

การพัฒนากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศโดยการ
นำพิธีสารฉบับที่ 2 ค.ศ. 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 มาใช้

3.1 เหตุผลในการพัฒนากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่นำมาใช้ในการพิพาทด้วยอาวุธ
อันมีลักษณะไม่เป็นระหว่างประเทศ

ด้วยเหตุผลที่ว่านับแต่สงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา การพิพาทด้วยอาวุธส่วนใหญ่ และได้เกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก เป็นการพิพาทด้วยอาวุธ อันมีลักษณะไม่เป็นระหว่างประเทศ ซึ่งที่ประชุมทางการทูตว่าด้วยกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ณ กรุงเจนีวา ค.ศ. 1974-1977 ได้ชี้ให้เห็นว่า ร้อยละ 80 ของผู้ได้รับเคราะห์กรรมในการพิพาทด้วยอาวุธ ได้เกิดขึ้นในการพิพาทด้วยอาวุธ อันมีลักษณะไม่เป็นระหว่างประเทศ โดยส่วนใหญ่มักจะเป็นพลเรือน ผู้บริสุทธิ์¹ แม้ว่ามาตรา 3 รวมของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 จะได้วางหลักการพื้นฐานในการปกป้องผู้ได้รับเคราะห์กรรม แต่ก็มี ความยากลำบากในการนำมาใช้ในการปฏิบัติ และ กฎเกณฑ์ที่มีอยู่ในมาตรา 3 รวม มีลักษณะย่อ ๆ และรวบรัด ยังมีข้อบกพร่องไม่เพียงพอที่จะ จัดการกับความต้องการ และความจำเป็นเร่งด่วนทางด้านมนุษยธรรม² อัครภาคีที่เกี่ยวข้อง ยังคงใช้ดุลพินิจอย่างกว้างในอันที่จะนำมาตรา 3 รวมมาใช้ เพราะรัฐบาลไม่ประสงค์ที่จะ ยอมรับว่าการพิพาทด้วยอาวุธมีอยู่ในดินแดนของตน

¹ David P. Forsythe "Legal management of Internal War : The 1977 Protocol on Non-International Armed Conflict" American Journal of International Law 72 (April 1978) : 272

² Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI and Bruno ZIMMERMANN, Commentary of the Protocol additional to the Geneva Convention of 12 August 1949 and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) (Geneva : Martinus Nijhoff Publishers, 1987), p. 1325

มาตรา 3 รวม เพียงแต่แสดงออกซึ่งกฎเกณฑ์พื้นฐานอย่างต่ำ คำที่ใช้รวบรัด ได้วางหลักการโดยปราศจากการพัฒนา ซึ่งบางครั้งก่อให้เกิดการตีความอย่างจำกัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำมาใช้กับขอบเขตของการให้ประกันทางด้านกระบวนการยุติธรรม ตามวรรค 1(1) (ง) ซึ่งไม่ระบุนรายละเอียด โดยบัญญัติแต่เพียงว่า "การตัดสินลงโทษและการปฏิบัติตามคำตัดสิน โดยไม่มีคำนิพากษาของศาล ที่ได้ตั้งขึ้นตามระเบียบอันเป็นการให้หลักประกันความยุติธรรม ซึ่งอารยชนทั้งหลายยอมรับนับถือว่า เป็นสิ่งซึ่งไม่อาจจะเว้นเสียได้"

หน้าที่ในการรวบรวม และดูแลรักษาผู้ได้รับบาดเจ็บ และผู้ป่วยยังคงเป็นการทั่วไป บทบัญญัติในมาตรา 3 ไม่ได้พูดถึงการปกป้องแก่แพทย์ และสมาชิกอื่น ๆ ของบุคลากรทางการแพทย์ รวมทั้งหน่วยแพทย์และการขนส่ง การปกป้องสัญลักษณ์กาชาดยังไม่ได้กล่าวถึง ซึ่งในที่ประชุมกาชาดระหว่างประเทศ ครั้งที่ 19 ค.ศ. 1957 ณ กรุงนิวเดลี ได้แสดงความประสงค์อันนี้ โดยในข้อมติเกี่ยวกับการดูแลรักษาทางการแพทย์ ว่ามาตรา 3 ควรได้รับการเสริมเพิ่มเติมในประเด็นนี้ และได้ขอร้องให้รัฐบาลทั้งหลายใช้มาตรการที่จำเป็น ในการให้ประกันอย่างมีประสิทธิภาพในการดูแลรักษาผู้ได้รับบาดเจ็บ และป้องกันแพทย์จากการมีอุปสรรค ในการปฏิบัติหน้าที่³ ดังนั้น กฎเกณฑ์ในมาตรา 3 รวม จำเป็นต้องได้รับการยืนยัน และทำให้ชัดเจน ยิ่งกว่านั้นบทบัญญัตินี้ยังมีช่องว่าง เพราะแม้ว่ามาตรา 3 แสดงถึงหลักการที่ว่าบุคคลผู้ไม่มีส่วนร่วมในการสู้รบ หรือไม่สามารถสู้รบได้อีกต่อไป ควรได้รับการปกป้อง แต่ก็ไม่มีกฎเกณฑ์ใด ๆ เกี่ยวกับการสู้รบ ในอันที่จะมีจุดมุ่งหมายเพื่อปกป้องพลเรือน เพราะว่าประชาชนพลเรือนมักจะเป็นผู้ได้รับเคราะห์กรรมเป็นส่วนใหญ่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งพลเรือนมักจะถูกใช้เป็นกำลังของฝ่ายกบฏ⁴ และประเด็นที่สำคัญอื่น ๆ ที่มาตรา 3 รวมมยังไม่ได้ กล่าวถึงคือ กิจกรรมการบรรเทาทุกข์ ความยากลำบากในการก่อตั้งกิจกรรมบรรเทาทุกข์ได้เกิดขึ้นในทางปฏิบัติ เพื่อให้แน่ใจถึงประสิทธิภาพในการดำเนินกิจกรรมบรรเทาทุกข์ให้มากเท่าที่จะมากได้ที่ประชุมกาชาดระหว่างประเทศครั้งที่ 19 จึงได้ออกข้อมติ ซึ่งได้ก่อตั้งพื้นฐานบางประการเกี่ยวกับเรื่องนี้⁵

³ 19th Resolution "Relief in the event of Internal Disturbance"

⁴ Yves SANDOZ, *op.cit.* p. 1326

⁵ *Ibid*

3.2 การเตรียมงาน (Travaux Preparatoires)

ในที่ประชุมกาชาดระหว่างประเทศ (กรุงเวียนนา) ค.ศ. 1965 ได้ตั้งข้อสังเกตถึงความไม่เพียงพอของการปกป้องผู้ได้รับเคราะห์กรรมในการพิพาทด้วยอาวุธไม่เป็น ระหว่างประเทศ และได้ออกข้อมติ 2 ข้อมติมาใช้ ซึ่งก่อให้เกิดการเริ่มต้นกฎเกณฑ์ทางด้านนี้⁶ ต่อมาใน ค.ศ. 1968 ที่ประชุมระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ณ กรุงเตหะราน ภายใต้การอุปถัมภ์ขององค์การสหประชาชาติ ได้แสดงให้เห็นถึงความสำคัญและจุดซึ่งเป็นหัวใจ หัวต่อในการสถาปนาความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิมนุษยชน กับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยการนำข้อมติว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในการพิพาทด้วยอาวุธมาใช้ ซึ่งก่อให้เกิดการกระตุ้นในการพัฒนากฎเกณฑ์ใหม่ ซึ่งที่ประชุมได้พิจารณาว่า กฎหมายมนุษยธรรมเป็นการขยายสิทธิมนุษยชน รวมทั้งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับองค์การสหประชาชาติ โดยกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุสัญญาระหว่างประเทศ ว่าด้วยสิทธิทางแพ่ง และทางการเมือง จะใช้เป็นจุดที่อ้างอิงในการให้ประกันขั้นพื้นฐานที่วางไว้ในพิธีสาร ในหนทางที่มนุษยชนควรจะได้รับปฏิบัติ⁷

ใน ค.ศ. 1969 คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ ได้เชิญกลุ่มของผู้เชี่ยวชาญให้ตรวจสอบการพัฒนากฎหมายมนุษยธรรมในส่วนที่เกี่ยวกับการพิพาทด้วยอาวุธ อันมีลักษณะไม่เป็นระหว่างประเทศ ซึ่งผลสรุปของกลุ่มผู้เชี่ยวชาญระหว่างประเทศ ณ กรุง Istanbul ค.ศ. 1969⁸ ซึ่งที่ประชุมดังกล่าวได้เรียกร้องให้คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ ให้

⁶ 18th Resolution "Protection of Civilian Population against the dangers of indiscriminate War fare" 31st Resolution "Protection of Victims of Non-International Conflicts", Quoting Yves SANDOZ op. cit., p. 1326

⁷ Yves SANDOZ, op, cit., p. 1327

⁸ Ibid

⁹ Ibid

ความสนใจเป็นพิเศษต่อปัญหานี้ และได้รับการรับรองอย่างกว้างขวาง ถึงความจำเป็นของ การเสริมและทำให้ชัดเจน ซึ่งมาตรา 3 รวม¹⁰ และ ปัญหาการปกป้องเป็นพิเศษแก่พลรบ ฝ่ายตรงข้าม ซึ่งติดอาวุธได้ถูกยกขึ้นเป็นครั้งแรก และข้อมติก็ได้เสนอว่าภายใต้เงื่อนไข บางประการ ควรที่จะปฏิบัติต่อพลรบฝ่ายตรงข้ามอย่างเฉลยศึก¹¹

ต่อมาก็ได้มีการประชุมผู้เชี่ยวชาญของรัฐบาล ใน ค.ศ. 1971-7972 ในการ พิจารณาของที่ประชุมนี้ คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศได้เตรียมร่าง 2 ฉบับ ของ พินิสสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับแรกเกี่ยวกับการพิพาทด้วยอาวุธระหว่าง ประเทศ ฉบับที่ 2 เกี่ยวกับการพิพาทด้วยอาวุธอันมีลักษณะไม่เป็นระหว่างประเทศ เพื่อเป็น พื้นฐานในการพิจารณาของที่ประชุมทางการทูต ซึ่งได้จัดประชุมโดยรัฐบาลสวิส ณ กรุงเจนีวา ค.ศ. 1974 และที่ประชุมทางการทูตดังกล่าว ได้นำพินิสสาร 2 ฉบับมาใช้ในปี 1977

สำหรับผลของการประชุมผู้เชี่ยวชาญของรัฐบาล ค.ศ. 1971 ได้แสดงให้เห็นถึง วิวัฒนาการของความคิด เกี่ยวกับการพิพาทด้วยอาวุธ ไม่เป็นระหว่างประเทศ ซึ่งที่ประชุม ดังกล่าวเห็นว่า หลักการของมาตรา 3 ควรได้รับการพัฒนา และในที่สุดผู้เชี่ยวชาญส่วนใหญ่ เห็นว่าการพัฒนากฎหมายดังกล่าว ควรขึ้นอยู่กับทำให้คำนิยามของแนวความคิดที่ชัดเจนของ การพิพาทด้วยอาวุธอันมีลักษณะไม่เป็นระหว่างประเทศ ว่าควรมีกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นภาวะวิสัย เพื่อลดการใช้ดุลพินิจของรัฐในการตัดสิน โดยคณะกรรมการกาชาด¹²ระหว่างประเทศ ได้เสนอว่า คำนิยามของการพิพาทด้วยอาวุธอันมีลักษณะไม่เป็นระหว่างประเทศ ควรยืดหยุ่น

¹⁰ 17th Resolution "Protection of Victims of Non-International Armed Conflict" Quoting Yves SANDOZ, op. cit., p. 1327

¹¹ 38th Resolution "Status of Combatants in Non-International Armed Conflicts" ซึ่งระบุว่าพลรบและสมาชิกของขบวนการต่อต้าน ซึ่งดำเนินการสู้รบใน ความขัดแย้งด้วยอาวุธไม่เป็นระหว่างประเทศ และปฏิบัติสอดคล้องกับบทบัญญัติ มาตรา 4 ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 เมื่อถูกจับกุมควรได้รับการปกป้องจากการกระทำใด ๆ ที่ ไร้มนุษยธรรม หรือป่าเถื่อน

¹² Yves SANDOZ, op. cit., p. 1328

โดยระบุสถานการณ์ที่การพิพาทดังกล่าวที่จะนำมาใช้ โดยปล่อยให้สถานการณ์ความไม่สงบภายใน
อยู่นอกขอบเขตของพิธีสาร แต่อยู่ภายใต้สาส์นทางด้านสิทธิมนุษยชน¹³

ในส่วนที่เกี่ยวกับสงครามกู้ชาติ (Wars of National Liberation) ซึ่ง
หมายถึงการพิพาทด้วยอาวุธ ซึ่งชนชาติต่าง ๆ ใช้สิทธิกำหนดอนาคตของตนเอง โดยใช้กำลัง
สู้รบ เพื่อต่อต้านการปกครองแบบอาณานิคม และการปกครองโดยคนต่างด้าว เพื่อต่อต้าน
ระบอบที่แบ่งแยกผิวในการกำหนดอนาคตของตนเอง ดังที่ระบุไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ
ที่ประชุมทางการทูตปี ค.ศ. 1974 ได้ยกระดับของสงครามดังกล่าวขึ้น เป็นการพิพาทด้วย
อาวุธระหว่างประเทศ ซึ่งเฉลยผู้ถูก¹⁴จับกุมในการพิพาทดังกล่าว มีสิทธิได้รับการปฏิบัติใน
ฐานะเชลยศึก

สำหรับพิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1977 นั้น พิธีสารนี้ได้ถูกลดเนื้อหาลงเป็นอันมาก
ทั้งนี้เพื่อเป็นการประนีประนอมกันระหว่างรัฐทั้งหลาย โดยจะได้ทำการวิเคราะห์ถึงขอบเขต
ของพิธีสาร, แนวทางที่สำคัญของการนำพิธีสารมาใช้, แนวทางในการนำมาใช้สำหรับบุคคล
เนื้อหาของพิธีสาร และความเห็นของผู้แทนไทยต่อพิธีสาร ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 และ
ผลกระทบของแนวความคิดของพิธีสารฉบับที่ 2 ที่มีต่อประเทศไทยดังต่อไปนี้

¹³ Ibid

¹⁴ พิธีสารฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 มาตรา 1 วรรค 4 ซึ่งเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา
ค.ศ. 1949 เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประสบภัย ในกรณีพิพาทด้วยอาวุธระหว่างประเทศ

3.3 ขอบเขตของพิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1977

พิธีสารฉบับที่ 2 ปี 1977 เป็นผลมาจากการประนีประนอมกันระหว่างความจำเป็นทางด้านมนุษยธรรม กับอธิปไตย หรือความมั่นคงของรัฐ โดยพิธีสารนี้เป็นการเสริมและพัฒนา มาตรา 3 รวม¹⁵ เป็นการขยายมาตรา 3 รวม โดยมีพื้นฐานมาจากโครงสร้างเดียวกัน กล่าวคือ พิธีสารฉบับที่ 2 มีลักษณะของการนำมาใช้เช่นเดียวกับมาตรา 3 รวม ที่นำมาใช้ อย่างอัตโนมัติ เมื่อมีสถานการณ์ของการพิพาทด้วยอาวุธตามความเป็นจริง (de facto Situation of armed Conflict)

