมในการรบเขาจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองและอาจต้องได้รับการลงโทษสำหรับสิ่งที่ทำตามข้อเท็จจริง⁵ ซึ่งเหตุการณ์การกักขังบุคคลที่อ้างว่ากวนตานาโม ประเทศคิวบา อันเป็นดินแดนที่สหรัฐอเมริกา มีอำนาจอธิปไตยเหนืออ่าวดังกล่าว ซึ่งเป็นผู้ต้องสงสัยว่าก่อการร้ายจากการสู้รบกันระหว่างฝ่ายสหรัฐอเมริกา กับกลุ่มอัล-เคดาในอัฟกานิสถานนั้น เป็นตัวอย่างของการกักขังบุคคลผู้ต้องสงสัยว่าก่อการร้าย โดย

⁴ Marco Sassoli, “Transnational Armed Groups and International Law,” *HPCR Occasional Paper Series*, (Harvard University, 2006), N. 6, see summary.

⁵ *Ibid*, p. 16.

มีรายงานว่าถูกทรมาน และไม่ได้รับการปฏิบัติที่ดีอย่างนักโทษสงคราม รวมถึงการไม่ได้รับการพิจารณาจากศาลที่เป็นกลาง โดยเป็นศาลทหารที่สหรัฐฯ ได้จัดตั้งขึ้นโดยเฉพาะเพื่อพิจารณาคดีเกี่ยวกับผู้ถูกกักขังในอ่าวกวนตานาโม โดยมีองค์คณะที่เลือกโดยฝ่ายรัฐบาล⁶

ส่วนในการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศนั้น กฎหมายที่ใช้สำหรับการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ (Law of non-international armed conflicts) ไม่ได้มีการกำหนดนิยามสำหรับเป้าหมายทางทหาร สถานะพลรบ หรือพลเรือนแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็มีหลักการในเรื่องความคุ้มครองพื้นฐานที่ตรงกันคือ เช่น การห้ามโจมตีพลเรือน วัตถุพลเรือน แต่ว่ากฎหมายที่ใช้สำหรับการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศนั้น ได้คาดการณ์ไว้ล่วงหน้าแล้ว จึงไม่มีการกำหนดนิยามของสถานะพลรบไว้ และไม่ได้บัญญัติกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับสำหรับพลรบไว้โดยเฉพาะ ไม่ใช่แม้แต่คำว่า “พลรบ (combatant)” ซึ่งเป็นผลมาจากข้อเท็จจริงที่ “ไม่มีผู้ใดที่มีสิทธิมีส่วนร่วมในการสู้รบ (right to the participate in hostilities)”⁷ ซึ่งหลักการคือให้ความคุ้มครองแก่ผู้ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบ โดยกฎหมายไม่ได้ให้ความคุ้มครองตามสถานะแต่คุ้มครองตามสิ่งที่ทำตามความเป็นจริง

ในพิธีสารเพิ่มเติม 1977 ฉบับที่ 1 ได้บัญญัติถึงหน่วยกึ่งทหารและองค์กร โดยบังคับให้ติดอาวุธไว้ด้วย และต้องแจ้งให้ฝ่ายอื่นในสงครามทราบ และสมาชิกหน่วยป้องกันพลเรือน และสมาชิกของกลุ่มกองกำลังที่สู้รบแบบกองโจร ซึ่งมาตรา 44(3) ได้กำหนดให้ฐานะนักโทษสงครามเมื่อถูกจับได้ ภายใต้เงื่อนไขว่าต้องพกอาวุธอย่างเปิดเผยระหว่างการสู้รบและสามารถสังเกตได้ระหว่างเตรียมการสู้รบ เพราะจะไม่ถือว่าเป็นการใช้กลไกในการสู้รบ เนื่องจากทำให้แบ่งแยกได้จากพลเรือน⁸

⁶ กฎหมาย Military Commissions Act ของสหรัฐอเมริกากับความเสื่อมของหลัก Habeas Corpus, ฝ่ายพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา www.lawreform.go.th/lawreform/index.php?option=com...

⁷ Marco Sassoli and Antoine A. Bouvier, How does law protect in war, (International Committee of the Red Cross, Geneva, 1999), p. 208.

⁸ จตุรนต์ ธิระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 159.

1.2 ความเป็นไปได้ต่อการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศแม้รัฐนั้นปฏิเสธ

ตามที่ได้กล่าวไปแล้วในข้างต้นว่ากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้น ผู้ร่างจงใจให้กฎหมายนี้สามารถบังคับใช้ได้โดยอัตโนมัติเมื่อเกิดการขัดกันทางอาวุธขึ้น ซึ่งต้องเป็นไปตามข้อเท็จจริง และสามารถบังคับได้แม้รัฐนั้นจะมีได้เป็นรัฐภาคีในอนุสัญญาเจนีวา 1949 เพราะกฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นกฎเกณฑ์ที่มาจากจารีตประเพณีนั่นเอง ดังนั้นความสามารถในการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ จึงไม่ได้ขึ้นอยู่กับรัฐที่เกิดการขัดกันทางอาวุธขึ้นที่จะเป็นผู้พิจารณาว่าการขัดกันทางอาวุธนั้นต้องนำกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้ แต่กฎหมายจะมีผลบังคับใช้โดยอัตโนมัติ⁹ หากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้น เข้าเงื่อนไขของการขัดกันทางอาวุธไม่ว่าลักษณะใดลักษณะหนึ่ง

1.2.1 การบังคับใช้กฎหมายขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงไม่ได้ขึ้นอยู่กับการประกาศสงคราม

แต่เดิมนั้น กฎหมายภาคสงครามจะปรับใช้ได้เฉพาะกับกรณีที่มีสถานะสงครามได้รับการรับรองจากฝ่ายต่างๆ ในสงครามเท่านั้น ในสถานการณ์ดังกล่าว กฎหมายภาคสงครามจะมีผลใช้บังคับในการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยในอดีตที่ผ่านมาการปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศภาคสงครามจะมีการแยกระหว่างสถานะสันติและภาวะสงครามโดยไม่มีสถานการณ์ระหว่างสองสถานะนี้ ทั้งที่ในทางปฏิบัติมีกรณีที่ชี้ให้เห็นได้ว่าอยู่ในภาวะสงครามหรือไม่ กล่าวคือ ในปัจจุบันการเกิดขึ้นของการขัดกันทางอาวุธไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับการสิ้นสุดความสัมพันธ์ที่ไม่เป็นปฏิปักษ์ระหว่างกันทั้งหมด ความสัมพันธ์ทางทูตก็ยังไม่จำเป็นต้องถูกตัดหรือระงับชั่วคราว ดังเช่นตัวอย่างของสถานทูตของสหรัฐอเมริกาในกรุงแบกแดดในช่วงสงครามอ่าวเปอร์เซีย เพราะฉะนั้น จึงถือว่าอยู่ในภาวะสงครามหากรัฐฝ่ายหนึ่งยืนยันทำที่ดังกล่าวแม้เพียงฝ่ายเดียวก็ตาม¹⁰

⁹ Jean S. PICTET, Commentary on the Geneva convention of 12 August 1949 (Geneva : ICRC, 1995), vol.I, p.32.

¹⁰ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 42-44.

การประกาศสงครามหรือการยื่นคำขาด ที่นำไปสู่การเกิดการขัดกันทางอาวุธขึ้น และกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจะมีผลบังคับใช้โดยทันที แต่อย่างไรก็ตาม ตามที่ผู้เขียนได้เคยกล่าวไว้ในบทที่ 3 ว่าการพิจารณาว่าตน (รัฐ) อยู่ในภาวะสงครามหรือไม่นั้น ไม่เป็นเงื่อนไขของการนำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาบังคับใช้ ซึ่งแม้ว่ารัฐจะพิจารณาว่าตนไม่ได้อยู่ในภาวะสงคราม แต่หากตามข้อเท็จจริงเข้าเงื่อนไขของการเกิดการขัดกันทางอาวุธขึ้น ซึ่งไม่ว่าจะเป็นประเภทใด ประเทศนั้นต้องปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศทันที และแม้หากตนประกาศสงคราม แต่ตามข้อเท็จจริงไม่ได้เกิดการขัดกันทางอาวุธขึ้นแต่ประการใด กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศย่อมบังคับใช้โดยอัตโนมัติ

มาตรา 2 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับได้บัญญัติถึงการบังคับใช้อนุสัญญานี้ต่อการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ดังนี้

“... all cases of declared war or of any armed conflicts which may arise between two or more of the High Contracting Parties..”

