

การปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus ในกฎหมายระหว่างประเทศ :
ศึกษากรณีการป้องกันตนเองล่วงหน้า



ว่าที่เรื่อตรีพุทธางกูร หุ่นสะดี

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2556

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)

เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR) are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

APPLICATION OF REBUS SIC STANTIBUS PRINCIPLE IN INTERNATIONAL LAW :
A CASE STUDY ON PREEMPTIVE SELF - DEFENSE

Acting Sub-Lieutenant Putangoon Hoonsadee



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2013

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

การปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus ในกฎหมาย

ระหว่างประเทศ : ศึกษากรณีการป้องกันตนเองล่วงหน้า

โดย

ว่าที่เรือตรีพุททางกูร หุ่นสะดี

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ศารทูล สันติवासะ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร บัจจุสานนท์)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ศารทูล สันติवासะ)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. วิสูตร ตูยานนท์)

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

พุทธางกูร หุ่นสะดี : การปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus ในกฎหมายระหว่างประเทศ : ศึกษากรณีการป้องกันตนเองล่วงหน้า. (APPLICATION OF REBUS SIC STANTIBUS PRINCIPLE IN INTERNATIONAL LAW : A CASE STUDY ON PREEMPTIVE SELF - DEFENSE) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ผศ. ดร. ศารทูล สันติวาสะ, 138 หน้า.

หลัก Rebus Sic Stantibus เป็นข้อยกเว้นของหลัก Pacta Sunt Servanda ที่ปรับใช้เพื่อยกเลิก แก้ไข ระงับ หรือปรับเปลี่ยน ความตกลง ที่มีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างมีนัยสำคัญภายหลังจากที่ความตกลงนั้นได้ทำขึ้น โดยคู่สัญญาไม้อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าในขณะที่ทำความตกลงกัน วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาการปรับใช้ หลัก Rebus Sic Stantibus ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อพิจารณาว่าสามารถปรับใช้กับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้หรือไม่ เนื่องจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีลักษณะเป็นความตกลงประเภทหนึ่ง คือความตกลงโดยปริยาย และหากปรับใช้ได้ย่อมสามารถปรับใช้กับกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องการป้องกันตนเองที่มีลักษณะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้เช่นกัน ทั้งนี้ เพื่อเป็นการปรับหลักเกณฑ์ของการป้องกันตนเองให้สามารถใช้กับการป้องกันตนเองล่วงหน้าได้ เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องการป้องกันตนเองในปัจจุบันไม่เพียงพอที่จะรับมือกับภัยคุกคามรูปแบบใหม่ เช่น ภัยคุกคามจากตัวกระทำที่ไม่ใช่รัฐ และอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างสูง

จากการศึกษาพบว่า หลัก Rebus Sic Stantibus สามารถนำมาปรับใช้กับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ เพราะว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีลักษณะเป็นความตกลงโดยปริยาย และหลัก Rebus Sic Stantibus สามารถปรับใช้ได้กับความตกลงทุกประเภท ดังนั้นเมื่อหลัก Rebus Sic Stantibus สามารถปรับใช้กับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ ย่อมนำมาปรับใช้กับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันตนเองได้เช่นกัน โดยมีลักษณะการปรับใช้เพื่อเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ของการป้องกันตนเอง เพื่อเป็นฐานทางกฎหมายของหลักการป้องกันตนเองล่วงหน้า

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2556

ลายมือชื่อนิติ
.....

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
.....

5386035934 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: REBUS SIC STANTIBUS / CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW / TACIT AGREEMENT / PREEMPTIVE SELF - DEFENSE

PUTANGOON HOONSADEE: APPLICATION OF REBUS SIC STANTIBUS PRINCIPLE IN INTERNATIONAL LAW : A CASE STUDY ON PREEMPTIVE SELF - DEFENSE. ADVISOR: ASST. PROF. DR. SARATOON SANTIVASA, 138 pp.

Rebus Sic Stantibus Principle is an exception of Pacta Sunt Servanda Principle which is applied to terminate, revise, suspend or modify an agreement that encounters fundamental change of circumstances unforeseen by each party at the time of having concluded the agreement. The thesis aims at studying the application of Rebus Sic Stantibus Principle in the international law to, firstly, Customary International Law and, later, to Self-Defense in Customary International Law. The argument is if Rebus Sic Stantibus Principle may be applied to the Customary International Law due to the fact that the Customary International Law is considered to be a kind of an agreement, i.e., a tacit agreement, then Rebus Sic Stantibus Principle may also be applied to Self-Defense in Customary International Law in a case of Preemptive Self-Defense. The main reason is, presently, it is found that Self-Defense in International Law is not sufficient to deal with the new threats such as those from non-state actors and weapons of mass destruction.

The study shows that Rebus Sic Stantibus Principle can be applied to Customary International Law for it is a tacit agreement and since Rebus Sic Stantibus Principle includes all kinds of agreement, it must be applied to justifying Preemptive Self - Defense as well.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2013

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะไม่สำเร็จลุล่วงลงได้หากขาดความเมตตา และน้ำใจไมตรีจิตของบุคคลดังต่อไปนี้แม้เพียงบุคคลเดียว

ขอกราบขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติวาสะ ซึ่งกรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา และกรุณาเสียสละเวลาอันมีค่าให้ความรู้ คำแนะนำ ข้อคิดต่างๆ ในการจัดทำวิทยานิพนธ์รวมถึงการแปลข้อมูลภาษาฝรั่งเศสให้แก่ผู้เขียน ทุ่มเทอยุให้คำปรึกษาผู้เขียนจนตีพิมพ์ และผลักดันจนผู้เขียนสำเร็จการศึกษาพระคุณนี้ศิษย์จะไม่มีวันลืมเลย ขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.ชุมพร ปัจจุสานนท์ ประธานกรรมการ ที่เมตตาผู้เขียนอย่างมากมาโดยตลอดตั้งแต่ในชั้นเรียนจนถึงให้คำแนะนำอันทรงคุณค่าในชั้นจัดทำวิทยานิพนธ์และผลักดันจนศิษย์ผู้สำเร็จการศึกษา ขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วิสูตร ตูยานนท์ ที่จุดประกายทางความคิดและรับเป็นกรรมการรวมถึงสละเวลาในการให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์และเมตตาช่วยเหลือศิษย์ผู้นี้อย่างยิ่งที่สุด ขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ ดร.โชติกา วิทยาวรากุล ที่รับเป็นกรรมการสอบและให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์ในการแก้ไขวิทยานิพนธ์ แม้ท่านจะต้องลาไปให้กำเนิดบุตรสาวที่น่ารักก่อนวันสอบของผู้เขียนก็ตาม นอกจากนี้ยังขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ เอกบุตร ครูกฎหมายระหว่างประเทศคนแรกของผู้เขียนที่ได้วางรากฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศให้แก่ผู้เขียนเป็นอย่างดีจนสามารถเดินและวิ่งบนเส้นทางสายนี้ได้อย่างมั่นใจ และขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ ธนิตกุล ที่มอบโอกาสให้ผู้เขียนได้เป็นผู้ช่วยวิจัยตลอดระยะเวลาที่ศึกษา พร้อมทั้งมอบกำลังใจที่เปี่ยมด้วยพลังจนศิษย์ผู้เฝ้าฝันอุปสรรคจนสำเร็จ

ผู้เขียนขอขอบคุณบรรดากัลยาณมิตรที่วิเศษสุดต่อไปนี้ที่ให้ความช่วยเหลือ ขอขอบคุณ คุณทิฆัมพร รอดชื่นเมือง ที่สอนเพื่อนผู้ให้ "จับปลา" เป็น และให้การช่วยเหลืออย่างสำคัญยิ่งในช่วงท้ายของการจัดทำวิทยานิพนธ์ อนันท์ช กิจรำนันท์ กัลยาณมิตรที่ดีที่สุดของผู้เขียน คุณกันต์กนิษฐ์ สวัสดิ์ผล ผู้สนับสนุนเอกสารสำคัญยิ่งในการจัดทำวิทยานิพนธ์จากแดนไกล ขอขอบคุณ คุณอรชนันท์ บุญมี คุณกันณภัค ตันชสิทธิ์ คุณลีลานาฏ พิมพ์พัฒน์ คุณอริรัตน์ ยงคะอักษร คุณปานพิมพ์ สุทธิฉายา คุณณัฐกร พัฒนพงศ์ คุณอนนต์พร ธรรมฤาษุ คุณปริยาภา ลาภอนันต์ คุณอิศรารัตน์ อินทสระ ที่ช่วยเหลือสนับสนุนผู้เขียนในการจัดทำวิทยานิพนธ์อย่างสำคัญยิ่ง พร้อมทั้งให้กำลังใจเสมอมาขอขอบคุณ อ.กนกนัย อ.วรพลา อ.วรพล มาลสุขุม ที่ช่วยค้นคว้าเอกสารหายากจากฐานข้อมูลทางวิชาการจากแหล่งต่างๆ ที่ยากแก่การเข้าถึง ขอขอบคุณคุณพิมพ์พนิต ศิริทรัพย์ คุณพัฒนพงษ์ ธรรมวัตติ์ คุณศุภกิจ ชุ่มอุระน้องๆ สายรหัสของผู้เขียน และน้องๆ นิสิตระดับปริญญาตรีที่ให้กำลังใจผู้เขียนเสมอมา เจ้าหน้าที่ห้องหลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต และห้องสมุด รวมถึงผู้ที่มีได้เอ่ยนาม ณ ที่นี้

นอกจากนี้ผู้เขียนยังต้องขอขอบพระคุณ ผู้อำนวยการ หัวหน้า และพี่เลี้ยงของผู้เขียนที่สำนักนายกรัฐมนตรี ในความเข้าใจและให้โอกาสอย่างยิ่งในการจัดทำวิทยานิพนธ์ทั้งที่ผู้เขียนเพิ่งจะรับราชการได้ไม่นาน รวมถึงกำลังใจจากพี่และเพื่อนร่วมงานของผู้เขียนด้วยเช่นกัน

ท้ายที่สุด ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณความห่วงใยและกำลังใจมหาศาลจากครอบครัวของผู้เขียน โดยเฉพาะกำลังใจจากคุณแม่ คุณพ่อ คุณป้า และน้องชายให้ผู้เขียนมีแรงฮึดสู้ทำในสิ่งที่แทบจะไม่มีทางสำเร็จให้สำเร็จลงจนได้

คุณงามความดีอันพึงมีจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอมอบแต่บิดามารดา ครูอาจารย์ผู้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ ตลอดจน "ตะกอนความรู้" ที่มีผู้ค้นคว้าและแต่งตำราเอกสารต่างๆ ไว้ก่อนหน้าผู้เขียนได้นำมาประกอบการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่ผู้เดียว

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	6
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	6
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	6
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	7
1.6 วิธีดำเนินการวิจัย	7
บทที่ 2 ความแตกต่างระหว่างการป้องกันตนเองกับการป้องกันตนเองล่วงหน้า	8
2.1 เภนฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการป้องกันตนเอง	8
2.1.1. เหตุในการกล่าวอ้างการป้องกันตนเอง.....	9
2.1.2. วิธีการตอบโต้	19
2.2 ข้อพิจารณาทางกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการป้องกันตนเองล่วงหน้า	20
2.2.1. เหตุในการกล่าวอ้างการป้องกันตนเองล่วงหน้า.....	22
2.2.2. วิธีการตอบโต้	25
2.3 เปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างการป้องกันตนเอง กัับการป้องกันตนเองล่วงหน้า.....	33
บทที่ 3 ฐานทางกฎหมายของการป้องกันตนเองกับการป้องกันตนเองล่วงหน้า.....	36
3.1 ฐานทางกฎหมายของการป้องกันตนเอง	37
3.1.1 หลักกฎหมายทั่วไป.....	37
3.1.2 กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ	37
3.1.3 หลักกฎหมายสนธิสัญญา.....	38
3.1.4 คำพิพากษาของศาล	39
3.2 ข้อพิจารณา (ฐานทางกฎหมายของการป้องกันตนเองล่วงหน้า).....	39
3.2.1 หลักกฎหมายทั่วไป.....	39

3.2.2 หลักกฎหมายสนธิสัญญา.....	40
3.2.3 คำพิพากษาของศาล	40
3.2.4 กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ.....	40
3.3 สรุปท้ายบท.....	49
บทที่ 4 การปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus กับหลักการป้องกันตนเองล่วงหน้า.....	51
4.1 สารสำคัญของหลัก Rebus Sic Stantibus	51
4.1.1. ในยุคก่อนที่จะถูกนำมาประมวลไว้ในข้อ 62 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 .	52
4.1.2. ในยุคหลังจากที่ถูกนำมาประมวลไว้ในข้อ 62 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969	53
4.2 บ่อเกิดทางกฎหมาย (Formal Source) ของหลัก Rebus Sic Stantibus	54
4.2.1 หลักกฎหมายทั่วไป.....	54
4.2.2 กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ.....	57
4.2.3 คำพิพากษาของศาล	58
4.2.4 กฎหมายสนธิสัญญา	68
4.3 เงื่อนไขการใช้หลัก Rebus Sic Stantibus.....	70
4.3.1 มีความเปลี่ยนแปลงอย่างมาก.....	72
4.3.2 ต้องยินยอมทั้งสองฝ่ายหรือไม่ และคู่ภาคีสามารถอ้างได้โดยฝ่ายเดียวหรือไม่.....	74
4.3.3 การนำหลัก Rebus Sic Stantibus มาปรับใช้กับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ.....	78
4.4 การให้เหตุผลของการใช้ Rebus Sic Stantibus เพื่อเป็นฐานของการใช้การป้องกันตนเองล่วงหน้า.....	95
4.4.1. มีความเปลี่ยนแปลงอย่างมากเกิดขึ้น.....	96
4.4.2. มีทางปฏิบัติของรัฐ : State Practice.....	108
4.4.3. มีความจำเป็น : Sive Necessitatis.....	110
4.5 ข้อพิสูจน์ความเป็นกฎหมายของสิทธิการป้องกันตนเองล่วงหน้า.....	111
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	123
5.1 บทสรุป.....	123
5.1.1 การปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus กับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ.....	124

5.1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างหลัก Rebus Sic Stantibus กับ Preemptive Self - Defense	125
5.1.3 ท่าทีของประชาคมระหว่างประเทศกับหลักการป้องกันตนเองล่วงหน้า.....	129
5.1.4 ข้อท้าทาย.....	132
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	132
รายการอ้างอิง	133
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	138



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การป้องกันตนเอง เป็นสัญชาตญาณที่เก่าแก่และติดตัวมนุษย์มาแต่โบราณกาล เพราะหากขาดสัญชาตญาณดังกล่าว ก็ยากที่มนุษย์จะดำรงเผ่าพันธุ์มาได้จนปัจจุบัน และได้รับการยอมรับว่ามีสถานะเป็นกฎหมายในทุกระบบกฎหมาย (*vim vi repellere omnia jura permittunt : for it is always lawful to repel force by force*)¹ ต่อมาเมื่อมนุษย์รวมกลุ่มกันพัฒนาเป็นรัฐ สิทธิในการป้องกันตนเองดังกล่าวก็ย่อมตกติดแก่รัฐด้วย ดังที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวรับรองไว้ใน การให้ความเห็นแนะนำในคดี Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons 1996 อันเป็นการแสดงถึงความจำเป็นของหลักการป้องกันตนเองต่อการอยู่รอดของรัฐว่า

*Furthermore, the Court cannot lose sight of the fundamental right of every State to survival, and thus its right to resort to self – defense, in accordance with Article 51 of the Charter, when its survival is at stake*²

หลักเกณฑ์ในเรื่องการป้องกันตนเองจึงเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เป็น สิทธิประจำตัว (Inherent Right) ที่มีอาจมีผู้ใดพรากไปจากรัฐได้

¹ D.W. Bowett, Self – Defense in International Law. (New York : Frederick A. Praeger, Inc., Publishers, 1958) p.3.

² Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 1996, at 339.

ต่อมาหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้ยุติลง โลกเผชิญหน้ากับความเสียหายจากภัยสงครามเหลือคณานับ เมื่อมีการจัดทำกฎบัตรสหประชาชาติขึ้นในปี ค.ศ. 1945 จึงได้บัญญัติหลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศไว้ในข้อ 2 (4) ของกฎบัตรสหประชาชาติ บัญญัติว่า

*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.*³

ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ สมาชิกทั้งปวงจะต้องละเว้นการคุกคามหรือการใช้กำลังต่อบุรณภาพแห่งอาณาเขต หรือ เอกราชทางการเมืองของรัฐใดๆ หรือ การกระทำในลักษณะการอื่นใดที่ไม่สอดคล้องกับความมุ่งประสงค์ของสหประชาชาติ⁴

จากข้อบทดังกล่าวเป็นการวางหลักว่า รัฐจะใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศมิได้ เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามที่บัญญัติไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ ได้แก่ การใช้กำลังป้องกันตนเองของรัฐตามข้อ 51 การใช้กำลังภายใต้การอนุญาตของคณะมนตรีความมั่นคงตามหมวด 7 ของกฎบัตร การใช้กำลังในการปฏิบัติตามข้อ 106 และการใช้กำลังตามมาตรา 107 และ 53

อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นของหลักการห้ามใช้กำลังที่เด่นชัดที่สุดคือ ข้อ 51 ของกฎบัตรดังกล่าว เป็นกรณีที่รัฐใช้กำลังป้องกันตนเอง อันเป็นการรับรองสิทธิที่มีมาแต่ดั้งเดิมในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งบัญญัติว่า

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

³ Charter of The United Nations, Article 2 (4)

⁴ กฎบัตรสหประชาชาติ ข้อ 2 (4), กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, 2537.

*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.*⁵

ไม่มีข้อความใดในกฎบัตรฉบับปัจจุบันจะรอนสิทธิประจำตัวในการป้องกันตนเองโดยลำพังหรือโดยร่วมกัน หากการโจมตีด้วยกำลังอาวุธบังเกิดแก่สมาชิกของสหประชาชาติจนกว่าคณะมนตรีความมั่นคงจะได้ดำเนินมาตรการที่จำเป็นเพื่ออำนวยการไว้ซึ่ง สันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ มาตรการที่สมาชิกได้ดำเนินไปในการใช้สิทธิ ป้องกันตนเองนี้จะต้องรายงานให้คณะมนตรีความมั่นคงทราบโดยทันที และจะต้องไม่กระทบกระเทือนอำนาจและความรับผิดชอบของคณะมนตรีความมั่นคงตามกฎบัตรฉบับปัจจุบันแต่ประการใด ในอันที่จะดำเนินการเช่นที่เห็นจำเป็นไม่ว่าในเวลาใด เพื่ออำนวยการไว้หรือสถาปนากลับคืนมาซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ⁶

จากถ้อยคำในตัวเองจะเห็นได้ว่า การที่รัฐจะใช้สิทธิป้องกันตนเองได้นั้น จะต้องถูกโจมตีด้วยกำลังอาวุธเสียก่อน (Armed Attack Occurs) และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็เคยวินิจฉัยให้ความเห็นแนะนำไว้ในคดี *Palestinian Wall* ว่า การอ้างสิทธิป้องกันตนเองตามข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาตินี้ จะต้องเป็นกรณีที่รัฐถูกโจมตีด้วยอาวุธจากอีกรัฐหนึ่งเท่านั้น⁷ ทำให้มีการตีความว่า หากรัฐมิได้ถูกโจมตีด้วยอาวุธก่อน หรือผู้โจมตีมิใช่รัฐนั้น รัฐจะไม่มีสิทธิในการป้องกันตนเอง

⁵ Charter of The United Nations, Article 51

⁶ กฎบัตรสหประชาชาติ ข้อ 51, กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, 2537.

⁷ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Report 2004, p.136, para. 139.

จากการตีความเช่นนี้ ทำให้เกิดปัญหาขึ้นว่า ในปัจจุบันที่มีภัยคุกคามรูปแบบใหม่เกิดขึ้นต่อรัฐมากมาย เช่นภัยคุกคามจากการก่อการร้าย ภัยคุกคามจากอาวุธที่มีอานุภาพทำลายล้างสูง (Weapons of Mass Destruction : WMD) ประกอบกับเทคโนโลยีก้าวล้ำสมัยไปมากทำให้พัฒนาภาพของภัยคุกคามดังกล่าวรวดเร็ว และรุนแรงขึ้นเป็นอย่างมากจากเวลาที่มีการร่างกฎบัตรสหประชาชาติเมื่อเกือบ 70 ปีที่แล้วในปี 1945 ซึ่งหากจะรอให้เกิดภัยขึ้นต่อรัฐเสียก่อนรัฐจึงจะมีสิทธิป้องกันตนเองต่อภัยรูปแบบใหม่เหล่านี้ได้ ก็จะทำให้เกิดความเสียหายมหาศาลต่อรัฐ อีกทั้งเมื่อถูกโจมตีแล้วรัฐอาจจะไม่เหลือศักยภาพเพียงพอที่จะป้องกันตนเองอีกก็เป็นได้

ด้วยเหตุนี้ เกิดทางปฏิบัติขึ้นที่รัฐจำนวนไม่น้อยจึงอ้างสิทธิในการป้องกันตนเองล่วงหน้าก่อนภัยจะเกิดขึ้น โดยอาศัยพฤติการณ์แวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากจากช่วงเวลาที่มิกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งการอ้างพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากที่มีอาจคาดเห็นได้มาก่อน เพื่อยกเลิก เพิกถอน หรือเปลี่ยนแปลงพันธกรณีใดพันธกรณีหนึ่งนั้นเข้าข่ายลักษณะของการอ้างหลัก Rebus Sic Stantibus

หลัก Rebus Sic Stantibus หมายความว่า “ความผูกพันตามสัญญาโดยอัตโนมัติอยู่บนฐานแห่งพฤติการณ์แวดล้อมที่ดำรงอยู่ในขณะทำสัญญานั้น และเมื่อมีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างมีนัยสำคัญ สัญญาไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญาก็ได้” หากการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นนั้นอาจทำให้หน้าที่ต่างๆ ในสัญญาก่อให้เกิดความยุติธรรมขึ้นหากคู่สัญญายังคงต้องยึดหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา เพื่อแก้ปัญหาจึงได้เกิดหลัก Rebus Sic Stantibus ขึ้น⁸ โดยมีการสันนิษฐานถึงที่มาของหลักนี้กันไปหลายทฤษฎีแต่ส่วนใหญ่มีความเห็นว่ามีต้นกำเนิดในสมัยกฎหมายโรมัน และได้รับการยอมรับในกฎหมายแพ่ง โดยเหตุผลของหลักสุจริต และยังได้รับการยอมรับในกฎหมายมหาชน และกฎหมายระหว่างประเทศในเวลาต่อมา

สำหรับในระบบกฎหมายระหว่างประเทศนั้น หลัก Rebus Sic Stantibus ก็ได้มีวิวัฒนาการมายาวนานพอสมควรเช่นกัน แรกเริ่มได้มีการยอมรับหลักกฎหมายนี้ในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จากนั้นก็ได้มีการยอมรับกันในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการรับรองโดยชาติที่เป็นอารยะ และต่อมาก็ได้ประมวลเข้าไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ.

⁸ ปารวี พิสิฐเสนากุล, “หลัก Clausula Rebus Sic Stantibus ในสัญญาทางปกครอง,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 2.

1969 ข้อ 62 โดยอยู่ในชื่อว่า Fundamental change of circumstances และหลักกฎหมายนี้ก็ได้มีการกล่าวอ้างขึ้นบ่อยครั้ง โดยเฉพาะที่มีเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงในเรื่องต่าง ๆ ไปอย่างมาก เช่นในกรณีมีการใช้กำลังทางอาวุธ หรือกรณีสงคราม ผลที่ตามมาบางครั้งก็มีการนำคดีไปสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ แต่บางครั้งแม้ไม่มีการนำคดีไปสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ก็กลับเกิดการเปลี่ยนแปลงในข้อสัญญาขึ้น ดังเช่นกรณีการอ้างหลักนี้เพื่อยกเลิก ABM Treaty⁹ การอ้างหลักนี้ในการระงับใช้ International Load line Convention ค.ศ.1930 รวมไปถึงการแก้ไขและยกเลิกสนธิสัญญาไม่เป็นธรรมที่ไทยได้ทำกับ ประเทศมหาอำนาจในยุคล่าอาณานิคม ไทยเองก็ได้อ้างหลัก Rebus Sic Stantibus นี้ในการแก้ไขและยกเลิกสนธิสัญญาดังกล่าวได้เป็นผลสำเร็จ ทำให้ประเทศไทยเราได้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตกลับคืนมา¹⁰ เป็นต้น

จากที่กล่าวมาทั้งหมดนี้จะเห็นได้ว่า หลัก Rebus Sic Stantibus เป็นหลักการที่มีวิวัฒนาการมาอย่างยาวนาน และสามารถเปลี่ยนแปลงผลในทางกฎหมายระหว่างประเทศได้มาก อันจะส่งผลให้เกิดความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องรับภาระหนักขึ้นได้ หลัก Rebus Sic Stantibus เป็นข้อยกเว้นของหลัก Pacta Sunt Servanda ที่ปรับใช้เพื่อยกเลิก แก้ไข ระงับ หรือปรับเปลี่ยนความตกลงที่มีเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างมีนัยสำคัญภายหลังจากที่ความตกลงนั้นได้ทำขึ้น โดยคู่สัญญามีอาจคาดหมายได้ล่วงหน้าในขณะที่ทำความตกลงกัน ผู้เขียนมุ่งศึกษาการปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ว่าสามารถปรับใช้กับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้หรือไม่ เนื่องจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีลักษณะเป็นความตกลงประเภทหนึ่ง คือความตกลงโดยปริยาย (Tacit Agreement) และหากปรับใช้ได้ย่อมสามารถปรับใช้กับกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องการป้องกันตนเองที่มีลักษณะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้เช่นกัน เพื่อปรับหลักเกณฑ์ของการป้องกันตนเองให้สามารถใช้กับการป้องกันตนเองล่วงหน้าได้ (Preemptive Self - Defense) เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องการป้องกันตนเองในปัจจุบันไม่เพียงพอที่จะรับมือกับภัยคุกคามรูปแบบใหม่ เช่นภัยคุกคามจากกลุ่มก่อการร้ายและอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างสูง (WMD) เป็นต้น

⁹ Malgosia Fitzmaurice, Exceptional Circumstances and Treaty Commitments, *The Oxford Guide to Treaties*. (United Kingdom : Oxford University Press, 2012), p.620-622.

¹⁰ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *กฎหมายระหว่างประเทศ(พิมพ์ครั้งที่2)* (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2550). หน้า189-191.

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาเปรียบเทียบ แนวคิดและสาระสำคัญของหลักการป้องกันตนเอง และการป้องกันตนเองล่วงหน้า
2. เพื่อศึกษาความเป็นมา แนวคิดและสาระสำคัญของหลัก Rebus Sic Stantibus และ Pacta Sunt Servanda
3. เพื่อศึกษาการใช้หลัก Rebus Sic Stantibus กับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ
4. เพื่อวิเคราะห์เหตุการณ์ร่วมสมัย ที่มีการกล่าวอ้างหลัก Rebus Sic Stantibus
5. เพื่อศึกษาการปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus กับกรณี Preemptive Self – Defense

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

หลัก Rebus Sic Stantibus ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ มีการปรับใช้เพื่อยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งรวมไปถึงความตกลงโดยปริยายด้วย (Tacit Agreement) เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องการป้องกันตนเองไม่เพียงพอ และกฎหมายในเรื่องการป้องกันตนเองนั้นเป็นความตกลงโดยปริยายด้วยประการหนึ่ง จึงสามารถนำหลัก Rebus Sic Stantibus มาใช้เป็นฐานทางกฎหมายในการปรับหลักเกณฑ์ของการป้องกันตนเอง ให้สามารถใช้กับการป้องกันตนเองล่วงหน้าได้ (Preemptive Self – Defense) เพื่อให้เท่าทันสถานการณ์ทางการเมืองระหว่างประเทศในปัจจุบันที่เกิดขึ้น

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาเปรียบเทียบความเหมือนและความแตกต่างระหว่างการป้องกันตนเอง (Self – Defense) และการป้องกันตนเองล่วงหน้า (Preemptive Self - Defense)

ศึกษาหลักกฎหมาย Rebus Sic Stantibus โดยเน้นไปในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศ วิชาการ กรณีศึกษา แนวทางการปรับใช้และกล่าวอ้างที่สำคัญในอดีตจนถึงปัจจุบัน ทั้งในกรณีมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และไม่มีกรณีนำคดีขึ้นสู่ศาล พร้อมทั้งวิเคราะห์สถานการณ์ร่วมสมัย (Contemporary) ที่มีการกล่าวอ้างหลักหลัก Rebus Sic Stantibus เพื่อเป็นฐานทางกฎหมายในการปรับใช้หลัก Preemptive Self – Defense

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ความเหมือนและความแตกต่างระหว่างการป้องกันตนเอง (Self -Defense) และการป้องกันตนเองล่วงหน้า (Preemptive Self – Defense)

2. ทำให้ทราบถึงแนวคิด หลักเกณฑ์ และขั้นตอนการใช้หลัก Rebus Sic Stantibus

3. ทำให้ทราบขอบเขตที่ชัดเจนแน่นอนมากขึ้นถึงกรอบการใช้หลัก Rebus Sic Stantibus ในกฎหมายระหว่างประเทศ

4. ทำให้พิสูจน์แนวคิดที่ว่าหลัก Rebus Sic Stantibus สามารถนำมาใช้กับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันตนเอง และเป็นฐานทางกฎหมายในการอ้าง Preemptive Self – Defense ได้

1.6 วิธีดำเนินการวิจัย

การเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการศึกษาวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาค้นคว้าและวิเคราะห์ข้อมูลจากหนังสือ บทความ ต้นร่างกฎหมาย งานวิจัย สื่ออิเล็กทรอนิกส์ และเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับหลักการป้องกันตนเอง (Self – Defense) หลักการป้องกันตนเองล่วงหน้า (Preemptive Self Defense) และหลัก Rebus Sic Stantibus รวมถึงการสัมภาษณ์เพื่อเก็บข้อมูลจากผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายระหว่างประเทศ และรัฐศาสตร์สาขาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เนื่องจากเนื้อหาของงานวิจัยมีบางส่วนที่มีลักษณะเป็นสหวิทยาการ หลังจากที่ได้ทำการรวบรวม วิเคราะห์ เปรียบเทียบสาระที่สำคัญแล้ว จึงจะสรุปผลการวิจัยเพื่อสร้างความชัดเจนแก่หลักกฎหมายต่อไป

บทที่ 2

ความแตกต่างระหว่างการป้องกันตนเองกับการป้องกันตนเองล่วงหน้า

ในบทนี้ ผู้เขียนจะยกแนวความคิดและองค์ประกอบของการป้องกันตนเองแบบเดิม (Traditional Self – Defense) เพื่อให้เห็นว่ารัฐจะอ้างการป้องกันตนเองได้จะต้องประกอบด้วยเหตุใด และมีเงื่อนไขหรือขอบเขตใดบ้างจึงจะชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ

จากนั้น ผู้เขียนจะยกข้อพิจารณาเกี่ยวกับการป้องกันตนเองล่วงหน้า (Preemptive Self – Defense) ว่ารัฐอาจอ้างการป้องกันตนเองล่วงหน้าได้หรือไม่ ภายใต้เงื่อนไขใดที่เปลี่ยนแปลงไปจากการป้องกันตนเองแบบเดิม โดยผู้เขียนจะเปรียบเทียบความเหมือนและความแตกต่างของการป้องกันตนเองทั้งสองแบบให้ทราบด้วยในตอนท้ายของบทนี้

2.1 เกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการป้องกันตนเอง

สิทธิที่จะป้องกันตนเองเป็นสิทธิประจำตัว (Inherent Right) ของรัฐทุกรัฐ ตามกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law)¹ ซึ่งแม้แต่กบฏทรราชประชาชาติซึ่งมีสถานะที่ได้รับการรับรองอย่างสูง² ก็ไม่สามารถที่จะลิดรอนได้³ แต่รัฐจะอ้างการใช้กำลังในการป้องกันตนเองได้เนื่องจากเหตุใดนั้น จำเป็นต้องพิจารณาในลำดับถัดไป

¹ D.W.Bowett, Self Defense in International Law, 1958, p. 187.

² UN Charter Article 103,

In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail.

³ UN Charter Article 51

“Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of self- defense...”

2.1.1. เหตุในการกล่าวอ้างการป้องกันตนเอง

ในกรณีที่รัฐถูกโจมตีด้วยอาวุธบังเกิด (Armed Attack Occurs) นั้นเป็นที่แน่ชัดว่ารัฐสามารถป้องกันตนเองได้แน่นอน ตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ส่วนกรณีการรุกราน (Aggression) และการคุกคาม (Threat) นั้นแม้จะไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนแต่ก็เป็นที่ยอมรับกันว่าเมื่อรัฐถูกรุกราน หรือถูกคุกคาม รัฐก็สามารถใช้สิทธิป้องกันตนเองได้เช่นกัน⁴ ซึ่งสำหรับความหมายของการรุกราน หรือคุกคาม จะได้กล่าวหลังจากความหมายของการโจมตีด้วยอาวุธ (Armed Attack)

หลักการป้องกันตนเอง (Self – Defense) มีบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ชัดเจนใน ข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติที่อนุญาตให้รัฐใช้กำลังได้ในกรณีการป้องกันตนเอง อันที่จริงสิทธิในการป้องกันตนเองของรัฐมีอยู่ในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาก่อนการบัญญัติไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ แต่ยังมีข้อโต้แย้งเรื่องสิทธิดั้งเดิมที่ปรากฏในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่ายังคงมีอยู่อย่างสมบูรณ์หรือไม่หลังจากการประกาศใช้กฎบัตรสหประชาชาติ ข้อถกเถียงนี้มีความสำคัญเพราะต้องนำไปพิจารณากับเรื่องการป้องกันตนเองล่วงหน้าของรัฐในเวลาต่อไปด้วย ในทัศนะของ Ian Brownlie ต้นกำเนิดของหลักการป้องกันตนเองของรัฐมาจาก กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แนวปฏิบัติของรัฐ และข้อบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรในกฎบัตรสหประชาชาติ⁵ ดังนั้นการพิจารณาองค์ประกอบหรือหลักเกณฑ์ในการป้องกันตนเองตามแบบเดิมของรัฐน่าจะต้องดูตามที่มาทั้งสามแหล่ง เพื่อจะได้มีความครอบคลุมมากที่สุด ซึ่งสามารถเหตุที่จะทำให้รัฐสามารถป้องกันตนเองแบบเดิมได้เป็น 3 ประการ ดังต่อไปนี้

ก. การโจมตีด้วยอาวุธ (Armed Attack)

ในกฎบัตรสหประชาชาติมีบทบัญญัติหลายข้อที่กล่าวถึงการโจมตีด้วยอาวุธ (Armed Attack) การใช้กำลัง (Use of Force) และการคุกคาม (Threat) แต่บัญญัติไว้แตกต่างกันในรายละเอียด เช่นในข้อ 51 บัญญัติให้รัฐสามารถป้องกันตนเองได้ในกรณีที่มีการโจมตีด้วยอาวุธเกิดขึ้น

⁴ D.W.Bowett, *Self Defense in International Law*, 1958, p. 249.

⁵ Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, First Edition, United States, Oxford University Press Inc., New York, 1963, p.231 – 237.

แล้วเท่านั้น (Armed Attack Occurs) ขณะที่กฎบัตรข้อ 2 (4) กล่าวถึงการใช้กำลัง (Use of Force) พร้อมกับการคุกคาม (Threat) แต่เนื่องจากการตีความบทบัญญัติที่ปรากฏในกฎบัตรสหประชาชาติ ไม่สอดคล้องกัน อีกทั้งแต่ละรัฐมีแนวปฏิบัติด้านการใช้กำลังอาวุธแตกต่างกัน ดังนั้นจึงขอแยกพิจารณาปัญหาที่เป็นข้อถกเถียงในเรื่องการใช้กำลังอาวุธของรัฐในการป้องกันตนเอง ดังต่อไปนี้

ประเด็นแรก กรณีการป้องกันตนเองตามกฎบัตรข้อ 51 ซึ่งบัญญัติไว้ว่ารัฐมีสิทธิป้องกันตนเองได้ในกรณีที่ถูกโจมตีด้วยอาวุธแล้วเท่านั้น แต่มีข้อโต้แย้งว่าถ้าเป็นกรณีที่รัฐถูกคุกคาม แต่ยังมีไม่ถึงระดับการใช้อาวุธเข้าโจมตีในระดับปฏิบัติการ รัฐมีสิทธิหรือไม่ในการใช้กำลังอาวุธได้ตอบเพื่อป้องกันตนเอง ในเรื่องนี้มีคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่ได้วินิจฉัยไว้ว่า รัฐไม่มีสิทธิใช้กำลังอาวุธได้ตอบการกระทำที่ไม่ใช่การโจมตีด้วยอาวุธ⁶

ประเด็นที่สอง สืบเนื่องจากความไม่ชัดเจนในการนิยามการถูกโจมตีด้วยอาวุธในกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งนำไปสู่การโต้แย้งถกเถียงกันในเรื่องสิทธิในการป้องกันตนเองของรัฐ ดังนั้นจึงน่าจะย้อนกลับไปพิจารณาตัวบทของกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 51 ทั้งในฉบับภาษาอังกฤษและภาษาฝรั่งเศส อีกครั้งหนึ่ง

คำว่า “การถูกโจมตีด้วยอาวุธ” หรือ “Armed Attack” มีปรากฏในกฎบัตรฉบับภาษาอังกฤษ เท่านั้น ส่วนในกฎบัตรฉบับภาษาฝรั่งเศสจะใช้คำว่า “aggression armée” ซึ่งหมายถึง “การรุกรานด้วยอาวุธ” หรือในภาษาอังกฤษใช้คำว่า “armed aggression” ซึ่งต่างจาก “การถูกโจมตีด้วยอาวุธ” นอกจากนี้ ที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติเคยมีมติว่าการถูกโจมตีด้วยอาวุธถือเป็นการรุกรานประเภทหนึ่ง⁷ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าความหมายของคำว่า “การรุกรานด้วยอาวุธ (aggression armée) ตามกฎบัตรฉบับภาษาฝรั่งเศสกว้างกว่า “การถูกโจมตีด้วยอาวุธ” ในกฎบัตรฉบับภาษาอังกฤษ จึงน่าจะรวมถึงกรณีอื่นนอกเหนือจากที่รัฐถูกโจมตีด้วยอาวุธด้วย

⁶ Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, ICJ Report, 1986, (hereafter Nicaragua Case), para.110.

⁷ 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

นอกจากนี้ยังมีความเห็นจากนักวิชาการ D.W. Bowett มีความเห็นว่าผู้ร่างกฎบัตรข้อ 51 ในต้นร่างกฎบัตรสหประชาชาติ (travaux préparatoires) น่าจะมีเจตนายืนยันหรือรักษาสีทธิในการใช้กำลังป้องกันตนเองของรัฐในกรณีที่มีการโจมตีด้วยอาวุธตามสนธิสัญญา Chapultepec แทนที่จะเป็นการจำกัดสิทธิดังกล่าว และตามกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 2(4) หากเป็นการใช้กำลังเพื่อจุดมุ่งหมายอื่นที่ไม่กระทบต่อบูรณภาพแห่งอาณาเขตของรัฐอื่นหรือเอกราชทางการเมืองของรัฐอื่น การใช้กำลังนั้นสามารถทำได้⁸ ส่วนกรณีที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐในลักษณะที่รัฐหนึ่งให้การสนับสนุนด้านอาวุธและการลำเลียงอาวุธให้แก่กองกำลังต่อต้านในรัฐอื่น กรณีเช่นนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้หลักการไว้ว่าการกระทำเช่นนี้ยังไม่นับว่าเป็นการโจมตีด้วยอาวุธ แต่อาจถือได้ว่าเป็นการใช้กำลังคุกคามรัฐอื่น แต่ถ้าหากมีการส่งกองกำลังทหาร หรือทหารรับจ้างเข้าไปในเขตแดนของรัฐอื่นจึงจะถือได้ว่าเป็นการโจมตีด้วยอาวุธ⁹

ประเด็นที่สาม ปัญหาที่โต้แย้งกันอีกเรื่องหนึ่งคือ ในกรณีของการโจมตีด้วยอาวุธโดยตัวกระทำการที่มีใช้รัฐ (Non-State Actors) จะนำไปสู่การใช้กำลังป้องกันตนเองของรัฐได้หรือไม่ เช่น การโจมตีของกลุ่มผู้ก่อการร้าย กรณีนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้ความเห็นในคดี Palestinian Wall ว่าการใช้กำลังป้องกันตนเองของรัฐต้องเป็นกรณีที่ถูกโจมตีด้วยอาวุธจากรัฐต่างชาติ (Foreign State) เท่านั้น¹⁰

ประเด็นที่สี่ เป็นปัญหาข้อโต้แย้งในกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับแนวปฏิบัติของรัฐในกรณีที่เกิดการใช้กำลังโจมตีบุคคลของรัฐ หรือผลประโยชน์ของรัฐ (state's interest) ในต่างแดน กรณีเช่นนี้รัฐมีสิทธิใช้กำลังเพื่อป้องกันตนเองได้หรือไม่ มีกรณีที่ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศเบลเยียม และ ประเทศอิสราเอล ใช้ข้ออ้างในเรื่องนี้¹¹ เพื่อใช้กำลังทางทหารและอาวุธในการป้องกันตนเองเพื่อรักษาผลประโยชน์ของรัฐในต่างแดน แต่หลักเกณฑ์ยังไม่มี

⁸ D.W.Bowett, Self-Defense in International Law, (New York: Praeger, 1958), p. 152.

⁹ Nicaragua Case, para.195.

¹⁰ Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, 2004 (hereafter The Wall Case), para. 139.

¹¹ Christine Gray, International Law and the Use of Force, Third Edition, United States, Oxford University Press Inc., New York, 2008, p. 156 – 158.

ชัดเจนพอ จึงอาจกล่าวได้ว่ารัฐได้มีการตีความ “การถูกโจมตีด้วยอาวุธ” ในทางที่เป็นประโยชน์ต่อรัฐ เพื่อที่จะใช้อาวุธตอบโต้การกระทำดังกล่าว

ข. การคุกคาม (Threat)

ในเรื่องความหมายของคำว่าภัยคุกคาม มีคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Nicaragua v United States of America ได้เคยวางบรรทัดฐานเอาไว้หลายประการ เกี่ยวกับความพยายามในการโค่นล้มรัฐบาลนิการาแก้วของประเทศสหรัฐอเมริกา ว่าการกระทำชนิดใดบ้างที่ถือเป็นการใช้กำลัง เช่น การวางทุ่นระเบิดในน่านน้ำของนิการาแก้ว การโจมตีท่าเรือ และ แทนขูดเจาะน้ำมันของนิการาแก้ว โดยประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นการใช้กำลัง (Use of Force) แต่การให้การสนับสนุนเงินไม่เป็นการใช้กำลังในตัวเอง เป็นต้น แต่ถึงแม้ว่าการกระทำการสนับสนุนทางอ้อมดังกล่าวนี้ไม่เป็นการใช้กำลัง อันจะทำให้เกิดสิทธิในการป้องกันตัว (ตามความเห็นของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ) แต่ก็ทำให้รัฐที่ให้การสนับสนุน (ในคดีนี้ คือ สหรัฐอเมริกา) เกิดความรับผิดในทางกฎหมายระหว่างประเทศ¹²

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

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

¹² Nicaragua Case, para.228.

ราช หรือบูรณภาพแห่งดินแดน หรือความเป็นเอกราชทางการเมืองต่อรัฐอื่น หรือโดยการกระทำในลักษณะอื่นที่ไม่เป็นไปตามกฎบัตรแห่งสหประชาชาติ¹³ และในมติเดียวกันนี้ข้อ 3 ได้ให้ตัวอย่างของการกระทำที่ถือเป็นการรุกรานไว้ด้วย¹⁴ ซึ่งหากกล่าวโดยสรุปแล้วตัวอย่างที่ได้ให้ไว้ดังกล่าวหมายความว่ารวมถึงการใช้กำลังทางทหาร หรือการโจมตี หรือรุกรานรัฐอื่นทุกประการ ดังจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไปเรื่องการรุกรานอีกครั้งโดยละเอียด

เมื่อพิจารณาจากข้อมติของที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติดังกล่าวแล้วจะพบว่า ความหมายของการรุกรานดังกล่าว มีความหมายใกล้เคียงกับการใช้กำลัง (Use of Force) หรือการคุกคาม (Threat) อย่างยิ่ง และโดยที่มติดังกล่าวเกิดจากความเห็นร่วมกันของชาติสมาชิกส่วนใหญ่ขององค์การสหประชาชาติ จึงอาจกล่าวได้ว่า การรุกรานนั้น รัฐส่วนใหญ่ในโลกนี้เห็นว่าเป็นสิ่งที่ต้องห้าม ตามกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 2 (4) ด้วยนั่นเอง และแม้ข้อมติของที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติจะไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย แต่ก็เป็นแนวทางในการตีความกฎบัตรสหประชาชาติ และเป็นสิ่งสะท้อนให้เห็นความเชื่อของรัฐว่าสิ่งใดเป็นกฎหมาย (opinio juris) อันเป็นองค์ประกอบหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ¹⁵

ค. การรุกราน (Aggression)

จากที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นว่า ข้อ 51 ของกฎบัตรสหประชาชาติบัญญัติให้รัฐมีสิทธิป้องกันตนเองได้ก็ต่อเมื่อมีการโจมตีด้วยอาวุธเกิดขึ้น (Armed Attack Occurs) แต่ก็ได้มีการระบุนิยามของ “การโจมตีด้วยอาวุธ” (Armed Attack) แต่อย่างไรก็ตาม คำว่า “การโจมตีด้วยอาวุธ” ก็มิได้มีการปรากฏในข้ออื่นๆ ของกฎบัตรสหประชาชาติอีกเลย ดังนั้น ในทางปฏิบัติจึงได้มีความพยายามเชื่อมโยงคำว่า “การโจมตีด้วยอาวุธ” (Armed Attack) เข้ากับคำอื่นที่มีความหมายเกี่ยวข้องกันคือ

¹³ United Nations General Assembly Res. 3314 (XXIX), ‘Definition of Aggression’, 14 December 1974, UN Doc. A/RES/3314, Article 1.

¹⁴ United Nations General Assembly Res. 3314 (XXIX), ‘Definition of Aggression’, 14 December 1974, UN Doc. A/RES/3314, Article 3.

¹⁵ ปกรณ์ อุ่นศิริรัฐสกุล, “มิติในอนาคตของการป้องกันตนเองล่วงหน้า,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), หน้า 17.

“การรุกราน” (Aggression)¹⁶ และเป็นที่เข้าใจกันว่า เมื่อรัฐใดรัฐหนึ่งถูกรุกราน รัฐนั้นมีสิทธิป้องกันตนเองด้วยอาวุธ¹⁷ ทำให้มีปัญหามากมายว่า นิยามของการรุกรานหมายถึงอะไร ใครบ้างที่เป็นการรุกรานได้

ด้วยเหตุนี้ ที่ประชุมสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ เมื่อ ค.ศ. 1974 จึงได้ออกข้อมติกำหนดนิยามของการรุกราน (Definition of Aggression) ไว้ในข้อ 1 ของข้อมติว่า

การรุกรานได้แก่การใช้กำลังทัพโดยรัฐหนึ่งต่ออธิปไตย บุรณภาพแห่งดินแดนหรือเอกราชทางการเมืองของรัฐอื่น หรือโดยประการอื่นใดที่ไม่เป็นการสอดคล้องกับกฎบัตรสหประชาชาติ”¹⁸

และในข้อ 3 ของข้อมติได้กล่าวต่อไปว่า¹⁹

การกระทำดังกล่าวต่อไปนี้ ไม่ว่าจะมีการประกาศสงครามหรือไม่ ประกอบเป็นลักษณะของการกระทำรุกราน...

ก) การบุกหรือโจมตีดินแดนของรัฐหนึ่ง หรือการยึดครองทางทหารใด ๆ แม้จะเป็นการชั่วคราวอันเป็นผลของการบุกหรือโจมตีเช่นนั้น หรือ

¹⁶ จันตรี สินศุภฤกษ์, กฎหมายระหว่างประเทศกับการเมืองระหว่างประเทศ. (พิมพ์ครั้งที่ 1) (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547). หน้า 174.

¹⁷ Broms, The Definition of Aggression in the UN (1986), 151; The Definition of Aggression, 154 RCADI (1977-I) 299 at 346; see also Hargrove, The Nicaragua Judgment and the Future of the Law of Force and Self – Defense, 81 AJIL (1987) 135 at 139.

¹⁸ United Nations General Assembly Res. 3314 (XXIX), ‘Definition of Aggression’, 14 December 1974, UN Doc. A/RES/3314, Article 1.

¹⁹ United Nations General Assembly Res. 3314 (XXIX), ‘Definition of Aggression’, 14 December 1974, UN Doc. A/RES/3314, Article 3.

การผนวกเอาใด ๆ โดยการใช้กำลังซึ่งดินแดน หรือส่วนหนึ่งของ ดินแดนของรัฐอื่น

- ข) ระดมยิง ทิ้งระเบิดโดยกำลังทัพของรัฐหนึ่งต่อดินแดนของรัฐอื่น หรือ การใช้อาวุธทั้งหลายโดยรัฐหนึ่งต่อดินแดนของรัฐอื่น
- ค) การปิดล้อมท่าเรือหรือชายฝั่งของรัฐหนึ่งโดยกำลังทัพของรัฐอื่น
- ง) การโจมตีโดยกำลังทัพของรัฐหนึ่งไม่ว่าจะเป็นกำลังทางบก ทางเรือ หรือทางอากาศ หรือนาวิกโยธิน หรือเครื่องบินพลเรือนต่อรัฐอื่น
- จ) การใช้กำลังทัพของรัฐหนึ่งซึ่งตั้งอยู่ในดินแดนของรัฐอื่นด้วยความตกลงของรัฐผู้รับในลักษณะที่ขัดกับเงื่อนไขที่ได้กำหนดไว้ในความตกลง หรือยึดการอยู่ในดินแดนนั้นหลังจากที่ความตกลงได้สิ้นสุดลง
- ฉ) ข้อเท็จจริงที่รัฐหนึ่งยอมให้มีการใช้ดินแดนที่ให้รัฐอื่นใช้ โดยที่รัฐอื่น นั้นได้ใช้เพื่อกระทำการรุกรานต่อรัฐที่สาม
- ช) การที่รัฐหนึ่งส่งหรือมีการส่งไปในนามของรัฐนั้น ซึ่งกลุ่มหรือหน่วยติดอาวุธ กองกำลังที่มีใ้ประจำการ หรือทหารรับจ้าง กระทำการเยี่ยง กำลังทัพต่อรัฐอื่น ซึ่งมีความร้ายแรงเทียบได้กับการกระทำที่ได้กล่าว มาข้างต้น หรือมีข้อเท็จจริงว่าได้ปฏิบัติการในลักษณะที่สำคัญในการ กระทำเช่นนั้น

คำนิยามการรุกรานดังกล่าวส่งผลให้คำจำกัดความและขอบเขตของการรุกราน ชัดเจนขึ้น ว่าการรุกรานหมายความรวมถึงการใช้กำลังทางทหาร การโจมตี หรือการรุกรานรัฐอื่นทุก ประการนั่นเองแต่จะเห็นได้จากคำที่ขีดเส้นใต้ไว้ในข้อ 3 ของข้อมติว่า คำนิยามทั้งปวงเกี่ยวกับการ รุกรานตามข้อมติที่ 3314 จะเกิดโดยตัวกระทำที่เป็น “รัฐ” เท่านั้น ไม่รวมถึงกรณีตัวกระทำที่ไม่ใช่รัฐ (Non – State Actor) ดังนั้น จึงเป็นช่องโหว่ของกฎหมายว่าหากรัฐเผชิญกับการกระทำที่เข้า ข่ายการรุกรานในข้อ 3 ของข้อมติ แต่การกระทำดังกล่าวเกิดจากตัวกระทำที่ไม่ใช่รัฐ เช่น จาก กลุ่มก่อการร้าย รัฐย่อมไม่สามารถอ้างว่ามีการรุกรานเกิดขึ้นแล้ว รัฐจึงมีอาจป้องกันตนเองด้วยอาวุธ ต่อกลุ่มก่อการร้ายได้ ซึ่งหลักการในข้อมติดังกล่าวนี้นี้ ได้รับการอ้างอิงและยืนยันในคดีนิคารากัวด้วย เช่นกัน ดังมีรายละเอียดดังนี้คือ

คดีนิคารากัว

ข้อเท็จจริง

คดีนี้เป็นคดีที่รัฐบาลชานดานิสตาของนิคารากัว ยื่นฟ้องสหรัฐอเมริกาขึ้นศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเมื่อ ค.ศ. 1984 ว่า สหรัฐฯ ได้ให้การสนับสนุนกลุ่มกบฏคอนทราทางทหารเงินและอาวุธในการล้มรัฐบาลที่ขอด้วยกฎหมายของนิคารากัว รวมถึงให้ความช่วยเหลือในการวางทุ่นระเบิดในน่านน้ำ การโจมตีทำเรือ และแท่นขุดเจาะน้ำมันของนิคารากัว ซึ่งเป็นการใช้กำลัง (Use of Force) และฝ่าฝืนต่อหลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ตามข้อ 2 (4) ของกฎบัตรสหประชาชาติ

ข้อกล่าวอ้าง

ในขณะที่สหรัฐฯ กล่าวอ้างว่า เป็นการใช้สิทธิป้องกันตนเองร่วม (Collective Self – Defense) กับประเทศคอस्टาริกา ฮอนดูรัส และเอลซัลวาดอร์ เนื่องจากนิคารากัวเป็นผู้ใช้กำลังโดยมิชอบก่อนโดยการจัดหาอาวุธยุทโธปกรณ์ให้กับกลุ่มกบฏในเอลซัลวาดอร์²⁰ ซึ่งเป็นการใช้สิทธิในการป้องกันตนเองที่ได้รับการรับรองไว้ในข้อ 51 ของกฎบัตรสหประชาชาติ อันเป็นข้อยกเว้นของข้อ 2 (4) ในเรื่องการใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ดังนั้นสหรัฐฯ จึงไม่ต้องมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศ (State Responsibility)

คำตัดสินของศาล

ในคำตัดสินของศาล ศาลได้หยิบยกคำนิยามของการรุกรานตามข้อ 3314 ค.ศ. 1974 มาประกอบการพิจารณาความหมายของการโจมตีด้วยอาวุธ (Armed Attack) ด้วย²¹ โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ระบุเงื่อนไขการใช้กำลังป้องกันตนเองร่วมไว้ว่าจะทำได้ ภายใต้เงื่อนไขดังนี้²² ต้องมีการโจมตีด้วยอาวุธเกิดขึ้น (Armed Attack Occurs) ก่อน โดยการโจมตีด้วยอาวุธนั้น

²⁰ Mary Ellen O’Connell, “The Myth of Preemptive Self – Defense,” The American Society of International Law Task Force on Terrorism (August, 2002), p. 6.