3.3.1 แนวทางที่สำคัญของการนำมาใช้

ระดับที่พิธีสารฉบับที่ 2 นำมาใช้ได้ตัดสินโดยกฎเกณฑ์ที่ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 1 วรรคแรก หัวข้อแนวทางที่สำคัญของการนำมาใช้ โดยกำหนดว่า

"พิธีสาร จักใช้กับการพิพาทด้วยอาวุธซึ่งเกิดขึ้นภายในดินแดนของภาคี สมาชิกระหว่างกองทัพของตน กับกองทัพของฝ่ายที่แตกแยก หรือกับกลุ่มอื่นที่ติดอาวุธ โดยมี ระบบซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาที่รับผิดชอบ และสามารถควบคุมส่วนหนึ่งของดินแดนประเทศ นั้น ถึงขนาดที่ทำให้กลุ่มติดอาวุธเหล่านั้นสามารถดำเนินการปฏิบัติทางทหารที่คงอยู่และร่วมกัน และสามารถที่จะบังคับใช้พิธีสารนี้"¹⁶

จะเห็นได้ว่า พิธีสารฉบับที่ 2 นี้ ใช้ในบางระดับของความรุนแรงของการพิพาทด้วยอาวุธเท่านั้น และไม่เหมือนกับการนำมาใช้ของมาตรา 3 รวม ที่นำมาใช้กับทุก สถานการณ์ของการพิพาทด้วยอาวุธที่ไม่เป็นระหว่างประเทศ และมาตรา 3 รวมไม่ได้ให้คำ นิยามของคำว่า การพิพาทด้วยอาวุธ ซึ่งก่อให้เกิดการตีความไปในหลายทาง และในทาง ปฏิบัติการนำมาตรา 3 รวมมาใช้จึงถูกปฏิเสธ เพื่อที่จะปรับปรุงการปกป้องผู้ได้รับเคราะห์ กรรมในกรณีพิพาทด้วยอาวุธไม่เป็นระหว่างประเทศ จึงจำเป็นไม่เพียงแต่พัฒนากฎเกณฑ์ ทั้งหลาย แต่ยังคงต้องมีกฎเกณฑ์ที่เป็นภาวะวิสัย เพื่อตัดสินว่าเมื่อไรกฎเกณฑ์ดังกล่าว นำมาใช้ ได้ และเพื่อลดการใช้มาตรการการใช้ดุลพินิจของรัฐ กฎเกณฑ์ในพิธีสารฉบับที่ 2

¹⁵ Yves SANDOZ, op.cit., p. 1343

¹⁶ มาตรา 1(1) ของพิธีสารฉบับที่ 2 ปี 1977

จึงได้ให้คำนิยามที่ชัดเจนของคำว่า การพิพาทด้วยอาวุธที่ไม่เป็นระหว่างประเทศ โดยกฎเกณฑ์ 3 ประการ ที่นำมาใช้แก่ฝ่ายกบฏ คือ การบังคับบัญชาที่รับผิดชอบการควบคุมดินแดนได้โดยกฎที่สามารถทำให้กบฏดำเนินการทางทหารอยู่ได้ และเป็นกลุ่มเป็นก้อน และสามารถที่จะบังคับใช้พิธีสาร ซึ่งเป็นการจำกัดการนำพิธีสารมาใช้แก่การพิพาทด้วยอาวุธในบางระดับเท่านั้น ซึ่งหมายความว่าไม่ใช่การพิพาทด้วยอาวุธทุกระดับ หรือทุกระดับ จะคลุมถึงพิธีสารฉบับที่ 2 อย่างมาตรา 3 รวมแต่อย่างใด¹⁷ ซึ่งต่างจากร่างของคณะกรรมการกาชาดสากลที่กำหนดให้คำนิยามของคำว่า การพิพาทด้วยอาวุธไม่เป็นระหว่างประเทศ ซึ่งได้รับแรงจูงใจมาจากความเห็นของคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญ ค.ศ. 1962 ที่มีพื้นฐานอยู่บนลักษณะของการสู้รบ ซึ่งมีลักษณะร่วมกัน¹⁸ และพิธีสารฉบับที่ 2 นี้้นำมาใช้เพียงแต่การพิพาทด้วยอาวุธระหว่างกองกำลังติดอาวุธของอัครภาคี และกองกำลังติดอาวุธ หรือกลุ่มติดอาวุธที่ต่อต้านอื่น ๆ ซึ่งต่างจากร่างของคณะกรรมการกาชาดสากลที่ให้นำพิธีสารมาใช้ในการพิพาทด้วยอาวุธใด ๆ ระหว่างกลุ่มติดอาวุธที่จัดเป็นองค์กรไม่ว่ากลุ่มติดอาวุธดังกล่าวจะเป็นรัฐบาลหรือไม่ ดังนั้นการพิพาทด้วยอาวุธระหว่าง 2 กลุ่ม หรือมากกว่าที่ไม่ใช่รัฐบาล ตัวอย่างเช่น กรณีการพิพาทด้วยอาวุธระหว่างกลุ่มติดอาวุธหลายกลุ่มในเลบานอน พิธีสารฉบับนี้จะใช้บังคับไม่ถึง ถ้าหากตีความอย่างเคร่งครัด¹⁹

ดังนั้น พิธีสารฉบับที่ 2 จึงแตกต่างจากมาตรา 3 รวมทั้งมาตรา 3 รวมนำมาใช้ในทุกสถานการณ์ของการพิพาทด้วยอาวุธที่ไม่เป็นระหว่างประเทศ โดยมาตรา 3 รวมไม่ระบุคำนิยามของคำว่า "การพิพาทด้วยอาวุธ" แต่อย่างใด โดยมาตรา 3 รวมยังเป็นอิสระไม่ถูกเปลี่ยนแปลง และยังคงให้อยู่โดยอัตโนมัติ ไม่ถูกจำกัดหรือกระทบโดยแนวทางที่เป็นสาระสำคัญของการนำพิธีสารฉบับที่ 2 มาใช้แต่อย่างใด²⁰

¹⁷Yves SANDOZ, op.cit.,p. 1349

¹⁸George Abi-Saab "Non-International Armed Conflict" in International Dimension of Humanitarian Law, (Paris : UNESCO, 1988), p.228

¹⁹Ibid.p. 229

²⁰เพราะพิธีสารฉบับที่ 2 มาตรา 1 กล่าวว่า พิธีสารนี้ ซึ่งพัฒนา และเสริมมาตรา 3 รวมโดยปราศจากการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไข ที่มีอยู่ของการนำมาใช้

แต่อย่างไรก็ตามพิธีสารฉบับที่ 2 นี้ ไม่ใช่ต่อสถานการณ์ความยุ่งยากภายใน และความตึงเครียด เช่นการจลาจล และการใช้กำลังรุนแรงชั่วคราว ตลอดจนการกระทำอื่นใด ทำนองดังกล่าว ซึ่งมีใช้ข้อพิพาทที่ใช้อาวุธ²¹ ซึ่งบทบัญญัติในวรรคนี้ ถูกบัญญัติขึ้นมาเนื่องจาก รัฐทั้งหลายถือว่าสถานการณ์ของความยุ่งยากภายใน และความตึงเครียดภายใน ไม่ใช่เป็น "การพิพาทด้วยอาวุธ" และจำเป็นต้องจัดการกับฝ่ายตรงข้ามที่พิพาทตามกฎหมายภายในของตน เช่น กฎหมายอาญา เป็นต้น แต่คณะกรรมการกาชาดสากลในฐานะที่เป็นสถาบันที่เป็นกลาง ก็ได้ใช้สิทธิในการริเริ่มทางด้านมนุษยธรรม ในการปกป้องและช่วยเหลือทั้งพลรบ และพลเรือนผู้ได้รับเคราะห์กรรมที่เกิดจากสถานการณ์ดังกล่าวนี้ ตามธรรมนูญกาชาด มาตรา 6 วรรค 5 และวรรค 6²² นอกจากนี้สถานการณ์ดังกล่าวนี้ยังอยู่ภายใต้สาส์นระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการปกป้องสิทธิมนุษยชน สำหรับรัฐที่เป็นภาคีของสาส์นดังกล่าว เช่น อนุสัญญาระหว่างประเทศ ว่าด้วยสิทธิในทางแพ่ง และทางการเมือง และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

3.3.2 การนำพิธีสารฉบับที่ 2 มาใช้ไม่ถือว่าเป็นการให้การรับรองสถานะระหว่างประเทศแก่ฝ่ายกบฏแต่อย่างใด

กล่าวคือ การนำพิธีสารฉบับที่ 2 มาใช้เป็น เช่นเดียวกับมาตรา 3 รวม โดยมาตรา 3 รวมได้กำหนดอย่างชัดเจนว่า ในการนำมาตรา 3 รวม มาใช้ จะไม่มีผลกระทบต่อสถานะทางกฎหมายแก่ภาคีที่พิพาทกัน²³ และตามร่างของคณะกรรมการกาชาดสากลได้ยืนยันเงื่อนไข²⁴ แต่ในพิธีสารฉบับที่ 2 นี้ได้ตัดคำว่า "ภาคีที่พิพาท" เพราะผู้แทนในที่ประชุมบางคนเห็นว่าการกล่าวถึงคำว่าภาคีที่พิพาทลงในพิธีสาร อาจทำให้ถือว่าเป็นการรับรองโดย

²¹ พิธีสารฉบับที่ 2 มาตรา 1(2)

²² Yves SANDOZ, op.cit., p. 1354

²³ มาตรา 3 รวม วรรคสุดท้าย

²⁴ Yves SANDOZ, op.cit., p. 1344

ปริยายแก่ฝ่ายกบฏ ซึ่งจะเป็นได้ว่าพิธีสารฉบับที่ 2 มีลักษณะเช่นเดียวกับมาตรา 3 รวม ที่มีวัตถุประสงค์ทางด้านมนุษยธรรมล้วน ๆ ในการให้ประกันขึ้นพื้นฐานแก่ปัจเจกชนในทุกสถานการณ์ ดังนั้นการนำพิธีสารมาใช้ไม่เป็นการให้การรับรอง สถานะระหว่างประเทศ หรือเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายในความสัมพันธ์กับภาคีที่พิพาทกันแต่อย่างใด²⁵

3.3.3 พิธีสารฉบับที่ 2 ไม่ได้ให้สถานะพิเศษแก่สมาชิกของกองกำลังติดอาวุธ หรือกลุ่มติดอาวุธที่ถูกจับกุมโดยฝ่ายตรงข้ามแต่อย่างใด

พิธีสารฉบับที่ 2 มีลักษณะเช่นเดียวกับมาตรา 3 รวม ซึ่งตามพิธีสารฉบับที่ 2 นั้น บัญญัติให้สมาชิกของกองกำลังติดอาวุธ หรือกลุ่มติดอาวุธที่ตกอยู่ในอำนาจของฝ่ายตรงข้าม และพลเรือนที่ถูกจำกัดเสรีภาพด้วยเหตุผลเกี่ยวกับความขัดแย้งได้รับสถานะการปกป้องพื้นฐานอย่างต่ำเช่นเดียวกัน²⁶ กฎหมายภายในของรัฐยังมีผลบังคับใช้ เช่นรัฐบาลผู้มีอำนาจยังคงมีสิทธิที่จะดำเนินคดี และเมื่อจำเป็นก็จะตัดสินลงโทษผู้กระทำผิดในเรื่องที่เกี่ยวกับการพิพาทได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งพิธีสาร ไม่ได้ห้ามที่จะนำมาซึ่งการอำนวยความสะดวกแก่สมาชิกของกลุ่มติดอาวุธฝ่ายกบฏ สำหรับการกระทำการสู้รบ แต่พิธีสารก็ไม่ได้ให้สถานะการเป็นพลรบ หรือเชลยศึก แก่กบฏแต่อย่างใด²⁷

²⁵ Ibid

²⁶ พิธีสารฉบับที่ 2 มาตรา 4 เกี่ยวกับการให้ประกันพื้นฐาน, มาตรา 5 เกี่ยวกับบุคคลเสรีภาพถูกจำกัด ซึ่งจะได้อธิบายโดยละเอียดต่อไป

²⁷ Yves SANDOZ, op.cit., p.1344

3.3.4 การให้บริการโดยองค์กรทางด้านมนุษยธรรม ไม่ถือว่าเป็นการแทรกแซงในการพิพาทหรือกิจการภายใน

เนื่องจากรัฐทั้งหลายกล่าวว่า การนำพิธีสารฉบับที่ 2 มาใช้ จะเป็นการละเมิดอำนาจอธิปไตย และแทรกแซงกิจการภายในของรัฐ²⁸ ดังนั้น พิธีสารฉบับที่ 2 ซึ่งมีวัตถุประสงค์ทางด้านมนุษยธรรมล้วน ๆ จึงได้ยืนยันหลักการละเมิดไม่ได้ ซึ่งอำนาจอธิปไตยของรัฐ โดยบัญญัติว่า

"พิธีสาร จักไม่ถูกอ้างอิงเพื่อความมุ่งหมายอันกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐ หรือความรับผิดชอบของรัฐบาลในการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ หรือป้องกันเอกภาพของชาติ และบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐ โดยวิธีการต่าง ๆ ที่ชอบด้วยกฎหมาย"²⁹ รวมทั้ง

"พิธีสารจักไม่ถูกอ้างอิงเป็นเหตุผล เพื่อแทรกแซงโดยตรงและโดยอ้อม หรือโดยเหตุผลใดก็ตาม ในข้อพิพาทที่ใช้อาวุธหรือในกิจการภายใน และภายนอกของภาคีสมาชิก ในดินแดน ซึ่งข้อพิพาทนั้นเกิดขึ้น"³⁰

อนึ่ง ตามมาตรา 3 รวม วรรค 2 ซึ่งได้บัญญัติว่า "องค์กรทางด้านมนุษยธรรม เช่นคณะกรรมการกาชาดสากล อาจให้บริการของตนแก่ภาคีที่พิพาทได้" ซึ่งการให้บริการเช่นว่า ซึ่งเป็นไปตามกฎหมาย ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นปกติ³¹ แม้ว่าพิธีสารฉบับที่ 2 ไม่ได้ยืนยันถึงหลักการนี้อย่างชัดเจน เหมือนมาตรา 3 รวม แต่พิธีสารฉบับที่ 2 ก็เป็นกฎเกณฑ์ที่เสริมและพัฒนามาตรา 3 รวม โดยปราศจากการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขของการนำมาใช้³² พิธีสารจึงไม่ห้ามการให้บริการโดยองค์กรทางด้านมนุษยธรรม ซึ่งไม่ลำเอียงแก่ฝ่ายใด เช่น คณะกรรมการกาชาดสากลที่จะให้การช่วยเหลือ และปกป้องผู้ได้รับเคราะห์กรรม แต่เป็นการสนับสนุนให้นำพิธีสารฉบับที่ 2 นี้มาใช้ ตัวอย่างที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจน

²⁸ Ibid. p.1362

²⁹ พิธีสาร ฉบับที่ 2 ค.ศ. 1977 มาตรา 3 วรรคแรก

³⁰ พิธีสาร ฉบับที่ 2 ค.ศ. 1977 มาตรา 3 วรรค 2

³¹ Yves SANDOZ, op. cit., p. 1364

³² Ibid

ของพิธีสารนี้ เช่นการให้ความช่วยเหลือแก่บุคคล แก่บุคคลผู้ถูกจำกัดเสรีภาพ³³ และการบรรเทาทุกข์ให้ความช่วยเหลือแก่ประชาชนพลเรือน³⁴ แต่อย่างไรก็ตาม ฝ่ายที่พิพาทกันไม่มีหน้าที่ที่จะยอมรับการให้การช่วยเหลือจากองค์กรเช่นว่า ฝ่ายที่พิพาทกันยังคงมีอิสระอย่างสมบูรณ์ที่จะยอมรับ หรือปฏิเสธการให้ความช่วยเหลือดังกล่าว³⁵

3.3.5 แนวทางในการนำมาใช้สำหรับบุคคล

บุคคลผู้ได้รับการปกป้องตามพิธีสารฉบับที่ 2 นี้จะต้องได้รับการปฏิบัติเท่าเทียมกันแก่ทุกคนที่ได้รับผลกระทบจากการพิพาทด้วยอาวุธ โดย "พิธีสารนี้จักใช้โดยปราศจากการแบ่งแยกที่เป็นผลร้าย โดยอาศัยชาติพันธุ์ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา และความคิดเห็นเห็นทางการเมืองหรืออื่น ๆ ที่มาทาง ชาติ สังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานภาพอื่น ๆ หรือบรรดากฎหมายอื่นใดทำนองดังกล่าว "ต่อบรรดาบุคคลทั้งปวงที่ได้รับผลกระทบจากข้อพิพาทที่ใช้อาวุธตั้งนิยามไว้ในข้อ 1"³⁶ ซึ่งแนวความคิดนี้ มีพื้นฐานมาจากหลักไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งปัจจุบันนี้ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการระหว่างประเทศ³⁷ ซึ่งกฎหมายที่อยู่ในพิธีสารนี้ บัญญัติเหมือนกับกฎหมายที่ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและทางการเมือง สำหรับบุคคลผู้ได้รับผลกระทบจากการพิพาทด้วยอาวุธ ได้แก่ บุคคลผู้ไม่มีส่วนร่วมในการสู้รบ หรือไม่สามารถทำการสู้รบได้อีกต่อไป และได้รับประโยชน์จากกฎหมายในการปกป้อง อันได้แก่พลรบฝ่ายตรงข้าม และประชาชนพลเรือน กล่าวคือพิธีสารให้การปกป้องทั้งพลรบ และผู้ที่ไม่ใช่พลรบ และพิธีสารยังใช้กับประชาชนทุกคนในประเทศที่การพิพาทได้เกิดขึ้น โดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติรวมทั้งผู้อพยพ³⁸

³³ มาตรา 5 วรรค 1 (ค) ของพิธีสารฉบับที่ 2 ค.ศ. 1977

³⁴ มาตรา 18 วรรค 2 ของพิธีสารฉบับที่ 2 ค.ศ. 1977

³⁵ Yves SANDOZ, op.cit., 1364

³⁶ พิธีสาร ฉบับที่ 2 ค.ศ. 1977

³⁷ Yves SANDOZ, op.cit., p.1358

³⁸ Ibid, p. 1359

อนึ่ง บุคคลผู้ได้รับผลกระทบจากข้อพิพาทที่ใช้อาวุธตามความหมายของ มาตรา 2 วรรค 2 นี้ ถูกครอบคลุมโดยพิธีสารนี้ ไม่ว่าบุคคลดังกล่าวจะอยู่ที่ใดภายใน ดินแดนของรัฐที่มีการสู้รบกัน³⁹

3.3.6 แนวทางการนำมาใช้กับเวลา

โดยหลักการแล้ว มาตรการในการจำกัดเสรีภาพบุคคล ซึ่งได้กระทำด้วย เหตุผลเกี่ยวกับการพิพาทควรยุติ เมื่อสิ้นสุดการสู้รบ เช่น การดำเนินการทางทหารได้ยุติ ยกเว้นในกรณีที่มีการตัดสินใจโทษทางอาญา⁴⁰ แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าหากมาตรการเช่นว่า ยังคงมีอยู่แก่บุคคลบางคน เพื่อเหตุผลทางด้านความมั่นคง หรือถ้าฝ่ายที่ชนะได้ทำการจับกุมเพื่อ รักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย หรืออำนาจของตน การปกป้องทางกฎหมายก็ยังคงมีอยู่ต่อไป แก่บุคคลที่ถูกดำเนินการดังกล่าว ภายใต้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการควบคุมตัวแก่บุคคลผู้ถูกจำกัด เสรีภาพตามมาตรา 5 และการให้ประกันความยุติธรรม ในการดำเนินคดีอาญาตามมาตรา 6 อันเป็นการปกป้องขั้นพื้นฐานในทุกเวลา ดังที่บัญญัติไว้ในพิธีสารมาตรา 2 วรรค 2 ว่า

"เมื่อข้อพิพาทที่ใช้กำลังสิ้นสุดลง บรรดาผู้คนที่ต้องขาดอิสระภาพหรือ ต้องถูกจำกัดอิสระภาพ โดยผลแห่งข้อพิพาทนั้น ตลอดจนการที่ต้องขาดอิสระภาพ หรือต้องถูก จำกัดอิสระภาพในภายหลังข้อพิพาทนั้น ด้วยเหตุเช่นเดียวกันนั้น ย่อมได้รับความคุ้มครองโดย ข้อ 5 และข้อ 6 จนกว่าการขาดหรือการถูกจำกัดอิสระภาพดังกล่าวจะสิ้นสุดลง"

3.3.7 วิเคราะห์ขอบเขตของพิธีสารฉบับที่ 2

พิธีสารฉบับที่ 2 ต่างจากร่างของคณะกรรมการกาชาดสากลในหลาย ประการคือ ร่างของคณะกรรมการกาชาดสากลได้กำหนด ให้คำนิยามที่เป็นทางบวกของคำว่า "การพิพาทด้วยอาวุธไม่เป็นระหว่างประเทศ" ซึ่งได้รับแนวคิดมาจากกฎเกณฑ์ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1962 ซึ่งมีพื้นฐานอยู่บนการต่อสู้ที่มีลักษณะร่วมกันในการพิพาท

³⁹ Ibid

⁴⁰ Ibid, p. 1360

ด้วยอาวุธ และมีการจัดองค์กรของฝ่ายที่พิพาทกัน ไม่ว่าจะกลุ่มดังกล่าวจะเป็นรัฐบาลหรือไม่ก็ตาม แต่ตามพิธีสารฉบับที่ 2 ระบุให้ต้องมีการควบคุมดินแดนได้โดยฝ่ายกบฏ ซึ่งเพียงพอที่จะทำให้อกบฏสามารถดำเนินการทางทหารได้อย่างเป็นกลุ่มเป็นก้อน ซึ่งการกำหนดให้ควบคุมดินแดนได้ จำเป็นจะต้องมีการพิพาทด้วยอาวุธที่มีลักษณะรุนแรง จึงทำให้รูปแบบของการพิพาทด้วยอาวุธที่มีความรุนแรงต่ำ กองโจรในเมือง และรูปแบบอื่น ๆ ของการทำสงครามแบบกองโจรที่มีการเคลื่อนที่สูง อยู่นอกขอบเขตของพิธีสารฉบับที่ 2⁴¹ และนอกจากนี้ร่างของคณะกรรมการกาชาดสากล ยังนำมาใช้กับทุกการพิพาทด้วยอาวุธ ระหว่าง "กองกำลังติดอาวุธ และกลุ่มติดอาวุธที่จัดเป็นองค์กรใด ๆ ภายใต้ความรับผิดชอบ "แต่พิธีสารนำมาใช้เพียงแต่การพิพาทด้วยอาวุธระหว่างกองทัพของอัครภาติ และ "กองกำลังของฝ่ายต่อต้าน หรือกลุ่มที่อาวุธอื่นใดที่จัดเป็นองค์กร"⁴²

3.3.8 เนื้อหาของพิธีสารฉบับที่ 2

3.3.8.1 การปฏิบัติการณ์มนุษยธรรม

พิธีสารนี้วัตถุประสงค์เพื่อปกป้องบุคคลผู้ไม่มีส่วนร่วมในการสู้รบ หรือไม่สามารถทำการสู้รบได้อีกต่อไป เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจโดยไม่ชอบและต่อการปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม หรือทารุณต่อบุคคลดังกล่าว เนื่องจากพิธีสารนี้ไม่ได้กำหนดความแตกต่างชนิดของบุคคลให้เป็นผู้ได้รับสถานะพิเศษ อย่างเชลยศึกในกรณีพิพาทด้วยอาวุธระหว่างประเทศแต่อย่างใด กฎเกณฑ์ที่ได้วางไว้ นำมาใช้เท่าเทียมกันต่อทุกคนที่ได้รับผลกระทบจากการพิพาทด้วยอาวุธ อันได้แก่ผู้ได้รับบาดเจ็บ, ผู้ป่วย บุคคลที่เสรีภาพถูกจำกัด ไม่ว่าจะเป็นพลเรือน หรือทหาร ซึ่งตกอยู่ภายใต้อำนาจของศัตรู⁴³ ซึ่งกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้ได้วางไว้แล้ว ทั้งโดยปริยาย และชัดเจนในมาตรา 3 รวม และได้ถูกพัฒนาและเสริมขึ้นมาโดยพิธีสารนี้ อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งโอนกันไม่ได้ และมีอยู่ในมนุษยชน สามารถอ้างหรือเรียกร้อง

⁴¹ George Abi Soab, op, cit., p.228.

⁴² ดูพิธีสาร ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 มาตรา 1 วรรคแรก

⁴³ Yves SANDOZ, op.cit.,p. 1365

ได้ตลอดเวลา⁴⁴ และได้บัญญัติไว้สอดคล้องและเป็นเช่นเดียวกันเกี่ยวกับสิทธิทั้งหลายที่เพิกถอนไม่ได้ของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิในทางแพ่งและการเมือง แม้ในยามประกาศภาวะฉุกเฉินซึ่งคุกคามต่อความมั่นคงของชาติ⁴⁵ อันได้แก่ การให้ประกันในการปฏิบัติทางการทางด้านมนุษยธรรม, มาตรฐานอย่างต่ำ ระหว่างถูกควบคุมตัว, และการให้ประกันทางด้านกระบวนการยุติธรรม ดังจะได้พิจารณาตามลำดับดังต่อไปนี้ คือ

3.3.8.1.1 หลักประกันมูลฐาน

พิธีสารได้ให้หลักประกันมูลฐาน โดยบัญญัติให้ "บรรดาบุคคลทั้งหลายซึ่งมิได้ร่วมโดยตรง หรือบุคคลทั้งหลายซึ่งหยุดร่วมการกระทำที่เป็นศัตรู ไม่ว่าอิสรภาพจะถูกจำกัดแล้วหรือไม่ มีสิทธิที่จะได้รับความเคารพต่อตัวบุคคล ต่อเกียรติยศ ความเชื่อถือ และการปฏิบัติศาสนกิจ ในทุกกรณีเหล่านี้ จะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม โดยปราศจากการแบ่งแยกที่เป็นผลร้าย อีกทั้งห้ามสั่งว่าไม่ให้ผู้ที่รอดชีวิต"⁴⁶ ซึ่งเป็นการให้การปกป้องทุกคนที่ได้รับผลกระทบจากการพิพาทด้วยอาวุธ เมื่อบุคคลดังกล่าวไม่มีส่วนร่วมในการสู้รบ หรือไม่สามารถทำการสู้รบได้ต่อไป กล่าวคือ พลรบเป็นผู้ได้รับการปกป้องเมื่อถูกกันออกจากการสู้รบ และกฎเกณฑ์ประโยคสุดท้ายของวรรคแรกนี้ ซึ่งบัญญัติว่า "ห้ามสั่งว่า ไม่ให้มีผู้ที่รอดชีวิต" นั้นเป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานเกี่ยวกับการทำการสู้รบ ซึ่งมีพื้นฐานมาจากระเบียบกรุงเฮก⁴⁷ มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องพลรบ เมื่อตกอยู่ในอำนาจของฝ่ายตรงข้าม⁴⁸

⁴⁴ Ibid

⁴⁵ Ibid

⁴⁶ พิธีสารฉบับที่ 2 ค.ศ. 1977 มาตรา 4 วรรคแรก

⁴⁷ มาตรา 23 วรรค 1(d) ของระเบียบกรุงเฮก (Hague Regulation)

⁴⁸ Yves SANDOZ, op.cit., 1371

หลักการทั่วไปของการปฏิบัติทางด้านมนุษยธรรมที่ได้วางไว้ในวรรคแรกดังกล่าวข้างต้นนี้ ปรากฏรายละเอียดของการห้ามไว้ในวรรค 2 โดยบัญญัติว่า

"โดยไม่เป็นผลร้ายต่อขอบเขตทั่วไปของวรรคก่อน การกระทำต่อไปนี้ ต่อบุคคลที่กล่าวไว้ในวรรค 1 ย่อมเป็นอันต้องห้ามและเป็นอันต้องห้ามตลอดไป ไม่ว่าจะทำเมื่อใดที่ไหนก็ตาม กล่าวคือ

(ก) การทารุณกรรมต่อชีวิต สุขภาพ และความเป็นปกติสุรรางกาย และจิตใจของบุคคล โดยเฉพาะการฆาตกรรม และการปฏิบัติที่โหดร้าย อาทิ การทรมาน การตัดส่วนของร่างกาย หรือรูปแบบอื่นใดอันเป็นการลงโทษต่อเนื้อตัวร่างกาย

(ข) การลงโทษที่เป็นหมู่

(ค) การจับเป็นตัวประกัน

(ง) การกระทำอันเป็นการก่อการร้าย

(จ) การทำร้ายศักดิ์ศรีของบุคคล โดยเฉพาะการปฏิบัติให้อับอาย และลดศักดิ์ศรี การข่มขืน การบังคับให้เป็นโสเภณีตลอดจนรูปแบบอย่างใด ๆ ซึ่งการทำร้ายอันต่ำทราม

(ฉ) การเอาคนลงเป็นทาสตลอดจนการค้าทาส ไม่ว่าในรูปแบบใด

(ช) การปล้นสดมภ์

(ซ) การคุกคามว่าจะกระทำการที่ได้กล่าวแล้ว⁴⁹

การห้ามดังกล่าวเป็นหลักการพื้นฐานทั่วไปของการปฏิบัติต่อมนุษย์ ซึ่งเป็นเพียงตัวอย่างที่สำคัญ คำว่า "โดยไม่เป็นผลร้ายต่อขอบเขตทั่วไปของวรรคก่อน" หมายความว่าไม่มีข้อยกเว้นใด โดยเฉพาะที่มีผลกระทบในการทำให้ลดหรือจำกัดขอบเขตของหลักการทั่วไปดังกล่าว⁵⁰ อีกทั้งการห้ามดังกล่าวเป็นการห้ามโดยชัดแจ้ง และไม่มีข้อยกเว้น อันเป็นหน้าที่เด็ดขาดที่ต้องนำมาใช้ทุกเวลา และสถานที่⁵¹ โดยบางข้อของการกระทำที่ถูกห้ามได้กล่าว

