

มติในโอกาสของการป้องกันตัวเองล่วงหน้า

นายปกรณ์ ชูณหิรัญสกุล

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2554

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)

เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

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 Graduate School.

Future Perspective of Anticipatory Self-Defense

Mr. Pakorn Ounhirunskul

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 2011

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

มติในอนาคตของการป้องกันตัวเองล่วงหน้า

โดย

นายปกรณ์ อุ่นศิริฤกษ์กุล

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร ปัจจุสานนท์

---

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้รับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง  
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญามหาบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์  
(ศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ สุมานิต เกิดสมเกียรติ)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก  
(ศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร ปัจจุสานนท์)

..... กรรมการ  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ศารทูล สันติवासะ)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย  
(ดร. วิลาวรรณ มังคละธนะกุล)

ปกรณม์ อุ่นหิรัญสกุล : มิติในอนาคตของการป้องกันตัวเองล่วงหน้า. (Future Perspective of Preemptive Self-Defense) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก : ศ.ดร.ชุมพร ปัจจุบันนท์, 121 หน้า.

เป็นที่รับรู้กันอยู่ทั่วไปในทางกฎหมายระหว่างประเทศว่า การใช้กำลังเป็นสิ่งต้องห้ามในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศตั้งแต่มีกฎบัตรสหประชาชาติเป็นต้นมา แต่ทั้งนี้ ในกฎบัตรสหประชาชาติมีข้อยกเว้นที่สำคัญของหลักการห้ามใช้กำลังดังกล่าวอยู่ คือ กรณีการใช้กำลังป้องกันตัวเอง ตามมาตรา 51

แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาเฉพาะกฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 51 จะพบว่า รัฐมีสิทธิใช้กำลังป้องกันตนเองเฉพาะในกรณีที่ถูกโจมตีด้วยอาวุธเท่านั้น ซึ่งหากพิจารณาสีทิดังกล่าวเฉพาะลายลักษณ์อักษรอาจพบว่า ไม่สอดคล้องกับสภาพความรวดเร็ว และรุนแรงของภัยคุกคามรูปแบบใหม่ๆ ในปัจจุบัน ซึ่งเปลี่ยนไปมากจากช่วงเวลาที่ยกตั้งองค์การสหประชาชาติ

หากศึกษาวิวัฒนาการของหลักกฎหมายว่าด้วยการห้ามใช้กำลัง และค้นหาแนวปฏิบัติของรัฐที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งแนวคิดทางวิชาการ และแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแล้วอาจพบว่าการใช้สิทธิป้องกันตัวเองล่วงหน้าก่อนที่จะถูกโจมตีด้วยอาวุธซึ่งเป็นเงื่อนไขที่กำหนดอยู่ในกฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 51 เพื่อป้องกันภัยคุกคามนั้นให้พ้นไปก่อนที่จะเกิดขึ้น นั้นเป็นที่ยอมรับได้ในทางกฎหมายระหว่างประเทศในบางกรณี โดยต้องมีหลักเกณฑ์ และเงื่อนไขบางประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจำเป็นจะต้องมีความใกล้จะเกิดของภัยอย่างยิ่ง

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์.....ลายมือชื่อนิสิต.....  
ปีการศึกษา.....2554.....ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....

# # 518 59811 34 : MAJOR INTERNATIONAL LAWS

KEYWORDS : Self-Defense / Anticipatory / Preemptive / Use of Force / XXX

Pakorn Ounhirunskul : Future Perspective of Anticipatory Self-Defense.

ADVISOR : Prof. Chumphorn Pachusanond, Ph.D., 121 pp.

It is widely acknowledged, among international law community, that the Use of Force is prohibited in conducting international relationships, since the establishment of the UN Charter. However, according to the UN Charter, there is an exemption on prohibition of Use of Force that is exercising the force in self-defense under section 51.

Nevertheless, considering only the UN Charter section 51, a State will only be entitled to use force only in the case where there is an armed attack occurs. If we consider only the text of the provision, the condition for using the force is not suitable for the recent situation in which there are many swift and severe threats that have been dramatically changed from the time of establishment of the United Nations.

Studying the evolution of international law on the use of force and gathering into related state's practices and the precedence of the International Court of Justice, it will be found that using the force before an armed attack occurs, which is the condition under the UN Charter section 51, in order to prevent and eliminate the threat that the state is facing before such threats is really happened, may be acceptable under the international law but there must be some certain conditions, particularly, such the threat must be imminent.

Field of Study : Laws..... Student's Signature .....

Academic Year : 2011..... Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สามารถสำเร็จลุล่วงลงได้ก็ด้วยความกรุณาอย่างยิ่งของท่าน อาจารย์ ศ.ดร. ชุมพร บัจจสานนท์ อาจารย์ที่ปรึกษา ที่ได้ให้ความกรุณาต่อผู้เขียน ทั้งในห้วง บรรยาย และจนกระทั่งรับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ตลอดจนให้คำแนะนำที่มีคุณค่า และเปี่ยม ด้วยความเมตตากรุณาต่อลูกศิษย์เสมอมา ซึ่งผู้เขียนต้องขอกราบขอบพระคุณไว้ ณ ที่นี้

ผู้เขียนต้องขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ผศ.สุผานิต เกิดสมเกียรติ, ท่าน อาจารย์ ผศ.ดร. ศารทูล สันติวาสะ ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และให้คำแนะนำ ข้อคิดเห็นที่ทรงคุณค่าทางวิชาการ และท่านอาจารย์ ดร.พรชัย ด้านวิวัฒน์ ที่กรุณารับเป็น กรรมการสอบเค้าโครงวิทยานิพนธ์ และกรุณาให้คำแนะนำที่มีคุณค่าอย่างยิ่ง แต่ด้วยภารกิจ ราชการ ทำให้ท่านอาจารย์พรชัย ไม่สามารถเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับสมบูรณ์ได้ แต่ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนได้รับความกรุณาอย่างยิ่งจากท่านอาจารย์ ดร.วิลาวัรรณ มังคละธนะกุล ซึ่ง กรุณาสละเวลาอันมีค่าเพื่อเป็นกรรมการสอบให้กับผู้เขียน ซึ่งผู้เขียนต้องขอขอบพระคุณอย่างสูง ไว้ ณ ที่นี้เช่นกัน

วิทยานิพนธ์เล่มนี้จะสำเร็จลงมิได้เลย หากผู้เขียนไม่ได้รับกำลังใจ และความ สนับสนุนที่ดีจากครอบครัว รวมทั้งเพื่อนๆ ร่วมชั้นเรียน ที่คอยให้ความช่วยเหลือในทุกๆ ด้าน และ หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมีคุณค่าอยู่บ้างประการใด ผู้เขียนขออุทิศความดีนั้นให้แก่ครอบครัว เพื่อนๆ ร่วมชั้นเรียน และครูบาอาจารย์ทุกท่าน และหากมีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับ ไว้แต่เพียงผู้เดียว

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	
1.1    ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2    วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	4
1.3    ขอบเขตของการวิจัย.....	4
1.4    สมมติฐาน.....	4
1.5    วิธีดำเนินการวิจัย.....	4
1.6    ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย.....	5
บทที่ 2 ความหลากหลายของภัยคุกคาม และการป้องกันตัวเอง.....	6
2.1    วิวัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการใช้กำลัง.....	6
2.1.1    ยุคก่อนปี ค.ศ. 1815.....	7
2.1.2    ยุคระหว่างปี ค.ศ. 1815 - ค.ศ. 1914.....	10
2.1.3    ยุคสงครามโลกครั้งที่ 1 และกำเนิดสันนิบาตชาติ.....	12
2.1.4    ยุคระหว่างปี ค.ศ. 1920 – ค.ศ. 1945.....	13
2.1.5    ยุคตั้งแต่ ค.ศ. 1945 เป็นต้นมา.....	14
2.2    ความหมายของภัยคุกคาม.....	15
2.2.1    การรุกราน (Aggression).....	17
2.3    สิทธิในการใช้กำลังในกฎหมายระหว่างประเทศยุคปัจจุบัน.....	18
2.3.1    การใช้กำลังภายใต้ระบบความมั่นคงร่วมกัน (Collective Security) ตามกฎบัตรสหประชาชาติ.....	18
2.3.2    การป้องกันตัวเอง (Self Defense).....	21
2.3.2.1    หลักเกณฑ์การป้องกันตัวเอง.....	22
ก.    ถูกโจมตีด้วยอาวุธ (Armed Attack).....	22
ข.    ความจำเป็น และความได้สัดส่วน (Necessity	

บทที่

หน้า

	and Proportionality).....	25
ค.	ไม่เหลือทางเลือกในการระงับภัยด้วยวิธีอื่น (Alternative Means).....	26
ง.	สิทธิในการป้องกันตัวเองเป็นสิทธิชั่วคราว.....	27
จ.	หน้าที่ในการรายงานต่อคณะมนตรีความ มั่นคง.....	28
2.3.3	ความรับผิดชอบเพื่อป้องกัน (Responsibility to Protect – R2P).....	29
2.3.4	สิทธิในการเลือกแสดงความเป็นตัวตน (Right to Self- Determination).....	32
2.4	ประเภทของภัยคุกคามประเภทต่างๆในปัจจุบัน.....	35
2.4.1	ภัยคุกคามจากการก่อการร้าย (Terrorism).....	35
2.4.1.1	ความหมายของการก่อการร้าย.....	35
2.4.1.2	ลักษณะของการก่อการร้าย.....	37
2.4.1.3	ระดับการให้การสนับสนุนของรัฐ ต่อกลุ่มก่อการร้าย และความรับผิดชอบของรัฐในแต่ละกรณี.....	39
2.4.1.4	ความเปลี่ยนแปลงของภัยคุกคามจากการก่อการร้าย จากช่วงเวลาที่ยุทธศาสตร์สหประชาชาติ.....	41
2.4.2	ภัยคุกคามจากอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างร้ายแรง (Weapons of Mass Destruction - WMD).....	42
2.4.2.1	ความหมายและประเภทของอาวุธที่มีอำนาจทำลาย ล้างร้ายแรง.....	42
ก.	อาวุธนิวเคลียร์หรือปรมาณู.....	43
ข.	อาวุธเคมี (Chemical Weapons).....	43
ค.	อาวุธชีวภาพ (Biological Weapons).....	45
ง.	อาวุธรังสี (Radiological Weapons).....	45
2.4.2.2	ลักษณะของอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างร้ายแรง.....	46
2.4.2.3	ความเปลี่ยนแปลงของภัยคุกคามจากอาวุธที่มี อำนาจทำลายล้างร้ายแรงจากช่วงเวลาที่ยุทธศาสตร์	



บทที่	หน้า
สหประชาชาติ.....	47
2.5 สรุปท้ายบท.....	51
บทที่ 3 แนวคิดทางวิชาการ, แนวทางปฏิบัติของรัฐ และคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันตัวเองล่วงหน้า.....	53
3.1 แนวคิดทางวิชาการเกี่ยวกับการป้องกันตัวเองล่วงหน้า.....	53
3.2 แนวปฏิบัติของรัฐเกี่ยวกับการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้า.....	59
3.2.1 แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าในกรณีภัยคุกคามจากการก่อการร้าย.....	59
3.2.1.1 การโจมตีสนามบินของประเทศเลบานอน และการโจมตี และเข้ายึดครองพื้นที่ประเทศเลบานอนโดยประเทศอิสราเอล ช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1968 ถึง ค.ศ. 1978.....	59
3.2.1.2 การโจมตีกลุ่มก่อการร้ายในประเทศลิเบียโดยประเทศสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1986.....	62
3.2.1.3 ปฏิบัติการทางทหารต่อประเทศอัฟกานิสถาน โดยประเทศสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 2001.....	64
3.2.2 แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าในกรณีภัยคุกคามจากอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างร้ายแรง.....	67
3.2.2.1 การปิดล้อมประเทศคิวบาโดยประเทศสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1962.....	67
3.2.2.2 การโจมตีโรงผลิตไฟฟ้านิวเคลียร์ของประเทศอิรักโดยประเทศอิสราเอล ค.ศ. 1981.....	72
3.2.2.3 ปฏิบัติการทางทหารต่อประเทศอิรัก โดยประเทศสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 2003.....	75
3.2.3 แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าในกรณีอื่นๆ.....	80
3.2.3.1 The Caroline Incident ค.ศ. 1837.....	80
3.2.3.2 สงครามหกวันระหว่างประเทศอิสราเอล กับชาติอาหรับ 6 ชาติ ค.ศ. 1967.....	83

บทที่	ญ หน้า
3.3 คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการป้องกัน ตัวเองล่วงหน้า.....	86
3.3.1 Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania) ค.ศ. 1949.....	86
3.3.2 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons ค.ศ. 1996.....	89
3.3.3 Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory ค.ศ. 2004.....	93
3.4 สรุปท้ายบท.....	97
บทที่ 4 สรุปเงื่อนไข และหลักเกณฑ์ของการใช้กำลังเพื่อป้องกันตัวเองล่วงหน้า.....	99
4.1 ความใกล้จะเกิดของภัย (Imminency).....	99
4.2 ความจำเป็น (Necessity).....	102
4.3 ความเร่งด่วน (Immediacy).....	104
4.4 ความได้สัดส่วน (Proportionality).....	106
บทที่ 5 บทสรุป และข้อเสนอแนะ.....	109
5.1 บทสรุป.....	109
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	113
รายการอ้างอิง.....	115
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	121

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

แต่เริ่มเดิมที ในทางกฎหมายระหว่างประเทศรัฐสามารถใช้กำลังในทางความสัมพันธระหว่างประเทศได้อย่างค่อนข้างเสรี มีเพียงกฎเกณฑ์หรือข้อจำกัดในการใช้กำลังบางประการเท่านั้น แต่กฎหมายระหว่างประเทศก็พัฒนาไปในทางที่จำกัดการใช้กำลังของรัฐมากขึ้นเรื่อยๆ จนกระทั่งหลังสงครามโลกครั้งที่สอง อันเป็นจุดกำเนิดขององค์การสหประชาชาติ และกฎบัตรสหประชาชาติ กฎหมายระหว่างประเทศจึงได้กำหนดหลักการห้ามการใช้กำลัง (Prohibition of Use of Force) ขึ้น

หลักการห้ามการใช้กำลังนี้มีสถานะเป็นทั้งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และเป็นทั้งกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยบัญญัติไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 2 (4) และมีคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศรับรองว่าหลักการห้ามการใช้กำลังนี้มีสถานะเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) แล้ว<sup>1</sup> ทั้งนี้โดยที่กฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 2 (4) บัญญัติไว้ว่า

*“All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.”<sup>2</sup>*

ในความสัมพันธระหว่างประเทศ สมาชิกทั้งปวงจะต้องละเว้นการคุกคาม หรือการใช้กำลังต่อบูรณภาพแห่งอาณาเขต หรือ เอกราชทางการเมืองของรัฐใดๆ หรือ การกระทำในลักษณะการอื่นใดที่ไม่สอดคล้องกับความมุ่งประสงค์ของสหประชาชาติ<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America, Merits, Judgment, I.C.J. Report 1986, p 14 (thereafter shall be referred as “Nicaragua Case”) , para. 190 and Commentary of the ILC to Article 50 of its draft Articles on the Law of Treaties, ILC Yearbook, 1966-II, p.247, para.1

<sup>2</sup> Charter of The United Nations, Article 2 (4)

<sup>3</sup> กฎบัตรสหประชาชาติข้อ 2 (4), สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

กฎบัตรสหประชาชาติข้อนี้เป็นกรบัญญัติห้ามรัฐใช้กำลังในทุกกรณีเว้นแต่กรณี ที่กฎบัตรอนุญาตไว้ ได้แก่ การใช้กำลังป้องกันตัวเองของรัฐตามมาตรา 51, การใช้กำลังภายใต้ การอนุญาตของคณะมนตรีความมั่นคงตามหมวดที่ 7 แห่งกฎบัตร, การใช้กำลังในการปฏิบัติตาม มาตรา 106 และการใช้กำลังตามมาตรา 107 และมาตรา 53<sup>4</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม นอกจากข้อยกเว้นในกฎบัตรสหประชาชาติเองแล้ว ในปัจจุบัน รัฐอาจใช้ข้ออ้างบางประการ เพื่อใช้กำลังได้ในบางกรณี เช่น การแทรกแซงเพื่อมนุษยธรรม (Humanitarian Intervention), การแทรกแซงเพื่อประชาธิปไตย (Pro-democratic Intervention), การใช้กำลังเพื่อช่วยเหลือตัวเอง (Self Help) เป็นต้น แต่การใช้กำลังในกรณีเหล่านี้ก็ไม่เป็นที่ ยอมรับอย่างแพร่หลายในทางระหว่างประเทศเท่าใดนัก<sup>5</sup>

ข้อยกเว้นของหลักการห้ามใช้กำลังที่ชัดเจนที่สุด คือ กรณีการใช้กำลังเพื่อป้องกัน ตัวเองของรัฐ ซึ่งบัญญัติไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 51 ดังนี้

*“Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security.”*<sup>6</sup>

“ไม่มีข้อความใดในกฎบัตรฉบับปัจจุบันจะรอนสิทธิประจำตัวในการป้องกัน ตนเองโดยลำพังหรือโดยร่วมกัน หากการโจมตีด้วยกำลังอาวุธบังเกิดแก่สมาชิกของสหประชาชาติ จนกว่าคณะมนตรีความมั่นคงจะได้ดำเนินมาตรการที่จำเป็นเพื่อธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความ มั่นคงระหว่างประเทศ มาตรการที่สมาชิกได้ดำเนินไปในการใช้สิทธิป้องกันตนเองนี้จะต้อง

<sup>4</sup> Lucy Martinez, September 11<sup>th</sup>, Iraq and the Doctrine of Anticipatory Self-Defense, UMKC Law Review, Fall, 2003

<sup>5</sup> Helen Duffy, The 'War on Terror and The Framework of International Law', First Published, United States, Cambridge University Press Inc., New York, 2005, p.149

<sup>6</sup> Charter of The United Nations, Article 51

รายงานให้คณะมนตรีความมั่นคงทราบโดยทันที และจะต้องไม่กระทบกระเทือนอำนาจและความรับผิดชอบของคณะมนตรีความมั่นคงตามกฎหมายฉบับปัจจุบันแต่ประการใด ในอันที่จะดำเนินการเช่นที่เห็นจำเป็นไม่ว่าในเวลาใด เพื่ออํารงไว้หรือสถาปนากลับคืนมาซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ”<sup>7</sup>

กรณีการใช้กำลังตามกฎหมายข้อ 51 นี้จะต้องปรากฏว่ารัฐนั้นถูกโจมตีด้วยกำลังอาวุธเป็นหลักสำคัญ และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังได้เคยวินิจฉัยไว้ในความเห็นแนะนำ (Advisory Opinion) ในคดี Palestinian Wall ด้วยว่า การอ้างสิทธิป้องกันตัวตามข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาตินี้ ต้องเป็นกรณีที่รัฐถูกโจมตีด้วยอาวุธโดยอีกรัฐหนึ่งเท่านั้น<sup>8</sup> แต่ก็ยังมีปัญหาต่อไปว่า หากเป็นกรณีที่ข้อเท็จจริงแตกต่างออกไปจากคดีนี้ และรัฐถูกโจมตีโดยกองกำลังที่มีอาวุธแล้ว และนอกจากเงื่อนไขตามบทบัญญัติแห่งกฎบัตรสหประชาชาตินี้แล้ว ในการใช้สิทธิป้องกันตัวเองจะต้องพิจารณาเงื่อนไขการใช้สิทธิตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศควบคู่กันไปด้วย

ปัญหาสำคัญของหลักการป้องกันตัวเองตามข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติในปัจจุบันก็คือ ภัยคุกคามในปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงไปจากขณะที่ร่างกฎบัตรสหประชาชาติ มีภัยคุกคามต่อรัฐชนิดใหม่ๆเกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก ทำให้บทบัญญัติในข้อ 51 แห่งกฎบัตรดูเหมือนว่าไม่เพียงพอที่รัฐจะใช้เพื่อรับมือกับภัยคุกคามเหล่านั้นได้

ภัยคุกคามหลักที่เกิดขึ้นในโลกสมัยนี้ที่ส่งผลกระทบต่อประชาคมระหว่างประเทศอย่างสำคัญ ได้แก่ ภัยคุกคามจากการก่อการร้าย และภัยคุกคามจากอาวุธที่มีอานุภาพทำลายล้างร้ายแรง (Weapons of Mass Destruction) นอกจากนั้นแล้ว ลักษณะของภัยคุกคามก็พัฒนาตัวไปตามความก้าวหน้าของเทคโนโลยีในยุคปัจจุบัน ทำให้มีความรวดเร็ว และร้ายแรงขึ้นกว่าในเวลาที่ย่างกฎบัตรสหประชาชาติมาก ซึ่งหากรัฐต้องรอจนกระทั่งเกิดภัยขึ้นจริงจึงจะมีสิทธิตอบโต้ก็จะทำให้รัฐได้รับความเสียหายเหลือประมาณ

ในงานวิจัยชิ้นนี้ ผู้เขียนมุ่งแสดงให้เห็นถึงลักษณะของภัยคุกคามในโลกปัจจุบันซึ่งมีสภาพต่างไปจากขณะที่ร่างกฎบัตรสหประชาชาติ ทำให้การใช้สิทธิป้องกันตัวเองอาจไม่สามารถกระทำได้อย่างมีประสิทธิภาพ และผู้เขียนจะได้นำเสนอแนวคิดในการใช้กำลังป้องกัน

<sup>7</sup> กฎบัตรสหประชาชาติข้อ 51, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

<sup>8</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Report 2004, p.136, (thereafter shall be referred as “The Wall Case”) para. 139

ตัวเองล่วงหน้าก่อนที่จะเกิดภัยคุกคามขึ้นจริง โดยศึกษาแนวปฏิบัติของรัฐที่อ้างสิทธิในการป้องกันตัวเองล่วงหน้าก่อนที่จะเกิดภัยขึ้นจริง เพื่อเปรียบเทียบ

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.2.1 เพื่อให้ทราบถึงลักษณะ และรูปแบบของภัยคุกคามต่อรัฐที่เปลี่ยนแปลงไป หลังจากการร่างกฎบัตรสหประชาชาติ

1.2.2 เพื่อให้ทราบถึงลักษณะ และรูปแบบของการรับมือกับภัยคุกคามที่มีความเปลี่ยนแปลงไปของรัฐ

1.2.3 เพื่อให้ทราบถึงแนวทางการพัฒนาของรูปแบบการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้า ที่แตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศยอมรับได้

## 1.3 ขอบเขตของการวิจัย

1.3.1 วิเคราะห์รูปแบบของภัยคุกคามต่อรัฐ และกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการใช้กำลังป้องกันตัวเอง

1.3.2 วิเคราะห์กฎหมายระหว่างประเทศ และแนวการปฏิบัติของรัฐ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้า

1.3.3 วิเคราะห์ และสรุปหลักเกณฑ์การใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าที่อาจพัฒนาขึ้นในอนาคต

## 1.4 สมมติฐาน

รูปแบบภัยคุกคามในปัจจุบันมีลักษณะเปลี่ยนแปลงไปมากกว่าในช่วงเวลาที่ร่างกฎบัตรสหประชาชาติ ทำให้รูปแบบในการตอบสนองต่อภัยคุกคามของรัฐเปลี่ยนแปลงตามไปด้วย ดังนั้น การป้องกันตัวเองล่วงหน้า ซึ่งมีได้ระบุไว้อย่างชัดเจนในกฎบัตรสหประชาชาติ มีแนวโน้มว่าสามารถที่จะกระทำได้ในอนาคต โดยมีเงื่อนไข และหลักเกณฑ์บางประการ

## 1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

งานวิจัยนี้จะดำเนินการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ในเชิงพรรณนา และวิเคราะห์จากข้อมูลเอกสารต่างๆ ทั้งที่เป็นภาษาไทย และภาษาอังกฤษ โดยมุ่งเน้นไปที่แนวคิดของนักวิชาการ, ผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายระหว่างประเทศ, แนวปฏิบัติของรัฐ และหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร และกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

## 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย

1.6.1 ทำให้ทราบถึงลักษณะ และรูปแบบของภัยคุกคามต่อรัฐที่เปลี่ยนแปลงไป หลังจากการร่างกฎบัตรสหประชาชาติ

1.6.2 ทำให้ทราบถึงลักษณะ และรูปแบบของการรับมือกับภัยคุกคามที่มีความเปลี่ยนแปลงไปของรัฐ

1.6.3 ทำให้ทราบถึงแนวทางการพัฒนาของรูปแบบการใช้อำลั้งป้องกันตัวเองล่วงหน้า ที่แตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศยอมรับได้

## บทที่ 2

### ความหลากหลายของภัยคุกคาม และการป้องกันตัวเอง

#### 2.1 วิวัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการใช้กำลัง

กฎหมายว่าด้วยการใช้กำลังนั้น เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายว่าด้วยสงคราม ซึ่งยุคก่อนกฎบัตรประชาชาตินั้น รัฐสามารถใช้การทำสงครามเป็นเครื่องมือในการบริหารความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ในกฎหมายระหว่างประเทศยุคนี้ การใช้กำลังจึงเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย เพียงแต่มีกฎหมายควบคุมการใช้กำลังบางประการเท่านั้น

การใช้สิทธิป้องกันตัวเองในทางกฎหมายระหว่างประเทศยุคแรกๆนั้น มิได้เป็นข้อถกเถียงกันเท่าใดนัก เนื่องจากรัฐสามารถใช้กำลังได้อย่างค่อนข้างเสรีอยู่แล้ว

แต่ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง พร้อมกับกำเนิดขององค์การสหประชาชาติ สงครามกลายเป็นสิ่งที่มนุษย์สะพรึงกลัว กฎหมายระหว่างประเทศจึงพัฒนาไปในทางที่ห้ามการทำสงคราม นับแต่กฎบัตรสหประชาชาติเป็นต้นมา การใช้กำลังจึงกลายเป็นสิ่งที่มิชอบด้วยกฎหมายไป รัฐจะใช้กำลังได้เพียงตามข้อยกเว้นที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

ข้อยกเว้นหลักประการหนึ่งของหลักการห้ามการใช้กำลังก็คือ การใช้สิทธิป้องกันตัวเองของรัฐ ซึ่งได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 51 และการใช้สิทธิป้องกันตัวเองนี้ยังมีสถานะเป็นสิทธิติดตัวของรัฐ (Inherent Right) ซึ่งยอมรับกันว่ามิมาแต่เดิม ก่อนที่จะบัญญัติกฎบัตรสหประชาชาติเสียอีก

ในบทที่ 2 นี้ ผู้เขียนจะได้นำเสนอให้เห็นถึงวิวัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการใช้กำลังนับแต่อดีตกาลมา เพื่อให้เห็นว่ารัฐสามารถใช้กำลังได้อย่างเสรีเพียงใด และกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการใช้กำลังนั้นมีวิวัฒนาการไปในทางจำกัดสิทธิการใช้กำลังของรัฐมากขึ้นเรื่อยๆ จนในที่สุดก็กลายเป็นหลักการห้ามการใช้กำลัง (Prohibition of Use of Force) ซึ่งปรากฏชัดเจนอยู่ในมาตรา 2 (4) แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งจะมีข้อยกเว้นให้รัฐสามารถใช้กำลังได้ในบางกรณีเท่านั้น และกรณีที่ผู้เขียนจะได้กล่าวถึง และเน้นย้ำให้เห็นก็คือ กรณีการใช้สิทธิป้องกันตัวเองของรัฐ (Self Defense) ตามกฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 51 ซึ่งผู้เขียนจะได้นำเสนอหลักเกณฑ์ของการใช้สิทธิป้องกันตัวเองของรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศในยุคปัจจุบัน ว่ามีเนื้อหาอย่างไร



นอกจากนั้น ผู้เขียนจะได้นำเสนอถึงความหมายของภัยคุกคาม และความเปลี่ยนแปลงของรูปแบบของภัยคุกคามที่เปลี่ยนแปลงไปจากยุคอดีต โดยเฉพาะอย่างยิ่งภัยคุกคามจากการก่อการร้าย และจากอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างร้ายแรง (Weapons of Mass Destruction - WMD) ซึ่งทำให้การใช้สิทธิป้องกันตัวเองของรัฐซึ่งมีหลักเกณฑ์ และเงื่อนไขต่างๆ ที่กล่าวมาแล้วนั้น ไม่สามารถรับมือกับภัยคุกคามที่เปลี่ยนแปลงไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ จนเป็นที่มาของข้อพิจารณาเรื่องการใช้สิทธิป้องกันตัวเองล่วงหน้า (Anticipatory Self Defense/Preemptive Self Defense) ก่อนที่จะเกิดภัยขึ้นจริง

วิวัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการใช้กำลังนั้น อาจแบ่งออกได้เป็นยุคๆ ดังนี้

### 2.1.1 ยุคก่อนปี ค.ศ. 1815

ในยุคนี้ การใช้กำลังของรัฐเป็นไปโดยอิสระ ไม่มีกฎเกณฑ์ควบคุมที่เป็นรูปธรรม แต่อย่างไรก็ตาม จนกระทั่งปรากฏความตกลงเกี่ยวกับสันติภาพที่เป็นรูปธรรมขึ้นครั้งแรกคือ Peace of Westphalia 1648 ซึ่งเป็นชุดของสนธิสัญญาหลายฉบับที่ยุติสงครามยุโรปที่ดำเนินมาเป็นเวลากว่า 30 ปี โดยในความตกลงฉบับนี้ มีเนื้อหาให้ยุติการใช้กำลังระหว่างกัน และมีบทลงโทษรัฐภาคีที่ฝ่าฝืน โดยรัฐภาคีอื่น ถือเป็นบทเริ่มต้นของระบบความมั่นคงร่วมกัน (Collective Security)<sup>1</sup>

ความพยายามในการจำกัดการใช้กำลังของรัฐในช่วงเวลานี้ก็เป็นเพียงในเชิงรูปแบบหรือมาตรการบางอย่าง เช่น Hugo Grotius หรือ Vattel เสนอแนวคิดเกี่ยวกับพันธกรณีของรัฐที่จะต้องประกาศการทำสงครามอย่างเป็นทางการเท่านั้น ซึ่งไม่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิในการใช้กำลังของรัฐแต่อย่างใด<sup>2</sup>

ในช่วงเวลาต่อมา เริ่มมีแนวคิดบางประการที่พยายามหาเหตุผลในการใช้กำลัง หรือ อย่างน้อยก็เป็นกรพยายามอธิบายการใช้กำลังของรัฐ คือ ทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรม (Just War)

### ทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรม (Just War)

<sup>1</sup> Mary Ellen O'Connell, Preserving The Peace: The Continuing Ban On War Between States, California Western School of Law, Fall 2007

<sup>2</sup> จตุรงค์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพมหานคร, วิญญูชน, 2550, หน้า 572

ในยุคแรกเริ่มช่วงศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิกปฏิเสธว่าสงครามเป็นสิ่งที่มีศีลธรรม ซึ่งแนวความคิดสันตินิยมอย่างสุดขั้วเช่นนี้มีมาตั้งแต่เริ่มต้นคริสตกาลจนถึงประมาณ ค.ศ. 300 กระทั่งมีผู้เสนอแนวคิดที่ว่าสงครามอาจเป็นสิ่งชอบด้วยกฎหมายได้เป็นท่านแรก คือ นักบุญ Ambrose De Officiis (ค.ศ. 340 – ค.ศ. 397)

แนวคิดที่ว่าสงครามอาจเป็นสิ่งที่ดีชอบด้วยกฎหมายเป็นรูปร่างชัดเจนโดยแนวความคิดของนักบุญ Augustine (ค.ศ. 354 – ค.ศ. 430) ซึ่งคำสั่งสอนและแนวคิดของท่านเป็นจุดเริ่มของหลักการ “สงครามที่เป็นธรรม (Just War)” ซึ่งในช่วงเวลาของท่านนั้น ศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิกเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการเมืองฝ่ายอาณาจักรมากขึ้น นักบุญท่านนี้ได้กล่าวประณามการเข้ายึดครอง (Conquest) และได้ให้ความหมายของสงครามที่เป็นธรรมไว้อย่างไม่ค่อนชัดเจนนัก ดังนี้

*“Just wars are usually defined as those which avenge injuries, when the nation or city against which warlike action is to be directed has neglected either to punish wrongs committed by its own citizens or to restore what has been unjustly taken by it. Further that kind of war is undoubtedly just which God Himself ordains”<sup>3</sup>*

แนวคิดดังกล่าวของนักบุญ Augustine ก็ได้รับการสืบทอดต่อกันมาโดยเกรกอรีแห่งเมืองทัวร์ (Gregory of Tours) และ อิสิดอร์แห่งเมืองเซวิลล์ (Isidore of Seville) ในรูปแบบของคำตัดสินของพระสันตปาปา (Papal Decisions) และปรากฏอยู่ใน Decretum Gratianum 1150<sup>4</sup> และภายหลังหลักการสงครามที่เป็นธรรมนี้ก็ได้รับการพัฒนาต่อยอดให้เป็นรูปร่างชัดเจนโดยนักบุญ Thomas Aquinas (ค.ศ. 1225 – ค.ศ. 1274)

ในช่วงศตวรรษที่ 17 Hugo Grotius เคยให้ความเห็นไว้ว่า สาเหตุที่เป็นธรรม (Just Cause) เป็นสิ่งที่จำเป็นในการทำสงคราม และ Emmerich de Vattel เคยให้ความเห็นไว้ว่า รัฐมีสิทธิที่จะต่อต้านความพยายามกระทำในสิ่งที่อันตราย และมีสิทธิที่จะป้องกัน

<sup>3</sup> Quaestiones in Heptateuchum, vi. rob cited Ian Brownlie, International Law and the Use of Force by States, First Published, United States, Oxford University Press Inc., New York, 1963, p.5

<sup>4</sup>Decretum Gratianum, II. xxiii. 1 - 4, Vanderpol, p. 340 -397 cited in Ian Brownlie, International Law and the Use of Force by States, First Published, United States, Oxford University Press Inc., New York, 1963, p.5

ล่วงหน้า (anticipate) แต่ทั้งนี้ รัฐจะต้องใช้ความระมัดระวังในกรณีที่เป็นที่สงสัย และไม่แน่นอน มิเช่นนั้น รัฐจะเป็นผู้เสื่อมเสียชื่อเสียงจากการเป็นผู้รุกราน<sup>5</sup>

นักบุญ Thomas Aquinas ผู้ซึ่งเป็นนักวิชาการ และนักคิดที่ทรงอิทธิพลมากในขณะนั้น ได้เคยให้ความเห็นเกี่ยวกับสงคราม และสันติภาพไว้ว่า

*“In order for a war to be just three things are necessary. First the authority of the sovereign by whose command the war is to be waged. For it is not the business of the private individual to declare war, for he can seek for redress of his rights from the tribunal of his superior....*

*Secondly, a just cause is required, namely that those who are attacked should be attacked because they deserve it on account of some fault.*

*Thirdly, it is necessary that the belligerents should have a rightful intention, so that they intend the advancement of good, or the avoidance of evil”<sup>6</sup>*

“สงครามจะเป็นธรรมหรือไม่นั้นมีสามสิ่งที่สำคัญ สิ่งแรก คือ อำนาจของผู้สั่งการให้ทำสงคราม เนื่องจากมิใช่กิจธุระของเอกชนที่จะประกาศสงคราม แต่เขาสามารถมีอำนาจทำเช่นนั้นได้โดยการร้องขอต่อคณะผู้ที่มีอำนาจเหนือของเขา

ประการที่สอง สาเหตุที่เป็นธรรมนั้นเป็นสิ่งที่จำเป็น นั่นคือ ผู้ที่ถูกโจมตีควรที่จะถูกโจมตีเนื่องจากเขาได้กระทำผิดบางอย่าง

ประการที่สาม เป็นสิ่งจำเป็นว่า ในการต่อสู้กันควรจะมีคามมุ่งหมายที่ถูกต้อง นั่นคือ เขาเหล่านั้นจะต้องมุ่งหวังถึงความดีงามในอนาคตข้างหน้า และหลีกเลี่ยงความชั่วร้าย”

---

<sup>5</sup> Lucy Martinez, September 11<sup>th</sup>, Iraq and the Doctrine of Anticipatory Self-Defense, UMKC Law Review, Fall, 2003

<sup>6</sup> Summa Theologica, II. II. 40 cited in Ian Brownlie, International Law and the Use of Force by States, First Published, United States, Oxford University Press Inc., New York, 1963, p.6

การจะพิจารณาว่าสงครามเป็นธรรมหรือไม่นั้น นักคิด และนักวิชาการทั้งหลายในยุคนี้มักจะเน้นหนักไปที่การพิจารณาที่สาเหตุของการทำสงคราม หากพบว่าเหตุแห่งสงครามเป็นธรรมแล้ว สงครามนั้นจะใช้วิธีการใดๆก็ดูเสมือนว่าจะเป็นที่ยอมรับได้ทั้งสิ้น<sup>7</sup> กล่าวโดยสรุป ทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรมนี้ ก็เพียงเพื่ออธิบายสาเหตุของการทำสงครามเท่านั้น โดยที่มิได้มีแนวคิดที่จะควบคุมการทำสงคราม แต่ทั้งนี้ ทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรมนั้น เป็นจุดเริ่มต้นหนึ่งของหลักความได้สัดส่วนของการใช้กำลัง (Proportionality) ซึ่งเป็นหลักการป้องกันตัวเองในกฎหมายระหว่างประเทศยุคปัจจุบัน ความได้สัดส่วนนี้จะถูกนำมาประเมินว่า สงครามนั้นสร้างความชั่วร้ายมาก หรือ น้อยกว่าความดีงามที่จะได้รับ<sup>8</sup>

จะเห็นได้ว่าแนวความคิดในช่วงยุคนี้ เป็นการพยายามหาเหตุผลมาอธิบายการทำสงคราม โดยที่มิได้มีกฎเกณฑ์จำกัดการใช้กำลังของรัฐแต่อย่างใด รัฐต่างๆ อาจใช้กำลังกันได้อย่างเสรี และรวมไปถึงการใช้กำลังป้องกันเสียก่อนที่จะรัฐจะถูกโจมตีจริงอีกด้วย<sup>9</sup>

### 2.1.2 ยุคระหว่างปี ค.ศ. 1815 - ค.ศ. 1914

ในช่วงเวลานี้ การใช้กำลังในทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศยังคงเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย การใช้กำลังยึดครอง ทำสงคราม ล่าอาณานิคม ทวงถามหนี้ หรือ เก็บภาษี ยังคงเป็นสิ่งที่ทำได้โดยเสรี สงครามถูกมอง และอธิบายว่าเป็นบทบังคับ และบทลงโทษในทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือ กระทั่งถูกอธิบายว่าเป็นการดำเนินคดีของรัฐ (Litigation of Nations) หรือ มองว่าเป็นกระบวนการพิจารณาในกระบวนการยุติธรรม (Judicial Procedure)<sup>10</sup>

อย่างไรก็ตาม ในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 นี้ มีความพยายามที่จะจำกัดสิทธิในการทำสงครามซึ่งถูกพัฒนาโดยฝ่ายที่มีแนวคิดที่ว่า สงครามเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการ

<sup>7</sup> Judith Gail Gardam, Proportionality and Force in International Law, American Journal of International Law, July, 1993

<sup>8</sup> Judith Gail Gardam, Proportionality and Force in International Law, American Journal of International Law, July, 1993

<sup>9</sup> Lucy Martinez, September 11<sup>th</sup>, Iraq and the Doctrine of Anticipatory Self-Defense, UMKC Law Review, Fall, 2003

<sup>10</sup> Ian Brownlie, International Law and the Use of Force by States, First Published, United States, Oxford University Press Inc., New York, 1963, p. 20

ยุติธรรม (Judicial Procedure) โดยพัฒนาแนวคิดขึ้นว่า สงครามจะต้องเป็นวิธีการสุดท้ายในการยุติข้อพิพาท หลังจากที่ได้ใช้วิธีการอื่นๆ จนหมดสิ้นแล้ว<sup>11</sup>

ในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 มีความตกลงระหว่างประเทศระดับทวิภาคีเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยสันติในแนวทางที่กล่าวมาแล้วข้างต้นขึ้นหลายฉบับ เช่น สนธิสัญญาว่าด้วยต้นแบบการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ (Treaties on the model of arbitration treaty) ลงวันที่ 14 ตุลาคม ค.ศ. 1903 ระหว่างอังกฤษกับฝรั่งเศส หรือ ความตกลงลอนดอน ค.ศ. 1911 (London Agreement 1911) ซึ่งลงนามระหว่างอังกฤษกับญี่ปุ่นเมื่อวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1911 และกระทั่งสหรัฐอเมริกาเองก็ได้ทำความตกลงระหว่างประเทศในทำนองเดียวกันนี้อีกหลายฉบับ เช่น Root Treaties ค.ศ. 1908<sup>12</sup>

อย่างไรก็ตาม ความตกลงต่างๆ ข้างต้นเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการสันติ หรือ โดยอนุญาโตตุลาการต่างๆ นี้ ไม่ค่อยเกิดผลในทางปฏิบัติเท่าใดนัก ข้อพิพาทระหว่างรัฐที่สำคัญๆ มักจะไม่ได้ถูกยื่นให้อนุญาโตตุลาการตัดสิน หรือ ถูกระงับโดยวิธีการตามที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา เนื่องจากในสนธิสัญญาต่างๆ เหล่านั้นมักจะกำหนดประเภทของข้อพิพาทบางประการที่จะไม่ใช้วิธีการระงับโดยทางอนุญาโตตุลาการ หรือ โดยกระบวนการตามสนธิสัญญา เช่น ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ที่สำคัญอย่างยิ่งยวด (Vital Interest), ข้อพิพาทที่มีใช่เชิงกฎหมาย (Non-Legal), ข้อพิพาททางการเมือง (Political Disputes) เป็นต้น<sup>13</sup>

นอกจากนั้น ข้อเสนอให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทเป็นวิธีการบังคับก็ถูกปฏิเสธในที่ประชุมเพื่อสันติภาพครั้งที่สอง (Second Peace Conference 1907) ซึ่งในการประชุมดังกล่าว ผู้แทนของประเทศบราซิลได้เสนอการจำกัดสิทธิในการยึดครองของรัฐ เว้นแต่ในกรณีที่รัฐอีกฝ่ายไม่ปฏิบัติตามข้อเสนอให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ หรือ ไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ แต่ที่ประชุมก็ไม่ได้ยอมรับข้อเสนอนี้ แต่อย่างไรก็ตาม ที่ประชุมในครั้งนี้ได้ผ่านมติจำกัดสิทธิของรัฐในการใช้กำลังติดตาม

<sup>11</sup> Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, First Published, United States, Oxford University Press Inc., New York, 1963, p. 21

<sup>12</sup> Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, First Published, United States, Oxford University Press Inc., New York, 1963, p. 22

<sup>13</sup> Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, First Published, United States, Oxford University Press Inc., New York, 1963, p. 23

ทวงถามหนี้ (Convention Respecting the Limitation of the Employment of Force for the Recovery of Contract Debts) ออกมา<sup>14</sup>

### 2.1.3 ยุคสงครามโลกครั้งที่ 1 และกำเนิดสันนิบาตชาติ

สงครามโลกครั้งที่ 1 เป็นจุดเริ่มต้นของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการห้ามใช้กำลังของรัฐบางประการ สงครามที่เกิดขึ้นสะท้อนความล้มเหลวในการธำรงรักษาไว้ซึ่งสันติภาพภายใต้ระบบพันธมิตร (Alliances) นำมาซึ่งความสูญเสียครั้งใหญ่ของมวลมนุษยชาติ

วิวัฒนาการที่สำคัญอีกประการในยุคนี้ หลังจากสงครามโลกครั้งที่ 1 คือ การเกิดองค์การสันนิบาตชาติ (The League of Nations) และกติกาสันนิบาตชาติ (Covenant of the League of Nations)

แม้ว่าเนื้อหาของกติกาสันนิบาตชาติจะพยายามจำกัดสิทธิในการทำสงครามของรัฐ เช่น การถือว่าการทำสงครามของรัฐในบางกรณีเป็นเรื่องผิดกฎหมาย เช่น การทำสงครามเพื่อรุกราน หรือ การทำสงครามต่อรัฐเนื่องจากรัฐนั้นได้กระทำตามคำพิพากษาของศาล หรือ ของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ หรือ ตามข้อเสนอแนะของคณะมนตรีความมั่นคงของสันนิบาตชาติในบันทึกรายงานการประชุมอันเป็นที่ยอมรับกันแล้ว เป็นต้น ทั้งนี้ กติกาสันนิบาตชาติกำหนดให้รัฐต้องใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยสันติก่อนที่จะใช้กำลังทางทหาร ซึ่งจะกระทำได้อีกเมื่อได้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยสันติแล้วแต่ไม่สำเร็จ เป็นต้น<sup>15</sup> แต่เรื่องนี้ก็มีใช้วิวัฒนาการใหม่เสียทีเดียว เนื่องจากความพยายามจำกัดสิทธิในการทำสงครามดังที่ใช้อยู่ในกติกาสันนิบาตชาตินี้ มีปรากฏอยู่แล้วในความตกลงบางฉบับที่มีอยู่ก่อนหน้า

กติกาสันนิบาตชาตินี้ เป็นความตกลงระหว่างประเทศเรื่องแรก ที่ริเริ่มระบบความมั่นคงร่วมกันอย่างชัดเจน แต่สุดท้าย สันนิบาตชาติก็ล้มเหลวในการที่จะรักษาสันติภาพระหว่างประเทศ เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นมหาอำนาจในเวลานั้น ไม่เข้าร่วมด้วย แต่กลับไปริเริ่มเข้าร่วมความตกลง Kellogg-Briand Pact แทน<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, First Published, United States, Oxford University Press Inc., New York, 1963, p. 23

<sup>15</sup> จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพมหานคร, วิญญูชน, 2550, หน้า 573

<sup>16</sup> Mary Ellen O'Connell, *Preserving The Peace: The Continuing Ban On War Between States*, California Western School of Law, Fall 2007

#### 2.1.4 ยุคระหว่างปี ค.ศ. 1920 – ค.ศ. 1945

ในยุคนี้ เกิดความตกลงระหว่างประเทศที่สำคัญ คือ Kellogg-Briand Pact ค.ศ. 1928 ความตกลงฉบับนี้ถูกริเริ่มโดยประเทศฝรั่งเศส และต่อมาเป็นที่ยอมรับของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งกลายเป็นหัวใจหลักในการเชิญชวนนานาประเทศเข้าร่วมในเวลาต่อมา ในคำเชิญชวนของประเทศสหรัฐอเมริกาให้นานาชาติเข้าร่วมทำกติกา Kellogg-Briand ได้กล่าวไว้ว่า สิทธิในการป้องกันตัวเอง “เป็นสิทธิติดตัวของรัฐเอกราชทุกรัฐ และปรากฏอยู่โดยนัยในทุกสนธิสัญญา (the right of self-defense is inherent in every sovereign state and is implicit in every treaty)”<sup>17</sup> โดยกรมสารฉบับนี้กำหนดให้สงครามเป็นสิ่งที่จะต้องห้ามในระหว่างประเทศภาคี ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา, ประเทศฝรั่งเศส และประเทศภาคีอื่นอีก 13 ประเทศ และความตกลงฉบับนี้ อาจกล่าวได้ว่า เป็นความตกลงระหว่างประเทศฉบับแรกที่ห้ามการใช้กำลังอย่างชัดเจน<sup>18</sup>

ความตกลงระหว่างประเทศฉบับนี้ มุ่งจะขยายขอบเขตข้อห้ามของการใช้กำลังในบางกรณีที่กติกาสันนิบาตชาติยังอนุญาตให้กระทำได้อยู่ ได้แก่ การห้ามมิให้ใช้กำลังทางทหารเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ และให้เลิกใช้สงครามเป็นเครื่องมือในการดำเนินนโยบายของรัฐในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่ทั้งนี้ ความตกลงฉบับนี้ไม่มีวิธีการระงับข้อพิพาท หรือ มาตรการบีบบังคับรัฐให้ดำเนินการตาม และที่สำคัญที่สุด คือ ปรากฏว่ารัฐต่างๆ ตั้งข้อสงวนต่อกรมสารฉบับนี้ไว้เป็นจำนวนมาก ในการใช้ดุลพินิจของตนว่าจะระงับข้อพิพาทด้วยวิธีใด<sup>19</sup> ทำให้ท้ายที่สุด เกิดภาวะที่รัฐต่างๆ ก็ใช้กำลังโดยกล่าวอ้างเหตุผลอันเป็นปัจเจกของตน จนนำไปสู่สงครามโลกครั้งที่ 2 ในที่สุด

ความตกลงระหว่างประเทศทั้งกติกาสันนิบาตชาติ และ Kellogg - Briand Pact ต่างก็ประสบความสำเร็จล้มเหลวในการระงับการใช้กำลังของรัฐ เนื่องจากรัฐที่มีอำนาจมากในขณะนั้นไม่ให้ความร่วมมือ เช่น การถอนตัวจากสันนิบาตชาติของสหรัฐอเมริกา หรือ การที่ประเทศอังกฤษ และฝรั่งเศสก็มีจุดยืนที่แตกต่างกัน อีกทั้งความตกลงระหว่างประเทศทั้งสองฉบับยังไม่มีมาตรการบังคับรัฐให้ดำเนินการตามอย่างชัดเจน และในประการสำคัญที่สุด คือ

<sup>17</sup> Jane A. Mayer, Collective Self-Defense and Regional Security: Necessary Exceptions to a Globalist Doctrine, Boston University International Law Journal, Fall, 1993, p.396

