

อาชญากรรมรุกราน และปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของ
การป้องกันตนเองล่วงหน้าของรัฐ¹
CRIME OF AGGRESSION AND PROBLEMS IN STATE RIGHT
OF ANTICIPATORY SELF-DEFENSE

สุรวุฒิ อินทร์สำเภา

Surawut Insompao

นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : surawut.inso@dome.tu.ac.th

Graduate student of Master of Laws Program in Criminal law

Faculty of Law, Thammasat University : surawut.inso@dome.tu.ac.th

Received : March 29, 2024

Revised : September 3, 2024

Accepted : October 1, 2024

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งศึกษาปัญหาการกระทำของรัฐที่มีลักษณะเป็นการก่ออาชญากรรมรุกรานแต่รัฐอ้างสิทธิในการป้องกันตนเองล่วงหน้าเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบต่ออาชญากรรมรุกราน โดยการใช้สิทธิดังกล่าว รัฐอ้างว่าเป็นสิทธิที่อยู่ภายใต้การรับรองของกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 51 ในฐานะ “สิทธิดั้งเดิมของรัฐ” ซึ่งมีรากฐานมาจากกรณี Caroline affair

ดังที่บัญญัติไว้ในข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ การป้องกันตนเองล่วงหน้าแตกต่างจากการป้องกันตนเองโดยทั่วไป กล่าวคือ รัฐสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้โดยลำพังในการใช้กำลังทางทหารเพื่อป้องกันตนเองจากรัฐผู้รุกรานเมื่อมีการโจมตีเกิดขึ้น (An armed attack occurs) ในกรณีการป้องกันตนเองแบบทั่วไป ในขณะที่การป้องกันตนเองล่วงหน้านั้นเป็นใช้กำลังทางทหารของรัฐโดยอ้างสิทธิในการป้องกันตนเองล่วงหน้าเพื่อโจมตีรัฐอันธพาลก่อนที่รัฐอันธพาลจะดำเนินการโจมตีหรือการรุกราน การป้องกันตนเองล่วงหน้าจึงมีเป้าประสงค์เพื่อกระทำต่อรัฐอันธพาลที่สร้างภัยอันตรายอันใกล้จะถึง (Imminent threat) โดยมีจุดประสงค์เพื่อปลดอาวุธหรือขจัดภัยคุกคามที่ใกล้จะถึงดังกล่าวก่อนที่รัฐอันธพาลจะได้ดำเนินการโจมตีครั้งแรก ซึ่งแม้ว่าการกระทำดังกล่าวมีลักษณะเป็นอาชญากรรมรุกรานตามความหมายของธรรมนูญกรุงโรมข้อ 8 Bis แต่รัฐเหล่านั้นก็หิบบกการป้องกันตนเองล่วงหน้าดังกล่าวขึ้นอ้างเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิด บทความนี้จึงมุ่งนำเสนอแนวคิดและวิเคราะห์ทางปฏิบัติของรัฐว่าสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่

คำสำคัญ

อาชญากรรมรุกราน, การป้องกันตนเองล่วงหน้า, กฎบัตรสหประชาชาติ ข้อ 51

¹ บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์เรื่อง “อาชญากรรมรุกราน : ศึกษาการป้องกันตนเองล่วงหน้า”

ABSTRACT

This article aims to critically examine the issue of state actions that may constitute the crime of aggression, particularly when states invoke the right of anticipatory self-defense to avoid liability for such crimes. By invoking anticipatory self-defense, states claim a privilege under Article 51 of the United Nations Charter, which recognizes the "inherent right of self-defense," a concept rooted in the Caroline affair case.

Anticipatory self-defense is distinct from general self-defense as outlined in Article 51 of the UN Charter. While general self-defense allows states to unilaterally defend themselves against an aggressor state in response to an armed attack, anticipatory self-defense involves a state using military force preemptively against an imminent threat posed by an aggressor state before any actual attack or aggression has occurred. This form of self-defense is employed to neutralize or eliminate a potential threat that is considered imminent and dangerous, with the goal of preempting an attack by the aggressor state.

Such actions, characterized as acts of aggression under Article 8 bis of the Rome Statute, pose a complex legal issue as states invoke anticipatory self-defense to circumvent accountability. This article seeks to elucidate the theoretical foundations and practical implications of states' actions in this context, assessing whether they align with established principles of international law.

Keywords

Crime of aggression, Preemptive self-defense, Charter of United Nations article 51

1. บทนำ

เมื่อสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลงในปี ค.ศ. 1945 ประชาคมโลกได้ก่อตั้งองค์การสหประชาชาติขึ้นบนพื้นฐานของแนวความคิดว่าการรุกรานประเทศอื่นถือเป็นเรื่องที่ไม่ยอมรับ จุดยืนดังกล่าวถูกบัญญัติไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ ข้อ 2 (4)² อันมีใจความว่า “ทุกรัฐสมาชิกขององค์การสหประชาชาติต้องหลีกเลี่ยงการใช้กำลังทางอาวุธ (Use of force) ต่อกัน” การออกกฎบัตรดังกล่าวจึงทำให้หลักการ *Jus ad bellum* ถูกพัฒนาให้ชัดเจนขึ้น โดยจุดเริ่มต้นของหลักการ *Jus ad bellum* เป็นหนึ่งในหลักการที่ตกทอดมาจากทฤษฎี *Just war* โดย เซนต์ ออกัสติน (St. Augustine’s) ในงานเขียนเรื่อง “The city of god” ซึ่งมีใจความว่า การดำเนินการทางทหารโดยชอบธรรมนั้นต้องปฏิบัติตามกฎหมายหรือจารีตประเพณี กล่าวคือการทำสงครามตามพระคัมภีร์เท่านั้นเป็นการกระทำตามพระประสงค์ของพระเจ้า การทำสงครามจึงเป็นการปฏิบัติศรัทธาและเป็นพระประสงค์ของพระเจ้า จึงต้องทำสงครามอย่างมีกฎเกณฑ์” ซึ่งการดำเนินการทางทหารในทฤษฎีดังกล่าวถูกแบ่งออกเป็น 3 เนื้อหาหลัก ๆ ได้แก่ 1) *Jus ad bellum* (Right to War) 2) *jus in bello* (Justice in war) 3) *jus post bellum* (Justice after war) หลักการ *Just war* จึงเป็นหลักการว่าด้วยการกำหนด “สัดส่วน” ในการพิจารณากฎเกณฑ์ในการทำสงคราม³ อันเป็นรากฐานของกฎหมาย และ สนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยกฎเกณฑ์ของการทำสงคราม⁴

Jus ad Bellum เป็นหลักการที่ว่าด้วยความได้สัดส่วนของรัฐในการใช้กำลังทางทหารได้โดยกำหนดถึงจารีตประเพณีและวิธีการที่เป็นที่ยอมรับกันระหว่างรัฐในการเข้าร่วมสงคราม⁵ เช่น การป้องกันตนเอง (Self-defense)⁶ หมายความว่า การใช้กำลังทางทหารมิได้ถูกห้ามอย่างเด็ดขาด แต่ต้องเป็นการใช้กำลังโดยชอบ และยังมีกรอบการใช้กำลังทางทหารอยู่ จึงเกิดการพัฒนากลไก *Jus in Bello* การกำหนดให้ในขณะการสู้รบนั้นต้องจำกัดขอบเขตและความเสียหายของสงครามให้น้อยที่สุด กล่าวคือ กำลังพล ทรัพย์สิน ความเสียหายที่เกิดขึ้น และระยะเวลาในการสู้รบ ต้องน้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ และกำหนดให้มีความสำคัญกับพลเมืองที่ไม่เกี่ยวข้อง โดยพลเมืองต้องได้รับความคุ้มครองจากทุกฝ่ายให้ไม่ได้รับอันตราย การพัฒนาดังกล่าวส่งผลให้การทำสงครามมีกฎเกณฑ์และลดทอนผลกระทบ⁷ จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1998 มีการร่างธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ (Rome Statute)⁸ ขึ้น เป็นกฎหมายอาญาที่มีลักษณะระหว่างประเทศที่ถูกบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นครั้งแรก มีผลใช้บังคับและมีการกำหนดขอบเขตอำนาจศาลไว้อย่างกว้างเพื่อครอบคลุมคดีที่เกิดขึ้น ดังจะเห็นได้จากการวางเงื่อนไขไว้ในข้อ 11 และ 12 แห่งธรรมนูญกรุงโรม โดยฐานความผิดซึ่งบัญญัติไว้ในธรรมนูญกรุงโรมเป็นฐานความผิดซึ่งผู้กระทำความผิดเป็นผู้นำประเทศ หรือบุคคลสำคัญของรัฐซึ่งกฎหมายภายในของรัฐเหล่านั้นไม่สามารถเอาผิดได้ด้วย อิทธิพลทางการเมืองที่อยู่เหนือกฎหมายในทางความเป็นจริง ทำให้สังคมโลกต้องการกฎหมายที่สามารถเอาผิดผู้นำเหล่านั้นในฐานความผิดที่สังคมโลกไม่อาจเพิกเฉยได้ โดยความผิดที่เกี่ยวข้องกับการทำสงครามของรัฐ หรือ

² United Nations Charter, Chapter I : Purposes and principles Article 2 (4)

³ เต็มศิริ เอื้อวิเศษวัฒนา, ‘หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีการใช้กำลังทางทหาร’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2556)15.

⁴ John Langan, *The element of St. Augustine’s Just war Theory* (Blackwell Publishing Ltd 1984) 22.

⁵ John Kleiderer, Paula Minaert and Mark Mossa, *Just war, lasting peace : what Christian Traditions can teach Us* (ThriftBooks-Atlanta 2006) 17.

⁶ Adebayo Ola Afolaranmi, ‘Just War Theory’ (Academia)<https://www.academia.edu/35909777/Just_war_pdf> สืบค้นเมื่อ 10 เมษายน 2566 9.

⁷ เพิ่งอ้าง 9.

⁸ ‘Rome statue of the International Criminal court’ (International Criminal court) <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>> สืบค้นเมื่อ 5 เมษายน 2566.

อาชญากรรมรุกราน ได้รับการบัญญัติไว้ในธรรมนูญกรุงโรมในปี ค.ศ. 2010 การแก้ไขเพิ่มเติมธรรมนูญกรุงโรมได้เพิ่มเติมข้อ 8 bis อย่างเป็นทางการเพื่อให้สอดคล้องกับกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 2 (4) ซึ่งได้กำหนดลักษณะของการกระทำที่เข้าข่ายเป็นการรุกราน หรือการละเมิดหลักกฎหมายว่าด้วยการห้ามใช้กำลังทางอาวุธต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และนำสิทธิในการป้องกันตนเองจากการรุกรานบัญญัติไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ ข้อ 51 ดังนั้นกฎหมายอาญาที่มีลักษณะระหว่างประเทศ เช่น ธรรมนูญกรุงโรม จึงมีขึ้นเพื่อกำหนดความรับผิดชอบของผู้นำของรัฐ โดยใช้หลักการจากข้อ 11 และ 12 ของธรรมนูญกรุงโรมเพื่อป้องกันไม่ให้อ้างว่ารัฐเหล่านั้นไม่ใช่สมาชิกของธรรมนูญกรุงโรม ทั้งนี้เพียงแต่การบัญญัติกฎหมายอย่างเดียวนั้นไม่เพียงพอเนื่องจากกฎหมายจำเป็นต้องมีองค์การซึ่งบังคับใช้กฎหมายนั้นด้วย การเกิดขึ้นของศาลอาญาที่มีลักษณะเป็นศาลระหว่างประเทศจึงเป็นสิ่งจำเป็น

แม้ว่าก่อนหน้านี้จะได้มีการพิจารณาคดีอาญาที่เป็นลักษณะระหว่างประเทศไว้อยู่บ้าง เช่น คดี Nuremberg Trials ซึ่งเป็นการพิจารณาคดีนาซีเยอรมนี และ Tokyo Trials ซึ่งเป็นการพิจารณาคดีผู้นำทางทหารของญี่ปุ่น ศาลทั้งสองเกิดขึ้นหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง รวมทั้งกรณีคณะตุลาการอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย (International Criminal Tribunal the former Yugoslavia) ในปี ค.ศ. 1993 ทั้งนี้ ศาล Nuremberg ศาล Tokyo และศาลสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย เป็นการตั้งศาลเฉพาะกิจเพื่อพิจารณาคดีดังกล่าวเป็นการเฉพาะ เมื่อสิ้นสุดการพิจารณาคดีเหล่านั้น ศาลดังกล่าวก็ได้ใช้สำหรับคดีอาญาระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นคดีอื่นอีก อีกทั้งองค์การสหประชาชาติยังไม่ใช่สถาบันที่มีอำนาจตัดสินข้อพิพาททางกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ จึงจำเป็นต้องมีการก่อตั้งองค์การที่มีลักษณะเป็นสถาบันในการตัดสินข้อพิพาทในคดีอาญาระหว่างประเทศและมีลักษณะถาวรขึ้น โดยการบัญญัติธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศและมีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศโดยอาศัยอำนาจตามข้อกฎหมายในธรรมนูญกรุงโรม นั่นคือศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court: ICC) ซึ่งเป็นศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งแรกที่มีลักษณะเป็นศาลถาวร