⁴⁹ พิธีสาร ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 มาตรา 4 วรรค 2

⁵⁰ Yves SANDOZ, op.cit.p. 1371

⁵¹ Ibid p. 1372

ไว้แล้วในมาตรา 3 รวม แต่ได้บัญญัติให้สมบูรณ์ และชัดเจนขึ้นมากกว่ามาตรา 3 รวม ได้แก่ ข้อ (ก) ซึ่งเกี่ยวกับขอบเขตของการห้ามการทารุณกรรมต่อชีวิต สุขภาพ และความเป็นปกติ สุขภาพร่างกายและจิตใจ มีความละเอียดชัดเจนมากกว่าการทารุณกรรมต่อชีวิตดังที่ระบุไว้ใน มาตรา 3 รวม และการฆาตกรรม รวมถึงไม่เพียงแต่การฆ่า แต่ยังหมายถึง การห้ามระหว่าง ประเทศ ที่นำไปสู่การสูญเสียชีวิต และการห้ามทรมานรวม ถึงทุกชนิดของการทรมานทาง ร่างกายและจิตใจ⁵² ข้อ (ค) การห้ามการจับตัวเป็นประกัน, ข้อ (จ) การห้ามทำร้าย ศักดิ์ศรีของบุคคล ส่วนข้อห้ามที่เพิ่มบัญญัติใหม่ ในพินิจสารฉบับที่ 2 ได้แก่ ข้อ (ข) การห้ามการ ลงทัณฑ์เป็นหมู่, ข้อ (ง) การห้ามการกระทำอันเป็นการก่อ การร้าย ข้อ (ฉ) ห้ามการ เอาคนลงเป็นทาส, ข้อ (ช) ห้ามการ ปล้นสดมภ์

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า ด้วยเหตุผลทางด้านกฎหมาย และด้านการเมือง จึงไม่มี บทบัญญัติห้ามการแก้แค้น ในพินิจสารฉบับที่ 2 แต่เนื่องจากการกระทำที่ถูกห้าม ได้บัญญัติไว้ ละเอียดสมบูรณ์กว่าในมาตรา 3 รวม และเพราะว่าลักษณะการห้ามเป็นการเด็ดขาด ซึ่งนำมา ใช้ในทุกเวลาและทุกสถานที่ ดังนั้นจึงไม่มีช่องว่างที่เปิดโอกาสให้กระทำการ "แก้แค้น" ได้แก่บุคคลที่ได้รับการปกป้อง⁵³ ตามพินิจสารฉบับที่ 2 นี้ เช่นเดียวกับมาตรา 3 รวม โดยถือ ว่าเป็นการห้ามโดยปริยาย

เนื่องจากเด็กเป็นผู้ที่อ่อนแอกว่าบุคคลทั่วไป จึงจำเป็นต้องได้รับการปฏิบัติการปกป้อง เป็นพิเศษเมื่อเปรียบเทียบกับประชาชนพลเรือน โดยทั่ว ๆ ไป เด็กจึงต้องได้รับประโยชน์เป็น พิเศษจากการปกป้องทางกฎหมาย กล่าวคือ

"เด็กย่อมได้รับการดูแล ความช่วยเหลือในสิ่งที่พวกเขาเด็กต้องมี และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง คือ

(ก) เด็กจักได้รับการศึกษารวมทั้งการศึกษาในทางศาสนา และศีลธรรมตามความ ปราารถนาของบิดามารดา หรือถ้าหากไม่มีบิดามารดา ตามความปราารถนาของผู้ที่รับผิดชอบ ในการดูแลเด็กเหล่านั้น

⁵² Ibid p. 1373

⁵³ Ibid, p. 1372

- (ข) จักต้องมีขั้นตอนอันสมควร เพื่ออำนวยความสะดวกให้ครอบครัวที่ถูกแยกออกจากชั่วคราว กลับรวมกัน
- (ค) เด็กซึ่งมีอายุไม่บรรลุนิติภาวะ 15 ปีบริบูรณ์ จักต้องไม่ถูกเกณฑ์เป็นทหารในกองทัพ หรือกลุ่มใด ๆ และต้องห้ามร่วมการสู้รบ
- (ง) เด็กซึ่งมีอายุบรรลุนิติภาวะ 15 ปี บริบูรณ์ จักได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษตามข้อนี้ เมื่อเด็กเหล่านั้นมีส่วนร่วมโดยตรง ในการสู้รบ แม้ทั้งมีความในอนุมาตรา (ค) ข้างต้นและ ถูกจับ
- (จ) จักต้องใช้มาตรการการเพื่อย้ายเด็กออกจากบริเวณที่มีการสู้รบกัน ไปยังบริเวณ ที่ปลอดภัยกว่าเป็นการชั่วคราว ภายในประเทศนั้น และประกันว่า เด็กจะมีบุคคลที่รับผิดชอบในเรื่องความปลอดภัย และการอยู่เย็นเป็นสุขร่วมเดินทางไปด้วย ทั้งนี้เมื่อจำเป็นและเมื่อใดก็ตาม ที่ทำได้โดยได้รับความยินยอมจากบิดามารดาของเด็กเหล่านั้น หรือบุคคลอื่น ซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบเลี้ยงดูเด็กเหล่านั้นตามกฎหมาย หรือจารีตประเพณี⁵⁴

3.3.8.1.2 บุคคลผู้ซึ่งเสรีภาพถูกจำกัด

บุคคลผู้ซึ่งเสรีภาพถูกจำกัด ซึ่งครอบคลุมถึงผู้ถูกกักขัง (Detainees) และบุคคลผู้ซึ่งเสรีภาพถูกจำกัดด้วยเหตุผลเกี่ยวกับการการนิพาท เพื่อให้ประกันว่า สภาวะการควบคุมตัวของบุคคลผู้ซึ่งเสรีภาพ ถูกจำกัดด้วยเหตุผลเกี่ยวกับการนิพาท มีความเหมาะสม⁵⁵ พิธีสารฉบับที่ 2 มาตรา 5 จึงได้กำหนดหน้าที่ซึ่งเป็นมาตรการในการให้ประกันเกี่ยวกับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมแก่บุคคลดังกล่าว โดยเป็นการเสริม มาตรา 4 เกี่ยวกับการให้ประกันขั้นมูลฐาน กล่าวคือ ในขณะที่มาตรา 4 ได้กำหนดข้อห้าม ส่วนมาตรา 5 ได้กำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายที่นิพาทกันกระทำ โดยจักต้องเคารพข้อที่บัญญัติดังต่อไปนี้ เป็นมาตรฐานขั้นต่ำ เพื่อปกป้องบุคคล บรรดาที่ต้องสูญเสียเสรีภาพด้วยเหตุสงคราม อันประกอบ

⁵⁴ พิธีสาร ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 มาตรา 4 วรรค 3

⁵⁵ Yves SANDOZ, op.cit., pp. 1384-1385

ไปด้วยผู้ถูกฟ้องคดีอาญาและผู้ถูกจำกัดเสรีภาพด้วยเหตุผลทางด้านความมั่นคง⁵⁶ ไม่ว่าจะถูก
ควบคุมหรือคุมขัง คือ⁵⁷

"(ก) ผู้บาดเจ็บและป่วยไข้ จักได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม และจะได้รับการ
การดูแลรักษาและเอาใจใส่ทางแพทย์"

"(ข) บุคคลผู้ต้องสูญอิสรภาพดังกล่าว จะได้รับอาหาร และน้ำดื่ม และได้รับการ
ป้องกันในด้านสุขภาพ และอนามัย และการป้องกันจากสภาพร้ายแรง ของลมฟ้าอากาศ และ
อันตรายของการพิพาทด้วยอาวุธ เท่ากับที่ประชาชนพลเรือนท้องถิ่นได้รับ" ซึ่งอนุมาตรา (ข)
มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ประกันว่าบุคคลผู้ถูกสูญเสีเสรีภาพ จะได้รับการช่วยเหลือสิ่งจำเป็นขั้นต่ำ
ได้แก่ อาหาร และน้ำดื่ม เป็นต้น⁵⁸

(ค) บรรดาบุคคลดังกล่าว ยังได้รับความช่วยเหลือไม่ว่าในฐานะกลุ่ม หรือตัวบุคคล

(ง) บุคคลเหล่านั้นจะได้รับอนุญาตให้นับถือศาสนาของตน และหากว่าได้รับร้องขอ
และเหมาะสมก็จะได้รับการช่วยเหลือในทางจิตใจจากบุคคล เช่นว่า อนุศาสนาจารย์ เพื่อประกอบ
พิธีกรรมทางศาสนา

(จ) หากบุคคลดังกล่าว ถูกบังคับให้ทำงาน พวกเขาย่อมได้รับผลประโยชน์จาก
สภาพการทำงาน และหลักในการคุ้มครองคล้ายคลึงกับที่ประชาชนพลเรือนในท้องถิ่นได้รับ

สำหรับมาตรการในการปรับปรุงสภาวะความเป็นอยู่ของผู้ที่ถูกกักขัง มักจะไม่
ได้กระทำเนื่องจากขาดวัสดุที่ต้องการ แต่มาตรการดังกล่าวจะต้องได้รับการเคารพภายในวิธี
การที่จำกัด เท่าที่จะเป็นไปได้ นิติสารจึงได้กำหนดกฎเกณฑ์บางประการที่สำคัญ ที่ฝ่ายที่พิพาท
กันจะต้องให้การเคารพ กล่าวคือ

⁵⁶ Ibid, p. 1386

⁵⁷ นิติสาร ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 มาตรา 5 วรรค 1

⁵⁸ Yves SANDOZ, op.cit, p. 1386

"บุคคลผู้ซึ่งรับผิดชอบต่อการควบคุม หรือคุมขัง บรรดาบุคคลที่ต้องสูญเสียสภาพด้วยเหตุสงคราม จักเคารพข้อบัญญัติเกี่ยวกับบุคคลเช่นว่าดังต่อไปนี้ ภายใต้ความสามารถของเขา"⁵⁹

(ก) นอกจากกรณีที่บุรุษและสตรีของครอบครัว ถูกจัดให้อยู่ร่วมกัน ให้สตรีอยู่ในสถานที่พัก ซึ่งแยกออกจากสถานที่ของบุรุษ และจักต้องอยู่ภายใต้การควบคุมโดยตรงโดยสตรี⁶⁰

(ข) จักอนุญาตให้บุคคลเช่นว่า ส่งและรับจดหมายและบัตร ทั้งนี้โดยจำนวนของสิ่งดังกล่าว อาจจะถูกจำกัดโดยเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจ หากเขาเห็นว่า จำเป็น

(ค) สถานที่ควบคุม และคุมขัง จักไม่ตั้งอยู่ใกล้เขตสำหรับบุคคลผู้ที่ต้องสูญเสียสภาพด้วยเหตุสงคราม จักถูกอพยพ เมื่อสถานที่ที่เขาถูกควบคุมหรือถูกคุมขัง อยู่ใกล้ที่เกิดขึ้นจากข้อพิพาทที่ใช้อาวุธอย่างมาก ทั้งนี้เมื่อการอพยพบุคคลเหล่านั้นจะเกิดขึ้นในสถานที่ปลอดภัยพอ

(ง) บุคคลเช่นว่าจักได้ประโยชน์จากการตรวจทางแพทย์

(จ) สุขภาพ และบูรณภาพทางจิตใจและร่างกายของเขา จักไม่อยู่ใต้อันตรายที่เกิดขึ้น จากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ไม่มีเหตุผล ดังนั้น ห้ามไม่ให้บุคคลที่อธิบายถึงในข้อนี้ อยู่ภายใต้การกระบวนทางการทางแพทย์ใด ซึ่งไม่ได้มุ่งต่อสุขภาพของบุคคลที่เกี่ยวข้อง และซึ่งไม่สอดคล้องกับมาตรฐานที่ทางแพทย์ทั่วไปยอมรับ ทั้งนี้ โดยเป็นมาตรฐานที่ใช้แก่บุคคลที่มีเสรีภาพ ในสถานการณ์ทางแพทย์ที่คล้ายคลึงกัน ซึ่งประโยคแรกเป็นการเสริมหน้าที่ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 4 การให้ประกันมาตรฐาน ซึ่งห้ามการละเมิดต่อชีวิต, สุขภาพ และความเป็นปกติสุขร่างกายและจิตใจ แต่การปกป้องตามข้อนี้สมบูรณกว่าโดยครอบคลุมไม่เพียงแต่สุขภาพแต่ยังรวมถึงบูรณภาพของร่างกายและจิตใจ⁶¹ ส่วนประโยคที่ 2 เป็นการห้ามทดลองทางการแพทย์ ซึ่งคำว่า "กระบวนทางการแพทย์" หมายความว่า กระบวนกาไรใด ๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ของการมีอิทธิพลต่อสถานะของสุขภาพของบุคคลที่ได้รับการรักษา⁶²

⁵⁹พิธีสาร ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 มาตรา 5 วรรค 2

⁶⁰ มาตราการในการปกป้องเป็นพิเศษแก่สตรี เป็นสิ่งที่จำเป็นต้องกระทำ เพื่อให้สอดคล้องกับการห้ามทำร้ายศักดิ์ศรีของบุคคล

⁶¹Yves SANDOZ, op, cit., 1392.

⁶²Ibid.

