



ผลกระทบของแนวความคิด และกฎเกณฑ์ใหม่ของหลักกฎหมายมนุษยธรรม
ที่มีต่อประเทศไทย

ดังได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ในรายละเอียดในพิธีสารฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 กล่าวคือพิธีสารฉบับดังกล่าวถือว่าเป็นแนวความคิด และกฎเกณฑ์ใหม่ของหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ในฐานะที่ประเทศไทยเป็นสมาชิกประเทศหนึ่งในประชาคมนานาชาติ ประเทศไทยอาจจะได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงของหลักทางกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าว ดังนั้นในบทนี้จะได้ทำการวิเคราะห์ถึงผลกระทบของพิธีสารที่มีต่อประเทศไทย ตลอดจนท่าทีของประเทศไทยต่อพิธีสาร และข้อพิจารณาในการตัดสินใจเข้าเป็นภาคีพิธีสารฉบับดังกล่าว

1. ผลกระทบของพิธีสารที่มีต่อประเทศไทย

ผลกระทบของพิธีสารฉบับดังกล่าวต่อประเทศไทย สามารถแยกพิจารณาได้ 2 ประการ กล่าวคือ

ก. ผลกระทบในทางกฎหมาย

ข. ผลกระทบทางการเมือง

ก. ผลกระทบในทางกฎหมาย

พิธีสารนั้น โดยลักษณะ (nature) แล้วถือว่าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศในรูปแบบของสนธิสัญญา (Treaty) พิธีสารจัดอยู่ในประเภทสนธิสัญญาพหุภาคี (Multilateral Treaty) โดยจะมีผลผูกพัน (obligation) เฉพาะประเทศที่เป็นภาคีเท่านั้น สนธิสัญญาดังกล่าวเป็นกรณีบุคคลระหว่างประเทศ (subject international law) โดยอาจจะเป็นรัฐหรือองค์การระหว่าง-

ประเทศ

สำหรับประเทศไทยนั้นปัจจุบันยังมิได้เข้าเป็นพิธีสารฉบับดังกล่าว ดังนั้นไทยจึงยังคงไม่มีพันธกรณี หรือความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งพิธีสารในลักษณะที่เป็นสนธิสัญญา ดังพิจารณาได้จากหลัก *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* กล่าวคือสนธิสัญญาไม่อาจก่อให้เกิดพันธกรณี (obligations) หรือสิทธิต่างๆ สำหรับประเทศอื่นๆ โดยปราศจากซึ่งความยินยอม (consent)¹

แต่เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติต่างๆ ในพิธีสารฉบับที่ 1 แล้ว ได้มีการประมวลหลักเกณฑ์ดังกล่าวจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (International Customary law) ดังนี้

1. ข้อ 35 (1) ในกรณีข้อพิพาทที่เข้าวออุตา สิทธิของภาคีสถูพิพาทที่จะเลือกวิธีและวิธีการของการสงครามจักมิใช่ว่ามีข้อจำกัด
2. ข้อ 35 (2) ห้ามเข้าวอ, อาวอ, วัตถุประสงค์ และวิธีการสงครามในลักษณะที่จะก่อให้เกิดการบาดเจ็บที่เกินเหตุหรือความทุกข์ทรมานโดยไม่มีจำเป็น
3. ข้อ 40 ห้ามออกคำสั่งว่าจักไม่มีบุคคลใดรอดชีวิต
(บทบัญญัติทั้ง 3 เป็นการประกาศหลักกฎหมายจารีตประเพณี ที่มีอยู่ในบทบัญญัติในอนุสัญญากรุงเฮก ข้อ 22, 23)
4. ข้อ 37 การห้ามล่อลวงว่าจะให้ความคุ้มครอง
5. ข้อ 51 (1) การห้ามโจมตีพลเรือนและประชาชน

