

ภาคที่ 1

พัฒนาการของมาตรการตอบโต้ของรัฐและร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ
อันเกิดจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ

ในภาคที่ 1 กล่าวถึง พัฒนาการของมาตรการตอบโต้ทั้งการใช้มาตรการตอบโต้ก่อน ยุคกฎบัตรสหประชาชาติ และในยุคกฎบัตรสหประชาชาติ รวมทั้งทางปฏิบัติของรัฐ และมาตรการตอบโต้ของรัฐตามร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐอันเกิดจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ ทั้งในเรื่องความเป็นมาและสถานะของร่างข้อบท ความหมายของมาตรการตอบโต้ และลักษณะพิเศษของมาตรการตอบโต้ภายใต้ร่างข้อบทดังกล่าว

บทที่ 1

พัฒนาการของมาตรการตอบโต้ของรัฐ

ในบทนี้แบ่งออกเป็น 2 ส่วนใหญ่ๆ คือ การใช้มาตรการตอบโต้ก่อนยุคกฎบัตรสหประชาชาติ และการใช้มาตรการตอบโต้ในยุคกฎบัตรสหประชาชาติ เพื่อชี้ให้เห็นถึงพัฒนาการและทางปฏิบัติของรัฐ ในการใช้มาตรการตอบโต้ในกฎหมายระหว่างประเทศ ในยุคเริ่มต้นจนถึงปัจจุบัน ซึ่งมีความเปลี่ยนแปลงของแนวคิดเกี่ยวกับการใช้กำลังทางทหารที่จำกัดขอบเขตมากขึ้น

1. การใช้มาตรการตอบโต้ก่อนยุคกฎบัตรสหประชาชาติ

ในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้มาตรการตอบโต้ก่อนยุคกฎบัตรสหประชาชาตินี้ จะกล่าวถึงหลักการที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการตอบโต้ก่อนยุคกฎบัตรสหประชาชาติ อันได้แก่ เรื่องสิทธิดั้งเดิมของรัฐ สงครามที่เป็นธรรม (just war) และกติกาสันนิบาตชาติ และกติกาคีลโลค-ไบรอัน (Kellog – Briand Pact) รวมทั้งทางปฏิบัติของรัฐก่อนยุคกฎบัตรสหประชาชาติ

1.1 หลักการที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการตอบโต้

หลักการที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการตอบโต้ในช่วงก่อนกฎบัตรสหประชาชาตินี้ ยังเป็นหลักการที่รัฐสงวนอำนาจการทำสงคราม หรือการใช้กำลังไว้โดยถือว่าเป็นสิทธิที่รัฐสามารถกระทำได้ อันมีที่มาจากแนวคิดเรื่องรัฐอธิปไตย แต่ต่อมารัฐมีความพยายามที่จะจำกัดการใช้กำลังมากขึ้น โดยนำเอาแนวคิดเรื่องสงครามที่เป็นธรรมมาเป็นเครื่องตัดสิน โดยคำนึงถึงสาเหตุของสงคราม แต่กระนั้นก็ยังคงมีการทำสงครามกันอยู่ จนกระทั่งมีกติกาสันนิบาตชาติ และกติกาคีลโลค – ไบรอัน อันเป็นจุดเริ่มต้นของการห้ามใช้กำลังในเวลาต่อมา

1.1.1 สิทธิดั้งเดิมของรัฐ

เริ่มต้นจากแนวคิดที่ว่าด้วย “รัฐอธิปไตย” คือ รัฐมีอิสระในการกำหนดตนเอง มีเสรีภาพที่จะใช้กำลังในกรณีใด เมื่อใด ลักษณะใดโดยไม่มีข้อห้าม โดยไม่มีกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้กำลังของรัฐ เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐที่อยู่ในลักษณะกฎป่า (law of jungle) ซึ่งสิทธิในการทำสงครามถือเป็นสิทธิสำคัญของอำนาจอธิปไตยของรัฐ และเนื่องด้วยความโหดร้ายทารุณของมนุษย์ในการทำสงคราม ประกอบกับมโนธรรมจากอิทธิพลของศาสนา ทำให้เกิดข้อจำกัดบางประการในการทำสงครามขึ้น เพื่อบรรเทาความโหดร้ายทารุณที่ไม่จำเป็น แต่เป็นเพียงหลักที่ให้เกิดการถ้อยที่ถ้อยอาศัยในบางเรื่องเท่านั้น สิทธิของรัฐในการทำสงคราม หรือใช้กำลังยังมีอยู่เต็ม¹

การที่เป็นรัฐอธิปไตยนั้นทำให้รัฐมีสิทธิหน้าที่ที่สามารถกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดโดยสิทธิเหล่านี้เป็นสิทธิที่ติดตัวรัฐ ไม่จำต้องอาศัยสนธิสัญญาระหว่างประเทศกำหนดขึ้น โดยขึ้นอยู่กับความมีสิทธิของรัฐภายใต้ข้อเท็จจริงของรัฐที่เป็นนิติบุคคลระหว่างประเทศ สิทธิของรัฐไม่ได้มีโดยเด็ดขาด (Absolute) ต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดสำคัญสองประการ² กล่าวคือ ประการแรก การใช้สิทธิเหล่านี้จะต้องเป็นไปตามข้อกำหนดของกฎหมาย ต้องปรากฏว่ามีเหตุการณ์ตามกฎหมายอันทำให้ต้องใช้สิทธิเช่นนี้ และประการที่สอง การใช้สิทธิขั้นมูลฐานจะต้องคำนึงถึงหน้าที่ต่อสิทธินั้นด้วย อันได้แก่

1) สิทธิในการดำรงชาติ (The Right of Independence) รัฐมีสิทธิในการรักษาให้ชาติดำรงอยู่ต่อไป รัฐอื่นไม่มีสิทธิในการเข้าขัดขวางการคงอยู่ของชาติ หากมีรัฐใดเข้าขัดขวางหรือแทรกแซงก็ย่อมเป็นสิทธิโดยชอบของรัฐในอันที่จะปกป้องตนเองจากการคุกคามดังกล่าว เพื่อให้ดำรงรักษาความเป็นชาติไว้

2) สิทธิเอกราช (The Right of Independence) สิทธิในเอกราชของรัฐ คือ เสรีภาพในการกำหนดเจตนา และใช้สิทธิภายในขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศโดยปราศจากควบคุมจากภายนอก อาจจำแนกได้เป็น 2 ลักษณะ กล่าวคือ การใช้สิทธิในเอกราชต่อภายใน คือ ความเป็นอิสระโดยเด็ดขาดในการเมืองภายใน รัฐนั้นก็อาจเลือกใช้รูปแบบการปกครองตาม

¹ อรุณ ภาณุพงศ์, “กฎหมายระหว่างประเทศกับปัญหาการใช้กำลัง,” ใน หนังสือรวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปีศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม, จัดพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (2535): 408-409.

