

บทที่ 15

สงคราม

ความจริงแล้วกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยสงครามมีวิวัฒนาการตลอดมานับเป็นศตวรรษ กฎเกณฑ์ดังกล่าวมีที่มาจากวิวัฒนาการที่รัฐปฏิบัติต่อกันและกันทั้งจากสนธิสัญญาที่รัฐทำขึ้น แต่เดิมนั้นเคยถือกันว่ากฎเกณฑ์เกี่ยวกับสงครามเป็นหัวข้อสำคัญของการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศ ถึงกับมีการแบ่งการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศออกเป็นสองภาค คือ ภาคสันติ และภาคสงคราม แต่ในปัจจุบันนี้มิใช่วิชาการในทางกฎหมายระหว่างประเทศจำนวนไม่น้อยต่างพากันเห็นว่า การศึกษากฎหมายระหว่างประเทศโดยให้ความสำคัญแก่หัวข้อที่ว่าด้วยสงครามเป็นพิเศษตามที่กล่าวมาข้างต้นนั้นเป็นการศึกษาที่ล้าสมัย ทั้งนี้ด้วยเหตุผลสำคัญสองประการ

เหตุผลประการแรกนั้นเนื่องมาจากหลักการที่ว่าด้วยการห้ามการใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศกลายเป็นหลักที่สำคัญในกฎหมายระหว่างประเทศ บรรดานักเขียนตำรากฎหมายระหว่างประเทศต่างพากันให้ความสนใจปัญหาเกี่ยวกับความชอบธรรมในการทำสงคราม และปัญหาที่เกี่ยวกับการป้องกันไม่ให้เกิดความขัดแย้งกันระหว่างรัฐ มากกว่าปัญหาเกี่ยวกับการที่รัฐคู่สงครามจะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่ว่าด้วยการทำสงคราม

ส่วนเหตุผลอีกประการหนึ่งสืบเนื่องมาจากแนวความคิดที่ว่าการทำสงครามระหว่างรัฐในปัจจุบันเป็นการทำสงครามเปิดเสรี รัฐคู่สงครามต่างมุ่งหมายที่จะทำลายกันให้วอดวาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ใช้อาวุธนิวเคลียร์ต่อสู้กัน รัฐคู่สงครามก็จะพินาศสูญสิ้น การที่จะกล่าวอ้างว่าคู่สงครามฝ่ายใดละเมิดกฎเกณฑ์แห่งการทำสงครามย่อมเป็นการไร้ประโยชน์ ดังนั้น กฎเกณฑ์ที่ว่าด้วยสงครามในการทำสงครามดังกล่าวนี้จึงเป็นเรื่องที่ล้าสมัย

อย่างไรก็ตาม เหตุผลที่กล่าวมาข้างต้นยังไม่ก็นำหนัพอที่จะทำให้ผู้ศึกษากฎหมายระหว่างประเทศสามารถละเลยไม่สนใจในหัวข้อที่ว่าด้วยกฎเกณฑ์ในการทำสงครามระหว่างรัฐไปได้ หากจะพิจารณาให้ดีแล้วการที่นักวิชาการในกฎหมายระหว่างประเทศต่างพากันมุ่งให้ความสนใจเฉพาะแต่ปัญหาที่เกี่ยวกับความชอบธรรมในการทำสงครามและปัญหาที่ว่าด้วยวิธีการป้องกันมิให้รัฐเกิดความขัดแย้งกัน น่าจะไม่เป็นการเพียงพอสำหรับสถานการณ์ที่เป็นอยู่ในสังคมแห่งรัฐในปัจจุบัน ทั้งนี้ เนื่องจากว่าหลักการที่ว่าด้วยความชอบธรรมในการทำสงครามของรัฐซึ่งมีสาระสำคัญว่า รัฐไม่มีอำนาจที่จะทำสงครามกับรัฐอื่น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งการทำสงครามเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ไม่รวมถึงการทำสงครามที่เป็น

การป้องกันตัวเองโดยชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้แล้ว วิธีการต่างๆ ที่ใช้ป้องกันความขัดแย้งระหว่างรัฐก็ไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะป้องกันมิให้รัฐขัดแย้งกัน และเมื่อรัฐขัดแย้งกันแล้ว หากตกลงระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีไม่ได้ รัฐก็มักจะหันเข้าหาการทำสงคราม จึงเห็นได้ว่าการทำสงครามระหว่างรัฐยังคงต้องมียู่ในสังคมแห่งรัฐ และคงจะมีอยู่ตลอดไปตราบใดที่สังคมแห่งรัฐไม่มีอำนาจศูนย์กลางเด็ดขาดที่จะบังคับบัญชาให้รัฐทั้งหลายเชื่อถือปฏิบัติตามได้

ส่วนเหตุผลที่ว่าสงครามในปัจจุบันเป็นสงครามเบ็ดเสร็จ อาจจะมีการทำลายล้างกันด้วยอาวุธนิวเคลียร์ในลักษณะที่รัฐคู่สงครามจะต้องพึ่งพิงอาศัยความไปด้วยกันนั้น ก็เห็นได้ว่าตลอดระยะเวลาที่ผ่านมานับตั้งแต่สงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลง สงครามที่เกิดขึ้นในภูมิภาคส่วนต่างๆ ของโลกล้วนแต่เป็นสงครามขนาดเล็ก ย่อมไม่ถึงขั้นที่มีการใช้อาวุธนิวเคลียร์เช่นกรณีสงครามระหว่างอิรักและอิหร่านในปัจจุบัน อิหร่านกล่าวหาว่าอิรักใช้อาวุธเคมีในการทำสงคราม ซึ่งเป็นการผิดกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยการทำสงคราม ดังนั้นเมื่อยังมีสงครามที่ไม่ถึงขั้นที่ใช้อาวุธนิวเคลียร์ทำลายล้างกัน กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยสงครามจึงยังคงมีความสำคัญและควรแก่ศึกษาทำความเข้าใจ การศึกษากฎเกณฑ์ที่ว่าด้วยสงครามควรแยกพิจารณาในหัวข้อต่อไป

- (1) ประวัติความเป็นมาของกฎเกณฑ์ที่ว่าด้วยการทำสงคราม
- (2) กรณีที่มีการบังคับใช้กฎเกณฑ์ที่ว่าด้วยการทำสงคราม
- (3) กฎเกณฑ์ที่สำคัญที่เกี่ยวข้องกับการทำสงคราม
- (4) สภาพบังคับของกฎเกณฑ์ที่ว่าด้วยการทำสงคราม

หมวดที่ 1

ประวัติความเป็นมาของกฎเกณฑ์ที่ว่าด้วยการทำสงคราม

1. ประวัติความเป็นมาของกฎเกณฑ์ที่ว่าด้วยการทำสงคราม

เดิมนั้น การทำสงครามระหว่างรัฐเป็นไปด้วยความทารุณโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม ต่อมาด้วยอิทธิพลของความรู้สึกทางมนุษยธรรม และสิทธิอันควรมิละเมิด ซึ่งเกิดขึ้นในยุคโรมันยุคกลาง ที่มีการให้เกียรติแก่คู่ต่อสู้และการต่อสู้ต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์บางประการ วิธีการที่ไม่ชอบ

ธรรมห้ามนำมาใช้ในการต่อสู้ ทำให้เกิดแนวความคิดว่า การทำสงครามระหว่างรัฐ ควรเป็นไปเพียงเพื่อล้มล้างอำนาจของศัตรู มุ่งหมายเพื่อเอาชนะ ไม่ใช่เพื่อทำลายล้างชีวิตมนุษย์ อย่างไรก็ตามเหตุผลในปลายคริสต์ศตวรรษที่ 10 และคริสต์ศตวรรษที่ 11 ซึ่งเป็นสมัยกลางของยุโรปจึงเริ่มมีการวางข้อกำหนดเป็นกฎเกณฑ์ให้รัฐยึดถือเป็นแนวทางปฏิบัติเมื่อรัฐทำสงครามต่อกัน เริ่มด้วยการกำหนดข้อแตกต่างระหว่างผู้ที่มีหน้าที่ในการสู้รบ กองพลเรือนซึ่งไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบ และมีการให้ความคุ้มครองบุคคลบางประเภท เช่น นักบวช สตรี เด็ก และคนชรา ให้พ้นจากภัยหรือความเสียหายของสงคราม ตลอดจนมีการนำจรรยาบรรณของอัศวินมาใช้ในการทำสงคราม ซึ่งจรรยาบรรณเหล่านี้ถือได้ว่าเป็นที่มาของกฎเกณฑ์ที่ห้ามไม่ให้ใช้วิธีการที่ไม่ชอบธรรม หรือวิธีการที่ชั่วร้ายในการสู้รบในสมัยกลางนี้เองมีการจัดพิมพ์หนังสือที่ว่าด้วยกฎเกณฑ์ในการทำสงครามขึ้นเป็นครั้งแรก

อย่างไรก็ตามกฎเกณฑ์ในการทำสงครามเริ่มกลายเป็นกฎเกณฑ์ที่ประเทศต่างๆ ยอมรับกันโดยทั่วไปนับแต่เมื่อประมาณปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 นั้นเอง ทั้งนี้จากการที่ประเทศต่างๆ รวบรวมกฎเกณฑ์ในการทำสงครามมาจัดทำเป็นประมวลกฎหมายทหารขึ้นในลักษณะที่เป็นกฎหมายภายใน และจากการที่มีการจัดทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ในการทำสงครามขึ้น ประเทศที่จัดทำประมวลกฎหมายที่ว่าด้วยสงครามขึ้นเป็นประเทศแรกนั้นน่าจะได้แก่สหรัฐอเมริกา กล่าวคือ สหรัฐอเมริกาได้บัญญัติกฎหมายที่มีชื่อว่า "ข้อบังคับสำหรับการปกครองบังคับบัญชากำลังทหารของสหรัฐอเมริกาในสนามรบ" (The instructions for the government of U.S. forces in the field) ในสมัยของประธานาธิบดีลินคอล์น หลังจากนั้นประเทศอังกฤษได้ดำเนินรอยตามสหรัฐอเมริกาดำเนินการจัดพิมพ์กฎหมายที่มีชื่อว่า "คู่มือกฎหมายทหาร" (Manual of military law) ใน ค.ศ. 1884 นอกจากนี้แล้วมีการจัดทำสนธิสัญญาต่างๆ ที่เกี่ยวกับการทำสงคราม เช่น ประกาศแห่งปารีส ค.ศ. 1856 ที่ว่าด้วยการทำสงครามทางทะเล ซึ่งทำขึ้นหลังจากที่สงครามไครเมียสิ้นสุดลง สนธิสัญญาเจนีวา ลงวันที่ 22 สิงหาคม 1864 ที่ว่าด้วยการปฏิบัติต่อทหารที่บาดเจ็บในสนามรบ และประกาศแห่งแซนต์ปีเตอร์เบิร์ก ค.ศ. 1868 เป็นต้น

การประชุมระหว่างประเทศที่กรุงเฮก เมื่อ ค.ศ. 1899 และ ค.ศ. 1907 ซึ่งที่ประชุมได้จัดทำสนธิสัญญาขึ้นหลายฉบับ ก็นับว่ามีส่วนในการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศที่ว่า

