

สำรวจความท้าทายและข้อจำกัดบางประการของการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศ
ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐในบริบทของมลพิษข้ามพรมแดน

The Exploration of Some Challenges and Limitations of the Application
of International Law on State Responsibility in
the Context of Transboundary Pollution

กฤษฎากร ว่องวุฒิกุล

Krisdakorn Wongwuthikun

คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ กรุงเทพมหานคร 10240 ประเทศไทย

Graduate School of Law, National Institute of Development Administration (NIDA), Bangkok 10240, Thailand

อีเมลติดต่อ: allerdings60@hotmail.com

Email: allerdings60@hotmail.com

บทคัดย่อ

กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศสามารถใช้ได้กับเรื่องความรับผิดชอบต่อความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม ซึ่งรวมถึงเรื่องมลพิษข้ามพรมแดนด้วย แต่อย่างไรก็ตามคติความที่ขึ้นสู่ศาลระหว่างประเทศนั้นยังมีจำนวนจำกัด ซึ่งยังคงสร้างความไม่แน่นอนในเรื่องการปรับใช้หลักกฎหมายดังกล่าว อีกทั้งเมื่อนำมาปรับใช้กับเรื่องในทางสิ่งแวดล้อมนั้น ทำให้เกิดปัญหาความยุ่งยากในทางทฤษฎีขึ้นหลายประการ เพราะปัญหาเรื่องมลพิษหรือความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดนนั้นมีลักษณะพิเศษเฉพาะตัว ซึ่งแตกต่างไปจากเรื่องทั่ว ๆ ไป บทความฉบับนี้ต้องการนำเสนอปัญหาดังกล่าว อันได้แก่ ปัญหาเรื่องการกระทำที่กล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ ปัญหาเรื่องการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ปัญหาการกำหนดนิยามเรื่องความเสียหาย ปัญหาเรื่องผลในทางกฎหมายหากสามารถพิสูจน์ได้ว่ารัฐต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นปัญหาการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างกิจกรรมที่ได้กระทำลงและความเสียหายที่เกิดขึ้นและปัญหาเรื่องการฟ้องร้องคดีต่อศาลในกรณีการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็น *erga omnes*

คำสำคัญ: ความรับผิดชอบของรัฐ, ความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม, มลพิษข้ามพรมแดน, กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ

Abstract

The international legal principles governing State responsibility can be applied to the issues of environmental damage, including transboundary pollution. Due to the fact that the number of cases which have been brought to international courts and tribunals relating to State responsibility is sparse, this could create uncertainties regarding the application of such principles. When applying these rules to environmental matters some theoretical problems remains unresolved, since problems of pollution and transboundary environmental damage have distinctive characteristics which can be distinguished from other general issues in international law. This article attempts to provide explanations of some difficulties and challenges in the application of international rules on state responsibility in an environmental context. Such challenges include, for example, the issue of actions or omissions that are attributable to the State, the issue of the constitution of a breach of an international obligation, the issue of the definition of the term “damage”, the issue of causation and the issue of bringing a case before international courts and tribunals for a breach of *erga omnes* obligations.

Keywords: State Responsibility, Environmental Damage, Transboundary Pollution, International Environmental Law

1. บทนำ

กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศนั้นเป็นหัวข้อที่ได้รับความสนใจจากนักกฎหมายระหว่างประเทศมาอย่างยาวนาน จนในที่สุดคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศได้ยกร่างมาตราว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำผิดระหว่างประเทศ (Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: ASR)¹ ซึ่งแม้จะไม่มีสถานะเป็นสนธิสัญญา แต่ ASR ได้ประมวลเอาหลักกฎหมายต่าง ๆ ที่ตกผลึกกลายเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศเข้ามาอยู่ในตราสารฉบับเดียว หลักการในเรื่องความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศนั้นสามารถปรับใช้ในฐานะที่เป็นหลักการทั่วไป และสามารถใช้ได้กับเรื่องความรับผิดชอบต่อความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม ซึ่งรวมถึงเรื่องมลพิษข้ามพรมแดนด้วย แต่อย่างไรก็ตามคดีความที่ขึ้นสู่ศาลระหว่างประเทศนั้นยังมีจำนวนจำกัด ซึ่งยังคงสร้างความไม่แน่นอนในเรื่องการปรับใช้หลักกฎหมายดังกล่าว อีกทั้งเมื่อนำมาปรับใช้กับเรื่องในทาง

¹ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001, ILC, ‘Report of International Law Commission on the Work of its 53rd Session’ (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001) UN Doc A/56/10; Ybk ILC, Vol 2, Part 2, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2). ต่อไปนี้จะใช้คำย่อว่า ASR.

สิ่งแวดล้อมนั้น ทำให้เกิดปัญหาความยุ่งยากในทางทฤษฎีขึ้นหลายประการ เพราะปัญหาเรื่องมลพิษหรือความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดนนั้นมีลักษณะพิเศษเฉพาะตัว ซึ่งแตกต่างไปจากเรื่องทั่ว ๆ ไป ในเบื้องต้นนั้น นิยามของมลพิษข้ามพรมแดน คือ มลพิษที่มีต้นกำเนิดจากประเทศใดประเทศหนึ่ง แต่มลพิษเช่นว่านั้นสามารถสร้างความเสียหายให้เกิดขึ้นกับสิ่งแวดล้อมของอีกรัฐหนึ่งได้ โดยมลพิษนั้นได้ข้ามพรมแดนด้วยเส้นทางทางอากาศหรือทางน้ำ² บทความฉบับนี้ต้องการนำเสนอปัญหาในการปรับใช้ดังกล่าว ซึ่งประกอบไปด้วย ส่วนที่ 2 ปัญหาเรื่องการกระทำที่กล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ ส่วนที่ 3 ปัญหาเรื่องการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ส่วนที่ 4 ปัญหาการกำหนดนิยามเรื่อง “ความเสียหาย” ส่วนที่ 5 ปัญหาการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างกิจกรรมที่ได้กระทำลงและความเสียหายที่เกิดขึ้น ส่วนที่ 6 ปัญหาเรื่องผลในทางกฎหมายหากสามารถพิสูจน์ได้ว่ารัฐต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น ส่วนที่ 7 ปัญหาเรื่องการฟ้องร้องคดีต่อศาลในกรณีการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็น *erga omnes* และส่วนสุดท้าย บทสรุป อนึ่งคำว่า การปรับใช้ในบทความนี้มีความหมายอย่างแคบ กล่าวคือ เป็นสถานการณ์ที่เกิดการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องพันธกรณีในการป้องกันมิให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่น และรัฐที่ได้รับความเสียหาย มีความประสงค์ที่จะฟ้องร้องคดีต่อองค์กรระดับข้อพิพาทระหว่างประเทศ ซึ่งต้องนำกฎหมายในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐขึ้นมาพิจารณา ความท้าทายและข้อจำกัดของการปรับใช้กฎหมายในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในขั้นตอนการฟ้องคดี จึงเป็นประเด็นสำคัญที่บทความฉบับนี้มุ่งสำรวจตรวจสอบและนำเสนอ

2. ปัญหาเรื่องการกระทำที่กล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ

โดยหลักแล้วรัฐมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ ก็ต่อเมื่อรัฐหนึ่งกล่าวอ้างว่าการกระทำของรัฐอื่นเป็น “การกระทำผิดระหว่างประเทศ” (internationally wrongful act) ตามมาตรา 1³ แห่ง ASR มาตรา 2 บัญญัติต่อไปว่า การกระทำที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำผิดระหว่างประเทศได้นั้นประกอบไปด้วย การกระทำการ (action) และการละเว้น (omission) ทั้งนี้ไม่ว่าเป็นกรณีใดก็ตาม จะต้องเป็นการกระทำที่กล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ (attributable to the State)⁴ และ การกระทำเช่นว่านั้นเป็นก่อให้เกิดการละเมิด (breach) พันธกรณีระหว่างประเทศที่รัฐนั้นผูกพันต้องปฏิบัติตาม⁵ กฎเกณฑ์เรื่องความรับผิดชอบของรัฐเป็น เป็นกฎเกณฑ์ที่เรียกกันว่ากฎเกณฑ์ทุติยภูมิ (secondary rules of international law) ซึ่งจะถูกนำมาปรับใช้ได้ในการที่การกระทำของรัฐเป็น

² United Nations, *Glossary of Environment Statistics: Studies in Methods*, New York: United Nations, 1997, 73.

³ Art. 1 ASR ‘Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State’.

⁴ Art. 2 ASR ‘There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: (a) is attributable to the State under international law’.

⁵ Ar. 2 ASR ‘(b) constitute a breach of an international obligation of the State’.

การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศปฐมภูมิ (primary rule of international law)⁶ ในหัวข้อนี้จะได้กล่าวถึงปัญหาในเรื่องการกระทำที่กล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐในกรณีความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดน

ภายใต้ ASR การกระทำที่สามารถกล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐจะไม่รวมถึงการกระทำของเอกชน และในหลายกรณีมลพิษข้ามพรมแดนนั้นมิได้เกิดจากการดำเนินงานของรัฐ แต่เกิดจากเอกชนซึ่งอยู่ภายในรัฐนั้น ซึ่งรัฐมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องในการดำเนินกิจการเลย เช่น การปล่อยการแก๊สเรือนกระจกจากแหล่งกิจกรรมต่าง ๆ อาทิ การขนส่ง การผลิตสินค้า การผลิตพลังงาน การกระทำความผิดโดยการลักลอบตัดไม้ทำลายป่า เผาป่า⁷ จนก่อให้เกิดหมอกควันข้ามพรมแดนขึ้น คำถามที่เกิดขึ้นคือ ในกรณีนี้รัฐจะมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศมากน้อยแค่ไหน เพียงใด

มาตรา 2 แห่ง ASR มิได้รวมเอาการกระทำของเอกชนเข้ารวมอยู่ในองค์ประกอบเรื่องการกระทำที่จะกล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น ภายใต้กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศ การกระทำที่เป็นของเอกชนโดยแท้⁸ ไม่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐและไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายในเรื่องนี้ แต่อย่างไรก็ตามรัฐมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศในกรณีที่กิจกรรมที่เอกชนดำเนินการนั้นอยู่ภายใต้การกำกับหรือควบคุมของรัฐ⁹ หากพิจารณาตามมาตรา 8 แห่ง ASR พบว่า มาตรานี้เน้นถึง ความเข้มข้น (degree) ในกิจกรรมที่รัฐเข้าไปควบคุมการดำเนินงานของเอกชน เพื่อที่จะทำให้การกระทำของเอกชนนั้นเข้าองค์ประกอบของการกระทำที่จะกล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ ในความเห็นของศาสตราจารย์ James Crawford รัฐจะต้อง สั่งการและควบคุมการดำเนินงาน และการกระทำที่กล่าวอ้างนั้นจะต้องประกอบเข้าเป็นส่วนส่วนหนึ่งของการ

⁶ กฎเกณฑ์ปฐมภูมิ หมายถึง กฎเกณฑ์ที่เป็นจารีตประเพณีหรือกฎเกณฑ์ในสนธิสัญญาที่บัญญัติเกี่ยวกับเนื้อหาสาระของพันธกรณี (substantive obligations) ที่รัฐต้องปฏิบัติ กฎเกณฑ์ทุติยภูมิ หมายถึง กฎเกณฑ์ที่เป็นสิ่งบ่งชี้ว่า 1. ภายใต้เงื่อนไขใดที่จะถือว่ามี การละเมิดกฎเกณฑ์ปฐมภูมิ 2. ผลในทางกฎหมายที่สืบเนื่องมาจากการละเมิด ดู Ulf Linderfalk, “State Responsibility and the Primary-Secondary Rules Terminology – The Role of Language for an Understanding of the International Legal System”, *Nordic Journal of International Law*, 2009 (78) : 53-72.

⁷ A. K. J. Tan, “Forest Fires of Indonesia: State Responsibility and International Liability”, *International Comparative Law Quarterly*, 1999 (48) : 82.

⁸ Text of the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the Commission to the GA on the Work of Its 53rd Session, Yearbook of the International Law Commission, Vol II, Art 8, para 1 (ต่อไปนี้จะเรียกว่า ASR Commentary) และดู James Crawford, *The International Law Commissions Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, 110.

⁹ Art 8 ASR ‘The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.’