²¹ Christine Gray, International Law and the Use of Force, Third Edition, United States, Oxford University Press Inc., New York, 2008, p.183.

²² Nicaragua case para 194.

พิจารณาจาก การส่งกำลังทหารของรัฐหนึ่งเข้าไปในรัฐอื่น โดยมีใช่เพียงการปะทะกันตามแนวชายแดน (Frontier Incident)²³ และการโจมตีที่จะทำให้รัฐที่ถูกโจมตีเกิดสิทธิป้องกันตนเองนั้น จะต้องเป็นการโจมตีที่มีความร้ายแรง²⁴ โดยกองกำลังหรือซึ่งมีความเกี่ยวข้องที่สำคัญ (Substantial Involvement) กับรัฐนั้นๆ²⁵

ส่วนการสนับสนุนกลุ่มกบฏด้วยการจัดหาอาวุธ (the Provision of weapons) การส่งกำลังบำรุงทางทหาร (Logistical) และการสนับสนุนอื่นๆ (Other Support) แม้ว่าอาจเท่ากับเป็นการคุกคามหรือการใช้กำลังหรือการแทรกแซง แต่ก็มีใช่การโจมตีด้วยอาวุธ (Armed Attack)²⁶

เมื่อศาลได้พิจารณาลงไปในเนื้อหาแห่งคดี พบว่า ไม่ปรากฏว่า มีการโจมตีด้วยกำลังอาวุธจากประเทศนิการากัวแต่อย่างใด²⁷ ดังนั้นสหรัฐฯ จึงไม่มีสิทธิป้องกันตนเองดังที่กล่าวอ้าง

อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้ผู้พิพากษา Schwebel²⁸ และผู้พิพากษา Jennings²⁹ มีความเห็นแย้งว่าความเกี่ยวข้องที่สำคัญ (Substantial Involvement) ที่ศาลตัดสินนั้นเป็นการตีความที่แคบและไม่ค่อยสอดคล้องกับความเป็นจริง โดยท่านทั้งสองเห็นว่า การสนับสนุนด้านการเงิน การส่งกำลังบำรุงทางทหารเป็นความเกี่ยวข้องที่สำคัญอันเป็นการโจมตีด้วยอาวุธแล้ว

จากคดีนิการากัวจึงสามารถสรุปได้ว่า ศาลได้วางหลักเกี่ยวกับการป้องกันตนเองโดยลำพัง (Individual) และโดยร่วมกัน (Collective) ตามข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติไว้ดังนี้

ประการแรก รัฐสามารถใช้กำลังป้องกันตนเองจากกองกำลังทหารของรัฐต่างชาติ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือรัฐจะป้องกันตนเองได้จากกระโจมตีดด้วยอาวุธของตัวกระทำการที่เป็นรัฐเท่านั้น

²³ Christine Gray, *International Law and the Use of Force*, Third Edition, United States, Oxford University Press Inc., New York, 2008, p. 172.

²⁴ Christine Gray, *International Law and the Use of Force*, First Published, United States, Oxford University Press Inc., New York, 2000, p. 97.

²⁵ Nicaragua case, pp. 61-63, para. 108-110; pp. 64-65, para. 115-116; pp. 103-104, para. 195.

²⁶ Nicaragua case para 195.

²⁷ Nicaragua case, p.110 para. 211; pp. 119-120, para. 230-231.

²⁸ ICJ Report 1986, pp. 331-341, para. 154-161; pp. 352-362, para. 182-200.

²⁹ ICJ Report 1986, pp. 542-544.

ประการที่สอง รัฐจะป้องกันตนเองได้เมื่อมีการโจมตีด้วยอาวุธเกิดขึ้นจริงก่อน (Actual Armed Attack/ Armed Attack Occurs) รัฐจึงไม่สามารถป้องกันตนเองล่วงหน้าต่อภัยที่ใกล้จะถึงอย่างยิ่งได้

ประการที่สาม การโจมตีด้วยอาวุธที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นการโจมตีที่มีความร้ายแรง โดยกองกำลังหรือซึ่งมีความเกี่ยวข้องที่สำคัญ (Substantial Involvement) กับรัฐนั้นๆ การจัดหาอาวุธ ส่งกำลังบำรุงทางทหาร หรือการสนับสนุนอื่นๆ ในการโจมตีรัฐอื่นไม่ถือว่าเป็นการโจมตีด้วยอาวุธ (Armed Attack)

อย่างไรก็ดี จากที่ได้พิจารณาทั้งนิยามของการรุกรานตามข้อมติที่ 3314 และจากแนวคำพิพากษาในคดีนิคารากัว ผู้เขียนมีข้อสังเกตบางประการว่า เมื่อ 40 ปีที่แล้วในช่วงที่มีการออกข้อมตินี้ ภัยคุกคามจากตัวกระทำที่ไม่ใช่รัฐอาจจะไม่เด่นชัดเท่าในปัจจุบัน รวมถึงวิวัฒนาการทางเทคโนโลยีด้านอาวุธที่มีอนุภาพทำลายล้างสูง (WMD) ก็ยังไม่แพร่หลายไปยังรัฐ และกลุ่มก่อการร้ายต่างๆ มากเช่นปัจจุบันเช่นกัน

อีกทั้งข้อมติดังกล่าวออกโดยอาศัยที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติ ซึ่งเป็นที่รวมกันของนานาประเทศที่มีความคิดเห็นและข้อกังวลต่อเรื่องนี้ต่างกัน โดยบางรัฐอาจจะกังวลว่าถ้ารวมตัวกระทำที่ไม่ใช่รัฐไปในคำนิยามด้วยจะทำให้รัฐที่มีอำนาจเหนือกว่าใช้เป็นช่องทางในการอ้างป้องกันตนเองเพื่อบังหน้าในการรุกรานรัฐอื่นก็เป็นได้ ข้อมติดังกล่าวจึงไม่ต้องการให้ครอบคลุมถึงกรณีที่ยังมีข้อโต้แย้งเช่นนี้ เพื่อต้องการการสนับสนุนในการออกข้อมติจากนานาชาติ

แต่เมื่อเวลาล่วงเลยผ่านมา 4 ทศวรรษ ข้อมติดังกล่าวก็ไม่สอดคล้องกับสภาพภัยคุกคามในสังคมนานาชาติปัจจุบันอีกต่อไปแล้วเนื่องจากไม่เปิดโอกาสให้รัฐป้องกันตนเองกับตัวกระทำที่ไม่ใช่รัฐ เพราะแม้จะมีพฤติการณ์รุกรานตามที่เกิดขึ้นในข้อมติจริงเพียงแต่เป็นการกระทำของกลุ่มก่อการร้ายเท่านั้น ก็ไม่ถือว่าเป็นการรุกรานตามข้อมตินี้ เมื่อไม่เป็นการรุกราน รัฐก็ไม่สามารถอ้างสิทธิในการป้องกันตนเองได้เลย ซึ่งหากปล่อยให้เป็นอย่างนี้รัฐก็จะไม่สามารถดำรงอยู่ได้ ข้อมติดังกล่าวจึงเป็นข้อมติที่จำกัดสิทธิการป้องกันตนเองของรัฐอันเป็นสิทธิประจำตัว (Inherent Right) ที่ไม่อาจพรากไปได้ของรัฐ

2.1.2. วิธีการตอบโต้

วิธีการตอบโต้ในที่นี้หมายความว่า เมื่อมีเหตุที่จะทำให้รัฐใช้สิทธิป้องกันตนเองเกิดขึ้น เช่น มีการโจมตีเกิดขึ้นกับรัฐ รัฐก็สามารถตอบโต้กลับด้วยการป้องกันตนเองได้เช่นกัน แต่รัฐก็เชื่อว่า จะตอบโต้ได้โดยเสรี จำเป็นต้องทำภายใต้ขอบเขตดังต่อไปนี้ เพื่อป้องกันมิให้รัฐอ้างการป้องกันตนเองอย่างเกินเลย และลุแก่อำนาจ (Abuse of Power)

ก. ความจำเป็น (Necessity) และความได้สัดส่วน (Proportionality)

รัฐจะป้องกันตนเองได้นั้นจะต้องกระทำไปโดยความจำเป็น และ ความได้สัดส่วน หรือความพอสมควรแก่เหตุ แม้ว่าข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติมิได้บัญญัติไว้ในเรื่องความจำเป็น และความพอสมควรแก่เหตุในการใช้กำลังป้องกันตนเอง แต่เป็นที่ยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ³⁰ และตามที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้ความเห็นแนะนำไว้ในคดี Legality of Threat or Use of Nuclear Weapons ว่าการใช้กำลังในการป้องกันตนเองของรัฐที่กระทำตามความจำเป็นและพอสมควรแก่เหตุของภัยที่เกิดขึ้นถือว่าเป็นเงื่อนไขในการใช้สิทธิป้องกันตนเองของรัฐ ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ³¹

ในการใช้กำลังป้องกันตัวเองนั้น จะต้องมิภัยที่เกิดขึ้นอย่างทันทีทันใด และกำลังเกิดขึ้นอยู่ในขณะที่ใช้กำลังป้องกันตัวเอง และจะต้องเป็นไปด้วยความ จำเป็นเพื่อป้องกันภัยดังกล่าว ซึ่งความจำเป็นนี้เองเป็นองค์ประกอบสำคัญที่ทำให้หลักการป้องกันตัวเอง ต่างไปจากการใช้กำลังตอบโต้โดย (Reprisal) ซึ่งในปัจจุบันถือว่า มิชอบด้วยกฎหมาย

³⁰ Nicaragua Case, para.176 and Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Report 1996, p. 226, para.141

³¹ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Report 1996, para.245.

นอกจากนี้ หลักความจำเป็น ยังรวมถึงรัฐจะต้องมีพยานหลักฐานอันเป็นที่ประจักษ์ (Conclusive Evidence) เพื่อใช้ในการป้องกันตนเองด้วย³²

ข. การปราศจากทางเลือกในการระงับภัยด้วยวิธีอื่น (Alternative Means)

โดยปกติ ถึงแม้ว่าจะเป็นการใช้กำลังในการป้องกันตนเองของรัฐโดยชอบด้วยกฎหมาย รัฐก็ต้องแสดงให้เห็นว่าได้พยายามใช้วิธีการอื่นในการป้องกันภัยคุกคามนั้นแล้ว เช่น ใช้วิธีการทางการทูต หรือวิธีการอื่นใดในทางสันติ แต่การใช้วิธีการเหล่านั้นไร้ผลหรือไม่อาจทำให้รัฐปลอดภัยได้จากรัฐคู่กรณี ดังนั้นจึงไม่มีทางเลือกอื่นนอกจากการใช้อาวุธเพื่อป้องกันตนเอง หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า รัฐควรใช้กำลังป้องกันตนเองเป็นหนทางสุดท้าย (Last Resort) ในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ

2.2 ข้อพิจารณาทางกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการป้องกันตนเองล่วงหน้า

มีการถกเถียงเรื่องการป้องกันตนเองล่วงหน้า³³ ว่าเป็นสิ่งชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ในกฎหมายระหว่างประเทศ ตามข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติมีถ้อยคำบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันตนเองไว้ว่ารัฐสามารถทำได้ “หากมีการโจมตีด้วยอาวุธเกิดขึ้น” (Armed Attack Occurs) แต่ปัญหาคือเมื่อใดจึงจะถือว่าการโจมตีด้วยอาวุธบังเกิดขึ้น หรือว่าต้องเป็นกรณีที่เกิดการโจมตีด้วยอาวุธอย่างแท้จริง (Actual Armed Attack) รัฐจึงจะมีสิทธิป้องกันตนเอง ถ้าการกระทำเป็นเพียงการคุกคาม หรือการรุกราน แต่รัฐเห็นว่าเป็นภัยคุกคามที่ใกล้จะเกิด (Imminent Threat) รัฐก็น่าจะใช้สิทธิในการป้องกันตนเองล่วงหน้าได้แล้ว

³² Yoram Dinstein, *War Aggression and Self – Defence*, 5th Edition, Cambridge University Press, 2011, p.231-232.

³³ เนื่องจาก “การป้องกันตนเองล่วงหน้า” ยังมิได้มีคำจำกัดความที่ชัดเจน จึงอาจเรียกไม่ตรงกัน เช่น Anticipatory Self-Defense หรือ Preventive Self-Defense หรือ Interceptive Self-Defense หรือ Preemptive Self-Defense ในวิทยานิพนธ์นี้ผู้เขียนขอใช้คำว่า Preemptive Self-Defense

ความคิดเห็นของนักกฎหมายระหว่างประเทศมีทั้งฝ่ายที่สนับสนุนการป้องกันตนเองล่วงหน้า และฝ่ายที่คัดค้าน ในกลุ่มที่คัดค้าน³⁴ มีความเห็นว่าตามกฎบัตรสหประชาชาติ 2 (4) ซึ่งว่าด้วยหลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เป็นการห้ามการใช้กำลังทุกรูปแบบ เว้นแต่การใช้กำลังที่ได้รับการยกเว้นไว้ชัดเจน จึงจะสามารถทำได้ การยกเว้นมีเพียง 3 ประการเท่านั้น คือ การใช้กำลังภายใต้หมวด 7 เรื่องการดำเนินการเกี่ยวกับการคุกคามต่อสันติภาพ การละเมิดสันติภาพ และการกระทำการรุกราน ภายใต้หมวด 8 เป็นการดำเนินการตามข้อตกลงขององค์การส่วนภูมิภาค และตามมาตรา 51 การใช้กำลังป้องกันตนเองไม่ว่าโดยตนเองหรือโดยรวมเพื่อตอบโต้การโจมตีด้วยอาวุธ ดังนั้นการป้องกันตนเองล่วงหน้าทำไม่ได้หากยังไม่มีโจมตีด้วยอาวุธเกิดขึ้น

ฝ่ายที่สนับสนุนความชอบด้วยกฎหมายในการป้องกันตนเองล่วงหน้า ให้เหตุผลจากการตีความกฎบัตรสหประชาชาติ 2 (4) ที่บัญญัติว่า “... สมาชิกทั้งปวงจะต้องละเว้นการคุกคาม หรือการใช้กำลังต่อบูรณภาพแห่งอาณาเขต หรือเอกราชทางการเมืองของรัฐใด ๆ หรือการกระทำในลักษณะการอื่นใดที่ไม่สอดคล้องกับความมุ่งประสงค์ของสหประชาชาติ” การบัญญัติในมาตรา 2 (4) หมายความว่าหากเป็นการใช้กำลังเพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่ไม่ขัดกับสิ่งที่บัญญัติไว้ข้างต้น การใช้กำลังนั้นสามารถกระทำได้³⁵ นอกจากนั้นการอ้างบทบัญญัติ ข้อ 51 ที่ว่าด้วยการใช้สิทธิป้องกันตนเองว่าเป็นสิทธิโดยธรรมชาติ เป็นการยืนยันสิทธิการป้องกันตนเองที่มีอยู่เดิมในหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังนั้น ภายใต้หลักการดังกล่าว รัฐจึงสามารถใช้กำลังป้องกันตนเองล่วงหน้าถ้าหากเห็นว่ามีภัยคุกคามที่ใกล้จะเกิด (Imminent Threat)³⁶ โดยไม่ต้องรอให้มีการโจมตีเกิดขึ้นก่อน และรัฐที่ใช้กำลังป้องกันตนเองล่วงหน้าได้หาวิธีการระงับข้อพิพาทโดยสันติแล้ว³⁷

³⁴ ตัวอย่างเช่น Albrecht Randelzhofer, Article 51, in the Charter of the United Nations: A Complementary, Bruno Simma, ed. 2nd Edition. 2 (Oxford: Oxford University Press, 2002), Volume 1: 803-804., Ian Brownlie, International Law and the Use of Force by States, (Oxford: Oxford University Press, 1963), pp. 275-278., Michael J. Glennon, “The Fog of Law: Self-Defense, Inherence and Incoherence in Article 51 of the United Nations Charter,” Harvard Journal of Law and Public Policy, 539 (Spring 2002): 547-549.

³⁵ D. W. Bowett, Self-Defense in International Law, (New York: Praeger, 1958), p.152.

³⁶ Ibid., pp. 187-193.

³⁷ Steven Wheatley, International Law, (London: Blackstone Press Limited, 1996), p. 156.

2.2.1. เหตุในการกล่าวอ้างการป้องกันตนเองล่วงหน้า

สำหรับข้อพิจารณาเหตุในการกล่าวอ้างการป้องกันตนเองล่วงหน้า นั้นจะมีความแตกต่างจากการป้องกันตนเองอย่างไร มีเงื่อนไขหรือภัยคุกคามใหม่ที่เปลี่ยนแปลงจากเดิมอย่างไร ที่ทำให้รัฐต้องชิงป้องกันตนเองก่อนที่ภัยจะเกิดขึ้นจริง เหตุในการกล่าวอ้างที่เปลี่ยนแปลงไปชัดเจนที่สุด นั้นคือจากการป้องกันตนเองแบบเดิมที่จะต้องมีการโจมตีด้วยอาวุธเกิดขึ้นก่อน รัฐจึงจะป้องกันตนเองได้ เป็นกรณีที่ภัยคุกคามที่ใกล้จะเกิดรัฐอาจป้องกันตนเองล่วงหน้าได้ นั่นเอง

ภัยคุกคามที่ใกล้จะเกิด (Imminency/ Imminent Threat)

ความแตกต่างของเหตุในการใช้สิทธิป้องกันตนเอง กับการป้องกันตนเองล่วงหน้าก็คือ การขาดหายไปของการถูกโจมตีด้วยอาวุธ (Armed Attack Occurs) ตามที่ได้กำหนดไว้ในข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ โดยเหตุที่เข้ามาแทนที่การถูกโจมตีด้วยอาวุธนั้นคือ ภัยคุกคามที่ใกล้จะเกิด (Imminency/ Imminent Threat) ที่อาจทำให้รัฐเกิดสิทธิในการป้องกันตนเองล่วงหน้าได้ และภัยคุกคามที่ใกล้จะเกิดนี้เองเป็นหลักที่สำคัญที่สุดในการบ่งชี้ว่าข้ออ้างในการใช้กำลังป้องกันตนเองล่วงหน้าก่อนที่ภัยจะเกิดนั้นเป็นที่ยอมรับได้ในกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่

การให้คำจำกัดความที่ชัดเจนว่ากรณีใดเป็นภัยคุกคามที่ใกล้จะเกิด (Imminent Threat) เป็นไปได้ยาก เพราะต้องอาศัยข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี เช่นพิจารณาว่าสถานการณ์โดยรวมระหว่างรัฐที่ถูกคุกคามกับรัฐที่ทำการคุกคามเป็นเช่นไร การคุกคามดำเนินเป็นระยะเวลาานานหรือไม่ อันตรายที่รัฐที่ถูกคุกคามจะได้รับร้ายแรงมากหรือน้อยเพียงไร รัฐที่คุกคามมีเจตนาจะโจมตีด้วยอาวุธร้ายแรงหรือไม่ มีการเตรียมพร้อมในการใช้กำลังในระดับใดไม่ว่าจะเป็นจากรัฐ หรือจากตัวกระทำการที่ไม่ใช่รัฐ (Non-State Actor) ข้อเท็จจริงเหล่านี้คงต้องใช้พิจารณาประกอบกันไปเป็นกรณี ๆ ไป

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าเกณฑ์ในการกล่าวอ้างการใช้สิทธิป้องกันตนเองแบบเดิมจะกระทำได้กรณีที่มีการโจมตีด้วยอาวุธเกิดขึ้น แต่เนื่องจากสถานการณ์ในปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก (Fundamental Change) เช่น มีการผลิตอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างสูง หรืออาวุธชีวภาพ หรือมีภัยจากการก่อการร้ายที่มีอาจคาดหมายได้ล่วงหน้า ประกอบกับความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีต่างๆ หากรอให้การโจมตีด้วยอาวุธเกิดขึ้นก่อน รัฐที่ถูกคุกคามอาจไม่มีโอกาสตอบโต้ได้เลย เมื่อพิจารณาผลร้ายแรงอย่างมากที่อาจเกิดขึ้น รัฐจึงอ้างสิทธิการป้องกันตนเองล่วงหน้าเพื่อ

ปกป้องความมีอยู่ของรัฐ แม้ว่าการโจมตีทางอาวุธนั้นยังมิได้เกิดขึ้นจริงก็ตาม ดังนั้น แม้เป็นเพียงการเตรียมการว่าจะมีการใช้อาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างสูงก็น่าจะถือได้ว่าเป็นภัยคุกคามที่ใกล้จะเกิด (Imminency) ได้ โดยอาศัยความเห็นของคณะกรรมการพลังงานปรมาณู (AEC) ที่ปรากฏในรายงานฉบับแรก (The First Report of the Atomic Energy Commission to the Security Council, the United Nations, 1946) ที่เคยเสนอต่อคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติไว้³⁸ และข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1368 ข้อมติที่ 1373 และในภาคผนวกของข้อมติที่ 1377 ซึ่งได้ออกมาภายหลังเหตุการณ์การจี้เครื่องบินพลเรือนพุ่งเข้าชนอาคาร World Trade Center ที่ New York และอาคาร Pentagon นอกกรุง Washington D.C. ในวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 2001 (เหตุการณ์ 9/11) โดยกล่าวถึงการก่อการร้ายว่าเป็น “การคุกคามสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ”³⁹ ซึ่งทำให้เกิดความคิดว่ารัฐมีความชอบด้วยกฎหมายในการใช้สิทธิป้องกันตนเองล่วงหน้า ในกรณีที่มีการคุกคามที่ใกล้จะเกิดจากผู้ก่อการร้าย อย่างไรก็ตาม ก็มีความเห็นที่แตกต่างกันเรื่องการป้องกันตนเองล่วงหน้าอันเนื่องมาจากข้อมติดังกล่าว⁴⁰

ความคิดเรื่องการป้องกันตนเองล่วงหน้าที่มีการกล่าวอ้างมากที่สุดในหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ได้แก่กรณี Caroline ซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ ในปี ค.ศ. 1837 เมื่อกองกำลังของอังกฤษลอบวางเพลิงเรือของเอกชนชื่อ Caroline และ

³⁸ Leo Van den hole, “Anticipatory Self-Defense under International Law,” *American University International Law Review*, 69 (2003): 91.

³⁹ SC.RES. 1368 (2001), 12 September, 2001: *Determined* to combat by all means threats to international peace and security caused by terrorist acts.,

SC.RES. 1373 (2001), 28 September, 2001: *Reaffirming further* that such acts, like any act of international terrorism, constitute a threat to international peace and security,...., *Reaffirming* the need to combat by all means, in accordance with the Charter of the United Nations, threats to international peace and security caused by terrorist acts.,

SC.RES. 1377 (2001), 12 November, 2001, *Annex* declares that acts of international terrorism constitute one of the most serious threat to international peace and security in the twenty-first century.

⁴⁰ Mary Allen O’Connell, “The Myth of Preemptive Self-Defense,” *The American Society of International Law: Task Force on Terrorism*, p. 11, <http://www.asil.org/task force/o'connell.pdf>, August 2002.

ปล่อยให้เรือตกลงสู่น้ำตกไนแอการา (Niagara Fall) แน่แน่นอนว่ากรณีนี้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการป้องกันตนเองของรัฐ ซึ่ง Daniel Webster รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ให้คำจำกัดความของการป้องกันตนเองล่วงหน้าไว้ว่า “ต้องมีความจำเป็นอันยิ่งยวด ซึ่งไม่มีทางเลือกอื่นแล้ว และไม่มีเวลาที่จะเจรจาหรือกันไว้ได้ ทั้งนี้โดยสัดส่วนของการกระทำตอบโต้จะต้องสมเหตุสมผลและไม่เกินสมควรกว่าเหตุด้วย”⁴¹ คำจำกัดความนี้เป็นที่ยอมรับและใช้เป็นหลักอ้างอิงในกรณีต่อ ๆ มาในภายหลัง

นอกจากคดี Caroline ที่ใช้เป็นตัวอย่างคลาสสิกของการใช้สิทธิป้องกันตนเองล่วงหน้าเนื่องจากมีภัยคุกคามที่ใกล้จะเกิดแล้ว ผู้เขียนขอยกตัวอย่างกรณีที่ไม่น่าจะเป็นภัยอันใกล้จะเกิด (Imminent) ได้แก่ กรณีที่อิสราเอลทิ้งระเบิดโจมตีโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ของอิรัก (Iraq's Nuclear Reactor-Osiraq)⁴² ในปี ค.ศ. 1981 เป็นตัวอย่างอีกตัวอย่างหนึ่ง

กรณีนี้อิสราเอลได้ใช้ข้ออ้างเรื่องการป้องกันตนเองล่วงหน้าเพื่อยับยั้งอิรักในการผลิตอาวุธนิวเคลียร์⁴³ ถึงแม้อิรักจะอ้างว่าโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ Osiraq ที่ซื้อมาจากประเทศฝรั่งเศสนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาและวิจัยทางวิทยาศาสตร์ก็ตาม แต่อิสราเอลเห็นว่าโรงไฟฟ้านิวเคลียร์นี้เป็นโครงการที่เตรียมพัฒนาแร่พลูโตเนียม ซึ่งทำให้อิรักสามารถผลิตอาวุธนิวเคลียร์ได้ในภายหน้า และมีเป้าหมายมุ่งไปที่อิสราเอล ดังนั้นในวันที่ 7 มิถุนายน ค.ศ. 1981 อิสราเอลจึงส่งเครื่องบินขับไล่ F-16 จำนวน 8 ลำไปทิ้งระเบิดโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ Osiraq ซึ่งยังมีได้เปิดทำการจนเสียหายและไม่อาจใช้งานได้

กรณีการทิ้งระเบิดโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ Osiraq ของอิสราเอลโดยอ้างการป้องกันตนเองล่วงหน้าครั้งนี้ถูกคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติประณาม⁴⁴ ว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎบัตรสหประชาชาติและรูปแบบที่ยึดถือปฏิบัติกันในประชาคมระหว่างประเทศ และมีคำสั่งให้

⁴¹ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, “กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้กำลังทางทหารในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ,” เอกสารประกอบคำบรรยายระดับชั้นปริญญาตรี วิชากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (อัสสาเนา), หน้า 5.

⁴² Christopher L. Blakesley, *The International Legal System: Cases and Materials*, 5th Edition (New York: Foundation Press, 2001), pp. 1221-1226.

⁴³ UN SCOR 2280th Meeting 12 June, 1981, p.8.

⁴⁴ SC.RES. 487 of 19 June, 1981.

อิสราเอลงดเว้นจากการกระทำทำนองเดียวกันอีกในอนาคต แต่เนื้อหาของมติคณะมนตรีความมั่นคงมิได้กล่าวหาอิสราเอลว่าไม่ใช้ความพยายามระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี รัฐส่วนใหญ่ไม่เห็นด้วยกับข้อกล่าวอ้างของอิสราเอล ยกเว้นสหรัฐอเมริกาที่ไม่ได้ปฏิเสธความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของข้อกล่าวอ้างของอิสราเอลเรื่องการป้องกันตนเองล่วงหน้า เพียงแต่เห็นว่าอิสราเอลฝ่าฝืนกฎบัตรสหประชาชาติ เพราะว่ามีได้มีการดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยสันติวิธีก่อนเท่านั้น⁴⁵

กรณีนี้มีผู้แสดงความเห็นว่าอิสราเอลอาจใช้ทางเลือกอื่นในการระงับภัย เพราะว่าการสร้างโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ของอิรักเป็นภัยที่ยังอยู่ใกล้ตัว จึงขาดองค์ประกอบเรื่องภัยคุกคามที่ใกล้จะเกิด และความจำเป็น เนื่องจาก การพัฒนาไปสู่การสร้างอาวุธนิวเคลียร์นั้นจำเป็นต้องใช้กระบวนการเพิ่มความเข้มข้น ของสารกัมมันตรังสีในระดับที่สูงกว่าที่ใช้ในโรงไฟฟ้านิวเคลียร์มาก และเมื่อตรวจพบความเคลื่อนไหวในกระบวนการพัฒนาแร่กัมมันตภาพรังสีเพื่อสร้างอาวุธนิวเคลียร์แล้วจึงค่อยดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งก็ยังไม่แน่ว่าทันการ⁴⁶

2.2.2. วิธีการตอบโต้

ก. ความจำเป็น (Necessity)

อันที่จริงองค์ประกอบของการป้องกันตนเองเรื่อง ความจำเป็น มีปรากฏในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและเป็นที่ยอมรับกันอยู่แล้ว ดังนั้น ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของแนวคิดเรื่องการป้องกันตนเองล่วงหน้า จึงต้องพิจารณาองค์ประกอบนี้ด้วยเช่นกัน ปัญหาเกี่ยวกับองค์ประกอบข้อนี้คือการแยกความแตกต่างระหว่างการใช้อาวุธป้องกันตนเองซึ่งเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย กับการตอบโต้ (Reprisal) ซึ่งในกฎหมายระหว่างประเทศปัจจุบันถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่นเป็นการใช้อาวุธโต้ตอบทั้ง ๆ ที่ภัยคุกคามยุติไปแล้ว ก็ไม่น่าจะเข้าข่าย

⁴⁵ UN SCOR - 2280TH Meeting 1981, p. 276.

⁴⁶ ปกรณ์ อุณหิรัญสกุล, “มิติในอนาคตของการป้องกันตนเองล่วงหน้า,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), หน้า 74.

องค์ประกอบเรื่อง ความจำเป็นเพราะถือว่าเป็นการป้องกันตนเองที่เกินจำเป็น ในกรณีนี้จึงอาจถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁴⁷

Abraham Sofaer ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศให้ความเห็นแนะนำว่า องค์ประกอบเรื่อง “ความจำเป็น” ในการป้องกันตนเองล่วงหน้า ต้องพิจารณาเรื่องที่เกี่ยวข้องหลายด้าน⁴⁸ ได้แก่ ธรรมชาติและขนาดของภัยคุกคาม (Nature and Magnitude of the threat) โอกาสหรือความเป็นไปได้ที่ภัยคุกคามจะเกิดขึ้นจริง (The likelihood of the threat being realized) ความจำเป็นในการใช้กำลังป้องกันล่วงหน้าต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎบัตรสหประชาชาติ (Whether under the circumstances preemption would be consistent with the purpose of the UN Charter) และปราศจากทางเลือกอื่นในการดำเนินการ (Exhaustion of alternatives) ทั้งนี้รัฐต้องพิจารณาว่าเป็นทางเลือกสุดท้ายแล้ว ถ้าภัยคุกคามนั้นมีผลต่อความอยู่รอด และผลประโยชน์ที่สำคัญยิ่งของรัฐ เช่นการถูกคุกคามด้วยอาวุธนิวเคลียร์ ถือว่าเป็นความจำเป็นอย่างยิ่งในการป้องกันตนเองล่วงหน้า⁴⁹

กรณีสงคราม 6 วัน (The Six Day War)⁵⁰ ในปีค.ศ. 1967 เป็นข้อพิพาทระหว่างอิสราเอลกับชาติผสมอาหรับ (United Arab Republic หรือ UAR) ซึ่งประกอบด้วยประเทศอียิปต์ จอร์แดน และซีเรีย โดยมี ประเทศลิเบีย ประเทศซูดาน และประเทศคูเวตให้การสนับสนุน ผู้เขียนมีความเห็นว่ากรณีนี้เป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็น “ความจำเป็น” ในการใช้สิทธิป้องกันตนเองล่วงหน้าของอิสราเอล ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเมื่อประธานาธิบดีของประเทศอียิปต์ได้สั่งให้กองกำลัง United Nations Emergency Force (U.N.E.F.) ออกจากประเทศ และเตรียมความพร้อมทางทหารขั้นสูงสุด มีคำสั่งให้ใช้กำลังทหารปิดอ่าว Aqaba และช่องแคบ Tiran เพื่อปิดกั้นการขนส่งทาง

⁴⁷ Christine Gray, International Law and the Use of Force, First Edition, United States, Oxford University Press Inc., New York, 2000, p. 118.

⁴⁸ Abraham Sofaer, “Necessity of Pre-Emption,” 14 European Journal of International Law. 209, 214 (2003).

⁴⁹ Separate Opinion of Judge Gilbert Guillaume, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Report 1996, para.8.

⁵⁰ Christopher L. Blakesley, The International Legal System: Cases and Materials, 5th Edition (New York: Foundation Press, 2001), pp. 1215-1221.

ทะเลของอิสราเอล นายกรัฐมนตรีของอิสราเอลขณะนั้นกล่าวว่า “การรุกราน (interference) เสรีภาพของการเดินเรือในอ่าว (Aqab) และช่องแคบ (Tiran) เป็นการละเมิด (gross violation) กฎหมายระหว่างประเทศอย่างใหญ่หลวง ทำลายอธิปไตย (sovereign rights) ของประชาชาติ และเป็นการรุกรานต่ออิสราเอล”⁵¹ (*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.*) ในเวลาต่อมาประธานาธิบดีของอียิปต์กล่าวถ้อยแถลงต่อสมัชชาแห่งชาติอียิปต์ว่า “สิ่งที่เป็นประเด็นปัญหาขณะนี้ไม่ใช่เรื่องของการปิดอ่าว Aqaba หรือช่องแคบ Tiran หรือกองกำลังฉุกเฉิน (U.N.E.F.) ของสหประชาชาติ แต่เป็นเรื่องของสิทธิของประชาชนชาวปาเลสไตน์ที่ถูกรุกรานตั้งแต่ปี ค.ศ. 1948 ด้วยความช่วยเหลือของอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ... เราขอแถลงว่า สิ่งที่เรา (ประเทศอียิปต์และชาติอาหรับ) ต้องการก็คือสิทธิอันสมบูรณ์ของประชาชนชาวปาเลสไตน์”⁵²

ถ้อยแถลงนี้เพิ่มความตึงเครียดมากขึ้น เนื่องจากปรากฏว่ากองกำลังผสมชาติอาหรับ (UAR) ได้ชุมนุมพลกันภายใต้การบัญชาการของประเทศอียิปต์ และรัฐบาลของลิเบีย ซูดาน และคูเวตให้การสนับสนุน ภายใต้สภากาชาดดังกล่าวทำให้อิสราเอลเริ่มปฏิบัติการทางทหารโจมตีสนามบินของประเทศอียิปต์ และกองกำลังผสมชาติอาหรับ (UAR) ในวันที่ 5 มิถุนายน ค.ศ. 1967 และอิสราเอลได้รับชัยชนะในสงคราม โดยใช้เวลาดำเนินการเพียง 6 วัน ในครั้งนี้อิสราเอลกล่าวอ้างว่าการเคลื่อนกำลังทางทหาร การเตรียมพร้อมทางทหาร และการปิดกั้นชายแดนเทียบเท่ากับการโจมตีด้วยอาวุธแล้ว⁵³ แม้ว่าการโจมตีด้วยอาวุธจากจากกลุ่มชาติผสมอาหรับ (UAR) ยังมีได้เกิดขึ้นจริง

⁵¹ Beth M. Polebaum, “National Self-Defense in International Law: An Emerging Standard for a Nuclear Age,” *New York University Law Review*, April 1984, p. 192.

⁵² The issue today is not the question of, 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.... We say: We want the rights of the people of Palestine complete.

⁵³ Christine Gray. *International Law and the Use of Force*. First Edition. New York : Oxford University Press, 2000, p.113.

แม้ว่าอิสราเอลยังไม่ถูกโจมตีด้วยอาวุธ (Armed Attack) ก็จริง แต่ดูเหมือนว่าประชาคมระหว่างประเทศยอมรับว่าการใช้กำลังทหารและอาวุธของอิสราเอลเป็นการป้องกันตนเองล่วงหน้า ทั้งนี้เพราะว่าอิสราเอลอยู่ในสถานะที่เสียเปรียบมากทั้งด้านอาวุธ กำลังทางทหารที่น้อยกว่าหลายเท่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งขนาดพื้นที่ของประเทศเทียบไม่ได้เลยกับขนาดของชาติผสมอาหรับ กรณีนี้จึงไม่ปรากฏว่าคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติมีมติประณามการกระทำของประเทศอิสราเอลแต่อย่างใด แต่ภายหลังจากสงครามยูติแล้ว คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้มีมติที่ 262 เมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน 1967 ให้อิสราเอลถอนกำลังทางทหารออกจากพื้นที่ของชาติอาหรับทั้งหมดที่ตนยึดครองได้จากสงคราม ให้มีการเปิดน่านน้ำที่ถูกปิดกั้นจากสงคราม และจัดการกับปัญหาผู้ลี้ภัยสงคราม⁵⁴ นักวิชาการด้านกฎหมายระหว่างประเทศทั้ง Quincy Wright และ Myres McDougal มีความเห็นตรงกันว่าอิสราเอลมีสิทธิในการป้องกันตนเองล่วงหน้าในกรณีสงครามหกวันในปี ค.ศ. 1967 ศาสตราจารย์ Wright มีความเห็นว่า การปิดล้อมช่องแคบ Tiran และการเตรียมพร้อมโจมตีอิสราเอลของชาติผสมอาหรับ รวมทั้งนโยบายของอียิปต์ที่จะทำลายอิสราเอลให้หายไปจากโลกเทียบได้กับการโจมตีด้วยอาวุธ (Armed Attack) ต่อประเทศอิสราเอลแล้ว⁵⁵

ผู้เขียนสนับสนุนความคิดเรื่องการป้องกันตนเองล่วงหน้าของอิสราเอลในกรณีสงคราม 6 วัน ของนักวิชาการทางกฎหมายระหว่างประเทศทั้งสองท่าน ในเรื่องขององค์ประกอบ “ความจำเป็น” ที่อิสราเอลต้องชิงโจมตีสนามบินของประเทศอียิปต์ และกองกำลังผสมของชาติอาหรับก่อนที่จะเป็นฝ่ายถูกโจมตี ผู้เขียนได้พิจารณาจากความเห็นแนะนำของ Abraham Sofaer เรื่อง “ความจำเป็น” ทั้งธรรมชาติและขนาดของภัยคุกคาม (Nature and Magnitude of the threat) โอกาสหรือความเป็นไปได้ที่ภัยคุกคามจะเกิดขึ้นจริง (The likelihood of the threat being realized) ย่อมเห็นได้ว่าขนาดของภัยคุกคามที่มาจากชาติผสมอาหรับโดยมีอียิปต์เป็นผู้นำนั้นร้ายแรงมาก ถึงขนาดมีเจตนาทำลายชาติอิสราเอล และเมื่อเทียบขนาดของพื้นที่กับประเทศอิสราเอลแล้วย่อมเทียบกันไม่ได้เลย นอกจากนั้นโอกาสที่ชาติผสมอาหรับจะโจมตีอิสราเอลก็สูงมาก เพราะได้

⁵⁴ United Nations Security Council UN. Doc S/RES/262

⁵⁵ Myres McDougal, “The Soviet-Cuban Quarantine and Self-Defense,” 57 *American Journal of International Law*. (1963), p.597, 559-561.

มีการเตรียมการใช้กำลังทางทหารและอาวุธชั้นสูงสุด สำหรับอิสราเอลจึงเป็นทางเลือกสุดท้ายในการใช้อาวุธป้องกันตนเองล่วงหน้า ดังนั้นการตัดสินใจของอิสราเอลโจมตีอียิปต์และชาติผสมอาหรับก่อนจึงสอดคล้องกับองค์ประกอบ “ความจำเป็น” ในการใช้อาวุธป้องกันตนเองล่วงหน้า เพื่อความอยู่รอดและผลประโยชน์ของประเทศอิสราเอล

ข. ความเร่งด่วน (Immediacy) (ภัยเฉพาะหน้าที่เกิดขึ้นโดยฉับพลัน)

องค์ประกอบของการป้องกันตนเองล่วงหน้าที่สำคัญประการหนึ่งคือการป้องกันตนเองนั้นต้องเป็นไปอย่างเร่งด่วนและโดยฉับพลัน เป็นการป้องกันตนเองล่วงหน้าจากภัยคุกคามเฉพาะหน้าที่เกิดขึ้น และเมื่อภัยคุกคามนั้นยุติแล้ว รัฐจำเป็นต้องยุติการใช้กำลังตอบโต้ทันที การพิจารณาว่าเมื่อใดจึงจะใช้กำลังป้องกันตนเองล่วงหน้า อาจดูได้จากการเกิดขึ้นโดยฉับพลันของภัยคุกคาม และถ้าไม่ป้องกันตนเองทันที รัฐอาจจะไม่มีทางแก้ไขความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากภัยคุกคามนั้นได้ หรือรัฐได้พิจารณาแล้วว่าไม่มีทางเลือกอื่นเหลืออยู่ในการระงับภัยนั้น เช่น ดำเนินการทางการทูต หรือ การดำเนินการในระบบความมั่นคงร่วมกัน (Collective Security) ผ่านทางคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ⁵⁶ แล้วแต่ไม่ได้ผล

กรณี Caroline (The Caroline Incident) เป็นจุดเริ่มต้นที่ประชาคมระหว่างประเทศใช้อ้างอิงเมื่อมีการกล่าวอ้างเรื่องการใช้กำลังป้องกันตนเองล่วงหน้าก่อนที่จะเกิดภัยหรือการโจมตีด้วยอาวุธ เป็นที่ยอมรับกันในกฎหมายระหว่างประเทศว่ากรณี Caroline มีองค์ประกอบของการป้องกันตนเองล่วงหน้าครบถ้วน เป็นกรณี queแสดงให้เห็นว่ามีภัยที่ใกล้จะเกิด (Imminency) มีความเร่งด่วน (Immediacy) (มีภัยเฉพาะหน้าที่เกิดขึ้นอย่างฉับพลัน) มีความจำเป็น (Necessity) และมีความได้สัดส่วน (Proportionality) ในหัวข้อนี้จะยกตัวอย่างกรณี Caroline เพื่อแสดงให้เห็นว่าเป็นสถานการณ์ที่เร่งด่วน มีภัยเฉพาะหน้าที่เกิดขึ้นอย่างฉับพลัน ทำให้มีความจำเป็นต้องป้องกันตนเองล่วงหน้าเท่านั้น โดยมีได้ใช้อธิบายองค์ประกอบอื่น ซึ่งที่จริงแล้ว กรณี Caroline เป็นตัวอย่างของการป้องกันตนเองล่วงหน้าที่ดี ที่เข้าครบทุกองค์ประกอบของการป้องกันตนเองล่วงหน้า

⁵⁶ Beth M. Polebaum, “National Self-Defense in International Law: An Emerging Standard for a Nuclear Age,” *New York University Law Review*, April 1984, p.200.

กรณีเรือ Caroline เป็นข้อพิพาทระหว่างอังกฤษกับสหรัฐอเมริกา ข้อเท็จจริงก็คือ ในช่วงเวลานั้นเกิดกบฏต่อต้านรัฐบาลในประเทศแคนาดา ซึ่งยังเป็นอาณานิคมในความปกครองของ อังกฤษ ส่วนสหรัฐอเมริกา มีนโยบายวางตัวเป็นกลาง ผลก็คือกองกำลังกบฏพากันหลบหนีข้าม พรมแดนเข้าไปพักในสหรัฐอเมริกา และยังได้รับการสนับสนุนจากชาวอเมริกัน บุคคลเหล่านี้ได้ รวบรวมคนได้ประมาณหนึ่งพันคนในดินแดนอเมริกาและเข้ายึด Navy Island ในแม่น้ำไนแอกการา ส่วนที่อยู่ในดินแดนแคนาดา ณ จุดนี้ บุคคลเหล่านั้นได้ใช้ปืนยิงโจมตีไปบนฝั่งและเรือของแคนาดา อีกทั้งยังเช่าเรือเอกชนชื่อ Caroline ใช้เป็นเรือลำเลียงขนส่งเสบียงและยุทธโประกรณ์ให้แก่กลุ่มต่อต้าน รัฐบาลแคนาดาด้วย เพื่อเป็นการตัดกำลังและการโจมตีของฝ่ายกบฏ ในคืนวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ. 1837 ประเทศอังกฤษส่งกองกำลังเข้ามาลอบวางเพลิงเผาเรือ Caroline แล้วปล่อยให้ตกลงไปใน น้ำตกไนแอกการา ในเหตุการณ์นี้ ปรากฏว่ามีชาวอเมริกันบาดเจ็บ เสียชีวิต และสูญหาย⁵⁷ เมื่อ รัฐบาลสหรัฐอเมริกาทราบเรื่องก็ได้ยื่นประท้วงต่อรัฐบาลอังกฤษทันที โดยกล่าวหาว่าละเมิดดินแดน อเมริกา แต่อังกฤษก็กล่าวว่าเป็นการป้องกันตนเองโดยชอบ

จากเหตุการณ์เรือ Caroline ที่อังกฤษกล่าวอ้างว่าการโจมตีเรือดังกล่าวเป็นการ ป้องกันตนเองล่วงหน้าโดยที่รัฐไม่ต้องรอจนกว่าจะถูกโจมตีก่อน ซึ่งในกรณีนี้หากไม่โจมตีเรือ Caroline แล้ว เรือลำดังกล่าวก็จะดำเนินการสนับสนุนกลุ่มกบฏในประเทศแคนาดาต่อไป จึงถือได้ ว่าการป้องกันตนเองล่วงหน้าของอังกฤษในครั้งนี้มีควมเร่งด่วน (Immediacy) เป็นการเผชิญภัย เฉพาะหน้าและได้กระทำอย่างฉับพลันที่ภัยเกิดขึ้น และการป้องกันภัยนั้นยุติลงทันที เมื่อภัยคุกคาม ผ่านพ้นไป เพราะถ้ายังดำเนินการต่อไป การกระทำดังกล่าวอาจกลายเป็นการใช้กำลังโต้ตอบและจะ ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศได้⁵⁸ ในครั้งนั้นรัฐบาลสหรัฐอเมริกาโดยรัฐมนตรีว่าการ กระทรวงการต่างประเทศ ก็ได้ปฏิเสธสิทธิของประเทศอังกฤษในการป้องกันตนเองล่วงหน้า แต่ ยอมรับโดยนัยว่าประเทศอังกฤษมีสิทธิดำเนินการป้องกันตนเองล่วงหน้าได้ แม้ว่าสหรัฐอเมริกาจะ เป็นฝ่ายเสียหาย

⁵⁷ 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 Edition, (New York: Cambridge University Press Inc., 2005), p.157

⁵⁸ Gregory M. Travalio, *Terrorism, International Law, and The Use of Military Force*, *Wisconsin International Law Journal*, Winter, 2000, p. 22.

กรณีเรือ Caroline ก่อให้เกิดหลักเกณฑ์ที่ได้รับการยึดถือกันในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันตนเองล่วงหน้าในเวลาต่อมา โดยอาศัยความเห็นที่สอดคล้องกันของสหรัฐอเมริกาและอังกฤษเกี่ยวกับเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ของการป้องกันตนเองล่วงหน้า ดังที่ Daniel Webster รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวว่า “การป้องกันตนเองล่วงหน้าต้องมีความจำเป็นอย่างยิ่ง ไม่มีทางเลือกอื่นแล้ว และไม่มีเวลาที่จะเจรจาหรือกันได้ หากรัฐกระทำการตอบโต้ที่เหมาะสม มีเหตุผล และกระทำไปตามความจำเป็น ไม่เกินกว่าเหตุ”⁵⁹

ค. ความได้สัดส่วน (Proportionality)

ความได้สัดส่วนในการป้องกันตนเองแบบเดิมรวมทั้งการป้องกันตนเองล่วงหน้ามีลักษณะคล้ายคลึงกันกล่าวคือเป็นการกระทำของรัฐเพื่อปกป้องประชาชนและผลประโยชน์ของรัฐที่พอสมควรแก่เหตุ แต่ปัญหาคือ ขณะที่ภัยยังมีได้เกิดขึ้นจริง จะบอกได้อย่างไรว่าการใช้กำลังและอาวุธป้องกันตนเองระดับใด จึงจะถือว่าเป็นการป้องกันตนเองที่พอสมควรแก่เหตุ ศาสตราจารย์ Myres McDougal ให้ความเห็นในเรื่องความได้สัดส่วนของการป้องกันตนเองว่าต้องประเมินจากคุณค่าของสิ่งที่รัฐผู้อ้างสิทธินั้นต้องการปกป้องโดยเทียบกับระดับของการใช้กำลังของรัฐในกรณีนั้น⁶⁰ และต้องพิจารณาระดับของความรุนแรงในการตอบโต้เพียงเพื่อเป็นการระงับภัยที่คุกคาม⁶¹ ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันมิให้การตอบโต้ของรัฐที่ถูกคุกคามกลายเป็นการใช้อาวุธแก้แค้น

ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนในเรื่อง “ความได้สัดส่วน” ของการป้องกันตนเองล่วงหน้า นอกจากคดี Caroline แล้ว ผู้เขียนขอยกกรณีวิกฤตการณ์คิวบา (The Cuban Missile Crisis)⁶² ที่ประเทศสหรัฐอเมริกาปิดล้อมน่านน้ำของประเทศคิวบาในปี ค.ศ.1962 สนับสนุนองค์ประกอบเรื่อง

⁵⁹ “Leaving no choice of means and no moment for deliberation”, “most urgent and extreme necessity”, “pressing or overruling”, “strong, overpowering necessity”, “clear and absolute necessity” and “a necessity, present and inevitable for attacking”

⁶⁰ Michael Franklin Lohr, “Legal Analysis of U.S. Military Responses to State-Sponsored International Terrorism,” *Naval Law Reviews*, 1985, p.100.

⁶¹ Ibid.

⁶² Christopher L. Blakesley, *The International Legal System: Cases and Materials*, 5th Edition (New York: Foundation Press, 2001), pp. 1175-1179.

“ความได้สัดส่วน” ของการป้องกันตนเองล่วงหน้า กล่าวคือ เมื่อสหรัฐอเมริกาพบว่าสหภาพโซเวียตเข้ามาติดตั้งขีปนาวุธติดหัวรบนิวเคลียร์ในประเทศคิวบา และเล็งเป้าหมายไปที่สหรัฐอเมริกา พร้อมทั้งมีการส่งขีปนาวุธเข้ามาติดตั้งเพิ่มเติมอีก John F. Kennedy ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาในขณะนั้น จึงได้ใช้เรือรบปิดล้อมน่านน้ำของประเทศคิวบา ถึงแม้ว่าการโจมตีด้วยอาวุธยังมิได้เกิดขึ้นจริงก็ตาม แต่ทั้งนี้เพื่อตรวจสอบเรือทุกลำที่จะเข้าสู่คิวบาและป้องกันไม่ให้สหภาพโซเวียตขนส่งจรวดและอุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องเข้ามาเพิ่มเติม โดยสหรัฐอเมริกามีข้อกล่าวอ้างว่าอาวุธนิวเคลียร์และขีปนาวุธมิสไซล์ ที่สามารถติดหัวรบนิวเคลียร์มีอำนาจทำลายล้างสูง ถ้าถูกนำไปใช้ในการโจมตี ย่อมถือได้ว่าเป็นภัยคุกคามที่ร้ายแรงต่อสันติภาพ⁶³ และสหรัฐอเมริกายังอ้างต่อไปอีกว่าไม่สามารถยืดเวลาออกไปอีกหรือไม่อาจดำเนินการทางวิถีทางการทูตได้ เนื่องจากถ้าปล่อยให้คิวบาติดตั้งขีปนาวุธมิสไซล์สำเร็จ ก็ถือเป็นการคุกคามอย่างร้ายแรงต่อประเทศสหรัฐอเมริกา และทำให้สหภาพโซเวียตมีความได้เปรียบทางทหารอย่างมาก ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่สหรัฐอเมริกาต้องปิดล้อมน่านน้ำของคิวบาเสียก่อน

ในด้านท่าทีของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาตินั้น แม้ว่าจะมีร่างมติคณะมนตรีความมั่นคงประณามการกระทำสหรัฐอเมริกา หรือให้สหรัฐอเมริการะงับการปิดล้อมน่านน้ำดังกล่าว แต่ขณะเดียวกันร่างมติคณะมนตรีความมั่นคงที่สั่งการให้เรือถอนการติดตั้งขีปนาวุธออกจากคิวบาก็ไม่สามารถผ่านความเห็นชอบจากที่ประชุมคณะมนตรีความมั่นคงได้เช่นกัน⁶⁴ อย่างไรก็ตาม การกระทำของสหรัฐอเมริกาก็ถูกวิพากษ์วิจารณ์ โดยประชาคมระหว่างประเทศ ในหลายประเด็นทั้งเรื่องภัยคุกคามที่ใกล้จะเกิด (Imminency) การมีทางเลือกอื่น (Alternative Means) ในการดำเนินการ และเป็นการกระทำที่สมควรแก่เหตุหรือไม่ ประเด็นหลังสุดนี้ ศาสตราจารย์ Quincy Wright นักวิชาการกฎหมายระหว่างประเทศให้ความเห็นว่าแม้จะภัยคุกคามยังมิได้เกิดขึ้นจริง แต่การที่สหรัฐอเมริกาปิดล้อมคิวบาสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน (Proportionality) ซึ่งทำให้การปิดล้อมดังกล่าวเป็นสิ่งที่ยอมรับได้ (Justifiable) เนื่องจากการปิดล้อมทางทะเลครั้งนี้ยังมิได้มีการใช้

⁶³ Beth M. Polebaum, “National Self-Defense in International Law: An Emerging Standard for a Nuclear Age,” *New York University Law Review*, April 1984, p. 204.

⁶⁴ 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).