<sup>18</sup> Amy E. Eckert and Manooher Mofidi, Doctrine or Doctrinaire—The First Strike Doctrine and Preemptive Self-Defense under International Law, Tulane Journal of International and Comparative Law, Spring, 2004

<sup>19</sup> จตุรงค์ ถิระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพมหานคร, วิญญูชน, 2550, หน้า 573

ความตกลงระหว่างประเทศทั้งสองฉบับยังมีเนื้อหาไปในแนวทางที่ว่ารัฐมีสิทธิใช้กำลังเป็นหลักทั่วไป แต่ข้อจำกัดสิทธิในการใช้กำลังของรัฐเป็นข้อยกเว้น ดังที่เคยมีความตกลงระหว่างประเทศฉบับก่อนๆ หน้าที่กระทำกันมา เพียงแต่เพิ่มข้อยกเว้นจำกัดสิทธิดังกล่าวให้มากขึ้นเท่านั้น แตกต่างกับกฎบัตรสหประชาชาติในยุคถัดมา ที่กำหนดห้ามการใช้กำลังเป็นหลักทั่วไป แต่สิทธิในการใช้กำลังของรัฐถือเป็นข้อยกเว้นในบางกรณีเท่านั้น

### 2.1.5 ยุคตั้งแต่ ค.ศ. 1945 เป็นต้นมา

หลังสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมา กฎหมายว่าด้วยสงครามก็เกิดพัฒนาการที่สำคัญ เนื่องจากประชาคมระหว่างประเทศรับรู้ถึงความน่าสะพรึงกลัวของสงคราม ทำให้ประชาคมระหว่างประเทศมีความเห็นร่วมกันว่าการใช้กำลังทางทหารจึงเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย และกฎหมายภาคสงครามก็ได้ถูกแบ่งแยกออกเป็นสองส่วน ได้แก่ jus ad bellum ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการใช้กำลังก่อนเกิดสงคราม (หลักการห้ามใช้กำลังก็อยู่ในส่วนที่เป็น jus ad bellum นี้) และอีกส่วนได้แก่ jus in bello ซึ่งเป็นกฎหมายภาคสงคราม ว่าด้วยหลักการปฏิบัติของรัฐในภาวะสงคราม เช่น การปฏิบัติต่อเชลยศึก การปฏิบัติต่อพลเรือน เป็นต้น<sup>20</sup>

พัฒนาการที่สำคัญที่สุดในยุคนี้ก็คือ การกำเนิดของกฎบัตรสหประชาชาติ และองค์การสหประชาชาติ โดยหลังจากที่สงครามโลกครั้งที่ 2 ยุติลง นานาประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ฝ่ายสัมพันธมิตรผู้ชนะสงคราม เล็งเห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องมีการระหว่างประเทศที่เข้มแข็ง และมีอำนาจมากเพียงพอที่จะดำเนินบทบาทรักษาสันติภาพในประชาคมระหว่างประเทศ และโดยผลของการประชุมดัมบาร์ตัน โอคส์ (Dumbarton Oaks) และการประชุมที่ซานฟรานซิสโก (San Francisco Conference) จึงเกิดความตกลงระหว่างประเทศที่เรียกว่ากฎบัตรสหประชาชาติขึ้น

เมื่อได้ก่อตั้งองค์การสหประชาชาติขึ้น เพื่อทำหน้าที่เป็นองค์กรหลักที่มีหน้าที่ในการธำรงไว้ซึ่งสันติภาพ และความมั่นคงในประชาคมระหว่างประเทศ กฎบัตรสหประชาชาติก็ได้บัญญัติหลักการห้ามใช้กำลังไว้อย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรในข้อ 2 (4) ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

<sup>20</sup> จตุรงค์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพมหานคร, วิญญูชน, 2550, หน้า 573



*“All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.”<sup>21</sup>*

“ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ สมาชิกทั้งปวงจะต้องละเว้นการคุกคามหรือการใช้กำลังต่อบูรณภาพแห่งอาณาเขต หรือเอกราชทางการเมืองของรัฐใด ๆ หรือการกระทำในลักษณะการอื่นใดที่ไม่สอดคล้องกับความมุ่งประสงค์ของสหประชาชาติ”<sup>22</sup>

อย่างไรก็ตามหลักการห้ามการใช้กำลังตามกฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 2(4) ก็ยังมีข้อยกเว้นอยู่บางประการ เช่น

- การใช้สิทธิป้องกันตัวเองตามมาตรา 51
- การดำเนินการตามมติคณะมนตรีความมั่นคงเกี่ยวกับการรักษาสันติภาพตามหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ
- การดำเนินการภายใต้ความตกลงส่วนภูมิภาคตามหมวด 8 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ

กฎบัตรสหประชาชาตินี้ เป็นการพลิกโฉมกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการใช้กำลังไปโดยสิ้นเชิง จากที่เคยก่อนหน้านี้ สิทธิในการใช้กำลังเป็นหลักทั่วไป รัฐมีสิทธิใช้กำลังได้เพียงแต่ต้องมีเหตุผล หรือ เจื่อนไขบางประการ หรือ อย่างน้อยก็จะต้องมีคำอธิบายที่เหมาะสมต่อการใช้กำลังนั้น แต่เมื่อมีกฎบัตรสหประชาชาติ การห้ามการใช้กำลังการเป็นหลักทั่วไป ในขณะที่สิทธิในการใช้กำลังกลายเป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้น

## 2.2 ความหมายของภัยคุกคาม (Threat)

ในเรื่องความหมายของคำว่าภัยคุกคาม มีคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Nicaragua v United States of America ได้เคยวางบรรทัดฐานเอาไว้หลายประการเกี่ยวกับความพยายามในการโค่นล้มรัฐบาลนิการาแก้วของประเทศสหรัฐอเมริกา ว่าการกระทำชนิดใดบ้างที่ถือเป็นการใช้กำลัง เช่น การวางทุ่นระเบิดในน่านน้ำของนิการาแก้ว โดย

<sup>21</sup> Charter of The United Nations, Article 2 (4)

<sup>22</sup> กฎบัตรสหประชาชาติข้อ 2 (4), สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ประเทศสหรัฐอเมริกา, การโจมตีท่าเรือ และแท่นขุดเจาะน้ำมันของนิคารากัว โดยประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นการใช้กำลัง (Use of Force) แต่การให้การสนับสนุนเงินไม่เป็นการใช้กำลังในตัวเอง เป็นต้น แต่ถึงแม้ว่าการกระทำการสนับสนุนทางอ้อมดังกล่าวนี้ไม่เป็นการใช้กำลัง อันจะทำให้เกิดสิทธิในการป้องกันตัว (ตามความเห็นของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ) แต่ก็ทำให้รัฐที่ให้การสนับสนุน (ในคดีนี้ คือ สหรัฐอเมริกา) เกิดความรับผิดชอบในทางกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>23</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม ในเรื่องความหมายของคำว่าคุกคามนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังมีได้ให้ความหมายที่ชัดเจนนัก แม้จะมีคดีชั้นศาลเกี่ยวกับเรื่องความหมายของการคุกคาม หรือการใช้กำลัง ได้แก่ คดี Nicaragua v United States of America และ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons ก็ตาม แต่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ดูเหมือนว่าจะหลีกเลี่ยงการให้ความหมายโดยตรง เพียงแต่ตัดสินว่าการกระทำใดบ้างที่เป็นการคุกคาม หรือเป็นการใช้กำลังเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม แม้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะเห็นว่า การโจมตีโดยกลุ่มกำลังที่มีรัฐไม่ถือเป็นการโจมตีด้วยอาวุธ แต่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติกลับมีแนวทางที่แตกต่างกันอยู่บ้าง กล่าวคือ หลังเหตุการณ์โจมตีตึกเวิลด์เทรดเซ็นเตอร์เมื่อวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 2001 คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้ออกมติที่ 1368 และที่ 1373 โดยกล่าวประณามการก่อการร้าย และยังรับรองถึงสิทธิของสหรัฐอเมริกาที่จะป้องกันตัวเองจากการกระทำดังกล่าวด้วย<sup>24,25</sup>

แม้ในต้วบทบัญญัติแห่งกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 2 (4) อันเป็นบทบัญญัติห้ามการใช้กำลังนั้นจะได้ระบุไว้เพียงว่ารัฐสมาชิกจะต้องงดเว้นจากการใช้ “กำลัง (Use of Force)” หรือ “การคุกคาม (Threat)” เท่านั้น โดยมีได้กล่าวถึงการรุกรานไว้ด้วย แต่ก็เป็นที่ยอมรับว่าการรุกรานนั้นเป็นสิ่งที่ต้องห้ามในทางกฎหมายระหว่างประเทศ โดยมีหลักฐานปรากฏจากมติของที่ประชุมสมัชชาใหญ่สหประชาชาติที่ 3314 เรื่องความหมายของการรุกราน (Definition of Aggression) ได้กำหนดความหมายของการรุกรานไว้ในข้อ 1 ของมติว่า หมายถึง การใช้กำลัง

<sup>23</sup> Nicaragua Case, para.228

<sup>24</sup> United Nations Security Council UN. Doc S/RES/1368 (Recognizing the inherent right of individual or collective self-defence in accordance with the Charter)

<sup>25</sup> United Nations Security Council UN. Doc S/RES/1373 (Reaffirming the inherent right of individual or collective self-defence as recognized by the Charter of the United Nations as reiterated in resolution 1368)

อาวุธโดยรัฐหนึ่งต่อเอกราช หรือบูรณภาพแห่งดินแดน หรือความเป็นเอกราชทางการเมืองต่อรัฐอื่น หรือโดยการกระทำในลักษณะอื่นที่ไม่เป็นไปตามกฎบัตรแห่งสหประชาชาติ<sup>26</sup> และในมติเดียวกันนี้ข้อ 3 ได้ให้ตัวอย่างของการกระทำที่ถือเป็นการรุกรานไว้ด้วย<sup>27</sup> ซึ่งหากกล่าวโดยสรุปแล้ว ตัวอย่างที่ได้ให้ไว้ดังกล่าว หมายความว่ารวมถึงการใช้กำลังทางทหาร หรือการโจมตี หรือรุกรานรัฐอื่นทุกประการนั่นเอง

เมื่อพิจารณาจากข้อมติของที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ

ดังกล่าวแล้วจะพบว่า ความหมายของการรุกรานดังกล่าว มีความหมายใกล้เคียงกับการคุกคาม (Threat) อย่างยิ่ง และโดยที่มติดังกล่าวเกิดจากความเห็นร่วมกันของชาติสมาชิกส่วนใหญ่ขององค์การสหประชาชาติ จึงอาจกล่าวได้ว่า การรุกรานนั้น รัฐส่วนใหญ่ในโลกใบนี้เห็นว่าเป็นสิ่งที่ต้องห้าม ตามกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 2 (4) ด้วยนั่นเอง และแม้ข้อมติของที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติจะไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย แต่ก็เป็นแนวทางในการตีความกฎบัตรสหประชาชาติ และเป็นสิ่งสะท้อนให้เห็นความเชื่อของรัฐว่าสิ่งใดเป็นกฎหมาย (opinion juris) อันเป็นองค์ประกอบหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

### 2.2.1 การรุกราน (Aggression)

แม้ในต้วบทบัญญัติแห่งกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 2 (4) อันเป็นบทบัญญัติห้ามการใช้กำลังนั้นจะได้ระบุไว้เพียงว่ารัฐสมาชิกจะต้องงดเว้นจากการใช้ “กำลัง (Use of Force)” หรือ “การคุกคาม (Threat)” เท่านั้น โดยมีได้กล่าวถึงการรุกรานไว้ด้วย แต่ก็เป็นที่ยอมรับว่าการรุกรานนั้นเป็นสิ่งที่ต้องห้ามในทางกฎหมายระหว่างประเทศ โดยมีหลักฐานปรากฏจากมติของที่ประชุมสมัชชาใหญ่สหประชาชาติที่ 3314 เรื่องความหมายของการรุกราน (Definition of Aggression) ได้กำหนดความหมายของการรุกรานไว้ในข้อ 1 ของมติว่า หมายถึง การใช้กำลังอาวุธโดยรัฐหนึ่งต่อเอกราช หรือบูรณภาพแห่งดินแดน หรือความเป็นเอกราชทางการเมืองต่อรัฐอื่น หรือโดยการกระทำในลักษณะอื่นที่ไม่เป็นไปตามกฎบัตรแห่งสหประชาชาติ<sup>28</sup> และในมติ

<sup>26</sup> United Nations General Assembly Res. 3314 (XXIX), 'Definition of Aggression', 14 December 1974, UN Doc. A/RES/3314, Article 1

<sup>27</sup> United Nations General Assembly Res. 3314 (XXIX), 'Definition of Aggression', 14 December 1974, UN Doc. A/RES/3314, Article 3

<sup>28</sup> United Nations General Assembly Res. 3314 (XXIX), 'Definition of Aggression', 14 December 1974, UN Doc. A/RES/3314, Article 1

เดียวกันนี้ข้อ 3 ได้ให้ตัวอย่างของการกระทำที่ถือเป็นการรุกรานไว้ด้วย<sup>29</sup> ซึ่งหากกล่าวโดยสรุปแล้ว ตัวอย่างที่ได้ให้ไว้ดังกล่าว หมายความว่ารวมถึงการใช้กำลังทางทหาร หรือการโจมตี หรือรุกรานรัฐอื่นทุกประการนั่นเอง

เมื่อพิจารณาจากข้อมติของที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ดังกล่าวแล้วจะพบว่า ความหมายของการรุกรานดังกล่าว มีความหมายใกล้เคียงกับการใช้กำลัง (Use of Force) หรือการคุกคาม (Threat) อย่างยิ่ง และโดยที่มติดังกล่าวเกิดจากความเห็นร่วมกันของชาติสมาชิกส่วนใหญ่ขององค์การสหประชาชาติ จึงอาจกล่าวได้ว่า การรุกรานนั้น รัฐส่วนใหญ่ในโลกใบนี้เห็นว่าเป็นสิ่งที่ต้องห้าม ตามกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 2 (4) ด้วยนั่นเอง และแม้ข้อมติของที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติจะไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย แต่ก็เป็นแนวทางในการตีความกฎบัตรสหประชาชาติ และเป็นสิ่งสะท้อนให้เห็นความเชื่อของรัฐว่าสิ่งใดเป็นกฎหมาย (opinion juris) อันเป็นองค์ประกอบหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

### 2.3 สิทธิในการใช้กำลังในกฎหมายระหว่างประเทศยุคปัจจุบัน

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ในปัจจุบันสิทธิในการใช้กำลังของรัฐนั้นถูกจำกัดอยู่เพียงไม่กี่กรณี หรือ อาจกล่าวได้อีกแง่หนึ่งว่า การห้ามการใช้กำลังของรัฐเป็นหลักทั่วไป ส่วนกรณีที่รัฐมีสิทธิใช้กำลังได้นั้นเป็นข้อยกเว้น โดยในหัวข้อต่อไปนี้ ผู้เขียนจะได้นำเสนอถึงกรณีที่รัฐมีสิทธิใช้กำลังได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

#### 2.3.1 การใช้กำลังภายใต้ระบบความมั่นคงร่วมกัน (Collective Security) ตามกฎบัตรสหประชาชาติ

กลไกประการหนึ่งที่อาจกล่าวได้ว่า เป็นหัวใจสำคัญที่สุดของกฎบัตรสหประชาชาติก็คือ ระบบความมั่นคงร่วมกัน (Collective Security) โดยถือว่าสมาชิกองค์การสหประชาชาติทั้งหมดเข้าร่วมตัวกันเพื่อต่อต้านภัยคุกคามความมั่นคงที่มีต่อรัฐสมาชิกไม่ว่ารัฐใดรัฐหนึ่งหรือทั้งหมดก็ตาม โดยถือว่าเป็นภัยคุกคามต่อประชาคมทั้งหมด ซึ่งกลไกนี้มีมอบอำนาจหน้าที่ในการรับผิดชอบสันติภาพ และความมั่นคงระหว่างประเทศอย่างเด็ดขาด และมีสภาพบังคับอย่างชัดเจน แตกต่างไปจากกรณีกติกาสันนิบาตชาติ ให้ไว้กับองค์การสหประชาชาติ และมีองค์กรหลักที่รับผิดชอบ คือ คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ ซึ่งมีสมาชิกทั้งสิ้น 15 ชาติ

<sup>29</sup> United Nations General Assembly Res. 3314 (XXIX), 'Definition of Aggression', 14 December 1974, UN Doc. A/RES/3314, Article 3

โดยเป็นสมาชิกหมุนเวียน 10 ชาติ และสมาชิกถาวร 5 ชาติ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา, อังกฤษ, ฝรั่งเศส, รัสเซีย และจีน โดยในการออกเสียงเพื่อสนับสนุนข้อมตินั้น จะต้องได้เสียงข้างมากจากที่ประชุม 15 ชาติ โดยไม่มีการออกเสียงยับยั้ง (Veto) จากชาติสมาชิกถาวรชาติใดชาติหนึ่ง

โดยทั่วไปแล้วคณะมนตรีความมั่นคงมีหน้าที่ความรับผิดชอบหลักในเรื่องความมั่นคง และสันติภาพระหว่างประเทศ และปฏิบัติหน้าที่ในนามของรัฐสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ ตามกฎบัตรข้อ 24 ทั้งนี้ ในการธำรงรักษาไว้ซึ่งสันติภาพ และความมั่นคงระหว่างประเทศนั้น คณะมนตรีความมั่นคงมีอำนาจหน้าที่ทั้งตามหมวด 6 (กฎบัตรข้อ 33 - 38) ซึ่งเป็นกรณีการระงับข้อพิพาทโดยสันติ และตามหมวด 7 (กฎบัตรข้อ 39 - 51) ซึ่งเป็นเรื่องการดำเนินการเกี่ยวกับการคุกคามต่อสันติภาพ, การละเมิดสันติภาพ และการกระทำรุกราน

กรณีการดำเนินการตามหมวด 6 แห่งกฎบัตรสหประชาชาตินั้น เป็นการใช้อำนาจแนะนำซึ่งไม่มีผลผูกพันให้ชาติสมาชิกสหประชาชาติทำตาม แต่ในกรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงใช้อำนาจตามหมวด 7 จะมีผลผูกพันให้รัฐสมาชิกต้องปฏิบัติตามตามที่กำหนดไว้ในข้อ 25 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งกรณีเช่นนี้เป็นการแก้ไขข้อบกพร่องที่เคยมีอยู่ในกติกาสันนิบาตชาติที่รัฐสมาชิกอาจมีดุลยพินิจในการดำเนินการได้เอง ทำให้การดำเนินการต่างๆ ไม่เป็นเอกภาพ ต่างจากกฎบัตรสหประชาชาติที่คณะมนตรีความมั่นคงมีอำนาจเด็ดขาด และผูกพันชาติสมาชิกให้กระทำตาม

ในการใช้อำนาจตามหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาตินั้น คณะมนตรีความมั่นคงอาจใช้อำนาจเชิญชวนให้รัฐสมาชิกปฏิบัติตามมาตรการชั่วคราวตามกฎบัตรข้อ 40 หรือ หากมาตรการดังกล่าวยังไม่ได้ผล คณะมนตรีความมั่นคงอาจใช้อำนาจบังคับที่มีใช้การใช้กำลังทางทหารตามกฎบัตรข้อ 41 เช่น การตัดสัมพันธ์ทางการทูต, ทางเศรษฐกิจ หรือ การติดต่อสื่อสารต่างๆ เพื่อเป็นการกดดัน เป็นต้น และหากในกรณีที่มาตรการต่างๆ ที่กล่าวมายังไม่ได้ผล คณะมนตรีความมั่นคงก็มีอำนาจสั่งให้ใช้กำลังทางทหารตามกฎบัตรข้อ 42 ซึ่งบัญญัติว่า

*“Should the Security Council consider that measures provided for in Article 41 would be inadequate or have proved to be inadequate, it may take such action by air, sea, or land forces as may be necessary to maintain or restore international peace and security. Such action may include demonstrations, blockade, and other operations by air, sea, or land forces of Members of the United Nations.”*

“หากคณะมนตรีความมั่นคงพิจารณาว่า มาตรการตามที่บัญญัติไว้ใน ข้อ ๔๑ จะไม่เพียงพอ หรือได้พิสูจน์แล้วว่าไม่เพียงพอ คณะมนตรีฯอาจดำเนินการใช้กำลังทาง อากาศ ทางทะเล หรือทางพื้นดิน เช่นที่อาจเห็นจำเป็นเพื่อธำรงไว้ หรือสถาปนากลับคืนมาซึ่ง สันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ การดำเนินการเช่นนี้อาจรวมถึงการแสดง แสขยานภาพ การปิดล้อมและการปฏิบัติการอย่างอื่นโดยกำลังทางอากาศ ทางทะเล หรือทาง พื้นดิน ของบรรดาสมาชิกของสหประชาชาติ”<sup>30</sup>

การใช้กำลังตามกฎหมายข้อนี้เป็นกรณียกเว้นการห้ามการใช้กำลังตาม กฎบัตรข้อ 2 (4) และถือเป็นการใช้กำลังโดยชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ โดยกองกำลังที่ ดำเนินการภายใต้กฎบัตรข้อ 42 นี้ ไม่ถือเป็นกองกำลังของรัฐสมาชิก แต่ถือปฏิบัติภารกิจใน นามขององค์การสหประชาชาติ ภายใต้ความควบคุมของคณะมนตรีความมั่นคง

นอกจากกรณีการดำเนินการใช้กำลังทางทหารภายใต้คำสั่งคณะมนตรี ความมั่นคงตามกฎหมายข้อ 42 นี้แล้ว คณะมนตรีความมั่นคงยังมีอำนาจอนุญาต หรือ ให้สิทธิแก่ รัฐสมาชิกในการดำเนินการใช้กำลังทางทหารได้อีกด้วย ตามกฎบัตรข้อ 48 ซึ่งบัญญัติว่า

“1. *The action required to carry out the decisions of the Security Council for the maintenance of international peace and security shall be taken by all the Members of the United Nations or by some of them, as the Security Council may determine.*

2. *Such decisions shall be carried out by the Members of the United Nations directly and through their action in the appropriate international agencies of which they are members.”*

“1. การดำเนินการที่จำเป็นเพื่อปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะ มนตรีความมั่นคงเพื่อการธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศจะต้องกระทำโดย สมาชิกของสหประชาชาติทั้งปวงหรือแต่บางประเทศ ตามแต่คณะมนตรีความมั่นคงจะพึงกำหนด

<sup>30</sup> กฎบัตรสหประชาชาติข้อ 42, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

2. คำวินิจฉัยเช่นว่านั้นจะต้องปฏิบัติตามโดยสมาชิกของสหประชาชาติโดยตรง และโดยผ่านการดำเนินการของสมาชิกเหล่านั้นในทบวงการตัวแทนระหว่างประเทศที่เหมาะสมซึ่งตนเป็นสมาชิกอยู่<sup>31</sup>

อนึ่ง ข้อมติที่คณะมนตรีความมั่นคงมีคำสั่งให้ใช้ หรือ อนุญาตให้ใช้กำลังทางทหารดังกล่าวนี้ มีลักษณะเป็นมาตรการชั่วคราวเพื่อปฏิบัติการกิจให้เสร็จสิ้นไปเป็นครั้งๆ มิได้มีลักษณะเป็นการวางกฎเกณฑ์ หรือ หลักการทั่วไปแต่อย่างใด<sup>32</sup>

### 2.3.2 การป้องกันตัวเอง (Self Defense)

หลังจากการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติเป็นต้นมา เป็นที่ยอมรับอย่างแข็งขันว่า การใช้กำลังเป็นสิ่งต้องห้ามในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ดังที่บัญญัติในกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 2 (4) แต่อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นอย่างชัดเจนในข้อ 51 แห่งกฎบัตร ที่อนุญาตให้รัฐใช้กำลังได้ในกรณีการป้องกันตัวเอง (Self Defense)

หลักการป้องกันตัวเองนี้ถูกบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 51 แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า สิทธิในการป้องกันตัวเองนี้มีไว้เพื่งบัญญัติขึ้นในกฎบัตรสหประชาชาติเท่านั้น แต่หากเป็นสิทธิที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาตั้งแต่ก่อนกฎบัตรสหประชาชาติแล้ว เพียงแต่ยังมีข้อถกเถียงกันอยู่ว่า สิทธิแต่เดิมที่เคยมีอยู่ในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศก่อนกฎบัตรสหประชาชาติจะยังคงอยู่ครบถ้วนสมบูรณ์หลังจากที่กฎบัตรสหประชาชาติบังคับใช้แล้วหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สิทธิในการป้องกันตัวเองล่วงหน้าของรัฐ

ดังนั้น ในการพิจารณาสิทธิในการป้องกันตัวเองว่ามีหลักเกณฑ์อย่างไรบ้างนั้น จึงจะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศควบคู่กันไปด้วย นอกเสียจากพิจารณาจากตัวบทของข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติเพียงอย่างเดียวเกี่ยวกับประการนี้ Ian Brownlie ได้กล่าวไว้ว่า หลักการป้องกันตัวเองนี้มีบ่อเกิดจากสามแหล่งด้วยกัน ได้แก่ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ, แนวปฏิบัติของรัฐ ในฐานะที่เป็นหลักฐาน

<sup>31</sup> กฎบัตรสหประชาชาติข้อ 48, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

<sup>32</sup> จตุรงค์ ธีระวัฒน์. กฎหมายระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2550, หน้า 590

แสดงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และปรากฏอยู่ในกฎบัตรสหประชาชาติ อันเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร<sup>33</sup>

### 2.3.2.1 หลักเกณฑ์การป้องกันตัวเอง

องค์ประกอบของการป้องกันตัวเองอาจแบ่งได้เป็น

#### ก. ถูกโจมตีด้วยอาวุธ (Armed Attack)

ในกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 51 บัญญัติกำหนดให้ป้องกันตนเองได้ในกรณีที่ถูกรุกรานด้วยกำลังอาวุธเท่านั้น ซึ่งต่างจากบทบัญญัติอื่นในกฎบัตร ซึ่งมักจะกล่าวโดยทั่วไป เช่น กฎบัตรข้อ 2 (4) ที่กล่าวถึงการใช้อำนาจ (Use of Force) พร้อมๆไปกับการคุกคาม (Threat) เป็นต้น ทำให้มีความคิดเห็นว่าการใช้กำลังป้องกันตัวเองตามกฎบัตรข้อ 51 จะต้องตีความไปในลักษณะใด รัฐสามารถใช้กำลังป้องกันตัวเองในกรณีที่มีได้ถูกรุกรานด้วยกำลังอาวุธได้หรือไม่ เช่น หากเพียงถูกคุกคาม (Threat) รัฐจะมีสิทธิในการใช้กำลังป้องกันตัวเองตามกฎบัตรข้อ 51 หรือไม่ ซึ่งในประการนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเคยวินิจฉัยไว้ว่า รัฐไม่มีสิทธิใช้กำลังตอบโต้ต่อการกระทำที่มีใช้การโจมตีด้วยกำลังอาวุธได้<sup>34</sup> อย่างไรก็ตาม องค์ประกอบในส่วนนี้เป็นส่วนที่เป็นปัญหาถกเถียงกันมากที่สุดในเงื่อนไขในการป้องกันตนเอง เนื่องจากไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศใดที่กำหนดคำนิยามของการถูกโจมตีด้วยกำลังอาวุธไว้อย่างชัดเจน และแต่ละรัฐก็มักจะตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่ตน เพื่ออธิบายการใช้กำลังทางทหารของตนว่าเป็นการใช้สิทธิป้องกันตนเอง

มีปัญหาประการถัดมาว่า การถูกโจมตีโดยกลุ่มบุคคล หรือ กองกำลังที่มีใช้รัฐ หรือ เป็นของรัฐ จะถือได้ว่าเป็นการถูกโจมตีด้วยอาวุธ ตามกฎบัตรข้อ 51 หรือไม่ ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่า องค์ประกอบในส่วนการถูกโจมตีด้วยอาวุธนี้ มีจำเป็นต้องเกิดจากรัฐ อาจเกิดขึ้นจากกลุ่มบุคคล หรือ กองกำลังใดๆ ก็ได้ ก็เพียงพอให้ถือได้ว่าเป็นการถูกโจมตีด้วยอาวุธแล้ว เพียงแต่หากกองกำลังที่โจมตีนั้นมีใช้รัฐ หรือ มีได้เป็นของรัฐ ก็ไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นภาวะสงคราม (State of War)<sup>35</sup> ขึ้น

<sup>33</sup> Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, First Published, United States, Oxford University Press Inc., New York, 1963

<sup>34</sup> Nicaragua Case, para.110

<sup>35</sup> Jordan J. Paust, *Use of Armed Force against Terrorists in Afghanistan, Iraq, and Beyond*, Cornell International Law Journal, Winter 2002



ประการต่อมา หากจะพิจารณาจากกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 2(4) ซึ่งบัญญัติหลักการห้ามการใช้กำลังแล้วจะพบว่า ตัวบทบัญญัติน่าจะมีเป้าประสงค์ไปที่การห้ามการโจมตีซึ่งเป็นการคุกคามหรือใช้กำลังต่อบูรณภาพแห่งอาณาเขต หรือเอกราชทางการเมืองของรัฐ ซึ่งในกรณีนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วางหลักการไว้บางประการว่าการกระทำใดที่อาจถือเป็นการใช้กำลังคุกคามต่อรัฐ เช่น การสนับสนุนอาวุธยุทโธปกรณ์ หรือ สนับสนุนด้านการลำเลียง แก่กองกำลังต่อต้านในรัฐอื่นยังไม่นับว่าเป็นการโจมตีด้วยอาวุธในตัวเอง แต่ในขณะที่การส่งกองทหาร หรือทหารรับจ้างเข้าไปในเขตแดนของรัฐอื่นถือว่าเป็นการโจมตีด้วยอาวุธ เป็นต้น<sup>36</sup>

แต่ทั้งนี้ ในคดี Nicaragua ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้วินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายของการใช้กำลังตอบโต้ต่อภัยคุกคามด้วยอาวุธที่ใกล้จะถึง (Imminent threat of armed attack) ไว้แต่อย่างใด<sup>37</sup>

การโจมตีที่เกิดขึ้นจะต้องมีลักษณะเกิดขึ้นในทันทีทันใด หรือเกิดขึ้นทั้งหมดในทันที แต่อาจกินเวลานาน แต่อย่างไรก็ตาม ในส่วนของประกอบเรื่องเวลานี้ อาจเป็นปัญหาที่ถกเถียงกันได้ ว่าหากการโจมตีหรือคุกคามนั้นทอดเวลาเนิ่นนานออกไปแล้ว การใช้กำลังตอบโต้เพื่อป้องกันตนเองก็อาจไม่จำเป็น เนื่องจากอาจมีเวลาเพียงพอที่คณะกรรมการความมั่นคงจะสามารถดำเนินการตามระบบความมั่นคงร่วมกันในกฎบัตรสหประชาชาติได้

ยังมีปัญหาอีกประการหนึ่งที่เป็นที่ถกเถียงกันทางกฎหมายระหว่างประเทศว่า การใช้กำลังโจมตีต่อคนชาติ หรือผลประโยชน์ของรัฐในต่างแดน จะก่อให้เกิดสิทธิในการป้องกันตนเองหรือไม่ ซึ่งในประการนี้ดูเหมือนว่าหลักเกณฑ์จะยังไม่ชัดเจนเท่าใดนัก และมีสถานะในทางกฎหมายระหว่างประเทศคล้ายกับการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้า ในปัจจุบันมีเพียงไม่กี่ชาติในโลกนี้เท่านั้นที่ใช้ข้ออ้างเช่นนี้อย่างชัดเจน ตัวอย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา, ประเทศอังกฤษ, ประเทศเบลเยียม หรือ ประเทศอิสราเอล เป็นต้น<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Nicaragua Case, para.195

<sup>37</sup> Yoram Dinstein, War, aggression and self-defence, Third Edition, United Kingdom, Cambridge University Press Inc., Cambridge, 2001, p.166

<sup>38</sup> Christine Gray, International Law and the Use of Force, Third Edition, United States, Oxford University Press Inc., New York, 2008, p. 156 - 158

นอกจากนั้นแล้ว ยังมีข้อถกเถียงกันอยู่ว่า การโจมตีโดยกลุ่มบุคคลที่มีไรรัฐ เช่น กลุ่มผู้ก่อการร้าย จะถือว่าเป็นการโจมตีด้วยอาวุธ ซึ่งจะนำไปสู่การใช้กำลังป้องกันตัวเองของรัฐได้หรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเคยได้ให้ความเห็นแนะนำไว้ในคดี *Palestinian Wall* ว่า การใช้สิทธิป้องกันตัวเองต้องเป็นกรณีที่รัฐถูกโจมตีด้วยอาวุธ จากรัฐต่างชาติ (Foreign State) เท่านั้น<sup>39</sup>

ยังมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับถ้อยคำในตัวของกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 51 อีกประการ กล่าวคือ หากพิจารณาคำว่า “ถูกโจมตีด้วยอาวุธ” หรือ “Armed Attack” นี้ จะพบว่าปรากฏอยู่เฉพาะในกฎบัตรฉบับภาษาอังกฤษเท่านั้น ในขณะที่กฎบัตรฉบับภาษาฝรั่งเศสจะใช้คำว่า “*aggression armée*” หรือ “*armed aggression*” ซึ่งมีความหมายว่าการรุกรานด้วยอาวุธ มิใช่หมายถึงถูกโจมตีอย่างในฉบับภาษาอังกฤษ เมื่อพิจารณาประกอบกับการที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติเคยมีมติว่า การถูกโจมตีด้วยอาวุธถือเป็นการรุกรานประเภทหนึ่งด้วย<sup>40</sup> จึงอาจพิจารณาได้ว่าคำว่าถูกรุกรานด้วยอาวุธ (*aggression armée*) ในกฎบัตรฉบับภาษาฝรั่งเศสน่าจะกินความหมายกว้างกว่าคำว่าถูกโจมตีด้วยอาวุธในกฎบัตรฉบับภาษาอังกฤษ

หากจะพิจารณาจากกฎบัตรฉบับภาษาฝรั่งเศส ก็ค่อนข้างเป็นที่ชัดเจนว่ารัฐสามารถใช้กำลังป้องกันตัวเองได้ในลักษณะล่วงหน้า ก่อนที่จะถูกโจมตีจริงๆ หรือก่อนที่ภัยนั้นจะเกิดขึ้น เช่น การใช้กำลังเพื่อตอบโต้การคุกคาม (Threats) เป็นต้น เนื่องจากคำว่ากรุกราน หรือ *aggression* นั้นมีรูปแบบที่หลากหลาย และมีได้หมายความเฉพาะการโจมตีเท่านั้น

มีนักวิชาการบางส่วนเห็นว่ากฎบัตรฉบับภาษาฝรั่งเศสนี้ ดูเสมือนว่าจะใช้ภาษาได้อย่างสอดคล้องกับประวัติศาสตร์การเจรจา และเจตนาในการร่างกฎบัตรมากกว่าฉบับภาษาอังกฤษ ทั้งยังปรากฏว่าในขั้นตอนการร่างกฎบัตรสหประชาชาติ (*travaux préparatoires*) ผู้ร่างตั้งใจให้กฎบัตรข้อ 51 นี้รักษาไว้ซึ่งสิทธิในการใช้กำลังป้องกันตัวเองของรัฐ โดยเป็นการยืนยันสิทธิในการป้องกันตัวตามระบบความมั่นคงร่วมกันกรณีเกิดการโจมตีด้วยอาวุธ

<sup>39</sup> The Wall Case, para. 139

<sup>40</sup> United Nations General Assembly Res. 2625 (XXV), ‘Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-Operation among States in Accordance with the Charter of the United Nation’, 24 October 1970, UN Doc. A/RES/2625

ตามสนธิสัญญา Chapultepec มิใช่จำกัดสิทธิดังกล่าว<sup>41</sup> โดยในช่วงแรกเริ่มเตรียมการร่างกฎบัตรนั้น การประชุมที่ Dumbarton Oaks มิได้มีการบัญญัติเรื่องการป้องกันตัวเอง (Self-Defense) ลงไปในกฎบัตรสหประชาชาติ เนื่องจากในขณะนั้นสิทธิในการป้องกันตัวเองเป็นที่รับรู้กันในหมู่รัฐ และไม่มีคำถามเกี่ยวกับสิทธิในการป้องกันตัวเองของรัฐเสียด้วยซ้ำ<sup>42</sup>

นอกจากนั้นแล้ว ยังมีตัวอย่างการตีความกฎบัตรสหประชาชาติที่ไม่ตรงตัวตามลายลักษณ์อักษร แต่เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริง ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันอย่างไม่ขัดแย้งในประชาคมระหว่างประเทศ คือ กฎบัตรสหประชาชาติข้อ 27 ที่กำหนดว่ามติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติจะต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบจากชาติสมาชิกถาวรแห่งคณะมนตรีความมั่นคงทั้ง 5 ชาติด้วย แต่ในทางปฏิบัติแล้ว กลับเป็นที่ยอมรับกันว่า เพียงแค่ชาติสมาชิกถาวรทั้ง 5 ชาติไม่ออกเสียงคัดค้าน ก็ถือได้ว่ามตินั้นผ่านความเห็นชอบของคณะมนตรีความมั่นคงตามกฎบัตรข้อ 27 แล้ว โดยไม่จำเป็นต้องให้ชาติสมาชิกถาวรทุกชาติออกเสียงสนับสนุนก็ได้ เช่นนี้ยังเป็นตัวอย่างแสดงให้เห็นชัดเจนว่า การตีความกฎบัตรสหประชาชาตินั้น ไม่ใช่เพียงแต่ตีความตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัดโดยคำนึงถึงจุดใดจุดหนึ่งเป็นเฉพาะเจาะจงเท่านั้น แต่จำเป็นต้องพิจารณาถึงบริบททั้งหมด ทั้งตัวลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติอยู่ในกฎบัตรเอง และบริบทรอบด้าน และสถานการณ์ความเป็นจริงด้วย มิเช่นนั้นแล้วก็จะทำให้กฎบัตรสหประชาชาติเป็นกฎหมายที่ไม่มีชีวิต คือ ไม่สามารถบังคับใช้ได้จริง เพราะไม่ตรงกับสถานการณ์ปัจจุบัน ซึ่งจะทำให้ไม่มีผู้ปฏิบัติตามในที่สุด

#### ข. ความจำเป็น และความได้สัดส่วน (Necessity and Proportionality)

ในเรื่องความจำเป็น และความพอเหมาะพอสมนี้แม้มิได้บัญญัติไว้ในข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติก็ตาม แต่ถือว่าเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณี

<sup>41</sup>D.W.Bowett, Self Defense in International Law 185, 1958 cited in Jane A. Mayer, Collective Self-Defense and Regional Security: Necessary Exceptions to a Globalist Doctrine, Boston University International Law Journal, Fall, 1993

<sup>42</sup> D.W. Bowett, Self-Defense in International Law 185, 1958 cited in Thomas K. Plofchan, Jr., Article 51: Limits on Self-Defense, Michigan Journal of International Law, 13 issue, 1992, p.336, 348

ระหว่างประเทศ ที่ถือว่าการป้องกันตนเองนั้น ต้องกระทำไปด้วยความจำเป็น และการใช้กำลังตอบโต้ นั้น จะต้องเป็นไปพอสมควรแก่ภัยที่เกิดขึ้น<sup>43</sup>

ในการใช้กำลังป้องกันตนเองนั้น จะต้องมีการภัยที่เกิดขึ้นอย่างทันทีทันใด และกำลังเกิดขึ้นอยู่ในขณะที่ใช้กำลังป้องกันตนเอง และจะต้องเป็นไปด้วยความจำเป็นเพื่อป้องกันภัยดังกล่าว ซึ่งความจำเป็นนี้เองเป็นองค์ประกอบสำคัญที่ทำให้หลักการป้องกันตนเอง ต่างไปจากการใช้กำลังตอบโต้โดยชอบด้วยกฎหมาย (Reprisal) ซึ่งในปัจจุบันถือว่ามิชอบด้วยกฎหมายไปแล้ว

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเคยให้ความเห็นแนะนำไว้ในคดี Legality of Threat or Use of Nuclear Weapons ว่าความจำเป็น และความได้สัดส่วนของการป้องกันตนเองนั้น เป็นเงื่อนไขในการใช้สิทธิป้องกันตนเองของรัฐ ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>44</sup>

### ค. ไม่เหลือทางเลือกในการระงับภัยด้วยวิธีอื่น

(Alternative Means)

การป้องกันตัวโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น รัฐที่ใช้สิทธิป้องกันตนเองควรจะต้องแสดงให้เห็นว่าไม่เหลือวิธีการอื่นใดที่จะป้องกันภัยคุกคามนั้นได้อีก รัฐที่ถูกรุกรานควรจะต้องใช้วิธีการอื่นเสียก่อนที่จะตอบโต้ด้วยกำลังอาวุธ เช่น ใช้วิธีทางการทูต เป็นต้น แต่ทั้งนี้ก็มีได้หมายความว่ารัฐจะต้องพยายามซ้ำแล้วซ้ำเล่า หรือดำเนินการโดยสันติทั้งที่เป็นที่ปรากฏชัดแจ้งแล้วว่าไม่ได้ผล หรือถูกปฏิเสธจากคู่กรณี<sup>45</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม องค์ประกอบในเรื่องวิธีการอื่นที่จะระงับภัยคุกคามนี้ดูเหมือนว่าจะไม่ปรากฏชัดเจนนักในกฎหมายระหว่างประเทศ เพียงแต่จะถูกพิจารณาควบคู่กันไปกับองค์ประกอบอื่นๆเท่านั้น และในกรณีที่พิสูจน์ได้ว่าภัยคุกคามมีความ

<sup>43</sup> Nicaragua Case, para.176 and Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Report 1996, p. 226, para.141

<sup>44</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Report 1996, para. 245

<sup>45</sup> Beth M. Polebaum, National Self-Defense in International Law: An Emerging Standard for a Nuclear Age, New York University Law Review, April 1984

เร่งด่วนหรือใกล้จะถึง (Imminency) ก็มักจะเป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นกรณีที่ไม่มีทางเลือกอื่นในการระงับภัยนั้นแล้วเช่นกัน<sup>46</sup>

### ง. สิทธิในการป้องกันตัวเองเป็นสิทธิชั่วคราว

เนื่องด้วยกฎบัตรสหประชาชาติได้วางหลักการที่สำคัญประการหนึ่งขึ้น คือ หลักความมั่นคงร่วมกัน (Collective Security) โดยมีองค์การหลักที่มีหน้าที่รับผิดชอบ คือ คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ ซึ่งจะมีอำนาจหน้าที่สั่งการในกรณีที่ต้องดำเนินการรักษาไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงของประชาคมระหว่างประเทศ ตามกฎบัตรสหประชาชาติหมวดที่ 7

อาจกล่าวได้ว่า กลไกในการห้ามใช้กำลังในกฎบัตรสหประชาชาตินั้นแบ่งได้เป็นสองภาค คือ ส่วนของรัฐในฐานะปัจเจก และส่วนของระบบความมั่นคงร่วมกัน โดยในแง่ของรัฐในฐานะปัจเจกแล้ว รัฐสามารถใช้กำลังได้ในกรณีเดียว คือการป้องกันตัวเองตามกฎบัตรข้อ 51 แต่ในแง่ของระบบความมั่นคงร่วมกันแล้ว รัฐในฐานะสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ อาจใช้กำลังได้แม้ไม่ใช่กรณีป้องกันตัวเอง ทั้งนี้ หากได้รับความเห็นชอบหรือ มีมติจากคณะมนตรีความมั่นคง<sup>47</sup>

สิทธิในการป้องกันตัวเองตามกฎบัตรข้อ 51 อยู่ภายใต้ของโครงสร้างระบบความมั่นคงร่วมกันดังกล่าว โดยรัฐจะมีสิทธิในการใช้กำลังป้องกันตัวเองเพียงชั่วคราว เท่าที่จำเป็นต่อสถานการณ์เท่านั้น และทันทีที่สามารถจะกระทำได้ รัฐจะต้องรายงานต่อคณะมนตรีความมั่นคง เพื่อให้คณะมนตรีความมั่นคงดำเนินการรับผิดชอบสั่งการต่อสถานการณ์ต่อไป

หน้าที่ในส่วนนี้เอง ที่ทำให้เกิดปัญหาขึ้น ในกรณีที่ภัยคุกคามนั้นกินระยะเวลาเนิ่นนาน หรือไม่เหตุการณ์กระทบหันทัน หรือภัยเกิดขึ้นแล้วและสิ้นสุดลงไปแล้ว เนื่องจากรัฐอาจมีเวลาเพียงพอที่จะรายงาน และขอให้คณะมนตรีความมั่นคงดำเนินการเพื่อระงับภัยนั้น หรือตอบโต้ต่อผู้รุกราน หรือผู้โจมตีได้ โดยอาศัยอำนาจตามกฎบัตร

<sup>46</sup> Beth M. Polebaum, National Self-Defense in International Law: An Emerging Standard for a Nuclear Age, New York University Law Review, April 1984

<sup>47</sup> Allen S. Weiner, The Use of Force and Contemporary Security Threats: Old Medicine for New Ills?, Stanford Law Review, November, 2006

สหประชาชาติหมวดที่ 7 ทำให้ในกรณีที่รัฐซึ่งถูกคุกคามหรือโจมตีด้วยภัยในลักษณะดังกล่าวใช้กำลังตอบโต้ จะเกิดประเด็นปัญหาความชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ กฎบัตรสหประชาชาติข้อ 51 ของการใช้กำลังตอบโต้ นั้น เป็นการใช้อิทธิพลป้องกันตัวเองตามกฎบัตรข้อ 51 หรือไม่

#### จ. หน้าที่ในการรายงานต่อคณะมนตรีความมั่นคง

หน้าที่ประการหนึ่งของรัฐที่ใช้อิทธิพลในการป้องกันตัวเอง ตามกฎบัตรข้อ 51 ก็คือ รัฐที่ใช้กำลังป้องกันตัวเองไปแล้ว จะต้องรายงานต่อคณะมนตรีความมั่นคง ซึ่งหน้าที่ในการรายงานนั้น แม้จะมีเงื่อนไขในการใช้อิทธิพลป้องกันตัวเอง ซึ่งรัฐผู้อ้างสิทธิในการป้องกันตัวเองต้องกระทำจึงจะทำให้การป้องกันตัวเองชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม หน้าที่ในการรายงานนั้น อาจเป็นข้อบ่งชี้ข้อหนึ่งว่ารัฐผู้อ้างว่าใช้อิทธิพลในการใช้กำลังป้องกันตัวเอง มีความสุจริตใจหรือไม่ ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเคยวางหลักการไว้ในคดี *Nicaragua v United States of America* ว่า การไม่รายงานการใช้กำลังป้องกันตัวเองของรัฐ อาจเป็นปัจจัยหนึ่งที่บ่งชี้ว่ารัฐกระทำไปโดยเชื่อว่าเป็นการป้องกันตัวเองหรือไม่<sup>48</sup>

การไม่รายงานการใช้สิทธิป้องกันตัวเองของรัฐ ต่อคณะมนตรีความมั่นคงนี้ นอกจากจะเป็นหลักฐานประการหนึ่งที่น่าจะบ่งชี้ให้เห็นถึงเจตนาของรัฐ ว่าอาจมีเจตนาไม่สุจริตในการใช้กำลังแล้ว ในทางกลับกัน รัฐก็มักจะอ้างว่าการรายงานการใช้สิทธิป้องกันตัวเองนี้ว่าแสดงให้เห็นถึงเจตนาที่สุจริตในการป้องกันตัวเองเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม หน้าที่ในการรายงานต่อคณะมนตรีความมั่นคงนี้ ดูเสมือนว่าจะเป็นหน้าที่ทางแบบพิธีเท่านั้น การขาดหายไปของการรายงานต่อคณะมนตรีความมั่นคงก็ไม่น่าที่จะทำให้เนื้อหาของการใช้สิทธิป้องกันตัวเองนั้นเปลี่ยนแปลงไปในทางที่ชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายไปได้

กล่าวโดยสรุป หากพิจารณาโดยพื้นฐานที่ว่า สิทธิในการป้องกันตัวเองนั้นมีป่อเกิดจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ, แนวปฏิบัติของรัฐ ในฐานะที่เป็นหลักฐานแสดงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และปรากฏอยู่ในกฎบัตรสหประชาชาติในฐานะที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ดังที่ Ian Brownlie กล่าวไว้แล้ว องค์ประกอบในเรื่องความจำเป็น, ความเหมาะสมพอสม ซึ่งเป็นเงื่อนไขในการใช้อิทธิพลป้องกันตัวเอง ดูจะปรากฏอยู่ในป่อเกิดทั้งสามแห่งที่กล่าวมาอย่างไม่มีข้อโต้แย้ง แต่ในส่วนของเงื่อนไขในส่วนการถูกโจมตีด้วยอาวุธ (Armed

