

การให้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหาย
ตามร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ



นายกฤษณศักดิ์ ศรีเบญจโชติ

ศูนย์วิทยทรัพยากร

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต


สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2551

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

COUNTERMEASURES BY STATES OTHER THAN THE INJURED STATE BASED ON THE
DRAFT ARTICLES ON RESPONSIBILITY OF STATES FOR INTERNATIONALLY
WRONGFUL ACTS



Mr. Krissanasak Sribenchachot

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 2008

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหายตามร่างข้อ
บทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ

โดย

นายกฤษณศักดิ์ ศรีเบญจโชติ

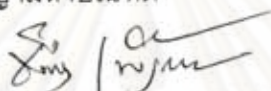
สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติวาสะ

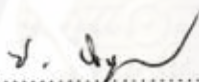
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้รับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโท



คณบดีคณะนิติศาสตร์

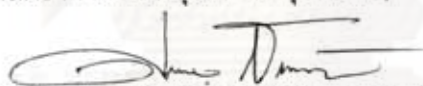
(รองศาสตราจารย์ ธิติพันธุ์ เชื้อบุญชัย)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



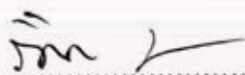
ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์ ดร.ชุมพร ปัจจุสานนท์)



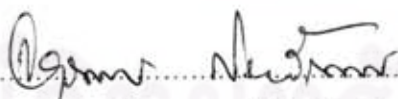
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติวาสะ)



กรรมการ

(ศาสตราจารย์ วิฑิต มันทาภรณ์)



กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(ศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ธีระวัฒน์)



กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(อาจารย์ ดร.พรชัย ด้านวิวัฒน์)

ศูนย์บริการทนาย
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กฤษฎีกาศึกดี ศรีเบญจโชติ : การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายตามร่าง
 ข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ. (COUNTERMEASURES BY STATES OTHER
 THAN THE INJURED STATE BASED ON THE DRAFT ARTICLES ON
 RESPONSIBILITY OF STATES FOR INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS) อ.
 ที่ปริกษาวิทยานิพนธ์หลัก : ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติวาสะ, 158 หน้า.

ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศถือว่ารัฐทุกรัฐมีความเสมอภาคเท่าเทียมกันจากลักษณะโครงสร้าง
 ที่ปราศจากการรวมศูนย์อำนาจ รัฐต่าง ๆ จึงมีเอกราชในการดำเนินการใด ๆ อันเป็นสิทธิของรัฐที่มีอยู่ฝ่ายเดียว
 สิทธิแต่เพียงฝ่ายเดียวนี้นั้นก็มาจากผลประโยชน์โดยส่วนตัว หากรัฐใดรัฐหนึ่งมีการล่วงล้ำเข้ามาในสิทธิ
 ของรัฐอื่นก็เกิดความรับผิดชอบในผลของการกระทำ และมาตรการตอบโต้เป็นมาตรการหนึ่งที่ทำให้รัฐผู้มีความ
 รับผิดชอบปฏิบัติตามพันธกรณีที่เกิดขึ้นจากความรับผิดชอบ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาและวิเคราะห์ประเด็นการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐ
 ผู้เสียหาย เพื่อให้ทราบถึงแนวคิด ความเป็นมา หลักเกณฑ์ เงื่อนไขและข้อจำกัดของการใช้มาตรการตอบโต้
 โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหาย อันจะนำไปสู่แนวทางการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายที่ควร
 จะเป็นเพื่อประโยชน์สำหรับสังคมระหว่างประเทศ

จากการวิจัยพบว่า แนวคิดของมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายได้รับการยอมรับทั้งใน
 แง่ของแนวคิด และการปฏิบัติของรัฐโดยมีแนวคำตัดสินของศาลระหว่างประเทศรองรับ ร่างข้อบทว่าด้วย
 ความรับผิดชอบของรัฐได้นำแนวคิดนี้มาบรรจุไว้โดยกำหนดสิทธิของรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายในการตอบโต้ได้
 ต่อเมื่อมีการละเมิดผลประโยชน์ของกลุ่มรัฐหรือผลประโยชน์ร่วมกันของประชาคมระหว่างประเทศทั้งมวลและ
 เพื่อวัตถุประสงค์ในการยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตามเงื่อนไขของการใช้มาตรการดังกล่าว
 ในทางปฏิบัติที่ผ่านมายังไม่ชัดเจน รวมถึงบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในร่างฯ ก็ยังไม่ชัดเจนเพียงพอสำหรับกรณีนี้ซึ่ง
 ถือเป็นมาตรการที่เป็นข้อยกเว้นในทางกฎหมายในเรื่องการใช้มาตรการตอบโต้ที่โดยหลักทั่วไปเป็นสิทธิของ
 รัฐที่เสียหายเท่านั้นที่กระทำได้

แม้ว่าการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายจะเป็นการกระทำบนพื้นฐานของแนวคิดเรื่อง
 ทฤษฎีการกระทำฝ่ายเดียว (Unilateralism) ซึ่งเป็นอันตรายสำหรับระบบกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม
 ตามการใช้สิทธิตอบโต้ในลักษณะนี้มีความจำเป็นเนื่องจากเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ของกลุ่มของรัฐ และ/
 หรือผลประโยชน์ของประชาคมระหว่างประเทศทั้งมวลยิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่กลไกระดับพหุภาคีไม่
 สามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพ

อย่างไรก็ตาม หลักการและเงื่อนไขที่ปรากฏอยู่ในร่างฯ นี้สะท้อนเพียงส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่าง
 ประเทศที่เป็นอยู่และจำเป็นที่จะต้องได้รับการพัฒนาให้ชัดเจนขึ้นต่อไป

สาขาวิชา..... นิติศาสตร์..... ลายมือชื่อนิสิต..... กฤษฎีกาศึกดี.....
 ปีการศึกษา..... 2551..... ลายมือชื่ออ.ที่ปริกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....

488 62031 34 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : REPRISAL / COUNTERMEASURE / THIRD STATE

KRISSANASAK SRIBENCHACHOT: COUNTERMEASURES BY STATES
OTHER THAN THE INJURED STATE BASED ON THE DRAFT ARTICLES ON
RESPONSIBILITY OF STATES FOR INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS.
ADVISOR: ASST.PROF.DR.SARATOON SANTIVASA, 158 pp.

In an international law system, every state is deemed to be in equality due to their structure which is absent in centralization. Every state, therefore, has an independence to do any action which is regarded as a unilateral right of each state. This unilateral right comes from an own interest of states. If any state infringes the rights of other states, that infringing state shall be responsible to the result caused by its action. In this regards, countermeasures shall be one of the measures which enables the responsible state to conform to its obligations arising from its responsibilities.

This dissertation is to study and analyze the issue of the countermeasures taken by a state other than an injured state in order to understand its concepts, background, principle, conditions and limitations. This will lead to the appropriate use of the countermeasures by a state other than an injured state for the interest of the international society.

As to the finding of this research, the concept of the countermeasures by a state other than an injured state is accepted in both concept and states' practices as recognized by the jurisprudence of the international court, which has been constituted in the draft articles on responsibility of states under that the right of a state other than an injured state in counterattack. This shall incur when the collective interest of the group of states or collective interest of the international community as a whole is violated, and for the purpose of cessation of the internationally wrongful act. Nonetheless, preceding conditions on applying of that measure in practice as well as related articles under the draft articles on responsibility of states are not clear enough for a lawful exemption measure on the application of countermeasures which generally empower only an injured state to do so. Although the use of countermeasures by a state other than an injured state shall base on the notion of unilateralism theory which is dangerous to the international law system, it is, nevertheless, necessary to apply the countermeasure for protection of collective interest of the group and/or collective interest of the international community as a whole, particularly, in an event that a mechanism at the multilateral level is not efficiently executed.

However, the principles and conditions as stipulated in the Draft articles of the International law Commission do reflect only a part of lex lata of international law which is, however, necessary to be developed for more clarity.

Field of Study :Laws.....

Student's Signature*M. V. N. S.*.....

Academic Year :2008.....

Advisor's Signature*Saratoon Santivasa*.....

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยความช่วยเหลือจากผู้มีพระคุณหลายท่าน ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร บัจจุสานนท์ ที่ได้กรุณาเสียสละเวลารับเป็น ประธานกรรมการวิทยานิพนธ์ และได้ให้ข้อเสนอแนะในประเด็นปัญหาต่าง ๆ ตลอดจนวางกรอบของการวิจัย ทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ศารทูล สันติวาสะ เป็นอย่างสูงที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ให้แก่ผู้เขียน และได้เสียสละเวลาอันมีค่าเพื่อให้คำปรึกษา คำแนะนำ ตลอดจนชี้แนะในการหาคำตอบให้กับปัญหาต่าง ๆ ที่มีขึ้นในระหว่างที่ได้จัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ตลอดจนให้แง่คิดในการทำงานอันเป็นประโยชน์แก่ผู้เขียนเป็นอย่างมาก วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้โดยความกรุณาของท่านโดยแท้ ผู้เขียนสำนึกในความเมตตาของท่านเป็นอย่างยิ่ง

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์วิทิต มันทาภรณ์ ศาสตราจารย์ ดร. จตุรงค์ ธีระวัฒน์ และอาจารย์ ดร. พรชัย ด้านวิวัฒน์ ที่กรุณารับเป็นกรรมการวิทยานิพนธ์ และได้ให้คำแนะนำ ชี้แนะประเด็นปัญหาต่าง ๆ ตลอดจนให้ข้อท้วงติงอันเป็นประโยชน์ต่อการเขียนวิทยานิพนธ์ ทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดามารดาของผู้เขียน รวมทั้งขอขอบคุณทุกคนในครอบครัวที่คอยสนับสนุนให้โอกาสทางการศึกษาและคอยเป็นกำลังใจให้แก่ผู้เขียนด้วยดีตลอดมา รวมทั้งคณาจารย์ทุกท่านที่ให้ความรู้พื้นฐานทางกฎหมายแก่ผู้เขียน เจ้าหน้าที่บัณฑิตศึกษา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยที่อำนวยความสะดวกให้กับผู้เขียนเพื่อน ๆ ผู้ศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เพื่อนจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และเพื่อนร่วมงานที่กรมสอบสวนคดีพิเศษทุกท่านที่คอยสอบถาม แนะนำ ช่วยเหลือและเป็นกำลังใจให้แก่ผู้เขียนมาโดยตลอด รวมถึงขอขอบคุณทุกท่านที่มีส่วนช่วยให้การทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยดี ความดีของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนขอมอบให้แก่ผู้เกี่ยวข้องทุกท่านทั้งสิ้น หากแต่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช

บทที่

1	บทนำ.....	1
	1.1 สภาพและความสำคัญของปัญหา.....	1
	1.2 สมมุติฐานของการวิจัย.....	3
	1.3 วัตถุประสงค์ในการศึกษา.....	3
	1.4 ขอบเขตในการศึกษา.....	4
	1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	4
	1.6 วิธีการศึกษาและวิจัย.....	5
2	แนวคิดและพัฒนาการทางกฎหมายของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐ : จากรัฐผู้เสียหายสู่รัฐอื่นที่ไม่ใช่ผู้เสียหาย.....	6
	2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับมาตรการตอบโต้.....	7
	2.1.1 การใช้มาตรการตอบโต้ก่อนมีกฎบัตรสหประชาชาติ.....	7
	2.1.2 การใช้มาตรการตอบโต้ภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติ.....	13
	2.1.3 นิยามของมาตรการตอบโต้ตามร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐที่ เกิดจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ.....	15
	2.1.3.1 ความเป็นมาของร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐที่เกิด จากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ.....	16
	2.1.3.2 นิยามของมาตรการตอบโต้.....	17

2.1.4	มาตรการอื่นที่มีลักษณะใกล้เคียงกับมาตรการตอบโต้.....	22
2.1.4.1	มาตรการแก้ลำ (retorsion).....	22
2.1.4.2	มาตรการแก้แค้น (reprisal).....	24
2.1.4.3	การระงับใช้สนธิสัญญาและการสิ้นสุดของสนธิสัญญา (non-application of treaties and termination of treaties).....	26
2.1.4.4	การป้องกันตนเอง (self-defence).....	28
2.2	มูลเหตุของการใช้มาตรการตอบโต้.....	32
2.2.1	การกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ (international wrongful act).....	33
2.2.1.1	การกระทำของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ.....	33
	(ก) การกระทำขององค์การของรัฐ.....	33
	(ข) การกระทำที่มีชื่อองค์การของรัฐ.....	34
2.2.1.2	การฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ.....	35
	(ก) สนธิสัญญา.....	36
	(ข) กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (international customary law).....	37
	(ค) หลักกฎหมายทั่วไป (general principal of law).....	37
	(ง) การกระทำฝ่ายเดียว (unilateral acts).....	38
2.2.2	วัตถุประสงค์ของการใช้มาตรการตอบโต้.....	39
2.2.2.1	เพื่อยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย.....	40
2.2.2.2	เพื่อให้มีการชดเชยความเสียหาย (reparation) แก่รัฐผู้เสียหาย.....	42
2.3	รัฐผู้ใช้มาตรการตอบโต้.....	49
2.3.1	รัฐที่ได้รับความเสียหาย (injured state).....	50
	(ก) รัฐเฉพาะราย (individual state).....	50
	(ข) รัฐที่เป็นสมาชิกในกลุ่มของรัฐ (group of state) หรือประชาคมระหว่าง ประเทศทั้งหมด (international community as a whole).....	53
2.3.2	รัฐอื่นที่มีชื่อรัฐที่ได้รับความเสียหาย (states other than injured state).....	55
2.4	แนวความคิดและแนวทางการปฏิบัติในการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีชื่อ รัฐผู้เสียหาย.....	55

2.4.1	แนวความคิดทางทฤษฎีของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้ รัฐผู้เสียหายก่อนการยอมรับร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐ.....	55
2.4.2	การยอมรับมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหายภายใต้ร่างบท ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ.....	59
2.4.3	ทางปฏิบัติของรัฐในการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหาย.....	72
3	เงื่อนไขทางกฎหมายของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหาย ตามร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ.....	83
3.1	เงื่อนไขอันเป็นที่มาของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหาย : ผลประโยชน์ร่วมในความเสียหายที่เกิดขึ้น.....	85
3.1.1	กรณีการละเมิดพันธกรณีของผลประโยชน์ร่วมของกลุ่มของรัฐ.....	86
	(ก) กรณีการละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐสองรัฐขึ้นไปและ แยกจากกัน.....	86
	(ข) กรณีความเสียหายเกิดจากการละเมิดผลประโยชน์พิเศษ ที่ได้รับการรับรองในตราสารพหุภาคี.....	87
	(ค) กรณีความเสียหายเกิดจากการละเมิดสนธิสัญญาที่ให้สิทธิ แก่รัฐที่สาม.....	88
	(ง) กรณีความเสียหายเกิดจากการละเมิดรัฐหนึ่งรัฐใดที่อยู่ในกลุ่มของ กรอบความร่วมมือระหว่างประเทศ.....	88
3.1.2	กรณีการละเมิดพันธกรณีของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด.....	89
3.2	เป้าหมายของการใช้สิทธิของรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหาย.....	90
3.2.1	เพื่อประโยชน์รัฐผู้เสียหาย.....	91
3.2.2	เพื่อประโยชน์ของผู้รับผลประโยชน์จากพันธกรณีที่ถูกฝ่าฝืน.....	92
3.3	เงื่อนไขอันเป็นขั้นตอนของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหาย.....	93
3.3.1	เงื่อนไขบังคับก่อนของการใช้มาตรการตอบโต้.....	93
3.3.1.1	มีการเรียกร้องให้รับผิดชอบในการปฏิบัติตามพันธกรณี.....	94
3.3.1.2	มีการดำเนินการเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น.....	95

3.3.2	เงื่อนไขบังคับหลังของการใช้มาตรการตอบโต้.....	101
3.3.2.1	การกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายยุติและข้อพิพาทถูกนำเสนอ ตามกระบวนการตุลาการ.....	101
3.3.2.2	การปฏิบัติตามพันธกรณีที่มีอยู่ของรัฐผู้มีความรับผิดชอบ.....	102
3.4	เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหามาตรการที่ใช้ตอบโต้.....	105
3.4.1	หลักความได้สัดส่วน (proportionality).....	105
3.4.2	หลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ.....	110
3.4.3	หลักการห้ามละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (international humanitarian law) และสิทธิมนุษยชน (human rights law).....	111
3.4.4	หลักการห้ามขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens , peremptory norms).....	114
4	บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	124
4.1	บทสรุป.....	124
4.2	ข้อเสนอแนะ.....	129
	รายการอ้างอิง.....	133
	ภาคผนวก.....	140
	ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	158

ศูนย์วิทยุโทรพัทธยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1

บทนำ

1.1 สภาพและความสำคัญของปัญหา

ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศถือว่ารัฐทุกรัฐมีความเสมอภาคเท่าเทียมจากโครงสร้างของสังคมระหว่างประเทศที่มีลักษณะไม่ซับซ้อนและปราศจากการรวมศูนย์อำนาจ กล่าวคือ เป็นสังคมกระจายอำนาจ รัฐทั้งปวงมีความสัมพันธ์ในแนวราบ ทำให้ไม่มีรัฐใดรัฐหนึ่งมีอำนาจมากเพียงพอที่จะบังคับรัฐอื่น ๆ เมื่อพิจารณาตามหลักอำนาจอธิปไตย (sovereignty) จึงทำให้รัฐมีเอกราช และมีสิทธิในการดำเนินการใด ๆ โดยไม่จำเป็นต้องรับฟังคำสั่งตัดสินจากผู้อื่น แต่การดำเนินการของรัฐที่กล่าวมานี้อยู่บนพื้นฐานของหลักการไม่แทรกแซงซึ่งกันและกันโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของการยอมรับจากรัฐอื่น ทำให้รัฐต่าง ๆ ดำเนินการในขอบเขตของตนที่เหมาะสมได้

สิทธิแต่เพียงฝ่ายเดียวของรัฐในการดำเนินการใด ๆ นี้ก็อีกด้านหนึ่งก็เป็นการกระทำที่อยู่บนพื้นฐานผลประโยชน์ส่วนตัว (individual interest) จึงเป็นการยากที่จะมิให้การกระทำของรัฐจะไม่ไปกระทบกระเทือนผลประโยชน์ของรัฐอื่นซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่นได้จึงก่อให้เกิดหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบของรัฐอันเป็นเรื่องของสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบของรัฐในสังคมระหว่างประเทศ หากรัฐใดรัฐหนึ่งกระทำอันเป็นการล่วงล้ำสิทธิของรัฐอื่น ก็ทำให้รัฐดังกล่าวมีความรับผิดชอบในผลของการกระทำดังกล่าวขึ้นโดยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐคือยุติการกระทำดังกล่าวและชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าว ทั้งนี้มาตรการตอบโต้เป็นมาตรการหนึ่งที่ทำให้รัฐผู้มีความรับผิดชอบปฏิบัติตามพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติ

แต่เดิมมาตรการตอบโต้รู้จักกันในฐานะที่เป็นมาตรการช่วยเหลือตนเอง (self-help) อันเป็นมาตรการเพื่อรักษาผลประโยชน์ของตนเองและมาตรการดังกล่าวรวมถึงการใช้กำลังอีกด้วย แม้แนวคิดของการช่วยเหลือตนเองได้รับการยอมรับมาจนถึงปัจจุบัน แต่ก็ถูกจำกัดขอบเขตของการใช้ไว้หลายกรณี เนื่องจากการพัฒนาของหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องอื่น ๆ เช่น หลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ อีกทั้งในสังคมระหว่างประเทศมีค่าที่ใช้ในเรื่องของการตอบโต้หลายกรณีที่อาจก่อให้เกิดความสับสน เช่น มาตรการแก้ลำ (retorsion) และมาตรการแก้เผ็ด (reprisal) เป็นต้น

ต่อมาภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้มีการจัดตั้งสหประชาชาติอันมีวัตถุประสงค์เพื่อธำรงรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ โดยมีการพูดถึงผลประโยชน์ทั่วไป (general

interest) อันเป็นผลประโยชน์ร่วมกัน(collective interest) ของรัฐทุกรัฐในสังคมนระหว่างประเทศหรือ เป็นของประชาคมระหว่างประเทศ (international community as a whole) มิใช่ผลประโยชน์ของรัฐใดรัฐหนึ่งโดยเฉพาะ อีกทั้งจากการที่คณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศเห็นว่าสำคัญขอเรื่อง ความรับผิดชอบของรัฐจึงมีความต้องการที่จะรวบรวมหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐเป็น ลายลักษณ์อักษร จึงมีการตั้งผู้รายงานพิเศษเพื่อศึกษาในเรื่องดังกล่าวขึ้นโดยเฉพาะ และสามารถ จัดทำร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐได้ปี ค.ศ.2001

ประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการใช้มาตรการตอบโต้ในกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นประเด็นที่มีการถกเถียงและนำมาซึ่งความเห็นที่หลากหลายในทางกฎหมาย ทั้งในเรื่องของ วัตถุประสงค์ ขอบเขต และเงื่อนไขในการใช้¹ ในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐที่ร่างโดย คณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศเอง มาตราที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับมาตรการตอบโต้มีอยู่ถึง 7 มาตรา² ในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐได้กล่าวถึงมาตรการตอบโต้เป็นพฤติการณ์ที่ไม่ ก่อให้เกิดความรับผิด ฉะนั้นหากการใช้มาตรการตอบโต้เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดก็ถือได้ว่าเป็นการ กระทำที่ชอบด้วยกฎหมายและไม่ต้องรับผิดชอบผลจากการใช้มาตรการตอบโต้ โดยในตอนท้ายของ ร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐได้ยอมรับให้มีการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐ ผู้เสียหายได้ แต่การกระทำดังกล่าวนอกจากจะตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขทั่วไปของการใช้มาตรการตอบโต้ ซึ่งโดยหลักแล้วเป็นการกระทำโดยรัฐผู้เสียหาย ในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐยังได้มี เงื่อนไขเฉพาะของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายอีกด้วย

การพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายและเงื่อนไขของมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มี รัฐผู้เสียหายตามร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐเป็นสิ่งสำคัญ เนื่องจากในร่างข้อบทว่า ด้วยความรับผิดชอบของรัฐได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐ ผู้เสียหายโดยเป็นการประมวลจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และพัฒนาการทางกฎหมาย (progressive development) หรือกฎหมายที่ควรจะเป็น (lex ferenda) ไว้รวมอยู่ด้วยกัน หากเป็น จารีตประเพณีระหว่างประเทศก็จะผูกพันทุกรัฐแม้มิได้เป็นภาคีในอนุสัญญา แต่หากกฎหมายที่ใดที่ยัง มิได้รับการยอมรับให้เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้วก็จะผูกพันเฉพาะรัฐที่เป็นภาคีหรือยอมรับ หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นกฎหมายเท่านั้น

ทั้งนี้ในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐเกี่ยวกับเรื่องมาตรการตอบโต้โดยรัฐ อื่นที่มีรัฐผู้เสียหายเป็นการร่างโดยพิจารณาจากทางปฏิบัติของรัฐในเรื่องของมาตรการตอบโต้โดย

¹ James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility : Introduction, Text and Commentaries (Cambridge : Cambridge University Press, 2002), pp.47-56.

² Article 22 and 49-54 of Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.

รัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหายตั้งแต่อดีต แนวคิดทางกฎหมาย รวมถึงความเห็นของนักนิติศาสตร์ในช่วงเวลาต่าง ๆ การศึกษามาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหายตามร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐจึงเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อมิให้รัฐผู้ใช้มาตรการตอบโต้ตกเป็นผู้รับผิดชอบผลจากการตอบโต้ที่เสียหายเอง

ในฐานะที่ประเทศไทยเป็นส่วนหนึ่งของประชาคมระหว่างประเทศ การศึกษาแนวทางการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหายตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน แนวคิดที่ได้รับการยอมรับที่ปรากฏในร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ตลอดจนแนวโน้มของกฎเกณฑ์ที่ควรจะเป็น จึงเป็นสิ่งสำคัญเพื่อให้สามารถนำหลักเกณฑ์ต่าง ๆ มาปรับใช้ได้อย่างถูกต้องและก่อให้เกิดความชอบด้วยกฎหมาย

1.2 สมมุติฐานของการวิจัย

การใช้มาตรการตอบโต้โดยทั่วไปเป็นการกระทำโดยรัฐผู้เสียหายเพื่อรักษาสีทธิและผลประโยชน์ของตนที่ได้รับการกระทบกระเทือน การยอมให้รัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหายสามารถใช้มาตรการตอบโต้ได้เป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ของกลุ่มของรัฐ และ/หรือผลประโยชน์ของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดยิ่งขึ้น

1.3 วัตถุประสงค์ในการศึกษา

วิทยานิพนธ์นี้มุ่งศึกษาและวิเคราะห์การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหายตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน เพื่อประโยชน์ดังนี้

1. ให้ทราบถึงแนวคิดและความเป็นมาของมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหาย
2. การนำมาตราการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหายไปใช้ว่าอยู่ภายใต้เงื่อนไขหรือขอบเขตเพียงใด อันจะนำไปสู่การกำหนดขอบเขตของเงื่อนไขที่ชัดเจนของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหาย
3. เพื่อเป็นแนวทางในการศึกษาในการพัฒนาการและแนวโน้มที่ควรจะเป็นของกฎหมายเกี่ยวกับการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหาย

1.4 ขอบเขตในการศึกษา

การศึกษานี้มุ่งศึกษาถึงการใช้อำนาจการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายเท่านั้น มิได้รวมถึงการกระทำที่เป็นการตอบโต้ขององค์การระหว่างประเทศ โดยศึกษาพัฒนาและหลักการของการใช้อำนาจการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน รวมถึงทางปฏิบัติของรัฐและหลักเกณฑ์อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องในร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐ อันเกี่ยวกับมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหาย ไม่ว่าจะเป็นวัตถุประสงค์และขอบเขตของการใช้อำนาจการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหาย รวมถึงหลักการอื่น ๆ อันได้แก่ การห้ามละเมิดพันธกรณีที่สำคัญในกฎหมายระหว่างประเทศ หลักความได้สัดส่วนและความจำเป็น ขั้นตอนของการใช้อำนาจการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหาย เพื่อให้เห็นถึงความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหาย และกรณีอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อให้ทราบถึงพัฒนาการและแนวคิดของการใช้อำนาจการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ตลอดจนแนวโน้มของการใช้อำนาจการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายที่จะเกิดขึ้นในอนาคต
2. เพื่อเป็นการศึกษาแนวคิดและการกำหนดความสำคัญของปัญหาของหลักเกณฑ์ในเรื่องมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศที่นำหลักการที่เกี่ยวข้องประมวลเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร
3. เพื่อให้ทราบถึงการกำหนดเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหาย และการนำเอกหลักการพื้นฐานที่สำคัญในกฎหมายระหว่างประเทศมาเป็นเงื่อนไขที่สำคัญของหลักเกณฑ์ความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหาย
4. เพื่อเป็นประโยชน์ต่อประเทศไทยในการใช้อำนาจการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายเพื่อเยียวยาผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ และการเรียกร้องในระบบของความรับผิดชอบของรัฐ ตลอดจนเป็นแนวทางในการดำเนินความสัมพันธ์ในประชาคมระหว่างประเทศ

1.6 วิธีการศึกษาและวิจัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นแบบการวิจัยทางกฎหมาย โดยวิธีการศึกษาใช้วิธีศึกษาแบบวิจัยเอกสารเป็นหลัก โดยศึกษาจากเอกสารข้อมูลทั้งในประเทศและต่างประเทศ โดยการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากตัวบทความและบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ อันเกิดจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ รวมทั้งรายงานของผู้รายงานพิเศษ (special rapporteur) และรายงานการประชุมของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศ คำวินิจฉัยและความเห็นของศาลในคดีต่าง ๆ และข้อมติของสมัชชาใหญ่และคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่เกี่ยวข้อง



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 2

แนวคิดและพัฒนาการทางกฎหมายของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐ : จากรัฐผู้เสียหายสู่รัฐอื่นที่ไม่ใช่ผู้เสียหาย

ในระบบสังคมระหว่างประเทศ “รัฐ” ถือเป็นผู้ทรงสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐต่าง ๆ จึงมีสิทธิกระทำการ หรืองดเว้นการกระทำอย่างใด ๆ ตามแต่รัฐดังกล่าวพึงประสงค์ แต่เนื่องจากลักษณะที่สำคัญอย่างหนึ่งในระบบสังคมระหว่างประเทศนั้นก็คือความสัมพันธ์ระหว่างรัฐในสังคมระหว่างประเทศมีลักษณะที่ไม่ซับซ้อนและปราศจากการรวมศูนย์อำนาจ ทำให้ไม่มีรัฐใดรัฐหนึ่งมีอำนาจมากเพียงพอที่จะบังคับรัฐอื่น ๆ ให้อยู่ในอำนาจตน¹ รวมไปถึงการไม่มีองค์กลางที่มีอำนาจในการบังคับการหรือสั่งการให้รัฐกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่การกระทำของรัฐจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศหรือจะเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ก็จะต้องมาพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งจากสภาพของสังคมระหว่างประเทศที่ประกอบไปด้วยรัฐหลายรัฐ แต่ละรัฐย่อมมีการปฏิสัมพันธ์กับรัฐอื่นไม่มากก็น้อย ในการปฏิสัมพันธ์ระหว่างกันนั้นก็จะต้องมีกิจกรรมเกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นการกระทำหรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่กิจกรรมนั้นหากเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายแล้วก็จะนำไปสู่ความรับผิดชอบของรัฐ (state responsibility) ของรัฐผู้กระทำการที่มีชอบด้วยกฎหมายขึ้นตามมา อันจะทำให้รัฐผู้กระทำการที่มีชอบด้วยกฎหมายเกิดความรับผิด (liability) ต่อรัฐที่ได้รับความเสียหาย (injured state) ซึ่งจะต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายหรือเยียวยาต่อรัฐที่ได้รับความเสียหายซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป²

มาตรการตอบโต้ (countermeasure) เป็นวิธีการหนึ่งให้รัฐผู้เกิดความรับผิดชอบ (responsible State) ปฏิบัติตามความรับผิดชอบระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งถือได้ว่ามาตรการตอบโต้เป็นการดำเนินการโดยรัฐที่ได้รับความเสียหายเองและเป็นมาตรการบังคับที่มีเป้าหมายในการดำเนินการให้ได้มาในการชดใช้ค่าเสียหายหรือเยียวยาต่อรัฐที่ได้รับความเสียหาย

¹ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 7.

² จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), หน้า 81.

2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับมาตรการตอบโต้

มาตรการตอบโต้เป็นศัพท์ใหม่ที่เกิดขึ้นและรัฐใช้อ้างถึงกันบ่อย โดยเริ่มปรากฏในช่วงกลาง ๆ ของศตวรรษที่ 20 มาנייםเอง แต่ก่อนหน้านี้นี้เชื่อว่าจะไม่มีการตอบโต้กันระหว่างรัฐ หากแต่เพียงการกระทำดังกล่าวยังไม่มีการใช้คำว่า “มาตรการตอบโต้” (countermeasure) มาใช้เรียกการกระทำดังกล่าวเท่านั้นเอง โดยจะแสดงออกมาในรูปแบบของการช่วยเหลือตนเอง (self-help) มาตรการลงโทษ (sanction) มาตรการแก้แค้น (reprisal) และมาตรการแก้ลำ (retorsion) เป็นต้น ซึ่งมาตรการตอบโต้เป็นแนวคิดทางกฎหมายที่เกิดขึ้นเองและเป็นมาตรการที่แตกต่างจากเรื่องอื่น ๆ แม้ว่าจะอยู่ในแนวความคิดเดียวกันกับเรื่องการช่วยเหลือตนเองที่มีลักษณะและวัตถุประสงค์พื้นฐานในเชิงสัญลักษณ์ (symbolic) การป้องกัน (protection) การฟื้นฟูแก้ไข (remedies) การจัดการให้เหมาะสม (manipulation) และการทำโทษ (punishment)³ กล่าวคือมาตรการตอบโต้เป็นมาตรการที่ต่างจากการป้องกันตัว (self-defence) และกว้างขวางกว่าเหตุแห่งการยกเว้นความรับผิดชอบ แต่ไม่กระทบกระบวนการรับข้อพิพาทโดยสันติวิธีที่อยู่ในหมวดที่ 6 ของกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งเป็นมาตรการที่เป็นเอกเทศ อีกทั้งมาตรการตอบโต้มิใช่วิธีการทดแทนหรือทางเลือกจึงสามารถดำเนินการควบคู่กันไปกับการรับข้อพิพาทโดยสันติวิธี⁴ จึงขอแบ่งการพิจารณาแนวความคิดของมาตรการตอบโต้ออกเป็น 2 ช่วงเวลา คือการใช้มาตรการตอบโต้ก่อนมีกฎบัตรสหประชาชาติและการใช้มาตรการตอบโต้ภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติ

2.1.1. การใช้มาตรการตอบโต้ก่อนมีกฎบัตรสหประชาชาติ

การพิจารณาเกี่ยวกับการใช้มาตรการตอบโต้ก่อนมีกฎบัตรสหประชาชาติควรเริ่มต้นจากศตวรรษที่ 17 เนื่องจากรัฐสมัยใหม่ได้เริ่มเกิดขึ้นในช่วงเวลานี้ แต่ในช่วงเวลานี้รัฐต่าง ๆ ยังคงมีแนวคิดอยู่บนพื้นฐานของควมมี “อธิปไตย” คือรัฐมีอิสระในการกำหนดตนเอง มีเสรีภาพที่จะใช้กำลังในกรณีใด ๆ ก็ได้โดยไม่มีข้อห้าม เนื่องจากยังไม่มีกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้กำลัง ฉะนั้นมาตรการตอบโต้จึงไม่ถูกจำกัดเกี่ยวกับการใช้กำลังด้วย ซึ่งมาตรการตอบโต้ในช่วงนี้ถูกเรียกว่า “มาตรการแก้แค้น” (reprisal) โดยแบ่งได้เป็นมาตรการแก้แค้นโดยประชาชน (private reprisals) และมาตรการแก้แค้นโดยรัฐ (public reprisals)

³ Math Noortmann, *Enforcing International Law : From Self-help to Self-contained Regimes* (Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2005), p.17.

⁴ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, หน้า 39.

มาตรการแก้แค้นโดยประชาชน (private reprisals) เริ่มจากประชาชนในรัฐดังกล่าวได้รับความเสียหายจากรัฐอื่น ๆ หรือจากประชาชนของรัฐอื่น โดยประชาชนผู้ได้รับความเสียหายจะต้องร้องทุกข์ต่อผู้มีอำนาจอธิปไตยของประชาชนผู้เสียหาย คือเจ้าผู้ครองนครรัฐหรือกษัตริย์ของผู้เสียหาย เพื่อให้ออกใบอนุญาตให้จับกุมหรือยึดสินค้า (letters of marque) ของรัฐอื่นผู้กระทำความเสียหายได้ ซึ่งส่วนใหญ่ก็เป็นเรือสินค้าที่แล่นมาในรัฐ เหตุผลเบื้องหลังของการใช้มาตรการแก้แค้นโดยประชาชนนี้ก็เพื่อแก้ไขความไม่พอใจของประชาชนผู้เสียหายในช่วงเวลาสั้นๆ จากสถานการณ์ดังกล่าวการใช้มาตรการแก้แค้นโดยประชาชนจึงควรใช้เมื่อประชาชนได้ดำเนินการตามกระบวนการที่เด่นชัดแล้วว่าได้รับการปฏิเสธความยุติธรรม (denial of justice)

เมื่อพิจารณาถึงเหตุผลของการใช้มาตรการแก้แค้นข้างต้นแล้ว มาตรการแก้แค้นที่ใช้ไปนั้นควรเป็นการจับกุมต่อรัฐผู้กระทำความผิดหรือประชาชนของรัฐผู้กระทำความผิด อย่างไรก็ตามการใช้มาตรการแก้แค้นในกรณีนี้มีอย่างจำกัด โดยมูลค่าของทรัพย์สินหรือสินค้าที่ยึดมานั้นควรมีปริมาณที่พอเหมาะกับความเสียหายที่ตนต้องการที่จะได้รับการเรียกร้องถึงการชดเชย แต่ทรัพย์สินหรือสินค้าที่ถูกยึดนั้นไม่ควรเป็นทรัพย์สินที่ได้รับมอบความศรัทธาจากมหาชน (public faith) และเป็นทรัพย์สินของประชาชนที่ถูกจับกุมแต่ไม่สามารถนำไปด้วย ซึ่งการยึดสินค้านี้เป็นการพิจารณาสิทธิในทางทรัพย์สินเหนือวัตถุประสงค์ของการจับกุม โดย Grotius ได้อธิบายว่าความเป็นเจ้าของได้มาจากการยึดสินค้าโดยการกระทำที่บริสุทธิ์ของการจับกุม แต่ต่อมาเมื่อการค้าข้ามพรมแดนมีมากขึ้น การใช้มาตรการแก้แค้นโดยประชาชนได้มีการบิดเบือนอย่างมาก อันนำไปสู่ข้อพิพาทที่ทำให้เกิดสงครามระหว่างรัฐ มาตรการแก้แค้นโดยประชาชนจึงเลิกใช้ไปในช่วงสิ้นศตวรรษที่ 18

สำหรับมาตรการแก้แค้นโดยรัฐ (public reprisals) เป็นการกระทำที่แสดงออกโดยรัฐผู้ใช้มาตรการแก้แค้นนั่นเองเพื่อให้ได้รับการแก้ไขหรือชดเชยความเสียหายที่รัฐนั้นได้กล่าวอ้างไป โดยมาตรการแก้แค้นโดยรัฐนี้ดั้งเดิมแล้วถูกจำกัดการใช้เพียงเพื่อแก้ไขความเสียหายที่ประสบจากรัฐอื่น⁶ ซึ่งมาตรการแก้แค้นโดยรัฐนี้ ตัววัตถุประสงค์หรือสิ่งของที่ได้รับผลจากการแก้แค้นก็เป็นชนิดเดียวกับมาตรการแก้แค้นโดยประชาชน โดย Vattel ได้กล่าวไว้ว่าการยึดทรัพย์สินที่เป็นสิ่งของนั้นควรใช้ในขอบเขตของบริเวณรัฐหรือบริเวณที่มีอำนาจอธิปไตยเหนือ อย่างไรก็ตามหากเป็นทรัพย์สินที่ได้รับมอบความศรัทธาจากมหาชน (public faith) ก็ไม่สามารถที่จะยึดได้ อีกทั้งสิทธิในการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐนี้ยังคงได้มาจากสภาพของการไม่ได้รับความยุติธรรม (denial of justice) และ Vattel ยังได้เสริมอีกว่าสภาพของการไม่ได้รับความยุติธรรมนั้นต้องไม่ได้รับการโต้แย้งจากรัฐที่สาม ดังเช่น กรณีการใช้มาตรการแก้แค้นของอังกฤษต่อมณฑลที่เกี่ยวข้อง (united provinces) กับฝรั่งเศส ในปี ค.ศ. 1662

⁵ Omer Yousif Elagab, *The Legality of Non-forcible Counter-measures in International Law* (Oxford: Clarendon Press, 1998), p.4.

⁶ Ibid., p. 8.

เนื่องจากการจับกุมและยึดสินค้าจากเรือของอังกฤษในน่านน้ำของฝรั่งเศส อังกฤษจึงเรียกร้องต่อฝรั่งเศสในทันทีให้แก่ไซสถานการณ์ดังกล่าว เมื่อไม่ได้รับการตอบสนองจึงได้นำเรือรบไปจับกุมและยึดสินค้าบนเรือของฝรั่งเศส โดยมีอัครวิของมอลต้าสนับสนุนถึงการเข้ามาตรกรการแก้เผ็ดต่อฝรั่งเศส และในกรณีดังกล่าวได้มีการพูดถึงความได้สัดส่วนระหว่างมูลค่าของสินค้าที่ยึดและการได้รับชดใช้เป็นเงินเมื่อเทียบกับความสูญเสียที่ประสบ⁷

จากที่กล่าวมาอาจสรุปแนวทางการเข้ามาตรกรการแก้เผ็ดในช่วงระหว่างศตวรรษที่ 17 ถึง 18 ได้ว่ามาตรการแก้เผ็ดโดยรัฐเป็นการกระทำที่แสดงออกโดยรัฐผู้เข้ามาตรกรการแก้เผ็ดนั่นเอง ในขณะที่มาตรการแก้เผ็ดโดยประชาชนเป็นการกระทำที่แสดงออกโดยเอกชนผ่านรัฐในลักษณะส่วนตัวภายใต้อำนาจที่ได้รับจากรัฐนั้นเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของเอกชนภายในรัฐที่ได้รับความเสียหาย ซึ่งวัตถุประสงค์ที่กระทำจากการเข้ามาตรกรการแก้เผ็ดโดยรัฐหรือโดยประชาชนนั้น เป็นทรัพย์สินของรัฐและของพลเมืองรัฐ รวมถึงตัวพลเมืองของรัฐที่ถูกเข้ามาตรกรการแก้เผ็ด แต่ทั้งนี้จะต้องมีเหตุการณ์เกี่ยวกับความขัดแย้งกันมาก่อนจึงจะเข้ามาตรกรการแก้เผ็ดได้ และยังมีข้อจำกัดจากความได้สัดส่วนระหว่างความเสียหายที่ได้รับและมาตรการแก้เผ็ดที่ได้ตอบกลับไป โดยการประเมินความได้สัดส่วนจากผลประโยชน์ที่สูญเสียไปและค่าเสียหายที่ควรได้รับ รวมถึงหากเป็นการจับกุมประชาชนต้องปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม แต่ถ้าเป็นการกระทำต่อทูต ทรัพย์สินของทูต หรือคนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่อาศัยชั่วคราวหรืออยู่ในระหว่างเดินทางผ่านจะกระทำมิได้ เนื่องจากตัวทูต ทรัพย์สินของทูต หรือบุคคลที่เข้ามาอยู่อาศัยชั่วคราวหรืออยู่ในระหว่างเดินทางผ่านได้รับการยกเว้นจากการแก้เผ็ด ซึ่งการยกเว้นดังกล่าวเป็นหลักที่เกิดจากความศรัทธาของมหาชน(public faith)

ในช่วงศตวรรษที่ 19 รัฐต่างๆ ได้ใช้ “สงคราม”(war) ในการจัดการเกี่ยวกับความขัดแย้งระหว่างรัฐที่เกิดขึ้น แต่มาตรการแก้เผ็ดก็ยังเป็นมาตรการที่ใช้เป็นวิธีการสำคัญในการแก้ไขความขัดแย้งหรือชดเชยความเสียหาย ซึ่งเห็นได้จากตัวอย่างการปฏิบัติของรัฐในหลายกรณีด้วยกัน⁸ เช่น กรณีข้อพิพาทตาม Treaty of 4 July 1831 ระหว่างสหรัฐอเมริกากับฝรั่งเศส โดยที่ฝรั่งเศสไม่ชำระหนี้ที่มีอยู่ตามที่กำหนดในสนธิสัญญา ดังนั้นเพื่อให้ฝรั่งเศสปฏิบัติตามการชำระหนี้ สหรัฐอเมริกาจึงอ้างว่าการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของฝรั่งเศสเป็นฐานกฎหมายที่พอเพียงตามกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อให้สหรัฐอเมริกาดำเนินการด้วยมือของตนเองเพื่อให้มีการเยียวยา ระหว่างนั้นสหราชอาณาจักรยื่นมือเข้ามาเป็นผู้ไกล่เกลี่ย โดยสหรัฐอเมริกาจะรับมาตรการแก้เผ็ดโดยให้เหตุผลว่าไม่ถือว่าเหมาะสมที่

⁷ Ibid., p.14.

⁸ Ibid., pp. 18-24.

จะให้มาตรการดังกล่าวต่อไปจนกว่าจะเป็นที่แน่ใจว่าฝรั่งเศสแสดงท่าทีแน่ชัดว่าจะปฏิเสธหรือจะรับกระบวนการไกล่เกลี่ยของสหราชอาณาจักร*

ต่อมาได้เริ่มปรากฏแนวคิดของการจำกัดการใช้กำลัง โดยเฉพาะหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ได้มีการตั้งสันนิบาตชาติและมีการวางกฎเกณฑ์ที่เป็นการจำกัดการใช้อำนาจของรัฐในการทำสงคราม โดยกำหนดว่า การใช้กำลังจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เมื่อได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของกติกาสันนิบาตชาติ ซึ่งมีการยอมรับสิทธิของรัฐในการทำสงครามโดยมีเงื่อนไข และกำหนดข้อจำกัดบางประการตามที่บัญญัติในกติกาสันนิบาตชาติ แต่กติกาสันนิบาตชาติไม่สามารถจำกัดการใช้กำลังในสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในสังคมนระหว่างประเทศในช่วงเวลาดังกล่าวได้ เนื่องจากในกติกาสันนิบาตชาติได้กำหนดว่าสิ่งใดที่เป็นสงครามที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น จึงแปลความได้ว่าหากมิใช่สิ่งที่กติกาสันนิบาตชาติห้ามไว้ก็ถือว่าเป็นสงครามที่ชอบด้วยกฎหมาย ทำให้รัฐใช้ช่องว่างดังกล่าวทำสงครามระหว่างกัน และในตัวกติกาสันนิบาตชาติได้กล่าวถึงสงคราม (war) เท่านั้น หากมีการเล็งบาเลื่อว่าการกระทำดังกล่าวเป็นมาตรการแก้เผ็ด ก็ไม่ต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของกติกาสันนิบาตชาติ

แม้จะมีความพยายามในการจำกัดเงื่อนไขของการทำสงคราม หรือลดความรุนแรงของการทำสงครามโดยการจัดทำกติกาสันนิบาตค-ไบรอัน (The Kellogg-Briand Pact หรือ The Pact of Paris) อันเป็นสนธิสัญญาที่มุ่งขยายขอบเขตของข้อห้ามของการทำสงครามให้ครอบคลุมการใช้กำลังในบางกรณีที่กติกาสันนิบาตชาติอนุญาตให้ทำได้ โดยห้ามมิให้รัฐภาคีใช้กำลังทางทหารเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ และไม่ใช้สงครามเป็นเครื่องมือในการดำเนินนโยบาย ในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่กระนั้นก็ตามการมีกติกาสันนิบาตค-ไบรอันก็ยังไม่สามารถจำกัดการใช้กำลังได้ เนื่องจากกติกาดังกล่าวได้ห้ามเฉพาะการทำสงครามที่เป็นที่ยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศ จึงเปิดช่องให้รัฐสามารถใช้กำลังในรูปแบบอื่นนอกจากสงคราม เช่น การใช้กำลังเพื่อรักษาสันติภาพ และยังเปิดช่องให้ตีความเกี่ยวกับสงครามที่ไม่ได้เป็นเครื่องมือในการดำเนินนโยบายระดับนานาชาติ เช่น การทำสงครามเพื่อศาสนาหรือตามลัทธิอุดมการณ์ที่จำกัดเฉพาะภายในชาติได้ รวมทั้งขาดกลไกร่วมกันของรัฐในการบังคับใช้กฎเกณฑ์ตามกติกาสันนิบาตค-ไบรอัน

จนกระทั่งสิ้นสุดศตวรรษที่ 19 สงครามได้ถูกมองเป็นทางเลือกสุดท้ายในการระงับความขัดแย้ง มาตรการแก้เผ็ดจึงเป็นทางเลือกที่ใช้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ซึ่งตลอดระยะเวลาศตวรรษที่ 19 นี้พัฒนาการทางกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการต่าง ๆ ในการช่วยเหลือตนเอง (self-help) เริ่มปรากฏได้เด่นชัดขึ้นและได้รับการยอมรับจากคำตัดสินของศาลระหว่างประเทศ แม้ว่าจะยังไม่ได้ใช้คำว่า “มาตรการตอบโต้” (countermeasure)

* ในทำนองเดียวกันดูกรณี Dispute between Great Britain and Greece, 1850 ; The Seizure of Swedish Parcels Mail by The British Government., 1915.

ในปี ค.ศ.1910 อนุญาโตตุลาการในคดี The North Atlantic Fisheries Arbitration ระหว่างสหราชอาณาจักรกับสหรัฐอเมริกาได้กล่าวไว้ว่า

“รัฐทุกรัฐต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาโดยสุจริต (bonna fide) และในกรณีที่มีการละเมิดอาจดำเนินการลงโทษ (sanction) ตามกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อให้มีการเคารพต่อสนธิสัญญาได้...”⁹

ต่อมาในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 1 ยังดำเนินอยู่นั้น ในปี 1922 เกิดคดี Naulilaa¹⁰ ข้อเท็จจริงในคดีคือ ทหารเยอรมันได้เข้าไปในอังกฤษซึ่งเป็นเขตปกครองของโปรตุเกสซึ่งเป็นชาติเป็นกลางในสงคราม เพื่อคุ้มครองการส่งยุทธภัณฑ์ของเยอรมัน ด้วยความเข้าใจผิดในการสื่อสาร ทหารของโปรตุเกสได้สังหารชาวเยอรมัน 3 คน ฝ่ายเยอรมันได้ตอบโต้โดยโจมตีและทำลายฐานที่มั่นของโปรตุเกสในเขตปกครองอังกฤษ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่า การกระทำของเยอรมันเกินกว่าเหตุเนื่องจากการกระทำของฝ่ายโปรตุเกสเกิดจากการโจมตี โดยยอมรับเป็นบรรทัดฐานว่าการอ้างใช้มาตรการแก้แค้นภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ผู้ที่อ้างได้คือ รัฐเท่านั้น และต้องมีการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศของรัฐผู้กระทำความผิด รวมถึงมาตรการที่ใช้ นั้นต้องถูกนำมาใช้หลังจากที่ข้อเรียกร้องให้ชดเชยความเสียหายถูกปฏิเสธหรือถูกละเลยแล้ว ที่สำคัญคือต้องได้สัดส่วนและต้องหยุดโดยทันทีที่มีการชดเชยความเสียหายแล้ว

ในคดี Cysne Case ปี 1930 ระหว่างโปรตุเกสกับเยอรมันนี้โดยมีข้อเท็จจริงสรุปว่า เรือ Cysne ของโปรตุเกสถูกเรือดำน้ำของเยอรมันโจมตีโดยอ้างมาตรการแก้แค้น (reprisal) อนุญาโตตุลาการ (arbitral) กล่าวว่า การกระทำที่ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศอาจยกขึ้นกล่าวอ้างได้ หากเป็นมาตรการแก้แค้นที่ชอบธรรมต่อรัฐที่เป็นต้นเหตุของการละเมิดและการละเมิดก่อให้เกิดความเสียหาย แม้กรณีนี้จะเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการใช้กำลัง แต่หลักที่อนุญาโตตุลาการวางไว้สามารถใช้ได้กับกรณีไม่ใช้กำลังด้วย

จากการที่มีกติกาสันนิบาตและกติกาคลลือค-ไบรอันจำกัดเกี่ยวกับการกระทำที่ใช้กำลัง การใช้มาตรการแก้แค้นโดยไม่ใช้กำลัง (non-forcible reprisals) จึงได้รับการคำนึงถึงมากขึ้น ซึ่งได้ปรากฏในคดี The Railway Traffic¹¹ โดยสันนิบาตชาติได้ขอความเห็นไปยังศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศกรณีเกี่ยวกับการบังคับให้ลิทัวเนียเปิดเส้นทางรถไฟในสวนระหว่าง Landwarow-

⁹ Omer Yousif Elagab, *The Legality of Non-forcible Counter-measures in International Law*, p. 32.

¹⁰ Naulilaa Case (Responsibility of Germany for Damage Caused in the Portuguese Colonies in the South of Africa), U.N.R.I.A.A., Vol.II (1928), p.1013.

¹¹ *Railway Traffic between Lithuania and Poland*, 1931, P.C.I.J., Series AB, No. 42. pp.107-123.

Kaisiadory เนื่องจากเส้นทางดังกล่าวได้ถูกทำลายไปในช่วงสงคราม แต่ยังมีได้มีการบูรณะซ่อมแซมโดยลิทัวเนียได้อ้างว่าการที่ตนไม่บูรณะซ่อมแซมเส้นทางดังกล่าวเป็นการใช้มาตรการแก้เผ็ดโดยไม่ใช้กำลัง ซึ่งในคดีดังกล่าวใช้คำว่า “มาตรการแก้เผ็ดโดยสงบ” (pacific reprisals)¹² ซึ่งลิทัวเนียยืนยันจะใช้มาตรการดังกล่าวจนกว่าข้อพิพาทเกี่ยวกับดินแดนระหว่างตนกับโปแลนด์จะได้นำขึ้นสู่กระบวนการทางตุลาการ แม้ว่าในกรณีดังกล่าวศาลจะมีได้พิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการแก้เผ็ดโดยไม่ใช้กำลังของลิทัวเนียก็ตาม เนื่องจากศาลให้เหตุผลว่าลิทัวเนียไม่มีพันธกรณีในการเปิดเส้นทางรถไฟสายนี้ แต่ก็แสดงให้เห็นว่ามาตรการแก้เผ็ดโดยไม่ใช้กำลังได้ปรากฏอยู่ในสภาพสังคมระหว่างประเทศแล้ว โดยสภาพเกี่ยวกับแนวทางการใช้มาตรการแก้เผ็ดโดยไม่ใช้กำลังก็เป็นไปตามแนวทางการใช้มาตรการแก้เผ็ดในช่วงศตวรรษที่ 18-19 ที่ได้กล่าวไว้แล้ว¹³

นอกจากแนวทางการปฏิบัติของรัฐและคำตัดสินของศาลแล้ว แนวความคิดทางวิชาการในเรื่องนี้ปรากฏอยู่ในมติของ Institut de Droit International ในปี ค.ศ.1934 เกี่ยวกับมาตรการแก้เผ็ด (reprisal) ในนิยามสันติ¹⁴ โดยมีสาระว่า

“ในการใช้มาตรการแก้เผ็ดรัฐต้องดำเนินการตามหลักต่อไปนี้

1. ต้องแจ้งให้รัฐที่ละเมิดยุติการละเมิดและให้เยียวยา
2. มาตรการที่ใช้ต้องได้สัดส่วนกับความรุนแรงที่ได้รับจากการละเมิดและความเสียหายที่ได้รับ
3. จำกัดผลของมาตรการไปยังรัฐที่เป็นเป้าหมายโดยเคารพสิทธิของปัจเจกชนและรัฐที่สามเท่าที่เป็นไปได้
4. งดเว้นการใช้มาตรการที่ตรงกันข้ามกับหลักมนุษยธรรมและจิตสำนึกของสาธารณะ
5. ไม่เบี่ยงเบนวัตถุประสงค์ของการใช้มาตรการเพื่อการอื่น
6. ยุติมาตรการทันทีที่ได้รับการกระทำให้พึงพอใจอย่างมีเหตุผล”

¹² Ibid., p. 113.

¹³ Omer Yousif Elagab, The Legality of Non-forcible Counter-measures in International Law, pp. 35-36.

¹⁴ Annuaire de l'institut de Droit International, 1934. Cited in Omer Yousif Elagab, The Legality of Non-forcible Counter-measures in International Law, pp. 31-32.

2.1.2 การใช้มาตรการตอบโต้ภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติ

ภายหลังจากการก่อตั้งสหประชาชาติก็ได้มีกฎบัตรสหประชาชาติเป็นกติการะหว่างประเทศที่สมาชิกของสหประชาชาติที่จะต้องปฏิบัติตาม การตอบโต้จึงตกอยู่ภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติด้วย หลักการที่สำคัญคือการกระทำใดๆ จะต้องอยู่ภายใต้หลักการห้ามใช้กำลังที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 2(4) ของกฎบัตรดังกล่าว¹⁵ โดยกำหนดว่า ในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ รัฐสมาชิกต้องงดเว้นการคุกคามหรือการใช้กำลังต่อบุรณภาพแห่งดินแดนหรือเอกราชทางการเมืองของรัฐอื่น หรือวิธีการอื่นใด ซึ่งเป็นการวางหลักห้ามการคุกคามหรือการใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในลักษณะใดๆ ที่ขัดกับวัตถุประสงค์ขององค์การสหประชาชาติ อันรวมไปถึงการห้ามใช้กำลังในทุกรูปแบบในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ จึงเป็นการปิดช่องว่างของกติกาสันนิบาตชาติและกติกาเคลล์อค-ไบรอัน

หลักการห้ามใช้กำลังนี้ถือเป็นทั้งกฎหมายสนธิสัญญาจากกฎบัตรสหประชาชาติและจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยมีข้อยกเว้นที่ยอมให้มีการใช้กำลังได้ตามกฎบัตรสหประชาชาติ 2 กรณี คือ การใช้สิทธิป้องกันตนเองตามมาตรา 51 และการดำเนินการเพื่อรักษาสันติภาพ และความมั่นคงระหว่างประเทศตามหมวด 7 และยังมีข้อยกเว้นอื่นๆ ที่ยอมให้ใช้กำลังได้ตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เช่น ความรับผิดชอบเพื่อการให้ความคุ้มครอง (Responsibility Protect)

นอกเหนือจากมาตรา 2(4) ของกฎบัตรสหประชาชาติที่เป็นแล้ว ยังมีข้อมติของสมัชชาใหญ่ที่ 2625¹⁶ อันเป็นการเน้นย้ำหลักการต่างๆ ในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศซึ่งได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า รัฐทั้งหลายต้องละเว้นจากมาตรการแก้มืดที่เกี่ยวข้องกับการใช้กำลัง ตัวอย่างของทางปฏิบัติของรัฐเมื่อมีการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศและมีการดำเนินการตอบโต้โดยไม่ใช้กำลังทางอาวุธนั้น อาจยกตัวอย่างได้ เช่น กรณีการประกาศของประธานาธิบดีทรูแมนให้คว่ำบาตรทางเศรษฐกิจ (economic embargo) รวมถึงตรึงทรัพย์สิน (freeze asset) ของเงินที่อยู่ในเขตอำนาจ (jurisdiction) ของสหรัฐอเมริกาโดยอ้างเหตุจากการที่จีนแทรกแซงทางด้านกองกำลังทางทหารในเกาหลี โดยการดำเนินมาตรการดังกล่าวนี้เป็นไปตามผลประโยชน์และวัตถุประสงค์ของสหประชาชาติในวิกฤติการณ์ในตะวันออกไกล ตัวอย่างนี้เป็นกรณีการฉายภาพที่ชัดเจนที่สุดของมาตรการแก้มืด

¹⁵ Article 2 of Charter of The United Nations

“4. 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.”

¹⁶ 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.

ผิดโดยไม่ใช้กำลัง แม้จะไม่มีอาการถึงมาตรการแก้ผิดโดยใช้กำลังก็ตาม¹⁷ รวมถึงเป็นการขยายภาพของแนวความคิดผลประโยชน์ของรัฐผู้ใช้มาตรการตอบโต้โดยที่ตนเองมิได้รับความเสียหายโดยตรงจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศอีกด้วย

กรณีตัวอย่างของทางปฏิบัติของรัฐในการใช้มาตรการตอบโต้มีหลายกรณีที่น่าจะยกเป็นตัวอย่างได้ แต่กรณีตัวอย่างส่วนใหญ่เป็นการดำเนินมาตรการของสหรัฐอเมริกา เช่น กรณีโรมานีเย บัลแกเรีย และฮังการี กรณีที่ไม่ชัดใช้ค่าเสียหายจากสงครามต่อสหรัฐอเมริกาตาม Peace Treaty of 15 September 1947 สามฉบับที่มีต่อสหรัฐอเมริกาทำกับทั้งสามประเทศ ประเทศละฉบับ กรณีสหรัฐอเมริกาตอบโต้ยูโกสลาเวียในปี 1948 อียิปต์ในปี 1972 ฝรั่งเศสในปี 1978 และตอบโต้อิหร่านในปี 1980 เป็นต้น หรือกรณีของการใช้มาตรการตอบโต้โดยประเทศอื่น เช่น กรณีฝรั่งเศสและสหราชอาณาจักรใช้มาตรการตอบโต้ต่ออียิปต์ กรณีที่อียิปต์ยึดคลองสุเอซในปี 1941¹⁸

อย่างไรก็ตามแม้การใช้มาตรการตอบโต้จะเห็นได้เสมอในทางปฏิบัติ แต่คำที่ใช้เรียกนั้นอาจเปลี่ยนไปจากกรณีหนึ่งไปยังอีกกรณีหนึ่งโดยไม่ได้ใช้คำว่า countermeasure แต่ไม่ว่าใช้ชื่อเรียกอย่างไรก็ตามการใช้สิทธิที่จะดำเนินมาตรการตอบโต้ในระบอบกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยเริ่มเห็นหลักฐานของการปฏิบัติมาตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 จนถึงศตวรรษที่ 20 ว่าการใช้มาตรการตอบโต้สามารถทำได้ในกรณีที่รัฐถูกละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศเพื่อให้ได้รับการเยียวยา โดยมาตรการต้องได้สัดส่วนกับความเสียหาย และหากต้องมีการยึดทรัพย์จะต้องเป็นทรัพย์สินของรัฐนั้น และคนชาติของรัฐนั้นเท่านั้นที่จะยึดได้โดยต้องมีการดำเนินภายในให้สิ้นสุดก่อน และมาตรการจะต้องไม่ขัดกับหลักมนุษยธรรมและไม่กระทบรัฐหรือบุคคลที่สาม ในกรณีที่มิกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ตกลงไว้ต้องใช้กระบวนการนั้นก่อน อีกทั้งต้องคำนึงถึงนโยบายของรัฐที่ละเมิดต่อปัญหานั้นๆ และท้ายสุดต้องเป็นมาตรการที่ไม่ใช้กำลังตามหลักเกณฑ์ของกฎบัตรสหประชาชาติ¹⁹

นอกจากนี้แล้วคำว่า “มาตรการตอบโต้” (countermeasure) ได้รับการรับรองอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกในคำตัดสินระหว่างประเทศและถือเป็นคำที่มีนัยตามกฎหมาย จากคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศคดี Air Services Agreement ในปี ค.ศ. 1978²⁰ ซึ่งเกิดจากฝรั่งเศสได้ฝ่าฝืนความตกลงที่ทำไว้กับสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการใช้ชนิดของเครื่องบินในเส้นทางบินตามความ

¹⁷ Omer Yousif Elagab, *The Legality of Non-forcible Counter-measures in International Law*, p.38.

¹⁸ Marjorie Whiteman, *Digest of International Law* (Washington DC: Department of State, 1971), p. 320.

¹⁹ Omer Yousif Elagab, *The Legality of Non-forcible Counter-measures in International Law*, pp. 12-13, 35-36 and 41.

²⁰ Air Service Agreement of 27 March 1946 (United State v. France), U.N.R.I.A.A., Vol. XVII (1979), p. 416.