กำลังทางทหาร แต่เป็นเพียงการใช้มาตรการเชิงป้องกันภัย ซึ่ง “การใช้มาตรการเชิงป้องกันภัยที่ไม่เกี่ยวข้องกับกำลังทางทหารนั้นสามารถทำได้โดยไม่มีข้อสงสัย”⁶⁵ ส่วน McDougal มีความเห็นว่าความวิตกกังวลของสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับความได้เปรียบทางการทหารของสหภาพโซเวียต ถ้าหากสามารถติดตั้งขีปนาวุธในคิวบาสำเร็จย่อมเป็นเหตุผลเพียงพอที่สนับสนุนให้สหรัฐอเมริกาดำเนินการปิดล้อมน่านน้ำของคิวบาได้แล้ว

ดังนั้นถ้าพิจารณาจากองค์ประกอบเรื่องความได้สัดส่วน อาจมีผู้โต้แย้งว่าการปิดล้อมทางทะเลของสหรัฐอเมริกาต่อคิวบา เป็นการกระทำที่เกินกว่าเหตุ แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่าโดยอาศัยความเห็นของคณะกรรมการพลังงานปรมาณู (AEC) ที่เสนอต่อคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่ว่า การเตรียมการใช้อาวุธปรมาณูควรถือเป็น “การโจมตีด้วยอาวุธ” เป็นข้อสนับสนุนในการป้องกันตนเองล่วงหน้า ซึ่งในกรณีนี้จึงเป็นการกระทำที่ไม่น่าจะเกินกว่าเหตุ ถ้าพิจารณาตามหลักการที่ว่า เป็น “การตอบโต้เพียงเพื่อเป็นการระงับภัยที่คุกคาม” และตามที่ปรากฏตามข้อเท็จจริงก็คือ ประธานาธิบดี John F. Kennedy ได้ยื่นคำขาดให้คิวบาหันขีปนาวุธไปทางอื่น และสหรัฐอเมริกาก็ได้ใช้อาวุธเข้าโจมตี ถึงแม้ว่าจะมีความสามารถทางเทคโนโลยีนิวเคลียร์และอาวุธสูงมากที่สุดในขณะนั้นก็ตาม จึงอาจกล่าวได้ว่ากรณีการปิดล้อมน่านน้ำของคิวบาถือเป็นตัวอย่างที่ชัดเจนของ “ความได้สัดส่วน” หรือ “พอสมควรแก่เหตุ” ในการป้องกันตนเองล่วงหน้าในกฎหมายระหว่างประเทศ

2.3 เปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างการป้องกันตนเอง กับการป้องกันตนเองล่วงหน้า

หากเปรียบเทียบเหตุและวิธีการตอบโต้ของการป้องกันตนเอง กับการป้องกันตนเองล่วงหน้า แล้วพบว่า มีทั้งส่วนที่เหมือนกัน และต่างกันหลายประการด้วยกัน ผู้เขียนจึงขอเสนอเป็นตารางเปรียบเทียบ เพื่อง่ายแก่ความเข้าใจ โดยจะประกอบไปด้วยสามส่วนดังนี้คือ ส่วนแรกเป็นการเปรียบเทียบบ่อเกิดทางกฎหมายของการป้องกันตนเองในแต่ละประเภท ซึ่งจะกล่าวโดยละเอียดในบทที่ 3 ส่วนที่สองเป็นเหตุ หรือเงื่อนไขในการกล่าวอ้าง และส่วนสุดท้ายเป็นวิธีการที่รัฐใช้ตอบโต้ต่อภัยแต่ละประเภท

⁶⁵ Quincy Wright, “The Cuban Quarantine,” 57, American Journal of International Law. 546, 560 (1963).

ตารางเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างการป้องกันตนเองกับการป้องกันตนเองล่วงหน้า

การป้องกันตนเอง	การป้องกันตนเอง	การป้องกันตนเองล่วงหน้า
บ่อเกิด	1. กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ 2. กฎหมายสนธิสัญญา 3. แนวปฏิบัติของรัฐ	ยังเป็นที่ถกเถียงว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่ แต่มีแนวปฏิบัติของรัฐ อันเป็นองค์ประกอบหนึ่งของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ
เหตุ	ถูกโจมตีด้วยอาวุธ (Armed Attack)	ภัยคุกคามที่ใกล้จะเกิด (Imminent Threat)
วิธีการตอบโต้	1. ความจำเป็น (Necessity) 2. ความได้สัดส่วน (Proportionality) 3. ไม่มีทางเลือกในการระงับภัยด้วยวิธีอื่น (Alternative Means)	1. ความจำเป็น (Necessity) 2. ความได้สัดส่วน (Proportionality) 3. ความเร่งด่วน (Immediacy)

จากที่ได้ศึกษาในบทนี้ ผู้ศึกษาพบว่าหลักการป้องกันตนเองในกฎหมายระหว่างประเทศเป็นหลักที่มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และนำมาบรรจุไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งหลักการดั้งเดิมดังกล่าวนี้เป็นหลักการที่มีเงื่อนไขเคร่งครัดในการที่รัฐใดรัฐหนึ่งหรือกลุ่มรัฐจะยกขึ้นกล่าวอ้างได้ เงื่อนไขของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการใช้สิทธิป้องกันตนเองไม่ว่าจะเป็นเรื่องของเหตุที่สามารถยกขึ้นกล่าวอ้างในการใช้สิทธิ กล่าวคือ มีภัยคุกคามอย่างใหญ่หลวง ตลอดจนเงื่อนไขการใช้สิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายได้แก่ การพิสูจน์ได้ว่ามีเหตุของภัยกระชั้นชิด ความจำเป็นอย่างยิ่งยวด หลักความได้สัดส่วน ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวเป็นเงื่อนไขของกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับมาอย่างช้านาน อย่างไรก็ตาม เมื่อศึกษาสถานการณ์ที่มีรัฐกล่าวอ้างการป้องกันตนเองล่วงหน้าอย่างถี่ถ้วน เห็นได้ว่า หลักการดังกล่าวก็ยังคงมีอยู่เพียงแต่ว่า ลักษณะ

ของภัยคุกคามมีความหลากหลายมากขึ้นกว่าเดิมเนื่องจากเหตุผลที่หลากหลาย อย่างไรก็ตาม การอ้างการป้องกันตนเองล่วงหน้าไม่สามารถกระทำได้โดยปราศจากเงื่อนไข ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวก็คือเงื่อนไขของหลักสิทธิในการป้องกันตนเองโดยชอบ ที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศอยู่แล้วนั่นเอง เพียงแต่ในเมื่อบริบทของเหตุปัจจัยที่ถือได้ว่าเป็นการคุกคามข้อพิจารณาจึงต้องแปรผันไปภายใต้หลักการเดิม เพราะฉะนั้น การที่พิจารณาว่าการป้องกันตนเองล่วงหน้าจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น ไม่สามารถพิจารณาตามอำเภอใจของผู้กล่าวอ้างได้ แต่จำเป็นต้องอิงเกณฑ์ของกฎหมายโดยมีข้อพิจารณาที่อาจยืดหยุ่นมากขึ้น

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่าการป้องกันตนเองล่วงหน้าเป็นการกระทำที่มีกฎหมายระหว่างประเทศรองรับหรือไม่นั้น จำเป็นต้องพิจารณาว่ามีสิ่งบ่งบอกหรือไม่ว่าการกระทำดังกล่าวมีกฎหมายระหว่างประเทศรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งรองรับแล้ว หรือมีแนวโน้มของการปฏิบัติและทัศนคติของประชาคมระหว่างประเทศที่พัฒนาไปสู่การรับรองการป้องกันตนเองล่วงหน้าในอนาคตอันใกล้

บทที่ 3

ฐานทางกฎหมายของการป้องกันตนเองกับการป้องกันตนเองล่วงหน้า

การที่กฎเกณฑ์ใดกฎเกณฑ์หนึ่งจะมีผลบังคับใช้ในฐานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศได้นั้น จำเป็นต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับว่ากฎเกณฑ์นั้นจะก่อรูป (Form) มาในฐานทางกฎหมายใด หากปราศจากฐานทางกฎหมายรองรับแล้ว กฎเกณฑ์ดังกล่าวก็ไม่อาจมีค่าบังคับขึ้นมาเป็นกฎหมายได้ อาจมีค่าบังคับเป็นเพียงมารยาททางสังคม หรือโดยธรรมเนียมจรรยาเท่านั้น โดยฐานทางกฎหมายนี้นิยมเรียกกันว่าบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศในเชิงรูปแบบ (Formal Source)

ตามข้อ 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ได้อธิบายว่าการที่ศาลจะตัดสินคดีนั้น จะใช้กฎหมายจากแหล่งใดเป็นเครื่องพิจารณาคดี หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือข้อ 38 ของธรรมนูญดังกล่าวเป็นบ่อเกิดทางกฎหมายระหว่างประเทศนั่นเอง อันได้แก่¹ สนธิสัญญา กฎหมายจารีต ประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไปที่นานาอารยประเทศรับรอง คำพิพากษาของศาล และคำอธิบายกฎหมายของนักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียง

ซึ่งในบทนี้จะพิจารณาฐานทางกฎหมายทั้งของการป้องกันตนเอง และการป้องกันตนเองล่วงหน้า เพื่อพิจารณาว่า ฐานทางกฎหมายของการป้องกันตนเองล่วงหน้ามีอยู่และเพียงพอหรือไม่

¹ Statute of the international court of justice 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.”

ซึ่งหากไม่เพียงพอ จะนำหลัก Rebus Sic Stantibus มาปรับใช้เพื่อเป็นฐานทางกฎหมายรองรับการก่อตัวขึ้นของการป้องกันตนเองล่วงหน้าได้หรือไม่ ซึ่งจักได้กล่าวต่อไปในบทที่ 4

3.1 ฐานทางกฎหมายของการป้องกันตนเอง

ในเรื่องนี้ Ian Brownlie ได้กล่าวไว้ว่า หลักการป้องกันตนเองนี้มีบ่อเกิดจากสามแหล่งด้วยกัน ได้แก่ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แนวปฏิบัติของรัฐ ในฐานะที่เป็นหลักฐานแสดงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และปรากฏอยู่ในกฎบัตรสหประชาชาติ อันเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร² แต่หลักการป้องกันตนเองนี้ก็ยังคงปรากฏอยู่หลักกฎหมายทั่วไป และจากคำพิพากษาของศาลด้วยเช่นกัน

3.1.1 หลักกฎหมายทั่วไป

เป็นที่แน่นอนว่า การป้องกันตนเอง เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ทุกรัฐรับรองสิทธิในการป้องกันตนเอง ซึ่งนอกจากจะได้รับการรับรองจากกฎหมายภายในนานาอารยประเทศทุกรัฐแล้วยังได้รับการรับรองว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศด้วย

หลักการป้องกันตนเองที่ได้รับการยอมรับกันโดยทั่วไปเพราะมีที่มาจากหลักกฎหมายธรรมชาติ และจากสิทธิในการปกป้องรักษาตนเองของรัฐ (Right in Self – Preservation)³ อันมีพื้นฐานมาจากสัญชาตญาณการป้องกันตนเองของมนุษย์นั่นเอง

3.1.2 กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

มีทางปฏิบัติ (State Practice) อย่างยาวนานว่ารัฐได้ใช้กำลังป้องกันตนเองเมื่อเกิดภัยคุกคามขึ้นแก่รัฐ และทุกรัฐก็มีสำนึกร่วมกันว่าการป้องกันตนเองดังกล่าวมีค่าเป็นกฎหมายที่ต้องปฏิบัติ (Opinio Juris) หลักการป้องกันตนเองจึงมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาอย่างยาวนานตั้งแต่มีสังคมรัฐ

² Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, First Published (New York: Oxford University Press Inc., 1963), p. 231.

³ D.W.Bowett, *Self-Defense in International Law*, (New York: Praeger), 1958, pp. 4-8.

สถานะความเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศของหลักการป้องกันตนเองนี้เป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นสิทธิประจำตัว (Inherent Right) ของรัฐ ตั้งแต่ก่อนจะมีกติกาใด ๆ เกี่ยวกับการป้องกันตนเอง รวมถึงก่อนมีกฎบัตรสหประชาชาติเสียอีก

3.1.3 หลักกฎหมายสนธิสัญญา

สิทธิป้องกันตนเองได้รับการรับรองไว้อย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรใน ข้อ 51 ของกฎบัตรสหประชาชาติ อันเป็นข้อยกเว้นของหลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศตามข้อ 2 (4) ซึ่งบัญญัติว่า

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.⁴

ไม่มีข้อความใดในกฎบัตรฉบับปัจจุบันจะรอนสิทธิประจำตัวในการป้องกันตนเองโดยลำพังหรือโดยร่วมกัน หากการโจมตีด้วยกำลังอาวุธบังเกิดแก่สมาชิกของสหประชาชาติจนกว่าคณะมนตรีความมั่นคงจะได้ดำเนินมาตรการที่จำเป็นเพื่อธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ มาตรการที่สมาชิกได้ดำเนินไปในการใช้สิทธิป้องกันตนเองนี้จะต้องรายงานให้คณะมนตรีความมั่นคงทราบโดยทันที และจะต้องไม่กระทบกระเทือนอำนาจและความรับผิดชอบของ

⁴ Charter of The United Nations, Article 51.

คณะมนตรีความมั่นคงตามกฎหมายฉบับปัจจุบันแต่ประการใด ในอันที่จะดำเนินการ
เช่นที่เห็นจำเป็นไม่ว่าในเวลาใด เพื่ออํารงไว้หรือสถาปนากลับคืนมาซึ่งสันติภาพ
และความมั่นคงระหว่างประเทศ⁵

อย่างไรก็ดี ข้อ 51 ของกฎบัตรสหประชาชาติ มิได้เป็นการให้สิทธิการป้องกันตนเอง
แก่รัฐ หากแต่เป็นการรับรองสิทธิประจำตัว (Inherent Right) ของรัฐในการป้องกันตนเองมากกว่า

3.1.4 คำพิพากษาของศาล

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีโอกาสวินิจฉัยสิทธิเกี่ยวกับการป้องกันตนเองของ
รัฐไว้หลายคดี ดังที่ได้ เช่น ในคดีนิคารากัว ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ได้รับรองด้วยการป้องกัน
ตนเองเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁶ หรือคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่าง
ประเทศในคดี Corfu Channel Case 1949⁷ นั้นศาลตระหนักถึงสิทธิในการป้องกันตนเองว่า
สามารถกระทำได้หากมีความเป็นไปได้อย่างมากว่าจะมีการโจมตีด้วยอาวุธ หรือภัยคุกคามที่ใกล้จะ
เกิดขึ้นแล้ว⁸ และ ศาลมิได้ตัดสิทธิประจำตัวในการป้องกันตนเองที่รับรองไว้ตามข้อ 51 แต่อย่างใด⁹
ซึ่งรายละเอียดของคดีและกรณีอื่น ผู้เขียนได้กล่าวต่อไปในบทที่ 4

3.2 ข้อพิจารณา (ฐานทางกฎหมายของการป้องกันตนเองล่วงหน้า)

3.2.1 หลักกฎหมายทั่วไป

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อ 3.1.1 ว่าหลักกฎหมายทั่วไปจะต้องเป็นหลักกฎหมายที่
ได้รับการรับรองจากนานาอารยประเทศ หรืออย่างน้อยก็เป็นหลักกฎหมายภายในที่นานา

⁵ กฎบัตรสหประชาชาติ ข้อ 51, กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, 2537.

⁶ Nicaragua, ICJ Reports 1986 p. 14, 94; Christine Gray, International Law and the Use of Force, Third Edition (Great Britain: Oxford University Press, 2008), p.171.

⁷ Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), ICJ Report 1949, p.5.

⁸ Waldock, p.500 cited in D.W. Bowett, Self – Defense in International Law. (New York : Frederick A. Praeger, Inc., Publishers, 1958) p.189.

⁹ Ibid, p.190.

อารยประเทศให้การยอมรับ แต่จากกรณีของการป้องกันตนเองล่วงหน้า ไม่พบองค์ประกอบในสอง ประการข้างต้น จึงอาจกล่าวได้ว่า การป้องกันตนเองล่วงหน้า ยังไม่ปรากฏอยู่ในฐานทางกฎหมายของ หลักกฎหมายทั่วไป

3.2.2 หลักกฎหมายสนธิสัญญา

เป็นที่แน่ชัดว่า ในปัจจุบันยังไม่มีสนธิสัญญาใด หรืออนุสัญญาใด ที่มีเนื้อหาให้รัฐ สามารถป้องกันตนเองล่วงหน้าได้ ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า ฐานทางกฎหมายที่เป็นสนธิสัญญาในอนาคต จะมารองรับการป้องกันตนเองล่วงหน้าที่ปรากฏเด่นชัดจึงยังไม่ปรากฏ

3.2.3 คำพิพากษาของศาล

หากพิจารณาจากปริมาณของคดีที่ได้นำขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแล้ว พบว่าไม่ค่อยจะมีข้อพิพาทในเรื่องการป้องกันตนเองล่วงหน้าเป็นประเด็นในคดีสักเท่าใด ประกอบกับ เมื่อพิจารณาประเด็นพิพาทที่ศาลได้ชี้ขาดแล้วยังพบว่า ไม่มีกรณีใดที่คำพิพากษาดัดสินในประเด็น ดังกล่าวโดยตรง แม้ศาลจะมีโอกาสที่จะชี้ขาดในประเด็นดังกล่าว เช่นในคดี *Armed Activities on the Territory of the Congo* ค.ศ. 2005 ศาลก็ยังหลีกเลี่ยงที่จะตัดสินในประเด็นการป้องกันตนเอง ล่วงหน้า

ดังนั้น ในการพิจารณาฐานทางกฎหมายดังกล่าว จึงไม่อาจนำแนวคำพิพากษาศาล ยุติธรรมระหว่างประเทศมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาได้ เนื่องจากยังไม่มีคำพิพากษาที่พอจะเป็น บรรทัดฐานเพื่อประกอบการพิจารณาได้

3.2.4 กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

สำหรับฐานทางกฎหมายของการป้องกันตนเองล่วงหน้าแม้จะยังไม่ชัดเจน แต่ดูจะ พบได้เด่นชัดที่สุดในบ่อเกิดของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งแสดงผ่านทางปฏิบัติของ รัฐ และหากพิจารณาประกอบกับความเห็นของคณะมนตรีความมั่นคง ข้อมติต่างๆ ที่เกิดจากสมัชชา ใหญ่แห่งสหประชาชาติและท่าทีของรัฐอื่นๆ ที่มีต่อการป้องกันตนเองล่วงหน้า ก็อาจช่วยให้เห็น ทิศทางคำตอบของปัญหาดังกล่าวได้ชัดเจนยิ่งขึ้น เพราะทางปฏิบัติของรัฐที่ได้มีการกล่าวอ้างการ

ป้องกันตนเองล่วงหน้า หากได้รับการยอมรับจากนานารัฐก็อาจแสดงถึงการก่อตัวขึ้นของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Emerging Law) ในเรื่องนี้ก็ได้

ก. กรณี Caroline

ถึงแม้กรณี Caroline ผู้เขียนจะได้หยิบยกมาแล้วในหัวข้อ 2.2.2 แต่ก็หลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องหยิบยกมาอีกครั้งหนึ่งในแต่เพื่อประกอบการอธิบายในประเด็นอื่น เนื่องจากกรณี Caroline นี้ได้รับการกล่าวอ้างบ่อยครั้งว่าเป็นกรณีบรรทัดฐานของจารีตประเพณีว่าด้วยการป้องกันตนเองล่วงหน้าที่ได้รับการยอมรับในเวลาถัดมา กระทั่งในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยมีรายละเอียดดังนี้

เมื่อครั้งเกิดปฏิวัติในแคนาดา เมื่อปี ค.ศ. 1837 ซึ่งขณะนั้นเป็นอาณานิคมในควบคุมครองของประเทศอังกฤษ โดยประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นเพื่อนบ้านใกล้ชิดที่สุดในขณะนั้นมีนโยบายวางตัวเป็นกลาง ปรากฏว่าชาวอเมริกันจำนวนมากมีความเห็นอกเห็นใจช่วยเหลือกลุ่มปฏิวัติ ทำให้มีกองกำลังกบฏหลบหนีข้ามพรมแดนเข้าไปพักอาศัยในสหรัฐอเมริกา และบางส่วนก็ได้รับการสนับสนุนในด้านต่างๆเป็นการส่วนตัวจากชาวอเมริกัน โดยกลุ่มกบฏนี้ยังได้เช่าเรือลำหนึ่งมีชื่อเป็นเรือเอกชื่อนี้ว่า Caroline เพื่อขนส่งเสบียงและยุทธโปกรณ์ให้แก่พวกกบฏแคนาดาเพื่อช่วยเหลือโดยแล่นไปมาระหว่าง Navy Island กับท่าเรือ Schlossen ในดินแดนอเมริกา

เรื่องนี้รัฐบาลอเมริกันทราบดี แต่หาได้มีมาตรการยับยั้งห้ามปรามแต่อย่างใด กองทัพอังกฤษในแคนาดาเห็นว่า ถ้าหากได้ทำลายเรือ Caroline ลง นอกจากจะเป็นการตัดการส่งเสบียงและยุทธโปกรณ์ช่วยเหลือพวกกบฏแล้ว ยังจะเป็นผลให้ชาวอเมริกันถืออาวุธที่เห็นใจพวกปฏิวัติ ไม่สามารถยกพลขึ้นบกที่แคนาดาด้วย ในคืนวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ. 1837 ประเทศอังกฤษได้ส่งกองกำลังทหารข้ามแม่น้ำไนแอการามาจากประเทศแคนาดา เพื่อเข้าสู่เนวยอร์ก เพื่อเข้ามาทำลายเรือ Caroline จึงได้เข้าไปในท่าเรือ Schlossen และขึ้นไปบนเรือ Caroline จากนั้นจึงวางเพลิงเผาเรือพร้อมกับได้ปล่อยให้เรือแล่นลงไปในน้ำตกไนแอการา

เหตุการณ์ครั้งนี้เป็นผลให้ชาวอเมริกันเสียชีวิต 2 ราย บาดเจ็บหลายราย¹⁰ เมื่อรัฐบาลอเมริกันได้ทราบเรื่องก็ได้ยื่นประท้วงต่อรัฐบาลอังกฤษทันที โดยกล่าวหาว่าละเมิดดินแดนอเมริกา แต่อังกฤษก็กล่าวว่าเป็นการป้องกันตนเองโดยชอบ Daniel Webster รัฐมนตรีต่างประเทศอเมริกัน ได้อ้างองค์ประกอบและข้อจำกัดในการป้องกันตนเองว่า “การป้องกันล่วงหน้าจำเป็นต้องมีความจำเป็นอย่างเร่งด่วน (Instant) และท่วมท้น (Overwhelming) และไม่มีทางเลือกให้ใช้วิธีการอื่น (Leaving no choice of means) และไม่มีเวลาสำหรับใคร่ครวญอีกต่อไป (No moment for deliberation)”¹¹ พร้อมทั้งขอให้อังกฤษแสดงว่าการกระทำของตนสอดคล้องกับองค์ประกอบข้างต้นและไม่เกินไปกว่าข้อจำกัดอย่างไร อังกฤษพยายามตอบการประท้วงของสหรัฐอเมริกาโดยใช้ถ้อยคำที่จะให้อเมริกาพอใจ พร้อมทั้งได้ขอโทษไปด้วย ในที่สุด เรื่องนี้ไม่ปรากฏว่าอเมริกาได้ใส่ใจเอาเรื่องอีกต่อไป และก็ไม่ได้เรียกร้องให้อังกฤษชดใช้ค่าเสียหายแต่อย่างใด

อาจกล่าวได้ว่า เหตุการณ์ดังกล่าวเป็นจุดเริ่มต้นของหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศยุคใหม่ว่าด้วยการใช้กำลังป้องกันตนเองของรัฐ หรือ กระทั่งการใช้กำลังป้องกันตนเองล่วงหน้า โดยปรากฏจากหลักฐานจดหมายโต้ตอบระหว่างรัฐบาลประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ ในครั้งนั้นรัฐบาลสหรัฐอเมริกาโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศมิได้ปฏิเสธสิทธิของประเทศอังกฤษในการป้องกันตนเอง หรือ กระทั่งป้องกันตนเองในลักษณะล่วงหน้า แต่ปฏิเสธว่าการโจมตีดังกล่าวขาดความจำเป็น (Necessity)¹² ซึ่งรัฐบาลประเทศอังกฤษเองก็มิได้ปฏิเสธทำที่เช่นนี้ของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา และกรณีเรือ Caroline ยังเป็นจุดเริ่มต้นของแนวคิดการป้องกัน

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

¹² 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, p.78.

ตนเองล่วงหน้า โดยประเทศอังกฤษกล่าวอ้างว่าการโจมตีเรือดังกล่าวเป็นการป้องกันล่วงหน้า รัฐไม่จำเป็นต้องรอจนกว่าจะถูกโจมตี แต่สามารถป้องกันตนเองล่วงหน้าได้อย่างชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้หากไม่โจมตีเรือ Caroline แล้ว เรือลำดังกล่าวก็จะดำเนินการสนับสนุนกองกำลังกบฏในประเทศแคนาดาต่อไป

ในกรณีเรือ Caroline ยังสร้างหลักกฎหมายเกี่ยวกับการใช้กำลังป้องกันตัวเองที่สำคัญอีกประการ ได้แก่ ความเร่งด่วน (Immediacy) กล่าวคือ ในการใช้กำลังป้องกันตัวเอง รัฐจะต้องกระทำด้วยความเร่งด่วน และฉับพลันทันทีที่เกิดภัยขึ้น และการป้องกันนั้นจะต้องยุติลงทันทีเมื่อภัยคุกคามนั้นได้ผ่านพ้นไป มิเช่นนั้นแล้ว การใช้กำลังที่ชอบในตอนแรกก็อาจมีชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศในภายหลัง หรือ อาจถือเป็นการใช้กำลังตอบโต้ก็ได้¹³

อุทธานธรณ์เรือ Caroline นี้ ได้ถูกหยิบยกขึ้นกล่าวถึงทั้งในกรณีที่รัฐอ้างการป้องกันตนเอง หรือ การป้องกันตนเองล่วงหน้าก็ตาม ศาลทหารแห่งนูเรมเบิร์กเคยวินิจฉัยไว้เมื่อเดือนตุลาคม ค.ศ.1946 ว่า การกระทำในลักษณะล่วงหน้าต่อดินแดนของรัฐอื่นนั้น จะถือว่าชอบด้วยเหตุผลเฉพาะในกรณีที่ เร่งด่วน และมีความจำเป็นอย่างท่วมท้นเพื่อป้องกันตนเอง และไม่เหลือวิธีการอื่นใด และไม่มีความจำเป็นสำหรับใคร่ครวญอีกต่อไป (preventive action in foreign 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)¹⁴

ในช่วงเวลาต่อมา มีการยอมรับหลักการจากคดีเรือคาโรลินีในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในหลายคดี ไม่ว่าจะเป็นคดีนิคารากัว¹⁵ หรือ กรณีคดี Legality of the Threat

¹³ Gregory M. Travalio, Terrorism, International Law, and The Use of Military Force, *Wisconsin International Law Journal*, Winter, 2000, p. 22.

¹⁴ Lucy Martinez, September 11th, Iraq and the Doctrine of Anticipatory Self-Defense, *UMKC Law Review*, Fall, 2003, p.59.

¹⁵ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America, Merits, Judgment, I.C.J. Report 1986, para.237.

or Use of Nuclear Weapons¹⁶ ก็ตาม ศาลต่างก็กล่าวอ้างถึงหลักความจำเป็น และได้สกัดได้ส่วนนี้ หรือ กระทั่งศาลทหารในคดี Nuremberg ที่พิจารณาความผิดของผู้นำเยอรมันกรณีรุกรานนอร์เวย์ ซึ่งจำเลยต่อสู้ว่าเป็นการกระทำเพื่อป้องกันตัวของเยอรมันนั้น ศาลทหารในคดีดังกล่าวก็พิจารณาจากเกณฑ์ในกรณี Caroline ว่า ข้อกล่าวอ้างของผู้นำเยอรมันยังไม่มี ความจำเป็นอย่างยิ่งยวดจน ก่อให้เกิดสิทธิในการป้องกันตนเอง¹⁷

ข. กรณีอียิปต์ปิดคลองสุเอซ

กรณีถัดมาเป็นมีอีกกรณีศึกษาหนึ่งที่อียิปต์ปิดคลองสุเอซ และอิสราเอลได้ร้องต่อ คณะมนตรีความมั่นคง (SC) เกี่ยวกับข้อกำหนดปิดคลองดังกล่าว เมื่อ 11 กรกฎาคม 1951¹⁸ ผู้แทน อียิปต์แถลงว่าเป็นการใช้สิทธิป้องกันตนเอง ขณะที่ผู้แทนถาวรของคณะมนตรีความมั่นคงโต้แย้งว่า ยังไม่มีการโจมตีด้วยอาวุธใดเกิดขึ้นแก่อียิปต์ คณะมนตรีความมั่นคงมีมติว่า การกระทำของอียิปต์ เช่น การรบกวนสิทธิในการเดินเรือ เป็นการละเมิดต่อสิทธิในการเยี่ยมชม ค้นหา และจับกุม (an abuse of the exercise of the right of visit, search and seizure)¹⁹ และพบว่า การกระทำดังกล่าวไม่มี สถานการณ์แวดล้อมเพียงพอที่จะเป็นในทางป้องกันตนเอง แต่ข้อมติของ SC ก็ไม่ได้กล่าวเกี่ยวกับการโจมตีด้วยอาวุธบังเกิดแก่อียิปต์หรือยัง

แต่จากข้อเท็จจริงตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงก็ไม่ได้เป็นการยืนยันว่า จะต้องเกิดการโจมตีด้วยอาวุธเท่านั้น รัฐจึงจะป้องกันตนเองได้ เพราะจากข้อเท็จจริงที่มีเพิ่มเติมว่า อียิปต์และอิสราเอลได้ทำข้อตกลงหยุดยิง (Armistice régime) กันเป็นระยะเวลาเกือบสองปีครึ่งแล้ว และมีนักวิชาการบางท่านอย่าง Bowett เห็นว่าหากอิสราเอลมีการเคลื่อนกำลังพล เรือรบมาก ผิดปกติ ก็อาจเป็นที่เข้าใจได้ว่า อิสราเอลกำลังจะละเมิดข้อตกลงหยุดยิงในไม่ช้าและจะคุกคามอียิปต์

¹⁶ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Report 1996, para.41.

¹⁷ 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.

¹⁸ Official Record, S.C., 6th Year, Supp. For July, August, September, 1951,p.9.

¹⁹ D.W. Bowett, Self – Defense in International Law (New York: Frederick A. Praeger, Inc., Publishers, 1958) p.191.

หากเป็นกรณีเช่นนี้ อียิปต์ก็มีสิทธิที่จะป้องกันตนเองได้ล่วงหน้าตั้งแต่เห็นสัญญาณดังกล่าวแล้วเช่นกัน²⁰

ด้วยเหตุนี้จึงไม่น่าเชื่อว่าข้อ 51 จะเป็นการจำกัดสิทธิดั้งเดิมในการป้องกันตนเองต่อภัยอันใกล้จะเกิดขึ้น (Imminent danger) ให้เหลือเพียงสามารถป้องกันตนเองได้เฉพาะเมื่อมีการโจมตีด้วยอาวุธเกิดขึ้นแล้วเท่านั้น

ในมุมมองของ Bowett การตีความที่จำกัดนี้ไม่มีความจำเป็นและไม่สอดคล้องกับข้อ 2 (4) เพราะในข้อ 2 (4) มิได้ห้ามเฉพาะการใช้กำลังแต่ห้ามการคุกคามด้วยกำลังด้วย²¹ และยิ่งไปกว่านั้น ข้อจำกัดดังกล่าวไม่ได้ขึ้นอยู่กับพื้นฐานของความเป็นจริงของสถานการณ์ที่อาจเกิดขึ้นก่อนการโจมตีด้วยอาวุธก็ได้ ดังนั้นรัฐจึงต้องสามารถเรียกใช้สิทธิในการป้องกันตนเองได้ทันทีหากจะเป็นคุณกับรัฐหรือสามารถจะช่วยเหลือรัฐได้ โดยเขากล่าวว่าไม่มีรัฐใดคาดหวังที่จะรอให้เกิดการโจมตีจริงขึ้นเสียก่อน โดยเฉพาะด้วยศักยภาพของอาวุธสมัยใหม่ในปัจจุบันที่อาจทำลายความสามารถของรัฐในการที่จะกลับมาป้องกันตนเองได้อีก หรืออาจสูญสิ้นสภาพรัฐไปเลยก็เป็นได้

ค. กรณีปากีสถานบุกยึดแคชเมียร์

เป็นกรณีที่มีการถกเถียงกันในที่ประชุมคณะมนตรีความมั่นคง (SC) กรณีกองกำลังปากีสถานบุกยึดแคชเมียร์โดยอ้างว่ากระทำไปเพื่อป้องกันล่วงหน้าต่ออันตรายที่ใกล้จะเกิด (Imminent Danger) ต่อปากีสถาน เพราะหากปล่อยเน้นเข้าไป อินเดียจะเข้ายึดครองแคชเมียร์ทั้งหมด²² ซึ่งเป็นที่แน่ชัดว่าไม่มีการโจมตีด้วยอาวุธเกิดขึ้นแก่ปากีสถานแต่อย่างใด

ง. สงครามหมู่เกาะฟอล์กแลนด์

กรณีนี้ เป็นทางปฏิบัติที่ผู้เขียนประสงค์จะนำมาวิเคราะห์โดยละเอียด เนื่องจากเป็นทางปฏิบัติของรัฐในการป้องกันตนเองล่วงหน้าที่จะเห็นชัดว่าได้กระทำในขณะที่การโจมตีด้วยอาวุธยังไม่เกิดขึ้น นั่นคือกรณีสงครามจากกรณีพิพาทเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยเหนือหมู่เกาะฟอล์กแลนด์ระหว่างอาร์เจนตินา และอังกฤษ เมื่อ ค.ศ. 1982

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

²² Official Records, Security Council 5th Year, 464th Meeting, p.7.

กรณีนี้เป็นการป้องกันตนเองล่วงหน้าที่ชัดเจนและเป็นที่ยอมรับว่า เป็นกรณีการโจมตีที่เกิดก่อนจะถูกโจมตีจริง แต่เป็นกรณีที่ภัยคุกคามนั้นใกล้จะเกิด และท่าทีของคณะมนตรีความมั่นคงก็เป็นไปในทิศทางที่เห็นชอบกับการกระทำดังกล่าว

ข้อเท็จจริง

ตั้งแต่ ค.ศ 1833 หมู่เกาะฟอล์กแลนด์ตกอยู่ใต้การปกครองของอังกฤษ แต่อาร์เจนตินาก็อ้างอำนาจอธิปไตยเหนือหมู่เกาะเช่นกัน มีการเจรจาเพื่อระงับข้อพิพาทกันหลายครั้ง แต่ไม่ประสบความสำเร็จ²³ จนเหตุการณ์ปะทุขึ้นเมื่อ ปี 1982 โดยทหารของอาร์เจนตินายกพลขึ้นไปบนเกาะ โดยไม่ได้รับอนุญาตจากฐานทัพของอังกฤษ

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของอังกฤษ พยายามใช้ทางแก้ปัญหาโดยสันติผ่านวิถีทางการทูต โดยให้พันธสัญญาว่า จะแก้ปัญหาดังกล่าวโดยสันติ ภายใต้เงื่อนไขว่า คนงานชาวอาร์เจนตินาที่เหลือนอยู่บนเกาะนี้จะต้องย้ายออกจาก South Georgia โดยทันที²⁴

อาร์เจนตินาปฏิเสธข้อเสนอดังกล่าว พร้อมเสริมกำลังทัพเข้าไปบนเกาะ และมีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า ที่จริงรัฐบาลทหารของอาร์เจนตินาวางแผนจะบุกยึดหมู่เกาะนี้ตั้งแต่ต้นเดือนมกราคม ค.ศ. 1982 แล้ว ดังนั้นเมื่อ 26 มีนาคม 1982 รัฐบาลทหารอาร์เจนตินาตัดสินใจบุกยึดหมู่เกาะในห้วง เมษายน ของปีเดียวกัน และในวันเดียวกันนั้นเองหน่วยข่าวกรองของอังกฤษได้รับแจ้งไปยังรัฐบาลว่าอาร์เจนตินาตัดสินใจจะบุกยึดหมู่เกาะ อันเป็นภัยที่ใกล้จะเกิด (Imminent) ต่อมาในวันที่ 31 มีนาคม 1982 เรือรบอาร์เจนตินามุ่งหน้าไปยังหมู่เกาะฟอล์กแลนด์²⁵ ขณะเดียวกันเรือรบหลวงของอังกฤษ ก็มุ่งหน้าไปหมู่เกาะฟอล์กแลนด์เช่นเดียวกันจากช่องแคบยิบรอลตาร์²⁶

²³ Freedman and Gamba- Stonehouse, Signal of war: the Falklands conflict of 1982, 5th Ed. (Princeton: Princeton university press,1991), pp. 7-13.

²⁴ Freedman, The official history of the Falklands campaign, Vol 1(London: Routledge, 2005), p. 182.

²⁵ Ibid., p. 187.

²⁶ Freedman and Gamba- Stonehouse, Signal of war: the Falklands conflict of 1982, p. 76.

อังกฤษทำจดหมายลงวันที่ 1 เมษายน 1982 ถึงคณะมนตรีความมั่นคง โดยเรียกร้องให้คณะมนตรีความมั่นคง เรียกประชุมต่อกรณีดังกล่าวเป็นการเร่งด่วน และแจ้งว่ารัฐบาล อาร์เจนตินาปฏิเสธที่จะเจรจาหรือแก้ปัญหาด้วยวิถีทางการทูต และเตือนว่าการบุกรุกเกาะฟอล์ก แลนด์เป็นเรื่องที่ใกล้จะเกิด (Imminent)

ขณะที่ผู้แทนอาร์เจนตินาโต้แย้งว่า อาร์เจนตินาตกเป็นเหยื่อของการรุกรานอย่างต่อเนื่องจากอังกฤษมากกว่า 150 ปี และเมื่อพิจารณาจรรยาบรรณสถานการณ์ดังกล่าวที่สะสมมาโดยตลอด จะพบว่า อังกฤษเป็นภัยที่ใกล้จะถึงอย่างยิ่ง (Imminent Threat) ต่ออาร์เจนตินาเช่นกัน ดังนั้น อาร์เจนตินาไม่มีทางเลือกอื่นนอกจากการใช้กำลังโดยชอบธรรม²⁷

ก่อนถึงวันที่ 2 เมษายน 1982 ไม่กี่ชั่วโมงอาร์เจนตินาดำเนินปฏิบัติการ Operation Rosario และบุกฟอล์กแลนด์²⁸ ส่วนอังกฤษก็อนุมัติส่งกำลังทหารป้องกันหมู่เกาะเช่นกัน²⁹

ทำที่คณะมนตรีความมั่นคง

วันที่ 3 เมษายน 1982 คณะมนตรีความมั่นคงออกข้อมติที่ 502 เกี่ยวกับการละเมิดสันติภาพในภูมิภาค และเรียกร้องให้อาร์เจนตินาถอนทหารออกจากหมู่เกาะทั้งหมด³⁰

หลังจากมีข้อมติดังกล่าว ทั้งสองฝ่ายต่างได้ส่งกำลังทหารเพิ่มเข้าไปอีกหลายระลอก แต่ด้วยความห่างของระยะทางทำให้กว่าเรือรบหลวงของอังกฤษจะเดินทางถึงหมู่เกาะและปะทะกับทหารอาร์เจนตินาจริงก็กินเวลายาวนานถึง 3-5 สัปดาห์

จนท้ายที่สุด เมื่อ 14 มิถุนายน 1982 อาร์เจนตินายอมจำนน สงครามครั้งนี้ส่งผลให้ทหารอังกฤษเสียชีวิตเกือบ 300 นาย ทหารอาร์เจนตินาเสียชีวิตเกือบ 600 นาย และทรัพย์สินต่างๆ ก็เสียหายด้วย

²⁷ Repertoire, Supp. 1981 – 1984, Chap. 8, pp. 224 – 226.

²⁸ Freedman, *The official history of the Falklands campaign, Vol2* (London: Routledge, 2005), pp. 7-9

²⁹ Freedman and Gamba- Stonehouse, *Signal of war: the Falklands conflict of 1982*, p.124.

³⁰ SC Res. 502 (1982).

ในการสงครามครั้งนี้ ทั้งสองฝ่ายต่างอ้างว่าตนกระทำไปเพื่อป้องกันตนเองตามข้อ 51 ของกฎบัตรสหประชาชาติ³¹ แต่ข้อมติที่ 502 ของคณะมนตรีความมั่นคงดูจะเป็นคุณกับอังกฤษมากกว่า และอาจตีความได้ว่า คณะมนตรีความมั่นคงยอมรับการป้องกันตนเองล่วงหน้าของอังกฤษ ก่อนภัยจะเกิดขึ้น เนื่องจากในข้อมติดังกล่าวมิได้กล่าวตำหนิฝ่ายอังกฤษแต่ประการใด

จากกรณีดังกล่าว มีประเด็นทางกฎหมายที่น่าพิจารณาดำเนินการ 2 ประเด็นคือ

ประเด็นแรก การตอบโต้ล่วงหน้าของอังกฤษ จะมีความชอบธรรมในการป้องกันตนเองหรือไม่ เพราะการประกาศเข้าบุกเกาะพอล์กแลนด์ของอาร์เจนตินาเกิดขึ้นเมื่อ 2 เมษายน 1982 แต่ขณะที่การปะทะกันจริงเกิดหลังจากนั้นประมาณ 1 เดือน

ในเรื่องนี้ มีนักวิชาการให้ความเห็นว่า การปฏิบัติการของอังกฤษ ไม่ถึงกับเป็นการป้องกันตนเองในความหมายอย่างเคร่งครัด (Strictly Speaking Self – Defense) เสียทีเดียว เนื่องจากอังกฤษสั่งให้มีการโจมตีทหารอาร์เจนตินาตั้งแต่ความเสียหายจริงยังไม่เกิด แต่หากพิจารณาถึงความห่างของระยะทางจากอังกฤษไปหมู่เกาะพอล์กแลนด์ที่ไกลถึง 6,700 ไมล์ทะเล จึงมีประเด็นที่พิจารณาได้ว่า การกระทำของอังกฤษเป็นการป้องกันตนเองต่อภัยที่ใกล้จะเกิด (Imminent Threat)³²

ประเด็นที่สอง เมื่อพิจารณาจากเจตนาอันชัดแจ้งของอังกฤษ คือ “นำกองกำลังอาร์เจนตินาออกจากเกาะ”³³ หรืออีกนัยหนึ่งคือ เจตนาของกองทัพอังกฤษคือต่อต้านข้าศึกจากการยึดครองเกาะ ดังนั้น ข้อเท็จจริงที่ว่า ระยะทางระหว่างกองเรืออังกฤษ จะถึงหมู่เกาะและทำการผลักดันทหารอาร์เจนตินา ไม่ได้กระทบต่อวัตถุประสงค์เดิมของอังกฤษที่แม้จะอยู่ห่างโดยระยะทาง (Remote)

ผู้เขียนมีความเห็นและข้อสังเกตจากกรณีสงครามหมู่เกาะพอล์กแลนด์ด้วยกัน 5 ประการคือ

³¹ Repertoire, Supp. 1981 – 1984, Chap. 8, pp. 224 – 226.

³² Ibid

³³ Biffen 1982, pp. 519 – 520.

ประการแรก กรณีสงครามหมู่เกาะฟอล์กแลนด์เป็นตัวอย่างของทางปฏิบัติของรัฐ (State Practice) ที่ให้เหตุผลการกล่าวอ้างการป้องกันตนเองล่วงหน้าสำหรับภัยอันใกล้จะเกิด (Imminent Threat) โดยสามารถใช้การป้องกันตนเอง ก่อนเกิดการโจมตีด้วยอาวุธ (Armed Attack) ได้ เพราะหากปล่อยช้าไว้ให้กองเรืออาร์เจนตินาบุกยึดเกาะจนสำเร็จแล้วทางอังกฤษค่อยส่งเรือมา กว่าเรือจะเดินทางถึงหมู่เกาะ ก็ยิ่งกินเวลานานเข้าไปอีก ทำให้ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับอังกฤษมากขึ้นไปอีก

ประการที่สอง หากพิจารณาในเรื่องความห่างโดยระยะทางอย่างในกรณีนี้แล้วยังยึดการตีความแบบเคร่งครัดตามข้อ 51 ของกฎบัตรสหประชาชาติ อังกฤษก็ไม่สามารถป้องกันตนเองได้ทันทั่วถึง ก็ต้องปล่อยให้มีการยึดหมู่เกาะจนเรียบร้อยเสียก่อนแล้วค่อยทำสงครามแย่งชิงหมู่เกาะกลับคืนมา

ประการที่สาม หากพิจารณาตามองค์ประกอบอื่นของการป้องกันตนเองล่วงหน้าดังที่ได้กล่าวต่อไป เช่น ความจำเป็น (Necessity) นั้นก็พิจารณาได้ว่าอังกฤษกระทำไปโดยความจำเป็น เพราะวัตถุประสงค์และเป้าหมายของการป้องกันตนเองยังไม่บรรลุผล

ประการที่สี่ เหตุในเรื่องภัยอันใกล้จะเกิด (Imminent) นี้เป็นองค์ประกอบสำคัญที่จะเข้ามาแทนที่การโจมตีด้วยอาวุธบังเกิด (Armed Attack Occurs) เพราะจากกรณีนี้ แม้การโจมตีจริงจะยังไม่เกิดแก่อังกฤษ แต่อังกฤษก็สามารถใช้กำลังป้องกันตนเองต่อภัยที่ใกล้จะเกิดอย่างยิ่งได้แล้ว

ประการสุดท้าย ท่าทีของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติซึ่งเป็นสิ่งที่สะท้อนทัศนคติของประชาคมระหว่างประเทศ ก็จะยอมรับแนวทางดังกล่าวด้วยเช่นกัน เพราะพิจารณาจากข้อ 502 ที่ให้อาร์เจนตินาถอนทหารออกจากหมู่เกาะ สามารถตีความได้ว่าการป้องกันตนเองล่วงหน้าในกรณีภัยที่ใกล้จะเกิดนั้นเป็นที่ยอมรับได้

3.3 สรุปท้ายบท

จากที่ได้ศึกษามาในบทนี้จะเห็นว่า การป้องกันตนเองแบบดั้งเดิมจะมีฐานทางกฎหมายรองรับอยู่หลายฐานด้วยกัน เช่น หลักกฎหมายทั่วไป กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายสนธิสัญญา และแนวคำพิพากษาของศาล

แต่สำหรับการป้องกันตนเองล่วงหน้า ยังขาดฐานทางกฎหมายที่เป็น *lex lata* (Hard Law) อยู่ เช่นยังไม่มีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป หลักกฎหมายสนธิสัญญา หรือคำพิพากษาของศาลก็ยังไม่ชัดเจน

อย่างไรก็ดี ปรากฏว่ามีทางปฏิบัติของรัฐจำนวนไม่น้อยที่อ้างการกระทำเพื่อป้องกันตนเองล่วงหน้าดังกล่าว โดยมีได้้อำนาจฐานทางกฎหมายตามข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ แต่อาศัยแนวปฏิบัติของรัฐที่เกิดขึ้นและมีแนวโน้มที่จะอ้างหลักการป้องกันตนเองล่วงหน้ากันเปิดเผยมากขึ้น แสดงให้เห็นว่าอย่างน้อยที่สุด การป้องกันตนเองล่วงหน้าก็มีสถานะเป็นกฎหมายที่มีค่าบังคับอย่างอ่อน (*de lege ferenda* : Soft law) แล้วนั่นเอง ซึ่งก็มีโอกาสที่จะมีพัฒนาการก้าวรุดขึ้นในลักษณะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศต่อไปในอนาคตได้

บทที่ 4

การปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus กับหลักการป้องกันตนเองล่วงหน้า

4.1 สาธารณคดีของหลัก Rebus Sic Stantibus

เป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางว่าหลัก Rebus Sic Stantibus เป็นหลักกฎหมายที่มีมา ยาวนานแล้วดังจะเห็นได้จากตำราของนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงเป็นที่ยอมรับนับถือในวงการวิชาการ ซึ่งให้ประวัติความเป็นมาพร้อมกับบรรดาธิบายหลัก Rebus Sic Stantibus ไว้อย่างหลากหลาย ดังเช่น Lord McNair มีความเห็นว่า ที่มาของหลักนี้คือจารีตประเพณี ในช่วงเวลาหนึ่งเพื่อแทรก Clause (Clausula Rebus Sic Stantibus) นี้เข้าไปเป็นเงื่อนไขที่ยอมรับกันโดยปริยาย (Implied term)¹ ส่วน St. Thomas Aquinas ที่เห็นว่าการโกหกเป็นบาป เพราะฉะนั้นการฝ่าฝืนละเมิดสัญญา ก็เป็นบาปด้วย เว้นแต่ มีพฤติการณ์ที่น่าจะได้รับการยกโทษ เช่น ถ้ามีพฤติการณ์เปลี่ยนไปต่อบุคคล และกิจการ (business) ที่เขาดูแลอยู่² ซึ่งพฤติการณ์ที่น่าจะได้รับการยกโทษนี้เองสันนิษฐานได้ว่าเป็น ที่มาของหลัก Rebus Sic Stantibus ของ St. Thomas Aquinas นักวิชาการบางท่านกล่าวว่า หลัก Rebus Sic Stantibus มาจากกฎหมายโรมันในแง่ที่ว่า ทุกสัญญาจะมี Rebus Sic Stantibus เป็น เงื่อนไขแฝงอยู่แล้ว (Implied condition)³ ในขณะที่ Fenwick ได้กล่าวว่า หลักนี้มาจากพฤติกรรม ทางสังคมของมนุษย์⁴ ซึ่งผู้เขียนมองว่า แนวคิดของ Fenwick มีลักษณะคล้ายกม.ธรรมชาติ คือ บุคคลจะรู้สึกที่ไม่เป็นธรรม ที่จะต้องถูกผูกพันตามเงื่อนไขเดิมในขณะที่สภาวะการณ์เปลี่ยนแปลงไป มากนั่นเอง

¹ A.D. McNair, The Law of Treaties (United Kingdom : Oxford University Press, 1961) page 681.

² St. Thomas Aquinas, Summa Theologica, trans. Father of the English Dominican Province (Secunda Secundae, 1935). I, 80-4.

³ Athanassios Vamvoukos, Termination of Treaties in International Law : The Doctrines of Rebus Sic Stantibus and Desuetude (Great Britain : Clarendon Press, 1985). Page 5.

⁴ Fenwick, International Law, (4th edition, 1965) 545 ff.

แต่โดยภาพรวม (*grosso modo*) ก็มีจุดร่วมกันว่า หลัก *Rebus Sic Stantibus* ในกฎหมายระหว่างประเทศ แต่เดิมส่วนใหญ่มักถือว่าเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งมีควบคู่กันไปเสมือนเป็นอีกด้านหนึ่งของเหรียญ (*the other side of the coin*) ของหลัก *pacta sunt servanda* ซึ่งถือว่าเป็นข้อตกลงที่แฝงอยู่โดยปริยาย (*implicit หรือ implied term*) ในสนธิสัญญาทุกฉบับที่ไม่มีกำหนดอายุสัญญาซึ่งถึงแม้ว่าส่วนมากจะใช้กับสนธิสัญญา แต่ก็ใช้กับกฎหมายจารีตประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไปได้ด้วย⁵

จากประวัติความเป็นมาอันยาวนานของหลัก *Rebus Sic Stantibus* นี้ที่มีมาตั้งแต่สมัยโรมัน และมีวิวัฒนาการเรื่อยมาจนได้รับการประมวลไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ดังนั้น ผู้เขียนขอแยกพิจารณาหลักการและสาระสำคัญของหลัก *Rebus Sic Stantibus* ในสองช่วงด้วยกันคือ ในยุคก่อนที่จะถูกนำมาประมวลไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 และยุคหลังจากที่ได้ถูกประมวลเข้ามาในอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ค.ศ. 1969 แล้ว

4.1.1. ในยุคก่อนที่จะถูกนำมาประมวลไว้ในข้อ 62 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969

แต่เดิม หลัก *Rebus Sic Stantibus* ได้รับการพิจารณาเป็นหลักกฎหมายหลักหนึ่งที่เคียงคู่กับหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (*Pacta Sunt Servanda*) เพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลัก *Pacta Sunt Servanda* เสมือนกับเป็นอีกด้านหนึ่งของเหรียญ (*the other side of the coin*) ที่แฝงอยู่โดยปริยาย (*Implicit หรือ Implied Term*) ในสนธิสัญญาทุกฉบับที่ไม่มีกำหนดอายุสัญญา ซึ่งในด้านผลของการใช้หลักกฎหมายนี้ก่อนที่จะถูกประมวลเข้าไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 แล้ว ทำให้คู่สัญญา มีสิทธิที่จะเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสนธิสัญญานั้นโดยฝ่ายเดียวได้ ผลเช่นนี้ทำให้ในช่วงศตวรรษที่ 19 หลัก *Rebus Sic Stantibus* ได้รับความนิยมในกฎหมายระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก โดยถูกนำมาใช้เพื่อยกเลิกความตกลงและสนธิสัญญาฝ่ายเดียวในหลายกรณีด้วยกัน⁶ อาจจัดได้ว่าศตวรรษที่ 19 นี้เป็นยุคทองของหลัก *Rebus Sic Stantibus* ที่เดียว ดังสังเกตได้จากที่ *Bonucci*

⁵ ซึ่งเป็นประเด็นที่จะได้วิเคราะห์ต่อไปในเรื่องการใช้หลัก *Rebus Sic Stantibus* กับหลักกฎหมายอื่นที่มีใช้สนธิสัญญา

⁶ Athanassios Vamvoukos, *Termination of Treaties in International Law : The Doctrines of Rebus Sic Stantibus and Desuetude* (Great Britain : Clarendon Press, 1985). p.15-21.

ถึงกลับกล่าวว่า หลัก *Rebus Sic Stantibus* ไม่เพียงแต่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้ในกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น แต่ยังเป็น “กฎเกณฑ์สากลที่ใช้กับทุกสรรพสิ่ง” อีกด้วย⁷

4.1.2. ในยุคหลังจากที่ถูกนำมาประมวลไว้ในข้อ 62 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969

ต่อมา หลัก *Rebus Sic Stantibus* เริ่มเสื่อมคลายความนิยมลงในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 และ 2 และประเทศเยอรมนีเป็นผู้แพ้สงคราม เกิดวิกฤติเงินเฟ้อในเยอรมนีอย่างมาก ทำให้มีการยกเลิกหนี้สินมากว่าล้านเพื่อยกเลิกความตกลงกันอย่างแพร่หลาย จึงเกิดมีแนวคิดที่จะจำกัดการปรับใช้หลัก *Rebus Sic Stantibus* ดังกล่าว⁸

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (ILC) ได้ประมวล (Codify) หลัก *Rebus Sic Stantibus* ลงในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 โดยใช้ชื่อว่า Fundamental Change of Circumstances เพื่อหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำ *Rebus Sic Stantibus* เนื่องจากไม่ต้องการให้หลัก *Rebus Sic Stantibus* มีลักษณะเป็น Implied Term ในทุกสนธิสัญญาดังเดิมอีกต่อไปแล้ว แต่จะให้ มีลักษณะเป็นข้อยกเว้นของหลัก *Pacta Sunt Servanda* แทน จากแต่ก่อนที่มีข้อยกเว้น แต่เป็นหลักที่เคียงคู่กัน

ผลที่เกิดขึ้นภายหลังหลัก *Rebus Sic Stantibus* ได้ถูกประมวลเข้าไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาก็คือ มีการบัญญัติเงื่อนไขของการใช้หลักกฎหมายนี้ อย่างเคร่งครัดแล้วยังระบุว่าผลทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องรับภาระหนักขึ้นจากแต่เดิมมากมีสิทธิเจรจาขอแก้ไขหรือยกเลิกสนธิสัญญานั้นได้

⁷ Bonucci examines the role played by the principle underlying *Rebus Sic Stantibus* not only in the realm of law but in the life of mankind, in general, and, beyond that, in the existence of the entire universe and concludes: ‘Inasmuch as the object of the norm underlying the ‘*clausula*’ is in harmony with the totality of life (Gesamtleben) and with the ultimate, juristic application of the law of existence (*Sein*) which is at the same time the law of the necessity of existence’ (*Seinsollen*), Bonucci, 4 Zeitschrift für Volkerrecht und Bundesstaatrecht (1910), 449. Cited in Athanassios Vamvoukos, Termination of Treaties in International Law : The Doctrines of Rebus Sic Stantibus and Desuetude (Great Britain : Clarendon Press, 1985). p.21.

⁸ Athanassios Vamvoukos, Termination of Treaties in International Law : The Doctrines of Rebus Sic Stantibus and Desuetude (Great Britain : Clarendon Press, 1985). p.23.

เท่านั้น โดยกฎหมายมิได้ระบุว่าถ้าตกลงกันไม่ได้ผลจะเป็นอย่างไร ซึ่งตีความได้ว่าหากเข้าเกณฑ์ที่จะใช้หลักกฎหมายนี้ได้แล้ว แต่เจรจาเพื่อที่จะให้อีกฝ่ายหนึ่งแก้ไขหรือยกเลิกสนธิสัญญานั้นไม่ได้ ก็ปล่อยให้อยู่ในดุลพินิจของคู่สัญญาที่จะยกเลิกสนธิสัญญานั้นฝ่ายเดียวได้⁹

หลัก Rebus Sic Stantibus เป็นหลักกฎหมายที่ใช้กับความตกลงใดก็ตามที่ได้ทำขึ้น ทั้งโดยชัดแจ้งและโดยปริยาย โดยมีสาระสำคัญว่า คู่สัญญาสามารถที่จะปลดปล่อยพันธกรณีตามความตกลงได้ถ้าหากว่าเกิดเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากที่คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้ และเหตุการณ์นั้นทำให้คู่สัญญาไม่อาจปฏิบัติตามความตกลงได้อีกต่อไป

4.2 บ่อเกิดทางกฎหมาย (Formal Source) ของหลัก Rebus Sic Stantibus

4.2.1 หลักกฎหมายทั่วไป

การค้นหาลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศ สามารถค้นได้จากหลักเกณฑ์ของกฎหมายภายในประเทศของประเทศต่างๆ ที่ได้ให้การยอมรับหลักกฎหมายนั้น ซึ่งหลัก Rebus Sic Stantibus ได้ปรากฏตัวอยู่ในกฎหมายภายในแต่ละประเทศในชื่อที่แตกต่างกันตามแต่การเรียกของแต่ละประเทศ แต่ยังคงหลักการไว้ดั้งเดิม ยกตัวอย่างเช่นในประเทศเยอรมนี ก็จะใช้ชื่อว่าหลัก Geschaeftsgrundlage ในฝรั่งเศสใช้ชื่อว่าหลัก Imprévision ในอังกฤษและอเมริกันเรียกว่าหลัก Frustration

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่า หลัก Rebus Sic Stantibus มิได้ใช้เฉพาะกับสัญญาเท่านั้น แต่ใช้ได้กับทุกความตกลงหรือหลักกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ยกตัวอย่างเช่น กฎหมายภายในของสวิตเซอร์แลนด์ ในประมวลกฎหมายแพ่งสวิส มาตรา 62-67 ได้บัญญัติให้นำหลัก Rebus Sic Stantibus ไปใช้กับหลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้ด้วย ซึ่งมีได้เกี่ยวข้องกับสัญญาแต่อย่างใด¹⁰ ดังนั้นลักษณะ (Nature) ของหลัก Rebus Sic Stantibus จึงเป็นหลักฐานที่ยืนยันว่าหลัก Rebus Sic Stantibus มิได้ใช้อยู่ในกรอบของสัญญาเท่านั้น

⁹ Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties A Commentary, 2012, p. 1100.

¹⁰ Athanassios Vamvoukos, Termination of Treaties in International Law : The Doctrines of Rebus Sic Stantibus and Desuetude (Great Britain : Clarendon Press, 1985). p.36.

เมื่อได้นำหลัก Rebus Sic Stantibus ไปตราเป็นกฎหมายภายใน เราสามารถดูแนวทางการปรับใช้ของหลักนี้ได้ โดยผู้เขียนขอยกตัวอย่างประเทศที่มีการปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus อย่างแพร่หลายที่สุด นั่นคือเยอรมนี เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะประเทศเยอรมนีต้องผ่านวิกฤตเศรษฐกิจอย่างมหาดศาล ภายหลังตกเป็นฝ่ายแพ้สงครามโลกทั้งสองครั้ง โดยในประเทศเยอรมนี หลัก Rebus Sic Stantibus ได้เข้าไปสู่กฎหมายภายในในชื่อว่า “Geschäftsgrundlage” ซึ่งแปลว่าการร่วลงหล่นไปแห่งรากฐานของนิติกรรม¹¹

คำพิพากษาที่ศาลฎีกาแห่งจักรวรรดิได้อาศัยหลัก Geschäftsgrundlage มาเป็นฐานทางความคิดในการตัดสินคดีคดีแรกๆ ได้แก่คดีซื้อขายที่ดินรายหนึ่งซึ่งศาลตัดสินไว้เมื่อ ค.ศ.1922 ในคดีปรากฏว่า¹² คู่กรณีทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินกันตั้งแต่ก่อนสงครามโลกสงบลงเมื่อ ค.ศ. 1919 โดยขณะที่ทำสัญญากันนั้นผู้ขายยังไม่ได้เป็นเจ้าของที่ดิน แต่ผู้ขายคาดว่าตนจะได้ที่ดินนั้นมาจากห้างหุ้นส่วนที่ตนมีหุ้นส่วนอยู่และอยู่ระหว่างการชำระบัญชี การตกลงราคาซื้อขายที่ดินรายนี้เป็นไปตามราคาท้องตลาด แต่ปรากฏต่อมาว่าการชำระบัญชีเลิกห้างซึ่งเป็นเจ้าของที่ดินมีอันต้องล่าช้าไป และในระหว่างนั้นเองหลังจากสงครามสงบลง ได้มีการลดค่าเงินตรา ทำให้ราคาที่ดินพุ่งสูงขึ้นอย่างรวดเร็ว จนผิดราคาที่ตกลงกันไว้เดิมอย่างมาก ฝ่ายผู้ขายจึงเห็นว่าตนเองไม่ต้องผูกพันตามสัญญาจะซื้อจะขายนี้ต่อไป และศาลฎีกาแห่งจักรวรรดิก็ได้พิพากษารับรองให้ผู้ขายหลุดพ้นจากการชำระหนี้รายนี้ โดยศาลได้ให้เหตุผลว่า ในเวลาที่เข้าทำสัญญาซื้อขายรายนี้นั้น คู่สัญญาได้ถือเอาความได้สัดส่วนกันระหว่างหนี้ต่างตอบแทนของแต่ละฝ่ายเป็นเงื่อนไขของสัญญา ความได้สัดส่วนในหนี้ต่างตอบแทนระหว่างกันนี้เองที่ศาลถือว่าเป็นรากฐานแห่งนิติกรรม อันที่จริงศาลมิได้ยอมให้ผู้ขายในคดีนี้มีสิทธิบอกเลิกสัญญาซื้อขายรายนี้ได้ทันที แต่ในชั้นแรกนั้นศาลได้เข้าปรับราคาตามสัญญาเพื่อ “หลีกเลี่ยงการบอกเลิกสัญญา โดยปรับราคาซื้อขายให้สูงขึ้นเป็นสัดส่วนสอดคล้องกับค่าเงินที่ลดลง”¹³ ในทางกลับกันก็เป็นการรักษาสิทธิให้ผู้ซื้อได้มาซึ่งที่ดินแปลงนี้โดยชำระราคาค่าซื้อขายเพิ่มขึ้น ต่อเมื่อผู้ซื้อไม่เห็นชอบด้วยกับการปรับราคา ศาลจึงได้วินิจฉัยว่าผู้ขายยอมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาซื้อขายรายนี้ได้ เหตุผลชี้ขาดในคดีนี้ก็คือการซื้อขายที่ดินรายนี้เป็นกรซื้อขายทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ซึ่งไม่มีปัญหาเรื่องการ

¹¹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, หลักสุจริต และเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้. (พิมพ์ครั้งที่ 1) (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554). หน้า 133.

¹² เพิ่งอ้าง, หน้า 134-136.

¹³ เพิ่งอ้าง, หน้า 135.

แก้งำไรจากการขึ้นลงราคา อย่างไรก็ตามผู้วิจารณ์คำพิพากษาในคดีนี้ว่า การที่ศาลไม่ปล่อยให้ผู้ขายเป็นผู้รับภาระความเสี่ยงในความเปลี่ยนแปลงค่าของเงินแต่เพียงฝ่ายเดียวนั้น อันที่จริงเป็นการแบ่งภาระความเสี่ยงในเชิงนิติบัญญัติยิ่งกว่าในเชิงกฎหมาย และการที่ศาลถือว่าคู่สัญญาถือเอาความได้สัดส่วนแห่งหนี้ต่างตอบแทนระหว่างกันเป็นเงื่อนไขหรือเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมก็ไม่มีข้อเท็จจริงสนับสนุน และเป็นแต่เพียงการที่ศาลสมมติเอาเองเท่านั้น

คำพิพากษาในคดีข้างต้นนี้ ได้กลายเป็นจุดเริ่มต้นของแนวคำพิพากษาที่เกี่ยวกับการปรับราคาอีกหลายคดีในเวลาต่อมา ในปีค.ศ.1923 ศาลฎีกาแห่งจักรวรรดิได้ตัดสินคดีการชำระหนี้จำนองรายหนึ่ง โดยอ้างหลักสุจริตตามมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นเครื่องวินิจฉัยตามข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่า เจ้าของที่ดินรายหนึ่งได้จำนองที่ดินไว้กับเจ้าหนี้ของตนในราคา 13,000 มาร์ก และหนี้รายนี้ถึงกำหนดในวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1920 หลังจากค่าเงินเปลี่ยนแปลงไปในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง ลูกหนี้จำนองได้ออนเงินตามจำนวนที่เป็นหนี้ก่อนสงครามพร้อมดอกเบี้ยเพื่อชำระหนี้แก่เจ้าหนี้และขอไถ่ถอนจำนอง แต่โดยที่ค่าของเงินลดไปมากจนเห็นได้ว่าจำนวนเงินตามมูลหนี้ในสัญญาแทบจะไร้ค่าไปเสียแล้ว ศาลจึงตัดสินว่าลูกหนี้ที่ต้องการถอนจำนองต้องชำระเงินเพิ่มขึ้นจากราคาที่จดทะเบียนไว้ตามสัดส่วนราคาตลาดที่แท้จริงหลังสงคราม

ต่อมาเมื่อ ค.ศ.1925 สภานิติบัญญัติได้นำเอาผลของคำพิพากษาของศาลไปบัญญัติเป็นกฎหมายเรียกว่า กฎหมายว่าด้วยการปรับราคา (Auwertungsgesetz) โดยกำหนดว่าเจ้าของที่ดินซึ่งประสงค์จะไถ่ถอนจำนองจะต้องชำระหนี้จำนองในอัตราร้อยละ 25 ของมูลหนี้ที่แปลงเป็นมาร์กทองคำ และในกรณีที่เจ้าของที่ดินได้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้จำนองมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้นำเอาที่ดินมาจดทะเบียนจำนองเสียใหม่และปรับราคาให้เหมาะสมได้ ทั้งนี้โดยกฎหมายกำหนดเงื่อนไขและองค์ประกอบเพิ่มเติมบางประการ กฎหมายนี้ได้กลายเป็นอุปสรรคสำคัญแก่ผู้ขายที่ดิน ซึ่งได้ขายที่ดินของตนไปยังบุคคลภายนอกโดยปราศจากการจำนอง เพราะโดยผลของกฎหมายปรับราคา ผู้ขายนั้นต้องมีหน้าที่นำที่ดินที่ขายไปแล้วนั้นไปจดทะเบียนจำนองอีกครั้งที่สองและต้องชำระหนี้ในรูปของอัตรามาร์กทองคำ โดยแนวคำพิพากษานำเรื่องนี้ ศาลได้ให้ผู้ขายมีสิทธิได้รับการชดเชยราคาจากฝ่ายผู้ซื้อโดยวิธีปรับราคา เพราะในบางกรณีผู้ซื้อย่อมต้องมีส่วนช่วยชำระราคาไถ่ถอนที่ดินด้วย แต่ในกรณีที่ผู้ซื้อไม่เห็นชอบด้วย ดังนี้ผู้ขายย่อมมีสิทธิบอกเลิกสัญญา เราจะเห็นได้ว่าคำพิพากษาเหล่านี้ ล้วนแต่อาศัยฐานคิดมาจากทฤษฎี ว่าด้วยรากฐานของนิติกรรมสิ้นไปความผูกพันก็ระงับไปด้วย แม้ว่าหาก

พิเคราะห์ให้ละเอียดลงไปเราจะพบว่า มิได้เป็นไปตามทฤษฎีโดยเคร่งครัดเท่าใดนัก จนอาจกล่าวได้ว่า คำพิพากษาเหล่านี้เพียงแต่อาศัยทฤษฎีมาเป็นเครื่องประดับตกแต่งเท่านั้น¹⁴

จากคดีนี้แสดงให้เห็นถึงลักษณะ (Nature) ของการปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus คือ หากรักษาสัญญาเดิมได้จะพยายามรักษาสัญญาไว้ก่อน โดยให้แก่ไขสัญญาแทนที่จะยกเลิก ซึ่งมีหลักการรักษาสัญญาอยู่เบื้องหลังนั่นเอง

4.2.2 กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

จากที่ได้กล่าวถึงพัฒนาการของหลัก Rebus Sic Stantibus มาข้างต้นจะสามารถเห็นได้ว่า หลัก Rebus Sic Stantibus เป็นหลักที่มีลักษณะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาก่อน กล่าวคือ เป็นหลักที่รัฐนำไปปฏิบัติติดต่อกันมาเป็นเวลานานตั้งแต่โบราณกาล¹⁵ และรัฐต่างก็รับรู้ว่าการปฏิบัติดังกล่าวนี้เป็นกฎหมาย ดังได้มีการยืนยันสถานะการเป็นกฎหมายจารีตประเพณีของหลัก Rebus Sic Stantibus ไว้ในคดี *Fishery Jurisdiction case* ว่า

*“...Article 62 of the Vienna Convention on the Law of Treaties,... may in many respects be considered as a codification of existing customary law on the subject of the termination of a treaty relationship on account of change of circumstances”*¹⁶

ต่อมาเมื่อมีการร่างอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ปี ค.ศ. 1969 คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission: ILC) ได้ประมวล (Codify) หลักกฎหมายจารีตประเพณีเกี่ยวกับหลัก Rebus Sic Stantibus ไว้ในข้อ 62 ของอนุสัญญาฯ ซึ่งเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงความสำคัญของหลักดังกล่าว ว่าเป็นหลักซึ่งนักกฎหมายระหว่างประเทศส่วนใหญ่ยอมรับว่า

¹⁴ เฟ็งอ้าง, หน้า 137.

¹⁵ วิศิษฐ์พร วัฒนาวาทิน, ความสัมพันธ์ระหว่างหลัก REBUS SIC STANTIBUS กับหลัก PACTA SUNT SERVANDA ในสนธิสัญญา, วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช, ปีที่ 3, ฉบับที่ 1, หน้า 34.

¹⁶ *Fishery Jurisdiction case (Federal Republic of Germany v. Iceland), Judgment*, 2 February 1973, ICJ Reports 1973, p 63, para. 36.

มีอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสนธิสัญญา¹⁷ ซึ่งหากเกิดขึ้นย่อมมีผลต่อการยกเลิกสนธิสัญญา หรือการถอนตัวออกจากสนธิสัญญา หรือการระงับใช้บังคับสนธิสัญญาได้

4.2.3 คำพิพากษาของศาล

คำพิพากษาของศาลเป็นบ่อเกิดของหลัก Rebus Sic Stantibus ที่ไม่ค่อยดีนัก โดยผู้เขียนตั้งข้อสังเกตได้ว่าถ้าปรับใช้ผ่านศาลจะมีลักษณะที่เคร่งครัด กรณีมีการปรับใช้ที่ศาลระหว่างประเทศยอมรับเพียงคดีเดียวคือ คดี A. Racke GmbH & Co. v. Hauptzollamt Mainz ของศาลแห่งสหภาพยุโรป (ECJ) โดยมีรายละเอียดดังนี้คือ

ข้อเท็จจริง

คดีนี้มีการฟ้องคดีที่ Federal Finance Court ส่งให้ศาลเพื่อพิจารณาเบื้องต้น (Preliminary Ruling) ภายใต้ข้อบท 177 ของ EC Treaty โดยโจทก์คือ A. Racke GmbH & Co. (ต่อไปนี้จะเรียกว่า Racke) และจำเลยคือ สำนักงานใหญ่ศุลกากรของเยอรมัน (Principal Customs Office, Mainz) เกี่ยวกับหนี้ศุลกากรที่เกิดจากการนำเข้าไวน์ที่มีแหล่งผลิตจากยูโกสลาเวียสู่เยอรมนี

ข้อเท็จจริงสืบเนื่องมาจากการลงนาม Cooperation Agreement ระหว่าง EEC กับ ยูโกสลาเวีย โดย ข้อ 22 ของ Cooperation Agreement และที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยข้อ 4 ของพิธีสาร กำหนดให้มีข้อตกลงการค้าใหม่ (new trade arrangement) ดังนี้

1. ภาษีศุลกากรขาเข้า (Common Customs Tariff) ของไวน์จากออสเตรียตามหัวข้อย่อย 22.05 C ex I or ex II ที่มีต้นกำเนิดจากยูโกสลาเวีย ที่มีขนาดต่อขวดไม่เกิน 2 ลิตรจะได้รับการลดภาษีนำเข้า 30% ภายใต้การจำกัดโควตา 12,000 hectoliters ต่อปี...

ต่อมามีเหตุการณ์ทางการเมืองความไม่สงบในยูโกสลาเวียเกิดขึ้น EEC จึงมีมติโดย Council เมื่อวันที่ 11 November 1991 ยุติชั่วคราว (Suspend) การปรับใช้ Cooperation Agreement โดยเหตุผลปรากฏในอารัมภบทของ Decision ดังต่อไปนี้

¹⁷ Yearbook of International Law Commission (1966), pp.256-58.

อ้างอิงจาก Declaration เมื่อวันที่ 5 และ 28 October 1991 ที่มีการประชุมกันในกรอบ European Political Cooperation พูดถึงประเด็นวิกฤติในยูโกสลาเวีย UNSC มีข้อมติที่ 713 (1991) มีความเป็นห่วงว่าสถานการณ์ที่ยูโกสลาเวียเป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ¹⁸

ขณะเดียวกัน สถานการณ์สงครามและผลกระทบของเศรษฐกิจและความสัมพันธ์ทางการค้าที่ตามมา ระหว่างยูโกสลาเวียกับ the Community ก่อให้เกิด “การเปลี่ยนแปลงในเงื่อนไขจนถึงขั้นรากฐาน” ในขณะที่ได้มีการทำ Cooperation Agreement¹⁹

ระหว่างวันที่ 6 November 1990 – 27 April 1992 Racke ได้นำเข้าไวน์ที่ปลูกบริเวณ Kosovo แล้วนำไปเก็บไว้ในโกดังของเอกชนของตนเอง ต่อมาในวันที่ 7 May 1992 Racke ก็สำแดงไวน์ที่ได้รับมาภายใต้อัตราพิเศษ (Preferential rates of customs duties ตาม Cooperation Agreement) ทั้งๆ ที่ในช่วงนั้นทาง Council ได้มีมติระงับ Cooperation Agreement ดังกล่าวไปแล้ว ด้วยเหตุนี้ในวันที่ 27 May 1992 สำนักงานศุลกากรเรียกร้องให้มีการแยกระหว่าง third country rate of customs duty กับ Preferential rate เมื่อนำเข้าไวน์ที่ผลิตจากเซอร์เบีย และเรียกร้องให้ Racke จ่ายอัตราภาษีศุลกากรในราคาเต็มโดยไม่ใช้อัตราพิเศษ (Preferential rates)

¹⁸ Whereas, in their declaration of 5 and 28 October 1991, the European Community and its Member States, meeting within the framework of European Political Cooperation, took note of the crisis in Yugoslavia; whereas the United Nations Security Council expressed, in resolution 713 (1991), the concern that the prolongation of this situation constituted a threat to international peace and security;

¹⁹ Whereas the pursuit of hostilities and their consequences on economic and trade relations, both between the Republics of Yugoslavia and with the Community, constitute a **radical change** in the conditions under which the Cooperation Agreement between the European Economic Community and the Socialist Federal Republic of Yugoslavia and its Protocols, as well as the Agreement concerning the European Coal and Steel Community, were concluded; whereas they call into question the application of such Agreements and Protocols;

ด้วยเหตุนี้ Rache จึงได้นำคดีไปฟ้องที่ศาลภาษี (ซึ่งเป็นศาลชั้นต้นซึ่งต่อไปจะมีกระบวนการ Judicial Review ไปที่ ECJ.) ศาลภาษีเยอรมันแบ่งการตัดสินเป็น 2 กรณีดังนี้ **ยืน (Upheld)** กรณีไวน์ที่นำเข้าก่อนวันที่ 15 November 1991

ยก (Dismissed) กรณีไวน์คงค้างที่โดนผลจากการยกเลิกชั่วคราวความตกลงดังกล่าว และกล่าวต่อว่าเนื่องจากมีสงครามในยูโกสลาเวียจึงทำให้เหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไปมาก เลยยกเลิก Cooperation Agreement ที่ให้สิทธิพิเศษแก่ Rache ดังนั้นภาษีที่จะลดให้ 30 % จึงไม่มีอีกต่อไป

Rache จึงอุทธรณ์ข้อกฎหมายของศาลภาษีในประเด็นที่ว่า การยุติการปฏิบัติตามความร่วมมือแต่เพียงฝ่ายเดียวของ Council นั้น ไม่ต้องด้วยข้อบทที่ 62 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ว่าด้วยเรื่อง Fundamental Change of Circumstances

ในมุมมองของ National Court การที่ยูโกสลาเวียแตกเป็นรัฐใหม่ 2-3 รัฐ และเหตุการณ์สงครามในยูโกสลาเวียเป็นปัจจัยที่พิจารณาได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง ซึ่งเกี่ยวข้องกับ Fundamental Change of Circumstances ในเชิงเนื้อหา (material circumstances) ซึ่งเป็นพื้นฐานของความยินยอมในการเข้าผูกพันตาม Cooperation Agreement

ศาลภาษี (Bundesfinanzhof) ได้ยุติการพิจารณาคดีไว้ชั่วคราว และส่งประเด็นให้ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (ECJ) พิจารณาในสองประเด็นดังนี้คือ

1. Council Regulation นั้นมีผลหรือไม่ (คำสั่งของ Council ที่ให้ระงับชั่วคราว (suspend) ความตกลงนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่)
2. ถ้า Council Regulation ไม่มีผล จะมีผลตามมาอย่างไรในกรณีของภาษีศุลกากรที่เรียกเก็บในช่วงก่อนเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1992 ของไวน์ที่มีต้นกำเนิดในเซอร์เบียซึ่งนำเข้าระหว่างช่วงกลางเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 1991 ถึงเดือนเมษายน ค.ศ. 1992

คำวินิจฉัยของศาล

ศาลกล่าวว่า ในชั้น Preliminary observation มีข้อควรจดจำว่าถึงแม้ข้อบท 62 ในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 จะไม่ผูกพัน EEC และรัฐสมาชิกทั้งหมดก็ตาม แต่ก็สะท้อนกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้วางไว้เกี่ยวกับ Fundamental Change of Circumstances อันเนื่องมาจากการระงับสนธิสัญญาได้ ด้วยเหตุนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงได้

ระบุในคดี Fishery Jurisdiction ว่าหลักที่อยู่ในข้อบท 62 นี้เป็นการประมวล (Codification) กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีอยู่จริงและกำลังมีอยู่²⁰

สำหรับคำถามในประเด็นที่ 1 เรื่อง The Validity of the disputed regulation นั้น เป็นที่น่าสังเกตว่าคำถามที่ 1 นี้ที่ว่าคำสั่งยกเลิก Cooperation Agreement นี้ยังมีผลอยู่หรือไม่ เป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอันเป็นเนื้อหาของข้อพิพาทโดย Racke อ้างว่าเขาควรได้รับภาษีในอัตราพิเศษ (Preferential rate) ตามเดิม (คือตามข้อ 22 ของ Cooperation Agreement)

เรื่องแรกที่ศาลต้องประเมินคือ ข้อ 22(4) ของ Cooperation Agreement นั้นปัจเจกชนสามารถอ้างใช้สิทธิโดยตรงได้หรือไม่ ศาลได้วางแนวมาตลอดว่า ข้อบทของความตกลง (Agreement) ที่จัดทำ (Conclude) โดยประเทศที่ไม่ใช่สมาชิก (non-member countries) จะปรับใช้โดยตรงได้เมื่อ²¹

1. พิจารณาจากถ้อยคำ (Wording) วัตถุประสงค์ (Purpose) ธรรมชาติ (Nature) ของความตกลงว่าสามารถทำได้
2. ข้อบทระบุพันธกรณีไว้อย่างเจาะจงและชัดเจน โดยไม่ต้องออกมาตรการอื่นใดเพิ่มเติมอีก (เป็นพันธกรณีที่สามารถนำไปปฏิบัติได้ทันที)

เป็นที่น่าสนใจว่า เริ่มแรกนั้นคำถามที่ถูกอ้างอิง (Referred) โดย National Court มีประเด็น “เฉพาะ” เรื่องการมีผลของ Disputed Regulation ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังนั้นถ้า Disputed Regulation ถูกประกาศว่าไม่มีผล การให้สิทธิพิเศษตาม Cooperation Agreement ก็ยังคงมีผลบังคับใช้ได้อยู่ใน Community Law จนกว่า Community จะยุติการใช้เอง ในลักษณะที่สอดคล้องกับกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง

²⁰ Judgment of 2 February 1973, *Fishery Jurisdiction (United Kingdom v Iceland)*, ICJ Reports 1973, p.3, Paragraph 36.

²¹ Case 12/86 *Demirel v Stadt Schwabisch Gmund* [1987] ECR 3719, Paragraph 14.

การประกาศความสิ้นผลของ Disputed Regulation โดยเหตุผลที่ขัดแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นก็จะเปิดช่องให้ปัจเจกชนสามารถใช้สิทธิได้ตาม Preferential treatment ได้โดยตรง (โดยสิทธินี้ได้รับมาจาก Cooperation Agreement)

ในคดี C-286/90 *Poulsen and Diva Navigation* [1992] ECR I-6019, Paragraph 9 ศาลกล่าวว่า ในการใช้อำนาจของ EC EC ต้องเคารพกฎหมายระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้ศาลจึงต้องเคารพกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วยเมื่อรับกฎเกณฑ์ที่ยุติชั่วคราว (Suspend) ของ Trade concession²²

ด้วยเหตุนี้ กฎเกณฑ์ในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการยกเลิกหรือยุติชั่วคราวของสนธิสัญญา โดย Fundamental Change of Circumstances จึงผูกพัน Community Institution และเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายของสหภาพยุโรป²³

Racke ยกกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอันเป็นพื้นฐาน (Fundamental rule of Customary International Law) ในเรื่อง Rebus Sic Stantibus ต่อ Disputed Regulation ที่ระงับสิทธิได้รับภาษีศุลกากรในอัตราพิเศษของเขาไป²⁴ (Disputed Regulation คือ มติของ Council ที่ออกมาระงับชั่วคราว Cooperation Agreement)

โดยกฎเกณฑ์ที่ Racke อ้างนั้นเป็นข้อยกเว้นของหลัก Pacta Sunt Servanda ซึ่งความสำคัญของหลัก Pacta Sunt Servanda ได้ถูกเน้นย้ำความสำคัญโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ) ในคดี *Gabcikovo-Nagymaros Project* ซึ่งกล่าวว่า เป็นไปเพื่อเสถียรภาพของสนธิสัญญา ดังนั้นการอ้าง Rebus Sic Stantibus จึงเป็นไปโดยข้อยกเว้นเท่านั้น²⁵

การที่ปัจเจกชนจะอ้างเพื่อคัดค้านไม่ให้เกิดการยุติชั่วคราว Cooperation Agreement มีผล ก็ต้องพิจารณากฎเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ครอบคลุมในเรื่องการยกเลิกและ

²² *Racke Case C-162/96* [1998] ECR-I-3707 at 45.

²³ “European Court of Justice: A RACKE GMBH & CO. V. HAUPTZOLLAMT MAINZ” *International Legal Materials*, Vol. 37, No. 5 (September 1998), p. 1137, Para 46.

²⁴ *Racke Case C-162/96* [1998] ECR-I-3707 at 48.

²⁵ Judgment of 25 September 1997, *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v Slovakia)*, at paragraph 104.

ยุติชั่วคราวของสนธิสัญญาที่มีอยู่ด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ต้องยก Rebus Sic Stantibus ที่อยู่ในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาปรับใช้กับกรณีด้วย

เนื่องจากกฎเกณฑ์ในเรื่อง Rebus Sic Stantibus ชับซ้อน แต่ศาลก็พบว่า Council ไม่ได้มีความผิดพลาดอย่างร้ายแรง (no manifest error of assessment) เกี่ยวกับเงื่อนไขในการปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus

Rebus Sic Stantibus ที่นำมาใช้กับคดีคือ Rebus Sic Stantibus ที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ²⁶ (ที่มีการประมวล (Codify) ไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาปี 1969) ซึ่งได้ร่างเงื่อนไขไว้ 2 ประการคือ²⁷

1. เหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงนั้นต้องเป็นพื้นฐานการเข้าร่วมเป็นภาคีของสนธิสัญญา
2. การเปลี่ยนแปลงนี้ต้องมีผลกระทบขนาดเปลี่ยนรูป (Transform) ขยายขอบเขตพันธกรณีตามสนธิสัญญาอย่างมาก

พิจารณาเงื่อนไขแรกของหลัก Rebus Sic Stantibus หากพิจารณาจากอารัมภบท (Preamble) ของ Cooperation Agreement ที่ระบุว่า²⁸

to promote the development and diversification of economic, financial and trade cooperation in order to foster a better balance and an improvement in the structure of their trade and expand its volume and to improve the welfare of their populations

และในข้อบทที่ 1 ของ Cooperation Agreement ก็ได้ระบุถึงวัตถุประสงค์ของความตกลงว่า

²⁶ “European Court of Justice: A RACKE GMBH & CO. V. HAUPTZOLLAMT MAINZ” *International Legal Materials*, Vol. 37, No. 5 (September 1998), p. 1138, Para 53.

²⁷ *Racke Case C-162/96 [1998] ECR-I-3707 at 53.*

²⁸ *Racke Case C-162/96 [1998] ECR-I-3707 at 54.*

...is to promote overall cooperation between the contracting parties with a view to contributing to the economic and social development of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia and helping to strengthen relations between the parties”

จากวัตถุประสงค์ในอารัมภบทที่กว้างขวางนี้แล้ว การอ้างให้เกิดสันติภาพในยูโกสลาเวียเป็นสิ่งที่จำเป็นในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และการที่มีหน่วยงานที่สามารถทำให้เกิดความร่วมมือในดินแดนยูโกสลาเวีย ก่อให้เกิดเงื่อนไขสำคัญสำหรับการริเริ่มและมุ่งไปสู่ความร่วมมือกัน แต่ต่อมาจากข้อเท็จจริงที่เกิดสงครามขึ้นในดินแดนยูโกสลาเวีย ทำให้หน่วยงานที่ก่อให้เกิดความร่วมมือในดินแดนยูโกสลาเวียไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้ ข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงเป็นความเปลี่ยนแปลงที่กระทบต่อพื้นฐานการเข้าร่วมเป็นภาคีของสนธิสัญญา²⁹ ดังนั้น Suspending Regulation จึงสอดคล้องกับเงื่อนไขประการแรกของหลัก Rebus Sic Stantibus

หากพิจารณาเงื่อนไขที่ 2 เรื่องการกระทบขยายพันกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศอย่างมาก

เมื่อพิจารณาจากอารัมภบทข้อที่ 2 ของ Disputed Regulation มีใจความสรุปได้ว่า ภาวะสงครามที่เกิดขึ้นและผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อเศรษฐกิจ และความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างทั้งยูโกสลาเวียและ Community ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอย่างมาก (a radical change) ในเงื่อนไขภายใต้ Cooperation Agreement และ Protocols ขณะที่เข้าทำสัญญากัน และจากอารัมภบทข้อที่ 2 นี้เองก็ไม่ปรากฏว่า Council ได้ประเมินสถานการณ์อย่างผิดพลาดร้ายแรงแต่ประการใด³⁰ (It does not appear that the Council made a manifest error of assessment) ดังนั้นการตัดสินใจของ Council จึงสอดคล้องกับเงื่อนไขประการที่สองของหลัก Rebus Sic Stantibus

²⁹ “European Court of Justice: A RACKE GMBH & CO. V. HAUPTZOLLAMT MAINZ”
International Legal Materials, Vol. 37, No. 5 (September 1998), p. 1138, Para 55.

³⁰ *Racke Case C-162/96 [1998] ECR-I-3707 at 56.*

Racke ต่อสู้ว่า จำนวนการค้าขนาดใดขนาดหนึ่งยังคงต้องมีอยู่ต่อไปกับยูโกสลาเวีย และ The Community ควรจะต้องให้อัตราภาษีศุลกากรแบบพิเศษ (Tariff Concession) ต่อไปแก่ ยูโกสลาเวีย³¹

ในขณะเดียวกันศาลโดยตุลาการผู้แถลงคดี (Advocate General) ได้ยกข้อเท็จจริงที่ยังคงมีอยู่ที่ได้ชี้ประเด็นไว้ในความเห็นของท่านในย่อหน้าที่ 93 ว่า การปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เป็นประเด็นปัญหาอยู่นี้ไม่ได้ระบุว่าจะต้องเป็นการพันวิสัยในการปฏิบัติตามพันธกรณี และก็ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องให้สิทธิพิเศษ (Preference) เพื่อกระตุ้นการค้าของ ยูโกสลาเวียในขณะที่ประเทศนี้กำลังแตกลงแต่อย่างใด³²

เหตุที่ศาลกล่าวเช่นนี้ก็เพราะ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศวางกฎเกณฑ์ไว้ว่า ถ้าเป็นกรณีพฤติการณ์เป็นพันวิสัย (Impossibility) ก็ไม่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาด้วยเหตุนี้ การอ้าง Fundamental Change of Circumstances จึงได้รับการยืนยัน (upheld)

ประเด็นสุดท้าย เรื่องการไม่แจ้งเตือน (Notification) ตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ใน ข้อ 65 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ค.ศ. 1969 Racke ต่อสู้ว่า Council มิได้ปฏิบัติตามขั้นตอนที่ได้ระบุไว้ในข้อ 65³³ อาทิ Council มิได้แจ้งให้ตนทราบถึงการกล่าวอ้างหลัก Rebus Sic Stantibus และยังมีได้ระบุถึงมาตรการที่ Council กล่าวอ้างจะใช้ประกอบกับเหตุผลที่ใช้ในมาตรการเช่นนั้น และยังไม่มีการรอให้ผ่านพ้นช่วงเวลาตามที่ข้อ 65 กำหนดไว้ ฯลฯ ด้วยเหตุนี้การกล่าวอ้างหลัก Rebus Sic Stantibus จึงเป็นการไม่ชอบ

ศาลกล่าวไว้ในประเด็นนี้ว่า การไม่แจ้งเตือนตามขั้นตอนที่ได้ระบุไว้ในข้อ 65 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ค.ศ. 1969 เป็นสิ่งที่พอยอมทนได้³⁴ (permissible) เนื่องจากถึงแม้จะไม่ได้ปฏิบัติตามข้อ 65 แต่ขั้นตอนต่างๆ ที่ระบุไว้เฉพาะเจาะจงตามข้อ 65 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ค.ศ. 1969 นั้น

³¹ Racke Case C-162/96 [1998] ECR-I-3707 at 57.

³² Racke Case C-162/96 [1998] ECR-I-3707 at 57.

³³ Racke Case C-162/96 [1998] ECR-I-3707 at 58.

³⁴ Racke Case C-162/96 [1998] ECR-I-3707 at 58.

ไม่ใช่ส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ³⁵ และ the Council ก็ไม่ได้เป็นภาคีของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ค.ศ. 1969 ด้วย

จากการพิจารณาคำถามในประเด็นแรกแล้วพบว่า ไม่มีปัจจัยใดที่จะส่งผลกระทบต่อกรณีผลของ Council Regulation (EEC) No 3300/91 of 11 November 1991³⁶ และเมื่อไม่เข้าคำถามในประเด็นแรก ก็ไม่มีความจำเป็นต้องพิจารณาคำถามในประเด็นที่สอง³⁷

จากคดีนี้มีข้อค้นพบที่น่าสนใจหลายประการพอสรุปเป็นข้อๆ ได้ดังนี้

1. ศาลยอมรับว่าหลัก Rebus Sic Stantibus เป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เป็นการยืนยันคำพิพากษาในคดี Fishery Jurisdiction โดยศาลให้เหตุผลว่า สหภาพยุโรปก็ต้องเคารพกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งย่อมต้องรวมถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย ซึ่งหลัก Rebus Sic Stantibus ก็เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศประการหนึ่งเช่นกัน
2. เป็นครั้งแรกที่ศาลสหภาพยุโรป ได้ชี้ชัดลงไปว่า ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ มีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายของสหภาพยุโรป และต้องผูกพันทุกองค์กร (Institutions) ในสหภาพยุโรปด้วย
3. เป็นครั้งแรกอีกเช่นกัน ที่มีการกล่าวอ้างหลัก Rebus Sic Stantibus เป็นผลสำเร็จในศาลระหว่างประเทศ โดยศาลตัดสินว่าเข้าหลักเกณฑ์ตาม Rebus Sic Stantibus และศาลก็ยอมรับว่า “ภาวะสงคราม” ก็สามารถพิจารณาเป็นพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากตามหลัก Rebus Sic Stantibus ได้

นักวิชาการบางท่านมีมุมมองว่า ผลจากการขัดกันทางอาวุธ (Armed conflict) ต่อสนธิสัญญานั้นมีลักษณะกลายเป็น Fundamental Change of Circumstances โดยยอมรับว่า

³⁵ *Racke* Case C-162/96 [1998] ECR-I-3708 at 59.

³⁶ *Racke* Case C-162/96 [1998] ECR-I-3708 at 60.

³⁷ *Racke* Case C-162/96 [1998] ECR-I-3708 at 61.

เหตุการณ์การขัดกันทางอาวูธนี้ก็สามารถเป็นเหตุให้ยกเลิกสนธิสัญญาได้ไม่ว่าจะเป็นการชั่วคราวหรือถาวร³⁸

แต่ก็มีนักวิชาการบางท่านกล่าวว่าศาลสหภาพยุโรป (ECJ) อาจจะไม่เคร่งครัดในการปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus เท่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ) ก็เป็นไปได้³⁹ นักวิจารณ์ทั้งหลายตั้งข้อสังเกตว่า คดีนี้มีลักษณะพิเศษบางอย่างที่ส่งผลหรือมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจของ ECJ และ Council⁴⁰ เช่น ข้อเท็จจริงเรื่องสงครามที่ยังคงยึดเยื้อในประเทศเพื่อนบ้าน (ถึงแม้จะมีข้อตกลงหยุดยิงแล้วก็ตาม แต่ Resolution ของ UNSC ก็ยังกำหนดว่าสงครามนี้ก่อให้เกิดภัยคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ) เหตุนี้เป็นสิ่งสนับสนุนว่าพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นเป็น Fundamental Change of Circumstances

4. ปัจเจกชน คือ Racke สามารถอ้างสิทธิที่ตนถูกกระทบได้ “โดยตรง” ในศาลระหว่างประเทศ ซึ่งตอนแรกก็มีการโต้เถียงกันว่าจะได้หรือไม่ และสรุปแล้วว่าสามารถกระทำได้ หากเข้าเงื่อนไข 2 ประการในคดีที่วางบรรทัดฐานไว้แล้วในคดีก่อนข้างต้น

5. ข้อบททุกข้อในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มิใช่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเสียทั้งหมด เนื่องจากบางข้อบทเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้วได้รับการประมวล (Codify) ไว้ในอนุสัญญา บางข้อบทกำหนดไว้ในอนุสัญญาขึ้นมาก่อนแล้วค่อยกลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีในภายหลัง แต่บางข้อดังเช่นในข้อ 65 นี้แม้จะเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ก็ไม่ได้เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เพราะเป็นเพียงเรื่องที่กำหนดขั้นตอนหรือกระบวนการ (Procedural) เท่านั้น มิใช่ตัวเนื้อหาสาระ (Substance) ของหลักกฎหมายแต่อย่างใด

³⁸ ‘The Effect of Armed Conflict on Treaties: an Examination of Practice and Doctrine’ (2005) UN Doc A/CN.4/550, 68-69 [121]

³⁹ Klabbers, ‘Re-inventing the Law of Treaties: The Contribution of the EC Courts’ (1999) 30 Netherlands Ybk Intl L 53-57.

⁴⁰ Elias, ‘Re-inventing the Law of Treaties: The Contribution of the EC Courts’ (1999) 30 Netherlands Ybk Intl L 21-2.

4.2.4 กฎหมายสนธิสัญญา

เดิมหลัก Rebus Sic Stantibus เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ต่อมา คณะกรรมาธิการ กฎหมายระหว่างประเทศ (ILC) ได้ประมวล (Codify) หลัก Rebus Sic Stantibus ลงอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ปี 1969 (VCLT 1969) ไว้ในข้อ 62 ของอนุสัญญาฯ ซึ่งเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงความสำคัญของหลักดังกล่าว ว่าเป็นหลักซึ่งนักกฎหมายระหว่างประเทศส่วนใหญ่ยอมรับว่ามีอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสนธิสัญญา⁴¹ ซึ่งหากเกิดขึ้นย่อมมีผลต่อการยกเลิกสนธิสัญญาหรือการถอนตัวออกจากสนธิสัญญา หรือการระงับใช้บังคับสนธิสัญญาได้

อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายระหว่างประเทศ ตลอดทั้งคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศต่างเห็นพ้องต้องกันว่า การกล่าวอ้างหลักพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากเพื่อเป็นเหตุในการยกเลิกสนธิสัญญา หรือการถอนตัวจากสนธิสัญญา หรือการระงับการบังคับใช้สนธิสัญญานี้ต้องใช้อย่างจำกัด กล่าวคือ ควรจะมีลักษณะที่เป็นข้อยกเว้นมากกว่าที่จะเป็นหลักทั่วไป มิเช่นนั้นแล้วรัฐภาคีก็จะยกหลักพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปมาก (Rebus Sic Stantibus) นี้ขึ้นกล่าวอ้างได้ อันจะทำให้หลัก(สนธิ)สัญญาต้องเป็น(สนธิ)สัญญา (Pacta Sunt Servanda) ซึ่งเป็นหัวใจของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสนธิสัญญาเสื่อมความศักดิ์สิทธิ์ลงไป เพราะในความเป็นจริงแล้วพฤติการณ์ต่างๆ ในทางระหว่างประเทศก็เปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา⁴²

นอกจากนี้ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศเห็นว่ากฎเกณฑ์ในเรื่อง Rebus Sic Stantibus นี้ถือเป็นกลไกเพื่อความมั่นคงและปลอดภัยสูงสุดตั้งวาล์วนิรภัย (Safety Valve) ในทางปฏิบัติ ทั้งนี้เนื่องจากสนธิสัญญา มักจะบรรจุข้อยกเว้นเกี่ยวกับการแก้ไขหรือข้อบทปกป้อง (Safeguard Clause) ไว้เสมอในลักษณะที่จะทำให้สนธิสัญญาสามารถปรับตัวให้เข้ากับสภาวะการณ์แวดล้อมได้ แต่กฎเกณฑ์นี้จะไม่ใช่กับกรณีการแก้ไขเล็กน้อย⁴³

⁴¹ Yearbook of International Law Commission (1966), pp.256-58.

⁴² Ibid.

⁴³ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ (พิมพ์ครั้งที่2) (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2550). หน้า188.

ดังนั้น เมื่อมีการทำสนธิสัญญากันแล้ว รัฐภาคีต่างต้องเคารพสนธิสัญญาเช่นว่านั้น จนกว่าจะมีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหรืออย่างมีนัยสำคัญ อันจะทำให้รัฐภาคีนั้นต้องรับภาระอย่างหนักในการปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาและรัฐภาคีนั้นไม่สามารถคาดหมายได้ ในขณะที่ทำสนธิสัญญาว่าจะเกิดพฤติการณ์เช่นว่านั้นขึ้น

ข้อ 62 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ได้บัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการกล่าวอ้างหลักพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก เพื่อเป็นเหตุยกเลิก ถอนตัว หรือระงับใช้สนธิสัญญาไว้ดังนี้

“1. การเปลี่ยนแปลงอย่างมากของสถานการณ์ (A fundamental change of circumstances) ซึ่งได้เกิดขึ้นแก่พฤติการณ์ที่ได้มีอยู่ในขณะที่ทำสนธิสัญญา และเป็นพฤติการณ์ซึ่งรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาไม่อาจคาดหมายได้นั้น ไม่อาจหยิบยกขึ้นมาเพื่อเป็นเหตุยกเลิกเพิกถอนจากสนธิสัญญา เว้นแต่

- (a) การมีอยู่ของพฤติการณ์เหล่านั้น เป็นพื้นฐานสำคัญของการให้ความยินยอมของรัฐภาคีเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา และ
- (b) ผลของการเปลี่ยนแปลงนั้นก่อให้เกิดการแปรเปลี่ยนอย่างมากของรูปแบบ และขอบเขตแห่งสาระัตถะแห่งพันธกรณีซึ่งรัฐภาคียังคงต้องปฏิบัติต่อไปตามสนธิสัญญา

2. การเปลี่ยนแปลงอย่างมากแห่งพฤติการณ์ดังกล่าวข้างต้นนั้น รัฐภาคีไม่อาจหยิบยกขึ้นเป็นเหตุเพื่อยกเลิกเพิกถอนสนธิสัญญาได้ ในกรณีต่อไปนี้

- (a) หากสนธิสัญญานั้นเป็นสนธิสัญญากำหนดเขตแดน
- (b) หากการเปลี่ยนแปลงอย่างมากแห่งพฤติการณ์นั้น เป็นผลมาจากการฝ่าฝืนพันธกรณีแห่งสนธิสัญญา หรือพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐที่กล่าวอ้างเช่นว่านั้น ต่อรัฐภาคีอื่นแห่งสนธิสัญญานั้น ๆ

3. ภายใต้ข้อบทในวรรคก่อนหน้านี้ หากรัฐภาคีใดอาจจะกล่าวอ้างการเปลี่ยนแปลงอย่าง

มากแห่งพฤติการณ์เพื่อเป็นเหตุในการยกเลิก เพิกถอนตนจากสนธิสัญญา รัฐภาคีนั้นก็อาจจะยกเหตุดังกล่าวขึ้นอ้างเพื่อการระงับการบังคับใช้ของสนธิสัญญานั้นได้เช่นกัน”⁴⁴

4.3 เงื่อนไขการใช้หลัก Rebus Sic Stantibus

ในการพิจารณาเงื่อนไขของการปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus ไม่อาจพิจารณาได้จากเฉพาะถ้อยคำในตัวบทเท่านั้น หากแต่ต้องพิจารณาคำอธิบาย (Commentary) ประกอบกันไปด้วย

หากพิจารณาในตัวบทข้อ 62 จะบัญญัติไว้ว่า

1. การเปลี่ยนแปลงอย่างมากของสถานการณ์ (A fundamental change of circumstances) ซึ่งได้เกิดขึ้นแก่พฤติการณ์ที่ได้มีอยู่ในขณะที่ทำสนธิสัญญา และเป็นพฤติการณ์ซึ่งรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาไม่อาจคาดหมายได้นั้น ไม่อาจหยิบยกขึ้นมาเพื่อเป็นเหตุยกเลิกเพิกถอนจากสนธิสัญญา เว้นแต่

⁴⁴ “Article 62 Fundamental change of circumstances

1. A fundamental change of circumstances which has occurred with regard to those existing at the time of the conclusion of a treaty, and which was not foreseen by the parties, may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from the treaty unless:

(a) the existence of those circumstances constituted an essential basis of the consent of the parties to be bound by the treaty; and

(b) the effect of the change is radically to transform the extent of obligations still to be performed under the treaty.

2. A fundamental change of circumstances may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from a treaty:

(a) if the treaty establishes a boundary; or

(b) if the fundamental change is the result of a breach by the party invoking it either of an obligation under the treaty or of any other international obligation owed to any other party to the treaty.

3. If, under the foregoing paragraphs, a party may invoke a fundamental change of circumstances as a ground for terminating or withdrawing from a treaty it may also invoke the change as a ground for suspending the operation of the treaty.”

- (a) การมีอยู่ของพฤติกรรมเหล่านั้น เป็นพื้นฐานสำคัญของการให้ความยินยอมของรัฐภาคี เพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา และ
- (b) ผลของการเปลี่ยนแปลงนั้นก่อให้เกิดการแปรเปลี่ยนอย่างมากของรูปแบบ และขอบเขต แห่งสารัตถะแห่งพันธกรณีซึ่งรัฐภาคียังคงต้องปฏิบัติต่อไปตามสนธิสัญญา

จากบทบัญญัตินี้ แสดงให้เห็นว่าลำพังเพียงแต่มีสภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก แต่เพียงอย่างเดียว ไม่อาจยกเป็นเหตุอ้างทำให้สนธิสัญญาสิ้นสุดหรือเป็นเหตุอ้างถอนตัวจากการเป็น ภาคีสสนธิสัญญาได้ แต่สภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากนี้จะต้องมีผลกระทบอย่างรุนแรงต่อ ขอบเขตเนื้อหาของพันธกรณีตามสนธิสัญญา กล่าวคือ การเปลี่ยนแปลงนี้ต้องเกี่ยวข้องกับพื้นฐาน สำคัญยิ่งของการยินยอมที่จะเข้าผูกพันในสนธิสัญญาและจะต้องเป็นการเปลี่ยนแปลงลักษณะ พันธกรณีที่ยังเหลืออยู่ให้ต้องปฏิบัติเป็นอย่างมากเสียจนกระทั่ง หากรัฐที่ยกอ้างล่วงรู้ก่อนถึงความ เปลี่ยนแปลงที่อาจจะเกิดขึ้น ก็ย่อมไม่ตัดสินใจเข้าผูกพันอย่างแนนอน อีกทั้งการเปลี่ยนแปลงนี้แม้จะ ไม่มีผลถึงกับทำให้รัฐที่ยกอ้างไม่อาจจะปฏิบัติตามพันธกรณีของตนได้ แต่ก็สร้างภาระให้กับรัฐที่ยก อ้างอย่างมากมายจนทำให้สูญเสียสมดุลของผลประโยชน์ระหว่างรัฐภาคีต่างๆ ไปสิ้น

นอกจากนี้ ยังอาจจะมองได้ว่า สงครามมีลักษณะที่จะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงเช่นนี้ได้⁴⁵ และน่าจะเป็นเหตุให้มีการระงับใช้สนธิสัญญาชั่วคราวในระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้องมากกว่าที่จะเป็นเหตุให้ ถอนตัว ดังนั้นเมื่อสงครามสงบลง คู่ภาคีก็ยังสามารถจะปฏิบัติตามสนธิสัญญากันต่อไปได้

ข้อยกเว้นของหลัก Rebus Sic Stantibus

หากพิจารณาต่อบทในมาตรา 62 วรรค 2 จะพบข้อยกเว้นการใช้หลัก Rebus Sic Stantibus ว่า

2. การเปลี่ยนแปลงอย่างมากแห่งพฤติกรรมดังกล่าวข้างต้นนั้น รัฐภาคีไม่อาจหยิบยกขึ้น

⁴⁵ B.Browns, "The Effects of Armed Conflicts on Treaties," *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1981, p.271-284, 1982, p.175-244; Sh.Rosenne, *Developments in the Law of Treaties*, Cambridge University Press, 1989, p. 68-72.

เป็นเหตุเพื่อยกเลิกเพิกถอนสนธิสัญญาได้ ในกรณีต่อไปนี้

(a) หากสนธิสัญญานั้นเป็นสนธิสัญญากำหนดเขตแดน (boundary)

ตัวอย่างของสนธิสัญญาที่กำหนดเขตแดนนั้นได้แก่ สนธิสัญญาซึ่งกำหนดให้ใช้ร่องน้ำลิก (Thalweg) ในแม่น้ำเป็นพรมแดนระหว่างรัฐและต่อมาปรากฏว่า แม่น้ำนั้นเปลี่ยนแปลงเส้นทางหรือเกิดที่งอกริมฝั่ง หรือเกิดเกาะกลางน้ำ หรือเหตุอื่นใดอันเป็นผลทำให้ร่องน้ำลิกนั้นเปลี่ยนแปลงตามไปด้วย ในกรณีเหล่านี้ หลักการเปลี่ยนแปลงอย่างมีนัยสำคัญของสภาพการณ์ (Rebus Sic Stantibus) จึงไม่นำมาใช้กับกรณีสนธิสัญญากำหนดเขตแดน ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะ สนธิสัญญาประเภทนี้ต้องการความแน่นอนและต่อเนื่องของสนธิสัญญา ดังนั้น รัฐภาคีจึงไม่อาจยกเอาความเปลี่ยนแปลงของเส้นเขตแดนมาขอแก้ไขสนธิสัญญาได้

(b) หากการเปลี่ยนแปลงอย่างมากแห่งพฤติการณ์นั้น เป็นผลมาจากการฝ่าฝืนพันธกรณีแห่งสนธิสัญญา หรือพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐที่กล่าวอ้างเช่นนั้น ต่อรัฐภาคีอื่นแห่งสนธิสัญญานั้น ๆ

ช้อยกเว้นข้อนี้ สอดคล้องกับภาษิตละตินที่ว่า “บุคคลไม่อาจได้รับประโยชน์จากการกระทำที่ไม่ดีก่อนๆ ของตนเองได้” ดังนั้น การที่รัฐฝ่ายที่อ้างเป็นผู้ละเมิดพันธกรณีเสียเอง แล้วผลแห่งการละเมิดนั้น ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงอย่างมาก จึงเป็นธรรมดาอยู่เองที่รัฐไม่อาจจะได้ประโยชน์จากข้อกล่าวอ้างนั้นได้

4.3.1 มีความเปลี่ยนแปลงอย่างมาก

เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในตัวบทและคำอธิบาย (Commentary) แล้ว สามารถแยกองค์ประกอบของลักษณะความเปลี่ยนแปลงในการกล่าวอ้างหลัก Rebus Sic Stantibus ได้ 5 ประการดังนี้คือ

ก. ลักษณะของความเปลี่ยนแปลง

1. พฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นจะต้องเปรียบเทียบกับเวลาในขณะที่เข้าร่วมในความตกลง
2. ต้องมีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากของรากฐาน (Fundamental) ของความตกลง
3. หากยังคงต้องปฏิบัติตามความตกลงเดิมจะเป็นการเพิ่มภาระในการปฏิบัติตามพันธกรณีแก่ฝ่ายที่ต้องปฏิบัติตามอย่างเกินสมควร

4. พฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงต้องไม่อาจคาดเห็นได้ (Unforeseen) ในขณะที่จัดทำความตกลง
5. หากรัฐล่วงรู้ถึงการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวจะไม่ยินยอมเข้าร่วมในความตกลงนั้น

อนึ่ง พฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากของรากฐาน (Fundamental) ของความตกลง อาจพอยกตัวอย่างได้ดังนี้ ความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นไม่สอดคล้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานในการปกป้องรักษาตนเองของรัฐอีกต่อไป (The Primary of Self-Preservation) หรือ ถ้าการผูกพันนั้นอาจทำให้รัฐต้องตกอยู่ในอันตราย หรือ มีความไม่เท่าเทียมเกิดขึ้น หรือ นำมาสู่ความทรุดโทรม เสียหายแก่รัฐ หรือ เป็นภาระอย่างใหญ่หลวงแก่รัฐ หรือ ถ้าสนธิสัญญานั้น ยังคงอยู่ จะขัดแย้งต่อวัตถุประสงค์แห่งรัฐ (Objective of the State)

นอกจากนี้ศาลในคดี *Racke* ตัดสินว่า “ภาวะสงคราม” ก็สามารถพิจารณาเป็นพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากตามหลัก *Rebus Sic Stantibus* ได้

นักวิชาการบางท่านมีมุมมองว่า ผลจากการขัดกันทางอาวุธ (Armed conflict) ต่อสนธิสัญญานั้นมีลักษณะกลายเป็น *Fundamental Change of Circumstances* โดยยอมรับว่า เหตุการณ์การขัดกันทางอาวุธนี้ก็สามารถเป็นเหตุให้ยกเลิกสนธิสัญญาได้ไม่ว่าจะเป็นการชั่วคราวหรือถาวร⁴⁶

ข. ผลในทางกฎหมายของหลัก *Rebus Sic Stantibus*

โดยหลักแล้วหากเข้าเกณฑ์ตามองค์ประกอบดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว และไม่เข้าเกณฑ์ข้อยกเว้น ผลก็คือ นอกจากจะส่งผลให้สนธิสัญญานั้นจะสิ้นผลบังคับใช้ หรือถอนตัวจากสนธิสัญญาได้แล้ว ยังสามารถใช้เพื่อระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาได้อีกด้วย⁴⁷

⁴⁶ ‘The Effect of Armed Conflict on Treaties: an Examination of Practice and Doctrine’ (2005) UN Doc A/CN.4/550, 68-69 [121]

⁴⁷ ดูอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ปี 1969 มาตรา 62 วรรค 3 ซึ่งบัญญัติว่า “ภายใต้ข้อบทในวรรคก่อนหน้า นี้ หากรัฐภาคีใดอาจกล่าวอ้างการเปลี่ยนแปลงอย่างมากแห่งพฤติการณ์เพื่อเป็นเหตุในการยกเลิก เพิกถอนตนจากสนธิสัญญา รัฐภาคีนั้นก็อาจจะยกเหตุดังกล่าวขึ้นอ้างเพื่อการระงับการบังคับใช้ของสนธิสัญญานั้นได้เช่นกัน

นอกจากนี้ผลทางกฎหมายอีกประการหนึ่งของหลัก Rebus Sic Stantibus คือการแก้ไขสนธิสัญญาหรือความตกลงต่าง ๆ ก็สามารถทำได้เช่นกัน⁴⁸

4.3.2 ต้องยินยอมทั้งสองฝ่ายหรือไม่ และคู่ภาคีสามารถอ้างได้โดยฝ่ายเดียวหรือไม่

โดยหลักแล้ว ผลทางกฎหมายในการยกเลิก เพิกถอน ระงับชั่วคราว หรือแก้ไขสนธิสัญญาหรือความตกลงต่าง ๆ นั้นมิได้เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติ กล่าวคือ เป็นเพียงการก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องแก่รัฐภาคีในการที่จะร้องขอให้รัฐคู่ภาคีมาร่วมเจรจาเกี่ยวกับอนาคตของสนธิสัญญาฉบับนั้น และรัฐภาคีที่ได้รับคำร้องขอมีหน้าที่ที่จะต้องเข้าร่วมเจรจา หากรัฐภาคีที่ได้รับคำร้องขอปฏิเสธไม่ยอมเข้าร่วมเจรจาหรือปฏิเสธไม่ยอมนำเรื่องขอให้ศาลระหว่างประเทศวินิจฉัยชี้ขาด รัฐภาคีที่ร้องขอรวมทั้งรัฐภาคีอื่นๆ มีสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายตามหลักอำนาจอธิปไตยแห่งรัฐ ที่จะระงับหรือยกเลิกหน้าที่ที่ตนจะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาได้ซึ่งในคำอธิบาย ข้อ 62 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ค.ศ. 1969 ได้อธิบายว่า การยกเลิกพันธกรณีของสนธิสัญญาโดยฝ่ายเดียวสามารถกระทำได้ แต่ขอให้ใช้เป็นหนทางสุดท้าย⁴⁹ (Last Resort)

ในทางตรงกันข้ามหากรัฐภาคีหันหน้าเข้ามาร่วมเจรจาตามคำร้องขอของรัฐภาคีด้วยกันแล้ว ก็ต้องดูต่อไปว่าผลของการเจรจาจะเป็นอย่างไร รัฐภาคีทั้งหลายก็ต้องปฏิบัติตามผลการเจรจาครั้งใหม่นี้ และถือว่าเป็นข้อตกลงใหม่เป็นสนธิสัญญาฉบับใหม่ที่เป็นผลมาจากการเจรจาทกลงกันใหม่ของรัฐภาคีสันธิสัญญาฉบับเดิม⁵⁰

ข้อตกลงหรือสนธิสัญญาฉบับใหม่นี้ อาจมีผลให้สนธิสัญญาเดิมสิ้นผลบังคับใช้เป็นการชั่วคราวจนกว่าเหตุการณ์จะเปลี่ยนแปลงกลับไปเหมือนขณะทำสนธิสัญญาก็ได้ ปัญหาอาจเกิดขึ้นว่าช่วงการเจรจาขอให้ทบทวนสนธิสัญญาเพราะเกิดการเปลี่ยนแปลงสถานการณ์อย่างมากนี้อาจจะกินเวลานาน และยังไม่ทราบผลในขณะนั้น ในกรณีนี้ รัฐภาคีอาจตกลงไว้โดยให้ผลการเจรจามีผลทันที

⁴⁸ Athanassios Vamvoukos, Termination of Treaties in International Law : The Doctrines of Rebus Sic Stantibus and Desuetude (Great Britain : Clarendon Press, 1985). P. 199-200.

⁴⁹ Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties A Commentary, (New York: Springer Heidelberg Dordrecht, 2012), p. 1100.

⁵⁰ วิศิษฐ์พร วัฒนาวาทิน, ความสัมพันธ์ระหว่างหลัก REBUS SIC STANTIBUS กับหลัก PACTA SUNT SERVANDA ในสนธิสัญญา, วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมาธิราช, ปีที่ 3, ฉบับที่ 1, หน้า 35.

เมื่อครบกระบวนการทำสนธิสัญญาแล้ว หรือให้มีผลย้อนหลังตั้งแต่มีการเปลี่ยนแปลงของเหตุการณ์อย่างมากดังกล่าว หรือตั้งแต่ที่รัฐภาคีร้องขอให้ทบวงสนธิสัญญาก็ได้⁵¹

อย่างไรก็ตาม รัฐอาจสิ้นสิทธิที่จะยกเอาการเปลี่ยนแปลงอย่างมากแห่งพฤติการณ์ที่มีอยู่ในขณะทำสัญญาเพื่อยกเลิก เพื่อถอนตัว เพื่อแก้ไข หรือเพื่อระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาได้หากปรากฏว่า รัฐซึ่งมีสิทธิกล่าวอ้างการเปลี่ยนแปลงพฤติการณ์เช่นนั้น ได้ตกลงอย่างชัดแจ้งว่า สนธิสัญญายังคงสมบูรณ์อยู่ และมีผลใช้บังคับต่อไปหรือยังคงมีผลบังคับใช้ต่อไปแล้วแต่กรณี หรือโดยเหตุที่รัฐซึ่งมีสิทธิกล่าวอ้างนั้นได้กระทำการใดๆ อันถือได้ว่าเป็นการยอมรับโดยไม่ได้แย้งคัดค้าน (acquiescence) ถึงความสมบูรณ์ของสนธิสัญญาหรือการยังคงมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญาแล้วแต่กรณี ทั้งนี้โดยเป็นไปตาม มาตรา 45 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ปี ค.ศ. 1969⁵²

ในทางปฏิบัติในระหว่างประเทศโดยเฉพาะในยุคปัจจุบัน มีตัวอย่างให้เห็นหลายกรณีที่มีการประกาศล้มเลิกสนธิสัญญาแต่ฝ่ายเดียว โดยให้หลัก Rebus Sic Stantibus โดยส่วนใหญ่แล้วก็เพื่อผลประโยชน์ทางการเมือง⁵³ ตัวอย่างเช่น การที่เยอรมนีประกาศล้มเลิกสนธิสัญญาโลคาร์โนฉบับปี ค.ศ. 1925 เมื่อวันที่ 7 มีนาคม ค.ศ. 1936 และล้มเลิกบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้แม่น้ำของสนธิสัญญาแวร์ซายส์ เมื่อวันที่ 14 พฤศจิกายน ค.ศ. 1936 การที่โซเวียตประกาศล้มเลิกสนธิสัญญาพันธมิตรฉบับวันที่ 26 พฤษภาคม ค.ศ. 1942 ที่ทำกับฝรั่งเศส และสนธิสัญญาฉบับวันที่ 10 ธันวาคม

⁵¹ วิศิษฐ์พร วัฒนาวาทิน, วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช, ปีที่ 3, ฉบับที่ 1, หน้า 35.

⁵² **Article 45 Loss of a right to invoke a ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty**

A State may no longer invoke a ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty under articles 46 to 50 or articles 60 and 62 if, after becoming aware of the facts:

(a) it shall have expressly agreed that the treaty is valid or remains in force or continues in operation, as the case may be; or

(b) it must by reason of its conduct be considered as having acquiesced in the validity of the treaty or in its maintenance in force or in operation, as the case may be.

⁵³ Charles Rousseau, Droit International Public, p.76, อ้างถึงใน สมพงษ์ ชูมาก, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 156-157.

ค.ศ. 1944 ที่ทำกับอังกฤษ ในวันที่ 7 พฤษภาคม ค.ศ. 1955 และการที่อียิปต์ประกาศเมื่อวันที่ 16 ตุลาคม ค.ศ. 1951 ล้มเลิกสนธิสัญญาพันธมิตรระหว่างอังกฤษกับอียิปต์ ที่ลงนามเมื่อวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1936 และประกาศเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1957 ล้มเลิกสนธิสัญญาระหว่างอังกฤษกับอียิปต์ฉบับ 19 ตุลาคม ค.ศ. 1954 เกี่ยวกับคลองสุเอซ เป็นต้น

กรณีสหรัฐกล่าวอ้างหลัก Rebus Sic Stantibus เพื่อยกเลิก Load Line Convention เป็นตัวอย่างที่เผยให้เห็นว่า ถึงแม้ศาลจะไม่ค่อยปรับใช้หลัก Fundamental Change of Circumstances แต่รัฐก็สามารถกล่าวอ้างหลักนี้ขึ้นนอกศาลได้⁵⁴ และประเทศเนเธอร์แลนด์ก็เคยมีการกล่าวอ้างหลัก Rebus Sic Stantibus ในปี 1982 อย่างเป็นที่ประจักษ์เพื่อยุติชั่วคราว (Suspend) ความตกลงช่วยเหลือเพื่อการพัฒนา (Development Assistance Agreement) ระหว่างประเทศซูรินาม (Surinam) ซึ่งเคยเป็นอาณานิคมของเนเธอร์แลนด์มาก่อน กับประเทศเนเธอร์แลนด์ เมื่อรัฐบาลที่เนเธอร์แลนด์ตกลงจะให้ความช่วยเหลือนั้นถูกล้มล้างด้วยการรัฐประหาร (Coup d'etat) ด้วยเหตุละเมิดสิทธิมนุษยชน⁵⁵

นอกจากนี้ ยังมีกรณีสนธิสัญญาแอตแลนติกเหนือ (The North Atlantic Treaty) ข้อ 6 ได้บัญญัติไว้ว่า “ For the purpose of Article V an armed attack on one or more of the Parties is deemed to include an armed attack on the territory of any of the Parties in Europe or North America, on the Algerian Departments of France.”

ต่อมาแอลจีเรียได้แยกตัวออกจากฝรั่งเศส กลายเป็นประเทศเอกราช ข้อบทที่เกี่ยวกับแอลจีเรียในข้อ 6 นี้จึงถือว่าไม่มีผลบังคับใช้นับตั้งแต่แอลจีเรียเป็นเอกราช โดยไม่ต้องมีการแก้ไข

⁵⁴ Malgosia Fitzmaurice, Exceptional Circumstances and Treaty Commitments, The Oxford Guide to Treaties. (United Kingdom : Oxford University Press, 2012) p.620

⁵⁵ In 1939, the French Foreign Ministry argued that war was a changed circumstance to terminate its acceptance of compulsory jurisdiction of the PCIJ.

สนธิสัญญา ทั้งนี้ เพราะเกิดการเปลี่ยนแปลงสถานการณ์อย่างมากในแอลจีเรีย เนื่องจากแอลจีเรียไม่ได้เป็นจังหวัดของฝรั่งเศสแล้ว NATO จึงไม่ต้องให้ความคุ้มครอง⁵⁶

เมื่อไม่นานมานี้ รัสเซียได้ระงับการใช้สนธิสัญญาองค์การกำลังปกติในยุโรป ค.ศ. 1990 (The Conventional Forces in Europe Treaty) เมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ. 2007 เนื่องจากมีสภาพแวดล้อมที่ผิดปกติเป็นอย่างมาก (Extraordinary Circumstances) ซึ่งกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของรัสเซีย

สภาพแวดล้อมที่ผิดปกติเป็นอย่างมาก ที่รัสเซียอ้างนั้น คือ การที่สหรัฐอเมริกาได้วางแผนติดตั้งจรวดในโปแลนด์ ซึ่งเป็นเขตติดกับรัสเซีย รัสเซียจึงระงับ (Suspend) การใช้สนธิสัญญาดังกล่าวเพื่อมิให้กลุ่มประเทศนาโต้ตรวจสอบที่ตั้งทางทหารของรัสเซีย และเพื่อฝ่ายรัสเซียไม่ต้องจำกัดจำนวนอาวุธปกติ เช่น รถถัง ปืนใหญ่ และเครื่องบินรบ ตามที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาปี 1990

สภาพแวดล้อมที่ผิดปกติเป็นอย่างมาก ก็ควรจะถือเป็นพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก (Fundamental Change of Circumstances) ด้วย เพราะการวางแผนติดตั้งจรวดใกล้พรมแดนรัสเซีย เป็นสภาพแวดล้อมใหม่ (ปี ค.ศ. 2007) ซึ่งเปลี่ยนแปลงไปจากสภาพแวดล้อมปี ค.ศ. 1990 ตอนทำสนธิสัญญาฉบับนี้ จึงเป็นการเปิดโอกาสให้ยกเลิกสนธิสัญญาหรือระงับการใช้สนธิสัญญาได้ แม้ว่าในสนธิสัญญาจะไม่มีข้อบอญญาตให้ยกเลิกหรือระงับการใช้ก็ตาม⁵⁷

จากที่กล่าวมาทั้งหมดนี้แสดงให้เห็นว่า หลัก Rebus Sic Stantibus มีบริบทการกล่าวอ้างที่หลากหลาย เช่น มิได้จำกัดอยู่แต่เพียงการกล่าวอ้างผ่านศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเท่านั้น เช่น การกล่าวอ้างตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในศาลระหว่างประเทศ และการปรับใช้โดยรัฐเพื่อความเป็นธรรมของคู่กรณีนอกศาลระหว่างประเทศ ซึ่งจากที่ได้ศึกษาค้นคว้ามานั้นจะพบว่าการปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus นั้นสามารถปรับใช้นอกบริบทของสัญญาได้ เช่น ปรับใช้กับหลักกฎหมายว่าด้วยลามาภิควรได้ของประมวลกฎหมายแพ่งสวิส มาตรา 62-67 ที่ได้กล่าวแล้วในหัวข้อ 4.2.1

⁵⁶ สมบูรณ์ เสี่ยงมบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้กันในปัจจุบัน (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ พ.ศ. พัฒนา, 2554). หน้า 83.

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 84.

สำหรับผลของหลัก Rebus Sic Stantibus นั้นสามารถเป็นได้ทั้งยกเลิก เพิกถอน ระวัง ชั่วคราว และแก้ไขความตกลงต่างๆ และโดยหลักแล้วคู่ภาคีไม่สามารถอ้างฝ่ายเดียวเพื่อยกเลิกความผูกพันได้ แต่หากไม่อาจตกลงกันได้จริงๆ ก็ให้ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐยกเลิกความผูกพันได้โดยฝ่ายเดียวเป็นหนทางสุดท้าย

4.3.3 การนำหลัก Rebus Sic Stantibus มาปรับใช้กับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ในทางทฤษฎีนั้น มีแนวคิดว่าการกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีพื้นฐานการก่อตั้งขึ้นมาจาก 2 ทฤษฎีหลัก ๆ ด้วยกัน⁵⁸ นั่นคือทฤษฎีความสมัครใจ (Voluntaristic Theory) และทฤษฎีความจำเป็น (Objectivist Theory) กรณีมีนัยยะของการวิเคราะห์กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในแง่ของบ่อเกิดของกฎหมายที่เกิดจากความสมัครใจยินยอมของรัฐด้วยเช่นกัน แต่ความยินยอมนั้นแตกต่างกับการแสดงเจตนาอย่างชัดแจ้ง ซึ่งมีทฤษฎีที่กล่าวว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกิดจากความตกลงประเภทหนึ่งด้วยเช่นกัน คือ ทฤษฎีความตกลงโดยปริยาย (Tacit Agreement) ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายเป็นพื้นฐานของการวิเคราะห์การนำหลัก Rebus Sic Stantibus มาปรับใช้กับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศต่อไป

ก. ทฤษฎีความสมัครใจ (Voluntaristic Theory)⁵⁹

ทฤษฎีนี้เห็นว่า กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นมีลักษณะการเกิดที่ค่อยๆ เกิดขึ้นจากทางปฏิบัติของรัฐ และการยึดมั่นว่าทางปฏิบัตินั้นเป็นกฎหมาย เมื่อรัฐส่วนใหญ่เห็นไปในทิศทางเดียวกันว่าทางปฏิบัติเหล่านั้นมีสถานะเป็นกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า การที่ไม่มีผู้ใดคัดค้านทางปฏิบัติ ก็เท่ากับเป็นการที่รัฐต่างๆ ยินยอมผูกพันตนด้วยกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จึงสามารถพิจารณาได้ว่า กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นความยินยอมประเภทหนึ่งเกิดขึ้น

⁵⁸ นพนิธิ สุริยะ, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 (พิมพ์ครั้งที่ 6) (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2552). หน้า 49-50.

⁵⁹ เหตุที่เรียกว่า Voluntaristic Theory หรือทฤษฎีสมัครใจนั้นเนื่องจากถือเจตนารมณ์ของรัฐเป็นใหญ่ ว่าการที่กฎหมายใดจะมีผลผูกพันบังคับใช้กับรัฐได้นั้น รัฐจะต้องยินยอม (Consent) เสียก่อน เช่นเดียวกับแนวคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism) ที่ถือเจตนารมณ์ของรัฐอธิปไตย (Sovereign Will) เป็นบ่อเกิดของกฎหมาย โปรดดู John Austin, Lecture on Jurisprudence, (London : John Murray, 1875).

จากความยินยอมโดยปริยาย (Tacit Agreement) ของรัฐที่เกี่ยวข้อง โดยแนวคิดที่ว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกิดขึ้นจากความยินยอมโดยปริยายเริ่มปรากฏตั้งแต่สมัยโรมัน โดยได้รับการบันทึก Epitome Ulpiani ว่า “จารีตประเพณีก็คือการยินยอมโดยปริยายของประชาชน (Mores Sunt Tacitus Consensus Populi)”⁶⁰ ซึ่งในกรณีนี้ ประชาชนในสังคมระหว่างประเทศก็คือรัฐนั่นเอง

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เป็นข้อตกลงระหว่างรัฐโดยปริยาย (Tacit Agreement) ที่มีได้แสดงออกอย่างชัดแจ้ง (Explicit) ดังเช่นสนธิสัญญา โดย Prof. Tunkin กล่าวว่า

การรับรอง (Recognition) หรือการยอมรับ (Acceptance) โดยรัฐในกฎหมายที่เป็นจารีตประเพณี ในฐานะที่เป็นบรรทัดฐานทางกฎหมาย ล้วนเกิดจากการแสดงออกในเจตจำนง (Will) ซึ่งก็คือการยินยอมของรัฐที่จะพิจารณาว่ากฎหมายจารีตประเพณีเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศ...เมื่อรัฐอื่นๆ แสดงเจตนารมณ์เช่นเดียวกัน การตกลงโดยปริยาย (Tacit Agreement) จึงก่อตัวขึ้นในการรับรองว่ากฎหมายจารีตประเพณีนั้นเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศ⁶¹

เช่นเดียวกับศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Lotus กล่าวว่า

กฎหมายระหว่างประเทศใช้ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐที่เป็นเอกราชกฎหมายระหว่างกฎหมายที่ผูกพันรัฐล้วนเกิดมาจากเจตจำนงอิสระ (Free Will) ของรัฐทั้งสิ้น เช่น ที่แสดงในสนธิสัญญาหรือธรรมเนียมปฏิบัติที่เป็นกฎหมาย (Usage of Law) และกฎหมายเช่นนี้เกิดขึ้นเพื่อใช้ในการความสัมพันธ์ในประชาคมที่อยู่ร่วมกันอย่าง

⁶⁰ Watson, A., *An Approach to Customary Law*, 31 UCLR 561, 562 (1984).

⁶¹ Tunkin, G., *Theory of International Law*, Translation by W. Butler, (Cambridge : Mass, 1974), p.119, 123, 133

เป็น อิสระหรือด้วยเจตนาธรรมที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ร่วมกันตั้งนั้น ข้อจำกัดที่รัฐ
มิได้ยินยอมจึงมีอาจเกิดขึ้นได้⁶²

จากคำตัดสินของศาลในคดี Lotus นี้ “กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ผูกพันรัฐล้วนเกิดมาจาก
เจตจำนงอิสระ” จึงย่อมต้องร่วมกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย และเนื่องจากกฎหมาย
จารีตประเพณีระหว่างประเทศเกิดจากความยินยอมของรัฐเท่านั้น กฎหมายจารีตประเพณีระหว่าง
ประเทศจึงมีผลผูกพันเฉพาะรัฐที่ให้ความยินยอม เช่นเดียวกับสนธิสัญญาที่ผูกพันเฉพาะคู่ภาคี

ในเรื่องนี้ Prof. Tunkin มีความเห็นว่า “ถ้ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกิดขึ้น
ในระยะเวลาหนึ่งแล้วนั้น รัฐที่ผลประโยชน์ถูกระทบยั้งนิ่งเฉยอยู่ ก็จะถือว่ารัฐนั้นยอมรับโดยปริยาย
ในบรรทัดฐานที่เกิดขึ้น”⁶³

เมื่อกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นความตกลงในรูปแบบหนึ่ง นั่นคือความตกลง
โดยปริยาย (Tacit Agreement) ดังนั้นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายว่าด้วยหลัก Rebus Sic Stantibus ที่
ใช้ได้กับทุกความตกลง (Agreement) ที่มีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างมีนัยสำคัญก็ย่อมต้อง
สามารถนำมาปรับใช้กับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ด้วยเช่นกัน ซึ่งในประเด็นดังกล่าว
มีแนวคิดทางวิชาการทั้งที่สนับสนุนและคัดค้าน อันจะพิจารณาได้ดังนี้คือ

ข. การปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus กับความตกลงโดยปริยาย (Tacit Agreement)

ในกฎหมายระหว่างประเทศ บ่อยครั้งที่มีประเด็นปัญหาที่ไม่ชัดเจนเกิดขึ้นในหลายแง่มุม
ของกฎหมาย เช่นในประเด็นปัญหาว่า หลัก Rebus Sic Stantibus สามารถนำมาปรับใช้กับกฎหมาย
จารีตประเพณีระหว่างประเทศได้หรือไม่?⁶⁴

⁶² PCIJ Series A., No.10, p.18

⁶³ Tunkin, G., *Theory of International Law*, Translation by W. Butler, (Cambridge : Mass, 1974), p. 129

⁶⁴ Robert KOLB, “La Clausula Rebus Sic Stantibus S’Applique-T-Elle Aussi Au Droit International Coutumier?,” *B.G.D.I.P.*, 2011-3.

หลัก Rebus Sic Stantibus ได้พัฒนาขึ้นในกรอบของสัญญาในกฎหมายภายใน และสนธิสัญญาในกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก็ยอมรับโดยทั่วไปว่า หลักนี้สามารถนำมาใช้อย่างอนุโลมได้อย่างกฎหมายเทียบเคียงกับกรณีอื่น เช่น สนธิสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างตัวตนอื่นนอกจากรัฐ หรือบางกรณีก็ใช้กับการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ⁶⁵

ดังนั้น มีความเป็นไปได้หรือไม่ที่จะปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus นี้กับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ สำหรับในทางทฤษฎี ก็ยังมีการพูดถึงกันไม่มากนัก

ทางทฤษฎีนั้น การแก้ไขจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ที่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงยกเว้นหลักตามสนธิสัญญา อาจนำมาวิเคราะห์ได้ว่า เป็นการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญของหลักกฎหมาย ที่นำไปสู่การปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus ในสนธิสัญญาและกฎหมายจารีตประเพณีที่เกิดขึ้นใหม่ เมื่อเป็นดังนี้สนธิสัญญาก็สิ้นสุดลงและหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ขัดต่อสนธิสัญญา ก็เกิดขึ้นใหม่และมีผลบังคับใช้แทน กรณีเช่นนี้ มีความเป็นไปได้ที่จะอ้างหลัก Rebus Sic Stantibus เพื่ออธิบายการสิ้นสุดการมีผลบังคับของสนธิสัญญาหรือ การยุติการปฏิบัติตามสนธิสัญญาเป็นการชั่วคราว⁶⁶

สภาพปัญหาจะต่างกันถ้า หลัก Rebus Sic Stantibus นำมาปรับใช้กับจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีผลยอมรับ หนึ่งในนักเขียนที่วิเคราะห์ถึงปัญหาของการปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus กับจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยตรงคือ W. Wengler ในงานเขียนของเขากล่าวถึงหลัก Rebus Sic Stantibus ว่า ยอมรับให้นำมาปรับใช้กับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้⁶⁷ แต่เมื่อพิจารณาคำพูดของ W. Wengler เขาไม่ได้แยกแยะอย่างชัดเจนระหว่าง การเปลี่ยนแปลงของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมีนัยสำคัญ (Rebus Sic Stantibus) กับการยกเว้นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงเช่นว่านั้น อย่างไรก็ตาม ในเรื่องนี้มีประเด็นปัญหาที่น่าพิจารณา 4 ประการด้วยกัน

⁶⁵ Robert KOLB, “ La Clausula Rebus Sic Stantibus S’Applique-T-Elle Aussi Au Droit International Coutumier?,” R.G.D.I.P., 2011-3, p.712.

⁶⁶ Nancy Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law. (New York : Oxford University Press, 1994) p.32-35.

⁶⁷ Völkerrecht, Vol.I, Berlin / Göttingen / Heidelberg, 1964, p.376-377.

ประการแรก มีความจำเป็นเพียงใดที่เราจะต้องตั้งคำถามในเรื่องนี้ เพราะในเมื่อแนวปฏิบัติแบบไม่มีตัวอย่างคดี (Case) ให้วิเคราะห์เลย เหตุผลที่ทำให้ต้องขบคิดกันก็เนื่องมาจาก เรื่องดังกล่าวเป็นประเด็นทางทฤษฎีที่น่าสนใจแม้จะแบบไม่มีตัวอย่างในทางปฏิบัติก็ตาม และแม้ว่าจะไม่มีตัวอย่างคดีในทางปฏิบัติที่ยกเป็นปัญหาขึ้น ก็ได้หมายความว่า จะไม่มีประเด็นปัญหาทางกฎหมายให้ต้องวิเคราะห์ เพราะกฎเกณฑ์ทางกฎหมายมิได้ออกมาเพื่อใช้บังคับกับสถานการณ์ในปัจจุบันเท่านั้น หากแต่ต้องพยายามออกมาให้ครอบคลุมปัญหาหรือสถานการณ์ที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคตด้วย ดังนั้นในอนาคตปัญหานี้จะถูกหยิบยกขึ้นในทางปฏิบัติได้ทุกขณะ เพราะจะเห็นได้ในทางปฏิบัติที่มักพบอยู่เสมอว่า การเปลี่ยนแปลงที่สำคัญๆ มักจะถูกยกขึ้นมากล่าวอ้างเพื่อคัดค้านจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ที่ได้รับการยอมรับแล้ว⁶⁸ ตัวอย่างเช่น กฎหมายจารีตประเพณีเรื่อง การเวนคืน (Expropriation) ที่ต้องทดแทนเงินเต็มจำนวน อย่างเพียงพอ และมีประสิทธิภาพ หลักเกณฑ์เหล่านี้ได้รับการวิเคราะห์และคัดค้านอย่างรุนแรงจากรัฐที่เกิดใหม่สมัยนั้นจากการปลดปล่อยอาณานิคม เพราะฉะนั้น เป็นไปได้ว่า ภายใต้บริบทการเปลี่ยนแปลงที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ก็เป็นไปได้ว่ารัฐอาจอ้างการเปลี่ยนแปลงในทำนองนี้ก็ได้

ซึ่งการคาดการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นจริงแล้วในปัจจุบัน กรณีที่รัฐต่างๆ ที่นำโดยสหรัฐอเมริกา กล่าวอ้างพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมีนัยสำคัญ (Rebus Sic Stantibus) เพื่อใช้ในการป้องกันตนเองล่วงหน้า⁶⁹ ซึ่งสามารถพิจารณาได้ว่าเป็นการที่กล่าวอ้างหลัก Rebus Sic Stantibus เพื่อใช้แก้ไขกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องการป้องกันตนเองธรรมดา ให้ขยายขอบเขตเป็นการป้องกันตนเองล่วงหน้า (Preemptive Self Defense) ด้วยเหตุนี้ประเด็นคำถามที่ว่าหลัก Rebus

⁶⁸ Robert KOLB, “ La Clausula Rebus Sic Stantibus S’Applique-T-Elle Aussi Au Droit International Coutumier?,” *R.G.D.I.P.*, 2011-3, p.713.

⁶⁹ “Defending our Nation against its enemies is the first and fundamental commitment of the Federal Government. **Today, that task has changed dramatically.** Enemies in the past needed great armies and great industrial capabilities to endanger America. Now, shadowy networks of individuals can bring great chaos and suffering to our shores for less than it costs to purchase a single tank. Terrorists are organized to penetrate open societies and to turn the power of modern technologies against us.” In George W. Bush, “The National Security Strategy of the United States of America,” The White House, <http://www.whitehouse.gov/nsc/nssall.html>, 01 June 2002.

Sic Stantibus สามารถนำมาใช้กับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้หรือไม่จึงควรค่าอย่างยิ่งแก่การพิจารณา

ประการที่สอง หลัก Rebus Sic Stantibus เพียงพอหรือไม่และความจำเป็นเพียงใดที่จะนำมาปรับใช้กับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ฝ่ายที่คัดค้านการนำหลัก Rebus Sic Stantibus มาใช้ในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีความเห็นว่า⁷⁰ หลัก Rebus Sic Stantibus ไม่ได้เป็นหลักการที่เหมาะสมที่จะนำมาใช้กับหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เนื่องจาก สภาว่าการณ์ที่เป็นพื้นฐานสำคัญของความยินยอมที่จะผูกพันตามพันธกรณีของอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ข้อ 62 วรรค 1 (a) ที่วางหลักไว้ว่า การเปลี่ยนแปลงที่จะอ้าง Rebus Sic Stantibus ได้นั้นจะต้องเป็นการเปลี่ยนแปลงอันเป็นเงื่อนไขพื้นฐานที่ทำให้รัฐยินยอมเข้าผูกพันในกฎเกณฑ์ ซึ่งในที่นี้ก็คือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ในเรื่องนี้ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไม่ใช่นิติกรรมที่เกิดขึ้นโดยกระบวนการและเงื่อนไขทางกฎหมายที่ชัดเจน (Legal Act) แต่เป็นกระบวนการก่อร่างสร้างตัวของกฎหมาย มีลักษณะเป็นไปเองตามธรรมชาติ (spontaneous) กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีผลบังคับด้วยเหตุว่า ได้รับการปฏิบัติ (State Practice) และยอมรับว่าเป็นกฎหมาย (Opinio Juris) ไม่ใช่การยินยอมที่เกิดจากการแสดงเจตนาที่มาจากกรพิเคราะห์ดังเช่นสนธิสัญญา⁷¹ สิ่งเหล่านี้เป็นข้อคัดค้านที่ว่า หลัก Rebus Sic Stantibus ไม่ควรนำมาใช้ในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ฝ่ายที่สนับสนุนการนำหลัก Rebus Sic Stantibus มาใช้ในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีความเห็นว่า⁷² ข้อคัดค้านดังกล่าวไม่มีนัยสำคัญ ดังในกรณีที่ถูกกฎหมายทั่วไป (General Principle of Law) ที่ปรากฏ อยู่ในกฎหมายภายใน ถูกหยิบยกขึ้นมาใช้โดยอนุโลมในกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น หากจะนำหลัก Rebus Sic Stantibus มาใช้กับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น เป็นการนำหลักกฎหมายมาใช้โดยเทียบเคียง (Analogy) เช่นกัน เพราะจากที่ได้กล่าวมาในตอนต้นของบทนี้ ก็จะพบว่าหลัก Rebus Sic Stantibus มีฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปด้วยอีกสถานะหนึ่ง ดังนั้นไม่ได้หมายความว่า แนวความคิดทั่วไปในเรื่องของการสิ้นสุด การระงับ

⁷⁰ Robert KOLB, R.G.D.I.P., 2011-3, p.713.

⁷¹ Robert KOLB, 2011-3, p.713.

⁷² Ibid.

ชั่วคราว การยกเว้นการปฏิบัติตามพันธกรณีของรัฐภาคี อันเนื่องมาจากสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก (Fundamental Change of Circumstances) จะนำมาปรับใช้กับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย ดังนั้น การนำหลัก Rebus Sic Stantibus มาใช้กับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ไม่ได้หมายความว่า จะนำรายละเอียดทั้งหมด ตามสนธิสัญญา มาปรับใช้แต่อย่างใด

นอกจากนี้ ผู้เขียนยังมีความเห็นเพิ่มเติมว่า เหตุผลของฝ่ายคัดค้านนั้นตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ว่า กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกิดขึ้นมาจากความจำเป็นของกฎหมายในการอยู่ร่วมกันของสังคมอันเป็นแนวคิดของทฤษฎีภาวะวิสัยหรือทฤษฎีความจำเป็น (Objectivist Theory) แต่หากพิจารณาว่า กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกิดขึ้นมาจากความตกลงยินยอมของรัฐตามแนวคิดของทฤษฎีสัมครใจ (Voluntaristic Theory) ซึ่งสอดคล้องกับสภาพการณ์ตามความเป็นจริงของสังคมนั้นระหว่างประเทศมากกว่า ก็จะไม่พบปัญหาในการปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus กับจารีตประเพณีระหว่างประเทศแต่อย่างใด เพราะจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็เป็นความตกลงรูปแบบหนึ่งเช่นกัน นั่นคือความตกลงโดยปริยาย (Tacit Agreement) นอกจากนี้ ฝ่ายที่คัดค้านก็ยังกล่าวเองว่า ที่ปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus ไม่ได้ก็เนื่องจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศไม่ได้เกิดจากความตกลงยินยอม ดังนั้น ก็เท่ากับเป็นการยอมรับว่าหากจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกิดจากความตกลงยินยอมตามทฤษฎีสัมครใจ ก็จะสามารถปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus ได้

ประการที่สาม อาจมีผู้กล่าวอ้างได้ว่า ข้ออ้างในการนำ Rebus Sic Stantibus มาใช้กับจารีตประเพณีโดยเทียบเคียง (Analogy) เป็นสิ่งที่หาประโยชน์มิได้ เนื่องจากว่า เจื่อนไชยกเว้นความรับผิดชอบของการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ได้มีการประมวลขึ้นไว้แล้วใน ข้อ 20 เป็นต้นไป ของร่างบทบัญญัติของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมาย ค.ศ. 2001 (ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts of 2001) และบทบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ได้ระบุถึงกรณีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างมีนัยสำคัญแต่อย่างใด (Fundamental Change of Circumstances) ดังนั้น เมื่อทางคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้ประมวลข้อยกเว้นความรับผิดชอบไว้เพียงเท่าใด ก็น่าจะหมายถึงข้อยกเว้นความรับผิดชอบของรัฐก็ควรจะมีเพียงเท่านั้น เนื่องจากการตีความข้อยกเว้นต้องตีความโดยเคร่งครัด

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาอย่างถี่ถ้วนแล้วจะพบว่า เงื่อนไขที่ปรากฏอยู่ในเรื่อง ข้อยกเว้น ความรับผิดตามร่างบทบัญญัติฯ นั้น เป็นกฎเกณฑ์ลำดับรอง (Secondary Norm) แต่ในกรณีของ Rebus Sic Stantibus ผลทางกฎหมาย จะต่างกันโดยสิ้นเชิงเพราะ Rebus Sic Stantibus กระทบ โดยตรงต่อกฎเกณฑ์ลำดับแรก (Primary Norm) ในเรื่องของเงื่อนไขของความมีอยู่ ดังนั้น หากกล่าว อ้างหลัก Rebus Sic Stantibus เป็นผลสำเร็จก็จะไม่เป็นความผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศ ตั้งแต่แรก เมื่อไม่เป็นความผิดตั้งแต่แรกอยู่แล้วจึงมีพ้องต้องพิจารณาว่าจะเข้าข้อยกเว้นความผิดตาม ร่างบทบัญญัติฯหรือไม่ จึงกล่าวได้ว่า การที่บทบัญญัติเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดในร่างบทบัญญัติ ว่าด้วยความรับผิดของรัฐสำหรับการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมาย ไม่ได้กล่าวถึงหลัก Rebus Sic Stantibus ไว้ก็เชื่อว่าจะเป็นการตัดหลัก Rebus Sic Stantibus ออกจากกฎหมายจารีต ประเพณีระหว่างประเทศ⁷³ ดังนั้น ปัญหาที่เกิดขึ้นนี้ จึงไม่ได้เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากเงื่อนไขการไม่ ปฏิบัติตามกฎหมายลำดับรอง (Secondary norm) ในเรื่องความรับผิดของรัฐแต่อย่างใด

ประการสุดท้าย ฝ่ายที่คัดค้านอ้างว่า ที่ผ่านมาจะพบการนำหลัก Rebus Sic Stantibus มา ปรับใช้ได้กับสนธิสัญญาที่เกี่ยวกับการค้าขายหรือทางธุรกิจ หรือสนธิสัญญาอื่นๆ ที่มีลักษณะทวิภาคี เสียเป็นส่วนใหญ่ แต่ถ้าสำหรับการนำหลัก Rebus Sic Stantibus มาใช้กับสนธิสัญญาที่สำคัญ ๆ ที่มี วัตถุประสงค์ในการสร้างกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะกว้างขวางในระดับพหุภาคี จะไม่ค่อยเป็นที่ยอมรับ แม้ว่าการปรับหลัก Rebus Sic Stantibus กับสนธิสัญญาประเภทนี้จะไม่เป็นที่ต้องห้ามก็ตาม แต่ เงื่อนไขการบังคับใช้เป็นไปได้อย่างขึ้น เพราะ ความยินยอมของรัฐที่จะผูกพันตามหลักเกณฑ์ใน สนธิสัญญาพหุภาคีนั้น ในกฎเกณฑ์มีลักษณะเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมาย ดังนั้น จึงเป็นการยากที่ ความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในภายหลัง สำหรับสนธิสัญญาพหุภาคีดังกล่าว จะเข้าตามเงื่อนไขอัน เคร่งครัดตามข้อ 62 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ในอันที่จะยกขึ้นกล่าวอ้างได้ถึงผลกระทบที่มีต่อการ แสดงเจตนาที่ให้ไว้

อย่างไรก็ตาม เหตุผลดังกล่าว อยู่บนสมมติฐานการแยกแยะแบบเก่า ซึ่งปัจจุบันไม่ได้ แยกแยะระหว่างสนธิสัญญาที่เป็นการสร้างหลักกฎหมาย (Law-making Treaty) กับ สนธิสัญญาที่มี ลักษณะเป็นสัญญา (Contract Treaty) แล้ว (เพราะ Law making Treaty อีกด้านหนึ่งก็เป็นสัญญา หลายฝ่าย ในขณะที่เดียวกัน Contract Treaty ก็เป็นกฎหมายสำหรับรัฐภาคีด้วยเหมือนกัน)

⁷³ Robert KOLB, R.G.D.I.P., 2011-3, p.714.

คัดค้านอ้างว่า เหตุผลดังกล่าวสามารถนำไปใช้ได้กับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้เช่นกันในแง่ที่ว่า โดยส่วนใหญ่แล้ว จารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป ที่วางหลักเกณฑ์ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งอย่างกว้างๆ ที่จำเป็นสำหรับความสัมพันธ์ในประชาคมระหว่างประเทศ เช่น การทูต การสงคราม สนธิสัญญา มหาสมุทร สิ่งแวดล้อม ฯลฯ และทุกเรื่องที่ต้องการกฎเกณฑ์ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจึงมีลักษณะคล้าย Law Making Custom เพราะฉะนั้น การสิ้นไปของกฎเกณฑ์เหล่านี้โดยหลัก Rebus Sic Stantibus จึงเป็นเรื่องที่แทบจะไม่สามารถเป็นไปได้เลย⁷⁴

ในขณะที่ฝ่ายสนับสนุนโต้แย้งว่า เหตุผลดังกล่าวนั้น ไม่สามารถตอบคำถามทั้งหมดได้ เพียงแต่เป็นการสะท้อนแนวโน้มเท่านั้น เพราะว่าจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ไม่ได้มีเฉพาะแต่เรื่องจารีตประเพณีที่รองรับกฎเกณฑ์พื้นฐานทั่วไป หากแต่ยังมีกฎเกณฑ์จารีตประเพณีแบบเฉพาะเจาะจง เช่น สิทธิในการผ่านแดนของรัฐอื่น (คดี Right of Passage in Indian Territory) นั้น เป็นจารีตในระดับท้องถิ่นจารีตประเพณีอย่างหลังนี้มีความเป็นไปได้ ที่จะนำหลัก Rebus Sic Stantibus ไปปรับใช้

อย่างไรก็ตาม แม้ในกรณีทั่วไป กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ที่มีลักษณะเป็นการรวมกฎหมายที่มีผลบังคับใช้เป็นวงกว้าง อาจถูกระงับโดยพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมีนัยสำคัญ (Fundamental Change of Circumstances) โดยอาจกระทบถึงความจำเป็นต้องมีอยู่ของหลักเกณฑ์นั่นเองก็ได้ เช่น ภัยพิบัติด้านสิ่งแวดล้อม ซึ่งเกิดอย่างใหญ่หลวงและไม่เคยพบมาก่อน จนปัจจุบันนี้⁷⁵ ดังนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องหาคำตอบในทางปฏิบัติโดยมีเหตุผลทางหลักการมาสนับสนุน

ในประเด็นเรื่องการกระทบถึงความจำเป็นที่ต้องมีอยู่ของหลักเกณฑ์นี้ ผู้เขียนมองว่าภัยคุกคามจากการก่อการร้าย และภัยจากอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างสูง (WMD) สามารถพิจารณาเป็นภัยที่ใหญ่หลวงและไม่เคยพบมาก่อนในขณะที่มีการร่างข้อบทกฎบัตรสหประชาชาติ เพราะการที่ทุกรัฐเข้ามาเป็นผู้เล่น (Actor) ในสังคมนระหว่างประเทศก็ล้วนแต่หวังจะอาศัยเวทีระหว่างประเทศในการแสวงหาและปกป้องผลประโยชน์แห่งชาติ (National Interest) ของตนด้วยกันทั้งสิ้น แต่เมื่อ

⁷⁴ Robert KOLB, R.G.D.I.P., 2011-3, p.714.

⁷⁵ Ibid.

ผลประโยชน์แห่งชาติในหลักการเรื่องนั้นหมดสิ้นไปแล้ว รัฐจะเคารพหลักการนั้นเพื่อเหตุใด เมื่อเกณฑ์เปลี่ยนไปอาจนำไปสู่การสร้างหลักการอื่นที่ดีกว่าได้

ในแง่นี้หากวิเคราะห์ในเชิงทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเฉพาะในเรื่องของการป้องกันตนเองจะพบว่า รัฐทุกรัฐมีความมั่นคงและความอยู่รอดเป็นผลประโยชน์แห่งชาติที่สำคัญที่สุด เพื่อแสวงหาและปกป้องผลประโยชน์นี้รัฐจึงเข้าร่วมในเวทีระหว่างประเทศ ซึ่งในที่นี้คือการตกลงยินยอมเข้าร่วมในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันเอง ว่าเป็นสิทธิที่ตกติดมากับความเป็นรัฐ (Inherent Right) เพื่อที่รัฐจะได้อ้างสิทธินี้ในการต่อกรกับผู้ที่จะมาทำลายความมั่นคงและความอยู่รอดของรัฐ แต่ต่อมามีภัยคุกคามในรูปแบบใหม่ที่เกิดขึ้นจากการก่อการร้าย และอาวุธที่มีอานุภาพทำลายล้างสูง (WMD) ซึ่งในกรอบการป้องกันตนเองแบบเดิมไม่เพียงพอที่จะพิทักษ์ผลประโยชน์และความมั่นคงแห่งรัฐได้ ดังนั้นหากไม่ยอมให้มีการเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์ในเรื่องนี้ ผลประโยชน์แห่งชาติที่สำคัญที่สุดของรัฐก็สูญสิ้นไปหรือกระทบกระเทือนอย่างรุนแรง เมื่อผลประโยชน์แห่งชาติในเรื่องที่รัฐมุ่งคุ้มครองได้หมดไปแล้ว ก็ไม่มีความจำเป็นที่รัฐจะต้องเคารพในหลักการเดิมอีกต่อไป รัฐจึงมุ่งหากฎเกณฑ์อื่นที่สอดคล้อง (Serve) กับผลประโยชน์แห่งชาติได้แทน ซึ่งในกรณีนี้ก็คือการป้องกันตนเองล่วงหน้า

ดังนั้น ไม่ว่าจะพิจารณาในแง่ของกฎหมายระหว่างประเทศ หรือการเมืองระหว่างประเทศ ก็ให้ผลชี้ไปในทิศทางเดียวกันในเชิงรับรองการกระทำอันเป็นการป้องกันตนเองล่วงหน้าด้วยกันทั้งคู่ โดยในแง่ของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นหลักการสำคัญที่อยู่เบื้องหลังก็คือ Rebus Sic Stantibus ส่วนในทางการเมืองระหว่างประเทศหลักการสำคัญที่อยู่เบื้องหลังก็คือ ผลประโยชน์แห่งชาติ (National Interest) นั้นเอง⁷⁶

จากการที่ได้พิจารณาแง่มุมต่างๆ ของฝ่ายที่เห็นด้วยและฝ่ายที่คัดค้านทั้ง 4 ประการแล้ว มีข้อสังเกตดังต่อไปนี้

ประเด็นแรก จำเป็นต้องเน้นย้ำในข้อเท็จจริงที่ว่า จารีตประเพณีระหว่างประเทศ เป็นกระบวนการทางสังคมมากกว่าจะเป็นการกระทำทางกฎหมาย (Legal Act) (เป็น Social process มากกว่า Legal act) ซึ่งเป็นปรากฏการณ์ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับข้อเท็จจริงทางสังคมมากกว่า

⁷⁶ Nancy Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law. (New York : Oxford University Press, 1994) p. 10.

สนธิสัญญา เพราะสนธิสัญญานั้น ทำขึ้นเพื่อให้สามารถใช้ได้ระยะเวลาที่ยาวนาน มีความมั่นคง และ เสถียรภาพของหลักการ ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของการตกลงยินยอม (Consent) นั้นมีหลักพื้นฐานคือ สัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda)

หากมุ่งไปที่กฎหมายที่เป็นสนธิสัญญาเป็นหลัก บรรดารัฐภาคีมุ่งที่จะสร้างเสถียรภาพของ ความสัมพันธ์ที่มีต่อกันอยู่บนพื้นฐานของการปฏิบัติต่างตอบแทน เมื่อเป็นเช่นนั้น สนธิสัญญาจึงเป็น กฎหมายที่สร้างหลักประกันของความสามารถเปลี่ยนแปลงได้ง่าย เว้นแต่จะเกิดขึ้นจากการ เปลี่ยนแปลงที่ได้รับการยอมรับของรัฐภาคี ดังนั้นสนธิสัญญาในฐานะที่เป็นการกระทำทางกฎหมาย (Legal Act) จึงมีลักษณะที่ทำให้กฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นสนธิสัญญาจะห่างไกลจากปรากฏการณ์ ของสังคม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า ความเปลี่ยนแปลงของปรากฏการณ์ของสังคม โดยหลักแล้ว ไม่ ควรกระทบต่อตัวสนธิสัญญา ในทางตรงกันข้ามกับความเคร่งครัดและความทนทานต่อการ เปลี่ยนแปลงของสนธิสัญญา มีความจำเป็นต้องมีหลัก Rebus Sic Stantibus ในฐานะที่เป็น ข้อยกเว้นของหลัก Pacta sunt servanda เพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักสัญญาต้องเป็น สัญญา

กฎหมายจารีตประเพณีโดยธรรมชาติ ไม่มีลักษณะเพื่อสร้างหลักประกันทางด้านเสถียรภาพ มีลักษณะเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ (Spontaneous) กฎหมายจารีตประเพณี เกิดขึ้นและดำรงอยู่จาก ข้อเท็จจริงทางสังคม เมื่อเป็นเช่นนั้นกฎหมายจารีตประเพณี จึงมีลักษณะยืดหยุ่น และเปลี่ยนแปลงไป ตามสถานการณ์ได้ ยิ่งไปกว่านั้น หลักกฎหมายจารีตประเพณีเป็นจำนวนมาก มีลักษณะกว้าง เป็น การทั่วไป และนำมาปรับใช้ได้เป็นรายกรณีไป

จากสิ่งที่กล่าวมานี้ จะเห็นว่าโดยหลักแล้ว กฎหมายจารีตประเพณีเป็นกฎหมายที่มีลักษณะที่ อ่อนไหว (Receptive) มีลักษณะที่ถูกระทบโดยตรงได้ง่ายกว่าจากบรรดาสถาवरณที่เปลี่ยนแปลง ไปอย่างมาก (Fundamental Change of Circumstances) ผลคือ ความเปลี่ยนแปลงดังกล่าวนี้มุ่งที่จะ มีผลหรือส่งผลกระทบต่อกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หากมีสภาวะการณที่ เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากนี้เกิดขึ้น สภาวะการณดังกล่าวนี้จะมีแนวโน้มอย่างทันทีทันใดต่ออิทธิพล ของการปฏิบัติของรัฐ ในลักษณะที่ให้ความหมายใหม่ หรือให้นัยยะใหม่ต่อการปฏิบัติดังกล่าว ดังนั้น ทางปฏิบัติเก่าๆ ในอดีต (State Practice) พร้อมกับ Opinio Juris จึงหายไป และทางปฏิบัติ (State

Practice) พร้อมกับ Opinio Juris ใหม่ จึงเกิดขึ้นและเข้ามาแทนที่ ผลคือ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศถูกเปลี่ยนแปลงไป⁷⁷

ในโลกปัจจุบัน กระบวนการอาจเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วที่สุด แต่ในทางตรงกันข้ามหากทางปฏิบัติของรัฐไม่เปลี่ยนแปลงก็คงต้องสรุปว่า ในสายตาของรัฐเหล่านั้นความเปลี่ยนแปลงดังกล่าวไม่มีนัยสำคัญ (Fundamental) ดังนั้นหากทางปฏิบัติและ Opinio Juris เปลี่ยนแปลงไป กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็จะถูกแก้ไข เช่นนี้เองถือได้ว่า Rebus Sic Stantibus เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการเกิดและการเปลี่ยนแปลงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁷⁸

ดังนั้นเมื่อมีเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างมีนัยสำคัญ ทางปฏิบัติของรัฐที่ตามมาอาจเกิดได้ 2 กรณีดังนี้ กรณีแรก ทางปฏิบัติของรัฐไม่เปลี่ยนแปลง เท่ากับว่ารัฐมองว่าเหตุการณ์ดังกล่าวไม่มีนัยสำคัญ (Fundamental) ดังนั้นจึงไม่เข้าเกณฑ์ที่จะปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus กรณีที่สอง ทางปฏิบัติและ Opinio Juris ของรัฐเปลี่ยนแปลงไป ผลก็คือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศถูกแก้ไขโดยมีหลัก Rebus Sic Stantibus อยู่เบื้องหลังนั่นเอง

เมื่อเป็นเช่นนี้ จึงเห็นได้ว่า การเกิดและการแก้ไขจารีตประเพณีระหว่างประเทศ มีลักษณะเป็นเนื้อเดียวกัน (Monism) กล่าวคือ ทุกสิ่งทุกอย่างผสานเป็นเนื้อเดียวกันหมด แต่ในสนธิสัญญานั้น มีลักษณะเป็นความเป็นจริงตามรูปแบบ (Formal Realism) กล่าวคือ มีกระบวนการแยกกันต่างหาก ระหว่างการเกิดของหลักกฎหมาย และเหตุของการสิ้นสุดไปของหลักกฎหมายนั้น ในแง่มุมนี้กล่าวได้ว่า Rebus Sic Stantibus เป็นส่วนหนึ่งที่ผสมผสานกันอยู่ในกฎหมายจารีตประเพณีแล้วนั่นเอง ดังนั้นจึงเป็นไปได้ที่จะแยก Rebus Sic Stantibus เป็นกระบวนการต่างหากจากการเกิดและการเปลี่ยนแปลงกฎหมายจารีตประเพณี⁷⁹

จากที่ Prof. Robert KOLB ศาสตราจารย์ทางกฎหมายระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยเจนีวา ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่า การเปลี่ยนแปลงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ “ในโลกปัจจุบัน ที่

⁷⁷ Robert KOLB, *R.G.D.I.P.*, 2011-3, p.715.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Ibid, p.716.

กระบวนการอาจเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วที่สุด”⁸⁰ จะมีหลัก Rebus Sic Stantibus อยู่เบื้องหลังนั้น ทำให้สามารถแยกจุดตัดระหว่างการเปลี่ยนแปลงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศตาม พัฒนาการทางกฎหมายตามปกติ (Progressive development of International Law) กับการเปลี่ยนแปลงด้วยเหตุ Rebus Sic Stantibus ได้ก็คือ ระยะเวลา (Timing) ของการเปลี่ยนแปลง โดยการเปลี่ยนแปลงตามพัฒนาการทางกฎหมายตามปกติ จะเกิดขึ้นอย่างค่อยเป็นค่อยไป โดยค่อยๆ มีพัฒนาการไปเรื่อย ๆ ในขณะที่การเปลี่ยนแปลงด้วยหลัก Rebus Sic Stantibus จะต้องเกิด พฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว หรือฉับพลันทันที โดยความเปลี่ยนแปลงดังกล่าวมีความรุนแรงอย่างมากและกระทบต่อพื้นฐานของการยินยอมเข้าร่วมในกฎเกณฑ์นั้นๆ

เหตุผลที่ต้องใช้ระยะเวลา (Timing) เป็นจุดตัดระหว่างการเปลี่ยนแปลงกฎหมายอัน เนื่องมาจากพัฒนาการทางกฎหมายตามปกติ กับเปลี่ยนแปลงด้วยหลัก Rebus Sic Stantibus ก็คือ หากไม่มีหลัก Rebus Sic Stantibus แล้วผู้ที่ได้รับผลกระทบจากสภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ก็จะไม่สามารถปรับตัวกับสภาพแวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างปัจจุบันทันด่วน ครั้นหากจะรอ ให้กฎหมายค่อยๆ พัฒนาตามความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นอย่างกะทันหัน ก็คงจะไม่ทันการณ์เป็นแน่ เมื่อพัฒนาการตามปกติก้าวตามไม่ทันกับความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้น หลัก Rebus Sic Stantibus จึง เปรียบเสมือนวาล์วนิรภัยที่เข้ามาช่วยแก้ไขปัญหาตรงนี้โดยการยอมให้มีการยกเลิก แก้ไข หรือ ปรับแต่งความตกลงที่เคยทำกันไว้แต่เดิมได้ ในการนี้ ผู้เขียนขอยกตัวอย่างที่เป็นรูปธรรมเพื่อ ประกอบความเข้าใจคือ ในยุคหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 หลายประเทศในยุโรปโดยเฉพาะเยอรมนีต้อง ประสบกับปัญหาเงินเฟ้อขึ้นรุนแรง (Hyperinflation) ภายในเวลาไม่กี่อาทิตย์หลังตกเป็นประเทศผู้ แพ้สงคราม ถึงขนาดกล่าวกันว่าราคาสินค้าในท้องตลาดเพิ่มขึ้นหนึ่งเท่าตัวทุก ๆ 2 วัน หรือดูได้จาก สถิติราคาทองคำ 1 ออนซ์เมื่อเดือนมกราคม ค.ศ. 1919 อยู่ที่ 170 มาร์ค แต่ในเดือน พฤศจิกายน ค.ศ. 1923 กลับพุ่งสูงถึง 87,000,000,000,000 มาร์ค⁸¹ ถ้าหากไม่มีหลัก Rebus Sic Stantibus มา

⁸⁰ “ Dans le monde modern, le processus peut être des plus rapides.” In Robert KOLB, “LA CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS S’APPLIQUE-T-ELLE AUSSI AU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER?,” R.G.D.I.P., 2011-3, p.715.

⁸¹ Economist, Germany's hyperinflation-phobia. [ออนไลน์]. 2557. แหล่งที่มา: <http://www.economist.com/blogs/freeexchange/2013/11/economic-history-1> [10 พฤษภาคม 2557]

ทำปรับเปลี่ยนหรือแก้ไขสัญญาทางการเงินต่างๆ เช่นสัญญากู้ยืมเงิน โดยปล่อยให้เป็นไปตามพัฒนาการของตลาดการเงินเรื่อย ๆ ตามธรรมชาตินั้น เป็นที่เห็นได้ชัดว่าจะเกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นกับคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอย่างแน่นอน หากแต่กรณีเปลี่ยนไปเป็นว่า เยอรมนีไม่ได้เป็นผู้แพ้สงครามโลกแต่มีอัตราเงินเฟ้อที่เกิดขึ้นค่อนข้างจะสูงอยู่บ้างซึ่งแปรผันไปตามภาวะเศรษฐกิจโลก ก็ไม่มีความจำเป็นต้องปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus กับสัญญาทางการเงินต่าง ๆ แต่อย่างใด

ประเด็นที่สอง กรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างมีนัยสำคัญ ไม่ว่าจะเป็นการเปลี่ยนแปลงใน ข้อเท็จจริง หรือ ข้อกฎหมาย ก็ตาม รัฐใดรัฐหนึ่งอาจยกขึ้นกล่าวอ้างได้หรือไม่ว่าหากเกิดเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมีนัยสำคัญ (Fundamental Change of Circumstances) แล้วจะทำให้รัฐไม่ต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์จารีตประเพณีเดิม หรือปรับเปลี่ยนกฎเกณฑ์จารีตประเพณีเดิมจะสามารถทำได้หรือไม่?

ในเรื่องนี้ มีผู้เสนอแนวคิดทางวิชาการไว้ว่า⁸² ในกรณีของจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีลักษณะทั่วไป อาจเป็นไปได้ว่า หลักเกณฑ์เหล่านั้นไม่สิ้นสุดลงและไม่ระงับไป แต่รัฐที่ถูกกระทบอย่างมากจากความเปลี่ยนแปลงดังกล่าวนั้น และหากยังคงปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายดังกล่าวจะสร้างภาระอย่างหนักหน่วงจนไม่เป็นธรรมกับรัฐนั้น ในกรณีเช่นว่านี้ หลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็ยังมีผลบังคับอยู่กับรัฐส่วนใหญ่ เพราะว่าหลักดังกล่าว ยังคงเหมาะสมกับรัฐส่วนใหญ่อยู่ แต่กฎหมายจะเปลี่ยนแปลงเฉพาะกับรัฐที่ได้รับผลกระทบจากเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมีนัยสำคัญเท่านั้นโดย Professor KOLB ได้เทียบเคียง (Analogy) กรณีนี้กับการบังคับใช้ ข้อ 69 วรรค 4 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ค.ศ. 1969 ในเรื่องความสัมพันธ์ทวิภาคีกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั่วไป

สำหรับเนื้อหาใน ข้อ 69 วรรค 4 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ค.ศ. 1969 มีใจความว่า “ในกรณีที่ความยินยอมของรัฐใดรัฐหนึ่งในการเข้าเป็นภาคีในสนธิสัญญาพหุภาคีเป็นโมฆะ ให้นำกฎเกณฑ์ความสัมพันธ์ของรัฐก่อนหน้ามาใช้บังคับแทน”⁸³ ซึ่งหมายความว่า เมื่อรัฐแสดงเจตนาเข้า

⁸² Robert KOLB, *R.G.D.I.P.*, 2011-3, p.716.

⁸³ Article 69 Consequences of the invalidity of a treaty

ร่วมในสนธิสัญญาพหุภาคีใดแล้ว แต่ต่อมากการแสดงเจตนาดังกล่าวตกเป็นโมฆะ ผลก็คือ เมื่อรัฐไม่สามารถนำความสัมพันธ์พหุภาคีตามสนธิสัญญามาใช้ได้ ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐที่การแสดงเจตนาเป็นโมฆะกับรัฐอื่นที่เป็นภาคีสถิตสนธิสัญญาก็ให้เป็นไปตามความสัมพันธ์แบบทวิภาคีที่เคยมีต่อกัน กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ หากรัฐเคยสัมพันธ์กันอย่างไรก็ให้กลับไปใช้ความสัมพันธ์กันอย่างเดิมนั่นเอง ซึ่งนักวิชาการท่านนี้ได้เทียบเคียง (Analogy) กับกรณี Rebus Sic Stantibus โดยเขามองว่ารัฐที่ได้รับผลกระทบจากพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากจนเข้าเกณฑ์ของหลัก Rebus Sic Stantibus หลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็จะเปลี่ยนแปลงเฉพาะรัฐนั้น แต่สำหรับรัฐอื่นที่ไม่ได้รับผลกระทบถึงขนาดก็ให้ผูกพันตามความสัมพันธ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแบบเดิม

สำหรับผู้เขียนเห็นว่าแนวความคิดดังกล่าวมีความเป็นไปได้ในทางทฤษฎี แต่ค่อนข้างจะเป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติ เพราะเป็นการยากว่าใครจะเป็นผู้พิสูจน์ว่ารัฐใดผูกพันด้วยกฎเกณฑ์จารีตประเพณีระหว่างประเทศเดิม รัฐใดจะผูกพันตามกฎหมายจารีตประเพณีใหม่ และเหตุผลอีกประการก็คือ แนวคิดดังกล่าวค่อนข้างจะขัดกับลักษณะสำคัญของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ นั่นคือต้องมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป (Erga Omnes) มิใช่ใช้บังคับกับบางรัฐแต่บางรัฐก็ไม่บังคับใช้ (เว้นแต่จะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีผลบังคับใช้เฉพาะกลุ่ม) แต่อย่างไรก็ดี อย่างน้อยที่สุดแนวคิดทางวิชาการนี้ก็ยืนยันว่า หลัก Rebus Sic Stantibus สามารถนำมาปรับใช้กับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้นั่นเอง

อย่างไรก็ตาม เป็นที่แน่นอนว่า กฎหมายที่มีค่าบังคับเด็ดขาด (Jus cogens) ไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของสมมติฐานนี้ ตัวอย่าง อาจยกได้ในกรณีหลักกฎหมายจารีตประเพณีเกี่ยวกับการโอนกิจการเป็นของรัฐ โดยต้องเยียวยาในสถานะที่ เพียงพอ รวดเร็ว มีประสิทธิภาพ (Full Prompt, Adequate and Effective) กับบรรดารัฐที่เพิ่งได้รับการปลดปล่อยจากอาณานิคม และไม่มีวิธีทางก่อนที่จำนวนของรัฐจะมีมากทวีคูณขึ้น จนเป็นผลให้หลักดังกล่าวถูกเปลี่ยนแปลงไป ในกรณีนี้ ถือได้ว่าการได้รับการปลดปล่อยของรัฐจากอดีตเจ้าของอาณานิคมนั้น เป็นพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป

4. In the case of the invalidity of a particular State's consent to be bound by a multilateral treaty, the foregoing rules apply in the relations between that State and the parties to the treaty.

อย่างมีนัยสำคัญ (Fundamental change of Circumstances) เนื่องจากกฎเกณฑ์เดิมในอดีตไม่เป็นธรรมกับรัฐส่วนใหญ่ และความไม่เป็นธรรมนี้ก็ผลักดันให้มีกฎหมายใหม่เกิดขึ้น

ประเด็นที่สาม ในกรณีส่วนใหญ่ เราอาจกล่าวได้ว่าหลัก Rebus sic stantibus ปรากฏเป็นส่วนหนึ่งอยู่ภายในเนื้อใน (Endogenous) ในฐานะเป็นตัวขับ (Material Source) ที่จะผลักดันให้มีการเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขทางปฏิบัติของรัฐ (State Practice) และ Opinio Juris⁸⁴ โดยในบางกรณี การปรับใช้ Rebus Sic Stantibus อาจเป็นลักษณะของมูลเหตุทางการเมืองหรือกฎหมายที่มุ่งที่จะผลักดันให้รัฐอื่นที่เกี่ยวข้องทำข้อตกลงกับรัฐที่ถูกกระทบโดยเฉพาะเจาะจง โดยทำข้อตกลงยกเว้น (ซึ่งเป็นไปได้ทั้งโดยชัดแจ้งและปริยาย) ซึ่งหากไม่สามารถตกลงกันได้ รัฐก็สามารถอ้างอำนาจอธิปไตยของรัฐในการยกเลิกหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังกล่าวได้

ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่า ถึงแม้ว่าหลัก Rebus Sic Stantibus ในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จะไม่ได้ปรากฏชัดเจนดังในกฎหมายสนธิสัญญา แต่หลัก Rebus Sic Stantibus ก็สามารถปรับใช้กับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ หรืออย่างน้อยที่สุดแล้ว หลักนี้ก็มีบทบาทการปรับใช้โดยอ้อมในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

นอกจากเหตุผลทางความคิดในเชิงวิชาการ และนิติตรรกศาสตร์ (การให้เหตุผลทางกฎหมาย) ที่ได้กล่าวมาโดยตลอดข้างต้นแล้ว แนวความคิดที่ว่าหลัก Rebus Sic Stantibus นั้นใช้กับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้หรือไม่ นั้น ก็ยังได้รับการพิจารณาผ่านศาลยุติธรรมระหว่างประเทศด้วยในคดี Asylum (Colombia v. Peru), 1950

โดยในคดีนี้ ผู้พิพากษา Azevedo ได้กล่าวว่า หลัก Rebus Sic Stantibus สามารถนำมาปรับใช้กับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้เช่นกัน โดยท่านได้กล่าวว่า รัฐที่ให้มีการจัดตั้งค่ายลี้ภัย (Asylum) จะมีพันธกรณีทางกฎหมายที่แน่นอน ในขณะที่ผู้ลี้ภัย (Refugee) จะเรียกร้องให้มีการรับประกันว่าตนจะไม่ถูกส่งกลับไปยังประเทศที่ตนลี้ภัยมาโดยปราศจากความยินยอมอย่างเสรีของตน ยกเว้นแต่ในกรณีที่มีความจำเป็นอย่างยิ่ง “อย่างไรก็ดี การเปลี่ยนแปลงอย่างถึงแก่นในสภาวะการณ์” และ “การแทรกแซงของปัจจัยใหม่ที่เกิดขึ้น” อาจส่งผลให้เหตุผลที่ให้จัดตั้งค่ายลี้ภัยนั้นหายไป ซึ่งเหตุผลนั้นก็คือ เหตุการณ์ทางการเมืองก่อนหน้าที่เป็นอันตรายต่อชีวิตและเสรีภาพ ใน

⁸⁴ Robert KOLB, *R.G.D.I.P.*, 2011-3, p.717.

กรณีดังกล่าว การส่งตัวผู้ลี้ภัยกลับยังภูมิลำเนาเป็นสิ่งที่กระทำได้ “ข้อคัดค้านของผู้ลี้ภัยจึงฟังไม่ขึ้น และหลัก Rebus Sic Stantibus ก็สามารถนำมาปรับใช้กับกรณี”⁸⁵

ในคดีนี้ ศาลได้พิจารณาโดยอาศัยหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยค่ายลี้ภัย (Asylum)⁸⁶ ซึ่งเหตุผลที่รัฐยอมให้สถานะผู้ลี้ภัยในขณะนั้นก็น่าจะมาจากสถานการณ์ทางการเมืองที่อาจเป็นอันตรายถึงชีวิตและเสรีภาพของผู้ขอลี้ภัย แต่ต่อมาภัยดังกล่าวได้หมดสิ้นไปแล้ว การที่ภัยดังกล่าวได้สิ้นไปแล้วสามารถพิจารณาได้ว่าเป็นสภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก (Fundamental Change of Circumstances) จากในขณะที่ยังได้ให้สถานะผู้ลี้ภัย อันจะทำให้รัฐผู้ให้สถานะต้องรับพันกรณีหนักขึ้นโดยไม่จำเป็น ด้วยเหตุนี้ ผู้พิพากษา Azevedo จึงได้กล่าวว่ารัฐสามารถยกเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงอย่างมากดังกล่าวขึ้นเพื่อยกเลิกพันกรณีตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วย Asylum ได้

กล่าวโดยสรุป จากที่ผู้เขียนได้วางรากฐานแนวคิดทางวิชาการเกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาจะเห็นได้ว่า มีทฤษฎีที่น่าเสนอกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่ากำเนิดมาจากความยินยอม (Consent) หรือความตกลง (Agreement) ของรัฐในการยอมจำกัดอำนาจอธิปไตยของตนเข้าสู่ผูกพันตามกฎหมาย กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจึงมีลักษณะเป็น ความตกลงประเภทหนึ่ง นั่นคือ “ความตกลงโดยปริยาย” (Tacit Agreement)

หลัก Rebus Sic Stantibus สามารถนำมาปรับใช้ได้กับความตกลงทุกประเภท ไม่จำกัดเฉพาะที่เป็นสัญญาเท่านั้น เพื่อสร้างความเป็นธรรมให้กับคู่กรณีที่เป็นฝ่ายที่ต้องรับภาระหนักขึ้นจากพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมีนัยสำคัญ ดังนั้น เมื่อกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นความตกลงอย่างหนึ่ง ก็ต้องสามารถนำหลัก Rebus Sic Stantibus มาปรับใช้ได้ด้วยเช่นกัน

แนวความคิดดังกล่าว สามารถอธิบาย (Deduce) ได้ด้วยหลักการให้เหตุผลทางกฎหมายหรือนิติตรรกศาสตร์ รวมถึงได้รับการสนับสนุนทั้งในแนวคิดเชิงวิชาการของนักวิชาการต่าง ๆ จำนวนมาก และยังได้รับการยอมรับจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Asylum อีกด้วย ด้วยเหตุนี้จึงอาจ

⁸⁵ Dissenting Opinion to the Judgment of 20 November 1950, ICJ Reports (1950), 266, 322ff, p.345.

⁸⁶ Athanassios Vamvoukos, Termination of Treaties in International Law : The Doctrines of Rebus Sic Stantibus and Desuetude (Great Britain : Clarendon Press, 1985). P.173.

สรุปได้ว่า หลัก Rebus Sic Stantibus มิใช่หลักที่นำมาปรับใช้กับสนธิสัญญาเท่านั้น แต่ยังสามารถปรับใช้กับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วยในบริบทที่ต่างกันออกไป

ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะ แม้จะเป็นที่เข้าใจกันโดยนักกฎหมายส่วนใหญ่ว่า หลัก Rebus Sic Stantibus จะปรับใช้กับสนธิสัญญาก็ตาม แต่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นหนึ่งในบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศที่แยกออกจากบ่อเกิดที่เป็นสนธิสัญญาอย่างเอกเทศ แต่กฎหมายทั้งสองประเภทนี้มีพื้นฐานร่วมกันอยู่ประการหนึ่งคือ เกิดจากความยินยอมของรัฐเหมือนกัน โดยสนธิสัญญาเกิดจากความยินยอมโดยชัดแจ้ง และกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกิดจากความยินยอมโดยปริยาย (Tacit Consent) เมื่อหลัก Rebus Sic Stantibus ปรับใช้กับความตกลงได้ และกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็เป็นความตกลงระหว่างประเทศ (International Agreement) หลัก Rebus Sic Stantibus จึงนำมาปรับใช้กับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้เช่นกัน

เมื่อเป็นเช่นนี้ หากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องการป้องกันตนเองของรัฐได้ประสบกับพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากจากในขณะเวลาที่รัฐยินยอมเข้าผูกพัน เช่นการที่รัฐประสบกับภัยคุกคามรูปแบบใหม่จากการก่อการร้าย และภัยจากอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างสูง (WMD) รัฐก็ย่อมอาศัยหลัก Rebus Sic Stantibus ในการยกเลิกหรือแก้ไขขอบเขตของการป้องกันตนเอง อันเป็นสิทธิประจำตัว (Inherent Right) ที่ตกติดมากับความเป็นรัฐที่มีอาจพรากไปได้ ให้ครอบคลุมไปถึงการป้องกันตนเองล่วงหน้าก่อนที่จะเกิดขึ้น เพื่อให้เท่าทันกับรูปแบบของภัยคุกคาม (Threat) ที่เปลี่ยนแปลงไปตามสถานการณ์ทางการเมืองระหว่างประเทศในปัจจุบัน ดังจักได้กล่าวในหัวข้อต่อไปโดยละเอียด

4.4 การให้เหตุผลของการใช้ Rebus Sic Stantibus เพื่อเป็นฐานของการใช้การป้องกันตนเองล่วงหน้า

จากที่ได้ศึกษามาในบทที่ 3 จะพบว่า ฐานทางกฎหมายในการอ้างการป้องกันตนเองล่วงหน้ายังไม่ชัดเจน และแทบจะหาฐานทางกฎหมายที่เป็น Hard Law ไม่ได้เลย ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อภัยคุกคามเปลี่ยนรูปไปมาก รัฐสามารถอ้างหลัก Rebus Sic Stantibus เป็นฐานทางกฎหมายในการปรับหลักเกณฑ์ของการป้องกันตนเอง ให้เป็นป้องกันตนเองล่วงหน้าได้เช่นกัน

4.4.1. มีความเปลี่ยนแปลงอย่างมากเกิดขึ้น

นับตั้งแต่มีการร่างกฎบัตรสหประชาชาติเมื่อเกือบ 70 ปีที่แล้ว รูปแบบของภัยคุกคามในขณะนั้นกับในสมัยนี้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากโดยอาจแบ่งได้สามส่วนด้วยกันคือ **ส่วนแรก** ใช้ในส่วนที่เกี่ยวกับความหมายของ “การรุกราน” (Aggression) **ส่วนที่สอง** ใช้ในส่วนที่เกี่ยวกับเงื่อนไขของการใช้สิทธิป้องกันตนเอง (Self-Defense) **ส่วนที่สาม** ในด้านความรุนแรงของอาวุธที่ใช้ ก็มีความหลากหลายและรุนแรงเพิ่มขึ้นอย่างมาก โดยเฉพาะอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างสูง (WMD) ซึ่งหากรัฐใดโจมตีด้วยอาวุธเหล่านี้แล้วก็จะเสียหายมากจนยากแก่การจะเยียวยาได้ รวมถึง ปัจจัยทางเทคโนโลยีสมัยใหม่ต่างๆ ทำให้รัฐสามารถเข้าถึงเหตุการณ์ในอนาคตได้ง่ายขึ้น เช่น มีกล้องถ่ายภาพดาวเทียมต่างๆ ที่เห็นการเคลื่อนไหวของทัพซึกได้ง่ายขึ้น ทำให้รัฐทราบล่วงหน้าว่าจะมีการโจมตี อันเป็นภัยที่ใกล้จะถึง ซึ่งแต่ก่อนรัฐจะต้องถูกโจมตีก่อนจึงจะรู้ว่าภัยมาถึงตัวแล้ว เหล่านี้เป็นปัจจัยที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ณ เวลาที่มีการร่างกฎบัตรสหประชาชาติขึ้น

ดังนั้น เมื่อรูปแบบของภัยคุกคามได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก แต่รัฐจำเป็นต้องดำรงอยู่ท่ามกลางความเปลี่ยนแปลงมหาศาลเช่นนี้ รูปแบบการรับมือในการป้องกันตนเองของรัฐก็ต้องเปลี่ยนแปลงไปด้วยเช่นกัน เพราะ หากยังยึดหลักการป้องกันตนเองในแบบเดิม รัฐอาจจะไม่สามารถดำรงอยู่ก็เป็นไปได้ ซึ่งหากรัฐได้รู้ว่าพฤติกรรมจะเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากเช่นนี้ จากเวลาที่ร่างกฎบัตรในเรื่องการป้องกันตนเองตามข้อ 51 ของกฎบัตรสหประชาชาติแล้วจะจำกัดสิทธิให้รัฐไม่สามารถป้องกันตนเองในภัยจากกลุ่มก่อการร้าย อาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างสูง และภัยอันใกล้จะเกิดได้ รัฐก็คงไม่ยินยอมเข้าร่วมในกฎบัตรสหประชาชาติเป็นแน่ ซึ่งความเปลี่ยนแปลงอย่างมากดังกล่าว สามารถปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus เพื่ออธิบายการเกิดขึ้นของการป้องกันตนเองล่วงหน้าได้ เนื่องจากเข้าเกณฑ์การปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus ดังนี้คือ

(1) ในส่วนที่เกี่ยวกับความหมายของ “การรุกราน” (Aggression)

ในส่วนที่เกี่ยวกับความหมายของ “การรุกราน” (Aggression) ซึ่งเป็นเงื่อนไขสำคัญของการใช้สิทธิป้องกันตัวตามมาตรา 51 ของกฎบัตรสหประชาชาติ ตามข้อมติของสมัชชาใหญ่ของสหประชาชาติที่ UN GA RES. 3314 (XXIX) (1974) หมายถึง “การถูกโจมตีหรือรุกรานด้วยกำลังอาวุธโดยรัฐอื่นไม่ว่าจะติดตามด้วยการยึดครองหรือไม่ก็ตาม”

การเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์ที่ทำให้ความหมายของ “การรุกราน” ต้องเปลี่ยนแปลงตามหลัก Rebus Sic Stantibus เป็นการเปลี่ยนแปลงในส่วนที่เกี่ยวกับตัวผู้รุกราน (Aggressor) ซึ่งเดิมจำกัดอยู่เพียงการรุกรานโดยรัฐ (State) เท่านั้น นั่นคือการที่เกิดมีการรุกรานโดยขบวนการก่อการร้ายระดับสากล ซึ่งถึงแม้จะมีหลายเครือข่ายที่ใช้ชื่อแตกต่างกันแต่มีวัตถุประสงค์ทำนองเดียวกันและมีการให้ความช่วยเหลือและดำเนินการในลักษณะเป็นองค์การ (Organization) อย่างต่อเนื่องในลักษณะเป็นตัวตนที่ไม่มีใช้รัฐ (None-State Entity) ที่มีความมั่นคงเป็นปึกแผ่นและความต่อเนื่อง กระจายอยู่ทุกมุมโลกและมีสมาชิกที่เป็นพวกคลั่งศาสนา (Religious Fanatics) ซึ่งพร้อมที่จะสละชีพเพื่ออุดมการณ์ของขบวนการเสมอโดยไม่เปิดเผยตัวและแฝงตัวปะปนอยู่กับฝูงชนทั่วไป เกิดมีการโจมตีในรูปแบบก่อการร้าย (Terrorism) ที่ละเมิดกฎหมายภาคสงคราม (Jus in Bello) ที่เรียกว่ากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (International humanitarian law) ในทุกรูปแบบ มีการใช้ยุทธการแบบระเบิดพลีชีพ (Car Bombs) การโจมตีเป้าหมายพลเรือน และกลโกง (Perfidy) เช่น ปลอมตัวเป็นทหารหรือเจ้าพนักงานของฝ่ายศัตรู และไม่สวมเครื่องแบบทำให้แทบจะไม่มีทางป้องกันตนได้เลยซึ่งล้วนแต่เป็นสิ่งที่กองทัพและพลรบ (Combatants) ของรัฐทำไม่ได้เลย การถูกโจมตีโดยขบวนการก่อการร้าย (Terrorist Network) จึงร้ายแรงกว่าถูกโจมตีโดยรัฐอื่นเสียอีก

คำนิยามของ “การรุกราน”(Aggression) ตามข้อมติของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติที่ UN GA RES. 3314 (XXIX) (1974) ซึ่งถึงแม้จะยังใช้ได้อยู่แต่ไม่เพียงพออีกต่อไปแล้วและจำเป็นจะต้องขยายขอบเขต (Scope) ให้กว้างขวางขึ้นอีกเพื่อให้สอดคล้องกับความจำเป็นตามสถานการณ์ที่ได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากดังกล่าวแล้ว และเป็นที่คาดได้ว่า หากในสมัยที่สหประชาชาติออกข้อมติที่ UN GA RES. 3314 (XXIX) (1974) มีการก่อการร้ายเช่นในปัจจุบัน ข้อมตินี้ต้องครอบคลุมถึงการถูกโจมตีโดยขบวนการก่อการร้ายด้วยอย่างแน่นอน มิฉะนั้นทั้งเสถียรภาพและความมั่นคงของรัฐก็ขึ้นอยู่กับความเมตตา (Under the Mercy) ของขบวนการผู้ก่อการร้าย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเมื่อ ข้อ 4 ของข้อมตินี้ระบุไว้ชัดเจนว่า “รายชื่อนี้ (List) ยังไม่ครบหมดทุกอย่าง (Exhaustive) และคณะกรรมการความมั่นคงยังอาจจะกำหนดให้การกระทำอย่างอื่นเป็นการรุกรานด้วยก็ได้”⁸⁷ นอกจากนั้นข้อ 51 ของกฎบัตรสหประชาชาติบัญญัติเพียงว่า “โจมตีด้วยกำลังอาวุธ” เท่านั้น โดยมีได้ระบุว่าจะต้องเป็น

⁸⁷ Wilmshurst, Elizabeth. “Definition of Aggression General Assembly resolution 3314

(XXIX) 14 December 1974” <http://legal.un.org/avl/ha/da/da.html> 2013

การโจมตีโดยรัฐ ดังนั้น เจื่อนไซที่จะต้องใช้บังคับจึงควรกว้างกว่าการถูกโจมตีโดยรัฐและน่าจะขยายให้รวมถึงการโจมตีโดยกระบวนการก่อการร้ายด้วย ด้วยเหตุผลดังกล่าว

(2) ในส่วนที่เกี่ยวกับเจื่อนไซของการใช้สิทธิป้องกันตนเอง (Self-Defense)

ในส่วนที่เกี่ยวกับเจื่อนไซของการใช้สิทธิป้องกันตนเอง (Self -Defense) ตาม กฎหมายระหว่างประเทศ แต่เดิมมีหลักการว่า

1. จะต้องมีกรรุกรานด้วยกำลังอาวุธที่กระทำโดยรัฐหนึ่งต่ออีกรัฐหนึ่ง⁸⁸
2. การใช้สิทธิป้องกันตนเอง จะสิ้นสุดลงเมื่อการรุกรานสิ้นสุดลงแล้ว ดังนั้น การใช้สิทธิป้องกันตนเองจึงต้องกระทำในขณะที่ถูกรุกรานและการรุกรานยังไม่สิ้นสุดลงเท่านั้น
3. การใช้สิทธิป้องกันตนเอง ต้องกระทำต่อผู้รุกราน
4. การใช้สิทธิป้องกันตนเองต้องได้สัดส่วนกับการรุกราน กล่าวคือ ต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน (Proportionality)
5. หักรัฐที่ใช้สิทธิป้องกันตนเองนั้น ต้องรายงานให้คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติทราบโดยทันที โดยการใช้สิทธิป้องกันตนเองตาม ข้อ 51 ของกฎบัตรสหประชาชาตินี้จะกระทำได้นั้นกว่า “คณะมนตรีความมั่นคงจะได้ดำเนินมาตรการที่จำเป็นเพื่อธำรงไว้ ซึ่งความมั่นคงและสันติภาพระหว่างประเทศ”⁸⁹

ถึงแม้ในอดีตจะเป็นสิ่งที่ถือปฏิบัติกันมาจนเป็นจารีตประเพณีหากในภาวะปัจจุบันรัฐยังต้องถือปฏิบัติตามหลักการเหล่านี้โดยเคร่งครัดทุกๆ ที่สถานการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นอันมาก วัตถุประสงค์หรือเหตุผล (raison d'être) ของการที่ให้มีสิทธิป้องกันตัวเองได้ในอันที่จะทำให้รัฐธำรงอยู่โดยสันติสุขได้ก็ไม่สามารถบรรลุถึงจุดมุ่งหมายได้อย่างเต็มเม็ดเต็มหน่วย เพราะจะทำให้รัฐไม่มีทางที่จะใช้สิทธิป้องกันตนเองได้เลย

⁸⁸ แต่ทั้งนี้หลักเกณฑ์ของกฎบัตรสหประชาชาติ ในการใช้สิทธิป้องกันตนเองตามข้อ 51 ของกฎบัตรสหประชาชาติ บัญญัติแต่เพียงว่า หาก “การโจมตีด้วยกำลังอาวุธ” โดยมีได้ระบุว่าจะต้องกระทำโดยรัฐ ดังนั้น เจื่อนไซที่จะใช้เป็นเกณฑ์จึงควรจะกว้างกว่านั้น

⁸⁹ Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 3rd edition , Cambridge University Press, 2001, p. 160.

ในกรณีเช่นเดียวกับที่ Twin Towers ของ World Trade Centre ของสหรัฐอเมริกาที่นิวยอร์กถูกโจมตีเมื่อเมื่อวันที่ 11 กันยายน 2001 โดยกระบวนการก่อการร้ายสากลเช่นกระบวนการ Al Qaeda เพราะตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว เงื่อนไขประการแรกคือ จะต้องมีการรุกรานด้วยกำลังอาวุธที่กระทำโดยรัฐหนึ่งต่ออีกรัฐหนึ่ง ในเมื่อผู้ก่อการร้ายที่ขับเครื่องบินชน World Trade Centre ไม่ใช่รัฐ เงื่อนไขแรกนี้ก็ไม่มีทางเข้าข่ายที่สหรัฐจะใช้สิทธิป้องกันตนเองได้ เงื่อนไขประการที่ 2 คือ การใช้สิทธิป้องกันตนเองจะสิ้นสุดลงเมื่อการรุกรานสิ้นสุดลงแล้ว ดังนั้น การใช้สิทธิป้องกันตนเองจึงต้องกระทำขณะที่ถูกรุกรานและการรุกรานยังไม่สิ้นสุดลงเท่านั้น แต่กรณีนี้ในเมื่อการโจมตีคือการที่ผู้ก่อการร้ายขับเครื่องบินชน Twin Towers เกิดขึ้นและสิ้นสุดลงในเสี้ยววินาทีเดียวเท่านั้นเหลือวิสัยของมนุษย์ที่จะใช้สิทธิป้องกันตนเองได้ และเงื่อนไขประการที่ 3 การใช้สิทธิป้องกันตนเอง ต้องกระทำต่อผู้รุกราน (Aggressors) ซึ่งกรณีนี้คือตัวผู้ก่อการร้ายที่ขับเครื่องบินชน Twin Towers ซึ่งตายทันทีที่เครื่องบินชนเป้าและระเบิด จึงไม่มีทางที่จะใช้สิทธิป้องกันตัวเองต่อ “ผู้รุกราน” (Aggressors) นั้นได้ เงื่อนไขประการที่ 4 คือการใช้สิทธิป้องกันตนเองต้องได้สัดส่วนกับการรุกราน กล่าวคือจะต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน (Proportionality) ซึ่งในสภาพความเป็นจริงไม่มีทางเป็นไปได้เลยที่จะทำให้ผู้ก่อการร้ายทั้งสองรายได้รับการตอบโต้ตามสัดส่วนของความร้ายแรงของความสูญเสียที่สหรัฐฯ ได้รับ

สรุปแล้วคือเงื่อนไขนั้นเป็นข้อกำหนด ที่ขัดต่อเหตุผลและความเป็นจริงที่ไม่มีใครจะปฏิบัติตามได้ภายใต้สถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปโดยสิ้นเชิงจึงเข้าข่ายที่จะนำหลัก Rebus Sic Stantibus มาปรับใช้เพื่อทำให้ต้องเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎเกณฑ์และเงื่อนไขของการใช้สิทธิป้องกันตนเองให้สามารถใช้สิทธิป้องกันตนเองล่วงหน้า (Preemptive Self-Defense) ได้

จากที่ผู้เขียนได้นำเสนอไปแล้วในตอนต้นเกี่ยวกับองค์ประกอบ 5 ประการของการกล่าวอ้างหลัก Rebus Sic Stantibus คือ

1. ความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นจะต้องเทียบกับเวลาที่จัดทำความตกลง กับเวลาในขณะที่มีการอ้างหลัก Rebus Sic Stantibus
2. มีความเปลี่ยนแปลงอย่างมาก (Fundamentally Change)
3. ความเปลี่ยนแปลงนั้นต้องมีอาจคาดหมายได้มาก่อน
4. ถ้าล่วงรู้ถึงความตกลงเช่นนี้จะไม่เข้าร่วมในความตกลงอย่างแน่นอน

5. ถ้ายังให้ต้องผูกพันตามความตกลงเดิม คู่ภาคีจะเสียหายอย่างมาก

สำหรับข้อยกเว้นการกล่าวอ้างหลัก Rebus Sic Stantibus มีด้วยกัน 2 ประการคือ

1. จะไม่ใช้กับสนธิสัญญาเขตแดน
2. ความเปลี่ยนแปลงอย่างมากที่เกิดขึ้น จะต้องไม่เกิดจากการกระทำของฝ่ายที่อ้าง

ลำดับต่อไปผู้เขียนขอ นำเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไปที่ได้กล่าวในภาพรวมข้างต้น มาพิจารณา โดยละเอียดกับหลักเกณฑ์ของ Rebus Sic Stantibus ในแต่ละข้อได้แก่

ประการแรก เหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นต้องเปรียบเทียบกับเวลาขณะที่เข้าร่วมในความตกลง

ในกรณีนี้ กฎบัตรสหประชาชาติที่บรรจุเรื่องการป้องกันตนเองไว้ในข้อ 51 ได้ประกาศใช้ตั้งแต่เมื่อปี ค.ศ. 1945 นับถึงปัจจุบันนี้ ค.ศ. 2014 ก็เป็นเวลาเกือบ 70 ปีแล้ว แต่ตลอดเวลาที่ผ่านมา ยังไม่เคยมีการแก้ไขกฎบัตรสหประชาชาติทั้งในเรื่องการป้องกันตนเองในข้อ 51 หรือในเรื่องอื่นๆ เลยแม้แต่ครั้งเดียว ทั้ง ๆ ที่ตลอดเกือบ 70 ปีที่ผ่านมาประชาคมระหว่างประเทศต้องเผชิญกับภัยพิบัติ และภัยคุกคามต่างๆ ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากมาย ดังนั้นในเรื่องนี้จึงผ่านเกณฑ์ในข้อแรก

ประการที่สอง ต้องมีการเปลี่ยนแปลงเหตุการณ์ไปอย่างมากของรากฐาน (Fundamental) ในการเข้าร่วมความตกลง ในเวลาขณะจัดทำกฎบัตรสหประชาชาติ รัฐต่างๆ ต่างเห็นด้วยและยินดีที่จะเข้าร่วมในกฎบัตรสหประชาชาติ เพื่อที่ที่ต้องการจะยุติความเสียหายจากภัยสงครามโลกครั้งที่สอง โดยมุ่งสถาปนาโลกนี้ให้ปลอดจากสงคราม โดยคู่ได้จากอารัมภบทของกฎบัตรสหประชาชาติที่ระบุว่า

*WE THE PEOPLES OF THE UNITED NATIONS DETERMINED to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind...*⁹⁰

⁹⁰ PREAMBLE TO THE CHARTER OF THE UNITED NATIONS

จะเห็นได้ว่าสงครามโลกที่เกิดขึ้นทั้งสองครั้งนั้นก็อยู่ในรูปแบบของสงครามระหว่างรัฐกับรัฐด้วยกันทั้งสิ้น ดังนั้นคำนิยามของการป้องกันตนเองในข้อ 51 จึงใช้คำว่า “การโจมตีด้วยอาวุธเกิดขึ้น” (Armed Attack Occurs) ดังนั้นในสายตาของบรรดารัฐต่างๆ ในขณะนั้น ก็เข้าใจว่าสิทธิในการป้องกันตนเองของรัฐจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีการโจมตีด้วยอาวุธเกิดขึ้น ก็ไม่ได้เป็นการจำกัดสิทธิในการป้องกันตนเองของรัฐแต่อย่างใด ซึ่งสิ่งนี้คือรากฐานที่ทำให้รัฐต่าง ๆ ยินยอมเข้าร่วมในกฎบัตรสหประชาชาติและยอมผูกพันตนตามข้อ 51 ซึ่งในขณะนั้นโลกยังไม่ตระหนักถึงภัยจากการก่อการร้ายเท่าใดนัก ส่วนภัยจากอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างสูงอื่นๆ ก็ยังไม่แพร่หลายเท่าปัจจุบัน ต่อให้เป็นกรณีอาวุธนิวเคลียร์ก็ยังจำกัดอยู่เพียงมหาอำนาจไม่กี่ชาติเท่านั้น และเทคโนโลยีในสมัยนั้น ก็ยังไม่ทันสมัยถึงขนาดให้รัฐล่วงรู้ได้ทุกซอกซอกของโลกว่าภัยใกล้จะเกิดเพียงนี้ดังในปัจจุบัน

แต่ต่อมารูปแบบของภัยคุกคามเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากในขณะที่มีการจัดทำกฎบัตรสหประชาชาติ โดยได้มีกลุ่มก่อการร้ายต่าง ๆ เกิดขึ้นทั่วโลกมากมาย และต่อมาก็รวมตัวกันเป็นกลุ่มก่อการร้ายสากล และที่สำคัญกลุ่มก่อการร้ายเหล่านี้ ไม่ได้มีฐานะเป็นรัฐ แต่สามารถสร้างความเสียหายได้มากกว่ารัฐเสียอีก โดยเหตุการณ์ที่เปรียบเสมือนเป็นการจุดประกายให้ทั่วโลกหันมาตระหนักในภัยการก่อการร้ายนั้นก็คือ เหตุการณ์ 11 กันยายน 2001 หรือที่นิยมเรียกสั้นๆ ว่า เหตุการณ์ 9/11 โดยผู้ก่อการร้ายได้จี้เครื่องบิน 2 ลำแล้วบังคับให้พุ่งชนตึก Twin Tower ในประเทศสหรัฐอเมริกา และหลังจากนั้น เครื่องบินที่ถูกจี้ลำที่ 3 ถูกบังคับให้พุ่งชนตึก Pentagon ส่วนเครื่องบินที่ถูกจี้ลำที่ 4 มุ่งหน้าสู่เป้าหมายสำคัญ (High-Profile) ในกรุงวอชิงตัน แต่กระแทกตกบริเวณทุ่งหญ้าในรัฐเพนซิลวาเนียตอนใต้ เหตุการณ์ดังกล่าว ทำให้ชาวอเมริกันและพลเมืองอื่นๆ เสียชีวิตสามพันกว่าราย และบาดเจ็บจำนวนมากอีกทั้งเกิดระบบเศรษฐกิจปั่นป่วนไปทั่วโลก เนื่องจากอาคารดังกล่าวเป็นศูนย์กลางเศรษฐกิจสำคัญของโลก ประธานาธิบดีบุช และคณะรัฐมนตรีเชื่อว่า เป็นฝีมือของกลุ่ม อัลกออิดะห์ (Al-Qaeda) ของนายโอซามะ บิลลาเดน

การก่อการร้ายหากเทียบกับการทำสงครามในยุคสงครามโลกทั้งสองครั้งที่ผ่านมาแล้วจะพบว่าดำเนินการด้วยต้นทุนที่ต่ำมาก และกลับสร้างความเสียหายได้มหาศาล ประธานาธิบดี George W. Bush ถึงกลับได้กล่าวในถ้อยแถลงหลังจากเกิดเหตุการณ์ขึ้น 6 วัน ที่รู้จักกันในนาม Bush's Doctrine ว่า “ปัจจุบันกลุ่มบุคคลในเงามืด สามารถสร้างความปั่นป่วน และความทุกข์ยาก

ขนานใหญ่ให้แก่เมืองเรา โดยใช้เงินต่ำกว่าราคารถถัง 1 คัน”⁹¹ ด้วยเหตุนี้จึงเห็นได้ว่าการโจมตีจากกลุ่มก่อการร้ายก็สามารถสร้างความเสียหายได้ไม่น้อยกว่าการโจมตีด้วยอาวุธ (Armed Attack) จากรัฐแต่อย่างใด

นอกจากนี้ หากพิจารณา หลักการของบุช (Bush’s Doctrine) อย่างครบถ้วนแล้ว จะพบว่า สหรัฐอเมริกา ได้กล่าวอ้างหลักเมื่อพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างมีนัยสำคัญ ความตกลงก็ไม่จำเป็นต้องคงเดิมอีกต่อไป (Rebus Sic Stantibus) ในการอ้างเพื่อป้องกันตนเองล่วงหน้าด้วยคือ

*การปกป้องชาติจากภัยศัตรู เป็นความรับผิดชอบพื้นฐานของรัฐบาลสหภาพปัจจุบัน
ภารกิจนี้ เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก เหล่าศัตรูในอดีตจำเป็นต้องมีกองทัพเกรียงไกร
และขีดความสามารถด้านอุตสาหกรรมมหาศาลที่จะทำอันตรายอเมริกา ปัจจุบัน
กลุ่มบุคคลในเงามืด สามารถสร้างความปั่นป่วน และความทุกข์ยากขนานใหญ่ให้แก่
เมืองเรา โดยใช้เงินต่ำกว่าราคารถถัง 1 คัน ผู้ก่อการร้ายจัดตั้งในลักษณะที่เอื้อต่อ
การเจาะทะลวงสังคมเปิด และพลิกผันนำพลังอำนาจของเทคโนโลยีสมัยใหม่มาทำ
อันตรายเรา*

ในการเอาชนะภัยคุกคามนี้ เราต้องใช้เครื่องมือทุกชนิดที่อยู่ในคลังแสง
พลังอำนาจทาง ทหาร ระบบป้องกันภัยภายในประเทศที่ดียิ่งขึ้น การบังคับใช้
กฎหมาย การข่าวกรอง และมาตรการเชิง รุก เพื่อตัด แหล่งเงินสนับสนุน
ผู้ก่อการร้าย สงครามต่อต้านผู้ก่อการร้ายที่มีเครือข่ายทั่วโลก เป็นงานที่
ครอบคลุมพื้นที่ ทั่วโลก และมีอาจทราบเวลาสิ้นสุดได้แน่นอน...และอเมริกาจะถือ
ว่าทุกชาติที่อยู่ใต้อิทธิพลของผู้ก่อการร้ายและชาติที่ให้ที่พักพิงหลบซ่อนแก่
ผู้ก่อการร้ายจะต้องรับผิดชอบ ทั้งนี้เพราะพันธมิตรของการก่อการร้าย เป็นศัตรูของ
อารยธรรมสหรัฐฯ และประเทศที่ร่วมมือกับสหรัฐฯ ต้องไม่ปล่อยให้ผู้ก่อการร้าย

⁹¹ “Now, shadowy networks of individuals can bring great chaos and suffering to our shores for less than it costs to purchase a single tank.” The national security strategy of the United State of America (September, 2002)

สร้างฐานปฏิบัติการขึ้นมาใหม่ เราจะร่วมมือป้องกันไม่ให้พวกเขาไปที่พักพิงหลบซ่อนทุกอย่างก้าว

ภัยคุกคามที่น่ากลัวที่สุดของชาติอยู่ที่การฉกฉวยระหว่างแนวคิดสุดโต่งกับเทคโนโลยี ศัตรูของเรา ประกาศเปิดเผยว่า กำลังแสวงหาอาวุธอานุภาพทำลายล้างสูง และหลักฐานบ่งชี้ว่า พวกเขากำลังแสวงหาอย่างมุ่งมั่น สหรัฐฯจะไม่ยอมให้ความพยายามเหล่านี้สำเร็จผลเราจะสร้างระบบป้องกันซีปนาวุธ และเครื่องมือนำส่งชาติอื่นๆ เราจะร่วมมือกับชาติอื่นในการขัดขวาง ปิดกั้น และบั่นทอนสมรรถภาพความพยายามของศัตรูในการแสวงหาเทคโนโลยีอันตราย และใช้หลักสามัญสำนึกกับหลักการ ป้องกันตัวเอง อเมริกาจะลงมือจัดการกับภัยคุกคามที่กำลังก่อตัว ก่อนที่มันจะก่อตัวเสร็จ สมบูรณ์ เราไม่สามารถปกป้องอเมริกา และมิตรประเทศของเราได้ด้วยการหวังในสิ่งที่ดีที่สุด...ประวัติศาสตร์จะตัดสินลงโทษรุนแรงแก่ผู้ที่ไม่มองเห็นภัยอันตรายที่กำลังคืบคลานเข้ามา แต่ไม่ลงมือจัดการ...

Defending our Nation against its enemies is the first and fundamental commitment of the Federal Government. Today, that task has changed dramatically. Enemies in the past needed great armies and great industrial capabilities to endanger America. Now, shadowy networks of individuals can bring great chaos and suffering to our shores for less than it costs to purchase a single tank. Terrorists are organized to penetrate open societies and to turn the power of modern technologies against us.

To defeat this threat we must make use of every tool in our arsenal - military power, better homeland defenses, law enforcement, intelligence, and vigorous efforts to cut off terrorist financing. The war against terrorists of global reach is a global enterprise of uncertain duration. America will help nations that need

our assistance in combating terror. And America will hold to account nations that are compromised by terror, including those who harbor terrorists because the allies of terror are the enemies of civilization. The United States and countries cooperating with us must not allow the terrorists to develop new home bases. Together, we will seek to deny them sanctuary at every turn.