ด้วยสงครามเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในการประชุมเมื่อ ค.ศ. 1907 มีการจัดทำอนุสัญญากรุงเฮก ฉบับที่ 4 ค.ศ. 1907 ซึ่งมี "กฎหมายและจารีตประเพณีของการทำสงคราม" รวมอยู่ในภาคผนวกของอนุสัญญาดังกล่าวด้วย

ในช่วงระยะเวลาหลังจากสงครามโลกครั้งที่หนึ่งสิ้นสุดลงและก่อนที่จะเกิดสงครามโลกครั้งที่สอง ประเทศต่างๆ มีการจัดทำสนธิสัญญาที่สำคัญเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ในการทำสงคราม 3 ฉบับด้วยกันคือ พิธีสาร ค.ศ. 1925 เกี่ยวกับการห้ามใช้แก๊สพิษและเชื้อโรคในการทำสงครามอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1929 เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อผู้บาดเจ็บ ผู้ป่วย และเชลยศึกในสงครามและพิธีสารแห่งกรุงลอนดอน ค.ศ. 1936 เกี่ยวกับการใช้เรือดำน้ำทำลายเรือสินค้า (พิธีสารดังกล่าวนี้ไม่มีผลบังคับใช้เนื่องจากภาคีไม่ได้ให้สัตยาบัน)

ขั้นตอนที่สำคัญของการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยสงครามคือระยะเวลาหลังจากสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลงแล้วนี้เอง มีการรวบรวมกฎหมายที่เกี่ยวกับการทำสงครามไว้ในลักษณะที่เป็นประมวลกฎหมาย ทั้งนี้โดยการที่ประเทศต่างๆ ได้ตกลงจัดทำอนุสัญญาเจนีวาขึ้น 4 ฉบับด้วยกัน เมื่อ ค.ศ. 1949 อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 1 เกี่ยวกับการให้การรักษาผู้บาดเจ็บและผู้ป่วยเจ็บในสนามรบ อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 2 เกี่ยวกับการให้การรักษาผู้บาดเจ็บและผู้ป่วยเจ็บจากเรือแตกในการทำสงครามทางทะเล อนุสัญญาฉบับที่ 3 เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยศึก อนุสัญญาฉบับที่ 4 เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองพลเรือนในยามสงคราม

อนุสัญญาสามฉบับแรกนั้นเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมอนุสัญญาเก่าประเทศต่างๆ ได้เคยจัดทำขึ้นตั้งแต่ก่อนสมัยสงครามโลกครั้งที่สอง แต่อนุสัญญาฉบับที่ 4 ซึ่งกำหนดให้การคุ้มครองพลเรือนในยามสงครามนั้นเป็นหลักการที่กำหนดขึ้นใหม่ ทั้งนี้เนื่องจากประสบการณ์ที่ได้มาจากสงครามโลกครั้งที่สอง ซึ่งปรากฏว่าพลเรือนในดินแดนที่ถูกยึดครองจากประเทศฝ่ายอักษะถูกกดขี่ข่มเหง ได้รับการปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรมจากประเทศผู้เข้ายึดครอง

อนุสัญญาทั้ง 4 ฉบับนี้ ซึ่งต่อมามีการขานนามเรียกกันอย่างแพร่หลายว่า "อนุสัญญากรุงเจนีวา" ถือกันว่าเป็นพื้นฐานของ "กฎหมายมนุษยธรรม" กล่าวคือเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับผู้ได้รับเคราะห์กรรมจากสงคราม ต่างกับกฎหมายที่เกี่ยวกับการที่รัฐคู่สงครามจะต้องปฏิบัติต่อกันในการทำสงคราม ซึ่งรู้จักกันในชื่อว่า "อนุสัญญากรุงเฮก"

นอกจากนี้แล้ว นับตั้งแต่ ค.ศ.1949 เป็นต้นมา บรรดาประเทศต่างๆ พวกนี้ให้ความสนใจกับปัญหาที่เกี่ยวพันกันระหว่างสิทธิมนุษยชนกับกฎเกณฑ์ในการทำสงคราม ภายหลังจากประชุมระหว่างประเทศที่กรุงเจนีวาเมื่อ ค.ศ. 1968 สมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติในสมัยประชุมที่ 23 และ 24 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสมัยประชุมที่ 25 ได้มีการลงมติที่สำคัญยิ่งเกี่ยวกับ "การเคารพสิทธิมนุษยชนในยามที่มีการขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ"

อย่างไรก็ตาม นอกจากจารีตประเพณีและสนธิสัญญาแล้ว คำพิพากษาของศาลก็มีส่วนเป็นพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยสงคราม คำพิพากษาของศาลดังกล่าวได้แก่ คำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศแห่งนูเริ่มเบิร์ก และคำพิพากษาของศาลทหารระหว่างประเทศแห่งโตเกียวที่พิจารณาพิพากษาคดีอาชญากรรมสงครามชาวเยอรมันและชาวญี่ปุ่น ซึ่งถูกฟ้องให้ต้องรับผิดชอบในโทษฐานเป็นศัตรูต่อสันติภาพและในโทษฐานเป็น อาชญากรรมสงคราม สำหรับความผิดฐานเป็นอาชญากรรมสงครามก็เนื่องจากจำเลยที่ถูกฟ้องร้องต่างก็ละเมิดกฎเกณฑ์และประเพณีในการทำสงครามและกระทำการที่เป็นปฏิปักษ์ต่อมนุษยธรรม

นอกจากคำพิพากษาของศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเริ่มเบิร์กและที่โตเกียวแล้ว คำพิพากษาของศาลซึ่งนับว่าเป็นพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยสงครามยังได้แก่ คำพิพากษาของศาลภายในแห่งประเทศฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ เบลเยียม โปแลนด์ และยูโกสลาเวีย ซึ่งทำการพิจารณาพิพากษาคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลภายหลังที่สงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลงแล้ว และคำพิพากษาของศาลทหารอเมริกันที่จัดตั้งขึ้นภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลงในเขตยึดครองในประเทศเยอรมนี ซึ่งพิจารณาพิพากษาคดีที่เจ้าหน้าที่ควบคุมค่ายกักกันต่างๆ ข้าราชการ ทหาร และแพทย์ เป็นจำเลยในความผิดฐานล้างผลาญชีวิตผู้คนอย่างโหดร้าย

หมวดที่ 2

กรณีที่มีการบังคับใช้กฎเกณฑ์ที่ว่าด้วยการทำสงคราม

กล่าวโดยทั่วไปแล้ว จะมีการนำเอากฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยสงครามมาบังคับใช้ ก็ต่อเมื่อมี "สถานะสงคราม" ระหว่างรัฐ การต่อสู้รบพุ่งระหว่างรัฐที่แสดงให้เห็นถึง "สถานะสงคราม" นั้น ผู้เป็นฝ่ายในการต่อสู้รบพุ่งจะต้องมี เจตนาทำสงคราม กล่าวคือเป็นการใช้กำลังที่มีลักษณะแตกต่างจากมาตรการวิโงกรรม (Reprisals) ที่ใช้กำลัง

อาวุธ เนื่องจากมาตรการรีไพรซอลที่ใช้กำลังอาวุธนั้นเป็นมาตรการที่ขาดเจตนาในการทำสงคราม

เจตนาทำสงครามอาจแสดงออกโดยผู้เป็นฝ่ายในสงครามเพียงฝ่ายเดียว ก็ถือว่าเป็นการเพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นต้องมีการแสดงเจตนาซึ่งกันและกัน ตามหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศ ถือว่ามี "สถานะสงคราม" เกิดขึ้นและต้องนำกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยสงครามมาบังคับใช้ ในเมื่อมีการปฏิบัติการทางทหารต่อประเทศหนึ่งประเทศใด แม้ว่าประเทศดังกล่าวนี้จะไม่ได้ใช้มาตรการทางกำลังอย่างหนึ่งอย่างใดโต้ตอบก็ตาม

การประกาศสงครามก็ดี หรือการยื่นคำขาดให้มีการปฏิบัติตามคำขาดแล้ว รัฐผู้รับคำขาดไม่ปฏิบัติตามก็ดี แสดงให้เห็นถึง เจตนาทำสงคราม

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในปัจจุบันนี้ มักจะมีการต่อสู้รบพุ่งกันในลักษณะที่เป็นการทำสงครามต่อกันโดยไม่มี การประกาศสงคราม ดังนั้น จึงทำให้เป็นที่น่าสงสัยว่าหลักการที่ต้องมีการประกาศสงครามก่อนจึงจะมีสถานะสงคราม อันทำให้มีการบังคับใช้กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยสงครามได้นั้น ยังคงเป็นหลักการที่ยึดถือกันอยู่ หรือมีการเปลี่ยนแปลงไปแล้วประการใด

ความจริงแล้ว แต่เดิมนั้น การที่รัฐจะทำสงครามกับรัฐอื่น รัฐไม่มีพันธกรณีที่จะต้องประกาศสงครามก่อนแต่อย่างใด ต่อมาจนกระทั่งเกิดสงครามระหว่างญี่ปุ่นกับรัสเซียใน ค.ศ. 1904 เรือตอร์ปิโดของญี่ปุ่นได้โจมตีเรือรบของรัสเซียที่เมืองท่าพอร์ตอาเธอร์ โดยที่ญี่ปุ่นไม่ได้ประกาศสงครามกับรัสเซียก่อน จึงได้ทำให้เกิดแนวความคิดว่ารัฐควรต้องประกาศสงครามก่อนเข้าทำสงคราม ดังนั้นในที่ประชุมระหว่างประเทศที่กรุงเฮก เมื่อ ค.ศ. 1907 ประเทศต่างๆ ที่เข้าร่วมประชุมจึงตกลงให้มีการกำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเฮกฉบับที่ 3 ว่า ภาคีแห่งอนุสัญญาจะไม่เริ่มการต่อสู้รบพุ่งก่อนที่จะมีการเตือนล่วงหน้าด้วยการประกาศสงคราม หรือด้วยการยื่นคำขาดว่าจะทำสงคราม อย่างไรก็ตาม หลักการของกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวข้างต้นไม่ได้รับการเคารพจริงจังจากประเทศต่างๆ แต่อย่างใด เห็นได้จากการทำสงครามของประเทศต่างๆ หลังจากอนุสัญญากรุงเฮก ฉบับที่ 3 มีผลบังคับใช้แล้ว เช่น กรณีที่ญี่ปุ่นทำสงครามกับจีน เมื่อ ค.ศ. 1937 เยอรมันบุกโปแลนด์ เมื่อ ค.ศ. 1939 และญี่ปุ่นโจมตีฐานทัพของสหรัฐอเมริกาที่เพิร์ล ฮาร์เบอร์ และกรณีที่ผ่านมาไม่นานนี้ ซึ่งได้แก่กรณีที่สหรัฐอเมริกาเข้าไปทำสงครามในเวียดนาม สหรัฐอเมริกาเองก็ไม่ได้ประกาศสงครามและปฏิเสธที่จะรับรองว่ามีสถานะสงคราม

