

ความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ : ศึกษาการกระทำของกองกำลังสหประชาชาติ  
ในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ กรณีคำตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป  
คดี 'Behrami' และคดี 'Saramati'

นางสาวอิริรัตน์ ยงคะอักษร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2551 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)

เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของปีการศึกษา 2556 ผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)

are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

RESPONSIBILITY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS : STUDY ON THE ACTS OF  
UNITED NATIONS PEACE SUPPORT OPERATIONS IN THE CASES OF THE EUROPEAN  
COURT OF HUMAN RIGHTS ‘BEHRAMI CASE’ AND ‘SARAMATI CASE’

Miss Atirat Yongkauksorn

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws Program in Laws  
Faculty of Law  
Chulalongkorn University  
Academic Year 2013  
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ : ศึกษาการ  
กระทำของกองกำลังสหประชาชาติ ในปฏิบัติการเพื่อ  
สันติภาพ กรณีคำตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป  
คดี 'Behrami' และคดี 'Saramati'

โดย

นางสาวอริรัตน์ ยงคะอักษร

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติวาสะ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง  
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

.....คณะนิติศาสตร์

(ศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์ วิฑิต มันทากรณ์)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติวาสะ)

.....กรรมการ

(ศาสตราจารย์ ดร.ชุมพร ปัจจุสานนท์)

.....กรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ สุผานิต เกิดสมเกียรติ)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(พลตรีเกษม บวรรัตน์รักษ์)

อธิรัตน์ ยงคะอักษร : ความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ : ศึกษาการกระทำของ  
กองกำลังสหประชาชาติ ในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ กรณีคำตัดสินของศาลสิทธิ  
มนุษยชนยุโรป คดี 'Behrami' และคดี 'Saramati'. (RESPONSIBILITY OF  
INTERNATIONAL ORGANIZATIONS : STUDY ON THE ACTS OF UNITED  
NATIONS PEACE SUPPORT OPERATIONS IN THE CASES OF THE EUROPEAN  
COURT OF HUMAN RIGHTS 'BEHRAMI CASE' AND 'SARAMATI CASE')  
อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ผศ. ดร.ศารทูล สันติวาสะ , 158 หน้า.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงความรับผิดชอบระหว่างประเทศในการกระทำของกองกำลัง  
สหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพในกรณีที่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกายและ  
ทรัพย์สินของบุคคลอื่น ซึ่งในการจัดตั้งกองกำลังนั้น องค์การสหประชาชาติจะต้องอาศัยความ  
ร่วมมือจากรัฐสมาชิกในการส่งกองกำลังเข้าร่วมปฏิบัติการ ดังนั้นจึงเป็นปัญหาว่าองคภาวะใด  
ระหว่างองค์การสหประชาชาติกับรัฐที่ส่งกองกำลังจะต้องมีความรับผิดชอบในการกระทำนั้น โดยจะ  
พิจารณาถึงหลักกฎหมายในร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศว่าได้วาง  
หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าอย่างไร โดยยกตัวอย่างคดีกรณีศึกษาคดี Behrami และคดี Saramati  
ที่ตัดสินโดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปซึ่งเป็นคดีแรกในประวัติศาสตร์ที่เป็นการฟ้องร้องเกี่ยวกับการ  
กระทำความผิดของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพในระดับศาลระหว่าง  
ประเทศ แต่ในคดีนี้ก็กลับมิได้ใช้หลักเกณฑ์ที่ปรากฏตามร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การ  
ระหว่างประเทศแต่อย่างใด แต่ศาลได้ใช้หลักเกณฑ์การวินิจฉัยที่แตกต่างออกไป ทำให้เกิดกระแส  
การวิจารณ์อย่างกว้างขวางทั้งในประเด็นกฎหมายและการเมืองระหว่างประเทศว่าหลักเกณฑ์ใด  
เป็นหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมในการวินิจฉัยปัญหาความรับผิดชอบดังกล่าว

จากการศึกษาพบว่าหลักเกณฑ์ทั้งสองยังไม่สะท้อนถึงความสลับซับซ้อนในสายการ  
บังคับบัญชาของกองกำลังได้ ดังนั้น ทางเลือกหนึ่งของการแก้ปัญหา ก็คือ การที่ให้ทั้งองค์การ  
สหประชาชาติและรัฐที่ส่งกองกำลังจะต้องมีความรับผิดชอบร่วมกัน (Joint responsibilities) โดย  
อาศัยหลักกฎหมายที่ว่ากระทำผิดหนึ่งสามารถถือได้ว่าเป็นการกระทำของหลายองภาวะ  
ได้ (Multiple Attribution) ทั้งนี้ เพื่อลดอุปสรรคในการเยียวยาความเสียหายให้แก่บุคคล  
ผู้เสียหาย และยังคงไว้ซึ่งความยินดีที่จะร่วมมือของรัฐที่ส่งกองกำลังมาเข้าร่วมในปฏิบัติการเพื่อ  
สันติภาพต่อไป อันนำไปสู่การบรรลุถึงวัตถุประสงค์ขององค์การสหประชาชาติที่ต้องการรักษา  
สันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศเพื่อประโยชน์ของประชาคมโลกโดยรวมนั่นเอง

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ลายมือชื่อนิติกร .....

ปีการศึกษา 2556

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก .....

# # 5486052634 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: PEACE SUPPORT OPERATIONS / PEACE OPERATIONS / RESPONSIBILITY OF INTERNATIONAL ORGANIZATION / EFFECTIVE CONTROL TEST / BEHRAMI & SARAMATI CASES

ATIRAT YONGKAUKSORN: RESPONSIBILITY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS : STUDY ON THE ACTS OF UNITED NATIONS PEACE SUPPORT OPERATIONS IN THE CASES OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS 'BEHRAMI CASE' AND 'SARAMATI CASE'. ADVISOR: ASST. PROF. SARATOON SANTIVASA, Ph.D., 158 pp.

This thesis aims to study the responsibility for acts of international organizations in The United Nations (UN) Peace Support Operations in the case that has caused loss to lives, bodies and property of others. In the formation of Peace Support Operations, the UN has to rely on cooperation of state members to send their troops join in the operations. Hence it is questionable so as to which entity shall take responsibility for the wrongful acts. Through considerations of Draft articles on the responsibility of international organizations that have set guidelines in diagnosis, by examples of case studies on the 'Behrami case' and the 'Saramati case' which were adjudged by The European Court of Human Rights, the first case in history of a prosecution regarding the offense of the UN peace operations in an international court. In these cases, the Court did not use the provisions in the Draft articles on responsibility of international organizations in any way. However, the Court have used distinctive criteria for diagnosis, causing extensive criticism in the current political and legal international regulations in seek of suitable criteria for diagnosing problems regarding the aforementioned responsibility.

Based on the study, it has found that both the rules still do not reflect the complexity in the chain of command of the UN Peace Support Operations. Therefore, an alternative to this solution is that both the UN and the troop contributing countries have to jointly take responsibility under the principles of multiple attributions in order to reduce obstacles to cure for damages caused to the injured party and remain willing to cooperate with troop contributing countries to participate in future peace support operations. This led to achievements of the United Nation's objectives to maintain international peace and security for the benefit of the global community as a whole.

Field of Study: Laws

Student's Signature .....

Academic Year: 2013

Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สามารถลุล่วงเป็นอย่างดี เพราะความเมตตาจากท่านอาจารย์ ผศ.ดร. ศารทูล สันติवासะ ซึ่งกรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา และกรุณาเสียสละเวลาอันมีค่าให้ความรู้ คำแนะนำ ข้อคิดต่างๆในการจัดทำวิทยานิพนธ์ให้แก่ผู้เขียน ผู้เขียนสำนึกในพระคุณของท่านและขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ด้วยความเคารพยิ่ง

ขอขอบพระคุณท่านอาจารย์ ศ.วิฑิต มันทาภรณ์ ที่กรุณารับเป็นประธานกรรมการ และขอขอบพระคุณท่านพลตรี กฤษณะ บวรรัตนารักษ์ ที่กรุณารับเป็นกรรมการและสละเวลาในการให้คำแนะนำ ความเห็นที่เป็นประโยชน์ให้แก่ผู้เขียนเพื่อทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น รวมถึงขอขอบพระคุณท่านอาจารย์ ศ.ดร.ชุมพร ปัจจุสานนท์ และท่านอาจารย์ ผศ.สุผานิต เกิดสมเกียรติ ที่กรุณารับเป็นกรรมการในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ด้วย

ขอขอบคุณเจ้าหน้าที่หลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิตสำหรับความสะดวกต่างๆ และขอบคุณเพื่อนๆสาขากฎหมายระหว่างประเทศทุกคนและที่สำคัญที่สุดคือครอบครัวของผู้เขียนที่ให้กำลังใจเสมอมา

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีส่วนดีอยู่บ้าง ผู้เขียนขอกราบแทบเท้ามอบบูชาคุณของบิดามารดา รวมทั้งบูรพาอาจารย์ทุกท่านที่ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้และคุณธรรมแก่ผู้เขียนตลอดมา หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมความรับผิดชอบไว้แต่เพียงผู้เดียว

## สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ .....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา .....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	7
1.3 ขอบเขตของการวิจัย .....	8
1.4 สมมติฐานของการวิจัย.....	8
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย .....	9
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย .....	9
บทที่ 2 หลักกฎหมายเรื่องความรับผิดขององค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัย ความ รับผิดในการกระทำของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ .....	11
2.1 ความเป็นมาและลักษณะทั่วไปของหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดในกฎหมายระหว่างประเทศ .....	11
2.2.1 องค์ประกอบในเรื่องการกระทำผิดระหว่างประเทศขององค์การระหว่างประเทศ . 17	
2.2.1.1 การกระทำความผิดระหว่างประเทศ (Internationally Wrongful Act) . 18	
2.2.1.2 หลักเกณฑ์การวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นถือ หรือ กล่าวอ้างได้ว่า เป็น ขององค์การระหว่างประเทศ (Attribution of Conduct) .....	19
2.2.2 องค์ประกอบในเรื่องความเสียหาย (Damage) .....	23
2.2.3 องค์ประกอบในเรื่องการเยียวยาความเสียหาย (Remedy).....	24
2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างความรับผิดขององค์การระหว่างประเทศกับความรับผิดของรัฐ.....	26
2.4 การพิจารณาปัญหาความรับผิดในการกระทำของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการ เพื่อ สันติภาพ .....	28
2.4.1 ฐานทางกฎหมาย วัฒนาการและลักษณะทั่วไปของกองกำลังสหประชาชาติใน ปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ.....	28
2.4.1.1 ฐานทางกฎหมายในการจัดตั้งกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อ สันติภาพ .....	29

2.4.1.2	วิวัฒนาการการจัดตั้ง และลักษณะกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ .....	31
2.4.1.3	สายการบังคับบัญชาของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ.....	42
2.4.1.3.1	สายการบังคับบัญชาขององค์การสหประชาชาติเหนือกองกำลัง... ..	43
2.4.1.3.2	อำนาจของรัฐเหนือกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ .....	47
2.4.2	หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบในการกระทำของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ.....	49
2.4.2.1	หลักกฎหมายเรื่องการวินิจฉัยว่าการกระทำขององค์กรของรัฐหรือองค์กร/เจ้าหน้าที่ขององค์กรระหว่างประเทศอื่น เมื่อได้กระทำในนามของอีกองค์กรระหว่างประเทศหนึ่งแล้ว (Placed at Disposal)จะเป็นการกระทำขององคภาวะใดตามร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์กรระหว่างประเทศ.....	49
2.4.2.2	การปรับใช้หลักกฎหมายมาวินิจฉัยความรับผิดชอบในการกระทำของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ .....	52
2.4.2.2.1	พิจารณาจากความเชื่อมโยงระหว่างสถานะทางกฎหมายของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพกับการกระทำ ความผิด .....	53
2.4.2.2.2	พิจารณาจากความเชื่อมโยงระหว่างอำนาจหน้าที่ตามอาณัติของสหประชาชาติกับการกระทำ ความผิด.....	54
2.4.2.2.3	พิจารณาจากความเชื่อมโยงระหว่างอำนาจการบังคับบัญชาของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพกับการกระทำ ความผิด .....	56
บทที่ 3	การวินิจฉัยความรับผิดชอบในการกระทำของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ	
	กรณีคำตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ในคดี Behrami และคดี Saramati .....	61
3.1	ระบบการพิจารณาคดีของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (The European Court of Human Rights).....	61
3.1.1	กระบวนการพิจารณาคดีของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป .....	62
3.1.2	เขตอำนาจของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป .....	63
3.1.2.1	เขตอำนาจเหนือตัวบุคคล (Ratione Personae).....	64
3.1.2.2	เขตอำนาจเหนือเวลาที่มูลคดีเกิด (Ratione Temporis).....	64



3.1.2.3 เขตอำนาจเหนือสถานที่มูลคดีเกิด ( <i>Ratione Loci</i> ).....	65
3.1.2.4 เขตอำนาจเหนือเนื้อหาของคดี ( <i>Ratione Materiae</i> ).....	65
3.1.3 คำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป .....	66
3.2 ความเป็นมาแห่งคดี Behrami และคดี Saramati.....	66
3.3 ประเด็นทางกฎหมายที่ปรากฏในคดี.....	73
3.3.1 ประเด็นเรื่องเขตอำนาจของรัฐจำเลยตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน .....	73
3.3.1.1 คำฟ้องของโจทก์ .....	73
3.3.1.2 คำให้การของจำเลย.....	73
3.3.1.3 คำตัดสินของศาล.....	74
3.3.2 ประเด็นเรื่องการวินิจฉัยความรับผิดชอบในการกระทำความผิดของกองกำลังว่าถือเป็นขององค์ภาวะที่เกี่ยวข้องใด (Attribution of conduct).....	75
3.3.2.1 กรณีคดี Behrami .....	75
3.3.2.1.1 คำฟ้องของโจทก์.....	75
3.3.2.1.2 คำให้การของจำเลย .....	78
3.3.2.1.3 คำตัดสินของศาล .....	79
3.3.2.2 กรณีคดี Saramati .....	81
3.3.2.2.1 คำฟ้องของโจทก์.....	81
3.3.2.2.2 คำให้การของจำเลย .....	81
3.3.2.2.3 คำตัดสินของศาล .....	81
3.3.3 ประเด็นรัฐจำเลยมีความรับผิดชอบแม้เป็นปฏิบัติหน้าที่ในนามขององค์การสหประชาชาติ ....	83
3.3.3.1 คำฟ้องของโจทก์.....	83
3.3.3.2 คำให้การของจำเลย.....	83
3.3.3.3 คำตัดสินของศาล.....	84
บทที่ 4 ข้อพิจารณาจากการศึกษาคดีและแนวโน้มในการวินิจฉัยความรับผิดชอบในการกระทำ ของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ.....	90
4.1 บทวิเคราะห์ประเด็นทางกฎหมายจากคำตัดสินของศาล.....	90
4.1.1 ประเด็นเรื่องเขตอำนาจของรัฐจำเลยตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน .....	90

4.1.2 ประเด็นเรื่องการวินิจฉัยความรับผิดชอบในการกระทำของกองกำลังว่าถือเป็น ขององค์ ภาวะที่เกี่ยวข้องใด .....	94
4.1.2.1 การพิจารณาจากความเชื่อมโยงระหว่างสถานะกองกำลังกับองค์การ สหประชาชาติ .....	94
4.1.2.2 การพิจารณาจากความเชื่อมโยงระหว่างอำนาจหน้าที่ของกองกำลังกับการ กระทำผิด .....	96
4.1.2.3 การพิจารณาจากความเชื่อมโยงระหว่างอำนาจในการควบคุมกองกำลังขององค์การ สหประชาชาติกับการกระทำผิด.....	97
4.1.3 ประเด็นรัฐจำเลยมีความรับผิดชอบแม้ปฏิบัติหน้าที่ในนามขององค์การสหประชาชาติ....	104
4.2 ความท้าทายของศาลในการใช้หลักเกณฑ์การวินิจฉัยความรับผิดชอบในการกระทำของกองกำลัง สหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพที่แตกต่างจากร่างข้อบทกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบ องค์การระหว่างประเทศ .....	107
4.3 การชั่งน้ำหนักระหว่างความมีประสิทธิภาพของปฏิบัติการเพื่อสันติภาพและประสิทธิภาพใน การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน .....	112
4.4 ความเหมาะสมของการใช้หลักเกณฑ์ “การมีอำนาจควบคุมอย่างแท้จริง” (Effective Control) ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบในการกระทำของกองกำลังสหประชาชาติปฏิบัติการเพื่อ สันติภาพ.....	113
4.5.1 คดี Nuhanovic v. The Netherlands และคดี Mustafic v. The Netherlands .	122
4.5.2 คดี Al-Jedda v. United Kingdom.....	125
4.6 ความเป็นไปได้ของการที่จะถือว่าการกระทำของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อ สันติภาพเป็นการกระทำของหลายองค์ภาวะที่เกี่ยวข้อง (Multiple Attribution) ทำให้ต้องมีความ รับผิดชอบร่วมกัน (Joint Responsibilities).....	131
4.7 อุปสรรคในการเยียวยาความเสียหายแก่ปัจเจกชนผู้เสียหายจากการกระทำผิดของกอง กำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ.....	136
4.8 กลไกในการระงับข้อพิพาทในบริบทของการกระทำผิดของกองกำลังสหประชาชาติใน ปฏิบัติการเพื่อสันติภาพและแนวทางการแก้ไขอุปสรรคในการเยียวยาความเสียหายแก่ปัจเจกชน ผู้เสียหาย.....	141
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....	145
5.1 บทสรุป.....	145
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	148

รายการอ้างอิง ..... 151

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์ ..... 159



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบันองค์การระหว่างประเทศมีจำนวนมากขึ้นและมีบทบาทในเรื่องต่างๆอย่างกว้างขวาง ทำให้องค์การระหว่างประเทศกลายเป็นตัวการสำคัญในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ จากในอดีตที่กฎหมายระหว่างประเทศให้ความสำคัญกับรัฐว่าเป็นบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ขณะนี้ก็ยอมรับว่าองค์การระหว่างประเทศก็มีสภาพบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศเช่นกัน จึงทำให้มีสิทธิและหน้าที่ ซึ่งนำไปสู่ความรับผิดชอบได้เช่นเดียวกับรัฐ ดังนั้น คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศขององค์การสหประชาชาติ (International Law Commission: ILC) จึงได้ยกร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ (Draft Articles on the Responsibility of International Organizations: DARIO) ออกมาเพื่อรองรับในเรื่องดังกล่าว ซึ่งปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศส่วนใหญ่เป็นปัญหาในเรื่องความรับผิดในลักษณะละเมิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่เกิดการปฏิบัติเพื่อสันติภาพในนามสหประชาชาติได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของบุคคลหรือของรัฐอื่น อันมีผลกระทบต่อเงินบำรุงที่มวลสมาชิกขององค์การสหประชาชาติต้องออกค่าใช้จ่าย ทำให้ทั้งรัฐที่ส่งกองกำลังเข้าร่วมปฏิบัติการและองค์การระหว่างประเทศต่างต้องการปฏิเสธไม่ต้องการรับผิดในการกระทำดังกล่าว กรณีจึงมีปัญหาว่าหากกองกำลังนั้นไปกระทำความผิดแล้ว รัฐหรือองค์การสหประชาชาติจะต้องมีความรับผิดในการกระทำความผิดนั้น ซึ่งถือเป็นประเด็นที่มีความสำคัญและเกี่ยวพันทั้งการเมืองและกฎหมายระหว่างประเทศที่ซับซ้อนและยังไม่อาจหาข้อยุติที่ชัดเจนได้ ทั้งนี้ก็เพราะ รัฐได้กล่าวอ้างว่ากองกำลังของตนได้กระทำหน้าที่ในนามขององค์การสหประชาชาติ ในขณะที่องค์การสหประชาชาติก็ถกเถียงว่ารัฐยังคงมีอำนาจบางประการเหนือกองกำลัง เช่น เรื่องเขตอำนาจทางอาญา เรื่องการลงโทษทางวินัย เป็นต้น

เนื่องจากองค์การสหประชาชาติมีวัตถุประสงค์หลักในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศตามหมวดที่ 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งในทางความเป็นจริงแล้วยังไม่อาจปกป้องรัฐได้จากภัยสงครามต่างๆได้เท่าที่ควร ด้วยเหตุนี้รัฐต่างๆจึงพยายามผลักดันที่จะเสนอระบบความมั่นคงร่วมกัน (Collective Security) เพื่อเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในเรื่องความมั่นคงของประเทศ แต่ระบบความมั่นคงร่วมกันนี้ก็ล้มเหลวลง อันมีสาเหตุอันเนื่องมาจากความตึงเครียดทางการเมืองระหว่างประเทศซึ่งส่งผลให้องค์การสหประชาชาติไม่สามารถตั้งกองกำลังของสหประชาชาติตามข้อ 43 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติได้เลย ดังนั้น องค์การสหประชาชาติจึงมีความพยายามที่จะปรับตัวไปในทิศทางต่างๆ ที่แตกต่างไปจากที่ผู้ร่างกฎบัตรได้บัญญัติเอาไว้ ซึ่งก่อให้เกิดพัฒนาการสำคัญในการใช้กำลังขององค์การสหประชาชาติ คือ มาตรการบังคับ (Enforcement Action) และ

ปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ (Peace Support Operations, Peace Operations)<sup>1</sup> อันมีชื่ออย่างเป็นทางการว่า “กองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ”

มาตรการบังคับ (Enforcement Action) เป็นกรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงได้อาศัยการอนุญาตหรือเชื้อเชิญให้รัฐสมาชิกใช้กำลังทางทหารแทน แต่มีใช้การมอบหมายอำนาจให้แก่รัฐสมาชิกเพื่อทำในนามขององค์การสหประชาชาติ ส่วนปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ (Peace Support Operations, Peace Operations) เป็นกรณีที่สหประชาชาติได้ออกข้อมติส่งกองกำลังเข้าไปยังดินแดนรัฐต่างๆ ที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น เพื่อควบคุมไม่ให้สถานการณ์ความขัดแย้งทวีความรุนแรงเพิ่มมากยิ่งขึ้น แต่จากการที่องค์การสหประชาชาติไม่มีกองกำลังเป็นของตนเอง ทำให้ในทางปฏิบัติองค์การสหประชาชาติต้องอาศัยความร่วมมือจากรัฐสมาชิกในการส่งกองกำลังทหารของตนเข้าร่วมปฏิบัติการเพื่อสันติภาพในนามกองกำลังสหประชาชาติ และในกฎบัตรสหประชาชาติก็ไม่มีบทบัญญัติใดที่กล่าวถึงการจัดตั้งไว้โดยตรง ปฏิบัติการดังกล่าวจึงถือเป็นพัฒนาการของการดำเนินงาน เทคนิคหรือมาตรการเพื่อตอบสนองต่อความจำเป็นในการปฏิบัติงาน โดยจะจัดตั้งเป็นกองกำลังเฉพาะกิจ (Ad Hoc) ที่จัดตั้งขึ้นเป็นครั้งคราวเพื่อแก้ไขปัญหาข้อพิพาท ทำให้ยากต่อการที่จะให้คำนิยามแก่ลักษณะของกองกำลังในปฏิบัติการที่ชัดเจนแน่นอน แต่จะมีพัฒนาการของลักษณะรูปแบบปฏิบัติการที่เปลี่ยนไปตามแต่ละช่วงเวลา กล่าวคือ ในช่วงก่อนสงครามเย็นจะเป็นปฏิบัติการรักษาสันติภาพ (Peacekeeping Operation) แบบดั้งเดิม (Traditional/Classical) โดยจะมีหน้าที่รักษาสถานการณ์ให้เป็นไปตามข้อตกลงหยุดยิง (Cease-fires Agreement) ที่คู่พิพาททำขึ้น หรือเป็นกองกำลังแยกปะทะ (Buffer Zone) หรือเป็นกองกำลังลาดตระเวนชายแดน (Border Patrol) โดยยึดถือหลักการพื้นฐาน 3 ประการ คือ 1) การไม่ใช้กำลัง ยกเว้นกรณีเพื่อป้องกันตนเอง (Self-defense) 2) รัฐสองฝ่ายที่ขัดแย้งกันจะต้องให้ความยินยอม (Consent) ในการที่กองกำลังจะเข้ามาปฏิบัติการ 3) กองกำลังจะต้องมีความเป็นกลาง (Impartiality) มิได้มีเป้าหมายเพื่อลอบโทษหรือปราบปรามรัฐใดรัฐหนึ่ง แต่มีวัตถุประสงค์ทำให้การใช้กำลังทางทหารยุติลงโดยมุ่งเน้นที่จะให้มีการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีต่อไป

## จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

แต่เมื่อสงครามเย็นสิ้นสุดลง ปัญหาข้อพิพาทในยุคหลังสงครามเย็นนี้เป็นปัญหาที่มีความลึกซึ้งและละเอียดอ่อนปฏิบัติการเพื่อสันติภาพจึงได้เปลี่ยนแปลงรูปแบบออกไปจากเดิม โดยมีลักษณะเปลี่ยนแปลงเป็นปฏิบัติการบังคับให้เกิดสันติภาพ (Peace Enforcement) เพราะฉะนั้นจากลักษณะความขัดแย้งที่เปลี่ยนแปลงทำให้ลักษณะของภารกิจเปลี่ยนไป ส่งผลให้ขอบเขตของปฏิบัติการรักษาสันติภาพ (Peacekeeping Operations) และปฏิบัติการบังคับให้เกิดสันติภาพ (Peace Enforcement) ในระยะแรกๆ ไม่มีความชัดเจนนัก ในเวลาต่อมาการจัดตั้งปฏิบัติการบังคับให้เกิดสันติภาพ จะอ้างว่าตั้งขึ้นตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงของสหประชาชาติตามความหมวดที่ 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติอย่างชัดเจน ทำให้สามารถแยกลักษณะของปฏิบัติการรักษา

<sup>1</sup> คำว่า Peace Support Operations เป็นคำที่คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศใช้ ส่วนคำว่า Peace Operations เป็นคำที่สหรัฐอเมริกาใช้

สันติภาพ กับปฏิบัติการบังคับให้เกิดสันติภาพให้ออกจากกันชัดเจนมากยิ่งขึ้น<sup>2</sup> โดยปฏิบัติการบังคับให้เกิดสันติภาพจะมีลักษณะสำคัญที่ต่างจากปฏิบัติการรักษาสันติภาพ คือ ไม่ต้องอาศัยความยินยอมจากคู่กรณีในความขัดแย้ง และหลักการไม่ใช่กำลังยกเว้นแต่กรณีป้องกันตัวเองจากปฏิบัติการรักษาสันติภาพก็ได้ถูกพัฒนาให้สามารถใช้กำลังได้ นอกจากนี้ปฏิบัติการต่างๆยังได้ขยายขอบเขตให้มีบทบาทหน้าที่ที่ครอบคลุมในหลายมิติมากยิ่งขึ้น เพื่อให้สามารถแก้ไขปัญหาได้หลายด้านและวางรากฐานสันติภาพอย่างยั่งยืนโดยจะเรียกปฏิบัติการเพื่อสันติภาพลักษณะนี้ว่า “Multi-dimensional Peacekeeping”

จะเห็นได้ว่า ขอบเขตอำนาจหน้าที่ของปฏิบัติการมีความเปลี่ยนแปลงไปตามวิวัฒนาการของรูปแบบความขัดแย้ง และไม่มีแนวทางที่ชัดเจนในการตอบสนองต่อปัญหาดังกล่าว ทำให้รัฐยุโรปได้พัฒนาทฤษฎีทางทหาร<sup>3</sup>โดยคิดค้น คำว่า “ปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ” (Peace Support Operation, Peace Operation) ขึ้นมาใช้ เพื่อให้เป็นคำที่ครอบคลุมปฏิบัติการในลักษณะต่างๆ ซึ่งแรกเริ่มเป็นคำที่ถูกนำมาใช้ในการนิยามให้ครอบคลุมถึงกรณีปฏิบัติการรักษาสันติภาพ (Peacekeeping Operation) และปฏิบัติการบังคับให้เกิดสันติภาพ (Peace Enforcement Operation) เท่านั้น<sup>5</sup> แต่ในปัจจุบันยังถูกใช้ให้หมายความรวมถึงการปฏิบัติการที่มีจุดประสงค์เพื่อสันติภาพอื่นๆ ด้วย เห็นได้จากการที่องค์การสนธิสัญญาป้องกันแอตแลนติกเหนือ (North Atlantic Treaty Organization: NATO) ได้ยอมรับทฤษฎีดังกล่าวตั้งแต่เดือนกรกฎาคม ปีค.ศ.2004 ซึ่งให้คำนิยามของปฏิบัติการเพื่อสันติภาพไว้ว่า

“ปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ หมายถึงปฏิบัติการที่มีหน้าที่หลากหลาย โดยปฏิบัติการด้วยความเป็นกลาง เพื่อสนับสนุนองค์การที่ได้รับการยอมรับ เช่นองค์การสหประชาชาติ หรือองค์การว่าด้วยความมั่นคงและความร่วมมือในยุโรปในเรื่องที่เกี่ยวกับกองกำลังทหาร เจ้าหน้าที่ด้านการทูตและด้านมนุษยธรรม ปฏิบัติการเพื่อสันติภาพถูกออกแบบมาเพื่อจัดการปัญหาทางการเมืองหรือในเงื่อนไขอื่น ๆ ในระยะยาว ซึ่งรวมถึงปฏิบัติการรักษา

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>2</sup> การบังคับให้เกิดสันติภาพ (Peace Enforcement) ถือได้ว่าเป็นมาตรการที่เป็นส่วนขยายของปฏิบัติการรักษาสันติภาพ (Peacekeeping Operation) ภายใต้อำนาจตามกฎหมายที่กฎบัตรสหประชาชาติเปิดโอกาสให้ แต่องค์การสหประชาชาติยังคงเรียกว่าปฏิบัติการรักษาสันติภาพ ตัวอย่างปฏิบัติการภายใต้หมวดที่ 7 ได้แก่ ปฏิบัติการของสหประชาชาติในคองโก ไสเปเรีย เซียร์ราลีโอน โคโซโว ติมอร์เลสเต บุรุนดี ไฮติ เลบานอน และซูดาน ดูรายละเอียดได้ที่หลักนิยามกองทัพไทย สายยุทธการด้านการปฏิบัติการเพื่อสันติภาพหน้า. (1-24) j3.rtarf.mi.th/poc/Document/data/doc2/doc2.1.pdf

<sup>3</sup> Siobhan Wills, *Protecting Civilians: The Obligations of Peacekeepers*, (Oxford University Press: 2009), p.72.

<sup>4</sup> Tom Woodhouse, Oliver Ramsbotham, *Peacekeeping and conflict resolution*, (Frank Cass: 2002), p.71.

<sup>5</sup> Alex J. Bellamy, Paul William S., Stuart Griffin, *Understanding Peacekeeping*, (Policy Press, 2004), p.165.

สันติภาพและปฏิบัติการบังคับให้เกิดสันติภาพ อีกทั้งการป้องกันข้อพิพาท การที่ทำให้เกิดสันติภาพ การสร้างสันติภาพ และการช่วยเหลือทางมนุษยธรรม”<sup>6</sup>

นอกจากนี้จากหมวดที่ 8 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ว่าด้วยข้อตกลงส่วนภูมิภาคและทบวงการตัวแทนยังให้อำนาจข้อตกลงส่วนภูมิภาคหรือทบวงการตัวแทน หรือที่เรียกว่า “องค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาค” ที่จะสามารถเข้ามามีบทบาทในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศได้ ดังนั้น องค์การสหประชาชาติจึงมิได้ผูกขาดอำนาจในการใช้กำลังทหารแต่ผู้เดียว แต่ยังให้บทบาทของข้อตกลงส่วนภูมิภาคหรือทบวงการตัวแทนไม่ว่าจะมีลักษณะพันธมิตรทางทหารหรือไม่ก็ตาม ต่างก็ยังมีอำนาจในการใช้กำลังทหารอยู่เช่นกัน โดยสามารถจัดตั้งปฏิบัติการเพื่อสันติภาพในนามของตนเองได้ (เว้นแต่ กรณีปฏิบัติการบังคับให้เกิดสันติภาพที่จะต้องได้รับการอนุญาต (Authorization) จากคณะมนตรีความมั่นคง) ตัวอย่างเช่น ในลาตินอเมริกา เช่น องค์การรัฐอเมริกัน (The Organization of American States: OAS), ในแอฟริกา เช่น องค์การเอกภาพแอฟริกา (The Organization of African Unity: OAU) ซึ่งในปัจจุบันคือ สหภาพแอฟริกา (The African Union: AU), ในเอเชีย เช่น สันนิบาตอาหรับ (The Arab League), ในยุโรป เช่น สหภาพยุโรป (European Union) องค์การสนธิสัญญาป้องกันแอตแลนติกเหนือ (North Atlantic Treaty Organization: NATO) เป็นต้น ซึ่งองค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาคเหล่านี้มีบทบาทมากในช่วงที่สงครามเย็นสิ้นสุดลง ทั้งนี้เนื่องจากในช่วงเวลาดังกล่าวได้เกิดการจัดตั้งปฏิบัติการเพื่อสันติภาพขึ้นเป็นจำนวนมากทำให้องค์การสหประชาชาติมีภาระค่าใช้จ่ายจำนวนมาก ทำให้ในปัจจุบันองค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาคได้ทวีความสำคัญในการเข้ามามีบทบาทในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศมากยิ่งขึ้นเรื่อยๆ อย่างไรก็ตาม องค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาคต่างมีข้อจำกัดในการจัดตั้งปฏิบัติการ เช่น ในกรณีขององค์การระหว่างประเทศส่วนทวีปแอฟริกา รัฐสมาชิกส่วนใหญ่มีปัญหาทางการเงิน ไม่มีเงินสนับสนุนในการจัดตั้งปฏิบัติการ ทำให้จะต้องอาศัยความช่วยเหลือจากรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศอื่นภายนอกทวีป, ในส่วนของทวีปยุโรป โครงสร้างทางทหารของสหภาพยุโรปยังไม่ได้รับการพัฒนามากนัก และยังคงต้องอาศัยทรัพย์สินของ NATO เพราะฉะนั้นในบริบทของการจัดตั้งกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพแล้ว NATO จึงมีบทบาทสำคัญที่สุดเคียงคู่กับองค์การสหประชาชาติ

ดังนั้น จากที่กล่าวมาข้างต้นว่า ปฏิบัติการเพื่อสันติภาพขององค์การสหประชาชาติจะต้องอาศัยความร่วมมือของรัฐสมาชิกในการส่งกองกำลังมาปฏิบัติหน้าที่นามขององค์การสหประชาชาติ ทำให้เกิดปัญหาในกรณีที่ หากกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อ

<sup>6</sup> Allied Joint Publication (AJP) 3.4.1 *Peace Support Operations*, July 2001. <<http://www.pronato.com/peacekeeping/AJP-3-4-1/index.htm>>. เข้าครั้งสุดท้ายเมื่อ 17 มิถุนายน พ.ศ. 2557

“PSO are multifunctional operations, conducted impartially, normally in support of an internationally recognized organization such as the UN or Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE), involving military forces and diplomatic and humanitarian agencies. PSO are designed to achieve a long-term political settlement or other specified conditions. They include peacekeeping and peace enforcement as well as conflict prevention, peacemaking, peacebuilding and humanitarian relief.”

ชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินของบุคคลอื่นแล้ว รัฐที่ส่งกองกำลังไปให้องค์การสหประชาชาติจะต้องร่วมรับแบกรับภาระค่าใช้จ่ายในการชดเชยความเสียหายนั้นด้วยหรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศก็ได้รับรู้ถึงสภาพปัญหานี้ จึงได้ร่างบทบัญญัติเพื่อรองรับการวินิจฉัยความรับผิดชอบของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ ไว้ในร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ ข้อ 7 ที่บัญญัติไว้ว่า

“ การกระทำขององค์กรของรัฐ หรือองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศที่ได้กระทำไปในนาม (Placed at the disposal) ของอีกองค์การระหว่างประเทศหนึ่งจะได้รับการพิจารณาตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าเป็นการกระทำขององค์การระหว่างประเทศ หากองค์การระหว่างประเทศนั้นมีอำนาจควบคุมเหนือการกระทำนั้นอย่างแท้จริง”<sup>7</sup>

ตัวอย่างปัญหาในประเด็นดังกล่าวนี้ ได้เกิดขึ้นที่โคโซโว องค์กรสหประชาชาติได้ตั้งกองกำลังตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 คือ องค์กรบริหารชั่วคราวของสหประชาชาติในโคโซโว (United Nations Interim Administration Mission in Kosovo: UNMIK) ซึ่งมีสถานะเป็นองค์กรย่อยขององค์กรสหประชาชาติเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในโคโซโว และกองกำลังโคโซโว (Kosovo Force: KFOR) ซึ่งเป็นกองกำลังผสมของหลายๆประเทศ แต่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาขององค์การสนธิสัญญาป้องกันแอตแลนติกเหนือ (NATO) โดยอยู่ในความอุปถัมภ์ (Auspices) ขององค์กรสหประชาชาติ เพื่อเข้ามารักษาความมั่นคงและรักษาสันติภาพในโคโซโว โดยในข้อมติได้กำหนดให้กองกำลังทั้งสองต้องร่วมมือกันในการปฏิบัติการกิจอย่างใกล้ชิด ต่อมาเมื่อเกิดเหตุการณ์ที่กองกำลังทั้งสองได้ปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ทำให้เกิดความเสียหายแก่ปัจเจกบุคคลผู้เสียหายในโคโซโว ผู้เสียหายจึงได้มาฟ้องรัฐที่เข้าร่วมในกองกำลังปฏิบัติการเพื่อสันติภาพเป็นคดี Behrami v. France และ Saramati v. France, Norway, Germany ต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป

ในคดี Behrami นั้นมีข้อเท็จจริงว่า เด็กชาย 2 คนเป็นบุตรของนาย Agim Behrami ได้แก่ Gadaf Behrami และ Bekir Behrami ได้เข้าไปเล่นในบริเวณที่ยังไม่ได้ถอดขบวนระเบิด (Cluster Bomb Units , CBUs) ซึ่งได้ถูกวางโดย NATO ตั้งแต่ปีค.ศ.1999 เด็กคนหนึ่งในกลุ่มนั้นน่าจะเชื่อว่าระเบิดนั้นปลอดภัยจึงโยนไปกลางอากาศระเบิดจึงไปโดน Gadaf เสียชีวิต และ Bekir ได้รับบาดเจ็บสาหัสถึงขั้นตาบอด นาย Agim Behrami ผู้เป็นบิดาจึงได้มาฟ้องในนามของตนเองและในนามของ Gadaf ลูกชายที่เสียชีวิต และส่วน Bekir ได้ฟ้องในนามตนเอง โดยยื่นฟ้องฝรั่งเศสให้เป็นจำเลยในฐานะที่เป็นรัฐผู้นำ (Lead Nation) ของกองกำลัง KFOR โดยอ้างว่า อุบัติเหตุเกิดจากกองกำลัง KFOR ไม่ได้ทำเครื่องหมายหรือปลดขบวนระเบิดต่างๆที่รู้ว่ามิระเบิดอยู่

<sup>7</sup> Draft Articles on the Responsibility of International Organizations (DARIO),

Articles 7 “The conduct of an organ or agent of an international organization that is placed at the disposal of another international organization shall be considered under international law an act of the latter organization if the organization exercises effective control over the conduct.”



ส่วนในคดี Saramati มีข้อเท็จจริงว่า นาย Saramati ถูกจับกุมโดยไม่มีการสอบสวนก่อนโดย ตำรวจกองกำลัง UNMIK ซึ่งทำตามคำสั่งของผู้บัญชาการกองกำลัง KFOR (COMKFOR) ซึ่งในขณะนั้นเป็นเจ้าของหน้าที่ของประเทศนอร์เวย์ต่อมาเจ้าหน้าที่ของฝรั่งเศสได้ถูกแต่งตั้งเป็น COMKFOR นาย Saramati จึงได้ฟ้องฝรั่งเศส นอร์เวย์ และเยอรมัน ในฐานะที่เป็นรัฐผู้นำที่ดูแลบริเวณพื้นที่ที่เขาถูกจับกุมตัวต่อศาล

ศาลเห็นว่าทั้งสองคดีมีประเด็นที่เหมือนกันพอที่จะรวมการพิจารณาคดีได้ เพราะการกระทำ ความเสียหายแก่ผู้เสียหายเกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของกองกำลังทั้งสอง และมีประเด็นที่ต้อง พิจารณาว่าการกระทำของกองกำลังทั้งสองนี้เป็นการกระทำขององค์การสหประชาชาติหรือเป็นของ รัฐจำเลย ในคดี Behrami ศาลวินิจฉัยว่าการงดเว้นไม่ปลดขบวนระเบิด เป็นการกระทำความผิดของ กองกำลัง UNMIK ซึ่งเป็นองค์กรย่อยขององค์การสหประชาชาติ ส่วนในคดี Saramati ศาลได้ตัดสิน ในคดีนี้ว่าการกระทำความผิดของกองกำลัง KFOR ถือได้ว่าเป็นการกระทำขององค์การสหประชาชาติ โดยให้เหตุผลว่าสหประชาชาติมีอำนาจและการควบคุมสูงสุดในการควบคุมบังคับบัญชากองกำลัง (Ultimate Authority and Control) แม้ว่าในส่วนกองกำลัง KFOR องค์การสหประชาชาติจะมีได้มี อำนาจควบคุมบังคับบัญชาโดยตรง และได้มอบอำนาจควบคุมการบังคับบัญชาให้ NATO แล้วก็ตาม ดังนั้น การกระทำความผิดของทั้งสองกองกำลังจึงตกเป็นขององค์การสหประชาชาติ และจากการที่ องค์การสหประชาชาติมิได้เป็นภาคีของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ทำให้ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปไม่มีเขตอำนาจเหนือตัวบุคคล (*Ratione Personae*) ที่จะพิจารณาคดี ขององค์การสหประชาชาติได้

การวินิจฉัยของศาลที่ถือหลักเกณฑ์ “การมีอำนาจและการควบคุมสูงสุด” (Ultimate Authority and Control) ทำให้องค์การสหประชาชาติมีอำนาจเหนือกองกำลัง ส่งผลให้การปฏิบัติ หน้าที่ของกองกำลังถือเป็นการกระทำของสหประชาชาตินั้น เป็นการวินิจฉัยที่ไม่สอดคล้องกับเกณฑ์ ที่อยู่ในร่างข้อบทที่ออกโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การ ระหว่างประเทศ ในข้อ 7 ที่ใช้หลักเกณฑ์ “การมีอำนาจควบคุมอย่างแท้จริง” เนื่อการกระทำ ความผิด (Effective Control) ส่งผลให้คำตัดสินของศาลในคดีนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์จาก นักวิชาการเป็นอย่างกว้างขวางว่าจะทำให้การกระทำของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพผูกพัน ให้องค์การสหประชาชาติจะต้องรับผิดชอบระหว่างประเทศทุกกรณี แม้ว่าในทางปฏิบัติแท้จริงแล้ว องค์การสหประชาชาติอาจจะไม่ได้มีอำนาจการควบคุมเหนือการกระทำความผิดนั้นเลยก็ตาม และทำ ให้รัฐที่ส่งกองกำลังไม่มีความรับผิดชอบระหว่างประเทศเลย เพราะถือว่ารัฐตนได้ปฏิบัติหน้าที่ภายใต้นาม องค์การสหประชาชาติแล้ว ซึ่งในอนาคตอาจจะส่งผลให้รัฐที่ส่งกองกำลังละเลยที่จะควบคุมการ ปฏิบัติหน้าที่ของกองกำลังของตนไม่ให้เกิดการกระทำผิดได้

จากการที่นักวิชาการส่วนใหญ่วิพากษ์วิจารณ์คำพิพากษาในคดีนี้ ทำให้ในเวลาต่อมาในคดีที่ เกี่ยวกับการวินิจฉัยการกระทำผิดของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ มีแนวโน้มที่จะใช้ เกณฑ์การพิจารณาโดยใช้หลักเกณฑ์ “การมีอำนาจควบคุมอย่างแท้จริง” (Effective Control) มาก

ขึ้นทั้งคดีในระดับศาลภายใน เช่นในคดี Nuhanovic v. the Netherlands และคดี Mustafic v. the Netherlands และในศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปใน คดี Al-Jedda v. United Kingdom เพราะหลักเกณฑ์ “การมีอำนาจควบคุมอย่างแท้จริง” (Effective Control) เป็นหลักเกณฑ์ที่ช่วยชี้ว่าองค์ภาวะใดควรจะต้องมีความรับผิดชอบได้ตามความเป็นจริง ซึ่งจะเป็นการแก้ปัญหาให้ปัจเจกชนผู้ได้รับความเสียหายได้รับการเยียวยา มากกว่าที่จะวินิจฉัยให้องค์การสหประชาชาติมีความรับผิดชอบทุกกรณี ทั้งนี้เพราะระบบการเยียวยาผู้เสียหายขององค์การสหประชาชาติยังคงมีปัญหาอยู่ในทางปฏิบัติ และหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศยังคงอยู่ในช่วงที่กำลังพัฒนา (Progressive development) นอกจากนี้องค์การสหประชาชาติก็มีความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลภายใน และยังไม่ศาลระหว่างประเทศใดที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีเหนือการกระทำขององค์การสหประชาชาติและบังคับให้องค์การสหประชาชาติต้องรับผิดชอบอีกด้วย ทำให้สิทธิของผู้เสียหายไม่ได้รับการเยียวยาอย่างเพียงพอและเหมาะสมนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม แม้หลักเกณฑ์ “การมีอำนาจควบคุมอย่างแท้จริง” (Effective Control) จะมีความเหมาะสมในการใช้วินิจฉัยความรับผิดชอบในการกระทำความผิดของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพมากกว่าหลักเกณฑ์ “การมีอำนาจและการควบคุมสูงสุด” (Ultimate Authority and Control) แต่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเสนอแนวทางที่ใช้ในการวินิจฉัยที่ให้พิจารณาจากหลักกฎหมายที่วางหลักให้ หนึ่งการกระทำความผิดสามารถถือว่าเป็นของหลายองค์ภาวะได้ (Multiple Attribution) เพราะหลักกฎหมายดังกล่าว สามารถสะท้อนถึงสายการบังคับบัญชาในกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพที่มีความสลับซับซ้อนได้ โดยพิจารณาว่าในความเป็นจริงแล้ว ทั้งองค์การสหประชาชาติและรัฐที่ส่งกองกำลังมีอำนาจการบังคับบัญชาของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพร่วมกันเสมอ ดังนั้น เมื่อกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพได้ไปกระทำผิดแล้ว จึงถือเป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาขององค์การสหประชาชาติและรัฐที่ส่งกองกำลัง ทำให้องค์ภาวะทั้งคู่จะต้องมีความรับผิดชอบร่วมกัน (Joint Responsibilities) ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายที่แก่ปัจเจกชนที่ได้รับความเสียหาย และเพื่อเป็นการคุ้มครองประสิทธิภาพของปฏิบัติการไปในขณะเดียวกัน เพราะยังรักษาผลประโยชน์ขององค์การสหประชาชาติและรัฐที่ส่งกองกำลังโดยมิต้องรับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียว ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อความสนใจของรัฐที่จะส่งกองกำลังเข้าร่วมปฏิบัติการภายใต้นามขององค์การสหประชาชาติได้ อันนำมาสู่ผลเสียต่อภารกิจโดยรวมขององค์การสหประชาชาติที่มีวัตถุประสงค์ในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศของประชาคมโลกนั่นเอง

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

- เพื่อให้ทราบถึงความเป็นมา ฐานทางกฎหมาย ลักษณะและโครงสร้างของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ
- เพื่อให้ทราบถึงแนวคิดหลักการ และรายละเอียดของหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ ในส่วนของการวินิจฉัยว่าการกระทำผิดเป็นขององค์ภาวะใด

(Attribution of Conduct) โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ต้องค์กร/เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำในนามขององค์การระหว่างประเทศ (Placed at Disposal)

- เพื่อศึกษาถึงประเด็นทางกฎหมายในคดี Behrami และคดี Saramati ของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปว่ามีข้อพิจารณาอย่างไรและสร้างผลกระทบอย่างไรในบริบทของหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ

- เพื่อให้สามารถวิเคราะห์ว่าหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศซึ่งอยู่ในรูปของร่างข้อบทของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้มีบทบัญญัติที่ครอบคลุมชัดเจน และเหมาะสมแล้วหรือไม่ในการวินิจฉัยถึงการกระทำความผิดระหว่างประเทศของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ

- เพื่อวิเคราะห์ศึกษาถึงแนวโน้มของคำตัดสินที่เกี่ยวข้องกับกรณีการกระทำผิดระหว่างประเทศของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ

- เพื่อศึกษาถึงวิธีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการกระทำผิดระหว่างประเทศของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพแก่ปัจเจกชนที่ได้รับความเสียหาย และเพื่อศึกษาถึงวิธีการคุ้มครองประสิทธิผลของปฏิบัติการไปในขณะเดียวกัน

### 1.3 ขอบเขตของการวิจัย

ศึกษาประเด็นหลักกฎหมายในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ (Draft Articles on The Responsibility of International Organizations) ของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission: ILC) เพื่อวินิจฉัยกรณีปัญหาของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพในนามขององค์การสหประชาชาติ ว่าหากกองกำลังดังกล่าวได้กระทำความผิดระหว่างประเทศ ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ปัจเจกชนขึ้น องค์ภาวะในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องใดระหว่างองค์การสหประชาชาติหรือรัฐที่ส่งกองกำลังที่จะต้องมีความรับผิดชอบทางระหว่างประเทศในการกระทำดังกล่าวโดยจะศึกษาคดี Behrami v. France และคดี Saramati v. France, Norway, Germany ที่ตัดสินโดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights) เป็นแนวทางหลักในการวิจัย

### 1.4 สมมติฐานของการวิจัย

ในการวินิจฉัยถึงความรับผิดชอบในการกระทำของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ แม้ว่าคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศจะได้ออกร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศที่ได้วางหลักเกณฑ์ “การมีอำนาจควบคุมอย่างแท้จริง” (Effective Control) เพื่อวินิจฉัยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศในขณะที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ใช้หลักเกณฑ์ “การมีอำนาจและการควบคุมสูงสุด” (Ultimate Authority and Control) ในการวินิจฉัยคดี Behrami และคดี Saramati อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ทั้งสองยังไม่สามารถสะท้อนถึงความสลับซับซ้อนในทางปฏิบัติของสายการบังคับบัญชาในกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ และเพื่อมิให้เกิดสุญญากาศในเรื่องการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย จึงเห็นสมควร

ใช้หลักกฎหมายที่ให้ถือว่าการกระทำความผิดหนึ่งการกระทำถือเป็นของหลายองค์ภาวะได้ (Multiple Attribution) เพื่อให้ทั้งองค์การสหประชาชาติและรัฐที่ส่งกองกำลังมีความรับผิดชอบร่วมกัน (Joint responsibilities) และให้มีกลไกระหว่างประเทศที่ชัดเจนและเหมาะสมในการระงับข้อพิพาท อันจะเป็นคุณประโยชน์ต่อประชาคมโลกโดยรวม

### 1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

เป็นการศึกษาวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) ที่เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ โดยอาศัยการวิเคราะห์จากร่างข้อบพว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ (Draft Articles on The Responsibility of International Organizations: DARIO) และร่างข้อบพว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ (Draft Articles on Responsibility of State for Internationally Wrongful Acts: ARSIWA) ที่ออกโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ รวมไปถึงกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ เพื่อวิเคราะห์คำตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในคดี Behrami v. France และคดี Saramati v. France, Norway, Germany และคำพิพากษาทั้งในระดับศาลภายในและในระดับระหว่างประเทศอื่นๆ ที่อาจเกี่ยวข้อง ตลอดจนเอกสารต่างๆ เช่น หนังสือกฎหมาย ตำราทางวิชาการ บทความ วิทยานิพนธ์ บทความในวารสาร ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต ทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาอังกฤษ

### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย

- ทำให้เข้าใจถึงความเป็นมา ฐานทางกฎหมาย ลักษณะ โครงสร้างการบังคับบัญชาของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ
  - ทำให้เข้าใจถึงแนวคิดหลักการ และรายละเอียดของหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศในส่วนของการวินิจฉัยว่าการกระทำผิดเป็นขององค์ภาวะใด (Attribution of conduct) โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ต้องคร/เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำในนามขององค์การระหว่างประเทศ (Placed at Disposal)
  - ทำให้เข้าใจถึงประเด็นทางกฎหมายและเหตุผลของคำตัดสินในคดี Behrami และคดี Saramati ของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปว่ามีข้อพิจารณาอย่างไรและสร้างผลกระทบอย่างไรในบริบทของหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ
  - ทำให้สามารถวิเคราะห์ได้ว่าหลักกฎหมายในเรื่องความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศซึ่งอยู่ในรูปของร่างข้อบพของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้มีบทบัญญัติที่ครอบคลุม ชัดเจน และเหมาะสมแล้วหรือไม่ในการวินิจฉัยถึงการกระทำผิดระหว่างประเทศของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ
  - ทำให้เข้าใจถึงแนวโน้มของคำพิพากษาที่มีประเด็นที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยการกระทำผิดของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพว่ามีทิศทางการวินิจฉัยอย่างไร
- ข้อคิดเห็นจากผลการศึกษาและวิเคราะห์นี้ อาจจะนำไปสู่การพัฒนาหลักกฎหมายเพื่อเป็นแนวทางหลักในการวินิจฉัยความรับผิดชอบในการกระทำผิดกฎหมายระหว่างประเทศของกองกำลัง

สหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพในอนาคต เพื่อเป็นการแก้ปัญหาในเรื่องการเยียวยาความเสียหายแก่ปัจเจกชนผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำของกองกำลังดังกล่าว และเพื่อทราบถึงวิธีการคุ้มครองประสิทธิภาพของปฏิบัติการไปในขณะเดียวกัน



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

## บทที่ 2

### หลักกฎหมายเรื่องความรับผิดขององค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัย ความรับผิดในการกระทำของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ

ในปัจจุบันองค์การระหว่างประเทศมีจำนวนมากขึ้นและมีบทบาทในเรื่องต่างๆอย่างกว้างขวาง ทำให้องค์การระหว่างประเทศกลายเป็นตัวการสำคัญในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ จากในอดีตที่กฎหมายระหว่างประเทศให้ความสำคัญกับรัฐว่าเป็นบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ขณะนี้ก็ยอมรับว่าองค์การระหว่างประเทศก็มีสภาพบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศเช่นกัน จึงทำให้มีสิทธิและหน้าที่ ซึ่งนำไปสู่ความรับผิดได้เช่นเดียวกันกับรัฐ ดังนั้น คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ จึงได้ยกร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดขององค์การระหว่างประเทศออกมาเพื่อรองรับในเรื่องดังกล่าว ซึ่งปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดขององค์การระหว่างประเทศที่สำคัญ ก็คือกรณีที่กองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพได้ไปกระทำความผิดระหว่างประเทศก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของปัจเจกชน ผู้เสียหายที่อยู่ในพื้นที่ปฏิบัติการ ทำให้เกิดปัญหาว่าองค์การสหประชาชาติหรือรัฐที่ส่งกองกำลังจะต้องมีความรับผิดในการกระทำดังกล่าว ในบทนี้จึงจะกล่าวถึงหลักกฎหมายในเรื่องความรับผิดขององค์การระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยว่าการกระทำความผิดเป็นขององค์การใด (Attribution of Conduct) ว่ามีหลักเกณฑ์อย่างไร ซึ่งจำเป็นอย่างมากที่จะต้องเข้าใจถึงการจัดตั้ง ลักษณะทั่วไป และสายการบังคับบัญชาภายในกองกำลังเสียก่อน เพื่อนำไปประกอบกรณีวินิจฉัยความรับผิดในการกระทำของกองกำลังดังกล่าวต่อไป

#### 2.1 ความเป็นมาและลักษณะทั่วไปของหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดในกฎหมายระหว่างประเทศ

ตามระบบกฎหมายภายใน บุคคลจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนที่ไปละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศก็เช่นกัน รัฐหรือบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศประเภทอื่นก็ต้องรับผิดชอบหากมีพฤติกรรมดังกล่าว เพราะฉะนั้นหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดระหว่างประเทศจึงเป็นกลไกหลักที่สำคัญในการควบคุมความสัมพันธ์ที่ราบรื่นในสังคมระหว่างประเทศ

หลักกฎหมายในเรื่องความรับผิดระหว่างประเทศ เป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการรับรองตั้งแต่เริ่มแรกพร้อมกับหลักความเสมอภาคเท่าเทียมกันระหว่างรัฐทั้งหลายในสังคมระหว่างประเทศ เพราะรัฐทั้งปวงที่เท่าเทียมกันต่างมีสิทธิและหน้าที่ในการรับผิดชอบต่อการกระทำของตน ดังจะเห็นได้จากความเห็นของผู้พิพากษา Judge Huber ในคดี British Claims in the Spanish Zone of Morocco case ในปีค.ศ.1925 ที่กล่าวไว้ว่า “ทุกสิทธิทางระหว่างประเทศ ก่อให้เกิดความรับผิดทางระหว่างประเทศ”<sup>8</sup> ซึ่งผู้ที่มีสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศได้จะต้องมีสภาพบุคคลทางกฎหมาย

<sup>8</sup> British Claims in the Spanish Zone of Morocco case, 1925.

ระหว่างประเทศ ดังนั้น หลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศนี้จึงมีความเกี่ยวข้องใกล้เคียงกับหลักกฎหมายในเรื่องสภาพบุคคลทางกฎหมายระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก โดยถือว่าเป็นหลักกฎหมายที่เป็นผลที่มาจากการละเมิดพันธกรณีปฐมภูมิของกฎหมายระหว่างประเทศที่ก่อตั้งพันธกรณีให้รัฐหรือองค์การระหว่างประเทศต้องปฏิบัติตาม ซึ่งเมื่อเกิดการละเมิดพันธกรณีปฐมภูมิแล้วจึงเกิดความรับผิดชอบซึ่งเป็นพันธกรณีทุติยภูมิ<sup>9</sup>

หลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศนี้ มีข้อนำพิจารณาว่ามีลักษณะทางแพ่งหรือลักษณะทางอาญามากกว่ากัน ซึ่งในประเด็นนี้มีนักวิชาการได้มีคำอธิบายที่แตกต่างกัน กล่าวคือ P.M. Dupuy ได้อธิบายว่า หลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีความคล้ายคลึงกับหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดทางแพ่ง (Responsabilite Civile) ในเรื่องกฎหมายลักษณะละเมิด ในทั้งระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งมีลักษณะคือ (1) เพื่อป้องกันหรือทำให้น้อยลงซึ่งการละเมิดพันธกรณีตามกฎหมาย (2) เพื่อให้มีการเยียวยาแก่ประธานแห่งสิทธิตามกฎหมายที่ถูกละเมิดสิทธิ<sup>10</sup> แต่สำหรับ Kelsen ได้อธิบายไว้ว่า “ในกฎหมายระหว่างประเทศความรับผิดชอบนั้นไม่เป็นทั้งความรับผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญา”<sup>11</sup> ส่วน Gaetano Arangio-Ruiz กลับได้อธิบายว่า ความรับผิดชอบมีลักษณะทั้งทางแพ่งและทางอาญา เพราะ มีการที่จะต้องเยียวยาความเสียหาย จึงมีลักษณะทางแพ่ง และมีการลงโทษเมื่อละเมิดต่อกฎหมาย จึงมีลักษณะทางอาญาในขณะเดียวกัน<sup>12</sup>

อย่างไรก็ตาม การแบ่งความรับผิดทางระหว่างประเทศออกเป็นประเภทต่างๆตามระบบกฎหมายภายใน เช่น ทางสัญญากับทางละเมิดนั้น ไม่มีผลใดๆสำหรับกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ก็เนื่องมาจากในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ความรับผิดทางสัญญาและความรับผิดทางละเมิดนั้นไม่มีความแตกต่างกัน เพราะฉะนั้น การละเมิดพันธกรณีไม่ว่ารูปแบบใดก็ตามก็ก่อให้เกิดความรับผิดได้<sup>13</sup> เพราะ ในกฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีขอบเขตที่กว้างกว่าระบบกฎหมายภายใน ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาซึ่งเป็นหนึ่งในบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศสามารถทำหน้าที่ได้หลาย

---

“the necessary corollary of rights. All international rights entail international responsibility.”

<sup>9</sup> Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, with commentaries, 2011, p.2.

<sup>10</sup> P.M. DUPUY, “The International Law of State Responsibility: Revolution or Evolution?”, *Michigan Journal of International Law* (1990), p.11.

<sup>11</sup> H.Kelsen, *The 'orie du droit international public'* (1953-III) 84 Recueil des cours 1, 87.

<sup>12</sup> G Arangio-Ruiz, Fifth Report on State Responsibility, ILC Yearbook 1993, Vol.II (1), 56 (para. 256)

<sup>13</sup> The ‘Rainbow Warrior’ (France/New Zealand), 30 April 1990, para. 75.

“the general principles of International Law concerning State responsibility are equally applicable in the case of breach of treaty obligation, since in the international law field there is no distinction between contractual and tortious responsibility, so that any violation of a State any obligation, of whatever origin gives rise to State responsibility.”

ประการในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น สามารถก่อตั้งสถาบันเพื่อตอบสนองต่อประโยชน์สาธารณะ, สามารถทำหน้าที่ของการบัญญัติเป็นกฎหมายเพื่อให้เกิดเป็นความตกลงอันมีลักษณะเป็นสัญญาในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะระหว่างรัฐคู่สัญญา จึงต่างจากระบบกฎหมายภายในที่ไม่มีความแตกต่างของหน้าที่ดังกล่าว<sup>14</sup>

แม้ว่าหลักกฎหมายในเรื่องความรับผิดชอบทางระหว่างประเทศจะมีมานานแล้วก็ตาม แต่ก็เพิ่งจะปรากฏชัดเจนในครั้งหลังของศตวรรษที่ 19 โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากการยืนยันของอนุญาโตตุลาการ และจนถึงปัจจุบันหลักกฎหมายในเรื่องนี้ถึงจะมีบ่อเกิดที่สำคัญในรูปของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่สารัตถะในบางเรื่องยังปราศจากความชัดเจน ดังนั้น ในปี.ศ.2001 คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศจึงได้บัญญัติร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐขึ้น (Draft Articles on Responsibility of State for Internationally Wrongful Acts: ARSIWA) โดยมีผู้รับผิดชอบในการยกร่างคือ F.V. Garcia-Amador, R. Ago, R.B. Quentin-Baxter, W. Riphagen, G. Arangio-Ruiz, J. Barboza และ James Crawford<sup>15</sup>

จะเห็นได้ว่า เดิมในทางกฎหมายระหว่างประเทศนั้นถือว่ารัฐเท่านั้นที่เป็นบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความสำคัญที่สุด แต่ต่อมาเมื่อองค์การระหว่างประเทศมีจำนวนมากขึ้น และมีบทบาทในเรื่องต่างๆอย่างกว้างขวาง จากแนวความคิดเดิมที่ถือว่ารัฐเท่านั้นที่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศจึงเกิดปัญหาว่าองค์การระหว่างประเทศนั้นมีสภาพบุคคลหรือไม่ ทั้งนี้ก็เพราะ “สภาพบุคคล” ถือเป็นตัวกำหนดว่าจะมีความรับผิดชอบได้หรือไม่ สำหรับปัญหานี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีการวินิจฉัยสภาพบุคคลขององค์การสหประชาชาติไว้อย่างชัดเจนในความเห็นแนะนำในคดี Advisory Opinion on Reparation of injuries suffered in the Service of the United Nations ปี.ศ.1949 โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวไว้ว่า องค์การสหประชาชาติมีสภาพบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเห็นได้จากในคำพิพากษาที่กล่าวว่า

“สหประชาชาติไม่สามารถที่จะกระทำตามเจตนารมณ์ของผู้ก่อตั้งได้ ถ้าหากสหประชาชาติหลีกเลี่ยงสภาพบุคคลตามกฎหมาย ... ดังนั้น ศาลจึงต้องสรุปว่า องค์การมีสภาพบุคคลในทางระหว่างประเทศ”<sup>16</sup>

<sup>14</sup> James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson, *The Law of International Responsibility*, (Oxford University Press: 2010), p.21.

<sup>15</sup> จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550), หน้า 474.

<sup>16</sup> Advisory Opinion on Reparation of injuries suffered in The Services of The United Nations, I.C.J. Reports, 1949.

“...John Cerone, "Minding the Gap: Outlining Kfor Accountability in Post-Conflict Kosovo," *European Journal of International Law* (2001).could not carry out the intention of its founders if it were devoid of legal personality. ... Accordingly, the Court has come to the conclusion that the Organization is an international person.”



นอกจากนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังได้มีโอกาสให้ความเห็นแนะนำเรื่องสภาพบุคคลขององค์การอนามัยโลก (World Health Organization: WHO) ว่ามีสภาพบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ในคดี Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt<sup>17</sup> แสดงให้เห็นว่า หลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดการมีสภาพบุคคลในความเห็นแนะนำนี้สามารถนำไปปรับใช้กับการพิจารณาสภาพบุคคลขององค์การระหว่างประเทศอื่นๆได้อีกด้วย

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าองค์การระหว่างประเทศนั้นมีสภาพบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยถือเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่รัฐทุกรัฐจะต้องผูกพันตามหลักกฎหมายดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม ขอบเขตของการมีสิทธิและการใช้สิทธิอันเกิดจากการมีสภาพบุคคลขององค์การระหว่างประเทศแต่ละองค์การนั้นอาจแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับสนธิสัญญาก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศนั้นๆเป็นสำคัญ ทำให้องค์การระหว่างประเทศสามารถที่จะมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบด้วยตนเองได้

ในแรกเริ่มนั้น คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศมีความคิดที่จะเพิ่มเรื่องความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศเข้าไปในร่างข้อบทความรับผิดชอบของรัฐแต่ก็ยังไม่ประสบความสำเร็จ<sup>18</sup> จนต่อมาในปี.ศ.2002 คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศจึงได้ยกร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ (Draft Articles on the Responsibility of International Organizations: DARIO)<sup>19</sup> เพื่อรองรับความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศไว้ด้วย โดยมี

---

<sup>17</sup> Advisory Opinion on Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, I.C.J. Reports, 1980, p.89-90, para.37.

“International organizations are subjects of international law and, as such are bound by any obligations incumbent upon them under general rules of international law, under their constitutions or international agreements to which they are parties.”

<sup>18</sup> Report by Mr. Roberto Ago, document A/CN.4/152. p.228.

“The Subcommittee’s suggestion that the study of the responsibility of other subjects of international law, such as international organizations, should be left aside also met with the general approval of the members of the Commission.”

<sup>19</sup> คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ ได้ใช้คำว่า “responsibility” ที่ถูกพิจารณาว่าเป็น secondary rules เนื่องจากเป็นผลลัพธ์ทางกฎหมายที่มีการละเมิดพันธกรณีในขณะที่คำว่า “liability” จะใช้ในกรณีที่มีความรับผิดชอบไม่ว่าจะเกิดจากการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ชอบกฎหมายก็ได้ แต่สำหรับคำว่า “accountability” เป็นคำที่ International Law Association เป็นผู้บัญญัติ โดยคำว่า “accountability” นี้จะมีหลายรูปแบบ เช่น ด้านการเงิน ด้านการเมือง ด้านกฎหมาย เป็นต้น และจาก The International Law Association, Report of the Seventy-first Conference, held in Berlin, 2004 แบ่งออกเป็น 3 ระดับ ได้แก่

“First level – internal and external scrutiny, irrespective of subsequent liability and responsibility, second-level – tortious liability for injurious consequences arising out of acts or omissions not involving a breach of any rule of international and/or institutional law, third level – responsibility arising out of acts or omissions which do constitute a breach of a rule of international and/or institutional law.”

ผู้รับผิดชอบในการยกร่างคือ G. Gaja ซึ่งร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศนี้ จะมีลักษณะคล้ายคลึงกับร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ทำให้สามารถนำมาใช้โดยการเทียบเคียงได้ (Analogy) แต่ก็มีได้หมายความว่า จะสามารถนำกฎเกณฑ์ในหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบของรัฐมาปรับใช้กับหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศได้ทุกกรณี เพราะองค์การระหว่างประเทศมีลักษณะพิเศษบางประการที่แตกต่างจากรัฐ<sup>20</sup> และเมื่อพิจารณาจากพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของระบบกฎหมายระหว่างประเทศที่ให้ความสำคัญกับรัฐแล้ว ทำให้หลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐนั้นได้รับการพัฒนาเป็นอย่างมาก ต่างกับหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศที่ยังไม่ได้รับการพัฒนามากเท่าที่ควร

## 2.2 หลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศตามร่างข้อบ่งชี้ของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (Draft Articles on the Responsibility of International Organizations)

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า เดิมทีคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศมีความคิดที่จะยกร่างหลักกฎหมายในเรื่องความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศไว้ในร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ แต่ความคิดดังกล่าวยังไม่ประสบความสำเร็จ ดังนั้น ในปีค.ศ.2002 คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศจึงได้ตัดสินใจที่จะดำเนินการบัญญัติหลักกฎหมายในเรื่องความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ แยกออกมาเป็นร่างข้อบ่งชี้ฉบับต่างหาก โดยสานต่อจากที่ร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐข้อ 57<sup>21</sup> ได้เปิดช่องเอาไว้<sup>22</sup> ทั้งนี้ร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศมีขอบเขตจำกัดอยู่เฉพาะในบริบทที่องค์การระหว่างประเทศจะต้องรับผิดชอบภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ และยังรวมถึงกรณีความรับผิดชอบของรัฐในการกระทำขององค์การระหว่างประเทศด้วย<sup>23</sup> แต่ไม่รวมความรับผิดชอบภายใต้กฎหมายภายในซึ่งอยู่นอกขอบเขตของร่างข้อบ่งชี้ และก็ไม่เป็นการตัดความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศหากจะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายภายใน<sup>24</sup> และยังไม่รวมถึง

---

คำว่า “accountability” จึงมีความหมายที่กว้างกว่าคำว่า “responsibility” ซึ่งเป็นเพียงแต่ความรับผิดชอบทางกฎหมายเท่านั้น ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน Moshe Hirsch, *The Responsibility of International Organizations Toward Third Parties: Some Basic Principles*, (Martinus Nijhoff Publishers: 1995), p.7.

<sup>20</sup> Moshe Hirsch, *The Responsibility of International Organizations Toward Third Parties: Some Basic Principles*, (Martinus Nijhoff Publishers: 1995), p.11.

<sup>21</sup> Draft Articles on Responsibility of State for Internationally Wrongful Acts, Article 57 “They are without prejudice to any question of the responsibility under international law of an international organization, or of any States for the conduct of an international organization.”

<sup>22</sup> DARIO, with commentaries, 2011, p.2, para.(2).

<sup>23</sup> DARIO,

Article 1 “1. The present draft articles apply to the international responsibility of an international organization for an internationally wrongful act.

2. The present articles also apply to the international responsibility of a State for an internationally wrongful act in connection with the conduct of an international organization.”

<sup>24</sup> DARIO, with commentaries, 2011, p.4, para (3).

กรณีความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่มิได้ต้องห้ามตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วย<sup>25</sup>

ดังนั้น แนวทางการปรับใช้ร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดขององค์การระหว่างประเทศจึงมีแนวทางเดียวกันกับร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดของรัฐ อย่างไรก็ตามร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดของรัฐก็มีความชัดเจนและมีทางปฏิบัติในการปรับใช้มากกว่าร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดขององค์การระหว่างประเทศ ทั้งนี้ก็เพราะทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายในเรื่องความรับผิดขององค์การระหว่างประเทศเพิ่งพัฒนาเป็นระยะเวลาไม่นานนัก และยังมีตัวอย่างกระบวนการระงับข้อพิพาทต่อบุคคลภายนอกที่องค์การระหว่างประเทศที่จำกัด และองค์การระหว่างประเทศเองก็ไม่ประสงค์ที่จะเปิดเผยเรื่องดังกล่าว ทำให้ร่างข้อบ่งชี้จึงยังมีลักษณะที่เป็นพัฒนาการที่ก้าวหน้าเท่านั้น (Progressive development)<sup>26</sup>

แม้ว่าร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดของรัฐกับร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดขององค์การระหว่างประเทศจะมีลักษณะที่คล้ายคลึงก็ตาม แต่ทั้งนี้เนื่องจากองค์การระหว่างประเทศมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากรัฐ และแม้แต่ในระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันเองก็ยังมีลักษณะที่แตกต่างกันไปตามแต่ละองค์การ กล่าวคือ แต่ละองค์การระหว่างประเทศนั้นก่อตั้งขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่อย่างเฉพาะเจาะจงจึงทำให้มีความแตกต่างกันทั้งด้านอำนาจหน้าที่ ขนาดของสมาชิก ความสัมพันธ์ระหว่างองค์การและรัฐสมาชิก โครงสร้าง รวมถึงพันธกรณีของแต่ละองค์การผูกพัน ดังนั้น จากลักษณะพิเศษที่แตกต่างกันไปขององค์การระหว่างประเทศนี้ ทำให้หลักกฎหมายในร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดขององค์การระหว่างประเทศบางข้อเองก็ไม่สามารถนำมาปรับกับบางองค์การระหว่างประเทศได้ ทั้งนี้จะต้องพิจารณาจากอำนาจหน้าที่ของแต่ละองค์การเป็นสำคัญ<sup>27</sup> เห็นได้จากในความเห็นเชิงแนะนำของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเรื่อง Advisory Opinion on the Legality of the use by a State of Nuclear Weapon in Armed Conflict ที่กล่าวไว้ว่า

“องค์การระหว่างประเทศอยู่ภายใต้ ‘หลักการของลักษณะพิเศษ’ กล่าวคือ องค์การระหว่างประเทศซึ่งก่อตั้งโดยรัฐได้ให้อำนาจแก่องค์การ และจำกัดหน้าที่ที่รัฐได้ผลประโยชน์ร่วมกัน”<sup>28</sup>

<sup>25</sup> Ibid, p.4, para.(5).

<sup>26</sup> Ibid, p.2, para (5).

<sup>27</sup> Ibid, p.3, para.(7).

<sup>28</sup> Advisory Opinion on the Legality of the use by a State of Nuclear Weapon in Armed Conflict, I.C.J. Reports 1996, p.78, para.25.

“International Organizations are governed by the ‘principle of speciality’, that is to say, they are invested by the States which create them with powers, the limits of which are a function of the common interests whose promotion those States entrust to them.”

โดยคำว่า “องค์การระหว่างประเทศ” ตามที่บัญญัติไว้ในร่างข้อบนี้ หมายถึงแต่เฉพาะองค์การระหว่างประเทศที่ก่อตั้งขึ้นโดยสนธิสัญญาและธรรมนูญสารตามกฎหมายระหว่างประเทศ และจะต้องมีสภาพบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วย<sup>29</sup> โดยต้องมีสภาพบุคคลแยกออกจากรัฐสมาชิก เพราะเป็นเงื่อนไขที่สำคัญที่ทำให้ทุกการกระทำที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศขององค์การระหว่างประเทศจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบและจากที่มีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากกันเช่นนี้ หากมีการกระทำผิดที่ถือได้ว่าเป็นของรัฐสมาชิกและองค์การระหว่างประเทศแล้ว ก็สามารถถือได้ว่าทั้งคู่ต้องรับผิดชอบด้วย<sup>30</sup>

จากหลักกฎหมายในร่างข้อบที่ว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศข้อ 3 ที่บัญญัติว่า “ทุกการกระทำผิดระหว่างประเทศ ก่อให้เกิดความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ”<sup>31</sup> และข้อ 4 ที่บัญญัติว่า

“การกระทำผิดระหว่างประเทศขององค์การระหว่างประเทศ จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีการกระทำหรืองดเว้นการกระทำซึ่ง

(ก) สามารถถือได้ว่าเป็นขององค์การระหว่างประเทศภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

(ข) เป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศขององค์การระหว่างประเทศนั้น”<sup>32</sup>

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายดังกล่าวสามารถแยกเป็นองค์ประกอบได้ดังต่อไปนี้

### 2.2.1 องค์ประกอบในเรื่องการกระทำผิดระหว่างประเทศขององค์การระหว่างประเทศ

การกระทำผิดกฎหมายระหว่างประเทศที่จะทำให้องค์การระหว่างประเทศจะต้องมีความรับผิดชอบนั้นจะต้องเข้าหลักเกณฑ์ 2 ประการ คือ ประการแรก การกระทำผิดนั้นจะต้องเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ และประการที่สอง การกระทำผิดนั้นจะต้องถือได้ว่าเป็นการ

<sup>29</sup> DARIO,

Article 2 “... (a) “International organization means an organization established by a treaty or other instrument governed by international law and possessing its own international legal personality. International organizations may include as members, in addition to States, other entities; ...”