สำหรับบุคคลที่ไม่ได้ถูกควบคุมตัว หรือถูกกักขัง ตามความหมายของมาตรา 5 วรรคแรก แต่เสรีภาพของเขาถูกจำกัดด้วยเหตุผลเกี่ยวกับการนิพาท ตัวอย่างเช่น บุคคลที่ถูกควบคุมตัวให้อยู่ในบ้าน แทนขังคุก หรือบุคคลผู้ซึ่งอาศัยอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลโดยวิธีอื่น ๆ ก็จะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม ตามข้อ 4 และย่อหน้า (ก) (ค) และ (จ) และ ข้อ 2(ข) ของข้อ 5 อันเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อผู้ป่วยผู้ได้รับบาดเจ็บ, สิทธิที่จะได้รับการช่วยเหลือ ไม่ว่าในฐานะกลุ่มหรือตัวบุคคล สิทธิที่จะปฏิบัติทางศาสนา, สิทธิที่จะได้รับการช่วยเหลือทางจิตใจ และสิทธิที่จะส่งและรับจดหมาย⁶³

นอกจากนั้น หากมีการตัดสินปล่อยบุคคลซึ่งเสรีภาพของเขาถูกพราก จำต้องมีมาตรการที่จำเป็น เพื่อประกันความปลอดภัยของเขาโดยฝ่ายที่ตัดสินใจพรากเสรีภาพของเขา⁶⁴

3.3.8.1.3 การฟ้องคดีอาญา

การให้ประกันทางด้านกระบวนการยุติธรรม มีบทบาทสำคัญยิ่งในการให้การเคารพ และปกป้องสิทธิของมนุษยชน ในกรณีนิพาทด้วยอาวุธ ไม่เป็นระหว่างประเทศ เนื่องจากทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดี โดยยุติธรรม ไม่ว่าในสถานการณ์ใด⁶⁵ แม้ว่าในกรณีนิพาทด้วยอาวุธไม่เป็นระหว่างประเทศรัฐบาลที่ได้รับการสถาปนาขึ้น มีสิทธิอย่างบริบูรณ์ที่จะดำเนินคดีอาญา พิจารณาคดี และตัดสินลงโทษสมาชิกของกองกำลังติดอาวุธ และพลเรือนผู้ซึ่งได้กระทำความผิดเกี่ยวกับการนิพาทด้วยอาวุธ แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสถานการณ์ดังกล่าวมักนำมาซึ่งการงดเว้นการให้หลักประกันพื้นฐาน ตามรัฐธรรมนูญ การประกาศใช้กฎหมายพิเศษ และการก่อตั้งเขตอำนาจพิเศษขึ้น พินิจสารนี้จึงได้วางหลักการบางประการที่มีการนำมาใช้อย่างเป็นสากล ซึ่งภาคีที่นิพาทกันจะต้องให้มีการเคารพ⁶⁶ ซึ่งเป็นการเสริมและพัฒนามาตรา 3 วรรค 1(1) (ง) ซึ่งห้าม

⁶³ พินิจสาร ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 มาตรา 5 วรรค 3

⁶⁴ พินิจสาร ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 มาตรา 5 วรรค 4

⁶⁵ Yves SANDOZ, op.cit., p.1396

⁶⁶ Ibid pp. 1396-1397

"การตัดสินลงโทษและการปฏิบัติตามคำตัดสินโดยไม่มีคำพิพากษาของศาลที่ได้ตั้งขึ้น ตามระเบียบอันเป็นการให้หลักประกันความยุติธรรม ซึ่งอารยชนทั้งหลายยอมรับนับถือว่าเป็นสิ่งซึ่งไม่อาจละเว้นเสียได้" ซึ่งยังเป็นกฎเกณฑ์ที่ยังเป็นการทั่วไป จำเป็นจะต้องทำให้ชัดเจนแจ้งในการห้ามดำเนินกระบวนการยุติธรรม โดยรวบรัดและการตัดสินโดยปราศจากการพิจารณาคดี⁶⁷ ดังที่บัญญัติไว้ในพิธีสารฉบับที่ 2 มาตรา 6 โดยขอบเขตของการนำมาใช้ในส่วนที่เกี่ยวกับการฟ้องทางอาญานี้ จำกัดให้ใช้กับ "การฟ้องและการลงโทษการกระทำผิดทางอาญาเกี่ยวกับข้อพิพาททางอาญา"⁶⁸ โดยนำมาใช้เท่าเทียมกันทั้งพลเรือนและพวกรบ ซึ่งตกอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายตรงข้าม⁶⁹

สำหรับสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด เกี่ยวกับการนิพาทด้วยอาวุธ ซึ่งมีสิทธิจะได้รับการพิจารณาต่ออย่างยุติธรรม นั้น สิทธิดังกล่าวนี้จะมีประสิทธิภาพ และเป็นประโยชน์แก่ผู้ถูกกล่าวหาต่อเมื่อได้รับการพิจารณาตัดสินลงโทษโดย "ศาล ซึ่งเป็นประกันที่สำคัญต่อเอกภาพ และความเป็นกลาง" ดังนั้น มาตรา 6 วรรค 2 จึงได้บัญญัติว่า

จักไม่ตัดสินลงโทษและจักไม่ลงทัณฑ์บุคคล ซึ่งตัดสินว่ากระทำความผิด นอกจากตามคำตัดสินลงโทษของศาล ซึ่งให้ประกันที่สำคัญต่อเอกภาพ และความเป็นกลาง กล่าวโดยเฉพาะคือ⁷⁰

(ก) กระบวนวิธีพิจารณาจักต้องให้ผู้ที่ถูกกล่าวหาได้รับข้อมูลเกี่ยวกับรายละเอียดของการกระทำของเขาที่ถูกกล่าวหาว่าผิด โดยมีชกซ้ำ และจักต้องให้โอกาสแก่ผู้ที่ถูกกล่าวหาก่อน และระหว่างพิจารณาใช้สิทธิ์ทั้งปวง และวิธีการที่จำเป็นเพื่อต่อสู้คดี

(ข) จักไม่ลงโทษใครก็ตาม เนื่องจากการกระทำความผิด นอกจากที่เกิดขึ้นจากความรับผิดชอบทางอาญาในฐานะปัจเจกชน

⁶⁷ Ibid p.1397

⁶⁸ พิธีสาร ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 มาตรา 6 วรรค 1

⁶⁹ Yves SANDOZ, p.1397

⁷⁰ พิธีสาร ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 มาตรา 6 วรรค 2

(ค) จักไม่ตัดสินว่าผู้ใดกระทำผิดทางอาญา เนื่องจากการกระทำ หรือการละเว้น การกระทำใด ซึ่งมีได้เป็นการกระทำทางอาญาภายใต้กฎหมายภายในเวลาที่ได้เกิดการกระทำนั้น

จักไม่ลงโทษที่หนักกว่าโทษที่ใช้ในเวลาที่เกิดการกระทำผิดทางอาญานั้น ถ้าหากหลังจากการกระทำผิดนั้น มีบทบัญญัติกฎหมายที่ให้ลงโทษที่น้อยลง ผู้ที่กระทำผิด จักได้ประโยชน์จากบทบัญญัตินั้น ⁷¹

(ง) บุคคลใดที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดจะอยู่ใต้การสันนิษฐานว่า บริสุทธิ์ จนกว่า จะมีการพิสูจน์ว่าเขาผิดตามกฎหมาย ⁷²

(จ) บุคคลใดที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิด จะมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาต่อหน้า เขา

(ฉ) บุคคลใดที่จักไม่ถูกบังคับให้ ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง หรือสารภาพว่าทำผิด วรรค 3 บุคคลที่ถูกตัดสินว่าผิดจักได้รับคำแนะนำ เกี่ยวกับการแก้ไขทางศาล และทางอื่น เมื่อถูกตัดสินว่าตนกระทำผิด อีกทั้งกำหนดเวลาสำหรับการใช้การดำเนินการแก้ไข นั้น ⁷³

วรรค 4 จักไม่ตัดสินประหารชีวิตบุคคลใดซึ่งอายุไม่ถึง 18 ปี เมื่อกระทำ ความผิด และจักไม่ใช่โทษประหารชีวิตต่อสตรีผู้มีครรภ์ หรือแม่ลูกอ่อน

วรรค 5 เมื่อสภาพเป็นศัตรูสิ้นสุดลงแล้ว ฝ่ายที่มีอำนาจจะพยายามให้ นิรโทษกรรมอย่างกว้างที่สุดแก่บุคคลที่เข้าร่วมในข้อพิพาททางอาวุธ และต่อผู้ที่ถูกตัดสินโทษ เสรีภาพ เนื่องจากเหตุผลทางข้อพิพาทที่ใช้อาวุธ ทั้งนี้ไม่ว่าบุคคลนั้นถูกควบคุมหรือคุมขังอยู่ ⁷³

⁷¹ เป็นหลักการของกฎหมายอาญา ที่ว่ากฎหมายอาญาจักไม่มีผลย้อนหลังในการนำ มาใช้ (nullum Crimen sine lege and nulla poena sine lege)

⁷² เป็นหลักการของการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ อยู่จนกว่าจะมีคำตัดสินของศาล

⁷³ นิรโทษกรรม (Amnesty) เป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายรัฐบาล ซึ่งมีอำนาจ กระทำโดยการออกพระราชบัญญัติ ซึ่งทำให้หมดสิ้นไป ซึ่งผลของการกระทำผิดที่ลงโทษได้ หยุดการฟ้องคดี และลบล้างคำพิพากษาหรือคำตัดสิน

3.3.8.2 การให้การเคารพและคุ้มครองผู้ได้รับบาดเจ็บ, ผู้ป่วยไข้ และผู้ที่เรืออัปปาง

เนื่องจากหลักการพื้นฐานในการปกป้องผู้ได้รับบาดเจ็บ และผู้ป่วย ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 3 รวม วรรค 1(2) นั้น มีลักษณะรวบรัดและย่อมาก โดยบัญญัติเพียงว่า "ให้รวบรวมและดูแลรักษาผู้บาดเจ็บและป่วยไข้" พินิจสารฉบับที่ 2 จึงได้เสริมและพัฒนามาตรา 3 รวม โดยการบัญญัติการปกป้องผู้ได้รับบาดเจ็บ ผู้ป่วยไข้ ในการพิพาทด้วยอาวุธไม่เป็นระหว่างประเทศให้กว้างขวางยิ่งขึ้น โดยพินิจสารได้บัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองและการดูแล, การค้นหา, การคุ้มครองบุคคลในหน่วยแพทย์และการศาสนา, ความคุ้มครองทั่วไปต่อการปฏิบัติหน้าที่ทางแพทย์, การคุ้มครองหน่วยแพทย์และการขนส่งทางแพทย์ และสัญลักษณ์อันเด่นชัด ดังจะได้พิจารณาตามลำดับดังต่อไปนี้ คือ

3.3.8.2.1 การคุ้มครองและการดูแล

มาตรา 7 ของพินิจสารฉบับที่ 2 ได้ยืนยันและพัฒนาหลักการพื้นฐานตามมาตรา 3 รวม ในการปกป้องและเคารพผู้ได้รับบาดเจ็บ และผู้ป่วย โดยวรรคแรกบัญญัติว่า

"บรรดาผู้บาดเจ็บ ผู้ป่วยไข้ และผู้ที่เรืออัปปาง ไม่ว่าผู้หนึ่งจะร่วมในข้อพิพาทที่ใช้อาวุธหรือไม่ก็ตาม จะได้รับความเคารพและความคุ้มครอง" คำว่า "จะได้รับความเคารพ" หมายความว่า ปลอ่ยให้รอดชีวิต หรือไม่โจมตี ซึ่งเป็นหน้าที่ที่จะละเว้นจากการกระทำเป็นศัตรู⁷⁴ ส่วนคำว่า "คุ้มครอง" หมายความว่า การป้องกันผู้ใดผู้หนึ่ง, ช่วยเหลือและสนับสนุน⁷⁵ อันเป็นมาตรการในการนำผู้ป่วย, ปาดเจ็บ และเรืออัปปางออกจากสถานที่สู้รบ และให้ที่กำบังแก่พวกเขา ซึ่งหน้าที่ในการเคารพ และคุ้มครองนี้ให้แก่ทุกคน คือให้ทั้งแก่สมาชิกของกองกำลังติดอาวุธ หรือกลุ่มติดอาวุธ และแก่ประชาชนพลเรือนด้วย⁷⁶

⁷⁴ Yves SANDOZ, op.cit., p.1408

⁷⁵ Ibid

⁷⁶ Ibid

ผู้ได้รับบาดเจ็บ, ผู้ป่วยและผู้ทุพพลภาพ
ดังกล่าว ตามวรรค 1 นั้น ไม่ว่าในภาวะการณ์ใด ๆ พวกเขาจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมี
มนุษยธรรม และจะได้รับการดูแลรักษาและเอาใจใส่ทางแพทย์ เท่าที่จะเป็นไปได้ และอย่าง
ไม่ชักช้า จะไม่มีการแบ่งแยกระหว่างพวกเขาด้วยประการใด ๆ นอกไปจากเหตุทางการแพทย์
(มาตรา 7 วรรค 2)

3.3.8.2.2 การค้นหา

มาตรา 3 รวม วรรค 1(2) ได้บัญญัติว่า
"ผู้ได้รับบาดเจ็บและผู้ป่วยจักได้รับการรวบรวมและดูแล" มาตรา 8 ของพิธีสารฉบับที่ 2
จึงได้พัฒนาและยืนยันหลักการนี้ โดยได้บัญญัติว่า

"เมื่อใดก็ตามที่ภาวะการณ์อำนวย และโดย
เฉพาะอย่างยิ่งภายหลังการสู้รบ มาตรการทุกชนิดที่สามารถกระทำได้ จะถูกนำมาใช้โดยไม่
ชักช้า เพื่อค้นหาและรวบรวมผู้บาดเจ็บ บาดเจ็บ และผู้ทุพพลภาพ เพื่อคุ้มครองพวกเขา
จากการปล้นและการปฏิบัติที่ไม่ชอบ เพื่อให้แน่ใจว่าการดูแลพวกเขาอย่างพอเพียง และเพื่อ
แสวงหาผู้เสียชีวิต เพื่อป้องกันศพจากการถูกลักทรัพย์ และให้มีการทำลายศพอย่างสมควร"

3.3.8.2.3 การคุ้มครองบุคลากรในหน่วยแพทย์และการ ศาสนา

มาตรา 3 รวม ไม่ได้กล่าวถึงการปกป้อง
บุคลากรในหน่วยแพทย์ และการศาสนาแต่อย่างใด โดยเพียงแต่วางหลักการไว้ว่า ผู้ได้รับ
บาดเจ็บและผู้ป่วยจักได้รับการคุ้มครอง แม้ว่าการนำหลักการนี้มาใช้จะถือว่าเป็นการในการ
เคารพ และคุ้มครองดังกล่าวโดยปริยายก็ตาม⁷⁷ แต่เป็นสิ่งจำเป็นที่จะปรับปรุงและบัญญัติการ
ปกป้อง ผู้ได้รับบาดเจ็บและผู้ป่วยให้ชัดเจนยิ่งขึ้น มาตรา 9 ของพิธีสารฉบับที่ 2 จึงได้บัญญัติ
ให้การปกป้องโดยบัญญัติดังนี้

⁷⁷ Ibid, p. 1418

วรรค 1 บุคลากรทางแพทย์ และศาสนา จะได้รับความเคารพและความคุ้มครอง และจะได้รับความช่วยเหลือต่าง ๆ เท่าที่จะมีได้ ในการปฏิบัติหน้าที่ พวกเขาจะไม่ถูกบังคับให้ปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งไม่สอดคล้องกับการปฏิบัติหน้าที่ทางมนุษยธรรมของเขา

วรรค 2 ในการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลในหน่วยแพทย์ เขาไม่จำเป็นต้องให้สิทธิพิเศษใด ๆ แก่บุคคลใด เว้นแต่จะด้วยเหตุผลทางการแพทย์

สำหรับประโยคแรกของวรรค 1 ได้วางหลักการในการให้การเคารพ และปกป้องแก่บุคลากรในหน่วยแพทย์และการศาสนา ซึ่งสามารถแสดงสัญลักษณ์อันเห็นได้เด่นชัด (distinctive emblem) ดังจะได้กล่าวต่อไป คำว่าบุคลากรทางการแพทย์ตามคำนิยามที่ได้พัฒนาในการนำมาใช้ในพิธีสารฉบับที่ 2 โดยคำนึงถึงลักษณะพิเศษเฉพาะของการพิพาทด้วยอาวุธ ไม่เป็นระหว่างประเทศ แล้วหมายถึง⁷⁸

1. บุคลากรทางการแพทย์ของภาคีที่พิพาทกัน ไม่ว่าจะทหารหรือพลเรือน รวมทั้งผู้ที่ได้รับมอบหมายในดำเนินการทางแพทย์ของการป้องกันพลเรือน
2. บุคลากรทางการแพทย์ขององค์กรทางกาชาด (ได้แก่ เลี้ยวจันทร์แดง หรือสิงโตแดงกับดวงอาทิตย์) ซึ่งได้รับการยอมรับและให้อำนาจโดยภาคีทั้งหลายที่พิพาทกัน
3. บุคลากรทางการแพทย์ หรือสมาคมช่วยเหลืออื่นใด ซึ่งได้รับการรับรอง และให้อำนาจโดยภาคีที่พิพาทกัน และตั้งอยู่ในดินแดนที่การพิพาทกันได้เกิดขึ้น

คำว่าบุคลากรทางศาสนา หมายถึงบุคคลต่อไปนี้ คือ⁷⁹

"ทหาร หรือพลเรือน" อาภิ อนุศาสนาจารย์ ทำเฉพาะงานของสำนักศาสนา และถูกส่งไปประจำการ

- (1) กองกำลังทางทหารของภาคีผู้พิพาท
- (2) หน่วยการแพทย์หรือการขนส่งทางการแพทย์ของภาคีผู้พิพาท
- (3) หน่วยการแพทย์ หรือการขนส่งทางการแพทย์ นอกจากที่กล่าว

ใน ข้อ 9 วรรค 2 หรือ

⁷⁸ Ibid, p. 1419

⁷⁹ มาตรา 8 (d) ของ พิธีสาร ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1

(4) องค์การป้องกันภัยพลเรือนของภาคีอนุสัญญา

ส่วนมาตรา 9 วรรค 2 เป็นการยืนยันถึงหลักการที่ว่า จะไม่มีความลำเอียงในการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยแพทย์ ต่อผู้ได้รับบาดเจ็บ ผู้ป่วยและผู้ที่เกี่ยวข้อง อื่นๆ ตัวอย่างเช่น ห้ามบังคับให้บุคลากรทางการแพทย์ให้สิทธิพิเศษแก่ทหารที่ได้รับบาดเจ็บ อันทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ซึ่งกำลังได้รับอันตรายอย่างสาหัส โดยไม่คำนึงถึงว่าผู้นั้น เป็นฝ่ายนิรโทษฝ่ายใด⁸⁰

3.3.8.2.4 ความคุ้มครองทั่วไป ต่อการปฏิบัติหน้าที่ทาง การแพทย์

พิธีสารได้บัญญัติเน้นหลักการพื้นฐานที่ว่า ผู้ป่วย และได้รับบาดเจ็บ จะได้รับการปกป้อง เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวจึงได้วางหลักการ ปกป้องทั่วไป แก่บุคลากรทางการแพทย์ เพื่อให้ประกันการให้ความคุ้มครองแก่แพทย์ ซึ่งเป็น ผลเรือนผู้ดูแลรักษาผู้ป่วย โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 10 ของพิธีสารว่า

วรรค 1 "ไม่ว่าภายใต้ภาวะการณ์ใด ๆ

บุคคลจะไม่ถูกลงโทษเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่กิจกรรมทางการแพทย์ตามจรรยาบรรณแพทย์ โดยไม่ว่าบุคคลผู้ได้รับประโยชน์จากการนั้นจะเป็นใคร" ซึ่งวรรคนี้ให้ประกันหลักการความเป็น กลางของกิจกรรมทางการแพทย์แก่แพทย์ พยาบาล หมอดำยา เภสัชกร และนักศึกษาแพทย์⁸¹

วรรค 2 "บุคคลผู้เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติทาง

การแพทย์ จะไม่ถูกบังคับให้กระทำการหรือปฏิบัติงานใด ๆ ที่ขัดกับจรรยาแพทย์ หรือถูกบังคับ ให้ละเว้นกระทำการใด ๆ ซึ่งจรรยาแพทย์นั้น บังคับให้ทำ ทั้งนี้โดยรวมถึงหลักการใด ๆ ที่ กำหนดเพื่อประโยชน์ของผู้ที่บาดเจ็บและป่วยไข้ หรือพิธีสารนี้" วรรค 2 นี้ เป็นการก่อตั้ง หลักการการดำเนินกิจกรรมทางแพทย์โดยอิสระ เช่น บุคลากรทางการแพทย์ควรปฏิบัติงานโดย ปราศจากการบังคับ และเป็นไปตามจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพเท่านั้น⁸²

⁸⁰Yves SANDOZ, op. cit. p. 1422

⁸¹Ibid, p. 1426

⁸²Ibid, p. 1427

วรรค 3 "ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายภายใน
หน้าที่ทางวิชาชีพของบุคคลที่อยู่ในกิจกรรมทางการแพทย์ ในเรื่องข้อมูลที่ได้มาจากผู้บาดเจ็บ
และป่วยไข้ที่อยู่ภายใต้การดูแลของตน จะต้องได้รับการเคารพ

วรรค 4 "ภายใต้กฎหมายภายใน ผู้ใดซึ่ง
ปฏิบัติกิจกรรมทางการแพทย์ จะไม่ถูกลงโทษในการที่ปฏิเสธหรือไม่ร่วมมือให้ข้อมูลซึ่งเกี่ยวข้องกับ
กับผู้บาดเจ็บและป่วยไข้ ผู้ซึ่งอยู่หรือเคยอยู่ภายใต้การดูแลของบุคคลนั้น"

3.3.8.2.5 การคุ้มครองหน่วยแพทย์ และการขนส่งทาง การแพทย์

เพื่อที่จะให้ผู้ได้รับบาดเจ็บและป่วยไข้ ได้รับการ
การคุ้มครองและเคารพตามที่ได้อ้างไว้ในมาตรา 3 รวม และได้รับการยืนยันในมาตรา 7
(เกี่ยวกับการปกป้องและดูแล) ของพิธีสารนี้ การคุ้มครองหน่วยแพทย์และการขนส่ง เป็นสิ่ง
จำเป็น กล่าวคือ

"ไม่ว่าเวลาใด ๆ หน่วยแพทย์และการขนส่ง
ทางการแพทย์จะได้รับการเคารพ และคุ้มครอง และจะไม่เป็นเป้าหมายแห่งการโจมตี"⁸³

คำว่า หน่วยแพทย์ หมายถึง รวมทั้งหน่วย
แพทย์ถาวร เช่น โรงพยาบาล, ห้องปฏิบัติการ โรงเก็บพัสดุเครื่องมือ และหน่วยแพทย์เคลื่อนที่⁸⁴

คำว่า การขนส่งทางการแพทย์ หมายถึง
ยานพาหนะทางพื้นดิน เช่น รถยนต์, รถบรรทุก, รถไฟ, เรือ อากาศ ยานที่ได้รับมอบหมาย
ให้ขนส่งผู้ป่วย, บาดเจ็บ และเครื่องมือแพทย์ การปกป้องนำมาใช้กับทั้งหน่วยแพทย์ทหารและ
ของพลเรือน⁸⁵

⁸³ พิธีสาร ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 มาตรา 11 วรรค 1

⁸⁴ Yves SANDOZ, op. cit. p. 1433

⁸⁵ Ibid

คำว่า "เคารพและคุ้มครอง" คือการใช้
มาตรการที่ให้ประกันว่า หน่วยแพทย์และการขนส่งสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ โดยให้การช่วย
เหลือเท่าที่จำเป็น ไม่โจมตีหรือทำลายไม่ว่าโดยประการใด⁸⁶

นอกจากนั้น การคุ้มครอง และเคารพหน่วย
แพทย์ และการขนส่ง เป็นหน้าที่อันถาวรในทุกเวลา และไม่ถูกยกเบิก นอกจากว่าหน่วยงาน
ดังกล่าวถูกใช้กระทำการเป็นปฏิปักษ์นอกหน้าที่ทางด้านมนุษยธรรม⁸⁷

3.3.8.2.6 สัญญลักษณ์อันเด่นชัด

เพื่อให้ปกป้องผู้ป่วยบาดเจ็บ และเรืออัปปางมิ
ประสิทธิภาพ เพื่อให้บุคลากรที่ช่วยเหลือบุคคลดังกล่าว ตลอดจนสถานที่ที่ให้การกำบังบุคคล
ดังกล่าว และการขนส่งซึ่งใช้ขนส่งบุคคลดังกล่าว และได้รับการคุ้มครองด้วยภายใต้พิธีสารนี้
ทุกอย่างดังกล่าวจะต้องจำแนกหรือพิสูจน์ได้ โดยใช้สัญญลักษณ์อันเด่นชัดของกาชาด หรือจันทร์
เสี้ยวแดง บนพื้นขาว และจักต้องเคารพสัญญลักษณ์นั้น ในทุกสถานการณ์ และจักไม่ใช่สัญญลักษณ์
นั้นอย่างไม่เหมาะสม⁸⁸

3.3.8.3 ประชาชนพลเรือน

บทบัญญัติในส่วนนี้เป็นการพัฒนาการปกป้องทางกฎหมาย ซึ่ง
ประชาชนพลเรือนมีสิทธิได้รับ ซึ่งในการพิพาทด้วยอาวุธนั้นต้องทำลายเป้าหมายทางทหาร
ของฝ่ายตรงข้ามเท่านั้น ส่วนพลเรือนผู้ไม่มีส่วนร่วมในการสู้รบ จักต้องได้รับการปกป้อง ซึ่ง
ในสถานการณ์ของการพิพาทด้วยอาวุธไม่เป็นระหว่างประเทศ กฎเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในการปกป้อง
พลเรือนได้แก่ มาตรา 3 รวม ซึ่งบัญญัติไว้เพียงว่า "บุคคลผู้ไม่มีส่วนร่วมในการสู้รบจักได้รับการ
ปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมในทุกสถานการณ์" อันเป็นกฎเกณฑ์ที่รวบรัด จะไม่ชัดเจนและไม่
เพียงพอในการให้ความคุ้มครองพลเรือน พิธีสารฉบับที่ 2 จึงได้บัญญัติเสริมเพิ่มเติมกฎเกณฑ์

⁸⁶ Ibid

⁸⁷ พิธีสาร ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 มาตรา 11 วรรค 2

⁸⁸ Ibid

พื้นฐานดังกล่าว เพื่อคุ้มครองประชาชนพลเรือนไม่ให้ได้รับอันตรายจากการสู้รบ, การคุ้มครองทรัพย์สินหรือสิ่งที่มีค่าเป็นการอยู่รอดของพลเรือน, การคุ้มครองงานและการติดตั้งพลังงานที่มีอันตราย, การคุ้มครองวัตถุทางวัฒนธรรมและศาสนสถาน, การห้ามเคลื่อนย้ายพลเรือนโดยการบังคับ และการให้บริการของสมาคมบรรเทาทุกข์และการบรรเทาทุกข์ ดังจะได้พิจารณาตามลำดับดังนี้

3.3.8.3.1 การคุ้มครองประชาชนพลเรือน

มาตรา 13 ของพิธีสารนี้ ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ทั่วไปในการคุ้มครองประชาชนพลเรือน จากอันตรายของการสู้รบ อันได้รับการรับรองแล้ว โดยกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยพิธีสารได้บัญญัติไว้ดังนี้

"ประชาชนพลเรือน และพลเรือนแต่ละคนจักได้รับความคุ้มครองจากภัย อันเกิดจากการปฏิบัติการทางทหาร"⁸⁹

คำว่า "ประชาชนพลเรือน" หมายถึงพลเรือนในลักษณะที่เป็นกลุ่ม ซึ่งบทบัญญัตินี้หมายความรวมทั้งประชาชนพลเรือนและพลเรือนแต่ละคน เพื่อให้เห็นว่าประชาชนพลเรือนทั้งหมดได้รับการปกป้อง เช่นเดียวกับปัจเจกชน⁹⁰ ซึ่งการปกป้องกันคลุมถึงนอกจากอันตรายที่เกิดจากการโจมตีทางทหารแล้ว ยังรวมถึงการหลีกเลียงหรือลดการสูญเสียให้น้อยที่สุดรวมทั้งการใช้มาตรการให้ความปลอดภัยด้วย⁹¹

เพื่อให้ความคุ้มครองดังกล่าวสัมฤทธิ์ผล กฎเกณฑ์ดังต่อไปนี้จักต้องได้รับการปฏิบัติในทุกภาวะการณ์ คือ

"ประชาชนพลเรือนและพลเรือนแต่ละคนจักไม่เป็นเป้าหมายของการโจมตี ห้ามใช้หรือชู่ว่าจะใช้วิธีการรุนแรง โดยมีความมุ่งหมาย

⁸⁹ พิธีสาร ค .ศ. 1977 ฉบับที่ 2 มาตรา 13 วรรค 1

⁹⁰ Yves SANDOZ, op. cit. p. 1429

⁹¹ Ibid

เบื้องต้น เพื่อแพร่ความหวาดกลัวในหมู่ประชาชนพลเรือน"⁹² คำว่า การโจมตี หมายความว่า การกระทำความรุนแรงใด ๆ ต่อฝ่ายตรงข้ามไม่ว่าจะเป็นการรุก หรือการป้องกันตามที่ได้ให้คำนิยามไว้ในพิธีสารฉบับที่ 1⁹³ ซึ่งมีความหมายเช่นเดียวกับในพิธีสารฉบับที่ 2 นี้⁹⁴

แต่อย่างไรก็ตาม พลเรือนจะได้รับความคุ้มครองตามที่กล่าวมาในส่วนนี้ ต่อเมื่อพลเรือดังกกล่าวมิได้กระทำการในฐานะปฏิบัติโดยตรง⁹⁵ ดังนั้น พลเรือนจะสูญเสียสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองดังกล่าวนี้ ถ้าหากเขามีส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบ

3.3.8.3.2 การคุ้มครองทรัพย์สินที่จำเป็นสำหรับการอยู่รอดของประชาชนพลเรือน

มาตรา 3 รวม ได้กำหนดให้ภาคีที่พิพาทกันมีหน้าที่ให้ประกันการปฏิบัติทางด้านมนุษยธรรม แก่ทุกคนที่ไม่มีส่วนร่วมในการสู้รบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งห้ามละเมิดต่อชีวิต⁹⁶ ซึ่งบัญญัติให้การคุ้มครองทางกฎหมาย โดยเฉพาะแก่ทรัพย์สินอันจำเป็นสำหรับการอยู่รอดของประชาชนพลเรือน จึงเป็นบทบัญญัติใหม่ที่สำคัญในพิธีสารฉบับที่ 2 ซึ่งได้บัญญัติ "ห้ามมิให้ใช้วิธีการสู้รบใด ๆ ที่ทำให้เกิดความอดอยากแก่ประชาชนพลเรือน ห้ามมิให้โจมตี ทำลาย เคลื่อนย้ายหรือกระทำให้ปราศจากประโยชน์ ซึ่งสิ่งจำเป็นต่อการดำรงชีพของพลเรือน เช่น อาหาร พื้นที่การเกษตรเพื่อผลิตอาหาร พืชผล ปรศุสัตว์ สิ่งติดตั้ง ตลอดจนการจ่ายน้ำประปาและการชลประทาน"⁹⁷ การห้ามใช้วิธีการอันทำให้พลเรือนอดอยากนี้เป็นกฎเกณฑ์ที่จำเป็นยิ่ง สำหรับพลเรือนที่ไม่อาจเพิกถอนได้⁹⁸ แต่อย่างไรก็ตามการใช้วิธี

⁹² พิธีสาร ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 มาตรา 13 วรรค 2.