นอกจากนี้แล้ว เมื่อพิจารณาถึงว่าสงครามอาจเกิดขึ้นได้จากกรณีที่รัฐหนึ่งรัฐใดต้องต่อสู้รบพุ่งเพื่อใช้สิทธิป้องกันตนเองที่ชอบด้วยกฎหมายตามนัยแห่งกฎบัตรขององค์การสหประชาชาติ ข้อ 51 แต่เนื่องจากการใช้สิทธิป้องกันตนเองที่ชอบด้วยกฎหมายโดยการเข้าต่อสู้กับการรุกรานตามที่กล่าวมานี้ เป็นเพียงอำนาจปฏิบัติการที่มีลักษณะชั่วคราวของรัฐ ในระหว่างที่รอการดำเนินการของคณะมนตรีความมั่นคงเท่านั้น รัฐที่ใช้สิทธิป้องกันตนเองที่ชอบด้วยกฎหมายย่อมไม่อาจประกาศสงครามก่อนที่เข้าทำสงครามได้

เหตุผลสำคัญที่ทำให้หลักการในเรื่องการประกาศสงครามเปลี่ยนแปลงไป อาจสืบเนื่องมาจากหลักการที่ว่าด้วยการห้ามรัฐใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ได้ เพราะว่าการพิจารณาการประกาศสงครามของรัฐได้ว่าเป็นการกระทำที่ละเมิดกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศ

ดังนั้น การที่จะนำกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยสงครามมาบังคับใช้จึงควรต้องถือตามข้อเท็จจริงว่ามีการรบพุ่งต่อสู้กันระหว่างรัฐหรือไม่ กฎเกณฑ์ที่ผู้เป็นฝ่ายในสงครามจะต้องประพฤติปฏิบัติต่อกันในการทำสงครามนั้น มีที่มาจากอนุสัญญาต่างๆ แห่งกรุงเฮก เป็นที่ยอมรับกันว่าอนุสัญญากรุงเฮกดังกล่าวนี้เป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่บังคับใช้กับประเทศที่เป็นฝ่ายในสงครามทุกประเทศ เนื่องจากกฎเกณฑ์ดังกล่าวมีฐานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณี ศาลระหว่างประเทศแห่งนูเริ่มเบอร์กได้แสดงความเห็นไว้ในคำพิพากษาของศาลว่าอนุสัญญาดังกล่าวแห่งกรุงเฮกเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้ทั่วไป ดังนั้น จึงบังคับใช้กับประเทศเชโกสโลวาเกียได้ด้วย ถึงแม้ว่าประเทศดังกล่าวจะไม่ได้เป็นภาคีแห่งอนุสัญญากรุงเฮกก็ตาม

ส่วนอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1949 นั้นมีบทบัญญัติไว้ว่า กฎเกณฑ์ตามอนุสัญญาใช้บังคับทั้งสงครามที่มีการประกาศ และทั้งการขัดแย้งกันทางอาวุธ ในทุกกรณีที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐภาคีสองรัฐ หรือกว่านั้นขึ้นไป ถึงแม้ว่ารัฐภาคีหนึ่งภาคีใดจะไม่รับรองว่ามีสถานะสงครามก็ตาม อนึ่ง การบังคับใช้อนุสัญญาเจนีวามีลักษณะที่เป็นการปฏิบัติต่างตอบแทน กล่าวคือ รัฐภาคีทั้งหลายแห่งอนุสัญญามีพันธะกรณีที่จะต้องปฏิบัติต่อประเทศคู่สงครามทั้งหลาย ซึ่งยอมรับและถือปฏิบัติอนุสัญญาดังกล่าว นอกจากนี้แล้ว กฎเกณฑ์บางประการที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาดังกล่าวยังถือว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีอีกด้วย ดังนั้นจึงใช้บังคับกับรัฐทั้งหลายได้ ศาลทหารแห่งนูเริ่มเบอร์ก และศาลอเมริกกันในเขตยึดครองในยุโรปตะวันออกก็เห็นว่ากฎ-

เกณฑ์ตามอนุสัญญากรุงเจนีวาที่เกี่ยวกับผู้พลัดถิ่น ผู้บาดเจ็บ และเชลยศึก ใช้บังคับในสงครามระหว่างประเทศเยอรมนีกับสหภาพโซเวียตด้วย ถึงแม้ว่าสหภาพโซเวียตจะไม่ได้เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาดังกล่าวก็ตาม

การที่ศาลทั้งสองมีความเห็นดังกล่าวคงเนื่องจากหลักการที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาดังกล่าว ไม่ใช่หลักการที่รัฐภาคีกำหนดขึ้นใหม่แต่อย่างใด หากเป็นหลักการซึ่งเป็นจารีตประเพณีที่นานาอารยประเทศยอมรับกันโดยทั่วไป อนุสัญญาเป็นแต่เพียงรวบรวมหลักการดังกล่าวมาไว้ในรูปของข้อตกลงระหว่างรัฐเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม นอกจากเงื่อนไขที่มีการต่อสู้กันด้วยกำลังอาวุธ โดยมีเจตนาทำสงครามตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เงื่อนไขสำคัญอีกประการหนึ่งที่ต้องพิจารณาถึงก็คือ ผู้เป็นฝ่ายในการขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ

กล่าวโดยทั่วไปแล้ว กรณีที่ต้องนำเอากฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยสงครามมาบังคับใช้ก็คือเมื่อผู้เป็นฝ่ายในการขัดแย้งกันด้วยอาวุธนั้นเป็นรัฐ แต่มีปัญหาคือจะต้องพิจารณาในกรณีที่มีผู้เป็นฝ่ายในการขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธนั้น ยังไม่มีฐานะเป็นรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีสงครามกลางเมือง

สงครามกลางเมือง คือ การต่อสู้ระหว่างฝ่ายในรัฐ เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจปกครองของรัฐ ตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เมื่อมีการขัดแย้งกันและต่อสู้ชิงอำนาจรัฐด้วยกำลังอาวุธจนถึงขั้นที่มีการยึดครองดินแดนบางส่วนของรัฐได้ และฝ่ายที่ขัดแย้งต่อสู้ชิงอำนาจรัฐด้วยกำลังนั้นได้รับการรับรองให้มีฐานะเป็นฝ่ายในสงครามจากรัฐบาลที่ขอความช่วยเหลือของรัฐที่เกิดการขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ การขัดแย้งกันด้วยอาวุธดังกล่าวก็มีสภาพเป็นสงครามกลางเมือง ซึ่งเป็นกรณีที่ต้องนำเอากฎเกณฑ์บางประการแห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยสงครามมาบังคับใช้ อนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1949 ข้อ 3 บัญญัติไว้ว่า ในกรณีที่มีการขัดแย้งกันด้วยอาวุธ ไม่มีลักษณะเป็นการขัดแย้งระหว่างประเทศ และเกิดขึ้นในดินแดนของภาคีหนึ่งภาคีใด ผู้เป็นฝ่ายในการขัดแย้งกันด้วยอาวุธนั้นจะต้องถือปฏิบัติอย่างน้อยตามบทบัญญัติดังต่อไปนี้

(1) บุคคลที่ไม่มีส่วนร่วมโดยตรงในการต่อสู้ บุคคลซึ่งสังกัดกองกำลังติดอาวุธที่วางอาวุธแล้ว และบุคคลที่ถูกจำกัดให้อยู่นอกขอบเขตการสู้รบเนื่องจากเจ็บป่วย บาดเจ็บ ถูกกักขังหรือด้วยเหตุอื่นใด จะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมในทุกกรณี โดยปราศจากข้อแตก

ต่างที่เป็นการรังเกียจเคียดแค้นอย่างหนึ่งอย่างใด อันสืบเนื่องมาจากเผ่าพันธุ์ สีของผิว, ศาสนาหรือลัทธิความเชื่อ, เพศ, แหล่งกำเนิด หรือทรัพย์สินสมบัติ หรือข้อแตกต่างอื่นใดใน ทำนองที่กล่าวมา

ห้ามปฏิบัติต่อบุคคลตามที่กล่าวมาข้างต้นในกรณีต่อไปนี้

(ก) การทำอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการฆาตกรรมใน ทุกรูปแบบ, การทำให้พิการ, การปฏิบัติที่ทรมานโหดร้าย การทรมาน

(ข) การยึดตัวไว้เป็นประกัน

(ค) การทำให้เสื่อมศักดิ์ศรีแห่งบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปฏิบัติที่ทำให้ เกิดความอับอาย และทำลายเกียรติยศ

(ง) การพิพากษาลงโทษ และการประหารชีวิต โดยปราศจากการพิพากษา ของศาลที่มีอำนาจพิพากษาตามปกติ ซึ่งมีหลักประกันในความยุติธรรมอันจำเป็นต้องมี ตามที่นานาอารยประเทศรับรอง

(2) ผู้บาดเจ็บกิตติ ผู้ป่วยเจ็บกิตติ จะต้องได้รับการรักษาพยาบาล

องค์การที่เกี่ยวกับมนุษยธรรมซึ่งมีความเที่ยงธรรมไม่ลำเอียง เช่น คณะกรรมการ ระหว่างประเทศของสภากาชาดสามารถให้บริการแก่ผู้เป็นฝ่ายในการขัดแย้ง นอกจากนั้นแล้ว ผู้เป็นฝ่าย ในการขัดแย้งต้องพยายามที่จะทำข้อตกลงพิเศษเพื่อให้ข้อกำหนดทั้งปวง หรือส่วนอื่น แห่งบทบัญญัตินี้มีผลบังคับใช้

การปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นไม่ก่อให้เกิดผลที่เกี่ยวกับสถานะในทางกฎหมาย ของผู้เป็นฝ่ายในการขัดแย้ง

ดังนั้น เมื่อมีสงครามกลางเมือง ผู้เป็นฝ่ายในสงครามกลางเมืองจึงต้องปฏิบัติตาม อนุสัญญาเจนีวา ข้อ 3 ส่วนการที่จะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ ที่ว่าด้วยสงครามนั้นขึ้นอยู่กับว่า รัฐบาลที่ขอด้วยกฎหมายของรัฐที่เกิดสงครามกลางเมืองได้ ให้การรับรองสถานะของฝ่ายที่ขัดแย้งต่อผู้ซึ่งอ้างอำนาจรัฐว่าเป็นฝ่ายในสงครามหรือไม่ และ การให้การรับรองดังกล่าวนี้เป็นอำนาจเด็ดขาดของรัฐบาลที่ขอด้วยกฎหมาย ไม่มีหลักเกณฑ์ ใดในกฎหมายระหว่างประเทศที่บังคับไว้ว่า ในกรณีใดบ้างรัฐบาลที่ขอด้วยกฎหมายจะต้องให้ การรับรองสถานะของอีกฝ่ายหนึ่งว่าเป็นฝ่ายในสงคราม

การขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธที่ไม่มีลักษณะเป็นการขัดแย้งกันระหว่างรัฐนั้น ไม่ถือว่าเป็นสงครามกลางเมืองทุกกรณีไป เพราะในบางกรณีนั้นเป็นเพียงการก่อความไม่สงบวุ่นวายด้วยกำลังอาวุธซึ่งรัฐบาลที่ชอบด้วยกฎหมายอาจปราบปรามให้สงบราบคาบลงได้ด้วยกำลังตำรวจหรือกำลังทหาร เพียงแต่ว่าการปราบปรามนี้อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ต้องเคารพกฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการป้องกันสิทธิมนุษยชนเท่านั้น ในการประชุมผู้เชี่ยวชาญกฎหมายระหว่างประเทศภายใต้การอุปถัมภ์ของคณะกรรมการระหว่างประเทศของกาชาดเมื่อ ค.ศ. 1967 ได้มีการให้คำจำกัดความการขัดแย้งด้วยกำลังอาวุธภายในรัฐที่จะต้องถือปฏิบัติตามอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1949 ข้อ 3 ไว้ว่า ได้แก่ "การกระทำทั้งปวงที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐบาลอันชอบด้วยกฎหมาย หากว่าเป็นการกระทำในลักษณะของการรวมกลุ่มกันทำ และมีการจัดตั้งเป็นองค์การ" เห็นได้ว่า คำจำกัดความดังกล่าวมีความหมายที่ค่อนข้างจะกว้างขวาง การขัดแย้งกันด้วยอาวุธที่มีลักษณะเป็นสงครามกลางเมืองซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปนั้น ไม่ใช่เพียงการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ (แม้เพียงครั้งเดียว) ต่อรัฐบาลที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่เป็นกรณีที่ความเป็นปรปักษ์ต่อรัฐบาลนี้เมื่ออยู่ตลอดเวลา และแสดงออกโดยกองกำลังติดอาวุธ และโดยกลุ่มบุคคลที่มีการจัดตั้งเป็นองค์การ

หมวดคดีที่ 3

กฎเกณฑ์ทั่วไปที่ว่าด้วยการทำสงคราม

กฎเกณฑ์ทั่วไปที่ว่าด้วยการทำสงครามแบ่งออกเป็น ข้อความทั่วไปและกฎเกณฑ์ที่ผู้เป็นฝ่ายในสงครามต้องปฏิบัติหรือละเว้นปฏิบัติต่อกันในการสู้รบ

1. ข้อความทั่วไป

เนื่องจากว่าสังคมแห่งรัฐมีลักษณะเป็นสังคมนานาธิปไตย กล่าวคือ สมาชิกของสังคมซึ่งได้แก่รัฐทั้งหลายมีอำนาจอธิปไตยที่จะดำเนินนโยบายที่เป็นประโยชน์แก่ตน การขัดแย้งกันในเรื่องผลประโยชน์ระหว่างรัฐจึงเป็นเรื่องปกติธรรมดาของสังคมแห่งรัฐ การขัดแย้งกันในเรื่องผลประโยชน์ระหว่างรัฐจึงเป็นเรื่องปกติธรรมดาของสังคมแห่งรัฐ การขัดแย้งกันในเรื่องผลประโยชน์ระหว่างรัฐนี้เมื่อตกลงกันโดยสันติวิธีไม่ได้ ก็กลายเป็นกรณีพิพาทที่รัฐคู่พิพาท

อาจใช้กำลังอาวุธต่อกัน และในบางกรณีถึงขั้นของการทำสงคราม ถึงแม้ว่าในปัจจุบัน กฎหมายระหว่างประเทศจะมีหลักการสำคัญที่กำหนดห้ามรัฐทำสงครามต่อกัน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งการทำสงครามเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ในความเป็นจริง รัฐต่างๆ ก็ยังทำสงครามต่อกันอยู่ การจัดการทำสงครามระหว่างรัฐนั้นเป็นสิ่งผันวิสัย แต่สิ่งที่ยังเป็นวิสัยจะกระทำได้ก็คือ การจัดการทำสงครามที่ทารุณโหดร้าย การทำสงครามควรเป็นเพียงการใช้กำลังเพื่อล้มล้างอำนาจของศัตรูเพียงเท่าที่จำเป็นต่อสถานการณ์ในทางทหารเท่านั้น ดังนั้นเพื่อมิให้มีการทำสงครามที่ทารุณโหดร้าย จึงเกิดกฎเกณฑ์ที่ผู้เป็นฝ่ายในสงครามจะต้องพึงประพฤติปฏิบัติต่อกัน กฎเกณฑ์เหล่านี้มีทั้งที่เป็นจารีตประเพณีและที่เป็นสนธิสัญญา แต่ส่วนใหญ่แล้วมักจะเป็นสนธิสัญญาแบบพหุภาคี สนธิสัญญาสำคัญที่พืงนำมากล่าวได้แก่

- (1) คำประกาศกรุงปารีส ลงวันที่ 16 เมษายน ค.ศ. 1856 เกี่ยวกับการทำสงครามทางทะเล
- (2) อนุสัญญาเจนีวา ลงวันที่ 22 สิงหาคม ค.ศ. 1864 เกี่ยวกับการช่วยเหลือผู้บาดเจ็บในสนามรบ
- (3) คำประกาศกรุงเซนต์ปีเตอส์เบิร์ก ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 1868 เกี่ยวกับการห้ามใช้กระสุนหัวตัด
- (4) อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1899 เกี่ยวกับการทำสงครามทางบก
- (5) อนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1906 เกี่ยวกับการดูแลรักษาผู้บาดเจ็บและบาดเจ็บในสนามรบรวมทั้งเชลยศึก
- (6) อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907
 - ฉบับที่ 3 เกี่ยวกับการเริ่มสงคราม
 - ฉบับที่ 4 เกี่ยวกับกฎหมายและจารีตประเพณีในการทำสงครามทางบก
 - ฉบับที่ 5 เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของประเทศที่เป็นกลางในสงครามทางบก
 - ฉบับที่ 6 เกี่ยวกับฐานะของเรือสินค้าของชนชาติศัตรูขณะเรือเกิดสงคราม
 - ฉบับที่ 7 เกี่ยวกับการเปลี่ยนเรือสินค้าเป็นเรือรบ
 - ฉบับที่ 8 เกี่ยวกับการวางทุ่นระเบิดชนิดกระหนแล้วระเบิด
 - ฉบับที่ 9 เกี่ยวกับการระดมยิงโดยกองเรือในเวลาสงคราม
 - ฉบับที่ 10 เกี่ยวกับการใช้หลักเกณฑ์ในอนุสัญญาเจนีวาในสงครามทางทะเล
 - ฉบับที่ 11 เกี่ยวกับการข้อมจำกัดในการใช้สิทธิจับกุมในสงครามทางทะเล

ฉบับที่ 12 เกี่ยวกับการตั้งศาลทรัพย์สินระหว่างประเทศ

ฉบับที่ 13 เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของชาติที่เป็นกลางในสงครามทางทะเล

(7) พิธีสารกรุงเจนีวา ลงวันที่ 18 มิถุนายน ค.ศ. 1925 เกี่ยวกับการห้ามใช้แก๊สพิษและสงครามเชื้อโรคในการทำสงคราม

(8) อนุสัญญากรุงเจนีวา ลงวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 1929

ฉบับที่ 1 เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยศึก

ฉบับที่ 2 เกี่ยวกับผู้เจ็บป่วยและบาดเจ็บในสนามรบ (แก้ไขเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1906)

(9) พิธีสารกรุงลอนดอน ลงวันที่ 6 พฤศจิกายน ค.ศ. 1936 เกี่ยวกับการโจมตีของเรือดำน้ำต่อเรือสินค้า

(10) อนุสัญญาเจนีวา ลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949

ฉบับที่ 1 เกี่ยวกับผู้เจ็บป่วยและบาดเจ็บในสนามรบ

ฉบับที่ 2 เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยศึก

ฉบับที่ 3 เกี่ยวกับผู้บาดเจ็บและเจ็บป่วยจากเรือแตกในสงครามทางทะเล

ฉบับที่ 4 เกี่ยวกับการคุ้มครองป้องกันพลเรือนในเวลาสงคราม

(11) อนุสัญญากรุงเฮก ลงวันที่ 14 พฤษภาคม ค.ศ. 1954 เกี่ยวกับการป้องกันทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในเวลาสงคราม

(12) สนธิสัญญา ลงวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ. 1976 ห้ามการผลิตและสะสมอาวุธชีว (อาวุธเชื้อโรค)

กฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายที่ว่าด้วยสงครามตามที่กล่าวมาข้างต้น อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่ว่าด้วยการที่ต้องปฏิบัติต่อกันในการสู้รบ ซึ่งเป็นส่วนที่อาจกล่าวได้ว่านับตั้งแต่มีการจัดทำอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 เป็นต้นมา มีวิวัฒนาการน้อยมาก เพียงแต่มีการเพิ่มเติมหลักการบางหลักการในอนุสัญญาดังกล่าวให้มีความสมบูรณ์ขึ้นด้วยการทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐ และด้วยการลงมติขององค์การสหประชาชาติ กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยสงครามอีกส่วนหนึ่งนั้น เป็นกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองผู้รับเคราะห์กรรมจากสงคราม (ผู้บาดเจ็บ ผู้ป่วยเจ็บ เชลยศึก พลเรือนในดินแดนที่ถูกยึดครอง) มีการปรับปรุงให้สมบูรณ์มากกว่าส่วนที่ว่าด้วยการที่รัฐคู่สงครามจะต้องปฏิบัติต่อกันด้วย

2. กฎเกณฑ์ที่ผู้เป็นฝ่ายในสงครามต้องปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติต่อกันในการสู้รบ

กล่าวโดยทั่วไปแล้ว กฎเกณฑ์ที่ต้องปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติต่อกันในการสู้รบ เป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณี เรียกกันว่า "หลักการแห่งมนุษยธรรม" มีสาระสำคัญโดยย่อว่า การใช้วิธีการทำลายล้างข้าศึกหรือทำให้ศัตรูได้รับความเสียหายนั้น ต้องมีเหตุผลข้ออ้างเกี่ยวกับเป็นความจำเป็นในทางทหาร

2.1 ข้อบังคับใช้อาวุธบางประเภทในการทำสงคราม แต่เดิมนั้นถือกันว่า ผู้เป็นฝ่ายในสงครามสามารถใช้อาวุธทุกชนิดเพื่อทำลายล้างศัตรูได้ ต่อมาปรากฏว่ามีการคิดค้นอาวุธที่มีอำนาจร้ายแรงและนำมาใช้ในการทำสงครามทำให้เกิดทุกข์ทรมานแก่ผู้ที่ถูกอาวุธดังกล่าว และมีอาวุธบางชนิดที่ก่อให้เกิดภัยแก่พลเรือนที่ไม่ได้เข้าทำการสู้รบด้วย ดังนั้นจึงได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์ข้อห้ามใช้อาวุธบางประเภทในการทำสงคราม เช่น คำประกาศแห่งกรุงเซนต์ปีเตอส์เบิร์ก ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 1868 เกี่ยวกับการห้ามใช้ลูกระเบิดที่มีน้ำหนักเกินกว่า 400 กรัม คำประกาศกรุงเฮก ลงวันที่ 29 กรกฎาคม ค.ศ. 1899 เกี่ยวกับการห้ามใช้กระสุนหัวตัดและการห้ามใช้แก๊สพิษ และพิธีสารกรุงเจนีวา ลงวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 1925 ห้ามใช้แก๊สสลาย แก๊สพิษ และอาวุธเชื้อโรคในการทำสงคราม เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ดูเหมือนว่าจะมีสนธิสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการห้ามใช้อาวุธบางประเภทในการทำสงครามเพียงฉบับเดียวเท่านั้น ซึ่งข้อกำหนดในสนธิสัญญาดังกล่าวสอดคล้องกับเทคนิคในการทำลายล้างของอาวุธที่ร้ายแรงในปัจจุบัน สนธิสัญญาดังกล่าวได้แก่พิธีสารแห่งกรุงเจนีวา ค.ศ. 1925 เกี่ยวกับข้อห้ามการใช้แก๊สสลาย แก๊สพิษ และอาวุธเชื้อโรคตามที่กล่าวมาข้างต้น

ข้อห้ามใช้แก๊สสลาย แก๊สพิษ ในการทำสงคราม ความจริงแล้วก็คือการห้ามใช้อาวุธทางเคมี ส่วนข้อห้ามใช้อาวุธชีว ความจริงแล้วก็คือการห้ามใช้อาวุธเชื้อโรค

อาวุธชีวหรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง อาวุธเชื้อโรค ได้แก่ อาวุธที่ใช้สิ่งมีชีวิต เช่น แบคทีเรีย ไวรัส โดยมุ่งหมายที่จะให้คนหรือสัตว์ ถึงแก่ความตายหรือเจ็บป่วย

มีการทดลองในหลายประเทศเกี่ยวกับการใช้อาวุธชีวหรืออาวุธเชื้อโรค ผลการทดลองสรุปได้ว่าการใช้แบคทีเรีย หรือไวรัสเพื่อความมุ่งหมายในการที่ใช้เป็นอาวุธอย่างหนึ่งของการทำสงครามนั้น อาวุธดังกล่าวจะต้องมีลักษณะดังนี้คือ สามารถผลิตได้เป็นจำนวนมาก

มาก ๆ สามารถแพร่หลายได้ง่ายโดยไม่มีข้อจำกัดในเรื่องภูมิประเทศและการต่อต้านเบื้องต้นทาง การแพทย์ ตัวอย่างของอาวุธเชื้อโรคดังกล่าว ได้แก่ เชื้อโรคที่เกิดกับสัตว์แต่อาจแพร่เชื้อติด ต่อกับมนุษย์ได้ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ดูเหมือนว่าทราบเท่าทุกวันนี้ อาวุธชีวหรืออาวุธเชื้อโรคเป็น อาวุธเพียงอย่างเดียวที่ยังไม่เคยปรากฏว่ามีประเทศใดนำมาใช้ในการทำสงคราม ประเทศ เวียดนามเหนือเคยกล่าวหาว่าสหรัฐอเมริกาใช้อาวุธในสงครามเวียดนาม แต่สหรัฐอเมริกา ก็ปฏิเสธข้อกล่าวหาดังกล่าว ความจริงแล้ว การใช้อาวุธเชื้อโรคเป็นสิ่งที่กระทำได้ยาก เนื่อง จากว่า เป็นอาวุธที่ยากแก่การควบคุม การใช้อาวุธเชื้อโรคทำลายล้างศัตรูแต่ควบคุมการแพร่ เชื้อไม่ได้ อาวุธดังกล่าวก็ย่อมจะย้อนกลับมาทำลายล้างผู้เป็นฝ่ายในสงครามที่ใช้อาวุธดังกล่าว ในภายหลัง

ส่วนอาวุธทางเคมี ได้แก่ สารพิษทั้งหลายที่ใช้เพื่อหวังผลในทางทหาร กล่าว คือ เป็นสิ่งที่อาจก่อให้เกิดอันตรายแก่มนุษย์ สัตว์ และพืช ปรากฏว่าในสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง มีการใช้อาวุธเคมีซึ่งได้แก่แก๊สคลอ และแก๊สที่ทำให้ผิวหนังพุพอง และมีการนำอาวุธเคมี ดังกล่าวมาใช้ในการสงครามเอธิโอเปีย เมื่อ ค.ศ. 1933 อีกด้วย อย่างไรก็ตามในสงครามโลก ครั้งที่สองไม่ปรากฏว่ามีการใช้อาวุธเคมีในการทำสงครามแต่อย่างใด ส่วนในสงครามเวียต- นาม สหรัฐอเมริกาได้ใช้สารพิษทำลายพืชพันธุ์ต่างๆ ในการทำสงครามด้วย

ถึงแม้ว่าพิธีสารแห่งกรุงเจนีวา ค.ศ. 1925 จะมีข้อกำหนดห้ามใช้แก๊สคลอ แก๊สพิษหรือแก๊สอื่นใดที่ก่อให้เกิดอันตรายในตนเองเดียวกัน ตลอดจนวัตถุอื่นที่มีคุณสมบัติคล้าย คลึงกันแม้รัฐบางรัฐได้สงวนเงื่อนไขเอาไว้ในการให้สัตยาบันพิธีสารดังกล่าว ทั้งนี้โดยการที่รัฐ ดังกล่าวสงวนสิทธิที่จะทำการตอบโต้ด้วยอาวุธทางเคมีอย่างเดียวกัน ถ้าหากว่าผู้เป็นฝ่ายใน สงครามใช้อาวุธดังกล่าวขึ้นก่อน

มีปัญหาที่ควรแก่การพิจารณาว่าการใช้อาวุธอย่างอื่นนอกเหนือไปจากอาวุธที่ ระบุไว้ในพิธีสารแห่งกรุงเจนีวา ค.ศ. 1925 จะถือว่าเป็นอาวุธที่ต้องห้ามตามกฎหมายระ- หว่างประเทศหรือไม่ ทั้งนี้เนื่องจากไม่มีสนธิสัญญาใดกำหนดห้ามการใช้อาวุธดังกล่าวไว้โดย เฉพาะ อย่างเช่นกรณีการใช้อาวุธปรมาณู เป็นต้น

ปัญหาตามที่กล่าวข้างต้นนี้ นักวิชาการในกฎหมายระหว่างประเทศมีความเห็น ว่า ถึงแม้ว่าการใช้อาวุธบางชนิดจะไม่มีสนธิสัญญาใดห้ามไว้โดยเฉพาะก็ตาม แต่การใช้อาวุธ

ดังกล่าวก็อาจมีลักษณะเป็นการต้องห้ามตามสนธิสัญญาที่รัฐต่างๆ ทำขึ้นไว้ในสมัยปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 และในต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 จริงอยู่สนธิสัญญาดังกล่าวกำหนดห้ามใช้อาวุธบางชนิดซึ่งเห็นได้ว่าการห้ามใช้ดังกล่าวไม่สอดคล้องกับเทคนิคความก้าวหน้าของอาวุธในสภาพปัจจุบัน แต่เนื่องจากว่าข้อห้ามดังกล่าวมีลักษณะเป็นการทั่วไป ดังนั้นจึงอาจทำให้พิจารณาได้ว่าการใช้อาวุธบางชนิด เช่น อาวุธนิวเคลียร์เป็นการละเมิดกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยการทำสงคราม

คำประกาศแห่งกรุงเซนต์ปีเตอส์เบิร์ก ค.ศ. 1868 มีข้อกำหนดห้ามใช้ลูกระเบิดที่มีน้ำหนักเกินกว่า 400 กรัม ที่อาจทำให้เกิดเพลิงไหม้ นอกจากนี้แล้วข้อกำหนดในอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1907 ที่เกี่ยวกับกฎหมายและจารีตประเพณีในการทำสงครามก็ยังคงกำหนดไว้เป็นข้อห้ามที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป เกี่ยวกับการใช้อาวุธกระสุนหรือวัตถุอื่นใดที่อาจก่อให้เกิดความเจ็บปวดทุกข์ทรมานอย่างเหลือล้น นอกจากนี้แล้วสนธิสัญญาดังกล่าวนี้ยังมีข้อกำหนดที่เป็นการคุ้มครองป้องกันพลเรือนที่ไม่เกี่ยวข้องกับสงครามให้พ้นจากการปฏิบัติทางทหารอีกด้วย

อาศัยพื้นฐานตามสนธิสัญญาดังกล่าวมาข้างต้น นักเขียนตำรากฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งหลายต่างยอมรับกันเป็นการทั่วไปว่า การใช้อาวุธนิวเคลียร์เป็นการละเมิดกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยการทำสงคราม

ศาสตราจารย์แปงโต (Pinto) นักกฎหมายระหว่างประเทศชาวฝรั่งเศสได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้เอาไว้ว่า "พิจารณาจากหลักการแห่งกฎหมายที่ว่าด้วยการขัดแย้งกันด้วยอาวุธ ในส่วนที่เกี่ยวกับอาวุธที่ใช้ทำลายชีวิตมนุษย์จำนวนมาก ซึ่งเป็นอาวุธที่ควบคุมการใช้ไม่ได้ และกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยสงครามที่เกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลที่ไม่มีส่วนในการสู้รบ และชาติพันธมิตรของมนุษย์ในอนาคต ทำให้เห็นได้ว่ามีการห้ามใช้อาวุธนิวเคลียร์⁽¹⁾ สมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติก็ได้ประณามอย่างแจ่มชัดกับการใช้อาวุธนิวเคลียร์และเทอร์โมนิวเคลียร์ตามมติของสมัชชาใหญ่ ที่ 1653 (XXI) เมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน 1961 อย่างไรก็ตามปรากฏว่าประเทศมหาอำนาจที่มีอาวุธนิวเคลียร์ไว้ในครอบครองไม่ได้ร่วมในการลงมติดังกล่าว อาจกล่าวได้ว่าจนกระทั่งถึงปัจจุบันนี้ คงมีประเทศจีนเพียงประเทศเดียวที่ยอมผูกพันอย่างเป็นทางการว่าไม่เป็นผู้ใช้อาวุธนิวเคลียร์ขึ้นก่อน

(1) Hubert THIERRY, เรื่องเดิม, หน้า 608.

นอกจากอาวุธปรมาณูแล้ว กลุ่มผู้เชี่ยวชาญกฎหมายระหว่างประเทศบางกลุ่มเห็นว่า ระเบิดนาปาล์ม หรือระเบิดเพลิง ก็ควรจัดอยู่ในจำพวกอาวุธต้องห้ามด้วย ดังเช่นในสมัย ประชุมสมัชชาสหประชาชาติเมื่อเดือนตุลาคม ค.ศ. 1972 ได้มีกลุ่มผู้เชี่ยวชาญนานาชาติเจ็ด ประเทศเสนอให้สหประชาชาติวางมาตรการห้ามใช้ ห้ามผลิต และห้ามมีไว้ในครอบครอง ซึ่งระเบิดนาปาล์มและอาวุธทำลายประเภทเดียวกัน และให้ทำลายอาวุธดังกล่าวที่มีอยู่ให้หมด จากรายงานที่เสนอโดยเม็กซิโกและสวีเดนต่อสหประชาชาติ กล่าวว่าอาวุธระเบิดเพลิง และอาวุธที่สร้างความเสี่ยงภัยแลกกลาณแบบระเบิดนาปาล์มนั้นทำให้มนุษยชาติต้องสูญเสียอย่างมาก เพราะการใช้อาวุธเหล่านี้มากเกินไปโดยไม่เลือกเป้าหมาย จึงควรอยู่ในประเภทอาวุธ ที่ต้องห้ามในการสงครามด้วย (๑)

2.2 ข้อห้ามในกรณีอื่น ๆ นอกจากข้อห้ามการใช้อาวุธบางประเภทตามที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการปฏิบัติในการทำสงครามยังกำหนดห้ามการกระทำบางประการไว้อีกด้วย

2.2.1 ข้อห้ามที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ที่ทำการสู้รบ ข้อ 23 แห่งภาคผนวกของอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 4 กำหนดห้ามฆ่า หรือทำอันตรายบุคคลที่ถือสัญชาติ หรือสังกัดกองทัพของศัตรูในข้อหาว่ากระทำการทรยศ ห้ามฆ่าหรือทำอันตรายข้าศึกที่วางอาวุธแล้ว หรือที่ไม่มีวิธีการป้องกันตัวเองอีกแล้ว หรือที่ยอมแพ้อย่างไม่มีเงื่อนไขใดๆ ห้ามทำลายหรือยึดทรัพย์สินของศัตรู นอกเสียจากการทำลายหรือการยึดทรัพย์สินดังกล่าวเป็นความจำเป็นในการทำสงคราม

2.2.2 ข้อห้ามเกี่ยวกับการคุ้มครองประชาชนพลเรือน ข้อ 25 แห่งภาคผนวกของอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 4 กำหนดห้ามโจมตีหรือระดมยิงด้วยปืนใหญ่ ไม่ว่าทำด้วยวิธีใดต่อเมื่อ หมู่บ้าน หรือสถานที่ซึ่งมิได้มีการป้องกัน อนุสัญญาดังกล่าวกำหนดไว้ว่า ก่อนการระดมยิงด้วยปืนใหญ่ ผู้บังคับการทหารต้องกระทำเท่าที่สามารถจะกระทำได้ในการแจ้งให้อีกฝ่ายทราบ และฝ่ายที่กระทำการระดมยิงจะต้องหลีกเลี่ยงไม่ทำลายสถานที่เคารพบูชาในทางศาสนา สถานที่ในทางศิลปะ และวิทยาศาสตร์ สถานการณ์การกุศล สถานที่ทางประวัติศาสตร์และโรงพยาบาล

(๑) สุเทพ อัดถาวร, เรื่องเดิม, หน้า 485.

มติของสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติที่ 2675 (XXV) แสดงให้เห็นถึงการยึดถือหลักการที่สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ในการทำสงครามตามที่กล่าวมาข้างต้น ในเรื่องการให้ความคุ้มครองประชาชนพลเรือนที่ไม่มีส่วนในการสู้รบ ด้วยการกำหนดว่า "ในการปฏิบัติการทางทหารในยามที่มีการขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ จำเป็นต้องมีการแยกแยะระหว่างบุคคลที่มีส่วนในการสู้รบกับบุคคลพลเรือนที่ไม่มีส่วนในการสู้รบ การปฏิบัติการทางทหารจำเป็นต้องคำนึงถึงบุคคลพลเรือนโดยพยายามหลีกเลี่ยงมิให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลพลเรือน สถานที่อยู่อาศัยของประชาชน ตลอดจนสถานที่อื่นใด ซึ่งประชาชนพลเรือนใช้ประโยชน์ จะต้องไม่ถือเป็นจุดมุ่งหมายทางการทหาร....."

2.2.3 การให้ความคุ้มครองผู้ได้รับเคราะห์กรรมจากสงคราม กฎเกณฑ์ที่กำหนดให้ความคุ้มครองผู้ได้รับเคราะห์กรรมจากสงคราม ได้แก่กฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 1-4

(1) อนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 1 กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บาดเจ็บและผู้ป่วย กล่าวคือ ผู้เป็นฝ่ายในสงครามจะต้องรักษาพยาบาลผู้บาดเจ็บและผู้ป่วยโดยไม่คำนึงถึงสัญชาติ เชื้อชาติ เพศ ศาสนา ความคิดเห็นในทางการเมือง ห้ามทำอันตรายต่อชีวิต หรือร่างกายบุคคลดังกล่าวโดยเด็ดขาด ถ้าผู้เป็นฝ่ายในสงครามจำเป็นต้องละทิ้งบุคคลดังกล่าวไว้ให้แก่ข้าศึก จะต้องตั้งยารักษาโรค และเจ้าหน้าที่พยาบาล วิศวกรพยาบาลผู้บาดเจ็บและผู้ช่วยด้วย ผู้เป็นฝ่ายในสงครามอาจตกลงกันในระดับท้องถิ่นเพื่อเคลื่อนย้ายหรือแลกเปลี่ยนผู้บาดเจ็บหรือผู้ป่วยออกจากเขตที่มีการปิดล้อม หรือเพื่ออนุญาตให้บุคคลผู้มีหน้าที่รักษาพยาบาลผู้บาดเจ็บและผู้ป่วย บุคคลผู้ประกอบพิธีกรรมในทางศาสนา ตลอดจนเครื่องมือ เครื่องใช้ ในการรักษาพยาบาลผู้บาดเจ็บและผู้ป่วยผ่านเข้าไปยังเขตที่มีการปิดล้อมดังกล่าว บุคคลผู้มีหน้าที่รักษาพยาบาลผู้บาดเจ็บและผู้ป่วยจะต้องได้รับการเคารพและได้รับความคุ้มครองในทุกสถานการณ์ ผู้เป็นฝ่ายในสงครามจะต้องไม่ทำอันตรายต่อหน่วยอาสาสมัคร ต้องไม่ยิงรพพยาบาลหรือโรงพยาบาล เว้นแต่ในกรณีที่มีการใช้โรงพยาบาลหรือรพพยาบาล ในทางที่เป็นอันตรายต่อฝ่ายตรงข้าม เช่น ใช้เป็นที่พำนักทหารหรือคลังเก็บอาวุธ เป็นต้น สำหรับศพผู้ตายในสนามรบจะต้องได้รับการเคารพไม่ถูกประจานต่างๆ ผู้เป็นฝ่ายในสงครามที่ได้รับชัยชนะในการสู้รบ มีหน้าที่ต้องเก็บและฝัง หรือเผาศพในสนามรบ ถ้า

จะเผด็จเป็นกรณีเกี่ยวกับสุขภาพ หรือเหตุผลเกี่ยวกับศาสนาผู้ตาย และต้องคืนกระดูกแก่ประเทศของผู้ตาย ต้องมีการทำเครื่องหมายไว้ที่หลุมเพื่อที่จะพบได้ในภายหลัง และให้มีการแลกเปลี่ยนรายชื่อผู้ตายระหว่างประเทศผู้เป็นฝ่ายในสงคราม

(2) อนุสัญญากรุงเจนีวา 1949 ฉบับที่ 2 วางข้อกำหนดเกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลที่ได้รับบาดเจ็บ หรือผู้ป่วยหรือผู้ซึ่งเรืออับปาง โดยกำหนดว่าบุคคลดังกล่าวจะต้องได้รับการปฏิบัติและรักษาพยาบาลด้วยมนุษยธรรมจากประเทศที่เป็นฝ่ายในสงครามซึ่งบุคคลดังกล่าวตกอยู่ในอำนาจ ทั้งนี้โดยไม่มีทางเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากสัญชาติ เชื้อชาติ เพศ ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง ห้ามทำอันตรายต่อชีวิตและร่างกายของบุคคลดังกล่าวอย่างเด็ดขาด และห้ามละทิ้งบุคคลเหล่านี้ไว้โดยปราศจากความช่วยเหลือทางการแพทย์ ผู้บาดเจ็บ ผู้ป่วย หรือผู้ซึ่งเรืออับปางเมื่อถูกจับจะต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนเช่นเชลยศึก นายแพทย์ นางพยาบาล บุคคลผู้มีหน้าที่ประกอบพิธีกรรมทางศาสนาของเรือพยาบาลจะต้องได้รับความเคารพและความคุ้มครอง จะถูกจับกุมระหว่างเวลาปฏิบัติหน้าที่ในเรือพยาบาลไม่ได้ ถ้าตกไปอยู่ในอำนาจของประเทศที่เป็นฝ่ายในสงคราม จะถือบุคคลดังกล่าวเป็นเชลยไม่ได้ และต้องยอมให้บุคคลดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่ของตนต่อไปได้เท่าที่จำเป็น

(3) อนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 3 วางข้อกำหนดเกี่ยวกับเชลยศึก โดยกำหนดลักษณะของบุคคลที่จะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเชลยศึก ถ้าต้องตกไปอยู่ภายใต้อำนาจของประเทศที่เป็นฝ่ายในสงคราม บุคคลดังกล่าวได้แก่

ก. สมาชิกของกองทัพของประเทศที่เป็นฝ่ายในสงคราม รวมทั้งสมาชิกของกองอาสารักษาดินแดน และกองอาสาสมัคร ซึ่งทำการรบเป็นส่วนหนึ่งของกองทัพ

ข. สมาชิกของกองอาสาสมัครรักษาดินแดน และกองอาสาสมัครอื่นใดรวมทั้งสมาชิกของกลุ่มต่อต้าน ซึ่งกระทำการภายในหรือภายนอกดินแดนของตนเอง แม้ว่าดินแดนของตนเองจะถูกยึดครองแล้วก็ตาม หากว่าบุคคลดังกล่าวกระทำการภายใต้ข้อกำหนด ดังนี้คือมีหัวหน้าหรือผู้บังคับบัญชาซึ่งรับผิดชอบในภารกิจกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา มี

เครื่องหมายสังกัเห็นได้ในระยะห่าง ถืออาวูชโดยเปิดเผย และเป็นบุคคลที่กระทำการรบตามกฎหมายและจารีตประเพณีแห่งสงคราม⁽¹⁾

ค. สมาชิกแห่งกองทหารประจำการของรัฐบาล แม้จะเป็นรัฐบาลที่ไม่ได้รับการรับรองจากประเทศที่เป็นฝ่ายในสงครามก็ตาม

ง. บุคคลซึ่งติดตามไปในกองทัพ แต่มิได้สังกัดอยู่ในกองทัพโดยตรง และมีได้เป็นผู้ที่ทำการสู้รบ เช่น ผู้สื่อข่าวสงคราม กรรมกร ผู้ที่ให้บริการต่างๆ แก่กองทัพ ในเมื่อบุคคลเหล่านั้นได้รับอนุมัติจากกองทัพให้ติดตามไปได้

จ. บรรดาผู้มีหน้าที่ทำงานทั้งหลายรวมทั้งกัปตัน คนนำร่องและผู้ฝึกหัดงานของเรือพาณิชย์และเครื่องบินพาณิชย์ของประเทศที่เป็นฝ่ายในสงคราม ในกรณีที่บุคคลดังกล่าวไม่มีสิทธิโดยกฎเกณฑ์อื่นของกฎหมายระหว่างประเทศที่จะได้รับการปฏิบัติคนที่ดีกว่าฐานะของการเป็นเชลยศึก

(1) ข้อกำหนดที่เป็นเงื่อนไขอันจะทำให้บุคคลผู้ถูกจับกุมจะได้รับการคุ้มครองจากอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1949 ตามที่กล่าวมาข้างต้น ก่อให้เกิดปัญหาที่ควรแก่การพิจารณาว่า บุคคลที่สังกัดอยู่ในกองโจร หรือกองกำลังของกลุ่มผู้ดำเนินการต่อต้านทำสงครามกบฏเอกราชของประเทศตน หรือทำสงครามรบพุ่งต่อต้านอำนาจปกครองของรัฐบาลแห่งประเทศตน จะได้รับการคุ้มครองจากอนุสัญญากรุงเจนีวาดังกล่าวนี้หรือไม่ เนื่องจากในบางกรณีบุคคลดังกล่าวย่อมไม่อาจแต่งเครื่องแบบหรือติดเครื่องหมายแสดงตนได้ เพราะจะต้องถูกจับกุมตัวในทันทีที่กระทำการดังกล่าว

เลขาธิการขององค์การสหประชาชาติได้จัดทำรายงานขึ้นฉบับหนึ่งใน ค.ศ. 1972 ตามคำร้องขอของสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติเกี่ยวกับปัญหาตามที่กล่าวมาข้างต้น ในรายงานของเลขาธิการขององค์การสหประชาชาติได้รวบรวมความเห็นของบรรดาผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับปัญหาดังกล่าวไว้ กลุ่มผู้เชี่ยวชาญคนหนึ่งเห็นว่าควรเสนอให้มีการยกเลิกเงื่อนไขตามที่กำหนดเอาไว้ในอนุสัญญา โดยเห็นควรกำหนดไว้แต่เพียงเงื่อนไขที่บุคคลดังกล่าวถืออาวูชโดยเปิดเผยก็เป็นการเพียงพอแล้ว (Hubert Thierry, Ibid., p.612).

ฉ. พลเรือนในอาณาเขตที่มีได้ถูกยึดครอง เมื่อกองทหารของศัตรูเข้ามาใกล้ ได้สมัครใจจับอาวุธต่อต้านศัตรูผู้บุกรุกโดยไม่มีเวลาพอที่จะจัดตั้งรวมกันเข้าเป็นหน่วยกองทหารหากว่าบุคคลดังกล่าวถืออาวุธโดยเปิดเผย และเคารพต่อกฎหมายและจารีตประเพณีของการทำสงคราม

ช. บุคคลซึ่งประเทศเป็นกลางหรือประเทศที่มีไม่ใช่เป็นฝ่ายในสงครามได้รับเข้ามาไว้ในประเทศของตน และบุคคลเหล่านั้นจะต้องถูกกักตัวไว้ตามกฎหมายที่แห่งกฎหมายระหว่างประเทศ

ซ. บุคคลที่สังกัดอยู่ หรือเคยสังกัดอยู่ในกองทัพของ ประเทศที่ถูกยึดครองหากว่าประเทศที่ยึดครองเห็นว่จำเป็นต้องกักกันตัวบุคคลดังกล่าวไว้

หลักทั่วไปเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองบุคคลที่มีฐานะเป็นเชลยศึก ตามอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1949 ได้แก่ การดูแลเชลยศึก เป็นความรับผิดชอบของประเทศที่เป็นฝ่ายในสงครามซึ่งจับกุมเชลยศึก การปฏิบัติต่อเชลยศึกจะต้องเป็นการปฏิบัติที่มีมนุษยธรรม การกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ทำให้เชลยศึกได้รับอันตรายแก่ชีวิตหรือร่างกายถือว่าเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ ต้องให้ความเคารพต่อศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ของเชลยศึก เชลยศึกจะต้องได้รับการปฏิบัติที่ทัดเทียมกัน เว้นแต่ข้อแตกต่างในเรื่องเพศ ยศ สุขภาพ ความรู้ เชลยศึกจะถูกบังคับให้แจ้งข่าวต่างๆ ทางฝ่ายของตนไม่ได้ เชลยศึกจะต้องได้รับอาหารและน้ำและสิ่งของจำเป็นแก่การยังชีพ อาหารจะต้องเพียงพอ และควรเป็นอาหารชนิดที่เชลยศึกใช้รับประทานในประเทศของเชลยศึก หากเชลยศึกต้องโทษทางวินัย ห้ามลดปริมาณอาหาร

สถานที่กักขังเชลยศึกจะต้องห่างจากบริเวณที่มีการสู้รบ ห้ามใช้เชลยศึกเป็นตัวประกันการโจมตี ค่ายเชลยศึกต้องมีการหลบภัยให้ด้วย ต้องแจ้งตั้งค่ายเชลยศึกให้ประเทศคู่สงครามทราบ และมีเครื่องหมายให้เห็นได้ชัดจากเครื่องบิน

อาจมีการใช้เชลยศึกทำงานได้ ถ้าเชลยศึกนั้นมีร่างกายสมบูรณ์ งานที่ทำได้ไม่ใช่งานที่เกี่ยวกับกิจการทหารหรือเป็นงานที่เสี่ยงภัยอันตราย ระยะเวลาการทำงานต้องเป็นไปตามกฎหมายแรงงานของรัฐที่ควบคุม ในการทำงานเชลยศึกจะต้องได้รับค่าจ้างที่ยุติธรรม

เชลยศึกจะต้องได้รับอนุญาตให้เขียนจดหมายไปยังครอบครัว
ทันทีที่ถูกจับ หรืออย่างช้าไม่เกิน 1 สัปดาห์หลังจากที่มาถึงค่ายคุมขัง จะต้องอนุญาตให้เชลย
ศึกเขียนจดหมายได้ไม่น้อยกว่าเดือนละ 2 ฉบับ และส่งไปรษณียบัตรไม่น้อยกว่าเดือนละ 4
ฉบับ จะลงโทษทางวินัยแก่เชลยศึกด้วยการห้ามส่งจดหมายและไปรษณียบัตรไม่ได้ จะต้อง
อนุญาตให้เชลยสิกรับหีบห่อ อาหาร เสื้อผ้า ยารักษาโรค หนังสือจากครอบครัวของเขา
จดหมายและหีบห่อได้รับการยกเว้นไม่ต้องเสียไปรษณียากร

เชลยศึกอาจได้รับการลงโทษเนื่องจากการกระทำความผิดทาง
อาญาและความผิดทางวินัย ความผิดทางอาญาได้แก่ ความผิดที่ละเมิดกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย
ระหว่างประเทศหรือกฎหมายอาญาของประเทศที่กักกันเชลยศึก การลงโทษทางอาญาอาจเป็น
โทษรุนแรงถึงขั้นประหารชีวิตก็ได้ ส่วนความผิดทางวินัยได้แก่ความผิดที่ละเมิดกฎหมาย ข้อ
บังคับ และคำสั่งที่ใช้ในกองทัพของประเทศที่จับกุมเชลยศึกนั้น การลงโทษทางวินัยได้แก่ ปรับ
งดสิทธิพิเศษให้ทำงานหนัก หรือขัง การให้ทำงานหนักหรือขังจะเกิน 30 วันไม่ได้สำหรับครั้ง
หนึ่ง ถ้าเชลยศึกหนีโดยที่ไม่ได้ทำอันตรายผู้ใด จะลงโทษได้แต่เพียงทางวินัยเท่านั้น และถ้า
เชลยศึกหนีไปได้พ้นดินแดนของประเทศที่กักกันหรือประเทศพันธมิตรที่ทำหน้าที่กักกันหรือดินแดน
ที่ประเทศที่กักกันมีอำนาจครอบครองอยู่ เมื่อถูกจับในภายหลังจะมีการลงโทษเชลยศึกผู้นั้น
สำหรับความผิดฐานหนีค่ายกักกันอีกไม่ได้ ในภาวะติดตามเชลยศึกที่หนีจากค่ายกักกัน ผู้ติดตาม
จะใช้อาวุธได้ก็ต่อเมื่อจำเป็นและต้องมีการเตือนก่อน

การเป็นเชลยศึกสิ้นสุดเมื่อมีการส่งตัวเชลยศึกที่บาดเจ็บกลับ
ประเทศเดิมหรือประเทศที่เป็นกลาง เมื่อการสู้รบยุติลง⁽¹⁾ เมื่อเชลยศึกหลบหนีไปได้ และ
เมื่อเชลยศึกถึงแก่ความตาย

(1) การที่อนุสัญญากรุงเจนีวากำหนดให้เชลยศึกพ้นจากฐานะของการเป็นเชลยศึก
เมื่อการสู้รบยุติลงก็เนื่องจากประสบการณ์ เมื่อสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลงแล้ว แต่มี
ประเทศยังไม่ได้ทำสนธิสัญญาสันติภาพต่อกัน ทำให้เชลยศึกต้องถูกกักกันตัวต่อไปนับเป็นกรณี
การที่อนุสัญญากรุงเจนีวากำหนดไว้ดังกล่าวจึงเท่ากับเป็นการบังคับให้ประเทศที่กักกันเชลย
ศึกต้องปล่อยตัวเชลยศึกทันทีเมื่อยุติการสู้รบกัน

(4) อนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 4 วางข้อกำหนดที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปในการให้ความคุ้มครองพลเรือนในดินแดนที่ถูกยึดครอง กล่าวคือ ประเทศที่ทำการยึดครองจะบังคับประชาชนในดินแดนที่ถูกยึดครองให้แจ้งข่าวเกี่ยวกับกองทัพ หรือระบบการป้องกันของประเทศที่ถูกยึดครองไม่ได้ กองทัพยึดครองอาจใช้พลเรือนทำงานได้ แต่พลเรือนนี้ต้องมีอายุเกินกว่า 18 ปี และงานที่ใช้ให้ทำต้องไม่ใช่งานที่เกี่ยวกับสงคราม และต้องไม่ก่อกวนภัยที่เกี่ยวกับแรงงานในดินแดนยึดครองมาใช้บังคับด้วย ห้ามกองทัพยึดครองนำประชาชนออกไปจากดินแดนยึดครอง เว้นแต่เพื่อความปลอดภัยของประชาชนหรือเพื่อความจำเป็นทางทหารและต้องนำประชาชนกลับคืนมายังดินแดนยึดครองทันทีเมื่อเหตุการณ์ที่จำเป็นต้องอพยพประชาชนออกไปจากดินแดนหมดสิ้นแล้ว

กฎหมายอาญาในดินแดนที่ถูกยึดครองยังมีผลบังคับใช้ต่อไป เว้นแต่ในส่วนที่ประเทศผู้ยึดครองประกาศยกเลิกและออกกฎหมายใหม่มาบังคับใช้ การลงโทษทางอาญาแก่ประชาชนในดินแดนที่ถูกยึดครองจะต้องให้ศาลเป็นผู้พิจารณาพิพากษา ศาลที่ทำการพิจารณาพิพากษาอาจเป็นศาลที่มีอยู่แล้วในดินแดนที่ถูกยึดครอง หรือศาลที่ประเทศยึดครองตั้งขึ้นใหม่ก็ได้ การลงโทษประหารชีวิตพลเรือนมิได้เฉพาะความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา ความผิดฐานจารกรรมหรือก่อวินาศกรรม และกฎหมายของดินแดนก่อนที่จะถูกยึดครองระบุไว้ว่าเป็นความผิดที่ลงโทษประหารชีวิตได้ อย่างไรก็ตามจะลงโทษประหารชีวิตแก่บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ไม่ได้

หมวดที่ 4

สภาพบังคับของกฎเกณฑ์ที่ว่าด้วยการทำสงคราม

กล่าวได้ว่ากฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยการทำสงครามเป็นกฎเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับหาอาญาแก่บุคคลที่ละเมิดกฎเกณฑ์

1. การกระทำที่ถือเป็นอาชญากรรมสงคราม

ในระหว่างสงครามโลกครั้งที่หนึ่งและเมื่อสงครามโลกครั้งที่หนึ่งสิ้นสุดลงแล้ว ศาลของประเทศต่างๆ ฝ่ายสัมพันธมิตรได้พิจารณาพิพากษาลงโทษทหารเยอรมันเป็นจำนวนมากใน

การกระทำที่เป็นความผิดฐานก่ออาชญากรรมสงคราม ในทำนองเดียวกันเมื่อสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลง ก็มีการพิจารณาพิพากษาลงโทษบุคคลต่างๆ ในภาพการกระทำที่เป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม

การกระทำที่เป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม คือการกระทำอย่างใด ถึงแม้ธรรมนูญแห่งศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูร์นแบร์กได้ให้คำจำกัดความของคำว่า "อาชญากรรมสงคราม" ไว้ แต่เนื่องจากศาลทหารระหว่างประเทศดังกล่าวมีการพิจารณาพิพากษาลงโทษเฉพาะอาชญากรรมสงครามคนสำคัญเท่านั้น ดังนั้น เมื่อมีการประชุมสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติในสมัยแรก บรรดาผู้เข้าร่วมประชุมจึงต่างพากันให้ความสนใจในปัญหาเรื่องอาชญากรรมสงคราม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นที่ว่า การกระทำผิดฐานเป็นอาชญากรรมสงคราม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นที่ว่า การกระทำผิดฐานเป็นอาชญากรรมสงครามได้แก่การกระทำอย่างใด และจะมีการนำตัวบุคคลผู้กระทำความผิดฐานเป็นอาชญากรรมสงครามมาลงโทษได้อย่างไร

คณะกรรมการกฤษฎีกาหมายระหว่างประเทศขององค์การสหประชาชาติจึงได้กำหนดหลักการที่ว่าด้วย ความผิดฐานเป็นอาชญากรรมสงครามขึ้น ซึ่งต่อมาหลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักการที่มีการยอมรับกันโดยทั่วไป

ตามหลักการที่คณะกรรมการกฤษฎีกาหมายระหว่างประเทศกำหนดขึ้นไว้ การกระทำที่ถือว่าเป็นอาชญากรรมสงคราม ได้แก่ การกระทำที่เป็นการละเมิดกฎเกณฑ์และจารีตประเพณีแห่งสงคราม ซึ่งรวมทั้งการฆาตกรรม การปฏิบัติที่ต่ำช้าเลวทราม หรือการทรมานโดยบังคับให้ทำงาน หรือการทรมานโดยวิธีอื่นใดต่อบุคคลพลเรือนในเขตยึดครอง การฆาตกรรม การปฏิบัติที่ต่ำช้าเลวทรามต่อเชลยศึกหรือต่อบุคคลในทะเล การประหารตัวประกัน การปล้นสะดมทรัพย์สินที่เป็นสาธารณสมบัติหรือส่วนตัว การทำลายโดยการเปลี่ยนแปลงหรือทำให้ทิ้งร้างซึ่งเมืองหรือหมู่บ้าน โดยปราศจากเหตุผลที่เป็นความจำเป็นทางทหาร

นอกจากนี้แล้ว คณะกรรมการกฤษฎีกาหมายระหว่างประเทศขององค์การสหประชาชาติยังได้ให้คำจำกัดความการกระทำที่เป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้คำว่า "ได้แก่ การฆาตกรรม การกดขี่ให้เป็นทาส การทรมาน หรือการกระทำอื่นใดที่ไร้มนุษยธรรมต่อประชาชนพลเรือน หรือการทำให้ทุกข์ทรมานด้วยมูลเหตุมุ่งใจทางการเมือง ทางผิว หรือทางศาสนา

คณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศขององค์การสหประชาชาติได้กำหนดความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิดไว้ว่า บุคคลผู้กระทำการที่ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศในความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม หรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติจะต้องได้รับโทษสำหรับการกระทำ ความผิดดังกล่าว ถึงแม้จะปรากฏข้อเท็จจริงว่าตามกฎหมายภายในไม่มีบทกำหนดโทษสำหรับการกระทำที่เป็นความผิดดังกล่าวก็ดี หรือในกรณีปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้กระทำการได้กระทำ ไปในฐานะที่เป็นประมุขของรัฐ หรือในฐานะผู้ใช้อำนาจปกครองก็ดี หรือได้กระทำการตาม คำสั่งของรัฐบาลหรือคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ดี หากทำให้พ้นจากความรับผิดชอบในการกระทำของ คน หากว่าบุคคลดังกล่าวอยู่ในฐานะที่จะตัดสินใจโดยอิสระเลือกกระทำการหรือไม่กระทำการ ดังกล่าวได้

2. การพิจารณาพิพากษาของไทยผู้กระทำความผิดฐานก่ออาชญากรรมสงคราม

การพิจารณาพิพากษาของไทยผู้กระทำความผิดฐานก่ออาชญากรรมสงครามนั้น ในเบื้องต้นเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลภายในของรัฐที่บุคคลผู้กระทำความผิดถือสัญชาติ ตัวอย่างเช่นใน ระหว่างสงครามเวียดนาม ศาลภายในของสหรัฐอเมริกา ได้พิจารณาพิพากษาของไทยคดีที่ทหาร อเมริกากระทำการฆาตกรรมหมู่ประชาชนทั้งหมู่บ้านของหมู่บ้านที่มีชื่อว่า "มิลาย" (Mi-Lai) ร้อยโท คาลเลย์ (Calley) ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาของหน่วยทหารที่กระทำการฆาตกรรมหมู่ ถูกศาลพิพากษาให้จำคุกมีกำหนดเวลา 10 ปี

นอกจากศาลภายในของรัฐจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาบุคคลผู้มีสัญชาติของรัฐแล้ว ศาลภายในของรัฐยังมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม ซึ่งการ กระทำความผิดเกิดขึ้นภายในดินแดนของรัฐ และจำเลยเป็นทหารต่างชาติหรือทหารชนชาติ ศัตรูอีกด้วย

การที่ศาลภายในของรัฐมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม ซึ่งมีจำเลยเป็นทหารต่างชาติ หรือทหารชนชาติศัตรูนี้ ไม่ได้อาศัยข้อตกลงในสนธิสัญญา ระหว่างประเทศฉบับใด หากอาศัยเหตุผลข้ออ้างธรรมดาที่ว่า เมื่อรัฐคู่สงครามมีอำนาจ ดำเนินคดีลงโทษทหารของชาติตนที่กระทำความผิดฐานอาชญากรรมสงครามก็ย่อมเป็นธรรมดา ที่รัฐดังกล่าวย่อมมีสิทธิดำเนินคดีลงโทษทหารของชนชาติศัตรูที่กระทำความผิดในฐานะความผิด เดียวกันโดยไม่จำเป็นต้องส่งตัวไปให้ดำเนินคดีในศาลของรัฐศัตรู การที่ศาลของประเทศ

สัมพันธ์มิตรไมตรีอำนาจพิจารณาพิพากษาลงโทษทหารเยอรมนีเมื่อสงครามโลกครั้งที่หนึ่งและครั้งที่สองสิ้นสุดลง ในความผิดฐานอาชญากรรมสงครามก็โดยอาศัยเหตุผลข้ออ้างตามที่กล่าวมาข้างต้น

การพิจารณาพิพากษาลงโทษ นายไอชมันน์ (Eichmann) ซึ่งเป็นอาชญากรสงครามคนสำคัญชาวเยอรมนีที่รับผิดชอบในการสังหารหมู่ชาวยิวนับเป็นจำนวนล้านคนในระหว่างสงครามโลกครั้งที่สอง ศาลแห่งกรุงเยรูซาเล็มซึ่งได้พิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าว เมื่อ ค.ศ. 1961 ได้อ้างเหตุผล 2 ประการ ที่แสดงว่าศาลแห่งกรุงเยรูซาเล็มมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าว เหตุผลประการแรกเป็นเหตุผลที่อาศัยหลักการสากลซึ่งเป็นหลักการของมนุษยชาติทั้งปวงว่า รัฐทุกรัฐย่อมมีอำนาจที่จะดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม ส่วนเหตุผลอีกประการหนึ่งนั้นเป็นเหตุผลที่อาศัยหลักการเฉพาะหรือหลักการของรัฐที่ว่า รัฐผู้เสียหายย่อมมีสิทธิที่จะดำเนินคดีความผิดที่ลักษณะของการกระทำเป็นการกระทำความผิดที่เป็นการดำรงคงอยู่ของรัฐผู้เสียหาย

ถึงแม้ว่าจะมีการยอมรับกันโดยทั่วไปให้นำหลักในเรื่องอายุความดำเนินคดีมาใช้กับคดีอาชญากรรมสงครามด้วย แต่ก็มีบางประเทศที่ไม่ยอมให้ใช้หลักในเรื่องอายุความดำเนินคดีแก่บุคคลที่มีความผิดฐานเป็นอาชญากรสงคราม ตามกฎหมายของสหภาพโซเวียต อาชญากรสงครามเยอรมนีในสมัยสงครามโลกครั้งที่สองจะต้องถูกนำตัวมาดำเนินคดีลงโทษ โดยไม่มีการคำนึงถึงระยะเวลาว่าจะผ่านพ้นไปนานเพียงใดนับตั้งแต่วันที่กระทำความผิด ประเทศยุโรปตะวันออกอื่นๆ ซึ่งสังกัดค่ายคอมมิวนิสต์และประเทศฝรั่งเศส ก็คงยึดถือหลักการเช่นเดียวกันนี้ ในประเทศเยอรมนีเองมีการประกาศใช้กฎหมายฉบับหนึ่งซึ่งเกี่ยวกับอาชญากรรมสงคราม เมื่อวันที่ 4 สิงหาคม 1969 กฎหมายดังกล่าวนี้บัญญัติว่า อาชญากรสงครามที่มีความผิดฐานฆาตกรรมอาจถูกดำเนินคดีจนถึงสิ้นปี ค.ศ. 1979 (กล่าวคือ ถือว่า ความผิดดังกล่าวมีอายุความ 30 ปี โดยเริ่มนับตั้งแต่วันที่ 31 ธันวาคม 1949 ซึ่งเป็นวันที่ประเทศเยอรมนีกลับคืนมีอำนาจอธิปไตยในทางศาล) ส่วนคดีความผิดฐานสังหารหมู่ชนิดล้างผลาญทำลายชีวิตผู้คนจำนวนมากนั้น ไม่มีอายุความดำเนินคดี

เนื่องจากคดีความผิดฐานเป็นอาชญากรสงคราม เป็นคดีความผิดระหว่างประเทศ ซึ่งนานาอารยประเทศต่างพากันเห็นพ้องร่วมกันว่าเป็นภัยอย่างมหันต์ต่อมนุษยชาติ ดังนั้น นับตั้ง

แต่สงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลงแล้ว มีความพยายามที่จะจัดตั้งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ที่ถาวรเพื่อให้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีในฐานเป็นอาชญากรรมสงคราม แต่จนปัจจุบันนี้ความพยายามดังกล่าวยังไม่บรรลุผลแต่อย่างใด