<sup>48</sup> Nicaragua Case, para.200

Attack) และหน้าที่ของรัฐที่ใช้สิทธิในการป้องกันตัวเอง ในส่วนที่ว่าสิทธิในการป้องกันตัวเองเป็นสิทธิชั่วคราว และรัฐที่ใช้กำลังป้องกันตัวเองต้องรายงานต่อคณะมนตรีความมั่นคงนั้น ดูจะเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ เนื่องจากข้อกำหนดเหล่านี้ เพิ่งปรากฏอยู่ในกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 51 เท่านั้น รัฐฝ่ายที่อ้างการป้องกันตัวเองอย่างกว้างขวางก็มักจะอธิบายว่า ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว การใช้กำลังป้องกันตัวเองไม่มีข้อกำหนดในส่วนนี้อยู่ แต่ในฝ่ายรัฐที่ตีความหลักการป้องกันตัวเองอย่างเคร่งครัดก็จะยืนยันว่า สิทธิในการป้องกันตัวเองเป็นสิทธิชั่วคราว และรัฐที่ใช้กำลังป้องกันตัวเองต้องรายงานต่อคณะมนตรีความมั่นคง ตามกฎบัตรสหประชาชาติ

ในส่วนเงื่อนไขการถูกโจมตีด้วยอาวุธ (Armed Attack) นี้เอง ซึ่งฝ่ายรัฐที่กล่าวอ้างการตีความหลักการป้องกันตัวเองอย่างกว้างขวางมักจะกล่าวอ้างว่า สิทธิในการป้องกันตัวเองตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไม่มีข้อกำหนดเช่นนี้อยู่ ซึ่งข้ออ้างเช่นนี้นำไปสู่การกล่าวอ้างเพื่อใช้สิทธิป้องกันตัวเองล่วงหน้าของรัฐ ซึ่งจะได้อ้างถึงแนวทางการปฏิบัติโดยอ้างสิทธิการป้องกันตัวเองล่วงหน้าดังกล่าวที่เกิดขึ้นจริงในบทต่อไป

### 2.3.3 ความรับผิดชอบเพื่อป้องกัน (Responsibility to Protect – R2P)

โดยประเพณีปฏิบัติที่สืบกันมานั้น บัณฑิตบุคคลแต่ละคนถือว่าอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของรัฐที่ตนสังกัดอยู่ โดยที่รัฐอื่นไม่อาจเข้าแทรกแซงอำนาจบังคับบัญชาของรัฐนั้นๆ ได้ ไม่ว่าจะในทางที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการดำรงชีวิตอยู่ หรือ กระทบความตายของบัณฑิตบุคคลนั้นก็ตาม ในกรณีที่บัณฑิตบุคคลหนึ่งๆ ถูกล่วงละเมิดสิทธิในต่างรัฐ สิทธิของบัณฑิตบุคคลนั้นๆ จะได้รับการปกป้องเพียงใดก็ขึ้นอยู่กับรัฐต้นสังกัดของตนจะให้ความคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) เพียงใดเท่านั้น อย่างไรก็ตาม มีพัฒนาการเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนมากขึ้นในทางกฎหมายระหว่างประเทศภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง เช่น มีสนธิสัญญาห้ามการค้าทาสในช่วงศตวรรษที่สิบเก้า หรือ ในช่วงศตวรรษที่ยี่สิบมีสนธิสัญญาห้ามเอาคนลงเป็นทาส และห้ามค้าทาส เป็นต้น<sup>49</sup>

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลังสงครามเย็น เป็นต้นมา ประชาคมระหว่างประเทศให้ความสำคัญกับการปกป้องสิทธิมนุษยชนมากขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ ทั้งนี้ เหตุผลสำคัญก็คือ ประเทศฝ่ายสัมพันธมิตรเห็นว่า ต้นเหตุของสงครามโลกครั้งที่

<sup>49</sup> Antonio Cassese, *International Law, Second Edition, United States*, Oxford University Press Inc., New York, 2005, p.376

สองนั้น ก็เนื่องมาจากการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิมนุษยชน โดยพรคนานี  
นั้นเอง<sup>50</sup>

ภายใต้แนวคิดที่เคารพสิทธิมนุษยชนมากขึ้นเช่นนี้ ประชาคมระหว่าง  
ประเทศมีความรับรู้ที่ตรงกันว่า เรื่องสิทธิมนุษยชนไม่อาจถือเป็นเพียงเรื่องภายในของรัฐได้อีก  
ต่อไป และกระทั่งคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ ก็ได้ยอมรับ และมีมติหลายครั้ง  
เกี่ยวกับการส่งทหารเข้าปฏิบัติการเพื่อภารกิจทางมนุษยธรรมเช่นกัน<sup>51</sup>

ทั้งนี้ผู้ให้ความเห็นไว้ว่า การใช้กำลังทางทหารเพื่อภารกิจทาง  
มนุษยธรรมนั้น ไม่เป็นการขัดต่อกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 2 (4) เนื่องจากวัตถุประสงค์เพื่อผล  
รักษาไว้ซึ่งศักดิ์ศรี และสิทธิติดตัวของมนุษย์ จึงไม่อาจถือว่าเป็นการ “ใช้กำลังต่อบูรณภาพแห่ง  
อาณาเขต หรือ เอกราชทางการเมืองของรัฐใดๆ หรือ การกระทำในลักษณะการอื่นใดที่ไม่  
สอดคล้องกับความมุ่งประสงค์ของสหประชาชาติ (use of force against the territorial integrity  
or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the  
Purposes of the United Nations)”<sup>52</sup>

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากกฎบัตรสหประชาชาติห้ามการใช้กำลังในทาง  
ระหว่างประเทศไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น รัฐผู้อ้างสิทธิในการแทรกแซงเพื่อมนุษยธรรมจึงกลายเป็น  
ฝ่ายที่ต้องพิสูจน์ว่าการใช้กำลังของตน มิได้เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎบัตรสหประชาชาติ และนั่นทำให้  
แนวปฏิบัติของรัฐในอดีตมักจะไม่อ้างการใช้กำลังว่าเป็นการแทรกแซงเพื่อมนุษยธรรมโดยตรง  
เช่น กรณีการกระทำของประเทศอินเดียในปากีสถานตะวันออกในปี 1971, การกระทำของ  
เวียดนามต่อกัมพูชาในปี 1978, การกระทำของแทนซาเนียในกูดันดาในปี 1979 ก็ล้วนแต่อ้างว่า  
เป็นการป้องกันตัวเอง (Self Defense) ทั้งสิ้น ทั้งนี้ปรากฏข้ออ้างของรัฐฝ่ายที่ใช้กำลังว่าเป็นการ  
ปฏิบัติการเพื่อมนุษยธรรมอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกๆ คือ ประเทศอังกฤษที่ใช้กำลังในสงครามอ่าว  
เมื่อปี 1991 และต่อมาในกรณีสงครามโคโซโวเมื่อปี 1999 ที่รัฐพันธมิตรนาโต้เกือบทั้งหมดกล่าว

<sup>50</sup> Antonio Cassese, International Law, Second Edition, United States, Oxford University Press  
Inc., New York, 2005, p.377

<sup>51</sup> Helen Duffy, The 'War on terror and The Framework of International Law', First Published,  
United States, Cambridge University Press Inc., New York, 2005, p.179

<sup>52</sup> Helen Duffy, The 'War on terror and The Framework of International Law', First Published,  
United States, Cambridge University Press Inc., New York, 2005, p.180



อ้างว่าเป็นการใช้กำลังเพื่อภารกิจทางมนุษยธรรม<sup>53</sup> แต่ทั้งนี้ ก็เป็นการกล่าวอ้างประกอบกับข้ออ้างอื่นๆ รวมอยู่ด้วย

ในกรณีสงครามโคโซโว ผู้แทนของอังกฤษเคยให้ถ้อยแถลงไว้แก่คณะมนตรีความมั่นคงว่า

*“Every means short of force has been tried to avert this situation. In these circumstances and as an exceptional measure on grounds of overwhelming humanitarian necessity, military intervention is legally justifiable. The force now proposed is directed exclusively to averting a humanitarian catastrophe, and is the minimum judged necessary for the purpose.”*<sup>54</sup>

ทุกๆ วิธีการหลีกเลี่ยงการใช้กำลังได้ถูกพยายามกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงสถานการณ์เช่นนี้ ในกรณีเหล่านี้ และถือว่าเป็นมาตรการยกเว้นบนพื้นฐานที่มีความจำเป็นอย่างท่วมท้นในทางมนุษยธรรม การแทรกแซงทางทหารเป็นการชอบด้วยกฎหมาย กำลังที่ปัจจุบันได้ถูกเสนอให้ใช้มุ่งตรงไปที่เฉพาะเพื่อหลีกเลี่ยงความหายนะทางมนุษยธรรม และเป็นการกระทำที่เป็นความจำเป็นขั้นต่ำที่สุดที่อธิบายได้เพื่อวัตถุประสงค์นี้”

ในช่วงหลังมานี้ บางครั้งรัฐอาจเรียกการแทรกแซงเพื่อมนุษยธรรมนี้ในชื่ออื่น ได้แก่ ความรับผิดชอบเพื่อป้องกัน (Responsibility to Protect – R2P) ทั้งนี้ ก็โดยเจตนาที่จะหลีกเลี่ยงการกล่าวถึงการแทรกแซงโดยตรงนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม การใช้กำลังเพื่อภารกิจทางมนุษยธรรมนี้เป็นปัญหาที่ถกเถียงกันอยู่ เนื่องจาก โดยเนื้อหาของการใช้กำลังประเภทนี้มีความขัดแย้งกันเองอยู่ในตัว เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์หลักของกฎบัตรสหประชาชาติ คือ การห้ามใช้กำลัง และการปกป้อง

<sup>53</sup> Helen Duffy, *The ‘War on terror and The Framework of International Law’*, First Published, United States, Cambridge University Press Inc., New York, 2005, p.181

<sup>54</sup> Statement by the UK representative to the Security Council, S/PV 3988 (1999) 12, in Chesterman, *Just War or Just Peace*, p.212 cited in Helen Duffy, *The ‘War on terror and The Framework of International Law’*, First Published, United States, Cambridge University Press Inc., New York, 2005, p.182

มนุษยชาติ จึงมักมีผู้เสนอความเห็นว่าการใช้กำลังเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว ควรกระทำตามมติ คณะมนตรีความมั่นคง ซึ่งเป็นที่ชัดเจนว่ากระทำได้ตามกฎบัตรสหประชาชาติ<sup>55</sup>

นอกจากนั้น งานศึกษาของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศแห่ง องค์การสหประชาชาติ (Internation Law Commission - ILC) เรื่องความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility) ยังได้ให้ข้อสรุปไว้ว่า แม้ในกรณีที่รัฐมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ ซึ่งทำให้ รัฐเกิดหน้าที่บางประการเพื่อชดเชยความเสียหาย ก็มีได้หมายความว่ารัฐอื่นจะสามารถใช้กำลัง ตอบโต้ได้เสมอไป<sup>56</sup>

### 2.3.4 สิทธิในการเลือกแสดงความเป็นตัวตน (Right to Self-Determination)

อาจกล่าวได้ว่า สิทธิในการเลือกแสดงความเป็นตัวตนนี้เพิ่งเป็นที่ปรากฏ ชัดแก่ประชาคมระหว่างประเทศหลังสงครามโลกครั้งที่สองซึ่งมีการปลดปล่อยอาณานิคมของ ประเทศมหาอำนาจให้ได้รับอำนาจอธิปไตยในการปกครองตนเองอย่างกว้างขวาง และหลังจาก การสิ้นสุดลงของสงครามเย็น ประเทศในเครือสหภาพโซเวียตจำนวนมากแยกตัวออกมา และ กระทั่งนำไปสู่ความตกลงระหว่างประเทศหลายเรื่องที่รับรองคุ้มครองสิทธิเช่นนี้ เช่น กติกาว่า ด้วยสิทธิพลเรือน และสิทธิทางการเมือง ระหว่างประเทศ (International Covenant on Civil and Political Right) หรือ กฎบัตรชาติแอฟริกันว่าด้วยสิทธิประชาชน และสิทธิมนุษยชน (African Charter on Human and Peoples' Rights) เป็นต้น<sup>57</sup>

สิทธิในการเลือกแสดงความเป็นตัวตนนี้เป็นสิทธิที่มีอยู่ในปัจเจกชนแต่ ละคน ซึ่งมีสิทธิที่จะเลือกเป้าประสงค์ของตนไม่ว่าในทาง กฎหมาย, เศรษฐกิจ, การเมือง หรือ ทาง สังคมก็ตาม และสิทธิเช่นนี้ครอบคลุมไปถึงการเลือกที่จะแยกตัวออกเป็นอิสระ (Secession) จาก รัฐที่ตนสังกัดอยู่ด้วย ซึ่งสิทธิประการนี้เอง ที่งานวิจัยชิ้นนี้มุ่งจะศึกษา เนื่องจากเมื่อสิทธิในการ เลือกแสดงความเป็นตัวตนของประชาชนมีความเข้มข้นถึงระดับการแบ่งแยกตัวเองออกมาจากรัฐ

<sup>55</sup> Helen Duffy, The 'War on terror and The Framework of International Law', First Published, United States, Cambridge University Press Inc., New York, 2005, p.182

<sup>56</sup> James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility Introduction, Text and Commentaries, First Published, United Kingdom, Cambridge University Press Inc., 2002

<sup>57</sup> Derege Demissie, Self-Determination Including Secession vs. The Territorial Integrity Of Nation-States: A Prima Facie Case For Secession, Suffolk Transnational Law Review, Winter 1996

เดิมแล้ว ก็อาจพิจารณาได้ว่า กลายเป็นเรื่องในทางระหว่างประเทศ มิใช่แต่เพียงเรื่องภายในของ รัฐเท่านั้น<sup>58</sup>

ก่อนที่จะศึกษาไปถึงสิทธิในการเลือกแสดงความเป็นตัวตนนี้ เราจำเป็นต้องทำความเข้าใจกับองค์ประกอบแรกที่สำคัญอย่างยิ่ง คือ ประชาชน (People) เกี่ยวกับประการนี้ องค์การการศึกษา วิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ (The United Nations Educational and Scientific and Cultural Organization – UNESCO) ได้ให้คำนิยามคำว่า ประชาชน (People) ไว้ว่า ปัจเจกชนผู้ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับปัจเจกชนอื่น ไม่เพียงแต่ระดับของความสัมพันธ์ส่วนบุคคล แต่ยักรวมถึงความสัมพันธ์บนพื้นฐานของความรู้สึกร่วมกัน และความเป็นไปได้ที่ร่วมกันซึ่งแสดงออกผ่านทางสถาบันที่สะท้อนความเป็นตัวตนของพวกเขาด้วย (“Individuals who relate to one another not just on the level of individual association, but also based upon a shared consciousness, and possibility with institutions that express their identity”)<sup>59</sup> ทั้งนี้ มีปัจจัยอื่นๆ ที่ต้องพิจารณาในการจำแนกความเป็นประชาชน (defining people) เช่น มีชาติพันธุ์, ภาษา, ศาสนา ร่วมกันหรือไม่ มีธรรมเนียมหรือกฎหมายสูงสุดที่แบ่งแยกเส้นเขตแดนโดยคำนึงถึงเอกลักษณ์ของกลุ่มประชากรหรือไม่ ประชาชนเหล่านั้นมีที่อยู่อาศัยในบริเวณทางภูมิศาสตร์เดียวกันหรือไม่ เป็นต้น<sup>60</sup>

ปัญหาประการถัดมาที่ต้องพิจารณาเกี่ยวกับสิทธินี้ คือ เมื่อใดที่สิทธิในการเลือกแสดงความเป็นตัวตนนี้จะพัฒนาจากร่องภายในของรัฐผู้ปกครอง กลายมาเป็นเรื่องระหว่างประเทศ ในกรณีเช่นนี้ ปัจจัยเกี่ยวกับกลุ่มประชาชนซึ่งอ้างสิทธิเหนือดินแดนที่ตนประสงค์จะแยกตนออกมาต้องประกอบไปด้วย ก) กลุ่มของประชาชนนั้นต้องมีเอกลักษณ์ที่มากเพียงพอที่จะเห็นว่าแตกต่างอย่างชัดเจนจากกลุ่มประชาชนอื่นๆ, ข) กลุ่มประชาชนนั้นมีการครอบครองหรือ อาศัยภายในพื้นที่หนึ่งๆ ที่มีอาณาเขตเฉพาะเจาะจงมากเพียงพอที่จะก่อตั้งขึ้นเป็นรัฐได้, ค) กลุ่มประชาชนนั้นถูกแบ่งแยก และกีดกันอย่างมีนัยสำคัญ อันเนื่องมาจากความแตกต่างนั้น, ง) กลุ่มประชาชนนั้นไม่เหลือทางเลือกอื่นใดที่จะแสดงออกซึ่งสิทธิในการเลือกแสดงความเป็นตัวตน

<sup>58</sup> Derege Demissie, Self-Determination Including Secession vs. The Territorial Integrity Of Nation-States: A Prima Facie Case For Secession, Suffolk Transnational Law Review, Winter 1996

<sup>59</sup> Patrick Thornberry, The Democratic or Internal Aspect of Self-Determination, in Modern Law of Self-Determination 102, 126 cited in Derege Demissie, Self-Determination Including Secession vs. The Territorial Integrity Of Nation-States: A Prima Facie Case For Secession, Suffolk Transnational Law Review, Winter 1996

<sup>60</sup> Derege Demissie, Self-Determination Including Secession vs. The Territorial Integrity Of Nation-States: A Prima Facie Case For Secession, Suffolk Transnational Law Review, Winter 1996

อีก จากกลไกของกฎหมายภายในของรัฐผู้ปกครอง เมื่อปัจจัยต่างๆ เหล่านี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ) มีความเข้มข้นมากจนถึงระดับหนึ่ง และกลุ่มประชาชนนั้นมีความเคลื่อนไหวในทางแบ่งแยกดินแดนที่ตนเองอยู่อาศัย หรือ ครอบครองออกจากรัฐผู้ปกครอง (Secede) สิทธิของกลุ่มประชาชนที่อ้างสิทธิในการใช้สิทธิเลือกแสดงความเป็นตัวตนก็จะถึงระดับที่นอกเหนือขอบเขตจากความเป็นเรื่องภายในของรัฐ กลายเป็นเรื่องระหว่างประเทศ ทั้งนี้ เนื่องจาก กลุ่มประชาชนเหล่านั้น เริ่มก่อตัวกันขึ้น และไม่ยอมรับการปกครองของรัฐเดิม จนมีสภาพคล้ายเป็นรัฐใหม่ ซึ่งถือเป็นองค์ภาวะ อันเป็นประธานแห่งสิทธิในทางกฎหมายระหว่างประเทศ มิใช่เป็นเพียงกลุ่มบุคคลภายในรัฐเดิมอีกต่อไป<sup>61</sup>

ที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติเคยมีมติที่ 2625 (ปี 1970) ชื่อ “Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-Operation among States in Accordance with the Charter of the United Nation” ได้กล่าวถึงสิทธิในการเลือกแสดงความเป็นตัวตนไว้โดยย่อว่า รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องงดเว้นการใช้กำลังต่อประชาชนของตนที่ใช้สิทธิในการเลือกแสดงความเป็นตัวตน, เสรีภาพ, และอิสรภาพ<sup>62</sup>

สิ่งที่ต้องพิจารณาเมื่อกลุ่มประชาชนนั้นเลือกที่จะใช้สิทธิแบ่งแยกดินแดน (Secession) ก็คือ ในแง่การใช้กำลังที่จะมีสภาพคล้ายกับเป็นการใช้กำลังกันระหว่างรัฐสองรัฐ คือ รัฐเดิมซึ่งใช้กำลังเข้าปราบปราม กับ ฝ่ายต่อสู้เพื่อเรียกร้องความเป็นอิสระ คือ รัฐใหม่ซึ่งกำลังก่อตัวขึ้นแม้จะยังมีองค์ประกอบความเป็นรัฐครบถ้วนสมบูรณ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งในของรัฐฝ่ายผู้ปราบปรามนั้น ค่อนข้างเป็นเรื่องแน่ชัดว่า ไม่อาจใช้กำลังปราบปรามประชาชนของตนที่ใช้สิทธิเลือกแสดงความเป็นตัวตนได้ เป็นการขัดต่อกฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ แต่ในแง่ของกลุ่มประชาชนซึ่งกำลังก่อตัวเป็นรัฐแล้ว ยังไม่เป็นที่แน่ชัดนักว่าสามารถใช้กำลังได้หรือไม่เพียงใด เพราะแม้จะมีมติขององค์การระหว่างประเทศ หรือกฎหมายระหว่างประเทศที่ให้ความสนับสนุนสิทธินี้ได้อย่างแจ่มชัด แต่ก็ไม่มีการระบุถึงสิทธิในการใช้กำลังเพื่อแสดงออกถึงความเป็นตัวตนอยู่ที่ใดเลย<sup>63</sup> จึงอาจกล่าวได้ว่า สิทธิในการใช้กำลัง

<sup>61</sup> Derege Demissie, Self-Determination Including Secession vs. The Territorial Integrity Of Nation-States: A Prima Facie Case For Secession, Suffolk Transnational Law Review, Winter 1996

<sup>62</sup> United Nations General Assembly Res. 2625 (XXV), 'Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-Operation among States in Accordance with the Charter of the United Nation', 24 October 1970, UN Doc. A/RES/2625

<sup>63</sup> Christine Gray, International Law and the Use of Force, Third Edition, United States, Oxford University Press Inc., New York, 2008, p.63

เพื่อเลือกแสดงความเป็นตัวตน หรือกระทั่งในการแยกตัวออกเป็นอิสระนั้น ยังไม่มีเส้นแบ่งที่ชัดเจนว่า กระทำได้ในกรณีใดบ้าง อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Palestinian Wall ได้ให้ความเห็นแนะนำไว้ว่า สิทธิในการเลือกแสดงความเป็นตัวตนนั้น ถือได้ว่าเป็นสิทธิเด็ดขาด (erga omnes) แล้วในปัจจุบัน<sup>64</sup>

## 2.4 ประเภทของภัยคุกคามประเภทต่างๆในปัจจุบัน

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะได้เสนอถึงภัยคุกคามชนิดใหม่ในปัจจุบัน ที่มีความเปลี่ยนแปลงไปมากจากในขณะที่ยังคงมีบรรทัดฐานระหว่างประเทศ ทำให้การพิจารณาถึงการใช้สิทธิป้องกันตัวเองตามกฎหมายระหว่างประเทศมาตรา 51 อาจมีความเปลี่ยนแปลงไป ซึ่งหัวข้อของภัยคุกคามหลักในยุคปัจจุบันนี้ ได้แก่ การก่อการร้าย และอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างร้ายแรง (Weapons of Mass Destruction – WMD)

### 2.4.1. ภัยคุกคามจากการก่อการร้าย (Terrorism)

#### 2.4.1.1 ความหมายของการก่อการร้าย

แต่เดิมความหมายของการก่อการร้ายนั้น ยังไม่เป็นที่ชัดเจนในทางกฎหมายระหว่างประเทศ มีผู้ทรงความรู้ทางกฎหมายระหว่างประเทศได้ให้นิยามเกี่ยวกับการก่อการร้ายไว้ เช่น

ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ Mr. Baxter ได้กล่าวไว้ว่า “We have cause to regret that a legal concept of ‘terrorism’ was ever inflicted upon us. The term is imprecise; it is ambiguous; and above all, it serves no operative legal purpose.”<sup>65</sup>

ศาสตราจารย์ Mallison เคยให้ความหมายเกี่ยวกับการก่อการร้ายไว้ว่า “*Terror and terrorism are not words which refer to a well defined and clearly identified set of factual events. Neither do the words have any widely accepted*

<sup>64</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Report 2004, para.88

<sup>65</sup> Baxter, A Skeptical Look at the Concept of Terrorism, 7 Akron L. Rev. 380 (1974) cited in Michael Franklin Lohr, Legal Analysis of U.S. Military Responses to State-Sponsored International Terrorism, Naval Law Reviews, 1985

*meaning in legal doctrine. Terror and terrorism, consequently, do not refer to a unitary concept in either law or fact.*"<sup>66</sup>

แต่ในปัจจุบัน ความหมายของการก่อการร้ายเป็นที่ชัดเจนขึ้น โดยที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีมติเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 1994<sup>67</sup> กำหนดความหมายของการก่อการร้ายไว้เป็นที่ชัดเจนขึ้น โดยมีองค์ประกอบ ได้แก่<sup>68</sup>

- ต้องเป็นการกระทำที่เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายใน
- เป็นการกระทำที่มีเป้าประสงค์เพื่อสร้างความหวาดกลัวในหมู่ประชาชน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อข่มขู่, บีบบังคับ หรือกำหนด แนวนโยบายของรัฐ
- เป็นการกระทำโดยมีวัตถุประสงค์ทางการเมือง หรือทางอุดมการณ์

อย่างไรก็ตาม ยังไม่มีความตกลงระหว่างประเทศใดที่รวบรวมเอาการก่อการร้ายทุกชนิดเข้าไว้ด้วยกันในฉบับเดียว มีเพียงสนธิสัญญาในระดับภูมิภาคยุโรป คือ The 1977 European Convention on the Suppression of Terrorism ฉบับเดียวเท่านั้นที่รวบรวมเอาการก่อการร้ายโดยรวมมาไว้ในความตกลงเดียวกัน แต่นี่ก็เป็นเพียงความตกลงระดับภูมิภาคเท่านั้น<sup>69</sup> แต่สำหรับในส่วนของความตกลงระดับนานาชาติในเรื่องการก่อการร้ายจะมีเพียงความตกลงที่เกี่ยวกับการก่อการร้ายเฉพาะเจาะจงชนิดเท่านั้น เช่น Hague Convention 1970, Montreal Convention 1971, New York Convention 1973, New York Convention 1979, Convention for Suppression of Unlawful Acts against Safety of Maritime Navigation 1988, International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings 1998 เป็นต้น

---

<sup>66</sup> Mallison and Mallison, *The Concept of Public Purpose Terror in International Law: Doctrines and Sanctions to Reduce the Destruction of Human and Material Values*. 18 How. L.J. 12 (1974). cited in Michael Franklin Lohr, *Legal Analysis of U.S. Military Responses to State-Sponsored International Terrorism*, Naval Law Reviews, 1985

<sup>67</sup> United Nations General Assembly Res. 49/60 dated 9 December 1994, UN Doc. A/RES/49/60

<sup>68</sup> Antonio Cassese, *International Law, Second Edition*, United States, Oxford University Press Inc., New York, 2005, p. 450

<sup>69</sup> Antonio Cassese, *International Law, Second Edition*, United States, Oxford University Press Inc., New York, 2005, p. 465

กระทรวงการต่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้คำจำกัดความของการก่อการร้าย และการก่อการร้ายสากลไว้ว่า

*“Terrorism: threat or use of violence for political purposes by individuals or groups, whether acting for, or in opposition to, established governmental authority, when such actions are intended to shock, stun or intimidate a target group wider than the immediate victims.*

*International Terrorism: Terrorism conducted with the support of a foreign government or organization and/or directed against foreign nationals, institutions, or governments. Terrorism has involved groups seeking to overthrow specific regimes to rectify national or group grievances or to undermine international order as an end in itself.”<sup>70</sup>*

“การก่อการร้าย: การคุกคาม หรือ การใช้ความรุนแรงเพื่อวัตถุประสงค์ทางการเมืองโดยปัจเจกบุคคล หรือ กลุ่มคน ไม่ว่าจะกระทำเพื่อ หรือ กระทำโดยเป็นปฏิปักษ์ต่อ หน่วยงานที่มีอำนาจ เมื่อการกระทำเหล่านั้นมุ่งประสงค์สร้างความตื่นกลัว ตระหนก หรือ ช่มชู้กลุ่มเป้าหมาย โดยกว้างขวางไปกว่าเหยื่อที่ถูกกระทำในทันทีทันใด

การก่อการร้ายสากล: การก่อการร้ายที่กระทำโดยการสนับสนุนของรัฐต่างชาติ หรือ องค์กร และ/หรือ ถูกสั่งการให้กระทำต่อบุคคล, สถาบัน, หรือรัฐบาลต่างชาติ การก่อการร้ายที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกลุ่มที่มุ่งประสงค์ต่อการล้มล้างระบอบการปกครองเพื่อแก้แค้น หรือ เพื่อบ่อนทำลายความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ เป็นเป้าหมายสุดท้าย”

#### 2.4.1.2 ลักษณะของการก่อการร้าย

การก่อการร้ายเป็นภัยคุกคามที่มีลักษณะไร้พรมแดน ไม่มีขอบเขต และเกือบทุกประเทศทั่วโลกต่างต้องเผชิญ เนื่องจากการก่อการร้ายมีต้นทุนการดำเนินงานต่ำ และมีความคล่องตัว อีกทั้งสามารถสร้างความเสียหายได้มาก มีหลายรัฐที่ใช้การ

<sup>70</sup> Office for Combating Terrorism, U.S. Dept. of State, Patterns of International Terrorism: 1982 (1983) cited in Michael Franklin Lohr, Legal Analysis of U.S. Military Responses to State-Sponsored International Terrorism, Naval Law Reviews, 1985

ก่อการร้ายเป็นเครื่องมือสร้างความเสมอภาค (Equalizer) ในการทำสงครามกับรัฐที่มีกำลังทางทหารเข้มแข็งกว่า

การก่อการร้ายอาจเป็นได้ทั้งความผิดอาชญากรรมสงคราม (War Crime) (กรณีการก่อการร้ายเพื่อวัตถุประสงค์ในการสงคราม) หรือเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crime against Humanity) แล้วแต่กรณี

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่เผชิญกับภัยคุกคามจากการก่อการร้ายมากที่สุดประเทศหนึ่งในโลก โดยในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1975 ถึง ค.ศ. 1985 มีการก่อการร้ายทั่วโลกเกิดขึ้นถึงมากกว่า 6,500 ครั้ง มีผู้เสียชีวิตประมาณมากกว่า 3,500 คน และมีผู้บาดเจ็บมากกว่า 7,600 คน โดยประเทศสหรัฐอเมริกาตกเป็นเป้าโจมตีมากกว่า 2,500 ครั้ง<sup>71</sup> ดังนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงเป็นประเทศที่อ้างสิทธิในการป้องกันตัวเองล่วงหน้าจากการก่อการร้ายมากที่สุดเช่นกัน

ลักษณะของภัยก่อการร้ายนั้นเป็นเรื่องยากของรัฐที่จะป้องกัน เนื่องจากเป้าหมายที่ถูกโจมตีมักจะเป็นเป้าหมายพลเรือน ซึ่งเปลี่ยนแปลงไปเรื่อยๆ เพื่อคุกคามหรือ ช่มชู้ หรือ เพื่อมีผลในการเปลี่ยนแปลงนโยบายของรัฐ<sup>72</sup>

ปัญหาที่สำคัญของการก่อการร้ายในทางกฎหมายระหว่างประเทศอีกประการ คือ การโจมตีโดยกลุ่มก่อการร้ายโดยกลุ่มกองกำลังเอกชน ที่มีเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ถือว่าเป็นการโจมตีด้วยอาวุธ ซึ่งจะทำให้รัฐที่ถูกโจมตีเกิดสิทธิในการป้องกันตัวเอง ทั้งนี้ แนววินิจฉัยดังกล่าวเกิดจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Nicaragua โดยศาลในคดีดังกล่าววินิจฉัยไว้ว่า การถูกโจมตีด้วยอาวุธที่จะทำให้รัฐเกิดสิทธิในการใช้กำลังป้องกันตัวนั้น ต้องเป็นการกระทำโดยรัฐเท่านั้น และมีใช้การกระทำทุกอย่างที่เกี่ยวข้องกับการใช้กำลังจะทำให้รัฐเกิดสิทธิใช้กำลังป้องกันตัวเอง<sup>73</sup>

<sup>71</sup> Michael Franklin Lohr, Legal Analysis of U.S. Military Responses to State-Sponsored International Terrorism, Naval Law Reviews, 1985

<sup>72</sup> Lucy Martinez, September 11<sup>th</sup>, Iraq and the Doctrine of Anticipatory Self-Defense, UMKC Law Review, Fall, 2003

<sup>73</sup> Allen S. Weiner, The Use of Force and Contemporary Security Threats: Old Medicine for New Ills?, Stanford Law Review, November, 2006



### 2.4.1.3 ระดับการให้การสนับสนุนของรัฐ ต่อกลุ่มก่อการร้าย และความรับผิดชอบของรัฐในแต่ละกรณี

กรณีการก่อการร้ายที่รัฐเป็นผู้สนับสนุนนั้น เคยมีคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่เคยวินิจฉัยไว้ในคดี Nicaragua ซึ่งอาจนำมาปรับใช้ได้ในกรณีนี้ว่าการส่งกำลังทหารเข้าแทรกซึมในรัฐอื่นก็ถือได้ว่าเป็นการโจมตีด้วยอาวุธเช่นกัน<sup>74</sup>

ระดับการให้ความสนับสนุนการก่อการร้ายของรัฐอาจแบ่งได้หลายระดับ กล่าวคือ<sup>75</sup>

- การก่อการร้ายโดยที่มีเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าร่วมด้วย ซึ่งกรณีเช่นนี้ค่อนข้างพบได้น้อย ตัวอย่างในกรณีนี้ เช่น การระเบิดเครื่องบินของประเทศสหรัฐอเมริกาในประเทศสก๊อตแลนด์ (Lockerbie) โดยเจ้าหน้าที่รัฐบาลลิเบีย
- กรณีที่รัฐมิได้ส่งเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าร่วมก่อการร้ายโดยตรง แต่จ้างบุคคลเข้าร่วม หรือสนับสนุนอาวุธ หรือสั่งการกลุ่มก่อการร้าย
- รัฐให้ความสนับสนุนทางการเงินแก่กลุ่มก่อการร้าย
- รัฐให้ความสนับสนุนด้านเส้นทางลำเลียง และการคมนาคมแก่กลุ่มก่อการร้าย
- รัฐมิได้ให้ความสนับสนุนกลุ่มก่อการร้ายโดยตรง แต่เพิกเฉยให้กลุ่มก่อการร้ายปฏิบัติการ หรือลี้ภัย หรือละเลยไม่ดำเนินคดีต่อผู้ก่อการร้าย
- กรณีสุดท้าย คือ รัฐมิได้ให้ความสนับสนุนการก่อการร้ายแต่อย่างใด และมีได้เพิกเฉย หรือ อดทนต่อการกระทำอันเป็นการก่อการร้าย แต่ไม่มีความสามารถในการควบคุม ดำเนินคดี และปราบปรามกลุ่มก่อการร้ายภายในดินแดนของตนเอง

สำหรับในสองกรณีแรก ที่เจ้าหน้าที่รัฐเข้าร่วมกับกลุ่มก่อการร้าย หรือรัฐว่าจ้างบุคคลเข้าร่วมก่อการร้าย หรือสั่งการ หรือควบคุมกลุ่มก่อการร้ายโดยตรง หรือ

<sup>74</sup> Nicaragua Case, para.103

<sup>75</sup> Antonio Cassese, International Law, Second Edition, United States, Oxford University Press Inc., New York, 2005, p. 470

สนับสนุนทางอ้อมแก่การก่อการร้าย ค่อนข้างเป็นที่แน่ชัดว่ารัฐผู้ถูกคุกคามสามารถใช้สิทธิในการป้องกันตนเองได้<sup>76</sup> ซึ่งในกรณีนี้ถูกยืนยันโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติซึ่งได้มีมติคว่ำบาตรประเทศลิเบียหลังจากเหตุการณ์วางระเบิดเครื่องบินที่เมือง Lockerbie เมื่อวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 1992<sup>77</sup>

แต่สำหรับกรณีที่สาม และกรณีที่สี่นั้น ยังคงมีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยว่ารัฐที่สนับสนุนการก่อการร้ายในลักษณะดังกล่าว จะมีความรับผิดชอบในการกระทำของกลุ่มก่อการร้ายหรือไม่ ซึ่งในคดี Nicaragua ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเคยได้วินิจฉัยไว้ว่า การส่งกองทหารรับจ้าง หรือติดอาวุธ สนับสนุนปัจจัยในการรบให้กับกลุ่มกบฏในดินแดนของรัฐอื่นนั้น ก็ถือว่าเป็นการล่วงละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ยังไม่ถึงขนาดถือว่าการโจมตีด้วยอาวุธ อันจะทำให้รัฐผู้ถูกคุกคามเกิดสิทธิในการป้องกันตนเองตามข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ

ศาลอาชญากรรมสงครามในคดียูโกสลาเวีย (The Appeal Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia) เคยวินิจฉัยแนวทางว่าความเกี่ยวพันระหว่างรัฐกับกลุ่มก่อการร้ายในระดับใดที่ถือได้ว่ารัฐต้องมีความรับผิดชอบในทางกฎหมายระหว่างประเทศต่อการกระทำของกลุ่มก่อการร้าย โดยศาลในคดีนี้เห็นว่ากรณีที่รัฐสามารถควบคุมกลุ่มก่อการร้ายได้โดยรวม (Overall Control) เช่น มีบทบาทในการจัดการ, ประสานงาน หรือ วางแผนงานทางทหารของกลุ่มกองกำลัง, การสนับสนุนทางการเงิน, การฝึกซ้อม การติดอาวุธ หรือ การสนับสนุนการปฏิบัติการ เป็นต้น ก็ถือได้ว่ารัฐต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของกลุ่มก่อการร้ายนั้นแล้ว<sup>78</sup>

ในกรณีที่ห้า ค่อนข้างชัดเจนว่า รัฐที่ขาดประสิทธิภาพในการป้องกันกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการก่อการร้ายในดินแดนของตนเองนั้น แทบไม่อาจเรียกได้ว่ามีการกระทำในทางกฎหมายระหว่างประเทศเสียด้วยซ้ำ จึงไม่น่าที่จะต้องมีความรับผิดชอบในทางกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>79</sup>

<sup>76</sup> Antonio Cassese, *International Law*, Second Edition, United States, Oxford University Press Inc., New York, 2005, p. 471

<sup>77</sup> United Nations Security Council UN. Doc S/RES/748

<sup>78</sup> Allen S. Weiner, *The Use of Force and Contemporary Security Threats: Old Medicine for New Ills?*, *Stanford Law Review*, November, 2006

<sup>79</sup> Gregory M. Travalio, *Terrorism, International Law, and The Use of Military Force*, *Wisconsin International Law Journal*, Winter, 2000

#### 2.4.1.4 ความเปลี่ยนแปลงของภัยคุกคามจากการก่อการร้ายจาก ห้วงเวลาที่ร่างกฎบัตรสหประชาชาติ

ในปัจจุบัน ภัยคุกคามต่อรัฐได้เปลี่ยนแปลงโฉมหน้าไปอย่างสิ้นเชิง จากเดิมที่การก่อการร้ายมักเน้นเป้าหมายเป็นบุคคล หรือ เป้าหมายที่จำกัด เช่น ในกรณีปี 1934 ที่กลุ่มก่อการร้ายลอบสังหารกษัตริย์เอ็ดเวิร์ดที่แปดของยูโกสลาเวียโดยฝีมือกลุ่มแบ่งแยกโครเอเชีย หรือ การลอบสังหารผู้นำทางการเมือง ซึ่งมักจะมีเป้าหมายที่แน่นอน และเป็นการกระทำครั้งเดียวจบ แต่ปัจจุบัน รูปแบบการก่อการร้ายกลับเปลี่ยนแปลงไป กลายเป็นอาวุธในการต่อสู้ของกลุ่มที่มีอำนาจทางทหารน้อยกว่า เพื่อสร้างความหวาดกลัว ความไม่มั่นคงในรัฐ เพื่อเป้าหมายทางการเมือง เครือข่ายก่อการร้ายระดับโลกซึ่งอาจสร้างความเสียหายเหลือคณานับ แอบซ่อนตัวอยู่ตามมุมมืดต่างๆ โดยไม่เปิดเผยตัว โดยมักจะมีเป้าหมายเป็นพลเรือน

นอกจากนั้น ลักษณะของภัยคุกคามประเภทต่างๆ ที่เกิดขึ้นใหม่ในปัจจุบัน กล่าวโดยเฉพาะเจาะจง คือ ภัยคุกคามจากการก่อการร้าย และภัยคุกคามจากอาวุธที่มีอานุภาพทำลายล้างร้ายแรง ก็มีลักษณะเชื่อมโยงกัน ทำให้ลักษณะของภัยคุกคามพัฒนาตัวขึ้น กล่าวคือ กลุ่มก่อการร้ายในปัจจุบันมีลักษณะโครงสร้างที่เป็นระบบ มีขีดความสามารถในการโจมตีสูง เป้าหมายการโจมตีก็พัฒนามาเป็นเป้าหมายพลเรือนที่ไม่มีขีดความสามารถในการป้องกันตัวเอง ในขณะที่อาวุธที่มีอานุภาพทำลายล้างร้ายแรงกลับสามารถจัดหาได้ง่ายขึ้น ทำให้กลุ่มก่อการร้ายต่างๆ สามารถเข้าถึงได้ ยิ่งเป็นการขยายขีดความสามารถในการโจมตีของกลุ่มก่อการร้ายต่างๆ เหล่านี้ ซึ่งแตกต่างไปมากจากช่วงเวลาที่ยกตั้งองค์การสหประชาชาติ

การก่อการร้ายในห้วงเวลาปัจจุบันเป็นวิธีการโจมตีที่สามารถสร้างความเสียหายได้อย่างใหญ่หลวง ยากแก่การระวังป้องกัน หรือ แม้กระทั่งติดตามจับกุม แต่กลับมีต้นทุนที่ถูกชนิดเทียบไม่ได้กับผลที่เกิดขึ้น ผู้ก่อการร้ายอาจใช้มีดเพียงเล่มเดียว ก็สามารถทำลายตึกที่เคยได้ชื่อว่าสูงที่สุดในโลกไปได้ทั้งตึก สร้างความเสียหายแก่ชีวิต และทรัพย์สินได้อย่างนับไม่ถ้วน แม้กระทั่งคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ ก็ได้ยอมรับไว้ในมติที่ 1377 ว่า ภัยก่อการร้ายเป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพ และความมั่นคงระหว่างประเทศที่ร้ายแรงที่สุดในศตวรรษที่ 21<sup>80</sup> (หลังเกิดเหตุการณ์โจมตีตึกเวิลด์เทรดเซ็นเตอร์)

<sup>80</sup> United Nations Security Council UN. Doc S/RES/1377

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การโจมตีตีกเวิลด์เทรตเซ็นเตอร์เมื่อวันที่ 11 กันยายน 2001 เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นชัดเจนว่า ภัยคุกคามในปัจจุบันได้เปลี่ยนโฉมหน้าไปอย่างสิ้นเชิง เนื่องจากความก้าวหน้าของเทคโนโลยี ทำให้พรมแดนระหว่างประเทศไม่เป็นเครื่องกีดขวางการติดต่อ การคมนาคมขนส่งที่ทันสมัย พร้อมๆ กันนั้น ก็ยังเป็นการแสดงให้เห็นถึงความล้มเหลวของรัฐทั้งในแง่ที่เป็นปัจเจก และในแง่ที่เป็นสมาชิกองค์การสหประชาชาติ ซึ่งมีระบบรักษาความมั่นคงร่วมกัน (Collective Security)<sup>81</sup> และจากการโจมตีครั้งดังกล่าว ทำให้แนวโน้มในการอ้างสิทธิการป้องกันตัวเองของรัฐเปลี่ยนแปลงไป จากเดิมที่รัฐมักจะอธิบายการใช้สิทธิป้องกันตัวเองของตนด้วยกฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 51 โดยกล่าวอ้างว่ามีภัยคุกคามจากการโจมตีด้วยอาวุธ และหลีกเลี่ยงที่จะกล่าวถึงการใช้สิทธิป้องกันตัวเองล่วงหน้า ก็เปลี่ยนแปลงมาเป็นการพยายามตีความขยายความกฎบัตร และกล่าวอ้างถึงสิทธิที่มีอยู่ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ในการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าโดยตรง<sup>82</sup>

กระทั่งคณะมนตรีความมั่นคงยังมีข้อมติยอมรับว่ารัฐมีสิทธิใช้กำลังป้องกันตัวเองจากการก่อการร้ายได้ภายหลังเหตุการณ์การโจมตีตีกเวิลด์เทรตเซ็นเตอร์ คือ ข้อมติที่ 1368 และ 1373 ซึ่งแตกต่างไปจากแนวคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีนิคารากัวว่าการโจมตีโดยกลุ่มกำลังที่มีรัฐ ไม่ถือว่าเป็นการโจมตีด้วยอาวุธ (Armed Attack) อันจะทำให้รัฐเกิดสิทธิป้องกันตัวเองได้ อาจนับว่าเป็นความเปลี่ยนแปลงก้าวสำคัญในหลักการพิจารณาสิทธิในการป้องกันตัวเองของรัฐก้าวหน้าในยุคนี้อย่างยิ่ง

## 2.4.2 ภัยคุกคามจากอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างร้ายแรง (Weapons of Mass Destruction - WMD)

### 2.4.2.1 ความหมายและประเภทของอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างร้ายแรง

ใน ค.ศ. 1948 คณะกรรมาธิการว่าด้วยอาวุธตามแบบแห่งสหประชาชาติได้ให้นิยามของอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างร้ายแรง (Weapons of Mass

<sup>81</sup> Report of the Secretary-General's High Level Panel on Threats, Challenges and Change, A More Secure World: Our Shared Responsibility, The United Nations, 2004, p.13, para.16

<sup>82</sup> Christine Gray, International Law and the Use of Force, Third Edition, United States, Oxford University Press Inc., New York, 2008, p.178

Destructions-WMD) ไว้ว่า หมายถึง ระเบิดปรมาณู อาวุธเคมี และอาวุธชีวภาพ และอาวุธชนิดที่ ได้รับการพัฒนาขึ้นในอนาคตที่มีผลในการทำลายล้างเช่นเดียวกับอาวุธที่ได้กล่าวถึงข้างต้น<sup>83</sup>

### ก. อาวุธนิวเคลียร์หรือปรมาณู

หลังจากกรณีการทิ้งระเบิดปรมาณูในเมืองฮิโรชิมา และ นางาซากิในสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว ทั่วโลกก็ได้ตระหนักถึงความ อันตรายร้ายแรงของอาวุธนิวเคลียร์หรือปรมาณู

นอกจากตัวอาวุธที่เป็นอันตรายอย่างใหญ่หลวงแล้ว การเก็บรักษาวัตถุพิบที่ใช้ในการผลิตอาวุธก็เป็นปัญหาใหญ่เช่นกัน ปัจจุบันมีสารยูเรเนียมความ เข้มข้นสูงมากอยู่ทั่วโลกถึง 1,300 กิโลกรัมเก็บรักษาอยู่ตามสถานทดลองทั่วโลก 27 ประเทศ และ ส่วนใหญ่มีระบบการเก็บรักษาที่ไม่ปลอดภัยเพียงพอ<sup>84</sup> ทำให้มีการลักลอบขนถ่ายสารกัมมันตรังสี ที่ใช้ในการผลิตอาวุธนิวเคลียร์นี้หลายร้อยครั้งในช่วงปี ค.ศ. 1994 – 2004 และนักวิทยาศาสตร์ ผู้เชี่ยวชาญเตือนว่า สารกัมมันตรังสีความเข้มข้นสูงจำนวนเพียงเล็กน้อย สามารถนำไปใช้กับ อาวุธแบบพื้นฐานของกลุ่มก่อการร้าย และสามารถสร้างความเสียหาย และอาจทำให้ผู้เสียชีวิต ได้นับล้านคนหากเกิดเหตุขึ้นในเมืองขนาดใหญ่ ซึ่งนี่ย่อมส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจ การค้า การจ้างงาน และการท่องเที่ยวทั่วโลกอย่างมหาศาล<sup>85</sup>

ระบบการเก็บรักษาสารกัมมันตรังสีที่ไม่เข้มงวด เพียงพออาจนำไปสู่การแพร่กระจายของภัยคุกคามชนิดอื่น คือ อาวุธรังสี เนื่องจากสามารถ พัฒนาได้ง่าย และใช้เทคโนโลยีต่ำกว่าการพัฒนาอาวุธนิวเคลียร์มาก ในขณะที่มีประสิทธิภาพใน การสร้างความหวาดกลัวในหมู่พลเรือนได้ไม่แพ้กัน

### ข. อาวุธเคมี (Chemical Weapons)

<sup>83</sup> พงษ์ธร เศรษฐถาวร, ปัญหาและแนวทางในการควบคุมและทำลายอาวุธชีวภาพภายใต้กฎหมายระหว่าง ประเทศ: ศึกษากรณีประเทศอริก, วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย, 2546, หน้า 10

<sup>84</sup> Report of the Secretary-General's High Level Panel on Threats, Challenges and Change, A More Secure World: Our Shared Responsibility, The United Nations, 2004, para.112

<sup>85</sup> Report of the Secretary-General's High Level Panel on Threats, Challenges and Change, A More Secure World: Our Shared Responsibility, The United Nations, 2004, para.112

องค์กรเพื่อหยุดยั้งอาวุธเคมี (Organization for the Prohibition of Chemical Weapons) ซึ่งก่อตั้งขึ้นตามสนธิสัญญาเกี่ยวกับการหยุดยั้งการพัฒนา จำหน่าย เก็บสะสม และใช้อาวุธเคมี และหยุดยั้งการทำลายล้างของอาวุธดังกล่าว (Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction) ได้ให้ความหมายของอาวุธเคมีไว้ว่า<sup>86</sup>

“อาวุธเคมี หมายถึง สิ่งต่อไปนี้ ไม่ว่าจะร่วมกัน หรือ โดย แยกจากกัน

(ก) สารเคมีพิษ และสารตั้งต้นของมัน ยกเว้นในกรณี เพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่เป็นการต้องห้ามภายใต้สนธิสัญญานี้ และทราบเท่าที่ประเภท และปริมาณ เป็นไปตามวัตถุประสงค์ดังกล่าว