⁹³ พิธีสาร ฉบับที่ 2 มาตรา 49 วรรค 1

⁹⁴ Yves SANDOZ, op. cit. p. 1452

⁹⁵ พิธีสาร ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 มาตรา 13 วรรค 3

⁹⁶ มาตรา 3 รวม วรรค 1 (1)(a)

⁹⁷ พิธีสาร ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 มาตรา 14

⁹⁸ Yves SANDOZ, op.cit.p. 1456

ปิดล้อมท่า (blockade) อันเป็นวิธีการสู้รบยังคงชอบด้วยกฎหมาย แต่จะต้องเป็นการกระทำต่อพลรบเท่านั้น⁹⁹

3.3.8.3.3 การคุ้มครองงานและการติดตั้งพลังงานที่มี

อันตราย

เนื่องจากงานต่าง ๆ และการติดตั้งที่มีพลังงานอันตราย เช่น เชื้อเพลิง โรงไฟฟ้าพลังงาน มักจะเป็นเป้าหมายของการโจมตี และทำลาย มีผลให้เสียหายอย่างร้ายแรงแก่ประชาชนพลเรือน¹⁰⁰ ดังนั้น เพื่อปกป้องประชาชนพลเรือนจากภัยอันตรายร้ายแรงนี้ พิธีสารจึงได้บัญญัติว่า

"งานต่าง ๆ หรือการติดตั้งที่มีพลังงานอันตรายต่าง ๆ อาทิ เช่น เชื้อเพลิง โรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ จะต้องไม่เป็นเป้าหมายแห่งการโจมตี แม้ว่าทรัพย์สินเหล่านั้นจะเป็นเป้าหมายทางการทหาร ถ้าหากการโจมตีจะก่อให้เกิดการปล่อยกำลังที่อันตราย และการสูญเสียอย่างมาก ในหมู่ประชาชนพลเรือนตามมา"¹⁰¹

3.3.8.3.4 การคุ้มครองวัตถุทางวัฒนธรรม และศาสนาสถาน

การใส่บทบัญญัติการปกป้องวัตถุทางวัฒนธรรม

ไว้ในพิธีสารนี้ ด้วยก็เพื่อเน้นถึงความสำคัญของการปกป้องมรดกของมนุษยชาติโดย "ห้ามมิให้ทำการที่เป็นปรปักษ์ใด ๆ โดยมุ่งทำกับอนุสาวรีย์ที่สำคัญ งานศิลปะ หรือปูชนียสถาน ซึ่งประกอบเป็นมรดกทางวัฒนธรรม หรือทางจิตใจของชนชาติต่าง ๆ และห้ามใช้สิ่งเหล่านี้ เพื่อสนับสนุนความพยายามในทางทหารของตน"¹⁰²

⁹⁹ Ibid. p. 1457

¹⁰⁰ Ibid, pp. 1461-1462

¹⁰¹ พิธีสาร ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 มาตรา 15

¹⁰² พิธีสาร ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 มาตรา 16

แต่เนื่องจากอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยการ
คุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ในกรณีที่มีการพิพาทในทางอาวุธ ลงวันที่ 14 พฤษภาคม
1954 ได้นำมาใช้ในสถานการณ์ของการพิพาทด้วยอาวุธไม่เป็นระหว่างประเทศด้วย ดังนั้น
พิธีสารนี้จึงได้บัญญัติว่า เจื่อนไซของการนำอนุสัญญากรุงเฮกดังกล่าวมาใช้ จะไม่ถูกเปลี่ยนแปลง
โดยพิธีสารนี้ ต่อรัฐที่เป็นภาคีของอนุสัญญาดังกล่าว แต่ถ้าหากว่ารัฐใดไม่เป็นภาคีของอนุสัญญา
ก็จะนำเฉพาะบทบัญญัติในพิธีสารฉบับที่ 2 เท่านั้นมาใช้¹⁰³

3.3.8.3.5 การห้ามเคลื่อนย้ายพลเรือนโดยการบังคับ

การห้ามบังคับการเคลื่อนย้ายพลเรือน เป็นบท
บัญญัติที่สำคัญในการปกป้องพลเรือน การอพยพพลเรือนมักจะเป็นมาตรการในการดำเนินการ
ทางทหาร และมักทำให้พลเรือนต้องจากถิ่นฐานและถูกบังคับให้อยู่ในสภาพที่ลำบากหรือยอมรับ
ไม่ได้ ซึ่งมาตรา 3 รวมยังไม่ได้บัญญัติห้ามไว้ แต่เนื่องจากสถานการณ์ในการพิพาทด้วยอาวุธ
ไม่เป็นระหว่างประเทศ มีความรุนแรงและเกิดขึ้นบ่อยมาก เช่น มีการบังคับให้เคลื่อนย้ายกลุ่ม
เชื้อชาติ และกลุ่มเผ่าพันธุ์ ซึ่งเป็นฝ่ายตรงข้ามกับรัฐบาลกลาง¹⁰⁴ ดังนั้น พิธีสารจึงบัญญัติ
ไว้ว่า

"วรรค 1 ห้ามสังหารประชาชนพลเรือน
ด้วยเหตุที่เกี่ยวกับการพิพาทกัน เว้นแต่เกี่ยวกับความมั่นคงของพลเรือน หรือมีเหตุทางทหาร
อันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ทำให้จำต้องทำ ถ้ามีการย้ายจะต้องใช้มาตรการทุกอย่าง เพื่อว่า
ประชาชนพลเรือนจะได้รับที่อยู่ สุขอนามัย ความปลอดภัยและโภชนาการในสภาพที่น่าพอใจ

วรรค 2 พลเรือนจะไม่ถูกบังคับให้ละทิ้ง
ถิ่นฐานด้วยเหตุผลเกี่ยวกับข้อพิพาท"¹⁰⁵

¹⁰³ Yves SANDOZ, op.cit., p.1467

¹⁰⁴ Ibid, pp. 1471-1472

¹⁰⁵ พิธีสาร ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 มาตรา 17

3.3.8.3.6 สมาคมบรรเทาทุกข์และการบรรเทาทุกข์

เนื่องจากมาตรา 3 รวม ยังไม่ได้กล่าวถึง การดำเนินกรรมทางด้านการบรรเทาทุกข์ พินิสาร์นี้จึงได้บัญญัติหลักการพื้นฐานให้มีการดำเนิน กิจกรรมทางด้านการบรรเทาทุกข์ได้ ในสถานการณ์การพิพาทด้วยอาวุธไม่เป็นระหว่างประเทศ เพื่อปกป้องช่วยเหลือผู้ได้รับเคราะห์กรรม แต่พินิสาร์ก็ได้บัญญัติถึงการให้ประกันถึงการไม่ แทรกแซงไว้ด้วย¹⁰⁶ โดยบัญญัติไว้ดังนี้

"วรรค 1 สมาคมบรรเทาทุกข์ต่าง ๆ ซึ่งตั้ง อยู่ในดินแดนของภาคีสมาชิก เช่นองค์การกาชาด (จันทร์เสี้ยวแดง, สิงโตแดง และ ดวงอาทิตย์) อาจเสนอให้บริการตามหน้าที่ตามปกติประเพณี แก่ผู้ประสบภัยจากข้อพิพาทที่ใช้ อาวุธ ประชาชนพลเรือนอาจริเริ่มด้วยตนเอง ในการรวบรวมและดูแลผู้บาดเจ็บ ผู้ป่วยไข้ และผู้ที่เรืออัปปาง

วรรค 2 ถ้าประชาชนพลเรือนได้รับทุกข์อัน มีควร เนื่องจากการขาดปัจจัย ซึ่งจำเป็นต่อการดำรงชีวิต เช่น อาหาร และยารักษาโรค ให้มีการปฏิบัติการเพื่อบรรเทาทุกข์ เพื่อประชาชนพลเรือนเหล่านั้น โดยมีวัตถุประสงค์เฉพาะ เพื่อมนุษยธรรม และเป็นกลาง ซึ่งกระทำโดยไม่แบ่งแยก ทั้งนี้ภายใต้ความยินยอมของคู่ภาคีที่ เกี่ยวข้อง"¹⁰⁷

มีข้อสังเกตว่า องค์การบรรเทาทุกข์ที่ดำเนิน กิจกรรมให้ความช่วยเหลือผู้ได้รับเคราะห์กรรม ในการพิพาทด้วยอาวุธที่เกิดขึ้นภายในรัฐ นั้น ยังอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบและความยินยอมของรัฐนั้น และในกรณีการพิพาทด้วยอาวุธที่ เกิดขึ้นภายในรัฐนี้ องค์การบรรเทาทุกข์ส่วนกลาง อาจจะดำเนินการไม่ได้ เนื่องจากการสู้รบ ดังนั้น เพื่อให้หน่วยงานขององค์การบรรเทาทุกข์ที่ตั้งอยู่ในท้องถิ่น สามารถดำเนินการได้โดย อิสระเมื่อจำเป็น พินิสาร์จึงใช้คำว่า "องค์การกาชาด อาจเสนอให้บริการตามหน้าที่ ซึ่ง การใช้คำว่าองค์การกาชาดนี้ จึงรวมถึงไม่เพียงแต่สภากาชาดส่วนกลาง แต่ยังรวมถึงแผนก

¹⁰⁶ Yves SANDOZ, op. cit. pp.1476-1477

¹⁰⁷ พินิสาร์ ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 มาตรา 18

หรือสาขาย่อยขององค์การดังกล่าว ซึ่งตั้งอยู่ในส่วนของดินแดน ที่อยู่ภายใต้การควบคุมของฝ่ายตรงข้าม¹⁰⁸ นอกจากนั้นพิธีสารยังให้ประชาชนพลเรือนมิบทบาทในการริเริ่มด้วยตนเองในการรวบรวมและดูแลผู้ที่บาดเจ็บ ป่วยไข้ และผู้ที่เรืออัปปาง อันเป็นบทบัญญัติใหม่ ในการพิพาทด้วยอาวุธไม่เป็นระหว่างประเทศ ซึ่งมีพื้นฐานมาจากบทบัญญัติอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1864 ซึ่งกำหนดว่า "พลเมืองของประเทศผู้ซึ่งให้การช่วยเหลือแก่ผู้ได้รับบาดเจ็บ จักได้รับการเคารพและเป็น อิสระ"¹⁰⁹ สำหรับวรรค 2 เป็นการวางหลักการที่ว่ากิจกรรมบรรเทาทุกข์ควรได้รับการดำเนินการเมื่อประชาชนพลเรือนได้รับทุกข์อันมิควร เนื่องจากขาดปัจจัยซึ่งจำเป็นต่อการดำรงชีพ และฝ่ายที่มีอำนาจไม่สามารถคุ้มครองพลเรือน ซึ่งการดำรงชีวิตตกอยู่ในอันตราย แต่ทั้งนี้กิจการบรรเทาทุกข์ดังกล่าว จักต้องดำเนินการภายใต้ความยินยอมของภาคีที่เกี่ยวข้อง และการนำมาตรา 18 ของพิธีสารนี้มาใช้ ไม่ได้กระทบกระเทือนต่อสิทธิในการริเริ่มของคณะกรรมการกาชาดสากลตามที่ได้วางไว้ในมาตรา 3 รวม ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 แต่อย่างใด¹¹⁰ โดยเงื่อนไขของการนำมาตรา 3 รวมมาใช้ยังไม่เปลี่ยนแปลงแต่ประการใด กล่าวคือคณะกรรมการกาชาดสากลยังคงมีสิทธิที่จะให้บริการแก่ภาคีแต่ละฝ่ายโดยไม่ถือว่าเป็นการแทรกแซงกิจการภายในของรัฐ หรือละเมิดอธิปไตยของรัฐแต่ประการใดไม่ว่าการเสนอให้บริการจะเป็นที่ยอมรับหรือไม่ก็ตาม¹¹¹

3.3.8.4 การเผยแพร่

การเผยแพร่กฎหมายที่ทางด้านมนุษยธรรม เป็นหน้าที่ทางกฎหมายภายใต้อนุสัญญาเจนีวา และได้รับการยืนยันโดยพิธีสารฉบับที่ 2 นี้ โดยบัญญัติว่า

¹⁰⁸ Yves SANDOZ, op.cit., p.1477

¹⁰⁹ อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1864 ว่าด้วยการทำให้สภาวะผู้ได้รับบาดเจ็บในสนามรบดีขึ้น มาตรา 5 วรรค 1

¹¹⁰ มาตรา 3 รวม วรรค 2 บัญญัติว่า "องค์กรทางด้านมนุษยธรรมที่ไม่ล่าเอียงแก่ฝ่ายใด เช่น คณะกรรมการกาชาดสากลอาจให้บริการของตนแก่ภาคีคู่พิพาทได้"

¹¹¹ Yves SANDOZ, op.cit., pp. 1479-1480

"พิธีสารนี้จะต้องได้รับการเผยแพร่อย่างกว้างขวาง เท่าที่กระทำได้"¹¹² ทั้งนี้เนื่องจากไม่มีกลไกหรือเครื่องมือใด ๆ ในพิธีสารฉบับที่ 2 ที่จะให้ประกันซึ่งการนำพิธีสารมาใช้ เช่นหน่วยคุ้มครอง ดังนั้น การเผยแพร่พิธีสาร จึงเป็นมาตรการที่จำเป็นในการนำพิธีสารมาใช้¹¹³

3.3.8.5 สรุปการวิเคราะห์เนื้อหาของพิธีสารฉบับที่ 2

จะเห็นได้ว่า การปกป้องทางด้านมนุษยธรรม ในการพิพาทด้วยอาวุธไม่เป็นระหว่างประเทศ ตามที่บัญญัติไว้ในพิธีสารฉบับที่ 2 นั้น ได้พัฒนาไปในระดับหนึ่งเท่านั้น เพราะตามร่างของคณะกรรมการกาชาดสากล ได้บัญญัติการปกป้องผู้ได้รับเคราะห์กรรมไว้ โดยมีเนื้อหาในการปกป้องที่กว้างขวางกล่าวคือ มีถึง 47 มาตรา แต่ผลสุดท้ายที่ประชุมได้ตัดบทบัญญัติ ในพิธีสารฉบับที่ 2 ลงเหลือเพียง 28 มาตรา แต่พิธีสารนี้ก็ได้อนุญาตการปกป้องทางด้านมนุษยธรรมให้กว้างขวาง และชัดเจนกว่าบทบัญญัติในมาตรา 3 รวมโดยได้กำหนดรายละเอียดของถ้อยคำมากขึ้น การให้ประกันพื้นฐานสำหรับบุคคลผู้ไม่มีส่วนร่วมในการสู้รบ ยังถือว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่สำคัญและจำเป็น พิธีสารได้บัญญัติรายละเอียดในการปกป้องบุคคลเหล่านี้ จากการละเมิดต่อชีวิต การทรมาน จับตัวเป็นประกันการกระทำการก่อการร้าย การปกป้องเด็กได้ถูกบัญญัติรายละเอียดไว้ด้วย

วิธีการทำการสู้รบ (Methods and Means of Combat)

ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของ "Law of the Hague" ซึ่งบัญญัติกฎเกณฑ์ในการทำสงคราม โดยมีกฎเกณฑ์พื้นฐานว่า ภาคที่พิพาทกันต้องจำแนกตลอดเวลาาระหว่างประชาชนพลเรือน และพลรบ และระหว่างเป้าหมายทางพลเรือนและเป้าหมายทางทหาร ซึ่งปรากฏอยู่ในร่างพิธีสารฉบับที่ 2 ของคณะกรรมการกาชาดสากลนั้น ได้ถูกถอนออกไป¹¹⁴ แต่อย่างไรก็ตาม ในพิธีสารนี้ก็ไม่ได้ทำให้ Law of the Hague นี้หมดไปโดยสิ้นเชิง โดยยังมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองประชาชนพลเรือนซึ่งบัญญัติไว้ในพิธีสารส่วนที่ 4 อันเป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานตามกฎหมายจารีตประเพณีใน

¹¹² พิธีสาร ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 มาตรา 19

¹¹³ Yves SANDOZ, op.cit., p.1488

¹¹⁴ Georges Abi-Saab, Non-International Armed Conflict, op.cit.