ดำเนินงาน¹⁰ ในกรณีทางสิ่งแวดล้อมนั้นการดำเนินกิจการของเอกชนนั้นโดยส่วนใหญ่แล้วเป็นการกระทำที่ได้รับการอนุญาตจากรัฐผ่านการออกใบอนุญาตเพื่อกำกับดูแลกิจกรรมที่เป็นการปล่อยมลพิษ เช่น การอนุญาตให้เอกชนปล่อยก๊าซเรือนกระจกตามปริมาณที่รัฐกำหนด กรณีเช่นนี้ถือว่ารัฐได้เข้าไปควบคุม สิ่ง การ แล้ว เพราะเป็นความเชื่อมโยงเดียวที่รัฐจะเข้าไปมีส่วนในกิจการของเอกชนได้และกล่าวได้ว่าเป็น กิจกรรมที่อยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐแล้ว¹¹

อย่างไรก็ตามหากพิจารณาในอีกแง่มุมหนึ่ง แทนที่จะตั้งประเด็นว่า รัฐเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องใน กิจกรรมดังกล่าวและการกระทำของเอกชนจะถือว่าการกระทำของรัฐ อาจจะต้องตั้งประเด็นเสียใหม่ว่า ความรับผิดชอบของรัฐนั้นเกิดจากการที่รัฐไม่ได้ควบคุมกิจกรรมที่ดำเนินการโดยเอกชนอย่างเพียงพอจน ในท้ายที่สุดก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่นขึ้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง รัฐได้ปฏิบัติตามพันธกรณีในการใช้ความ ระมัดระวังแล้วหรือไม่¹² ในตัวอย่างการเผาป่าจนก่อให้เกิดหมอกควันข้ามพรมแดนที่กล่าวมาข้างต้นจะ เห็นได้ว่า เป็นการกระทำที่ไม่มีความเชื่อมโยงกับรัฐเลยแม้แต่น้อย กรณีจึงไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นการ กระทำที่จะกล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ แต่หากพิจารณาว่ารัฐล้มเหลวในการใช้ความระมัดระวัง หรือไม่ในการป้องกันมิให้เอกชนบุกรุกทำลายป่าและเผาป่าจนก่อให้เกิดมลพิษทางอากาศ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่ง ของพันธกรณีที่รัฐต้องปฏิบัติตาม เช่น อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพหรือความตกลง อาเซียนว่าด้วยมลพิษจากหมอกควันข้ามแดน (ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution)¹³ รายละเอียดเรื่องพันธกรณีในการใช้ความระมัดระวังจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

โดยส่วนใหญ่แล้วธรรมชาติของมลพิษข้ามพรมแดนนั้นมักเกิดจากการกระทำของบุคคลต่าง ๆ ร่วมกัน เช่น เกิดจากการกระทำของทั้งรัฐและตัวแสดงในทางระหว่างประเทศที่ไม่มีรัฐ (non-State actors) เช่นการปล่อยมลพิษจากโรงงานอุตสาหกรรมของบริษัท หรือการปล่อยที่เกิดจากกิจกรรมที่รัฐ ดำเนินการ การกระทำของบุคคลหลายคนมีโอกาที่จะส่งผลอย่างร้ายแรง (seriousness) มากกว่าการ กระทำของปัจเจกบุคคลแต่เพียงคนเดียวจนทำให้รัฐนั้นเกิดการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศได้ การ กระทำของผู้ก่อมลพิษหลายราย (multiple polluters) จึงเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้ทางปฏิบัติ ตัวอย่างที่ เห็นชัดเจนอีกกรณี คือ กรณีการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ การปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์หรือก๊าซ เรือนกระจกอื่น ๆ มีต้นกำเนิดมาจากหลายแหล่ง เช่น กิจกรรมของปัจเจกชน โรงงานอุตสาหกรรมของ

¹⁰ ASR Commentary, para 3.

¹¹ Jacqueline Peel, "Climate Change" in André Nollkaemper, Ilias Plakokefalos and Jessica Schechinger (Eds), **The Practice of Shared Responsibility in International Law**, Cambridge: Cambridge University Press, 2017, 1040.

¹² Alan Boyle, "Transboundary Air Pollution: A Tale of Two Paradigms" in S. Jayakumar, Tommy Koh, Robert Beckman and Hoa Duy Phan, **Transboundary Pollution: Evolving Issues of International Law and Policy**, Glos: Edward Elgar Publishing Limited, 2015, 234.

¹³ ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution (adopted 10 June 2002, entered into force 25 November 2003).

เอกชน การทำเกษตรกรรม เป็นต้น ซึ่งไม่มีความเกี่ยวข้องกับการกระทำของรัฐโดยตรง ปัญหามลพิษข้ามพรมแดนอีกประการหนึ่งคือ กรณีที่มลพิษเกิดจากการกระทำของรัฐที่มากกว่า 1 รัฐ หรือเป็นการกระทำของรัฐร่วมกับการกระทำของเอกชน โดยส่วนมากแล้วกรณีการเกิดขึ้นของมลพิษมักจะเป็น การการกระทำของบรรษัทขนาดใหญ่ที่ผลิตน้ำมัน สารเคมี หากเป็นกรณีที่มีตัวแสดงที่ไม่ใช่รัฐเข้ามาเกี่ยวข้องแล้ว การฟ้องคดีไปยังศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเพื่อให้รับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นอาจก่อให้เกิดปัญหาได้ เพราะ มีแต่เพียงรัฐเท่านั้นที่สามารถเป็นคู่ความในคดีในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้

3. ปัญหาเรื่องการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ

3.1 การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการปกป้องสิ่งแวดล้อม

องค์ประกอบประการต่อมา คือ การกระทำของรัฐเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ เมื่อรัฐเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาแล้วและสนธิสัญญามีผลใช้บังคับแล้ว รัฐต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา นอกจากนั้นแม้รัฐจะไม่ได้เป็นภาคีแห่งสนธิสัญญา แต่รัฐอาจถูกผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เช่น การปกป้องความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่นหรือพื้นที่ร่วม พันธกรณีนี้ถูกกำหนดอยู่ในตราสารระหว่างประเทศต่าง ๆ¹⁴ รวมถึงคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ¹⁵ จารีตประเพณีระหว่างประเทศเช่นว่านั้นรวมถึง พันธกรณีในการใช้ความระมัดระวัง (obligation of due diligence) เพื่อป้องกันและลดความเสี่ยงต่อการเกิดขึ้นของความเสียหาย

¹⁴ Principle 21 of Stockholm Declaration, Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (adopted at Stockholm, June, 1972) UN Doc.A/CONF/48/14/REV.1, 11 ILM 1416; Principle 2 of the Rio Declaration, United Nations Conference on the Environment and Development: Rio Declaration on the Environment and Development (adopted at Rio de Janeiro, June 14, 1992), UN Doc A/CONF.151/26 (Vol I) (1992); 31 ILM 874.

¹⁵ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion) [1996] ICJ Rep 226, para 29; *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay) (Judgment) [2010] ICJ Rep 14 ต่อไปนี้จะเรียกว่า “คดี *Pulp Mills*” ข้อเท็จจริงโดยสรุปในคดีนี้ คือ ประเทศอาร์เจนตินาได้ฟ้องร้องประเทศอุรุกวัย โดยกล่าวหาว่า ประเทศอุรุกวัยได้สร้างโรงงานผลิตเยื่อกระดาษบริเวณริมฝั่งแม่น้ำอุรุกวัยซึ่งเป็นแม่น้ำที่เป็นพรมแดนระหว่างประเทศทั้งสอง ประเทศอาร์เจนตินาอ้างว่าการสร้างโรงงานผลิตเยื่อกระดาษนั้นได้สร้างมลพิษทางน้ำ เช่น การปล่อยของเสียอันเป็นผลมาจากการผลิต สนธิสัญญาที่ใช้บังคับในเรื่องของการใช้น้ำระหว่างประเทศนี้ คือ ธรรมนูญแห่งแม่น้ำอุรุกวัย (The Statute of the River Uruguay) ที่ทำขึ้นในปี ค.ศ. 1975 และข้อพิพาทระหว่างสองประเทศเกิดจากการตีความและการใช้บังคับสนธิสัญญานับนี้ที่ไม่ตรงกัน โรงงานผลิตเยื่อกระดาษนี้เป็นโครงการที่มีลักษณะเข้าเกณฑ์ในการต้องประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม คือ มีความเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม (significant environmental harm) ประเทศอาร์เจนตินาอ้างว่าประเทศอาร์เจนตินาละเมิดสนธิสัญญานับนี้ โดยได้แย่งชิงความเพียงพอของการทำการประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม และหน้าที่ของประเทศอุรุกวัยในการแจ้งผลการประเมินทางสิ่งแวดล้อมให้อาร์เจนตินาทราบ รวมทั้งหน้าที่ในการเจรจาด้วยความสุจริต

พันธกรณีจึงเป็นสิ่งที่สำคัญที่จะใช้วัดว่ามีการละเมิดเกิดขึ้นหรือไม่ พันธกรณีในเรื่องทางสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศนั้นมีลักษณะที่แตกต่างกันออกไปบางกรณีสนธิสัญญาได้กำหนดพันธกรณีที่มีลักษณะในทางเทคนิคให้รัฐปฏิบัติตาม กรณีนี้การวัดว่ามีการละเมิดเกิดขึ้นหรือไม่จึงเป็นไปได้ไม่ยากนัก เช่น พันธกรณีตามพิธีสารเกียวโตซึ่งเป็นพิธีสารภายใต้กรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ รัฐที่มีรายชื่ออยู่ในภาคผนวก 1 (Annex I party) ต้องลดการปล่อยก๊าซลงในปริมาณและกรอบเวลาที่กำหนดไว้ในพิธีสาร¹⁶ หรืออนุสัญญามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล (Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution: LRTAP)¹⁷ หรือ อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันภาวะมลพิษทางทะเลที่เกิดจากเรือ ค.ศ. 1973/78 (International Convention for the Prevention of Pollution from Ships: MARPOL)¹⁸

ความยุ่งยากของการหยั่งทราบว่ามีการละเมิดพันธกรณีปฐมภูมิหรือไม่นั้นอาจเกิดขึ้นได้จากลักษณะของพันธกรณีที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมบางประการที่มีการใช้ถ้อยคำหรือภาษาในลักษณะเปิดกว้าง (open-textured language) คลุมเครือ (vague) หรือมีหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศที่ยังหาข้อยุติเรื่องสถานะในทางกฎหมายไม่ได้ เช่น หลักการป้องกันไว้ล่วงหน้า หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย และหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน สนธิสัญญาที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมบางประเภท เช่น กรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (United Nations Framework Convention on Climate Change: UNFCCC) เป็นแค่เพียงกรอบความตกลงที่รัฐภาคีได้กำหนดวิสัยทัศน์ร่วมกันที่จะทำเพื่อประโยชน์ของสังคมระหว่างประเทศ รัฐที่ลงนามในสนธิสัญญามีดุลยพินิจอย่างกว้างขวางในการปฏิบัติตามสนธิสัญญา ซึ่งทำให้ยากต่อการชี้ชัดโดยเฉพาะเจาะจงลงไปได้ถึงพันธกรณีที่รัฐต้องปฏิบัติตาม¹⁹ อย่างไรก็ตามอาจใช้เทคนิคในการตีความกฎหมายเพื่อให้เกิดความชัดเจนขึ้นได้ในกรณีของ UNFCCC กล่าวคือ หากพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของ UNFCCC จะพบว่า รัฐมีหน้าที่ในการป้องกัน (duty of prevention) อันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ซึ่งต้องพิจารณาจากบทบัญญัติมาตราต่าง ๆ ประกอบ เช่น มาตรา 4.2 ที่กำหนดให้รัฐมีรายชื่ออยู่ในภาคผนวก 1 ต้องออกนโยบายแห่งชาติและใช้มาตรการในการลด เพื่อจำกัดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก หากมีการไม่ปฏิบัติตาม เช่น ไม่มีมาตรการอย่างเพียงพอ รัฐอาจถือว่ากระทำละเมิดต่อพันธกรณีปฐมภูมิได้ และอาจใช้พันธกรณีปฐมภูมิที่มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเพื่อเป็นตัวกำหนดว่ารัฐได้ละเมิดพันธกรณีหรือไม่ ใน

¹⁶ United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) (adopted 9 May 1992, entered into force 24 March 1994) 1771 UNTS 107.

¹⁷ Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution (LRTAP) (adopted 13 November 1979, entered into force 16 March 1983) 1302 UNTS 217.

¹⁸ International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (adopted 2 November 1973, entered into force 10 February 1983) 1340 UNTS 184.

¹⁹ Christina Voigt, "State Responsibility for Climate Change Damages", *Nordic Journal of International Law*, 2008 (77) : 5.

กรณีนี้ได้แก่พันธกรณีว่าด้วยเรื่องการห้ามมิให้ก่อความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดนซึ่งได้รับการยืนยันในคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศและตราสารระหว่างประเทศต่าง ๆ²⁰

นอกจากนั้นในบางกรณีอนุสัญญาได้กำหนดให้การปฏิบัติตามพันธกรณีต้องมีการประเมินจากบริบทและสถานการณ์แวดล้อม (circumstances) ของแต่ละประเทศมาพิจารณาประกอบด้วย ในกรณีดังกล่าวการประเมินว่ามีการละเมิดหรือไม่เป็นไปได้ไม่ง่ายดายนัก เช่น คำว่าตามความสามารถของแต่ละประเทศ (according to their capacities) ในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 เป็นต้น ประเด็นคือ จะทราบได้อย่างไรว่าความสามารถของแต่ละประเทศมีมากน้อยแค่ไหน อย่างไรก็ตามจะเรียกว่าได้ปฏิบัติตามความสามารถแล้ว

3.2 พันธกรณีในการใช้ความระมัดระวัง (Obligation of Due Diligence)

ในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ รัฐมีพันธกรณีในการใช้ความระมัดระวังหรือ obligation of due diligence ในการป้องกันหรือลดความเสี่ยงของมลพิษข้ามพรมแดนเป็นพันธกรณีที่ต้องการให้รัฐกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยไม่จำเป็นต้องมุ่งบรรลุผลที่ต้องการ หรือ obligation of conduct พันธกรณีนี้เป็นสิ่งที่นานาประเทศคาดหวังจากการเป็นรัฐบาลที่ดี (Good Government) ของประเทศนั้น ๆ ซึ่งจะต้องมีระบบกฎหมายและนโยบายที่เหมาะสมและงบประมาณที่เพียงพอในการมีเครื่องมือในการบริหารจัดการเพื่อวัตถุประสงค์ในการควบคุมและตรวจสอบติดตามกิจกรรมที่มีอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม²¹ การพิจารณาว่ารัฐได้ใช้ความระมัดระวังหรือไม่นั้นจึงจำเป็นต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป เพราะ แต่ละรัฐมีความสามารถในการปฏิบัติตามพันธกรณีไม่เท่ากัน รัฐมีความสามารถในทางเศรษฐกิจและเทคโนโลยีที่แตกต่างกันออกไป เช่น รัฐกำลังพัฒนาย่อมมีเทคโนโลยีในการป้องกันมลพิษข้ามพรมแดนที่ด้อยกว่าประเทศที่พัฒนาแล้ว การพิจารณาในเรื่องนี้จึงเกี่ยวข้องกับการพิจารณาข้อเท็จจริงที่ซับซ้อน บริบทต่าง ๆ ที่อยู่รอบเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องนำมาพิจารณาอย่างถี่ถ้วน²² ในบางกรณีรัฐอาจกล่าวอ้างหลักความรับผิดชอบร่วมกันในระดับที่แตกต่างกัน เช่น ประเทศกำลังพัฒนาที่ถูกฟ้องเป็นจำเลยในศาล อาจโต้แย้งว่าตนมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานที่มีความเข้มงวดน้อยกว่ารัฐที่ร่ำรวย ในกรณีของการมลพิษข้ามพรมแดน ประเทศอินโดนีเซียอาจโต้แย้งว่าตนได้กระทำการอย่างดีที่สุดเท่าที่จะคาดหวังได้จาก

²⁰ เช่นในคดี *Trail Smelter (USA v Canada)*, Award RIAA 1911, 1965. ในคดีนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างประเทศแคนาดาไประงับด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ ประเด็นที่พิพาทคือ ประเทศแคนาดาได้สร้างโรงงานถลุงแร่ที่ตั้งอยู่ในบริติชโคลัมเบียตั้งแต่ ค.ศ. 1906 ซึ่งเป็นมลรัฐชายแดนติดกับประเทศสหรัฐอเมริกา ดำเนินกิจการโดยบริษัทของประเทศแคนาดา ผลที่เกิดขึ้นกับสิ่งแวดล้อม คือ การปล่อยก๊าซซัลเฟอร์ไดออกไซด์จากโรงงานซึ่งได้สร้างความเสียหายต่อรัฐวอชิงตันมาเป็นระยะเวลานาน ระหว่างปี ค.ศ. 1925-1937

²¹ ASR Commentary, 393.

²² Christian Tomuschat, "International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century", *Recueil de Cours*, 1999 (281) : 280.

ประเทศกำลังพัฒนาเพื่อปกป้องไม่ให้เกิดความเสียหายข้ามพรมแดนขึ้น²³ ในกรณีของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ หลักการนี้ได้รับการบัญญัติใน UNFCCC โดยต้องการให้ประเทศที่พัฒนาแล้วมีภาระหนักกว่าประเทศกำลังพัฒนา

ศาลระหว่างประเทศได้สร้างบรรทัดฐานในเรื่องการใช้ความระมัดระวังไว้ ที่ชัดเจนที่สุด คือ คดี *Pulp Mills* โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วางหลักว่า รัฐมีหน้าที่ในการใช้มาตรการต่าง ๆ เพื่อหลีกเลี่ยงกิจกรรมที่เกิดขึ้นในดินแดนของตน หรือพื้นที่ใด ๆ ภายใต้เขตอำนาจ ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายอย่างสำคัญต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่น²⁴ การใช้ความระมัดระวังนั้น ได้แก่ การที่รัฐออกกฎเกณฑ์หรือมาตรการต่าง ๆ ที่เหมาะสม (adoption of appropriate rules and measures)²⁵ มิใช่แต่เพียงออกกฎเกณฑ์เท่านั้น แต่รัฐต้อง รักษาระดับการเฝ้าระวังในการบังคับใช้มาตรการ (a certain level of vigilance in their enforcement)²⁶ การบังคับใช้มาตรการนั้น ได้แก่ การใช้การควบคุมทางด้านปกครองต่อผู้ดำเนินการที่เป็นรัฐและเอกชน (exercise of administrative control applicable to public and private operators)²⁷ และหากมีการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ แล้ว รัฐต้องพิจารณาอย่างระมัดระวังในเรื่องเทคโนโลยีที่ใช้ (careful consideration of the technology to be used)²⁸ และ ในกรณีที่ทำเนิโครงการใหญ่ที่มีความซับซ้อนมาก ต้องมีการประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม EIA²⁹ โดยการประเมินนั้นต้องทำก่อนที่จะเริ่มโครงการและเมื่อโครงการเริ่มแล้วยังต้องประเมินไปตลอดอายุของโครงการ (throughout the life of the project) และต้องตรวจสอบผลกระทบที่มีต่อสิ่งแวดล้อมอย่างต่อเนื่อง (continuous monitoring of its effects on the environment) ทั้งยังต้องมีการทบทวน (review and revise) รายงานผลการประเมินที่ได้ทำมาแล้วตอนต้น ควรตั้งข้อสังเกตไว้ในที่นี้ว่า พันธกรณีในการใช้ความระมัดระวังนั้นมีความเกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดกับหลักการห้ามสร้างความเสียหายข้ามพรมแดนต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่น ในแง่ที่ว่าหากรัฐได้ใช้ความระมัดระวังแล้ว ก็สามารถป้องกันหรือลดความเสียหายข้ามพรมแดนได้ ทำให้รัฐไม่ต้องรับผิดชอบในฐานะที่เป็นผู้ละเมิดหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าว

²³ Jacqueline Peel, “Unpacking the Elements of State Responsibility Claim for Transboundary Pollution” in S. Jayakumar, Tommy Koh, Robert Beckman and Hoa Duy Phan, **Transboundary Pollution: Evolving Issues of International Law and Policy**, Glos: Edward Elgar Publishing Limited, 2015, 64.

²⁴ *Pulp Mills*, para. 101. ‘A State is thus obliged to use all of the means as its disposal in order to avoid activities which take place in its territory, or in any area under its jurisdiction, causing significant damage to the environment of another state’.

²⁵ Ibid, para 197.

²⁶ Ibid, para 197.

²⁷ Ibid, para 197.

²⁸ Ibid, para 223.

²⁹ Ibid, para 223.

อีกนัยหนึ่ง หลักการป้องกันมิให้เกิดความเสียหายข้ามพรมแดนนั้น มีต้นกำเนิดมาจากการใช้ความระมัดระวังของรัฐนั่นเอง

นอกจากคดี *Pulp Mills* แล้ว หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังได้รับการกล่าวถึงในคดีความเห็นเชิงแนะนำ (Advisory Opinion) ขององค์คณะว่าด้วยข้อพิพาทที่เกี่ยวกับพื้นดินท้องทะเลแห่งศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศ (Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS)) ในปี ค.ศ. 2011 เรื่องการแสวงหาทรัพยากรแร่ในบริเวณพื้นที่ (The Area) ซึ่งเป็นบริเวณและเป็นทรัพยากรอันเป็นมรดกร่วมกันของมวลมนุษยชาติ (common heritage of mankind) โดยองค์คณะต้องให้ความเห็นในทางกฎหมายในข้อที่ว่า อะไรคือความรับผิดชอบในทางกฎหมายและพันธกรณีของรัฐภาคีแห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการให้การสนับสนุน (sponsorship) กิจกรรมที่กระทำลงในบริเวณพื้นที่ ในประเด็นเรื่องการใช้ความระมัดระวังนั้น องค์คณะกล่าวว่าเป็นข้อความคิดที่แปรเปลี่ยนได้ ซึ่งอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามกาลเวลาและแตกต่างกันออกไปตามความเสี่ยงที่หลากหลาย³⁰ มาตรการที่ถือว่าเป็นการใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอ ณ เวลาใดเวลาหนึ่ง อาจกลายมาเป็นการไม่ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอหากพิจารณาจากความรู้ทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีใหม่ ๆ³¹ นอกจากนั้นแล้ว แนวทางการป้องกันล่วงหน้า (precautionary approach) เป็นส่วนหนึ่งของพันธกรณีในการใช้ความระมัดระวังของรัฐที่ให้การสนับสนุน³² การป้องกันล่วงหน้า หมายถึง ในกรณีที่มีความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อมแต่ยังขาดหลักฐานหรือรายงานทางวิทยาศาสตร์ที่แน่นอนเพื่อจะพิสูจน์ทราบถึงสาเหตุและผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมเช่นนั้นได้ ความไม่แน่นอนเช่นนั้นไม่อาจหยาบยกขึ้นมากล่าวอ้างเพื่อเป็นเหตุในการไม่ดำเนินการหรือออกมาตรการเพื่อป้องกันความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมได้ ในประเด็นการปรับใช้แนวทางในการป้องกันล่วงหน้า องค์คณะได้กล่าวไว้อย่างน่าสนใจ ซึ่งองค์คณะได้ตัดสินแตกต่างจากประเด็นความรับผิดชอบและความรับผิดชอบของรัฐ กล่าวคือ องค์คณะมีความเห็นว่า เงื่อนไขในการปฏิบัติตามพันธกรณีในการปรับใช้แนวทางในการป้องกันล่วงหน้าอาจมีความเคร่งครัดสำหรับรัฐที่พัฒนาแล้วมากกว่ารัฐที่กำลังพัฒนา³³ ขึ้นอยู่กับระดับความรู้ทางวิทยาศาสตร์และความสามารถทางด้านเทคโนโลยีของแต่ละรัฐ

³⁰ *Advisory Opinion on Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area* (2011) ITLOS, Seabed Disputes Chamber, (2011) 50 ILM 458, para 117 ‘Due diligence is a variable concept which may change over time and differ in respect of different risks’.

³¹ *Ibid*, para 117.

³² *Ibid*, para 131. ‘The precautionary approach is also an integral part of the general obligation of due diligence of sponsoring States, which is applicable even outside the scope of the Regulations’.

³³ *Ibid*, para 161.

อย่างไรก็ตามในประเด็นที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบและความรับผิดชอบของรัฐที่ให้การสนับสนุนองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมในบริเวณพื้นที่ องค์คณะกล่าวว่า รัฐมีความรับผิดชอบอย่างเท่าเทียมกันไม่ว่าจะเป็นรัฐกำลังพัฒนา หรือรัฐที่พัฒนาแล้ว การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันนั้นสอดคล้องกับความจำเป็นในการปกป้องไม่ให้มีการจัดตั้งบริษัทของรัฐที่พัฒนาแล้วในรัฐกำลังพัฒนา เพื่อจะได้รับสัญชาติและได้รับการสนับสนุนโดยหวังว่าตนเองจะตกอยู่ภายใต้กฎระเบียบและการควบคุมที่เคร่งครัดน้อยกว่า ซึ่งหากเป็นเช่นนี้จะส่งผลกระทบต่อการใช้มาตรฐานในการปกป้องสิ่งแวดล้อมทางทะเลชั้นสูงสุดอย่างเป็นอันหนึ่งอันเดียว รวมถึงการพัฒนากิจกรรมในบริเวณพื้นที่อย่างปลอดภัย และการปกป้องสมบัติร่วมกันของมนุษยชาติ³⁴ ซึ่งในกรณีนี้จะเห็นได้ว่ารัฐจะอ้างความรับผิดชอบที่แตกต่างกันอันเนื่องมาจากสถานะของตนที่เป็นรัฐที่กำลังพัฒนาได้ ดังนั้น การพิจารณาว่ามีการละเมิดพันธกรณีในการใช้ความระมัดระวังหรือไม่เป็นสิ่งที่เต็มไปด้วยการพิจารณาข้อเท็จจริงที่สลับซับซ้อนที่บางกรณีต้องนำความสามารถของรัฐในการปฏิบัติตามพันธกรณีมาพิจารณา แต่ในบางกรณีดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นหลักในเรื่องความแตกต่างของความสามารถของรัฐก็ไม่สามารถนำมาพิจารณาได้

4. ปัญหาการกำหนดนิยามเรื่อง “ความเสียหาย”

4.1 ความเสียหายข้ามพรมแดน (Transboundary damage)

กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้กำหนดห้ามรัฐสร้างความเสียหายข้ามพรมแดนต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่น หลักการนี้ได้รับการยืนยันจากศาลระหว่างประเทศในหลายคดี เช่น คดี *Trail Smelter*³⁵ และคดี *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapon*³⁶ ประเด็นคือ เนื้อหาสาระของหลักการนี้เป็นอย่างไร? ข้อพิจารณาในเรื่องนี้มีอยู่ 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก หลักการนี้มุ่งพิจารณาตรวจสอบความเสียหายที่เกิดขึ้นจากกิจกรรม หรือประการที่สองมุ่งพิจารณาธรรมชาติ (nature) ของกิจกรรมที่ก่อให้เกิดความเสียหาย? กล่าวคือ ในกรณีแรก หากความเสียหายข้ามพรมแดนเป็นสิ่งที่กฎหมายระหว่างประเทศห้ามมิให้เกิดขึ้น นั้นเท่ากับว่าธรรมชาติของกิจกรรมไม่มีความเกี่ยวข้องในกรณีนี้ ความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะมาจากแหล่งใดหรือจากกิจกรรมใดจะต้องได้รับการชดเชยค่าเสียหายภายใต้หลักการตามมาตรา 36 ที่บัญญัติว่า The State responsible for an international wrongful act is under an obligation to compensate the damage caused thereby ประการที่สอง เป็นการมุ่งพิจารณาที่ธรรมชาติ (nature) ของกิจกรรมว่า เป็นกิจกรรมที่กฎหมายระหว่างประเทศห้ามหรืออนุญาตให้ดำเนินการได้ หากเป็นกิจกรรมที่กฎหมายระหว่างประเทศมิได้กำหนดห้ามเอาไว้ไม่ให้กระทำ

³⁴ Ibid, para 159.

³⁵ *Trail Smelter (USA v Canada)*, Award RIAA 1911, 1941.

³⁶ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion) [1996] ICJ Rep 226, 29.

(activities not prohibited by international law)³⁷ สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไปคือ จะมีหลักการในการชดเชยค่าเสียหายอย่างไรในกรณีนี้

โดยทั่วไปแล้วกฎหมายระหว่างประเทศให้ความสนใจกับกรณีแรกมากกว่าเพราะเป็นข้อพิจารณาที่ช่วยปกป้องสิ่งแวดล้อมได้อย่างเพียงพอ เพราะ ในปัจจุบันนั้นกิจกรรมหลายอย่างไม่ได้ถูกห้ามโดยกฎหมายระหว่างประเทศ ยกตัวอย่างคดี *Trail Smelter* ที่ลักษณะของกิจกรรมไม่ได้ต้องห้ามตามกฎหมาย ดังนั้น การมุ่งพิจารณาถึงลักษณะของกิจกรรมจึงมีความเกี่ยวข้องกับเรื่องกฎเกณฑ์ว่าด้วยความเสียหายข้ามพรมแดนน้อยกว่าเมื่อเทียบกับการพิจารณาที่ตัวความเสียหายเองที่เกิดขึ้นจากกิจกรรมไม่ว่าจะเป็นกิจกรรมใด ๆ ก็ตาม ดังนั้น หากกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศปรับใช้กับเรื่องความเสียหาย มากกว่าการปรับใช้กับกิจกรรม ข้อเท็จจริงที่ว่ากิจกรรมนั้นจะเป็นกิจกรรมที่มีความร้ายแรงอย่างสูง จึงไม่มีความเกี่ยวข้องกับหน้าที่ในการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้น ลักษณะของกิจกรรมจะมีความเกี่ยวข้องก็แต่เฉพาะกรณีที่รัฐต้องใช้ระดับความระมัดระวังมากน้อยเพียงใด เช่น ในกรณีที่รัฐดำเนินกิจกรรมที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างสูง รัฐต้องยกระดับมาตรการการป้องกันขึ้นในระดับที่สูงขึ้นตามลักษณะของกิจกรรมเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหาย

ประเด็นปัญหาประการต่อไป คือ เนื้อหาสาระของมาตรการในการป้องกันนั้น เป็นพันธกรณีที่ต้องการให้รัฐกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยไม่จำเป็นต้องมุ่งบรรลุผลที่ต้องการ (obligation of conduct) หรือ พันธกรณีที่ต้องการให้รัฐกระทำการเพื่อให้มุ่งบรรลุผลที่ต้องการ (obligation of result) หากเป็นกรณีหลัง มาตรการในการป้องกันจะถูกละเมิดก็ต่อเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น แต่หากเป็นกรณีแรกพันธกรณีในการป้องกันจะถูกละเมิดหากรัฐไม่ได้ดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดถึงแม้จะไม่เกิดความเสียหายขึ้นก็ตาม ยกตัวอย่างเช่น หากรัฐ A ดำเนินกิจกรรมที่มีความร้ายแรง รัฐ A ปล่อยปละละเลย ไม่ได้ออกมาตรการตามสมควรเพื่อเป็นการป้องกันความเสียหาย และการดำเนินกิจกรรมเช่นนั้นมีความความเสี่ยงว่าจะเกิดความเสียหายข้ามพรมแดนต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐ B ในกรณีนี้หากรัฐ B ต้องการเรียกร้องให้รัฐ A รับผิดชอบ รัฐ B จะต้องรองจนกว่าจะเกิดความเสียหายขึ้นกับตนก่อนหรือไม่ วัตถุประสงค์ของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศนั้นคือการป้องกันความเสียหายมากกว่าการเยียวยาความเสียหายให้กับรัฐที่เป็นเหยื่อ แนวความคิดเรื่องการป้องกันได้หยั่งรากลึกอยู่ในกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการห้ามรัฐสร้างความเสียหายข้ามพรมแดนต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่น กฎเกณฑ์เรื่องการป้องกันจะถูกละเมิดก็ต่อเมื่อมีการเกิดขึ้นของการกระทำของรัฐที่ขาดการใช้ความระมัดระวังและสร้างความเสี่ยงต่อความเสียหาย แน่นอนว่าหากความเสียหายข้ามพรมแดนไม่เกิดขึ้น รัฐนั้นไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในการจ่ายค่าเสียหาย แต่อย่างไรก็ตามรัฐนั้นก็ยังจะต้องมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศอยู่ เช่น การหยุดการกระทำ (มาตรา 30 (a)) การรับประกันว่าจะไม่เกิดการกระทำผิดขึ้นอีก (มาตรา 30

³⁷ See Alan Boyle, “State Responsibility and Liability for Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law: A Necessary Distinction”, *International Comparative Law Quarterly*, 1990, (33). 1-26.

(b)) การทำให้กลับคืนสู่สถานะเดิมก่อนที่จะมีการกระทำความผิดขึ้น (มาตรา 35) การกระทำที่พึงพอใจในรูปแบบของการยอมรับว่ามีการละเมิด การแสดงความเสียใจ การขอโทษอย่างเป็นทางการ หรือการใช้วิธีอื่น ๆ ที่เหมาะสม (มาตรา 37) เป็นที่น่าสังเกตว่าในสนธิสัญญาบางฉบับได้แบ่งแยกหน้าที่ของรัฐทั้งในกรณีที่เกิดความเสียหายและไม่เกิดความเสียหายขึ้นไว้อย่างชัดเจน เช่น Convention on the Law of Non-Navigational Uses of International Watercourses ได้บัญญัติถึงพันธกรณีของรัฐในการไม่สร้างความเสียหายอย่างสำคัญ ในมาตรา 7 และได้แบ่งแยกพันธกรณีย่อยอีก 2 ประการ คือ พันธกรณีในการใช้มาตรการที่เหมาะสมในการป้องกันการเกิดขึ้นของความเสียหายอย่างสำคัญต่อรัฐอื่น ตามมาตรา 7 (1) และพันธกรณีในการพูดคุย ถกเถียง (discuss) เรื่องการชดเชยค่าเสียหาย ตามมาตรา 7 (2)

4.2 ลักษณะของความเสียหายข้ามพรมแดนที่ทำให้เกิดความรับผิดชอบ

ประเด็นที่ซับซ้อนต่อมา คือ หากเกิดความเสียหายขึ้นแล้ว ความเสียหายนั้นต้องมีลักษณะอย่างไร รัฐจึงจะต้องมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ เพราะ มิใช่ว่าความเสียหายทุกประเภทจะเข้าลักษณะความเสียหายที่รัฐต้องรับผิดชอบ เป็นที่ยอมรับกันว่าในจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าความเสียหายนั้นจะต้องเป็นความเสียหายอย่างสำคัญ (significant) อันเป็นหมุดหมายที่สำคัญที่รัฐจะต้องเริ่มต้นปรับใช้มาตรฐานความระมัดระวังสำหรับการป้องกันความเสียหายข้ามพรมแดน³⁸ การนิยามคำว่า “significant” นั้นค่อนข้างยุ่งยาก ซับซ้อน ต้องผสมผสานองค์ความรู้หลายศาสตร์เข้าด้วยกัน เพราะ การพิจารณาหาว่าอย่างไรจึงจะเรียกว่าเป็นความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญนั้น มิใช่เป็นการพิจารณาทางกฎหมาย แต่ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป คำว่า อย่างมีนัยสำคัญ มีระดับความร้ายแรงที่มากกว่าที่สามารถสังเกตได้ หรือ detectable แต่ไม่จำเป็นต้องถึงระดับร้ายแรง “serious” หรืออย่างมาก “substantial” และความเสียหายนั้นต้องนำไปสู่การก่อให้เกิดความเสียหายต่อสุขภาพของมนุษย์ อุตสาหกรรม ทรัพยากร สิ่งแวดล้อม หรือเกษตรกรรม เป็นต้น นอกจากนั้นการพิจารณาว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ ขึ้นอยู่กับเทคโนโลยีในการประเมินความเสี่ยงที่มีอยู่ ณ ขณะประเมิน กล่าวคือ กิจกรรมหนึ่งอาจไม่สร้างความเสียหายอย่างสำคัญในปัจจุบัน เพราะ เทคโนโลยีที่ใช้ในการประเมินไม่ทันสมัยพอหรือองค์ความรู้ของมนุษย์ยังไม่พัฒนาไปถึงจุดที่สามารถค้นพบภัยอันตรายที่อาจเกิดจากกิจกรรมดังกล่าวต่อสิ่งแวดล้อมได้ ในทางกลับกันเมื่อมีการประเมินในเวลาต่อมา กิจกรรมเดียวกันนี้อาจกลับกลายเป็นกิจกรรมที่สร้างความเสี่ยงต่อความเสียหายข้ามแดนอย่างมีนัยสำคัญได้ แต่ตราบดีที่กิจกรรมเหล่านั้นยังไม่ส่งผลกระทบต่อรัฐอื่นจนถึงระดับอย่างมีนัยสำคัญ หรือยังคงอยู่ในระดับที่สามารถทนได้ (tolerable) แล้ว การกระทำนั้น ๆ ก็ไม่ตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ต้องประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศจากการรายงานของ IPCC Fifth

³⁸ Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities 2001, ILC, ‘Report of International Law Commission on the Work of its 53rd Session’ (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001) UN Doc A/56/10; Ybk ILC, Vol 2, Part 2, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2).

Assessment Report ได้แสดงให้เห็นถึงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้ เช่น การเพิ่มขึ้นของระดับน้ำทะเล
ภัยแล้ง น้ำท่วม รวมทั้งผลกระทบต่อสุขภาพและทรัพย์สินของมนุษย์³⁹

5. ปัญหาการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างกิจกรรมที่ได้กระทำลงและความเสียหายที่เกิดขึ้น (causation)

รัฐจะมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศต่อเมื่อสามารถพิสูจน์ให้เห็นประจักษ์ถึงกิจกรรมที่ได้กระทำลงและความเสียหายที่เกิดขึ้น ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในเรื่องความเสียหายข้ามพรมแดนนั้น เป็นเรื่องที่มีความยุ่งยากซับซ้อน บางกรณีแหล่งกำเนิดมลพิษข้ามพรมแดนนั้นเกิดขึ้นจากการกระทำของรัฐรัฐเดียว ซึ่งสามารถสืบหาผู้กระทำความผิดได้ไม่ยากนัก เช่น กรณีมลพิษข้ามพรมแดนในคดี *Trail Smelter case* ระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศแคนาดา⁴⁰ ความยุ่งยากที่เกิดขึ้นในกรณีนี้คือ การพิสูจน์การกระทำของรัฐโดยใช้หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ซับซ้อน คดีนี้เกิดขึ้นในคริสต์ทศวรรษ 1930 เมื่อประเทศสหรัฐอเมริกาเรียกร้องค่าเสียหายจากประเทศแคนาดาในกรณีที่โรงงานถลุงแร่ (zinc smelter) ที่ตั้งอยู่ในมลรัฐ British Columbia ได้ปล่อยมลพิษ ซึ่งส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อสภาวะแวดล้อม ซึ่งได้แก่ มลพิษทางอากาศในมลรัฐวอชิงตัน ประเทศสหรัฐอเมริกา ในการพิสูจน์ความเสียหาย มีการใช้หลักฐานทางวิทยาศาสตร์จำนวนมาก รวมทั้งคำแนะนำจากผู้เชี่ยวชาญต่าง ๆ เพื่อพิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างการปล่อย ซัลเฟอร์ไดออกไซด์ และความเสียหายที่เกิดขึ้นกับ พืชผล ป่าไม้ ดิน และทางน้ำ หรือไม่ นอกจากนั้นแล้วยังมีคดี *Pulp Mills* ระหว่างประเทศอาร์เจนตินาและประเทศอูรุกวัย ซึ่งเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ ในคดีนี้มีการสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของแต่ละฝ่ายด้วยพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์จำนวนมากเพื่อพิสูจน์ถึงมลพิษข้ามพรมแดนที่เกิดจากโรงงานผลิตเยื่อกระดาษที่ดำเนินกิจการอยู่ ณ ริมฝั่งแม่น้ำอูรุกวัย โดยรัฐที่กล่าวหาจะต้องพิสูจน์ว่ามีการเกิดขึ้นของมลพิษในแม่น้ำอูรุกวัยจริง ศาลจะต้องพิจารณาถึงข้อมูลเหล่านี้เพื่อพิจารณาว่ามีการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศขึ้นจริงหรือไม่ ศาลกล่าวว่าในการพิจารณาพยานหลักฐานตามที่คู่กรณีเสนอมานั้นจะต้องใช้ การพิเคราะห์อย่างระมัดระวัง (careful consideration) บนพื้นฐานของการพิจารณาว่าข้อเท็จจริงใดที่เกี่ยวข้อง ที่ประเมินคุณค่าในเชิงพิสูจน์ (probative value) และหาข้อสรุปจากพยานหลักฐานดังกล่าวตามความเหมาะสม⁴¹ ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้น คือ ศาลจะอย่างไรในกรณีที่หลักฐานทางวิทยาศาสตร์นั้นไม่แน่นอน กล่าวคือ อาจมีบางกรณีที่ความเสียหายจากมลพิษนั้นปรากฏขึ้นภายหลังจากเวลาได้

³⁹ The IPCC Fifth Assessment Report, <https://www.ipcc.ch/report/ar5/> (accessed 23 September 2017).

⁴⁰ *Trail Smelter Arbitration (US v. Canada)* (1941) 3 RIAA 1907.

⁴¹ *Pulp Mills*, para 168.

ล่วงเลยไปนานแล้ว⁴² ความไม่แน่นอนนี้อาจเกิดขึ้นจากหลายปัจจัยเช่น ความรู้ทางด้านวิทยาศาสตร์ยังไม่สามารถพิสูจน์ลงไปได้อย่างชัดเจน ความไม่แน่นอนนี้เองทำให้การสร้างความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเป็นอย่างยากลำบาก เช่น เป็นที่ทราบกันว่าการรั่วไหลของนิวเคลียร์นั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต สุขภาพอนามัยของมนุษย์ แต่อาจไม่มีความแน่นอนว่าการปนเปื้อนแต่เพียงเล็กน้อยจะก่อให้เกิดความเสียหายข้ามพรมแดนอย่างมีนัยยะสำคัญหรือไม่ในระยะสั้นหรือระยะยาว บทบาทของหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องหลักการป้องกันล่วงหน้า (precautionary principle) จึงเข้ามามีบทบาทในการช่วยให้ศาลพิจารณากรณีที่ไม่มี ความแน่นอนของหลักฐานได้

คดีระหว่างประเทศที่มีการหยิบยกหลักการป้องกันล่วงหน้า ได้แก่ คดี *MOX Plant* ระหว่างประเทศไอร์แลนด์และประเทศสหราชอาณาจักร⁴³ ที่ศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศต้องพิจารณาถึงมลพิษข้ามพรมแดนที่อาจเกิดจากกัมมันตภาพรังสี ในคดีนี้ประเทศไอร์แลนด์กล่าวอ้างว่าประเทศสหราชอาณาจักร ไม่ได้ใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าเพื่อปกป้องทะเลไอริช ในการตัดสินใจอนุญาตให้มีการดำเนินกิจการของโรงงานแปรรูปวัสดุนิวเคลียร์ เชื้อเพลิงออกไซด์ผสม (mixed oxide) ณ เมือง Sellafield ประเทศไอร์แลนด์อ้างว่า การปรับใช้เรื่องการป้องกันล่วงหน้า ได้ผลกระทบการพิสูจน์ให้ประเทศสหราชอาณาจักรต้องพิสูจน์ว่าไม่มีความเสียหายที่เกิดขึ้นจากปล่อยสารกัมมันตภาพรังสี หรือผลร้ายใด ๆ อันเนื่องมาจากดำเนินงานของโรงงาน ศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศมิได้สั่งให้โรงงานระงับการดำเนินงาน แต่ได้สั่งให้รัฐคู่พิพาทร่วมมือกัน และปรึกษาหารือเพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลว่าด้วยเรื่องผลกระทบของการดำเนินงานที่มีต่อทะเลไอริช นอกจากนั้นศาลยังสั่งให้รัฐทั้งสองร่วมกันคิดค้นมาตรการที่เหมาะสมเพื่อป้องกันมลพิษทางทะเล ศาลไม่ได้กล่าวถึงหลักการป้องกันล่วงหน้าโดยตรง เพียงแต่กล่าวว่า อย่างรอบคอบและระมัดระวัง (prudence and caution)⁴⁴ คำพิพากษาในคดีต่อ ๆ มามิได้พิจารณาเรื่อง

⁴² Catherine Redgwell, "The Wrong Trousers: State Responsibility and International Environmental Law" in P. Koutrakos and M Evans (Eds.), *The International Responsibility of the European Union – European and International Perspectives*, (Hart Publishing, 2013) 260.

⁴³ *MOX Plant Case (No.10) (Ireland v. United Kingdom)* (Provisional Measures, Order of 3 December 2001) ITLOS Reports 2001, (2003) 126 ILR 310; 42 ILM 1187.

⁴⁴ Ibid. ประเด็นเรื่องสถานะยังคงเป็นที่ถกเถียงกันอย่างมากในทางตำราว่า หลักการนี้มีสถานะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้วหรือไม่ เพราะ ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายในตราสารระหว่างประเทศต่าง ๆ ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว แนวคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศมิได้ยืนยันความเป็นจารีตประเพณีอย่างชัดเจน คำพิพากษานี้ไม่ได้กล่าวถึงสถานะของหลักการป้องกันล่วงหน้า แต่ในปี 2011 องค์คณะว่าด้วยข้อพิพาทที่เกี่ยวกับพื้นดินท้องทะเลแห่งศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศตัดสินว่า การที่หลักป้องกันล่วงหน้าถูกบัญญัติไว้ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศหลายฉบับรวมถึงตราสารระหว่างประเทศต่าง ๆ นั้นเป็นการเริ่มต้นของการก่อกำเนิดขึ้นของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดู *Advisory Opinion on Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area* (2011) ITLOS, Seabed Disputes Chamber, (2011) 50 ILM 458, para 135.

หลักการป้องกันไว้ล่วงหน้าโดยตรงอีกเช่นกัน เป็นแต่เพียงยืนยันแนวบรรทัดฐานเดิมที่ก้าวไปไม่พ้นจากคำว่า prudence and caution

สำหรับคดีที่ขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้น ดูเหมือนว่าศาลต้องการให้รัฐที่กล่าวอ้างว่ารัฐอื่นกระทำความผิด ต้องสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของตนด้วยพยานหลักฐานที่มีความแน่นอนชัดเจน ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่าศาลได้ละเลยข้อพิจารณาที่ว่าข้อมูลทางวิทยาศาสตร์นั้นอาจมีบางกรณีที่ขาดความชัดเจนได้ ยกตัวอย่างเช่น คดี *Gabčíkovo-Nagymaros*⁴⁵ ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการสร้างเขื่อนกั้นแม่น้ำ Danube ประเทศฮังการีอ้างว่าการสร้างเขื่อนนั้นก่อให้เกิดอันตรายทางระบบนิเวศ (ecological peril) ที่อาจเกิดกับแหล่งน้ำจืดและความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งประเทศฮังการีได้แสดงให้เห็นในหลายโอกาสว่าอันตรายเหล่านั้น ไม่มีความแน่นอน ศาลได้วินิจฉัยเรื่องความไม่แน่นอนนี้ว่า ความไม่แน่นอนนั้นไม่สามารถบ่งบอกถึงการมีอยู่ของอันตรายได้ คำว่าอันตราย นำมาซึ่งข้อความคิดว่าด้วยความเสี่ยง (risk) อันตรายที่ประเทศฮังการีอ้างถึงนั้นจะต้องกำหนดได้ ณ เวลาหนึ่ง ๆ ความหวาดหวั่นถึงอันตรายที่อาจจะเป็นไปได้แต่เพียงอย่างเดียวนั้นยังไม่เพียงพอ⁴⁶ เช่นเดียวกับคดี *Pulp Mills* ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ปฏิเสธที่จะปรับใช้หลักการป้องกันไว้ล่วงหน้า แม้ประเทศอาร์เจนตินาจะกล่าวอ้างถึงหลักการดังกล่าว แต่ศาลกล่าวแต่เพียงว่า แม้แนวทางการป้องกันไว้ล่วงหน้าจะมีความเกี่ยวข้องกับการตีความและการใช้ธรรมนูญแห่งแม่น้ำอูรุกวัย แต่หลักการดังกล่าวไม่ได้เป็นเหตุให้มีการผลักภาระไปยังคู่กรณีฝ่ายที่ถูกกล่าวหา

นอกจากนั้นมลพิษข้ามพรมแดนอาจเกิดจากการกระทำความผิดที่ไม่ได้เป็นผลมาจากการกระทำของรัฐที่ถูกกล่าวหาแต่เพียงอย่างเดียว แต่ความเสียหายนั้นอาจเกิดขึ้นจากปัจจัยอื่นด้วย เช่น การปล่อยก๊าซที่เป็นอันตรายไปสู่ชั้นบรรยากาศนั้น อาจมีการปล่อยจากแหล่งอื่น ๆ เช่น จากธรรมชาติ (natural anthropogenic sources) หรือในบางกรณีรัฐที่กล่าวหาว่ารัฐอื่นอาจมีส่วนสนับสนุนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย ในกรณีหลังนี้ถือว่า หลายรัฐมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายร่วมกัน นอกจากนั้นผลที่เกิดจากการกระทำอาจจะไม่ส่งผลออกมาภายในระยะเวลาอันสั้น แต่ต้องรอรยะเวลากว่าที่ความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมจะปรากฏขึ้น ในกรณีนี้หลักฐานทางวิทยาศาสตร์เป็นสิ่งสำคัญในการพิสูจน์ว่าการกระทำหนึ่ง ๆ เป็นเหตุโดยตรงที่ทำให้เกิดผล คือ ความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมหรือไม่ ซึ่งอาจกระทำได้ไม่มากนัก

⁴⁵ *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)* (Judgment) [1997] ICJ Rep 7.

⁴⁶ *Ibid*, para. 54.

6. ปัญหาเรื่องผลในทางกฎหมายหากสามารถพิสูจน์ได้ว่ารัฐต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น

6.1 การชดเชยค่าเสียหาย

เมื่อรัฐที่กล่าวหาว่ารัฐอื่นว่ากระทำความผิดสามารถพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างของตนได้ว่ารัฐอื่นได้กระทำความผิดระหว่างประเทศขึ้น รัฐที่ถูกกล่าวหาจะต้องมีความรับผิดชอบต่อการกระทำของตนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ โดยรัฐจะต้องชดเชยเต็มจำนวน (make full reparation) สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเป็นผลมาจากการกระทำความผิดระหว่างประเทศนั้น ดังที่ศาลยุติธรรมถาวรระหว่างประเทศ (Permanent Court of International Justice: PCIJ) ในคดี *Factory at Chorzów* ได้ตัดสินว่า เป็นหลักของกฎหมายระหว่างประเทศว่าการละเมิดข้อผูกพัน นำมาซึ่งหน้าที่ที่จะต้องชดเชยค่าเสียหายอย่างเพียงพอ⁴⁷ นอกจากนั้นการชดเชย (reparation) จะต้องลบล้างผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่ผิดกฎหมายและทำให้กลับคืนสู่สถานะเดิม (restitution) เสมือนหนึ่งว่ามิได้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น หรือในกรณีที่ไปไม่ได้ จะต้องจ่ายค่าเสียหายที่เกิดขึ้นให้เท่ากับมูลค่าของการทำให้กลับคืนสู่สถานะเดิม⁴⁸ อย่างไรก็ตามการทำให้สิ่งแวดลอมที่เสียไปกลับคืนสู่สถานะเดิมก่อนที่จะได้รับความเสียหาย (status quo ante) นั้นมักเป็นไปได้ยาก เช่น จะทำอย่างไรให้สัตว์ที่ได้สูญพันธุ์ไปแล้วกลับฟื้นคืนชีพขึ้นมาใหม่ นอกจากนั้นชดเชยค่าเสียหายทางสิ่งแวดล้อมนั้นไม่สามารถทำได้ง่ายนัก เพราะ อาจเกิดปัญหาการประเมินความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมว่าสามารถคิดเป็นจำนวนเงินที่ต้องชดเชยได้อย่างชัดเจนแน่นอนหรือไม่ นอกจากนั้นแล้วยังเกิดปัญหาอีกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลมาจากการกระทำความผิดของรัฐที่ถูกกล่าวหาหรือไม่

การเยียวยาภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศในกรณีที่เกิดการละเมิดพันธกรณีด้านสิ่งแวดล้อมขึ้น คือ ประการแรก หยุดการกระทำความผิด ประการที่สองให้การประกันว่าจะไม่เกิดการกระทำความผิดซ้ำอีก (non-repetition) และประการสุดท้ายคือการชดเชยเต็มจำนวนสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นซึ่งตามมาตรา 34 นั้นรวมถึง การทำให้กลับคืนสู่สถานะเดิม (restitution) การชดเชยค่าเสียหาย (compensation) และ การทำให้พึงพอใจ (satisfaction) หากพิจารณาจากบริบทของความเสียหายบางชนิด เช่น การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ การทำให้กลับคืนสู่สถานะเดิมนั้นเป็นไปได้ และการทำให้พึงพอใจนั้นก็อาจจะยังไม่เพียงพอ สิ่งที่อยู่กึ่งกลางระหว่างการเยียวยาทั้งหลาย คือ การชดเชยค่าเสียหาย แต่การชดเชยค่าเสียหายสำหรับการกรณีการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศนั้นมีปัญหาเช่นเดียวกัน เนื่องจากการพิสูจน์เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลมิใช่เรื่องง่าย

Catherine Redgwell กล่าวว่า การปรับใช้หลักความรับผิดชอบของรัฐกับบริบททางด้านสิ่งแวดล้อม ไม่ว่าจะเป็น การทำให้กลับคืนสู่สถานะเดิมหรือการชดเชยค่าเสียหายนั้นมีลักษณะที่ เหลียว

⁴⁷ *Case concerning Factory at Chorzów (Germany v Poland) (Claim for Indemnity; Merits) (1927) 9 PCIJ (Ser A) No 12, 21.*

⁴⁸ *Ibid*, 47.

หลัง (backward looking) ในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น⁴⁹ มิใช่เป็นเรื่องที่มองไปข้างหน้า กล่าวคือ ไม่ได้ให้ความสนใจกับการใช้มาตรการป้องกัน ในทางสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมาตรการเยียวยาภัยมีหลายระดับ ตั้งแต่การป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต การประสานความร่วมมือกันระหว่างรัฐ การชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นกับประชาชน ทรัพย์สิน และทรัพยากรธรรมชาติ การจ่ายค่าทำความสะอาดสิ่งแวดล้อม และการฟื้นฟูสิ่งแวดล้อม

นอกจากนั้น มาตรา 31 (2) แห่ง ASR ได้กล่าวถึงนิยามของ injury ไว้ว่ารวมถึง ความเสียหาย ไม่ว่าจะเป็นความเสียหายในทางวัตถุ (material) หรือทางจิตใจ (moral) ความเสียหายทางวัตถุนี้หมายถึง ความสูญเสียที่เกิดขึ้นกับโครงสร้างพื้นฐาน ทรัพย์สิน และทรัพย์สินที่มีคุณค่าทางเศรษฐกิจ อันเป็นของรัฐ หรือของชนชาติ ความเสียหายนี้ต้องเป็นความเสียหายที่สามารถประเมินค่าในทางการเงินได้⁵⁰ หากยึดถือตามแนวทางตามมาตรา 31 (2) ความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมบางประเภท เช่น การที่แนวปะการังถูกทำลาย การทำลายซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพ สิ่งเหล่านี้ยากแก่การประเมินออกมาเป็นตัวเงินได้ หรือไม่มีมูลค่าตลาด (market value) การสูญพันธุ์ของสัตว์บางชนิดจะคิดเป็นตัวเงินได้มากน้อยขนาดไหน การทำลายเสียซึ่งคุณค่าทางสุนทรียภาพที่ธรรมชาติมอบให้แก่มนุษย์จะประเมินได้อย่างไร ซึ่งตามมาตรา 36 แห่ง ASR กล่าวถึงแต่เพียงความเสียหายที่สามารถคำนวณเป็นตัวเงินได้เท่านั้นที่จะสามารถชดเชยได้

ศาสตราจารย์ James Crawford ยอมรับว่าความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะคุณค่าที่ไม่เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ (non-use values) เป็นสิ่งที่ยากต่อการนับจำนวนได้⁵¹ อย่างไรก็ตามแม้ว่าความเสียหายจะยากต่อการประเมินแต่นั้นก็ได้หมายความว่าความเป็นไปไม่ได้เลยเสียทีเดียว⁵² แม้ในทางดำรายได้ยอมรับถึงความแนวความคิดเรื่องความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม⁵³ และในทางปฏิบัติก็เคยมีกรณีเรียกร้อง

⁴⁹ Catherine Redgwell, “The Wrong Trousers: State Responsibility and International Environmental Law”, 267.

⁵⁰ James Crawford, **The International Law Commissions Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries**, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, 202 and see also Catherine Redgwell, “The Wrong Trousers: State Responsibility and International Environmental Law” 267; Maxine Burkett, “Loss and Damage”, **Climate Law**, 2014 (4) : 119, 130.

⁵¹ Ibid, 223.

⁵² Francisco Orrego Vicuña, “Current Trends in Responsibility and Liability for Environmental Harm under International Law” in Kalliopi Koufa (ed), **Protection of the Environment for the New Millennium: Thesaurus Acroasium Vol XXXI**, : Sakkoulas Publications, 2002, 172. ระบอบการชดเชยค่าเสียหายจากมลพิษของน้ำมันเป็นตัวอย่งที่ดีของการประเมินความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม ดู Mans Jacobsson, “Oil Pollution Liability and Compensation: An International Regime”, **Unifijied Law Review**, 1996 (1) : 260, 260-273.

⁵³ René-Jean Dupuy and Daniel Vignes, **A Handbook on the New Law of the Sea, Vol.2**, Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1991, 1161-1162.; Malgosia Fitzmaurice, “Liability for Environmental Damage Caused to the Global Commons”, **Review of European Community and International Environmental Law**, 1996 (5) : 305; Philippe Sands and Richard B. Stewart, “Valuation of Environmental Damage-US and International Law

ค่าเสียหายทางสิ่งแวดล้อมแล้วก็ตามในกรณีประเทศอิรักบุกประเทศคูเวตซึ่งได้สร้างความเสียหายให้กับสิ่งแวดล้อมของประเทศคูเวตเป็นจำนวนมหาศาล⁵⁴ แต่ยังคงเป็นที่น่ากังขาว่าความเสียหายนั้นจะถูกประเมินบนพื้นฐานใดและเป็นภาวะวิสัยหรือไม่ การชดเชยค่าเสียหายเป็นตัวแทนอาจไม่ใช่หนทางของการทำให้กลับคืนสู่สถานะเดิม (*status quo ante*) ได้ เห็นได้ชัดในกรณีการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ แม้จะชดเชยเงินเป็นจำนวนมากสักเพียงใดก็ไม่สามารถได้สภาพอากาศที่เหมือนเดิมกลับคืนมาได้ ในกรณีนี้แนวความคิดเรื่องการชดเชยค่าเสียหายอาจไร้ประโยชน์ เพราะ หากมีความเสียหายเกิดขึ้นจริง การชดเชยค่าเสียหายอาจมีจำนวนมากมายมหาศาลจนเกินความสามารถในการเยียวยาได้ ดังนั้น ความร่วมมือระหว่างรัฐต่าง ๆ ในการป้องกันความเสียหายจึงเป็นหนทางที่เป็นไปได้มากกว่าการชดเชยค่าเสียหาย

6.2 การร่วมกันกระทำความผิดหลายรัฐ (contribution to injury)

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นอาจเกิดจากการกระทำของรัฐหลายรัฐ หรือมาจากหลายแหล่งต้นกำเนิด ประเด็นคือจะแบ่งความรับผิดชอบในกรณีได้อย่างไร รัฐที่ได้รับความเสียหายสามารถเรียกให้รัฐหนึ่งรับผิดชอบมากกว่าอีกรัฐหนึ่งที่ร่วมกันกระทำผิดได้หรือไม่ มาตรา 47 แห่ง ASR ได้กำหนดไว้ว่าในกรณีที่รัฐหลายรัฐต้องรับผิดชอบในการกระทำผิดระหว่างประเทศอย่างเดียวกัน ความรับผิดชอบของแต่ละรัฐสามารถหยิบยกขึ้นมากล่าวอ้างได้เนื่องจากการกระทำนั้น ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ มาตรฐานนี้ใช้บังคับกับกรณีการกระทำผิดอย่างเดียวกัน (*same wrongful act*) แต่ไม่ได้ใช้บังคับกับกรณีที่รัฐหลาย ๆ รัฐต่างกระทำความผิดอย่างเป็นอิสระแยกออกจากกันซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายที่ไม่สามารถแบ่งแยกได้ เช่น ในกรณีของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ แม้กฎหมายภายในของประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์จะมีหลักกฎหมายเรื่องหลักความรับผิดชอบของผู้กระทำละเมิดร่วมกัน (*joint and several liability*) แต่ในกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องดังกล่าวยังไม่ถือว่าเป็นหลักกฎหมาย⁵⁵ และในกรณีที่มีการกระทำความผิดร่วมกันทั้งตัวแสดงที่เป็นรัฐและไม่ใช่อำนาจอธิปไตย โดยมิได้แสดงที่ไม่ใช่อำนาจอธิปไตยเป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายหลัก รัฐที่ต้องการฟ้องร้องอาจเลือกช่องทางอื่น ๆ ในการระงับข้อพิพาทได้ ตัวอย่างที่เกิดขึ้น ได้แก่กรณีที่ ประเทศตุวาลู ฟ้องร้องบริษัทน้ำมันที่มีฐานการผลิตอยู่ใน

Approaches”, *Review of European Community and International Environmental Law*, 1996 (5) : 290; Alan Boyle, “Reparation for Environmental Damage in International Law: Some Preliminary Problems” in Michael Bowman and Alan Boyle (Eds), *Environmental Damage in International and Comparative Law: Problems of Definition and Valuation*, Oxford: Oxford University Press, 2000; Tarcisio Hardman Reis, *Compensation for Environmental Damages under International Law: The Role of the International Judges*, UK: Wolters Kluwer, 2011.

⁵⁴ ในข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งองค์การสหประชาชาติที่ 687 ในปี ค.ศ. 1991 ยืนยันว่าประเทศอิรักต้องรับผิดชอบภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศสำหรับความสูญเสียโดยตรง ความเสียหาย รวมถึงความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม (*environmental damage*) และการเสื่อมสลายของทรัพยากรธรรมชาติ (*depletion of natural resources*)...ที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการบุกรุกโดยผิดกฎหมายและการยึดครองประเทศคูเวต

⁵⁵ Christina Voigt, “State Responsibility for Climate Change Damages”, 19.

ประเทศสหรัฐอเมริกาในข้อหาที่ทำให้อุณหภูมิโลกสูงขึ้นต่อศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา⁵⁶ บางกรณีแม้ความเสียหายจะเกิดจากการกระทำของหลาย ๆ รัฐ แต่การฟ้องร้องคดีต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้นอาจเป็นไปได้ที่จะนำรัฐที่ต้องรับผิดชอบทั้งหมดขึ้นศาล เพราะ บางรัฐอาจไม่ได้ให้ความยินยอมซึ่งทำให้ศาลไม่มีเขตอำนาจ

7. ปัญหาเรื่องการฟ้องร้องคดีต่อศาลในกรณีการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็น *erga omnes*

ในปัจจุบันนั้นกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ มิได้มีขอบเขตการบังคับใช้ซึ่งจำกัดแต่เฉพาะความเสียหายข้ามพรมแดนระหว่างรัฐสองรัฐ เช่น ในกรณีข้อพิพาท *Trail Smelter case* ระหว่างประเทศแคนาดาและประเทศสหรัฐอเมริกา แต่กฎหมายระหว่างประเทศได้เข้าไปมีบทบาทในการควบคุมความเสี่ยงในระดับโลก อันเป็นภัยคุกคามต่อสมดุลของสิ่งแวดล้อมที่มีผลต่อความอยู่รอดของสรรพชีวิตบนโลก เช่น กรณีการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ที่ส่งผลกระทบต่อทุกรัฐ ในกรณีของปัญหาสิ่งแวดล้อมที่เป็นความห่วงกังวลระดับโลก (global concerns) เช่นนี้ สร้างความยุ่งยากแก่การปรับใช้กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐเป็นอย่างมาก

หากพิจารณาถึงธรรมชาติ (nature) ของพันธกรณีทางด้านสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศแล้วจะพบว่ามีความพิเศษกว่าพันธกรณีอื่น ๆ กล่าวคือมีลักษณะที่เป็นพหุภาคี (multilateral in character) หรือมีลักษณะที่เรียกเป็นภาษาละตินว่า *erga omnes* หมายความว่า รัฐมีพันธกรณีต่อประชาคมระหว่างประเทศโดยรวมและคนยุคต่อไปในอนาคต เช่น ในกรณีการปกป้องชั้นบรรยากาศ โดยนักกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมองว่าชั้นบรรยากาศเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้ร่วมกันระหว่างรัฐต่าง ๆ⁵⁷ พันธกรณีลักษณะนี้มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการปกป้องผลประโยชน์ของประชาคมโดยรวม มิใช่เพื่อผลประโยชน์ของรัฐใดรัฐหนึ่งโดยเฉพาะ⁵⁸ และอีกกรณีหนึ่งคือ *erga omnes partes* หมายความว่าถึงพันธกรณีที่รัฐภาคีหนึ่งมีต่อรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาทุกรัฐ เพราะทุกรัฐที่เป็นภาคีมีผลประโยชน์ร่วมกันใน

⁵⁶ Richard C. Paddock, "Tuvalu's Sinking Feeling" Los Angeles Times (4 October 2002) <http://articles.latimes.com/2002/oct/04/world/fg-tuvalu4> (accessed 23 September 2017) Jacqueline Peel, "Unpacking the Elements of State Responsibility Claim for Transboundary Pollution", 61.

⁵⁷ Richard S.J. Tol and Roda Verheyen, "State Responsibility and Compensation for Climate Change Damage- A Legal and Economic Assessment", *Energy Policy*, 2004 (32) : 1115.

⁵⁸ Peter H. Sand, "Transnational Environmental Disputes" in Daniel Bardonnet (Ed), *Le Règlement Pacifique des Différends Internationaux en Europe: Perspectives D'avenir*, Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1992, 127.

การอ้างไว้ซึ่งบูรณภาพแห่งสนธิสัญญาและการปฏิบัติการให้เป็นไปตามพันธกรณี⁵⁹ เช่น ในกรณีของพันธกรณี *erga omnes partes* ที่กำหนดอยู่ในอนุสัญญา LRTAP⁶⁰ ซึ่งการละเมิดสนธิสัญญาของรัฐใดรัฐหนึ่งเป็นการทำลายความมุ่งหมายของสนธิสัญญาทั้งหมด⁶¹ และส่งผลกระทบต่อความอยู่รอดของมนุษยชาติ⁶² ในความเห็นเชิงปรึกษาขององค์คณะข้อพิพาทพื้นดินระหว่างประเทศได้กล่าวถึงพันธกรณีนี้ไว้อย่างน่าสนใจโดยอ้างมาตรา 48 แห่ง ASR ว่า รัฐภาคีแต่ละรัฐอาจมีสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายสำหรับพันธกรณีที่มีลักษณะ *erga omnes* อันเกี่ยวกับการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมของทะเลหลวงและในบริเวณพื้นที่⁶³ แต่ในกรณีนั้นเป็นที่ชัดเจนว่าบริเวณพื้นที่เป็นสมบัติร่วมกันของมนุษยชาติ (common heritage of mankind) แต่ในกรณีอื่น ๆ ยังคงไม่มีคำพิพากษาของศาลที่ชี้ชัดว่าอนุสัญญาทางสิ่งแวดล้อมใดที่มีพันธกรณีที่มีลักษณะ *erga omnes partes* มีแต่เพียงคำอธิบายของนักวิชาการเท่านั้นที่เป็นเครื่องช่วยชี้ว่าอนุสัญญาใดที่มีลักษณะเช่นนั้น

ในรายงานของศาสตราจารย์ James Crawford ท่านได้จัดพันธกรณี *erga omnes* อยู่ในกลุ่มของพันธกรณีที่เมื่อละเมิดแล้ว ไม่มีรัฐใดที่เป็นรัฐที่ได้รับความเสียหายโดยเฉพาะเจาะจง (victimless breaches of community obligations) ไม่ว่ารัฐใดสามารถหยิบยกเรื่องความรับผิดชอบขึ้นมากล่าวอ้างได้⁶⁴ ตัวอย่างของพันธกรณีลักษณะนี้ได้แก่การละเมิดพันธกรณีที่บัญญัติอยู่ในอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยการปกป้องบรรยากาศชั้นโอโซน (Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer)⁶⁵ และพิธีสารมอนทรีออลว่าด้วยสารทำลายชั้นบรรยากาศโอโซน (Montreal Protocol on Substances

⁵⁹ ILC Third Report of the Special Rapporteur on State Responsibility (2000) A/CN.4/507/Add 3, para 106 (b)

⁴⁹ ดูเปรียบเทียบกับพันธกรณีที่มีลักษณะแบบทวิภาคี (bilateral obligations) หรือ พันธกรณีแบบต่างตอบแทน (reciprocal obligations) ใน Joost Pauwelyn, “A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?” *European Journal of International Law*, 2003, 14: 907.

⁶⁰ Peter H. Sand, “Transboundary Air Pollution” in André Nollkaemper, Ilias Plakokefalos and Jessica Schechinger (Eds), *The Practice of Shared Responsibility in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017, 975.

⁶¹ Malgosia Fitzmaurice, “Necessity in International Environmental Law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 2010 (41): 187.

⁶² ดูเรื่องนี้ใน Bruno Simma, “From Bilateralism to Community Interest in International”, *Recueil des Cours*, 1994 (250) : 217-384.

⁶³ Each State Party may also be entitled to claim compensation in light of the *erga omnes* character of the obligations relating to preservation of the environment of the high seas and in the Area. *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with respect to Activities in the Area* (1 February 2011) para 180.

⁶⁴ James Crawford, Third Report on State Responsibility, A/CN.4/507/Add.1-4, 8, para 379.

⁶⁵ Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer (adopted 22 March 1985, entered into force 22 September 1988) 1513 UNTS 293, 26 ILM 1529.

that Deplete the Ozone Layer)⁶⁶ ที่ไม่อนุญาตให้ปล่อยสาร CFC สู่ชั้นบรรยากาศเกินกว่าปริมาณที่กำหนดไว้ ซึ่งศาสตราจารย์ James Crawford เห็นว่าเป็นกรณีที่ไม่มีการรับประกันเป็นกรณีเฉพาะเจาะจงจากการปฏิบัติตามอนุสัญญา ฯ อีกนัยหนึ่งหากมีการละเมิดย่อมไม่มีรัฐใดรัฐหนึ่งเป็นรัฐที่ได้รับความเสียหายโดยเฉพาะเจาะจงเช่นกัน เป็นพันธกรณีที่รวมเป็นหนึ่งเดียวกันโดยแท้ (purely solidarity obligation)⁶⁷ แม้ทวิภาคีจะมีความเห็นไปในทิศทางเดียวกัน แต่ศาลระหว่างประเทศไม่เคยตัดสินว่าการปกป้องสิ่งแวดล้อมเป็นพันธกรณีแบบ *erga omnes* ไว้อย่างชัดเจนแม้ว่าศาลจะเคยเน้นย้ำว่าการปกป้องสิ่งแวดล้อมของโลกเป็นเรื่องที่มีความสำคัญก็ตาม⁶⁸

ประเด็นที่น่าพิจารณาคือ ศาลระหว่างประเทศมีกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับผู้ที่มีสิทธิฟ้องร้องต่อศาลกำหนดไว้ในกรณีนี้อย่างเพียงพอหรือไม่⁶⁹ และรัฐจะเป็นรัฐที่มีสิทธินำคดีขึ้นฟ้องร้องต่อศาลได้ บรรทัดฐานของศาลในคดี *Question Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* มีความน่าสนใจเป็นอย่างยิ่ง แม่คดีนี้จะมีข้อคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม แต่เป็นกรณีเกี่ยวกับอนุสัญญาต่อการการทรมานที่มีพันธกรณีลักษณะ *erga omnes partes* ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่า รัฐภาคีแห่งอนุสัญญานี้ (any State party to the Convention) อาจกล่าวอ้างเรื่องความรับผิดชอบของรัฐภาคีอื่นเพื่อสืบหาการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของรัฐเช่นนั้นได้⁷⁰ หากยึดถือตามแนวบรรทัดฐานนี้และนำมาปรับใช้ในบริบทของสิ่งแวดล้อมอาจทำให้รัฐภาคีทั้งหมดแห่งความตกลงพหุภาคีทางด้านสิ่งแวดล้อมที่มีพันธกรณีแบบ *erga omnes partes* มีสิทธิฟ้องร้อง แม้ว่ารัฐที่นำคดีขึ้นฟ้องร้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะเป็นรัฐที่ไม่ได้รับความเสียหายโดยตรงก็ตาม กรณีรัฐนำคดีที่ตนไม่ได้รับความเสียหายโดยตรงมาฟ้องร้องต่อศาลนั้น ปรากฏชัดเจนในคดี *Whaling case* ระหว่างประเทศออสเตรเลียและประเทศญี่ปุ่น โดยในคดีนี้ประเทศออสเตรเลียกล่าวอ้างว่าการล่าวาฬของประเทศญี่ปุ่นนั้นกระทำลงโดยขัดต่อพันธกรณี

⁶⁶ Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer (Montreal Protocol) (adopted 16 September 1987, entered into force 1 January 1989) 1522 UNTS 3.

⁶⁷ James Crawford, Third Report on State Responsibility, A/CN.4/507/Add.1-4, A/CN.4/507, 51, para 108.

⁶⁸ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion) [1996] ICJ Rep 226, 29.

⁶⁹ Phoebe N. Okowa, “Environmental Dispute Settlement: Some Reflections on Recent Developments” in Malcolm D. Evans (ed), *Remedies in International Law: The Institutional Dilemma*, Oxford: Oxford Hart, 1998, 164-167; Markus Benzing, “Community Interests in the Procedure of International Courts and Tribunals”, *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2006 (5) : 369, 376 ; Tim Stephens, “The Limits of International Adjudication in International Environmental Law: Another Perspective on the Southern Bluefin Tuna Case”, *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2004 (19) : 177, 195 ; Peter H. Sand, “Compensation for Environmental Damage from the 1991 Gulf War”, *Environmental Policy and Law*, 2005 (35) : 244, 248.

⁷⁰ ‘any State party to the Convention may invoke the responsibility of another State party with a view to ascertaining the alleged failure to comply with its obligations’ *Question relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (Merits) [2012] ICJ Rep 422, para. 69 (เน้นโดยผู้เขียน)

ที่กำหนดอยู่ในอนุสัญญาระหว่างประเทศเพื่อควบคุมการล่าวาฬ (Whaling Convention) ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่ได้ตั้งคำถามถึงสิทธิในการฟ้องร้องของประเทศออสเตรเลีย และในกรณีนี้การที่ประเทศญี่ปุ่นละเมิดพันธกรณีก็ได้ทำให้ประเทศออสเตรเลียได้รับความเสียหายแต่ประการใด การที่ศาลไม่ได้โต้แย้งในประเด็นนี้ สามารถอนุมานได้ว่าพันธกรณีที่อยู่ในอนุสัญญาระหว่างประเทศเพื่อควบคุมการล่าวาฬ มีลักษณะ *erga omnes partes* รัฐภาคีทุกรัฐแห่งอนุสัญญา มีผลประโยชน์ร่วมกันในการปกป้องวาฬ ซึ่งหากมีการละเมิดพันธกรณีขึ้น รัฐใดก็ตามที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญานี้ก็สามารถหยิบยกเรื่องการละเมิดเพื่อฟ้องร้องต่อศาลได้โดยไม่ต้องพิสูจน์ว่าตนได้รับผลกระทบหรือความเสียหายเป็นพิเศษจากการละเมิด⁷¹ เมื่อเปรียบเทียบแนวคำพิพากษาทั้งสองคดีแล้วพบว่าศาลได้ใช้แนวทางเดียวกันในประเด็นเรื่องผู้มีสิทธิฟ้องร้องคดีต่อศาล (*action popularis*) แต่อย่างไรก็ตามอาจเป็นการด่วนสรุปเกินไปว่าในคดีพิพาทที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมในอนาคต ศาลจะตัดสินแบบเดียวกัน เพราะ ศาลไม่ได้กล่าวถึงกรณีนี้อย่างชัดเจน เป็นแต่เพียงการการอนุมานจากแนวปฏิบัติของศาล อีกทั้งศาลยังมิได้กล่าวถึงขอบเขตแห่งสิทธิและการเยียวยาความเสียหายไว้อย่างชัดเจน⁷² แต่อย่างไรก็ตามในเชิงวิชาการได้มีการกล่าวถึงเรื่องนี้ไปในทิศทางเดียวกัน เช่น ศาสตราจารย์ James Crawford มีความเห็นในต่อเรื่องนี้ในลักษณะที่เปิดกว้าง ท่านได้ยกตัวอย่างอนุสัญญาที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่มีลักษณะเป็น *erga omnes* เช่น อนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ (CITES) และ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (CBD) โดยการเยียวยาความเสียหายได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 48 (2) แห่ง ASR และการฟ้องคดีต่อศาลไม่ได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้ฟ้องร้องแต่เพียงฝ่ายเดียว แต่ยังประโยชน์ให้เกิดแก่ประชาคมระหว่างประเทศโดยรวมได้อีกด้วย⁷³

8. บทส่งท้าย

ข้อพิจารณาเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในกรณีในกรณีมลพิษข้ามพรมแดนนั้นต้องพิจารณาอย่างรอบคอบว่า รัฐได้ใช้ความระมัดระวัง เพื่อป้องกันและลดความเสี่ยงต่อการเกิดขึ้นของความเสียหายแล้วหรือไม่ ความยุ่งยากของการปรับใช้หลักเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในบริบทของมลพิษข้ามพรมแดนนั้น

⁷¹ Andreas Zimmermann, "Between the Quest for Universality and its Limited Jurisdiction: The Role of the International Court of Justice in Enhancing the International Rule of Law" in Giorgio Gaja and Jenny Grote Stoutenburg (Eds), *Enhancing the Rule of Law Through the International Court of Law*, Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2014, 44; Alan Boyle and James Harrison, "Judicial Settlement of International Environmental Disputes: Current Problems", *Journal of International Dispute Settlement*, 2013 (4) : 245, 260.

⁷² Christine Gray, "Current Development: The 2014 Judicial Activity of the ICJ", *American Journal of International Law*, 2015 (109) : 583, 592.

⁷³ James Crawford, *State Responsibility: The General Part* (CUP 2013) 373 see also Yukiko Harimoto, "The ICJ Judgment on the Whaling Case: Some Reflections", *AALCO Journal of International Law*, 2014 (3) : 31, 40.

อาจจะทำได้ไม่มากนัก เนื่องด้วยสาเหตุหลายประการ เช่น ความยุ่งยากของการหยั่งทราบว่าการละเมิดพันธกรณีปณณภูมิในกรณีที่มีการใช้ถ้อยคำหรือภาษาในลักษณะเปิดกว้าง คลุมเครือ หรือมีหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศที่ยังหาข้อยุติเรื่องสถานะในทางกฎหมายไม่ได้ นอกจากเรื่องหลักกฎหมายแล้ว รัฐที่กระทำความผิดอาจมีได้มีเพียงรัฐเดียวเท่านั้นแต่เกิดจากการกระทำของผู้ก่อมลพิษหลายราย ปัญหาที่สร้างความซับซ้อนต่อไปอีก คือ การหาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในเรื่องความเสียหายข้ามพรมแดนนั้นมีโอกาสทำได้โดยง่าย และประการสุดท้ายคือการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นกับสิ่งแวดล้อมนั้นมีโอกาสเยียวยาด้วยตัวเงินได้แต่เพียงอย่างเดียว และหากมีการร่วมกันกระทำความผิดระหว่างรัฐหลายรัฐ ความรับผิดชอบจะแจกกระจายอย่างไรก็ยังคงเป็นประเด็นที่น่าคิดต่อไป

ในแง่มุมของการฟ้องร้องคดี ในทางปฏิบัติแล้วรัฐไม่เต็มใจนักที่จะฟ้องร้องรัฐอื่น และงดเว้นจากการเรียกร้องให้รัฐนั้นต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศสำหรับความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้น ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีอุบัติเหตุจากโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ที่เมือง Chernobyl ระเบิดและสร้างมลพิษข้ามพรมแดนไปยังหลายประเทศ ประเทศที่ได้รับความเสียหายมิได้ดำเนินการเรียกร้องค่าเสียหายจากสหภาพโซเวียต ประเทศต่าง ๆ เลือกที่จะเจรจาและร่วมกันสร้างสนธิสัญญาฉบับใหม่ขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดเหตุการณ์เดียวกันนี้ขึ้นอีกในอนาคต แต่อย่างไรก็ตามหากมีการฟ้องร้องขึ้นสู่ศาลระหว่างประเทศ เรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นที่มีลักษณะข้ามพรมแดนกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในฐานะที่เป็นเครื่องมือหนึ่งของการเรียกร้องค่าเสียหายอาจถูกนำมาปรับใช้ได้ บทความฉบับนี้ได้นำเสนอความยุ่งยากบางประการที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้หลักกฎหมายในเรื่องนี้ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดตัวรัฐผู้เสียหาย พันธกรณีที่ถูกละเมิด และผู้ที่มีสิทธิฟ้องร้องต่อศาล เป็นต้น ความยุ่งยากที่เกิดขึ้นนั้นมีสาเหตุมาจากลักษณะพิเศษของความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมที่แตกต่างออกไปจากกรณีความเสียหายอื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีการละเมิดพันธกรณีที่มีลักษณะเป็น *erga omnes* ในปัจจุบันกลไกการระงับข้อพิพาทในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการฟ้องร้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ยังไม่เอื้ออำนวยต่อการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศเช่นว่านี้เพราะระบบการระงับข้อพิพาทแบบดั้งเดิมนั้นเป็นแบบทวิภาคีเสียเป็นส่วนใหญ่ กล่าวคือ เป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐแค่เพียงสองรัฐ ซึ่งเป็นความท้าทายอย่างยิ่งต่อการปรับใช้หลักในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในกรณีที่มีการฟ้องร้องกันเกิดขึ้น แต่อย่างไรก็ตามมีแนวโน้มที่ดีจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่เปิดกว้างในเรื่องนี้มากขึ้น ซึ่งจะเห็นได้ชัดจากกรณีของคดี *Question Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite case* และ *Whaling case* ซึ่งยังต้องคอยติดตามต่อไปว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะตัดสินอย่างไรในเรื่องที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบระหว่างประเทศสำหรับกรณีความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม

บรรณานุกรม

Books and Articles

- Benzing, M. (2006). Community Interests in the Procedure of International Courts and Tribunals. *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 5, 369.
- Boyle, A. (1990). State Responsibility and Liability for Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law: A Necessary Distinction. *International Comparative Law Quarterly*, 33, 1.
- Boyle, A. and Harrison J. (2013). Judicial Settlement of International Environmental Disputes: Current Problems. *Journal of International Dispute Settlement*, 4 245.
- Burkett, M. (2014). Loss and Damage. *Climate Law*, 4, 119.
- Crawford, J. (2002). *The International Law Commissions Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press.
- _____. (2013). *State Responsibility: The General Part*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Fitzmaurice, M. (2010). Necessity in International Environmental Law. *Netherlands Yearbook of International Law*, 41, 159.
- Gray, C. (2015). Current Development: The 2014 Judicial Activity of the ICJ. *American Journal of International Law*, 109, 583.
- Harimoto, Y. (2014). The ICJ Judgment on the Whaling Case: Some Reflections. *AALCO Journal of International Law*, 3, 31.
- Linderfalk, U. (2009). State Responsibility and the Primary-Secondary Rules Terminology – The Role of Language for an Understanding of the International Legal System. *Nordic Journal of International Law*, 78, 53.
- Okowa, P. (1998). Environmental Dispute Settlement: Some Reflections on Recent Developments. In Malcolm, D. Evans. (Ed.), *Remedies in International Law: The Institutional Dilemma*. Oxford: Oxford Hart.
- Peel, J. (2017). Climate Change. In Nollkaemper, André., & Plakokefalos, Ilias. & Schechinger, Jessica. (Eds.), *The Practice of Shared Responsibility in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Peel, J. (2015). Unpacking the Elements of State Responsibility Claim for Transboundary Pollution. In Jayakumar, S. et al. (Eds.), *Transboundary Pollution: Evolving Issues of International Law and Policy*. Glos: Edward Elgar.
- Redgwell, C. (2013). The Wrong Trousers: State Responsibility and International Environmental Law. In Koutrakos, P. & Evans, M. (Eds.), *The International Responsibility of the European Union – European and International Perspectives*. UK: Hart Publishing.
- Sand, P. (1992). Transnational Environmental Disputes. In Bardonnnet, Daniel. (Ed.), *Le Règlement Pacifique des Différends Internationaux en Europe: Perspectives D'avenir* (127). Natherlands: Martinus Nijhoff Publishers.
- _____. (2005). Compensation for Environmental Damage from the 1991 Gulf War. *Environmenal Law and Policy*, 35, 244.
- Simma, B. (1994). From Bilateralism to Community Interest in International Law. *Recueil des Cours*, 250, 217.
- Stephens, T. (2004). The Limits of International Adjudication in International Environmental Law: Another Perspective on the Southern Bluefin Tuna Case. *International Journal of Marine and Coastal Law*, 19, 177.
- Tol, R. and Verheyen, R. (2004). State Responsibility and Compensation for Climate Change Damage- A Legal and Economic Assessment. *Energy Policy*, 32, 1109.
- Tomuschat, C. (1999). International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century. *Recueil de Cours*, 281, 1.
- Voigt, C. (2008). State Responsibility for Climate Change Damages. *Nordic Journal of International Law*, 77, 1.
- Vicuña, F. (2002). Current Trends in Responsibility and Liability for Environmental Harm under International Law. In Koufa, Kalliopi. (Ed.), *Protection of the Environment for the New Millennium: Thesaurus Acroasium Vol XXXI*. Sakkoulas Publications.
- Zimmermann, A. (2014). Between the Quest for Universality and its Limited Jurisdiction: The Role of the International Court of Justice in Enhancing the International Rule of Law In Giorgio, Gaja & Jenny Grote Stoutenburg (Eds.),

Enhancing the Rule of Law Through the International Court of Law.

Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers.

Cases Law

Advisory Opinion on Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area (2011) ITLOS, Seabed Disputes Chamber, (2011) 50 ILM 458.

Case Concerning Factory at Chorzów (Germany v Poland) (Claim for Indemnity; Merits) (1927) 9 PCIJ (Ser A) No 12.

Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay) (Judgment) [2010] ICJ Rep 14.

Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia) (Judgment) [1997] ICJ Rep 7.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion) [1996] ICJ Rep 226.

MOX Plant Case (No.10) (Ireland v. United Kingdom) (Provisional Measures, Order of 3 December 2001) ITLOS Reports 2001, (2003) 126 ILR 310.

Question relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal) (Merits) [2012] ICJ Rep 422.

Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with respect to Activities in the Area (1 February 2011).

Trail Smelter (USA v Canada), Award RIAA 1911.

Trail Smelter Arbitration (US v. Canada) (1941) 3 RIAA 1907.

หน่วยงานผู้แต่ง: คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ กรุงเทพมหานคร 10240 ประเทศไทย

อีเมลติดต่อ: allerdings60@hotmail.com

Affiliation: Graduate School of Law, National Institute of Development Administration (NIDA), Bangkok 10240, Thailand E-mail: allerdings60@hotmail.com