(ข) อาวุธ หรือ เครื่องมือ ที่ถูกออกแบบมา เฉพาะเจาะจงเพื่อมุ่งหมายเอาชีวิต หรือ เพื่อทำอันตรายโดยลักษณะที่เป็นพิษของสารเคมีพิษ ดังที่กล่าวไว้ในย่อหน้าย่อย (ก) ซึ่งอาจถูกปลดปล่อยออกมาเมื่อใช้อาวุธ หรือ เครื่องมือดังกล่าว

(ค) อุปกรณ์ใดๆ ที่ถูกออกแบบมาเฉพาะเจาะจงเพื่อใช้ ประกอบกับอาวุธ หรือ อุปกรณ์ ดังที่ระบุไว้ในย่อหน้าย่อย (ข) โดยตรง”

และในสนธิสัญญาฉบับเดียวกันนี้ได้ให้ความหมายของ สารเคมีพิษไว้ว่า<sup>87</sup>

“สารเคมีใดๆ ซึ่งโดยกระบวนการเคมีของมันสามารถ ทำให้เกิดการเสียชีวิต พิการชั่วคราว หรือ ทำอันตรายต่อมนุษย์ หรือ สัตว์โดยถาวร รวมถึง สารเคมีทั้งหมด โดยไม่คำนึงถึงจุดกำเนิด หรือ กระบวนการสร้าง และโดยไม่คำนึงว่าถูกผลิตขึ้น ในโรงงาน หรือ ในกระบวนการสร้างอาวุธ หรือ ในที่ใด”

<sup>86</sup> Article II of the Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction, available at <http://www.opcw.org/chemical-weapons-convention/articles/article-ii-definitions-and-criteria/>

<sup>87</sup> Article II of the Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction, available at <http://www.opcw.org/chemical-weapons-convention/articles/article-ii-definitions-and-criteria/>

ลักษณะร่วมกันระหว่างอาวุธเคมี อาวุธรังสี หรือ อาวุธชีวภาพ ซึ่งอาจเป็นภัยคุกคามอย่างร้ายแรงต่อความมั่นคงของประชาคมระหว่างประเทศในปัจจุบัน คือ สามารถเข้าถึงได้ง่าย และอาจแพร่หลายได้ทั่วไป โดยที่ไม่จำเป็นต้องมีเทคโนโลยีขั้นสูงเช่นอาวุธนิวเคลียร์ จึงอาจทำให้กลุ่มกองกำลังต่างๆ สามารถจัดหามาใช้ได้โดยง่าย ในขณะที่อำนาจการทำลายล้างของอาวุธเหล่านี้สามารถสร้างความหวาดกลัวในหมู่ประชาชนได้เป็นอย่างดี

### ค. อาวุธชีวภาพ (Biological Weapons)

องค์การอนามัยโลก (World Health Organization – WHO) ได้ให้คำนิยามของคำว่า สารชีวภาพ (Biological Agent) ว่าหมายถึง สิ่งมีชีวิต (ไม่ว่าจะมีธรรมชาติเป็นเช่นไร) และส่วนที่ทำให้เกิดการติดเชื้อซึ่งมาจากสิ่งมีชีวิตนั้น ที่ถูกนำไปใช้โดยเจตนาเพื่อให้เข้าไปเติบโต และทวีจำนวนในร่างกายมนุษย์ สัตว์ หรือ พืช อันเป็นผลให้มนุษย์ สัตว์ หรือ พืชนั้นเสียชีวิต หรือ ป่วยเป็นโรค และองค์การสนธิสัญญาป้องกันแอตแลนติกเหนือ ได้นิยามความหมายของสารชีวภาพ ว่าหมายถึง จุลชีพ (หรือสารพิษที่ได้มาจากจุลชีพ) ที่ทำให้เกิดโรคในมนุษย์ สัตว์ หรือ พืช ซึ่งเป็นสาเหตุของความเสื่อมถอยของร่างกาย<sup>88</sup>

ความหมายของคำว่าอาวุธชีวภาพ ยังไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศใดที่ให้คำจำกัดความไว้อย่างชัดเจนตายตัว แต่อาจสรุปความได้ว่า หมายถึง การนำสารชีวภาพมาเพื่อใช้ในวัตถุประสงค์ที่มีไซเพื่อความสันติ เช่น การรักษาโรค เป็นต้น<sup>89</sup>

### ง. อาวุธรังสี (Radiological Weapons)

แม้อาวุธรังสีจะมีได้ถูกกำหนดไว้ในนิยามของอาวุธที่มีอำนาจการทำลายล้างสูงโดยคณะกรรมการมาติการว่าด้วยอาวุธตามแบบแห่งสหประชาชาติโดยตรง แต่อาวุธรังสีก็อาจถือได้ว่าเป็นอาวุธอื่นที่มีอำนาจการทำลายล้างในลักษณะเดียวกันกับอาวุธนิวเคลียร์, อาวุธเคมี หรืออาวุธชีวภาพ

<sup>88</sup> พงษธร เศรษฐถาวร, ปัญหาและแนวทางในการควบคุมและทำลายอาวุธชีวภาพภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ: ศึกษากรณีประเทศอิตาลี, วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546, หน้า 12

<sup>89</sup> พงษธร เศรษฐถาวร, ปัญหาและแนวทางในการควบคุมและทำลายอาวุธชีวภาพภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ: ศึกษากรณีประเทศอิตาลี, วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546, หน้า 14

ลักษณะของอาวุธรังสีนั้นมีความคล้ายคลึงกับอาวุธนิวเคลียร์ คือ ใช้สารกัมมันตรังสีความเข้มข้นสูงเป็นวัตถุดิบในการทำอันตรายเช่นเดียวกัน เพียงแต่จะไม่มีกระบวนการเปิดโดยปฏิกิริยาฟิชชัน (Fission) อย่างอาวุธนิวเคลียร์ แต่จะทำอันตรายเป้าหมายโดยการแผ่รังสีของสารกัมมันตรังสีเท่านั้น อาวุธชนิดนี้มีชื่อเรียกที่แพร่หลายอีกอย่างว่า Dirty Bomb ซึ่ง High Level Panel on Threats, Challenges and Change แห่งสหประชาชาติได้กล่าวถึงอาวุธชนิดนี้ไว้ว่าเป็น Weapons of Mass Disruption เนื่องจากลักษณะที่สร้างความหวาดกลัว และุ่นวายในหมู่ประชาชนของอาวุธ<sup>90</sup> และโดยธรรมชาติของอาวุธรังสีที่มีได้อาศัยเทคโนโลยีขั้นสูงอย่างอาวุธนิวเคลียร์ จึงเป็นการง่ายกว่าที่กลุ่มกองกำลัง หรือรัฐต่างๆ จะสามารถมีไว้ในครอบครองได้

อย่างไรก็ตาม ความร้ายแรงของอาวุธรังสีนั้น ขึ้นอยู่กับสารที่ใช้ประกอบเป็นอาวุธซึ่งมีความหลากหลายตั้งแต่ สารพลูโตเนียม หรือ ยูเรเนียม ความเข้มข้นสูงซึ่งใช้ประกอบอาวุธนิวเคลียร์ ซึ่งจะทำให้ได้อาวุธรังสีที่มีความอันตรายมาก หรือ อาจใช้สารกัมมันตรังสีชนิดอื่นๆ ที่มีความเข้มข้นน้อยกว่า ซึ่งมีอยู่มากมายหลายชนิด ในกรณีเช่นนี้ อาวุธรังสีที่ได้ก็จะมีอานุภาพทำลายล้างน้อย<sup>91</sup>

#### 2.4.2.2 ลักษณะของอาวุธที่มีอานุภาพทำลายล้างร้ายแรง

เนื่องจากในขณะที่ร่างกฎบัตรสหประชาชาตินั้น อาวุธยังมิได้มีอานุภาพการทำลายล้างร้ายแรงอย่างเช่นในปัจจุบัน อีกทั้งอาวุธนิวเคลียร์ก็มีเพียงในความครอบครองของประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้น การตีความกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 51 อย่างจำกัดความจึงสามารถเป็นไปได้กับการโจมตีด้วยอาวุธในรูปแบบ (Conventional Weapons) เท่าที่มีอยู่ในขณะนั้น แต่เมื่อคำนึงถึงลักษณะของอาวุธในยุคปัจจุบัน ซึ่งประเทศต่างๆ จำนวนมากต่างก็ครอบครองอาวุธที่มีอานุภาพการทำลายล้างร้ายแรง (Weapons of Mass Destruction) เช่น อาวุธนิวเคลียร์, อาวุธเคมี หรือ อาวุธชีวภาพ เป็นต้น อีกทั้งยุทธโศปกรณ์สงครามของรัฐต่างๆ ก็มีความทันสมัย และมีสมรรถนะสูงขึ้นทุกขณะ การตีความอย่างจำกัดความว่ารัฐสามารถใช้สิทธิในการป้องกันตัวเองได้ต่อเมื่อถูกโจมตีด้วยอาวุธ (Armed Attack) เท่านั้น จึงดูเหมือนว่าจะไม่สามารถเป็นไปได้จริง

<sup>90</sup> Report of the Secretary-General's High Level Panel on Threats, Challenges and Change, A More Secure World: Our Shared Responsibility, The United Nations, 2004, para.113

<sup>91</sup> Report of the Secretary-General's High Level Panel on Threats, Challenges and Change, A More Secure World: Our Shared Responsibility, The United Nations, 2004, para. 113



อำนาจการทำลายล้างของอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างร้ายแรง (WMD) นั้นเป็นที่ประจักษ์ต่อโลกครั้งแรก และเป็นเพียงครั้งเดียว คือ ในสงครามโลกครั้งที่สอง เมื่อวันที่ 6 สิงหาคม ค.ศ.1945 เครื่องบินทิ้งระเบิดของอเมริกาบินไปทิ้งระเบิดปรมาณูเพียงลูกเดียวที่เมืองฮิโรชิมา และสามวันต่อมาก็บินไปทิ้งระเบิดปรมาณูลูกที่สองที่เมืองนางาซากิ

การทิ้งระเบิดครั้งนั้นสร้างความเสียหายแก่เมืองฮิโรชิมาเป็นพื้นที่กว้างประมาณสี่ตารางไมล์ ผู้คนหนึ่งในสี่ของเมือง หรือ ประมาณ 80,000 คน เสียชีวิตทันทีที่เมืองนางาซากิมีพื้นที่เสียหายประมาณครึ่งตารางไมล์ และมีผู้เสียชีวิตประมาณ 40,000 คน

นอกจากอำนาจทำลายล้างอย่างร้ายแรงที่เกิดขึ้นทันทีแล้ว ระเบิดปรมาณูทั้งสองลูกยังทิ้งสารกัมมันตภาพรังสีไว้ ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อเนื่องของมนุษย์ และสัตว์ในบริเวณเป็นเวลาต่อมาอีกหลายสิบปี<sup>92</sup>

#### 2.4.2.3 ความเปลี่ยนแปลงของภัยคุกคามจากอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างร้ายแรงจากห้วงเวลาที่ร่างกฎบัตรสหประชาชาติ

ในปัจจุบันภัยคุกคามจากอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างร้ายแรง ไม่ว่าจะเป็นอาวุธนิวเคลียร์ อาวุธเคมี อาวุธรังสี หรือ อาวุธชีวภาพ ก็แพร่กระจายไป จากเดิมในห้วงเวลาที่ร่างกฎบัตรสหประชาชาติที่มีอยู่แต่ในมือรัฐมหาอำนาจไม่กี่รัฐ ที่มีเงื่อนไขในการใช้ และเคารพในกฎกติกาของประชาคมระหว่างประเทศ กลับกระจายไปสู่กระทั่งกลุ่มกองกำลังขนาดเล็กที่ดำเนินการโดยไม่คำนึงถึงกฎหมายระหว่างประเทศใดๆ หรือ กระทั่งรัฐที่นิยมดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศด้วยความรุนแรง และใช้กำลังก็ตาม และการทำสงครามในรูปแบบระหว่างรัฐต่อรัฐกลายเป็นสิ่งที่พบบ่อย และแทบจะไม่ใช่ภัยคุกคามต่อรัฐอีกต่อไป<sup>93</sup>

นอกจากนั้น ลักษณะของภัยคุกคามจากอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างร้ายแรง ก็มีลักษณะแตกต่างไปมากจากช่วงเวลาที่ก่อตั้งองค์การสหประชาชาติ มีการครอบครองที่แพร่กระจายออกไปในวงกว้าง จากยุคสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งมีอยู่ในมือรัฐมหาอำนาจเพียงไม่กี่ประเทศเท่านั้น ณ ปัจจุบันชาติที่ได้รับการยอมรับว่ามีอาวุธนิวเคลียร์อยู่ใน

<sup>92</sup> Nagendra Singh and Edward McWhinney, Nuclear weapons and contemporary international law, Second Revised Edition, Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1989, p.17

<sup>93</sup> Allen S. Weiner, The Use of Force and Contemporary Security Threats: Old Medicine for New Ills?, Stanford Law Review, November, 2006

ครอบครองมีอยู่นับสิบประเทศ ทั้งอาวุธเหล่านี้ยังมีแพร่หลายไปในกลุ่มกองกำลังต่างๆ ที่มีใช้รัฐ และไม่ตกอยู่ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศฉบับใดๆ ทั้งสิ้นอีกด้วย

การแพร่กระจายของอาวุธที่มีอนุภาพทำลายล้างร้ายแรงนี้ มีความเชื่อมโยงกับภัยคุกคามจากการก่อการร้าย ซึ่งไม่เคยมีมาก่อนในขณะที่ยังมีกฎบัตรสหประชาชาติ ทำให้ขีดความสามารถในการครอบครองอาวุธร้ายแรงนานาชาติของกองกำลังที่มีใช้รัฐเหล่านี้มีสูงขึ้น เป็นการพลิกโฉมหน้าของภัยคุกคามต่อรัฐ และส่งผลต่อการตีความการใช้สิทธิป้องกันตัวเองของรัฐภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 51 เนื่องจาก หากรัฐจะต้องรับมือกับภัยก่อการร้าย โดยการตีความกฎบัตรมาตรา 51 อย่างจำกัดความ การตอบสนองใดๆ ในลักษณะที่อาจถือได้ว่าเหมาะสมของรัฐ ก็อาจถือได้ว่าเป็นการใช้กำลังที่มีชอบ และรัฐย่อมไม่สามารถป้องกันตัวเองต่อภัยประเภทนี้ได้เลย<sup>94</sup>

การพัฒนาตัวของภัยคุกคามนี้ ส่งผลโดยตรงการพิจารณาสิทธิในการป้องกันตนเองของรัฐที่บัญญัติไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 51 ทั้งนี้ เลขานุการองค์การสหประชาชาติ นายโคฟี อันนัน เคยกล่าวถึงเรื่องนี้ไว้เมื่อวันที่ 25 กันยายน 2546 ต่อที่ประชุมสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติว่า

*“All of us know there are new threats that must be faced – or, perhaps, old threats in new and dangerous combinations: new forms of terrorism, and the proliferation of weapons of mass destruction.*

...

*Where we disagree, it seems, is no how to respond to these threats... Article 51 of the Charter prescribes that all States, if attacked, retain the inherent right of self-defence. But until now it has been understood that when States go beyond that and decide to use force to deal with broader threats to international peace and security, they need the unique legitimacy provided by the United Nations.*

<sup>94</sup> Gregory M. Travalio, Terrorism, International Law, and The Use of Military Force, Wisconsin

Now, some say this understanding is no longer tenable, since an “armed attack” with weapons of mass destruction could be launched at any time, without warning, or by clandestine group. Rather than wait for that to happen, they argue, States have the right and obligation to use force pre-emptively even on the territory of other States, and even while weapons systems that might be used to attack them are still being developed. According to this argument, States are not obliged to wait until there is agreement in the Security Council. Instead, they reserve the right to act unilaterally, or in ad hoc coalitions. This logic presents a fundamental challenge to the principles on which, however, imperfectly, world peace and stability have rested for the last fifty-eight years.

...

We have come to a fork in the road. This may be a moment no less decisive than 1945 itself, when the United Nations was founded.”<sup>95</sup>

“เราทุกคนทราบว่ามีภัยคุกคามใหม่ๆ ที่เราจะต้องประสบ หรือบางกรณี ภัยคุกคามเดิมในองค์ประกอบที่ใหม่ และอันตราย: การก่อการร้ายรูปแบบใหม่ และการแพร่กระจายของอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างร้ายแรง

...

ดูเหมือนว่าพวกเราไม่เห็นด้วยกับวิธีการตอบสนองต่อภัยคุกคามเหล่านี้...มาตรา 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติบัญญัติให้ทุกรัฐมีสิทธิติดตัวที่จะป้องกันตัวเอง หากถูกโจมตี แต่จนกระทั่งปัจจุบัน เป็นที่เข้าใจกันว่าเมื่อรัฐก้าวข้ามเงื่อนไขที่วางไว้ และตัดสินใจที่จะใช้กำลังจัดการกับภัยคุกคามต่อความสงบ และความมั่นคงระหว่างประเทศ ที่มีรูปแบบกว้างขวางขึ้น รัฐจะต้องได้รับการอนุญาตต่างหากจากองค์การสหประชาชาติ

ทุกวันนี้ มีบางคนกล่าวว่า ความเข้าใจที่กล่าวมานั้นเป็นเรื่องที่ไม่สามารถปฏิบัติได้อีกต่อไป เนื่องจาก “การถูกโจมตีด้วยอาวุธ” ที่เป็นอาวุธที่มีอำนาจทำลาย

---

<sup>95</sup> U.N. GAOR, 58<sup>th</sup> Session, 7<sup>th</sup> plen. Mtg. at 2 – 3, U.N. Doc. A/58/PV.7 (September 25, 2003) cited in Daniel H. Joyner, JUS AD BELLUM In The Age of WMD Proliferation, George Washington International Law Review, 2008

ล้างร้ายแรงนั้นสามารถเกิดขึ้นได้ทุกเวลา โดยปราศจากการเตือน หรือ อาจถูกกระทำโดยกองกำลังลับ แทนที่จะรอจนกระทั่งสิ่งดังกล่าวนั้นเกิดขึ้น พวกเขาโต้แย้งว่า รัฐมีสิทธิ และพันธกรณีที่จะใช้กำลังล่วงหน้า แม้กระทั่งบนดินแดนของรัฐอื่น และแม้กระทั่งระบบอาวุธที่อาจถูกใช้โจมตีนั้นกำลังอยู่ในขั้นตอนการพัฒนา ตามข้อโต้แย้งนี้ รัฐไม่จำเป็นต้องรอกระทั่งมีข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง แต่รัฐมีสิทธิที่จะดำเนินการโดยลำพัง หรือ โดยพันธมิตรเฉพาะกิจ ตรรกะนี้แสดงให้เห็นถึงความท้าทายอย่างยิ่งใหญ่ต่อหลักการซึ่งเป็นหลักแห่งสันติภาพ และเสถียรภาพของโลกใบนี้ มาตลอด 58 ปีที่ผ่านมาแม้จะไม่สมบูรณ์แบบนักก็ตาม

เราจำเป็นต้องเดินไปบนทางแยกบนถนน บางที นี่อาจเป็นช่วงเวลาที่สำคัญไปไม่น้อยกว่าในปี 1945 ที่กฎบัตรสหประชาชาติถูกร่างขึ้น"

ประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกา จอห์น เอฟ. เคนเนดี เคยกล่าวถึงความเปลี่ยนแปลงของภัยคุกคามในโลกปัจจุบัน (ขณะนั้น) ไว้ว่า

*"We no longer live in a world where only the actual firing of weapons represents a sufficient challenge to a nation's security to constitute maximum peril. Nuclear weapons are so destructive and ballistic weapons are so swift, that any substantially increased possibility of their use or any sudden change in their deployment may well be regarded as a definite threat to peace"*<sup>96</sup>

“เราไม่ได้อยู่ในโลกที่สิ่งท้าทายต่อความมั่นคง คือ เฉพาะการถูกโจมตีด้วยอาวุธจริงๆ เพื่อก่อให้เกิดความหายนะขั้นสูงสุด อีกต่อไป อาวุธนิวเคลียร์มีอำนาจทำลายล้างร้ายแรงเหลือประมาณ และขีปนาวุธก็มีความรวดเร็วมาก ดังนั้น กรณีที่ความเป็นไปได้ในการใช้อาวุธที่เพิ่มมากขึ้น หรือ การเปลี่ยนแปลงทางกำลังอาวุธอย่างฉับพลันทันทีจะถูกถือว่าเป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพ”

ในปี 2004 มีรายงานจากองค์การสหประชาชาติว่ารัฐต่างๆ ทั่วโลก 27 รัฐ มีสารยูเรเนียมความเข้มข้นสูงอยู่ในความครอบครองรวมกันกว่า 1,300 กิโลกรัม และสารกัมมันตรังสีสำคัญในการผลิตอาวุธนิวเคลียร์นี้ ส่วนใหญ่ถูกเก็บรักษาในสภาพที่ไม่

<sup>96</sup> คำกล่าวของประธานาธิบดี จอห์น เอฟ. เคนเนดี อ้างถึงใน Charles Pierson, Preemptive Self-Defense in an Age of Weapons of Mass Destruction: Operation Iraqi Freedom, Denver Journal of International Law and Policy, Winter, 2004

ปลอดภัยเพียงพอ โดยมีเหตุการณ์สูญหายที่ได้รับการยืนยันจากรัฐแล้วถึง 20 ครั้ง และมีการลักลอบขนส่งวัตถุแก๊สมันตรังสีอีกกว่า 200 ครั้ง<sup>97</sup> ซึ่งรายงานความสูญหายของวัตถุอันตรายเหล่านี้เป็นสิ่งบ่งชี้ให้เห็นถึงระดับความคุกคามจากภัยของอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างร้ายแรงว่ามีโอกาสแพร่กระจายไปสู่รัฐ หรือ กระทั่งกองกำลังต่างๆ อย่างกว้างขวางไปกว่าที่เคยเกิดขึ้นในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งเป็นเวลาที่ร่างกฎบัตรสหประชาชาติ

## 2.5 สรุปท้ายบท

จากที่ผู้เขียนได้นำเสนอมาแล้วในบทนี้ทั้งหมด จะเห็นได้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการใช้กำลังมีวิวัฒนาการมาโดยตลอด จากแต่เดิมที่รัฐมีสิทธิการใช้กำลังอย่างกว้างขวาง ซึ่งถือเป็นหลักการ จนมีวิวัฒนาการจำกัดการใช้กำลังของรัฐเพิ่มขึ้นมาตามแต่ละยุคสมัย เช่น การหาเหตุผลมาอธิบายประกอบการใช้กำลัง เรื่อยมาจนถึงการห้ามการใช้กำลังในบางกรณี จนกระทั่งยุคหลังกฎบัตรสหประชาชาติ การห้ามการใช้กำลังของรัฐกลายเป็นหลักกฎหมาย ในขณะที่สิทธิในการใช้กำลังของรัฐนั้นเป็นกลายข้อยกเว้น ซึ่งจะทำได้ในบางกรณีเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม หากเราพิจารณาแล้วจะพบว่าไม่ว่าข้อจำกัดการใช้กำลังของรัฐจะมากขึ้นเพียงใดก็ตาม แต่สิทธิในการใช้กำลังเพื่อป้องกันตัวเองของรัฐก็ยังคงเป็นสิทธิที่ปรากฏอยู่ในทุกช่วงยุคสมัยจนกระทั่งยุคกฎบัตรสหประชาชาติแล้ว การใช้กำลังเพื่อป้องกันตนเองก็ยังเป็นสิ่งที่ยอมรับด้วยกฎหมายระหว่างประเทศอยู่ สอดคล้องต้องตรงกันกับถ้อยคำในบทบัญญัติกฎบัตรข้อ 51 ที่บัญญัติว่า “สิทธิติดตัว (Inherent Right)” และแม้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศยุคหลังการกำเนิดขององค์การสหประชาชาติเป็นต้นมาจะห้ามการใช้กำลังอย่างเด็ดขาด และมีกรณีที่อนุญาตให้ใช้กำลังได้อย่างจำกัดอย่างยิ่งในบางกรณีเท่านั้น แต่หากพิจารณาแล้วจะพบว่าข้อยกเว้นที่อนุญาตให้รัฐใช้กำลังได้นั้น ก็ยังคงมีวิวัฒนาการต่อมาในลักษณะที่ขยายข้อจำกัดขึ้นมาโดยตลอด จากกรณีที่อนุญาตให้ใช้กำลังได้อย่างชัดเจนที่สุด คือ การใช้กำลังภายใต้คำสั่งหรือ อนุมัติของคณะมนตรีความมั่นคง ตามหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ หรือ กรณีที่มีความชัดเจนน้อยลงมาบ้าง เนื่องจากมีการตีความใช้สิทธิในรูปแบบต่างๆ กันไปตามแต่แนวปฏิบัติของรัฐ คือ กรณีการใช้กำลังป้องกันตัวเองตามกฎบัตรข้อ 51 หรือ กระทั่งกรณีที่เป็นแนวปฏิบัติของรัฐที่ได้รับการยอมรับกันอย่างกว้างขวางมากขึ้นเรื่อยๆ เช่น การใช้กำลังในกรณีความรับผิดชอบเพื่อป้องกัน (Responsibility to Protect – R2P) หรือ การใช้กำลังเพื่อสิทธิในการเลือก

<sup>97</sup> Report of the Secretary-General's High Level Panel on Threats, Challenges and Change, A

แสดงความเป็นตัวตน (Right to Self Determination) ซึ่งไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศใดบัญญัติรองรับไว้อย่างชัดเจน แต่กลับได้รับการรับรองโดยแนวปฏิบัติของรัฐ ซึ่งเป็นสิ่งที่สื่อแสดงให้เห็นว่า กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้กำลังนี้ มีวิวัฒนาการมาโดยตลอด และยังคงอยู่บนเส้นทางแห่งวิวัฒนาการมาจนกระทั่งปัจจุบัน

เพื่อประโยชน์แห่งการค้นหาแนวทางการใช้กำลังเพื่อป้องกันตัวเองล่วงหน้า ก่อนที่จะเกิดภัยขึ้นจริงนั้น กรณีสมควรที่จะศึกษาตามแนวแห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศข้อ 38 (1) ซึ่งบัญญัติบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศไว้ ได้แก่ แนวปฏิบัติของรัฐ, คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ หรือ ความเห็นของผู้ทรงภูมิความรู้ทางกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นที่ยอมรับ เพื่อค้นหาว่า การใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าเป็นที่กระทำได้หรือไม่ และในกรณีใดบ้าง ซึ่งผู้เขียนจะได้นำเสนอในบทต่อไป

### บทที่ 3

## แนวคิดทางวิชาการ, แนวทางปฏิบัติของรัฐ และคำพิพากษาศาลยุติธรรม ระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันตัวเองล่วงหน้า

เนื่องจากถ้อยคำในต้วบทกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 51 นั้น มิได้ระบุอย่างชัดเจนว่า การป้องกันตัวเองล่วงหน้าสามารถกระทำได้ หรือ ไม่ อย่างไร กรณีเช่นนี้จึงควรพิจารณาถึงธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศข้อ 38 (1)<sup>1</sup> ซึ่งกล่าวถึงบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อประกอบการพิจารณา

ดังนั้น ในบทนี้ ผู้เขียนจะได้ยกตัวอย่างบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศตามบทบัญญัติแห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศดังกล่าว ได้แก่ แนวปฏิบัติของรัฐ และคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่มีการอ้างถึงการใช้สิทธิป้องกันตัวเองเป็นการล่วงหน้าโดยชัดแจ้ง หรือ โดยปริยาย รวมทั้งแนวคิดทางวิชาการของนักกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นที่ยอมรับ เพื่อชี้ให้เห็นถึงการป้องกันตัวเองล่วงหน้าในกรณีใดบ้างที่เป็นที่ยอมรับได้ในกฎหมายระหว่างประเทศ หรือในกรณีเช่นใดบ้างที่ไม่เป็นที่ยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศ

#### 3.1 แนวคิดทางวิชาการเกี่ยวกับการป้องกันตัวเองล่วงหน้า

ความคิดเห็นเกี่ยวกับสิทธิของรัฐในการใช้กำลังป้องกันตัวเองนั้น อาจแบ่งออกได้เป็น 2 แนวคิดในการตีความกฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 51 คือ ฝ่ายตีความแบบเคร่งครัด ซึ่งมีความเห็นว่า สิทธิป้องกันตัวเองของรัฐจะเกิดขึ้นต่อเมื่อ “ถูกโจมตีด้วยอาวุธ (Armed Attack Occurs)” จริงๆ เท่านั้น นอกจากนี้แล้ว รัฐไม่สามารถใช้กำลังโดยกล่าวอ้างว่าป้องกันตัวเองได้ แต่ในขณะที่อีกฝ่ายซึ่งตีความอย่างขยายความมีความเห็นว่า กฎบัตรมาตรา 51 เป็นเพียงการ

---

<sup>1</sup> Article 38

1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;

b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;

c. the general principles of law recognized by civilized nations;

d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

รับรองสิทธิของรัฐในการป้องกันตัวเองเท่านั้น แต่รัฐยังมีสิทธิในการใช้กำลังป้องกันตัวเองในกรณีอื่นอีก แม้ว่าจะยังไม่มีกรณีด้วยอาวุธเกิดขึ้นก็ตาม<sup>2</sup>

ในระหว่างสองแนวคิดนี้ต่างก็มุ่งตีความกฎบัตรสหประชาชาติไปโดยเน้นข้อความส่วนที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ฝ่ายตีความแบบเคร่งครัดก็จะเน้นถ้อยคำส่วนที่ว่า “หากการโจมตีด้วยอาวุธเกิดขึ้น (If an armed attack occurs)” ว่าเป็นเงื่อนไขเดียวเท่านั้นที่รัฐจะมีสิทธิใช้กำลังป้องกันตัวเอง แต่ฝ่ายตีความแบบเคร่งครัดก็จะเน้นไปที่ถ้อยคำที่ว่า “ไม่มีข้อความใดในกฎบัตรฉบับปัจจุบันจะรอนสิทธิติดตัวของรัฐ (Nothing in the present Charter shall impair the inherent right)” โดยกล่าวว่าถ้อยคำส่วนนี้เป็นการรับรองว่า ก่อนหน้าที่จะมีกฎบัตรสหประชาชาตินี้ รัฐก็มีสิทธิป้องกันตัวเองได้ในกรณีนอกเหนือจากที่กฎบัตรบัญญัติไว้อยู่แล้ว และเมื่อมีกฎบัตรสหประชาชาติ ก็ยังรับรองต่อไปอีกชั้นหนึ่งว่า สิทธิดังกล่าวของรัฐยังคงมีอยู่ตลอดมา<sup>3</sup>

ในปี ค.ศ. 1946 คณะกรรมการพลังงานปรมาณูแห่งสหประชาชาติได้เคยแสดงความเห็นเกี่ยวกับข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติไว้ว่า เนื่องจากอาวุธนิวเคลียร์มีอำนาจการทำลายล้างร้ายแรง หากรอจนกระทั่งเกิดการโจมตีขึ้นก่อน การตอบโต้ก็แทบที่จะเป็นไปได้ เนื่องจากรัฐผู้ถูกโจมตีจะอยู่ในสภาพที่ถูกทำลายเกือบทั้งหมด จึงสมควรกำหนดให้การเตรียมการใช้อาวุธนิวเคลียร์ถือเป็นการโจมตีด้วยอาวุธ (Armed Attack) แล้ว<sup>4</sup>

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องเกี่ยวกับการใช้สิทธิป้องกันตัวเองล่วงหน้าจากภัยคุกคามด้วยอาวุธนิวเคลียร์ หรืออาวุธอื่นซึ่งมีอำนาจทำลายล้างร้ายแรงในลักษณะเดียวกันนั้น มีนักวิชาการบางท่านได้ให้ความเห็นว่าจำเป็นต้องประกอบไปด้วยปัจจัยต่างๆ เพื่อให้การป้องกันตัวเองล่วงหน้าสามารถอธิบายได้ (Justifiable) ได้แก่<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Charles Pierson, Preemptive Self-Defense in an Age of Weapons of Mass Destruction: Operation Iraqi Freedom, Denver Journal of International Law and Policy, Winter, 2004

<sup>3</sup> Charles Pierson, Preemptive Self-Defense in an Age of Weapons of Mass Destruction: Operation Iraqi Freedom, Denver Journal of International Law and Policy, Winter, 2004

<sup>4</sup> D.W.Bowett Self Defense in International Law 185 (1958) p.189 cited in Jane A. Mayer, Collective Self-Defense and Regional Security: Necessary Exceptions to a Globalist Doctrine, Boston University International Law Journal, Fall, 1993

<sup>5</sup> Beth M. Polebaum, National Self-Defense in International Law: An Emerging Standard for a Nuclear Age, New York University Law Review, April 1984



- ประการแรก รัฐที่อ้างสิทธิในการป้องกันตัวเองล่วงหน้าจากภัยคุกคามด้วยอาวุธนิวเคลียร์จะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่ามีการคุกคามที่ชัดเจน โดยภัยคุกคามดังกล่าวจะต้องเป็นที่ปรากฏแก่สาธารณะ ในกรณีหากภัยคุกคามนั้นไม่เป็นที่ปรากฏแก่สาธารณะ รัฐผู้อ้างสิทธิในการป้องกันตัวเองล่วงหน้าจะต้องหาหลักฐานยืนยันที่ชัดเจน เช่น เอกสารหลักฐานต่างๆ ลำพังเพียงภัยคุกคามอย่างลับๆนั้นไม่เพียงพอที่จะใช้เป็นข้ออ้างในการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าได้

นอกจากนั้นแล้ว ความสัมพันธ์ในอดีตระหว่างรัฐผู้คุกคาม และรัฐผู้อ้างสิทธิในการป้องกันตัวเองล่วงหน้าก็มีความจำเป็นที่จะต้องนำมาพิจารณาประกอบกัน ในกรณีที่รัฐผู้คุกคามมีประวัติศาสตร์ที่ผ่านมาในทางสันติ การจะอ้างสิทธิในการป้องกันตัวเองล่วงหน้านั้นก็จำเป็นที่จะต้องหาหลักฐานสนับสนุนให้ชัดเจนมากไปกว่ากรณีรัฐนั้นมีประวัติศาสตร์ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่ก้าวร้าวรุนแรง

- ประการที่สอง ภัยคุกคามที่กล่าวอ้างจะต้องมีลักษณะน่าเชื่อถือทางเทคโนโลยี ซึ่งในเรื่องนี้มีปัจจัยที่ต้องพิจารณาบางประการ ได้แก่ รัฐผู้คุกคามจะต้องมีความสามารถทางเทคโนโลยีนิวเคลียร์ และในทางกลับกันความสามารถทางเทคโนโลยีนิวเคลียร์ของรัฐผู้อ้างสิทธิในการป้องกันตัวเองล่วงหน้าก็เป็นสิ่งที่จะต้องพิจารณาประกอบกัน เช่น หากรัฐผู้อ้างสิทธิในการป้องกันตัวเองล่วงหน้ามีความสามารถทางนิวเคลียร์สูงถึงขนาดที่สามารถตรวจสอบความเคลื่อนไหว หรือเทคโนโลยีทางนิวเคลียร์ของรัฐอื่นได้ สิทธิในการป้องกันตัวเองล่วงหน้าของรัฐดังกล่าวย่อมจะเกิดขึ้นช้ากว่ากรณีเป็นรัฐที่ไม่มีเทคโนโลยีขั้นสูงเช่นนั้น หรือในกรณีที่รัฐผู้อ้างสิทธิในการป้องกันตัวเองล่วงหน้ามีความสามารถในการสกัดกั้น หรือตอบโต้กลับข้อพิจารณาเรื่องการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าย่อมเปลี่ยนแปลงไป หรืออาจถึงขนาดที่รัฐดังกล่าวไม่อาจอ้างสิทธิในการป้องกันตัวเองล่วงหน้าได้เลยก็ได้

หากพิจารณาในมุมมองดังกล่าว รัฐบางรัฐก็ไม่อาจอ้างสิทธิในการป้องกันตัวเองล่วงหน้าต่อภัยคุกคามด้วยอาวุธนิวเคลียร์จากชาติอื่นที่มีเทคโนโลยีด้อยกว่าได้เลย เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น ซึ่งกรณีเช่นนี้รัฐที่มีเทคโนโลยีสูงเช่นว่า อาจอ้างสิทธิในการป้องกันตัวเองล่วงหน้าได้อย่างจำกัดยิ่ง เช่น ในกรณีที่ไม่อาจประเมินความใกล้จะถึงอย่างแน่นอนของภัยคุกคามได้เลย อันจะนำมาซึ่งปัญหาเรื่องความยอมรับได้ของการใช้สิทธิป้องกันตัวเองล่วงหน้า

- ประการที่สาม รัฐผู้อ้างสิทธิในการป้องกันตัวเองล่วงหน้าจะต้องใช้กำลังในเชิงป้องกันตัวเองล่วงหน้าต่อเมื่อเป็นโอกาสสุดท้ายที่จะทำเช่นนั้นแล้ว กล่าวคือ หากไม่ใช้กำลัง

ป้องกันตัวเองล่วงหน้าในขณะนั้นแล้ว ภัยคุกคามอันเกิดจากอาวุธนิวเคลียร์ก็จะเกิดขึ้น หรือไม่อาจป้องกันได้อีกต่อไป

- ประการที่สี่ รัฐผู้อ้างสิทธิในการป้องกันตัวเองล่วงหน้าจำเป็นต้องแสวงหาทางเลือกอื่น (Alternative Means) ในการระงับภัยนั้นเสียก่อน ทั้งนี้โดยต้องใช้ความพยายามอย่างจริงจัง และถึงที่สุดด้วย ต่อเมื่อไม่เหลือทางเลือกใดแล้ว จึงจะสามารถใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าได้อย่างเป็นที่ยอมรับของประชาคมระหว่างประเทศ

- ประการที่ห้า การใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าต่อภัยคุกคามด้วยอาวุธนิวเคลียร์นั้น จะต้องใช้กำลังเท่าที่จำเป็นในการระงับภัยนั้นเท่านั้น โดยการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าต้องใช้อย่างพอเหมาะพอสม (Proportionality) แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าความพอเหมาะพอสมในที่นี้จะมีลักษณะเดียวกับภัยคุกคามชนิดอื่นที่มีใช้อาวุธนิวเคลียร์ คือ สามารถใช้กำลังตอบโต้ได้ในระดับรุนแรงเท่าเทียมกันกับภัยคุกคาม เพราะเนื่องจากโดยธรรมชาติของอาวุธนิวเคลียร์นั้นมีความรุนแรงมาก หากตอบโต้ภัยคุกคามด้วยระดับความรุนแรงเดียวกัน ก็ย่อมหมายความว่าเป็นการอนุญาตให้ใช้อาวุธนิวเคลียร์ได้ ซึ่งการใช้อาวุธนิวเคลียร์นั้นก็ย่อมเป็นการมิชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศอย่างแน่ชัดอยู่ในตัวแล้ว ดังนั้น ความพอเหมาะพอสมในข้อนี้ ย่อมหมายความว่า รัฐผู้อ้างสิทธิในการป้องกันตัวเองล่วงหน้าสามารถใช้กำลังได้เพียงเท่าที่จะระงับภัยคุกคามด้วยอาวุธนิวเคลียร์ได้เท่านั้น

นอกจากนั้น ยังมีงานศึกษาวิจัยชิ้นหนึ่ง โดยองค์การสหประชาชาติ ชื่อ Report of the Secretary-General's High Level Panel on Threats, Challenges and Change, A More Secure World: Our Shared Responsibility โดยเนื้อหาหลักของงานฉบับนี้ เป็นการศึกษาเกี่ยวกับการแก้ไขกฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 51 และภัยคุกคามต่อโลกในปัจจุบัน ซึ่งคณะศึกษาทำงานได้ให้ความเห็นสรุปสุดท้ายไว้ว่าคณะทำงานเห็นว่าไม่ควรแก้ไข หรือ มีการตีความใหม่ให้ผิดไปจากแนวทางเดิมที่ตีความอย่างเคร่งครัด ต่อกฎบัตรสหประชาชาติมาตราดังกล่าว<sup>6</sup> แต่ถึงแม้กระนั้น ในงานศึกษาวิจัยฉบับเดียวกันนั้น มีการกล่าวยอมรับสิทธิของรัฐที่ถูกคุกคามว่าเป็นสิทธิติดตัวรัฐมาแต่เดิมที่จะใช้กำลังทางทหารต่อเมื่อภัยคุกคามนั้นใกล้จะถึง (Imminent)<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Report of the Secretary-General's High Level Panel on Threats, Challenges and Change, A More Secure World: Our Shared Responsibility, The United Nations, 2004, p. 63, para. 192

<sup>7</sup> Report of the Secretary-General's High Level Panel on Threats, Challenges and Change, A More Secure World: Our Shared Responsibility, The United Nations, 2004, p. 63, para.188

งานศึกษาดังกล่าวเป็นที่ประจักษ์ชัดว่า แม้แต่คณะทำงานที่ไม่เห็นด้วยกับการแก้ไขบทบัญญัติของมาตรา 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ก็ยังยอมรับการใช้กำลังป้องกันตนเองในกรณีที่ยั่วยุคุกคามใกล้จะถึง เนื่องมาจากรูปแบบของภัยคุกคามที่ได้เปลี่ยนแปลงไปมากมาย และมีความรวดเร็ว รุนแรงขึ้น จนไม่อาจรอกระทั่งรัฐถูกโจมตีจริงๆ เสียก่อนได้

นอกจากนั้น กฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 51 เป็นการร่างจากบริบท และประวัติศาสตร์ในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่เพิ่งเกิดขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับถ้อยคำที่ว่า “ถูกโจมตีด้วยอาวุธ (Armed Attack)” นั้น ก็มีตัวอย่างที่เป็นสงครามในรูปแบบเดิม เช่น การรุกรานของโปแลนด์ รัสเซีย หรือ จีน หรือ การทิ้งระเบิดเพิร์ลฮาร์เบอร์ เป็นต้น และโลกในขณะนั้นยังไม่รู้จักการก่อการร้าย และยังไม่รู้ด้วยซ้ำไปว่า วันหนึ่งกลุ่มกำลังที่มีรัฐเหล่านี้จะมีความสามารถในการเข้าถึงอาวุธที่ร้ายแรงได้<sup>8</sup>

นอกจากนั้น ยังมีนักวิชาการกลุ่มหนึ่งให้ความเห็นว่าในการพิจารณาถึงสิทธิป้องกันตัวของรัฐนั้น ย่อมไม่สามารถพิจารณาแต่เพียงกฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 51 ได้ เพราะกฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 51 นั้น มิใช่เป็นการบัญญัติสิทธิในการป้องกันตัวของรัฐขึ้นใหม่ แต่เป็นการรับรองสิทธิของรัฐที่มีอยู่แต่เดิมในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ในการพิจารณาสหภาพป้องกันตัวของรัฐให้รอบด้านนั้น ยังจำเป็นต้องพิจารณากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย<sup>9,10</sup> ซึ่งก็เป็นที่ยอมรับกันว่า ในประวัติศาสตร์ที่ผ่านมาก่อนยุคกฎบัตรสหประชาชาตินั้น สิทธิในการป้องกันตัวของรัฐมีกว้างขวางไปยิ่งกว่ากรณีที่ถูกโจมตีด้วยอาวุธ<sup>11</sup>

ยิ่งไปกว่านั้น หากมองจากประวัติศาสตร์การร่างกฎบัตรจะพบว่า กรณีที่กฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 51 ระบุถึงคำว่า “Armed Attack” นั้น ก็น่าจะเป็นเพราะว่าผู้ร่างประสงค์จะนำเอาถ้อยคำใน Chapultepec Treaty สืบต่อเนืองมา ซึ่งในสนธิสัญญาฉบับดังกล่าวนี้ กล่าวถึงกรณีที่รัฐใช้ระบบการป้องกันร่วมกัน (Collective Defense) ในกรณีที่ถูกรุกรานด้วยอาวุธ (Armed

<sup>8</sup> Gregory M. Travalio, Terrorism, International Law, and The Use of Military Force, Wisconsin International Law Journal, Winter, 2000

<sup>9</sup> Yoram Dinstein, War, aggression and self-defence, Third Edition, United Kingdom, Cambridge University Press Inc., Cambridge, 2001, p.181 - 182

<sup>10</sup> Gregory M. Travalio, Terrorism, International Law, and The Use of Military Force, Wisconsin International Law Journal, Winter, 2000

<sup>11</sup> Oscar Schachter, The Right of States to Use Armed Force, Michigan Law Review, April/May, 1984

Attack) และนอกจากนั้น การประชุมที่ซานฟรานซิสโกก็ยังมีถ้อยแถลงอย่างชัดเจนว่า การใช้กำลังทางทหารในการป้องกันตัวเองโดยชอบด้วยกฎหมายยังคงเป็นที่ยอมรับได้ และไม่เสื่อมเสียไป (“the use of arms in legitimate self-defense remains admitted and unimpaired.”) ดังนั้น จึงไม่ใช่เรื่องน่าประหลาดใจหากจะตีความว่ากฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 51 ยังคงเหลือที่ว่างไว้ให้กับสิทธิในการป้องกันตัวเองที่เคยมีมาก่อนกฎบัตรสหประชาชาติ<sup>12</sup>

นักวิชาการท่านหนึ่งจากมหาวิทยาลัย Wisconsin คือ Gregory M. Travalio ได้ให้ความเห็นแยกออกไปอีกแนวทางหนึ่งเกี่ยวกับการใช้กำลังป้องกันตัวเองของรัฐว่า ควรที่จะต้องพิจารณารวมไปถึงข้อความในกฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 2 (4) ซึ่งบัญญัติว่า “*All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.*”

ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ สมาชิกทั้งปวงจะต้องละเว้นการคุกคาม หรือ การใช้กำลังต่อบูรณภาพแห่งอาณาเขต หรือ เอกราชทางการเมืองของรัฐใดๆ หรือ การกระทำในลักษณะการอื่นใดที่ไม่สอดคล้องกับความมุ่งประสงค์ของสหประชาชาติ”

นักวิชาการท่านนี้มีความเห็นว่า ในกรณีการใช้กำลังป้องกันตัวเองของรัฐจากภัยก่อการร้ายนั้น หากเป็นไปโดยจำกัด ชั่วคราว และเพียงเพื่อกำจัดกลุ่มก่อการร้าย โดยไม่ล่วงละเมิดต่อบูรณภาพแห่งอาณาเขต หรือ เอกราชทางการเมืองของรัฐซึ่งกลุ่มก่อการร้ายนั้นตั้งอยู่ ก็ย่อมที่จะไม่เป็นการขัดต่อกฎบัตรสหประชาชาติ ยิ่งไปกว่านั้น การก่อการร้ายเป็นสิ่งที่ถูกประณามหลายครั้งหลายหน จากทั้งมติที่ประชุมสมัชชาใหญ่ หรือ มติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ ก็ตาม ก็ยังเป็นสิ่งที่ขัดอยู่ในตัวว่า การก่อการร้ายเป็นการล่วงละเมิดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น หากรัฐใช้กำลังอย่างเหมาะสมเพื่อกำจัดสิ่งที่มีชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ก็ควรที่จะเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศด้วยเช่นกัน<sup>13</sup>

อดีตผู้พิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ Abraham Sofaer ได้ให้ความเห็นไว้ว่า ในกรณีก่อการร้ายใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้านั้น จะต้องประกอบไปด้วยปัจจัย คือ 1)

<sup>12</sup> Oscar Schachter, The Right of States to Use Armed Force, Michigan Law Review, April/May, 1984

<sup>13</sup> Gregory M. Travalio, Terrorism, International Law, and The Use of Military Force, Wisconsin International Law Journal, Winter, 2000

ลักษณะ และขนาดของภัยคุกคาม, 2) ความเป็นไปได้ที่ภัยคุกคามนั้นจะเกิดขึ้นจริง, 3) ไม่มีหนทางเลือกอื่นใดอีกต่อไป, 4) ภายใต้สถานการณ์นั้น การป้องกันล่วงหน้าจะสอดคล้องต้องกันกับวัตถุประสงค์ของกฎบัตรสหประชาชาติหรือไม่<sup>14</sup>

ในส่วนของเกี่ยวกับอาวุธที่มีอานุภาพทำลายล้างร้ายแรงนั้น เมื่อตอนแรกเริ่มก่อตั้งองค์การสหประชาชาติ คณะกรรมการพลังงานปรมาณูแห่งสหประชาชาติ (A United Nations Atomic Energy Commission – AEC) เคยทำรายงานเสนอต่อคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติเมื่อปี ค.ศ. 1946 โดยกล่าวถึงความร้ายแรงของอาวุธชนิดนี้ และเสนอว่าการเตรียมการใช้อาวุธดังกล่าวในทางที่ฝ่าฝืนความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการห้าม หรือควบคุมการใช้อาวุธปรมาณูควรถือว่าเป็น “การโจมตีด้วยอาวุธ” ได้แล้ว ซึ่งจะทำให้รัฐมีสิทธิในการป้องกันตัวเองล่วงหน้าตามกฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 51 แต่ก็ไม่ปรากฏว่าคณะมนตรีความมั่นคงมีมติ หรือ มีท่าทีตอบรับอย่างใดเป็นพิเศษ<sup>15</sup>

### 3.2 แนวปฏิบัติของรัฐเกี่ยวกับการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้า

โดยที่ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศข้อ 38 (1) B ได้กล่าวถึงบ่อเกิดแห่งกฎหมายประการหนึ่งไว้ คือ แนวปฏิบัติของรัฐที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย (“*international custom, as evidence of a general practice accepted as law*”) การพิจารณาเพื่อค้นหาแนวปฏิบัติของรัฐ รวมทั้งท่าทีของประชาคมระหว่างประเทศต่อแนวปฏิบัติดังกล่าว ก็เป็นแนวทางหนึ่งที่จะพิสูจน์ว่า กฎหมายระหว่างประเทศได้ยอมรับแนวปฏิบัติในการใช้สิทธิป้องกันตัวเองล่วงหน้า อย่างที่เชื่อว่าเป็นกฎหมาย (*opino juris*) หรือไม่ หรือหากยังไม่ยอมรับถึงขนาดที่ว่าเป็นกฎหมายประชาคมระหว่างประเทศยอมรับแนวปฏิบัติดังกล่าวหรือไม่ ในระดับใด

#### 3.2.1 แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าในกรณีภัยคุกคามจากการก่อการร้าย

3.2.1.1 การโจมตีสนามบินของประเทศเลบานอน และการโจมตีและเข้ายึดครองพื้นที่ประเทศเลบานอนโดยประเทศอิสราเอล ช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1968 ถึง ค.ศ. 1978

214 (2003)

<sup>14</sup> Abraham Sofaer, The Necessity of Pre-Emption, *European Journal of International Law*, 209,

1946

<sup>15</sup> The First Report of the Atomic Energy Commission to the Security Council, the United Nations,

ในช่วงปี ค.ศ. 1968 องค์การปลดปล่อยชาติปาเลสไตน์ (Palestinian Liberation Organization – PLO) ซึ่งในขณะนั้นมีฐานที่มั่นในประเทศเลบานอน ดำเนินการโจมตีตามพรมแดนระหว่างอิสราเอล และเลบานอนหลายครั้ง รวมทั้งการโจมตีต่อ เครื่องบินสัญชาติอิสราเอลในกรุงเอเธนส์ ซึ่งประเทศอิสราเอลตอบโต้ด้วยการโจมตีสนามบินใน กรุงเบรุต ประเทศเลบานอนในปีเดียวกันนั้น

ในช่วงต่อมา กลุ่ม PLO ยังคงดำเนินการโจมตีตามพรมแดน ระหว่างอิสราเอล และเลบานอนอีกหลายครั้ง จนกระทั่งครั้งที่ทำให้เกิดปฏิบัติการทางทหารอย่าง เต็มรูปแบบเมื่อวันที่ 11 มีนาคม 1978 ซึ่งกลุ่ม PLO ปล้นรถโดยสารประจำทางในกรุงเทลอาวีฟ ที่มีพลเรือนอิสราเอลเต็มคันรถ และสังหารผู้โดยสารสัญชาติอิสราเอลทั้งหมด 37 คน

ประเทศอิสราเอลจึงเริ่มต้นปฏิบัติการทางทหารเต็มรูปแบบ ภายใต้ชื่อ Operation Litani ในวันที่ 14 มีนาคม 1978 โดยเริ่มโจมตีสนามบินในกรุงเบรุตของ ประเทศเลบานอน และต่อมาเข้าจึงเริ่มปฏิบัติการทางทหารภาคพื้นดิน โดยส่งกำลังทหารราบเข้า ยึดภาคใต้ของประเทศเลบานอนโดยใช้กำลังทหารทั้งสิ้นประมาณ 25,000 นาย โดยประสงค์จะ ผลักดันกลุ่ม PLO ออกจากพรมแดนเลบานอนส่วนที่ติดกับประเทศของตนเอง<sup>16</sup>

### ข้อกล่าวอ้างของประเทศอิสราเอล

การโจมตีทั้งในปี 1968 และ 1978 ประเทศอิสราเอลต่างก็กล่าว อ้างว่าเป็นการใช้สิทธิในการป้องกันตนเองตามข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ และเป็นการ ยับยั้งการโจมตีครั้งต่อไปของกลุ่มก่อการร้าย โดยอิสราเอลกล่าวอ้างว่าการโจมตีดังกล่าวเป็น การป้องกัน (preventive) ไม่ใช่การลงโทษแก้แค้น (punitive) และกล่าวอ้างว่าประเทศเลบานอนมี ส่วนสนับสนุนอย่างน้อยก็ในเชิงนิ่งเฉยไม่ปราบปราม (passive assistance) ต่อกลุ่ม PLO<sup>17</sup>

### ท่าทีของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ

ต่อเหตุการณ์โจมตีสนามบินในปี ค.ศ. 1968 คณะมนตรีความ มั่นคงแห่งสหประชาชาติเมื่อวันที่ 31 ธันวาคม 1968 ได้มีมติที่ 262 ประณามการกระทำของ

<sup>16</sup> Antonio Cassese, International Law, Second Edition, United States, Oxford University Press Inc., New York, 2005, p.473

<sup>17</sup> Antonio Cassese, International Law, Second Edition, United States, Oxford University Press Inc., New York, 2005, p.474

ประเทศอิสราเอลในครั้งดังกล่าวด้วยคะแนนเสียงเอกฉันท์ โดยมีคำสั่งให้อิสราเอลหยุดการโจมตีทันที, มีคำเตือนอย่างจริงจัง (solem warning) ว่าหากอิสราเอลฝ่าฝืน จะพิจารณาดำเนินการขั้นต่อไป และพิจารณาเห็นว่าประเทศเลบานอนได้รับความเสียหาย โดยประเทศอิสราเอลต้องรับผิดชอบ<sup>18</sup>

ในที่ประชุมคณะมนตรีความมั่นคงครั้งดังกล่าว แม้กระทั่งผู้แทนของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นพันธมิตรกับอิสราเอลยังไม่เห็นด้วยกับการโจมตี โดยได้ให้เหตุผลในการออกเสียงสนับสนุนมติประณามการกระทำของประเทศอิสราเอลว่า ในความเป็นจริงแล้วประเทศเลบานอนมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ที่กรุงเอเธนส์ และการโจมตีของประเทศอิสราเอลขาดความได้สัดส่วน<sup>19</sup>

สำหรับท่าทีของคณะมนตรีความมั่นคงต่อการโจมตีในปี 1978 นั้น เมื่อวันที่ 19 มีนาคม 1978 (5 วันหลังจากการโจมตีของอิสราเอล) คณะมนตรีความมั่นคงออกข้อมติที่ 425 ให้อิสราเอลหยุดการโจมตีทางทหาร และถอนกำลังออกจากประเทศเลบานอนทันที นอกจากนี้ ยังให้ส่งกำลังรักษาสันติภาพของสหประชาชาติเข้าไปในภาคใต้ของเลบานอน เพื่อสังเกตการณ์การถอนกำลังทหารอีกด้วย<sup>20</sup>

อย่างไรก็ตาม แม้คณะมนตรีความมั่นคงจะมีมติเป็นเอกฉันท์ให้ประณามการโจมตีของอิสราเอลทั้งสองครั้ง แต่มีเหตุการณ์หนึ่งซึ่งอยู่ในช่วงเวลาใกล้เคียงกัน แต่คณะมนตรีความมั่นคงกลับมิได้มีมติเช่นทั้งสองครั้งดังกล่าว คือ การโจมตีค่ายผู้อพยพชาวปาเลสไตน์ในประเทศเลบานอนปี 1975 ซึ่งครั้งนี้ ประเทศอิสราเอลก็ยังคงมีข้อกล่าวอ้างเดิม คือ ป้องกันตัวเองล่วงหน้าจากการก่อการร้าย ซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้มีมติประณามการกระทำดังกล่าว โดยได้รับเสียงสนับสนุนจากทั้งชาติสังคมนิยม และชาติทุนนิยมตะวันตกอย่างเป็นเอกฉันท์ ทั้งนี้ ก็เนื่องจากในกรณีดังกล่าว มีหลักฐานค่อนข้างชัดเจนว่าผู้ก่อเหตุพักอาศัยอยู่ในค่ายผู้อพยพดังกล่าวนั่นเอง<sup>21</sup>

<sup>18</sup> United Nations Security Council UN. Doc S/RES/262 (1968)

<sup>19</sup> UN Year Book 1968, p.228

<sup>20</sup> United Nations Security Council UN. Doc S/RES/425 (1978)

<sup>21</sup> Antonio Cassese, International Law, Second Edition, United States, Oxford University Press Inc., New York, 2005, p.473

เป็นที่น่าพิจารณาว่า ท่าทีของคณะมนตรีความมั่นคงต่อการโจมตีทั้งสามครั้งแตกต่างกันออกไป ทั้งที่ฝ่ายผู้กล่าวอ้างสิทธิก็ใช้เหตุผลเดิม การกระทำก็มีลักษณะคล้ายคลึงกัน ผู้เขียนมีความเห็นว่าการโจมตีในปี 1968 และ 1978 นั้น ขาดหลักฐานที่ชัดเจนว่าประเทศเลบานอนมีส่วนเกี่ยวข้องกับภัยที่เกิดขึ้นกับอิสราเอล ทำให้ภัยที่คุกคามต่ออิสราเอลไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการใช้กำลังทางทหารของอิสราเอลเลย นอกจากนั้นยังขาดองค์ประกอบในส่วความเร่งด่วน (Immediacy) เนื่องจากภัยที่เกิดขึ้นได้ผ่านพ้นไปแล้ว และหากประเทศอิสราเอลต้องการป้องกันภัยลักษณะเดียวกันนี้อีก ก็สามารถทำได้โดยวิธีทางอื่นที่ไม่ต้องโจมตีด้วยกำลังทางทหาร เช่น เพิ่มการตรวจตรา หรือ เพิ่มกำลังทางทหารบริเวณชายแดน หรือ จุดสุ่มเสี่ยงที่ผู้ก่อการร้ายอาจปะปนเข้ามา เป็นต้น การใช้กำลังในลักษณะนี้ ดูเสมือนจะเป็นการตอบโต้ (Reprisal) เสียมากกว่าการป้องกันล่วงหน้า ในขณะที่การโจมตีค่ายผู้ลี้ภัยในปี 1975 เกือบทุกประเทศในคณะมนตรีความมั่นคงกลับไม่มีท่าทีต่อต้าน เนื่องจากมีหลักฐานค่อนข้างชัดเจนว่ามีผู้ก่อการร้ายพักอาศัยอยู่ในค่ายที่ถูกโจมตี กรณีเช่นนี้ จึงพอจะถือได้ว่าเป็นการป้องกันล่วงหน้าได้อยู่บ้าง นอกจากนั้น หากพิจารณาความได้สัดส่วนของการใช้กำลังแล้วจะพบว่า ค่อนข้างเหมาะสมกว่าการใช้กำลังสองครั้งก่อนหน้านั้น เนื่องจาก อิสราเอลโจมตีเพียงค่ายแห่งเดียวที่พบผู้ก่อการร้ายพักอาศัยอยู่ แต่ในขณะที่สองครั้งก่อนนั้น อิสราเอลโจมตีสนามบินของเลบานอนเพื่อตอบโต้การที่ตนถูกโจมตีสนามบิน และครั้งต่อมาก็ถึงขนาดส่งกำลังทหารเข้ายึดครองภาคใต้ของเลบานอน เพื่อตอบโต้การโจมตีรถโดยสาร

### 3.2.1.2 การโจมตีกลุ่มก่อการร้ายในประเทศลิเบียโดยประเทศสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1986

เมื่อวันที่ 14 เมษายน ค.ศ. 1986 ประเทศสหรัฐอเมริกาโดยการสั่งการของประธานาธิบดี Ronald Reagan ได้ส่งเครื่องบินไปทิ้งระเบิดที่ตั้งซึ่งอ้างว่าเป็นที่ตั้งของกำลังทางทหาร และค่ายฝึกผู้ก่อการร้ายในประเทศลิเบีย เพื่อตอบโต้การวางระเบิดดิสโก้ La Belle ในเมืองเบอร์ลินตะวันตกเมื่อวันที่ 5 เมษายน ค.ศ. 1986 ซึ่งทำให้ทหารชาวอเมริกันเสียชีวิตและมีชาวอเมริกันได้รับบาดเจ็บ ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาอ้างว่าเป็นฝีมือของกลุ่มก่อการร้ายที่สนับสนุนโดยเจ้าหน้าที่ของประเทศลิเบีย มีการถอดรหัสการสื่อสารเกี่ยวกับการโจมตีดิสโก้ระหว่างเจ้าหน้าที่สืบราชการลับของลิเบียได้จากเยอรมันตะวันออก (ซึ่งต่อมาในปี 2001 ศาลใน



ประเทศเยอรมันมีคำพิพากษาว่าเจ้าหน้าที่สืบราชการลับของลิเบียสองนายเป็นผู้ก่อเหตุในครั้งนี้<sup>22</sup>

### ข้อกล่าวอ้างของประเทศสหรัฐอเมริกา

Ronald Reagan ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาได้กล่าวอ้างว่าการโจมตีประเทศลิเบียดังกล่าวเป็นการใช้สิทธิป้องกันตนเองตามข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติต่อการโจมตีที่มิได้คาดหมายซึ่งทำให้ชาวอเมริกันเสียชีวิต และเป็น การลงมือป้องกันล่วงหน้าเพื่อลดขีดความสามารถของรัฐบาลลิเบียในการสนับสนุนการก่อการร้ายในครั้งต่อไป<sup>23</sup>

### ท่าทีของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ

ในครั้งนั้นคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติมิได้มีมติประณามการกระทำของประเทศสหรัฐอเมริกา แม้ว่าตัวร่างมติจะได้รับคะแนนเสียงส่วนใหญ่ 9 เสียงจากทั้งหมด 15 เสียง เนื่องจากถูกประเทศสมาชิกถาวรแห่งคณะมนตรีความมั่นคงออกเสียงยับยั้ง ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา, ประเทศฝรั่งเศส และประเทศอังกฤษ รวมทั้งประเทศออสเตรเลีย และเดนมาร์กก็ลงคะแนนเสียงคัดค้านมติดังกล่าวด้วย<sup>24</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่าที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้ออกข้อมติที่ 41/38 เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 1986 ประณามการกระทำของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยคะแนนเสียง 79 ต่อ 28 และงดออกเสียง 33 โดยเนื้อหาของข้อมติให้ประณามการโจมตีของสหรัฐอเมริกา โดยเห็นว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎบัตรสหประชาชาติ และกฎหมายระหว่างประเทศ, เรียกร้องให้สหรัฐอเมริกายุติการใช้กำลังในการระงับข้อพิพาทกับลิเบีย, เรียกร้องให้ทุกรัฐงดเว้นจากการสนับสนุนการรุกรานลิเบีย และเห็นว่าลิเบียมีสิทธิได้รับการชดเชยค่าเสียหาย<sup>25</sup>

<sup>22</sup> US launches air strikes on Libya [Online]. Available from :

[http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/april/15/newsid\\_3975000/3975455.stm/](http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/april/15/newsid_3975000/3975455.stm/) : [2012, May 19]

<sup>23</sup> Leonard V.B. Sutton Award, Preemptive Self-Defense in an Age of Weapons of Mass Destruction: Operation Iraqi Freedom, Denver Journal of International Law and Policy, Winter, 2004

<sup>24</sup> Draft S.C. Res. Condemning 1986 Libya Strike, UN Doc. S/10784.

<sup>25</sup> UNG.A. Res. 41/38 (XII) (20 November 1986)

เป็นที่น่าพิจารณาว่า เหตุใดในการใช้กำลังทางทหารครั้งนี้ของสหรัฐอเมริกาจึงได้รับการตอบสนองในลักษณะที่แตกต่างออกไปจากกรณีอิสิราเอล กล่าวคือ ภัยที่สหรัฐอเมริกาอ้างว่าคุกคามต่อตนในครั้งนี้ มีหลักฐานค่อนข้างชัดเจนตั้งแต่แรกเกิดเหตุการณ์ว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกับลิเบีย แต่ท่าทีของประชาคมระหว่างประเทศ คือ ที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติกลับไม่เห็นด้วยกับการโจมตี (โดยไม่ต้องกล่าวถึงที่ประชุมคณะมนตรีความมั่นคง เนื่องจากสหรัฐอเมริกามีอำนาจออกเสียงยับยั้งข้อมติ และอังกฤษก็มีส่วนเกี่ยวข้องกับการโจมตี) แต่ในกรณีอิสิราเอลที่โจมตีค่ายผู้อพยพปาเลสไตน์ในปี 1975 ประชาคมระหว่างประเทศกลับไม่มีท่าทีใดๆ ซึ่งน่าจะเป็นเพราะท่าทีทางการเมืองระหว่างประเทศในขณะนั้นยิ่งไปกว่าประเด็นข้อกฎหมาย

### 3.2.1.3 ปฏิบัติการทางทหารต่อประเทศอัฟกานิสถาน โดยประเทศสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 2001

ปฏิบัติการทางทหารครั้งนี้เป็นผลมาจากการโจมตีตึกเวิลด์เทรด เซ็นเตอร์ และสถานที่สำคัญในสหรัฐอเมริกาเมื่อวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 2001 ซึ่งในขณะนั้น สหรัฐอเมริกาเชื่อว่าเป็นการกระทำของกลุ่มก่อการร้ายข้ามชาติอัลไคด้า (al-Qaeda) ซึ่งมีฐานสำคัญอยู่ในประเทศอัฟกานิสถาน หลังการโจมตี เมื่อวันที่ 20 กันยายน ค.ศ. 2001 ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาขณะนั้น นายจอร์จ ดับเบิลยู บุช เรียกร้องให้ประเทศอัฟกานิสถานส่งตัวนายโอซามา บินลาเดน ให้แก่ประเทศสหรัฐอเมริกา และให้ทำลายฐานที่มั่นของกลุ่มก่อการร้ายอัลไคด้าทันที แต่รัฐบาลอัฟกานิสถานตกลงเพียงแค่ว่าจะดำเนินคดีกับโอซามา บินลาเดน ภายใต้กระบวนการภายในประเทศของอัฟกานิสถานเองเท่านั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ยอมรับข้อเสนอดังกล่าวของอัฟกานิสถาน และเริ่มต้นปฏิบัติการทางทหารเมื่อวันที่ 7 ตุลาคม ค.ศ. 2001 ภายใต้ชื่อ Operation Enduring Freedom

หลังเกิดเหตุโจมตีตึกเวิลด์เทรดเซ็นเตอร์ไม่นาน คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้ออกข้อมติที่ 1368 และที่ 1373 ประณามการก่อการร้ายดังกล่าว และรับรองถึงสิทธิของรัฐที่จะใช้กำลังป้องกันตัวเองจากการก่อการร้ายโดยกลุ่มก่อการร้ายดังกล่าว และให้ระงับการสนับสนุนทุกทาง และดำเนินการมาตรการคว่ำบาตรทางการเงิน และตัดการสนับสนุนอื่นๆ ต่อกลุ่มก่อการร้าย

### ข้อกล่าวอ้างของประเทศสหรัฐอเมริกา

ในปฏิบัติการทางทหารต่อประเทศอัฟกานิสถานครั้งนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกากล่าวอ้างในรายงานต่อคณะมนตรีความมั่นคงว่าเป็นการใช้สิทธิป้องกันตัวเอง ทั้งจากภัยก่อการร้ายในเดือนกันยายน ค.ศ. 2001 และภัยก่อการร้ายที่อาจเกิดขึ้นต่อไปอีกจากกลุ่มอัลไคด้า ซึ่งมีที่มั่นอยู่ในประเทศอัฟกานิสถาน และประเทศอังกฤษพันธมิตรหลักของประเทศสหรัฐอเมริกากล่าวอ้างในทำนองเดียวกัน ในรายงานต่อคณะมนตรีความมั่นคงว่าเป็นการใช้สิทธิป้องกันตัวเองทั้งโดยลำพัง และโดยร่วมกัน (individual self-defense and collective self-defense)<sup>26</sup>

### **ท่าทีของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ**

ระยะเวลาเพียงไม่กี่วันหลังจากการโจมตีตึกเวิลด์เทรดเซ็นเตอร์ คณะมนตรีความมั่นคงออกข้อมติที่ 1368 เมื่อวันที่ 12 กันยายน 2001 ให้ประณามการกระทำของกลุ่มก่อการร้ายดังกล่าว และยอมรับว่าการก่อการร้ายเป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพ และความมั่นคงระหว่างประเทศ และรับรองสิทธิของทุกรัฐที่จะดำเนินการใช้กำลังป้องกันตัวเองจากการก่อการร้าย<sup>27</sup> ซึ่งมีตินี้มีแนวทางแตกต่างไปจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่เคยวางไว้ในคดีนิคารากัวว่า การโจมตีโดยกลุ่มกำลังที่มีรัฐไม่อาจถือได้ว่าเป็นการถูกโจมตีด้วยอาวุธ (Armed Attack) ซึ่งจะทำให้รัฐเกิดสิทธิในการใช้กำลังป้องกันตัวเอง

ต่อมาเมื่อวันที่ 28 กันยายน 2001 คณะมนตรีความมั่นคงออกข้อมติที่ 1373 เพิ่มเติมมาตรการคว่ำบาตรทางด้านต่างๆ ต่อกลุ่มก่อการร้าย และให้รัฐต่างๆ งดเว้นจากการสนับสนุนไม่ว่าทางใดๆ ต่อกลุ่มก่อการร้าย<sup>28</sup> แต่ไม่มีส่วนใดส่วนหนึ่งของมติที่อนุญาตให้สหรัฐอเมริกาใช้กำลังทางทหารต่อประเทศอัฟกานิสถานได้โดยเฉพาะเจาะจง

แม้ว่าคณะมนตรีความมั่นคงจะไม่เคยมีมติโดยตรงอนุญาตให้สหรัฐอเมริกา และพันธมิตรใช้กำลังทางทหารกับอัฟกานิสถานได้ แต่ในทางกลับกัน ก็ไม่เคยมีมติยับยั้ง หรือ ให้สหรัฐอเมริกายุติการโจมตีอย่างชัดเจนมาก่อน แต่ภายหลังจากการโจมตีโดยประเทศสหรัฐอเมริกา และพันธมิตรประมาณสองเดือน คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติมีมติเมื่อวันที่ 20 ธันวาคม ค.ศ. 2001 ให้จัดตั้งกองกำลังรักษาความมั่นคงระหว่างประเทศ

<sup>26</sup> Malcolm D. Evans, International Law, First Edition, United States, Oxford University Press Inc., New York, 2003, p.603

<sup>27</sup> United Nations Security Council UN. Doc S/RES/1368

<sup>28</sup> United Nations Security Council UN. Doc S/RES/1373

(International Security Assistance Force (ISAF)) เพื่อดำเนินการรักษาสันติภาพในประเทศอัฟกานิสถาน<sup>29</sup> และต่อมาเมื่อวันที่ 11 สิงหาคม ค.ศ. 2003 ก็ได้มอบหมายหน้าที่นี้ให้แก่องค์การสนธิสัญญาป้องกันแอตแลนติกเหนือ (NATO) คล้ายกับจะเป็นการรับรองความชอบด้วยกฎหมายของการโจมตีครั้งนี้โดยนัย

ท่าทีของประชาคมระหว่างประเทศต่อสงครามในอัฟกานิสถานครั้งนี้ไม่มีท่าทีต่อต้านสหรัฐอเมริกาอย่างเด่นชัดเหมือนกรณีสงครามอิรักในปี 2003 ทั้งนี้เนื่องจาก สหรัฐอเมริกามีหลักฐานค่อนข้างชัดเจนว่ากลุ่มก่อการร้ายที่โจมตีตึกเวิลด์เทรดเซ็นเตอร์พำนักอยู่ในอัฟกานิสถาน และสหรัฐอเมริกาเองได้รับความเสียหายอย่างมากจากการโจมตีดังกล่าว<sup>30</sup>

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ข้อกล่าวอ้างที่ว่าการโจมตีประเทศอัฟกานิสถานครั้งนี้ของสหรัฐอเมริกา เป็นการป้องกันตัวเองนั้น รับฟังไม่ได้ เนื่องจากภัยที่เกิดขึ้นนั้นได้ยุติลงไปแล้ว จึงขาดองค์ประกอบของความจำเป็น (Necessity) และดูจะคล้ายกับเป็นการใช้กำลังตอบโต้ (Reprisal) เสียมากกว่า โดยสหรัฐอเมริกาดูเหมือนว่าจะมีทางเลือกอื่นที่จะดำเนินการให้อัฟกานิสถานส่งมอบตัว หรือ ปรามปรามผู้ก่อการร้ายในเขตแดนของตนเองผ่านทางคณะมนตรีความมั่นคง และนอกจากนั้น ความได้สัดส่วน (Proportionality) ของการโจมตีครั้งนี้ก็ยังคงเป็นปัญหาที่ควรต้องพิจารณา เพราะภัยคุกคามที่สหรัฐอเมริกากล่าวอ้าง คือ กลุ่มผู้ก่อการร้ายที่พักอาศัยอยู่ในเขตแดนของอัฟกานิสถาน แต่ระดับของการโจมตีกลับครอบคลุมขยายวงกว้างไปทั่วประเทศ จนถึงขนาดเปลี่ยนแปลงรัฐบาล และระบอบการปกครองของทั้งประเทศ ซึ่งพิจารณาแล้วจะพบว่า ไม่มีความเหมาะสมต่อกัน

นอกจากนั้นแล้ว ถึงแม้จะไม่คำนึงถึงความจำเป็นของการใช้กำลังในครั้งนี้ แต่หากมององค์ประกอบของการป้องกันตัวเองในกฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 51 แล้วก็อาจพบว่า การโจมตีโดยกลุ่มก่อการร้ายต่อประเทศสหรัฐอเมริกาจะถือว่าเป็นการโจมตีด้วยอาวุธ (Armed Attack) อันจะทำให้สหรัฐอเมริกาซึ่งถูกโจมตีเกิดสิทธิในการใช้กำลังป้องกันตัวเองต่อประเทศอัฟกานิสถานแล้วหรือไม่ เนื่องจาก หากศึกษาจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีนิคารากัว (Nicaragua Case) จะพบว่าศาลได้วินิจฉัยไว้ว่า การโจมตีโดย

<sup>29</sup> United Nations Security Council UN. Doc S/RES/1386

<sup>30</sup> Malcolm D. Evans, International Law, First Edition, United States, Oxford University Press Inc., New York, 2003, p.602

กลุ่มก่อการร้ายที่ถูกสนับสนุนโดยรัฐนั้นไม่ถือว่าเป็นการโจมตีด้วยอาวุธ ที่จะทำให้รัฐที่ถูกโจมตีเกิดสิทธิในการใช้กำลังป้องกันตัวเอง เพียงแต่รัฐผู้สนับสนุนการก่อการร้ายนั้นจะเกิดความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีข้อแตกต่างอยู่บ้างในข้อเท็จจริงระหว่างคดีนี้คารากัวกับการโจมตีประเทศอัฟกานิสถานครั้งนี้ เนื่องจาก ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับระดับการสนับสนุนการก่อการร้ายทั้งสองเหตุการณ์นี้มีความแตกต่างกัน และในกรณีอัฟกานิสถานนี้ประชาคมโลกมีมติเป็นเอกฉันท์ว่ารัฐสามารถใช้สิทธิป้องกันตัวจากภัยก่อการร้ายได้ แต่ก็มีได้ระบุอย่างชัดเจนว่าการก่อการร้ายที่เกิดขึ้นรัฐใดต้องรับผิดชอบ และการใช้กำลังป้องกันตัวเองจะต้องกระทำต่อรัฐใด จึงเป็นเรื่องที่น่าศึกษาอย่างยิ่งว่า หากคดีที่มีข้อเท็จจริงแตกต่างไปจากคดีนี้คารากัวขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแล้ว ศาลจะวินิจฉัยวางหลักกฎหมายไว้อย่างไร

### 3.2.2 แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าในกรณีภัยคุกคามจากอาวุธที่มีอานุภาพทำลายล้างร้ายแรง

#### 3.2.2.1 การปิดล้อมประเทศคิวบาโดยประเทศสหรัฐอเมริกา ค.ศ.

1962

ในปี ค.ศ. 1962 ประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่ามี การติดตั้งขีปนาวุธติดหัวรบนิวเคลียร์ในประเทศคิวบา โดยประเทศสหภาพโซเวียต และยังเล็งเป้าหมายมายังประเทศสหรัฐอเมริกา และในขณะเดียวกันนั้น มีการจัดส่งขีปนาวุธเข้ามาเพื่อติดตั้งเพิ่มเติมในประเทศคิวบาอีกด้วย ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา John F. Kennedy จึงได้ประกาศปิดล้อมทางทะเลต่อประเทศคิวบา เพื่อป้องกันการขนส่งอาวุธเพิ่มเติมจากประเทศสหภาพโซเวียต

#### ข้อกล่าวอ้างของประเทศสหรัฐอเมริกา

ในครั้งนั้น ประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกาได้กล่าวถ้อยแถลงไว้ว่า

*“Neither the United State of America nor the world community of nations can tolerate deliberate deception and offensive threats on the part of any nation, large or small. We no longer live in a world where only the actual firing of weapons represents a sufficient challenge to a nation’s security to constitute maximum peril.*

*Nuclear weapons are so destructive and ballistic missiles are so swift that any substantially increased possibility of their use or any sudden change in their deployment may well be regarded as a definite threat to peace.*<sup>31</sup>

จากถ้อยแถลงดังกล่าว เป็นที่ชัดเจนอีกครั้งหนึ่งว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาอ้างสิทธิในการป้องกันตัวเองล่วงหน้า แม้จะยังไม่เกิดภัยขึ้นจริงก็ตาม

อย่างไรก็ตาม เหตุการณ์ในครั้งนั้น ชี้ให้เห็นว่ายังไม่มีการโจมตีด้วยอาวุธต่อประเทศสหรัฐอเมริกา เพียงแต่มีการยิงขีปนาวุธมาทางประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศสหรัฐอเมริกาอ้างว่าประเทศคิวบากำลังพยายามติดตั้งขีปนาวุธมิสไซล์ที่สามารถติดหัวรบนิวเคลียร์ ซึ่งจัดส่งมาโดยประเทศสหภาพโซเวียต ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงอ้างว่าเป็นภัยคุกคามต่อประเทศ และประเทศสหรัฐอเมริกายังอ้างต่อไปอีกว่าไม่สามารถปล่อยเวลาให้ล่วงผ่านไปได้อีก หรือไม่อาจดำเนินการทางวิธีทางการทูตได้ เนื่องจากธรรมชาติของอาวุธนิวเคลียร์ หากปล่อยให้ประเทศคิวบาติดตั้งขีปนาวุธมิสไซล์สำเร็จก็ถือเป็นการคุกคามอย่างร้ายแรงต่อประเทศสหรัฐอเมริกา และทำให้ประเทศสหภาพโซเวียตมีความได้เปรียบทางทหารอย่างมาก จึงจำเป็นต้องดำเนินการปิดล้อมประเทศคิวบาเสียก่อนเป็นการล่วงหน้า

### ท่าทีของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ

ในกรณีนี้ คณะมนตรีความมั่นคงมิได้มีมติไปในทางหนึ่งทางใด เนื่องจากคู่กรณีต่างก็เป็นชาติสมาชิกถาวร ได้แก่ สหรัฐอเมริกา กับ รัสเซีย ซึ่งเป็นผู้สนับสนุนขีปนาวุธให้คิวบา ถึงแม้ว่าจะมีร่างมติคณะมนตรีความมั่นคงหลายฉบับที่มีใจความให้ประณามการกระทำของประเทศสหรัฐอเมริกา หรือให้ประเทศสหรัฐอเมริการะงับการปิดล้อมดังกล่าวก็ตาม และในทางกลับกันร่างมติคณะมนตรีความมั่นคงที่สั่งการให้รื้อถอนการติดตั้งขีปนาวุธออกจากประเทศคิวบาก็ไม่สามารถผ่านความเห็นชอบจากที่ประชุมคณะมนตรีความมั่นคงได้เช่นกัน<sup>32</sup> จึง

<sup>31</sup> Beth M. Polebaum, National Self-Defense in International Law: An Emerging Standard for a Nuclear Age, New York University Law Review, April 1984

<sup>32</sup> 17 U.N. SCOR (1022nd mtg.) para. 180, U.N. Doc. S/5187 (1962) (Soviet draft resolution condemning United States actions as violating the United Nations Charter and increasing the threat of war).

17 U.N. SCOR (1024th mtg.) para. 113, U.N. Doc. S/5190 (1962) (Ghana and United Arab Republic draft resolution calling for Secretary General to confer with parties on the "immediate steps to be taken to remove the existing threat to world peace").

อาจกล่าวได้ว่า ในเวลาดังกล่าว ท่าทีของประชาคมระหว่างประเทศเป็นไปในทางนิ่งเฉยต่อเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น โดยไม่โน้มเอียงไปในทิศทางใดทิศทางหนึ่ง

แต่อย่างไรก็ตาม ในขณะเวลาที่เกิดเหตุขึ้น สหรัฐอเมริกาได้ดำเนินการขอมติจากองค์การรัฐอเมริกัน (Organization of American States) อันเป็นองค์การส่วนภูมิภาค ซึ่งคิวบาเป็นสมาชิกอยู่ด้วย<sup>33</sup> ซึ่งองค์การดังกล่าวนี้ อาจถือได้ว่าเป็นองค์การส่วนภูมิภาคตามหมวด 8 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ

การกระทำในครั้งนี้อย่างไรก็ตาม ประเทศสหรัฐอเมริกาถูกวิพากษ์วิจารณ์โดยประชาคมระหว่างประเทศว่า ประเทศสหรัฐอเมริกามีได้ค้ำประกันว่าการกระทำที่พอเหมาะพอสมแก่เหตุ (Proportionality) และยังมีเหลือวิธีการอื่นใดให้ดำเนินการได้อีกหรือไม่ (Alternative Means) อีกทั้งเรื่องความใกล้จะเกิดของภัย (Imminency) ที่ประเทศสหรัฐอเมริกาอ้างว่ามีอยู่นั้นก็ยังไม่เป็นที่ถกเถียง กล่าวคือ การลำเลียงส่งอาวุธจากประเทศสหภาพโซเวียตนั้น เป็นภัยคุกคามต่อประเทศสหรัฐอเมริกาที่ใกล้จะถึงมากน้อยเพียงใด<sup>34</sup>

มีนักวิชาการทางกฎหมายระหว่างประเทศบางท่านได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับกรณีการปิดล้อมประเทศคิวบาไว้ได้แก่ ศาสตราจารย์ Quincy Wright ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้า ในกรณีปิดล้อมประเทศคิวบาโดยประเทศสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1962 ไปในทางจำกัดความ กล่าวคือ นักวิชาการท่านนี้เห็นว่ากรกระทำของประเทศสหรัฐอเมริกามีได้เป็นการตอบโต้ต่อการคุกคามด้วยอาวุธ ตามกฎบัตรสหประชาชาติ ข้อ 51 แต่ท่านก็ได้กล่าวไว้โดยตรงว่าการกระทำของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย และกรณียังขาดความใกล้จะเกิดของภัย (Imminency) แต่ในขณะเดียวกัน นักวิชาการท่านนี้กลับมีความเห็นว่าการปิดล้อมประเทศคิวบาโดยประเทศสหรัฐอเมริกานี้สอดคล้องกับหลัก

---

17 U.N. SCOR (1022nd mtg.) para. 80, U.N. Doc. S/5182 (1962) (United States draft resolution calling for the immediate dismantling and withdrawal from Cuba of all missiles and other offensive weapons).

<sup>33</sup> Beth M. Polebaum, National Self-Defense in International Law: An Emerging Standard for a Nuclear Age, New York University Law Review, April 1984

<sup>34</sup> Beth M. Polebaum, National Self-Defense in International Law: An Emerging Standard for a Nuclear Age, New York University Law Review, April 1984

ความเหมาะสม (Proportionality) ซึ่งทำให้การปิดล้อมดังกล่าวเป็นสิ่งที่ยอมรับได้ (Justifiable)<sup>35</sup>

ข้อใจความสำคัญที่ศาสตราจารย์ Wright ชี้ให้เห็นในกรณีปิดล้อมประเทศคิวบาก็คือ ในการปิดล้อมครั้งนี้ยังมีได้มีการใช้กำลังทางทหาร และท่านเห็นว่า การใช้มาตรการเชิงป้องกันโดยที่มีได้ใช้กำลังทางทหาร ต่อภัยคุกคามโดยกำลังทางทหารนั้น สามารถกระทำได้โดยปราศจากข้อสงสัย (*"Defensive measures not involving military action are doubtless permissible against threats of force"*)<sup>36</sup>

ในกรณีการปิดล้อมประเทศคิวบาในปี ค.ศ. 1962 เดียวกันนี้ มีนักวิชาการอีกท่านหนึ่งซึ่งให้ความเห็นไว้ ในเชิงตีความการป้องกันตัวเองล่วงหน้าอย่างกว้างขวางกว่า คือ ศาสตราจารย์ Myres McDougal โดยท่านมีความเห็นว่ากฎบัตรสหประชาชาติมุ่งประสงค์อย่างชัดแจ้งที่จะคงไว้ซึ่งสิทธิในการป้องกันตัวเอง และการตีความกฎบัตรข้อ 51 ไปในทางที่เป็นข้อจำกัดสิทธิการป้องกันตัวเองนั้นไม่ต้องตรงกับประสงค์ของผู้ร่าง และด้วยธรรมชาติของอาวุธสมัยใหม่ ทำให้จำเป็นต้องตีความสิทธิในการป้องกันตัวเองอย่างกว้างขวางขึ้น<sup>37</sup>

ศาสตราจารย์ McDougal ยังให้ความเห็นต่อไปอีกว่า ความเห็นของศาสตราจารย์ Wright ว่าการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าจำเป็นต้องมีความใกล้เคียงของภัย (Imminency) และในกรณีการปิดล้อมประเทศคิวบานั้นขาดองค์ประกอบดังกล่าว เป็นการตีความที่จะทำให้กฎบัตรกลายเป็นสิ่งที่พ้นสมัย และขาดความยืดหยุ่นที่จะปรับใช้กับปัญหาในสถานการณ์ปัจจุบัน และท่านมีความเห็นว่า การที่ประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีความวิตกอย่างมาก ต่อความได้เปรียบทางการทหารอย่างมาก หากประเทศสหภาพโซเวียตสามารถติดตั้งขีปนาวุธในประเทศคิวบาสำเร็จ ก็เป็นการเพียงพอที่จะทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาดำเนินการปิดล้อมประเทศคิวบาได้แล้ว เพราะหากมีการติดตั้งขีปนาวุธสำเร็จ โอกาสสุดท้ายของประเทศสหรัฐอเมริกาก็คง

<sup>35</sup> Beth M. Polebaum, National Self-Defense in International Law: An Emerging Standard for a Nuclear Age, New York University Law Review, April 1984

<sup>36</sup> Wright, The Cuban Quarantine, 57 Am. J. Int'l L. 546, 560 (1963) cite in Beth M. Polebaum, National Self-Defense in International Law: An Emerging Standard for a Nuclear Age, New York University Law Review, April 1984

<sup>37</sup> McDougal, The Soviet-Cuban Quarantine and Self-Defense, 57 Am. J. Int'l L. 597, 602-04 (1963) cite in Beth M. Polebaum, National Self-Defense in International Law: An Emerging Standard for a Nuclear Age, New York University Law Review, April 1984



จะหมดลง และท่านมีความเห็นว่าควรจะให้นิยามของคำว่า “ความใกล้จะเกิดของภัย (Imminency)” เสียใหม่ โดยน่าจะหมายถึง “โอกาสสุดท้ายที่จะกำจัดภัยคุกคามนั้น”<sup>38</sup>

ในแง่ความใกล้จะเกิดของภัยที่ประเทศสหรัฐอเมริกากล่าวอ้าง ในครั้งนี้นั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าภัยดังกล่าวยังไม่ใกล้จะเกิด เนื่องจากแม้ประเทศสหรัฐอเมริกาจะไม่ปิดล้อมประเทศคิวบาทันทีในขณะนั้น ก็เพียงแต่เป็นการเปิดโอกาสให้ประเทศสหภาพโซเวียตเข้าไปดำเนินการติดตั้งขีปนาวุธในประเทศคิวบาได้เพิ่มเติมอีก จากที่มีการติดตั้งอยู่แล้วเท่านั้น มิได้หมายความว่าหากปล่อยให้เรือบรรทุกอาวุธของประเทศสหภาพโซเวียตเข้าไปในประเทศคิวบาได้ จะเกิดการโจมตีด้วยอาวุธนิวเคลียร์ต่อประเทศสหรัฐอเมริกาในทันทีทันใด อีกทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาเองก็มีขีดความสามารถทางเทคโนโลยีนิวเคลียร์ และอาวุธสูงมากที่สุด ในขณะที่ ความใกล้จะเกิดของภัยย่อมต้องพิจารณาความสามารถในการป้องกันภัยของประเทศสหรัฐอเมริกาประกอบเข้าด้วยกันจึงจะถูกต้องตรงกับความเป็นจริง ประเทศสหรัฐอเมริกายังน่าจะมีทางเลือกอื่นยิ่งไปกว่าการใช้กำลังทางทหารปิดล้อมประเทศคิวบาในทันที หรือหากจะปล่อยให้จนกระทั่งมีการติดตั้งขีปนาวุธเพิ่มเติมขึ้นอีกสำเร็จ ประเทศสหรัฐอเมริกาก็ยังมีทางเลือกอื่นที่จะป้องกันภัยนั้นก่อนจะเกิดได้ อย่างเช่นที่มีตัวอย่างแนวการดำเนินการของประเทศสหรัฐอเมริกาเองในกรณีเดียวกันนี้ ก็คือ การที่ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา Mr. John F. Kennedy ยื่นคำขาดให้ประเทศสหภาพโซเวียตหันขีปนาวุธไปทางอื่นภายใน 24 ชั่วโมง มิเช่นนั้นประเทศสหรัฐอเมริกาจะทำการโจมตีด้วยอาวุธนิวเคลียร์ทันที เช่นนี้ก็เป็นอย่างหนึ่งที่เห็นได้ชัดเจนว่า การปิดล้อมประเทศคิวบาครั้งนี้ มิใช่ทางเลือกสุดท้ายของประเทศสหรัฐอเมริกา และยอมทำให้พิจารณาได้ว่า ภัยคุกคามที่ประเทศสหรัฐอเมริกาอ้างว่ามีนั้น ยังไม่ใกล้จะถึง

แต่หากจะพิจารณาในแง่ของความได้สัดส่วนของการป้องกัน ตัวเองนี้ โดยที่มองข้ามความใกล้จะเกิดของภัยไปเสียก่อน จะพบว่ากรณีการปิดล้อมประเทศคิวบานี้เป็นตัวอย่างหนึ่งที่แสดงลักษณะการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าอย่างเหมาะสม จากภัยคุกคามด้วยอาวุธนิวเคลียร์ เนื่องจากเป็นการกระทำที่พอสมควรแก่เหตุ คือ ยังไม่มีการโจมตีในทันที เพียงแต่ปิดล้อม และยื่นคำขาดให้หันขีปนาวุธไปทางอื่นเท่านั้น นี่เป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นว่า ความได้สัดส่วนนั้น มิใช่ว่าจะต้องได้ตอบด้วยอาวุธชนิดเดียวกันเสมอไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีภัยคุกคามจากอาวุธนิวเคลียร์ที่มีอำนาจทำลายล้างรุนแรง

<sup>38</sup> McDougal, The Soviet-Cuban Quarantine and Self-Defense, 57 Am. J. Int'l L. 597, 601-602 (1963) cite in Beth M. Polebaum, National Self-Defense in International Law: An Emerging Standard for a Nuclear Age, New York University Law Review, April 1984

### 3.2.2.2 การโจมตีโรงผลิตไฟฟ้านิวเคลียร์ของประเทศอิรักโดย ประเทศอิสราเอล ค.ศ. 1981

เหตุการณ์เริ่มต้นขึ้นเมื่อปี 1976 อิรักซื้อโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ Osiraq มาจากประเทศฝรั่งเศส โดยกล่าวอ้างว่าซื้อมาเพื่อวัตถุประสงค์แห่งการวิจัย และพัฒนาทางวิทยาศาสตร์ แต่อิสราเอลเห็นว่าโรงไฟฟ้าดังกล่าวเป็นโครงการพัฒนาแร่พลูโตเนียม เพื่อผลิตอาวุธนิวเคลียร์ของอิรัก ต่อมาช่วงประมาณฤดูร้อนในปี 1981 หน่วยข่าวกรองของอิสราเอลมีความเห็นว่าเป็นโอกาสสุดท้ายที่จะโจมตีโรงไฟฟ้าแห่งนี้ โดยที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายกับประชาชนอิรัก เนื่องจาก อิสราเอลเชื่อว่าหลังจากนี้อิรักจะเริ่มเดินเครื่องโรงไฟฟ้าแล้ว

ในวันที่ 7 มิถุนายน ค.ศ. 1981 ประเทศอิสราเอลจึงส่งเครื่องบินขับไล่ F-16 จำนวน 8 ลำไปทิ้งระเบิดใส่โรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ Osiraq ของประเทศอิรัก ทำให้โรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ดังกล่าวของประเทศไทยเสียหายจนไม่สามารถใช้งานได้ทันที

#### ข้อกล่าวอ้างของประเทศอิสราเอล

หลังการโจมตีเสร็จสิ้นลง ประเทศอิสราเอลได้ออกแถลงการณ์ว่าการโจมตีดังกล่าวเป็นการใช้สิทธิป้องกันตัวเองล่วงหน้าก่อนที่จะเกิดภัยขึ้น เนื่องจากประเทศอิสราเอลเชื่อว่าโรงไฟฟ้าดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างอาวุธนิวเคลียร์สำหรับใช้โจมตีประเทศอิสราเอล หากโรงจมนโรงไฟฟ้าดังกล่าวสร้างสำเร็จ อิรักก็อาจมีอาวุธนิวเคลียร์ที่สามารถโจมตีอิสราเอลได้ทุกเมื่อ และอิสราเอลเห็นว่าเมื่อเวลาอีกไม่เกินหนึ่งเดือนที่โรงไฟฟ้าแห่งนี้จะกลายเป็นภัยคุกคามอย่างวิกฤติต่ออิสราเอล และหากโรงจมนกระทั่งเดินเครื่องโรงไฟฟ้าแล้ว อิสราเอลจะไม่สามารถทำลายโรงไฟฟ้าแห่งนี้ได้โดยที่ไม่กระทบถึงเป้าหมายพลเรือนอีกต่อไป<sup>39</sup>

#### ท่าทีของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ

การโจมตีดังกล่าวของประเทศอิสราเอลถูกประณามโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ ตามมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 487 ในวันที่ 19 มิถุนายน ค.ศ. 1981<sup>40</sup> โดยเนื้อหาของมติให้ประณามการกระทำของอิสราเอลอย่างรุนแรง มีคำสั่งให้อิสราเอลงดเว้นจากการกระทำทำนองเดียวกันอีกในอนาคต ให้ส่งมอบอุปกรณ์เกี่ยวกับนิวเคลียร์

<sup>39</sup> Christine Gray. International Law and the Use of Force. First Publish. New York : Oxford University Press, 2000

<sup>40</sup> United Nations Security Council UN. Doc S/RES/487

ให้ IAEA เพื่อรับผิดชอบต่อไป และเห็นว่าประเทศอิรักได้รับความเสียหาย และมีสิทธิได้รับค่าชดเชย

นอกจากนั้นประเทศสหรัฐอเมริกาเองซึ่งเคยใช้ข้ออ้างในการป้องกันตัวเองล่วงหน้าในลักษณะคล้ายกัน ก็ได้ดำเนินการหยุดการจัดส่งอาวุธต่อประเทศอิสราเอลหลังจากเกิดเหตุการณ์ เพื่อเป็นการตอบโต้การกระทำของประเทศอิสราเอลอีกด้วย แต่อย่างไรก็ตามสหรัฐอเมริกามีได้แสดงท่าทีประณามอิสราเอลอย่างรุนแรงเหมือนกับชาติสมาชิกคณะมนตรีความมั่นคงอื่นๆ เพียงแต่เห็นว่าอิสราเอลฝ่าฝืนกฎบัตรสหประชาชาติเพราะไม่ได้ดำเนินการระงับข้อพิพาทอย่างสันติก่อนเท่านั้น

แต่อย่างไรก็ตาม ในหมู่ชาติสมาชิกที่มีมติประณามการกระทำของอิสราเอลนั้น ก็ยังมีเหตุผลแตกต่างออกไป โดยเกือบทั้งหมดเห็นว่าอิสราเอลไม่สามารถป้องกันตัวเองล่วงหน้าได้ แต่มี 4 ชาติ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา, อังกฤษ, เซียรา ลีโอน และไนเจอร์ที่เห็นว่าการป้องกันตัวเองล่วงหน้าสามารถกระทำได้ แต่อิสราเอลไม่ได้ดำเนินการให้ถูกต้องตามหลักการในคดีเรือคาโรลิน จึงทำให้การใช้กำลังไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>41</sup>

ทั้งนี้ เนื้อหาของมติคณะมนตรีความมั่นคงดังกล่าวมิได้กล่าวถึงข้ออ้างหลักของประเทศอิสราเอลที่ว่า ประเทศอิรักกำลังพัฒนาอาวุธนิวเคลียร์เพื่อโจมตีประเทศอิสราเอล ประเทศอิสราเอลจึงจำเป็นต้องโจมตีเป็นการป้องกันตัวล่วงหน้าว่าเป็นการชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และเนื้อหาของมติดังกล่าวกล่าวหาว่าประเทศอิสราเอลไม่ใช้ความพยายามระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี

เหตุกานโจมตีโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ครั้งนี้ ถูกหยิบยกขึ้นเปรียบเทียบกับเหตุการณ์ปิดล้อมประเทศคิวบาในปี ค.ศ. 1962 ในเรื่องของความใกล้จะเกิดของภัย (Imminency) เนื่องจากทั้งสองกรณีดูเหมือนว่าภัยคุกคามที่ประเทศอิสราเอล และประเทศสหรัฐอเมริกาอ้างว่ามีอยู่นั้น ยังคงค่อนข้างห่างไกลกับความใกล้จะเกิดขึ้นจริงอยู่ แต่ก็ปรากฏว่ากรณีทั้งสองมีผลลัพธ์ที่แตกต่างกัน คือ กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติมิได้มีมติประณามการกระทำ แต่กรณีของประเทศอิสราเอล กลับถูกประณามโดยมติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ

<sup>41</sup> Christine Gray. International Law and the Use of Force. First Publish. New York : Oxford

ดังที่ผู้เขียนได้ให้ความเห็นไว้แล้วว่า กรณีการปิดล้อมประเทศคิวบา โดยประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ยังไม่น่าจะถือได้ว่าเป็นภัยคุกคามที่ใกล้จะถึงต่อประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว โดยปัจจัยหนึ่งที่ประกอบการพิจารณา คือ เทคโนโลยีทางด้านอาวุธของประเทศสหรัฐอเมริกาเอง ที่มีขีดความสามารถสูงมาก จนอาจมีหนทางอื่นที่สามารถกระทำได้ ดังนั้น การจะพิจารณาว่าการโจมตีโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ของประเทศอิรักโดยประเทศอิสราเอลครั้งนี้นั้น เป็นที่ยอมรับได้ในกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ก็จะต้องพิจารณาเทคโนโลยีด้านอาวุธของประเทศอิสราเอลประกอบกันไปด้วย ซึ่งก็ไม่ปรากฏเป็นที่ชัดเจนว่าประเทศอิสราเอลนั้นมีเทคโนโลยีในระดับเดียวกันกับประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้น ในกรณีการอ้างสิทธิในการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้า หากเป็นกรณีลักษณะเดียวกัน ประเทศอิสราเอลจึงน่าที่จะมีสิทธิในการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าได้ก่อนประเทศสหรัฐอเมริกา

แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีโรงไฟฟ้านิวเคลียร์นั้น แม้จะพิจารณาถึงขีดความสามารถทางด้านอาวุธของประเทศอิสราเอลที่ด้อยกว่าประเทศสหรัฐอเมริกา ประกอบด้วยแล้วก็ตาม ผู้เขียนก็ยังคงมีความเห็นว่าประเทศอิสราเอลน่าจะเหลือวิธีทางเลือกอื่น (Alternative Means) ในการระงับภัยที่ประเทศอิสราเอลกล่าวอ้างว่าเกิดขึ้นจากการดำรงอยู่ของโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ Osiraq เนื่องจากลำพังโรงไฟฟ้านิวเคลียร์เองยังไม่สามารถใช้โจมตีประเทศอิสราเอลได้ การพัฒนาไปสู่การสร้างอาวุธนิวเคลียร์นั้นจำเป็นต้องใช้กระบวนการเพิ่มความเข้มข้นของสารกัมมันตรังสีในระดับที่สูงกว่าที่ใช้ในโรงไฟฟ้านิวเคลียร์มาก และเป็นที่ปรากฏชัดเจนจากข้อเท็จจริงว่า ประเทศอิสราเอลสามารถตรวจพบการสร้างโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ที่ตั้งอยู่ในประเทศอิรักได้ ดังนั้นประเทศอิสราเอลก็น่าที่จะสามารถตรวจพบว่ามีขนาดเล็กอื่นใดในลักษณะของกระบวนการพัฒนาแร่กัมมันตภาพรังสีเพื่อสร้างอาวุธนิวเคลียร์ได้ในลักษณะเดียวกัน ต่อเมื่อตรวจพบความเคลื่อนไหวเช่นนั้นของประเทศอิรักแล้ว ประเทศอิสราเอลจึงค่อยดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งก็ยังไม่ทันการ กรณีเช่นนี้อาจกล่าวได้ว่าการโจมตีของอิสราเอลยังขาดองค์ประกอบในแง่ความจำเป็นนั่นเอง

ผู้เขียนยังมีความเห็นต่อไปอีกว่า ถึงแม้ประเทศอิสราเอลจะพบว่าประเทศอิรักกำลังดำเนินการเพิ่มความเข้มข้นของสารกัมมันตรังสีเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอาวุธนิวเคลียร์แล้วก็ตาม ประเทศอิสราเอลก็ยังคงเหลือทางเลือกอื่นที่จะดำเนินการระงับภัยโดยไม่ใช้กำลังทางทหารอยู่ ในกรณีการโจมตีโรงไฟฟ้านิวเคลียร์โดยประเทศอิสราเอลนี้จึงค่อนข้างเป็นที่ชัดเจนว่าขาดองค์ประกอบเรื่องความใกล้จะถึงของภัย (Imminency) จึงเป็นการป้องกันตัวเองล่วงหน้าที่ไม่อาจยอมรับได้ในกฎหมายระหว่างประเทศ

### 3.2.2.3 ปฏิบัติการทางทหารต่อประเทศอิรัก โดยประเทศ สหรัฐอเมริกา ค.ศ. 2003

ปฏิบัติการทางทหารของสหรัฐอเมริกาครั้งนี้เริ่มต้นขึ้นเมื่อวันที่ 19 มีนาคม 2003 หลังจากทีคณะมนตรีความมั่นคงออกมติที่ 1441 ให้อิรักให้ความร่วมมือกับผู้ตรวจสอบอาวุธนิวเคลียร์ขององค์การสหประชาชาติ แต่ปรากฏว่าอิรักปฏิเสธไม่ให้ความร่วมมือดังกล่าว

#### ข้อกล่าวอ้างของประเทศสหรัฐอเมริกา

กรณีการเข้าโจมตีประเทศอิรักนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกามีข้ออ้างที่แตกต่างไปจากกรณีการโจมตีประเทศอัฟกานิสถาน ซึ่งถูกโจมตีเนื่องจากสาเหตุว่าเป็นแหล่งพักพิง และสนับสนุนกลุ่มผู้ก่อการร้ายที่เป็นผู้ก่อเหตุโจมตีตึกเวิลด์เทรดเซ็นเตอร์ ทั้งทีคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติก็ได้มีมติให้ประเทศสหรัฐอเมริกาใช้กำลังทางทหารต่อประเทศอัฟกานิสถานได้ จึงยังคงมีข้อถกเถียงกันในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการโจมตีดังกล่าวอยู่

ข้ออ้างต่างๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกามักจะกล่าวอ้างอิงถึงมติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่เคยออกคำสั่งเกี่ยวกับประเทศอิรักตั้งแต่สมัยสงครามอ่าวเปอร์เซียครั้งที่สอง และมติที่เกี่ยวข้องกัน เช่น ข้ออ้างที่ว่าเป็นสงครามเพื่อบังคับตามมติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่ 1441<sup>42</sup> (บังคับให้อิรักให้ความร่วมมือกับคณะผู้ตรวจสอบขององค์การสหประชาชาติ โดยอ้างว่าอิรักฝ่าฝืนมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 678 ที่กำหนดมาตรการหยุดยิงในสงครามอ่าวเปอร์เซียครั้งที่สอง และให้อิรักปฏิบัติตามคำสั่งควบคุม และตรวจสอบอาวุธขององค์การสหประชาชาติ) หรือ กระทั่งอ้างไปถึงมติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่ 660 (อนุญาตให้ใช้กำลังปราบปรามการรุกรานคูเวตโดยอิรัก) ในกรณีที่อิรักรุกรานคูเวตซึ่งเป็นเรื่องตั้งแต่สมัยประธานาธิบดี จอร์จ บุช ในสมัยสงครามอ่าวเปอร์เซียครั้งที่สอง<sup>43</sup>

<sup>42</sup> คำแถลงของเอกอัครราชทูตผู้แทนถาวรสหรัฐอเมริกาประจำสหประชาชาติ Mr. John Negroponte ในที่ประชุมสหประชาชาติวันที่ 8 พฤศจิกายน ค.ศ. 2003 จากเว็บไซต์ [www.un.int/usa/02\\_18.htm](http://www.un.int/usa/02_18.htm)

<sup>43</sup> Joel R. Paul, The Bush Doctrine: Making Or Braking Customary International Law, Hastings International and Comparative Law Review, Spring, 2004

อย่างไรก็ตาม ข้ออ้างที่สำคัญ และมักจะถูกหยิบยกขึ้นมาเพื่ออธิบายเหตุผลในการใช้กำลังทางทหารต่อประเทศอิรัก ก็คือ เหตุผลว่าเป็นการกระทำเพื่อป้องกันตัวเองล่วงหน้าจากการที่ประเทศอิรักกำลังสะสมอาวุธซึ่งมีอำนาจทำลายล้างร้ายแรง ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้หยิบยกขึ้นอ้างในโอกาสต่าง ๆ กัน เช่น ในสุนทรพจน์เนื่องในพิธีจบการศึกษาที่โรงเรียนเวสต์พอยท์ เมื่อวันที่ 1 มิถุนายน ค.ศ. 2002 ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา Mr. George W. Bush ได้กล่าวไว้ว่า

*“We cannot defend America and our friends by hoping for the best. We cannot put our faith in the word of tyrants, who solemnly sign non-proliferation treaties, and then systemically break them. If we wait for threats to fully materialize, we will have waited too long — Our security will require transforming the military you will lead — a military that must be ready to strike at a moment's notice in any dark corner of the world. And our security will require all Americans to be forward-looking and resolute, to be ready for preemptive action when necessary to defend our liberty and to defend our lives.”<sup>44</sup>*

เมื่อวันที่ 12 กันยายน ค.ศ. 2002 ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา Mr. George W. Bush ได้แถลงต่อที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติว่า

*“We cannot stand by and do nothing while dangers gather”<sup>45</sup>*

นอกจากนั้น หลังจากเหตุการณ์ 11 กันยายน ค.ศ. 2001 เป็นต้นมา ประเทศสหรัฐอเมริกาก็มีนโยบายที่ชัดเจนเกี่ยวกับการใช้กำลังโจมตีล่วงหน้า โดยปรากฏอยู่ในยุทธศาสตร์ความมั่นคงของทำเนียบขาว ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาอาจจะใช้กำลังโจมตีใน

---

<sup>44</sup> สุนทรพจน์ในพิธีจบการศึกษาที่โรงเรียนนายร้อยเวสต์พอยท์ของ Mr. George W. Bush วันที่ 1 มิถุนายน ค.ศ. 2002 จากเว็บไซต์ <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2002/06/print/20020601-3.html>

<sup>45</sup> Mr. George W. Bush's Address to the United Nations General Assembly, 38 Weekly Comp. Pres. Doc. 1529 (Sept. 12, 2002) cited in William C. Bradford, “The Duty to Defend Them”: A Natural Law Justification for the Bush Doctrine of Preventive War, Symposium The Changing Laws of War: Do We Need a New Legal Regime after September 11?, Notre Dame Law Review, July, 2004

ลักษณะการป้องกันล่วงหน้า ต่อประเทศที่ให้ที่พักพิง, สนับสนุน การก่อการร้าย หรือประเทศที่พัฒนาอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างร้ายแรง (WMD) ซึ่งมีใจความที่สำคัญบางประการ ดังนี้<sup>46</sup>

ก. เป้าหมายของนโยบายความมั่นคงของชาวอเมริกันมิได้เฉพาะเจาะจงไปเพิ่มหาอำนาจอย่างเดียวอีกต่อไป แต่จะมุ่งไปที่กลุ่มที่มีอำนาจน้อยกว่าที่ให้การสนับสนุนการก่อการร้าย หรือพัฒนาอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างร้ายแรง (WMD)

ข. การโจมตีล่วงหน้า (Preemptive Strike) จะถูกใช้เพื่อป้องกันภัยคุกคามต่อประเทศสหรัฐอเมริกา หรือประชาชนชาวอเมริกัน และ

ค. ประเทศสหรัฐอเมริกาจะดำเนินการเพียงลำพัง โดยปราศจากการสนับสนุนจากประชาคมระหว่างประเทศ หากจำเป็น<sup>47</sup>

และในรายงานยุทธศาสตร์ฉบับเดียวกันนี้ถึงขนาดกล่าวไว้ว่า แม้จะมีความไม่แน่นอน และขาดหลักฐานที่ชัดเจนก็ไม่ใช่เป็นการยกเว้นการดำเนินการในเชิงใช้กำลังล่วงหน้า หากปรากฏว่ามีภัยคุกคามอย่างร้ายแรงต่อความมั่นคงของสหรัฐอเมริกา

นอกจากนั้นแล้ว ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา Mr. George W. Bush ยังเคยกล่าวไว้ว่า ประเทศอิรัก, ประเทศอิหร่าน และประเทศเกาหลีเหนือ รวมกันเป็นอักษะแห่งความชั่วร้าย<sup>48</sup> และเคยแถลงต่อที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติไว้ด้วยว่า กลุ่มก่อการร้ายอาจได้รับการสนับสนุนด้านอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างร้ายแรง (WMD) จากระบบการปกครองซึ่งอยู่นอกกฎหมายเช่นประเทศอิรัก<sup>49</sup>

และที่ปรากฏชัดเจนที่สุดถึงข้ออ้างของการใช้กำลังทางทหารต่อประเทศอิรัก ว่าเป็นการป้องกันตัวเองล่วงหน้า ก็คือคำแถลงของประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา Mr.

---

<sup>46</sup> Amy E. Eckert and Manooher Mofidi, Doctrine or Doctrinaire—The First Strike Doctrine and Preemptive Self-Defense under International Law, Tulane Journal of International and Comparative Law, Spring, 2004

<sup>47</sup> National Security Council, The National Security Strategy of the United States, 1-2, 5-7, 13-16 (2002), available from [http:// www.whitehouse.gov/nsc/nss.html](http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.html) ; John Lewis Gaddis, A Grand Strategy, Foreign Pol'y, Nov./Dec. 2002

<sup>48</sup> The U.S.A President Mr. George W. Bush, State of the Union Address (Jan. 29, 2002), available from [http:// www.whitehouse.gov/news/releases/2002/01/20020129-11.html](http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/01/20020129-11.html)

<sup>49</sup> คำแถลงของประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา Mr. George W. Bush ต่อที่ประชุมสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ เมื่อวันที่ 12 กันยายน 2002 จากเว็บไซต์ [http:// www.whitehouse.gov/news/releases/2002/09/20020912-1.html](http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/09/20020912-1.html)

George W. Bush เมื่อวันที่ 19 มีนาคม ค.ศ. 2003 ซึ่งเป็นวันที่เริ่มการปฏิบัติการทางทหารในประเทศอิรัก ซึ่งมีข้อความว่า

*“My fellow citizens, at this hour American and coalition forces are in the early stages of military operations to disarm Iraq, to free its people and to defend the world from grave danger.”*<sup>50</sup>

อย่างไรก็ตาม ในแง่ความใกล้จะเกิดของภัย (Imminency) แม้แต่เจ้าหน้าที่ระดับสูงของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นผู้สนับสนุนการโจมตีในครั้งนี้ คือ Mr. Kenneth M. Pollack ยังยอมรับว่าภัยคุกคามจากประเทศอิรักยังมีได้ใกล้จะถึง โดยเขาได้กล่าวไว้ว่า *“Saddam is... probably several years away from being an irremediable danger.”*<sup>51</sup>

### ท่าทีของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ

ในกรณีนี้ไม่ปรากฏว่ามีมติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติใดที่ประณาม หรือ ยับยั้งการโจมตีของสหรัฐอเมริกาโดยตรง ไม่ว่าจะก่อน หรือ หลังการโจมตี ในทางกลับกัน ก็ไม่มีข้อมติใดที่อนุญาตให้สหรัฐอเมริกา และพันธมิตรเข้าใช้กำลังได้โดยชัดแจ้งเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตาม ข้อมติที่สหรัฐอเมริกามักจะอ้างถึงอยู่เสมอว่าเป็นฐานทางกฎหมายในการใช้กำลังก็คือ มติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1441 แต่มติดังกล่าวก็เพียงบังคับให้อิรักให้ความร่วมมือกับคณะผู้ตรวจสอบขององค์การสหประชาชาติ โดยอ้างว่าอิรักฝ่าฝืนมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 678 (กำหนดมาตรการหยุดยิงในสงครามอ่าวเปอร์เซียครั้งที่สอง) และให้อิรักปฏิบัติตามคำสั่งควบคุม และตรวจสอบอาวุธขององค์การสหประชาชาติ

อย่างไรก็ตามแม้จะไม่มีมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ชัดเจน แต่ปรากฏว่ามีกระแสวิพากษ์วิจารณ์ในประชาคมระหว่างประเทศถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการโจมตีครั้งนี้ ไม่ว่าจะจากเลขาธิการองค์การสหประชาชาติ<sup>52</sup> หรือ นานารัฐ เช่น ซาอุดีอาระเบีย, จีน,

<sup>50</sup> Mr. George W. Bush, อ้างแล้วที่ 14 และคำแถลงของประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา Mr. George W. Bush ต่อที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติเมื่อวันที่ 12 กันยายน ค.ศ. 2002 จากเว็บไซต์ <http://archives.cnn.com/2002/US/09/12/bush.transcript/>

<sup>51</sup> Charles Pierson, Preemptive Self-Defense in an Age of Weapons of Mass Destruction: Operation Iraqi Freedom, Denver Journal of International Law and Policy, Winter, 2004

<sup>52</sup> Annan Says US Will Violate Charter if It Acts Without Approval [Online]. Available from : <http://www.commondreams.org/headlines03/0311-06.htm> : [2012, June 12]



ฝรั่งเศส, รัสเซีย, แคนาดา, ตุรกี, ซีเรีย, ปากีสถาน ฯลฯ ซึ่งในครั้งนั้นปรากฏว่ามีเพียง 30 ประเทศเท่านั้นที่สนับสนุนการโจมตี ได้แก่ อัฟกานิสถาน, แอลเบเนีย, ออสเตรเลีย, อาเซอร์ไบจาน, บัลแกเรีย, โคลัมเบีย, สาธารณรัฐเช็ก, เดนมาร์ก, เอลซัลวาดอร์, เอมเทรีย, เอสโตเนีย, เอธิโอเปีย, จอร์เจีย, ฮังการี, อิตาลี, ญี่ปุ่น, เกาหลีใต้, ลัตเวีย, ลิทัวเนีย, มาซิโดเนีย, เนเธอร์แลนด์, นิคาราแกว, ฟิลิปปีนส์, โปแลนด์, โรมาเนีย, สโลวาเกีย, สเปน, ตุรกี, อังกฤษ และอุซเบกิสถาน<sup>53</sup>

มีข้ออ้างสังเกตประการหนึ่งว่า ก่อนที่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติจะออกมติที่ 1441 นั้น ประเทศสหรัฐอเมริกา และพันธมิตรที่สำคัญอย่างอังกฤษ ได้ใช้ความพยายามอย่างหนักในการลอบบีให้คณะมนตรีความมั่นคงอนุญาตให้ใช้กำลังทางทหารกับประเทศอิรัก ในเมื่อทั้งสองประเทศดังกล่าวกล่าวอ้างเหตุผลของการใช้กำลังว่าเป็นไปตามมติคณะมนตรีความมั่นคงที่มีอยู่ก่อนแล้ว เหตุใดจึงต้องพยายามขอมติใหม่อีกครั้ง จนกระทั่งในที่สุดคณะมนตรีความมั่นคงก็ออกมติที่ 1441 มาในแนวทางประนีประนอม โดยเร่งรัดให้อิรักให้ความร่วมมือกับการตรวจสอบอาวุธที่มากขึ้น แต่ในขณะเดียวกัน ก็ได้ให้สิทธิสหรัฐอเมริกาในการใช้กำลังโจมตีทันที และในเวลานั้น เอกอัครราชทูตผู้แทนถาวรสหรัฐอเมริกาประจำองค์การสหประชาชาติเองก็เคยได้ให้ถ้อยแถลงไว้อย่างชัดเจนว่า มติดังกล่าวมิได้ซ่อนกลไก หรือ เป็นการอนุญาตให้ใช้กำลังโดยอัตโนมัติ (*"Contains no hidden triggers and no automatically with respect to the use of force."*)<sup>54</sup> แต่ในภายหลังสหรัฐอเมริกาได้เปิดฉากโจมตีอิรักโดยอ้างถึงมติดังกล่าว จึงค่อนข้างเป็นที่เห็นได้ว่า ข้ออ้างว่าโจมตีเพื่อบังคับตามมติที่ 1441 นั้นเป็นข้ออ้างที่เกิดขึ้นภายหลังเสียมากกว่าเป็นเจตนารมณ์ดั้งเดิมของสหรัฐอเมริกา และประเทศพันธมิตร

อดีตผู้พิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ Abraham Sofaer ได้ให้ความเห็นว่า ปฏิบัติการทางทหารของประเทศสหรัฐอเมริกาต่อประเทศอิรักในปี ค.ศ. 2003 นั้นถือว่าผ่านหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาในบทข้างต้น คือ 1) ลักษณะ และขนาดของภัยคุกคาม, 2) ความเป็นไปได้ที่ภัยคุกคามนั้นจะเกิดขึ้นจริง, 3) ไม่มีหนทางเลือกอื่นใดอีกต่อไป, 4) ภายใต้อาณัติการนั้น การป้องกันล่วงหน้าจะสอดคล้องต้องกันกับวัตถุประสงค์ของกฎบัตรสหประชาชาติหรือไม่ เนื่องจากผู้นำประเทศอิรักมีประวัติการใช้ความรุนแรงต่อทั้งประเทศเพื่อนบ้าน และประชาชนในประเทศ ประกอบกับตัวผู้นำของประเทศอิรักมีลักษณะอาการทางจิต

<sup>53</sup> US names 'coalition of the willing' [Online]. Available from : <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/2862343.stm> : [2012, June 12]

<sup>54</sup> Joel R. Paul, The Bush Doctrine: Making Or Braking Customary International Law, Hastings International and Comparative Law Review, Spring, 2004

ประสาธ ทำให้มีโอกาสมากที่ประเทศอิรักจะก่อความรุนแรงขึ้นอีก และที่ผ่านมหลังจากสงคราม  
อ่าวครั้งแรก ประเทศอิรักก็ฝ่าฝืนข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงมาโดยตลอด และผู้พิพากษา  
ท่านนี้ยังเห็นว่าปฏิบัติการทางทหารในปี ค.ศ. 2003 นั้นเป็นการกระทำเพื่อบังคับตามมติคณะ  
มนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ<sup>55</sup> จึงเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ

เมื่อพิจารณาแนวปฏิบัติของสหรัฐอเมริกาในครั้งนี้อันแล้วจะพบว่า  
กรณีเป็นเรื่องที่สหรัฐอเมริกาอ้างการป้องกันตัวเองล่วงหน้าก่อนที่จะเกิดภัยต่อรัฐตนขึ้นจริง  
เนื่องจาก ในขณะนั้น ประเทศอิรักยังมีได้โจมตีใดๆ ต่อสหรัฐอเมริกา ดังนั้น หากจะพิจารณาถึง  
ความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของการกระทำของสหรัฐอเมริกาในครั้งนี้อัน จำเป็นต้อง  
เปรียบเทียบถึงแนวปฏิบัติในการป้องกันตัวเองล่วงหน้า และความคิดเห็นทางวิชาการเกี่ยวกับการ  
ป้องกันตัวเองล่วงหน้าที่เป็นที่ยอมรับได้ในประชาคมระหว่างประเทศ ซึ่งจะพบว่า องค์ประกอบที่  
สำคัญที่สุดของการป้องกันตัวเองล่วงหน้า คือ ความใกล้จะเกิดของภัย (Imminency) นั้นแทบจะ  
ไม่มีอยู่เลยในกรณีประเทศอิรัก แม้กระทั่งเจ้าหน้าที่ระดับสูงของสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องโดยตรง  
กับการโจมตีก็ยังยอมรับอย่างเปิดเผย และสุดท้ายหลังจากที่สหรัฐอเมริกาเข้าตรวจสอบประเทศ  
อิรักโดยละเอียดแล้วก็พบว่าอิรักไม่ได้มีขีดความสามารถที่จะสร้างอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้าง  
ร้ายแรงใดๆ ดังที่ตนกล่าวอ้างไว้ หรือ หากจะพิจารณาถึงองค์ประกอบที่สำคัญรองลงมา คือ ความ  
ได้สัดส่วนได้ส่วนของการใช้กำลัง (Proportionality) ก็จะได้พบได้อีกเช่นกันว่าไม่มีอยู่เลยเช่นกัน  
เนื่องจากการใช้กำลังของสหรัฐอเมริกาในครั้งนี้เป็นโจมตีอย่างเต็มรูปแบบ ขยายวงกว้างไป  
เกือบทั้งประเทศอิรัก มีผลทำให้โฉมหน้าของการปกครองในอิรักเปลี่ยนแปลงไปโดยสิ้นเชิง  
ในขณะที่สิ่งที่สหรัฐอเมริกาอ้างว่าเป็นภัยคุกคามจากอิรักต่อตนเองนั้นไม่มีหลักฐานเป็นที่  
ประจักษ์

### 3.2.3 แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าในกรณี อื่นๆ

#### 3.2.3.1 The Caroline Incident ค.ศ. 1837

##### ข้อเท็จจริง

---

<sup>55</sup> Abraham Sofaer, Necessity of Pre-emption, 14 Eur. J. Int'l L. 209, 214 (2003) cited in Charles  
Pierson, Preemptive Self-Defense in an Age of Weapons of Mass Destruction: Operation Iraqi Freedom, Denver  
Journal of International Law and Policy, Winter, 2004

เหตุการณ์หนึ่งซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นที่สำคัญซึ่งทำให้ประชาคมระหว่างประเทศได้คำนึงประเด็นการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าก่อนที่จะเกิดภัยขึ้นนั้น คือ เหตุการณ์เรือคาโรไลน์ (The Caroline Incident) ในช่วงเวลานั้น เกิดการกบฏต่อต้านรัฐบาลในประเทศแคนาดา ซึ่งขณะนั้นเป็นอาณานิคมในความปกครองของประเทศอังกฤษ โดยประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นเพื่อนบ้านใกล้ชิดที่สุดในขณะนั้นมีนโยบายวางตัวเป็นกลาง ทำให้มีกองกำลังกบฏหลบหนีข้ามพรมแดนเข้าไปพักอาศัย และบางส่วนก็ได้รับการสนับสนุนในด้านต่างๆเป็นการส่วนตัวจากชาวอเมริกัน ในคืนวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ. 1837 ประเทศอังกฤษได้ส่งกองกำลังทหารข้ามแม่น้ำไนแอการามาจากประเทศแคนาดา เพื่อเข้าสู่ควิเบก เพื่อเข้ามาทำลายเรือคาโรไลน์ซึ่งเป็นเรือลำเลียงสนับสนุนกองกำลังต่อต้านรัฐบาลแคนาดา (เรือลำนี้มีชื่อของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา) ในเหตุการณ์ครั้งนั้น เรือคาโรไลน์ถูกทำลายจนจมลง และมีชาวอเมริกันบาดเจ็บ, เสียชีวิต และสูญหาย<sup>56</sup>

เหตุการณ์ดังกล่าวเป็นจุดเริ่มต้นของหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศยุคใหม่ว่าด้วยการใช้กำลังป้องกันตัวเองของรัฐ หรือ กระทั่งการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้า โดยปรากฏจากหลักฐานเจตนาหมายโต้ตอบระหว่างรัฐบาลประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ ในครั้งนั้นรัฐบาลสหรัฐอเมริกาโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศมิได้ปฏิเสธสิทธิของประเทศอังกฤษในการป้องกันตัวเอง หรือ กระทั่งป้องกันตัวเองในลักษณะล่วงหน้า แต่ปฏิเสธว่าการโจมตีดังกล่าวขาดความจำเป็น (Necessity)<sup>57</sup> ซึ่งรัฐบาลประเทศอังกฤษเองก็ได้ปฏิเสธทำที่เช่นนี้ของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา และกรณีเรือคาโรไลน์นี้ยังเป็นจุดเริ่มต้นของแนวคิดการป้องกันตัวเองล่วงหน้า โดยประเทศอังกฤษกล่าวอ้างว่าการโจมตีเรือดังกล่าวเป็นการป้องกันล่วงหน้า รัฐไม่จำเป็นต้องรอจนกว่าจะถูกโจมตี แต่สามารถป้องกันตัวเองล่วงหน้าได้อย่างชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้หากไม่โจมตีเรือคาโรไลน์แล้ว เรือลำดังกล่าวก็จะดำเนินการสนับสนุนกองกำลังกบฏในประเทศแคนาดาต่อไป และในเจตนาหมายของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกายังได้อธิบายต่อไปว่าในการป้องกันล่วงหน้าจำเป็นต้องมีความจำเป็นอย่างเร่งด่วน (Instant) และท่วมท้น (Overwhelming) และไม่มีทางเลือกให้ใช้วิธีการ

<sup>56</sup> British and Foreign State Papers 1137 – 1130 and British and Foreign State Papers 195 – 196 cited in Helen Duffy, *The 'War on Terror and The Framework of International Law'*, First Published, United States, Cambridge University Press Inc., New York, 2005, p.157

<sup>57</sup> Amy E. Eckert and Manooher Mofidi, *Doctrine or Doctrinaire—The First Strike Doctrine and Preemptive Self-Defense under International Law*, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Spring, 2004

อื่น (Leaving no choice of means) และไม่มีเวลาสำหรับใคร่ครวญอีกต่อไป (No moment for deliberation)<sup>58</sup>

### ท่าทีของประชาคมระหว่างประเทศ

คู่กรณีโดยตรงในคดีนี้ คือ ประเทศสหรัฐอเมริกา โดย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ในฐานะผู้เสียหาย เนื่องจากมีชาวอเมริกันบาดเจ็บ และ เสียชีวิต และทรัพย์สินของชาวอเมริกันเสียหาย ยอมรับโดยนัยว่าประเทศอังกฤษมีสิทธิดำเนินการ ป้องกันตัวเองในลักษณะล่วงหน้า (Anticipatory Action) ได้ ดังนั้น ประการที่สอง รัฐสามารถใช้ กำลังป้องกันล่วงหน้าได้ หากรัฐดำเนินการอย่างเหมาะสม มีเหตุผล และกระทำไปตามความ จำเป็น<sup>59</sup>

ในกรณีเรือคาโรลินีนี้ ยังสร้างหลักกฎหมายเกี่ยวกับการใช้กำลัง ป้องกันตัวเองที่สำคัญอีกประการ ได้แก่ ความเร่งด่วน (Immediacy) กล่าวคือ ในการใช้กำลัง ป้องกันตัวเอง รัฐจะต้องกระทำด้วยความเร่งด่วน และขับพลังทันทีที่เกิดภัยขึ้น และการป้องกัน นั้นจะต้องยุติลงทันทีเมื่อภัยคุกคามนั้นได้ผ่านพ้นไป มิเช่นนั้นแล้ว การใช้กำลังที่ชอบในตอนแรก ก็อาจมีชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศในภายหลัง หรือ อาจถือเป็นการใช้กำลังตอบโต้ก็ได้<sup>60</sup>

อุทธรณ์เรือคาโรลินีนี้ ได้ถูกหยิบยกขึ้นกล่าวถึงทั้งในกรณีที่รัฐ อ้างการป้องกันตัวเอง หรือ การป้องกันตัวเองล่วงหน้าก็ตาม ศาลทหารแห่งนูเรมเบิร์กเคยวินิจฉัย ไว้เมื่อเดือนตุลาคม ค.ศ.1946 ว่า การกระทำในลักษณะล่วงหน้าต่อดินแดนของรัฐอื่นนั้น จะถือว่า ชอบด้วยเหตุผลเฉพาะในกรณีที่ เร่งด่วน และมีความจำเป็นอย่างท่วมท้นเพื่อป้องกันตนเอง และ ไม่เหลือวิธีการอื่นใด และไม่มีเวลาสำหรับใคร่ครวญอีกต่อไป (preventive action in foreign

---

<sup>58</sup> Letter dated 24 April 1841 from the US Secretary of State, Daniel Webster, to the Government of the United Kingdom, Lord Ashburton Fox cited in Helen Duffy, *The 'War on Terror and The Framework of International Law'*, First Published, United States, Cambridge University Press Inc., New York, 2005, p.158

<sup>59</sup> Jane A. Mayer, *Collective Self-Defense and Regional Security: Necessary Exceptions to a Globalist Doctrine*, Boston University International Law Journal, Fall, 1993

<sup>60</sup> Gregory M. Travalio, *Terrorism, International Law, and The Use of Military Force*, Wisconsin International Law Journal, Winter, 2000

territory is justified only in the case of an instant and overwhelming necessity for self-defense, leaving no choice of means and no moment for deliberation)<sup>61</sup>

ในช่วงเวลาต่อมา มีการยอมรับหลักการจากคดีเรือคาโรลินีนี้ในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในหลายคดี ไม่ว่าจะในคดีนิคารากัว<sup>62</sup> หรือ กรณีคดี Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons<sup>63</sup> ก็ตาม ศาลต่างก็กล่าวอ้างถึงหลักความจำเป็น และได้ตัดได้ส่วนนี้ หรือ กระทั่งศาลทหารในคดี Nuremberg ที่พิจารณาความผิดของผู้นำเยอรมันกรณีรุกรานนอร์เวย์ ซึ่งจำเลยต่อสู้ว่าเป็นการกระทำเพื่อป้องกันตัวของเยอรมันนั้น ศาลทหารในคดีดังกล่าวก็พิจารณาจากเกณฑ์ในคดีคาโรลินีว่า ข้อกล่าวอ้างของผู้นำเยอรมันยังไม่มี ความจำเป็นอย่างยี่งวดจนก่อให้เกิดสิทธิในการป้องกันตัวเอง<sup>64</sup>

### 3.2.3.2 สงครามหกวันระหว่างประเทศอิสราเอล กับชาติอาหรับ 6

ชาติ ค.ศ. 1967

ในปี ค.ศ. 1967 ประธานาธิบดีของประเทศอียิปต์ได้สั่งการให้เตรียมความพร้อมทางทหารขั้นสูงสุด และสั่งการให้กองกำลัง United Nations Emergency Force (U.N.E.F.) ออกไปจากประเทศอียิปต์ และมีคำสั่งให้ใช้กำลังทหารปิดอ่าว Aqaba และช่องแคบ Tiran เพื่อปิดกั้นการขนส่งทางทะเลของประเทศอิสราเอล นายกรัฐมนตรีของประเทศอิสราเอลในขณะนั้นแสดงท่าทีว่าจะมีการใช้กำลังทางทหารเพื่อเปิดน่านน้ำ โดยถือว่าการป้องกันตัวเอง และนายกรัฐมนตรีของประเทศอิสราเอลยังได้กล่าวไว้ว่า

*“Any interference with freedom of shipping in the Gulf and in the Strait constitutes a gross violation of international law, a blow at the sovereign rights of other nations, and an act of aggression against Israel”*<sup>65</sup>

<sup>61</sup> Lucy Martinez, September 11<sup>th</sup>, Iraq and the Doctrine of Anticipatory Self-Defense, UMKC Law Review, Fall, 2003

<sup>62</sup> Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America, Merits, Judgment, I.C.J. Report 1986, para.237

<sup>63</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Report 1996, para.41

<sup>64</sup> Robert F. Teplitz. Taking Assassination Attempts Seriously: Did the United States Violate International Law in Forcefully Responding to the Iraqi Plot to Kill George Bush?. Cornell International Law Journal 28 (Spring 1995) : p.573

<sup>65</sup> Beth M. Polebaum, National Self-Defense in International Law: An Emerging Standard for a Nuclear Age, New York University Law Review, April 1984

สถานการณ์ในขณะนั้นยิ่งเพิ่มความตึงเครียดมากขึ้น เมื่อ  
ประธานาธิบดีแห่งประเทศอิสราเอลได้กล่าวถ้อยแถลงต่อสมาชิกสภาแห่งชาติอิสราเอลว่า

*“The issue today is not the question of Aqaba, or the Strait of Tiran, or U.N.E.F. The issue is the rights of the people of Palestine, the aggression against Palestine that took place in 1948, with the help of Britain and the United States.... [Others] want to confine [the conflict] to the Strait of Tiran, U.N.E.F., and the rights of passage. We say: We want the rights of the people of Palestine-complete”*<sup>66</sup>

ในอีกไม่กี่วันต่อมา ปรากฏว่ากำลังทางทหารของประเทศซีเรีย, ประเทศจอร์แดน และประเทศอิรักได้ชุมนุมพลกันภายใต้การบัญชาการของประเทศอิสราเอล โดยมีรัฐบาลประเทศลิเบีย, ประเทศซูดาน และประเทศคูเวตให้การสนับสนุน

เมื่อวันที่ 5 มิถุนายน ค.ศ. 1967 ประเทศอิสราเอลเริ่มต้นปฏิบัติการทางทหารโดยโจมตีสนามบินของประเทศอิสราเอล และกองกำลังผสมของชาติอาหรับ โดยที่ประเทศอิสราเอลเองยังไม่ถูกโจมตี และประเทศอิสราเอลเป็นฝ่ายชนะสงครามในครั้งนั้น โดยใช้เวลาดำเนินการเพียง 6 วัน

### ข้อกล่าวอ้างของประเทศอิสราเอล

สงครามครั้งนี้ ประเทศอิสราเอลกล่าวอ้างว่ากลุ่มประเทศอาหรับผู้กระทำความผิดโจมตีอิสราเอลก่อน (Armed Attack) ซึ่งแตกต่างไปจากกรณีอื่นๆ ที่อิสราเอลมักอ้างว่าตนกระทำการเพื่อป้องกันตัวเองล่วงหน้า แต่กรณีนี้ อิสราเอลกล่าวอ้างว่าการเคลื่อนกำลังทางทหาร เตรียมพร้อมทางทหาร และการปิดกั้นชายแดนของตนเทียบเท่ากับการโจมตีด้วยอาวุธแล้ว<sup>67</sup>

### ท่าทีของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ

<sup>66</sup> Beth M. Polebaum, National Self-Defense in International Law: An Emerging Standard for a Nuclear Age, New York University Law Review, April 1984

<sup>67</sup> Christine Gray. International Law and the Use of Force. First Publish. New York : Oxford University Press, 2000, p.113

เหตุการณ์สงครามหกวันครั้งนี้ แม้ประเทศอิสราเอลจะยังไม่ถูกโจมตีด้วยอาวุธ (Armed Attack) ซึ่งเป็นเงื่อนไขในการใช้สิทธิในการป้องกันตัวเองตามกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 51 ก็ตาม แต่ประชาคมระหว่างประเทศก็ดูจะยอมรับว่าการโจมตีของประเทศอิสราเอลเป็นที่ยอมรับได้ เนื่องจากประเทศอิสราเอลเองอยู่ในสถานะที่เสียเปรียบมาก ทั้งด้านอาวุธ หรือกำลังทางทหารที่น้อยกว่าหลายเท่า หรือขนาดพื้นที่ซึ่งเทียบไม่ได้เลยกับชาติอาหรับคู่กรณี จึงทำให้ประเทศอิสราเอลไม่อาจหลีกเลี่ยงการชิงโจมตีก่อนได้ อีกทั้งชาติอาหรับเหล่านั้นก็มีเจตนาที่ชัดเจนว่าประสงค์จะทำลายประเทศอิสราเอลเสียทีเดียว<sup>68</sup>

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าสงครามหกวัน ซึ่งประเทศอิสราเอลใช้กำลังโจมตีก่อนที่จะเกิดภัยขึ้น ในลักษณะการป้องกันล่วงหน้าดังกล่าวดูจะเป็นที่ยอมรับได้ในประชาคมระหว่างประเทศ ยกเว้นกลุ่มประเทศอาหรับซึ่งถือเป็นคู่กรณีโดยตรง กรณีจึงไม่ปรากฏว่าคณะกรรมการความมั่นคงแห่งสหประชาชาติจะมีมติประณามการกระทำในครั้งนี้อย่างไรก็ตาม

อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากสงครามยุติลงคณะกรรมการความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้มีมติที่ 262 เมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน 1967 (5 เดือนหลังจากสงคราม) เรียกให้อิสราเอลถอนกำลังทางทหารออกจากพื้นที่ของชาติอาหรับทั้งหมดที่ตนยึดครองได้จากสงคราม, เรียกให้มีการเปิดน่านน้ำที่ถูกปิดกั้นจากสงคราม และจัดการกับปัญหาผู้ลี้ภัยสงคราม ซึ่งมีมติดังกล่าวนี้ดูเสมือนกับเป็นการยุติสงครามเสียมากกว่าการตัดสินว่าฝ่ายใดเป็นผู้ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>69</sup>

ในกรณีสงครามหกวันนี้ มีนักวิชาการทางกฎหมายระหว่างประเทศบางท่านได้ให้ความเห็นไว้ ได้แก่ ศาสตราจารย์ Quincy Wright และศาสตราจารย์ Myres McDougal ซึ่งทั้งสองท่านมีความเห็นตรงกันในกรณีสงครามหกวันในปี ค.ศ. 1967 ว่าประเทศอิสราเอลชอบที่จะใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าต่อชาติอาหรับ 6 ชาติ ซึ่งมีประเทศอียิปต์เป็นแกนนำได้ โดยศาสตราจารย์ Wright มีความเห็นว่า การปิดล้อมช่องแคบ Tiran และการเตรียมพร้อมโจมตีประเทศอิสราเอลโดยชาติอาหรับ ประกอบกับนโยบายที่จะทำลายประเทศอิสราเอลให้หายไปจากโลกของประเทศอียิปต์นั้น ถือได้ว่าเทียบเท่ากับการโจมตีด้วยอาวุธ

<sup>68</sup> Beth M. Polebaum, National Self-Defense in International Law: An Emerging Standard for a Nuclear Age, New York University Law Review, April 1984

<sup>69</sup> United Nations Security Council UN. Doc S/RES/262

(Armed Attack) ต่อประเทศอิสราเอลแล้ว<sup>70</sup> เป็นที่น่าสังเกตว่าศาสตราจารย์ Wright เคยได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับมาตรา 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติไว้ในทางจำกัดความ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในกรณีศึกษาการปิดล้อมประเทศคิวบาข้างต้น แต่ในกรณีนี้ศาสตราจารย์ Wright กลับเห็นชอบกับการใช้กำลังในลักษณะป้องกันล่วงหน้าของประเทศอิสราเอล

### 3.3 คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันตัวเองล่วงหน้า

#### 3.3.1 Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania) ค.ศ. 1949<sup>71</sup>

##### ข้อเท็จจริง

ข้อเท็จจริงในคดีนี้เริ่มต้นขึ้นเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม ค.ศ. 1946 เรือรบของอัลบาเนียได้ยิงปืนใส่เรือพิฆาตของอังกฤษในช่องแคบคอร์ฟูเหนือ และในครั้งนั้นประเทศอังกฤษได้ประท้วงว่าตนมีสิทธิผ่านช่องแคบโดยสุจริต (Innocent Passage) ซึ่งเป็นสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่รัฐบาลอัลบาเนียปฏิเสธว่าเรือรบ และเรือสินค้าต่างชาติไม่มีสิทธิผ่านโดยสุจริตเช่นว่านั้นในน่านน้ำอัลบาเนียก่อนที่จะได้รับอนุญาต ต่อมา ประเทศอังกฤษจึงได้ทดสอบส่งเรือรบ และเรือพิฆาตเข้าสู่ช่องแคบคอร์ฟูเหนืออีกครั้ง เมื่อวันที่ 22 ตุลาคม ค.ศ. 1946 ทั้งนี้ เนื่องจากโดยเชื่อว่าช่องแคบดังกล่าวปลอดภัยจากทุ่นระเบิด เพราะมีการกวาดทุ่นระเบิดไปแล้วสองครั้งในปี ค.ศ. 1944 และ 1945 แต่ปรากฏว่าเรือพิฆาตของลำของอังกฤษถูกทุ่นระเบิดจมลง มีผู้เสียชีวิต 45 คน และบาดเจ็บ 42 คน

หลังจากเกิดเหตุระเบิดแล้ว ประเทศอังกฤษจึงได้ส่งหนังสือถึงอัลบาเนียว่าจะกวาดทุ่นระเบิดในช่องแคบดังกล่าว และรัฐบาลอัลบาเนียได้ตอบปฏิเสธมิให้กวาดทุ่นระเบิดในน่านน้ำของตน เว้นแต่จะได้รับอนุญาตเสียก่อน และการกระทำโดยไม่รับอนุญาตจะถือว่าเป็นการล่วงละเมิดอธิปไตยของอัลบาเนีย แต่อย่างไรก็ตาม ประเทศอังกฤษไม่สนใจการตอบโต้ของอัลบาเนีย แต่ส่งเรือกวาดทุ่นระเบิดของตนเข้าไปทำการกวาดทุ่นระเบิดในช่องแคบคอร์ฟูเหนือเมื่อวันที่ 12 และ 13 พฤศจิกายน ค.ศ. 1946 และได้ทำการทำลายทุ่นระเบิดใต้น้ำได้ทั้งสิ้น 22 ทุ่น

<sup>70</sup> McDougal, The Soviet-Cuban Quarantine and Self-Defense, 57 Am. J. Int'l L. 597, 559-561 (1963) cite in Beth M. Polebaum, National Self-Defense in International Law: An Emerging Standard for a Nuclear Age, New York University Law Review, April 1984

<sup>71</sup> Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Merits, Judgment, I.C.J Report 1949, p.34



หลังจากนั้น อังกฤษจึงยื่นเรื่องต่อคณะมนตรีความมั่นคงให้พิจารณา และคณะมนตรีความมั่นคงมีมติแนะนำเมื่อวันที่ 9 เมษายน ค.ศ. 1947 ให้รัฐคู่กรณีนำคดีขึ้นสู่ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ก่อนศาลเริ่มต้นพิจารณา คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ทำความตกลงพิเศษ (Special Agreement) กันให้ศาลวินิจฉัยประเด็นข้อกฎหมายเพียงสองประเด็น ได้แก่ ประเทศอัลบانياต้องรับผิดชอบเหตุระเบิดที่เกิดขึ้น เมื่อวันที่ 22 ตุลาคม 1946 หรือไม่ และต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ และอังกฤษล่งละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศจากการกระทำของนาวิกโยธินของตนในน่านน้ำอัลบانيا ครั้งแรก ในวันที่ 22 ตุลาคม 1946 และ ครั้งที่สองวันที่เข้าไปกวาดทุ่นระเบิด (12 และ 13 พฤศจิกายน 1946) หรือไม่

### ปัญหาข้อกฎหมาย

- “ประเทศอัลบانياต้องรับผิดชอบต่อเหตุระเบิดที่เกิดขึ้น (เมื่อวันที่ 22 ตุลาคม 1946) และต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ (Is Albania responsible for the explosions, and is there a duty to pay compensation?)”

กรณีเหตุการณ์เรือรบอังกฤษถูกทุ่นระเบิดในวันที่ 22 ตุลาคม 1946 นั้น อังกฤษกล่าวอ้างว่ารัฐบาลอัลบانياมีส่วนเกี่ยวข้องในการวางทุ่นระเบิดดังกล่าว หรือ หากแม้ว่าไม่ใช่เป็นผู้เกี่ยวข้อง การวางทุ่นระเบิดนั้นก็ต้องอยู่ในความรับรู้ของรัฐบาลอัลบانيا ในขณะที่รัฐบาลอัลบانياปฏิเสธความรับผิดชอบทั้งหมด โดยกล่าวอ้างว่าตนไม่ใช่ผู้วางทุ่นระเบิด หรือ รู้เห็น หรือ เกี่ยวข้องกับทุ่นระเบิดดังกล่าว

ศาลเห็นว่ากรณีที่มีทุ่นระเบิดในช่องแคบอันเป็นน่านน้ำของอัลบانياนั้น ประเทศอัลบانياต้องมีส่วนรู้เห็น แม้จะไม่มีหลักฐานอย่างชัดเจนว่าอัลบانياเป็นผู้กระทำเอง หรือ มีส่วนเกี่ยวข้องในการวางทุ่นระเบิดก็ตาม เนื่องจากสภาพของช่องแคบนั้นง่ายแก่การตรวจตราหากจะมีบุคคลอื่นมาวางทุ่นระเบิดได้น้ำก็ไม่สามารถหลีกเลี่ยงการตรวจพบจากอัลบانياไปได้ จึงมีหน้าที่ที่จะต้องเตือนภัยแก่เรือที่จะผ่านทาง แต่ประเทศอัลบانياก็มิได้กระทำ ดังนั้น จึงต้องมีหน้าที่รับผิดชอบภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น

- “ประเทศอังกฤษได้ล่งละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศจากการกระทำของหน่วยนาวิกโยธินของตนในน่านน้ำอัลบانيا ครั้งแรก ในวันที่เกิดการระเบิด (22 ตุลาคม 1946) และครั้งที่สอง ในวันที่ 12 และ 13 พฤศจิกายน 1946 ซึ่งเข้าไปกวาดทุ่นระเบิดในช่องแคบ (ช่องแคบคอรัฟูเหนือ-North Corfu Channel) หรือไม่ (Has the United Kingdom violated international law by the acts of its Navy in Albanian waters, first on the day on

*which the explosion occurred and, secondly, on November 12<sup>th</sup> and 13<sup>th</sup> 1946, when it undertook a sweep of the Strait?)”*

สำหรับปัญหาข้อที่สองนี้ ต้องแบ่งพิจารณาเป็นสองส่วน คือ ส่วนแรก การเข้าไปในช่องแคบคอร์ฟูเหนือวันที่ 22 ตุลาคม 1946 ซึ่งเรืออังกฤษถูกทุ่นระเบิดอับปางลง และ ส่วนที่สอง คือ การเข้าไปกวาดทุ่นระเบิดเมื่อวันที่ 12 และ 13 พฤศจิกายน 1946 โดยไม่ได้รับความยินยอมจากอัลบาเนีย

ส่วนแรก คือ การเข้าไปเมื่อวันที่ 22 ตุลาคม 1946 นั้น ประเทศอังกฤษ อ้างว่า ตนใช้สิทธิผ่านโดยสุจริต (Innocent Passage) จึงไม่มีความจำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากรัฐบาลอัลบาเนียเสียก่อน ในขณะที่แอลบาเนียเห็นว่าการกระทำของอังกฤษไม่ใช่การใช้สิทธิผ่านโดยสุจริต เมื่อพิจารณาจากจำนวนเรือ, ขบวนเรือ, อาวุธ, หรือ กระบวนเรือ ก็ตาม นอกจากนั้น อัลบาเนียเห็นว่า สิทธิการผ่านช่องแคบโดยสุจริตนั้นไม่มีอยู่ในกรณีเรือรบ และเรือสินค้า

กรณีนี้ ศาลมีความเห็นว่า การใช้สิทธิผ่านช่องแคบของอังกฤษเป็นไปโดยสุจริต (Innocent Passage) ทั้งนี้ ก็เพราะเป็นการดำเนินการเพื่อยืนยันสิทธิผ่านโดยสุจริตของตนที่ถูกขัดขวางในครั้งก่อน (เรือรบอังกฤษถูกยิงปืนใส่เมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 1946 ขณะกำลังเดินทางผ่านช่องแคบ) และแม้ว่าช่องแคบคอร์ฟูเหนือจะอยู่ในประเทศอัลบาเนีย แต่รัฐอื่นๆ ก็มีสิทธิใช้เรือผ่านโดยสุจริต โดยไม่จำเป็นต้องแจ้งรัฐบาลอัลบาเนียเสียก่อน ซึ่งรวมทั้งเรือรบ และเรือสินค้าด้วย อัลบาเนียมีสิทธิทำได้เพียงกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้สิทธิผ่านช่องแคบเท่านั้น แต่ไม่สามารถกำหนดให้รัฐอื่นๆ ต้องขออนุญาตก่อนผ่านช่องแคบได้

ส่วนที่สอง คือ การเข้าไปกวาดทุ่นระเบิดในช่องแคบคอร์ฟูเหนือ โดยไม่ได้รับอนุญาตจากอัลบาเนีย อังกฤษยกข้อต่อสู้ต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศว่าการที่เรือรบอังกฤษเข้าไปกวาดทุ่นระเบิดในน่านน้ำของช่องแคบคอร์ฟูเหนือ นั้น ไม่เป็นการกระทบต่อบูรณภาพเหนือดินแดน หรือ เอกราชทางการเมือง (Territorial Integrity and Political Independence) ของประเทศอัลบาเนีย และการเข้าไปกวาดทุ่นระเบิดนั้นเป็นการป้องกันตัวเอง (Self Protection) และช่วยเหลือตัวเอง (Self Help) ในขณะที่อัลบาเนียเห็นว่าเป็นการล่วงละเมิดอธิปไตยแห่งรัฐตน

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศปฏิเสธข้ออ้างดังกล่าว โดยเห็นว่าไม่มีฐานทางกฎหมายสำหรับข้ออ้างเช่นนั้น (ทั้งการป้องกันตัวเอง และช่วยเหลือตัวเอง) โดยศาลไม่ให้น้ำหนักกับข้ออ้างการป้องกัน หรือ ช่วยเหลือตัวเองของอังกฤษ เนื่องจากภัยที่อังกฤษกล่าวอ้างว่า

คุกคาม กับการกระทำเพื่อป้องกันนั้นไม่มีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกัน และศาลเห็นว่าในการดำเนินการ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอังกฤษต้องเคารพต่อบูรณภาพแห่งเขตแดนของอัลบาเนีย และอัลบาเนียก็มิได้เป็นประเทศภาคีในสนธิสัญญาเกี่ยวกับการกำจัดทุ่นระเบิดใต้น้ำแต่อย่างใด กรณีนี้ ศาลมีความเห็นว่าอังกฤษล่วงละเมิดอธิปไตยแห่งอัลบาเนีย และผิดกฎหมายระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในคดีนี้ประเทศอังกฤษมีพฤติการณ์ไม่สุจริต และมีส่วนพัวพันเกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น โดยจงใจส่งเรือรบเข้าไปในน่านน้ำของประเทศอัลบาเนียก่อน จนเรือรบของประเทศอังกฤษถูกทุ่นระเบิดที่วางไว้ใต้น้ำอับปาง หลังจากนั้นประเทศอังกฤษจึงใช้เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นข้ออ้างในการส่งเรือเข้าไปกวาดทุ่นระเบิดดังกล่าว จึงยังคงเป็นข้อถกเถียงกันอยู่ว่า กรณีนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศปฏิเสธข้อกล่าวอ้างของประเทศอังกฤษเกี่ยวกับการป้องกันตัวเอง หรือ การช่วยเหลือตัวเอง บนพื้นฐานของข้อเท็จจริง เฉพาะในคดีนี้ หรือเป็นการปฏิเสธพื้นฐานทางกฎหมายของข้อกล่าวอ้างดังกล่าว

### 3.3.2 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons ค.ศ. 1996<sup>72</sup>

#### ข้อเท็จจริง

ในคดีนี้ เลขาธิการองค์การสหประชาชาติโดยมติที่ประชุมสมัชชาใหญ่ เสนอปัญหาข้อกฎหมายต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเพื่อขอความเห็นแนะนำ (Advisory Opinion) เมื่อวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1994 เพื่อขอให้ศาลวินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมาย ระหว่างประเทศของการใช้ หรือ คุกคามด้วยอาวุธนิวเคลียร์

#### ปัญหาข้อกฎหมาย

“การใช้ หรือ คุกคามด้วยอาวุธนิวเคลียร์ไม่ว่าในสถานการณ์ใดๆ ได้รับอนุญาตภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ (Is the threat or use of nuclear weapons in any circumstance permitted under international law?)”<sup>73</sup>

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเริ่มพิจารณาจากบทกฎหมายที่จะปรับใช้ กับคดี โดยศาลเห็นว่าบทกฎหมายระหว่างประเทศที่จะใช้ปรับต่อกรณีปัญหา คือ กฎหมายว่าด้วยการใช้กำลังในกฎบัตรสหประชาชาติ และกฎหมายว่าด้วยการใช้กำลังในกรณีการขัดแย้งทาง

<sup>72</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Report 1996

<sup>73</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Report 1996, para. 1

ทหาร<sup>74</sup> โดยในการให้ความเห็นแนะนำในคดีนี้ ศาลเห็นว่าเป็นการจำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงสภาพ ความร้ายแรงของอาวุธนิวเคลียร์ และอำนาจการทำลายล้าง เพื่อประกอบการพิจารณา เนื่องจาก อาวุธดังกล่าวมีความแตกต่างอย่างสิ้นเชิงจากอาวุธอื่น ๆ<sup>75</sup>

ปัญหาประการแรกที่ศาลพิจารณา คือ บทบัญญัติของกฎบัตรว่าด้วยการห้ามใช้ หรือ คุณค่าที่จะใช้กำลัง โดยศาลพิจารณาเห็นว่า กฎบัตรข้อ 2 (4) ห้ามการใช้กำลัง ต่อบูรณภาพทางอาณาเขต หรือ ทางการเมืองต่อรัฐอื่น หรือ โดยประการที่ขัดแย้งต่อวัตถุประสงค์ แห่งกฎบัตร แต่ทั้งนี้ มีข้อยกเว้นการห้ามใช้กำลังในกรณีป้องกันตัวตามกฎบัตรข้อ 51 และการใช้ กำลังตามคำสั่งคณะมนตรีความมั่นคงในข้อ 42 แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ได้ระบุ เฉพาะเจาะจงถึงอาวุธชนิดใดชนิดหนึ่ง รวมทั้งไม่ได้ระบุห้าม หรือ อนุญาตให้ใช้อาวุธชนิดใดชนิด หนึ่ง รวมทั้งอาวุธนิวเคลียร์เอาไว้ด้วย<sup>76</sup>

อย่างไรก็ตาม ในกรณีการใช้สิทธิป้องกันตัวเองตามข้อ 51 แห่งกฎบัตร นั้น จะต้องประกอบไปด้วยความจำเป็น และความได้สัดส่วนของการใช้กำลังด้วย ทั้งนี้ ศาลเห็น ว่าแม้การใช้กำลังจะต้องได้สัดส่วน แต่ก็ได้หมายความว่า รัฐจะไม่สามารถใช้อาวุธนิวเคลียร์ ในการป้องกันตัวเองได้ แต่ในขณะเดียวกัน การใช้กำลังที่ได้สัดส่วนภายใต้กฎหมายระหว่าง ประเทศนั้น ก็จำเป็นจะต้องเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีความขัดแย้งด้วยอาวุธ รวมทั้งกฎหมายมนุษยธรรมด้วย ซึ่งศาลเห็นว่ารัฐที่จะใช้อาวุธนิวเคลียร์ในการป้องกันตัวเอง จำเป็นจะต้องพิจารณาถึงธรรมชาติ และลักษณะของภัยของอาวุธนิวเคลียร์ประกอบด้วย<sup>77</sup>

ประการต่อมา ศาลพิจารณาถึงประเด็นว่า การครอบครองอาวุธ นิวเคลียร์เป็นการชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งตามกฎบัตรข้อ 2 (4) ห้ามการคุกคามว่าจะใช้กำลัง และการใช้กำลัง ดังนั้น การใช้กำลังในกรณีใดที่มีชอบด้วยกฎหมาย ย่อมมีผลทำให้การคุกคามว่า จะใช้กำลังก็มีชอบด้วยกฎหมายด้วยเช่นกัน ในทางกลับกัน การใช้กำลังในกรณีใดที่ชอบด้วย กฎหมาย การคุกคามว่าจะใช้กำลังเช่นนั้นก็ย่อมชอบด้วยกฎหมายด้วย ในกรณีอาวุธนิวเคลียร์ อาจถือได้ว่าการครอบครองอาวุธเช่นนั้นย่อมเป็นการแสดงออกว่ารัฐพร้อมจะใช้อาวุธดังกล่าว ซึ่งถือได้ว่าเป็นการคุกคามว่าจะใช้กำลัง ศาลมีความเห็นว่ากรณีต้องพิจารณาว่า วัตถุประสงค์แห่ง

<sup>74</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Report 1996, para. 34

<sup>75</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Report 1996, para. 36

<sup>76</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Report 1996, para. 37

<sup>77</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Report 1996, para. 42

การแสดงออกเช่นนั้นเป็นไปตามกฎบัตรสหประชาชาติหรือไม่ คือ เป็นการคุกคามต่อบูรณภาพทางอาณาเขต หรือ ทางการเมืองของรัฐอื่น หรือ มีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎบัตรสหประชาชาติหรือไม่<sup>78</sup>

ปัญหาสำคัญประการสุดท้ายที่ศาลพิจารณา คือ ความชอบด้วยกฎหมายของอาวุธนิวเคลียร์ ซึ่งศาลเห็นว่าไม่มีกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศใดที่ระบุให้อาวุธนิวเคลียร์เป็นสิ่งผิดกฎหมายโดยเฉพาะเจาะจง แม้ว่าจะมีความตกลงระหว่างประเทศบางฉบับที่ระบุห้ามอาวุธนิวเคลียร์ระหว่างประเทศภาคีก็ตาม แต่ก็ยังเป็นเพียงการห้ามเป็นกรณีๆ ไป มิได้เป็นการทั่วไป หรือ บัญญัติลงไปโดยตรงให้อาวุธนิวเคลียร์เป็นสิ่งผิดกฎหมาย และแม้ว่าจะมีประเทศสมาชิกแห่งองค์การสหประชาชาติเข้าเป็นภาคีในสนธิสัญญาห้ามการใช้อาวุธนิวเคลียร์ไม่ว่าในกรณีใดๆ มากขึ้นเรื่อยๆ แต่ศาลก็ยังไม่พบว่าแนวปฏิบัติเช่นนี้ถือว่าเป็นการปฏิบัติตามโดยเชื่อว่าเป็นกฎหมาย (opinio juris) ซึ่งจะทำให้แนวปฏิบัตินี้กลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไป ศาลเห็นเพียงแค่ว่าแนวโน้มการปฏิบัติของรัฐเช่นนี้กำลังก่อตัวขึ้นเป็นกฎหมายในอนาคตเท่านั้น<sup>79</sup>

เมื่อพิจารณาข้อกฎหมายต่างๆ แล้ว ศาลมีความเห็นแนะนำว่า

- ไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่ากฎหมายจารีตประเพณี หรือ ความตกลงระหว่างประเทศที่อนุญาตให้ใช้ หรือ คุกคามด้วยอาวุธนิวเคลียร์
- ไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่ากฎหมายจารีตประเพณี หรือ ความตกลงระหว่างประเทศที่ห้ามมิให้ใช้ หรือ คุกคามด้วยอาวุธนิวเคลียร์เช่นกัน
- การคุกคาม หรือ ใช้กำลัง โดยวิธีการใช้อาวุธนิวเคลียร์ที่ขัดต่อ มาตรา 2 (4) แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ และที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขในมาตรา 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ เป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย
- การคุกคามว่าจะใช้ หรือ ใช้อาวุธนิวเคลียร์จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยกรณีเกิดความขัดแย้งทางอาวุธ (Armed Conflict)

<sup>78</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Report 1996, para. 47-

<sup>79</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Report 1996, para. 49-

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายมนุษยธรรม (Humanitarian Law) และพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญา และความตกลงอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับอาวุธนิวเคลียร์โดยตรง

- ในกรณีต่างๆ ไปแล้ว การใช้อาวุธนิวเคลียร์เป็นการขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยกรณีเกิดความขัดแย้งทางอาวุธ (Armed Conflict) และ โดยเฉพาะอย่างยิ่งขัดต่อหลักการแห่งกฎหมายว่าด้วยมนุษยธรรม (Humanitarian Law)

กล่าวโดยสรุป ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้ความเห็นสรุปไว้ว่าหากคำนึงถึงกฎหมายระหว่างประเทศในขณะปัจจุบันแล้ว ศาลไม่สามารถให้ความเห็นชี้ชัดลงไปได้ว่า การคุกคามว่าจะใช้ หรือ ใช้อาวุธนิวเคลียร์ ในกรณีที่รัฐมีความจำเป็นอย่างยิ่งยวดที่ จะต้องป้องกันตัวเองนั้น จะชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่

แม้ว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะมีได้ให้ความเห็นชี้ชัดลงไปประการใดประการหนึ่งในความเห็นแนะนำก็ตาม แต่ก็มีความเห็นส่วนตัว (Separate Opinion) ของผู้พิพากษาองค์คณะในคดีนี้ท่านหนึ่ง คือ ผู้พิพากษา Gilbert Guillaume ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับกรณีภัยคุกคามจากอาวุธนิวเคลียร์ไว้อย่างน่าสนใจ โดยเห็นว่าสิทธิในการป้องกันตัวเอง ดังที่บัญญัติไว้ในกฎบัตรข้อ 51 นั้นเป็นการรับรองสิทธิตามกฎหมายธรรมชาติของรัฐ โดยกฎบัตรยังระบุไว้อย่างชัดเจนว่าไม่มีสิ่งใดที่จะทำให้สิทธิในการป้องกันตัวนี้เสื่อมลงไป ดังนั้น จึงไม่มีกฎหมายใดที่ห้ามรัฐมิให้ปกป้องความอยู่รอด และผลประโยชน์อันสำคัญอย่างยิ่งยวดของตนเอง และกฎหมายระหว่างประเทศไม่อาจจำกัดสิทธิของรัฐในการตอบโต้ต่อภัยคุกคามจากอาวุธนิวเคลียร์หากการตอบโต้เป็นการรักษาความอยู่รอด และผลประโยชน์อันสำคัญอย่างยิ่งยวด เช่นว่านั้น<sup>80</sup>

นอกจากความเห็นส่วนตัวดังกล่าวจะเป็นการระบุลงไปอย่างชัดเจนในว่ารัฐมีสิทธิในการตอบโต้ต่อภัยคุกคามจากอาวุธนิวเคลียร์แล้ว ยังเป็นการรับรองว่าสิทธิในการป้องกันตัวของรัฐนั้นเป็นสิทธิตามกฎหมายธรรมชาติซึ่งมีมาอยู่ก่อนกฎบัตรสหประชาชาติ และกฎบัตรเองก็รับรองว่าสิทธิดังกล่าวยังคงมีอยู่ต่อไป ดังนั้น หากพิจารณาตามแนวความเห็นของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศท่านนี้ การตีความการใช้สิทธิป้องกันตัวเองของรัฐก็จะต้อง

<sup>80</sup> Separate Opinion of Judge Gilbert Guillaume, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Report 1996, para.8

พิจารณาสิทธิตามกฎหมายจารีตประเพณีแต่ดั้งเดิมของรัฐยุคก่อนกฎบัตรสหประชาชาติประกอบไปด้วย

### 3.3.3 Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory ค.ศ. 2004<sup>81</sup>

#### ข้อเท็จจริง

เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 2003 เลขานุการสหประชาชาติได้ส่งปัญหาข้อกฎหมาย ตามมติที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติลงวันที่ 8 ธันวาคม ค.ศ. 2003 เพื่อขอความเห็นแนะนำ (Advisory Opinion) จากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศถึงความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำดังกล่าวของประเทศอิสราเอล จากกรณีที่ประเทศอิสราเอลก่อสร้างกำแพงโดยอ้างว่าเพื่อป้องกันตนเองจากภัยก่อการร้ายบนดินแดนของปาเลสไตน์ซึ่งอิสราเอลเข้ายึดครองมาตั้งแต่ปี 1949

เมื่อคดีถูกเสนอขึ้นสู่ศาลเพื่อขอความเห็นแนะนำ อิสราเอลยกข้อกล่าวอ้างขึ้นว่าการสร้างกำแพงดังกล่าว นั้น เป็นมาตรการชั่วคราว เป็นการใช้สิทธิติดตัวของรัฐ (Inherent Right) ในการป้องกันตัวเองตามกฎบัตรข้อ 51 และอ้างว่าเป็นการกระทำโดยความจำเป็น (Necessity) เพื่อป้องกันการโจมตีจากการก่อการร้าย ทั้งนี้ อิสราเอลยังได้กล่าวอ้างว่าเป็นไปตามมติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่ 1368<sup>82</sup> (2001) และ 1373<sup>83</sup> (2001)<sup>84</sup>

#### ปัญหาข้อกฎหมาย

ที่ประชุมใหญ่สมัชชาสหประชาชาติมีข้อสอบถามเพื่อขอความเห็นแนะนำจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศว่า “สิ่งใดคือผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการ

<sup>81</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Report 2004

<sup>82</sup> มติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1368 ปรณามการโจมตีตึกเวิลด์เทรดเซ็นเตอร์ และให้เตรียมความพร้อมเพื่อต่อสู้กับกลุ่มก่อการร้ายที่ก่อเหตุโจมตีครั้งดังกล่าว

<sup>83</sup> มติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1373 ออกคำสั่งให้ทุกรัฐงดเว้นจากการสนับสนุนการก่อการร้ายไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินของกลุ่มก่อการร้ายที่อยู่ในรัฐของตน และให้ดำเนินการคว่ำบาตรกลุ่มก่อการร้าย และบุคคล หรือ รัฐที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการก่อการร้าย

<sup>84</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Report 2004, para.138

สร้างกำแพงโดยอิสราเอล ซึ่งเป็นฝ่ายผู้ยึดครอง ในดินแดนของปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง ซึ่งรวมทั้งใน และรอบๆ เยรูซาเลมตะวันออก ดังที่ได้อธิบายไว้แล้วในรายงานของเลขาธิการ ทั้งนี้ โดยพิจารณาถึงกฎ และหลักการแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ รวมทั้งสนธิสัญญาเจนีวาครั้งที่ 4 ในปี ค.ศ. 1949 และมติคณะมนตรีความมั่นคง และมติที่ประชุมสมัชชาใหญ่ที่เกี่ยวข้อง (What are the legal consequences arising from the construction of the wall being built by Israel, the occupying Power, in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, as described in the report of the Secretary-General, considering the rules and principles of international law, including the Fourth Geneva Convention of 1949, and the relevant Security Council and General Assembly resolutions?)<sup>85</sup>

เกี่ยวกับบทกฎหมายที่จะปรับใช้ต่อคดี ศาลเห็นว่านอกจากกฎบัตรสหประชาชาติ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว ยังมีมติที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 2625 (ปี 1970) ชื่อ “Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-Operation among States in Accordance with the Charter of the United Nation” ซึ่งได้กล่าวถึงสิทธิในการเลือกแสดงความเป็นตัวตนไว้ว่า รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องงดเว้นการใช้กำลังต่อประชาชนของตนที่ใช้สิทธิในการเลือกแสดงความเป็นตัวตน, เสรีภาพ, และอิสรภาพ<sup>86</sup> และที่สำคัญในคดีนี้ ศาลมีความเห็นว่าสิทธิในการเลือกแสดงความเป็นตัวตนของประชาชนถือว่าเป็นสิทธิเด็ดขาด (erga omnes) แล้วในปัจจุบัน<sup>87</sup> อิสราเอลจึงมีหน้าที่ต้องเคารพต่อสิทธิของประชาชนชาวปาเลสไตน์ที่แสดงออกว่าไม่ต้องการอยู่ภายใต้การปกครองของอิสราเอล

ศาลมีความเห็นว่าการสร้างกำแพงของอิสราเอล ถือได้ว่าเป็นความพยายามผนวกดินแดนปาเลสไตน์ซึ่งตนยึดครองเข้ามาเป็นการถาวร ซึ่งถือได้ว่าเป็นการขัดต่อบูรณภาพแห่งดินแดน และสิทธิในการเลือกแสดงความเป็นตัวตนของชาวปาเลสไตน์

<sup>85</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Report 2004 para. 1

<sup>86</sup> United Nations General Assembly Res. 2625 (XXV), 'Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-Operation among States in Accordance with the Charter of the United Nation', 24 October 1970, UN Doc. A/RES/2625

<sup>87</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Report 2004, para.88



ต่อข้อกล่าวอ้างของอิสราเอลที่ว่า การสร้างกำแพงนั้นเป็นการใช้สิทธิติดตัว (Inherent Right) เพื่อป้องกันตัวเองตามข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ และเป็นการกระทำโดยความจำเป็นเพื่อป้องกันการโจมตีจากการก่อการร้าย และเป็นไปตามมติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่ 1368 (2001) และ 1373 (2001) ศาลได้วินิจฉัยไว้ว่า การกระทำของอิสราเอลไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับใดๆ กับมติคณะมนตรีความมั่นคงทั้งสองฉบับดังกล่าว (มติทั้งสองฉบับมีเนื้อหาโดยรวมให้ประณามการก่อการร้ายโจมตีที่กเวิลด์เทรตเซ็นเตอร์ และให้ระงับการสนับสนุนการก่อการร้าย รวมทั้งยึด आयัดทรัพย์สินของกลุ่มก่อการร้าย)

ต่อข้อกล่าวอ้างว่าอิสราเอลใช้สิทธิเพื่อป้องกันตัวเองนั้น ศาลเห็นว่าการโจมตีที่เกิดขึ้นซึ่งเป็นภัยที่อิสราเอลกล่าวอ้างว่าคุกคามตนเอง จึงต้องสร้างกำแพงเพื่อป้องกันนั้น ไม่อาจถือได้ว่าเป็นภัยที่เกิดขึ้นจากรัฐอื่น ในทางตรงกันข้าม กลับเกิดขึ้นในดินแดนส่วนที่อิสราเอลยึดครองไว้ ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของอิสราเอลเอง จึงต้องถือว่าเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายในอิสราเอล กรณีเช่นนี้จึงไม่อาจอ้างสิทธิในการป้องกันตัวเองได้ กฎบัตรสหประชาชาติข้อ 51 จึงไม่มีความเกี่ยวข้องกับอิสราเอลแต่อย่างใด<sup>88</sup>

ส่วนข้อกล่าวอ้างว่าเป็นการกระทำด้วยความจำเป็นนั้น ศาลในคดีนี้ได้ให้ความเห็นไว้ว่า ความจำเป็นที่เป็นที่ยอมรับในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น อาจถูกกล่าวอ้างได้เฉพาะในกรณีที่ถูกจำกัดไว้โดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น และกรณีเช่นนั้นต้องมีการยอมรับกันต่อๆ มาแล้วด้วย กรณีหนึ่งในนั้นก็คือกรณีที่รัฐเหลือเพียงหนทางเดียวที่จะรักษาผลประโยชน์ที่สำคัญของตนจากภัยที่ร้ายแรง และใกล้จะเกิด (*"it observes that the state of necessity is a ground recognized by customary international law that can only be invoked under certain strictly defined conditions which must be cumulatively satisfied, one of those conditions being that the act at issue be the only way for the state to guard an essential interest against a grave and imminent peril"*)<sup>89</sup> ซึ่งศาลในคดีนี้ศาลไม่เชื่อว่าการสร้างกำแพงของอิสราเอลเป็นหนทางเพียงหนึ่งเดียวที่จะรักษาผลประโยชน์ของอิสราเอลจากภัยที่กล่าวอ้างว่าเป็นสาเหตุแห่งการสร้างกำแพงได้

<sup>88</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Report 2004, para.138-139

<sup>89</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Report 2004, para.140

เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริง และข้อกล่าวอ้างของอิสราเอล รวมทั้งข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้ว ศาลได้ให้ความเห็นแนะนำว่า<sup>90</sup>

- การสร้างกำแพงโดยอิสราเอล ซึ่งเป็นฝ่ายผู้ยึดครอง ในดินแดนของปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง ซึ่งรวมทั้งใน และรอบๆ เยรูซาเลมตะวันออก และบริเวณต่อเนื่องเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศ

- อิสราเอลมีพันธกรณีที่จะต้องหยุดการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายระหว่างประเทศ และมีหน้าที่ที่จะต้องหยุดการก่อสร้างกำแพงบนดินแดนของปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง รวมทั้งใน และรอบๆ เยรูซาเลมตะวันออก และมีหน้าที่ต้องรื้อถอนกำแพงดังกล่าว และมีหน้าที่ต้องยกเลิก หรือ ทำให้สิ้นผลไปซึ่งกฎหมาย หรือ ข้อบังคับใดที่เกี่ยวกับการดังกล่าว

- อิสราเอลมีพันธกรณีที่ต้องชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการก่อสร้างกำแพงในพื้นที่ปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง รวมทั้งใน และรอบๆ เยรูซาเลมตะวันออก

- ทุกรัฐมีพันธกรณีที่จะต้องไม่รับรองการกระทำซึ่งผิดกฎหมายอันเกิดจากการก่อสร้างกำแพง และไม่ให้ความช่วยเหลือในการรักษาสถานการณ์อันเกิดจากการก่อสร้างกำแพงดังกล่าว รัฐภาคีในสนธิสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 เกี่ยวกับการป้องกันพลเรือนในเวลาสงคราม ลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949 ยังมีพันธกรณีเพิ่มเติม โดยคำนึงถึงกฎบัตรสหประชาชาติ และกฎหมายระหว่างประเทศ ที่จะต้องทำให้แน่ใจว่าอิสราเอลจะปฏิบัติตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ดังที่ได้ระบุไว้ในสนธิสัญญาดังกล่าว

- องค์การสหประชาชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่ประชุมสมัชชาใหญ่ และคณะมนตรีความมั่นคง ควรต้องพิจารณาว่าขั้นตอนใดที่จำเป็นต่อไปในการที่จะทำให้สถานการณ์อันล่อลวงละเมิดต่อกฎหมายที่เกิดจากการก่อสร้างกำแพง และเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องนี้สิ้นสุดลง โดยคำนึงถึงความชอบด้วยความเห็นแนะนำฉบับนี้

กล่าวโดยสรุปรวมทุกคดีที่กล่าวมาแล้ว ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่เคยวินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายของการป้องกันตัวเองล่วงหน้าไว้อย่างชัดเจน เลยแม้ว่าจะมี

<sup>90</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Report 2004, para.151

คดีเสนอขึ้นสู่ศาลหลายครั้ง และทุกครั้งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็มักจะหลีกเลี่ยงการกล่าวถึงปัญหาดังกล่าว แต่จะยืนยันมาโดยตลอดว่า สิทธิในการป้องกันตัวเองของรัฐจะเกิดขึ้นเมื่อรัฐถูกโจมตีด้วยอาวุธเท่านั้น<sup>91</sup>

### 3.4 สรุปท้ายบท

ดังที่นำเสนอมาแล้วทั้งหมดในบทนี้ หากพิจารณาจากบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศตามธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศข้อ 38 (1) ได้แก่ แนวปฏิบัติของรัฐ, คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และแนวคิดทางวิชาการของนักกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นที่ยอมรับ เพื่อค้นหาแนวทางการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าแล้ว จะพบว่าบ่อเกิดที่มีความชัดเจนน้อยที่สุด คือ แนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เนื่องจากศาลไม่เคยวินิจฉัยถึงข้อกล่าวอ้างของรัฐฝ่ายผู้ใช้กำลังว่าเป็นการป้องกันตัวเองล่วงหน้าโดยตรงมาก่อน และแนวทางการวินิจฉัยของศาลในทุกคดีที่นำเสนอมาข้างต้นก็เพียงแค่พิจารณาว่า การใช้กำลังกรณีต่างๆ ของรัฐชอบด้วยหลักการป้องกันตัวเองหรือไม่เท่านั้น

หากพิจารณาถึงบ่อเกิดต่อมา คือ แนวปฏิบัติของรัฐ จะพบว่ามีความคลุมเครือน้อยลงมาจากแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ กล่าวคือ ในกรณีที่รัฐอ้างสิทธิการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้า มักจะพบว่าประชาคมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคณะมนตรีความมั่นคง และที่ประชุมสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติไม่เคยมีข้อมติยอมรับการกล่าวอ้างการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าโดยตรงมาก่อน เพียงแต่หากกรณีเป็นที่ยอมรับในทางประชาคมระหว่างประเทศแล้ว องค์การระหว่างประเทศเหล่านั้นก็มักจะมีท่าทีนิ่งเฉยไม่ออกข้อมติประณาม หรือ ออกมาตรการบังคับใดๆ ต่อรัฐฝ่ายที่ใช้กำลัง ในทางตรงกันข้าม หากกรณีไม่เป็นที่ยอมรับแล้ว องค์การระหว่างประเทศก็มักจะมีข้อมติประณามโดยตรง หรือกล่าวโดยสรุปได้ว่า ท่าทีของประชาคมระหว่างประเทศเกี่ยวกับแนวปฏิบัติของรัฐนี้ หากนิ่งเฉยอาจแปลความได้โดยนัยว่าเป็นการยอมรับข้อกล่าวอ้างว่าใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าของรัฐ แต่หากไม่ยอมรับข้อกล่าวอ้างแล้วก็จะแสดงออกอย่างชัดเจน

บ่อเกิดประการสุดท้าย คือ คิดทางวิชาการของนักกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นที่ยอมรับนั้น ดูเสมือนจะเป็นบ่อเกิดที่มีความชัดเจนที่สุดว่าอาจเป็นแนวทางของการใช้กำลัง

<sup>91</sup> Lucy Martinez, September 11<sup>th</sup>, Iraq and the Doctrine of Anticipatory Self-Defense, UMKC Law Review, Fall, 2003

ป้องกันตัวเองล่วงหน้าของรัฐได้ เนื่องจากเป็นที่กล่าวอ้างกันอย่างเปิดเผยว่ารัฐอาจใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าได้ในกรณีอย่างใดบ้าง และมีการกล่าวอ้างเหตุผลประกอบ ไม่ว่าจะเป็นประวัติศาสตร์การร่างกฎบัตรสหประชาชาติ หรือ ถ้อยคำในตัวเองที่รองรับสิทธิติดตัว (Inherent Right) ของรัฐในการป้องกันตัวเอง ซึ่งเป็นการเปิดช่องให้หยิบยกกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศยุคก่อนกฎบัตรมาประกอบได้ว่ารัฐยังคงมีสิทธิใช้กำลังป้องกันตัวเองในลักษณะล่วงหน้าได้อยู่ หรือ ไม่ว่าจะเป็นความเห็นว่ามีสิทธิในการป้องกันตัวเองนั้นเป็นสิทธิตามกฎหมายธรรมชาติซึ่งรัฐมีสิทธิตอบโต้ต่อภัยคุกคามต่อความปลอดภัย และผลประโยชน์อันสำคัญยิ่งยวดของตนเอง หรือ กระทั่งงานวิจัยขององค์การสหประชาชาติเองก็ตาม ก็ยังรับรองสิทธิของรัฐในการตอบโต้ต่อภัยคุกคามในกรณีที่ยกนั้นใกล้จะถึง แม้จะไม่กล่าวถึงการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าโดยตรงก็ตาม<sup>92</sup>

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาบ่อเกิดของกฎหมายทั้งสามประการข้างต้นนั้น จำเป็นต้องพิจารณาบริบทในทางการเมืองระหว่างประเทศประกอบไปด้วย เนื่องจากกรณีคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ หรือ กรณีแนวปฏิบัติของรัฐ และท่าทีของประชาคมระหว่างประเทศต่อแนวปฏิบัตินั้น มักจะขึ้นอยู่กับแนวทาง และท่าทีทางการเมืองของรัฐต่างๆ ในทางระหว่างประเทศ แตกต่างไปจากแนวคิดทางวิชาการ ซึ่งมีความเป็นอิสระ และแสดงออกโดยไม่คำนึงถึงบริบททางการเมือง จึงมีแนวโน้มที่จะแสดงการยอมรับสิทธิการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าอย่างเปิดเผยกว่าสองกรณีแรก ซึ่งเป็นสิ่งหนึ่งที่อาจแสดงให้เห็นว่า ในความเป็นจริงแล้ว การป้องกันตัวเองในลักษณะล่วงหน้านั้น เป็นสิ่งที่ทุกฝ่ายตระหนัก และทราบมาโดยตลอดว่า อาจกระทำได้ในบางกรณี และกำลังเป็นที่ยอมรับอย่างเปิดเผยมากขึ้นเรื่อยๆ เพียงแต่ในบางกรณี การแสดงท่าทียอมรับอย่างชัดเจนอาจไม่สามารถกระทำได้ เนื่องจากบริบททางการเมืองระหว่างประเทศ

<sup>92</sup> Report of the Secretary-General's High Level Panel on Threats, Challenges and Change, A

## บทที่ 4

### เงื่อนไข และหลักเกณฑ์ของการใช้กำลังเพื่อป้องกันตัวเองล่วงหน้า

จากที่ผู้เขียนได้นำเสนอมาแล้วข้างต้น ทั้งประวัติศาสตร์ของการใช้กำลังของรัฐ จนนำมาสู่หลักกฎหมายว่าด้วยการห้ามการใช้กำลัง และข้อยกเว้น แนวปฏิบัติของรัฐ แนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และแนวคิดของนักวิชาการที่เกี่ยวข้อง อาจเห็นได้ว่า เนื่องจากสภาพของภัยคุกคามที่เปลี่ยนแปลงไปจากในเวลาที่ร่างกฎบัตรสหประชาชาติ ภัยคุกคามต่างๆ มีการพัฒนาตัวไปในทางที่รวดเร็ว และมีความรุนแรงมากขึ้น ทำให้ลักษณะการตอบสนองต่อภัยคุกคามของรัฐเปลี่ยนแปลงตามไปด้วยเช่นกัน การใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าของรัฐซึ่งเคยถูกปฏิเสธในกฎหมายระหว่างประเทศก็อาจเป็นที่ยอมรับได้ และพัฒนาตัวขึ้น โดยแนวทางการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าของรัฐที่อาจเป็นที่ยอมรับได้ในทางกฎหมายระหว่างประเทศนั้น มีองค์ประกอบ และหลักเกณฑ์ใกล้เคียงกันกับการใช้กำลังป้องกันตัวเองอย่างยิ่ง โดยอาจสรุปหลักการได้ ดังนี้

#### 4.1 ความใกล้จะเกิดของภัย (Imminency)

องค์ประกอบที่สำคัญที่สุดของความแตกต่างระหว่างการใช้สิทธิป้องกันตัวเองกับการป้องกันตัวเองล่วงหน้า ก็คือ การขาดหายไปของการถูกโจมตีด้วยอาวุธ (Armed Attack) ตามที่กำหนดไว้ในกฎบัตรข้อ 51 นั่นเอง ซึ่งองค์ประกอบส่วนการถูกโจมตีด้วยอาวุธที่ขาดหายไปนี้ กลายมาเป็นความใกล้จะเกิดของภัย (Imminency) ที่อาจทำให้รัฐเกิดสิทธิในการป้องกันตัวเองล่วงหน้าได้ และความใกล้จะเกิดของภัยนี้เองเป็นหลักที่สำคัญที่สุดในการบ่งชี้ว่าข้ออ้างเพื่อใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าก่อนที่จะเกิดภัยขึ้นนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ในหลายๆ ความเห็นทางวิชาการ แม้กระทั่งแนวทางที่ตีความกฎบัตรสหประชาชาติอย่างเคร่งครัดก็ตาม ก็มักจะมีความเห็นตรงกันว่า กรณีที่ภัยใกล้จะเกิดอย่างยิ่ง ถือได้ว่าเป็นการโจมตีด้วยอาวุธ และรัฐย่อมเกิดสิทธิป้องกันตัวเองได้ เช่น ตัวอย่างจากงานศึกษาขององค์การสหประชาชาติที่เกี่ยวข้องกับการหาข้อสรุปของมาตรา 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ชื่อ Report of the Secretary-General's High Level Panel on Threats, Challenges and Change, A More Secure World: Our Shared Responsibility ซึ่งศึกษาเกี่ยวกับการแก้ไขกฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 51 โดยให้บทสรุปสุดท้ายไว้ว่าคณะทำงานเห็นว่าไม่ควรแก้ไข หรือ มีการตีความใหม่ให้ผิดไปจากแนวทางเดิมที่ตีความอย่างเคร่งครัด ต่อกฎบัตรสหประชาชาติมาตรา

ดังกล่าว<sup>1</sup> แต่ในงานศึกษาวิจัยฉบับเดียวกันนั้นกล่าวยอมรับสิทธิของรัฐที่ถูกคุกคามว่าเป็นสิทธิติดตัวรัฐมาแต่เดิมที่จะใช้กำลังทางทหารต่อเมื่อภัยคุกคามนั้นใกล้จะถึง (Imminent)<sup>2</sup> ซึ่งเป็นข้อที่พิสดารชี้ชัดว่า แม้แต่ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการแก้ไขตัวบทกฎหมายมาตรา 51 ก็ตาม ก็ยังคงมีความเห็นว่ากรณีที่ภัยใกล้จะถึง รัฐย่อมมีสิทธิใช้กำลังป้องกันตนเองได้ทันที แม้ในงานศึกษาวิจัยฉบับนี้ จะหลีกเลี่ยงการกล่าวถึงการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้า ในกรณีที่ยังไม่ถูกโจมตีด้วยอาวุธก็ตาม

ข้อพิสดารอีกประการหนึ่งที่อาจเห็นได้ว่า รัฐไม่จำเป็นต้องรอจนกระทั่งตนถูกโจมตีด้วยอาวุธ (Armed Attack) จริงๆ เสียก่อน ก็คือ กรณีตัวบทบัญญัติแห่งข้อ 51 กฎบัตรสหประชาชาติที่แตกต่างกันระหว่างภาษาอังกฤษ และภาษาฝรั่งเศส ซึ่งถือว่าเป็นต้นฉบับเหมือนกัน ซึ่งคำว่า “ถูกโจมตีด้วยอาวุธ” หรือ “Armed Attack” นี้ จะพบว่าปรากฏอยู่เฉพาะในกฎบัตรฉบับภาษาอังกฤษเท่านั้น ในขณะที่กฎบัตรฉบับภาษาฝรั่งเศสจะใช้คำว่า “aggression armée” หรือ “armed aggression” ซึ่งมีความหมายว่าการรุกรานด้วยอาวุธ มิใช่หมายถึงถูกโจมตีอย่างในฉบับภาษาอังกฤษ ซึ่งหากพิจารณาจากกฎบัตรฉบับภาษาฝรั่งเศสแล้วก็จะพบว่ารัฐสามารถใช้กำลังป้องกันตัวเองได้ในลักษณะล่วงหน้า ก่อนที่จะถูกโจมตีจริงๆ หรือก่อนที่ภัยนั้นจะเกิดขึ้น เช่น การใช้กำลังเพื่อตอบโต้การคุกคาม (Threats) เป็นต้น เนื่องจากคำว่ากรรุกราน หรือ aggression นั้นมีรูปแบบที่หลากหลาย และมีได้หมายความเฉพาะการโจมตีเท่านั้น

ปัญหาที่สำคัญที่สุดขององค์ประกอบการใช้สิทธิการป้องกันตัวเองล่วงหน้าในข้อนี้ คือ เมื่อใดจึงจะนับได้ว่าภัยคุกคามพัฒนาตัวไปจนถึงระดับที่เรียกได้ว่าใกล้จะเกิด (Imminent) มากพอจนกระทั่งรัฐสามารถใช้กำลังตอบสนองได้ ซึ่งกรณีเช่นนี้จำเป็นต้องพิจารณาถึงลักษณะของภัยคุกคามประเภทนั้นๆ มาประกอบ เช่น กรณีภัยคุกคามจากอาวุธนิวเคลียร์ ซึ่งมีความร้ายแรง หากรอจนถูกโจมตีแล้ว รัฐผู้ถูกคุกคามก็อาจหมดความสามารถในการตอบสนองต่อภัยคุกคามไปโดยสิ้นเชิงได้ ดังนั้น เพียงแค่การเตรียมพร้อมว่าจะใช้อาวุธนิวเคลียร์ก็น่าจะถือได้ว่าเป็น

<sup>1</sup> Report of the Secretary-General's High Level Panel on Threats, Challenges and Change, A More Secure World: Our Shared Responsibility, The United Nations, 2004, p. 63, para. 192

<sup>2</sup> Report of the Secretary-General's High Level Panel on Threats, Challenges and Change, A More Secure World: Our Shared Responsibility, The United Nations, 2004, p. 63, para.188

กรณีที่ยกคุกคามนั้นใกล้จะเกิดแล้ว ตามที่คณะกรรมการพลังงานปรมาณู (AEC) เคยให้ความเห็น  
เสนอต่อคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติไว้<sup>3</sup>

ในกรณียกคุกคามประเภทอื่นๆ นั้น กรณีอุทธานธรณ์สงครามหกวันระหว่าง  
ประเทศอิสราเอลกับชาติอาหรับ 6 ชาติ ค.ศ. 1967 ที่ได้กล่าวมาแล้ว เป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็น  
ถึงระดับความใกล้จะเกิดของภัยอันจะทำให้รัฐเกิดสิทธิในการป้องกันตัวเอง กล่าวคือ เพียงแค่การ  
เตรียมความพร้อม เริ่มชุมนุมพล และประกาศเจตนาในที่สาธารณะว่าพร้อมจะโจมตีก็อาจนับได้  
ว่าเป็นกรณีที่ยกคุกคามนั้นใกล้จะเกิดในระดับที่รัฐสามารถใช้กำลังตอบโต้ได้โดยเป็นที่ยอมรับใน  
ประชาคมระหว่างประเทศแล้ว

หากจะกล่าวโดยสรุปถึงระดับความใกล้จะเกิดของภัยคุกคามทุกชนิดโดยรวม  
แล้ว กรณีที่รัฐจะมีสิทธิใช้กำลังตอบสนองได้นั้นจะเป็นในกรณีที่เป็นการโจมตีที่เป็นการโจมตีที่  
คุกคามนั้นก่อนที่จะเกิดขึ้นจริงนั่นเอง

หากจะเปรียบเทียบการวัดระดับความใกล้จะเกิดของภัยให้ชัดเจนขึ้น ก็ควรที่จะ  
นำกรณีอุทธานธรณ์ที่ปรากฏว่าการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าไม่เป็นที่ยอมรับ เนื่องจากขาด  
ความใกล้จะเกิดของภัยมาเปรียบเทียบประกอบ เช่น กรณีการโจมตีโรงไฟฟ้า Osiraq ของ  
อิสราเอล ซึ่งอิสราเอลกล่าวอ้างว่า เป็นโรงไฟฟ้าที่มีวัตถุประสงค์ในการผลิตวัตถุดิบสำหรับอาวุธ  
นิวเคลียร์ และจำเป็นต้องโจมตีทันที มิเช่นนั้น หากรอเวลาอีกไม่เกินหนึ่งเดือน อิรักจะเริ่ม  
เดินเครื่องโรงไฟฟ้า และการโจมตีอาจทำให้เกิดความเสียหายกับพลเรือนอิรักได้ (ตัวอย่างในบทที่  
3) กรณีเช่นนี้ จะเห็นได้ชัดเจนจากข้อกล่าวอ้างของอิสราเอลเอง โดยไม่ต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริง  
ที่เกิดขึ้นว่า ภัยคุกคามที่อิสราเอลกล่าวอ้างยังมีความห่างไกลจากความใกล้จะถึง เพราะการ  
พัฒนาโรงไฟฟ้า กับ อาวุธนิวเคลียร์ยังมีความห่างไกลกันอยู่อย่างชัดเจน ส่วนกำหนดเวลาที่  
อิสราเอลกล่าวอ้าง ก็เป็นกำหนดเวลาเดินเครื่องโรงไฟฟ้า ไม่ใช่กำหนดที่อาวุธนิวเคลียร์ของอิรักจะ  
พร้อมใช้ อย่างไรก็ตาม ถึงแม้กรณีจะกลายเป็นว่า อิรักสามารถครอบครองอาวุธนิวเคลียร์ได้  
ภายในกำหนดเวลาอันสั้น ผู้เขียนก็มีความเห็นว่า อิสราเอลก็ยังไม่อาจใช้สิทธิป้องกันตัวเอง  
ล่วงหน้าได้ หากไม่มีหลักฐานว่าอิรักเตรียมพร้อมที่จะใช้อาวุธนิวเคลียร์ต่อรัฐตนเอง

<sup>3</sup> D.W.Bowett Self Defense in International Law 185 (1958) p.189 cited in Jane A. Mayer,  
Collective Self-Defense and Regional Security: Necessary Exceptions to a Globalist Doctrine, Boston University  
International Law Journal, Fall, 1993

นอกจากนั้น ข้อที่ควรต้องพิจารณาอีกประการเกี่ยวกับความใกล้จะเกิดของภัย คือ ความมีอยู่จริงของภัยคุกคาม ซึ่งสามารถพิสูจน์ได้โดยหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งเป็นที่ประจักษ์ มิใช่แต่เพียงการกล่าวอ้างของรัฐที่จะใช้สิทธิเท่านั้น และในกรณีที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยี ความสามารถของรัฐที่ถูกคุกคามในด้านเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องก็เป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาเช่นกัน กล่าวคือ หากรัฐที่ถูกคุกคามมีระดับเทคโนโลยีที่จะตรวจจับภัยคุกคามได้มากขึ้นเท่าใด ระดับความใกล้จะเกิดของภัยคุกคามต่อรัฐนั้นย่อมห่างไกลกว่ารัฐอื่น หรือ กล่าวอีกมุมหนึ่ง สิทธิในการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าของรัฐนั้นก็ย่อมที่จะเกิดขึ้นช้ากว่ารัฐอื่น<sup>4</sup>

#### 4.2 ความจำเป็น (Necessity)

องค์ประกอบในแง่ความจำเป็นนี้ เป็นองค์ประกอบหนึ่งของการใช้สิทธิป้องกันตัวเองที่มีได้ปรากฏอยู่ในกฎบัตรข้อ 51 แต่เป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับกัน รวมทั้ง ในกรณีที่จะพิจารณาว่าการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าจะเป็นที่ยอมรับได้ในทางกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ก็จำเป็นต้องประกอบไปด้วยความจำเป็นนี้ด้วยเช่นกัน

ความจำเป็นนี้เป็นเส้นแบ่งที่เด่นชัดระหว่างการใช้กำลังป้องกันตัวเอง ไม่ว่าจะในกรณีปกติ หรือ กรณีใช้กำลังป้องกันล่วงหน้า กับ การใช้กำลังตอบโต้ (Reprisal) ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันไปแล้ว เนื่องจาก หากภัยที่คุกคามต่อรัฐผ่านพ้นไปแล้ว (ในกรณีป้องกันตัวเอง) หรือ กระทั่งจบสิ้นไปแล้ว (ในกรณีที่กล่าวอ้างการป้องกันตัวเองล่วงหน้า) รัฐก็ไม่มี ความจำเป็นใดที่จะต้องใช้กำลังเพื่อป้องกันภัยนั้นอีก หากมีการใช้กำลังเกิดขึ้นโดยปราศจากความจำเป็นเช่นนี้แล้ว ก็จะทำให้การใช้กำลังดังกล่าวดูเหมือนเป็นการตอบโต้ ซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายเสียมากกว่า<sup>5</sup>

มีความเห็นของผู้ทรงความรู้ทางกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับ องค์ประกอบของความจำเป็นในการใช้สิทธิป้องกันตัวเองล่วงหน้า คือ ผู้พิพากษาศาลยุติธรรม

<sup>4</sup> Beth M. Polebaum, National Self-Defense in International Law: An Emerging Standard for a Nuclear Age, New York University Law Review, April 1984

<sup>5</sup> Christine Gray, International Law and the Use of Force, First Published, United States, Oxford University Press Inc., New York, 2000, p. 118



ระหว่างประเทศ Mr. Abraham Sofaer ซึ่งแยกแยะองค์ประกอบของความจำเป็นในการป้องกันตัวเองล่วงหน้าว่าประกอบไปด้วย<sup>6</sup>

- ธรรมชาติ และขนาดของภัยคุกคาม (Nature and Magnitude of the threat)
- ความเป็นไปได้ที่ภัยคุกคามนั้นจะเกิดขึ้นจริง (The likelihood of the threat being realized)
- ไม่มีทางเลือกอื่นใดที่สามารถดำเนินการได้อีก (Exhaustion of alternatives)
- การใช้กำลังป้องกันล่วงหน้าจำเป็นต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎบัตรสหประชาชาติ (Whether under the circumstances preemption would be consistent with the purpose of the UN Charter)

ปัจจัยอีกประการหนึ่งที่ต้องพิจารณาว่า การใช้กำลังนั้นมีความจำเป็นหรือไม่ ก็คือ รัฐยังเหลือทางเลือกอื่นให้พิจารณาเพื่อดำเนินการป้องกันภัยคุกคามต่อตนก่อนที่ภัยนั้นจะเกิดขึ้นจริงได้อีกหรือไม่ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่ารัฐยังสามารถใช้หนทางสันติวิธีแล้วหรือไม่ เพียงแต่ต้องพิจารณาว่าการใช้กำลังนั้นเป็นหนทางสุดท้ายในขณะนั้นหรือไม่เท่านั้น โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Palestinian Wall (ซึ่งอิสราเอลกล่าวอ้างการสร้างกำแพงบนเขตแดนปาเลสไตน์ที่ตนเองยึดครองอยู่ว่าเป็นการกระทำด้วยความจำเป็น เพื่อป้องกันตัวเองจากภัยก่อการร้ายในบริเวณดังกล่าว) ปฏิเสธข้อกล่าวอ้างดังกล่าวของอิสราเอล และได้กำหนดหลักความจำเป็นไว้ในความเห็นแนะนำของตนเองว่า คือ ความจำเป็น คือ กรณีที่รัฐเหลือเพียงหนทางเดียวที่จะรักษาผลประโยชน์ที่สำคัญของตนจากภัยที่ร้ายแรง และใกล้จะเกิด (“...being that the act at issue be the only way for the state to guard an essential interest against a grave and imminent peril”)<sup>7</sup> แต่ในกรณีดังกล่าว ศาลเห็นว่าอิสราเอลยังมีทางเลือกอื่นให้

<sup>6</sup> Abraham Sofaer, Necessity of Pre-emption, 14 Eur. J. Int'l L. 209, 214 (2003) cited in Charles Pierson, Preemptive Self-Defense in an Age of Weapons of Mass Destruction: Operation Iraqi Freedom, Denver Journal of International Law and Policy, Winter, 2004

<sup>7</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Report 2004, para.140

ดำเนินการเพื่อรักษาผลประโยชน์ของรัฐตนได้นอกไปจากการสร้างกำแพง อันเป็นการกระทบสิทธิของประชาชนชาวปาเลสไตน์

ในกรณีอุทธรณ์เรือคาโรลินที่กล่าวมาแล้วในบทที่สามค่อนข้างเป็นตัวอย่างที่ชัดเจนของการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าที่ได้รับการยอมรับ แม้กระทั่งจากฝ่ายผู้ถูกโจมตี (สหรัฐอเมริกา) เองว่าในการป้องกันล่วงหน้านั้นจะต้องมีความจำเป็นอย่างเร่งด่วน (Instant) และท่วมท้น (Overwhelming) และไม่มีทางเลือกให้ใช้วิธีการอื่น (Leaving no choice of means) และไม่มีเวลาสำหรับใคร่ครวญอีกต่อไป (No moment for deliberation)<sup>8</sup> ซึ่งองค์ประกอบส่วนที่ว่าไม่เหลือทางเลือกให้ใช้วิธีการอื่นแล้วนี้เองที่ดูจะพ้องกับหลักความจำเป็นในคดี Palestinian Wall ที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วางหลักไว้

ตัวชี้วัดความจำเป็นในการป้องกันตัวเองของรัฐอีกประการ ก็คือ ภัยที่คุกคามนั้นกระทบต่อความอยู่รอด และผลประโยชน์ที่สำคัญยิ่งของรัฐหรือไม่ ดังจะเห็นได้จากความเห็นส่วนตัวของผู้พิพากษา Gilbert Guillaume ในคดี Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons ว่ารัฐมีสิทธิตอบโต้ต่อการคุกคามจากอาวุธนิวเคลียร์ได้ในกรณีที่ผลประโยชน์อันสำคัญยิ่งยวด และความอยู่รอดของรัฐถูกคุกคาม โดยสิทธิในการใช้กำลังลักษณะนี้ถือเป็นสิทธิตามกฎหมายธรรมชาติของรัฐ ซึ่งบทบัญญัติข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติก็ได้บัญญัติรับรองไว้ว่าไม่เสื่อมเสียไป<sup>9</sup>

#### 4.3 ความเร่งด่วน (Immediacy)

การใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าที่อาจเป็นที่ยอมรับได้ในทางกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ก็จำเป็นจะต้องมีองค์ประกอบเช่นเดียวกับกับแนวคิดในการใช้กำลังป้องกันตัวเอง กล่าวคือ การป้องกันตัวเองนั้น ต้องเป็นไปอย่างเร่งด่วน และฉับพลันทันที เพียงเพื่อที่จะป้องกันภัยนั้นให้พ้นไปเท่านั้น และเมื่อภัยนั้นพ้นไปแล้ว รัฐที่อ้างสิทธิก็ต้องยุติการใช้กำลังทันที

ในกรณีที่จะพิจารณาว่าเกิดองค์ประกอบในแง่ความเร่งด่วนของภัยหรือไม่นั้น อาจพิจารณาได้โดยคำนึงว่า 1) รัฐผู้อ้างสิทธิในการป้องกันตัวเองล่วงหน้าจะต้องใช้กำลังทันที

<sup>8</sup> Letter dated 24 April 1841 from the US Secretary of State, Daniel Webster, to the Government of the United Kingdom, Lord Ashburton Fox cited in Helen Duffy, *The 'War on Terror and The Framework of International Law'*, First Published, United States, Cambridge University Press Inc., New York, 2005, p.158

<sup>9</sup> Separate Opinion of Judge Gilbert Guillaume, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Report 1996, para.8

ในขณะนั้น มิเช่นนั้น ภัยคุกคามที่กล่าวอ้าง ก็เกิดขึ้นทันที และไม่มีทางเยียวยาความเสียหายจากภัยคุกคามนั้นได้อีก 2) ไม่มีทางเลือกอื่นที่เป็นไปได้ในการระงับภัยนั้นแล้ว ไม่ว่าจะการเจรจา หรือ ที่สำคัญที่สุด คือ การดำเนินการในระบบความมั่นคงร่วมกัน (Collective Security) ผ่านทางคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ<sup>10</sup>

ในการที่จะพิจารณาว่าการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้านั้นมืองค์ประกอบของความเร่งด่วนแล้วหรือไม่ อาจพิจารณาโดยมองว่ารัฐยังเหลือทางเลือกในการระงับภัยนั้นด้วยวิธีอื่นก่อนที่ภัยจะเกิดขึ้นได้อีกหรือไม่ เช่น วิธีทางการทูต หรือ ดำเนินการผ่านทางคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ เป็นต้น แต่ทั้งนี้ก็ได้หมายความว่ารัฐจะต้องพยายามช้าแล้วช้าเล่าในการดำเนินการทางการทูตเมื่อถูกปฏิเสธอย่างชัดเจนจากรัฐคู่กรณี<sup>11</sup>

ในกรณีอุทธานธรณ์สงครามหกวันนั้น แม้ในการใช้กำลังป้องกันตัวเองจะค่อนข้างเป็นที่ยอมรับว่า อิสราเอลมีสิทธิใช้กำลังป้องกันตัวเองได้ในกรณีที่ถูกคุกคามเช่นนั้น ตามหลักความใกล้จะเกิดของภัย แต่การกระทำต่อๆ มาหลังจากสงครามของอิสราเอล ได้แก่ การยึดครองพื้นที่ของประเทศกลุ่มอาหรับ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งเขตแดนของปาเลสไตน์ ไม่เป็นที่ยอมรับในประชาคมระหว่างประเทศ ถึงกระทั่งบางครั้ง ถูกประณามโดยมติของคณะมนตรีความมั่นคง หรือ มติของที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ หรือ กระทั่งถูกองค์การตุลาการมีคำวินิจฉัยอย่างชัดเจนในกรณีการสร้างกำแพงในคดี Palestinian Wall บนพื้นที่ที่ยึดครองได้จากสงครามหกวันก็ถูกศาลยุติธรรมระหว่างประเทศวินิจฉัยไว้ว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ เนื่องจากการยึดครองต่างๆ นั้น แม้จะเป็นการกระทำที่ต่อเนื่องกันกับการใช้กำลังป้องกันตัวเอง แต่การยึดครองนั้น ขาดความเร่งด่วน และเป็นการกระทำที่ขาดตอนไปจากภัยคุกคามแล้วนั่นเอง

กรณีอุทธานธรณ์สำคัญ ที่เป็นหลักที่มาขององค์ประกอบความเร่งด่วนนี้ ได้แก่ กรณีอุทธานธรณ์เรือคาโรลีน (The Caroline Incident) โดยในเจตนาของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกายังได้อธิบายต่อไปว่าในการป้องกันล่วงหน้า นั้นจะต้องมีความจำเป็นอย่างเร่งด่วน (Instant) และท่วมท้น (Overwhelming) และไม่มีทางเลือกให้ใช้วิธีการอื่น (Leaving no choice of means) และไม่มีเวลาสำหรับใคร่ครวญอีกต่อไป (No

<sup>10</sup> Beth M. Polebaum, National Self-Defense in International Law: An Emerging Standard for a Nuclear Age, New York University Law Review, April 1984

<sup>11</sup> Beth M. Polebaum, National Self-Defense in International Law: An Emerging Standard for a Nuclear Age, New York University Law Review, April 1984

moment for deliberation) ซึ่งความท่วมนั้น และไม่มีเวลาสำหรับใคร่ครวญอีกต่อไปที่กล่าวถึงนี้เอง คือ ความเร่งด่วนของภัย

นอกจากนั้น ในกรณีอุทธรณ์การปิดล้อมประเทศคิวบาของสหรัฐอเมริกาเมื่อปี 1962 อาจเป็นอีกตัวอย่างหนึ่งซึ่งชี้ให้เห็นถึงการป้องกันตัวเองอย่างเร่งด่วนต่อภัยคุกคาม กล่าวคือ กรณีภัยคุกคามจากการติดตั้งขีปนาวุธนิวเคลียร์นั้น หากรอจนกระทั่งมีการติดตั้งสำเร็จ ขีปนาวุธดังกล่าวก็จะอยู่ในสภาพพร้อมโจมตีได้ทุกเมื่อ การตอบสนองต่อภัยคุกคามในกรณีนี้จึงต้องกระทำทันที และแนวทางการใช้กำลังตอบโต้ของสหรัฐอเมริกาก็เป็นไปอย่างฉับพลันทันที และเพียงพอเท่าที่จะระงับภัยนั้นลงเท่านั้น คือ การคุกคามว่าจะโจมตีในทันทีเช่นกัน ซึ่งก็ดูเสมือนว่าได้รับการยอมรับจากองค์การระหว่างประเทศบางองค์กร คือ องค์การชาติอเมริกัน ซึ่งคิวบาผู้กระทำความผิดก็เป็นผู้สมาชิกอยู่ด้วย ซึ่งองค์กรดังกล่าวมีมติให้สหรัฐอเมริกาดำเนินการตอบโต้ภัยคุกคามจากการติดตั้งอาวุธนิวเคลียร์ได้

#### 4.4 ความได้สัดส่วน (Proportionality)

องค์ประกอบความได้สัดส่วนนี้ถือเป็นองค์ประกอบส่วนหนึ่งของการป้องกันตัวเองซึ่งแม้จะไม่ปรากฏอยู่ในกฎบัตรข้อ 51 แต่ก็ปรากฏอยู่ในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเช่นเดียวกันกับองค์ประกอบข้ออื่นๆ ที่กล่าวมาแล้วในบทนี้

ระดับของความได้สัดส่วนในที่นี้ ต้องคำนึงถึงการระงับปัดเป่าภัย มิได้วัดจากระดับความรุนแรงของภัยที่คุกคาม กล่าวคือ การใช้กำลังป้องกันล่วงหน้านั้นต้องเพียงพอที่จะทำให้ภัยคุกคามนั้นระงับลงเท่านั้น มิได้หมายความว่า ระดับความรุนแรงของการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าจะต้องรุนแรงเสมอกันกับภัยคุกคามที่อ้างว่ากำลังจะเกิด เช่น การกล่าวอ้างว่าถูกคุกคามด้วยภัยจากอาวุธนิวเคลียร์ มิได้หมายความว่ารัฐที่ถูกคุกคามสามารถโจมตีรัฐผู้คุกคามด้วยอาวุธนิวเคลียร์ได้ เพียงแต่รัฐผู้ถูกคุกคามมีสิทธิสามารถใช้กำลังเพียงพอที่จำเป็นต่อการระงับภัยนั้นลงเท่านั้น เป็นต้น<sup>12</sup> ซึ่งระดับของความได้สัดส่วนนี้ เป็นสิ่งบ่งชี้สำคัญประการหนึ่งที่จะจำแนกการป้องกันล่วงหน้า ออกจากการคุกคาม หรือ การใช้กำลังแก้แค้นตอบโต้

กรณีอุทธรณ์ที่แสดงให้เห็นชัดถึงความได้สัดส่วนของการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าที่ผ่านมา โดยไม่คำนึงถึงเงื่อนไขอื่นๆ คือ กรณีการปิดล้อมประเทศคิวบา โดย

<sup>12</sup> Beth M. Polebaum, National Self-Defense in International Law: An Emerging Standard for a Nuclear Age, New York University Law Review, April 1984

ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งในกรณีดังกล่าว ภัยคุกคามที่ประเทศสหรัฐอเมริกาอ้างว่ามีนั้น เป็นภัยคุกคามด้วยอาวุธนิวเคลียร์ ซึ่งมีอำนาจทำลายล้างร้ายแรง แต่การป้องกันตัวของประเทศสหรัฐอเมริกาในครั้งนั้น ก็เพียงแต่ปิดล้อมทางทะเลต่อประเทศคิวบา และยื่นคำขาดให้หันชีปนาวุธนิวเคลียร์ที่ติดตั้งแล้วไปทางอื่นเท่านั้น

นอกจากนั้น กรณีอุทกธาหรณี่อีกประการที่อาจนำมาพิจารณาเพื่อเปรียบเทียบระดับความได้สัดส่วนว่ามีผลต่อการยอมรับการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าในทางประชาคมระหว่างประเทศ ก็คือ กรณีการโจมตีของอิสราเอลที่กระทำต่อเลบานอนทั้งสิ้น 3 เหตุการณ์ในปี 1968, 1975 และ 1978 ซึ่งการโจมตีในปี 1968 (โจมตีสนามบินของเลบานอน เพื่อตอบโต้การที่เครื่องบินอิสราเอลถูกโจมตีในเอเธนส์) กับการโจมตีในปี 1978 (เข้ายึดครองภาคใต้ของเลบานอนเพื่อผลักดัน และกวาดล้างกลุ่มก่อการร้ายที่เกี่ยวข้องกับการสังหารหมู่ตัวประกันชาวอิสราเอลจำนวน 37 คนในเทลอาวีฟ) ถูกประณามจากนานาชาติ รวมทั้งถูกมติคณะมนตรีความมั่นคงประณามอย่างรุนแรง และมีคำสั่งให้ยุติการโจมตีทันที แต่ในขณะที่การโจมตีในปี 1975 (โจมตีค่ายผู้อพยพในเลบานอน ซึ่งกลุ่มก่อการร้ายอาศัยอยู่) กลับไม่ถูกประณามจากคณะมนตรีความมั่นคง ทั้งนี้ ก็เนื่องมาจากระดับความได้สัดส่วนของการใช้กำลังที่อ้างว่าเพื่อป้องกันภัยคุกคามนั่นเอง กล่าวคือ อิสราเอลเลือกที่จะโจมตีสนามบิน ซึ่งเป็นเป้าหมายระดับเดียวกับภัยที่เกิดขึ้นกับรัฐตน โดยไม่ได้คำนึงถึงว่าการโจมตีเช่นนั้นจะปิดป้องภัยในอนาคตอย่างไร การโจมตีในลักษณะนี้จึงดูเหมือนเป็นการล้างแค้น หรือ ในเหตุการณ์ยึดครองภาคใต้ของเลบานอน ซึ่งมีปฏิบัติการทางทหารเต็มรูปแบบเข้ายึดครองพื้นที่ของรัฐอื่น เพื่อตอบโต้การสังหารหมู่ตัวประกันจำนวน 37 คนนั้นก็ดูจะไกลเกินกว่าเหตุไปมาก แต่ในขณะที่การโจมตีค่ายผู้อพยพซึ่งเป็นเป้าหมายขนาดเล็ก เพื่อกำจัดกลุ่มก่อการร้ายที่พกอาศัยอยู่กลับทำให้เห็นถึงความได้สัดส่วนของการใช้กำลังอย่างชัดเจนกว่า

ข้อที่ต้องพิจารณาในแง่ความได้สัดส่วนของการป้องกันล่วงหน้า กับ การป้องกันกรณีปกติ ก็คือ เมื่อภัยยังไม่ได้เกิดขึ้นจริง กรณีจะประเมินได้อย่างไว่า การใช้กำลังจะต้องใช้ถึงในระดับใดจึงจะเรียกว่าได้สัดส่วน ซึ่งกรณีนี้ ศาสตราจารย์ McDougal เคยได้ให้ความเห็นไว้ว่าการใช้กำลังป้องกันตัวเองที่มีความได้สัดส่วนนั้นต้องประเมินจากคุณค่าของสิ่งที่รัฐผู้อ้างสิทธินั้นต้องการปกป้องเปรียบเทียบกับระดับการใช้กำลังของรัฐในกรณีนั้น<sup>13</sup> ซึ่งหาก

<sup>13</sup> Michael Franklin Lohr, Legal Analysis of U.S. Military Responses to State-Sponsored International Terrorism, Naval Law Reviews, 1985

พิจารณาในแง่นี้แล้ว ความได้สัดส่วนของการใช้กำลังไม่ว่าในกรณีการป้องกันตัวเองล่วงหน้า หรือ ป้องกันตัวเองในกรณีที่เกิดภัยขึ้นแล้วก็มีเกณฑ์การชี้วัดที่คล้ายคลึงกัน

## บทที่ 5

### บทสรุป และข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

จากที่ผู้เขียนนำเสนอมาแล้วทั้งหมด จะเห็นได้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันตนเองของรัฐนั้นมีวิวัฒนาการมาโดยตลอด จากแต่เริ่มเดิมที สิทธิของรัฐในการใช้กำลังตั้งแต่ยุคก่อน ค.ศ. 1815 ถือเป็นหลักการที่รัฐสามารถใช้กำลังได้อย่างเสรีทุกกรณี โดยไม่จำเป็นต้องมีสาเหตุ หรือ เหตุผลใดๆ ถือเป็นเครื่องมือหนึ่งในการดำเนินความสัมพันธ์ทางระหว่างประเทศ จนกระทั่งในยุคต่อๆ มา มีความพยายามในการจำกัดสิทธิในการใช้กำลังของรัฐ โดยจะต้องมีเหตุผลที่สมควร หรือ อย่างน้อยที่สุดก็ต้องสามารถหาคำอธิบายต่อการใช้กำลังของตนได้ เช่น แนวคิดเกี่ยวกับสงครามที่เป็นธรรม (Just War) เป็นต้น วิวัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศในช่วงนี้ อาจกล่าวได้ว่า สิทธิในการใช้กำลังของรัฐถือเป็นหลักการ และข้อห้ามการใช้กำลังถือเป็นข้อยกเว้น

จนกระทั่งหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 รัฐต่างๆ เริ่มตระหนักถึงภัยสงคราม และรัฐต่างๆ เริ่มพยายามสร้างความตกลงระหว่างประเทศที่จำกัดสิทธิการใช้กำลังของรัฐมากขึ้น เช่น กติกาสันนิบาตชาติ ที่ถือเป็นความตกลงระหว่างประเทศเรื่องแรกที่มีระบบความมั่นคงร่วมกัน (Collective Self-Defence) หรือ กติกา Kellog-Briand ซึ่งกำหนดห้ามการใช้กำลังอย่างเด็ดขาดในบางกรณี เป็นต้น แต่ความตกลงระหว่างประเทศเหล่านี้ก็ไม่ประสบความสำเร็จตามที่มุ่งหวังไว้ เนื่องจากไม่ได้รับความร่วมมือจากรัฐมหาอำนาจ หรือ ร่วมมือแต่ตั้งข้อสงวนไว้มากมาย จนกระทั่งความตกลงทั้งฉบับแทบใช้บังคับไม่ได้เลย จนกระทั่งประชาคมระหว่างประเทศก็กลับสู่สภาพเดิมคือ รัฐต่างๆ ใช้กำลังกันโดยหาข้ออ้าง และเหตุผลต่างๆ มาอธิบาย ซึ่งผลของสิ่งเหล่านั้น ก็นำมาสู่สงครามโลกครั้งที่ 2 ในที่สุด

หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 อันเป็นสงครามอย่างเป็นทางการครั้งที่ยิ่งใหญ่ที่สุดของมนุษยชาติ ทำให้เกิดพัฒนาการครั้งสำคัญ คือ รัฐต่างๆ ตกลงร่วมกันในกฎบัตรสหประชาชาติว่า ห้ามใช้กำลังในทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (มาตรา 2 (4) แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ) เว้นแต่ในกรณีที่ถูกขอร้องให้ไว้ และในกรณีที่ศึกษาวิจัยนี้ ก็คือ ในกรณีป้องกันตนเอง ที่กฎบัตรมาตรา 51 ได้บัญญัติไว้ โดยพยายามแก้ไขจุดบกพร่องที่เกิดขึ้น โดยไม่อนุญาตให้มีการตั้งข้อสงวนไว้ แต่ได้เปิดช่องไว้ให้มีความยืดหยุ่น โดยเป็นหน้าที่ของระบบความมั่นคงร่วมกัน

(Collective Security) ในอันที่จะดำเนินการใช้กำลัง หรือ มาตรการอย่างใด โดยไม่ให้เป็นดุลพินิจด้วยตนเองของรัฐ และกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้กำลังในยุคนี้มีพัฒนาการที่สำคัญ คือ แบ่งแยกการใช้กำลังออกเป็นสองส่วน ได้แก่ jus ad bellum ซึ่งเป็นกฎหมายว่าการควบคุมการใช้กำลังของรัฐก่อนเกิดสงคราม ซึ่งหลักการห้ามใช้กำลัง (Prohibition of Use of Force) ก็อยู่ในกฎหมายส่วนนี้ และกฎหมายว่าด้วยการใช้กำลังในภาวะสงคราม คือ jus in bello ซึ่งว่าด้วยการปฏิบัติของรัฐในภาวะสงคราม

อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศในยุคหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 นี้ หลักการห้ามใช้กำลัง (Prohibition of Use of Force) ถือเป็นหลักการ และกรณีที่ได้บ้างที่รัฐมีสิทธิใช้กำลังได้ถือเป็นข้อยกเว้น เช่น การป้องกันตัวเองตามมาตรา 51, การดำเนินการตามมติคณะมนตรีความมั่นคงตามหมวด 7 หรือ การดำเนินการตามความตกลงส่วนภูมิภาคตามหมวด 8 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตาม ณ ขณะปัจจุบันที่เทคโนโลยีก้าวหน้าไปกว่าเมื่อตอนที่ร่างกฎบัตรสหประชาชาติอย่างเทียบกันไม่ได้ ภัยคุกคามรูปแบบใหม่ๆ เกิดขึ้นอยู่ตลอดเวลา ประกอบไปด้วยรวดเร็ว และร้ายแรงจนดูเหมือนว่ากฎบัตรที่ร่างขึ้นเมื่อเกือบ 70 ปีที่แล้วจะล้าสมัย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเหตุการณ์โจมตีตึกเวิลด์เทรดเซ็นเตอร์ ที่เสมือนกับเป็นการเปิดศักราชใหม่ของภัยคุกคามต่อรัฐ ข้อโต้แย้งต่อหลักการป้องกันตัวเองตามมาตรา 51 จึงมีมากขึ้นเรื่อยๆ ว่าแต่เริ่มเดิมทีรัฐมีสิทธิป้องกันตัวเองเฉพาะเมื่อถูกโจมตีด้วยอาวุธแล้วเท่านั้น หากแต่สามารถใช้กำลังเพื่อป้องกันตัวเองล่วงหน้าได้ และสิทธิเช่นนั้นยังคงมีอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นจารีตประเพณี ทั้งข้ออ้างในการใช้กำลังของรัฐก็เปลี่ยนแปลงไป จากก่อนหน้าปี ค.ศ. 2001 รัฐต่างๆ ก็พยายามกล่าวอ้างว่าตนถูกโจมตีด้วยอาวุธแล้ว เพื่ออ้างสิทธิป้องกันตัวเองตามมาตรา 51 แทนที่จะกล่าวอ้างว่าเป็นการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้าก่อนที่จะเกิดภัยขึ้น แต่หลังจากปี ค.ศ. 2001 เป็นต้นมา รัฐกล่าวอ้างการใช้กำลังของตนว่าเป็นการป้องกันตัวเองล่วงหน้าอย่างเปิดเผยขึ้น สอดคล้องต้องกันกับหลักกฎหมายว่าด้วยการใช้กำลังของรัฐ ที่มีแนวโน้มพัฒนาตัวขยายสิทธิในการใช้กำลังของรัฐมากขึ้น หลังจากยุคกฎบัตรสหประชาชาติเป็นต้นมา

ในงานวิจัยฉบับนี้ มุ่งที่จะศึกษาว่า การใช้กำลังโดยกล่าวอ้างว่าป้องกันตัวเองล่วงหน้าของรัฐนั้นเป็นที่ยอมรับได้ในทางกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ และด้วยเหตุใด โดยศึกษาตีความจากตัวบทบัญญัติแห่งมาตรา 51 เอง เปรียบเทียบจากวิวัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการใช้กำลัง แนวปฏิบัติของรัฐ คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่าง



ประเทศ และกระทั่งความเห็นของนักวิชาการ ซึ่งเป็นแนวทางในการค้นหาบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ ตามมาตรา 33 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

หากพิจารณาจากตัวอย่างที่ยกขึ้นแล้วในบทที่ 2 คือ คำว่า “ถูกโจมตีด้วยอาวุธ” หรือ “Armed Attack” ตามมาตรา 51 นี้ จะพบว่าปรากฏอยู่เฉพาะในกฎบัตรฉบับภาษาอังกฤษเท่านั้น ในขณะที่กฎบัตรฉบับภาษาฝรั่งเศสจะใช้คำว่า “aggression armée” หรือ “armed aggression” ซึ่งมีความหมายว่าการรุกรานด้วยอาวุธ มิใช่หมายถึงถูกโจมตีเสียเลยทีเดียว และค่อนข้างเป็นที่สอดคล้องกับประวัติศาสตร์การเจรจาร่างกฎบัตรว่าประสงคฺจะให้มาตรา 51 เป็นการยืนยันสิทธิป้องกันตัวเองของรัฐที่มีมาก่อนยุคกฎบัตรสหประชาชาติ มิใช่เป็นการจำกัดสิทธิดังกล่าว

นอกจากนั้น ในบางกรณีประชาคมระหว่างประเทศก็ยอมรับการตีความกฎบัตรสหประชาชาติโดยอนุโลม เช่น กรณีกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 27 ที่กำหนดว่ามติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติจะต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบจากชาติสมาชิกถาวรแห่งคณะมนตรีความมั่นคงทั้ง 5 ชาติด้วย แต่ในทางปฏิบัติแล้วเพียงแค่ชาติสมาชิกถาวรทั้ง 5 ชาติไม่ออกเสียงคัดค้าน ก็ถือได้ว่ามตินั้นผ่านความเห็นชอบของคณะมนตรีความมั่นคงตามกฎบัตรข้อ 27 แล้ว โดยไม่ต้องให้ชาติสมาชิกถาวรทุกชาติออกเสียงสนับสนุนก็ได้ เป็นต้น เป็นการแสดงให้เห็นว่าในการตีความกฎบัตรสหประชาชาตินั้น จะต้องพิจารณาถึงบริบททั้งหมด ทั้งตัวลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติอยู่ในกฎบัตรเอง และบริบทรอบด้าน และสถานการณ์ความเป็นจริงด้วย มิเช่นนั้นแล้วก็จะทำให้กฎบัตรสหประชาชาติเป็นกฎหมายที่ไม่มีชีวิต คือ ไม่สามารถบังคับใช้ได้จริง เพราะไม่ตรงกับสถานการณ์ปัจจุบัน ซึ่งจะทำให้ไม่มีผู้ปฏิบัติตามในที่สุด

แม้กระทั่ง งานวิจัยจากองค์กรที่ไม่เห็นด้วยกับการแก้ไขกฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 51 คือ Report of the Secretary-General's High Level Panel on Threats, Challenges and Change, A More Secure World: Our Shared Responsibility ซึ่งศึกษาเกี่ยวกับการแก้ไขกฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 51 โดยให้บทสรุปสุดท้ายไว้ว่าคณะทำงานเห็นว่าไม่ควรแก้ไข หรือ มีการตีความใหม่ให้ผิดไปจากแนวทางเดิมที่ดีความอย่างเคร่งครัด ต่อกฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 51 นี้ และในงานศึกษาวิจัยฉบับเดียวกันนั้น มีการกล่าวยอมรับสิทธิของรัฐที่ถูกคุกคามว่าเป็นสิทธิ

ติดตัวรัฐมาแต่เดิมที่จะใช้กำลังทางทหารต่อเมื่อภัยคุกคามนั้นใกล้จะถึง (Imminent)<sup>1</sup> ก็ยังมี ความเห็นว่ากรณีภัยใกล้จะถึง รัฐย่อมมีสิทธิใช้กำลังป้องกันตนเองได้ทันที แม้ในงานศึกษาวิจัย ฉบับนี้ จะหลีกเลี่ยงการกล่าวถึงการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้า ในกรณีที่ยังไม่ถูกโจมตีด้วย อาวุธก็ตาม

และหากพิจารณาประกอบกับแนวปฏิบัติของรัฐที่อ้างสิทธิในการใช้กำลังป้องกัน ตัวก่อนที่จะเกิดภัยขึ้นจริง ก็พบว่า ในบางกรณี การใช้กำลังในลักษณะดังกล่าวก็เป็นที่ยอมรับ ได้ในประชาคมระหว่างประเทศ เช่น กรณีสงคราม 6 วัน ที่ประเทศอิสราเอลลงมือโจมตีกลุ่ม ประเทศอาหรับก่อนที่ตนจะถูกโจมตีด้วยอาวุธ เป็นต้น แต่ทั้งนี้ ท่าทีการยอมรับของประชาคม ระหว่างประเทศนั้นเป็นไปในทางหนึ่งเฉกเช่นการยอมรับอย่างชัดเจน กล่าวคือ หากไม่มีท่าที ประณาม หรือ ต่อต้านโดยตรง ก็อาจถือเป็นการยอมรับโดยนัยได้แล้ว

แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาถึงแนวคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ จะพบว่า ศาลยังคงปฏิเสธสิทธิในการป้องกันตัวเองของรัฐ เมื่อยังมีได้ถูกโจมตีด้วยอาวุธจริงๆ และหลีกเลี่ยงไม่กล่าวถึงปัญหาข้อกล่าวอ้างเกี่ยวกับการใช้สิทธิป้องกันตัวเองล่วงหน้าโดยตรง กระทั่งยังปฏิเสธไปถึงกรณีที่รัฐถูกโจมตีโดยกลุ่มกำลังผู้ก่อการร้ายที่มีไซร์รัฐ เช่น ในคดีนิคารากัว ว่าไม่ถึงว่ารัฐถูกโจมตีด้วยอาวุธ อันจะทำให้รัฐเกิดสิทธิในการป้องกันตัวเองได้ แต่ในกรณีเดียวกัน นี้ คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติกลับมีท่าทีที่ต่างออกไป กล่าวคือ หลังเหตุการณ์โจมตี ตึกเวิลด์เทรดเซ็นเตอร์ ค.ศ. 2001 คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกมติที่ 1368 และมติที่ 1373 รับรองสิทธิของประเทศสหรัฐอเมริกาที่จะป้องกันตัวเองจากการโจมตีของกลุ่มก่อการร้าย ซึ่งนับว่า แตกต่างไปจากแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งถือว่าเป็นหน่วยงานใน องค์การเดียวกัน คือ องค์การสหประชาชาติ และมีลำดับศักดิ์เป็นอิสระต่อกัน ไม่ตกอยู่ภายใต้ บังคับบัญชาของอีกฝ่ายหนึ่ง

แม้ว่าท่าทีของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะหลีกเลี่ยงการกล่าวถึงปัญหาของ การป้องกันตัวเองล่วงหน้า และประชาคมระหว่างประเทศก็ไม่เคยแสดงท่าทียอมรับอย่างชัดเจน ต่อข้อกล่าวอ้างของรัฐในการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้า แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจาก แนวความเห็นของนักวิชาการในทางกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว จะพบว่ามีแนวโน้มยอมรับการ

<sup>1</sup> Report of the Secretary-General's High Level Panel on Threats, Challenges and Change, A More Secure World: Our Shared Responsibility, The United Nations, 2004, p. 63, para.188

ใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้ากันอย่างกว้างขวางมากขึ้น ซึ่งเป็นแนวโน้มที่สอดคล้องต้องกันกับรูปแบบการพัฒนาตัวของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการใช้กำลังที่พัฒนาจากการใช้กำลังอย่างเสรี มาเป็นการห้ามใช้กำลังเกือบเด็ดขาด จนกระทั่งมีการขยายข้อยกเว้นของการใช้กำลังมากขึ้นเรื่อยๆ ในปัจจุบัน

สิ่งที่กล่าวมาข้างต้นทั้งหมดชี้ให้เห็นว่า ณ ขณะปัจจุบันที่ภัยคุกคามเปลี่ยนแปลงไป การใช้สิทธิป้องกันตัวของรัฐย่อมมีความแตกต่าง และพัฒนาไปจากช่วงเวลาที่ย่างก้าวตรัสสหประชาชาติ และนั่นส่งผลให้รัฐสามารถอ้างสิทธิในการป้องกันตัวเองก่อนที่จะถูกโจมตีด้วยอาวุธได้ในบางกรณี ทั้งนี้ โดยมีเกณฑ์ที่เป็นเงื่อนไขสำคัญที่สุด คือ ความใกล้จะเกิดของภัย (Imminency) ซึ่งจะก่อให้เกิดสิทธิในการใช้กำลังป้องกันตัวเองได้ก่อนที่จะถูกโจมตีด้วยอาวุธ (Armed Attack) จริง

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

เมื่อพิจารณาจากเหตุ และผลดังที่ได้กล่าวมาแล้วทั้งหมด อาจกล่าวได้ว่า การป้องกันตัวเองล่วงหน้านั้นเป็นที่ยอมรับได้ในกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีที่ภัยคุกคามนั้นใกล้จะเกิด (Imminent) โดยต้องประกอบไปด้วยปัจจัย และองค์ประกอบต่างๆ ที่กล่าวมาแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติแล้วการใช้กำลังป้องกันตัวเองล่วงหน้ายังคงมีความคลุมเครือไม่ชัดเจน เนื่องจากข้อความของบทบัญญัติแห่งกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 51 เองที่หากตีความตามลายลักษณ์อักษร โดยไม่คำนึงถึงกฎหมายจารีตประเพณี หรือ สิทธิของรัฐตามกฎหมายธรรมชาติแล้วก็จะทำให้เกิดปัญหาอยู่มาก เป็นเหตุสำคัญที่ทำให้ทั้งประชาคมระหว่างประเทศ หรือ กระทั่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่กล้าแสดงท่าที่ยอมรับการป้องกันตัวเองล่วงหน้าโดยตรง ดังนั้นเพื่อลดข้อโต้แย้งในทางปฏิบัติ และให้สอดคล้องกับสภาพปัญหาในสถานการณ์ปัจจุบัน จึงควรมีกฎเกณฑ์ชัดเจนเพื่อประเมินความชอบด้วยกฎหมายของการใช้กำลังป้องกันล่วงหน้าในลักษณะของการตรวจสอบหลังจากเกิดเหตุการณ์

สิ่งที่ปัญหาอย่างยิ่งหากบัญญัติไว้ให้รัฐมีสิทธิป้องกันตัวเองล่วงหน้า ก็คือการประเมินความใกล้จะเกิด และความร้ายแรงของภัยคุกคาม ซึ่งโดยปกติแล้วรัฐผู้อ้างสิทธิในการป้องกันตัวเองล่วงหน้าจะเป็นผู้ประเมินด้วยตนเอง ทำให้มีแนวโน้มที่จะเกิดการใช้กำลังอย่างแพร่หลาย อันจะเป็นการล้มล้างหลักการห้ามการใช้กำลังที่ยังรากลงอย่างมั่นคงในกฎหมายระหว่างประเทศมาตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่สอง กลไกตรวจสอบจึงควรมุ่งเน้นไปที่ปัจจัยทั้งสองประการนี้เป็นหลักสำคัญ โดยประเมินในเชิงอัตวิสัยของรัฐ ว่าหากรัฐอยู่ในสภาพที่ถูกคุกคาม

ด้วยภัยเช่นนั้น และภัยใกล้จะเกิดในระดับเช่นนั้นแล้ว รัฐควรมีสิทธิตอบโต้ได้หรือไม่ และเพียงใด รวมทั้งต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบอื่นๆ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทก่อนๆ เช่น ความจำเป็นของการใช้กำลัง (Necessity), ความเร่งด่วน (Immediacy) และความได้สัดส่วนของการใช้กำลัง (Proportionality) ว่าครบถ้วนหรือไม่ครบถ้วนไป หากประเมินแล้วการใช้กำลังนั้นไม่ชอบ รัฐจะต้องถูกลงโทษด้วยมาตรการที่ชัดเจน และรุนแรงเพียงพอที่จะทำให้รัฐต่างๆ ไม่กล้าทดลองใช้กำลังโดยปราศจากเหตุผล ทั้งนี้ ก็เพื่อให้กฎบัตรสหประชาชาติสามารถบังคับใช้ได้จริงในทางปฏิบัติ มิใช่กฎหมายที่มีแต่ผู้หาข้ออ้างจะไม่ทำตาม จนทำให้พันธมัย ไม่เหลือสภาพความเป็นกฎหมายอีกต่อไป

## รายการอ้างอิง

### ภาษาไทย

จตุรนต์ ธีระวัฒน์. กฎหมายระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2550.  
พงษ์ธร เศรษฐสุวรรณ. ปัญหาและแนวทางในการควบคุมและทำลายอาวุธชีวภาพภายใต้กฎหมาย  
ระหว่างประเทศ: ศึกษากรณีประเทศอิรัก. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์  
บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546.

### ภาษาอังกฤษ

Antonio Cassese. International Law. Second Edition. New York : Oxford University Press,  
2005.

Christine Gray. International Law and the Use of Force. Third Edition. New York : Oxford  
University Press, 2008.

Helen Duffy. The 'War on terror and The Framework of International Law'. First  
Published. New York : Cambridge University Press, 2005.

Ian Brownlie. International Law and the Use of Force by States. First Published. New  
York : Oxford University Press, 1963.

James Crawford. The International Law Commission's Articles on State Responsibility  
Introduction, Text and Commentaries. First Published. United Kingdom :  
Cambridge University Press, 2002.

Malcolm D. Evans. International Law. First Edition. New York : Oxford University Press,  
2003.

Nagendra Singh and Edward McWhinney. Nuclear weapons and contemporary  
international law. Second Revised Edition. Dordrecht : Martinus Nijhoff  
Publishers, 1989.

Richard Erickson. Legitimate Use of Force Against State Sponsored Terrorism. United  
States : U.S. Air War College, 1989.

Thomas M. Franck. Recourse to Force State Action Against Threats and Armed Attack.  
Fourth Printing. Cambridge : Cambridge University Press, 2003.

Yoram Dinstein. War, aggression and self-defence. Third Edition. Cambridge :  
Cambridge University Press, 2001.

Abraham Sofaer. The Necessity of Pre-Emption. European Journal of International Law

- 14 (2) (2003) : p.209-226
- Allen S. Weiner. The Use of Force and Contemporary Security Threats: Old Medicine for New Ills?. Stanford Law Review 59 (November 2006) : p.415-499
- A. Mark Weiburd. The War in Iraq and The Dilemma of Controlling The International Use of Force. Texas International Law Journal 39 (Summer 2004) : p.521-560
- Amy E. Eckert and Manooher Mofidi. Doctrine or Doctrinaire—The First Strike Doctrine and Preemptive Self-Defense under International Law. Tulane Journal of International and Comparative Law 12 (Spring 2004) : p.117-149
- Beth M. Polebaum. National Self-Defense in International Law: An Emerging Standard for a Nuclear Age. New York University Law Review 59 (April 1984) : p.187-225
- Byard Q. Clemmons and Gary D. Brown. Rethinking International Self-Defense: The United Nations' Emerging Role. Naval Law Review 45 (1998) : p.217-242
- Charles Pierson. Preemptive Self-Defense in an Age of Weapons of Mass Destruction: Operation Iraqi Freedom. Denver Journal of International Law and Policy 33 (Winter 2004) : p.150-182
- Chris Bordelon. The Illegality of The U.S. Policy of Preemptive Self-Defense Under International Law. Chapman Law Review 9 (Fall 2005) : p.111-147
- Daniel H. Joyner. JUS AD BELLUM In The Age of WMD Proliferation. George Washington International Law Review 40 (2008) : p.233-271
- Derege Demissie. Self-Determination Including Secession vs. The Territorial Integrity Of Nation-States: A Prima Facie Case For Secession. Suffolk Transnational Law Review 20 (Winter 1996) : p.165 - 190
- George K. Walker. , Anticipatory Collective Self-Defense in The Charter Era: What The Treaties Have Said. Cornell International Law Journal 31 (1998) : p.325-376
- Gregory M. Travalio. Terrorism, International Law, and The Use of Military Force. Wisconsin International Law Journal 18 (Winter 2000) : p.145-184
- James Thuo Gathii. Assessing Claims of a New Doctrine of Pre-Emptive War Under the Doctrine of Sources. Osgoode Hall Law Journal 43 (Spring/Summer 2005) : p.67-101

- Jane A. Mayer. Collective Self-Defense and Regional Security: Necessary Exceptions to a Globalist Doctrine. Boston University International Law Journal 11 (Fall 1993) : p.391-432
- Joel R. Paul. The Bush Doctrine: Making Or Breaking Customary International Law. Hastings International and Comparative Law Review 27 (Spring 2004) : p.457-471
- John Quigley. A Weak Defense of Anticipatory Self-Defence. Temple International Law & Comparative Law Journal 10 (Spring 1986) : p.255-256
- Jordan J. Paust. Use of Armed Force against Terrorists in Afghanistan, Iraq, and Beyond. Cornell International Law Journal 35 (Winter 2002) : p.533-557
- Judith Gail Gardam. Proportionality and Force in International Law. American Journal of International Law 87 (July 1993) : p.391-415
- Leo Van Den hole. Anticipatory Self-Defence under International Law. American University International Law Review 19 (2003) : p.70-105
- Lucy Martinez. September 11<sup>th</sup>, Iraq and the Doctrine of Anticipatory Self-Defense. UMKC Law Review 72 (Fall 2003) : p.123-190
- Mary Ellen O'Connell. Preserving The Peace: The Continuing Ban On War Between States. California Western School of Law 38 (Fall 2007) : p.41-55
- Mehrdad Payandeh. With Great Power Comes Great Responsibility? The Concept Of The Responsibility To Protect Within The Process Of International Lawmaking. Yale Journal of International Law 35 (Summer 2010) : p. 470-515
- Michael Franklin Lohr. Legal Analysis of U.S. Military Responses to State-Sponsored International Terrorism. Naval Law Review 34 (1985) : p.1-32
- Michael J. Glennon. The Emerging Use-Of-Force-Paradigm. Journal of Conflict Security Law 11 (Winter 2006) : p.309-317
- Michael Wood. The Law on the Use of Force: Current Challenge. Singapore Year Book of International Law 11 (2007) : p.1-17
- Norman G. Printer, Jr.. The Use of Force against Non-State Actors under International Law: An Analysis of the U.S. Predator Strike in Yemen. UCLA Journal of

- International Law and Foreign Affairs 8 (Fall/Winter 2003) : p.331-381
- Oliver Corten. The Controversies over the Customary Prohibition on the Use of Force: A Methodological Debate. European Journal of International Law 16 (November 2005) : p.803-822
- Oscar Schachter. Self-Defense and the Rule of Law. American Journal of International Law 83 (April 1989) : p.259-275
- Oscar Schachter. The Right of States to Use Armed Force. Michigan Law Review 82 (April/May 1984) : p.1620-1646
- Richard B. Bilder edited. Necessity, Proportionality and The Use Of Force By States by Judith Gardam. American Journal of International Law 100 (October 2006) : p.973-978
- Tarcisio Gazzini. The Rules on the Use of Force at the Beginning of the XXI Century. Journal of Conflict and Security Law 11 (Winter 2006) : 319-342
- Thomas K. Plofchan, Jr.. Article 51: Limits on Self-Defense. Michigan Journal of International Law 13 (1992) : p.336-371
- Timothy Kearley. Regulation of Preventive and Preemptive Force in the United Nations Charter: A Search for Original Intent. Wyoming Law Review 3 (2003) : p.663-733
- Re. J. Zedalis. Protection of Nationals Aboard: Is Consent the Basis of Legal Obligation?. Texas International Law Journal 25 (Spring 1990) : p.209-267
- William C. Bradford. "The Duty to Defend Them": A Natural Law Justification for the Bush Doctrine of Preventive War, Symposium The Changing Laws of War: Do We Need a New Legal Regime after September 11?. Notre Dame Law Review 79 (July 2004) : p.1365-1474
- W. Michael Reisman, Andrea Armstrong. The Past and Future of The Claim of Preemptive Self-Defense, Centennial Essay In Honor of the 100<sup>th</sup> Anniversary of the AJIL and the ASIL. American Journal of International Law 100 (July 2006) : p.525-553
- Report of the Secretary-General's High Level Panel on Threats, Challenges and Change. A More Secure World: Our Shared Responsibility, The United Nations, 2004



The First Report of the Atomic Energy Commission to the Security Council, the United Nations, 1946

Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Judgment, I.C.J Report 1949

Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Report 1986.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Report 1996.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Report 2004.

United Nations Security Council , 19 June 1981 , UN. Doc S/RES/487.

United Nations Security Council , 29 November 1990 , Council UN. Doc S/RES/678.

United Nations Security Council , 3 April 1991 , UN. Doc S/RES/687.

United Nations Security Council , 15 August 1991 , UN. Doc S/RES/707.

United Nations Security Council , 11 October 1991 , UN. Doc S/RES/715.

United Nations Security Council , 17 December 1999, UN. Doc S/RES/1284.

United Nations Security Council , 12 September 2001 , UN. Doc S/RES/1368.

United Nations Security Council , 28 September 2001 , UN. Doc S/RES/1373.

United Nations Security Council , 12 November 2001 , UN. Doc S/RES/1377.

United Nations Security Council , 8 November 2002 , UN. Doc S/RES/1441.

United Nations General Assembly Res. 2625 (XXV), 'Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-Operation among States in Accordance with the Charter of the United Nation', 24 October 1970, UN Doc. A/RES/2625.

United Nations General Assembly Res. 3314 (XXIX), 'Definition of Aggression', 14 December 1974, UN Doc. A/RES/3314.

BBC News US launches Air Strikes on Libya [Online]. Available from :

[http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/april/15/newsid\\_3975000/3975455.stm/](http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/april/15/newsid_3975000/3975455.stm/) : [2012, May 19].

BBC News US names 'coalition of the willing' [Online]. Available from :

<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/2862343.stm> : [2012, June 12].

Commondreams.Org [Annan Says US Will Violate Charter if It Acts Without Approval](#)

[Online]. Available from : <http://www.commondreams.org/headlines03/0311-06.htm> : [2012, June 12].

David B. Rivkin Jr. [Remember the Caroline: The doctrine of 'anticipatory self-defense'](#)

[more relevant than ever](#)" [Online]. Available from :

[http://findarticles.com/p/articles/mi\\_m1282/is\\_12\\_54/ai\\_87130362/](http://findarticles.com/p/articles/mi_m1282/is_12_54/ai_87130362/) : [2009, November 10].

OPCW.ORG [Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction](#) [Online]. Available from

: <http://www.opcw.org/chemical-weapons-convention/articles/article-ii-definitions-and-criteria/> : [2012, March 5].

## ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

ผู้เขียนเป็นบุตรของคุณพ่อกำพล ชุ่มหิรัญสกุล และคุณแม่สุณีย์ ชุ่มหิรัญสกุล เกิดเมื่อวันที่ 8 มิถุนายน 2526 ณ กรุงเทพมหานคร จบการศึกษาชั้นมัธยมศึกษาตอนต้น และตอนปลายจาก โรงเรียนสวนกุหลาบวิทยาลัย ปริญญาตรีนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปัจจุบันผู้เขียนทำงานในตำแหน่งทนายความ สำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย บริษัท กำธร สุรเชษฐ แอนด์ สมศักดิ์ จำกัด