บทบัญญัติดังกล่าว ไม่ได้ใช้คำว่าต้องมีการประกาศสงคราม ก่อนจึงจะเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ อันต้องปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ดังนั้น แม้ไม่ได้มีการประกาศสงครามแต่หากเกิดข้อเท็จจริงว่าได้มีการเกิดการขัดกันทางอาวุธระหว่างรัฐสองรัฐ หรือมากกว่าสองรัฐแล้ว กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจะใช้บังคับทันที

และการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศจะเกิดขึ้นเมื่อฝ่ายหนึ่งใช้กำลังทางทหารต่ออีกฝ่ายหนึ่ง รวมถึงกรณีการยึดครองไม่ว่าอย่างเต็มที่หรือแต่เพียงบางส่วน แม้ว่าจะไม่เกิดการสู้รบขึ้นก็ตาม¹¹ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศก็มีผลบังคับใช้

เช่นเดียวกันกับ มาตรา 3 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ที่บังคับใช้กับการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ จะบังคับใช้โดยเข้าเงื่อนไขกฎเกณฑ์ตามที่ปรากฏในมาตรา 1 ในพิธีสารฉบับที่ 2¹² ซึ่งแปลได้ว่ามีเจตนาที่จะใช้บังคับกับการขัดกันทางอาวุธภายในประเทศที่มีระดับความรุนแรงมาก อันเป็นการปกป้อง

¹¹ จตุรนต์ ธิระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 44.

¹² See Art.1 of Protocol II.

คุ้มครองผู้ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการสู้รบ ซึ่งจะบังคับใช้โดยอัตโนมัติ และไม่ขึ้นอยู่กับการพิจารณาของรัฐแต่อย่างใด โดยใช้หลักสุจริต¹³

ซึ่ง The Conference of Government Experts ได้แนะนำว่า “อนุสัญญาเจนีวา 1949 ควรจะนำไปบังคับใช้กับการขัดกันทางอาวุธในทุกกรณี ไม่ว่ารัฐนั้นจะได้รับรองภาวะสงครามจากรัฐคู่สงครามหรือไม่ หรือไม่ว่ารัฐนั้นจะได้รับการรับรองจากรัฐภาคีที่เกี่ยวข้องหรือไม่ก็ตาม”¹⁴

1.2.2 การบังคับใช้กฎหมายแม้ฝ่ายอีกฝ่ายจะไม่ให้การรับรองสถานะความเป็นรัฐของอีกฝ่ายหนึ่ง

นอกจากการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ จะไม่ได้ขึ้นอยู่กับการประกาศสงครามของรัฐที่ทำการสู้รบแล้ว การบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้น มีความเป็นไปได้ แม้อีกฝ่ายจะไม่ได้ถูกรับรองสถานะความเป็นรัฐโดยคู่สงครามอีกฝ่ายหนึ่ง หรือรัฐฝ่ายต่างๆ เช่น ไม่ว่าการไม่รับรองจากรัฐคู่สงครามหรือประเทศเพื่อนบ้านที่มีอาณาเขตติดต่อกัน หรือจากรัฐบาลของรัฐอื่นซึ่งเป็นภาคีในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ก็ตาม¹⁵ กรณีตัวอย่างเช่น สงครามระหว่างอิสราเอลกับกลุ่มประเทศอาหรับ ซึ่งกลุ่มประเทศอาหรับนั้น มิได้ให้การรับรองสถานะความเป็นรัฐของอิสราเอลแต่อย่างใด แต่ทั้งสองฝ่ายต่างก็ยอมรับการปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ¹⁶

โดยมีตัวอย่างของการบังคับใช้กฎหมายแม้ไม่ได้มีการรับรองสถานะของรัฐคู่สงคราม ดังเช่น การขัดกันทางอาวุธระหว่างคอโซวกับประเทศเซอร์เบีย โดยรัฐดังกล่าวได้ประกาศอิสรภาพแยกตัวเป็นรัฐเอกเทศจากประเทศเซอร์เบีย โดยการได้รับการรับรองรัฐบาลจากบางประเทศ ซึ่งเซอร์เบีย ไม่ได้ให้การรับรองสถานะความเป็นรัฐของคอโซวดังกล่าว โดยยังถือว่าคอโซวยังคงเป็นจังหวัดหนึ่งของประเทศตน กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศก็ต้องบังคับใช้ แม้ไม่มีการรับรองสถานะความเป็นรัฐคอโซวซึ่งเป็นคู่สงครามกับประเทศเซอร์เบีย

¹³ Jean Pictet, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, International Committee of the Red Cross, (Geneva: Martinus Nijhoff Publishers, 1987), p.1343.

¹⁴ Jean S. PICTET, *supra* note 9, p.29.

¹⁵ Jean S. PICTET, *supra* note 9, pp. 28-29.

¹⁶ จตุรนต์ ภิระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 45.

1.2.3 ความสามารถในการบังคับใช้กฎหมาย โดยไม่เป็นการให้สถานะแก่กลุ่มกบฏและไม่เป็นการรับรองสถานะของคู่สงคราม

มาตรา 3 ร่วม ได้บัญญัติโดยชัดแจ้งว่า การบังคับใช้บทบัญญัติมนุษยธรรมระหว่างประเทศดังกล่าว ไม่มีผลกระทบต่อสถานะทางกฎหมายของคู่สงคราม กล่าวคือ การบังคับใช้กฎหมาย โดยเฉพาะกับมาตรา 3 ร่วมนั้น ไม่เป็นการก่อตั้ง ให้สถานะหรือเป็นการกระทำที่เป็นการให้การรับรองสถานะว่าฝ่ายกบฏหรือฝ่ายกองกำลังติดอาวุธนั้น มีสถานะเป็นประเทศคู่สงคราม นอกจากนั้น การบังคับใช้บทบัญญัติมาตรา 3 ร่วมไม่ได้เป็นการให้สถานะพลรบ (combatant) แก่กลุ่มดังกล่าว และผลที่ตามมาคือ รัฐสามารถปราบปรามสมาชิกของกลุ่มติดอาวุธดังกล่าวได้ ภายใต้กฎหมายอาญาภายในประเทศ สำหรับการกระทำที่มีส่วนในการสู้รบ แม้การขัดกันทางอาวุธที่เกิดขึ้นจะได้ปฏิบัติตามกฎหมายภาคสงคราม¹⁷ ซึ่งในพิธีสารฉบับที่ 2 ก็เช่นเดียวกัน การบังคับใช้ไม่ได้ก่อให้เกิดการรับรองประเทศ (หรือกลุ่ม) คู่สงครามในการเป็นรัฐอีกรัฐหนึ่งหรือการรับรองรัฐบาลอย่างแนบแน่น และไม่ได้เปลี่ยนแปลงลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาท และนอกจากนี้มาตรา 3 ร่วม และพิธีสารฉบับที่ 2 ไม่ได้ให้สถานะพิเศษแก่คู่สงครามที่เป็นกลุ่มกองกำลังแต่อย่างใด¹⁸ เช่น กบฏไม่มีสถานะเป็นคู่สงคราม กล่าวคือ กบฏก็ยังคงเป็นกบฏไม่ได้รับสิทธิพิเศษอย่างนักโทษสงครามแต่อย่างใด เพราะกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นเรื่องทางด้านมนุษยธรรมล้วนๆ ไม่เกี่ยวข้องกับกิจการภายในรัฐหรือนโยบายของรัฐ ซึ่งเป็นเพียงการให้หลักประกันในการที่จะเคารพกฎเกณฑ์ที่จำเป็นบางประการของมนุษย์ และไม่มีผลกระทบใดๆ ต่อสิทธิของรัฐบาลที่จะฟ้องคดีอาญา พิจารณาตัดสินลงโทษฝ่ายตรงข้าม โดยเฉพาะกับการถูกพิจารณาตัดสินคดีเมื่อกระทำความผิด และไม่ให้สถานะพลรบและนักโทษสงครามแก่กลุ่มกองกำลังดังกล่าว¹⁹

¹⁷ Derek Jinks, "September 11 and the Law of War," The Yale Journal of International Law, Vol. 28, (2008), p. 18.

¹⁸ เฉลียว นครจันทร์, "การนำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาประยุกต์ใช้กับการพิพาทด้วยอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ: ศึกษาเฉพาะกรณีไทยและฟิลิปปินส์," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), น. 58.

¹⁹ Jean Pictet, *supra* note 13, p.1344.

1.2.4 การบังคับใช้อनुสัญญาเจนีวาและพิธีสารเพิ่มเติมในส่วนที่เป็นจารีตประเพณีแม้รัฐไม่ได้ให้สัตยาบัน

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในส่วนที่เป็นจารีตประเพณีนั้น ซึ่งกฎหมายภาคสงคราม มีบทบัญญัติจำนวนมากที่เป็นเพียงการประกาศและประมวลกฎเกณฑ์ที่มีอยู่แล้วในจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และได้กลายเป็นจารีตประเพณีไปแล้วในปัจจุบัน ซึ่งมีผลบังคับใช้เป็น การทั่วไปสำหรับรัฐทั้งปวง²⁰

จารีตประเพณีระหว่างประเทศเกิดจากปัจจัยสำคัญ 2 ประการ กล่าวคือ ทางปฏิบัติของรัฐและองค์ประกอบด้านจิตวิทยา อันได้แก่ ความเชื่อมั่นว่าทางปฏิบัติเป็นสิ่งที่ต้องกระทำ ตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายซึ่งกำหนดให้ต้องดำเนินการ ส่วนทางปฏิบัติของรัฐประกอบขึ้นจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำ รวมถึงแถลงการณ์ คำประกาศ ตลอดจนคู่มือทางทหารต่างๆ อันเป็นทางปฏิบัติที่แพร่หลายทั่วไป อันหมายความว่าทุกรัฐไม่จำเป็นต้องเข้าร่วมในการปฏิบัติ ดังกล่าวก็ได้ แต่ต้องเป็นทางปฏิบัติของรัฐที่มีส่วนได้เสียโดยตรง เช่น ทางปฏิบัติของการสู้รบทางทะเลก็จะพิจารณาได้จากรัฐที่มีกองทัพเรือ²¹

การมีอยู่ของจารีตประเพณีของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ได้รับการยืนยันโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ดังเช่น ในคำพิพากษาคดีนิคารากัว ค.ศ. 1986 โดยเฉพาะเกี่ยวกับเรื่องการห้ามฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ โดยศาลถือว่าพันธกรณีของรัฐในเรื่องนี้ มีลักษณะเด็ดขาด กล่าวคือ อยู่นอกเหนือพันธกรณีตามสนธิสัญญา และรัฐทั้งปวงสามารถอ้างสิทธิตามพันธกรณีดังกล่าวได้ โดยไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของการต่างตอบแทน และการละเมิดพันธกรณีของกฎหมายภาคสงครามในเรื่องนี้ ย่อมไม่ก่อให้เกิดสิทธิในการโต้ตอบหรือการแก้แค้นใดๆ ได้ และยังสามารถลงโทษทางอาญาระหว่างประเทศอีกด้วย²²

อนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ ได้บัญญัติขึ้นโดยการรวบรวมกฎเกณฑ์ที่เป็นจารีตประเพณีในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบ แล้วประมวลออกมาในรูปของกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นลายลักษณ์อักษร กอปรกับอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับได้มีประเทศให้

²⁰ จตุรนต์ ธิระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 40.

²¹ จตุรนต์ ธิระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 40.

²² จตุรนต์ ธิระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 41.

สัตยาบันเป็นจำนวนมาก โดยมีประเทศให้สัตยาบันแล้วจำนวน 194 ประเทศ (ปี ค.ศ.2009)²³ ซึ่งนับว่าเป็นจำนวนที่มากเกือบทุกประเทศในประชาคมโลกด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงทำให้อนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับนั้นต้องมีการบังคับใช้เป็นการสากล แม้หากเกิดการขัดกันทางอาชุกับประเทศที่ไม่ใช่รัฐภาคีของอนุสัญญาเจนีวา ก็ยังต้องนำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาใช้บังคับ

ในพิธีสารเพิ่มเติมทั้งสองฉบับ ยังคงไม่ได้รับการยอมรับในลักษณะสากล กล่าวคือยังมีรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีอีกพอสมควร ซึ่งรวมถึงโดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐมหาอำนาจ เช่น สหรัฐอเมริกา และฝรั่งเศส แต่บทบัญญัติบางส่วนของพิธีสารได้รับการยอมรับว่าเป็นการประกาศจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป ซึ่งรัฐต่างๆ ก็ปฏิบัติตามแม้จะมีได้เป็นภาคีก็ตาม ตัวอย่างเช่น สงครามในอ่าวเปอร์เซีย ซึ่งหลายฝ่ายที่เกี่ยวข้องมิได้เป็นภาคีในพิธีสารฉบับที่ 1 เช่น อิรักและรัฐมหาอำนาจบางรัฐที่เข้าร่วมเป็นกองกำลังนานาชาติ แต่รัฐที่ร่วมเป็นพันธมิตรเหล่านี้ก็ประกาศนโยบายในการรบโดยสอดคล้องกันตามกฎหมายเกณฑ์ในพิธีสารโดยเฉพาะในมาตรา 48 ถึงมาตรา 57 กล่าวคือ จะเน้นปฏิบัติการโจมตี เฉพาะเป้าหมายทางทหารเท่านั้น²⁴

การขัดกันทางอาชุที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศนั้น แม้ว่าบางประเทศจะยังไม่ได้ให้สัตยาบันในพิธีสารเพิ่มเติม 1977 ฉบับที่ 2 ก็ตาม โดยประเทศที่ให้สัตยาบันกับพิธีสารดังกล่าวปัจจุบันมี 164 ประเทศ (ปี ค.ศ.2009)²⁵ ซึ่งไม่มากเท่ากับการให้สัตยาบันในอนุสัญญาเจนีวา อันทำให้ประเทศเหล่านั้น รวมทั้งประเทศไทยยังไม่มีพันธกรณีหรือความผูกพันที่จะปฏิบัติตามพิธีสารฉบับที่ 2 ในลักษณะสนธิสัญญา แต่ประเทศที่ไม่ได้ให้สัตยาบันยังคงต้องผูกพันตามบทบัญญัติในพิธีสารในส่วนที่เป็นบทบัญญัติที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เช่น ในเรื่องการห้ามทำทารุณกรรมต่อชีวิต ต่อร่างกาย การจับตัวเป็นประกัน การก่อการร้าย ห้ามโจมตีเป้าหมายพลเรือน การปกป้องผู้ที่ได้รับการบาดเจ็บหรือป่วยไข้ อันเป็นกฎหมายที่ซึ่งกฎหมายใช้บังคับอยู่แล้ว (lex lata) อันเป็นพันธกรณีที่เกิดโดยอัตโนมัติ โดยไม่ต้องคำนึงว่ามีการให้สัตยาบันต่อพิธีสารฉบับที่ 2 นี้ หรือไม่²⁶

²³ สืบค้นจาก

http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/party_main_treaties.

²⁴ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 37.

²⁵ Ibid.

²⁶ เฉลียว นครจันทร์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 18, น.151.

1.3 ความเป็นไปได้ในการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศต่อการขัดกันทางอาวุธลักษณะอื่นๆ

นอกจากการขัดกันทางอาวุธลักษณะระหว่างประเทศ และการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ ยังมีการขัดกันทางอาวุธลักษณะอื่นๆ ตามที่ได้อธิบายลักษณะไว้แล้วในบทที่ 2 การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสม และการก่อการร้าย ซึ่งอาจมีปัญหาว่าจะมีความเป็นไปได้มากนักเพียงใด ในการนำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในสถานการณ์ ดัง กล่าว ซึ่งไม่ได้มีการบัญญัติอธิบายไว้ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศแต่อย่างใด เพราะเป็นสถานการณ์ความขัดแย้งที่ใหม่ และมีลักษณะที่ต่างออกไปจากลักษณะตามปกติของการขัด กันทางอาวุธ และการที่ไม่มีนิยามทางกฎหมายอย่างเป็นทางการทั้งกับการขัดกันทางอาวุธ และการก่อการร้ายนั้น เป็นสิ่งที่น่าพิจารณาว่าการก่อการร้ายนั้นเป็นการขัดกันทางอาวุธหรือไม่ แล้วถ้ายังไม่มีคำตอบที่แน่ชัดต่อไป จะใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาบังคับจะดีหรือไม่ อย่างไร

1.3.1 การก่อการร้าย

แม้ว่าจะยังเป็นที่ถกเถียงอย่างไม่ลงรอยกันว่าการก่อการร้ายนั้นจัดเป็นประเภทหนึ่งของการขัดกันทางอาวุธหรือไม่ ซึ่งมีความเห็นต่างๆ ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 2 และบทที่ 3 แต่อย่างไรก็ตาม ในขณะที่ยังไม่อาจนำการก่อการร้ายเข้าเป็นประเภทหนึ่งของการขัดกันทางอาวุธ แต่การให้ความคุ้มครองต่อบุคคลผู้ไม่ได้ทำการสู้รบ หรือผู้ที่ทำการสู้รบไม่ได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรม ก็ยังคงเป็นประเด็นที่สำคัญว่าจะปฏิบัติต่อผู้ที่ทำการก่อการร้าย เช่นเดียวกับพลรบหรือนักโทษสงครามตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้หรือไม่

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นเครื่องมือที่ใช้สำหรับคู่สงครามของการขัดกันทางอาวุธ โดย Gabor Rona ได้ให้ความเห็นว่า คู่สงครามมีสิทธิ และหน้าที่ความรับผิดชอบหากผู้ก่อการร้ายต้องการความคุ้มครอง ก็ต้องปฏิบัติตามอนุสัญญา เพื่อที่จะกลายเป็นคู่สงครามของการขัดกันทางอาวุธอันจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย²⁷

สมาชิกของกลุ่มผู้ก่อการร้ายถูกตั้งคำถามเสมอว่าเป็นพลเรือน หรือพลรบ ซึ่งหากเป็นพลรบในกรณีนี้ที่จัดว่าการก่อการร้ายเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศพวกเขาจะ

²⁷ Marco Sassoli, *supra* note 4, p.11.

มีสิทธิในการร่วมสู้รบหรือเป็นส่วนหนึ่งในการรบโดยตรง และไม่ได้รับการถูกลงโทษสำหรับการสู้รบดังกล่าว แต่จะถูกโจมตีจนกว่าจะยอมแพ้ หรือกลายเป็นผู้ไม่สามารถทำการรบได้ ซึ่งอาจจะเป็นนักโทษสงครามซึ่งจะได้รับการปกป้องคุ้มครองจากอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 3 ในตรงกันข้าม หากสมาชิกผู้ก่อการร้ายมีสถานะเป็นพลเรือน พวกเขาจะไม่มีสิทธิในการร่วมสู้รบ แต่จะได้รับการปกป้องต่อการถูกโจมตี และได้รับประโยชน์จากการคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 หากตกอยู่ในอำนาจของฝ่ายศัตรู ถ้าพวกเขามีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงกับการสู้รบพวกเขาจะถูกโจมตี แต่หากเขาทำการสู้รบพวกเขาจะได้รับการลงโทษตามข้อเท็จจริงที่ได้ลงมือกระทำไปในการสู้รบ²⁸

หากจัดเป็นการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ ซึ่งไม่มีการแบ่งแยกเป็นพลเรือน หรือพลรบ แต่มาตรา 3 รวมจะเข้าคุ้มครองต่อผู้ที่ไม่ได้ทำการรบ หรือผู้ที่ทำการรบแต่ได้วางอาวุธแล้ว ซึ่งผู้ก่อการร้ายข้ามชาติ สมาชิกกองกำลังภายในประเทศ พลเรือนจะได้รับประโยชน์

โดยตรงจากกฎหมายที่ใช้บังคับสำหรับการขัดกันทางอาวุธลักษณะดังกล่าว ซึ่งจะประกันการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมและในกรณีที่มีการพิจารณาของศาล ก็จะได้รับคุ้มครองในการได้รับการพิจารณาด้วยความเป็นกลาง²⁹

สำหรับเหตุการณ์การก่อการร้าย 9/11 นั้น แน่นอนว่าการกระทำของกลุ่มผู้ก่อการร้ายนั้นไม่ได้เป็นการกระทำของรัฐ แต่เป็นการกระทำของ non state actor ซึ่งไม่ได้กระทำในนามของรัฐแต่อย่างใด โดยอิสลามา บิลลาเดนไม่ได้กระทำในฐานะของรัฐอันเป็นสัญชาติคือ ประเทศซาอุดีอาระเบีย และไม่ได้กระทำในประเทศที่พักพิง คือ ประเทศอัฟกานิสถาน ดังนั้น การก่อการร้ายดังกล่าวไม่อาจจัดได้ว่าเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกากับประเทศดังกล่าว ซึ่งการนำเอากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาปรับใช้กับสถานการณ์ดังกล่าวย่อมมีทั้งข้อดีและข้อเสีย กล่าวคือ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้นมีสองส่วน คือ ส่วนที่ใช้เพื่อให้ความคุ้มครอง โดยคุ้มครองต่อผู้บริสุทธิ์ที่ตกเป็นเหยื่อ และคุ้มครองผู้ที่สู้รบ แต่ในขณะเดียวกันกฎหมายมนุษยธรรมก็มีส่วนที่เป็นบทลงโทษ ถ้าเป็นการกระทำที่เข้าลักษณะของอาชญากรรมสงคราม หรือ war crimes คือเป็นอาชญากรรมที่มีเขตอำนาจศาลสากล เป็นเขตอำนาจสากลของรัฐ กล่าวคือเมื่ออาชญากรไปอยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐใด รัฐนั้นก็ตามสามารถมีเขตอำนาจในการจับกุม และพิจารณาคดี และไม่มีอายุความในการฟ้องคดี อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity) ก็เช่นเดียวกัน ซึ่งจะดีกว่า common law crime ตรงที่ไม่

²⁸ Marco Sassoli, *supra* note 4, p.16.

²⁹ Marco Sassoli, *supra* note 4, p.20.

ต้องรอให้การกระทำผิดนั้นเกิดขึ้นในประเทศก่อนจึงจะมีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษา หากเป็น common law crime แล้วไม่สามารถจับตัวได้ภายในอายุความ ก็จะหมดอำนาจในการนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ แต่ war crimes และ crimes against humanity ไม่มีอายุความในการนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ

หากมองในเรื่องความคุ้มครองกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศต่อผู้ตกเป็นเหยื่อนั้นก็จะเห็นข้อดี แต่ข้อเสียคือ การได้รับความคุ้มครองนั้นรวมถึงจะต้องปฏิบัติต่อผู้ก่อการร้ายอย่างมีมนุษยธรรมด้วย ผู้ก่อการร้ายจะได้รับสถานะเป็นพลรบ และเมื่อถูกจับตัวได้จะเป็นนักโทษสงครามอาจทำให้หลุดรอดจากความผิดได้ ไม่ใช่อาชญากรตามกฎหมายปกติทั่วไป (common law crimes) คือ ถ้าหากจับกุมตัวได้ผู้ก่อการร้ายจะได้รับสถานะเป็นนักโทษสงคราม (prisoner of war) และเมื่อสถานการณ์ความขัดแย้งนั้นได้สิ้นสุดลง จะต้องปล่อยให้กลับสู่ประเทศเดิม จะกักตัวไว้ไม่ได้ แต่หากเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาทั่วไปภายในประเทศ ผู้กระทำผิดจะมีสถานะเป็นอาชญากรตามกฎหมายอาญาภายในประเทศ ซึ่งจะต้องได้รับโทษตามการกระทำผิดที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย เช่น อาจจำคุก 10 ปี ซึ่งสามารถลงโทษได้แม้ว่าสถานการณ์ความขัดแย้งจะได้สิ้นสุดลงแล้วก็ตาม ซึ่งเห็นว่า แม้ว่าการก่อการร้ายอาจจะมีระดับความรุนแรงสูง แต่ตัวผู้ก่อการร้ายมิได้ยอมรับหรือปฏิบัติตามกฎหมายภาคสงครามแต่อย่างใด ดังนั้น การที่จะให้ผู้ก่อการร้ายนั้นได้รับประโยชน์จากการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้น ดูเหมือนอาจจะไม่ยุติธรรมต่อผลกระทบโดยส่วนรวมที่ประชาชนพลเรือนได้รับกับสัดส่วนของการกระทำของผู้ก่อการร้ายได้กระทำ ซึ่งอาจอ้างว่าตัวเองกระทำไปด้วยเหตุผลทางการเมือง และในที่สุดเมื่อเจรจาได้ก็ปล่อยตัวไป ดังนั้น ผู้ก่อการร้ายจึงไม่สมควรได้รับการปกป้องคุ้มครองตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ควรได้รับโทษตามการกระทำผิดที่ได้กระทำลงตามข้อเท็จจริง จึงน่าที่จะใช้กฎหมายภายในประเทศบังคับ

และหากว่าการโจมตีสหรัฐอเมริกาโดยผู้ก่อการร้ายในวันที่ 11 กันยายน 2001 นั้นถูกพิจารณาว่าเป็นการขัดกันทางอาชุรลักษณะหนึ่งแล้ว ปัญหาว่ากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจะนำมาบังคับใช้เมื่อใด กล่าวคือจะบังคับใช้เมื่อสหรัฐอเมริกาถูกโจมตีโดยผู้ก่อการร้าย หรือจะบังคับใช้เมื่อสหรัฐอเมริกาได้เข้าโจมตีกลุ่มผู้ก่อการร้ายในประเทศอัฟกานิสถาน ซึ่งเห็นว่ากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศโดยเฉพาะกับมาตรา 3 ร่วมกัน เป็นบทบัญญัติซึ่งมีไว้ใช้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบ โดยเฉพาะการคุ้มครองผู้บริสุทธิ์ ผู้เป็นพลเรือน ผู้ที่วางอาวุธแล้ว ดังนั้น กฎหมายน่าจะมีผลบังคับใช้ในตอนที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ถูก

โจมตีเป็นต้นไป เพื่อให้มีการปฏิบัติต่อบุคคลดังกล่าวอย่างมีมนุษยธรรมตั้งแต่ตอนนั้น ซึ่งรวมถึงเรื่องการควบคุมตัว และการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวด้วย

1.3.2 การขัดกันทางอาวุธลักษณะผสม

ตามที่ได้กล่าวแล้ว ว่าการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสมนั้น มีลักษณะที่แตกต่างจากการขัดกันทางอาวุธที่ปรากฏตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ กล่าวคือ มีทั้งการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ และการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ ในสถานการณ์เดียวกัน โดยเริ่มจากสถานการณ์ความขัดแย้งภายในประเทศและขยายความขัดแย้ง หรือมีต่างชาติเข้าแทรกแซง หรือมีการช่วยเหลือสนับสนุนทางการทหารให้คู่สงคราม ซึ่ง H-P. Gasser ได้ให้ความเห็นในเรื่องการปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมต่อการขัดกันว่า “ความยากของการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศต่อการขัดกันทางอาวุธลักษณะนี้ คือ การได้สัดส่วนในแง่ที่ว่า แม้ว่าการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสมจะมีลักษณะพิเศษที่แยกจากการขัดกันทางอาวุธทั้งทางระหว่างประเทศและภายในประเทศ”³⁰ ซึ่งไม่มีกฎเกณฑ์ที่ใช้กับการขัดกันทางอาวุธนี้โดยเฉพาะ แต่เกี่ยวข้องกับการขัดกันทางอาวุธในทางระหว่างประเทศและไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ ซึ่งเกี่ยวข้องกับอนุสัญญาเจนีวาทั้งหมด พิธีสารเพิ่มเติม และจารีตประเพณีระหว่างประเทศจะต้องนำมาบังคับใช้ เพราะตามที่ได้กล่าวแล้วในบทที่ 3 ถึงการไม่มีกฎเกณฑ์ที่เพียงพอ เหมาะสมในการนำมาบังคับใช้กับการขัดกันทางอาวุธลักษณะผสมนี้

แต่อย่างไรก็ตาม ได้มีศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) ได้ตัดสินคดี Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua v. United State of America ว่าการพิพาทระหว่างฝ่ายกบฏคอนทราส และรัฐบาลนิการากัวเป็นการพิพาทด้วยอาวุธที่มีลักษณะไม่เป็นระหว่างประเทศ และการขัดกันทางอาวุธของฝ่ายกบฏโดยกระทำในนามของสหรัฐอเมริกาต่อรัฐบาลนิการากัวเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งฝ่ายนิการากัวแม้จะยอมให้คณะกรรมการกาชาดสากลเข้าไปดำเนินการให้การช่วยเหลือในนิการากัวได้ แต่

³⁰ James G. Stewart, “Towards a Single Definition of Armed Conflict in International Humanitarian Law: A Critique of Internationalized Armed Conflict”, (ICRC, Vol.85, 2003), p. 316.