แม้ว่าจะมีการบัญญัติธรรมนูญกรุงโรม และการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งมีลักษณะถาวรแล้วแต่ปัญหาทางกฎหมายของอาชญากรรมรุกรานตามธรรมนูญกรุงโรมนั้นไม่สอดคล้องกับกฎบัตรสหประชาชาติ กฎหมายระหว่างประเทศทั้งสองมีจุดเกาะเกี่ยวกันในการสร้างสันติภาพและความมั่นคงและป้องกันไม่ให้อันตรายหรือกระทำความผิดต่อกันและกัน กฎหมายทั้งสองจึงควรจะต้องสอดคล้องกันในแง่ของบทบัญญัติ แต่อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำของตัวบทบัญญัติของธรรมนูญกรุงโรมและกฎบัตรสหประชาชาติ ข้อ 51 จะพบว่าตัวบทของธรรมนูญกรุงโรมข้อ 8 Bis แบ่งความผิดออกเป็น 2 ช่วง อันได้แก่ 1) การวางแผนหรือการเตรียมการ และ 2) การดำเนินการการกระทำรุกราน เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของฐานความผิดอาชญากรรมรุกรานโดยเปรียบเทียบกับสิทธิในการป้องกันตนเองตามข้อ 51 กฎบัตรสหประชาชาติแล้วนั้น จะพบว่าตัวบททั้งสองไม่เป็นไปในทางเดียวกันเนื่องจากข้อ 51 กฎบัตรสหประชาชาตินั้นกำหนดให้รัฐจะมีสิทธิในการป้องกันตนเองได้ก็ต่อเมื่อมีการโจมตีครั้งแรกเกิดขึ้นก่อน แต่ธรรมนูญกรุงโรมกำหนดให้การกระทำของรัฐเป็นความผิดตั้งแต่มีการวางแผนหรือเตรียมการ เมื่อพิจารณาจากหลักกฎหมายอาญาภายในของรัฐซึ่งเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับทั่วไปว่าการป้องกันตนเองนั้นจะต้องมีภัยอันตรายอันละเมิดต่อกฎหมายเกิดขึ้นเสียก่อน⁹ จึงจะมีสิทธิในการป้องกันตนเอง ดังนั้น ตัวบทของกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 51 จึงไม่สอดคล้องกับธรรมนูญกรุงโรมจากกรณีดังกล่าว จึงจะเห็นได้ว่าปัญหาของธรรมนูญกรุงโรมนั้น คือการไม่มีข้อบัญญัติเรื่องการใช้สิทธิในการป้องกันตนเองไว้โดยเฉพาะ จึงทำให้สิทธิในการป้องกันตนเองต้อง

⁹ ในกฎหมายอาญาภายในส่วนมากไม่กำหนดให้การเตรียมการเป็นความผิดและจะมีความผิดเมื่อผู้กระทำได้ลงมือกระทำความผิดแล้ว แต่ในกฎหมายว่าด้วยอาชญากรรมรุกราน การกระทำของรัฐเป็นความผิดตั้งแต่มีการเตรียมการหรือการวางแผน เพราะการรุกรานโดยธรรมชาตินั้นไม่ใช่สิ่งที่ทำเมื่อใดก็ได้เหมือนความผิดอาญาทั่วไป การรุกรานต้องมีการวางแผนทางยุทธวิธีและการเตรียมการกองทัพเป็นเวลานาน และเมื่อมีการตัดสินใจที่จะใช้กำลังทางทหารแล้ว การยกเลิกคำสั่งหรือการยกเลิกปฏิบัติการดังกล่าวก็ไม่ใช่ว่าเรื่องที่จะเกิดขึ้นอย่างง่ายดายเช่นเดียวกัน.

เป็นไปตามกฎบัตรสหประชาชาติตามข้อ 51 โดยปริยาย ปัญหาดังกล่าวมีผลเนื่องมาจากระยะเวลาที่กฎหมายทั้งสองฉบับมีการประกาศใช้ห่างกันถึง 65 ปี โดยกฎบัตรสหประชาชาติใช้บังคับในปี ค.ศ. 1945 และธรรมนูญกรุงโรมมีบทบัญญัติเรื่องอาชญากรรมรุกรานในปี ค.ศ. 2010 ซึ่งยังผลให้เกิดความไม่สอดคล้องกัน ดังจะเห็นได้จากกฎบัตรสหประชาชาติ ข้อ 2 (4) ใช้คำว่า “Use of force - ใช้กำลังทางทหาร” ในขณะที่กฎบัตรสหประชาชาติ ข้อ 51 ใช้คำว่า “Armed Attack - การขัดกันทางอาวุธ” และธรรมนูญกรุงโรมข้อ 8 bis ใช้คำว่า “Use of armed force - การใช้ออกกำลังติดอาวุธ” ความไม่สอดคล้องกันของถ้อยคำจึงทำให้เกิดปัญหาว่านิยามของคำแต่ละคำตามบทบัญญัติต่าง ๆ มีความหมายต่างกันหรือไม่ อย่างไร รวมถึงการตีความหลักการในการป้องกันตามกฎบัตรสหประชาชาติ ข้อ 51 การอ้างสิทธิในการป้องกันล่วงหน้านั้นไม่เคยถูกหยิบยกมาเป็นประเด็นทางกฎหมายก่อนการเกิดขึ้นขององค์การสหประชาชาติ เนื่องจากการทำสงครามและการสู้รบยังไม่มีกฎเกณฑ์บังคับอย่างเด่นชัด แต่หลังจากการกำเนิดขึ้นขององค์การสหประชาชาติ การป้องกันล่วงหน้าจึงถูกหยิบยกขึ้นมาศึกษาถึงประเด็นความชอบธรรมและขอบเขตของการป้องกันล่วงหน้า ในช่วงเวลาที่ผ่านมาจึงได้มีข้อถกเถียงจากหลายสำนักคิดที่เกี่ยวข้องในแง่ของการอ้างสิทธิโดยชอบธรรมในการป้องกันตัวล่วงหน้าของรัฐ และแนวคิดในการตีความกฎบัตรสหประชาชาติ ข้อ 2 (4) และข้อ 51 และธรรมนูญกรุงโรม ข้อ 8 bis จึงทำให้เกิดสำนักความคิดที่ทั้งเห็นด้วยและไม่เห็นด้วยกับสิทธิในการป้องกันตนเองล่วงหน้า

ในการนี้ บทความนี้จึงมุ่งศึกษาหลักการว่าด้วยการป้องกันตนเองและการป้องกันตนเองล่วงหน้า โดยวิเคราะห์ความเห็นของนักวิชาการที่เกี่ยวข้อง และทฤษฎีของสำนักความคิดในปัญหาว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการป้องกันตนเองล่วงหน้าของรัฐที่แต่ละสำนักคิดต่างให้ความเห็นที่ต่างกัน

2. กฎหมายว่าด้วยอาชญากรรมรุกรานและการป้องกันตนเองของรัฐ

ความผิดอาชญากรรมอันเป็นการรุกราน เป็นฐานความผิดที่จะนำไปสู่สิทธิในการป้องกันตนเองของรัฐ เช่นเดียวกับกับกฎหมายภายในของรัฐ แต่ในแง่ของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้น การที่รัฐจะเกิดสิทธิในการป้องกันตนเองของรัฐตามข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติจำเป็นต้องมีอันตรายอันละเมิดต่อกฎหมายหรือเกิดการรุกรานเกิดขึ้นเสียก่อน ดังนั้น การจะเข้าใจถึงสิทธิในการป้องกันตนเองของรัฐ ต้องทำความเข้าใจถึงความผิดอาชญากรรมอันเป็นการรุกรานเสียก่อน จึงจะสามารถเชื่อมโยงมาทำความเข้าใจสิทธิในการป้องกันตนเองของรัฐ รวมถึงทฤษฎีของสิทธิในการป้องกันตนเองล่วงหน้าของรัฐ ซึ่งเป็นสิทธิที่ปัจจุบันยังมีการถกเถียงกันและไม่มีที่สิ้นสุดจนกว่าจะได้มีการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยการป้องกันตนเองเสียใหม่

2.1. ความผิดอาชญากรรมอันเป็นการรุกราน

ความผิดอาชญากรรมอันเป็นการรุกราน เป็นการกระทำผิดอาญาระหว่างประเทศที่กำหนดความรับผิดชอบให้แก่รัฐอันธพาล¹⁰ที่ใช้กำลังทางอาวุธต่ออีกรัฐหนึ่งโดยการทำสงคราม เมื่อเข้าสู่สภาวะสงครามมักสามารถแบ่งแยกออกเป็น 2 ฝ่ายได้แก่ผู้รุกรานและผู้ถูกรุกรานดังนั้น อาชญากรรมรุกรานจึงเป็นเรื่องระหว่างรัฐกับรัฐเท่านั้น การที่รัฐทำสงครามกับผู้ก่อการร้ายหรือองค์กรระหว่างประเทศจึงไม่ใช่การกระทำที่เป็นลักษณะรุกราน เมื่อการป้องกันนั้นมีพื้นฐานว่าต้องมีอันตรายเกิดขึ้นเสียก่อน ผู้ศึกษาจึงต้องเข้าใจความหมายและความเป็นมาเกี่ยวกับแนวคิดว่าด้วยการกำหนดอาชญากรรมรุกรานให้เป็นความผิดเป็นอย่างแรก กฎหมายว่าด้วยความผิดฐานอาชญากรรมรุกรานเป็นกฎหมายประเภท *Jus ad Bellum* เป็นหลักการว่าด้วยความได้สัดส่วนของสิทธิของรัฐในการเข้าสู่สงครามเช่น การ

¹⁰ เป็นคำจำกัดความของรัฐซึ่งก่อความวุ่นวาย หรือการทำการที่เป็นการกระหนาบ หรือน่าจะกระหนาบสันติภาพระหว่างประเทศ โดยในต่างประเทศใช้คำนิยามดังกล่าวว่า Rogue state.

เข้าสู่สงครามเพราะเป็นการใช้สิทธิในการป้องกันตนเองของรัฐ หรือการปกป้องประชาชนของตนเองโดยการใช้ความรุนแรงที่เหมาะสมตามหลักการว่าด้วยความได้สัดส่วนของสิทธิของรัฐในการเข้าสู่สงคราม (*Jus ad Bellum*) อาทิ การทำสงครามเพื่อผลประโยชน์ของรัฐในด้านของทรัพยากร เขตแดน ซึ่งการทำสงครามในลักษณะดังกล่าวเป็นการทำสงครามที่มีชอบด้วยทฤษฎี *Just war* การทำสงครามต้องเป็นทางเลือกสุดท้ายเมื่อจำเป็นเท่านั้นเมื่อทางเลือกโดยสันติภาพไม่สามารถใช้แก้ไขความขัดแย้งได้ จึงจะชอบด้วยทฤษฎี *Just war*¹¹ หลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลงผลกระทบจากการทำสงครามทำให้ประชาคมโลกมองไปในทิศทางเดียวกันว่าการทำสงครามนั้นเป็นสิ่งที่ไม่ควรได้รับการยอมรับอีกต่อไป และควรมีกฎเกณฑ์ที่เป็นรูปธรรมเพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดการสู้รบกันขึ้นอีก ดังนั้นในปี ค.ศ. 1945 กว่า 51 ประเทศจึงรวมตัวกันก่อตั้งองค์การสหประชาชาติ (United Nations) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศและส่งเสริมความก้าวหน้าทางสังคม เศรษฐกิจ และสิทธิมนุษยชน ในภายหลังองค์การสหประชาชาติมีประเทศที่เข้าร่วมเป็นจำนวน 193 ประเทศ จึงกล่าวได้ว่าเป็นครั้งแรกที่สังคมโลกซึ่งประกอบไปด้วยรัฐเกือบทั้งโลกได้รวมตัวกันเป็นหนึ่งเดียวภายใต้องค์การสหประชาชาติ อนึ่ง องค์การสหประชาชาติยังแยกหน่วยงานย่อยอีกมากมายตามภารกิจ เช่น คณะมนตรีความมั่นคงสหประชาชาติ หรือ United Nations Security Council (UNSC) ซึ่งเป็นองค์กรเพื่อสันติภาพโลกแห่งแรก¹²

ในวันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ. 1945 รัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพโซเวียต สหราชอาณาจักร และฝรั่งเศส ได้จัดทำข้อตกลงลอนดอน (London Agreement 1945) โดยมีจุดประสงค์เพื่อจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศ (International Military Tribunal) เพื่อพิจารณาคดีทางสงครามที่เกิดขึ้นระหว่างการทำสงครามโลกครั้งที่ 2 ข้อตกลงลอนดอนจึงนำไปสู่การจัดตั้งกฎบัตรศาลทหารระหว่างประเทศ (Charter of the International Military Tribunal) หรือที่รู้จักกันในนาม “กฎบัตรนูเรมเบิร์ก” กฎบัตรดังกล่าวกำหนดเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีของผู้นำทางทหารและการเมืองฝ่ายอักษะในฐานความผิดดังต่อไปนี้ 1) อาชญากรรมต่อสันติภาพ 2) อาชญากรรมสงคราม 3) อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ¹³

ตามกฎบัตรนูเรมเบิร์ก Article 6 (a) เป็นครั้งแรกที่มีการดำเนินคดีในความผิดฐานอาชญากรรมต่อสันติภาพ (Crime against peace) เป็นลักษณะการกระทำที่เป็นการรุกรานรัฐอื่น โดยมีเนื้อหาดังต่อไปนี้:

ข้อ 6 (a) “อาชญากรรมต่อสันติภาพ: ได้แก่ การวางแผน การเตรียมการ การเริ่มต้น หรือการทำสงครามรุกราน หรือทำสงครามที่ละเมิดสนธิสัญญา หรือข้อตกลงหรือความร่วมมือระหว่างประเทศ หรือเป็นส่วนรวมในแผนการ หรือมีส่วนร่วมเพื่อให้การกระทำดังกล่าวประสบความสำเร็จ”¹⁴

คณะตุลาการมองว่า การเริ่มการรุกราน (Initiating) หรือการทำสงครามรุกราน เป็นอาชญากรรมระดับสูงสุดที่แตกต่างจากอาชญากรรมอื่น ๆ เพราะอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติหรืออาชญากรรมสงครามจะพบได้บ่อยที่สุดในช่วงที่มีการก่อสงครามขึ้นแล้ว ดังนั้น ผู้ที่มีส่วนก่อให้เกิดการรุกรานนั้นต้องได้รับการลงโทษ แต่จำกัดอยู่เพียงผู้ที่มีอำนาจตัดสินใจเท่านั้น ในการพิจารณาคดีนูเรมเบิร์กนั้นข้อโต้แย้งของฝั่งจำเลยที่น่าสนใจอันมีความว่า กฎหมายที่นำมาใช้พิจารณาคดีดังกล่าวเป็นกฎหมายที่อิงมาจากกฎหมายแองโกล-อเมริกัน (Anglo-American Law) ในขณะที่ก่อนปี ค.ศ. 1939 อาชญากรรมต่อสันติภาพหรืออาชญากรรมรุกรานไม่เคยถูกกำหนดให้เป็นความผิดมาก่อน เมื่อเยอรมนีใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil law การกระทำที่จะเป็นความผิดได้จึงจะต้องถูกบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร

¹¹ Adebayo Ola Afolaranmi (เชิงอรรถ 6) 9.