¹Rebecca M.M. Wallace, International Law (Glasgow: 1985), p. 206

6. ข้อ 51 (2) การห้ามกระทำการหรือข่มขู่ด้วยความรุนแรงต่อประชาชนและพลเรือน

7. ข้อ 42 ห้ามโจมตีบุคคลผู้เข้าร่วมรัฐพิธีจากอากาศยานที่อยู่ในภาวะอันตราย

8. ข้อ 59 การให้ความคุ้มครองต่อสถานที่ตั้งที่ไม่มีกำบัง

9. ข้อ 60 เขตปลอดทหาร

10. ข้อ 57 (2) (ค) หน้าที่ในการเตือนล่วงหน้าต่อการโจมตีที่อาจมีผลกระทบต่อประชาชนพลเรือน

11. ข้อ 73 การให้การป้องกันต่อผู้ลี้ภัยและผู้ไร้สัญชาติ

12. ข้อ 75 หลักประกันพื้นฐานและสิทธิมนุษยชนสำหรับบุคคลผู้ซึ่งได้รับผลกระทบจากกรณีพิพาทด้วยอาวุธระหว่างประเทศผู้ซึ่งตกอยู่ในอำนาจของภาคีในความขัดแย้งและเป็นผู้ที่มีได้รับประโยชน์จากการปฏิบัติอันเป็นคุณยิ่งกว่าภายใต้สนธิสัญญานี้

13. ข้อ 79 การยืนยันในสถานภาพของพลเรือนที่เป็นผู้สื่อข่าว²

หลักเกณฑ์กฎหมายจารีตประเพณีดังกล่าวถือเป็น *lex lata* กล่าวคือ เป็นสิ่งซึ่งเป็นกฎหมายใช้บังคับอยู่แล้ว อันเป็นการกำหนดพันธกรณีและก่อให้เกิดสิทธิที่แท้จริง³

ศูนย์วิทยทรัพยากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

²Theodor Meron, Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law (New York: Clarendon Press, 1989), p. 64-65

³Michel VIRALLY, "ข้อพิจารณาบางประการว่าด้วย *lex ferenda*"
แปลโดย พิรุณา ตั้งศกัณฑ์, วารสารธรรมศาสตร์ 16 (ธันวาคม 2529):151

นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติบางข้อในพิธีสารดังกล่าว ถือว่าเป็น *lex ferenda* กล่าวคือ "สิ่งซึ่งยังไม่เป็นกฎหมายแม้ว่าสิ่งนั้นจะเป็นที่ปรารถนาอย่างยิ่งว่าสมควรจะเป็นกฎหมาย"⁴ ดังนี้ คือ

1. ข้อ 10 การคุ้มครองดูแล
2. ข้อ 12-15 การคุ้มครองหน่วยการแพทย์
3. ข้อ 18-20 การแสดงตน , รัฐที่เป็นกลางหรือรัฐอื่นซึ่งมิได้เป็นภาคีคู่พิพาท , ห้ามทำการติดต่อ
4. ข้อ 24-31 การปกป้องผู้ป่วยใช้หรือบาดเจ็บ บุคลากรทางการแพทย์ อากาศยานต่าง ๆ
5. ข้อ 32-34 บุคคลที่สูญหายและตาย
6. ข้อ 74 การรวบรวมเครื่องครัวที่กระจัดกระจาย
7. ข้อ 76 การคุ้มครองสตรี
8. ข้อ 78 การคุ้มครองเด็ก
9. ข้อ 78 การอพยพเด็ก⁵

ดังนั้นสำหรับบทบัญญัติในส่วนของ *lex lata* ในพิธีสารฉบับที่ 1 ดังได้กล่าวมาแล้วนั้น ประเทศไทยจะต้องถูกผูกพัน กล่าวคือ ประเทศไทยมีสิทธิ์และพันธะกรรมที่จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในบทบัญญัติดังกล่าว ทั้งนี้เพราะบทบัญญัติต่าง ๆ นี้ ถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นเอง ส่วนบทบัญญัติในส่วนที่เป็น *lex ferenda* นั้น แม้ว่าปัจจุบันจะยังไม่ถือว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ อันจะได้ผูกมัดให้ประเทศไทยต้องปฏิบัติตามนั้น แต่ในอนาคตหาก

⁴เรื่องเดียวกัน.