รัฐบาลนิคารากัวก็ไม่รับรอง หรือยังปฏิเสธความมีอยู่ของการขัดกันทางอาวุธภายในประเทศของตน³¹

และนอกจากนั้น ศาลยังได้วางหลักเกณฑ์ไว้สำหรับการปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไว้สำหรับการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสมนี้ คือ ความขัดกันทางอาวุธระหว่างกลุ่มกองทหารกับรัฐบาลนิคารากัวนั้นเข้าหลักเกณฑ์การขัดกันทางอาวุธภายในประเทศอันต้องนำกฎเกณฑ์มาตรา 3 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวา และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 มาใช้บังคับ ในขณะที่การดำเนินการของรัฐบาลของสหรัฐอเมริกา และต่อรัฐบาลนิคารากัวเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับความขัดแย้งระหว่างประเทศ³² ซึ่งก็คือ กฎหมายที่ใช้บังคับต่อการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ คืออนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ และนอกจากนี้ ศาลยังกล่าวอีกว่าสหรัฐอเมริกานั้นมีหน้าที่ต้องเคารพอนุสัญญาเจนีวา และต้องให้ประกันที่จะเคารพอนุสัญญาในทุกประการตามมาตรา 1 แห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 ซึ่งนอกจากหน้าที่นี้ไม่ได้มาจากอนุสัญญาเท่านั้น แต่ยังมาจากหลักการทั่วไปของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ดังนั้น สหรัฐอเมริกาจึงอยู่ภายใต้หน้าที่ที่จะไม่ชักจูงหรือกระตุ้นให้บุคคล หรือกลุ่มทำการสู้รบกันในนิคารากัว อันเป็นการแทรกแซงกิจการภายใน ประเทศนิคารากัวและเป็นการกระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติของมาตรา 3 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวา ซึ่งหลักการดังกล่าวมาจากจารีตประเพณี ซึ่งสหรัฐอเมริกาก็มีหน้าที่ต้องเคารพทั้งโดยตรงและโดยอ้อม³³ ซึ่งการพิพากษาดังกล่าวนำมาสู่ก้าวใหม่ของการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยที่รัฐไม่อาจปฏิเสธได้ว่าไม่มีกฎเกณฑ์ที่จะบังคับใช้กับลักษณะการขัดกันทางอาวุธดังกล่าว

โดยปกติแล้ว การบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกับกรณีสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศนั้น จะใช้อนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับบังคับ โดยยกเว้นไม่นำมาตรา 3 ร่วมมาใช้ เพราะมาตรา 3 ร่วม เป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับต่อการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งเมื่อพิจารณาการลักษณะของการขัดกันทางอาวุธลักษณะผสมนี้ ตอนเริ่มมีลักษณะเป็นการขัดกันทางอาวุธภายในประเทศก่อนแล้วจึงค่อยพัฒนามาเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ดังนั้น การบังคับใช้กฎหมายนั้น หากว่าลักษณะของการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศได้กลายเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะ

³¹ เฉลียว นครจันทร์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 18, น.47.

³² จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 48.

³³ เฉลียว นครจันทร์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 18, น. 65.

ระหว่างประเทศแล้ว การบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศก็ควรจะต้องให้อนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับมาบังคับใช้โดยตลอด ไม่ว่าหลังจากนั้นแล้ว ลักษณะของการขัดกันจะเปลี่ยนไปเป็นการขัดกันทางอาวุธภายในประเทศก็ตาม เช่น อาจมีการถอนตัวจากการแทรกแซง การไม่สนับสนุนของรัฐที่สามต่อไป ไม่เช่นนั้น หลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับก็จะขาดความชัดเจน และแน่นอนไป เนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายใดนั้น ส่งผลต่อสถานะ อันนำมาซึ่งสิทธิและหน้าที่ของฝ่ายที่เกี่ยวข้องด้วย

2. ผลทางกฎหมายในการที่รัฐไม่ให้ความร่วมมือในการนำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาบังคับใช้

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้น เป็นกฎเกณฑ์ร่วมกันของเหล่าประชาคมโลกที่ได้กำหนด หรือบัญญัติไว้เพื่อให้เกิดสิทธิ และหน้าที่ของรัฐเพื่อให้เกิดความสัมพันธ์ที่ดีต่อกัน และเป็นกฎเกณฑ์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองช่วยเหลือผู้ประสบภัยจากการทำสงคราม และรวมถึงผู้ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบ ซึ่งเมื่อมีการกระทำผิดหน้าที่ หรือละเมิดกฎเกณฑ์ของกฎหมายดังกล่าว ผู้กระทำผิดไม่ว่าจะเป็นรัฐหรือเป็นปัจเจกบุคคลจำต้องได้รับการพิจารณา และได้รับการลงโทษตามสมควรเพื่อเป็นการชดเชยต่อความเสียหายอันเป็นผลจากการกระทำนั้น ดังนั้นการที่รัฐ หรือฝ่ายในสงครามไม่นำบทบัญญัติมาบังคับใช้ย่อมเกิดผล ดังนี้

2.1 การละเมิดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

กฎหมายภาคสงครามโดยลักษณะแล้วเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ การที่จารีตประเพณีถูกประมวลขึ้นเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ได้ทำให้ความเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศหมดสภาพไป เพียงแต่หลักเกณฑ์ต่างๆ ที่เป็นจารีตประเพณีนั้น ได้ถูกเปลี่ยนมาเป็นสนธิสัญญาแล้ว เนื่องจากกฎหมายภาคสงครามมีวิวัฒนาการที่สำคัญที่เห็นได้ชัดคือ กฎหมายภาคสงครามในอดีต ส่วนใหญ่อยู่รูปของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่ในปัจจุบัน ส่วนใหญ่มักจะถูกรวบรวมและประมวลขึ้นเป็นกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งอยู่ในรูปของสนธิสัญญา (Convention Law) ที่เป็นประมวลกฎหมาย (Codification) หลักกฎหมายจารีตประเพณีในเรื่อง

นี้ทั้งที่มีอยู่แล้วในรูปของกฎหมายที่ใช้อยู่ (Positive Law) หรือ *lex lata* และกฎเกณฑ์อันพึงปรารถนาที่สร้างขึ้นใหม่ (Law as it should be) หรือ *lex ferenda* ³⁴

กฎหมายภาคสงครามนั้น แบ่งออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ *Jus ad bellum* ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิที่จะนำไปสู่การทำสงคราม (right to wage war) ซึ่งใช้บังคับต่อรัฐในการควบคุมและกำกับพฤติกรรมของรัฐในการใช้กำลัง ซึ่งกำหนดหลักการต่างๆ ว่าเมื่อไรรัฐจะใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้ เมื่อใดจะใช้กำลังไม่ได้ และ *Jus in bello* เป็นส่วนที่ว่าด้วย “กฎเกณฑ์ในการทำสงคราม” ซึ่งบังคับใช้โดยตรงต่อพลรบและพลเรือน เช่นการห้ามโจมตีพลเรือน ห้ามใช้ทุ่นระเบิดบางประเภท หรืออาวุธที่จะก่อความเสียหายหรือบาดเจ็บหรือทุพพลภาพมากเกินไป ห้ามมิให้พลเรือนเข้าร่วมหรือให้การสนับสนุนกิจกรรมทางทหาร เป็นต้น ซึ่งเป็นหลักการทางมนุษยธรรมที่จะต้องปฏิบัติในภาวะสงคราม ซึ่งในส่วนของ *Jus ad bellum* นั้น ถือว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่มีการใช้บังคับต่อรัฐและองค์กรของรัฐ ในการควบคุมพฤติกรรมการใช้กำลังของประเทศ รวมถึงการใช้สิทธิที่จะนำไปสู่การดำเนินสงคราม ³⁵ ซึ่งในหัวข้อนี้เราจะไม่กล่าวถึงความชอบธรรมในการใช้กำลังของประเทศ แต่เราจะศึกษาถึงการละเมิดกฎเกณฑ์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของ *Jus in bello*

ซึ่งการที่รัฐไม่นำกฎหมายมนุษยธรรมมาบังคับใช้เมื่อดินแดนแห่งรัฐนั้นเกิดเหตุการณ์อันเข้าเงื่อนไขของการขัดกันอาวุธขึ้นแล้ว ถือว่ามีการกระทำอันละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ อันนำไปสู่ความรับผิดชอบของรัฐผู้ละเมิดตามกฎหมายระหว่างประเทศ และบุคคลที่เกี่ยวข้องซึ่งกระทำผิดโดยการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ต้องรับผิดชอบในทางอาญาและถูกลงโทษตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ³⁶

³⁴ ขวัญนที ศรีสุขวัฒนา, “พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 1 และฉบับที่ 2 ค.ศ.1977 และปัญหาการเข้าเป็นภาคีของประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น. 102.