ตกลง สหรัฐอเมริกาจึงมีมาตรการตอบโต้ต่อฝรั่งเศส โดยคำตัดสินคดีดังกล่าวได้มีการระบุเกี่ยวกับขอบเขตของมาตรการตอบโต้ที่ชัดเจนขึ้นว่าต้องได้สัดส่วนและมีความจำเป็นเมื่อคำนึงถึงพันธกรณีที่ถูกฝ่าฝืนตลอดจนต้องเคารพหลักการห้ามใช้กำลังตามกฎหมายระหว่างประเทศ

2.1.3 นิยามของมาตรการตอบโต้ตามร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วว่ามาตรการตอบโต้เป็นมาตรการที่ใช้ในการปฏิบัติของรัฐมาช้านาน อย่างไรก็ตามเห็นได้ว่าประเด็นสำคัญประการหนึ่งคือ ความไม่ชัดเจนและความหลากหลายของการให้ลักษณะนิยามทางกฎหมายของการกระทำที่มีลักษณะเป็นการตอบโต้ เห็นได้จากตัวอย่างที่ได้กล่าวมาแล้วว่ารัฐมักเรียกการกระทำส่วนใหญ่ว่า มาตรการแก้เผ็ด (reprisal) มาตรการตอบกลับ (retaliation) หรือมาตรการลงโทษ (sanction)

ในบางกรณีการกระทำเดียวกันคู่กรณีสองฝ่ายใช้คำเรียกไม่เหมือนกัน ดังเช่นที่เป็นปรากฏในกรณี Air Service Agreement ซึ่งฝ่ายของสหรัฐอเมริกาใช้คำว่า มาตรการตอบโต้ (countermeasure) ในคำฟ้อง²¹ และการกระทำเดียวกันฝ่ายฝรั่งเศสเรียกว่า มาตรการแก้เผ็ด (reprisal)²² ขณะที่คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศใช้คำว่า มาตรการลงโทษ (sanction) ในช่วงแรกของการจัดทำร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ²³ ซึ่งนอกจากความไม่ชัดเจนแล้วยังมีความใกล้เคียงกับแนวทางปฏิบัติอื่นๆ ที่มีสถานะเป็นข้อยกเว้นของความรับผิดชอบของรัฐเช่นกัน

ก่อนที่จะวิเคราะห์ในประเด็นของนิยามของมาตรการตอบโต้ที่ปรากฏอยู่ในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ขอกล่าวถึงความเป็นมาของร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ เนื่องจากมาตรการตอบโต้ได้ยอมรับว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่ยังมีได้มีการบัญญัติรองรับไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร จนกระทั่งคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้ยกร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐขึ้น เพื่อให้ทราบถึงที่มาและสถานะของร่างข้อบทดังกล่าว

²¹ Sally J. Cummins, Digest of United States Practice in International Law (U.S. Department of State, 1978), p. 769.

²² ILR, vol.54 , 1979, p.319 Cited in Omer Yousif Elagab, The Legality of Non-forcible Counter-measures in International Law, p. 52.

²³ Yearbook of International Law Commission 1979, vol.I, p.8.

2.1.3.1 ความเป็นมาของร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ

หลังจากมีการก่อตั้งสันนิบาตชาติขึ้น ในปี 1930 ที่ประชุมจัดทำร่างกฎหมายกรุงเฮก (Hague Codification Conference) ได้มีการหยิบยกหัวข้อความรับผิดชอบของรัฐขึ้นเป็นประเด็นในการร่างกฎหมายซึ่งไม่ประสบความสำเร็จ จนกระทั่งเมื่อมีสหประชาชาติก็มีการจัดตั้งคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission : ILC) โดยเป็นองค์กรย่อยในสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (General Assembly) ที่ประกอบด้วยนักกฎหมายระหว่างประเทศจำนวน 34 คนที่ได้รับการคัดเลือกโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ มีวาระการดำรงตำแหน่ง 5 ปี เพื่อประมวลจารีตประเพณีระหว่างประเทศและทางปฏิบัติของรัฐออกมาในรูปของตัวบท แต่ก็มีได้จำกัดเฉพาะการประมวลกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น แต่อาจมีการพัฒนาอย่างก้าวหน้า (progressive development) ในประเด็นต่างๆ ให้มีความชัดเจนขึ้น ซึ่งการศึกษาแต่ละหัวข้อจะมีการจัดตั้งผู้รายงานพิเศษ (special rapporteur) เป็นหัวหน้าในการศึกษาค้นคว้าหาข้อมูลนำเสนอต่อที่ประชุมคณะกรรมการหาข้อสรุปในแต่ละประเด็นปัญหา และยกร่างข้อบทเพื่อเตรียมเสนอต่อที่ประชุมของสมัชชาใหญ่ให้พิจารณาเพื่อรับรอง (adopt) และให้รัฐต่างๆ เข้ามาเป็นภาคีในร่างที่ได้ยกร่างไว้ อันเป็นกระบวนการยอมรับให้เป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศ (International Convention) ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา

แต่ในช่วงแรกก็เป็นเพียงการยกร่างอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับความเสียหายต่อบุคคลและทรัพย์สินของคนต่างชาติที่อาศัยในดินแดนของรัฐ ซึ่งเป็นประเด็นหนึ่งในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐเท่านั้น ต่อมาคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศเห็นว่าควรมีการจัดทำร่างข้อบทที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปที่ใช้บังคับแก่ทุกกรณีในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ จึงได้มีการตั้งศาสตราจารย์ Roberto Ago เป็นผู้รายงานพิเศษให้ศึกษาค้นคว้าและยกร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ โดยในร่างข้อบทได้มีการกล่าวถึงมาตรฐานการตอบโต้ว่าเป็น “พฤติการณ์ที่ไม่ก่อให้เกิดความผิด” (circumstances preclude wrongfulness) และมีหลักการพื้นฐานที่ว่า การกระทำผิดของรัฐโดยยอมนำมาซึ่งความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐนั้น อันหมายถึงเมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้นย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐ และก่อให้เกิดความรับผิดชอบขึ้นก็ต่อเมื่อผลนั้นสืบเนื่องมาจากการกระทำ หรือละเว้นการกระทำของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ และการกระทำนั้นเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณี หากแต่พฤติการณ์บางพฤติการณ์ แม้จะมีการกระทำของรัฐที่ฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ ก็ไม่ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ อันถือไม่ได้ว่ารัฐได้กระทำผิดในทางระหว่างประเทศ

ต่อมาเมื่อ Ago พ้นจากตำแหน่งไปรับหน้าที่ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ก็ได้มีการตั้ง Willem Riphagen (1979-1986) Gaetano Arangio-Riu (1987-1996) และ James Crawford (1997-2001) เป็นผู้รายงานพิเศษคนต่อ ๆ มาจนกระทั่งแล้วเสร็จ โดยคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายได้รับรองร่างข้อบทเสนอต่อสมัชชาใหญ่ ซึ่งขณะนี้ยังมีได้มีการเปิดให้ลงนามแต่อย่างใด โดยสมัชชาใหญ่ในการประชุมสมัยที่ 62 ได้พิจารณาให้นำเข้าที่ประชุมต่อไปในสมัยที่ 65 เพื่อพิจารณาให้มีการบังคับใช้ต่อไป²⁴ สถานะทางกฎหมายของร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐจึงใช้บังคับได้ในบางเรื่องที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศเท่านั้น

2.1.3.2 นิยามของมาตรการตอบโต้

แต่เดิมมาตรการตอบโต้หรือในสมัยก่อนเรียกว่าการแก้แค้น (reprisals) เป็นคำที่ใช้กันอย่างกว้างขวางในการกระทำที่มีลักษณะเป็นการแก้แค้น หรือตอบโต้การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐอื่น โดย Vattel ได้ให้ความหมายของการแก้แค้นไว้ว่าเป็นการกระทำระหว่างรัฐกับรัฐ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้น เมื่อเห็นว่าตนเองไม่ได้รับความเป็นธรรม จากการเข้าครอบครองทรัพย์สินของรัฐอื่น การปฏิเสธการชำระหนี้ จนกว่าจะได้รับการตอบแทน รวมทั้งดอกเบี้ยและค่าเสียหาย หรือให้คำมั่น จนเป็นที่พึงพอใจ²⁵ ขณะที่ Oppenheim กล่าวว่ามาตรการที่อันตรายและเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของรัฐหนึ่งต่อรัฐอื่นที่อนุญาตให้ทำได้ เพื่อวัตถุประสงค์ให้ปฏิบัติตามจนเป็นที่พึงพอใจ²⁶

คำว่า มาตรการตอบโต้ (countermeasure) ไม่ใช่คำที่เพิ่งเกิดขึ้นใหม่เนื่องจากพบว่าตั้งแต่ปี ค.ศ.1916 ได้มีการนำคำว่ามาตรการตอบโต้มาใช้แล้ว หากแต่ว่าเป็นการใช้ในความหมายกว้างที่แสดงถึงบรรดามาตรการต่างๆ ของรัฐในการโต้ตอบรัฐอื่นๆ ในทางกฎหมายทางการทูต เพื่อยุติความสัมพันธ์ปกติระหว่างรัฐ (normal inter-state relationship)²⁷ โดยปราศจากการกำหนดเงื่อนไขของกลไกการดำเนินการหรือกรอบของการใช้มาตรการแต่อย่างใด

²⁴ Res. 62/61

²⁵ พรพนสิทธิ จอมศรี, “มาตรการตอบโต้ของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ : วิเคราะห์บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 30.

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 30.

²⁷ Omer Yousif Elagab, The Legality of Non-forcible Counter-measures in International Law, pp.

การให้คำนิยามและเงื่อนไขทางกฎหมายของมาตรการตอบโต้ (countermeasure) ในทางกฎหมายระหว่างประเทศนี้เพิ่งจะมีการพูดถึงในลักษณะที่เห็นเป็นรูปธรรมในคดี Air Services Agreement²⁸ เมื่อปี ค.ศ.1978 โดยฝรั่งเศสได้ฝ่าฝืนความตกลงที่ทำไว้กับสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการใช้ชนิดของเครื่องบินในเส้นทางบินตามความตกลง สหรัฐอเมริกาจึงตอบโต้โดยการงดเที่ยวบินที่ไปฝรั่งเศสโดยในคำฟ้องของสหรัฐอเมริกา รัฐบาลของสหรัฐอเมริกาได้กล่าวอ้างว่า

“วัตถุประสงค์ของสหรัฐอเมริกาในการใช้มาตรการตอบโต้เป็นสิ่งที่เหมาะสมและสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ”

นอกจากนี้ในคำตัดสินได้มีการระบุเกี่ยวกับขอบเขตของมาตรการตอบโต้ที่ชัดเจนขึ้นว่าต้องได้สัดส่วนและมีความจำเป็นเมื่อคำนึงถึงพันธกรณีที่ถูกฝ่าฝืน แต่อย่างไรก็ตามการจะให้นิยามมาตรการตอบโต้ถึงความหมายในทางกฎหมายออกมาอย่างถูกต้องชัดเจนเป็นสิ่งที่ยาก โดยต้องดูจากทฤษฎีทางกฎหมาย (doctrine) ร่องรอยทางกฎหมาย (jurisprudence) และทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นประกอบกัน โดยคณะอนุญาโตตุลาการในคดีดังกล่าวก็ยังใช้มาตรการตอบโต้ในนิยามที่ปรากฏในบันทึกช่วยจำของสหรัฐอเมริกานั้นเอง²⁹ นอกจากนี้ในรายงานของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice : ICJ) มีการระบุคำว่า มาตรการตอบโต้ (countermeasure) เป็นคำที่ได้รับการยอมรับจากศาลที่จะใช้ในฐานะเป็นศัพท์กฎหมาย³⁰ หรือแม้แต่ในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐนั้นเอง ก็มีได้ให้คำจำกัดความไว้อย่างชัดเจน เพียงแต่บัญญัติว่า “ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐอื่นไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีต่อรัฐอื่นเป็นอันหลุดพ้นไป ถ้าการกระทำนั้นเป็นมาตรการตอบโต้ต่อรัฐอื่นตามบทที่ 2 ของส่วนที่ 3” มาตรการตอบโต้จึงเป็นพฤติกรรมหนึ่งที่ไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบได้กับการขาดองค์ประกอบของความผิดตามกฎหมายอาญาของกฎหมายภายในรัฐ ทำให้การกระทำหรือดเว้นการกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิดทางอาญา ซึ่งต่างจากกรณีที่มีองค์ประกอบความผิดครบถ้วนแต่กฎหมายยกเว้นโทษ จึงไม่ถือว่า มาตรการตอบโต้เป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ

²⁸ Air Service Agreement of 27 March 1946 (United State v. France), U.N.R.I.A.A., Vol. XVII (1979), p. 416.

²⁹ Math Noortmann, *Enforcing International Law : From Self-help to Self-contained Regimes*, p 35.

³⁰ International Court of Justice Report (1980), p. 3.

จากแนวคิดเรื่องการช่วยเหลือตนเองก็ได้พัฒนามาเป็นมาตรการต่าง ๆ อันมีความหลากหลายในการตอบโต้การกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น มาตรการลงโทษ (sanction) การแก้แค้น (reprisal) การแก้แค้น (retorsion) ซึ่งในช่วงแรกของการจัดทำร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐนั้น แนวความคิดของคำว่า มาตรการตอบโต้ (countermeasure) กับ มาตรการลงโทษ (sanction) ไม่ได้แยกแยะความแตกต่างกันโดยศาสตราจารย์ Ago ซึ่งเป็นผู้รายงานพิเศษ (special rapporteur) คนแรกได้ใช้คำว่า “มาตรการลงโทษ”(sanction)^{*} แต่เมื่อมีการพิจารณาในการประชุมของคณะกรรมการสิทธิกฎหมายระหว่างประเทศแล้วก็เปลี่ยนมาใช้คำว่า “มาตรการตอบโต้” แทน เนื่องจากในที่ประชุมมีมุมมองว่ามาตรการลงโทษ (sanction) เป็นการกระทำในบริบทของการลงโทษหรือเป็นการกระทำเพื่อความปลอดภัยที่กระทำต่อรัฐโดยกลุ่มของรัฐหรือเป็นการสั่งการโดยองค์การระหว่างประเทศ³¹ จนกระทั่งมีการบัญญัติคำว่า “มาตรการตอบโต้” (countermeasure) ไว้ใน มาตรา 30 ของร่างแรกของร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ในปี ค.ศ. 1996 (Draft Articles on State Responsibility provisionally adopted by ILC on first reading : 1996) โดยระบุว่า

“ความผิดของการกระทำของรัฐหนึ่งที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีของรัฐนั้น ที่มีต่ออีกรัฐหนึ่งถูกยกเว้นจากผลของการกระทำที่เป็นความผิดในทางระหว่างประเทศของรัฐนั้น หากการกระทำเป็นการกระทำที่เป็นมาตรการที่ชอบธรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศต่อรัฐอื่นนั้น”³²

^{*} โปรดดูข้อเสนอของ Ago ที่นำเสนอต่อที่ประชุม Article 30 : Legitimate application of a sanction

“The international wrongfulness of an act not in conformity with what would otherwise be required of a State by virtue of an international obligation towards another State is precluded if the act was committed as the legitimate application of a sanction against that other State, in consequence of an internationally wrongful act committed by that other State” in Yearbook of International Law Commission 1979, vol.II (part I), p.55.

³¹ Roberto Ago, Eighth report on state responsibility: Document A/CN.4/318 and add. 1-4, Yearbook of International law commission, 1979.p.39 para 79. and James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.p. 282.

³² Article 30 (first reading : 1996) : Countermeasures in respect of an internationally wrongful act

“The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an obligation of that State towards another State is precluded if the act constitutes a measure legitimate under international law against that other State, in consequence of an internationally wrongful act of that other State.”

ร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐจึงเป็นการวางพื้นฐานนิยามของมาตรการตอบโต้เท่านั้นเพื่อให้มีการยอมรับถึงนิยามดังกล่าว ซึ่งเมื่อพิจารณาจากแนวความคิดในทางทฤษฎีและการปฏิบัติของรัฐที่สะท้อนออกมาในการยอมรับของคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในปัจจุบัน มาตรการตอบโต้ได้ก้าวหน้าจากการวางพื้นฐานตามที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 30 ของร่างแรกดังกล่าว จากคำศัพท์ของผู้วิจัยและตัวแทนของรัฐในการใช้คำว่ามาตรการตอบโต้ในสถานการณ์ต่าง ๆ³³ โดย Zoller ได้ให้เหตุผลว่าแนวคิดของมาตรการตอบโต้เป็นแนวคิดทางกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติ และยังให้เหตุผลว่าผลของการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศทำให้เกิดสถานการณ์สำคัญ 2 กรณีคือการชดใช้ความเสียหาย (reparation) และการทำโทษ (punishment) ซึ่งมาตรการตอบโต้เป็นการกระทำในบริบทเพื่อการชดใช้ความเสียหายอันไม่รวมถึงการทำโทษ³⁴

กรณีข้อพิพาทที่สำคัญคดีหนึ่งที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีบทบาทในการให้ความหมายของมาตรการตอบโต้ได้แก่ Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua ในปี 1986³⁵ โดยในคดีนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ยอมรับเกี่ยวกับการใช้มาตรการตอบโต้และบริบทของการใช้มาตรการตอบโต้ในกฎหมายระหว่างประเทศว่าต้องไม่ใช่กำลังทางอาวุธ โดยในคดีนี้ศาลพิจารณาถึงการกระทำของสหรัฐอเมริกาต่อนิคารากัวว่ามีใช่เป็นการป้องกันตัว และสิทธิการใช้มาตรการตอบโต้ไม่ก่อให้เกิดการใช้กำลัง โดยคดีดังกล่าวสหรัฐอเมริกาได้อ้างเหตุว่านิคารากัวละเมิดหลักการห้ามแทรกแซงในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ จากสถานการณ์ในเอลซัลวาดอร์ ฮอนดูรัส และคอสตาริกา ซึ่งคำพิพากษาได้แสดงให้เห็นถึงหลักการห้ามใช้กำลังในการใช้มาตรการตอบโต้ไม่ว่าจะเป็นมาตรการตอบโต้ฝ่ายเดียวหรือมาตรการตอบโต้ร่วมกัน (collective countermeasure) และเริ่มแสดงให้เห็นถึงการพิจารณาหลักการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหาย แม้จะไม่ได้เป็นประเด็นหลักของคดีนี้ก็ตาม

นอกจากนี้มาตรการตอบโต้เป็นเพียงปฏิกิริยาฝ่ายเดียวของรัฐที่มีต่อรัฐอื่น เนื่องจากเห็นว่ารัฐอื่นมีพฤติกรรมที่ขัดต่อค่านีระหว่างประเทศ โดยการใช้มาตรการตัดประโยชน์ที่ได้ให้ไว้ และการกระทำที่ยังผลให้เสื่อมสิทธิ เช่น ยึดทรัพย์สิน จำกัดความสัมพันธ์ทางการค้าตามสนธิสัญญา ขัดขวางการแลกเปลี่ยนต่าง ๆ ตามปกติและการมาตรการบังคับ³⁶ และจากการพิจารณา

³³ Math Noortmann, Enforcing International Law : From Self-help to Self-contained Regimes, p 36.

³⁴ Elizabeth Zoller, Peacetime Unilateral Remedies; An Analysis of Countermeasures (Dobbs Ferry, Ny : Transnatipnal Publishers, 1984), p. 137.

³⁵ Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United State of America) , Judgment (merit), I.C.J.Report (1986), p. 96, paras. 201.

³⁶ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 39.

คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคือ United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran³⁷ ที่พิจารณามาตรการตอบโต้ที่สหรัฐอเมริกากระทำต่ออิหร่านและคดี Gabcikovo-Nagymaros Project³⁸ ที่ศาลได้พิจารณาการกระทำของสโลวะเกียว่าเป็นมาตรการตอบโต้ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อพิจารณาจากคดีเหล่านี้จึงสามารถสรุปได้ว่ามาตรการตอบโต้เป็นการกระทำของรัฐเพื่อตอบโต้การกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ ที่จะต้องเป็นการกระทำที่ไม่ใช้กำลัง

จากแนวคิดของนักนิติศาสตร์ประกอบกับแนวคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เห็นได้ว่าสิ่งเหล่านี้มีอิทธิพลต่อคำนิยามและเงื่อนไขของการใช้มาตรการตอบโต้ในกฎหมายระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก ซึ่งปรากฏให้เห็นในร่างสุดท้ายของคณะกรรมการกฤษฎีกาหมายระหว่างประเทศในปี ค.ศ.2001 โดยในมาตรา 22 ซึ่งเป็นบทบัญญัติพื้นฐานของการใช้มาตรการตอบโต้ได้กำหนดไว้ว่า

“ความผิดของการกระทำของรัฐหนึ่งที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีต่ออีกรัฐหนึ่งยกเว้นไป หากและอยู่ในกรณีที่การกระทำดังกล่าวนั้นเป็นมาตรการตอบโต้ที่ทำขึ้นต่อรัฐหลังนั้นโดยสอดคล้องกับบทที่สองในส่วนที่สาม”³⁹

จะเห็นได้ว่ามาตรา 22 นอกจากให้ความหมายและเงื่อนไขของมาตรการตอบโต้ปรากฏอยู่ในมาตรา 22 และมาตรา 49 ถึงมาตรา 54 นั้น (ซึ่งจะได้พิจารณาต่อไปในบทที่ 3 ของวิทยานิพนธ์) สะท้อนจากแนวคิดและเกณฑ์ที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

³⁷ Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America and Iran), I.C.J.Report (1980), p. 27, para 53.

³⁸ Case Concerning Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), Judgment, I.C.J.Report (1997), p. 55, para. 82.

³⁹ Article 22 of Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrong Acts :

“The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation towards another State is precluded if and to the extent that the act constitutes a countermeasure taken against the latter State in accordance with chapter II of part three.”

2.1.4 มาตรการอื่นที่มีลักษณะใกล้เคียงกับมาตรการตอบโต้

จากนิยามของมาตรการตอบโต้ที่ได้กล่าวมาแล้วว่ายังมีได้มีการให้คำนิยามความหมายไว้อย่างชัดเจน และในสังคมระหว่างประเทศยังมีการใช้มาตรการอื่นที่มีไม่มาตรการโต้ตอบซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกัน รวมถึงการกระทำที่มีได้ใช้คำว่ามาตรการตอบโต้ อันได้แก่ มาตรการแก้ล้าง (retorsion) มาตรการแก้แค้น (reprisal) และการระงับใช้สนธิสัญญาและการสิ้นสุดของสนธิสัญญา (non-application of treaties and termination of treaties) ซึ่งการกระทำดังกล่าวข้างต้นแม้จะอยู่ในขอบเขตของการช่วยเหลือตนเอง (self-help) ด้วยก็ตามแต่มีลักษณะของการกระทำวัตถุประสงค์ของการกระทำ รวมถึงมีลักษณะพิเศษของแต่ละการกระทำที่มีความแตกต่างกับมาตรการตอบโต้ และยังมีเรื่องของ การป้องกันตนเอง (self-defence) แม้จะอยู่ในขอบเขตของมาตรการช่วยเหลือตนเอง (self-help) เช่นกัน แต่การป้องกันตนเองเป็นมาตรการที่ใช้กำลังซึ่งแตกต่างจากมาตรการตอบโต้ที่กล่าวถึงในบริบทของเรื่องความรับผิดชอบของรัฐที่เป็นการตอบโต้โดยไม่ใช้กำลัง ซึ่งแต่ละมาตรการก็มีความเหมือนและแตกต่างจากมาตรการตอบโต้แตกต่างกันไป

2.1.4.1 มาตรการแก้ล้าง (retorsion)

มาตรการแก้ล้างเป็นการตอบโต้การกระทำของรัฐ (ซึ่งอาจเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ก็ได้) ที่มีลักษณะไม่เป็นมิตร (unfriendly act) ต่อรัฐเป้าหมายที่ทำให้รัฐผู้ใช้มาตรการแก้ล้างเสียหาย โดยมาตรการแก้ล้างนี้จะมีลักษณะเป็นการกระทำที่แสดงความไม่เป็นมิตรด้วยดุจกัน แต่ยังไม่ถึงกับมีลักษณะที่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งผู้รายงานพิเศษ Arangio-Ruiz เห็นควรตามที่ประชุมคณะกรรมการร่างที่จะไม่บรรจุมาตรการแก้ล้างไว้ในงานประมวลร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ แม้ว่าจะเป็นการโต้ตอบ (reaction) ต่อการกระทำที่ไม่ชอบในทางระหว่างประเทศด้วยก็ตาม⁴⁰ อันเนื่องมาจากมาตรการดังกล่าวอาจจะไม่ได้เกิดจากเหตุที่มีการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศก็ได้ ทำให้มาตรการแก้ล้างไม่อยู่ในความหมายของมาตรการตอบโต้ อันเป็นเรื่องพฤติกรรมที่ยกเว้นความผิด รวมถึงเพื่อไม่เป็นการเพิ่มปัญหาข้อกฎหมายในการบัญญัติเรื่องการโต้ตอบรูปแบบอื่นๆ ลงในร่างข้อบทและเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของร่างข้อบทเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ อีกทั้งการแก้ล้างเป็นการกระทำที่ไม่เป็นมิตรต่อรัฐอื่นมี

⁴⁰ Gaetano Arangio-Ruiz, *Third report on state responsibility*, Document A/CN.4/440 and Add.1, Yearbook of International Law Commission (1991), vol.II(1) ,para. 19.

วัตถุประสงค์เพื่อชักจูงให้รัฐดังกล่าวหยุดการกระทำที่เป็นภัยต่อรัฐผู้ใช้มาตรการ การแก้ลำจึงไม่เป็นการล่วงล้ำสิทธิของรัฐเป้าหมายและยังถือเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ*

สรุปได้ว่าการใช้มาตรการแก้ลำเป็นการกระทำเพื่อตอบโต้การกระทำที่ทำให้รัฐผู้ใช้มาตรการแก้ลำเสียหายไม่ว่าการจะเป็นการตอบโต้การกระทำที่ชอบหรือไม่ชอบกฎหมายก็ตาม แต่ต้องเป็นการตอบโต้ในลักษณะที่เท่าเทียมกันโดยคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน แต่ในขณะเดียวกับการแก้ลำอาจเป็นการกระทำโดยรัฐที่ไม่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐเป้าหมายเลยก็ได้ เนื่องจากการแก้ลำเป็นเพียงการกระทำที่ไม่เป็นมิตรและเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ จุดประสงค์ของการใช้มาตรการดังกล่าวก็เพื่อแสดงความไม่เป็นมิตรต่อรัฐเป้าหมายเพื่อให้รัฐเป้าหมายกระทำการบางอย่างตามที่ตนพอใจ

วิธีการแสดงความไม่เป็นมิตรที่มักจะใช้กันในสังคมนระหว่างประเทศ อาทิ

(ก) การเรียกทูตกลับ รัฐที่ได้รับความเสียหายอาจตอบโต้ด้วยการเรียกทูตของตนที่ประจำการอยู่ในรัฐผู้กระทำการไม่เป็นมิตรกลับชั่วคราว เพื่อแสดงความไม่พอใจต่อการกระทำดังกล่าว หรืออาจลดระดับความสัมพันธ์เป็นการชั่วคราวจากระดับเอกอัครราชทูตลงไปเป็นระดับอุปทูต

(ข) การระงับความสัมพันธ์ทางการทูต เมื่อความสัมพันธ์ระหว่างรัฐไม่ราบรื่น รัฐหนึ่งอาจระงับความสัมพันธ์ทางการทูตกับอีกรัฐหนึ่งก็ได้ เนื่องจากรัฐทุกรัฐย่อมมีสิทธิที่จะมีความสัมพันธ์กับรัฐใดก็ได้ในสังคมนระหว่างประเทศ แต่ในขณะเดียวกันหากเลือกใช้วิธีนี้เพื่อต้องการขจัดปัญหาความไม่พอใจที่มีต่อกัน อาจไม่บรรลุผลเพราะเมื่อมีปัญหาที่ต้องขจัดก็ควรอาศัยวิธีการเจรจาทางการทูต แต่การเลือกที่จะไม่เจรจาต่อกันยังจะทำให้เกิดความตึงเครียดมากขึ้น

(ค) การตัดความสัมพันธ์ทางการทูต การตอบโต้ในลักษณะนี้จะคล้ายกับการระงับความสัมพันธ์ทางการทูต แตกต่างกันตรงที่การตัดความสัมพันธ์ทางการทูตจะเกิดจากสถานการณ์ที่ร้ายแรงหรือเป็นสถานการณ์ที่วิกฤตไม่อาจแก้ไขกันได้ในระยะเวลาอันสั้น ส่วนการระงับความสัมพันธ์ทางการทูตจะเป็นการระงับชั่วคราวเท่านั้น

* อย่างไรก็ตาม มีข้อถกเถียงในทางทฤษฎีว่า มาตรการแก้ลำเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการตอบโต้ด้วยหรือไม่ อย่างไรก็ตามการใช้มาตรการแก้ลำไม่ได้ก่อให้เกิดปัญหาความรับผิดชอบของรัฐ สำหรับการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ (responsibility for a wrongful act) เนื่องจากมาตรการแก้ลำเป็นมาตรการที่สร้างขึ้นภายใต้กรอบของการยอมรับระหว่างประเทศ (international commitment) โปรดดู Denis Alland, "Countermeasures of General Interest," *European Journal of International Law* 3 (2002): p.1221.

(ง) การขับไล่นักการทูตออกจากรัฐ รัฐอาจขับไล่นักการทูตของรัฐอื่นที่มาประจำอยู่ ณ รัฐของตนได้ ในฐานะเป็นบุคคลที่ไม่พึงปรารถนา (persona non grata) โดยมีจำเป็นต้องให้เหตุผลในการขับไล่นั้น หรืออาจเกิดจากพฤติกรรมของนักการทูตผู้นั้นเองที่มีพฤติกรรมอันไม่เหมาะสม เช่น จารกรรมข้อมูลของรัฐผู้รับ เป็นต้น

(จ) การคว่ำบาตรทางการค้า (Boycott) เป็นสิทธิของรัฐทุกรัฐที่จะกระทำได้ เนื่องจากรัฐมีสิทธิที่จะทำหรือไม่ทำการค้าขายกับรัฐใด ๆ ก็ได้ ซึ่งมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อปัจเจกชนจำนวนมาก โดยเฉพาะหากรัฐที่ถูกคว่ำบาตรทางการค้าเป็นรัฐที่ต้องพึ่งพาการค้าขายกับรัฐผู้ใช้มาตรการคว่ำบาตร จะมีผลให้รัฐดังกล่าวมีรายได้ลดลง สินค้าอุปโภคบริโภคขาดแคลนทำให้ปัจเจกชนในรัฐดังกล่าวอดยาก

(ฉ) การห้ามสินค้าผ่านแดน เป็นอีกมาตรการหนึ่งที่สามารถทำได้ ซึ่งจะทำให้รัฐที่ต้องการหยุดปัจจัยในการดำรงอยู่เปลี่ยนแปลงท่าทีของตน

แต่ทั้งนี้การใช้มาตรการแก้ลำอย่างใด ๆ ก็ต้องคำนึงถึงข้อผูกพันที่รัฐนั้นได้ทำสนธิสัญญากับรัฐอื่น ๆ ไว้ หากรัฐผู้ใช้มาตรการดังกล่าวกระทำผิดไปจากวัตถุประสงค์และเป้าหมายของสนธิสัญญา ที่ตนมีอยู่ก็จะทำให้รัฐผู้นั้นเป็นผู้ละเมิดพันธกรณีซึ่งผลให้เกิดความรับผิดชอบเสียเอง

ความแตกต่างที่เห็นได้ชัดระหว่างมาตรการแก้ลำกับมาตรการตอบโต้ก็คือ มาตรการแก้ลำเป็นการแสดงออกถึงความไม่พอใจต่อการกระทำของรัฐอื่นเท่านั้นและยังไม่ถึงกับเป็นมาตรการที่ผิดกฎหมายในตัวของมัน แต่สำหรับมาตรการตอบโต้เป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นยุติ และเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น ฉะนั้นมาตรการแก้ลำจึงเป็นการแสดงความไม่เป็นมิตรเพื่อบีบบังคับให้ปฏิบัติตามมารยาททางสังคมเท่านั้น แต่มาตรการตอบโต้เป็นการบีบบังคับเพื่อให้ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศตามกฎหมาย

2.1.4.2 มาตรการแก้แค้น (reprisal)

มาตรการแก้แค้นเป็นการกระทำต่อรัฐอื่น โดยทั่วไปเป็นการกระทำเพื่อให้เกิดการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการก่อให้เกิดความเสียหายของรัฐที่ละเมิดพันธกรณี เช่น ยึดทรัพย์สินของรัฐที่ก่อความเสียหาย การปฏิเสธการปฏิบัติตามสนธิสัญญา หรือเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการแก้แค้นโดยใช้กำลังอันเป็นการก่อให้เกิดความเสียหาย หรือการโจมตีรัฐอื่น เช่น การฆ่านักโทษของชาติศัตรู ซึ่งในปัจจุบันว่าเป็นสิ่งที่มีชอบด้วยกฎหมาย

การแก้เผ็ดก็มีรากฐานความคิดมาจากเรื่องการช่วยเหลือตนเอง ในสมัยก่อนการใช้กำลังยังเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย การแก้เผ็ดจึงรวมถึงการใช้กำลังอีกด้วย (armed reprisal) แต่ต่อมาเมื่อมีหลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศการแก้เผ็ดจึงตกอยู่ภายใต้หลักการดังกล่าวด้วย ซึ่งในปัจจุบันการแก้เผ็ดมีทั้งการแก้เผ็ดโดยใช้กำลังและการแก้เผ็ดที่ไม่ใช้กำลัง(non-forceful reprisal) โดยการแก้เผ็ดที่ไม่ใช้กำลังเป็นมาตรการหนึ่งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการให้ความคุ้มครอง การชดเชย การปฏิบัติตาม การบังคับใช้ การลงโทษ และถือเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการตอบโต้⁴¹

มาตรการแก้เผ็ดนั้นในตัวของการกระทำของมาตรการเองจะเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย แต่เนื่องจากมีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นมาก่อน กฎหมายระหว่างประเทศจึงยอมให้มีการใช้มาตรการแก้เผ็ดได้ แต่ทั้งนี้ก็ต้องคำนึงถึงความได้สัดส่วนกับผลของการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายที่ตนได้รับด้วย โดยผู้ที่ใช้มาตรการแก้เผ็ดนี้จะต้องเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย ต่อมาการแก้เผ็ดนี้ก็ได้พัฒนามาเป็นเรื่องมาตรการตอบโต้ โดยวัตถุประสงค์ของการแก้เผ็ดนี้ไม่ได้อยู่ในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในการบังคับการให้รัฐปฏิบัติตามพันธกรณี แต่เป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ในการตอบโต้เพื่อลงโทษ แก่แค้นต่อรัฐที่เป็นเป้าหมาย เช่น การปิดล้อมทางอากาศ ทางทะเล ทางบก หรือมาตรการลงโทษทางเศรษฐกิจ เป็นต้น

มาตรการตอบโต้จึงครอบคลุมถึงการแก้เผ็ด แต่จุดประสงค์ของมาตรการตอบโต้ไม่ใช่การทำโทษแต่เป็นการชดเชยความเสียหาย ขณะที่โดยปกติการแก้เผ็ดมีลักษณะเป็นการให้โทษ ขณะเดียวกันการแก้เผ็ดอาจเป็นการหาการระงับข้อพิพาทที่พอใจจากการกระทำผิดระหว่างประเทศที่ทำโดยรัฐเป้าหมาย หรือเป็นการบังคับให้รัฐผู้กระทำผิดยึดถือกฎหมายในอนาคต หรือรับรองการชดเชยความเสียหายจากการกระทำผิด การแก้เผ็ดจึงมิได้มีวัตถุประสงค์ในการชดเชยความเสียหายอย่างเดียวเหมือนมาตรการตอบโต้⁴²

⁴¹ Math Noortmann, Enforcing International Law : From Self-help to Self-contained Regimes, p.38.

⁴² Peter Malanczuk, "Countermeasures and Self - Defence as Circumstances Precluding Wrongfulness in The International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility," in United Nations Codification of State Responsibility, eds. Marina Spinedi and Bruno Simma.(New York: Oceana Publications, 1987), p.208.

2.1.4.3 การระงับใช้สนธิสัญญาและการสิ้นสุดของสนธิสัญญา (non-application of treaties and termination of treaties)

อนึ่งการระงับใช้สนธิสัญญาและการสิ้นสุดของสนธิสัญญาที่กล่าวถึงนี้อยู่ในบริบทที่ว่าสนธิสัญญาดังกล่าวมีผลสมบูรณ์มาตั้งแต่ต้นโดยไม่มีเหตุอันก่อให้เกิดความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญาแต่อย่างใด การไม่ใช้สนธิสัญญามีความหมายเกินความกว้างถึงการสิ้นสุดของสนธิสัญญา(termination of treaty) การบอกเลิกสนธิสัญญา (denunciation of treaty) การระงับการปฏิบัติตามสนธิสัญญา (suspension of the operation of treaty) และการถอนตัวจากการเป็นภาคีสนธิสัญญา (with-drawal of a party) แต่คำว่า การสิ้นสุดของสนธิสัญญานั้นมีความหมายแคบกว่าตรงที่การสิ้นสุดของสนธิสัญญาจะมีผลเฉพาะตามเหตุที่อนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 และค.ศ.1986 บัญญัติไว้เท่านั้น⁴³ อีกทั้งการไม่ใช้สนธิสัญญาอาจมีผลเป็นเพียงการระงับการใช้สนธิสัญญาได้ชั่วคราวก็ได้ เหตุแห่งการไม่ใช้และสิ้นสุดของสนธิสัญญานั้นมีได้หลายกรณี⁴⁴ เช่น เกิดจากข้อกำหนดในสนธิสัญญานั้นเอง ตามมาตรา 54 หรือมาตรา 57 แห่งอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 หรือเกิดจากพฤติการณ์ภายนอกที่อยู่นอกเหนือเจตจำนงหรือการควบคุมของภาคีในสนธิสัญญา อาจเกิดจากกรณีที่เกิดสถานการณ์ซึ่งทำให้การบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาเป็นสิ่งที่เป็นไปได้หรือพ้นวิสัย(impossibility of performance) ตามมาตรา 61 แห่งอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 และกรณีของการเปลี่ยนแปลงของสภาวะการณ์อันมีนัยยะสำคัญ (fundamental change of circumstance) ตามมาตรา 62 แห่งอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 รวมถึงการระงับใช้สนธิสัญญาและการสิ้นสุดของสนธิสัญญาเกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นเหตุทำให้สนธิสัญญาสิ้นสุดก็คือการฝ่าฝืนพันธกรณีที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาโดยภาคีสนธิสัญญานั้นเอง อนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 มาตรา 60⁴⁵ ได้แยกเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีของสนธิสัญญาทวิภาคี

⁴³ ประสิทธิ์ เอกบุตร, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), หน้า 262.

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 262.

⁴⁵ Article 60 of Vienna Convention on the Law of treaty : Termination or suspension of the operation of a treaty as a consequence of its breach

“1.A material breach of a bilateral treaty by one of the parties entitles the other to invoke the breach as a ground for terminating the treaty or suspending its operation in whole or in part.

อันมีผลทำให้เป็นเหตุให้ภาคีอีกฝ่ายสามารถหลุดพ้นจากพันธกรณีตามสนธิสัญญาได้ แต่มิได้ทำให้สนธิสัญญาลิ้นสุดลงในทันทีแต่อย่างใด ส่วนการฝ่าฝืนพันธกรณีของสนธิสัญญาพหุภาคีนั้น ต้องพิจารณาถึงลักษณะของพันธกรณีตามสนธิสัญญาพหุภาคีว่ามีลักษณะขึ้นอยู่กับการปฏิบัติต่างตอบแทนหรือไม่ หากพันธกรณีดังกล่าวมีลักษณะเป็นการปฏิบัติต่างตอบแทนแล้ว ภาคีที่ได้รับผลจากการละเมิดพันธกรณีเท่านั้นที่จะทำให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างภาคีผู้ละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญาระงับลง แต่หากพันธกรณีดังกล่าวไม่มีลักษณะต่างตอบแทนแล้วภาคีอื่นในสนธิสัญญาอาจตรงลงเป็นเอกฉันท์ระงับการใช้สนธิสัญญานั้นทั้งหมดหรือบางส่วนหรือทำให้สนธิสัญญาลิ้นสุดลงได้

เมื่อเกิดเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งข้างต้นทำให้เกิดการระงับใช้และการสิ้นสุดของสนธิสัญญา อันมีผลทำให้รัฐภาคีต่างๆ หลุดพ้นจากพันธกรณีตามสนธิสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากกรณีที่มีการระงับใช้สนธิสัญญาและการสิ้นสุดของสนธิสัญญานั้นเกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐภาคีตามมาตรา 60 แห่งอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา เนื่องจากมาตรการตอบโต้นั้นมีมูลเหตุมาจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน จึงดูเหมือนว่ารัฐภาคีใช้มาตรการตอบโต้การกระทำของรัฐผู้กระทำความผิดโดยวิธีการระงับใช้และการสิ้นสุดของสนธิสัญญา แต่หากพิจารณาอย่างแท้จริงแล้วมูลเหตุของการกระทำของรัฐที่หลุดพ้นจากพันธกรณี

2.A material breach of a multilateral treaty by one of the parties entails:

(a) the other parties by unanimous agreement to suspend the operation of the treaty in whole or in part or to terminate it either:

- (i) in the relations between themselves and the defaulting State; or
- (ii) as between all the parties;

(b) a party specially affected by the breach to invoke it as a ground for suspending the operation of the treaty in whole or in part in the relations between itself and the defaulting State;

(c) any party other than the defaulting State to invoke the breach as a ground for suspending the operation of the treaty in whole or in part with respect to itself if the treaty is of such a character that a material breach of its provisions by one party radically changes the position of every party with respect to the further performance of its obligations under the treaty.

3.A material breach of a treaty, for the purposes of this article, consists in:

- (a) a repudiation of the treaty not sanctioned by the present Convention; or
- (b) the violation of a provision essential to the accomplishment of the object or purpose of the treaty.

4.The foregoing paragraphs are without prejudice to any provision in the treaty applicable in the event of a breach.

5.Paragraphs 1 to 3 do not apply to provisions relating to the protection of the human person contained in treaties of a humanitarian character, in particular to provisions prohibiting any form of

ตามสนธิสัญญา กักับการกระทำของรัฐผู้ใช้มาตรการตอบโต้ นั้นมีมูลเหตุที่ต่างกัน เนื่องจากในเรื่องการ หลุดพ้นจากพันธกรณีตามสนธิสัญญามาจากหลักกฎหมายในเรื่องสนธิสัญญา อันเป็นเหตุให้รัฐภาคีมี สิทธิที่จะอ้างเหตุต่างๆ ในการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา แต่รัฐผู้ตั้งกล่าวมิได้กระทำการโดยมีเจตนาตอบ โต้การละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญา เพียงแต่เป็นความต้องการที่จะไม่ผูกพันตามพันธกรณีตาม สนธิสัญญาที่ตกลงกันไว้ตั้งแต่ที่แรก ส่วนมาตรการตอบโต้มีมูลเหตุมาจากเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ เมื่อเกิดการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ หากการกระทำดังกล่าวยังไม่ยุติและยังไม่มี การชดใช้ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงจะใช้มาตรการตอบโต้ได้ แม้ว่าทั้งมาตรการตอบโต้และการไม่ปฏิบัติตาม พันธกรณีตามสนธิสัญญาซึ่งเกิดจากสนธิสัญญาสิ้นสุดไปแล้วจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ระหว่างประเทศเช่นกันก็ตาม

2.1.4.4 การป้องกันตนเอง (self-defence)

การป้องกันตนเองเป็นสิทธิที่ได้รับการยอมรับมาตั้งแต่ในอดีต จนได้รับการ ยอมรับว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เมื่อมีกฎบัตร สหประชาชาติจึงได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการป้องกันตนเองไว้ในมาตรา 51 กฎบัตรสหประชาชาติ บัญญัติว่า

“ไม่มีข้อความใดในกฎบัตรนี้จะรอนสิทธิโดยธรรมชาติในการป้องกันตนเอง โดยลำพังหรือโดยร่วมกัน หากการโจมตีด้วยกำลังอาวุธบังเกิดแก่สมาชิกของสหประชาชาติ จนกว่า คณะมนตรีความมั่นคงจะได้ดำเนินมาตรการที่จำเป็นเพื่อธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่าง ประเทศ มาตรการที่สมาชิกได้ดำเนินไปในการใช้สิทธิป้องกันตนเองนี้จะต้องรายงานให้คณะมนตรี ความมั่นคงทราบโดยทันที และจะต้องไม่กระทบกระเทือนอำนาจและความรับผิดชอบของคณะ มนตรีความมั่นคงตามกฎหมายฉบับปัจจุบันแต่ประการใด ในอันที่จะดำเนินการเช่นที่เห็นจำเป็นไม่ว่าใน เวลาใด เพื่อธำรงไว้หรือสถาปนากลับคืนมาซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ”⁴⁶

จากเนื้อหาของมาตรา 51 แม้การป้องกันตนเองจะเป็นสิทธิที่ทุกรัฐพึง กระทำได้ แต่ก็อยู่ภายใต้เงื่อนไขหลายประการ หากรัฐใช้สิทธิป้องกันตนเองผิดไปจากเงื่อนไขของ มาตรา 51 ย่อมเป็นการป้องกันตนเองที่ไม่ชอบด้วยมาตรา 51 และจะเป็นการขัดต่อมาตรา 2(4) แห่ง

⁴⁶ Charter of United Nations, แปลโดยกรมองค์การระหว่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร: กรมองค์การ ระหว่างประเทศ, 2537)

กฎบัตรสหประชาชาติซึ่งเป็นหลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งสามารถจำแนกกฎเกณฑ์และเงื่อนไขของการป้องกันตนเองได้ ดังนี้

1) สิทธิการป้องกันตนเองเป็นสิทธิตามธรรมชาติของรัฐ (inherent right)

สิทธิตามธรรมชาติของรัฐในการป้องกันตนเอง เป็นสิทธิที่รัฐอาจใช้สิทธิดังกล่าวได้โดยลำพัง หรือโดยร่วมกับรัฐอื่น แต่มิใช่ว่ารัฐจะสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้โดยอิสระ หากแต่จะสามารถใช้สิทธิป้องกันตนเองได้ก็ต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ เนื่องจากวัตถุประสงค์หลักในการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติคืออำนวยการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ การใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศจึงถูกกำหนดไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติไว้อย่างจำกัดที่สุด

สิทธิการป้องกันตนเองได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว ซึ่งยืนยันได้จากบทบัญญัติในมาตรา 51 ที่กล่าวว่า “ไม่มีข้อห้ามใดในกฎบัตรนี้จะรอนสิทธิโดยธรรมชาติในการป้องกันตนเอง” ฉะนั้นสิทธิดังกล่าวจึงมิได้เกิดจากสิทธิกฎหมายกำหนดขึ้น แต่เป็นสิทธิที่มีมาก่อนจะบัญญัติไว้ในมาตรา 51 แล้ว รัฐที่มีอำนาจอธิปไตยขององค์การสหประชาชาติจึงมีสิทธิในการป้องกันตนเองเช่นกัน แม้การใช้สิทธิดังกล่าวของรัฐที่มีอำนาจอธิปไตยขององค์การสหประชาชาติจะไม่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของมาตรา 51 แต่จะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์การป้องกันตนเองตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งจะใช้การป้องกันตนเองได้ก็ต่อเมื่อมีความจำเป็นอันยิ่งยวด (necessity) โดยการใช้กำลังเพื่อป้องกันตนเองต้องได้สัดส่วนกับการโจมตี (proportionality) และต้องเป็นไปโดยฉับพลันไม่รีรอ (immediacy) รวมทั้งไม่มีทางเลือกอื่นที่จะใช้วิธีการอื่น ๆ ได้อีก

2) สิทธิป้องกันตนเองใช้ในกรณีมีความจำเป็นอันยิ่งยวด (necessity) ต้องได้สัดส่วนกับการโจมตี (proportionality) และต้องเป็นไปโดยฉับพลันไม่รีรอ (immediacy)

ความจำเป็นอันยิ่งยวด (necessity) ในการป้องกันตนเองหมายถึง ไม่เวลาที่จะเจรจาหรือกันแล้ว หรือไม่มีหนทางที่จะระงับข้อพิพาทโดยวิธีการสันติหรือวิธีอื่นใดที่จะระงับการโจมตีนั้น นอกเสียจากการใช้กำลัง ซึ่งหากมีระยะเวลาที่เพียงพอที่จะเจรจาหรือกันและยังอยู่ในวิสัยที่จะใช้มาตรการทางสันติวิธีในการระงับการโจมตีนั้นได้ รัฐก็ต้องใช้มาตรการนั้นก่อน หากปรากฏว่ามาตรการอื่น ๆ ดังกล่าวไม่ได้ผลหรือเป็นไปไม่ได้แล้ว จึงจะถือได้ว่ารัฐมีความจำเป็นอันยิ่งยวดที่จะต้องใช้สิทธิป้องกันตนเอง แต่ในบางกรณีแม้ปรากฏข้อเท็จจริงว่าไม่มีเวลาเจรจาหรือกันแล้ว แม้จะ

ยังไม่ได้ใช้มาตรการทางสันติวิธีเพื่อระงับการโจมตีนั้นก็ตาม ก็ถือได้ว่ามีความจำเป็นอย่างยิ่งยวดที่จะใช้สิทธิการป้องกันตนเองแล้ว

การป้องกันตนเองโดยใช้กำลังจะต้องได้สัดส่วนกับการโจมตี (proportionality) หมายถึงรัฐควรใช้สิทธิป้องกันตนเองเพื่อหยุดหรือยับยั้งการโจมตีและป้องกันมิให้สถานการณ์เสื่อมทรามเลวร้ายลงไปอีก⁴⁷ โดยมีได้มุ่งหมายกระทำเพื่อลงโทษหรือแก้แค้นต่อการโจมตีดังกล่าว ซึ่งการใช้กำลังเพื่อป้องกันตนเองนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นรูปแบบเดียวกันหรือใช้อาวุธอย่างเดียวกันและต้องก่อให้เกิดความเสียหายเท่ากันกับที่ถูกโจมตีแต่อย่างใด⁴⁸ รวมทั้งการใช้สิทธิป้องกันตนเองต้องเป็นไปอย่างฉับพลันและไม่รีรอ (immediacy) ทั้งนี้เพื่อป้องกันการกล่าวอ้างของรัฐในการใช้กำลังป้องกันตนเองเพื่อรุกรานรัฐอื่นภายหลังหากการโจมตีดังกล่าวได้สิ้นสุดลงแล้ว

3) สิทธิป้องกันตนเองเป็นสิทธิชั่วคราวที่รัฐผู้ถูกโจมตีจะให้เพื่อรอการดำเนินการของคณะมนตรีความมั่นคงเท่านั้น

ในมาตรา 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ได้รองรับสิทธิในการป้องกันตนเองจนกว่าคณะมนตรีความมั่นคงจะได้ดำเนินการที่จำเป็น เพื่อธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ (until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security) จึงหมายความว่าเมื่อคณะมนตรีความมั่นคงได้ดำเนินการที่จำเป็นแล้ว สิทธิในการป้องกันตนเองก็จะหมดไป

4) การใช้สิทธิป้องกันตนเองสามารถกระทำได้เมื่อมีการโจมตีด้วยกำลังทางอาวุธเกิดขึ้น (Armed Attack occurs)

มาตรา 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ใช้คำว่า “หากการโจมตีด้วยกำลังอาวุธบังเกิด” (if an armed attack occurs) จึงเกิดความคลุมเครือและความไม่ชัดเจนในการใช้สิทธิป้องกันตนเองขึ้นว่า “การโจมตีด้วยกำลังอาวุธ” มีความหมายเช่นไร เนื่องจากเป็นเงื่อนไขที่สำคัญที่ก่อให้เกิดสิทธิป้องกันตนเองของรัฐที่ถูกโจมตี แต่เมื่อได้พิจารณาประกอบกับถ้อยคำที่ใช้ในมาตรา 2(4) แล้ว จะเห็นว่า การโจมตีด้วยกำลังอาวุธ (armed attack) ในมาตรา 51 มีความหมายแคบกว่าถ้อยคำที่ใช้ในมาตรา 2(4) ที่ใช้คำว่า “การคุกคามหรือการใช้กำลัง” (threat or use of force) กล่าวคือ

⁴⁷ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 522-523.

⁴⁸ Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (London: Routledge, 1997), pp.316-317.

ในมาตรา 51 สิทธิป้องกันตนเองสามารถใช้ในกรณีที่รัฐถูกโจมตีด้วยกำลังอาวุธเท่านั้น ซึ่งในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ คดีนิคารากัว (Nicaragua case) ได้ให้ความเห็นไว้ว่า การที่สหรัฐอเมริกากล่าวอ้างว่าตนใช้สิทธิป้องกันตนเองร่วมกัน (collective self-defence) นั้น ไม่ปรากฏว่ามีการโจมตีด้วยกำลังอาวุธของประเทศนิคารากัวแต่อย่างใด⁴⁹ โดยศาลไม่เชื่อในแนวคิดว่าเป็นการรวมถึงการช่วยเหลือกลุ่มก่อการปฏิวัติในรูปแบบจัดหาอาวุธหรือการลำเลียงหรือการสนับสนุนอื่น เมื่อเป็นเช่นนี้สหรัฐอเมริกาจึงไม่มีสิทธิป้องกันตนเองตามที่กล่าวอ้าง และศาลยังได้ให้ความเห็นอีกว่า การโจมตีด้วยกำลังอาวุธที่ก่อให้เกิดรัฐผู้ถูกโจมตีมีสิทธิป้องกันตนเองได้นั้นต้องเป็นการโจมตีที่ร้ายแรง นอกจากนี้ศาลยังไม่พบรูปแบบจารีตประเพณีระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภูมิภาคละตินอเมริกาที่ยอมให้มีการใช้สิทธิป้องกันตนเองร่วมกันโดยไม่มีการเรียกร้องจากรัฐที่เป็นเหยื่อในการถูกโจมตี*

แม้สิทธิป้องกันตนเองจะได้รับการยอมรับทั้งในรูปแบบกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและในรูปแบบของสนธิสัญญา แต่ก็มีบางประเด็นที่ยังไม่ได้รับการยอมรับกันอยู่ทั่วไป (opinio juris) และถ้อยคำในตัวของกฎบัตรของสหประชาชาติในมาตรา 51 ก็ยังมีความไม่ชัดเจนอยู่อีกมาก ทำให้รัฐต่าง ๆ มีความเห็นต่าง ๆ ด้ความเพื่อใหตนเองได้รับประโยชน์ โดยเฉพาะการอ้างการใช้สิทธิป้องกันตนเองล่วงหน้า (anticipatory self-defence) ซึ่งยังเป็นปัญหาอยู่ว่าสามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่

เมื่อได้พิจารณาระหว่างการป้องกันตนเองกับมาตรการตอบโต้แล้ว แม้จะเป็นการใช้สิทธิเพื่อตอบโต้การกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายในครั้งก่อนเช่นเดียวกัน แต่บ่อเกิดของสิทธิทั้งสองมีที่มาแตกต่างกัน เนื่องจากสิทธิในการป้องกันตนเองถือเป็นสิทธิที่มีมาตามธรรมชาติ (inherent right) ของรัฐ ส่วนมาตรการตอบโต้เป็นสิทธิที่เกิดจากมีการกระทำของรัฐที่ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งการกระทำนั้นยังไม่ยุติลง และยังไม่ได้มีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการกระทำนั้น อีกทั้งการป้องกันตนเองเป็นเพียงเพื่อ “ป้องกัน” มิใช่เพื่อ “ตอบโต้” หรือ “ลงโทษ”⁵⁰

เนื่องจากการป้องกันตนเองกับมาตรการตอบโต้มีความแตกต่างในทางวัตถุประสงค์ แม้ว่าอาจมีความเหมือนกันบ้างในบางประเด็น กล่าวคือ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างการป้องกันตนเองกับการใช้มาตรการตอบโต้ จะเห็นได้ว่า ทั้งสองกรณีมีสถานะทางกฎหมายในกรอบของระบบความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเหมือนกันคือเป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบระหว่างประเทศ

⁴⁹ Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. U.S.A.) 1986, para. 221.

* แต่ Judge Schwebel ไม่เห็นด้วยกับเสียงส่วนใหญ่โดยเห็นว่าอเมริกาสามารถใช้มาตรการตอบโต้ร่วมได้โปรดดูความเห็นแย้งในคำวินิจฉัยส่วนตัว

⁵⁰ Bruno Simma, *The Charter of the United Nations A Commentary* (Oxford: Oxford Press, 2002), p. 677.

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาถึงเงื่อนไขของมูลเหตุของการใช้มาตรการทั้งสองกรณีนี้ สิ่งที่เหมาะสมกันคือทั้งสองกรณีเป็นมาตรการที่สร้างขึ้น เมื่อมีการกระทำที่ฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศและรัฐที่ดำเนินมาตรการเป็นรัฐที่เสียหายจากการถูกละเมิด อย่างไรก็ตามความแตกต่างอยู่ที่สาระสำคัญของวัตถุประสงค์และบริบทอันเป็นเงื่อนไขของการใช้มาตรการแต่ละชนิด กล่าวคือการป้องกันตนเองจะต้องเกิดจากการโจมตีด้วยกำลังทางอาวุธและต้องเป็นการโจมตีที่ร้ายแรงเท่านั้น จึงจะสามารถอ้างสิทธิในการป้องกันตนเองได้ ซึ่งมาตรการที่ทำนั้นสามารถเป็นการใช้กำลังซึ่งเป็นการยกเว้นหลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ขณะที่มาตรการตอบโต้ไม่จำเป็นเฉพาะแต่กรณีที่เกิดการโจมตีด้วยกำลังทางอาวุธเท่านั้น แต่เป็นการตอบโต้การกระทำที่ฝ่าฝืนหรือละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ หรือหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ยุติการกระทำที่ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ และเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการกระทำนั้น และการใช้มาตรการตอบโต้ได้อยู่ภายใต้เงื่อนไขข้อห้ามตามหลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ จึงทำให้การใช้มาตรการตอบโต้ไม่รวมถึงการใช้กำลัง

มาตรการตอบโต้และการป้องกันตนเองจึงเป็นมาตรการที่กฎหมายระหว่างประเทศให้การรับรองว่าสามารถกระทำได้ แต่ก็ต้องใช้ภายใต้เงื่อนไขและหลักเกณฑ์ตามที่กำหนดเอาไว้ด้วย

2.2 มูลเหตุของการใช้มาตรการตอบโต้

มาตรการตอบโต้เป็นการกระทำที่ไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐ กล่าวคือรัฐที่ใช้มาตรการตอบโต้ไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่ได้กระทำต่อรัฐที่ก่อความเสียหายในครั้งก่อนโดยถือเป็นหนึ่งในสถานการณ์ที่เป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบ (circumstances precluding wrongfulness) การใช้มาตรการตอบโต้ใช้ได้เฉพาะอยู่ในกรอบวัตถุประสงค์ถึงได้แก่เพื่อกำจัดการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเพื่อชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าว การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรืออีกนัยหนึ่งก็คือการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ (international wrongful act) จึงเป็นสถานการณ์ที่เกิดขึ้นอันแรกที่จะทำให้เกิดการใช้มาตรการตอบโต้ เนื่องจากทุกการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศของรัฐนำมาซึ่งความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐตามที่ปรากฏในมาตรา 1 ของร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐ

ความรับผิดชอบระหว่างประเทศที่กล่าวถึงนี้ก็คือการที่รัฐผู้รับผิดชอบ (responsible state) มีพันธกรณีในการยุติการกระทำที่ไม่ชอบทางระหว่างประเทศและชดใช้ความเสียหายตามบทบัญญัติส่วนที่ 2 ของร่างข้อบ่งชี้ อันเป็นวัตถุประสงค์ของการใช้มาตรการตอบโต้นั่นเอง

2.2.1 การกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ (international wrongful act)

การกระทำผิดในทางระหว่างประเทศเป็นมูลฐานของเรื่องความรับผิดชอบระหว่างประเทศทำให้รัฐผู้รับผิดชอบต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่เกิดขึ้นจากความรับผิดชอบที่เกิดขึ้น ซึ่งองค์ประกอบของการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศคือการกระทำของรัฐและการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ*

2.2.1.1 การกระทำของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ

กฎหมายระหว่างประเทศแต่เดิมถือว่าเฉพาะรัฐเท่านั้นที่มีสถานะทางกฎหมายระหว่างประเทศอันเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายได้ ส่วนบุคคลธรรมดาไม่สามารถมีบทบาทใด ๆ ในกฎหมายระหว่างประเทศได้ ฉะนั้นเมื่อบุคคลกระทำการใด ๆ จึงจำเป็นต้องถ่ายทอดหรือโอนการกระทำของบุคคลให้เป็นการกระทำของรัฐ (imputability of states) ซึ่งในทางกฎหมายถือว่ารัฐเป็นนิติบุคคลเป็นผู้ทรงสิทธิและมีหน้าที่เป็นของตนเอง จึงจำเป็นต้องให้บุคคลธรรมดาทำหน้าที่ในการแสดงเจตนาและกระทำในนามของรัฐ การพิจารณาถึงการกระทำของรัฐจึงเป็นการพิจารณาในรูปแบบของนิติบุคคลที่มีลักษณะเป็นองค์กร โดยมีปัจเจกชนเป็นตัวขับเคลื่อนองค์กร(หรือรัฐ) นั่นเอง

(ก) การกระทำขององค์กรของรัฐ

การใช้อำนาจของรัฐหรืออีกนัยหนึ่งคือการกระทำของรัฐ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐจะปรากฏออกมาในรูปของการกระทำลักษณะต่างๆ ผ่านทางองค์กรของรัฐ จากหลักการแบ่งแยกอำนาจการกระทำของรัฐจึงแสดงออกได้ทางนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ⁵¹

การกระทำผ่านทางองค์กรนิติบัญญัติอันเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ในการตรากฎหมายขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อใช้บังคับทั่วไปแก่ประชาชนที่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐ โดยการกระทำขององค์กรนิติบัญญัตินี้อาจเป็นการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศได้ โดยเฉพาะกรณีของการบัญญัติกฎหมายภายในที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากการยอมรับกันทั่วไปว่าในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั้น กฎหมายระหว่างประเทศมีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายภายใน

* โปรดดูมาตรา 2 ของร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐในภาคผนวก

⁵¹ สมยศ เทื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2536), หน้า 187.

การกระทำของฝ่ายบริหารเป็นการกระทำของรัฐในขอบเขตที่กว้างขวางยากในการจำกัดความ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐที่มีใช้เป็นการกระทำทางนิติบัญญัติและตุลาการ แต่การกล่าวเช่นนี้ไม่อาจทำให้เข้าใจถึงเนื้อหาสาระของการกระทำทางบริหารได้ โดยหากพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำของรัฐทางบริหารยังแบ่งได้ออกเป็นการกระทำทางรัฐบาล (governmental act) และการกระทำทางปกครอง (administrative act)⁵²

ในขณะที่การกระทำทางตุลาการเป็นการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทที่มีลักษณะเป็นการนำกฎหมายมาปรับข้อเท็จจริงในคดีแต่ละคดี⁵³ โดยบุคคลที่ทำหน้าที่ก็คือผู้พิพากษา อันมีหน้าที่ตัดสินคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย จากการมีความมุ่งหมายจะรักษากฎหมายเพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่คู่กรณีซึ่งเป็นคู่พิพาทในคดี แต่ความผิดพลาดในกระบวนการทางตุลาการมีเพียงให้สิทธิในการขออุทธรณ์ตามที่กฎหมายภายในกำหนดไว้เท่านั้นโดยไม่อาจกล่าวหาต่อผู้พิพากษาหรือรัฐได้ ซึ่งเป็นเรื่องภายในของแต่ละประเทศจากพื้นฐานเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐ แต่อย่างไรก็ตามการกระทำของฝ่ายตุลาการยังคงเป็นการกระทำของรัฐ แต่จะมีผลเป็นการกระทำที่ผิดทางระหว่างประเทศหรือไม่นั้นก็ต้องพิจารณาเรื่องการกระทำดังกล่าวเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศหรือไม่อันเป็นองค์ประกอบที่สองต่อไป

(ข) การกระทำที่มีใช้ขององค์กรของรัฐ

การกระทำที่มีใช้ขององค์กรของรัฐสามารถเป็นการกระทำของรัฐได้อยู่ 2 กรณีเท่านั้นคือการกระทำของปัจเจกชน การกระทำของกบฏ ส่วนการกระทำขององค์การระหว่างประเทศที่อยู่บนดินแดนของรัฐต่าง ๆ นั้นไม่สามารถที่จะถือเป็นการกระทำของรัฐนั้น ๆ ได้เนื่องจากเป็นที่ยอมรับกันว่าองค์การระหว่างประเทศมีสภาพบุคคลเป็นของตนเองแยกออกจากรัฐสมาชิกตามแต่สนธิสัญญาที่จัดตั้งองค์กรนั้นขึ้น องค์การระหว่างประเทศจึงสามารถรับผิดจากการกระทำผิดของตนเองได้

การกระทำของปัจเจกชนที่กล่าวถึงนี้เป็นกระทำของปัจเจกชนที่มีได้เป็นเจ้าของที่ของรัฐ โดย Ago สรุปว่าแม้การกระทำของปัจเจกชนผู้ซึ่งมิได้มีความเกี่ยวข้องต่ออำนาจในทางมหาชนโดยตรง เพื่อการปฏิบัติหน้าที่ราชการที่เรียกว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” นั้น แต่หากเขาได้รับมอบอำนาจ หรือการแต่งตั้งจากเจ้าหน้าที่รัฐไม่ว่าจะถูกต้องตามระเบียบภายในหรือไม่ก็ตาม การกระทำหรือการสั่งการอย่างใดอย่างหนึ่งของเขาย่อมอาจถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ และมีผลผูกพันรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ตัวอย่างการกระทำที่ปัจเจกชนกระทำในนามรัฐที่พบได้

⁵² เรื่องเดียวกัน, หน้า 195.

⁵³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 208.

มากก็คือ บุคคลธรรมดาหรือกลุ่มบุคคลที่ได้ทำการช่วยเหลือเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือกองกำลังติดอาวุธ (armed forces) หรือบุคคลที่ถูกส่งในฐานะเป็นอาสาสมัคร (volunteer) แก่ประเทศที่ใกล้เคียง นอกจากนี้ยังรวมถึงกรณีที่บุคคลได้ถูกว่าจ้างให้ปฏิบัติการภารกิจเฉพาะในดินแดนต่างประเทศซึ่งอาจจะได้รับรองหรือไม่ก็ได้⁵⁴ ส่วนกรณีของปัจเจกชนซึ่งมิได้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นในคดี United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran ที่นักศึกษาอิหร่านประท้วงโดยการบุกยึดสถานทูตอเมริกาและจับตัวประกันนั้น แม้ศาลมุ่งพิจารณาการกระทำดังกล่าวและมองว่าเป็นการกระทำของปัจเจกชน แต่อิหร่านก็มีพันธกรณีหน้าที่ในการป้องกันสถานทูตและหยุดกลุ่มประท้วงจากอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูตและความสัมพันธ์ทางกงสุล เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงแล้วเห็นว่าอิหร่านไม่ได้ใช้ความพยายามเพียงพอจึงถือเป็นการกระทำของอิหร่านด้วย⁵⁵

ส่วนการกระทำของกบฏ (insurrection movement) หากฝ่ายกบฏนั้น ต่อมาได้เปลี่ยนสถานะทางกฎหมายเป็นรัฐบาลใหม่ก็ต้องรับผิดชอบการกระทำที่ได้ทำครั้งก่อนๆ ของตนก่อนที่จะกลายมาเป็นรัฐบาลหรือสถาปนารัฐใหม่* แต่หากกบฏนั้นยังคงสถานะอยู่เป็นกบฏต่อไปเรื่อย ๆ การพิจารณาว่าเป็นการกระทำของรัฐหรือไม่ ก็ถือว่าการกระทำของกบฏนั้นเป็นการกระทำของปัจเจกชน การพิจารณาก็ต้องเป็นไปตามหลักของการกระทำของปัจเจกชนว่าเป็นการกระทำของรัฐหรือไม่

2.2.1.2 การฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ

พันธกรณีเป็นที่มาของสิทธิและหน้าที่ของผู้ทรงสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศ (a source of rights and duties of subjects in international law) ที่ได้รับการคุ้มครองหรือบังคับบัญชาโดยกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือในเรื่องของสิทธิและหน้าที่นั้นพันธกรณีระหว่างประเทศเป็นเรื่องของการกำหนดสิทธิในเรื่องใดเรื่องหนึ่งแก่ผู้ทรงสิทธิที่เฉพาะเจาะจง ฉะนั้นความตกลงระหว่างประเทศใด ๆ ที่มีได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายจึงมิได้เป็นพันธกรณีระหว่างประเทศ เช่น ความตกลงสุภาพบุรุษ (Gentleman's Agreement) ทั้งนี้ที่มาของพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นปรากฏออกมาได้หลายรูปแบบ เช่น สนธิสัญญา กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป และการกระทำฝ่ายเดียว

⁵⁴ Roberto Ago, Third report on state responsibility: Document A/CN.4/246 Add.1-3, Yearbook of International law commission, 1971. pp.262-264.

⁵⁵ United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, I.C.J. Reports 1980.,pp.28-33

* โปรดดูมาตรา 10 ภาคผนวก

(ก) สนธิสัญญา

อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 ได้ให้คำนิยามของสนธิสัญญาไว้ดังนี้

“ความตกลงระหว่างประเทศที่กระทำขึ้นระหว่างรัฐเป็นลายลักษณ์อักษรและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ ไม่ว่าสนธิสัญญานั้นจะกระทำในรูปเอกสารฉบับเดียว สองฉบับ หรือหลายฉบับและไม่ว่าจะมีชื่อเรียกเฉพาะเป็นอย่างไรก็ตาม”^{*}

ผลในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญที่สุดของสนธิสัญญาก็คือ ก่อให้เกิดพันธกรณีระหว่างประเทศในทางกฎหมาย กล่าวคือ เนื้อหาของสนธิสัญญาได้กำหนดถึงสิทธิและหน้าที่แก่รัฐภาคีโดยหลักกฎหมายทั่วไป ไม่ว่าสนธิสัญญานั้นจะเป็นเพียงสนธิสัญญาที่ก่อให้เกิดพันธกรณีสำหรับคู่ภาคีหรือก่อให้เกิดพันธกรณีระหว่างประเทศอันมีผลบังคับใช้กับรัฐได้ทั่วไป (erga omnes) เท่านั้น

กรณีนี้อาจยกตัวอย่างได้ เช่น สนธิสัญญากำหนดเขตแดนซึ่งนอกจากมีผลผูกพันคู่กรณีแล้วยังมีผลที่สามารถยกขึ้นกล่าวอ้างได้กับรัฐที่สามด้วยเช่นกัน ตัวอย่างระหว่างคู่ภาคีในกรณีพิพาทดินแดน Shatt-al-Arab ระหว่างอิหร่านกับอิรักในปี ค.ศ.1969⁵⁶ อิหร่านประกาศยกเลิก Treaty Boundary Between Iraq and Iran on 4 July 1937 ด้วยเหตุผลที่ว่าอิรักละเมิดสนธิสัญญาพรมแดนฉบับนี้อย่างสม่ำเสมอ ขณะที่อิรักอ้างว่าการยกเลิกสนธิสัญญานี้เป็นการตอบโต้ที่ขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศและได้ตอบโต้กลับโดยผลักดันชาวอิหร่านประมาณ 100,000 คนออกจากดินแดนของตน ซึ่งเห็นได้จากกรณีนี้ว่าต่างฝ่ายต่างใช้มาตรการตอบโต้ซึ่งกันและกัน

สนธิสัญญาประเภทเดียวกันซึ่งได้แก่สนธิสัญญากำหนดเขตแดนยังมีลักษณะพิเศษ ซึ่งไม่เป็นไปตามหลัก Pacta Tertus nec nocent nec prosunt ซึ่งหมายความว่าสนธิสัญญาไม่สามารถยกขึ้นกล่าวอ้างได้กับรัฐที่สาม^{**}

อีกกรณีที่ข้อพิพาทเกิดขึ้นมาจากสนธิสัญญาโดยมีการนำขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคือคดี Gabcikovo-Nagymaros Project ระหว่างฮังการีกับสโลวาเกียโดยมี

^{*} มาตรา 2(1)(9) ของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969

⁵⁶ Keesing's Contemporary Archives, 1969.

^{**} กรณีดังกล่าวโปรดดู Article 2(1)(f)(g)(h) และ Article 34 ของ Vienna Convention on The Law of Traties 1969.

สาเหตุมาจากสนธิสัญญาที่ทั้งสองฝ่ายทำกัน (ซึ่งสโลวาเกียถือเป็นผู้สืบสิทธิของเชโกสโลวาเกีย) ได้ก่อตั้งพันธกรณีร่วมกันระหว่างฮังการีและสโลวาเกียในการลงทุนพัฒนาเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากลุ่มแม่น้ำดานูบที่เป็นแนวเขตแดนของทั้งสองฝ่ายโดยมีประเด็นของสิ่งแวดล้อมเข้ามาเกี่ยวข้อง และต่อมาฮังการีได้อ้างเหตุในการถอนตัวสนธิสัญญาทำให้เกิดข้อพิพาทในกรณีดังกล่าวขึ้น⁵⁷

(ข) กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (international customary law)

กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นเป็นกฎหมายที่มีลักษณะไม่เป็นลายลักษณ์อักษร และถือว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญ โดยองค์ประกอบที่ก่อให้เกิดกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ประกอบด้วย ทางปฏิบัติของรัฐ (state practice) และความเชื่อมั่นว่าเป็นสิ่งจำเป็นที่ต้องกระทำ (opinio juris) หมายความว่ากฎเกณฑ์หรือข้อบังคับใดก็ตามที่ได้รับการปฏิบัติจากรัฐและประกอบด้วย opinio juris ย่อมมีสภาพบังคับเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอันมีผลผูกพันรัฐเป็นการทั่วไปเว้นเสียแต่รัฐที่คัดค้านมาแต่เริ่มแรกก่อนที่กฎเกณฑ์นั้นจะกลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังนั้นพันธกรณีระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับว่ามีลักษณะเป็นจารีตประเพณีจึงเป็นฐานแห่งสิทธิในทางระหว่างประเทศ เช่นเดียวกับสนธิสัญญาที่หากมีการละเมิดแล้ว รัฐที่ถูกละเมิดสามารถยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อดำเนินมาตรการตอบโต้ได้เช่นกัน เช่น กรณีการละเมิดสิทธิในเรื่องเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูตที่เป็นพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็นจารีตประเพณีก่อนที่นำมาประมวลไว้เป็นส่วนหนึ่งของ Convention on Diplomatic Relations 1961 เป็นต้น

(ค) หลักกฎหมายทั่วไป (general principal of law)

หลักกฎหมายทั่วไปเป็นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศดังที่ปรากฏในธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ มาตรา 38(1)(c) โดยหน้าที่ที่สำคัญของหลักกฎหมายทั่วไปก็คือ เพื่อมิให้เกิดปัญหาช่องว่างในการวินิจฉัยคดีของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

⁵⁷ Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), I.C.J. Reports 1997.p.18 , 31-39.

สำหรับหลักกฎหมายในเรื่องความรับผิดชอบระหว่างประเทศ (international responsibility) ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่รัฐอื่น ๆ จะละเมิดมิได้⁵⁸ โดยหลักความรับผิดชอบระหว่างประเทศนี้ในตัวมันเอง (per se) ได้ก่อให้เกิดพันธกรณีระหว่างประเทศขึ้น กล่าวคือรัฐต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นที่เกิดจากความผิดของตน ซึ่งรัฐผู้รับผิดชอบไม่อาจปฏิเสธว่าตนไม่ได้ทำสนธิสัญญากับรัฐผู้เสียหายในกรณีที่มีการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศขึ้นแล้วตนจะเป็นผู้รับผิดชอบ หรือจะกล่าวอ้างว่าไม่มีกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐมิได้ ด้วยเหตุที่มีหลักกฎหมายทั่วไปเป็นเอกเทศเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวแล้ว ซึ่งมีค่าบังคับผูกพันเป็นกฎหมายด้วยตัวของมันเองหาได้ขึ้นอยู่กับสนธิสัญญาหรือกฎหมายจารีตประเพณีไม่

ในคำพิพากษาคดี The Factory at Chorzow ได้ยอมรับหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปเข้ามาเป็นเครื่องชี้ขาดของพิพาท โดยได้กล่าวว่า “ศาลได้พิจารณาแล้วว่าเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศและแม้กระทั่งเป็นข้อความคิดทางกฎหมายว่า การละเมิดข้อผูกพันนำมาซึ่งพันธกรณีในการชดใช้ความเสียหาย โดยการชดใช้ความเสียหายเป็นส่วนประกอบที่ขาดเสียมิได้ต่อการไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามอนุสัญญา และหาได้มีความจำเป็นที่จะกล่าวไว้ในอนุสัญญาไม่”⁵⁹

(ง) การกระทำฝ่ายเดียว (unilateral acts)

การกระทำฝ่ายเดียวตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ทำให้เกิดพันธกรณีระหว่างประเทศสามารถแยกได้เป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ และการกระทำฝ่ายเดียวขององค์การระหว่างประเทศ

การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐสามารถมีผลผูกพันทางกฎหมายได้ โดยพิจารณาได้จากคำพิพากษาของศาลในคดี Nuclear Tests⁶⁰ อันเป็นข้อพิพาทระหว่างฝรั่งเศสกับออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วินิจฉัยคำประกาศ (declaration) และถ้อยแถลง (statement) ของเจ้าหน้าที่รัฐบาลฝรั่งเศสว่า เป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐอันก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายได้

⁵⁸ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. “ปัญหาองค์ประกอบเพื่อความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), หน้า 97.

⁵⁹ Factory at Chorzow. Merits, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17.p.21

⁶⁰ Nuclear Tests (Australai/New Zealand v. France), I.C.J. Reports 1974.

“โดยเป็นที่ยอมรับกันเป็นอย่างดีว่า คำประกาศที่ถูกทำขึ้นโดยการกระทำฝ่ายเดียวอันเกี่ยวข้องกับสถานการณ์ทางกฎหมายหรือสถานการณ์ทางข้อเท็จจริงอาจมีผลกระทบ ในการก่อให้เกิดพันธกรณีทางกฎหมาย คำประกาศประเภทนี้บ่อยครั้งอาจจะเป็นลักษณะเฉพาะเมื่อคำประกาศนี้คือเจตนาของรัฐ การกระทำคำประกาศดังกล่าวนั้นจึงกลายเป็นข้อผูกพันตามถ้อยคำของคำประกาศ ซึ่งเจตนาที่ได้ให้คำประกาศมีลักษณะของภาระทางกฎหมายซึ่งในภายหลัง รัฐที่ดำรงอยู่จำเป็นต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามแนวทางความประพฤติที่ตรงกับคำประกาศ”

เหตุผลที่ศาลได้ให้ไว้ในคำพิพากษาทำให้เข้าใจได้ว่าเฉพาะคำประกาศฝ่ายเดียวที่มีผลกระทบในการก่อให้เกิดพันธกรณีทางกฎหมายเท่านั้นที่เมื่อมีการฝ่าฝืนแล้วจะทำให้รัฐมีความรับผิดชอบเกิดขึ้น ซึ่งในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของพันธกรณีระหว่างประเทศ เมื่อประเทศที่ได้กระทำการฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดพันธกรณีทางกฎหมายกับประเทศอื่น ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ได้ให้ไว้ในการกระทำฝ่ายเดียวของตนและมีผลให้เกิดความเสียหายต่อประเทศอื่น ประเทศที่เสียหายนั้นมีสิทธิที่จะดำเนินมาตรการตอบโต้ได้

จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าพันธกรณีระหว่างประเทศมาจากบ่อเกิดที่หลากหลาย อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่ามีการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นไม่ว่าจะมีที่มาจากบ่อเกิดประเภทใดก็ตาม เกิดขึ้นหรือไม่ก็ตาม จำเป็นต้องพิจารณาว่าพันธกรณีเหล่านั้นมีลักษณะเป็นพันธกรณีที่มุ่งต่อผลสุดท้าย (obligation of result) หรือเป็นพันธกรณีที่มุ่งถึงพฤติกรรม (obligation of conduct) และพฤติกรรมของรัฐที่ต้องพิจารณาว่าละเมิดหรือไม่นั้น ต้องขึ้นอยู่กับว่าพันธกรณีนั้น ๆ มีลักษณะอย่างไรอย่างใดอย่างหนึ่งข้างต้น⁶¹

2.2.2 วัตถุประสงค์ของการใช้มาตรการตอบโต้

การใช้มาตรการตอบโต้อาจเพื่อใช้เป็นแรงกดดันชั่วคราวให้รัฐผู้ละเมิดยอมรับกระบวนการระงับข้อพิพาทหรือเป็นตามที่ได้กล่าวไว้แล้วว่าการใช้มาตรการตอบโต้ นั้น เป็นการใช้มาตรการต่างๆ ของรัฐที่เสียหายจากการถูกละเมิด เพื่อโต้ตอบรัฐที่เป็นเหตุของการละเมิดนั้น โดยที่ตัวของมาตรการที่ใช้ตอบโต้ตนเองเป็นมาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ถือเป็นเหตุยกเว้นความรับ

⁶¹ ILC's Report to The General Assembly on the 24th Session, May-July 1977, Doc.A/32/10, p.11-

ผิด * หลักเกณฑ์นี้อยู่บนพื้นฐานของแนวความคิดที่ดูเหมือนไม่สอดคล้องกันเอง กล่าวคือรัฐได้รับอนุญาตให้ใช้มาตรการเพื่อเยียวยาตนเองโดยใช้มาตรการที่ในตัวเองไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อมุ่งต่อรัฐที่ละเมิดพันธกรณีก่อนหน้านี้นี้ต่อตน อย่างไรก็ตามหลักการนี้อยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงและระบบโครงสร้างของสังคมระหว่างประเทศที่ว่าไม่มีองค์กลางที่มีอำนาจในการดำเนินมาตรการบังคับ เพื่อสร้างหลักประกันได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อให้รัฐที่ถูกละเมิดได้รับการชดใช้เยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้นการใช้มาตรการตอบโต้จึงเป็นการดำเนินการใจลักษณะการแสวงหาความยุติธรรมด้วยตนเอง เพื่อให้ได้รับการชดใช้เมื่อถูกละเมิด

เมื่อพิจารณาถึงมูลเหตุจูงใจของรัฐที่ใช้มาตรการตอบโต้ การปฏิบัติของรับแสดงให้เห็นถึงเหตุผลที่หลากหลาย บางกรณีอาจมีเหตุผลอยู่บนพื้นฐานของการตอบโต้แบบตาต่อตา ฟันต่อฟัน ในความสัมพันธ์แบบต่างตอบแทน (reciprocity)⁶² บ้างเพียงเพื่อเป็นการแก้แค้นโดยหาเหตุผลทางกฎหมายสนับสนุนไม่ได้⁶³ ซึ่งกรณีนี้ต้องถือว่าเป็นกรณีที่เป็นการตอบโต้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย

ตามร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศนั้น การใช้มาตรการตอบโต้กระทำต่อเมื่อมีวัตถุประสงค์ที่ชัดเจน ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวปรากฏอยู่ในบทที่ 2 ส่วนที่ 3 ของร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐ เป็นเรื่องของการกระทำที่ทำให้รัฐที่มีความรับผิดชอบระหว่างประเทศปฏิบัติตามพันธกรณีจากการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย ความรับผิดชอบระหว่างประเทศที่รัฐผู้กระทำความผิดต้องปฏิบัติตามพันธกรณีซึ่งอยู่ในส่วนที่ 2 ของร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐเกี่ยวกับเนื้อหาของความรับผิดชอบของรัฐที่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ในการใช้มาตรการตอบโต้โดยแบ่งออกได้เป็น 2 ประการด้วยกัน ได้แก่ เพื่อยุติการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายและเพื่อให้มีการชดเชยความเสียหายแก่ผู้เสียหาย

2.2.2.1 เพื่อยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่ามาตรการตอบโต้มีแนวคิดมาจากการช่วยเหลือตนเอง (self-help) โดยในช่วงแรกเรียกว่า การแก้แค้น (reprisal) ซึ่งเป็นสิทธิของรัฐที่จะคุ้มครองตนเองอันเนื่องมาจากกฎหมายระหว่างประเทศนั้นไม่มีสภาพบังคับและไม่มียุติการกลางที่ทำหน้าที่บังคับให้รัฐต่าง ๆ ปฏิบัติตามกฎหมายดังเช่นระบบกฎหมายภายในของรัฐที่รัฐจะเป็นทั้งผู้ใช้กฎหมายและ

* โปรดดูมาตรา 22 ภาคผนวก.

⁶² Omer Yousif Elagab, *The Legality of Non-forcible Counter-measures in International Law*, pp. 45-46.

⁶³ *Ibid.*, p. 62.

บังคับให้เป็นไปตามกฎหมายอยู่ในตัวเอง เพียงแต่มีองค์กรกลางซึ่งอาจเป็นองค์กรต่างๆ ที่มีหน้าที่ควบคุม สั่งการให้รัฐดำเนินการภายใต้ขอบเขตที่องค์กรที่ทำหน้าที่เป็นองค์กรกลางดังกล่าวกำหนด

มาตรการตอบโต้เป็นมาตรการที่มีวัตถุประสงค์ยุติการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายของรัฐผู้กระทำความผิด ซึ่งร่างข้อบทฯ กำหนดให้รัฐผู้กระทำความผิดมีพันธกรณีในการยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยอยู่ในมาตรา 30(a) ของร่างข้อบทฯ ด้วยความรับผิดชอบของรัฐ การกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายที่กล่าวถึงนี้รวมถึงการงดเว้นการกระทำที่แสดงออกโดยรัฐซึ่งถือเป็นการกระทำอย่างหนึ่ง

มาตรการที่กระทำเพื่อยุติการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายนั้นทำได้หลายวิธี เช่น การยุติหรือระงับไว้ชั่วคราวซึ่งสนธิสัญญาการลงทุนหรือการคว่ำบาตรทางเศรษฐกิจ รวมถึงการใช้มาตรการตอบโต้ เป็นต้น หรือรัฐอาจใช้วิธีการอื่นใด ตามที่ตนเห็นสมควรว่าสามารถยุติการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายนั้นได้ แต่ทั้งนี้ก็ต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ และในมาตรา 30(b) ของร่างข้อบทฯ กำหนดให้รัฐผู้กระทำความผิดต้องเสนอการรับรอง (assurances) และประกัน (guarantee) เพื่อมิให้เกิดการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายดังกล่าวซ้ำขึ้นอีก หากสถานการณ์ดังกล่าวจำเป็น

การยุติการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายได้ขยายออกไปรวมถึงการระงับการและการงดเว้นการซึ่งจะเป็นการยุติการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน ในคำพิพากษาคดี Rainbow Warrior⁶⁴ ศาลได้เน้นย้ำเงื่อนไขที่สำคัญในการเรียกร้องให้มีการยุติการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ การกระทำความผิดยังมีลักษณะดำเนินอยู่ และกฎเกณฑ์ที่ถูกฝ่าฝืนยังคงถูกฝ่าฝืนอยู่ในเวลาเดียวกัน⁶⁵ ซึ่งขณะที่การยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะเกิดขึ้นนั้น โดยปกติการกระทำที่เป็นความผิดดังกล่าวยังคงดำเนินอยู่จนกว่าจะมีการยุติเกิดขึ้น

การยุติการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายเป็นสิ่งจำเป็นในลำดับแรกในการจัดการการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และบ่อยครั้งที่การยุติการกระทำที่มีขอบด้วยเป็นเป้าหมายสำคัญสำหรับการระงับความขัดแย้งที่เกิดจากการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ เช่น กลไกระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกจะเน้นไปที่การยุติการกระทำมากกว่าการชดเชยความเสียหาย⁶⁶ ซึ่งบ่อยครั้งที่การยุติการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายเป็นที่ต้องการไม่เพียงแต่เฉพาะรัฐเท่านั้น แต่ยังรวมไป

⁶⁴ Rainbow Warrior (New Zealand v. France), R.I.A.A., vol. XX(1990), p. 217.

⁶⁵ Ibid., para.114.

⁶⁶ Article 3(7) : Agreement establishing the World Trade Organisation, 15 April 1994, Annex 2, Understanding on Rules and Procedures governing the Settlement of Disputes

“only if the immediate withdrawal of the measure is impracticable and as a temporary measure pending the withdrawal of the measure which is inconsistent with a covered agreement.”

ถึงองค์กรย่อยขององค์การระหว่างประเทศ เช่น สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติและคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติในกรณีที่เกิดการฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง รวมทั้งการยุติการกระทำความผิดเป็นพันธกรณีของรัฐผู้มีความรับผิดชอบในการป้องกันผลประโยชน์ของรัฐผู้เสียหายหรือรัฐอื่นหรือผลประโยชน์ของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด ซึ่งได้รับการดำรงไว้และความเชื่อถือจากกฎเกณฑ์ของกฎหมาย

มีข้อสงสัยเกี่ยวกับการยุติการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับการชดเชยความเสียหาย (reparation) และการทำกลับคืนให้เหมือนเดิม (restitution) ซึ่งในบางกรณีผลของการยุติการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายอาจแยกไม่ออกจากการทำกลับคืนให้เหมือนเดิม เช่น กรณีของการเรียกร้องให้ปล่อยตัวประกัน หรือการเรียกคืนสิ่งของ แต่ถึงอย่างไรก็ตามทั้งสองสิ่งนี้จำแนกออกจากกันได้โดยพิจารณาจากความได้สัดส่วนระหว่างการกระทำที่เป็นความผิดกับการกระทำของที่แสดงถึงความรับผิดชอบของรัฐผู้มีความรับผิดชอบ โดยการยุติการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายไม่ต้องคำนึงถึงความได้สัดส่วนกับการกระทำที่เป็นความผิดระหว่างประเทศ ซึ่งต่างจากการทำกลับคืนให้เหมือนเดิม

2.2.2.2 เพื่อให้มีการชดเชยความเสียหาย (reparation) แก่รัฐผู้เสียหาย

เมื่อความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศก็ต้องมีการชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายตามหลักความรับผิดชอบทางแพ่งโดยถือเป็นพันธกรณีของรัฐผู้กระทำผิดที่จะต้องทำให้รัฐผู้เสียหายซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 31 ของร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ โดยรูปแบบของการชดเชยก็คือการทดแทนด้วยสิ่งที่เสียหายไป แต่ส่วนใหญ่การชดเชยความเสียหายด้วยสิ่งที่หายไปมักจะเป็นไปไม่ได้ จึงต้องเยียวยาความเสียหายในลักษณะอื่นให้ใกล้เคียงกับความเสียหายที่สูญเสียไปมากที่สุด การเยียวยาความเสียหายจึงมีหลายลักษณะโดยร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐได้กำหนดเป็นหมวดเฉพาะในบทที่ 2 ของส่วนที่ 2 เกี่ยวกับการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้น อันได้แก่

(ก) การทำกลับคืนให้เหมือนเดิม (restitution)

การชดเชยความเสียหายโดยวิธีนี้เป็นการทำกลับคืนให้เหมือนเดิมก่อนที่การกระทำผิดกฎหมายจะเกิดขึ้น โดยระบุอยู่ในมาตรา 35 ของร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ วิธีนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะลบล้างผลแห่งการกระทำผิดกฎหมายทั้งปวงและทำให้กลับคืนสู่สถานการณ์ที่ควรจะเป็นอยู่หากไม่มีการกระทำผิดกฎหมายนั้นขึ้น ซึ่งตามสภาพความเป็นจริงแล้ว

มักจะไม่สามารถกระทำได้ เช่น ในคดีโรงงานที่ชอร์ซอว์(The Factory at Chorzow)⁶⁷ ระหว่างเยอรมนีกับโปแลนด์ ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (The Permanent Court of International Justice : PCIJ) ได้พิพากษายืนยันไว้ว่าความเป็นจริงแล้วความเสียหายบางอย่างไม่อาจทำให้กลับคืนให้เหมือนเดิมได้เลยโดยเฉพาะความเสียหายทางด้านจิตใจ หรือกรณีที่เรือที่ถูกลอยจมไปในทะเล ฝ่ายที่กระทำผิดก็ไม่สามารถส่งเรือคืนได้ เพียงแต่สามารถชดเชยความเสียหายในกรณีอื่นแทน เช่น การชดเชยราคาเป็นตัวแทน อันเป็นวิธีการหนึ่งที่ศาลประจำอนุญาโตตุลาการ (The Permanent Court of Arbitration : PCA) ได้กล่าวไว้ว่า “การแก้ไขให้กลับคืนสู่สภาพเดิมเป็นรูปแบบปกติของวิธีการทดแทนความเสียหาย และการชดเชยความเสียหายเป็นตัวแทน(indemnity) ก็สามารถเข้ามาแทนที่ได้ หากการแก้ไขให้กลับคืนสู่สภาพเดิมเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วผู้เสียหายมักได้รับการชดเชยเป็นตัวแทน

(ข) การทำให้พอใจ (satisfaction)

การชดเชยความเสียหายด้วยวิธีทำให้พอใจปรากฏอยู่ในมาตรา 37 ของร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ มักเป็นกรณีของความเสียหายที่ไม่อาจคำนวณเป็นตัวเงินได้ หรือเป็นความเสียหายต่อศักดิ์ศรีหรือชื่อเสียงของรัฐ ซึ่งเป็นความเสียหายทางด้านจิตใจมากกว่าการความเสียหายทางด้านวัตถุ สำหรับวิธีการทำให้พอใจมีลักษณะต่างกันแล้วแต่ความเห็นพ้องกันของคู่กรณี เช่น การส่งสาส์นแสดงความเสียใจอย่างเป็นทางการ การขอโทษ (apology) การลงโทษผู้กระทำผิดของรัฐที่กระทำความผิดหรือการยอมรับอย่างเป็นทางการ (acknowledgement) ว่าการกระทำของรัฐนั้นเป็นความผิดในทางระหว่างประเทศ

(ค) การชดเชยความเสียหายเป็นตัวแทน (indemnity , compensation)

การชดเชยความเสียหายเป็นตัวแทนเป็นวิธีการชดเชยความเสียหายที่ใช้กันโดยทั่วไปอย่างแพร่หลายในเมื่อการทำให้รัฐที่ได้รับความเสียหายกลับคืนสู่สภาพเดิม (restitution) นั้นไม่อาจกระทำได้ ซึ่งอยู่ในมาตรา 36 ของร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบรัฐ โดยการชดเชยความเสียหายเป็นตัวแทนนี้ ค่าเสียหายจะต้องครอบคลุมถึงความเสียหายทั้งปวงซึ่งรัฐที่ได้รับความเสียหายได้รับ รวมทั้งความเสียหายที่เป็นผลตามมาจากการกระทำผิดด้วย

⁶⁷ Factory at Chorzow. Merits, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, p. 48.

พันธกรณีในการชดเชยความเสียหาย (reparation) เป็นพันธกรณีทั่วไปลำดับรอง (second general obligation) ของรัฐผู้รับผิดชอบจากการกระทำที่ไม่ชอบทางระหว่างประเทศ ทั้งนี้ทุกการฝ่าฝืนพันธกรณีที่เป็นพันธกรณีระหว่างประเทศนำไปสู่การชดเชยความเสียหายที่ได้รับจากการกระทำนั้น⁶⁸

ในคำพิพากษาคดี Factory at Chorzow ศาลได้กล่าวถึงหลักการทั่วไปที่เป็นผลมาจากการกระทำที่ไม่ชอบทางระหว่างประเทศว่าเป็นการฝ่าฝืนข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับพันธกรณีซึ่งก่อให้เกิดการชดเชยความเสียหายในรูปแบบที่เพียงพอ การชดเชยความเสียหายจะสมบูรณ์ไปไม่ได้หากเกิดความล้มเหลวในการประยุกต์จกธรรมเนียมปฏิบัติและไม่จำเป็นที่วิธีชดเชยความเสียหายจะถูกกำหนดไว้ในตัวของธรรมเนียมปฏิบัติ ความแตกต่างของวิธีการชดเชยความเสียหายดูได้จากเหตุผลของความล้มเหลวที่จะประยุกต์ธรรมเนียมปฏิบัติซึ่งเป็นผลที่ตามมาจากความสัมพันธ์ที่แตกต่างกันของการร้องขอให้ชดเชยความเสียหาย⁶⁹ และหลักการดังกล่าวยังนำไปใช้ในคดี Lagrand⁷⁰ ซึ่งศาลได้ใช้การชดเชยความเสียหายในรูปแบบการให้เหตุผลโดยทั่วไปอย่างมาก

อีกทั้งคดี Factory at Chorzow ยังกำหนดนิยามทั่วไปเกี่ยวกับการชดเชยความเสียหายว่าเป็นการให้ความสำคัญบทบาทของการชดเชยความเสียหายที่จะทำให้สถานการณ์ที่ถูกทำลายจากการกระทำผิด กลับคืนสู่สภาพเดิมอีกครั้ง และการชดเชยความเสียหายดังกล่าวรวมถึงการชดเชยความเสียหายเป็นเงิน (compensation) การทำกลับคืนให้เหมือนเดิม (restitution) รวมถึงความเสียหายที่เพิ่มเติมจากการสูญเสียที่ประสบจากผลของของการกระทำอันเป็นความผิด

พันธกรณีโดยทั่วไปของการชดเชยความเสียหายเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยทันทีทันใดจากความรับผิดชอบของรัฐ ซึ่งถือว่าเป็นพันธกรณีของรัฐผู้รับผิดชอบจากผลของการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศมากกว่าจะเป็นสิทธิของรัฐผู้เสียหายหรือรัฐอื่น การวางหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นการหลีกเลี่ยงความยากในการแบ่งแยกความแตกต่างที่เกิดขึ้นจากพันธกรณีที่มีรากฐานเดียวกัน แต่เกิดการกระทบการเตือนเป็นพิเศษเพียงเล็กน้อยจากการกระทำความผิด ซึ่งเป็นข้อสงสัยอีกประการหนึ่งนอกจากคำถามที่เกิดขึ้นเมื่อมีรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐอ้างสิทธิเรียกร้องความ

⁶⁸ Dinah Shelton, "Right Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility," *American Journal of International Law* 96 (2002): p. 835.

⁶⁹ Factory at Chorzow , Jurisdiction, 1927

⁷⁰ LaGrand Case, Merits, judgment of 27 June 2001 para.48.

รับผิดชอบของรัฐ* พันธกรณีโดยทั่วไปของการชดเชยความเสียหายเกิดขึ้นโดยอัตโนมัติจากหน้าที่อันเกิดจากการกระทำผิดทางระหว่างประเทศและอาจไม่แน่นอนเป็นไปตามความต้องการหรือการเรียกร้องของรัฐ อย่างไรก็ตามการชดเชยความเสียหายที่กระทำนั้นควรใช้ตามสภาพการณ์ที่ขึ้นอยู่กับ การตอบสนองของรัฐผู้เสียหายหรือรัฐนั้นๆ

พันธกรณีของรัฐผู้รับผิดชอบในการชดเชยความเสียหายเกี่ยวข้องโดยตรงกับความเสียหายที่เป็นสาเหตุจากการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ ความเสียหายที่พูดถึงนี้เป็นที่เข้าใจกันว่าเป็นความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดจากการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศรวมทั้งความเสียหายทางวัตถุและความเสียหายทางจิตใจที่เกิดจากการกระทำนั้นๆ ด้วย ถึงแม้ไม่มีรัฐใดรัฐหนึ่งโดยเฉพาะที่ได้รับความเสียหายแต่อาจเป็นกรณีของผลประโยชน์ร่วมกันที่ทุกรัฐมีพันธกรณีที่จะรักษาผลประโยชน์ดังกล่าวก็ได้ ความเสียหายทางวัตถุที่กล่าวถึงนี้เป็นความเสียหายที่เกิดต่อทรัพย์สินหรือผลประโยชน์ใดๆ ของรัฐและของปวงชนในชาติที่ประเมินค่าได้ในรูปแบบทางการเงิน ส่วนความเสียหายทางจิตใจนั้นเป็นความเจ็บปวดและทุกข์ทรมานที่เกิดขึ้น การสูญเสียความรักหรือการถูกลบประมาทที่เกี่ยวข้องกับการกระทำดังกล่าว เป็นต้น

สิ่งที่ต้องคำนึงในการชดเชยความเสียหายคือต้องมีการกระทำที่ทำให้เกิดความเสียหายขึ้น จึงจะมีการชดเชยความเสียหายได้ การดำรงอยู่ของความเสียหายเป็นสิ่งสำคัญในทางรูปแบบของการชดเชยความเสียหาย แต่บางกรณีการกระทำที่ทำให้เกิดความเสียหายขึ้นไม่ใช่ข้อเรียกร้องโดยทั่วไปของรัฐที่ต้องการได้รับการชดเชยความเสียหาย ดังในคดี Rainbow Warrior ซึ่งมีการโต้แย้งทฤษฎีของความรับผิดชอบระหว่างประเทศในเรื่องความเสียหายเป็นสิ่งจำเป็นอันเป็นรากฐานของความรับผิดชอบที่จะก่อให้เกิดการชดเชยความเสียหาย แต่ทั้งฝรั่งเศสและนิวซีแลนด์ยอมรับถึงการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายต่อผลประโยชน์ซึ่งมิได้มองเป็นรูปธรรม เช่น กระทำต่อเกียรติยศ ความสง่างาม หรือเกียรติภูมิของรัฐ ให้สิทธิรัฐที่ถูกกระทำได้รับการชดเชยความเสียหายอย่างเหมาะสม แม้การกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายดังกล่าวมิได้มีผลเป็นตัวเงินหรือวัสดุที่สูญเสียไปจากรัฐผู้อ้างสิทธิการชดเชยความเสียหาย⁷¹ ซึ่งศาลได้ยกกรณีการฝ่าฝืนที่กระทำโดยฝรั่งเศส ว่าเป็นการกระทำร้ายๆ ทำให้ไม่พอใจและโกรธอย่างรุนแรงของนิวซีแลนด์และเหตุใหม่เพิ่มเติมที่มีใช้ความเสียหายทางวัตถุ กล่าวคือ ความเสียหายทางศีลธรรม ทางการเมืองและธรรมชาติทางกฎหมาย เป็นผลจากการดูหมิ่นถึงเกียรติยศ ความสง่างามไม่เพียงแต่เฉพาะตัวรัฐนิวซีแลนด์ แต่ยังรวมถึงกระบวนการ

* เกี่ยวกับคำถามดังกล่าว ร่างข้อบทความด้วยความรับผิดชอบของรัฐได้มีบทบัญญัติของการเรียกร้องโดยรัฐผู้เสียหาย และการเรียกร้องโดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหาย ดูได้จากม. 42 , 48 และกรณีที่รัฐผู้เสียหายมีจำนวนมาก ดูได้จาก ม.48

⁷¹ Rainbow Warrior (New Zealand v. France), R.I.A.A.,vol. XX(1990),p. 267,para. 109.

ยุติธรรมและกระบวนการทางบริหารอีกด้วย⁷² การที่ทั้งฝรั่งเศสและนิวซีแลนด์ได้ยอมรับการปฏิบัติ โดยเฉพาะเป็นความล้มเหลวโดยรัฐหนึ่งที่จะปฏิบัติพันธกรณีอันจำเป็นเกี่ยวกับสิ่งอื่น และเมื่อการตกลงดังกล่าวถูกทำลาย สิทธิของรัฐอื่นที่จะกระทำการฝ่าฝืนเช่นเดียวกัน สำหรับกฎเกณฑ์ลำดับรองในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐเกิดขึ้นในบริบทนี้และเป็นการกำหนดให้เรื่องดังกล่าวไม่ใช่เรื่องความรับผิดชอบ เพราะการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายที่เกิดขึ้นควรจะถูกรับรองโดยรัฐผู้เสียหาย

แนวคิดสำคัญที่ปรากฏอยู่ภายใต้บทบัญญัติเรื่องการชดเชยความเสียหายในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ก็คือการให้ความสำคัญในการสนับสนุนกฎเกณฑ์ของกฎหมายในเรื่องผลประโยชน์ของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด และการฟื้นฟูอย่างยุติธรรมภายในจุดประสงค์ของการชดเชยความเสียหายจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการฝ่าฝืนพันธกรณี

ผลของความสำคัญเรื่องดังกล่าวได้แสดงออกมาในรูปของการพิจารณาการชดเชยความเสียหายในรูปแบบของบริบทที่มีความหลากหลายกว่ามองเฉพาะบางประเด็น อันเป็นการฟื้นฟูและจัดการกฎเกณฑ์ของกฎหมายและการอธิบายอย่างละเอียดของสภาพของการฝ่าฝืนอย่างร้ายแรงของหลักกฎหมายเด็ดขาด และในตัวของร่างข้อบทแสดงถึงเป้าหมายและขอบเขตของการชดเชยความเสียหายถูกจำกัดเป็นมาตรการฟื้นฟู ไม่รวมถึงมาตรการลงโทษ (sanction) หรือการลงโทษในลักษณะความเสียหายเชิงโทษ ซึ่งการชดเชยค่าเสียหายเป็นตัวเงินก็จำกัดเฉพาะความเสียหายที่พิสูจน์ได้และสูญเสียไปที่จะต้องได้รับการรักษา ทั้งนี้ธรรมเนียมในการฟื้นฟูเพื่อความพอใจได้ถูกกันออกไปเนื่องจากการมองเป้าหมายเพื่อการลงโทษ สุดท้ายร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐได้ยืนยันถึงพันธกรณีของการชดเชยความเสียหายแต่ต้องเป็นไปตามสถานการณ์ที่เกิดขึ้น และองค์ประกอบของความได้สัดส่วนหรือความเท่าเทียมกันเพื่อใช้พิจารณาในการชดเชยความเสียหาย⁷³

ในหลายกรณีความเสียหายอาจเกิดขึ้นจากการฝ่าฝืนพันธกรณี เช่น ความเสียหายในการประมงเกิดจากการประมงในฤดูต้องห้าม ความเสียหายเรื่องสิ่งแวดล้อมโดยการปล่อยของเสียเกินกว่าปริมาณที่กำหนด การใช้แม่น้ำเกินกว่าปริมาณที่ยอมรับได้ เป็นต้น โดยกรณีดังกล่าวอาจเกิดไม่ต่อเนื่อง เกิดขึ้นโดยบังเอิญ หรือเกิดขึ้นโดยไม่แน่นอน อย่างไรก็ตามรัฐทั้งหลายอาจมีหน้าที่รับผิดชอบโดยทันทีในผลประโยชน์ที่มีร่วมกันทั้งหลายในขอบเขตเช่นว่านั้น นิยามของความเสียหายจึงกำหนดได้อย่างกว้างขวาง

ความเสียหายที่ได้รับต้องเป็นเหตุที่เกิดจากการกระทำที่มีขอบข่ายกฎหมายระหว่างประเทศเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับตามกฎหมายไม่เพียงแต่ความเป็นมาทาง

⁷² Ibid., p. 267 para. 110.

⁷³ Dinah Shelton. "Right Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility," *American Journal of International Law Reviews* 96 (2002): 838.

ประวัติศาสตร์เท่านั้น มีหลายกรณีที่ยืนยันถึงการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศและความเสียหายสัมพันธ์กับพันธกรณีในการชดเชยความเสียหาย เช่น การสูญเสียที่เนื่องมาจากการกระทำละเมิดเป็นสาเหตุของการชดเชยความเสียหาย⁷⁴ หรือ ความเสียหายโดยอ้อม ความเสียหายที่ห่างไกล หรือความเสียหายที่ไม่แน่นอนที่จะเกิดขึ้น⁷⁵ ซึ่งกรณีดังกล่าวได้เกิดขึ้นจริงแต่ไม่มีสภาพเพียงพอที่จะเรียกร้องการชดเชยความเสียหาย สิ่งที่ต้องคำนึงถึงคือการแยกแยะระหว่างความเสียหายที่เป็นความเสียหายที่ห่างไกลกับความเสียหายที่เป็นผลกระทบจากการกระทำอันนำไปสู่การชดเชยความเสียหาย บางกรณีการได้รับโดยตรงอาจจะได้รับการชดเชย⁷⁶ รวมทั้งความสามารถในการรู้ล่วงหน้า (foresee ability)⁷⁷ และความใกล้ชิด (proximity)⁷⁸ แต่ปัจจัยอื่นก็มีความสำคัญที่ต้องคำนึง เช่น ความจงใจทำให้เกิดความเสียหาย หรือความเสียหายที่เกิดขึ้นอยู่ในขอบเขตของกฎเกณฑ์ที่ถูกฝ่าฝืน อันเป็นจุดประสงค์ของกฎเกณฑ์ดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตามความเกี่ยวข้องกันของการกระทำละเมิดและความเสียหายไม่จำเป็นที่จะต้องมีความสัมพันธ์เหมือนกันในทุกพันธกรณีระหว่างประเทศที่ถูกฝ่าฝืน

ทั้งนี้ในคดี Rainbow Warrior ได้มีการพูดถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นความเสียหายทางจิตใจ (moral damage) เนื่องจากฝรั่งเศสอ้างทฤษฎีของกฎหมายระหว่างประเทศความเสียหายมีความจำเป็นสำหรับความรับผิดชอบในการชดเชยความเสียหาย โดยศาลได้กำหนดว่าความเสียหายมีทั้งความเสียหายทางจิตใจ ทางการเมือง และธรรมชาติทางกฎหมาย การชดเชยความเสียหายต้องทำให้กลับคืนมาเหมือนเดิมมากที่สุด แต่ทำไม่ได้ก็ต้องเป็นการชดเชยด้วยเงิน อาจให้ศาลเป็นผู้กำหนด⁷⁹

เมื่อมองการชดเชยความเสียหายในแง่ของการบรรเทาความเสียหายแล้ว แม้ผู้ได้รับผลร้ายจากการกระทำละเมิดความหวังถึงการกระทำอันสมเหตุสมผลกับความเสียหายที่ได้รับแม้ว่าบ่อยครั้งได้ถูกแสดงออกในขอบเขตของหน้าที่ในการบรรเทาความเสียหาย ซึ่งมีใช้

⁷⁴ James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), p. 204.

⁷⁵ Ibid., p.204.

⁷⁶ Ibid.,

⁷⁷ Nauliaa Case (Responsibility of Germany for Damage Caused in the Portuguese Colonies in the South of Africa), U.N.R.I.A.A., voll (1928).p. 1031.

⁷⁸ James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries, p. 204, para. 10.

⁷⁹ Rainbow Warrior (New Zealand/France), Reports of International Arbitral Awards, 10 (1990), pp.267-268.

พันธกรณีทางกฎหมายแต่การบรรเทาดังกล่าวเกิดขึ้นจากความรับผิดชอบ โดยการบรรเทาความเสียหายที่มีได้ปฏิบัติโดยผู้เสียหายอาจทำให้สิ้นโอกาสที่จะได้รับการฟื้นคืนสู่สภาพปกติ⁸⁰

แม้ว่าบางกรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นจะมีสาเหตุมาจากการปัจจัยที่มากกว่าหนึ่งรวมกันทำให้เกิดความเสียหาย เช่น คดีการจับกุมนักการทูตของสหรัฐอเมริกาแม้ในขั้นต้นการจับกุมนั้นเกิดจากกลุ่มผู้ประท้วงที่เป็นการรวมตัวโดยอิสระของนักศึกษา มิใช่เป็นการกระทำในนามของรัฐ แต่ก็เกิดจากความบกพร่องของเจ้าหน้าที่อิหร่านเอง ในการใช้วิธีการที่จำเป็นในการป้องกันสถานทูตของสหรัฐอเมริกา รวมอยู่ด้วย⁸¹ ส่วนคดี Corfu Channel ความเสียหายที่เกิดกับเรือของอังกฤษมีสาเหตุมาจากการกระทำของรัฐอื่นๆ ที่เป็นผู้วางทุ่นระเบิดในบริเวณดังกล่าวและการกระทำของอัลแบเนียในความบกพร่องที่ไม่เตือนถึงอันตรายที่จะเกิดขึ้นในบริเวณช่องแคบรวมอยู่ด้วย⁸² จึงสามารถตอบคำถามที่ว่าหากความเสียหายที่เกิดขึ้นมีสาเหตุมาจากการเกิดรวมกันของหลายปัจจัยก็เป็นความเสียหายที่เกิดจากรัฐผู้รับผิดชอบ

โดยทางปฏิบัติระหว่างประเทศและคำตัดสินของการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศมิได้สนับสนุนให้เหตุดังกล่าวจะเป็นเหตุให้ความรับผิดชอบที่ต้องชดเชยความเสียหายลดลงแต่อย่างใด คดี Corfu Channel สหราชอาณาจักรสามารถเรียกร้องการชดเชยความเสียหายจากอัลแบเนียได้อย่างเต็มจำนวนจากการที่ไม่เตือนถึงการมีอยู่ของทุ่นระเบิดแม้ว่าอัลแบเนียจะไม่ได้เป็นผู้วางทุ่นระเบิดนั้นก็ตาม⁸³ โดยผลดังกล่าวควรอธิบายเหตุผลที่ดีกว่า (*a fortiori*) ในคดีตรงที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นมิได้เป็นการกระทำของรัฐอื่นในอันที่ถือการแบ่งแยกความรับผิดชอบ แต่เป็นการกระทำโดยส่วนตัวหรือการกระทำที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ ซึ่งคดีการจับกุมนักการทูตของสหรัฐอเมริกา อิหร่านก็มีความรับผิดชอบเกี่ยวกับการจับกุมตัวประกันที่เกิดขึ้นจากความบกพร่องในการป้องกันสถานทูต⁸⁴

กรณีข้างต้นเกิดขึ้นได้หากความเสียหายที่เกิดขึ้นมาจากหลายปัจจัยร่วมกันมิได้เกิดจากปัจจัยใดโดยเฉพาะ หากความเสียหายไม่สามารถแยกเป็นแต่ละส่วนได้โดยปกติถือว่าเป็นความรับผิดชอบที่จะรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งหมดซึ่งเป็นผลจากการกระทำ

⁸⁰ Case Concerning Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), Judgment, I.C.J.Report(1997), pp. 55.

⁸¹ Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America and Iran), I.C.J.Report (1980), p. 3.

⁸² Corfu Channel, Merits, I.C.J.Report (1949), pp. 17-18 and 22-23.

⁸³ Ibid., p. 250.

⁸⁴ Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America and Iran), p. 3.

ความผิด โดยคดี Zafiro โดยผู้ระงับข้อพิพาทเห็นว่าเป็นหน้าที่ของรัฐผู้รับผิดชอบในการแสดงถึงความได้สัดส่วนของความเสียหายที่มีได้เกิดขึ้นจากการกระทำผิด⁸⁵ เมื่อปรากฏหลักฐานที่แสดงเด่นชัดว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นมาจากหลายสาเหตุ การเรียกร้องผลประโยชน์ที่ได้รับจากความเสียหายทั้งหมดจึงไม่สามารถทำได้

ทั้งนี้เรื่องการชดเชยความเสียหายหลักการที่สำคัญที่จะต้องคำนึงถึงคือการได้สัดส่วนกับความเสียหายที่ได้รับ แต่อย่างไรถึงจะเรียกได้ว่าได้สัดส่วนนั้นต้องพิจารณาร่วมกับรูปแบบของการชดเชยความเสียหายตามที่กล่าวมา ซึ่งจะแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับรูปแบบของการชดเชยความเสียหายและความเสียหายที่ได้รับ

วัตถุประสงค์ดังกล่าวของการใช้มาตรการตอบโต้ยังเป็นพันธกรณีของรัฐผู้กระทำผิดต้องปฏิบัติต่อรัฐผู้เสียหาย ซึ่งมาตรการตอบโต้เป็นการกระทำเพื่อให้รัฐผู้กระทำผิดปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีต่อรัฐผู้เสียหาย แต่มิใช่การกระทำเพื่อการลงโทษหรือแก้แค้น

2.3 รัฐผู้ใช้มาตรการตอบโต้

ด้วยเหตุวัตถุประสงค์ของการใช้มาตรการตอบโต้เป็นการใช้เพื่อยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเพื่อให้มีการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้น เมื่อการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้กระทำต่อรัฐใดรัฐหนึ่ง ผลของการกระทำย่อมเกิดกับรัฐผู้ได้รับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นอันดับแรก ความเสียหายเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นพร้อมกับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว รัฐผู้ถูกระทำจึงมีความเกี่ยวข้องโดยตรงทั้งจากการกระทำผิดและผลที่เกิดจากการกระทำผิด แต่ทั้งนี้รัฐอื่นๆ ที่ไม่ได้เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำผิดดังกล่าว ก็อาจมีผลที่ได้รับจากการกระทำผิดนั้น โดยผลนั้นก็คือความเสียหายที่มีลักษณะแตกต่างจากรัฐผู้ถูกระทำและได้รับความเสียหายโดยตรง ทำให้รัฐอื่นๆ อาจเข้ามาเกี่ยวข้องในการกระทำผิดดังกล่าวได้ ซึ่งในการใช้มาตรการตอบโต้ภายใต้ร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐก็คือรัฐ เนื่องจากองค์ภาวะอื่นๆ ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ เช่น องค์การระหว่างประเทศ หรือปัจเจกชน* ร่างข้อบทดังกล่าวมิได้ให้สิทธิไว้ ซึ่งภายใต้ร่างข้อบทในหมวดเกี่ยวกับเรื่องมาตรการตอบโต้ได้กำหนดให้รัฐที่ได้รับความ

⁸⁵ The "Zafiro", R.I.A.A., vol. VI(1925), pp. 164-165.

* ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ปัจเจกชนซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายภายในก็อาจมีฐานะเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้ โดยขึ้นอยู่กับว่ากฎเกณฑ์ในเรื่องนั้น ๆ มีเป้าหมายในการสร้างสิทธิและหน้าที่ให้แก่ปัจเจกชนหรือไม่ เช่น ในเรื่องสิทธิมนุษยชนในทางระหว่างประเทศมีเป้าหมายที่จะคุ้มครองตัวปัจเจกชน ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป จึงให้สิทธิแก่ปัจเจกชนนำเรื่องขึ้นสู่ศาลเองได้

เสียหาย(injured state) เป็นผู้ที่มีสิทธิใช้มาตรการตอบโต้ รวมทั้งให้สิทธิรัฐอื่นที่มีใช้รัฐที่ได้รับความเสียหาย(state other than injured state) สามารถดำเนินมาตรการตอบโต้ได้เช่นกัน

2.3.1 รัฐที่ได้รับความเสียหาย (injured state)

สำหรับรัฐที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐอื่น รัฐที่ได้รับความเสียหายย่อมสามารถที่จะเรียกร้องความรับผิดชอบของรัฐที่กระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมายปฏิบัติตามพันธกรณีในการยุติการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว รวมถึงถ้าสถานการณ์จำเป็นสามารถเรียกร้องให้รัฐที่กระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมายเสนอการรับรองและประกันอย่างเหมาะสมเพื่อมิให้การกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายนั้นเกิดขึ้นอีก และได้รับการชดเชยความเสียหาย (reparation) ไม่ว่าจะเป็นค่าเสียหาย หรือให้กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งต่อรัฐที่กระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมายอันก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการเยียวยาโดยการทำกลับคืนให้เหมือนเดิม (restitution) การทำให้พอใจ (satisfaction) และการชดเชยความเสียหายเป็นตัวเงิน (compensation) ตามหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐเกี่ยวกับความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการกระทำความผิดหรือฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ ซึ่งหากรัฐที่กระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมายไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวมานี้ รัฐที่ได้รับความเสียหาย (injured state) ก็สามารถใช้มาตรการตอบโต้เพื่อให้รัฐที่มีความรับผิดชอบดังกล่าวปฏิบัติตามพันธกรณีที่มีอยู่จากการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายได้

(ก) รัฐเฉพาะราย (individual state)

ในร่างข้อบทได้กำหนดให้รัฐที่ได้รับความเสียหายที่มีสิทธิเรียกร้องความรับผิดชอบจากรัฐที่ละเมิดพันธกรณีจะต้องเป็นรัฐที่ได้รับความเสียหายโดยตรงเฉพาะรัฐนั้น (individual state) ในเรื่องรัฐที่ได้รับความเสียหายโดยตรงนั้น ตามร่างข้อบทได้แบบอย่างมาจากหลักการว่าด้วยการฝ่าฝืนสนธิสัญญาตามมาตรา 60 แห่งอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา แม้ว่าขอบเขตและวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติทั้งสองแตกต่างกัน เนื่องจากในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐเป็นกรณีของการกระทำที่ฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ ซึ่งอาจเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีเนื่องมาจากสนธิสัญญา กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือพันธกรณีที่เกิดจากบ่อเกิดอื่นๆ ก็ได้ แต่ในอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาจะเป็นเรื่องการฝ่าฝืนสนธิสัญญา ซึ่งการฝ่าฝืนสนธิสัญญาดังกล่าวต้องเป็นการฝ่าฝืนสนธิสัญญาอย่างร้ายแรง (material breach) โดยยกเลิกหรือระงับใช้สนธิสัญญานั้น และในประเด็นการยกเลิกหรือระงับใช้สนธิสัญญานี้

หากเป็นหลักการว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐแล้ว การยกเลิกหรือระงับใช้สนธิสัญญาเกิดจากรัฐที่กระทำละเมิดหรือก่อความเสียหายไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีตามที่ตกลงไว้ในสนธิสัญญา รัฐที่ได้รับความเสียหายจากการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา จึงชอบที่จะดำเนินการยกเลิกหรือระงับการใช้สนธิสัญญาฉบับนั้นไว้จนกว่าจะมีการแก้ไขเยียวยาตามหลักการในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐแล้วเสร็จ

ตัวอย่างของกรณีการยกเลิกหรือระงับใช้สนธิสัญญาตามหลักการในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ ก็คือกรณีการให้บริการทางการบินระหว่างฝรั่งเศสและสหรัฐอเมริกา (Air Service Agreement Case) สืบเนื่องจากฝรั่งเศสไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาว่าด้วยการบินระหว่างสหรัฐอเมริกา กับฝรั่งเศส โดยฝรั่งเศสได้ใช้เครื่องบินที่มีขนาดเล็กกว่าที่ได้กำหนดเอาไว้ สหรัฐอเมริการจึงตอบโต้ด้วยการยุติการบินจากสหรัฐอเมริกาไปยังฝรั่งเศส ซึ่งเป็นการระงับใช้สนธิสัญญาดังกล่าว ส่วนการยกเลิกหรือระงับใช้สนธิสัญญาตามหลักการของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญาต้องเป็นการฝ่าฝืนต่อสนธิสัญญาอย่างร้ายแรงขัดต่อสาระสำคัญของสนธิสัญญาฉบับนั้น เป็นการแสดงออกโดยชัดแจ้งถึงเจตนาของคู่ภาคีแห่งสนธิสัญญาว่าไม่ต้องการที่จะปฏิบัติตามหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขที่ตกลงกันไว้ในสนธิสัญญาฉบับนั้น

แต่หากการฝ่าฝืนสาระสำคัญของสนธิสัญญานั้นเกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลหรือเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนแล้ว รัฐภาคีอื่นก็ไม่สามารถยกเลิกหรือระงับใช้สนธิสัญญาฉบับดังกล่าวได้ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาที่เกี่ยวกับการคุ้มครองแก่บุคคลหรือสิทธิมนุษยชนนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อบรรเทาและให้การช่วยเหลือรวมทั้งให้ความคุ้มครองแก่ตัวบุคคล หากรัฐภาคีอีกฝ่ายยกเลิกหรือระงับใช้สนธิสัญญาเช่นเดียวกันแล้วย่อมไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญานั้นได้ และจะยังเป็นข้อต่อสู้ของรัฐผู้ฝ่าฝืนพันธกรณีให้ไม่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีตามสนธิสัญญาด้วย

รัฐที่ได้รับความเสียหายเป็นรัฐผู้เสียหายตามความหมายดังกล่าวจึงเป็นสิทธิเฉพาะรัฐผู้เสียหายเท่านั้นที่จะเรียกร้องความรับผิดชอบของรัฐได้ จึงจำเป็นที่จะต้องมิพันธกรณีระหว่างรัฐตั้งแต่สองรัฐขึ้นไปโดยปกติเกิดจากสนธิสัญญาทวิภาคี* แต่พันธกรณีระหว่างประเทศยัง

* อนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา มาตรา 36 ซึ่งเป็นเรื่องกำหนดสิทธิสำหรับรัฐที่สาม

Article 36 of Vienna Convention on the Law of Treaties : Treaties providing for rights for third States

"1. A right arises for a third State from a provision of a treaty if the parties to the treaty intend the provision to accord that right either to the third State, or to a group of States to which it belongs, or to all States, and the third State assents thereto. Its assent shall be presumed so long as the contrary is not indicated, unless the treaty otherwise provides.

2. A State exercising a right in accordance with paragraph 1 shall comply with the conditions for its exercise provided for in the treaty or established in conformity with the treaty."

สามารถเกิดจากบ่อเกิดอื่น ๆ ได้อีกนอกจากสนธิสัญญาทวิภาคี เช่น เกิดจากการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐที่มีลักษณะเป็นคำมั่นต่อรัฐอื่น หรือเกิดจากสนธิสัญญาพหุภาคี เป็นต้น

การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐก่อให้เกิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ หากว่ารัฐนั้นได้ออกประกาศหรือแถลงการณ์โดยตั้งใจที่จะผูกพันกันตามข้อกำหนดในประกาศหรือแถลงการณ์ดังกล่าว ทั้งนี้การค้นหาเจตนาของรัฐว่าจะผูกพันตามข้อกำหนดในประกาศหรือแถลงการณ์ดังกล่าวหรือไม่ ต้องอาศัยการตีความจากตัวถ้อยคำที่ปรากฏอยู่ในประกาศหรือแถลงการณ์นั้น ๆ เช่น คดี Nuclear Tests⁸⁶ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วินิจฉัยว่าแถลงการณ์ต่าง ๆ ของผู้แทนของฝรั่งเศสในเรื่องการหยุดทำการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ มีเจตนาที่จะผูกพันตามข้อกำหนดในประกาศหรือแถลงการณ์นั้นจึงทำให้ฝรั่งเศสผูกพันตามแถลงการณ์ฉบับนั้น

กรณีของสนธิสัญญาพหุภาคี เมื่อรัฐใดรัฐหนึ่งเข้าเป็นภาคีในสนธิสัญญาก็ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา หากมีการฝ่าฝืนพันธกรณีในสนธิสัญญาพหุภาคีแล้ว รัฐอื่น ๆ ที่เป็นภาคีในสนธิสัญญาย่อมที่จะเป็นรัฐผู้เสียหาย แต่สนธิสัญญาพหุภาคีบางฉบับก็มีลักษณะพิเศษ กล่าวคือ แม้จะเป็นสนธิสัญญาพหุภาคีคือมีรัฐภาคีสมาชิกมากกว่าสองรัฐขึ้นไป แต่กลับมีลักษณะผูกพันระหว่างรัฐในลักษณะทวิภาคี ตัวอย่างเช่น อนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ซึ่งมีลักษณะเป็นสนธิสัญญาพหุภาคี คือเปิดกว้างให้ทุกรัฐที่ยินยอมปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาเข้าร่วมเป็นภาคีของสนธิสัญญาได้ แต่อนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูตยังมีลักษณะทวิภาคีระหว่างรัฐผู้ส่งและรัฐผู้รับในการกำหนดสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของรัฐผู้ส่งและรัฐผู้รับ หากเกิดการฝ่าฝืนความตกลงระหว่างรัฐผู้ส่งและรัฐผู้รับ เช่น การให้ความคุ้มครองของผู้แทนทางการทูตไม่ว่าจะเป็นสิ่งก่อสร้างคือสถานทูต หรือการคุ้มครองตัวบุคคลของคณะผู้แทนทางการทูต หากเกิดความเสียหายต่อคณะผู้แทนทางการทูตรัฐผู้รับก็ต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้น หากมิได้ใช้มาตรการที่เพียงพอในการป้องกันหรือยับยั้งไม่ให้ความเสียหายเกิดขึ้น ดังเช่น คดีการจับกุมนักการทูตของสหรัฐอเมริกา ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินให้อิหร่านมีความรับผิดชอบต่อสหรัฐอเมริกาในการชดเชยความเสียหายอันเกิดจากการไม่ใช้ความระมัดระวังของทางการอิหร่าน เป็นเหตุให้กลุ่มผู้ประท้วงบุกเข้าไปจับกุมตัวนักการทูตสหรัฐอเมริกาภายในสถานทูตได้ ดังนี้ แม้รัฐอื่นจะเป็นภาคีในอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูตด้วยก็ตาม แต่รัฐอื่น ๆ ก็มิได้เกิดความเสียหายอันเนื่องมาจากการละเมิดพันธกรณีของอิหร่านใด เนื่องจากความเสียหายเกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ของรัฐทั้งสองในลักษณะทวิภาคี

⁸⁶ Nuclear Test Case (Australia v. France : New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Report (1974).

