

บทที่ 4

หลักการพื้นฐานที่เกี่ยวกับการใช้มาตรการตอบโต้

เงื่อนไขที่สำคัญอีกประการหนึ่งของการใช้มาตรการตอบโต้ คือ ต้องไม่ขัดกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ อันได้แก่ หลักความได้สัดส่วน (Proportionality) และหลักความจำเป็น (Necessity) รวมถึงหลักการห้ามใช้กำลัง ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ หลักการห้ามละเมิดกฎหมายมนุษยธรรม (International Humanitarian Law) และสิทธิมนุษยชน (Human Right Law) และหลักการห้ามขัดกับหลักกฎหมายเด็ชาติ (Jus Cogens) หากการกระทำเพื่อตอบโต้ขัดกับหลักการดังกล่าว การใช้มาตรการตอบโต้เช่นนั้น ถือว่า เป็นการใช้มาตรการตอบโต้ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ถือว่าเป็นพฤติการณ์ยกเว้นความผิด จึงต้องรับผิดชอบการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของตนนั้น

1. หลักความได้สัดส่วน (proportionality) และหลักความจำเป็น (necessity)

หลักความได้สัดส่วน และหลักความจำเป็นนั้น ได้มีการนำไปใช้ในหลายบริบท ดังเช่น ในการป้องกันตนเอง (self-defence) หรือในการใช้มาตรการตอบโต้ (countermeasures) หลักการดังกล่าว เป็นหลักการที่สำคัญอย่างยิ่ง ในส่วนแรกกล่าวถึงหลักการทั่วไปของหลักความได้สัดส่วนและหลักความจำเป็น และในส่วนต่อมาเป็นการนำหลักความได้สัดส่วน และหลักความจำเป็นมาปรับใช้กับมาตรการตอบโต้

1.1 หลักการทั่วไปของหลักความได้สัดส่วนและหลักความจำเป็น

หลักความได้สัดส่วน และหลักความจำเป็น เป็นแนวคิดที่มีมานาน โดยมีการบังคับที่แตกต่างกัน ทั้งในบริบทการกระทำของรัฐโดยสันติวิธีและไม่ใช้สันติวิธี ซึ่งในปัจจุบันนี้ หลักความจำเป็นของรัฐ (State of Necessity) นำมาใช้ในการป้องกันการปกป้องผลประโยชน์ที่จำเป็น (essential interest) ของรัฐที่ถูกคุกคาม ที่ร้ายแรงและจวนตัว¹ และหลักความได้สัดส่วน นำมาใช้ในเรื่องการ

¹ ดูรายละเอียด ใน Commentary of International Law Commission , Document A/56/10 (2001).

ป้องกันตัวเอง (self-defence) โดยการป้องกันตัวนั้น ต้องได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดในครั้งก่อน และในระบบความมั่นคงร่วมกัน (collective security system) ภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติ และนำเอาหลักความได้สัดส่วนและหลักความจำเป็นใช้ทั้งในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้กำลัง (jus ad bellum) และกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (International Humanitarian Law)

แนวความคิดของหลักความได้สัดส่วน เริ่มต้นตั้งแต่ในยุคสงครามที่เป็นธรรม โดยนำหลักสัดส่วนข้อจำกัดทางกฎหมายสำหรับการใช้กำลัง นำมาใช้ในลักษณะการประเมิน ถึงผลความชั่วร้ายที่ได้รับต่อการทำสงครามที่เท่ากัน แต่ในขณะนั้นรัฐยังคงมีอำนาจเต็มที่ในการทำสงครามหลักความได้สัดส่วน จึงไม่ได้มีบทบาทในการจำกัดสิทธิของรัฐในการใช้มาตรการฝ่ายเดียวเพื่อการใช้กำลัง

ในขณะที่หลักความได้สัดส่วนที่อยู่ในบริบทของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ได้มีการพัฒนาอย่างมากในหลักการห้ามการโจมตีที่ไม่ได้สัดส่วนและวิธีการตลอดทั้งแนวคิดที่เกี่ยวกับการสู้รบอันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายที่มากเกินไปหรือไม่จำเป็น

ต่อมา ภายใต้ระบบของสหประชาชาติ ในเรื่องการใช้กำลังนั้น ได้มีการจำกัดสิทธิในการทำสงครามของรัฐลงอย่างมาก และนำเอาหลักความได้สัดส่วนมาเป็นส่วนหนึ่งในการจำกัดขอบเขตของการใช้กำลัง ซึ่งนักกฎหมายได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการใช้กำลัง และหลักความได้สัดส่วนไว้ว่า ในการกระทำที่เป็นการป้องกันต่อการจู่โจมของทหารที่ไม่ได้สังกัดหน่วยใดๆ (irregulars) การใช้กำลังจะต้องชอบด้วยกฎหมายในการใช้สถานการณ์นั้น แต่ในข้อกำหนดของการกระทำที่เป็นการป้องกันตนเองต้องได้สัดส่วน ทั้งในลักษณะและระดับความรุนแรงต่อการโจมตีที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือการคุกคามในครั้งก่อน

ในปัญหาว่าสิ่งใดที่ถือว่าได้สัดส่วน นักกฎหมายได้ให้ความเห็นว่า การกระทำเพื่อตอบโต้จะได้สัดส่วนหรือไม่ ต้องพิจารณาผลที่ได้รับและการบรรลุวัตถุประสงค์²

ส่วนหลักความจำเป็น (necessity) เริ่มมีแนวคิดตั้งแต่ยุคสงครามที่เป็นธรรม คือ การใช้กำลังสามารถใช้ได้ก็ต่อเมื่อวิถีทางโดยสันติใช้ไม่ได้ผล แต่ปัจจุบันหลักการดังกล่าวในกฎหมายระหว่างประเทศยุคใหม่ นำมาใช้ในเรื่องการป้องกันตนเอง (self-defence) ในแง่ของการใช้กำลังเพื่อป้องกันตนเองในวิถีทางสุดท้าย หลังจากการระงับข้อพิพาทโดยสันติล้มเหลว และในกฎหมายมนุษยธรรม นำเอาหลักความจำเป็นมาใช้ภายในประมวล Lieber ที่กล่าวถึง

² Judith Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), p.12.

ความจำเป็นทางทหาร (military necessity) โดยในปัจจุบันมองในเรื่องการขัดกันกับคุณค่าของมนุษยธรรมมากกว่าเป็นการจำกัดการใช้ความรุนแรงในการขัดกันทางทหาร³

ทั้งหลักความได้สัดส่วนและหลักความจำเป็นมีการนำมาใช้ในหลายบริบท ก็เพื่อจำกัดขอบเขตของการใช้มาตรการต่างๆ ของรัฐเพื่อให้กระทำด้วยความเหมาะสม มีเหตุผลให้ได้สัดส่วนกับความเสียหายที่ได้รับ และให้การใช้กำลังเป็นทางสุดท้ายของวิธีการในการระงับความขัดแย้ง โดยใช้เท่าที่จำเป็นเท่านั้น

หลักความได้สัดส่วนและหลักความจำเป็นเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญที่มีอยู่ในหลักเกณฑ์ต่างๆ ทั่วไป นอกเหนือไปจากมาตรการตอบโต้⁴ เหตุที่หลักสัดส่วนและจำเป็นมีความสำคัญเนื่องเพราะเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดว่า การกระทำที่นำไปเกินสมควร เหมาะสมกับความเสียหายที่ตนเองได้รับแล้วหรือไม่ หากเป็นการกระทำที่ไม่ได้สัดส่วนและเกินจำเป็น การกระทำเช่นนั้นก็ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็เท่ากับว่า เป็นการใช้มาตรการตอบโต้ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะกระทำเกินสัดส่วนและความจำเป็น แต่มีชื่อว่า ต้องอยู่ในรูปแบบเดียวกัน หรือใช้อาวุธอย่างเดียวกัน และก่อให้เกิดผลเสียหายเท่ากัน

1.2 การนำหลักความได้สัดส่วนสัดส่วนและหลักความจำเป็นมาปรับใช้กับมาตรการตอบโต้

จากแนวคิดที่เกี่ยวกับ วัตถุประสงค์ของมาตรการตอบโต้ การใช้มาตรการตอบโต้มุ่งเพื่อยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐอื่น และโน้มน้าวให้รัฐที่ก่อความเสียหายเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยไม่ใช่เป็นการแก้แค้น หรือลงโทษ เช่น การใช้มาตรการตอบโต้ของรัฐที่ได้รับความเสียหาย ย่อมอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของหลักสัดส่วนและหลักความจำเป็น เพื่อป้องกันมิให้รัฐที่ได้รับความเสียหาย ใช้มาตรการตอบโต้ในลักษณะที่เกินกว่าเหตุ หรือเกินกว่าความเสียหายที่ตนได้รับและไม่เป็นข้ออ้างของการใช้มาตรการตอบโต้ในทางที่ผิด

ในการร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ เป็นประเด็นถกเถียงกันถึงการกำหนดเกณฑ์ของหลักความได้สัดส่วน ว่าอย่างไรจึงถือว่า เป็นกระทำที่ได้สัดส่วน แต่เดิมเกณฑ์ที่ชัดเจนของหลักความได้สัดส่วนเป็นคำในแง่ลบ (negative) และ/หรือยืดหยุ่น การพิจารณาว่าได้

³ *Ibid*, p.8.

⁴ เป็นหลักการที่สำคัญของการป้องกันตัวเอง (self-defense) ว่าการใช้กำลังเพื่อป้องกันตนเองตนเองตามมาตรา 51ของกฎบัตรสหประชาชาติต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็น และต้องได้สัดส่วนกับการโจมตี

สัดส่วนของมาตรการตอบโต้ไม่ใช่เรื่องง่าย และทำได้ดีที่สุดโดยการประมาณการเท่านั้น อีกทั้งความจำเป็น(necessity) ตัดสินโดยการประมาณการโดยขึ้นอยู่กับสถานการณ์ของการกระทำ ความผิดเฉพาะในแต่ละองค์ประกอบ จากแนวความคิดเริ่มต้นของ Ago ผู้รายงานพิเศษ ในหัวข้อ ความรับผิดชอบของรัฐที่มีความคิดเห็นว่าเป็นปฏิกิริยาต่อการกระทำผิดกฎหมายในทางระหว่างประเทศโดยรัฐอื่น ด้วยรูปแบบที่ชอบด้วยกฎหมายของมาตรการตอบโต้ เมื่อเทียบได้กับความเสียหายที่ตนได้รับกับผลของการกระทำผิดกฎหมายเป็นการเปรียบเทียบกันระหว่าง ความเสียหายของรัฐที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดกฎหมายของรัฐที่ก่อให้เกิด ความเสียหายโดยกำหนดไว้กว้างๆ ในขั้นตอนของการยกร่างข้อบทในส่วนแรก (first reading) เสร็จแล้วจึงกล่าวถึงมาตรการตอบโต้ในฐานะที่เป็นหนึ่งในพฤติการณ์ที่ไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐ ซึ่งในขั้นต้นนั้น เป็นการให้คำนิยามของคำว่ามาตรการตอบโต้และหลักการกว้างๆ โดยมีได้ลงรายละเอียดเท่าใดนัก ดังนี้ หลักการได้สัดส่วนจึงเป็นการเปรียบเทียบระหว่างความเสียหายที่รัฐผู้เสียหายได้รับกับผลของการกระทำผิดของกฎหมายของรัฐที่กระทำละเมิดพันธกรณี

ต่อมา มีความพยายามที่กำหนดหลักเกณฑ์ขึ้นให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้นของหลักสัดส่วน โดย Riphagen มีความคิดเห็นว่าการกำหนดพฤติการณ์ทางกฎหมาย การกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย พิจารณาจากแนวคิดของการได้สัดส่วนระหว่างการกระทำ และการตอบโต้โดยเสนอแนวคิดเพิ่มเติมของการได้สัดส่วนในเชิงปริมาณ (quantitative) และการได้สัดส่วนในเชิงคุณภาพ (qualitative) หลักการดังกล่าวต้องการอธิบายถึงหลักสัดส่วนในลักษณะที่เป็นรูปธรรมโดยเปรียบเทียบการได้สัดส่วนในเชิงปริมาณ (quantitative) และในเชิงคุณภาพ (qualitative) กล่าวคือ การได้สัดส่วนในเชิงปริมาณกับความร้ายแรงระหว่างการกระทำที่ก่อให้เกิด ความเสียหายต่อการกระทำที่ตอบโต้ ในการกระทำดังกล่าวเท่ากันเชิงปริมาณ คือ เป็นการตอบโต้ในลักษณะอย่างเดียวกันในจำนวนที่เท่าเทียมกัน ส่วนการได้สัดส่วนในเชิงคุณภาพ (qualitative) นอกจากที่เป็นการใช้มาตรการตอบโต้เท่ากันเชิงปริมาณแล้ว ผลของความเสียหายหรือผลกระทบจากการกระทำตอบโต้ ต่อรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ก่อให้เกิดผลอย่างเดียวกัน หรือผลที่เท่าเทียมกัน ระหว่างการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อกฎหมายหรือพันธกรณีกับการตอบโต้การกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายของรัฐที่ได้รับความเสียหาย แม้ว่าแนวคิดดังกล่าวจะ แยกให้เห็นถึงความชัดเจนของการได้สัดส่วนระหว่างการกระทำผิดของรัฐที่ก่อให้เกิดเสียหายกับการใช้มาตรการตอบโต้ของรัฐที่ได้รับความเสียหายโดยเปรียบเทียบทั้งในแง่ของปริมาณ (quantitative) และคุณภาพ (qualitative) แต่ในความเป็นจริงแล้วเป็นสิ่งที่พิจารณาแยกแยะได้ยาก ในแง่ของการได้ปริมาณเป็นการกระทำตอบโต้ในลักษณะเดียวกัน เป็นสิ่งที่เห็นได้โดยชัดเจน

แต่ในแง่คุณภาพนั้นเป็นสิ่งที่เกิดได้ยาก คือ การตอบโต้ต่อการกระทำความผิดให้ได้ผลลัพธ์ที่เท่ากันเป็นสิ่งที่คาดหมายได้ยากว่าการใช้มาตรการตอบโต้ดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลเช่นเดียวกับการกระทำละเมิด ดังเช่นในคดีการให้บริการทางการบิน (Air Service Agreement Case)⁵ ระหว่างฝรั่งเศส กับสหรัฐอเมริกา การใช้มาตรการตอบโต้ของสหรัฐอเมริกาเป็นมาตรการที่ชอบด้วยกฎหมาย ถึงแม้ผลที่ฝรั่งเศสได้รับจะก่อให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจมากกว่าที่สหรัฐอเมริกาได้รับผลจากการกระทำความผิดของฝรั่งเศสในครั้งก่อน

แนวคิดที่กำหนดหลักเกณฑ์ของการได้สัดส่วนโดยคำนึงถึงปริมาณของการกระทำระหว่างการก่อให้เกิดความเสียหายต่อการใช้มาตรการตอบโต้และคุณภาพหรือความเท่ากันระหว่างผลของการละเมิดพันธุกรรมกับมาตรการตอบโต้เป็นแนวคิดที่แยกให้เห็นถึงความชัดเจนของการได้สัดส่วน จึงเป็นเพียงทฤษฎีทางกฎหมายซึ่งไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงเท่าที่ควร

ต่อมาจึงได้เสนอแนวคิดของการได้สัดส่วน โดย Arangio-Ruiz ที่ให้ความเห็นว่า มาตรการใดๆ ที่กระทำโดยรัฐที่ได้รับความเสียหาย ต้องไม่อยู่นอกสัดส่วนของความรุนแรงของการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางระหว่างประเทศ และผลกระทบของสิ่งนั้น กล่าวคือ การได้สัดส่วนของการใช้มาตรการตอบโต้พิจารณาจากความร้ายแรงของการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยรัฐที่ได้รับความเสียหายจะใช้มาตรการตอบโต้ได้ไม่เกินกว่าความร้ายแรงของการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงถือว่าได้สัดส่วนของการใช้มาตรการตอบโต้

นอกจากนี้ยังมีความคิดเห็นของนักกฎหมายต่อการใช้มาตรการตอบโต้ โดยได้สัดส่วนกับการกระทำผิดว่า มาตรการตอบโต้ต้องได้สัดส่วนกับการกระทำผิดโดยเกี่ยวข้องทั้งความสัมพันธ์ระหว่างการตอบโต้และการละเมิดกฎหมาย ในลักษณะเช่นเดียวกันกับความสัมพันธ์ระหว่างการใช้มาตรการตอบโต้กับวัตถุประสงค์ของการใช้มาตรการดังกล่าว การได้สัดส่วนกับการกระทำผิด พิเคราะห์จากการใช้มาตรการตอบโต้และการละเมิดกฎหมายของรัฐที่ก่อความเสียหาย อีกทั้ง การได้สัดส่วนไม่ใช่การคำนวณ แต่เป็นความเท่ากัน (equality) โดยคำนึงถึงปริมาณ (quantities) แต่ควรคิดถึงคุณภาพ (qualities) ด้วยเช่นกัน สิ่งที่เป็นตัววัดการได้สัดส่วนนั้นคือ ความเท่าเทียมกันระหว่างวิธีการในการใช้มาตรการตอบโต้ที่เท่ากันแล้ว ยังต้องคำนึงถึงคุณภาพ หรือผลจากการใช้มาตรการตอบโต้ คือ ก่อให้เกิดผลต่อรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายในอันที่เป็นการยุติ หรือโน้มน้าวให้รัฐที่ก่อความเสียหายกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด อันเป็นการก่อให้เกิดความเสียหาย

⁵ Air Service Agreement of 27 March 1946 (United State v. France), UNRIIAA, Vol. XVIII (1979).

อีกทั้ง คำพิพากษาของศาลในหลายคดีที่เกี่ยวข้องกับการได้สัดส่วนของการใช้มาตรการตอบโต้ของรัฐ ผู้เสียหายอันเกิดจากการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐผู้กระทำละเมิดในคดี Naulilaa⁶ ศาลมีคำตัดสินว่า “ผู้ปฏิบัติตามกฎหมายแห่งรัฐ (law of nations) ต้องใช้มาตรการตอบโต้⁷ ที่พอประมาณกับการกระทำผิด ถ้ากระทำได้กระทำความเกินควรและเป็นมาตรการตอบโต้ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเกินกว่าสัดส่วนต่อการกระทำที่ถูกยั่วยุ” จะเห็นได้ว่า หลักสัดส่วนเป็นหลักที่สำคัญในการพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของการใช้มาตรการตอบโต้ และการกระทำที่ถือว่าได้สัดส่วนนั้นต้องไม่เป็นการกระทำที่เกินสมควร คือเกินกว่าการกระทำของรัฐที่กระทำละเมิด

ในคดีการบริการทางการบิน (Air Service Agreement Case)⁸ ระหว่างฝรั่งเศสกับสหรัฐอเมริกา ศาลให้ความเห็นว่า เกณฑ์ที่ใช้ในการตัดสินการได้สัดส่วนของการใช้มาตรการตอบโต้ คือ ความเท่ากันระหว่างผลของทั้งการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและมาตรการตอบโต้ โดยเปรียบเทียบกับหลักการที่เกี่ยวข้อง คือ พันธกรณีที่ถูกละเมิด สิ่งที่ต้องคำนึงถึงไม่เพียงแต่ผลกระทบจากความเสียหายของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องเท่านั้น แต่ยังต้องให้ความสำคัญถึงปัญหาของหลักการที่เกิดขึ้นจากการละเมิดการเปรียบเทียบความเสียหายของสายการบินแพน แอม (Pan Am) ที่ได้รับจากการระงับการให้บริการ กับความเสียหายของบริษัทฝรั่งเศส อันเป็นผลจากการใช้มาตรการตอบโต้มีความจำเป็นต้องพิจารณาถึงความสำคัญของหลักการ ในกรณีที่หน่วยงานที่มีอำนาจของฝรั่งเศส ห้ามเปลี่ยนถ่ายผู้โดยสารและสัมภาระในรัฐที่สาม ถ้าความสำคัญของประเด็นถูกพิจารณาในขอบข่ายการทำงานของนโยบายการขนส่งทางอากาศทั่วไปของสหรัฐอเมริกาที่ได้รับการรับรองโดยรัฐต่างๆ และบังคับใช้โดยความตกลงระหว่างประเทศ จำนวนมากต่อประเทศอื่นๆ นอกเหนือจากฝรั่งเศส มาตรการที่กระทำโดยสหรัฐอเมริกาไม่ปรากฏว่าไม่ได้สัดส่วน เมื่อเปรียบเทียบการกระทำของฝรั่งเศส อีกทั้งไม่มีรัฐภาคีใดหาหลักฐานที่เพียงพอเพื่อยืนยันหรือปฏิเสธความมีอยู่ของหลักสัดส่วน

จากคดีนี้ การที่ฝรั่งเศสไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่ตกลงกันไว้กับสหรัฐอเมริกาในความตกลงเกี่ยวกับการบิน โดยใช้ขนาดเครื่องบินที่มีขนาดเล็กกว่าที่ตกลงกันไว้ และจอดพัก รวมทั้งชน

⁶ Naulilaa Case (Responsibility of Germany for Damage Caused in the Portuguese Colonies in the South of Africa), UNRIIAA, vol.II (1928).

⁷ ในคดีนี้ใช้คำว่า การแก้แค้น (reprisal)

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

ถ่ายผู้โดยสารและสัมภาระในรัฐที่สาม ซึ่งขัดต่อความตกลงที่มีต่อสหรัฐอเมริกาที่จะต้องทำการบินต่อเนื่องไปยังสหรัฐอเมริกาโดยไม่จอดพัก สหรัฐอเมริกาจึงห้ามมิให้เที่ยวบินจากฝรั่งเศสลงจอดที่สหรัฐอเมริกา มาตรการตอบโต้ที่นำมาใช้นี้อยู่ในสภาพเดียวกันกับมาตรการเริ่มแรก แต่เป็นวิธีเดียวกัน คดีฝรั่งเศสได้รับความรุนแรงจากผลกระทบทางเศรษฐกิจ ที่มากกว่าการกระทำของฝรั่งเศสต่อสหรัฐอเมริกาในตอนต้น

และยังมีคดีที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีคำพิพากษาเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วน ในคดี Gabčíkovo-Nagymaros Project⁹ ระหว่างฮังการีและเช็กโกสโลวาเกีย ในประเด็นความชอบด้วยกฎหมายของการใช้มาตรการตอบโต้โดยเช็กโกสโลวาเกีย ตามมุมมองของศาลเห็นว่า การพิจารณาที่สำคัญถึงผลลัพธ์ของมาตรการตอบโต้จะต้องเท่ากันกับผลกระทบที่เกิดขึ้นจากความเสียหาย ความขัดแย้งที่เป็นปัญหาในคดีเกิดจากปัญหาเรื่องสิทธิการใช้น้ำของรัฐชายฝั่ง ซึ่งศาลอ้างอิงหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการเดินเรือในแม่น้ำ Oder ว่า “ผลประโยชน์ประชาคมในแม่น้ำที่เดินเรือได้ เป็นพื้นฐานแห่งสิทธิทางกฎหมายร่วมกัน (common legal right) โดยรัฐชายฝั่งแม่น้ำทั้งหลาย มีสิทธิเท่าเทียมกันในการใช้เส้นทางในแม่น้ำได้ตลอดทั้งสาย และกันมิให้เกิดสิทธิพิเศษเหนือไปกว่ารัฐชายฝั่งแม่น้ำอื่นๆ

การที่ฮังการีระงับและเลื่อนการปฏิบัติการตามสนธิสัญญาที่ได้ทำความตกลงร่วมกันกับเช็กโกสโลวาเกีย (ต่อมาแยกประเทศออกเป็น 2 ประเทศ คือ เช็ก และ สโลวาเกีย) สโลวาเกียในเวลาต่อมาจึงได้ดำเนินการสำรวจโดยลำพัง และเปลี่ยนแปลงเส้นทางของแม่น้ำดานูบอันก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางระบบนิเวศวิทยา ทำให้แม่น้ำในส่วนที่อยู่ในดินแดนของฮังการีมีความตื้นเขินขึ้นอย่างชัดเจน อันเกิดจากการทับถมของดินลูกรังและตะกอนทราย ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำของสโลวาเกีย เป็นการเข้าควบคุมโดยฝ่ายเดียวสำหรับการใช้ทรัพยากรร่วมกันและตัดสิทธิฮังการีต่อการใช้ทรัพยากรธรรมชาติร่วมกันอย่างเป็นธรรม และชอบด้วยเหตุผลในแม่น้ำดานูบ อันมีผลกระทบต่อเนื่องของการเบี่ยงเบนของน้ำ ตามระบบนิเวศวิทยาในบริเวณริมฝั่งแม่น้ำ ดังนั้น การเบี่ยงเบนของแม่น้ำดานูบที่ดำเนินการโดยสโลวาเกียไม่เป็นการใช้มาตรการตอบโต้ที่ชอบด้วยกฎหมาย อันเนื่องมาจากการกระทำที่ไม่ได้สัดส่วน

ในคดีนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิจารณาจากคุณสมบัติหรือลักษณะของสิทธิที่เป็นปัญหา ไม่ได้พิจารณาเฉพาะในปัญหาการได้สัดส่วนในเชิงปริมาณเท่านั้น

⁹ Case concerning Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), Judgment, ICJ.Report (1997), para.85-87.

จึงอาจสรุปได้ว่า มาตรการตอบโต้ไม่ได้นำไปสู่ผลที่ไม่เสมอภาคกัน การได้สัดส่วนถูกกำหนดโดยคำนึงถึงไม่เพียงองค์ประกอบในด้านปริมาณ (quantitative) ต่อความเสียหายที่ได้รับ แต่ยังต้องคำนึงถึงปัจจัยทางด้านคุณลักษณะ (qualitative) นอกจากนี้ยังต้องได้สัดส่วนต่อความเสียหายที่ได้รับ มีปัจจัยที่นำมาพิจารณาอันได้แก่ ความร้ายแรงของการกระทำที่มีขอบในทางระหว่างประเทศ และสิทธิที่กำลังถกเถียง (rights in question) ซึ่งคำว่า สิทธิที่กำลังถกเถียง มีความหมายอย่างกว้าง มีความหมายไม่เฉพาะผลกระทบของการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายของรัฐที่ได้รับ ความเสียหาย แต่ยังรวมถึงสิทธิของรัฐที่ต้องรับผิดชอบ ยิ่งกว่านั้น ยังหมายความว่า ท่าทีของรัฐอื่นอันมีผลต่อการพิจารณา

เมื่อพิจารณาจากตัวบทในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ในเรื่องหลักความได้สัดส่วน มาตรการตอบโต้จะต้องเทียบได้กับความเสียหายที่ได้รับพิจารณาจากความร้ายแรงของการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายในทางระหว่างประเทศและสิทธิที่กำลังถกเถียง¹⁰ คำนึงถึงความสัมพันธ์ของความเท่ากันระหว่างการละเมิดพันธกรณีกับการตอบโต้ต่อการกระทำที่มีขอบ โดยกำหนดให้ความรุนแรงของการให้ปฏิบัติการตามมีความเหมาะสมกับความรุนแรงของการละเมิดพันธกรณี

ประเด็นปัญหาอีกประการหนึ่ง คือ การใช้มาตรการตอบโต้จำเป็นต้องเป็นการตอบโต้ในลักษณะเดียวกัน วิธีการเดียวกันหรือในสาขาเดียวกันกับการกระทำความผิดของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือไม่ จึงถือว่าการใช้มาตรการตอบโต้ที่ได้สัดส่วน ในกรณีนี้มี 2 แนวความคิด เห็น กล่าวคือ แนวความคิดเห็นแรก เห็นว่าต้องเป็นมาตรการตอบโต้ในลักษณะอย่างเดียวกัน หรือในสาขาเดียวกันที่ถูกละเมิด โดยอ้างอิงถึงคดีการบริการทางการบิน (Air Service Agreement Case) ที่เป็นการใช้มาตรการตอบโต้โดยวิธีการเช่นเดียวกันกับการละเมิด ส่วนแนวคิดที่สอง เห็นว่า ไม่จำเป็นต้องใช้วิธีการอย่างเดียวกันโดยคำนึงถึงผลลัพธ์ของการใช้มาตรการตอบโต้ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการใช้มาตรการตอบโต้ เพื่อวัตถุประสงค์ให้ยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นการโน้มน้าวให้รัฐที่ก่อความเสียหายดังกล่าวยินยอมปฏิบัติตาม เพื่อการแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อไป การใช้มาตรการตอบโต้ในวิธีการอย่างเดียวกัน อาจไม่ทำให้รัฐที่ก่อความเสียหายยุติการกระทำที่มีขอบ หรือเยียวยาความเสียหายได้ เพราะการกระทำเพื่อ

¹⁰ Draft Article 51 of Responsibility of States for International Wrongful Acts (2001)

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

ตอบได้การกระทำที่มีขอบไม่ก่อให้เกิดผลกระทบใดๆ ต่อรัฐที่ก่อความเสียหาย ทำให้รัฐที่ก่อความเสียหายเพิกเฉย และไม่เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อรัฐที่ได้รับความเสียหายได้อย่างทันท่วงที

ในการพิจารณาถึงการได้สัดส่วนของการใช้มาตรการตอบโต้ต่อการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายนั้น ต้องให้เกิดความสอดคล้องระหว่างมุมมองในเชิงปริมาณและคุณภาพ (qualitative and quantitative sense) และจะตัดสินได้ว่า ได้สัดส่วนหรือไม่นั้นต้องพิจารณาถึงการละเมิดในครั้งก่อน อันเกิดจากการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายของรัฐ ที่ก่อให้เกิดความเสียหาย รวมทั้งวัตถุประสงค์ของมาตรการตอบโต้ในครั้งนั้นๆ

การนำหลักสัดส่วนและหลักจำเป็นมาปรับใช้กับมาตรการตอบโต้มีคำพิพากษาและคำตัดสินของศาลและอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศยืนยันความมีอยู่ของหลักการและวางหลักเกณฑ์ว่า หลักความจำเป็นสัดส่วนและจำเป็นต้องนำมาพิจารณาประกอบด้วย เพราะการกระทำที่ได้กระทำเกินสัดส่วนและความจำเป็นนั้น ถือว่า เป็นมาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹¹ และในคดีต่างๆ อาจสรุปหลักการกล่าวคือ เป็นการกระทำตอบโต้ในลักษณะเดียวกัน¹² แต่หากได้รับผลที่ร้ายแรงกว่ารัฐผู้เสียหายที่กระทำหยาบตอบโต้ การตอบโต้ นั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เช่น การไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่ตกลงกันไว้ก่อให้เกิดผลเสียต่อรัฐภาคี รัฐภาคีในฐานะรัฐผู้เสียหายอาจจะรับการปฏิบัติตามสนธิสัญญาดังกล่าว แต่การระงับการปฏิบัติการของรัฐผู้เสียหายก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐที่ละเมิดสนธิสัญญามากกว่า รัฐผู้เสียหายได้รับความเสียหายจากการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของรัฐที่ละเมิดสนธิสัญญา เช่นนี้ การกระทำของรัฐผู้เสียหายถือว่า ได้สัดส่วนหรือไม่หากเกินสัดส่วนก็ถือว่า เป็นการกระทำการตอบโต้ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เพื่อให้เกิดความชัดเจนมากขึ้น จึงได้บัญญัติหลักความได้สัดส่วนไว้ในร่างข้อบทว่า มาตรการตอบโต้ต้องเทียบได้กับความเสียหาย โดยพิจารณาจากความร้ายแรงของการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ¹³

¹¹ Naulilaa Case (Responsibility of Germany for Damage Caused in the Portuguese Colonies in the South of Africa), UNRIIAA, vol.II (1928), p.1013, 1028.

¹² Air Service Agreement Case (United State v. France), Case concerning Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), I.C.J.Report (1997).

¹³ Article 51 Proportionality, Draft Article on Responsibility of States for International Wrongful Acts (2001)

2. หลักการห้ามใช้กำลังตามกฎหมายระหว่างประเทศ

มาตรา 2 วรรค 4 ตามกฎบัตรสหประชาชาติ วางหลักการห้ามใช้กำลังเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญว่า การใช้กำลังเป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยผูกพันรัฐทั้งในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และกฎหมายสนธิสัญญา

ในมาตรา 2 วรรค 4 ใช้ถ้อยคำว่า “การคุกคามหรือการใช้กำลัง” ในกฎบัตรสหประชาชาติไม่ได้ให้คำนิยามหรือความหมายของคำว่า การคุกคาม หรือการใช้กำลังไว้ ตามความเห็นเชิงเสนอแนะของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ในประเด็นความชอบด้วยกฎหมายของการคุกคามโดยอาวุธนิวเคลียร์หรือการใช้อาวุธนิวเคลียร์ให้ความเห็นว่า การคุกคามตามมาตรา 2 วรรค 4 ต้องพิจารณาร่วมกับคำว่า การใช้กำลัง กรณีการใช้กำลังใดที่เป็นการละเมิดต่อข้อห้ามการใช้กำลัง การคุกคามว่าการใช้กำลังดังกล่าวถือว่าเป็นการคุกคามที่ต้องห้ามตามมาตรา 2 วรรค 4 ส่วนคำว่า “การใช้กำลัง” ในกฎบัตรกล่าวไว้ในกรณีเดียวคือ การรุกราน โดยข้อมติของสมัชชาใหญ่ให้ความหมายของคำว่า การรุกรานว่า เป็นการใช้อำนาจทหารของรัฐหนึ่งต่ออธิปไตย บูรณภาพทางอาณาเขตหรือเอกราชทางการเมืองของรัฐอื่น การใช้กำลังมิได้จำกัดเฉพาะการรุกรานเท่านั้นยังรวมถึงการกระทำอื่นอีกด้วย เช่น การส่งเสริมและการให้ความช่วยเหลือต่อกิจกรรมทางทหารในรัฐอื่น เป็นต้น อีกทั้งข้อมติที่ 2625 (XXV)¹⁴ เน้นย้ำว่า รัฐจะต้องงดเว้นการคุกคามและการใช้กำลังทางทหาร ตลอดทั้งจะต้องละเว้นจากการกระทำการแค้นที่เป็นการใช้กำลังทางทหารด้วย

มาตรการที่เกี่ยวข้องกับการใช้กำลังทั้งหลายต้องห้ามตามหลักเกณฑ์นี้ แต่เดิมรัฐสามารถใช้กำลังเพื่อการทำสงคราม และรวมถึงการตอบโต้ โดยคำนึงเฉพาะวัตถุประสงค์ของการทำสงคราม หากวัตถุประสงค์ชอบด้วยกฎหมายแล้วก็เป็นสงครามที่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน

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

¹⁴ 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.

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

แต่ปัจจุบันทางปฏิบัติของรัฐเปลี่ยนแปลงไป โดยมีการจำกัดการใช้กำลัง และกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า สงครามเป็นสิ่งที่ชอบตามกฎหมาย และใช้คำว่า ห้ามใช้กำลังแทนคำว่าสงครามซึ่งกินความหมายที่กว้างกว่าสงคราม โดยหมายความกว้างไปถึงการสนับสนุนกิจกรรมทางการทหารในรัฐอื่น เช่นนี้ เป็นการแก้ผิด หรือการใช้มาตรการตอบโต้ในลักษณะการใช้กำลังย่อมเป็นสิ่งที่ต้องห้าม และถือว่าเป็นมาตรการตอบโต้ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3. ห้ามละเมิดพันธกรณีที่เป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน และกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศภาคสงคราม เป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกิดจากสนธิสัญญาหรือจารีตประเพณี เพื่อใช้ปกป้องและช่วยเหลือผู้ที่ตกเป็นเหยื่อจากการสู้รบด้วยเหตุผลทางด้านมนุษยธรรม ในการจำกัดสิทธิของฝ่ายที่พิพาทกันในการใช้การสู้รบ และปกป้องบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการสู้รบ

เมื่อกฎเกณฑ์เหล่านี้ ได้รับการปฏิบัติต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอ และยาวนานเป็นการทั่วไป ทำให้กฎเกณฑ์เหล่านี้กลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ แต่เนื่องจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไม่ได้อยู่ในรูปลายลักษณ์อักษร จึงทำให้ไม่มีความแน่นอน จึงได้มีการพัฒนาหลักกฎหมายสงครามขึ้น คือ ความพยายามรวบรวมกฎเกณฑ์จารีตประเพณีที่สำคัญในกฎหมายสงครามให้เข้ามาอยู่ในลักษณะสนธิสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษร

สำหรับประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคีในบางสนธิสัญญาเหล่านี้อาจผูกพันในการปฏิบัติตามพันธกรณีในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เช่น มาตรการร่วมของอนุสัญญากรุงเจนีวาที่ได้บัญญัติเป็นข้อความเดียวกันในอนุสัญญากรุงเจนีวาทั้ง 4 ฉบับซึ่งเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมาย โดยเฉพาะในมาตรา 3 ร่วมเป็นกรณีที่มีการขัดกันทางทหารที่ไม่ได้มีลักษณะระหว่างประเทศ เป็นหลักการปฏิบัติต่อมนุษย์ที่มีลักษณะเป็นการประกันขั้นพื้นฐานที่บัญญัติไว้กว้างๆ โดยรวบรวมมาจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยสงคราม และยังได้บรรจุหลักการห้ามเลือกปฏิบัติที่บุคคลต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมนุษยธรรม ซึ่งเป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่จะต้องปฏิบัติในทุกสถานการณ์¹⁵ นอกจากนี้ ในกรณีที่มีใช้สนธิสัญญาที่เป็นกรรวบรวมกฎหมาย แต่

¹⁵ เวียงพร ไกรเกียรติสกุล, “มาตรการร่วม (มาตรา 1-3) ในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 กับการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยธรรมในภาวะของการขัดกันทางทหาร,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), น.42-43.

หลักเกณฑ์ในสนธิสัญญาฉบับนั้นกลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งทำให้ประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคีในสนธิสัญญานั้นต้องผูกพันในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้เช่นกัน

ลักษณะสำคัญของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ คือ ไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของการต่างตอบแทน และการละเมิดพันธกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ก่อให้เกิดสิทธิในการโต้ตอบหรือแก้แค้นใดๆ โดยได้รับการยืนยันในคดี Nicaragua¹⁶ ค.ศ.1986 การไม่อยู่ภายใต้หลักต่างตอบแทน คือ หากรัฐหนึ่งละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในดินแดนของรัฐนั้น โดยมีผลกระทบต่ออีกรัฐหนึ่ง รัฐที่เสียหายตอบโต้ด้วยการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมด้วยเช่นกัน จะกระทำไม่ได้ เพราะการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นเรื่องเฉพาะตัว ถ้ารัฐใดละเว้นการปฏิบัติตามหรือการให้ความคุ้มครองแก่ประชาชน ถือว่าเป็นความผิดของรัฐนั้น และอาจได้รับการลงโทษในทางอาญาระหว่างประเทศ แนวโน้มในปัจจุบันมีการจำกัดขอบเขตการใช้บังคับของกฎหมายภาคสงคราม โดยกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของรัฐในการใช้กำลังทางทหารโดยชอบด้วยกฎหมาย (jus ad bellum) ที่วิวัฒนาการไปในทิศทางที่จำกัดสิทธิของรัฐในการใช้กำลังด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศลงให้น้อยที่สุด และการใช้กำลังต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่วางข้อบังคับในการทำสงคราม (jus in bello) โดยพยายามหลีกเลี่ยง และจำกัดการบาดเจ็บ ความทุกข์ทรมาน การเสียชีวิต ตลอดจนความเสียหายต่อทรัพย์สินให้น้อยที่สุด อีกทั้ง การใช้กฎหมายภาคสงครามไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่า มีการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ แม้แต่รัฐที่ตกเป็นเหยื่อของการรุกรานทางทหารที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศยังคงต้องผูกพันตามกฎหมายภาคสงคราม¹⁷

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนำมาใช้ในกรณีเกิดการขัดกันทางทหาร ในขณะที่กฎหมายสิทธิมนุษยชนใช้ในยามสงบ ในขณะที่กฎหมายสิทธิมนุษยชนมีเจตนาให้ความคุ้มครองประชาชนของตนเองในภาวะสงบ¹⁸ คือ นำกฎหมายสิทธิมนุษยชนมาใช้ก็ต่อเมื่อ 1) เป็นการให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนของตนเอง และ 2) ใช้ในภาวะสงบ หากเป็นภาวะสงครามก็ต้องนำเอากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาบังคับแทน แต่หากได้พิจารณาอย่างชัดเจนแล้ว จะเห็นได้

¹⁶ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น.607.

¹⁷ อ้างแล้ว, น.609.

¹⁸ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (2004), Advisory Opinion, ICJ.Report, para. 102.

ว่า “แกนหลัก” หรือสิทธิที่มีอาจจะละเมิดได้ของกฎหมายสิทธิมนุษยชน เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานบางประการที่จะต้องได้รับความคุ้มครองตลอดเวลาในทุกสถานการณ์ และจะยกเว้นมิได้ ฉะนั้น จึงมีการใช้สิทธิเด็ดขาดเช่นนี้อยู่เสมอๆ กับการให้ความคุ้มครอง สิทธิมนุษยชน แม้ว่าตกอยู่ภายใต้ภาวะการณ์ของการขัดกันทางกำลังทหารก็ตาม

สิทธิขั้นพื้นฐานเหล่านี้ รัฐจะต้องผูกพันเคารพและปฏิบัติตามในทุกสถานการณ์ แม้ในยามที่มีการขัดกันทางกำลังทหาร หรือในยามที่ไม่มีความสงบ สิทธิขั้นพื้นฐานเหล่านี้ถือเป็นแกนหลักของสิทธิมนุษยชน¹⁹ และเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมาย การคุ้มครองตามอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนไม่สิ้นสุดลงในขณะที่มีการขัดกันทางทหาร โดยนำเอากฎหมายสิทธิมนุษยชนมาใช้บังคับในฐานะกฎหมายพิเศษ (lex specialis)

การผสมผสานระหว่างกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกับสิทธิมนุษยชนนั้น นับแต่ที่กฎหมายมนุษยธรรมสามารถนำมาใช้ได้อย่างเฉพาะเจาะจงกับเหตุการณ์พิเศษต่างๆ ที่ก่อให้เกิดการขัดกันทางทหารนั้น สารสำคัญของกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่กำหนดให้รัฐต้องเคารพและปฏิบัติในทุกสถานการณ์ เช่นเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานที่เป็นแกนหลักของสิทธิมนุษยชน มีแนวโน้มที่จะผสมเข้ากันกับสิทธิขั้นพื้นฐาน และหลักประกันทางกฎหมายที่มีอยู่ตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศด้วย

4. หลักการห้ามขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาด (Jus Cogens หรือ Peremptory Norms)

หลักการที่มีความสำคัญอีกประการหนึ่งของการใช้มาตรการตอบโต้ของรัฐที่ได้รับความเสียหาย คือ รัฐที่ได้รับความเสียหายนั้นไม่อาจใช้มาตรการใดๆ เพื่อตอบโต้การกระทำที่ไม่ชอบโดยขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาด รัฐไม่อาจกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นการขัดหรือละเมิดต่อหลักกฎหมายเด็ดขาดนี้ได้ โดยหลักกฎหมายเด็ดขาดนี้มีคุณลักษณะพิเศษ กล่าวคือ หลักกฎหมายเด็ดขาดอาจอยู่ในบ่อเกิดใดๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศได้ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป หรือสนธิสัญญา เป็นต้น

กฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) หมายถึง กฎเกณฑ์แบบแผน (norm) อันเป็นที่ยอมรับและรับรองโดยประชาคมระหว่างประเทศของรัฐทั้งหมดว่า เป็นกฎเกณฑ์แบบแผนที่ไม่

¹⁹ เบอร์นาโด โอเบอร์สัน แปลโดย ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ตอบคำถามของคุณ, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดียนตุลา), น.41.

อนุญาตให้มีการยกเว้นหรือเบี่ยงเบนเป็นอย่างอื่นได้ และจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้แต่เฉพาะกฎเกณฑ์แบบแผนซึ่งเกิดขึ้นใหม่ในภายหลังอันมีลักษณะเดียวกัน²⁰

กฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายทั่วไป (general principle of law)²¹ ถือว่าเป็นป่อเกิดหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ ตามมาตรา 38 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่บัญญัติให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศต้องปรับกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศในการพิจารณาพิพากษาคดี หลักกฎหมายทั่วไปมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ปัญหากรณีไม่มีกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องที่นำมาปรับใช้ในการตัดสินคดีได้ ซึ่งถือเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายสนธิสัญญา และกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไปที่มีมาจากหลักกฎหมายภายในของรัฐที่ยอมรับเป็นการทั่วไป มิใช่เฉพาะรัฐใดรัฐหนึ่ง แต่ก็มีหลักกฎหมายทั่วไปที่มีได้จากกฎหมายภายใน แต่เกิดจากความยุติธรรมตามธรรมชาติ (natural justice) ที่ปรากฏอยู่ในทุกระบบกฎหมาย เช่น หลักสุจริต (good faith) หลักกฎหมายปิดปาก (estoppel) หลักความได้สัดส่วน (proportionality) และอาจเกิดจากลักษณะเฉพาะของประชาคมระหว่างประเทศ อันได้แก่ หลักกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens)

จากร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐที่ว่าด้วยการห้ามขัดกับหลักการกฎหมายเด็ดขาดนี้ นำเอาหลักการจากสนธิสัญญากรุงเวียนนา ว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969) ว่าด้วยสนธิสัญญาที่ขัดกับกฎหมายเด็ดขาด²² มาเป็นหลักในการร่างข้อบ่งชี้ดังกล่าว ซึ่งในการยกร่างอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วย

²⁰ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, เล่ม 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น.171-173.

²¹ Peter Malanczuk, Akehurst's Modern Introduction to International Law, (London: Routledge, 1997), pp.48-49.

²² Article 53 Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law of Vienna Convention on the Law of Treaty

A Treaty is void if at the time of its conclusion, it conflicts with peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character

กฎหมายสนธิสัญญา คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้นำแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) มาปรับใช้ในลักษณะเป็นกฎเกณฑ์อันเป็นกฎหมายเด็ดขาด สนธิสัญญานั้นจะมีผลเป็นโมฆะมาตั้งแต่ต้น กล่าวคือ คู่สนธิสัญญาสามารถเจรจากันได้ตามที่ตนต้องการ แต่ก็ยอมรับว่า ในกฎหมายระหว่างประเทศมีกฎหมายเด็ดขาดอยู่ด้วย ซึ่งคู่สนธิสัญญาไม่สามารถจะทำสนธิสัญญายกเว้นหรือเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่นได้ และสนธิสัญญาใดที่สร้างขึ้นโดยขัดกับกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) ดังกล่าว ก็จะมีผลเสียเปล่าทันทีที่สนธิสัญญานั้นขึ้น นอกจากนี้หลักกฎหมายเด็ดขาดมีความสำคัญ เพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะของประชาคมระหว่างประเทศ และไม่อาจทำความตกลงระหว่างประเทศยกเว้นหรือแก้ไขเป็นประการอื่นได้

ในร่างอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ผู้ร่างให้ความคิดเห็นว่าหลักเกณฑ์ส่วนใหญ่ของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายไม่เด็ดขาด รัฐสามารถทำสนธิสัญญาผูกพันกันตามที่รัฐนั้นต้องการได้ แต่ก็ยังมีกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศอันมีลักษณะเด็ดขาด (jus cogens) ที่รัฐไม่สามารถจะทำสนธิสัญญายกเว้นหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขเป็นอย่างอื่นได้ เช่น สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างรัฐ ที่ตกลงร่วมกันเพื่อรุกรานรัฐอื่น สนธิสัญญาเหล่านี้เป็นสนธิสัญญาซึ่งขัดกับกฎเกณฑ์พื้นฐานแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ และตกเป็นโมฆะไม่สามารถบังคับใช้แก่กันได้

ยิ่งกว่านี้ ยังหมายความว่าความรวมถึงสนธิสัญญาที่ขัดกับกฎหมายเด็ดขาด ในกรณีที่เกิดกฎหมายเด็ดขาดเกิดขึ้นใหม่²³ มีความแตกต่างกับกฎหมายเด็ดขาดที่มีอยู่แล้วในขณะที่รัฐทำสนธิสัญญา สนธิสัญญาเช่นนี้ตกเป็นโมฆะตั้งแต่เวลา ที่ทำสนธิสัญญาทันที แต่ในกรณีที่รัฐได้ทำสนธิสัญญาขึ้นก่อนมีหลักเกณฑ์ทั่วไปที่เป็นกฎหมายเด็ดขาดเกิดขึ้น สนธิสัญญานั้นมีผลใช้บังคับโดยสมบูรณ์ จนกระทั่งถึงเวลาเกิดกฎหมายเด็ดขาด จึงทำให้สนธิสัญญาตกเป็นโมฆะนับแต่เกิดกฎหมายเด็ดขาดขึ้น และมีผลให้สนธิสัญญานั้นสิ้นสุดลงทันที Fitzmaurice ผู้รายงานพิเศษในการร่างอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา อธิบายถึงพื้นฐานของเงื่อนไข สำหรับความสอดคล้องต่อเนื่องกันในกฎหมายระหว่างประเทศว่า พันธกรณีตามสนธิสัญญาที่ไม่

²³ Article 64 of Vienna Convention on the Law of Treaty

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

สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ใหม่ หรือการห้ามในกฎหมายระหว่างประเทศในลักษณะของกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) จะชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่สอดคล้องนั้น

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อมา คือ กฎหมายเด็ดขาดนี้ ต้องเป็นกฎเกณฑ์ของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดหรือไม่ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศให้ความเห็นว่า ไม่มีความจำเป็นที่รัฐทุกรัฐยอมรับหรือรับรองว่า กฎเกณฑ์ใดกฎเกณฑ์หนึ่งเป็นกฎหมายเด็ดขาด เพียงแต่กฎเกณฑ์เช่นนั้นเป็นที่ยอมรับและรับรองของรัฐส่วนใหญ่ก็เป็นการเพียงพอ ที่ถือว่ากฎเกณฑ์เช่นนั้นเป็นกฎหมายเด็ดขาด หากมีรัฐใดรัฐหนึ่งไม่ยอมรับ หรือไม่รับรองกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้ ไม่ถือว่ากระทบกระเทือนต่อสถานะการเป็นกฎหมายเด็ดขาดของกฎเกณฑ์เช่นนั้น²⁴

กฎเกณฑ์ใดที่ถือว่าเป็นกฎหมายเด็ดขาดนั้น ไม่มีหลักเกณฑ์แน่ชัด แต่อาจพิจารณาได้จากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในหลายคดี ที่ยอมรับถึงว่าการกระทำเหล่านั้นเป็นการละเมิดต่อกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) และสามารถโต้แย้งกับทุกรัฐ ดังเช่น คดี Barcelona Traction²⁵ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่า สิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ (human person) รวมถึงการห้ามเป็นทาส การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ การห้ามทรมาน และการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์โดยสามารถโต้แย้งกับทุกรัฐ อีกทั้งมาตรา 53 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ว่าเป็นเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่อนุญาตให้มีการยกเว้นหรือเบี่ยงเบนเป็นอย่างอื่นได้ และจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ก็แต่เฉพาะกฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นภายหลังอันมีลักษณะอย่างเดียวกัน และสนธิสัญญาซึ่งขัดกับกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) จะตกเป็นโมฆะตั้งแต่นั้น

อีกทั้งในคดีติมอร์ตะวันออก (East Timor Case)²⁶ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศให้ความเห็นว่า หลักการว่าด้วยการกำหนดเจตจำนงของตนเอง (self-determination of people) ได้รับการรับรองจาก กฎบัตรสหประชาชาติ และแนวทางคำตัดสินของศาล ซึ่งถือว่าเป็นหลักการที่สำคัญอีกประการหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบัน อีกทั้งเป็นสิ่งที่ยอมรับกันโดยทั่วไป (erga omnes) และมีผลใช้บังคับต่อรัฐอื่นที่ไม่ได้เป็นคู่ความในคดีนี้ และในคดีการก่อสร้างกำแพง

²⁴ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 20, น.173.

²⁵ Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Second Phase, Judgement, ICJ Report (1970), p.32, para.33.

²⁶ Case concerning East Timor (Portugal V. Australia), Judgment, ICJ Report (1995), para.29.

ในดินแดนยึดครองของปาเลสไตน์²⁷ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยืนยันว่า สิทธิของประชาชนในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป ว่าสามารถใช้บังคับได้กับทุกข้อ และทุกรัฐถือว่ามีความผลประโยชน์ทางกฎหมายร่วมกัน ในการให้ความคุ้มครอง

ยิ่งไปกว่านั้น ในคดีกิจกรรมทางทหารในดินแดนของคองโก (Armed Activities on the Territory of the Congo)²⁸ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีนี้ ยืนยันถึงหลักการพื้นฐานในอนุสัญญาว่าด้วยการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) เป็นสิ่งรับรู้โดยชาติที่เจริญแล้วว่า มีผลผูกพันรัฐทั้งหลาย ถึงแม้ไม่มีอนุสัญญานับบัญญัติไว้ก็ตาม และแนวความคิดที่เป็นลักษณะสากลทั้งการประณามการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และการร่วมมือกันเพื่อปลดปล่อยมนุษยชาติให้เป็นอิสระ ความทุกข์ที่น่ายังเกียจ (จากอาชกรรมของอนุสัญญา) สิทธิและพันธกรณีตามสนธิสัญญาเป็นสิทธิและพันธกรณีที่มิได้อยู่โดยทั่วไป ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ลักษณะที่ใช้บังคับได้โดยทั่วไป (erga omnes) และศาลมีเขตอำนาจในการตัดสินข้อพิพาท การที่วันดาตั้งข้อสงวนในสนธิสัญญาในเรื่องการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ถือว่าเป็นการขัดกับสาระสำคัญแห่งสนธิสัญญา อีกทั้งการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์แม้มิได้บัญญัติไว้ในสนธิสัญญา ก็สามารถบังคับได้โดยทั่วไปในฐานะที่เป็นกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens)

นอกจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ยืนยันหลักกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) ในฐานะที่ใช้บังคับโดยทั่วไปแล้ว ยังมีศาลระหว่างประเทศอื่นๆ ที่ยืนยันหลักกฎหมายนี้เช่นกัน ในศาลนูเรมเบิร์ก (Nuremberg Tribunal) ยอมรับหลักกฎหมายเด็ดขาดที่นำมาใช้กับบุคคลหรือความรับผิดชอบทางอาญา อีกทั้งแนวคิดเรื่องกฎหมายเด็ดขาดมีความเกี่ยวข้องกับเขตอำนาจสากล (Universal jurisdiction) ต่ออาชญากรรมทั้งหลาย ซึ่งหลักกฎหมายเด็ดขาดสามารถนำไปใช้บังคับได้ เช่น ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, ICTY) มีความเห็นว่า การทรมานเป็นการกระทำที่ขัดกับกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) และยังกล่าวอีกว่า การนำเอาเขตอำนาจสากลมาใช้บังคับ ต่อการทรมานในลักษณะเช่นเดียวกันกับการกระทำการเป็นโจรสลัดและการค้าทาส ซึ่งถือว่าเป็นศัตรูของมนุษยชาติ

²⁷ Consequences of the Construction of a wall in the occupied Palestinian territory (Israel v. Palestine), Advisory Opinion, ICJ Report (2004), para.155.

²⁸ Armed activities on the Territory of the Congo (Congo v. Rwanda), Judgment (New Application: 2002), ICJ Report (2006), para.71.

จึงอาจสรุปได้ว่า การกระทำที่ถือว่าเป็นการขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) นั้น ได้แก่ การกระทำที่เป็นการรุกรานและการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมที่มีผลกระทบต่อมนุษยชาติ การกระทำที่เป็นการละเมิดหลักการและกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ การเป็นทาส โจรสลัด การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ (racial discrimination) การกำหนดเจตจำนงของตนเอง (self-determination) และการทรมาน (torture)

ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้น ร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐกล่าวอ้างถึงการห้ามขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาด ที่ได้บัญญัติไว้ในส่วนที่ 1 ของร่างข้อบทที่ใช้บังคับกับหลักเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐทั่วไปว่า การกระทำเพื่อตอบโต้ได้ต้องไม่ใช่วิธีการใดๆ ที่ขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาด หากเป็นการกระทำที่ขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาดแล้วนั้น การใช้มาตรการตอบโต้ดังกล่าวย่อมไม่เข้าหลักเกณฑ์ของการใช้มาตรการตอบโต้ที่ชอบด้วยกฎหมาย จึงจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำที่เป็นละเมิดในครั้งหลัง และในร่างข้อบทดังกล่าว ใช้คำว่า พันธกรณีอื่นใด (“other” obligations) ภายใต้หลักกฎหมายเด็ดขาดแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ หรือ jus cogens เป็นการเน้นย้ำว่า หลักกฎหมายที่อยู่นอกเหนือกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และกฎหมายสิทธิมนุษยชน รวมถึงกฎหมายเด็ดขาดที่ก่อให้เกิดพันธกรณีทั่วไป ที่ไม่ได้อยู่ภายใต้ขอบเขตเงื่อนไขของการใช้มาตรการตอบโต้²⁹

ส่วนอาชญากรรมระหว่างประเทศ (international crime) เป็นเพียงส่วนหนึ่งของ Jus cogens ซึ่งเป็นแนวคิดที่พัฒนาตั้งแต่สงครามโลกครั้งที่ 1 ในการดำเนินคดีกับทหารเยอรมันที่ถูกจับกุมตัวในฐานะอาชญากรรมสงคราม โดยกำหนดลักษณะของอาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และบุคคลที่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำที่ถือว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ โดยต้องได้รับโทษทัณฑ์ แม้ว่ากฎหมายภายในไม่สามารถเอาผิดกับบุคคลนั้นได้

เช่นนี้การกระทำการตอบโต้รัฐที่กระทำละเมิดของรัฐที่ได้รับความเสียหายต้องไม่เป็นวิธีการที่ขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) หากวิธีการดังกล่าวขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาดแล้วนั้น ก็จะถือเป็นมาตรการตอบโต้ที่มีชอบด้วยกฎหมาย อันมีผลให้รัฐที่ใช้มาตรการตอบโต้มีความรับผิดชอบตามกฎหมายและไม่อาจอ้างเหตุถึงการตอบโต้ต่อการกระทำที่มีชอบเพื่อขจัดความรับผิดชอบได้

²⁹ Commentary of International Law Commission, Document A/56/10 (2001), pp.336-337.

นอกจากนี้ ยังมีประเด็นที่ต้องพิจารณา กล่าวคือ หากเป็นกรณีที่รัฐได้ทำความตกลงกันไว้เป็นพิเศษ โดยเป็นการกำหนดสิทธิหน้าที่ หรือสาระสำคัญ และการบังคับใช้ความตกลงนั้นไว้โดยเฉพาะ ซึ่งมีความแตกต่างกับหลักเกณฑ์ เงื่อนไขความรับผิดชอบ ตลอดจนทั้งวิธีการการบังคับให้เป็นไปตามร่างข้อบท ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐเช่นนี้ รัฐต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ตามความตกลงฉบับใด

ดังนั้น ร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐฯ จึงได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ไม่ต้องนำร่างข้อบทนี้มาใช้ ซึ่งขยายไปถึงเงื่อนไขของความมีอยู่ของการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายในทางระหว่างประเทศ หรือเนื้อหาสาระ หรือการบังคับใช้หลักการว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐภายใต้หลักเกณฑ์พิเศษ (special rules) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ ไม่นำเอาร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐฯ มาใช้ ไม่ว่าในเรื่องของการมีอยู่ของการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางระหว่างประเทศ หรือพฤติการณ์แห่งกฎหมายที่กำหนดไว้โดยกฎหมายพิเศษของกฎหมายระหว่างประเทศ³⁰ โดยร่างข้อบทนั้นใช้คำว่า “หลักเกณฑ์พิเศษ” (special rules) หมายความว่า กฎหมายเฉพาะ หรือ *lex specialis* เป็นกฎเกณฑ์ที่รัฐกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข หรือการบังคับใช้ความตกลงไว้โดยเฉพาะอย่างใดก็ได้ ขึ้นอยู่กับความพึงพอใจของรัฐที่เข้าร่วมทำความตกลง

แต่การกำหนดหลักเกณฑ์อย่างไรก็ตามนั้น ต้องไม่ขัดกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น หลักการห้ามใช้กำลัง หลักกฎหมายที่ละเมิดมิได้ หรือหลักกฎหมายเด็ดขาด หากความตกลงขัดกับหลักการดังกล่าว แม้คู่ภาคีทั้งหลายให้ความยินยอมก็ตาม ความตกลงนั้นตกเป็นโมฆะโดยทันที และไม่สามารถนำมาบังคับใช้ได้ และเมื่อการกระทำผิด หรือการละเมิดขึ้น รัฐต้องปฏิบัติตามความตกลงที่ได้ตกลงไว้โดยเฉพาะในแต่ละเรื่องมาบังคับใช้เสียก่อน เช่น การระงับข้อพิพาท แม้ในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ กำหนดหลักเกณฑ์ของการระงับข้อพิพาทไว้ว่า รัฐที่ได้ความรับผิดชอบต้องดำเนินการระงับข้อพิพาทก่อนการใช้มาตรการตอบโต้ แต่หากเป็นกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการค้า เช่น ในองค์การการค้าโลก (WTO) ที่กำหนดวิธีการระงับข้อพิพาททางการค้าไว้โดยเฉพาะที่มีความแตกต่างกับการระงับข้อพิพาทโดยสันติ หรือการระงับพิพาทตามร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการตอบโต้ ก็ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในเรื่องนั้นๆ เช่น การระงับข้อพิพาททางการค้า หรือการใช้มาตรการตอบโต้ที่เกี่ยวข้องในทางการค้า เช่น การตอบโต้การทุ่มตลาด เป็นต้น

³⁰ *Ibid*, p. 356.

จากแนวคิดเรื่องกฎหมายพิเศษ (lex specialis) นั้นมีข้อโต้แย้ง คือ ความตกลงเฉพาะนั้นอาจมีเนื้อหาที่ไม่ครอบคลุม เช่น บทบัญญัตินั้นๆ อาจไม่ได้กำหนดเรื่องการแก้ไขให้กลับคืนสู่สภาพเดิม (restitution) แต่มีข้อดี คือ ครอบคลุมในสิ่งที่เรียกว่า self-contained regime ซึ่ง self-contained regime นั้นเป็นความตกลงที่ได้ตกลงไว้เป็นพิเศษ เพื่อยกเว้นหลักการทั่วไปดังเช่น ในคดีการจับกุมนักการทูตของสหรัฐอเมริกา (Tehran Hostage Case)³¹ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวว่า “กฎหมายการทูต (diplomatic law) มีผลเป็น self-contained regime เป็นการวางหลักพันธกรณีของรัฐผู้รับที่เกี่ยวกับการให้ความสะดวก ตลอดจนเอกสิทธิ์ และความคุ้มกันที่เกี่ยวข้องกับคณะผู้แทนทางการทูต หากมีการกระทำความผิดของบุคคลในคณะผู้แทนทางการทูตนั้น มีวิธีการโดยเฉพาะในการดำเนินการของรัฐผู้รับในการตอบโต้ความผิดนั้น” โดยหลักแล้ว เมื่อเกิดการละเมิดพันธกรณีใดๆ ขึ้น รัฐที่ได้รับความเสียหายสามารถใช้มาตรการตอบโต้ได้ แต่หากเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการทูต การที่ได้ตกลงกันไว้เป็นพิเศษตามกฎหมายการทูต (diplomatic law) ย่อมต้องดำเนินการตามบทบัญญัติพิเศษดังกล่าว คือ ต้องเคารพหลักละเมิดมิได้ของผู้แทนทางการทูต ถึงแม้ในขณะขัดกันทางอาวุธ หลักการดังกล่าวต้องนำมาบังคับใช้ ซึ่งหากอิหร่านไม่พอใจต่อการกระทำของผู้แทนทางการทูตต้องปฏิบัติตามพันธกรณีตามกฎหมายการทูต คือ การขับไล่บุคคลนั้นออกจากดินแดนของรัฐผู้รับในฐานะที่เป็นบุคคลไม่พึงประสงค์ (persona non grata) แต่จะใช้มาตรการตอบโต้ในวิธีการอื่นไม่ได้

แต่จากคดีดังกล่าว มีความเห็นคัดค้านที่เห็นว่า การมองหลักการเรื่อง self-contained regime ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้น เป็นการกล่าวถึงเฉพาะการละเมิดพันธกรณี โดยมีได้มองว่า กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทูตนั้นเป็นระบบรอง (subsystem)³² เป็น

³¹ Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Judgment, ICJ.Report (1980), para.86.

³² ระบบรอง (subsystem) เป็นคำที่ Riphagen ซึ่งเป็นผู้รายงานพิเศษในหัวข้อความรับผิดชอบของรัฐ กล่าวถึง ระบบกฎหมายที่มีมาสนธิสัญญา อันเกิดจากการนำเอาหลักกฎหมายที่มีอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายในลำดับแรก (primary source), see Willem Riphagen, Third report on state responsibility, Document A/CN.4/354, Yearbook of International law commission (1982), p.30.

เพียงการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคล หรือคณะผู้แทนทางการทูตอันเป็นบุคคลที่มีสถานะพิเศษเท่านั้น³³

แต่ในร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ไม่ได้แบ่งแยกไว้ชัดเจนถึงความแตกต่างระหว่างระบบรอง (subsystem) กับ self-contained regime โดยมีความหมายที่คลุมเครือ โดย self-contained regime นั้นครอบคลุมถึงระบบรองด้วย แต่เป็นสิ่งที่แตกต่างกัน คือ self-contained regime เป็นส่วนหนึ่งของระบบรอง (subsystem) ที่เป็นการไม่รวมถึงการบังคับใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการบังคับใช้มาตรการตอบโต้ในการดำเนินการของรัฐที่ได้รับความเสียหาย³⁴ กล่าวคือ หากมีความตกลงระหว่างรัฐที่ได้รับความเสียหายกับรัฐที่ละเมิดพันธกรณีขึ้นต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่คู่พิพาทมีความตกลงระหว่างกัน ไม่ต้องนำเอาหลักเกณฑ์ในเรื่องการใช้อำนาจตอบโต้บังคับใช้กับคู่พิพาท

³³Axel Maeshick, "Review essay: too much order? The impact of special secondary norms on the unity and efficacy of the international legal system," *European Journal of International Law* 9 (1998): 9.

³⁴Bruno Simma, "Self-contained regime," *Netherland Yearbook of International Law* 16 (1985): 117.