⁵Theodor Meron, *op.cit.*, p. 66

รัฐต่าง ๆ ได้พากันถือเป็นแนวทางปฏิบัติ (State practice) และมีความ
เชื่อมั่นว่า ตามกฎหมายเป็นสิ่งที่จะต้องปฏิบัติตาม (opinio juris sive
necessitatis) บทบัญญัติดังกล่าวก็จะกลายเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่าง
ประเทศ อันจะผูกมัดก่อให้เกิดสิทธิและพันธกรณีต่อในประเทศต่าง ๆ ทั่วลก
รวมทั้งประเทศไทย ให้จำต้องเคารพและปฏิบัติตาม

ช. ผลกระทบทางการเมือง

แม้ว่าประเทศไทยจะไม่ได้เป็นภาคีในพิธีสาร หากต่อมาปรากฏว่า
ประเทศไทยได้ทำการละเมิดหลักเกณฑ์ดังกล่าว ประเทศไทยอาจจะได้รับการดำเนิน
จากองค์การระหว่างประเทศต่าง ๆ เช่น คณะกรรมการกาชาดสากล อันจะนำมาซึ่ง
มาตรการการแทรกแซง (sanctions) ทางการเมือง เช่น การยื่นประท้วงทาง
การทูต มาตรการทางเศรษฐกิจ เช่น การพิจารณาตัดสิทธิพิเศษทางการค้า เป็นต้น
โดยประเทศที่มีอำนาจต่อรองทางการเมือง หรือทางเศรษฐกิจดังกล่าว อันอาจจะ
ก่อให้เกิดผลกระทบในด้านลบต่อประเทศ ในด้านภาพพจน์ของประเทศในสายตาของ
ประชาคมโลก หรือการสูญเสียรายได้ของประเทศในทางเศรษฐกิจ

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

2. ท่าทีของประเทศไทยต่อพิธีสารฉบับที่ 1

ในการประชุมระหว่างประเทศทางการทูตเพื่อยกร่างพิธีสารปี 1977 ระหว่างปี 1974-1977 ณ กรุงเจนีวา ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ ประเทศไทยได้เข้าร่วมในคณะกรรมการที่ 3 โดยในการประชุมครั้งที่ 4 ของสมัชชาประชาชาติ วันที่ 13 มีนาคม ค.ศ. 1974 ผู้แทนไทยในการประชุมดังกล่าว ได้แสดงความคิดเห็นว่าบทบัญญัติในเรื่องการปกป้องพลเรือนนั้นควรมีขอบข่ายที่กว้างในการนำมาใช้ (must have a wide field of application) นอกจากนี้คณะผู้แทนยังได้ยอมรับ (endorse) หลักเกณฑ์ในข้อ 43 ของร่างข้อเสนอจากคณะกรรมการกาชาดสากล

สำหรับท่าทีของไทยที่มีต่อพิธีสารฉบับที่ 1 ในปัจจุบันนั้น พิจารณาว่าอนุสัญญาเจนีวาว่าด้วยการปฏิบัติต่อเชลยศึกปี 1949 นั้น เป็นแม่บทหลักซึ่งสามารถนำมาปรับใช้ในสถานการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น ส่วนพิธีสารฉบับที่ 1 นั้น เป็นส่วนขยายอนุสัญญาดังกล่าวเพื่ออุดช่องว่างทางกฎหมายที่เกิดขึ้นและพิธีสารดังกล่าวมีแนวความคิด (concept) และหลักการที่ตีความไม่มีแนวโน้มที่จะต่อต้านแต่ไทยยังวางตัวเป็นกลางอยู่ กล่าวคือ ต้องพิจารณาท่าทีของประเทศอื่น ๆ ที่มีต่อพิธีสารดังกล่าวด้วย เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศในกลุ่มอาเซียน และประเทศอื่น ๆ เป็นต้น ก่อนที่จะตัดสินใจเข้าเป็นภาคีพิธีสารนั้นกล่าวอีกนัยหนึ่ง ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่ได้เข้าเป็นภาคีของพิธีสารฉบับที่ 1 สำหรับเหตุผลนั้นเนื่องจากเป็นความลับของทางราชการซึ่งมีอาจจะเปิดเผยได้ แต่อย่างไรก็ดีจากการวิเคราะห์ที่ดูบหน้าจะอนุมานได้ว่าเหตุที่ไทยยังไม่ได้เข้าเป็นภาคีนั้น เป็นเพราะ

1. เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในพิธีสารฉบับที่ 1 นั้น ครอบคลุมถึงกลุ่มต่อต้าน (Insurgency) ในลักษณะอาณาเขตการครอบครองโดยชนต่างดาวหรือเพื่อการปกครองที่แบ่งผิว จึงเป็นการยกระดับการคุ้มครองพวกนี้ขึ้นมา ซึ่งเมื่อ

พิจารณาจากกรณีของประเทศไทยแล้วแม้ว่า ปัจจุบันประเทศไทยไม่มีดินแดนหรือประเทศในอาณานิคม หรือยึดครอง หรือมีการแบ่งแยกเชื้อชาติแต่อย่างใด หากในอนาคตปรากฏว่า มีพวกขบวนการปลดแอกหรือปลดปล่อยแห่งชาติดังกล่าว เกิดขึ้น (ถึงระดับที่ได้รับการรับรองจากระหว่างประเทศ เช่น ปาเลสไตน์) จนผืนแผ่นดินไทยจึงได้ดำเนินการแบ่งแยกดินแดนหรือครอบครองดินแดนบางส่วนของไทย การกระทำดังกล่าวนี้ถือว่ามีผลพิจารณาจากกฎหมายอาญาของไทยนั้น ถือว่าเป็นความผิดต่อความมั่นคงแห่งชาติ เป็นความผิดฐานกบฏ การเป็นภาคีต่อพิธีสารนี้ ประเทศไทยจะต้องยอมรับกลุ่มต่อต้านจึงเป็นการรับรอง (recognition) ให้มีสถานะทางกฎหมายขึ้นมาจากฝ่ายไม่ถูกต้องมาเป็นฝ่ายที่ได้รับการยอมรับ ไทยต้องปฏิบัติต่อเขาอย่างพลรบ (combatant) ดังนั้นจึงส่งผลกระทบต่อกฎหมายอาญาดังกล่าว ประเทศไทยอาจจะต้องแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา โดยเฉพาะในบทบัญญัติดังกล่าวรับรองว่าการกระทำของพวกเขาไม่ถือเป็นความผิดฐานกบฏอีกต่อไป

2. ประเทศไทยยินดีที่จะปฏิบัติตามหลักเกณฑ์-ในพิธีสาร แต่ทางฝ่ายตรงข้ามมักยินดีที่จะได้รับสิทธิการปกป้องคุ้มครองตน พวกนี้อาจจะไม่เคารพสิทธิโดยละเมิดหลักเกณฑ์ในพิธีสารดังกล่าว ทั้งนี้เพราะอาจคำนึงถึงชัยชนะ ความความคิดและวัตถุประสงค์ของฝ่ายหรือกลุ่มของตน จึงยอมง้อข้ามการปฏิบัติต่างตอบแทน (reciprocity)

3. ปัจจุบันประเทศที่เป็นภาคีพิธีสารฉบับที่ 1 มีค่อนข้างน้อยมาก ประเทศที่เข้าเป็นภาคีโดยการให้สัตยาบันหรือภคยานูวัติ มักจะเป็นประเทศที่พึ่งได้รับเอกราชจากประเทศที่ยึดครองไว้ หรือซึ่งยังริบบายแบ่งแยกเชื้อชาติ เช่น บังคลาเทศ ลาว พม่า หรือมีฉะนั้นก็เป็นประเทศที่เป็นกลางไม่มีอาณานิคม เช่น สวีเดน ยูโกสลาเวีย และบางประเทศก็เป็นประเทศที่ละเมิดกฎเกณฑ์ดังกล่าวเองเสียด้วย ประเทศไทยจึงจำเป็นต้องรอดูท่าทีประเทศอื่น ๆ ก่อน เพื่อประกอบการตัดสินใจในการเข้าเป็นภาคีดังกล่าว