ดังนั้นรัฐที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ
เท่านั้นที่ได้รับสิทธิในการตอบโต้หากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายยังไม่ยุติและมีได้รับการเยียวยา
แก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยพันธกรณีระหว่างประเทศที่ฝ่าฝืนนั้นไม่จำเป็นที่จะเกิดจาก
สนธิสัญญาทวิภาคีเพียงอย่างเดียว แต่อาจเกิดจากสนธิสัญญาพหุภาคี หรือการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ
รัฐได้อีกด้วย

(ข) รัฐที่เป็นสมาชิกในกลุ่มของรัฐ (group of state) หรือประชาคมระหว่างประเทศ
ทั้งหมด (international community as a whole)

นอกจากรัฐใดรัฐหนึ่งเฉพาะรายที่เป็นผู้เสียหายโดยตรงจากการฝ่าฝืน
พันธกรณีระหว่างประเทศแล้ว รัฐที่เป็นสมาชิกในกลุ่มของรัฐหรือประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดก็
เป็นผู้มีสิทธิเข้ามาตรวจการตอบโต้ในกรณีที่เป็นผู้เสียหายโดยตรงจากการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ
เช่นกัน ซึ่งกลุ่มของรัฐในกรณีนี้มิได้พิจารณาจากกรณีการมีอยู่ของกลุ่มของรัฐที่แสดงออกอย่างเด่นชัด
หรือสถานะทางกฎหมายของกลุ่มของรัฐ แต่กลุ่มของรัฐในกรณีดังกล่าวหมายถึงการรวมกลุ่มของรัฐใน
ระดับสากลหรือระดับภูมิภาค ซึ่งการเข้าร่วมนี้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์บางอย่างอันมีลักษณะเป็น
วัตถุประสงค์ร่วมกันของรัฐผู้เข้าร่วมกลุ่ม การละเมิดพันธกรณีในกรณีนี้จึงเป็นการละเมิดพันธกรณีต่อ
รัฐทุกรัฐในกลุ่ม ซึ่งเป็นพันธกรณีร่วมกัน (collective obligation) เป็นพันธกรณีระหว่างรัฐมากกว่าสอง
รัฐขึ้นไป และมีความเกี่ยวข้องกันไม่เฉพาะรัฐใดรัฐหนึ่ง แต่เกี่ยวข้องกับรัฐทุกรัฐที่เข้ามารวมกลุ่มใน
พันธกรณีนั้นๆ โดยแบ่งได้ 2 กรณี คือ เป็นกรณีละเมิดพันธกรณีที่มีผลกระทบเป็นพิเศษต่อรัฐ หรือเป็น
กรณีละเมิดพันธกรณีอันมีลักษณะเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานะอย่างร้ายแรงต่อรัฐ

กรณีฝ่าฝืนพันธกรณีที่มีผลกระทบเป็นพิเศษต่อรัฐ คำว่า “ผลกระทบเป็นพิเศษ”
(specially affected) ในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ มีที่มาจากมาตรา 60(2)(b) ของ
อนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยความรับผิดชอบของสนธิสัญญา ค.ศ.1969 อันเป็นกรณีที่เกิดการฝ่าฝืนสนธิสัญญา
พหุภาคีอย่างร้ายแรง รัฐภาคีที่ได้รับผลกระทบเป็นพิเศษจากการฝ่าฝืนสนธิสัญญาพหุภาคี สามารถ
ยกเหตุแห่งการฝ่าฝืนสนธิสัญญาที่เป็นผลกระทบเป็นพิเศษนั้น เพื่อระงับการใช้สนธิสัญญาใน
ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐภาคีที่ได้รับผลกระทบเป็นพิเศษต่อรัฐผู้ฝ่าฝืนสนธิสัญญาได้ โดยผลทาง
กฎหมายที่นำมาปรับในกรณีของการกระทำที่ไม่ชอบทางระหว่างประเทศโดยขยายการบังคับไปถึง
พันธกรณีของกลุ่มของรัฐหรือประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด ซึ่งต่างจากการกระทำที่ไม่ชอบต่อรัฐ
เดียว เช่น กรณีมลพิษในทะเลหลวง ผลกระทบที่เกิดจากมลพิษอาจเกิดกับรัฐเพียงรัฐเดียวหรือหลาย
รัฐที่ได้รับผลกระทบจากสารพิษ หรือผลกระทบต่อการทำประมงชายฝั่ง กรณีดังกล่าวจึงเป็น
ผลประโยชน์ร่วมกันของรัฐชายฝั่งในการดูแลรักษาสุขภาพของทะเลหลวง รัฐชายฝั่งทั้งหลายจึงเป็นรัฐ

ที่ได้รับ ความเสียหายจากการกระทำละเมิดนั้นโดยตรงที่จะสามารถเรียกร้องให้รัฐผู้กระทำละเมิดแก้ไขชดเชย หรือเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งการพิจารณาว่าการละเมิดพันธกรณีใดจะเกิดผลกระทบ เป็นพิเศษต่อรัฐนั้น ต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป โดยคำนึงถึงเป้าหมายและวัตถุประสงค์ของพันธกรณี ที่ถูกละเมิดรวมถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ซึ่งรัฐดังกล่าวต้องได้รับความเสียหายจากการละเมิดต่างจาก กรณีทั่วไปโดยคำนึงจากรัฐอื่นและพันธกรณีที่ถูกละเมิด

ส่วนกรณีฝ่าฝืนพันธกรณีอันมีลักษณะเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานะอย่าง ร้ายแรงต่อรัฐ การละเมิดพันธกรณีดังกล่าวมีลักษณะพิเศษก็คือเป็นการละเมิดพันธกรณีต่อรัฐอื่นด้วย ตัวของมันเอง (per se) และมีลักษณะร้ายแรงทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสถานะของรัฐภาคีทุก ฝ่ายในการปฏิบัติตามพันธกรณีนั้น โดยนำหลักการมาจากมาตรา 60(2)(c) ของอนุสัญญาเวียนนาว่า ด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ซึ่งมีหลักว่ารัฐภาคีอื่นที่มีฝ่ายที่ละเมิดสนธิสัญญาพหุภาคีมีสิทธิกล่าวอ้าง การฝ่าฝืนสนธิสัญญาอย่างร้ายแรงมาเป็นเหตุในการระงับใช้สนธิสัญญาดังกล่าว เนื่องจากการฝ่าฝืน บทบัญญัติของสนธิสัญญาอย่างร้ายแรงนั้นเป็นการทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสถานะของรัฐภาคีทุก ฝ่ายในการปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญานั้น เช่น สนธิสัญญาเกี่ยวกับการจำกัดอาวุธ สนธิสัญญาเขตปลอดนิวเคลียร์ หรือสนธิสัญญาอื่นๆ ที่การกระทำของรัฐภาคีจะมีผลต่อรัฐภาคีอื่น แต่ การกล่าวอ้างเพื่อระงับหรือยกเลิกการใช้สนธิสัญญาสามารถใช้กับรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายเท่านั้น ไม่รวมถึงรัฐภาคีอื่นๆ ที่เป็นภาคีในสนธิสัญญาแต่อย่างใด

ในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐนั้น รัฐอื่นที่ไม่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องใน พันธกรณีที่ถูกฝ่าฝืนก็ย่อมไม่เป็นรัฐผู้เสียหายโดยตรง แต่หากเป็นรัฐที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องด้วยแล้ว เช่น สนธิสัญญาแอนตาร์กติกา ห้ามรัฐภาคีใดอ้างสิทธิเหนือดินแดนในทวีปแอนตาร์กติกา หากมีรัฐภาคี ใดอ้างสิทธิเหนือดินแดนดังกล่าวก็เป็น การกระทบสิทธิของรัฐภาคีอื่นโดยตรง ทำให้รัฐภาคีอื่นทุก รัฐเป็นผู้เสียหายโดยตรงในการละเมิดพันธกรณีที่จะไม่อ้างสิทธิเหนือดินแดนดังกล่าว จึงอ้างสิทธิในการ ระงับหรือยกเลิกการอ้างสิทธิเหนือดินแดนดังกล่าวได้ และการละเมิดพันธกรณีที่มีลักษณะเป็นการ เปลี่ยนแปลงสถานะอย่างร้ายแรงต่อรัฐใช้บังคับได้กับทุกกรณีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่า พันธกรณีดังกล่าวจะมีป้อมเกิดมาจากสนธิสัญญาหรือไม่ก็ตาม⁸⁷

ไม่เฉพาะแต่รัฐเฉพาะรายเท่านั้นที่จะใช้มาตรการตอบโต้เพื่อให้รัฐผู้ก่อให้เกิด ความเสียหายรับผิดชอบต่อการกระทำละเมิด หากรัฐซึ่งอยู่ในกลุ่มของรัฐหรือประชาคมระหว่าง ประเทศทั้งหมดได้รับความเสียหายโดยตรงจากการละเมิดพันธกรณีอันเกิดจากกลุ่มของรัฐหรือ ประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดมีสิทธิเรียกร้องต่อรัฐที่กระทำละเมิดให้รับผิดชอบและแก้ไขเยียวยา ต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น หากไม่ได้รับการแก้ไขเยียวยาแล้ว รัฐดังกล่าวก็ชอบที่จะใช้มาตรการตอบโต้

⁸⁷ James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries, p. 260.

เพื่อยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวและได้รับการแก้ไขเยียวยาจากความเสียหายที่เกิดขึ้น

2.3.2 รัฐอื่นที่มีรัฐที่ได้รับความเสียหาย (states other than injured state)

การใช้มาตรการตอบโต้เป็นการกระทำเพื่อบังคับการให้รัฐผู้รับผิดชอบ (responsible state) ปฏิบัติตามพันธกรณีเมื่อมีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้น พันธกรณีดังกล่าวถึงนี้ก็คือ การยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายรวมถึงถ้าสถานการณ์นั้นจำเป็นต้องให้มีการรับรองและประกันเพื่อมิให้การกระทำนั้นเกิดขึ้นอีก และชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้น อันเป็นการคุ้มครองประโยชน์ที่สูญเสียไปจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งโดยหลักแล้ว รัฐที่มีสิทธิใช้มาตรการตอบโต้การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายควรเป็นรัฐที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิด เนื่องจากเป็นรัฐที่ได้รับผลจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและได้รับความเสียหายการกระทำดังกล่าว รวมทั้งสามารถเป็นผู้ประเมินความเสียหายที่ได้รับเพื่อให้มีการชดเชยความเสียหายได้ รัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายจึงไม่ควรใช้มาตรการตอบโต้ได้ แต่ในบางกรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นมิได้เกิดขึ้นกับรัฐใด โดยเฉพาะเจาะจงหรือไม่มีตัวรัฐที่ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐจึงได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้มาตรการที่กระทำโดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหาย (measures taken by state other than an injured state) ซึ่งโดยหลักการแล้วถือได้ว่าเป็นข้อยกเว้นจากหลักการทั่วไปที่รัฐที่ได้รับความเสียหายโดยตรง (directly injured state) เท่านั้นที่มีสิทธิใช้มาตรการตอบโต้ แต่การใช้มาตรการตอบโต้ดังกล่าวโดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายโดยตรงนั้น มีแนวคิดเกิดขึ้นภายหลังจากการแบ่งแยกประเภทของผลประโยชน์ของรัฐ แม้จะเริ่มมีแนวคิดตั้งแต่ช่วงกลางศตวรรษที่ 20 ก็แต่ยังไม่เด่นชัดเท่ากับแนวความคิดของรัฐผู้เสียหาย

2.4 แนวความคิดและแนวทางการปฏิบัติในการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหาย

2.4.1 แนวความคิดทางทฤษฎีของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายก่อนการยอมรับร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ

ตามทีกล่าวมาแล้วข้างต้นว่ามาตรการตอบโต้เป็นมาตรการช่วยเหลือตนเองอันเป็นกรณีที่รัฐที่เสียหายจากการฝ่าฝืนพันธกรณีในการรับผิดชอบของรัฐผู้กระทำผิด โดยรัฐผู้เสียหายเป็นผู้ที่ดำเนินมาตรการด้วยตนเองต่อรัฐที่ฝ่าฝืนพันธกรณีดังกล่าว เพื่อให้รัฐที่ฝ่าฝืนพันธกรณีในการรับผิดชอบ

ดำเนินการยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งเรียกได้ว่า “มาตรการตอบโต้โดยรัฐผู้เสียหาย” ที่ได้รับการยอมรับเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศไปแล้ว

อย่างไรก็ตามแนวคิดเกี่ยวกับการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายก็ได้มีมานานแล้ว ตั้งแต่ยุคของ Grotius ซึ่งมองว่าการกระทำผิดไม่ได้กระทบโดยตรงเฉพาะแต่บุคคล ผู้ถูกกระทำเท่านั้น แต่การกระทำผิดดังกล่าวเป็นการละเมิดกฎหมายธรรมชาติ (law of nature) ที่เกี่ยวข้องกับบุคคล การตอบโต้ต่อความผิดดังกล่าว จึงมีเพียงแต่เป็นเรื่องเฉพาะของคนใดคนหนึ่ง แต่เป็นเรื่องของบุคคลทุกคนทั้งหมดด้วย⁸⁸

สำหรับ Vattel ได้มองว่ากฎหมายธรรมชาติของสมาคมแห่งชาติ (law of the nature society of nations) เป็นสิ่งที่สำคัญต่อความสงบสุขของรัฐและบุคคลทุกคน ทุกชาติจึงมีสิทธิโดยสมบูรณ์ (perfect right)⁸⁹ ในการที่จะดำรงรักษาไว้ซึ่งความสงบสุขนั้น ฉะนั้นทุกชาติจึงสามารถใช้กำลังในการยุติการกระทำผิดที่มีผลกระทบต่อกฎหมายของสังคม ทั้งแนวคิดของ Grotius และ Vattel นี้เป็นแนวคิดที่สามารถอาจสนับสนุนการให้อำนาจแก่รัฐอื่นๆ ที่มีรัฐผู้เสียหายโดยตรงในการกระทำการเพื่อตอบโต้ต่อรัฐที่กระทำผิดในลักษณะที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคมโดยรวม

ต่อมาได้มีแนวคิดที่ว่า การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายนี้เป็นการแทรกแซง (intervene) ความสัมพันธ์ของการกระทำระหว่างรัฐผู้กระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศกับรัฐที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าว แต่ฝ่ายที่เห็นด้วยกับการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายให้เหตุผลว่าการตอบโต้ของรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายนี้เป็นการกระทำเพื่อที่จะแก้ไขการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับในระดับสากล ฉะนั้นหากมองว่าการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายเป็นการแทรกแซง จึงเท่ากับเป็นการจำกัดขอบเขตของรัฐอื่นๆ ที่มีรัฐผู้เสียหายในการใช้มาตรการตอบโต้ต่อการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายด้วย และฝ่ายที่คัดค้านการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายยังได้อ้างเหตุผลในการสนับสนุนแนวคิดของการจำกัดการใช้มาตรการตอบโต้เฉพาะแต่รัฐผู้เสียหายเท่านั้น เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศไม่มีหลักการที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหาย และแนวคำพิพากษาของศาลก็ยังไม่ปรากฏ จึงควรจำกัดขอบเขตของการใช้มาตรการตอบโต้เฉพาะแต่รัฐที่ได้รับความเสียหายเท่านั้น โดยไม่รวมถึงรัฐอื่นๆ ที่มีรัฐผู้เสียหายที่สามารถใช้มาตรการตอบโต้ได้

⁸⁸ พรพนสิทธิ์ จอมศรี, “มาตรการตอบโต้ของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ : วิเคราะห์บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 67.

⁸⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 67,

ในศตวรรษที่ 20 แนวความคิดทางทฤษฎีสะท้อนถึงการยอมรับสิทธิของรัฐที่ไม่ใช่ผู้เสียหายโดยตรงให้ใช้มาตรการตอบโต้มีความชัดเจนขึ้น

ในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 มีนักเขียนจำนวนไม่น้อยที่สนับสนุนแนวคิดของรัฐที่สาม W.E Hall ได้กล่าวใน A Treatise on International Law ในปี 1924 ว่าเมื่อมีรัฐหนึ่งละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงในเรื่องที่สำคัญ เป็นอำนาจของรัฐใดๆ หรือองค์การของรัฐในการที่จะยุติหรือลงโทษรัฐที่ทำความผิดไม่ว่าจะใช้มาตรการใดๆ ตามที่เห็นเหมาะสมกับกรณีนั้นๆ รัฐทุก ๆ รัฐมีสิทธิดังกล่าว หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ลึกลงสุดลงแม้องค์การสหประชาชาติเกิดขึ้นที่มีบทบาทสำคัญในเรื่องธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศก็ตาม นักทฤษฎีกฎหมายระหว่างประเทศจำนวนมากก็ยังคงสนับสนุนความเป็นไปได้ของหลักการนี้ ศาสตราจารย์ Akehurst ได้เคยสนับสนุนว่าการละเมิดหลักการห้ามใช้กำลังก่อให้เกิดสิทธิแก่รัฐที่สามในการที่จะเลือกใช้มาตรการตอบโต้ได้⁹⁰ นักกฎหมายอีกจำนวนมากได้สนับสนุนการตอบโต้ของรัฐที่สามในกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง เช่น ศาสตราจารย์ Cassese⁹¹ และศาสตราจารย์ Abi-Saab⁹² นอกจากนี้ศาสตราจารย์ Zoller⁹³ ได้กล่าวว่าในกรณีที่มีการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีความสำคัญขั้นมูลฐานไม่มีบทบัญญัติใดในกฎบัตรสหประชาชาติที่ระบุไว้ว่ารัฐที่สามจะปราศจากความสามารถทางกฎหมายในการใช้มาตรการตอบโต้โดยอยู่บนพื้นฐานของหลักการที่ว่าความสามารถดังกล่าวนั้นได้ถูกโอนไปยังประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด

อย่างไรก็ตามยังมีนักกฎหมายจำนวนหนึ่งที่มีความเห็นในเชิงลบกับแนวทางดังกล่าวนี้ ดังเห็นได้จากแนวความคิดของศาสตราจารย์ Prosper Weil และศาสตราจารย์ Marek เป็นต้น

การโต้แย้งของทั้ง 2 ฝ่ายเป็นการสะท้อนแนวคิดของแต่ละฝ่ายที่ยืนอยู่บนทฤษฎีทางกฎหมายต่างกัน ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยโดยอ้างว่าเป็นการแทรกแซงความสัมพันธ์ของการกระทำระหว่างรัฐ ผู้กระทำการที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศกับรัฐที่ได้รับความเสียหาย เห็นได้ว่าฝ่ายนี้ยึดหลักอธิปไตยของแต่ละรัฐ กล่าวคือรัฐแต่ละรัฐมีสิทธิที่จะดำเนินการอย่างไรก็ได้โดยไม่เข้าไปเกี่ยวข้อง

⁹⁰ Michael Akehurst, "Reprisals by third states", *British Year Book of International Law*, 44(1970): p.15.

⁹¹ Antonio Cassese, remarks on the present legal regulation of crime of states, *Le droit international a l'heure de sa codification, Etudes en l'honneur de R.Ago*, Vol.3, (Milano: Eiuuffre, 1987), pp.49-64.

⁹² George Abi-Saab, "The concept of International Crimes and its place in contemporary international law," in *international crime of state*, Cassese and Spinedi(eds), (Florence), pp.149-190

⁹³ Elizabeth Zoller, *Peacetime Unilateral Remedies: An Analysis of Countermeasures*(Dobbs Ferry, New York : Transnational Publishers, 1984), p. 115.

หรือกระทบสิทธิของรัฐอื่น ส่วนที่เห็นด้วยโดยอ้างเหตุผลเพื่อที่จะแก้ไขการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับในระดับสากล เป็นการคำนึงถึงสภาพสังคมโดยรวมที่ไม่ได้มองว่ารัฐแต่ละรัฐอยู่แยกกันโดยมีความสัมพันธ์อย่างเด็ดขาด โดยยอมรับกันว่ารัฐทั้งหลายมีการยอมรับกฎเกณฑ์บางอย่างมาใช้ร่วมกัน ดังนั้นทัศนคติทางทฤษฎีในเรื่องความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐจึงมุ่งมาให้น้ำหนักกับการรับรองสิทธิของรัฐที่ไม่ได้รับความเสียหายโดยตรงในการที่จะตอบโต้รัฐที่ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง

นอกจากนี้ยังมีประเด็นคาบเกี่ยวกับการใช้อำนาจขององค์การสหประชาชาติตามหมวดที่ 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติ กล่าวคือ แม้คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติมีอำนาจออกมติที่มีผลบังคับโดยกำหนดมาตรการให้รัฐสมาชิกดำเนินการต่อรัฐที่ละเมิดด้วยมาตรการที่ไม่ใช้กำลังทางอาวุธตามข้อ 41⁹⁴ ในกรณีที่มีเรื่องเกี่ยวกับการคุกคามต่อสันติภาพ การละเมิดสันติภาพ และการกระทำการรุกราน ซึ่งเป็นพฤติกรรมที่ประชาคมระหว่างประเทศถือว่าเป็นการกระทำที่กระทบต่อระบบความมั่นคงร่วมกัน (collective security) ของประชาคมระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายนี้มีฐานทางกฎหมายที่แตกต่างออกไปจากการใช้มาตรการตามหมวด 7⁹⁵ มาตรการทั้งสองมาตรการดังกล่าวจึงแยกออกจากกันอย่างเด็ดขาด ไม่เกิดความซ้ำซ้อนกันในฐานของการบังคับใช้กฎหมาย

ดังนั้น ในความสัมพันธ์ของมาตรการทั้งสองประเภทนี้ รัฐต่างๆ สามารถดำเนินการดำเนินมาตรการทั้งสองกรณีร่วมกัน โดยพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการดำเนินการตามหมวด 7 และการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหาย ทำให้พบว่าการดำเนินการตามหมวด 7 เป็นการดำเนินการเพื่อวัตถุประสงค์ของการธำรงรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ขณะที่การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายเป็นการกระทำเพื่อยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และขจัดให้ความเสียหายที่เกิดขึ้น เห็นได้ว่าการกระทำทั้งสองมีวัตถุประสงค์แตกต่างกันเพราะการดำเนินการตามหมวด 7 นี้เป็นมาตรการบังคับในนามขององค์การสหประชาชาติเพื่อการกระทำเพื่อรักษาสันติภาพและความมั่นคงโดยมีวัตถุประสงค์ให้รัฐทั้งหลายดำเนินการบีบบังคับให้การกระทำอันเป็นการคุกคามต่อสันติภาพและการละเมิดต่อสันติภาพยุติลง มติดังกล่าวไม่ตัดสิทธิรัฐที่จะใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายเพื่อวัตถุประสงค์ในการขจัดให้ความเสียหายควบคู่กันไป

⁹⁴ อาคม ชนิตวัธน, “การบังคับทางเศรษฐกิจในกรอบของสหประชาชาติ : ศึกษากรณีสงครามอิรัก-คูเวต,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), หน้า 86 - 87.

⁹⁵ James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries, p. 302.

เพื่อให้รัฐที่ละเมิดต้องชดใช้ความเสียหายตามระบบกฎหมายในเรื่องความรับผิดของรัฐ⁹⁶ การใช้มาตรการทั้งสองผู้เขียนจึงมองว่าควรใช้เคียงคู่กันโดยเป็นมาตรการเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากที่ปรากฏอยู่ในมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้ เช่นตัวอย่างของกรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงมีมติที่ 569/1985 ให้รัฐสมาชิกตัดความสัมพันธ์ด้านต่างๆกับแอฟริกาใต้เพื่อลงโทษกรณีที่ใช้ระบบการปกครองแบบเหยียดผิว แต่สหรัฐอเมริกาได้ออก Anti-Apartheid Act เพื่อตัดสิทธิการลงจอดของสายการบินของแอฟริกาใต้ในดินแดนของสหรัฐอเมริกาที่มีผลเป็นการละเมิด US – South African Aviation Agreement 1974 ด้วยเหตุผลเพื่อเป็นการบีบบังคับให้รัฐบาลดำเนินมาตรการไปสู่การปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ไม่มีการกดขี่เชื้อชาติ⁹⁷

2.4.2 การยอมรับมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายภายใต้ร่างบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ

ทางปฏิบัติของรัฐที่กล่าวมาในหัวข้อข้างต้นเห็นได้ว่ามาตรการที่รัฐต่าง ๆ ใช้เป็นมาตรการที่ไม่ใช่กำลัง โดยเป็นการตอบโต้ในรูปแบบของมาตรการทางเศรษฐกิจ (economic measure) หรือมาตรการอื่นเช่นว่า การระงับความสัมพันธ์ทางเดินอากาศ (breaking) หรือระงับการติดต่อสัมพันธ์กันในรูปแบบต่าง ๆ

แนวความคิดของมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายได้ปรากฏเข้ามาในการศึกษาของการร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ตั้งแต่ปี ค.ศ.1970 ช่วงศาสตราจารย์ Ago ยังเป็นผู้รายงานพิเศษ ซึ่งเป็นการอภิปรายเรื่องของอาชญากรรมระหว่างประเทศ อันเป็นเรื่องของผลประโยชน์ทั่วไป (general interest) ของรัฐทุกรัฐ⁹⁸ ซึ่งได้รับอิทธิพลของแนวคิดมาจากการอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 ในเรื่องหลักกฎหมายเด็ดขาดของกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป (peremptory norms of general international law) และจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Barcelona Tranchion ที่ยืนยันถึงพันธกรณีที่ใช้บังคับกับรัฐได้ทั่วไป (erga omnes)

⁹⁶ Pierre-Marie Dupuy, "International Control and State Responsibility", in *Völkerrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Realität*. Festschrift für Karl Zemanek zum 65. Geburtstag. (Ginther, Hafher, Lang, Neuhold and Sucharipa-Behrmann eds), 1994, pp. 307-318.

⁹⁷ James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, p. 303.

⁹⁸ Denis Alland, "Countermeasures of General Interest," *European Journal of International Law* 3 (2002): p.1227.

จึงมีการพัฒนาแนวความคิดเกี่ยวกับมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหาย เพื่อนำมาบัญญัติอยู่ในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐตั้งแต่ช่วงเวลาดังกล่าวเป็นต้นมา ประกอบกับสังคมนระหว่างประเทศนับตั้งแต่ช่วงเวลาดังกล่าวก็มีรัฐได้ใช้มาตรการต่างๆ แม้จะไม่ใช่คำว่า “มาตรการตอบโต้” (countermeasure) แต่มาตรการดังกล่าวรัฐผู้กระทำการอ้างสิทธิในการใช้ มาตรการเพื่อผลประโยชน์ทั่วไปมิใช่ผลประโยชน์ของรัฐผู้กระทำการเอง

การนำเอาเรื่องมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายมาบรรจุในร่างข้อบทว่า ด้วยความรับผิดชอบของรัฐ เริ่มมาจากการคำนึงถึงผลประโยชน์โดยทั่วไปของส่วนรวม (general interest , common interest) หรือนัยหนึ่งก็คือประชาคมระหว่างประเทศ ซึ่งมีผลประโยชน์ส่วนตัว ของแต่ละรัฐ (individual interest) และยอมรับว่าผลประโยชน์ดังกล่าวรัฐทุกรัฐมีพันธกรณีที่จะปกป้อง ผลประโยชน์นั้น ซึ่งเป็นพันธกรณีที่ใช้บังคับกับรัฐได้ทั่วไป (erga omnes)⁹⁹ โดยศาสตราจารย์ Ago เป็นผู้เริ่มนำเอาแนวคิดดังกล่าวเข้ามาในการศึกษาเรื่องความรับผิดชอบของรัฐและได้เสนอให้บัญญัติไว้ใน ร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ¹⁰⁰ โดยแบ่งประเภทของการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ ออกเป็น อาชญากรรมระหว่างประเทศ (international crimes) และความผิดระหว่างประเทศ (international delicts)

การแบ่งประเภทการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่า แนวคิดของกฎหมายภายในได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศอยู่เนานเป็นเวลหลายร้อยปี ทั้ง ๆ ที่แนวคิดของกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในนั้นมีความแตกต่างกัน เนื่องจากใน เรื่องของความผิดทางอาญานั้นในสังคมนระหว่างประเทศไม่มีองค์กรศูนย์กลางที่มีอำนาจเหนือรัฐใน การบังคับการที่จะดำเนินการให้รัฐได้รับการลงโทษ ขณะที่ความผิดทางแพ่งนั้นมองถึงการชดใช้ความ เสียหายเป็นตัวเงินอันเป็นลักษณะธรรมชาติของการชดใช้ความเสียหาย แต่ในขณะเดียวกันก็ปฏิเสธ ไม่ได้ว่าการชดใช้ความเสียหายที่เป็นการชดใช้ความเสียหายเป็นตัวเงินก็เป็นส่วนหนึ่งของการลงโทษ ด้วยเช่นกัน การรับเอาแนวคิดของกฎหมายภายในทั้งทางแพ่งและอาญาจึงทำให้เกิดความสับสนใน เรื่องของความรับผิดชอบของรัฐในช่วงนี้ รวมถึงมุมมองในส่วนกฎเกณฑ์ของหลักกฎหมายระหว่าง ประเทศทั่วไปได้บรรยายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐในระบบความรับผิดชอบเชิงเดี่ยว (single regime of responsibility) กล่าวคือมองในภาพรวมว่าเป็นเพียงความรับผิดชอบอันเกิดจากการกระทำ ที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของรัฐ แต่มิได้มองไปถึงพันธกรณีที่ถูกฝ่าฝืนจากการกระทำที่มี ขอบด้วยกฎหมายดังกล่าวว่าเป็นพันธกรณีชนิดใด ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 จึงมีการแบ่งแยก มุมมองของความรับผิดชอบของรัฐออกเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศและความผิดระหว่างประเทศ

⁹⁹ Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, I.C.J. Report 1970.

¹⁰⁰ Yearbook of The International Law Commission 1976 , vol. II (1) , p.54, para. 155

อาชญากรรมระหว่างประเทศในร่างแรกของร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ (first reading) ได้กำหนดเอาไว้ เป็นการจำกัดความของลักษณะอาชญากรรมระหว่างประเทศว่ามีลักษณะอย่างไร แต่ก็ยังเป็นเพียงการบ่งบอกลักษณะการกระทำอย่างกว้างเท่านั้น ซึ่งเป็นการให้อธิบายคำจำกัดความในลักษณะเดียวกันกับคำจำกัดความของหลักกฎหมายเด็ตชาดของหลักกฎหมายทั่วไป ในมาตรา 53 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาที่แม้จะได้บ่งบอกลักษณะอย่างกว้าง ๆ เอาไว้แต่ก็ได้รับการยอมรับนำไปบังคับใช้อย่างแพร่หลาย

การที่ร่างแรกของร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐคำจำกัดความของอาชญากรรมระหว่างประเทศด้วยถ้อยคำดังกล่าว จึงมิได้แสดงถึงลักษณะพฤติการณ์ของการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายอันมีลักษณะเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างชัดแจ้ง มาตรา 19(3) จึงได้แสดงถึงลักษณะการกระทำที่อาจถือเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ ซึ่งมีกรณิดังต่อไปนี้¹⁰¹

1. การฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีความสำคัญต่อการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ (maintenance of international peace and security) เช่น การห้ามรุกราน (aggression)

2. การฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีความสำคัญต่อการปกป้องสิทธิในการกำหนดเจตจำนงในการปกครองตนเองของประชาชน (safeguard of the right of self-determination)

¹⁰¹ Draft Article 19 (first reading : 1996) : International crimes and international delicts

“2. An internationally wrongful act which results from the breach by a State of an international obligation so essential for the protection of fundamental interests of the international community that its breach is recognized as a crime by that community as a whole constitutes an international crime.

3. Subject to paragraph 2, and on the basis of the rule of international law in force, an international crime may result, *inter alia*, from:

- (a) a serious breach of an international obligation of essential importance for the maintenance of international peace and security, such as that prohibiting aggression;
- (b) a serious breach of an international obligation of essential importance for safeguarding the right of self-determination of peoples, such as that prohibiting the establishment or maintenance by force of colonial domination;
- (c) a serious breach on a widespread scale of an international obligation of essential importance for safeguarding the human being, such as those prohibiting slavery, genocide and apartheid;
- (d) a serious breach of an international obligation of essential importance for the safeguarding and preservation of the human environment, such as those prohibiting massive pollution of the atmosphere or of the seas.”

of people) เช่น การห้ามครอบครองอาณานิคมโดยใช้กำลังต่อคนพื้นเมืองในการใช้สิทธิปกครองตนเอง

3. การฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีความสำคัญต่อการปกป้องความเป็นมนุษย์ (safeguard of human being) เช่น การห้ามนำมนุษย์เป็นทาส (slavery) การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) หรือการแบ่งแยกชนชาติ (apartheid)

4. การฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีความสำคัญต่อการปกป้องและรักษา สภาพแวดล้อมของมนุษย์ (human environment) เช่น การห้ามก่อให้เกิดมลภาวะอย่างมากต่อชั้นบรรยากาศหรือท้องทะเล (massive pollution of the atmosphere or the sea)

การบัญญัติไว้ในกรณีดังกล่าวเกิดความสับสนไม่ชัดเจน เนื่องจากมิได้ให้คำจำกัดความของอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างแท้จริงว่าการกระทำใดเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ โดยในมาตราดังกล่าวใช้ถ้อยคำ “อาชญากรรมระหว่างประเทศอาจเกิดขึ้นได้จาก....” (an international crime may result, *inter alia*, from...) แสดงว่ายังมีกรณีอื่นๆ อีกที่อาจเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศอยู่ และการอธิบายคำจำกัดความเช่นนี้ทำให้เป็นการจำกัดความของการกระทำในลักษณะสิ่งที่ใช้เป็นกฎเกณฑ์ลำดับแรก (primary rules) ทั้งๆ ที่เรื่องความรับผิดชอบของรัฐนี้จะใช้ในลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ลำดับรอง (secondary rules) ในกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ในอีกแง่หนึ่งการบัญญัติด้วยถ้อยคำดังกล่าวก็เป็นการเปิดโอกาสในการพิจารณาด้วยว่าการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายในปัจจุบันที่ยังมิได้เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ แต่อาจยอมรับอาชญากรรมดังกล่าวเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศในวันข้างหน้า¹⁰²

การกระทำที่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับในมาตรา 19 ของร่างแรกของร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐก็คือการกระทำอันเป็นการรุกราน การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การปกครองอันเป็นอาณานิคม การค้าทาส และการฝ่าฝืนพันธกรณีที่มีความสำคัญต่อประชาชน เช่น สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง หรือเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม¹⁰³ ทั้งๆ ที่บางพันธกรณีดังกล่าวมิได้มีการกระทำผิดในเชิงอาญาแต่อย่างใด ส่วนการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศอื่นๆ ที่มีใช้อาชญากรรมระหว่างประเทศ ในร่างแรกของร่างข้อบ่งชี้ที่กำหนดให้เป็นความผิดระหว่างประเทศ¹⁰⁴

¹⁰² Yearbook of The International Law Commission 1976 , vol. II (2) , p.120, para. 64

¹⁰³ Eric Wylier, “From ‘State Crime’ to Responsibility for ‘Serious Breach of Obligations under Peremptory Norms of General International Law’,” *European Journal of International Law* 13 (2002) : p. 1154.

¹⁰⁴ Draft Article 19 (first reading : 1996) : International crimes and international delicts

ความสำคัญของการพิจารณาถึงการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศในร่างแรกของร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ก็คือการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ ซึ่งจะมีผลให้รัฐทุกรัฐเป็นผู้เสียหาย¹⁰⁵ เป็นการยืนยันถึงการยอมรับว่าความเสียหายในความหมายดั้งเดิมที่จะทำให้รัฐเป็นผู้เสียหายนั้นได้ถูกแปรเปลี่ยนไปแล้ว

อย่างไรก็ตามจากการศึกษาของ Crawford ซึ่งเป็นผู้รายงานพิเศษคนสุดท้ายและการอภิปรายในที่ประชุมคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงการรับฟังความคิดเห็นจากรัฐต่าง ๆ พบว่าการนำเรื่องอาชญากรรมระหว่างประเทศมาใช้ในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ นอกจากจะทำให้เกิดความสับสนแล้ว ยังจะทำให้ระบบเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดชอบของรัฐถูกทำลายอีกด้วย ปัญหาที่เห็นได้ชัดจนหากเอาอาชญากรรมระหว่างประเทศมาปนกับเรื่องความรับผิดชอบของรัฐก็คือหากรัฐกระทำการที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ และการกระทำนั้นถือเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศแล้ว นอกจากรัฐดังกล่าวจะมีความรับผิดชอบในทางแพ่งอันเป็นพื้นฐานทางความคิดของกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบของรัฐแล้ว ยังต้องนำตัวบุคคลที่เป็นผู้กระทำการผ่านรัฐดังกล่าวมาลงโทษตามหลักเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาด้วย สำหรับอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เป็นเรื่องของหลักกฎหมายเด็ดขาด เช่น พันธกรณีเกี่ยวกับการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ (maintenance of international peace and security) อันเกี่ยวกับการรุกราน สิทธิในการแสดงเจตจำนงของประชาชนในการปกครองตนเอง (self-determination) เป็นต้น ก็คงไม่มีปัญหาแต่อย่างไร เนื่องจากได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาดแล้ว แต่หากเป็นเรื่องเกี่ยวกับการปกป้องและการรักษาสันติภาพของมนุษยชาติ (safeguarding and preservation) ซึ่งยังไม่ถูกยอมรับไว้ว่าเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาด อีกทั้งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศก็ได้กำหนดให้ความผิดดังกล่าวเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ

ขอเสนอเห็นว่าร่างแรกในร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐเกี่ยวกับเรื่องของอาชญากรรมระหว่างประเทศควรถูกตัดออกไป¹⁰⁶ เนื่องจากในมุมมองของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของรัฐต้องการองค์กรกลางผู้มีอำนาจในการตัดสินพฤติกรรมของรัฐที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายการกระทำในเรื่องของอาชญากรรมระหว่างประเทศจึงควรอยู่ในโครงสร้างของหมวด 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติ ยิ่งไปกว่านั้นแนวคิดเรื่องอาชญากรรมระหว่างประเทศยังใช้เป็นข้ออ้างในการแก้ตัว

“4. Any internationally wrongful act which is not an international crime in accordance with paragraph 2 constitutes an international delict.”

¹⁰⁵ Draft Article 40 (first reading : 1996) : Meaning of injured State

“3.In addition, “injured State” means, if the internationally wrongful act constitutes an international crime, all other States.”

¹⁰⁶ A/CN.4/488 ความเห็นในมาตรา 19 ของข้อเสนอดังกล่าว และ A/CN.4/515

สำหรับการใช้มาตรการตอบโต้รวมถึงการลงโทษที่มีลักษณะไม่ได้สัดส่วนกับการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนเล็กน้อย ขณะเดียวกันตัวแทนของอีกหลายรัฐแสดงท่าทีให้เห็นว่าไม่มีพื้นฐานของแนวคิดอาชญากรรมระหว่างประเทศในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ¹⁰⁷ ซึ่งจารีตประเพณีระหว่างประเทศไม่ยอมรับแนวคิดทางอาญามาปรับใช้ในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ รวมถึงผลที่เกิดขึ้นเมื่อเป็นการกระทำที่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ระบุไว้ในมาตรา 52 และมาตรา 53 ของร่างแรกของร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ¹⁰⁸ มิได้มีลักษณะเป็นการลงโทษทางอาญาอย่างที่รับรู้กันในกฎหมายภายใน เป็นการเสี่ยงที่จะนำเรื่องนี้มากำหนดไว้ในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ

นอกจากนี้ใช้ถ้อยคำว่า “อาชญากรรม” เป็นการใช้อ้อยคำในรูปแบบของหลักกฎหมายอาญา อันแตกต่างจากเรื่องความรับผิดชอบของรัฐซึ่งมีแนวคิดพื้นฐานจากหลักกฎหมายแพ่ง อีกทั้งการกำหนดเรื่องอาชญากรรมระหว่างประเทศไว้ในร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในลักษณะที่คล้ายกับการกำหนดกฎเกณฑ์ลำดับแรก (primary rules) ในการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศ ทั่วๆ ที่ร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐเป็นเรื่องของกฎเกณฑ์ลำดับรอง (secondary rules) และแนวทางการลงโทษทางอาญาสำหรับรัฐผู้ฝ่าฝืนแบบแผนที่เป็นพื้นฐานของประชาคมระหว่างประเทศยังไม่ได้มีการพัฒนาแต่อย่างใด เช่น การลงโทษโดยการให้ค่าเสียหายในเชิงของการลงโทษนั้นไม่ได้รับการยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศ แม้จะเป็นการ

¹⁰⁷ A/CN.4/488 ความเห็นในมาตรา 19 ของสหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักร

¹⁰⁸ Draft Article 52 (first reading : 1996) : Specific consequences

“Where an internationally wrongful act of a State is an international crime:

(a) an injured State's entitlement to obtain restitution in kind is not subject to the limitations set out in subparagraphs (c) and (d) of article 43;

(b) an injured State's entitlement to obtain satisfaction is not subject to the restriction in paragraph 3 of article 45.”

Draft Article 53 (first reading : 1996) : Obligations for all States

“An international crime committed by a State entails an obligation for every other State:

(a) not to recognize as lawful the situation created by the crime;

(b) not to render aid or assistance to the State which has committed the crime in maintaining the situation so created;

(c) to cooperate with other States in carrying out the obligations under subparagraphs (a) and (b); and

(d) to cooperate with other States in the application of measures designed to eliminate the consequences of the crime.”

ฝ่าฝืนพันธกรณีอย่างร้ายแรงภายใต้หลักกฎหมายเด็ดขาดก็ตาม ทั้งนี้หน้าที่ของการชดใช้ค่าเสียหายตามร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐนั้นเป็นการชดใช้ที่มีความจำเป็น¹⁰⁹ โดยศาลทางการทหารระหว่างประเทศได้กล่าวไว้ในปี ค.ศ.1946 ว่า “อาชญากรรมต่อกฎหมายระหว่างประเทศนั้นเกิดขึ้นโดยมนุษย์ ไม่ใช่เกิดจากสิ่งที่เป็นนามธรรม และบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศก็สามารถใช้บังคับลงโทษได้แต่เฉพาะคนที่กระทำอาชญากรรมนั้นเท่านั้น”¹¹⁰ จึงไม่ควรให้รัฐจะต้องมารับผิดชอบการกระทำที่เป็นอาชญากรรมซึ่งเป็นการกระทำโดยบุคคล ด้วยแนวคิดดังกล่าวศาลทหารอนุกรมเบิร์กและโตเกียวจึงไม่ได้ตัดสินให้เยอรมนีและญี่ปุ่นเป็นผู้ก่ออาชญากรรม แต่อาชญากรรมดังกล่าวเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ละบุคคลที่มีความผิดสำหรับการก่ออาชญากรรมที่กระทำในสถานะหรือขณะปฏิบัติหน้าที่ของเขาเอง รวมถึงเมื่อพิจารณาจากกรณีอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นมาเมื่อไม่นานมานี้ เช่น การก่อตั้งศาลอาญาเฉพาะกิจโดยคณะมนตรีความมั่นคงสหประชาชาติสำหรับคดีของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในยูโกสลาเวียและรวันดา ศาลทั้งสองกรณีได้พิจารณาคดีโดยพิจารณาบุคคลเท่านั้น ทั้งนี้ในคำตัดสินที่นำตัวผู้กระทำผิดมารับโทษ (*subpoena duces tecum*) ของ Blaskic องค์คณะพิจารณาของศาลอาชญากรรมระหว่างประเทศกรณียูโกสลาเวียเดิมได้กล่าวว่า “ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศปัจจุบันเป็นที่ชัดเจนว่าโดยนิยามแล้วรัฐไม่สามารถเป็นผู้ก่ออาชญากรรมได้เช่นเดียวกับนิยามที่ใช้กันในระบบกฎหมายอาญาภายในแต่ละประเทศ”¹¹¹ รวมถึงการมีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้ก่อให้เกิดขอบเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมที่ร้ายแรงต่อสังคมระหว่างประเทศโดยรวม แต่จำกัดเฉพาะขอบเขตอำนาจเหนือบุคคลธรรมดา ทั้งนี้ในมาตรา 25(4) ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้มีบทบัญญัติว่า “ไม่มีบทบัญญัติใดในกฎหมายซึ่งเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาชญากรรมของบุคคลส่งผลต่อความรับผิดชอบของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ”¹¹²

ด้วยเหตุผลหลายประการที่กล่าวมาแนวคิดอาชญากรรมระหว่างประเทศจึงถูกตัดออกจากร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ โดยนำเรื่องการฝ่าฝืนอย่างร้ายแรงของพันธกรณีภายใต้หลักกฎหมายเด็ดขาดของหลักกฎหมายทั่วไปแทน

¹⁰⁹ James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, p. 219.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 243.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 244.

¹¹² Article 25 of Rome Statute of the International Criminal Court : Individual criminal responsibility

“..4. No provision in this Statute relating to individual criminal responsibility shall affect the responsibility of States under international law.”

แนวคิดเรื่องหลักกฎหมายเด็ดขาดนี้ได้รับอิทธิพลมาจากมาตรา 53 ของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาอันเป็นสิ่งที่ได้รับยอมรับและรับทราบโดยประชาคมระหว่างประเทศของรัฐต่างๆ โดยทั้งหมดว่าหลักกฎหมายเด็ดขาดเป็นการป้องกันผลประโยชน์รากฐานของประชาคมระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นแนวปฏิบัติที่ไม่สามารถทำให้ด้อยลงได้และหลักกฎหมายดังกล่าวสามารถทำให้เปลี่ยนแปลงโดยแนวปฏิบัติต่อๆ มาของกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไปซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกัน ทั้งนี้แนวคิดของหลักกฎหมายเด็ดขาดของกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไปนั้นได้รับการยอมรับทั้งในทางปฏิบัติระหว่างประเทศ แนวคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศและศาลภายในประเทศและองค์คณะต่างๆ รวมถึงในบทบัญญัติกฎหมาย

ทั้งนี้หลักการที่ยังคงเป็นที่ยึดถืออยู่เนื่องจากเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาดที่มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐที่เสียหายต้องปฏิบัติตาม กล่าวคือการใช้มาตรการตอบโต้ต้องเป็นการกระทำที่ไม่ใช้กำลัง¹¹³ และการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยรัฐนั้นเองมิได้อยู่ภายใต้องค์การระหว่างประเทศโดยเฉพาะ หากเป็นกรณีของสหประชาชาติตามร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ มาตรา 59 ได้อธิบายไว้อย่างชัดเจนว่า “ร่างข้อบทนี้ไม่ทำให้เสียหายต่อกฎบัตรสหประชาชาติ”¹¹⁴ ทำให้มาตรการลงโทษ (sanction) ซึ่งเป็นการกระทำที่มีพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับมาตรการตอบโต้ ด้วยเหตุที่ทั้งสองมาตรานี้อยู่ในเรื่องของการช่วยเหลือตนเองเช่นกัน รวมถึงในรายงานการศึกษาของ Ago เกี่ยวกับเรื่องมาตรการตอบโต้ยังใช้คำว่า “มาตรการลงโทษ”¹¹⁵ แต่เมื่อมีการพิจารณาในการประชุมของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศแล้วก็เปลี่ยนมาใช้คำว่า “มาตรการตอบโต้” แทน เนื่องจากในที่ประชุมมีมุมมองว่ามาตรการลงโทษ (sanction) เป็นการกระทำในบริบทของการลงโทษหรือเป็นการกระทำเพื่อความปลอดภัยที่กระทำต่อรัฐโดยกลุ่มของรัฐหรือเป็นการสั่งการโดยองค์การระหว่างประเทศ¹¹⁶

ในประเด็นเรื่องความแตกต่างระหว่างมาตรการตอบโต้กับมาตรการลงโทษนี้ ศาสตราจารย์ Abi-Saab ได้ให้คำจำกัดความของมาตรการลงโทษว่าเป็นการกระทำต่อกรกระทำผิดทางระหว่างประเทศโดยองค์กรย่อยในสังคม (social organ) ซึ่ง Abi-Saab หมายถึงองค์การสหประชาชาติ

¹¹³ James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries, p. 281.

¹¹⁴ Ibid., p. 314.

¹¹⁵ Yearbook of International Law Commission 1979, vol.II (part I), p.55.

¹¹⁶ Roberto Ago, Eighth report on state responsibility: Document A/CN.4/318 and add. 1-4, Yearbook of International law commission, 1979.p.39 para 79. and James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries, p. 282.

เช่น คณะมนตรีความมั่นคง¹¹⁷ แต่ในกฎบัตรสหประชาชาติก็ไม่ได้มีการใช้คำว่ามาตรการลงโทษแต่อย่างใด รวมทั้งในกรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงออกข้อมติต่างๆ ก็เพียงแต่ใช้คำว่ามาตรการเท่านั้น ซึ่งในกรณีของสหประชาชาตินี้เป็นการกระทำต่อการกระทำผิดทางระหว่างประเทศ แต่การกระทำผิดดังกล่าวมีลักษณะเป็นการคุกคามหรือฝ่าฝืนสันติภาพ แต่ศาสตราจารย์ Dupuy ได้มุ่งไปที่คุกคามหรือฝ่าฝืนดังกล่าวไม่จำเป็นต้องเป็นการปฏิบัติที่ผิดทางระหว่างประเทศ¹¹⁸ ซึ่งลักษณะที่สำคัญของมาตรการลงโทษคือมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษ (punishment) แต่เนื่องจากมาตรการลงโทษนี้ยังเป็นค่ากลางๆ ที่ใช้กับกรณีอื่นๆ โดยทั่วไป ลักษณะของมาตรการที่ใช้จึงมีลักษณะกว้างขวางรวมทั้งอาจเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นจากการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐก็ได้

สำหรับการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายจึงมีลักษณะเป็นการกระทำฝ่ายเดียวที่ไม่ได้มีการใช้กำลังแต่เป็นการอ้างเหตุจากผลประโยชน์ทั่วไปอันเป็นผลประโยชน์ของส่วนรวมอันเป็นกรณีง่ายที่รัฐทุกรัฐจะอ้างเหตุดังกล่าวในการใช้มาตรการตอบโต้ในเมื่อตนมิได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐหนึ่ง เมื่อพิจารณาจากสภาพของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายแล้ว จะเห็นได้ว่าส่วนใหญ่เป็นกรณีที่เกิดขึ้นจากการที่ไม่มีรัฐใดเป็นผู้เสียหาย ทำให้การพิจารณาเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ในการขจัดความเสียหายเป็นกรณีที่ยากในการพิจารณาถึงประเด็นดังกล่าว

การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายหากมองอีกด้านหนึ่งก็สามารถเป็นมาตรการลงโทษได้เช่นเดียวกัน หากรัฐผู้ใช้มาตรการมิได้มีวัตถุประสงค์ในการยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้น เนื่องจากมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายนี้เป็นการกระทำโดยรัฐฝ่ายเดียวเช่นเดียวกับมาตรการลงโทษแตกต่างกันเพียงวัตถุประสงค์เท่านั้น จึงต้องดูจากวัตถุประสงค์ของรัฐที่ใช้มาตรการออกว่าเป็นการกระทำเพื่อวัตถุประสงค์ใด

จากคดี Barcelona Traction¹¹⁹ ได้บรรยายถึงความจำเป็นในการแยกแยะระหว่างพันธกรณีที่มีผลกระทบเฉพาะรัฐ (obligation owed to particular state) กับพันธกรณีที่มีผลกระทบต่อประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดซึ่งรัฐทุกรัฐต้องมีพันธกรณีร่วมกันในการป้องกัน ซึ่งความสำคัญของสิทธิของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดเป็นผลประโยชน์ทางกฎหมายที่ต้องได้รับการป้องกันอันเรียกว่าพันธกรณีที่ใช้บังคับกับรัฐได้โดยทั่วไป (obligation erga omnes) ถ้าพันธกรณีที่ยังนั้น

¹¹⁷ James Crawford, *The Relationship between Sanctions and Countermeasures* [online]. Available from : [http://www.icil.cam.ac.uk/Media/ILCSR/sanccms99\(f\).doc](http://www.icil.cam.ac.uk/Media/ILCSR/sanccms99(f).doc) [2008, June 15].p1.

¹¹⁸ Ibid., p.1.

¹¹⁹ Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Judgment, I.C.J.Report(1970)

สามารถถูกโต้แย้งหรือทำให้ถูกมองข้ามในระหว่างคู่กรณีแล้วก็เป็นการยากที่จะเป็นพันธกรณีอันเกิดจากประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด¹²⁰

ความคิดในคดี Barcelona Traction ถือได้ว่าเป็นฐานความคิดทางกฎหมายในเรื่องประเด็นของความสัมพันธ์ระหว่าง “มาตรการตอบโต้” กับ “มาตรการลงโทษ” ปรากฏอยู่ในบทวิเคราะห์ของศาสตราจารย์ Ago โดยสรุปได้ว่า¹²¹ ความคิดแต่เดิมที่ว่ารัฐที่เสียหายจากการละเมิดระหว่างประเทศโดยรัฐอื่นเท่านั้นมีสิทธิจะดำเนินการลงโทษ (sanction) ต่อรัฐที่ละเมิดไม่ถือว่าเป็นสิ่งที่เด็ดขาด (absolute) ต่อกฎหมายระหว่างประเทศสมัยใหม่ เพราะเห็นได้ว่ามีพัฒนาการของหลักการที่ว่าพันธกรณีบางประเภทมีการละเมิดที่ถือว่าการกระทบสมาชิกทั้งหมดของประชาคมระหว่างประเทศ ไม่ได้กระทบเพียงรัฐที่ถูกกระทบโดยตรง (directly affected) จากการละเมิดเท่านั้น ในความเป็นจริงเราไม่สามารถประเมินค่าตัวของความเสี่ยงที่จะจำกัดการยอมรับสิทธิของรัฐอื่นในการที่จะได้รับอนุญาตโดยอัตโนมัติ (automatically authorized) ให้ได้ตอบโดยใช้มาตรการลงโทษ (punitive measures) ต่อรัฐที่รับผิดชอบสำหรับการละเมิด

นอกจากนี้ในคำอธิบายของร่างเองเห็นได้ว่าคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศเปิดประเด็นเป็นไปในเรื่องนี้โดยให้ความเห็นว่า การเปิดโอกาสให้รัฐใช้มาตรการเพื่อประกันความเคารพพันธกรณีระหว่างประเทศที่เป็นผลประโยชน์ทั่วไปไม่ได้อยู่ในความหมายของมาตรการตอบโต้ตามมาตรา 22 และก็ไม่ได้ตัดออกจากความเป็นไปได้ที่จะอยู่ภายใต้ความหมายของมาตรการตอบโต้ตามมาตรา 22¹²²

การใช้มาตรการตอบโต้จึงเปรียบเสมือนเหรียญที่มีสองหน้า ขึ้นอยู่กับว่าผู้ที่ใช้มาตรการจะทำการพลิกเหรียญไปด้านใด แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นการกระทำทั้งสองกรณียังอยู่ในบริบทของการกระทำโดยฝ่ายเดียวของรัฐอยู่

การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายนี้อีกหนึ่งหนึ่งอาจเป็นการกระทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการแทรกแซง (intervention) กิจการภายในของรัฐอื่น ความเท่าเทียมกันของรัฐในประชาคมระหว่างประเทศ และเป็นการแสดงแสนยานุภาพในประชาคมระหว่างประเทศ¹²³ ในรายงานการประชุมของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้มีการแสดงความคิดเห็นให้มีการ

¹²⁰ James Crawford, Third report on state responsibility: Document A/CN.4/507 add.4, Yearbook of International law commission, 2000, p. 46-47 para 106.

¹²¹ ICJ Yearbook, 1979, Vol.II Part 1, pp. 43.

¹²² Ibid., p. 43.

¹²³ David J. Bederman, “Counterintuiting Countermeasures,” American Journal of International Law Reviews 96 (2002): p. 832.

ตัดเรื่องมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายออกไป เนื่องจากมีความคลุมเครือโดยมีลักษณะคล้ายกับ “มาตรการลงโทษร่วมกัน” (collective sanction) หรือ “มาตรการแทรกแซงร่วมกัน” (collective intervention) ซึ่งผิดไปจากหลักการพื้นฐานของการใช้มาตรการตอบโต้ที่ควรใช้โดยรัฐผู้เสียหายจากการกระทำที่ไม่ชอบระหว่างประเทศ¹²⁴ รวมไปถึงมีวัตถุประสงค์อื่นทางการเมืองบางประการ เช่น การสร้างความพึงพอใจให้แก่ประชาชนภายในรัฐของผู้ใช้มาตรการตอบโต้¹²⁵ สร้างความพึงพอใจต่อประชาคมระหว่างประเทศในการการตอบสนองต่อความคิดเห็นที่ประชาคมระหว่างประเทศต้องการให้ลงโทษต่อรัฐผู้กระทำความผิด หรือเป็นการตอบโต้เพื่อทำลายยุทธศาสตร์บางประการไม่ว่าทางเศรษฐกิจ หรือทางด้านสังคมของรัฐเป้าหมายในการใช้มาตรการตอบโต้ ซึ่งมีไว้วัตถุประสงค์หลักของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหาย อันเป็นการบิดเบือนหลักการและวัตถุประสงค์ของการใช้มาตรการตอบโต้ตามหลักการทั่วไปที่ทำเพื่อผลประโยชน์ของส่วนรวม

โดยศาลในคดี Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua ได้ยอมรับหลักการห้ามแทรกแซงเกี่ยวกับสิทธิของรัฐอธิปไตยของรัฐที่จะดำเนินกิจการใด ๆ โดยปราศจากการแทรกแซง ซึ่งรัฐต่างๆ ก็ได้มีการยอมรับเป็น *opinion juris* ในหลักการดังกล่าวเป็นจำนวนมาก และได้อธิบายพฤติการณ์ในคดีโดยมีพฤติกรรมการแทรกแซงหลักการอำนาจอธิปไตยของรัฐในการตัดสินไต่อย่างอิสระ เช่น การเมือง เศรษฐกิจ สังคม และระบบวัฒนธรรม และรูปแบบนโยบายต่างประเทศ ซึ่งในทางปฏิบัติของรัฐศาลได้ดูกรณีที่มีการแทรกแซงโดยต่างชาติในรัฐหนึ่งเพื่อผลประโยชน์ในการบังคับรัฐบาลรัฐนั้น สรุปได้ว่าทางปฏิบัติของรัฐยังไม่ยอมรับสิทธิใดๆ ในการแทรกแซงในการสนับสนุนฝ่ายตรงข้ามในรัฐอื่นในหลักกฎหมายเด็ดขาด¹²⁶ และในคดีเดียวกันศาลยังได้พิจารณาถึงมาตรการตอบโต้ร่วมกัน (collective measures) จากกรณีที่มีรัฐหนึ่งถูกอีกรัฐผู้ฝ่าฝืนหลักการห้ามแทรกแซง ทำให้รัฐที่สามอาจมีความชอบด้วยกฎหมายในการใช้มาตรการตอบโต้ อันเป็นสิทธิคล้ายสิทธิป้องกันตนเองจากกรณีการโจมตีทางอาวุธแต่ศาลได้บอกเพียงไม่ก่อให้เกิดสิทธิในการใช้กำลังโดยไม่ได้พิจารณาเกี่ยวกับลักษณะของการกระทำว่าเป็นมาตรการตอบโต้หรือไม่แต่อย่างใด¹²⁷

อันที่จริง แนวคิดของผลประโยชน์ของประชาคมมีปรากฏมานานแล้วในกฎหมายระหว่างประเทศ¹²⁸ และได้รับการพัฒนามาเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาดและพันธกรณีที่ใช้บังคับได้

¹²⁴ Report of the ILC on the work of its fifty-second session(2000) .A./CN.4/513. p.33.

¹²⁵ Ibid., p.33.

¹²⁶ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merit, I.C.J. Reports 1986, pp.106-110.

¹²⁷ Ibid., pp.126-127.

¹²⁸ Margo Kaplan, “Using Collective Interests to Ensure Human Rights : An Analysis of The Articles on State Responsibility,” *New York University Law Review* 79 (November 2004): p. 1908.

โดยทั่วไปโดยถือว่าเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีที่สำคัญภายใต้หลักกฎหมายเด็ดขาดของหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปซึ่งอยู่ในบทที่ 3 ของส่วนที่ 2 ในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ

กล่าวถึงถ้อยคำ “ประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด” ในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ เป็นการบัญญัติถ้อยคำในบริบทเดียวกับคำว่า “ประชาคมระหว่างประเทศของรัฐทั้งหมด” (international community of state as a whole) ซึ่งปรากฏในมาตรา 53 ของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา แต่ไม่ได้ในร่างข้อบทที่มีคำว่า “ของรัฐ” (of states) ตามอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา เนื่องจากอนุสัญญาเวียนนาตั้งใจที่ย้ำให้รัฐยอมรับเรื่องประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดเป็นกฎหมาย รวมทั้งเป็นการก่อตัวแบบแผนลักษณะของเรื่องดังกล่าว ซึ่งต่อมาได้รับการย้ำในคำพิพากษาคดี Barcelona Traction ซึ่งใช้คำว่า “ประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด” เป็นผลให้การกล่าวถึงเรื่องดังกล่าวในเวลาต่อมาไม่ว่าในสนธิสัญญาหรือเอกสารอื่น ๆ ในทางระหว่างประเทศจะใช้คำว่า “ประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด”¹²⁹

ในทางตรงกันข้ามร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐหลีกเลี่ยงการใช้คำว่า “พันธกรณีที่ใช้บังคับได้โดยทั่วไปกับรัฐ” (obligation erga omnes) ที่เคยพูดถึงเรื่องดังกล่าวไว้แล้วในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคดี Barcelona Traction หรือที่ศาลได้เคยรับรองไว้ในคดี East Timor (Portugal v. Australia) ในปี 1995¹³⁰ เช่นเดียวกันถึงลักษณะ erga omnes ของหลักสิทธิของประชาชนในการกำหนดตนเอง หรือนอกจากนี้ในปี 1996 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Genocide(Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia) ศาลได้ยืนยันในบริบทของหลักกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องการห้ามการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เช่นกันว่าเป็นหลักที่มีลักษณะที่มีผลบังคับที่เป็น erga omnes¹³¹ ที่มุ่งเน้นพันธกรณีที่ทั่วไปของรัฐเป็นหลัก แต่ในร่างข้อบทกลับใช้ถ้อยคำว่า “พันธกรณีของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด” แทน ซึ่งถ้อยคำดังกล่าวยังมีเคยมีการอธิบายรายละเอียดได้ชัดเจนเท่ากับการอธิบายเรื่องพันธกรณีที่ใช้บังคับได้โดยทั่วไปกับรัฐที่ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ แต่เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงความสับสนจากเรื่องพันธกรณีที่ใช้บังคับกับรัฐภาคีโดยสนธิสัญญา (obligation owed to all the parties to a treaty) ซึ่งบางครั้งอาจก่อให้เกิดความสับสนกับการใช้คำว่า “พันธกรณีที่ใช้บังคับได้โดยทั่วไปกับรัฐ” ในบริบทดังกล่าว มาตรา 48 (1)(b) ของร่างข้อบทจึงใช้คำว่า “พันธกรณีของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด”

¹²⁹ James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries, pp. 184-185.

¹³⁰ East Timor (Portugal. v. Australia), 1995 I.C.J. Report, para 90.

¹³¹ Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide(Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), ICJ report, 1996. para. 27-33.

การกล่าวถึงประชาคมระหว่างประเทศในร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐมีได้บัญญัติเพื่อจำแนกรายละเอียดของพันธกรณีใดบ้างที่เป็นพันธกรณีของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ แต่เป็นความพยายามในการรวบรวมกฎเกณฑ์ลำดับรอง (secondary rules) ของเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ และเพื่อเปิดกว้างถึงกรณีอื่นๆ ที่จะค่อยๆ เกิดขึ้นในอนาคตเกี่ยวกับกรอบของแนวคิดเรื่องประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด ที่อาจเกิดขึ้นมาจากหลักกฎหมายเด็ดขาดที่สามารถเพิ่มขึ้นหรือแปรเปลี่ยนไปได้ตามมาตรา 64 ของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยความหมายสนธิสัญญา

พันธกรณีทั่วไปที่ได้พูดถึงนี้ก็คือพันธกรณีที่ได้มาจากหลักกฎหมายเด็ดขาดในเรื่องการกระทำอันเป็นการรุกรานและการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ หลักการและกฎเกณฑ์ที่ยืนยันถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์รวมถึงการป้องกันจากการค้าทาสและการเลือกปฏิบัติจากเชื้อชาติ¹³² และในคำพิพากษาของศาลคดี East Timor เกี่ยวกับสิทธิในการกำหนดเจตจำนงโดยตนเองของประชาชน¹³³ โดยเฉพาะเรื่องของสิทธิมนุษยชนเกี่ยวข้องกับกรอบของแนวคิดประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดมากกว่าหนึ่งศตวรรษ เนื่องจากได้รับการยอมรับว่าเป็นผลประโยชน์ร่วมกันของทุกรัฐ มีข้อเสนอในขั้นต้นร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐเกี่ยวกับการกำหนดนิยามของรัฐผู้เสียหายให้รวมถึงรัฐที่ฝ่าฝืนพันธกรณีโดยตนเองอันเป็นกรณีผู้ได้รับความเสียหายในเรื่องนี้ก็คือประชาชนหรือปัจเจกบุคคลในรัฐนั่นเอง ซึ่งรัฐดังกล่าวก็เป็นหนึ่งในสมาชิกของประชาคมระหว่างประเทศ แต่ควรจำกักรูปแบบของการตอบโต้การกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด เกี่ยวกับแนวทางการใช้มาตรการตอบโต้ร่วมกันอันเป็นการพิสูจน์ถึงความมีอยู่จริงของพันธกรณีพื้นฐาน อันเป็นการทำให้เกิดความสมดุลในการใช้มาตรการตอบโต้ร่วมกันเพื่อเป็นเครื่องมือในการช่วยพัฒนาระบบกฎหมายระหว่างประเทศ และป้องกันความเสี่ยงที่จะใช้มาตรการตอบโต้ร่วมกันเพื่อปกป้องผลประโยชน์ส่วนตัว¹³⁴

แต่ในปัจจุบันได้มีการยอมรับเรื่องอื่นๆ ที่ยังมีได้ยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาดเพียงแต่ทุกรัฐยอมรับในการปฏิบัติก็เป็นผลประโยชน์ของประชาคมระหว่างประเทศเช่นกัน ดังกรณีเรื่องมลภาวะเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่ได้มีการรับรองไว้ในร่างแรกของร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของ

¹³² Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Report, 1970, p. 32, para 34.

¹³³ I.C.J. Reports 1995, p. 90, at p.102, para.289.

¹³⁴ Margo Kaplan, "Using Collective Interests to Ensure Human Rights : An Analysis of The Articles on State Responsibility," *New York University Law Review* 79 (2004): p. 1903.

รัฐอยู่แล้ว โดยแนวคิดดังกล่าวได้รับการรับรองว่าเป็นพันธกรณีที่ใช้บังคับกับรัฐได้ทั่วไปในคดี Gabcikovo-Nagymaros Project¹³⁵

นอกเหนือจากเรื่องมลภาวะเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่มีการพูดถึงมาตั้งแต่ร่างแรกของร่าง ข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐแล้ว การกระทำอันเป็นการก่อการร้าย (terrorist act) ก็เป็นอีก กรณีที่เริ่มมีการยอมรับกันว่าเป็นพันธกรณีที่ใช้บังคับกับรัฐได้ทั่วไปที่ยังมิได้ยอมรับว่าการกระทำ ดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาด เนื่องจากมีข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่ 1373/2001 ซึ่งการให้รัฐทุกรัฐละเว้นจากการสนับสนุนการกระทำอันเป็นการก่อการร้าย รวมทั้งมีความจำเป็นที่จะต้องป้องกันการยอมให้มีการกระทำอันเป็นการก่อการร้าย และปฏิเสธถึงการยอมรับ บุคคลที่สนับสนุนไม่จะทางการเงินหรือการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการก่อการร้าย แม้ข้อมติดังกล่าวมี สถานะเชิงแนะนำแต่รัฐทุกรัฐที่อยู่ภายใต้ประชาคมระหว่างประเทศควรคำนึงถึงและปฏิบัติซึ่งต้อง พิจารณาจากแนวโน้มทางปฏิบัติของรัฐในเรื่องดังกล่าวต่อไป

การยอมรับถึงการมีอยู่ของผลประโยชน์โดยทั่วไป และยืนยันว่ารัฐทั้งหลายมี พันธกรณีร่วมกัน (collective obligation) ในผลประโยชน์บางอย่างก่อให้เกิดการยอมรับให้มีมาตรการ ตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายในร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐโดยต้องให้อยู่ภายใต้ กฎเกณฑ์และเงื่อนไขตามกฎหมายที่กำหนด

2.4.3 ทางปฏิบัติของรัฐในการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหาย

ในช่วงก่อนมีการยอมรับร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ได้มีรัฐต่างๆ ใช้ มาตรการตอบโต้ในฐานะที่ตนมิได้เป็นผู้เสียหายตามความหมายดั้งเดิมที่เข้าใจว่าเกิดความเสียหาย โดยตรง โดยมีรัฐได้ใช้มาตรการที่ไม่ใช่กำลังตอบโต้รัฐอื่นๆ โดยอ้างเหตุผลของการใช้มาตรการ เนื่องจากผลจากการกระทำของรัฐอีกฝ่ายแตกต่างกันไปโดยไม่ได้อ้างว่าตนเป็นรัฐผู้เสียหายโดยตรง ตัวอย่างเหล่านี้สะท้อนถึงข้อเท็จจริงในทางระหว่างประเทศที่เห็นว่าในหลายกรณีที่มีการฝ่าฝืน พันธกรณีระหว่างประเทศและการฝ่าฝืนพันธกรณีดังกล่าว แม้จะก่อให้เกิดความเสียหายโดยตรงแก่ บางรัฐก็ตาม แต่ยังคงกระทบต่อประโยชน์ร่วมของสังคมระหว่างประเทศอีกด้วยเช่นกัน โดยรัฐที่ดำเนิน มาตรการดังกล่าวอาจดำเนินมาตรการโดยลำพังหรือโดยร่วมกันก็ได้

สหรัฐอเมริกา-คิวบา (1992-1996) สหรัฐอเมริกาเป็นรัฐที่ใช้มาตรการต่างๆ ตอบโต้รัฐอื่น โดยอ้างความเสียหายที่ขึ้นกับองค์ภาวะอื่น ๆ ที่มีใช้ตนเองอยู่บ่อยครั้ง ตั้งแต่ ค.ศ. 1960

¹³⁵ Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), I.C.J. Reports 1997.p.41.

ที่ศาลโตรซขึ้นมามีอำนาจปกครองคิวบา¹³⁶ ทั้งการออกมาตรการบีบบังคับทางเศรษฐกิจ (economic coercion measure) โดยการออกกฎหมายภายใน Cuban Democracy Act of 1992 และ Helms-Burton Act of 1996 ซึ่งเหตุผลที่ปรากฏในการใช้มาตรการตอบโต้(แต่ส่วนใหญ่ในกฎหมายของสหรัฐอเมริกาจะใช้คำว่า มาตรการลงโทษ (sanction)) ก็คือการอ้างถึงสิทธิของประชาชนคิวบาในการเลือกผู้ปกครองและระบบการปกครองของตนเองซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนพื้นฐาน เนื่องจากสภาพของการปกครองของคิวบาเป็นการปกครองผูกขาดอำนาจโดยศาลโตรซ และพฤติกรรมของคิวบาที่มีท่าทีสนับสนุนการก่อการร้ายและการใช้กำลังแทรกแซงประเทศในแถบละตินอเมริกา อันเป็นการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงและสันติภาพของสังคมระหว่างประเทศ

สหรัฐอเมริกา-อูกันดา (1978) ในช่วงปี ค.ศ.1978 สภาคองเกรสได้ออกกฎหมาย Uganda Embargo Act of 1978 ให้ระงับความสัมพันธ์เรื่องการส่งออกของสินค้าและเทคโนโลยี รวมทั้งการนำเข้าจากประเทศอูกันดาทั้งหมด โดยเหตุที่ว่ารัฐบาลของอูกันดาทำการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ต่อชาวอูกันดา รวมทั้งแสดงถึงความเป็นผู้นำในการไม่ยอมรับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ¹³⁷ รวมทั้งสหรัฐอเมริกายังใช้เหตุผลในการแบ่งแยกสีผิวในแอฟริกาใต้มาเป็นเหตุให้ระงับสิทธิในการลงจอดของสายการบินของแอฟริกาใต้บนดินแดนของสหรัฐอเมริกาทันที อันเป็นการระงับใช้ความตกลงเกี่ยวกับทางเดินอากาศของสหรัฐอเมริกากับแอฟริกาใต้ปี ค.ศ. 1947 เพื่อให้รัฐบาลแอฟริกาใต้ยกเลิกนโยบายในการแบ่งแยกสีผิว ตามคำแนะนำของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติให้มีการคว่ำบาตรทางเศรษฐกิจและระงับความสัมพันธ์ทั้งในทางกีฬาและทางวัฒนธรรม¹³⁸

สหรัฐอเมริกา-สหภาพพม่า สหรัฐอเมริกามีการใช้มาตรการลงโทษทางเศรษฐกิจต่อพม่าโดยอ้างเหตุผลเกี่ยวกับเรื่องสิทธิมนุษยชนของประชาชนพม่ารวมถึงกรณีการกักตัวนางอองซาน ซูจี ของรัฐบาลทหาร¹³⁹ แม้วัตถุประสงค์หลักของการใช้มาตรการลงโทษนี้ จะมองได้ว่าเป็นการใช้วัตถุประสงค์ในทางการเมืองเพื่อโค่นล้มระบอบการปกครองโดยรัฐบาลทหารก็ตาม

ประเทศตะวันตก-สหภาพโซเวียต (1980) หลังจากสหภาพโซเวียตเข้ารุกรานอัฟกานิสถาน สหรัฐอเมริกาออกมาตรการระงับการส่งข้าวสาลีจำนวน 17 ล้านตันที่สหภาพ

¹³⁶ Lori F. Damrosch, "Enforcing International Law Through Non-forcible Measures," *Recueil des Cours* 269 (1997): pp. 63-78.

¹³⁷ James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, pp. 302-303.

¹³⁸ ข้อมติที่ 569(1985) ของสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติ

¹³⁹ Lori F. Damrosch, "Enforcing International Law Through Non-forcible Measures," *Recueil des Cours* 269 (1997): pp. 94-95.

ไซเวียตได้สั่งซื้อ ตลอดจนจนกว่ามาตรการค้าด้านต่างๆ ด้านการทูต ในกรณีเดียวกันกับประเทศโลก ตะวันตก เช่น แคนาดา เบลเยียม สหราชอาณาจักรได้ระดับความสัมพันธ์ทางการค้าหรือระงับการ บังคับตามข้อตกลงระหว่างประเทศบางฉบับ เช่น กรณีของแคนาดาที่ระงับการบังคับตามข้อตกลง ด้านการประมง

ประเทศในยุโรป-โปแลนด์และสหภาพโซเวียต (1981) สำหรับใน ประเทศแถบทวีปยุโรปก็มีกรณีของการตอบโต้ในลักษณะที่ตนเองไม่ใช่ผู้เสียหายโดยตรง ในปี ค.ศ. 1981 รัฐบาลของโปแลนด์ซึ่งขณะนั้นอยู่ภายใต้การครอบงำจากสหภาพโซเวียตได้ประกาศกฎอัยการ ศึกและทำการปราบปรามและคุมขังบุคคลฝ่ายที่ต่อต้านรัฐบาล สหรัฐอเมริกาและประเทศอื่น ๆ ใน แถบยุโรปได้ตอบโต้ทั้งโปแลนด์และสหภาพโซเวียต โดยใช้มาตรการในการระงับไว้ซึ่งสนธิสัญญา เกี่ยวกับสิทธิในการลงจอดของอากาศยานของประเทศโปแลนด์และของสหภาพโซเวียตภายใน สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร ฝรั่งเศส เนเธอร์แลนด์ สวิตเซอร์แลนด์ และออสเตรเลีย อันเป็นการ ระงับไว้ชั่วคราวของทุกสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องในเรื่องดังกล่าว¹⁴⁰

มาตรการร่วมต่ออาร์เจนตินา (1982) นอกจากนี้ยังมีกรณีการตอบโต้อัน เป็นมาตรการร่วมกันของหลายรัฐที่กระทำต่อผู้กระทำผิด โดยในปี ค.ศ. 1982 อาร์เจนตินาได้ส่งทหาร เข้าครอบครองดินแดนหมู่เกาะฟอล์กแลนด์ (หรือหมู่เกาะมัลบีเนส) ซึ่งเป็นดินแดนที่สหราชอาณาจักรก็ อ้างความครอบครองเช่นกัน คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติจึงมีข้อมติให้อาร์เจนตินาถอน กำลังออกจากดินแดนดังกล่าวโดยทันที¹⁴¹ อันเนื่องมาจากเป็นการใช้กำลังทางทหารเป็นภัยต่อ สันติภาพและความมั่นคงของระหว่างประเทศ ซึ่งโดยการเรียกร้องของสหราชอาณาจักรได้เรียกร้องให้ ประเทศที่เป็นสมาชิกของประชาคมยุโรป (European Community) ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และ แคนาดาได้มีการยอมรับให้มีการลงโทษทางการค้า โดยมีการห้ามชั่วคราวในการนำเข้าผลิตภัณฑ์ของ อาร์เจนตินาอันเป็นมาตรการที่โดยปกติขัดกับข้อตกลงของแกตต์ แต่เนื่องจากกรณีดังกล่าวเป็นกรณี ยกเว้นตามข้อตกลงของแกตต์ จึงมีการห้ามค้าขายกับอาร์เจนตินาโดยประเทศในแถบยุโรปอัน ประกอบไปด้วยการระงับสิทธิประโยชน์ของอาร์เจนตินาในเรื่องความตกลงว่าด้วยการค้าในเรื่องสิ่งทอ และความตกลงว่าด้วยการค้าในเรื่องเนื้อแกะ ซึ่งอยู่ภายใต้ข้อตกลงของแกตต์¹⁴²

มาตรการทางเศรษฐกิจต่อฟิจิ อินเดีย ออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ได้มี มาตรการลงโทษทางเศรษฐกิจ (economic sanction) ต่อฟิจิ จากกรณีที่มีการรัฐประหารและคณะ

¹⁴⁰ James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries, p. 303.

¹⁴¹ ข้อมติที่ 502(1982) ของสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติ

¹⁴² James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries, p. 303.

รัฐประหารได้มาเป็นผู้ปกครอง ซึ่งกรณีของอินเดีย ออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ได้อ้างเหตุในการใช้มาตรการเนื่องจากมีการละเมิดสิทธิของชนชั้นแรงงาน รวมถึงสิทธิมนุษยชนในเรื่องอื่นๆ ของประชาชนชาวฟิลิปปินส์¹⁴³

จะเห็นได้ว่าผลประโยชน์ทั่วไปที่มีอยู่ร่วมกันที่กล่าวถึงนี้ไม่จำเป็นที่จะต้องได้รับการยอมรับถึงขนาดเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) บางกรณีเป็นเพียงการยอมรับว่าเป็นพันธกรณีที่ใช้บังคับกับรัฐได้ทั่วไป (erga omnes) ก็เป็นเหตุให้รัฐกล่าวอ้างในการตอบโต้รัฐต่างๆ ได้ ซึ่งเห็นได้ว่ามาตรการต่างๆ ที่รัฐได้ใช้ในการตอบโต้ นั้น เป็นมาตรการที่ไม่ใช่กำลังอันเป็นหลักการทั่วไปของมาตรการตอบโต้ที่ปรากฏอยู่ในร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐ

แต่มีบางกรณีที่รัฐใช้สิทธิในทำนองเดียวกันกับการตอบโต้โดยเหตุการณ์ฝ่าฝืนหลักกฎหมายเด็ดขาด ในการยกเลิกสนธิสัญญาเพื่อคัดค้านรัฐที่ละเมิดพันธกรณีที่มีลักษณะร่วมกัน อย่างไรก็ตาม ก็ดีการกระทำดังกล่าวไม่ได้อาศัยสิทธิเรื่องของมาตรการตอบโต้ แต่เป็นการอาศัยสิทธิยกเลิกสนธิสัญญาเพราะมีการเปลี่ยนแปลงของสภาพการณ์ (fundamental change of circumstance)¹⁴⁴

เนเธอร์แลนด์-สุรินาม (1982) เนเธอร์แลนด์ได้ยกเลิกสนธิสัญญาที่ทำไว้กับสุรินามเกี่ยวกับความช่วยเหลือในการพัฒนาซึ่งให้สิทธิสุรินามในการได้รับการอุดหนุนทางการเงิน ขณะที่สนธิสัญญานั้นมิได้ระบุถึงการยกเลิกหรือระงับใช้สนธิสัญญาเอาไว้ แต่รัฐบาลของเนเธอร์แลนด์อ้างการละเมิดสิทธิมนุษยชนในสุรินามจากการปราบปรามฝ่ายตรงข้ามกับรัฐบาลเป็นการเปลี่ยนแปลงของสภาพการณ์ในการยกเลิกการใช้สนธิสัญญา

ประเทศในยุโรป-ยูโกสลาเวีย (1991) ค.ศ. 1991 โดยประเทศบางประเทศที่เป็นสมาชิกของประชาคมยุโรป เช่น สหราชอาณาจักร ฝรั่งเศส และเยอรมันเนี่ยยกเลิกข้อตกลงเกี่ยวกับความร่วมมือที่ทำไว้กับยูโกสลาเวียที่ให้สิทธิพิเศษทางการค้าในการส่งออกอันนอกเหนือไปจากมาตรการระงับการซื้อขายอาวุธที่กำหนดในข้อมติของสหประชาชาติ แต่ก่อนที่จะมีการระงับใช้สนธิสัญญาดังกล่าวก็ได้มีการประณามถึงการกระทำเกี่ยวกับการสู้รบในยูโกสลาเวียมากกว่า 6 เดือน เมื่อมีการยกเลิกสนธิสัญญาประเทศสมาชิกประชาคมยุโรปต่างอ้างถึงการคุกคามสันติภาพและความมั่นคงในภูมิภาค แต่ก็เช่นเดียวกับกรณีของสุรินามที่เป็นกรณีที่อาศัยสิทธิจากการเปลี่ยนแปลงของสภาพการณ์มากกว่าการอ้างสิทธิการใช้มาตรการตอบโต้

¹⁴³ Cristiane Carneiro and Dominique Elden. "Economic Sanctions, Leadership Survival, and Human Rights," *University of Pennsylvania Journal of International Law* 30 (2009): p. 8.

¹⁴⁴ James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, pp. 304-305.

จากกรณีตัวอย่างที่กล่าวมาข้างต้นส่วนใหญ่แล้วเป็นแนวปฏิบัติของกลุ่มประเทศตะวันตก ขณะที่แนวปฏิบัติของกลุ่มประเทศทางตะวันออกและประเทศกำลังพัฒนาไม่ปรากฏเห็นเด่นชัดเท่ากับแนวปฏิบัติของกลุ่มประเทศตะวันตก ซึ่งอาจเป็นไปได้ว่า เมื่อเกิดการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศขึ้นในกรณีต่าง ๆ กลุ่มประเทศเหล่านี้ไม่ได้มีทัศนคติว่าผลประโยชน์ของตนไม่ได้ถูกรบกวนด้วย ทั้งนี้เหตุผลของรัฐส่วนใหญ่การใช้อำนาจการจะเป็นเหตุผลจากเรื่องสิทธิมนุษยชน การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การกระทำอันเป็นภัยต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ การแบ่งแยกสีผิว ซึ่งทั้งหลายทั้งปวงเหล่านี้ได้ยอมรับแล้วว่าเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) แต่ก็ยังมีกรณีมูลเหตุของการตอบโต้ที่มิได้มาจากการเรื่องหลักกฎหมายเด็ดขาด เช่น เรื่องของสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

ตัวอย่างของกรณีดังกล่าวคือการที่รัสเซียไม่ปฏิบัติตามพิธีสารมอนทรีออลเกี่ยวกับชั้นโอโซน ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันชั้นโอโซน โดยชั้นโอโซนเป็นส่วนหนึ่งของมรดกร่วมกันของโลกไม่มีรัฐใดรัฐหนึ่งมีอำนาจเหนือ และทุกรัฐมีผลประโยชน์ในการป้องกัน ผลประโยชน์ร่วมกันของรัฐภาคีในพิธีสารมอนทรีออลจึงอยู่ภายใต้หลักที่ใช้บังคับกับรัฐได้โดยทั่วไป (erga omnes) ทุกรัฐมีผลประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายในการป้องกันความปลอดภัยของชั้นโอโซน หากมีรัฐที่ทำการฝ่าฝืนพิธีสารดังกล่าวก็สามารถเรียกร้องให้ยุติการกระทำและให้รับรองหรือประกันมิให้การกระทำนั้นเกิดขึ้นอีกตามหลักเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ แต่ถ้ามิได้มีการยุติการกระทำและให้รับรองหรือประกันมิให้การกระทำนั้นเกิดขึ้นอีกก็สามารถใช้มาตรการตอบโต้ได้ ซึ่งต่อมาคณะกรรมการความร่วมมือของพิธีสารได้ตั้งคณะกรรมการย่อยในการเข้าไปตรวจสอบตามพันธกรณีที่มีเกี่ยวกับชั้นโอโซนในรัสเซีย พบว่ารัสเซียเป็นผู้บริโภคสินค้าที่ทำลายชั้นโอโซนอย่างใหญ่หลวง จึงมีมติดำเนินการไม่ยอมรับสินค้าที่ทำลายชั้นโอโซนจากประเทศในเครือรัฐอิสระจากสหภาพโซเวียตเดิม รวมถึงกรณีของการทดลองนิวเคลียร์ในมหาสมุทรแปซิฟิกอันเป็นคดีที่ได้รับการตัดสินจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศระหว่างนิวซีแลนด์กับฝรั่งเศส ซึ่งถือว่าเป็นพันธกรณีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่ใช้บังคับกับรัฐได้ทั่วไปเช่นกัน¹⁴⁵

นอกจากพันธกรณีที่บังคับใช้กับรัฐได้ทั่วไป (erga omnes) ในเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ทั่วไป (general interest) ที่ไม่เพียงเกิดจากหลักกฎหมายเด็ดขาด แต่ยังรวมถึงหลักกฎหมายในเรื่องอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับประชาคมระหว่างประเทศข้างต้นแล้ว แนวคิดเกี่ยวกับผลประโยชน์ทั่วไปยังรวมไปถึงกรณีที่พันธกรณีดังกล่าวเป็นเพียงพันธกรณีที่บังคับใช้กับรัฐได้ทั่วไปเฉพาะส่วน (obligation erga omnes partes) อันเป็นพันธกรณีที่ใช้บังคับกับรัฐได้เฉพาะกลุ่มใดกลุ่ม

¹⁴⁵ Jacqueline Peel, "New State Responsibility Rules and Compliance with Multilateral Environmental Obligations : Some Case Studies of How the New Rules Might Apply in the International Environmental Context," Review of European Community and International Environmental Law 10(2001) : p. 94.

หนึ่ง ซึ่งทำให้เกิดผลประโยชน์ร่วมกันของรัฐที่เป็นกลุ่มดังกล่าว เช่น กรณีของรัฐชายฝั่งต่าง ๆ ซึ่งมีผลประโยชน์ร่วมกันในการใช้ทรัพยากร ระบบนิเวศวิทยาอันเกี่ยวกับชายฝั่ง

ทั้งนี้จากยอมรับว่าในสังคมระหว่างประเทศมีผลประโยชน์ทั่วไปอันมีลักษณะเป็นผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มของรัฐ (collective interest of the group of state) สะท้อนให้เห็นว่าผลประโยชน์ทั่วไปซึ่งเป็นผลประโยชน์ร่วมกันของรัฐนั้น แยกได้ออกเป็น 2 ประเภทคือผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มของรัฐและของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด

สำหรับกรณีที่เป็นผลประโยชน์ที่เกิดจากการรวมตัวของกลุ่มของรัฐนั้น คำว่า “กลุ่ม” นี้มิได้หมายความถึงการรวมกลุ่มที่มีสถานะเป็นกลุ่มหรือองค์กรตามกฎหมายอย่างเช่นองค์การระหว่างประเทศ แต่กลุ่มดังกล่าวเป็นเพียงกลุ่มที่เกิดจากสภาพของความสัมพันธ์บางอย่างร่วมกันระหว่างสมาชิกในกลุ่ม¹⁴⁶ จึงรวมกันเป็นกลุ่มดังกล่าว เช่น เกิดจากการมีสภาพแวดล้อมเหมือนกัน หรือกรณีรวมกลุ่มเพื่อความปลอดภัยในภูมิภาค ซึ่งพันธกรณีที่เกิดจากผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มของรัฐยังขยายความออกไปถึงการการเกิดจากความตกลงของกลุ่มของรัฐบางอย่างเกี่ยวกับผลประโยชน์โดยทั่วไปด้วย ตัวอย่างของความตกลงประเภทนี้ก็คือสนธิสัญญาแอนตาร์กติกาที่บังคับใช้กับรัฐภาคีในสนธิสัญญาเพื่อจัดการสภาพการใช้ทรัพยากรบนทวีปแอนตาร์กติกาเพื่อประโยชน์ของมวลมนุษยชาติ เป็นต้น ตัวอย่างดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าผลประโยชน์ดังกล่าวต้องมีใช้อยู่ในบริบทของความสัมพันธ์ระดับทวิภาคี แต่ต้องเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดจากผลประโยชน์ทั่วไป นอกเหนือไปจากผลประโยชน์อื่นใดของรัฐอันมีลักษณะเฉพาะตัว รวมทั้งเรื่องดังกล่าวเป็นการพยายามก่อตั้งพื้นฐานทั่วไปของการป้องกันเพื่อกลุ่มหรือประชาชนอันเป็นการยอมรับพันธกรณีการป้องกันสิ่งที่มีอยู่เป็นรูปธรรมซึ่งมีใช้ตัวรัฐใดรัฐหนึ่งโดยเฉพาะ รัฐที่สามารถอ้างสิทธิในการเรียกร้องความรับผิดชอบจากรัฐในกรณีที่มีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนพันธกรณีอันเป็นผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มของรัฐ จึงเป็นรัฐที่สามารถใช้มาตรการตอบโต้ได้ด้วย แต่ทั้งนี้รัฐดังกล่าวต้องมีรัฐที่ได้รับความเสียหาย (injured state)

การพิจารณาจากทางปฏิบัติของรัฐที่เกิดขึ้นข้างต้น แม้เป็นกรณีที่เพิ่งเริ่มเกิดขึ้นในช่วงกลางของศตวรรษที่ 20 นี้เอง แต่ก็แสดงให้เห็นว่ารัฐในสังคมระหว่างประเทศมีการยอมรับในเรื่องของการตอบโต้ร่วมกันเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งเป็นผลประโยชน์โดยทั่วไปที่มีใช้เฉพาะของตนเอง แต่ถึงแม้จะมีการเริ่มปรากฏตัวของการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีได้รับความเสียหายตามความหมายดั้งเดิม พิจารณาจากความเห็นของนักนิติศาสตร์ต่าง ๆ ว่าควรนำมาปรับใช้บังคับอย่างไรเพื่อนำไปสู่การบัญญัติเรื่องของการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหายตามร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ

¹⁴⁶ James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, p. 277.

ร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐได้รับการยอมรับเมื่อปี ค.ศ.2001 แต่สถานะทางกฎหมายหลักเกณฑ์ที่ปรากฏอยู่ของร่างดังกล่าวก็ยังคงมีสถานะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือเป็นหลักกฎหมายทั่วไประหว่างประเทศเฉพาะส่วนที่ได้รับการยอมรับในแต่ละเรื่อง ขณะที่เรื่องมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายที่เป็นเรื่องใหม่และได้รับการถกเถียงอย่างกว้างขวางยังคงต้องพิสูจน์ถึงสถานะของตนเองในทางกฎหมายระหว่างประเทศว่าได้รับการยอมรับอย่างน้อยเพียงไร การพิจารณาว่าการปฏิบัติดังกล่าวถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศแล้วหรือไม่ คงพิจารณาได้จากคำพิพากษาของศาลในกรณีต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรมระหว่างประเทศหรือองค์คณะตุลาการอื่นที่แต่งตั้งขึ้นมาตัดสินแต่ละกรณีเฉพาะเรื่อง แต่ข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยต่าง ๆ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้นนั้นยังมิได้พูดถึงลักษณะและเงื่อนไขของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายไว้อย่างชัดเจน เพียงแต่ยอมรับถึงการมีอยู่ของผลประโยชน์ทั่วไป (general interest) ของประชาคมระหว่างประเทศ และรัฐทุกรัฐมีพันธกรณีที่จะต้องปกป้องผลประโยชน์เหล่านั้นอันเป็นพันธกรณีที่ใช้บังคับกับรัฐได้ทั่วไป (erga omnes)

เมื่อมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายยังไม่มีสถานะเป็นกฎหมายในฐานะสนธิสัญญาหรือหลักกฎหมายทั่วไปแล้ว จึงต้องพิจารณาว่าได้รับการยอมรับเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้วหรือไม่ องค์ประกอบหนึ่งที่สำคัญในการพิจารณาว่าหลักเกณฑ์ใดได้รับการยอมรับว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้วก็คือทางปฏิบัติของรัฐที่เกิดขึ้นว่ามีการปฏิบัติมาเป็นระยะเวลานานเท่าใด และมีการปฏิบัติในฐานะที่เชื่อว่าเป็นกฎหมายหรือไม่ซึ่งเรียกว่า opinio juris

ภายหลังจากมีการยอมรับร่างข้อบทแล้วในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็มีการตอบโต้ระหว่างรัฐโดยอ้างสาเหตุมาจากการกระทำของรัฐเป้าหมายเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอันมีลักษณะเป็นผลประโยชน์ของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดซึ่งเป็นผลประโยชน์ที่มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายมีเป้าหมายในการปกป้องคุ้มครอง โดยเฉพาะสหรัฐอเมริกาใช้มาตรการที่ไม่ใช้กำลังต่อประเทศต่างๆ โดยมีการออกกฎหมายภายในเพื่อตอบโต้ (ในกฎหมายของอเมริกาใช้คำว่า “sanction”) การกระทำของรัฐต่างๆ ที่มีการกระทำในลักษณะกระทบต่อผลประโยชน์ของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด*

สหรัฐอเมริกา-กรณีค้ำมนุษย์ ประธานาธิบดีคลินตัน ผลักดันให้ออกกฎหมาย Victims Protection Act of 2000 เพื่อป้องกัน คุ้มครองและช่วยเหลือเหยื่อจากกระบวนการค้ำมนุษย์ ตลอดจนใช้มาตรการบังคับในกรณีที่มีการฝ่าฝืนทั้งกรณีในประเทศและนอกประเทศ โดยมีบทบัญญัติกำหนดระบบการลงโทษ sanction regime ด้านการค้า การให้ความช่วยเหลือต่อประเทศที่เป็นต้นทาง ทางผ่านหรือจุดมุ่งหมายของการค้ำมนุษย์ ในกรณีที่รัฐบาลของประเทศนั้นเข้าไปมีส่วน

* โปรดดูอารัมภบทในกฎหมายแต่ละฉบับที่จะยกเป็นกรณีตัวอย่าง

เกี่ยวข้องหรือไม่ดำเนินการที่เหมาะสมโดยใช้มาตรการดังกล่าวกับพม่า คิวบา เกาหลีเหนือ ซูดาน เวเนซุเอล่า กัมพูชา ตั้งแต่ปี 2003 เป็นต้นมา¹⁴⁷

สหรัฐอเมริกา-กรณีการก่อการร้าย หลังเหตุการณ์ 11 September 2001 ประธานาธิบดีบุช ของสหรัฐอเมริกาได้ออก Executive Order 13224 เพื่อเพิ่มมาตรการด้าน financial Sanctions ต่อรัฐที่สนับสนุนการก่อการร้ายหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับกระบวนการก่อการร้าย ประเทศที่อยู่ภายใต้มาตรการของ Executive Order 13224 นี้ได้แก่ อิหร่าน คิวบา ซีเรียและเกาหลีเหนือ เป็นต้น¹⁴⁸

สหรัฐอเมริกา-พม่า (2003) มีมาตรการคว่ำบาตร (ban) ต่อพม่าโดยสภาองเกรสของสหรัฐอเมริกาออกพระราชบัญญัติว่าด้วยเสรีภาพและประชาธิปไตยของพม่า ค.ศ.2003 (Burmese Freedom and Democracy Act Of 2003)¹⁴⁹ แม้สหรัฐอเมริกาจะใช้อ้างเหตุจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนในพม่าและการปกครองในระบอบรัฐบาลทหาร มาเป็นเหตุในการใช้มาตรการทางลงโทษทางเศรษฐกิจเกี่ยวกับการค้า เครื่องทรัพย์สิน ที่มีความเกี่ยวข้องกับรัฐบาลทหารผู้ปกครองพม่าก็ตาม และในปีเดียวกันนั้นเองก็มีการออกกฎหมาย Syria Accountability and Lebanese Sovereignty Restoration Act of 2003¹⁵⁰ สั่งห้ามส่งออกผลิตภัณฑ์นอกจากยาและอาหาร ห้ามนักธุรกิจเข้าไปลงทุนในประเทศซีเรีย ห้ามอากาศยานทุกชนิดที่มีผู้ขนส่งเป็นเจ้าของหรือควบคุมโดยซีเรียออกจาก ลungs หรือบินเหนือน่านฟ้าของสหรัฐอเมริกา รวมถึงปิดกั้น (block) การจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินที่มีความเกี่ยวข้องกับรัฐบาลซีเรียที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของสหรัฐอเมริกา โดยอ้างเหตุพฤติกรรมของซีเรียมีการกระทำสนับสนุนการก่อการร้ายเนื่องจากเป็นที่ซ่องสุมกำลังและค่ายฝึกอาวูธให้แก่กลุ่มก่อการร้ายต่างๆ เช่น กลุ่มฮิสบอเราะห์ โดยพฤติกรรมดังกล่าวเป็นภัยต่อสันติภาพและความมั่นคงของภูมิภาคตะวันออกกลาง

สหรัฐอเมริกา-ซูดาน (2004) สหรัฐอเมริกาได้มีการตอบโต้ซูดานในกรณีของเหตุการณ์การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในดาร์ฟูร์ เนื่องจากรัฐบาลของซูดานมีพฤติกรรมสนับสนุนกลุ่มติดอาวุธจันจาวี (Janjaweed) เพื่อเช่นฆ่าประชาชนอีกเชื้อสายหนึ่งบริเวณดาร์ฟูร์ อันเป็นวิกฤติการณ์ทาง

¹⁴⁷ Janie Chuang, "The United States As Global Sheriff : Using Unilateral Sanction to Combat Human Trafficking," *Michigan Journal of International Law* 27,437 (2006): p. 449.

¹⁴⁸ House of Lords, *The Impact of Economic Sanctions*, Vol. II. Evidence 2nd Report of Session 2006-2007.

¹⁴⁹ Pubic Law 108-61—July 28, 2003

¹⁵⁰ Pubic Law 108-175, December 12, 2003.

มนุษยธรรมและละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง จึงปิดกั้นการจัดการทรัพย์สินที่มีความเกี่ยวข้องกับรัฐบาลชูดาน โดยออกกฎหมาย Comprehensive Peace in Sudan Act of 2004¹⁵¹

สหรัฐอเมริกา-เบลารุส (2006) ปี ค.ศ.2006 สภาของเกรสก็์ได้ออกกฎหมาย Belarus Democracy Reauthorization Act of 2006¹⁵² โดยระงับความช่วยเหลือทางการเงิน และการพัฒนาเกี่ยวกับการค้าระหว่างสหรัฐอเมริกาและเบลารุส เนื่องจากรัฐบาลของเบลารุสมีพฤติกรรมละเมิดสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน จากการหายตัวไปของนักเคลื่อนไหวทางการเมือง นักหนังสือพิมพ์ และการจำคุกนักการเมืองฝ่ายตรงข้าม

สหรัฐอเมริกา-เกาหลีเหนือ (2006) มาตรการทางเศรษฐกิจที่สหรัฐอเมริกากระทำต่อเกาหลีเหนือ โดยอ้างเหตุจากการละเมิดสิทธิมนุษยชน มีพฤติกรรมเป็นการก่อการร้าย และมูลเหตุจากการทดลองอาวุธและพัฒนาพลังงานนิวเคลียร์ของเกาหลีเหนือ ซึ่งเกาหลีเหนือได้ถอนตัวจากสนธิสัญญาจำกัดพลังงานนิวเคลียร์ (Non-Proliferation) ในช่วงปี 2006 โดยมองว่าเป็นอันตรายต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ โดยกรณีของการทดลองอาวุธและการถอนตัวจากสนธิสัญญาจำกัดพลังงานนิวเคลียร์นี้ ญี่ปุ่นและออสเตรเลียได้มีมาตรการร่วมกันกับสหรัฐอเมริกา ในการปิดกั้นการจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับรัฐบาลเกาหลีเหนือ

ญี่ปุ่น-เกาหลีเหนือ (2006) ญี่ปุ่นมีการใช้มาตรการฝ่ายเดียวโดยไม่ใช้กำลังสำหรับกรณีเกาหลีเหนือทดลองขีปนาวุธในคาบสมุทรเกาหลี โดยญี่ปุ่นได้ระงับการเดินทางทางทะเลระหว่างญี่ปุ่นกับเกาหลีเหนือ และคว่ำบาตรการเดินทางของรัฐบาลเกาหลีเหนืออย่างเป็นทางการ และเมื่อมีการทดลองพลังงานนิวเคลียร์ ญี่ปุ่นก็ได้ออกมาตรการเพิ่มเติม เช่น สั่งห้ามเรือของเกาหลีเหนือทุกชนิดเข้ามาในท่าเรือของญี่ปุ่นและห้ามนำเข้าสิ่งของทุกชนิดจากเกาหลีเหนือ ซึ่งมาตรการดังกล่าวของญี่ปุ่นนี้เป็นการกระทำก่อนที่จะมีมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1718/2006 ให้ใช้มาตรการภายใต้หมวด 7 ต่อเกาหลีเหนือ

การใช้มาตรการตอบโต้ที่เป็นมาตรการฝ่ายเดียวได้รับการตำหนิจากบางฝ่ายว่าการแสดงอำนาจโดยอ้างสิทธิมนุษยชนหรือกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อเป็นเหตุผลในการใช้กฎหมายภายในเป็นฐานในการใช้มาตรการตอบโต้ในทางระหว่างประเทศ ในกรณีที่สหรัฐอเมริกาไม่ได้ถูกกระทบโดยตรงเป็นการแสดงถึงความเป็นมหาอำนาจโดยมิได้มุ่งไปที่ความต้องการที่จะพิทักษ์คุ้มครอง

¹⁵¹ Pubic Law 108-497, December 23, 2004.

¹⁵² Pubic Law 109-480, January 12, 2007.

สิทธิมนุษยชนหรือประโยชน์ระหว่างประเทศอย่างแท้จริง เพราะการตอบโต้ที่นั่นมักเป็นการตอบโต้ที่เลือกทำ(selective) จึงควรใช้มาตรการในกรอบขององค์การสหประชาชาติจึงเหมาะสมกว่า¹⁵³

อย่างไรก็ตาม อาจมีข้อโต้แย้งว่าแม้องค์สหประชาชาติเป็นองค์กรที่ได้รับการยอมรับมากที่สุดในระบบสังคมระหว่างประเทศ แต่ในขณะเดียวกันมีความอ่อนแอในหลายกรณีเพราะปัจจัยทางการเมืองอันเป็นผลให้ไม่สามารถดำเนินการตามหมวด 7 ได้ข้อเท็จจริงนี้เป็นส่วนหนึ่งของปัจจัยที่ทำให้มีปรากฏการณ์ที่รัฐบางรัฐดำเนินนโยบายต่างประเทศในสังคมระหว่างประเทศที่อยู่บนพื้นฐานของทฤษฎีการกระทำฝ่ายเดียว (unilateralism) ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งสหประชาชาติถูกจัดตั้งขึ้นโดยมีเป้าหมายหลักในด้านการธำรงรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการป้องกันความตึงเครียดระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในช่วงหลังจากการก่อตั้งสหประชาชาติ การเข้าไปมีส่วนร่วมขององค์การระหว่างประเทศในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐก็ทวีความสำคัญมากขึ้น ทั้งนี้เนื่องจากข้อได้เปรียบที่องค์การระหว่างประเทศเสนอให้เมื่อเทียบกับการจัดการโดยรัฐเองกล่าวคือ กรอบขององค์การระหว่างประเทศเป็นการป้องกันหรือบรรเทาการขัดกันทางผลประโยชน์ระหว่างรัฐ และลักษณะความเป็นกลางขององค์การเองที่มีต่อรัฐสมาชิก ทำให้แก้ไขปัญหาโดยองค์การระหว่างประเทศได้รับการยอมรับมากกว่าการจัดการโดยรัฐเอง การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายจึงถือว่าการจัดการโดยรัฐเพียงฝ่ายเดียวเป็นมาตรการจำเป็นที่ยังต้องนำมาบังคับใช้ตราบดที่กลไกอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สหประชาชาติยังไม่เข้มแข็งและสามารถตอบสนองความต้องการของรัฐต่างๆ ได้อย่างแท้จริง

การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายจึงเป็นการกระทำที่สนับสนุนทฤษฎีของการกระทำฝ่ายเดียว ถึงแม้ทฤษฎีดังกล่าวจะมีทั้งข้อดีและข้อเสียก็ตาม ข้อดีก็คือการกระทำฝ่ายเดียวโดยรัฐสามารถตอบสนองความต้องการของรัฐผู้กระทำผิดได้ทันทีและเป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่รัฐดังกล่าวต้องการ แต่ทฤษฎีของการกระทำฝ่ายเดียวก็มีข้อเสียอยู่มากเนื่องจากเป็นการกระทำซึ่งจัดการโดยรัฐเอง กระบวนการตรวจสอบการกระทำดังกล่าวจึงไม่มีทำให้รัฐต่างๆ สามารถกระทำได้อย่างอำเภอใจ ซึ่งอาจจะทำให้เกิดความขัดแย้งในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศมากยิ่งขึ้น แต่ทั้งนี้หากมองลึกเข้าไปสู่เหตุผลของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายพบว่าเป็นการอ้างเพื่อผลประโยชน์ของส่วนรวมซึ่งส่วนหนึ่งเป็นการธำรงรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายจึงมีเหตุผลชอบธรรมที่จะดำเนินการใช้มาตรการตอบโต้

¹⁵³ Peter Damchin , "U.S, Unilateralism and the International Protection of Religious Freedom : the Multilateral Alternative," *Columbia Journal of Transnational Law* 33 (2000): p.114.

อย่างไรก็ตาม สิ่งที่ควรตระหนักอยู่เสมอก็คือ ทฤษฎีการกระทำฝ่ายเดียวโดยแท้จริงแล้วก็มีพื้นฐานมาจากการกระทำเพื่อผลประโยชน์ส่วนตัวของรัฐผู้กระทำการนั้นเอง หากรัฐไม่มีผลประโยชน์จากการกระทำดังกล่าวก็คงไม่ดำเนินการ การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหายจึงเป็นการขัดแย้งของทฤษฎีการกระทำฝ่ายเดียวเพื่อผลประโยชน์โดยส่วนตัวของรัฐผู้ใช้มาตรการและเหตุผลของรัฐผู้ใช้มาตรการตอบโต้ว่าเป็นการกระทำไปเพื่อส่วนรวม

การขัดแย้งดังกล่าวได้แสดงออกผ่านข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 57/5 ในการประชุมสมัยที่ 57 เรื่องเรียกร้องให้รัฐไม่ใช้มาตรการบีบบังคับทางเศรษฐกิจฝ่ายเดียว (unilateral coercive)¹⁵⁴ โดยผู้แทนของคิวบาให้ความเห็นการใช้มาตรการบีบบังคับทางเศรษฐกิจฝ่ายเดียวของสหรัฐอเมริกาเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของสหรัฐอเมริกา ขณะที่สหรัฐอเมริกาก็ได้โต้แย้งว่ามาตรการบีบบังคับทางเศรษฐกิจฝ่ายเดียวเป็นสิทธิอธิปไตยของรัฐในการปฏิบัติโดยเสรีในความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจรวมทั้งการกระทำดังกล่าวก็เป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดสุดท้ายข้อมติดังกล่าวได้รับการยอมรับจากสมัชชาใหญ่ด้วยคะแนน 133 ต่อ 2 โดยสองประเทศที่คัดค้านข้อมติดังกล่าวก็คือสหรัฐอเมริกาและอิสราเอล แสดงให้เห็นว่ารัฐทั้งหลายมองมาตรการบีบบังคับทางเศรษฐกิจฝ่ายเดียวเป็นการกระทำที่ไม่ควรปฏิบัติ เนื่องจากมาตรการบีบบังคับทางเศรษฐกิจดังกล่าวเป็นไปได้ว่าเป็นการกระทำเพื่อผลประโยชน์ของรัฐผู้ใช้มาตรการนั้นเอง

ดังนั้นถึงแม้ว่าการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหายจะเป็นการสนับสนุนทฤษฎีการกระทำฝ่ายเดียวก็ตาม แต่ก็ยังคงเป็นมาตรการที่ควรนำมาบังคับใช้แต่ควรใช้อย่างจำกัด เนื่องจากหากปล่อยให้รัฐทั้งหลายสามารถดำเนินการต่างๆ โดยการจัดการของแต่ละรัฐโดยฝ่ายเดียวแล้ว สังคมระหว่างประเทศก็จะกลับไปสู่ยุคเดิมที่ไร้ความเป็นระเบียบปราศจากการควบคุม ดังนั้นทางปฏิบัติ การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายจึงต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขทางกฎหมายต่างๆ เพื่อเป็นกรอบควบคุมให้การดำเนินการเช่นนั้นว่าชอบด้วยกฎหมาย

¹⁵⁴ A/RES/57/5.

บทที่ 3

เงื่อนไขทางกฎหมายของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหาย ตามร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐ

จากที่ได้พิจารณามาแล้วในบทที่ 2 ว่า สิทธิของรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายโดยตรงในการใช้มาตรการตอบโต้จากการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศได้รับการรับรองเป็นการทั่วไปจากแนวคิดทางทฤษฎี แนวคำตัดสินของศาลระหว่างประเทศ ตลอดจนแนวทางการปฏิบัติของรัฐ อย่างไรก็ตาม ยังมีประเด็นที่ต้องพิจารณาอีกต่อไปว่า เงื่อนไขของการใช้สิทธิดังกล่าวนี้มีอยู่อย่างไร เพราะที่ผ่านมานแนวคิดทางทฤษฎี แนวคำตัดสินของศาลระหว่างประเทศ ตลอดจนแนวปฏิบัติของรัฐไม่ได้สะท้อนภาพที่ชัดเจนของเงื่อนไขทางกฎหมายในเรื่องนี้

ในบทนี้ จึงเป็นเรื่องการศึกษาว่า ในร่างของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้มีวางเงื่อนไขการใช้สิทธิในเรื่องนี้ไว้อย่างไร

การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหายได้ปรากฏอยู่ในร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐในมาตรา 54 เป็นเรื่องมาตรการที่กระทำโดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหาย (measures taken by state other than an injured state) ที่กล่าวไว้ว่า

“หมวดนี้ไม่ทำให้สิทธิของรัฐใดๆ เสียหายจากการมีสิทธิตามมาตรา 48 ย่อหน้า 1 ในการอ้างความรับผิดชอบจากรัฐอื่นโดยใช้มาตรการที่ชอบด้วยกฎหมายกระทำต่อรัฐดังกล่าวเพื่อรับรองให้มีการยุติการฝ่าฝืนและมีการชดเชยความเสียหายในผลประโยชน์ของรัฐผู้เสียหายหรือของผู้รับประโยชน์จากพันธกรณีที่ถูกละเมิด”

โดยมาตรา 48 นี้เป็นเรื่องการเรียกร้องความรับผิดชอบ (invocation of responsibility) โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหาย เป็นการให้สิทธิแก่รัฐทุกรัฐที่มีใช้รัฐผู้เสียหายในการเรียกร้องความรับผิดชอบต่อรัฐผู้รับผิดชอบจากการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายได้ใน 2 กรณี คือ

กรณีแรกเป็นกรณีที่การกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนพันธกรณีของกลุ่มของรัฐที่รัฐเป็นสมาชิกอยู่และพันธกรณีดังกล่าวถูกก่อตั้งเพื่อป้องกันผลประโยชน์ร่วมกัน (collective interest) ของกลุ่ม หรือกรณีที่สองเป็นกรณีที่การกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนพันธกรณีของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด

บทบัญญัติในมาตรา 54 แสดงให้เห็นถึงมูลเหตุจูงใจและการอาศัยสิทธิของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหาย (หรือรัฐที่สาม) มาจากมาตรา 48 เนื่องจากพันธกรณีที่ถูกฝ่าฝืนเป็นพันธกรณีของกลุ่มของรัฐหรือของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด ซึ่งพันธกรณีดังกล่าวนี้ผู้ที่ได้รับประโยชน์จากการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหายอาจเป็นผู้รับประโยชน์ที่

มิใช่รัฐก็ได้ ซึ่งการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายตามร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาอยู่นี้เป็นมาตรการตอบโต้ของรัฐด้วยตัวเองเท่านั้น มิได้รวมถึงการตอบโต้ภายใต้กรอบขององค์การระหว่างประเทศ ถึงแม้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายกับการตอบโต้ภายใต้กรอบขององค์การระหว่างประเทศจะมีลักษณะใกล้เคียงกันก็ตาม เช่น กรณีของการใช้มาตรการตามหมวด 7 ของสหประชาชาติ¹

ทั้งนี้เมื่อพิจารณาข้อความในมาตรา 54 ประกอบกับมาตรา 48 แล้วได้กล่าวถึงตัวของผู้รับประโยชน์จากการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายซึ่งผู้รับประโยชน์ในกรณีนี้อาจเป็นองค์การอื่นที่มีรัฐก็ได้เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 54 ใช้คำว่า “ผู้ได้รับประโยชน์จากพันธกรณีที่ถูกฝ่าฝืน” แต่ทั้งหลายทั้งปวงแล้วมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายนี้ก็ตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขโดยทั่วไปของการใช้มาตรการตอบโต้ โดยในร่างข้อบทฯ ได้วางหลักเกณฑ์ของการใช้มาตรการตอบโต้ไว้ ดังนี้

(1) มาตรการการตอบโต้จะต้องได้สัดส่วนกับความรุนแรงที่ได้รับอยู่ในมาตรา 51 ของร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ

(2) ก่อนใช้มาตรการตอบโต้ต้องแจ้งต่อรัฐที่ฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศเสียก่อน เพื่อให้รัฐนั้นปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ หากมีการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศจึงสามารถใช้มาตรการตอบโต้ได้ แต่ไม่ตัดสิทธิรัฐที่จะตอบโต้เพื่อการเยียวยาความเสียหายของตนในกรณีฉุกเฉิน อยู่ในมาตรา 52 ของร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ

(3) มาตรการตอบโต้ไม่อาจกระทำได้ ถ้าการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมายนั้นได้สิ้นสุดลงและมีการนำคดีข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล โดยคดียังคงค้างอยู่ในศาลตามมาตรา 52(3) ของร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ

(4) มาตรการตอบโต้ต้องไม่กระทบต่อพันธกรณีที่สำคัญ อันได้แก่ การงดเว้นจากการคุกคาม หรือการใช้กำลังตามกฎหมายระหว่างประเทศ การเคารพสิทธิมนุษยชนและมนุษยธรรมในการห้ามแก่ผิด และกฎหมายบังคับเด็ดขาด อีกทั้งรัฐที่กระทำตอบโต้ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่ตนมีอยู่ต่อไป และเคารพต่อหลักละเมิดมิได้ในตัวบุคคลและกงสุล และความละเมิดมิได้ในอาคารสถานที่ตั้งและเอกสารทางการทูต ซึ่งเป็นหลักการที่สำคัญในมาตรา 50 ของร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ

(5) มาตรการการตอบโต้ต้องสิ้นสุดเมื่อรัฐที่ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศได้ปฏิบัติตามพันธกรณีแล้ว ซึ่งเป็นเรื่องการยกเลิกการใช้มาตรการตอบโต้ในมาตรา 53 ของร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ

¹ James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), p. 302.

ฉะนั้นการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่มาตรการตอบโต้ดังกล่าวเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของรัฐผู้เสียหายหรือผู้ได้รับผลประโยชน์จากพันธกรณีที่ถูกฝ่าฝืน จึงต้องตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขข้างต้นอันเป็นเงื่อนไขทั่วไปของการใช้มาตรการตอบโต้ด้วย โดยนำมาปรับใช้กับบทบัญญัติของมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายเท่าที่ไม่ขัดกับสภาพของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหาย

แต่หากรัฐคู่กรณีพิพาทได้มีความตกลงเป็นพิเศษเกี่ยวกับเรื่องสิทธิหน้าที่ การบังคับใช้สนธิสัญญาไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาแบบทวิภาคีหรือแบบพหุภาคีไว้โดยเฉพาะแล้ว ก็ต้องบังคับใช้สนธิสัญญาที่ตกลงกันไว้โดยเฉพาะ มิต้องบังคับใช้หลักเกณฑ์ตามวิธีการของร่างข้อบทแต่อย่างใด โดยร่างบทได้เรียกหลักเกณฑ์นี้ว่าเป็น “กฎหมายเฉพาะพิเศษ” (lex specialis)² ซึ่งรัฐสามารถใช้บังคับกันได้ตามความพึงพอใจของรัฐที่ตกลงกัน เช่น หากเกิดข้อพิพาททางการค้าโดยรัฐที่พิพาทกันนั้นเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก (WTO) รัฐก็สามารถระงับข้อพิพาทตามกฎหมายขององค์การการค้าโลกได้เลย มิต้องนำร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐมาใช้แต่อย่างใด แต่ทั้งนี้หลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับกันนั้นก็ต้องตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขของหลักกฎหมายระหว่างประเทศคือจะต้องไม่ขัดกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น หลักการห้ามใช้กำลัง เป็นต้น

3.1 เงื่อนไขอันเป็นที่มาของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหาย : ผลประโยชน์ร่วมในความเสียหายที่เกิดขึ้น

การที่ศาลในคดี Barcelona Traction ได้ยืนยันถึงพันธกรณีการยอมรับและการยืนยันถึงความมีอยู่ของพันธกรณีที่ใช้บังคับได้กับรัฐทั่วไป (erga omnes) ในเรื่องการห้ามการกระทำเป็นโจรสลัด (pirate) การห้ามรุกราน (aggression) การห้ามฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) การห้ามค้าทาส (slavery) การห้ามแบ่งแยกเชื้อชาติ (racial discrimination) การห้ามทรมานและก่ออาชญากรรมต่อความเป็นมนุษย์ (crime against humanity and torture) และสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง (the right of self-determination) ซึ่งเหล่านี้ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาด ทำให้เมื่อมีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในเรื่องเหล่านี้ รัฐที่สาม (หรือรัฐอื่นที่ไม่ใช่ผู้เสียหาย) มีส่วนได้เสียจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวอันเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองในกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือเป็นเรื่องที่รัฐที่สามมีผลประโยชน์ร่วมอยู่ด้วยในเรื่องดังกล่าวนั่นเอง จึงทำให้รัฐที่สาม

² Ibid., p. 290.

สามารถกล่าวอ้างถึงสิทธิของการมีผลประโยชน์ร่วมกันอยู่ เพื่อที่จะใช้มาตรการตอบโต้เมื่อสิทธินั้นถูกละเมิดและการละเมิดนั้นก่อให้เกิดความเสียหายในทางระหว่างประเทศ

แนวความคิดแรกเริ่มของคณะกรรมการที่ให้รัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายสามารถดำเนินมาตรการตอบโต้ได้นั้น อยู่บนพื้นฐานของการละเมิดพันธกรณีที่เป็นผลประโยชน์ร่วมของประชาคมระหว่างประเทศ ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อ 2.4 ของบทที่ 2 อย่างไรก็ตามพัฒนาการของร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ จนมาถึงลำดับสุดท้ายนั้นได้มีการแบ่งประเด็นในเรื่องของการใช้มาตรการตอบโต้ของรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายออกเป็น 2 กรณีด้วยกันตามปรากฏในมาตรา 48 ของร่างข้อบท ซึ่งได้แก่

- 1) กรณีที่พันธกรณีที่ถูกละเมิดนั้นเป็นกลุ่มของรัฐซึ่งรวมถึงรัฐนั่นเอง และพันธกรณีนั้นมีขึ้นเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ร่วมของกลุ่ม (collective interest of the group)
- 2) กรณีที่พันธกรณีที่ถูกละเมิดนั้นเป็นของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด

3.1.1 กรณีการละเมิดพันธกรณีของผลประโยชน์ร่วมของกลุ่มของรัฐ

การพิจารณาความสัมพันธ์ของรัฐในบริบทของผลประโยชน์ร่วมของกลุ่มนั้นอยู่บนพื้นฐานของความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่มีอยู่ต่อกันโดยอาจแบ่งลักษณะความสัมพันธ์ได้อย่างน้อยเป็น 4 กรณีด้วยกัน คือ

- (ก) กรณีการละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐสองรัฐขึ้นไปและแยกจากกัน

ในบริบทนี้อาจแยกออกได้เป็นกรณีของความเสียหายต่อผลประโยชน์ของรัฐสองรัฐขึ้นไปที่มีผลประโยชน์ร่วมกันกับอีกกรณีหนึ่งซึ่งได้แก่กรณีที่เกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์ของรัฐหนึ่งที่มีผ่านรัฐหนึ่ง

ในกรณีแรกตัวอย่างอาจยกได้ในกรณีที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรองสิทธิของบุคคลที่ทำงานในองค์การระหว่างประเทศ³ ที่ทั้งรัฐเจ้าของสัญชาติและองค์การระหว่างประเทศสามารถยกความเสียหายขึ้นกล่าวอ้างได้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่องค์การระหว่างประเทศถูกละเมิด

ในกรณีที่สองเป็นกรณีที่ปรากฏในคดี Barcelona Traction ในคดีนี้ศาลปฏิเสธข้อเรียกร้องของรัฐบาลเบลเยียมที่เรียกร้องความเสียหายแทนคนชาติของตนที่เป็นผู้ถือหุ้น 88% ใน

³ Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations Case, ICJ Report, 1949, p.185.

บริษัทสัญชาติแคนาดา ที่ศาลปฏิเสธก็ด้วยเหตุผลว่าบริษัทมีสัญชาติแคนาดา แต่อย่างไรก็ตามศาลไม่ได้วิเคราะห์ว่าเป็นไปได้หรือไม่ที่รัฐสัญชาติผู้ถือหุ้มีสิทธิลำดับรอง (secondary right) ที่จะเรียกร้องในขณะที่ผู้มิสิทธิหลักที่จะเรียกร้องไม่มีอยู่ในขณะนั้น

- (ข) กรณีความเสียหายเกิดจากการละเมิดผลประโยชน์พิเศษที่ได้รับการรับรองในตราสารพหุภาคี

ในกรณีนี้เป็นกรณีที่สนธิสัญญาพหุภาคีมีบทบัญญัติให้รัฐภาคีมีบทบาทในการปกป้องวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาดังนั้นๆ แม้ว่าเมื่อเกิดการละเมิดขึ้นรัฐที่ถูกละเมิดในฐานะรัฐผู้เสียหายโดยตรงจะมีอยู่ก็ตาม แต่รัฐที่ไม่ใช่ผู้เสียหายโดยตรงมีหน้าที่หรือผลประโยชน์พิเศษที่สามารถดำเนินการเพื่อปกป้องวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาดังนั้นๆ แม้ว่าเมื่อเกิดการละเมิดขึ้นรัฐที่ถูกละเมิดในฐานะรัฐผู้เสียหายโดยตรงจะมีอยู่ก็ตาม แต่รัฐที่ไม่ใช่ผู้เสียหายโดยตรงมีหน้าที่หรือผลประโยชน์พิเศษที่สามารถดำเนินการเพื่อปกป้องวัตถุประสงค์ร่วมของกลุ่มรัฐภาคี ในกรณีเช่นว่านี้รัฐที่ไม่ได้เป็นผู้เสียหายโดยตรงจากการละเมิด แต่เรียกได้ว่าถูกกระทบทางอ้อมในฐานะที่ผลประโยชน์ร่วมที่มีอยู่ร่วมกันในฐานะภาคีในสนธิสัญญา เมื่อเป็นเช่นนี้ก็สามารถดำเนินการมาตรการอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อตอบโต้ผู้ที่ละเมิดพันธกรณีในสนธิสัญญาดังกล่าวได้ กรณีนี้อาจยกตัวอย่างได้ 2 กรณี เช่น

1) กรณีตามข้อ 1 ร่วมของ Geneva Conventions of 4 August 1949 ที่ให้ความคุ้มครองบุคคลประเภทต่าง ๆ ในยามมีข้อพิพาททางอาวุธ โดยในข้อ 1 ร่วมของอนุสัญญาทั้ง 4 ฉบับระบุไว้เหมือนกันว่ารัฐภาคีมีหน้าที่เคารพและ “ประกันการเคารพ” (To ensure respect) ในทุกสถานการณ์⁴ คำว่าประกันการเคารพนี้เองที่เป็นฐานกฎหมายให้รัฐภาคีไม่ว่าจะเป็นคู่สงครามหรือไม่ก็ตามสามารถดำเนินการใด ๆ ให้มีการเคารพอนุสัญญาในกรณีที่มีการละเมิดได้ แม้รัฐนั้นไม่ใช่รัฐที่เสียหายโดยตรงก็ตาม ตามที่เห็นเหมาะสมกับสถานการณ์ เพื่อให้รัฐที่ละเมิดยุติการละเมิดและกลับมาเคารพตามพันธกรณีของอนุสัญญา

2) กรณี International Whaling Commission (IWC) ออก Moratorium เกี่ยวกับเงื่อนไขการค้าปลาวาฬ โดยตามเงื่อนไขของ Moratorium นี้ รัฐแต่ละรัฐมีหน้าที่ปฏิบัติตาม แต่ IWC ไม่มีกลไกบังคับรัฐให้ปฏิบัติตามได้ สหรัฐอเมริกาได้ดำเนินการฝ่ายเดียวโดยใช้มาตรการตอบโต้ทางการค้าโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติกฎหมาย Pelly Amendment ซึ่งแก้ไข Fishermen's Protective Act ต่อรัฐที่ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขการค้าปลาวาฬตามที่ระบุใน Moratorium ซึ่งในกรณีนี้

⁴ Laurence Boisson de Chazounes and Luigi Condorelli, “Common Article 1 of Geneva Convention Revisited : Protecting Collective Interests,” *International Review of Red Cross* 837 (2000) : pp. 67-87.