การปกป้องพลเรือนจากอันตรายที่เกิดจากการดำเนินการทางทหาร ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13(1) ของพิธีสาร ฉบับที่ 2 ซึ่งเป็นหน้าที่ของฝ่ายที่พิพาทกันที่จะไม่ใช่พลเรือนเป็นเป้าหมายของการโจมตี และละเว้นจากการกระทำการก่อการร้าย สิ่งซึ่งจำเป็นสำหรับประชาชนพลเรือน เช่น อาหาร เครื่องมือ ได้รับการปกป้องตามพิธีสารนี้

ตามร่างของคณะกรรมการกาชาดสากล เกี่ยวกับการบังคับใช้พิธีสารที่กำหนดให้ภาคีคู่พิพาทอาจขอร้องให้องค์กรทางด้านมนุษยธรรมที่เป็นประกัน โดยไม่ลำเอียง และมีประสิทธิภาพ เช่น คณะกรรมการกาชาดสากล เพื่อให้ความร่วมมือในการปฏิบัติตามบทบัญญัติของพิธีสารนี้ โดยองค์กรดังกล่าว อาจเสนอให้บริการของตนแก่ภาคีที่พิพาทได้นั้น ได้ถูกถอนออกไป¹¹⁵ เนื่องจากรัฐทั้งหลายกลัวว่ารัฐต่างชาติจะเข้ามาแทรกแซงกิจการภายในของตน ซึ่งอันที่จริงบทบัญญัตินี้ได้บัญญัติไว้แล้วในมาตรา 3 รวม วรรค 2 ที่ว่า "องค์กรทางด้านมนุษยธรรม ซึ่งไม่ลำเอียงแก่ฝ่ายใด เช่น คณะกรรมการกาชาดสากล อาจเสนอการให้บริการของตนแก่ภาคีคู่พิพาทได้"

พิธีสารฉบับที่ 2 ได้บัญญัติการปกป้องผู้ได้รับบาดเจ็บผู้ป่วยไข้ ให้อีกว่างขวางยิ่งขึ้น คือมีการเพิ่มเติมเนื้อหาที่สำคัญ คือรายละเอียดของการปกป้องบุคลากรทางการแพทย์ ศาสนา การขนส่ง และสัญลักษณ์กาชาด

3.3.8.6 ความเห็นของผู้แทนไทยและผู้แทนฟิลิปปินส์ต่อพิธีสารฉบับที่ 2

ในการประชุมระหว่างประเทศทางการทูต เพื่อยกร่างพิธีสารปี ค.ศ. 1977 ระหว่างปี 1974-1977 ณ กรุงเจนีวาประเทศสวิสเซอร์แลนด์ ประเทศไทยได้เข้าร่วมในคณะกรรมการที่ 3 โดยในการประชุมครั้งที่ 4 ของสมัชชาประชาชาติ วันที่ 13 มีนาคม ค.ศ. 1974 ผู้แทนไทยในการประชุมดังกล่าว ได้แสดงความคิดเห็นว่าบทบัญญัติในเรื่องการปกป้องพลเรือนนั้น ควรจะมีขอบข่ายที่กว้างขวางในการนำมาใช้ สำหรับผู้แทนฟิลิปปินส์ได้มีความเห็นต่อพิธีสารฉบับที่ 2 ในที่ประชุมทางการทูตครั้งแรก โดยผู้แทนฟิลิปปินส์ได้แสดงความเห็นว่า เนื่องจากรัฐบาลฟิลิปปินส์พยายามที่จะวางกฎเกณฑ์เพื่อยืนยันและพัฒนากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่นำมาใช้ใน

¹¹⁵Ibid, p. 232

กรณีพิพาทด้วยอาวุธ ว่าจักต้องมีการให้การเคารพและรับรองอธิปไตยและบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐด้วย ซึ่งโดยเฉพาะอย่างยิ่งตามพิธีสารฉบับที่ 2 ผู้แทนฟิลิปปินส์มีความเห็นว่า แนวทางที่สำคัญของการนำมาใช้ ซึ่งพิธีสารฉบับที่ 2 ว่า "การตัดสินเงื่อนไขตามวรรคแรกของมาตรา 1 ของพิธีสารฉบับที่ 2 (ว่ามีการพิพาทด้วยอาวุธ หรือไม่) นั้นจักต้องเป็นเรื่องของรัฐที่การพิพาทเกิดขึ้น" และในส่วนที่เกี่ยวกับการปกป้องประชาชนพลเรือน ผู้แทนของฟิลิปปินส์ ได้เสนอร่างว่า "ห้ามโจมตีหรือกระทำการใด ๆ เพื่อ แพร่ความหวาดกลัวในหมู่ประชาชนพลเรือนและพลเรือน" และในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครอง ทรัพย์สินที่จำเป็นสำหรับการอยู่อาศัยของพลเรือน ผู้แทนของฟิลิปปินส์ ได้เห็นด้วยกับความเห็นของ ผู้แทนคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศที่เสนอร่างว่า "ห้ามมิให้ใช้วิธีการสู้รบใด ๆ ที่ทำให้เกิดความอดอยากแก่ประชาชนพลเรือน

3.3.9 ผลกระทบของแนวความคิดของพิธีสารฉบับที่ 2 ที่มีต่อประเทศไทย

พิธีสารโดยลักษณะแล้ว ถือว่าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศในรูปแบบของสนธิสัญญา ประเภทสนธิสัญญาพหุภาคี โดยจะมีผลผูกพันเฉพาะประเทศที่ได้ลงนามให้สัตยาบันเป็นภาคีพิธีสารเท่านั้น

สำหรับประเทศไทยปัจจุบัน ยังมีได้ลงนามเข้าเป็นภาคีพิธีสารฉบับที่ 2 ดังกล่าว ดังนั้นไทยจึงยังคงไม่มีพันธกรณี หรือความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในพิธีสารฉบับที่ 2 ในลักษณะที่เป็นสนธิสัญญา ดังพิจารณาได้จากหลัก *Pacta tertiis nec Nocent nec Prosunt* กล่าวคือ สนธิสัญญาไม่อาจก่อให้เกิดพันธกรณี (Obligations) หรือสิทธิต่าง ๆ สำหรับประเทศอื่นโดยปราศจากความยินยอม¹¹⁶ แต่เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติต่าง ๆ ในพิธีสารฉบับที่ 2 แล้ว ได้มีการประมวลหลักเกณฑ์จารีตประเพณีระหว่างประเทศ (International Customary Law) ซึ่งมีลักษณะทางด้านมนุษยธรรม (Humanity) ที่มาจากหลักการพื้นฐานของสิทธิมนุษยชน ได้แก่

1. ในภาค 2 ของพิธีสารฉบับที่ 2 เกี่ยวกับการปฏิบัติการณ์มนุษยธรรม ในการให้หลักประกันมูลฐานแก่บรรดาบุคคลทั้งหลาย ซึ่งมีได้ร่วมโดยตรงในการสู้รบ หรือบุคคล

¹¹⁶ Rebecca M.M. Wallace, *International Law*. (Glasgow, 1985), p.206.

ทั้งหลาย ซึ่งหยุดร่วมกระทำการที่เป็นศัตรู โดยห้ามทำการทารุณกรรมต่อชีวิต การลงทัณฑ์ เป็นหมู่ห้ามจับตัวเป็นประกัน การห้ามทรมาน ห้ามกระทำการก่อการร้าย การทำร้ายศักดิ์ศรี ของบุคคล การเอาคนลงเป็นทาส ปล้นสดมภ์ (มาตรา 4 วรรค 1 และ 2) ซึ่งเป็นการ ยืนยันเข้าถึง มาตรา 3 รวมและสอดคล้องกับอนุสัญญาและหว่างประเทศ ว่าด้วยสิทธิในทางแพ่ง และทางการเมือง

2. กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการห้ามสังหาร ห้ามไม่ให้มีผู้รอดชีวิต (Rule on Quarter) ตามพิธีสารมาตรา 4 วรรค 1 ตอนท้าย มีพื้นฐานมาจากมาตรา 23 วรรค 1(a) ของ Hague Regulation Respecting the Law and Custom of War on Land 1907

3. การห้ามโจมตีเป้าหมายไปยังพลเรือน ตามพิธีสารมาตรา 13 วรรค 2 เป็นการประกาศหลักกฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่ในอนุสัญญากรุงเฮก

4. การปกป้องผู้ได้รับบาดเจ็บ และป่วยไข้ ตามมาตรา 7 เป็นการ ประกาศหลักกฎหมายจารีตประเพณี ที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1864

ซึ่งหลักเกณฑ์เหล่านี้ ถือว่าเป็นสิ่งจำเป็นและเหมาะสมที่มาจากหลัก การของมนุษยธรรมที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ในเอกสาร สิทธิมนุษยชนดังกล่าวแล้ว อันเป็นสิทธิพื้นฐานที่เป็นสากลที่รัฐทั้งหลายจำต้องยึดถือ แม้ว่า รัฐนั้น ไม่มีหน้าที่ตามสนธิสัญญา หรือมีส่วนผูกพันอย่างชัดเจนใด ๆ และควรพิจารณาว่าเป็น กฎหมายจารีตประเพณี เมื่อบทบัญญัติดังกล่าว ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายมนุษยธรรม คือ ในพิธีสาร ฉบับที่ 2 นี้ ซึ่งกฎเกณฑ์ดังกล่าวถือว่าเป็น lex lata กล่าวคือ เป็นสิ่งซึ่งกฎหมายใช้บังคับ อยู่แล้ว อันเป็นการกำหนดพันธกรณีและก่อให้เกิดสิทธิที่แท้จริง¹¹⁷

นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติบางข้อในพิธีสารฉบับที่ 2 ซึ่งถือว่าเป็น lex ferenda กล่าวคือ เป็นสิ่งที่ยังไม่เป็นกฎหมาย แม้ว่าสิ่งนั้นจะเป็นที่ปรารถนาอย่างยิ่งว่า สมควรจะเป็นกฎหมาย¹¹⁸ คือบทบัญญัติที่ได้บัญญัติเพิ่มเติมขึ้นใหม่ ในพิธีสารฉบับที่ 2 ที่ยังไม่เคย ระบุไว้ในมาตรา 3 รวม ได้แก่ มาตรา 9 การคุ้มครองบุคลากรในหน่วยแพทย์และการศาสนา,

¹¹⁷ Michel Virally, "ข้อพิจารณาบางประการว่าด้วย lex ferenda" แปลโดย นิรุณา ดิงค์ภักดิ์, วารสารธรรมศาสตร์ 16 (ธันวาคม 2529) : 151

¹¹⁸ เรื่องเดียวกัน

มาตรา 10 การคุ้มครองทั่วไปต่อการปฏิบัติหน้าที่ทางการแพทย์, มาตรา 11 การคุ้มครองหน่วยแพทย์และการขนส่งทางแพทย์ และมาตรา 4 การคุ้มครองเด็ก

ดังนั้น สำหรับบทบัญญัติในส่วนของ *lex lata* ในพิธีสาร ฉบับที่ 2 ประเทศไทยแม้ไม่เป็นภาคี ก็จะต้องผูกพันกล่าวคือ ประเทศไทยมีสิทธิ และพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในบทบัญญัติดังกล่าว เพราะถือว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ส่วนบทบัญญัติที่เป็น *lex ferenda* แม้ปัจจุบันไม่ถือว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ อันจะได้ผูกมัดให้ประเทศไทยต้องปฏิบัติตาม แต่ในอนาคตหากรัฐต่าง ๆ ได้พากันถือเป็นแนวทางปฏิบัติ (*State Practice*) และมีความเชื่อมั่นว่า ตามกฎหมายเป็นสิ่งที่จะต้องปฏิบัติตาม (*Opinio Juris Sive necessitatis*) บทบัญญัตินี้ดังกล่าว ก็จะกลายเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ อันจะผูกมัดก่อให้เกิดสิทธิและพันธกรณีต่อประเทศทั่วโลก ให้จำต้องปฏิบัติตาม

แต่อย่างไรก็ตาม การบังคับใช้ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังกล่าวส่วนใหญ่ ก็ยังขึ้นอยู่กับความยินยอมและวัตถุประสงค์ทางการเมืองของรัฐ แต่ละรัฐด้วย¹¹⁹ โดยในปัจจุบันไทยยังไม่ยอมรับ โดยการเข้าเป็นภาคีของพิธีสาร ฉบับที่ 2 เนื่องจากประเทศไทยกลัวว่าการยอมรับพิธีสารโดยการลงนาม หรือให้สัตยาบันจะเป็นอันตรายต่ออธิปไตยหรือความมั่นคงของรัฐ และเป็นการถูกจำกัดสิทธิในการจัดการอย่างมีประสิทธิภาพต่อกบฏ และกลัวว่าจะถูกแทรกแซงจากต่างชาติ เพราะหากไทยเข้าเป็นภาคีพิธีสารฉบับนี้แล้ว ไทยจะถูกผูกมัดที่จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในพิธีสารฉบับที่ 2 ดังกล่าว โดยเฉพาะฝ่ายทหารซึ่งมีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความมั่นคงภายในมองว่า หากไทยเข้าเป็นภาคีพิธีสารฉบับที่ 2 และหากทางฝ่ายกองกำลังทหารหรือตำรวจ ทางฝ่ายรัฐบาลไทยปฏิบัติตามพิธีสารฉบับที่ 2 คือ ปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมแก่ฝ่ายกบฏ แต่ฝ่ายกบฏก็ไม่ปฏิบัติตามต่อฝ่ายรัฐบาลไทยอย่างมีมนุษยธรรมแต่ประการใด ดังนั้นในขณะนี้ไทยจึงยังไม่เป็นภาคีพิธีสาร ฉบับที่ 2 นี้

¹¹⁹ Mohammed Bedjaoui, *Humanitarian Law at a time of falling national and International Consensus in Modern Wars*, op.cit., p. 28