<sup>30</sup> DARIO, with commentaries, 2011, p.4, para.(5).

<sup>31</sup> DARIO,

Article 3 “ Every internationally wrongful act of an international organization entails the international responsibility of that organization”

<sup>32</sup> Ibid, Article 4 “ There is an international wrongful act of an international organization when conduct consisting of an action or omission:

(a) is attributable to that organization under international law; and

(b) constitutes a breach of an international obligation of that organization.”

กระทำขององค์การระหว่างประเทศ<sup>33</sup> ทั้งนี้เนื่องจากการที่องค์การระหว่างประเทศนั้นมีสภาพเป็นนิติบุคคลหรือบุคคลนามธรรม (Abstract Person) การกระทำต่างๆขององค์การระหว่างประเทศจะกระทำผ่านผู้มีอำนาจกระทำการแทน ซึ่งอาจเป็นเป็นองค์กร (Organ) หรือเจ้าหน้าที่ (Agent) ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาได้ ดังนั้น จึงต้องพิจารณาว่าการกระทำของผู้นั้นสามารถถือว่าเป็นการกระทำขององค์การระหว่างประเทศได้หรือไม่

### 2.2.1.1 การกระทำความผิดระหว่างประเทศ (Internationally Wrongful Act)

คำว่า “การกระทำผิดกฎหมาย” ในที่นี้อาจอยู่ในรูปของทั้งการกระทำการและการงดเว้นกระทำการ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่าเป็นการละเมิดพันธกรณีให้ต้องกระทำการหรือพันธกรณีในการงดเว้นกระทำการ แต่การกระทำผิดนั้นต้องเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป<sup>34</sup> ทั้งนี้ไม่ว่าพันธกรณีดังกล่าวจะเป็นพันธกรณีตามสนธิสัญญา หรือจากบ่อเกิดอื่นในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่ผูกพันองค์กรนั้น เห็นได้จากความเห็นเชิงแนะนำของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในเรื่อง Advisory Opinion on Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt ที่กล่าวไว้ว่า

“องค์การระหว่างประเทศเป็นผู้ทรงสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศ และในฐานะเช่นนั้นทำให้ผูกพันตามพันธกรณีต่างๆที่อยู่เหนือตน ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ภายใต้ธรรมนูญของตน หรือความตกลงระหว่างประเทศอื่นๆที่ตนเป็นภาคี”<sup>35</sup>

จากความเห็นในคดีดังกล่าว อาจกล่าวได้ว่า หลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบในกฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้ให้ความสำคัญกับต้นกำเนิดของพันธกรณีที่ถูกละเมิด<sup>36</sup> เพราะพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นสามารถปรากฏออกมาได้หลายรูปแบบ เช่น สนธิสัญญา กฎหมายจารีต

<sup>33</sup> E. Butkiewicz, “The Premises of International Responsibility of Inter-Governmental Organizations”, *Polish Yearbook of International Law* (1981-1982), pp.118-125.

<sup>34</sup> DARIO,  
Article 5 “ The characterization of an act of an international organization as internationally wrongful is governed by international law”

<sup>35</sup> Advisory Opinion on Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, I.C.J. Reports, 1980, pp.89-90, para.37.

“International organizations are subjects of international law and, as such are bound by any obligations incumbent upon them under general rules of international law, under their constitutions or international agreements to which they are parties.”

<sup>36</sup> DARIO,  
Article 10 “1 . There is a breach of an international obligation by an international organization when an act of the international organization is not in conformity with what is required of it by that obligation, regardless of the origin or character of the obligation concerned.

2. Paragraph 1 includes the breach of any international obligation that may arise for an international organization towards its members under the ruled of that organization.”

ประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป รวมถึงกฎเกณฑ์ขององค์การระหว่างประเทศด้วย แต่อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่าหากเป็นการละเมิดกฎเกณฑ์ขององค์การระหว่างประเทศแล้วจะเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศเสมอไป<sup>37</sup> นอกจากนี้ปัจจุบันยังมีแนวโน้มที่จะยอมรับที่มาใหม่ (New Sources) เช่น การกระทำฝ่ายเดียว ที่สำหรับองค์การระหว่างประเทศ เรียกว่า “ข้อมติ” (Resolution) ซึ่งเป็นปัญหาในทางทฤษฎีของกฎหมายระหว่างประเทศว่าที่มาแห่งพันธกรณีระหว่างประเทศที่กล่าวมาข้างต้นมีสถานะทางกฎหมาย (Legal Status) เพียงใด กล่าวคือ เป็นพันธกรณีที่มีลักษณะเป็นกฎหมาย (Legal Obligation) หรือเป็นเพียงพันธกรณีที่มีลักษณะเป็นศีลธรรมหรืออัยาศัยไมตรีอันดีเท่านั้น<sup>38</sup> สำหรับระยะเวลาในการละเมิดพันธกรณีนั้น จะต้องมีการละเมิดขณะที่พันธกรณีนั้นมีผลใช้บังคับอยู่ด้วย<sup>39</sup>

### 2.2.1.2 หลักเกณฑ์การวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นถือ หรือ กล่าวอ้างได้ว่าเป็นขององค์การระหว่างประเทศ (Attribution of Conduct)

จากการศึกษาร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ สามารถแบ่งหลักเกณฑ์ในเรื่องการวินิจฉัยว่า การกระทำหรือการงดเว้นการกระทำใดที่สามารถถือ หรือกล่าวอ้างได้ว่าเป็นขององค์การระหว่างประเทศ ออกได้เป็น 4 ลักษณะได้ ดังนี้

#### 1) การกระทำขององค์กร (Organ) หรือเจ้าหน้าที่ (Agent) ขององค์การระหว่างประเทศ<sup>40</sup>

ในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ ได้กำหนดให้ถือได้ว่าเป็นการกระทำขององค์การระหว่างประเทศ ถ้าได้กระทำโดยองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศนั่นเองโดยองค์กรหรือเจ้าหน้าที่นี้ไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น แต่อาจมีสภาพเป็นนิติบุคคลหรือไม่มีสภาพเป็นนิติบุคคลก็ได้ เพราะฉะนั้น คำว่า “เจ้าหน้าที่” (Agent) จึงต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงว่าต้องเป็นผู้ที่ทำหน้าที่ของตนให้แก่องค์การระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะมิตำแหน่งอย่างเป็นทางการ (Official Status) ใดๆ และไม่ว่าจะถูกจ้างอย่างถาวรหรือได้รับค่าตอบแทนจากองค์การระหว่างประเทศหรือไม่ก็ตาม โดยหลักการนี้ได้ปรากฏอยู่ในคดีศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ในความเห็นเชิงแนะนำคดี Advisory Opinion on Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations ที่กล่าวไว้ว่า

<sup>37</sup> DARIO, with commentaries, 2011, p.33, para.(7).

<sup>38</sup> ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิชย์, ปัญหาองค์ประกอบเพื่อความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ, วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า.134.

<sup>39</sup> DARIO,

Article 11 “An act of an international organization does not constitute a breach of an international obligation unless the organization in question at the time the act occurs.”

<sup>40</sup> Ibid, Articles 6 “ 1.The conduct of an organ or agent of an international organization in performance of functions of that organ or agent shall be considered an act of that organization under international law, whatever position the organ or agent holds in respect of the organization 2. The rules of organizations apply in the determination of the function of its organs and agents.”

“ศาลเข้าใจคำว่า ‘เจ้าหน้าที่’ ในความหมายที่กว้างที่สุด กล่าวคือ บุคคลใดก็ได้ ไม่ว่าจะได้รับคำสั่งอย่างเป็นทางการ หรือถูกจ้างอย่างเป็นทางการถาวรหรือไม่ โดยต้องดำเนินการหรือช่วยดำเนินการในหน้าที่ขององค์กรนั้น”<sup>41</sup>

นอกจากจะต้องเป็นการกระทำขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ขององค์กรระหว่างประเทศแล้ว การกระทำดังกล่าวจะต้องกระทำภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ขององค์กรระหว่างประเทศด้วย ตามที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้ความเห็นเชิงแนะนำในคดี Advisory Opinion on Difference relating to immunity from legal process of a special rapporteur of the Commission on Human Rights ที่กล่าวไว้ว่า

“ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ขององค์การสหประชาชาติ หรือเจ้าหน้าที่ขององค์กร องค์การสหประชาชาติจะต้องมีความรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าว”<sup>42</sup>

จากความเห็นเชิงแนะนำที่กล่าวมาข้างต้น แม้จะเป็นการพิจารณาในกรณีขององค์การสหประชาชาติ แต่ก็สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีองค์กรระหว่างประเทศอื่นๆได้ กล่าวคือ หากองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ขององค์กรระหว่างประเทศได้กระทำความผิดอันอยู่ในขอบวัตถุประสงค์ขององค์กรระหว่างประเทศแล้ว องค์กรระหว่างประเทศก็ต้องรับผิดชอบ แต่ถ้าหากเป็นการกระทำที่เข้าไปในทางส่วนตัว (Private Capacity) ของเจ้าหน้าที่แล้ว องค์กรระหว่างประเทศก็ไม่ต้องรับผิดชอบ

## 2) การกระทำขององค์กรของรัฐหรือองค์กร/เจ้าหน้าที่ขององค์กรระหว่างประเทศอื่นที่กระทำในนามของอีกองค์กรระหว่างประเทศหนึ่ง (Placed at Disposal)<sup>43</sup>

<sup>41</sup> Advisory Opinion on Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, I.C.J. Reports 1949, p.177.

“ The court understands the word ‘agent’ in the most liberal sense, that is to say, any person who, whether a paid official or not, and whether permanently employed or not, has been charged by an organ of that organization with carrying out, or helping to carry out, one of its functions – in short, any person through whom it acts.”

<sup>42</sup> Advisory Opinion on Difference relating to immunity from legal process of a special rapporteur of the Commission on Human Rights, I.C.J. Reports 1999, p.66.

“ [...] damages incurred as a result of acts performed by the United Nations or by its agents acting in their official capacity [t]he United Nations may be required to bear responsibility for the damage arising from such acts.”

<sup>43</sup> DARIO,

เป็นกรณีที่องค์การระหว่างประเทศได้ขอยืม (Borrow) องค์การของรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศอื่นมากระทำในนามของตน โดยองค์การที่ถูกริเริ่มมานั้นจะกระทำหน้าที่ที่เป็นเสมือนส่วนหนึ่งขององค์การระหว่างประเทศ ถ้าองค์การระหว่างประเทศผู้ยืมนั้นไม่อำนาจควบคุมเหนือการกระทำนั้นได้อย่างแท้จริง (Effective Control) โดยองค์การที่ถูกริเริ่มมานั้นไม่จำเป็นที่จะต้องมีความเชื่อมโยงทางกบองค์การระหว่างประเทศอย่างถาวร<sup>44</sup> ตัวอย่างเช่น ในกรณีกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ ที่องค์การสหประชาชาติต้องอาศัยรัฐสมาชิกในการจัดส่งกองกำลังมาเข้าร่วมปฏิบัติการกิจ เป็นต้น โดยจะขอกกล่าวถึงรายละเอียดของเรื่องนี้ต่อไป

### 3) การกระทำเกินอำนาจหน้าที่หรือขัดคำสั่งขององค์กร/เจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศ<sup>45</sup> (Ultra Vires)

เป็นกรณีที่องค์กรหรือเจ้าหน้าที่กระทำเกินอำนาจหน้าที่ (exceed the authority) หรือขัดคำสั่ง (contravene instruction) ขององค์การระหว่างประเทศ แต่การกระทำดังกล่าวยังคงกระทำไปภายใต้อำนาจหน้าที่ (official capacity) ขององค์การระหว่างประเทศ หรือแม้เป็นกรณีที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศแต่การกระทำนั้นเกินอำนาจหน้าที่ขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่เอง การกระทำดังกล่าวก็ยังถือคองว่าเป็นการกระทำขององค์การระหว่างประเทศ<sup>46</sup> โดยองค์การระหว่างประเทศจะต้องรับผิดชอบบุคคลภายนอก ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะมีผลสมบูรณ์ภายใต้กฎเกณฑ์ขององค์การระหว่างประเทศหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลภายนอก ซึ่งหลักการนี้ได้ปรากฏอยู่ในความเห็นเชิงแนะนำของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในเรื่อง Advisory Opinion on the Certain Expenses of the United Nations ที่กล่าวว่า

“ถ้ายอมรับว่าการกระทำในกรณีปัญหาอยู่ในขอบเขตขององค์การ แต่ได้กระทำในลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับการแบ่งหน้าที่ของแต่ละองค์กรตามที่กฎบัตรได้กำหนดไว้ ซึ่งเป็นเรื่องโครงสร้างภายในขององค์การ หากการกระทำนั้นได้กระทำโดยผิดองค์กรซึ่งไม่สอดคล้องกับโครงสร้างภายในกรณีเช่นนี้ มิได้หมายความว่าค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจะไม่ใช่ค่าใช้จ่ายขององค์การ ทั้งกฎหมายภายในและกฎหมาย

---

Articles 7 “ The conduct of an organ or agent of an international organization that is placed at the disposal of another international organization shall be considered under international law an act of the latter organization if the organization exercises effective control over the conduct.”

<sup>44</sup> Moshe Hirsch, *The Responsibility of International Organizations Toward Third Parties: Some Basic Principles*, p.64.

<sup>45</sup> DARIO,

Articles 8 “ The conduct of an organ or an agent of an international organization shall be considered an act of that organization under international law if the organ or agent acts in an official capacity and within the overall functions of that organization, even if the conduct exceeds the authority of that organ or agent or contravenes instruction.”

<sup>46</sup> DARIO, with commentaries, 2011, p.26, para.(1).



ระหว่างประเทศต่างกำหนดให้ต้องผูกพันต่อบุคคลภายนอกในการกระทำที่เกินอำนาจหน้าที่ (*Ultra Vires*) ของเจ้าหน้าที่”<sup>47</sup>

กรณีการกระทำที่เกินอำนาจหน้าที่นี้แตกต่างกับกรณีที่องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ได้กระทำการนอกหน้าที่ (*Off-duty*) กล่าวคือ หากเป็นการกระทำที่นอกอำนาจหน้าที่แล้วองค์กรระหว่างประเทศก็ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในการกระทำดังกล่าวเลย (เว้นแต่จะเป็นกรณีที่องค์กรระหว่างประเทศมีพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะต้องป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำดังกล่าว องค์กรระหว่างประเทศก็มีความรับผิดชอบได้)<sup>48</sup> ดังเช่นที่ ที่ปรึกษาทั่วไป (*General Counsel*) ของกองทุนทางการเงินระหว่างประเทศ (*International Monetary Fund*) ได้ให้ความเห็นไว้ว่า

“กรณียังถือได้ว่าเป็นการกระทำขององค์กรระหว่างประเทศ แม้เจ้าหน้าที่กระทำการเกินอำนาจหน้าที่ของตน หรือเขาไม่สามารถปฏิบัติตามกฎระเบียบได้ หรือประมาทเลินเล่อ อย่างไรก็ตามการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่มีได้กระทำภายในอำนาจหน้าที่ของตนไม่ถือว่าการกระทำนั้นเป็นขององค์กรระหว่างประเทศ”<sup>49</sup>

#### 4) การกระทำที่องค์กรระหว่างประเทศยอมรับ<sup>50</sup> (*Acceptance*)

เป็นกรณีที่แม้ไม่ใช่การกระทำขององค์กรระหว่างประเทศเองโดยตรง แต่เป็นการกระทำขององค์กร/เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือขององค์กรระหว่างประเทศอื่น แล้วองค์กรระหว่างประเทศนั้นได้รับรู้และยอมรับว่าการกระทำนั้นเป็นของตน หลักการนี้ปรากฏให้เห็นในคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย (*International Criminal Tribunal for the former*

<sup>47</sup> Advisory Opinion on the Certain Expenses of the United Nations, I.C.J. Reports 1962, p.168.

“If it is agreed that the action in question is within the scope of the functions of the Organization but it is alleged that it has been initiated or carried out in a manner not in conformity with the division of the functions among the several organs which the Charter prescribes, on moves to the internal plane, to the internal structure of the Organization. If the action was taken by the wrong organ, it was irregular as a manner of that internal structure, but this would not necessarily mean that the expense incurred was not an expense of the Organization. Both national or international law contemplate cases in which the body corporate or politic may be bound, as to third parties, by an *ultra vires* act of an agent.”

<sup>48</sup> DARIO, with commentaries, 2011, p.2, para.(10).

<sup>49</sup> UN Doc. A/CN.4/545, sect.II.H.

“Attribution may apply even though the official exceeds the authority given to him, he failed to follow rules or he was negligent. However, acts of an official that were not performed in his official capacity would not be attributable to the organization.”

<sup>50</sup> DARIO,

Articles 9 “Conduct which not attributable to an international organization under draft articles 6 to 8 shall nevertheless be considered an act of that organization under international law if and to the extent that the organization acknowledges and adopts the conduct in question as its own.”

Yugoslavia) ในคดี Prosecutor v. Dragon Nikolic<sup>51</sup> ที่ถึงแม้ว่าคดีนี้จะมีประเด็นที่เกี่ยวข้องหลัก หมายความว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ แต่ก็สามารถนำมาเทียบเคียงกับกรณีหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศได้<sup>52</sup>

ข้อนำสังเกตที่สำคัญของร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ ในเรื่องหลักเกณฑ์การวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นถือ หรือ กล่าวอ้างได้ว่าเป็นขององค์การระหว่างประเทศ (Attribution of Conduct) นั้น ก็คือ ในร่างข้อบ่งชี้เพียงแต่วางหลักเกณฑ์ในเชิงบวก (Positive) ว่าการกระทำอย่างใดเป็นขององค์การระหว่างประเทศเท่านั้น แต่มิได้วางหลักเกณฑ์ว่า การกระทำอย่างใดที่ไม่ถือว่าเป็นขององค์การระหว่างประเทศ<sup>53</sup>

นอกจากนี้ ในคำอธิบายร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศยังอธิบายว่า แม้ว่าการกระทำนั้นจะสามารถถือได้ว่าเป็นขององค์การระหว่างประเทศแล้ว ก็ยังถือว่าเป็นการกระทำของรัฐได้ในขณะเดียวกัน ในทางกลับกัน แม้ว่าการกระทำนั้นจะสามารถถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐแล้ว ก็ถือว่าเป็นขององค์การระหว่างประเทศได้เช่นกัน หรือถ้ามีหลายองค์การระหว่างประเทศหรือหลายรัฐเข้ามาเกี่ยวข้อง ก็สามารถถือได้ว่าเป็นการกระทำขององค์การภาวะที่เกี่ยวข้องได้ทั้งหมด กล่าวคือ การกระทำเดียวกันนั้นสามารถถือได้ว่าเป็นของหลายองค์การภาวะได้ (Multiple Attribution) ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่มีการจัดตั้งองค์กรร่วมกัน (Joint Organ) แล้วกระทำการผ่านองค์กรนั้น เป็นต้น แม้ว่าในทางปฏิบัติแล้วจะเกิดขึ้นได้ยากก็ตาม<sup>54</sup>

### 2.2.2 องค์ประกอบในเรื่องความเสียหาย (Damage)

สำหรับในเรื่องความสูญเสีย หรือความเสียหายนั้นเป็นประเด็นปัญหาของนักทฤษฎีกฎหมายระหว่างประเทศว่า เป็นหนึ่งในองค์ประกอบของความรับผิดชอบหรือไม่ แต่ในปัจจุบันก็เป็นที่ยอมรับกันแล้วว่า ความสูญเสีย หรือเสียหายไม่ได้เป็นองค์ประกอบที่จำเป็นแต่อย่างใด เพราะการละเมิดสิทธิในตัวเองก็คือความเสียหายแล้ว<sup>55</sup> ตามที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้อธิบายไว้ว่า

<sup>51</sup> Prosecutor v. Dragon Nikolic, Case No.IT-94-2-PT, ICTY Decision, 9 October 2002, paras.60-64.

<sup>52</sup> DARIO, with commentaries, 2011, p.30, para. (4)(5).

<sup>53</sup> Ibid, p.16, para.(5).

“... the present articles only provide positive criterion of attribution. Thus, the present articles do not point to cases in which conduct cannot be attributed to the organization...”

<sup>54</sup> Ibid, “(4) Although it may not frequently occur in practice, dual or even multiple attribution of conduct cannot be excluded. Thus, attribution of a certain conduct to an international organization does not imply that the same conduct cannot be attributed to a State; nor does attribution of conduct to a State rule out attribution of the same conduct to an international organization. One could also envisage conduct being simultaneously attributed to two or more international organizations, for instance when they establish a joint organ and act through that organ”

<sup>55</sup> James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson, *The Law of International Responsibility*, p.9.

“ความเสียหายไม่ถือเป็นองค์ประกอบของเรื่องความรับผิดชอบระหว่างประเทศขององค์การระหว่างประเทศเช่นเดียวกับในกรณีของรัฐกรณีส่วนใหญ่แล้วการกระทำผิดระหว่างประเทศจะก่อให้เกิดความเสียหายที่เป็นรูปธรรม แต่อย่างไรก็ตามก็เป็นที่ยอมรับกันว่า การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศสามารถเกิดขึ้นได้แม้ไม่มีความเสียหายที่เป็นรูปธรรม ซึ่งการที่จะพิจารณาว่าความเสียหายเป็นองค์ประกอบหรือไม่ ขึ้นอยู่กับเนื้อหาของพันธกรณีปฐมภูมิ”<sup>56</sup>

### 2.2.3 องค์ประกอบในเรื่องการเยียวยาความเสียหาย (Remedy)

ความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศต้องนำมาซึ่งพันธกรณีในการเยียวยาความเสียหาย เช่นเดียวกับในระบบกฎหมายอื่นๆ พันธกรณีดังกล่าวนี้เป็นพันธกรณีใหม่ที่เป็นผลจากการละเมิดพันธกรณีปฐมภูมิ ดังนั้นผู้ละเมิดก็ต้องมีพันธกรณีใหม่หรือทฤษฎีภูมิในการชดใช้เพื่อแทนที่ ดังนั้น เมื่อพิจารณาว่ามีการกระทำหรืองดเว้นการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีขององค์การระหว่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศจึงต้องมีความรับผิดชอบโดยวิธีการเยียวยาความเสียหายตามร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศนี้ ได้กำหนดวิธีการเยียวยาไว้ 2 ประเภทคือ 1) การหยุดการกระทำที่เป็นการละเมิดพันธกรณีและไม่กระทำอีก (Cessation and Non-repetition)<sup>57</sup> ซึ่งตัวอย่างทางปฏิบัติในกรณีนี้มีให้เห็นไม่มากนัก และ 2) การเยียวยาความเสียหาย (Reparation)<sup>58</sup> วิธีการนี้สามารถแบ่งได้อีกเป็น 3 รูปแบบ<sup>59</sup> ได้แก่ การทำให้กลับสู่สภาพเดิมเท่าที่จะเป็นไปได้ (Restitution)<sup>60</sup>, การชดใช้ค่าเสียหาย (Compensation)<sup>61</sup> ซึ่งเป็นวิธีการเยียวยาความเสียหายที่

<sup>56</sup> DARIO, with commentaries, 2011, p.14-15, para.(3).

“Again as in the case of States, damages does not appear to be an element necessary for international responsibility of an international organization to arise. In most cases an international wrongful act will entail material damage. However, it is conceivable that the breach of an international obligation occurs in the absence of any material damage. Whether the damage will be required or not depends on the content of the primary obligation.”

<sup>57</sup> DARIO, *คลังกฎหมายมหาวิทยาลัย*

Article 30 “ The international organization responsible for internationally wrongful act is under an obligation:

(a) to cease that act, if it is continuing:

(b) to offer appropriate assurances and guarantees of non-repetition, if circumstances so require.”

<sup>58</sup> Ibid, Article 31 “1. The responsible international organization is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the international wrongful act. 2. Injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of an international organization.”

<sup>59</sup> Ibid, Article 34 “Full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act shall take the form of restitution, compensation and satisfaction, either singly or in combination, in accordance with the provisions of this Chapter.”

<sup>60</sup> Ibid, Article 35 “An international Organization responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to make restitution, that is, to re-establish the situation which existed before the wrongful act was committed, provided and to the extent that restitution: (a) is not materially impossible: (b) does not involve a burden out of all proportion to the benefit deriving from restitution instead of compensation.”

ได้รับความนิยมนมากที่สุด ตัวอย่างเช่นกรณีฟ้องคดีการสหประชาชาติได้จ่ายค่าเสียหายอันเนื่องจากการกระทำคามผิดของกองกำลังปฏิบัติการเพื่อสันติภาพในคองโก เป็นต้น และการทำให้พึงพอใจ (Satisfaction)<sup>62</sup> เช่นการแสดงความเสียใจโดยกล่าวขอโทษอย่างเป็นทางการ ในกรณีที่ NATO ได้ทิ้งระเบิดสถานทูตจีนที่เบลเกรด<sup>63</sup> เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม กลไกของการเรียกร้องให้องค์การระหว่างประเทศต้องรับผิดชอบถือว่าไม่พัฒนามากนักเพราะ ในส่วนประเด็นว่าองค์การระหว่างประเทศนั้นจะสามารถเป็นโจทก์หรือจำเลยในการพิจารณาของศาลหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้หรือไม่นั้น สามารถแยกพิจารณาเป็น 2 ประการได้ ดังนี้

1) หากสนธิสัญญาก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศบัญญัติไว้ชัดเจนว่าองค์การระหว่างประเทศมีสภาพบุคคลตามกฎหมายภายในของรัฐสมาชิก องค์การระหว่างประเทศก็สามารถเป็นโจทก์หรือจำเลยในศาลภายในของรัฐสมาชิกได้

2) แต่ถ้าในทางระหว่างประเทศนั้น ในสนธิสัญญาก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศเองมิได้บัญญัติไว้ถึงการเป็นโจทก์หรือจำเลย จึงจะต้องไปพิจารณาการความตกลงของศาลหรือของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าจะให้มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีที่พิพาทระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือข้อพิพาทระหว่างองค์การระหว่างประเทศกับองค์การระหว่างประเทศด้วยกันหรือไม่ ตัวอย่างเช่น ในกรณีของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ข้อ 34 วรรคแรกของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ<sup>64</sup> ได้บัญญัติให้ รัฐเท่านั้นที่จะเป็นคู่ความในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ แต่ในกรณีองค์การระหว่างประเทศหรือหน่วยงานขององค์การระหว่างประเทศอาจขอความเห็นเชิง

<sup>61</sup> Ibid, Article 36 “1. The international organization responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to compensate for the damage caused thereby, insofar as such damage is not made good by restitution.

2. The compensation shall cover any financially assessable damage including loss of profits insofar as it established.”

<sup>62</sup> Ibid, Article 37 “1.The international organization responsible for an internationally wrongful act is under obligation to give satisfaction for the injury caused by that act insofar as it cannot be made good restitution or compensation.

2. Satisfaction may consist in an acknowledgement of the breach, an expression of regret, a formal apology or another appropriate modality.

3. Satisfaction shall not be out of proportion to the injury and may not take a form humiliating to the responsible international organization.”

<sup>63</sup> <http://www.ess.uwe.ac.uk/kosovo/Kosovo-Mistakes2.htm> เข้าครั้งสุดท้ายเมื่อ วันที่ 17 มิถุนายน พ.ศ. 2557

“I think we have done what anybody would do in these circumstances, first of all we have acknowledges responsibility clearly, unambiguously, quickly; we have expressed our regrets to the Chinese authorities.”

<sup>64</sup> Statue of the International Court of Justice.

Article 34 (1) “Only states may be parties in cases before the Court.”

แนะนำ (Advisory Opinion) จากศาลได้ตามข้อ 65<sup>65</sup> หรือในกรณีที่ยังคงการระหว่างประเทศที่ขัดแย้งกับรัฐก็อาจเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ ถ้ามีความตกลงระหว่างกัน ตัวอย่างเช่น ข้อ 21(a) ของความตกลงระหว่างสหประชาชาติและสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับสำนักงานใหญ่ของสหประชาชาติ (Agreement between the United Nations and the United States Regarding the Headquarters of the United Nations) ที่บัญญัติว่า ข้อพิพาทใดๆระหว่างสหประชาชาติและสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการตีความหรือการใช้บังคับความตกลงดังกล่าวหรือความตกลงเพิ่มเติมใดๆซึ่งมีอาจะระงับได้โดยการเจรจาหรือวิธีการระงับข้อพิพาทอื่นใดที่ตกลงกันให้เสนอเพื่อวินิจฉัยเป็นที่สุดต่อคณะอนุญาโตตุลาการสามคน โดยคนหนึ่งนั้นให้เลขาธิการสหประชาชาติเป็นผู้ระบุแต่งตั้ง อีกคนหนึ่งให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศของสหรัฐอเมริกาเป็นผู้ระบุแต่งตั้ง และคนที่สามให้เลือกโดยอนุญาโตตุลาการทั้งสอง หรือถ้าหากตกลงกันไม่ได้ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สามก็ให้ประธานศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเป็นผู้แต่งตั้ง<sup>66</sup>

ดังนั้น การที่จะเรียกร้องให้องค์การระหว่างประเทศรับผิดชอบนั้น นอกจากจะต้องพิจารณาว่าเข้าตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความรับผิดชอบแล้ว ยังต้องพิจารณากลไกต่างๆเพื่อให้กล่าวอ้างความรับผิดชอบได้ด้วย

### 2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศกับความรับผิดชอบของรัฐ

เนื่องจากการปฏิบัติการของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ มีประเด็นของรัฐธรรมนูญเข้ามาเกี่ยวข้อง เพราะฉะนั้น ในระดับหนึ่งจึงถือว่าการกระทำของรัฐที่เข้าร่วมในการปฏิบัติการขององค์การระหว่างประเทศ ดังนั้นจึงมีประเด็นทางกฎหมายที่ต้องจะพิจารณาในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและองค์การระหว่างประเทศในบริบทของความรับผิดชอบระหว่างประเทศ

จากการที่ร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐมีเพียงบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดของรัฐ รวมถึงกรณีของรัฐต้องรับผิดชอบในการกระทำของกระทำของรัฐอื่นด้วย ซึ่งได้แก่กรณีที่รัฐหนึ่งช่วยเหลือหรือสนับสนุน หรือสั่งและควบคุม หรือข่มขู่ให้อีกรัฐหนึ่งกระทำความผิด และกรณีที่องค์การของรัฐหนึ่งกระทำความผิดในนามของอีกรัฐหนึ่งเท่านั้น และข้อ 57 ของข้อบทดังกล่าว ได้บัญญัติว่า “ข้อบทฉบับนี้จะไม่เป็นการตัดปัญหาเรื่องความรับผิดชอบภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศขององค์การระหว่างประเทศ หรือความรับผิดชอบของรัฐในการกระทำขององค์การระหว่างประเทศ”<sup>67</sup> แสดงให้เห็นว่า

<sup>65</sup> Ibid, Article 65 “The Court may give an advisory opinion on any legal question at the request of whatever body may be authorized by or in accordance with the Charter of the United Nations to make such a request.”

<sup>66</sup> จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่มที่ 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน.2552), หน้า. 221-223.

<sup>67</sup> Draft Articles on Responsibility of State for Internationally Wrongful Acts,

ขอบเขตของร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐนี้ไม่รวมถึงกรณีที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ และกรณีที่มีความเกี่ยวพันทั้งกับรัฐและองค์การระหว่างประเทศ ได้แก่ กรณีที่รัฐช่วยเหลือสนับสนุน หรือสั่งและควบคุม หรือข่มขู่ให้องค์การระหว่างประเทศให้กระทำความผิด หรือกรณีที่องค์การรัฐกระทำการในนามขององค์การระหว่างประเทศ และในทางกลับกัน คือกรณีที่องค์การระหว่างประเทศช่วยเหลือสนับสนุน สั่งและควบคุม หรือข่มขู่ให้รัฐกระทำความผิด และกรณีที่รัฐจะต้องรับผิดชอบเนื่องจากเป็นรัฐสมาชิกขององค์การระหว่างประเทศ กรณีทั้งหลายคือความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ หรือกรณีที่มีความเกี่ยวพันกับทั้งรัฐและองค์การระหว่างประเทศ ที่กล่าวมานี้ จะถูกบัญญัติไว้ในร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศแทน เห็นได้จากร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ ข้อ 1 ที่บัญญัติว่า

- “1. ร่างข้อบ่งชี้ฉบับนี้จะปรับใช้กับเรื่องความรับผิดชอบระหว่างประเทศขององค์การระหว่างประเทศสำหรับการกระทำความผิดระหว่างประเทศ
2. ร่างข้อบ่งชี้ฉบับนี้ยังปรับใช้กับเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในการกระทำที่เกี่ยวข้องกับองค์การระหว่างประเทศ.”<sup>68</sup>

ดังนั้น ร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศจึงอุดช่องว่างที่ร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐมิได้บัญญัติไว้ โดยยังสามารถนำมาหลักกฎหมายในร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐในเรื่องที่รัฐช่วยเหลือสนับสนุน สั่งและควบคุม หรือข่มขู่ให้รัฐหนึ่งให้กระทำความผิด มาปรับใช้โดยเทียบเคียงกับหลักกฎหมายในร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศได้ด้วย<sup>69</sup> อีกทั้งหากในสถานการณ์เดียวกัน อาจมีกรณีที่ทั้งองค์การระหว่างประเทศและรัฐละเมิดพันธกรณีของตนเองก็ไม่ได้ให้อีกองคภาวะหนึ่งหลุดพ้นจากความรับผิดไปด้วย ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่องค์การระหว่างประเทศร่วมมือกับรัฐในการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศซึ่งทั้งคู่มีความผูกพัน

## จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Article 57 “They are without prejudice to any question of the responsibility under international law of an international organization, or of any States for the conduct of an international organization.”

<sup>68</sup> DARIO,

Article 1 “1. The present draft articles apply to the international responsibility of an international organization for an internationally wrongful act. 2. The present draft articles also apply to the international responsibility of State for an internationally wrongful act in connection with the conduct of an international organization.”

<sup>69</sup> DARIO, with commentaries, 2011, p.5, para.(7).

“The wording of Chapter IV of Part One of the articles on the responsibility of States for internationally wrongful acts only refers to the cases in which a State aids or assists, directs and controls, or coerces another State. Should the question of similar conduct by a State with regard to an international organization not be regarded as covered, at least by analogy, in the articles on responsibility of States for internationally wrongful acts, the present draft articles fill the resulting gap. “

หรือในกรณีที่การกระทำความผิดนั้นสามารถถือได้ว่าเป็นของทั้งองค์การระหว่างประเทศและรัฐได้ ขณะเดียวกัน ซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบของทั้งองค์การระหว่างประเทศและรัฐ<sup>70</sup>

## 2.4 การพิจารณาปัญหาความรับผิดในการกระทำของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ

ปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดขององค์การระหว่างประเทศ ส่วนใหญ่เป็นปัญหาในเรื่องความรับผิดในลักษณะละเมิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่กองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินของบุคคลหรือของรัฐที่เข้าไปปฏิบัติการ ซึ่งทั้งรัฐที่ส่งกองกำลังเข้ามาร่วมปฏิบัติการและองค์การสหประชาชาติต่างก็ต้องการปฏิเสธไม่ต้องการรับผิดชอบในการกระทำดังกล่าว กรณีจึงมีปัญหาว่าหากกองกำลังนั้นไปกระทำความผิดแล้ว รัฐหรือองค์การสหประชาชาติที่จะต้องมีความรับผิดในการกระทำความผิดนั้น อันเป็นประเด็นที่มีความสำคัญและเกี่ยวพันทั้งการเมืองและกฎหมายระหว่างประเทศที่ซับซ้อนและยังไม่อาจหาข้อยุติที่ชัดเจนได้ เพราะ รัฐที่ส่งกองกำลังได้กล่าวอ้างว่ากองกำลังของตนได้กระทำหน้าที่ในนามขององค์การสหประชาชาติ ในขณะที่องค์การสหประชาชาติก็ถกเถียงว่ารัฐที่ส่งกองกำลังยังคงมีอำนาจบางประการเหนือกองกำลัง เช่น เรื่องเขตอำนาจทางอาญา เรื่องการลงโทษทางวินัย เป็นต้น ดังนั้น เพื่อที่จะวินิจฉัยปัญหาความรับผิดในกรณีนี้ จึงจำเป็นต้องศึกษาถึงลักษณะ การจัดตั้ง และสายการบังคับบัญชาของกองกำลังเสียก่อน เพื่อพิจารณาว่าองค์การระหว่างประเทศหรือรัฐที่ส่งกองกำลังที่มีอำนาจในการควบคุมเหนือกองกำลัง ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่จะนำไปสู่การวินิจฉัยของความรับผิดในการกระทำของกองกำลังตามที่คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้วางหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยไว้ในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดขององค์การระหว่างประเทศต่อไป

### 2.4.1 ฐานทางกฎหมาย วิวัฒนาการและลักษณะทั่วไปของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ

แม้ว่ารัฐจะมีสิทธิอันชอบธรรมในอันที่จะใช้กำลังทหารในการป้องกันเอง แต่รัฐก็ยังแสวงหาหลักประกันเพิ่มเติมในการแสวงหาความมั่นคงของรัฐและดำรงไว้ซึ่งเอกราชและอธิปไตยของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากการรวมตัวกันในรูปแบบของพันธมิตรทางทหาร (Alliance) ซึ่งในทางความเป็นจริงแล้วก็ยังไม่อาจปกป้องรัฐได้จากภัยสงครามต่างๆได้เท่าที่ควร ด้วยเหตุนี้ รัฐต่างๆจึงพยายามผลักดันที่จะเสนอระบบความมั่นคงร่วมกัน (Collective Security) เพื่อเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในเรื่องความมั่นคงของประเทศ ซึ่งจะต้องอาศัยความร่วมมือกันในระดับสากลโดยผ่านทางองค์การระหว่างประเทศ ซึ่งในปัจจุบันก็คือองค์การที่ทำหน้าที่ดังกล่าวก็คือองค์การสหประชาชาติ ส่วน

<sup>70</sup> Ibid, p.4, para.(6).

“The fact that an international organization is responsible for an internationally wrongful act does not exclude the existence of parallel responsibility of other subjects of international law in the same set of circumstances. For instance, an international organization may have cooperated with a State in the breach of an obligation imposed on both. Another example may be that of conduct which is simultaneously attributed to an international organization and a State and which entails the international responsibility of both the organization and the State. “

องค์การระหว่างประเทศอื่นๆจะสามารถดำเนินการในเรื่องนี้ได้ก็ต่อเมื่อได้รับการร้องขอจากองค์การสหประชาชาติหรือเมื่อกระทำไปโดยตนเองก็ต้องหลังจากได้รับการอนุญาต และอยู่ภายใต้การกำกับควบคุมโดยองค์การสหประชาชาติเท่านั้น

#### 2.4.1.1 ฐานทางกฎหมายในการจัดตั้งกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ

##### - ข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง

ในแง่โครงสร้างขององค์การสหประชาชาติแล้ว มีการมอบหมายความรับผิดชอบหลักในเรื่องสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศให้กับคณะมนตรีความมั่นคง (Security Council) โดยให้มีอำนาจเป็นพิเศษในเรื่องที่เกี่ยวกับหมวดที่ 6 ว่าด้วยการระงับข้อพิพาทด้วยสันติวิธี หมวดที่ 7 ว่าด้วยการดำรงรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ และหมวดที่ 8 ว่าด้วยข้อตกลงส่วนภูมิภาคด้วย ดังนั้น คณะมนตรีความมั่นคงจึงมีอำนาจที่จะออกข้อมติที่จะจัดตั้งปฏิบัติการเพื่อสันติภาพได้โดยถือเป็นองค์กรย่อยของคณะมนตรีความมั่นคง นอกจากนี้ คณะมนตรีความมั่นคงยังอาจจะอนุญาตให้องค์การระหว่างประเทศในระดับภูมิภาคระทำการแทนก็ได้ ซึ่งเมื่อคณะมนตรีความมั่นคงได้ตัดสินใจระทำการอย่างใดแล้ว สมาชิกของสหประชาชาติก็ต้องยอมรับและปฏิบัติตามการตัดสินใจของคณะมนตรีความมั่นคงนั้นดังที่ระบุอยู่ในกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 25<sup>71</sup>

##### - ข้อมติของสมัชชาใหญ่

สืบเนื่องมาจากเหตุการณ์ในปี ค.ศ. 1950 ที่เกิดสงครามระหว่างเกาหลีเหนือและเกาหลีใต้ คณะมนตรีความมั่นคงจึงมีมติที่จะส่งกองกำลังนานาชาติในนามสหประชาชาติเข้าไปช่วยเหลือเกาหลีใต้ต่อการรุกรานของเกาหลีเหนือ แต่ต่อมาเมื่อเหตุการณ์มีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น เพราะสาธารณรัฐประชาชนจีนได้ส่งกองกำลังอาสาสมัครมาช่วยเกาหลีเหนือ คณะมนตรีความมั่นคงก็ไม่สามารถลงมติเกี่ยวกับปัญหาดังกล่าวได้อีก เพราะสหภาพโซเวียตใช้สิทธิยับยั้งการออกข้อมติ (Veto) ดังนั้น ทำให้เกิดการปะทะกันระหว่างกองกำลังอาสาสมัครของจีนร่วมกับทหารเกาหลีเหนือกับกองกำลังสหประชาชาติร่วมกับทหารเกาหลีใต้ เป็นผลให้กองกำลังของแต่ละฝ่ายถูกจับเป็นเชลยและล้มตายเป็นจำนวนมาก

เมื่อคณะมนตรีความมั่นคงไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่หลักในการดำรงรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศได้เช่นนี้ ทางฝ่ายสหรัฐอเมริกาจึงได้เสนอญัตติเข้าสู่ที่ประชุมสมัชชาใหญ่เพื่อพิจารณาให้สมัชชาใหญ่มีบทบาทในการดำรงรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศแทนที่คณะมนตรีความมั่นคงในกรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ที่ความรับผิดชอบหลักของตนได้ สมัชชาใหญ่จึงได้ออกข้อมติที่ 337 (v) ในวันที่ 3 พฤศจิกายน ค.ศ. 1950 เรียกว่า “ข้อ

<sup>71</sup> กฎบัตรสหประชาชาติ, ข้อ 25 “ สมาชิกของสหประชาชาติ ตกลงที่จะยอมรับและปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะมนตรีความมั่นคงตามกฎบัตรฉบับปัจจุบัน ”



มติแห่งการรวมกันเพื่อสันติภาพ” (The Uniting for Peace Resolution) (หรือที่เรียกอีกชื่อหนึ่งว่า “Acheson Resolution” ตามชื่อของรัฐมนตรีต่างประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นผู้เสนอญัตติดังกล่าว เข้าที่ประชุมสมัชชาใหญ่) ในข้อนี้ มีเนื้อความว่า

“ถ้าคณะมนตรีความมั่นคงไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ความรับผิดชอบหลัก (Primary responsibility) ของตนในเรื่องการธำรงรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศในกรณีใดๆที่ปรากฏว่าคุณภาพต่อสันติภาพ ทำลายสันติภาพหรือเป็นการกระทำรุนแรง สมัชชาจะพิจารณาเรื่องนั้นโดยทันที โดยมุ่งหมายจะให้คำแนะนำแก่สมาชิกเกี่ยวกับการใช้มาตรการร่วมกัน (Collective Measures) รวมทั้งการใช้กำลังอาวุธ (Armed Forces) เมื่อจำเป็นในกรณีที่มีการทำลายสันติภาพ หรือมีการกระทำอันเป็นการรุกราน ทั้งนี้เพื่อธำรงรักษาไว้หรือฟื้นฟูให้กลับคืนมาซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ หากในขณะนั้นไม่อยู่ในสมัยประชุมสมัชชาอาจเรียกประชุมสมัยพิเศษฉุกเฉินภายใน 24 ชั่วโมง หลังจากได้รับการร้องขอ การร้องขอให้เปิดประชุมสมัยพิเศษฉุกเฉินอาจดำเนินการโดยคณะมนตรีความมั่นคง ด้วยคะแนนเสียงส่วนใหญ่ 9 เสียงใดๆก็ได้ หรือโดยสมาชิกส่วนใหญ่ของสหประชาชาติ”

ข้อนี้ตั้งคำถามข้างต้นก่อให้เกิดข้อโต้แย้งจากทางฝ่ายสหภาพโซเวียต ซึ่งกล่าวหาว่าเป็นข้อมติที่ผิดกฎหมายเพราะขัดกับกฎบัตรสหประชาชาติ สหภาพโซเวียตจึงได้ส่งปัญหาดังกล่าวให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศให้ความเห็นเชิงแนะนำในคดี Advisory Opinion on the Certain Expense<sup>72</sup> ว่าให้พิจารณาว่าอำนาจที่สมัชชาใหญ่ได้รับตามมติแห่งการรวมกันเพื่อสันติภาพ ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ เนื่องจากตามความเห็นของสหภาพโซเวียตนั้น การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดกองกำลังสหประชาชาติเป็นอำนาจผูกขาด (Exclusive Authority) ของคณะมนตรีความมั่นคงตามที่กำหนดไว้ในหมวดที่ 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศให้ความเห็นว่า คณะมนตรีความมั่นคงมีหน้าที่หลัก (Primary Authority) แต่ไม่ใช่อำนาจผูกขาดในเรื่องการจัดกองกำลังสหประชาชาติ อย่างไรก็ตาม ตามทัศนะของศาล การดำเนินการมาตรการของกองกำลังสหประชาชาติภายใต้มติแห่งการรวมกันเพื่อสันติภาพของสมัชชามีได้ถือเป็นการดำเนินการบังคับต่อรัฐ เป็นแต่เพียงมาตรการที่สมัชชาให้คำแนะนำภายใต้อำนาจข้อ 11วรรคสาม<sup>73</sup> และ 14<sup>74</sup> แห่งกฎ

<sup>72</sup> Advisory Opinion on the Certain Expenses of the United Nations, Advisory Opinion, ICJ reports, 1962.

<sup>73</sup> กฎบัตรสหประชาชาติ, ข้อ 11 วรรคสาม “ สมัชชาอาจแจ้งให้คณะมนตรีความมั่นคงทราบสถานการณ์ซึ่งน่าจะเป็นอันตรายต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศได้”

<sup>74</sup> เรื่องเดียวกัน ข้อ 14 “ ภายใต้งบข้อ 12 สมัชชาอาจแนะนำมาตรการเพื่อปรับปรุงโดยสันติแห่งสถานการณ์ใดๆ ซึ่งเห็นว่าจะเสื่อมเสียแก่สวัสดิการทั่วไป หรือสัมพันธ์ไมตรีระหว่างนานาชาติ รวมทั้งสถานการณ์ซึ่งเป็นผลมาจากการละเมิดบทบัญญัติแห่งกฎบัตรฉบับปัจจุบัน อันได้กำหนด ความมุ่งหมายและหลักการของสหประชาชาติไว้ ทั้งนี้ โดยมีพักต้องคำนึงถึงแหล่งกำเนิด”

บัตรสหประชาชาติเท่านั้น<sup>75</sup> ดังนั้น สมัชชาใหญ่จึงมีอำนาจหน้าที่ในการจัดตั้งปฏิบัติการเพื่อสันติภาพได้เป็นองค์กรย่อยของสมัชชาใหญ่ได้แต่ต้องอยู่ภายในกรอบของการให้คำแนะนำ จึงเป็นเพียงความรับผิดชอบในลำดับรองเท่านั้นกล่าวคือ สมัชชาใหญ่จะต้องไม่ออกข้อมติใดๆในเรื่องที่คณะมนตรีความมั่นคงกำลังพิจารณาอยู่ แต่สมัชชาอาจเรียกร้องความสนใจของคณะมนตรีความมั่นคงในเรื่องที่ตนเห็นว่าสำคัญได้

ในส่วนบทบาทของเลขาธิการสหประชาชาติที่เกี่ยวข้องกับการรักษาสันติภาพนั้น ตามข้อ 99 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ<sup>76</sup> ได้ให้อำนาจเลขาธิการสหประชาชาติในการนำข้อเสนอความคิดเห็นของตนที่คิดว่าเกี่ยวข้องกับสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศขึ้นต่อคณะมนตรีความมั่นคง แต่ข้อดังกล่าวไม่ได้อนุญาตให้เลขาธิการสหประชาชาติในการจัดตั้งกองกำลังรักษาสันติภาพโดยความคิดริเริ่มตนได้ โดยภารกิจสำคัญของสำนักเลขาธิการสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพก็คือ การวางแผนการเตรียมการ และการบังคับบัญชาและอำนวยความสะดวกการภารกิจการใน 3 ลักษณะ ได้แก่

- 1) ภารกิจรักษาสันติภาพ มี Department of Peacekeeping Operation (DPKO) เป็นองค์กรที่มีความรับผิดชอบ
- 2) ภารกิจสนับสนุนทางการเมือง (Political Mission) โดยมี Department of Political Affairs (DPA) เป็นองค์กรที่มีความรับผิดชอบ ซึ่งภารกิจด้านนี้จะครอบคลุมกระบวนการกระบวนการทูตเชิงป้องกัน (Preventive Diplomacy) การทำให้เกิดสันติภาพ (Peace Making) การสร้างสันติภาพ (Peace Building)
- 3) ภารกิจสนับสนุนการปฏิบัติการภาคสนาม โดยมี Department of Field Support (DFS) เป็นองค์กรที่มีความรับผิดชอบ โดยจะดำเนินการด้านการจัดการและบริหารการส่งกองกำลังบำรุงแก่ภารกิจรักษาสันติภาพตลอดระยะเวลาของการปฏิบัติการ<sup>77</sup>

#### 2.4.1.2 วิวัฒนาการการจัดตั้ง และลักษณะกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ

กรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงต้องพิจารณาข้อพิพาทหรือสถานการณ์ความขัดแย้งระหว่างรัฐซึ่งเห็นว่ามีความกระทบต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศแล้ว คณะมนตรีความมั่นคงสามารถใช้อำนาจได้ 2 แนวทาง กล่าวคือ 1) การพยายามระงับข้อพิพาทตามหมวดที่ 6 โดยการทำความแนะนำซึ่งไม่มีผลผูกพันรัฐที่เกี่ยวข้อง ซึ่งอาจเป็นการแนะนำวิธีการที่จะใช้เพื่อการระงับข้อ

<sup>75</sup> สมพงษ์ ชูมาก, การปฏิบัติการรักษาสันติภาพของสหประชาชาติ (1948-1995), (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า.11.

<sup>76</sup> เรื่องเดียวกัน ข้อ 99 “เลขาธิการอาจนำเรื่องใดๆซึ่งตามความเห็นของตนอาจคุกคามการดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศมาเสนอให้คณะมนตรีความมั่นคงทราบ”

<sup>77</sup> หลักนิยมกองทัพไทยในสายยุทธการด้านปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ หน้า. (1-10).

พิพาท หรือเมื่อรัฐที่เกี่ยวข้องร้องขอก็อาจทำข้อเสนอแนะที่ควรนำมาปรับใช้เพื่อยุติปัญหา<sup>78</sup> หรือ 2) เมื่อคณะมนตรีความมั่นคงเห็นสมควรจัดการปัญหาด้วยตนเอง โดยไม่รอรัฐที่เกี่ยวข้องให้ความยินยอมตามหมวดที่ 7 คณะมนตรีความมั่นคงสามารถทำข้อมติที่เป็นคำสั่ง (Decision) หรือเป็นเพียงข้อเสนอแนะ (Recommendation) ก็ได้ตามที่เห็นควรในแต่ละเรื่อง ซึ่งในกรณีที่เป็นการเป็นคำสั่ง รัฐสมาชิกสหประชาชาติมีหน้าที่ต้องนำไปปฏิบัติตาม โดยเริ่มจากข้อ 39<sup>79</sup> ซึ่งเป็นการใช้อำนาจพิจารณา กำหนดสถานการณ์ที่เป็นภัยต่อสันติภาพ เช่น การคุกคามสันติภาพซึ่งอยู่ในสภาวะการณ์ที่ใกล้จะเกิดขึ้นและมีความเป็นไปได้สูง เช่น มีการส่งกองทัพเข้าประชิดชายแดนในลักษณะพร้อมเข้าโจมตี แต่การละเมิดสันติภาพและการกระทำการรุกราน เป็นกรณีที่ใช้กำลังทหารขึ้นแล้ว การใช้อำนาจกำหนดสถานการณ์เช่นว่านี้มีความสำคัญยิ่ง เนื่องจากเป็นเงื่อนไขสำคัญที่คณะมนตรีความมั่นคงจะใช้มาตรการบังคับต่างๆต่อไปตามลำดับความรุนแรงของเหตุการณ์ อย่างไรก็ตามก่อนที่จะลงมือใช้มาตรการบังคับคณะมนตรีความมั่นคงอาจเชิญชวนให้รัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามมาตรการชั่วคราวที่เห็นว่าจำเป็นและสมควรเพื่อป้องกันมิให้สถานการณ์เลวร้ายไปกว่าเดิม<sup>80</sup> ทั้งนี้การเสนอมาตรการชั่วคราวที่เห็นว่าจะไม่เป็นการตัดสิทธิของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่อย่างใด ตัวอย่างเช่น การเสนอให้หยุดยิง เป็นต้น<sup>81</sup>

หากคณะมนตรีความมั่นคงเห็นสมควรที่จะใช้มาตรการบังคับตามแนวคิดเรื่องระบบความมั่นคงร่วมกันที่ว่า สมาชิกในประชาคมทั้งปวงรวมตัวกันเพื่อต่อต้านผู้ที่คุกคามความมั่นคงของสมาชิกใดก็ตาม ซึ่งถือว่าเท่ากับเป็นการคุกคามประชาคมตัวเองด้วย คณะมนตรีความมั่นคงสามารถใช้อำนาจตามข้อ 41<sup>82</sup> เพื่อวางมาตรการลงโทษที่มีใช้ทางทหาร ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการโดดเดี่ยวผู้ละเมิดสันติภาพ โดยการชักชวนรัฐสมาชิกตัดความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ การทูต การติดต่อการสื่อสารกับรัฐที่เกี่ยวข้อง เพื่อสร้างความกดดันให้ยกเลิกการกระทำที่กระทบกระเทือนสันติภาพและ

<sup>78</sup> กฎบัตรสหประชาชาติ, ข้อ 36 “ 1. ผู้เป็นฝ่ายในกรณีข้อพิพาทใดๆ ซึ่งหากดำเนินอยู่ต่อไป น่าจะเป็นอันตรายแก่การดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ก่อนอื่นก็จะต้องแสวงหาการแก้ไขโดยการเจรจา การไต่สวน การไกล่เกลี่ย การประนีประนอม อนุญาโตตุลาการ การระงับโดยศาล การหันเข้าอาศัยทบวงการตัวแทน หรือการตกลงส่วนภูมิภาค หรือสันติวิธีประการอื่นใดที่คู่กรณีจะพึงเลือก 2. เมื่อเห็นว่าจำเป็น คณะมนตรีความมั่นคงจักเรียกร้องให้คู่พิพาทระงับกรณีพิพาทของตนเช่นว่านั้น ”

<sup>79</sup> เรื่องเดียวกัน ข้อ 39 “ คณะมนตรีความมั่นคงจักกำหนดว่า การคุกคามต่อสันติภาพ การละเมิดสันติภาพ หรือการกระทำรุกรานได้มีขึ้นหรือไม่ และจักทำคำแนะนำ หรือวินิจฉัยว่าจะใช้มาตรการอันใดตามข้อ 41 และ 42 เพื่อดำรงไว้หรือสถาปนากลับคืนมาซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ”

<sup>80</sup> เรื่องเดียวกัน ข้อ 40 “ เพื่อป้องกันมิให้สถานการณ์ร้ายแรงยิ่งขึ้น คณะมนตรีความมั่นคงอาจเรียกร้องให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องอนุวัติมาตรการชั่วคราวเท่าที่เห็นว่าจำเป็น หรือพึงปรารถนา ก่อนที่จะทำคำแนะนำ หรือวินิจฉัยมาตรการตามข้อบัญญัติไว้ในมาตรา 39 มาตรการชั่วคราวเช่นว่านี้ จักไม่ทำให้กระทบกระเทือนต่อสิทธิอำนาจเรียกร้องหรือฐานะของคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง คณะมนตรีความมั่นคงจักต้องคำนึงถึงการไม่อนุวัติมาตรการเช่นว่านั้น

<sup>81</sup> จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 591-592.

<sup>82</sup> กฎบัตรสหประชาชาติ, ข้อ 41 “ คณะมนตรีความมั่นคงอาจวินิจฉัยว่าจะต้องใช้มาตรการอันใดอันไม่มีการใช้กำลังทางอาวุธ เพื่อยังผลให้เกิดแก่คำวินิจฉัยของคณะมนตรีความมั่นคง และอาจเรียกร้องให้สมาชิกแห่งสหประชาชาติใช้มาตรการเช่นว่านั้น มาตรการเหล่านี้อาจรวมถึงการตัดความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ และการคมนาคมทางรถไฟ ทางทะเล ทางอากาศ ทางไปรษณีย์ ทางโทรเลข ทางวิทยุ และวิถีทางคมนาคมอย่างอื่นโดยสิ้นเชิง หรือแต่บางส่วนและการตัดความสัมพันธ์ทางการทูตด้วย ”

ความมั่นคงระหว่างประเทศ แต่หากมาตรการตามข้อ 41 นี้ยังไม่เพียงพอ คณะมนตรีความมั่นคงสามารถดำเนินมาตรการทางทหารที่จำเป็น โดยอาศัยกองทัพอากาศ กองทัพเรือและกองทัพบก เพื่อดำรงรักษาสันติภาพตามข้อ 42<sup>83</sup> ซึ่งเป็นการใช้มาตรการลงโทษทางทหารที่มีความชอบด้วยกฎหมาย โดยเป็นข้อยกเว้นของข้อห้ามในกฎบัตรสหประชาชาติสำหรับการใช้กำลังทางทหาร (ตามข้อ 2 วรรค 4<sup>84</sup>) และคณะมนตรีความมั่นคงยังสามารถทำความตกลงกับรัฐสมาชิกให้ส่งกองกำลัง อาวุธ หรือความช่วยเหลือต่างๆให้แก่คณะมนตรีความมั่นคงเมื่อคณะมนตรีความมั่นคงเรียกร้อง ตามข้อ 43<sup>85</sup> ได้อีกด้วย<sup>86</sup>

แต่ในทางปฏิบัติแล้ว ระบบความมั่นคงร่วมกันของสหประชาชาติโดยการใช้อำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงประสบปัญหาในการดำเนินงานอย่างร้ายแรงอันมีสาเหตุมาจากการเมืองระหว่างประเทศซึ่งส่งผลให้องค์การสหประชาชาติไม่สามารถใช้มาตรการที่ใช้กำลังทางทหารตามข้อ 42 โดยการตั้งกองกำลังของสหประชาชาติตามข้อ 43 ได้เลย ดังนั้น องค์การสหประชาชาติจึงมีความพยายามที่จะปรับตัวไปในทิศทางต่างๆซึ่งแตกต่างไปจากที่ผู้ร่างกฎบัตรได้บัญญัติเอาไว้ ซึ่งก่อให้เกิดพัฒนาการสำคัญในการใช้กำลังขององค์การสหประชาชาติ คือ ปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ (Peace Support Operations, Peace Operations)<sup>87</sup> ทั้งนี้จะต้องเข้าใจว่าเป็นคนละกรณีกับมาตรการบังคับ (Enforcement Action)

มาตรการบังคับ (Enforcement Action) เป็นกรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงได้อาศัยการอนุญาตหรือเชื้อเชิญให้รัฐสมาชิกใช้กำลังทางทหารแทน แต่มิใช่การมอบหมายอำนาจให้แก่รัฐสมาชิกเพื่อทำการแทนองค์การสหประชาชาติ โดยอ้างอิงทางกฎหมายจากหมวดที่ 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ตัวอย่างเช่น ในกรณีสงครามเกาหลี ข้อมติที่ 83, ในกรณีสงครามอ่าวเปอร์เซีย ข้อมติ

<sup>83</sup> เรื่องเดียวกัน ข้อ 42 “ หากคณะมนตรีความมั่นคงพิจารณาเห็นว่า มาตรการตามข้อบัญญัติไว้ในข้อ 41 น่าจะไม่เพียงพอ หรือได้พิสูจน์แล้วว่าไม่เพียงพอ คณะมนตรีความมั่นคงก็อาจดำเนินการใช้กำลังทางทหาร ทางทะเล หรือทางพื้นดิน เช่นที่เห็นจำเป็นเพื่อดำรงไว้หรือสถาปนาการกลับคืนมาซึ่งสันติภาพ และความมั่นคงระหว่างประเทศ การดำเนินการเช่นว่านี้ อาจรวมถึงการแสดงแสนยานุภาพ การปิดล้อม และการปฏิบัติการอย่างอื่น โดยกำลังทางอากาศ ทางทะเล หรือทางพื้นดินของบรรดารัฐสมาชิกสหประชาชาติ ”

<sup>84</sup> เรื่องเดียวกัน ข้อ 2 วรรค 4 “ ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ สมาชิกทั้งปวงจักต้องละเว้นการคุกคามหรือการใช้กำลังต่อบุรณภาพแห่งอาณาเขต หรือเอกราชทางการเมืองของรัฐใดๆ หรือการกระทำในลักษณะอื่นใดที่ไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายของสหประชาชาติ ”

<sup>85</sup> เรื่องเดียวกัน ข้อ 43 “ 1. เพื่อให้ได้มีส่วนร่วมในการดำรงไว้ซึ่งสันติภาพ และความมั่นคงระหว่างประเทศ สมาชิกทั้งปวงของสหประชาชาติรับที่จะจัดสรรอาวุธ ความช่วยเหลือ และความสะดวก รวมทั้งสิทธิในการผ่านแดนตามที่จำเป็น เพื่อดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศให้แก่คณะมนตรีความมั่นคง เมื่อคณะมนตรีความมั่นคงเรียกร้อง และเป็นความตกลงพิเศษนับแต่บัดนี้หรือหลายฉบับ...”

<sup>86</sup> จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, หน้า 592.

<sup>87</sup> Mari Katayanagi, *Human Rights Functions of United Nations Peacekeeping Operations*, (Martinus Nijhoff Publishers: 2002), p.14.

ที่ 687, the United Task Force (UNITAF) ในโซมาเลีย, Operation turquoise ซึ่งนำโดยฝรั่งเศส ในรวันดา, ปฏิบัติการ IFOR/SFOR ในบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา เป็นต้น<sup>88</sup>

ส่วนปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ (Peace Support Operations, Peace Operations) เป็นกรณีที่สหประชาชาติได้ออกข้อมติส่งกองกำลังเข้าไปยังดินแดนรัฐต่างๆที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น แต่จากการที่องค์การสหประชาชาติไม่มีกองกำลังเป็นของตนเอง ทำให้ในทางปฏิบัติแล้วองค์การสหประชาชาติต้องอาศัยความร่วมมือจากรัฐสมาชิกในการส่งกองกำลังทหารของตนเข้าร่วมปฏิบัติการ ในนามกองกำลังสหประชาชาติเพื่อควบคุมไม่ให้สถานการณ์ความขัดแย้งทวีความรุนแรงเพิ่มมากยิ่งขึ้น ดังนั้น แม้ในกฎบัตรสหประชาชาติจะไม่มีบทบัญญัติข้อใดที่กล่าวถึงการจัดตั้งกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพไว้โดยตรง แต่ก็เป็นการพัฒนาการของการดำเนินงาน เทคนิคหรือมาตรการเพื่อตอบสนองต่อความจำเป็นในการปฏิบัติงาน โดยการจัดตั้งเป็นกองกำลังเฉพาะกิจ (Ad Hoc) ที่จัดตั้งขึ้นเป็นครั้งคราวเพื่อแก้ไขปัญหาข้อพิพาท ดังนั้นหน้าที่ของกองกำลังสหประชาชาติในแต่ละแห่งก็จะแตกต่างกันออกไปตามที่จะได้รับมอบหมาย โดยอาจจะประกอบไปด้วยตำรวจ เจ้าหน้าที่พลเรือน และกองกำลังทหารจากรัฐต่างๆ<sup>89</sup> ซึ่งเลขานุการสหประชาชาติจะมีบทบาทสำคัญในการปฏิบัติการรวมทั้งในการบังคับบัญชาของกองกำลังสหประชาชาติ<sup>90</sup> เพราะฉะนั้น ความหมายและขอบข่ายอำนาจหน้าที่ของกองกำลังจึงเปลี่ยนแปลงไปตามวิวัฒนาการของรูปแบบความขัดแย้งเป็นรายกรณี และไม่ปรากฏอย่างเป็นทางการว่าเป็นองค์กรย่อยขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งก็ถือว่าเป็นประโยชน์เช่นกัน เพราะจะทำให้องค์การสหประชาชาติสามารถที่จะจัดตั้งปฏิบัติการเพื่อสันติภาพได้อย่างยืดหยุ่น เหมาะสมกับแต่ละสถานการณ์ที่หลากหลาย ซึ่งจะเป็นการตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศได้มากกว่าที่จะต้องทำตามหลักการหรือทฤษฎี<sup>91</sup> และยากที่จะให้คำนิยามที่ชัดเจนแน่นอนอย่างเป็นทางการทั่วไป แต่สามารถพิจารณาลักษณะของปฏิบัติการโดยแบ่งออกตามช่วงเวลา ได้ดังนี้

#### - ช่วงก่อนสงครามเย็น

ในช่วงก่อนสงครามเย็น องค์การสหประชาชาติจะส่งกองกำลังเข้าไปในพื้นที่ความขัดแย้งได้ก็ต่อเมื่อเป็นความขัดแย้งระหว่างรัฐกับรัฐ (Inter-State Conflict) ซึ่งส่วนใหญ่เป็นความขัดแย้งทางอุดมการณ์ทางการเมืองระหว่างประเทศ ปฏิบัติการในช่วงนี้จะมีอยู่ 2 ลักษณะ คือ ประการแรก เป็นคณะผู้สังเกตการณ์ (Observer Mission) ซึ่งไม่มีการติดอาวุธ ซึ่งปฏิบัติการนี้เกิดขึ้นเป็นครั้งแรก คือ ภารกิจอำนวยการข้อตกลงยุติสงครามระหว่างอาหรับและอิสราเอลในปีค.ศ. 1947 (United Nations Truce Supervision Organization : UNSTO) และประการที่สองคือ เป็น

<sup>88</sup> Dieter Fleck, *The hand book of the law of visiting Forces*, (Oxford University Press: 2001), p.490.

<sup>89</sup> ปณิธิ อัครนิธิ, *การใช้กำลังทหารในกรอบของสหประชาชาติ*, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะวิชานิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537, หน้า 117.

<sup>90</sup> สมพงษ์ ชูมาก, *การปฏิบัติการรักษาสันติภาพของสหประชาชาติ (1948-1995)*, หน้า 36.

<sup>91</sup> Diego Garcia-Sayan, "Human Rights and Peace-Keeping Operations", *University of Richmond Law Review* (1994), p.3.

ปฏิบัติการรักษาสันติภาพ (Peacekeeping Operation) แบบดั้งเดิม (Traditional/Classical) โดยจะมีหน้าที่รักษาสถานการณ์ให้เป็นไปตามข้อตกลงหยุดยิง (Cease-fires Agreement) ที่คู่พิพาททำขึ้น หรือเป็นกองกำลังแยกปะทะ (Buffer Zone) หรือเป็นกองกำลังลาดตระเวนชายแดน (Border Patrol) ปฏิบัติการรักษาสันติภาพที่เกิดขึ้นครั้งแรกก็คือ การกิจสังเอดการณ์การถอนทหารของฝรั่งเศส อิสราเอล และอังกฤษออกจากดินแดนอียิปต์ (United Nations Emergency Forces : UNEF) ซึ่งปฏิบัติการรูปแบบนี้ นาย Dag Hammarskjold เลขาธิการสหประชาชาติในสมัยนั้น ได้วางหลักการพื้นฐาน 3 ประการ คือ 1) รัฐสองฝ่ายที่ขัดแย้งกันจะต้องให้ความยินยอม (Consent) ในการที่กองกำลังจะเข้ามาปฏิบัติการ 2) กองกำลังจะต้องมีความเป็นกลาง (Impartiality) 3) ต้องไม่ใช้กำลัง ยกเว้นกรณีเพื่อป้องกันตนเอง (Self-defense)<sup>92</sup> เพราะฉะนั้น ปฏิบัติการรักษาสันติภาพจึงมิได้มีเป้าหมายเพื่อลงโทษหรือปราบปรามรัฐใดรัฐหนึ่ง แต่มีวัตถุประสงค์ทำให้การใช้กำลังทางทหารยุติลง โดยมุ่งเน้นที่จะให้มีการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีต่อไป ทั้งนี้ปฏิบัติการรักษาสันติภาพนั้นไม่อาจถือได้ว่าจัดตั้งตามหมวดที่ 6 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติอย่างชัดเจน<sup>93</sup>

#### - ช่วงหลังสงครามเย็น

เมื่อสงครามเย็นสิ้นสุดลง ปัญหาข้อพิพาทในยุคหลังสงครามเย็นนี้ ไม่ใช่ปัญหาข้อพิพาทระหว่างรัฐอีกต่อไป แต่ส่วนใหญ่จะเป็นปัญหาความขัดแย้งภายในรัฐเดียวกัน (Intra-State Conflict) มากยิ่งขึ้นอันเกิดจากความแตกต่างทั้งด้านเชื้อชาติ ศาสนา ภาษา วัฒนธรรม ผลประโยชน์ทับซ้อนของนานาชาติ และการช่วงชิงทรัพยากร เป็นต้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในรัฐที่เพิ่งได้รับเอกราชซึ่งปัญหาเหล่านี้เป็นปัญหาที่มีความลึกซึ้งและละเอียดอ่อนที่ส่งสมมานานแต่ถูกกดทับไว้ในช่วงสงครามเย็น ปฏิบัติการเพื่อสันติภาพจึงได้เปลี่ยนแปลงรูปแบบออกไปจากเดิมเป็นอย่างมาก โดยในปี ค.ศ.1992 นายบรูโตสกาลี เลขาธิการสหประชาชาติได้เสนอ “ระเบียบวาระเพื่อสันติภาพ” (Agenda for Peace) กำหนดแนวความคิดของการรักษาสันติภาพ โดยใช้มาตรการ 4 ประการ ได้แก่ การทูตเชิงป้องกัน การทำให้เกิดสันติภาพ การรักษาสันติภาพ และการสร้างสันติภาพ<sup>94</sup> มาตรการทั้งสี่ประการในระเบียบวาระเพื่อสันติภาพนี้ ถือว่าเป็นรากฐานในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพมาจนถึงปัจจุบัน

<sup>92</sup> Report of the Secretary-General: Summary Study of the Experience Derived from the Establishment and Operations of the Force, UN Doc A/3943 of Oct 1958.

<sup>93</sup> Major Joseph P., “Ducth” Bialke, “United Nations Peace Operations: Applicable Norms and the Application of the Law of Armed Conflict”, *Air Force Law Review* (2001), p.3.

<sup>94</sup> Agenda for peace, 1992, UN Doc. A/46/277-S/24111

- การทูตเชิงป้องกัน (Preventive Diplomacy) เป็นการปฏิบัติเพื่อป้องกันความขัดแย้งไม่ให้เกิดขึ้น ป้องกันความขัดแย้งขยายตัวเป็นข้อพิพาท หรือป้องกันการพิพาทไม่ให้ขยายวงกว้าง ได้แก่ มาตรการสร้างความเชื่อมั่น การค้นหาข้อเท็จจริง ระบบแจ้งเตือนแต่เนิ่น
- การทำให้เกิดสันติภาพ (Peace Making) เป็นการดำเนินการทางการทูต (Diplomatic Action) เพื่อนำคู่กรณีในความขัดแย้งกลับมาสู่ข้อตกลง โดยสันติวิธีภายใต้หมวดที่ 6 ข้อ 33 ได้แก่ การเจรจา การสอบสวน ข้อเท็จจริง การไกล่เกลี่ย การประนีประนอม อนุญาโตตุลาการ กระบวนการทางศาลและอื่นๆ

แต่อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติการเพื่อสันติภาพในช่วงนี้ประสบกับความล้มเหลวบ้าง เช่นกันเพราะสถานการณ์ความขัดแย้งมีความรุนแรงมากซึ่งส่งผลให้มีประชาชนและเจ้าหน้าที่ในกองกำลังสหประชาชาติล้มตายเป็นจำนวนมากเช่น ในกรณีอดีตประเทศยูโกสลาเวีย โชมเลีย และ รวันดา เป็นต้น จึงเกิดการเปลี่ยนแปลงบทบาทและหน้าที่ของปฏิบัติการเพื่อสันติภาพขึ้น โดยจาก ลักษณะความขัดแย้งที่รุนแรงมากขึ้นจึงเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้เกิดการพัฒนารูปแบบของปฏิบัติการ รักษาสันติภาพแบบดั้งเดิมที่มีอำนาจใช้กำลังเฉพาะในกรณีป้องกันตัวเองจำเป็นที่จะต้องมีการใช้กำลัง ในบางกรณี เช่น สามารถใช้กำลังเพื่อป้องกันตำแหน่ง, ป้องกันอาณัติของภารกิจ, และคุ้มครอง บุคคลภายนอกได้<sup>95</sup> ทำให้ปฏิบัติการรักษาสันติภาพ (Peacekeeping) มีลักษณะเปลี่ยนแปลงเป็น ปฏิบัติการบังคับให้เกิดสันติภาพ (Peace enforcement) เพราะฉะนั้น จากลักษณะความขัดแย้งทำให้ลักษณะของภารกิจเปลี่ยนไป ส่งผลให้ขอบเขตของปฏิบัติการรักษาสันติภาพ (Peacekeeping) และปฏิบัติการบังคับให้เกิดสันติภาพ (Peace enforcement) ในระยะแรกๆไม่มีความชัดเจนนัก<sup>96</sup> โดยอดีตเลขาธิการสหประชาชาติ Dag Hammarskjöld ได้เคยกล่าวไว้ว่าในช่วงระยะเวลาหนึ่งจะเป็น ปฏิบัติการตามกฎหมายสหประชาชาติหมวดที่ 6 ครึ่ง (Chapter Six-and-a-Half)<sup>97</sup>

แต่ในเวลาต่อมา การจัดตั้งปฏิบัติการบังคับให้เกิดสันติภาพ (Peace enforcement) จะอ้างว่าตั้งขึ้นตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงตามหมวดที่ 7 แห่งกฎบัตร สหประชาชาติอย่างชัดเจน<sup>98</sup> จึงทำให้สามารถแยกลักษณะของปฏิบัติการรักษาสันติภาพ (Peacekeeping) กับปฏิบัติการบังคับให้เกิดสันติภาพ (Peace enforcement) ให้ออกจากกันได้

- 
- การรักษาสันติภาพ (Peace Keeping) เป็นการปฏิบัติการของสหประชาชาติ โดยความยินยอมของคู่กรณี โดยทั่วไป เป็นปฏิบัติการของกำลังทหารของสหประชาชาติ ดำรวจ รวมถึงพลเรือน การรักษาสันติภาพเป็น เทคนิค ซึ่งขยายโอกาสความเป็นไปได้ สำหรับการป้องกัน
  - การสร้างสันติภาพ (Peace Building) เป็นปฏิบัติการเพื่อกำหนดและสนับสนุนโครงสร้างต่างๆที่จะเสริม ความมั่นคงและความแข็งแรงของสันติภาพ เพื่อป้องกันการกลับสู่สภาพความขัดแย้ง เป็นกระบวนการ สำคัญหลังจากภาวะความขัดแย้งยุติ ซึ่งรวมถึงโครงการความร่วมมือที่จะนำไปสู่การพัฒนาด้านเศรษฐกิจ สังคม และการขยายความไว้วางใจ ความเชื่อใจและการปฏิสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายที่เคยเป็นศัตรูกัน

<sup>95</sup> N. Tsagourias, "Consent/Neutrality/Impartiality and the use of force in Peacekeeping: Their Constitutional Dimension", *Journal of Conflict & Security Law* (2006), p.8.

<sup>96</sup> United Nations Peacekeeping Operations, Principle and Guidelines (Department of Peacekeeping Operations Best Practices Unit New York 2008), p.18.