3. ข้อพิจารณาในการตัดสินใจเข้าเป็นภาคีพิธีสาร

ก. ข้อดี

1. ก่อให้เกิดการพัฒนา และเป็นการยกระดับกฎหมายมนุษยธรรมในประเทศไทย เพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ต่าง ๆ ที่แปรเปลี่ยนไปจากเดิม โดยสามารถนำบทบัญญัติที่อนุสัญญาเห็นว่าด้วยการปฏิบัติต่อเชลยศึกปี 1949 และพิธีสารฉบับที่ 1 ปี 1977 เพื่อเป็นแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว ในกรณีความขัดแย้งที่อาจจะเกิดขึ้นในประเทศไทยได้ ทั้งนี้เพื่อจะนำไปสู่ซึ่งความสมบูรณ์ ความถูกต้อง ความเหมาะสม ตามหลักเกณฑ์ทางมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ในอันที่จะปกป้องคุ้มครองบุคคลผู้ที่ประสบภัยจากการสงคราม

2. เป็นการประกาศในระดับสากลว่า ประเทศไทยได้ยอมรับบทบัญญัติทางด้านมนุษยธรรมระหว่างประเทศซึ่งคุ้มครองผู้ซึ่งได้รับผลกระทบจากสงครามในทุกรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นสงครามที่มีการประกาศ หรือกรณีการพิพาทกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศซึ่งรวมทั้งสงครามปลดปล่อยแห่งชาติ เพื่อต่อต้านการปกครองแบบอาณานิคม การครอบครองโดยชนต่างด้าว หรือและเพื่อต่อต้านระบบแบ่งผิว

3. ประเทศไทยได้รับการยอมรับนับถือในฐานะประเทศหนึ่งซึ่งช่วยเหลือในด้านการพัฒนาส่งเสริมหลักเกณฑ์ทางมนุษยธรรม อันจะนำมาซึ่งความสนับสนุน ความช่วยเหลือทางด้านการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมในระดับระหว่างประเทศ

ข. ข้อเสีย

1. หากได้เข้าเป็นภาคีแล้ว อาจถูกตรวจตราได้ กล่าวคือ ผู้แทนหรือผู้ได้รับมอบอำนาจของประเทศที่คุ้มครอง จะต้องได้รับอนุญาตเข้าไปในที่ทุกแห่งที่มีเชลยศึกอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสถานที่กักกัน สถานที่ทำงาน และอาจสัมภาษณ์เชลยศึกด้วยตัวเอง ตลอดจนการเลือกสถานที่ที่จะเยี่ยมเยียน คณะกรรมการกาชาดสากลอาจได้รับอนุญาตให้ดำเนินการในลักษณะดังกล่าวได้ ซึ่งหากประเทศไทยได้ทำการละเมิดโดยการปฏิบัติต่อเชลยศึกในลักษณะที่ไม่ถูกต้อง อาจได้รับคำตำหนิจากประชาคมโลกได้

2. การที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีพิธีสาร ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ภาคสงคราม ทั้งในส่วนอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 อันไทยได้เป็นภาคี ตลอดจนพิธีสารฉบับดังกล่าวอันเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา การดำเนินการดังกล่าวอาจจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อประเทศไทยได้ กล่าวคือ หากฝ่ายต่อต้านไม่ยอมปฏิบัติตามหลักกฎหมายดังกล่าว ในลักษณะต่างตอบแทนกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายไทย (ในพิธีสารมิได้กำหนดให้ใช้หลักการตอบแทน เป็นเงื่อนไขของการใช้พิธีสาร) ดังนั้นการเข้าเป็นภาคี จึงอาจจะเป็นอันตรายต่อประเทศไทย ในลักษณะดังกล่าว โดยการสูญเสียชีวิต ตลอดจนการบาดเจ็บของเจ้าหน้าที่ และทรัพย์สินของทางราชการ หรือของพลเรือนได้



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย