

บทที่ 2

การใช้มาตรการตอบโต้ในบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐ
อันเกิดจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ

มาตรการตอบโต้ถือว่า เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับและ
เชื่อถือ แต่ไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร จนกระทั่งคณะกรรมการการกฎหมายระหว่าง
ประเทศยกย่องขึ้น โดยนำเอาทางปฏิบัติของรัฐมาประมวลในรูปตัวบท และเพิ่มเติมหลักเกณฑ์อื่น
เพิ่มเติม เช่น เรื่องกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยสันติที่มีลักษณะพิเศษบางประการ เพื่อป้องกัน
มิให้ใช้มาตรการตอบโต้ในทางที่ผิด และนำไปสู่การใช้กำลังต่อไป

ในการวิเคราะห์บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับมาตรการตอบโต้ นั้นวิเคราะห์บนพื้นฐานของ
หลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ

1. ความเป็นมาและสถานะทางกฎหมายของร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐ อันเกิดจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ

เพื่อให้ทราบถึงที่มาของการจัดทำร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐของ
คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศ และสถานะทางกฎหมายของร่างข้อบ่งชี้ดังกล่าวว่ามี
สถานะทางกฎหมายอย่างไร

1.1 ความเป็นมาของร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐอันเกิดจากการกระทำผิดใน ทางระหว่างประเทศ

ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ เรื่องความรับผิดชอบของรัฐถือว่า เป็นเรื่องที่มี
ความสำคัญอย่างยิ่ง เป็นพื้นฐานที่จำเป็นต่อการอยู่ร่วมกันในประชาคมระหว่างประเทศ เป็นสิ่งที่
อยู่ควบคู่กับการมีสภาพบุคคลตามกฎหมายของรัฐ¹

¹ Ian Brownlie, Principles of Public International Law, (Oxford: Clarendon Press, 1973), p.435.

ในปี 1930 ที่ประชุมจัดทำร่างกฎหมายกรุงเฮก (Hague Codification Conference) ได้หยิบยกขึ้นเป็นหัวข้อเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ ซึ่งขณะนั้นให้ความสำคัญในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐสำหรับความเสียหายต่อบุคคลและทรัพย์สินของคนต่างชาติที่อาศัยในดินแดนของรัฐ แต่ไม่ประสบความสำเร็จ² จนกระทั่งคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้ยกร่างอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับความเสียหายต่อบุคคลและทรัพย์สินของคนต่างชาติที่อาศัยในดินแดนของรัฐ โดยเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของคนต่างชาติที่เข้ามาพำนักอาศัยภายในดินแดนของรัฐอื่นซึ่งได้รับความเสียหาย โดยเฉพาะในกรณีการโอนทรัพย์สินของคนต่างชาติมาเป็นของรัฐ ซึ่งจำกัดเฉพาะการให้ความคุ้มครองคนต่างชาติและทรัพย์สินของคนต่างชาติเท่านั้น โดยมี F.C.Garcia Amador เป็นผู้รายงานพิเศษ (Special Rapporteur)

ต่อมาคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศเห็นว่า เนื้อหาของร่างข้อบทที่จะประมวลนั้นไม่ควรจำกัดเฉพาะความรับผิดชอบที่รัฐทำความเสียหายแก่คนชาติ แต่ควรมีลักษณะเป็นการทั่วไปที่ใช้บังคับแก่ทุกกรณีในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ โดยมี Prof. Roberto Ago เป็นผู้รายงานพิเศษ ได้ทำการศึกษาค้นคว้า และยกร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ค.ศ. 1980 ในส่วนที่ 1 ที่เกี่ยวข้องกับที่มาของความรับผิดชอบของรัฐ โดยเนื้อหาทั้งหมดนั้นมีลักษณะทั่วไป ไม่ได้จำเพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่ง และในร่างข้อบทดังกล่าวถึง “พฤติการณ์ที่ไม่ก่อให้เกิดความผิด” (circumstances preclude wrongfulness) ที่รัฐไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำของตน หากเป็นการกระทำที่เป็นการหลัก ที่เกี่ยวข้องกับการใช้สิทธิป้องกัน (self-defence) เหตุสุดวิสัย (force majeure) รวมถึงมาตรการตอบโต้ด้วย โดยมีหลักการพื้นฐาน ที่ว่า “การกระทำผิดของรัฐใด ย่อมนำมาซึ่งความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐนั้น” กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้นย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐ และก่อให้เกิดความรับผิดชอบขึ้นก็ต่อเมื่อผลนั้นสืบเนื่องมาจากการกระทำ หรือละเว้นกระทำการของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ และการกระทำนั้นเป็นการละเมิดพันธกรณี

เมื่อรัฐกระทำการหรือละเว้นกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ รัฐจะต้องมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ แต่ในพฤติการณ์บางพฤติการณ์ แม้จะมีการกระทำ หรือละเว้นการกระทำของรัฐก็ตาม ไม่ถือว่าการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ ดังนั้น แม้จะเกิดความเสียหายแก่รัฐหรือบุคคลอื่น รัฐนั้นย่อม

² S.P. Jagota, “State Responsibility: Circumstances Precluding Wrongfulness,” Netherland Yearbook of International Law, XVI (1985): 253-254.

ไม่ต้องมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ พฤติการณ์เช่นว่านี้ ถือไม่ได้ว่า รัฐได้กระทำผิดในทางระหว่างประเทศเลย

ได้มีการพัฒนาร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับมาตรการตอบโต้อย่างต่อเนื่อง เพิ่มเติมในรายละเอียดในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิและพันธกรณีของรัฐผู้เสียหาย การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐที่สาม และกลไกระงับข้อพิพาทเพื่อให้เกิดความชัดเจน และเป็นแนวทางในการปฏิบัติของรัฐในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยมี Willem Riphagen (1980-1987) Gaetano-Ruiz (1988-1997) และ James Crawford (1998-2001) เป็นผู้รายงานพิเศษที่ทำการศึกษาในเรื่องนี้ตามลำดับ

1.2 สถานะทางกฎหมายของร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ อันเกิดจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ

เมื่อช่วงสิ้นศตวรรษที่ 19 มีความพยายามที่จะประมวลจารีตระหว่างประเทศ เพื่อให้กฎเกณฑ์ต่างๆ มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น และเป็นการพัฒนากฎหมายอีกด้วย โดยเริ่มต้นจากที่ประชุมเพื่อการประมวลกฎหมายในกรุงเฮก ซึ่งเป็นหน่วยงานภายใต้สันนิบาตชาติ โดยเริ่มแรกนั้นทำการศึกษาในหัวข้อกฎหมายสัญชาติ น่านน้ำอาณาเขต (territorial waters) และความรับผิดชอบของรัฐ แต่ก็ไม่ประสบความสำเร็จ อีกหลายปีหลังจากนั้นมีความพยายามอย่างมากในการประมวลจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ จนกระทั่งพัฒนาเป็นร่างอนุสัญญาและมีผลใช้บังคับในเวลาต่อมา เช่น อนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายทะเล 4 ฉบับ ลงนามที่กรุงเจนีวา ในปี 1958 หรืออนุสัญญาว่าด้วย ความสัมพันธ์ทางการทูตและความคุ้มกัน ลงนามที่กรุงเจนีวา ในปี 1961 เป็นต้น

เหตุที่ต้องมีการประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น เพื่อให้มีความชัดเจนแน่นอนและเข้าถึงได้ง่าย อีกทั้งการมีส่วนร่วมในการประมวลกฎหมายช่วยให้เกิดการยอมรับร่างกฎหมาย หากมีความเห็นแตกต่างกันในทางปฏิบัติของแต่ละรัฐ การประมวลกฎหมายต้องพยายามประนีประนอม และให้รัฐเต็มใจยอมรับให้มากที่สุดเท่าที่ทำได้³

ในการทำงานสำหรับการยกร่างข้อบทของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ที่จัดตั้งขึ้นในปี 1947 โดยเป็นองค์กรย่อยในสมัชชาใหญ่ แห่ง

³ Peter Malanczuk, Akehurst's Modern Introduction to International Law, (London: Routledge, 1997), p.61.

สหประชาชาติ (General Assembly) อันประกอบด้วยนักกฎหมายระหว่างประเทศ 34 คน ที่ได้รับการคัดเลือกโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ มีวาระ 5 ปี การทำงานของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้จำกัดเฉพาะการประมวลกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น แต่ยังต้องพัฒนาอย่างก้าวหน้า (progressive development) สำหรับการศึกษาในแต่ละหัวข้อ จะมีผู้ทำหน้าที่เป็นหัวหน้าในการศึกษาค้นคว้า ซึ่งเรียกว่า ผู้รายงานพิเศษ (special rapporteur) ทำหน้าที่ในการศึกษาหาข้อมูลนำเสนอต่อที่ประชุมของคณะกรรมการ หาข้อสรุปในแต่ละประเด็นปัญหา และยกร่างข้อบทเพื่อเตรียมเสนอต่อสมัชชาใหญ่ให้พิจารณาเพื่อรับรอง (adopt) และให้รัฐต่างๆ เข้ามาเป็นภาคีในร่างอนุสัญญาต่างๆ

เมื่อได้ทำการศึกษาในหัวข้อนั้นเสร็จสิ้นสมบูรณ์แล้ว ข้อบทที่นำเสนอจะอยู่ในรูปของร่างข้อบทมาตรา (draft article) โดยเสนอต่อสมัชชาใหญ่ เพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบกับร่างข้อบทมาตรานั้น หากเห็นชอบกับร่างข้อบทดังกล่าว สมัชชาใหญ่จะรับร่างข้อบทโดยทำเป็นข้อมติ (resolution) เมื่อสมัชชาใหญ่ยอมรับร่างข้อบทแล้ว ยังคงมีสถานะเป็นร่างข้อบท จนกระทั่งมีการยอมรับให้เป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศ (International Convention) และดำเนินการตามอนุสัญญากงเจนีวา ว่าด้วยสนธิสัญญาโดยเปิดให้รัฐทั้งหลายลงนาม และให้สัตยาบันในสนธิสัญญาดังกล่าวตามเงื่อนไขที่สนธิสัญญากำหนดแล้วนั้น สนธิสัญญาจึงมีผลบังคับได้

แต่ด้วยเหตุที่การประมวลกฎหมายในแต่ละหัวข้อนั้น เป็นการนำเอาจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่รัฐทั้งหลายยอมรับและเห็นว่าเป็นกฎหมาย รัฐผูกพันกับหลักกฎหมายในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ บางสนธิสัญญา อย่างเช่น อนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ใช้ระยะเวลานับ 10 ปี จึงมีผลใช้บังคับ และปัจจุบันมีรัฐให้สัตยาบันน้อยกว่าครึ่งของรัฐทั้งหมด แต่รัฐก็ยอมรับในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศและถือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ต่างๆ ในอนุสัญญานี้

นอกจากคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ที่ทำหน้าที่ในการประมวลกฎหมายแล้ว ยังมีหน่วยงานอื่นๆที่มีส่วนร่วมในการประมวลกฎหมายเช่นเดียวกัน เช่น โรงเรียนกฎหมายแห่งฮาร์วาร์ด (Harvard Law School) ที่นำเสนอร่างข้อบท แต่มิได้มีวัตถุประสงค์ให้รัฐทำเป็นภาคี แต่เป็นการนำเสนอไว้เป็นข้อพิจารณา ซึ่งร่างกฎหมายของฮาร์วาร์ดนี้เกิดจากผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายและยังมีองค์กรเอกชนอื่นๆ เช่น สถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ (Institute of International Law) และสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Association)

สำหรับร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐนั้น ได้ทำการศึกษาตั้งแต่ปี 1956 จนกระทั่งในปี 2001 จึงแล้วเสร็จ โดยคณะกรรมการพิจารณารายงานของคณะกรรมการร่างข้อบทและรับรอง (adopt) ร่างข้อบทดังกล่าวในการประชุมครั้งที่ 2683 และ 2701 อีกทั้งรับรองคำอธิบายร่างข้อบท (Commentaries) ในการประชุมครั้งต่อมา และคณะกรรมการเสนอร่างข้อบทมาตราต่อสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ โดยทำข้อเสนอแนะ (recommendation) ไปพร้อมกัน

สมัชชาใหญ่ตามข้อมติที่ 59/34 ลงวันที่ 4 ธันวาคม 2004 แจ้งต่อเลขาธิการใหญ่เพื่อเชิญรัฐบาลส่งความเห็นเป็นหนังสือถึงทางปฏิบัติ และแนวโน้มของรัฐในที่เกี่ยวข้องกับร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐฯ เพื่อเตรียมการรวบรวมในเบื้องต้นในการให้ร่างข้อบทดังกล่าวมีผลใช้บังคับต่อไป อีกทั้ง เลขาธิการได้ส่งเรื่องเข้าที่ประชุมสมัยที่ 62 และรวมอยู่ในวาระการพิจารณาในประเด็นหัวข้อ “ความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายในทางระหว่างประเทศ” ซึ่งอยู่ในขั้นการพิจารณาเพื่อเปิดให้มีการลงนามต่อไป

2. คำนินยามและขอบเขตของมาตรการตอบโต้ ภายใต้ร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ อันเกิดจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ

เพื่อให้เกิดความเข้าใจชัดเจนเกี่ยวกับมาตรการตอบโต้ จำเป็นต้องศึกษาความหมายหรือคานินยาม และขอบเขตของคำว่ามาตรการตอบโต้ตามร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ตลอดจนการศึกษาเปรียบเทียบกับมาตรการอื่นที่มีลักษณะใกล้เคียงกันกับมาตรการตอบโต้ ซึ่งได้แก่ มาตรการโต้ตอบ (retorsion) และการป้องกันตนเอง (self-defence)

2.1 คำนินยามและขอบเขตของมาตรการตอบโต้ของรัฐ

มาตรการตอบโต้ ถูกจัดว่าเป็น พฤติการณ์ที่ไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบ โดยการใช้อำนาจว่า พฤติการณ์ที่ไม่ก่อให้เกิดความผิดนั้น ผู้ร่างมีวัตถุประสงค์มิให้เกิดความสับสนกับพฤติกรรมอื่นที่อาจมีผลกระทบที่ไม่ใช่เหตุที่ไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐ แต่ทำให้เกิดความรับผิดชอบที่น้อยลงหรือมากขึ้น⁴

⁴ S.P. Jagota, *supra* note 2, p.254.

คำว่า พฤติการณ์ที่ไม่ก่อให้เกิดความผิด เปรียบได้กับการขาดองค์ประกอบของความผิดตามกฎหมายอาญาแห่งกฎหมายภายในของรัฐ อันมีผลให้การกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดอาญา ซึ่งแตกต่างจากกรณีที่ต้องประกอบความผิดอาญาครบถ้วน แต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ พฤติการณ์เช่นว่านี้ กฎหมายระหว่างประเทศมิได้ถือว่าพฤติการณ์ดังกล่าว เป็นเหตุยกเว้นความผิดในทางระหว่างประเทศ แต่เป็นเรื่องขาดองค์ประกอบของการกระทำความผิดในทางระหว่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่ง องค์ประกอบที่ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ⁵ มิใช่ว่า เหตุแห่งการหลุดพ้นจากความรับผิดชอบระหว่างประเทศ จะมีเพียงในร่างข้อบทบัญญัติไว้เท่านั้น ข้อแก้ตัวของรัฐที่ใช้สิทธิการผ่านโดยสุจริตในทะเลอาณาเขตของรัฐอื่นตามมาตรา 17 ในอนุสัญญากฎหมายทะเล ค.ศ.1982 ก็อาจถือได้ว่า เป็นเหตุแห่งการหลุดพ้นความรับผิดชอบระหว่างประเทศได้ เช่นกันในฐานะที่เป็นกฎหมายเฉพาะ (lex specialis) ของเรื่องนี้ตามมาตรา 5 ของข้อบท⁶

คำว่า พฤติการณ์ที่ไม่ก่อให้เกิดความรับผิด ตามเจตนารมณ์ของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ หมายความว่า พฤติการณ์เช่นว่านั้น เป็นพฤติการณ์ที่ไม่ก่อให้เกิดความรับผิดของรัฐในทางระหว่างประเทศขึ้น ในร่างข้อบทได้กล่าวถึง 6 พฤติการณ์ที่ไม่ก่อให้เกิดความรับผิด ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม⁷ กล่าวคือ

1. เกิดจากเจตนาภายในของรัฐ

(1) ความยินยอม (Consent)

รัฐยินยอมต่อการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมายนั้น ย่อมมีผลทำให้รัฐที่มีการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมายหลุดพ้นจากความรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อรัฐที่ยินยอมตามขอบเขตแห่งความยินยอมนั้นมาจากหลักความยินยอมของผู้เสียหายย่อมไม่เป็นละเมิด (Volento non fit injuria) หมายความว่า หากรัฐใดรัฐหนึ่งให้ความยินยอมโดยชอบแก่

⁵ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, เล่ม 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น.311.

⁶ ประสิทธิ์ เอกบุตร, "ความรับผิดชอบของรัฐ," ใน หนังสืออาจริยบุชา ศาสตราจารย์ ดร.อรุณ ภาณุพงษ์, จัดพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2550): 93.

⁷ Peter Malanzuk, Countermeasure and Self-defence as circumstances precluding wrongfulness in the International Law Commission's draft articles on State Responsibility, ed. Marina Spinedi and Bruno Simma (New York: Oceana Publications, Inc., 1987), pp.199-200.

การกระทำของรัฐอื่น ซึ่งไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีต่อกัน ไม่ถือว่า รัฐอื่นนั้นกระทำความผิดในทางระหว่างประเทศต่อรัฐที่ให้ความยินยอมโดยชอบ หากการกระทำนั้นอยู่ภายใต้กรอบของความยินยอม แต่การให้ความยินยอมนั้นต้องไม่ขัดต่อกฎหมายบังคับเด็ดขาด (Jus Cogens) เช่น การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) แม้รัฐให้ความยินยอม แต่ก็มิได้ทำให้รัฐที่ได้รับความยินยอมหลุดพ้นจากการกระทำความผิด และความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ

(2) มาตรการตอบโต้การกระทำในทางระหว่างประเทศ (Countermeasures in respect of an internationally wrongful act)

มาตรการตอบโต้เป็นการกระทำตอบโต้ต่อการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายที่เกิดขึ้นก่อนและเป็นการกระทำที่พอสมควร จึงถือว่าการตอบโต้ที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นเหตุให้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบระหว่างประเทศ จากร่างข้อบ่งชี้ได้วางหลักเกณฑ์ของการใช้มาตรการตอบโต้ไว้ดังนี้

ก) การตอบโต้จะต้องมีวัตถุประสงค์ที่มุ่งกระทำให้รัฐที่ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศปฏิบัติตามพันธกรณี

ข) การตอบโต้จะต้องได้สัดส่วนกับความรุนแรงที่ได้รับ

ค) ก่อนใช้มาตรการตอบโต้ต้องแจ้งต่อรัฐที่ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศเสียก่อน เพื่อให้รัฐนั้นยินยอมปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ หากฝ่าฝืนจึงสามารถใช้มาตรการตอบโต้ได้ แต่ไม่ตัดสิทธิรัฐที่จะตอบโต้เพื่อการเยียวยาความเสียหายของตนในกรณีฉุกเฉิน (urgent countermeasures)

ง) มาตรการตอบโต้ไม่อาจกระทำได้ ถ้าการกระทำระหว่างประเทศที่มีชอบด้วยกฎหมายนั้นได้สิ้นสุดลง หรือเมื่อมีการนำดีข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล และคดียังคงอยู่ในชั้นศาล

จ) การกระทำตอบโต้ต้องไม่กระทบต่อพันธกรณีที่สำคัญ อันได้แก่ การงดเว้นจากการคุกคาม หรือการใช้กำลังตามกฎหมายระหว่างประเทศ การเคารพสิทธิมนุษยชนและมนุษยธรรม ในการห้ามแก้แค้น (reprisals) และกฎหมายบังคับเด็ดขาด (jus cogens) อีกทั้งรัฐที่กระทำการตอบโต้ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่ตนมีอยู่ต่อไป และเคารพต่อหลักละเมิดมิได้ในตัวบุคคลและกงสุล และความละเมิดมิได้ในอาคารสถานที่ตั้งและเอกสารทางการทูต

ฉ) การตอบโต้ต้องสิ้นสุดเมื่อรัฐที่ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศได้ปฏิบัติตามพันธกรณีแล้ว

(3) การป้องกันตนเอง (Self-defence)

การใช้มาตรการเพื่อป้องกันตนเอง ต้องสอดคล้องกับมาตรา 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ กฎหมายระหว่างประเทศยอมรับว่า การป้องกันตนเองเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่มีตั้งแต่เริ่มแรกของรัฐ โดยการใช้กำลังเพื่อป้องกันตนเองต้องเป็นกรณีที่รัฐไม่มีวิธีการอื่นใดที่จะยับยั้งการโจมตี หรือการรุกรานรัฐอื่นได้ นอกจากการใช้กำลังแต่เพียงอย่างเดียว โดยต้องได้สัดส่วนกับการโจมตีหรือการรุกรานและต้องกระทำในทันทีที่การโจมตี หรือการรุกรานของรัฐอื่นกำลังดำเนินอยู่ จะอธิบายโดยละเอียดในลำดับต่อไป

2. เกิดจากปัจจัยภายนอก (external factor)

(1) เหตุสุดวิสัย (force majeure)

เหตุสุดวิสัย เป็นเหตุที่ทำให้การกระทำของรัฐไม่เป็นการกระทำความผิดในทางระหว่างประเทศ ต้องเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นโดยอยู่นอกเหนืออำนาจการควบคุมของรัฐและส่งผลให้รัฐต้องกระทำการใดๆ อันเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ เหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของรัฐ ได้แก่ ภัยพิบัติตามธรรมชาติ เช่น น้ำท่วม ภูเขาไฟระเบิด หรือเกิดจากการกระทำของมนุษย์ก็ได้ อีกทั้งรัฐต้องไม่มีส่วนร่วมในการก่อให้เกิดเหตุสุดวิสัยขึ้น

มีอีกคำหนึ่งที่มีความหมายใกล้เคียงกับคำว่า เหตุสุดวิสัย คือคำว่า เหตุการณ์ซึ่งไม่อาจคาดเห็นได้ (fortuitous events) แม้จะเป็นเหตุการณ์หรือการกระทำที่เหนืออำนาจการควบคุมของรัฐเหมือนกัน แต่มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ในกรณีเหตุสุดวิสัย (force majeure) รัฐรู้ล่วงหน้าเมื่อมีเหตุสุดวิสัยเกิดขึ้นนั้น รัฐหรือองค์กรของรัฐได้กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ แต่เหตุที่รัฐหรือองค์กรของรัฐต้องทำเช่นนั้น เพราะไม่สามารถที่จะกระทำการอื่นใดได้อีก จึงต้องกระทำการเช่นนั้น อันเป็นการกระทำที่ไม่สมัครใจหรือจำใจต้องกระทำ

ส่วนเหตุการณ์ซึ่งไม่อาจคาดเห็นได้ (fortuitous events) รัฐหรือองค์กรของรัฐสามารถเลือกที่จะกระทำการอื่นใดที่ไม่เป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศได้ แต่เหตุที่รัฐหรือองค์กรของรัฐเลือกที่จะกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีก็เพราะว่า รัฐนั้นไม่รู้ว่า การกระทำเช่นนั้นเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ⁸

(2) ภาวะจำเป็นฉุกเฉิน (Distress)

ภาวะจำเป็นฉุกเฉิน เป็นเหตุให้รัฐที่กระทำการไปด้วยความจำเป็น เพื่อปกป้องชีวิตของตน หรือของผู้อื่นที่อยู่ในความดูแลของตน การที่อ้างเหตุแห่งภาวะจำเป็นฉุกเฉิน ต้องเป็น

⁸ Yearbook of International Law Commission, Vol.II part one (1979), p.62.

เหตุภาวะจำเป็นฉุกเฉินที่รัฐนั้นมิได้มีส่วนในการก่อให้เกิดขึ้นหรือไม่เป็นภาวะจำเป็นที่ก่อให้เกิดภัยพิบัติที่ร้ายแรงในลักษณะอย่างเดียวกัน หรือที่มีความร้ายแรงกว่า กล่าวคือ การอ้างเหตุภาวะจำเป็นฉุกเฉิน ไม่เป็นเหตุให้รัฐนั้นหลุดพ้นความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศได้

(3) ความจำเป็น (Necessity)

การกระทำของรัฐด้วยเหตุความจำเป็นเกิดขึ้นโดยความสมัครใจ (voluntary) และตั้งใจ (intentional) ที่จะกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งแตกต่างกับเหตุสุดวิสัยตรงที่เหตุสุดวิสัย (force majeure) นั้นเป็นการกระทำที่มีได้เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจ (involuntary) และไม่ได้ตั้งใจ (intentional)

หลักเกณฑ์ในการอ้างเหตุความจำเป็นเพื่อให้มีต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ มีดังนี้

(ก) การกระทำด้วยความจำเป็นเป็นวิธีการเดียวที่สามารถปกป้องประโยชน์ของรัฐจากภัยพิบัติที่ร้ายแรงและใกล้จะถึงได้ (Grave and imminent peril) และ

(ข) การกระทำเช่นนั้น ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์ของรัฐอื่น ซึ่งรัฐที่กระทำด้วยความจำเป็นมีพันธกรณีในทางระหว่างประเทศที่จะต้องเคารพ

แต่เดิมนั้น การใช้มาตรการตอบโต้หรือในขณะนั้น เรียกว่า การแก้แค้น (reprisals) เป็นคำที่ใช้กันอย่างกว้างขวางในการกระทำที่เป็นการแก้แค้น หรือตอบโต้การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐอื่น ซึ่งแต่เดิมมุ่งเน้นไปที่การใช้กำลัง โดยนักกฎหมายระหว่างประเทศได้ให้ความหมายของคำว่า การแก้แค้น (reprisal) ไว้ เช่น Vattel ได้ให้ความหมายว่า การแก้แค้นนั้นเป็นการกระทำ ระหว่างรัฐกับรัฐ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้น เมื่อเห็นว่า ตนเองไม่ได้รับความเป็นธรรม จากการเข้าครอบครองทรัพย์สินของรัฐอื่น การปฏิเสธการชำระหนี้ จนกว่าจะได้รับการตอบแทน รวมทั้งดอกเบี้ยและค่าเสียหาย หรือให้คำมั่น จนเป็นที่พึงพอใจ และ Oppenheim ให้คำจำกัดความว่า การแก้แค้นเป็นมาตรการที่อันตราย และเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของรัฐหนึ่งต่อรัฐอื่นที่อนุญาตให้ทำได้ เพื่อวัตถุประสงค์ให้ปฏิบัติตามจนเป็นที่พึงพอใจ จะเห็นได้ว่า การแก้แค้นนั้นเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการใช้กำลังรัฐ เพื่อบีบบังคับหรือโน้มน้าวให้รัฐที่กระทำผิดแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้น จึงทำให้รัฐมีแนวโน้มที่จะใช้มาตรการแก้แค้นมาเป็นวิธีการแก้แค้น หรือเป็นเหตุผลเพื่อความชอบธรรมตามกฎหมาย อีกทั้งในคดี Naulilaa⁹ อนุญาตตุลาการ ได้ให้ความหมายของการแก้แค้น คือ การกระทำเพื่อช่วยเหลือตัวเอง

⁹ Naulilaa Case (Responsibility of Germany for Damage Caused in the Portuguese Colonies in the South of Africa), UNRIIAA, vol.II (1928).

(self-help) ของรัฐที่ได้รับความเสียหาย หลังจากที่ไม่ได้รับความพึงพอใจ เพื่อตอบสนอง การกระทำที่ขัดต่อกฎหมายแห่งชาติ (law of nations) เป็นสิ่งที่ไม่ชอบกฎหมาย ถ้าการกระทำใน ครั้งก่อนไม่ได้รับเหตุผลสำหรับการกระทำ แต่ในปัจจุบันหลักเกณฑ์การห้ามใช้กำลังตามมาตรา 2 ววรรค 4 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติและปฏิญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ฉันมิตร หรือข้อมติของ สมัชชาใหญ่ที่ 2625 (XXV)¹⁰ ห้ามการกระทำในอันที่จะกระทบต่อสันติภาพและความมั่นคง ระหว่างประเทศ ฉะนั้นการใช้มาตรการแก้แค้น แต่เดิมนั้นถือว่าเป็นสิ่งที่ขัดกับกฎหมายระหว่าง ประเทศในปัจจุบัน

แนวคิดของมาตรการตอบโต้ นั้น มีวัตถุประสงค์ที่จะยุติการกระทำที่มีชอบด้วย กฎหมาย และ มุ่งให้เกิดการระงับข้อพิพาทโดยสันติ หรือการเยียวยาความเสียหายต่อรัฐผู้ได้รับความเสียหาย จึงนำเอาแนวคิดดังกล่าวผนวกไว้ในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ สำหรับการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายในทางระหว่างประเทศ เนื่องด้วยเมื่อรัฐกระทำการอย่าง หนึ่งอย่างใดที่เป็นการละเมิดพันธกรณีหรือกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหาย นั้นมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศในอันที่จะเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยการทำให้ กลับคืนสู่สภาพเดิม (restitution) การใช้ค่าสินไหมทดแทน (compensation) และการทำให้รู้สึกพอใจ (satisfaction) ซึ่งเป็นหลักการทั่วไปในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ การใช้มาตรการ ตอบโต้ นั้นเป็นการกระทำที่ละเมิดกฎหมาย ก่อให้ความรับผิดชอบด้วยเช่นกัน แต่ถือว่าเป็นข้อยกเว้น ของการกระทำผิดหากได้กระทำไปภายใต้เงื่อนไข คือ ต้องได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด (proportionality)

ในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ไม่ได้ให้คำนิยามหรือคำจำกัดความของ มาตรการตอบโต้ว่า คืออะไร แต่บัญญัติว่า “ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐอัน ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีต่อรัฐอื่นเป็นอันหลุดพ้นไป ถ้าการกระทำนั้นเป็น การกระทำตอบโต้รัฐอื่นตามหมวด 2 ของส่วนที่ 3”¹¹ ซึ่งส่วนที่ 3 เป็นเรื่องการบังคับการของ

¹⁰ 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.

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

¹¹ Article 22 Countermeasures in respect of an internationally wrongful act of Draft Article on State Responsibility (2001)

ความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ (The implementation of the International Responsibility of a State) และหมวด 2 เป็นเรื่องมาตรการตอบโต้โดยเห็นว่า มาตรการตอบโต้ เป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย แต่กฎหมายยกเว้นความผิดให้ หากเป็นการกระทำตอบโต้ตามเงื่อนไขในร่าง ข้อบทกำหนดไว้ในส่วนที่ 3 เท่ากับว่า ให้มีมาตรการตอบโต้ได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ ซึ่งมี ที่มาจากคำว่า “มาตรการที่ชอบด้วยกฎหมาย” (measure legitimate) ต่อร์รัฐที่ก่อให้เกิด ความเสียหาย โดยรัฐที่กระทำการในลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศนั้น ย่อม มีความรับผิดชอบ แต่หากการกระทำนั้นเป็นมาตรการที่ชอบด้วยกฎหมายแล้วก็ไม่ต้องรับผิดชอบต่อ การกระทำดังกล่าว จึงมีความพยายามที่จะหาข้อสรุปให้ได้ว่า อย่างไร คือ มาตรการที่ชอบด้วย กฎหมาย จากคดี Naulilaa¹² คดี Cysne¹³ และ คดี Air Service¹⁴ อาจสรุปได้ดังนี้ 1) การใช้ มาตรการนั้นต้องไม่ใช่การใช้กำลัง อาจเป็นมาตรการตอบโต้ในทางเศรษฐกิจ 2) ไม่เป็นการละเมิด กฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) และกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ 3) เป็นมาตรการที่ ได้สัดส่วนกับการกระทำผิด

ในการนี้การใช้มาตรการตอบโต้ที่มีผลกระทบต่อรัฐที่สาม ร่างข้อบทเน้นย้ำถึงขอบเขต การใช้มาตรการตอบโต้ว่า เป็นการตอบโต้ต่อรัฐที่ก่อความเสียหายเท่านั้นจึงชอบด้วยกฎหมาย โดยในร่างข้อบทเน้นย้ำว่า การใช้มาตรการตอบโต้ต่อรัฐที่จะต้องรับผิดชอบ (countermeasures taken against the responsibility State) จึงไม่เกิดความรับผิดชอบของรัฐ เท่ากับว่าผลโดยอ้อม หรือผลที่ตามมาจากการใช้มาตรการตอบโต้ อันอาจจะเกิดผลกระทบต่อรัฐที่สามนั้น ไม่อยู่ใน

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 take against the latter State in accordance with chapter II of Part Three.

¹² Naulilaa Case (Responsibility of Germany for Damage Caused in the Portuguese Colonies in the South of Africa), UNRIIAA, vol.II (1928), para. 1025-1026.

¹³ Cysne Case (Responsibility of Germany for Act Committed Subsequent to 31 July 1914 and Before Portugal Entered into the War, UNRIIAA, Vol.II (1930), p.1035.

¹⁴ Air Service Agreement of 27 March 1946 (United State v. France), UNRIIAA, Vol. XVIII (1979), p.416.

ขอบเขตของร่างข้อบทนี้¹⁵ เหตุผลเพราะในข้อบทมาตราเรื่องมาตรการตอบโต้เป็นพฤติกรรมที่ทำให้รัฐไม่ต้องรับผิดชอบในผลของการกระทำนั้น จากการใช้มาตราดังกล่าว การที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่นที่มีได้มีส่วนเกี่ยวข้องนั้น จึงไม่ใช่เป็นข้อยกเว้นที่จะไม่ต้องรับผิดชอบต่อรัฐที่สามที่มีได้มีส่วนเกี่ยวข้อง สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐที่ใช้มาตรการตอบโต้ถึงรัฐที่สามนั้น เป็นไปตามหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ

คดีที่เกี่ยวข้องกับการตอบโต้ที่มีผลกระทบต่อรัฐที่สาม คือ ในคดี Cysne¹⁶ ในการที่เยอรมันทำลายเรือของโปรตุเกส ชื่อ Cysne ที่กำลังขนส่งสินค้าเถื่อนเข้ามาโดยความตกลงระหว่างอังกฤษกับเยอรมัน ตามปฏิญญาเกี่ยวกับกฎหมายสงครามทางเรือ ค.ศ.1909 หรือ ปฏิญญาลอนดอนห้ามขนส่งสินค้าต้องห้ามโดยเด็ดขาด เยอรมันอ้างว่า เป็นการใช้มาตรการตอบโต้ในขณะนั้นเรียกว่า การแก้แค้น (reprisals) จากการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างอังกฤษกับเยอรมัน และโปรตุเกสเข้าร่วมเป็นฝ่ายเดียวกันกับอังกฤษในสงครามโลกครั้งที่ 2 เท่ากับว่า การกระทำของโปรตุเกสเป็นการละเมิดพันธกรณีด้วย ในคดีนี้ศาลให้ความเห็นว่า การใช้มาตรการตอบโต้หรือการแก้แค้นนั้น อาจเกิดผลกระทบต่อรัฐอื่นที่มีได้เกี่ยวข้องได้ แต่ต้องมิใช่เกิดการกระทำโดยตรงและตั้งใจ เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า โปรตุเกสไม่มีพฤติกรรมที่แสดงถึงความเกี่ยวพันกับอังกฤษ และฝ่ายสัมพันธมิตรในการบรรทุกสินค้า จึงเท่ากับโปรตุเกสเป็นรัฐที่มีได้มีส่วนเกี่ยวข้อง หรือรัฐที่สาม ผลกระทบจากการใช้มาตรการแก้แค้น อาจมีขึ้นต่อรัฐที่สาม ต้องไม่ได้จงใจและมุ่งกระทำโดยตรงต่อรัฐอื่นๆ นั้น ในกรณีนี้เห็นได้ชัดเจนว่า เยอรมันตั้งใจทำลายเรือของโปรตุเกส ซึ่งมีฐานะเป็นรัฐที่สาม การหยิบยกข้ออ้างว่าเป็นการใช้มาตรการแก้แค้น เพื่อมิต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่สามารถอ้างได้

ในคดีนี้ กล่าวแต่เพียงว่า รัฐที่ได้รับความเสียหายจะต้องใช้มาตรการตอบโต้ หรือในคดีเรียกว่า การแก้แค้นโดยต้องพยายามหลีกเลี่ยง หรือจำกัดผลที่จะเกิดขึ้นเท่าที่จะเป็นไปได้ และเห็นว่า ผลกระทบที่มีต่อรัฐที่สามอาจเกิดขึ้นได้ ซึ่งต้องเป็นผลกระทบโดยอ้อม (indirect) และไม่ได้มีเจตนา (unintention) แต่มิได้กล่าวถึง การใช้มาตรการตอบโต้ที่มีผลกระทบต่อรัฐที่สามภายใต้เงื่อนไขดังกล่าวแล้วนั้น รัฐที่ใช้มาตรการตอบโต้ยังคงมีความผิดต่อรัฐที่สามด้วยหรือไม่

¹⁵ Yearbook of International Law Commission, Document A /56/10 (2001), pp. 327-328.

¹⁶ Cysne Case (Responsibility of Germany for Act Committed Subsequent to 31 July 1914 and Before Portugal Entered into the War, UNRIIAA, Vol.II (1930).

ในประเด็นดังกล่าว ร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐ กล่าวถึงในเรื่อง การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐที่สาม ซึ่งจะกล่าวโดยละเอียดในบทต่อไป

เช่นนี้ ขอบเขตการใช้มาตรการตอบโต้ นั้น รัฐที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนพันธกรณี หรือกฎหมายระหว่างประเทศ ใช้มาตรการเพื่อตอบโต้การกระทำที่มีขอบนั้น โดยตรงต่อรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายเท่านั้น และสอดคล้องกับหลักการสำคัญภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

ในงานเขียนต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับวิธีการตอบโต้ โดยมากมักใช้คำว่า มาตรการลงโทษ (sanction) หรือปฏิกิริยาตอบโต้ (reaction) ต่อการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ ในอดีตคำว่า มาตรการตอบโต้ มักใช้คำว่า มาตรการแก้เผ็ดที่ชอบด้วยกฎหมาย (legitimate reprisals) หรือมาตรการ self-protection หรือ การช่วยเหลือตนเอง (self-help)

การช่วยเหลือตนเอง (self-help) เป็นมาตรการที่มีตั้งแต่แรกเริ่มในประวัติศาสตร์ของมนุษยชาติ เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศไม่มีสภาพบังคับและไม่มีหน่วยงานกลางที่ทำหน้าที่บังคับให้รัฐปฏิบัติตามกฎหมาย ดังเช่นกฎหมายภายใน รัฐจึงเป็นทั้งผู้ใช้กฎหมายและบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายด้วย แนวคิดการช่วยเหลือตนเอง (self-help) มีที่มาจากการยุติความขัดแย้งและการบังคับให้รัฐอื่นปฏิบัติตามกฎหมาย ได้มีการกล่าวอ้างถึงการใช้มาตรการช่วยเหลือตนเองในคดี Corfu Channel¹⁷ ระหว่างอังกฤษกับอัลบาเนีย โดยอังกฤษอ้างว่า การใช้สิทธิผ่านช่องแคบระหว่างของอังกฤษ เพื่อเป็นการทดสอบสิทธิการผ่านโดยสุจริตในช่องแคบดังกล่าว และเป็นการประกันเสรีภาพของตนเอง ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่า ไม่ใช่การใช้มาตรการป้องกันตนเอง เพราะการกระทำของอังกฤษไม่ได้เป็นเพียงแต่การทดสอบอัลบาเนียในเรื่องการให้สิทธิผ่านโดยสุจริตแต่อย่างเดียว แต่เป็นการแสดงถึงการงดเว้นการใช้กำลังต่อเรือที่กำลังผ่านไป และ การอ้างเป็นการช่วยเหลือตนเองเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย ในปัจจุบันมาตรการช่วยเหลือตนเองจำกัดเฉพาะการตอบโต้ต่อการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนี้ มาตรการช่วยเหลือตนเองที่ในอดีตเป็นการใช้กำลังทางอาวุธเพื่อข่มขู่บังคับนั้น ถือว่า เป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ขัดกับหลักการห้ามใช้กำลังอันเป็นหลักการสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศ

จากแนวคิดเรื่อง มาตรการช่วยเหลือตนเอง (self-help) ได้พัฒนาเป็นหลากหลาย มาตรการในการตอบโต้การกระทำที่ละเมิดพันธกรณี หรือกฎหมายระหว่างประเทศ อันได้แก่

¹⁷ Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Judgment, ICJ.Report (1949).

มาตรการลงโทษ (sanction) การแก้แค้น (reprisal) การโต้ตอบ (retorsion) มาตรการต่างตอบแทน (reciprocal measure)

มาตรการลงโทษ (sanction) หมายถึง มาตรการที่เป็นปฏิกิริยาตอบโต้ที่เกิดจากคำวินิจฉัยขององค์การระหว่างประเทศ สำหรับกรณีที่เป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงอันกระทบต่อประชาคมระหว่างประเทศทั้งปวง และเป็นมาตรการที่อยู่ภายใต้อำนาจขององค์การสหประชาชาติ ตามกฎบัตรสหประชาชาติในการรักษาสันติภาพและความมั่นคง¹⁸ ซึ่งในหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ไม่ได้ใช้คำว่า มาตรการลงโทษ (sanction) แต่ใช้คำว่า มาตรการ(measure) และคำว่ามาตรการลงโทษ เป็นคำที่ใช้กลางๆ ไม่ได้เจาะจงว่าเป็นวิธีการใดเป็นพิเศษอาจอยู่ในรูปแบบของการโต้ตอบ (retorsion) การป้องกันตนเอง (self-defence) หรือ มาตรการตอบโต้ทางเศรษฐกิจอื่นใด

การใช้มาตรการลงโทษ เป็นข้อยกเว้นของหลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ กล่าวคือ ในหมวด 7 ว่าด้วยการดำเนินการเกี่ยวกับการคุกคามต่อสันติภาพ การละเมิดสันติภาพและการกระทำการรุกราน ให้อำนาจแก่คณะมนตรีความมั่นคงในการดำเนินการที่เป็นการใช้กำลัง และรวมถึงการแสดงแสนยานุภาพ การปิดล้อมและการปฏิบัติการอย่างอื่นของรัฐสมาชิกขององค์การ¹⁹ แนวโน้มของการใช้มาตรการลงโทษขยายขอบเขตไปถึงเรื่อง “ผลประโยชน์ทั่วไป” (general interest) ดังเช่น กรณีการวางระเบิดในสถานบันเทิง เป็นเหตุให้นักท่องเที่ยวเสียชีวิตเป็นจำนวนมาก และในจำนวนนั้นรวมถึงผู้ให้บริการชาวอเมริกัน 2 คน สหรัฐอเมริกาอ้างว่า เป็นการก่อการร้าย โดยมีมติให้มีการสนับสนุนอยู่เบื้องหลัง

¹⁸ Yearbook of International Law Commission (1979), p.121 see also Roberto Ago, Eight Report on State Responsibility, Document A/CN.4/318 (1979), Yearbook of International Law Commission (1979), James Crawford, Fourth report on state responsibility, Document A/CN.4/517, Yearbook of International law commission, (2001).

¹⁹ Article 42 of Charter of United Nations

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

และได้โจมตีทางอากาศต่อลิเบีย อีกทั้งนำเรื่องเข้าสู่ที่ประชุมของนาโต้ (NATO) และที่ประชุมของสหประชาชาติ ในประเด็นการต่อต้านการก่อการร้ายว่า การก่อการร้ายเป็นเรื่องที่กระทบต่อทุกรัฐ ไม่เฉพาะรัฐใดรัฐหนึ่ง ทุกรัฐ จึงควรร่วมกันต่อต้านการกระทำดังกล่าว ทำให้หลายรัฐ เช่น อเมริกาได้ ญี่ปุ่น สหภาพยุโรปมีมติเพื่อลงโทษต่อการกระทำของลิเบียโดยการใช้มาตรการตอบโต้ทางเศรษฐกิจ²⁰

ส่วนการแก้แค้น (reprisal) เป็นรูปแบบหนึ่งของมาตรการช่วยเหลือตนเอง (self-help) เป็นมาตรการเพื่อการแก้แค้นและลงโทษต่อการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เดิมเปิดโอกาสให้เอกชนมีอำนาจในการใช้มาตรการแก้แค้นได้ แต่การกระทำดังกล่าวนำไปสู่สงครามและความขัดแย้งได้โดยง่าย เพราะการใช้มาตรการแก้แค้นกระทำไปเพื่อกลั่นแกล้งกันมากกว่าและจากความหมายดั้งเดิมนั้น การแก้แค้นมองว่าเป็นมาตรการที่มุ่งไปในเรื่องการใช้กำลังทางอาวุธ การแก้แค้นนี้อยู่ในความหมายของการใช้กำลังเพื่อตอบโต้ของรัฐคู่สงคราม²¹ หรือกฎหมายว่าด้วยการขัดกันทางทหาร

แต่ในปัจจุบัน การแก้แค้นมีความหมายที่กว้างกว่าเดิม กล่าวคือ ไม่เฉพาะแต่การใช้กำลัง แต่หมายถึง การแก้แค้นที่ไม่ใช่การใช้กำลัง (non-forceful reprisal) มองว่าเป็นมาตรการหนึ่งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการให้ความคุ้มครอง การชดเชย การปฏิบัติตาม การบังคับใช้ และการลงโทษ อีกทั้งการแก้แค้นนั้นถือเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการตอบโต้²²

ในขณะที่มาตรการโต้ตอบ (retorsion) เป็นการแสดงออกถึงความไม่พอใจต่อการกระทำของรัฐอื่น เช่น การห้ามหรือการจำกัดความสัมพันธ์ทางการทูตในระดับปกติ การยุติการให้ความช่วยเหลือ มาตรการโต้ตอบนี้ (retorsion) ไม่ได้มีความหมายรวมอยู่ในความหมายของมาตรการตอบโต้ (countermeasure) เพราะมิได้ก่อให้เกิดพันธกรณีอย่างหนึ่งอย่างใดขึ้น เป็นเพียงแสดงให้เห็นถึงความไม่พอใจเท่านั้น

²⁰ Margaret Doxey, "International Sanctions in Recent State Practice : Trends and Problems," in Contemporary Problems of Internal Law : Essays in honour of Georg Schwarzenberger on His Eightieth Birthday (London: Steven&Son Limited,1988), pp.53-69.

²¹ James Crawford. Fourth report on state responsibility, Document A/CN.4/517, Yearbook of International Law Commission (2001).

²² Math Noortmann, Enforcing International Law: from Self-Help to Self-Contained Regimes (Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2005), p.38.

มาตรการต่างตอบแทน (reciprocal measure) นั้นเป็นรูปแบบหนึ่งของการช่วยเหลือตนเอง หมายถึง มาตรการตอบโต้ที่เกี่ยวข้องกับการยุติการกระทำตามพันธกรณีต่อรัฐที่ต้องรับผิดชอบ ในกรณีที่มีความเกี่ยวเนื่องกันโดยตรงกับการละเมิดพันธกรณี โดยจำกัดเฉพาะวิธีการอย่างเดียวกัน²³ กล่าวคือ เป็นการใช้บังคับโดยตรงต่อความสัมพันธ์ในสนธิสัญญา และสามารถนำไปบังคับใช้ได้กับทุกสนธิสัญญาที่เป็นกำหนดยุติและหน้าที่ระหว่างกันในลักษณะต่างตอบแทนซึ่งกันและกัน แต่ลักษณะต่างตอบแทนดังกล่าว ไม่รวมไปถึงกรณีการให้ความคุ้มครองในสิทธิมนุษยชน หรือกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ในร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ไม่ได้แบ่งแยกระหว่างมาตรการตอบโต้กับมาตรการต่างตอบแทนกันไว้ โดยถือรวมว่าเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการตอบโต้ ซึ่งใช้คำว่ามาตรการตอบโต้ในลักษณะต่างตอบแทน (reciprocal countermeasure)

จึงสรุปได้ว่า มาตรการตอบโต้ หมายถึง การกระทำของรัฐเพื่อตอบโต้การกระทำอันเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ รวมทั้งวางหลักเกณฑ์ความชอบด้วยกฎหมายของการใช้มาตรการตอบโต้ว่า การใช้มาตรการตอบโต้ต้องได้สัดส่วนและจำเป็น²⁴ แต่มีข้อพิจารณาว่า มาตรการตอบโต้ตามร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ เป็นเพียงการจูงใจให้ปฏิบัติตามพันธกรณีตามส่วนที่ 2 ที่ว่าด้วยสาระของความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศของรัฐ (Content of International Responsibility of a State) แต่ไม่ใช่เพื่อการช่วยเหลือตนเอง (self-help) หรือเป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษ (punitive damage) แท้จริงแล้ว มาตรการตอบโต้ตามร่างข้อบ่งชี้เป็นการนำเอาหลักการที่มีในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยมีที่มาจากการช่วยเหลือตนเอง (self-help) เพื่อหลีกเลี่ยงความสับสนระหว่างคำว่า การช่วยเหลือตนเอง (self-help) การแก้แค้นที่เป็นการใช้กำลัง (armed reprisal) จึงใช้คำว่ามาตรการตอบโต้ (countermeasure) แทน นอกจากเป็นการแบ่งแยกให้เห็นความชัดเจนถึงขอบเขตของการใช้มาตรการที่ไม่ใช่เป็นการใช้กำลัง และเน้นย้ำว่าเป็นการกระทำของรัฐ (act of state) ต่อการกระทำที่เป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ยิ่งกว่านั้น ยังถือว่าเป็นพฤติกรรมที่ไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐอีกด้วย

²³ Commentary of International law commission ,Document A/CN.4/517, 2001, p.326.

²⁴ คดีข้อตกลงเกี่ยวกับการบริการทางการบิน (Air Service Agreement Case, United State v. France, UNRIAA, Vol. XVIII (1979)).

2.2 เปรียบเทียบมาตรการตอบโต้กับมาตรการอื่น

มาตรการตอบโต้มีลักษณะคล้ายกับมาตรการอื่นในลักษณะที่เป็นการกระทำเพื่อตอบโต้การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันได้แก่ การโต้ตอบ (retorsion) และการป้องกันตัวเอง (self-defence) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ความเหมือนและความต่างกันในบางประการ

2.2.1 มาตรการโต้ตอบ (retorsion)

กล่าวถึง หลักการของมาตรการโต้ตอบ (retorsion) และเปรียบเทียบมาตรการดังกล่าวกับมาตรการตอบโต้ (countermeasure)

(ก) หลักการของมาตรการโต้ตอบ (retorsion)

เป็นการแสดงความไม่เป็นมิตร (unfriendly act) เพื่อตอบโต้การกระทำ หรือการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศของรัฐอื่น นักกฎหมายอย่าง Oppenheim ได้ให้ความหมายของมาตรการโต้ตอบ (retorsion) ว่า เป็นการแก้แค้นต่อการกระทำที่ไม่มีมารยาท ไร้ความปราณีหรือไม่ยุติธรรมและไม่เท่าเทียมกัน โดยการกระทำอย่างเดียวกัน ซึ่งการใช้มาตรการดังกล่าวนั้นต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตดังนี้ จึงถือว่าเป็นการแสดงออกซึ่งความไม่พอใจที่ชอบด้วยกฎหมาย²⁵ กล่าวคือ 1) การแสดงออกซึ่งความไม่พอใจไม่ว่าโดยวิธีการใดนั้น มาตรการดังกล่าวต้องไม่เป็นอันตรายต่อสันติภาพ และความมั่นคงของระหว่างประเทศหรือความยุติธรรม คือ ต้องไม่ละเมิดมาตรา 2 วรรค 3 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ 2) ต้องได้สัดส่วนและมีผลเท่ากันกับการได้รับความเสียหาย และ 3) ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งสอดคล้องกับกรณีเรือ Rainbow Warrior ระหว่างนิวซีแลนด์กับฝรั่งเศสที่มีตัวชี้ขาดว่า รัฐที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย ห้ามใช้มาตรการโต้ตอบ (retorsion) เพื่อข่มขู่รัฐอื่นที่มีได้มีเหตุผลอันเหมาะสม (justified cause) โดยแสดงความไม่เป็นมิตร (unfriendly act) ที่นำมาใช้นั้นต้องไม่ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ และมีลักษณะในเชิงสังคมมากกว่าที่เป็นกฎหมาย ซึ่งเป็นการบังคับให้มีผลทางกฎหมาย วิธีการของการแสดงความไม่เป็นมิตร นอกจากในเรื่องที่เกี่ยวข้องในทางทหาร เช่น การจำกัดการเดินทางของผู้แทนทางการทูต การเรียกตัวทูตกลับ ยังอาจเป็นการเพิกถอนการให้ความยินยอมที่เกี่ยวข้องกับภาษี การจำกัดการแลกเปลี่ยนเงินตราของคนต่างด้าว (foreignships) หรือบทบัญญัติในกฎหมายภายในต่อคนต่างด้าว ในทางที่เป็นการแสดงความไม่เป็นมิตร การยุติการให้ความช่วยเหลือ

²⁵ Math Noortmann, *supra* note 22, p.43.

มาตรการโต้ตอบ (retorsion) นั้น แม้ไม่ใช่มาตรการที่ระบุไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ ดังเช่นการป้องกันตัวเอง (self-defence) แต่เป็นมาตรการที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าเป็นมาตรการที่มีความสำคัญมากกว่ามาตรการอื่นๆ เพราะก่อให้เกิดผลที่ชัดเจน อีกทั้งมีบทบาทที่สำคัญและจำเป็นในระบบกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐในการป้องกันและตอบโต้การละเมิดกฎหมาย แต่ได้ตั้งข้อสังเกตว่า การใช้มาตรการโต้ตอบอาจเป็นการทำลายวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาฉบับนั้นๆ ได้ เพราะการใช้มาตรการโต้ตอบด้วยการยุติสนธิสัญญายังคงมีความคลุมเครืออยู่ระหว่างมาตรการโต้ตอบกับมาตรการฝ่ายเดียวอื่นๆ ในกรณีการยุติการให้ความช่วยเหลือทางเศรษฐกิจที่เป็นการให้โดยฝ่ายเดียว และโดยสมัครใจนั้น จะต้องไม่กระทบต่อวัตถุประสงค์และเป้าหมายของสนธิสัญญา ถึงแม้การยุติการให้ความช่วยเหลือซึ่งเป็นการกระทำฝ่ายเดียวก็ตาม การใช้มาตรการแสดงความไม่เป็นมิตรต้องไม่กระทบต่อสาระสำคัญของสนธิสัญญา

(ข) เปรียบเทียบมาตรการโต้ตอบ (retorsion) กับมาตรการตอบโต้ (countermeasure)

เมื่อเปรียบเทียบวิธีการการโต้ตอบ (retorsion) กับมาตรการตอบโต้ นั้นมีลักษณะที่เหมือนกัน คือ กับมาตรการตอบโต้การกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย แต่มีความแตกต่างกันตรงที่การแสดงความไม่เป็นมิตร เป็นเพียงการแสดงออกถึงความไม่พอใจต่อการกระทำของรัฐอื่น ในขณะที่การใช้มาตรการตอบโต้ เป็นการตอบโต้ต่อการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ให้ยุติการกระทำที่ไม่ชอบนั้น และเยี่ยงความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า การแสดงความไม่เป็นมิตรถือเป็นการลงโทษในเชิงสังคม ในขณะที่การใช้มาตรการตอบโต้เป็นการลงโทษเชิงกฎหมาย²⁶

ปัจจุบัน มาตรการแสดงความไม่เป็นมิตรยังคงมีความสำคัญในที่ว่า เป็นการแสดงซึ่งความไม่พอใจของรัฐในเบื้องต้น เพื่อให้รัฐที่กระทำการอันเป็นการละเมิดพันธกรณีทราบและยุติการกระทำนั้น และมาตรการดังกล่าวยังช่วยลดการเผชิญหน้าหรือการใช้ความรุนแรงโดยทันที อย่างไรก็ตาม การใช้มาตรการแสดงความไม่เป็นมิตรนั้นต้องเคารพหลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่มาตรการดังกล่าวไม่ได้อยู่ในความหมายของมาตรการตอบโต้ตามร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ เพราะการใช้มาตรการแสดงความไม่เป็นมิตรไม่ได้เกิดจากการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ แต่เป็นเพียงการแสดงออกถึงความไม่พอใจเท่านั้น

²⁶ Rudolf Bernard, "State Responsibility," Encyclopedia of Public International Law, Vol.10 (1987), p.371.

2.2.2 การป้องกันตนเอง (self-defence)

กล่าวถึง หลักการของการป้องกันตนเอง (self-defence) และเปรียบเทียบกับมาตรการดังกล่าวนี้กับมาตรการตอบโต้ (countermeasure)

(ก) หลักการของการป้องกันตนเอง (self-defence)

การป้องกันตนเอง เป็นสิทธิที่ได้รับการยอมรับมาตั้งแต่อดีต จนกลายเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และในกฎบัตรสหประชาชาติให้การยอมรับการกำลังได้ ในลักษณะการใช้สิทธิป้องกันตนเองของรัฐในฐานะที่เป็นข้อยกเว้นของหลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ²⁷ เป็นการกำหนดกรอบของการใช้สิทธิป้องกันตนเองของรัฐไว้ หากกระทำการนอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ ถือว่าเป็นการใช้สิทธิป้องกันตนเองที่มีชอบ และขัดกับหลักการห้ามใช้กำลังอันเป็นหลักการที่เป็นหัวใจของกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1) สิทธิการป้องกันตนเองเป็นสิทธิตามธรรมชาติของรัฐ (inherent right)

ถ้อยคำที่ว่า “สิทธิตามธรรมชาติ” (inherent right) เป็นเพียงการรับรองสิทธิป้องกันตนเองที่มีอยู่ตามธรรมชาติ การที่มาตรา 51 กำหนดเงื่อนไขในการใช้กำลังเพื่อป้องกันตนเองหมายความว่า สิทธิในการป้องกันตนเองไม่ใช่สิทธิโดยอัตโนมัติที่รัฐสามารถกระทำได้อย่างอิสระแต่ยอมรับให้รัฐสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้โดยชอบ และไม่ขัดกับหลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ดี การใช้สิทธิป้องกันตนเองของประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกของสหประชาชาติผูกพันหลักการป้องกันตนเองในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่ไม่รวมถึงข้อจำกัดในการใช้สิทธิ ป้องกันตนเองที่เพิ่มขึ้นจากหลักเกณฑ์ การใช้สิทธิป้องกันตนเองที่มีอยู่ตามจารีต

²⁷ Article 51 of Charter of United Nations

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

ประเพณีระหว่างประเทศ คือรัฐที่มีใช้สมาชิกสหประชาชาติ สามารถใช้สิทธิป้องกันตนเองในกรณีที่มีความจำเป็นอันยิ่งยวด (necessity) โดยการใช้กำลังเพื่อป้องกันตนเอง ต้องได้สัดส่วนกับการโจมตี (proportionality) เป็นไปโดยฉับพลันไม่รีรอ (immediacy) และไม่มีทางเลือกอื่นใช้วิธีการอื่นได้อีก

2) สิทธิป้องกันตนเองต้องใช้ในกรณีที่มีความจำเป็นยิ่งยวด (necessity) ได้สัดส่วนกับการโจมตี (proportionality) และเป็นไปโดยฉับพลันไม่รีรอ (immediacy)

การป้องกันตนเองต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็นยิ่งยวด (necessity) กล่าวคือ ไม่มีเวลาที่จะเจรจาหรือ ไม่มีทางระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี หรือวิธีการอื่นใดที่จะยับยั้งการโจมตีนั้น นอกจากการใช้กำลัง หากมีระยะเวลาเพียงพอที่จะเจรจาหรือ และสามารถใช้มาตรการระงับข้อพิพาทหรือมาตรการอื่นใด เพื่อยับยั้งการโจมตีด้วยสันติ รัฐต้องใช้วิธีการระงับข้อพิพาทด้วยสันติเสียก่อน แต่หากปรากฏว่า มาตรการดังกล่าวไม่ได้ผล หรือเป็นไปไม่ได้ จึงถือว่ารัฐมีความจำเป็นยิ่งยวดที่จะใช้สิทธิป้องกันตนเอง ในบางกรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า ไม่มีเวลาเจรจาหรือกันแล้ว แม้จะยังไม่ได้มีการใช้มาตรการสันติวิธีเพื่อระงับยับยั้งการโจมตีก็ตาม ก็ถือว่ามีความจำเป็นยิ่งยวดแล้ว การใช้สิทธิป้องกันตนเองในกรณีดังกล่าวย่อมถือว่าใช้สิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ในการกำหนดหลักเกณฑ์ว่า กรณีใดที่ถือว่ามีความจำเป็นอย่างยิ่งยวดโดยชัดเจนแน่นอนเป็นไปได้ยาก เพราะอาจไม่เหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณี ในการพิจารณาว่า กรณีใดมีความจำเป็นยิ่งยวด ต้องคำนึงถึงสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในขณะนั้นเป็นปัจจัยหลัก เพราะเป็นดุลพินิจของรัฐที่จะพิจารณาถึงความเหมาะสมและจังหวะเวลาในการตัดสินใจใช้กำลังเพื่อป้องกันตนเอง²⁸

นอกจากนี้แล้ว การใช้กำลังของรัฐเพื่อการป้องกันตนเองต้องได้สัดส่วนกับการโจมตี (proportionality) กล่าวคือ รัฐใช้สิทธิป้องกันตนเองเพื่อหยุดหรือยับยั้งการโจมตีและป้องกันมิให้สถานการณ์เสื่อมทรามเลวร้ายลงไปอีก²⁹ โดยมีได้มุ่งหมายเพื่อการแก้แค้นหรือลงโทษ และไม่จำเป็นต้องเป็นรูปแบบเดียวกันหรือการใช้อาวุธอย่างเดียวกัน และก่อให้เกิดผลเสียหายเท่ากันกับ

²⁸ see Case concerning the Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United State of America), Judgment (Merit), 1986, para. 176, 237.

²⁹ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น.522-523.

การโจมตี³⁰ อีกทั้ง การป้องกันตนเองต้องเป็นโดยฉับพลัน และไม่รีรอ (Immediary) เพื่อป้องกันการกล่าวอ้างของรัฐในการใช้กำลังป้องกันตนเองเพื่อรุกรานรัฐอื่น หลังจากการโจมตีได้สิ้นสุดลงไปแล้ว³¹

3) การป้องกันตนเองสามารถกระทำได้ต่อเมื่อมีการโจมตีด้วยกำลังทางอาวุธเกิดขึ้น (Armed attack occurs)

ในมาตรา 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ใช้คำว่า “ถ้าการโจมตีด้วยกำลังอาวุธเกิดขึ้น” (if an armed attack occurs) มีความไม่ชัดเจนของตัวบท จึงทำให้เกิดปัญหาในการตีความอย่างมากว่า เมื่อใดจึงถือว่า เกิดการโจมตีด้วยกำลังอาวุธ เพราะการโจมตีด้วยกำลังทางอาวุธนั้น ถือเป็นเงื่อนไขสำคัญที่ก่อให้เกิดสิทธิป้องกันตนเองของรัฐที่ถูกโจมตี เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในกฎบัตรสหประชาชาติ ถ้อยคำตามมาตรา 51 ที่ว่า “การโจมตีด้วยกำลังทางอาวุธ” (armed attack) มีความหมายแคบกว่าถ้อยคำในมาตรา 2 วรรค 4 ที่ว่า “การคุกคามหรือการใช้กำลัง” (threat or use of force) กล่าวคือ ตามมาตรา 51 จำกัดเฉพาะกรณีการโจมตีด้วยกำลังทางอาวุธเท่านั้น ที่อนุญาตให้รัฐใช้สิทธิเพื่อป้องกันตนเองได้ ในคดีนิคารากัว (Nicaragua Case)³² ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้ความเห็นว่า การที่สหรัฐอเมริกากล่าวอ้างถึงการใช้สิทธิป้องกันตนเองร่วมกัน (collective self-defence) นั้นไม่ปรากฏว่ามีการโจมตีด้วยกำลังทางอาวุธแต่อย่างใด เช่นนี้ สหรัฐอเมริกาจึงไม่มีสิทธิป้องกันตนเอง อีกทั้ง การโจมตีด้วยกำลังทางอาวุธที่ก่อให้เกิดรัฐผู้ถูกโจมตีมีสิทธิป้องกันตนเอง ต้องเป็นการโจมตีที่มีความร้ายแรง

แม้กฎบัตรสหประชาชาติ ให้การยอมรับให้รัฐสามารถการใช้สิทธิป้องกันตนเองได้ แต่ไม่ใช่ว่ารัฐสามารถใช้สิทธิป้องกันดังกล่าวได้ตามอำเภอใจ หากต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามมาตรา 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ เช่นกัน อย่างไรก็ตามถ้อยคำในบทบัญญัติดังกล่าว

³⁰ ในคดีความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อาวุธนิวเคลียร์ ศาลมีความเห็นว่า “หลักการได้สัดส่วนนั้นไม่รวมถึงการใช้อาวุธนิวเคลียร์ในการป้องกันตนเองในทุกสถานการณ์ แต่เป็นการใช้เพื่อความชอบธรรม โดยคำนึงถึงหลักเกณฑ์ที่ใช้ขณะเกิดการขัดกันทางอาวุธ อันได้แก่ หลักการและกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายมนุษยธรรม, Peter Malanczuk, Akehurst's Modern Introduction to International Law, (London: Routledge, 1997), p.316-317.

³¹ Peter Malanczuk, *Ibid*, p.316-317.

³² Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United State of America), Judgment (merit), ICJ.Report (1986), para. 211.

ยังมีความไม่ชัดเจนอยู่มาก ทำให้รัฐตีความเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์แก่ตนเอง ดังเช่น การป้องกันตนเองล่วงหน้า (anticipatory self-defence หรือ pre-emptive strike) ว่าเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่

(ข) เปรียบเทียบการป้องกันตนเอง (self-defence) กับมาตรการตอบโต้ (countermeasure)

โดยทั่วไปแล้วอาจมองได้ว่า การป้องกันตนเองกับมาตรการตอบโต้มีลักษณะเหมือนกัน คือ เป็นการใช้สิทธิเพื่อตอบโต้การกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายในครั้งก่อน แต่เมื่อพิจารณาจากการเกิดสิทธิของมาตรการทั้งสองนั้นมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ สิทธิในการป้องกันตนเองถือเป็นสิทธิตามธรรมชาติ (inherent right) ที่มีติดตัวรัฐ เพื่อป้องกันตนเองจากการโจมตีซึ่งได้รับรองไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ ในขณะที่มาตรการตอบโต้เป็นสิทธิในการเรียกร้องให้รัฐที่ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น และเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น

อีกทั้งการป้องกันตนเองนั้น จำกัดไว้เฉพาะกรณีที่เกิดการโจมตีด้วยกำลังอาวุธเท่านั้น และต้องเป็นการโจมตีที่มีความรุนแรง จึงสามารถอ้างสิทธิในการป้องกันตนเองโดยชอบด้วยกฎหมายได้ ส่วนกรณีมาตรการตอบโต้ นั้นไม่จำเป็นเฉพาะแต่กรณีที่เกิดการโจมตีด้วยกำลังทางอาวุธเพียงอย่างเดียว แต่เป็นการตอบโต้การกระทำที่ฝ่าฝืนหรือพันกรณีระหว่างประเทศ หรือหลักกฎหมายระหว่างประเทศ³³ จึงสามารถใช้มาตรการตอบโต้ได้ อาจกล่าวได้ว่า มาตรการตอบโต้ นั้นเป็นการตอบโต้ต่อการกระทำของรัฐในหลายรูปแบบของการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายโดยรัฐอื่นๆ ส่วนการป้องกันตนเองเป็นการตอบโต้โดยรัฐด้วยการใช้กำลังต่อการกระทำที่เป็นการใช้กำลังที่มีชอบด้วยกฎหมายโดยรัฐอื่นๆ ส่วนการป้องกันตนเองเป็นการตอบโต้โดยรัฐด้วยการใช้กำลังต่อการกระทำที่เป็นการใช้กำลังที่มีชอบด้วยกฎหมายของรัฐอื่น³⁴

ถึงแม้ว่ามาตรการตอบโต้ไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งถึงความชอบด้วยกฎหมายของการใช้มาตรการตอบโต้ดังเช่นการป้องกันตนเอง แต่มีได้หมายความว่า การใช้มาตรการตอบโต้ นั้นเป็นสิ่งที่มิชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ แต่เหตุที่ไม่ได้บัญญัติไว้ เนื่องจากแต่เดิมการใช้มาตรการตอบโต้ หรือในอดีตนั้นคือ การแก้แค้น (reprisal) นั่นถือว่าเป็นมาตรการที่ใช้กำลังมีวัตถุประสงค์เพื่อการแก้แค้น ต่อรัฐที่กระทำผิด มากกว่าการยับยั้งการกระทำผิด และเหตุที่

³³ Jame Crawford, Commentary of International Law Commission, Document A/56/10.

³⁴ Jagota, *supra* note 2, p.271.

การแก้เผ็ดเป็นการใช้กำลัง ดังนั้น ก็อาจนำไปสู่ความขัดแย้งในระดับรุนแรงขึ้น จนกระทั่งเป็นการทำสงคราม ซึ่งในปัจจุบัน แนวคิดเดียวกับการ แก้เผ็ด ได้ถูกพัฒนามาเป็นมาตรการตอบโต้ ที่เป็นการกระทำเพื่อยุติการกระทำ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในครั้งก่อน และเรียกร้องให้รัฐที่ก่อความเสียหายนั้นเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งอยู่ในระบอบของความรับผิดชอบของรัฐ ในส่วนที่บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย

แม้ว่าโดยทางทฤษฎี การตอบโต้ด้วยกำลังทางทหารจะต่างจากการป้องกันตัว ตรงที่การตอบโต้ไม่จำเป็นต้องเกี่ยวพันโดยตรงกับการละเมิด เช่น ไม่จำเป็นต้องมุ่งกระทำต่อตัวรัฐผู้ละเมิดกฎหมาย แต่ในทางปฏิบัติรัฐมักจะอ้างว่า เป็นการป้องกันตัวโดยมิได้คำนึงถึงความแตกต่างดังกล่าว ดังเช่น สหรัฐอเมริกาอ้างการป้องกันตัวในคณะมนตรีความมั่นคง สำหรับการกระทำตอบโต้ต่อความพยายามในการลอบสังหารประธานาธิบดีจอร์จ บุช กรณีนี้นี้ทำให้แนวความคิดในเรื่องการป้องกันตัว มีขอบเขตที่ยืดหยุ่นมากกว่าที่ควรจะเป็น³⁵

แม้ทั้งสองมาตรการนี้เป็นสิ่งที่ยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ต้องกระทำไปภายใต้เงื่อนไขของการได้สัดส่วนระหว่างการกระทำผิดหรือการโจมตีกับการกระทำตอบโต้ หรือการป้องกันตนเอง มีความจำเป็นและโดยทันที อีกทั้งต้องไม่เป็นมาตรการที่เป็นการใช้กำลังทางทหาร อันเป็นการขัดกับหลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

3. ลักษณะพิเศษของมาตรการตอบโต้ภายใต้ร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐ อันเกิดจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ

เนื่องจากมาตรการตอบโต้เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้บ่อยและมีแนวโน้มทำให้เกิดความขัดแย้งที่รุนแรงขึ้นได้ โดยร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐฯ ในบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับมาตรการตอบโต้นั้นเห็นว่า การระงับข้อพิพาทมีความจำเป็นอย่างยิ่ง เพื่อต้องการให้เกิดระบบที่สมดุลระหว่างรัฐผู้เสียหายที่มีสิทธิใช้มาตรการตอบโต้กับรัฐที่กระทำความเสียหายที่เกิดความรับผิดชอบขึ้น และใช้มาตรการตอบโต้เป็นหนทางในการแก้ปัญหา ในการร่างข้อบ่งชี้ นั้น ผู้รายงานพิเศษที่มีความมุ่งหมายให้มีกระบวนการระงับข้อพิพาทก่อนการใช้มาตรการตอบโต้ เพื่อป้องกันมิให้ใช้ความรุนแรงต่อกันในทันที โดยใช้มาตรการตอบโต้เป็นข้ออ้างของการใช้ความรุนแรงต่อกัน และมีให้ใช้มาตรการที่รุนแรงเกินสมควร

³⁵ จตุรนต์ ภิระวัฒน์ , อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29, น.518.

อีกทั้งในการร่างข้อบทมาตรานั้น มิใช่เพียงแต่นำเอาจารีตประเพณีระหว่างประเทศทางปฏิบัติของรัฐ หรือแนวคำพิพากษามาบัญญัติไว้เท่านั้น แต่ยังต้องพัฒนากฎหมาย (progressive development) ให้เกิดความชัดเจน และนำเสนอทิศทางหรือแนวโน้ม เพื่อเป็นแนวทางในการนำไปใช้ซึ่งหลักกฎหมายต่อไป

3.1 กระบวนการระงับข้อพิพาทในลักษณะบังคับ (Compulsory dispute settlement)

การใช้มาตรการตอบโต้เป็นสิ่งที่ยอมรับให้ใช้มาตรการนี้ได้ แต่มีข้อว่าเมื่อตนได้รับความเสียหายจากการฝ่าฝืนพันธกรณีใดๆ สามารถใช้มาตรการตอบโต้ต่อรัฐที่ก่อความเสียหายได้โดยทันที ในประการแรกนั้น ต้องมีการระงับข้อพิพาทโดยสันติเสียก่อน หากไม่ปฏิบัติตามผลของคำตัดสินจากการระงับข้อพิพาท จึงสามารถใช้มาตรการตอบโต้ได้ ซึ่งสอดคล้องกับ มาตรา 2 วรรค 3 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ที่รัฐจะต้องระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี

ตามมาตรา 2 วรรค 3 เป็นหลักการที่กำหนดไว้กว้างๆ ว่า รัฐจะต้องใช้การระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีในลักษณะที่ไม่เป็นอันตรายต่อสันติภาพ และความมั่นคงระหว่างประเทศและความยุติธรรม และในมาตรา 33 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ³⁶ เป็นการขยายความจากมาตรา 2 วรรค 3 โดยบัญญัติวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐ ก่อนที่คณะมนตรีความมั่นคงหรือสมัชชาใหญ่เข้าดำเนินการใดๆ เพื่อรักษาสันติภาพและความมั่นคงซึ่งเป็นนโยบายพื้นฐานที่แบ่งแยกระหว่างความรับผิดชอบของรัฐต่อข้อพิพาท และความรับผิดชอบเบื้องต้นของสหประชาชาติกับรัฐ ซึ่งหมายความว่า อำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่ในการเข้ามามีบทบาทในการระงับข้อพิพาท เป็นส่วนเสริมที่ให้อำนาจไว้ในหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ

เมื่อพิจารณาจากตัวบทในมาตรา 33 (1) เห็นได้ว่า ไม่ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่า เป็นการระงับข้อพิพาทโดยสันติโดยตรง เพราะลักษณะของกฎบัตรนี้ เป็นสนธิสัญญาพหุภาคีที่เปิดให้รัฐทั้งหลายเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิก จึงต้องมีลักษณะที่ครอบคลุมในมุมกว้างในทุกๆ กรณี ภายใต้ขอบเขตการรักษาสันติภาพและความมั่นคง อีกทั้ง การระงับข้อพิพาทโดยสันตินี้อยู่ในฐานะเป็น

³⁶ Article 33 of Charter of United Nations

(1) The parties to any dispute, the continuance of which is likely 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.

จารีตประเพณีระหว่างประเทศ ในอันที่มีผลผูกพันรัฐอื่นที่มีได้เป็นสมาชิกในองค์การสหประชาชาติ แต่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกัน การให้อำนาจแก่คณะมนตรีความมั่นคงนั้นเป็นเพียงลำดับรอง (secondary function) เท่านั้น ในส่วนนี้จึงไม่ผูกพันรัฐอื่นที่มีได้เป็นภาคีสมาชิกและขอบเขตในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศเท่านั้น แต่สามารถนำมาบังคับใช้กับข้อพิพาทใดๆ ที่เป็นอันตรายต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศที่มีขอบเขตที่กว้างกว่า

คำว่า “ก่อนอื่น” (first of all) เป็นการกำหนดในเชิงเนื้อหาสาระ (substantive) มากกว่าในแง่ของระยะเวลา³⁷ กล่าวคือ เป็นการกำหนดว่า ในกรณีมีข้อพิพาทขึ้น รัฐสมาชิกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทในมาตรานี้เป็นอันดับแรกเสียก่อน หากการระงับข้อพิพาทไม่สำเร็จ จึงเปิดโอกาสให้องค์อื่นนำมามีส่วนในการระงับข้อพิพาท ซึ่งไม่ใช่เรื่องของระยะเวลาที่รัฐต้องปฏิบัติตามลำดับของวิธีการระงับข้อพิพาทที่กำหนดไว้ แต่รัฐต้องพยายามดำเนินการระงับข้อพิพาท ในทั้งหมดที่กำหนดไว้ อันได้แก่ การเจรจา (negotiation) การไต่สวน (enquiry) การไกล่เกลี่ย (mediation) การประนีประนอม (conciliation) การอนุญาโตตุลาการ (arbitration) การระงับข้อพิพาททางศาล (judicial settlement)

1) การเจรจา (Negotiation)

การระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจาถือว่าเป็นขั้นตอนแรกของการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ และมีประสิทธิภาพมากที่สุด เพราะเป็นการเจรจาโดยตรงระหว่างคู่พิพาท เพื่อให้เข้าใจถึงปัญหา อันเป็นที่มาของข้อพิพาท และเสนอวิธีการแก้ปัญหาข้อพิพาทนั้นโดยตรง ซึ่งการระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจา เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่สามารถตอบสนองได้อย่างรวดเร็ว และยืดหยุ่น ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทในทางกฎหมายหรือทางการเมืองและข้อพิพาทในลักษณะอื่น โดยคู่พิพาทยังคงมีอำนาจเต็มที่ในการเจรจาโดยไม่ตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ ข้อบังคับ ระเบียบหรือกระบวนการพิจารณาอื่นใด อีกทั้งการเจรจายังเสริมสร้างความสัมพันธ์และความเข้าใจอันดีระหว่างคู่พิพาท

แต่อย่างไรก็ดี การเจรจาอาจมิได้นำไปสู่การระงับข้อพิพาทที่เป็นธรรมระหว่างคู่พิพาทเสมอไป เพราะการเจรจาต่อรองนั้นมักมีปัจจัยทางการเมืองระหว่างประเทศ หรืออำนาจต่อรองระหว่างคู่พิพาท ทำให้คู่พิพาทฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าอยู่ในสถานะที่เสียเปรียบ หรือไม่มีทางเลือกเป็นอย่างอื่น อันเป็นข้อด้อยของการเจรจาที่ไม่มีลักษณะเด็ดขาด ถาวร และอาจต้องมีการเจรจากันต่อไปอีก

³⁷ Bruno Simma, *The Charter of United Nations: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2002), p.587.

2) การไต่สวน (Enquiry)

การไต่สวน หมายถึง การแสวงหาข้อเท็จจริงโดยบุคคลที่สาม เพื่อนำไปสู่ข้อยุติในทางข้อเท็จจริงในกรณีพิพาทกัน และไม่สามารถหาข้อยุติได้ โดยทั่วไปหากคู่พิพาทไม่สามารถตกลงร่วมกันได้เกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่เป็นต้นเหตุแห่งข้อพิพาทเป็นการยากที่คู่พิพาทจะรับข้อพิพาทระหว่างกันในประเด็นข้อกฎหมาย ซึ่งต้องอาศัยข้อเท็จจริงที่ยุติแล้วก่อน เพื่อให้มีการยอมรับข้อเท็จจริงแห่งข้อพิพาทร่วมกัน จึงสามารถหาข้อยุติในปัญหาดังกล่าวได้

3) การไกล่เกลี่ย (Mediation)

มีความคล้ายกับ Good Offices กล่าวคือ Good Office เป็นการชักชวนให้คู่พิพาทเข้าทำการเจรจา เพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างกัน โดยผู้ชักชวนนั้นจะเป็นบุคคลที่สาม และบุคคลที่สามเช่นนั้นจะไม่เข้าร่วมในการเจรจา เพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาท แต่จะอำนวยความสะดวกด้านอื่นให้แก่คู่พิพาท การเสนอตัวของบุคคลที่สามโดยมิได้เข้าไปเกี่ยวกับการเจรจານี้ ถือเป็นการกระทำในทางการเมืองระหว่างประเทศ และไม่ตกอยู่ภายใต้กรอบกฎหมายระหว่างประเทศ³⁸ แต่หากบุคคลที่ทำหน้าที่เป็น Good Offices หรือชักชวนให้คู่พิพาท เจรจาระงับข้อพิพาทกันนั้น เข้ามามีส่วนร่วมในการเจรจาระงับข้อพิพาทในลักษณะของผู้ไกล่เกลี่ย (mediator) โดยผู้ไกล่เกลี่ยต้องเข้าร่วมในการเจรจาระหว่างคู่พิพาทด้วยการทำข้อเสนอเพื่อนำไปสู่การระงับข้อพิพาท แต่ข้อเสนอดังกล่าวไม่ผูกพันคู่พิพาท ถือเป็นเพียงข้อเสนอแนะเท่านั้น คู่พิพาทจะดำเนินการต่อไปหรือไม่ขึ้นขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของคู่พิพาท

4) การประนีประนอม (Conciliation)

การประนีประนอม จะมีบุคคลที่ทำหน้าที่ประนีประนอม ที่เรียกว่า ผู้ประนีประนอม (conciliator) ซึ่งมีบทบาทและหน้าที่มากกว่าผู้ไกล่เกลี่ย คือ ผู้ประนีประนอมนั้น เป็นบุคคลที่สามคนเดียว หรือหลายคนก็ได้ โดยทำหน้าที่ในการสืบค้นหาข้อเท็จจริงและทำรายงาน พร้อมทั้งข้อเสนอแนะเพื่อให้คู่พิพาทพิจารณาข้อเสนอแนะของผู้ประนีประนอม ไม่ถือเป็นคำชี้ขาดหรือมีผลผูกพันคู่พิพาท

5) การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)

อนุญาโตตุลาการ เป็นการระงับข้อพิพาทโดยบุคคลที่สามคนหนึ่งหรือหลายคน ซึ่งได้รับการคัดเลือกจากคู่พิพาทเพื่อระงับข้อพิพาท โดยคู่พิพาทยินยอมผูกพันตนตามคำชี้ขาด (award) ของบุคคลที่สาม ถึงแม้ว่าคู่พิพาทเป็นผู้เลือกตัวบุคคลเพื่อทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ

³⁸ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น.428-429.

แต่คู่พิพาทไม่มีอำนาจสั่งการใดๆ แก่อนุญาตตุลาการ และอนุญาตตุลาการไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามคำสั่งของคู่พิพาทฝ่ายที่เลือกตน

6) การระงับข้อพิพาททางศาล (Judicial Settlement)

การระงับข้อพิพาทโดยศาลนั้น ไม่ได้จำกัดเฉพาะศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) ที่เป็นองค์กรหลักของสหประชาชาติ ที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎบัตรสหประชาชาติ และมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคัดสินคดีภายใต้ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนี้มีเขตอำนาจใน 2 ลักษณะ คือ 1) เขตอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททั้งหลายที่รัฐเสนอต่อศาลในลักษณะที่เป็นการพิจารณาในลักษณะของการคู่ความ ซึ่งเฉพาะรัฐเท่านั้นที่จะเป็นคู่ความในการพิจารณานี้ได้ และ 2) เขตอำนาจในการให้ความเห็นแนะ (advisory opinion) ในปัญหาข้อกฎหมายที่องค์กรได้รับมอบอำนาจให้ขอความเห็นแนะ แต่ยังไม่มีความถึงศาลที่จัดตั้งโดยมีเขตอำนาจเฉพาะ เช่น ศาลระหว่างประเทศสำหรับกฎหมายทะเล ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป ศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรป เป็นต้น ศาลพิเศษช่วยในการอุดช่องโหว่ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และส่งเสริมให้ระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี

ตามร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐฯ กำหนดให้รัฐต้องดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยสันติก่อนการใช้มาตรการตอบโต้ เพื่อป้องกันมิให้รัฐใช้มาตรการตอบโต้ในทันทีที่เกิดการละเมิดขึ้น จึงนำเอากระบวนการระงับข้อพิพาทมาเป็นเงื่อนไขของการใช้มาตรการตอบโต้อีกประการหนึ่ง อีกทั้งเป็นการโน้มน้าวให้รัฐที่ก่อความเสียหายหรือกระทำละเมิดยินยอมที่จะชดเชยค่าเสียหาย ซึ่งในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐฯ นั้น วางวิธีการสำหรับกระบวนการระงับข้อพิพาทไว้ โดยรัฐที่ได้รับความเสียหายก่อนการใช้มาตรการตอบโต้ ต้องแจ้งไปยังรัฐที่ไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีให้ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีต่างๆ รวมถึงการแจ้งถึงวิธีการของมาตรการตอบโต้และการเจรจากับรัฐนั้น แต่ไม่เป็นการจำกัดสิทธิของรัฐในการใช้มาตรการตอบโต้ เพื่อรักษาสถานะของตนที่เรียกว่า มาตรการตอบโต้เร่งด่วน (urgent countermeasures) และเมื่อคดีอยู่ในระหว่างการระงับข้อพิพาท หรือได้มีการยุติการกระทำที่เป็นการก่อความเสียหายของรัฐที่ละเมิดพันธกรณีแล้ว รัฐที่ได้รับความเสียหายไม่สามารถกระทำการใดๆ เพื่อตอบโต้ แต่นำมาใช้ในกรณีที่รัฐที่ก่อให้ความเสียหายดังกล่าวนั้นไม่ดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยความสุจริตใจ (good faith)

จากกระบวนการระงับข้อพิพาทดังกล่าว มีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากการระงับข้อพิพาทโดยสันติทั่วไป ดังที่กล่าวมาในตอนต้น กล่าวคือ การกำหนดให้ระงับข้อพิพาทโดยองค์กรศาล อันได้แก่ ศาลระหว่างประเทศ (international court) และศาลเฉพาะกิจ (ad hoc tribunal)

ที่มีอำนาจในการทำคำตัดสินอันมีผลผูกพันคู่ความ โดยไม่ใช้การระงับข้อพิพาทโดยรัฐที่สาม เพราะต้องการให้เป็นองค์กรกลางที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีที่แยกต่างหากจากคู่ความ และไม่ให้คู่ความมีอำนาจเหนือกว่าองค์กร หรือหน่วยงานใดๆ ที่เข้ามาทำหน้าที่ระงับข้อพิพาท รัฐที่สามอาจเข้ามามีบทบาทในการจัดให้มีการระงับข้อพิพาท แต่มิใช่ทำหน้าที่ในการตัดสินคดี โดยในขั้นแรกอาจเป็นการเจรจา (negotiation) ระหว่างรัฐที่ได้รับความเสียหายกับรัฐที่ละเมิดพันธกรณี เพื่อทำแนวทางในการยุติและแก้ไขปัญหารวมทั้งเยียวยาความเสียหาย หากไม่สามารถระงับข้อพิพาทด้วยวิธีดังกล่าว จึงใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยศาล โดยมีใช้การระงับโดยการไกล่เกลี่ย (mediation) การประนีประนอม (conciliation) การไต่สวน (enquiry) หรือการระงับข้อพิพาทอื่นใดที่รัฐที่สามเข้ามามีบทบาท³⁹

การระงับข้อพิพาทตามร่างบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐฯ มีความแตกต่างกับการระงับข้อพิพาทโดยสันติตามกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ การระงับข้อพิพาทโดยสันตินั้น คู่ความอาจเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทอย่างใดขึ้นอยู่กับความสมัครใจ และลักษณะของข้อพิพาทที่เกิดขึ้น แต่ร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐฯ ห้ามใช้มาตรการตอบโต้ในขณะที่ยังอยู่ในขั้นการดำเนินคดีในศาลระหว่างประเทศหรือศาลเฉพาะกิจ ในร่างข้อบทกล่าวถึงศาลระหว่างประเทศ (international court) และศาลเฉพาะกิจ (ad hoc tribunal) ที่มีอำนาจในการตัดสินคดีอันมีผลผูกพันคู่ความทั้งสองฝ่าย จากร่างข้อบทเป็นการกำหนดกระบวนการระงับข้อพิพาทในลักษณะบังคับ (compulsory dispute settlement) คือ กำหนดวิธีการในการระงับข้อพิพาทไว้ว่า คู่พิพาทต้องดำเนินการอย่างไรไว้โดยชัดแจ้ง โดยคู่พิพาทปฏิบัติตามวิธีการที่กำหนดไว้ ซึ่งต่างกับกรณีการให้สิทธิเลือกวิธีการระงับข้อพิพาท (optional) ที่คู่พิพาทจะเลือกวิธีการใดก็ได้ตามที่ตกลงกัน ขึ้นอยู่กับความพึงพอใจของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย

สำหรับการใช้มาตรการตอบโต้เร่งด่วน (urgent countermeasures) มีข้อที่น่าสังเกตบางประการ คือ โดยหลักแล้ว รัฐที่ได้รับความเสียหายจะใช้มาตรการตอบโต้ทันทีไม่ได้ แต่ต้องมีการแจ้งไปยังรัฐที่ก่อความเสียหาย เพื่อเยียวยาความเสียหาย แจ้งถึงการใช้มาตรการเพื่อตอบโต้ และเสนอให้มีการเจรจา ในระหว่างนั้นรัฐที่ได้รับความเสียหายสามารถใช้มาตรการตอบโต้เร่งด่วน (urgent countermeasures) ต่อรัฐที่ละเมิดพันธกรณีได้ เป็นการใช้มาตรการตอบโต้เพื่อการรักษาสิทธิบางประการของตนไว้ และป้องกันความเสียหาย ที่อาจเกิดขึ้นกับรัฐที่ได้รับ

³⁹ James Crawford, Jacqueline Peel and Simon Olleson, "The ILC's articles on responsibility of States for Internationally wrongful Acts: Completion of the second reading," *European Journal of International Law* 12 (2001): 967.

ความเสียหาย ดังนี้ รัฐที่ได้รับความเสียหายสามารถใช้มาตรการตอบโต้เร่งด่วน เพื่อรักษาสติของตนไว้ ทั้งสิทธิที่เป็นสาระสำคัญแห่งข้อพิพาท (subject-matter of disputes) เช่น การอายัดทรัพย์สินของรัฐที่ละเมิดพันธกรณีไว้ชั่วคราว

การที่รัฐสามารถใช้มาตรการตอบโต้เร่งด่วน (urgent countermeasures) เป็นการคุ้มครองสิทธิของรัฐที่ได้รับความเสียหาย หากไม่ใช้มาตรการตอบโต้โดยทันที อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐที่ได้รับความเสียหายมากกว่า เช่น การอายัดทรัพย์สินนั้น หากไม่กระทำในทันที รัฐที่ละเมิดพันธกรณีก็อาจโอนย้ายทรัพย์สินออกจากดินแดนของรัฐที่ได้รับความเสียหาย ทำให้รัฐที่ได้รับความเสียหายไม่มีหลักประกัน หรือไม่มีทรัพย์สินที่จะยึดถือไว้ เพื่อเรียกร้องให้รัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ปฏิบัติตามพันธกรณีโดยทันที แต่เมื่อนำสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยองค์การศาลแล้ว รัฐที่ได้รับความเสียหาย ไม่สามารถใช้มาตรการตอบโต้ได้โดยทันที เป็นหน้าที่ขององค์กรที่เข้ามาทำหน้าที่ในการระงับข้อพิพาทนั้น มีคำสั่งให้รัฐที่ได้รับความเสียหาย ใช้มาตรการตอบโต้ในกรณีใดได้บ้าง และรวมถึงการใช้มาตรการตอบโต้ของรัฐ ที่ได้รับความเสียหายในครั้งก่อน ศาลก็อาจพิจารณาถึงความถูกต้อง เหมาะสมซึ่งอาจให้คงไว้ระงับหรือละเว้นไว้บางส่วนของการมาตรการตอบโต้เร่งด่วนนั้น คือ ให้องค์กรที่ระงับข้อพิพาท สามารถชี้ขาดการใช้มาตรการตอบโต้

เช่นนี้ ในร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐ หากการกระทำที่ไม่ชอบนั้นยุติลงแล้ว และข้อพิพาทนั้นอยู่ในขณะการพิจารณาคดีของศาล ที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคัดสินคดี และมีผลบังคับ (binding effect) ต่อคู่ความทั้งสองฝ่าย รัฐที่ได้รับความเสียหายต้องไม่ใช้มาตรการตอบโต้ ถ้าได้กระทำไปแล้วต้องยุติโดยไม่ล่าช้า ซึ่งร่างข้อบ่งชี้ใช้นี้ใช้คำว่า “without undue delay” เพื่อเป็นการจำกัดการใช้มาตรการตอบโต้ และเป็นการให้อำนาจแก่องค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่พิจารณาคดี ให้ดำเนินการแก้ไขการใช้มาตรการตอบโต้ที่เกินสมควร และการห้ามใช้มาตรการตอบโต้ ขณะคดีค้างอยู่ก่อนที่ศาลมีคำตัดสิน (pending before a court or tribunal) เมื่อมีการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศ (court) หรือศาลเฉพาะกิจ (ad hoc tribunal) ขึ้นมาแล้ว จึงห้ามใช้มาตรการตอบโต้ด้วยเหตุผลที่ว่า ศาลมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีจึงมีอำนาจถึงการออกคำสั่งที่เกี่ยวข้องกับมาตรการชั่วคราว เพื่อการคุ้มครองสิทธิของรัฐที่ได้รับความเสียหาย

แต่การที่อยู่ที่อยู่ในการพิจารณาคดีของศาลนั้นเริ่มต้นตั้งแต่เมื่อไร จะเริ่มตั้งแต่มีการยื่นคำฟ้องของรัฐที่ได้รับความเสียหายต่อศาล หรือเมื่อศาลรับพิจารณาคำฟ้อง หากเป็นกรณีการจัดตั้งศาลขึ้น เพื่อพิจารณาคดีโดยเฉพาะในลักษณะศาลเฉพาะกิจนั้น อย่างไรก็ตามก็ถือว่าอยู่ในขณะการพิจารณาคดีของศาล ในประเด็นดังกล่าวการที่จะถือว่า คดีอยู่ในชั้นการพิจารณาคดีของศาลนั้น เป็นกรณีที่ศาลนั้นมีเขตอำนาจเหนือคดี และคดีเข้าสู่สารบบความ แม้ศาลยังไม่มีกรณเริ่ม

พิจารณา แต่หากคดีเข้าสู่สารบบความแล้ว ก็ถือว่าอยู่ในการพิจารณาคดีของศาล ในคดีการให้บริการทางการบิน (Air Service Agreement Case)⁴⁰ ฝรั่งเศสได้แย้งถึงการใช้มาตรการตอบโต้ของสหรัฐอเมริกาว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากคดีอยู่ในชั้นการพิจารณาแล้ว คือ ฝรั่งเศสไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการบริการทางการบิน จึงมีการเจรจาระหว่างสองฝ่ายในชั้นต้น แต่ฝรั่งเศสไม่ดำเนินการแก้ไขเยียวยาให้เป็นไปตามพันธกรณี สหรัฐอเมริกาจึงนำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาในชั้นศาลโดยเป็นลักษณะของอนุญาโตตุลาการ ขณะนั้นสหรัฐอเมริกาจึงใช้มาตรการตอบโต้ต่อฝรั่งเศสโดยการยุติสนธิสัญญา ฝรั่งเศสได้แย้งว่า คดีได้นำเข้าสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ สหรัฐอเมริกาไม่สามารถใช้มาตรการตอบโต้ต่อฝรั่งเศสได้ หากไม่ใช่คำสั่งของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในกรณีดังกล่าว อนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่า การใช้มาตรการตอบโต้ของสหรัฐอเมริกา เป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย แม้อยู่ในขณะการพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการ ก็ไม่เป็นการตัดสิทธิของรัฐในการใช้มาตรการตอบโต้ได้

ในทางปฏิบัติของรัฐ เมื่อเกิดการละเมิดพันธกรณีขึ้น รัฐที่ได้รับความเสียหายแจ้งไปยังรัฐที่ก่อความเสียหายถึงการละเมิดพันธกรณี การให้เยียวยาความเสียหาย หรือจัดให้มีการเจรจากันเสียก่อนการใช้มาตรการเพื่อตอบโต้การกระทำที่มีชอบโดยทันที⁴¹ ส่วนการแจ้งถึงการใช้มาตรการตอบโต้ต่อรัฐที่ก่อความเสียหายในกรณีที่ไมปฏิบัติตามพันธกรณี ในทางปฏิบัตินั้นค่อนข้างชัดเจนครอบคลุมถึงกรณีพิพาทก่อนการใช้มาตรการตอบโต้ โดยการแจ้งถึงการใช้มาตรการตอบโต้ นั้น ไม่จำกัดเวลาในการแจ้ง อาจจะแจ้งหลังจากแจ้งให้ทราบถึงการละเมิดพันธกรณีและการเรียกร้องให้ปฏิบัติตาม หรือแจ้งในขณะเดียวกัน พร้อมกันก็ได้

ลักษณะพิเศษอีกประการหนึ่งของกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้ร่างข้อบัพทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐนี้ คือ รัฐที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิเสนอข้อพิพาทต่อองค์กรตุลาการได้เพียงฝ่ายเดียว (unilateral right) ซึ่งโดยทั่วไปสำหรับการระงับข้อพิพาทนั้นต้องได้รับความยินยอมจากคู่พิพาททั้งสองฝ่ายในการแก้ไขพิพาทดังกล่าว นั้น แต่ในร่างข้อบัพทให้สิทธิแก่รัฐฝ่ายที่ได้รับ

⁴⁰ Air Service Agreement Case (France v. United State of America), Arbitral Tribunal , 18 R.I.A.A. 416 (1978).

⁴¹ Air Service Agreement (United States v. France) , Arbitral Tribunal, 18 R.I.A.A. 416 (1978)., Gabrikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), I.C.J.Report (1997).

ความเสียหายนั้น เพื่อเป็นการจูงใจให้รัฐที่ได้รับความเสียหายเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาท ป้องกันมิให้ใช้มาตรการตอบโต้เพื่อประโยชน์ในการแก้แค้น หรือใช้มาตรการตอบโต้ที่เกินสมควร

อีกทั้งในการระงับข้อพิพาทนั้นไม่ได้จำกัดเฉพาะการตีความและการบังคับใช้ข้อบท แต่มีความครอบคลุมถึงข้อพิพาทใดๆที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของรัฐ อันเกิดจากการกระทำ ความผิดในทางระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการเรียกร้องความรับผิดชอบด้วย

มีประเด็นที่เป็นข้อถกเถียงกัน คือ มีกระบวนการระงับข้อพิพาท ตามมาตรา 33 แห่ง กฎบัตรสหประชาชาติ หรือความตกลงในการระงับข้อพิพาทในระดับภูมิภาค ร่างข้อบทยาวด้วยความรับผิดชอบของรัฐฯ ไม่จำเป็นต้องกำหนดกระบวนการระงับข้อพิพาทอีก ถึงแม้กฎบัตรสหประชาชาติกำหนดวิธีการในการระงับข้อพิพาทโดยสันติไว้ก็ตาม แต่ร่างข้อบทยาวด้วยความรับผิดชอบของรัฐนั้นมีลักษณะพิเศษดังที่กล่าวแล้วในช่วงต้นที่มีความแตกต่างกันไป อีกทั้งการกำหนดให้รัฐต้องดำเนินการเพื่อการระงับข้อพิพาทก่อนการใช้มาตรการตอบโต้ นั้นเป็นการจำกัดการใช้มาตรการตอบโต้ ในแง่ที่ว่า รัฐที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิที่จะใช้มาตรการตอบโต้ได้ แต่ก็ไม่ควรใช้ในลักษณะที่ไม่จำกัด ควรคำนึงถึงความรุนแรงของการใช้มาตรการตอบโต้ต่อความเสียหายที่ได้รับ (หลักสัดส่วน) หรือความไม่เท่าเทียมกันของการใช้มาตรการตอบโต้

ประเด็นต่อมา คือ การกำหนดระยะเวลาของกระบวนการระงับข้อพิพาทว่า ควรให้เริ่มต้นเมื่อไร กำหนดระยะเวลาที่แน่นอน ในแต่ละขั้นตอน หากไม่กำหนดระยะเวลา ที่ชัดเจนแล้ว การระงับข้อพิพาทอาจมีความยืดเยื้อ ทำให้รัฐที่ได้รับความเสียหายไม่ได้รับการบรรเทา เยียวยา ความเสียหาย ทันทีทันใด แต่อีกฝ่ายเห็นว่า ไม่จำเป็นที่จะกำหนดระยะเวลาที่ชัดเจนลงไป ขึ้นอยู่กับการดำเนินการของรัฐคู่พิพาท และในแต่ละข้อพิพาทมีความแตกต่างกันออกไป อีกทั้งรัฐที่ได้รับความเสียหายส่วนใหญ่ มักเร่งให้เกิดการเจรจา เพื่อระงับข้อพิพาทอยู่แล้ว และเมื่อคดีข้อพิพาทไปสู่กระบวนการพิจารณาของศาลระหว่างประเทศ หรือศาลเฉพาะกิจแล้ว เช่น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ แต่ละศาลมีวิธีพิจารณาคดีของตนเองเฉพาะ คู่พิพาทก็ต้องปฏิบัติตามกระบวนการวิธีพิจารณาของศาลดังกล่าว จึงเห็นว่าไม่จำเป็นต้องกำหนดระยะเวลาในการระงับข้อพิพาทไว้แต่อย่างใด

จึงสรุปได้ว่า กระบวนการระงับข้อพิพาทตามร่างข้อบทยานี้ มีลักษณะเฉพาะ กล่าวคือ เป็นการกำหนดกระบวนการระงับข้อพิพาทในลักษณะบังคับ (Compulsory dispute settlement) ที่กำหนดวิธีการหรือกระบวนการในการระงับข้อพิพาทไว้อย่างชัดเจน และมีลักษณะเป็นการโน้มน้าวให้คู่พิพาทนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาท เพื่อให้เกิดความชอบธรรมของการใช้มาตรการตอบโต้ต่อไป แต่กระบวนการระงับข้อพิพาทตามร่างข้อบทยานี้เป็นเพียง

การเสนอแนะหรือเพิ่มเติมจากหลักการระดับข้อพิพาทโดยสันติ ซึ่งมีผลผูกพันเฉพาะรัฐที่เข้าร่วม เป็นภาคีแห่งร่างข้อบ่งชี้เท่านั้น ไม่มีผลผูกพันรัฐอื่นเป็นการทั่วไป การนำเสนอดังกล่าวของ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นเพียงแนวโน้มของกฎหมาย (lex ferenda) เท่านั้น ยังไม่มีการบังคับใดๆ ขึ้นอยู่กับการนำไปปฏิบัติใช้ของแต่ละรัฐต่อไป

3.2 การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐที่ไม่ได้รับความเสียหายโดยตรง

โดยหลักแล้ว ผู้ที่มีสิทธิในการกระทำการเพื่อตอบโต้การกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย จะต้องเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการกระทำผิด บุคคลอื่นไม่สามารถใช้ มาตรการตอบโต้ได้ แต่การที่ให้รัฐที่สามารถใช้มาตรการตอบโต้ได้นั้น เป็นข้อยกเว้นจาก หลักการทั่วไป แต่การใช้มาตรการตอบโต้ของรัฐที่สามนั้นกระทำไปในเรื่องบางประการเท่านั้น และการเรียกร้องต่อความเสียหายกระทำได้ในเฉพาะบางกรณี ดังที่กล่าวโดยละเอียดในบทต่อไป