"boundaries between conflict prevention, peacemaking, peacekeeping, peacebuilding and peace enforcement have become increasingly blurred ... Peace operations are rarely limited to one type of activity whether United Nations-led or conducted by non-United Nations actors."

<sup>97</sup> Edwin E. Smith, "Collective Security, Peacekeeping, and Ad Hoc Multilateralism" in *Democratic Accountability and the Use of Force in International Law*, (Cambridge University Press: 2003), p.89.

"Since peacekeeping missions, which had not been envisioned by the Charter, fall somewhere between the peaceful settlement mechanisms of Chapter VI and the enforcement actions envisions by Chapter VII, they were called "Chapter Six-and-a Half" operations by UN Secretary-General Dag Hammarskjöld."

<sup>98</sup> Dieter Fleck, *The Handbook of the Law of Visiting Forces*, p.488.

ชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยปฏิบัติการบังคับให้เกิดสันติภาพจะมีลักษณะสำคัญที่ต่างจากปฏิบัติการรักษาสันติภาพ คือ ไม่ต้องอาศัยความยินยอมจากคู่กรณีในความขัดแย้งในการเข้าไปปฏิบัติการ และหลักการไม่ใช่กำลังยกเว้นแต่กรณีป้องกันตัวเองจากปฏิบัติการรักษาสันติภาพ ก็ได้ถูกพัฒนาเป็นการใช้กำลังได้

ปฏิบัติการต่างๆยังได้ขยายขอบเขตให้มีบทบาทครอบคลุมในหลายมิติมากยิ่งขึ้น เพื่อให้สามารถแก้ไขปัญหาได้หลายด้านและวางรากฐานสันติภาพอย่างยั่งยืนโดยจะเรียกปฏิบัติการเพื่อสันติภาพลักษณะนี้ว่า “Multi-dimensional Peacekeeping”<sup>99</sup> และมีหลายครั้งที่องค์การสหประชาชาติได้เข้าไปมีบทบาทในการสนับสนุนการแก้ไขปัญหาอย่างถาวรในลักษณะของข้อตกลงสันติภาพเบ็ดเสร็จ (Comprehensive Peace Agreement) เช่น กำกับดูแลมาตรการหยุดยิง การปลดอาวุธ การถอนทหารและการกลับคืนสู่สังคม การนำผู้อพยพ/ผู้พลัดถิ่นจากสงครามกลับสู่ถิ่นฐาน การสนับสนุนกระบวนการเลือกตั้ง การจัดระบบการบริหารแผ่นดินชั่วคราว (Interim Administration) การพัฒนาด้านเศรษฐกิจให้กลับสู่ภาวะปกติ การคุ้มครองปฏิบัติการเพื่อมนุษยธรรม (Protection of Humanitarian Assistance) นอกจากนี้ องค์การสหประชาชาติยังมีบทบาทในการเป็น Territorial Administration ด้วย เช่น องค์การบริหารชั่วคราวแห่งสหประชาชาติในกัมพูชา (United Nations Transitional Authority in Cambodia: UNTAC), องค์การบริหารชั่วคราวแห่งสหประชาชาติในโคโซโว (United Nations Interim Administration Mission in Kosovo: UNMIK) เป็นต้น อีกด้วย

จะเห็นได้ว่า ขอบเขตอำนาจหน้าที่ของปฏิบัติการมีความเปลี่ยนแปลงไปตามวิวัฒนาการของรูปแบบความขัดแย้ง และไม่มีแนวทางที่ชัดเจนในการตอบสนองต่อปัญหาดังกล่าว ทำให้รัฐยุโรป (เช่น สหราชอาณาจักร สวีเดน และกลุ่มประเทศ FINABEL<sup>100</sup>) ได้พัฒนาทฤษฎีทางทหาร<sup>101</sup> โดยคิดค้น คำว่า “ปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ” (Peace Support Operation, Peace Operation) ขึ้นมาใช้<sup>102</sup> เพื่อให้เป็นคำที่ครอบคลุมปฏิบัติการในลักษณะต่างๆ ซึ่งแรกเริ่มเป็นคำที่ถูกนำมาใช้ในการนิยามให้ครอบคลุมถึงกรณีปฏิบัติการรักษาสันติภาพ (Peacekeeping) และปฏิบัติการบังคับให้เกิดสันติภาพ (Peace enforcement) เท่านั้น<sup>103</sup> แต่ในปัจจุบันยังถูกใช้ให้หมายความรวมถึงการปฏิบัติการที่มีจุดประสงค์เพื่อสันติภาพอื่นๆด้วย เห็นได้จากการที่ NATO ได้ยอมรับทฤษฎีดังกล่าวตั้งแต่เดือนกรกฎาคม ปีค.ศ.2004 โดยให้คำนิยามของปฏิบัติการเพื่อสันติภาพเอาไว้ว่า

<sup>99</sup> United Nations Peacekeeping Operations, Principle and Guidelines, p.23.

<sup>100</sup> ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส อิตาลี เนเธอร์แลนด์ เยอรมนี เบลเยียม สเปน ลักเซมเบิร์ก ปัจจุบันรวมถึงโปรตุเกส และกรีซด้วย

<sup>101</sup> Siobhan Wills, *Protecting Civilians: The Obligations of Peacekeepers*, p.72.

<sup>102</sup> Tom Woodhouse, Oliver Ramsbotham, *Peacekeeping and conflict resolution*, p.71.

<sup>103</sup> Alex J. Bellamy, Paul William S., Stuart Griffin, *Understanding Peacekeeping*, p. 165.



“ปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ หมายถึงปฏิบัติการที่มีหน้าที่หลากหลาย โดยปฏิบัติการด้วยความเป็นกลางเพื่อสนับสนุนองค์การที่ได้รับการยอมรับ เช่นองค์การสหประชาชาติ หรือองค์การว่าด้วยความมั่นคงและความร่วมมือในยุโรปในเรื่องที่เกี่ยวกับกองกำลังทหาร เจ้าหน้าที่ด้านการทูตและด้านมนุษยธรรม ปฏิบัติการเพื่อสันติภาพถูกออกแบบมาเพื่อจัดการปัญหาทางการเมืองหรือในเงื่อนไขอื่น ๆ ในระยะยาว ซึ่งรวมถึงปฏิบัติการรักษาสันติภาพและปฏิบัติการบังคับให้เกิดสันติภาพ อีกทั้งการป้องกันข้อพิพาท การทำให้เกิดสันติภาพ การสร้างสันติภาพ และการช่วยเหลือทางมนุษยธรรม”<sup>104</sup>

นอกจากองค์การสหประชาชาติจะสามารถใช้มาตรการบังคับ (Enforcement Action) หรือจัดตั้งกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพด้วยตนเองได้แล้ว จากกฎบัตรสหประชาชาติหมวดที่ 8 ว่าด้วยข้อตกลงส่วนภูมิภาคและทบวงการตัวแทน ก็บัญญัติให้ข้อตกลงส่วนภูมิภาคหรือทบวงการตัวแทนเข้ามามีบทบาทในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศเช่นกัน โดยในกฎบัตรสหประชาชาตินั้น แม้จะไม่ได้นิยามคำว่า “ข้อตกลงส่วนภูมิภาคหรือทบวงการตัวแทน” (Regional arrangement and agency) เอาไว้<sup>105</sup> แต่ในทางปฏิบัติปัจจุบันก็ใช้คำที่เข้าใจร่วมกันว่าเป็น “องค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาค” (Regional Organization) ซึ่งองค์การระหว่าง

<sup>104</sup> ดูรายละเอียดใน Allied Joint Publication (AJP) 3.4.1 *Peace Support Operations*, July 2001 นอกจากนี้ในเอกสารดังกล่าวยังให้นิยามของปฏิบัติการรักษาสันติภาพและปฏิบัติการบังคับให้เกิดสันติภาพไว้แยกต่างหากจากกัน อย่างชัดเจนอีกด้วย

“PK operations are generally undertaken in accordance with the principle of Chapter 6 of the UN Charter in order to monitor and facilitate the implementation of a peace agreement. A loss consent and a non-compliant party may limit the freedom of action of the PK force and even threaten the continuation of the mission. Thus, the requirement to remain impartial, limit the use of force to self-defence, and maintain and promote consent would guide the conduct of PK.

“PE operations normally take place under the principles of Chapter 7 of the UN Charter. They are coercive in nature and conducted when the consent of all Parties to the conflict has not been achieved or might be uncertain. They are designed to maintain or re-establish peace or enforce the terms specified in the mandate. In the conduct of PE, the link between military and political objectives must be extremely close. It is important to emphasize that the aim of the PE operation will not be the defeat or destruction of an enemy, but rather to compel, coerce and persuade the parties to comply with a particular course of action. The provision of adequate military forces to establish a coercive combat capacity is critical to any decision to deploy Alliance force on a PSO.”

<sup>105</sup> องค์การสหประชาชาติได้เคยตีความขยายคำว่า “regional arrangement and agency” ไว้อย่างกว้างๆในระเบียบวาระเพื่อสันติภาพไว้ว่า “The Charter deliberately provides no precise definition of regional arrangements and agencies, thus allowing useful flexibility for undertakings by a group of States to deal with a matter appropriate for regional action which also could contribute to the maintenance of international peace and security. Such associations or entities could include treaty-based organizations, whether created before or after the founding of the United Nations, regional organizations for mutual security and defence, organizations for general regional development or for cooperation on a particular economic topic or function, and groups created to deal with a specific political, economic or social issue of current concern.”

ประเทศส่วนภูมิภาคเหล่านี้ก็มีสภาพบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศเช่นกัน<sup>106</sup> โดยตามกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 52<sup>107</sup> ได้ให้อำนาจองค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาคสามารถเข้ามามีบทบาทในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศได้ตามที่เห็นว่าเหมาะสมทั้งนี้เพื่อให้เกิดการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี ก่อนที่จะเสนอเรื่องไปยังคณะมนตรีความมั่นคง และจากข้อ 53<sup>108</sup> เมื่อคณะมนตรีความมั่นคงเห็นว่าเหมาะสม คณะมนตรีความมั่นคงก็สามารถใช้ประโยชน์จากองค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาคเพื่อดำเนินการบังคับภายใต้อำนาจของตนเองได้หรือองค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาคอาจใช้มาตรการบังคับได้ด้วยเช่นกัน แต่จะต้องขออนุญาต (Authorization) จากคณะมนตรีความมั่นคงทั้งนี้จะต้องแจ้งการดำเนินการดังกล่าวแก่คณะมนตรีความมั่นคงด้วย ตามความข้อ 54<sup>109</sup> จะเห็นได้ว่า แทนที่สหประชาชาติจะผูกขาดอำนาจในการใช้กำลังทหารแต่ผู้เดียว กลับปรากฏว่าองค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาค ไม่ว่าจะมียุทธศาสตร์ทางทหารหรือไม่ก็ตาม ต่างก็ยังมีอำนาจในการใช้กำลังทหารอยู่เช่นกัน ซึ่งนอกจากองค์การส่วนภูมิภาคจะสามารถใช้มาตรการบังคับโดยจะต้องขออนุญาตคณะมนตรีความมั่นคงแล้ว องค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาคก็สามารถที่จะจัดตั้งกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพในนามของตนเองได้เช่นกัน โดยไม่ต้องขออนุญาตจากคณะมนตรีความมั่นคงแต่อย่างใด (เว้นแต่กรณีปฏิบัติการบังคับให้เกิดสันติภาพเท่านั้นที่จะต้องขออนุญาตจากคณะมนตรีความมั่นคง)

ตัวอย่าง องค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาคที่มีบทบาทในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศที่สำคัญๆ ได้แก่ ในลาตินอเมริกา เช่น องค์การรัฐอเมริกัน (The Organization of American States: OAS) , องค์การเอกภาพแอฟริกา (The Organization of African Unity: OAU) ซึ่งในปัจจุบันคือ สหภาพแอฟริกา (The African Union: AU), ในเอเชีย เช่น สันนิบาตอาหรับ (The Arab league), ในยุโรป เช่น สหภาพยุโรป (European Union) เป็นต้น ทั้งนี้ มีข้อยกเว้นที่สำคัญคือ แม้จะใช้คำว่าองค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาค (Regional) ก็มีได้หมายความว่า เป็นการแบ่งตามสภาพภูมิศาสตร์แต่อย่างใด เพราะยังไม่มีข้อสรุปชัดเจนถึงความหมายของคำว่าภูมิภาคในกฎบัตรสหประชาชาติ เนื่องจากรัฐสมาชิกสามารถตกลงกำหนดขอบเขตว่าบริเวณพื้นที่ใดถือเป็น

<sup>106</sup> W. Hummur and M. Schweitzwe, "Chapter VIII. Regional Arrangements" in B. Simma, *The Charter of the United Nation. A Commentary*, 2<sup>nd</sup> edition, (Oxford University Press: 2002), p.807.

<sup>107</sup> กฎบัตรสหประชาชาติ, ข้อ 52 "1. ไม่มีข้อความในกฎบัตรสหประชาชาติฉบับปัจจุบันที่กีดกันการมีข้อตกลงส่วนภูมิภาค หรือทบวงการตัวแทนสำหรับจัดการเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ เช่นที่เห็นเหมาะสมสำหรับการดำเนินการส่วนภูมิภาคขึ้น หากข้อตกลงหรือทบวงการตัวแทนเช่นว่านั้นและกิจกรรมนั้นๆ สอดคล้องกับความมุ่งหมายและหลักการของสหประชาชาติ 2. สมาชิกของสหประชาชาติที่เข้าร่วมในข้อตกลงเช่นว่านั้น หรือประกอบขึ้นเป็นทบวงการตัวแทนเช่นว่านั้นจักต้องกระทำความพยายามทุกประการที่จะจัดระงับข้อพิพาทแห่งท้องถิ่นโดยสันติวิธี ด้วยอาศัยข้อตกลงส่วนภูมิภาคหรือทบวงการตัวแทนส่วนภูมิภาคเช่นว่านั้น ก่อนที่จะเสนอเรื่องไปยังคณะมนตรีความมั่นคง ..."

<sup>108</sup> เรื่องเดียวกัน ข้อ 53 "1. เมื่อเห็นว่าเหมาะสม คณะมนตรีความมั่นคงจักใช้ประโยชน์ในข้อตกลงส่วนภูมิภาค หรือทบวงการตัวแทนเช่นว่านั้นเพื่อดำเนินการบังคับภายใต้อำนาจของตน แต่จะมีการดำเนินการบังคับตามข้อตกลงส่วนภูมิภาคหรือทบวงการตัวแทนส่วนภูมิภาค โดยปราศจากการให้อำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงไม่ได้..."

<sup>109</sup> เรื่องเดียวกัน ข้อ 54 "คณะมนตรีความมั่นคง จักต้องได้รับแจ้งโดยครบถ้วนตลอดทุกเวลาถึงกิจกรรมที่ได้กระทำไป หรืออยู่ในความดำริตามข้อตกลงส่วนภูมิภาค หรือโดยทบวงการตัวแทนส่วนภูมิภาค เพื่อดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ"

ภูมิภาคที่องค์การระหว่างประเทศนั้นมีอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ได้<sup>110</sup> ตัวอย่างเช่น NATO ได้กำหนดบริเวณพื้นที่ทวีปยุโรปและทวีปอเมริกาเหนือเป็นพื้นที่ปฏิบัติงานของตนในการใช้ระบบที่ถือว่าหากโจมตีรัฐสมาชิกใดรัฐสมาชิกหนึ่ง รัฐสมาชิกที่เหลือก็จะร่วมกันตอบโต้ (Collective Self-Defense)<sup>111</sup>

นอกจากองค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาคที่กล่าวมาแล้ว องค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาคที่รองลงมา (Sub-Regional Organization) ที่มีได้จัดตั้งตามหมวดที่ 8 เช่น ประชาคมเศรษฐกิจแห่งรัฐแอฟริกาตะวันตก (The Economic Community of West African States: ECOWAS), องค์การว่าด้วยความมั่นคงและความร่วมมือในยุโรปกลุ่มงานยุทธศาสตร์เศรษฐกิจระหว่างประเทศ (Organization for Security and Co-operation in Europe: OSCE), ประชาคมเพื่อการพัฒนาแอฟริกาตอนใต้ (The Southern African Development Community: SADC), อำนาจระหว่างรัฐบาลว่าด้วยการพัฒนา (The Intergovernmental Authority on Development: IGAD) เป็นต้น ก็สามารถที่จะจัดตั้งปฏิบัติการเพื่อสันติภาพสันติภาพด้วยตนเองได้ แต่จะต้องเป็นมีลักษณะที่มีใช้อำนาจบังคับ<sup>112</sup> เพราะหากเป็นกรณีที่เป็นมาตรการบังคับ (Enforcement Action) หรือปฏิบัติการบังคับให้เกิดสันติภาพ (Peace Enforcement) ที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจบังคับจะต้องได้รับอนุญาต (Authorization) จากคณะมนตรีความมั่นคงก่อนจัดตั้งปฏิบัติการนั่นเอง<sup>113</sup>

องค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาคเหล่านี้มีบทบาทมากในช่วงที่สงครามเย็นสิ้นสุดลง ทั้งนี้เนื่องจากในช่วงเวลาดังกล่าวได้เกิดการจัดตั้งปฏิบัติการเพื่อสันติภาพขึ้นเป็นจำนวนมากทำให้องค์การสหประชาชาติมีภาระค่าใช้จ่ายจำนวนมาก<sup>114</sup> ดังนั้นในระเบียบวาระเพื่อสันติภาพ (An Agenda for Peace) จึงได้เสนอให้องค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาคมีบทบาทในการมีส่วนร่วมกับองค์การสหประชาชาติมากยิ่งขึ้น<sup>115</sup> เพราะฉะนั้นในปัจจุบัน องค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาคจึง

<sup>110</sup> W. Hummur and M. Schweitzwe, "Chapter VIII. Regional Arrangements" in B. Simma, *The Charter of the United Nation. A Commentary*, p.821.

<sup>111</sup> The North Atlantic Treaty, Article 6 " For the purposes of Article 5 an armed attack on one or more of the Parties is deem to include an armed attack; (1) on the territory of any of the Parties in Europe or North America, on the Algerian Departments of France, on the territory of Turkey or on the islands under the jurisdiction of any Parties in the North Atlantic area or north of the Tropic of Cancer; ..."

<sup>112</sup> Oscar Schacter, *International law in Theory and Practice*, (Martinus Nijhoff Publisher: 1911), p.412.

<sup>113</sup> Terry Gill, Dieter Fleck, *The handbook of the International Law of Military Operations*, (Oxford University Press: 2010), p.163.

<sup>114</sup> Cooperation Between the United Nations and Regional Arrangement in a Peacekeeping Environment: Suggest Principles and Mechanism (March 1999) at <http://www.un.org/Depts/dpko/lesson/regcop.htm>, p.2. เข้าครั้งสุดท้ายเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน พ.ศ.2557.

<sup>115</sup> Agenda for peace, 1992 A/46/277-S/24111, p.64.

ได้ทวีความสำคัญในการเข้ามามีบทบาทในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศมากยิ่งขึ้นเรื่อยๆและยังมีการสร้างรูปแบบปฏิบัติการร่วมระหว่างองค์การสหประชาชาติและองค์การภูมิภาคอีกด้วย<sup>116</sup>

อย่างไรก็ตาม องค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาคนี้ต่างมีข้อจำกัดในการจัดตั้งปฏิบัติการ เช่น ในกรณีขององค์การระหว่างประเทศส่วนทวีปแอฟริกา รัฐสมาชิกส่วนใหญ่มีปัญหาทางการเงิน จึงไม่มีเงินสนับสนุนในการจัดตั้งปฏิบัติการ ทำให้จะต้องอาศัยความช่วยเหลือจากภายนอก, ในส่วนของทวีปยุโรป โครงสร้างทางทหารของสหภาพยุโรปก็ยังไม่ได้รับการพัฒนามากนัก และยังคงต้องอาศัยทรัพย์สินของNATO<sup>117</sup> เพราะฉะนั้นในบริบทของการจัดตั้งกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพแล้ว NATO จึงมีบทบาทสำคัญที่สุดเคียงคู่กับองค์การสหประชาชาติ

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ปฏิบัติการทางทหารระหว่างประเทศ (International Military Operation) สามารถจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

---

“Under the Charter, the Security Council has and will continue to have primary responsibility for maintaining international peace and security, but regional action as a matter of decentralization and cooperation with the United Nations efforts could not only lighten the burden of the Council but also contribute to a deeper sense of participation, consensus and democratization in international affairs.”

<sup>116</sup> Rosemary Durward, “Security Council authorization for regional peace operations: A critical analysis”, *International Peacekeeping Journal* (2006), p.359-360.

“A variety of linkages have been made between the UN and regional arrangements for these purposes. These range from:

- Regional organizations acting as a short-term holding mechanism (the EU’S Operation *Artemis* in the DR Congo);
- Operations where the UN relieves a regional organization (AU request to the UN to take over the African Mission in Burundi (AMIB) in light of financial and logistics constraints);
- Operations where the regional organization’s forces are reassigned to the UN (the UN mission for the Stabilization of Haiti (MINUSTAH) taking over authority from the Multinational Interim Forces (MIF) with Chilean and Canadian Troops being ‘re-hatted’ as UN peacekeepers);
- Operations that follow on from UN operations (the NATO-led Implementation Force (IFOR) and Stabilization Force (SFOR) in Bosnia, following on from UNPROFOR);
- Participation in a multi-dimensional operation (Operation *Deny Flight*, NATO’s protection of the No-fly Zone in Bosnia and Herzegovina, under dual key command);
- Complementary deployment to operations that receive UN endorsement but are outside UN command and control (NATO’S KFOR under separate command and control, alongside the UN, OSCE and the EU).”

<sup>117</sup> Marten Zwanenburg, *Accountability of Peace Support Operations*, (Martinus Nijhoff Publishers: 2005), p.26.

1) มาตรการบังคับ (Enforcement Action) เป็นกรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงได้อาศัยการอนุญาต (authorization) ให้รัฐสมาชิกหรือรัฐบางกลุ่มหรือองค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาคใช้กำลังทางทหารแทนเป็นการเฉพาะกิจ (Ad Hoc) ซึ่งมาตรการลักษณะนี้จะมีลักษณะที่มุ่งป้องกันหรือปราบรัฐใดรัฐหนึ่งที่มีพฤติกรรมเป็นอันตรายต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ โดยอาศัยอำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงตามความในหมวดที่ 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ หรือหากเป็นอนุญาต (Authorization) ให้องค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาค คณะมนตรีความมั่นคงก็อาศัยอำนาจตามหมวดที่ 8 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ข้อ 53<sup>118</sup> แต่ทั้งนี้แม้ว่าจะปฏิบัติภารกิจภายใต้อำนาจขององค์การสหประชาชาติ ก็ไม่ถือว่าเป็นองค์กรย่อยขององค์การสหประชาชาติ และอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาของกำลังดังกล่าวก็มีได้อยู่ที่องค์การสหประชาชาติ แต่จะอยู่ที่รัฐหรือองค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาคนั้น

2) ปฏิบัติการเพื่อสันติภาพเป็นคำที่รวมความหมายปฏิบัติการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อสันติภาพทั้งหมดรวมเข้าด้วยกัน โดยมีลักษณะสำคัญคือ ยังอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาขององค์การสหประชาชาติหรือองค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาคที่ก่อตั้งปฏิบัติการนั้น และมีข้อนำส่งเกดถึงความแตกต่างระหว่างปฏิบัติการรักษาสันติภาพ (Peacekeeping) กับปฏิบัติการบังคับให้เกิดสันติภาพ (Peace enforcement) คือ องค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาคสามารถก่อตั้งปฏิบัติการรักษาสันติภาพได้เองโดยตรง โดยไม่ต้องอาศัยการอนุญาตจากองค์การสหประชาชาติ แต่หากจะตั้งปฏิบัติการบังคับให้เกิดสันติภาพในข้อนี้จะระบุว่าอาศัยอำนาจตามหมวดที่ 7 ในการจัดตั้งปฏิบัติการ ดังนั้น จึงต้องอาศัยการอนุญาต (authorization) จากคณะมนตรีความมั่นคง

#### 2.4.1.3 สายการบังคับบัญชาของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ

เนื่องจากการจัดตั้งกองกำลังสหประชาชาติจะต้องอาศัยความร่วมมือจากการรัฐสมาชิกในการจัดส่งกองกำลัง จึงทำให้ในปฏิบัติการมีกองกำลังของรัฐหลายๆรัฐเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ร่วมกัน ดังนั้น จึงมีสายการบังคับบัญชาที่ซับซ้อนต่างจากกองกำลังกำลังรัฐเพียงรัฐเดียว โดยสายการบังคับบัญชาของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพจะมีผู้บังคับบัญชาและอำนาจที่แตกต่างกันไปในแต่ละระดับ โดยอำนาจการบังคับบัญชาที่แตกต่างกันนี้จะเป็ปัจจัยสำคัญในการวินิจฉัยว่า ในขณะที่กองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพได้กระทำความผิดระหว่างประเทศนั้นอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาขององค์การสหประชาชาติหรือรัฐที่ส่งกองกำลัง อันเป็นเงื่อนไขที่จะนำไปสู่ความรับผิดชอบในทางกฎหมายระหว่างประเทศต่อไป

<sup>118</sup> อย่างไรก็ตาม ในสถานการณ์ฉุกเฉิน องค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาคก็สามารถใช้มาตรการบังคับโดยปราศจากการอนุญาตจากคณะมนตรีความมั่นคงก่อนได้ หรือเรียกได้ว่า เป็นกรณีที่ได้รับการอนุญาตย้อนหลัง (retro-active endorsement) ซึ่งได้เคยเกิดขึ้นในหลายครั้ง เช่น ปฏิบัติการโดย ECOWAS ที่ไลบีเรีย ในปี ค.ศ.1990, ที่เซียร์ราเลโอน ในปี ค.ศ. 1997, ที่กินี ในปี ค.ศ.1999, กรณีปฏิบัติการของ NATO ที่โคโซโว ในปี ค.ศ. 1999 เป็นต้น ดูรายละเอียดเพิ่มเติมที่ Ademola Abass, *Regional organizations and the Development of Collective Security: beyond Chapter VIII of the UN Charter*, (Hart publishing: 2004), pp.54-57.

ในการจัดตั้งปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ เมื่อคณะมนตรีความมั่นคงหรือสมัชชาใหญ่ ได้มีมติจัดตั้งกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพแล้ว เลขาธิการสหประชาชาติจะแต่งตั้งผู้แทนพิเศษของเลขาธิการสหประชาชาติ (Special Representative of Secretary-General: SRSG) เป็นหัวหน้าภารกิจ (Head of Mission) ซึ่งเป็นผู้ดูแลกองกำลังทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นฝ่ายทหาร ตำรวจและพลเรือน โดยที่แต่ละฝ่ายจะมีหัวหน้าฝ่ายของตน (Head of Component) ซึ่งจะเป็นผู้รับคำสั่งและรายงานผลงานต่อเลขาธิการสหประชาชาติ (Secretary General) อาจกล่าวได้ว่า 1) อำนาจในการกำหนดทิศทางของนโยบายทั่วไป (Overall Political Direction) เป็นอำนาจของคณะมนตรีความมั่นคง 2) อำนาจในการปฏิบัติตามคำสั่ง (Executive Direction and Control) เป็นอำนาจของเลขาธิการสหประชาชาติ และ 3) อำนาจในปฏิบัติการภาคสนาม (Command in the field) อยู่ที่หัวหน้าภารกิจ ซึ่งก็คือผู้แทนพิเศษของเลขาธิการสหประชาชาติ<sup>119</sup>

#### 2.4.1.3.1 สายการบังคับบัญชาขององค์การสหประชาชาติเหนือกองกำลัง

โดยทั่วไปแล้ว สายการบังคับบัญชาของปฏิบัติการทางทหารนานาชาติ (International Military Operation) จะสามารถแบ่งออกกว้างๆได้เป็น 3 ระดับดังนี้

##### 1) อำนาจการบังคับบัญชาในระดับยุทธศาสตร์ (Strategic level of command)

อำนาจในระดับนี้เป็นอำนาจที่ควบคุมปฏิบัติการในระดับยุทธศาสตร์ รวมถึงอำนาจในสั่งการและการประสานงานทั้งหมด หรือการส่งกองกำลังทหารและให้คำแนะนำแก่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทางนโยบายทั้งในระดับภายในและระหว่างประเทศ

##### 2) อำนาจการบังคับบัญชาในระดับยุทธการ (Operational level of command)

อำนาจในระดับนี้เป็นอำนาจที่เกี่ยวข้องกับการทำให้กองกำลังปฏิบัติการกิจให้สำเร็จตามวัตถุประสงค์ทางยุทธศาสตร์ในพื้นที่ของปฏิบัติการ โดยผ่านการวางแผน การจัดการ โดยอำนาจในระดับยุทธการนี้จะต้องพยายามปฏิบัติการทางทะเล ภาคพื้นดิน และทางอากาศให้เป็นหนึ่งเดียวกัน และกิจกรรมในระดับนี้ก็จะต้องเชื่อมโยงกับยุทธศาสตร์และยุทธวิธี

##### 3) อำนาจการบังคับบัญชาในระดับยุทธวิธี (Tactical level of command)

อำนาจในระดับนี้เป็นอำนาจที่สั่งการกองกำลังทหารในปฏิบัติการอย่างเฉพาะเจาะจง โดยที่ปฏิบัติตามแผนในระดับยุทธการ<sup>120</sup>

<sup>119</sup> UN Doc. A/49/681 of 21 November 1994, para.4.

“In United Nations peace-keeping operations it is useful to distinguish three levels of command: (1) overall political direction, the purview of the Security Council ; (2) executive direction and control, provided by the Secretary-General ; (3) command in the field, residing in the chief of mission, i.e. the Special Representative is approved, the Force Commander or Chief Military Observer.”

<sup>120</sup> Terry Gill, Dieter Fleck, *The handbook of the International Law of Military Operations*, p.238.

จากหลักการในเรื่องสายการบังคับบัญชาของปฏิบัติการทางทหารนานาชาติ ดังกล่าวข้างต้น เมื่อพิจารณาจากเอกสาร United Nations Peacekeeping Operations Principles and Guidelines แล้ว สามารถแบ่งสายการบังคับบัญชาขององค์การสหประชาชาติเหนือกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ ออกเป็น 3 ระดับชั้น ดังนี้

- อำนาจในระดับยุทธศาสตร์ (Strategic level)

เมื่อองค์กรที่มีอำนาจในการจัดตั้งปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ อันได้แก่ คณะมนตรีความมั่นคง และสมัชชาใหญ่ได้ออกข้อมติในการจัดตั้งปฏิบัติการเพื่อสันติภาพแล้ว เลขาธิการสหประชาชาติ (Secretary-General: SG) จะเป็นผู้แต่งตั้งผู้แทนพิเศษเลขาธิการสหประชาชาติ (Special Representative of Secretary-General: SRSO) ผ่านทางฝ่ายปฏิบัติการรักษาสันติภาพ (Department of Peacekeeping Operations: DPKO) โดยในแต่ละภารกิจ เลขาธิการสหประชาชาติจะแต่งตั้งผู้แทนพิเศษฯ จำนวน 1 คน เพื่อเป็นหัวหน้าภารกิจ (Head of Mission) นั้นๆ อำนาจควบคุมบังคับบัญชาในระดับนี้จะเป็นการวางแผนทางยุทธศาสตร์ (Strategy) โดยจะพิจารณาว่าเรื่องการวางแผน การเตรียมความพร้อมของปฏิบัติการ แต่หากไม่มีการแต่งตั้งผู้แทนพิเศษ ก็แต่งตั้งผู้บังคับบัญชาฝ่ายทหาร (Force Commander) เป็นหัวหน้าภารกิจ (Head of Mission) นั้น

- อำนาจในระดับยุทธการ (Operational level)

เลขาธิการสหประชาชาติ ซึ่งมีฐานะเป็นหัวหน้าภารกิจ (Head of mission) จะควบคุมบังคับบัญชาผู้บัญชาการของฝ่ายต่างๆ (Head of component) ทั้งทหาร ตำรวจ และพลเรือนที่เข้าไปปฏิบัติการกิจ โดยในฝ่ายทหารนั้น ผู้บัญชาการกองกำลัง (Force Commander) จะมีควบคุมบังคับบัญชาอำนาจทางยุทธการ (Operational Level) ต่อกองกำลังชาติ

---

“It is also important to identify the broad levels of command used by most military forces. The three main levels of command are as follow:

a) Strategic level of command. The level of command through which control of an operation is exercised at the strategic level. This includes the overall direction and coordination or assigned military forces and the provision of advice to and from political authorities at the national and international level.

b) Operational level of command. The level of command which employs forces to attain strategic objectives in a theatre or area of operations through the design, organization, and conduct of campaigns and major operations. At the Operational level, naval, land, and air activity must be conceived and conducted as one single concentrated effort. Activities at this level link strategy and tactics.

c) Tactical level of command. The level of command which directs the specific use of military forces in operations. Such operations are designed to implement the operational level plan.”

โดยหลักการและคำนิยามข้างต้นนี้มาจาก Canadian Forces Publication B-GJ-005-300/FP-000 Canadian Forces Operations (Change 2, 15 August 2005.) แต่อย่างไรก็ตามรัฐและองค์การระหว่างประเทศต่างๆ สามารถวางหลักการและคำนิยามที่แตกต่างกันออกไปได้ แต่ส่วนใหญ่แล้วมักจะใช้หลักการที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

ต่างๆที่เข้าร่วมภารกิจ ซึ่งเมื่อมีการส่งกองกำลังเข้าร่วมสหประชาชาติแล้ว จะเรียกรวมว่า “กองกำลังสหประชาชาติ” (UN Forces) โดยไม่แบ่งแยกว่าเป็นกองกำลังของรัฐใด กองกำลังสหประชาชาตินี้จะปฏิบัติหน้าที่ตามการควบคุมบังคับบัญชาของ Force Commander แต่มิได้ปฏิบัติตามอำนาจการบังคับบัญชาของสหประชาชาติ และจะไม่ปฏิบัติงานให้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของชาติของตน ทั้งนี้ Force Commander จะเป็นอิสระจากนโยบายและอำนาจของรัฐบาลจากรัฐต่างๆด้วย

โดยก่อนที่จะมีการวางกองกำลังลงในพื้นที่นั้น Force Commander จะมีหน้าที่ที่จะต้องปรึกษา (Consultation) กับรัฐที่ส่งกองกำลัง ทั้งนี้ในการวางแผนทางยุทธการ รัฐสามารถกำหนดข้อจำกัดในการใช้บุคลากรของตนได้ และรัฐยังสามารถถอนกองกำลังของตนเมื่อใดก็ได้ อีกด้วย ทำให้รัฐมีอิทธิพลต่อการปฏิบัติการที่สูงมาก อย่างไรก็ตามรัฐก็ไม่สามารถที่จะปฏิบัติการได้หากไม่ได้รับความเห็นชอบจาก Force Commander โดยเฉพาะอย่างยิ่ง Force Commander สามารถให้ความเห็นทำให้รัฐถอนตัวจากกองกำลังได้<sup>121</sup> เมื่อมีการวางแผนทางยุทธการแล้ว แผนการต่างๆและกฎระเบียบจะปรากฏอยู่ใน Operational Plan (OPLAN) และกฎการใช้กำลัง (Rule of engagement) โดยจะอยู่ภายใต้กรอบอาณัติและอยู่ภายใต้การควบคุมเชิงนโยบายของคณะมนตรีความมั่นคงนั่นเอง ทั้งนี้อำนาจในระดับยุทธการนี้สามารถมอบอำนาจให้รัฐหรือองค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาคใช้อำนาจแทนได้

#### - อำนาจในระดับยุทธวิธี (Tactical Level)

เมื่อ Force Commander เป็นผู้บังคับบัญชาของผู้บังคับบัญชาของกองกำลังของรัฐ (Commander of National Contingents) ต่างๆแล้วผู้บัญชาการของรัฐ (National Commander) ก็จะมีอำนาจหน้าที่คนชาติในกองกำลังของตนเองในระดับปฏิบัติการ (Tactical Level) อีกชั้นหนึ่ง Force Commander จึงไม่มีอำนาจควบคุมบังคับบัญชาเหนือตัวทหารเป็นรายบุคคล แต่เป็นผู้บัญชาการของรัฐที่มีอำนาจควบคุมบังคับบัญชาเหนือตัวบุคคล และผู้บัญชาการของรัฐต่างๆนั้น ยังคงสามารถติดต่อกับรัฐบาลของตนเองในเรื่องต่างๆที่อาจส่งผลกระทบต่อกองกำลังของตนได้เท่าที่จะไม่เป็นการแทรกแซงการปฏิบัติตามอาณัติของการปฏิบัติการได้ อีกด้วย ดังนั้น จะเห็นได้ว่าอำนาจการบังคับบัญชาในระดับนี้จะอยู่ที่รัฐที่ส่งกองกำลังแม้ว่าจะต้องปฏิบัติการให้สอดคล้องกับอำนาจทางยุทธการซึ่งเป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาขององค์การสหประชาชาติ (หรือองค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาคหรือรัฐผู้นำ ในกรณีที่มีการมอบอำนาจทางยุทธการ)

นอกจากเอกสาร United Nations Peacekeeping Operations Principles and Guidelines ที่อธิบายถึงสายการบังคับบัญชาของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ โดยแบ่งสายการบังคับบัญชาเป็นระดับอย่างกว้างๆแล้ว ในเอกสาร Authority, Command and Control in United Nations Peacekeeping Operations ยังได้

<sup>121</sup> Terry D. Gill, “Legal Aspects of the Transfer of Authority in UN Peace Operations”, *Netherlands Yearbook of International Law* (2011), Volume 42, p.47.



กำหนดคำนิยามในเรื่องที่เกี่ยวกับอำนาจการบังคับบัญชาในกองกำลังสหประชาชาติไว้อีกด้วย ดังนี้

- *อำนาจการบังคับบัญชา (Command)* เป็นอำนาจที่อยู่กับผู้บัญชาการทางทหารในการสั่งการ การประสานงาน และการควบคุมกองกำลังทหารและบุคลากร อำนาจบังคับบัญชามีสถานะทางกฎหมายและกำหนดหน้าที่ให้กับเจ้าหน้าที่ทางทหารเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์หรือเป้าหมาย

- *อำนาจในการควบคุมทางยุทธการขององค์การสหประชาชาติ (United Nations Operational Control)* เป็นอำนาจที่มอบให้กับผู้บัญชาการทางทหารของปฏิบัติการในการสั่งกองกำลัง โดยผู้บัญชาการอาจทำให้สำเร็จซึ่งภารกิจที่เฉพาะเจาะจง โดยการให้หน่วยและ/หรือบุคลากรประจำการ, และโดยการให้คงไว้หรือมอบหมายซึ่งอำนาจบังคับบัญชาหรือการควบคุมทางยุทธวิธีให้แก่หน่วยหรือบุคลากรซึ่งมักจะจำกัดโดยหน้าที่ เวลา หรือสถานที่ (หรือรวมกันทั้งหมด) ทั้งนี้อำนาจในการควบคุมทางยุทธการนี้ยังรวมถึงอำนาจในการมอบหมายภารกิจต่างๆให้แก่หน่วยย่อยตามความจำเป็นทางยุทธการภายในพื้นที่ภารกิจที่ต้องรับผิดชอบ โดยการหารือกับผู้บัญชาการรัฐที่ส่งกองกำลัง และโดยการอนุมัติจาก United Nations Headquarter

- *อำนาจบังคับบัญชาทางยุทธวิธีขององค์การสหประชาชาติ (United National Tactical Command)* เป็นอำนาจที่มอบหมายให้แก่ผู้บัญชาการทหารหรือผู้บัญชาการตำรวจในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพในการมอบหมายภารกิจให้แก่กองกำลังภายใต้อำนาจบังคับบัญชาในการปฏิบัติการกิจให้สำเร็จตามที่ได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจสูงกว่า

- *อำนาจในการควบคุมทางยุทธวิธีขององค์การสหประชาชาติ (United Nations Tactical Control)* คือ รายละเอียดและการสั่งการในพื้นที่ และการควบคุมการเคลื่อนไหวหรือระเบียบที่จำเป็นในการปฏิบัติการกิจหรือหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้สำเร็จ ซึ่งถ้าหากมีความจำเป็นทางยุทธการ หัวหน้าหน่วยทางทหารและหัวหน้าหน่วยตำรวจสามารถมอบหมายอำนาจในการควบคุมกองกำลังทหารหรือบุคลากรตำรวจให้แก่ผู้บัญชาการส่วนและ/หรือผู้บังคับบัญชาหน่วยย่อยได้<sup>122</sup>

<sup>122</sup> UNDPKO, Department of Field Operations, *Authority, Command and Control in United Nations Peacekeeping Operations*, 4 February 2008, p.4.

“8. Command. The authority vested in a Military leader/Police Commander for the direction, coordination and control of military and police forces/ personel. Command has a legal status and denotes functional and knowledgeable exercise of military/police authority to attain military/ police objectives or goals.

9. United Nations Operational Control. The authority granted to a Military Commander in a United Nations Peacekeeping Operation to direct forces assigned so that the Commander may accomplish specific missions or tasks which are usually limited by function, time, or location (or a combination), to deploy units concerned and/or military personel, and to retain or assign Tactical Command or control of

### 2.4.1.3.2 อำนาจของรัฐเหนือกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ

ในกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ รัฐยังมีอำนาจเหนือกองกำลังของตนอยู่ ในเรื่องดังต่อไปนี้

- แต่ละรัฐที่ส่งกองกำลังยังคงมีเขตอำนาจเหนือกองกำลังของตนในเรื่องกระบวนการยุติธรรมทางทหารและระเบียบวินัยแม้ว่าผู้บังคับบัญชาทางทหารของกองกำลังจะใช้อำนาจบังคับบัญชาทางยุทธการเหนือกองกำลังของรัฐ แต่ก็จะไม่ใช้อำนาจในเรื่องระเบียบวินัยทางปกครองเหนือสมาชิกของกองกำลังรัฐที่เข้ามาร่วม
- เขตอำนาจเหนือตัวบุคคลากรในกองกำลังของตนเองในกรณีที่เกิดความผิดทางอาญานั้น จะกำหนดความตกลงระหว่างประเทศระหว่างรัฐที่กองกำลังเข้าไปปฏิบัติการกับรัฐที่ส่งกองกำลัง ดังนั้นจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป ซึ่งถือเป็นนโยบายพื้นฐานของรัฐที่ส่งกองกำลังส่วนใหญ่ที่มีความประสงค์ให้ตนเองมีเขตอำนาจทางอาญา
- แต่ละรัฐที่ส่งกองกำลังยังคงมีการใช้กฎการใช้กำลัง (Rule of Engagement) เป็นของตนเอง หรืออย่างน้อยที่สุดก็ 'National Caveats' เกี่ยวกับกฎการใช้กำลังที่เป็นของกองกำลังนานาชาติที่ใช้ร่วมกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐสามารถที่จะตีความเกี่ยวกับการป้องกันตนเอง และการป้องกันทรัพย์สินได้
- แต่ละรัฐที่ส่งกองกำลังมีกระบวนการกำหนดเป้าหมาย (Targeting Process) และการตีความวัตถุประสงค์ทางทหาร (Military Objective) เป็นของตนเอง
- เนื่องจากในการบรรลุวัตถุประสงค์ของปฏิบัติการ ในบางกรณีก็อาจจำเป็นที่จะต้องมีการคุมขังตัวบุคคลเพื่อความความสะดวกหรือความมั่นคงของปฏิบัติการ ดังนั้น

those units/personel. Operational Control includes the authority to assign separate tasks to sub units of a contingent, as required by operational necessities, within the mission area of responsibility, in consultation with the Contingent Commander and as approved by the United Nations Headquarter. For operational control of police components refer to para.54 and 55 of this policy.

10. United National Tactical Command. The authority delegated to a military or police commander in a United Nations Peacekeeping Operation to assign tasks to forces under their command for the accomplishment of the mission assigned by higher authority.

11. United Nations Tactical Control. The detailed and local direction and control of movement, or manoeuvre, necessary to accomplish missions or tasks assigned. As required by operational necessities the Head of Military Component (HOMC) and Head of Police Component (HOPC) may delegate the Tactical Control of assigned military forces/ police personel to the subordinate sector and/or unit commanders.”

แต่ละรัฐมีนโยบายในการคุมขังบุคคล และการปฏิบัติต่อบุคคลผู้ถูกคุมขังเป็นของตนเอง

- แต่ละรัฐที่ส่งกองกำลังมีพันธกรณีตามสนธิสัญญา หรือมีการตีความพันธกรณีตามสนธิสัญญาที่ต่างกันได้
- แต่ละรัฐที่ส่งกองกำลังจะมีหน่วยราชการลับ (Intelligence) เป็นของตนเอง หรือมีศูนย์ข้อมูลที่รวบรวมหรือเผยแพร่กฎเกณฑ์หรือนโยบายต่างๆได้
- แต่ละรัฐที่ส่งกองกำลังจะมีกระบวนการใช้สิทธิเรียกร้องทางแพ่งหรือมีกระบวนการระงับข้อพิพาทเป็นของตนเองได้
- แต่ละรัฐที่ส่งกองกำลังจะมีกฎหมาย กฎ หรือนโยบายเกี่ยวกับงบประมาณเป็นของตนเองได้
- แต่ละรัฐที่ส่งกองกำลังจะมีกฎหมาย กฎ หรือนโยบายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมเป็นของตนเองได้<sup>123</sup>

กล่าวโดยสรุป จะเห็นได้ว่าองค์การสหประชาชาติไม่ได้มีอำนาจเหนือกองกำลังอย่าง เต็มที่ (Full Command) เพียงแต่มีอำนาจทางยุทธการ (Operational) เหนือกองกำลังเท่านั้น<sup>124</sup> โดยมี Force Commander เป็นผู้ใช้อำนาจ ส่วนอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาเจ้าหน้าที่ของกำลังซึ่งเป็นปัจเจกบุคคลยังคงอยู่ในความรับผิดชอบของรัฐที่ส่งกองกำลัง ทำให้รัฐที่ส่งกองกำลังนั้นยังคงมีอิทธิพลเหนือกองกำลังของตนในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพอยู่ โดยรัฐจะต้องชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ของชาติตนเองที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ต่างๆที่จะนำมาใช้บังคับกับกองกำลังของตน และผลสัมฤทธิ์ของภารกิจให้มีความสมดุลกัน ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อความสำเร็จของการปฏิบัติการด้วย ดังนั้น ในทางปฏิบัติขององค์การสหประชาชาติ จึงมักจะจัดตั้งกองกำลังให้มีที่มาจากรัฐที่มีความเป็นกลางและมาจากรัฐตามภูมิภาคต่างๆของโลกที่หลากหลาย นอกจากนี้ องค์การสหประชาชาติยังสามารถปฏิบัติกร่วมกับกองกำลังของรัฐอื่นหรือองค์การระหว่างประเทศอื่นได้อีกด้วย ซึ่งในทางปฏิบัติมักจะเป็น NATO โดยในกรณีนี้คณะกรรมการแอตแลนติกเหนือ (The North Atlantic Council) จะเป็นองค์กรที่จะทำความตกลงกับองค์การสหประชาชาติในนามของรัฐสมาชิก NATO ให้ องค์การสหประชาชาติมอบอำนาจระดับยุทธการให้ NATO แต่จะอยู่ภายใต้อำนาจสูงสุดของคณะ

<sup>123</sup> Terry Gill, Dieter Fleck, *The Handbook of the International Law of Military Operations*, pp.242-243.

<sup>124</sup> UN Doc. A/49/681 of 21 November 1994, para.6.

“In general, United Nations is not full command and is closer in meaning to the generally recognized military concept of “operational command”. It involves the full authority to issue operational directives within the limits of (1) a specific mandate of the Security Council; (2) an agreed period of time, with the stipulation that an earlier withdrawal requires adequate prior notification; and (3) a specific geographical range (the mission area as a whole)”

มนตรีความมั่นคง<sup>125</sup> เช่น กองกำลัง KFOR ซึ่งเป็นปฏิบัติการทางทหารที่มีภารกิจในการโจมตีกองกำลังของเซอร์เบียในโคโซโวเพื่อช่วยเหลือชาวอัลเบเนียจากการถูกฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งเหตุการณ์นี้จะเป็นตัวอย่งของการศึกษาวิจัยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ โดยจะขอกกล่าวถึงรายละเอียดในบทต่อไป

#### 2.4.2 หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบในการกระทำของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ

จากหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนเรื่องการวินิจฉัยว่าการกระทำผิดเป็นขององค์การภาวะใด (Attribution of conduct) ที่กล่าวมาข้างต้นกรณีข้อบทที่สามารถนำมาปรับใช้วินิจฉัยการกระทำผิดของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ ก็คือบทบัญญัติในข้อ 7 ที่ว่าด้วยกรณีที่องค์กร/เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือขององค์การระหว่างประเทศหนึ่งได้กระทำในนามของอีกองค์การระหว่างประเทศหนึ่ง ก็จะเกิดปัญหาว่าการกระทำขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่นั้นจะเป็นการกระทำขององค์การภาวะใดระหว่างรัฐ/องค์การระหว่างประเทศผู้ส่งหรือองค์การระหว่างประเทศผู้รับ ในหัวข้อนี้จะขอกกล่าวถึงรายละเอียดของหลักกฎหมายดังกล่าวและการปรับใช้หลักกฎหมายนั้นเพื่อมาวินิจฉัยการกระทำผิดของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพว่าเป็นของรัฐที่ส่งกองกำลังหรือขององค์การสหประชาชาติอันนำไปสู่ความรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อไป

2.4.2.1 หลักกฎหมายเรื่องการวินิจฉัยว่าการกระทำขององค์กรของรัฐหรือองค์กร/เจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศอื่น เมื่อได้กระทำในนามของอีกองค์การระหว่างประเทศหนึ่งแล้ว (Placed at Disposal) จะเป็นการกระทำขององค์การภาวะใดตามร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ จากร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ ข้อ 7 ที่บัญญัติไว้ว่า

“ การกระทำขององค์กรของรัฐ หรือองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศที่ได้กระทำไปในนาม (Placed at the disposal) ของอีกองค์การระหว่างประเทศหนึ่งจะได้รับการพิจารณาตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าเป็นการกระทำขององค์การระหว่างประเทศ หากองค์การระหว่างประเทศนั้นมีอำนาจควบคุมเหนือการกระทำนั้นอย่างแท้จริง”

หลักกฎหมายในข้อนี้จะนำมาปรับใช้ในกรณีที่องค์กรของรัฐหรือองค์กร/เจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศอื่นมิได้มอบอำนาจทั้งหมดให้แก่องค์การระหว่างประเทศผู้รับ แต่ยังคงปฏิบัติหน้าที่ให้กับรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศที่เป็นผู้ส่งมาอยู่<sup>126</sup> เพราะฉะนั้น ในหลักกฎหมายข้อนี้จึง

<sup>125</sup> Terry D. Gill, “Legal Aspects of the Transfer of Authority in UN Peace Operations”, p.47

<sup>126</sup> DARIO, with commentaries, 2011, p.20, para.(1).

เป็นบัพัญญุตีออกมารองรับในสถานการณ์ที่เกิดปัญหาว่าเมื่อองค์กรของรัฐหรือองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศผู้ส่งนั้น เมื่อไปกระทำการบางอย่างแล้ว การกระทำนั้นจะถือว่าเป็นการกระทำของรัฐ/องค์การระหว่างประเทศผู้ส่ง หรือถือว่าเป็นการกระทำขององค์การระหว่างประเทศผู้รับ ซึ่งตัวอย่างที่มักจะเกิดขึ้นในทางปฏิบัติของหลักกฎหมายในข้อนี้ก็คือกรณีของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ ที่รัฐเป็นผู้ส่งกองกำลังให้ปฏิบัติหน้าที่ในนามขององค์การสหประชาชาติ และตัวอย่างอีกกรณีหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นได้ยาก ก็คือกรณีที่องค์การระหว่างประเทศหนึ่งได้กระทำการในนามอีกองค์การระหว่างประเทศหนึ่ง เช่น องค์การอนามัยโลก (World Health Organization: WHO) ได้ทำความตกลงกับ Pan American Health Organization: PAHO ให้กระทำการในนามแทนองค์การอนามัยโลก ในฐานะที่ PAHO เป็นคณะกรรมการส่วนภูมิภาคหรือสำนักงานส่วนภูมิภาคขององค์การอนามัยโลก ทำให้การกระทำต่างๆของ PAHO และเจ้าหน้าที่ PAHO สามารถผูกพันให้องค์การอนามัยโลกมีความรับผิดชอบ<sup>127</sup> ซึ่งจะแตกต่างกับกรณีที่ องค์กรของรัฐหรือองค์กร/เจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศอื่นได้กระทำในนามขององค์การระหว่างประเทศ โดยมอบอำนาจในการควบคุมให้องค์การระหว่างประเทศผู้รับทั้งหมด (fully seconded to that organization) การกระทำนั้นก็จะถือว่าเป็นขององค์การระหว่างประเทศผู้รับ ซึ่งจะเป็นกรณีที่ถือว่าเป็นการกระทำขององค์การระหว่างประเทศโดยแท้ตามร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ ข้อ 6 มิใช่กรณีตามข้อ 7 แต่อย่างใด

จากหลักกฎหมายข้อ 7 สามารถแบ่งหลักเกณฑ์การวินิจฉัยเพื่อให้องค์การระหว่างประเทศมีความรับผิดชอบได้ออกเป็น 3 ประการ โดยจะต้องเข้าหลักเกณฑ์ครบทุกประการ ดังนี้คือ

1) พิจารณาจากความเชื่อมโยงระหว่างองค์การระหว่างประเทศกับสถานะของผู้กระทำ

ผู้กระทำที่เป็นองค์กรของรัฐหรือองค์กร/เจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศ จะต้องกระทำหน้าที่เพื่อองค์การระหว่างประเทศนั้น ไม่ว่าผู้กระทำจะมีสถานะอย่างไรในองค์การระหว่างประเทศผู้รับ หากผู้นั้นกระทำในสถานะที่ตนทำแทนขององค์การระหว่างประเทศผู้รับแล้ว จึงถือว่าเป็นการกระทำขององค์การระหว่างประเทศผู้รับ

2) พิจารณาจากความเชื่อมโยงระหว่างขอบวัตถุประสงค์ขององค์การระหว่างประเทศกับการกระทำความผิด

---

“Article 7 deal with the different situation in which the seconded organ or agent will still acts to a certain extent as organ of the organ of the sending State or as organ or agent of the sending organization.”

<sup>127</sup> Unpublished letter of 19 December 2003, sent by the Legal Counsel of WHO to the United Nations Legal Counsel.

“On the basis of that arrangement, acts of PAHO and of its staff could engage the responsibility of WHO.”

การกระทำที่จะถือว่าเป็นการกระทำขององค์การระหว่างประเทศ ผู้ที่กระทำการนั้น จะต้องกระทำภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ขององค์การระหว่างประเทศด้วย โดยการพิจารณาว่าการกระทำความผิดดังกล่าวอยู่ในขอบวัตถุประสงค์ขององค์การระหว่างประเทศหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากกฎระเบียบขององค์การระหว่างประเทศ (Rules of International Organization) เช่น ธรรมนูญก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศ คำวินิจฉัย ข้อมติ หรือการกระทำอื่นขององค์การระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับในตราสาร รวมถึงทางปฏิบัติขององค์การระหว่างประเทศด้วย หากการกระทำความผิดดังกล่าวอยู่ในขอบวัตถุประสงค์ขององค์การระหว่างประเทศแล้ว องค์การระหว่างประเทศจึงมีความรับผิดชอบ

แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่ยังไม่ชัดเจนหรือเจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศที่ได้กระทำการเกินอำนาจหน้าที่ไม่ว่าขององค์การระหว่างประเทศหรือเกินอำนาจของตัวเจ้าหน้าที่นั่นเอง หรือขัดคำสั่งขององค์การระหว่างประเทศ ร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ ข้อ 8 ได้บัญญัติว่าเป็นกรณีที่การกระทำนั้นยังอยู่ในขอบอำนาจขององค์การระหว่างประเทศ (competence of organization) จึงยังคงถือว่าเป็นการกระทำขององค์การระหว่างประเทศ ซึ่งองค์การระหว่างประเทศยังคงต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกไม่ว่าการกระทำนั้นในกฎระเบียบขององค์การระหว่างประเทศนั้น จะมีบัญญัติให้มีผลอย่างไรก็ตาม กล่าวคือ แม้การกระทำนั้นจะไม่ถือว่ามีผลสมบูรณ์ตามกฎระเบียบขององค์การระหว่างประเทศ แต่ก็ยังคงส่งผลให้องค์การระหว่างประเทศจะต้องมีความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก เพราะบทบัญญัติข้อนี้มีจุดประสงค์ที่ต้องการจะปกป้องบุคคลภายนอกจากการกระทำดังกล่าว ซึ่งกรณีนี้จะแตกต่างกับกรณีที่ยังไม่ชัดเจนหรือเจ้าหน้าที่ไม่มีอำนาจกระทำการ (Off-duty) หรือกระทำไปในทางส่วนตัว ซึ่งไม่ถือว่าเป็นการกระทำขององค์การระหว่างประเทศที่จะต้องรับผิดชอบ<sup>128</sup>

สำหรับหลักกฎหมายพิเศษ (*Lex Specialis*) ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ<sup>129</sup> ที่กำหนดให้รัฐจะต้องรับผิดชอบต่อทุกการกระทำของกองกำลังของตน ไม่ว่าจะอยู่ในหน้าที่ (On-duty) หรือนอกหน้าที่ (Off-duty) นั้น มีปัญหาว่าหลักการดังกล่าวจะสามารถนำมาปรับใช้กับกรณีกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพได้หรือไม่ กล่าวคือ องค์การระหว่างประเทศจะต้อง

<sup>128</sup> หลักการของข้อกฎหมายนี้ ได้ถูกรับรองปรากฏอยู่ใน Unpublished letter of 7 February from the General Counsel of the International Monetary Fund to the Secretary of the International Law Commission.

“Attribution may apply even though the official exceeds the authority given to him, he failed to follow rules or he was negligent. However, acts of an official that were not performed in his official capacity would not be attributable to the organization.”

<sup>129</sup> ตัวอย่างเช่น Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land 1907, Article 3 “A belligerent party which violates the provisions of the said Regulations shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces.”, Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, Article 91 “A party to the conflict which violates the provisions of the Conventions or of this Protocol shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces.”

รับผิดชอบในทุกการกระทำของกองกำลังเช่นเดียวกับรัฐด้วยหรือไม่ ในปัญหานี้ Zwanenburg ได้ อธิบายไว้ว่า “โครงสร้างของกองกำลังนั้นมีโอกาสที่จะป้องกันการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศได้ มากกว่าโครงสร้างขององค์กรของรัฐอื่นๆ โดยในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพนั้นนี้ไม่สามารถนำมา เปรียบเทียบกันได้ เพราะผู้บังคับบัญชาขององค์กรสหประชาชาติ แม้มีอำนาจบังคับบัญชาแต่ก็ไม่มี อำนาจทางวินัยเช่นเดียวกับผู้บังคับบัญชาของรัฐ”<sup>130</sup> ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า หลักการดังกล่าวที่ ปรากฏอยู่ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจึงไม่สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีปฏิบัติการเพื่อ สันติภาพได้ ทำให้การแบ่งการกระทำของกองกำลังว่าอยู่ในหน้าที่หรือนอกหน้าที่ จึงยังคงใช้เป็น เครื่องวินิจฉัยความรับผิดชอบในการกระทำของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพอยู่นั่นเอง

### 3) พิจารณาจากความเชื่อมโยงระหว่างอำนาจการควบคุมขององค์กรระหว่าง ประเทศกับการกระทำคามผิด

การที่องค์กรระหว่างประเทศจะมีความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศได้นั้น โดยหลักแล้วจะต้องพิจารณาความเชื่อมโยงระหว่างองค์กรระหว่างประเทศกับสถานะและอำนาจ หน้าที่ของผู้กระทำเป็นอันดับแรก แต่ในกรณีที่หากองค์กรของรัฐหรือองค์กรระหว่างประเทศอื่นมา กระทำในนามของอีกองค์กรระหว่างประเทศนั้น องค์กรระหว่างประเทศผู้รับจะถือว่าการกระทำ แทนโดยบุคคลเช่นว่านั้นเป็นการกระทำของตนก็ต่อเมื่อองค์กรระหว่างประเทศผู้รับมีอำนาจควบคุม เหนือการกระทำนั้นได้อย่างแท้จริง อาจกล่าวได้ว่า สำหรับคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ได้ถือเกณฑ์ในการวินิจฉัย ว่าการกระทำนั้นจะสามารถถือได้ว่าเป็นการกระทำขององคภาวะใด จะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ “การควบคุมอย่างแท้จริง” (Effective Control) อันเป็นการ พิจารณาองคภาวะใดเป็นผู้มีอำนาจการควบคุมตามความข้อเท็จจริง (Factual Control) เหนือการ กระทำนั้นหรือดเว้นการกระทำนั้นๆ (specific conduct) โดยจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณี ข้อเท็จจริงไป

#### 2.4.2.2 การปรับใช้หลักกฎหมายมาวินิจฉัยความรับผิดชอบในการกระทำของกอง กำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ

จากหลักเกณฑ์การวินิจฉัยที่กล่าวไปข้างต้นว่า องค์กรระหว่างประเทศผู้รับจะมีความ รับผิดชอบในการกระทำขององค์กรรัฐหรือองค์กร/เจ้าหน้าที่ขององค์กรระหว่างประเทศผู้ส่งที่ กระทำในนามของตน ไม่สามารถพิจารณาจากสถานะขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ได้แต่เพียงอย่างเดียว แต่การกระทำคามผิดนั้นจะต้องอยู่ภายใต้ขอบวัตถุประสงค์และอยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมอย่าง แท้จริงขององค์กรระหว่างประเทศผู้รับด้วย กล่าวคือจะพิจารณาแต่เพียงหลักเกณฑ์ประการใด

<sup>130</sup> M. Zwanenburg, “Regional Organisations and the Maintenance of International Peace and Security: Three Recent Regional African Peace Operations”, *Journal of Conflicts & Security Law* (2006).

“The structure of armed forces provides better opportunity to prevent violations of international law than the structure of other state organs. In peace support operations these opportunities are not reproduced because the UN commander is in command but does not have disciplinary powers in the same sense as national commanders”

ประการหนึ่งไม่ได้ ดังนั้น เมื่อนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้วินิจฉัยความรับผิดชอบในการกระทำของกองกำลังสหประชาชาติปฏิบัติการเพื่อสันติภาพแล้วจึงสามารถพิจารณาเป็นหลักเกณฑ์การวินิจฉัยได้ดังต่อไปนี้

#### 2.4.2.2.1 พิจารณาจากความเชื่อมโยงระหว่างสถานะทางกฎหมายของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพกับการกระทำ ความผิด

สถานะของกองกำลังนี้สามารถพิจารณาได้จากกฎบัตรสหประชาชาติว่า กองกำลังมีสถานะเป็นองค์กรย่อย (Subsidiary organ) ขององค์การสหประชาชาติ ทั้งนี้ก็เพราะ ตั้งขึ้นตามความจำเป็นในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรหลักที่มีหน้าที่ในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ซึ่งก็คือ คณะมนตรีความมั่นคงโดยจะถือว่าเป็นองค์กรย่อยที่จัดตั้งขึ้นตามข้อ 29<sup>131</sup> และสมัชชาใหญ่โดยจะถือว่าเป็นองค์กรย่อยที่จัดตั้งขึ้นตามข้อ 22<sup>132</sup> (ทั้งนี้ตามกฎบัตรสหประชาชาติ ข้อ 7<sup>133</sup>) ทั้งนี้กองกำลังดังกล่าว ยังคงถือว่าเป็นองค์กรของรัฐที่ส่งกองกำลังนั้นอีกด้วย เพราะรัฐยังคงมีอำนาจบางประการ เช่นอำนาจในทางการบริหารปกครอง ได้แก่ การเลื่อนตำแหน่งหรือการให้เงินเดือน รวมถึงยังคงมีอำนาจทางทางอาญาเหนือตัวบุคคลในกองกำลังอีกด้วย แต่เมื่อไปกระทำการต่างๆแล้วจะถือว่าเป็นการกระทำไปในนามองค์กรสหประชาชาติ (state organs placed at disposal of international organization)

นอกจากนี้ สถานภาพทางกฎหมายของกองกำลังยังสามารถพิจารณาได้จาก “ความตกลงว่าด้วยสถานภาพของกองกำลัง” (The Status of Forces Agreement: SOFA) โดยความตกลงว่าด้วยสถานภาพของกองกำลังนี้เป็นข้อตกลงระหว่างรัฐที่กองกำลังสหประชาชาติไปตั้งฐานปฏิบัติการ (Host State) กับองค์การสหประชาชาติ ซึ่งข้อตกลงนี้จะสร้างสถานะทางกฎหมายให้แก่ปฏิบัติการเพื่อสันติภาพภายในรัฐนั้น โดยตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้วการทำความตกลงว่าด้วยสถานภาพของกองกำลัง จะทำขึ้นในกรณีที่ได้รับคามยินยอมจากรัฐผู้รับ ซึ่งโดยทั่วไปจะเป็นปฏิบัติการในการรักษาสันติภาพ (Peacekeeping) ส่วนปฏิบัติการการบังคับเพื่อให้เกิดสันติภาพ (Peace enforcement) ภายใต้หมวดที่ 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ถือเป็นการใช้กำลังโดยอาศัยอำนาจตามอาณัติจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีความตกลงดังกล่าว ซึ่งบางครั้งการไม่มีความตกลงว่าด้วยสถานะของกองกำลังทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ ซึ่งส่งผลให้ในเดือนธันวาคม ปีค.ศ.1989 สมัชชาใหญ่ได้เรียกเลขาธิการจัดให้มีการจัดทำ “ความตกลงแม่แบบว่าด้วยสถานภาพของกองกำลังระหว่างองค์การสหประชาชาติกับรัฐผู้รับขึ้น” (UN Model SOFA) เพื่อเป็นรูปแบบพื้นฐานให้กับ

<sup>131</sup> กฎบัตรสหประชาชาติ, ข้อ 29 “คณะมนตรีความมั่นคงอาจสถาปนาองค์กรย่อยที่เห็นจำเป็นสำหรับกรปฏิบัติหน้าที่ของตนก็ได้”

<sup>132</sup> เรื่องเดียวกัน ข้อ 22 “สมัชชาอาจสถาปนาองค์กรย่อยที่เห็นจำเป็นสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของตนก็ได้”

<sup>133</sup> เรื่องเดียวกัน ข้อ 7 “ 1. องค์กรสำคัญของสหประชาชาติที่ได้สถาปนาขึ้น มีสมัชชา คณะมนตรีความมั่นคง คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม คณะมนตรีภาวะทรัสตี ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และสำนักเลขาธิการ 2. องค์ย่อยเช่นที่เห็นจำเป็น อาจสถาปนาขึ้นได้ตามกฎบัตรสหประชาชาติ”



ความตกลงว่าด้วยสถานะภาพของกองกำลังที่จะจัดทำขึ้นเฉพาะกรณีในอนาคต<sup>134</sup> ที่แม้ว่าจะไม่ใช่เอกสารที่มีผลผูกพันตามกฎหมาย แต่ก็ถือเป็นฐานในการจัดทำความตกลงว่าด้วยสถานะของกองกำลังเป็นรายกรณีไปแต่ละฉบับไป โดยข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงในระยะหลังก็ได้แสดงว่า จะปรับใช้ UN Model SOFA เป็นการชั่วคราวก่อนที่จะมีความตกลงว่าด้วยสถานะของกองกำลังระหว่างสหประชาชาติกับรัฐที่กองกำลังเข้าไปปฏิบัติการขึ้น แต่หากไม่มีความตกลงดังกล่าว ก็จะปรับใช้ UN Model SOFA เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป

ทั้งนี้ หากพิจารณาใน “บันทึกความเข้าใจระหว่างองค์การสหประชาชาติและรัฐที่ส่งกองกำลัง” (Memorandum of understanding between the UN and troops contributing countries: MOU) ซึ่งกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการจัดส่งกองกำลัง โดยในช่วงแรกนั้นเป็นข้อตกลงที่จัดทำขึ้นเฉพาะกรณี แต่ต่อมาในปีค.ศ. 1991 เลขาธิการสหประชาชาติได้ออก Model Agreement between the United Nations and Member States Contributing Personnel and Equipment to United Nations Operations เพื่อเป็นแม่แบบเพื่อใช้ในการจัดตั้งกองกำลังเพื่อปฏิบัติการในครั้งต่อไปๆ รวมถึงยังปรากฏในความตกลงถ่ายอำนาจ (Transfer of Authority: TOA) ซึ่งเป็นความตกลงระหว่างรัฐและองค์การสหประชาชาติที่ถ่ายอำนาจของรัฐที่ส่งกองกำลังให้มาอยู่ในอำนาจบังคับบัญชาขององค์การสหประชาชาติ ก็จะเห็นได้ว่า กองกำลังของรัฐดังกล่าวได้ถือว่าเข้ามามีสถานะเป็นองค์กรย่อยของสหประชาชาติอีกด้วย

#### 2.4.2.2 พิจารณาจากความเชื่อมโยงระหว่างอำนาจหน้าที่ตามอาณัติของสหประชาชาติกับการกระทำความผิด

ในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพแต่ละภารกิจจะมีอาณัติ (Mandate)<sup>135</sup> ในการปฏิบัติการกิจแตกต่างกันออกไปตามข้อมติของสหประชาชาติที่จัดตั้งปฏิบัติการขึ้นมา เช่นองค์การบริหารชั่วคราวแห่งสหประชาชาติในกัมพูชา (United Nations Transition Authority in Cambodia : UNTAC ) จัดตั้งขึ้นในปีค.ศ.1992 มีหน้าที่ดูแลรักษาสันติภาพในกัมพูชาในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน การเลือกตั้ง การทหาร การบริหารราชการ การตำรวจ การอพยพชาวกัมพูชากลับประเทศ และการฟื้นฟูกัมพูชา, กองกำลังป้องกันแห่งสหประชาชาติ (United Nations Protection Force: UNPROFOR) จัดตั้งขึ้นในปีค.ศ.1991 เพื่อแก้ไขปัญหาความขัดแย้งในอดีตยูโกสลาเวียภายหลังจากที่ยูโกสลาเวียล่มสลาย ซึ่งกองกำลังดังกล่าวเข้าไปเพื่อลดความขัดแย้งระหว่างชาวโครแอตกับชาวเซิร์บโดยเข้าไปควบคุมดูแลการถอนกองกำลังของกองทัพประชาชนยูโกสลาเวียออกจากโครเอเชีย รวมทั้งทำให้พื้นที่ที่กองกำลัง UNPROFOR เข้าไปตั้งอยู่เป็นเขตปลอดทหาร เป็นต้น ดังนั้น หากเป็นการกระทำนอกอำนาจหน้าที่ตามอาณัติที่กำหนด องค์การสหประชาชาติก็จะไม่มีความรับผิดชอบ

<sup>134</sup> General Assembly Resolution 44/49 December 8, 1983, No.11.

<sup>135</sup> อาณัติ (mandate) หมายถึง ข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง ซึ่งมีผลบังคับกับประเทศสมาชิกสหประชาชาติตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ ข้อ 25

นอกจากนี้หากเป็นการกระทำของสมาชิกในกองกำลัง สำนักกิจการทางกฎหมายของสหประชาชาติ (The UN Office of Legal Affairs) ได้เคยให้ความเห็นไว้ว่า องค์การสหประชาชาติจะไม่ยอมรับผิดในการกระทำของกองกำลังที่กระทำการนอกหน้าที่ (Off-duty) ไม่ว่าสมาชิกของกองกำลังนั้นจะกระทำการนอกเหนือหน้าที่ของตนหรือของปฏิบัติการ และไม่ว่าสมาชิกของกองกำลังนั้นจะอยู่ในเครื่องแบบทหารหรือแต่งกายเป็นพลเรือนก็ตามในขณะที่การกระทำ ความผิดนั้นเกิดขึ้น และไม่ว่าการกระทำนั้นจะเกิดขึ้นในพื้นที่หรือนอกพื้นที่ของปฏิบัติการ<sup>136</sup>

ดังนั้น หากกองกำลังสหประชาชาติได้กระทำนอกอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย(Off-duty) องค์การสหประชาชาติก็ไม่มี ความรับผิดในการกระทำนั้น ตัวอย่างเช่น กองกำลังชั่วคราวของสหประชาชาติในเลบานอน (United Nations Interim Force in Lebanon : UNFIL) ที่จัดตั้งขึ้นในปีค.ศ.1978 ทำหน้าที่เพื่อดูแลการถอนกำลังของอิสราเอล และช่วยเหลือรัฐเลบานอนในการปกครองพื้นที่ดังกล่าว ดังนั้นเมื่อสมาชิกในกองกำลัง UNFIL ได้ไปขนย้ายระเบิดไปที่อิสราเอล ซึ่งไม่อยู่ภายใต้อำนาจหน้าที่ของกองกำลัง องค์การสหประชาชาติจึงไม่ยอมรับผิด<sup>137</sup> , กรณี องค์การปฏิบัติการแห่งสหประชาชาติในสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโก (United Nations Organization Mission in the Democratic Republic of the Congo: ONUC) เป็นปฏิบัติการที่จัดตั้งขึ้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสงครามกลางเมืองในคองโก แต่เจ้าหน้าที่ในกองกำลังได้กระทำความผิดทางเพศ (Sexual Abuse) เช่น ช่มชู้ ซึ่งบริการทางเพศ ให้ความช่วยเหลือด้านที่พักอาศัยและอาหารเพื่อแลกเปลี่ยนกับการมีเพศสัมพันธ์ การกระทำของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวนี้ เป็นการกระทำไปในทางส่วนตัว องค์การสหประชาชาติจึงไม่มีความรับผิดในการกระทำของเจ้าหน้าที่ เป็นต้น

ส่วนในกรณีที่การกระทำความผิดเป็นการเกินอำนาจหน้าที่ของกองกำลัง (*Ultra Vires*) ตัวอย่างเช่น แม้อำนาจกองกำลังจะมีอำนาจในการจับกุมผู้ต้องสงสัย โดยอ้างเหตุผลทางด้านความมั่นคงอันเป็นการอาศัยอำนาจจากข้อมติได้ แต่จะกระทำโดยมิชอบด้วยกระบวนการพิจารณาไม่ได้ เช่น ปฏิบัติการที่อยู่ในโซมาเลีย (United Nations Operation in Somalia: UNOSOM) เจ้าหน้าที่ชาวเบลเยียมในกองกำลังได้ทำการจับกุมพลเรือนโดยมิชอบโดยไม่ได้แจ้งข้อหาและแจ้งครอบครัวผู้ที่

<sup>136</sup> United Nations Juridical Yearbook (1986), p.300.

“United Nations policy in regard to off-duty acts of the members of peace-keeping forces is that the Organization has no legal or financial ability for death, injury or damage resulting from such acts [...] We consider the primary factor in determining an ‘off-duty’ situation to be whether the member of a peace-keeping mission was acting in a non-official/non-operational capacity when the incident occurred and not whether he/she was in military or civilian attire at the time of the incident or whether the incident occurred inside or outside the area of operation [...] We wish to note that the factual circumstances of each case vary and, hence, a determination of whether the status of a member of a peace-keeping mission is on duty or off duty may depend in part on the particular factors of the case, taking into consideration the opinion of the Force Commander or Chief of Staff.”

<sup>137</sup> James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson, *The Law of International Responsibility*, p.306.

ถูกจับ ไม่ให้สิทธิหนายในการเข้าพบ และบางกรณียังทรงมานและฆ่าผู้ต้องขังอีกด้วย เป็นต้น<sup>138</sup> จากร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ ข้อ 8 ก็ถือว่าการกระทำนั้นเป็นขององค์การสหประชาชาติ

#### 2.4.2.2.3 พิจารณาจากความเชื่อมโยงระหว่างอำนาจการบังคับบัญชาของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพกับการกระทำ ความผิด

หลักเกณฑ์ที่สำคัญที่สุดในการที่จะพิจารณาว่าการกระทำอันเป็นความผิดระหว่างประเทศของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพนั้น จะถือว่าเป็นการกระทำของรัฐที่ส่งกองกำลังหรือขององค์การสหประชาชาติ ก็คือ การที่จะต้องพิจารณาว่าองค์การใดเป็นผู้มีอำนาจอย่างแท้จริงในการควบคุมเหนือการกระทำผิดนั้น (Effective control)<sup>139</sup> ซึ่งในบริบทของปฏิบัติการทางทหารนั้น คำว่า ‘Effective Control’ นั้นหมายถึง ‘Operational Control’

โดยหลักแล้วองค์การสหประชาชาติได้ตั้งข้อสันนิษฐานให้เฉพาะตนเองมีอำนาจควบคุม (Exclusive Control) เหนือกองกำลัง ซึ่งจะเห็นได้จากที่ปรึกษากฎหมายของสหประชาชาติ (The United Nations Legal Counsel) ได้เคยให้ความเห็นเอาไว้ว่า “ในฐานะที่ปฏิบัติการเพื่อสันติภาพเป็นองค์กรย่อยขององค์การสหประชาชาติ ดังนั้น การกระทำของกองกำลังโดยหลักการแล้วต้องถือว่าเป็นการกระทำขององค์การสหประชาชาติ และถ้าเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ก็จะทำให้้องค์การสหประชาชาติมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศ และต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย”<sup>140</sup>

<sup>138</sup> Tom Dannenbaum, “Translating the standard of effective control into a system of effective accountability : How liability should be apportioned for violation of human rights by member state troop contingents serving as United Nations peacekeepers”, *Harvard International Law Journal* (Winter, 2010), p.4.