² อุกฤษณ์ มงคลนาวิน, คำบรรยายกฎหมายระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), (อัดสำเนา), น.72.

ความต้องการกำหนดนโยบายที่ตนเองคิดว่าเหมาะสม รวมทั้งบัญญัติกฎหมายที่สอดคล้องกับอุดมการณ์ของรัฐและความเป็นอิสระในภายนอก เป็นเสรีภาพโดยสมบูรณ์ในความสัมพันธ์กับรัฐอื่นๆ โดยรัฐนั้นก็จะสถาปนาความสัมพันธ์ทางการทูตกับรัฐใดๆ รวมทั้งยินยอมในการเข้าร่วมในสนธิสัญญาระหว่างประเทศของรัฐนั้น

3) สิทธิเสมอภาค (The Right of Equality) หมายความว่ารัฐทั้งหลายได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายระหว่างประเทศทั้งสิ้น ความเสมอภาคในที่นี้คือความเสมอภาคในทางกฎหมาย มิใช่ความเสมอภาคในทางการเมือง แม้ว่ารัฐใดรัฐหนึ่งมีกำลัง (Power) ทางการเมืองด้อยไปกว่ารัฐอื่นก็ตาม แต่ก็มีฐานะทางกฎหมายระหว่างประเทศที่เท่าเทียมกัน ฉะนั้นโดยสิทธิเสมอภาค รัฐทั้งหลายไม่ว่าใหญ่หรือเล็ก ย่อมมีความเสมอภาคในอำนาจความเป็นตัวแทนและสิทธิลงคะแนนเสียง เมื่อเข้าร่วมในการประชุมระหว่างประเทศ หรือเข้าร่วมองค์ระหว่างประเทศ และรัฐหนึ่งย่อมมีเอกสิทธิ์ในอำนาจเหนืออาณาเขต (Exception of Jurisdiction) ในศาลยุติธรรมของอีกรัฐหนึ่ง กล่าวคือ ถ้าหากไม่ได้รับความยินยอมจากรัฐแรก อีกรัฐหนึ่งอาจประทับฟ้องในคดีซึ่งรัฐแรกเป็นจำเลยได้ไม่ นอกจากนั้นรัฐทั้งหลาย รัฐจะต้องรับรองซึ่งกันและกันในผลแห่งการกระทำภายในขอบเขตอำนาจ รวมทั้งสิทธิในศักดิ์ศรีของแต่ละรัฐด้วย

4) สิทธิอำนาจเหนืออาณาเขต (The Right of Jurisdiction) คือ สิทธิจัดการของรัฐเหนือบุคคลและทรัพย์สินภายในอาณาเขตของรัฐนั้น กล่าวโดยทั่วไป ขอบเขตอำนาจนี้เท่ากับอาณาเขตของรัฐหนึ่ง สิทธิในอำนาจเหนืออาณาเขตภายในอาณาเขตของรัฐมีลักษณะเฉพาะ (Exclusive) แต่ต้องมีข้อกำหนดพิเศษตามจารีตประเพณีและสนธิสัญญาระหว่างประเทศ จึงมีข้อยกเว้นอยู่บ้าง เช่น สิทธิสภาพนอกอาณาเขต (Exterritorially)

5) สิทธิในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (The Right of Intercourse) สิทธิในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ คือ สิทธิในการพาณิชย์ แลกเปลี่ยนทูต และทำสนธิสัญญาของรัฐหนึ่งกับรัฐอื่น การใช้สิทธิชนิดนี้ต้องขึ้นอยู่กับความยินยอมของทั้งสองฝ่าย เพราะอีกรัฐหนึ่งไม่อาจบังคับให้รัฐอื่นทำการค้า แลกเปลี่ยนทูต หรือทำสนธิสัญญากับตนได้ อย่างไรก็ตามแม้ว่ารัฐมีเสรีภาพโดยสมบูรณ์ที่จะมีความสัมพันธ์ทางการพาณิชย์ การทูต และการทำสนธิสัญญาหรือไม่ก็ตาม

1.1.2 สงครามที่เป็นธรรม (just war)

แนวคิดในเรื่อง สงครามที่เป็นธรรมเป็นแนวคิดเริ่มแรกของกฎหมายระหว่างประเทศยุคใหม่ที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดการใช้กำลัง³ โดยได้รับอิทธิพลจากแนวคิดกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) คือ ความสำนึกร่วมกันของมนุษย์ในความถูกต้องและความมีเหตุผล เป็นการจำกัดการใช้กำลังของรัฐ โดยอาศัยแนวคิดที่เรียกว่า “สงครามที่เป็นธรรม” (just war) เพื่อตีกรอบและกำหนดรูปแบบและเงื่อนไขในการประกาศสงครามของรัฐ แนวคิดนี้เริ่มต้นจากนักบุญ Augustine โดยประณามการใช้กำลังเข้ายึดครอง โดยกล่าวว่า สงครามที่เป็นธรรมถูกนำมาใช้ในลักษณะแก้แค้น คือเมื่อรัฐหรือเมืองเข้าทำสงครามมักมองข้ามทั้งการลงโทษต่อการกระทำผิด หรือแก้ไขสิ่งที่ไม่ชอบกฎหมายนั้น ต่อมานักบุญ Thomas Aquinas ได้สืบทอดแนวคิดของ Augustine และสร้างแนวคิดสงครามที่เป็นธรรมอย่างเป็นระบบขึ้นเป็นครั้งแรก โดยกล่าวว่า สงครามที่เป็นธรรมนั้นจะต้องประกอบด้วย 3 เงื่อนไข คือ 1) ผู้มีอำนาจของรัฐเป็นผู้ทำสงคราม ไม่ใช่เอกชนรายหนึ่งรายใดสามารถประกาศสงครามได้ 2) ต้องเป็นการโจมตีโดยสมควรต่อความผิด และ 3) ความจำเป็นซึ่งคู่สงครามอาจเข้าแทรกแซงได้ หากมีเจตนาหลีกเลี่ยงการกระทำที่ชั่วร้าย

ต่อมาในช่วงต้นศตวรรษที่ 17 Hugo Grotius ระบุแนวคิดเกี่ยวกับสงครามที่ชอบธรรม โดยการอธิบายถึงเหตุผลที่รัฐสามารถประกาศสงครามได้โดยชอบ เช่น เพื่อป้องกันทรัพย์สินและพลเมืองของตน ประกาศสงครามมีความชอบธรรมเท่านั้น รัฐเป็นผู้กำหนดเหตุผล เพื่อใช้สิทธิในการประกาศสงคราม แนวคิดของ Grotius จึงยังคงเป็นการให้เหตุผล (justification) แก่ความชอบของการประกาศสงครามบนพื้นฐานของศีลธรรม (morality) มากกว่าบนพื้นฐานกฎหมาย ในขณะที่ Vattel เพียงแต่ประณามการทำสงครามโดยจุใจ และกำหนดหลักการว่า ต้องมีการประกาศเจตนาทำศึก (animus belligerandi) จึงถือว่าเป็นสงครามที่เป็นธรรม ซึ่งเท่ากับการรับรองการประกาศสงครามของรัฐว่า มีความชอบธรรมโดยปริยาย โดยไม่ต้องคำนึงถึงเหตุผลในการก่อสงครามของรัฐว่า มีความชอบธรรมหรือไม่เพียงใด⁴

รัฐสามารถทำสงครามได้โดยเสรี โดยให้คำจำกัดความของสงครามว่า การทำสงครามเป็นสงครามยุติธรรม หรืออยุติธรรม โดยใช้สาเหตุของการเกิดสงครามเป็นตัวตัดสิน ซึ่งเป็นเพียงการแยกวัตถุประสงค์ของการทำสงคราม โดยวัตถุประสงค์นั้น รัฐที่ใช้กำลังเป็นผู้อ้างไม่ได้เป็น

³ Christopher C. Joyner, *International Law in the 21st Century*, (MD: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2005), p.163.

⁴ ปิยะพงษ์ ชลวีระวงศ์, “การแทรกแซงด้วยเหตุผลมนุษยธรรม (โดยใช้กำลังทหาร),” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.16.

การจำกัดขอบเขตการทำสงคราม รัฐยังคงมีอำนาจในการตัดสินใจในการทำสงครามได้อย่างอิสระ เป็นเพียงพยายามตีกรอบและกำหนดรูปแบบและเงื่อนไขในการประกาศสงครามของรัฐ โดยกำหนดเงื่อนไขของสงครามที่เป็นธรรม⁵ คือ 1) มีการประกาศโดยผู้มีอำนาจ (just title) 2) ต้องมีมูลเหตุจูงใจเพื่อความยุติธรรม และต้องทำไปไม่เกินสัดส่วนของความรุนแรงที่ตนได้รับ (just cause) 3) กระทำได้ต่อเมื่อจำเป็น (necessity) คือ ไม่มีวิถีทางอื่นแล้วเพื่อก่อให้เกิดความยุติธรรม และ 4) ต้องกระทำไปในลักษณะที่ยุติธรรม เพื่อก่อตั้งระเบียบของสังคมขึ้นใหม่ (just conduct) ซึ่งหมายความว่า สงครามที่มีความชอบธรรมในฐานะเป็นการใช้กำลังต่อต้านกับสิ่งที่ไม่เป็นธรรม โดยเกณฑ์การตัดสินว่าอะไรคือความชอบธรรมขึ้นอยู่กับกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งได้แก่ ความสำนึก ร่วมกันของมนุษย์ในความถูกต้อง และความมีเหตุผล

หลักการใช้กำลังของรัฐในยุคแรก เป็นเรื่องของมโนธรรมจากอิทธิพลของแนวคิดทางศาสนา มากกว่าการมีกฎหมายภายใต้แนวคิดทางกฎหมาย และเป็นเพียงหลักที่ให้เกิดการถ้อยทีถ้อยปฏิบัติในบางเรื่อง เพื่อการบรรเทาความโหดร้ายทารุณที่เกิดจากภัยสงครามเท่านั้น สิทธิของรัฐอธิปไตยในการใช้กำลัง หรือการทำสงครามยังคงมีอยู่อย่างเต็มที่

1.1.3 กติกาสันนิบาตชาติ และกติกาคีลลอค-ไบรอัน (Kellog – Briand Pact)

เนื่องด้วยลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่ 1 เป็นอันตรายต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศอย่างมาก โดยรัฐแต่ละรัฐมุ่งประโยชน์ของตนมากกว่าประโยชน์ของสังคมระหว่างประเทศ ทำให้เกิดการแข่งขันเพื่อสร้างอำนาจและก่อให้เกิดความตึงเครียดระหว่างประเทศขึ้น จึงเกิดแนวความคิดในการสร้างสมาคมหรือที่ชุมนุมของบรรดารัฐต่างๆ โดยเป็นที่ประชุมปรึกษาหารือ เพื่อธำรงรักษาสันติภาพและส่งเสริมความร่วมมือระหว่างประเทศร่วมกัน

หลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ได้ก่อตั้งสันนิบาตชาติ และวางกฎเกณฑ์ที่เป็นการจำกัดการใช้อำนาจของรัฐในการทำสงคราม โดยกำหนดว่า การใช้กำลังที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เมื่อได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของกติกาสันนิบาตชาติ เป็นการยอมรับสิทธิของรัฐในการทำสงครามโดยมี

⁵ Charles Rousseau, Le Droit des Conflits Armés, (A. Pedone: Paris, 1983), p.17 อ้างใน ประสิทธิ์ เอกบุตร, “หลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ,” ใน วฟิ, จัดพิมพ์โดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538): 33.

เงื่อนไข และกำหนดข้อจำกัดบางประการตามที่บัญญัติในกติกาสนธิสัญญา⁶ ซึ่งมีได้ห้ามการทำสงคราม หรือบัญญัติว่าการทำสงครามเป็นสิ่งที่มิชอบด้วยกฎหมาย

กติกาของสนธิสัญญากำหนดหน้าที่ของรัฐสมาชิกเกี่ยวกับการทำสงครามไว้กว้างๆ ในอารัมภบทของกติกาว่า สมาชิกของสนธิสัญญายินยอมรับพันธกรณีที่ว่าจะไม่ใช้วิธีการทำสงคราม และบังคับให้รัฐภาคีต้องใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยสันติ อย่างไรก็ตาม กติกาสนธิสัญญาไม่ได้ห้ามการทำสงคราม หรือบัญญัติว่าการทำสงครามเป็นสิ่งที่มิชอบด้วยกฎหมาย แต่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ว่า สงครามใดเป็นสงครามที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันได้แก่ สงครามเพื่อการรุกราน และสงครามที่ก่อขึ้นโดยมิได้ดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยสันติก่อน รวมทั้งสงครามที่กระทำต่อรัฐซึ่งปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลหรืออนุญาโตตุลาการ และสงครามที่กระทำต่อรัฐที่ปฏิบัติคำแนะนำที่ได้รับเสียงสนับสนุนโดยเอกฉันท์ของคณะมนตรีแห่งสหประชาชาติ เป็นผลให้การกระทำในลักษณะอื่นๆ ที่มีได้กำหนดเป็นสิ่งที่ไม่ต้องห้าม จึงมีลักษณะเป็นสงครามที่มิชอบด้วยกฎหมายโดยปริยาย เช่น มาตรการเพื่อช่วยเหลือตนเองของรัฐ (self-help) และสงครามเพื่อป้องกันตัวเอง (self-defense) และแม้ว่าหลักการของสนธิสัญญา ปฏิเสธสิทธิในการทำสงคราม แต่กติกาสนธิสัญญายังให้สิทธิรัฐสมาชิกทำสงครามได้ ในกรณีมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแต่ไม่ปรากฏคำตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการ หรือศาล หรือโดยคณะมนตรีแห่งสหประชาชาติต่อข้อพิพาท หรือกรณีที่มีคำตัดสินในข้อพิพาทแล้ว แต่คู่กรณีไม่ปฏิบัติตามคำตัดสินดังกล่าว คู่กรณีอีกฝ่ายมีสิทธิทำสงครามได้หลังพ้นกำหนดระยะเวลาสามเดือน

เหตุที่กติกาสนธิสัญญาไม่มีประสิทธิภาพในการจำกัดการใช้กำลัง กล่าวคือ การกำหนดว่าสิ่งใดที่เป็นสงครามที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่นนี้ หากไม่ห้ามไว้เท่ากับว่า เป็นสงครามที่ชอบ จึงทำให้รัฐหลายรัฐใช้ช่องว่างดังกล่าวนี้ทำสงครามระหว่างกัน อีกทั้งในตัวบทห้ามเฉพาะการทำสงคราม (war) เป็นการเปิดโอกาสให้รัฐสามารถใช้กำลังในรูปแบบอื่นได้อีกด้วย เช่น มาตรการใช้กำลังในการแก้แค้น (reprisals) รวมทั้งรัฐอาศัยช่องว่างในกรณีที่ไม่มีกำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตในการป้องกันตนเอง (self-defense) และการในการแก้ปัญหาข้อพิพาทระหว่างรัฐ เมื่อมีข้อพิพาทระหว่างรัฐเกิดขึ้นแล้ว คู่กรณีได้เสนอเรื่องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ หรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเพื่อชี้ขาดหรือวินิจฉัย หรือยื่นเรื่องรวตต่อสมัชชาหรือคณะมนตรีเพื่อขอคำแนะนำ หากปรากฏผลที่ไม่เป็นที่ยอมรับของคู่กรณี สันนิบาตชาติไม่มีมาตรการใดในการยับยั้งมิให้คู่กรณีใช้กำลังเข้าตัดสินปัญหา และในตัวบทที่กำหนดว่า ไม่ใช่

⁶ ประสิทธิ์ เอกบุตร, เพิ่งอ้าง, น.34.

การทำสงครามไม่ว่ากรณีใดๆ จนกว่ามีคำชี้ขาดไปแล้วสามเดือนนั้น เป็นการเปิดโอกาสให้รัฐสมาชิกเข้าทำสงครามกันได้

ถึงแม้ว่าจะมีความพยายามของรัฐในการห้ามการทำสงคราม คงทำได้แต่เพียงการจำกัดเงื่อนไขของการทำสงคราม หรือลดความรุนแรง จนกระทั่ง ในกติกาเคลล์ลอค-ไบรอัน ค.ศ.1928 (The General Treaty for the enunciation of War– the Kellog – Briand Pact or the Pact of Paris) เป็นสนธิสัญญาที่เกิดจากการริเริ่มของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของฝรั่งเศส (Mr.Briand) และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของสหรัฐอเมริกา (Mr.Kellog) โดยมุ่งขยายขอบเขตของข้อห้ามการทำสงคราม ให้ครอบคลุมการใช้อำกำลังในบางกรณีที่กติกาสันนิบาตชาติอนุญาตให้ทำได้ โดยห้ามมิให้รัฐภาคีใช้อำกำลังทางทหารเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ และไม่ใช่สงครามเป็นเครื่องมือในการดำเนินนโยบาย ในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ จึงถือได้ว่ากติกาเคลล์ลอค-ไบรอัน ได้เปลี่ยนแปลงหลักการดั้งเดิมของการทำสงครามและการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ เป็นการห้ามสงครามและการระงับข้อพิพาทโดยสันติ โดยปฏิเสธการทำสงครามอย่างชัดแจ้งและไม่ถือว่าสงครามเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย และกำหนดให้รัฐภาคีระงับข้อพิพาทโดยสันติ โดยหลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับจากรัฐต่างๆ จนกลายเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

แต่กระนั้น กติกาเคลล์ลอค-ไบรอันถูกมองว่าไม่สามารถจำกัดการใช้อำกำลังได้ เนื่องจาก กติกาเคลล์ลอค-ไบรอัน ห้ามเฉพาะการทำสงครามที่เป็นที่ยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศ จึงเปิดช่องให้รัฐสามารถใช้อำกำลังในรูปแบบอื่นได้ จึงกลายเป็นการทำสงครามในลักษณะการรักษาสันติภาพ⁷ และไม่ได้กำหนดขอบเขตหรือเงื่อนไขในการใช้สิทธิป้องกันตัวเองของรัฐ อีกทั้งยังเปิดช่องให้รัฐตีความการทำสงครามที่ไม่ได้เป็นเครื่องมือระดับชาติ เช่น การทำสงครามเพื่อศาสนา หรือตามลัทธิอุดมการณ์ที่จำกัดเฉพาะภายในชาติให้สามารถกระทำได้ และการขาดกลไกร่วมกันของรัฐในการบังคับใช้กฎเกณฑ์ตามกติกา โดยให้เป็นดุลพินิจของรัฐแต่ละรัฐที่จะตัดสินใจเองว่าจะระงับข้อพิพาทโดยวิธีการใด รวมถึงการใช้สงครามเป็นเครื่องมือระงับข้อพิพาท

⁷ Ian Brownlie, International Law and the Use of Force by States (Oxford: Clarendon, 1963), p.136.

1.2 ทางปฏิบัติของรัฐในการใช้มาตรการตอบโต้ก่อนยุคกฎบัตรสหประชาชาติ

แนวคิดของการใช้มาตรการตอบโต้มีมาตั้งแต่อดีต (แต่เดิมเรียกว่า มาตรการแก้แค้น หรือ reprisal) มีจุดเริ่มต้นในยุคกลางจากการใช้มาตรการแก้แค้นโดยเอกชน ที่เอกชนของรัฐใดได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดของเอกชนอีกรัฐหนึ่ง โดยรัฐของเอกชนผู้กระทำความผิดไม่สามารถชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ เอกชนฝ่ายที่เป็นผู้เสียหายสามารถร้องขอให้กษัตริย์ของตนออกใบอนุญาต ให้ยึดทรัพย์สินและกระทำการแก้แค้น (reprisal) ซึ่งให้อำนาจแก่ตนที่จะใช้มาตรการแก้แค้น ต่อเอกชนใดๆ ของรัฐที่ไม่สามารถชดเชยความเสียหายแก่ตนได้โดยทรัพย์สินที่ถูกยึด ส่วนใหญ่มักเป็นเรือและสินค้าของเอกชน หลังจากที่มีการค้าข้ามพรมแดนมีมากขึ้น การอ้างมาตรการแก้แค้นโดยเอกชนบิดเบือนไปอย่างมาก และเป็นต้นเหตุข้อพิพาทที่นำไปสู่สงครามระหว่างรัฐ รัฐจึงเข้ามาควบคุมการใช้มาตรการดังกล่าว และเป็นผู้ผูกขาดการอ้างใช้มาตรการแก้แค้น ซึ่งเอกชนไม่สามารถอ้างการใช้มาตรการแก้แค้นได้ต่อไป

การทำสงครามระหว่างรัฐนั้นยังเป็นเรื่องที่ขบถด้วยกฎหมาย เพียงแต่กำหนดเงื่อนไขบางประการขึ้นเท่านั้น เช่นนี้แล้ว การใช้มาตรการแก้แค้น (reprisals) ยังคงเป็นเรื่องที่ขบถด้วยกฎหมายเช่นกัน เพียงกำหนดเงื่อนไขว่า เป็นการตอบโต้การกระทำที่ไม่ขบถด้วยกฎหมายที่เกิดขึ้นก่อน และใช้มาตรการดังกล่าวเพื่อให้ผู้กระทำความผิดชดเชยความเสียหาย โดยในยุคต้นๆ นั้น แบ่งการใช้มาตรการตอบโต้ หรือในขณะนั้น เรียกว่า การแก้แค้น (reprisals) ได้ออกเป็น ในกรณีแรกเป็นการใช้โดยรัฐที่มีอำนาจในการใช้มาตรการดังกล่าว หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งความถูกต้องโดยการใช้กำลัง โดยเรียกว่า การแก้แค้นในลักษณะทั่วไป และอีกกรณีหนึ่ง เป็นการให้อำนาจผู้เสียหายในอันที่จะเรียกร้องต่อผู้กระทำความผิดด้วยตัวเอง โดยเรียกว่า การแก้แค้นในลักษณะพิเศษ เท่ากับเป็นการให้อำนาจแก่เอกชนในการใช้มาตรการแก้แค้นได้เอง โดยได้รับใบอนุญาตให้จับกุมและยึดสินค้าจากเรือของรัฐอื่น ซึ่งให้อำนาจที่จะใช้มาตรการแก้แค้นต่อเอกชนรายใดๆ ที่ไม่สามารถชดเชยความเสียหายแก่ตนได้ โดยทรัพย์สินที่ถูกยึดส่วนใหญ่มักเป็นเรือและสินค้าของเอกชน โดยเฉพาะเมื่อมีการค้าข้ามพรมแดนมากขึ้น การอ้างมาตรการแก้แค้นโดยเอกชนบิดเบือนไปอย่างมาก และเป็นต้นเหตุข้อพิพาทที่นำไปสู่สงครามระหว่างรัฐ ต่อมาจึงมีแนวคิดในการจำกัดการใช้มาตรการแก้แค้นให้รัฐเท่านั้นที่มีสิทธิในการใช้มาตรการนี้ได้เพียงอย่างเดียว โดยเอกชนไม่สามารถอ้างใช้มาตรการแก้แค้นได้

ต่อมาในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 เดือนตุลาคม ปี 1922 ในคดี *Naulilaa*⁸ ทหารเยอรมันได้เข้าไปในอังกิลาซึ่งเป็นเขตปกครองของโปรตุเกส (ที่ขณะนั้นเป็นชาติที่เป็นกลางในสงคราม) เพื่อคุ้มครองการส่งยุทธโปกรณ์ของเยอรมัน ด้วยความเข้าใจผิดในการสื่อสาร ทหารโปรตุเกสสังหารชาวเยอรมัน 3 คน เป็นพลเรือน 1 คน และเป็นเจ้าหน้าที่ของเยอรมัน 1 คน ฝ่ายเยอรมันได้ตอบโต้โดยใช้เวลาหลายสัปดาห์โจมตีและทำลายฐานที่มั่นของโปรตุเกสในเขตปกครองอังกิลา ต่อมาในปี 1928 คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่า การกระทำของเยอรมันเกินกว่าเหตุ เนื่องจากการกระทำของฝ่ายโปรตุเกสเกิดจากการโจมตี โดยยอมรับเป็นบรรทัดฐานว่า การอ้างใช้มาตรการแก้เผ็ดภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ผู้ที่อ้างได้ คือ รัฐเท่านั้น และ 1) ต้องมีการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศของรัฐผู้กระทำความผิด 2) มาตรการต้องถูกนำมาใช้หลังจากที่ข้อเรียกร้องให้ชดใช้ความเสียหายถูกปฏิเสธหรือถูกละเลยแล้ว และ 3) มาตรการที่นำมาใช้ต้องได้สัดส่วน และต้องหยุดโดยทันทีที่มีการชดใช้ความเสียหายแล้ว โดยยอมรับการใช้กำลัง แต่การกระทำนั้นต้องได้สัดส่วนกับความเสียหายที่ตนได้รับ

จากคดีนี้ได้ที่ยอมรับว่า การใช้มาตรการตอบโต้ในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่รัฐสามารถใช้กำลังตอบโต้ได้ แต่ได้วางเงื่อนไขของการใช้มาตรการเป็นบรรทัดฐานไว้ด้วยเช่นกัน คือ การกระทำเพื่อตอบโต้ต้องได้สัดส่วนกับความเสียหายที่ตนนั้นได้รับ

2. แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการตอบโต้ในยุคคลกภูบัตรสหประชาชาติ

หลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 สหประชาชาติได้ก่อตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการรักษาสันติภาพ และความมั่นคง และอุดช่องว่างของสันนิบาตชาติในเรื่องการดำเนินนโยบายของรัฐด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ กลไกระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี รวมทั้งองค์กรที่มีอำนาจในการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย

2.1 หลักการที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการตอบโต้

หลักการที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการตอบโต้ในยุคคลกภูบัตรสหประชาชาติประกอบหลักการที่สำคัญ คือ หลักการห้ามใช้กำลังตามกฎหมายสหประชาชาติ และปฏิญญาว่าด้วย

⁸ Charles G. Fenwick, *Case on International Law*, 2nd edition, (Chicago: Callaghan & Company, 1951), pp.728-729.

ความสัมพันธ์อันดีมิตรและความร่วมมือกันระหว่างรัฐ หรือข้อมติของสมัชชาใหญ่ที่ 2625 (XXV) (Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, 24 October 1970) อันเป็นการยืนยันถึงหลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และการห้ามกระทำการอันเป็นการแก้แค้น (reprisal) อีกด้วย

2.1.1 หลักการห้ามใช้กำลัง ตามกฎบัตรสหประชาชาติ

แม้ว่ามีความพยายามในการจำกัดสิทธิในการทำสงคราม หรือการใช้กำลังตามกฎหมายสันนิบาตชาติที่เห็นว่า สงครามเป็นสิ่งที่กระทำได้ แต่ต้องผ่านขั้นตอนต่างๆ ที่กำหนดเสียก่อน หากการขัดข้อพิพาทด้วยสันติวิธีล้มเหลว รัฐมีสิทธิทำสงครามได้

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ประชาคมโลกต้องการสร้างกฎเกณฑ์ที่มีประสิทธิภาพเพื่อห้ามการใช้กำลังในลักษณะเด็ดขาด และบัญญัติเรื่องข้อยกเว้นไว้ในลักษณะจำกัด โดยในมาตรา 2 วรรค 4 ของกฎบัตรสหประชาชาติ บัญญัติถึงการห้ามใช้กำลังไว้โดยชัดแจ้ง

มาตรา 2 วรรค 4 กำหนดว่า ในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ รัฐสมาชิกต้องงดเว้นการคุกคามหรือการใช้กำลังต่อบูรณภาพแห่งดินแดนหรือเอกราชทางการเมืองของรัฐอื่น หรือวิธีการอื่นใด เป็นการวางหลักห้ามการคุกคามหรือการใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในลักษณะใดๆ ที่ขัดกับวัตถุประสงค์ขององค์การสหประชาชาติ ยังห้ามไปถึงการใช้กำลังในทุกรูปแบบในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือห้ามการคุกคามว่าจะใช้กำลัง โดยแนวคิดนี้เกิดจากความล้มเหลวไร้ประสิทธิภาพของสันนิบาตชาติและกติกาเคลล็อก-ไบรอัน กล่าวคือ ไม่มีกลไกทางกฎหมายที่เป็นหลักประกันได้ว่า จะมีมาตรการใดในการป้องปรามการทำสงครามหรือการใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

ในกฎบัตรสหประชาชาติมิได้ให้ความหมายของคำต่างๆ ในมาตรานี้ไว้ เช่น คำว่าการคุกคาม หรือ การใช้กำลัง (threat or use of force) มีความหมายว่าอย่างไร จึงต้องอาศัยการตีความทั้งจากเอกสารประกอบการร่างและแนวทางคำพิพากษาของศาลในคดีต่างๆ ซึ่งคำว่าการคุกคาม เมื่อพิจารณาจากคดีความชอบด้วยกฎหมายของการคุกคามด้วยอาวุธนิวเคลียร์ ศาลให้ความเห็นว่าการคุกคามตามมาตรา 2 วรรค 4 ต้องพิจารณาร่วมกับการใช้กำลัง กรณีการใช้กำลังใดที่เป็นการละเมิดต่อข้อห้ามการใช้กำลัง การคุกคามว่าจะใช้กำลังดังกล่าว ก็ถือว่าเป็นการคุกคามที่ต้องห้ามตามมาตรา 2 วรรค 4

คำว่า การใช้กำลัง มีความหมายกว้างกว่า คำว่า สงคราม (war) และไม่ใช่จำกัดเฉพาะการใช้กำลังแต่เพียงอย่างเดียว แต่ขยายไปจนถึงการใช้กำลังคุกคาม (threat of force) และ การใช้กำลัง (use of force) มีความหมายกว้างไปถึงการใช้กำลังด้วยวิธีการอื่นด้วยหรือไม่ เช่น การใช้กำลังหรือการบีบบังคับทางเศรษฐกิจและการเมือง เมื่อพิจารณาจากเอกสารเตรียมร่าง (travaux préparatoires) ของกฎบัตรสหประชาชาติ ผู้ร่างจำกัดความหมายเฉพาะการใช้ทางทหารเท่านั้นที่จะอยู่ในความหมายของการใช้กำลังตามมาตรา 2 วรรค 4 และเมื่อวันที่ 6 พฤษภาคม 1945 ในที่ประชุมที่ซาน ฟรานซิสโก โดยการเสนอของบราซิลให้ขยายขอบเขตของการห้ามใช้กำลังออกไปถึงการกดดันทางเศรษฐกิจและการเมือง แต่ในที่ประชุมนั้นไม่ได้รับความเห็นชอบ⁹

แม้ว่าขอบเขตของมาตรา 2 วรรค 4 จำกัดเฉพาะการใช้กำลังทางทหารเท่านั้น แต่ในปฏิญญาว่าด้วยความสัมพันธ์อันมีมิตรกำหนดว่า ห้ามรัฐใช้หรือสนับสนุนเศรษฐกิจ การเมือง หรือมาตรการอื่นใดที่เป็นการกดดันรัฐอื่น เป็นการกำหนดไว้เพิ่มเติมจากหลักการห้ามใช้กำลังทั่วไป กล่าวคือ เป็นการห้ามแทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่นใด เช่นนี้ การบังคับทางเศรษฐกิจหรือการบีบบังคับโดยวิธีการอื่นใด แม้ไม่ต้องห้ามภายใต้มาตรา 2 วรรค 4 แต่ก็ห้ามไว้โดยชัดเจนในหลักของการห้ามแทรกแซงกิจการภายใน¹⁰

การใช้กำลัง (use of force) การใช้กำลังทางทหารเพื่อรุกรานรัฐอื่นเป็นกรณีเดียวที่มีการระบุไว้โดยชัดแจ้งในกฎบัตรสหประชาชาติว่าเป็นสาเหตุที่ทำให้รัฐซึ่งเป็นเป้าหมายสามารถใช้สิทธิป้องกันตัวได้โดยชอบธรรม อย่างไรก็ตาม การรุกรานทางทหารมิได้เป็นเพียงรูปแบบเดียวของการใช้กำลังทางทหารที่เป็นสิ่งต้องห้าม เพียงแต่เป็นรูปแบบของการใช้กำลังที่ผิดกฎหมายที่ได้หยิบยกขึ้นบ่อยครั้งในทางปฏิบัติ

ในข้อมติของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ ที่ 3314 (XXIX) ลงวันที่ 14 ธันวาคม 1974 ได้ให้คำนิยามของคำว่า การรุกราน คือ การใช้กำลังทางทหารโดยรัฐต่ออำนาจอธิปไตย บูรณภาพแห่งดินแดน หรือเอกราชทางการเมืองของรัฐอื่น หรือกรณีอื่นใดที่ไม่สอดคล้องกับกฎบัตรสหประชาชาติ โดยรูปแบบของการรุกรานแบ่งออกได้เป็น การรุกรานโดยตรงและการรุกรานโดยอ้อม กล่าวคือ การรุกรานโดยตรง คือ การใช้ความรุนแรงต่อดินแดนของรัฐอื่น เช่น การละเมิดดินแดน การรุกรานดินแดน การยึดครองดินแดนด้วยกำลังทางทหาร แม้จะเป็นการชั่วคราวก็ตาม

⁹ Bruno Simma, ed., The Charter of the UN : A Commentary, vol 1, (Oxford: Oxford University Press, 2002), p.118.

¹⁰ *Ibid*, p.118.

การผนวกดินแดน การตั้งระเบิด การปิดล้อมเมืองท่า และยักรวมถึงการใช้ความรุนแรงต่อกองกำลัง หรือเป้าหมายทางทหารของรัฐอื่นโดยอาศัยการโจมตีทั้งทางบก ทางทะเลและทางอากาศด้วย ส่วนการรุกรานโดยทางอ้อมเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการส่งกองกำลังติดอาวุธซึ่งมิได้ประจำการ หรือทหารรับจ้าง โดยรัฐหรือในนามของรัฐเข้าไปปฏิบัติการทางทหารในรัฐอื่น หรือการเข้ามีส่วนร่วมในการกระทำเช่นนั้น ตลอดจนการอนุญาตให้มีการใช้ดินแดนของรัฐอื่นด้วย¹¹

มาตรา 2 วรรค 4 ถือเป็นหัวใจของกฎบัตร และเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งในฐานะที่เป็นกฎหมายสนธิสัญญา และกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เป็นกฎหมายสนธิสัญญาที่ผูกพันภาคี เพราะกฎบัตรสหประชาชาติมีฐานะเป็นสนธิสัญญาที่กระทำกันระหว่างประเทศสมาชิก และสมาชิกต้องเคารพปฏิบัติตามตามหลัก *pacta sunt servanda* ในขณะเดียวกันเป็นกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งมีผลผูกพันเป็นการทั่วไป (*erga omnes*) และถือเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญยิ่ง (*jus cogens*) ซึ่งได้รับการยืนยันในคดี Nicaragua ศาลยอมรับว่า มาตรา 2 วรรค 4 มีฐานะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยการเกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศพิจารณาจากการปฏิบัติหรือข้อปฏิบัติทางกฎหมาย ซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย และด้วยเหตุนี้ก่อให้เกิดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีผลใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งศาลสันนิษฐานจากการที่รัฐยอมรับในปฏิญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ฉันมิตรของสมัชชาใหญ่ อีกทั้งทางปฏิบัติทั้งปวงของรัฐยังสอดคล้องกับหลักการ จึงถือว่า รัฐยอมรับปฏิบัติตามว่าเป็นกฎหมาย (*opinio juris*) และมีความเห็นเพิ่มเติมว่า แม้ว่ายอมรับว่า มาตรา 2 วรรค 4 ถือเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และเป็นแกนหลัก (*hard core*) ของหลักการห้ามใช้กำลัง หากเป็นภาคีของกฎบัตรก็ย่อมผูกพันตามหลักสนธิสัญญา และต้องยอมรับหลักการทั้งหมด แต่สำหรับรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีแห่งกฎบัตรก็ย่อมผูกพันหลักการห้ามใช้กำลังเพียงเฉพาะส่วนที่เป็นแกนหลักที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศเท่านั้น โดยไม่ขยายขอบเขตไปทั้งหมดของกฎบัตร¹² จึงอาจกล่าวได้ว่า การห้ามใช้กำลังตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีขอบเขตที่แคบกว่าหลักเกณฑ์ตาม มาตรา 2 วรรค 4 ของกฎบัตรสหประชาชาติ

หลักการห้ามการคุกคามและการใช้กำลังเป็นหลักการทั่วไป โดยมีข้อยกเว้นตามกฎหมาย 2 ประการ คือ ใช้สิทธิในการป้องกันตนเอง ตามมาตรา 51 และการดำเนินการเพื่อรักษาสันติภาพ และความมั่นคงระหว่างประเทศ ตามหมวด 7 และ นอกจากข้อยกเว้นที่กำหนดใน

¹¹ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น.515-516.

¹² Bruno Simma, *supra* note 9, pp.133-135.

กฎบัตรสหประชาชาติแล้ว ยังมีข้อยกเว้นที่เกิดจากการปฏิบัติของรัฐต่างๆ จนได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ คือ การใช้กำลังแทรกแซงเพื่อมนุษยธรรม (humanitarian intervention) การต่อสู้เพื่อสิทธิการปกครองตนเอง (self-determination) สงครามปลดแอกการกดขี่ของต่างชาติ และมาตรการตอบโต้ (countermeasures)

2.1.2 ปฏิญญาเกี่ยวกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์อันดีมิตรและความร่วมมือกันระหว่างรัฐตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ

ข้อมติของสมัชชาใหญ่ที่ 2625 (XXV)¹³ เป็นการเน้นย้ำหลักการต่างๆ ในกฎบัตรสหประชาชาติ เพื่อให้รัฐสมาชิกปฏิบัติตามหลักการในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ อันเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ ตลอดทั้งใช้เป็นแนวทางให้แก่องค์กรต่างๆ ของสหประชาชาติในการดำเนินการแก้ปัญหาข้อพิพาทอันอาจเกิดขึ้น โดยในข้อมตินี้กำหนดหลักการที่สำคัญไว้ ดังนี้ 1) รัฐสมาชิกต้องละเว้นจากการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการทหาร การเมือง เศรษฐกิจ หรือการกระทำอื่นใดที่เป็นการกระทบต่อบูรณภาพแห่งดินแดนหรือเอกราชทางการเมืองของรัฐอื่น และรัฐทั้งหลายต้องใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีที่สอดคล้องกับกฎบัตร 2) รัฐจะต้องระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี โดยไม่เป็นอันตรายต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ 3) ห้ามแทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่น โดยสอดคล้องกับกฎบัตรสหประชาชาติ 4) รัฐมีหน้าที่ในอันที่จะร่วมมือกับรัฐอื่นๆ 5) เคารพหลักการ แห่งสิทธิที่เสมอภาคกัน และกำหนดเจตนาจำนงของตนเอง (self-determination) 6) เคารพในหลักความเสมอภาคของรัฐ และ 7) รัฐต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎบัตรโดยสุจริต (good faith)

ในข้อมติดังกล่าวบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า รัฐทั้งหลายต้องละเว้นจากการกระทำการที่เป็นการแก้แค้น (reprisal) ที่เกี่ยวข้องกับการใช้กำลัง¹⁴

¹³ Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, 24 October 1970.

¹⁴ “States have a duty to refrain from acts of reprisal involving the use of force”

2.2 ทางปฏิบัติของรัฐในการใช้มาตรการตอบโต้ในยุคกฎบัตรสหประชาชาติ

การใช้กำลังถือเป็นสิ่งที่ต้องห้ามในปัจจุบัน เพราะถือว่าการใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ อันขัดกับมาตรา 2 วรรค 4 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ในอดีตรัฐสามารถใช้กำลังได้โดยชอบเพื่อปราบปรามให้เคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งคือรัฐมีสิทธิดำเนินการให้ตนได้รับความยุติธรรมด้วยตนเอง ที่เรียกว่า “การช่วยเหลือตนเอง” (self-help) ซึ่งเป็นแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิของรัฐที่จะคุ้มครองตนเองได้ การใช้มาตรการตอบโต้โดยการใช้กำลังปรากฏในลักษณะของการช่วยเหลือตนเอง (self-help) ซึ่งรัฐผู้ปฏิบัติการแก้แค้น ถือว่าเป็นความจำเป็นตรวบท่าที่สังคมระหว่างประเทศยังไม่สามารถประกันความมั่นคงปลอดภัยของตน และไม่มีกลไกที่จะจัดการกับผู้ละเมิดกฎหมายที่ก่อความเสียหายเดือดร้อนกับตน¹⁵ แต่ปัจจุบันถือว่า เป็นข้ออ้างที่ผิดกฎหมาย¹⁶

เช่นเดียวกับ การใช้มาตรการแก้แค้นเป็นสิ่งที่มิชอบด้วยกฎหมาย จากทางปฏิบัติของสหประชาชาติและทางปฏิบัติของรัฐ ได้ยอมรับว่า การบังคับใช้มาตรการแก้แค้นโดยการใช้กำลังเป็นกรณีที่ต้องแจ้งต่อคณะมนตรีความมั่นคง รัฐไม่สามารถดำเนินการได้เองโดยพลการ โดยถือว่าเป็นอำนาจของคณะมนตรีความมั่นคง¹⁷ อีกทั้งปฏิกิริยาว่าด้วยความสัมพันธ์ฉันท์มิตร หรือข้อมติของสมัชชาใหญ่ที่ 2625 (XXV)¹⁸ ยังบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งถึงห้ามใช้มาตรการแก้แค้น (reprisal) ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

หากเป็นการตอบโต้การกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย (Internationally Wrongful Act) ได้รับการยอมรับในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่า เป็นมาตรการที่ชอบด้วยกฎหมายแต่การใช้มาตรการตอบโต้ดังกล่าวต้องกระทำภายใต้เงื่อนไข ดังนี้คือ ต้องมีการกระทำ

¹⁵ อรุณ ภาณุพงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 418.

¹⁶ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 11, น. 580.

¹⁷ Rosalyn Higgins, “The Legal Limits to the Use of Force by Sovereign States: United Nations Practice,” British Year Book of International Law 35(1961): 314-345.

¹⁸ Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, 24 October 1970.

ผิดกฎหมายจากรัฐที่ทำการละเมิด และรัฐดังกล่าวไม่แก้ไขหรือชดเชยความเสียหายจนเป็นที่พึงพอใจ และต้องไม่เกินสัดส่วนและความจำเป็นของความเสียหายที่รัฐผู้เสียหายได้รับ ซึ่งจะกล่าวโดยละเอียดในลำดับต่อไปในภาคที่ 2 เงื่อนไขของการใช้มาตรการตอบโต้ของรัฐที่ชอบด้วยกฎหมาย

ดังนี้ ในทางปฏิบัติของรัฐสำหรับการใช้มาตรการตอบโต้ในยุคกฎบัตรสหประชาชาตินี้ นอกจากการปฏิบัติตามเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของการใช้มาตรการตอบโต้แล้ว ยังต้องคำนึงถึงหลักการพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ อันได้แก่ หลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การเคารพหลักสิทธิมนุษยชน และหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะการห้ามใช้มาตรการแก้แค้น รวมทั้งการห้ามใช้มาตรการตอบโต้ที่เป็นการละเมิดกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) เช่นนี้ มาตรการตอบโต้ที่สามารถนำมาใช้นั้น จึงเป็นมาตรการตอบโต้ในทางเศรษฐกิจ (economic sanction) อันได้แก่ การไม่นำเข้าสินค้า หรือส่งออกสินค้าไปยังรัฐที่ละเมิดพันธกรณี รวมทั้งการงดเว้นการช่วยเหลือด้านต่างๆ เช่น การให้ความช่วยเหลือทางการเงิน หรือการยุติ หรือระงับสนธิสัญญาไว้ชั่วคราว เป็นต้น