¹² Daniel C. Maguire, *The Horrors We Bless: Rethinking the Just-War Legacy* (Fortress press 2007) 28.

¹³ UNGA, The charter and judgment of the Nurnberg Tribunal History and analysis (1949) Doc A/CN.4/5.

¹⁴ Nuremberg charter article 6 (a) “Crimes against peace; Namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing”.

หากจะบัญญัติกฎหมายเพื่อย้อนหลังไปลงโทษการกระทำความผิดในอดีตจะเป็นการขัดต่อหลักการ *Nullum crimen nulla poena sine lege*¹⁵ และผู้นำทางทหารไม่ควรถูกลงโทษในฐานะความผิดดังกล่าว ในเวลาต่อมาธรรมนูญกรุงโรม หรือ Rome Statute ได้ถูกสร้างขึ้นในปี ค.ศ. 1998 โดยกำหนดฐานความผิดทางอาญาที่มีลักษณะเป็นการกระทำความผิดระหว่างประเทศทั้งหมด 4 ฐานความผิด อันได้แก่

1. ความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม (War crimes)
2. อาชญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide)
3. อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ (Crimes against humanity)
4. อาชญากรรมอันเป็นรุกราน (The crime of aggression)

อาชญากรรมรุกรานนั้นถูกบัญญัติไว้ในข้อ 8 bis เมื่อปี ค.ศ. 2010 ภายหลังจากธรรมนูญกรุงโรมมีผลใช้บังคับมาแล้ว 12 ปี โดยบัญญัติไว้ว่า

ข้อ 8 bis “อาชญากรรมรุกรานหมายถึง: การวางแผน การเตรียมการ การเริ่มต้น หรือการดำเนินการกระทำการรุกรานโดยบุคคลในตำแหน่งที่มีอำนาจควบคุมหรืออำนาจสั่งการกองกำลังทางทหารหรือกองกำลังทางทหารเมือง ซึ่งมีลักษณะการกระทำความรุนแรง และขนาดความเสียหายเป็นการละเมิดกฎบัตรสหประชาชาติ”¹⁶

ภายหลังจากการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวว่าด้วยอาชญากรรมรุกรานและประกาศให้มีผลบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวนี้ รัฐใดที่เป็นฝ่ายเริ่มใช้กำลังทางอาวุธโดยมิชอบด้วยกฎบัตรสหประชาชาติจึงมีความผิดฐานอาชญากรรมรุกราน

2.2. การป้องกันตนเองของรัฐ

การป้องกันตนเองของรัฐเป็นการใช้สิทธิตามข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ¹⁷ ว่าด้วยหลักการในการป้องกันตนเองของรัฐ เมื่อมี “การโจมตีด้วยกำลังอาวุธบังเกิดแก่สมาชิกของสหประชาชาติ” กล่าวคือ เป็นสิทธิของรัฐที่จะป้องกันตนเองจากภัยอันตรายที่เกิดขึ้นจากการอาชญากรรมอันเป็นการรุกรานของรัฐอื่น ซึ่งรัฐที่กำลังถูกรุกรานสามารถใช้กำลังทางอาวุธของตนเองได้เพื่อกำจัดภัยคุกคามเหล่านั้น การเริ่มต้นของสิทธิในการป้องกันตนเองตามข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาตินี้เกิดขึ้นเมื่อการโจมตีครั้งแรก (First strike) ได้บังเกิดขึ้นต่อสมาชิกรัฐขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งการโจมตีครั้งแรกตรงกับความหมายของประโยคที่ว่า “An armed attack occurs” อันเป็นองค์ประกอบของการป้องกันตนเองที่ได้บัญญัติไว้ตามกฎบัตรสหประชาชาติ รัฐจึงมีสิทธิที่จะป้องกันตนเองได้โดยชอบตามข้อ 51 ทั้งนี้ เมื่อรัฐได้ใช้สิทธิในการป้องกันตนเองแล้ว รัฐมีหน้าที่จะต้องรายงานการใช้กำลังทางทหารและมาตรการทางทหารต่อคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติโดยทันที เพื่อให้คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติเข้าจัดการปัญหาความขัดแย้งทางอาวุธระหว่างประเทศเพื่อคืนสันติภาพและความมั่นคง ในปัจจุบันข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ มีการถกเถียงกันทั้งในแง่ความหมายของถ้อยคำ และ องค์ประกอบที่สำคัญของข้อ

¹⁵ Daniel C. Maguire (เชิงอรรถ 12) 51.

¹⁶ Article 8 bis Crime of aggression

“1. For the purpose of this Statute, “crime of aggression” means the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations.”

¹⁷ กฎบัตรสหประชาชาติ ข้อ 51.

“ไม่มีข้อความใดในกฎบัตรฉบับปัจจุบันอันจักรอนสิทธิประจำตัวในการป้องกันตนเองโดยลำพังตนหรือโดยร่วมกัน หากการโจมตีโดยกำลังอาวุธบังเกิดแก่สมาชิกของสหประชาชาติ จนกว่าคณะมนตรีความมั่นคงจะได้ดำเนินการที่จำเป็นเพื่อธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ มาตรการที่สมาชิกได้ดำเนินไปในการใช้สิทธิป้องกันตนเองนี้จักต้องรายงานให้คณะมนตรีความมั่นคงทราบโดยทันที และจักไม่กระทบกระเทือนอำนาจและคามรับผิดชอบของคณะมนตรีความมั่นคงภายใต้กฎบัตรฉบับปัจจุบันแต่ทางหนึ่งทางใด ในอันที่จักดำเนินการเช่นที่เห็นจำเป็นเพื่อธำรงไว้หรือสถาปนากลับคืนมาซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศในขณะหนึ่งขณะใด”.

ดังกล่าว โดยในความหมายของถ้อยคำ “หากการโจมตีด้วยกำลังอาวุธบังเกิด - If an armed attack occurs” มีข้อถกเถียงว่าจำเป็นต้องให้มีการโจมตีครั้งแรกเกิดขึ้นจริง ๆ ก่อนหรือไม่ โดยฝ่ายที่เห็นด้วยกับการตีความตามข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติเห็นว่าต้องให้มีการโจมตีด้วยกำลังอาวุธเกิดขึ้นในความเป็นจริงเสียก่อน ตามถ้อยคำที่ว่า “เมื่อมีการโจมตีทางอาวุธบังเกิดขึ้น” แต่ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการตีความตามข้อ 51 ได้แสดงความเห็นในทางตรงกันข้าม โดยที่ฝ่ายที่เห็นแย้งได้ให้ความเห็นว่าบางครั้งรัฐไม่สามารถระบุเส้นแบ่งที่ชัดเจนระหว่างการโจมตีนั้นเกิดขึ้นแล้วหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นเพียงภัยอันตรายอันใกล้จะถึง และได้ยกเหตุการณ์ 9/11 ขึ้นอ้าง โดยมีคำถามที่ว่า “เมื่อเครื่องบินลำดังกล่าวพุ่งชนตึก หรือเมื่อเครื่องบินลำดังกล่าวถูกปล้น เมื่อใดจึงจะนับได้ว่ามีมีการโจมตีเกิดขึ้นและรัฐมีสิทธิในการป้องกันตนเอง¹⁸”

ทั้งนี้ ในข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติยังมีถ้อยคำที่ว่า “ไม่มีข้อความใดในกฎบัตรฉบับปัจจุบันจะลิดรอนสิทธิประจำตัวในการป้องกันตนเองโดยลำพังหรือโดยร่วมกัน” ในอดีตการป้องกันตนเองล่วงหน้าถูกวางหลักการไว้ในกรณี Caroline Affair¹⁹ ในปี ค.ศ. 1837 เมื่อการขยายอิทธิพลของสหราชอาณาจักรในประเทศแคนาดากลายเป็นสาเหตุหลักของความขัดแย้งระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศแคนาดาภายใต้การปกครองของสหราชอาณาจักร ความขัดแย้งรุนแรงขึ้นเมื่อกองกำลังที่ต้องการปลดแอกแคนาดาได้ขอความช่วยเหลือจากสหรัฐอเมริกา กลุ่มดังกล่าวได้เข้ายึดเกาะ Navy Island เป็นศูนย์บัญชาการ การเข้ายึดเกาะดังกล่าวได้ดึงดูดความสนใจของสหราชอาณาจักร ผู้ว่าการรัฐ Upper Canada จึงได้ส่งจดหมายไปยังผู้ว่าการรัฐ New York เกี่ยวกับการกระทำของกลุ่มต่อต้าน ซึ่งจดหมายดังกล่าวไม่ได้รับการตอบกลับจากฝั่งสหรัฐอเมริกา²⁰ สถานการณ์เข้าขั้นวิกฤต เมื่อวันที่ 28 ธันวาคม ค.ศ. 1837 มีรายงานว่า มีกองกำลังติดอาวุธจำนวน 200-300 คน ซึ่งส่วนมากเป็นชาวอเมริกันและอยู่ภายใต้การสั่งการของชาวอเมริกัน²¹ กองกำลังดังกล่าวใช้เรือเฟอร์รี Caroline เพื่อขนคน และอุปกรณ์ระหว่างสหรัฐอเมริกาและเกาะ Navy Island ในขณะนั้น Colonel McNab ผู้บัญชาการกองกำลังของสหราชอาณาจักรที่ Chippewa ได้วางแผนเพื่อทำลายเรือดังกล่าวเพื่อขัดขวางแผนการโจมตีของกลุ่มต่อต้าน²² หลังจากนั้น ในคืนวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ. 1837 กองกำลังติดอาวุธของสหราชอาณาจักรในแคนาดาได้บุกยึดเรือ Caroline และลากไปยังดินแดนที่อยู่ภายใต้การควบคุมของกองกำลังสหราชอาณาจักร และลากไปยังกลางแม่น้ำ ถูกเผาและดันให้ตกลงไปในน้ำตกในเองการามีผู้เสียชีวิตชาวอเมริกัน 2 คน และถูกจับกุม 2 คน²³ ในการโจมตีการกระทำดังกล่าวทำให้สหรัฐอเมริกาไม่พอใจเป็นอย่างมาก สหรัฐอเมริกาได้ส่งจดหมายไปยัง สหราชอาณาจักรเพื่อเรียกร้องให้รับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากกรณีดังกล่าว สหราชอาณาจักรได้ปฏิเสธการรับผิดชอบความเสียหายและให้เหตุผล 3 ประการ ดังนี้

¹⁸ Charles Pierson, ‘Preemptive Self-Defense in an Age of Weapons of Mass Destruction: Operation Iraqi Freedom’ (2004) *Denver Journal of International Law & Policy*, 158.

¹⁹ Patrick Kelly, ‘Preemptive Self-defense, Customary international Law, and the Congolese war’ (.pdf, E-International Relations 2016) 1.

²⁰ Nguyen Van Sang, ‘The Caroline affair and the diplomatic crisis between Great Britain and the United States 1837-1841’ (.pdf.) 75. <https://www.researchgate.net/publication/331876937_The_Caroline_Affair_and_the_Diplomatic_Crisis_between_Great_Britain_and_the_United_States_1837-1841> สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2567.

²¹ ‘British-American Diplomacy: The Caroline Case’ (Yale Law School LILLIAN GOLDMAN Law Library) <<https://avalon.law.yale.edu/19thcentury/br-1842d.asp?fbclid=IwAR23VN6QOs6JH10eQP8VZVe5beeqrqEOBEgp9XiNc6IZewkfnRy6UXg1uqc>> สืบค้นเมื่อ 3 มีนาคม 2567.

²² L.P. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a party* (Washington 1898) 2426.

²³ Nguyen Van Sang (เชิงอรรถ 20) 76.

1) การกระทำของเรือ Caroline มีลักษณะที่เป็นภัยคุกคาม และต้องถูกกำจัดเนื่องจากเป็นการป้องกันตนเอง

2) กฎเกณฑ์ของสหรัฐอเมริกาไม่ถูกบังคับใช้ในเวลาที่เกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้น และกลุ่มกบฏดังกล่าวก็ไม่ได้เป็นที่รู้จักอย่างเปิดเผย

3) สาเหตุของการพังทลายของเรือแคโรไลน์ เป็นการกระทำเพื่อป้องกันตนเองและเป็นการป้องกันตนเองล่วงหน้า²⁴

รัฐ New York ได้ดำเนินการนำชาวสหราชอาณาจักรขึ้นศาลในข้อหาฆาตกรรมจากการโจมตีเรือ Caroline โดย Daniel Webster รัฐมนตรีต่างประเทศสหรัฐอเมริกาในขณะนั้น เป็นผู้แทนจากฝั่งสหรัฐอเมริกา และ Lord Ashburton หรือ Alexander Baring ทูตสหราชอาณาจักรประจำสหรัฐอเมริกาเป็นตัวแทนจากฝ่ายสหราชอาณาจักร ทั้งสองฝ่ายเข้าพบหารือและตกลงกันในข้อกฎหมายและข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ยังผลให้ความขัดแย้งระหว่างทั้งสองฝ่ายสิ้นสุดลงโดยการเข้าทำสนธิสัญญา Webster-Ashburton²⁵ โดยมีข้อตกลงที่สำคัญคือการกำหนดว่าการกระทำของสหราชอาณาจักรเป็นการป้องกันตนเองล่วงหน้า หรือ Anticipatory Self-defense โดย Webster เป็นผู้เสนอกำหนดนิยามของการป้องกันตนเองว่าต้องเป็นดังนี้

“รัฐต้องแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นของการป้องกันตนเองที่ต้องป้องกันอย่างทันท่วงที ไม่สามารถใช้วิธีการอื่นได้ และไม่มีช่วงเวลาพอให้มีการคิดใคร่ครวญ”²⁶

ซึ่ง Ashburton เองก็เห็นด้วยในถ้อยคำดังกล่าว²⁷ จึงเป็นที่มาของการที่รัฐจะสามารถใช้กำลังทางอาวุธเพื่อป้องกันภัยอันตรายอันใกล้จะถึง (Imminent threats) ได้ ปัจจุบันมีผู้เห็นว่าหลักการจากคดี Caroline ได้กลายเป็นแนวทางการปฏิบัติของรัฐที่เป็นจารีตประเพณีในเรื่องของการป้องกันตนเองล่วงหน้า ดังที่ ศาสตราจารย์ Craig Forcese ประจำมหาวิทยาลัย University of Ottawa Law ได้ให้ความเห็นว่า

“กรณี Caroline เป็นกรณีที่สามารถมองได้ง่ายที่สุดในการหยุดยั้งการโจมตีของภัยที่อาจจะขยายตัวในเวลาไม่ถึงสัปดาห์ แม้การโจมตีครั้งแรกจะยังไม่เกิดขึ้นเลยก็ตาม”²⁸

โดยสรุปแล้วนั้น Caroline Affairs ได้วางบรรทัดฐานเรื่องของการก่อตัวขึ้นของภัยอันตรายที่จะพัฒนาจนกลายเป็นการรุกรานในอนาคต และความใกล้จะถึงของภัยอันตรายเหล่านั้นที่มีแนวโน้มว่าจะเกิดการรุกรานขึ้นในอนาคตอย่างแน่แท้ อย่างไรก็ตาม ในแง่ของภัยอันตรายที่ก่อตัวขึ้นเป็นภัยคุกคามก็ยังไม่สามารถใช้อำนาจประกอบดังกล่าวเพียงอย่างเดียวในการเป็นเหตุแห่งการใช้สิทธิป้องกันตนเองล่วงหน้าได้

²⁴ Mr. Fox to Mr. Forsyth. February 6.1838, ‘The American Presidency Project’ <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/special-message-4058?fbclid=IwAR1TN_vT-YHYnRf84CZHuUOcaz4gz8yQjkr9_g0YY_nSiXDq12gAUJP3mMCQ> สืบค้นเมื่อ 3 มีนาคม 2567.

²⁵ Patrick Kelly (เชิงอรรถ 19) 1.

²⁶ Nguyen Van Sang (เชิงอรรถ 20) 75.

²⁷ Patrick Kelly (เชิงอรรถ 19) 2.

²⁸ “Caroline is most easily viewed as an effort to degrade a weeks-old attack and its expansion, rather than as an attempt to forestall the first blows of a not-yet mounted assault” อ้างถึงใน Craig Forcese, *Destroying the Caroline: The Frontier Raid That Reshaped the Right to War* (Irwin Law 2018) 228.

2.3 การป้องกันตนเองล่วงหน้าของรัฐ

การป้องกันตนเองล่วงหน้าของรัฐในภาษาต่างประเทศมีหลากหลายถ้อยคำ เช่น Preemptive self-defense, Anticipatory self-defense, Preventive self-defense โดยนักกฎหมายระหว่างประเทศมักให้ถ้อยคำเหล่านี้มีความหมายถึงการป้องกันตนเองล่วงหน้า แต่ผู้เขียนเห็นว่าการป้องกันตนเองล่วงหน้ามีรายละเอียดที่แตกต่างกันและมีความจำเป็นต้องแยกออกจากกัน โดยมาตรการป้องกันตนเองล่วงหน้า (Preemptive self-defense) หมายถึงการป้องกันในกรณีที่ยังไม่มีภัยคุกคามอันใกล้ถึง แต่รัฐดังกล่าวมีข้อมูลหรือหลักฐานที่เชื่อได้ว่าจะมีการโจมตีหรือการรุกรานของรัฐของตนเกิดขึ้นในภายภาคหน้า จึงชิงโจมตีก่อนเพื่อยับยั้งภัยคุกคามดังกล่าวในอนาคต ในขณะที่การป้องกันตนเองล่วงหน้า (Anticipatory Self-defense) เป็นการป้องกันตนเองล่วงหน้าโดยที่ภัยคุกคามนั้นมีความใกล้เคียง เช่นมีการประกาศสงครามกับรัฐตนเอง หรือมีหลักฐานที่น่าเชื่อถือว่ารรัฐผู้รุกรานจะทำการโจมตีหรือการนำกองทหารเข้าประชิดชายแดนของรัฐตน ดังนั้นการป้องกันตนเองล่วงหน้าในบทความนี้ผู้เขียนจึงหมายถึงการป้องกันตนเองล่วงหน้า (Anticipatory) ซึ่งหมายถึงการใช้กำลังทางทหารโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อหยุดยั้งการใช้กำลังทางทหารหรือการรุกรานที่กำลังจะเกิดขึ้นโดยรัฐอันธพาล หรือผู้กระทำที่ไม่ใช่รัฐแต่ได้รับการสนับสนุนจากรัฐเช่น ทหารรับจ้างหรือกลุ่มก่อการร้ายที่รัฐสนับสนุนโดยตรง การใช้กำลังทางอาวุธเพื่อป้องกันตนเองล่วงหน้าดังกล่าวอาจจะไม่ตกอยู่ในสถานะของเหยื่อ แต่รัฐดังกล่าวมีหลักฐานและมีความเสี่ยงอย่างมากที่กำลังจะถูกโจมตีในอนาคตอันใกล้ ดังนั้น รัฐที่อยู่ในสถานะกำลังจะตกเป็นเหยื่อของการรุกรานสามารถดำเนินการเพื่อป้องกันภัยอันตรายดังกล่าวได้ การป้องกันตนเองล่วงหน้าจึงมุ่งเน้นไปที่การปลดอาวุธ (Disarm) หลักการป้องกันตนเองล่วงหน้าไม่ปรากฏเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติกล่าวถึงสิทธิในการป้องกันเมื่อมีการโจมตีบังเกิดขึ้นกับรัฐเท่านั้น และการป้องกันตนเองล่วงหน้าก็เป็นเพียงหลักการที่ตกทอดมาจาก Caroline Affairs เท่านั้น แต่ข้อ 51 ได้ระบุสิทธิดั้งเดิมของรัฐ (Inherent right) ผ่านถ้อยคำของบทบัญญัติที่ว่า:

“ไม่มีข้อความใดในกฎบัตรฉบับปัจจุบันอันจักรอนสิทธิประจำตัวในการป้องกันตนเองโดยลำพังตนหรือโดยร่วมกัน”

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าข้อ 51 นั้นมิได้เป็นการจำกัดจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือสิทธิใด ๆ ที่รัฐพึงมีเพื่อป้องกันตนเองก่อนการเกิดขึ้นของกฎบัตรสหประชาชาติ ดังนั้นปัญหาของการดำรงอยู่ของสิทธิในการป้องกันตนเองจึงขึ้นอยู่กับสถานะทางกฎหมายของหลักการอันมีที่มาจาก Caroline Affairs ว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่ อย่างไรก็ดี ข้อ 51 นั้นมุ่งเฉพาะเจาะจงกับการป้องกันตนเองซึ่งมีการโจมตีหรือมีการรุกรานเกิดขึ้นแล้ว ดังจะเห็นได้จากถ้อยคำว่า “เมื่อมีการโจมตีด้วยอาวุธบังเกิดขึ้น” และเนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวนั้นถูกร่างตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ในปี ค.ศ. 1945 บทบัญญัติดังกล่าวจึงมีปัญหาเมื่อต้องเผชิญหน้ากับสิ่งที่กระทบกระเทือนความมั่นคงของรัฐจากการก่อการร้ายและอาวุธนิวเคลียร์ การป้องกันตนเองของรัฐเมื่อต้องเผชิญหน้ากับภัยคุกคามที่ไม่ใช่รัฐนั้นจึงเป็นความท้าทายที่เกิดขึ้นภายหลังจากโลกเข้าสู่ยุคของความหวาดกลัว (War on Terror) หลังจกเหตุการณ์ 9/11 ในวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 2001

ความท้าทายของการตีความถ้อยคำดังกล่าวคือข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติมุ่งใช้ในกรณีที่การขัดกันทางอาวุธเกิดขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐเป็นหลัก ในกรณีของสงครามระหว่างอิสราเอลกับกลุ่มประเทศอาหรับในปี ค.ศ. 1967²⁹ อิสราเอลเคยแสดงแนวทางต่อข้อดังกล่าวไว้ว่าข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติได้รับรองการมีอยู่ของสิทธิในการป้องกันตนเองของรัฐในฐานะสิทธิดั้งเดิมของรัฐ แต่ถ้อยคำของบทบัญญัติในข้อดังกล่าวมุ่งใช้กับกรณีการป้องกันการโจมตีหรือการรุกรานจากรัฐอื่น มิใช่กรณีที่ภัยคุกคามนั้นเป็นผู้กระทำที่ไม่ใช่รัฐ (Non-state actor) แต่ภายหลังจากเหตุการณ์ 9/11 ผู้พิพากษาประจำศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ Bruno Simma ได้กล่าวไว้ว่า

²⁹ D. Murphy, *The Doctrine of Preemptive Self-Defense* (Villanova University) 718.

“ในกฎหมายระหว่างประเทศนั้น นานาชาติให้การยอมรับว่าข้อ 51 ยังครอบคลุมถึงกรณีที่มีการโจมตีที่ไม่ได้มาจากรัฐ แต่มาจากผู้กระทำที่ไม่ใช่รัฐโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาจากนโยบายของ George W. Bush ที่ได้ให้นิยามของการป้องกันตนเองล่วงหน้า (Preemptive Self-defense) ไว้ในมติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติฉบับที่ 1368 (ค.ศ. 2001) และ ฉบับที่ 1373 (ค.ศ. 2001) อันเป็นการยืนยันว่าการโจมตีที่มีลักษณะเป็นวงกว้าง (Large-scale attack) โดยผู้กระทำที่ไม่ใช่รัฐนั้นเป็น “การโจมตีทางอาวุธ (Armed attack)” ตามความหมายของข้อ 5 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติแล้ว³⁰”

ด้วยเหตุนี้ การป้องกันตนเองล่วงหน้าจึงผูกติดกับแนวคิดของ “ภัยอันตรายที่ใกล้จะมาถึง” หรือ “ความเสียหายต่อภัยอันตราย” แต่การจำกัดการป้องกันล่วงหน้าจะกระทำได้อีกต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นการกระทำล่วงหน้าที่มีประสิทธิภาพ และก่อให้เกิดผลที่เป็นการยับยั้ง ปลดอาวุธ หรือหยุดการโจมตีที่จะเกิดขึ้นจากรัฐที่กำลังจะก่อความผิดฐานอาชญากรรมรุกราน นอกจากนี้ จะต้องพิจารณาถึงการมีอยู่ของอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างสูง (Weapons of mass destruction: WMD) ของรัฐหรือกลุ่มที่จะรุกรานด้วย³¹ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสถานะของหลักการซึ่งตกทอดมาจาก Caroline Affairs ยังมีปัญหาและข้อถกเถียงว่า หลักการดังกล่าวมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งเป็นสิทธิดั้งเดิมตามบทบัญญัติข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติหรือไม่ ทำให้ความชัดเจนของความชอบด้วยกฎหมายของการป้องกันตนเองล่วงหน้าในปัจจุบันยังคงคลุมเครือและไม่ชัดเจน จึงมีนักกฎหมายระหว่างประเทศที่ทั้งเห็นด้วยและไม่เห็นด้วยกับการมีอยู่ของสิทธิในการป้องกันตนเองล่วงหน้า

2.3.1 ความเห็นที่เน้นการตีความอย่างจำกัด

สำนักคิดที่เห็นด้วยกับการจำกัดตามข้อ 51 คือสำนักคิดที่เห็นว่าการตีความข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาตินั้นควรถูกจำกัดอยู่แค่การป้องกันตนเองแบบปกติเท่านั้น การป้องกันตนเองล่วงหน้าไม่ใช่สิทธิดั้งเดิมตามที่บัญญัติไว้ในช่วงต้นของข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ

1) สำนักคิดการจำกัด (Restrictionist) มีความเห็นว่าการประกาศใช้ข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติเป็นการจำกัดจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องสิทธิป้องกันตนเองล่วงหน้าทีมาจาก Caroline Affairs และจำกัดการป้องกันตนเองให้ชอบด้วยกฎหมายเฉพาะในกรณีที่มีการโจมตีเกิดขึ้นแล้วในทางข้อเท็จจริง ซึ่งผูกติดกับถ้อยคำตามข้อ 51 ว่า “An armed attack occurs - เมื่อการโจมตีทางอาวุธเริ่มต้นขึ้น”

แนวคิดของสำนักคิดการจำกัดเป็นการต้อยอดเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎบัตรสหประชาชาติให้เป็นมาตรฐานของการใช้สิทธิป้องกันนับแต่ปี ค.ศ. 1945 โดยนิยามคำว่า “การโจมตีทางอาวุธ - Armed attack” มุ่งหมายถึงการโจมตีทางอาวุธที่รวมเพียงแต่กรณีที่ยกกำลังของรัฐอื่นข้ามพรมแดนมายังรัฐของผู้ถูกรุกรานแล้วเท่านั้น กฎบัตรสหประชาชาติ ข้อ 51 จึงใช้เพื่ออนุญาตให้รัฐที่ตกเป็นเป้าหมายของการรุกรานสามารถตั้งกองกำลังของตนเองไว้ที่แนวชายแดนเพื่อเตรียมรับการโจมตีของผู้รุกรานดังกล่าวได้ แต่การเริ่มใช้สิทธิป้องกันด้วยการโจมตีกองกำลังของรัฐผู้รุกรานจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อกองกำลังของผู้รุกรานได้ข้ามเส้นเขตแดนเข้ามา จึงจะถือได้ว่ามีการโจมตีทางอาวุธเกิดขึ้นเมื่อนั้นรัฐที่ตกเป็นเป้าหมายของการรุกรานจึงจะสามารถใช้กำลังทางทหารเพื่อโต้ตอบได้³² แต่เมื่อโลกเข้าสู่ยุคสงครามเย็นการมาถึงของอาวุธนิวเคลียร์ และการแข่งขันกันสะสมอาวุธนิวเคลียร์ระหว่างประเทศสัมพันธมิตรและสหภาพโซเวียต ภัยคุกคามจากอาวุธนิวเคลียร์ และขีปนาวุธข้ามทวีป (Intercontinental ballistic missile) ทำให้หลักการทำสงครามเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม การข้ามเส้นพรมแดนของรัฐอื่นได้เปลี่ยนไปเป็นการโจมตีในรูปแบบที่รัฐหนึ่งสามารถยิงขีปนาวุธเข้าใส่พรมแดนอีกรัฐหนึ่งโดยไม่จำเป็นต้องมีการรุกรานด้วยกองทัพ ภัยคุกคามรูปแบบข้างต้น

³⁰ Reisman, W. Michael, Andrea Armstrong, ‘The past and Future Claim of Preemptive Self-Defense’ (2006) 100 American journal of international law 537.