*The gravest danger our Nation faces lies at the crossroads of radicalism and technology. Our enemies have openly declared that they are seeking weapons of mass destruction, and evidence indicates that they are doing so with determination. The United States will not allow these efforts to succeed. We will build defenses against ballistic missiles and other means of delivery. We will cooperate with other nations to deny, contain, and curtail our enemies' efforts to acquire dangerous technologies. And, as a matter of common sense and self-defense, America will act against such emerging threats before they are fully formed. We cannot defend America and our friends by hoping for the best. So we must be prepared to defeat our enemies' plans, using the best intelligence and proceeding with deliberation. History will judge harshly those who saw this coming danger but failed to act. In the new world we have entered, the only path to peace and security is the path of action.*⁹²

ถ้อยคำที่ผู้เขียนได้ขีดเส้นใต้ไว้ ต้องการสื่อให้เห็นถึง พฤติการณ์ไปอย่างมากของรากฐาน (Fundamental) ของภัยคุกคามจากเดิม แต่ปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงรูปแบบและความร้ายแรงไปมาก ดังนั้นจึงเข้าองค์ประกอบข้อที่สอง ของการปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus

⁹² The national security strategy of the United State of America (September, 2002)

ประการที่สาม พฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงต้องไม่อาจคาดเห็นได้ในขณะจัดทำความตกลง

รัฐต่างๆ ไม่อาจคาดเห็นได้เลยว่าภัยคุกคามจะเปลี่ยนรูปไปมากเช่นนี้ เป็นที่แน่นอนว่า เมื่อเกือบ 70 ปีที่แล้ว รัฐต่างๆ คงมีอาจคาดเห็นได้อย่างแน่นอนว่า รูปแบบและความรุนแรงของภัยคุกคามจะเปลี่ยนแปลงไปมากขนาดนี้ เช่นกลุ่มก่อการร้ายจะรวมตัวกันเป็นปีกแผ่น และขยายเครือข่ายได้ขนาดนี้ ในส่วนของอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างสูงก็เช่นกัน เมื่อ 70 ปีที่แล้วคงมีเพียงสหรัฐอเมริกาและโซเวียต ที่สามารถครอบครองอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างสูงได้ แต่ในปัจจุบันเทคโนโลยีต่างๆ ก้าวล้ำสมัยไปมาก หลักฐานที่ยืนยันว่ารัฐไม่อาจคาดเห็นได้ในขณะเข้าร่วมในกฎบัตรสหประชาชาติก็คือ ถ้อยแถลงของประธานาธิบดีบุชที่กล่าวใน Bush's Doctrine ว่า “ภัยคุกคามที่น่ากลัวที่สุดของชาติอยู่ที่การฉีกสมานระหว่างแนวคิดสุดโต่งกับเทคโนโลยีศัตรู ของเรา ประกาศเปิดเผยว่า กำลังแสวงหาอาวุธอำนาจทำลายล้างสูงและหลักฐานบ่งชี้ว่าพวกเขา กำลังแสวงหาอย่างมุ่งมั่น”⁹³ จึงแปลความได้ว่า ในอดีตชาติที่เป็นรัฐอันทพาลเหล่านี้ ยังไม่มีอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างสูงอย่างแน่นอน ด้วยเหตุนี้จึงเข้าหลักเกณฑ์การปรับใช้ Rebus Sic Stantibus ข้อที่สาม

ประการที่สี่ พฤติการณ์เปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นต้องส่งผลกระทบต่อความยินยอมในการเข้าร่วมในความตกลงถึงขนาดถ้าเกิดขึ้นจะไม่ยอมเข้าร่วมในความตกลงนั้น

หากรัฐได้ล่วงรู้ถึงการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นเช่นนี้ในอนาคตก็คงไม่ยินยอมเข้าร่วมในกฎบัตรสหประชาชาติเมื่อปี 1945 เป็นแน่ โดยสังเกตได้จาก เมื่อมีความเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากในภัยคุกคามสามประการดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไปแล้ว แต่ปฏิกิริยาของรัฐที่ได้รับผลกระทบโดยตรงเช่นสหรัฐอเมริกา พยายามจะหาทางที่จะไม่ต้องผูกพันตามกฎหมายเรื่องการป้องกันตนเองแบบเดิม โดยประกาศว่าตนเองจะใช้การป้องกันตนเองล่วงหน้าดังที่ได้กล่าวว่า “อเมริกาจะลงมือจัดการกับภัยคุกคามที่กำลังก่อตัว ก่อนที่มันจะก่อตัวเสร็จสมบูรณ์”⁹⁴

ดังนั้นขนาดมีความผูกพันตามกฎหมายอยู่ รัฐยังประสงค์จะออกจากความผูกพัน ดังนั้นหากรัฐทราบก่อนว่า กฎเกณฑ์ว่าด้วยการป้องกันตนเองตามข้อ 51 ของกฎบัตรสหประชาชาติ และคำนิยามของการรุกราน ตามข้อมติที่ 3314 ประกอบนิยามตามคดีนิคารากัว จะรอนสิทธิของรัฐในการ

⁹³ The national security strategy of the United State of America (September, 2002)

⁹⁴ The national security strategy of the United State of America (September, 2002)

ป้องกันตนเองไม่ให้สามารถเข้ากับตัวกระทำที่ไม่ใช่รัฐ และอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างสูงได้ รัฐก็ คงจะไม่เข้าร่วมเป็นสมาชิกองค์การสหประชาชาติอย่างแน่นอน ด้วยเหตุนี้ จึงเข้าหลักเกณฑ์ในข้อที่สี่ ของการปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus

ประการที่ห้า หากยังต้องปฏิบัติตามความตกลงเดิมจะเป็นการเพิ่มภาระในการปฏิบัติตาม พันธกรณีแก่ฝ่ายที่ต้องปฏิบัติตามอย่างเกินสมควร

ในเรื่องพันธกรณีว่าด้วยการป้องกันตนเองที่ต้องปฏิบัติตามข้อ 51 ของกฎบัตร สหประชาชาตินั้น มีแนวคิดที่ตีความพันธกรณีไว้สองแนวหลัก ๆ คือ

แนวความคิดแรกจะเน้นไปที่พันธกรณีตามคำว่า “เมื่อการโจมตีด้วยอาวุธ(โดยรัฐ)เกิดขึ้น” (Armed Attack Occurs) รัฐจึงจะมีสิทธิป้องกันตนเองได้

แนวความคิดที่สองจะเน้นไปที่พันธกรณีตามคำว่า “ไม่มีข้อความใดในกฎบัตรนี้จะรอนสิทธิ ประจำตัวในการป้องกันตนเอง” (Nothing in the present Charter shall inherent right of self-defense)

ในทัศนะของผู้เขียน ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวคิดที่สองมากกว่า ผู้ร่างตั้งใจจะให้กฎบัตรข้อ 51 นี้เป็นการรับรองสิทธิในการป้องกันตนเองของรัฐอันเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่ตกติดมากับความเป็นรัฐ เสียมากกว่าจะเน้นไปในทางจำกัดสิทธิ⁹⁵ ที่เป็นเช่นนี้เพราะเป็นหลักความเป็นธรรมตามธรรมชาติ (Natural justice) ที่พึงมีอยู่ในจิตใจของทุกคน ประกอบกับแรงขับเพื่อความอยู่รอดที่ติดมากับ สัญชาติญาณของมนุษย์ทุกผู้ทุกนามนั่นเอง หากรัฐยังต้องถูกผูกมัดให้ยึดถือหลักเกณฑ์ตามการ ป้องกันตนเองแบบเดิมตามแนวความคิดที่ 1 ในเชิงจำกัดสิทธิการป้องกันตนเองของข้อ 51 ของกฎ บัตรสหประชาชาติจะเป็นการเพิ่มภาระให้กับรัฐอย่างมาก ในที่นี้หมายถึงรัฐเองอาจจะถึงขั้นไม่ สามารถดำรงความเป็นรัฐต่อไปได้ ดังนั้นจึงเข้าหลักเกณฑ์ที่จะปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus ใน ข้อที่ห้าได้

นอกจากนี้การเปลี่ยนรูปแบบของภัยคุกคามดังกล่าว ยังไม่เข้าข้อยกเว้นการปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus อีกสองประการด้วยกันคือ

ประการแรก หลัก Rebus Sic Stantibus จะไม่ใช้กับสนธิสัญญาที่กำหนดเส้นเขตแดน

⁹⁵ D.W.Bowett, *Self Defense in International Law* , 1958, p. 185.

ซึ่งกฎหมายในเรื่องการป้องกันตนเองไม่ใช่กฎหมายที่กำหนดเส้นเขตแดน แต่อย่างใด

ประการที่สอง ฝ่ายที่กล่าวอ้างหลัก Rebus Sic Stantibus จะต้องไม่เป็นผู้ก่อให้เกิดพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากเสียเอง

ในเรื่องนี้เห็นได้ชัดว่า รัฐและประชากรในรัฐเป็นผู้ถูกโจมตี รัฐที่ได้รับผลจากภัยคุกคามที่เปลี่ยนแปลงไปไม่ได้เป็นผู้ก่อให้เกิดภัยคุกคามนั้นแต่อย่างใด

ด้วยเหตุนี้ เมื่อเข้าองค์ประกอบทั้งห้าประการ และไม่เข้าข้อยกเว้นทั้งสองประการของการปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus จึงทำให้สามารถปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus กับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันตนเองให้กลายเป็นการป้องกันตนเองล่วงหน้าได้ เพื่อให้สามารถรับมือกับภัยคุกคามในรูปแบบใหม่นั้นคือภัยคุกคามจากกลุ่มก่อการร้าย และอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างสูง และภัยคุกคามอื่นๆ ที่อาจมีขึ้นอีกในอนาคตที่ยังมาไม่ถึง อันจะทำให้รัฐที่เป็นตัวกระทำการที่สำคัญที่สุดสามารถดำรงอยู่ต่อไปได้อย่างมีอิสระจากความหวาดกลัว (Freedom from Fear) ในสังคมระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอเสนอข้อสังเกตอีกประการหนึ่ง เพื่อเป็นหลักฐานยืนยันว่า หลัก Rebus Sic Stantibus สามารถนำมาปรับใช้หลักเกณฑ์ของการป้องกันตนเอง เพื่อให้เป็นการป้องกันตนเองล่วงหน้าได้นั้นก็คือ ความเปลี่ยนแปลงของเหตุที่ทำให้รัฐอ้างการป้องกันตนเองกับการป้องกันตนเองล่วงหน้าได้ดังที่ผู้เขียนได้เปรียบเทียบไว้แล้วในหัวข้อ 2.3 กล่าวคือ เดิมการป้องกันตนเองนั้น จะกระทำได้เมื่อมีการโจมตีด้วยอาวุธเกิดขึ้นก่อน แต่พอเปลี่ยนมาเป็นการป้องกันตนเองล่วงหน้า ก็จะกลายเป็นภัยอันใกล้จะเกิด ซึ่งรัฐแทบจะไม่มีเวลาเตรียมพร้อมก่อนจึงต้องรีบป้องกันตนเองไปก่อนภัยจะเกิด ซึ่งลักษณะดังกล่าวตรงกับหลักการของ Rebus Sic Stantibus ในเรื่องเวลา (Timing) ที่จะเกิดขึ้นอย่างฉับพลันไม่มีเวลาให้ปรับตัวได้ทันจึงต้องมีหลักนี้ ดังนั้น การที่เหตุในการป้องกันตนเองล่วงหน้าเปลี่ยนจากต้องถูกโจมตีด้วยอาวุธก่อน แล้วจึงจะป้องกันตนเองได้ เป็นภัยอันใกล้จะถึง (Imminent Threat) นั้น ก็เป็นเครื่องยืนยันหลักการภายในการเปลี่ยนแปลงอยู่แล้วว่าเป็นหลัก Rebus Sic Stantibus

จากตัวอย่างที่ยกมาข้างต้นเมื่อวิเคราะห์จากองค์ประกอบของหลักการป้องกันตนเอง เดิมใช้ได้กับภัยคุกคามที่เกิดจากรัฐ แต่องค์ประกอบของการป้องกันตนเองล่วงหน้า แม้ภัยคุกคามที่ไม่ได้

เกิดจากรัฐ รัฐก็สามารถป้องกันตนเองได้ สิ่งนี้ก็เป็นความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นแล้ว สามารถพิจารณาได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมหาศาลก็ว่าได้ เพราะเป็นการพลิกโฉมหน้าของรูปแบบการป้องกันตนเองเลยทีเดียว

4.4.2. มีทางปฏิบัติของรัฐ : State Practice

สำหรับในเรื่องทางปฏิบัตินั้น Bowett ถึงกับกล่าวว่า ในอดีตตั้งแต่มีกฎบัตรสหประชาชาติมา ไม่น่าจะมีผู้ยึดแนวทางตามแนวการป้องกันตนเองล่วงหน้า มากกว่าผู้ปฏิบัติตามกฎบัตรเสียอีก⁹⁶ ซึ่งทางปฏิบัติของรัฐที่เกิดขึ้นก็มีด้วยกันหลายกรณี ทั้งการป้องกันตนเองล่วงหน้า ระหว่างรัฐกับรัฐ เช่นกรณีหมู่เกาะพอล์กแลนด์ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3 หรือกรณีสงคราม 6 วันที่อิสราเอลป้องกันตนเองล่วงหน้าต่อประเทศเพื่อนบ้าน แต่ขณะเดียวกัน มติสหประชาชาติไม่ว่าจะเป็นคณะมนตรีความมั่นคงหรือสมัชชาที่ดี ก็สามารถพิจารณาเป็นตัวอย่างของทางปฏิบัติของรัฐได้เช่นกัน

ด้วยเหตุนี้ การที่สมัชชาสหประชาชาติ โดยมติที่ 1/2001⁹⁷ ความตอนหนึ่งว่า “ตอกย้ำให้ผู้ซึ่งเกี่ยวข้องกับการช่วยเหลือ สนับสนุน หรือให้ที่พักพิงแก่ผู้กระทำความผิด ผู้ประสานงาน หรือผู้ส่งเคราะห์การกระทำเหล่านี้ต้องรับผิดชอบ”

คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ โดยมติที่ 1368/2001⁹⁸ ซึ่งมีข้อความสำคัญที่แม้จะไม่เหมือนกันทุกตัวอักษร แต่อ่านแล้วได้ใจความเช่นเดียวกับมติของสมัชชาใหญ่ในแง่การดำเนินการกับทุก ๆ ฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการก่อการร้าย อีกทั้งยังข้อมติดังกล่าวยังได้รับการยืนยันในข้อมติที่ 1373/2001 ให้ทุกรัฐเร่งตรากฎหมายภายในบัญญัติให้การก่อการร้ายเป็นความผิด

⁹⁶ D. W. Bowett, *Self – Defense in International Law*. (New York : Frederick A. Praeger, Inc., Publishers, 1958), p.188.

⁹⁷ G. A. Res 1, U.N. GAOR, 56th Sess., U.N.Doc.A/56/L.1 (2001) First Resolution of the 56th U.N. General Assembly (2001) September 12, 2001.

⁹⁸ U.N. SCOR, 4370th mtg, at, U.N.Doc.S/Res/1368 (2001) U.N. Security Council Resolution 1368 (2001) September 12, 2001.

ภายในประเทศของตน⁹⁹ นอกจากนี้อีก 4 ปีถัดมาในข้อมติที่ 1624/2005¹⁰⁰ ยังได้ยืนยันหลักการของข้อมติที่ 1373/2001 ไว้เช่นกัน ดังนั้นการที่มีผู้ตั้งข้อสังเกตว่า ข้อมติในช่วงปี 2001 ที่ออกภายหลังเหตุการณ์ 9/11 นั้นออกเพราะแต่ละรัฐเพียงแต่ตื่นตระหนกจากเหตุการณ์โจมตีอาคาร World Trade Center ของสหรัฐฯ บรรดารัฐต่างๆ ไม่มีเวลาไตร่ตรองเนื้อหาข้อมติให้เสียก่อน ทำให้ไม่สามารถยึดเป็นหลักฐานของทางปฏิบัติของรัฐได้ จึงไม่น่าจะเป็นความจริง เพราะหากเป็นเช่นนั้นแล้วเมื่อเวลาผ่านไปนานถึง 4 ปี แต่ละรัฐมีเวลามากเพียงพอที่จะพิจารณาเนื้อหาของข้อมติ อีกทั้งยังสามารถปรึกษากับภาคส่วนต่างๆ ในรัฐของตนถึงท่าทีต่อข้อมติดังกล่าว ผู้แทนของแต่ละรัฐคงจะไม่ยืนยันในหลักการนี้ซ้ำอีกในปี 2005 อย่างแน่นอน

การแสดงออกด้วยการกระทำเนื่องจากมติของคณะมนตรีความมั่นคงมีลักษณะผูกพันสมาชิกในทางกฎหมาย จึงเป็นเครื่องบ่งชี้ว่า สมาชิกของคณะมนตรีความมั่นคงโดยการมีมติเป็นเอกฉันท์ ก็ได้แสดงออกโดยชัดแจ้งว่า มีเจตนาที่จะดำเนินการกับผู้ก่อการร้ายและผู้ให้ที่พักพิงแก่ผู้ก่อการร้าย

นอกจากนี้ยังมีหลักฐานปรากฏโดยปราศจากข้อสงสัยอีกว่า มีประเทศต่างๆ มากมายที่แสดงออกด้วยการกระทำ (Act) ภายหลังจากเหตุการณ์ 9/11 เช่น

- ประเทศอังกฤษ ส่งทหารเข้าไปร่วมรบในอัฟกานิสถาน
- ประเทศปากีสถาน ซึ่งเดิมเป็นพันธมิตรกับอัฟกานิสถานก็ประกาศนโยบายที่จะสนับสนุนการปราบปรามการก่อการร้ายสากล ซึ่งต่อมาได้อนุญาตให้อเมริกาและอังกฤษใช้น่านฟ้าเพื่อการนี้ได้

⁹⁹ UN SCOR, 4385th mtg, at, U.N.Doc. S/Res/1373 (2001) U.N. Security Council Resolution 1373 (2001) September 28, 2001.

2. Decides also that all States shall:

(e) Ensure that any person who participates in the financing, planning, preparation or perpetration of terrorist acts or in supporting terrorist acts is brought to justice and ensure that, in addition to any other measures against them, such terrorist acts are established as serious criminal offences in domestic laws and regulations and that the punishment duly reflects the seriousness of such terrorist acts;

¹⁰⁰ UN SCOR, 5261st mtg, at, U.N.Doc. S/Res/1624 (2005) U.N. Security Council Resolution 1624 (2005) September 14, 2005.

- ประเทศซาอุดีอาระเบีย ตัดสัมพันธ์ทางการทูตกับระบบตาลิบัน หลังจากระบบตาลิบัน เหมินเฉยต่อความพยายามของซาอุดีอาระเบียที่ขอให้เลิกให้ที่พักพิงต่ออาชญากร และผู้ก่อการร้าย
- ประเทศไลบีเรีย ได้เสนอให้ใช้ทั้งสนามบินและน่านฟ้าของตนเพื่อร่วมกันต่อสู้กับผู้ก่อการร้ายและผู้ให้ที่พักพิง

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น เท่ากับเป็นการยืนยันว่า ข้อมติของ UNGA และ UNSC สามารถเป็นหลักฐานของทางปฏิบัติของรัฐโดยทั่วไปของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้

ในทำนองเดียวกัน ภัยคุกคามรูปแบบใหม่ในศตวรรษที่ 21 ได้แก่ ภัยจากการก่อการร้าย และ อาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างสูง (Weapon of Mass Destruction: WMD) ที่ไม่เคยปรากฏอย่างชัดเจนและรุนแรงเช่นนี้มาก่อนในขณะเวลาที่จัดทำกฎบัตรสหประชาชาติ เมื่อ ค.ศ. 1945 อาจทำให้กฎเกณฑ์ในเรื่องของการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศตาม ข้อ 2 (4) และ หลักเกณฑ์ในเรื่องการป้องกันตนเองที่กำหนดไว้ใน ข้อ 51 ของกฎบัตรสหประชาชาติ อันเกิดจากการประมวลกฎเกณฑ์ทางกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศขณะนั้นมาไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ มีพัฒนาการต่อเนื่องภายนอกกรอบของสนธิสัญญา อันอาจทำให้มีสถานการณ์บางกรณีที่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นใหม่ ยอมรับให้รัฐต่างๆ สามารถใช้สิทธิในการป้องกันตนเองล่วงหน้าได้ (Preemptive Self-Defense)

4.4.3. มีความจำเป็น : Sive Necessitatis

หากพิจารณาองค์ประกอบของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ มักจะมีองค์ประกอบหนึ่งที่มีถูกมองข้ามไป นั่นคือรัฐมีความจำเป็นเห็นว่าจะต้องกระทำ (Sive Necessitatis) โดยในเรื่องนี้ Dr. Thrilway อธิบายอย่างชัดเจนว่า รัฐต่างๆ ที่ริเริ่มทางปฏิบัติที่จะก่อให้เกิดเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น ปฏิบัติภายใต้อิทธิพลของ Opinio Necessitatis อันจะยังผลให้ทางปฏิบัตินั้นเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย เพื่อที่รัฐต่างๆ ปฏิบัติต่อมาอย่างสอดคล้องกับ Opinio Juris สำหรับ Opinio Necessitatis ในขั้นตอนแรกนั้นอาจเพียงพอให้เกิดกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย แต่การที่

จะมีอยู่ต่อไปหรือไม่ขึ้นอยู่กับทางปฏิบัติต่อมาที่มี *Opinio Juris*¹⁰¹ กล่าวคือที่แรกรัฐอาจจะปฏิบัติด้วยความจำเป็นก่อน และต่อมาค่อยเกิดความรู้สึกสำนึกว่าสิ่งเหล่านี้มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย (*Opinio Juris*)

สำหรับในเรื่องการป้องกันตนเองล่วงหน้า นั้นแน่นอนว่า ณ สถานการณ์ของภัยคุกคามเป็นเรื่องจำเป็นที่ต้องมีหลักการดังกล่าว หากกล่าวถึงกฎเกณฑ์การป้องกันตนเองแบบเดิม ก็จริงอยู่ที่กฎหมายจะต้องมีความมั่นคง แต่กฎหมายก็ไม่สามารถรักษาความมั่นคงไว้ได้หากไม่เปลี่ยนแปลงกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายจารีตประเพณีจึงมีส่วนของความมั่นคงและความเปลี่ยนแปลง เมื่อพฤติกรรมแวดล้อมกรณี เวลา และความจำเป็นเปลี่ยนแปลงไป ทางปฏิบัติของรัฐก็ย่อมเปลี่ยนไปด้วย เมื่อรัฐต่างๆ ยึดถือปฏิบัติเป็นแนวเดียวกัน และเห็นว่าจำเป็นต่อความสัมพันธ์ระหว่างกันในสังคมดังเช่นกฎหมายแล้ว กฎหมายจารีตประเพณีใหม่ก็ย่อมเกิดขึ้น¹⁰²

แต่การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวก็เชื่อว่าจะเปลี่ยนไปตามสมัยนิยม (Fashion) ที่สามารถเปลี่ยนแปลงได้อย่างรวดเร็ว¹⁰³ เพราะการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจะเปลี่ยนแปลงก็ต่อเมื่อสภาวะการณ์ เวลา และความจำเป็นเปลี่ยนแปลงไป¹⁰⁴ แต่ในกรณีของ สมัยนิยม (Fashion) นั้นมิได้มีความสอดคล้องกับสิ่งเหล่านี้เลย

4.5 ข้อพิสูจน์ความเป็นกฎหมายของสิทธิการป้องกันตนเองล่วงหน้า

จากที่ได้ศึกษามาแล้วก่อนหน้านี้ จะเห็นได้ว่ามีแนวปฏิบัติของรัฐจำนวนหนึ่งที่ปฏิบัติการโดยใช้กำลังทางอาวุธ โดยกล่าวอ้างสิทธิในการป้องกันตนเองล่วงหน้า แต่เมื่อพิจารณาจากสถานการณ์ระหว่างประเทศ รัฐที่ปฏิบัติการโดยตรงมีจำนวนไม่มากนัก อย่างไรก็ตามการวิเคราะห์ว่ามีแนวปฏิบัติของรัฐเกิดขึ้นในทางระหว่างประเทศหรือไม่นั้น ต้องคำนึงถึงพฤติกรรมการแสดงออกของรัฐใน

¹⁰¹Thirlway, H., *International Customary and Codification*, (London : A.W., Sijthoff, 1972), pp. 55-56.

¹⁰² กฤษณะ ช่างกล่อม. “แนวโน้มนการเกิดกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ.” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), หน้า 48.

¹⁰³ Allen, C., *Law in the Making*, (Oxford :Carendon Press, 1958), p.104.

¹⁰⁴ กฤษณะ ช่างกล่อม. “แนวโน้มนการเกิดกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ.” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), หน้า 48.

ภาพรวมซึ่งหมายถึงการสนับสนุน การเห็นชอบ การคัดค้าน หรือการแสดงออกอื่นๆ ที่จะสะท้อนว่า แนวปฏิบัติในทางระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นเป็นแนวปฏิบัติซึ่งสะท้อนภาพรวมของ “หลักฐานของการปฏิบัติทั่วไปของรัฐ” อันเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งของการเกิดกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่ นอกจากนี้การวิเคราะห์ว่าแนวปฏิบัติทั่วไปจะเป็นหรือจะนำไปสู่การเกิดกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในอนาคตหรือไม่นั้น จำเป็นต้องพิจารณาความมีอยู่ของเงื่อนไขอีกประการหนึ่งด้วยเช่นกัน นั่นคือเงื่อนไข “ความเชื่อว่าเป็นกฎหมาย” (Opinio Juris)

Opinio Juris หมายถึง การยึดถือหรือยึดมั่นว่าทางปฏิบัติของตนเป็นกฎหมาย และผู้เขียนมีความเห็นว่า หลักการในเรื่องของความเป็นธรรม และความยุติธรรมที่มีอยู่ในใจมนุษย์ทุกคนทุกคนเกี่ยวข้องกับ Opinio Juris กล่าวคือสิ่งที่เราจะยึดถือว่าสิ่งใดมีค่าบังคับเป็นกฎหมาย สิ่งนั้นโดยมนโสนานักแล้วก็ต้องเป็นเรื่องที่ดีงามและเป็นธรรม จึงสามารถนำไปปรับใช้ได้กับกรณีการปรากฏตัวขึ้น (Emerge) ของ Opinio Juris ในเรื่องการป้องกันตนเองล่วงหน้า (Preemptive Self-Defense) เนื่องจากภัยคุกคามต่อความมั่นคงของรัฐที่เปลี่ยนแปลงไป ทำให้หลักการป้องกันตนเองแบบดั้งเดิมนั้น ไม่เพียงพออีกต่อไปแล้ว และรัฐต่างๆ ก็อาจรู้สึกว่าจะต้องถูกกลุ่มก่อการร้ายสากล หรือภัยคุกคามในรูปแบบใหม่ทำร้ายแต่ฝ่ายเดียว แต่กลับโดนกฎหมายเรื่องการป้องกันตนเองแบบเดิมมัดมือมัดเท้าไม่ให้ต่อสู้เพื่อป้องกันตนเอง เพราะต้องอย่าลืมว่า กฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่พัฒนาขึ้น สอดคล้องกับสังคมนานาชาติระหว่างประเทศเสมอ และพิจารณาว่ากฎเกณฑ์ใดเป็นกฎเกณฑ์ที่จำเป็นต่อสังคม อันสามารถทำให้สังคมดำรงอยู่ได้ มิใช่ว่าจะตั้งเป็นกฎเกณฑ์ตายตัว หากต้องพิจารณาถึงความจำเป็นของแต่ละยุคแต่ละสมัยด้วย¹⁰⁵ ดังเช่นกฎเกณฑ์เรื่องจารีตในการป้องกันตนเอง นั่นเอง ดังนั้น Opinio Juris ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจึงมิใช่สิ่งที่จะเกิดขึ้นอย่างลอยๆ หากแต่เกิดจากทางปฏิบัติที่ทำให้เกิดความยึดมั่นว่าทางปฏิบัตินั้นจำเป็นอันจะก่อให้เกิดความเป็นธรรมที่จะให้สังคมดำรงอยู่ได้อย่างเป็นปึกแผ่น¹⁰⁶

¹⁰⁵ ฤกษ์ชัย ช่างกล่อม. “แนวโน้มการเกิดกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ.” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), หน้า 101.

¹⁰⁶ ฤกษ์ชัย ช่างกล่อม. “แนวโน้มการเกิดกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ.” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), หน้า 101.

ดังนั้น Opinio Juris ที่เกิดขึ้นจึงขึ้นอยู่กับทางปฏิบัติของรัฐมากกว่าที่จะขึ้นอยู่กับ Opinio Juris ของกฎหมายจารีตประเพณีเดิม

โดยเฉพาะในปัจจุบันมีความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีสารสนเทศทำให้สามารถติดต่อสื่อสารกันได้อย่างรวดเร็วไปทั่วโลก รัฐสามารถรับรู้ถึงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายในเวลาไม่กี่วินาที และสามารถแสดงจุดยืนของตนได้อย่างรวดเร็วและเป็นที่รับรู้กันทั่วโลก นอกจากนี้องค์การสหประชาชาติทำหน้าที่เป็นเวทีให้รัฐต่างๆ แสดงความเห็นต่อเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น อันสามารถถือเป็นทางปฏิบัติของรัฐได้บ่อยครั้งและแพร่หลาย ประกอบกับสังคมนานาชาติไม่มีองค์กรที่ทำหน้าที่ตรากฎหมายบังคับใช้แก่รัฐต่างๆ เหมือนกฎหมายภายในรัฐ แต่สถานการณ์ความวุ่นวายระหว่างประเทศในปัจจุบันทั้งที่เกิดจากน้ำมือมนุษย์ และจากธรรมชาติทำให้รัฐต่างๆ ตระหนักถึงความจำเป็นที่จะต้องมีการพัฒนาทางกฎหมายขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันมิให้ความโกลาหล (Chaos) เกิดขึ้นแก่มนุษยชาติจึงเห็นว่า ระยะเวลาที่ถือว่าเหมาะสมที่จะเป็นหลักฐานของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นขึ้นอยู่กับสถานการณ์เฉพาะเรื่อง เฉพาะกรณี¹⁰⁷

สถานการณ์เฉพาะเรื่อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งภัยคุกคามจากกลุ่มก่อการร้ายสากล ที่มุ่งโจมตีผู้บริสุทธิ์ นับเป็นภัยคุกคามในรูปแบบใหม่ของศตวรรษ 21 ที่สร้างความสะพรึงกลัวและการบาดเจ็บล้มตายแก่ผู้คนทั่วโลกเป็นอย่างมาก ดังนั้นในสถานการณ์เร่งด่วนเช่นนี้ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอาจมีวิวัฒนาการเกิดขึ้นได้อย่างรวดเร็วมากกว่าปกติ เพื่อให้สามารถรับมือกับภัยคุกคามดังกล่าวได้อย่างทันที่ ประเด็นเรื่องการป้องกันและการปราบปรามการก่อการร้ายระหว่างประเทศนั้นเป็นประเด็นที่สำคัญในกฎหมายระหว่างประเทศในศตวรรษที่ 21 การป้องกันและปราบปรามการก่อการร้ายได้พัฒนาขึ้นอย่างมากภายใต้การผลักดันขององค์การสหประชาชาติ ทั้งนี้เนื่องจากปรากฏการณ์ 9/11 ซึ่งนอกจากประเด็นเรื่องแนวทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการก่อการร้ายแล้ว ยังมีประเด็นที่สำคัญอีกประเด็นหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการป้องกันตนเองว่า ในกฎหมายระหว่างประเทศรัฐสามารถอ้างสิทธิป้องกันตนเองเพื่อตอบโต้ต่อภาวะที่มีใช้รัฐ (Non - State Actor) ได้หรือไม่¹⁰⁸ ซึ่งประเด็นนี้มีประเด็นเชื่อมโยงกับการใช้สิทธิป้องกันตนเอง

¹⁰⁷ Virally, The Sources of Public International Law, in M.Srensen ed. Manual of Public International Law (London : CacMillan, 1968), p.131.

¹⁰⁸ ประเด็นนี้ ดู Christine Gray, op. cit, pp. 193-253.

ล่องหน้ากับกลุ่มก่อการร้ายด้วยเช่นกัน¹⁰⁹ ซึ่งเห็นได้ว่ามิติของภัยคุกคามที่เกิดจากขบวนการก่อการร้ายระหว่างประเทศถือเป็นภัยคุกคามอันใหญ่หลวงต่อประชาคมระหว่างประเทศในปัจจุบัน ดังนั้น บรรดารัฐต่างๆ จึงตระหนักอย่างยิ่งยวดถึงภัยดังกล่าวโดยดำเนินมาตรการทั้งในทางระหว่างประเทศและมาตรการภายในรัฐเพื่อนำไปสู่การปกป้องภัยร้ายแรงดังกล่าว แนวทางของบรรดารัฐต่างๆ นั้นเกิดขึ้นอย่างพร้อมเพรียงกันภายใต้มติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ แม้อาจจะวิเคราะห์ได้ว่า การกำหนดแนวทางมาตรการป้องกันและปราบปรามการก่อการร้ายของบรรดารัฐต่างๆ นั้นเกิดขึ้นเพราะผลบังคับของมติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ อย่างไรก็ตาม หากมองในแง่ของข้อเท็จจริง ของการมีอยู่ของแนวปฏิบัติของรัฐ และผลทางกฎหมายของแนวปฏิบัติดังกล่าว ก็อาจสะท้อนถึงปัจจัยและเงื่อนไขของกฎหมายจารีตประเพณีอีกได้ด้วยเช่นกัน

ในประเด็นที่เกี่ยวกับ Opinio Juris นักกฎหมายส่วนใหญ่ เห็นว่า การพิจารณาหลักฐานของ Opinio Juris ควรพิจารณาจากลักษณะที่รัฐแสดงออกในทางปฏิบัติ เช่น Bos กล่าวว่า “จากการพิสูจน์ทางปฏิบัติ เราจะพบการมีอยู่ของ Opinio Juris”¹¹⁰

ศาลระหว่างประเทศต่างพิสูจน์ Opinio Juris จากทางปฏิบัติของรัฐทั้งสิ้น เช่น ในคดีเรือ Lotus ศาลกล่าวว่า

...ตัวแทนของรัฐบาลฝรั่งเศส ได้ถึงความสนใจของศาลไปสู่ข้อเท็จจริงที่ว่า ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจศาล ในกรณีเรือชนกัน ซึ่งเกิดขึ้นเสมอในศาลแพ่ง แต่ไม่ค่อยจะพบในทางปฏิบัติของศาลอาญาตัวแทนดังกล่าวจึงพิจารณาจากสิ่งเหล่านี้ว่า ในทางปฏิบัติศาลของรัฐเจ้าของธงเป็นผู้ดำเนินคดีและสภาพการณ์เช่นนี้พิสูจน์ให้เห็นถึงการยินยอมโดยปริยายของรัฐและเป็นผลให้เห็นถึงกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นอยู่ (Positive International Law)...¹¹¹

¹⁰⁹ Ibid. pp. 216 – 226.

¹¹⁰ Bos, M., *A Methodology of International Law*, (Amsterdam: Elsevier Science Publication, 1774), p. 236

¹¹¹ PCIJ., Series A., No.10, pp. 28, 60. 96-7

หากต้องการวิเคราะห์หา Opinio Juris ที่เกี่ยวกับการต่อต้านการก่อการร้ายของรัฐต่างๆ ในสังคมนระหว่างประเทศ การที่รัฐใดรัฐหนึ่งตรากฎหมายภายในเกี่ยวกับการต่อต้านการก่อการร้าย เป็นสิ่งที่ปฏิเสธไม่ได้ว่า รัฐดังกล่าวนั้นเชื่อมั่นว่าสิ่งตนตราขึ้นนั้นมีค่าบังคับเป็นกฎหมาย อันเป็นการแสดง Opinio Juris ที่ต่อต้านการก่อการร้ายผ่านการตรากฎหมายภายในของรัฐของตนทั้งสิ้น ซึ่งผู้เขียนจะได้ยกตัวอย่างประเทศที่ตรากฎหมายภายในเกี่ยวกับการต่อต้านการก่อการร้าย เพื่อแสดง Opinio Juris ของรัฐนั้น ๆ ว่ามิได้มีเฉพาะประเทศมหาอำนาจเท่านั้น ประเทศไทยเราเองก็มี Opinio Juris ในเรื่องดังกล่าวด้วย¹¹²

¹¹² ตัวอย่างเช่น **สหรัฐอเมริกา** ซึ่งเป็นประเทศที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติการของผู้ก่อการร้ายอย่างรุนแรงและบ่อยครั้งมาก ไม่ว่าจะเป็นการระเบิดเครื่องบินสายการบิน PAN AM เที่ยวบินที่ 103 ซึ่งระเบิดบนน่านฟ้าเมือง Lockerbie เมือง Scotland เมื่อวันที่ 21 ธันวาคม 1988 ผู้โดยสารและลูกเรือเสียชีวิตทั้งหมดกว่า 300 คน ติดตามมาด้วยการวางระเบิดอาคาร the Alfred P. Murrah Federal ในรัฐโอกลาโฮมา เมื่อวันที่ 19 เมษายน 1995 ซึ่งมีสถานรับเลี้ยงเด็กตั้งอยู่ที่ชั้นล่างของอาคารดังกล่าว และเหตุการณ์ที่เป็นที่สร้างความสะพรึงกลัวไปทั่วโลกอันเป็นที่รับรู้กันโดยทั่วกันก็คือ เหตุการณ์ที่ผู้ก่อการร้ายจี้เครื่องบินพาณิชย์พุ่งชนอาคาร World Trade Center ที่ New York เมื่อ 11 กันยายน 2001 หรือที่นิยมเรียกว่าเหตุการณ์ 9/11 ทำให้มีผู้เสียชีวิต 3,000 กว่าคน และบาดเจ็บอีกจำนวนมาก สร้างความเสียหายกับระบบเศรษฐกิจมหภาค

ภายหลังเหตุการณ์นี้ สหรัฐอเมริกา ได้เร่งตราพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการก่อการร้าย (The Patriot Act 2001) ขึ้นเพื่อเพิ่มเติมนิยามของการกระทำความผิดฐานก่อการร้าย และมีการกำหนดมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการก่อการร้ายที่มีประสิทธิภาพ เพื่อเสริมจากกฎหมายเดิมคือ The United States Code Title 18 มาตรา 2331

ประเทศอังกฤษ ในอดีตความรุนแรงจากเหตุการณ์การก่อการร้ายมักเกิดขึ้นจากความขัดแย้งหรือวัตถุประสงค์ทางการเมือง โดยมีลักษณะของการขัดแย้งกันในลักษณะท้องถิ่นหรือภายในประเทศ ทำให้อังกฤษต้องเผชิญปัญหานี้มาเป็นเวลายาวนาน ซึ่งมาจากสองกรณีหลักคือ การที่อังกฤษเคยเป็นประเทศล่าอาณานิคม กับการเข้าปกครองประเทศไอร์แลนด์เหนือ

กฎหมายที่ประเทศอังกฤษใช้รับมือกับการก่อการร้ายก็มีวิวัฒนาการมาอย่างต่อเนื่อง จนท้ายที่สุดเกิดการปฏิรูปกฎหมายเป็น Terrorism Act 2000 อันเป็นกฎหมายที่บังคับใช้อย่างถาวร มีผลบังคับใช้เมื่อเดือนกุมภาพันธ์ 2001 นอกจากนี้ยังมีการบัญญัติบทกฎหมายเพิ่มเติมอีกใน Anti-Terrorism, Crime and

จากเหตุผลท้ายพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาให้การก่อการร้ายเป็นความผิดอาญาร้ายแรง พ.ศ. 2546 สามารถวิเคราะห์ได้ สองประการดังนี้

ประการแรก เหตุผลท้ายพระราชกำหนดดังกล่าวเป็นสิ่งที่ยืนยันว่า การกระทำขององค์การระหว่างประเทศ เช่น ค่ำกล่าวอ้าง แถลงการณ์ หรือข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่ง

Security Act 2001 และล่าสุดภายหลังเหตุการณ์ 9/11 ประเทศอังกฤษก็ได้ประกาศใช้ Prevention of Terrorism Acts 2005 ขึ้นตามมา

ในส่วนของ**ประเทศฝรั่งเศส**ก็ตกเป็นเป้าหมายของกลุ่มก่อการร้ายข้ามชาติเช่นกัน เนื่องมาจากสถานการณ์ในตะวันออกกลาง (Middle East) ในช่วงทศวรรษ 1980 และยังมีความเกี่ยวข้องกับกลุ่มมุสลิมติดอาวุธ (Groupe Islamique Armée: GIA) ในอัลจีเรียในช่วงทศวรรษ 1990 และตั้งแต่ปี 2011 เป็นต้นมายังได้มีความเกี่ยวข้องกับความเสี่ยงของลุ่มจิสาดระหว่างประเทศ (International Jihadist) ซึ่งมีความเชื่อมโยงกับกลุ่มอัลกออิดะห์ (Al Qaeda)

ด้วยเหตุนี้ สถานิติบัญญัติของฝรั่งเศสจึงได้มีปฏิริยาต่อกระแสกการก่อการร้ายในแต่ละครั้งด้วยการตรากฎหมายขึ้นใหม่ โดยเฉพาะจุดเปลี่ยนสำคัญที่เหมือนกับประเทศอื่นๆ นั่นคือ ภายหลังกเหตุการณ์ 9/11 ที่เกิดเหตุการณ์ผู้ก่อการร้ายจี้เครื่องบินพุ่งชนอาคาร World Trade Center ในปี 2001 อันสร้างความสะพรึงกลัวไปทั่วโลก ประเทศฝรั่งเศสจึงได้ตรากฎหมายใหม่ขึ้นมาเมื่อ 15 พฤศจิกายน 2001 กฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นบทบัญญัติพิเศษเรื่องการต่อต้านการก่อการร้าย โดยมุ่งเน้นเกี่ยวกับการป้องกันการก่อการร้าย โดยการจำกัดระบบการเงิน และได้ขยายอำนาจของตำรวจ ให้อำนาจตำรวจในการสอบสวน และสามารถค้นหายานพาหนะที่เกี่ยวข้องกับการก่อการร้าย (มาตรา 78-2-2 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา) ฯลฯ

สำหรับ**ประเทศไทย** ก็แสดง Opinio Juris ในเรื่องนี้อย่างชัดเจนด้วยเช่นกัน แม้เหตุการณ์ 9/11 เมื่อ 11 กันยายน พ.ศ. 2544 จะไม่ได้เกิดขึ้นหรือเกี่ยวข้องโดยตรงกับประเทศไทย แต่เหตุการณ์ผู้ก่อการร้ายจี้เครื่องบินพุ่งชนอาคาร World Trade Center ดังกล่าวเป็นแรงผลักดันสำคัญให้ประเทศไทยออกกฎหมายเพื่อการนี้โดยเฉพาะ โดยในวันที่ 28 กันยายน 2544 คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ (UNSC) ได้รับรองข้อมติที่ 1373 เพื่อตอบโต้กลุ่มก่อการร้าย และขอความร่วมมือให้ประเทศสมาชิกองค์การสหประชาชาติ ออกกฎหมายภายในว่าด้วยการก่อการร้าย ประเทศไทยในฐานะสมาชิกองค์การสหประชาชาติ และเป็นส่วนหนึ่งของประชาคมโลก ก็มิได้นิ่งนอนใจต่อปัญหาการก่อการร้ายที่เกิดขึ้นและมองว่าเป็นเรื่องเร่งด่วน ดังนั้นในปี พ.ศ. 2546 ประเทศไทยจึงได้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาให้การก่อการร้ายเป็นความผิดอาญาร้ายแรง มีโทษสูงสุดถึงประหารชีวิต ด้วยการตราเป็นพระราชกำหนดมิใช่พระราชบัญญัติ อันเป็นการแสดงถึง Opinio Juris ของรัฐไทยว่าเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องเร่งด่วน รอช้าไม่ได้ โดยให้เพิ่มไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 135/1- 135/4

สหประชาชาติ (UNSC) หรือของสมัชชาสหประชาชาติ (UNGA) เป็นหลักฐานของทางปฏิบัติของรัฐได้จริง ดังกรณีของข้อมติ 1373/2001 เป็นหลักฐาน State Practice ที่ประเทศไทยเราก็ยังปฏิบัติตามไปในทิศทางเดียวกันกับรัฐสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ

ประการที่สอง ประเทศไทย มี Opinio Juris ในเรื่องการต่อต้านการก่อการร้ายด้วยเช่นกัน คือยึดมั่นว่าทุกรัฐสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ มีพันธกรณีตามกฎหมายที่จะต้องช่วยกันขจัดภัยจากการก่อการร้าย โดยแสดงออกผ่านการที่รัฐไทยตรากฎหมายแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา เพิ่มเติมฐานความผิดก่อการร้ายเข้าไปในมาตรา 135/1 – 135/4 และ Opinio Juris ต่อภัยการก่อการร้ายดังกล่าวยังถูกพิจารณาว่าเป็นเรื่องเร่งด่วนอย่างยิ่งเสียด้วย โดยดูได้ทั้งจากรูปแบบที่ตราเป็นพระราชกำหนด และจากเนื้อหาในเหตุผลท้ายพระราชกำหนดดังกล่าวระบุไว้ชัดเจนว่า “...เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศและความปลอดภัยสาธารณะ...”

เมื่อเป็นที่ยอมรับว่าการก่อการร้ายระหว่างประเทศถือเป็นภัยคุกคามอย่างใหญ่หลวงต่อรัฐ และต่อประชาคมระหว่างประเทศโดยรวมแล้ว จึงมีประเด็นให้พิจารณาเกี่ยวกับการป้องกันตนเองล่วงหน้าว่าภัยคุกคามที่เกิดขึ้นจากกระบวนการก่อการร้ายที่ไม่ใช่รัฐ จึงเป็นประเด็นที่เพิ่มเติมขึ้นมา นอกเหนือจากประเด็นการป้องกันตนเองล่วงหน้าระหว่างรัฐด้วยกันเองด้วยเช่นกัน

ปัญหาเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการป้องกันตนเองล่วงหน้ายังเป็นที่ยกเถียงกันในเวทีสหประชาชาติ จนในที่สุดนายโคฟี อันนัน เลขาธิการสหประชาชาติในขณะนั้นได้จัดตั้งคณะกรรมการ (Panel) ขึ้น เพื่อพิจารณาและปฏิรูประบบองค์การสหประชาชาติให้มีความเข้มแข็ง และมีความสามารถที่จะแก้ปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นในปัจจุบันได้ คณะกรรมการชุดนี้ประกอบไปด้วยสมาชิก 16 คน ซึ่งเลขาธิการสหประชาชาติเป็นผู้คัดเลือกเองจากนานาประเทศ ซึ่งมีนายอานันท์ ปันยารชุน อดีตนายกรัฐมนตรีของประเทศไทยได้รับการคัดเลือกให้ดำรงตำแหน่งประธานคณะกรรมการชุดนี้ด้วย

ในปี 2004 คณะกรรมการชุดนี้ได้เผยแพร่รายงานที่ชื่อว่า “A more secure world: our shared responsibility” โดยประเด็นหนึ่งในรายงานฉบับนี้คือการหาข้อสรุปเกี่ยวกับข้อ 51 ของกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งได้ข้อสรุปว่า คณะกรรมการเห็นว่า แม้ถ้อยคำที่ใช้ในข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ จะเป็นไปในทางจำกัดสิทธิในการป้องกันตนเองก็ตาม แต่จากกฎหมายระหว่าง

ประเทศที่ได้รับการก่อตั้งอย่างยาวนาน (Long Established International Law) แสดงให้เห็นว่า รัฐสามารถใช้กำลังเพื่อป้องกันตนเองจากภัยคุกคามที่ใกล้จะเกิด (Imminent Threat) ได้ ดังนั้นจึง เห็นว่าไม่จำเป็นต้องมีการแก้ไขหรือตีความข้อ 51 เพิ่มเติมแต่อย่างใดอีก¹¹³

แต่หากพิจารณาต่อไปถึงขั้นตอนตามรายงานฉบับดังกล่าว มิได้ให้รัฐใช้กำลังตอบโต้ภัย คุกคามที่ใกล้จะเกิดได้ทันทีและโดยลำพังแต่อย่างใด โดยรัฐที่มีภัยคุกคามต่อตนนั้น ให้นำภัยคุกคามที่ เป็นประเด็นดังกล่าว ไปแจ้งต่อคณะมนตรีความมั่นคง เพื่อวินิจฉัยหรือสั่งการใดๆ หากคณะมนตรี ความมั่นคงไม่วินิจฉัยหรือสั่งการใดๆ แล้ว รัฐนั้นก็ต้องแสวงหาทางระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอื่น เช่น การเจรจา การทูตฯ เสียก่อน หากทุกหนทางไม่สามารถนำไปสู่ทางออกได้แล้วจริงๆ ถึงค่อยใช้กำลัง ทหาร¹¹⁴

นอกจากนี้ ในตอนท้ายของรายงานในส่วนนี้ ได้ยืนยันว่า รัฐควรจะต้องพยายาม หลีกเลี่ยงการใช้กำลังโดยฝ่ายเดียวในการป้องกันตนเอง โดยไม่นำเรื่องผ่านเข้าคณะมนตรีความมั่นคง เพื่อวินิจฉัยและสั่งการ เพราะหากยอมให้รัฐหนึ่งรัฐใดกระทำเช่นนั้นได้ ก็เท่ากับเป็นการอนุญาตให้ทุก รัฐกระทำการใช้กำลังโดยฝ่ายเดียวได้เช่นกัน¹¹⁵

จากรายงานของคณะกรรมการชุดดังกล่าว ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่าคณะกรรมการ พยายามที่จะหลีกเลี่ยงการใช้คำว่า กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law) แต่กลับใช้คำว่ากฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการก่อตั้งอย่างยาวนาน (Long Established International Law) แทน เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงการเป็นประเด็นว่าการป้องกันตนเอง ล่วงหน้ากรณีภัยอันใกล้จะถึงที่คณะกรรมการดังกล่าวยอมรับให้กระทำได้นั้น มีสถานะเป็นกฎหมาย จารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้วหรือไม่

¹¹³ 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.

¹¹⁴ Ibid, para 189-190.

¹¹⁵ Ibid, para 191.

ข้อสังเกตอีกประการที่ผู้เขียนมีต่อรายงานฉบับนี้ก็คือ การที่ประเด็นในการป้องกันตนเองล่วงหน้าได้รับการบรรจุเข้าในวาระการประชุมของสหประชาชาตินั้นก็หมายความว่า เรื่องดังกล่าวได้รับการยอมรับอย่างสูงจากนานาชาติแล้ว หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือเรื่องการป้องกันตนเองได้ก่อรูปขึ้นเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและนานาชาติก็ได้ให้การยอมรับแล้วว่าสามารถกระทำได้ เพราะคงจะเป็นไปได้ยากที่จะนำเรื่องที่ไม่มีอยู่จริง หรือไม่เป็นสาระเข้าบรรจุในวาระการประชุมระดับนานาชาติเช่นนี้ เพียงแต่ปัญหาก็คือขอบเขตและเนื้อหาของการป้องกันตนเองต่างหากที่ยังเป็นที่ถกเถียงกัน ทำให้รัฐต่างๆ ไม่กล้าออกมายอมรับในเรื่องดังกล่าวอย่างชัดแจ้ง เหตุที่เป็นเช่นนี้น่าจะเป็นเพราะ รัฐต่างๆ เกรงว่าหากตนยอมรับการป้องกันตนเองล่วงหน้าอย่างชัดแจ้งแล้ว จะทำให้รัฐมหาอำนาจใช้การป้องกันตนเองล่วงหน้า เป็นเครื่องอำพรางในการรุกรานหรือโจมตีรัฐอื่นนั่นเอง

ความเห็นของนักนิติศาสตร์ ก็มีส่วนช่วยในการก่อตัวและพัฒนาการของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้เช่นกัน ซึ่งในแวดวงนักนิติศาสตร์มีการถกเถียงเรื่องการป้องกันตนเองล่วงหน้า¹¹⁶ ว่าเป็นสิ่งชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ในกฎหมายระหว่างประเทศ ตามข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติมีถ้อยคำบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันตนเองไว้ว่ารัฐสามารถทำได้ “หากมีการโจมตีด้วยอาวุธเกิดขึ้น” (Armed Attack Occur) แต่ปัญหาคือเมื่อใดจึงจะถือว่าการโจมตีด้วยอาวุธบังเกิดขึ้น หรือว่าต้องเป็นกรณีที่เกิดการโจมตีด้วยอาวุธอย่างแท้จริง (Actual Armed Attack) รัฐจึงจะมีสิทธิป้องกันตนเอง ถ้าการกระทำเป็นเพียงการคุกคาม หรือการรุกราน แต่รัฐเห็นว่าเป็นภัยคุกคามที่ใกล้จะเกิด (Imminent Threat) รัฐก็น่าจะใช้สิทธิในการป้องกันตนเองล่วงหน้าได้แล้ว

ความคิดเห็นของนักกฎหมายระหว่างประเทศมีทั้งฝ่ายที่สนับสนุนการป้องกันตนเองล่วงหน้า และฝ่ายที่คัดค้าน ในกลุ่มที่คัดค้าน¹¹⁷ มีความเห็นว่าตามกฎบัตรสหประชาชาติ 2(4) ซึ่งว่า

¹¹⁶ เนื่องจาก “การป้องกันตนเองล่วงหน้า” ยังมิได้มีคำจำกัดความที่ชัดเจน จึงอาจเรียกไม่ตรงกัน เช่น Anticipatory Self-Defense หรือ Preventive Self-Defense หรือ Interceptive Self-Defense หรือ Preemptive Self-Defense ในวิทยานิพนธ์นี้ผู้เขียนขอใช้คำว่า Preemptive Self-Defense

¹¹⁷ ตัวอย่างเช่น Albrecht Randelzhofer, Article 51, in the Charter of the United Nations: A Complementary, Bruno Simma, ed. 2nd Edition. 2 (Oxford: Oxford University Press, 2002), Volume 1: 803-804., Ian Brownlie, International Law and the Use of Force by States, (Oxford: Oxford

ด้วยหลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เป็นการห้ามการใช้กำลังทุกรูปแบบ เว้นแต่การใช้กำลังที่ได้รับการยกเว้นไว้ชัดเจน จึงจะสามารถทำได้ การยกเว้นมีเพียง 3 ประการเท่านั้น คือ การใช้กำลังภายใต้หมวด 7 เรื่องการดำเนินการเกี่ยวกับ การคุกคามต่อสันติภาพ การละเมิดสันติภาพ และการกระทำการรุกราน ภายใต้หมวด 8 เป็นการดำเนินการตามข้อตกลงขององค์การส่วนภูมิภาค และตามมาตรา 51 การใช้กำลังป้องกันตนเองไม่ว่าโดยตนเองหรือโดยร่วมเพื่อตอบโต้การโจมตีด้วยอาวุธ ดังนั้นการป้องกันตนเองล่วงหน้าทำไม่ได้หากยังไม่มีโจมตีด้วยอาวุธเกิดขึ้น

ฝ่ายที่สนับสนุนความชอบด้วยกฎหมายในการป้องกันตนเองล่วงหน้า ให้เหตุผลจากการตีความกฎบัตรสหประชาชาติ 2 (4) ที่บัญญัติว่า “... สมาชิกทั้งปวงจะต้องละเว้นการคุกคาม หรือการใช้กำลังต่อบุรณภาพแห่งอาณาเขต หรือเอกราชทางการเมืองของรัฐใด ๆ หรือการกระทำในลักษณะการอื่นใดที่ไม่สอดคล้องกับความมุ่งประสงค์ของสหประชาชาติ” การบัญญัติในมาตรา 2 (4) หมายความว่าหากเป็นการใช้กำลังเพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่ไม่ขัดกับสิ่งที่บัญญัติไว้ข้างต้น การใช้กำลังนั้นสามารถกระทำได้¹¹⁸ นอกจากนั้นการอ้างบทบัญญัติ ข้อ 51 ที่ว่าด้วยการใช้สิทธิป้องกันตนเองว่าเป็นสิทธิโดยธรรมชาติ เป็นการยืนยันสิทธิการป้องกันตนเองที่มีอยู่เดิมในหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังนั้น ภายใต้หลักการดังกล่าว รัฐจึงสามารถใช้กำลังป้องกันตนเองล่วงหน้าถ้าหากเห็นว่ามีภัยคุกคามที่ใกล้จะเกิด (Imminent Threat)¹¹⁹ โดยไม่ต้องรอให้มีการโจมตีเกิดขึ้นก่อน และรัฐที่ใช้กำลังป้องกันตนเองล่วงหน้าได้หาวิธีการระงับข้อพิพาทโดยสันติแล้ว¹²⁰ หลักการนี้ได้อิทธิพลมาจากกรณี Caroline ซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ ในปี ค.ศ. 1837 ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น

University Press, 1963), pp. 275-278., Michael J. Glennon, “The Fog of Law: Self-Defense, Inherence and Incoherence in Article 51 of the United Nations Charter,” *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 539 (Spring 2002): 547-549.