สหรัฐอเมริกาใช้มาตรการทางการค้า (trade sanction) อย่างเป็นผลเพื่อลดการล่าและค้าปลาวาฬกับรัฐที่ไม่ปฏิบัติตาม ยกเว้นในกรณีของนอร์เวย์และญี่ปุ่นที่มาตรการดังกล่าวไม่ได้หยุดยั้งการล่าปลาวาฬของทั้งสองประเทศนี้

(ค) กรณีความเสียหายเกิดจากการละเมิดสนธิสัญญาที่ให้สิทธิแก่รัฐที่สาม

โดยหลักทั่วไป สนธิสัญญาไม่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่แก่รัฐที่สามโดยปราศจากความยินยอมของรัฐที่สาม ตามที่ปรากฏในมาตรา 34 ของ Vienna Convention on the Law of Treaty 1969 แต่บางกรณีสิทธิของรัฐที่สามอาจมีขึ้นได้จากสนธิสัญญาและหากมีการละเมิดสนธิสัญญา การละเมิดดังกล่าวอาจกระทบต่อสิทธิของรัฐที่สามได้ กรณีตัวอย่างที่อาจยกขึ้นได้ในที่นี้ได้แก่ กรณีของมาตรา 24(1)(b) ของ United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 ที่กำหนดว่ารัฐชายฝั่งจะไม่เลือกปฏิบัติต่อเรือของรัฐใด ๆ หรือเรือที่บรรทุกสินค้าไปยัง มาจากหรือในนามของรัฐใด ๆ ในกรณีเช่นนี้หากรัฐชายฝั่งปฏิเสธสิทธิการผ่านโดยสุจริต (innocent passage) โดยมีขอบข่ายกฎหมายแก่เรือของรัฐหนึ่งที่ยังบรรทุกสินค้าของอีกรัฐหนึ่ง สิทธิของรัฐที่ชักธงและรัฐเจ้าของสินค้าถูกระทบ ดังนั้นโดยนัยยะของบทบัญญัตินี้รัฐที่เป็นเจ้าของสินค้าที่บรรทุกบนเรือสามารถอ้างสิทธิของตนเองได้และใช้มาตรการตอบโต้รัฐชายฝั่งที่ละเมิดได้

(ง) กรณีความเสียหายเกิดจากการละเมิดรัฐหนึ่งรัฐใดที่อยู่ในกลุ่มของกรอบความร่วมมือระหว่างประเทศ

กรณีอาจยกตัวอย่างได้ในกรอบของความร่วมมือของรัฐบนพื้นฐานของสนธิสัญญาความร่วมมือพิเศษ หรือในรูปแบบขององค์การระหว่างประเทศที่อาจพิจารณาได้ว่าเป็นฐานทางกฎหมายที่จะถือว่าในความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกของกลุ่มนั้นมีผลประโยชน์ร่วมกันตามนัยยะของร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐมาตรา 48 วรรค 1(a) หากการที่รัฐสมาชิกรัฐหนึ่งถูกละเมิดและผลของการละเมิดนั้นกระทบต่อผลประโยชน์ร่วมกันของบรรดารัฐสมาชิกของกลุ่ม ทั้งนี้อาจไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติให้อำนาจรัฐสมาชิกไว้อย่างชัดเจนในการดำเนินมาตรการก็ตาม แต่หากเป็นกรณีที่การละเมิดกระทบต่อผลประโยชน์ร่วมกันก็น่าจะทำได้ ดังตัวอย่างของ ASEAN Charter ที่กำหนดไว้ในเรื่อง Conduct of External Relation ที่ปรากฏใน Article 41(4) ว่า “In the conduct of external relations of ASEAN , Member STATE shall , on the basis of unity and solidarity , coordinate and endeavor to develops common positions and pursue joint actions.”

3.1.2 กรณีการละเมิดพันธกรณีของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด

แนวคิดของผลประโยชน์ของประชาคมได้มีการพูดถึงมานานแล้วในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศ⁵ และได้รับการพัฒนามาเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาดและพันธกรณีที่ใช้บังคับได้โดยทั่วไปโดยถือว่าเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีที่สำคัญภายใต้หลักกฎหมายเด็ดขาดของหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปซึ่งอยู่ในบทที่ 3 ของส่วนที่ 2 ในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ

ร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐกล่าวถึงถ้อยคำ “ประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด” ซึ่งเป็นการบัญญัติถ้อยคำในบริบทเดียวกับคำว่า “ประชาคมระหว่างประเทศของรัฐทั้งหมด” (international community of state as a whole) ซึ่งปรากฏในมาตรา 53 ของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา แต่มีได้ในร่างข้อบทที่มีคำว่า “ของรัฐ” (of States) ตามอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา เนื่องจากอนุสัญญาเวียนนาตั้งใจที่ย้ำให้รัฐยอมรับเรื่องประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดเป็นกฎหมาย รวมทั้งเป็นการก่อตัวแบบแผนลักษณะของเรื่องดังกล่าว ซึ่งต่อมาก็ได้รับการย้ำในคำพิพากษาคดี Barcelona Traction ซึ่งใช้คำว่า “ประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด” เป็นผลให้การกล่าวถึงเรื่องดังกล่าวในเวลาต่อมาไม่ว่าในสนธิสัญญาหรือเอกสารอื่นๆ ในทางระหว่างประเทศจะใช้คำว่า “ประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด”⁶

ในคดี Barcelona Traction⁷ ศาลได้แยกแยะระหว่างพันธกรณีที่มีผลกระทบเฉพาะรัฐ (obligation owed to particular state) กับพันธกรณีที่มีผลกระทบต่อประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดซึ่งรัฐทุกรัฐต้องมีพันธกรณีร่วมกันในการป้องกันผลประโยชน์ของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด รัฐมีผลประโยชน์ทางกฎหมายที่ต้องป้องกันอันเรียกว่าพันธกรณีที่ใช้บังคับกับรัฐได้โดยทั่วไป (obligation erga omnes) ถ้าพันธกรณีที่ว่านั้นสามารถถูกโต้แย้งหรือทำให้ถูกมองข้ามในระหว่างคู่กรณีแล้วก็เป็นการยากที่จะเป็นพันธกรณีอันเกิดจากประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด⁸ คำว่า “พันธกรณีของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด” หมายถึงว่าผลประโยชน์ดังกล่าวต้องมีใช้อยู่ในบริบทของความสัมพันธ์ระดับทวิภาคีหรือพหุภาคีโดยทั่วไป แต่ต้องเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดจากผลประโยชน์ทั่วไป นอกเหนือไปจากผลประโยชน์อื่นใดของรัฐอันมีลักษณะเฉพาะตัว รวมทั้งเรื่อง

⁵ Margo Kaplan, “Using Collective Interests to Ensure Human Rights : An Analysis of The Articles on State Responsibility,” *New York University Law Review* 79 (November 2004): p. 1908.

⁶ James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, pp. 184-185.

⁷ Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Judgment, I.C.J.Report(1970)

⁸ James Crawford, *Third report on state responsibility*: Document A/CN.4/507 add.4, Yearbook of International law commission, 2000, p. 46-47 para. 106.

ดังกล่าวเป็นการพยายามก่อตั้งพื้นฐานทั่วไปของการป้องกันเพื่อกลุ่มหรือประชาชนอันเป็นการยอมรับพันธกรณีการป้องกันสิ่งที่มีอยู่เป็นรูปธรรมซึ่งมิใช่ตัวรัฐใดรัฐหนึ่งโดยเฉพาะ รัฐที่สามารถอ้างสิทธิในการเรียกร้องความรับผิดชอบจากรัฐในกรณีที่มีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนพันธกรณีอันเป็นผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มของรัฐ จึงเป็นรัฐที่สามารถใช้มาตรการตอบโต้ได้ด้วย แต่ทั้งนี้รัฐดังกล่าวต้องมีรัฐที่ได้รับความเสียหาย (injured state)

พันธกรณีทั่วไปที่ได้พูดถึงนี้ ยกตัวอย่างได้ เช่น พันธกรณีที่ได้มาจากหลักกฎหมายเด็ดขาดในเรื่องการกระทำอันเป็นการรุกรานและการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ หลักการและกฎเกณฑ์ที่ยืนยันถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์รวมถึงการป้องกันจากการค้าทาสและการเลือกปฏิบัติจากเชื้อชาติ⁹ ในคำพิพากษาของศาลคดี East Timor ศาลได้รับรองเกี่ยวกับเรื่องของสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการเติบโตของแนวคิดประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดมากกว่าหนึ่งศตวรรษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในการกำหนดเจตจำนงโดยตนเองของประชาชน¹⁰ เนื่องจากได้รับการยอมรับว่าเป็นผลประโยชน์ร่วมกันของทุกรัฐ การยอมรับถึงการมีอยู่ของผลประโยชน์โดยทั่วไป และยืนยันว่ารัฐทั้งหลายมีพันธกรณีร่วมกัน (collective obligation) ในผลประโยชน์บางอย่างก่อให้เกิดการยอมรับให้มีมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายรัฐดังกล่าวก็เป็นหนึ่งในสมาชิกของประชาคมระหว่างประเทศ

ในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐโดยต้องให้อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์และเงื่อนไขตามกฎหมายที่กำหนด แต่ควรจำกัดรูปแบบของการตอบโต้การกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด เกี่ยวกับแนวทางการใช้มาตรการตอบโต้ร่วมกันอันเป็นการพิสูจน์ถึงความมีอยู่จริงของพันธกรณีพื้นฐาน อันเป็นการทำให้เกิดความสมดุลในการใช้มาตรการตอบโต้ร่วมกันเพื่อเป็นเครื่องมือในการช่วยพัฒนาระบบกฎหมายระหว่างประเทศ และป้องกันความเสี่ยงที่จะใช้มาตรการตอบโต้ร่วมกันเพื่อปกป้องผลประโยชน์ส่วนตัว¹¹

3.2 เป้าหมายของการใช้สิทธิของรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหาย

เมื่อพิจารณาข้อความในมาตรา 54 ของร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐแล้ว จะเห็นได้ว่าการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายเป็นการทำไปเพื่อยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและชดเชยความเสียหายในผลประโยชน์ของรัฐผู้เสียหายหรือผู้รับประโยชน์ใน

⁹ Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Report, 1970, p. 32, para 34.

¹⁰ I.C.J. Reports 1995, p. 90, at p.102, para.289.

¹¹ Margo Kaplan, "Using Collective Interests to Ensure Human Rights : An Analysis of The Articles on State Responsibility," *New York University Law Review* 79 (2004): p. 1903.

พันธกรณีที่ถูกละเมิดแล้วแต่กรณี ซึ่งผลประโยชน์ของรัฐผู้เสียหายย่อมที่จะสามารถดูได้จากความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อรัฐที่ได้รับการฝ่าฝืนพันธกรณี ซึ่งสามารถตรวจสอบได้ หากรัฐดังกล่าวยังไม่ได้รับการชดเชยความเสียหายจากผลประโยชน์ที่เสียไปก็ย่อมมีเหตุผลอันชอบธรรมที่ดำเนินการใช้มาตรการตอบโต้ได้ แต่กรณีของผลประโยชน์ของผู้ได้รับประโยชน์จากพันธกรณีที่ถูกละเมิดนั้น เป็นกรณีของรัฐใดรัฐหนึ่งแม้มิได้ถูกกระทำผิดกฎหมายโดยตรง แต่ผลของการกระทำดังกล่าวกระทบมาถึงประโยชน์ของตน เช่น ในกรณีของการใช้แหล่งน้ำ หรือการใช้มรดกร่วมกันของมนุษยชาติ เป็นต้น ซึ่งเมื่อพิจารณาร่วมกับมาตรา 48 อันเป็นที่มาของสิทธิการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหาย เห็นได้ว่าการพิจารณาสหิทธิใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายต้องพิจารณาร่วมกัน ไม่สามารถมองแยกเฉพาะมาตราใดมาตราหนึ่งได้

3.2.1 เพื่อประโยชน์รัฐผู้เสียหาย

กรณีของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหาย(หรือรัฐที่สาม)เป็นกรณีที่เมื่อมีการกระทำที่ไม่ชอบทางระหว่างประเทศอันเป็นการละเมิดพันธกรณีอันเป็นผลประโยชน์บางอย่างเกิดขึ้น มีรัฐใดรัฐหนึ่งเป็นรัฐผู้เสียหายโดยตรงจากการละเมิดพันธกรณีดังกล่าว อันเป็นกรณีของการละเมิดพันธกรณีในลักษณะมาตรา 48(1)(a) ซึ่งเป็นเรื่องของผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มของรัฐ กรณีผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มของรัฐเป็นผลประโยชน์ที่มีรัฐที่รวมตัวขึ้นเป็นกลุ่มดังกล่าวเป็นผู้ทรงสิทธิในผลประโยชน์ของการรวมเป็นกลุ่ม เมื่อมีการละเมิดพันธกรณีที่เป็นผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มของรัฐ ผู้เสียหายในกรณีดังกล่าวจะมีรัฐที่ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการกระทำดังกล่าวและรัฐอื่นๆ ที่รวมอยู่ในกลุ่มที่ได้รับความเสียหายด้วยเช่นกันแต่เป็นผู้เสียหายโดยอ้อมหรือเป็นรัฐที่ไม่ได้รับความเสียหายโดยเป็นการใช้มาตรการตอบโต้ในรูปแบบของรัฐที่สาม

ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่ละเมิดพันธกรณีอันเป็นผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มของรัฐตามมาตรา 48(1)(a) จึงสามารถแยกความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ออกเป็น 2 จำพวกคือ กรณีแรกเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นกับรัฐผู้ได้รับความเสียหายโดยตรง กรณีที่สองเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นกับรัฐอื่นที่อยู่ในกลุ่มซึ่งถือเป็นรัฐที่ไม่ได้รับความเสียหาย (รัฐที่สาม) ในฐานะที่เป็นผู้เสียหายโดยอ้อม ฉะนั้นพันธกรณีของรัฐผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเรื่องการใช้เยี่ยวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น จึงต้องเป็นการชดเชยเยี่ยวยาความเสียหายทั้งที่เกิดขึ้นกับรัฐที่ได้รับความเสียหายโดยตรงและรัฐที่สาม ซึ่งได้รับความเสียหายโดยอ้อม

แม้ว่าในมาตรา 54 จะระบุให้มาตรการตอบโต้โดยรัฐที่สามเป็นการกระทำเพื่อรัฐผู้เสียหายและผู้ได้รับผลประโยชน์จากพันธกรณีที่ถูกฝ่าฝืน แต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นในกรณีเป็นผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มนี้แยกได้เป็นของรัฐผู้เสียหายและรัฐที่สาม การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐ

ผู้เสียหายและการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐที่สามจึงสามารถใช้ได้แยกจากกันโดยอิสระ การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐผู้เสียหายก็เป็นเรื่องในส่วนของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐผู้เสียหาย แต่สิ่งที่จะต้องคำนึงจากการใช้มาตรการตอบโต้ในกรณีที่เป็นผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มนี้ก็คือผลลัพธ์ที่ได้จากการใช้มาตรการตอบโต้ นั้น เป็นกรณีที่รัฐผู้กระทำผิดได้ปฏิบัติตามพันธกรณีในการยุติการกระทำผิดและชดเชยเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นเพียงพอแล้วหรือไม่ หากมีการปฏิบัติตามพันธกรณีครบถ้วนแล้ว ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจจะเป็นรัฐผู้เสียหายหรือรัฐที่สามผู้เป็นสมาชิกในกลุ่มก็ไม่สามารถใช้มาตรการตอบโต้เพื่อผลประโยชน์ของรัฐผู้เสียหายหรือของผู้ได้รับผลประโยชน์จากพันธกรณีที่ถูกฝ่าฝืนได้อีก

ตัวอย่างที่พอจะทำให้เห็นภาพของกรณีดังกล่าวคือกรณีของกฎบัตรอาเซียนที่รัฐสมาชิกมีเจตจำนงร่วมกันที่จะดำรงอยู่ในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ เพื่อสันติภาพ ความมั่นคง และเสถียรภาพ ทั้งในด้านการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมวัฒนธรรม* หากมีกรณีที่รัฐสมาชิกของอาเซียนถูกกระทำที่ไม่ชอบทางระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการเมือง เศรษฐกิจ หรือสังคมวัฒนธรรมก็ตาม เช่น มีการกระทำของรัฐนอกภูมิภาคที่ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศที่ก่อให้เกิดความเสียหายโดยตรงกับรัฐสมาชิก แต่ในขณะเดียวกันการกระทำดังกล่าวกระทบถึงผลประโยชน์ร่วมของบรรดาสมาชิกทั้งปวงที่เป็นสมาชิกของอาเซียนย่อมได้รับผลกระทบด้วย จึงทำให้รัฐอื่น ๆ ที่เป็นสมาชิกของอาเซียนสามารถใช้มาตรการตอบโต้ในฐานะที่เป็นรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายได้โดยตนเอง แม้กรณีดังกล่าวจะมีรัฐผู้ได้รับความเสียหายโดยตรงก็ตาม

3.2.2 เพื่อประโยชน์ของผู้รับผลประโยชน์จากพันธกรณีที่ถูกฝ่าฝืน

ผู้รับผลประโยชน์จากพันธกรณีที่ถูกฝ่าฝืนในที่นี้อาจเป็นได้ทั้งรัฐหรือปัจเจกชนที่อยู่ภายในรัฐที่ได้รับผลจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในกรณีดังกล่าวการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจเกิดได้ทั้งเป็นการกระทำที่ละเมิดพันธกรณีอันเป็นผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มของรัฐตามมาตรา 48(1)(a) หรือเป็นการกระทำที่ละเมิดพันธกรณีอันเป็นผลประโยชน์ร่วมกันของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด ทั้งนี้หากเป็นพันธกรณีอันเป็นผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มของรัฐการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐที่สามก็เป็นไปตามเหตุผลที่กล่าวไว้ในหัวข้อ 3.3.1 แล้ว แต่ในกรณีที่เป็นพันธกรณีที่เป็นผลประโยชน์ร่วมกันของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดนั้น เป็นกรณีที่ผู้ทรงสิทธิของผลประโยชน์นี้มีลักษณะเป็นนามธรรมแตกต่างจากพันธกรณีเป็นผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มของรัฐ กล่าวคือในกรณีนี้ประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดเป็นผู้ทรงสิทธิของผลประโยชน์ ทำให้แท้จริงแล้วใน

* โปรดดูอารัมภบทและวัตถุประสงค์ในกฎบัตรอาเซียน

ผลประโยชน์กรณีนี้อาจเป็นกรณีที่ไม่มียุติการใดรัฐหนึ่งที่จะเป็นรัฐผู้เสียหายโดยตรงเลยก็ได้ เป็นผลให้การใช้มาตรการตอบโต้ในกรณีนี้ผู้ใช้มาตรการก็คือรัฐที่สามหรือเป็นรัฐอื่นที่ไม่ได้รับความเสียหาย รัฐทุกรัฐที่เป็นสมาชิกของประชาคมมีสิทธิที่จะเท่าเทียมกันในการที่จะใช้มาตรการตอบโต้นี้ได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงรูปแบบของสิทธิว่าจะมีรัฐใดรัฐหนึ่งได้ดำเนินการใช้มาตรการตอบโต้แล้วหรือไม่ เพียงแต่รัฐที่จะดำเนินการใช้มาตรการตอบโต้ที่เห็นว่ารัฐผู้กระทำผิดได้ปฏิบัติตามพันธกรณีในการยุติการกระทำผิดและชดเชยเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นครบถ้วนแล้วหรือไม่

3.3 เงื่อนไขอันเป็นขั้นตอนของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหาย

การใช้มาตรการตอบโต้ไม่ว่าจะเป็นรัฐผู้เสียหายหรือรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายหากไม่ทำตามเงื่อนไขของการใช้มาตรการตอบโต้แล้ว การใช้มาตรการตอบโต้ดังกล่าวก็เป็นมาตรการตอบโต้ที่มีขอบด้วยกฎหมายอันจะทำให้รัฐผู้ใช้มาตรการตอบโต้เกิดความรับผิดชอบเสียเอง การกระทำที่จะกล่าวถึงต่อไปนี้เป็นเงื่อนไขทั่วไปที่จะเกิดก่อนการใช้มาตรการตอบโต้ไม่ว่าจะเป็นมาตรการตอบโต้โดยรัฐผู้เสียหาย หรือมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายก็ตาม อันจะทำให้การใช้มาตรการตอบโต้เป็นมาตรการที่ขอบด้วยกฎหมาย อันถือเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนของการใช้มาตรการตอบโต้ หลังจากนั้นเมื่อมาตรการตอบโต้ได้กระทำลงไปแล้ว หากมีการกระทำบางกรณีเกิดขึ้นมาตรการตอบโต้ที่นั้นก็จะต้องยุติลงโดยทันที มิเช่นนั้นมาตรการตอบโต้ดังกล่าวก็จะเป็นมาตรการตอบโต้ที่ไม่ขอบด้วยกฎหมาย อันเรียกได้ว่าเป็นเงื่อนไขบังคับหลังของการใช้มาตรการตอบโต้

3.3.1 เงื่อนไขบังคับก่อนของการใช้มาตรการตอบโต้

ตามที่ได้ศึกษามาแล้วว่ามาตรการตอบโต้มีวัตถุประสงค์เพื่อยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้น การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือการกระทำผิดทางระหว่างประเทศ (internationally wrongful act) จึงเป็นองค์ประกอบภายนอกที่สำคัญของการเกิดขึ้นของการใช้มาตรการตอบโต้ เนื่องจากเมื่อเกิดการกระทำผิดทางระหว่างประเทศแล้ว รัฐผู้กระทำผิดมีความรับผิดชอบอันเกิดจากการมีพันธกรณีที่ต้องยุติการกระทำผิดและชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้น

เมื่อรัฐผู้มีความรับผิดชอบไม่ปฏิบัติตามพันธกรณียุติการกระทำผิดและชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว จึงเปิดโอกาสให้รัฐที่เสียหายและรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายใช้มาตรการตอบโต้ตามสิทธิที่กฎหมายมอบให้ เพื่อบังคับให้รัฐผู้รับผิดชอบปฏิบัติตามพันธกรณีต่อไป แต่มาตรการตอบโต้ไม่ว่าจะเป็นรัฐที่เสียหายและรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายนั้นจะต้องกระทำต่อรัฐที่ต้องรับผิดชอบ

(countermeasures taken against the responsibility) เท่านั้น¹² จึงไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐ หากมาตรการตอบโต้ที่ใช้อาจเกิดผลกระทบต่อรัฐที่สาม จะไม่อยู่ในขอบเขตของร่างข้อบทฯ นี้ เนื่องจากมาตรการตอบโต้ตามร่างข้อบทฯ เป็นพฤติการณ์ที่ทำให้รัฐไม่ต้องรับผิดชอบในผลของการกระทำนั้น หากมาตรการตอบโต้ดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่นที่ไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องด้วยแล้ว จึงไม่เป็นข้อยกเว้นที่จะไม่ต้องรับผิดชอบต่อรัฐที่สามที่ไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องด้วย ทั้งนี้รัฐที่ให้มาตรการตอบโต้ที่มีผลไปถึงรัฐที่สามก็จะต้องรับผิดชอบต่อรัฐที่สามตามหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบต่อรัฐต่อไป¹³

3.3.1.1 มีการเรียกร้องให้รับผิดชอบในการปฏิบัติตามพันธกรณี

ในมาตรา 52 ของร่างข้อบทฯ ว่าด้วยความรับผิดชอบต่อรัฐเป็นเรื่องเกี่ยวกับเงื่อนไขที่มีความสัมพันธ์เพื่อการใช้มาตรการตอบโต้ (conditions relating to countermeasures) ได้กล่าวถึงเงื่อนไขที่ต้องทำก่อนที่จะใช้มาตรการตอบโต้หลังจากที่มีการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศแล้ว รัฐผู้ที่จะใช้มาตรการตอบโต้ต้องมีการเรียกร้องให้รัฐผู้รับผิดชอบปฏิบัติตามพันธกรณีที่มีอยู่ภายใต้บทบัญญัติของส่วนที่ 2 ในร่างข้อบทฯ ว่าด้วยความรับผิดชอบต่อรัฐ*

การเรียกร้องให้รับผิดชอบในการปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวถึงในร่างข้อบทฯ ว่าด้วยความรับผิดชอบต่อรัฐได้พูดถึงอยู่ในมาตรา 43 อันเป็นเรื่องของการประกาศสิ่งที่เรียกร้องโดยรัฐผู้เสียหาย (notice of claim by an injured State) โดยรัฐผู้เสียหายอ้างความรับผิดชอบต่อรัฐผู้รับผิดชอบในการประกาศสิ่งที่เรียกร้องเอาที่รัฐผู้มีความรับผิดชอบต่อรัฐผู้เสียหายกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายถ้าการกระทำนั้นยังคงดำเนินอยู่ รวมถึงเรียกร้องการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นภายใต้ส่วนที่ 2 ของร่างข้อบทฯ ว่าด้วยความรับผิดชอบต่อรัฐซึ่งก็เป็นวัตถุประสงค์ในการใช้มาตรการตอบโต้นั่นเอง โดยการเรียกร้องความรับผิดชอบต่อรัฐผู้รับผิดชอบนี้จำเป็นที่จะต้องเรียกร้องก่อนการใช้มาตรการตอบโต้ โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Certain Phosphate Lands in Nauru¹⁴ ได้วางหลักเกี่ยวกับการเรียกร้องความรับผิดชอบต่อรัฐผู้เสียหายว่าต้องเรียกร้องในเวลาที่เหมาะสม เนื่องจากข้อเท็จจริงในคดีมาจากกรณีที่น่าอูรมีโอกาสที่จะเรียกร้องมานานแล้ว

¹² James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries, p. 284.

¹³ Ibid., p.285.

* โปรดดูม.52(1)(b) ภาคผนวก

¹⁴ Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia). Preliminary Objections, I.C.J Reports 1992.

ขณะที่การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหาย การกระทำผิดที่เกิดขึ้นอาจเป็นได้ทั้งกรณีที่มีรัฐผู้เสียหายและไม่มีรัฐผู้เสียหายโดยตรง แต่ถึงแม้จะไม่มีรัฐผู้เสียหายโดยตรงที่จะอ้างสิทธิการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐผู้เสียหายได้ รัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายซึ่งจะเป็นผู้ใช้มาตรการตอบโต้ก็มีความจำเป็นที่จะต้องเรียกร้องความรับผิดชอบของรัฐผู้รับผิดชอบเช่นกัน โดยการประกาศเรียกร้องให้รัฐผู้รับผิดชอบปฏิบัติตามพันธกรณี โดยมาตรา 48(3) ให้นำมาตรา 43 มาปรับใช้ดังจะเห็นได้จากก่อนที่สหรัฐอเมริกาจะออกมาตรการใด ๆ ต่อรัฐอื่น ๆ จะมีการประกาศเรียกร้องให้รัฐดังกล่าวปฏิบัติตามแต่รูปแบบของการกระทำผิดที่รัฐนั้นก่อขึ้นไม่ว่าจะในรูปแบบทางการทูต หรือรูปแบบในเวทีระหว่างประเทศอันเป็นขั้นตอนในการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี

ความสำคัญของการประกาศเรียกร้องให้รัฐปฏิบัติตามพันธกรณีนั้นยังแสดงออกให้เห็นในองค์การสหประชาชาติที่คณะมนตรีความมั่นคงจะใช้มาตรการใด ๆ ต่อรัฐภายในหมวด 7 จะมีข้อมติที่เรียกร้องให้รัฐนั้นปฏิบัติตามอยู่ เมื่อรัฐดังกล่าวไม่ปฏิบัติตามแล้วจึงมีข้อมติให้ดำเนินการตามหมวด 7 เช่น กรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงสั่งห้ามประเทศลิเบียมีซึ่งอาวุธ และสั่งปิดล้อมทางอากาศ ตั้งแต่วันที่ 15 เมษายน ค.ศ.1992 ซึ่งเกิดจากกรณีที่ลิเบียไม่ทำตามข้อมติ 731 ที่ออกในวันที่ 21 มกราคม ค.ศ.1992¹⁵

ทำให้สรุปได้ว่าการเรียกร้องให้รับผิดชอบในการปฏิบัติตามพันธกรณีเป็นสิ่งที่จำเป็นในการใช้มาตรการตอบโต้ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยรัฐที่เสียหายหรือรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหาย เพื่อให้รัฐผู้รับผิดชอบทราบถึงพันธกรณีของตนที่จะต้องปฏิบัติและปฏิบัติตามพันธกรณีให้ถูกต้อง รวมถึงกระบวนการดังกล่าวยังแสดงออกให้เห็นโดยสหประชาชาติที่เป็นองค์กรสูงสุดในทางระหว่างประเทศอีกด้วย เพื่อให้มีการดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี

3.3.1.2 มีการดำเนินการเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

เมื่อเกิดการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่รัฐใดรัฐหนึ่งมิได้ทำให้รัฐที่ได้รับความเสียหายสามารถใช้มาตรการตอบโต้ได้อย่างทันทีโดยร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐในมาตรา 52(b) ได้กำหนดให้มีการเจรจากับรัฐที่มีความรับผิดชอบและแจ้งถึงการใช้มาตรการตอบโต้ก่อนที่จะมีการใช้มาตรการตอบโต้ อันเป็นการระงับข้อพิพาทโดยสันติเสียก่อน โดยการแจ้งถึงการใช้มาตรการตอบโต้ นั้นไม่จำกัดเวลาในการแจ้ง อาจจะแจ้งหลังจากการแจ้งให้ทราบถึงการประกาศสิ่งเรียกร้องให้ปฏิบัติตามพันธกรณีหรือแจ้งไปพร้อมกันก็ได้ ซึ่งการบัญญัติในเรื่องนี้ไว้ภายในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐเป็นการสนับสนุนหลักการระงับข้อ

¹⁵ อาคม ชนิดวัธน, “การบังคับทางเศรษฐกิจในกรอบของสหประชาชาติ : ศึกษากรณีสงครามอิรัก-คูเวต,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, ภาควิชานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), หน้า 82.

พิพาทโดยสันติวิธี โดยรัฐซึ่งได้รับการยืนยันในคดีนิคารากัว 1986¹⁶ โดยศาลได้บอกว่าหลักการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีเป็นวิธีที่รัฐทั้งหลายควรใช้เพื่อรักษาสันติภาพ ซึ่งในมาตรา 33 ของสหประชาชาติ หรือแม้แต่จารีตประเพณีระหว่างประเทศก็รับรองถึงหลักการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี การจัดการเจรจาทางการทูต (negotiation) จึงเป็นหน้าที่พื้นฐานของรัฐที่พิพาทกันโดยไม่จำเป็นต้องมีการระบุไว้ในตัวบทใด¹⁷

การระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีนี้อาจดำเนินการโดยคู่กรณีที่เกี่ยวข้องในกรณีพิพาทที่เกิดขึ้นหรือเป็นบุคคลที่สามซึ่งไม่เกี่ยวข้องในกรณีพิพาทเลยก็ได้ ในแง่นี้อาจเป็นองค์กรศาลที่ช่วยตัดสินมีคำพิพากษา เพื่อให้รัฐผู้กระทำผิดยอมรับว่าตนกระทำผิด หรืออาจเป็นรัฐอื่นที่มีใช้รัฐคู่กรณีหรือองค์การระหว่างประเทศเข้ามาช่วยเจรจาให้รัฐผู้กระทำผิดปฏิบัติตามพันธกรณี โดยเป็นการระงับข้อพิพาทโดยสันติตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 วรรค 3 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติที่กำหนดหลักการไว้กว้าง ๆ ว่า รัฐจะต้องใช้การระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีในลักษณะที่ไม่เป็นอันตรายต่อสันติภาพ และความมั่นคงระหว่างประเทศและความยุติธรรม ซึ่งในมาตรา 33 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ¹⁸ ได้ขยายความจากมาตรา 2 วรรค 3 โดยบัญญัติถึงวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐสำหรับวิธีที่ดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยสันติ ได้แก่ การเจรจา (negotiation) การไต่สวน (enquiry) การไกล่เกลี่ย (mediation) การประนีประนอม (conciliation) การอนุญาโตตุลาการ (arbitration) การระงับข้อพิพาททางศาล (judicial settlement)

1) การเจรจา(negotiation)

พันธกรณีในการเจรจามีมูลฐานมาจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ในทุกสถานการณ์การเจรจาเป็นหน้าที่พื้นฐานของรัฐที่พิพาทกันโดยไม่จำเป็นต้องมีการระบุไว้ในตัวบทใด การเจรจาอาจเกิดขึ้นแบบทวิภาคีหรือพหุภาคีโดยมีวัตถุประสงค์ที่ไม่เฉพาะการระงับข้อพิพาท

¹⁶ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merit, I.C.J. Reports 1986.p.145.

¹⁷ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 457.

¹⁸ Article 33 of Charter of United Nations

(1) The parties to any dispute, the continuance of which is like to endanger the maintenance of international peace and security, shall, first of all, seek a solution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice.

แต่อาจรวมถึงการป้องกันหรือการปลดชนวนสถานการณ์ที่อาจพัฒนากลายเป็นข้อพิพาทได้ผู้ที่ทำหน้าที่เจรจา มีคุณลักษณะได้หลากหลายโดยอาจเป็นนักการเมือง ประมุข หรือเป็นผู้แทนในกรณีต่าง ๆ และในบางสถานการณ์อาจจำเป็นต้องอาศัยความช่วยเหลือจากรัฐอื่นที่มีใช้ฝ่ายพิพาทเพื่อทำการเจรจากัน

2) การไต่สวน (enquiry)

เป็นการแสวงหาข้อเท็จจริงโดยอาศัยบุคคลที่สาม เพื่อที่จะนำไปสู่การยุติในปัญหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับกรณีที่พิพาทกันในกรณีที่ไม่สามารถหาข้อยุติได้ ซึ่งหากคู่พิพาทไม่สามารถตกลงหาข้อยุติในปัญหาข้อเท็จจริงที่เป็นตัวต้นเหตุของกรณีที่พิพาทก็เป็นการยากที่จะพิจารณาในประเด็นปัญหาข้อกฎหมาย ซึ่งต้องอาศัยข้อเท็จจริงที่ยุติแล้วก่อนจึงจะพิจารณาต่อไปได้ จึงจะสามารถยุติกรณีพิพาทได้

3) การไกล่เกลี่ย (mediation)

เป็นการจัดให้มีการเจรจาระหว่างรัฐที่พิพาทกันโดยมีผู้ชักชวนเป็นบุคคลที่สาม ซึ่งมีความคล้ายกับการจัดเจรจา (good offices) แต่มีข้อแตกต่างกันก็คือหากบุคคลที่สามผู้ชักชวนนั้นไม่เข้าร่วมในการเจรจาเป็นเพียงผู้อำนวยความสะดวกด้านอื่นให้แก่รัฐคู่พิพาท จะเป็นลักษณะของการจัดเจรจา แต่หากบุคคลที่สามผู้ชักชวนเข้ามามีส่วนร่วมในการเจรจาระดับข้อพิพาทในลักษณะทำข้อเสนอเพื่อนำไปสู่การระงับข้อพิพาทจะถือเป็นผู้ไกล่เกลี่ย (mediator) เป็นลักษณะของการไกล่เกลี่ย โดยทำหน้าที่เป็นตัวกลางประสานงานระหว่างรัฐคู่พิพาทที่ไม่ยอมติดต่อกันโดยตรง โดยผู้ไกล่เกลี่ยอาจทำการเจรจากับแต่ละฝ่ายสลับกันไปจนทั้งสองฝ่ายยอมรับข้อเสนอได้ แต่ผู้ไกล่เกลี่ยทำได้เพียงข้อเสนอแนะเท่านั้น ซึ่งข้อเสนอแนะนั้นไม่มีผลบังคับตามกฎหมายสำหรับรัฐคู่พิพาทที่จะถือปฏิบัติตามหรือไม่ก็ได้

4) การประนีประนอม (conciliation)

การประนีประนอมเป็นการดำเนินการโดยบุคคลที่สามที่ถูกแต่งตั้งโดยรัฐคู่พิพาท ซึ่งอาจเป็นรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศก็ได้ โดยผู้ประนีประนอม (conciliator) มีหน้าที่ในการรวบรวมข้อมูลต่าง ๆ เพื่อให้ความกระจ่างต่อปัญหาต่าง ๆ ในกรณีพิพาทโดยอาศัยการสืบสวนหาข้อเท็จจริงและทำรายงาน พร้อมทั้งเสนอทางออกให้รัฐคู่พิพาทพิจารณา แต่ไม่ถือเป็นคำชี้ขาดหรือ

มีผลผูกพันรัฐคู่พิพาท ในทางปฏิบัติวิธีการนี้ไม่เป็นที่นิยมมากนักเนื่องจากรัฐคู่พิพาทที่ไม่มั่นใจว่าตนจะได้รับชัยชนะก็มักจะหลีกเลี่ยงที่จะใช้วิธีการนี้ที่อาจทำให้เกิดความกดดันทางการเมืองแก่ตนเอง เพราะผู้ประนีประนอมส่วนใหญ่จะเป็นผู้เป็นกลางเนื่องจากได้รับการแต่งตั้งโดยรัฐคู่พิพาทเอง ทางออกของผู้ประนีประนอมจึงเป็นทางออกที่เป็นธรรมและเป็นกลางที่มีความชอบธรรมในสายตาของสังคมระหว่างประเทศ

5) การอนุญาโตตุลาการ(arbitration)

อนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากความสมัครใจของรัฐคู่พิพาทกัน ที่ตกลงกันให้บุคคลที่สามซึ่งอาจเป็นบุคคลรายเดี่ยวหรืออาจจัดตั้งเป็นองค์คณะโดยมาจากการคัดเลือกของรัฐคู่พิพาทกัน และรัฐคู่พิพาทกันยินยอมที่จะผูกพันตนในการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ แม้บุคคลที่สามที่ได้รับแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการจะได้รับการคัดเลือกมาจากรัฐคู่พิพาทก็ตาม แต่อนุญาโตตุลาการก็มีอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทโดยอิสระ มิได้ตกอยู่ภายใต้อำนาจของรัฐคู่พิพาทกันแต่อย่างใด การที่รัฐคู่พิพาทกันและยินยอมให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการแล้วกลับไม่เคารพผลคำชี้ขาดก็ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐคู่พิพาทที่ไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด แต่โดยทั่วไปแล้วคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็มักจะได้รับปฏิบัติเนื่องจากความกดดันของประชาคมระหว่างประเทศที่มีต่อรัฐที่เกี่ยวข้องในกรณีพิพาท

6) การระงับข้อพิพาททางศาล(judicial settlement)

ศาลที่มีอำนาจในการระงับข้อพิพาทมิได้หมายความว่าเฉพาะศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) อันเป็นองค์กรหลักของสหประชาชาติ และถูกจัดตั้งโดยกฎบัตรสหประชาชาติ โดยปฏิบัติงานตามธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีหน้าที่ 2 ลักษณะคือ (1) หน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีข้อพิพาทระหว่างประเทศ (2) หน้าที่ในการให้ความเห็นเชิงปรึกษา (advisory opinion) แก่องค์กรระหว่างประเทศที่กฎบัตรสหประชาชาติอนุญาต แต่ยังคงรวมถึงศาลระหว่างประเทศอื่นๆ ที่มีเขตอำนาจเฉพาะในแต่ละเรื่อง เช่น ศาลกฎหมายทะเล องค์การระงับข้อพิพาทในองค์การการค้าโลก ศาลอาญาระหว่างประเทศ เป็นต้น ศาลพิเศษเหล่านี้มีลักษณะพิเศษที่อาจจัดตั้งเพื่อทำการพิจารณาพิพากษาคดีได้ในวงจำกัด เกิดจากจำนวนรัฐสมาชิกและเขตอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทในบางประเภทเท่านั้น ซึ่งเป็นการอุดช่องว่างของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

ตามร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ กำหนดให้รัฐต้องดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยสันติก่อนการใช้มาตรการตอบโต้ เพื่อป้องกันมิให้รัฐใช้มาตรการตอบโต้ในทันทีที่เกิดการฝ่าฝืนพันธกรณีขึ้นซึ่งต่างจากกรณีอื่นที่รัฐสามารถดำเนินการตอบโต้ได้โดยทันทีหลังจากมีการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศแล้ว เช่น กรณีของการฝ่าฝืนสนธิสัญญา กระบวนการระงับข้อพิพาทจึงเป็นเงื่อนไขของการใช้มาตรการตอบโต้อีกประการหนึ่ง อีกทั้งเป็นการโน้มน้าวให้รัฐผู้รับผิดชอบดำเนินการยุติการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายและขัดแย้งความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยไม่ต้องใช้มาตรการตอบโต้ในการบังคับให้ปฏิบัติตามพันธกรณี แต่การระงับข้อพิพาทโดยสันตินี้ ไม่เป็นการจำกัดสิทธิของการใช้มาตรการตอบโต้ เพื่อรักษาสิทธิของตนที่เรียกว่า มาตรการตอบโต้เร่งด่วน (urgent countermeasures) ซึ่งมาตรา 52(2) ยินยอมให้กระทำได้

มาตรการตอบโต้เร่งด่วนเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นระหว่างการแจ้งถึงการใช้มาตรการตอบโต้และเสนอให้มีการเจรจา เป็นการดำเนินการเพื่อรักษาสิทธิบางประการของตนไว้ และป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับรัฐที่ผู้เสียหาย ซึ่งหากไม่ใช่มาตรการตอบโต้โดยทันที อาจก่อให้เกิดความเสียหายมากกว่าที่เป็นอยู่ก็ได้

ในส่วนของมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายเกี่ยวกับเรื่องดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีนั้น ส่วนใหญ่หากเป็นกรณีทั่วไปที่ใช้มาตรการตอบโต้อันมิใช่เพื่อผลประโยชน์ส่วนรวมทั่วไป (general interest) ก็ควรมีการดำเนินการระงับข้อพิพาทเสียก่อน

อย่างไรก็ตามในกรณีการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐที่สามนี้ มีประเด็นที่อาจตั้งเป็นข้อสังเกตโดยเฉพาะอย่างยิ่งหากนัยยะของการใช้มาตรการตอบโต้เป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เป็นมาตรการลงโทษ* ได้แก่เรื่องของการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีที่ร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐระบุให้เป็นเงื่อนไขหนึ่งที่จะต้องมีการดำเนินการก่อนที่จะมีการใช้มาตรการตอบโต้

ผู้เขียนมีความเห็นว่าบางกรณีของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐที่สามอาจไม่มีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีก่อน โดยเฉพาะเรื่องของพันธกรณีที่มีความสำคัญ เช่น การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การใช้กำลังอันภัยต่อสันติภาพและความมั่นคง เป็นต้น เนื่องจากกรณีดังกล่าวหากปล่อยไว้ให้มีการกระทำต่อไปก็เป็นแต่ทำให้เกิดความเสียหายมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของเหตุการณ์การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในประเทศรวันดาในช่วงปี ค.ศ. 1994 ซึ่งนำมาเทียบเคียงบังคับใช้กับกรณีการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายได้ ถึงแม้ในกรณีดังกล่าวจะเป็นการดำเนินการภายในกรอบของสหประชาชาติก็ตาม แต่จากความไม่มีประสิทธิภาพของสหประชาชาติในการละเลยไม่ตอบสนองต่อเหตุการณ์ ทั้งๆ ที่ทราบว่าเหตุการณ์การสังหาร

* ดูรายละเอียดในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการตอบโต้(countermeasure) กับ การลงโทษ (sanction) ในข้อ 2.4.2 ในบทที่ 2

ชาวบ้านระหว่างชนเผ่ามีแนวโน้มที่จะเกิดขึ้นก็ตาม ซึ่งส่วนหนึ่งก็เกิดจากข้อจำกัดทางนโยบายและขั้นตอนการปฏิบัติของคณะมนตรีความมั่นคง ทำให้เกิดเหตุการณ์ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ขึ้นและไม่สามารถแก้ไขได้อย่างทันกาล แต่ในขณะเดียวกันรัฐผู้ใช้มาตรการตอบโต้ก็ยังมีพันธกรณีในการเจรจาเพื่อให้มีการระงับข้อพิพาทโดยเร็วที่สุด แม้ในร่างข้อบทเองมิได้มีบทบัญญัติที่บังคับถึงขนาดที่จะต้องดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยสันติทุกวิถีก็ตาม รัฐผู้จะใช้มาตรการก็จะต้องแสดงออกถึงความต้องการที่จะยุติข้อพิพาทนั้นโดยสันติวิธีด้วย

ฉะนั้นรัฐทั้งหลายจึงอาจดำเนินการใช้มาตรการตอบโต้ได้ทันที อันมีลักษณะเป็นมาตรการตอบโต้เร่งด่วน แต่ทั้งการดำเนินการใช้มาตรการตอบโต้โดยทันทีอาจเป็นผลเสียมากกว่าจะเป็นผลดี เนื่องจากรัฐผู้ใช้มาตรการอาจใช้มาตรการตอบโต้เร่งด่วนนี้ตามอำเภอใจ ประกอบกับตนมิได้เป็นผู้เสียหายเอง จึงเป็นการยากที่จะใช้มาตรการตอบโต้เร่งด่วนเพื่อรักษาสีทิมี่สูญเสียไป โดยเฉพาะผลประโยชน์ของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด เป็นเรื่องเกี่ยวกับความมั่นคงของสังคมระหว่างประเทศ อันเป็นเหตุกว้างขวางที่ย่อมให้รัฐที่มีได้มีความสัมพันธ์เข้าไปแทรกแซงอำนาจอธิปไตยของรัฐได้ ตัวอย่างคือเมื่อมีกรณีการจลาจลหรือการขัดกันทางอาวุธระหว่างประชาชนในประเทศเดียวกันด้วยเหตุผลทางการเมืองหรือเหตุผลทางเชื้อชาติก็แล้วแต่ รัฐอื่นๆ อาจอ้างว่าพฤติกรรมดังกล่าวเป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์หรือมีการละเมิดสิทธิมนุษยชนเพื่อใช้มาตรการตอบโต้เร่งด่วนก็ได้ ทั้งๆ ที่ยังมีได้มีการพิจารณาถึงสถานการณ์ขณะนั้นตามความเป็นจริง มาตรการตอบโต้เร่งด่วนจึงเปรียบเสมือนดาบสองคม แต่ทั้งนี้เมื่อใช้มาตรการตอบโต้เร่งด่วนแล้วควรหาวิธีระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยเร็วที่สุด

จากทางปฏิบัติของรัฐที่ผ่านมาซึ่งอาจเทียบได้เป็นมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายจากการที่รัฐต่างๆ ออกมาตรการลงโทษทางเศรษฐกิจโดยอ้างผลประโยชน์ของประชาชนภายในรัฐนั้นๆ หรือเพื่อความปลอดภัย มั่นคงของประชาคมระหว่างประเทศ พบว่าส่วนใหญ่เป็นการกระทำโดยรัฐที่อำนาจในทางการเมืองและเศรษฐกิจระหว่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น ออสเตรเลีย สหราชอาณาจักร รวมถึงประเทศทางยุโรปตะวันตก เป็นต้น โดยได้กระทำต่อรัฐเล็กๆ หรือรัฐที่ไม่ค่อยมีแสนยานุภาพทางการเมืองหรือเศรษฐกิจ แสดงให้เห็นว่ามาตรการตอบโต้ที่กระทำลงไปนั้นต้องพิจารณาถึงลักษณะความมีอิทธิพลในทางการเมืองหรือทางเศรษฐกิจของรัฐผู้กระทำมาตรการตอบโต้กับรัฐเป้าหมายอีกด้วย หากเป็นกรณีที่รัฐผู้ใช้มาตรการเป็นเพียงรัฐเล็กๆ มาตรการตอบโต้ที่กระทำลงไปนั้นก็คงไม่มีผลให้รัฐเป้าหมายยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือขอใช้ความเสียหาย

3.3.2 เงื่อนไขบังคับหลังของการใช้มาตรการตอบโต้

หัวข้อที่ผ่านมาเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนในการใช้มาตรการตอบโต้ เพื่อให้มาตรการตอบโต้เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายตามร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ แต่การคำนึงถึงการเกิดขึ้นของการใช้มาตรการตอบโต้เพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอในการพิจารณาว่ามาตรการตอบโต้ที่ใช้ไปนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่การใช้มาตรการตอบโต้ยังมีเงื่อนไขบังคับหลัง ซึ่งเป็นการพิจารณาว่ามาตรการตอบโต้ที่ยังคงดำเนินอยู่นั้นเป็นมาตรการตอบโต้ที่ชอบด้วยกฎหมายตามร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐหรือไม่ หากมีการกระทำในลักษณะที่จะกล่าวต่อไปนี้ที่อาจกล่าวได้ว่าเป็นเงื่อนไขบังคับหลังของการใช้มาตรการตอบโต้ เมื่อมีกรณีใดกรณีหนึ่งเกิดขึ้น มาตรการตอบโต้ที่ใช้อยู่ นั้นต้องยุติลงโดยทันที หากยังมีการใช้มาตรการตอบโต้ต่อไปก็จะเป็นมาตรการตอบโต้ที่ถูกต้องตามเงื่อนไขทางกฎหมาย ซึ่งจะไม่เป็นเหตุแห่งการยกเว้นความรับผิดชอบจากการใช้มาตรการตอบโต้ รัฐผู้ใช้มาตรการจึงต้องรับผิดชอบต่อการกระทำดังกล่าว

3.3.2.1 การกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายยุติและข้อพิพาทถูกนำเสนอตามกระบวนการตุลาการ

เงื่อนไขบังคับหลังที่ทำให้มาตรการตอบโต้ที่ได้กระทำลงไปแล้วหรือมาตรการตอบโต้ที่ยังคงดำเนินการอยู่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ สิ่งแรกก็คือการใช้มาตรการตอบโต้เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายตามร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐตราบเท่าที่การกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายนั้นยุติโดยอยู่ในมาตรา 52(3)(a) ในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ฉะนั้นเมื่อการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายอันเป็นวัตถุประสงค์ของการใช้มาตรการตอบโต้ยุติลงแล้ว ก็ไม่มีเหตุอันใดที่จะต้องใช้มาตรการตอบโต้อีก การใช้มาตรการตอบโต้ต้องยุติลงโดยไม่ชักช้าหลังจากการยุติการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย

การพิจารณาเรื่องการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายอันเป็นองค์ประกอบภายนอกที่ทำให้รัฐต่าง ๆ ใช้มาตรการตอบโต้ได้ว่าการกระทำดังกล่าวยุติลงหรือไม่ หากเป็นกรณีที่เป็นการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐผู้เสียหายการพิจารณาประเด็นดังกล่าวอาจไม่ซับซ้อน เนื่องจากตัวรัฐผู้เสียหายสามารถประเมินเองได้ว่าการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายนั้นยุติแล้วหรือไม่ แต่การประเมินดังกล่าวจะถูกต้องหรือไม่เป็นอีกประเด็นหนึ่ง

การระงับข้อพิพาทตามกระบวนการตุลาการที่ร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ กล่าวถึงได้แก่ ศาล(court) และองค์กรตุลาการเฉพาะกิจ(tribunal) เพราะต้องการให้เป็นองค์กกลางที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีที่แยกต่างหากจากคู่ความ และไม่ให้มีอำนาจ

เหนือกว่าองค์กร หรือหน่วยงานใดๆ ที่เข้ามาทำหน้าที่ระงับข้อพิพาท ซึ่งเมื่อข้อพิพาทนั้นอยู่ในการพิจารณาคดีตามกระบวนการตุลาการแล้ว การใช้มาตรการตอบโต้ต้องยุติลงโดยไม่ชักช้าตามมาตรา 52(3)(b) รวมถึงศาลหรือองค์กรตุลาการที่มีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นยังมีอำนาจในการออกคำสั่งที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการตอบโต้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของรัฐผู้เสียหายอีกด้วย แต่ทั้งนี้การยุติของการใช้มาตรการตอบโต้เนื่องจากข้อพิพาทถูกนำเสนอตามกระบวนการตุลาการจะไม่นำมาใช้หากรัฐผู้รับผิดชอบไม่ดำเนินการด้วยความสุจริตใจ ถึงแม้ในร่างข้อบทในมาตรา 52(4) ได้ใช้คำว่า “dispute settlement” ก็ตาม แต่เมื่อดูประกอบกับมาตรา 52 ในส่วนอื่นๆ จะเห็นได้ว่ากรณีดังกล่าวผ่านกระบวนการเจรจาระงับข้อพิพาทกรณีอื่นๆ ที่มีใช้กระบวนการตุลาการแล้ว คำว่า “dispute settlement” เป็นคำที่สื่อไปถึงมาตรา 52(3) หากไม่ใช่กระบวนการทางตุลาการที่แต่งตั้งบุคคลที่สามมาตัดสินข้อพิพาทก็จะไม่รวมอยู่ในมาตรานี้ เพื่อไม่ให้คู่ความมีอำนาจเหนือกว่าองค์กร หรือหน่วยงานใดๆ ที่เข้ามาทำหน้าที่ระงับข้อพิพาท ซึ่งรัฐที่สามอาจเข้ามามีบทบาทในการจัดให้มีการระงับข้อพิพาท แต่มีใช้ทำหน้าที่ในการตัดสินคดี นอกจากนี้แล้วหากกรณีที่เกิดการกระทำผิดยังไม่ยุติ แต่ศาลอาจออกมาตรการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองสิทธิที่มีอยู่ได้

3.3.2.2 การปฏิบัติตามพันธกรณีที่มีอยู่ของรัฐผู้มีความรับผิดชอบ

หากพันธกรณีของรัฐผู้มีความรับผิดชอบมีอยู่คือการยุติการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย และชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการฝ่าฝืนพันธกรณี* เรียบร้อยแล้ว มาตรา 53 ของร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐก็กำหนดให้มาตรการตอบโต้ต้องถูกยกเลิกในเวลาเดียวกัน (as soon as) กับการที่รัฐผู้รับผิดชอบปฏิบัติตามพันธกรณี

เมื่อพิจารณาถึงเงื่อนไขที่กล่าวมาแล้วจึงกล่าวได้ว่ามาตรการตอบโต้ นั้นเป็นมาตรการที่ใช้ได้ชั่วคราว (temporary) เท่านั้น หากการใช้มาตรการตอบโต้บรรลุวัตถุประสงค์แล้ว กล่าวคือยุติการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายและได้รับการชดเชยความเสียหายแล้วก็ไม่เป็นเหตุผลการตอบโต้ยังดำเนินอยู่ต่อไป

ทั้งนี้เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ของการใช้มาตรการตอบโต้ตามร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐก็คือเพื่อยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเป็นพันธกรณีที่เกิดขึ้นตามหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ การพิจารณาของการคงมีอยู่ของการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและการประเมินว่ามีการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้น

* ขณะเดียวกันมีผู้เห็นว่ามาตรการตอบโต้ที่ใช้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายนี้ควรมุ่งไปที่การยุติการกระทำที่ไม่ชอบระหว่างประเทศเป็นอันดับแรกมากกว่าการชดเชยความเสียหายแก่รัฐผู้ได้รับความเสียหายโดยตรง โปรดดู Report of the ILC on the work of its fifty-second session(2000) .A./CN.4/513. p.33.

เพียงพอแล้วหรือยัง เป็นประเด็นที่สำคัญเนื่องจากหากรัฐผู้รับผิดชอบมีการปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าว รัฐผู้ใช้สิทธิการโต้ตอบได้ก็ต้องยุติลงทันที เนื่องจากมาตรการตอบโต้เป็นมาตรการที่มีลักษณะชั่วคราว (temporary) เท่านั้น

เมื่อมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายมีที่มาจากกรณีฝ่าฝืนพันธกรณีที่เป็นผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มของรัฐหรือผลประโยชน์ของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด อันเป็นพันธกรณีที่บังคับใช้กับรัฐได้ทั่วไป (erga omnes) ในกรณีที่เป็นผลประโยชน์ของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด หรือพันธกรณีที่บังคับใช้กับรัฐได้ทั่วไปเฉพาะส่วน (erga omnes partes) สำหรับกรณีที่เป็นผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มของรัฐ แล้วแต่กรณี

จากกรณีดังกล่าวการฝ่าฝืนพันธกรณีเป็นการยากที่จะพิจารณาถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายในสถานการณ์ที่เกิดขึ้นจริง เนื่องจากรัฐผู้ใช้มาตรการตอบโต้มิได้เป็นผู้เสียหายโดยตรง และในบางกรณีรัฐมิได้เป็นผู้เสียหาย แต่เป็นองค์ภาวะอื่น เช่น กรณีการฝ่าฝืนพันธกรณีในเรื่องของสิทธิมนุษยชนนั้นผู้ได้รับความเสียหายคือปัจเจกชน การพิจารณาสภาพของการคงอยู่ของการกระทำไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงอาจเป็นไปได้ด้วยยาก รวมถึงการระบุถึงตัวผู้พิจารณาสภาพของการกระทำไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นก็เป็นที่ต้องคำนึงถึงเนื่องจากการพิจารณาถึงสภาพของการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นดำเนินอยู่หรือไม่ มีความสำคัญที่จะทำให้มาตรการตอบโต้ที่ดำเนินอยู่นี้ยังคงใช้อยู่ได้ต่อไปหรือต้องยุติลงโดยทันที

ในส่วนของผู้พิจารณาสภาพการคงอยู่ของการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ไม่มีรัฐใดที่ได้รับความเสียหายโดยตรง จึงเป็นประเด็นที่ควรได้รับการวิเคราะห์ เนื่องจากไม่มีรัฐผู้เสียหายโดยตรงที่จะตรวจสอบหรือแสดงออกถึงสภาพของการกระทำผิดนั้นได้ ทางออกก็คือการตั้งคนกลางมาพิจารณาถึงสภาพของการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายว่ายังมีลักษณะคงอยู่หรือไม่ โดยผู้พิจารณานั้นควรเป็นบุคคลที่มีได้มีส่วนได้เสียได้เรื่องดังกล่าว เพื่อมิให้เกิดการโน้มเอียงไปทางใดทางหนึ่ง ซึ่งโดยสภาพแล้วควรเป็นองค์การระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบาทของสหประชาชาติในการแสดงให้เห็นถึงสถานการณ์โดยยังคงมีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอยู่

สาเหตุที่ผู้เขียนให้สหประชาชาติเข้ามามีบทบาทในเรื่องดังกล่าวเนื่องจากลักษณะของการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้เป็นการกระทำที่กระทบต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ อันเป็นวัตถุประสงค์หลักที่สหประชาชาติที่จะดำรงรักษาไว้ อีกทั้งในแง่ของการยอมรับความมีอำนาจจากรัฐในสังคมระหว่างประเทศ ยอมรับว่าสหประชาชาติเป็นองค์กรที่ควรได้รับการเคารพเชื่อถือมากที่สุด รัฐผู้ใช้มาตรการตอบโต้ไม่สมควรอย่างยิ่งที่จะเป็นผู้พิจารณาถึงสภาพการคงอยู่ของการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุที่ตนเองมีส่วนได้เสียโดยตรงในการพิจารณา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายนี้รัฐต่างๆ สามารถอ้างเข้ามาใช้

สิทธิได้อย่างกว้างขวาง ซึ่งบางรัฐที่อ้างถึงการใช้สิทธิมาตรการตอบโต้นี้อาจไม่ได้มีวัตถุประสงค์เป็นไปตามหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบของรัฐก็ได้

การชดใช้ความเสียหายเป็นปัญหาต่อมาที่ควรพิจารณาเกี่ยวกับการยุติของการใช้มาตรการตอบโต้ ปัญหาที่เกิดขึ้นก็มีสาเหตุคล้ายกับพิจารณาถึงการยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ในกรณีมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายโดยมากจะเป็นกรณีที่ไม่มีรัฐผู้เสียหายโดยตรงที่จะประกาศถึงความเสียหายที่ได้รับจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงควรมีผู้ประเมินความเสียหายที่ได้รับว่ามีมากน้อยเพียงไร เพื่อกำหนดวิธีชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นสำหรับผู้ประเมินความเสียหายนี้ทางออกก็คงหนีไม่พ้นคำตอบที่กล่าวไว้ในกรณีของผู้พิจารณาการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ควรให้บุคคลที่เป็นกลางไม่มีส่วนได้เสียเข้ามาเป็นผู้ประเมิน อาจเป็นองค์การระหว่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งสหประชาชาติด้วยเหตุผลเช่นเดียวกับที่กล่าวไว้ในกรณีของพิจารณาถึงการยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายข้างต้น

ในส่วนของ การชดใช้ความเสียหายนอกจากจะเป็นปัญหาในตัวผู้ทำการประเมินแล้ว ยังมีปัญหาในแง่ของคุณภาพในการประเมินความเสียหายที่เกิดขึ้นและกำหนดวิธีการชดใช้ความเสียหาย กล่าวคือ การชดใช้ความเสียหายตามร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐอาจมีหลายวิธี เช่น การทำให้กลับคืนเหมือนเดิม การชดใช้ความเสียหายเป็นตัวเงิน การทำให้พอใจ เป็นต้น แต่ลักษณะของการชดใช้ความเสียหายที่ควรจะเป็นคือการทำให้กลับคืนเหมือนเดิมใกล้เคียงกับสภาพก่อนที่จะถูกทำลายให้มากที่สุด แต่โดยสภาพของพันธกรณีที่ถูกฝ่าฝืนอันเป็นเหตุในการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหาย เป็นการกระทำที่ไม่สามารถทำให้กลับคืนเหมือนเดิมได้ เช่น การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การละเมิดสิทธิมนุษยชน เป็นต้น โดยสภาพแล้วจึงไม่สามารถที่จะทำให้กลับคืนมาเหมือนเดิมได้ จึงต้องใช้วิธีอื่น ๆ ในการชดใช้ความเสียหาย ซึ่งวิธีที่นิยมใช้ก็คือการชดใช้ความเสียหายเป็นตัวเงิน ทั้งนี้ในส่วนของมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายนี้การยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นก็ถือเป็นส่วนหนึ่งของวิธีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นเช่น เพราะหากสภาพของการกระทำผิดดำเนินอยู่ต่อไปแล้วความเสียหายที่ได้รับก็จะไม่ยุติเสียที ฉะนั้นหากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายยังคงมีอยู่ก็เป็นเงื่อนไขหนึ่งที่จะรัฐผู้ใช้มาตรการได้ใช้มาตรการตอบโต้ได้

บุคคลกลางที่เป็นผู้พิจารณาในกรณีนี้จึงมีความสำคัญในการกำหนดวิธีของการชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นว่าควรใช้วิธีการใด เกณฑ์ในการพิจารณามูลค่าของความเสียหายและประเมินในแง่คุณภาพของการชดใช้ความเสียหาย ว่ามีการชดใช้ความเสียหายที่เพียงพอแล้วหรือไม่ หากมีการชดใช้ความเสียหายที่เพียงพอแล้วมาตรการตอบโต้ที่ใช้อยู่ก็น่าจะยุติไป

3.4 เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหามาตรการที่ใช้ตอบโต้

การใช้มาตรการตอบโต้เป็นพฤติกรรมที่ทำให้หลุดพ้นความรับผิดชอบจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เกิดจากการใช้มาตรการตอบโต้ การใช้มาตรการตอบโต้จึงต้องชอบด้วยกฎหมาย หากเป็นการใช้มาตรการตอบโต้ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วก็ทำให้รัฐผู้ใช้มาตรการตอบโต้ต้องรับผิดชอบต่อผลของการใช้มาตรการตอบโต้ นั้น เงื่อนไขที่สำคัญอย่างหนึ่งของการใช้มาตรการตอบโต้ก็คือจะต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการใช้มาตรการตอบโต้ ได้แก่ หลักความได้สัดส่วน (proportionality) หลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หลักการห้ามละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (international humanitarian law) และสิทธิมนุษยชน (human rights law) และหลักการห้ามขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) ซึ่งแม้มีเหตุที่สามารถที่จะใช้มาตรการตอบโต้ได้ แต่หากมาตรการตอบโต้ที่ใช้นั้นขัดกับหลักการพื้นฐานดังกล่าว มาตรการตอบโต้ที่ใช้ไปก็ไม่ใช่มาตรการตอบโต้ที่ชอบด้วยกฎหมาย

3.4.1 หลักความได้สัดส่วน (proportionality)

หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญที่มีอยู่ทั่วไปในหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น หลักเกณฑ์ในการป้องกันตนเอง (self-defence) ด้วยเหตุที่หลักความได้สัดส่วนมีความสำคัญในการใช้มาตรการตอบโต้ เนื่องจากเป็นหลักการที่กำหนดเกี่ยวกับการกระทำที่นำไปนั้นเกินสมควร เหมาะสมกับความเสียหายที่ตนเองได้รับแล้วหรือไม่ หากเป็นการกระทำที่ไม่ได้สัดส่วนและเกินกว่าจำเป็น การกระทำเช่นนั้นก็ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเท่ากับว่าการใช้มาตรการตอบโต้ดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายตามไปด้วย เพราะกระทำเกินสัดส่วนและเกินไปกว่าความจำเป็นที่ต้องกระทำ

ในร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ หลักความได้สัดส่วนได้ปรากฏอยู่ในมาตรา 51 และในคำพิพากษาและคำตัดสินของศาลและอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในคดีต่างๆ ได้ยืนยันความมีอยู่ของหลักความได้สัดส่วนและจะต้องนำหลักความได้สัดส่วนและดูถึงความจำเป็นมาพิจารณาประกอบในการใช้มาตรการตอบโต้ด้วย เพราะการกระทำที่ได้กระทำเกินสัดส่วนต่อความเสียหายที่ตนได้รับและเกินกว่าความจำเป็นที่ตนต้องกระทำ ถือเป็นมาตรการตอบโต้ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ทำให้หลุดพ้นความรับผิดชอบแต่อย่างใด¹⁹ และอาจสรุปหลักการของหลักความได้สัดส่วน

¹⁹ Naulilaa Case (Responsibility of Germany for Damage Caused in the Portuguese Colonies in the South of Africa), U.N.R.I.A.A., vol.II (1928), p.1013 , 1028.