<sup>139</sup> ในคำอธิบายร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศนั้น ได้ใช้คำว่า ‘effective control’ กับ ‘exclusive control’ สลับกัน รวมถึงนักวิชาการท่านอื่นด้วย ทำให้มีปัญหามีความหมายเดียวกับ ‘effective control’ หรือไม่ แต่สำหรับ Kjetil Mujezinovic Larsen เห็นว่า สองคำนี้มีความหมายต่างกัน โดย ‘exclusive control’ หมายถึงอำนาจควบคุมเหนือปฏิบัติการ แต่ ‘effective control’ เป็นการควบคุมเหนือการกระทำ ดังนั้น แม้องค์การสหประชาชาติจะเคยอ้างว่าตนเองมี ‘exclusive control’ เหนือปฏิบัติการแต่ว่าการกระทำบางอย่างก็ถือว่าเป็นของรัฐได้ ถ้าหากรัฐนั้นมี ‘effective control’ เหนือการกระทำ ดูรายละเอียดใน Kjetil Mujezinovic Larsen, “Attribution of Conduct in Peace Operations : The ‘Ultimate Authority control’ Test”, *The European Journal of International Law* (2008), p.516.

“This criterion of ‘exclusive control’ is not the same as the ‘Effective Control’ test as the former concerns overall control over the operation rather control over the specific conduct ... . It seems therefore to be accepted under these principles that even if the UN claims exclusive command and control over the peacekeeping forces, specific conduct may still be attributable to the TCN if the state has effective control over that conduct.”

<sup>140</sup> Letter of February 2004 by the United Nations Legal Counsel to the director of the Codification Division, A/CN.4/545, sect. II.G.

แต่อย่างไรก็ตาม จากทางปฏิบัติแล้วองค์การสหประชาชาติไม่เคยมีอำนาจในการบังคับบัญชาอย่างเต็มที่ (Full Command) เหนือการกระทำเลย ทั้งนี้ก็เนื่องมาจาก แม้แต่ในเอกสารขององค์การสหประชาชาติเอง ซึ่งก็คือ UN Peacekeeping Operations Principle and Guidelines ได้อธิบายถึงทฤษฎีพื้นฐานของปฏิบัติการว่า

“ในกรณีของบุคลากรทางทหารที่รัฐสมาชิกจัดส่งมา บุคลากรเหล่านี้จะอยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมทางยุทธการของผู้บัญชาการองค์การสหประชาชาติ (UN Force Commander) หรือหัวหน้าฝ่ายทหาร (Head of military component) แต่ไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาขององค์การสหประชาชาติ”<sup>141</sup>

สำหรับ ในเรื่องการบังคับบัญชาของสหประชาชาติ (United Nations command) นั้น เลขาธิการสหประชาชาติได้เคยอธิบายในเอกสาร Comprehensive Review of the Whole Question of Peacekeeping Operations in All Their Aspects: Command and Control of United Nations Peacekeeping ไว้ว่า

“การบังคับบัญชาของสหประชาชาตินั้นมีความหมายใกล้เคียงกับหลักการทั่วไปทางทหารในเรื่องอำนาจบังคับบัญชาทางยุทธการซึ่งเกี่ยวข้องกับอำนาจเต็มในการออกข้อกำหนดทางยุทธการภายใต้ข้อจำกัดของ (1) อาณัติโดยเฉพาะเจาะจงของคณะมนตรีความมั่นคง (2) การตกลงในช่วงระยะเวลา โดยการกำหนดเงื่อนไขในกรณีหากถอนกองกำลังก่อนจะต้องมีการแจ้งล่วงหน้าในเวลาที่เหมาะสม (3) พื้นที่โดยเฉพาะเจาะจง (ในการปฏิบัติการภารกิจทั้งหมด)”<sup>142</sup>

---

“As a subsidiary organ of the United Nations, an act of a peacekeeping forces is, in principle, imputable to the Organization, and if committed in violation of an international obligation entails the international responsibility of the Organizations and its liability in compensation”

<sup>141</sup> UN Peacekeeping Operations; Principles and Guidelines (2008), p.68.

“In the case of military personnel provided by Member States, these personnel are placed under the operational control of the United Nations Forces Commander or head of military component, but not under the United Nations command.”

<sup>142</sup> UN Doc. A/49/681, para.6.

“United Nations command ... is closer in meaning to the generally recognized military concept of ‘operational command’. It involves the full authority to issue operational directives within the limits of (1) a specific mandate of the Security Council; (2) an agreed period of time, with the stipulation that an earlier withdrawal requires adequate prior notification; and (3) a specific geographical range (the mission area as a whole).”

ในส่วนของการปฏิบัติการร่วม (Joint Operations) นั้นได้เคยมีรายงานของเลขาธิการสหประชาชาติว่า เกณฑ์การพิจารณาในกรณีที่ไม่มีความตกลงไว้เป็นอย่างอื่น จะต้องพิจารณาระดับของการควบคุมอย่างแท้จริง (degree of effective control)<sup>143</sup> ตัวอย่างเช่นปฏิบัติการสหประชาชาติในโซมาเลีย(The United Nations Operation in Somalia II: UNOSOM II) ที่สหรัฐอเมริกาได้เข้าร่วมในกองกำลัง Quick Reaction Force โดยสหรัฐอเมริกาได้ตกลงกับองค์การสหประชาชาติว่า ให้อำนาจควบคุมทางปฏิบัติการอยู่ที่ผู้บังคับบัญชาของสหรัฐอเมริกาซึ่งในขณะเดียวกันก็เป็น Force Commander ของกองกำลัง UNOSOM II ด้วย เพราะฉะนั้น การพิจารณาการกระทำของกองกำลังว่ากระทำในนามของสหรัฐหรือองค์การสหประชาชาติก็อาจจะเป็นไปได้ยาก แต่หากพิจารณาว่าการกระทำของกองกำลังอยู่ในความควบคุมของทั้งสหรัฐอเมริกาและองค์การสหประชาชาติ ก็สามารรถที่จะถือว่าเป็นการกระทำเป็นของทั้งคู่ได้<sup>144</sup>

จากทางปฏิบัติของกองกำลังสหประชาชาติในบางกรณีเคยมีให้เห็นว่า กองกำลังเลือกที่จะฟังคำสั่งของรัฐที่ส่งกองกำลังมากกว่าที่จะปฏิบัติตามการบังคับบัญชาของ Force Commander ดังเช่นที่ปรากฏในรายงานของคณะกรรมการสอบสวนที่ตั้งขึ้นในปฏิบัติการของสหประชาชาติในโซมาเลีย(United Nations Operation in Somalia II :UNOSOM II) ที่รายงานว่า Force Commander ของ UNOSOM II “ไม่มีอำนาจในการควบคุมกองกำลังของรัฐอย่างแท้จริง โดยกองกำลังนั้นยังคงจะคอยเชื่อฟังคำสั่งของรัฐของตนก่อนที่จะปฏิบัติหน้าที่ตามคำสั่งของ Force Commander”<sup>145</sup> และยังปรากฏในคดีของศาลภายใน เช่น ในคดี Mukeshima-Ngulinzira and others v. Belgain State and others ที่วินิจฉัยคดีว่า ในปฏิบัติการของสหประชาชาติภารกิจช่วยเหลือสำหรับรวันดา (United Nations Assistance Mission for Rwanda: UNAMIR) ผู้บังคับบัญชาของกองกำลังเบลเยียมได้ละทิ้งแคมป์ผู้ลี้ภัยที่เมืองคิกาลีในปี ค.ศ.1994 ทำให้ผู้ลี้ภัยชาวเผ่าทุตซีที่อยู่ในแคมป์นี้ถูกสังหารทหารชาวเผ่าฮูตูเป็นการกระทำของผู้บังคับบัญชาเบลเยียมมีอำนาจควบคุมเหนือการกระทำดังกล่าวอย่างแท้จริง (Effective Control) การกระทำนี้จึงตกเป็นของเบลเยียม ไม่ใช่ขององค์การสหประชาชาติ<sup>146</sup>, ในกรณีคดี NK V Austria<sup>147</sup> ศาลได้ตัดสินว่ากองกำลัง

<sup>143</sup> UN Doc. a/51/389 para.17-18

“In joint Operations, international responsibility for the conduct of the troop lies where operational command and control is vested according to the arrangements establishing the modalities of cooperation between the States or States providing the troops and the United Nations. In the absence of formal arrangements between the United Nations and the State or States providing troop, responsibility would determined in each and very case according to the degree of effective control exercised by either party in the conduct of the operation.”

<sup>144</sup> DARIO, with commentaries, 2011, p.23.

<sup>145</sup> UN. Doc.S/1994/653, para.243, p.45.

“The Force Commander of UNOSOM II was not in effective control of several national contingents which, in varying degrees, persisted in seeking orders from their home authorities before executing orders from the Force Command...”

<sup>146</sup> Unpublished Judgement, Mukeshima-Ngulinzira and others v. Belgain State and others, para.38.

ออสเตเรียในปฏิบัติการสังเกตการณ์การปลดปล่อยใน Golan Heights (United Nations Disengagement Observer Force: UNDOF) ได้กระทำการโดยประมาททำให้ทรัพย์สินของโจทก์เสียหาย การกระทำความผิดของกองกำลังดังกล่าวจึงตกเป็นของออสเตเรีย<sup>148</sup> เป็นต้น

อาจกล่าวได้ว่า การใช้หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ ในการวินิจฉัยการกระทำความผิดของกองกำลังว่าเป็นขององค์ภาวะใดนั้น จะต้องพิจารณาจากความเป็นจริง (factual control) ซึ่งจะแตกต่างกันเป็นรายกรณีไป (case-by-case) ซึ่งหลักเกณฑ์นี้ยังได้รับการสนับสนุนจากความคิดเห็นของนักวิชาการหลายท่าน เช่น Seyersted, Morshe Hirsch เป็นต้น

นอกจากนี้ การกระทำความผิดที่เกิดจากกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพนั้นไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐที่กองกำลังเข้าไปปฏิบัติการแม้ว่าจะเป็นดินแดนที่เกิดการกระทำความผิด หรือรัฐจะให้ความยินยอมในการที่กองกำลังเข้าไปปฏิบัติการก็ตาม เพราะแม้จะมีการทำความตกลงว่าด้วยสถานะของกองกำลัง แต่ก็มิได้เป็นการทำให้กองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐที่กองกำลังเข้าไปปฏิบัติการแต่อย่างใด<sup>149</sup>

ทั้งนี้ ไม่ว่าจะการกระทำความผิดของกองกำลังจะถือว่าเป็นของรัฐที่ส่งกองกำลังหรือองค์การสหประชาชาติ ซึ่งนำไปสู่ความรับผิดชอบระหว่างประเทศ ก็ไม่มีผลกระทบต่อความรับผิดชอบทางอาญาของผู้กระทำความผิดที่เป็นปัจเจกบุคคล (Individual Criminal Responsibility) กล่าวคือ ปัจเจกบุคคลผู้กระทำความผิดยังคงต้องมีความรับผิดชอบทางอาญา แม้ว่าจะเป็นการทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาก็ตาม เพราะปัจเจกบุคคลนั้นจะต้องไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่เห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจน และผู้บังคับบัญชาก็ต้องรับผิดชอบในคำสั่งที่ละเมิดต่อกฎหมายด้วยเช่นกัน<sup>150</sup>

<sup>147</sup> NK v. Austria, Vienna Court of Appeal, 26 February 1979.

<sup>148</sup> Moshe Hirsch, *The Responsibility of International Organizations Toward Third Parties: Some Basic Principles*, p.73.

<sup>149</sup> F. Seyersted, “United Nations Forces, Some Legal Problems”, *British Yearbook of International Law* (1961).

“The host State can, of course, insist upon compliance by the force with the conditions laid down in the agreements concluded between the United Nations and the host State, but none of these conditions is of the Nature to place the force under the operational control of the host State.”

<sup>150</sup> โดยหลักแล้ว บุคลากรของรัฐจะได้รับความคุ้มกันในเรื่องกระบวนการทางอาญาจากรัฐที่กองกำลังเข้าไปปฏิบัติการเนื่องจากความตกลงว่าด้วยสถานะภาพของกองกำลัง (status of force agreement) ได้กำหนดไว้ อีกทั้งองค์การสหประชาชาติเอง ก็ไม่มีเขตอำนาจทางอาญาในกรณีนี้ด้วยและการกระทำความผิดบางอย่าง เช่น การกระทำความผิดทางเพศก็ไม่ได้ถูกบัญญัติให้เป็นหนึ่งในความผิดของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ทำให้ไม่มีความผิดอาญากรรมระหว่างประเทศที่จะถือว่าทุกรัฐมีเขตอำนาจสากลในการพิจารณา คดีได้ ดังนั้น เมื่อบุคลากรของรัฐกระทำความผิดทางอาญา จึงตกอยู่ในเขตอำนาจของรัฐที่ส่งกองกำลัง ซึ่งโดยมากแล้ว รัฐที่ส่งกองกำลังก็ไม่ต้องลงโทษบุคลากรของตนเอง หรือหากพิจารณาคดีและลงโทษก็อาจจะทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับการพิจารณาคดีและลงโทษจากศาลภายในของรัฐผู้ส่งที่แตกต่างกันอีกด้วย ด้วยเหตุนี้เอง ทำให้นักวิชาการทั้งหลายวิพากษ์วิจารณ์ว่ากลไกในการดำเนินคดีกับบุคลากรในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพยังไม่มีประสิทธิภาพ ทรายเป็นเหตุเพิ่มเติมที่ Jennifer Murray, “Who will police the Peace-Builders? The Failure to

กล่าวโดยสรุปได้ว่า จากการศึกษาข้างข้อพบว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศเพื่อนำมาปรับใช้กับการวินิจฉัยความรับผิดชอบในการกระทำของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้ร่างบทบัญญัติในข้อ 7 เพื่อรองรับถึงปัญหาการกระทำดังกล่าว โดยใช้หลักเกณฑ์ “การมีอำนาจควบคุมอย่างแท้จริง” (Effective Control) เป็นหลักเกณฑ์ที่ช่วยวินิจฉัยว่าระหว่างรัฐที่ส่งกองกำลังหรือองค์การสหประชาชาติที่จะต้องมีความรับผิดชอบในการกระทำของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ โดยหลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ นี้ถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางทั้งจากนักวิชาการและในระดับศาลภายใน อย่างไรก็ตามศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปกลับมิได้นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาปรับใช้ในคดี Behrami และคดี Saramati โดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ใช้หลักเกณฑ์ “การมีอำนาจและการควบคุมสูงสุด” (Ultimate Authority and Control) ที่มีหลักการที่แตกต่างหลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ อย่างชัดเจน ส่งผลให้เกิดกระแสการวิจารณ์ถึงคำตัดสินของศาลโดยนักวิชาการเป็นอย่างมากว่าหลักเกณฑ์ใดเป็นหลักเกณฑ์ที่มีความเหมาะสมในการปรับใช้เพื่อวินิจฉัยปัญหาดังกล่าว



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

### บทที่ 3

#### การวินิจฉัยความรับผิดในการกระทำของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ กรณีคำตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ในคดี Behrami และคดี Saramati

นับตั้งแต่ที่มีการจัดตั้งกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพเพื่อเข้าไปแก้สถานการณ์ความขัดแย้งที่มีผลกระทบต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศเป็นต้นมา ในปฏิบัติการหลายๆแห่งปรากฏว่ามีกรณีที่กองกำลังสหประชาชาติได้ไปกระทำความผิดก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินของปัจเจกชนที่อาศัยอยู่ในพื้นที่ที่ปฏิบัติการอยู่บ้างเช่นกัน ซึ่งองค์การสหประชาชาติจะใช้วิธีการเยียวยาความเสียหายตามวิธีการภายใน หรือผู้เสียหายใช้วิธีฟ้องรัฐที่ส่งกองกำลังเป็นคดีตามระบบกฎหมายภายในเพื่อเยียวยาความเสียหายของตนเท่านั้น ทั้งนี้ก็เพราะยังไม่มีหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ชัดเจนในการวินิจฉัยความรับผิดในการกระทำของกองกำลังดังกล่าว จนกระทั่งต่อมาเมื่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้ร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดขององค์การระหว่างประเทศขึ้น จึงปรากฏหลักเกณฑ์ “การมีอำนาจควบคุมอย่างแท้จริง” (Effective Control) ที่สามารถนำมาวินิจฉัยความรับผิดในการกระทำดังกล่าวได้ แต่อย่างไรก็ตามคดีแรกในประวัติศาสตร์ที่มีการฟ้องร้องคดีที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดของกองกำลังสหประชาชาติในระดับศาลระหว่างประเทศ ซึ่งก็คือ คดี Behrami และคดี Saramati ของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปกลับมิได้ใช้หลักเกณฑ์ที่ปรากฏในร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดขององค์การระหว่างประเทศแต่อย่างใด ทำให้คดีดังกล่าวนี้เป็นคดีที่มีความสำคัญที่ได้รับความสนใจจากนานาประเทศและสร้างผลกระทบต่อกฎหมายระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก ดังนั้น ในการศึกษาถึงประเด็นทางกฎหมายในคำตัดสินของศาลในคดีดังกล่าว ในบทนี้จึงจะกล่าวถึงระบบการพิจารณาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในเรื่องกระบวนการพิจารณาของศาล เขตอำนาจพิจารณาคดีของศาล ผลของคำพิพากษา เพื่อนำไปสู่รายละเอียดของคดีว่ามีของคำฟ้องของโจทก์ คำให้การของจำเลย และคำตัดสินของศาลอย่างไร อันมีประเด็นปัญหาที่ซับซ้อนเกี่ยวพันทั้งความรับผิดของทั้งรัฐและองค์การระหว่างประเทศ

#### 3.1 ระบบการพิจารณาคดีของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (The European Court of Human Rights)

อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ.1950 มีจุดประสงค์มุ่งหวังที่จะเป็นเพียงมาตรฐานขั้นต่ำของการเคารพสิทธิมนุษยชนที่ระบบกฎหมายควรมีโดยอนุสัญญาฉบับนี้มีบทบัญญัติทั้งสิ้น 59 ข้อ สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ส่วน คือ ในส่วนที่ 1) ส่วนที่เป็นสิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติไว้ (Substantive Rights) เพื่อให้ได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญา และหากมีการละเมิดหรือฝ่าฝืนสิทธิหรือเสรีภาพที่บัญญัติไว้ ผู้เสียหายก็สามารถได้รับการเยียวยาจากคำพิพากษาได้ เช่น สิทธิในชีวิต, สิทธิที่จะไม่ได้รับการทรมาน, สิทธิที่จะไม่ตกเป็นทาส, สิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัย, สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมทั้งทางแพ่งและทางอาญา, สิทธิส่วนบุคคลและครอบครัว, สิทธิที่จะมีอิสระในการแสดงความคิดเห็น เป็นต้น และในส่วนที่ 2) เป็นส่วนที่กล่าวถึงศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ซึ่งถือเป็นกลไกที่สำคัญที่สุดในการบังคับตามอนุสัญญาฯ โดยจะบัญญัติใน



เรื่องที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณา (Procedure) เช่น อำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษา, เรื่ององค์คณะของศาล, กฎเกณฑ์การรับฟ้องของโจทก์ (Admissibility Rules), การบังคับตามคำพิพากษา เป็นต้น<sup>151</sup> โดยอนุสัญญาฉบับนี้ถือเป็นหนึ่งในอนุสัญญาที่สำคัญที่สุด ที่คณะมนตรีแห่งยุโรป (The Council of Europe) อันประกอบด้วยประเทศสมาชิกของสภายุโรปทั้ง 47 ประเทศได้เข้าเป็นภาคีและรับหลักการของอนุสัญญาฯ และยังมีการออกพิธีสารอีก 14 ฉบับ (Protocols) มารองรับรายละเอียดของอนุสัญญาอีกด้วย แต่ไม่ถือว่ามิได้มีผลกระทบโดยตรงต่อกฎหมายภายในของประเทศรัฐสมาชิก แม้ว่าประเทศสมาชิกส่วนใหญ่จะบัญญัติหลักการของอนุสัญญาฯ ไว้ในกฎหมายของตนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมก็ตาม

แนวคิดในการจัดตั้งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป เกิดขึ้นจากความต้องการที่จะคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสิทธิทางการเมืองของประชาชนในภูมิภาคยุโรป เนื่องจากลัทธิคอมมิวนิสต์แพร่ขยายเข้ามาในภูมิภาคยุโรปหลังจากสงครามโลกครั้งที่สอง ซึ่งแต่เดิมเป็นศาลที่ทำงานควบคู่กับคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรป ต่อมาเมื่อพิธีสารฉบับที่ 11 เข้ามามีผลใช้บังคับทำให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปถูกยกเลิกไป เนื่องจากมีอำนาจที่ซ้ำซ้อนกัน ดังนั้น อนุสัญญาฯ จึงได้สร้างกลไกในระดับสถาบันขึ้นเพื่อให้ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเป็นศาลประจำเพียงองค์เดียวที่มีอำนาจพิจารณาทุกคดีที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นการอธิบายความหมายของอนุสัญญาฯ หรือการพิจารณาคำร้องใดๆ โดยในอนุสัญญาฯ ยังกำหนดอำนาจพิเศษแก่ศาลในการที่จะชดเชย (Just satisfaction) แก่คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายหากว่ากฎหมายภายในของประเทศที่เกี่ยวข้องมิได้ให้การแก้ไขเยียวยาอย่างเพียงพออีกด้วย ปัจจุบันศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ตั้งอยู่ที่เมืองสตราสบูร์ก (Strasbourg) ประเทศฝรั่งเศส และถูกจัดลำดับให้อยู่ในลำดับเดียวกับศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) และศาลยุติธรรมยุโรป (European Court of Justice) ในฐานะที่เป็นหนึ่งในสามศาลเริ่มแรกของการพิจารณาโทษระหว่างประเทศ<sup>152</sup>

### 3.1.1 กระบวนการพิจารณาคดีของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป

ในการพิจารณาคดีของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปนั้น องค์คณะหรือจำนวนของผู้พิพากษาในแต่ละคดีจะแตกต่างกันออกไปตามความซับซ้อนของประเด็นปัญหาแห่งคดี โดยจะมีระบบการพิจารณาอยู่ 3 ขั้นตอน กล่าวคือ ขั้นตอนที่ 1 จะมีผู้พิพากษาคณะหนึ่งประกอบด้วยผู้พิพากษา 3 นาย โดยจะเรียกผู้พิพากษาทั้ง 3 นาย นี้ว่า “คณะกรรมการ” (Committee) ทำหน้าที่ในการตรวจสอบกลับกรองเรื่องราวร้องเรียนที่ยื่นต่อศาลโดยรัฐภาคีแห่งอนุสัญญาหรือปัจเจกชนในฐานะผู้เสียหายที่ร้องขอเข้ามาทั้งหมดว่า สมควรที่จะรับเรื่องไว้พิจารณาหรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการผู้พิพากษา 3 นายนี้

<sup>151</sup> นอกจากบทบาทและหน้าที่ของศาลจะถูกบัญญัติในอนุสัญญาฯ แล้ว อำนาจหน้าที่ของศาลในทางปฏิบัติ ก็ยังถูกกำหนดไว้ในข้อบังคับของศาล (Rules of Court) ซึ่งมีข้อบังคับทั้งหมด 104 ข้อ โดยในข้อบังคับของศาลนี้เป็นการเพิ่มเติมและอธิบายรายละเอียดในการปฏิบัติหน้าที่ของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป และยังมีภาคผนวกของข้อบังคับเกี่ยวกับการไต่สวน (Investigations) เสริมตอนท้ายข้อบังคับอีกด้วย

<sup>152</sup> Mark, Janis, Richard Kay and Anthony Bradley, *European Human Rights Law (text and materials)*, (Oxford University Press, 2000), p.64.

จะถูกคัดเลือกรวมจากผู้พิพากษาแต่ละแผนกหมุนเวียนกันเข้ามาทำหน้าที่กลั่นกรองคดี เมื่อผ่านการตรวจสอบขั้นนี้แล้ว เรื่องที่เสนอจะเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลชั้นตอนที่ 2 ซึ่งในชั้นตอนนี้จะมีผู้พิพากษา 7 นาย จะเรียกว่า Chamber จะมีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีที่ถูกนำมาเสนอให้พิจารณาคดีต่อศาล และชั้นตอนที่ 3 เป็นกรณีที่คดีที่มีการร้องขอให้ศาลพิจารณาประเด็นข้อกฎหมายที่สลับซับซ้อนมาก คู่ความอาจจะอุทธรณ์ต่อที่ประชุมใหญ่ (Grand Chamber) ซึ่งมีองค์คณะผู้พิพากษา 17 นาย ทั้งนี้ประธานของศาลอาจเชิญให้รัฐภาคีอื่นๆหรือบุคคลใดๆซึ่งไม่ใช่คู่ความในคดีเข้ามาให้การเป็นลายลักษณ์อักษร หรือเข้าร่วมในการพิจารณาคดีได้ หากเห็นว่าเป็นการเหมาะสมเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม<sup>153</sup>

### 3.1.2 เขตอำนาจของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป

การนำคดีขึ้นสู่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปนั้นสามารถกระทำได้โดยรัฐบาลคู่กรณีหรือบุคคลธรรมดาก็ได้เพื่อฟ้องร้องรัฐบาลของรัฐภาคี หากรัฐนั้นละเมิดสิทธิที่อนุสัญญาได้ให้ความคุ้มครองเอาไว้ ซึ่งถือเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ของกฎหมายระหว่างประเทศ ที่อนุสัญญาได้ให้สิทธิบุคคลธรรมดาที่จะสามารถฟ้องร้องรัฐภาคีที่ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศต่อศาลระหว่างประเทศได้ อันถือเป็นจุดเด่นของการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนภายในภูมิภาคยุโรป ทำให้ปัจเจกชนในฐานะผู้เสียหายได้รับการคุ้มครองจากการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างแท้จริง

การที่อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานกำหนดหลักเกณฑ์ให้ปัจเจกชนในฐานะผู้เสียหายสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลได้นี้ ถือเป็นปรากฏการณ์ข้อยกเว้นของหลักทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดว่า รัฐเท่านั้นที่ผู้ทรงสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศ ปัจเจกชนไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลย่อมมีสภาพบุคคลตามกฎหมายภายในของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัจเจกบุคคลธรรมดาไม่ถือว่าเป็นบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของบุคคลธรรมดาในทางระหว่างประเทศ จะแสดงออกโดยผ่านรัฐที่เป็นเจ้าของสัญชาติบุคคลนั้น<sup>154</sup>

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจะรับพิจารณาคดีได้ ก็ต่อเมื่อเข้าหลักเกณฑ์เขตอำนาจ ตามเหตุดังต่อไปนี้ ได้แก่ เหตุเกี่ยวกับตัวบุคคล (*Ratione Personae*), เหตุเกี่ยวกับเวลา (*Ratione Temporis*), เหตุเกี่ยวกับสถานที่ (*Ratione Loci*), เหตุทางเนื้อหาข้อเท็จจริง (*Ratione Materiae*)<sup>155</sup>

<sup>153</sup> Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Article 36 (2) “The President of the Court may, in the interest of the proper administration of justice, invite any High Contracting Party which is not a party to the proceedings or any person concerned who is not the applicant to submit written comments or take part in hearings.

<sup>154</sup> จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1*, หน้า 241.

<sup>155</sup> Rehman Javaid, *International Human Rights Law (A practical approach)*, (Great Britain: Henry Ling Ltd Press.2003), p.158.

### 3.1.2.1 เขตอำนาจเหนือตัวบุคคล (*Ratione Personae*)

ผู้เป็นโจทก์ที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาลได้ตามอนุสัญญาฯ นี้ จะเป็นกรณีรัฐ<sup>156</sup> หรือจะเป็นปัจเจกบุคคลใดก็ได้ หรือองค์การที่มีโชคการของรัฐบาล หรือกลุ่มของปัจเจกชน ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นนิติบุคคลหรือไม่ก็ได้เป็นผู้ฟ้อง โดยอ้างว่าตนเป็นผู้เสียหายจากการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐสมาชิก แต่ไม่จำเป็นว่าผู้เสียหายซึ่งเป็นโจทก์นั้นจะต้องมีสัญชาติหรือจะต้องมีที่พักอาศัยอยู่ในอาณาเขตของรัฐนั้น<sup>157</sup> ดังนั้น เมื่อผู้ที่เป็นจำเลยจะต้องเป็นรัฐสมาชิกแล้ว เมื่อมีประเด็นเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดขององค์การระหว่างประเทศ จึงก่อให้เกิดความท้าทายอย่างยิ่งและมีผลกระทบถึงอำนาจในการวินิจฉัยคดีเบื้องต้นของศาลว่าจะรับวินิจฉัยคดีหรือไม่ในชั้นรับคำฟ้อง (Admissibility Case)

ทั้งนี้ ปัจเจกชนในฐานะผู้เสียหายที่มีสิทธินำคดีขึ้นสู่ศาลนี้ จะต้องเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายโดยตรงและแท้จริงจากการละเมิดสิทธิต่างๆ ซึ่งรับรองไว้ในอนุสัญญาฯ ที่เกิดขึ้นจากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำของรัฐ<sup>158</sup> และในกรณีที่ผู้เสียหายเสียชีวิตก่อนจะนำคดีขึ้นสู่ศาลหรือเสียชีวิตในระหว่างการพิจารณาคดี ทายาทก็สามารถที่จะดำเนินคดีต่อไปในนามของผู้เสียหายได้หรือในกรณีที่ผู้เสียหายเป็นผู้เยาว์หรือผู้ไร้ความสามารถ บิดา มารดา หรือผู้ปกครองก็สามารถนำเรื่องนั้นขึ้นสู่ศาลแทนได้ ส่วนผู้ที่เป็นจำเลยนั้นจะต้องเป็นรัฐสมาชิกของอนุสัญญาฯ เท่านั้น แต่ทั้งนี้การที่รัฐจำเลยมีความคุ้มกันจากเขตอำนาจของศาลภายในประเทศตน และจำกัดขอบเขตการปรับใช้อนุสัญญาฯ กับประเทศของตนไม่ขัดต่อหลักการของอนุสัญญาฯ แต่อย่างใด

### 3.1.2.2 เขตอำนาจเหนือเวลาที่มูลคดีเกิด (*Ratione Temporis*)

ก่อนที่โจทก์จะนำคดีขึ้นสู่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป โจทก์จะต้องมีการเรียกร้องให้มีการเยียวยาภายในประเทศก่อนแล้วจนไม่มีหนทางเยียวยาอื่นใดอีก (exhaustion of domestic remedies) เมื่อยังไม่ได้รับการเยียวยา โจทก์ต้องฟ้องต่อศาลภายในกำหนดระยะเวลา 6 เดือนนับแต่ที่ไม่ได้รับการเยียวยาภายในประเทศ ศาลจึงจะสามารถพิจารณาคดีได้<sup>159</sup> และการที่จะพิจารณาให้รัฐ

<sup>156</sup> Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Article 33 “Any High Contracting Party may refer to the Court any alleged breach of the Provisions of the Convention and the Protocols thereto by another High Contracting Party.”

<sup>157</sup> Ibid, Article 34 “ The Court may receive applications from any person, non-governmental organization or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto. The High Contracting Parties not to hinder in any way the effective exercise of this right.”

<sup>158</sup> ความแตกต่างระหว่างการยื่นคำร้องนำคดีขึ้นสู่ศาลโดยรัฐ (Inter-States) และโดยปัจเจกชนนั้น คือ รัฐสามารถร้องทุกข์เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิใดๆ ของทบัพัญญูติในอนุสัญญาฯ และพิธึสารได้ แต่การร้องทุกข์ของปัจเจกชน สามารถร้องทุกข์ได้เฉพาะแต่สิทธิที่รับรองคุ้มครองไว้ในอนุสัญญาฯ เท่านั้น

<sup>159</sup> Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Article 35 “The Court may only deal with the matter after all domestic remedies have been exhausted, according to the generally recognised rules of international law, and within a period of six months from the date which the final decision was taken...”

จำเลยมีความรับผิดชอบตามอนุสัญญาได้นั้น จะต้องปรากฏว่าขณะที่รัฐทำการละเมิดพันธกรณี รัฐจะต้องได้ให้สัตยาบัน (Ratification) แก่อนุสัญญาฯ และพิธีสารนั้นแล้วด้วย

### 3.1.2.3 เขตอำนาจเหนือสถานที่มูลคดีเกิด (*Ratione Loci*)

จากบทบัญญัติในข้อ 1 แห่งอนุสัญญาฯ ที่กำหนดพันธกรณีที่ให้รัฐสมาชิกจะต้องให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของทุกคนที่อยู่ภายในเขตอำนาจของตน<sup>160</sup> ดังนั้น การที่รัฐจำเลยจะมีความรับผิดชอบสำหรับการละเมิดพันธกรณีได้นั้น จะต้องปรากฏว่าการละเมิดเกิดขึ้นภายในเขตอำนาจของตน ซึ่งมีปัญหาตามมาว่า คำว่า “เขตอำนาจ” (Jurisdiction) นั้นจะมีขอบเขตเพียงใด

ในคดี Bankovic โจทก์ได้ฟ้องรัฐสมาชิกของ NATO จำนวน 17 ประเทศซึ่งเป็นรัฐสมาชิกของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานด้วยเช่นกัน ว่า NATO ได้กระทำการโจมตีทางอากาศลงที่สถานีวิทยุประจำชาติของชาวเซอร์เบียและเครือข่ายโทรทัศน์ที่เมืองเบลเกรด โคโซโว ในปีค.ศ.1999 ทำให้มีผู้เสียชีวิต โจทก์อ้างว่า ผู้เสียหายอยู่ภายใต้ ‘Effective Overall Control’ ของรัฐจำเลย ดังนั้นผู้เสียหายจึงอยู่ในเขตอำนาจของรัฐจำเลยที่รัฐจำเลยมีพันธกรณีที่จะต้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ อย่างไรก็ตาม ศาลได้ปฏิเสธข้อกล่าวอ้างนี้ โดยให้เหตุผลว่า จากมุมมองของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง โดยหลักแล้ว เขตอำนาจของรัฐนั้นเป็นเขตอำนาจตามอาณาเขต (territory) ดังนั้น การตีความอนุสัญญาฯ จะต้องสอดคล้องกับหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะฉะนั้น โดยปกติรัฐแล้วรัฐจึงไม่ต้องผูกพันตามอนุสัญญาฯ สำหรับการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของตนนอกอาณาเขตของตน แต่ มิได้หมายความว่า หากเป็นนอกอาณาเขตของรัฐแล้วจะอยู่นอกเขตอำนาจของรัฐเสมอไป<sup>161</sup> แต่อาจมีข้อยกเว้นได้ เช่น ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการทูตและกงสุล, ในกรณีที่การกระทำความผิดเกิดขึ้นในเรือ หรืออากาศยานที่ซังก์ของรัฐในอาณาเขตของรัฐอื่น เป็นต้น<sup>162</sup>

### 3.1.2.4 เขตอำนาจเหนือเนื้อหาของคดี (*Ratione Materiae*)

ศาลจะมีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้ก็แต่เฉพาะในประเด็นแห่งคดีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการคุ้มครองไว้ตามอนุสัญญาฯ เท่านั้น ซึ่งไม่ใช่ทุกรัฐสมาชิกที่จะให้การ

<sup>160</sup> Ibid, Article 1 “The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.”

<sup>161</sup> Clare Ovey and Robin C.A. White, *European Convention on Human Rights*, (Oxford University Press: 2002), p.14.

<sup>162</sup> Bankovic and others v. Belgium and 16 others Contracting States, ECtHR Decision of 12 December 2001, para.57.

“As to “ordinary meaning” of the relevant term in Article 1 of the Convention, the Court is satisfied that, from the standpoint of public international law, the jurisdictional competence of a State is primarily territorial. While international law does not exclude a State’s exercise of jurisdiction extra-territorially, the suggested bases of such jurisdiction (including nationality, flag, diplomatic and consular) are, as a general rule, defined and limited by the sovereign territorial rights of the other relevant States...”

สัตยาบันแก่ทุกพิธีสาร ดังนั้น หากรัฐสมาชิกไม่ได้ให้สัตยาบันตามพิธีสารฉบับใด ศาลก็ไม่มีอำนาจในการพิจารณาคดีดังกล่าว<sup>163</sup>

### 3.1.3 คำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป

ศาลจะออกคำตัดสินหรือคำพิพากษาด้วยการลงคะแนนเสียงข้างมาก ผู้พิพากษาผู้ใดมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีจะมีเอกสิทธิ์ในการเพิ่มเติมความคิดเห็นของตนลงไปต่างหากจากคำพิพากษาหรือรวมกันก็ได้ รวมทั้งการแสดงความคิดเห็นขัดแย้งลงไปด้วย โดยสามารถพิจารณาผลของคำพิพากษาของศาลต่อกฎหมายภายในของรัฐสมาชิก และส่วนผลทางระหว่างประเทศ ได้ดังนี้

ในส่วนผลของคำพิพากษาต่อกฎหมายภายใน จากลักษณะของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานนี้ เป็นสนธิสัญญาพหุภาคีระดับภูมิภาค เพื่อวางหลักเกณฑ์และแนวทางปฏิบัติให้แก่รัฐสมาชิกในการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนภายในภูมิภาค ดังนั้น เมื่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป เป็นองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยอนุสัญญาฯ ผลของคำพิพากษาศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป จึงมีผลผูกพันแก่รัฐภาคีที่เป็นคู่ความ เมื่อผลของคำพิพากษาผูกพันแต่เฉพาะรัฐภาคีที่เป็นคู่ความเท่านั้น คำพิพากษาของศาลจึงมีผลเหนือกฎหมายภายใน แต่ไม่มีผลเป็นการลบล้างคำพิพากษาของศาลภายใน ซึ่งในการตัดสินคดีของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาภายในของรัฐภาคี เพียงแต่ผลของคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป จะทำให้รัฐนำไปพิจารณาทบทวนแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองสิทธิภายในรัฐของตนให้มีผลเป็นการคุ้มครองได้เทียบเท่าหรือดีขึ้นกว่าอนุสัญญาฯ<sup>164</sup>

นอกจากนี้ ในระดับกฎหมายระหว่างประเทศ คณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (UN Human Rights Committee) ก็ได้นำแนวคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปไปปรับใช้ในการพิจารณาถึงพันธกรณีของรัฐภาคีองค์การสหประชาชาติ ในกรณีที่มีการร้องเรียนโดยรัฐหรือเอกชนว่าด้วยสิทธิมนุษยชนโดยรัฐใดรัฐหนึ่งหรือไม่ด้วย ผลของคำพิพากษาจึงนำไปสู่การปฏิบัติตามได้ไม่เฉพาะเพียงแต่ในประเทศในภูมิภาคยุโรปเท่านั้น แต่ผลของคำพิพากษายังมีส่วนในการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศด้วย<sup>165</sup>

## 3.2 ความเป็นมาแห่งคดี Behrami และคดี Saramati

ต้นกำเนิดของปัญหาโคโซโว เกิดในช่วงระยะเวลาระหว่างที่ยูโกสลาเวียอยู่ภายใต้การนำของจอมพล Josip Broz (หรือ Tito) ยูโกสลาเวียมีสถานะเป็นประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐ ประกอบด้วย

<sup>163</sup> Tom Zwart, *The Admissibility of Human Rights Petitions: The case law of the European Commission of Human Rights and the Human Rights Committee*, (Martinus Nijhoff Publishers, 1994), p.139.

<sup>164</sup> เนตรนภา พุทธสุวรรณ, *การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ.1950*, วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550, หน้า 85.

<sup>165</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 96.

6 สาธารณรัฐ คือ เซอร์เบีย โครเอเชีย บอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา สโลวีเนีย มาซิโดเนีย และมอนเตเนโกร โดยในรัฐเซอร์เบียมีดินแดนระดับจังหวัด 2 จังหวัดคือ วอยวอดีนาทางภาคเหนือ และโคโซโวทางภาคใต้ ซึ่งระหว่างปีค.ศ.1974-1989 ทั้งสองจังหวัดนี้มีสถานภาพเป็นจังหวัดที่มีสิทธิปกครองตนเอง (Autonomous Provinces)

ต่อมาเมื่อเกิดเหตุการณ์สังคมนิยมล่มสลายในยุโรปตะวันออก ระหว่างปีค.ศ.1989-1991 สาธารณรัฐ 4 สาธารณรัฐในยูโกสลาเวียได้แยกตัวออกเป็นประเทศเอกราช ประเทศยูโกสลาเวียเดิมจึงมีสาธารณรัฐอยู่เพียง 2 สาธารณรัฐ คือ เซอร์เบียและมอนเตเนโกร นาย Slobodan Milošević ซึ่งมีตำแหน่งประธานาธิบดีของเซอร์เบียในปีค.ศ.1989 ได้ประกาศยุบสถานะปกครองตนเองของวอยวอดีนาและโคโซโวในปีนั้นสร้างความไม่พอใจให้แก่ทั้งสองจังหวัดเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะโคโซโวที่มีชาวโคโซวาร์ที่เป็นชนชาติอัลเบเนียและเป็นชาวมุสลิมรวมอยู่ 90 เปอร์เซ็นต์ของประชากรทั้งหมด 2 ล้านคน คนเหล่านี้ไม่มีความจงรักภักดีต่อรัฐบาลเซอร์เบียและยูโกสลาเวีย และต้องการแยกตัวเป็นอิสระตั้งแต่อดีตที่ยาวนาน การถูกเพิกถอนสถานภาพจังหวัดอิสระซึ่งเคยมีสิทธิปกครองตนเองในระดับหนึ่งเป็นเหตุให้ชาวโคโซวาร์เหล่านี้มีปฏิบัติการต่อต้านเซอร์เบียอย่างต่อเนื่องมาตั้งแต่ต้นปีค.ศ. 1998<sup>166</sup> จนกระทั่งเหตุการณ์ตึงเครียดที่สุดเมื่อเซอร์เบียส่งกองทัพเข้าฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวโคโซวาร์-อัลเบเนียนในโคโซโว

โดยในปีค.ศ.1998-1999เกิดความขัดแย้งระหว่างกองกำลังเซอร์เบียน (Serbian) และกองกำลังโคโซวาร์-อัลเบเนียน (Kosovar Albanian Force) ทำให้ในวันที่ 10 มกราคม ค.ศ. 1999 North Atlantic Council (NAC) ของ NATO ได้ออกข้อมติว่า จะโจมตีทางอากาศในอาณาเขตสาธารณรัฐยูโกสลาเวีย (Federal Republic of Yugoslavia: FRY) หากยูโกสลาเวียไม่ปฏิบัติตามความต้องการของประชาคมโลก ต่อมาในเดือนกุมภาพันธ์ถึงมีนาคมก็มีการเจรจากัน จนเกิดสนธิสัญญาสันติภาพ (Peace Agreement) ซึ่งได้ลงนามโดยผู้แทนของกองกำลังโคโซวาร์-อัลเบเนียน แต่ผู้แทนของยูโกสลาเวียกลับไม่ได้ลงนาม ดังนั้น NAC จึงได้ตัดสินใจในวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 1999 ให้เลขาธิการของ NATO (The secretary General: SG) ประกาศให้มีการโจมตีทางอากาศที่ยูโกสลาเวีย โดยเริ่มการโจมตีตั้งแต่วันที่ 24 มีนาคม จนถึงวันที่ 8 มิถุนายน ค.ศ. 1999 เพราะกองกำลังยูโกสลาเวียได้ยอมถอนตัวออกจากโคโซโว

ในวันที่ 9 มิถุนายน ค.ศ.1999 สาธารณรัฐยูโกสลาเวีย และสาธารณรัฐเซอร์เบียได้ลงนามใน “Military Technical Agreement” (MTA) โดยมีข้อตกลงเพื่อให้ยูโกสลาเวียถอนกองกำลังและให้

<sup>166</sup> หัสญา อุ่นจิตต์, การใช้กำลังขององค์การสนธิสัญญาป้องกันแอตแลนติกเหนือภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ: ศึกษากรณีเหตุการณ์โคโซโว, วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547, หน้า 110-111.

กองกำลังเพื่อความมั่นคงระหว่างประเทศ (International Security Forces) เข้ามาทำหน้าที่ตามข้อ  
มติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งองค์การสหประชาชาติตามความเหมาะสม<sup>167</sup>

ในวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ.1999 คณะมนตรีความมั่นคงจึงได้ออกข้อมติที่ 1244 กำหนด  
รายละเอียดดังนี้

“... 5. *Decides* on the deployment in Kosovo, under United Nations auspices, of international civil and security presences, with appropriate equipment and personel as required and welcomes the agreement of the Federal Republic of Yugoslavia to such presences;

6. *Requests* the Secretary General to appoint, in consultation with the Security Council, a Special Representative to control the implementation of the international civil presences, and *further requests* the Secretary –General to instruct his Special Representative to coordinate closely with the international security presence to ensure that both presences operate towards the same goals and in a mutually supportive manner;

7. *Authorizes* Members States and relevant international organizations to establish the international security presence in Kosovo ... ;

9. *Decides* that the responsibilities of the international security presence to be deployed and acting in Kosovo will include:

(e) *Supervising demining until the international civil presence can, as appropriate, takeover responsibility for this task;*

(f) *Supporting, as appropriate, and coordinating closely with the work of the international civil presence;*

11. *Decides* that the main responsibilities of the international civil presence will include:

(b) *Performing basic civilian administrative functions where and long as required;*

(c) *Organizing and overseeing the development of provisional institutions for democratic and autonomous self-government pending a political settlement, including the holding of elections;*

---

<sup>167</sup> Decision As to the Admissibility of Application no.71412/01 by Agim Behrami and Bekir Behrami v. France and Application no.78166/01 by Ruzdhi Saramati v. France Germany and Norway, ECtHR, para.2.

19. *Decides* that the international civil and security presences are established for an initial period of 12 months, to continue thereafter unless the Security Council decides otherwise;

20. *Requests* the Secretary-General to report to the Council at regular intervals on the implementation of this resolution, including reports from the leaderships of the international civil and security presences, the first reports to be submitted within 30 days of the adoption of this resolution;”<sup>168</sup>

จะเห็นได้ว่า ข้อมติดังกล่าวได้ตั้ง International Security Presence ซึ่งก็คือ กองกำลัง KFOR และ International Civil Presence ซึ่งก็คือกองกำลัง UNMIK เข้ามาปฏิบัติการในโคโซโว โดยในส่วนของกองกำลัง KFOR นั้นอยู่ภายใต้การอุปถัมภ์ขององค์การสหประชาชาติ (“under UN auspices”) โดยการมีส่วนร่วมสนับสนุนของ NATO (Substantial NATO Participation) โดยอยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมและบังคับบัญชาาร่วมกัน (under unified command and control) ซึ่ง NATO นั้น ได้เข้ามาปฏิบัติการในมาซิโดเนีย (The Former Yugoslav Republic of Macedonia) ก่อนหน้านี้แล้ว จึงเข้ามาปฏิบัติการในโคโซโวเมื่อวันที่ 12 มิถุนายน ค.ศ.1999<sup>169</sup> ต่อมาในวันที่ 20 มิถุนายน ค.ศ. 1999 กองกำลังยูโกสลาเวียจึงถอนตัวออกไป

กองกำลัง KFOR ประกอบไปด้วยกองพลนานาชาติ (Multinational Brigades; MNBs) 4 กลุ่ม ซึ่งแต่ละกลุ่มจะรับผิดชอบหน้าที่เฉพาะส่วนแตกต่างกันไปโดยจะนำโดยประเทศผู้นำ (Lead Country) แบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ กองกำลัง MNB ทางเหนือ (ประจำเมือง Mitrovica) จะนำโดยประเทศฝรั่งเศส และกองกำลัง MNB ทางใต้ (ประจำเมือง Prizren) จะนำโดยประเทศเยอรมันใน ส่วนกองกำลัง UNMIK จะประกอบด้วย 4 แผนก จะทำหน้าที่แตกต่างกันไปตามที่ได้รับมอบหมาย โดยอยู่ภายใต้ผู้แทนพิเศษของเลขาธิการสหประชาชาติ (SRSG) โดยแผนกที่ 1 จะทำหน้าที่ช่วยเหลือทางมนุษยธรรม นำโดยสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติ (United Nations High Commission of Refugees: UNHCR) ก่อนถูกถอนออกไปในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2000 กลายเป็นทำหน้าที่ตำรวจและอำนวยความสะดวกโดยองค์การสหประชาชาติ แผนกที่ 2 เป็นเรื่องเกี่ยวกับการปกครองบริหารจัดการพลเรือน ส่วนแผนกที่ 3 ทำหน้าที่เกี่ยวกับการสร้างประชาธิปไตย นำโดยองค์การว่าด้วยความมั่นคงและความร่วมมือในยุโรป (Organisation for Security and Cooperation in Europe: OSCE) และแผนกที่ 4 ทำหน้าที่ในการฟื้นฟูเศรษฐกิจนำโดยสหภาพยุโรป (European Union)<sup>170</sup>

ในคดี Behrami นั้นมีข้อเท็จจริงว่า เมื่อวันที่ 11 มีนาคม ค.ศ. 2000 มีกลุ่มเด็กเล่นอยู่ในหุบเขาในเขตเทศบาลเมือง Mitrovica ซึ่งเด็กชาย 2 คนในกลุ่มนั้นเป็นบุตรของนาย Agim Behrami

<sup>168</sup> UNSC Resolution 1244 of 10 June 1999.

<sup>169</sup> Behrami & Saramati cases, para.3.

<sup>170</sup> Ibid, para.4.



ให้แก่ Gadaf Behrami และ Bekir Behrami ซึ่งในบริเวณที่กลุ่มเด็กเล่นกันนั้นเป็นบริเวณที่ยังไม่ได้ ถอดชนวนระเบิด (cluster bomb units, CBUs) ที่ NATO ได้วางเอาไว้ตั้งแต่ปีค.ศ.1999 เด็กคน หนึ่งในกลุ่มนั้นน่าจะเชื่อว่าระเบิดดังกล่าวปลอดภัยจึงโยนไปกลางอากาศทำให้ระเบิดไปโดน Gadaf เสียชีวิต และ Bekir ได้รับบาดเจ็บสาหัสถึงขั้นตาบอด<sup>171</sup>

แผนกตำรวจของกองกำลัง UNMIK จึงได้ออกสืบสวนจากพยานรวมถึงเด็กที่เกี่ยวข้อง แต่ กองกำลัง UNMIK ไม่สามารถเข้าไปในพื้นที่ของกองกำลัง KFOR ได้หากกองกำลัง KFOR ไม่ยินยอม จากรายงานการสืบสวนปรากฏว่า เจ้าหน้าที่ฝรั่งเศสของกองกำลัง KFOR ยอมรับว่ากองกำลัง KFOR รู้ถึงเรื่องระเบิดที่ยังไม่ได้ปลดชนวนเป็นเวลาเดือนกว่าๆแล้ว แต่ไม่ใช่หน้าที่ที่สำคัญสูงสุด และยังชี้ อีกด้วยว่า พื้นที่ที่มีระเบิดที่ยังไม่ได้ปลดนั้นได้ถูกกองกำลัง KFOR ทำเครื่องหมายไว้บนพื้นที่นั้นแล้ว หลังจากเกิดเหตุการณ์ระเบิดดังกล่าว<sup>172</sup>

นาย Agim Behrami จึงได้มาฟ้องในนามของตนเองและในนามของ Gadaf ลูกชายที่ เสียชีวิต และส่วน Bekir ได้ฟ้องในนามตนเอง โดยยื่นฟ้องฝรั่งเศสให้เป็นจำเลยในฐานะที่เป็นรัฐผู้นำ (Lead Nation) ของกองกำลัง KFOR ตามข้อ 2 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและ เสรีภาพขั้นพื้นฐานที่ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิในชีวิตว่าจะต้องได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายโดยไม่มีผู้ใดสามารถพรากชีวิตของเขาไปได้<sup>173</sup> โดยฝ่ายโจทก์อ้างว่า อุบัติเหตุที่ทำให้เกิดความเสียหายแก่ โจทก์เกิดจากกองกำลัง KFOR ไม่ได้ทำเครื่องหมายหรือปลดชนวนระเบิดทั้งๆที่รู้ว่ามีการระเบิดอยู่<sup>174</sup> ศาลรับฟังข้อเท็จจริงในประเด็นการถอดชนวนระเบิดว่า UN Mine Action Service (UNMAS) เป็น องค์กรหลักในการควบคุมดูแลเรื่องระเบิด<sup>175</sup> โดยในวันที่ 12 มิถุนายน ค.ศ. 1999 ซึ่งเป็นเวลาก่อน มลคดีเกิด เลขาธิการสหประชาชาติได้ออกแผนยุทธการ (Operational Plan: OPLAN) กำหนดให้ หน้าที่การปลดชนวนระเบิดเป็นหน้าที่ส่วนหนึ่งของกองกำลัง UNMIK แผนกที่ 1 และให้กองกำลัง UNMIK ตั้งศูนย์ปฏิบัติการทางระเบิดโดยเร็วที่สุด กองกำลัง UNMIK จึงตั้ง UNMACC/UNMIK MACC (UN Mine Action Coordinating Center) ซึ่งเปิดทำการเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ.1999

<sup>171</sup> Ibid, para.5.

<sup>172</sup> Ibid, para.6.

<sup>173</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Article 2 “1.Everyone’s right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.

2. Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this Article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary:

(a) in defence of any person from unlawful violence;

(b) in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained;

(c) in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection.”

<sup>174</sup> Behrami & Saramati cases, para.61.

<sup>175</sup> Ibid, para.52.

และระหว่างที่รอถ่ายอำนาจให้ UNMACC จากข้อมติที่ 1244 ก็กำหนดให้กองกำลัง KFOR ทำหน้าที่เป็นศูนย์ปฏิบัติการตามความเป็นจริงไปก่อน<sup>176</sup> ต่อมาในวันที่ 24 สิงหาคม ค.ศ. 1999 จึงได้มี UNMIK Mine Action Programme (MAP) ซึ่งเป็นเอกสารเผยแพร่มีเนื้อความว่า ผู้แทนเลขาธิการพิเศษและรักษาการณ์แทนผู้แทนพิเศษของกองกำลัง UNMIK ประจำแผนกที่ 1 จะมีความรับผิดชอบทั้งหมด (Overall Responsibility)<sup>177</sup> ในขณะที่กองกำลัง KFOR ก็มีรายงานออกมาว่าจะทำงานร่วมกับ UNMACC อย่างใกล้ชิดและเป็นหน้าที่หลักของ MNBs ที่จะทำลายระเบิดทิ้ง<sup>178</sup> จะเห็นได้ว่าประเด็นที่ศาลต้องพิจารณาก็คือ กองกำลังใดมีหน้าที่ในการปลดชนวนระเบิดดังกล่าว

สำหรับในคดี Saramati มีข้อเท็จจริงว่า เมื่อวันที่ 24 เมษายน ค.ศ.2001 นาย Saramati ถูกจับกุมโดยตำรวจของกองกำลัง UNMIK ในข้อหาพยายามฆ่าและครอบครองอาวุธโดยผิดกฎหมาย โดยไม่มีการสอบสวน ในวันถัดมาศาลชั้นต้นจึงได้ออกคำสั่งจับกุมและให้สอบสวน เดือนต่อมาอัยการจึงสั่งฟ้อง และศาลก็สั่งขยายเวลาการจับกุม จนกระทั่งวันที่ 4 มิถุนายน ค.ศ. 2001 ศาลสูงสุดจึงอนุญาตให้นาย Saramati อุทธรณ์และปล่อยตัวไป<sup>179</sup>

ในช่วงประมาณเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 2001 ตำรวจกองกำลัง UNMIK ก็ได้แจ้งทางโทรศัพท์ให้นาย Saramati ยอมให้สถานีตำรวจยึดเงินกับทรัพย์สิน ซึ่งสถานีตำรวจดังกล่าวอยู่ที่เมือง Prizren ดูแลโดย MNB ทางใต้ที่นำโดยประเทศเยอรมัน และต่อมานาย Saramati ก็ถูกจับตัวอีกโดยตำรวจของกองกำลัง UNMIK ซึ่งทำตามคำสั่งของผู้บัญชาการกองกำลัง KFOR (COMKFOR) ซึ่งในขณะนั้นเป็นเจ้าของที่ของประเทศเซอร์เบีย<sup>180</sup>

ในวันที่ 26 กรกฎาคม ค.ศ. 2001 ผู้แทนของนาย Saramati จึงได้ร้องเรียนถึงความชอบด้วยกฎหมายของการจับกุม ที่ปรึกษากฎหมายของกองกำลัง KFOR จึงได้แจ้งว่ากองกำลัง KFOR มีอำนาจที่จะกระทำได้ตามข้อมติที่ 1244 เพราะเป็นกระทำที่เนื่องมาจากความจำเป็นเพื่อความปลอดภัยและบรรยากาศที่มั่นคง และเป็นการปกป้องกองกำลัง KFOR ทั้งนี้เนื่องจากกองกำลัง KFOR ได้รับข้อมูลว่านาย Saramati มีความเกี่ยวข้องกับกองกำลังที่ปฏิบัติการในชายแดนระหว่างโคโซโวและมาซิโดเนีย จึงน่าจะเชื่อว่านาย Saramati น่าจะเป็นภัยคุกคามต่อความมั่นคงของผู้อยู่อาศัยในโคโซโว<sup>181</sup> ต่อมาในวันที่ 3 ตุลาคม ค.ศ.2001 เจ้าของที่ของฝรั่งเศสได้ถูกแต่งตั้งเป็นผู้บัญชาการของกองกำลังKFOR<sup>182</sup> การจับกุมนาย Saramati ก็ดำเนินมาเรื่อยๆ จนถึงประมาณเดือนมกราคม ค.ศ.2002 ศาลจึงตัดสินว่านาย Saramati มีความผิดบางฐาน แต่บางฐานก็ไม่มีผิด และถูกย้ายจากการ

<sup>176</sup> Ibid, para.53.

<sup>177</sup> Ibid, para.54.

<sup>178</sup> Ibid, para.58.

<sup>179</sup> Ibid, para.8.

<sup>180</sup> Ibid, para.9.

<sup>181</sup> Ibid, para.11.

<sup>182</sup> Ibid, para.15.

จับกุมของกองกำลัง KFOR ไปสู่การขังของกองกำลัง UNMIK ในเมือง Pristina<sup>183</sup> อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาของโคโซโวก็ได้ยกเลิกคำพิพากษาและมีคำสั่งให้พิจารณาคดีใหม่<sup>184</sup>

นาย Saramati จึงได้ฟ้องฝรั่งเศส นอร์เวย์ และเยอรมันต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปโดยอ้างข้อ 5<sup>185</sup> แห่งอนุสัญญาฯ ที่ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิในเสรีภาพและความมั่นคงประกอบข้อ 13 ที่ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ว่าจะต้องได้รับการเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐ<sup>186</sup> นาย Saramati ผู้เป็นโจทก์อ้างว่าการจับกุมเป็นการกระทำที่เกินอำนาจของกองกำลัง KFOR อันเป็นการละเมิดสิทธิในเสรีภาพและไม่ได้รับการเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพ และโจทก์ยังอ้างข้อ 6<sup>187</sup> ที่ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรม ว่าเขาไม่สามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมในศาลได้ ซึ่งเป็นการละเมิดพันธกรณีของรัฐจำเลยที่จะต้องประกันสิทธิตามอนุสัญญาแก่ผู้ที่อยู่ในโคโซโว<sup>188</sup>

ในส่วนของเยอรมันได้ต่อสู้ว่า แม้เยอรมันจะเป็นประเทศผู้นำใน MNB ทางใต้แต่เยอรมันก็ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการจับกุมโจทก์เลย นาย Saramati ยอมรับตามข้อต่อสู้ และได้ถอนฟ้องเยอรมันศาลจึงอนุญาตให้ถอนฟ้องเยอรมันได้<sup>189</sup> แต่ให้เยอรมันเข้ามาเป็นคู่ความฝ่ายที่สามในคดี<sup>190</sup> ทั้งยังให้รัฐต่างๆ ได้แก่ เดนมาร์ก เอสโตเนีย กรีซ โปแลนด์ สหราชอาณาจักร โปรตุเกส รวมถึงองค์การสหประชาชาติเข้ามาเป็นคู่ความฝ่ายที่สามในคดีด้วย

<sup>183</sup> Ibid, para.16.

<sup>184</sup> Ibid, para.17.

<sup>185</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Article 5 “1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law...”

<sup>186</sup> Ibid, Article 13 “Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.”

<sup>187</sup> Ibid, Article 6 “1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice...”

<sup>188</sup> Behrami & Saramati cases, para.62.

<sup>189</sup> Ibid, para.64.

<sup>190</sup> Ibid, para.65.

### 3.3 ประเด็นทางกฎหมายที่ปรากฏในคดี

เนื่องจากการกระทำความผิดในคดีทั้งสองดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพปฏิบัติหน้าที่ไปในนามขององค์การสหประชาชาติซึ่งเป็นองค์การระหว่างประเทศ แต่โจทก์ผู้เสียหายกลับได้มาฟ้องรัฐที่ส่งกองกำลังที่มีความรับผิดชอบตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานหรือไม่ คดีทั้งสองจึงถือว่าเป็นคดีที่มีความซับซ้อนอยู่ในขั้นตอนของการรับฟ้อง (Admissibility Case) ต้องพิจารณาโดยสมัชชาใหญ่ (Grand Chamber) ซึ่งจากการที่มีประเด็นที่เหมือนกันจนศาลเห็นว่าพอที่จะรวมการพิจารณาคดีได้ตั้งนั้น เมื่อศึกษาคำตัดสินของศาลสามารถแยกพิจารณาเป็นประเด็นได้ ดังนี้

#### 3.3.1 ประเด็นเรื่องเขตอำนาจของรัฐจำเลยตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

##### 3.3.1.1 คำฟ้องของโจทก์

โจทก์อ้างว่า คำฟ้องของโจทก์นั้นเข้าหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติของอนุสัญญาฯ ข้อ 1 แล้ว ทั้งในแง่เขตอำนาจศาลเหนือสถานที่มูลคดีเกิด (*Ratione Loci*), เขตอำนาจศาลเหนือตัวบุคคล (*Ratione Personae*) และเขตอำนาจศาลเหนือเนื้อหาของคดี (*Ratione Materiae*)<sup>191</sup>

##### 3.3.1.2 คำให้การของจำเลย

จำเลยต่อสู้ว่า คำฟ้องของโจทก์ไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่ศาลจะพิจารณาคดีได้ ทั้งในแง่เขตอำนาจเหนือสถานที่มูลคดีเกิด และเหนือตัวบุคคล<sup>192</sup> โดยทั้งจำเลยและคู่ความฝ่ายที่สามต่างอ้างว่า โจทก์ไม่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐ โดยพิจารณาในแง่เขตอำนาจเหนือพื้นที่ ว่าโจทก์ไม่ได้อยู่ในอาณาเขตของรัฐจำเลย และองค์การสหประชาชาติมี ‘Effective Overall Control’ เหนือโคโซโว ดังนั้น การกระทำของกองกำลังของรัฐจำเลยที่กระทำความผิดนอกอาณาเขตของรัฐ จึงไม่อยู่ในเขตอำนาจของรัฐจำเลย<sup>193</sup>

โดยฝรั่งเศสได้โต้แย้งว่า คำว่า “เขตอำนาจ” (Jurisdiction) ในข้อ 1 แห่งอนุสัญญาฯ นั้นมีความเชื่อมโยงกับหลักเขตอำนาจของรัฐเหนือบุคคลและยังได้อ้างความเห็นของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศว่าได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ ว่าองค์การระหว่างประเทศจะต้องรับผิดชอบในกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำในนามขององค์การระหว่างประเทศ ถ้าการกระทำความผิดนั้นอยู่ภายใต้ ‘overall effective control’ ขององค์การระหว่างประเทศ<sup>194</sup> ฝรั่งเศสจึงเห็นว่า เมื่อการกระทำของกองกำลังฝรั่งเศสนั้น ได้กระทำไปในนามของกองกำลัง KFOR ซึ่งมีอำนาจควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพเหนือ โคโซโวแล้ว การกระทำของ

<sup>191</sup> Ibid, para.66

<sup>192</sup> Ibid, para.67.

<sup>193</sup> Ibid, para.68.

<sup>194</sup> Ibid, para.82.

กองกำลังจึงไม่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐฝรั่งเศส แต่เป็นการกระทำขององค์การสหประชาชาติ เพราะองค์การสหประชาชาติมี ‘Overall Effective Control’ เหนืออาณาเขตโคโซโว<sup>195</sup>

ในประเด็นนี้ เดนมาร์กในฐานะที่เป็นคู่ความฝ่ายที่สามในคดีได้สนับสนุนข้อโต้แย้งของฝรั่งเศสว่าโจทก์ไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐของจำเลย ศาลจึงไม่ควรรับคำฟ้องตามหลักเขตอำนาจเหนือตัวบุคคล (*Ratione Personae*)<sup>196</sup> โดยเดนมาร์กให้เหตุผลว่า คดีนี้มีประเด็นปัญหาในเรื่องขอบเขตการบังคับใช้ของอนุสัญญาในฐานะที่เป็นตราสารระดับภูมิภาค และปัญหาการปรับใช้อนุสัญญา ในกรณีการกระทำของปฏิบัติการเพื่อสันติภาพที่ได้รับอนุญาต (authorized) จากคณะมนตรีความมั่นคงตามความหมวดที่ 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ เดนมาร์กได้ชี้ถึงประเด็นปัญหาที่มีความสำคัญว่า บุคลากรที่ถูกรัฐส่งเข้าไปปฏิบัติหน้าที่นั้นยังคงอยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐที่ส่งไปอยู่หรือไม่<sup>197</sup> อันเป็นประเด็นปัญหาทางกฎหมายในเรื่องเขตอำนาจนอกอาณาเขต (Extra-Territorial Jurisdiction) เดนมาร์กได้อ้างคดี Northern Cyprus และคดี Issa ว่าศาลใช้เกณฑ์ ‘Effective Overall Control’ เหนือดินแดน เป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยว่ารัฐมีความรับผิดชอบหรือไม่ มาเทียบเคียงว่าในคดีนี้รัฐที่ส่งกองกำลังนั้นไม่ได้มีอำนาจควบคุมเหนือดินแดนเลย เพราะบุคลากรของรัฐนั้นได้ปฏิบัติหน้าที่ในนามของกองกำลัง UNMIK และกองกำลัง KFOR<sup>198</sup>

### 3.3.1.3 คำตัดสินของศาล

ในการพิจารณาคดีนี้ ศาลได้กล่าวถึง หลักการของหลักกฎหมายข้อ 1 แห่งอนุสัญญาฯ ที่ว่ารัฐภาคีจะต้องประกันสิทธิตามอนุสัญญาฯ แก่ปัจเจกบุคคลที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐของตน โดยศาลใช้หลักเกณฑ์ว่าจะต้องพิจารณาเขตอำนาจเหนือดินแดนก่อนเป็นอันดับแรก แล้วจึงมาพิจารณาหลักเขตอำนาจเหนือตัวบุคคลต่อไป<sup>199</sup> ดังนั้น จึงสามารถแยกประเด็นที่ศาลพิจารณาได้ดังนี้

ศาลได้วินิจฉัยประเด็นหลักเขตอำนาจเหนือพื้นที่นี้ว่า ยูโกสลาเวียไม่ได้มีอำนาจควบคุมเหนืออาณาเขตโคโซโว อันเป็นผลมาจากความตกลง MTA ที่กำหนดให้ยูโกสลาเวียต้องถอนกองกำลังออกจากดินแดนโคโว เพื่อให้กองกำลัง UNMIK กับกองกำลัง KFOR เข้ามาปฏิบัติการตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง<sup>200</sup>

ต่อมาคณะมนตรีความมั่นคงก็ได้ออกข้อมติที่ 1244 กำหนดอาณัติแก่กองกำลัง KFOR ให้มีอำนาจควบคุมทางทหารอย่างสมบูรณ์ในโคโซโว ส่วนกองกำลัง UNMIK ก็ทำหน้าที่เป็นองค์การปกครองระหว่างประเทศชั่วคราว (Interim International Administration) ที่มีอำนาจทั้ง

<sup>195</sup> Ibid, para.83.

<sup>196</sup> Ibid, para.96.

<sup>197</sup> Ibid, para.97.

<sup>198</sup> Ibid, para.98.

<sup>199</sup> Ibid, para.69.

<sup>200</sup> Ibid, para.69.

การนิติบัญญัติ ทางบริหารและทางตุลาการในดินแดนโคโซโวด้วย เพราะฉะนั้น โฉว วันที่เกิด เหตุการณ์อันเป็นที่มาของคดี Behrami และคดี Saramati ดินแดนโคโซโว จึงตกอยู่ภายใต้ ‘Effective Control’ ของนานาชาติ (International Presence)<sup>201</sup>

เพราะฉะนั้น ปัญหาไม่ใช่แค่ศาลจะต้องพิจารณาถึงเขตอำนาจของรัฐจำเลยเหนือ โคโซโวเท่านั้น แต่ศาลจะต้องพิจารณาว่าตนเองมีความสามารถภายใต้อนุสัญญาที่จะวินิจฉัยการ กระทำของรัฐที่เข้าร่วมกองกำลังได้หรือไม่<sup>202</sup> ดังนั้น ประเด็นที่ศาลจะวินิจฉัยต่อไป ก็คือศาลมีเขต อำนาจเหนือตัวบุคคล (*Ratione Personae*) ในการวินิจฉัยคดีของโจทก์ตามอนุสัญญาหรือไม่<sup>203</sup>

ศาลจึงวินิจฉัยในประเด็นเรื่องการกระทำละเมิดต่อโจทก์ทั้งสองคดีนี้เป็นการ กระทำรัฐจำเลยหรือองค์การสหประชาชาติก่อน แต่เมื่อตัดสินการกระทำผิดถือว่าการ กระทำขององค์การสหประชาชาติแล้ว ศาลกลับไม่ได้มาพิจารณาในประเด็นว่ารัฐจำเลยมีเขตอำนาจ ตามอนุสัญญาเหนือโคโซโวหรือไม่อีก เพราะไม่มีความจำเป็นที่จะต้องวินิจฉัยอีกต่อไปในเมื่อการ กระทำความผิดของกองกำลังตกเป็นขององค์การสหประชาชาติเสียแล้ว

### 3.3.2 ประเด็นเรื่องการวินิจฉัยความรับผิดชอบในการกระทำความผิดของกองกำลังว่าถือว่าเป็นขององค์การที่เกี่ยวข้องใด (Attribution of conduct)

ประเด็นในเรื่องการวินิจฉัยความรับผิดชอบในการกระทำของกองกำลังว่าถือเป็นการกระทำ ความผิดขององค์การที่เกี่ยวข้องใดนี้ นับเป็นประเด็นที่มีความสำคัญมากที่สุด เพราะจะเป็นการ ชี้ให้เห็นชัดว่าในการกระทำความผิดของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพนั้น รัฐหรือองค์การ สหประชาชาติที่จะต้องมีความรับผิดชอบในการกระทำดังกล่าว ซึ่งจะส่งผลต่อสิทธิของผู้เสียหายโดยตรง ว่าจะสามารถฟ้องร้องเพื่อให้ตนได้รับการเยียวยาความเสียหายได้หรือไม่

#### 3.3.2.1 กรณีคดี Behrami

##### 3.3.2.1.1 คำฟ้องของโจทก์

โจทก์อ้างว่ากองกำลัง KFOR ต้องเป็นองค์กรที่ต้องรับผิดชอบทั้งสองคดี ทั้งนี้ เนื่องจากความตกลง MTA และข้อมติที่ 1244 ได้กำหนดว่าการควบคุมและปกครองของกองกำลัง KFOR และกองกำลัง UNMIK ในโคโซโวนั้นมีลักษณะคล้ายกับรัฐ และมีหน้าที่รับผิดชอบในเรื่องการ ปลดชนวนระเบิดด้วย<sup>204</sup> เมื่อกองกำลัง KFOR มีหน้าที่ในการถอดชนวนระเบิด และกองกำลัง KFOR ก็รู้ว่ามิระเบิดอยู่แต่ยังไม่ได้แจ้ง UNMACC ให้พยายามแยกประชาชนออกจากพื้นที่ที่มีระเบิดตั้งนั้น

<sup>201</sup> Ibid, para.70.

<sup>202</sup> Ibid, para.71.

<sup>203</sup> Ibid, para.72.

<sup>204</sup> Ibid, para.73.

การงดเว้นกระทำนี้จึงนำไปสู่ความรับผิดของฝรั่งเศสตามหลักเขตอำนาจเหนือบุคคล (*Ratione Personae*)<sup>205</sup> ซึ่งโจทก์อ้างเหตุผลหลายประการ ดังต่อไปนี้

ฝรั่งเศสจะต้องมีความรับผิดเพราะ

- 1) ฝรั่งเศสมีสิทธิโหวตใน NAC ที่จะเข้ามาปฏิบัติการในโคโซโว<sup>206</sup>
- 2) ฝรั่งเศสเป็นชาติผู้นำในกองกำลัง MNB ทางตอนเหนือ<sup>207</sup>
- 3) การกระทำของกองกำลัง KFOR ไม่สามารถถือได้ว่าเป็นการกระทำขององค์การสหประชาชาติหรือ NATO เพราะกองกำลัง KFOR เป็น NATO-led multinational forces ที่ตั้งขึ้นจากทั้งรัฐสมาชิก NATO และไม่ใช่รัฐสมาชิก NATO ที่มาอยู่ภายใต้ ‘unified command and control’ เพราะฉะนั้นกองกำลัง KFOR จึงไม่ได้เป็นกองกำลังของสหประชาชาติและแตกต่างจากกองกำลังรักษาสันติภาพอื่นๆ เช่น กองกำลัง UNMIK กับ UNMIL ที่อยู่ภายใต้องค์การสหประชาชาติโดยตรง เพราะถ้าหากกองกำลัง KFOR เป็นกองกำลังของสหประชาชาติ (ก็จะมีคำว่า “UN” นำหน้าชื่อกองกำลัง) และจะมีผู้บังคับบัญชาการที่มาจากองค์การสหประชาชาติ (UN commander in chief) โดยที่กองกำลังนั้นจะไม่ยอมรับคำสั่งจากรัฐที่เป็นผู้ส่งกองกำลัง และบุคลากรทุกคนก็จะได้รับความคุ้มกันของสหประชาชาติ แต่ในทางตรงกันข้าม กองกำลัง KFOR องค์การ NATO และรัฐอื่นๆนั้นเป็นผู้ที่ได้รับอนุญาต (authorised) ที่จะจัดตั้งกองกำลัง KFOR เพื่อปฏิบัติการในโคโซโว ภายใต้ ‘unified command and control’ อย่างไรก็ตามโจทก์อ้างว่าก็เป็นเพียงคำศัพท์เฉพาะเท่านั้น (term of art) ตามที่ The Venice Commission ได้กล่าวไว้ว่า

“คำว่า ‘unified command and control’ เป็นศัพท์ทางทหาร (military term of art) ซึ่งจะหมายถึงการถ่ายอำนาจเหนือกองกำลังอย่างมีข้อจำกัดเท่านั้น รัฐที่ส่งกองกำลังไม่ได้ถ่ายอำนาจแบบเต็มที่ (full power) เหนือกองกำลังของตน เมื่อรัฐได้ส่งกองกำลังไปให้ปฏิบัติการที่นำโดย NATO แล้ว รัฐก็มักที่จะถ่ายอำนาจอย่างจำกัดเฉพาะ อำนาจควบคุมทางยุทธการ (operational control) และ/หรืออำนาจบังคับบัญชาทางยุทธการ (operational command) เท่านั้น อำนาจเหล่านี้ทำให้ ผู้บังคับบัญชาของ NATO มีสิทธิที่จะออกคำสั่งที่มีลักษณะทางยุทธการแก่ผู้บังคับบัญชาของรัฐแต่ละหน่วยได้ๆ โดยผู้บังคับบัญชาของรัฐจะปฏิบัติตามคำสั่งนั้นโดยอาศัยฐานจากอำนาจของรัฐ ผู้บังคับบัญชาของ NATO จะไม่สามารถออกคำสั่งในเรื่องอื่นๆได้ (เช่น เรื่องที่มีผลกระทบต่อสถานะส่วนบุคคลของทหาร รวมถึงใช้มาตรการทางวินัยต่างๆ) และโดยหลักการผู้บังคับบัญชาของ NATO ก็ไม่มีสิทธิที่จะออกคำสั่งแก่ตัวทหารเป็นรายบุคคลได้ด้วย นอกจากนี้รัฐที่ส่งกองกำลังยังคงมีอำนาจที่จะถอนกองกำลังได้ไม่ว่าในเวลาใดก็ตาม ซึ่งการที่มีการจัดการที่ซับซ้อนนี้ ก็เนื่องมาจากการที่รัฐต้องการที่จะสงวนไว้ซึ่งความรับผิดของทาง

<sup>205</sup> Ibid, para.74.