³⁵ เฟิงอ้วง, น. 103.

³⁶ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ่างแล้ว เขียวรอที่ 1, น. 41-42.

2.1.1 การละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ในส่วนที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

บทบัญญัติของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ส่วนใหญ่แล้วเป็นการประมวลจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีอยู่แล้วให้กลายเป็นกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร และอยู่ในรูปของสนธิสัญญานั้นย่อมผูกพันไม่เพียงแต่รัฐที่เป็นภาคีในสนธิสัญญาเท่านั้น แต่ยังครอบคลุมถึงรัฐอื่นๆ โดยทั่วไปอีกด้วย เพราะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎเกณฑ์จารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วยกัน

ข้อกำหนดส่วนใหญ่ในอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ รวมทั้งมาตรา 3 ร่วมกัน ถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ³⁷ ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อพิจารณาว่าปัจจุบันมี 193 รัฐ (ปี ค.ศ. 2009)³⁸ เป็นภาคีของอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ อนุสัญญานี้จึงมีผลผูกพันเกือบทุกรัฐ ในฐานะที่เป็นกฎหมายสนธิสัญญา ดังนั้น ข้อกำหนดต่างๆ ของอนุสัญญาเจนีวาจึงถือว่าการบังคับเป็นการสากลโดยรัฐต่างๆ จะต้องผูกพันและปฏิบัติตามได้กฎเกณฑ์ โดยไม่จำเป็นต้องให้สัตยาบันแต่อย่างใด

มาตรา 3 ร่วมกัน เป็นตัวอย่างที่ดีของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในส่วนที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เช่น การห้ามประทุษร้ายต่อชีวิต และร่างกาย การจับตัวไปเป็นประกัน การทำลายเกียรติยศแห่งบุคคล มีลักษณะเป็นสิทธิพื้นฐานของสิทธิมนุษยชน ถือว่าเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของกฎหมายจารีตประเพณีที่นำมาใช้ ในการพิพาทด้วยอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ อันเป็นหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมแก่บุคคลผู้ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบ มีผลผูกพันต่อรัฐ แม้ว่ารัฐนั้นจะไม่ได้มีสนธิสัญญาหรือให้สัตยาบันหรืออนุวัติการก็ตาม รัฐนั้นก็มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม³⁹ ดังนั้น แม้ไม่ได้อนุวัติการหากละเมิดกฎหมายในส่วนนี้ต้องถูกดำเนินคดีโดยศาลภายในประเทศ หรือศาลระหว่างประเทศ

³⁷ Jean-Marie Henckaerts, "Customary law," International review of the Red Cross, Vol. 87, N. 857, (March 2005), p. 13.

³⁸ สืบค้นจาก

<http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/genevaconventions>.

³⁹ เกลียว นครจันทร์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 18, น. 64.

2.1.2 การละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ในส่วนที่เลือกรับไปปฏิบัติ

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ มีส่วนซึ่งมิได้ประมวลจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือกฎหมายที่บังคับเด็ดขาด หรือ *jus cogens* แต่เป็นกฎเกณฑ์ซึ่งผู้กร่างประสงค์จะวางกฎเกณฑ์ขึ้นใหม่ หรือ เพื่อใช้แทนกฎเกณฑ์เดิมที่มีอยู่ บทบัญญัติเหล่านี้ ย่อมผูกพันเฉพาะรัฐที่เป็นภาคีในสนธิสัญญาเท่านั้น อันก่อให้เกิดระบบกฎหมายที่แตกต่างกันได้ ระหว่างกฎหมายที่มีอยู่เดิม กับกฎเกณฑ์ที่สร้างขึ้นใหม่ เพราะฉะนั้น ในการพิจารณาปรับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องระหว่างรัฐฝ่ายต่างๆ ในการสู้รบ ก็ต้องวิเคราะห์ความผูกพันตามระบบกฎหมายต่างๆ เป็นรายกรณีไปด้วย⁴⁰

พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1977 ทั้ง 2 ฉบับ แม้ว่าฉบับที่ 1 และ 2 จะได้มีการให้สัตยาบันมากกว่า 160 รัฐ⁴¹ และแต่รัฐจำนวนไม่น้อยโดยเฉพาะประเทศมหาอำนาจ และประเทศที่เกิดการสู้รบกันตามพิธีสารฉบับที่ 1 และการสู้รบกันตามพิธีสารฉบับที่ 2 ยังไม่ได้ให้สัตยาบันพิธีสารทั้งสองฉบับ ดังนั้น จึงมีบางข้อเท่านั้นของพิธีสารฯ ที่ถือเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เช่น หลักการแบ่งแยกระหว่างพลเรือนกับพลรบในพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 การห้ามโจมตีพลเรือนตามพิธีสารฉบับที่ 2⁴² และถือว่าประเทศต่างๆ ยังต้องอนุวัติการพิธีสารดังกล่าว อันถือเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเลือกรับไปปฏิบัติ ในอีกทั้งข้อบทพิธีสารฯ ได้กำหนดบทลงโทษด้วย ดังนั้น ความรับผิดชอบของรัฐจึงเกิดขึ้น (State Responsibility) หากมีการละเมิดกฎหมายยอมถูกลงโทษและถูกดำเนินคดีในศาลทหาร หรือศาลทหารระหว่างประเทศเฉพาะกิจ หรือศาลอาญาระหว่างประเทศ⁴³

2.2 ความรับผิดชอบต่อการละเมิดกฎเกณฑ์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

เมื่อมีการกระทำอันเป็นการละเมิดกฎเกณฑ์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศขึ้นไม่เพียงแต่รัฐผู้ละเมิดเท่านั้น ที่จะต้องมีความรับผิดชอบสำหรับการกระทำที่เป็นการละเมิด

⁴⁰ จตุรงค์ ถิระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 41.

⁴¹ Jean-Marie Henckaerts, *supra* note 37, p.3.

⁴² Jean-Marie Henckaerts, *supra* note 37, pp.14,15.

⁴³ ขวัญนที ศรีสุขวัฒนา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 34, น. 103-104.

พันธกรณีตามหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ปัจเจกชน หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องซึ่งกระทำความผิด หรือผู้มีส่วนร่วมในกระทำความผิดโดยฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ ก็จะต้องมีความรับผิดชอบในทางอาญาเป็นการส่วนตัวด้วย ดังนั้น บุคคลผู้ซึ่งกระทำความผิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ อาจจะต้องรับผิดชอบทางอาญาในศาลภายในประเทศ หรือต่อศาลระหว่างประเทศ เช่น ศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งโทษที่จะต้องรับผิดชอบและถูกลงโทษเป็นไปตามบทบัญญัติของ Rome Statue of the International Criminal Court (ICC) of 1998⁴⁴

2.2.1 ความรับผิดชอบของรัฐ

ความรับผิดชอบของรัฐ เป็นความรับผิดชอบอันเกิดจากการกระทำโดยองค์การของรัฐที่เกิดจากการกระทำโดยการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการของรัฐนั้น และรวมทั้งการกระทำของฝ่ายกบฏที่ได้สามารถเอาชนะรัฐบาลชุดเดิมและได้เป็นรัฐบาล โดยสามารถควบคุมอำนาจอธิปไตยและมีอำนาจควบคุมบุคคลและทรัพย์สินเหนือดินแดนของตนเองได้ นอกจากนี้ ฝ่ายกบฏที่ได้รับชัยชนะจากการล้มล้างรัฐบาล จะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดจากการต่อสู้ของตนอีกด้วย⁴⁵ ดังนั้น หากมีการกระทำของฝ่ายต่างๆ ตามที่ได้กล่าวข้างต้น จนเกิดความเสียหายอันละเมิดต่อกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐนั้นต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนในฐานะที่เป็นบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศ

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากเป็นการที่รัฐละเมิดพันธกรณี ที่อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ โดยเป็นพันธกรณีที่มีที่มาจากสนธิสัญญา จารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งมีขึ้นเพื่อประกันความแน่นอนของร่างกาย ทรัพย์สินของคนต่างชาติ โดยได้รับการปฏิบัติให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์อันเป็นที่ยอมรับของประชาคมแห่งชาติ ซึ่งเป็นคำกล่าวที่มีอยู่ใน Committee of the Hague Conference⁴⁶ ที่ว่า รัฐหรือองค์กรรัฐถ้าหากมีหน้าที่หรือ

⁴⁴ Prasit Aekaputra, "International Humanitarian Law and State Responsibility in 21st Century," ISIL Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law, (The Indian society of International Law, 2003), p. 98.

⁴⁵ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, "ปัญหาองค์ประกอบเพื่อความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), น.18, 20, 51.

⁴⁶ เพิ่งอ้าง, น. 84.

พันธกรณีภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ในมาตรา 1 แห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 ในการที่ต้องเคารพและให้ความคุ้มครองต่อเหยื่อของการกระทำรุนแรง ซึ่งหน้าที่นี้นำไปใช้ในการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศด้วย⁴⁷ และพันธกรณีนี้เป็นทั้งสนธิสัญญาและจารีตประเพณีซึ่งก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ของรัฐที่ลงนาม โดยเฉพาะกับสนธิสัญญาที่มีเนื้อหาในการมุ่งที่จะสร้างบรรทัดฐานของประชาคมโลกในการปฏิบัติเพื่อการอยู่ร่วมกัน ซึ่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 ทั้ง 4 ฉบับ และพิธีสารเพิ่มเติม 1977 ทั้ง 2 ฉบับ เป็นสนธิสัญญาที่เหล่าประชาคมโลกได้ตั้งขึ้นเพื่อเป็นแนวปฏิบัติหรือเป็นบรรทัดฐานในการปฏิบัติของเหล่าประชาคมโลก โดยเฉพาะในเรื่องเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อผู้ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบ โดยรัฐจะต้องรับผิดชอบในการกระทำผู้แทนของฝ่ายต่างๆ และการกระทำของกองกำลัง หรือทหารของตนเองในการกระทำความรุนแรงอันเป็นการละเมิดกฎหมายด้วย รัฐที่เป็นภาคีของอนุสัญญาเจนีวาฯ มีหน้าที่ต้องเคารพกฎเกณฑ์ตามมาตรา 1 ดังนั้น จึงต้องทำทุกอย่างที่ตนมีอำนาจเพื่อให้แน่ใจว่าเป็นการเคารพกฎเกณฑ์ดังกล่าว⁴⁸ ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่บังคับทั้งการขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศ และไม่ใช่อันระหว่างประเทศ โดยเฉพาะหากกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศดังกล่าวไม่ได้ถูกประมวลมาเป็นลายลักษณ์อักษร หากแต่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ถือปฏิบัติมาแต่เดิมอันเป็นสิ่งที่เชื่อว่าจะต้องปฏิบัติ ดังเช่นในอนุสัญญาเจนีวา ที่ให้ความคุ้มครองต่อพลเรือน หน่วยแพทย์ หรือการห้ามการทำทารุณกรรม ฆาตกรรม การก่อการร้าย ซึ่งก็เป็นสิ่งที่มาจากจารีตประเพณี ดังนั้น หากกระทำการฝ่าฝืนต่อข้อห้ามดังกล่าว ย่อมกระทำผิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ อันทำให้มีความรับผิดชอบ

ความรับผิดชอบของรัฐ ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ นอกจากการกระทำขององค์กรของรัฐตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ยังรวมถึงการกระทำฝ่าฝืนของบุคคลดังตัวอย่าง เช่น การกระทำฝ่าฝืนของกองทัพของรัฐ การฝ่าฝืนโดยบุคคลหรือกลุ่มซึ่งกระทำการตามความเป็นจริงภายใต้คำสั่ง หรือภายใต้คำแนะนำ หรือการควบคุมซึ่งของเจ้าหน้าที่รัฐ การควบคุมของรัฐ รวมทั้งการฝ่าฝืนโดยเอกชนหรือกลุ่มบุคคลซึ่งรัฐรับรู้และยอมรับว่าเปรียบเสมือน

⁴⁷ Dieter Fleck, "Individual and State Responsibility for Violations of the Jus in Bello: An Imperfect Balance," *International Humanitarian Law Facing New Challenges*, (springer,2008), p. 205.

⁴⁸ Helen Duffy, *The 'War on Terror' and The Framework of International Law*, (Cambridge, 2005), p. 246.

การกระทำของรัฐ โดยรัฐที่มีความรับผิดชอบต่อการฝ่าฝืนกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ต้องชดเชยต่อความสูญเสียหรือบาดเจ็บที่เกิดขึ้น จากการฝ่าฝืนนั้นเต็มจำนวน⁴⁹

โดยรัฐซึ่งมีผู้เสียหายจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศสามารถดำเนินการฟ้องร้องทั้งในระดับระหว่างประเทศ และศาลภายในประเทศที่มีเขตอำนาจก็ได้ โดยมีตัวอย่างคดีตัวอย่างที่ผู้เสียหายจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศทำการฟ้องร้องรัฐ เช่น การฟ้องร้องรัฐบาลญี่ปุ่นในศาลญี่ปุ่น จากข้อกล่าวหาที่ว่าปฏิบัติต่อสตรีในดินแดนที่ถูกยึดครองในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 อย่างผิดกฎหมาย โดยเฉพาะการบังคับให้เป็นโสเภณี⁵⁰

คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ ได้จัดตั้งองค์กรที่เรียกว่า คณะกรรมาธิการการชดเชยความเสียหายแห่งสหประชาชาติขึ้น เมื่อ ค.ศ. 1999 เพื่อพิจารณาและตัดสินการจ่ายค่าชดเชยความเสียหายอันเกิดจากการที่อิรักรุกรานคูเวต เมื่อ ค.ศ. 1990-1991 โดยอาศัยพื้นฐานของความผิดจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศด้วย เช่น การจับตัวประกัน การปล้นสะดมทรัพย์สินพลเรือน ฯลฯ และได้กำหนดให้มีการจ่ายค่าชดเชยต่อสมาชิกในกองกำลังนานาชาติที่ถูกจับเป็นนักโทษและถูกปฏิบัติอย่างไม่ถูกต้องตามกฎหมายในเรื่องนี้ด้วย⁵¹

นอกจากนี้ กรณีข้อพิพาททางทหารในประเทศยูโกสลาเวียเดิม ยังทำให้มีการฟ้องร้องระหว่างรัฐที่แยกตัวออกจากกันกล่าวคือ บอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา กับ สหพันธ์สาธารณรัฐยูโกสลาเวีย ซึ่งประกอบด้วยมลรัฐ เช่น เซอร์เบีย และมอนเตเนโกร เรื่องการละเมิดหลักการห้ามการสังหารล้างเผ่าพันธุ์ โดยกระบวนการเรียกร้องความรับผิดชอบของรัฐในลักษณะนี้อาจดำเนินการควบคู่ไปกับการเรียกร้องความรับผิดชอบทางอาญาต่อบุคคลที่เป็นผู้ดำเนินการละเมิดเพื่อลงโทษบุคคลเหล่านี้⁵²

2.2.2 ความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชน⁵³

บุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นที่ยอมรับกัน คือรัฐ และองค์การระหว่างประเทศ ซึ่งมีสิทธิหน้าที่ ความรับผิดชอบภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ แต่สำหรับปัจเจกชนนั้น ยัง

⁴⁹ Jean-Marie Henckaerts, *supra* note 37, p.39.

⁵⁰ จตุรนต์ ธิระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 264.

⁵¹ จตุรนต์ ธิระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 264-265.

⁵² จตุรนต์ ธิระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 265.

⁵³ จตุรนต์ ธิระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 266-290.

มีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่ว่าปัจเจกชนมีสถานะในทางกฎหมายระหว่างประเทศอย่างไร⁵⁴ ซึ่งปัจจุบันได้มีการยอมรับแล้วว่าปัจเจกชนเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่มีลักษณะที่จำกัด โดยต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป ซึ่งปัจเจกชนอาจมีหน้าที่ สิทธิ และความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศได้

กฎหมายระหว่างประเทศจำนวนไม่น้อยได้กำหนดพันธกรณีต่อปัจเจกชนให้ต้องปฏิบัติตาม โดยเฉพาะกฎหมายภาคสงครามในเรื่องกฎเกณฑ์ในการทำสงครามหรือกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ที่ถ้ากระทำการฝ่าฝืนจะเข้าข่ายกระทำความผิดกฎหมาย ซึ่งผู้กระทำความผิดในการละเมิดกฎเกณฑ์การใช้กำลังอาจต้องถูกลงโทษทางอาญาในระดับระหว่างประเทศได้ ซึ่งยังมีตัวอย่างสนธิสัญญาที่มีการกำหนดให้ปัจเจกชนต้องมีพันธกรณีด้วย เช่น อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อนุสัญญาต่อต้านการทรมาน สนธิสัญญาเกี่ยวกับการก่อการร้าย ซึ่งความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนตามกฎหมายระหว่างประเทศจะจำกัดเฉพาะความรับผิดชอบทางอาญาเท่านั้น⁵⁵

คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ได้จัดทำเกี่ยวกับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชน ตามที่ศาลระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กได้วางหลักไว้ดังนี้ "อาชญากรรมที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศได้ถูกก่อตั้งขึ้นโดยมนุษย์ และไม่ได้เกิดจากการกระทำของบุคคลสมมุติที่เป็นเพียงนามธรรม การลงโทษปัจเจกชนผู้ก่ออาชญากรรมจึงจะทำให้บทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศมีผลบังคับ" โดยได้มีหลักการในการของอาชญากรรมที่สามารถถูกลงโทษได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น อาชญากรรมสงคราม (war crime) คือการกระทำความผิดเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือจารีตประเพณีในการทำสงคราม การฝ่าฝืนรวมถึงการสังหาร และไม่จำกัดเพียงการกระทำดังต่อไปนี้ การฆาตกรรม การปฏิบัติอันไม่ชอบหรือการส่งให้เป็นแรงงานทาสซึ่งกระทำต่อพลเรือน การฆาตกรรมต่อเชลยศึก หรือบุคคลในทะเล การฆ่าตัวประกัน การทำลายทรัพย์สินสาธารณะ การทำลายล้างอย่างไร้ความปราณีซึ่งเมือง หมู่บ้าน ชนบท เพื่อวัตถุประสงค์อื่นในการครอบครองดินแดนที่ถูกยึดครอง หรือการทำลายล้างที่ไม่มีเจตจำนงและไม่สามารถอธิบายได้ด้วยเหตุผลทางการทหาร⁵⁶ กฎเกณฑ์ดังกล่าวล้วนเป็นกฎเกณฑ์ในการทำสงครามในการปฏิบัติต่อผู้ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการ

⁵⁴ อีริคสัน อัสวาลังสิทธิ, "ปัญหากฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับความรับผิดชอบของปัจเจกชนผู้ก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศและกลไกในการบังคับคดี," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น. 8.

⁵⁵ เพิ่งอ้าง, น. 15.

⁵⁶ เพิ่งอ้าง, น. 17-18.

ผู้รับของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ดังนั้น หากปัจเจกชนได้กระทำการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ หรือกฎหมายดังกล่าว ต้องได้รับผิดในทางอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ

อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity) คือ การสังหาร การทำลายล้าง การทำให้ตกเป็นทาส การเคลื่อนย้ายหรือการกระทำในลักษณะอื่นใดที่ผิดมนุษยต่อประชากรพลเรือน หรือการข่มเหงรังแกด้วยสาเหตุทางการเมือง เผ่าพันธุ์ ศาสนา เมื่อกระทำต่อเนื่องจากอาชญากรรมต่อสันติภาพหรืออาชญากรรมสงครามหรือเกี่ยวเนื่องกับอาชญากรรมเหล่านี้⁵⁷

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ยังได้เรียบเรียงหลักการที่ว่าผู้ที่ก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศ ซึ่งคืออาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ต้องรับผิดชอบต่อฐานความผิดดังกล่าว และต้องรับโทษทัณฑ์ แม้ว่ากฎหมายภายในจะไม่สามารถเอาผิดสำหรับการกระทำนั้นได้ ก็ไม่ทำให้บุคคลดังกล่าวหลุดพ้นจากความรับผิดชอบระหว่างประเทศไปได้และแม้แต่บุคคลดังกล่าวกระทำไปในฐานะประมุขของรัฐ หรือของรัฐบาลก็ไม่ทำให้หลุดพ้นความรับผิดชอบเช่นกัน ส่วนบุคคลที่กระทำการไปตามคำสั่งของผู้บัญชาการ ก็ไม่สามารถปฏิเสธความรับผิดชอบได้ หากอยู่ในสถานการณ์ที่สามารถจะเลือกดำเนินการได้ แต่บุคคลเหล่านี้ มีสิทธิจะต่อสู้คดีและได้รับการดำเนินคดีอย่างเที่ยงธรรม

โดยเฉพาะบุคคลผู้ละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เช่น ผู้บัญชาการ ผู้นำรัฐบาล ทหาร หรืออาจเป็นประชาชนที่ไม่มีสังกัดหรืออยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชา หากกระทำผิดตามที่กล่าวข้างต้นก็ต้องรับผิดชอบในทางอาญาและถูกตัดสินลงโทษ โดยมาตรา 3 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับได้กำหนดระบบมาตรฐานความผิดร้ายแรงไว้ ซึ่งเป็นอาชญากรรมสงครามโดยครอบคลุมถึงเรื่องการเจตนาฆาตกรรม การทรมาน การปฏิบัติอย่างผิดมนุษย การเคลื่อนย้ายประชากรอย่างผิดกฎหมาย การกระทำที่กระทบต่อสิทธิในการต่อสู้คดี การจับเป็นตัวประกัน การโจมตีประชากรพลเรือน การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งความผิดเหล่านี้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้วางไว้ อันเป็นพื้นฐานของความผิดอาญาตามกฎหมายภายใน และตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งบัญญัติขึ้นเพื่อลงโทษบุคคลที่กระทำผิดละเมิดกฎหมายที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาเจนีวา รวมทั้งการกระทำของ Non-State Actor ที่สมาชิกของกลุ่มฝ่ายต่อต้านรัฐบาลจะต้องรับผิดชอบและจ่ายค่าชดเชยสำหรับการกระทำที่เป็นการก่ออาชญากรรมอย่างรุนแรง ทั้งนี้โดยตามมาตรา 75 แห่งธรรมนูญกรุงโรม ศาลอาญาระหว่างประเทศอาจตัดสินให้กลุ่ม Non-State Actor รับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย

⁵⁷ จตุรนต์ ภิระวัฒน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 267.

ในกรณีที่ไม่มีควมรับผิดชอบระหว่างประเทศเกิดขึ้น ตามมาตรา 8(2)(c)(iv) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ใช้ตัดสินสำหรับอาชญากรรมสงครามในการขัดกันทางอาชญาที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ⁵⁸

โดยศาลที่สามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดละเมิดกฎหมายมนุษยธรรม หรือเรียกอีกอย่างคือ การกระทำผิดอาชญากรรมสงคราม (War Crime) ได้แก่⁵⁹

1) ศาลภายในประเทศ กรณีที่ผู้กระทำผิดตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลภายในประเทศที่เกี่ยวข้อง เป็นศาลของประเทศที่อาชญากรรมถือสัญชาติ แต่การตัดสินลงโทษของศาลเช่นว่าเป็นเรื่องกรณียกเว้นในทางปฏิบัติ โดยมีเพียงศาลอเมริกันที่ลงโทษหมู่แคลลี ซึ่งต้องรับผิดชอบการสังหารประชากรและทำลายหมู่บ้านชาวเวียดนามชื่อมายเล โดยการลงโทษจำคุก 20 ปี หรือกรณีที่ศาลซึ่งประชากรตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรมของบุคคลสัญชาติอื่นก็มีเขตอำนาจศาลที่จะดำเนินคดีเช่นกัน โดยอิงหลักเรื่องเขตอำนาจศาลสากลของมนุษยชาติ ซึ่งอนุญาตให้ติดตามและลงโทษรัฐที่เป็นสมาชิกในประชาคมระหว่างประเทศ และยังมีพื้นฐานของหลักเขตอำนาจของรัฐเหนือบุคคลซึ่งตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรมอีกด้วย โดยมีการรับรองหลักการปราศจากอายุความของอาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไว้ด้วย⁶⁰

2) ศาลระหว่างประเทศ ถูกตั้งขึ้นในครั้งแรกเพื่อพิจารณาพิพากษาแก่อาชญากรรมสงครามที่เกิดขึ้นในสงครามโลกครั้งที่ 2 คือ ศาลทหารกรุงนูร์มเบิร์ก ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามข้อตกลงกรุงลอนดอน วันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ. 1945 เป็นศาลทหารที่ฝ่ายสัมพันธมิตรผู้ชนะสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้จัดตั้งขึ้น เพื่อพิจารณาพิพากษาผู้ที่รับผิดชอบต่ออาชญากรรมต่อสันติภาพ และอาชญากรรมสงครามที่เกิดขึ้นในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 นอกจากนั้น ยังมีศาลกรุงโตเกียวที่ถูกจัดตั้งโดยผู้บัญชาการสูงสุดของกองกำลังที่ยึดครองญี่ปุ่น⁶¹

นอกจากนี้ยังมีศาลที่จัดตั้งขึ้นโดยสหประชาชาติ คือศาลอาญาระหว่างประเทศ หรือ The International Criminal Court : ICC ซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และมีหน้าที่ในการพิจารณาการกระทำ

⁵⁸ Dieter Fleck, *supra* note 47, p. 203.

⁵⁹ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 1*, น. 266-290.

⁶⁰ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 1*, น. 269.

⁶¹ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 1*, น. 270.

ความผิดอาญา กรรมสงครามตามที่บัญญัติในธรรมนูญกรุงโรม ซึ่งถือเป็นก้าวสำคัญของกระบวนการยุติธรรมระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ยังมีศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจ เป็นศาลอาญาระหว่างประเทศที่จัดตั้งโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติซึ่งทำงานในลักษณะเฉพาะกิจ คือ ศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจ ดังเช่น ศาลอาญาระหว่างประเทศเพื่อพิจารณาพิพากษาผู้กระทำความผิดต่อกฎหมายภาคสงครามในประเทศยูโกสลาเวีย เป็นมติในปี ค.ศ. 1993 ศาลระหว่างประเทศที่เมืองอารชสำหรับอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในประเทศรวันดา ซึ่งเป็นมติในปี ค.ศ. 1994

ทั้งมีการจัดตั้งศาลพิเศษอื่นๆ ขึ้นภายในประเทศโดยเป็นศาลที่มีลักษณะระหว่างประเทศทั้งในแง่ขององค์คณะตุลาการ อัยการและกฎหมายที่บังคับใช้ เช่น กรณีของติมอร์ตะวันออก โคโซโว และเชอร์นี ลิโอน ⁶²

⁶² จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 289-290.