และหลักความจำเป็นในการใช้มาตรการตอบโต้ คือ เป็นการกระทำตอบโต้ในลักษณะเดียวกัน²⁰ แต่หากรัฐที่ถูกตอบโต้ได้รับความเสียหายจากการกระทำตอบโต้ดังกล่าวร้ายแรงกว่าความเสียหายที่รัฐผู้กระทำการตอบโต้ได้รับ ก็ต้องพิจารณาถึงความได้สัดส่วน

ในคำพิพากษาของศาลหลายคดีได้มีการพูดถึงหลักความได้สัดส่วนของการใช้มาตรการตอบโต้ไว้ ในคดี *Naulilaa* ศาลได้กล่าวว่า “ผู้กระทำการภายใต้กฎหมายแห่งรัฐ (law of nations) ต้องใช้การแก้แค้น ที่พอประมาณกับการกระทำความผิด ถ้าการกระทำได้กระทำมากเกินไปสมควรอันเป็นการแก้แค้นที่มีขอบด้วยกฎหมายเกินกว่าสัดส่วนต่อการกระทำที่ถูกรบกวน”

ขณะที่คดี *The Air Services Agreement*²¹ ศาลได้ใช้ความเท่ากันระหว่างผลของการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและมาตรการตอบโต้โดยเปรียบเทียบกับพันธกรณีที่ถูกละเมิดเป็นเกณฑ์ในการตัดสินของความได้สัดส่วนของการใช้มาตรการตอบโต้ ซึ่งในคดีนี้การที่ฝรั่งเศสไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่ให้ไว้กับสหรัฐอเมริกาในความตกลงเกี่ยวกับการบิน โดยใช้ขนาดเครื่องบินที่มีขนาดเล็กกว่าที่ตกลงกันไว้ และจอดพักรวมทั้งขนถ่ายผู้โดยสารและสัมภาระในรัฐที่สาม อันขัดกับความตกลงที่ได้ให้ไว้กับสหรัฐอเมริกาที่จะต้องทำการบินต่อเนื่องไปยังสหรัฐอเมริกาโดยไม่จอดพัก สหรัฐอเมริกาจึงห้ามมิให้เที่ยวบินจากฝรั่งเศสลงจอดที่สหรัฐอเมริกา แต่มาตรการตอบโต้ดังกล่าวทำให้ฝรั่งเศสได้รับความรุนแรงจากผลกระทบทางเศรษฐกิจมากกว่าการกระทำที่ฝรั่งเศสกระทำต่อสหรัฐอเมริกา

ส่วนในคดี *Gabcikovo-Nagymaros Project*²² ระหว่างฮังการีและสโลวาเกียศาลได้พิจารณาเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วน ในประเด็นของเรื่องสิทธิการใช้น้ำของรัฐชายฝั่ง ซึ่งฮังการีได้ระงับและเลื่อนการปฏิบัติการตามสนธิสัญญาที่ได้ทำความตกลงไว้กับเชโกสโลวาเกียเดิม (ซึ่งสโลวาเกียเป็นผู้สืบทอด) สโลวาเกียจึงได้ดำเนินการสำรวจโดยลำพังและเปลี่ยนแปลงเส้นทางน้ำของแม่น้ำทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางระบบนิเวศวิทยาเป็นผลให้แม่น้ำในส่วนที่อยู่ในดินแดนฮังการีตื้นเขินขึ้นอย่างชัดเจน ศาลจึงพิจารณาว่าการกระทำของสโลวาเกียเป็นการเข้าควบคุมโดยลำพังสำหรับการใช้ทรัพยากรร่วมกันและเป็นการตัดสิทธิของฮังการีในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติร่วมกันอย่างเป็นธรรม และชอบด้วยเหตุผลในแม่น้ำ อันเป็นผลกระทบต่อเนื่องในการเบี่ยงเบนของน้ำตามระบบนิเวศวิทยาใน

²⁰ *Air Service Agreement Case (United State v. France) and Case concerning Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, I.C.J.Report (1997)

²¹ *Ibid.*, p. 416.

²² *Case Concerning Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, Judgment, I.C.J.Report (1997), p. 56.

บริเวณริมฝั่งแม่น้ำ การเบี่ยงเบนของแม่น้ำที่เป็นผลจากการดำเนินการโดยสโลวะเกียจึงไม่เป็นการใช้มาตรการตอบโต้ที่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นการกระทำที่ไม่ได้สัดส่วน

สำหรับในร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรัฐฉิดชอบของรัฐอันเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วนนั้น โดยเริ่มแรก Ago ซึ่งเป็นผู้รายงานพิเศษในการยกร่างข้อบ่งชี้ส่วนแรก (first reading) ในหัวข้อความรับผิดชอบของรัฐได้ให้คำนิยามของคำว่ามาตรการตอบโต้ในฐานะที่เป็นหนึ่งในพฤติการณ์ที่ไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐโดยให้หลักการกว้างๆ ไว้เพียงว่าให้เปรียบเทียบจากความเสียหายที่รัฐผู้เสียหายได้รับกับผลของการกระทำผิดของกฎหมายของรัฐที่กระทำละเมิดพันธกรณี จึงเป็นเพียงหลักการที่กำหนดไว้กว้าง ๆ เท่านั้นโดยมิได้มีรายละเอียดมากมายเท่าใดนั้น

ซึ่งต่อมา Riphagen ได้สรุปหลักการดังกล่าวเพิ่มเติมโดยความได้สัดส่วนของการใช้มาตรการตอบโต้ต้องพิจารณาทั้งเชิงปริมาณ (quantitative) และคุณภาพ (qualitative) การได้สัดส่วนในเชิงปริมาณก็คือเป็นการตอบโต้โดยกระทำการในลักษณะอย่างเดียวกันในจำนวนที่เท่าเทียมกัน สำหรับการได้สัดส่วนในเชิงคุณภาพก็พิจารณาจากผลจากการกระทำตอบโต้โดยรัฐผู้เสียหายนั้น ทำให้รัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายได้รับความเสียหายอย่างหรือได้รับผลกระทบเท่าเทียมกับความเสียหายที่รัฐผู้เสียหายได้รับจากการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อกฎหมายหรือพันธกรณีที่ถูกละเมิดหรือไม่ และเพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับในเรื่องหลักความได้สัดส่วนจึงได้มีการบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ในร่างข้อบ่งชี้ในมาตรา 51 ว่ามาตรการตอบโต้ต้องเทียบเท่ากับความเสียหาย โดยคำนึงจากความร้ายแรงของการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ

หลักความได้สัดส่วนในการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายยังมีประเด็นที่ควรพิจารณานอกจาก “ความยาก” ที่จะหานิยามของความได้สัดส่วนระหว่างมาตรการตอบโต้ที่ใช้กับความเสียหายที่เกิดขึ้น เนื่องจากลักษณะของการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายเป็นการกระทำต่อผลประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งบางกรณี “เหยื่อ” (victim) ผู้ได้รับผลร้ายจากการกระทำเป็นองค์ภาวะอื่นที่มีรัฐ เช่น บังแกชน อีกทั้งบางกรณีรัฐผู้กระทำผิดกลับเป็นรัฐเจ้าของตัวบังแกชนนั่นเอง โดยเฉพาะในกรณีของการละเมิดสิทธิมนุษยชน ทำให้การประเมินค่าถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นออกมาเป็นรูปธรรมเพื่อเปรียบเทียบกับมาตรการตอบโต้จึงเป็นไปได้ด้วยความยากลำบาก และนำไปสู่ปัญหาที่ว่าใครควรเป็นผู้ประเมินถึงความได้สัดส่วนดังกล่าว ทางออกของปัญหาดังกล่าวจึงควรอยู่ในลักษณะที่ให้คนกลางเป็นผู้ประเมิน ซึ่งอาจเป็นองค์การระหว่างประเทศก็ได้

โดยเฉพาะกรณีที่เป็นผลประโยชน์ของประชาคมระหว่างประเทศ สหประชาชาติควรเข้ามามีบทบาทแสดงความเห็นต่อกรณีที่เกิดขึ้นมากที่สุด เนื่องจากมีวัตถุประสงค์ในการธำรงรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ซึ่งมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายนี้ส่วนใหญ่เป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีที่มีความร้ายแรงอันเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) อันเกี่ยวกับการธำรงรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศที่จะดำเนินการผ่านกระบวนการของคณะมนตรี

ความมั่นของสหประชาชาติอยู่แล้ว รัฐที่เสียหายจากการกระทำดังกล่าวจึงสามารถดำเนินผ่านกระบวนการของสหประชาชาติได้อยู่แล้ว ขณะที่การเข้ามาตราการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายนี้ควรมืองค์กรกลางเข้ามาเกี่ยวข้องไม่มากนักน้อยเพื่อพิจารณาประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง หรือเห็นควรจะให้บุคคลกลางเช่น สหประชาชาติดำเนินการต่อโดยนำเข้ากระบวนการคณะมนตรีความมั่นคง*

ทั้งนี้ถึงแม้สิทธิที่มาหรือผลประโยชน์จากการรักษาสติขณของการใช้มาตรการตอบโต้มีที่มาจากผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มของรัฐหรือผลประโยชน์ร่วมกันของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด แต่เนื่องจากผลประโยชน์ทั้งสองกรณีเป็นผลประโยชน์ส่วนรวม (collective interest) เช่นกัน เกณฑ์การวัดของความได้สัดส่วนระหว่างการทำคามผิดกับมาตรการตอบโต้จึงมีลักษณะเหมือนกัน ซึ่งต้องคำนึงทั้งในเชิงปริมาณ (quantitative) และคุณภาพ (qualitative)

นอกจากความได้สัดส่วนจะต้องพิจารณาเปรียบเทียบกับความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว ความได้สัดส่วนจะต้องพิจารณาเปรียบเทียบกับเป้าประสงค์ของการใช้มาตรการอีกด้วย ดังที่ศาลระหว่างประเทศเคยว่าไว้²³ แต่ในทางปฏิบัติการประเมินความได้สัดส่วนกับเป้าประสงค์นั้นอาจเป็นสิ่งที่ล่อแหลมเช่นกัน เพราะการกำหนดเป้าประสงค์ขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของผู้ใช้มาตรการ Institut du Droit International เคยมีมติตั้งแต่ปี ค.ศ.1934 ว่ารัฐผู้เสียหายไม่สามารถบิดเบือนมาตรการตอบโต้ไปจากเป้าประสงค์ที่แท้จริงที่เกิดขึ้นแต่แรก

ปัญหาความยุ่งยากของการประเมินว่ามาตรการตอบโต้ได้สัดส่วนหรือไม่นั้นเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิดนั้นมีลักษณะเป็นนามธรรมมากกว่าความเสียหายที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมที่ประเมินได้ทางวัตถุ ปัญหาที่เกิดขึ้นในกรณีนี้ได้แก่ ประเด็นว่าใครเป็นผู้พิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ได้สัดส่วนโดยข้อเท็จจริงรัฐที่เป็นผู้ใช้มาตรการตอบโต้มีดุลพินิจในการพิจารณาว่ามาตรการที่ใช้ได้สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ อย่างไรก็ตามมักเกิดข้อโต้แย้งขึ้นได้เสมอว่ามาตรการตอบโต้ได้สัดส่วนกับความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือไม่ ซึ่งประเด็นนี้นำไปสู่ปัญหาของการพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของตัวมาตรการ ในประเด็นนี้ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้เคยมีข้อเสนอแนะว่าในกรณีที่มีความเห็นที่ไม่ลงรอยกันคู่กรณีทุกฝ่ายก็ต้องหาจุดที่ยอมรับได้ร่วมกัน²⁴ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นนั้นอาจจำเป็นต้องอาศัยกระบวนการของบุคคลที่สามเข้ามาเป็นผู้พิจารณาไกล่เกลี่ย

* การวิเคราะห์เทียบกับบทบัญญัติของมาตรา 51 ของกฎบัตรสหประชาชาติในเรื่องการป้องกันตนเอง ดูความเห็นในทำนองเดียวกัน Report of the ILC on the work of its fifty-second session(2000) .A./CN.4/513. p.32.

²³ ดู Belgian Linguistics Case 1968 และ Handyside 1976 ที่ตัดสินโดย European Court of Human Right

²⁴ Report of the ILC on the work of its fifty-second session(2000) .A./CN.4/513. p.33.

ระบับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสันติภาพและความมั่นคงของประชาคมระหว่างประเทศแล้ว องค์การสหประชาชาติจึงต้องมีบทบาทแสดงออกถึงบรรทัดฐานให้ชัดเจนที่สุด อีกทั้งยังควรเป็นองค์การที่จะประสานการใช้มาตรการตอบโต้ในกรณีดังกล่าวมากที่สุด²⁵

ปัญหาของความได้สัดส่วนนั้นจะยิ่งซับซ้อนขึ้นเมื่อรัฐอื่นที่ไม่ได้เสียหายหลายรัฐดำเนินการใช้มาตรการตอบโต้ร่วมกัน (collective countermeasure) ถึงแม้จะมีได้ใช้ในเวลาเดียวกัน แต่เป็นการใช้เนื่องจากสาเหตุอย่างเดียวกัน เพราะมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐ เนื่องจากเมื่อพิจารณามาตรา 54 ประกอบกับมาตรา 48 แล้วจะเห็นได้ว่าร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐนี้ให้สิทธิแก่ทุกรัฐ (any state) ที่จะสามารถใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหายได้ แต่คำว่า “ร่วมกัน” ที่กล่าวถึงนี้ มิได้มีความหมายมาจากจำนวนของรัฐที่ใช้มาตรการตอบโต้ หากแต่สื่อความหมายว่ารัฐผู้ใช้มาตรการตอบโต้มีจุดประสงค์ในการใช้มาตรการตอบโต้อย่างเดียวกัน มาตรการตอบโต้ร่วมกันจึงใช้สื่อความหมายได้แม้มีรัฐเพียงจำนวนรัฐเดียวใช้มาตรการตอบโต้ ทำให้เกิดคำถามที่ว่าทุกรัฐที่ได้รับสิทธิการใช้มาตรการตอบโต้นี้ เมื่อมีรัฐหนึ่งรัฐใดได้ใช้มาตรการตอบโต้ไปแล้ว รัฐอื่นๆ ที่ยังไม่ใช้มาตรการยังสามารถใช้มาตรการตอบโต้ภายในขอบเขตที่จำกัดเพียงไร อาจกล่าวได้ว่าแม้รัฐหลายรัฐจะมีสิทธิใช้มาตรการตอบโต้ก็ตาม แต่ในขณะที่แต่ละรัฐใช้มาตรการตอบโต้ยังต้องพิจารณาหลักความได้สัดส่วนระหว่างความเสียหายที่รัฐเป้าหมายได้รับจากมาตรการตอบโต้โดยรัฐก่อนๆ แล้ว โดยเปรียบเทียบกับความเสียหายที่เกิดขึ้นกับความเสียหายที่ตนกระทำแล้วหรือยัง รัฐผู้ใช้มาตรการแต่ครั้งจึงต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนตลอดเวลาก่อนที่จะดำเนินการใช้มาตรการ

การพิจารณาปัญหานี้ต้องย้อนไปดูจากที่มาของการเกิดสิทธิของมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหาย ก็คือ ผลประโยชน์ทั่วไป (general interest) ซึ่งผลประโยชน์ดังกล่าวในร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐแยกออกมาเป็นผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มของรัฐและผลประโยชน์ร่วมกันของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด และต้องไม่ลืมว่ารัฐผู้ใช้มาตรการตอบโต้นี้มีใช้รัฐผู้เสียหาย ฉะนั้นแม้ความเสียหายที่เกิดขึ้นจะกระทบต่อผลประโยชน์ทั่วไป แต่มีรัฐที่ได้รับความเสียหายเฉพาะเจาะจงหรือโดยตรง รัฐดังกล่าวก็เป็นรัฐผู้เสียหายซึ่งจะเป็นการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐผู้เสียหาย ขณะที่รัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหายนี้ แม้จะมีใช้รัฐที่ได้รับผลกระทบเป็นพิเศษ แต่จากการที่รัฐดังกล่าวมีผลประโยชน์ร่วมกันในความเสียหายที่เกิดขึ้น จึงเป็นรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหายหรือรัฐผู้เสียหายโดยอ้อม (indirect injured state) นั่นเอง

ฉะนั้นการที่ร่างข้อบ่งชี้ให้สิทธิแก่รัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหายสามารถใช้มาตรการตอบโต้ได้ ก็เนื่องมาจากการที่รัฐดังกล่าวมีผลประโยชน์ร่วมกันในผลประโยชน์ของกลุ่มของรัฐหรือผลประโยชน์ของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดแล้วแต่กรณี นำไปสู่การพิจารณาถึงสถานะของรัฐ

²⁵ Ibid.,

นั้นจำเป็นหรือไม่ที่จะต้องเป็นสมาชิกของกลุ่มของรัฐหรือของประชาคมระหว่างประเทศ ใครบ้างที่เป็นสมาชิกของกลุ่มของรัฐหรือประชาคมระหว่างประเทศ²⁶ คำถามดังกล่าวอาจตอบได้โดยการพิจารณาจากสภาพของความร่วมมือในการรักษาผลประโยชน์ที่มีอยู่ในกลุ่มของรัฐหรือประชาคมระหว่างประเทศ กล่าวคือ หากเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีในเรื่องของสิทธิมนุษยชนแล้ว รัฐที่มีพฤติกรรมในการสิทธิมนุษยชนอยู่ในขณะนั้นก็ไม่ถือว่าเป็นสมาชิกของประชาคมในเรื่องดังกล่าว เนื่องจากแสดงให้เห็นว่าตนเองยังมีได้มีการยอมรับถึงพันธกรณีนั้น จึงไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสมาชิกกลุ่มหรือประชาคมในเรื่องนั้น รัฐดังกล่าวไม่สามารถใช้มาตรการตอบโต้ได้

เมื่อทราบว่ารัฐใดเป็นสมาชิกของกลุ่มหรือประชาคมแล้ว รัฐที่เป็นสมาชิกจึงมีสิทธิที่จะใช้มาตรการตอบโต้ได้ โดยทุกรัฐมีสิทธิอย่างเท่าเทียมกันในการใช้ การพิจารณาสหิทธิการใช้มาตรการตอบโต้ที่กล่าวว่าเป็นสิทธิของรัฐสมาชิกอย่างเท่าเทียมกันทุกรัฐนี้ เป็นการที่มาของการใช้สิทธิเท่านั้น แต่ถ้าจะพิจารณาลงไปถึงลักษณะการกระทำของการใช้มาตรการตอบโต้ที่แต่ละรัฐใช้ออกมานั้น ก็ต้องพิจารณาถึงความได้สัดส่วนระหว่างมาตรการตอบโต้ที่เข้ากับความเสียหายที่เกิดขึ้น อันเป็นไปตามมาตรา 53 หากเป็นกรณีที่มีรัฐผู้ใช้มาตรการตอบโต้เพียงรัฐเดียวการพิจารณาถึงความได้สัดส่วนก็ไม่ซับซ้อนแต่ประการใด

หากเป็นมาตรการตอบโต้ที่มีรัฐทั้งหลายดำเนินการใช้หลายรัฐ ผู้เสียหายนี้เป็นมาตรการตอบโต้ร่วมกัน ทำให้รัฐมากกว่าหนึ่งสามารถใช้มาตรการตอบโต้ได้

สิทธิของรัฐในการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหาย รัฐทุกรัฐที่เป็นสมาชิกของกลุ่มหรือประชาคมสามารถที่จะใช้ได้อย่างเท่าเทียมกันเมื่อมองจากที่มาแห่งสิทธิ แต่หากในแง่ของการกระทำแล้วต้องดูสถานการณ์ตามความเป็นจริงระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดกับผลของรัฐเป้าหมายที่ได้รับจากการกระทำความผิดดังกล่าว ว่าได้รับการตอบโต้แล้วหรือไม่เพียงไร

3.4.2 หลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

เดิมรัฐสามารถทำสงครามกันได้อย่างเสรี มาตรการต่าง ๆ ที่ใช้ในการตอบโต้จึงเป็นไปอย่างเสรีเช่นกัน จนกระทั่งมีกติกาสันติภาพค.ศ.1928 ที่ได้เริ่มกล่าวถึงหลักการห้ามใช้กำลัง และต่อมาก็ได้มีการยืนยันหลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศปรากฏอยู่ในมาตรา 2 วรรค 4 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติซึ่งผูกพันรัฐทั้งในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและกฎหมายสนธิสัญญา มีจุดประสงค์เพื่อให้รัฐสมาชิกละเว้นจากการคุกคามหรือใช้

²⁶ Alan Nissel, "The ILC Articles on State Responsibility : Between Self-help and Solidarity," *New York University Law Review* 38 (2005-2006): p. 369.

กำลังต่อกัน โดยไม่เพียงแต่ห้ามการทำสงครามหรือยืนยันว่าการทำสงครามเป็นสิ่งที่มิชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการใช้กำลังทางทหารในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศทุกรูปแบบด้วย มาตรการทั้งกลายที่เป็นการใช้กำลังจึงต้องห้ามตามหลักเกณฑ์นี้ด้วย

ปัจจุบันมาตรการตอบโต้จึงต้องเป็นการกระทำที่ไม่ใช้กำลัง หากใช้แล้วก็จะเป็นการกระทำไม่ชอบด้วยกฎหมายเสียเอง เนื่องจากการละเมิดทั้งกฎบัตรสหประชาชาติ จารีตประเพณีระหว่างประเทศ รวมถึงหลักกฎหมายทั่วไปด้วย ซึ่งต่างจากการป้องกันตนเองอันมีเป็นข้อยกเว้นของหลักการป้องกันตนเอง ที่ยอมให้การป้องกันตนเองสามารถใช้กำลังได้ ถึงแม้ว่ากรณีการป้องกันตนเอง จะมีกรณีการป้องกันตนเองร่วมกัน (collective self-defense) อันเป็นการคำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนรวมเช่นเดียวกับมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายก็ตาม

คดี Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua ศาลบอกว่าการห้ามใช้กำลังได้รับการยอมรับเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว โดยได้มาบัญญัติไว้ในมาตรา 2(4) ของกฎบัตรสหประชาชาติ²⁷ รวมทั้งยังมีข้อมติที่ 2625 ของสมัชชาใหญ่ที่ให้รัฐทั้งหลายละเว้นจากการะทำการอันเป็นการแค้นเคืองที่ใช้กำลัง ซึ่งการยอมรับข้อมตินี้ยังเป็นองค์ประกอบส่วน opinion juris เกี่ยวกับหลักการห้ามใช้กำลังที่ยอมรับเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศอีกด้วย

3.4.3 หลักการห้ามละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (international humanitarian law) และสิทธิมนุษยชน (human rights law)

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศหรือ jus in bello เป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเป็นส่วนหนึ่งของกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการใช้กำลังทางทหารในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เป็นกฎเกณฑ์สำหรับปฏิบัติการทางทหารโดยเฉพาะเพื่อกำหนดหน้าที่สำหรับพลรบและสิทธิตลอดจนความคุ้มครองสำหรับผู้ที่ไม่ได้เข้าร่วมในสงคราม โดยเฉพาะพลเรือนและผู้ที่ไม่อยู่ในสภาพที่จะทำการสู้รบได้อีก เช่น ผู้บาดเจ็บและนักโทษสงคราม

ที่มาของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ใช้อยู่ในปัจจุบันมีที่มาจากทั้งที่เป็นสนธิสัญญาและจารีตประเพณีระหว่างประเทศ²⁸ ในส่วนของสนธิสัญญาที่รู้จักกันโดยทั่วไปและในทางปฏิบัติมีผลผูกพันรัฐทั้งปวงในทางระหว่างประเทศ (แม้จะไม่ได้เป็นรัฐภาคีก็ตาม) ก็คืออนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ และอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ.1907 อีกหลายฉบับ รวมถึงพิธีสารที่เพิ่มเติมอนุสัญญาดังกล่าว ปฏิญญาต่างๆ บางบทบัญญัติในพิธีสารและปฏิญญาต่างๆ เหล่านั้นได้รับการ

²⁷ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua p.97-98.

²⁸ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการกาชาดสากล, 2550), หน้า 32.

ยอมรับว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีผลบังคับใช้กับรัฐได้โดยทั่วไปแล้ว แต่บางบทบัญญัติก็ผูกพันเฉพาะภาคีสมาชิกที่ลงนามในเอกสารเหล่านี้เนื่องจากบางส่วนยังไม่ได้ยอมรับในลักษณะที่เป็นสากล

ฉะนั้นในส่วนที่เกี่ยวกับที่มาของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ก็ปรากฏอยู่ภายในสนธิสัญญาต่าง ๆ เกี่ยวกับกฎหมายภาคสงครามซึ่งได้รับการยอมรับเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศไปแล้วซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปได้กับรัฐทั้งปวง (erga omnes) การบัญญัติกฎหมายที่เป็นการจารีตประเพณีระหว่างประเทศในรูปของสนธิสัญญาเป็นเพียงการประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีอยู่แล้วให้เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้เกิดความชัดเจนขึ้นเท่านั้น แม้รัฐที่ไม่เป็นภาคีในสนธิสัญญาดังนั้นก็ต้องปฏิบัติตามในรูปแบบของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ทั้งนี้การมีอยู่ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในรูปแบบจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้รับการยืนยันโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เช่น คดีนิคารากัว ค.ศ. 1986 ซึ่งพันธกรณีของรัฐเกี่ยวกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีลักษณะเด็ดขาด อยู่นอกเหนือพันธกรณีตามสนธิสัญญาและรัฐทุกรัฐสามารถอ้างสิทธิตามพันธกรณีของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้โดยไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของการต่างตอบแทน และการละเมิดพันธกรณีในเรื่องนี้ไม่ก่อให้เกิดสิทธิในการโต้ตอบหรือแก้แค้นใดๆ และยังจะนำมาซึ่งการลงโทษทางอาญาระหว่างประเทศอีกด้วย²⁹ รวมทั้งในอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ในมาตรา 60(5) บัญญัติให้แม้ภาคีอีกฝ่ายมีการละเมิดที่สำคัญของสนธิสัญญาอันเป็นเหตุให้ภาคีอีกฝ่ายสามารถสิ้นสุดหรือระงับใช้สนธิสัญญาดังกล่าวได้ แต่หากสนธิสัญญาดังกล่าวมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลที่มีลักษณะด้านมนุษยธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อบทบัญญัติซึ่งห้ามการโต้ตอบในรูปแบบใดก็ตามต่อบุคคลต่าง ๆ ที่สนธิสัญญาดังกล่าวคุ้มครอง ภาคีที่สามารถอ้างเหตุในการสิ้นสุดหรือระงับสนธิสัญญาไม่สามารถอ้างเหตุในการยกเว้นปฏิบัติตามบทบัญญัติในเรื่องคุ้มครองบุคคลที่มีลักษณะด้านมนุษยธรรมได้

ในส่วนสิทธิมนุษยชนเป็นการให้ความสำคัญกับมนุษย์ เนื่องจากมนุษย์เป็นผู้ได้รับสิทธิดังกล่าว ซึ่งแต่เดิมกฎหมายระหว่างประเทศไม่รับรองสิทธิของเอกชนอย่างเป็นทางการ เพราะเป็นที่เข้าใจมาแต่ดั้งเดิมว่า ผู้ทรงสิทธิ(subject) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศคือรัฐเท่านั้น โดยรัฐที่เป็นภาคีในสนธิสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติต่อบุคคลต่าง ๆ ที่อยู่ในเขตอำนาจของตนตามข้อกำหนดของสนธิสัญญาไม่ว่าบุคคลเหล่านั้นจะเป็นปัจเจกชนชาติของรัฐที่เป็นภาคีด้วยหรือไม่ ขณะที่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนำมาใช้ในเพื่อควบคุมพฤติกรรมในการสู้

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 41.

รหว่างประเทศกรณีเกิดการขัดกันทางทหาร และหากเป็นสนธิสัญญาเกี่ยวกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่มีได้เป็นการประมวลจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็ใช้บังคับได้เพียงรัฐที่เป็นภาคีในสนธิสัญญาดังกล่าวเท่านั้น

ความจริงแล้วกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศก็มีกฎเกณฑ์ที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนรวมอยู่ด้วย และบางกรณีเป็นการยากที่จะแบ่งแยกเรื่องสิทธิเหล่านี้อย่างชัดเจน เช่น มาตรา 33 ของอนุสัญญากรุงเจนีวา ฉบับที่ 4 เกี่ยวกับพลเรือนกำหนดว่าบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองไม่อาจถูกลงโทษสำหรับการกระทำผิดซึ่งตนมิได้กระทำขึ้น โทษร่วมกันและมาตรการในลักษณะเดียวกันของการทำให้เกิดความหวาดกลัวเป็นสิ่งต้องห้าม จะเห็นได้ว่าในมาตราดังกล่าวจะมีทั้งในเรื่องบุคคลและกลุ่มของบุคคล

แต่ทั้งนี้มิใช่ว่ากฎหมายมนุษยธรรมและสิทธิมนุษยชนจะได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาดในทุกเรื่อง อาจสรุปได้ว่ากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจะใช้ในกรณีเกิดสภาวะสงครามระหว่างประเทศและใช้อยู่ตลอดเวลาที่มีการขัดแย้งทางอาวุธซึ่งได้ยอมรับเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้วว่าจะละเมิดหลักการเคารพเกี่ยวกับตัวพลเรือนไม่ได้ แต่กฎหมายสิทธิมนุษยชนจะใช้ทั้งในกรณีเกิดสภาวะสงครามรวมถึงในยามสงบซึ่งมีเจตนาคุ้มครองประชาชนเนื่องจากสิทธิมนุษยชนอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน รัฐจะต้องเคารพผูกพันและปฏิบัติตามในทุกสถานการณ์ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกับสิทธิมนุษยชนจึงมีการใช้ผสมผสานกันไปในสังคมนานาชาติเพื่อที่จะคุ้มครองรัฐและประชาชนให้เกิดความเป็นธรรมสูงสุด ซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*, *peremptory norms*) ที่ใช้บังคับได้กับรัฐโดยทั่วไป (*erga omnes*) ไม่ว่าหลักกฎหมายใด ๆ จะมาขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาดนี้ได้

ทั้งนี้ศาลในคดีนิคารากัวได้พิจารณาถึงการวางทุ่นระเบิดในน่านน้ำนิคารากัวของอเมริกาโดยไม่ประกาศเตือน นอกจากจะเป็นการกระทำผิดแล้วยังเป็นการฝ่าฝืนหลักกฎหมายมนุษยธรรมภายใต้อนุสัญญาเจนีวา และอเมริกาต้องละเว้นการสนับสนุนบุคคลหรือกลุ่มที่สู้รบในความขัดแย้งในนิคารากัวที่ละเมิดหลักการในอนุสัญญากรุงเจนีวาในเรื่องการสู้รบแบบกองโจร³⁰ รวมทั้งศาลในคดีนามิเบีย ให้ความเห็นรัฐทุกรัฐงดเว้นการใช้สนธิสัญญาในความสัมพันธ์กับแอฟริกาใต้เพื่อจุดประสงค์ในการกระโดดปล่องนามิเบีย แต่การงดเว้นสนธิสัญญาที่มีสภาพเกี่ยวกับลักษณะมนุษยธรรมไม่สามารถทำได้ โดยเฉพาะการยึดครองนามิเบียกรณีนี้ก็เป็นการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของสิทธิมนุษยชนอันเป็นการละเมิดเป้าหมายและหลักการของกฎบัตรสหประชาชาติ โดยมี

³⁰ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merit, I.C.J. Reports 1986.p.112-114 and 127-129.

การจำกัดสิทธิการมีส่วนร่วมของชนพื้นเมือง การเรียนการอบรม การจ้างงาน รวมถึงถิ่นที่อยู่อาศัยและการเคลื่อนย้ายอีกด้วย³¹

มาตรการที่ใช้ในการตอบโต้กรณีของรัฐที่ไม่ได้รัฐควมเสียหายส่วนใหญ่เป็นมาตรการทางเศรษฐกิจ ซึ่งบางกรณีการใช้มาตรการดังกล่าวต้องคำนึงถึงผลของการใช้มาตรการเหล่านั้นว่า มาตรการดังกล่าวอาจมีผลกระทบในเรื่องสิทธิมนุษยชนและกฎหมายมนุษยธรรมมากน้อยเพียงใด โดยเฉพาะกรณีที่ประชาชนเป็นผู้เสียหายจากการทำความผิดโดยรัฐเจ้าของสัญชาติเป็นผู้กระทำเสียเอง หากมีการใช้มาตรการทางเศรษฐกิจต่อรัฐดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนในรัฐนั้น เช่น ระวังการขายหรือส่งสิ่งของอุปโภคบริโภค อาจทำให้สถานะความเป็นอยู่ของประชาชนในรัฐดังกล่าวแยลงมากไปกว่าที่เป็นอยู่อีก โดยเฉพาะกรณีที่รัฐบาลของรัฐดังกล่าวสามารถกุมอำนาจบริหารกิจการภายในรัฐได้อย่างเด็ดขาด ประชาชนที่จำเป็นต้องพึ่งพาสิ่งของจากรัฐก็จะได้รับผลกระทบมากขึ้น

3.4.4 หลักการห้ามขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens , peremptory norms)

หลักการห้ามขัดกับกฎหมายเด็ดขาดเป็นหลักการที่มีความสำคัญอีกหลักการหนึ่งในการใช้มาตรการตอบโต้ เนื่องจากกฎหมายเด็ดขาดเป็นกฎเกณฑ์แบบแผนสูงสุดที่บังคับเด็ดขาด เป็นกฎเกณฑ์สากล ซึ่งได้รับการยอมรับและรับรองโดยประชาคมระหว่างประเทศของรัฐโดยทั่วไป (erga omnes) แต่ก็เป็นกฎเกณฑ์แบบแผนที่มีวิวัฒนาการได้ กล่าวคือแม้จะเป็นกฎเกณฑ์แบบแผนที่ไม่อนุญาตให้มีการยกเว้นหรือเบี่ยงเบนเป็นอย่างอื่นได้ แต่ก็สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้แต่เฉพาะกฎเกณฑ์แบบแผนซึ่งเกิดขึ้นมาใหม่ในภายหลังอันมีลักษณะอย่างเดียวกัน³²

ในร่างข้อบพว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐในส่วนที่เกี่ยวกับการห้ามขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาด เป็นการนำหลักการในมาตรา 53 และ 64 แห่งอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา(Vienna Convention on the Law of Treaty 1969)³³ มาใช้ หากสนธิสัญญาใดขัดแย้ง

³¹ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merit, I.C.J. Reports 1986, P.56-57.

³² จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, เล่ม 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 171-173. และจตุรงค์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 133.

³³ Article 53 of Vienna Convention on the Law of treaty : Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (jus cogens)

“A treaty is void if at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general

กับกฎเกณฑ์อันเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาดตามหลักกฎหมายทั่วไประหว่างประเทศ สนธิสัญญานั้นก็เป็นโมฆะ หรือถ้าสนธิสัญญาที่ทำขึ้นมาก่อนที่จะมีหลักกฎหมายเด็ดขาดเกิดขึ้นมาใหม่ ชัดแย้งกับหลักกฎหมายเด็ดขาดที่เพิ่งจะเกิดขึ้นมาใหม่แล้ว สนธิสัญญาที่เคยใช้บังคับกันได้นั้นก็เป็นโมฆะใช้บังคับกันไม่ได้และทำให้สนธิสัญญานั้นสิ้นสุดทันที ซึ่งส่วนใหญ่หลักเกณฑ์ต่างๆ ในกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่ไม่เด็ดขาด รัฐสามารถดำเนินการความสัมพันธ์ได้ตามที่รัฐนั้นต้องการ

กฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาดมีลักษณะอย่างไรนั้น ในร่างอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญามีได้ให้หลักเกณฑ์ที่แน่ชัดแต่อย่างใด แต่ในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ยืนยันของควมมีอยู่ของหลักกฎหมายเด็ดขาดได้เป็นอย่างดี ไม่ว่าจะเป็นการรับรองหลักการปราศจากความสัมพันธ์กับคดี³⁴ สิทธิของประชาชนในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง(the right of people of self-determination)³⁵ รวมทั้งการยืนยันในหลักการพื้นฐานของอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษต่อการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ว่าเป็นสิทธิและพันธกรณีที่สามารถใช้บังคับได้กับรัฐทั่วไป (erga omnes)³⁶ โดยสรุปแล้วหลักกฎหมายเด็ดขาดที่ได้รับการยอมรับและการยืนยันถึงความมีอยู่แล้วก็คือการห้ามการกระทำเป็นโจรสลัด (pirate) การห้ามรุกราน (aggression) การห้ามฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) การห้ามค้าทาส (slavery) การห้ามแบ่งแยกเชื้อชาติ (racial

international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.”

Article 64 of Vienna Convention on the Law of treaty : Emergence of a new peremptory of general international law(jus cogens)

“Emergence of a new peremptory norm of general international law. If a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates.”

³⁴ Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Judgment, I.C.J.Report(1970)

³⁵ Case concerning East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J.Report (1995), paras.29. และ Consequences of the Construction of a wall in the occupied Palestinian territory (Israel v. Pelestinian), Advisory Opinion, I.C.J.Report (2004), paras. 155.

³⁶ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide,Preliminary Objections, I.C.J.Report (1996),p. 616, para. 31.and Armed activities on the Territory of the Congo (Congo v. Rwanda), Judgment (New Application: 2002), I.C.J.Report (2006), para.71.

discrimination) การห้ามทรมานและก่ออาชญากรรมต่อความเป็นมนุษย์ (crime against humanity and torture) และสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง (the right of self-determination)³⁷

หน้าที่ของรัฐในการไม่กระทำการฝ่าฝืนหลักกฎหมายเด็ดขาดอันถือเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีที่ร้ายแรงนั้นเกิดจากกฎเกณฑ์ของการประพฤติปฏิบัติที่สำคัญซึ่งห้ามกระทำการใดๆ ที่ถูกมองว่าไม่สามารถยอมรับได้ จากการข่มขู่หรือการละเมิดที่กระทำต่อการคงอยู่ของรัฐ ประชาชนของรัฐนั้นและคุณค่าของมนุษย์ขั้นพื้นฐาน

การกระทำอันเป็นการรุกรานได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาด จึงห้ามกระทำการดังกล่าว สิ่งสนับสนุนหลักการดังกล่าวได้แก่ ความคิดเห็นของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศที่ต่อมากลายเป็นมาตรา 53 ของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญารวมถึงคำกล่าวซึ่งไม่สามารถโต้แย้งได้โดยรัฐบาลต่าง ๆ ในการประชุม ณ กรุงเวียนนา และการนำส่งของคู่กรณีในคดีนิคารากัว³⁸ รวมถึงสถานะของคำวินิจฉัยของศาลเองในคดีดังกล่าว เป็นต้น

ขณะที่คำพิพากษาคดีการใช้ออนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ระหว่างบอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา กับ เซอร์เบีย-มอนเตเนโกร (หรือยูโกสลาเวียเดิม)³⁹ ได้มีการแสดงอย่างชัดเจนว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด พันธกรณีใดๆ ของรัฐจึงต้องสอดคล้องกับพันธกรณีที่เกิดจากกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด ซึ่งจากคำพิพากษาเดียวกันนี้ยังแสดงให้เห็นว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีผลผูกพันแบบเด็ดขาดกับรัฐทุกรัฐ โดยได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางจากสังคมระหว่างประเทศ และคู่กรณีต่างรับรองอย่างถูกต้องว่าไม่มีกรณีใดที่ให้การละเมิดต่ออนุสัญญาใช้เป็นข้อแก้ตัวสำหรับการละเมิดต่ออนุสัญญาในอีกกรณีหนึ่ง และโดยที่ข้ออ้างจากการไม่เป็นการต่างตอบแทนของอนุสัญญาไม่ใช่สิ่งที่นำมาใช้ในการพิจารณาว่ามีจุดเชื่อมโยงทางกฎหมายแสดงให้เห็นว่าแม้จะมีการละเมิดพันธกรณีที่เป็นหลักกฎหมายเด็ดขาด (กรณีนี้คือการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์) ก็ไม่เป็นเหตุให้มีการใช้มาตรการตอบโต้ด้วยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต่อรัฐจากเหตุดังกล่าวได้ถึงแม้ในกรณีดังกล่าวพันธกรณีที่เป็นประเด็นข้อพิพาทในคดีจะมาจากอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็ตาม แต่พันธกรณีเกี่ยวกับการห้ามฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นี้ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาดจากคำพิพากษาในคดี Barcelona Traction แล้ว

³⁷ James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries, p. 188.

³⁸ Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. U.S.A.) , para. 190.

³⁹ Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), ICJ report, 1996. pp. 83-127.

ส่วนการกระทำกรณีอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นการค้าทาส การแบ่งแยกเชื้อชาติ การทรมาน และก่ออาชญากรรมต่อความเป็นมนุษย์ และสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเองก็ได้มีการยอมรับอย่างกว้างขวางทั้งในความเห็นของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศในมาตรา 53 ของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา การกระทำดังกล่าวนี้ได้ถูกห้ามไว้ในสนธิสัญญาต่างๆ ซึ่งส่วนใหญ่ก็ได้รับการให้สัตยาบันแล้วและได้รับการยอมรับภายในสนธิสัญญาอย่างไม่มีข้อยกเว้น อีกทั้งยังมีความตกลงโดยทั่วไประหว่างรัฐบาลหลายๆ รัฐบาลเกี่ยวกับลักษณะเด็ดขาดของการห้ามการกระทำดังกล่าว นอกจากนี้ คำตัดสินโดยศาลทั้งในประเทศและระหว่างประเทศยังได้สนับสนุนลักษณะเด็ดขาดของการห้ามการกระทำดังกล่าวด้วย

หลักกฎหมายเด็ดขาดนั้นสามารถเกิดขึ้นได้ตลอดเวลาจากมาตรา 64 ของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ได้พิจารณาว่า กฎหมายเด็ดขาดที่เกิดขึ้นใหม่ของกฎหมายระหว่างประเทศอาจเกิดได้จากกระบวนการยอมรับและการรับทราบโดยสังคมนานาชาติของรัฐต่างๆ โดยรวม ดังนั้นตัวอย่างที่กล่าวมานี้ไม่ได้ทำให้เสื่อมไปซึ่งการมีอยู่และการพัฒนาของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งส่งเสริมมาตรฐานของหลักกฎหมายเด็ดขาด

นอกจากข้อจำกัดในแง่ประเภทของแนวปฏิบัติซึ่งมีคุณสมบัติถึงขั้นเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาดแล้ว การปรับใช้เกี่ยวกับการฝ่าฝืนพันธกรณีอย่างร้ายแรงที่เป็นหลักกฎหมายเด็ดขาดต่อกรณีอื่นๆ เพื่อวัตถุประสงค์ของการฝ่าฝืนพันธกรณีอย่างร้ายแรงที่เป็นหลักกฎหมายเด็ดขาด อันมีส่วนเกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหาย กล่าวคือการฝ่าฝืนพันธกรณีอย่างร้ายแรงที่เป็นหลักกฎหมายเด็ดขาดที่ปรากฏอยู่ในร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐเป็นการฝ่าฝืนหรือการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่มีลักษณะร้ายแรงในตัวเอง ความหมายของการไม่ปฏิบัติหรือการฝ่าฝืนที่มีลักษณะร้ายแรงนั้น ดูได้จากการกระทำว่าเป็นการกระทำซึ่งกระทำโดยรัฐผู้รับผิดชอบที่จะต้องกระทำการหรือปฏิบัติตามหน้าที่ และการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายหรือล้มเหลวทั้งหมดหรือเป็นการฝ่าฝืนอย่างเป็นระบบ (systematic) คำว่า “ร้ายแรง” ในที่นี้ต้องดูขนาดหรือความรุนแรงของการกระทำที่เป็นการละเมิด หากเป็นการจำเป็นที่กระทำไปเพื่อที่จะไม่ก่อให้เกิดการละเมิดและไม่มีเจตนาที่กระทำการละเมิดนั้นหรือมีเหตุอื่นบางประการ ก็ถือว่าไม่เป็นการร้ายแรง⁴⁰

อย่างไรก็ตามเป็นการยากที่จะอธิบายกรณีของการฝ่าฝืนหลักกฎหมายเด็ดขาดที่มีความร้ายแรงน้อยได้ถึงแม้ในตัวอย่างข้อบ่งชี้จะกล่าวว่าเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีอย่างร้ายแรงก็ตาม แต่มีความจำเป็นที่จะต้องจำกัดขอบเขตเกี่ยวกับการฝ่าฝืนที่ร้ายแรงหรือเป็นระบบ ข้อจำกัดบางประการนั้นได้รับการสนับสนุนโดยแนวปฏิบัติของรัฐ ตัวอย่างเช่น กรณีการปฏิบัติตอบโต้การฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐต่างๆ มักจะอ้างลักษณะที่ร้ายแรงทั้งหมดรวมทั้งผลที่เกิดขึ้นต่อเนื่องจากการกระทำ

⁴⁰ James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries, p. 217.

ดังกล่าว เช่นเดียวกับกระบวนการฟ้องร้องในทางระหว่างประเทศ เช่น ในเรื่องของสิทธิมนุษยชน แต่จะมีผลต่างกันในด้านกรไม่ปฏิบัติตามหรือการฝ่าฝืนอย่างเป็นระบบ เช่น กรณีของการไม่ใช้บังคับกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการระงับการเยียวยาภายในประเทศ

คำว่า “อย่างเป็นระบบ” นี้จะต้องเป็นการฝ่าฝืนที่ก่อกำขึ้นโดยเตรียมการและตั้งใจ อันตรงกันข้ามกับคำว่า “อย่างร้ายแรง” ที่ดูถึงความเข้มข้นของการฝ่าฝืนหรือผลของการกระทำ สิ่งนี้แสดงถึงลักษณะชัดเจนของการฝ่าฝืนเพื่อเพิ่มการทำลายที่ตรงจุดและสมบูรณ์ไปยังผลที่ปกป้องโดยกฎหมายเหล่านี้ไม่มีลักษณะเฉพาะร่วมกัน การฝ่าฝืนอย่างร้ายแรงจะเป็นทั้งอย่างเป็นระบบและอย่างร้ายแรง ปัจจัยที่ก่อให้เกิดความร้ายแรงของการฝ่าฝืนนั้นรวมถึงเจตนาที่จะฝ่าฝืนแนวปฏิบัติ ขอบเขตและจำนวนครั้งของการกระทำ และน้ำหนักของผลที่เกิดขึ้นกับเหยื่อที่ได้รับผลจากการกระทำ แต่สิ่งที่ควรตระหนักถึงอีกสิ่งหนึ่งก็คือหลักกฎหมายเด็ดขาดที่กำลังกล่าวถึงนี้ คือพฤติกรรมอันเป็นการกระทำอันเป็นการรุกรานและการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งโดยลักษณะของตัวการกระทำของมันเองนั้นเป็นการละเมิดในทางระหว่างประเทศที่มีขอบเขตกว้างใหญ่ไพศาลและเป็นพันธกรณีที่ใช้บังคับกับรัฐได้ทั่วไป

ทั้งนี้ความซ้ำซ้อนระหว่างพันธกรณีที่ใช้ได้กับรัฐโดยทั่วไปกับหลักกฎหมายเด็ดขาดมีนัยสำคัญน้อยมาก จากตัวอย่างซึ่งศาลระหว่างประเทศได้เคยตัดสินไว้ “ว่าหน้าที่ทั้งหมดที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปซึ่งเกิดขึ้นภายใต้หลักกฎหมายเด็ดขาดของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นหน้าที่ที่มีต่อสังคมระหว่างประเทศโดยรวม”⁴¹

การที่หลักกฎหมายเด็ดขาดเป็นกฎเกณฑ์สูงสุดที่มีลักษณะสากลนั้น ยังมีข้อที่น่าสงสัยอยู่ว่าหลักกฎหมายเด็ดขาดจะมีในระดับภูมิภาคได้หรือไม่ หลักกฎหมายบางอย่างอาจใช้บังคับได้กับรัฐโดยทั่วไปเฉพาะส่วนเท่านั้น ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้ให้ความเห็นว่ามีผลบังคับที่รัฐทุกรัฐยอมรับหรือรับรองว่ากฎเกณฑ์ใดกฎเกณฑ์หนึ่งเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาดเพียงแต่กฎเกณฑ์นั้นได้รับการยอมรับและรับรองจากรัฐส่วนใหญ่ก็เป็นการเพียงพอที่จะถือว่ากฎเกณฑ์เช่นนั้นเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาด หากมีรัฐใดรัฐหนึ่งไม่ยอมรับ หรือไม่รับรองกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้เป็นหลักกฎหมายเด็ดขาด ก็ไม่กระทบกระเทือนต่อสถานะความเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาด⁴² ดังนั้นหลักการที่ยืนยันได้ถึงถึงความสำคัญของหลักกฎหมายเด็ดขาดก็คือการใช้บังคับได้กับรัฐโดยทั่วไป (erga omnes) ไม่มีรัฐใดที่จะคัดค้านการมีอยู่ของหลักกฎหมายเหล่านั้นได้ ฉะนั้นไม่ว่าหลักกฎหมายที่มีอยู่ในภูมิภาคจะเป็นอย่างไรก็ไม่สามารถที่จะใช้ยืนยันกับหลักกฎหมายเด็ดขาดได้

⁴¹ Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, I.C.J. Report 1970, p.32, para. 34. , East Timor (Portugal v. Australia), I.C.J. Reports 1995, p.102, para.29. และ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Reports 1996, p.258, para.83

⁴² จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, เล่ม 2, หน้า 173.

ฉะนั้นการใช้มาตรการตอบโต้จึงต้องใช้วิธีการที่ไม่ขัดต่อหลักกฎหมายเด็ดขาด เนื่องจากหากเป็นวิธีการที่ขัดต่อหลักกฎหมายเด็ดขาดแล้ว มาตรการตอบโต้นั้นก็ย่อมขัดด้วยกฎหมาย รัฐผู้ใช้มาตรการตอบโต้ดังกล่าวย่อมต้องรับผิดชอบในการกระทำนั้นต่อไป และจากการที่ร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐได้บัญญัติว่า “พันธกรณีอื่นใดภายใต้หลักกฎหมายเด็ดขาดแห่งกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป” แยกออกมาเป็นหัวข้อต่างหากจากพันธกรณีในการเคารพสิทธิมนุษยชนและพันธกรณีเกี่ยวกับมนุษยธรรมในการห้ามแก๊สพิษ เป็นการแสดงถึงพันธกรณีอื่นๆ ที่อาจจะมิได้อยู่ภายใต้เงื่อนไขของหลักกฎหมายเด็ดขาดในการใช้มาตรการตอบโต้⁴³

ทั้งนี้จากทางปฏิบัติของรัฐที่ไม่ใช่ผู้เสียหายส่วนใหญ่ที่ใช้มาตรการตอบโต้เป็นการใช้มาตรการทางเศรษฐกิจต่อรัฐเป้าหมาย การฝ่าฝืนหลักกฎหมายเด็ดขาดจากการใช้มาตรการตอบโต้กรณีดังกล่าวอาจยังไม่ปรากฏเป็นรูปธรรมอย่างชัดเจน เว้นแต่กรณีที่น่าจะเข้าข่ายในเรื่องสิทธิมนุษยชนและมนุษยธรรมดังที่กล่าวมาในหัวข้อที่แล้ว แต่ในอนาคตหลักกฎหมายเด็ดขาดใหม่ๆ อาจเกิดขึ้นได้จากลักษณะของการยอมรับการเกิดขึ้นของหลักกฎหมายเด็ดขาดที่เกิดขึ้นใหม่ในอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายจึงต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายเด็ดขาดที่เป็นอยู่ในเวลานั้นตลอดเวลาที่กระทำการใช้มาตรการตอบโต้

จากที่ได้ศึกษามาในบทนี้เกี่ยวกับเงื่อนไขของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหาย ตัวของร่างข้อบ่งชี้เกี่ยวกับเงื่อนไขการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายที่ยกร่างโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศสะท้อนถึงเงื่อนไขบางส่วนที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขทั่วไปของการใช้มาตรการตอบโต้ รวมทั้งบัญญัติกฎหมายที่ควรจะเป็น (lex ferenda) สิ่งใดที่มีการพิจารณาจากกระบวนการยกร่างแล้วไม่นำมาบัญญัติในร่าง อนุมาณได้ว่ายังมีข้อถกเถียงอยู่มากในประเด็นการยอมรับในทางกฎหมายและจากทางปฏิบัติของรัฐ

แม้ว่าในกฎหมายสนธิสัญญา⁴⁴ จารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป คำพิพากษาของศาล⁴⁵ ความเห็นของนักนิติศาสตร์⁴⁶ รวมถึงทางปฏิบัติของรัฐต่างๆ จะมียอมรับการมีอยู่ของผลประโยชน์ทั่วไป (general interest) ในกฎหมายระหว่างประเทศ แต่การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายยังมิได้รับการยอมรับเป็นกฎหมาย (lex lata) ทั้งนี้พิจารณาได้จาก

⁴³ Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, I.C.J. Report 1970, p.290.

⁴⁴ มาตรา 53 อนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา 1969

⁴⁵ Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, I.C.J. Report 1970.

⁴⁶ Denis Alland, “Countermeasures of General Interest,” *European Journal of International Law* 13 (2002): p.1221.

บทบัญญัติของร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ที่บัญญัติถึงลักษณะของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหายต้องเป็นมาตรการที่ชอบด้วยกฎหมาย อันต่างจากบริบทของมาตรการตอบโต้โดยรัฐผู้เสียหายซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายในฐานะจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว ซึ่งเป็นการกระทำที่เป็นความผิดในตัวของมันเอง เพียงแต่กฎหมายยกเว้นความรับผิดชอบให้เท่านั้น ในงานของผู้ยกร่างก็ได้บอกไว้ในเรื่องของมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหายนี้เพียงจะเริ่มเกิดขึ้นการบัญญัติกรณีดังกล่าวไว้ในร่างข้อบทเป็นเพียงพัฒนากฎหมายให้ก้าวหน้าเท่านั้น การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหายในบริบทเรื่องความรับผิดชอบของรัฐจึงต้องอาศัยความชัดเจนของทางปฏิบัติของรัฐที่เกิดขึ้นในการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการในการกระทำต่อไป

เมื่อได้พิจารณาถึงที่มาของสิทธิของแต่ละรัฐที่ไม่ใช่ผู้เสียหายในการใช้มาตรการตอบโต้ขั้นตอนต่างๆ อันเป็นเงื่อนไขก่อนการใช้หรือหลังการใช้มาตรการตอบโต้ที่จะทำให้มาตรการตอบโต้นั้นชอบด้วยกฎหมายแล้ว การพิจารณาถึงเนื้อหาของลักษณะการกระทำที่กระทำต่อรัฐเป้าหมายก็เป็นอีกเงื่อนไขที่จะต้องนำมาพิจารณาว่าการกระทำที่ทำออกไปนั้นเป็นมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหายหรือไม่

ในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐได้กำหนดให้มาตรการตอบโต้เป็นพฤติกรรมหนึ่งที่เป็นเหตุยกเว้นความผิด (circumstances precluding wrongfulness) อันอยู่ในบทที่ 5 ของส่วนที่ 1 ในร่างข้อบท นอกเหนือจากเหตุอื่นๆ ที่เป็นพฤติกรรมที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดโดยปรากฏอยู่ในร่างข้อบท มาตรการตอบโต้ที่ใช้ในบริบทของร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐนี้ จึงต้องเป็นการกระทำในลักษณะที่เป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย แม้มาตรา 22 ของร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐจะไม่ได้กล่าวไว้เช่นนั้นโดยตรงก็ตาม ซึ่งเงื่อนไขต่างๆ ของการใช้มาตรการตอบโต้ได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 49 ถึง 54 อันเป็นบทที่ 2 ของส่วนที่ 3 ของร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ และเป็นหลักเกณฑ์ของการใช้มาตรการตอบโต้ทั้งจากรัฐผู้เสียหายและรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหาย

มาตรา 54 เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหาย ได้กำหนดให้มาตรการที่ใช้ในการตอบโต้รัฐผู้รับผิดชอบเป็นมาตรการที่ชอบด้วยกฎหมาย (lawful measures) โดยมีได้กล่าวถึงคำว่า “มาตรการตอบโต้” (countermeasure) แต่อย่างไร ทั้งๆ ที่มาตราดังกล่าวอยู่ในหมวดที่ 2 อันเป็นหมวดของมาตรการตอบโต้โดยเฉพาะ รวมถึงมาตราอื่นๆ ที่อยู่ในหมวดนี้ได้ใช้คำว่า “มาตรการตอบโต้” ทุกมาตรา แต่เรื่องของมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหายนี้กลับมิได้พูดถึงมาตรการตอบโต้เลย แต่ใช้คำว่า “มาตรการที่ชอบด้วยกฎหมาย” (lawful measures) แทนลักษณะของมาตรการที่กระทำต่อรัฐผู้รับผิดชอบ อีกทั้งในมาตราดังกล่าวยังใช้หัวข้อว่า “มาตรการที่กระทำโดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหาย” (measures taken by states other than an

injured state) ทั้งนี้ความแตกต่างของการใช้คำไม่ได้มีนัยยะที่ทำให้ระบบกฎหมายที่ใช้สำหรับมาตรการตอบโต้โดยรัฐที่ไม่ได้เป็นผู้เสียหายแตกต่างไปจากระบบกฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณีการใช้มาตรการตอบโต้ปกติที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้อธิบายไว้ว่า การที่ใช้คำว่า lawful measures แทนคำว่า countermeasures ในกรณีนี้ เป็นไปเพียงเพื่อ เปิดโอกาสให้รัฐที่ไม่ได้รับความเสียหายดำเนินมาตรการเพื่อโต้ตอบในกรณีที่มีการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศเพื่อปกป้องประโยชน์ของประชาคมระหว่างประเทศเท่านั้นเอง⁴⁷

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า การที่ร่างข้อบทใช้คำว่า มาตรการที่ชอบด้วยกฎหมาย (lawful measures) สำหรับเรื่องมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายไว้ในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐเช่นนี้ อาจก่อให้เกิดปัญหาที่ทำให้ความสับสนในการตีความได้ เนื่องจากมาตรการตอบโต้ที่ได้กล่าวถึงทั่วไปในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐนี้เป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย แต่มีเหตุในการยกเว้นความผิดทำให้ไม่เป็นความผิดระหว่างประเทศและไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศ แต่ในกรณีของมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายนี้ ร่างข้อบทกลับกำหนดให้มาตรการที่ใช้เป็นมาตรการที่ชอบด้วยกฎหมาย ทำให้ลักษณะของมาตรการที่ใช้ในกรณีมาตรการตอบโต้โดยรัฐผู้เสียหายกับมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายมีความแตกต่างกัน ทั้ง ๆ ที่อยู่ในบริบทของเรื่องมาตรการตอบโต้เช่นเดียวกัน ลักษณะของการกระทำที่เป็นมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายจึงต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายโดยตัวของมันเอง⁴⁸ เช่น มาตรการแก้ล้าง (retorsion) ซึ่งแตกต่างจากบริบทของมาตรการตอบโต้ (countermeasure) ที่ใช้ในมาตรการตอบโต้โดยรัฐผู้เสียหายตามร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ รวมถึงแตกต่างจากมาตรการแก้แค้น (reprisal) ซึ่งใช้ในความหมายดั้งเดิมของมาตรการตอบโต้และเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย

ความขัดแย้งของลักษณะมาตรการที่ใช้ระหว่างมาตรการตอบโต้โดยรัฐผู้เสียหายกับมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหาย ก่อให้เกิดความสงสัยว่าเหตุใดผู้ร่างจึงยอมให้การกระทำที่มีความแตกต่างกันมาบัญญัติอยู่ภายใต้เรื่องเดียวกัน กล่าวคือ มาตรการแก้ล้างเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เป็นการกระทำที่แสดงความเป็นมิตรต่อรัฐอื่นมีวัตถุประสงค์เพื่อชักจูงให้รัฐดังกล่าวยุติการปฏิบัติที่เป็นอันตราย มาตรการแก้ล้างจึงไม่ได้ไปล่วงล้ำสิทธิของรัฐอื่น จึงอยู่นอกเหนือ

⁴⁷ International Law Commission, Third report on State responsibility, A/CN.4/507/Add.4, 4 August 2000; James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, p. 305.