<sup>206</sup> Ibid, para.75.

<sup>207</sup> Ibid, para.76.

การเมืองและอำนาจในการควบคุมเหนือให้มากที่สุดโดยให้สอดคล้องกับ  
ประสิทธิภาพทางทหารด้วย”<sup>208</sup>

ดังนั้น จากการที่โจทก์อ้างว่า ‘unified command and control’ เป็นเพียงคำศัพท์เฉพาะเท่านั้น (term of art) ทำให้ไม่มีความเชื่อมโยงทางยุทธการระหว่าง คณะมนตรีความมั่นคงกับ NATO และรัฐก็ยังคงมีอำนาจที่สำคัญอยู่ ทำให้ไม่มีสายการบังคับบัญชาจากคณะมนตรีความมั่นคงที่เป็นเอกภาพ ด้วยเหตุนี้ทำให้ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของกองกำลัง KFOR ก็ไม่สามารถที่จะถือได้ว่าเป็นของ NATO หรือสหประชาชาติ<sup>209</sup>

โจทก์ตั้งข้อสังเกตว่า เมื่อพิจารณาในส่วนของรัฐที่ส่งกองกำลังแล้ว กองกำลัง KFOR นั้น (รวมถึงผู้บัญชาการ COMKFOR) ขึ้นตรงต่อผู้บังคับบัญชาของรัฐตนเองและอยู่ในเขตอำนาจของรัฐตนเองด้วย เช่น กฎการใช้กำลังก็เป็นของรัฐตนเอง, กองกำลังอยู่ในกฎระเบียบของรัฐตน, การสนับสนุนทางการเงินของกองกำลังก็มาจากรัฐ รัฐจึงยังคงมีเขตอำนาจทั้งทางแพ่งและทางอาญาเหนือกองกำลังของตนในการกระทำที่เกิดขึ้นในโคโซโว เป็นต้น นอกจากนี้ โจทก์ยังอ้างคำพิพากษาของศาลแห่งสหราชอาณาจักร (British Court) ว่าได้เคยวินิจฉัยคดีว่า ตนเองมีอำนาจในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับกรณีที่กองกำลังของอังกฤษที่เข้าร่วมในปฏิบัติการ กองกำลัง KFOR ได้ (Bici & Anor v. Ministry of Defense) อีกทั้งผู้บังคับบัญชาของรัฐก็เป็นผู้ที่ตัดสินใจว่า

<sup>208</sup> Ibid, para.50.

“KFOR contingents are grouped into four multinational brigades. KFOR troops come from 35 NATO and non-NATO countries. Although brigades are responsible for a specific area of operations, they all fall “under the unified command and control” (UN SC Resolution 1244, Annex 2, para. 4) of [COMKFOR] from NATO. “Unified command and control” is a military term of art which only encompasses a limited form of transfer of power over troops. [TCNs] have therefore not transferred “full command” over their troops. When [TCNs] contribute troops to a NATO-led operation they usually transfer only the limited powers of “operational control” and/or “operational command”. These powers give the NATO commander the right to give orders of an operational nature to the commanders of the respective national units. The national commanders must implement such orders on the basis of their own national authority. NATO commanders may not give other kinds of orders (e.g. those affecting the personal status of a soldier, including taking disciplinary measures) and NATO commanders, in principle, do not have the right to give orders to individual soldiers ... . In addition, [TCNs] always retain the power to withdraw their soldiers at any moment. The underlying reason for such a rather complex arrangement is the desire of [TCNs] to preserve as much political responsibility and democratic control over their troops as is compatible with the requirements of military efficiency. This enables states to do the utmost for the safety of their soldiers, to preserve their discipline according to national custom and rules, to maintain constitutional accountability and, finally, to preserve the possibility to respond to demands from the national democratic process concerning the use of their soldiers.” ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ European Commission for Democracy through Law (“the Venice Commission”), Opinion on human rights in Kosovo: Possible establishment of review mechanisms (no.280/2004, CLD-AD (2004) 033)

<sup>209</sup> Ibid. para.77.



จะสละความคุ้มกันหรือไม่ในกรณีกองกำลังที่ปฏิบัติหน้าที่ของกองกำลัง KFOR ด้วย (แต่ถ้าเป็นกองกำลัง UNMIK เลขาธิการสหประชาชาติจะเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะสละความคุ้มกันหรือไม่)<sup>210</sup>

นอกจากนี้ โจทก์ยังต่อสู้ว่ากองกำลัง KFOR ไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายแยกออกต่างหาก จึงไม่สามารถที่จะเป็นตัวกระทำการในกฎหมายระหว่างประเทศได้ หรืออีกนัยยะหนึ่งคือไม่สามารถที่จะมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศในการกระทำของบุคคลากรในกองกำลังได้นั้นเอง<sup>211</sup>

ด้วยเหตุผลต่างๆเหล่านี้ เมื่อสรุปจากคำฟ้องของโจทก์ อาจกล่าวได้ว่า โจทก์อ้างเหตุผลที่ฝรั่งเศสจะต้องมีความรับผิดชอบก็เนื่องมาจากการที่กองกำลัง KFOR ไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย และได้ปฏิบัติหน้าที่ในนามขององค์การสหประชาชาติ (ถึงแม้ว่าองค์การสหประชาชาติจะได้มอบอำนาจทางยุทธการให้แก่ NATO ในการปฏิบัติการก็ตาม) แต่ฝรั่งเศสในฐานะที่เป็นรัฐก็ยังคงมีอำนาจเหนือกองกำลังของตนเองอยู่เสมอ ดังนั้น การกระทำความผิดของกองกำลัง KFOR จึงต้องถือว่าเป็นการกระทำของฝรั่งเศสนั่นเอง

### 3.3.2.1.2 คำให้การของจำเลย

จำเลยให้การว่า การกระทำของกองกำลังฝรั่งเศสทุกครั้งมาจากแผนทางยุทธการ (Operational Plan) ของ NATO ที่มีอำนาจควบคุมทางยุทธการเหนือกองกำลัง KFOR และกองกำลัง KFOR ก็เป็นปฏิบัติการเพื่อสันติภาพตามที่คณะมนตรีความมั่นคงเป็นผู้อนุญาต (peace-keeping operation authorised by UNSC) ดังนั้นการกระทำของกองกำลังจึงไม่ควรถือเป็นการกระทำของฝรั่งเศส แต่ควรถือเป็นการกระทำขององค์การสหประชาชาติ<sup>212</sup>

ในประเด็นนี้ เยอรมันซึ่งเป็นคู่ความฝ่ายที่สามในคดี ได้สนับสนุนคำให้การของจำเลย โดยให้เหตุผลว่ากองกำลัง KFOR เป็นปฏิบัติการที่อยู่ภายใต้หลักการ ‘unified command and control’ กล่าวคือ ทั้งกองกำลังของรัฐและ COMKFOR ไม่ได้มีบทบาทนอกเหนือจากอาณัติที่ข้อมติที่ 1244 กำหนดไว้<sup>213</sup> ดังนั้น แม้ว่ารัฐจำเลยจะมีเขตอำนาจเหนือโคโซโวหรือไม่ก็ตาม การกระทำความผิดของกองกำลังก็ยังไม่สามารถถือว่าเป็นของรัฐ เพราะต้องพิจารณาจากโครงสร้างบังคับบัญชาตามความเป็นจริงมาเป็นเครื่องวินิจฉัย และเมื่อพิจารณาจากร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ข้อ 6 และร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ ข้อ 5 (ปัจจุบันได้แก้ไขเป็นข้อ 7) และรายงานของ Special Rapporteur แล้วได้วางหลักการว่า ความ

<sup>210</sup> Ibid, para.77.

<sup>211</sup> Ibid, para.79.

<sup>212</sup> Ibid, para.83.

<sup>213</sup> Ibid, para.104.

เสียหายที่เกิดจากการกระทำตามอาณัติของปฏิบัติการรักษาสันติภาพขององค์การสหประชาชาติ จะถือว่าการกระทำที่ผิดขององค์การสหประชาชาติ<sup>214</sup>

ในส่วนองค์การสหประชาชาติในฐานะคู่ความฝ่ายที่สามนั้น ได้แถลงว่า แม้องค์การสหประชาชาติ จะเป็นผู้วางกรอบอาณัติและภาระหน้าที่ของกองกำลัง UNMIK และกองกำลัง KFOR แต่ทั้งนี้อาณัติที่ออกโดยคณะมนตรีความมั่นคงนั้น ก็เป็นการแสดงออกถึงเจตนารมณ์ของรัฐสมาชิกที่จะให้องค์กรขององค์การสหประชาชาติ หรือปฏิบัติการของสหประชาชาติมีดุลพินิจในการบังคับให้เป็นไปตามข้อมติ รวมถึงเรื่องระยะเวลาในการดำเนินการ และการให้ลำดับความสำคัญของภาระหน้าที่ ดังนั้น อาณัติจึงเป็นการกำหนดกรอบทั่วไปๆ ไม่ได้ระบุรายละเอียดอย่างชัดเจน โดยส่วนใหญ่จะปล่อยให้ในทางปฏิบัติแล้วจะเป็นไปตามความเป็นจริงในประจำวันของปฏิบัติการ นอกจากนี้ องค์การสหประชาชาติยังกล่าวอีกว่า ความสัมพันธ์ระหว่างกองกำลัง UNMIK และกองกำลัง KFOR นั้นไม่มีรูปแบบอย่างเป็นทางการ หรือมีความสัมพันธ์ที่เป็นลำดับชั้น แต่กองกำลังทั้งสองต้องส่งเสริมสนับสนุนกันเพื่อกระทำการให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่มาร่วมกัน<sup>215</sup> เพราะฉะนั้น ในส่วนของการปลดชนวนระเบิด องค์การสหประชาชาติอ้างว่า ตามข้อมติที่ 1244 ข้อ 9(e) ได้กำหนดหน้าที่ในการปลดชนวนระเบิดเป็นของกองกำลัง KFOR แต่ทั้งนี้ให้กองกำลัง KFOR และกองกำลัง UNMIK ขเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะมีการถ่ายอำนาจระหว่างกันอย่างไร ต่อมาเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ.1999 ที่กองกำลัง UNMIK มีการตั้ง UNMACC ขึ้นเพื่อเป็นองค์กรที่ประสานความร่วมมือกับกองกำลัง KFOR ดังนั้น ภาระหน้าที่ในการปลดชนวนระเบิดทางความเป็นจริงจึงถูกสันนิษฐานว่าเป็นของ UNMACC ซึ่งทั้งนี้ก็ได้ทำให้กองกำลัง KFOR ต้องหลุดพ้นไปจากภาระหน้าที่ที่จะต้องสนับสนุนดังกล่าว<sup>216</sup> เพราะฉะนั้น จากข้อเท็จจริงในคดีนี้ที่กองกำลัง KFOR รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับระเบิดแต่ไม่ได้แจ้งให้ UNMACC รับทราบการกระทำที่ผิดจึงไม่ใช่ของกองกำลัง UNMIK<sup>217</sup>

สรุปจากคำให้การของจำเลย อาจกล่าวได้ว่า จำเลยได้ให้การปฏิเสธโดยอ้างเหตุผลว่ากองกำลังของรัฐได้ปฏิบัติหน้าที่ไปในนามขององค์การสหประชาชาติแล้ว แม้องค์การสหประชาชาติจะได้อำนาจทางยุทธการให้ NATO ก็ตาม อันเป็นการแสดงให้เห็นว่า จำเลยมิได้พิจารณาถึงอำนาจควบคุมเหนือกองกำลังตามความเป็นจริง แต่จำเลยพิจารณาว่าองค์การสหประชาชาติเป็นผู้อนุญาตให้กองกำลัง KFOR โดยฝรั่งเศสเป็นผู้ส่งกองกำลังไปปฏิบัติหน้าที่เท่านั้น

### 3.3.2.1.3 คำตัดสินของศาล

ในคดี Behrami ศาลพิจารณาถึงอำนาจหน้าที่ของกองกำลังทั้งสองจากข้อมติที่ 1244 โดยในข้อ 9(e) ได้กำหนดว่า ให้กองกำลัง KFOR มีความรับผิดชอบในปฏิบัติการปลดชนวนระเบิดจนกว่ากองกำลัง UNMIK จะเข้ามาปฏิบัติหน้าที่แทน ซึ่งเมื่อศาลพิจารณาแล้วก็เห็นว่า

<sup>214</sup> Ibid, para.107.

<sup>215</sup> Ibid, para.118.

<sup>216</sup> Ibid, para.119.

<sup>217</sup> Ibid, para.120.

ภาระหน้าที่ในการปลดชนวนระเบิดนี้อยู่ในความดูแลของกองกำลัง UNMIK แผนกที่ 1 ที่เกี่ยวกับกิจกรรมด้านมนุษยธรรม ดังนั้น ในระหว่างที่กองกำลัง UNMIK จัดตั้ง UNMACC นั้น กองกำลัง KFOR ก็เป็นศูนย์ที่ประสานความร่วมมือในความเป็นจริงดังนั้นเมื่อ UNMACC เริ่มปฏิบัติการแล้ว อาณัติในการปลดชนวนระเบิดตามความเป็นจริง (*De Facto*) และทางกฎหมาย (*De Jure*) ในการปลดชนวนระเบิดจึงเป็นของ UNMACC ซึ่งในคดีนี้กองกำลัง UNMIK ได้ตั้ง UNMACC แล้วก่อนที่จะเกิดเหตุการณ์ระเบิดที่เป็นมูลคดี Behrami ขึ้น แต่กองกำลัง KFOR ก็ยังคงต้องให้ความช่วยเหลือ UNMACC (ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของกองกำลัง UNMIK) <sup>218</sup> ดังนั้น ศาลจึงวินิจฉัยว่า แม้อำนาจ KFOR จะไม่ได้ช่วยเหลือให้ข้อมูลแก่กองกำลัง UNMIK อย่างเพียงพอ แต่ก็ไม่ได้เปลี่ยนแปลงอำนาจหน้าที่ตามอาณัติของกองกำลัง UNMIK ไปได้ <sup>219</sup> กองกำลัง UNMIK จึงยังคงมีอาณัติในการปลดชนวนระเบิดเป็นหลักอยู่นั่นเอง

เมื่อศาลพิจารณาว่า อาณัติในเรื่องปลดชนวนระเบิดเป็นของกองกำลัง UNMIK แล้ว <sup>220</sup> จึงพิจารณาในประเด็นต่อไปว่า การกระทำของกองกำลัง UNMIK นั้นจะถือเป็นการกระทำขององค์การสหประชาชาติได้หรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ศาลได้วินิจฉัยโดยให้เหตุผลว่า ข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 ได้อ้างหมวดที่ 7 ในกฎบัตรสหประชาชาติอย่างชัดเจน ในการจัดตั้งกองกำลัง UNMIK และกองกำลัง KFOR ขึ้นมาโดยคณะมนตรีความมั่นคงได้มอบอำนาจ (*delegating*) ทางปกครองแก่กองกำลัง UNMIK ในฐานะที่เป็นองค์กรย่อยขององค์การสหประชาชาติ อย่างไรก็ตาม ก็มีได้ระบุว่าเป็นการใช้อำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงตามกฎบัตรสหประชาชาติข้อใดอย่างชัดเจน <sup>221</sup> ดังนั้น จากเหตุผลดังกล่าว ไม่ว่ากองกำลัง UNMIK จะมีสภาพบุคคลแยกออกจากองค์การสหประชาชาติหรือไม่ <sup>222</sup> การไม่ปลดชนวนระเบิดอันเป็นการงดเว้นซึ่งเป็นความผิด โดยหลักการแล้วก็สามารถถือได้ว่าเป็นขององค์การสหประชาชาติ <sup>223</sup>

จากคำตัดสินของศาลในคดี Behrami จึงอาจกล่าวได้ว่า ศาลได้พิจารณาคดีโดยคำนึงถึงอาณัติในการปลดชนวนระเบิดตามข้อมติที่ 1244 ข้อ 9 (e) ซึ่งเป็นอำนาจตามกฎหมายเป็นหลักสำคัญ โดยให้เหตุผลว่า แม้ว่าจะระหว่างที่มีการตั้ง UNMACC นั้นกองกำลัง KFOR จะมีอาณัติในการปลดชนวนระเบิดเช่นกัน แต่ภายหลังที่มีการตั้ง UNMACC แล้ว อาณัติในการปลดชนวนระเบิดจะเป็นของกองกำลัง UNMIK เท่านั้น ดังนั้น การกระทำความผิดอันเป็นมูลเหตุคดีได้เกิดภายหลังที่ตั้ง UNMACC แล้ว การงดเว้นการกระทำความผิด จึงเป็นของกองกำลัง UNMIK โดยที่ศาลไม่ได้พิจารณาเลยว่า กองกำลัง UNMIK จะต้องอาศัยข้อมูลในการปฏิบัติหน้าที่ปลดชนวนระเบิดจากกองกำลัง KFOR หรือไม่ นอกจากศาลจะพิจารณาถึงอาณัติในการปลดชนวนระเบิดว่าเป็นของกอง

<sup>218</sup> Ibid, para.125.

<sup>219</sup> Ibid, para.126.

<sup>220</sup> Ibid, para.127.

<sup>221</sup> Ibid, para.130.

<sup>222</sup> Ibid, para.142.

<sup>223</sup> Ibid, para.143.

กำลัง UNMIK แล้ว ศาลยังพิจารณาโดยคำนึงถึงสถานะของกองกำลังอีกด้วยว่าเมื่อกองกำลัง UNMIK เป็นองค์กรย่อยขององค์การสหประชาชาติ การกระทำความผิดของกองกำลัง UNMIK จึงเป็นขององค์การสหประชาชาติ

### 3.3.2.2 กรณีคดี Saramati

#### 3.3.2.2.1 คำฟ้องของโจทก์

โจทก์อ้างว่า อำนาจในการตัดสินใจครั้งสุดท้ายที่จะส่งจับกุมโจทก์นั้นเป็นของ COMKFOR โดยที่ไม่ต้องอาศัยอำนาจของ NATO ซึ่งเป็นอำนาจระดับขั้นที่สูงขึ้นไปหรืออำนาจของรัฐจึงไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามข้อมติของ NATO ดังนั้นการออกคำสั่งให้จับกุม จึงอยู่ภายใต้อำนาจของ COMKFOR เป็นรายคนไป<sup>224</sup> เมื่อ COMKFOR ที่ส่งจับกุมโจทก์ในครั้งแรกมีสัญชาตินอร์เวย์ และ COMKFOR คนต่อมา มีสัญชาติฝรั่งเศส ทำให้นอร์เวย์และฝรั่งเศสต้องมีความรับผิดชอบ

#### 3.3.2.2.2 คำให้การของจำเลย

นอร์เวย์อ้างว่า ในคดีนี้ นาย Saramati ผู้เป็นโจทก์ไม่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจเหนือตัวบุคคลของรัฐจำเลย (*Ratione Personae*)<sup>225</sup> เพราะโครงสร้างการบังคับบัญชาของกำลัง KFOR นั้นอยู่ภายใต้ ‘unified command and control’ ซึ่งแต่ละรัฐที่ส่งกองกำลังจะถ่ายอำนาจเหนือกองกำลังของตนให้กับสายการบังคับบัญชาของ NATO โดยที่คณะกรรมการความมั่นคงมีอำนาจสูงสุด และในระดับยุทธการนั้น ไม่ปรากฏว่า มีความเชื่อมโยงด้านบังคับบัญชาระหว่างนอร์เวย์กับ COMKFOR ที่นอร์เวย์จะมาสั่งหรือหลีกเลี่ยงคำสั่งของ NATO<sup>226</sup> และกองกำลัง KFOR เป็นกองกำลังทางทหารที่อยู่ภายใต้อำนาจของคณะกรรมการความมั่นคงซึ่งกำหนดอาณัติและดูแลผ่านรายงานของเลขาธิการสหประชาชาติ<sup>227</sup>

จะเห็นได้ว่า นอร์เวย์ได้ใช้หลักเกณฑ์ในการปฏิเสธว่านอร์เวย์ไม่มีอำนาจควบคุมเหนือการกระทำของกองกำลัง แต่การกระทำของกองกำลัง KFOR นั้นอยู่ภายใต้อำนาจทางยุทธการของ NATO และปฏิบัติหน้าที่ตามอาณัติและอำนาจบังคับบัญชาขององค์การสหประชาชาติ ดังนั้น นอร์เวย์จึงไม่มีความรับผิดชอบ

#### 3.3.2.2.3 คำตัดสินของศาล

ศาลพิจารณาจากข้อมติที่ 1244 ว่า ข้อมตินั้นได้อนุญาต (authorised) ให้รัฐสมาชิกและองค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องมาจัดตั้งปฏิบัติการด้านความมั่นคงในโคโซโว โดยคณะกรรมการความมั่นคงเป็นผู้มอบอำนาจ (delegating) บังคับบัญชาทางยุทธการ<sup>228</sup> ให้แก่กองกำลัง

<sup>224</sup> Ibid, para.78.

<sup>225</sup> Ibid, para.85.

<sup>226</sup> Ibid, para.87.

<sup>227</sup> Ibid, para.88.

<sup>228</sup> Ibid, para.129.

KFOR แต่ประเด็นปัญหาที่ถือเป็นหัวใจหลักของคดีนี้ ก็คือ คณะมนตรีความมั่นคงยังคงมีอำนาจและการควบคุมสูงสุด (Ultimate Authority and Control) อยู่หรือไม่ (เพียงแต่อำนาจทางยุทธการได้ถูกมอบหมายไปแล้วเท่านั้น) ซึ่งรูปแบบการมอบอำนาจ (Delegation Model) ได้เกิดขึ้นก็เพื่อเป็นการทดแทนการที่ไม่เคยมีความตกลงตามข้อ 43 แห่งกฎบัตรฯ ได้เลย<sup>229</sup> ศาลจึงได้วินิจฉัยในประเด็นนี้ว่า คณะมนตรีความมั่นคงยังคงมีอำนาจและการควบคุมสูงสุด (Ultimate Authority and Control) ทำให้สามารถมอบอำนาจ (delegating) ได้<sup>230</sup> โดยรูปแบบของการมอบอำนาจตามหมวดที่ 7 นี้ คณะมนตรีความมั่นคงไม่จำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจควบคุมทางยุทธการโดยตรง<sup>231</sup>

ทั้งนี้ ศาลพิจารณาว่า การที่รัฐส่งกองกำลังเข้าร่วมปฏิบัติการซึ่งเป็นไปตามความสมัครใจของรัฐนั้น ทำให้รัฐยังคงมีอำนาจบางประการเหนือกองกำลังที่จริงอยู่ แต่ปัญหาที่สำคัญก็คือว่า การเข้ามามีอำนาจบางประการของรัฐที่ส่งกองกำลังนี้ ถือเป็นอำนาจบังคับบัญชาที่มีประสิทธิภาพ (Effective) หรือไม่<sup>232</sup> ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า ศาลไม่เห็นด้วยกับเหตุผลที่ว่า การที่รัฐเข้ามาเกี่ยวข้องกับปฏิบัติการไม่ว่าจะเป็นทั้งด้านการกระทำและโครงสร้างจะถือได้ว่าเป็นอำนาจบังคับบัญชาอย่างมีประสิทธิภาพแล้ว ทั้งนี้เพราะ ศาลไม่พบหลักฐานว่า ในทางปฏิบัติที่รัฐที่ส่งกองกำลังจะมีการออกคำสั่งหรือเข้ามาแทรกแซงในเรื่องการจับกุม<sup>233</sup>

ศาลให้เหตุผลว่า การที่รัฐที่ส่งกองกำลังจัดหายุทโธปกรณ์แก่กองกำลังของตนนั้นไม่ได้ส่งผลกระทบต่ออำนาจการควบคุมทางยุทธการของ NATO และผู้บัญชาการของรัฐ (National Commander) ก็อยู่ภายใต้ COMKFOR ส่วนการเรียกร้องให้ชดใช้ค่าเสียหายของปัจเจกบุคคลนั้นจะแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับว่ารัฐใดเป็นผู้ทำให้เกิดมูลเหตุให้แห่งการเรียกร้องนั้น (โดยผู้บัญชาการของรัฐจะเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะสละความคุ้มกันหรือไม่ ทั้งนี้เนื่องจากรัฐที่ส่งกองกำลังยังคงมีเขตอำนาจในเรื่องทางวินัยและอาญาอยู่ และบางรัฐก็ยังคงยอมรับเขตอำนาจทางแพ่งด้วย) ศาลเห็นว่า สิ่งต่างๆ เหล่านี้ ไม่ได้เป็นการลดหย่อนประสิทธิภาพหรือเอกภาพของการบังคับบัญชาของ NATO เลย รวมถึงประเด็นเรื่องการที่ไม่มีความตกลงว่าด้วยสถานะของกองกำลังระหว่างองค์การสหประชาชาติกับสาธารณรัฐยูโกสลาเวียก็ไม่ส่งผลกระทบต่ออำนาจบังคับบัญชาการของ NATO อีกด้วย<sup>234</sup>

ดังนั้น ศาลจึงวินิจฉัยว่า COMKFOR เป็นผู้รับผิดชอบในเรื่องการออกคำสั่งจับกุม ซึ่งได้กระทำในนามของเจ้าหน้าที่กองกำลัง KFOR โดยขึ้นตรงต่อ NATO<sup>235</sup> และแม้องค์การสหประชาชาติจะยอมรับว่ามีขั้นตอนในการที่จะต้องร่วมมือกัน ระหว่างคณะมนตรีความมั่นคง รัฐที่ส่งกองกำลังกับ NATO ศาลก็ยังเห็นว่าเป็นอำนาจและการควบคุมสูงสุด

<sup>229</sup> Ibid, para.133.

<sup>230</sup> Ibid, para.134.

<sup>231</sup> Ibid, para.136.

<sup>232</sup> Ibid, para.138.

<sup>233</sup> Ibid, para.139.

<sup>234</sup> Ibid, para.139.

<sup>235</sup> Ibid, para.139.

(Ultimate Authority and Control) และอำนาจบังคับบัญชาอย่างมีประสิทธิภาพ (Effective Command) ในเรื่องทางยุทธการนั้นอยู่กับ NATO<sup>236</sup> ด้วยเหตุผลต่างๆเหล่านี้ ศาลจึงสรุปว่า การกระทำความผิดของกองกำลัง KFOR ซึ่งเป็นตัวแทนของคณะมนตรีความมั่นคงที่มีอำนาจตามความหมวดที่ 7 แห่งกฎบัตรฯ ต้องถือว่าการกระทำนั้นเป็นขององค์การสหประชาชาติ<sup>237</sup>

จะเห็นได้ว่า ศาลใช้หลักเกณฑ์ “การมีอำนาจและการควบคุมสูงสุด” (Ultimate Authority and Control) เป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญที่สุดในการวินิจฉัยให้การกระทำ ความผิดของกองกำลัง KFOR เป็นขององค์การสหประชาชาติ แม้ศาลเองจะยอมรับว่า NATO มีอำนาจบังคับบัญชาทางยุทธการก็ตาม

### 3.3.3 ประเด็นรัฐจำเลยมีความรับผิดชอบแม้เป็นปฏิบัติหน้าที่ในนามขององค์การสหประชาชาติ

#### 3.3.3.1 คำฟ้องของโจทก์

โจทก์อ้างว่า แม้ศาลจะพิจารณาว่ารัฐจำเลยได้ปฏิบัติหน้าที่โดยกระทำไปในตาม อาณัติขององค์การสหประชาชาติหรือ NATO ก็ไม่เป็นการทำให้ยกเว้นความรับผิดชอบตามอนุสัญญาที่ตน ผูกพันได้ ซึ่งมีเหตุผลอยู่ สองประการ ได้แก่

ประการแรก จากกฎบัตรสหประชาชาติ ข้อ 103 จะนำมาปรับใช้เพื่อเป็นการยกเว้น ความรับผิดชอบตามอนุสัญญาของรัฐ ก็ต่อเมื่อข้อมติที่ 1244 นั้นกำหนดให้รัฐกระทำการในลักษณะที่ ละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญาฯ ซึ่งในคดีนี้ไม่มีความขัดแย้งระหว่างข้อมติและอนุสัญญาฯ

ประการที่สอง ในอนุสัญญากำหนดให้รัฐสามารถถ่ายอำนาจอธิปไตยแก่องค์การ ระหว่างประเทศได้ ถ้าหากเป็นการจำเป็นที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามพันธกรณีตามกฎหมาย ระหว่างประเทศเพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ร่วมกัน (pursue common goals) และองค์การ ระหว่างประเทศนั้นต้องกำหนดที่จะให้ความคุ้มครองทั้งทางสารบัญญัติและวิธีบัญญัติเทียบเท่า (Equivalent) กับที่อนุสัญญากำหนด แต่ในกรณีนี้ ทั้ง NATO และกองกำลัง KFOR ไม่ได้ให้ความ คุ้มครองดังกล่าว<sup>238</sup>

#### 3.3.3.2 คำให้การของจำเลย

ทั้งฝรั่งเศสและนอร์เวย์ซึ่งเป็นจำเลยร่วมกัน ได้ให้การว่า องค์การสหประชาชาติเป็น ผู้มีอำนาจควบคุมเหนือกองกำลัง UNMIK และกองกำลัง KFOR และไม่ว่ากองกำลัง KFOR จะถูก จัดตั้งให้อยู่ภายใต้องค์การสหประชาชาติโดยตรง หรือจะเป็นกรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงก็ได้

<sup>236</sup> Ibid, para.140.

<sup>237</sup> Ibid, para.141.

<sup>238</sup> Ibid, para.80.

อนุญาต (authorized) ให้องค์การระหว่างประเทศหรือรัฐทำหน้าที่รักษาความมั่นคงก็ตามกองกำลังเหล่านี้ก็ต้องการความเป็นบูรณภาพ (Integrity) ความมีประสิทธิภาพ และการมีอำนาจที่เป็กลาง<sup>239</sup>

จำเลยให้การต่อไปว่า การที่กองกำลัง KFOR ได้ปฏิบัติหน้าที่ภายใต้ความอุปถัมภ์ขององค์การสหประชาชาติ (UN auspices) และได้กระทำในนามของของโครงสร้างระหว่างประเทศ (International Structure) ที่ตั้งโดยคณะมนตรีความมั่นคง จึงไม่ได้กระทำในนามของรัฐที่ส่งกองกำลัง ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็สถานะของ ”รัฐผู้นำ” (Lead Nation) และอำนาจการควบคุมเหนือพื้นที่ต่างๆในโคโซโว หรือสัญชาติของผู้บัญชาการ COMKFOR ที่เป็นสัญชาตินอร์เวย์และฝรั่งเศส ก็ไม่ทำให้รัฐไม่ต้องปฏิบัติตามอาณัติระหว่างประเทศ<sup>240</sup> ซึ่งในส่วนของอาณัติการปลดชนวนระเบิด ข้อมติที่ 1244 ได้กำหนดให้อำนาจแกกองกำลัง KFOR ที่จะใช้วิถีทางเท่าที่จำเป็นในการรักษาบรรยากาศของความมั่นคง โดยดูแลเรื่องการปลดชนวนระเบิดจนกว่าที่กองกำลัง UNMIK จะมารับหน้าที่ และในส่วนของอาณัติการจับกุม ข้อมติที่กำหนดให้อำนาจกองกำลัง KFOR ที่จะประเมินสถานการณ์ความมั่นคงที่จะทำการจับกุมบุคคล โดยต้องเป็นการจับกุมตามคำสั่งที่มาจาก ‘unified command’<sup>241</sup>

อาจกล่าวได้ว่า การกระทำความผิดต่อโจทก์ในคดีทั้งสองนี้ไม่มีความเชื่อมโยงกับรัฐและโจทก์สับสนในสภาพบุคคลตามกฎหมายของโครงสร้างระหว่างประเทศ (International structure) เช่น NATO, องค์การสหประชาชาติ และรัฐสมาชิก เพราะแม้ว่ากองกำลัง KFOR จะไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก็ยังอยู่ภายใต้การควบคุมของสหประชาชาติ ดังนั้นไม่ว่ารัฐจะยังคงมีอำนาจเหนือกองกำลัง เช่น เรื่องการลงโทษทางวินัย หรือเรื่องให้อำนาจควบคุมทางยุทธการเป็นของ NATO อย่างไรก็ตาม กองกำลัง KFOR ก็ยังอยู่ภายใต้การควบคุมขององค์การสหประชาชาติอยู่นั่นเอง<sup>242</sup>

### 3.3.3.3 คำตัดสินของศาล

เมื่อศาลพิจารณาแล้วว่าใน คดี Behrami การกระทำความผิดเป็นของกองกำลัง UNMIK และ คดี Saramati การกระทำความผิดเป็นของกองกำลัง KFOR ซึ่งการกระทำของกองกำลังทั้งสองสามารถถือได้ว่าเป็นการกระทำขององค์การสหประชาชาติ เพราะฉะนั้น ประเด็นปัญหาสำคัญในคดีนี้ที่ศาลจะต้องพิจารณาก็คือ ศาลจะมีความสามารถที่จะพิจารณาคดี ในกรณีการกระทำของรัฐที่กระทำในนามขององค์การสหประชาชาติ ตามหลักเกณฑ์อำนาจเหนือตัวบุคคล (*Ratione Personae*) หรือไม่<sup>243</sup>

<sup>239</sup> Ibid, para.91.

<sup>240</sup> Ibid, para.91.

<sup>241</sup> Ibid, para.92.

<sup>242</sup> Ibid, para.95.

<sup>243</sup> Ibid, para.146.

ศาลพิจารณาว่า 9 ใน 12 ประเทศที่เป็นประเทศผู้ลงนามในอนุสัญญาฯ ในช่วงระยะเริ่มแรกปีค.ศ.1950 นั้น รัฐเหล่านี้เป็นรัฐสมาชิกขององค์การสหประชาชาติมาก่อนแล้วตั้งแต่ปี ค.ศ.1945 (รวมถึงรัฐจำเลยคือฝรั่งเศสและนอร์เวย์ด้วย) และปัจจุบันก็ยังคงเป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติอยู่ โดยหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักของอนุสัญญาฯ ก็คือความต้องการที่จะร่วมกันบังคับ (Collective Enforcement) ตามสิทธิที่ปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ดังนั้นเมื่อศาลคำนึงถึงหลักการตีความอนุสัญญาฯ แล้ว ก็ต้องตีความให้เป็นไปในทางที่ให้กฎเกณฑ์หรือทฤษฎีต่างๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศสามารถปรับใช้บังคับได้ในระหว่างรัฐสมาชิกด้วยกัน<sup>244</sup>

ศาลให้เหตุผลว่า เมื่อพิจารณาจากกฎบัตรสหประชาชาติข้อที่ 1, 2, 24 และหมวดที่ 7 แล้ว จะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์หลักขององค์การสหประชาชาติก็คือการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ รวมถึงการเคารพสิทธิมนุษยชนก็ถือเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว คณะมนตรีความมั่นคงที่ทำหน้าที่หลักในเรื่องดังกล่าวจึงสามารถที่จะออกมาตรการบังคับ (Coercive Measures) ต่างๆ ได้ ซึ่งการใช้วิธีดังนั้นมีพัฒนาการมาจากหลักการที่ตรงกันข้ามกับหลักการห้ามใช้กำลัง ซึ่งก็คือ การใช้กำลังข้างเดียว (Unilateral Use of Force) ซึ่งถือได้ว่าปัจจุบันเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>245</sup>

สำหรับในคดีนี้ ศาลได้อธิบายว่า จากหมวดที่ 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ได้อนุญาตให้คณะมนตรีความมั่นคงใช้มาตรการบังคับในการตอบโต้กรณีพิพาทที่ถูกพิจารณาแล้วว่าคุกคามต่อสันติภาพ โดยได้ออกข้อมติที่ 1244 ที่ตั้งกองกำลัง UNMIK และกองกำลัง KFOR ขึ้น ศาลจึงวินิจฉัยว่า ศาลไม่สามารถที่จะตีความอนุสัญญาฯ ไปในทางที่ให้การกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของรัฐที่ได้ทำไปตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงและเป็นไปในทางที่กระทำไปเนื่องจากการปฏิบัติการ ให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลได้ เพราะหากศาลตีความเช่นนั้นแล้ว ก็จะเป็นการแทรกแซงการปฏิบัติการขององค์การสหประชาชาติ นอกจากนี้ศาลยังอธิบายอีกว่า การไม่มีอำนาจที่จะพิจารณานี้ยังรวมถึงกรณี สิทธิการออกเสียงของสมาชิกถาวรในคณะมนตรีความมั่นคงที่จะทำการออกข้อมติตามความหมวดที่ 7<sup>246</sup> ดังนั้น ในคดีนี้ การกระทำความผิดของกองกำลังทั้ง KFOR และกองกำลัง UNMIK จึงไม่สามารถถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐจำเลย แต่เป็นการกระทำขององค์การสหประชาชาติโดยตรง<sup>247</sup> ซึ่งองค์การสหประชาชาตินั้นไม่ได้ภาคีของอนุสัญญาฯ ศาลจึงวินิจฉัยว่าคำฟ้องของโจทก์ไม่สอดคล้องกับหลักเขตอำนาจเหนือตัวบุคคลตามอนุสัญญาฯ (*Ratione Personae*)<sup>248</sup> ทำให้ศาลไม่จำเป็นที่จะต้องวินิจฉัยในประเด็นเขตอำนาจเหนือพื้นที่ (*Ratione Loci*)

<sup>244</sup> Ibid, para.147.

<sup>245</sup> Ibid, para.148.

<sup>246</sup> Ibid, para.149.

<sup>247</sup> Ibid, para.151.

<sup>248</sup> Ibid, para.152.



นอกอาณาเขตของรัฐจำเลยอีก ศาลจึงตัดสินโดยเสียงข้างมากกว่า ไม่สามารถรับคำฟ้อง (Inadmissibility) ในคดี Behrami และคดี Saramati นี้ได้<sup>249</sup>

กล่าวโดยสรุปได้ว่า จากการศึกษาคำตัดสินของศาลในคดี Behrami ที่ศาลได้วินิจฉัยว่า กองกำลัง UNMIK มีอำนาจในการปลดชนวนระเบิด แต่ได้ตั้งเงื่อนไขการกระทำดังกล่าวทำให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตและร่างกายของบุตรนาย Behrami ดังนั้น ในฐานะที่กองกำลัง UNMIK เป็นองค์กรย่อยขององค์การสหประชาชาติ การกระทำความผิดของกองกำลัง UNMIK จึงตกเป็นขององค์การสหประชาชาติ และในส่วนของคดี Saramati ที่ศาลได้วินิจฉัยว่า แม้กองกำลัง KFOR มีหน้าที่รักษาความมั่นคงในโคโซโว แต่ได้ใช้อำนาจจับกุมนาย Saramati โดยมีขอบ และกองกำลัง KFOR ก็ไม่ถือว่าเป็นองค์กรย่อยขององค์การสหประชาชาติ แต่เป็นเพียงปฏิบัติการที่ได้รับการอนุญาต (authorization) จากคณะมนตรีความมั่นคง แม้องค์การสหประชาชาติจะได้มอบอำนาจทางยุทธการให้แก่ NATO ก็ตาม ในคดี Saramati ศาลได้ใช้หลักเกณฑ์ “การมีอำนาจและการควบคุมสูงสุด” (Ultimate Authority and Control) มาวินิจฉัยคดี ทำให้การกระทำความผิดของกองกำลัง KFOR ตกเป็นขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้นี้มีหลักการที่แตกต่างจากหลักเกณฑ์ “การมีอำนาจควบคุมอย่างแท้จริง” (Effective Control) ที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้วางไว้ในร่างข้อบ่งชี้ด้วยควมรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศอย่างชัดเจนตามที่ได้อธิบายมาแล้ว ในบทข้างต้น ทั้งๆที่ศาลก็ได้รับรู้ถึงหลักเกณฑ์ในร่างข้อบ่งชี้ดังกล่าว โดยได้กล่าวถึงไว้ในคำตัดสินด้วย ยิ่งไปกว่านั้นเมื่อศาลวินิจฉัยคดีว่า การกระทำความผิดเป็นขององค์การสหประชาชาติ แต่ศาลไม่มีเขตอำนาจเหนือตัวบุคคล (*Ratione Personae*) ในการพิจารณาคดีเหนือองค์การสหประชาชาติ และมีคำสั่งไม่รับฟ้องคดี ทำให้สิทธิของโจทก์ซึ่งเป็นปัจเจกชนผู้เสียหายไม่ได้รับการเยียวยา ส่งผลให้คำตัดสินของศาลได้รับกระแสวิจารณ์เป็นอย่างมากทั้งในประเด็นทางด้านหลักกฎหมายระหว่างประเทศและในประเด็นในแง่การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนว่าไม่สามารถคุ้มครองผู้เสียหายได้อย่างเพียงพอ


จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>249</sup> Ibid, para.153.

**สรุป ประเด็นทางกฎหมายที่ปรากฏในคดี Behrami และคดี Saramati**

1) ประเด็นเรื่องเขตอำนาจของรัฐจำเลยตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน		
คำฟ้องของโจทก์	คำให้การของจำเลย	คำตัดสินของศาล
คำฟ้องของโจทก์นั้นเข้าหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติของอนุสัญญาฯ ข้อ 1 แล้ว ทั้งในแง่เขตอำนาจศาลเหนือสถานที่มูลคดีเกิด, เขตอำนาจศาลเหนือตัวบุคคลและเขตอำนาจศาลเหนือเนื้อหาของคดี	คำฟ้องของโจทก์ไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่ศาลจะพิจารณาคดีได้ โดยจำเลยอ้างว่า เมื่อพิจารณาในแง่เขตอำนาจเหนือพื้นที่แล้ว โจทก์ไม่ได้อยู่ในอาณาเขตของรัฐจำเลย และองค์การสหประชาชาติก็มี 'Effective Overall Control' เหนือโคโซโว ดังนั้น การกระทำของกองกำลังของรัฐจำเลยที่กระทำความผิดนอกอาณาเขตของรัฐ จึงไม่อยู่ในเขตอำนาจของรัฐจำเลย	ปัญหานี้ไม่ใช่แค่ศาลจะต้องพิจารณาถึงเขตอำนาจของรัฐจำเลยเหนือโคโซโวเท่านั้น แต่ศาลจะต้องพิจารณาว่าตนเองมีความสามารถภายใต้อนุสัญญาฯ ที่จะวินิจฉัยการกระทำของรัฐที่เข้าร่วมกองกำลังได้หรือไม่ ดังนั้นประเด็นที่ศาลจะวินิจฉัยต่อไป ก็คือศาลมีเขตอำนาจเหนือตัวบุคคล ในการวินิจฉัยคดีของโจทก์ตามอนุสัญญาฯ หรือไม่

2) ประเด็นเรื่องการวินิจฉัยความรับผิดชอบในการกระทำความผิดของกองกำลังว่าถือว่าเป็นขององค์การที่เกี่ยวข้องใด กรณีคดี Behrami		
คำฟ้องของโจทก์	คำให้การของจำเลย	คำตัดสินของศาล
- กองกำลัง KFOR ต้องเป็นองค์กรที่ต้องรับผิดชอบ เนื่องจากข้อ 1244 ได้กำหนดให้มีหน้าที่รับผิดชอบในเรื่องการปลดชนวนระเบิดด้วยเมื่อกองกำลัง KFOR มีหน้าที่ในการถอดชนวนระเบิด และกองกำลัง KFOR ก็รู้ว่ามิระเบิดอยู่แต่ยังไม่ได้แจ้ง UNMACC ซึ่งเป็นองค์การย่อยของกองกำลัง UNMIK ให้พยายามแยกประชาชนออกจากพื้นที่ที่มีระเบิด	การกระทำของกองกำลังฝรั่งเศสทุกครั้งมาจากแผนทางยุทธการ (Operational Plan) ของ NATO ที่มีอำนาจควบคุมทางยุทธการเหนือกองกำลัง KFOR และกองกำลัง KFOR ก็เป็นปฏิบัติการเพื่อสันติภาพตามที่คณะมนตรีความมั่นคงเป็นผู้อนุญาต ดังนั้น จึงไม่ควรถือเป็นการงดเว้นซึ่งเป็นการละเมิดของฝรั่งเศส แต่ควรถือเป็นขององค์การสหประชาชาติ	- ศาลพิจารณาลงอำนาจหน้าที่จากข้อ 1244 โดยในข้อ 9(e) ที่ได้กำหนดว่า ให้กองกำลัง KFOR มีความรับผิดชอบในปฏิบัติการปลดชนวนระเบิดจนกว่ากองกำลัง UNMIK จะเข้ามาปฏิบัติหน้าที่แทน ดังนั้น ในระหว่างที่กองกำลัง UNMIK จัดตั้ง UNMACC นั้น กองกำลัง KFOR ก็เป็นศูนย์ที่ประสานความร่วมมือในความเป็นจริง แต่เมื่อ UNMACC เริ่มปฏิบัติการแล้ว อาณัติในการ

<p>- เมื่อพิจารณาในส่วนของรัฐที่ส่งกองกำลังแล้ว กองกำลัง KFOR ขึ้นตรงต่อผู้บังคับบัญชาของรัฐตนเองและอยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐตนเองด้วย เช่น กฎการใช้กำลังก็เป็นของรัฐตนเอง, กองกำลังอยู่ในกฎระเบียบของรัฐตน, การสนับสนุนทางการเงินของกองกำลังก็มาจากรัฐ รัฐจึงยังคงมีเขตอำนาจทั้งทางแพ่งและทางอาญาเหนือกองกำลังของตนในการกระทำที่เกิดขึ้นในโคโซโว เป็นต้นดังนั้น การรณรงค์จึงเป็นความผิดจึงควรเป็นของฝรั่งเศส จำเลย</p>		<p>ปลดชนวนระเบิดจึงเป็นของกองกำลัง UNMIK (ผ่าน UNMACC)</p> <p>- ศาลจึงวินิจฉัยว่า แม้กองกำลัง KFOR จะไม่ได้ช่วยเหลือให้ข้อมูลแก่กองกำลัง UNMIK อย่างเพียงพอ แต่ก็ไม่ได้เปลี่ยนแปลงอำนาจหน้าที่ตามอาณัติของกองกำลัง UNMIK ไปได้ กองกำลัง UNMIK จึงยังคงมีอาณัติในการปลดชนวนระเบิดเป็นหลักอยู่นั่นเอง</p> <p>- และในฐานะที่กองกำลัง UNMIK เป็นขององค์กรย่อยขององค์การสหประชาชาติ จึงถือว่าเป็นการกระทำขององค์การสหประชาชาติ</p>
--	---	---

<p>3) ประเด็นเรื่องการวินิจฉัยความรับผิดชอบในการกระทำผิดของกองกำลังว่า ถือว่าเป็นขององค์การสหประชาชาติที่เกี่ยวข้องใดกรณีคดี Saramati</p>		
คำฟ้องของโจทก์	คำให้การของจำเลย	คำตัดสินของศาล
<p>อำนาจในการตัดสินใจที่จะสั่งจับกุมโจทก์นั้นเป็นของ COMKFOR แต่ละคนโดยที่ไม่ต้องอาศัยอำนาจของ NATO ซึ่งเป็นอำนาจระดับขั้นที่สูงขึ้นไปหรืออำนาจของรัฐดังนั้นเมื่อ COMKFOR สั่งจับกุมโจทก์ในครั้งแรกมีสัญชาตินอร์เวย์ และครั้งต่อมามีสัญชาติฝรั่งเศส ทำให้รัฐจำเลยต้องมีความรับผิดชอบ</p>	<p>ในระดับยุทธการนั้น ไม่ปรากฏว่า มีความเชื่อมโยงด้านบังคับบัญชาระหว่างรัฐจำเลยกับ COMKFOR ที่รัฐจำเลยจะมาสั่งหรือหลีกเลี่ยงคำสั่งของ NATO อีกทั้งเมื่อกองกำลัง KFOR เป็นกองกำลังทางทหารที่อยู่ภายใต้อำนาจของคณะมนตรีความมั่นคง การกระทำผิดจึงควรเป็นขององค์การสหประชาชาติ</p>	<p>- ศาลไม่พบหลักฐานว่า ในทางปฏิบัติที่รัฐที่ส่งกองกำลังจะมีการออกคำสั่งหรือเข้ามาแทรกแซงในเรื่องการจับกุมอีกทั้งการที่รัฐที่ส่งกองกำลังจัดหายุทธโศปกรณ์แก่กองกำลังของตนนั้นก็ไม่ได้ส่งผลกระทบต่ออำนาจการควบคุมทางยุทธการของ NATO และผู้บัญชาการของรัฐก็อยู่ภายใต้ COMKFOR</p> <p>- ศาลจึงวินิจฉัยว่า COMKFOR เป็นผู้รับผิดชอบในเรื่องการออกคำสั่งจับกุม ซึ่งได้กระทำในนามของเจ้าหน้าที่กองกำลัง KFOR</p>

		โดยขึ้นตรงต่อ NATO ซึ่งคณะกรรมการความมั่นคงยังมีอำนาจและการควบคุมสูงสุด (Ultimate Authority and Control) เหนือกองกำลัง KFOR จึงต้องถือว่าการกระทำนั้นเป็นขององค์การสหประชาชาติ
--	--	--

4) ประเด็นรัฐจำเลยมีความรับผิดชอบแม้เป็นปฏิบัติหน้าที่ในนามขององค์การสหประชาชาติ		
คำฟ้องของโจทก์	คำให้การของจำเลย	คำตัดสินของศาล
<p>- แม้ศาลจะพิจารณาว่ารัฐจำเลยได้ปฏิบัติหน้าที่โดยกระทำไปในตามอาณัติขององค์การสหประชาชาติหรือ NATO ก็ไม่เป็นการทำให้ยกเว้นความรับผิดชอบตามอนุสัญญาที่ตนผูกพันได้</p> <p>- ในอนุสัญญากำหนดให้รัฐสามารถถ่ายอำนาจอธิปไตยแก่องค์การระหว่างประเทศได้ ถ้าหากเป็นการจำเป็นที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ร่วมกัน และองค์การระหว่างประเทศนั้นต้องกำหนดที่จะให้ความคุ้มครองทั้งทางสารบัญญัติ และวิธีส บัญญัติเทียบเท่า (Equivalent) กับที่อนุสัญญากำหนด แต่ในกรณีนี้ทั้ง NATO และกองกำลัง KFOR ไม่ได้ให้ความคุ้มครองดังกล่าว</p>	<p>- องค์การสหประชาชาติเป็นผู้มีอำนาจควบคุมเหนือกองกำลัง UNMIK และกองกำลัง KFOR จึงไม่ได้กระทำในนามของรัฐที่ส่งกองกำลัง ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็ นสถานะของ "รัฐผู้นำ" (Lead Nation) และอำนาจการควบคุมเหนือพื้นที่ต่างๆในโคโซโว หรือสัญชาติของผู้บัญชาการ COMKFOR ก็ไม่ทำให้รัฐไม่ต้องปฏิบัติตามอาณัติระหว่างประเทศ</p>	<p>- การกระทำความผิดของกองกำลังทั้ง KFOR และกองกำลัง UNMIK ไม่สามารถถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐจำเลย แต่เป็นการกระทำขององค์การสหประชาชาติโดยตรง ซึ่งองค์การสหประชาชาตินั้นไม่ได้ภาคีของอนุสัญญาฯ</p> <p>- ศาลจึงวินิจฉัยว่าคำฟ้องของโจทก์ไม่สอดคล้องกับหลักเขตอำนาจเหนือตัวบุคคลตามอนุสัญญาฯ</p> <p>- ศาลจึงตัดสินโดยเสียงข้างมากว่า ไม่สามารถรับคำฟ้องได้</p>

## บทที่ 4

### ข้อพิจารณาจากการศึกษาคดีและแนวโน้มในการวินิจฉัยความรับผิดในการกระทำ ของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ

จากการศึกษาในบทที่ 2 เกี่ยวกับหลักกฎหมายที่ใช้ในการวินิจฉัยความรับผิดในการกระทำของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ โดยอาศัยหลักเกณฑ์ “การมีอำนาจควบคุมอย่างแท้จริง” (Effective Control) ในร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดขององค์การระหว่างประเทศของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเป็นหลักในการวินิจฉัย ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้รับการสนับสนุนอย่างกว้างขวางในวงการนักวิชาการกฎหมายระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตาม ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปกลับใช้หลักเกณฑ์ “การมีอำนาจและการควบคุมสูงสุด” (Ultimate Authority and Control) ในการวินิจฉัยที่มีหลักการแตกต่างออกไปจากร่างข้อบ่งชี้ ในคดี Behrami และคดี Saramati ที่ได้กล่าวถึงรายละเอียดของคดีไว้แล้วในบทที่ 3 ดังนั้น ในบทนี้จะกล่าวถึงบทวิเคราะห์ในประเด็นทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากคำตัดสินในคดี และพิจารณาถึงเหตุผลเบื้องหลังว่าเหตุใดศาลจึงได้วินิจฉัยคดีโดยอาศัยหลักเกณฑ์ที่ต่างออกไป สามารถกล่าวได้หรือไม่ว่าศาลได้เลือกที่จะคุ้มครองประสิทธิภาพของปฏิบัติการเพื่อสันติภาพมากกว่าคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของผู้เสียหาย นอกจากนี้ยังวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมของหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยทั้งของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและของศาลว่าหลักเกณฑ์ใดมีความเหมาะสมมากกว่ากัน รวมถึงแนวโน้มของคำพิพากษาในคดีที่เกี่ยวข้องภายหลังจากคดี Behrami และคดี Saramati ว่ามีทิศทางที่ใช้จะหลักเกณฑ์ใด อันแสดงถึงพัฒนาการของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ยังเสนอถึงความเป็นไปได้ที่จะสร้างหลักเกณฑ์การวินิจฉัยที่แตกต่างจากหลักเกณฑ์ทั้งสอง โดยให้ถือว่าการกระทำความผิดของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพเป็นของทั้งองค์การสหประชาชาติและรัฐที่ส่งกองกำลัง จะต้องมีความรับผิดร่วมกัน เพื่อลดอุปสรรคในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ปัจเจกชนผู้เสียหาย และยังคงไว้ซึ่งความยินดีของรัฐที่จะส่งกองกำลังเข้าร่วมในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพต่อไป อันเป็นวัตถุประสงค์หลักของการศึกษาวิจัยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้นั่นเอง

#### 4.1 บทวิเคราะห์ประเด็นทางกฎหมายจากคำตัดสินของศาล

##### 4.1.1 ประเด็นเรื่องเขตอำนาจของรัฐจำเลยตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

ประเด็นแรกที่โจทก์เรียกร้องให้ศาลวินิจฉัยก็คือ รัฐจำเลยมีเขตอำนาจตามอนุสัญญาฯ ที่จะต้องปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ตามข้อ 1 หรือไม่ แต่คำตัดสินของศาลได้วินิจฉัยในประเด็นเขตอำนาจของรัฐจำเลย ว่าไม่ว่ารัฐจำเลยจะมีเขตอำนาจนอกดินแดนหรือไม่ ปัญหาที่สำคัญกว่าที่ศาลต้องวินิจฉัยคือศาลมีความสามารถในการพิจารณาคดีตามอนุสัญญาฯ ของรัฐภาคีที่จัดส่งกองกำลังให้กับกองกำลัง UNMIK (International civil presence) กับกองกำลัง KFOR (International security presence) หรือไม่<sup>250</sup> ซึ่งเป็นการที่ศาลให้ความสำคัญกับหลักเขตอำนาจเหนือตัวบุคคล

<sup>250</sup> Ibid, para.71.

(*Ratione Personae*) มากกว่าเขตอำนาจเหนือสถานที่บุคคลเกิด (*Ratione Loci*) นั้นทำให้เกิดการถกเถียงกันในหมู่นักวิชาการว่า ควรจะวินิจฉัยในประเด็นเรื่องเขตอำนาจรัฐด้วยหรือไม่ ซึ่งประเด็นนี้ได้เคยขึ้นสู่การพิจารณาของศาลแล้ว ในคดี Bankovic แต่ศาลก็ไม่เคยที่จะพิจารณาว่าเขตอำนาจนี้มีความหมายอย่างไรอย่างชัดเจน<sup>251</sup>

โดยหลักการแล้ว คำว่า“เขตอำนาจรัฐ” (State Jurisdiction) แตกต่างกับคำว่า“เขตอำนาจของศาล”ทั้งด้านเขตอำนาจเหนือตัวบุคคล (*Ratione Personae*), เขตอำนาจเหนือสถานที่บุคคลเกิด (*Ratione Loci*), เขตอำนาจเหนือเนื้อหาแห่งบุคคล (*Ratione Materiae*) แต่ในคำให้การของรัฐจำเลยและรัฐที่เข้ามาเป็นคู่ความฝ่ายที่สามในคดีกลับมีความสับสนในหลักการดังกล่าว โดยคำว่า“เขตอำนาจ” ที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานและอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ นั้น หมายถึงเขตอำนาจของรัฐ ไม่ใช่เขตอำนาจของศาล กล่าวคือ ถ้ารัฐไม่มีเขตอำนาจเหนือตัวบุคคล ก็ไม่มีพันธกรณีตามอนุสัญญาที่จะต้องคุ้มครองหรือรับรองสิทธิมนุษยชนของบุคคลนั้น ทำให้เมื่อมีคดีขึ้นสู่ศาลก็จะทำให้ศาลไม่มีเขตอำนาจเหนือเนื้อหาแห่งบุคคล (*Ratione Materiae*) และถ้าศาลพิจารณาว่าการกระทำที่เป็นความผิดไม่ใช่ของจำเลย ศาลก็จะไม่มีเขตอำนาจเหนือตัวบุคคล (*Ratione Personae*) นอกจากนี้ หลักกฎหมายในเรื่องเขตอำนาจในอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยังแตกต่างหลักกฎหมายเรื่องเขตอำนาจในกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปที่มุ่งจำกัดอำนาจกฎหมายภายในของรัฐด้วย<sup>252</sup> คำว่า “เขตอำนาจ” (Jurisdiction) จึงมีความหมายแตกต่างกันไปตามแต่ละสาขาของกฎหมาย

---

“[T]he question raised by the present cases is, less whether the respondent States exercised extra-territorial jurisdiction in Kosovo but far more centrally, whether this Court is competent to examine under the Convention those States’ contribution to the civil and security presences which did exercise the relevant control of Kosovo.”

<sup>251</sup> Alexander Breitegger, “Sacrificing the Effective of the European Convention on Human Rights on the Altar of the Effective Functioning of Peace Support Operations: A critique of Behrami & Saramati and Al-jedda”, *International Community Law Review* (2009), p.164.

“The confusion over the European Court’s treatment of jurisdiction stems from the fact that the court has actually never ascertained the meaning of this term under general international law and the significance of this notion for Art.1 of the ECHR. For instance, despite claiming that it was examining the ordinary meaning of jurisdiction, the court in Bankovic did not do so.”

<sup>252</sup> Marko Milanovic, Tatjana Papic, “As Bad As it Gets: The European court of Human Rights’s Behrami and Saramati decision and General International Law”, *International and Comparative Law Quarterly* (2009), p.272.

“The most important distinction must be made between the concept of State jurisdiction in Article 1 of the ECHR, and the competence, or indeed the compatibility *ratione personae, loci or materiae* of an application with the provisions of the ECHR. The confusion between these notions is most evident in the submissions of the various respondent and intervening States in Behrami.

The notion of ‘jurisdiction’ found in the ECHR and in many other human rights treaties refers to the jurisdiction of a State, not to the jurisdiction of a court ... . If a State does not have jurisdiction over a person, it does not have the treaty obligation to secure or ensure that person’s human rights. Naturally, if a particular human rights treaty does not even apply in the absence of a State’s jurisdiction, this

คำว่า “เขตอำนาจ” ตามความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป คืออำนาจรัฐที่จะกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อใช้บังคับกับการกระทำของบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลโดยการใช้กฎหมายภายใน จึงเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐแบ่งออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ส่วนคำว่า “เขตอำนาจ” ของรัฐในบริบทของความรับผิดชอบของรัฐนั้น เมื่อพิจารณาจากร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐในข้อ 2<sup>253</sup> เขตอำนาจรัฐก็คือส่วนที่ต้องพิจารณาว่ารัฐมีพันธกรณีในการเคารพอนุสัญญาหรือไม่ ไม่ใช่พิจารณาว่าการกระทำความผิดเป็นของรัฐหรือไม่ ดังนั้น คำว่า “เขตอำนาจ” (Jurisdiction) กับหลักกฎหมายในเรื่องการวินิจฉัยว่าการกระทำเป็นขององคภาวะใด (Attribution) จึงเป็นหลักการที่แตกต่างกัน กล่าวคือ หลักกฎหมายเรื่อง “Attribution” เป็นเรื่องของการที่รัฐมีอำนาจควบคุมเหนือตัวผู้กระทำความผิด แต่หลักกฎหมายเรื่อง “Jurisdiction” เป็นเรื่องที่รัฐควบคุมผู้เสียหายที่ถูกกระทำความผิดหรือควบคุมดินแดน<sup>254</sup> ในคดีนี้ โดยโจทก์ได้ต่อสู้เรื่องเขตอำนาจรัฐ (Jurisdiction) ในขณะที่จำเลยใช้เรื่องเขตอำนาจรัฐมาเป็นหลักเกณฑ์การวินิจฉัยว่าการกระทำเป็นความผิดขององคภาวะใด (Attribution) ซึ่งเป็นหลักที่แตกต่างกัน

Sari. ได้แสดงความเห็นว่า ไม่ว่าจะระหว่างโจทก์และจำเลยจะมีความเชื่อมโยงทางด้านเขตอำนาจหรือไม่ ก็ถือเป็นประเด็นแรก (Preliminary Matter) ที่ศาลจะต้องพิจารณาทั้งในแง่ของตรรกะและหลักการ ก่อนที่ศาลจะไปพิจารณาในเรื่องที่ว่า การกระทำความเป็นผิดเป็นของรัฐหรือไม่<sup>255</sup> แต่แทนที่ศาลจะพิจารณาข้อต่อสู้ในเรื่องเขตอำนาจ ศาลกลับไปพิจารณาประเด็นเรื่องกอง

---

would entail the court or treaty body in question lacking jurisdiction *ratione materiae*, in the same way that the treaty body would lose jurisdiction *ratione personae* if it found that the wrongful act complained of was not attributable to the defendant State.

... the notion of jurisdiction in human rights treaties has nothing to do with the doctrine of jurisdiction in general international law which delimits the municipal legal orders of States...”

<sup>253</sup> ARSIWA,

Article 2 “There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission:

- (a) is attributable to the State under international law; and
- (b) constitutes a breach of an international obligation of the State.”

<sup>254</sup> Marko Milanovic, “From Compromising to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties”, *Human Rights Law Review* (2008), p.446.

“... state jurisdiction and attribution are distinct concepts. Ultimately, the latter is an issue of state control over the perpetrators of human rights violations, while the former is a question of a state’s control over the victims of such violations through its agents, or more generally, control over the territory in which they are located.”

<sup>255</sup> A. Sari, “Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations: The Behrami and Saramati Cases”, *Human Rights Law Review* (2008), p.158.

กำลัง UNMIK และกองกำลัง KFOR ได้ปฏิบัติหน้าที่ตามหมวดที่ 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติหรือไม่ และประเด็นเรื่องการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำความผิดนั้นเป็นขององค์การสหประชาชาติหรือไม่ตามหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ<sup>256</sup> ซึ่งการที่ศาลละทิ้งประเด็นเขตอำนาจรัฐนี้ค่อนข้างน่าผิดหวัง เพราะถือว่าเป็นประเด็นที่เป็นส่วนสำคัญในคดี การที่ศาลวินิจฉัยแล้วให้ถือว่าการกระทำความผิดเป็นขององค์การสหประชาชาติ เป็นแค่การแสดงว่าองค์การสหประชาชาติสามารถรับผิดชอบในการกระทำของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพได้ แต่ศาลจะต้องไม่ตัดความเป็นไปได้ที่การกระทำความผิดนั้นอาจถือเป็นของรัฐที่รัฐจะต้องมีความรับผิดชอบได้ และศาลก็มีได้ตอบปัญหาที่ว่าโจทก์อยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐจำเลยหรือไม่ด้วย<sup>257</sup> โดยกรณีของการที่ไม่ปลดชนวนระเบิดนั้นกองกำลัง UNMIK ได้กระทำในนามระหว่างประเทศ มิได้กระทำในนามของรัฐตน ทำให้ไม่มีความเชื่อมโยงทางด้านเขตอำนาจระหว่างโจทก์และฝรั่งเศส<sup>258</sup> ส่วนกรณีของการจับกุมนั้น มาจากคำสั่งของ COMKFOR ที่มีสัญชาติเนเธอร์แลนด์และฝรั่งเศส ที่แม้จะยังไม่แน่ชัดว่ากองกำลัง KFOR จะเป็นเพียงกองกำลังนานาชาติของรัฐ หรือเป็นองค์กรของ NATO หรือเป็นบุคคลทางกฎหมายแยกออกมาก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาจากเจตนาของที่ปรึกษากฎหมายของกองกำลัง KFOR ให้กับผู้แทนของนาย Saramati ในเดือนกรกฎาคมปีค.ศ. 2001 ที่ได้กล่าวไว้ว่าการจับกุมของกองกำลัง KFOR เป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อความปลอดภัยและบรรยากาศของความมั่นคงและป้องกันกองกำลัง KFOR โดยอาศัยอำนาจจากข้อมติที่ 1244 ดังนั้น การกระทำของ COMKFOR จึงได้กระทำไปในนามของระหว่างประเทศตามที่รัฐจำเลยและบุคคลฝ่ายที่สามของคดีกล่าวอ้าง ดังนั้น การกระทำของทั้งคดี Behrami และคดี Saramati จึงไม่ทำให้โจทก์ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐจำเลย<sup>259</sup>

---

“... Whether or not a jurisdictional link existed between the applicants and the respondent States is a preliminary matter that must, both in logic and in principle, be addressed before the enquiry into the attributability of the alleged wrongful conduct to these States...”

<sup>256</sup> Ibid, p.158.

“Instead of addressing these submissions head on, the ECtHR decided to investigate, first, whether KFOR and UNMIK operated in the frame work of Chapter VII of the Charter, and second, whether their acts and omissions could be attributed to the UN in accordance with the rules of international law governing the responsibility of international organizations.”

<sup>257</sup> Ibid, p.159.

“The attributability of the relevant acts and omissions to the UN merely demonstrates that the UN could in principle incur responsibility for the internationally wrongful conduct of KFOR and UNMIK, but this neither excludes the possibility that the same conduct may also be attributable to the respondent States and may engage their international responsibility, nor does it answer the question of whether the applicants came within the jurisdiction of these States.”

<sup>258</sup> Ibid, p.161.

“..., the failure to mark or defuse the undetonated cluster bombs represented a failure by national contingents to exercise an international, not a national, competence, and for that reason could not have established a sufficient jurisdictional link between the applicants and France.”

<sup>259</sup> Ibid, p.162.

“..., yet it is unclear whether KFOR is merely a multinational instrument of the contributing States, an organ of NATO, or an entity with separate legal existence. Whichever way, a letter sent by the



#### 4.1.2 ประเด็นเรื่องการวินิจฉัยความรับผิดชอบในการกระทำของกองกำลังว่าถือว่าเป็นขององคภาวะที่เกี่ยวข้องใด

##### 4.1.2.1 การพิจารณาจากความเชื่อมโยงระหว่างสถานะกองกำลังกับองค์การสหประชาชาติ

###### - กรณีกองกำลัง UNMIK

การที่ศาลพิจารณาว่ากองกำลัง UNMIK เป็นองค์กรย่อยขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งตั้งขึ้นตามความในหมวดที่ 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ทำให้การกระทำของกองกำลัง UNMIK จึงถือว่าเป็นการกระทำขององค์การสหประชาชาติ ข้อสรุปดังกล่าวของศาลนี้ไม่เป็นที่โต้แย้ง ทั้งนี้เพราะองค์การสหประชาชาติได้เคยสันนิษฐานให้ตนเองมีความรับผิดชอบในการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในระหว่างปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ ถ้าหากกองกำลังดังกล่าวมีสถานะเป็นองค์กรย่อยขององค์การสหประชาชาติอยู่แล้ว แต่เหตุผลของศาลที่วินิจฉัยถึงสถานะของกองกำลัง KFOR นั้นเป็นที่ถกเถียงกัน ทั้งนี้ก็เนื่องมาจากสถานะของกองกำลัง KFOR นั้นมีโครงสร้างที่แตกต่างจากปฏิบัติการเพื่อสันติภาพอื่นๆ<sup>260</sup>

###### - กรณีกองกำลัง KFOR

โดยหลักการแล้ว กรณีปฏิบัติการเพื่อสันติภาพที่จัดตั้งให้มีสถานะเป็นองค์กรย่อยขององค์การสหประชาชาติ องค์การสหประชาชาติจะมีอำนาจควบคุมทางยุทธการผ่าน UN Force Commander โดยที่ผู้แทนพิเศษของเลขาธิการสหประชาชาติ (Special Representative) จะเป็นผู้ประสานงานและมีอำนาจเหนือปฏิบัติการทั้งหมด แต่ในข้อมติที่ 1244 นั้นได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า กองกำลัง KFOR ไม่ได้ถูกควบคุมโดยผู้แทนพิเศษ (ข้อ 6<sup>261</sup>) แต่จะปฏิบัติการภายใต้ความอุปถัมภ์

---

Legal Adviser of KFOR to the representatives of Saramati in July 2001 explains that his detention was considered necessary in order to maintain a safe and secure environment and to protect KFOR troops. Moreover, the same letter also clarifies that the right to arrest and detain Saramati was derived from Resolution 1244. This confirms that the Commanders of KFOR have acted in an international capacity as suggested by the respondent States and third parties. Consequently, the acts and omissions giving rise to the complaints in Behrami and Saramati did not bring the applicants within the jurisdiction of the respondent States under the ECHR.”

<sup>260</sup> Kjetil Mujezinovic Larsen, “Attribution of Conduct in Peace Operations: The ‘Ultimate Authority and Control’ Test”, *The European Journal of International Law*, (2008), Vol.19, p.520.

“Considering that UNMIK was a subsidiary organ of the UN created under Chapter VII, the Court concluded that the actions of UNMIK were attributable to the UN. This is not controversial, as the UN itself assumes responsibility for conduct during operations with the status of subsidiary organs. The Court’s reasoning about KFOR is, however, more controversial.”

<sup>261</sup> UNSC Resolution 1244, clause (6)

“Request the Secretary-General to appoint, in consultation with the Security Council a Special Representative to control the Implementation of the international civil presence, and further requests the Secretary-General to instruct his special Representative to coordinate closely with the international security presence to ensure that both presences operate towards the same goals and in a mutually supportive manner;

ขององค์การสหประชาชาติ ('under United Nations auspices') (ข้อ 5<sup>262</sup>) ซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงได้อนุญาต (authorize) ให้รัฐสมาชิกหรือองค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องเป็นผู้วางกองกำลัง (ข้อ 7<sup>263</sup>) แทนที่จะตั้งเป็นปฏิบัติการขององค์การสหประชาชาติ โดยจาก Annex 2 para.4<sup>264</sup> ได้ระบุว่าให้อยู่ภายใต้ 'unified command and control' โดยไม่ได้อยู่ภายใต้การควบคุมของ UN Force Commander ซึ่งทำให้กองกำลัง KFOR แตกต่างกับปฏิบัติการเพื่อสันติภาพอื่นๆ<sup>265</sup> กรณีอาจถือได้ว่าเป็นปฏิบัติการที่รับการอนุญาตจากองค์การสหประชาชาติที่มีลักษณะเป็นปฏิบัติการบังคับให้เกิดสันติภาพ (Peace enforcement operation)<sup>266</sup> เพราะฉะนั้นกองกำลัง KFOR จึงไม่ได้มีสถานะเป็นองค์กรย่อยขององค์การสหประชาชาติอย่างชัดเจน แต่อาจถือได้ว่าเป็นกองกำลังของ NATO ที่ปฏิบัติการโดยการยอมรับข้อจำกัดจากคณะมนตรีความมั่นคง ทำให้การกระทำต่างๆของกองกำลัง KFOR ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำขององค์การสหประชาชาติ<sup>267</sup>

<sup>262</sup> Ibid, (5)

"Decides on the development in Kosovo, under United Nations auspices, of international civil and security presences, with appropriate equipment and personnel as required, and welcomes the agreement of the Federal Republic of Yugoslavia to such presences;"

<sup>263</sup> Ibid, (7) "Authorizes Member States and relevant international organizations to establish the international security presence in Kosovo as set out in point 4 of annex 2 with all necessary means to fulfil its responsibilities under paragraph 9 below,"

<sup>264</sup> Ibid, Annex 2 (4) "The international security presence with substantial North Atlantic Treaty Organization participation must be deployed under unified command and control and authorized to establish a safe environment for all people in Kosovo and to facilitate the safe return to their homes of all displaced persons and refugees.

<sup>265</sup> Kjetil Mujezinovic Larsen, "Attribution of Conduct in Peace Operations: The 'Ultimate Authority and Control' Test, p.525.

"Still, some remarks about the structure about KFOR are warranted, KFOR cannot automatically be regarded in the same way as other peacekeeping operations, as its organizational structure is very different. ... In SC Resolution 1244 (1999), it was explicitly stated that KFOR would not be controlled by the Special Representative (operative clause 6) and, although the security presence – i.e., KFOR – would operate 'under United Nations auspices' (clause 5), the UN Security Council chose to 'authorize' Member States and relevant international organizations to deploy forces (clause 7) rather than to 'establish' a UN operation. Annex 2, paragraph 4, further stated that the security presence had to be deployed 'under unified command and control', but this command and control is not placed with a UN commander..."

<sup>266</sup> Francesco Messineo, "Thing could only get better: Al-Jedda beyond Behrami", *The Military Law and the Law of War Review* (2011), pp.4-5.

<sup>267</sup> Damien Van Der Toorn, "Attribution of Conduct by State Armed Forces Participating in UN-authorized Operations: The impact of Behrami and Al-Jedda", *Australian International Law Journal*, pp.20-21.

"...Rather, KFOR stood outside the UN organizational framework. The forces acted as a 'NATO force', under the operational command of NATO, and followed NATO policies..."

...It is reasonable to conclude that no relationship of agency was established between KFOR and the UNSC by UNSCR 1244. Rather, KFOR was acting in an independent capacity to perform a certain task within the approved limits of the UNSC. Therefore, under this principle, the acts of KFOR would not be attributable to the UN under the law of international responsibility."

#### 4.1.2.2 การพิจารณาจากความเชื่อมโยงระหว่างอำนาจหน้าที่ของกองกำลังกับการกระทำความผิด

##### - กรณีอำนาจหน้าที่ในการปลดชนวนระเบิด

Alexander Breitegger ได้แสดงความคิดเห็นในประเด็นนี้ว่า ในส่วนหน้าที่ในการปลดชนวนระเบิดนั้น ศาลได้วินิจฉัยแล้วว่ากองกำลัง UNMIK มีอำนาจตามกฎหมายที่จะต้องปลดชนวนระเบิด โดยจะต้องตั้ง UN Mine Action Coordination Center (UNMACC) ให้เข้ามามีบทบาทในการปลดชนวนระเบิด โดยศาลไม่คำนึงเลยว่าตามความเป็นจริงแล้วกองกำลัง UNMIK จะต้องอาศัยข้อมูลในเรื่องพื้นที่จากกองกำลัง KFOR ซึ่งหากไม่มีการให้ข้อมูลดังกล่าวกองกำลัง UNMIK ก็ไม่สามารถปฏิบัติการปลดชนวนระเบิดได้ ข้อโต้แย้งจึงเกิดขึ้นว่าระหว่างกองกำลัง KFOR หรือองค์การสหประชาชาติกันแน่ที่มีอำนาจในการควบคุมอย่างแท้จริง (Effective Control) เนื่องจากการเคลียร์พื้นที่ในขณะที่เกิดเหตุอันเป็นมูลแห่งคดี<sup>268</sup>

สำหรับ Sadia R. Sorathia เห็นว่า ข้อสรุปของศาลที่วินิจฉัยว่ากองกำลัง UNMIK ต้องมีความรับผิดชอบในการปลดชนวนระเบิด ก็เพราะได้รับการถ่ายโอนอำนาจมาจากกองกำลัง KFOR นั้นไม่ถูกต้อง เนื่องจากไม่มีหลักฐานที่ชัดเจนว่า ในเวลาที่เกิดเหตุนี้กองกำลัง UNMIK มีอำนาจควบคุมบังคับบัญชาอย่างแท้จริงในการปลดชนวนระเบิด เพราะแม้จะสันนิษฐานว่ากองกำลัง UNMIK มีหน้าที่ แต่กองกำลัง KFOR ก็ยังคงมีความเกี่ยวข้องในหน้าที่ดังกล่าวอยู่ตามความเป็นจริง ดังนั้น ปัญหาที่แท้จริงในประเด็นนี้คือ ต้องพิจารณาจากอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาของกองกำลัง UNMIK เนื่องการกระทำความผิด ว่ามีอำนาจควบคุมหรือไม่ มิใช่พิจารณาจากอาณัติที่ได้รับมอบหมายจากองค์การสหประชาชาติ<sup>269</sup>

<sup>268</sup> Alexander Breitegger, “Sacrificing the Effectiveness of the European Convention on Human Rights on the Altar of the Functioning of Peace Support Operations: A Critique of Behrami & Saramati and Al-Jedda”, pp.165-166.

“The Court contend itself to find that UNMIK had the legal mandate to demine and dismissed factual arguments by applicants and UN which would have called into doubt whether UNMIK was *de facto* capable of exercising its mandate, including that UNMIK through the UN Mine Action Coordination Centre was dependent on the provision of KFOR of accurate information on submunition strike sites in the absence of which it could not take any action to demine. This dispute could only have been finally settled by asking *whether KFOR or the UN had effective control over marking and clearing of the specific site where the incident occurred.*”

<sup>269</sup> Sadia R. Sorathia, “Behrami v. France: An Unfortunate Step Backwards in the Protection of Human Rights”, *Maryland Journal of International Law* (2010-2011), p.289.

“... The Court concluded that at the time a land mine killed Behrami in Kosovo, UNMIK had taken responsibility for demining from KFOR. The conclusion is unjustified, as there was not convincing evidence that, at the time in question, UNMIK had effective control over the mandate to demine. Although UNMIK assumed responsibility for the demining mission, KFOR assumed *de facto* responsibility for the demining mission, Resolution 1244’s demining mandate to UNMIK is not dispositive, as the real question for attribution is whether UNMIK had effective control over the mission and not whether it had mandate from the UN.”

- กรณีอำนาจหน้าที่ในการจับกุม

Marko Milanovic และ Tatjana Papic ได้แสดงความคิดเห็นในประเด็นนี้ว่า ศาลตีความข้อมติที่ 1244 ว่าให้อำนาจแก่กองกำลัง KFOR ออกคำสั่งในการจับกุม ทั้ๆที่ในข้อมติไม่ได้กล่าวถึงการจับกุมทางทหารเลยแต่กองกำลัง KFOR ตีความเองว่าตนมีอำนาจจาก para.7 ซึ่งกำหนดให้ รัฐสมาชิกขององค์การสหประชาชาติมีอำนาจที่จะจัดตั้งกองกำลัง KFOR (International security presence) ในโคโซโว โดยสามารถใช้วิธีการเท่าที่จำเป็นเพื่อปฏิบัติหน้าที่ตามความรับผิดชอบ ส่งผลให้อำนาจในการจับกุมเชิงป้องกันก่อนที่จะมีการพิจารณาโดยตุลาการ<sup>270</sup>

4.1.2.3 การพิจารณาจากความเชื่อมโยงระหว่างอำนาจในการควบคุมกองกำลังขององค์การสหประชาชาติกับการกระทำความผิด

- กรณีกองกำลัง UNMIK

จากการที่พิจารณาแล้วว่ากองกำลัง UNMIK เป็นปฏิบัติการเพื่อสันติภาพซึ่งดำเนินการโดยองค์การสหประชาชาติโดยตรง โดยทั่วไปแล้ว ปฏิบัติการในลักษณะเช่นนี้ องค์การสหประชาชาติมิได้มีอำนาจเพียงการกำหนดอาณัติเท่านั้น แต่ยังมีอำนาจบังคับบัญชาและควบคุมทางยุทธการทางนิตินัย (*de jure*) เหนือปฏิบัติการ ซึ่งสามารถแปลได้ว่าองค์การสหประชาชาติมีอำนาจควบคุมอย่างแท้จริง (Effective control) เหนือการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำความผิดที่เฉพาะเจาะจง<sup>271</sup> อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้ไม่อาจด่วนสรุปได้ว่า การงดเว้นการปลดชนวนระเบิดของกองกำลัง UNMIK เป็นขององค์การสหประชาชาติ เพราะองค์การสหประชาชาติมี ‘effective control’ เหนือการกระทำความผิด เนื่องจากกองกำลัง UNMIK จะต้องอาศัยข้อมูลจากกองกำลัง KFOR นั้นเอง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>270</sup> Marko Milanovic, Tatjana Papic, “As Bad As it Gets: The European court of Human Rights’s *Behrami* and *Saramati* decision and General International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2009, p.274.

“... the Court interpreted Resolution 1244 as granting a mandate to KFOR to issue detention orders. Whether that is so is debatable, as Resolution 1244 does not say a word about military detention. KFOR took this power upon itself by interpreting paragraph 7 of the Resolution, which grants UN Member States the authority to create an ‘international security presence in Kosovo [...] with all necessary means to fulfil its responsibilities’, as providing sufficient authority for preventative military detention without any recourse to independent judicial review.”

<sup>271</sup> Terry D. Gill. “Legal Aspects of the Transfer of Authority in UN Peace Operations”, p.55.

“In the Peace Operations carried out directly by the Un under the DPKO command structure..., the UN is not only the authority providing the mandate for the operation, but at least in principle exercises *de jure* OPCOM and/ or control over the operation. Whether this will actually translate into effective control in relation to a specific act or omission....”

- กรณีกองกำลัง KFOR

จากที่กล่าวไปแล้วข้างต้นว่า หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ นั้นได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางทั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และนักวิชาการหลายท่าน อย่างไรก็ตาม ในการวินิจฉัยคดี ศาลได้อธิบายคำว่า ‘delegation’ ในคำตัดสินว่า หมายถึง การที่คณะมนตรีความมั่นคงได้มอบอำนาจให้กองภาวะอื่นๆไปทำหน้าที่ของตน แต่คำว่า ‘authorise’ หมายถึง การอนุญาตให้กองภาวะอื่นทำหน้าที่ที่คณะมนตรีความมั่นคงไม่สามารถปฏิบัติเองได้ แต่เมื่อพิจารณาจากทางปฏิบัติของคณะมนตรีความมั่นคงแล้ว ความแตกต่างระหว่างสองคำนี้ไม่เคยเกิดขึ้นเลย เพราะในข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง (รวมถึงข้อมติที่ 1244) โดยปกติจะใช้คำว่า ‘authorize’ ไม่ได้ใช้คำว่า ‘delegate’<sup>272</sup>

ทั้งนี้ ศาลก็ไม่ได้อ้างฐานทางกฎหมายของหลักเกณฑ์ ‘Ultimate Authority and Control’ และยังไม่เคยปรากฏว่าศาลได้เคยวินิจฉัยในคดีใดอีกด้วย อีกทั้งศาลก็ไม่ใช่ทั้งหลักกฎหมายตามร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐและร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นหลักที่เคยใช้ในคดีของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศด้วย ในทางกลับกัน ศาลได้ใช้งานเขียนของของนักวิชาการที่ชื่อ Prof. Danesh Sarooshi ที่เขียนหนังสือชื่อ “*The United Nations and the Development of Collective Security*” ที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการมอบอำนาจ (Delegation) โดยในหนังสือดังกล่าวได้อธิบายว่า ไม่ว่าองภาวะใดจะมีอำนาจควบคุมทางยุทธการ (Operational Control) ไม่ใช่สาระสำคัญในประเด็นเรื่องความรับผิดชอบ ทั้งนี้ก็เพราะต้องพิจารณาว่าองภาวะใดที่มีอำนาจทั้งหมดและควบคุมเหนือกองกำลังต่างหาก (overall authority and control over the forces) ที่จะมีความรับผิดชอบได้<sup>273</sup> และยังอธิบายว่าข้อยกเว้นที่จะไม่ให้องค์การสหประชาชาติต้องมีความรับผิดชอบได้สองกรณี คือ ประการแรก คณะมนตรีความมั่นคงถูกกีดกันไม่ให้มีอำนาจควบคุมทั้งหมด หรือประการที่สอง กองกำลังกระทำเกินอำนาจหน้าที่ (*Ultra Vires*)<sup>274</sup>

<sup>272</sup> Alexander Breitegger, “Sacrificing the Effective of the European Convention on Human Rights on the Altar of the Effective Functioning of Peace Support Operations: A critique of Behrami & Saramati and Al-jedda”, p.167.

“...The Court explained that “the term ‘delegation’ in the present decision refers to the empowering by the Council of another entity to exercise its function as opposed to ‘authorising’ an entity to carry out functions which it could not itself perform”. This difference between “delegation” and “authorisation” is not borne out by the practice of the UN Security Council, as the Council regularly uses the wording of “authorize” and not “delegates” in its resolutions, including in SC RES 1244.”

<sup>273</sup> D. Sarooshi, *The United Nations and the Development of Collective Security*, (Oxford University Press: 1999), pp.265-268.

“The question of who exercises operational command and control over the force is immaterial to the question of responsibility. The more important enquiry is who exercise overall authority and control over the force.”

<sup>274</sup> Francesco Messineo, “Thing could only get better: Al-Jedda beyond Behrami”, p.7.

“... whenever the Security Council authorized member states to use force, the ‘acts’ of these forces were attributable to the UN, since the forces are acting under UN authority. The only two exceptions to this principle were cases where the Council was ‘prevented from exercising overall authority

โดยศาลได้เปลี่ยนคำจากคำว่า ‘overall authority and control’ มาใช้คำว่า ‘Ultimate Authority and Control’ แทน<sup>275</sup>

- สาเหตุที่น่าเชื่อว่าศาลใช้ทฤษฎีของ Sarooshi มีเหตุผลหลายประการ ได้แก่
- *ประการแรก* เนื่องจากการที่ศาลได้กล่าวไว้ในคำตัดสินว่า กฎบัตรสหประชาชาติหมวดที่ 7 ได้อนุญาตให้คณะมนตรีความมั่นคงสามารถมอบอำนาจ (delegate) ของตนได้ สอดคล้องกับทฤษฎีของ Sarooshi ที่กล่าวว่า การมอบอำนาจจะเกิดขึ้นเมื่อเมื่อองค์การขององค์การระหว่างประเทศซึ่งมีอำนาจทั้งโดยตรงและโดยนัยตามตราสารก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศ ส่งผ่านอำนาจนี้ให้กับองค์การอื่น
  - *ประการที่สอง* ศาลได้กล่าวว่า อำนาจนี้เป็นอำนาจที่สามารถมอบได้ แต่ยังมีข้อจำกัดบางประการ ซึ่งสอดคล้องกับทฤษฎีของ Sarooshi ที่ตีความว่า อำนาจบางประการของคณะมนตรีความมั่นคงตามกฎบัตรสหประชาชาติ หมวดที่ 7 ก็ไม่สามารถมอบอำนาจให้มากระทำการแทนได้ (เช่น อำนาจในการวินิจฉัยว่ามีภัยคุกคาม หรือละเมิดต่อสันติภาพระหว่างประเทศหรือไม่)
  - *ประการที่สาม* ศาลให้เหตุผลว่า การมอบอำนาจให้กระทำการแทน (delegation) ต้องกระทำอย่างชัดแจ้งในข้อมติ นั้นสอดคล้องกับทฤษฎีของ Sarooshi ที่กล่าวว่า ผู้มอบอำนาจจะต้องแสดงความตั้งใจของตนโดยชัดแจ้งว่าจะมอบอำนาจให้ตัวแทน (ในกรณีของคณะมนตรีความมั่นคง ก็ต้องกระทำในรูปของข้อมติ)
  - *ประการที่สี่* ศาลได้ให้เหตุผลว่า ในการมอบอำนาจต้องมอบอำนาจที่มีลักษณะกว้าง และจะต้องมีข้อจำกัดที่เพียงพอ ซึ่งตรงกับทฤษฎีของ Sarooshi
  - *ประการสุดท้าย* ศาลได้ให้เหตุผลว่า จากหลักเกณฑ์ ‘Ultimate Authority and Control’ จะต้องมีการรายงานต่อคณะมนตรีความมั่นคง เมื่อเทียบกับ ในกรณีของการป้องกันตนเอง ตามกฎบัตรสหประชาชาติ ข้อ 51 ซึ่งมีหน้าที่ที่จะต้องรายงานต่อคณะมนตรีความมั่นคงเช่นกัน (แต่ยังไม่เคยมีแนวคิดสนับสนุนเลยว่า การที่จะต้องรายงานต่อคณะมนตรีความมั่นคง จะทำให้การกระทำดังกล่าวเป็นขององค์การสหประชาชาติ)<sup>276</sup>

---

and control over the force’, or when the forces acted beyond the ‘delegated mandate and authority’ they received.”

<sup>275</sup> Ibid, pp.8-9.

“The Court switched from Sarooshi’s ‘overall authority and control’ test to an ‘Ultimate Authority and Control’ test in Behrami.”

<sup>276</sup> Alexander Breitegger, “Sacrificing the Effective of the European Convention on Human Rights on the Altar of the Effective Functioning of Peace Support Operations: A critique of Behrami & Saramati and Al-jedda”, p.168-169.

จะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์ ‘Ultimate Authority and Control’ นั้นไม่มีความคล้ายคลึงกับหลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ เลย เพราะไม่มีความเชื่อมโยงถึงการควบคุมเหนือการกระทำ หรืออำนาจการบังคับบัญชาและควบคุมทางยุทธการ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากคำตัดสินของศาลที่ให้เหตุผลว่า คณะมนตรีความมั่นคงมี ‘Ultimate Authority and Control’ แม้ว่าอำนาจทางยุทธการจะถูกมอบไป ก็แสดงให้เห็นว่า หลักเกณฑ์ ‘Ultimate Authority and Control’ ไม่ต้องการอำนาจควบคุมแบบ ‘exclusive control’ ซึ่งในความเป็นจริงคณะมนตรีความมั่นคงก็ไม่ได้มีเหนือกองกำลัง KFOR ทั้งนี้หลักเกณฑ์ดังกล่าวยังแตกต่างกับหลักเกณฑ์ ‘Overall Control’ อีกด้วย โดยหลักเกณฑ์ ‘Overall Control’ นั้นยังเป็นหลักเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับในคดีของกฎหมายระหว่างประเทศและงานของนักวิชาการทางกฎหมายมากกว่าหลักเกณฑ์ ‘Ultimate Authority and Control’ ที่ศาลได้อ้างถึงด้วย<sup>277</sup>

---

“..the reasoning appears to be largely paraphrased from Sarooshi’s monograph on the delegation by the Council of its Chapter VII powers. Accordingly, the First factor invoked by the court that Chapter VII allowed the Security Council to delegate its powers appears in Sarooshi’s definition of a delegation of powers as “taking place whenever an organ of an international organization which possess an express or implied power under its constituent instrument conveys this power to some other entity.” The second element in the court’s analysis that the power is delegable can be found in the specific restrictions that Sarooshi interprets on the Council’s power of delegation, notably that the Security Council is prohibited from delegating certain of its Chapter VII powers (e.g. the determination whether a threat to or breach of the peace exists). Thirdly, the requirement that the delegation was explicit in the Resolution itself corresponds to the general condition expounded by Sarooshi that the delegator must expressly state its intention to delegate and that the only form in which the Council may delegate under Chapter VII is in the form of a resolution. The fourth condition discussed by the court, notably that sufficient limits must be put on the delegation whose broad nature, however, could not be eliminated altogether finds its equivalent in Sarooshi’s work in that only broad powers of discretion subject to certain constraints can be delegated. ... Finally, the court considered ultimate authority and control established by virtue of reporting requirements of the military presence to the Council. However, for instance, such a reporting obligation also exists with regard to a state or a group of states exercising their right to self-defence, individual or collective, under Article 51 of the UN Charter. Still, nobody has ever suggested that through such a reporting obligation the acts of states exercising their right to self-defence would make their conduct attributable to UN.”

<sup>277</sup> Kjetil Mujezinovic Larsen, “Attribution of Conduct in Peace Operations: The ‘Ultimate Authority control’ Test”, p.522.

“It is evident that the ‘Ultimate Authority and Control’ test bears no resemblance to the ‘Effective Control’ test. It is not linked with any direct control over a specific action, and it is not linked with operational command and control. This follows from the Court’s description of the test: whether the UN Security Council had retained ultimate authority and control ‘so that operational command only was delegated’. It is further evident that the test does not require exclusive control, which the Security Council clearly did not have over KFOR, and it appears that the test is also different from an ‘Overall Control’ test. The Court does not explain why it addresses ‘ultimate authority and control’ rather than ‘overall’ control, which is a more common test in international case law as well as in the legal literature to which the Court referred.”

อาจกล่าวได้ว่า ศาลได้สนับสนุนความเห็นของ Sarooshi โดยไม่ให้ความสนใจแก่ งานวิชาการส่วนใหญ่ทั้งหลายที่ใช้หลักเกณฑ์ ‘Operational Control’ หรือ ‘Effective Control’ ที่ปรากฏในร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ หรือเอกสารทางการที่แสดงให้เห็นถึงทางปฏิบัติขององค์การสหประชาชาติเลย<sup>278</sup> ซึ่งการที่ศาลใช้ทฤษฎีดังกล่าว เป็นการให้เหตุผลที่ผิดหลักตรรกะ เนื่องจาก หลักเกณฑ์ ‘Ultimate Authority and Control’ ไม่ใช่หลักเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง แต่เป็นเพียงงานเขียนของนักวิชาการเพียงท่านเดียวที่เน้นหลักเรื่องการมอบอำนาจ (Delegation) มากกว่าเรื่องการวินิจฉัยความรับผิดชอบ (Attribution of Responsibility)<sup>279</sup>

นอกจากศาลจะไม่ใช้หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ ตามร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศแล้ว ศาลยังใช้ทฤษฎีของ Sarooshi ไม่ถูกต้องอีกด้วย กล่าวคือ ในเบื้องต้นการที่ศาลวินิจฉัยให้องค์การสหประชาชาติมีความรับผิดชอบ เป็นการให้ทฤษฎีการมอบอำนาจต่อศาลกลับวิเคราะห์โดยรวมสองหลักเกณฑ์ คือ หลักเกณฑ์การวินิจฉัยการกระทำว่าเป็นขององค์การใด (Attribution) กับหลักเกณฑ์การมอบอำนาจ (Delegation) เข้าด้วยกัน โดยใช้หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ กับ NATO ซึ่งหากศาลวินิจฉัยตั้งแต่แรกและสรุปว่า NATO มีอำนาจควบคุมอย่างแท้จริง (Effective Control) ศาลก็จะวินิจฉัยคดีได้อย่างถูกต้องเหมาะสม และทำให้ได้ข้อสรุปที่

<sup>278</sup> Ibid, p.521.

“The Court does not explicitly provide the legal basis for its ‘Ultimate Authority and Control’ test. This expression does not occur in any case law from the Court itself; it is not used in the commentaries on ASR or DARIO, nor is it used by the ICJ in its case law. The Court adopted instead an approach that has been advocated in legal literature concerning the legality of delegations from the Security Council. The argument is that in order for a delegation to be lawful, the Council must at all times retain overall authority and control over the exercise of the delegated powers, and that international responsibility for the exercise of powers cannot be transferred as this rests with the entity to which powers were initially given. Sarooshi summated that ‘the question of who exercises operational command and control over the force is immaterial to the question of responsibility. The more important enquiry is who exercises overall authority control over the forces. He continues by stating that ‘acts of forces authorized by the Council are attributable to the UN, since the forces are acting under UN authority’, and that only two exceptions to this principle are cases where the Council is ‘prevented from exercising overall authority and control over the forces’, or when the forces act ultra vires.”

The Court thus has theoretical support for its approach, but it is surprising that the Court does not attach any comments either on the large amount of literature which links attribution of conduct with operational control, or on the ‘Effective Control’ test in Draft Article 5 (now Article 7 ), or on the official UN statements concerning UN practice.”

<sup>279</sup> Sadia R. Sorathia, “Behrami v. France: An Unfortunate Step Backwards in the Protection of Human Rights”, p.283-284.

“...The Court stated that “any delegation of authority by the [Security] Council must be sufficiently limited to assure that the acts of the delegated entity are attributable to the United Nations. The root of the Court’s illogical reasoning stems from this test. The notion of “ultimate authority and control” and “delegation” is not a theory the Court adopted based on international law. It is language taken from one piece of academic literature that focuses on the delegation of power rather than the attribution of responsibility)”



สมเหตุสมผล<sup>280</sup> กล่าวคือ ถ้าศาลวินิจฉัยว่าการกระทำความผิดของกองกำลัง KFOR เป็นของ NATO ในฐานะที่เป็นบุคคลแยกออกมาต่างหากแล้ว ผลลัพธ์ก็อาจจะเป็นที่ยอมรับได้ (แต่ก็อาจจะมีความคิดเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยก็ได้) อย่างไรก็ตาม มีข้อน่าสังเกตว่า ศาลพยายามหลีกเลี่ยงที่จะวินิจฉัยให้การกระทำความผิดของกองกำลัง KFOR เป็นของ NATO หรือให้รัฐสมาชิก NATO รับผิดชอบ (เหมือนที่ศาลเคยหลีกเลี่ยงมาแล้ว ในคดี Bankovic)<sup>281</sup>

ทั้งนี้ อาจพิจารณาในอีกแง่หนึ่งได้ว่า เมื่อพิจารณาแล้วว่ากองกำลัง KFOR เป็นปฏิบัติการที่มีลักษณะบังคับให้เกิดสันติภาพ (Peace enforcement) ที่ปฏิบัติการโดย NATO ภายใต้ อาณัติขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งปฏิบัติการในลักษณะนี้นั้น องค์การสหประชาชาติจะเป็นผู้ให้ ฐานอำนาจทางกฎหมายในการจัดตั้งปฏิบัติการ โดยสามารถมอบอำนาจให้องค์การระหว่างประเทศ ส่วนภูมิภาคหรือรัฐที่เข้าร่วมปฏิบัติการปฏิบัติหน้าที่โดยอิสระภายใต้อำนาจสูงสุดขององค์การ สหประชาชาติได้ ดังนั้น การกระทำในความเป็นจริงในปฏิบัติการที่ระดับชั้นยุทธการและยุทธวิธีนั้นจึง อยู่ภายใต้อำนาจขององค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาคหรือรัฐที่ส่งกองกำลังนั้น<sup>282</sup> ซึ่งในกรณีกอง กำลัง KFOR หมายถึง NATO นั่นเอง เพราะฉะนั้น หากพิจารณาให้องค์การสหประชาชาติรับผิดชอบ โดย เหตุผลว่าเป็นปฏิบัติการภายใต้อาณัติขององค์การสหประชาชาติ ก็จะไม่สอดคล้องกับความเป็นจริง ของสายการบังคับบัญชา เมื่อพิจารณาได้เช่นนี้ จะเห็นได้ว่า คณะมนตรีความมั่นคงไม่ได้มี ‘effective control’ เหนือการกระทำของกองกำลัง KFOR แต่ประเด็นที่ต้องวินิจฉัยต่อมาก็คือว่า NATO มี

<sup>280</sup> Ibid, p.288.

“Not only did the Court fail to apply the appropriate ILC test with respect to the attribution of the misconduct to the UN, the Court applied the Sarooshi test incorrectly. The Court began its reasoning of attribution by putting forth Sarooshi’ delegation method. The Court then conflated the international theories of attribution and delegation by applying the ILC effective control test to NATO in order to conclude that the UN sufficiently delegated its authority. Had the Court began and ended its analysis on NATO’s effective control, the Court would have correctly applied the appropriate test and come to reasonable conclusion.”

<sup>281</sup> Marko Milanovic, Tatjana Papic, “As Bad As it Gets: The European court of Human Rights’s Behrami and Saramati decision and General International Law”, p.283.

“...It mentions ‘Effective Control’ only in relation to NATO’s, not the UN’s, command over operational matters. If the Court had determined that the actions of KFOR troops were attributable to NATO as a separate legal person, that conclusion might have been acceptable. One could agree or disagree with it, but it would certainly fall within the limits of reason. The Court, however, avoided the question of attribution to NATO, or the responsibility of Member States for the actions of NATO, as it did before in Bankovic”

<sup>282</sup> Terry D. Gill. “Legal Aspects of the Transfer of Authority in UN Peace Operations”, p.53.

“In the case of UN mandated peace (enforcement) operations which are conducted by regional organizations or coalitions of States acting under UN security Council mandate ... In such operations, the UN acts primarily as a legitimizing authority by providing a legal basis for the operation, determining the overall objectives through a broadly formulated mandate and delegating the actual conducting of the mission to a particular regional organization or arrangement, or group of States acting independently under its ultimate authority. ... The actual conduct of the mission at both operational and tactical level is in the hands of the regional organization and/or participating States.”

‘effective control’ เนื้อกองกำลัง KFOR หรือไม่ การที่ศาลใช้หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยที่ผิด ทำให้ศาลได้ผลลัพธ์ที่เป็นปัญหา เพราะ ศาลใช้ข้อมติที่ 1244 ในการมอบอำนาจ (Delegation) ของคณะมนตรีความมั่นคงให้แก่กองกำลัง KFOR แล้วสรุปว่า การกระทำของกองกำลัง KFOR ได้กระทำตามอำนาจที่ได้รับมอบมา โดยให้ถือว่าเป็นการกระทำขององค์การสหประชาชาติ แทนที่ศาลจะพิจารณาว่าคณะมนตรีความมั่นคง (หรือ NATO) มี ‘Effective Control’ หรือไม่

ในส่วนของหน้าที่การปลดชนวนระเบิด ถ้าศาลใช้หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ ก็จะสามารถวินิจฉัยได้อย่างถูกต้องว่า อำนาจการปลดชนวนระเบิดนั้น เป็นของฝรั่งเศส<sup>283</sup> ทั้งนี้ เนื่องจาก ในกรณีของกองกำลัง KFOR รัฐที่ส่งกองกำลังยังคงมีอำนาจอยู่หลายประการ เช่น รัฐมีเขตอำนาจทั้งทางแพ่งและทางอาญา, บุคลากรมีความคุ้มกันจากการจับกุมขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งรัฐเท่านั้นที่มีสิทธิในการสละความคุ้มกัน, รัฐแต่ละรัฐมีกฎหมายใช้กำลังเป็นของตนเอง<sup>284</sup>, การตัดสินใจที่จะวางกองกำลังและการสนับสนุนทางการเงินมาจากรัฐ, ทหารในกองกำลังสวมชุดของรัฐและใช้ธงของรัฐ, กองกำลัง KFOR จึงขึ้นตรงกับผู้บัญชาการของรัฐ (National Commander), ทหารมีสิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามคำสั่งที่อาจขัดแย้งกับผลประโยชน์ของรัฐตนได้ จะเห็นได้ว่า แม้ว่ากองกำลัง KFOR จะมีแนวทางปฏิบัติเป็นของตนเอง แต่กองกำลัง KFOR ก็ปฏิบัติตามคำสั่งที่มาจากผู้บัญชาการของรัฐเท่านั้นเอง ดังนั้น ถ้าการละเมิดสิทธิมนุษยชนเกิดขึ้นจากการกระทำของกองกำลัง KFOR รัฐก็เป็นผู้ที่อยู่ในฐานะที่จะต้องป้องกันการกระทำดังกล่าว จะเห็นได้ว่า จากอำนาจต่างๆเหล่านี้ รัฐจึงมี ‘Effective Control’ เนื้อกองกำลัง KFOR<sup>285</sup>

<sup>283</sup> Sadia R. Sorathia, “Behrami v. France: An Unfortunate Step Backwards in the Protection of Human Rights”, p.285.

“Because the Court applied the wrong test, the Court reached a troublesome conclusion. The Court held that Resolution 1244 was a delegation of the Security Council’s powers to KFOR. The Court concluded that any act KFOR performed pursuant to its delegated powers is thus attributable to the UN. Instead, the Court should asked if the Security Council exercised effective control over the troops so as to render the failure to demine attributable to the UN. Had the Court applied the effective control test found in draft article 5 of International Responsibility, the Court would have arrived at the correct conclusion that the failure to demine was attributable to France.”

<sup>284</sup> อำนาจการควบคุมบังคับบัญชาของรัฐนั้นแตกต่างจากกฎหมายใช้กำลัง เพราะ แม้กองกำลัง KFOR จะใช้กฎหมายใช้กำลังร่วมกัน แต่การตีความของแต่ละรัฐนั้นจะแตกต่างกันไปหรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า ‘national caveats’ ที่แต่ละรัฐจะต้องปฏิบัติตาม

<sup>285</sup> Sadia R. Sorathia, “Behrami v. France: An Unfortunate Step Backwards in the Protection of Human Rights”, pp.290-291.

“...The contributing State’s retention of substantial powers over their troops is evidence that the State had effective control over the demining conduct. Troops fell within the exclusive jurisdiction of their nation-state for civil and criminal matters. KFOR was immune from retained the right to waive this immunity. Additionally, each nation established and followed individual rules of engagement. Deployment decisions and soldiers wore national uniforms with their national flags. Further, States were financially liable for damage caused by the troops. Most importantly, KFOR troops were directly answerable to their national commander. The soldiers were allowed to refuse to perform an order if it conflicted with the individual States’s national objective and interests. Although KFOR issued directives, the troops only acted on their

จากเหตุผลต่างๆเหล่านี้ เมื่อนำปรับใช้กับกรณีในส่วนของหน้าที่ในการจับกุม จะเห็นได้ว่า ศาลละทิ้งประเด็นในเรื่องกฎการใช้กำลัง และเรื่องอำนาจของผู้บังคับบัญชาของรัฐที่มีอำนาจในการสละความคุ้มกันเร็วเกินไป ศาลไม่อธิบายเลยว่าสิ่งต่างเหล่านี้มีผลกระทบเหนืออำนาจบังคับบัญชาทางยุทธการของ NATO ได้ โดยที่ NATO เคยออกมายอมรับว่า การตีความ ‘national caveats’ ที่แตกต่างกันนี้ ทำให้ประสิทธิภาพของกองกำลัง KFOR ลดประสิทธิภาพลง ดังนั้น จึงเห็นว่า การกระทำของ KFOR สามารถถือได้ว่าเป็นของรัฐมากกว่าของ NATO<sup>286</sup>

#### 4.1.3 ประเด็นรัฐจำเลยมีความรับผิดชอบแม้ปฏิบัติหน้าที่ในนามขององค์การสหประชาชาติ

เมื่อพิจารณาจากคำฟ้องของโจทก์ ประเด็นที่ศาลจะต้องวินิจฉัย ก็คือ การกระทำของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพเป็นของรัฐจำเลยหรือไม่ ดังนั้นการที่ศาลวินิจฉัยเพียงแต่ว่า การกระทำของกองกำลังเป็นขององค์การสหประชาชาติเท่านั้น ไม่ใช่สิ่งที่โจทก์ฟ้องให้ศาลวินิจฉัย แท้จริงแล้วศาลจะต้องวินิจฉัยในประเด็นที่ว่ารัฐภาคีซึ่งเป็นจำเลยมีความรับผิดชอบหรือไม่ (อย่างน้อยหนึ่งรัฐ) ซึ่งการที่จะให้รัฐมีความรับผิดชอบในการกระทำของกองกำลังดังกล่าวตามที่โจทก์ได้ยกข้อกล่าวอ้างมานั้น เป็นประเด็นที่จะต้องพิจารณาตาม ข้อ 61 ของร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ ที่ได้วางหลักไว้ว่า

“1. รัฐสมาชิกขององค์การระหว่างประเทศ จะต้องมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศ ถ้าถือเอาประโยชน์จากข้อเท็จจริงที่ว่าองค์การระหว่างประเทศมีความสามารถเป็นประธานทำการแทนในพันธกรณีของรัฐ ซึ่งรัฐหลีกเลี่ยงพันธกรณีโดยให้องค์การระหว่างประเทศกระทำการนั้นแทน เพราะหากรัฐกระทำเองแล้วจะเป็นการละเมิดพันธกรณี

2. จากวรรคแรก สามารถนำมาปรับใช้ได้ ไม่ว่าการกระทำดังกล่าวจะเป็นความผิดสำหรับองค์การระหว่างประเทศหรือไม่”<sup>287</sup>

### จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

national commander’s specific orders. If a human rights violation were to occur through KFOR actions, the participating nation-states were undoubtedly in the position to prevent or respond to such a violation. The nation-state could make a national order preventing the troops from participating in such a human rights violation. Such an extent of State power over the competency of the soldiers constitutes a decisive degree of effective control over the troops.”

<sup>286</sup> Alexander Breitegger, “Sacrificing the Effective of the European Convention on Human Rights on the Altar of the Effective Functioning of Peace Support Operations: A critique of Behrami & Saramati and Al-jedda”, pp.171-172.

“In my view the court also too readily dismissed the argument that the power conferred on national commanders to waive immunities may undermine the effectiveness of NATO over KFOR as a general matter. The Court found that it was not explained how this could affect the effectiveness of NATO operational command. ... Thus I conclude that there may indeed have been a basis for the court to find that KFOR conduct must attributed to the troop contributing states rather than NATO.”

<sup>287</sup> DARIO,

คดีที่สนับสนุนหลักกฎหมายในร่างข้อบทข้อกฎหมายนี้ปรากฏอยู่ในบริบทคดีของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป<sup>288</sup> เช่น ในคดี *Matthews v. United Kingdom* ที่วางหลักเกณฑ์ว่ารัฐอาจมีความรับผิดชอบตามอนุสัญญาฯ ได้ แม้ว่ารรัฐจะได้อำนาจให้กับองค์การระหว่างประเทศกระทำการแทนตนแล้วก็ตาม<sup>289</sup> และในคดี *Waite and Kennedy v. Germany* ศาลได้วินิจฉัยในประเด็นที่ โจทก์อ้างว่าเยอรมันในฐานะรัฐสมาชิกขององค์การ *European Space Agency* ได้ละเมิดพันธกรณีว่าด้วยเรื่องสิทธิการได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมตามข้อ 6 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เพราะเยอรมันไม่รับฟ้องกรณีที่ *European Space Agency* เลิกสัญญาจ้างโดยผิดกฎหมาย โดยเยอรมันให้ความคุ้มกันแก่องค์การดังกล่าว ศาลได้อธิบายในประเด็นนี้ว่า

“เมื่อรัฐต่างๆ ตั้งองค์การระหว่างประเทศเพื่อที่จะดำเนินการหรือทำความร่วมมือร่วมมือระหว่างกันให้เข้มแข็งขึ้นในบางกิจกรรม และเมื่อรัฐเหล่านี้ให้อำนาจบางประการแก่องค์การ และยอมรับให้องค์การมีความคุ้มกันเพื่อเป็นการปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐานแล้ว กรณีอาจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ ถ้าหากว่ารัฐภาคีหลีกเลี่ยงพันธกรณีตามอนุสัญญาที่ถือว่าเป็นของตน”<sup>290</sup>

ต่อมาศาลได้ยืนยันถึงหลักการเดิมอีกครั้งในคดี *Bosphorus Hava Yollaryve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland* ศาลได้วินิจฉัยในประเด็นเกี่ยวกับการที่ไอร์แลนด์ได้จับกุมเครื่องบินของตุรกี โดยอาศัยอำนาจตาม EC Regulations ที่เป็นมาตรการที่ออกตามข้อมติของคณะมนตรีความ

Article 61 “1. A State member of an international organization incurs international responsibility if, by taking advantage of the fact that the organization has competence in relation to the subject-matter of one of the State’s international obligations, it circumvents that obligation by causing the organization to commit an act that, if committed by the State, would have constituted a breach of the obligation.”

2. Paragraph 1 applies whether or not the act in question is internationally wrongful for international organization.”

<sup>288</sup> DARIO, with commentaries, 2011, p.94, para.(3).

<sup>289</sup> *Matthews v. United Kingdom*, App. No.24833/94, European Court of Human Rights, Grand Chamber judgment of 18 February 1999, paras.31-32

“[t]he Convention does not exclude the transfer of competences to international organizations provided that Convention rights continue to be ‘secured’. Member State responsibility therefore continues even after such a transfer.”

<sup>290</sup> *Waite and Kennedy v. Germany*, App. No. 26083/94, European Court of Human Rights, Grand Chamber Judgment of 18 February 1999, para.67.

“Where States establish international organizations in order to pursue or strengthen their cooperation in certain fields of activities, and where they attribute to these organizations certain competences and accord them immunities, they may be implications as to protection of fundamental rights. It would be incompatible with the purpose and object of the Convention, however, if the Contracting States were thereby absolved from their responsibility under the Convention in relation to the field of activity covered by such attribution.”

มันคงตามความหมวดที่ 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ว่าเป็นการละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญาว่าด้วยเรื่องสิทธิในทรัพย์สินหรือไม่ศาลได้อธิบายว่า

“การที่รัฐภาคีหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบตามอนุสัญญาในกรณีที่มีการถ่ายอำนาจเป็นการไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา รัฐควรจะมีควมรับผิดชอบในข้อผูกพันตามอนุสัญญาอันเนื่องมาจากการมีผลบังคับใช้ของอนุสัญญา”<sup>291</sup>

ในคดีนี้ ศาลได้พิพากษาให้ไอร์แลนด์ยังคงมีความรับผิดชอบ เพราะการกระทำความผิดมาจากการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐและการกระทำความผิดอยู่ในดินแดนของรัฐ แม้ว่ารัฐจะได้ถ่ายอำนาจให้กับองค์การระหว่างประเทศแล้วก็ตาม และศาลยังได้สร้างหลักเกณฑ์ “Equivalent Protection” ขึ้นมาอีกด้วยโดยกล่าวว่า

“การกระทำของรัฐที่สอดคล้องกับพันธกรณีตามกฎหมาย (ของการเป็นรัฐสมาชิก EC) นั้นชอบด้วยกฎหมายเท่าที่องค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องนั้นปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐาน ทั้งในส่วนของสารบัญญัติและกระบวนการที่ควบคุมในลักษณะที่พิจารณาได้ว่าอย่างน้อยที่สุดก็เทียบเท่ากับที่อนุสัญญานั้นกำหนด โดยการ ‘เทียบเท่า’ นี้ ศาลหมายถึงสามารถเปรียบเทียบได้ กล่าวคือ การคุ้มครองขององค์การระหว่างประเทศต้องเหมือนกัน และสามารถตอบสนองต่อผลประโยชน์ของการดำเนินการร่วมมือระหว่างประเทศ”<sup>292</sup>

ข้อสันนิษฐานที่ว่า การคุ้มครองที่เทียบเท่ากันนี้สามารถถูกหักล้างได้ ถ้าการคุ้มครองเช่นนั้นขาดแคลนอย่างชัดเจน (manifestly deficient) ซึ่งในคดี Bosphorus ศาลเห็นว่าในระบบ EC มีความคุ้มครองที่เทียบเท่ากับในระบบอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานแล้ว ไอร์แลนด์จึงยังมีความรับผิดชอบอยู่ เพราะถือว่าการกระทำความผิดโดยกองกำลังนั้นได้รับอำนาจมาจาก

<sup>291</sup> Bosphorus Hava Yollaryve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland, App. No. 45036/98, European Court of Human Rights, Grand Chamber Judgment of 30 June 2005, para.154.

“absolving Contracting States completely from their convention responsibility in the areas covered by such a transfer would be incompatible with the purpose and object of the Convention; the guarantees of the Convention could be limited or excluded at will, thereby depriving it of its peremptory character and undermining the practical and effective nature of its nature of its safeguards [...]. The State is considered to retain Convention liability in respect of treaty commitments subsequent to the entry into force of the Convention”

<sup>292</sup> Ibid, para.155.

“State action taken in compliance with such legal obligations [of membership in the EC] is justified as long as the relevant organization is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, in manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides [...]. By ‘equivalent’ the Court means ‘comparable’; any requirement that the organization’s protection be ‘identical’ could run counter to the interest of international cooperation pursued [...]. ”

เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของไอร์แลนด์ที่จะมีดุลพินิจในการตัดสินใจกระทำการ และการกระทำความผิดนั้นได้กระทำลงในดินแดนของรัฐจำเลยด้วย

แต่ในคดี Behrami และคดี Saramati ศาลได้ให้เหตุผลว่า ศาลไม่สามารถที่จะตีความอนุสัญญาฯไปในทางที่ให้การกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของรัฐที่ได้ทำไปตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงและเป็นไปในทางที่กระทำไปเนื่องจากการปฏิบัติการเข้ามาอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลได้ เพราะหากศาลตีความเช่นนั้นแล้ว ก็จะเป็นการแทรกแซงการปฏิบัติการขององค์การสหประชาชาติ คดีนี้จึงต่างจากคดี Bosphorus เพราะ ไม่ได้เกิดขึ้นในดินแดนรัฐจำเลยหรือการตัดสินใจจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐจำเลยการกระทำความผิดของกองกำลัง UNMIK และกองกำลัง KFOR ไม่สามารถถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐจำเลย ทั้งนี้เมื่อศาลได้วินิจฉัยว่า การกระทำความผิดเป็นขององค์การสหประชาชาติแล้ว ศาลก็ได้ละทิ้งประเด็นว่ารัฐจำเลยมีความรับผิดชอบหรือไม่เมื่อได้ถ่ายอำนาจให้องค์การระหว่างประเทศออกไปจากการพิจารณาคดี ทั้งนี้อาจเป็นเพราะ ศาลยังไม่พร้อมที่จะใช้หลักเกณฑ์ในร่างข้อบทดังกล่าว เนื่องจาก สถานะทางกฎหมายของข้อ 61 นี้ยังคงเป็นเพียงหลักกฎหมายที่ยังต้องมีการพัฒนา (Progressive Development) ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ และยังคงใช้อยู่แค่ในบริบทของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานเท่านั้นตามที่ร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศได้อธิบายไว้ ยิ่งไปกว่านั้น ศาลยังไม่ได้กล่าวว่าการกระทำที่ได้รับอนุญาตตามข้อมติโดยคณะมนตรีความมั่นคง ภายใต้หมวดที่ 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติอยู่เหนือหรือยกเว้นพันธกรณีตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ตามนัยยะข้อ 103<sup>293</sup> แห่งกฎบัตรสหประชาชาติหรือไม่อย่างไรอีกด้วย เพราะถือว่าเกินประเด็นแห่งคดี

#### 4.2 ความท้าทายของศาลในการใช้หลักเกณฑ์การวินิจฉัยความรับผิดชอบในการกระทำของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพที่แตกต่างจากร่างข้อบทกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ

จากการศึกษาร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศในบทที่ 2 ในส่วนของเรื่องการวินิจฉัยว่าการกระทำความผิดนั้นเป็นการกระทำขององค์การระหว่างประเทศหรือไม่ (Attribution of Conduct) โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อ 7 เรื่องการที่มีองค์กรของรัฐหรือองค์กร/เจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศอื่นมากระทำในนามของอีกองค์การระหว่างประเทศหนึ่ง (Placed at Disposal) เกิดปัญหาว่าหลักกฎหมายดังกล่าวมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (International Customary Law) หรือไม่ เพราะถ้าหากยังไม่ถือว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ก็จะไม่เป็นกฎหมายที่สภาพบังคับที่จะผูกพันศาลให้ต้องวินิจฉัยคดีตามหลักกฎหมายดังกล่าว

<sup>293</sup> กฎบัตรสหประชาชาติ, ข้อ 103 “ในกรณีแห่งการขัดแย้งระหว่างข้อผูกพันของสมาชิกสหประชาชาติตามกฎบัตรฉบับปัจจุบัน และตามข้อผูกพันตามความตกลงระหว่างประเทศอื่นใด ข้อผูกพันตามกฎบัตรฉบับปัจจุบันจักต้องใช้บังคับ”

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศแล้ว เห็นได้ว่ายังไม่มีทางปฏิบัติที่ชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่จะสรุปได้ว่า หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศนั้นเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้วหรือไม่ เนื่องจากปัญหาทางปฏิบัติที่จะต้องปรับใช้หลักกฎหมายนี้ ก็คือการกระทำความผิดของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพนั่นเอง<sup>294</sup> และไม่มีตัวอย่างปัญหาในกรณีอื่นๆที่พอจะปรับใช้หลักกฎหมายในเรื่องนี้ได้ อย่างไรก็ตามแม้ร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศจะเป็นเพียงร่างกฎหมาย ซึ่งมีได้เป็นที่สุดแล้วก็ตาม ก็เป็นแนวทางที่มีคุณค่า เพราะได้รับการสนับสนุนอย่างกว้างขวางจากสังคมระหว่างประเทศ<sup>295</sup>

ดังนั้น การที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ได้ใช้หลักเกณฑ์ ‘Ultimate Authority and Control’ ที่มีหลักการแตกต่างจากหลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ อย่างสิ้นเชิงในคดี Behrami และคดี Saramati แม้ว่าจะเป็นคำตัดสินในคดีที่อยู่ในขั้นตอนการรับฟ้อง (Admissibility Decision) ไม่ใช่คำพิพากษาในเนื้อหาแห่งคดี (Merits) และไม่ปรากฏว่าใช้เสียงข้างมากเท่าใดในการวินิจฉัย อีกทั้งยังไม่มีความเห็นแย้งแสดงในคำตัดสินด้วย<sup>296</sup> แต่คดีนี้ก็มีความสำคัญมาก เพราะเป็นคดีแรกในชั้นศาลระหว่างประเทศที่ศาลจะต้องวินิจฉัยการกระทำความผิดของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพจึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นความพยายามที่จะท้าทายของศาลในการเสนอหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้วางไว้ โดยการที่ศาลจะใช้หลักเกณฑ์ที่แตกต่างจากร่างข้อบ่งชี้ที่ย่อม

<sup>294</sup> Kjetil Mujezinovic Larsen, “Attribution of Conduct in Peace Operations: The ‘Ultimate Authority control’ Test”, p.518.

“While certain elements of the responsibility of international organizations may have acquired this status, there seems not to be sufficient practice either by states or by international organizations with regard to Draft Article 5 (now article 7) DARIO to enable one to draw this conclusion. Most of the practice concerning attribution of conduct of state organs being placed at the disposal of international organizations concerns peacekeeping forces, and it is at least difficult to claim the status of international customary law for a rule that is not supported by this practice.”

<sup>295</sup> Sadia R. Sorathia, “Behrami v. France: An Unfortunate Step Backwards in the Protection of Human Rights”, p.286.

“Although the Articles on Responsibility of international Organizations are only in the drafting phrase, the ILC has provisionally adopted the articles. Even though the articles are not definitive statement on international law, the ILC’s work on the international organizations is nonetheless a valuable guide on how to approach the issue of attribution when dealing with international organizations and nation-states. The draft articles on international responsibility have already gained large support in the international community;...”

<sup>296</sup> Marko Milanovic, TatjanaPacic, “As Bad As it Gets: The European court of Human Rights’s Behrami and Saramati decision and General International Law”, p.293.

“The Court’s Behrami decision has one more regrettable feature. Since the Behrami decision is, despite its great significance, ‘just’ an inadmissibility decision of the Court, all that it says in its operative part is that it was decided by majority. The decision does not state, however, by show large a majority was rendered; nor are there any separate or dissenting opinions attached to it

เป็นดุลพินิจของศาลที่จะเลือกใช้หลักเกณฑ์ที่ตนเห็นว่าเหมาะสม ซึ่งแนวความคิดของศาลที่ใช้หลักเกณฑ์ ‘Ultimate Authority and Control’ ก็ไม่ใช่หลักการที่เกิดขึ้นใหม่ แต่ศาลนำแนวความคิดดังกล่าวมาจากนักวิชาการชื่อ Sarooshi ที่ถือว่าเป็นแนวความคิดหนึ่งอันแตกต่างไปจากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศซึ่งถือเป็นแนวความคิดของนักวิชาการกระแสหลักเท่านั้น

เมื่อพิจารณาจากคำตัดสินของศาล ศาลได้อธิบายคำว่า ‘delegation’ หมายถึงการที่คณะมนตรีความมั่นคงมอบอำนาจให้องค์การอื่นไปทำหน้าที่ของตน ซึ่งแตกต่างจากคำว่า ‘authorise’ ที่หมายถึง การที่คณะมนตรีความมั่นคงไม่สามารถปฏิบัติเองได้จึงอนุญาตให้องค์การอื่นทำหน้าที่แทนตนซึ่งจากทางปฏิบัติของคณะมนตรีความมั่นคง ความแตกต่างระหว่างคำสองคำนี้ไม่เคยเกิดขึ้นเลย เนื่องจากในข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงโดยปกติแล้วจะใช้คำว่า ‘authorization’ เสมอ ไม่ใช้คำว่า ‘delegation’ เลย (รวมถึงข้อมติที่ 1244 ด้วย)<sup>297</sup> และศาลยังใช้ทฤษฎีของนักวิชาการ Sarooshi ที่ให้ความสำคัญกับการมอบอำนาจ (Delegation Model) ว่ามีการมอบอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งมีสถานะเหมือน *Delege Ferenda* มากกว่า แต่ศาลเห็นว่าเป็นแนวทางที่เหมาะสมในการวินิจฉัยปัญหาเหมือน *Lex lata* โดยไม่อธิบายเลยว่าทำไมถึงเหมาะสม และไม่อธิบายเลยว่าทำไมถึงไม่ใช่หลักกฎหมายเรื่องการวินิจฉัยว่าการกระทำความผิดถือเป็นขององค์การใด (Attribution) มาปรับใช้กับคดีนี้<sup>298</sup> ซึ่งปัญหาของแนวทางของ Sarooshi นี้ ก็คือ ถ้าองค์การสหประชาชาติได้มอบอำนาจแต่งตั้งองค์การให้ปฏิบัติหน้าที่แทนตน (Delegation of Powers) ที่ชอบด้วยกฎหมายว่าด้วยองค์การระหว่างประเทศแล้ว (Institutional Law) ก็จะต้องถือว่าการกระทำความผิดเป็นขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งกรณีการวินิจฉัยดังกล่าวนี้แท้จริงแล้วจะต้องพิจารณาตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจึงสืบสนระหว่างกฎหมายภายในขององค์การระหว่างประเทศกับกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ<sup>299</sup> โดย ‘Delegation Model’ ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายองค์การระหว่างประเทศนั้น

<sup>297</sup> Alexander Breitegger, “Sacrificing the Effective of the European Convention on Human Rights on the Altar of the Effective Functioning of Peace Support Operations: A critique of Behrami & Saramati and Al-jedda”, p.167.

“The Court explained that “the term ‘delegation’ in the present decision refers to the empowering by the Council of another entity to exercise its function as opposed to ‘authorising’ an entity to carry out functions which it could not itself perform.” This difference between “delegation” and “authorization” is not borne out by the practice of the UN Security Council, as the Council regularly uses the wording of “authorizes” and not “delegates” in its resolutions, including in SC Res.1244.”

<sup>298</sup> Francesco Messineo, “Thing could only get better: Al-Jedda beyond Behrami”, p.8.

“Sarooshi’s construction is problematic, ..., the theoretical framework of delegation is not unanimously accepted. While many recognize it as a very important original contribution to the conceptualization of Security action, the theory of ‘delegation’ is slightly divorced from practice – more ‘*delege ferenda*’ than *lex lata*, ..., the ECtHR implicitly adopted it as the *lex lata* without explanation.”

<sup>299</sup> Russell Buchan, “UN peacekeeping operations: when can unlawful acts committed by peacekeeping forces be attributed to the UN?”, *Legal Studies* (2012), p.297.

“...whether or not the delegation of power was lawful is a matter of institutional law, ie.was the delegation of that specific power in conformity with the constituent treaty of that organizations?



ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศเลย กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าการวินิจฉัยองค์การขององค์การระหว่างประเทศจะสามารถมอบอำนาจให้อีกองคภาวะหนึ่งโดยชอบหรือไม่ นั้น เป็นเรื่องของกฎหมายในขององค์การระหว่างประเทศ แต่หลักเกณฑ์การวินิจฉัยการกระทำ (Rule of Attribution) และหลักเกณฑ์เรื่องความรับผิดชอบระหว่างประเทศ (Rule of International Responsibility) โดยทั่วไปแล้วเป็นหลักเกณฑ์ลำดับรอง (Secondary rules) ซึ่งปรับใช้ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายพิเศษ

อย่างไรก็ตาม ด้วยความเคารพต่อผลงานทางวิชาการของ Prof. Danesh Sarooshi จะต้องขอกล่าวว่า ในขณะที่ Sarooshi ได้เขียนหนังสือของเขานั้น คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศยังมิได้ริเริ่มทำการยกร่างร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ และร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐก็ยังมีได้เสร็จสมบูรณ์ แต่ Sarooshi ได้ใช้ข้อ 5 ของร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐที่วางหลักให้ การกระทำของบุคคลหรือองคภาวะใดที่ไม่ใช่องค์กรของรัฐ เมื่อได้รับอำนาจจากกฎหมายให้ใช้อำนาจทางรัฐบาลของรัฐก็สามารถถือได้ว่าการกระทำนั้นเป็นของรัฐได้ ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ มาเทียบเคียงเพื่อปรับใช้กับกรณีขององค์การระหว่างประเทศ จากหลักดังกล่าวจะทำให้องค์การระหว่างประเทศจะต้องรับผิดชอบหากได้มอบอำนาจบางประการให้กับรัฐ ซึ่งในความเห็นของ Marko Milanovic และ Tatjana Papic นั้นเห็นว่า Sarooshi มององค์การระหว่างประเทศว่ามีลักษณะเช่นเดียวกับรัฐ แต่ข้อ 5 ของร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐนั้นมิจุดประสงค์เพื่อมิให้รัฐไม่สามารถหลีกเลี่ยงความรับผิด ในกรณีที่รัฐมอบอำนาจหรือแต่งตั้งบุคคล/องคภาวะอื่นๆให้ทำหน้าที่ให้กับรัฐ แม้ว่าในระดับประเทศแล้วองคภาวะดังกล่าวจะไม่ถือว่าเป็นองค์กรของรัฐก็ตาม แต่ก็ยังถือได้ว่าอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐอยู่ ซึ่งเหตุผลดังกล่าวนี้ไม่สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีขององค์การระหว่างประเทศที่มอบอำนาจให้รัฐกระทำหน้าที่แทนตนได้ เพราะรัฐเป็นผู้ก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศและรัฐนั่นเองที่ เป็นผู้กระทำการต่างๆแทนองค์การระหว่างประเทศ ดังนั้นรัฐจึงไม่อาจหลีกเลี่ยงความรับผิดของตนไปได้<sup>300</sup>

---

But whether an unlawful act can be attributed to an international organization is a matter to be determined by the law relating to the responsibility of international organizations. ... The ECtHR has seriously confused international institutional law and the law relating to the responsibility of international organizations.”

<sup>300</sup> Marko Milanovic, Tatjana Papic, “As Bad As it Gets: The European court of Human Rights’s *Behrami and Saramati* decision and General International Law”, pp.284-285.

“... the Court picked up its whole delegation-means-attribution rationale from the work of a single author, Professor Sarooshi. However, Sarooshi did not base his analysis on the rule of attribution dealing with the situation in which a State places one of its organs at the disposal of an international organization. Of course, at the time Sarooshi wrote his book, the ILC had not begun to draft its articles on the responsibility of international organizations, nor had it even completed its work on State responsibility. Indeed, Sarooshi used Article 5 of the ILC’s work on State Responsibility, to fashion an analogous rule applicable to international organizations. Article 5 of the Articles on State Responsibility deals with the conduct of persons or entities exercising elements of government authority, and provides that:

‘... conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the

แม้ในเวลาต่อมา แนวความคิดของศาลที่ใช้หลักเกณฑ์ ‘Ultimate Authority and Control’ จะยังได้ถูกนำมาอ้างในคำพิพากษาในคดีอื่นๆ อีกเช่น *Kasumaj v. Greece*<sup>301</sup>, *Gajic v. Germany Beric and others v. Bosnia and Herzegovina*<sup>302</sup> แต่ก็ได้รับการวิจารณ์จากนักวิชาการส่วนใหญ่ เพราะจะทำให้สหประชาชาติที่เป็นผู้ก่อตั้งกองกำลังจะต้องรับผิดชอบในทุกกรณี เพราะยังถือว่ามีอำนาจและการควบคุมสูงสุดอยู่ แม้ว่าสหประชาชาติจะไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องในการควบคุมบังคับบัญชาเหนือการกระทำความผิดของกองกำลังเลยก็ตาม โดยยกเว้นความรับผิดชอบของรัฐในการกระทำเดียวกันโดยสิ้นเชิง รัฐจะรับผิดชอบก็ต่อเมื่อมีการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาขององค์การสหประชาชาติเท่านั้น<sup>303</sup> อาจกล่าวได้ว่า ศาลได้ใช้หลักเกณฑ์ที่ผิดพลาดในการปกป้องสิทธิมนุษยชนในกรณีการกระทำความผิดของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ เพราะมิใช่เพียงแต่ป้องกันมิให้ศาลพิจารณาการกระทำความผิดของบุคลากรของรัฐที่ได้รับอนุญาต (authorise) จากคณะมนตรีความมั่นคงเท่านั้น แต่ยังทำให้งานร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศเกิดความยุ่งยาก โดยเป็นการขัดขวางการเกิดขึ้นของแนวปฏิบัติที่จะใช้ในการวินิจฉัยการกระทำความผิดของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพให้เป็นไปแนวเดียวกัน

หากศาลยังยืนยันใช้หลักเกณฑ์เดิม ก็ส่งผลกระทบต่อองค์การสหประชาชาติจะต้องรับผิดชอบทุกกรณี ซึ่งก็ยังไม่มีการใดที่จะมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเหนือการกระทำความผิดขององค์การ

government authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance.’

For Sarooshi, this rule, when transposed to the context of international organizations, would render an organization responsible when it delegated some of its powers to a State.

In our view, the problem with Professor Sarooshi’s analysis is that he thinks of international organizations as if they were States. The rationale behind Article 5 of the Articles on State Responsibility is that States, which are, on the international plane, seen as aggregates of all persons and entities subordinates to them, may not escape their responsibility by delegating their functions at domestic level to entities which nominally may not be their organs, but are still essentially within their sphere of plenary control. That same rationale cannot apply to the context of international organizations delegating their functions to States, as the situation is precisely the reverse from the domestic level. It is States who set up international organizations, among other things so they can avoid their own responsibility, not the other way around, and it is most commonly through States that an organization may act.”

<sup>301</sup> *Kasumaj v. Greece*, App. No.694/05, European Court of Human Rights 2007.

<sup>302</sup> *Gajic v. Germany*, App. No. 31446/02, European Court of Human Rights 2007.

<sup>303</sup> Russell Buchan, “UN peacekeeping operations: when can unlawful acts committed by peacekeeping forces be attributed to the UN?”, p.297.

“...in, *Behrami and Saramati* the ECtHR was firmly of the opinion that where the UN exercises ultimate authority and control over a peacekeeping force it will be held exclusively liable for unlawful acts committed by peacekeepers; the liability of the UN precludes the troop contributing country from being held liable for the same unlawful act. The troop contributing country will only be held liable where it has specifically instructed its national contingent to contravene orders issued by the UN Force Commander.”

สหประชาชาติ และองค์การสหประชาชาติสามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลภายในได้ ทำให้ผู้เสียหายจากการกระทำความผิดของกองกำลังไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้องเพื่อให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายได้ คดีที่เกิดขึ้นภายหลังคดี Behrami และคดี Saramati จึงไม่ได้ใช้หลักเกณฑ์ที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้วางไว้ ทั้งศาลภายใน เช่น คดี Nuhanovic v. The Netherlands และคดี Mutafic-Mujic v. The Netherlands หรือแม้แต่ในศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเอง ในคดี Al-jedda v. United Kingdom ก็เริ่มที่จะยอมรับที่จะใช้หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ ที่ปรากฏตามร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศแล้วเช่นกันแทนที่จะวินิจฉัยโดยใช้หลักเกณฑ์ ‘Ultimate Authority and Control’ เช่นเดียวกับคำตัดสินในคดี Behrami และคดี Saramati

#### 4.3 การชั่งน้ำหนักระหว่างความมีประสิทธิภาพของปฏิบัติการเพื่อสันติภาพและประสิทธิภาพในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

ถ้าหากพิจารณาตามหลักกฎหมายแล้ว คำตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ในคดี Behrami และคดี Saramati จะได้รับการวิจารณ์อย่างมาก แต่หากพิจารณาในมุมมองของการเมืองระหว่างประเทศแล้ว ก็สามารถเป็นที่ยอมรับได้ในเหตุผลที่ศาลได้วินิจฉัยให้การกระทำความผิดของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพเป็นขององค์การสหประชาชาติ ทั้งนี้ก็เนื่องมาจาก ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปนั้นเป็นศาลในระดับภูมิภาค ก็ย่อมมีความประสงค์ที่จะหลีกเลี่ยงการพิจารณาการกระทำของรัฐภาคีของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เพื่อที่จะมิให้เป็นการทำลายประสิทธิภาพในการให้ความร่วมมือระหว่างรัฐเหล่านี้ กับรัฐที่ไม่ใช่ภาคีของอนุสัญญาฯ ในเรื่องการเข้าร่วมในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพเมื่อจะต้องมาปฏิบัติหน้าที่ภายใต้นามขององค์การสหประชาชาติ<sup>304</sup> เห็นได้จากคำกล่าวตอนหนึ่งในคำตัดสินว่า

“เนื่องจากปฏิบัติการที่ตั้งขึ้นโดยข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงภายใต้หมวดที่ 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติเป็นภารกิจขั้นพื้นฐานขององค์การสหประชาชาติในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ และเนื่องจากการที่จะต้องอาศัยความร่วมมือจากรัฐสมาชิกเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพ จึงไม่สามารถที่จะตีความอนุสัญญาไปในทางที่ให้การกระทำของรัฐสมาชิกที่กระทำไปตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง และในทางการปฏิบัติภารกิจให้มาสู่การพิจารณาของศาลได้ เพราะการกระทำเช่นนั้นจะเป็นการแทรกแซงการปฏิบัติการกิจให้ลุล่วงของสหประชาชาติ รวมถึงประสิทธิภาพของปฏิบัติการได้ตามที่คู่ความบางฝ่ายได้โต้แย้งมา”<sup>305</sup>

<sup>304</sup> Alexander Breitegger, “Sacrificing the Effective of the European Convention on Human Rights on the Altar of the Effective Functioning of Peace Support Operations: A critique of Behrami & Saramati and Al-jedda”, p.173.

“It is submitted that the decision by the court can be understood politically. Thus, the court as a regional human rights court shied away from scrutinizing the conduct of ECHR states parties so as to not prejudice the effective cooperation between these states and others states not party to the ECHR in peace support operation under the auspices of the UN.”

<sup>305</sup> Behrami & Saramati cases, para.149.

อาจกล่าวได้ว่า หากศาลตัดสินให้รัฐสมาชิกของอนุสัญญาฯ มีความรับผิดชอบก็จะทำให้รัฐเหล่านี้ไม่ประสงค์ที่จะเข้าร่วมส่งกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพในอนาคต หรืออาจต้องการเข้ามามีบทบาทหรือมีอิทธิพลเหนือกองกำลังมากกว่ารัฐที่มีใช้สมาชิกอนุสัญญาฯ ซึ่งจะเป็นการบั่นทอนประสิทธิภาพในการปฏิบัติการกิจของปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ แต่ถ้าหากที่ศาลวินิจฉัยให้องค์การสหประชาชาติมีความรับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียว แทนที่จะวินิจฉัยว่าความรับผิดชอบจะเป็นขององคภาวะใด (ไม่ว่าจะเป็นรัฐ องค์การสหประชาชาติ หรือองค์การระหว่างประเทศอื่นๆที่อาจเกี่ยวข้อง) ก็จะเป็นการทำให้รัฐที่ส่งกองกำลังนั้นไม่มีความระมัดระวัง หรือละเลยในการปฏิบัติการกิจ เพราะรัฐเหล่านั้นไม่ต้องการรับผิดชอบคำตัดสินของศาลจึงมีผลเป็นการปกป้องรัฐภาคีมากกว่าที่จะคุ้มครองผู้เสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน ดังนั้น ศาลในฐานะที่เป็นองค์กรตุลาการที่มีจุดประสงค์เพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยตรง จึงสูญเสียความน่าเชื่อถือในด้านการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในบริบทของการกระทำความผิดของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพเป็นอย่างมาก

#### 4.4 ความเหมาะสมของการใช้หลักเกณฑ์ “การมีอำนาจควบคุมอย่างแท้จริง” (Effective Control) ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบในการกระทำของกองกำลังสหประชาชาติปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ

อย่างที่กล่าวไปแล้วข้างต้นว่า หลักเกณฑ์ ‘Ultimate Authority and Control’ นั้นไม่ใช่หลักเกณฑ์ที่เหมาะสมในการใช้วินิจฉัยความรับผิดชอบในการกระทำของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ ดังนั้น ปัญหาต่อมาที่จะต้องพิจารณาก็คือ หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ ที่ร่างโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศนั้นมีความเหมาะสมในการใช้วินิจฉัยแล้วหรือไม่ อย่างไร?

เมื่อพิจารณา จากคดี Nicaragua ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะต้องวินิจฉัยในประเด็นปัญหาที่ว่า การกระทำของกลุ่มกบฏคอนทรา ถือว่าเป็นการกระทำของสหรัฐอเมริกาหรือไม่ โดยถ้าหากสหรัฐอเมริกามี ‘Effective Control’ เหนือการกระทำผิดของกลุ่มกบฏ สหรัฐอเมริกาจะมีความรับผิดชอบ ซึ่งศาลได้วินิจฉัยไปแล้วว่า สหรัฐอเมริกาไม่มีความรับผิดชอบ โดยให้เหตุผล ดังนี้

“การเข้าร่วมของสหรัฐอเมริกา ไม่ว่าจะโดยมีอำนาจเหนือกว่าหรือเด็ดขาดในการจัดการด้านการเงิน การฝึก การจัดหาหรือให้อุปกรณ์แก่คอนทรา การเลือกเป้าหมายทางทหารหรือกึ่งทางทหาร และการวางแผนทั้งหมดของปฏิบัติการ ก็ยังไม่เพียงพอในตนเองที่จะเป็นหลักฐานต่อศาลในการถือว่าการกระทำของคอนทราในปฏิบัติการทางทหารหรือกึ่งทางทหารในนิคารากัวเป็นการกระทำของสหรัฐอเมริกา การเข้าร่วมของสหรัฐอเมริกาในทุก

---

*“Since operations established by UNSC Resolutions under Chapter VII of the UN Charter are fundamental to the mission of the UN to secure international peace and security and since they rely for their effectiveness on support from member states, the Convention cannot be interpreted in a manner which would subject the acts and omissions of Contracting Parties which are covered by UNSC Resolutions and occur prior to or in the course of such missions, to the scrutiny of the Court. To do so would be to interfere with the fulfillment of the UN’s key mission in this field including, as argued by certain parties, with the effective conduct of its operations.”*

รูปแบบที่กล่าวถึงข้างต้นนี้ และการควบคุมโดยทั่วไปของรัฐจำเลยเหนือกองกำลังซึ่งต้องมีการพึ่งพาอาศัยกันในระดับสูง ยังไม่สามารถหมายความได้ว่า สหรัฐอเมริกาสั่งหรือบังคับให้มีการกระทำความผิดที่ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ ถ้าไม่มีหลักฐานเป็นอย่างอื่น”<sup>306</sup>

กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ จากคำพิพากษานี้แสดงให้เห็นว่า ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วางหลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ ว่าต้องการระดับการควบคุมที่สูงมาก โดยรัฐจะต้อง สั่ง หรือ บังคับ (directed or enforced) ให้เกิดการกระทำความผิดกฎหมายขึ้น (ซึ่งถึงแม้ว่าคดี Nicaragua จะมีประเด็นปัญหาทางกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ แต่เนื่องจากองค์การระหว่างประเทศก็มีสภาพบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศเช่นกัน จึงสามารถนำหลักเกณฑ์การวินิจฉัยเรื่องความรับผิดชอบรัฐมาปรับใช้กับหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศได้)

นอกจากนี้ ในส่วนร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ ข้อ 7 เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ข้อ 6 ที่วางหลักไว้ว่า “การกระทำโดยองค์กรของรัฐที่กระทำการในนามของอีกรัฐหนึ่งนั้น จะถือว่าเป็นการกระทำของรัฐผู้รับ ถ้าองค์กรของรัฐผู้ส่งนั้นได้ใช้อำนาจทางรัฐบาลของรัฐผู้รับ”<sup>307</sup> มีข้อสงสัยเกี่ยวกับว่า ในข้อ 6 ของร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบนี้ ได้ใช้คำว่า “อำนาจทางรัฐบาลของรัฐ” (the government authority of the State) เพราะฉะนั้น เมื่อนำมาเทียบเคียงกับกรณีขององค์การระหว่างประเทศจึงไม่สามารถนำมาปรับใช้ด้วยกันได้ แต่หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ ของร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศน่าจะมีความใกล้เคียงกับร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ข้อ 8 ที่วางหลักไว้ว่า “การกระทำของบุคคลหรือองค์การจะถือว่าเป็นการกระทำของรัฐ ถ้าหากบุคคลเช่นนั้นได้กระทำไปโดยคำแนะนำหรือการสั่งการหรือการควบคุมตามความเป็นจริงของรัฐนั้น”<sup>308</sup> มากกว่า เพราะ หลักกฎหมายในข้อ 8 นี้ ใช้

<sup>306</sup> Nicaragua v. United States of America, ICJ Reports 1986, para.115.

“The United States participants, even if preponderant or decisive, in the financing organizing, training, supplying and equipping of the contras, the selection of its military or paramilitary targets, and the planning of the whole of its operations, is still insufficient in itself, on the basis of the evidence in the possession of the Court, for the purpose of attributing to the United States the acts committed by the contras. The fact that the United States participation mentioned above, and even the general control by the respondent State over a force with a high degree of dependency on it, would not in themselves mean, without further evidence, that the United States directed or enforced the perpetration of the acts contrary to [international law].”

<sup>307</sup> ARSIWA,

Article 6 “The conduct of an organ placed at the disposal of a State by another State shall be considered an act of the former State under international law if the organ is acting in the exercise of elements of the governmental authority of the State at whose disposal it is placed.”

<sup>308</sup> Ibid, Article 8 “The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.”

คำว่า “การสั่งการหรือควบคุม”(direction or control) ที่มีความหมายใกล้เคียงกับคำว่า ‘Effective Control’ มากกว่านั่นเอง<sup>309</sup>

แต่ต่อมาศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: ICTY) ได้วินิจฉัยในประเด็นเรื่องการกระทำความผิดถือเป็นการขององค์ภาวะใด ในคดี Tadic<sup>310</sup> ว่าการกระทำความผิดของ Tadicสามารถถือได้หรือไม่ว่าเป็นการกระทำของสาธารณรัฐยูโกสลาเวีย ศาล ICTY พิจารณาว่า หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ ที่ใช้ในคดี Nicaragua นั้น ไม่มีความเหมาะสมในการที่จะนำมาวินิจฉัยกรณีการกระทำความผิดของกลุ่มที่มีการจัดการ (Organized group) แต่กลุ่มที่มีการจัดการหรือกลุ่มที่มีโครงสร้างเป็นลำดับศักดิ์นั้น ควรจะใช้หลักเกณฑ์ ‘Overall Control’ แทนปฏิบัติการเป็นการทั่วไปในการวินิจฉัย เพราะหลักเกณฑ์ ‘Overall Control’ นั้นมีความครอบคลุมทั้งด้านการสนับสนุนทางการเงิน การจัดหายุทธโศปกรณ์แก่กองกำลัง รวมถึงการเข้าร่วมการวางแผน และดูแลปฏิบัติการด้วย โดยไม่จำเป็นต้องมีการสั่งหรือบังคับให้กระทำผิดแต่อย่างใด โดย Stefan Talmon ก็ได้เคยอธิบายหลักเกณฑ์ ‘Overall Control’ ไว้ว่า (1) เป็นการช่วยเหลือทางการเงิน การช่วยเหลือด้านการฝึกฝนหรือการทหาร และ (2) ต้องมีการเข้าร่วมในองค์กร หรือให้ความร่วมมือ หรือร่วมกันวางแผนปฏิบัติการทางทหาร<sup>311</sup> ซึ่งมีหลักการต่างกับหลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ จะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์ ‘Overall Control’ นี้ต้องการระดับของการควบคุมที่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ ‘Effective Control’

แม้กระนั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้ยืนยันที่จะใช้หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ อีกครั้งในคดี Bosnian Genocide โดยปฏิเสธหลักเกณฑ์ ‘Overall Control’ ว่าเป็นการขยายขอบเขตความรับผิดชอบของรัฐ<sup>312</sup> ดังนั้น สำหรับนักวิชาการหลายท่าน รวมถึงคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน

<sup>309</sup> Kjetil Mujezinovic Larsen, “Attribution of Conduct in Peace Operations: The ‘Ultimate Authority control’ Test”, p.514.

“The corresponding provision in the ASR is Article 6, which provides that the conduct of an organ placed at the disposal of a state by another state shall be considered an act of the former state if the organ acting in the exercise of elements the governmental authority of that state. It should be noted here that the reference in Article 6 ASR to ‘the governmental authority of the State’ necessitated an amendment with regard to the responsibility of international organizations, as these do not possess any governmental authority. The ILC has instead opted for a reference to the ‘Effective Control’ over the conduct. This is a similar test used in Article 8 ASR.”

<sup>310</sup> Prosecutor v. Dusko Tadic, IT-94-1, ICTY Decision, 15 July 1999.

<sup>311</sup> Stefan Talmon, “The Responsibility of outside powers for acts of secessionist entities”, *International and Comparative Law Quarterly* (2008), p.506

“...overall control will be found where the state (or organization) (a) provides ‘financial and training assistance, military assistance, military equipment and operational support’ and (b) participates ‘in the organization, coordination or planning of military operations’.

<sup>312</sup> Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), I.C.J Reports 2007.

ระหว่างประเทศ จึงเห็นว่า หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ เป็นหลักเกณฑ์ที่ถูกต้องและเหมาะสมสำหรับใช้ในการวินิจฉัยการกระทำความผิดของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ เพราะ ทำให้สามารถวินิจฉัยชี้ขาดได้ว่าการกระทำเป็นขององค์การระหว่างประเทศหรือรัฐที่ส่งกองกำลัง ดังที่ Terry D. Gill ได้เคยแสดงความเห็นไว้ว่า “หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ เป็นหลักเกณฑ์ที่ดีที่สุดในการใช้วินิจฉัยการกระทำความผิดของปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ เนื่องมาจากตอบสนองต่อความเป็นจริงของปฏิบัติการ และทำให้ความรับผิดชอบ (Accountability) มีช่องว่างน้อยลง”<sup>313</sup>

อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ ในบริบทของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ยังคงมีปัญหาบางประการ เนื่องจากหลักเกณฑ์นี้ต้องการระดับการควบคุมตามความเป็นจริงที่สูงมาก กล่าวคือ จะต้องรับผิดชอบในการกระทำก็ต่อเมื่อมีการออกคำสั่ง หรือมีการบังคับ (directed or enforced) เพราะฉะนั้น แม้จะมีการให้ความช่วยเหลือในด้านต่างๆ เช่น การฝึกฝน การจัดหา ยุทโธปกรณ์ การสารสนเทศ ก็ไม่จำเป็นต้องมีความรับผิดชอบ ดังนั้น แม้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะยืนยัน (ในบริบทของหลักกฎหมายในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ) ว่า หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็ตาม แต่ก็สามารถโต้แย้งได้ว่า ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ไม่ได้คำนึงว่า กลุ่มที่มีการจัดการ (organized group) จะมีระบบการบังคับบัญชาและการควบคุมอย่างชัดเจน ตามที่ศาล ICTY ในคดี Tadic ได้อธิบายไว้ว่า กลุ่มที่มีการจัดการ มีความแตกต่างจากปัจเจกชน โดยที่กลุ่มที่มีการจัดการนั้น จะต้องมีความมีโครงสร้าง สายการบังคับบัญชา และมีกฎเกณฑ์ รวมถึงสัญลักษณ์ทางอำนาจที่แสดงออก อีกทั้งในส่วนของสายการบังคับบัญชานี้จะเป็นตัวกำหนดให้สมาชิกของกลุ่มที่มีการจัดการ ต้องมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำสั่งชี้แนะที่ออกโดยผู้บังคับบัญชา ดังนั้น หากพิจารณาว่ากองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพเป็นกลุ่มที่มีการจัดการแล้ว หลักเกณฑ์ที่ควรใช้ในการวินิจฉัยการกระทำความผิดก็คือ หลักเกณฑ์ ‘Overall Control’ เพราะหากพิจารณาในบริบทของกลุ่มที่มีการจัดการแล้ว ถ้าใช้หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ แล้วก็จะเป็นการทำให้ความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศมีความคลุมเครือ ไม่ตอบสนองต่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมได้<sup>314</sup> แต่เมื่อใช้หลักเกณฑ์ ‘Overall Control’ ก็จะทำให้องค์การระหว่างประเทศมี

---

“ The ‘Overall Control’ test has the major drawback of broadening the scope of State responsibility well beyond the fundamental principle governing the law of international responsibility; a State is responsible only for its own conduct, that is to say the conduct of persons acting, on whatever basis, on its behalf.”

<sup>313</sup> Terry D. Gill, “Legal Aspects of the Transfer of Authority in UN Peace Operations”, p.53.

“ ... ‘Effective Control’ approach is the most logical and reasonable standard for the purposes of attribution of conduct in the context of multinational peace operations. ..., it corresponds best to the realities of such operations and leaves less room for gaps in accountability.”

<sup>314</sup> Russell Buchan, “UN peacekeeping operations: when can unlawful acts committed by peacekeeping forces be attributed to the UN?”, p.300.

“Thus, I submit that at least in the context of organized groups, to determine questions of attribution of unlawful conduct on the basis of the effective control test would be overly narrow the responsibility of international organizations. In short, in the context of organized groups the application of the effective control test produces an accountability gap that cannot be considered in accordance with

ความรับผิดชอบ (ส่วนกรณีของรัฐก็มีความรับผิดชอบเช่นเดียวกันแต่เป็นความรับผิดชอบตามร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐตามข้อ 4 เพราะกองกำลังถือเป็นองค์กรของรัฐ ที่เมื่อไปกระทำความผิดแล้ว รัฐจะต้องมีความรับผิดชอบ) อย่างไรก็ตาม แนวคิดที่ให้ใช้หลักเกณฑ์ ‘Overall Control’ ก็เป็นเพียงอีกแนวทางหนึ่งเท่านั้น เนื่องจากยังคงมีนักวิชาการบางท่านเห็นว่า หลักเกณฑ์ ‘Ultimate Authority and Control’ กับหลักเกณฑ์ ‘Overall Control’ นั้นมีสาระสำคัญเหมือนกัน แตกต่างกันตรงที่การใช้ภาษาที่ต่างกันเท่านั้น

ในปีค.ศ.2012 คดี Nuhanovic v. The Netherlands และคดี Mustafic-Mujic v. The Netherlands ศาลอุทธรณ์ได้ใช้หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ ในการวินิจฉัยการกระทำความผิดของกองกำลัง UNPROFOR ว่าเนเธอร์แลนด์ต้องมีความรับผิดชอบโดยได้ตีความหลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ ว่าให้หมายความรวมถึงอำนาจในการที่จะป้องกัน (Power to Prevent) มิให้การกระทำความผิดเกิดขึ้น ซึ่งเกินความกว้างกว่าการที่เพียงแต่ออกคำสั่งแล้วเมื่อมีการปฏิบัติตามแล้วเป็นความผิดเท่านั้น เห็นได้จากคำพิพากษาของศาลที่กล่าวว่า

“ปัญหาว่ารัฐมี ‘Effective Control’ หรือไม่เป็นคำตอบของกรณีนี้ ซึ่งไม่ได้เพียงแต่แสดงโดยนัยถึงความสำคัญของปัญหาที่ถามว่าการกระทำนั้นปฏิบัติตามคำสั่งที่เฉพาะเจาะจงที่สั่งจากองค์การสหประชาชาติหรือจากรัฐ แต่ต้องพิจารณาปัญหาที่ว่าหากไม่มีคำสั่งที่เฉพาะเจาะจงเช่นนั้นแล้ว องค์การสหประชาชาติหรือรัฐที่มีอำนาจในการป้องกันการกระทำดังกล่าว”<sup>315</sup>

จากคำพิพากษาของศาลในคดีนี้ทำให้หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ นั้นจะต้องพิจารณาว่าองค์การใดอยู่ในตำแหน่งที่จะป้องกันการกระทำความผิดได้ดีที่สุด ซึ่งเป็นพัฒนาการที่สำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกิดขึ้น เพราะ การที่ตีความของศาลเช่นนี้ แสดงให้เห็นถึง การที่ศาลได้รับรู้ถึงข้อจำกัดของหลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ ที่หากตีความว่าหลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ หมายถึงการมีคำสั่งให้กระทำความผิดแต่เพียงอย่างเดียว (ตามบริบทของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ) ก็จะทำให้เป็นการจำกัดความรับผิดชอบที่แคบเกินไป เพราะโดยส่วนมากแล้ว การ

---

international law’s demand of justice. I therefore argue that, notwithstanding the ICJ’s and the International Law Commission’s recent rejection of the overall control test, the test for attribution of unlawful conduct committed by organized groups should be based upon the overall control formula. UN peacekeeping operations can certainly be regarded as organized groups. ... , if the UN were to be held liable for unlawful acts committed by peacekeepers on the basis of the overall control test the liability would also attach to troop contributing countries on the basis of Art 4 of the International Law Commission’s Articles on State Responsibility, which renders states liable in principle for the unlawful acts of its organ (such as its military).”

<sup>315</sup> Nuhanovic, The Hague Court of Appeal Judgment, LJN: BR5388, 5 July 2011, para.5.9.

“The question whether the State had ‘Effective Control’ ... must be answered of the case. This does not only imply that significance should be given to the question whether that conduct constituted execution of a specific instruction, issued by the UN or the State, but also to the question whether, if there was no such specific instruction, the UN or the State had the power to prevent the conduct concerned.”



กระทำความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนจะเกิดขึ้นจากการกระทำของทหารในระดับปัจเจกบุคคล ซึ่งรัฐจะเป็นผู้ที่มีอำนาจในระดับภาคพื้นสนามอันเป็นตำแหน่งที่จะป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดมากที่สุด<sup>316</sup> การตีความของศาลยังเป็นการขยายขอบเขตความรับผิดชอบโดยส่งผลให้รัฐที่ส่งกองกำลังจะต้องคอยดูแลป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดด้วย จะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ ในคดีทั้งสองนี้แตกต่างจากหลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ ในความหมายของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่ศาลใช้ในคดี Nicaragua และคดี Bosnian Genocide อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่า การใช้หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ ในการวินิจฉัยการกระทำความผิดกรณีของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพจะขัดกับคดีของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เพียงแต่รายละเอียดของหลักเกณฑ์มีความแตกต่างกันเท่านั้น<sup>317</sup>

นอกจากนี้ หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ ที่ใช้ในคดี Nuhanovic v. The Netherlands และคดี Mustafic-Mujic v. The Netherlands (ซึ่งหมายความรวมถึง อำนาจในการป้องกัน) ก็ไม่เหมือนกับหลักเกณฑ์ ‘Overall Control’ ด้วย เพราะไม่ได้ขยายความรับผิดชอบของรัฐให้กว้างขึ้นตามที่คำพิพากษา Bosnian Genocide ได้วิจารณ์ไว้แต่อย่างใด เพราะกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพนั้นได้ปฏิบัติหน้าที่ทั้งในนามของรัฐและองค์การสหประชาชาติอยู่แล้ว แต่ข้อเท็จจริงในคดี Nicaragua และคดี Bosnian Genocide นั้น กองกำลังที่กระทำความผิดนั้นไม่มีความสัมพันธ์ทางกฎหมาย (*De Jure*) หรือไม่มีสถานะอย่างเป็นทางการกับรัฐเลย ในขณะที่กองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพนั้นมีความสัมพันธ์ทางกฎหมายทั้งกับรัฐและองค์การสหประชาชาติ<sup>318</sup> เพราะฉะนั้น

<sup>316</sup> Berenice Boutin, “Responsibility of the Netherlands for the acts of Dutchbat in Nuhanovic and Mustafic: the continuous quest for a tangible meaning for “effective control” in the context of peacekeeping”, *Leiden Journal of International Law* (2012), p.529.

“This interpretation acknowledges the limitations on relying on direct orders, given that ‘in many cases, human rights abuses occur at the foot-soldier level, having been ordered neither by the United Nations nor by the relevant state, Accordingly, the various ways in which a state uses its authority and influences operations on the field can place it in the position to ensure that no wrongful conduct is committed by peacekeepers.”

<sup>317</sup> Tom Dannenbaum, “Killing at Srebrenica, effective control, and the power to prevent unlawful conduct”, *International & Comparative Law Quarterly* (2012), p.7.

“Nevertheless, to say that the ‘power to prevent’ interpretation of ‘Effective Control’ diverges from the understanding of ‘Effective Control’ established in Nicaragua is not to say that the application of the former approach to peacekeeping is inconsistent with the ICJ jurisprudence. On the contrary, there is good reason to think that the concept of ‘Effective Control’ applicable to situations such as those considered in the Nicaragua and Bosnian Genocide Cases differs, and indeed ought to differ, from the ‘Effective Control’ standard applicable to peacekeeping (and other scenarios covered by Article 7 of the ILC Draft Articles). ...”

<sup>318</sup> *Ibid*, pp.7-8.

“Although the ‘power to prevent’ interpretation is not at all equivalent to the ‘overall control’ test, it does provide for a broader standard of attribution than the Nicaragua standard. Crucially, however, the fundamental concern expressed in Bosnian Genocide regarding a broadening of that standard of attribution is significantly reduced in the context of UN peacekeeping or other scenarios falling under

หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ ตามร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศจึงไม่ได้สะท้อนถึงหลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ ที่มาจากคดีของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแต่อย่างใด

จะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ จึงเป็นหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมในการวินิจฉัยความรับผิดชอบในการกระทำของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ เห็นได้จากการที่นักวิชาการหลายท่านต่างสนับสนุนให้ใช้หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ ในการวินิจฉัย เช่น

Seyersted ได้แสดงความเห็นว่า “ไม่ว่าจะพิจารณาในแง่ของธรรมนูญหรืออย่างอื่นในการจัดตั้งกองกำลังและปฏิบัติการโดยสหประชาชาติหรือในความสามารถของสหประชาชาติภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปในปฏิบัติการทางทหาร ก็เป็นที่ยอมรับกันว่า หากสหประชาชาติเป็นผู้จัดตั้งกองกำลังและปฏิบัติหน้าที่ทางทหาร และองค์การสหประชาชาติมีอำนาจในการบังคับบัญชาอย่างแท้จริงและมีอำนาจควบคุมทางยุทธการแล้ว ความรับผิดชอบระหว่างประเทศสำหรับกองกำลังนั้นจะต้องอยู่ที่องค์การสหประชาชาติ”<sup>319</sup>

Amrallah ได้แสดงความเห็นว่า “องค์การสหประชาชาติจะต้องมีความรับผิดชอบสำหรับกิจกรรมที่ผิดกฎหมายที่ได้กระทำโดยกองกำลังที่กระทำในนามของตนเท่าที่กิจกรรมเหล่านั้นได้กระทำเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ให้องค์การสหประชาชาติ และอยู่ภายใต้อำนาจควบคุมบังคับบัญชาทางยุทธการอย่างแท้จริง (*real exclusive operational control*) ซึ่งอำนาจควบคุมทางยุทธการนี้จะถูกใช้เป็นหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความรับผิดชอบของรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ”<sup>320</sup>

---

Article 7. This because peacekeepers act on behalf of both their governments and the United Nations. Thus, whereas the forces under considerations in Nicaragua and Bosnian Genocide had no de jure relationship to a state—and in particular no official relationship to the United States or the former Federal Republic of Yugoslavia respectively –peacekeepers do have genuine de jure connections to both their home states and the UN.”

<sup>319</sup> F. Seyersted, “United Nations Forces: Some legal Problems”, *British Yearbook of International Law* (1967), pp.473-477.

“Whatever view one takes of the constitutionality or otherwise of a force established and operated by the United Nations ... or of the capacity of the United Nations under general international law to conduct military operations, it is submitted that if the United Nations establishes a force and conduct military operations, and if genuine command and operational control are vested in the Organization ... Thus, the international representation of, and responsibility for, the force must vest in the Organization...”<sup>319</sup>

<sup>320</sup> Amrallah, “The International Responsibility of the United Nations for Activities Carried out by UN Peace-Keeping Forces”, *Revue Egyptienne de droit International* (1976), pp.65-66.

“ ‘the U.N. would responsible for the lawful activities carried out by the armed contingents put under its disposal by participating states as long as those activities are committed in the exercise of U.N. functions and under its real and exclusive operational control’ and that ‘[t]he amount of

Morshe Hirsch นอกจากจะยอมรับหลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ แล้วยังได้เพิ่มเติมหลักเกณฑ์การวินิจฉัยอีกว่า หากข้อเท็จจริงในเรื่องการกระทำความผิดยังไม่ชัดเจน จะต้องพิจารณาความตกลงว่าด้วยสถานะของกำลัง (Status of Force) เพื่อเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยลำดับรองลงมา (Subsidiary Test) กล่าวคือ หากองค์การใดที่ยังมีอำนาจควบคุมเหนือกิจกรรมใดของกองกำลังหรือเจ้าหน้าที่ผู้กระทำความผิดองค์การนั้นก็จะต้องมีความรับผิดชอบในการกระทำนั้นอยู่ และยิ่งเห็นว่าหลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ นั้นนำไปสู่ความรับผิดชอบขององค์การใดองค์การหนึ่งเท่านั้น เว้นแต่ว่าทั้งองค์การระหว่างประเทศและรัฐผู้ส่งกองกำลังจะมีอำนาจบังคับบัญชาาร่วมกันเหนือกองกำลังดังกล่าว<sup>321</sup>

สำหรับ Tom Dannenbaum นอกจากจะเห็นด้วยกับหลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ แล้ว (ซึ่งรวมถึงกรณีอำนาจที่จะป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดด้วย) ยังได้แบ่งประเภทเหตุการณ์ต่างๆที่สะท้อนถึงหลักเกณฑ์ดังกล่าวออกเป็น 5 เหตุการณ์ ดังนี้

*ประการแรก* การกระทำที่เกินอำนาจของรัฐที่ส่งกองกำลัง ที่องค์การสหประชาชาติไม่สามารถป้องกันได้ รัฐจึงมีความรับผิดชอบ

*ประการที่สอง* การกระทำที่มาจากการใช้อำนาจดุลพินิจ ของทั้งผู้บัญชาการองค์การสหประชาชาติ และผู้บัญชาการของรัฐ กล่าวคือ การที่ผู้บัญชาการสามารถที่จะเลือกได้ว่าจะกระทำหรือไม่กระทำจะมีความรับผิดชอบร่วมกัน เพราะทั้งคู่ หรือหนึ่งในบุคคลดังกล่าว สามารถที่จะป้องกันการกระทำได้ โดยขึ้นอยู่กับระดับของการควบคุม

*ประการที่สาม* องค์การสหประชาชาติสั่งให้มีการกระทำความผิดอาญาระหว่างประเทศ ก็ถือว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำขององค์การสหประชาชาติ และยังถือเป็นการกระทำของรัฐที่ส่งกองกำลังด้วย เพราะถือว่ามีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งอย่างชัดเจน กรณีนี้ทั้งองค์การสหประชาชาติและรัฐที่ส่งกองกำลังจึงมีความรับผิดชอบร่วมกัน

*ประการที่สี่* องค์การสหประชาชาติสั่งให้มีการละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนหรือกฎหมายมนุษยธรรมที่ยังไม่ถึงขั้นเป็นความผิดอาญาระหว่างประเทศ กรณีนี้ถือว่าการกระทำขององค์การสหประชาชาติ ไม่ใช่การกระทำของรัฐ เพราะ รัฐไม่มีสิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามคำสั่งที่สั่งตามสายการบังคับบัญชา

---

operation control or authority which is exercised over the U.N. force can be a useful criterion to determine the responsibility of the various parties involved in the peace-keeping operation other than the U.N.”

<sup>321</sup> Morshe Hirsch, *The responsibility of International organizations Toward Third Parties*, p.65.

“The ordinary status of the force, it is suggested, will not only serve as a subsidiary test, when the facts concerning the actual control over a particular act are not clear. Only in such a case will the entity which regularly retains control over the activities of the wrongdoer be held responsible for the latter’s act.

The criterion effective control will not inevitably lead to a single entity. There may well be cases in which both the international organization and the contributing state will assume legal responsibility jointly, e.g., where both of the shared the command and control over the organ that committed the wrongful act.”

ประการที่ห้า การงดเว้น ที่แสดงให้เห็นถึงความล้มเหลวขององค์การสหประชาชาติที่จะต้องให้การสนับสนุน (เช่น การขาดแคลนทรัพยากร การขาดความพร้อม)ถือว่าการกระทำขององค์การสหประชาชาติ<sup>322</sup>

ทั้งนี้ แม้แต่องค์การสหประชาชาติเองก็ได้สนับสนุนหลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ เช่นกัน โดยให้เหตุผลว่าองค์การสหประชาชาตินั้นไม่อาจรับผิดชอบจากการกระทำของรัฐที่ส่งกองกำลังได้โดยแต่เพียงการที่ได้รับรายงานต่อคณะมนตรีความมั่นคงเท่านั้น ดังนั้นหลักเกณฑ์วินิจฉัยความรับผิด ก็คือหลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ เห็นได้จากคำกล่าวในเอกสารขององค์การสหประชาชาติว่า

“ในขณะที่การส่งรายงานตามระยะเวลาจะเป็นการให้คณะมนตรีความมั่นคงมีเครื่องมือที่สำคัญในการตรวจสอบ แต่คณะมนตรีความมั่นคงหรือองค์การสหประชาชาติก็ไม่สามารถที่จะมีความรับผิดชอบสำหรับการกระทำผิดกฎหมายของรัฐในปฏิบัติการได้ ดังนั้นหลักเกณฑ์ที่สูงที่สุดในการพิจารณาถึงความรับผิดยังคงเป็นหลักเกณฑ์ ‘Effective Control’”<sup>323</sup>

<sup>322</sup> Cedric Ryngaert, “Apportioning Responsibility between the UN and Member States in UN Peace Support Operations: An Inquiry into the Application of the ‘Effective Control’ Standard after Behrami”, *Isalel Law Review* (2012), pp.155-156.

“The argument that ties liability to effective control and the capacity to prevent rights violations in the context of UN peace operations has been made most convincingly by Dennenbaum. This is a taxonomy which reflects the effective control criterion and therefore deserves support. Dennenbaum distinguishes five different factual patterns which attract liability:

1. Ultra vires acts of troop-contributing states, which the UN cannot prevent and, therefore, for which the contributing state incurs liability.
2. Acts carried out pursuant to authorised discretion by both the UN commander and the national force commander (which means that the respective commanders have been given a choice to carry out, or not carry out, a certain act), for which shared liability may apply because the two, or alternatively one of them, could have prevented the act, depending on the level of control exercised. In such a case liability will apply to the commander in a position to prevent.
3. UN orders instructing international crimes to be committed, which are obviously attributable to the UN, but also to the contributing state, which has a duty to disobey manifestly unlawful orders (both the UN and the contributing states are responsible in this scenario).
4. UN orders instructing violations of human rights law and humanitarian law which do not rise to the level of international crimes, which are only attributable to the UN, and not to the contributing state, which has no right to disobey orders in the chain of command (only the UN is responsible in this scenario).
5. Omissions, representing failures on the part of the UN to provide sufficient support, as a result of unwillingness or inability on the part of the UN (for example, lack of resources, readiness), and that are therefore attributable to the UN).

<sup>323</sup> Responsibility of International Organizations: Comments and Observations received from Governments and International Organizations, UN Doc A/CN.4/556, 12 May 2005 (‘Comments and Observations 2005’)

#### 4.5 แนวโน้มของคำพิพากษาในคดีที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยความรับผิดชอบในการกระทำความผิดของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพหลังจากคดี Behrami และคดี Saramati

ภายหลังจากที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ตัดสินคดี Behrami และคดี Saramati แล้ว ก่อให้เกิดกระแสการวิจารณ์เป็นอย่างมาก เพราะทำให้งานร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศเกิดความยุ่งยากโดยเป็นการขัดขวางการเกิดขึ้นของแนวปฏิบัติที่จะใช้ในการวินิจฉัยการกระทำความผิดของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันดังนั้น ในหัวข้อนี้จะวิเคราะห์ถึงแนวโน้มคำพิพากษาในคดีที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยความรับผิดชอบในการกระทำความผิดของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพว่าในคดีต่อๆมาคำพิพากษาของศาลได้ใช้หลักเกณฑ์ใดในการวินิจฉัย

##### 4.5.1 คดี Nuhanovic v. The Netherlands และคดี Mustafic v. The Netherlands

คดี Nuhanovic และ คดี Mustafic มีข้อเท็จจริงคล้ายคลึงกัน โดยโจทก์ทั้งสองกล่าวอ้างให้เนเธอร์แลนด์ซึ่งเป็นรัฐที่ส่งกองกำลังไปเข้าร่วมในกองกำลัง UNPROFOR (United Nations Protection Forces) ให้มีความรับผิดชอบ ซึ่งปฏิบัติการ UNPROFOR นี้จัดตั้งขึ้นเพื่อยับยั้งการที่กองกำลังบอสเนียน-เซิร์บ (Bosnian-Serb) ภายใต้การบัญชาการของนายรัตโก มลาดิค จะสังหารชายและเด็กชายชาวบอสเนียนมุสลิม (อายุระหว่าง 16-60 ปี) ในเมือง Srebrenica ที่บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา

ในปฏิบัติการ UNPROFOR กองกำลังดัตช์มีหน้าที่ในการปกป้องเมือง Srebrenica ตามที่คณะมนตรีความมั่นคงได้ประกาศให้เป็นพื้นที่ปลอดภัย (safe area) ตามข้อมติที่ 819 ในปีค.ศ. 1993 กองกำลังดัตช์จึงเข้ามาประจำการอยู่ในเมือง Srebrenica และเมือง Potocari บางส่วนในเดือนมีนาคม ค.ศ. 1994 ต่อมาในปีค.ศ. 1995 กองกำลังบอสเนียน-เซิร์บได้เข้าโจมตีเมือง Srebrenica กองกำลังดัตช์จึงต้องละทิ้งเมืองและอพยพพลเมืองมาที่เมือง Potocari ปฏิบัติการ UNPROFOR จึงล้มเหลว ทำให้เกิดการสังหารหมู่ครั้งใหญ่ที่สุดในยุโรปตั้งแต่สงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลง ประมาณการผู้เสียชีวิตในเหตุการณ์นี้ประมาณมากกว่า 8,000 คน

อย่างไรก็ตาม คดีทั้งสองนี้ไม่ได้มุ่งเน้นในการกล่าวอ้างให้เนเธอร์แลนด์ต้องรับผิดชอบเพราะไม่สามารถป้องกันการทำลายเผ่าพันธุ์ได้ (Genocide)<sup>324</sup> แต่เป็นการกล่าวอ้างให้เนเธอร์แลนด์ต้องรับ

---

“while the submission of periodic reports provides the Security Council with an important ‘oversight tool’, the Council itself or the United Nations as a whole cannot be held responsible for an unlawful act by the State conducting the operation, for the ultimate test of responsibility remains effective control”

<sup>324</sup> คดีที่มุ่งเน้นกล่าวอ้างให้เนเธอร์แลนด์และองค์การสหประชาชาติต้องรับผิดชอบเพราะไม่สามารถป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ คือ คดี Mothers of Srebrenica v. The Netherlands & United Nations

ผิดในการกระทำของกองกำลังดัตช์ที่ไล่ผู้ลี้ภัยที่เป็นผู้ชายอายุประมาณ 16-60 ปี (able-bodied men) อันเป็นเป้าหมายของกองกำลังบอสเนียน-เซิร์บที่จะทำการสังหาร เมื่อกองกำลังดัตช์ได้ไล่เขาออกนอกกองกำลังระหว่างที่กำลังอพยพแล้ว จึงทำให้ปัจเจกชนนั้นถูกสังหารในที่สุด

ในคดี Nuhanovic มีข้อเท็จจริงว่า นาย Hasan Nuhanovic เป็นนักแปลของกองกำลังดัตช์และเป็นลูกจ้างขององค์การสหประชาชาติโดยตรง เขาจึงมีสิทธิที่จะอพยพไปกับกองกำลังดัตช์ได้ แต่ครอบครัวของเขา ได้แก่ นาย Ibro และ Muhamed และ Nasiha ไม่มีสิทธิดังกล่าว ทำให้ต้องออกจากกองกำลังไป เป็นเหตุให้ทั้งสามถูกสังหาร ส่วนในคดี Mustafic มีญาติของนาย Rizo Mustafic เป็นผู้ฟ้อง มีข้อเท็จจริงว่า นาย Rizo Mustafic เป็นช่างไฟฟ้าของกองกำลังดัตช์ แต่ไม่ได้เป็นลูกจ้างขององค์การสหประชาชาติโดยตรง จึงถูกให้ออกนอกกองกำลังไป ทำให้ถูกสังหารเช่นเดียวกัน ทั้งนี้แม้โจทก์ได้ฟ้องให้เนเธอร์แลนด์รับผิดชอบโดยอ้างหลักกฎหมายภายในคือกฎหมายบอสเนียนว่าด้วยละเมิดมิได้ฟ้องคดีโดยอ้างเรื่องความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยตรง แต่คดีดังกล่าวก็มีความสำคัญต่อการพัฒนาหลักกฎหมายในเรื่องการวินิจฉัยว่าการกระทำผิดเป็นขององคภาวะใด (Attribution of conduct) ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก

ในปี ค.ศ. 2008 ศาลชั้นต้นได้พิพากษายกฟ้อง โดยให้เหตุผลว่า การกระทำของกองกำลังดัตช์ถือเป็นการกระทำขององค์การสหประชาชาติ เพราะองค์การสหประชาชาติมี 'operational command and control' เหนือกองกำลัง และรัฐมิได้กระทำการใดๆ ที่เป็นการปฏิเสธอำนาจการควบคุมดังกล่าว โดยการก้าวข้าม (cutting across) โครงสร้างการบังคับบัญชาขององค์การสหประชาชาติ เห็นได้จากคำพิพากษาของศาลที่อธิบายว่า

“ถ้ากองกำลังดัตช์ได้ถูกสั่งโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของดัตช์ให้ละเลยคำสั่ง หรือทำตรงกันข้ามกับคำสั่งขององค์การสหประชาชาติ และกองกำลังดัตช์ก็ทำตามคำสั่งของเนเธอร์แลนด์ จะเป็นการละเมิดเกณฑ์ตามความเป็นจริงที่ให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งจะเป็นการสร้างขอบเขตของการที่จะให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นของรัฐ ในทำนองเดียวกันกับกรณีที่กองกำลังไม่ปฏิบัติตามโครงสร้างการบังคับบัญชาขององค์การสหประชาชาติ โดยตกลงให้เนเธอร์แลนด์มีอำนาจ ซึ่งแสดงว่าอยู่ใต้การบังคับบัญชาของเนเธอร์แลนด์ ถ้ากองกำลังดัตช์ได้รับคำสั่งทั้งจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจดัตช์และเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจขององค์การสหประชาชาติ ก็ไม่มีเหตุผลที่จะหลีกเลี่ยงหลักเกณฑ์ 'rule of attribution' ปกติ”<sup>325</sup>

<sup>325</sup> Nuhanovic, District court Judgment LJN: BF 0181/265615, 2008, para.4.14.1.

“If Dutchbat was instructed by the Dutch authorities to ignore UN orders or to go against them, and Dutchbat behaved in accordance with this instruction from the Netherlands, this constitutes a violation of the factual basis on which the attribution to the UN rests. This then creates scope for attribution to the State. The same is true if Dutchbat to a greater or lesser extent backed out of the structure of UN command, with the agreement of those in charge in the Netherlands, and considered or show themselves as exclusively under the command of the competent authorities of the Netherlands for that part. If, however,

เมื่อศาลชั้นต้นพิจารณาว่า การกระทำของกองกำลังติดช้อยู่ภายใต้อำนาจการบังคับบัญชาขององค์การสหประชาชาติแล้ว จึงถือว่าการกระทำเป็นขององค์การสหประชาชาติเนเธอร์แลนด์จึงไม่มีความรับผิดชอบ เมื่อองค์การสหประชาชาติก็ไม่ได้เป็นคู่ความในคดีและยังมีความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลภายในด้วยโจทก์จึงไม่ได้รับการเยียวยา โจทก์จึงอุทธรณ์ต่อศาลในปี.ศ.2011 ในชั้นนี้ศาลอุทธรณ์ได้กลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้น ให้เนเธอร์แลนด์มีความรับผิดชอบโดยสามารถวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลได้ ดังนี้

เรื่องการวินิจฉัยว่าการกระทำความผิดเป็นขององคภาวะใด (Attribution) จากการที่ศาลจะต้องใช้กฎหมายภายในว่าด้วยละเมิดในการพิจารณาพิพากษาคดี แต่เมื่อศาลพิจารณากฎหมายดังกล่าวแล้ว ศาลไม่พบหลักกฎหมายที่จะใช้เป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยถึงกรณีการกระทำดังกล่าว ดังนั้น ศาลจึงใช้บทบัญญัติในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศในการวินิจฉัยเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายภายในนั้นดังนี้เมื่อศาลปรับใช้ร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศแล้ว ศาลจึงวินิจฉัยว่า การกระทำของกองกำลังติดช้อยู่ที่ซบไล้ครอบครัว Nuhanovic และ นาย Rizo Mustafic เป็นการกระทำของเนเธอร์แลนด์ เพราะ ถึงแม้กองกำลังติดช้อยจะปฏิบัติการในนามขององค์การสหประชาชาติ แต่สถานการณ์ก็ได้เปลี่ยนแปลงไปโดยเหตุการณ์มีความรุนแรงขึ้นจากที่องค์การสหประชาชาติได้เคยปฏิบัติการเป็นอย่างมากตามที่ศาลเรียกว่า ‘transition period’ โดยในการอพยพนี้ ผู้บัญชาการของกองกำลัง UNPROFOR (UN Force Commander) ได้ปฏิบัติหน้าที่โดยอยู่ใต้การบังคับบัญชาและการควบคุมของเนเธอร์แลนด์ในเวลาเดียวกัน (Joint Control) เพราะฉะนั้น เมื่อกองกำลังติดช้อยได้ซบไล้โจทก์ออกจากกองกำลังในระหว่างอพยพผู้ลี้ภัย เนเธอร์แลนด์จึงรู้อยู่แล้วว่าหากซบไล้โจทก์ออกจากกองกำลัง ก็มีความเสี่ยงที่พวกเขาจะถูกสังหารได้ ดังนั้นเนเธอร์แลนด์จึงอยู่ในตำแหน่งที่จะป้องกันไม่ให้เหตุการณ์นั้นเกิดขึ้น เนเธอร์แลนด์จึงมี ‘Effective Control’ เหนือการกระทำซบไล้ดังกล่าว ศาลจึงพิพากษาให้การกระทำของกองกำลังติดช้อยในปฏิบัติการ UNPROFOR ถือว่าเป็นการกระทำของเนเธอร์แลนด์ โดยจากการคำพิพากษาของศาลศาลได้ตีความหลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ ให้ขยายมากยิ่งขึ้นโดยจะต้องพิจารณาว่าองคภาวะใดที่อยู่ในตำแหน่งที่จะป้องกันการกระทำผิดได้ดีที่สุด (Power to Prevent)<sup>326</sup> และต่อมาศาลฎีกาได้ยืนยันหลักนี้ในค.ศ.2012<sup>327</sup> เช่นกัน จะเห็นได้ว่า ศาลได้ตีความหลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ ให้มีรายละเอียดเพิ่มเติมจากที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้อธิบายไว้ในคำอธิบายร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ ข้อ 7

---

Dutchbat received parallel instructions from both the Dutch and UN authorities, there are insufficient grounds to deviate from the usual rule of attribution.”

<sup>326</sup> Nuhanovic, The Hague Court of Appeal Judgment, 5 July 2011, LJN: BR5388, ILDC1742 (NL2011), para.5.9.

“The question whether the State had ‘Effective Control’ ... must be answered of the case. This does not only imply that significance should be given to the question whether that conduct constituted execution of a specific instruction, issued by the UN or the State, but also to the question whether, if there was no such specific instruction, the UN or the State had the power to prevent the conduct concerned.”

<sup>327</sup> Nuhanovic, The Supreme Court Judgment, Case no.10/04437, 13 April 2012.

#### 4.5.2 คดี Al-Jedda v. United Kingdom

คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า ในวันที่ 20 มีนาคม ค.ศ.2003 กองกำลังสหราชอาณาจักรและกองกำลังสหรัฐอเมริกาและรัฐพันธมิตรต่างๆ ซึ่งมีชื่อเรียกว่า “Multi-National Force” (MNF) ได้เข้าบุกอิรัก ต่อมาในวันที่ 1 พฤษภาคม ค.ศ.2003 สหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกาได้กลายเป็น ‘Occupying Power’ (ตามความหมายของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ)<sup>328</sup> และได้ตั้ง “Coalition Provisional Authority” (CPA) เพื่อรักษาความมั่นคงในอิรัก โดยคณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติที่ 1483 ลงวันที่ 22 พฤษภาคม ค.ศ.2003 ออกมารองรับอำนาจดังกล่าว ต่อมาในวันที่ 16 ตุลาคม ค.ศ.2003 คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติที่ 1511 เพื่ออนุญาต (authorize) ให้กองกำลัง MNF ใช้มาตรการต่างๆที่จำเป็นเพื่อรักษาความมั่นคงในอิรักได้<sup>329</sup> จนกระทั่งในวันที่ 5 มิถุนายน ค.ศ.2004 รัฐบาลอิรักได้กลับมามีอำนาจในการปกครองอิรัก แต่รัฐบาลอิรักยังร้องขอให้กองกำลัง MNF ปฏิบัติการอยู่ต่อไป คณะมนตรีความมั่นคงจึงได้ออกข้อมติที่ 1546 ลงวันที่ 8 มิถุนายน ค.ศ.2004 ออกมายืนยันถึงอำนาจของกองกำลัง MNF ที่จะปฏิบัติการอยู่ต่อไป<sup>330</sup> จนเมื่อวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ.2004 CPA จึงได้หมดอำนาจในอิรัก

ในวันที่ 10 ตุลาคม ค.ศ.2004 นาย Al-Jedda ซึ่งเป็นคนสัญชาติอิรัก-อังกฤษ ได้ถูกจับกุมตัวโดยทหารสหราชอาณาจักร แต่ได้ถูกคุมขังโดยกองกำลังของสหราชอาณาจักร จนถึงวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ.2007 โดยที่ไม่มีการแจ้งข้อหาความผิดทางอาญาแก่นาย Al-Jedda แต่กองกำลังอังกฤษดำเนินการคุมขังโดยเชื่อว่า นาย Al-Jedda เป็นภัยคุกคามต่อความมั่นคงของอิรัก ดังนั้น นาย Al-Jedda จึงได้ดำเนินคดีต่อศาล สหราชอาณาจักรถึงความชอบด้วยกฎหมายของการจับกุมและการคุมขังแต่ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ได้มีคำสั่งยกฟ้อง ต่อมานาย Al-Jedda จึงได้ยื่นฟ้องต่อศาลสูง โดยอ้างว่าการคุมขังของกองกำลัง MNF ขัดต่อ UK Human Rights Act 1998 และละเมิดพันธกรณีตามข้อ 5 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ที่วางหลักให้ ‘บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะมีเสรีภาพและความมั่นคง’ และ ‘ไม่มีผู้ใดที่จะมีสิทธิพรากไปจากบุคคลดังกล่าวได้’

โดยในระหว่างที่ House of Lord กำลังพิจารณาและจะพิพากษาคดีนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้มีคำพิพากษาคดี Behrami และคดี Saramati ออกมาเสียก่อน ทำให้ฝ่ายสหราชอาณาจักร

<sup>328</sup> Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, 18 October 1907.

<sup>329</sup> SC Resolution 1511

“... [A] multinational force under unified command to take all necessary measures to contribute to the maintenance of security and stability in Iraq, including for the purpose of ensuring necessary conditions for the implementation of the timetable and programme as well as to contribute to the security of the United Nations Assistance Mission for Iraq, the Governing Council of Iraq and other institutions of the Iraqi interim administration, and key humanitarian and economic infrastructure.”

<sup>330</sup> SC Resolution 1546

“...[MNF] shall have the authority to take all necessary measures to contribute to the maintenance of security and stability in Iraq in accordance with the letters annexed to this resolution expressing, inter alia, the Iraqi request for the continued presence of the multinational force and setting out its tasks, including by preventing and deterring terrorism...”



เห็นว่าคดี Al-Jedda นี้มีข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกับคดี Saramati มาก ฝ่ายสหราชอาณาจักรจึงได้อ้างว่าการกระทำของกองกำลัง MNF เป็นการกระทำของสหราชอาณาจักร เพราะองค์การสหประชาชาติไม่ได้มี ‘Effective Control’ เนื่องการกระทำคามผิดของกองกำลัง แต่การกระทำคามผิดดังกล่าวนี้ กองกำลังสหราชอาณาจักรได้กระทำไปตามข้อมติที่ 1546 ทำให้ไม่เป็นการละเมิดต่อพันธกรณีตามข้อ 5 ของอนุสัญญาฯ สหราชอาณาจักรจึงไม่ต้องรับผิด ทั้งนี้เป็นไปตามข้อ 103 ของกฎบัตรสหประชาชาติ

House of Lord ได้พิพากษาคดีนี้หลังจากคดี Saramati ประมาณ 5 เดือน ซึ่งนับว่าเป็นระยะเวลาไม่นานนัก แต่ Lord Bingham ซึ่งเป็นผู้พิพากษาเสียงข้างมากใน House of Lord กลับได้วินิจฉัยในคดีนี้ โดยให้เหตุผลว่า ข้อเท็จจริงสถานการณ์ในอิรักนั้นแตกต่างจากกรณีของโคโซโวในเกือบทุกกรณี และอธิบายถึงสถานะของกองกำลังในกรณีนี้ว่า

“การเทียบเคียงกับสถานการณ์ในโคโซโวนั้นแตกต่างกันเกือบทุกประเด็น ตัวกระทำการระหว่างประเทศในเรื่องความมั่นคงและทางพลเมืองในโคโซโวถูกจัดตั้งในนาม และปฏิบัติการภายใต้ความอุปถัมภ์ขององค์การสหประชาชาติโดยกองกำลัง UNMIK เป็นองค์กรย่อยขององค์การสหประชาชาติ แต่กองกำลังนานาชาติในอิรักไม่ได้ถูกจัดตั้งในนามและไม่ได้ปฏิบัติการภายใต้ความอุปถัมภ์ขององค์การสหประชาชาติ และไม่ใช่องค์กรย่อยขององค์การสหประชาชาติด้วย จึงไม่มีการมอบอำนาจ(delegation) ขององค์การสหประชาชาติในอิรัก”<sup>331</sup>

ผู้พิพากษาท่านอื่น ได้แก่ Baroness Hale และ Lord Caswell ได้เห็นด้วยในผลลัพธ์ที่ Lord Bingham ได้ให้ไว้แต่ก็มีรายละเอียดต่างกันเล็กน้อย แต่ Lord Brown ได้ให้เหตุผลต่างออกไป โดยอธิบายว่า คณะมนตรีความมั่นคงได้มอบอำนาจ (delegated) ให้กองกำลังนานาชาติปฏิบัติหน้าที่ตามความในหมวดที่ 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติแล้ว แต่องค์การสหประชาชาติไม่ได้มีอำนาจและการควบคุมสูงสุด (Ultimate Authority and Control) เนื่องกองกำลัง

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาในแง่ของอำนาจการควบคุมเนื่องการกระทำคามผิด Lord Bingham ยังได้ใช้หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ ในการวินิจฉัยอีกด้วย จากคำกล่าวในคำตัดสินที่ว่า

<sup>331</sup> Al-Jedda, R (on the application of ) v Secretary of State for Defence [2007] UKHL 58 (12 December 2007), para.24.

“The analogy with situation in Kosovo breaks down ... at almost every point. The international security and civil presences in Kosovo were established at the express behest of the UN and operated under its auspices, with UNMIK a subsidiary organ of the UN. The multinational force in Iraq was not established at the behest of the UN, was not mandated to operated under UN auspices and was not subsidiary organ of the UN. There was no delegation of UN power in Iraq.”

“องค์การสหประชาชาติมิได้ส่งบุคลากรให้กับกองกำลังพันธมิตรในอิรัก แต่ CPA ถูกตั้งโดยรัฐพันธมิตร ซึ่งคือสหรัฐอเมริกา ไม่ใช่องค์การสหประชาชาติ เมื่อรัฐพันธมิตร กลายเป็นผู้มีอำนาจครอบครอง (occupying powers) ในอิรักก็ไม่มีอำนาจขององค์การ สหประชาชาติ ดังนั้นในความรู้ของข้าพเจ้า จึงไม่สามารถกล่าวได้ว่า การปฏิบัติต่อผู้ถูกคุมขัง ใน Abu Ghrabi จะถือเป็นการกระทำขององค์การสหประชาชาติได้มากกว่าของ สหรัฐอเมริกา โดยตามข้อมติที่ 1483 ในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ.2003 บทบาทขององค์การ สหประชาชาติถูกจำกัดอยู่ในเรื่องของการช่วยเหลือทางมนุษยธรรมและการฟื้นฟูโครงสร้าง โดยบทบาทนี้ถูกเน้นย้ำอีกครั้งในข้อมติที่ 1511 ในเดือนมิถุนายน ค.ศ.2004 ซึ่งองค์การ สหประชาชาติให้กองกำลังนานาชาติมีอำนาจในการเข้ามาส่งเสริมความมั่นคงและ เสถียรภาพในอิรัก แต่คณะมนตรีความมั่นคงไม่ได้มอบอำนาจ(delegation) ให้สหราชอาณาจักรปฏิบัติหน้าที่ แต่เป็นการอนุญาตให้(authorizing) สหราชอาณาจักรปฏิบัติหน้าที่ ที่องค์การสหประชาชาติไม่สามารถกระทำด้วยตนเองได้ – ไม่มีเวลาใดที่สหรัฐอเมริกาหรือสห ราชอาณาจักรจะไม่รับผิดชอบในการกระทำของกองกำลังของตน หรือองค์การ สหประชาชาติจะเป็นผู้ยอมรับผิด จึงไม่สามารถกล่าวได้ว่า สหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักรอยู่ภายใต้ ‘effective command and control’ ขององค์การสหประชาชาติ หรือกองกำลังสหราชอาณาจักรอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาและการควบคุมขององค์การ สหประชาชาติเมื่อมีการคุมขังโจทก์ผู้กล่าวหา”<sup>332</sup>

อย่างไรก็ตาม แม้จะถือว่าการกระทำของกองกำลัง MNF เป็นของสหราชอาณาจักร แต่ Lord Bingham ก็เห็นว่า การคุมขังในคดีนี้ไม่ถือว่าละเมิดพันธกรณีตามข้อ 5 ของอนุสัญญาฯ ทั้งนี้ เพราะ พันธกรณีตามข้อ 5 และพันธกรณีตามข้อมติที่ 1546 ขึ้นขัดกัน เมื่อพิจารณาตามข้อ 103 แห่ง ญัตติสหประชาชาติแล้ว จะทำให้พันธกรณีตามข้อมติที่ 1546 นั้นเหนือกว่าพันธกรณีตามข้อ 5 ของอนุสัญญาฯยุโรปส่งผลให้การจับกุมนาย Al-Jedda ซึ่งเป็นการปฏิบัติตามข้อมติที่ 1546 นั้นชอบ ด้วยกฎหมาย

<sup>332</sup> Ibid.

“The UN did not dispatch the coalition forces to Iraq. The CPA was established by the coalition states, notably the US, not the UN. When the coalition states became occupying powers in Iraq they had no UN mandate ... It has not, to my knowledge, been suggested that the treatment of detainees at Abu Ghrabi was attributable to the UN rather than US. Following UNSCR 1483 in May 2003 the Role of the UN was a limited one focused on humanitarian relief and reconstruction, a role strengthened but not fundamentally altered by UNSCR 1511 in October 2003. By UNSCR 1511, and again by UNSCR 1546 in June 2004, the UN gave the multinational force express authority to take steps to promote security and stability in Iraq, but ... the Security Council was not delegating its power by empowering the UK to exercise its function but was authorizing the UK to carry out functions it could not perform itself. At no time did the US or the UK disclaim responsibility for the conduct of their forces or the UN accept it. It cannot realistically be said that US and UK forces were under the effective command and control of the UN, or that UK forces were under such command and control when they detain the appellant.”

ในทางตรงกันข้าม Lord Rodger ซึ่งเป็นผู้พิพากษาที่ให้ความเห็นแย้ง ได้ให้เหตุผลว่า ข้อเท็จจริงในคดี Saramati และคดี Al-Jedda นั้นเหมือนกันในสาระสำคัญ กล่าวคือ หากพิจารณา ในมุมมองของการจัดตั้งกองกำลังกองกำลัง MNF และกองกำลัง KFOR นั้นเหมือนกัน โดยกองกำลัง KFOR นั้นได้ถูกดำเนินการโดย NATO ไว้ก่อนแล้ว โดยให้วางระเบิดในสาธารณรัฐยูโกสลาเวียตั้งแต่วันที่ 24 มีนาคม ค.ศ.1999 แต่ได้เริ่มปฏิบัติการภายในนามขององค์การสหประชาชาติ เพราะ องค์การสหประชาชาติได้ให้การอนุญาต(authorization) ในภายหลังตามข้อมติที่ 1244 เมื่อวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ.1999 เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับกรณีของกองกำลัง MNF การตั้งกองกำลัง MNF ไม่ได้ มีฐานมาจากข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงเช่นเดียวกัน แต่เมื่อคณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติ ที่ 1511 ออกมา ก็เป็นการอนุญาต(authorization) ให้กองกำลัง MNF กลายเป็นปฏิบัติการที่กระทำ ในนามขององค์การสหประชาชาติและหากพิจารณาในแง่ของอำนาจหน้าที่ของกองกำลังข้อมติที่ 1511 (รวมถึงข้อมติที่ 1546) ก็มีผลเช่นเดียวกับข้อมติที่ 1244 ที่ให้กองกำลังใช้มาตรการเท่าที่จำเป็น ในการรักษาความมั่นคงตั้งนั้น การกระทำของกองกำลัง MNF จะต้องถือว่าเป็นการกระทำของ องค์การสหประชาชาติ

ต่อมา นาย Al-Jedda จึงได้ยื่นฟ้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในกรณีเดียวกันอีกครั้งหนึ่ง สามารถแยกพิจารณาประเด็นทางกฎหมายที่ศาลวินิจฉัยได้ 3 ประเด็น ดังนี้

*ประเด็นแรก* เรื่องรัฐจำเลยมีเขตอำนาจ (Jurisdiction) ตามข้อ 1 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วย สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานหรือไม่ ในคดีนี้ ศาลได้ยอมรับถึงความสำคัญของเรื่องเขต อำนาจ โดยได้กล่าวในคำพิพากษาว่า ‘การมีเขตอำนาจเป็นเงื่อนไขที่สำคัญสำหรับรัฐภาคีที่จะมีความ รับผิดชอบสำหรับการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำต่างๆที่ถือว่าเป็นของตน ที่มีกรกล่าวอ้างว่ามีการ ละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติอยู่ในอนุสัญญาฯ’<sup>333</sup>

*ประเด็นที่สอง* เรื่องการวินิจฉัยว่าการกระทำความผิดเป็นขององคภาวะใด ศาลได้ยอมรับว่า การที่คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติที่ 1511 (และข้อมติที่ 1546) ไม่ได้เปลี่ยนแปลงโครงสร้าง การบังคับบัญชาของกองกำลัง MNF เห็นได้จากคำพิพากษาที่กล่าวว่า

“ไม่ได้พิจารณาว่า จากการอนุญาต(authorization) ในข้อมติที่ 1511 การกระทำ ของทหารในกองกำลังนานาชาติจะถือเป็นการกระทำขององค์การสหประชาชาติ หรือที่ สำคัญกว่านั้น ในคดีนี้จะถือว่าเป็นของรัฐที่ส่งกองกำลัง ทั้งนี้กองกำลังนานาชาติได้เข้ามาใน อิรักโดยการบุกรุกและได้รับการยอมรับในข้อมติที่ 1483 ซึ่งรัฐสมาชิกเต็มใจที่จะจัดส่ง บุคลากรให้ โดยโครงสร้างการบังคับบัญชาเหนือกองกำลังนั้นมาจากสหรัฐอเมริกาและส

<sup>333</sup> Al-Jedda v. The United Kingdom, App. No. 27021/08, European Court of Human Rights, Grand Chamber Judgment 7 July 2011, para.74.

“the exercise of jurisdiction is a necessary condition for a Contracting State to be able to held responsible for acts or omissions imputable to it which give rise to an allegation of the infringement of rights and freedom set forth in the Convention”

สหราชอาณาจักรที่เริ่มต้นการบุกรุก เมื่อมีข้อมติที่ 1511 ก็ได้เปลี่ยนแปลงโครงสร้างดังกล่าว<sup>334</sup> ... และในข้อมติที่ 1546 ก็ได้มีการระบุว่าคณะมนตรีความมั่นคงตั้งใจที่จะให้อำนาจควบคุมและบังคับบัญชาเหนือกองกำลังมากขึ้นกว่าที่มีอยู่เดิม”<sup>335</sup>

ดังนั้น ศาลจึงวินิจฉัยว่าไม่ว่าศาลจะใช้หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ หรือหลักเกณฑ์ ‘Ultimate Authority and Control’ องค์การสหประชาชาติก็ไม่มีอำนาจควบคุมเหนือกองกำลัง เพราะฉะนั้น การกระทำของกองกำลัง MNF จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำขององค์การสหประชาชาติ แต่ถือว่าเป็นการกระทำของสหราชอาณาจักร (*[UN] had neither effective control nor authority and control over the acts and omissions of troops within the Multi-National Force and that the applicant’s detention was not, therefore, attributable to the United Nations.*)<sup>336</sup>

ประเด็นที่สาม เรื่องการกระทำของกองกำลัง MNF เป็นการละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานหรือไม่ ในประเด็นนี้ศาลเห็นต่างกับคำพิพากษาของ House of Lord โดยให้เหตุผลว่า การจับกุมตามที่ข้อ 5 แห่งอนุสัญญาฯ ที่อนุญาตให้กระทำได้นั้น ไม่รวมถึงการคุมขังเชิงป้องกันที่ไม่มีการแจ้งข้อกล่าวหาในเวลาที่เหมาะสม (*it has long been established that the list of grounds of permissible detention in Article 5(1) does not include internment or preventive detention where there is no intention to bring criminal charges within a reasonable time.*)<sup>337</sup> ทั้งนี้ คณะมนตรีความมั่นคงก็คงจะไม่ประสงค์ที่จะให้รัฐสมาชิกละเมิดสิทธิมนุษยชน เพราะหากคณะมนตรีความมั่นคงมีความประสงค์ดังกล่าวก็จะต้องใช้ภาษาที่ชัดเจน ตามที่ศาลได้กล่าวไว้ในคำพิพากษาว่า

“จะต้องสันนิษฐานว่า คณะมนตรีความมั่นคงไม่ได้มีความประสงค์ที่จะกำหนดพันธกรณีใดๆ แก่รัฐสมาชิกในการที่จะละเมิดหลักการพื้นฐานของสิทธิมนุษยชน [...] เนื่องจากบทบาทสำคัญขององค์การสหประชาชาติก็คือการส่งเสริมและสนับสนุนให้เคารพ

<sup>334</sup> Ibid, para.80.

“did not consider that, as a result of the authorization contained in Resolution 1511, the acts of soldiers within the Multi-National Force became attributable to the United Nations – or more importantly, for the purposes of this case – ceased to be attributable to the troop-contributing nations. The Multi-National Force had been present in Iraq since the invasion and had been recognized already in Resolution 1483, which welcomed the willingness of Member States to contribute personnel. The unified command structure over the force, established from the start of the invasion by the United States and United Kingdom, was not changed as a result of Resolution 1551.

<sup>335</sup> Ibid, para.81.

“... There is no indication in Resolution 1546 that the Security Council intended to assume any greater degree of control or command over the Multi-National Force than it had exercised previously.”

<sup>336</sup> Ibid, para.84.

<sup>337</sup> Ibid, para.100.

สิทธิมนุษยชน จึงคาดหมายได้ว่า หากคณะมนตรีความมั่นคงประสงค์ที่จะให้รัฐมีมาตรการบางอย่างที่ขัดต่อพันธกรณีของรัฐภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศแล้ว จะต้องใช้ภาษาที่ชัดเจนและชัดเจน<sup>338</sup>

แต่ตามข้อมติที่ 1546 นั้นไม่ได้กล่าวอย่างชัดเจนให้กองกำลังสหราชอาณาจักรจับกุมและคุมขังปัจเจกบุคคลที่มีความเสี่ยงต่อความมั่นคงของอิรัก โดยไม่ต้องแจ้งข้อกล่าวหาได้ เพราะฉะนั้น ข้อมติที่ 1546 กับพันธกรณีตามข้อ 5 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน จึงมิได้ขัดแย้งกันตามข้อ 103 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติแต่อย่างใด (*“in the absence of binding obligation to use internment, there was no conflict between the United Kingdom’s obligations under the Charter of the United Nations and its obligations under Article 5(1) of the [ECHR]”*)<sup>339</sup> ดังนั้น การกระทำของกองกำลังสหราชอาณาจักร จึงไม่ขัดด้วยข้อ 5 ของอนุสัญญา<sup>340</sup>

จากการวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในคดีนี้ จะเห็นได้ว่า ศาลวินิจฉัยว่า องค์การสหประชาชาติ ไม่มีทั้งอำนาจควบคุมทั้งตามหลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ และหลักเกณฑ์ ‘Ultimate Authority and Control’ โดยไม่ได้กล่าวว่าจะใช้หลักเกณฑ์ใดในการวินิจฉัยอย่างชัดเจน แล้ววินิจฉัยให้สหราชอาณาจักรมีความรับผิดชอบนั้น หากวิเคราะห์แล้วจะพบว่าผลลัพธ์ของคดีมีความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ มากกว่า เนื่องจากศาลพิจารณาจากอำนาจในการควบคุมตามความเป็นจริงเป็นเครื่องวินิจฉัยคดี สิ่งนี้เป็นการแสดงให้เห็นถึงสัญญาว่า ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้พยายามที่จะผ่อนคลายนหลักเกณฑ์ ‘Ultimate Authority and Control’ ที่มีความเคร่งครัด (และได้รับการวิจารณ์อย่างมาก) และพยายามที่จะใช้หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ มากขึ้นกว่าเดิม<sup>341</sup> แต่ก็ยังไม่ถึงกับยกเลิกหลักเกณฑ์ ‘Ultimate Authority and

<sup>338</sup> Ibid, para.102.

“there must be a presumption that the Security Council does not intend to impose any obligation on Member States to breach fundamental principles of human rights [...] In the light of the United Nation’s important role in promoting and encouraging respect for human rights, it is to be expected that clear and explicit language would be used were the Security Council to intend States to take particular measures which would conflict with their obligations under international human rights law.”

<sup>339</sup> Ibid, para.109.

<sup>340</sup> Ibid, para.110.

<sup>341</sup> Laura Henderson, “With (Great) Power Comes (Great) Responsibility: A Move Toward Greater Responsibility for States Exercising Power Abroad”, *Utrecht Journal of International and European Law*, (Vol.28 Issue 74), p.54.

“However, in Al-Jedda, the Court no longer used only the ‘Ultimate Authority and Control’ test. In paragraph 84, the Court decided that the UN ‘had neither effective control nor ultimate authority and control without making clear which test is found to be relevant one. This might be taken as a sigh that the Court is moving away from the stricter (and highly criticized) ‘Ultimate Authority and Control’ test and moving toward ‘Effective Control’, a test used by the UN International Law Commission in its Draft Articles of Responsibility for international Organizations.”

Control’ เสียทีเดียว<sup>342</sup> เพราะ การที่ศาลวินิจฉัยว่า ‘องค์การสหประชาชาติไม่มีอำนาจควบคุมทั้ง ‘Effective Control’ และ ‘Ultimate Authority and Control’ เป็นการที่ศาลยอมรับว่าสองหลักเกณฑ์นี้แตกต่างกัน แต่ก็ยังคงยืนยันที่จะใช้หลักเกณฑ์ทั้งสองในการวินิจฉัยคดีต่อไป<sup>343</sup> รวมถึงยังได้วินิจฉัยในประเด็นเรื่องเขตอำนาจของรัฐตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน และประเด็นเรื่องการขัดกันของพันธกรณีตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงและพันธกรณีตามอนุสัญญาให้ชัดเจนยิ่งขึ้นด้วย

#### 4.6 ความเป็นไปได้ของการที่จะถือว่าการกระทำของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพเป็นการกระทำของหลายองคภาวะที่เกี่ยวข้อง (Multiple Attribution) ทำให้ต้องมีความรับผิดชอบร่วมกัน (Joint Responsibilities)

จากการศึกษาคำตัดสินในคดี Behrami และคดี Saramati จะเห็นได้ว่า ศาลไม่พิจารณาถึงโอกาสที่จะวินิจฉัยว่าการกระทำความผิดเป็นของรัฐหรือ NATO เลย ซึ่งแตกต่างจากหลักกฎหมายที่ร่างโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ โดยจากคำอธิบายร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศนั้นได้ยอมรับอยู่แล้วว่า กรณีที่องค์การของรัฐหรือขององค์การระหว่างประเทศอื่นมากระทำในนามอีกองค์การระหว่างประเทศหนึ่งนั้น เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ก็อาจถือได้ว่าการกระทำนั้นเป็นของหลายองคภาวะได้ (Multiple Attribution) แม้ว่าจะเกิดขึ้นได้ยากในทางปฏิบัติก็ตาม ดังที่คำอธิบายร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศได้อธิบายไว้ว่า

“แม้ในทางปฏิบัติจะเกิดขึ้นไม่บ่อยนัก แต่การถือว่าการกระทำหนึ่งเป็นของหลายองคภาวะไม่สามารถถูกยกเว้นได้ ดังนั้น การถือว่าการกระทำหนึ่งเป็นขององค์การระหว่างประเทศ มิได้แสดงว่าการกระทำเดิมนั้นไม่สามารถถือได้ว่าเป็นของรัฐ หรือในทางกลับกัน การถือว่าการกระทำเป็นของรัฐ ก็ไม่ได้ยกเว้นไม่ให้การกระทำนั้นเป็นขององค์การระหว่างประเทศ อีกทั้งยังอาจกล่าวได้ว่า การกระทำสามารถถือได้ว่าเป็นขององค์การระหว่าง

<sup>342</sup> Kjetil Mujezinovic Larsen, “Neither Effective Control nor Ultimate Authority and Control: Attribution of conduct in Al-Jedda”, *Military law and the Law of War Review* (2011), p.356.

“... the Al-Jedda decision does not in any way dispose of the ‘Ultimate Authority and Control’ test from Behrami/Saramati, and this unfortunate.”

<sup>343</sup> Nicholas Mull, “Attribution of wrongful conduct via “effective control” as intended in the international law commission’s draft articles on the responsibility of international organizations”, Available at: [http://works.bepress.com/nicholas\\_mull/v1](http://works.bepress.com/nicholas_mull/v1), p.19. เข้าครั้งสุดท้ายเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน พ.ศ. 2557

“The conclusion that the UN exercised neither “effective control” nor “ultimate authority and control” emphasizes two immediate points. First, the court implicitly acknowledges that “effective control” is not the same as “ultimate authority and control”. And second, the holding suggests that attribution can be determined by both standards.”

ประเทศสององค์การหรือมากกว่าในขณะเดียวกันได้ เช่น กรณีที่ตั้งองค์การร่วมกันและกระทำการผ่านองค์การนั้น”<sup>344</sup>

นอกจากนี้ Special Rapporteur G. Gaja ก็ได้อธิบายหลักการในเรื่องนี้ว่า “การกระทำหนึ่งๆไม่จำเป็นต้องถือว่าเป็นของหนึ่งประธานเท่านั้น” (“conduct does not necessarily have to be attributed exclusively to one subject only”) โดยได้ยกตัวอย่างเหตุการณ์ที่การกระทำหนึ่งถือเป็นของหลายองค์การ ตัวอย่างเช่น เมื่อรัฐสองรัฐขึ้นไปตั้งองค์การร่วม (Joint Organ) การกระทำขององค์การร่วมนั้นก็ถือเป็นของรัฐเหล่านั้น หรือในกรณีที่การกระทำอาจเป็นของทั้งองค์การระหว่างประเทศและรัฐสมาชิกพร้อมๆกันเช่น กรณีที่ NATO ได้ระเบิดสาธารณรัฐยูโกสลาเวียในปี ค.ศ.1999 ซึ่งก่อให้เกิดการโต้เถียงว่า NATO หรือรัฐสมาชิกจะต้องมีความรับผิดชอบในการกระทำดังกล่าว Gaja ได้เสนอความเห็นในกรณีนี้ว่า การกระทำนั้นอาจถือได้ว่าเป็นของ NATO และรัฐสมาชิก ทั้งนี้ก็เนื่องมาจาก รัฐสมาชิกเหล่านั้นมีส่วนร่วมในการวางแผนปฏิบัติการทางทหารหรือปฏิบัติตามแผนการนั้น<sup>345</sup>

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศก็ไม่ได้ปิดโอกาสความเป็นไปได้ในการถือว่าการกระทำ ความผิดหนึ่งการกระทำของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพสามารถถือได้ว่าเป็นของทั้งองค์การสหประชาชาติและรัฐที่ส่งกองกำลังทั้งหลักการนี้ยังได้รับการยอมรับจากคำพิพากษาทั้งในคดี Al-jedda (ที่ไม่ได้พิจารณาเหมือนคดี Behrami และคดี Saramati ที่พิจารณาแล้วว่าเมื่อเป็นการกระทำความผิดขององค์การสหประชาชาติแล้วเหตุการณ์วินิจฉัย ในทางกลับกัน คดี Al-jedda เมื่อพิจารณาแล้วว่าเมื่อไม่ใช่การกระทำความผิดขององค์การสหประชาชาติแล้ว ก็วินิจฉัยต่อไปว่าเป็นการกระทำความผิดของรัฐจำเลยหรือไม่)<sup>346</sup> และคดี Nuhanovic v. Netherland อีกด้วยเห็นได้จาก

<sup>344</sup> DARIO, with commentaries, 2011, p.16, para.(4).

“Although it may not frequently occur in practice, dual or even multiple attribution of conduct cannot be excluded. Thus, attribution of a certain conduct to an international organization does not imply that the same conduct cannot be attributed to a State; nor does attribution of conduct to a State rule out attribution of the same conduct to an international organization. One could also envisage conduct being simultaneously attributed to two or more international organizations, for instance when they establish a joint organ and act through that organ”

<sup>345</sup> Giorgio Gaja, Special Rapporteur, International Law Commission, Second Report on Responsibility of International Organizations, UN Doc. A/CN.4/541 (April2,2004)

<sup>346</sup> Rusell Hopkins, “International Rule of Law After Al-Jedda”, *Judicial Review* (Mar 2012), Vol. 17 Issue 1, p.83.

“Importantly, the ECtHR’s approach in Al-Jedda appears to acknowledge the possibility of attribution to more than one party. The question addressed by the ECtHR was not so much whether Mr Al-Jedda ‘s conduct should be attributed to the UN, but whether it ceased being attributable to the United Kingdom. The ECtHR did not present a stark choice of either the United Kingdom. If that approach is correct and followed then, subject to the language and context of future UNSCRs, it would appear to be more

ในคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์คดี Nuhanovic ที่กล่าวไว้ว่า “ในจุดเริ่มต้นศาลยอมรับว่า ความเป็นไปได้ที่มากกว่าหนึ่งคู่ความจะมี ‘Effective Control’ นั้นได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไป ซึ่งหมายความว่า ไม่สามารถที่จะยกเลิกหลักเกณฑ์ที่ถือว่าหนึ่งการกระทำถือเป็นของหลายองคภาวะได้”<sup>347</sup> และคำพิพากษาของศาลฎีกาในคดีดังกล่าวก็ยืนยันตามหลักการนี้เช่นกัน

อย่างไรก็ตาม แม้ร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ, Special Rapporteur, นักวิชาการต่างๆ และคำพิพากษาในคดีภายหลังจะยอมรับถึงหลักเกณฑ์การวินิจฉัยว่าการกระทำผิดหนึ่งจะสามารถถือว่าเป็นได้ของหลายองคภาวะ (Multiple Attribution) แต่ฐานของหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ยังคงไม่ชัดเจนนัก เพราะคำจำกัดความของหลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ ที่คณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศเลือกใช้ยังมีปัญหาถึงความไม่ชัดเจนของภาษา เนื่องจากในเมื่อคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศอธิบายว่า หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ จะต้องพิจารณาจากอำนาจการควบคุมตามความเป็นจริงเหนือการกระทำผิดนั้นๆ อย่างเฉพาะเจาะจงแล้วจะเป็นไปได้ได้อย่างไรที่จะองคภาวะที่มากกว่าหนึ่งองคภาวะจะมีอำนาจในการควบคุมเหนือการกระทำดังกล่าวทั้งคู่<sup>348</sup> กล่าวคือ พิจารณาแล้วคล้ายกับว่าสามารถตีความให้การกระทำผิดหนึ่งๆ เป็นขององคภาวะเดี่ยวเท่านั้น (Single Attribution)

จากการศึกษาในบทที่ 2 เรื่องสายการบังคับบัญชาของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ ซึ่งเห็นได้ว่ารัฐยังคงมีอำนาจหลายประการเหนือกองกำลัง จึงเกิดปัญหาว่า จำเป็นหรือไม่ที่จะต้องวินิจฉัยว่าองคภาวะใดมีอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาแบบ ‘Effective Control’ เพราะจากข้อสันนิษฐานขององค์การสหประชาชาติเองที่ให้ ผู้บังคับบัญชาขององค์การสหประชาชาติ (UN FORCE Commander) มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือกองกำลังในระดับยุทธการ (Operational) และจากคดี Nuhanovic ที่ขยายหลักเกณฑ์ ดังกล่าวให้รวมถึงกรณีอำนาจในการที่จะป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำผิด (Power to Prevent) ที่เมื่อเกิดการกระทำผิดในระดับบุคคลกร ผู้บัญชาการของรัฐจะ

---

difficult for countries to avoid responsibility for the conduct of their soldiers by cloaking themselves in the UN flag.”

<sup>347</sup> Nuhanovic, The Hague Court of Appeal Judgment, 5 July 2011, para.5.9.

“The Court adopts as a starting point that possibility that more than one party has ‘effective control’ is generally accepted, which means that it cannot be ruled out that the application of this criterion results in the possibility of attribution to more than one party...”

<sup>348</sup> Andre’ Nollkaemper, “Dual Attribution Liability of the Netherlands for Conduct of Dutchbat in Srebrenica”, *Journal of International Criminal Justice* (2011), pp.1152-1153.

“Though the possibility of dual attribution has indeed been acknowledge in legal scholarship, and also recognized by the ILC, the proper basis for such dual attribution is not well established. Indeed, the definition of effective control given by the ILC is unclear on whether there can be dual attribution if one of the actors involved exercised effective control. The ILC emphasized ‘the factual control that is exercised over the specific conduct taken by the organ or agent placed at the receiving organization’s disposal, and the question is whether and in what case such factual control over the specific conduct can be exercised simultaneously by the two actors.’”



เป็นผู้ที่อยู่ในตำแหน่งที่จะป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำดังกล่าวได้ดีที่สุด ดังนั้น รัฐจึงต้องมีความรับผิดชอบด้วย เพราะฉะนั้น อาจกล่าวได้หรือไม่ว่าแท้จริงแล้วทั้งองค์การสหประชาชาติและรัฐนั้นมียานาจในการควบคุมและบังคับบัญชากองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพร่วมกันทุกกรณี? (Joint control)

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ในสายการบังคับบัญชาของกองกำลัง ผู้บังคับบัญชาของสหประชาชาติ (UN Force Commander) เป็นผู้มีอำนาจควบคุมทางยุทธการเหนือกองกำลัง (Operational Control) ที่ในทางทหารหมายถึง ‘Effective Control’ ในการปฏิบัติหน้าที่ตามแผนทางยุทธการของเลขาธิการสหประชาชาติซึ่งอำนาจในระดับนี้จะเป็นที่จะต้องปรึกษารือกับรัฐที่ส่งกองกำลัง ตามที่เลขาธิการสหประชาชาติได้เคยกล่าวไว้ว่า

“ในภาคพื้นสนาม โดยสามัญสำนึกทั่วไปและทางปฏิบัติของการจัดการแล้ว บ่งชี้ว่า ผู้บัญชาการสหประชาชาติ (UN Force Commander) จะต้องให้ผู้บัญชาการของรัฐมีส่วนเกี่ยวข้องกับการวางแผนทางยุทธการและการตัดสินใจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเกี่ยวข้องกับบุคลากรของตน การเข้ามาเกี่ยวข้องเช่นว่านี้จะกระทำด้วยรูปแบบของการปรึกษาหารือระหว่างผู้เชี่ยวชาญในกองกำลัง”<sup>349</sup>

ทั้งนี้แม้ Force Commander จะมีพันธกรณีที่จะต้องปรึกษารือกับรัฐที่ส่งกองกำลัง แต่ Force Commander ก็ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามความเห็นของรัฐที่ส่งกองกำลัง และรัฐที่ส่งกองกำลังก็ไม่มีสิทธิคัดค้านการตัดสินใจของ Force Commander ดังนั้น หากหลังจากที่มีการปรึกษารือแล้ว Force Commander และรัฐที่ส่งกองกำลังมีความเห็นที่ไม่ตรงกัน Force Commander ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจ ‘Operational Control’ ก็สามารถที่จะปฏิบัติตามข้อเสนอของตนที่ได้รับอนุญาตจาก UN Headquarter ได้ โดย Force Commander สามารถที่จะวางกองกำลังและใช้บุคลากรของรัฐตามที่ตนเห็นว่าเหมาะสมได้ โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากรัฐที่ส่งกองกำลัง แต่อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริง หาก Force Commander ไม่ปรึกษารือ หรือไม่สามารถที่จะตกลงกับรัฐที่ส่งกองกำลังได้ ผู้บัญชาการของรัฐก็มีอำนาจที่จะถอนกองกำลังของตนออกจากปฏิบัติการ แต่ก็ได้หมายความว่า รัฐมีอำนาจเหนือกองกำลังทั้งหมด เพราะรัฐไม่สามารถที่จะสั่งการให้กองกำลังปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ตกลงกับ Force Commander ก่อนได้

จะเห็นได้ว่า แท้จริงแล้ว กองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ อยู่ภายใต้อำนาจการบังคับบัญชาควบคุมร่วมกัน (Joint Control) ของทั้งองค์การสหประชาชาติและรัฐที่ส่ง

<sup>349</sup> UN Secretary-General *Financing of the UN Protection Force* UN Doc A/51/389 (1996) para.19.

“In the field, common sense and sound management practice dictate that the [UN Force Commander] ensures that national contingent commanders are involved in operational planning and decision making, especially where their respective contingents are concerned. Such involvement should take the form of consultation among professionals in a unified force.”

กองกำลัง ดังที่ Christopher Leck ได้แสดงความคิดเห็นว่า ทั้งองค์การสหประชาชาติและรัฐนั้น มีอำนาจในการบังคับบัญชาควบคุมร่วมกัน โดยให้เหตุผลดังนี้ 1) ก่อนที่จะมีการวางกองกำลัง จะต้องมีการเจรจาระหว่างรัฐที่ส่งกองกำลังถึงภาระหน้าที่และบริเวณพื้นที่ที่จะวางกองกำลังที่เฉพาะเจาะจง การกำหนดข้อจำกัดเหนือการใช้กองกำลังของตน 2) ต้องมีการปรึกษาหารือ (Consultation) อย่างต่อเนื่องระหว่างผู้บังคับบัญชาขององค์การสหประชาชาติ (UN Force Commander) และผู้บังคับบัญชาของรัฐ (National Commander) 3) รัฐมีส่วนในการพัฒนาหลักการของการปฏิบัติการและกฎการใช้กำลัง ซึ่งมีผลโดยนัยยะต่อการมี 'Effective Control'เหนือกองกำลัง ไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติการเพื่อสันติภาพขององค์การสหประชาชาติ หรือของปฏิบัติการเพื่อสันติภาพในกรณีอื่นๆ โดยทั่วไป<sup>350</sup>

สิ่งเหล่านี้แสดงให้เห็นว่า การใช้หลักเกณฑ์ 'Effective Control' นั้น (แม้จะมีความเหมาะสมสำหรับใช้วินิจฉัยการกระทำผิดของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพมากกว่าหลักเกณฑ์ 'Ultimate Authority and Control') แต่ก็อาจยังไม่สะท้อนถึงความสลับซับซ้อนในทางปฏิบัติของสายการบังคับบัญชาในกองกำลังอย่างเต็มที่ เพราะฉะนั้นจึงอาจพิจารณาได้ว่า กองกำลังไม่ได้อยู่ภายใต้อำนาจขององค์การสหประชาชาติแต่เพียงผู้เดียว แต่ยังอยู่ภายใต้การบังคับบัญชา ร่วมกับกับรัฐที่ส่งกองกำลังด้วย องค์การสหประชาชาติกับรัฐที่ส่งกองกำลังจึงถือว่ามี 'Effective Control' ร่วมกัน ทำให้การกระทำใดๆก็ตามของกองกำลังถือเป็นของทั้งองค์การสหประชาชาติและรัฐที่ส่งกองกำลัง อย่างไรก็ตาม ในสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือในการจัดการกองกำลังบางกรณี โดยเฉพาะเจาะจง การใช้หลักเกณฑ์ 'Effective Control' ก็สามารถเปลี่ยนให้องค์การสหประชาชาติหรือรัฐเป็นผู้ที่จะต้องรับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียวได้<sup>351</sup>

<sup>350</sup> Christopher Leck, "International responsibility in United Nations peacekeeping operation: command and control arrangement and the attribution of conduct", *Melbourne Journal of International Law* (2009), Vol 10.

"1. TCCs negotiating, prior to deployment, the specific tasks and zone of deployment of their peacekeepers, and the placing of restrictions upon the employment of peacekeepers;

2. the intimate and structured 'consultation' that continuously take place between the Force Commander and the NCCs on the employment of their contingents; and

3. the TCCs having significant input to the development of concept of operations and ROEs; and their implications in terms of the effective control of the contingents; whether in the case of UN PKOs or peace operation in general."

<sup>351</sup> Cedric Ryngaert, "Apportioning Responsibility between the UN and Member States in UN Peace Support Operations: An Inquiry into the Application of the 'Effective Control' Standard after Behrami", p.157.

"In UN operations, contributing states typically retain full and exclusive strategic level command and control over their personnel and equipment, whereas the UN exercises operational authority over the troop. In such a situation, the UN and the contributing states could be considered to both exercise effective control over the troops, and their responsibility for wrongful acts will jointly engaged. Nonetheless, in emergency situation, or on the basis of specific arrangement, effective control may shift to either the UN

นอกจากนี้ การวินิจฉัยให้การกระทำความผิดของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพเป็นทั้งขององค์การสหประชาชาติ และของรัฐที่ส่งกองกำลังซึ่งจะทำให้เกิดความรับผิดชอบร่วมกัน (Joint Responsibilities) นั้นยังสอดคล้องกับร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศที่ยอมรับหลักเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดชอบของหลายองค์การในการกระทำเดียวกันอีกด้วย เห็นได้จากการที่หลักกฎหมายในข้อ 48 ที่วางหลักไว้ว่า “1. องค์การระหว่างประเทศและรัฐใดรัฐหนึ่งหรือมากกว่านั้นหรือองค์การระหว่างประเทศอื่นๆ สามารถรับผิดชอบในการกระทำเดียวกันได้...”<sup>352</sup> ทำให้ทั้งองค์การระหว่างประเทศหรือรัฐที่ส่งกองกำลังไม่ต้องรับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียว จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นแนวทางที่เหมาะสมที่สุดในการวินิจฉัยปัญหา เพราะ ถ้าหากให้องค์การใดองค์การหนึ่งต้องรับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียวแล้วก็จะส่งผลกระทบต่อการตัดสินใจของรัฐที่ส่งกองกำลังว่าควรส่งกองกำลังของตนเข้าไปร่วมปฏิบัติการเพื่อสันติภาพหรือไม่ ส่งผลให้องค์การสหประชาชาติบรรลุวัตถุประสงค์ในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศเป็นการยากยิ่งขึ้น และไม่สามารถตอบสนองต่อเหตุการณ์ความรุนแรงได้อย่างเต็มที่ แต่ทั้งนี้การที่จะให้หลายองค์การมีความรับผิดชอบในการกระทำเดียวกัน ก็ยังคงมีปัญหาเรื่องการบังคับใช้ (Implementation) เพื่อเยียวยาความเสียหายในความเป็นจริง เพราะการแบ่งส่วนความรับผิดชอบ เป็นหลักกฎหมายที่ยังไม่ได้รับการพัฒนาในกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>353</sup>

#### 4.7 อุปสรรคในการเยียวยาความเสียหายแก่ปัจเจกชนผู้เสียหายจากการกระทำความผิดของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ

อุปสรรคที่สำคัญที่สุดในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ปัจเจกชนหากเรียกร้องให้องค์การสหประชาชาติมีความรับผิดชอบก็คือ การที่กองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพมีความคุ้มกันจากเขตอำนาจของศาลภายในของรัฐผู้รับที่เป็นรัฐที่กองกำลังเข้าไปปฏิบัติการ แม้ว่าการที่ให้ความคุ้มกันแก่กองกำลังสหประชาชาติรวมถึงบุคลากรในกองกำลังนั้นจะเป็นไปเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของกองกำลังเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพก็ตาม แต่ขณะเดียวกันก็เป็นสิ่งกีดขวางมิให้ปัจเจกชนผู้เสียหาย

---

or the contributing state, as a result of which the UN or the contributing states's sole responsibility will be engaged.”

<sup>352</sup> DARIO,

Article 48 “1. Where an international organization and one or more States or other international organizations are responsible for the same internationally wrongful act, the responsibility of each States or organization may be invoked in relation to that act.”

<sup>353</sup> Berenice Boutin, “Responsibility of the Netherlands for the acts of Dutchbat in Nuhanovic and Mustafic: the continuous quest for a tangible meaning for “effective control” in the context of peacekeeping”, p.534.

“... the question of apportion of remedies for a wrongful act for which more than one entity is responsible receives no answer in international law. Authors advocating dual attribution in peacekeeping usually maintain joint and several liability as an obvious consequence; however, the implementation of such a principle in international law is not without difficulties.”

สามารถฟ้ององค์การสหประชาชาติเพื่อให้รับผิดชอบโดยตรงได้ โดยความคุ้มกันที่ให้กับองค์การและเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติการในนามสหประชาชาตินี้มีที่มาจากกฎบัตรสหประชาชาติ ข้อ 105 (2) ที่บัญญัติว่า “ผู้แทนของสมาชิกของสหประชาชาติ และเจ้าหน้าที่ขององค์การสหประชาชาติ จะอุปโภคเอกสิทธิ์และความคุ้มกันเช่นว่านั้นเท่าที่จำเป็น เพื่อการปฏิบัติหน้าที่ของตนในเรื่องที่เกี่ยวข้องขององค์การฯ เป็นไปโดยอิสระ” และอนุสัญญาว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันของสหประชาชาติ ค.ศ. 1946 (The Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations) ที่ให้ความคุ้มกันแก่ตัวองค์การสหประชาชาติ ที่วางหลักว่า องค์การสหประชาชาติ รวมถึงทรัพย์สิน และสินทรัพย์ขององค์การสหประชาชาติ ไม่ว่าจะอยู่ที่ใด และไม่ว่าบุคคลใดจะยึดถือครอบครองไว้ ย่อมได้รับความคุ้มกันจากการดำเนินคดีตามกฎหมาย<sup>354</sup> อีกทั้งสถานที่ขององค์การสหประชาชาติก็เป็นสถานที่ที่ละเมิดมิได้<sup>355</sup>

อีกทั้งในความตกลงแม่แบบว่าด้วยสถานะของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ (Model Status of Force Agreement for Peacekeeping Operations) ก็ยังวางหลักเกณฑ์ให้นำอนุสัญญาว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันของสหประชาชาติ ค.ศ.1946 มาปรับใช้อีกด้วย โดยในกรณีที่รัฐผู้รับเป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันฯ ฐานทัพ เงินทุน และสินทรัพย์ ตลอดจนสมาชิกที่เข้าร่วมในปฏิบัติการ รวมถึงผู้แทนพิเศษ ผู้บัญชาการ ย่อมได้รับความคุ้มกันจากรัฐผู้รับตามความตกลงว่าด้วยสถานะภาพของกองกำลังที่มี<sup>356</sup> และได้รับความคุ้มกันตามอนุสัญญาว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันฯด้วย<sup>357</sup> แต่ในกรณีที่รัฐผู้รับไม่ได้เป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยเอกสิทธิ์และ

<sup>354</sup> The Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations,

Article 2 section 2 “The United Nations, its property and assets wherever located and by whomsoever held, shall enjoy immunity from every form of legal process except insofar as in any particular case it has expressly waived its immunity shall extend to any particular case it has expressly waived its immunity. It is, however, understood that no waiver of immunity shall extend to any measure of execution”

<sup>355</sup> Ibid, Article 2 section 3 “The premises of the United Nations shall be inviolable. The property and assets of the United Nations, wherever located and by whom so ever held, shall be immune from search, requisition, confiscation, expropriation and any other form of interference, whether by executive, administrative, judicial or legislative action.”

<sup>356</sup> Model Status of Force Agreement for Peacekeeping Operations

Article 3(3) “The Convention on Privileges and Immunities of the United Nations of 13 February 1946 shall apply to the United Nation peace-keeping operation subject to the provision specified in the present agreement.”

<sup>357</sup> Ibid. Article 3(4) “The United Nation peace-keeping operation, its property, funds and assets, and its members, including the Special Representatives/Commander, shall enjoy the privileges and immunities specified in the present agreement as well as those provided for in the Convention, to which [host country] is a party.”

ความคุ้มกันฯ ก็จะได้รับสถานภาพและความคุ้มกันเฉพาะเท่าที่บัญญัติในความตกลงว่าด้วยสถานภาพของกองกำลังที่ตกลงระหว่างกันเท่านั้น<sup>358</sup>

นอกจากความคุ้มกันตามกฎบัตรสหประชาชาติ ข้อ 105 (2) และอนุสัญญาว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันของสหประชาชาติ ค.ศ. 1946 และความตกลงว่าด้วยสถานภาพของกองกำลังแล้ว บางครั้งในการปฏิบัติการเพื่อสันติภาพขององค์การสหประชาชาติอาจได้รับความคุ้มกันตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง และกฎเกณฑ์ภายในรัฐ (Intra – Mission Regulations) ได้ด้วย โดยหากเป็นการปฏิบัติการบังคับให้เกิดสันติภาพ (Peace Enforcement) ซึ่งได้รับอำนาจตามข้อมติภายใต้หมวดที่ 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ย่อมได้รับความคุ้มกันโดยตรงจากคณะมนตรีความมั่นคงที่มอบหมายมายังเลขาธิการแห่งสหประชาชาติ ตัวอย่างเช่น Regulation 2000/47 ให้ความคุ้มกันจากการปฏิบัติหน้าที่แก่สมาชิกในสังกัดกองกำลัง KFOR และสมาชิกในสังกัดกองกำลัง UNMIK<sup>359</sup> อย่างไรก็ตาม ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันฯ มีข้อยกเว้นที่อาจไม่มีความคุ้มกันได้ ได้แก่ กรณีที่องค์การสหประชาชาติสามารถละความคุ้มกันได้ แต่จะต้องกระทำโดยชัดแจ้ง, กรณีการกระทำ ความผิดที่ไม่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการตามหน้าที่ และกรณีการกระทำความผิดที่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ จะเห็นได้ว่า ปัจเจกชนไม่สามารถที่จะดำเนินคดีกับองค์การสหประชาชาติต่อศาลภายในได้ หากไม่เข้าข้อยกเว้นในกรณีดังกล่าว

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในระดับศาลระหว่างประเทศ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ยื่นยันถึงหลักกฎหมายในเรื่องการให้ความคุ้มกันแก่องค์การสหประชาชาติ ในคดี Stichting Mothers of Srebrenica and others v. the Netherlands<sup>360</sup> ที่มีข้อเท็จจริงว่าในปฏิบัติการ UNPROFOR ที่จัดตั้งขึ้นเพื่อยับยั้งการที่กองกำลังบอสเนียน-เซอร์บ (Bosnian-Serb) จะสังหารชายและเด็กชายชาวบอสเนียนมุสลิม ในเมือง Srebrenica บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา ในปฏิบัติการนี้ กองกำลังดัตช์มีหน้าที่ในการปกป้องเมือง Srebrenica ตามที่คณะมนตรีความมั่นคงได้ประกาศให้เป็น “พื้นที่ปลอดภัย” (safe area) ตามข้อมติที่ 819<sup>361</sup> ในปีค.ศ.1993 กองกำลังดัตช์จึงเข้ามาประจำการอยู่ในเมือง Srebrenica และเมือง Potocari บางส่วนในเดือนมีนาคม ค.ศ. 1994 ต่อมาในปีค.ศ.1995 กองกำลังบอสเนียน-เซอร์บได้เข้าโจมตีเมือง Srebrenica กองกำลังดัตช์จึงต้องละทิ้งเมืองและอพยพพลเมืองมาที่เมือง Potocari ปฏิบัติการ UNPROFOR จึงล้มเหลว ทำให้เกิดการสังหารหมู่ครั้งใหญ่ที่สุดในยุโรปตั้งแต่สงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลง ประมาณการผู้เสียชีวิตประมาณมากกว่า 8,000 คน

<sup>358</sup> ชันนภรณ์ บุญเกิดทรัพย์, ปัญหาและแนวทางว่าด้วยความคุ้มกันของกองกำลังสหประชาชาติในการปฏิบัติการเพื่อสันติภาพในบริบทของศาลอาญาระหว่างประเทศ, วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 37-38.

<sup>359</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า 44.

<sup>360</sup> Stichting Mothers of Srebrenica and others v. the Netherlands, App.65542/12 European Court of Human Rights, 11 June 2013.

<sup>361</sup> UNSC Resolution 819, 16 April 1993. UNSC urged that: W all parties and others concerned treat Srebrenica and its surroundings as a “safe area” which should be free from any armed attack or any other hostile act.”

ดังนั้น ญาติของผู้เสียชีวิตจึงได้ร่วมกันฟ้องร้องทั้งเนเธอร์แลนด์ในฐานะที่เข้าร่วมกองกำลังและองค์การสหประชาชาติที่ไม่สามารถป้องกันการทำล้างเผ่าพันธุ์ได้ต่อศาลเนเธอร์แลนด์ แต่ทั้งในระดับศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาล้วนแต่พิพากษาให้องค์การสหประชาชาติมีความคุ้มกันเด็ดขาด (Absolute Immunity) จากการดำเนินคดีของศาลภายใน ต่อมาฝ่ายโจทก์จึงได้ยื่นฟ้องเนเธอร์แลนด์ต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปว่า การที่เนเธอร์แลนด์ให้ความคุ้มกันแก่องค์การสหประชาชาติ เป็นการละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ข้อ 6<sup>362</sup> ที่รับรองสิทธิในการได้ดำเนินคดีอย่างเป็นธรรม (Right to Fair Trial) ทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับการเยียวยา เป็นการละเมิดต่อพันธกรณีตามข้อ 13<sup>363</sup> ที่รับรองสิทธิในการได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างมีประสิทธิภาพ (Right to an Effective Remedy) ศาลได้มีคำพิพากษาในวันที่ 27 มิถุนายน ค.ศ. 2012 ตัดสินยกฟ้องโจทก์ โดยพิจารณาว่า การให้ความคุ้มกันแก่องค์การระหว่างประเทศเป็นสิ่งที่สำคัญเพื่อให้องค์การระหว่างประเทศสามารถปฏิบัติหน้าที่ของตนได้อย่างเหมาะสม และ “กฎหมายระหว่างประเทศก็ไม่ได้สนับสนุนให้การฟ้องร้องทางแพ่งอยู่เหนือความคุ้มกัน โดยเหตุที่ว่าการกล่าวอ้างนั้นมีมูลมาจากการละเมิดหลักเกณฑ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ร้ายแรง แม้กระทั่งจะเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาดก็ตาม (*Ius Cogens*)”<sup>364</sup> จากคำพิพากษาของศาลแสดงให้เห็นว่า หลักกฎหมายในการให้ความคุ้มกันแก่องค์การสหประชาชาติขึ้นอยู่กับหลักกฎหมายเด็ดขาด อันเป็นอุปสรรคในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย เพราะจะทำให้องค์การสหประชาชาติไม่อาจมีความรับผิดชอบได้

นอกจากอุปสรรคในเรื่องความคุ้มกันแล้ว เมื่อพิจารณาถึงหลักกฎหมายในร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ ตามข้อ 43 ที่วางหลักให้ “รัฐหรือองค์การระหว่างประเทศเป็นผู้มีสิทธิในฐานะผู้เสียหายที่จะกล่าวอ้างให้องค์การระหว่างประเทศมีความรับผิดชอบ”<sup>365</sup> แสดงให้เห็น

<sup>362</sup> Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,

Article 6 (1) “In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. ...”

<sup>363</sup> Ibid, Article 13 “Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.”

<sup>364</sup> Stichting Mothers of Srebrenica and others v. the Netherlands, para.158.

“International law does not support the position that a civil claim should override immunity from suit for the sole reason that it is based on allegation of a particular grave violation of a norm of international law, even a norm of *ius cogens*.”

<sup>365</sup> DARIO,

Article 43 “ A State or an international organization is entitled as an injured State or an injured international organization to invoke the responsibility of another international organization if the obligation breached is owed to:

(a) that State or the former international organization individually;

ถึง การไม่เปิดช่องให้ปัจเจกชนอ้างให้องค์การระหว่างประเทศมีความรับผิดชอบโดยตรงได้และตามข้อ 45 ที่วางหลักให้ “รัฐที่เสียหายจะไม่สามารถกล่าวอ้างให้องค์การระหว่างประเทศมีความรับผิดชอบได้ หากกล่าวใช้สิทธิดังกล่าวมิได้ปฏิบัติตามให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการใช้สิทธิเรียกร้องภายในชาติ”<sup>366</sup> ซึ่งเมื่อพิจารณาประกอบกันทั้งสองข้อแล้ว เมื่อปัจเจกชนไม่สามารถที่จะกล่าวอ้างให้ องค์การระหว่างประเทศมีความรับผิดชอบโดยตรงได้ดังนั้นหากปัจเจกชนต้องการที่จะให้องค์การระหว่าง ประเทศมีความรับผิดชอบ ปัจเจกชนก็ต้องอาศัยกลไกความคุ้มครองทางทูตจากรัฐสัญชาติตน (Diplomatic Protection) แล้วรัฐเป็นผู้กล่าวอ้างให้องค์การระหว่างประเทศมีความรับผิดชอบต่อไป ซึ่ง รัฐนั้นจะให้ความคุ้มครองทางการทูตหรือไม่ก็ได้ เพราะถือเป็นการใช้สิทธิของรัฐเองและการที่รัฐไป เรียกร้องให้องค์การระหว่างประเทศมีความรับผิดชอบได้ก็จะต้องหมดยุทธวิธีภายในภายใต้อำนาจ (Exhaustion of Local Remedy) ซึ่งโดยปกติแล้วรัฐสัญชาติของปัจเจกชนผู้เสียหายก็จะ เป็นรัฐล้มเหลว ที่มีปัญหาความขัดแย้งไม่มีสันติภาพและความมั่นคงจนทำให้จะต้องมีกองกำลัง สหประชาชาติเข้ามาปฏิบัติหน้าที่แก้ไขปัญหภายในประเทศอยู่แล้ว จึงทำให้รัฐเหล่านี้อาจจะไม่ ให้ ความคุ้มครองคนรัฐของตนได้ อีกทั้งการที่จะต้องหาทางเยียวยาตามวิธีการภายในจนหมดสิ้นเสียก่อน ก็คือการเยียวยาตามกลไกการทำงานขององค์การสหประชาชาติ เช่น Standing Claim Commission ตามความตกลงว่าด้วยสถานะของกองกำลัง (ซึ่งจนถึงปัจจุบันยังไม่มีที่ตั้ง คณะกรรมการดังกล่าว) หรือ Local Claim Review Board (ที่มีปัญหาในเรื่องความเป็นกลางในการ วินิจฉัยความรับผิด) ที่ปัจเจกชนต้องเรียกร้องก่อนที่จะมาขอให้รัฐให้ความคุ้มครองทางทูตเพื่อกล่าว อ้างความรับผิดชอบต่อองค์การระหว่างประเทศต่อไป ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วยังไม่มีการให้ความคุ้มครอง ทางการทูตในกรณีการกระทำความผิดของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพแต่ อย่างใด<sup>367</sup>

นอกจากนี้แม้ร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศจะให้รัฐสามารถกล่าว อ้างให้องค์การระหว่างประเทศรับผิดชอบได้ ก็เป็นแต่เพียงสิทธิในทางเนื้อหาเท่านั้น (Substantive

---

(b) a group of States or international organizations including that States or the former international organization, or the international community as a whole, and the breach of the obligation:

(i) specially affects that State or that international organization: or

(ii) is of such a character as radically to change the position of all the other States and international organizations to which the obligation is owed with respect to the further performance of the obligation.

<sup>366</sup> Ibid, Article 45 “1. An injured State may not invoke the responsibility of an international organization if the claim is not brought in accordance with any applicable rule relating to the nationality of claims.

2. When the rule of exhaustion of local remedies applies to a claim, an injured State or international organization may not invoke the responsibility of another international organization if any available and effective remedy has not been exhausted.”

<sup>367</sup> Marten Zwanenburg, “UN Peace Operations Between Independence and Accountability”, *International Organization Law Review* (2008), p.44.

Rights) แต่ไม่ได้กล่าวถึงเรื่องสถานที่ (Forum) ที่จะใช้สิทธิดังกล่าว เพราะในระดับศาลระหว่างประเทศ ยังไม่มีศาลใดที่จะมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเหนือองค์การระหว่างประเทศ เช่น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ที่ตามธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ข้อ 34 (1) ได้วางหลักให้รัฐเท่านั้นที่สามารถเป็นคู่ความในการดำเนินคดีต่อศาลแต่องค์การระหว่างประเทศไม่สามารถที่จะดำเนินคดีหรือถูกดำเนินคดีได้ ทำได้แต่เพียงขอความเห็นเชิงแนะนำเท่านั้น (Advisory Opinion) ดังนั้น รัฐสัญชาติของปัจเจกชนผู้เสียหายจากการกระทำความผิดของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพจึงไม่อาจอ้างความคุ้มครองทางทูตมาฟ้องร้องให้องค์การสหประชาชาติรับผิดชอบได้ จะเห็นได้ว่า วิธีการเรียกร้องให้องค์การสหประชาชาติมีความรับผิดชอบยังคงเป็นวิธีการที่ยังคงมีปัญหาใช้บังคับในทางปฏิบัติ

#### 4.8 กลไกในการระงับข้อพิพาทในบริบทของการกระทำความผิดของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพและแนวทางการแก้ไขอุปสรรคในการเยียวยาความเสียหายแก่ปัจเจกชนผู้เสียหาย

ในทางปฏิบัติ องค์การสหประชาชาติมีนโยบายที่จะยอมรับผิดชดใช้ค่าเสียหาย (*Ex gratia*) หรือมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศได้ ในกรณีการกระทำความผิดของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ<sup>368</sup> เช่น ในปฏิบัติการในประเทศคองโก (The United Nations Operation in Congo: ONUC) สหประชาชาติได้ทำความตกลงระหว่างประเทศ (Lump-sum Agreement) เกี่ยวกับจ่ายค่าชดเชยสำหรับความเสียหายเป็นผลจากการปฏิบัติการกิจของกองกำลัง, หรือในกรณีกองกำลังฉุกเฉิน (United Nations Emergency Forces : UNEF) ฆ่าคนอียิปต์ตายโดยอุบัติเหตุ เป็นต้น นอกจากนี้ หากเป็นกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นเนื่องจากความจำเป็นทางยุทธการ (Operational Necessity) องค์การสหประชาชาติก็ไม่เคยยอมรับผิด โดยผู้ที่พิจารณาว่ากรณีใดเป็นความเสียหายที่เกิดจากความจำเป็นทางยุทธการก็คือ Force Commander แต่ในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ กลับไม่มีบทบัญญัติที่รองรับให้องค์การสหประชาชาติไม่ต้องรับผิดในกรณีที่ความเสียหายเกิดจากความจำเป็นทางยุทธการแต่อย่างใด<sup>369</sup> อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่แค่องค์การสหประชาชาติเป็นผู้ออกข้อมติในการใช้มาตรการบังคับซึ่งกองกำลังนั้นอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของรัฐที่ส่งกองกำลัง เช่น ในสงครามเกาหลี (Korean War), กรณีสงครามอ่าว (Gulf War) องค์การสหประชาชาติก็จะไม่มีความรับผิดชอบ

<sup>368</sup> The Secretary-General, Report of the Secretary-General on Financing of the United Nations Protection Force, para.6, U.N. Doc. A/51/389

“it has always been the policy of the United Nations, acting through the Secretary-General, to compensate individuals who suffered damages for which the Organization well legally reliable...”

<sup>369</sup> Marten Zwanenburg, “UN Peace Operations between Independence and Accountability”, p.32.



จากที่กล่าวไปแล้วข้างต้นว่า องค์การสหประชาชาติมีความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลตามอนุสัญญาว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันของสหประชาชาติ ค.ศ. 1946 แต่จากอนุสัญญาดังกล่าวในข้อที่ 8 ส่วน 29 ก็ได้วางหลักเกณฑ์ให้มีกลไกการระงับข้อพิพาทเอาไว้ ตามที่บัญญัติไว้ว่า

“องค์การสหประชาชาติจะต้องสร้างบทบัญญัติเรื่องกลไกการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสม สำหรับ (ก) ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญา หรือข้อพิพาทอื่นที่มีลักษณะของกฎหมายเอกชน ซึ่งองค์การสหประชาชาติเป็นคู่ความ และ (ข) ข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ใดๆขององค์การสหประชาชาติ ผู้ซึ่งโดยเหตุผลแล้วได้ทำตามตำแหน่งหน้าที่ได้รับความคุ้มกัน และเลขาธิการสหประชาชาติไม่ได้สละความคุ้มกันเช่นนั้น”<sup>370</sup>

ดังนั้น องค์การสหประชาชาติจึงได้สร้างกระบวนการให้บุคคลภายนอกเรียกร้องกับสหประชาชาติโดยผ่านความตกลงแม่แบบว่าด้วยสถานะของกองกำลัง (Model UN SOFA) โดยการตั้งเป็น Standing claim Commission แต่ก็เป็นกรณีเรียกร้องภายใต้กฎหมายเอกชน (Private Law) ไม่ใช่กฎหมายระหว่างประเทศ และมีเงื่อนไขคือ บุคคลที่มีสิทธิเรียกร้องต้องเป็นรัฐที่กองกำลังไปปฏิบัติการอยู่ (Host State) หรือบุคคลที่ถือสัญชาติของรัฐนั้น และหากเมื่อคณะกรรมการได้มีคำวินิจฉัยแล้ว ถ้าคู่กรณีไม่ได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น ก็สามารถที่จะอุทธรณ์ไปยังคณะอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งจะเห็นได้จาก Model SOFA ข้อ 51 ที่บัญญัติไว้ว่า

“ข้อพิพาทหรือข้อเรียกร้องที่มีลักษณะของกฎหมายเอกชนที่กองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพหรือที่รัฐอื่นๆเป็นคู่ความในศาลของรัฐผู้รับจะไม่มีเขตอำนาจ เพราะบทบัญญัติในความตกลงนี้จะตั้ง Standing Claim Commission เพื่อจัดการปัญหาดังกล่าว โดยสมาชิกของคณะกรรมการจะถูกแต่งตั้งจากเลขาธิการสหประชาชาติจำนวนหนึ่งท่าน และแต่งตั้งจากรัฐบาลจำนวนหนึ่งท่าน ส่วนตำแหน่งประธานจะถูกแต่งตั้งร่วมกันทั้งจากเลขาธิการสหประชาชาติและรัฐบาล”<sup>371</sup>

<sup>370</sup> The Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations,

Article 8 section 29 “The United Nations shall make provisions for appropriate modes of settlement of: (a) disputes arising out of contracts or other disputes of a private law character to which the United Nations is a party; and (b) disputes involving any official of the United Nations who by reason of his official position enjoys immunity, if immunity has not been waived by the Secretary-General.

<sup>371</sup> Model SOFA, Article 51.

“Any dispute or claim of a private law character to which the United Nations peacekeeping operation or any member thereof is a party and over which the courts of [host country/territory] do not have jurisdiction because of any provision of the present Agreement, shall be settled by a standing claim commission to be established for that purpose. One member of the Commission shall be appointed by the Secretary-General of the United Nations, one member by the Government and a chairman jointly by the Secretary-General and the Government.”

อย่างไรก็ตาม จนถึงปัจจุบันยังไม่มี การตั้งคณะกรรมการเรียกร้องโดยอาศัยบทบัญญัติดังกล่าวเลย ในทางปฏิบัติองค์การสหประชาชาติจึงจะตั้ง Local Claim Review Board ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทของบุคคลภายนอกในการกระทำของกองกำลังแทน ซึ่งเป็นการวินิจฉัยภายใต้กฎหมายเอกชนเช่นกัน โดย Local Claim Review Board นี้ไม่มีสมาชิกที่แต่งตั้งมาจากรัฐที่กองกำลังเข้าไปปฏิบัติการเลย ทำให้ถูกวิจารณ์ในเรื่องความเป็นกลางว่ากระทำตนเหมือนศาลที่พิจารณาคดีที่ตนเองเป็นคู่ความ<sup>372</sup> และยังคงคำร้องโดยอ้างเหตุความจำเป็นทางยุทธการ (Operational Necessity) หรือหากไม่เข้าเหตุดังกล่าวก็ยกคำร้องโดยถือว่าเป็นกรณีที่ต้ององค์การสหประชาชาติจำกัดความรับผิดอีกด้วย<sup>373</sup> ดังนั้น จะเห็นได้ว่า คำวินิจฉัยของทั้ง Standing Claim Commission และ Local Claim Review Board ไม่ได้วินิจฉัยตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิด<sup>374</sup> แต่อย่างไรก็ตามก็ยังสามารถถือได้ว่าเป็นการเยียวยาภายใน (Local remedy) ที่จะต้องพยายามให้มีการเยียวยาในส่วนนี้ให้ถึงที่สุด (Exhaustion of local remedy) ก่อนที่จะมีการกล่าวอ้างความรับผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศต่อไป

ในประเด็นเรื่องการจำกัดความรับผิดนั้น ในปี ค.ศ.1996 เลขาธิการสหประชาชาติเคยได้เสนอให้มีการจำกัดความรับผิดทั้งในเรื่องจำนวนเงินค่าชดเชยความเสียหายและระยะเวลาในการกล่าวอ้างความรับผิดเมื่อบุคคลภายนอกใช้สิทธิเรียกร้องต่อองค์การสหประชาชาติ<sup>375</sup> และต่อมาตามรายงานในปีค.ศ.1997 เลขาธิการสหประชาชาติก็ได้อธิบายเพิ่มเติมว่า การจำกัดความรับผิดขององค์การสหประชาชาตินั้น เป็นวิธีการที่กระจายความเสี่ยงของปฏิบัติการระหว่างองค์การสหประชาชาติกับรัฐที่กองกำลังเข้าไปปฏิบัติการ ทั้งนี้ก็เนื่องจากว่า ปฏิบัติการเพื่อสันติภาพที่ได้รับ ความยินยอมนั้น ก็เป็นไปเพื่อประโยชน์ต่อรัฐที่กองกำลังเข้าไปปฏิบัติการ ดังนั้น รัฐที่กองกำลังเข้าไปปฏิบัติการควรจะต้องแบกรับความเสี่ยงของปฏิบัติการ และถูกสันนิษฐานว่าอย่างน้อยจะต้องมีความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากปฏิบัติการนั้น<sup>376</sup> นอกจากนี้ยังเสนอให้มีการจำกัดระยะเวลาในการใช้สิทธิเรียกร้องภายใน 6 เดือนนับแต่เวลาที่ความเสียหายได้เกิดขึ้น หรือถ้าผู้เสียหายไม่ทราบ

<sup>372</sup> Marten Zwanenburg, “UN Peace Operations Between Independence and Accountability”, p.28

<sup>373</sup> Ibid, p.45.

<sup>374</sup> อย่างไรก็ตาม Gaja ได้เคยอธิบายใน ILC Second Report of the Special Rapporteur ว่า หลักเกณฑ์การวินิจฉัยที่ใช้ในกฎหมายเอกชน ก็สามารถนำมาปรับใช้ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดได้

<sup>375</sup> The Secretary-General, Report of the Secretary-General on Financing of the United Nations Protection Force, note 12, para.38.

<sup>376</sup> The Secretary-General, Report of the Secretary-General on Administrative and Budgetary Aspects of Financing of the United Nations Peacekeeping Operations, U.N. Doc. A/51/903, para.12

“ The limitation on the liability of the Organization as a means of allocating the risks of peacekeeping operations between the United Nations and host state is premised on the assumption that consensual peacekeeping operations are conducted for the benefit of the country in whose territory they are deployed, and that having expressly or implicitly agreed to the deployment of a peacekeeping operation in its territory, the host country must be deemed to bear the risk of the operation and assume, in part at least, liability for damage arising from such operation.”

หรือมีเหตุอันควรที่ไม่ทราบถึงความเสียหายก็นับตั้งแต่เวลาที่ทราบ อย่างไรก็ตามต้องไม่เกินระยะเวลา 1 ปีนับแต่วันที่คณะมนตรีความมั่นคงได้ยกเลิกอาณัติในการปฏิบัติการด้วย<sup>377</sup>

ข้อเสนอในรายงานนี้ สมัชชาใหญ่ได้ยอมรับไว้ในข้อมติที่ 52/247 ที่ให้มีการจำกัดความรับผิดชอบได้ โดยในข้อมติเรียกร้องให้เลขาธิการสหประชาชาติกำหนดเรื่องการจำกัดความรับผิดชอบในความตกลงว่าด้วยสถานะของกองกำลัง ดังนั้นในความตกลงว่าด้วยสถานะของกองกำลังในภายหลังที่มีข้อมตินี้จึงมีเรื่องการจำกัดความรับผิดชอบเอาไว้ด้วยทั้งนี้มิใช่อำนาจสังเกตว่า การจำกัดความรับผิดชอบจะมีแต่ในปฏิบัติการที่ได้รับความยินยอมจากรัฐที่กองกำลังเข้าไปปฏิบัติการเท่านั้น หากเป็นปฏิบัติการบังคับให้เกิดสันติภาพ (Peace enforcement) จะมีการจำกัดความรับผิดชอบไม่ได้ อย่างไรก็ตามข้อเสนอนี้กลับไม่ได้ผล เพราะในความเป็นจริงแล้ว รัฐที่กองกำลังเข้าไปปฏิบัติการจะเป็นรัฐที่ล้มเหลวและยากจน จึงขาดแคลนงบประมาณในการชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย<sup>378</sup>

เพราะฉะนั้น ทางออกในการแก้ปัญหาเพื่อเยียวยาความเสียหายให้กับปัจเจกชนผู้เสียหายจากการกระทำความผิดของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ นอกจากจะใช้หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ เพื่อชี้ถึงองค์ภาวะที่จะต้องมีความรับผิดชอบอย่างแท้จริงแล้ว หากรัฐเป็นผู้ที่จะต้องมีความรับผิดชอบ กรณีนี้ปัจเจกชนก็สามารถที่จะกล่าวอ้างให้รัฐรับผิดชอบได้ตามกระบวนการยุติธรรมตามปกติคือ ศาลภายในของรัฐที่กองกำลังเข้าไปปฏิบัติการหรือศาลภายในของรัฐที่ส่งกองกำลังก็ได้ หรือในระดับศาลระหว่างประเทศก็คือศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปนั่นเอง แต่หากเป็นกรณีที่ต้องมีการสหประชาชาติเป็นผู้ที่จะต้องมีความรับผิดชอบ วิธีการที่ปัจเจกชนผู้เสียหายจะกล่าวอ้างให้องค์การสหประชาชาติมีความรับผิดชอบได้ ก็คือ

*ประการแรก* องค์การสหประชาชาติจะต้องตั้ง Standing Claim Commission ตาม Model SOFA ข้อ 51 ให้ได้ เพราะ Standing Claim Commission จะมีความเป็นกลางและมีความเป็นอิสระมากกว่า Local Claim Review Board (อย่างไรก็ตาม Standing Claim Commission นี้เป็นเพียงคณะกรรมการระดับข้อพิพาทที่มาจากความตกลงว่าด้วยสถานะของกองกำลังเท่านั้น จึงแล้วแต่ภารกิจว่าจะมีการตกลงให้จัดตั้งหรือไม่ ดังนั้น เพื่อเป็นการรองรับการระงับข้อพิพาทของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพทุกกรณี จึงควรตั้งคณะกรรมการการระงับข้อพิพาทเป็นองค์กรใหม่ที่ถาวรในการทำหน้าที่ดังกล่าว)

*ประการที่สอง* องค์การสหประชาชาติควรที่จะมีนโยบายสละความคุ้มกันจากอำนาจศาลภายใน ในกรณีที่ผู้เสียหายไม่มีวิธีการอื่นใดแล้วที่จะเรียกร้องให้เยียวยาความเสียหาย

<sup>377</sup> Ibid, para.20.

<sup>378</sup> Marten Zwanenburg, “UN peace Operations Between Independence and Accountability”, p.35.

## บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

### 5.1 บทสรุป

นับตั้งแต่ที่มีการจัดตั้งกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพเพื่อเข้าไปแก้สถานการณ์ความขัดแย้งที่มีกระทบต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศเป็นต้นมา ในปฏิบัติการหลายๆแห่งปรากฏว่ามีกรณีที่กองกำลังสหประชาชาติได้ไปกระทำความผิดก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินของปัจเจกชนที่อาศัยอยู่ในพื้นที่ที่ปฏิบัติการอยู่บ้างเช่นกัน ซึ่งองค์การสหประชาชาติจะใช้วิธีการเยียวยาความเสียหายตามวิธีการภายใน หรือผู้เสียหายใช้วิธีฟ้องรัฐที่ส่งกองกำลังเป็นคดีตามระบบกฎหมายภายในเท่านั้น ทั้งนี้เพราะยังไม่มีหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ชัดเจนในการวินิจฉัยการกระทำความผิดของกองกำลังดังกล่าวจนกระทั่งต่อมาเมื่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้กร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศขึ้นจึงปรากฏหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการวินิจฉัย ซึ่งจากการศึกษาข้อบ่งชี้ดังกล่าวเพื่อนำปรับใช้กับการวินิจฉัยว่าการกระทำความผิดของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้ใช้หลักเกณฑ์ “การมีอำนาจควบคุมอย่างแท้จริง” (Effective Control) เป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าระหว่างรัฐที่ส่งกองกำลังหรือองค์การสหประชาชาติที่จะต้องมีความรับผิดชอบ โดยหลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ นี้ถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง

อย่างไรก็ตามคดีแรกในประวัติศาสตร์ที่มีการฟ้องร้องคดีที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดของกองกำลังสหประชาชาติในระดับศาลระหว่างประเทศ คือ คดี Behrami และคดี Saramati ของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปกลับมิได้ใช้หลักเกณฑ์ที่ปรากฏในร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศมาปรับใช้ในคดีแต่อย่างใด โดยศาลได้ใช้หลักเกณฑ์ “การมีอำนาจและการควบคุมสูงสุด” (Ultimate Authority and Control) ที่มีหลักการที่แตกต่างหลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ อย่างชัดเจน ทำให้เป็นคดีที่มีความสำคัญที่ได้รับความสนใจจากนานาประเทศและสร้างผลกระทบต่อกฎหมายระหว่างประเทศอย่างมาก

โดยจากการศึกษาคำตัดสินของศาลในคดี Behrami ศาลได้วินิจฉัยว่า กองกำลัง UNMIK มีอำนาจในการปลดขนวนระเบิดแต่งตเว้นการกระทำดังกล่าวอันเป็นความผิด ในฐานะที่กองกำลัง UNMIK เป็นองค์กรย่อยขององค์การสหประชาชาติ องค์การสหประชาชาติจึงมีความรับผิดชอบ และในคดี Saramati ที่ศาลได้วินิจฉัยว่า กองกำลัง KFOR ที่มีอำนาจหน้าที่รักษาความมั่นคงในโคโซโว แต่ได้ใช้อำนาจจับกุมนาย Saramati โดยมีขอบ แม้กองกำลัง KFOR จะเป็นปฏิบัติการที่ได้รับการอนุญาต (authorization) จากคณะมนตรีความมั่นคง (แต่ต้ององค์การสหประชาชาติได้มอบอำนาจทางยุทธการให้แก่ NATO) กองกำลัง KFOR ก็ไม่ถือว่าเป็นองค์กรย่อยขององค์การสหประชาชาติ แต่องค์การสหประชาชาติยังคงมีอำนาจและการควบคุมสูงสุดเหนือกองกำลัง ทำให้การกระทำของกองกำลัง KFOR ตกเป็นขององค์การสหประชาชาติจะเห็นได้ว่าศาลได้สร้างหลักเกณฑ์ ‘Ultimate Authority and Control’ มาวินิจฉัยคดี แทนที่จะใช้หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ ที่คณะกรรมการสิทธิ

กฎหมายระหว่างประเทศได้วางไว้ในร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศอย่างชัดเจนทั้งที่ศาลก็ได้รับรู้ถึงหลักเกณฑ์ในร่างข้อบ่งชี้ดังกล่าว โดยได้กล่าวถึงไว้ในคำตัดสินด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวจากร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศแล้วเห็นได้ว่ายังไม่มีทางปฏิบัติที่ชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่จะสรุปได้ว่าหลักเกณฑ์ 'Effective Control' ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้วหรือไม่ เนื่องจากปัญหาทางปฏิบัติที่จะต้องปรับใช้หลักกฎหมายนี้ ก็คือการกระทำความผิดของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพนั่นเอง และไม่มีตัวอย่างปัญหาในกรณีอื่นๆที่พอจะปรับใช้หลักกฎหมายในเรื่องนี้ได้ อีกทั้งแม้ร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศจะเป็นเพียงร่างกฎหมาย หลักเกณฑ์ดังกล่าว จึงยังไม่เป็นกฎหมายที่สภาพบังคับที่จะผูกพันศาลให้ต้องวินิจฉัยคดีตามหลักเกณฑ์นั้น ดังนั้นการที่ศาลจะใช้หลักเกณฑ์ที่แตกต่างจากร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ ย่อมเป็นดุลพินิจของศาลที่จะเลือกใช้หลักเกณฑ์ที่ตนเห็นว่าเหมาะสม นอกจากนี้แนวความคิดของศาลที่ใช้หลักเกณฑ์ 'Ultimate Authority and Control' ก็ไม่ใช่แนวความคิดที่เกิดขึ้นใหม่ด้วย แต่ศาลได้ใช้หลักการของนักวิชาการที่ชื่อ Sarooshi ซึ่งถือว่าเป็นแนวความคิดหนึ่งที่แตกต่างกันไปจากคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศอันเป็นเป็นแนวความคิดของนักวิชาการกระแสหลักเท่านั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า เป็นความพยายามที่จะทำลายของศาลในการเสนอหลักเกณฑ์ที่ต่างจากหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้วางไว้แต่การที่คำพิพากษาของศาลได้รับการวิจารณ์จากนักวิชาการส่วนใหญ่ เป็นเพราะจะทำให้สหประชาชาติที่เป็นผู้ก่อตั้งกองกำลังจะต้องรับผิดชอบในทุกกรณี เพราะถือว่าองค์การสหประชาชาติมีอำนาจและการควบคุมสูงสุดอยู่ แม้ว่าในความเป็นจริงแล้วองค์การสหประชาชาติจะไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องในการควบคุมบังคับบัญชาเหนือการกระทำความผิดของกองกำลังเลยก็ตาม โดยมีผลเป็นการยกเว้นความรับผิดชอบของรัฐในการกระทำเดียวกันโดยสิ้นเชิง รัฐที่ส่งกองกำลังจะรับผิดชอบก็ต่อเมื่อมีการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาขององค์การสหประชาชาติเท่านั้น

### จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อศาลวินิจฉัยคดีว่า การกระทำความผิดเป็นขององค์การสหประชาชาติ แต่ศาลไม่มีเขตอำนาจเหนือตัวบุคคล (*Ratione Personae*) ในการพิจารณาคดีขององค์การสหประชาชาติ จึงทำให้สิทธิของโจทก์ซึ่งเป็นปัจเจกชนผู้เสียหายไม่ได้รับการเยียวยา และยังทำให้งานร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศเกิดความยุ่งยาก โดยเป็นการขัดขวางการเกิดขึ้นของแนวปฏิบัติที่จะใช้ในการวินิจฉัยการกระทำความผิดของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพให้เป็นไปแนวเดียวกันอีกด้วย ซึ่งแม้หลักเกณฑ์ของศาลจะส่งผลให้รัฐยังคงต้องการที่จะส่งกองกำลังเข้าร่วมปฏิบัติการ แต่ผลกระทบของหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้วินิจฉัยจะทำให้รัฐละเลยไม่ควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของกองกำลังของตนเท่าที่ควร เพราะเห็นว่าตนไม่ต้องมีความรับผิดชอบ ก็จะยิ่งส่งผลเสียต่อประสิทธิภาพของปฏิบัติการโดยรวมก็ได้ เพราะในการดำเนินการปฏิบัติการเพื่อสันติภาพจะถือว่าดำเนินการประสบความสำเร็จได้ จะต้องสร้างความมั่นคง และสร้างความไว้วางใจแก่ประชาชนที่อยู่ในพื้นที่ที่มีสถานการณ์ความขัดแย้งที่รุนแรง ดังนั้นหากกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อ

สันติภาพสร้างความเสียหายให้แก่ประชาชนในพื้นที่ที่จะสูญเสียความเชื่อมั่นในปฏิบัติการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของกองกำลังที่ปฏิบัติการเพื่อสันติภาพในนามขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งมีหน้าที่และบทบาทที่สำคัญที่สุดในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศนั้นมีความคุ้มกันจากเขตอำนาจของศาลภายในของรัฐที่กองกำลังเข้าไปปฏิบัติการ และยังมีศาลระหว่างประเทศใดที่จะพิจารณาและพิพากษาคดีให้องค์การสหประชาชาติมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศได้ทำให้ปัจเจกชนผู้ที่เสียหายไม่สามารถใช้สิทธิของตนฟ้องร้ององค์การสหประชาชาติโดยตรง แต่กลับต้องอาศัยระบบการเยียวยาภายในขององค์การสหประชาชาติเองทำให้คำตัดสินของศาลได้รับกระแสวิจารณ์เป็นอย่างมากทั้งในประเด็นทางด้านหลักกฎหมายระหว่างประเทศและในประเด็นในแง่การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนว่าไม่สามารถคุ้มครองผู้เสียหายได้อย่างเพียงพอ

ในทางกลับกัน หากใช้หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ ที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้วางไว้ในร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศก็ จะทำให้การวินิจฉัยความรับผิดชอบในการกระทำความผิดของกองกำลัง จะต้องพิจารณาจากอำนาจในการบังคับบัญชาเหนือการกระทำความผิด โดยจะเป็นเครื่องชี้ว่าแท้จริงแล้วอภิวาระใดระหว่างองค์การสหประชาชาติหรือรัฐที่ส่งกองกำลังจะต้องมีความรับผิดชอบในการกระทำดังกล่าว จึงเป็นหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมมากกว่าหลักเกณฑ์ ‘Ultimate Authority and Control’ ของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป เพราะหากรัฐเป็นผู้มีอำนาจควบคุมอย่างแท้จริงในขณะเกิดการกระทำความผิด ปัจเจกชนผู้เสียหายก็สามารถที่จะฟ้องรัฐให้รับผิดชอบโดยตรงได้ อันจะทำให้รัฐที่ส่งกองกำลังจะต้องมีความระมัดระวังในการใช้อำนาจควบคุมบังคับบัญชาไม่ให้กองกำลังไปกระทำความผิด จึงเป็นหลักเกณฑ์ที่ช่วยคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของปัจเจกชนผู้เสียหายและเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการปฏิบัติการเพื่อสันติภาพให้มากยิ่งขึ้นด้วย

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาในเรื่องสายการบังคับบัญชาของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ ซึ่งเห็นได้ว่ารัฐยังคงมีอำนาจหลายประการ จึงเกิดปัญหาว่า จำเป็นหรือไม่ที่จะต้องวินิจฉัยว่าอภิวาระใดมีอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาอย่างแท้จริงเหนือการกระทำความผิด (Effective Control) เพราะจากข้อสันนิษฐานขององค์การสหประชาชาติเองที่ให้ ผู้บังคับบัญชาขององค์การสหประชาชาติ (UN Force Commander) มีอำนาจควบคุมบังคับบัญชาเหนือกองกำลังในระดับยุทธการ (Operational) และจากคดี Nuhanovic v. The Netherland ที่ขยายหลักเกณฑ์ดังกล่าวให้รวมถึงอำนาจในการที่จะป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิด (Power to Prevent) ที่เมื่อเกิดการกระทำความผิดในระดับบุคลากร ผู้บัญชาการของรัฐจะเป็นผู้ที่อยู่ในตำแหน่งที่จะป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำดังกล่าวได้ดีที่สุด ดังนั้น รัฐจึงต้องมีความรับผิดชอบด้วย เพราะฉะนั้น อาจกล่าวได้ว่าแท้จริงแล้วทั้งองค์การสหประชาชาติและรัฐนั้น มีอำนาจในการควบคุมและบังคับบัญชากองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพร่วมกันทุกกรณี (Joint control) ซึ่งแสดงให้เห็นว่า แม้การใช้หลักเกณฑ์ ‘Effective Control’ นั้น จะมีความเหมาะสมสำหรับใช้วินิจฉัยความรับผิดชอบในการกระทำของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพมากกว่าหลักเกณฑ์ ‘Ultimate Authority and Control’ แต่ก็ยังไม่สามารถสะท้อนถึงความสลับซับซ้อนของสายการบังคับบัญชาในกองกำลังได้ ดังนั้น หากวินิจฉัยให้การกระทำความผิดของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพเป็นทั้งขององค์การสหประชาชาติ และ

ของรัฐที่ส่งกองกำลังนั้นตามหลักกฎหมายในเรื่องที่ถือว่าการกระทำความผิดหนึ่งสามารถถือเป็นของหลายองค์ภาวะได้ (Multiple Attribution) ก็จะถือเป็นแนวทางที่เหมาะสมที่สุดซึ่งจะทำให้เกิดความรับผิดชอบร่วมกัน (Joint Responsibilities) ของทั้งสององค์ภาวะได้อันเป็นการสอดคล้องกับร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ โดยจะทำให้องค์การสหประชาชาติและรัฐที่ส่งกองกำลังไม่ต้องรับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียว เพราะหากจะต้องรับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียวแล้วก็จะส่งผลกระทบต่อการตัดสินใจขององค์การสหประชาชาติและรัฐที่ส่งกองกำลังทำให้ไม่ต้องการที่จะส่งกองกำลังเข้าร่วมในปฏิบัติการอีก อันส่งผลให้การจัดตั้งปฏิบัติการเพื่อสันติภาพซึ่งวัตถุประสงค์ในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศเป็นการยากยิ่งขึ้น และไม่สามารถตอบสนองต่อเหตุการณ์ความรุนแรงได้อย่างเต็มที่ แต่ทั้งนี้ การที่จะให้หลายองค์ภาวะมีความรับผิดชอบในการกระทำเดียวกัน ก็ยังคงมีปัญหาเรื่องการบังคับใช้ (Implementation) เพื่อเยียวยาความเสียหายในความเป็นจริง เพราะการแบ่งส่วนความรับผิดชอบ เป็นหลักกฎหมายที่ยังไม่ได้รับการพัฒนาในกฎหมายระหว่างประเทศ

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

แม้องค์การสหประชาชาติจะพยายามเยียวยาความเสียหายแก่ปัจเจกชนผู้เสียหายในการกระทำความผิดของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ โดยได้สร้างกระบวนการให้บุคคลภายนอกเรียกร้องกับสหประชาชาติได้โดยผ่านความตกลงว่าด้วยโมเดลสถานะของกองกำลัง (Model UN SOFA) โดยการตั้งเป็น Standing claim Commission แต่จนถึงปัจจุบัน ก็ยังไม่มี การตั้งคณะกรรมการโดยอาศัยบทบัญญัติดังกล่าวเลย โดยในทางปฏิบัติ องค์การสหประชาชาติจึงตั้ง Local Claim Review Board ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทของบุคคลภายนอกในการกระทำของกองกำลังแทน อย่างไรก็ตาม วิธีการเยียวยาภายในขององค์การสหประชาชาตินี้ ก็เป็นการวินิจฉัยภายใต้กฎหมายเอกชน (Private Law) ไม่ใช่กฎหมายระหว่างประเทศ

อีกทั้งเมื่อนาคดีไปฟ้องศาลภายใน กองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพก็มีความคุ้มกันจากเขตอำนาจของศาลภายในของรัฐผู้รับที่เป็นรัฐที่กองกำลังเข้าไปปฏิบัติการ แม้ว่าการที่ให้ความคุ้มกันแก่กองกำลังสหประชาชาติรวมถึงบุคลากรในกองกำลังนั้นจะเป็นไปเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของกองกำลังเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพก็ตาม แต่ขณะเดียวกันก็เป็นสิ่งกีดขวางมิให้ปัจเจกชนผู้เสียหายสามารถฟ้ององค์การสหประชาชาติเพื่อให้อำนาจโดยตรงได้

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงหลักกฎหมายในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ ก็ไม่เปิดช่องให้ปัจเจกชนอ้างให้องค์การระหว่างประเทศมีความรับผิดชอบโดยตรงได้ กล่าวคือ หากปัจเจกชนต้องการที่จะเรียกร้องให้องค์การระหว่างประเทศมีความรับผิดชอบ ปัจเจกชนจะต้องอาศัยกลไกความคุ้มครองทางทูตจากรัฐสัญชาติตน (Diplomatic Protection) ซึ่งโดยปกติแล้วรัฐสัญชาติของปัจเจกชนผู้เสียหายก็จะเป็นรัฐล้มเหลว มีปัญหาความขัดแย้งไม่มีสันติภาพและความมั่นคงจนทำให้จะต้องมีกองกำลังสหประชาชาติเข้ามาปฏิบัติหน้าที่แก้ไขปัญหภายในประเทศอยู่แล้ว รัฐจึงอาจจะไม่ให้ความคุ้มครองทางทูตก็ได้ เพราะฉะนั้นถึงแม้ว่าร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศจะให้อำนาจรัฐสามารถกล่าวอ้างให้องค์การระหว่างประเทศรับผิดชอบได้ ก็เป็นแต่เพียงสิทธิ

ในทางเนื้อหา (Substantive Rights) แต่ไม่ได้กล่าวถึงเรื่องสถานที่ (Forum) ที่จะใช้สิทธิดังกล่าว โดยในระดับศาลระหว่างประเทศ ก็ยังไม่มีศาลใดที่จะมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเหนือองค์การระหว่างประเทศได้อีกด้วย ดังนั้น วิธีการเรียกร้องให้องค์การสหประชาชาติมีความรับผิดชอบเป็นวิธีการที่ยังคงมีปัญหาใช้บังคับในทางปฏิบัติ

เพราะฉะนั้น ทางออกในการแก้ปัญหาเพื่อเยียวยาความเสียหายให้กับปัจเจกชนผู้เสียหายจากการกระทำผิดของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ ก็คือการใช้หลักเกณฑ์ 'Effective Control' เพื่อชี้ถึงองค์การที่จะต้องมีความรับผิดชอบอย่างแท้จริงแล้ว ซึ่งถ้าหากรัฐเป็นผู้ที่จะต้องมีความรับผิดชอบ กรณีนี้ปัจเจกชนก็สามารถที่จะกล่าวอ้างให้รัฐรับผิดชอบได้ตามกระบวนการยุติธรรมตามปกติ คือ ศาลภายในของรัฐที่กองกำลังเข้าไปปฏิบัติการ หรือศาลภายในของรัฐที่ส่งกองกำลังก็ได้ หรือในระดับศาลระหว่างประเทศ ก็คือศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปนั่นเอง แต่หากเป็นกรณีให้องค์การสหประชาชาติเป็นผู้ที่จะต้องมีความรับผิดชอบ วิธีการที่ปัจเจกชนผู้เสียหายจะกล่าวอ้างให้องค์การสหประชาชาติมีความรับผิดชอบได้ ก็คือ

*ประการแรก* องค์กรสหประชาชาติจะต้องตั้ง Standing Claim Commission ตาม Model SOFA ข้อ 51 ให้ได้ เพราะ Standing Claim Commission จะมีความเป็นกลางและมีความเป็นอิสระมากกว่า Local Claim Review Board (อย่างไรก็ตาม Standing Claim Commission นี้เป็นเพียงคณะกรรมการระดับข้อพิพาทที่มาจากความตกลงว่าด้วยสถานภาพของกองกำลังเท่านั้น จึงแล้วแต่ภารกิจว่าจะมีการตกลงให้จัดตั้งหรือไม่ ดังนั้น เพื่อเป็นการรองรับการระงับข้อพิพาทของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพทุกกรณี จึงควรตั้งคณะกรรมการการระงับข้อพิพาทเป็นองค์กรใหม่ที่ถาวรในการทำหน้าที่ดังกล่าว)

*ประการที่สอง* องค์กรสหประชาชาติควรที่จะมีนโยบายสละความคุ้มกันจากอำนาจศาลภายใน ในกรณีที่ผู้เสียหายไม่มีวิธีการอื่นใดแล้วที่จะเรียกร้องให้เยียวยาความเสียหาย

อย่างไรก็ตาม การวินิจฉัยว่าองค์การใดจะต้องมีความรับผิดชอบในการกระทำผิดของกองกำลังในปฏิบัติการเพื่อสันติภาพดังที่กล่าวมาข้างต้นนั้น ก็ยังเป็นเพียงการวินิจฉัยถึงความรับผิดชอบบุคคลภายนอกเท่านั้น (External Responsibility) เพราะฉะนั้น หากพิจารณาว่ากองกำลังดังกล่าวไม่ได้อยู่ภายใต้อำนาจขององค์การสหประชาชาติแต่เพียงผู้เดียว แต่ยังอยู่ภายใต้การบังคับบัญชา ร่วมกันกับรัฐ องค์กรสหประชาชาติกับรัฐจึงควรถือว่ามีอำนาจบังคับบัญชาอย่างแท้จริง (Effective Control) ร่วมกัน ทำให้การกระทำใดๆก็ตามของกองกำลังถือเป็นของทั้งองค์การสหประชาชาติและรัฐที่ส่งกองกำลังแล้ว ตามหลักกฎหมายในเรื่องความรับผิดชอบของหลายองค์การในการกระทำเดียวกัน (Multiple Attribution) ซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบร่วมกัน (Joint Responsibilities) ถ้าปัจเจกชนผู้เสียหายอ้างบันทึกความเข้าใจระหว่างองค์การสหประชาชาติกับรัฐที่ส่งกองกำลัง (The Memorandum of Understanding between United Nations and Participating States) ข้อ 9 ที่กำหนดว่า



“ให้องค์การสหประชาชาติมีความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกในกรณีที่เกิดความสูญเสีย หรือเสียหายแก่ทรัพย์สิน หรือชีวิต หรือได้รับบาดเจ็บจากการที่บุคลากรหรือยุทโธปกรณ์ซึ่งจัดหาโดยรัฐที่ส่งกองกำลังได้กระทำลงเนื่องจากการปฏิบัติการหรือกิจกรรมอื่นใดในปฏิบัติการภายใต้ความตกลงนี้ แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าความสูญเสีย ความเสียหาย ความตาย หรือการได้รับบาดเจ็บเกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือการเจตนากระทำความผิดของบุคลากรของรัฐนั้น รัฐจะต้องรับผิดชอบสำหรับกรณีนั้น”<sup>379</sup>

จะเห็นได้ว่า จากความตกลงนี้ไม่มีผลเป็นการผูกพันบุคคลภายนอกผู้เสียหายที่จะต้องเรียกให้องค์การสหประชาชาติจะต้องรับผิดชอบก่อน แต่บุคคลภายนอกสามารถที่จะเรียกให้องค์การสหประชาชาติหรือรัฐที่ใช้ความเสียหายก่อนก็ได้ทำให้เมื่อองค์การสหประชาชาติหรือรัฐที่ใช้ความเสียหายไปก่อนแล้วสามารถเรียกให้อีกองคภาวะหนึ่งชดใช้ความเสียหายให้แก่ตนได้ กล่าวคือ องค์ภาวะที่รับผิดชอบ ไม่ว่าจะเป็้องค์การสหประชาชาติหรือรัฐที่ส่งกองกำลังก็ไม่จำเป็นต้องที่จะต้องเยียวยาความเสียหายเต็มจำนวนแก่ผู้เสียหายแต่อย่างใด องค์การสหประชาชาติและรัฐที่ส่งกองกำลังสามารถที่จะทำความตกลงที่จะจัดสรรการเยียวยาความเสียหายระหว่างกันได้

นอกจากนี้ หากรัฐและองค์การสหประชาชาติทำความตกลงในบันทึกความเข้าใจระหว่างกันเพื่อกำหนดระดับความรับผิดชอบในปฏิบัติการให้ชัดเจนตั้งแต่แรกว่าองคภาวะใดจะต้องรับผิดชอบอย่างไร การพิจารณาเช่นนี้ก็จะทำให้เกิดพัฒนาการของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยจะเป็นการส่งผลให้มีการคุ้มครองทั้งสิทธิมนุษยชนของผู้เสียหายให้ได้รับการเยียวยา และเป็นการคุ้มครองประสิทธิภาพของปฏิบัติการเพื่อสันติภาพไปในขณะเดียวกัน เพราะจะทำให้ทั้งองค์การสหประชาชาติและรัฐที่ส่งกองกำลังไม่ต้องรับความเสี่ยงในเรื่องภาระค่าเสียหายแต่เพียงผู้เดียว และยังทำให้รัฐที่ส่งกองกำลังและองค์การสหประชาชาติคอยควบคุมดูแลการปฏิบัติการให้มีกองกำลังไปก่อให้เกิดความเสียหาย ดังนั้น จะเป็นการประสานประโยชน์ทางการเมืองระหว่างประเทศ โดยทำให้องค์การสหประชาชาติสามารถปฏิบัติการกิจให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการรักษาความมั่นคงระหว่างประเทศและสันติภาพได้ ลุล่วงเป็นอย่างดี อันจะเป็นคุณประโยชน์อย่างมหาศาลต่อประชาคมโลกโดยรวมต่อไปนั่นเอง

<sup>379</sup> Model Contribution agreement (UN Doc. A/50/995)

Article 9 “The United Nations will be responsible for dealing with any claims by third parties where the loss of or damage to their property, or death or personal injury, was caused by the personnel or equipment provided by the Government in the performance of services or any other activity or operation under this Agreement. However, if the loss, damage, death or injury arose from gross negligence or willful misconduct of the personnel provided by the Government, the Government will be liable for such claims.

## รายการอ้างอิง

### ภาษาไทย

- กรวิภา กษานติกุล. "บทบาทด้านการปฏิบัติการรักษาสันติภาพของสหประชาชาติหลังสงครามเย็น (ค.ศ. 1991-2000) : ความต่อเนื่องและความเปลี่ยนแปลง." จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.
- จตุรนต์ ธีระวัฒน์. กฎหมายระหว่างประเทศ. 2 ed. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550.
- จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2. 7 ed. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552.
- . กฎหมายระหว่างประเทศ เล่มที่ 1. 8 ed. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552.
- ชนันทภรณ์ บุญเกิดทรัพย์. "ปัญหาและแนวทางว่าด้วยความคุ้มกันของกองกำลังสหประชาชาติในการปฏิบัติการเพื่อสันติภาพในบริบทของศาลอาญาระหว่างประเทศ." จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547.
- เนตรนภา พุทธสุวรรณ. "การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ.1950." มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.
- ปณิธิ อัครนิธิ. "การใช้กำลังทหารในกรอบของสหประชาชาติ." มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิชย์. "ปัญหาองค์ประกอบเพื่อความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ." มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537.
- สมพงศ์ ชูมาก. การปฏิบัติการรักษาสันติภาพของสหประชาชาติ (1948-1995). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.
- หัสญา อุ่นจิตต์. "การใช้กำลังขององค์การสนธิสัญญาป้องกันแอตแลนติกเหนือภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ: ศึกษากรณีเหตุการณ์โซโว." จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547.

### ภาษาอังกฤษ

- Abass, Ademola. *Regional Organizations and the Development of Collective Security: Beyond Chapter VIII of the UN Charter*. Hart publishing, 2004.
- Abraham, Elizabeth. "The Sins of the Savior: Holding the United Nations Accountable to International Human Rights Standards for Executive Order Detentions in Its Mission Kosovo." *American University Law Review* October (2003).
- Advisory Opinion on Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, (1999).
- Advisory Opinion on Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the Who and Egypt*, (1980).
- Advisory Opinion on Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, (1949).
- Advisory Opinion on the Certain Expenses of the United Nations*, (1962).
- Advisory Opinion on the Legality of the Use by a State of Nuclear Weapon in Armed Conflict*, (1996).
- Agim Behrami and Bekir Behrami V. France*, (2007).
- Al-Jedda V. The United Kingdom*, (2011).

- Al-Jedda, R (on the Application of ) V Secretary of State for Defence*, (2007).
- Amrallah. "The International Responsibility of the United Nations for Activities Carried out by Un Peace-Keeping Forces." *Revue Egyptienne de droit International* (1976).
- Bell, Caitlin A. "Reassessing Multiple Attribution: The International Law Commission and the Behrami and Saramati Decision." *International law and Politics* (2010).
- Bellamy, A. J., P. Williams, and S. Griffin. *Understanding Peacekeeping*. Wiley, 2010.
- Bennett, A. Leroy. *International Organizations Principles and Issues*. Prentice-hall International Editions, 1988.
- Boon, Kristen E. "New Directions in Responsibility: Assessing the International Law Commission Draft Articles on the Responsibility of International Organizations." *Wale Journal of International Law Online* Spring (2011).
- . "Regime Conflicts and the U.N. Security Council: Applying the Law of Responsibility." *George Washington International Law Review* (2010).
- Bosnia and Herzegovina V. Serbia and Montenegro*, (2007).
- Bosphorus Havayollaryve Ticaret Anonim Sirketi V. Ireland*, (2005).
- Boutin, Berenice. "Responsibility of the Netherlands for the Acts of Dutchbat in Nuhanovic and Mustafic: The Continuous Quest for a Tangible Meaning for "Effective Control" in the Context of Peacekeeping." *Leiden Journal of International Law* (2012).
- Breitegger, Alexander. "Sacrificing the Effective of the European Convention on Human Rights on the Altar of the Effective Functioning of Peace Support Operations: A Critique of Behrami & Saramati and Al-Jedda." *International Community Law Review* (2009).
- British Claims in the Spanish Zone of Morocco Case*, (1925).
- Buchan, Russell. "Un Peacekeeping Operations: When Can Unlawful Acts Committed by Peacekeeping Forces Be Attributed to the Un?". *Legal Studies* (2012).
- Bures, Oldrich. "Regional Peacekeeping Operations: Complementing or Undermining the United Nations Security Council." *Global Change, Peace & Security: formerly Pacifica Review: Peace, Security & Global Change* (2006).
- Butkiewicz, E. "The Premises of International Responsibility of Inter-Governmental Organizations." *Polish Yearbook of International Law* (1981-1982).
- Cedric Ryngaert, Holly Buchanan. "Apportioning Responsibility between the Un and Member States in Un Peace Support Operations: An Inquiry into the Application of the 'Effective Control' Standard after Behrami." *Isalel Law Review* (2012).
- . "Member State Responsibility for the Acts of International Organizations." *Utrecht Law Review* (2001).

- Cerone, John. "Minding the Gap: Outlining Kfor Accountability in Post-Conflict Kosovo." *European Journal of International Law* (2001).
- Daniel Bodansky, Jonh R. Crook. "Symposium: The Ilc's State Responsibility Articles." *American Journal of International Law* October (2002).
- Dannenbaum, Tom. "Killing at Srebrenica, Effective Control, and the Power to Prevent Unlawful Conduct." *International & Comparative Law Quarterly* (2012).
- . "Translating the Standard of Effective Control into a System of Effective Accountability: How Liability Should Be Apportioned for Violation of Human Rights by Member State Troop Contingents Serving as United Nations Peacekeepers." *Harvard International Law Journal* Winter (2010).
- "Draft Articles on Responsibility for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries ". edited by International Law Commission, 2001.
- "Draft Articles on States Responsibility for Internationally Wrongful Acts." edited by International Law Commission, 2001.
- "Draft Articles on the Responsibility of International Organizations." edited by International Law Commission, 2002.
- "Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, with Commentaries." edited by International Law Commission, 2011.
- Dupuy, P.M. "The International Law of State Responsibility: Revolution or Evolution?". *Michigan Journal of International Law* (1990).
- Durward, Rosemary. "Security Council Authorization for Regional Peace Operations: A Critical Analysis." *International Peacekeeping* (2006).
- Fleck, Dieter. *The Hand Book of the Law of Visiting Forces*. Oxford University Press, 2001.
- Fortuna, Virginia Page. "Does Peacekeeping Work? Shaping Belligerents' Choices after Civil War." *Princeton University Press* (2008).
- Francis G. Jacobs, Robin C. A. White. *The European Convention on Human Rights*. Clarendon Press Oxford, 1996.
- Frostad, Magne. "The Responsibility of Sending States for Human Rights Violations During Peace Support Operations and the Issue of Detention." *Military and The Law of War Review* (2011).
- Gajic V. Germany*, (2007).
- Garcia-Sayan, Diego. "Human Rights and Peace-Keeping Operations." *University of Richmond Law Review* (1994).
- Gill, Terry D. "Legal Aspects of the Transfer of Authority in Un Peace Operations." *Netherlands Yearbook of International Law* (2012).

- Grant, Thomas D. "International Responsibility and the Admission of States to the United Nations." *Michigan Journal of International Law* Summer (2009).
- Harrington, Alexandra R. "Victims of Peace: Current Abuse Allegations against U.N. Peacekeepers and the Role of Law in Preventing Them in Future." *ILSA Journal of International and Comparative Law* Fall (2005).
- Henderson, Luara. "With (Great) Power Comes (Great) Responsibility: A Move toward Greater Responsibility for States Exercising Abroad." *Utrecht Journal of International and European Law* (2012).
- Henry G. Schermers, Niels M. Blokker. *International Institution Law*. 4 ed.: Martinus Nijhoff Publishers 2003.
- Hirsch, Moshe. *The Responsibility of International Organizations toward Third Parties Some Basic Principles*. Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson. *The Law of International Responsibility*. Oxford University Press, 2010.
- Jan Wouter, Eva Brems, Stefaan Smis, Pieer Schmitt. *Accountability for Human Rights Violations by International Organisations*. Intersentia, 2010.
- Javid, Rehman. *International Human Rights Law (a Practical Approach)*. Great Britain: Henry Ling Ltd Press, 2003.
- Kasumaj V. Greece*, (2007).
- Katayanagi, Mari. *Human Rights Functions of United Nations Peacekeeping Operations*. Kluwer Law International, 2002.
- Kirgis, Frederic L. *International Organizations in Their Legal Setting*. West Publishing, 1993.
- Klabbers, Jan. *An Introduction to International Institutional Law*. Cambridge University Press, 2009.
- Larsen, Kjetil Mujezinovic. "Attribution of Conduct in Peace Operations: The 'Ultimate Authority Control' Test." *The European Journal of International Law* (2008).
- . "Neither Effective Control nor Ultimate Authority and Control: Attribution of Conduct in Al-Jedda." *Military law and the Law of War Review* (2011).
- Leach, Philip. *Taking a Case to the European Court of Human Rights*. 2 ed.: Oxford University Press, 2005.
- Leck, Christopher. "Responsibility in United Nations Peacekeeping Operations: Command and Control Arrangement and the Attribution of Conduct." *Melbourne Journal of international Law* (2009).
- Luke Clements, Nualla Mole, Alan Simmons. *European Human Rights: Taking a Case under the Convention*. 2 ed.: Sweet & Maxwell 1999.

- Major Joseph P., "Ducth" Bialke. "United Nations Peace Operations: Applicable Norms and the Application of the Law of Armed Conflict." *Air Force Law Review* (2001).
- Marko Milanovic, Tatjana Papic. "As Bad as It Gets: The European Court of Human Rights's Behrami and Saramati Decision and General International Law." *International and Comparative Law Quarterly* (2009).
- Matthews V. United Kingdom*, (1999).
- Messineo, Francesco. "The House of Lords in Al-Jedda and Public International Law: Attribution of Conduct to Un-Authorized Forces and the Power of the Security Council to Displace Human Rights." *Netherlands International Law Review* (2009).
- . "Things Could Get Better: Al-Jedda Beyond Behrami." *Military Law and The Law of War Review* (2011).
- Milanovi, Marko. "From Compromising to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties." *Human Rights Law Review* (2008).
- Mull, Nicholas. "Attribution of Wrongful Conduct Via "Effective Control" as Intended in the International Law Commission's Draft Articles on the Responsibility of International Organization."
- Murray, Jennifer. "Who Will Police the Peace-Builders? The Failure to Establish Accountability for the Participation of United Nations Civilian Police in the Trafficking of Women in Post-Conflict Bosnia and Herzegovina." *Columbia Human Rights Law Review* Spring (2003).
- Nicaragua V. United States of America*, (1986).
- Nk V. Austria*, (1979).
- Nollkaemper, Andre'. "Dual Attribution Liability of the Netherlands for Conduct of Dutchbat in Srebrenica." *Journal of International Criminal Justice* (2011).
- Nuhanovic V. The Netherlands*, (2008).
- Nuhanovic V. The Netherlands*, (2011).
- Nuhanovic V. The Netherlands*, (2012).
- Orakhelashvili, Alexander. "The Legal Basis of the United Nations Peace-Keeping Operations." *Virginia Journal of International Law* (2003).
- P., Major Joseph. "United Nations Peace Operations: Applicable Norms and the Application of the Law of Armed Conflict." *Air force Law Review* (2001).
- P. Van Dijk, G.J.H. Van Hoof. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. 2 ed.: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990.
- Prosecutor V. Dragon Nikolic*, (2002).
- Prosecutor V. Duskotadic*, (1999).
- The 'Rainbow Warrior' (France/New Zealand)*, (1990).

- Richard Collins, Nigel D. White. *International Organizations and the Idea of Autonomy Institutional Independence in the International Legal Order*. Routledge Taylor&Francis Group, 2011.
- Robert O. Weiner, Fionnula Ni Aolain. "Beyond the Laws of War: Peacekeeping in Search of a Legal Framework." *Columbia Human rights law Review* Winter (1996).
- Ruzdhi Saramati V. France Germany and Norway*, (2007).
- Ryngaert, Cedric. "The European Court of Human Rights' Approach to the Responsibility of Member States in Connection with Acts of International Organizations." *International & Comparative Law Quarterly* (2011).
- Sari, Aurel. "Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations: The Behrami and Saramati Cases." *Human Rights Law Review* (2008).
- Sarooshi, D. *The United Nations and the Development of Collective Security*. Oxford University Press, 1999.
- Schacter, Oscar. *International Law in Theory and Practice*. Martinus Nijhoff Publishers, 1991.
- Schmalenbach, Kirsten. "Third Party Liability of International Organizations: A Study on Claim Settlement in the Course of Military Operations and International Administrations." *International Peacekeeping* (2005).
- Seyerted, F. "United Nations Forces, Some Legal Problems." *British Yearbook of International Law* (1961).
- Shraga, Dapna. "Un Peacekeeping Operation: Applicability of International Humanitarian Law and Responsibility for Operations-Related Damage." *American Journal of International Law* (2000).
- Simma. *The Charter of the United Nation.A Commentary*. 2 ed.: Oxford University Press 2002.
- Simon Chesterman, Thomas Frank, David M. Malone. *Law and Practice of the United Nations Document and Commentary*. Oxford University Press, 2008.
- Sorothia, Sadia R. "Behrami V. France: An Unfortunate Step Backwards in the Protection of Human Rights." *Marry land Journal of International Law* (2010).
- Starner, Keir. "Responsibility for Troops Aboard: Un Mandated Forces and Issues of Human Rights Accountability." *European Human Rights Law Review* (2008).
- Stichting Mothers of Srebrenica and Others V. The Netherlands*, (2013).
- Stumer, Andrew. "Liability of Member State for Acts of International Organization: Reconsidering the Policy Objections." *Harvard International Law Journal* Summer (2007).

- Suy, E. "Legal Aspects of Un Peacekeeping Operations." *Netherlands International Law Review* (1998).
- Sweetser, Catherine E. "Providing Effective Remedies to Victims of Abuse by Peacekeeping Personnel." *New York Law Review* (2008).
- Talmon, Stefan. "The Responsibility of Outside Powers for Acts of Secessionist Entities." *International and Comparative Law Quarterly* (2008).
- Terry D. Gill, Dieter Fleck. *The Handbook of the International Law of Military Operations*. Oxford University Press, 2010.
- Tom Woodhouse, Oliver Ramsbotham. *Peacekeeping and Conflict Resolution*. Frank Cass publisher, 2000.
- Toorn, Damien Van Der. "Attribution of Conduct by State Armed Forces Participating in Un-Authorised Operations: The Impact of Behrami and Al-Jedda." *Australian International Law Journal* (2008).
- Tsagourias, N. "Consent, Neutrality/Impartiality and the Use of Force in Peacekeeping: Their Constitutional Dimension." *Journal of Conflict & Security Law* (2006).
- Tzanakopoulos, Antonios. *Disobeying the Security Council Countermeasures against Wrongful Sanctions*. Oxford University Press, 2011.
- "The United Nations Charter." edited by United Nations.
- Verdiram, Guglielmo. "Breaches of the European Convention on Human Rights Resulting from the Conduct of International Organizations." *European Human Rights Law Review* (2008).
- Waite and Kennedy V. Germany*, (1999).
- Wellens, Karel. *Remedies against International Organisations*. Cambridge University Press, 2002.
- Wilde, Ralph. "Enhancing Accountability at the International Level: The Tension between International Organization and Member State Responsibility and the Underlying Issues at Stake." *ILSA Journal of International and Comparative Law* Spring (2006).
- Wills, Siobhan. *Protecting Civilians: The Obligations of Peacekeepers*. Oxford University Press, 2009.
- Wilson, Gary. "Un Authorized Enforcement: Regional Organizations Versus 'Coalitions of the Willing'." *International Peacekeeping* (2010).
- Woodliffe, John. *The Peace Time Use of Foreign Military Installations under Modern International Law*. Martinus Nijhoff Publishers, 1992.
- Zwanenburg, Marten. *Accountability of Peace Support Operations*. Martinus Nijhoff Publishers, 2005.



- . "Regional Organisations and the Maintenance of International Peace and Security: Three Recent Regional African Peace Operations." *Journal of Conflicts & Security Law* (2006).
- . "Un Peace Operations between Independence and Accountability." *International Organization Law Review* (2008).



### ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวอริรัตน์ ยงคะอักษร เกิดวันที่ 31 มีนาคม พ.ศ. 2532 ที่กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาระดับมัธยมศึกษาทั้งตอนต้นและตอนปลายที่โรงเรียนสตรีนนทบุรี และได้เข้ารับการศึกษามัธยมศึกษาที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ สำเร็จการศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต ด้วยผลการเรียนเกียรตินิยมอันดับสอง ในปีการศึกษา พ.ศ. 2553 และจบหลักสูตรเนติบัณฑิต ของสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ในปีการศึกษา พ.ศ. 2555 โดยมีใบอนุญาตว่าความ และมีประสบการณ์การทำงานเป็นผู้ช่วยอาจารย์ของอาจารย์อาร์ม ตั้งนิรันดร อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
**CHULALONGKORN UNIVERSITY**