¹¹⁸ D. W. Bowett, *Self-Defense in International Law*, (New York: Praeger, 1958), p. 152.

¹¹⁹ *Ibid.*, pp. 187-193.

¹²⁰ Steven Wheatley, *International Law*, (London: Blackstone Press Limited, 1996), p. 156.

กล่าวโดยสรุป เมื่อพิจารณาหลักฐานของปัจจัยการเกิดกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว จะพบว่าในสภาพสังคมปัจจุบันในศตวรรษที่ 21 ที่มีทั้งความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีสารสนเทศ และบทบาทขององค์การสหประชาชาติ ล้วนเกื้อหนุนต่อหลักฐานการเกิดขึ้นของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แม้ว่าความเจริญดังกล่าวจะเอื้ออำนวยต่อการคัดค้านจารีตประเพณีที่กำลังก่อตัวขึ้นด้วยเช่นกันทั้งทางปฏิบัติและ Opinio Juris แต่การขัดแย้งเพียงเล็กน้อยก็ไม่ได้ทำให้หลักฐานทั้งทางปฏิบัติ และ Opinio Juris ของรัฐโดยทั่วไปนั้นเสียไป¹²¹ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็ยังมีปรากฏขึ้นกับภัยคุกคามรูปแบบใหม่ที่เปลี่ยนแปลงไป โดยใช้เวลาอย่างสอดคล้องกับสภาพสังคมเสมอ

หลัก Rebus Sic Stantibus เป็นหลักกฎหมายที่ใช้เพื่อยกเลิก เพิกถอน ระงับ หรือแก้ไขความตกลง โดยหลัก Rebus Sic Stantibus มีบ่อเกิดมาจากหลักกฎหมายทั่วไป กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จากคำพิพากษาของศาล และกฎหมายสนธิสัญญา บุคคลโดยทั่วไปมักเข้าใจว่า หลัก Rebus Sic Stantibus ใช้กับสนธิสัญญาเท่านั้น แต่ที่จริงแล้วสามารถใช้ได้ความตกลงทุกประเภท รวมถึงความตกลงโดยปริยายด้วย

มีทฤษฎีทางกฎหมายรองรับว่าจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็เป็นความตกลงโดยปริยาย (Tacit Agreement) ด้วยประการหนึ่ง และกฎหมายว่าด้วยการป้องกันตนเองก็มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย ดังนั้นเมื่อหลัก Rebus Sic Stantibus สามารถปรับใช้ได้กับทุกความตกลง จึงสามารถปรับใช้เพื่อปรับหลักเกณฑ์การป้องกันตนเอง ให้กลายเป็นการป้องกันตนเองล่วงหน้าได้เมื่อเข้าหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนด

ดังนั้นเมื่อเกิดสภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ถึงขั้นกระทบต่อรากฐานการยินยอมเข้าร่วมในกฎเกณฑ์ว่าด้วยการป้องกันตนเองของรัฐตามที่บัญญัติไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ รัฐจึงได้หยิบยกพฤติการณ์ขึ้นกล่าวอ้างโดยอาศัยหลัก Rebus Sic Stantibus เพื่อเปลี่ยนแปลงพันธกรณีของการป้องกันตนเอง ให้รัฐสามารถป้องกันตนเองล่วงหน้าได้ โดยการปรับใช้ก็เข้าองค์ประกอบทั้งห้าประการของหลัก Rebus Sic Stantibus กล่าวคือ ประการแรก รูปแบบของภัย

¹²¹ ฤกษ์ ช่างกล่อม. “แนวโน้มการเกิดกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ.” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), หน้า 106.

คุกคามเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากในขณะที่มีการจัดทำกฎบัตรสหประชาชาติ ประการที่สอง การเปลี่ยนแปลงของภัยคุกคามนี้เป็นการเปลี่ยนแปลงในเรื่องที่สำคัญอย่างมากที่กระทบต่อรากฐาน (Fundamental) การเข้าร่วมในกฎบัตรสหประชาชาติ ประการที่สาม รัฐต่างๆ ไม่อาจคาดเห็นได้เลยว่าภัยคุกคามจะเปลี่ยนรูปไปมากเช่นนี้ ประการที่สี่ หากรัฐได้ล่วงรู้ถึงการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นเช่นนี้ ในอนาคตก็คงไม่ยินยอมเข้าร่วมในกฎบัตรสหประชาชาติเมื่อปี 1945 เป็นแน่ ประการสุดท้าย หากรัฐยังต้องถูกผูกมัดให้ยึดถือหลักเกณฑ์ตามการป้องกันตนเองแบบเดิมตามข้อ 51 ของกฎบัตรสหประชาชาติจะเป็นการเพิ่มภาระให้กับรัฐอย่างมาก จนสูญเสียสมดุลระหว่างสิทธิที่ตนจะได้รับกับพันธกรณีที่ตนจะต้องถูกผูกพันให้ปฏิบัติ ในที่นี้หมายถึงรัฐเองอาจจะถึงขั้นไม่สามารถดำรงความเป็นรัฐต่อไปได้

นอกจากนี้การเปลี่ยนรูปแบบของภัยคุกคามดังกล่าว ยังไม่เข้าข้อยกเว้นการปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus อีกสองประการด้วยกันคือ กฎหมายในเรื่องการป้องกันตนเองไม่ใช่กฎหมายที่กำหนดเส้นเขตแดน และ รัฐที่กล่าวอ้างการป้องกันตนเองล่วงหน้าไม่ได้เป็นผู้ก่อให้เกิดภัยคุกคามนั้น

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ จึงอาจสรุปได้ว่า หลักเกณฑ์การป้องกันตนเองแต่เดิมได้รับการปรับเปลี่ยนไปให้สามารถป้องกันตนเองล่วงหน้าได้ โดยมีหลัก Rebus Sic Stantibus เป็นเหตุผลอยู่เบื้องหลังการเปลี่ยนแปลง

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ท่ามกลางสถานการณ์ระหว่างประเทศที่เปลี่ยนแปลงอย่างมาก รวดเร็ว และผันผวนในปัจจุบัน เกิดการใช้กำลังในรูปแบบต่างๆ ขึ้นมากมาย บ่อยครั้งที่มีการอ้างฐานทางกฎหมายเพื่อสร้างความชอบธรรมให้กับการใช้กำลังของตนเอง สิ่งเหล่านี้จุดประกายความสงสัยให้ผู้เขียนว่า แท้ที่จริงแล้ว การอ้างการใช้กำลังในสถานการณ์ต่างๆ โดยเฉพาะในการป้องกันตนเองล่วงหน้า สามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ หากใช่ จะมีฐานทางกฎหมายใดรองรับ ผู้เขียนได้ทราบวาทะหลัก Rebus Sic Stantibus ใช้ยกเลิก เพิกถอน ระงับชั่วคราว หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงพันธกรณีตามความตกลง เมื่อมีสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างมีนัยสำคัญ ผู้เขียนจึงต้องการศึกษาว่า สามารถนำหลัก Rebus Sic Stantibus มาเป็นฐานทางกฎหมายเพื่ออธิบาย (Justify) การใช้กำลังป้องกันตนเองล่วงหน้าของรัฐได้หรือไม่

การนำไปสู่การตอบเจตน์ดังกล่าว ผู้เขียนเริ่มต้นที่การศึกษาหลักเกณฑ์การป้องกันตนเองแบบดั้งเดิม (Traditional Self-Defense) และศึกษาข้อพิจารณาเกี่ยวกับการป้องกันตนเองล่วงหน้า แล้วเปรียบเทียบความเหมือนและต่างของหลักเกณฑ์ทั้งสองประการนี้ จากนั้น ผู้เขียนนำหลักเกณฑ์การป้องกันตนเองทั้งสองประเภท ไปศึกษาว่าการป้องกันตนเองแต่ละแบบนี้มีฐานทางกฎหมายใดรองรับบ้าง และได้ผลการพิจารณาว่า การที่กฎเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศจะผูกพันรัฐต่างๆ ได้ล้วนเกิดจากความยินยอมด้วยกันทั้งสิ้น แต่ความยินยอมนี้อาจแสดงออกมาโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยายก็ได้ ดังนั้นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจะมีผลผูกพันรัฐได้ ก็ต้องเกิดจากความตกลงยินยอมด้วยเช่นกัน แต่โดยเหตุผลของเรื่อง (Nature of Things) ทำให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีลักษณะเป็นความตกลงโดยปริยาย (Tacit Agreement) หรือสามารถเรียกทฤษฎีการเกิดกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนี้ได้ว่าทฤษฎีสัมครใจ ดังนั้น กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจึงเป็นความตกลงชนิดหนึ่งนั่นคือความตกลงโดยปริยาย สำหรับหลัก Rebus Sic Stantibus เป็นหลักกฎหมายที่ใช้กล่าวอ้างเพื่อยกเลิก เพิกถอน ระงับชั่วคราว หรือ

แก้ไขความตกลงเดิม เมื่อความตกลงนั้นต้องเผชิญพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก และการป้องกันตนเองเป็นความตกลงรูปแบบหนึ่งที่เผชิญกับพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมีนัยสำคัญ นั่นคือภัยคุกคามในรูปแบบใหม่ จึงสามารถนำหลัก Rebus Sic Stantibus ยกขึ้นเพื่อกล่าวอ้างเพื่อแก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องการป้องกันตนเองแบบเดิม ให้กลายเป็นการป้องกันตนเองล่วงหน้าได้

5.1.1 การปรับใช้หลัก Rebus Sic Stantibus กับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

หลัก Rebus Sic Stantibus ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ สามารถปรับใช้ได้กับทุกความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งรวมไปถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกิดจากความตกลงโดยปริยายด้วย (Tacit Agreement)

หลัก Rebus Sic Stantibus นั้น โดยสาระสำคัญคือมีความเปลี่ยนแปลงอย่างมากเกิดขึ้นกับความตกลงด้วยผลของหลัก Rebus Sic Stantibus ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายต่อความตกลงนั้นได้ 4 ประการด้วยกันคือ การยกเลิก เพิกถอน ระงับชั่วคราว และแก้ไขความตกลง ซึ่งผลทางกฎหมายจะเป็นไปตามข้อใดนั้นก็ขึ้นกับพฤติการณ์ความเปลี่ยนแปลงที่มากกระทบต่อความตกลง ซึ่งถ้ากระทบมากก็จะส่งผลกระทบต่อความตกลงเช่นการยกเลิก เพิกถอน เพราะรัฐไม่มีความจำเป็นใด ๆ ที่จะต้องผูกพันตามความตกลงเดิมอีกต่อไปแล้ว แต่หากรัฐยังพอได้รับประโยชน์จากความตกลงเดิมอยู่บ้าง ผลทางกฎหมายก็จะเป็นการระงับชั่วคราว (Suspend) หรือการแก้ไข (Revise) ความตกลงนั้น

หากเปรียบเทียบกับกรณีที่กำลังศึกษาในเรื่องการป้องกันตนเองนี้ รัฐยังได้ประโยชน์จากหลักเกณฑ์ในเรื่องการป้องกันตนเองธรรมดาอยู่ เพราะหากรัฐถูกโจมตีด้วยภัยคุกคามแบบเดิม รัฐก็ยังสามารถใช้หลักการป้องกันตนเองธรรมดาได้ตอบกลับไปได้ ดังนั้น ลักษณะ (Function) ที่จะใช้หลัก Rebus Sic Stantibus ปรับกับกรณีก็ควรจะเป็นการแก้ไขความตกลง กล่าวคือ การแก้ไขหลักเกณฑ์การป้องกันตนเอง ที่มีลักษณะเป็น Tacit Agreement อย่างหนึ่ง ให้กลายเป็นการป้องกันตนเองล่วงหน้า เนื่องจาก Tacit Agreement นั้นได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากนั่นเอง ซึ่งแท้จริงแล้วเป็นไปตามเจตนารมณ์เบื้องหลังของหลัก Rebus Sic Stantibus เช่นกันที่พยายามจะรักษาความตกลงให้ได้เสียก่อนหากไม่ได้แล้วจึงค่อยยกเลิกความตกลง อีกนัยหนึ่งก็คือเป็นการพยายามรักษาหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda)

5.1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างหลัก Rebus Sic Stantibus กับ Preemptive Self - Defense

เหตุที่หลัก Rebus Sic Stantibus มีความสำคัญในกฎหมายระหว่างประเทศก็เพราะ หลัก Rebus Sic Stantibus ทำหน้าที่ผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) ในความตกลงระหว่างประเทศ และทำหน้าที่ประหนึ่งเป็นวาล์วนิรภัย (Safety Valve) เมื่อคู่ภาคีความตกลงระหว่างประเทศรูปแบบต่างๆ เผชิญกับพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก (Fundamental Change) จนสูญเสียสมดุลระหว่างสิทธิและหน้าที่ตามความตกลง หลัก Rebus Sic Stantibus จึงทำหน้าที่เพื่อสร้างความเป็นธรรมให้กับคู่กรณีฝ่ายที่ต้องเผชิญกับเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก

หลัก Rebus Sic Stantibus มีการปรับใช้เพื่อระงับชั่วคราวซึ่งความตกลง (Suspend) มีกรณีเดียวที่ประสบความสำเร็จในการอ้างในศาลระหว่างประเทศ นั่นคือคดี Racke ซึ่งปรับใช้ในศาลสหภาพยุโรป โดยในคดีนี้ ศาลตัดสินว่าภาวะสงครามในยูโกสลาเวียเป็นความเปลี่ยนแปลงไปอย่างมีนัยสำคัญ (Fundamental Change of Circumstances) จึงนำคดีต่อไปว่ากรณีสงครามต่อต้านการก่อการร้ายนั้น จะถือเป็นพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากด้วยหรือไม่

จากตัวอย่างที่ยกมาข้างต้นเมื่อวิเคราะห์จากองค์ประกอบของหลักการป้องกันตนเอง เดิมใช้ได้กับภัยคุกคามที่เกิดจากรัฐ แต่องค์ประกอบของการป้องกันตนเองล่วงหน้า แม้ภัยคุกคามที่ไม่ได้เกิดจากรัฐเช่นจากกลุ่มก่อการร้าย รัฐก็สามารถป้องกันตนเองได้ สิ่งนี้ก็เป็นความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นแล้ว สามารถพิจารณาได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมหาศาลก็ว่าได้ เพราะเป็นการพลิกโฉมหน้าของรูปแบบการป้องกันตนเองทีเดียว

หากถามว่าเหตุใดถึงต้องเปลี่ยนรูปแบบของการป้องกันตนเองเป็นการป้องกันตนเองล่วงหน้า คำตอบก็เพราะการป้องกันตนเองแบบเดิมไม่เพียงพออีกต่อไปแล้ว เนื่องจาก ในปัจจุบัน (หากเทียบกับสมัยก่อนมีกฎบัตรสหประชาชาติ) มีภัยคุกคามในรูปแบบใหม่เกิดขึ้นอย่างมากมาย เช่น ภัยจากการก่อการร้าย ที่แต่เดิมเน้นการโจมตีบุคคลสำคัญ และสามารถระบุเป้าหมายที่แน่ชัดได้ค่อนข้างแน่นอน แต่ต่อมา เน้นกลุ่มเป้าหมายไปที่การโจมตีผู้บริสุทธิ์โดยไม่เลือกหน้า ทำให้มีผู้บาดเจ็บ

เสียชีวิต ล้มตายเป็นจำนวนมาก สิ่งเหล่านี้เป็นเครื่องยืนยันถึงการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากของพฤติกรรมแล้ว

หรือในกรณีภัยจากอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างสูง (WMD) แต่ก่อนในแง่ของความรุนแรงก็ยังไม่มากเท่าในปัจจุบัน และในแง่ของพิสัย หรือระยะทำการที่แต่ก่อนเป็นเพียงปืนใหญ่ รัฐยังสามารถสังเกตเห็นได้ว่าภัยคุกคามรูปแบบนี้จะเข้าใกล้รัฐแล้ว จึงสามารถป้องกันหรือตอบโต้กลับได้ แต่ในปัจจุบันขีปนาวุธต่างๆ สามารถมีพิสัยยิงได้ครั้งทวีป ทำให้ความสามารถในการรับรู้ภัยดังกล่าวมิอาจรู้ได้ล่วงหน้าหรือโดยใกล้จะเกิดตั้งการป้องกันตนเองในรูปแบบเดิม ก็ไม่เพียงพออีกต่อไปแล้ว ดังนั้นรัฐจึงมีความจำเป็นต้องอ้างการป้องกันตนเองล่วงหน้าได้กับภัยที่ใกล้จะเกิดขึ้น หรือใกล้จะถึง (Imminent) ซึ่งหากรัฐกระทำไปโดยได้สัดส่วนและครบองค์ประกอบของการป้องกันตนเองประการอื่น รัฐก็สามารถอ้างการป้องกันตนเองได้โดยชอบ

หากพิจารณาเรื่องความเปลี่ยนแปลงจากการป้องกันตนเองธรรมดา เป็นการป้องกันตนเองล่วงหน้าผ่านหลัก Rebus Sic Stantibus สามารถอธิบายได้ดังนี้ การป้องกันตนเองนั้นเป็นที่แน่นอนว่าเกิดจากความสมัครใจของรัฐ เพราะทุกรัฐยินยอมและเห็นตรงกันว่า แต่ละรัฐต้องสามารถใช้สิทธิป้องกันตนเองได้ การยินยอมพร้อมใจโดยสมัครใจนี้ สามารถพิจารณาได้ว่า เป็นการทำความตกลงโดยปริยาย (Tacit Agreement) สอดคล้องกับทฤษฎีการเกิดขึ้นทฤษฎีหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ว่าทฤษฎีสมัครใจ (Voluntaristic Theory) คือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจะมีผลบังคับต่อรัฐได้เพราะรัฐยินยอมตนเข้าผูกพันโดยปริยาย ผ่านทางทุกรัฐมีทางปฏิบัติว่ารัฐต้องสามารถป้องกันตนเองต่อภัยคุกคามได้ (State Practice) และมีความยึดมั่นว่าหลักการป้องกันตนเองนี้มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย (Opinio Juris) ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่า กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันตนเอง เป็นความตกลงโดยปริยาย

กฎหมายว่าด้วยการป้องกันตนเองนี้ได้ถูกสร้างขึ้นเพื่อรองรับภัยคุกคามในรูปแบบเดิม (Conventional Threat) ซึ่งมีลักษณะเป็นภัยที่ใกล้ต่อเหตุหมายถึงเป็นภัยที่เกิดขึ้นแล้วหรือภัยที่จะเกิดขึ้นในลักษณะที่เร่งด่วน ต่อมาภัยคุกคามรูปแบบใหม่เกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก โดยมีลักษณะที่ใกล้ต่อเหตุ แต่หากยอมให้การโจมตีเกิดขึ้นนั้นความเสียหายจะเกิดขึ้นมหาศาลไม่น้อยกว่าภัยที่ใกล้ต่อ

เหตุเลย แต่กฎหมายที่รัฐใช้เพื่อป้องกันตนเองนั้นไม่เพียงพออีกต่อไปแล้ว ที่จะรับมือกับภัยคุกคามในรูปแบบใหม่ที่เปลี่ยนแปลงไป โดยความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นนั้นพิจารณาได้จากหลายส่วนด้วยกันคือ

ประการแรก รูปแบบภัยมีความเปลี่ยนแปลงไป ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในตอนต้น เช่นภัยคุกคามจากขบวนการก่อการร้าย อาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างสูง รวมไปถึงปัจจัยความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีต่างๆ

ประการที่สอง ภัยคุกคามเดิมที่กฎหมายรองรับได้นั้นเป็นภัยที่เกิดขึ้นแล้วหรือเห็นได้เฉพาะหน้าว่าใกล้จะเกิด แต่กฎหมายว่าด้วยการป้องกันตนเอง จะไม่ครอบคลุมถึงภัยที่จะเกิดล่วงหน้า สิ่งนี้แสดงถึงความไม่เพียงพอของหลักกฎหมายในเรื่องของการป้องกันตนเอง

ประการที่สาม ความแตกต่างของภัยนั้นเป็นความแตกต่างอย่างมีนัยสำคัญ พิจารณาจากการเทียบกับภัยคุกคามแบบเดิมที่เป็น Traditional Threat ทำให้รัฐป้องกันตนเองได้ในภัยคุกคามแบบเดิม แต่เกิดการเปลี่ยนแปลงขึ้นเมื่อองค์ประกอบของการป้องกันตนเองล่วงหน้า (Preemptive Self-Defense) สามารถใช้กับภัยที่ยังไม่เกิดขึ้นแต่ใกล้จะเกิดขึ้นได้ (Imminent Threat) จากการเปลี่ยนแปลงของภัยคุกคามที่เกิดขึ้น อันเป็นสาระสำคัญของหลักการป้องกันตนเอง ที่มุ่งเน้นความอยู่รอดปลอดภัยของรัฐเป็นสำคัญ ความเปลี่ยนแปลงนี้ส่งผลกระทบต่อความเปลี่ยนแปลงในความยินยอมของรัฐโดยปริยาย (Tacit Agreement) ซึ่งเมื่อมีความเปลี่ยนแปลงอย่างมากในชั้นรากฐานของความตกลงจึงสามารถนำหลัก Rebus Sic Stantibus มาปรับใช้ได้นั่นเอง

ส่วนในประเด็นของการเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยี เป็นปัจจัยเร่งให้เกิดการป้องกันตนเองล่วงหน้าอย่างไรนั้น เราสามารถนำองค์ประกอบเรื่องการป้องกันตนเองล่วงหน้ามาศึกษาพบว่า องค์ประกอบในการป้องกันตนเองล่วงหน้าทุกประการ ได้แก่

ประการแรก เป็นภัยที่ใกล้จะเกิด (Imminent Threat) กรณีเทคโนโลยีเป็นเครื่องมือให้รัฐรู้ล่วงหน้าได้ว่า กรณีใด เป็นภัยที่ใกล้จะเกิด จากแต่ก่อนที่รัฐจะต้องถูกโจมตีก่อน จึงจะรู้ได้ว่ามีภัย

ประการที่สอง รัฐมีความจำเป็น (Necessity) จะต้องป้องกันตนเอง โดยต้องมีหลักฐานที่ชัดเจนเพื่อการตอบโต้และต่อสู้ และปัจจัยทางเทคโนโลยีนี้เอง ช่วยให้รัฐมีหลักฐานที่ชัดเจนมากขึ้น จากแต่ก่อนที่เทคโนโลยียังไม่ก้าวหน้า

ประการที่สาม มีความเร่งด่วน (Immediacy) ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทำให้รัฐเห็นได้ว่าภัยคุกคามที่เร่งด่วนกำลังจะบังเกิดแก่ตน เช่น เห็นว่ามีกองทัพต่างชาติเคลื่อนพลมาทางประเทศของตน ด้วยภาพถ่ายดาวเทียม รัฐก็ต้องเตรียมป้องกัน คงไม่มีรัฐโดยอมให้เกิดการโจมตีก่อนเป็นแน่ เพราะเป็นเรื่องเร่งด่วน

ประการที่สี่ ความได้สัดส่วน (Proportionality) ต้องพิจารณาเมื่อรัฐได้เริ่มการป้องกันตนเองล่วงหน้าไปแล้ว ว่าน้ำหนักและความรุนแรงของภัยคุกคามที่เกิดขึ้น กับน้ำหนักและความรุนแรงของรัฐที่ตอบโต้กลับไป ได้สัดส่วนกันหรือไม่

หลัก Rebus Sic Stantibus มีหน้าที่ในการเปลี่ยนแปลงพันธกรณีหรือความตกลงที่มีการเปลี่ยนแปลงจากสภาวะการณ์เดิมไปอย่างมาก จนไม่มีความจำเป็นจะต้องผูกพันกันตามความตกลงเดิมอีกต่อไป ต่อมาเมื่อสภาวะการณ์ภัยคุกคามในสังคมนระหว่างประเทศเปลี่ยนรูปไปมาก ถึงขนาดหากรัฐยังต้องผูกพันเฉพาะการป้องกันตนเองแบบเดิม จะทำให้รัฐไม่สามารถอยู่รอดได้ในสังคมนระหว่างประเทศ จึงจำเป็นต้องใช้กำลังอาวุธเพื่อป้องกันตนเองล่วงหน้า โดยยกหลัก Rebus Sic Stantibus มาเป็นฐานทางกฎหมายเพื่ออธิบายความชอบธรรมในการใช้กำลังป้องกันตนเองล่วงหน้าของตน

สำหรับวิธีการพิจารณาความเปลี่ยนแปลงอย่างมาคนั้น สามารถทำได้โดยการเปรียบเทียบองค์ประกอบของการป้องกันตนเองทั้งสองประเภท นั่นคือการป้องกันตนเอง กับการป้องกันตนเองล่วงหน้า และเทียบภัยคุกคามจากห้วงเวลาที่มีการร่างกฎบัตรสหประชาชาติ กับ ณ เวลาปัจจุบัน

เมื่อการป้องกันตนเอง ได้เปลี่ยนรูปเป็นการป้องกันตนเองล่วงหน้าแล้ว เป็นที่น่าพิจารณาว่าองค์ประกอบต่างๆ ของการป้องกันตนเองที่มีองค์ประกอบที่เกี่ยวกับภัยคุกคามนั้น ได้เปลี่ยนแปลงไปหรือไม่ องค์ประกอบแรกเป็นองค์ประกอบในเรื่องขององความจำเป็น (Necessity) องค์ประกอบนี้มิได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม เพราะไม่ว่าจะเป็นภัยคุกคามในรูปแบบใด มาตรการที่รัฐจะตอบโต้กลับไปก็ต้องทำด้วยความจำเป็นทั้งสิ้น ซึ่งอาจพิจารณาหลักเกณฑ์ในเรื่องความจำเป็นนี้ จากคำพิพากษาในคดี Palestinian Wall ได้ ที่อิสราเอลอ้างว่าตนมีความจำเป็นต้องสร้างกำแพงบนดินแดนปาเลสไตน์เพื่อป้องกันตนเองแต่ศาลตัดสินว่า ความจำเป็นคือ กรณีที่รัฐเหลือเพียงหนทางเดียวที่จะรักษาผลประโยชน์ที่สำคัญของตนจากภัยที่ร้ายแรง และใกล้จะเกิด

แต่อย่างไรก็ดี เป็นที่น่าพิจารณาว่า ในเรื่องของหลักความจำเป็นในการป้องกันตนเอง ล่วงหน้านั้น มีผู้โต้แย้งว่าอาจจะไม่จำเป็นต้องเป็นหนทางสุดท้ายที่รัฐจะกระทำได้ในการป้องกันตนเองล่วงหน้าก็ได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวคิดนี้มากกว่า เนื่องจากธรรมชาติและลักษณะของภัยที่เปลี่ยนแปลงไปมากในเรื่องต่างๆ ทำให้ผู้พิพากษา Gilbert Guillaume ได้แสดงความเห็นส่วนตัวไว้ในคดี Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons ว่าหลักความจำเป็นหมายถึง ภัยที่คุกคามนั้นส่งผลกระทบต่อความอยู่รอด และผลประโยชน์ที่สำคัญยิ่งของรัฐหรือไม่ ซึ่งหากใช้ก็แสดงถึงความจำเป็นที่รัฐอาจใช้กำลังป้องกันตนเองได้ โดยไม่จำเป็นต้องเป็นหนทางสุดท้าย

ด้านองค์ประกอบของความได้สัดส่วน (Proportionality) ของการป้องกันตนเองล่วงหน้า นั้นก็ไม่ได้มีความเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม เพราะว่าแม้ภัยคุกคามของรัฐ (Threat) จะเปลี่ยนรูปไป แต่การตอบโต้ของรัฐก็ยังคงจำเป็นที่จะต้องได้สัดส่วน โดยการได้สัดส่วนหรือไม่สำหรับการป้องกันตนเอง ล่วงหน้านั้นอาจจะเป็นที่โต้เถียงกันพอสมควร เนื่องจากเมื่อการโจมตีจริงยังไม่ได้เกิดขึ้น ความเสียหายที่แท้จริงไม่มี แล้วจะประเมินเกณฑ์ความได้สัดส่วนจากเกณฑ์ใด ในกรณีนี้ Professor McDougal ได้ให้ความเห็นว่าให้วัดจาก “คุณค่าของสิ่งที่รัฐใช้สิทธิป้องกันตนเองล่วงหน้า โดยเปรียบเทียบกับระดับการใช้กำลังของรัฐในกรณีนั้นๆ”

อย่างไรก็ดี ก็มีทฤษฎีที่โต้แย้งว่า เมื่อการป้องกันตนเองเปลี่ยนแปลงไปเป็นการป้องกันตนเอง ล่วงหน้านั้น มีความเปลี่ยนแปลงในเรื่องเกณฑ์ในการประเมินความได้สัดส่วนด้วย โดยมีการยกทฤษฎี ผลรวมของสถานการณ์ (Accumulative of Event) ขึ้นมาอธิบายความได้สัดส่วนว่าจะพิจารณาความได้สัดส่วนของการกระทำเพียงครั้งเดียวมิได้ แต่ต้องพิจารณาจากเหตุการณ์ที่สะสมกันมาก่อนหน้านี้ด้วย ยิ่งไปกว่านั้น หลักความได้สัดส่วนของทฤษฎีนี้ยังรวมไปถึงการโจมตีในลักษณะที่ทำให้ผู้ก่อภัยไม่สามารถกลับมาโจมตีรัฐได้อีกด้วย (Neutralize) ซึ่งเป็นการขยายขอบเขตของหลักความได้สัดส่วนออกไปเป็นอย่างมาก เพราะแม้ภัยคุกคามจะจบลงไปแล้ว แต่อำนาจป้องกันตนเองล่วงหน้าเพื่อขจัดภัยในอนาคตก็ยังสามารถกระทำได้ตามทฤษฎีนี้

5.1.3 ท่าทีของประชาคมระหว่างประเทศกับหลักการป้องกันตนเองล่วงหน้า

เมื่อมีการป้องกันตนเองล่วงหน้าเกิดขึ้นแล้ว สิ่งที่น่าพิจารณาต่อไปก็คือ ปฏิกริยาของรัฐต่างๆ รวมถึงประชาคมระหว่างประเทศว่ามีท่าทีตอบสนองอย่างไร กรณีที่รัฐและประชาคมระหว่างประเทศ

แสดงออกอย่างชัดเจนทั้งในเชิงเห็นด้วยและคัดค้านก็จะสามารถสื่อถึง *Opinio Juris* ของแต่ละรัฐได้เป็นอย่างดี แต่สำหรับรัฐที่นิ่งเฉยไม่แสดงออกว่าคัดค้านหรือสนับสนุน กรณีนี้ก็อาจนำหลักการยินยอมในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยปริยายที่ได้กล่าวแล้วในตอนต้นของบทนี้มาพิจารณาได้ว่า รัฐที่นิ่งเฉยเหล่านั้นให้ความยินยอมต่อกฎเกณฑ์การป้องกันตนเองที่เกิดขึ้นใหม่โดยปริยาย

ต่อท่าทีของประชาคมระหว่างประเทศในเรื่องการป้องกันตนเองล่วงหน้า ผู้เขียนขอยกท่าทีของ High Level Panel ขึ้นมาพิจารณา โดย High Level Panel มีลักษณะที่ไม่ได้ทำงานในเชิงวิชาการแต่ทำงานบนพื้นฐานของข้อคิดเห็นที่รัฐบาลของแต่ละประเทศส่งมา เพราะฉะนั้นสิ่งที่ High Level Panel นำเสนอจึงเป็นการสะท้อนแนวความคิดเห็นของรัฐ และสหประชาชาติ ดังนั้น รายงานของ High Level Panel on Threats, Challenges and Change, A More Secure World: Our Shared Responsibility ขององค์การสหประชาชาติ ค.ศ.2004 ที่มีการหยิบยกประเด็นถึงการป้องกันตนเองล่วงหน้ากรณีภัยคุกคามที่ใกล้จะเกิด จึงเป็นการยอมรับว่ามีความเปลี่ยนแปลงอย่างมีนัยสำคัญของภัยคุกคามในสังคมนานาชาติเกิดขึ้น

ในขณะเดียวกัน ขั้นตอนการปฏิบัติของรัฐที่ High Level Panel แนะนำเมื่อเกิดภัยคุกคามที่จะต้องป้องกันตนเองล่วงหน้า นั้นให้รัฐจะต้องนำเรื่องเข้าคณะมนตรีความมั่นคง เพื่อขอรับอนุญาตในการป้องกันตนเองล่วงหน้า และหากเมื่อไม่สามารถบรรลุหนทางออกผ่านทางคณะมนตรีความมั่นคงได้ รัฐก็ยังไม่มียุติการใช้กำลังโดยฝ่ายเดียว (Unilateral Preventive Action) โดยรัฐจะต้องใช้มาตรการอื่นๆ ก่อน เช่นการทูต การเจรจาต่อรอง ฯลฯ และแม้ท้ายที่สุดแล้วหนทางดังกล่าวไม่สามารถหาทางออกได้ ก็ไม่ตัดสิทธิ์ที่รัฐจะใช้กำลังโดยฝ่ายเดียวในการป้องกันตนเองล่วงหน้า ถึงแม้ข้อเสนอดังกล่าวจะไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย (Hard Law) แต่ก็สามารถพิจารณาเป็นเกณฑ์ประการหนึ่ง ในการชี้วัดความชอบธรรมของการใช้กำลังเพื่อป้องกันตนเองล่วงหน้าได้เช่นกัน เช่นก่อนที่รัฐหนึ่งจะใช้กำลังป้องกันตนเองล่วงหน้า รัฐนั้นได้แสวงหาทางออกอื่นก่อนการใช้กำลังแล้ว และใช้กำลังเป็นหนทางสุดท้ายหรือไม่ หากรัฐได้กระทำตามขั้นตอนเช่นนี้ ก็เป็นตัวชี้วัดประการหนึ่งว่าการใช้กำลังป้องกันตนเองล่วงหน้าของรัฐน่าจะมีความชอบธรรมมากกว่ามิได้ปฏิบัติตามขั้นตอนเหล่านี้เลย และในอนาคต หากมาตรการหรือขั้นตอนที่กำหนดไว้ในรายงานฉบับนี้ทุกรัฐได้นำปฏิบัติมากขึ้นจนยึดถือเป็นแนวทางปฏิบัติเดียวกัน และบรรดารัฐเหล่านั้นเห็นดีเห็นงามด้วยยึดถือว่าขั้นตอนดังกล่าวนี้เป็น

กฎหมาย หลักเกณฑ์ตามรายงานฉบับดังกล่าว ก็อาจเปลี่ยนรูปและมีค่าบังคับเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันตนเองในอนาคตก็ได้

จากรายงานของ High Level Panel นั้นสะท้อนแนวความคิดของการป้องกันตนเองล่วงหน้า ได้ประการหนึ่ง นั่นคือ ในปัจจุบัน การใช้กำลังในการป้องกันตนเองล่วงหน้า ก็ยังคงความจำเป็นในสังคมระหว่างประเทศอยู่ เนื่องจากท้ายที่สุด รายงานฉบับนี้ก็ได้ตัดสิทธิรัฐในการใช้กำลังป้องกันตนเองล่วงหน้า เพียงแต่จะใช้ได้ภายใต้เงื่อนไขใดเท่านั้น

แต่อย่างไรก็ตามก็มีข้อสังเกตว่าองค์ประกอบหนึ่งของการป้องกันตนเองล่วงหน้าคือความเร่งด่วน (Immediacy) นั้นหมายถึง รัฐมีความจำเป็นเร่งด่วนที่ต้องตอบโต้ต่อภัยดังกล่าว ดังนั้นการที่รัฐต้องขออนุญาตคณะมนตรีความมั่นคงก่อนจะเป็นไปได้ในความเป็นจริงหรือไม่ เพราะรัฐอาจไม่สามารถรอการวินิจฉัยจากคณะมนตรีได้ทัน ความท้าทายของขั้นตอนตามรายงานฉบับนี้จึงอยู่ที่ว่า ถ้าขั้นตอนดังกล่าวไม่สามารถปฏิบัติได้ในทางความเป็นจริง ก็อาจกลายเป็นพินสมัย (Obsolete) ไปก็ได้

นอกจากนี้ สิ่งที่สะท้อนออกมาอีกประการของรายงานของ High Level Panel คือการยืนยันสิทธิประจำตัวในการป้องกันตนเองของรัฐ (Inherent Right of Self-Defense) ที่ได้รับการรับรองไว้ในข้อ 51 ของการป้องกันตนเองในกฎบัตรสหประชาชาติ เพราะอย่างไรก็ตามก็มิอาจมีผู้ใดตัดสิทธิการป้องกันตนเอง อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของรัฐไปได้ และการยืนยันในสิทธิป้องกันตนเองว่าเป็นสิทธิประจำตัวนี้ ก็เป็นการสนับสนุนแนวทางการตีความข้อ 51 ของกฎบัตรสหประชาชาติในแนวที่รัฐมีสิทธิประจำตัวในการป้องกันตนเอง มิใช่จะป้องกันตนเองได้เฉพาะกรณีมีการโจมตีด้วยกำลังอาวุธเกิดขึ้นเท่านั้น

ในรายงานฉบับนี้ยังบอกเป็นนัยว่าการป้องกันตนเองไม่เพียงพอก็คือ มีการถกเถียงกันถึงหลักเกณฑ์ที่ควรจะเป็นของการป้องกันตนเองล่วงหน้า นั้นแสดงว่านานารัฐในโลกนี้เห็นว่าการป้องกันตนเองแบบดั้งเดิม ไม่เพียงพอที่จะรับมือกับภัยคุกคามที่เกิดขึ้นใหม่ได้อีกแล้ว ดังนั้น จึงได้มีการถกเถียงถึงหลักเกณฑ์ที่ควรจะเป็นเกี่ยวกับการป้องกันตนเองล่วงหน้าขึ้น

จากเอกสารของ High Level Panel ได้ชี้ให้เห็นว่า หลักการป้องกันตนเองไม่เพียงพอสำหรับภัยคุกคามใหม่ที่เกิดขึ้นในประชาคมระหว่างประเทศ จึงนำมาสู่ การพัฒนาหลักการของการป้องกันตนเองล่วงหน้า เพื่อรองรับภัยคุกคามชนิดใหม่ที่เกิดขึ้นกับประชาคมระหว่างประเทศ ทั้งนี้ การพัฒนา

หลักการป้องกันตนเองล่วงหน้า มีฐานทางกฎหมายรองรับ คือความเปลี่ยนแปลงอย่างมีนัยสำคัญของภัยคุกคามที่เปลี่ยนไป ซึ่งสอดคล้องกับหลักกฎหมายเรื่อง Rebus Sic Stantibus ดังนั้น หลักการป้องกันตนเองล่วงหน้า จึงมีฐานทางกฎหมายเพื่อทำให้การกระทำดังกล่าวเกิดความชอบธรรมในทางระหว่างประเทศ

5.1.4 ข้อท้าทาย

เป็นที่ค่อนข้างแน่ชัดในปัจจุบันว่ารัฐมีสิทธิป้องกันตนเองล่วงหน้าในกรณีที่ใกล้จะเกิด (Imminent Threat) เพียงจะอยู่ภายใต้เงื่อนไขใดเท่านั้น แต่ประเด็นที่เป็นข้อท้าทายในอนาคตก็คือ กรณีที่มีรัฐอ้างถึงภัยคุกคามที่มีใกล้จะถึง และมีลักษณะที่ใกล้กว่าเหตุพอสมควร แต่รัฐต่างๆ จะอ้างการป้องกันตนเองล่วงหน้าเป็นมาตรการในเชิงป้องกัน (Preventive Measure) กรณีดังกล่าวจะมีโอกาสชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ และการกล่าวอ้างในลักษณะดังกล่าวจะสันนิษฐานต่อความมั่นคงและสันติภาพระหว่างประเทศหรือไม่ยังคงเป็นเรื่องที่ประชาคมระหว่างประเทศถกเถียงกันและน่าจะร่วมกันหาคำตอบ

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการที่ได้ศึกษา วิเคราะห์ในแง่มุมต่างๆ ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

ผู้เขียนตระหนักดีถึงข้อกังวลว่าการป้องกันตนเองล่วงหน้าอาจถูกนำไปใช้เป็นข้ออ้างในการรุกรานรัฐอื่น ผู้เขียนจึงเสนอให้การใช้สิทธินี้ต้องเป็นไปอย่างจำกัด รัฐที่อ้างการป้องกันตนเองล่วงหน้า มีหน้าที่จะต้องเปิดเผยข้อมูล หรือพยานหลักฐานที่เชื่อได้ว่าจะมีการโจมตีเกิดขึ้นจริงก่อนปฏิบัติการป้องกันตนเองล่วงหน้า โดยอาจจะนำเสนอต่อคณะมนตรีความมั่นคงหรือสาธารณชนก็ได้ แต่อย่างไรก็ดีในกรณีฉุกเฉินอย่างยิ่ง รัฐที่อ้างการป้องกันตนเองล่วงหน้ามีหน้าที่จะต้องเปิดเผยข้อมูลอย่างชัดเจนพร้อมพยานหลักฐานดังกล่าวภายหลังการป้องกันตนเองล่วงหน้าโดยเร็ว ทั้งนี้ หากปรากฏในภายหลังว่า รัฐที่อ้างการป้องกันตนเองล่วงหน้าไม่สามารถอธิบาย (Justify) ปฏิบัติการของตนเองได้ หรือพบว่าข้อมูลเหล่านั้นไม่เป็นความจริง รัฐที่ได้รับความเสียหายจากการป้องกันตนเองล่วงหน้าดังกล่าวมีสิทธิได้รับการชดเชยและเยียวยาความเสียหาย

รายการอ้างอิง

- Allen, C. *Law in the Making*. Oxford: Clarendon Press, 1958.
- Association, American Bar. "Insider Threats: Homegrown Terrorism in the 21st Century." http://www.americanbar.org/groups/public_services/law_national_security/patriot_de_bates2/the_book_online/ch2/ch2_ess1.html.
- Aust, Anthony. *Modern Treaty Law and Practice*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2003.
- Award, Leonard V.B. Sutton. "Preemptive Self-Defense in an Age of Weapons of Mass Destruction: Operation Iraqi Freedom." *Denver Journal of International Law and Policy* (2004).
- B.Browns. "The Effects of Armed Conflicts on Treaties." *Annuaire de l'Institut de Droit International Legal Materials* (1981).
- Bernhardt, R. *Customary International Law*. Amsterdam: Elsevier Science Publication, B.V, 1974.
- Brierly, J.L. *The Law of Nations*. Oxford: Clarendon Press, 1963.
- Brown, R., and Dyer, A.F. *An Advanced Treatise*. New York: Academic Press, 1972.
- Brownlie, Ian. *International Law and the Use of Force by States*. Newyork: Oxford University Press 1963.
- Cannizzaro, Enzo. *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*. New York: Oxford University Press, 2011.
- Case Concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary V. Slovakia)*, (1997).
- Cassese, Antonio. *International Law*. 2 ed. New York: Oxford University Press, 2005.
- Cheng, Bin. *Nature and Source of International Law in Cheng*. London: International Law : Teaching and Practice, 1987.
- D.W.Bowet. *Self Defense in International Law*. New York Frederick A. Praeger 1958.
- D'amato, A. *The Concept of Custom in International Law*. New York: Cornell University Press, 1971.
- Dinstein, Yoram. *War, Aggression and Self-Defence*. 3 ed. United Kingdom: Cambridge University Press 2001.
- . *War, Aggression and Self - Defence*. 5 ed. New York Cambridge University Press 2012.
- Elias. *Re-Inventing the Law of Treaties: The Contribution of the Ec Courts*. Netherlands Ybk Intl, 1999.
- Evans, Malcolm D. *International Law*. New York: Oxford University Press 2003.

- Evans, Phoebe N. Okowa and Malcolm D. "Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)." *The International and Comparative Law Quarterly* 47 (1998).
- Fitzmaurice, B. *Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law*. The Hague, 1958.
- Fitzmaurice, Malgosia. *Exceptional Circumstances and Treaty Commitments, the Oxford Guide to Treaties*. United Kingdom: Oxford University Press, 2012.
- Gray, Christine. *International Law and the Use of Force*. 3 ed. New York: Oxford University Press, 2008.
- Hall, W.E. *A Treatise on International Law*. 8 ed.: Oxford, 1924.
- Haraszti, Gyorgy. "Treaties and the Fundamental Change of Circumstances." *Recueil de Cours* 3 (1975).
- Hoof, V. *Rethinking the Sources of International Law*. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publication, 1983.
- Kelly, J.Patrick. "The Twilight of Customary International Law." *Virginia Journal of International Law* (2000).
- Kelsen, H. *General Theory of Law and State*. Cambridge: Harvard University Press, 1945.
- Klabbers. "Re-Inventing the Law of Treaties: The Contribution of the Ec Courts." *Netherlands Ybk Intl* (1999).
- Kontou, Nancy. *The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law*. New York: Oxford University Press, 1994.
- Kunz, J.L. "The Nature of Customary International Law." *AJIL* (1953).
- Langille, Benjamin. "How the Bush Doctrine Became Law after the Terrorist Attacks of 11 September 2001." *Boston College International and Comparative Law Review* (2003).
- Lauterpacht, H. *International Law; Collected Paper*. London: Cambridge University Press, 1970.
- Law, American Society of International. "European Court of Justice: A. Racke GmbH & Co. V. Hauptzollamt Mainz." *International Legal Materials* 37 (1998): 1128-40.
- Lissitzyn, O.J. *International Law Today and Tomorrow*. New York: Columbia University Press, 1965.
- Lohr, Michael Franklin. "Legal Analysis of U.S. Military Responses to State-Sponsored International Terrorism." *Naval Law Reviews* (1985).
- Machiavelli. *The Prince*. 1513.
- Martinez, Lucy. "September 11th, Iraq and the Doctrine of Anticipatory Self-Defense." *UMKC Law Review* (2003).

- McDougal. "The Soviet-Cuban Quarantine and Self-Defense." *Am. J. Int'l L* (1963).
- McNair, A.D. *The Law of Treaties*. United Kingdom: Oxford University Press, 1961.
- McNair, Lord. *Law of Treaties*. New York: Oxford University Press, 1986.
- Mofidi, Amy E. Eckert and Manooher. "Doctrine or Doctrinaire—the First Strike Doctrine and Preemptive Self-Defense under International Law." *Tulane Journal of International and Comparative Law* (2004).
- O'Connell, D.P. "International Law." London: Stevens & Sons, 1970.
- Oliver Corten, Pierre Klein. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*. New York: Oxford University Press, 2011.
- Oliver Dorr, Kirsten Schmalenbach *Vienna Convention on the Law of Treaties a Commentary*. New York: Springer Heidelberg Dordrecht London 2012.
- Parry, C. *The Sources and Evidence of International Law*. Manchester: Manchester University Press, 1965.
- Paton, G.W., and Derham, D.P. *Jurisprudence*. London: Oxford University Press, 1902.
- Paul, Joel R. "The Bush Doctrine: Making or Braking Customary International Law." *Hastings International and Comparative Law Review* (2004).
- Piero Sereni, A. *The Italian Conception of International Law*. New York: Columbia University Press, 2009.
- Polebaum, Beth M. "National Self-Defense in International Law: An Emerging Standard for a Nuclear Age." *New York University Law Review* (1984).
- Sloss, David. *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement*. USA: Cambridge University Press, 2009.
- Slouka, Z. *International Custom and the Continental Shelf*. The Hague NIJHOFF, 1968.
- Sofaer, Abraham. "Necessity of Pre-Emption." *Eur. J. Int'l L* (2003).
- Spinoza. "Tractatus Theologico-Politicus." (1677).
- Szabó, Kinga Tibori. *Anticipatory Action in Self – Defence Essence and Limits under International Law*. Amsterdam: T.M.C. Asser Press, 2001.
- Teplitz, Robert F. "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* (1995).
- Thirlway, H. . *International Customary and Codification*. London: A.W., Nijthoff, 1972.
- Travalio, Gregory M. "Terrorism, International Law, and the Use of Military Force." *Wisconsin International Law Journal* (2000).
- Tunkin, G. *Theory of International Law*. Cambridge: Mass, 1974.
- Vamvoukos, Athanassios. *Termination of Treaties in International Law : The Doctrines of Rebus Sic Stantibus and Desuetude*. Great Britain Clarendon Press, 1985.

- Verzijl, J.H.W. . *International Law in Historical Perspective*. Leiden: Sijthoff, 1968.
- Villiger, M.E. *Customary International Law and Treaties*. The Netherland Martinus Nijthoff Publicaiton, 1985.
- Villiger, ME. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden: Martinus Nijhof, 2009.
- W, Mr. George. *Bush's Address to the United Nations General Assembly*. Weekly Comp. Pres. Doc, 2002.
- Walker, Clive. *Terrorism and Criminal Justice : Past, Present and Future*. 2004.
- Watson, A. "An Approach to Customary Law." *UILR* (1984).
- Weiner, Allen S. "The Use of Force and Contemporary Security Threats: Old Medicine for New Ills?". *Stanford Law Review* (2006).
- กรมศิลปากร. เอกสารเกี่ยวกับการปรับปรุงข้อผูกมัดตามสัญญาล่าสมัยของไทยในรัชกาลพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว. พระนคร2521.
- กฤษณะ ช่างกล่อม. "แนวโน้มการเกิดกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ." *วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2534.
- จตุรนต์ ธีระวัฒน์. *กฎหมายระหว่างประเทศ*. Vol. 2, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550.
- จุมพต สายสุนทร. *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1*. Vol. 9, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554.
- . *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2*. Vol. 8, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554.
- นพนิธิ สุริยะ. *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1*. Vol. 6, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552.
- ปกรณ์ อุณหิรัฐสกุล. "มิติในอนาคตของการป้องกันตนเองล่วงหน้า." *วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*, 2555.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ*. Vol. 1, กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555.
- ประสิทธิ์ เอกบุตร. *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา*. Vol. 4, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. *นิติปรัชญา*. Vol. 9, กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- ปารวี พิสิฐเสนากุล. "หลัก Clausula Rebus Sic Stantibus ในสัญญาทางปกครอง." *วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2553.
- มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. สาขาวิชานิติศาสตร์. เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 9-15. Vol. 5, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช: นนทบุรี, 2551.
- วิศิษฐ์พร วัฒนวาทีน. "ความสัมพันธ์ระหว่างหลัก Rebus Sic Stantibus กับหลัก Pacta Sunt Servanda ในสนธิสัญญา." *วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช*, ปีที่ 3, ฉบับที่1 (2534).
- สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร. *กฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้กันในปัจจุบัน*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ พ.ศ.พัฒนา, 2554.
- สมพงศ์ ชูมาก. *กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง*. Vol. 3, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.

สาขาวิชานิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ
หน่วยที่ 1-8. Vol. 6, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช: นนทบุรี, 2552.

อนงค์ สมบุญเจริญ. "ปัญหาการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญา." มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

อริศรา ตั้งเทียมยา. "สิทธิป้องกันตนเองและปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของการป้องกันตนเองล่วงหน้า
ภายใต้มาตรา 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ." สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

อุกฤษ มงคลนาวิน. คำบรรยายกฎหมายระหว่างประเทศ. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย, ม.ป.ป., ม.ป.ท.



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

ว่าที่เรือตรีพุทธรังษิ์ หุ่นสะดี เกิดวันที่ 8 มิถุนายน พ.ศ.2531 ที่อำเภอสัตหีบ จังหวัดชลบุรี เป็นบุตรของอาจารย์สมพงษ์ และอาจารย์พรทิพย์ หุ่นสะดี สำเร็จการศึกษาระดับมัธยมศึกษาที่ โรงเรียนสิงห์สมุทร อำเภอสัตหีบ จังหวัดชลบุรี และได้เข้ารับการศึกษามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ สำเร็จการศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต ในปีการศึกษา 2552 พร้อมกับสำเร็จหลักสูตรการฝึกอบรมก่อนแต่งตั้งยศเป็นว่าที่เรือตรีในปีเดียวกัน นอกจากนี้ยังสำเร็จการศึกษาหลักสูตรรัฐศาสตรบัณฑิต (ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ) จากมหาวิทยาลัยรามคำแหงในปีการศึกษา 2553 สำเร็จการศึกษาหลักสูตรศึกษาศาสตรบัณฑิต (การแนะแนว) จากมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราชในปีการศึกษา 2555 จบหลักสูตรวิชาว่าความรุ่นที่ 39 ของสภาทนายความแห่งประเทศไทยในพระบรมราชูปถัมภ์ และเข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ ที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2553 และระหว่างศึกษาเป็นผู้ช่วยวิจัยของ ศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธานีกุล

ปัจจุบันรับราชการอยู่ฝ่ายวิเคราะห์ข่าวต่างประเทศ สำนักนายกรัฐมนตรื

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY