

ภาคที่ 2

เงื่อนไขของการใช้มาตรการตอบโต้ที่ชอบด้วยกฎหมายตามร่างข้อบพว่าด้วย
ความรับผิดชอบของรัฐอันเกิดจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ

สำหรับภาคที่ 2 กล่าวถึงเงื่อนไขของการใช้มาตรการตอบโต้ของรัฐที่ชอบด้วยกฎหมายตามร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐอื่นเกิดจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศที่กำหนดขอบเขตของการใช้มาตรการตอบโต้ว่า ต้องอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์ของการใช้มาตรการตอบโต้ และกำหนดถึงตัวผู้มีสิทธิในการใช้มาตรการตอบโต้ อีกทั้งต้องมีความสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ อันได้แก่ หลักสัดส่วนและหลักความจำเป็น หลักการห้ามใช้กำลังตามกฎหมายระหว่างประเทศ หลักการห้ามละเมิดพันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายมนุษยธรรม และสิทธิมนุษยชน และหลักการห้ามขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาด อีกทั้งการไม่นำเอาร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐมาใช้ในกรณีที่มีความตกลงอื่นไว้โดยเฉพาะ (self-contained regime)

บทที่ 3

ขอบเขตของการมาตรการตอบโต้

มาตรการตอบโต้เป็นพฤติกรรมที่ไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐนั้น หมายความว่า รัฐที่ใช้มาตรการตอบโต้มีต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่ได้กระทำต่อรัฐที่ก่อความเสียหายในครั้งก่อน แต่มิใช่ว่ารัฐสามารถกระทำอย่างใดก็ได้ตามอำเภอใจ การใช้มาตรการดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตการนำไปใช้ซึ่งมาตรการตอบโต้ กล่าวคือ การใช้มาตรการตอบโต้ นั้น ต้องอยู่ภายใต้กรอบวัตถุประสงค์และเป็นการกระทำโดยผู้มีสิทธิในอันที่จะใช้มาตรการตอบโต้เท่านั้น

1. วัตถุประสงค์ของมาตรการตอบโต้

การใช้มาตรการตอบโต้ นั้น เหตุที่ต้องอยู่ภายใต้กรอบวัตถุประสงค์ เนื่องจากแต่เดิมหลักการว่าด้วยมาตรการตอบโต้มีที่มาจากหลักการช่วยเหลือตนเอง (self-help) ซึ่งมุ่งหมายตอบแทน แก่แค้นต่อการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายของรัฐอื่น จนนำไปสู่การใช้กำลังและก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างกัน เมื่อมาตรการตอบโต้เป็นนำเอาหลักการที่เกี่ยวกับการตอบโต้ต่อการกระทำที่มิชอบของรัฐอื่นมานั้น จึงจำเป็นต้องจำกัดวัตถุประสงค์ของการใช้มาตรการตอบโต้เสียใหม่ โดยมุ่งในการประนีประนอมและไม่ให้เป็นหนทางไปสู่การใช้กำลัง ซึ่งขัดกับหลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

1.1 การยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จากแนวคิดดั้งเดิมในเรื่องมาตรการตอบโต้ที่เริ่มต้นจากการช่วยเหลือตนเอง (self-help) เป็นวิธีการที่ให้รัฐที่ได้รับความเสียหายได้รับความพึงพอใจจากข้อเรียกร้องต่างๆ แนวคิดในการช่วยเหลือตนเองนี้ ในปัจจุบันมองว่าเป็นแนวคิดที่ให้รัฐที่ได้รับความเสียหายเรียกร้องต่อรัฐที่ก่อความเสียหายเต็มทีนั้น เป็นเรื่องที่ยอมรับว่าเป็นการอ้างสิทธิเพื่อใช้อำนาจบังคับรัฐใดรัฐหนึ่ง¹

¹ Enzo Cannizzaro, "The role of proportionality in the law of international countermeasures," European Journal of International Law, 12(2001): 889.

ถึงแม้มาตรการตอบโต้ถูกมองว่าเป็นวิธีการที่เปิดโอกาสให้รัฐสามารถใช้สิทธิตอบโต้ต่อการกระทำที่รัฐเห็นว่าเป็นการกระทำก่อความเสียหายให้แก่ตนเอง อันอาจนำไปสู่ความขัดแย้งที่เพิ่มขึ้น แต่หากพิจารณาจากระบบของกฎหมายระหว่างประเทศแล้วนั้น จะเห็นได้ว่า กฎหมายระหว่างประเทศเป็นระบบการกระจายอำนาจ (decentralized system)² คือ รัฐแต่ละรัฐสามารถดำเนินการได้อย่างเต็มที่ ไม่ใช่การรวมอำนาจไว้ที่ศูนย์กลาง โดยศูนย์กลางนั้นอาจเป็นองค์กรต่างๆ ที่มีหน้าที่ควบคุม สิ่งการให้ดำเนินการภายใต้ของข่ายที่องค์กรที่ทำหน้าที่เป็นศูนย์กลางกำหนด การที่ไม่มียุติธรรมกลางที่ทำหน้าที่ควบคุมและบังคับใช้กฎหมายเช่นนี้เอง รัฐแต่ละรัฐจึงเข้ามามีบทบาททั้งการปฏิบัติตามกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายเอง มาตรการตอบโต้จึงเป็นหนึ่งในวิธีการที่สำคัญประการหนึ่งในการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศต่อรัฐที่กระทำการละเมิดพันธกรณี

เช่นนี้วัตถุประสงค์ที่สำคัญของมาตรการตอบโต้ ถือเป็นมาตรการที่ช่วยยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การยุติการกระทำดังกล่าวอาจกระทำได้ในหลายวิธี เช่น การยุติหรือระงับไว้ชั่วคราวซึ่งสนธิสัญญาการลงโทษหรือการคว่ำบาตรทางเศรษฐกิจ เป็นต้น รัฐอาจใช้วิธีการอื่นใดก็ได้ ตามที่รัฐที่ได้รับความเสียหายเห็นว่าสามารถยุติการกระทำที่มีชอบ แต่ต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ อันได้แก่ หลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หลักการห้ามละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และกฎหมายสิทธิมนุษยชน หลักกฎหมายเด็คชาด (jus cogens) รวมถึงวิธีดังกล่าวต้องได้สัดส่วนกับความเสียหายที่ตนได้รับและมีความจำเป็น

มาตรการตอบโต้ในการยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวนี้ เป็นการยับยั้งความเสียหายอันเกิดจากการกระทำที่เป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศเกิดขึ้น รัฐที่ได้รับ ความเสียหายจากการกระทำนั้นๆ มีสิทธิตอบโต้การกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายในลักษณะเช่นเดียวกัน เช่น การละเมิดสนธิสัญญา รัฐที่ได้รับความเสียหายจากการละเมิดพันธกรณีดังกล่าว ก็อาจยุติหรือระงับชั่วคราวในการปฏิบัติตามสนธิสัญญาเช่นเดียวกัน จนกว่ารัฐที่ก่อความเสียหายปฏิบัติตามความตกลงในสนธิสัญญาดังกล่าว หรือเยียวยาความเสียหายอื่นใดต่อรัฐที่ได้รับ ความเสียหาย การยุติหรือระงับสนธิสัญญาชั่วคราวของรัฐที่ได้รับความเสียหายเป็นการกระทำตอบแทนการกระทำ ที่เป็นการละเมิดสนธิสัญญาของรัฐ ที่ก่อความเสียหายในครั้งก่อน เป็นการกระทำที่ได้สมดุลกับการละเมิดของรัฐที่ก่อความเสียหาย

² Commentary of International Law Commission, A/56/10 (2001), p.324.

แต่การใช้มาตรการตอบโต้ในลักษณะต่างตอบแทน (reciprocal) นั้น มีข้อน่าสังเกต คือ ไม่นำหลักต่างตอบแทนมาใช้ในกรณีการละเมิดพันธกรณีที่ใช้บังคับได้เป็นการทั่วไป (erga omnes) สิ่งที่ยอมรับว่าเป็น erga omnes ได้แก่ การห้ามการกระทำที่เป็นการรุกราน และการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) ที่ได้รับการยืนยันจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ในคดีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ เป็นต้น ถ้ารัฐที่ก่อความเสียหาย กระทำกรที่เป็นการละเมิดกฎหมายด้วยการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ รัฐที่ได้รับความเสียหายไม่อาจกระทำการอย่างเดียวกันเพื่อตอบโต้การกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายดังกล่าวได้ เนื่องจากการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นั้นมิใช่เป็นการกระทำต่อรัฐใดรัฐหนึ่ง แต่มีผลกระทำการต่อประชาคมระหว่างประเทศโดยรวม

การยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ เป็นวิธีการเบื้องต้นในการใช้มาตรการตอบโต้ ทำให้เกิดสมดุลขึ้นระหว่างการละเมิดพันธกรณีกับการตอบโต้ต่อการกระทำดังกล่าว

1.2 การโน้มน้าวรัฐที่ก่อความเสียหายให้เยียวยาความเสียหาย

นอกจากวัตถุประสงค์เพื่อการใช้มาตรการตอบโต้เพื่อยุติการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายแล้ว วัตถุประสงค์อีกประการหนึ่ง คือ การโน้มน้าวรัฐที่ก่อความเสียหายให้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น แนวคิดของมาตรการตอบโต้มิได้มุ่งที่การแก้แค้นลงโทษหรือการทำลายอีกฝ่ายหนึ่งในลักษณะตาต่อตา ฟันต่อฟัน แต่ต้องการให้รัฐที่ก่อความเสียหายยุติการกระทำ และยิ่งไปกว่านั้น คือ เยียวยาความเสียหายด้วย หากรัฐที่ก่อความเสียหายไม่ยุติการกระทำและเยียวยารัฐที่ก่อความเสียหายนั้นเองย่อมได้รับผลจากการกระทำตอบโต้เช่นกัน

การโน้มน้าวรัฐที่ก่อความเสียหายเป็นการมุ่งเน้นให้รัฐที่ก่อความเสียหายให้ปฏิบัติตามหรือเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น เช่น การอายัดสินค้าหรือทรัพย์สินของรัฐที่กระทำละเมิด เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐที่ละเมิดพันธกรณีอย่างชัดเจน เพื่อให้รัฐที่ก่อความเสียหาย ยุติการกระทำที่มีขอบ และแก้ไขสถานการณ์ให้ดีขึ้นโดยเร็ว แต่การโน้มนำน้นต้องมิใช่เป็นการกระทำเพื่อลงโทษ (punitive) หรือแก้แค้น (revenge)

มาตรการตอบโต้เพื่อการโน้มน้าวรัฐนั้น เป็นการบังคับการของรัฐที่ได้รับความเสียหายให้รัฐที่กระทำละเมิดปฏิบัติตามและชดเชยเยียวยาต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น³ โดยมีได้เป็นไปเพื่อการลงโทษหรือการแก้แค้นมาตรการที่มุ่งเน้นในลักษณะการลงโทษ เป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้กระทำละเมิดเกินกว่าที่ตนได้รับ นอกจากเป็นการตอบโต้ที่ยุติ

³ Enzo Cannizzaro, *supra* note 1, p.896.

การกระทำแล้ว ยังเพิ่มมาตรการเพื่อการลงโทษ แต่ต้องไม่มีลักษณะเพื่อการแก้แค้น กล่าวคือ การแก้แค้นเป็นแนวคิดในเรื่องการช่วยเหลือตนเอง (self-help) ที่เป็นการใช้สิทธิปกป้องตนเอง และกระทำการตอบโต้ด้วยวิธีการเช่นเดียวกัน ซึ่งแต่เดิมเน้นไปที่การใช้กำลัง ต่อมาแนวคิดในเรื่องการใช้กำลังถูกจำกัดลงไปมาก สามารถใช้กำลังได้เฉพาะเพื่อการป้องกันตนเอง (self-defence) และการใช้กำลังทางทหารโดยสหประชาชาติเท่านั้น

สำหรับการเยียวยาความเสียหายของรัฐที่ละเมิดพันธกรณีมีหลายลักษณะ ได้แก่ การแก้ไขกลับคืนสู่สภาพเดิม (restitution) การชดเชยค่าเสียหาย (compensation) และการทำให้พึงพอใจ (satisfaction)

1) การแก้ไขให้กลับคืนสู่สภาพเดิม (restitution)

การทดแทนความเสียหายโดยวิธีนี้นำมาใช้มากหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ฝ่ายที่เข้ายึดทรัพย์สินของรัฐอื่นก็ต้องส่งคืนทรัพย์สินที่ยึดไว้ให้คืน รวมถึงการส่งคืนดินแดนที่ครอบครองโดยมิชอบ⁴ การแก้ไขให้กลับคืนสู่สภาพเดิมเป็นการทำให้กลับคืนสู่สภาพที่ควรจะเป็นอยู่ หากไม่มีการกระทำที่ผิดกฎหมายเกิดขึ้น แต่ในบางกรณีการแก้ไขให้กลับคืนสู่สภาพที่แท้จริงไม่สามารถกระทำได้ เช่น เรือที่ถูกยิงจมไปในทะเล ฝ่ายที่กระทำผิดไม่สามารถส่งเรือคืนได้ อาจใช้วิธีการชดเชยความเสียหายในกรณีอื่นแทน โดยการชดเชยราคาทรัพย์สินเป็นตัวเงิน ดังที่ศาลประจำอนุญาโตตุลาการ (The Permanent Court of Arbitration) ได้กล่าวว่า การแก้ไขให้กลับคืนสู่สภาพเดิมเป็นรูปแบบปกติของวิธีการทดแทนความเสียหายและการชดเชยความเสียหาย (indemnity) ก็สามารถนำมาแทนที่ได้ หากว่า การแก้ไขให้กลับคืนสู่สภาพเดิมเป็นสิ่งที่ทำไม่ได้ โดยทางปฏิบัติมักชดเชยความเสียหายเป็นตัวเงินแทน

2) การชดเชยค่าเสียหาย (compensation)

การชดเชยค่าเสียหายเป็นวิธีการทดแทนความเสียหายที่เป็นตัวเงิน การคำนวณความเสียหายถือหลักว่า ชดเชยเป็นจำนวนกับทรัพย์สินที่เสียหายและรวมถึงการขาดประโยชน์หรือขาดกำไรที่ควรได้รับด้วย ในการชดเชยค่าเสียหายที่เป็นจำนวนนี้ ค่าเสียหายดังกล่าวต้องครอบคลุมถึงความเสียหายทั้งปวงที่รัฐได้รับความเสียหาย รวมถึงความเสียหายที่เป็นผลตามมา

3) การกระทำให้พึงพอใจ (satisfaction)

การทำให้พอใจเป็นวิธีการทดแทนความเสียหายที่เป็นความเสียหายทางด้านจิตใจ มากกว่าการทดแทนความเสียหายทางด้านวัตถุ วิธีการทำให้พอใจมักเป็นกรณีความเสียหายที่ไม่

⁴ Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v Thailand), Judgement (merit), I.C.J. Report, 1962, p.33.

สามารถคำนวณเป็นตัวเงิน หรือเป็นความเสียหายต่อศักดิ์ศรีหรือชื่อเสียงของรัฐ เช่น การขอโทษ (apology) การยอมรับ (acknowledgement) ซึ่งแสดงออกโดยการคารวะธงของรัฐผู้เสียหาย หรือการลงโทษผู้กระทำผิดในรัฐ หรือมาตรการป้องกันมิให้มีการกระทำซ้ำอีก

วัตถุประสงค์ของมาตรการตอบเป็นกรอบสำหรับรัฐที่ได้รับความเสียหายในการใช้มาตรการตอบโต้ โดยจะต้องเป็นการใช้มาตรการดังกล่าวนี้ เพื่อยุติการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย และโน้มน้าวให้รัฐที่ก่อความเสียหาย ชดเชยหรือเยียวยาความเสียหาย ซึ่งการใช้มาตรการตอบโต้ไม่ควรนำไปเพื่อการลงโทษหรือแก้แค้น

2. ผู้มีสิทธิใช้มาตรการตอบโต้

ภายใต้ขอบเขตของร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐฯ กำหนดให้ผู้บุคคล มีสิทธิใช้มาตรการตอบโต้เป็นรัฐ ไม่รวมถึงบุคคลระหว่างประเทศอื่น เช่น องค์การระหว่างประเทศ⁵ หรือปัจเจกชน⁶ ซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตร่างข้อบ่งชี้ ตามร่างข้อบ่งชี้กำหนดว่า ผู้มีสิทธิใช้มาตรการตอบโต้ได้นั้นต้องเป็นรัฐที่ได้รับความเสียหาย (injured state) รัฐที่ได้รับความเสียหายเท่านั้น จึงมีสิทธิเรียกร้องความรับผิดชอบจากรัฐที่ก่อความเสียหายได้ แต่มีข้อถกเถียงกันว่า รัฐที่ได้รับความเสียหาย หมายความว่ารัฐที่ได้รับความเสียหายจากการละเมิดพันธกรณีโดยตรง หรือมีความหมายกว้างไปถึงรัฐที่สามที่มีได้รับผลกระทบโดยตรงจากการทำความผิดด้วย

2.1 รัฐที่ได้รับความเสียหาย

ในเรื่องของรัฐที่ได้รับความเสียหาย โดยตรงจากการกระทำผิดนั้น เมื่อมีการกระทบสิทธิหรือก่อความเสียหายขึ้น ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการทำความผิดนั้น ชอบที่จะเรียกร้องค่าเสียหาย หรือให้กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการประการหนึ่งประการใดต่อผู้ก่อให้เกิดความ

⁵ ในกรณีความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ เป็นหัวข้อหนึ่งในการจัดทำร่างตัวบทของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศที่เริ่มต้นในปี 2002 โดยมี Giorgio Gaja เป็นผู้รายงานพิเศษ

⁶ การให้ปัจเจกชนมีสิทธิเรียกร้องนั้น จำกัดในบางกรณีเท่านั้น ดังเช่น ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป ที่ให้สิทธิแก่ปัจเจกชนในการฟ้องร้องต่อศาล ในฐานะโจทก์ในคดีได้เอง โดยไม่ต้องให้รัฐเป็นผู้ดำเนินการฟ้องร้องคดีแทน

เสียหาย เช่นนี้รัฐที่ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการกระทำละเมิดพันธกรณีถือว่ามีสิทธิในอันที่จะเรียกร้องต่อรัฐ ที่ละเมิดให้เยียวยาความเสียหายใดๆ โดยการทำให้คืนสู่สภาพเดิม (restitution) การทำให้พึงพอใจ (satisfaction) และการชดเชยความเสียหาย (compensation) ซึ่งเป็นหลักการทั่วไปในการเรียกร้องของผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิด ต่อผู้ก่อความเสียหายหรือกระทำละเมิด ในอันที่จะรับผิดชอบต่อผลการกระทำที่เกิดขึ้นโดยตรง

2.1.1 รัฐใดรัฐหนึ่งโดยเฉพาะ (Individual State)

ตามร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐฯ นั้น เน้นว่ารัฐที่ได้รับความเสียหายโดยตรง ที่มีสิทธิเรียกร้องความรับผิดชอบจากรัฐที่ละเมิดพันธกรณีได้นั้น เป็นรัฐที่ได้รับความเสียหายโดยตรงเฉพาะรัฐนั้นๆ (individual state) และนำไปใช้ในทฤษฎีของเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ⁷

ในการร่างข้อบทมาตราที่เกี่ยวข้องในเรื่องรัฐที่ได้รับความเสียหาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีรัฐที่ได้รับความเสียหายโดยตรงนั้น หลักการตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ในเรื่องที่ว่าด้วยการละเมิดสนธิสัญญา มีความใกล้เคียงกัน แม้ว่าขอบเขตและวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติทั้งสอง คือ ร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ และอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา มีความแตกต่างกัน โดยการละเมิดพันธกรณีตามร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบนั้น เป็นการละเมิดพันธกรณีใดๆ ก็ตาม ไม่จำกัดเฉพาะการละเมิดสนธิสัญญาเท่านั้น แต่อาจเป็นการละเมิดต่อกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือบ่อเกิดอื่นใดก็ได้ ในขณะที่การละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญานั้น เป็นเรื่องการละเมิดสนธิสัญญา และการละเมิดนั้น ต้องเป็นการละเมิดสนธิสัญญาอย่างร้ายแรง (material breach) โดยระงับหรือยุติสนธิสัญญานั้น ซึ่งการระงับหรือยุติสนธิสัญญาในกรณีที่เป็นการละเมิดต่อสนธิสัญญาอย่างร้ายแรงนี้ต่างกัน กรณีการยุติหรือระงับซึ่งสนธิสัญญาอันเกิดการกระทำที่เป็นการละเมิดพันธกรณีตามหลักการว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ กล่าวคือ การยุติหรือระงับซึ่งสนธิสัญญา ในความรับผิดชอบของรัฐ เกิดจากรัฐที่กระทำละเมิดหรือก่อความเสียหายไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีใดๆตามสนธิสัญญา รัฐที่ได้รับความเสียหายจากการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา ขอบที่จะยุติหรือระงับไว้ชั่วคราวซึ่งสนธิสัญญานั้นได้ จนกว่าจะมีการแก้ไขเยียวยาให้แล้วเสร็จ

⁷ Commentary of International Law Commission, Document A/56/10 (2001), p.295.

ดังเช่น ในคดีการให้บริการทางการบิน (Air Service Agreement Case)⁸ ที่ฝรั่งเศสไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาว่าด้วยการบินระหว่างสหรัฐอเมริกากับฝรั่งเศส โดยการใช้เครื่องบินขนาดเล็กกว่าที่ได้กำหนดไว้ขนส่งผู้โดยสาร สหรัฐอเมริกาจึงตอบโต้ด้วยการยุติการบินจากสหรัฐอเมริกาไปยังฝรั่งเศส ส่วนการระงับไว้ชั่วคราว หรือการยุติสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญาเป็นการละเมิดต่อสนธิสัญญาอย่างร้ายแรง ในกรณีที่มีการกระทำนั้นขัดต่อสาระสำคัญของสนธิสัญญา เนื่องด้วยการกระทำที่เป็นการขัดต่อสาระสำคัญแห่งสนธิสัญญานั้น เป็นการแสดงออกโดยชัดแจ้งถึงเจตนาของคู่ภาคีแห่งสนธิสัญญาว่าไม่มีเจตนาที่จะปฏิบัติตามหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขใดๆ ภายใต้สนธิสัญญาดังกล่าว แต่การระงับหรือยุติสนธิสัญญาในกรณีการละเมิดต่อสาระสำคัญอย่างร้ายแรงนี้ นำมาบังคับใช้กับทุกกรณีหรือไม่

หากเป็นการละเมิดในสาระสำคัญแห่งสนธิสัญญา ที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองต่อบุคคล หรือกฎหมายสิทธิมนุษยชน เป็นต้น ในประเด็นดังกล่าวนี้ เป็นที่สรุปโดยชัดแจ้งแล้วว่า แม้มีการกระทำที่เป็นการขัดต่อสาระสำคัญแห่งสนธิสัญญาดังกล่าวก็ตาม ก็ไม่ยุติหรือระงับไว้ซึ่งสนธิสัญญาดังกล่าว เนื่องด้วยหลักการตามสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองแก่บุคคลนั้นมุ่งบรรเทาและให้ความช่วยเหลือ อีกทั้งเป็นการให้ความคุ้มครองแก่บุคคลในสถานะต่างๆ การยุติสนธิสัญญามีไว้ซึ่งวิธีการที่จะช่วยให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามสนธิสัญญา ในอันที่จะให้ความคุ้มครองแก่บุคคล ทั้งยังให้รัฐผู้กระทำการละเมิดพันธกรณีอ้างไม่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวอีกด้วย

จึงสรุปได้ว่า การละเมิดพันธกรณีอย่างร้ายแรงที่ขอบด้วยกฎหมายต่อการสิ้นสุดหรือระงับไว้ชั่วคราวทางสนธิสัญญา ตรงข้ามกับบริบทของความรับผิดชอบของรัฐในการละเมิดสนธิสัญญาในกรณีใดๆ อันก่อให้เกิดความรับผิดชอบโดยไม่คำนึงถึงความร้ายแรงของการละเมิด

ในกรณีการละเมิดพันธกรณีในลักษณะที่เป็นสนธิสัญญาทวิภาคี รัฐที่ได้รับความเสียหายจากการละเมิดพันธกรณีเป็นรัฐผู้เสียหาย (injured State) ตามความหมายของรัฐผู้เสียหายในกรณีนี้ หากเป็นกรณีที่มีใช้สนธิสัญญาทวิภาคี แต่เป็นการกระทำฝ่ายเดียวที่เป็นการให้คำมั่น คำสัญญาต่อรัฐอื่นว่าจะปฏิบัติตามอย่างหนึ่งอย่างใดแล้วไม่ปฏิบัติตามคำมั่นดังกล่าว รัฐที่ได้รับคำมั่นจะถือว่าเป็นรัฐผู้เสียหายตามความหมายนี้ อันก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐหรือไม่

⁸ Air Service Agreement of 27 March 1946 (United State v. France), UNRIIAA, Vol. XVIII (1979).

การกระทำฝ่ายเดียว หมายถึง นิติกรรมที่สร้างขึ้นโดยรัฐ เพื่อทำให้เกิดกฎเกณฑ์ทั่วไปในเรื่องสิทธิและข้อบังคับ โดยมีความประสงค์ให้เกิดการผูกพันตามกฎหมาย ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศกับนิติบุคคลระหว่างประเทศอื่นๆ อันเป็นการแสดงออกฝ่ายเดียวและเป็นอิสระ อีกทั้งต้องก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย⁹ และในคดีการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ (Nuclear Test Case)¹⁰ ระหว่างฝรั่งเศสกับออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่าการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ อันก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายโดยศาลได้กล่าวว่า คำประกาศที่ได้กระทำขึ้นโดยฝ่ายเดียว ที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ทางกฎหมาย หรือสถานการณ์ทางข้อเท็จจริง อาจก่อให้เกิดพันธกรณีทางกฎหมาย คำประกาศนี้คือเจตนาของรัฐ การทำคำประกาศดังกล่าว จึงเป็นข้อผูกพันตามถ้อยคำของคำประกาศ โดยเจตนาของการให้คำประกาศ ประสงค์ให้มีผลในภายหลัง รัฐจึงต้องปฏิบัติตามแนวทางที่ตรงกับคำประกาศ เช่นนี้เป็นคำประกาศฝ่ายเดียวที่มีผลกระทบในการก่อให้เกิดพันธกรณีทางกฎหมายเท่านั้นที่เมื่อมีการละเมิดแล้ว รัฐจะมีความรับผิดชอบเกิดขึ้น

แม้จะเป็นการกระทำฝ่ายเดียว (unilateral act) ของรัฐก็ย่อมมีผลผูกพันในอันที่จะต้องปฏิบัติตามถ้อยแถลงของตนและก่อให้เกิดพันธกรณีในอันที่จะรับผิดชอบต่อการกระทำฝ่ายเดียวดังกล่าว ดังนี้ ความหมายของรัฐผู้เสียหาย (Injured State) นั้น ไม่ได้จำกัดเฉพาะกรณีที่เป็นสนธิสัญญาแต่เพียงอย่างเดียว ยังรวมถึงการกระทำฝ่ายเดียว หรือนิติกรรมฝ่ายเดียวของรัฐ อันเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวว่าจะผูกพันตนในพฤติกรรมหนึ่งพฤติกรรมใด ที่ทำให้เกิดผลผูกพันตามกฎหมายต่อรัฐที่ได้รับคำมั่นเช่นนั้น ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐขึ้น หากรัฐที่แสดงนิติกรรมฝ่ายเดียวไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่ตนได้ประกาศไว้ รัฐที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามพันธกรณีเช่นนั้น ก็ถือว่า เป็นรัฐผู้เสียหายตามความหมายของคำว่า รัฐผู้เสียหาย (Injured State) แห่งร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐฯ ด้วยเช่นกัน ทำให้รัฐที่ได้รับคำมั่นดังกล่าวมีสิทธิในการใช้มาตรการตอบโต้ในฐานะรัฐผู้เสียหายอีกประการหนึ่ง

หากเป็นกรณีการละเมิดพันธกรณีในสนธิสัญญาพหุภาคี ก็ย่อมถือว่ารัฐที่เป็นภาคีสมาชิกในสนธิสัญญาพหุภาคีฉบับนั้นเป็นรัฐผู้เสียหาย จากการกระทำอันเป็นการละเมิด

⁹ สิทธิชัย วีระชาญพิชิต. “นิติกรรมฝ่ายเดียวของรัฐในความคิดของกฎหมายระหว่างประเทศ,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 15 ฉบับที่ 3, น. 119.

¹⁰ Nuclear Test Case (Australia v. France: New Zealand v. France), Judgment, ICJ.Report (1974).

สนธิสัญญา อันเนื่องจากการถูกระทบสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามสนธิสัญญา แต่มีประเด็นที่น่าพิจารณาต่อไป คือ กรณีสนธิสัญญาพหุภาคี แต่มีลักษณะผูกพันระหว่างรัฐในลักษณะทวิภาคี อย่างเช่น อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต เป็นสนธิสัญญาพหุภาคี คือ มีลักษณะเปิดกว้างให้รัฐใดก็ตามที่ยินยอมจะปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ต่างๆภายใต้สนธิสัญญา เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกแห่งสนธิสัญญา โดยปฏิบัติตามวิธีการของการเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกตามที่สนธิสัญญาแต่ละฉบับกำหนดเงื่อนไข แต่ในการบังคับใช้สนธิสัญญากรุงเวียนนา ว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูตนั้น ที่ผูกพันระหว่างรัฐผู้รับและรัฐผู้ส่ง ในลักษณะทวิภาคีโดยทำ ความตกลงกันระหว่างรัฐทั้งสองฝ่ายถึงสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของรัฐผู้รับและรัฐผู้ส่ง หากมีการละเมิดพันธกรณีอย่างหนึ่งอย่างใดตามความตกลงนี้ เช่น การให้ความคุ้มกันต่อ สิ่งก่อสร้างของคณะผู้แทนทางการทูตของรัฐผู้ส่ง อันได้แก่ตัวสถานทูต หากเกิดความเสียหายอย่างใดขึ้น ต่อสิ่งปลูกสร้างดังกล่าว รัฐผู้รับต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น หากมิได้ ดำเนินการเพื่อป้องกันหรือยับยั้งไม่ให้เกิดความเสียหายขึ้น ดังเช่นคดีการจับกุมนักการทูต¹¹ (Tehran Hostages Case) ระหว่างสหรัฐอเมริกา กับอิหร่าน

การไม่ใช้ความระมัดระวังของทางการอิหร่าน จนเป็นเหตุให้กลุ่มผู้ประท้วงบุกเข้าไป ในสถานทูตสหรัฐอเมริกา และจับกุมตัวนักการทูตสหรัฐอเมริกาไว้เป็นตัวประกัน ศาลยุติธรรม ระหว่างประเทศมีคำตัดสินให้อิหร่านมีความรับผิดชอบต่อสหรัฐอเมริกาในการชดเชย ความเสียหายที่เกิดขึ้นแต่การละเมิดพันธกรณีในกรณีนี้ รัฐอื่นที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญา กรุงเวียนนา ว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ไม่สามารถใช้สิทธิเรียกร้องให้รัฐที่ก่อความเสียหาย รับผิดชอบต่อตนเองได้ แม้จะผูกพันในฐานะที่เป็นสนธิสัญญาพหุภาคี แต่ก่อให้เกิดความเสียหาย เฉพาะตัวระหว่างรัฐสองฝ่าย ดังนี้ รัฐที่ถือว่าเป็นผู้เสียหายในกรณีนี้ คือ รัฐที่มีความสัมพันธ์ใน ระดับทวิภาคี ส่วนรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาอื่นไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบขึ้นแต่อย่างใด

เช่นนี้ รัฐที่สามารถใช้สิทธิตอบโต้การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ต้องเป็นรัฐที่ ได้รับความเสียหายจากการกระทำอันเป็นการละเมิดพันธกรณี (Injured State) ซึ่งในกรณีนี้ จะต้องเป็นเรื่องเฉพาะของรัฐนั้น โดยพันธกรณีไม่จำกัดเฉพาะสนธิสัญญาทวิภาคี จึงถือว่าเป็น เรื่องเฉพาะรัฐนั้นๆ แต่อาจมีความหมายกว้างไปถึงสนธิสัญญาพหุภาคี ที่รัฐภาคีสามารถใช้ มาตรการตอบโต้ต่อการกระทำที่มิชอบนั้นได้ โดยการยุติหรือระงับซึ่งสนธิสัญญาเป็นเพียงวิธีการ หนึ่งของการตอบโต้ รัฐอาจใช้วิธีการอื่นใดก็ได้ แต่วิธีการเหล่านั้นต้องไม่ขัดกับหลักเกณฑ์

¹¹ United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America and Iran), I.C.J. Report (1980), para. 86.

พื้นฐานแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้งยังรวมไปถึงการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ (unilateral act of state) ถึงแม้เป็นการกระทำฝ่ายเดียว แต่ก่อให้เกิดผลผูกพันตามกฎหมายและก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐต่อรัฐอื่น

2.1.2 กลุ่มของรัฐ (group of States) หรือประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด (international community as a whole)

จากที่ได้กล่าวมาแล้วถึงการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ โดยรัฐที่ได้รับความเสียหายที่เป็นรัฐใดรัฐหนึ่งโดยเฉพาะ แต่ในส่วนนี้เป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการกระทำอันเป็นการละเมิดพันธกรณีเช่นกัน แต่มีลักษณะเป็นกลุ่มของรัฐ หรือประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดนี้ โดยกลุ่มของรัฐนี้เกิดจากการรวมตัวของกลุ่มประเทศในระดับสากล หรือในระดับภูมิภาคที่รวมกัน โดยมีวัตถุประสงค์ร่วมกัน และมีเป้าประสงค์ในอันที่จะก่อให้เกิดเป็นประชาคมของรัฐขึ้น มิใช่กลุ่มประเทศแต่มีลักษณะที่แยกกัน หรือมีสถานะทางกฎหมายที่แยกออกจากกัน ในการละเมิดพันธกรณีในกรณีนี้ ถือเป็นการละเมิดพันธกรณีร่วมกัน (collective obligation) กล่าวคือ เป็นพันธกรณีที่มิผูกพันมากกว่าสองรัฐ และมีความเกี่ยวข้องไม่เฉพาะรัฐใดรัฐหนึ่ง แต่เกี่ยวข้องกับรัฐที่เข้าร่วมผูกพันตามพันธกรณีนั้นๆ จากร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐฯ ได้แบ่งแยกไว้ใน 2 กรณี กล่าวคือ ในกรณีแรก เป็นการละเมิดพันธกรณีที่มิผลกระทบเป็นพิเศษต่อรัฐ และกรณีที่สอง เป็นกรณีที่การละเมิดต่อพันธกรณีนั้น ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงของสถานะอย่างร้ายแรงต่อรัฐต่างๆ

โดยในกรณีแรก ร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐฯ ใช้คำว่า ผลกระทบพิเศษ (special affected) นั้น มีที่มาจากอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 ในมาตรา 60 (2) (b) อันเป็นกรณีการฝ่าฝืนสนธิสัญญาพหุภาคีอย่างร้ายแรง โดยรัฐภาคีฝ่ายที่ได้รับความกระทบเป็นพิเศษจากการละเมิดพันธกรณี มีสิทธิจะยกเหตุแห่งการฝ่าฝืนสนธิสัญญาอย่างร้ายแรงนั้น เพื่อระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาระหว่างรัฐภาคีที่ได้รับผลกระทบเป็นพิเศษต่อรัฐที่กระทำการอันเป็นการละเมิดพันธกรณีนั้น กล่าวคือ เป็นกรณีที่ผลทางกฎหมายอันเกิดจากการกระทำที่มีขอบในทางระหว่างประเทศขยายการบังคับใช้ต่อกกลุ่มของรัฐ หรือประชาคมระหว่างประเทศด้วย ผลของการกระทำที่มีขอบอันมีผลกระทบต่อรัฐใดรัฐหนึ่ง หรือกลุ่มของรัฐ เช่น กรณีมลพิษในทะเลหลวงนั้น อาจมีผลกระทบต่อรัฐใดรัฐหนึ่ง หรือหลายรัฐ ที่ได้รับผลกระทบจากการตกค้างของสารพิษ หรือมีผลกระทบต่อการทำประมงชายฝั่ง กรณีเช่นว่านี้ ถือว่าเป็นผลประโยชน์ร่วมกัน (general interest) ของรัฐภาคีทั้งหลายในการปกป้องสถานะทางทะเลไว้ รัฐ

ภาคีชายฝั่งทั้งหลายจึงถือได้ว่า เป็นรัฐที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดโดยตรงในอันที่จะเรียกร้องให้รัฐที่กระทำการที่เป็นการละเมิดพันธกรณีดังกล่าวแก้ไข เยียวยาต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น และในการพิจารณาว่า การกระทำใดเป็นการกระทำอันก่อให้เกิดผลกระทบเป็นพิเศษนั้น ต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์และเป้าหมายของพันธกรณีที่ถูกละเมิด และข้อเท็จจริงแต่ละคดี สำหรับการพิจารณาว่า รัฐใดได้รับความเสียหายอันเป็นผลจากการกระทำละเมิด

ส่วนกรณีที่สองนั้น เป็นการละเมิดพันธกรณีที่มีผลกระทบต่อรัฐอื่นด้วยตัวของตัวเอง (*per se*) กล่าวคือ เป็นการละเมิดพันธกรณีอย่างร้ายแรงต่อบทบัญญัติโดยรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด อันก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงฐานะ (*position*) ของรัฐภาคีทุกฝ่ายในการปฏิบัติตามพันธกรณี ได้นำเอาแนวคิดมาจากอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มาตรา 60 (2) (c) รัฐภาคีอื่นที่มีฝ่ายที่ละเมิดสนธิสัญญาพหุภาคีมีสิทธิยับยั้งการฝ่าฝืนสนธิสัญญาอย่างร้ายแรงมาเป็นเหตุแห่งการระงับใช้สนธิสัญญาดังกล่าว โดยการฝ่าฝืนบทบัญญัติอย่างร้ายแรงนั้น เป็นการที่ทำให้รัฐภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอย่างมากต่อฐานะของรัฐภาคีทุก รัฐที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาของรัฐเหล่านั้น เช่น การละเมิดสนธิสัญญาห้ามการแพร่กระจายอาวุธ สนธิสัญญาเขตปลอดนิวเคลียร์ หรือสนธิสัญญาอื่นๆ ที่การกระทำของรัฐภาคีมีผลกระทบต่อกรกระทำของรัฐอื่น อันเป็นเหตุให้รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาอาจยุติ หรือระงับสนธิสัญญาไว้ชั่วคราวต่อรัฐที่ก่อความเสียหาย แต่ไม่รวมถึงรัฐภาคีอื่นแห่งสนธิสัญญา

จากหลักการในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญานำมาปรับใช้ ในลักษณะเดียวกันในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ กล่าวคือ รัฐภาคีอื่นที่ไม่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง นั้น สนธิสัญญายังคงมีผลผูกพันต่อไป เช่น กรณีการอ้างสิทธิเหนือดินแดนในบริเวณแอนตาร์กติก นั้น ตามอนุสัญญาแอนตาร์กติก ห้ามรัฐภาคีใดอ้างสิทธิเหนือดินแดนบริเวณทวีปแอนตาร์กติก แต่หากมีรัฐใดอ้างสิทธิเหนือดินแดนในบริเวณนั้น ถือเป็นการกระทบสิทธิรัฐภาคีอื่นๆ แห่งสนธิสัญญา ดังนี้ รัฐภาคีใดๆ ถือว่าเป็นผู้เสียหายโดยตรง อันอาจอ้างสิทธิในการให้ยุติ หรือการยกเลิกการกล่าวอ้างสิทธิเหนือดินแดนเช่นนั้น อีกทั้งการละเมิดพันธกรณีของรัฐที่ก่อความเสียหายนั้นใช้บังคับกับทุกกรณีที่เกิดขึ้นภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการละเมิด

พันธกรณีดังกล่าวนั้นเกิดขึ้นจากบ่อเกิดใดๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศ¹² อันได้แก่ สนธิสัญญา เป็นต้น

นอกจากรัฐใดรัฐหนึ่งโดยเฉพาะที่เป็นรัฐที่ได้รับความเสียหายโดยตรงแล้ว ยังหมายความว่ารวมถึงกลุ่มของรัฐ (group of States) และประชาคมระหว่างประเทศ (international community as a whole) อีกด้วย รัฐที่ได้รับความเสียหายดังกล่าวนี้มีสิทธิเรียกร้องต่อรัฐที่กระทำละเมิดให้รับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น และหากไม่เพียงพอ แก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้วนั้น รัฐที่ได้รับความเสียหายชอบที่จะใช้มาตรการใดๆ เพื่อตอบโต้ และให้ยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว

2.2 รัฐที่สาม

แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการตอบโต้ของรัฐที่สามนั้นมีแนวคิดนี้มานานแล้ว โดย Grotius ได้กล่าวไว้ว่า การกระทำความผิดไม่ได้กระทบโดยตรง แต่การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการละเมิดกฎหมายธรรมชาติ (law of nature) หรือกฎหมายแห่งชาติ (law of nations) ที่เกี่ยวข้องกับบุคคล การตอบโต้ต่อความผิดนั้น จึงมิใช่เรื่องของคนใดคนหนึ่ง แต่เป็นเรื่องของทุกคนทั้งหมด เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัว อีกทั้ง Vattel มีความเห็นว่า กฎหมายของสมาคมแห่งชาติ (law of the natural society of nations) เป็นสิ่งสำคัญต่อความผาสุกของรัฐ ทุกคน ทุกชาติมีสิทธิโดยสมบูรณ์ (perfect right) ในอันที่จะรักษาไว้ซึ่งความสงบสุข ดังนั้นทุกชาติจึงสามารถใช้กำลังในการยุติการกระทำความผิดที่มีผลกระทบต่อกฎหมายของสังคม จะเห็นได้ว่า แนวความคิดของการใช้มาตรการตอบโต้ โดยรัฐที่สามนี้ให้อำนาจแก่รัฐที่สามอย่างเต็มที่ในการกระทำการเพื่อตอบโต้ต่อรัฐที่กระทำความผิดในลักษณะที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อรัฐทั้งหลายโดยรวม

ยุคต่อมา มีนักกฎหมายอีกหลายคนที่มีมองว่า การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐที่สามนั้นเป็นการแทรกแซง (intervene) การตอบโต้ดังกล่าวกระทำเพื่อที่จะแก้ไขการละเมิดหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ยอมรับในระดับสากลต่อรัฐอื่น เช่นนี้ เมื่อเห็นว่า การตอบโต้โดยรัฐที่สามเป็นการแทรกแซงนั้น เท่ากับเป็นการจำกัดขอบเขตของรัฐที่สามในการใช้มาตรการตอบโต้

¹² Commentary of International Law Commission, Document A/56/10 (2001), p. 300.

การกระทำเพื่อตอบโต้หากกระทำไปโดยขาดความชอบด้วยกฎหมาย ถือว่าเป็นการกระทำเพื่อ
การตอบโต้ดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในขณะที่ฝ่ายไม่เห็นด้วยเห็นว่า ควรจำกัดขอบเขตของการใช้มาตรการตอบโต้
(ในขณะนั้น เรียกว่า มาตรการแก้แค้น) เฉพาะที่รัฐที่ได้รับความเสียหายเท่านั้น และไม่รวมถึง รัฐที่
สามที่สามารถใช้มาตรการตอบโต้ได้ อีกทั้งกฎหมายระหว่างประเทศไม่มีหลักการที่เกี่ยวข้องกับ
การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐที่สาม และแนวคำพิพากษาของศาลก็ไม่มีเช่นเดียวกัน ส่วนในกรณี
ของสหรัฐอเมริกาที่อ้างว่า การกระทำของสหภาพยุโรปขัดต่อประชาคม และใช้มาตรการต่อ
สหภาพยุโรปนั้น เห็นว่า เป็นการใช้อำนาจทางกฎหมาย (extra-legal hegemony) เนือกลุ่ม
ประเทศละตินอเมริกา และเป็นการใช้อำนาจทางการเมืองมากกว่า มิใช่ในทางกฎหมาย และยัง
มองว่า การให้รัฐที่สามสามารถใช้มาตรการตอบโต้ได้นั้นเป็นการทำลายกฎหมายระหว่างประเทศ
กล่าวคือ เป็นการเปิดโอกาสให้รัฐที่สามเข้าแทรกแซงได้ ซึ่งถือว่าเป็นอันตรายร้ายแรงอย่างยิ่ง
หากเป็นการกระทำที่มีอคติ และเป็นการสนับสนุนพรรคพวกกันเอง¹³

ในปัจจุบัน เป็นที่ยอมรับถึงการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐที่สาม จากการที่ศาล
ยุติธรรมระหว่างประเทศมีคำพิพากษาในคดี Barcelona Traction¹⁴ ว่า รัฐทั้งหลายต่างมี
ผลประโยชน์ทางกฎหมาย (legal interest) ในอันที่จะรักษาผลประโยชน์ร่วมกันของประชาคม
ระหว่างประเทศ และสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ การห้ามเป็นทาส การห้ามเลือกปฏิบัติทางเชื้อ
ชาติ การห้ามการรุกรานและการห้ามการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งสามารถใช้บังคับได้กับทุกรัฐ (erga
omnes) จากคดีนี้เป็นการยืนยันว่า การกระทำที่เป็นการก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง
หรือกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) เป็นสิ่งที่กระทบต่อรัฐทั้งหลายในประชาคมระหว่างประเทศ
โดยสามารถใช้สิทธิของตนในการรักษาผลประโยชน์ร่วมกันของประชาคมระหว่างประเทศได้

สำหรับร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ นั้นรับเอาแนวความคิดที่ว่า การละเมิด
พันธกรณีที่เป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ร่วมกัน (collective interest) ของกลุ่มประเทศ หรือ
ผลประโยชน์ของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด มีผลกระทบต่อประชาคมระหว่างประเทศโดย
คำนึงถึงพันธกรณีที่ละเมิด ซึ่งไม่ใช่กรณีที่เป็นรัฐที่ได้รับความเสียหายโดยตรง แต่เป็นการทำหน้าที่
ของรัฐในฐานะสมาชิกของกลุ่มของรัฐ โดยเน้นที่ว่าไม่ว่าเป็นรัฐใด นอกเหนือจากรัฐที่ก่อความ

¹³ Michael Akehurst, "Reprisal by injured states," British Yearbook of International Law, 44(1970): 3.

¹⁴ Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Report, 1970.

เสียหาย แต่มิใช่ว่า รัฐที่สามารถตอบโต้ต่อการกระทำที่ละเมิดพันธกรณีได้อย่างไม่จำกัด สืบเนื่องจากแนวคิดที่เห็นว่า การใช้มาตรการตอบโต้เป็นการแทรกแซงรัฐอื่น การตอบโต้ต่อการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายโดยรัฐที่สามนั้น จึงถูกจำกัดให้สามารถเข้ามามีบทบาทในบางกรณีเท่านั้น อีกทั้งไม่มีสิทธิดีกว่ารัฐที่ได้รับความเสียหายโดยตรง ในการใช้มาตรการใดๆ ในการตอบโต้ หรือการได้รับการเยียวยา ก็จำกัดในบางกรณีเท่านั้น เช่น การยุติการละเมิดพันธกรณี แต่ไม่รวมถึงการชดเชยค่าเสียหาย เป็นต้น

โดยร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐแบ่งแยกรัฐที่มีสิทธิใช้มาตรการตอบโต้ในสถานะที่เป็นรัฐที่สาม ในสองกรณี กล่าวคือ กรณีแรก เป็นกรณีปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มที่รัฐที่ได้รับความเสียหายเป็นสมาชิกของกลุ่มของรัฐ โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ร่วมกัน (collective interest) และในกรณีที่สอง เป็นกรณีการเรียกร้องของรัฐใดๆ ที่เกิดจากการละเมิดพันธกรณีของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายที่มีผลกระทบต่อประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด (international community as a whole)

ในกรณีปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มรัฐที่ได้รับความเสียหายซึ่งเป็นสมาชิกของกลุ่มของรัฐ อันเป็นการละเมิดพันธกรณีที่รัฐที่ได้รับความเสียหายร่วมอยู่ด้วย และเป็นการละเมิดต่อพันธกรณีที่เป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ร่วมกัน โดยเป็นการรักษาผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มที่เกิดจากการละเมิดพันธกรณีใดๆ เช่น สนธิสัญญาพหุภาคี จารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งแนวคิดนี้มีที่มาจากหลัก *erga omnes partes* ในกรณีเป็นการปกป้องผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มรัฐที่ได้รับความเสียหายซึ่งเป็นสมาชิกของกลุ่มของรัฐ การกระทำอันเป็นละเมิดพันธกรณีของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นมิได้จำกัดเฉพาะรัฐที่ได้รับความเสียหายโดยตรงเท่านั้น แต่เป็นการกระทบต่อผลประโยชน์ร่วมกัน (common interest) ของรัฐสมาชิกในกลุ่ม โดยหลักการของการใช้มาตรการตอบโต้รัฐที่สามจากกรณีที่คุ้มครองผลประโยชน์ร่วมกันนั้น เป็นการส่งเสริมผลประโยชน์ร่วมกัน และผลประโยชน์ดังกล่าวมีความสำคัญเหนือรัฐใดรัฐหนึ่งโดยเฉพาะ

กรณีการเรียกร้องของรัฐใดๆ ที่เกิดจากการละเมิดพันธกรณีของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายที่มีผลกระทบต่อประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด เป็นแนวคิดที่อ้างอิงจากคติที่ว่า รัฐทุกรัฐมีผลประโยชน์ทางกฎหมายร่วมกันในการให้ความคุ้มครอง และเป็นสิ่งที่รับรู้ได้โดยทั่วไป สิ่งที่ถือว่าเป็นการกระทำที่ถือว่าเป็นการขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) ซึ่งเป็นสิ่งที่รับรู้กันโดยทั่วไป ได้แก่ การกระทำที่เป็นการรุกรานและการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมที่มีผลกระทบต่อมนุษยชาติ การกระทำที่เป็นการละเมิดหลักการและกฎเกณฑ์ที่

เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ การเป็นทาส โจรสลัด การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ (racial discrimination) การกำหนดเจตจำนงของตนเอง (self-determination) และการทรมาน (torture) ซึ่งทั้งหมดนี้ได้รับการยืนยันจากคำพิพากษาของศาลในคดีต่างๆ¹⁵

อีกทั้งการใช้คำในต้วบทได้ใช้คำที่มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ โดยทั่วไปใช้คำว่า มาตรการตอบโต้ (countermeasures) ในกรณีที่เป็นการกระทำของรัฐที่ได้รับความเสียหายในการตอบโต้ต่อการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐอื่น แต่ในร่างข้อบทที่เกี่ยวข้องกับการใช้ มาตรการตอบโต้โดยรัฐที่สามนั้นใช้คำว่า มาตรการที่ชอบด้วยกฎหมาย (lawful measures) จึงเป็นข้อสังเกตอีกประการหนึ่งผู้ร่างไม่ได้ใช้คำว่า มาตรการตอบโต้ (countermeasures) สำหรับการกระทำของรัฐที่สาม แต่ใช้คำว่ามาตรการที่ชอบด้วยกฎหมายแทน ซึ่งเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึง ขอบเขตของการตอบโต้ของรัฐที่สามที่มีข้อจำกัดที่มากกว่าการตอบโต้โดยรัฐที่ได้รับความเสียหายโดยตรง กล่าวคือ รัฐที่สามไม่อาจใช้มาตรการใดๆ เพื่อตอบโต้การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐที่ละเมิดพันธกรณีได้ในลักษณะเช่นเดียวกันกับรัฐที่ได้รับความเสียหายโดยตรง

นอกจากนี้ การเรียกร้องให้เยียวยาความเสียหายของรัฐที่สามนั้นมีลักษณะที่จำกัด มากกว่าหากเปรียบเทียบกับรัฐที่ได้รับความเสียหายโดยตรง เพราะรัฐที่สามไม่ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการทำความผิด และไม่สามารถเรียกร้องการชดเชยค่าเสียหาย (compensation) เช่นเดียวกับรัฐที่ได้รับความเสียหายโดยตรงได้ โดยกระทำได้เพียงให้รัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ยุติการกระทำที่ไม่ชอบนั้น และยืนยันถึงการไม่กระทำการที่เป็นการละเมิดพันธกรณีซ้ำอีก (non-repetition) และการให้ปฏิบัติตามพันธกรณีที่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อรัฐที่ได้รับความเสียหาย หรือ ผลประโยชน์อื่นใดของการละเมิดพันธกรณี หลักการในส่วนนี้เป็นส่วนที่เพิ่มเติมขึ้นมา เป็นการพัฒนาลักษณะทางกฎหมายของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่กำหนดถึงความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการคุ้มครองประชาคม หรือการปกป้องผลประโยชน์ร่วมกัน ดังนั้น สิ่งที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเสนอขึ้นมานั้นเป็นเพียงแนวโน้มของกฎหมายเท่านั้น ยังไม่ได้มีผลผูกพันรัฐเป็นการทั่วไปในการปฏิบัติตามพันธกรณี รัฐโดยทั่วไปจึงผูกพันเฉพาะส่วนที่เป็นหลักการทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่รวมถึงสิ่งที่ได้เสนอไว้เพิ่มเติม ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเรียกร้องของรัฐที่สามต่อรัฐที่ก่อความเสียหาย

สำหรับทางปฏิบัติของรัฐในการกระทำเพื่อตอบโต้ของรัฐที่สามนั้นมีค่อนข้างจำกัด และเพิ่งเริ่มต้นเท่านั้น ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการตอบโต้ที่เกี่ยวข้องกับทางเศรษฐกิจ (economic sanction) หรือมาตรการอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น กรณีสหรัฐอเมริกา กับ ยูกันดา สภาองเกรสของ

¹⁵ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมในบทถัดไป

สหรัฐอเมริการับรองกฎหมายห้ามการส่งออกสินค้าและเทคโนโลยี และห้ามนำเข้าสินค้าทั้งหลายจากยูกันดาอีกด้วย ในกฎหมายดังกล่าวอ้างว่า รัฐบาลยูกันดามีส่วนร่วมในการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยูกันดา และสหรัฐอเมริกาดำเนินการในอันที่จะยุติความสัมพันธ์ต่อรัฐบาลในกรณีที่มีการก่ออาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

การปกป้องผลประโยชน์ของกลุ่มประเทศ (protection of a collective interest) มีแนวคำตัดสินต่างๆ ให้สิทธิสำหรับกลุ่มประเทศที่มีผลประโยชน์ร่วมกันใช้มาตรการตอบโต้ได้ เช่น EC หากการก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นไม่ได้มีผลกระทบต่อรัฐใดรัฐหนึ่งเพียงรัฐเดียว แต่กระทบต่อรัฐสมาชิกทั้งปวงของ EC เช่นนี้ รัฐสมาชิกของ EC ก็สามารถใช้มาตรการตอบโต้ได้ โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ร่วมกัน (collective interest) ในกรณีที่รัฐสมาชิกใน EC เห็นร่วมกันถึงการกระทำอันเป็นการคุกคามต่อสันติภาพ และความมั่นคงของภูมิภาค แต่เป็นการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐแต่ละรัฐของ EC มิใช่เป็นการดำเนินการโดยตัวองค์กรระหว่างประเทศ

การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐที่สามนี้ เป็นสิ่งที่ยอมรับกันโดยทั่วไปถึงการกระทำเพื่อตอบโต้ในกรณีที่เป็นการกระทบต่อผลประโยชน์ร่วมกันของรัฐ หรือเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อประชาคมระหว่างประเทศ ซึ่งได้รับการยืนยันหลักการนี้จากคำพิพากษาคำตัดสินของศาล หรือคณะผู้พิจารณาที่ดีในหลายๆ กรณี แม้มีคดีและทางปฏิบัติของรัฐที่ยังไม่มากนักก็ตาม แต่ไม่รวมถึงวิธีการเรียกร้องให้เยียวยาความเสียหายตามร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐฯ นี้ ที่เป็นเพียงการเสนอแนวทางของการปฏิบัติของรัฐเท่านั้น ไม่มีผลผูกพันรัฐเป็นการทั่วไปแต่อย่างใด