³¹ Patrick Kelly (เชิงอรรถ 19) 3.

³² Charles Pierson (เชิงอรรถ 18) 154.

ถูกแสดงออกผ่านคำกล่าวของประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา John F. Kennedy ในห้วงที่ความสัมพันธ์ระหว่างสหรัฐอเมริกาและสหภาพโซเวียตกำลังตึงเครียดในวิกฤตการณ์คิวบา ดังนี้:

“เราไม่ได้ใช้ชีวิตอยู่บนโลกที่ใช้กำลังทางทหารเท่านั้นที่เป็นภัยคุกคามต่อความมั่นคงของรัฐ อาวุธนิวเคลียร์หรือซีปนาวุธข้ามทวีปสามารถก่อให้เกิดความรุนแรงอย่างมหาศาลและรวดเร็ว เทคโนโลยีทำให้อาวุธเหล่านี้สามารถถูกใช้ได้อย่างง่ายดาย และการมีอยู่ของอาวุธเหล่านี้ถูกนิยามว่าเป็นภัยต่อความสงบสุข³³”

คำพูดดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความรวดเร็ว รุนแรง และความง่ายดายของการโจมตีด้วยซีปนาวุธ ทำให้สิทธิในการป้องกันตนเองของรัฐตามข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ถูกท้าทายอย่างยิ่งสอดคล้องกับหลักการรบในยุคใหม่หรือไม่ ในการนี้ สำนักคิด Restrictions มีความคิดเห็นต่อประเด็นดังกล่าวในยุคของการใช้ซีปนาวุธข้ามทวีปและอาวุธนิวเคลียร์ว่า การป้องกันตนเองจะสามารถทำได้ต่อเมื่อมีการโจมตีทางอาวุธเหล่านั้นได้เกิดขึ้นแล้ว ตามข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ หากซีปนาวุธได้ถูกปล่อยออกจากแท่นยิงและมุ่งสู่ดินแดนของรัฐที่ตกเป็นเป้าหมายของการโจมตี การตอบสนองก่อนที่ซีปนาวุธนั้นจะถึงเป้าหมายและการโจมตีเพื่อป้องกันหรือสกัดกั้นนั้นสามารถทำได้ และการป้องกันดังกล่าวเป็นการป้องกันตามข้อ 51 ไม่ใช่การป้องกันตนเองแบบล่วงหน้า สำนักคิดการจำกัดยังคงยึดติดอยู่กับถ้อยคำ “เมื่อมีการโจมตีเกิดขึ้น” โดยรัฐผู้ถูกโจมตีจะสามารถป้องกันตนเองได้ก็ต่อเมื่อซีปนาวุธดังกล่าวได้ปล่อยออกจากแท่นแล้วเท่านั้น เมื่อตรวจพบว่าเป้าหมายและเส้นทางการบินมุ่งสู่รัฐใด รัฐนั้นก็สามารป้องกันได้ทันที³⁴

2) สำนักคิดแบบยึดติดกับโครงสร้างบทบัญญัติ (The Strict-Constructionist School)³⁵ สำนักคิดดังกล่าวไม่เห็นด้วยกับการใช้สิทธิในการป้องกันตนเองในรูปแบบของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ กล่าวคือ สำนักดังกล่าวมีแนวคิดที่ว่า คำว่า “Use of force” ในกฎบัตรสหประชาชาติ ข้อ 2 (4) หมายถึงการทำสงครามซึ่งถูกใช้ในกติกาสัญญาเคลล็อก - บรียอง (Kellogg-Briand Pact) ซึ่งเป็นสนธิสัญญาสามัญว่าด้วยการเลิกสงครามในฐานะตราสารนโยบายแห่งชาติในปี ค.ศ. 1928 โดยสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส อังกฤษ อิตาลี ญี่ปุ่น และเยอรมนี ดังนั้น ข้อ 2 (4) จึงมีใจความเพื่อป้องกันมิให้รัฐสมาชิกสหประชาชาติโจมตีซึ่งกันและกันเพียงอย่างเดียว โดยทั่วไปแล้วการใช้กำลังทางอาวุธในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั้นขัดต่อข้อ 2 (4) แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ อย่างไรก็ตาม กฏบัตรสหประชาชาติก็มีข้อยกเว้นของการใช้กำลังทางอาวุธไว้ในกรณีของสิทธิในการป้องกันตามข้อ 51 และการใช้กองกำลังตามหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ดังนั้นสำนักคิดแบบยึดติดกับโครงสร้างบทบัญญัติจึงมีความเห็นว่า ตามกฎบัตรสหประชาชาติแล้ว ในทางปฏิบัติมี 2 วิธีในการทำให้การป้องกันตนเองล่วงหน้าเป็นการใช้กำลังทางอาวุธที่ไม่ขัดต่อกฎบัตรสหประชาชาติอันได้แก่

1. ให้ที่ประชุมความมั่นคงสหประชาชาติลงมติ 9 ใน 15 เสียง และมีมติเห็นชอบหรืองดออกเสียงจาก 5 ประเทศสมาชิกถาวร (รัสเซีย สหรัฐอเมริกา จีน อังกฤษ และฝรั่งเศส) เพื่ออนุญาตให้มีการใช้กำลังป้องกันตนเองล่วงหน้า แต่ในปัจจุบันยังคงมีการถกเถียงกันว่าการใช้สิทธิป้องกันล่วงหน้าจำเป็นต้องขออนุญาตจากคณะกรรมการความมั่นคงหรือไม่ เพราะโดยปกติแล้วการใช้อำนาจตามหมวด 7 (Chapter VII) เป็นการใช้อำนาจทหารโดยคำสั่งของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติเมื่อเห็นว่ามีภัยคุกคามหรือการกระทำใด ๆ ที่มีลักษณะละเมิดสันติภาพหรือมีการกระทำรุนแรงขึ้น โดยที่การใช้มาตรการอื่น ๆ เช่นการคว่ำบาตร ไม่สามารถยับยั้งเหตุดังกล่าวได้ เมื่อนั้นข้อ 42 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติจึงจะรับรองให้มีการใช้กำลังทางทหารทั้งทางอากาศ ทางทะเล และทางพื้นดินเท่าที่จำเป็น เพื่ออารังไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ

³³ John F. Kennedy, Radio and Television report to the American people on the soviet arms buildup in Cuba (22 October 1962), in pub, Papers of JOHN F. KENNEDY 806, 808 (1962)

³⁴ Charles Pierson (เชิงจรธ 18) 159-162.

³⁵ D. Murphy (เชิงจรธที่ 29) 705-710.

2. หากรัฐแสดงให้เห็นว่าการโจมตีนั้นจะเกิดขึ้นอย่างแน่นอน การใช้การป้องกันล่วงหน้าโดยลำพังของรัฐไม่ขัดกับข้อ 51 เพราะมาตราดังกล่าวใช้คำว่า “หากมีการโจมตีด้วยกำลังทางทหาร” ดังนี้เมื่อรัฐเห็นว่าการรุกรานนั้นจะเกิดขึ้นอย่างแน่นอน รัฐจึงสามารถอ้างสิทธิป้องกันตนเองล่วงหน้าเพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นหากมีการรุกรานได้ แต่ต้องเป็นกรณีที่จะมีการใช้กำลังทางทหารเพื่อรุกรานเกิดขึ้นอย่างแน่นอน สำนักคิดดังกล่าวจึงจะมองว่ารัฐมีสิทธิป้องกันตนเองตามข้อ 51 แล้ว โดยนักวิชาการอิสราเอล Yorum Dinstein ได้ให้ความเห็นไว้ว่า

“เมื่อรัฐใดรู้สึกว่าคุณกำลังจะถูกโจมตีด้วยอาวุธ ตามกฎบัตรแล้วจึงมีอิสระที่จะทำการเตรียมการทางทหารที่จำเป็นสำหรับขจัดภัยคุกคามนั้น และนำเรื่องขึ้นต่อคณะมนตรีความมั่นคงสหประชาชาติ”³⁶

อย่างไรก็ดี สำนักคิดแบบยึดติดกับโครงสร้างบทบัญญัติตั้งข้อสังเกตไว้ว่า กฎบัตรสหประชาชาติข้อ 51 ใช้คำว่า “การโจมตีทางอาวุธ (Armed attack)” แทนคำว่า “การใช้กำลังทางทหาร (Use of force (A 2(4)))” ดังนั้นความชอบธรรมของการป้องกันตัวล่วงหน้าตามกรณีข้อ 51 จึงจำกัดอยู่เพียงแต่การถูกคุกคามก่อนหรือตกเป็นเหยื่อของการใช้กำลังทางทหารในรูปแบบเต็มกำลัง (สงครามหรือการใช้กำลังทางทหารขนาดใหญ่) เท่านั้น แม้ว่าถ้อยคำนี้จะมีได้กล่าวถึงปัญหาเรื่องการป้องกันตนเองล่วงหน้าโดยตรง แต่คำจำกัดความดังกล่าวก็แสดงให้เห็นว่า **ความไม่แน่นอนของภัยคุกคามที่ยังไม่ถึงขั้นเป็นการโจมตีทางอาวุธ** (โดยไม่ว่าจะถูกยกระดับเป็นการโจมตีทางอาวุธในอนาคตหรือไม่) **ยังไม่ถือเป็นปัจจัยที่จะทำให้การป้องกันตัวล่วงหน้ากลายเป็นการป้องกันตัวโดยชอบตามข้อ 51**

ทั้งนี้ มุมมองของสำนักคิดยึดติดโครงสร้างมองว่าสถานการณ์บางอย่างแม้จะเป็นการใช้กำลังทางทหารแบบป้องกันล่วงหน้า แต่ชุมชนระหว่างประเทศอาจยอมรับการกระทำดังกล่าวได้ เนื่องด้วยเหตุผลโดยรวมของสถานการณ์ทางศีลธรรมและการเมือง ผู้เขียนเห็นว่าความเห็นดังกล่าวอาจจะถูกตำหนิหรือโต้แย้งจากประเทศกลุ่มที่เป็นระบบกฎหมาย Civil law ซึ่งแน่นอนว่ากฎหมายอาญา – แม้จะเป็นสาขาระหว่างประเทศ – ก็ควรยึดติดกับความชัดเจนและการตีความตัวบทกฎหมายอย่างเคร่งครัด มิใช่การใช้ข้อสิทธิผลจากการเมืองหรือจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาตัดสินความชอบธรรมของการกระทำ และดังนั้นก็เป็นไปเพื่อป้องกันไม่ให้สิทธิในการป้องกันตนเองล่วงหน้าถูกหยิบยกขึ้นมาใช้โดยมิชอบ ดังจะเห็นตัวอย่างกรณีการโจมตีอิรักโดยอิสราเอลในปี ค.ศ. 1981

สำนักคิดแบบยึดติดโครงสร้างบทบัญญัติจึงให้น้ำหนักกับเหตุผลที่แท้จริงของข้อ 51 กฎบัตรสหประชาชาติโดยมุ่งเน้นไปที่องค์ประกอบของการโจมตีที่เกิดขึ้น (Armed attack) เมื่อมีองค์ประกอบข้างต้นแล้วจึงจะสามารถใช้สิทธิป้องกันตนเองได้ เหตุผลของการที่สำนักดังกล่าวเคร่งครัดกับองค์ประกอบดังกล่าวเพราะมีจุดประสงค์เพื่อจำกัดการใช้กำลังฝ่ายเดียวของรัฐลงให้น้อยที่สุด³⁷

2.3.2 ความเห็นที่ไม่สนับสนุนการตีความอย่างจำกัด

ความเห็นที่ไม่เห็นด้วยกับการจำกัดตามข้อ 51 เห็นว่ากฎบัตรสหประชาชาติมิได้จำกัดการป้องกันตนเองให้มีเพียงแต่การป้องกันตนเองแบบปกติเท่านั้น แต่กฎบัตรสหประชาชาติได้อนุญาตให้มีการป้องกันตนเองล่วงหน้าได้ตามข้อ 51 ในฐานะสิทธิดั้งเดิมของรัฐ แต่ทั้งนี้ในแง่ของรายละเอียดทั้งในด้านขององค์ประกอบหรือการใช้สิทธิในการป้องกันตนเองล่วงหน้าของแต่ละสำนักคิดนั้นมีความแตกต่างกันแต่สำนักคิดที่ไม่เห็นด้วยกับการจำกัดตามข้อ 51 ต่างมีจุดร่วมกันคือการใช้สิทธิในการป้องกันตนเองล่วงหน้า

³⁶ “When a country feels menaced by the threat of an armed attack, all that it is free to do-in keeping with the Charter-is make the necessary military preparations for repulsing the hostile action should it materialize, as well as bring the matter forthwith to the attention of the Security Council.” อ้างถึงใน D. Murphy (เชิงอรรถ 29) 708-709.

³⁷ Bruno Simma ed., *The Charter Of The United Nations: A commentary* (Oxford Univ. Press 1994) 803.

1) **สำนักคิดปฏิเสธการจำกัด (Counter-restrictionists)** มีความเห็นว่าสิทธิในการป้องกันตนเองล่วงหน้าของรัฐนั้นยังคงเป็นสิทธิที่อยู่ภายใต้ข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ โดยสามารถใช้จารีตประเพณีดังกล่าวในการป้องกันล่วงหน้าได้เมื่อมีการโจมตีทางอาวุธและใช้ได้ตลอดจนการโจมตีนั้นใกล้จะถึง โดยสำนักคิดดังกล่าวไม่ได้มุงยึดติดกับถ้อยคำว่า “เมื่อมีการโจมตีเกิดขึ้น” แต่มุ่งตีความจุดประสงค์ตามช่วงต้นของข้อ 51 ที่บัญญัติไว้ว่า

“ไม่มีข้อความใดในกฎบัตรฉบับปัจจุบันอันจักรอนสิทธิประจำตัวในการป้องกันตนเองโดยลำพังตนหรือโดยร่วมกัน”

ถ้อยคำดังกล่าวเป็นการชี้ว่าสิทธิดั้งเดิมของรัฐในการป้องกันตนเองล่วงหน้ายังคงมีอยู่ในรูปแบบของจารีตประเพณีระหว่างประเทศอันเป็นผลเนื่องมาจาก Caroline Affair ในปี ค.ศ. 1837 และสำนักคิดการปฏิเสธข้อจำกัดมิได้ถือคำว่า “เมื่อมีการโจมตีเกิดขึ้น” จะต้องไม่ถูกใช้ในเชิงเคร่งครัด อีกทั้งสำนักดังกล่าวยังมองว่าการบัญญัติช่วงต้นของข้อ 51 เป็นการชี้ให้เห็นว่ากฎบัตรสหประชาชาติไม่ได้จำกัดการใช้สิทธิในการป้องกันตนเองไว้เพียงแต่ในกรณีที่มีการโจมตีทางอาวุธได้เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น โดยมีเหตุผลคือการใช้คำว่า “เมื่อมีการโจมตีเกิดขึ้น” ในบทบัญญัตินั้นเป็นเพราะผู้ร่างมีจุดประสงค์ที่ต้องการจะสร้างเส้นแบ่งระหว่าง “การป้องกันตนเอง” และ “การรุกรานโดยใช้ข้ออ้างว่าเป็นการป้องกันตนเอง” โดยในส่วนของ การป้องกันตนเองนั้นไม่จำเป็นต้องรอให้กองกำลังของผู้รุกรานข้ามเส้นเขตแดนของรัฐมาเสียก่อนดังที่ความเห็นของสำนักคิดข้อจำกัดได้เสนอเอาไว้ และการที่ผู้ร่างใช้คำว่า “เมื่อมีการโจมตีทางอาวุธเกิดขึ้น” เป็นเพียงองค์ประกอบที่ชี้ให้เห็นถึงเจตนาในการรุกรานของรัฐนั้น แม้ว่าสำนักคิดการจำกัดจะมีข้อโต้แย้งในทำนองที่ไม่เห็นด้วยกับการป้องกันล่วงหน้าด้วยเหตุผลที่ว่า แม้ว่าเหตุการณ์จะตึงเครียดถึงขีดสุด แต่ไม่ได้หมายความว่าคู่ที่ขัดแย้งจะต้องโจมตีใส่กันอย่างแน่นอน จึงควรรอจนกว่าจะมีการโจมตีทางอาวุธเกิดขึ้นจริงเสียก่อนเพื่อลดความตึงเครียดและหลีกเลี่ยงการปะทะกัน แต่ในทางกลับกัน สำนักคิดที่เห็นด้วยกับการป้องกันล่วงหน้ายกเหตุผลโต้แย้งว่าการโจมตีทางอาวุธที่เกิดขึ้นนั้นมีโอกาสน้อยนิดที่จะเป็นไปโดยความผิดพลาด เพราะการโจมตีต้องมีการเตรียมการล่วงหน้าและมีการวางแผนที่รัดกุมอันเป็นการปกติในการดำเนินแผนการรบ การโจมตีในระดับการรุกรานจึงไม่ใช่สิ่งที่สามารถคิดและทำในเวลาอันสั้นได้เหมือนการกระทำความผิดอาญาทั่วไป

นอกจากนี้ เนื่องจากกฎบัตรสหประชาชาติถูกประกาศใช้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1945 ซึ่งอาจไม่สอดคล้องกับเทคโนโลยีและยุทธศาสตร์การรบในปัจจุบันที่เปลี่ยนแปลงไปจากสงครามแบบดั้งเดิม การยึดติดการตีความโดยเคร่งครัดกับข้อ 51 มากเกินไปจะก่อให้เกิดหายนะต่อชาติและประชาชน ดังกรณีการโจมตีด้วยอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างสูง (Weapons of mass destruction) ซึ่งสามารถใช้ได้อย่างรวดเร็ว ใช้ได้ในจำนวนมากในคราวเดียว และสามารถก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมหาศาลได้ในการโจมตีเพียงครั้งเดียว ดังนั้น การที่จะให้รัฐรับการโจมตีครั้งแรกก่อน (First strike) จึงจะมีสิทธิป้องกันตนเองได้นั้นย่อมไม่สามารถทำได้จริงในกรณีที่มีการใช้อาวุธข้างต้น โดยอดีตรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศสหรัฐอเมริกา John Foster Dulles ได้แสดงความคิดเห็นไว้ว่า ในยุคของอาวุธก่อนนิวเคลียร์ (pre-atomic age) นั้น การใช้อาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างสูงเพื่อโจมตีเพียงครั้งเดียวก็ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมหาศาล ดังนั้นการต้องรอให้การโจมตีทางอาวุธเกิดขึ้นตามข้อ 51 นั้นจึงไม่สามารถใช้ได้กับกรณีการโจมตีโดยใช้อาวุธอำนาจทำลายล้างสูง³⁸ สำนักคิดการปฏิเสธการจำกัดมองว่า การแบ่งแยกระหว่างการโจมตีทางทหารและการเตรียมการโจมตีในยุคของนิวเคลียร์นั้นไม่มีเส้นแบ่งที่แน่นอน การจะจำแนกว่าการกระทำใดเป็นการป้องกันตนเองตามข้อ 51 ได้นั้น ต้องเป็นกรณีที่การป้องกันดังกล่าวเป็นการตอบสนองต่อการรุกรานหรือเป็นการโจมตีเพื่อป้องกันในขณะที่รัฐผู้จะรุกรานอยู่ในขั้นเตรียมกองกำลังทหารหรืออาวุธเพื่อการรุกรานนั้น เส้นแบ่งระหว่างการโจมตีที่เกิดขึ้นจริงและการเตรียมการก่อนการโจมตีในทางปฏิบัติจึงไม่สามารถชี้ให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าเมื่อใดที่การเตรียมตัวนั้นสิ้นสุดลง หรือเมื่อใดที่การโจมตีทางทหารเริ่มต้นขึ้น

³⁸ Charles Pierson (เชิงอรธ 18) 157-161.

ดังนั้น คำว่า “เมื่อมีการโจมตีเกิดขึ้น” ตามข้อ 51 ในความเห็นของสำนักคิดการจำกัด จึงหมายถึงเมื่อใดก็ตามที่ซีปนาวุธถูกปล่อยออกจากแท่นยิง สำนักคิดปฏิเสธรการจำกัดจึงตั้งคำถามว่า เหตุใดจึงไม่นับว่าการโจมตีได้เริ่มขึ้นตั้งแต่ปล่อยซีปนาวุธได้ถูกตกลง หรือตั้งแต่มีการเตรียมความพร้อมที่จะปล่อยซีปนาวุธ หรือตั้งแต่มีการวางแผนไว้ว่าจะปล่อยซีปนาวุธ³⁹ ดังนั้นสำนักคิดการปฏิเสธรการจำกัดจึงเห็นแตกต่างกับสำนักคิดการจำกัดด้วยเหตุผลที่ว่า การยึดติดกับการตีความบทบัญญัติข้อ 51 อย่างเคร่งครัดตามตัวอักษรจนเกินไปนั้นไม่สามารถใช้ได้กับยุคสมัยปัจจุบันที่มีการโจมตีด้วยอาวุธอานุภาพทำลายล้างสูง

ดังนั้นจึงขอยกตัวอย่างกรณีเหตุการณ์วิกฤตการณ์คิวบา ค.ศ. 1962 ซึ่งเกิดขึ้นในห้วงสงครามเย็นเป็นอีกหนึ่งกรณีที่เกิดขึ้นในห้วงสมัยนั้น ประเทศคิวบาซึ่งตั้งอยู่ห่างจากสหรัฐฯ เพียง 90 ไมล์ได้จับมือเป็นพันธมิตรกับสหภาพโซเวียต และได้สร้างฐานปล่อยซีปนาวุธที่สามารถบรรจุหัวรบนิวเคลียร์ได้ทำให้สหรัฐฯ เหมือนถูกข่มขู่ว่าจะมีการใช้อาวุธนิวเคลียร์โดยฝ่ายตรงข้าม และด้วยระยะห่างของพรมแดนที่สั้นจึงเป็นการยากแก่สหรัฐฯ ในการสกัดกั้นภัยอันตรายก่อนที่หัวรบนิวเคลียร์จากคิวบาจะระเบิดในแผ่นดินสหรัฐฯ ความเสี่ยงภัยของสหรัฐฯ จึงพุ่งสูงขึ้น สหรัฐฯ จึงได้กำหนดมาตรการกักกัน ส่งเรือรบเข้าปิดล้อมคิวบา ห้ามเรือบรรทุกสินค้าทุกลำผ่านเข้ามาในน่านน้ำทะเลแคริบเบียนเพื่อเป็นการป้องปรามภัย

John F. Kennedy ประธานาธิบดีสหรัฐฯ ณ ขณะนั้น หลีกเลี่ยงการจำกัดความของการกระทำของสหรัฐฯ ต่อคิวบาว่าเป็นการป้องกันตนเองล่วงหน้า⁴⁰ โดยให้เหตุผลว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการรักษาสันติภาพในภูมิภาคภายใต้ Charter of the Organization of American State (OAS) ซึ่งเป็นข้อตกลงในการรักษาสันติภาพประจำภูมิภาค⁴¹ เหตุผลดังกล่าวถูกโต้แย้งว่า OAS ไม่สามารถใช้อำนาจกับการกระทำอันเป็นการส่วนตัวของสหรัฐฯ ได้ เนื่องจากเป็นข้อตกลงร่วมกันในลักษณะขององค์กร และการป้องกันตนเองนั้นเป็นสิทธิส่วนตัวของรัฐ เว้นแต่จะมีการทำสนธิสัญญารวมกลุ่มเพื่อป้องกันตนเองเช่น NATO⁴²

ในอีกนัยหนึ่ง สำนักคิดการจำกัด (Restrictionists) ได้โต้แย้งต่อกรณีคิวบาว่าการเฝ้าระวังดังกล่าวไม่ใช่กรณีตามข้อ 51 กฎบัตรสหประชาชาติ เพราะสำนักคิดการจำกัดมองว่ายังไม่มีการอันตรายอันใกล้มาถึงที่กำลังจะเกิดขึ้น และยังไม่ได้มีการโจมตีเกิดขึ้นจริง มีเพียงความเสี่ยงต่ออันตรายที่จะเกิดขึ้นเท่านั้น⁴³ แต่สำนักคิดปฏิเสธรการจำกัดได้ยกเหตุผลโต้แย้งที่น่าสนใจขึ้น ความว่า ความหมายโดยกว้างของภัยอันตรายอันใกล้จะถึงโดยหลักแล้วนั้นมีความหมายรวมถึงทั้งการโจมตีที่กำลังจะถึง และการผันแปรในสมดุลทางอำนาจระหว่างประเทศอันใกล้จะถึง (Shift in balance of power)⁴⁴ อีกด้วย การผันแปรในสมดุลทางอำนาจดังกล่าวเป็นกรณีที่รัฐอันธพาลมีการกดดันอีกรัฐหนึ่งด้วยกำลังทางอาวุธ หรือกระทำการใด ๆ ที่เป็นการสร้างความกดดันเพื่อยกระดับอำนาจต่อรองของตนเองโดยใช้วิธีข่มขู่ เช่น กรณีที่พันธมิตรของสหภาพโซเวียตอย่างคิวบาที่ตั้งฐานยิงซีปนาวุธในประเทศ การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการเพิ่มความเสียหายให้กับสหรัฐฯ และเป็นการเพิ่มอำนาจต่อรอง/กดดันของสหภาพโซเวียต⁴⁵ ที่มีต่อสหรัฐฯ การผันแปรในสมดุลทาง

³⁹ เพิ่งอ้าง 162-163.

⁴⁰ Abram Chates, *The legal case for U.S. Action on Cuba* (Dep'T State Bull. 2022) 763-764.

⁴¹ Mr. Fox to Mr. Forsyth (เชิงอรรถ 24) 1.

⁴² Eugene v. Rostow, *Until What? Enforcement Action or Collective Self-Defense?* (Cambridge University Press 1991) 515.

⁴³ Rex J. Zedalis, *Preliminary Thoughts on some Unresolved Questions involving the Law of Anticipatory Self-Defense* (19 Case W. Res. J. INT'L L., 1987) 129-131.

⁴⁴ Ruth Wedgwood, *The Enforcement of Security Council Resolution 687 : The Threat of Force against Iraq's Weapons of Mass Destruction* (Cambridge University Press 1998) 732.

⁴⁵ Claude B. Mikelwait, 'McDougal & Feliciano : Law And Minimum World Public Order' (1961) 4 Michigan Law Review, 601.

อำนาจระหว่างประเทศข้างต้นนี้จึงเป็นสิ่งที่สำนักคิดปฏิเสศการจำกัดยกขึ้นอ้างว่ามีสถานะเดียวกันกับการโจมตีที่ใกล้จะถึง หรือเป็นการที่สหรัฐฯ ใช้มาตรการป้องกันตนเองล่วงหน้า (Preemptive self-defense) ซึ่งไม่ใช่การป้องกันตนเองล่วงหน้าโดยตรง ในยุคของอาวูธนิวเคลียร์ และอาวูธอานุภาพทำลายล้างสูง สำนักคิดปฏิเสศการจำกัดเห็นว่าการจำเป็นต้องเพิ่มองค์ประกอบของการใช้มาตรการป้องกันตนเองล่วงหน้าข้างต้นลงในข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติด้วย⁴⁶

2) สำนักคิดภัยอันใกล้จะถึง (The Imminent Threat School)⁴⁷ มองว่ากฎบัตรสหประชาชาติข้อ 51 ทำให้สิทธิในการป้องกันตนเองต่อการโจมตีโดยอาวุธถูกบัญญัติไว้อย่างชัดเจน มิใช่การตัดสิทธิการป้องกันตนเองล่วงหน้า แต่การป้องกันตนเองต้องเป็นการกระทำในรูปแบบของการป้องกันตนเองล่วงหน้า (Anticipatory self-defense) มิใช่มาตรการป้องกันตนเองล่วงหน้า (Preemptive self-defense)

กล่าวคือ ข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติมิได้ลดทอนสิทธิในการป้องกันตนเองล่วงหน้า เพราะสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิโดยแท้ที่ติดตัวมากับรัฐและสิทธิในการป้องกันตนเองนั้นเป็นที่ยอมรับในจารีตระหว่างประเทศมาก่อนการเกิดขึ้นของข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งเป็นเพียงการนำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร มิใช่เป็นกฎหมายที่ก่อให้เกิดสิทธิในการป้องกันตนเอง⁴⁸ รวมถึงการป้องกันภัยคุกคามที่ใกล้จะถึงด้วย โดยสำนักคิดภัยอันใกล้จะถึงเน้นชัดว่าถ้อยคำตามข้อ 51 มีความหมายถึงการป้องกันตนเองล่วงหน้า (Anticipatory self-defense) เท่านั้น และมองว่ามาตรการป้องกันตนเองล่วงหน้า (Preemptive self-defense) นั้นมิชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากขาดองค์ประกอบของความใกล้จะถึง

ในเหตุการณ์ความขัดแย้งพรมแดนแคนาดาในปี ค.ศ. 1836 ระหว่างสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา รัฐมนตรีต่างประเทศสหรัฐฯ ได้กล่าวว่า “สิทธิในการป้องกันตัวนั้นจะเกิดขึ้นเมื่อมีความจำเป็นที่ไม่สามารถหาวิธีอื่นได้ และไม่มีเวลาให้กับการพิจารณาเรื่องต่าง ๆ” และเมื่อกล่าวถึงถ้อยคำในข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ คำว่า “if an armed attack occurs” ไม่เป็นการกำหนดเงื่อนไขหรือเป็นองค์ประกอบของการป้องกันข้อ 51 ข้างต้นนี้เป็นเพียงการระบุความสามารถในการใช้สิทธิที่เป็นลายลักษณ์อักษรเพียงเท่านั้น นอกจากนี้สำนักคิดภัยอันใกล้จะถึงมองว่าคำว่า Armed attack นั้นไม่ควรตีความอย่างแคบเพียงแต่การใช้กำลังทางทหาร (Use of Force) เพียงประการเดียว แต่ควรตีความอย่างกว้างไปถึงการโจมตีที่ใกล้จะถึงและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้แม้ว่าการโจมตีดังกล่าวจะยังไม่เกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์ก็ตาม สำนักคิดภัยอันใกล้จะถึงจึงให้น้ำหนักกับสิทธิดั้งเดิมและมาตรฐานของการป้องกันตนเองล่วงหน้าโดยใช้กรณี Caroline Affair เป็นหลักฐานการมีอยู่ของจารีตประเพณีระหว่างประเทศในการป้องกันตนเองล่วงหน้า และความจำเป็นของการป้องกันตนเองนั้นไม่จำเป็นต้องรอให้มีการโจมตีเกิดขึ้นก่อนเสมอ⁴⁹ และหากพิจารณาจากแนวทางการปฏิบัติของรัฐนับแต่ปี ค.ศ. 1945 จะเห็นได้ว่า รัฐมักจะให้เหตุผลที่เป็นการขยายการตีความของข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ มากกว่าการตีความตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัด แต่สำนักคิดภัยอันใกล้จะถึงก็ได้วิจารณ์วิธีการตรวจสอบหรือหลักฐานการมีอยู่ของภัยอันใกล้จะถึงอย่างชัดเจน กล่าวคือ ไม่ได้วิเคราะห์ถึงเหตุผลหรือหลักฐานที่รับรองการอ้างสิทธิในการป้องกันตนเองล่วงหน้าอย่างละเอียดและชัดเจน ซึ่งแตกต่างจากสำนักคิดยึดติดโครงสร้างบทบัญญัติ (The Strict-Constructionist School)

⁴⁶ Brunson MacChesney, Some Comments on the “Quarantine” of Cuba, 1963, 592,596

⁴⁷ D. Murphy (เชิงอรรถ 29) 710-714.

⁴⁸ Daniel Webster Bowett, *Self-Defense in International Law* (Manchester Univ.Press 1959) 187.

⁴⁹ Myres S. McDougal, *The Soviet-Cuban Quarantine and Self-Defense* (Cambridge University Press 1963) 598-600.

3) สำนักคิดการกระทำของรัฐมีคุณสมบัติเป็นการคุกคาม (The Qualitative Threat School)⁵⁰ เห็นด้วยกับความเห็นของสำนักภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงว่า รัฐไม่จำเป็นต้องรอให้มีการโจมตีเกิดขึ้นจริงก่อนก็ได้ แต่มุ่งศึกษารายละเอียดในเชิงเงื่อนไขของการป้องกันตัวล่วงหน้าแตกต่างออกไป โดยสำนักคิดการกระทำของรัฐมีคุณสมบัติเป็นการคุกคามมองว่า ปัจจุบันกฎหมายว่าด้วยการป้องกันนั้นถูกใช้มาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1945 แต่การพัฒนาของอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างสูงทำให้การป้องกันล่วงหน้าควรจะมียุทธวิธีที่เป็นหลักเกณฑ์สำหรับการใช้สิทธิป้องกันล่วงหน้าก่อนที่จะเกิดความเสียหายอย่างมหาศาลจากการโจมตีโดยใช้อาวุธเหล่านั้น โดย Abraham David Sofaer ได้กล่าวว่า “การนำมาตราฐานที่ศาลเคยวางไว้ในกรณี Caroline Affair ว่า การตอบโต้ภัยอันตรายที่เกิดขึ้นอย่างใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้นั้นควรถูกใช้เฉพาะกับกรณีที่รัฐไม่ได้มีส่วนให้เกิดภัยคุกคามขึ้น และรัฐข้างต้นมีความสามารถที่จะจัดการภัยคุกคามดังกล่าว”⁵¹

คำพูดดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงการจำกัดการป้องกันล่วงหน้าไว้ในเหตุแห่งความจำเป็นบนเงื่อนไขที่ว่า รัฐต้องไม่ใช่ผู้มีส่วนก่อให้เกิดภัยอันตรายนั้นจึงจะมีความชอบธรรมในการอ้างสิทธิป้องกันตนเองล่วงหน้า อีกทั้งการป้องกันล่วงหน้าเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของรัฐที่ตกเป็นเป้าหมายของการโจมตี อีกหนึ่งปัจจัยที่ทำให้สำนักคิดข้างต้นสนับสนุนการป้องกันตนเองล่วงหน้านั้นเป็นเพราะภัยจากอาวุธนิวเคลียร์ โดยจากคำกล่าวของประธานาธิบดี John F. Kennedy ในปี ค.ศ. 1962 ได้กล่าวว่า

“เราไม่ได้อยู่ในโลกที่เฉพาะการปล่อยอาวุธออกไปจริง ๆ เท่านั้นที่จะเป็นการทำลายความมั่นคงของชาติในระดับความเสี่ยงสูงสุด อาวุธนิวเคลียร์มีความเสียหายที่มากเกินไปและชิปนาอูธสมัยใหม่ก็มีความเร็วสูง ดังนั้น ความเป็นไปได้ที่จะมีการใช้งานอาวุธเหล่านี้จึงเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ หรือการเปลี่ยนแปลงอย่างฉับไวในการใช้งานมันก็อาจถูกพิจารณาว่าเป็นอันตรายต่อความสงบสุขอย่างแน่นอน”⁵²

John F. Kennedy ประธานาธิบดีสหรัฐฯ ณ ขณะนั้น กล่าวประโยคข้างต้นในห้วงสมัยที่สงครามเย็นระหว่างสหรัฐอเมริกาและสหภาพโซเวียตกำลังตกอยู่ในความตึงเครียดสูงสุดเมื่อมีการติดตั้งฐานยิงชิปนาอูธที่คิวบาในปี ค.ศ. 1962⁵³ ความหวาดระแวงต่อชิปนาอูธที่มีอำนาจทำลายล้างสูงและความยากเกินกว่าที่จะตั้งรับได้ทันทำให้เกิดการถกเถียงในเรื่องการป้องกันตนเองล่วงหน้าในกรณีที่มีความเสี่ยงว่าจะมีการใช้อาวุธนิวเคลียร์ ดังนั้น สำนักคิดการกระทำของรัฐมีคุณสมบัติเป็นการคุกคามจึงมองหาหลักเกณฑ์ที่เป็นตัวบ่งชี้หรือเป็นองค์ประกอบของสิทธิในการป้องกันตนเองล่วงหน้าซึ่งพิจารณาจากปัจจัย 3 ประการที่จะทำให้รัฐใดรัฐหนึ่งมีอำนาจในการป้องกันล่วงหน้า⁵⁴ คือ

1. ความใกล้จะถึงของการรุกราน (ยิ่งมากเท่าใด การใช้กำลังป้องกันล่วงหน้าที่มีความชอบธรรมเท่านั้น)
2. ระดับของการกระทำที่เป็นการป้องกันล่วงหน้า (ยิ่งการใช้กำลังทางอาวุธโดยรัฐที่อ้างการป้องกันล่วงหน้าน้อยเท่าใด การป้องกันล่วงหน้านั้นยิ่งยอมรับได้เท่านั้น)
3. ระดับของภัยคุกคามที่เกิดขึ้นต่อรัฐที่อ้างสิทธิป้องกัน (ยิ่งภัยคุกคามสูงเท่าใดการป้องกันยิ่งยอมรับได้เท่านั้น)

เหตุผลที่สำนักคิดการกระทำของรัฐมีคุณสมบัติเป็นการคุกคามสนับสนุนการอ้างสิทธิในการป้องกันตนเองล่วงหน้า เป็นเพราะว่าสำนักคิดข้างต้นเชื่อว่าการป้องกันตนเองล่วงหน้าส่งผลให้เกิดผลลัพธ์ที่เลวร้ายน้อยกว่าการปล่อยให้มีการขัดกันทางอาวุธในระดับที่รุนแรง หรือการปล่อยให้มีการรุกรานเกิดขึ้น ในทางกลับกัน สำนักคิดการ

⁵⁰ D. Murphy (เชิงอรรถ 29) 714-716.

⁵¹ Abraham D. Sofaer, *On the Necessity of Pre-emption* (14 EUR. J. INT'L L. 2003). 209, 219-20

⁵² Mr. Fox to Mr. Forsyth (เชิงอรรถ 24) 1.

⁵³The Cuban missile crisis October 1962, 'OFFICE of THE HISTORIAN' <<https://history.state.gov/milestones/1961-1968/cuban-missile-crisis>>สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2566.

⁵⁴ D. Murphy (เชิงอรรถ 29) 717.

กระทำของรัฐมีคุณสมบัติเป็นการคุกคามสนับสนุนมาตรการป้องกันตนเองล่วงหน้า (Preemptive self-defense) ซึ่งแตกต่างจากสำนักคิดภยันตรายที่ใกล้จะถึง ซึ่งสนับสนุนเพียงแต่กรณี Anticipatory self-defense โดยสำนักคิดการกระทำที่เป็นคุณสมบัติเป็นการคุกคามนั้นให้เหตุผลว่า ในทางปฏิบัติของรัฐนับแต่มีการบัญญัติกฎบัตรสหประชาชาตินั้นมีหลายเหตุการณ์ที่รัฐใช้การป้องกันแบบ Preemptive self-defense เช่นเหตุการณ์วิกฤตการณ์คิวบา ค.ศ. 1962 กรณีสหรัฐฯ รุกรานปานามา ค.ศ. 1989 , การโจมตีอิรักด้วยขีปนาวุธโดยสหรัฐฯ ค.ศ. 1993 แม้ว่าในแต่ละเหตุการณ์จะมีหลายรัฐที่ไม่เห็นด้วยกับการป้องกันในรูปแบบข้างต้น แต่สำนักคิดการกระทำของรัฐมีคุณสมบัติเป็นการคุกคามให้เหตุผลว่า การที่มีเหตุการณ์เหล่านี้เกิดขึ้นแสดงให้เห็นถึงการยอมรับการป้องกันล่วงหน้าในประชาคมโลกโดยใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวในการเริ่มการป้องกันล่วงหน้าอย่างเหมาะสม แม้ว่าแนวคิดดังกล่าวอาจมีปัญหาเรื่องความชอบธรรมของการป้องกันตนเองในรูปแบบ Preemptive self-defense ซึ่งมีขอบเขตที่กว้างจนเกินไป อย่างไรก็ตาม สำนักคิดการกระทำของรัฐมีคุณสมบัติเป็นการคุกคามยังคงยืนยันว่าหากมองในแง่ของเหตุผล วัตถุประสงค์ของทั้งมาตรการป้องกันตนเองล่วงหน้า และการป้องกันตนเองล่วงหน้าแล้วนั้นย่อมชอบด้วยข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ อนึ่งเพื่อรักษาสีทิวทัศน์ดั้งเดิมของรัฐในการป้องกันตนเอง⁵⁵ ในโลกยุคใหม่ที่เต็มไปด้วยอาวุธอานุภาพทำลายล้างสูง ผู้ก่อการร้ายที่ทำการโจมตีด้วยวิธีฉาบฉวย และการสนับสนุนการก่อการร้ายโดยรัฐนั้น จึงเป็นเหตุผลที่ทำให้การป้องกันตนเองนั้นชอบด้วยกฎหมาย⁵⁶

3. บทสรุปปัญหาสิทธิในการป้องกันตนเองล่วงหน้าของรัฐ

จากข้อถกเถียงของแต่ละสำนักคิดที่ทั้งเห็นด้วยและไม่เห็นด้วยกับการมีอยู่ของสิทธิในการป้องกันตนเองล่วงหน้า จึงทำให้ในทุกวันนี้ยังไม่มีบทสรุปที่แน่นอนของสิทธิในการป้องกันตนเองล่วงหน้า อีกทั้งความล้าสมัยของตัวกฎบัตรสหประชาชาติซึ่งไม่มีการแก้ไขข้อความในกฎบัตรสหประชาชาติที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการป้องกันตนเองเลยนับแต่ ปี ค.ศ. 1945 ทำให้ประเด็นปัญหาดังกล่าวยังคงไม่มีความชัดเจน อีกทั้งองค์การสหประชาชาติไม่สามารถใช้อำนาจบังคับให้รัฐปฏิบัติตามกฎบัตรสหประชาชาติได้อย่างเคร่งครัด ทำให้บางสำนักคิดมองว่าแท้จริงแล้วสิทธิในการป้องกันตนเองล่วงหน้านั้นไม่ขัดต่อกฎบัตรสหประชาชาติ เพราะกฎบัตรสหประชาชาติได้ตายไปแล้วเนื่องจากไม่มีสภาพบังคับทางความเป็นจริง⁵⁷ อย่างไรก็ตาม บททศวรรษฉบับนี้มุ่งวิเคราะห์ความชอบธรรมของรัฐที่ได้ใช้กำลังทางอาวุธต่อรัฐอื่นซึ่งหลายกรณีเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมรุกรานตามธรรมนูญกรุงโรม แต่รัฐอ้างความชอบธรรมของการกระทำนั้นโดยยกหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เช่นการป้องกันตนเอง หรือการแทรกแซงด้วยเหตุผลทางมนุษยธรรมขึ้นอ้างเพื่อปฏิเสธว่าการกระทำของตนเองไม่ใช่การกระทำอาชญากรรมรุกราน แม้การกระทำของตนจะเป็นการส่งกองกำลังทางอาวุธเข้าไปปฏิบัติการในดินแดนของรัฐอื่นก็ตาม ดังนั้นการป้องกันตนเองล่วงหน้า (Anticipatory self-defense) คือการที่รัฐผู้อ้างสิทธิข้างต้นซึ่งลงมือโจมตีกองกำลังทหารที่อยู่ในเขตแดนของรัฐอันธพาล ก่อนที่รัฐอันธพาลจะเริ่มการโจมตีครั้งแรก หลักการของการป้องกันตนเองล่วงหน้าที่มาจากกรณี Caroline Affairs ซึ่งได้วางหลักการใช้สิทธิป้องกันตนเองล่วงหน้าต่อภยันตรายที่ใกล้จะถึง ทันทีทันที และไม่เปิดช่องให้รัฐผู้อ้างสิทธิป้องกันตนใช้วิธีการอื่นเพื่อหยุดยั้งภยันตรายนั้น โดยรัฐมีหน้าที่พิสูจน์หรือแสวงหาหลักฐานของการมีอยู่ของภยันตรายอันใกล้จะถึงข้างต้น ตลอดจนเหตุผลที่ตนไม่สามารถใช้วิธีการอื่นได้ หลักกฎหมายดังกล่าวจึงมีขึ้นเพื่อป้องกันไม่ให้รัฐผู้ตกเป็นเป้าหมายของการรุกรานต้องรับการโจมตีครั้งแรกจากรัฐอันธพาลก่อน

⁵⁵ Craig Forcece (เชิงอรรถ 28) 213.

⁵⁶ เฟ็งอ่าง 213-214.

⁵⁷ D. Murphy (เชิงอรรถ 29) 717.

ข้อโต้แย้งของสิทธิในการป้องกันตนเองล่วงหน้า มี 2 ข้อโต้แย้งที่มีถูกกฎหมายยกขึ้นถกเถียง ได้แก่

1. ตามกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 51 ได้กำหนดว่า รัฐจะมีสิทธิป้องกันตนเองเมื่อการโจมตีทางอาวุธได้บังเกิดขึ้น (An armed attack occurs) ดังนั้น การป้องกันล่วงหน้าจึงขัดต่อกฎบัตรสหประชาชาติ

2. กฎเกณฑ์ที่ได้วางไว้ในกรณี Caroline Affair ไม่ใช่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เพราะเป็นเพียงหลักการที่เกิดจากการตกลงกันระหว่าง 2 ประเทศ อันได้แก่สหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักร และเมื่อคดีดังกล่าวไม่ได้ถูกตัดสินโดยศาลโลก จึงทำให้หลักการดังกล่าวบกพร่องในเรื่อง *Opinion Juris* จึงทำให้ไม่ใช่กฎหมายจารีตประเพณีที่ถูกยอมรับโดยทั่วกัน

ทั้งนี้ ข้อโต้แย้งของข้อโต้แย้งที่ได้กล่าวไปนั้น ผู้ที่เห็นด้วยกับการป้องกันตนเองล่วงหน้าได้โต้แย้งต่อข้อโต้แย้งดังกล่าวว่า

1. กฎบัตรสหประชาชาติข้อ 51 ไม่ได้ตัดสิทธิป้องกันตนเองที่รัฐมีมาก่อนหน้าการเกิดขึ้นของกฎบัตรสหประชาชาติ จึงทำให้การป้องกันตนเองล่วงหน้ายังคงมีอยู่ตามข้อ 51 ในฐานะสิทธิดั้งเดิมของรัฐ

2. แนวทางจากกรณี Caroline Affair เป็นที่ยอมรับ และในทางปฏิบัติก็ได้ถูกหยิบยกหลักการดังกล่าวขึ้นอ้าง และรัฐเหล่านั้นไม่เคยถูกลงโทษข้อหาอาชญากรรมรุกรานจากการกระทำดังกล่าว โดยสรุปจึงกล่าวได้ว่า แนวทางปฏิบัติของรัฐที่ผ่านมาเป็นการยืนยันการมีอยู่ของสิทธิในการป้องกันตนเองล่วงหน้า

ในทรรศนะของข้าพเจ้า การป้องกันตนเองล่วงหน้ายังมีความจำเป็นที่ต้องมีอยู่ในหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยมีจุดมุ่งหมายว่ารัฐไม่ควรถูกต้องรับความเสี่ยงในการรุกรานโจมตีครั้งแรกเนื่องจากอาวุธในปัจจุบันก่อให้เกิดความเสียหายเป็นอย่างมากจากการโจมตีเพียงครั้งเดียว ความไร้ประสิทธิภาพของการรักษาสันติภาพ และความมั่นคงขององค์การสหประชาชาติ ทำให้รัฐผู้ตกเป็นเป้าหมายของการโจมตีเสมือนกับถูกมัดมือชกให้ยอมรับความเสียหายเปรียบต่อรัฐอันธพาลเหล่านั้น ทั้งนี้ เพื่อป้องกันไม่ให้รัฐหนึ่งรัฐใดหยิบยกการป้องกันตนเองล่วงหน้าเป็นข้ออ้างสำหรับการลงมือโจมตีก่อนในทางที่มิชอบ จึงควรมีการปรับปรุงแก้ไขกฎบัตรสหประชาชาติให้เข้ากับปัจจัยในปัจจุบันโดยการกำหนดองค์ประกอบของการป้องกันตนเองล่วงหน้าให้ชัดเจน มีการกำหนดมาตรการในการใช้สิทธิดังกล่าว และมีการตรวจสอบการใช้สิทธิโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ นอกจากนี้ ควรมีการดำเนินคดีในฐานความผิดอาชญากรรมอันเป็นการรุกรานต่อรัฐที่อ้างการป้องกันตนเองล่วงหน้าโดยมิชอบอย่างเคร่งครัด ดังนี้ภายหลังจากที่กฎบัตรสหประชาชาติบังคับใช้มากกว่า 79 ปีโดยไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมในประเด็นสำคัญข้างต้นจึงเป็นปัญหาอย่างใหญ่หลวงที่ทำให้กฎบัตรสหประชาชาติไม่สอดคล้องกับลักษณะของภัยอันตรายในยุคของอาวุธอานุภาพทำลายล้างสูงดังยุคปัจจุบัน

บรรณานุกรม

หนังสือและบทความในหนังสือ

ภาษาต่างประเทศ

Abram Chates, *The legal case for U.S. Action on Cuba* (Dep'T State Bull).

--, *Law and the Quarantine of Cuba* (1963).

Abraham D. Sofaer, *European Journal of International law* (Oxford University press 2003).

Brunson MacChesney, *Some Comments on the "Quarantine" of Cuba* (1963)

Bruno Simma ed., *The Charter Of The United Nations: A commentary* (Oxford University press 1994).

Charles Pierson, *Preemptive Self-Defense in an Age of Weapons of Mass Destruction: Operation Iraqi Freedom* (Denver Journal of International Law & Policy 2004).

Craig Forcese, *Destroying the Caroline: The Frontier Raid That Reshaped the Right to War* (Irwin Law 2018) Francois Heisbourg, *A Work in Progress: The Bush Doctrine and its Consequences* (2003).

Daniel C. Maguire, *The Horrors We Bless: Rethinking the Just-War Legacy* (Fortress press 2007).

Daniel Webster Bowett, *Self-Defense in international Law* (Manchester Univ.press 1959).

D. Murphy, *The Doctrine of Preemptive Self-Defense* (Villanova University 2005).

Eugene v. Rostow, *Until What? Enforcement Action or Collective Self-Defense?* (Cambridge University Press 1991).

John Langan, *The element of St. Augustine's Just war Theory* (Blackwell Publishing Ltd 1984).

John kleiderer, Paula Minaert and Mark Mossa, *Just war, lasting peace : what Christian Traditions can teach Us* (ThriftBooks-Atlanta 2006).

L.P. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a party* (Washington 1989).

Myres S. McDougal, *The Soveit-Cuban Quarantine and Self-Defense* (1963).

Patrick Kelly, 'Preemptive Self-defense, Customary international Law, and the Congolese war' (pdf, E-International Relations 2016).

Rex J. Zedalis, *Prelininary Thoughts on some Unresolved Questions involving the Law of Anticipatory Self-Defense* (J. INT'L 1998).

Ruth Wedgwood, *The Enforcement of Security Council Resolution 687 : The Threat of Force against Iraq's Weapons of Mass Destruction* (Cambridge University Press 1998).

บทความวารสาร

ภาษาต่างประเทศ

Claude B. Mickelwait, 'McDougal & Feliciano : Law And Minimum World Public Order' (1961) 4 Michigan Law Review, 601.

Reisman, W. Michael, Andrea Armstrong, 'The past and Future Claim of Preemptive Self-Defense' (2006) 100 American journal of international law 525, 537.

บทความหนังสือพิมพ์

ภาษาต่างประเทศ

President John F. Kennedy, Radio and Television Report to the American People on the Soviet Arms Buildup in Cuba, 485 PUB. PAPERS 806, 807 (Oct 22, 1962).

วิทยานิพนธ์

ภาษาไทย

เต็มศิริ เอื้อวิเศษวัฒนา, 'หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีการใช้อำนาจทางทหาร' (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2556).

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

ภาษาต่างประเทศ

--'Rome statue of the International Criminal Court' International Criminal Court, <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>> สืบค้นเมื่อ 5 เมษายน 2566

Adebayo Ola Afolaranmi, 'Just War Theory' (Academia) <https://www.academia.edu/35909777/Just_war_pdf> สืบค้นเมื่อ 10 เมษายน 2566.

'British-American Diplomacy: The Caroline Case', (Yale Law School LILLIAN GOLDMAN Law Library) <https://avalon.law.yale.edu/19th_century/br1842d.asp?fbclid=IwAR23VN6QOs6JHI0eQP8VZVe5beeqrEObEgp9XiNc6lZewkfNRy6lXg1uqc> สืบค้นเมื่อ 3 มีนาคม 2567.

Mr.Fox to Mr. Forsyrth. February 6.1838, The American Presidency Project, <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/special-message-4058?fbclid=IwAR1TN_vT-YHYnRf84CZHuUOcaz4gz8yQjkr9g0YY_nSiXDq12gAUJP3mMCQ> สืบค้นเมื่อ 3 มีนาคม 2567.

Nguyen Van Sang, 'The Caroline affair and the diplomatic crisis between Great Britain and the United States 1837-1841' (pdf.) 75. <https://www.researchgate.net/publication/331876937_The_Caroline_Affair_and_the_Diplomatic_Crisis_between_Great_Britain_and_the_United_States_1837-1841> สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2567.

UNGA, The charter and judgment of the Nurnberg Tribunal History and analysis (1949) Doc A/CN.4/5.

The Cuban missile crisis October 1962, OFFICE of THE HISTORIAN, <<https://history.state.gov/milestones/1961-1968/cuban-missile-crisis>> สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2566.