⁴⁸ Ibid., p. 1233.

ความหมายมาตรการตอบโต้ที่ปรากฏอยู่ในร่างข้อบทความด้วยความรับผิดชอบของรัฐอันเป็นพฤติการณ์ที่ยกเว้นความผิด⁴⁹

ตัวอย่างคือกรณีของสหรัฐอเมริกาดำเนินมาตรการลงโทษ (sanction) ต่อคิวบา โดยสหรัฐอเมริกาได้อ้างเหตุผลของการใช้มาตรการลงโทษคิวบาในเรื่องพฤติกรรมของการใช้กำลังในการแทรกแซงอำนาจอธิปไตยของรัฐอื่น เช่น สนับสนุนกองกำลังติดอาวุธเพื่อล้มล้างรัฐบาลแถบประเทศลาตินอเมริกา มีพฤติกรรมสนับสนุนการก่อการร้าย และจำกัดสิทธิมนุษยชนรวมถึงระบอบการปกครองผูกขาดของคิวบา⁵⁰ โดยสภาองค์การสหประชาชาติได้ยืนยันถึงสิทธิของประชาชนคิวบาในการมีเสรีภาพเกี่ยวกับการเปลี่ยนตัวผู้นำ⁵¹ กรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่มีได้อยู่ภายใต้บริบทของมาตรการตอบโต้โดยทั่วไปตามร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ แม้จะเป็นการกล่าวอ้างเรื่องสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นเรื่องที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นพันธกรณีที่ใช้บังคับกับรัฐได้โดยทั่วไป (erga omnes) ก็ตาม แต่ลักษณะการกล่าวอ้างของสหรัฐอเมริกาในเรื่องนี้เป็นกรณีก่อการร้ายเพื่อล้มล้างระบอบการปกครองของคาสโตรมากกว่า และเป็นมาตรการที่ใช้ในลักษณะที่ไม่เป็นมิตรเท่านั้น

การที่ร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐได้บัญญัติเกี่ยวกับลักษณะของการกระทำของมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหายแตกต่างจากมาตรการตอบโต้โดยรัฐผู้เสียหายย่อมแสดงให้เห็นถึงนัยยะบางประการ มิเช่นนั้นแล้วลักษณะการกระทำของมาตรการที่ใช้ในมาตรการตอบโต้ต้องมีลักษณะเหมือนกัน รวมทั้งการกระทำที่เป็นมาตรการชอบด้วยกฎหมายนั้นทุกรัฐสามารถดำเนินการได้โดยปกติตามระบบกฎหมายระหว่างประเทศอยู่แล้ว มิจำเป็นจะต้องนำมาบัญญัติเอาไว้ในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ส่วนหนึ่งเป็นเหตุมาจากการประนีประนอมเพื่อให้เรื่องมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหายนี้ได้รับการบรรจุอยู่ในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ เนื่องจากมีตัวแทนของรัฐจำนวนมากที่ไม่เห็นด้วยในการที่จะบรรจุมาตรานี้ให้อยู่ในร่าง⁵²

นัยยะที่แสดงออกจากการที่ร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐบัญญัติไว้เช่นนี้ก็ คือเงื่อนไขและกระบวนการในการใช้มาตรการตอบโต้ที่มีลักษณะเป็นการกระทำที่เป็นความผิดในตัว

⁴⁹ Peter Malanczuk, "Countermeasures and Self-Defence as Circumstances Precluding Wrongfulness in The International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility," in United Nations Codification of State Responsibility, eds. Marina Spinedi and Bruno Simma. (New York: Oceana Publications, 1987), p.207.

⁵⁰ Lori F. Damrosch, "Enforcing International Law Through Non-forcible Measures," Recueil des Cours 269 (1997): pp. 63-78.

⁵¹ Ibid, p. 77.

⁵² Report of the International Law Commission on the work of its fifty-second session (2000).

มันเองยังมีได้มีการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย (lex lata) เสียทีเดียว โดยอนุมานได้จากกระบวนการของการร่างข้อบทเป็นการประมวลรวบรวมจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับอยู่แล้ว บางส่วนเช่น เรื่องเงื่อนไข ความได้สัดส่วน การต้องเคารพต่อหลักการห้ามใช้กำลัง การเคารพต่อสิทธิมนุษยชนและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ตลอดจนหลักกฎหมายเด็ดขาด แต่ในขณะเดียวกัน ยังมีบางส่วนที่เป็น ข้อเสนอแนะที่ที่พื้นฐานมาจากการศึกษาแนวคิดทางกฎหมาย และการพิจารณาทางปฏิบัติของรัฐที่ยังเรียกได้ว่าเป็นการบัญญัติที่มีลักษณะของ “กฎหมายที่ควรจะเป็น” (lex ferenda) ฉะนั้นสิ่งไม่ได้รับการบรรจุเข้ามาอยู่ในร่างหากมีการพิจารณาในการจัดทำร่างแล้ว จึงไม่มีทางที่จะเป็นกฎหมาย หรือแม้แต่เป็นแนวโน้มที่กฎหมายที่ควรจะเป็นได้เลย อีกทั้งทางปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่องมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้ผู้เสียหายเพิ่งเริ่มจะก่อตัวขึ้นยังไม่มี ความชัดเจนในเรื่องของการใช้เงื่อนไขมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหายนี้จึงเป็นบทบัญญัติในลักษณะเป็นข้อยกเว้น (saving clause)⁵³ และเป็นพัฒนาการของกฎหมายให้ก้าวหน้า (progressive development) เท่านั้น

⁵³ James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries, p. 56.

บทที่ 4

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

4.1 บทสรุป

การใช้มาตรการตอบโต้ (countermeasure) โดยไม่ใช้กำลังได้รับการยอมรับจากการปฏิบัติของรัฐ แนวคำพิพากษาของศาลแล้วว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายเมื่อเป็นการกระทำโดยรัฐที่เสียหายในกรณีที่ถูกละเมิด หากการตอบโต้เป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้เงื่อนไข หลักเกณฑ์ และข้อจำกัดของการใช้มาตรการตอบโต้ แม้มาตรการตอบโต้จะมีแนวคิดพื้นฐานมาจากมาตรการช่วยเหลือตนเอง (self-help) ทำให้บางครั้งอาจมีความสับสนระหว่างมาตรการอื่น ๆ ที่มีพื้นฐานของการช่วยเหลือตนเองเช่นกัน โดยเฉพาะมาตรการลงโทษ (sanction) ถึงจะแม้วัตถุประสงค์ของการกระทำจะแตกต่างกันก็ตาม เห็นได้จากช่วงแรกของการร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐในเรื่องมาตรการตอบโต้ มีการนำเสนอให้ใช้คำว่ามาตรการลงโทษ

วัตถุประสงค์ของการใช้มาตรการตอบโต้คือการยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และขจัดความเสียหายที่เกิดขึ้น รัฐผู้เสียหายจึงมีความชอบธรรมที่จะใช้มาตรการตอบโต้ในการปกป้องผลประโยชน์ของตนเอง กฎหมายระหว่างประเทศจึงยอมรับการใช้มาตรการตอบโต้ในฐานะที่เป็นพฤติการณ์ที่ไม่ก่อให้เกิดความผิด

การยอมรับการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหาย(หรือรัฐที่สาม) มาจากการต่อสู้ระหว่างสองแนวคิดที่ฝ่ายหนึ่งไม่เห็นด้วยจากการมองว่าเป็นการแทรกแซงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐผู้กระทำความผิดกับรัฐผู้ได้รับความเสียหายอันเป็นการขัดกับหลักการยอมรับอำนาจอธิปไตยของรัฐในสังคมนระหว่างประเทศ ส่วนฝ่ายที่เห็นด้วยมองว่าในสังคมนระหว่างประเทศรัฐไม่ได้ดำรงอยู่กันอย่างโดดเดี่ยวอย่างเด็ดขาดโดยมีผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องบางประการร่วมกันอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่มีการกระทำผิดอย่างร้ายแรงที่กระทบไปทั้งสังคมนระหว่างประเทศ ซึ่งแนวโน้มส่วนใหญ่เห็นไปในทิศทางการยอมรับแนวคิดที่ว่ารัฐทั้งหลายมีผลประโยชน์บางประการร่วมกันอยู่ ผู้ร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐและผู้แทนของรัฐต่าง ๆ ในการเข้าร่วมประชุมพิจารณาร่างก็มีความเห็นสอดคล้องกับแนวความคิดดังกล่าวจึงนำแนวความคิดของการมีผลประโยชน์ร่วมกันเข้ามาในร่างข้อบ่งชี้ รวมไปถึงการพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลที่รับรองถึงการมีอยู่ของพันธกรณีที่ใช้บังคับกับรัฐได้ทั่วไป (erga omnes) ซึ่งบางเรื่องเป็นเรื่องหลักกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) และจากการพิจารณาทางปฏิบัติของรัฐที่เคยปฏิบัติกันมาทำให้มีการยอมรับการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหาย

การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายภายในร่างข้อบทจึงเป็นการสอดคล้องกับแนวความคิดที่ว่ารัฐทั้งหลายมีผลประโยชน์บางอย่างร่วมกันอยู่โดยเฉพาะหากมีการกระทำ ความผิดในลักษณะที่มีความร้ายแรง ซึ่งในช่วงแรกมีนำเรื่องอาชญากรรมระหว่างประเทศเข้ามา พิจารณาแบ่งแยกการกระทำ ความผิดที่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศก็ถือว่าเป็นความผิด ร้ายแรงที่รัฐทุกรัฐสามารถเข้ามาร่วมดำเนินการได้ ต่อมาเมื่อเห็นว่าอาชญากรรมระหว่างประเทศไม่ควรนำมาเกี่ยวข้องกับเรื่องความรับผิดชอบของรัฐจึงกลายมาเป็นการละเมิดพันธกรณีอย่างร้ายแรง ภายใต้หลักกฎหมายเด็ดขาดของหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งมีที่มาจากพันธกรณีที่ใช้บังคับกับรัฐได้ทั่วไป (erga omnes) และส่วนใหญ่เป็นเรื่องหลักกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) เช่น การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การทรมาน รวมถึงเรื่องของสิทธิมนุษยชน เป็นต้น

การละเมิดพันธกรณีที่มีลักษณะเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาดนั้น แม้มีผู้เห็นว่าควรเป็นเรื่องของกระบวนการในระบบของสหประชาชาติที่จะดำเนินการเนื่องจากเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับการ ดำรงรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ มากกว่าที่จะใช้มาตรการตอบโต้ที่เป็นการกระทำ ของรัฐฝ่ายเดียวที่สามารถใช้ได้โดยอำเภอใจ แต่อย่างไรก็ตามสิ่งที่สนับสนุนการใช้มาตรการตอบโต้ โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายก็คือวัตถุประสงค์ของการใช้มาตรการตอบโต้กับวัตถุประสงค์ของการใช้ มาตรการตามกระบวนการของสหประชาชาติมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่าง กล่าวคือมาตรการตอบโต้เป็น การใช้เพื่อยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและชดใช้ความเสียหาย ขณะที่มาตรการตามหมวด 7 ของสหประชาชาติมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษ (sanction) รัฐผู้กระทำผิด รวมถึงการใช้มาตรการตอบ โต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายนี้เมื่อพิจารณาถึงการกระทำในอีกด้านหนึ่งแล้ว มาตรการตอบโต้กรณี ดังกล่าวก็มีมิติของการเป็นมาตรการลงโทษ (sanction) รวมอยู่ด้วยและใช้ควบคู่กันไปได้

นอกจากนี้แม้โดยหลักการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายได้รับการ ยอมรับแต่ยังไม่แพร่หลาย เนื่องจากทางปฏิบัติของรัฐที่เกิดขึ้น ส่วนใหญ่เป็นการใช้โดยรัฐมหาอำนาจ หรือรัฐทางตะวันตก ทำให้เกิดข้อสงสัยว่าหากเป็นรัฐเล็ก ๆ ที่ไม่มีอำนาจการต่อรองในทางระหว่าง ประเทศ การใช้มาตรการตอบโต้ดังกล่าวจะได้รับการยอมรับและมีประสิทธิภาพเพียงไร

ร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐแบ่งเรื่องของการมีผลประโยชน์ร่วมกัน ออกเป็น 2 ประเภทคือผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มของรัฐที่เป็นสมาชิกและผลประโยชน์ร่วมกันของ ประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด ซึ่งการแยกแยะประเภทผลประโยชน์ร่วมกันโดยร่างอันเป็นการ เพิ่มเติมจากทางปฏิบัติของรัฐ รวมถึงจากแนวคำพิพากษาของศาลที่พิจารณาถึงความมีผลประโยชน์ ร่วมกันในแง่ของประชาคมระหว่างประเทศเท่านั้น รัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐที่เสียหายที่จะใช้มาตรการตอบโต้ ได้จึงต้องมีผลประโยชน์ร่วมกันอย่างใดอย่างหนึ่งจากพันธกรณีที่ถูกละเมิดจากการกระทำที่ไม่ชอบ ด้วยกฎหมาย หรือนัยหนึ่งก็คือรัฐผู้ใช้มาตรการดังกล่าวต้องเป็นสมาชิกในกลุ่มของรัฐหรือประชาคม ระหว่างประเทศจึงจะถือว่ามีความเกี่ยวข้อง เพื่อเป็นการกระทำไปเพื่อรัฐผู้เสียหายหรือผู้ได้รับ

ประโยชน์จากพันธกรณีที่ถูกละเมิดนั้น การแบ่งประเภทของผลประโยชน์ออกเป็น 2 กรณีนี้สะท้อนแนวปฏิบัติของรัฐที่เกิดขึ้นในสังคมระหว่างประเทศ

ในส่วนของเรื่องเงื่อนไขในการใช้มาตรการนั้นร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายเพียง 2 มาตราเท่านั้น การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายจึงอยู่ภายใต้เงื่อนไขหลักเกณฑ์ทั่วไปของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐผู้เสียหายเพื่อไม่ให้รัฐที่สามใช้มาตรการตอบโต้ได้อย่างอำนาจอใจ ทั้ง ๆ ที่เงื่อนไขหลักเกณฑ์บางประการของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐผู้เสียหายไม่เหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้กับมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหาย เนื่องจากลักษณะที่มาของสิทธิในการใช้มาตรการตอบโต้ที่แตกต่างกัน และการที่ร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐบัญญัติเพียงหลักการกว้าง ๆ และถ้อยคำในบทบัญญัติไม่ชัดเจนทำให้เกิดปัญหาในการพิจารณาถึงเงื่อนไขของการใช้มาตรการตอบโต้

เงื่อนไขที่จะต้องพิจารณาก่อนการใช้มาตรการตอบโต้ก็คือมีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดพันธกรณีที่ใช้บังคับทั่วไปกับรัฐ (erga omnes) ซึ่งอาจเป็นพันธกรณีของกลุ่มของรัฐหรือพันธกรณีที่เป็นของประชาคมระหว่างประเทศ เมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้นแล้วรัฐที่กระทำผิดย่อมมีความรับผิดชอบในการปฏิบัติพันธกรณีในการยุติการกระทำที่ไม่ชอบดังกล่าวและเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่ทั้งนี้ในทางปฏิบัติของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐที่สามสะท้อนให้เห็นว่าเป็นการกระทำไปเพื่อยุติการกระทำละเมิดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมากกว่าที่ ต้องการจะให้มีการชดใช้ความเสียหาย พันธกรณีในการยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงเป็นพันธกรณีในลำดับแรกที่ควรคำนึงถึงในการใช้มาตรการตอบโต้

เงื่อนไขที่กำหนดให้รัฐที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายที่จะใช้มาตรการตอบโต้ต้องมีการเรียกร้องให้รัฐผู้มีความรับผิดชอบยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและชดใช้เยียวยาความเสียหายเสียก่อน รวมไปถึงการเสนอให้มีการเจรจาก่อนที่จะมีการใช้มาตรการตอบโต้ แสดงให้เห็นว่ามาตรการตอบโต้ นั้นเป็นมาตรการที่มีความสำคัญรองจากการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี แต่หากมองในอีกด้านหนึ่งการใช้มาตรการตอบโต้ทำให้รัฐคู่พิพาทกลับมาเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีอีกด้วย หากรัฐที่ละเมิดไม่ยอมเข้าสู่กระบวนการแต่แรก ทั้งนี้ ในบางกรณีนั้นหากเป็นการกระทำที่ร้ายแรง เช่น การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การรุกราน การดำเนินการตามขั้นตอนระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีอาจไม่ทันการณ์ หากปล่อยเวลาเนิ่นนานไปความเสียหายที่เกิดขึ้นจะยิ่งมากขึ้น การใช้มาตรการตอบโต้นี้อาจมีความจำเป็นมากกว่าการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี เพื่อยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นโดยเร็ว

แม้ว่าการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายได้ทำตามเงื่อนไขอันเป็นเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับขั้นตอนของการใช้แล้ว ยังต้องพิจารณาเงื่อนไขอันเป็นเนื้อหาของการใช้มาตรการ

ตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายด้วย อันได้แก่หลักความได้สัดส่วน หลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หลักการห้ามละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ หลักการห้ามขัดกับหลักกฎหมายเด็คขาด ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ยอมรับใช้บังคับกับรัฐได้ทั่วไป (erga omnes) เพื่อให้รัฐผู้ใช้มาตรการตอบโต้ต้องตกเป็นผู้กระทำผิดเสียเองจากการใช้มาตรการตอบโต้ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ความได้สัดส่วนเป็นประเด็นสำคัญในการพิจารณาเกี่ยวกับการใช้มาตรการตอบโต้ มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายจึงต้องพิจารณาว่า รัฐผู้มีความรับผิดชอบควรได้รับการตอบโต้เพียงเท่าที่ให้มีการปฏิบัติตามพันธกรณีในการยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและชดใช้ความเสียหายเท่านั้น โดยต้องคำนึงถึงกรณีที่รัฐผู้เสียหายโดยตรงได้ตอบโต้เองแล้วด้วย ซึ่งต้องพิจารณาทั้งในเชิงปริมาณ(quantitative) และเชิงคุณภาพ (qualitative) แต่ในทางปฏิบัติผู้ตอบโต้เป็นผู้ใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหา

ความได้สัดส่วนที่ต้องพิจารณาในการใช้มาตรการตอบโต้ต้องมีการพิจารณาทั้งในแง่ของเนื้อหาของมาตรการว่ามีผลกระทบอย่างไร รวมไปถึงพิจารณาในแง่ของการชดใช้ความเสียหายว่า มีการชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นเพียงพอแล้วหรือไม่ บุคคลที่ควรเข้ามาดำเนินการในกรณีนี้จึงควรเป็นบุคคลกลางที่ไม่มีส่วนได้เสียอันจะให้คู่พิพาทโต้แย้งได้ จึงควรเป็นองค์การระหว่างประเทศ ในที่นี้อาจหมายถึงสหประชาชาติ หรือองค์การระหว่างประเทศระดับภูมิภาคที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาท

ในประเด็นที่เกี่ยวกับเรื่องของผู้ได้รับประโยชน์จากการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายนั้น กรณีที่มีการละเมิดพันธกรณีที่อาจมีรัฐผู้เสียหายหากเป็นกรณีที่พันธกรณีดังกล่าวเป็นผลประโยชน์ของกลุ่มของรัฐเนื่องจากรัฐผู้เป็นสมาชิกในกลุ่มถือเป็นผู้ทรงสิทธิในกรณีดังกล่าว ขณะที่หากเป็นผลประโยชน์ของประชาคมระหว่างประเทศอาจไม่มีรัฐใดเป็นผู้เสียหาย(ในกรณีนี้หมายถึงผู้เสียหายโดยตรง) เมื่อพิจารณาจากพันธกรณีที่ถูกละเมิดซึ่งกระทบสังคมระหว่างประเทศทั้งหมด รัฐจึงเป็นเพียงผู้เสียหายโดยอ้อมเท่านั้น หรือในบางกรณีผู้ได้รับผลประโยชน์อาจไม่ใช่รัฐ เป็นองค์การอื่น เช่น บัณฑิตชนในกรณีเรื่องสิทธิมนุษยชนก็ได้ การพิจารณาถึงผู้ทรงสิทธิในกรณีของผู้ได้รับผลประโยชน์จากการใช้มาตรการตอบโต้ในกรณีรัฐที่สามจึงเป็นสิ่งสำคัญ เนื่องจากในร่างข้อบทกำหนดให้เป็นการใช้เพื่อผลประโยชน์ของรัฐผู้เสียหายและของผู้ได้รับผลประโยชน์จากพันธกรณีที่ถูกละเมิด หากเป็นกรณีที่มีรัฐผู้เสียหาย(กรณีนี้หมายถึงมีรัฐอื่น ๆ เป็นผู้เสียหายโดยอ้อม) และรัฐดังกล่าวได้มีการใช้มาตรการตอบโต้ไปแล้วรัฐอื่น ๆ ยังคงมีสิทธิที่จะใช้มาตรการตอบหรือไม่ ซึ่งก็ต้องพิจารณาจากรัฐผู้รับผิดชอบนั้นได้มีการปฏิบัติตามพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติหรือดูถึงความได้สัดส่วนระหว่างการกระทำผิดและมาตรการตอบโต้ที่ได้ใช้ลงไปเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาถึงสิทธิของรัฐอื่น ๆ ในการใช้มาตรการตอบโต้

เมื่อการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายเป็นการกระทำที่สามารถทำได้โดยรัฐผู้ใช้มาตรการโดยการพิจารณาของตนเองฝ่ายเดียว อันเป็นการกระทำที่อยู่ในทฤษฎีการกระทำฝ่ายเดียว ทั้ง ๆ ที่เมื่อมองจากพันธกรณีที่ถูกละเมิดอันเป็นการที่มาของสิทธิในการใช้มาตรการ เป็นเพียงพันธกรณีที่เป็นผลประโยชน์ร่วมกันซึ่งควรอยู่ในกรอบของความร่วมมือในระดับต่าง ๆ ไม่ว่าจะ เป็นทวิภาคีหรือพหุภาคี กลไกอื่น ๆ จึงมีความเกี่ยวข้องในการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายไม่มากนัก โดยเฉพาอย่างยิ่งสหประชาชาติที่มีความเกี่ยวข้องในกรณีนี้มากที่สุดหากเป็นกรณีที่เกิดละเมิดนั้นเป็นพันธกรณีของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด รวมไปถึงองค์การระหว่างประเทศระดับภูมิภาคที่มีความเกี่ยวข้อง กับผลประโยชน์ร่วมกันที่ถูกละเมิด หรืออาจเป็นเพียงรัฐผู้ใช้มาตรการตอบโต้เองที่มีความร่วมมือระดับทวิภาคีกับรัฐผู้เสียหายจากผลประโยชน์ที่มีอยู่ร่วมกัน

สหประชาชาติ หรือองค์การระหว่างประเทศระดับภูมิภาคจึงควรมีส่วนเข้าร่วมรับผิดชอบตรวจสอบการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายไม่ว่าจะเป็นการตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมายในแง่ของเงื่อนไขอันเป็นขั้นตอนการใช้มาตรการ หรือในแง่ของเงื่อนไขอันเป็นเนื้อหาของการใช้มาตรการตามที่กล่าวมาแล้ว รวมไปถึงการตรวจสอบสถานการณ์ ณ เวลานั้นว่าการกระทำผิดได้ยุติลงแล้วหรือไม่ซึ่งเป็นพันธกรณีที่ควรคำนึงถึงลำดับแรกของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหาย ถึงแม้ว่าจะมีกลไกอื่น ๆ ที่สามารถดำเนินการได้ตามกรอบต่าง ๆ แต่ทั้งนี้ การใช้มาตรการตอบโต้ก็มีความจำเป็นที่จะต้องมียุทธศาสตร์ใช้เคียงคู่กันไป เนื่องจากบางกรณี กลไกอื่น ๆ เช่น สหประชาชาติไม่อาจตอบสนองความต้องการของประชาคมระหว่างประเทศได้จากการถูกรวบงำโดยรัฐมหาอำนาจ

การที่ร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายไว้ เป็นการแสดงถึงการยอมรับความมีอยู่ของหลักการของมาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหาย ซึ่งมีจากแนวความคิดของนักกฎหมาย แนวคำพิพากษาของศาล และทางปฏิบัติของรัฐที่ผ่านมาเป็นเครื่องสนับสนุน เพียงแต่เงื่อนไขของการใช้ยังไม่ชัดเจน แต่ทั้งนี้จากกระบวนการร่างข้อบ่งชี้ที่ต้องอาศัยการรับฟังความเห็นของรัฐต่าง ๆ แสดงให้เห็นว่า มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายที่ปรากฏอยู่ในร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐ เป็นเพียงสิ่งที่ควรจะเป็นกฎหมาย (lex ferenda) และเป็นพัฒนาการทางกฎหมายให้ก้าวหน้า (progressive development) เท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในร่างข้อบ่งชี้เองยังมีข้อความในบทบัญญัติที่ขัดแย้งในตัวในรูปแบบของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายอยู่ โดยในร่างข้อบ่งชี้ระบุว่ามาตรการตอบโต้ที่ใช้ในกรณีนี้นั้นต้องเป็น “มาตรการที่ชอบด้วยกฎหมาย” (law measure) ซึ่งขัดแย้งกับลักษณะของมาตรการตอบโต้โดยทั่วไปที่เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ตามบทบัญญัติในร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐ แม้บางเรื่องยังไม่ได้ยอมรับให้เป็นกฎหมาย แต่สิ่งที่บัญญัติอยู่ในร่างก็ควรเป็นสิ่งที่รัฐทั้งหลายคำนึงถึงเพื่อเป็นหลัก

ในพิจารณาการกระทำต่าง ๆ โดยเฉพาะเรื่องของการใช้มาตรการตอบโต้ที่จะต้องอาศัยการพัฒนาทั้งจากการปรับปรุงร่างข้อบท ทางปฏิบัติของรัฐ และแนวคำพิพากษาของศาลที่จะทำให้เงื่อนไขต่าง ๆ ในการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายชัดเจนขึ้น เพื่อมิใช่มาตรการดังกล่าวเป็นการใช้โดยรัฐที่เป็นมหาอำนาจโดยใช้ประโยชน์จากช่องว่างของหลักเกณฑ์การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายในการกระทำเพื่อประโยชน์ทางการเมืองและเป็นการแสดงแสนยานุภาพความเป็นมหาอำนาจเพื่อผลประโยชน์ส่วนตัวโดยไม่คำนึงถึงบทบัญญัติและวัตถุประสงค์ของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหาย

จากการวิจัยในเรื่องดังกล่าวพบว่ามาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายยังเป็นมาตรการที่จำเป็นต้องปรากฏอยู่เพื่อให้ผลประโยชน์ทั่วไปซึ่งรัฐทั้งหลายยอมรับว่ามีอยู่ไม่ว่าจะเป็นผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มของรัฐและ/หรือผลประโยชน์ของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดได้รับการคำนึงถึงและได้รับการคุ้มครองยิ่งขึ้น ถึงแม้เงื่อนไขหลักเกณฑ์ของการใช้มาตรการดังกล่าวยังมีข้อบกพร่องและเป็นอันตรายต่อสังคมระหว่างประเทศ ดังนั้นการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการใช้มาตรการตอบโต้ หลักเกณฑ์ เงื่อนไขการควบคุมการใช้และผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการใช้มาตรการตอบโต้ซึ่งเป็นส่วนสำคัญให้ประชาคมระหว่างประเทศดำรงอยู่อย่างมั่นคง

4.2 ข้อเสนอแนะ

เมื่อได้พิจารณาถึงหลักเกณฑ์ของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีรัฐผู้เสียหายตามร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐแล้ว พบว่าโดยหลักการแล้วเป็นมาตรการที่มีประโยชน์จำเป็นจะต้องมีปรากฏอยู่ในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ เพื่อให้ผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มของรัฐและ/หรือผลประโยชน์ร่วมกันของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดได้รับความคุ้มครอง ในกรณีที่มีประโยชน์ดังกล่าวถูกละเมิด มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายจึงเป็นหลักประกันหนึ่งที่ไม่ให้ผลประโยชน์ที่มีอยู่ร่วมกันไม่ว่าจะเป็นรูปแบบกลุ่มของรัฐหรือประชาคมระหว่างประเทศถูกละเมิดอันเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ดังกล่าวมากขึ้น ถึงแม้จากทางปฏิบัติของรัฐ แนวคำพิพากษารวมถึงหลักเกณฑ์ที่ปรากฏอยู่ในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐยังมีความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับเงื่อนไข หลักเกณฑ์ของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหาย รวมถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นหากมีการใช้มาตรการดังกล่าวอย่างไม่ชอบเขตอันจะทำให้กระทบกระเทือนถึงระบบการอยู่ร่วมกันในสังคมระหว่างประเทศที่อาจนำมาซึ่งความขัดแย้งที่รุนแรงมากยิ่งขึ้น ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะเกี่ยวกับเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายที่ควรจะได้รับปฏิบัติและนำมาบังคับใช้ รวมถึงบัญญัติเพิ่มเติมให้อยู่ในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ดังนี้

(1) การพิจารณาว่ารัฐใดเป็นสมาชิกของกลุ่มจำเป็นต้องมีการพิสูจน์เป็นที่ประจักษ์ว่ารัฐที่ใช้มาตรการตอบโต้มีความสัมพันธ์ทางกฎหมายกับรัฐที่เสียหายโดยตรงและความเสียหายอันเป็นเหตุยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อใช้มาตรการตอบโต้จำเป็นต้องเป็นความเสียหายอันอยู่บนพื้นฐานของความสัมพันธ์ของรัฐทั้งสอง ส่วนในกรณีของผลประโยชน์อันเป็นของประชาคมระหว่างประเทศนั้นมวณนั้น รัฐที่จะใช้มาตรการตอบโต้ได้นั้นต้องเป็นรัฐที่ไม่ได้ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศในเรื่องเดียวกันที่เป็นเหตุที่ตนยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อใช้มาตรการตอบโต้

(2) เงื่อนไขและหลักเกณฑ์ของการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายต้องเป็นการใช้เพื่อยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นเท่านั้น หากมีการปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวแล้วมาตรการตอบโต้ที่ใช้ต้องยุติลงทันที โดยก่อนที่จะใช้มาตรการดังกล่าวต้องมีความพยายามในการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีรวมถึงแจ้งพันธกรณีที่รัฐผู้กระทำผิดต้องปฏิบัติเพื่อให้รัฐดังกล่าวปฏิบัติตามเพื่อให้มาตรการตอบโต้เป็นมาตรการสุดท้ายที่ใช้ในยามที่จำเป็นเท่านั้นจริง ๆ แต่ในบางกรณีหากเป็นการละเมิดพันธกรณีที่มีความร้ายแรงแล้วมาตรการตอบโต้เร่งด่วนโดยไม่จำเป็นที่จะต้องผ่านกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยสันติเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อยุติการกระทำผิดอย่างรวดเร็วเพื่อไม่ให้มีความเสียหายมากขึ้นไปกว่าที่เป็นอยู่ รวมถึงมาตรการตอบโต้ที่ใช้นั้นต้องไม่เป็นการละเมิดหลักการพื้นฐานที่มาตรการตอบโต้ต้องคำนึงคือหลักความได้สัดส่วน หลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หลักการห้ามละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมและสิทธิมนุษยชน และหลักการห้ามขัดกับหลักกฎหมายเด็ดชาด ทั้งนี้มาตรการดังกล่าวต้องยุติลงโดยทันทีหากมีการปฏิบัติตามพันธกรณีที่รัฐผู้กระทำผิดต้องปฏิบัติ

(3) การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายต้องเป็นการกระทำไปเพื่อผลประโยชน์ของรัฐที่เสียหายหรือผลประโยชน์ของผู้รับประโยชน์จากพันธกรณีที่ถูกละเมิดในกรณีที่ไม่มีรัฐผู้เสียหาย แม้จะกล่าวว่ามีรัฐผู้เสียหายแต่ในความเป็นจริงแล้วก็ถือว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นเช่นเดียวกันเนื่องจากความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นความเสียหายจากการละเมิดพันธกรณีที่มีความร้ายแรงที่ส่วนใหญ่เป็นหลักกฎหมายเด็ดชาดสำหรับกรณีประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด หรือเป็นพันธกรณีที่มีความสำคัญจากการรวมกันอยู่เป็นกลุ่มของรัฐ ทำให้รัฐอื่น ๆ ที่เป็นสมาชิกของประชาคมระหว่างประเทศหรือกลุ่มของรัฐตามแต่กรณี เป็นรัฐที่มีความเสียหายโดยอ้อมและเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากตัวของพันธกรณีที่ถูกละเมิดนั้น ซึ่งในบางเรื่องเกี่ยวกับการมีผลประโยชน์ร่วมกันกรณีดังกล่าวผู้ที่ได้รับผลประโยชน์ที่แท้จริงจากพันธกรณีนั้นอาจเป็นปัจเจกชน เช่น พันธกรณีเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน แต่ปัจเจกชนไม่ได้รับการรับรองในทางกฎหมายที่จะใช้มาตรการตอบโต้ได้ รัฐซึ่งเป็นผู้ทรง

สิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศจึงต้องเป็นผู้ใช้มาตรการตอบโต้แทน และเพื่อให้มีความชัดเจนของรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายที่จะให้รัฐต่าง ๆ นั้นอ้างสิทธิในการใช้มาตรการตอบโต้ ตัวของผู้เสียหายหรือผู้ได้รับผลประโยชน์จากพันธกรณีที่ถูกละเมิดควรมีกระบวนการบางอย่างที่แสดงออกถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิดพันธกรณี เช่น มีการเรียกร้องในเวทีระหว่างประเทศต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นสหประชาชาติ หรือองค์การระหว่างประเทศระดับภูมิภาค เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาถึงการละเมิดพันธกรณีว่าเข้าข่ายเป็นผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มของรัฐหรือของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดหรือไม่

(4) กระบวนการทางกฎหมายอื่น ๆ ที่เป็นความร่วมมือระดับทวิภาคีหรือพหุภาคีควรเข้ามามีบทบาทเพื่อตรวจสอบ ถ่วงดุล และควบคุมไม่ให้มีการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายอย่างอำนาจอธิปไตย โดยเฉพาะอย่างยิ่งสหประชาชาติ และองค์การระหว่างประเทศระดับภูมิภาค ควรเข้ามามีบทบาท โดยเมื่อมีการใช้มาตรการตอบโต้แล้ว ควรมีกระบวนการตรวจสอบภายหลังโดยตรวจสอบว่ามาตรการตอบโต้ที่ได้ไปนั้นมีความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งตรวจสอบในประเด็นของความได้สัดส่วนระหว่างมาตรการที่ใช้กับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำ รวมถึงมีผู้ประเมินในเรื่องของการชดใช้ความเสียหายว่าจำเป็นจะต้องชดใช้ความเสียหายด้วยวิธีการใด และมีผู้ตรวจสอบว่าการกระทำผิดดังกล่าวยุติลงแล้วหรือไม่ เพื่อที่จะประเมินว่าการใช้มาตรการตอบโต้ควรยุติลงแล้วหรือไม่

ผู้เขียนขอให้เหตุผลถึงการให้องค์การระหว่างประเทศเข้ามามีบทบาทในขั้นตอนต่าง ๆ ข้างต้น เนื่องจากองค์การระหว่างประเทศเกิดขึ้นมาจากความร่วมมือของรัฐหลายรัฐ กระบวนการก่อนที่องค์การเหล่านั้นจะดำเนินการใด ๆ ย่อมผ่านการพิจารณาและได้รับการยอมรับจากเสียงส่วนใหญ่ อันเป็นหลักประกันในความเป็นกลางในการพิจารณามากกว่ามาตรการตอบโต้ที่กระทำโดยรัฐฝ่ายเดียว แต่ไม่ได้หมายความว่าต้องรอให้องค์การเหล่านั้นส่งการให้รัฐต่าง ๆ ดำเนินการใช้มาตรการตอบโต้ เพียงแต่นำข้อมติหรือการแสดงออกขององค์การเหล่านั้นที่มีต่อการกระทำผิดมาประกอบการพิจารณาในการใช้มาตรการตอบโต้ อีกประการหนึ่งที่สำคัญคือการที่รัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายใช้มาตรการตอบโต้เป็นการใช้เพื่อผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มของรัฐหรือประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดแล้วแต่กรณี แสดงถึงความมีผลประโยชน์ร่วมกันในพันธกรณีดังกล่าวรวมถึงสภาพของการเป็นสมาชิกในกลุ่มของรัฐหรือประชาคมระหว่างประเทศ ทำให้การใช้มาตรการตอบโต้จึงต้องดูถึงทิศทางการตอบสนองเกี่ยวกับการกระทำผิดในฐานะที่ตนเองเป็นสมาชิกของกลุ่มหรือประชาคมระหว่างประเทศดังกล่าว

(5) การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้เสียหายต้องเป็นการใช้อย่างจำกัด และเป็นการใช้ในกรณีสุดท้ายจริง ๆ เพราะอาจนำไปสู่ความขัดแย้งในสังคมระหว่างประเทศ เนื่องจากเป็นการกระทำของรัฐที่เป็นการกระทำฝ่ายเดียวซึ่งอาจเป็นการพิจารณาทำไปเพื่อผลประโยชน์บางอย่างทางการเมืองหรือเป็นการกระทำไปเพื่อลงโทษอันเป็นการผิดไปจากวัตถุประสงค์ของการใช้มาตรการตอบโต้ โดยเฉพาะจากรัฐมหาอำนาจที่จะใช้เพื่อผลประโยชน์ของตัวเองบางประการในเวทีระหว่างประเทศ อีกทั้งยังมีกระบวนการอื่น ๆ ที่เป็นทางเลือกที่ดีกว่าการใช้มาตรการตอบโต้ เช่น มาตรการตามกระบวนการของสหประชาชาติ แต่ทั้งสองมาตรการนี้สามารถใช้เคียงคู่กันเพื่อให้รัฐต่างๆ ในสังคมระหว่างประเทศได้รับการอำนวยความสะดวกสูงสุด



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

จตุรนต์ ธิระวัฒน์. กฎหมายระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.

จตุรนต์ ธิระวัฒน์. กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ, 2550.

จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ. เล่ม 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.

จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ. เล่ม 3, พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545.

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. ปัญหาองค์ประกอบเพื่อความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2538.

ประสิทธิ์ เอกบุตร. กฎหมายระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544.

พรรณสิทธิ์ จอมศรี. มาตรการตอบโต้ของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ : วิเคราะห์บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2551.

สมยศ เชื้อไทย. หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2536.

อาคม ชินตวัณน์. การบังคับทางเศรษฐกิจในกรอบของสหประชาชาติ : ศึกษากรณีสงครามอิรัก-คูเวต.
 วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์
 มหาวิทยาลัย. 2550.

ภาษาอังกฤษ

Abi-Saab, G. The concept of International Crimes and its place in contemporary international law. In International Crime of State, Cassese A., and Spinedi, M.(eds), Florence.

Ago, R. Third report on state responsibility: Document A/CN.4/246 Add.1-3, Yearbook of International law commission, 1971.

Ago, R. Eighth report on state responsibility: Document A/CN.4/318 and add. 1-4, Yearbook of International law commission, 1979.

Akehurst, M. Reprisals by third states. Bristh Yerak Book of International Law 44(1970): 15.

Alland, D. Countermeasures of General Interest. European Journal of International Law 13 (2002): 1221-1239.

Arangio-Ruiz, G. Third report on state responsibility: Document A/CN.4/440, Yearbook of International law commission, 1991.

Bederman, D. J. Counterintuiting Countermeasures. American Journal of International Law Reviews 96 (2002): 817-832.

Boisson de Chazounes, L., and Condorelli, L. Common Article 1 of Geneva Convention Revisited : Protecting Collective Interests. Internatinal Review of Red Cross 837 (2000): 67-87.

Carneiro, C., and Elden, D. Economic Sanctions, Leadership Survival, and Human Rights. University of Pennsylvania Journal of International Law 30 (2009): 8.

Chuang, J. The United States As Global Sheriff : Using Unilateral Sanction to Combat Human Trafficking. Michigan Journal of International Law 27,437 (2006): 94.

Cassese, A. Remarks on the present legal regulation of crime of states, Le droit international a l'heure de sa codification, Etudes en l'honneur de R.Ago , 3, (1987), 49-64

Crawford, J. The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

Crawford, J. The Relationship between Sanctions and Countermeasures [online]. Available from : [http://www.lcil.cam.ac.uk/Media/ILCSR/sanccms99\(f\).doc](http://www.lcil.cam.ac.uk/Media/ILCSR/sanccms99(f).doc) [2008, June 15]

Crawford, J. Third report on state responsibility: Document A/CN.4/507, Yearbook of International law commission, 2000.

Cummins, S. J. Digest of United States Practice in International Law. U.S. Department of State, 1978.

Damchin, P. U.S, Unilateralism and the International Protection of Religious Freedom : the Multilateral Alternative. Columbia Journal of Transnational Law 33 (2000): 114.

Damrosch, L. F. Enforcing International Law Through Non-forcible Measures. Recueil des Cours vol.269. Martinus Nijhoff Publishers, 1997.

Dupuy, P. M. International Control and State Responsibility. *in* Völkerrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Realität. Festschrift für Karl Zemanek zum 65. Geburtstag (eds), 1994.

Elagab, O. Y. The Legality of Non-forcible Counter-measures in International Law. Oxford: Clarendon Press, 1988.

Kaplan, M. Using Collective Interests to Ensure Human Rights : An Analysis of The Articles on State Responsibility. New York University Law Review 79 (November 2004): 1902-1933.

Keesing's Contemporary Archives, 1969.

Malanczuk, P. Countermeasures and Self-Defence as Circumstances Precluding Wrongfulness in The International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility. In M. Spinedi; and B. Simma(eds.), United Nations Codification of State Responsibility, pp.197-286. New York: Oceana Publications, 1987.

Malanczuk, P. Akehurst's Modern Introduction to International Law. London: Routledge, 1997.

Nissel, A. The ILC Articles on State Responsibility : Between Self-help and Solidarity. New York University Law Review 38 (2005-2006): 355-371.

Noortmann, M. Enforcing International Law: From Self-help to Self-contained Regimes. Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2005.

Peel, J. New State Responsibility Rules and Compliance with Multilateral Environmental Obligations : Some Case Studies of How the New Rules Might Apply in the International Environmental Context. Review of European Community and International Environmental Law 10(2001): 94.

Shelton, D. Right Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility. American Journal of International Law 96 (2002): 833-856.

Simma, B. The Charter of the United Nations A Commentary. Oxford: Oxford Press, 2002.

Weiss, E. B. Invoking State Responsibility in the Twenty-first Century. American Journal of International Law Reviews 96 (2002): 798-816.

Whiteman, M. Digest of International Law. Washinton DC, 1971.

Wyller, E. From 'State Crime' to Responsibility for 'Serious Breach of Obligations under Peremptory Norms of General International Law'. European Journal of International Law 13 (2002): 1147-1160.

Zoller, E. Peacetime Unilateral Remedies: An Analysis of Countermeasures. New York: Transnational Publishers, 1984.

Cases

Air Service Agreement of 27 March 1946 (United States v. France), Reports of International Arbitral Awards, 1979.

Armed activities on the Territory of the Congo (Congo v. Rwanda), Judgment (New Application), 2002.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), I.C.J. Report, 1970.

Construction of a wall in the occupied Palestinian territory (Israel v. Palestine), Advisory Opinion, I.C.J. Report, 2004.

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), I.C.J. report, 1996.

Corfu Channel (Advisory Opinion), I.C.J. Report, 1948.

Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia). Preliminary Objections, I.C.J. Reports, 1992.

East Timor (Portugal v. Australia), I.C.J. Reports, 1995.

Factory at Chorzow. Merits, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17.

Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), I.C.J. Reports, 1997.

LaGrand (Germany v. United State), I.C.J. Reports, 2001.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion), I.C.J. Reports, 1996.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Jurisdiction and Admissibility, I.C.J. Reports, 1984.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merit, I.C.J. Reports, 1986.

Naulilaa Case (Responsibility of Germany for Damage Caused in the Portuguese Colonies in the South of Africa), U.N.R.I.A.A., vol.II (1928), p.1013.

Nuclear Tests (Australai/New Zealand v. France), I.C.J. Reports, 1974.

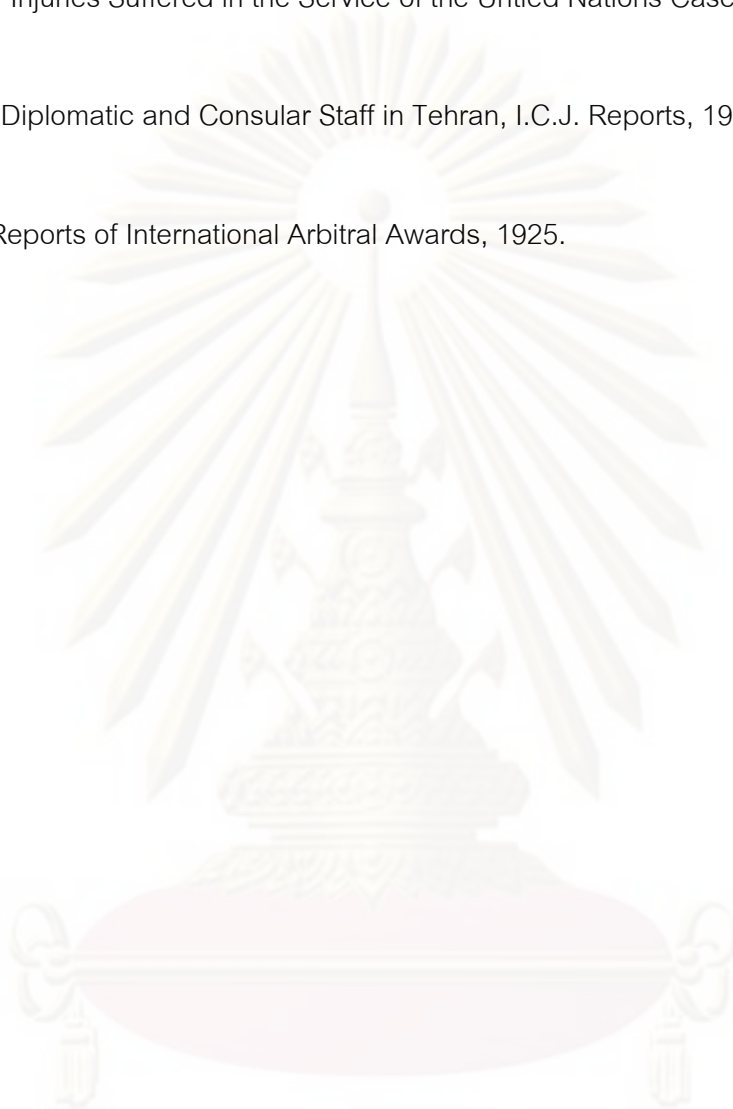
Rainbow Warrior (New Zealand/France), Reports of International Arbitral Awards, 1990.

Railway Traffic between Lithuania and Poland , 1931, P.C.I.J., Series AB, No. 42.

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations Case, ICJ Report, 1949.

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, I.C.J. Reports, 1980.

The “Zafiro”, Reports of International Arbitral Awards, 1925.



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001

PART ONE

THE INTERNATIONALLY WRONGFUL ACT OF A STATE

CHAPTER I

GENERAL PRINCIPLES

Article 1

Responsibility of a State for its internationally wrongful acts

Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State.

Article 2

Elements of an internationally wrongful act of a State

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

- (a) Is attributable to the State under international law; and
- (b) Constitutes a breach of an international obligation of the State.

Article 3

Characterization of an act of a State as internationally wrongful

The characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law.

CHAPTER II

ATTRIBUTION OF CONDUCT TO A STATE

Article 4

Conduct of organs of a State

1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other

functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State.

2. An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State.

Article 5

Conduct of persons or entities exercising elements of governmental authority

The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance.

Article 6

Conduct of organs placed at the disposal of a State by another State

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

Article 7

Excess of authority or contravention of instructions

The conduct of an organ of a State or of a person or entity empowered to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law if the organ, person or entity acts in that capacity, even if it exceeds its authority or contravenes instructions.

Article 8

Conduct directed or controlled by a State

The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.

Article 9

Conduct carried out in the absence or default of the official authorities

The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact exercising elements of the governmental authority in the absence or default of the official authorities and in circumstances such as to call for the exercise of those elements of authority.

Article 10

Conduct of an insurrectional or other movement

1. The conduct of an insurrectional movement which becomes the new Government of a State shall be considered an act of that State under international law.

2. The conduct of a movement, insurrectional or other, which succeeds in establishing a new State in part of the territory of a pre-existing State or in a territory under its administration shall be considered an act of the new State under international law.

3. This article is without prejudice to the attribution to a State of any conduct, however related to that of the movement concerned, which is to be considered an act of that State by virtue of articles 4 to 9.

Article 11

Conduct acknowledged and adopted by a State as its own

Conduct which is not attributable to a State under the preceding articles shall nevertheless be considered an act of that State under international law if and to the extent that the State acknowledges and adopts the conduct in question as its own.

CHAPTER III

BREACH OF AN INTERNATIONAL OBLIGATION

Article 12

Existence of a breach of an international obligation

There is a breach of an international obligation by a State when an act of that State is not in conformity with what is required of it by that obligation, regardless of its origin or character.

Article 13

International obligation in force for a State

An act of a State does not constitute a breach of an international obligation unless the State is bound by the obligation in question at the time the act occurs.

Article 14

Extension in time of the breach of an international obligation

1. The breach of an international obligation by an act of a State not having a continuing character occurs at the moment when the act is performed, even if its effects continue.

2. The breach of an international obligation by an act of a State having a continuing character extends over the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation.

3. The breach of an international obligation requiring a State to prevent a given event occurs when the event occurs and extends over the entire period during which the event continues and remains not in conformity with that obligation.

Article 15

Breach consisting of a composite act

1. The breach of an international obligation by a State through a series of actions or omissions defined in aggregate as wrongful occurs when the action or omission occurs which, taken with the other actions or omissions, is sufficient to constitute the wrongful act.

2. In such a case, the breach extends over the entire period starting with the first of the actions or omissions of the series and lasts for as long as these actions or omissions are repeated and remain not in conformity with the international obligation.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHAPTER IV

RESPONSIBILITY OF A STATE IN CONNECTION WITH THE ACT OF ANOTHER STATE

Article 16

Aid or assistance in the commission of an internationally wrongful act

A State which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if:

- (a) That State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and
- (b) The act would be internationally wrongful if committed by that State.

Article 17

Direction and control exercised over the commission of an internationally wrongful act

A State which directs and controls another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for that act if:

- (a) That State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and
- (b) The act would be internationally wrongful if committed by that State.

Article 18

Coercion of another State

A State which coerces another State to commit an act is internationally responsible for that act if:

- (a) The act would, but for the coercion, be an internationally wrongful act of the coerced State; and
- (b) The coercing State does so with knowledge of the circumstances of the act.

Article 19

Effect of this chapter

This chapter is without prejudice to the international responsibility, under other provisions of these articles, of the State which commits the act in question, or of any other State.

CHAPTER V
CIRCUMSTANCES PRECLUDING WRONGFULNESS

Article 20

Consent

Valid consent by a State to the commission of a given act by another State precludes the wrongfulness of that act in relation to the former State to the extent that the act remains within the limits of that consent.

Article 21

Self-defence

The wrongfulness of an act of a State is precluded if the act constitutes a lawful measure of self-defence taken in conformity with the Charter of the United Nations.

Article 22

Countermeasures in respect of an internationally wrongful act

The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation towards another State is precluded if and to the extent that the act constitutes a countermeasure taken against the latter State in accordance with chapter II of part three.

Article 23

Force majeure

1. The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation of that State is precluded if the act is due to force majeure, that is the occurrence of an irresistible force or of an unforeseen event, beyond the control of the State, making it materially impossible in the circumstances to perform the obligation.

2. Paragraph 1 does not apply if:

- (a) The situation of force majeure is due, either alone or in combination with other factors, to the conduct of the State invoking it; or
- (b) The State has assumed the risk of that situation occurring.

Article 24

Distress

1. The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation of that State is precluded if the author of the act in question has no other reasonable way, in a situation of distress, of saving the author's life or the lives of other persons entrusted to the author's care.

2. Paragraph 1 does not apply if:

- (a) The situation of distress is due, either alone or in combination with other factors, to the conduct of the State invoking it; or
- (b) The act in question is likely to create a comparable or greater peril.

Article 25

Necessity

1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:

- (a) Is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and
- (b) Does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.

2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:

- (a) The international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or
- (b) The State has contributed to the situation of necessity.

Article 26

Compliance with peremptory norms

Nothing in this chapter precludes the wrongfulness of any act of a State which is not in conformity with an obligation arising under a peremptory norm of general international law.

Article 27

Consequences of invoking a circumstance precluding wrongfulness

The invocation of a circumstance precluding wrongfulness in accordance with this chapter is without prejudice to:

- (a) Compliance with the obligation in question, if and to the extent that the circumstance precluding wrongfulness no longer exists;
- (b) The question of compensation for any material loss caused by the act in question.

PART TWO

CONTENT OF THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF A STATE

CHAPTER I

GENERAL PRINCIPLES

Article 28

Legal consequences of an internationally wrongful act

The international responsibility of a State which is entailed by an internationally wrongful act in accordance with the provisions of part one involves legal consequences as set out in this part.

Article 29

Continued duty of performance

The legal consequences of an internationally wrongful act under this part do not affect the continued duty of the responsible State to perform the obligation breached.

Article 30

Cessation and non-repetition

The State responsible for the internationally wrongful act is under an obligation:

- (a) To cease that act, if it is continuing;
- (b) To offer appropriate assurances and guarantees of non-repetition, if circumstances so require.

Article 31

Reparation

1. The responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act.

2. Injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a State.

Article 32

Irrelevance of internal law

The responsible State may not rely on the provisions of its internal law as justification for failure to comply with its obligations under this part.

Article 33

Scope of international obligations set out in this part

1. The obligations of the responsible State set out in this part may be owed to another State, to several States, or to the international community as a whole, depending in particular on the character and content of the international obligation and on the circumstances of the breach.

2. This part is without prejudice to any right, arising from the international responsibility of a State, which may accrue directly to any person or entity other than a State.

CHAPTER II

REPARATION FOR INJURY

Article 34

Forms of reparation

Full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act shall take the form of restitution, compensation and satisfaction, either singly or in combination, in accordance with the provisions of this chapter.

Article 35

Restitution

A State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to make restitution, that is, to re-establish the situation which existed before the wrongful act was committed, provided and to the extent that restitution:

- (a) Is not materially impossible;
- (b) Does not involve a burden out of all proportion to the benefit deriving from restitution instead of compensation.

Article 36

Compensation

1. The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to compensate for the damage caused thereby, insofar as such damage is not made good by restitution.

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

Article 37

Satisfaction

1. The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to give satisfaction for the injury caused by that act insofar as it cannot be made good by restitution or compensation.

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

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

Article 38

Interest

1. Interest on any principal sum due under this chapter shall be payable when necessary in order to ensure full reparation. The interest rate and mode of calculation shall be set so as to achieve that result.

2. Interest runs from the date when the principal sum should have been paid until the date the obligation to pay is fulfilled.

Article 39

Contribution to the injury

In the determination of reparation, account shall be taken of the contribution to the injury by wilful or negligent action or omission of the injured State or any person or entity in relation to whom reparation is sought.

CHAPTER III

SERIOUS BREACHES OF OBLIGATIONS UNDER PEREMPTORY NORMS OF GENERAL INTERNATIONAL LAW

Article 40

Application of this chapter

1. This chapter applies to the international responsibility which is entailed by a serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law.

2. A breach of such an obligation is serious if it involves a gross or systematic failure by the responsible State to fulfil the obligation.

Article 41

Particular consequences of a serious breach of an obligation under this chapter

1. States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach within the meaning of article 40.

2. No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation.

3. This article is without prejudice to the other consequences referred to in this part and to such further consequences that a breach to which this chapter applies may entail under international law.

PART THREE

THE IMPLEMENTATION OF THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF A STATE

CHAPTER I

INVOCATION OF THE RESPONSIBILITY OF A STATE

Article 42

Invocation of responsibility by an injured State

A State is entitled as an injured State to invoke the responsibility of another State if the obligation breached is owed to:

- (a) That State individually; or
- (b) A group of States including that State, or the international community as a whole, and the breach of the obligation:
 - (i) Specially affects that State; or
 - (ii) Is of such a character as radically to change the position of all the other States to which the obligation is owed with respect to the further performance of the obligation.

Article 43

Notice of claim by an injured State

1. An injured State which invokes the responsibility of another State shall give notice of its claim to that State.

2. The injured State may specify in particular:

- (a) The conduct that the responsible State should take in order to cease the wrongful act, if it is continuing;
- (b) What form reparation should take in accordance with the provisions of part two.

Article 44

Admissibility of claims

The responsibility of a State may not be invoked if:

- (a) The claim is not brought in accordance with any applicable rule relating to the nationality of claims;
- (b) The claim is one to which the rule of exhaustion of local remedies applies and any available and effective local remedy has not been exhausted.

Article 45

Loss of the right to invoke responsibility

The responsibility of a State may not be invoked if:

- (a) The injured State has validly waived the claim;
- (b) The injured State is to be considered as having, by reason of its conduct, validly acquiesced in the lapse of the claim.

Article 46

Plurality of injured States

Where several States are injured by the same internationally wrongful act, each injured State may separately invoke the responsibility of the State which has committed the internationally wrongful act.

Article 47

Plurality of responsible States

1. Where several States are responsible for the same internationally wrongful act, the responsibility of each State may be invoked in relation to that act.

2. Paragraph 1:

- (a) Does not permit any injured State to recover, by way of compensation, more than the damage it has suffered;
- (b) Is without prejudice to any right of recourse against the other responsible States.

Article 48

Invocation of responsibility by a State other than an injured State

1. Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if:

- (a) The obligation breached is owed to a group of States including that State, and is established for the protection of a collective interest of the group; or
- (b) The obligation breached is owed to the international community as a whole.

2. Any State entitled to invoke responsibility under paragraph 1 may claim from the responsible State:

- (a) Cessation of the internationally wrongful act, and assurances and guarantees of non-repetition in accordance with article 30; and
- (b) Performance of the obligation of reparation in accordance with the preceding articles, in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached.

3. The requirements for the invocation of responsibility by an injured State under articles 43, 44 and 45 apply to an invocation of responsibility by a State entitled to do so under paragraph 1.

CHAPTER II

COUNTERMEASURES

Article 49

Object and limits of countermeasures

1. An injured State may only take countermeasures against a State which is responsible for an internationally wrongful act in order to induce that State to comply with its obligations under part two.

2. Countermeasures are limited to the non-performance for the time being of international obligations of the State taking the measures towards the responsible State.

3. Countermeasures shall, as far as possible, be taken in such a way as to permit the resumption of performance of the obligations in question.

Article 50

Obligations not affected by countermeasures

1. Countermeasures shall not affect:

- (a) The obligation to refrain from the threat or use of force as embodied in the Charter of the United Nations;
- (b) Obligations for the protection of fundamental human rights;
- (c) Obligations of a humanitarian character prohibiting reprisals;
- (d) Other obligations under peremptory norms of general international law.

2. A State taking countermeasures is not relieved from fulfilling its obligations:

- (a) Under any dispute settlement procedure applicable between it and the responsible State;
- (b) To respect the inviolability of diplomatic or consular agents, premises, archives and documents.

Article 51

Proportionality

Countermeasures must be commensurate with the injury suffered, taking into account the gravity of the internationally wrongful act and the rights in question.

Article 52

Conditions relating to resort to countermeasures

1. Before taking countermeasures, an injured State shall:

- (a) Call upon the responsible State, in accordance with article 43, to fulfil its obligations under part two;
- (b) Notify the responsible State of any decision to take countermeasures and offer to negotiate with that State.

2. Notwithstanding paragraph 1 (b), the injured State may take such urgent countermeasures as are necessary to preserve its rights.

3. Countermeasures may not be taken, and if already taken must be suspended without undue delay if:

- (a) The internationally wrongful act has ceased; and

(b) The dispute is pending before a court or tribunal which has the authority to make decisions binding on the parties.

4. Paragraph 3 does not apply if the responsible State fails to implement the dispute settlement procedures in good faith.

Article 53

Termination of countermeasures

Countermeasures shall be terminated as soon as the responsible State has complied with its obligations under part two in relation to the internationally wrongful act.

Article 54

Measures taken by States other than an injured State

This chapter does not prejudice the right of any State, entitled under article 48, paragraph 1, to invoke the responsibility of another State, to take lawful measures against that State to ensure cessation of the breach and reparation in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached.

PART FOUR

GENERAL PROVISIONS

Article 55

Lex specialis

These articles do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of a State are governed by special rules of international law.

Article 56

Questions of State responsibility not regulated by these articles

The applicable rules of international law continue to govern questions concerning the responsibility of a State for an internationally wrongful act to the extent that they are not regulated by these articles.

Article 57

Responsibility of an international organization

These articles are without prejudice to any question of the responsibility under international law of an international organization, or of any State for the conduct of an international organization.

Article 58

Individual responsibility

These articles are without prejudice to any question of the individual responsibility under international law of any person acting on behalf of a State.

Article 59

Charter of the United Nations

These articles are without prejudice to the Charter of the United Nations.

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายกฤษณศักดิ์ ศรีเบญจโชติ เกิดวันที่ 29 เมษายน พ.ศ.2524 ณ กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาระดับมัธยมศึกษาตอนปลายที่โรงเรียนบดินทรเดชา(สิงห์ สิงหเสนี) ปีการศึกษา 2541 ระดับปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 2) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2545 เข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปีการศึกษา 2548 และเป็นเนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 60 ปัจจุบันรับราชการในตำแหน่งเจ้าหน้าที่คดีพิเศษ สำนักคดีเทคโนโลยีและสารสนเทศ กรมสอบสวนคดีพิเศษ



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย