

การปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศร่วมกับหลักความได้สัดส่วน
ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะข้อพิพาททางอาวุธ



นายธีรยุทธ์ ทรงเดชะ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2557

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

THE APPLICATION OF THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE IN INTERNATIONAL
ENVIRONMENTAL LAW TOGETHER WITH THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY
IN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW TO PROTECT ENVIRONMENT IN
ARMED CONFLICTS

Mr. Tirayu Songdacha



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2014

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมาย สิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศร่วมกับหลักความได้สัดส่วนใน กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครอง สิ่งแวดล้อมในภาวะข้อพิพาททางอาวุธ
โดย	นายณิรยุทธ์ ทรงเดชะ
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติवासะ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ สุผานิต เกิดสมเกียรติ)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติवासะ)

.....กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(ศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ธีระวัฒน์)

ธีรายุทธ์ ทรงเดชะ : การปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศร่วมกับหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะข้อพิพาททางอาวุธ (THE APPLICATION OF THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE IN INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW TOGETHER WITH THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW TO PROTECT ENVIRONMENT IN ARMED CONFLICTS) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ผศ. ดร.ศารทูล สันติวาสะ, 179 หน้า.

หนึ่งในสาเหตุหลักของความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธคือการมีช่องโหว่หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศซึ่งเป็นหลักการสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธมากที่สุด จริงอยู่ที่หลักความได้สัดส่วนได้เข้ามาจำกัดและควบคุมการโจมตีที่จะส่งผลต่อสิ่งแวดล้อมซึ่งถือเป็นพลเรือนในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ แต่ภายใต้การดังกล่าวอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์หลักของหลักความได้สัดส่วนคือการจำกัดสิทธิของรัฐในการโจมตีเป้าหมายทางการทหาร อาจกล่าวในอีกนัยหนึ่งคือเรื่องการทหารเป็นลำดับหลัก เรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเป็นลำดับรอง ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องหาหลักการที่ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเป็นหลัก แต่ในขณะเดียวกันก็สามารถนำหลักการดังกล่าวมาใช้ร่วมกับหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้ ซึ่งก็คือหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ งานวิจัยนี้มุ่งศึกษาถึงความเป็นไปได้ที่จะนำหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมาปรับใช้กับหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ ซึ่งจากการศึกษาทำให้ทราบว่า สามารถที่จะนำหลักทั้งสองมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธได้ เนื่องจากทั้งสองหลักมีจุดเกาะเกี่ยวกันคือทั้งสองหลักมีวัตถุประสงค์ในการรักษาผลประโยชน์ของรัฐ โดยสะท้อนเรื่องความมั่นคงของรัฐ ระดับความรุนแรงและอันตรายของผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นในระดับที่ใกล้เคียงกัน นอกจากนี้ หลักการป้องกันล่วงหน้ายังพัฒนาให้ทันกระแสโลกโดยมีการนำปัจจัยที่เกี่ยวข้องในเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมมาร่วมพิจารณาไม่ว่าจะเป็นเรื่องการพัฒนาที่ยั่งยืน การมีบรรทัดฐานปฏิบัติเดียวกัน และการมีกลไกเรื่องต้นทุนและการใช้เทคโนโลยีที่เหมาะสม

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2557

ลายมือชื่อนิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

5485979234 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: ENVIRONMENTAL PROTECTION / ARMED CONFLICTS / PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY / PRECAUTIONARY PRINCIPLE / SUSTAINABLE DEVELOPMENT

TIRAYU SONGDACHA: THE APPLICATION OF THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE IN INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW TOGETHER WITH THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW TO PROTECT ENVIRONMENT IN ARMED CONFLICTS. ADVISOR: ASST. PROF. DR.SARATOON SANTIVASA, 179 pp.

One of major causes of environmental damage in armed conflicts is loopholes in the principle of proportionality in international humanitarian law which is considered as the most relevant principle to protecting environment in armed conflicts. Albeit that the principle of proportionality comes into its roles by limiting and controlling any activities which might affect environment which is considered as civilians in armed conflicts, its main objective is to limit the right of states to attack military targets. In other words, a military target is a major objective, and the environmental protection is a minor objective. In this regard, a study on finding some principle of which concept is to prioritize environmental protection meanwhile it can be applied with the principle of proportionality in international humanitarian law is required. And such principle is the precautionary principle in international environmental law. The objective of this research is therefore to find possibilities in order to apply the precautionary principle in environmental law together with the proportionality principle in international humanitarian law to protect environment in armed conflicts. From the study, these two principles are able to be applied in order to protect environment in armed conflicts, since there exist real linkages between them. They share common goals to sustain national interests by reflecting in the issues of national securities and similar levels of grave and peril outcomes occurred. In addition, the precautionary principle rejuvenates itself by raising other relevant factors to be considered i.e. sustainable development, harmonization as well as cost-processing mechanism and best technology available.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2014

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร. สุรเกียรติ์ เสถียรไทย ที่ให้ความรู้ด้านกฎหมายระหว่างประเทศแก่ผู้เขียน ตลอดจนให้ข้อคิดและเกร็ดเล็กเกร็ดน้อยจากประสบการณ์การทำงานของท่านอาจารย์ ซึ่งเป็นประโยชน์ทั้งทางตรงและทางอ้อมต่อการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนกราบขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ศารทูล สันติวาสะ อาจารย์คนแรกผู้ประสาขาวิชากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศให้แก่ผู้เขียนทั้งในระดับปริญญาบัณฑิตและปริญญาโท คณบดีศาสตราจารย์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ให้แก่ผู้เขียน ผู้เขียนกราบขอบพระคุณคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ทุกท่าน ได้แก่ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ สุผานิต เกิดสมเกียรติ (ประธานกรรมการ) ศาสตราจารย์ ดร. จตุรนต์ ธีระวัฒน์ (กรรมการภายนอก) และ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปารีณา ศรีวนิชย์ (กรรมการ) ที่ให้คำแนะนำและหลักการต่างๆ เป็นประโยชน์อย่างมากต่อการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ คุณสำราญ ทรงเดชะ และคุณรัตนา ทรงเดชะ บิดามารดาที่ให้อุปการะและคอยสนับสนุนผู้เขียนหลายประการ โดยเฉพาะ โอกาสทางการศึกษา และโอกาสที่ให้ผู้เขียนตัดสินใจในการกำหนดเส้นทางเดินชีวิตด้วยตนเองจนท้ายสุดผู้เขียนได้ประสบผลสำเร็จในวันนี้

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณเพื่อนๆ ทุกคนที่คอยช่วยเหลือและให้กำลังใจ โดยเฉพาะ คุณดวงพร ปิยะวิทย์ คุณช่อม่วง ม่วงทอง คุณนันท์นิ สุนทรพิมล คุณจุฬาลักษณ์ พินระ คุณธัญวรัตน์ ตั้งกาญจนานนท์ คุณอรชนันท์ บุญมี และ คุณยวิษฐา จันทร์ทิพย์ ผู้เขียนขอขอบคุณ คุณภูมิใจ ไกรสินธุ์ คุณบุญศิริ สุคันธพงษ์ คุณธนภูมิ อมาตยกุล คุณเอนก คงศักดิ์ศรีสกุล และคุณณนต์ศิวากาน ไพบูลย์ เพื่อนที่คอยให้คำปรึกษาชีวิตและเป็นกำลังใจให้ผู้เขียนตลอดมา

ท้ายสุด ผู้เขียนขอขอบพระคุณ คุณฉันทบุรณ์ อรัญนารถ รุ่นพี่คนสำคัญ ที่ถึงแม้จะมีภาระหน้าที่ในการศึกษาระดับปริญญาโทระดับบัณฑิต แต่ก็คอยหมั่นถามไถ่และช่วยเหลือผู้เขียนหลายประการ โดยเฉพาะการให้คำแนะนำการเขียนวิทยานิพนธ์และการช่วยเหลือจัดการระบบฐานข้อมูลวิทยานิพนธ์อิเล็กทรอนิกส์ (e-thesis) ขอขอบคุณที่เป็นแรงผลักดันสำคัญที่ทำให้ผู้เขียนสามารถก้าวข้ามความยากลำบากต่างๆ ได้จนทำให้ผู้เขียนสามารถเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว และขออภัยมา ณ ที่นี้ด้วย

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 สมมติฐาน	5
1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	5
1.4 ขอบเขตของการศึกษา	6
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	8
1.7 เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง.....	9
1.8 โครงสร้างของวิทยานิพนธ์.....	11
บทที่ 2 หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ.....	15
2.1 วิวัฒนาการ แนวคิด และ ความหมายของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ	15
2.1.1 ความทั่วไป	15
2.1.2 วิวัฒนาการของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ	17
2.1.2.1 ยุคแห่งทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรม (The Just War Theory)	18
2.1.2.2 ยุคกลาง	19
2.1.2.3 ยุคหลังสงครามเวสต์ฟาเลีย.....	20
2.1.2.4 ยุคสงครามโลกครั้งที่ 1 – ก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2.....	23
2.1.2.5 ยุคหลังสงครามโลกครั้งที่ 2.....	26

2.1.2.6 ยุคหลังสงครามเย็น.....	28
2.1.3 แนวคิดและความหมายของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ.....	29
2.1.3.1 Michael N. Schmitt	31
2.1.3.2 Yoram Dinstein	34
2.1.3.3 Joseph Holland	36
2.1.3.4 Ian Henderson.....	38
2.1.3.5 Judith Gail Gardam.....	40
2.1.3.6 The 2010 Commentary on HPCR Manual on the International Law Applicable to Air and Missile Warfare	41
2.2. สถานะ และ ขอบเขตการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ.....	44
2.2.1 สถานะของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ	44
2.2.1.1 หลักความได้สัดส่วนกับสถานะที่เป็น "กฎหมาย" (Law)	44
2.2.1.1.1 หลักความได้สัดส่วนกับสถานะกฎหมายที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร.....	46
(1) หลักความได้สัดส่วนของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ	48
(2) กฎหมายหลักความได้สัดส่วนของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ	52
2.2.1.1.2 หลักความได้สัดส่วนกับสถานะกฎหมายที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ	54

2.2.2.3	ข้อพิจารณาด้านความสมดุลกันระหว่างความจำเป็นทางทหารกับหลักมนุษยธรรม.....	74
(1)	ความเป็นมาของความสมดุลระหว่างหลักความจำเป็นทางทหารและหลักมนุษยธรรม	76
(2)	แนวความคิดการสร้างสมดุลระหว่างหลักความจำเป็นทางทหารกับหลักมนุษยธรรม	77
(3)	หลักเกณฑ์และการสร้างสมดุลระหว่างหลักความจำเป็นทางทหารและหลักมนุษยธรรม	80
(3.1)	การคำนวณถึงผลประโยชน์ทางการทหาร.....	80
(3.2)	ข้อมูลและหลักฐานที่มี ณ ช่วงเวลานั้น	82
(3.3)	ความสำคัญของหลักมนุษยธรรม	83
(4)	อิทธิพลภายนอกที่มีผลต่อการสร้างสมดุลระหว่างความจำเป็นทางทหารกับหลักมนุษยธรรม.....	83
(4.1)	อิทธิพลจากศาลระหว่างประเทศ	84
(4.2)	อิทธิพลอื่นๆ	86
2.3	บทบัญญัติในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ..	88
2.3.1	ข้อ 35 วรรค 3 และข้อ 55 วรรค 1 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977	89
2.3.2	ข้อ 1 วรรค 1 ของอนุสัญญาENMOD	90
บทที่ 3	94
	หลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ	94
3.1	หลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ	95
3.1.1	วิวัฒนาการของหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ	96
3.1.1.1	ช่วงจุดกำเนิดจากแนวคิดของเยอรมัน	96

3.1.1.2 ช่วงก่อนการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ. 1992	98
3.1.1.3 หลังการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ. 1992	101
3.1.2 องค์ประกอบของหลักการป้องกันล่วงหน้า.....	103
3.1.2.1 การกระทำต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันอันตรายที่กำลังจะเกิดขึ้น	103
3.1.2.1.1 ภัยอันตรายหรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น	104
3.1.2.1.2 การไม่ปรากฏหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่แน่นอน.....	105
3.1.2.1.3 การประเมินเรื่องผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม.....	106
3.1.2.1.4 การบริหารและจัดการความเสี่ยงที่น่าจะเกิดขึ้นกับสิ่งแวดล้อม..	107
3.1.2.2 การพิจารณาทางเลือกอื่น.....	108
3.1.2.3 การพิจารณาเรื่องต้นทุนและเทคโนโลยีที่เหมาะสม	109
3.2 แนวทางการปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ.....	110
3.2.1 แนวทางการปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าในระดับชาติ	110
3.2.2 แนวทางการปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าในระดับภูมิภาค.....	111
3.2.3 แนวทางการปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าในระดับระหว่างประเทศ	113
3.2.3.1 คดี Gabcikovo – Nagymaros Project.....	113
3.2.3.2 คดี Pulp Mills	123
3.3 สถานะของหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ.....	127
3.3.1 หลักการป้องกันล่วงหน้ากับสถานะที่เป็นกฎหมาย	128
3.3.1.1 ข้อถกเถียงหลักการป้องกันล่วงหน้ากับการเป็นหลักกฎหมายทั่วไป.....	128
3.3.1.2 ข้อถกเถียงหลักการป้องกันล่วงหน้ากับการเป็นกฎหมายจารีตประเพณี ระหว่างประเทศ.....	128
3.3.2 หลักการป้องกันล่วงหน้ากับสถานะที่เป็นนโยบาย	129

3.4 ปัจจัยเสริมในการใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าตามกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ.....	130
3.4.1 ปัจจัยความเหมาะสม (Suitability).....	131
3.4.2 ปัจจัยเรื่องความจำเป็น (Necessity)	132
3.4.3 ปัจจัยเรื่องความมีเสถียรภาพ (Consistency).....	134
3.4.4 ปัจจัยเรื่องการพัฒนาของเหตุผลทางวิทยาศาสตร์.....	134
3.4.5 ปัจจัยเรื่องการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development)	135
บทที่ 4	138
บทวิเคราะห์ความเหมาะสมในการนำหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศเข้ามาปรับใช้เพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธ	138
4.1 สภาพปัญหาของการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ	139
4.1.1 ปัญหาอันเกิดจากที่มาและวัตถุประสงค์ของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ทางการทหารเป็นหลัก	139
4.1.2 ปัญหาด้านตัวบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมใน ภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธ.....	144
4.1.2.1 บทบัญญัติในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่มีอย่างจำกัด	145
4.1.2.2 บทบัญญัติไม่มีความชัดเจนและยากที่จะสามารถนำมาปรับใช้.....	147
4.1.2.3 การปรับใช้บทบัญญัติไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของบทบัญญัติ	152
4.1.3 ปัญหาการขาดกลไกในการควบคุมการใช้หลักความได้สัดส่วนเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธ	153
4.2. การเทียบเคียงระหว่างผลประโยชน์ของรัฐในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศกับความจำเป็นทางทหารในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ	154
4.2.1 วัตถุประสงค์ของทั้งสองหลักการสะท้อนเรื่องความมั่นคงของรัฐ (National Security).....	155

4.2.2 การละเมิดหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศกับ การละเมิดหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีระดับ ความรุนแรงและความเสียหายที่ใกล้เคียงกัน.....	157
4.3 ความมีประสิทธิภาพในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาชญาอันเนื่องมาจาก การนำปัจจัยอื่นรอบข้างที่สำคัญมาประกอบการพิจารณา	158
4.3.1 การสร้างวัตถุประสงค์การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable development).....	159
4.3.2 การสร้างบรรทัดฐานและแนวทางปฏิบัติเดียวกัน (Harmonization)	161
4.3.3 กลไกเรื่องต้นทุนและการใช้เทคโนโลยีที่เหมาะสม (Cost-Processing Mechanism and Best Available Technology).....	162
บทที่ 5	166
บทสรุปและข้อเสนอแนะ	166
5.1 บทสรุป.....	166
5.2 ข้อเสนอแนะ	168
รายการอ้างอิง	170
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	179

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในอดีตบรรดารัฐต่างๆได้เพิกเฉยต่อความสำคัญและการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ด้วยเหตุผลที่ว่าผลลัพธ์และความเสียหายจากการกระทำใดๆต่อสิ่งแวดล้อมดังกล่าวยังไม่ได้ออกมาเป็นรูปธรรมหรือชัดเจน เช่น เมื่อมีสงครามหรือสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ นอกจากมนุษย์จะเป็นเป้าหมายหรือเป็นเหยื่อในสงครามหรือสถานการณ์ดังกล่าวแล้ว สิ่งแวดล้อมก็เป็นเป้าหมายและเป็นเหยื่อในสถานการณ์ดังกล่าวเช่นกัน นับตั้งแต่ในช่วง 146 ปีก่อนคริสตกาล (146 B.C.) ทหารโรมันได้ใช้ยุทธวิธีในการสู้รบคือการโรยผงเกลือลงบนพื้นที่เพาะปลูกในเมืองคาร์เทจ (Carthage) ทำให้บริเวณดังกล่าวไม่สามารถที่จะใช้เพาะปลูกเกษตรกรรมหรือการทำกสิกรรมได้ หรือในสงครามพูนิก (The Punic Wars of the Third Century B.C.) ที่เกิดขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 3 ก่อนคริสตกาล ที่ทหารฝ่ายหนึ่งได้ใช้วิธีทางสงครามโดยการวางยาพิษในบ่อน้ำธรรมชาติ เพื่อทำให้น้ำในบ่อนดังกล่าวไม่สามารถนำมาอุปโภคบริโภคได้ รวมถึงเป็นการยากที่จะทำให้น้ำดังกล่าวกลับมามีสภาพสมบูรณ์เช่นเดิม การทำลายสิ่งแวดล้อมนอกจากจะมีวัตถุประสงค์เพื่อการโจมตีฝ่ายตรงข้ามแล้ว ในหลายกรณีก็เป็นการทำลายสิ่งแวดล้อมเพื่อปกป้องตัวเอง เช่นเหตุการณ์สงคราม ฟรอนโก - ดัตช์ ในช่วงปี ค.ศ. 1672 – 1678 (The Franco - Dutch War of 1672 – 1678) โดยกองทัพทหารดัตช์ได้ทำลายฝายกั้นน้ำ โดยมีวัตถุประสงค์ให้พื้นที่บริเวณนั้นถูกน้ำท่วมเป็นระยะเวลาอันยาวนาน ส่งผลให้กองทัพของฝรั่งเศสไม่สามารถเข้ามาโจมตีประเทศฮอลแลนด์ในสมัยนั้นได้ หรือในเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นระหว่างสงครามโลกครั้งที่สอง (The Second World War) ซึ่งประเทศอังกฤษได้ใช้วิธีที่คล้ายคลึงกับวิธีการที่ทหารฝ่ายดัตช์ได้ใช้ในสมัยสงครามฟรอนโก - ดัตช์ คือการที่ทหารฝ่ายอังกฤษได้ทำลายเขื่อนหลัก (Dam) ในหมู่บ้านแห่งหนึ่ง เพื่อเป็นวิธีในการป้องกันการโจมตีจากกองทัพฝ่ายนาซี โดยผลของการทำลายเขื่อนดังกล่าวมีมูลค่ามหาศาล ไม่ว่าจะเป็นมูลค่าในการสร้างเขื่อนขึ้นมาทดแทน หรือมูลค่าในทางนิเวศวิทยาที่เสียหายไป โดยเฉพาะพันธุ์สัตว์น้ำและสัตว์ที่อยู่บริเวณชายฝั่งแม่น้ำ เนื่องจากพื้นที่บริเวณดังกล่าวเป็นพื้นที่ที่เป็นแหล่งเกษตรกรรมของประเทศ และจำเป็นต้องใช้เวลานานหลายปีกว่าจะสามารถฟื้นฟูพื้นที่บริเวณตรงนี้ให้กลับมาเป็นพื้นที่เพาะปลูกได้ดังเดิม

อย่างไรก็ตาม ได้ปรากฏเหตุการณ์สองเหตุการณ์สำคัญที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธอย่างชัดเจน คือ การเกิดสงครามเวียดนามในช่วงปี 1965 – 1975 (The Vietnam War) และสงครามอ่าว (The Gulf War) โดยในสมัยสงครามเวียดนามนั้น สหรัฐอเมริกาได้มีการนำเทคโนโลยีขั้นสูงมาใช้เพื่อเป็นวิธีในการสู้รบ โดยวัตถุประสงค์ของการใช้เทคโนโลยีดังกล่าวก็เพื่อวัตถุประสงค์ทางทหาร (Military Objective) ที่จะนำไปสู่ผลประโยชน์ทางการทหาร (Military Advantage) ซึ่งเครื่องมือดังกล่าวที่กองกำลังสหรัฐอเมริกาได้ใช้อันส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมคือ การใช้แก๊สน้ำตา (The Lachrymatory Agent) การใช้สารก่อใบไม้ร่วง (Defoliant) รวมถึงการใช้ฝ่นเหลือง (The Agent Orange) โดยฝ่นเหลืองนี้มีส่วนประกอบของสารเคมีที่มีชื่อทางวิทยาศาสตร์ว่า "สารไดออกซิน" (Dioxins) อันเป็นสาเหตุหลักที่ก่อให้เกิดโรคมะเร็งผิวหนังต่อผู้สัมผัสสารเคมีดังกล่าวทั้งทางตรงและทางอ้อม อีกทั้ง สารไดออกซินยังเป็นสารเคมีที่ตกค้างอยู่ในสภาพแวดล้อมได้เป็นระยะเวลายาวนาน

เมื่อพิจารณาถึงการใช้สารดังกล่าวแล้วสามารถสังเกตได้ว่า สหรัฐอเมริกาได้ฉีดพ่นสารไดออกซินเป็นระยะกว้างและเป็นการทั่วไปไม่ได้เจาะจงว่าฉีดพ่นสารดังกล่าวเพื่อเจาะจงเป้าหมายเฉพาะเป้าหมายใด เพราะฉะนั้น สารไดออกซินจึงตกค้างเป็นบริเวณกว้างและเป็นจำนวนมากซึ่งส่งผลในทางลบต่อพื้นที่ดังกล่าวประเทศเวียดนามอย่างรุนแรง ประกอบกับประเทศเวียดนามเป็นประเทศเกษตรกรรม แหล่งอาหารและแหล่งรายได้หลักของประเทศคือการส่งออกสินค้าทางการเกษตร (Agricultural produce) นอกจากผลกระทบทางเศรษฐกิจและสิ่งแวดล้อมที่เวียดนามได้รับแล้ว ทางด้านสังคม ชุมชน และคุณภาพชีวิตของประชาชนก็ได้รับผลกระทบอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เช่น ประชาชนที่อาศัยในบริเวณที่มีการใช้ฝ่นเหลืองหรือบริเวณข้างเคียงกลายเป็นผู้ป่วยโรคมะเร็งผิวหนัง โรคท้องร่วง ตลอดจน พันธุกรรมในการสืบพันธุ์ที่เปลี่ยนแปลง เป็นต้น

อีกเหตุการณ์ที่สำคัญในประเด็นเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธ คือ เหตุการณ์สงครามอ่าวระหว่างสหรัฐอเมริกากับอิรัก ซึ่งเกิดขึ้นระหว่างวันที่ 2 สิงหาคม ค.ศ. 1990 ถึงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1991 โดยเป็นการตอบโต้ของทางสหรัฐอเมริกาต่อการโจมตีของอิรักที่ได้ระเบิดบ่อน้ำมันกว่า 600 แห่งในประเทศคูเวต และกว่า 350 แห่งในภูมิภาคเกรทเตอร์เบอร์แกน (The Greater Burgan Region) อีกทั้ง อิรักยังได้ปล่อยน้ำมันดิบจากบ่อน้ำมันดังกล่าวลงสู่อ่าวเปอร์เซีย ซึ่งนักวิทยาศาสตร์ทางทะเลและนักธรณีวิทยาได้คาดการณ์ว่า ปริมาณน้ำมันที่ได้ถูกปล่อยลงสู่อ่าวเปอร์เซียมีจำนวนมากถึง 3 ล้านบาร์เรล (Barrel) ทั้งนี้ ถ้าถ่านและปริมาณควันที่เกิดจากการเผาบ่อน้ำมันได้แผ่กระจายครอบคลุมลงไปทางทิศใต้ของประเทศคูเวตเป็นระยะทางกว่า 800 ไมล์ จากเหตุการณ์นี้ สามารถสังเกตได้ว่าถึงแม้อิรักจะมีเทคโนโลยีและอุปกรณ์ในการทำสงครามที่ไม่

ทันสมัยเท่าสหรัฐอเมริกา แต่อิรักกลับใช้วิธีการในการทำสงครามที่ง่ายแต่ก่อให้เกิดพลังแห่งการทำลายล้างต่อสิ่งแวดล้อมมหาศาล การกระทำดังกล่าวของมนุษย์ทำให้เกิดกระแสการให้ความสำคัญของการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม จนกระทั่งเกิดการประชุมด้านสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศผ่านทางองค์การสหประชาชาติ (The United Nations) ภายใต้การประชุมแห่งสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมมนุษย์ที่กรุงสตอกโฮล์ม (Stockholm) ประเทศสวีเดน (Sweden) ในปีค.ศ. 1972 จนมีคำประกาศกรุงสตอกโฮล์มปีค.ศ. 1972 (The 1972 Stockholm Declaration) โดยการประชุมครั้งนี้บรรดาตัวแทนจากประเทศต่างๆ ได้ตระหนักถึงความสำคัญของสิ่งแวดล้อม และร่วมกันพยายามหาหนทางแก้ไขปัญหาต่อสิ่งแวดล้อมในบริบทต่างๆ ที่เกิดขึ้นในตลอดช่วงระยะเวลาที่ผ่านมา

ในลำดับต่อมา ได้เกิดการประชุมแห่งสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (The 1992 United Nations Conference on Environment and Development – UNCED) หรือที่เรียกว่า "การประชุมสุดยอดสิ่งแวดล้อมโลก" ณ กรุงริโอเดจาเนโร (Rio de Janeiro) ประเทศบราซิล (Brazil) ระหว่างวันที่ 3 – 14 มิถุนายน ค.ศ. 1992 โดยที่ประชุมนี้ที่เป็นพยายามสร้างความร่วมมือของบรรดาตัวแทนจากประเทศต่างๆ เพื่อเล็งเห็นถึงความสำคัญต่อสิ่งแวดล้อมมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ ปัญหาที่บรรดานานาประเทศได้ให้ความสำคัญนั้นจะเน้นที่เรื่องการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (Climate Change) ความสมบูรณ์ของระบบนิเวศวิทยา (Ecology) และการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable Development) ซึ่งการให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมดังกล่าว เป็นการให้ความสำคัญต่อสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์ปกติเท่านั้น แต่เมื่อมาพิจารณาถึงการคุ้มครองในสถานะในการทำสงคราม (War) หรือ สถานะการขัดกันทางอาวุธแล้ว (Armed Conflict) การตระหนักถึงความสำคัญของสิ่งแวดล้อม การมีมาตรการในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ตลอดจนกฎหมายที่เข้ามาคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธยังไม่ปรากฏเด่นชัดเท่าที่ควร ตัวบทกฎหมายที่มีอยู่ไม่ได้มีแนวปฏิบัติที่เป็นรูปธรรมสักเท่าไร ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการขัดกันทางอาวุธเป็นจำนวนมาก

ภายใต้เหตุการณ์เช่นนี้ ผู้เขียนพบว่าหนึ่งในสาเหตุหลักที่ก่อให้เกิดความเสียหายดังกล่าวคือการที่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไม่สามารถเข้ามาคุ้มครองสิ่งแวดล้อมได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้คู่พิพาทในสงครามหรือภาวะการขัดกันทางอาวุธสามารถหาช่องว่างและใช้ช่องว่างดังกล่าวในการโจมตีเป้าหมายอันส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม ซึ่งกระทบหรือความเสียหายดังกล่าวไม่เพียงแต่ส่งผลต่อสิ่งแวดล้อมในช่วงระยะเวลาที่ทำสงครามหรือสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธเท่านั้น แต่ผลของความเสียหายดังกล่าวยังขยายไปถึงช่วงภายหลังจากที่สงครามยุติแล้วด้วย ซึ่งในปัจจุบัน ยังมีอีกหลายกรณีบรรดานักวิทยาศาสตร์และนัก

ฟื้นฟูสิ่งแวดล้อมยังต้องใช้เวลายาวนานอีกมากเพื่อศึกษาและฟื้นฟูสิ่งแวดล้อมที่ถูกโจมตีให้กลับมาสมบูรณ์ หรือมีสภาพใกล้เคียงสภาพเดิมให้มากที่สุด

จากการศึกษา ผู้เขียนพบว่าการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธ ไม่ได้เป็นประเด็นใหม่ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศแต่อย่างใด คำถามจึงเกิดขึ้นว่าในเมื่อประเด็นเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธเมื่อไม่ได้เป็นประเด็นใหม่ แล้วเพราะเหตุใดการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจึงไม่สามารถคุ้มครองสิ่งแวดล้อมได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร จากปัญหาข้างต้นได้ทำให้หน่วยงานเอกชน รัฐ และองค์การระหว่างประเทศพยายามที่จะสร้างมาตรการ รวมทั้งออกกฎเกณฑ์เพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์ดังกล่าว ยกตัวอย่างเช่น การประชุมของสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมมนุษย์ ในปี ค.ศ. 1972 ณ กรุงสตอกโฮล์ม ประเทศสวีเดน หรือการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาใน ค.ศ. 1992 นครริโอเดจาเนโร ประเทศบราซิลตามที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้น แต่ยังคงรวมถึงเหตุการณ์อื่นๆอีก เช่น ในปี ค.ศ. 1973 และ ค.ศ. 1977 ได้ปรากฏมติที่ประชุมระหว่างประเทศ (Resolution XVII of the 22th International Conference) ของกาชาด (Red Cross) และเสี้ยววงเดือนแดง (Red Crescent) ที่เมืองเตหะราน ประเทศอิหร่าน และมติที่ประชุมระหว่างประเทศ (Resolution XXI of the 23th International Conference) ที่เมืองบูคาเรสต์ ประเทศโรมาเนีย โดยทั้งสองมติมีสาระสำคัญที่เหมือนกัน ได้แก่การกล่าวถึงความจำเป็นในการให้ความคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธ ซึ่งเป็นการสร้างความร่วมมือระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามมติดังกล่าวก็ไม่ได้มีผลผูกพันเด็ดขาดแก่บรรดารัฐต่างๆดังเช่นกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากมติข้างต้นเป็นเพียงแค่การวางกรอบอย่างคร่าวๆ เป็นการแสดงเจตจำนงร่วมกันอย่างหลวมๆที่แสวงหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธเท่านั้น

แม้ว่ามติทั้งสองฉบับของกาชาดและเสี้ยววงเดือนแดงข้างต้นจะไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย แต่ผลลัพธ์ข้างเคียงที่สำคัญคือการทำให้บรรดารัฐต่างๆได้ตระหนักถึงความสำคัญของการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธจนนำไปสู่การประชุมระหว่างประเทศครั้งที่ 26 ของกาชาดและเสี้ยววงเดือนแดงโดยได้รับความร่วมมือจากสหประชาชาติในการรายงานกิจกรรมต่างๆที่ได้ดำเนินการไปภายใต้กรอบการดำเนินงานของกาชาดระหว่างประเทศ (International Red Cross) ในประเด็นเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในกรณีที่มีข้อพิพาททางอาวุธ โดยรายงานข้างต้นเป็นรายงานทางด้านนโยบายต่อการประชุมสมัยที่ 47 ของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (The United Nations General Assembly) ซึ่งได้รับความสนใจและการตอบรับอย่างดี

เมื่อผู้เขียนได้พิจารณาถึงการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันอาวุธ ปรากฏว่ามีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องน้อยมาก และเท่าที่มีอยู่ก็ไม่สามารถที่จะตอบวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ซึ่งเมื่อพิจารณาในรายละเอียดแล้ว ผู้เขียนพบว่าหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นหลักที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธมากที่สุด ซึ่งมีความสอดคล้องในสาระตลึงบางประการกับหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเกิดแนวคิดที่จะนำหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมาร่วมปรับใช้กับหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธเพื่อมาแก้ปัญหาดังกล่าวข้างต้น

1.2 สมมติฐาน

หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นหลักการที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธมากที่สุด อย่างไรก็ตาม ปัญหาการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมดังกล่าวเกิดจากความไม่ชัดเจนในเนื้อหา ความหมาย และขอบเขตการปรับใช้ที่คลุมเครือ จึงส่งผลให้การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะสงครามล้มเหลวและไม่สามารถคุ้มครองสิ่งแวดล้อมได้อย่างเหมาะสม ดังนั้น การนำหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมาร่วมปรับใช้กับหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธจึงเป็นหนึ่งในทางเลือกที่เหมาะสมเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว

1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- (1) เพื่อศึกษาหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ โดยการศึกษาจะครอบคลุมถึงวิวัฒนาการของแนวคิด ความหมาย สถานะทางกฎหมาย ตลอดจนผลผูกพันทางกฎหมายของหลักความได้สัดส่วน และหลักการป้องกันล่วงหน้า พร้อมทั้งวิเคราะห์และเปรียบเทียบถึงความเหมือนและความต่างของหลักความได้สัดส่วนที่อยู่ในบริบทกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและหลักการป้องกันล่วงหน้าในบริบทกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ

- (2) เพื่อศึกษากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อม รวมถึงข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎเกณฑ์ และหลักการที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ
- (3) เพื่อแสวงหาแนวทางในการปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ
- (4) เพื่อวิเคราะห์และทำให้ทราบถึงผลดีผลเสียที่คาดว่าจะเกิดขึ้นจากการนำหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการขัดกันทางอาวุธ
- (5) เพื่อค้นหาแนวทางในการกำหนดมาตรฐานทางกฎหมายและพัฒนากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการนำหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมมาร่วมปรับใช้กับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงหลักความได้สัดส่วนตามที่ปรากฏในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ กล่าวคือ ศึกษาว่าสามารถนำหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมาร่วมปรับใช้กับหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในยามภาวะการขัดกันทางอาวุธได้อย่างไร ซึ่งจะมุ่งเน้นการศึกษาในแนวทฤษฎีเป็นสำคัญ เนื่องจากเนื้อหาในภาควิเคราะห์ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการวิเคราะห์ในเชิงทฤษฎีเป็นหลัก

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษาวิจัยเรื่องการนำหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมาร่วมปรับใช้เพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ได้กำหนดวิธีการศึกษาโดยวิธีวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยเป็นการอธิบายทฤษฎี แนวคิด หลักกฎหมาย ตลอดจนกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องและนำมาวิเคราะห์เพื่อให้ทราบเกณฑ์ประกอบกับข้อมูลที่ได้ศึกษาทั้งภาษาไทย และภาษาอังกฤษ อันได้แก่ หนังสือ ตำรา ผลงานวิจัย วารสาร บทความสิ่งพิมพ์ เอกสารอื่นๆที่เผยแพร่โดยหน่วยงานรัฐบาล เอกชน และองค์กรอิสระ รวมถึง คำพิพากษาของศาลภายในของรัฐและศาลระหว่างประเทศ เช่น คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ คำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป คำพิพากษาศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตประเทศยูโกสลาเวีย คำพิพากษาศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา หรือ คำตัดสินชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น โดยค้นคว้าจากสถานที่ดังต่อไปนี้

- (1) ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- (2) ห้องสมุดคณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- (3) สำนักงานวิทยทรัพยากร (หอสมุดกลาง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- (4) ห้องสมุดสัญญา ธรรมศักดิ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- (5) สำนักหอสมุด มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- (6) อินเทอร์เน็ต

เมื่อได้รวบรวมและคัดกรองข้อมูลแล้ว จะนำข้อมูลดังกล่าวมาวิเคราะห์และระบุถึงปัญหาของการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ พร้อมหาหนทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยแสวงหาวิธีและแนวทางที่จะนำหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมาปรับใช้ในภาวะการขัดกันทางอาวุธ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อทราบหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ โดยการศึกษาจะครอบคลุมถึงวิวัฒนาการแนวคิด ความหมาย สถานะทางกฎหมาย ตลอดจนผลผูกพันทางกฎหมายของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกับหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ พร้อมทั้งวิเคราะห์และเปรียบเทียบถึงความเหมือนและความต่างของการปรับใช้หลักดังกล่าว
2. เพื่อทราบกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อม รวมถึงข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎเกณฑ์ และหลักการที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ
3. เพื่อรับรู้แนวทางในการปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ
4. เพื่อทราบแนววิเคราะห์และทำให้ทราบถึงผลดีผลเสียที่คาดว่าจะเกิดขึ้นจากการนำหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธ
5. เพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดมาตรฐานทางกฎหมายและพัฒนากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการนำหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมมาร่วมปรับใช้กับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

1.7 เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

เมื่อได้ทบทวนวรรณกรรมแล้วไม่ปรากฏว่ามีตำรา เอกสาร บทความ หรือ ผลงานวิจัยฉบับใดที่ว่าด้วยการนำหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ หากแต่ ปรากฏถึงวรรณกรรมบางรายการที่มีความเกี่ยวข้องและคล้ายคลึงกับผลงานวิจัยฉบับนี้บ้าง โดย วรรณกรรมดังกล่าวจะเป็นการระบุถึงรายละเอียดเฉพาะเป็นเรื่องราวไป เช่น เรื่องการคุ้มครอง สิ่งแวดล้อมในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ หรือเรื่องหลักความได้สัดส่วนในกรณีการใช้กำลัง ทางทหาร เป็นต้น และเมื่อได้ศึกษาถึงรายละเอียดของวรรณกรรมดังกล่าว ปรากฏว่ายังมีอีกหลาย ประเด็นที่วรรณกรรมดังกล่าวไม่ได้ระบุไว้และยังคงเป็นปัญหาที่ทำให้งานวิจัยฉบับนี้ถูกเขียนขึ้นมา โดยวรรณกรรมที่คล้ายคลึงมีดังต่อไปนี้

วิทยานิพนธ์ของนาย สาณุ อาจสำอองศ์ นิสิตคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2551ศึกษาเรื่อง "การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่าง ประเทศ : ผลกระทบและแนวทางของประเทศไทย" โดยกล่าวว่าประเทศไทยไม่ปรากฏกฎหมาย ภายในหรือกฎเกณฑ์ใดในประเด็นเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ ปรากฏแต่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ได้ระบุเรื่องดังกล่าวไว้ ไม่ว่าจะเป็นในข้อตกลง ระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินตามอนุสัญญากรุงเฮกฉบับที่ 4 ค.ศ. 1907 พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 หรือ อนุสัญญาว่าด้วยการห้ามใช้ เทคนิคดัดแปลงสิ่งแวดล้อมในทางทหารหรือในทางที่เป็นปรปักษ์อื่นใด ค.ศ. 1976 เป็นต้น เช่นนี้ งานวิจัยดังกล่าวจึงศึกษาว่าหากประเทศไทยได้นำกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้แล้ว ประเทศไทยจะ ได้รับผลกระทบอย่างไร รวมทั้งแนวทางใดใดกฎหมายข้างต้นที่ประเทศไทยสมควรที่จะนำมาปรับใช้ รวมถึงวิเคราะห์ข้อดีข้อเสียและขั้นตอนของการเข้าเป็นภาคีในพิธีสารและอนุสัญญาดังกล่าว ซึ่งผล จากการศึกษาคพบว่า การที่ประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีพิธีสารและอนุสัญญาข้างต้น ประเทศไทย จะต้องมีการดำเนินการแก้ไขและปรับปรุงกฎหมายที่มีอยู่เพื่อเป็นการอนุวัติการ และในบางกรณีก็ จำเป็นต้องร่างกฎเกณฑ์ใหม่ขึ้นมาเพื่อเป็นการรองรับพันธกรณีที่ได้ระบุไว้ในพิธีสารและอนุสัญญา ตลอดจนต้องมีการวางแนวทางและกำหนดนโยบายภายในประเทศและนโยบายระหว่างประเทศเพื่อ สร้างความร่วมมือทั้งองค์กรภายในและระหว่างประเทศต่อไป

วิทยานิพนธ์ของนางสาวเต็มศิริ เอื้อวิเศษวัฒนา นักศึกษาคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2556 ได้ศึกษาเรื่อง "ความได้สัดส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศ ในกรณีการใช้กำลังทางทหาร" โดยกล่าวว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เป็นหลักการที่มีพัฒนาการและถูกสร้างอย่างเป็นระบบ แต่ปัญหาอยู่ที่ว่า เมื่อมีการใช้กำลังทางทหารในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศหรือไม่มีลักษณะระหว่างประเทศมักจะปรากฏเหตุในการละเมิดหลักความได้สัดส่วน รวมถึงปัญหาที่เกิดจากปรับใช้หลักความได้สัดส่วนอันเกิดจากการประเมินสถานการณ์ของคณะมนตรีความมั่นคงและการวินิจฉัยของศาลเท่านั้น จนทำให้การปรับใช้หลักความได้สัดส่วนไม่มีประสิทธิภาพในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในเรื่องการใช้กำลังทางทหาร อนึ่ง วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ยังศึกษาถึงกลไกในการตีความอันเป็นประโยชน์ต่อการประเมินหลักความได้สัดส่วนตามข้อที่ 26 และข้อที่ 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ซึ่งผลจากการศึกษาพบว่า จำต้องมีหลักการสำคัญที่เรียกว่า "หลักบูรณาการ" และหลัก "ประสิทธิผล" ที่จะทำให้การประเมินหลักความได้สัดส่วนเป็นไปแบบองค์รวมและตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงโดยมีข้อกำหนดมาตั้งแต่เป็นพื้นฐานของการนำหลักทั้งสองมาปรับใช้อันจะก่อให้เกิดสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศอย่างแท้จริง

งานวิจัยที่เกี่ยวข้องลำดับต่อมาและเป็นลำดับสุดท้ายคือ งานวิจัยปริญญาเอกของนาย Nada Al-Duaij แห่งมหาวิทยาลัย Pace University School of Law ซึ่งเป็นงานวิจัยที่มีชื่อว่า "Environmental Law of Armed Conflict" โดยเนื้อหาของงานวิจัยดังกล่าวเป็นเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ โดยจะเป็นการมองประเด็นเรื่องสงครามเป็นหลักและโยงเข้าประเด็นเรื่องสิ่งแวดล้อมว่ากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้มีบทบาทเข้ามาคุ้มครองสิ่งแวดล้อมอย่างไร ความสำคัญของการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ พร้อมทั้งแตกประเด็นเรื่องประเด็นความผิด ความเสียหาย การชดเชยค่าเสียหาย ความรับผิดชอบของรัฐ ตลอดจนแนวทางการแก้ไขโดยรวมโดยอ้างอิงจากปัจจัยเรื่องกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกับนโยบายทางการเมืองเป็นหลัก ซึ่งในงานวิจัยฉบับนี้เป็นการมองถึงการคุ้มครองกฎหมายในแง่มุมมองของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศแง่มุมเดียวเท่านั้น เป็นการวิเคราะห์โดยอาศัยปัจจัยในแง่มุมมองทางการเมืองการต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นหลักความได้สัดส่วน หลักการป้องกันล่วงหน้า หลักความเท่าเทียมกันของคู่พิพาท แล้วนำหลักดังกล่าวมาโยงเข้าเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ซึ่งไม่มีการนำหลักใดๆในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมาปรับใช้หรือมาคิดวิเคราะห์ในงานวิจัย

กล่าวโดยสรุป ภายหลังจากผู้เขียนได้ทบทวนวรรณกรรม ศึกษาเอกสาร และงานวิจัยที่เกี่ยวข้องพบว่างานวิจัย และ เอกสารต่างๆข้างต้นไม่ได้มีการกล่าวถึงการนำหลักการใด หลักการหนึ่งในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะเรื่องการนำและการปรับหลักการป้องกันล่วงหน้าเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ทั้งนี้ งานวิจัยส่วนมากจะเป็นการกล่าวถึงแง่มุมการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในบริบทของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ หรือในอีกกรณีคืองานวิจัยที่ได้กล่าวเรื่องหลักการป้องกันล่วงหน้าก็จะกล่าวเฉพาะเรื่องหลักความได้สัดส่วนในการใช้กำลังทางทหารเท่านั้น ไม่ได้มีการโยงประเด็นเข้ากับเรื่องสิ่งแวดล้อมแต่อย่างใด

ด้วยเหตุนี้ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงเป็นการนำกฎหมายสองสาขามาประยุกต์เข้าด้วยกัน มุ่งศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง โดยเริ่มจากการศึกษาที่มา แนวคิด ทฤษฎี และกรอบการบังคับใช้ที่เกี่ยวข้องกับหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ แล้วนำหลักทั้งสองมาวิเคราะห์ว่าหลักทั้งสองมีข้อดีและข้อเสียอย่างไรในการบังคับใช้ในสถานการณ์จริง และเพราะเหตุใดทำไมผู้เขียนต้องเจาะจงในการนำหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมาร่วมปรับใช้กับหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ตลอดจนวิเคราะห์ถึงข้อดีและข้อเสียของการนำหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมาร่วมปรับใช้ในการดังกล่าวข้างต้น และท้ายที่สุด ได้ประเมินผลของการปรับใช้หลักดังกล่าวพร้อมทั้งเสนอแนะแนวทางที่เป็นประโยชน์

1.8 โครงสร้างของวิทยานิพนธ์

ปัญหาเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศไม่ได้เป็นปัญหาใหม่ ในทางตรงกันข้ามกลับเป็นปัญหาที่ปรากฏมานานแล้ว แต่หนทางที่จะแก้ปัญหาดังกล่าวกลับไม่่ง่ายนัก ทำให้นักกฎหมายทั้งภาคทฤษฎีและภาคปฏิบัติหลายท่านออกมาแสดงความเห็นเรื่องปัญหาการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ รวมทั้งพยายามเสนอแนวทางแก้ปัญหาดังกล่าวด้วยวิธีการตีความตัวบทกฎหมายหรือการสร้างนโยบายความร่วมมือระหว่างประเทศในการแก้ปัญหาดังกล่าว ประกอบกับกระแสโลกปัจจุบัน (Global trends) ที่บรรดารัฐต่างให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในยามปกติหรือยามสงคราม ตลอดจน ร่วมมือกันในการสร้างกลไกการบังคับทางกฎหมายในการบรรลุ

วัตถุประสงค์ดังกล่าว ทั้งนี้ ดังที่กล่าวไว้ตอนต้นว่าไม่ปรากฏนักกฎหมายระหว่างประเทศท่านใดที่ได้ อธิบายและวิเคราะห์ถึงการนำหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมมาปรับใช้เพื่อคุ้มครอง สิ่งแวดล้อมในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงเขียนมาภายใต้กรอบข้างต้น ซึ่ง แสดงถึงความเป็นไปได้และความเหมาะสมที่จะสามารถนำหลักการป้องกันในกฎหมายสิ่งแวดล้อม ระหว่างประเทศมาใช้คุ้มครองสิ่งแวดล้อมในยามสงครามได้ อีกทั้งยังเป็นการรวมและปรับใช้กฎหมาย ระหว่างประเทศสองสาขาเข้าด้วยกัน โดยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้ถูกแบ่งออกเป็น 5 บทดังต่อไปนี้

บทที่ 1 ว่าด้วยบทนำ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงที่มา วัตถุประสงค์ สมมุติฐาน สำคัญ ของวิทยานิพนธ์ กระบวนการศึกษาค้นคว้า เอกสารที่ผู้เขียนอ้างอิงเป็นเนื้อหาสาระหลัก รวมทั้ง ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

บทที่ 2 จะเป็นการนำเสนอให้เห็นถึงทฤษฎี วิวัฒนาการ แนวคิด สถานะ และ ขอบเขตการปรับใช้ของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยเริ่มต้นจาก การศึกษาที่มาและวิวัฒนาการว่าหลักความได้สัดส่วนได้ถือกำเนิดขึ้นมาอย่างไรในช่วงสมัยใด และมี การถูกแก้ไขในรายละเอียดตามยุคใดสมัยใด โดยแบ่งเป็นทั้งหมด 4 ยุค ได้แก่ ยุคแห่งสงครามที่เป็น ธรรม ยุคหลังสงครามเวสต์ฟาเลีย ยุคระหว่างสงครามโลกครั้งที่หนึ่งถึงก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง และยุคหลังสงครามโลกครั้งที่สอง เมื่อได้ทำการศึกษาวิวัฒนาการแล้ว จะสามารถสังเกตเห็นได้ว่า หลักความได้สัดส่วนมีที่มาและได้รับอิทธิพลจากบรรดานักนิติปรัชญาและนักวิชาการอย่างไร ซึ่งส่งผล ให้เกิดแนวคิดเรื่องหลักความได้สัดส่วนที่แตกต่างกัน ดังนั้นในลำดับถัดมาจึงได้ศึกษาถึงแนวคิดของ บรรดานักวิชาการ และนักปฏิบัติกฎหมายระหว่างประเทศต่อหลักความได้สัดส่วนในกฎหมาย มนุษยธรรมระหว่างประเทศว่าแต่ละท่านได้มีกรอบแนวคิดและกล่าวถึงเนื้อหาสาระของหลักความ ได้สัดส่วนไว้อย่างไร โดยยกมาทั้งหมด 6 แนวคิด ประกอบไปด้วย แนวคิดโดยของ Michael N. Schmitt, Yoram Dinstein, Joseph Holland, Ian Henderson, Judith Gail Gardam และจาก เอกสาร ICRC Commentary on HPCR Manual on the International Law Applicable to Air and Missile Warfare ซึ่งบุคคลเหล่านี้มาจากทั้งภาคปฏิบัติและภาควิชาการของกฎหมาย มนุษยธรรมระหว่างประเทศ

ซึ่งพอกกล่าวเรื่องแนวความคิดเสร็จแล้ว ในลำดับต่อไปจะเป็นการศึกษาถึงสถานะ และ ขอบเขตการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยกล่าวว่า หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมี 2 สถานะ สถานะแรกคือที่สถานะเป็น กฎหมายซึ่งแบ่งเป็นหลักความได้สัดส่วนที่เป็นกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรกับกฎหมายที่เป็น

กฎหมายจารีตประเพณี สำหรับหลักความได้สัดส่วนที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะศึกษาและวิเคราะห์ทั้งตัวบทกฎหมายที่ระบุในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ รวมถึงเอกสารระหว่างประเทศบางส่วนที่ได้มีการระบุเรื่องหลักความได้สัดส่วนไว้ สำหรับหลักความได้สัดส่วนที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณี จะศึกษาถึงองค์ประกอบพื้นฐานของกฎหมายจารีตประเพณีและเจาะประเด็นเรื่องความเกี่ยวข้อง และความเชื่อมโยงระหว่างกฎหมายจารีตประเพณีกับหลักความได้สัดส่วนดังกล่าวในบริบทของกฎหมายสงคราม สำหรับสถานะที่สองคือหลักความได้สัดส่วนกับสถานะที่เป็นนโยบาย โดยศึกษาจากตัวอย่างดังที่ปรากฏของผู้นำของรัฐต่างๆที่ได้นำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นแนวนโยบายในการดำเนินการต่างๆในเวทีระหว่างประเทศ

ลำดับต่อมาในบทเดียวกัน จะศึกษาเรื่องขอบเขตการปรับใช้เรื่องหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยจะครอบคลุมรายละเอียดทั้งกฎเกณฑ์ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตการปรับใช้หลักความได้สัดส่วน อันได้แก่ หลักการแบ่งแยกความแตกต่าง หลักการป้องกันล่วงหน้า และหลักความเป็นกลาง รวมถึงพิจารณากรอบการใช้หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งประกอบไปด้วย ประเด็นเรื่องความจำเป็นทางทหาร ประเด็นเรื่องความเสียหายต่อชีวิตและทรัพย์สินของพลเรือนต้องไม่เกินขนาด และท้ายสุดประเด็นเรื่องความสมดุลระหว่างความจำเป็นทางทหารกับหลักมนุษยธรรม ทั้งนี้ในประเด็นแรกคือประเด็นเรื่องความจำเป็นทางทหารนั้นจะเป็นการลงรายละเอียดในหลักดังกล่าวอันแสดงถึงเกี่ยวข้องอย่างมากกับหลักความได้สัดส่วนเป็นอย่างมาก โดยแบ่งเป็น 6 ประเด็นย่อยดังต่อไปนี้ 1) วัตถุประสงค์ทางการทหาร 2) เป้าหมายทางการทหารที่จำกัด 3) ผลประโยชน์ทางการทหาร 4) การเลือกใช้วิถีทางการทหาร 5) การเลือกใช้อาวุธเพื่อวัตถุประสงค์ทางการทหาร และ 6) การควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพต่อการกระทำทางการทหาร ประเด็นต่อมาถัดจากประเด็นเรื่องความจำเป็นทางทหารคือประเด็นเรื่องความเสียหายต่อชีวิต และทรัพย์สินของพลเรือนต้องไม่เกินขนาด โดยอธิบายถึง ความหมายของคำว่าเกินขนาด การระบุถึงความเสียหายโดยรวม และความเสียหายต่อพลเรือนที่กฎหมายรับรอง ประเด็นเรื่องความสมดุลระหว่างความจำเป็นทางทหารกับหลักมนุษยธรรม โดยจะลงรายละเอียดตั้งแต่เรื่องความเป็นมาของความสัมพันธ์ระหว่างหลักความจำเป็นทางทหารและหลักมนุษยธรรม แนวความคิดการสร้างสมดุลระหว่างหลักความจำเป็นทางทหารกับหลักมนุษยธรรม ตลอดจนหลักเกณฑ์และการสร้างสมดุลระหว่างหลักความจำเป็นทางทหารและหลักมนุษยธรรม และท้ายสุดซึ่งเปรียบเสมือนเชือกที่ร้อยผูกกระหว่างบทที่ 2 กับบทที่ 3 เข้าด้วยกันคือเรื่องบทบัญญัติในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและความเกี่ยวข้องของหลักความได้สัดส่วนในบทบัญญัติดังกล่าว ท้ายสุดผู้เขียนจะแสดงปัญหาของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศว่าหลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นพื้นฐานของเรื่อง

การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการขัดกันทางอาวูรนั้นมีปัญหาตรงไหน และปัญหาดังกล่าว ก่อให้เกิดการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสภาวะการขัดกันทางอาวูรอย่างไร

สำหรับบทที่ 3 จะเป็นเรื่องหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ โดยในบทนี้จะเข้าไปในลักษณะที่คล้ายกับบทที่ 2 คือจะเป็นการนำเสนอให้เห็นถึงทฤษฎี วิชาการ แนวคิด สถานะ ตลอดจนขอบเขตการปรับใช้ของหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ บทนี้จึงจำเป็นต้องเริ่มจากศึกษาถึงภูมิหลังการถือกำเนิดแนวคิด หลักการป้องกันล่วงหน้าก่อน และศึกษาอิทธิพลที่ได้รับจากกฎหมายภายในของประเทศเยอรมันที่ทำให้ในระยะต่อมาแนวคิดหลักความได้สัดส่วนได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายทั้งในระดับภูมิภาคและในระดับระหว่างประเทศ และจะทำการศึกษาถึงความสำคัญของหลักการป้องกันล่วงหน้า โดยจะเริ่มตั้งแต่ที่มาและแนวคิดของหลักการป้องกันล่วงหน้า ความสำคัญของหลักการป้องกันล่วงหน้าในคดีต่างๆทั้งคดีในระดับประเทศ คดีระดับภูมิภาค และ คดีระดับระหว่างประเทศ สิ่งสำคัญของบทที่ 3 ที่ จะนำเสนอคือการวิเคราะห์กรณีศึกษาคดี Gabcikovo v. Nagimaros Project และคดี Pulp Mills ซึ่งคดีของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1997 และปีค.ศ. 2010 โดยจะเริ่มจากการกล่าวถึงความภูมิหลังข้อเท็จจริงของคดี การนำเสนอข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น รวมถึงข้อโต้แย้งของแต่ละฝ่าย หลังจากนั้น จะเป็นการวิเคราะห์หลักความได้สัดส่วนกับข้อต่อสู้ของคดีที่คู่พิพาทได้นำมาเสนอต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยจะเป็นการวิเคราะห์เชิงลึกของหลักความได้สัดส่วนที่มีผลต่อการพิจารณาของศาลจนนำไปสู่คำพิพากษาที่ศาลตัดสินออกมา รวมถึงวิเคราะห์การให้เหตุผลของศาลในคดีนี้ ท้ายสุด จะเป็นการนำเสนอถึงข้อดีและความเป็นไปได้ที่จะนำหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมาร่วมปรับใช้กับหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะข้อพิพาททางอาวูร

บทที่ 4 ผู้เขียนจะวิเคราะห์ถึงเหตุผลที่ควรนำหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมาร่วมปรับใช้ ว่าเพราะเหตุใดทำไมถึงสามารถนำหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมาร่วมปรับใช้กับเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการขัดกันทางอาวูรได้ ซึ่งผู้เขียนได้แจกแจงถึงเหตุผลประกอบและแนววิเคราะห์ของการปรับใช้ดังกล่าว

และบทที่ 5 จะเป็นบทสรุปเรื่องการปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการขัดกันทางอาวูร ความจำเป็นในการปรับใช้ดังกล่าว พร้อมทั้งเสนอแนวทางในการปรับใช้หลักดังกล่าวตามหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ

บทที่ 2

หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

2.1 วิวัฒนาการ แนวคิด และ ความหมายของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

2.1.1 ความทั่วไป

หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) เป็นหลักการพื้นฐานสำคัญเพื่อประกอบการพิจารณาและการตัดสินใจของผู้บังคับบัญชาในการโจมตีเป้าหมายทางทหาร (Military targets) ของฝ่ายตรงข้ามในภาวะข้อพิพาททางอาวุธ (Armed conflict)¹ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาถึงการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในภาวะข้อพิพาททางอาวุธตลอดช่วงเวลาที่ผ่านมา ได้ปรากฏปัญหาการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนเป็นจำนวนมาก² บรรดานักวิชาการ (Scholar) และนักปฏิบัติ (Practitioner) ต่างกล่าวไว้ในทางทฤษฎีหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการที่มีการอ้างถึงได้ง่ายและถูกกล่าวถึงบ่อยครั้ง แต่ในทางปฏิบัติกลับเป็นหลักการที่ปรับใช้ได้ยากอันก่อให้เกิดปัญหาตามมาหลายประการ จากเหตุข้างต้น ทำให้บรรดานักวิชาการ นักปฏิบัติ รวมทั้ง นักกฎหมายระหว่างประเทศได้ออกมาถกเถียงถึงการหาความหมาย การปรับใช้หลักการที่สามารถเข้าถึงเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ ตลอดจน การพยายามหาทางออก ร่วมกันว่าควรจะต้องทำอย่างไรจึงจะสามารถนำหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ³

1 Robert P. Barnidge, Jr. Robert P. Barnidge, Jr. The Principle of Proportionality Under International humanitarian Law and Operation Cast Lead. Columbia University Press. (2010). p. 275-276

2 The International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia (ICTY). Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia (Final Report). 2000. Para 48-52

3 Conference paper: Proportionality in Armed Conflicts : An International Conference. The Minerva Center for Human Rights The Hebrew University of Jerusalem and The International Committee of the Red Cross (ICRC) Delegation in Israel and the Occupied Territories. 21-23 November 2010. p. 2

ทั้งนี้ ปัญหาต่างๆที่ระบุข้างต้นมีเหตุเนื่องจากหลักความได้สัดส่วนมีความหมายที่คลุมเครือและไม่ชัดเจน ส่งผลให้ผู้ปรับใช้มีความเข้าใจที่ไม่ตรงกันตามวัตถุประสงค์และสาระสำคัญของหลักการ นอกจากนี้ บรรดานักวิชาการ นักปฏิบัติ และนักกฎหมายระหว่างประเทศยังอธิบายแนวคิดและองค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วนที่แตกต่างกันในบางประการ จริงอยู่ที่ปรากฏนักกฎหมายระหว่างประเทศบางท่านได้ออกมาให้ความหมายของหลักความได้สัดส่วนเพื่อก่อให้เกิดความชัดเจนขึ้น โดยกล่าวว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อก่อให้เกิดความสมดุลระหว่าง "ผลประโยชน์ทางการทหาร" (Military advantage) ที่ฝ่ายผู้โจมตีจะได้รับในระดับที่สูงสุด กับ "ความเสียหายที่ฝ่ายผู้ถูกโจมตีจะได้รับในระดับที่ต่ำที่สุด"⁴ กล่าวคือ ทำอย่างไรที่ฝ่ายผู้โจมตีจะได้ผลประโยชน์ทางการทหารมากที่สุด โดยก่อให้เกิดความเสียหายแก่ฝ่ายตรงกันข้ามน้อยที่สุด ทั้งนี้ ความเสียหายข้างต้นรวมถึงเรื่องความสูญเสียต่อชีวิตของพลรบและพลเรือน ตลอดจน ความเสียหายต่อทรัพย์สินของพลเรือน⁵ ซึ่งรัฐผู้โจมตีจะต้องดำเนินการทางทหารโดยใช้วิธีการโจมตีที่ก่อให้เกิดผลที่แม่นยำและใช้ระยะเวลาที่น้อยที่สุด⁶ ประการสำคัญคือ วิธีการดังกล่าวต้องสอดคล้องกับหลักอื่นๆที่ปรากฏในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศด้วย⁷

อย่างไรก็ตาม การนิยามข้างต้นไม่ได้ก่อให้เกิดความชัดเจนต่อหลักความได้สัดส่วนในทางปฏิบัติ และไม่ได้สร้างบรรทัดฐาน (Criteria) หรือแนวปฏิบัติ (Practice) ต่อการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในภาวะข้อพิพาททางอาวุธ เหตุการณ์ที่ยืนยันปัญหาข้างต้น ได้แก่ การที่คณะกรรมการซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นมาโดยมีหน้าที่ทบทวนและวิจารณ์การดำเนินงานขององค์การสนธิสัญญาป้องกันแอตแลนติกเหนือหรือนาโต้ (North Atlantic Treaty Organization) ในกรณีที่ต้องการสนธิสัญญาป้องกันแอตแลนติกเหนือได้ใช้อาวุธประเภทระเบิดทางอากาศโจมตีตีประเทศยูโกสลาเวีย (ดูภาพประกอบที่ 1) จนส่งผลให้เกิดความสูญเสีย

4 ข้อมูลเมื่อวันที่ 6 มกราคม ค.ศ. 2014. Online [Available from :

http://www.regjeringen.no/nb/dokumentarkiv/stoltenberg-ii/ud/taler-og-artikler/2011/protection_civilians_armed_conflicts.html?id=631599 [2014, January 6]

5 Frits Kalshoven and Liesbeth Zegveld .*Constraint of the Waging of War : An Introduction To International Humanitarian Law*. International Committee of Red Cross. (2001). p. 102-104

6 Project on the Means of Intervention – Care Center for Human Rights Policy. *Understanding Collateral Damage Workshop*. John F. Kennedy School of Government (Harvard University). June 4-5 2002.p. 13-15

7 Andrew D. Mitchell. *Does One Illegally Merit Another? The Law of Belligerent Reprisal in International Law*. Military Law Review. 2001. p. 158-159

8 ข้อมูลเมื่อวันที่ 24 มกราคม ค.ศ. 2014 [online] Available from : <http://www.kas.de/israel/en/publications/21796/> [2014, January 24]

อย่างมหาศาลต่อชีวิตพลรบและชีวิตพลเรือน ตลอดจนทรัพย์สินของพลเรือน โดย คณะกรรมาธิการได้ยื่นรายงานข้างต้นพร้อมเอกสารแนบท้ายต่อศาลอาญาระหว่างประเทศ สำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย (The International Criminal Tribunal of the Former Yugoslavia) ในประเด็นเรื่องความรุนแรงและความเสียหายที่เกิดขึ้นในอดีตประเทศ ยูโกสลาเวีย⁹ พร้อมทั้งเสนอปัญหาเกี่ยวกับเรื่องหลักความได้สัดส่วนไว้ว่า แท้จริงแล้ว ปัญหาของหลักความได้สัดส่วนไม่ได้อยู่ที่ว่าหลักความได้สัดส่วนปรากฏจริงหรือไม่ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เนื่องจากหลักความได้สัดส่วนนั้นปรากฏจริงเป็นที่เด่นชัดอยู่แล้ว หากแต่ปัญหาคืออยู่ที่ว่า หลักความได้สัดส่วนหมายถึงอะไร มีค่านิยมเช่นใด และจะปรับใช้หลักดังกล่าวในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศอย่างไร¹⁰ ดังนั้น จากเหตุผลข้างต้นข้างต้น จึงจำเป็นที่ต้องเข้าใจในเบื้องต้นเสียก่อนว่าแท้จริงแล้วหลักความได้ สัดส่วนมีวิวัฒนาการ ค่านิยม ตลอดจนกลไกอย่างไร และ เพราะเหตุใดนักกฎหมายระหว่าง ประเทศหลายท่านถึงมีการให้แนวคิด มีการสร้างค่านิยม รวมถึงมีความพยายามในการหา กลไกการบังคับใช้หลักความได้สัดส่วนในลักษณะที่แตกต่างกัน

2.1.2 วิวัฒนาการของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

ผู้เขียนหลักได้แบ่งวิวัฒนาการของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรม ระหว่างประเทศเป็น 6 ยุคสมัยตามเหตุการณ์สำคัญของประวัติศาสตร์ ดังต่อไปนี้ (1) ยุคแห่ง ทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรม (2) ยุคกลาง (3) ยุคหลังสงครามเวสต์ฟาเลีย (4) ยุคสงครามโลกครั้งที่ หนึ่งถึงก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง (5) ยุคหลังสงครามโลกครั้งที่สอง และ (6) ยุคหลังสงคราม เย็น

9 Report to the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) :

“The main problem with the principle of proportionality is not whether or not it exists but what it means and how it is to be applied. It is relatively simple to state that there must be an acceptable relation between the legitimate destructive effect and the undesirable collateral effects ... it is much easier to formulate the principle of proportionality in general terms than it is to apply it to a particular set circumstances because the comparison is often between unlike quantities and values. One cannot easily assess the value of innocent human lives as opposed to capturing a particular military objective.” (ICTY 2000)

10 Ibid.

2.1.2.1 ยุคแห่งทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรม (The Just War Theory)

ในยุคแรกเริ่มนั้น หลักความได้สัดส่วนไว้อย่างไม่มีการระบุอย่างชัดเจนและไม่มีกฎหมายฉบับใดห้ามไม่ให้รัฐทำสงคราม¹¹ การทำสงครามถือเป็นสิ่งที่ยอมรับได้¹² จะปรากฏก็เพียงแต่ทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรม (The Just War Theory) ที่ได้กำหนดกรอบคร่าวๆ ของการเข้าสู่สงคราม วิธีการในการทำสงคราม รวมถึงผลลัพธ์ของการโจมตีภายหลังการทำสงครามได้เสร็จสิ้นลง¹³ ทั้งนี้ ทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรม หมายถึง สงครามที่ไม่ขัดต่อศีลธรรม หรืออาจกล่าวได้ว่าการกระทำนั้นเป็นหน้าที่ทางศีลธรรม ซึ่งหากไม่ปฏิบัติแล้ว จะก่อให้เกิดความเสียหายที่มากขึ้น โดยแนวความคิดเรื่องทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรมมีจุดกำเนิดมาตั้งแต่สมัยเพลโต (Plato) ในยุคสมัยกรีกโบราณ (427 – 347 ปีก่อนคริสตกาล)¹⁴ โดยเป็นแนวคิดเชิงปรัชญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นแนวทางในการปกครองบ้านเมืองในสมัยนั้น ซึ่งเป็นแนวคิดเชิงรัฐศาสตร์มากกว่าที่จะเป็นแนวคิดเชิงนิติศาสตร์ ต่อมาแนวความคิดดังกล่าวของเพลโตได้ตกทอดมาสู่รากฐานการปฏิบัติทางการทหารของอาณาจักรโรมัน โดยมีมาคัส ซีเซโร (Marcus Cicero) ซึ่งมีชีวิตอยู่ช่วง 100 – 43 ปีก่อนคริสตกาลเป็นผู้ต่อยอดแนวความคิด¹⁵

ในระยะต่อมา ทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรมได้รับอิทธิพลจากคริสตศาสนา เพราะถือว่าการทำสงครามเป็นการกระทำตามพระประสงค์ของพระเจ้าผู้เป็นเจ้าของและดำรงไว้ซึ่งความยุติธรรมและความเสมอภาคแก่มวลมนุษย์¹⁶ โดยมีผู้นำแนวความคิดนี้คือนักบุญออกัสติน (Augustine of Hippo) ซึ่งมีชีวิตระหว่าง ค.ศ. 354 – ค.ศ. 430 ทั้งนี้ นักบุญออกัสตินได้ระบุว่าทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรมมีหลักแนวคิดที่ว่ารัฐใดๆ ที่ประสงค์จะเข้าสู่การทำสงคราม จำต้องพิจารณาเรื่องการตอบโต้ของตนต่อรัฐที่โจมตีก่อน การโจมตีของรัฐตนจะต้องเป็นการตอบโต้เพื่อปกป้องสิทธิที่ตนเสียไปอันเกิดจากการรุกรานของรัฐฝ่ายตรงข้าม อาจกล่าวได้ว่าเป็น

11 Aaron Fichtelberg. Applying the Rule of Just War Theory to Engineers in the Arms Industry. Science and Engineering Ethics Vol. 12. (2006). p. 287-288

12 Ibid.

13 James F. Childress. Just War Theories : The Bases, Interrelation, Priorities and Functions of their Criteria. Keenydy Institute. Georgetown University. 1978. p. 428-435

14 Henrik Syse. The Platonic Roots of Just War Doctrine : A Reading of Plato's Republic. Diametros nr 23. (2010). p. 104

15 Berit Van Neste. Cicero and St. Augustine's Just War Theory: Classical Influences on a Christian Idea. University of South Florida Scholar Commons. (2006). p.1-6

16 Keith Pavlischek. Reinhold Niebuhr, Christian Realism, and Just War Theory : A Critique. (2007). p.54-59

การคุ้มครองสิทธิของผู้บริสุทธิ์ที่ถูกคุกคามจากฝ่ายตรงข้าม โดยการตอบโต้ดังกล่าวต้องนำมาซึ่งความยุติธรรม (Justice) และ ความเสมอภาค (Equity)¹⁷

อาจกล่าวได้ว่า ทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรมภายใต้อิทธิพลแนวความคิดของนักบุญออกัสตินนั้น ได้ถูกส่งสมมาเพื่อประกันว่ารัฐที่ถูกโจมตีจะไม่ใช้ความรุนแรงเกินกว่าเหตุ ไม่ใช่กำลังโจมตีที่ไม่จำเป็นเพื่อให้ฝ่ายตรงข้ามชดใช้ความผิดเกินควรจากการที่ตนได้โจมตีก่อน ทั้งนี้ ความเสียหายที่จะกระทำต่อฝ่ายตรงข้ามต้องเท่ากับหรือใกล้เคียงกับความเสียหายที่ตนได้รับมากที่สุด¹⁸ แนวคิดดังกล่าวข้างต้นของนักบุญออกัสตินเป็นแนวคิดที่ค่อนข้างให้ความสำคัญกับกระบวนการการตัดสินใจในการทำสงคราม เป็นการให้ความสำคัญกับปัจจัยในการสู้รบเพื่อแสวงหาความยุติธรรม ซึ่งจะแตกต่างจากแนวคิดเรื่องทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรมของนักบุญโทมัส อควินัส (St. Thomas Aquinas) ซึ่งมีชีวิตอยู่ในช่วงค.ศ. 1225 – ค.ศ. 1274 โดยนักบุญโทมัสได้แสดงความคิดเห็นว่าทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรมควรที่จะต้องพิจารณาปัจจัยทางด้านจิตใจ (Morality) ของการเข้าสู่สงครามเป็นหลัก โดยมีการนำปัจจัยทางด้านมนุษยธรรม (Humanity) มาประกอบพิจารณาด้วย

2.1.2.2 ยุคกลาง

ทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรมอันเป็นจุดกำเนิดหลักความได้สัดส่วนได้ถือกำเนิดขึ้นอย่างเป็นทางการเป็นครั้งแรกในยุคกลาง (Middle Age) หรือในช่วงศตวรรษที่ 5 ถึงศตวรรษที่ 15 ซึ่งในยุคนี้เป็นยุคที่ทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรมได้ถูกพัฒนาอย่างต่อเนื่อง ซึ่งยุคกลางเป็นยุคที่ทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรมเจริญเฟื่องฟูและถูกนำมาปรับใช้มากที่สุด สามารถสังเกตได้ว่า ทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรมมีความเก่าแก่และอยู่คู่กับการทำสงครามมาช้านาน มีความเกี่ยวข้องกับการทำสงครามตั้งแต่กระบวนการเริ่มต้นการทำสงครามจนถึงการสิ้นสุดของสงคราม มีความเชื่อมโยงทางด้านประวัติศาสตร์และการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง ตลอดจนเป็นทฤษฎีที่เข้ามาอธิบายความมีเหตุผลของการเข้าสู่สงคราม การกระทำต่างๆในสงคราม รวมทั้ง การแสดงถึงความเท่าเทียมกันในการทำสงครามของคู่พิพาท¹⁹

17 Thomas M. Franck. On Proportionality of Countermeasures in International Law. American Journal of International Law. 2008. p. 719

18 Ibid.

19 Keith J. Gomes. An Intellectual Genealogy of the Just War: A Survey of Christian Political Thought on the Justification of Warfare. Small Wars Journal. (2008). p. 1-3

ดังที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้น ทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรมได้ถือกำเนิดอย่างเป็นรูปธรรมในช่วงยุคกลาง โดยปรากฏใน Chivalry หรือ Chivalric Code²⁰ ซึ่งเป็นประมวลที่ว่าด้วยหลักความประพฤติอันเหมาะสม และการ กระทำใดๆในสงครามที่บรรดาอัศวินในยุคกลางจะต้องปฏิบัติตาม²¹ ซึ่งนอกจากเรื่องทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรมจะได้ปรากฏใน Chivalric Code ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นอย่างเป็นรูปธรรมของหลักความได้สัดส่วนในปัจจุบันแล้ว Chivalric Code ยังได้วางพื้นฐานแนวคิดที่ส่งผลต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในประเด็นเรื่องหลักการการแบ่งแยกความแตกต่าง (The Principle of Distinction) ที่คู่สงครามจะต้องแบ่งแยกเป้าหมายทางการทหารกับเป้าหมายทางพลเรือนออกจากกัน รวมทั้งยังแทรกประเด็นเรื่องศีลธรรมอันดีต่อประชาชนผู้บริสุทธิ์อีกด้วย

2.1.2.3 ยุคหลังสงครามเวสต์ฟาเลีย

ในปี ค.ศ. 1648 ได้เกิดสนธิสัญญาสันติภาพเวสต์ฟาเลีย (The Peace of Westphalia)²² ซึ่งมีการกำหนดเรื่องความเป็นรัฐ (Statehood) ตามกฎหมายระหว่างประเทศสมัยใหม่²³ การให้ความสำคัญเรื่องหลักอธิปไตย (Sovereignty)²⁴ และหลักบูรณภาพแห่ง

20 ข้อมูลเมื่อวันที่ 28 พฤศจิกายน ค.ศ. 2013 [online] Available from :

<http://crusadinghistory.wikispaces.com/Chivalry+and+Just+War> [2013, November 28]

21 Chivalric Code คือ ประมวลที่ว่าด้วยการกระทำสงคราม คุณลักษณะ รวมถึงการกำหนดสิทธิและหน้าที่ที่บรรดาอัศวินในยุคกลางควรที่จะปฏิบัติตาม หรือที่เรียกว่าเป็น Code of Conduct โดย Chivalric Code ถือกำเนิดขึ้นมาจากประเพณีของเยอรมันและถูกคริสตศาสนจักรนำมาใช้ในเชิงอุดมคติและคำสอน ทั้งนี้ Chivalric Codeได้มีการพัฒนาครั้งแรกในกลุ่มทหารม้าของพระเจ้าชาร์เลอมาญ (Charlemagne) และเมื่อได้พิจารณาถึงที่มาของคำว่า Chivalry แล้ว ตามภาษาฝรั่งเศสหมายถึง "ทหารม้า" (Chevalerie) ซึ่ง Chivalric Code ได้ถูกยอมรับว่าเป็น Aristocratic Warrior Code โดยหลักพื้นฐานการปฏิบัติที่ระบุไว้ ได้มีการกล่าวให้บรรดาอัศวินได้ยึดถือระบบศีลธรรมในการคุ้มครองบุคคลที่ไม่สามารถปกป้องตัวเองได้ ไม่ว่าจะเป็นในยามปกติหรือในยามสงคราม เช่น หญิงหม้าย เด็ก ผู้สูงอายุ เป็นต้น ซึ่งนอกจากเรื่องศีลธรรมแล้ว ประมวลนี้ยังได้ระบุถึงการที่บรรดาอัศวินต้องรักศักดิ์ศรี มีคุณธรรม มีความกล้าหาญ รักษาความยุติธรรม ดำรงตนอยู่ในกฎระเบียบ ซื่อสัตย์ต่อเจ้านายของตน และดำรงไว้ซึ่งผลประโยชน์ของสังคม (Léon Gutier. *Chivalry* (translated by Henry Frith). London George Routledge and Son Limited. (1891). p. 1-23

22 Dr. Daud Hassan. *The Rise of Territorial State and the Treaty of Westphalia*. Yearbook of New Zealand Jurisprudence. Volumn 9. (2006). p. 64-65

23 Dr Michael Vaughan. *After Westphalia, Wither the Nation State, Its People and Its Governmental Institution?*. A Paper For Presentation At The International Studies Association Asia-Pacific Regional Conference. (2011). p. 8-10

ดินแดน (The Principle of Territorial Integrity)²⁵ ซึ่งก่อให้เกิดคำถามสำคัญที่ส่งผลต่อแนวความคิดเดิมที่ว่า การทำสงครามซึ่งเป็นการกระทำที่เคยชอบด้วยกฎหมายตามทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรม สมควรจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายต่อไปหรือไม่ ทั้งนี้ เมื่อเกิดแนวคิดเรื่องความเป็นรัฐขึ้น รัฐทุกรัฐมีสถานะและอธิปไตยเท่าเทียมกัน²⁶ รัฐต้องเคารพอธิปไตยซึ่งกันและกัน โดยแนวคิดดังกล่าวได้สะท้อนออกมาในกฎหมายระหว่างประเทศปัจจุบัน โดยเฉพาะในข้อที่ 2(4) ของกฎบัตรสหประชาชาติ²⁷ ซึ่ง Lassa F.L. Oppenheim ได้ให้ความเห็นว่าข้อ 2(4) ของกฎบัตรสหประชาชาติมีความผูกพันเด็ดขาด (Absolute)²⁸ บรรดารัฐทั้งหลายต้องปฏิบัติตาม ดังนั้น เมื่อย้อนกลับไปช่วงหลังสงครามเวสต์ฟาเลียจะสังเกตได้ว่า รัฐใดรัฐหนึ่งไม่สามารถที่จะโจมตีรัฐอื่นหรือทำสงครามกับรัฐอื่นตามอำเภอใจและไม่สามารถอ้างความจำเป็นตามพระประสงค์ของพระเจ้าดังที่เคยปรากฏในยุคสมัยก่อนหน้า

จากเหตุผลข้างต้น ทำให้แนวคิดเรื่องทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรมได้ถูกลดความสำคัญตามลำดับ จนกระทั่งถึงช่วงศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นช่วงที่ทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรมได้สิ้นสุดลง วิธีการทำสงครามและสิทธิของผู้ทำสงครามได้ถูกจำกัด เนื่องจากบรรดาประชาชาติได้เล็งเห็นถึงผลลัพธ์ของการทำสงครามที่ส่งผลต่อพลเรือนในระดับที่รุนแรงมากขึ้น โดยข้อที่ 15 ของประมวลกฎหมายลิวเบอร์ ค.ศ. 1863 (The 1863 Lieber Code)²⁹ ซึ่งได้ระบุในลักษณะที่ว่า มาตรการต่างๆในการทำสงครามเพื่อที่จะให้เป็นไปตามหลักความจำเป็นทางทหารต้องเป็นมาตรการที่มีความจำเป็นจริงๆเท่านั้น โดยมีวัตถุประสงค์ให้ฝ่ายตรงข้ามสิ้นศักยภาพ (Capacity) ในการต่อสู้ อันจะนำไปสู่การยุติสงคราม อีกทั้ง วิธีการในการทำสงครามต้องเป็นวิธี

24 Jackson Nyamuya Maokoto. Transforming Westphalian Sovereignty: Human Rights and International Justice As a Transitional Crucible. (2005). p. 15

25 Mark W. Zacher. The Territorial Integrity Norm: International Boundaries and the Use of Force. International Organization 55, 2, Spring. The IO Foundation and the Massachusetts Institute of Technology. (2001). p. 246

26 Willaim Slommanson. Fundamental Perspectives on International Law. (6th Edition International Edition). Wadsworth Cengage Learning. (2011). p. 46-48

27 Article 2(4) of the Charter of the United Nations :

“All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.”

28 H. Lauterpacht, Oppenheim's International Law, Vol. II (7th edn. London: Longmans, 1952), p. 154

29 Francis Lieber, U.S. War Department, General Orders No. 100: Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (April 24, 1863)

ที่ชอบด้วยกฎหมายในช่วงเวลานั้นและต้องสอดคล้องกับหลักธรรมเนียมปฏิบัติในการทำสงคราม³⁰ ซึ่งจากตัวบทกฎหมายลิเบเบอ์ข้างต้น ส่งผลให้แนวคิดเรื่องหลักความได้สัดส่วนได้ถูกระบุอย่างชัดแจ้งภายใต้กรอบแนวคิดเรื่องความจำเป็นทางทหาร (Military Necessity) ในเวลาต่อมา หลักดังกล่าวได้ ปรากฏในปฏิญญากรุงเซนต์ปีเตอร์สเบิร์ก ค.ศ. 1868 (The 1868 St. Petersburg Declaration) ซึ่งกำหนดให้คู่สงครามสามารถโจมตีเป้าหมายทางการทหารเท่าที่เฉพาะจำเป็นและต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อทำให้กำลังทางทหารของฝ่ายตรงข้ามมีศักยภาพในการสู้รบน้อยที่สุดเท่านั้น³¹

ทั้งนี้ การโจมตีจะเกินขอบเขตหากรัฐผู้โจมตีได้ใช้อาวุธในปริมาณที่มากเกินไปเกินกว่าเหตุ โดยการใช้อาวุธดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดผลประโยชน์ทางการทหาร หรือก่อให้เกิดผลประโยชน์ทางการทหารที่มากเกินไปเมื่อเทียบกับความเสียหายและความทุกข์ทรมานอันเกินควรทั้งต่อพลรบและพลเรือนของฝ่ายผู้ถูกโจมตี³² โดยปฏิญญากรุงเซนต์ปีเตอร์สเบิร์กปี ค.ศ. 1868ถือว่าเป็นกฎหมายฉบับแรกที่ได้มีการระบุเรื่องการจำกัดสิทธิในการโจมตีอันเกี่ยวกับการก่อให้เกิดความเสียหายและทุกข์ทรมานไว้ นอกจากนี้ ยังมีการกำหนดกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการใช้อาวุธประเภทใหม่ที่ถูกคิดค้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมและจำกัดกรอบการใช้อาวุธดังกล่าวเพื่อการโจมตีหรือการสู้รบในสงคราม ทั้งนี้ได้ปรากฏกฎเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวเป็นจำนวนมาก ซึ่งล้วนแล้วแต่ได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายลิเบเบอ์และอิทธิพลจากปฏิญญากรุงเซนต์ปีเตอร์สเบิร์ก ค.ศ. 1868 เช่น ปฏิญญากรุงเฮกฉบับที่ 3 ว่าด้วยลูกปืนระเบิด ค.ศ. 1899 (The Declaration (IV,3) concerning Expanding Bullets. The Hague, 29 July 1899) หรือ อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 (Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague. 18 October 1907 เป็นต้น

30 Article 14 of the 1863 Lieber Code :

“Military necessity, as understood by modern civilized nations, consists in the necessity of those measures which are indispensable for securing the ends of the war, and which are lawful according to the modern law and usages of war.”

31 St. Petersburg Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 grammes Weight, Dec. 11, 1868, 138 Consol. TS 297 (1868-69)

32 St. Petersburg Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 grammes Weight, Dec. 11, 1868, 1 AJIL Supp. 95 (1907)

2.1.2.4 ยุคสงครามโลกครั้งที่ 1 – ก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2

ภายหลังจากที่มีกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ เช่น ปฏิญญากรุงเฮกปีเตอร์เบิร์ก ค.ศ. 1868 ปฏิญญากรุงเฮก ค.ศ. 1899 หรือ อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 เป็นต้น ซึ่งให้ความสำคัญต่อหลักความได้สัดส่วน โดยเฉพาะหลักความได้สัดส่วนกับการจำกัดวิธีการในการทำสงคราม (Methods of warfare) อย่างไรก็ตาม เทคโนโลยีในการผลิตอาวุธยุทโธปกรณ์และวิธีการทำสงครามก็ได้ถูกพัฒนาตามช่วงเวลา มีการพัฒนาทางด้านยุทธวิธีในการทำสงครามให้รวดเร็วขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการโจมตีทางอากาศ (Aerial bombardment) ซึ่งการโจมตีทางอากาศแทบไม่สามารถจำกัดเป้าหมายและผลกระทบของการโจมตีได้ เป็นการโจมตีที่ส่งผลกระทบต่อระยะกว้าง ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากปัจจัยข้างต้นแล้ว จึงเกิดคำถามที่ว่า จะทำอย่างไรที่จะสามารถปรับใช้รูปแบบการโจมตีที่ถูกพัฒนาขึ้น โดยไม่ละเมิดหลักความแบ่งแยกความแตกต่าง (Principle of distinction) ที่เป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และจะอย่างไรหากมีความจำเป็นทางทหารแล้ว จะสามารถโจมตีเป้าหมายทางทหาร โดยผลของการโจมตีดังกล่าวมีความสมดุลกับความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อชีวิตและทรัพย์สินของพลเรือน

ถึงแม้ข้อที่ 25, 26 และ 27 ของอนุสัญญากรุงเฮกฉบับที่ 4 (The Hague Convention No. IV) ได้มีการกำหนดเรื่องการโจมตีเป้าหมายโดยระเบิด³³ การอนุญาตให้เจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องเข้ามาควบคุมการใช้ยุทธวิธีทางระเบิด³⁴ ตลอดจนมาตรการรองรับการโจมตีโดยใช้ระเบิดที่มีต่อสถานที่ที่มีความสำคัญ เช่น ศาสนสถาน โรงพยาบาล สถานที่เพื่อสาธารณกุศล พิพิธภัณฑสถาน เป็นต้น³⁵ แต่บทบัญญัติทั้งหมดนี้ก็ไม่ได้ช่วยลดความเสียหายแต่อย่างใด

33 Article 25 to the 1907 Hague Convention No. IV

: “The attack or bombardment, by whatever means, of towns, villages, dwellings, or buildings which are undefended is prohibited.”

34 Article 26 to the 1907 Hague Convention No. IV

: “The officer in command of an attacking force must, before commencing a bombardment, except in cases of assault of assault, do all in his power to warn the authorities.”

35 Article 27 to the 1907 Hague Convention No. IV

: “In sieges and bombardments all necessary steps must be taken to spare, as far as possible, buildings dedicated to religion, art, science, or charitable purposes, historic monuments, hospitals, and places where the sick and wounded are collected, provided they are not being used at the time for military purpose.

It is the duty of the besieged to indicate the presence of such buildings or places by distinctive and visible signs, which shall be notified to the enemy beforehand.”

โดยเฉพาะเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่ 1 ที่มียอดผู้เสียชีวิตทั้งพลรบและพลเรือนประมาณ 13-15 ล้านคน³⁶ ซึ่งถือเป็นจำนวนที่สูงมาก อย่างไรก็ตาม เหตุการณ์ที่มียอดผู้เสียชีวิตเป็นจำนวนมากกลับไม่ได้หยุดอยู่เพียงแค่สงครามโลกครั้งที่หนึ่งเท่านั้น หากแต่ปรากฏการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในประเทศอาร์เมเนีย (The Armenian Genocide in 1915)³⁷ สงครามกลางเมืองในรัสเซีย (The Russian Civil War between 1917 to 1920) ความขัดแย้งระหว่างรัสเซียกับโปแลนด์³⁸ ซึ่งเป็นความขัดแย้งที่เกิดในช่วงท้ายของสงครามกลางเมืองรัสเซีย โดยทั้งสองเหตุการณ์มียอดผู้เสียชีวิตกว่า 12.5 ล้านคน³⁹ การปฏิวัติในเม็กซิโก (The Mexican Revolution between 1909 to 1916) ยอดผู้เสียชีวิตประมาณ 1 ล้านคน รวมถึง สงครามกลางเมืองในสเปน (The Spanish Civil War between 1936 to 1939) โดยมียอดผู้เสียชีวิตประมาณ 600,000 คน⁴⁰

อย่างไรก็ตาม แม้จะปรากฏกฎหมายมาจำกัดหรือตีกรอบการกระทำใดๆ ในสงคราม แต่ก็ไม่ส่งผลให้ยอดผู้เสียชีวิตไม่ว่าจะเป็นที่พลรบและพลเรือนลดน้อยลงแต่อย่างใด แนวคิดเรื่องหลักความได้สัดส่วนจึงถูกนำมาประกอบให้เป็นรูปธรรม กฎหมายฉบับใหม่ๆ ได้มีการแทรกแนวคิดเรื่องหลักความได้สัดส่วนที่ชัดเจนขึ้นมากกว่ากฎหมายฉบับก่อนๆ มีการกำหนดแผนการจัดงานและการวางยุทธศาสตร์ทางการทหารที่จำเป็นโดยต้องพิจารณาถึงหลักความได้สัดส่วนซึ่งนำไปสู่การร่างกฎแห่งกรุงเฮกสำหรับสงครามทางอากาศ ในปี ค.ศ. 1923 (The Hague Rules of Air Warfare) เนื้อหาสาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้คือการสร้างรากฐานแนวคิดเรื่องความพยายามแก้ปัญหาการโจมตีโดยระเบิดที่ไม่แบ่งแยก (Indiscriminate bombardment) แม้ว่าจะไม่มีรัฐใดให้สัตยาบันร่างกฎหมายฉบับนี้ แต่ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวถือเป็นร่างกฎหมายฉบับแรกที่บรรดารัฐต่างๆ ได้ร่วมมือและออกกฎหมายเฉพาะ (Lex Specialis) เรื่องหลักความได้สัดส่วนขึ้นมา นอกจากนี้ ในปี 1933 James M. Spaight ผู้เชี่ยวชาญเรื่องการโจมตีทางอากาศได้กล่าวว่า หากการโจมตีทางอากาศเกิดขึ้นในบริเวณที่มีประชาชนอาศัยอยู่หนาแน่น หรือเป็นการโจมตีที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างรุนแรงต่อชีวิตของผู้ที่ไม่ใช่พลรบ⁴¹ ถือว่าเป็นการโจมตีที่ไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน ซึ่งความคิดเห็น

36 Milton Leitenberg. Deaths in Wars and Conflicts in the 20th Century. Cornell University. Peace Study Program. (2006). p. 9

37 Adam Jones. Case Study : The Armenian Genocide 1915-1917. Genocide Watch. (2002). p. 1-9.

38 David R. Stone. Russian Civil War (1917-1920). The Encyclopedia of War (1st Edition). Blackwell Publishing Limited. (2012).p. 1-8

39 Supra 43.

40 Ibid.

41 J.M. Spaight. Air Power and War Rights 210 (Second Edition). (1933)

ของ James M. Spaight ถือเป็นความคิดสำคัญที่ทำให้บรรดานักกฎหมายระหว่างประเทศในระยะเวลาต่อมาพยายามนำหลักความได้สัดส่วนเข้ามามีบทบาทในการพิจารณาในการทำสงคราม ตลอดจนการนำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นปัจจัยในการคำนวณถึงวิธีการและผลลัพธ์ของการทำสงครามที่มากขึ้น

อนึ่ง ช่วงเวลานี้ได้มีการนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ในศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นครั้งแรกในคดี Naulilaa⁴² โดยศาลอนุญาโตตุลาการได้มีคำสั่งชี้ขาด (Awards) ในปี ค.ศ. 1928 ประเด็นมีอยู่ว่า โปรตุเกสได้ยื่นฟ้องเยอรมนีต่อศาลอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาแวร์ซายส์ (The Treaty of Versailles) เพื่อเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดจากการโจมตีของทหารเยอรมันในประเทศแองโกลา (Angola) ซึ่งเป็นดินแดนอาณานิคมของโปรตุเกส โดยเหตุการณ์ได้เกิดขึ้นระหว่างเดือนตุลาคมถึงเดือนธันวาคมในปีค.ศ. 1914 โดยกองกำลังเยอรมนีได้โจมตีป้อมปราการของโปรตุเกส รวมทั้งได้สังหารบุคคลเป็นจำนวนมาก (A substantial number of people) ฝ่ายเยอรมนีได้อ้างว่าการกระทำดังกล่าวของเยอรมนีเป็นการตอบโต้ (Reprisal) เนื่องจากเหตุการณ์ก่อนหน้าได้มีเจ้าหน้าที่เยอรมัน 3 นายถูกสังหารภายหลังที่เจ้าหน้าที่ดังกล่าวได้ข้ามดินแดนเข้ามาที่เมืองนอลิลาร์ (Naulilaa) ในประเทศแองโกลา⁴³ โดยคำตัดสินชี้ขาดของศาลอนุญาโตตุลาการได้กล่าวว่า "แม้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศจะไม่ได้ระบุในประเด็นเรื่องการตอบโต้ว่าจะต้องได้สัดส่วนกับการโจมตีก่อนหน้า (Offense) แต่ก็มีปัจจัยที่ต้องพิจารณาว่า หากการตอบโต้ดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ได้สัดส่วนโดยทั้งหมด (Wholly disproportionate) กับการกระทำที่ทำให้การตอบโต้ดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายเกินกำหนด (Excessive) ถือเป็นกรกระทำที่ผิดกฎหมาย (Illegal)"⁴⁴ ซึ่งจากข้อเท็จจริง สามารถเห็นได้ถึงความไม่ได้สัดส่วนอย่างชัดเจนระหว่างเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นที่เมืองนอลิลาร์ กับการตอบโต้ทั้ง 6 ครั้งของเยอรมนี ดังนั้น การกระทำของเยอรมนีจึงเป็นการกระทำที่ไม่ได้สัดส่วน ซึ่งคดีนี้ถือเป็นจุดเปลี่ยนสำคัญที่ทำให้บรรดาศาลต่างๆ ได้เริ่มนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้อย่างจริงจังและเป็นรูปธรรมมากขึ้น

42 Naulilaa Arbitration Award (Portugal v. Germany), 2R. Int'l Arb. Awards (1949), 1011 ff.

43 Grog Nolte. Thin or Thick? The Principle of Proportionality and International humanitarian Law. The Berkeley Electronic Press. 2010. p. 249

44 แปลจากภาษาอังกฤษ : "Even if it would be considered that international law did not require that a reprisal would have to be proportionate to the offense, one would surely have to consider such reprisals which are wholly disproportionate with the act which gave rise to them as being excessive and illegal."

2.1.2.5 ยุคหลังสงครามโลกครั้งที่ 2

ในช่วงสมัยที่ผ่านมา ผู้ร่างกฎหมายพยายามนำเรื่องหลักความได้สัดส่วนมาบรรจุในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำสงคราม แต่แนวคิดของหลักความได้สัดส่วนก็ยังไม่ได้ถูกระบุอย่างชัดเจน จนกระทั่งเกิดพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 (The 1977 Protocol I)⁴⁵ ดังที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้นว่ายังพอปรากฏในข้อกฎหมายก่อนหน้านี้ที่มีการกล่าวถึงเรื่องความได้สัดส่วนอยู่บ้าง เช่น ปฏิญญารุงเซนต์ปีเตอร์สเบิร์ก (The 1868 St. Petersburg Declaration) ที่รัฐทั้งหมด 16 รัฐได้ตกลงร่วมกันห้ามใช้อุปกรณ์ รวมถึงกระสุนบางประเภทที่ก่อให้เกิดความเสียหายเกินความจำเป็นในการทำสงคราม⁴⁶ และ ที่สำคัญคือการเน้นย้ำให้รัฐผู้โจมตีทำให้ฝ่ายตรงข้ามอ่อนกำลังทางด้านทางทหารโดยให้เกิดความสูญเสียทางทหารเท่าที่เฉพาะที่จำเป็น⁴⁷ หรือที่ปรากฏในข้อที่ 24 (4) ของ The 1923 Hague Air Rules⁴⁸ ที่ระบุเรื่องการโจมตีเกินความจำเป็นและก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมากต่อบุคคลที่ไม่ใช่พลรบ

อย่างไรก็ตาม ได้เกิดเหตุการณ์ความสูญเสียทั้งต่อพลรบและพลเรือนเป็นจำนวนมากที่สุดเท่าที่เคยปรากฏในประวัติศาสตร์โลก คือการเกิดสงครามโลกครั้งที่สอง (The Second World War)⁴⁹ ซึ่งมียอดผู้เสียชีวิตกว่า 65 – 75 ล้านคน⁵⁰ และคงหลีกเลี่ยงไม่ได้ว่าสาเหตุหนึ่งเกิดจากหลักความได้สัดส่วนไม่ได้มีบทบาทที่เด่นชัดในการจำกัดการทำสงคราม ประกอบกับหลักมนุษยธรรมถูกละเลย ความจำเป็นทางทหารยังคงถูกให้ความสำคัญเป็นอันดับแรก อีกทั้งยังมีการพัฒนาเรื่องอาวุธ รูปแบบการทำสงคราม รวมถึง วิธีการทำสงคราม โดยเฉพาะการคิดค้นระเบิดนิวเคลียร์ซึ่งเป็นการโจมตีทางอากาศที่กระจายวงกว้าง ไม่จำกัด

45 Lieutenant Colonel William J. Fenrick. The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare. (1982). p. 95

46 Thomas M. Franck. On Proportionality of Countermeasures in International Law. p. 723

47 St. Petersburg Declaration Renouncing the Use, in Times of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight, Nov. 29/Dec. 11, 1868, 1 AJIL Supp. 95 (1907)

48 Article 24(4) to the 1923 Hague Air Rules :

“[T]he bombardments of cities, towns, and villages, dwellings or building is legitimate provided there exists a reasonable presumption that the military concentration is sufficiently important to justify such bombardment, having regard to the danger thus caused to the civilian population.”

49 Donald J. Bacon. Second World War Deception : Lessons Learned for Today's Joint Planner. Air Command and Staff College Wright Flyer Paper No. 5. (1998). p. 1-3

50 Supra 43

เป้าหมาย และมีระดับความรุนแรงมากที่สุดเท่าที่เคยปรากฏ ด้วยเหตุผลดังกล่าว ทำให้มีการตระหนักถึงความสำคัญต่อหลักความได้สัดส่วนที่มากขึ้น และ ยังเป็นเนื้องานของคำตอบที่ว่า การทำสงครามไม่ใช่สิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายอีกต่อไป ดังนั้น ความสำคัญของการคุ้มครองพลเรือนและพลเรือนในภาวะการเกิดสงคราม จึงนำไปสู่การเกิดอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1949 ทั้ง 4 ฉบับ (The 1949 Geneva Conventions)⁵¹ โดยอนุสัญญาดังกล่าวได้เข้ามาอธิบายรายละเอียดในเรื่องการดูแลรักษาทหารผู้บาดเจ็บและเจ็บป่วยในสนามรบ การพิทักษ์ผู้เป็นเหยื่อของสงครามในทะเล การดูแลเชลยสงคราม และการคุ้มครองพลเรือนในสภาวะสงคราม⁵² พร้อมทั้งได้มีการปรากฏหลักความได้สัดส่วนอย่างชัดเจนในข้อที่ 51(5)(b)⁵³ ข้อที่ 85(3)(b)⁵⁴ ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 รวมถึงการปรากฏของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายฉบับอื่นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ยกตัวอย่างเช่น ข้อที่ 3(3)(c)⁵⁵ ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ของอนุสัญญาห้ามอาวุธตามแบบบางชนิดที่ก่อให้เกิดการบาดเจ็บ

51 อนุสัญญากรุงเจนีวา ปี 1949 มีทั้งหมด 4 ฉบับดังต่อไปนี้ :

1. The 1949 Geneva Convention I for the Amelioration of the Condition of Wounded and Sick in Armed Forces in the Field
2. The 1949 Geneva Convention II for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea
3. The 1949 Geneva Convention III Relative to the Treatment of Prisoners of War
4. The 1949 Geneva Convention IV Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War.

52 American Red Cross. Summary of the Geneva Conventions 1949 and their Additional Protocols : International Humanitarian Law. (2011). p. 1-5

53 Article 51(5)(b) of the 1977 Protocol I to the 1949 Geneva Convention prohibits “an attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated.”

54 Article 85(3)(b) of the 1977 Protocol I to the 1949 Geneva Convention:

“launching an indiscriminate attack affecting the civilian population or civilian objects in the knowledge that such attack will cause excessive loss of life, injury to civilians or damage to civilian objects is a grave breach.”

55 Article 3(3)(c) of the 1980 Protocol II to the CCW prohibits

“any placement of mines, booby traps and other devices which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof , which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated.”

ร้ายแรงเกินความจำเป็นหรือก่อให้เกิดโดยไม่จำกัดเป้าหมาย (The 1980 Convention on Certain Conventional Weapons – CCW) หรือข้อที่ 8(2)(b)(iv) ของธรรมนูญกรุงโรมปีค.ศ. 1998 (The 1998 Rome Statute of the International Criminal Court) เป็นต้น ซึ่งในบรรดาบทบัญญัติที่ได้ถือกำเนิดมาในช่วงนี้ มีการนำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหนึ่งในปัจจัยสำคัญในการพิจารณาว่ารัฐใดรัฐหนึ่งจะทำการโจมตีรัฐคู่พิพาท มีการนำปัจจัยดั้งเดิม ได้แก่ ปัจจัยทางการทหาร มาพิจารณาควบคู่กับหลักความได้สัดส่วน โดยคำนึงถึงผลกระทบข้างเคียงต่อชีวิตและทรัพย์สินของพลเรือนอย่างเกินความจำเป็นซึ่งไม่ได้สมดุลกับผลประโยชน์ทางการทหารที่จะได้รับ โดยในการระบุกฎหมายนี้เป็นไปในแนวทางปฏิบัติเชิงระหว่างประเทศ ซึ่งบรรดารัฐต่างๆ ได้ยอมรับและนำไปปฏิบัติเพื่อให้สอดคล้องกับนโยบายภายในของรัฐตน ตัวอย่างเช่น ประเทศเยอรมัน⁵⁶ ประเทศฮังการี⁵⁷ ประเทศออสเตรเลีย⁵⁸ ประเทศฝรั่งเศส⁵⁹ และ ประเทศสหรัฐอเมริกา⁶⁰ เป็นต้น

2.1.2.6 ยุคหลังสงครามเย็น

ในยุคหลังสงครามเย็นเป็นยุคที่มีความตื่นตัวและเป็นยุคที่ให้ความสำคัญกับความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันของมนุษย์มากยิ่งขึ้น ได้มีการรื้อฟื้นทฤษฎีและแนวปฏิบัติในกฎหมายระหว่างประเทศมาพัฒนาและปรับใช้เพื่อให้เข้ากับช่วงเวลา หนึ่งในนั้นคือแนวคิดเรื่องทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรมสมัยใหม่ (Modern Just War Theory)⁶¹ ที่กล่าวว่าทฤษฎีนี้ประกอบไปด้วยหลักการ 2 หลักการ ได้แก่ 1) หลักสัดส่วนในวิธีการทางทหาร (Proportionality of a military means) และ 2) หลักแบ่งแยกความแตกต่าง (Discrimination) โดยในแนวคิดใหม่นี้ให้ความสำคัญกับการควบคุมเรื่องความประพฤตินในการทำสงครามเป็นหลัก (Conducts of War) การเข้าถึงองค์ประกอบของการดำเนินการใดๆ ของพลรบ ประกอบกับเรื่องหลักสัดส่วนในวิธีการทางทหารยังรวมถึงการพิจารณาสัดส่วนความเสียหาย ภาพรวมในท้ายที่สุด วิธีการ ตลอดจนผลกระทบต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ ความประพฤตินี้เกี่ยวกับการทำสงครามนั้นเป็นเรื่องกลยุทธ์และยุทธศาสตร์ซึ่งหมายถึงความได้สัดส่วนระหว่าง

56 Germany, Military Manual (1992), paragraph 509. อ้างโดย Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law (Volume II), Cambridge (2005), p. 301

57 Hungary, Military Manual (1992). p. 62. Ibid

58 Australia, Defence Force Manual (1994), paragraph 535. อ้างโดย Ibid, p. 299

59 France's LOAC Manual (2001), pp. 13-14. Ibid. p. 301

60 US, Air Force Pamphlet (1976). paragraph 1-3(a). Ibid. p. 304

61 Ibid. p. 281-284

วิธีการทางทหารต่อผลลัพธ์ทางทหารในตอนท้าย อนึ่ง การพิจารณาถึงคำว่า "ความได้สัดส่วนของวิธีการทางทหาร" (The Proportionality of a military means) ต้องพิจารณาถึงประเด็นเรื่องของการให้คำจำกัดความของคำว่า "ความจำเป็นทางทหาร" (Military necessity) ซึ่งทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรมสมัยใหม่ได้กล่าวว่า วิธีการทางทหารที่ใช้จะต้องมีความสัมพันธ์กันอย่างสมเหตุสมผลกับผลลัพธ์ทางการทหารที่เกิดขึ้นจากการโจมตี⁶² นอกจากนี้ในบริบททางการทหารแล้ว การกระทำของทหารยังต้องสอดคล้อง และได้สัดส่วนกับกับบริบททางการเมืองและศีลธรรมซึ่งเป็นสิ่งท้ายสุดของการทำสงคราม เพราะฉะนั้น การที่ผู้บัญชาการจะออกคำสั่งอะไร ผู้บัญชาการจะต้องใช้มาตรการอันหนึ่งอันใดที่เข้ามาเพื่อให้มั่นใจได้ว่าวิธีการทางทหารนั้นได้อยู่ในระดับที่สามารถปฏิบัติการได้ และก่อให้เกิดผลกระทบข้างเคียงต่อพลเรือนในระดับที่น้อยที่สุด

สำหรับคำว่า "Discrimination" หรือ "หลักแบ่งแยกความแตกต่าง" ในทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรมสมัยใหม่ หมายถึง "การคุ้มกันบุคคลที่ไม่ใช่พลรบ" (Noncombatant immunity) เป็นการแยกบุคคลใดๆที่ไม่ใช่พลรบออกจากเป้าประสงค์ในการโจมตี อย่างไรก็ตาม การให้ความหมายดังกล่าวเป็นการวางกรอบอย่างกว้างๆเท่านั้น ทั้งนี้ แนวคิดเรื่องสงครามที่เป็นธรรมสมัยใหม่ (The Modern Just War theory) ได้ถูกนำมาประกอบการพิจารณาอย่างจริงจังในสถานการณ์สงครามอ่าวเปอร์เซีย (The Gulf War) ซึ่งเกิดขึ้นในช่วงปีค.ศ. 1991 – ค.ศ. 1992 และในสถานการณ์การสู้รบในปาเลสไตน์ (Palestinian Liberalized Organization) หรือที่เรียกว่าสงครามกาซ่าในช่วงปีค.ศ. 2008 – ค.ศ. 2009 ซึ่งเป็นการโจมตีทางอากาศครั้งใหญ่ของประเทศอิสราเอล โดยปาเลสไตน์ได้ประณามการกระทำดังกล่าว พร้อมเรียกร้องประชาคมระหว่างประเทศเข้าแทรกแซง อย่างไรก็ตาม ในสถานการณ์ทั้งหมดข้างต้นก็ไม่ได้ปรากฏการปรับใช้แนวคิดเรื่องสงครามที่เป็นธรรมสมัยใหม่ในเชิงปฏิบัติเป็นรูปธรรมแต่อย่างใด เป็นเพียงแนวคิดที่ถูกเสนอขึ้นมาโดยนักวิชาการและนักกฎหมายระหว่างประเทศที่พยายามแสดงให้เห็นถึงการปรับเปลี่ยนแนวคิดเรื่องสงครามที่เป็นธรรมเพื่อให้แนวคิดดังกล่าวเป็นพลวัตกับสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปเท่านั้น

2.1.3 แนวคิดและความหมายของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

มีนักกฎหมาย นักวิชาการ และนักปฏิบัติได้ออกมาให้ความหมายของคำว่า "หลักความได้สัดส่วน" (The Principle of Proportionality) โดยคำนิยามหรือความหมาย

62 Patrick Provost-Smith, *A Drone's Eye View : Global Anti-Terrorism And The Existential Crisis of Just War Theory*. JCRT 12.33 Spring. (2013). p. 85, 103

ดังกล่าวปรากฏในบริบทที่เหมือนกัน คล้ายคลึงกัน และ ในบางกรณี นักกฎหมายบางท่านได้ให้ความหมายที่ค่อนข้างแตกต่างกับความหมายที่ท่านอื่นได้ให้ไว้ก่อนหน้านี้ ตลอดจนมีการให้ความสำคัญต่อปัจจัยในการพิจารณาหลักความได้สัดส่วนที่ต่างกัน สาเหตุเนื่องจากว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการที่มีบริบทการปรับใช้ที่กว้างและหลากหลาย (Broad fields of application) ขึ้นอยู่กับว่าหลักความได้สัดส่วนนั้นจะถูกนำมาปรับใช้ในบริบทใด⁶³ เช่น การปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในเรื่องของการใช้กำลังทางทหาร (Use of force) การปรับใช้หลักความได้สัดส่วนกับเรื่องกฎหมายทะเล (Law on sea) การใช้หลักความได้สัดส่วนกับเรื่องกฎหมายสิทธิมนุษยชน (Human rights law) การปรับใช้หลักความได้สัดส่วนกับเรื่องกฎหมายสิ่งแวดล้อม (Environmental law) หรือ การปรับใช้หลักความได้สัดส่วนกับกฎหมายเศรษฐกิจ (Economic law) เป็นต้น

ในบางกรณีที่มีการใช้หลักความได้สัดส่วนในเรื่องเดียวกัน เช่น การปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในบริบทของการใช้กำลังทางทหาร (Use of force) นักกฎหมายระหว่างประเทศยังให้ความหมายที่ค่อนข้างแตกต่างกันในบางประเด็นด้วย จริงอยู่เมื่อได้พิจารณาตามประวัติศาสตร์ที่ผ่านมา คำนิยามหรือความหมายของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้ถูกระบุไว้ว่ามีพื้นฐานมาจากทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรม⁶⁴ (The

63 Daniel Thürer, *International humanitarian law : Theory, Practice, Context, Recueil des cours (Collected Courses of the Hague Academy of International Law)*, 1st ed. (Martinus Nijhoff Publishers, 2011), p. 72

64 ทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรม (Just war theory) หมายถึง "สงครามที่ไม่ขัดต่อศีลธรรม หรือแม้กระทั่งเป็นหน้าที่ทางศีลธรรม ซึ่งหากไม่ปฏิบัติแล้ว อาจก่อให้เกิดความเสียหาย โดยทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีพื้นฐานที่นำมาเป็นการพิจารณาเบื้องต้นของการทำสงคราม สำหรับนักวิชาการที่ศึกษาเกี่ยวกับสงครามที่เป็นธรรมส่วนใหญ่ยอมรับว่า บุคคลแรกที่บันทึกเกี่ยวกับวิธีการปฏิบัติทางศีลธรรมในการสงครามคือนักบุญออกัสติน โดยนักบุญออกัสตินให้ทรรศนะว่า สงครามที่เป็นธรรมเป็นความชั่วร้ายที่สุดทางกายภาพประการหนึ่งที่เกิดขึ้นในโลก แต่ที่ได้รับการยินยอมให้เกิดขึ้นอย่างชอบธรรมต่อเมื่อสอดคล้องกับบางสถานะ และเพื่อการปกป้อง (Fagothey, A. 1963: 453) แต่เมื่อใดก็ตาม ที่มีผู้ถูกคุกคามหรือเหยื่อผู้บริสุทธิ์ ต้องเปรียบเทียบกันระหว่างสิทธิของเหยื่อผู้บริสุทธิ์ กับสิทธิของผู้รุกราน ว่าสิทธิของฝ่ายใดจะมากกว่ากัน ซึ่งในกรณีนี้สิทธิของเหยื่อผู้บริสุทธิ์ย่อมเหนือกว่าผู้รุกราน โดยปราศจากความชอบธรรม จึงให้ทำสงครามตอบโต้ได้ แต่การใช้กำลังทางกายภาพจะต้องยุติธรรม กล่าวคือเป็นการป้องกันตัว ไม่ใช่การคุกคามหรือรุกราน อีกทั้งการทำสงครามนั้นจะต้องนำมาใช้โดยสถาบันที่มีอำนาจถูกต้องตามกฎหมาย" ซึ่งทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรมนี้มีความเกี่ยวข้องกันในสองส่วน คือ 1) Jus ad bellum และ 2) Jus in bello แต่ในประเด็นเรื่องหลักความได้สัดส่วนแล้วจะเกี่ยวข้องกับเรื่อง Jus in bello โดยเป็นหลักที่หมายถึงความเหมาะสมพอดีในการใช้กำลังในสงคราม ซึ่งประเทศหนึ่ง ๆ ควรจะใช้กำลังที่พอสมควรในการบรรลุถึงเป้าหมาย รวมถึงการตระหนักถึงเงื่อนไขในการใช้กำลังอาวุธเพียงเพื่อให้สงครามยุติลงเท่านั้น การใช้อาวุธร้ายแรงซึ่งมีอำนาจทำลายล้างสูง ถือเป็นการใช้กำลังที่ไม่ได้สัดส่วน" (คัดลอกมาจาก ... ดวงเด่น

Just war theory) ซึ่งเป็นการให้ความหมายอย่างกว้าง⁶⁵ โดยมีสาระสำคัญคือเรื่องของ ความสมดุล (Balance) ระหว่างความเสียหายที่ตนได้รับจากการถูกโจมตีก่อน กับ ความเสียหายของรัฐที่กำลังจะถูกตนโจมตีกลับ และตามแนวทฤษฎีของสงครามที่เป็นธรรมนี้ (The Just War Theory) สงครามเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้เมื่อมีเหตุผลทางศีลธรรมที่เพียงพอ (Morally justified)⁶⁶ หากรัฐใดรัฐหนึ่งที่เป็นคู่สงครามโจมตีรัฐคู่พิพาทโดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายในระดับที่สูงกว่าความเสียหายที่รัฐตนได้รับ⁶⁷ และผลข้างเคียงของการโจมตีต่อผู้บริสุทธิ์ไม่เกินขนาด (Excessive Damage)⁶⁸ ซึ่งจากคำนิยามข้างต้นก็ไม่ได้ก่อให้เกิดความชัดเจนต่อหลักความได้สัดส่วนในแนวปฏิบัติสักเท่าไร ความหมายของหลักความได้สัดส่วนได้ถูกเขียนขึ้นมาเพื่อเป็นการตีกรอบอย่างกว้างที่แสดงถึงการตอบโต้กับสิ่งที่รัฐตนได้ถูกกระทำในช่วงประวัติศาสตร์ยุคหนึ่งสมัยหนึ่งเท่านั้น⁶⁹ อย่างไรก็ตาม เมื่อได้พิจารณาด้วยทฤษฎีความหมายที่เกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วนตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในปัจจุบันแล้ว ก็ไม่ได้ปรากฏรายละเอียดของคำนิยามหรือความหมายของหลักความได้สัดส่วนที่ชัดเจนขึ้นแต่อย่างใด ดังนั้นคำถามจึงเกิดขึ้นว่า แท้จริงแล้วอะไรคือคำแนวคิดและความหมายของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยในหัวข้อนี้ จะศึกษาแนวคิดและความหมายของหลักความได้สัดส่วนตามที่นักกฎหมายระหว่างประเทศและนักวิชาการแต่ละท่านที่ได้ให้ไว้

2.1.3.1 Michael N. Schmitt⁷⁰

หลักความได้สัดส่วนตามแนวคิดของ Michael N. Schmitt เป็นแนวคิดที่มีพื้นฐานมาจากกฎข้อที่ 14 (Rule 14) ของ Rules of the Customary International Humanitarian Law (CIHL) ซึ่งเขียนโดย Jean-Marie Henckaerts และ Louise Doswald-

นุเรมรัมย์. ทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรม (Just War Theory). บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยมหิดล. ข้อมูลเมื่อวันที่ 18 มกราคม ค.ศ. 2014. [Online] Available from : <http://www.thaicadet.org/Ethics/JustWarTheory.html> [2014. January 18]

65 Maurice H. Keen, The Laws of War in the Late Middle Ages (1965)

66 Michael Lacey, Just War Theory. Routledge Taylor & Francis Group. p. 1

67 Bruce M. Russett. Proportionality in War. (1973). p. 42

68 Douglas J. Sylvester and Aaron X. Fellmeth. Targeting Decisions and Consequences for Civilians in the Colombian Civil Strife. (2010). p. 4

69 Michael Bohlander1 and Dawn L Rothe. Spock was wrong” – Global Student Views on Head-of-State and Regime Assassination as a Means of Avoiding Collateral Civilian Damage in Armed Conflicts. (2010). p. 2-3

70 Gregor Noll, Analogy at War: Proportionality, Equality and the Law of Targeting, p. 6

Beck โดยข้อ 14 ดังกล่าวได้ระบุว่า

“Launching an attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated, is prohibited.”⁷¹

ทั้งนี้ การโจมตีเป้าหมาย (Targeting) จะต้องเป็นการโจมตีต่อเป้าหมายทางทหาร (Military target) ที่มีวัตถุประสงค์การโจมตีโดยตรงต่อพลรบ (Combatant) หรือวัตถุอื่นใดอันเป็นประโยชน์โดยตรงต่อพลรบหรืออำนาจทางการทหารของฝ่ายตรงข้าม⁷² และ ต้องไม่เป็นการโจมตีต่อกลุ่มพลเรือนโดยตรง (Civilian)⁷³ ซึ่งการโจมตีดังกล่าวนี้ เป็นไปตามหลักการแบ่งแยกความแตกต่าง (The Principle of Distinction)⁷⁴ อันเป็นหลักพื้นฐานที่ถูกระบุไว้ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ สำหรับคำนิยามของหลักความได้สัดส่วนตาม Michael N. Schmitt เป็นไปในลักษณะที่ว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการที่จะเข้ามามีบทบาทเมื่อการโจมตีต่อพลรบหรือการโจมตีเป้าหมายทางทหารได้ส่งผลกระทบต่อพลเรือน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เมื่อหลักการแบ่งแยกความแตกต่าง (The Principle of Distinction) ได้ถูกนำมาปรับใช้เป็นขั้นตอนแรกในการแบ่งแยกเป้าหมายในการโจมตีแล้ว หลักความได้สัดส่วนก็จะเข้ามามีบทบาทเป็นขั้นตอนถัดมา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะควบคุมผลกระทบทางตรงที่มีต่อเป้าหมายทางทหาร รวมทั้ง ควบคุมผลกระทบข้างเคียงต่อชีวิตและทรัพย์สินของพลเรือน ทั้งนี้ก็เพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายในระดับที่มากเกินไปอันเกิดจากการโจมตีเป้าหมายทางการทหารนั้น⁷⁵

71 Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law (Volume 1), Cambridge (2005), Rule 14, p. 46.

72 Major Kenneth Alan Raby. Thesis : Bombardment of Land Targets – Military Necessity and Proportionality Interpellated. (1968). p. 29-30

73 Janina Dill, Policy Briefing. Applying the Principle of Proportionality in Combat Operations. (2010). Oxford Institute For Ethics, Law, And Armed Conflict. p. 3

74 Marco Sassoli. Legitimate Targets of Attacks Under International Humanitarian Law. International Humanitarian Law Research Initiative. (2003) p. 2-4

75 International Committee of the Red Cross and The Inter-Parliamentary Union. Respect for International Humanitarian Law. Handbook for Parliamentarians No. 1. (1999). p. 17

Michael N. Schmitt ได้ให้ข้อสังเกตว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่อนุญาตให้รัฐใดรัฐหนึ่ง สามารถโจมตีพลรบได้ โดยการกระทำดังกล่าวต้องเป็นไปตามที่หลักการแบ่งแยกความแตกต่าง (The Principle of Distinction) และหลักความจำเป็นทางทหาร (Military Necessity) โดยจะต้องเป็นการโจมตีที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายเกินขนาด (Excessive damage) ต่อวัตถุประสงค์ทางทหาร และจะต้องมีผลกระทบทางอ้อมต่อพลเรือนหรือทรัพย์สินของพลเรือนในระดับหนึ่งที่ยอมรับได้เท่านั้น⁷⁶ ประเด็นมีอยู่ว่า Michael N. Schmitt ไม่ได้กล่าวว่าแท้จริงแล้วอะไรคือความหมายของคำว่า "ความเสียหายระดับหนึ่งที่ยอมรับได้" แต่ได้ข้ามไปกล่าวถึงผลผูกพันของหลักความได้สัดส่วนว่า หลักความได้สัดส่วนสามารถมีผูกพันทั้งในระหว่างคู่กรณี (Inter Partes) หรือ อาจมีผลเป็นผูกพันเป็นการทั่วไป (Erga Omnes)⁷⁷

ภายใต้แนวคิดข้างต้น Michael N. Schmitt ได้เสริมว่าข้อ 14 ของ CIHL ค่อนข้างมีปัญหาในการปรับใช้ในทางปฏิบัติ เนื่องจากว่า จะต้องนำสิ่งใดหรือปัจจัยใดมาเป็นตัววัดหรือมาเป็นมาตรฐาน (Standard) ที่จะบ่งชี้ว่าการโจมตีใดถือว่าเป็นการโจมตีที่เกินความจำเป็น (Excessiveness) และ บ่งชี้ว่าอะไรคือความหมายของคำว่า "ระดับหนึ่งที่ยอมรับได้" ดังนั้น Michael N. Schmitt จึงมีความเห็นว่า บรรดารัฐต่างๆ ควรจะมีมาตรฐานร่วม (Common standard) ระหว่างกันเพื่อให้มีความเข้าใจในความหมายหลักพื้นฐานของความสมดุล เพราะ ถ้าไม่มีมาตรการร่วมนี้ก็จะไม่ปรากฏสิ่งใดหรือปัจจัยที่จะเข้ามาเป็นตัวกลางในการพิจารณาว่าการกระทำใดและการโจมตีใดเป็นการกระทำที่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน ตัวอย่างปัญหาที่เคยปรากฏ เช่น การขาดมาตรฐานร่วมกัน (Common Standard) ระหว่างโปแลนด์กับซีเรีย ณ ที่ประชุมทางการทูต (Diplomatic Conference) ในการพิจารณาพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977⁷⁸ ส่งผลให้ทั้งสองประเทศไม่สามารถหาข้อสรุปได้ว่าแท้จริงแล้วอะไรคือความหมายของคำว่าหลักความได้สัดส่วน สังเกตได้ว่าแนวคิดของ Michael N. Schmitt จะเน้นเรื่องการพิจารณาเรื่อง "วิธี" (Method) ในประเด็นเรื่องการสร้างมาตรฐานร่วมกัน เพื่อที่จะมาชี้ว่าการกระทำใดเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน เพราะฉะนั้น ตามแนวความคิดนี้ สิ่งที่จะมาแสดงหรือสิ่งที่จะมาบอกว่าอะไรคือความสมดุล (Balance) หรือบอกว่าอะไรคือความได้สัดส่วน (Proportionality) ก็คือการสร้าง "มาตรฐานร่วม (Common Standard)" ของบรรดารัฐต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง

76 Supra 70, p. 5

77 Ibid.

78 The position taken by Poland and Syria at the Diplomatic Conference, in CIHL Database, Practice on Rule 14, available at http://www.icrc.org/customary-ihl/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule14 (accessed on 31 December 2013)

2.1.3.2 Yoram Dinstein⁷⁹

Yoram Dinstein เห็นว่าหลักความได้สัดส่วน คือ หลักที่เข้ามามีบทบาทรองการคุ้มครองพลเรือนจากผลกระทบที่เกิดจากการโจมตีพลรบในสงครามหรือการขัดกันทางอาวุธ⁸⁰ โดย Yoram Dinstein ได้อธิบายว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการที่ต้องนำมาใช้อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เป็นหลักการหนึ่งที่มีความสำคัญอย่างมากต่อการพิจารณาหรือการตัดสินใจต่อการโจมตีในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ และยังเป็นหลักการที่เข้ามามีบทบาทต่อการพิจารณาถึงความเสียหายโดยรวมที่ส่งผลต่อพลเรือน (Whole Collateral Damage) ซึ่งประกอบไปด้วย ความสูญเสียหรือการได้รับบาดเจ็บต่อพลเรือน (Incidental Losses or injuries to civilians) ความเสียหายในทรัพย์สินของพลเรือน และ ความสูญเสียและความเสียหายทั้งในส่วนพลเรือนและทรัพย์สินของพลเรือน (A Combination Thereof) ทั้งนี้ Yoram Dinstein ได้เสนอความหมายของหลักความได้สัดส่วนโดยเน้นการพิจารณาที่ "ผลลัพธ์สุดท้ายของการโจมตี" (Outcome) กล่าวคือ การกระทำหรือการโจมตีใดๆจะเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนหรือไม่นั้น จำเป็นต้องไปพิจารณาที่ผลลัพธ์สุดท้ายของการโจมตีเป็นสำคัญ ซึ่งก็คือ การพิจารณาที่ความเสียหายโดยรวมต่อพลเรือนหรือทรัพย์สินของพลเรือนว่าจะต้องไม่เป็นความเสียหายโดยรวมที่เกินขนาด (Excessive Loss) อย่างไรก็ตาม Yoram Dinstein ไม่ได้มีการกล่าวถึงบรรทัดฐาน (Criteria) หรือมาตรฐาน (Standard) อันใดที่จะมาเป็นตัวกำหนดหรือชี้วัดความเสียหายโดยรวม (Outcome) ว่าเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศหรือไม่ หากแต่ให้อ้างอิงกับข้อเท็จจริงประกอบกับการพิจารณาปัจจัยและองค์ประกอบเฉพาะตามแต่สถานการณ์ และถึงแม้จะไม่สามารถที่จะระบุค่านิยมเฉพาะเจาะจงของหลักความได้สัดส่วนได้ ก็สามารถหาค่านิยมทั่วไปของหลักความได้สัดส่วนซึ่งสะท้อนอยู่ในพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ซึ่งเป็นหนึ่งในตัวบทกฎหมายสำคัญว่าด้วยเรื่องสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

จากแนวคิดข้างต้น สามารถสังเกตได้ว่าแนวความคิดของ Yoram Dinstein ค่อนข้างจะแตกต่างจากแนวความคิดของ Michael N. Schmitt ซึ่งเป็นแนวความคิดที่มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อหาวิธีการ (Method) ที่เป็นตัวกลางที่จะนำมาพิจารณาเพื่อหาความได้สัดส่วน เน้นการให้บรรดารัฐคู่พิพาทและสังคมประชาชาติร่วมกันสร้างมาตรฐานร่วมกัน (Common standard) ขึ้นมาก่อน แล้วค่อยนำมาตราฐานนี้มาเป็นตัวชี้วัดว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่ได้สัดส่วนหรือการกระทำใดเป็นการกระทำที่ไม่ได้สัดส่วน แต่แนวความคิดของ

79 Supra 68, p.7

80 Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflicts*, Cambridge, 2nd edition., (2010), p. 130

Yoram Dinstein คือ การเน้นย้ำในเรื่องการให้ความสำคัญของ "ผลลัพธ์ท้ายสุด" (Outcome) ของหลักความได้สัดส่วนว่า หากผลลัพธ์ที่เกิดจากการโจมตีเป้าหมายทางการทหารก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมากต่อพลเรือน ซึ่งผลจากความเสียหายดังกล่าวไม่สมดุลกับผลประโยชน์ที่จะได้รับจากการโจมตีเป้าหมายทางการทหารแล้ว ผลการโจมตีดังกล่าวก็ถือว่าไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน⁸¹ Yoram Dinstein ได้หยิบยกคำพูดของ Judge Rosalyn Higgins อดีตประธานศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (The international court of justice - ICJ) มาสนับสนุนแนวความคิดของตน ซึ่ง Judge Rosalyn Higgins ได้ให้ไว้ในความเห็นเชิงขัดแย้ง (Dissenting opinion) ต่อความเห็นของศาล (Advisory opinion) ในกรณี Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons⁸² ซึ่ง Judge Rosalyn Higgins ได้กล่าวไว้ว่า

“The Principle of proportionality, even if finding no specific mention, is reflected in many provisions of Additional Protocol I to the Geneva Convention of 1949. Thus even a legitimate target may not be attacked if the collateral civilian casualties would be disproportionate to the specific military gain from the attack.”⁸³

จากคำกล่าวข้างต้น Judge Rosalyn Higgins เห็นว่า จริงอยู่ที่กฎหมายอนุญาตให้สามารถรัฐคู่พิพาทสามารถโจมตีเป้าหมายทางการทหารหรือการโจมตีพลรบของฝ่ายตรงข้ามได้ ซึ่งไม่ได้เป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายแต่อย่างใด แต่การกระทำดังกล่าวจะผิดกฎหมายก็ต่อเมื่อการโจมตีเป้าหมายทางการทหารนั้นคาดว่าจะส่งผลกระทบหรือก่อให้เกิดส่งผลกระทบข้างเคียงและความเสียหายอย่าง ร้ายแรงต่อพลเรือน ทรัพย์สินของพลเรือน อาจเรียกได้ว่า ผลประโยชน์ที่ได้จากการโจมตีทางการทหาร กับความเสียหายต่อพลเรือน หรือต่อทรัพย์สินของพลเรือนที่ถูกโจมตี ไม่มีความสมดุลกัน⁸⁴ ซึ่งทั้ง Judge Rosalyn Higgins และ Yoram Dinstein ได้เน้นถึงการไปพิจารณาที่ผลลัพธ์ท้ายสุดเป็นสำคัญ ดังนั้น หลักความได้สัดส่วนตามแนวความคิดนี้ จะถือว่าเป็นหลักที่เข้ามาตีกรอบถึงจำนวนผลลัพธ์ท้ายสุดของการโจมตีในการสู้รบกันในสงครามหรือในสภาวะการขัดกันทางอาวุธตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ⁸⁵

81 Ibid. p. 129

82 Ibid.

83 Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, [1996] at 587.

84 Supra 80, p. 130-131

85 E. Rauch, Conduct of Combat and Risks Run by the Civilian Population. (1982), p. 66-67

2.1.3.3 Joseph Holland⁸⁶

หลักความได้สัดส่วนได้ถูกกล่าวว่าเป็นเพียงแต่หลักการที่ไม่มีความชัดเจน ไม่สามารถนำสามารถนำมาปรับใช้ในทางปฏิบัติได้⁸⁷ เป็นเพียงแค่ทฤษฎีในตำราเท่านั้น⁸⁸ ซึ่ง Joseph Holland ได้มีความเห็นโต้แย้งกับคำกล่าวข้างต้นที่กล่าวมา⁸⁹ โดยให้เหตุผลว่า จริงอยู่ที่หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไม่ได้มีการกำหนดหลักสถิติหรือสูตรทางคณิตศาสตร์เพื่อกำหนดว่าตัวเลขในระดับใดที่จะหมายถึงความเหมาะสม หรือความสมดุล (Balance) ระหว่างความสูญเสียที่คาดว่าจะเกิดต่อพลเรือนและความเสียหายต่อทรัพย์สินของพลเรือนกับผลประโยชน์ที่ได้จากการโจมตีเป้าหมายทางทหาร เว้นแต่จะมีอุปกรณ์ที่เรียกว่า "Proportionometer"⁹⁰ ที่จะมาช่วยผู้บังคับบัญชา (Commander) ในการประเมินค่าตัวเลข การประมาณผลลัพธ์ท้ายสุด (Outcome) ที่จะได้จากการโจมตี รวมถึงการช่วยผู้บังคับบัญชาในการตัดสินใจโจมตี อย่างไรก็ตามอุปกรณ์ Proportionometer ดังกล่าวเป็นเพียงแต่สิ่งที่สมมุติขึ้นมาเท่านั้น⁹¹

Joseph Holland เน้นย้ำว่า สิ่งที่สำคัญที่สุดในแนวคิดนี้ คือ การที่ทั้งผู้บัญชาการที่ได้ออกคำสั่งในการโจมตี (Commander) กับ บุคคลผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา (Subordinate) ที่ได้ปฏิบัติการหรือโจมตีฝ่ายตรงข้ามภายใต้หลักสุจริต (Good Faith)⁹² มีความโปร่งใส (Honest) และการตัดสินใจเชื่อว่าของผู้บังคับบัญชาต้องมีประสิทธิภาพ (Efficiency) สมกับที่เป็นผู้บังคับบัญชาทางทหารที่มีเหตุผล (Reasonable Military Commander)⁹³ ซึ่งตามแนวคิดนี้ การที่ผู้บังคับบัญชาทางทหารจะออกคำสั่งในการโจมตีแต่ละ

86 Supra 70, p.7

87 Ziv Bohrer et al. Proportionality in Military Force at War's Multiple Levels: Averting Civilian Casualties vs. Safeguarding Soldiers. Vanderbilt Journal of International Law. 2013. p. 820

88 Paul Gilbert. Proportionality in the Conduct of War. Journal of Military Ethics, Vol. 4 No. 2 (2005). p. 100

89 Supra 84.

90 Laurie R. Blank, A New Twist on An Old Story : Lawfare and the Mixing of Proportionalities. Case Western Reserve Journal of International Law. Vol. 43. (2011). p.716

91 Ibid.

92 Lieutenant Colonel Lawrence G. Shattuck. Communicating Intent and Imparting Presence. Military Review (March-April). (2000). p. 66-72

93 Joseph Holland, Military Objective and Collateral Damage: Their Relationship and Dynamics, Yearbook of International Humanitarian Law, 2004. p.35-78., p. 48-49. Footnoted omitted.

ครั้งย่อมเป็นไปตามแบบกระบวนการทางทหาร (Military Process) โดยผู้บัญชาการต้องมีหลักฐานต่าง ๆ มาสนับสนุนว่าการกระทำดังกล่าวภายใต้คำสั่งที่ตนได้สั่งการไปต้องไม่เป็นการฝ่าฝืนหลักความได้สัดส่วนตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ หรืออีกนัยหนึ่งคือ คำสั่งทางทหารของผู้บัญชาการในเรื่องการโจมตีต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน และการออกคำสั่งดังกล่าว จะต้องสอดคล้องกันระหว่างวิธีการทางการทหารกับบทบัญญัติในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ⁹⁴ ประเด็นมีอยู่ว่าผู้บัญชาการแต่ละคนมีประสบการณ์ในการทำงานที่ไม่เท่ากัน ดังนั้น การคาดคะเนหรือการประมาณการถึงผลลัพธ์ และการประเมินความได้สัดส่วนของแต่ละคนประกอบกับหลักฐานที่มียอมที่แตกต่างกันออกไป

แนวคิดของ Joseph Holland เป็นแนวคิดที่แตกต่างจากแนวคิดเรื่องหลักความได้สัดส่วนของ Michael N. Schmitt ที่เน้นว่า ความได้สัดส่วนจะเกิดขึ้นได้จากการที่บรรดาระัฐคู่พิพาทหรือรัฐที่เกี่ยวข้องร่วมกันสร้างบรรทัดฐาน (Criteria) หรือ มาตรฐาน (Standard) ขึ้นมา ซึ่งมาตรฐานดังกล่าวถือเป็นอุปกรณ์ขึ้นสำคัญที่จะนำไปสู่การคาดการณ์ถึงผลลัพธ์ว่าการโจมตีหรือการกระทำใดๆจะเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ และแตกต่างจากแนวความคิดที่สองของ Yoram Dinstein ที่เน้นถึงผลลัพธ์ของการโจมตี (Outcome) แล้วมาพิจารณาว่าถ้าผลลัพธ์ออกเช่นนี้แล้ว การกระทำดังกล่าวจะเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ แต่ในแนวคิดที่สามของ Joseph Holland จะเป็นการกล่าวถึงการกระทำ (Action) ของผู้บังคับบัญชาหรือผู้ที่ออกคำสั่งทางทหาร เป็นการเน้นประเด็นในเรื่องยุทธการทางการทหารมาพิจารณาเป็นหลัก โดยได้กล่าวว่า การเข้าถึงจุดมุ่งหมายของหลักความได้สัดส่วนเป็นสิ่งที่อยู่ในอำนาจของผู้บังคับบัญชา⁹⁵ โดยผู้บังคับบัญชาในที่นี้ต้องเป็นผู้บังคับบัญชาที่มีเหตุผล มีความสุจริต และมีโปร่งใสในการออกคำสั่งทางทหาร (Reasonable and Faithful Military Commander) เพื่อกระทำการใดๆที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะเรื่องการโจมตีเป้าหมายทางทหาร⁹⁶ ซึ่งเป็นแนวคิดที่ให้ความสำคัญต่อเจตนาและการกระทำของผู้บังคับบัญชาทางทหารอย่างมาก

94 International Committee of Red Cross (ICRC). Improving Compliance With International Humanitarian Law. (2004). p. 2

95 Captain Jason Wright. “Excessive” Ambiguity: Proportionality from the Practitioner’s Perspective. 2007. p. 10

96 *Supra* 68, p. 8

2.1.3.4 Ian Henderson⁹⁷

แนวความคิดของ Ian Henderson ได้สนับสนุนการนำหลักความได้สัดส่วนที่ปรากฏในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาปรับใช้ เพียงแต่ได้ชี้ไปในจุดบกพร่องที่ว่าข้อที่ 57(2)(iii) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1⁹⁸ ที่ไม่ได้มีการนิยามหรือให้ความหมายของคำว่า "ความได้สัดส่วน" (proportional)⁹⁹ รวมทั้งความหมายของคำว่า "ความเสียหายเกินขนาด" (Excessive damage) จริงอยู่เมื่อได้กลับไปพิจารณาเอกสารต้นร่าง (Travaux Préparatoires) หลักความได้สัดส่วนถือเป็นการตกลงยินยอมในความเห็นแย้งที่ไม่ตรงกัน (An Agreement to Disagreement)¹⁰⁰ ทั้งนี้ ความเห็นของ Ian Hanson ได้มีความสอดคล้องกับ Joseph Holland ในประเด็นที่ให้ความสำคัญกับให้อำนาจและบทบาทของผู้บังคับบัญชา (Roles of commanders) ซึ่งมีต่อผลการโจมตีที่ผู้บังคับบัญชาได้สั่งการไป แต่สิ่งที่เพิ่มเข้ามาคือการพิจารณาบทบาทของผู้ให้คำแนะนำ (Roles of Advisor)¹⁰¹ กล่าวคือต้องพิจารณาถึงบทบาทของผู้ให้คำแนะนำแก่ผู้บังคับบัญชาว่าผู้ให้คำแนะนำได้แสดงหลักฐานต่อเหตุการณ์และการประเมินผลลัพธ์ที่จะเกิดขึ้น รวมถึง ผู้ให้คำแนะนำได้ยับยั้งข้อมูลดังกล่าว ตลอดจน นำเสนอสื่อที่เกี่ยวข้องต่อผู้บังคับบัญชาซึ่งเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจหรือไม่

อาจกล่าวได้ว่า การที่จะพิจารณาว่าการกระทำใดที่ผู้บังคับบัญชาได้สั่งการออกมาเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนหรือไม่นั้น ต้องไปพิจารณาว่า "ผลลัพธ์" (Outcome) ที่ออกมาได้มีความสอดคล้องกับคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ซึ่งต้องเป็นคำสั่งที่มีเหตุผลและเหมาะสม รวมทั้งต้องเป็นคำสั่งที่สอดคล้องกับเรื่องการโจมตีฝ่ายตรงข้ามในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ¹⁰² ยกตัวอย่างเช่น ถึงแม้ผลลัพธ์ที่ออกมาซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายรุนแรงแก่ผู้ถูกโจมตี

97 Supra 84

98 Article 57 of the Additional Protocol I to the Geneva Convention 1949 :

“(iii) refrain from deciding to launch any attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated.”

99 Ian Henderson, The Contemporary Law of targeting. Military Objectives, Proportionality and Precautions in Attack under Additional Protocol I, Leiden (2009)

100 Supra 94.

101 Supra 70. p. 9

102 Victor Hansen. The Impact of Military Justice Reforms on the Law of Armed Conflict : How To Avoid Unintended Consequence. Michigan State International Law Review.

แต่เมื่อได้พิจารณาตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏแล้ว วิธีการดังกล่าวเป็นวิธีที่ดีที่สุด ก่อให้เกิดความรุนแรงน้อยที่สุด และเหมาะสมที่สุดที่ผู้บังคับบัญชาเล็งเห็นว่าสามารถที่จะปฏิบัติได้ตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เป็นต้น ซึ่งการพิจารณาในรายละเอียดว่าความเหมาะสมและมีเหตุผลนี้ของผู้บังคับบัญชาในที่นี้หมายถึงอะไร ก็จะต้องพิจารณาจากคำแนะนำ หลักฐานต่างๆ ข้อมูลที่เพียงพอ ณ ช่วงเวลานั้น โดยผู้ให้คำแนะนำ (Advisor) จะเป็นคนนำเสนอข้อมูลทั้งหมดต่อผู้บังคับบัญชา ดังนั้น การตัดสินใจในการออกคำสั่งเพื่อการโจมตีของผู้บังคับบัญชา จะได้รับอิทธิพลจากผู้ให้คำแนะนำอย่างมากซึ่งเป็นไปตามแนวความคิดนี้ และ ประเด็นท้ายสุดที่ Ian Henderson ได้ทิ้งไว้ให้พิจารณาคือ การที่จะเปรียบเทียบว่าคุณค่าของมนุษย์ ไม่ว่าจะฝ่ายพลรบหรือฝ่ายพลเรือน โดยเฉพาะเมื่อมองในแง่ศีลธรรมแล้ว (Moral perspective) ทุกคนมีสิทธิที่จะไม่ถูกพรากชีวิตตามอำเภอใจ¹⁰³ ทุกคนมีสิทธิที่จะมีชีวิต¹⁰⁴ โดยสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ไม่สามารถผ่อนปรนได้ (Non-derogable rights)¹⁰⁵ เพราะฉะนั้นการประเมินคุณค่าของชีวิตมนุษย์ในการโจมตีแต่ละครั้งจะประเมินอย่างไร

Vol. 21:2. (2013). p. 261

103 Foreign and Commonwealth Office. UK Government Strategy on the Protection of Civilians in Armed Conflict. p.2

104 ตี วย่างบทบัญญัติในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิในการมีชีวิต

Article 6(1) of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) :

“Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life.”

Article 9(1) of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) :

“Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law.”

Article 3 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) :

“Everyone has the right to life, liberty and security of person.”

Article 4(1) of the American Convention on Human Rights (ACHR) :

“Every person has the right to have his life respected. This right shall be protected by law and, in general, from the moment of conception. No one shall be arbitrarily deprived of his life”

105 International Committee of the Red Cross. Violence and the Use of Force. (2011). p. 22-23

2.1.3.5 Judith Gail Gardam

ในแนวความคิดนี้ Judith Gardam ได้กล่าวว่าหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการพื้นฐานทั้งใน Jus ad bellum และ Jus in bello โดยเฉพาะในประเด็นที่สองคือ Jus in bello ซึ่งก็คือกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ Judith Gardam ได้ให้เหตุผลว่า ในที่นี้หลักความได้สัดส่วน หมายถึง ความสมดุลระหว่างผลประโยชน์ทางทหาร กับ ความเสียหายต่อชีวิตพลเรือนและทรัพย์สินของพลเรือน¹⁰⁶ โดยการที่จะพิจารณาว่าการโจมตีหรือการกระทำใดต่อเป้าหมายทางการทหารจะสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาสองประเด็นหลักสำคัญ ได้แก่ ประเด็นเรื่อง "ความจำเป็นทางทหาร" (Military Necessity) และประเด็นเรื่อง "การตัดสินใจในการสั่งการโจมตี" (Military Judgment)¹⁰⁷ โดยการตัดสินใจในการสั่งการโจมตีนั้น ผู้บังคับบัญชาจะต้องสามารถคาดหมายได้ถึงระดับความเสียหายต่อพลเรือนอันเกิดจากการโจมตีพลรบในระดับที่เหมาะสม¹⁰⁸ และนำการคาดหมายความเสียหายดังกล่าวมาประกอบกับปัจจัยเฉพาะกับเหตุตามแต่ละกรณีเพื่อเป็นการนำไปสู่การออกคำสั่งในการโจมตี¹⁰⁹ โดย แนวความคิดนี้ของ Judith Gardam จะเน้นถึงบทบาทของการนำปัจจัยตามเหตุแต่ละกรณี ซึ่งเป็นปัจจัยในเชิงข้อเท็จจริงเข้ามาประกอบกับการพิจารณาหลักตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ Judith Gardam ได้ยกตัวอย่างในเรื่องของปัจจัยตามเหตุเฉพาะกรณี กับ การประมาณการระดับความเสียหายต่อพลเรือนจากการโจมตีเป้าหมายทางการทหาร โดยได้อ้างถึงเหตุการณ์สงครามอ่าวเปอร์เซียครั้งแรก (The First Gulf War)¹¹⁰ โดยในเรื่องของการวางแผนการโจมตีทางทหาร ซึ่งการโจมตีเป้าหมายทางการทหารในคูเวตและอิรักนั้นจะต้องพิจารณาเรื่องผลประโยชน์ทางการทหาร (Military advantage) อันเกิดจากการโจมตี รวมทั้งปัจจัยเฉพาะตามแต่ละกรณี ซึ่งปัจจัยเฉพาะในกรณีนี้ได้แก่การที่อิรักได้เพิกเฉยต่อกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ได้ปรากฏไว้ (Flagrant Disregard of Existing Legal Rules)¹¹¹ และเมื่อได้นำสองประเด็นมาพิจารณารวมกันแล้ว ก็จะนำไปสู่ขั้นตอนที่เรียกว่า "การพิจารณาทางด้านเหตุผลที่

106 Judith Gail Gardam. Proportionality and Force in International Law. The American Journal of International Law (Vol. 87 No. 3). (1993). p. 391

107 Ibid.

108 Juan F. Vagas. Military Empowerment and Civilian Targeting in Civil War. Series Documento de Trabajo No. 61. (2009). p. 9

109 Judith Gardam. Proportionality as a Restraint on the Use of Force. (1999). Australian Year Book of International Law 161. p. 166-167

110 Center of Military History United States Army. War in the Persian Gulf : Operation Desert Shield and Desert Storm August 1990-March 1991. (2010)

111 Supra 70. p 410

เหมาะสม" (Just Cause Consideration)¹¹² ซึ่งขั้นตอนท้ายสุดที่ผู้บังคับบัญชาจะได้ไตร่ตรองถึงผลลัพธ์ของการโจมตีฝ่ายตรงข้ามก่อนที่จะได้ออกคำสั่งการโจมตีในลำดับต่อไป ท้ายสุด Judith Gardam ที่ได้ระบุไว้เป็นข้อสรุปเรื่องหลักความได้สัดส่วน และได้โยงประเด็นเข้ากับเรื่องการโจมตีเป้าหมายว่า การป้องกันเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายที่ไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนนั้น มีสองเป้าหมายที่ถูกห้ามไม่ให้โจมตี ได้แก่ 1) การโจมตีเป้าหมายทางพลเรือนอย่างตั้งใจ และ 2) การที่มีพฤติกรรมเพิกเฉยต่อธรรมชาติของการโจมตี ซึ่งส่งผลให้เกิดความเสียหายทางตรงต่อพลเรือน¹¹³

2.1.3.6 The 2010 Commentary on HPCR Manual on the International Law Applicable to Air and Missile Warfare¹¹⁴

ในเอกสารฉบับนี้เป็นการอธิบายในแง่ของความสัมพันธ์ระหว่างความเสียหายของพลเรือน กับผลประโยชน์ทางการทหาร¹¹⁵ โดยได้กล่าวถึงแนวคิดที่จะนำหลักความได้สัดส่วน รวมถึงการให้คำนิยามของคำว่า "เกินขนาด" (Excessive) ซึ่งเป็นสิ่งที่แนวคิดต่างๆ ไม่ได้กล่าวเอาไว้ โดยสาระสำคัญมีดังต่อไปนี้

“The term 'excessive' is often misinterpreted. It is not a matter of counting civilian casualties and comparing them to the number of enemy combatants that have been put out of action. It applies when there is a significant imbalance between the military advantage anticipated, on the other hand, and the expected collateral damage to civilians and civilian objects, on the other.”¹¹⁶

ซึ่งจากคำกล่าวข้างต้นนี้ มีประเด็นที่ว่า คำว่า "เกินขนาด" (Excessive) ไม่ได้หมายถึงการเปรียบเทียบจำนวนความเสียหายของพลเรือนกับความเสียหายต่อพลรบ ไม่ใช่เป็นการนับแบบหัวต่อหัว หากแต่เป็นการสื่อให้เห็นถึงความไม่สมดุลอย่างมีนัยสำคัญ (Significant Imbalance) ระหว่างผลประโยชน์ทางการทหารที่คาดว่าจะได้รับกับผลความเสียหายโดยรวม

112 Ibid.

113 Ibid.

114 Supra 68, p.9

115 The HCPR Commentary. (2010). p. 8-11

116 Ibid. p. 92

ของพลเรือนและทรัพย์สินของพลเรือน หรือก็คือการที่มีช่องว่างของความเสียหายกับผลประโยชน์ที่สามารถเห็นได้อย่างชัดเจน ซึ่งจากจุดนี้ ประเด็นเลยย้อนกลับไปให้ผู้บังคับบัญชา เพราะผู้บังคับบัญชาเป็นผู้ออกคำสั่งให้บุคคลผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาไปกระทำการใด ๆ อันก่อให้เกิดความไม่สมดุลอย่างมีนัยสำคัญ และผู้บังคับบัญชามีหลักฐานเพียงพอหรือไม่ที่จะบอกว่า ณ ช่วงเวลานั้นตนมีเหตุผลพอสมควรที่ก่อให้เกิดการตัดสินใจต่อการออกคำสั่งดังกล่าว ซึ่งเป็นคำสั่งที่เหมาะสม ปกติ และมีประสิทธิภาพมากที่สุด¹¹⁷ ทั้งนี้ ได้มีผู้บัญชาการทหารของทางฝ่ายอิสราเอลชื่อ David Reisner ที่เข้ามาสนับสนุนแนวคิดนี้ แต่ David Reisner เองก็ไม่ทราบว่าแท้จริงแล้วอะไรคือหลักความได้สัดส่วนกันแน่ David Reisner ทราบแต่ว่าคำว่า "หลักความได้สัดส่วน" ต้องเป็นคำถามที่จะถูกยกขึ้นมาก่อนการที่จะโจมตีเป้าหมายทางทหารทุกครั้ง¹¹⁸ เพราะฉะนั้นผู้บังคับบัญชาต้องให้ความสำคัญกับหลักความได้สัดส่วนเสียก่อน

ผู้บังคับบัญชาต้องเข้าใจอยู่เสมอถึงการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนเพื่อบรรลุถึงวัตถุประสงค์ของการโจมตี รวมทั้ง การพึงระลึกถึงแก่นแท้ของหลักความได้สัดส่วนจนหลักความได้สัดส่วนเข้าไปในจิตใจในมโนสำนึกของผู้บังคับบัญชา¹¹⁹ ซึ่งจะมีความสัมพันธ์กับการออกคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ซึ่งจำนวนผู้เสียหายหรือระดับความเสียหายจะมีความเกี่ยวข้องกับผู้บัญชาการที่มีความรับผิดชอบ และการพิสูจน์ว่าผู้บังคับบัญชามีเจตนาชั่วร้าย¹²⁰ (Mens Rea) ที่สามารถเห็นผลได้จากการกระทำดังกล่าว ทั้งนี้ สามารถสังเกตได้ว่าในตัวเองสาร Commentary นี้ไม่ได้เน้นถึงการนำวิธีการทางตัวเลขหรือเชิงปริมาณ (Quantitative) มาอธิบาย หากแต่เป็นการเน้นถึงความเข้าใจเบื้องต้นถึงแนวทางการปรับใช้หลักความได้สัดส่วน การคำนึงถึงวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของหลักความได้สัดส่วน และ ความสำคัญของหลักความได้สัดส่วนที่ผู้บังคับบัญชาได้ตระหนักถึงอย่างแท้จริง รวมถึงการโยงเข้าเรื่ององค์ประกอบทางด้านจิตใจชั่วร้าย (Mens rea) ที่ต้องมีการพิสูจน์ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าเอกสาร The 2010 Commentary on HPCR Manual on the International Law Applicable to Air and Missile Warfare ก็ไม่ได้กล่าวว่าแท้จริงแล้วหลักความได้สัดส่วนคืออะไร เพียงแต่ให้ย้อนกลับ

117 Dinah PoKempner. Collateral Damage : Assessing Violations From the Outside. John F. Kennedy School of Government. Harvard University. p. 4 - 6

118 Anne Orford. 'Trade, Human Rights and the Economy of Sacrifice'. 18 Leiden Journal of International Law. pp. 179-213 (2005). p.213

119 Supra 43. p. 11

120 หลักเจตนาชั่วร้าย หรือ จิตใจชั่วร้าย (Mens Rea) หมายถึง สิ่งที่เป็นการบ่งบอกถึงสภาวะแท้ของจิตใจว่ามีเจตนาชั่วร้าย (Evil Mind) ในการประทุพติพิต ซึ่งในระบอบกฎหมายจารีตประเพณีนั้น ได้รวมถึง การกระทำที่มีเจตนา (Intention) และการประมาทโดยรู้ตัว (Recklessness) ทั้งนี้การประมาทโดยการผลั้งผลอ (Negligence) เช่นกรณีการไม่ระมัดระวังในการประกอบโครงสร้างบ้านจนทำให้อุปกรณ์หล่นลงมาทับผู้ที่เดินผ่านจนได้รับบาดเจ็บ เช่นนี้ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่มีจิตใจชั่วร้าย เป็นต้น

ไปในเรื่องของคำว่า "เกินขนาด" (Excessiveness) ซึ่งพอได้ความหมายของคำว่าเกินขนาดในสถานการณ์นั้นๆแล้ว ก็จะไปพิจารณาในเรื่องการกระทำและคำสั่งของผู้บังคับบัญชาว่าไม่เหมาะสมอันส่งผลต่อการ "เกินขนาด" ดังกล่าวหรือไม่

ดังที่ได้กล่าวไว้ในข้างต้นว่า ได้ปรากฏแนวคิดของหลักความได้สัดส่วนจากบรรดานักกฎหมายระหว่างประเทศมากมาย แต่ละท่านก็ล้วนแล้วแต่ให้ความหมายไปในทางที่ตนได้คิดออกมาซึ่งก็มีความแตกต่างกันในบางรายละเอียด ทั้งนี้ เมื่อได้กลับไปพิจารณาในตัวบทกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศแล้ว ความหมายที่แท้จริงของหลัก "ความได้สัดส่วน" ก็ยังไม่ได้ชัดเจนแต่อย่างใด โดยแนวคิดของ Michael N. Schmitt ไม่ได้เป็นการกล่าวถึงหลักความได้สัดส่วนโดยตรงว่าคืออะไร แต่เน้นไปถึงการสร้างวิธีหรือมาตรการร่วมกันของบรรดารัฐต่างๆ แล้วนำวิธีหรือมาตรการนั้นๆไปหาหลักความได้สัดส่วน ซึ่งจะแตกต่างจากแนวคิดของ Yoram Dinstein ที่มุ่งไปถึงการพิจารณาในเรื่องของผลลัพธ์ท้ายสุด หากผลลัพธ์ที่เกิดจากการโจมตีเป้าหมายทางการทหารก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมากต่อพลเรือน ซึ่งผลจากความเสียหายดังกล่าวไม่สมดุลกับผลประโยชน์ที่จะได้รับจากการโจมตีเป้าหมายทางการแล้ว ผลการโจมตีดังกล่าวก็ถือว่าไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน

สำหรับแนวความคิดของ Joseph Holland จะเน้นไปที่การพิจารณาการกระทำของผู้บังคับบัญชาที่ได้ออกคำสั่งในการโจมตี กล่าวคือพิจารณาว่าผู้บังคับบัญชาดังกล่าวมีเหตุผลเพียงพอในการโจมตี มีข้อพิสูจน์ที่พอจะกล่าวได้ว่าการโจมตีดังกล่าวจะไม่ก่อให้เกิดความไม่ได้สัดส่วน รวมทั้งการที่ผู้บังคับบัญชาได้กระทำโดยสุจริตและโปร่งใส ซึ่งจะคล้ายกับแนวความคิดของ Ian Henderson แต่แนวความคิดของ Ian Henderson ไม่เพียงแต่พิจารณาถึงการกระทำของผู้บังคับบัญชาเท่านั้น แต่ยังโยงไปถึงการกระทำของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการออกคำสั่งในการโจมตีนั้น ทั้งนี้เมื่อได้พิจารณาเรื่องการกระทำดังกล่าวของผู้บังคับบัญชาแล้วจึงนำมาประกอบกับผลลัพธ์ในการโจมตีแล้วพิจารณาถึงหลักความได้สัดส่วน ซึ่งเป็นไปในทำนองเดียวกันกับแนวความคิดของ Judith Gail Gardam ที่เน้นเรื่องการหาหลักความได้สัดส่วนโดยพิจารณาจากเรื่องการกระทำทางทหารเป็นหลัก แต่ได้เพิ่มเรื่องสถานการณ์จำเป็นเฉพาะเข้าไป

และท้ายสุดในเอกสาร Complementary ที่ได้มีการอธิบายในแง่ของความสัมพันธ์ระหว่างความเสียหายของพลเรือนกับผลประโยชน์ทางการทหาร รวมทั้งการเปรียบเทียบจำนวนตามหลักความได้สัดส่วน ซึ่งจากแนวคิดทั้งหมดนี้ จะเห็นได้ว่า โดยหลักแล้วหลักความได้สัดส่วนตามแนวคิดทั้งหลายมีความเหมือนและความต่างในตัวของแต่ละแนวคิดเอง และเมื่อกลับไปพิจารณาในตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร ในตัวบทกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกลับไม่ได้มีการอธิบาย หรือให้ความหมายของหลักความได้สัดส่วนอย่างเด่นชัด เช่นนี้ จากความเหมือนและความแตกต่างบางประการข้างต้นจึงทำให้มีการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธตามแต่ที่ผู้บังคับใช้จะตีความออกมา

2.2. สถานะ และ ขอบเขตการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นหลักการสำคัญต่อผู้บังคับบัญชาในการตัดสินใจและการสั่งโจมตีวัตถุประสงค์ทางการทหารของฝ่ายตรงข้าม ถือเป็นเงื่อนไขที่ส่งผลต่อการพิจารณาเรื่องการโจมตีว่าการโจมตีใดจะเป็นการโจมตีที่ถูกต้องตามกฎหมาย ทั้งนี้ ประเด็นจึงมีว่าหลักความได้สัดส่วนที่บรรดาผู้บังคับบัญชาหรือกลุ่มพลรบที่ต้องปฏิบัติตามนั้นอยู่ในสถานะอะไร และขอบเขตการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนดังกล่าวมีกรอบบังคับหรือการปฏิบัติอย่างไร

2.2.1 สถานะของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

2.2.1.1 หลักความได้สัดส่วนกับสถานะที่เป็น "กฎหมาย" (Law)

หลักความได้สัดส่วนมีสถานะเป็น "กฎหมาย"¹²¹ ทั้งนี้ เป็นที่ทราบว่าจะระบบกฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้เป็นไปในลักษณะแนวตั้ง (Vertical) ที่มีฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ตรากฎหมายดังที่ปรากฏเช่นในระบบกฎหมายภายใน (Municipal Law)¹²² หากแต่กฎหมายระหว่างประเทศมีระบบที่เป็นลักษณะไปตามแนวนอน (Horizontal)¹²³ กล่าวคือ เมื่อทุกรัฐมี

121 Georg Nolte. Thin or Thick? The Principle of Proportionality and International Humanitarian Law. Law & Ethics of Human Rights, Vol. 4 Issue 2, Article 4. (2010). p. 245-246

122 Jane Scratton. Hot Topics Legal Issues in Plain Language. The State Library of New South Wales (2009). p. 1-2

123 Ian Brownlie. Principles of Public International Law (Sixth Edition). Oxford

ความเท่าเทียมกัน¹²⁴ รัฐทุกรัฐมีอธิปไตย (Sovereignty) อันเป็นอำนาจอธิปไตยสูงสุดเหมือนกัน¹²⁵ ซึ่งอำนาจอธิปไตยดังกล่าวเป็นอำนาจที่จะต้องได้รับความเคารพ¹²⁶ และได้รับความเสมอภาคจากบรรดารัฐอื่นๆ¹²⁷ ดังนั้นในระบบกฎหมายระหว่างประเทศจึงไม่มีรัฐใดที่จะมีอำนาจอธิปไตยอยู่เหนือรัฐใด¹²⁸ และไม่มีฝ่ายนิติบัญญัติที่มีอำนาจเหนือกว่ารัฐในการตรากฎหมายระหว่างประเทศ บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศได้ถูกระบุตามข้อที่ 38 ตามธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (The Statute of the International Court of Justice) ซึ่งประกอบไปด้วยอนุสัญญาระหว่างประเทศ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายทั่วไป ทั้งนี้ ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติมาตรา 59 คำตัดสินขององค์การตุลาการและคำสอนของผู้เผยแพร่ที่มีคุณวุฒิสูงสุดแห่งประเทศต่างๆ ในฐานะเป็นวิธีการชั้นรอง (Subsidiary means) ที่ จะช่วยให้ศาลหาเจตนารมณ์และบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ¹²⁹ ดังนั้น เมื่อพิจารณา

-
- University Press. (2003). p. 1-2
- 124 Antonio Cassese. International Law (Second Edition). Oxford University Press. (2005). p. 81-82
- 125 Alina Kaczorowska. Public International Law (Fourth Edition). Routledge Publication. (2010). p. 185, 188-189
- 126 Robert Beckman and Dagmar Butte. Introduction to International Law (available at : <http://www.ilsa.org/jessup/intlawintro.pdf>.) p.2-3
- 127 Malcolm D. Evans. International Law (First Edition). Oxford University Press. (2003). p. 117-120
- 128 Martin Dixon. Textbook on International Law (Six Edition). Oxford University Press. (2007). p. 113-120
- 129 Article 38 of the Statute of the international Court of Justice :
- “1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:
- a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
 - b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
 - c. the general principles of law recognized by civilized nations;
 - d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

จากบ่อเกิดกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ในกรณีนี้ สถานะของกฎหมายในหลักความได้สัดส่วน สามารถได้แบ่งเป็น 2 สถานะ คือ กฎหมายที่มีสถานะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Conventional Law) กับ กฎหมายที่มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary international law)

2.2.1.1.1 หลักความได้สัดส่วนกับสถานะกฎหมายที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร มีการระบุหลักความได้สัดส่วนในหลายฉบับ โดยเป็นการประมวลแนวปฏิบัติที่เคยปรากฏในเอกสารทางกฎหมายว่าด้วยการทำสงครามเข้าด้วยกัน โดยเฉพาะการกล่าวถึงเรื่องการจำกัดวิธีการโจมตี รูปแบบการโจมตี รวมทั้ง ประเภทอาวุธที่ควรนำมาใช้ในภาวะการเกิดสงคราม ทั้งนี้ อนุสัญญาแต่ละฉบับได้มีพัฒนาการตามยุคตามสมัยดังที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้น อีกทั้ง อนุสัญญาดังกล่าวที่มีความเกี่ยวข้องยังได้รับความสนใจจากบรรดารัฐต่างๆ เพราะรัฐต้องดำรงไว้ซึ่งสันติภาพ ความมั่นคงภายในประเทศ และความมั่นคงในระดับระหว่างประเทศ ต้องตระหนักถึงความจำเป็นและการเข้ามามีบทบาทของหลักความได้สัดส่วนต่อการกระทำใดๆ โดยเฉพาะการโจมตีในการทำสงคราม ทั้งนี้ ได้ปรากฏหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นจำนวนถึงหลักความได้สัดส่วนในสถานการณ์การขัดทางอาวุธ ไม่ว่าจะ เป็นข้อที่ 15 ของประมวลกฎหมายลิวเบอร์¹³⁰ การโจมตีทางตรงต่อทหารฝ่ายตรงข้ามสามารถถูก

2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto.

130 Article 15 of the 1863 Lieber Code :

Military necessity admits of all direct destruction of life or limb of ' armed ' enemies, and of other persons whose destruction is incidentally ' unavoidable ' in the armed contests of the war; it allows of the capturing of every armed enemy, and every enemy of importance to the hostile government, or of peculiar danger to the captor; it allows of all destruction of property, and obstruction of the ways and channels of traffic, travel, or communication, and of all withholding of sustenance or means of life from the enemy; of the appropriation of whatever an enemy's country affords necessary for the subsistence and safety of the army, and of such deception as does not involve the breaking of good faith either positively pledged, regarding agreements entered into during the war, or supposed by the modern law of war to exist. Men who take up arms against one another in public war do

ยอมรับได้หากปรากฏว่ามีความจำเป็นทางด้านทหารซึ่งเป็นความจำเป็นที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายลิวเบอร์นีได้ถูกเตรียมการและร่างขึ้นในสมัยที่มีสงครามกลางเมืองในประเทศสหรัฐอเมริกา (The American Civil War) และถึงแม้ว่าผลผูกพันทางกฎหมายของประมวลกฎหมายนี้จะผูกพันเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ในตัวสารัตถะภายในกลับแสดงออกซึ่งกฎเกณฑ์ แนวปฏิบัติ ตลอดจนธรรมเนียมของการทำสงคราม จนเป็นต้นแบบของการร่างกฎหมายว่าด้วยการทำสงครามในระยะเวลาต่อมา โดยเฉพาะการเป็นต้นแบบของการร่างอนุสัญญา Hague Convention on Land of Warfare 1899 and 1907¹³¹ ประกอบกับในข้อที่ 24(4) ของ The 1923 Hague Rules of Air Warfare ก็ได้กล่าวเรื่องหลักความได้สัดส่วนในลักษณะที่ว่าการโจมตีเมือง หมู่บ้าน หรือที่อยู่อาศัยสามารถกระทำได้หากปรากฏถึงการคาดการณ์ที่มีเหตุผลที่ว่าสถานที่ดังกล่าวเป็นความสำคัญอย่างมากทางการทหาร เป็นศูนย์รวมการกระทำทางการทหาร (Military Concentration) แต่ทั้งนี้ก็ต้องพิจารณาถึงความเสียหายต่อประชาชนพลเรือนด้วย¹³² ซึ่งเป็นการแทรกแนวคิดที่ให้ความสำคัญต่อหลักความได้สัดส่วน โดยยึดประเด็นที่ว่าถึงแม้ว่าการโจมตีเป้าหมายทางทหารข้างต้นจะถูกต้องตามกฎหมาย แต่ก็ไม่สามารถกระทำได้หากเกิดความเสียหายเกินความจำเป็นต่อประชาชนพลเรือน นอกจากนี้ยังมีเอกสารอื่นๆที่ได้มีการกล่าวถึงและให้ความสำคัญเรื่องหลักความได้สัดส่วนในยามเกิดสงคราม เช่น วรรคที่ 6 ของบันทึกความเข้าใจปีค.ศ. 1991ว่าด้วยการปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศระหว่างโครเอเชียและสหพันธ์สาธารณรัฐสังคมนิยมยูโกสลาเวีย¹³³ วรรคที่ 2.5 ของข้อตกลงปีค.ศ. 1992 ว่าด้วยการปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศระหว่างภาคีของข้อพิพาทในบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา¹³⁴ ข้อที่ 46(d) ของคู่มือการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในยามเกิดข้อพิพาทการขัดกันทางอาวุธปีค.ศ. 1994¹³⁵ รวมทั้งระเบียบที่ 2000/15 ของ องค์การบริหารช่วงเปลี่ยนผ่านแห่งสหประชาชาติในติมอร์ตะวันออก

not cease on this account to be moral beings, responsible to one another and to God.

131 ข้อมูลเมื่อวันที่ 18 เมษายน ค.ศ. 2014. [Online] Available from <http://www.icrc.org/ihl/INTRO/110?OpenDocument> [2014, April 18]

132 Article 24(4) of the 1923 Hague Rules of Air Warfare :
In the immediate vicinity of the operations of the land forces, the bombardment of cities, towns, villages, habitations and buildings is legitimate, provided there is a reasonable presumption that the military concentration is important enough to justify the bombardment, taking into account the danger to which the civil population will thus be exposed.

133 Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law (Volume 2)*, Cambridge (2005), Chapter 4, p. 298.

134 Ibid.

135 Ibid.

(UNTAET)¹³⁶ เป็นต้น ผู้เขียนได้แบ่งกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ว่าด้วยหลักความได้สัดส่วนออกเป็น 2 หัวข้อ คือ หลักความได้สัดส่วนในสถานการณ์ขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ และหลักความได้สัดส่วนในสถานการณ์ขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ

(1) หลักความได้สัดส่วนของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่เป็นลายลักษณ์อักษรอันเกี่ยวข้องกับสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศได้ระบุเรื่องหลักความได้สัดส่วนในต้วบทกฎหมายหลายฉบับ โดยเฉพาะการระบุใน พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาว่าด้วยการห้ามใช้อาวุธตามแบบบางชนิด ค.ศ. 1980 หรือ กฎเกณฑ์กรุงเฮกว่าด้วยการโจมตีทางอากาศ เป็นต้น

สำหรับในพิธีสารเพิ่มเติมกรุงเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 นั้น เนื่องจากสภาพสังคมของโลกได้เปลี่ยนแปลงไป ทำให้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศต้องมีการพัฒนาเพื่อเข้ามาควบคุมวิธีการหรือการกระทำใดๆ การจำกัดสิทธิบางประการในการโจมตี รวมถึง การให้ความคุ้มครองทั้งพลรบและพลเรือนจากข้อพิพาททางอาวุธทางระหว่างประเทศ จุดกำเนิดของการร่างพิธีสารฉบับนี้ขึ้นไม่ใช่เพื่อการปรับเปลี่ยนวัตถุประสงค์หรือแก้ไขต้วบทอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 แต่เป็นการต่อยอดและพัฒนาหลักกฎหมายให้มีความครอบคลุมมากยิ่งขึ้น เพื่อจะได้บรรลุวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 สำหรับขอบเขตการบังคับใช้พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 นี้ ตามข้อ 1(3)¹³⁷ ของพิธีสารฯ ให้

136 The 2000 UNTAET Regulation No. 2000/15 :

the following constitutes a war crime in international armed conflict: “ ... intentionally launching an attack in the knowledge that such attack will cause incidental loss of life or injury to civilians or damage to civilian objects ... which would be clearly excessive in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated.” (กล่าวถึงใน Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law (Volume 2), Cambridge (2005), Chapter 4, p. 299.

137 Article 1(3) of the Additional Protocol I :

“This Protocol, which supplements the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the protection of war victims, shall apply in the situations referred to in Article 2_common to those Conventions.”

สามารถปรับใช้ได้กับสถานการณ์ที่ได้รับระบุไว้ในข้อ 2 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949¹³⁸ อย่างไรก็ตาม พิธีสารฉบับที่ 1 ไม่ได้ถูกตีกรอบให้สามารถนำมาปรับใช้ได้แต่สถานการณ์ข้างต้นเท่านั้น หากยังสามารถนำมาปรับใช้กับกรณีที่มีข้อพิพาททางอาวุธที่ไม่ได้มีลักษณะระหว่างประเทศ (Non-International armed conflict) ด้วย รวมถึงในกรณีที่เป็นการใช้สิทธิกำหนดอนาคตของตนเอง (Self - determination) ซึ่งได้ถูกระบุไว้ในข้อ 1(4)¹³⁹ ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ทั้งนี้ การเปิดลงนามพิธีสารฉบับที่ 1 ได้กระทำในวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1977 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 7 ธันวาคม ค.ศ. 1977 เอกสารและรายละเอียดต่างๆเกี่ยวกับพิธีสารได้ถูกบันทึกทั้งสิ้นเป็นจำนวน 6 ภาษา ได้แก่ อังกฤษ ฝรั่งเศส จีน รัสเซีย อาหรับ และ สเปน¹⁴⁰ ปัจจุบัน พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 มีภาคีทั้งหมด 173 ประเทศ¹⁴¹

138 Article 2 of Geneva Convention 1949 :

“In addition to the provisions which shall be implemented in peacetime, the present Convention shall apply to all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized by one of them.

The Convention shall also apply to all cases of partial or total occupation of the territory of a High Contracting Party, even if the said occupation meets with no armed resistance.

Although one of the Powers in conflict may not be a party to the present Convention, the Powers who are parties thereto shall remain bound by it in their mutual relations. They shall furthermore be bound by the Convention in relation to the said Power, if the latter accepts and applies the provisions thereof.”

139 Article 1(4) of the Additional Protocol I :

“The situations referred to in the preceding paragraph include armed conflicts in which peoples are fighting against colonial domination and alien occupation and against racist régimes in the exercise of their right of self-determination, as enshrined in the Charter of the United Nations and the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations.”

140 ข้อมูลเมื่อวันที่ 19 มกราคม ค.ศ. 2014 [online] Available from : <http://www.icrc.org/ihl/INTRO/470> [2014, January 19]

141 ข้อมูลเมื่อวันที่ 2 มกราคม ค.ศ. 2014 [online] Available from : <http://www.icrc.org> [2014, January 2]

ทั้งนี้ พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ได้มีข้อที่ระบุเรื่องหลักความได้สัดส่วน โดยเฉพาะเรื่องการโจมตีที่ไม่ได้สัดส่วน (Disproportionate attack) ในสามข้อดังต่อไปนี้ คือ ข้อที่ 51(5)(b) ข้อที่ 57(2)(a)(iii) และข้อที่ 57(2)(b) โดยได้ระบุไว้ว่า

“[a]ttack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated.”

แท้จริงแล้ว ในสภาวะการขัดกันทางอาวุธไม่ว่าจะเป็นในลักษณะระหว่างประเทศหรือไม่เป็นในลักษณะระหว่างประเทศ ไม่มีทางเป็นไปได้การโจมตีครั้งใดจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่พลเรือน หรือทรัพย์สินของพลเรือน¹⁴² ความสูญเสียต่อชีวิตและความเสียหายต่อทรัพย์สินดังกล่าวเป็นสิ่งที่สามารถเกิดขึ้นได้ไม่มากนักน้อย ทั้งยังเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้¹⁴³ และเมื่อได้มาพิจารณาตัวบทกฎหมายแล้ว การคุ้มกันพลเรือนต่อผลของสงครามก็ไม่ได้เป็นสิทธิที่เด็ดขาด (Absolute) อย่างไรก็ตาม ก็จะเป็นการดีที่สุดไม่ใช่หรือที่ตัวผู้กระทำการใดๆสามารถหลีกเลี่ยงความเสียหายต่อพลเรือนและทรัพย์สินของพลเรือนได้มากที่สุด นอกจากนี้ในพิธีสารฉบับเดียวกัน ในข้อที่ 85 (3)(b)¹⁴⁴ ยังได้มีการกล่าวถึงแนวความคิดของหลักความได้สัดส่วน โดยกล่าวในลักษณะที่ว่า การโจมตีที่ไม่แบ่งแยกอันส่งผลกระทบต่อประชาชนพลเรือนหรือทรัพย์สินของพลเรือน โดยรับรู้ว่า การโจมตีดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความเสียหายอันเกิดขนาดต่อชีวิต อันตรายต่อพลเรือน หรือ ความเสียหายต่อทรัพย์สินของพลเรือนดังที่ระบุไว้ในข้อที่ 57

142 Amnesty International Report. NATO/Federal Republic of Yugoslavia. “Collateral damage” or “Unlawful killing. Violations of the Laws of War by NATO during operation allied force. (2000). p. 6.

143 Kai Moller. The Right to Life between Absolute and Proportional Protection. Law Economic Working papers. Lodon School of Economic and Political Science Law Department. (2010). p. 18

144 Article 85 (3)(b) of the Additional Protocol I :
Repression of breaches of this Protocol

“ 3. In addition to the grave breaches defined in Article 11 the following acts shall be regarded as grave breaches of this Protocol, when committed wilfully, in violation of the relevant provisions of this Protocol, and causing death or serious injury to body or health:

(b) launching an indiscriminate attack affecting the civilian population or civilian objects in the knowledge that such attack will cause excessive loss of life, injury to civilians or damage to civilian objects, as defined in Article 57, paragraph 2 (a) (iii) ...”

วรรค 2 (a)(iii) นั้น โดยถือเป็นการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง ทั้งนี้ ผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วในตอนต้นว่า เรื่องกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับหลักความได้สัดส่วนเป็นกฎเกณฑ์ที่มีปัญหาอย่างมากในการปรับใช้ โดยอุปสรรคที่สำคัญของการปรับใช้ได้แก่ การซึ่งนำหลักการประเมินคุณค่า (Value)¹⁴⁵ โดยเฉพาะการเปรียบเทียบระหว่างคุณค่าทางการทหารที่จะได้รับจากการโจมตี หรือที่เรียกว่า "ผลประโยชน์ทางการทหาร" (Military Advantage) กับการที่พลเรือนจะได้รับผลกระทบจากการโจมตีดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นผลกระทบทั้งต่อชีวิตที่บริสุทธิ์ และทรัพย์สินของบุคคลเหล่านั้น

หลักความได้สัดส่วนกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่เป็นลายลักษณ์อักษรอันเกี่ยวข้องกับการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศยังถูกระบุในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาว่าด้วยการห้ามใช้อาวุธตามแบบบางชนิด ค.ศ. 1980 โดยหลักความได้สัดส่วนยังคงถูกระบุในข้อที่ 3(3)(c) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ของ CCW และในข้อที่ 3(8)(c) ของ 1996 Amended Protocol II to the CCW โดยระบุถึงการห้ามใช้ทุ่นระเบิด booby-trap หรืออุปกรณ์อื่นใดที่ก่อให้เกิดความเสียหายเกินขนาด ซึ่งกล่าวว่า

" ... prohibit any placement of mines, booby-traps and other devices which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated."

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

โดยในบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการกล่าวไปในลักษณะถึงการจำกัดการใช้อาวุธที่ก่อให้เกิดความเสียหายเกินขนาด โดยเฉพาะอาวุธในกลุ่มของระเบิดและกับดัก ทั้งนี้เมื่อพิจารณาถึงการระบุบทบัญญัติดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่า ในตัวบทแล้วไม่ได้ห้ามถึงการใช้อาวุธดังกล่าวในตัวของมันเอง หากแต่เป็นการห้ามใช้อาวุธดังกล่าวอันไม่แยกแยะเป้าหมายซึ่งนำไปสู่ผลลัพธ์การโจมตีที่เกินขนาดและไม่ได้สัดส่วนซึ่งผลของการใช้อาวุธดังกล่าวส่งผลโดยตรงต่อพลเรือน อย่างไรก็ตามบริบทของการปรับใช้พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่สองไม่ได้ครอบคลุมถึงสงครามกลางเมือง (Civil War) หรือได้กล่าวถึงจุดจำกัดในเรื่องการผลิตหรือเคลื่อนย้ายอาวุธ เช่นนั้นจึงเป็นสาเหตุที่ต้องมี Amended Protocol II to the CCW ที่เข้ามารองรับความเปลี่ยนแปลงของตัวบทในครั้งนี้เพื่อให้เข้ากับการเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคม และสภาพของสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่เปลี่ยนแปลงไป

145

Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949. para. 2208

และตัวอย่างสุดท้ายของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่เป็นลายลักษณ์อักษรในสภาวะการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศได้ปรากฏในธรรมนูญกรุงโรม ค.ศ. 1998 (The 1998 Rome Statute of the International Criminal Court) เป็นบทบัญญัติที่ได้รับอิทธิพลมาจากการจัดตั้งศาลทหารนูร์มเบิร์ก ศาลทหารโตเกียว ศาลอาญาระหว่างประเทศของอดีตประเทศยูโกสลาเวีย และศาลอาญาระหว่างประเทศวันดา ทั้งนี้ธรรมนูญฉบับนี้ได้มีเนื้อหาในการจำกัดและจัดเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยได้รับความเห็นชอบจากรัฐต่าง ๆ ณ การประชุมทางการทูตที่กรุงโรม ประเทศอิตาลีเมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม 2541 และมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม 2545 ธรรมนูญกรุงโรมได้มีการระบุถึงหลักความได้สัดส่วนในแง่ที่ว่า หากปรากฏการกระทำใดๆที่ไม่ได้สัดส่วน โดยก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานเกินความจำเป็นแก่พลเรือนหรือทรัพย์สินของพลเรือน ผู้ที่กระทำการดังกล่าวถือว่าเป็นอาชญากรรมสงคราม ในข้อที่ 8(2)(b)(iv) ได้ระบุไว้ว่า

"intentionally launching an attack in the knowledge that such attack will cause incidental loss of life or injury to civilians or damage to civilian objects ... which would be clearly excessive in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated"

ซึ่งจากตัวบทกฎหมายข้างต้น คือต้องเป็นการโจมตีที่ตั้งใจโดยผู้สั่งการได้รับรู้ว่าการกระทำโจมตีดังกล่าวจะก่อให้เกิดความเสียหายอันเกินควรต่อพลเรือนและทรัพย์สินของพลเรือน และเกินกว่าผลประโยชน์ทางการทหารที่คาดว่าจะได้รับ

(2) กฎหมายหลักความได้สัดส่วนของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ

หลักเรื่องความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่เป็นลายลักษณ์อักษรไม่ได้เกี่ยวข้องกับสภาวะการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศเท่านั้น หากแต่ยังเกี่ยวข้องกับสภาวะการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยเฉพาะการที่หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้ถูกระบุอยู่ใน **พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 2 ค.ศ. 1977** โดยพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 2 เป็นพิธีสารที่ออกมาในลักษณะเดียวกันกับพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 1 เพียงแต่สาระสำคัญของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่สองเป็นการกล่าวถึงบทบังคับสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะที่เป็นระหว่างประเทศ (Non-

International Armed Conflict) เนื้อหาสาระสำคัญของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับนี้คือการคุ้มครองเหยื่อจากสงครามภายใน (Internal war) หรือสงครามกลางเมือง (Civil War)

โดยแนวคิดการร่างพิธีสารเพิ่มเติมฉบับนี้เกิดขึ้นในการประชุมนานาชาติของกาชาดครั้งที่ 9 ซึ่งจัดที่กรุงวอชิงตันดีซี ประเทศสหรัฐอเมริกา ในปีค.ศ. 1912 โดย The American Red Cross Society ได้ยื่นเรื่องว่าควรจะมีตัวบทกฎหมายระหว่างประเทศที่เข้ามาคุ้มครองเหยื่อในยามเกิดสงครามภายใน หรือสงครามกลางเมืองซึ่งมีทั้งผู้ที่ยังเห็นด้วยและไม่เห็นด้วย แต่ในครั้งดังกล่าวก็ไม่ได้มีความคืบหน้าแต่อย่างใดนัก จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1954 ในที่ประชุม Hague Intergovernmental Conference โดยตัวบทบัญญัติคุ้มครองเหยื่อจากสงครามภายในหรือสงครามกลางเมืองได้ถูกระบุไว้ในข้อที่ 19 ของ Hague Cultural Property Convention โดยเป็นการคุ้มครองวัตถุวัฒนธรรมในสถานการณ์ที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ จนท้ายสุด คณะกรรมการกาชาดสากลได้ยื่นร่างพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ในที่ประชุมทางการทูต (Diplomatic Conference) ณ กรุงเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ในปีค.ศ. 1974

ท้ายสุด พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ได้ถูกยกร่างขึ้นมาในวันที่ 8 มิถุนายน ค.ศ. 1977 โดยเหลือเพียง 28 ข้อจากทั้งหมดที่ถูกเสนอทั้งหมดในตอนต้นจำนวน 48 ข้อ และถึงแม้ในพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 จะไม่ได้มีการกล่าวถึงเรื่องหลักความได้สัดส่วนโดยตรง แต่หลักฐานของเอกสารฉบับนี้เคยปรากฏร่างพิธีสาร (Draft of Additional Protocol) ซึ่งนำเสนอโดยคณะกรรมการกาชาดสากลต่อ CDDH โดยในข้อที่ 26(3)(b) ของร่างเอกสารฉบับดังกล่าวได้ห้ามถึงการโจมตีที่ไม่ได้สัดส่วนโดยกล่าวว่า

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

"to launch attack which may be expected to entail incidental losses among the civilian population and cause the destruction of civilian objects to an extent disproportionate to the direct and substantial military advantage anticipated."

ที่มาของการยื่นตัวบทกฎหมายฉบับนี้ของคณะกรรมการกาชาดสากลคือเหตุความรุนแรงในภาวะการขัดกันทางอาวุธที่เกิดขึ้นภายในดินแดนของแต่ละประเทศซึ่งไม่มีลักษณะเป็นการระหว่างประเทศ โดยตัวบทดังกล่าวจะเข้ามาตีกรอบเรื่องการโจมตีหรือการกระทำการใดๆในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศให้มีความเรียบร้อยมากยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม ตัวบทนี้ได้ถูกลบทิ้งจากแผนเสนอที่ถูกร่างขึ้นโดยคณะกรรมการชุดที่สามของ CDDH และแม้ว่าข้อที่ 26(3)(b) ในร่างพิธีสารจะถูกตัดทิ้งออกไปในตอนท้าย แต่ก็แสดงให้เห็นว่าหลักความได้สัดส่วนได้เข้ามามีบทบาทในทุกส่วนของการทำสงครามไม่ว่าจะเป็นสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศหรือสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่

ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ เป็นการแสดงให้เห็นถึงเจตจำนงขั้นพื้นฐานในการร่างกฎหมาย

2.2.1.1.2 หลักความได้สัดส่วนกับสถานะกฎหมายที่เป็นจารีตประเพณี ระหว่างประเทศ

หลักความได้สัดส่วนนอกจากจะปรากฏเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว ยังถูกยอมรับว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ จากการที่หลักความได้สัดส่วนได้ถูกระบุในต้วบทกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะข้อที่ 51(5)(b) และ ข้อที่ 57 (2)(a) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ของอนุสัญญากรุงเจนีวาปีค.ศ. 1949 ประกอบกับการมีพื้นฐานแนวคิดจากข้อกำหนดมาร์แต็ง (The Martens Clause)¹⁴⁶ ซึ่งมีจุดประสงค์ในการรองรับและคุ้มครองเหยื่อในสงครามอันถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณีมาแต่ดั้งเดิม¹⁴⁷ ดังนั้น หลักความได้สัดส่วนจึงได้รับการยอมรับจากบรรดารัฐต่างๆ ได้ถูกนำมาปรับใช้

146 The Martens Clause เป็นแนวคิดของ Freidrich Martens ซึ่งเป็นตัวแทนของรัสเซียในที่ประชุมสันติภาพ ณ กรุงเฮก ประเทศเนเธอร์แลนด์ ซึ่งจัดขึ้นในปี ค.ศ. 1899 และ ค.ศ. 1907 เดิมที แนวคิด Martens Clause เป็นประเด็นในเรื่องของมนุษยธรรมเป็นหลัก กล่าวว่าการกระทำที่ไม่ได้ถูกรับรองโดยบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ไม่ได้หมายความว่าพลรบและพลเรือนจะสูญเสียสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองทั้งหมด โดยได้ปรากฏเป็นครั้งแรกในอารัมภบทของอนุสัญญากรุงเฮกฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1899 (Preamble of Hague Convention (II) of 1899) และในอนุสัญญากรุงเฮกฉบับที่ 4 ปีค.ศ. 1907 ว่าด้วยกฎหมายและยุทธการภาคพื้นดิน (Hague Convention (IV) of 1907 Respecting the Laws and Customs of War on Land) อย่างไรก็ตาม นิยามใหม่ของ Martens Clause ได้ถูกระบุในข้อที่ 1 (2) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 (Protocol I) โดย Martens Clause หมายถึงกฎหมายจารีตประเพณีที่เข้ามาควบคุมเรื่องจิตสาธารณะ (Public conscience) โดยในคดี Corfu Channel ปี ค.ศ. 1949 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ใช้ประโยคที่ว่าด้วยการพิจารณาขั้นพื้นฐานเรื่องมนุษยธรรม (Principle of humanity) รวมทั้งในคดี Prosecutor v. Furundzija (ICTY Chamber, 1998) ซึ่งได้กล่าวไว้ว่าเรื่องหลัก Martens Clause เป็นเรื่องของการพิจารณาเรื่องหลักการแบ่งแยกความแตกต่าง กับการห้ามเรื่องการก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานที่เกินความจำเป็น รวมทั้ง การนำหลักความได้สัดส่วนมาประกอบการพิจารณา ในการโจมตีต่อการทำสงคราม เรื่องมนุษยธรรมเป็นเพียงการพาดพิงถึงเท่านั้น (สรุปจาก Yoram Dinstein's. The Conducts of Hostilities under the Law of International Armed Conflict. Second Edition. Cambridge University Press. 2011. p. 8-9

147 Birgit Schlutter. Constitutionalisation at its best or at its worst? Lessons from the development of customary international criminal law. 2004. p. 3

เรื่อยมาจนเป็นหลักการแนวปฏิบัติทั่วไปที่ถูกยอมรับว่าเป็นกฎหมาย¹⁴⁸ และถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ¹⁴⁹

(1) องค์ประกอบของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ตามข้อที่ 38(1)(b) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ได้ระบุว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งเป็นหนึ่งในบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ มีองค์ประกอบคือ แนวปฏิบัติของรัฐ (State practice) และ แนวคิดที่เชื่อว่าการกระทำดังกล่าวของรัฐมีผลผูกพันทางกฎหมาย (Opinion Juris Sive Necessitatis) โดยการจะทราบว่าการกระทำดังกล่าวหรือแนวปฏิบัติใดของรัฐเป็นกฎหมายจารีตระหว่างประเทศนั้น จะต้องพิจารณาเป็นรายองค์ประกอบไป โดยการกระทำของรัฐดังกล่าวจะต้องเป็นการยอมรับ (Consent) ที่จะนำไปปฏิบัติ ตลอดจนการแสดงเจตจำนงในการที่จะเข้าผูกพันต่อแนวปฏิบัติอันเป็นทั่วไปที่มีผลทางกฎหมาย ทั้งนี้ ได้ปรากฏคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเรื่องหลักการในการพิจารณากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ¹⁵⁰

(1.1) แนวปฏิบัติของรัฐ (State Practice)

การพิจารณาถึงแนวปฏิบัติของรัฐว่าแนวปฏิบัติใดสามารถพิจารณาว่าสามารถเป็นรากฐานของการเกิดกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้หรือไม่นั้น จำต้องพิจารณาในหลายการกระทำ เพราะไม่ว่าจะเป็นการกระทำที่เป็นรูปธรรม (Physical) หรือการกระทำที่เป็นวาจา (Verbal) ต่างก็สามารถสะท้อนถึงความเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ทั้งสิ้น¹⁵¹ การกระทำที่เป็นรูปธรรม เช่น การใช้อาวุธบางประเภทในสงคราม การดูแลรักษาผู้ได้รับบาดเจ็บที่มีสถานะต่างกัน พฤติกรรมในสนามรบ เป็นต้น ส่วนการกระทำที่เป็นวาจา เช่น คู่มือทางการทหาร (Military Manuals) การตรากฎหมายภายในประเทศ (National

148 Christopher Greenwood, *Customary International Law and the First Geneva Protocol of 1977 in the Gulf Conflicts*, in THE GULF WAR 1990-91 IN INTERNATIONAL LAW AND ENGLISH LAW, 63, 69 (Peter Rowe ed., 1993)

149 Case concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran and the United States of America) I.C.J. 2003 para 76

150 North Sea Continental Shelf cases (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta), I.C.J. Reports (1985)

151 ข้อมูลเมื่อวันที่ 5 เมษายน ค.ศ. 2014 [Online] Available from : http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_in_asofcuin [2014, April 5]

Legislation) คำสั่งเรื่องกำลังทางอาวุธและกำลังความมั่นคง (Instructions to Armed and Security Forces) การคัดค้านทางการทูต (Diplomatic Protests) คำให้การต่อศาลระหว่างประเทศ (Pleading before International Tribunals) การประกาศจุดยืนของรัฐบาลต่อมติองค์การระหว่างประเทศ (Statements in international organisations and at international conferences and government positions taken with respect to resolutions of international organisations) เป็นต้น¹⁵² นักกฎหมายระหว่างประเทศได้กล่าวว่าไม่ว่าจะเป็นการกระทำที่เป็นรูปธรรมหรือการกระทำที่เป็นวาจา การกระทำเช่นว่าต้องกระทำโดยตัวแทนของรัฐผู้ได้รับอำนาจจากรัฐ¹⁵³ อนึ่ง ปัจจัยสำคัญที่สำคัญอีกประการคือการกระทำดังกล่าวต้องเป็นการกระทำที่ต่อเนื่องและมีเสถียรภาพ (Consistency of practice) ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้มีการระบุถึงกรอบระยะเวลาของการกระทำดังกล่าวแต่อย่างใด

(1.2) แนวคิดที่เชื่อว่าการกระทำนั้นมีผลผูกพันทางกฎหมาย (Opinio Juris)

ดังที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้นว่าไม่ใช่การกระทำทุกการกระทำของรัฐจะก่อให้เกิดกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ทั้งนี้ การกระทำที่ต่อเนื่องและมีเสถียรภาพของรัฐจะต้องเป็นการแสดงออกซึ่งสิทธิ กฎเกณฑ์ และพันธกรณีที่รัฐยินยอมจะผูกพันตนจากการปฏิบัตินั้น โดยรัฐเชื่อมั่นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำตามวัตถุประสงค์และตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย การปฏิบัติดังกล่าวต้องมีความหนักแน่น มีการประเมนและมีน้ำหนักมากที่จะเชื่อได้ถึงผลผูกพันของการกระทำนั้น (Dense)¹⁵⁴ โดยทั่วไปแล้ว แนวทางปฏิบัติของรัฐที่เชื่อว่ามีผลทางกฎหมายนั้นมักจะเป็นแนวปฏิบัติของประเทศที่มีผลประโยชน์ต่อการกระทำดังกล่าว (Stakeholder) โดยเฉพาะประเทศมหาอำนาจของโลก (The World's major powers)¹⁵⁵ ซึ่งแนวคิดที่เชื่อว่าการกระทำมีผลผูกพันทางกฎหมายนี้ถือเป็นองค์ประกอบทางด้านจิตวิทยา¹⁵⁶ ยกตัวอย่างเช่น การปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่ผู้บาดเจ็บและผู้ป่วยต้องได้รับ

152 Ibid.

153 Advisory Opinion on Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 1996 I.C.J. 226, para. 67

154 Sir Humphrey Waldock. *General Course on Public International Law*. Collected Course of the Hague Academy of International Law. Book Number 106. 1962. p. 44

155 Thomas Buergethal and Sean D. Murphy. *Public International Law In A Nutshell*. Fourth Edition. Thomson West Publishing. p. 22

156 ศาสตราจารย์ ดร. จตุรนต์ ธีระวัฒน์. *กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ*. คณะกรรมการกาชาดสากล. 2007. หน้า 40

การดูแลในสภาวะสงคราม หรือในกรณีที่รัฐสามารถใช้เขตอำนาจศาลสากล (Universal Jurisdiction) เหนือคดีอาชญากรรมสงคราม (War crime)¹⁵⁷ เป็นต้น อนึ่ง กฎหมายจารีตประเพณีจะมีผลผูกพันเป็นการทั่วไปถึงแม้ว่ารัฐบางรัฐอาจจะไม่ได้มีแนวปฏิบัติดังกล่าวก็ตาม แต่ในบางกรณี กฎหมายจารีตประเพณีก็มีผลผูกพันเฉพาะบางภูมิภาคหรือบางกลุ่มประเทศเท่านั้น¹⁵⁸

(2) ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกับสถานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

หลักความได้สัดส่วนมีความสำคัญต่อกลไกในการตัดสินใจในการโจมตีของผู้บังคับบัญชา โดยพิจารณาพร้อมกับหลักความจำเป็นทางทหาร (Military Necessity) และในเรื่องความเสียหายข้างเคียงต่อพลเรือนและทรัพย์สินของพลเรือน (Collateral damage) เป็นต้น เต้นชัดหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้เข้าองค์ประกอบทั้งสองประการของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งได้แก่ แนวปฏิบัติของรัฐ (State Practice) กับความเชื่อที่ว่าแนวปฏิบัติดังกล่าวมีผลผูกพันทางกฎหมาย (Opinio Juris Sive Necessitatis) ทั้งนี้ยังได้มีแนวความคิดเห็นของศาลในคดีอาวุธนิวเคลียร์ (Nuclear Weapons Case) ที่ได้กล่าวว่า “Even a legitimate target may not be attacked if the collateral civilian casualties would be disproportionate to the specific military gain from the attack.”¹⁵⁹ จากคำกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า ถึงแม้ว่าเป้าหมายที่ถูกต้องตามกฎหมายไม่สามารถที่จะโจมตีได้ ไม่สามารถโจมตีเป้าหมายที่กฎหมายรับรองหากปรากฏว่าผลกระทบข้างเคียงที่ส่งผลกระทบต่อพลเรือนไม่ได้สัดส่วนกับเป้าหมายทางทหารที่จะได้รับ ซึ่งแสดงถึงหลักการที่ศาลและรัฐต่างๆได้นำมาปฏิบัติ ตลอดจนแสดงให้เห็นถึงความผูกพันของการกระทำว่ามีผลผูกพันตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ความเห็นของศาลในกรณีนี้เป็นที่ยืนยันถึงสถานะที่ได้ถูกศาลนำมาปรับใช้ ในด้านวิชาการ สถานะของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศของหลักความได้สัดส่วนยังได้ถูกยอมรับโดยนักกฎหมายระหว่างประเทศเป็นจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็น Christopher Greenwoods ที่ได้กล่าวว่า หลักความได้สัดส่วนซึ่งถูกระบุไว้ในข้อที่ 51(5)(b) และข้อที่ 57 (2)(a)(iii) ได้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ¹⁶⁰

157 Supra 144.

158 Supra 146. p. 22-24

159 Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 35 I.L. M. 809 (1996). dissenting opinion of Judge Higgins. Para 20.

160 Christopher Greenwood. Customary International Law and the First Geneva Protocol of 1977 in the Gulf Conflict, in the Gulf War 1990-91 in International and English Law.

นอกจากนี้ยังมีนักกฎหมายระหว่างประเทศอีกหลายท่านที่เห็นด้วยกับคำกล่าวนี้ ไม่ว่าจะเป็
François Hampson, Professor Ove Bring, Lieutenant Colonel Corn และ Colonel
Charles Dunlap¹⁶¹

นอกจากหลักการหลักความได้สัดส่วนจะถูกยอมรับในศาลยุติธรรมระหว่าง
ประเทศว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณี รวมถึงการที่บรรดารัฐต่างๆได้นำหลักนี้ไป
ใช้จนได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางและเป็นเวลานาน รวมทั้ง คณะตุลาการอาญาระหว่าง
ประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย (The International Criminal Tribunal of former
Yugoslavia) ก็ได้มีการนำหลักนี้มาปรับใช้อย่างมาก โดยกล่าวว่า

"[I]n combat military commanders are required to ... when
directing their operations against military objective, to ensure that
the losses to the civilian population and the damage to civilian
property are not disproportionate to the concrete and direct
military advantage anticipated."¹⁶²

รวมทั้งการปรับใช้หลักการดังกล่าวในคดีต่างๆ¹⁶³ ซึ่งเหตุผลข้างต้นนี้เป็นไป
ในทางเดียวกันกับการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 โดย
เมื่อนำหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณากับหลักความจำเป็นทางทหารแล้ว ยิ่งทำให้แนวปฏิบัติ
ทั้งสองเป็นหลักการที่มีผลผูกพันทางกฎหมายอย่างยิ่งยวด โดยเฉพาะการที่ประเทศ
สหรัฐอเมริกาได้เข้ามากล่าวถึงความสำคัญของหลักความได้สัดส่วนตลอดจนได้ยอมรับว่าเป็น
ส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ¹⁶⁴

นอกจากหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการที่ถูกระบุในกฎหมายที่เป็นลาย

At 88 (1993)

161 Lieutenant-Colonel et al. Military Objective and Collateral Damage : Their
Dynamics and Relationship. A Thesis. 50 Judge Advocate officer Graduate Course. The Judge
Advocate General's School United States Army. 2002. p. 40

162 International Criminal tribunal for the Former Yugoslavia. Final Report to the
Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the
Federal Republic of Yugoslavia. 2002. para. 28

163 Martić Case Review of the Indictment. I.C.T.Y. (1996). p. 7 para 18

164 Michael J. Matheson. Session One : The United States Position on the Relation
of Customary International Law to the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva
Conventions 2AM. U.J. International Law and Policy 419. page 426

ลักษณะอักษรแล้ว ยังถือเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ¹⁶⁵ ประกอบกับในรายงานของกระทรวงกลาโหมของสหรัฐอเมริกาที่ยื่นต่อสภาCongressภายหลังจากสงครามอ่าวได้สิ้นสุดลง โดยระบุว่า ได้ปรากฏหลักการความได้สัดส่วนที่ไม่ได้ถูกประมวลไว้ในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งได้ห้ามถึงการกระทำใดๆทางทหารที่ก่อให้เกิดผลลัพธ์เชิงลบอย่างเด่นชัด ยกตัวอย่างเช่นผลกระทบเชิงลบต่อพลเรือนและทรัพย์สินของพลเรือน โดยเป็นความเสียหายที่มากเกินไป อันไม่สมดุลงกับผลประโยชน์ทางการทหารที่จะได้รับ¹⁶⁶ ทั้งนี้ การสร้างกฎเกณฑ์เรื่องหลักความได้สัดส่วนในพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 หรือในกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับอื่นใดล้วนได้รับการสะท้อนออกมาในรูปกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเช่นกัน

2.2.1.2 หลักความได้สัดส่วนกับสถานะที่เป็นนโยบาย

นอกจากหลักความได้สัดส่วนจะมีสถานะเป็นกฎหมายแล้ว ในบางกรณีหลักความได้สัดส่วนยังถูกนำมาเป็นปัจจัยในการร่างนโยบายของแต่ละประเทศโดยเฉพาะนโยบายเรื่องการเข้าสู่สงคราม หลักความได้สัดส่วนในสถานะนโยบายถูกใช้เป็นเครื่องมือในการดำเนินการและกำหนดทิศทางการเมืองระหว่างประเทศ โดยเฉพาะบรรดาผู้นำประเทศมหาอำนาจที่ได้นำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นกุญแจในการเจรจาและขับเคลื่อนนโยบายของตน ตัวอย่างเช่น กรณีที่อดีตนายกรัฐมนตรีชาร์ค ซีรัค (Jaques Chirac) ได้ประณามการโจมตีของอิสราเอลต่อกลุ่มฮิซบอลเลาะห์ (Hezbollah) ว่าเป็นการกระทำที่ไม่ได้สัดส่วน และไม่ปฏิบัติตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยการประณามดังกล่าวได้ระบุอยู่ในสุนทรพจน์วันชาติฝรั่งเศสและในแบบร่างนโยบายด้านการต่างประเทศของฝรั่งเศสที่นำเสนอในเวทีการประชุมขององค์การสหประชาชาติ โดยมีนายโคฟี อันนัน เลขาธิการสหประชาชาติในสมัยนั้นได้ตอบรับแนวร่างนโยบายดังกล่าวไว้¹⁶⁷ รวมถึงการนำประเด็นเรื่องหลักความได้สัดส่วนมาเป็นนโยบายที่จะนำไปสู่การหาข้อยุติในการทำสงครามในฉนวนกาซ่า ซึ่งการประชุมดังกล่าวในทางการดำเนินแผนงานดังกล่าวนี้โดยองค์การสหประชาชาติ และมีรายงานที่มีชื่อว่า Report of the UN Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict (the Goldstone Report)¹⁶⁸ อีกทั้ง

165 Yoram Dinstein. *The Laws of Air, Missile and Nuclear Warfare*. Page 7.

166 US. Department of Defense. *Conduct of the Persian Gulf War: Final Report to Congress*. 1992. p.1-10

167 Chirac:Israeli Strikes in Lebanon Disproportionate. Voice of America. 14 July 2006. [available from <http://www.voanews.com/english/archive/2006-07/2006-07-14-voal9.cfm>]

168 Amichai Cohen. *Proportionality in Modern Asymmetrical Wars*. Jerusalem Center

ยังปรากฏเรื่องหลักความได้สัดส่วนในคู่มือและนโยบายของประเทศต่างๆ เช่น ในคู่มือทางการทหารและนโยบายของนิวซีแลนด์และสเปน และ เอกสารด้านกองกำลังทหารอากาศของสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้ว เป็นการยากที่จะแยกถึงสถานะของหลักความได้สัดส่วนว่ามีสถานะเป็นกฎหมายหรือสถานะเป็นนโยบาย เพราะทั้งสองบทบาทแล้วแต่มีความเกี่ยวข้องกันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ แต่ก็ยังปรากฏจุดสำคัญบางประการที่พอจะเป็นแนวทางในการแยกระหว่างหลักความได้สัดส่วนที่มีสถานะทางกฎหมายกับหลักความได้สัดส่วนที่มีสถานะทางนโยบาย ซึ่งได้แก่ ผลผูกพัน (Binding) ที่รัฐต้องมีต่อหลักความได้สัดส่วนนั้น กล่าวคือ หลักความได้สัดส่วนที่มีสถานะเป็นกฎหมายจะมีผลผูกพันที่บรรดารัฐต่างๆต้องปฏิบัติตาม เนื่องจากหลักความได้สัดส่วนนอกจากจะมีสถานะทางกฎหมายที่ถูกระบุเป็นอนุสัญญาหรือเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีผลผูกพันเฉพาะแต่ภาคีของอนุสัญญานั้นแล้ว หลักความได้สัดส่วนกับสถานะทางกฎหมายยังถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย เพราะฉะนั้นหากหลักความได้สัดส่วนได้ถูกนำมาใช้กับสถานะที่เป็นกฎหมายย่อมมีผลผูกพันอย่างเด็ดขาดแน่แท้ตามที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้น ในทางกลับกัน หากหลักความได้สัดส่วนถูกนำมาใช้เพื่อเป็นปัจจัย เป็นหนึ่งในองค์ประกอบชี้นำทิศทางของประเทศ ตลอดจนวางแนวทางในการกำหนดนโยบายทางการเมืองหรือถูกนำมาบรรจุเป็นข้อเสนอที่ประเทศก้าวไปนั้น เช่น หลักความได้สัดส่วนนี้ก็ไม่ได้มีผลผูกพันที่เด็ดขาดเท่ากับหลักความได้สัดส่วนที่มีสถานะทางกฎหมาย

2.2.2 ข้อพิจารณาการใช้หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

สำหรับการพิจารณาเรื่องการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้นต้องใช้ควบคู่กับข้อพิจารณาสามประการ คือ เรื่องความจำเป็นทางทหาร ความเสียหายต่อทรัพย์สินของพลเรือนต้องไม่เกินขนาด และความสมดุลกันระหว่างหลักความจำเป็นทางทหารกับหลักมนุษยธรรม ดังต่อไปนี้

2.2.2.1 ข้อพิจารณาด้านความจำเป็นทางทหาร (Military Necessity)

ความจำเป็นทางทหารเป็นข้อพิจารณาที่เป็นปัจจัยในการสร้างมาตรการที่เป็นธรรมต่อการโจมตีเป้าหมายที่ไม่ได้ห้ามโดยกฎหมายระหว่างประเทศหรือก็คือเป้าหมายทางการทหาร ซึ่งการโจมตีเป้าหมายดังกล่าวต้องมีความจำเป็น มีวัตถุประสงค์สำคัญในการโจมตี

มิใช่เป็นการโจมตีตามอำเภอใจหรือการโจมตีที่ไร้ซึ่งเหตุผลทางการทหารหรือเป็นการโจมตีที่ไม่ก่อให้เกิดผลประโยชน์ทางการทหาร¹⁶⁹ Dr. Francis Lieber ได้กล่าวถึงคำจำกัดความทั่วไปของ คำว่าความจำเป็นทางการทหาร ซึ่งถูกลงมติยอมรับโดย General Henry Halleck ในคำสั่งทางทหาร (General Order) ลำดับที่ 100 ในระหว่างการเกิดสงครามกลางเมืองอเมริกาว่าความจำเป็นทางทหารประกอบไปด้วยมาตรการที่จำเป็นต่อการนำสู่การยุติของสงคราม และเป็น มาตรการที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยอ้างอิงจากกฎหมายสมัยใหม่ (Modern law) และ ธรรมเนียมการปฏิบัติในทางสงคราม¹⁷⁰ ทั้งนี้ คำกล่าวข้างต้นเป็นเพียงการให้คำนิยามอย่างกว้าง เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนได้แบ่งรายละเอียดในเรื่องความจำเป็นทางทหารออกเป็น 6 ประเด็นย่อย ดังต่อไปนี้

(1) ต้องมีวัตถุประสงค์ทางการทหาร (Military Objectives)

ความหมายของคำว่าวัตถุประสงค์ทางการทหาร ได้ปรากฏอยู่อย่างเด่นชัดทั้ง ในแนวปฏิบัติของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International law) และปรากฏอยู่ในตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร (Conventional law) โดยเฉพาะที่ ปรากฏอยู่ในข้อที่ 52(2)¹⁷¹ ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 สามารถสังเกตได้ว่า วัตถุประสงค์ที่จะเป็น เป้าประสงค์ทางการโจมตีทางทหารนั้นจะต้องมีนัยสำคัญต่อการกระทำทางทหารของฝ่ายตรงข้ามและมีความเชื่อมโยงต่อประโยชน์ทางการทหารซึ่งจะได้กล่าวในลำดับถัดไป ยกตัวอย่างเช่น ในอดีตประเทศยูโกสลาเวียที่ นายอิวิกา ราจิก (Ivica Rajic) ได้สั่งให้กองกำลังโจมตีหมู่บ้านซึ่ง ไม่เป็นวัตถุประสงค์ทางการทหาร ประกอบกับสถานที่ดังกล่าวเต็มไปด้วยพลเรือนเป็นจำนวน

169 International Law Commission. State of Necessity in International Humanitarian Law (Report of the International Law Commission on the Work of its Thirty-Second Session” para 27). Yearbook of the International Law Commission Volume II Part II. 1980. p. 32-46

170 แปลจาก “Military necessity, as understood by modern civilized nations, consists of those measures which are indispensable for securing the ends of war, and which are lawful according to the modern law and usage's of war”. อ้างใน Karl A. Kaszuba. Military Technology: Has It Changed The Rules Of Warfare?. Air War College. Air University. 1997. p. 3

171 Article 52(2) of the First Protocol :

“Attacks shall be limited strictly to military objectives. In so far as objects are concerned, military objectives are limited to those objects which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose total or partial destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage.”

มาก และการโจมตีดังกล่าวไม่แสดงนัยสำคัญใดทางการทหาร¹⁷² เช่นนี้ การโจมตีวัตถุประสงค์ดังกล่าวไม่ถูกต้อง

(2) เป้าหมายทางทหารที่จำกัด (Definite Military Target)

ในการโจมตีแต่ละครั้งนั้นไม่ได้หมายความว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะสามารถโจมตีฝ่ายตรงข้ามหรือโจมตีเป้าประสงค์ทางทหารเป็นจำนวนเท่าไรก็ได้ ในทางกลับกัน การโจมตีแต่ละครั้งจะต้องมีการจำกัดปริมาณความเสียหายที่จะเกิดต่อเป้าหมายทางทหารต่อฝ่ายตรงข้าม รวมทั้งการประมาณการการจำกัดความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นต่อพลเรือนและทรัพย์สินของพลเรือน โดยการโจมตีแต่ละครั้งจะต้องมีการกำหนดเป้าหมายการโจมตีให้ชัดเจนและแน่นอน ไม่ใช่เป็นการโจมตีตามอำเภอใจโดยไม่ได้กำหนดจำนวนในการโจมตีซึ่งจะนำไปสู่ยอดการโจมตีที่บ้านปลาย¹⁷³

(3) ผลประโยชน์ทางการทหาร (Military advantage)

ผลประโยชน์หรือความได้เปรียบทางทหาร หากพิจารณาในอีกแง่มุมหนึ่งแล้วก็คือ วัตถุประสงค์ที่แท้จริงของการโจมตี แสดงให้เห็นว่าในการโจมตีแต่ละครั้งไม่ใช่เพื่อการอื่นใด หากแต่เป็นการทำให้ฝ่ายตนได้อยู่ในสถานะที่เหนือกว่าในสงคราม แต่ปัญหาที่ปรากฏมีอยู่ว่าแล้วคำว่าผลประโยชน์ทางการทหารนั้นควรจะเป็นไปในลักษณะใด ในระหว่างการให้สัตยาบันพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ออสตราเลียและนิวซีแลนด์ได้กล่าวในบทอ้างอิงว่า ผลประโยชน์ทางการทหารนั้นจะต้องเป็นผลประโยชน์ที่สามารถคาดหวังได้จากการโจมตีโดยรวม¹⁷⁴ โดยเป็นผลประโยชน์ทางทหารที่เป็นรูปธรรมและผลประโยชน์ทางตรง (Concrete and direct military advantage) ที่เป็นไปในแนวทางการคาดหวังโดยสุจริตว่าการโจมตีดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดความเสียหายที่เกินขนาด และเป็นไปตามเป้าประสงค์ของการโจมตี¹⁷⁵ อนึ่ง นอกจากคำว่าผลประโยชน์ทางทหารที่เป็นรูปธรรมและเป็นผลประโยชน์ทางตรง

172 Prosecutor v. Ilica Rajic (a/k/a Viktor Andric) Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence. I.C.T.Y. 1996. para 54,56

173 Advisory Opinion. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. I.C.J. 1996. para. 43

174 Henckart. p.326

175 Australia, Declarations made upon ratification of AP I, 21 June 1991, para 4, New Zealand, Declarations made upon ratification of AP I, 8 February 1988, para 3.

(4) การเลือกใช้วิธีทางการทหาร (Methods of Warfare)

การเลือกใช้วิธีการทางการทหารเป็นการเลือกใช้ที่ถูกจำกัด¹⁷⁶ ตามข้อที่ 35 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 โดยวิธีการทางการทหารอันนำมาซึ่งความได้เปรียบทางการทหารสามารถแบ่งได้เป็นสองประเภทคือ วิธีการที่ไม่ใช้กำลังโจมตี และ วิธีการที่ใช้กำลังโจมตี

(4.1) วิธีการทางการทหารที่ไม่ใช้กำลังโจมตี

วิธีการที่ไม่ใช้กำลังโจมตีประกอบไปด้วย 3 รูปแบบย่อย คือ การล่อลวง การปฏิเสธความเมตตา การเกณฑ์กำลังพลโดยการบังคับ และการเคลื่อนย้ายพลเรือน สำหรับรูปแบบแรกคือการล่อลวง (Perfidy) โดยปกติในการทำสงคราม ต้องมีการวางยุทธศาสตร์เพื่อล่อลวงหรืออำพรางเพื่อให้ศัตรูอีกฝ่ายสำคัญผิดหรือหลงผิดเพื่อจะได้เสียผลประโยชน์ในการสู้รบ ปัญหาที่ปรากฏคือ ถ้าอีกฝ่ายหนึ่งใช้มาตรการที่ทำให้อีกฝ่ายหลงผิดโดยอาศัยหลักกฎหมายเพื่อเป็นการเอาเปรียบจากฝ่ายแรก โดยเฉพาะการกล่าวอ้างว่าตนได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย ยกตัวอย่างเช่น การแกล้งเสียชีวิตในสนามรบตลอดจนการแกล้งป่วยหรือแกล้งได้รับบาดเจ็บ ซึ่งทำให้ทหารฝ่ายตรงข้ามต้องให้ความช่วยเหลือตามหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ แล้วพอบุคคลดังกล่าวถูกนำตัวมาในค่ายทหารหรือสถานที่ใดของฝ่ายตรงข้ามนั้นกลับลุกขึ้นมาต่อสู้และโจมตีบุคคลในสถานที่ดังกล่าวของฝ่ายตรงข้าม หรือการใส่ชุดเครื่องแบบของศัตรูฝ่ายตรงข้ามแล้วหลอกให้ตายใจจนทำร้ายกองกำลังของฝ่ายตรงข้ามนั้น¹⁷⁷ เช่นนี้ถือเป็นการล่อลวงโดยมิชอบตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งการล่อลวงโดยมิชอบนี้เป็นการก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในการสู้รบ เป็นวิธีที่ก่อให้เกิดความไม่ได้สัดส่วนดังที่ได้ระบุไว้ในข้อที่ 37 พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1¹⁷⁸ วิธีการโจมตีที่ไม่ใช้กำลังรูปแบบที่สองคือ

176 Advisory Opinion. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. I.C.J. 1996. Para 78

177 Trial of Otto Skorzeny and Others (General Military Government Court of the U.S. Zone of Germany). The United Nations War Crimes Commission. Law Reports of Trials of War Criminals. Volume IX. 1949. para. 90-93

178 Article 37 of Additional Protocol I :

1. It is prohibited to kill, injure or capture an adversary by resort to perfidy. Acts inviting the confidence of an adversary to lead him to believe that he is entitled to, or is obliged to accord, protection under the rules of international law applicable in armed

การปฏิเสธความเมตตา (Refuse of Quarter) หลักปฏิเสธความเมตตาเริ่มมาตั้งแต่ Hague Rules และมาถูกกล่าวซ้ำในพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปี ค.ศ. 1977 รวมทั้งในพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 โดยข้อที่ 4 วรรค 1¹⁷⁹ ได้กล่าวไว้ในเรื่องเดียวกัน ซึ่งการปฏิเสธความเมตตานี้เป็นการฝ่าฝืนเรื่องความทุกข์ทรมานเกินความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วน รวมทั้ง หลักความจำเป็นทางทหาร อนึ่งการปฏิเสธความเมตตาอาจไม่จำเป็นต้องเป็นการใช้อาวุธเสมอไป โดยอาจเป็นรูปแบบของการขังลี้มหรือให้เสียชีวิตอย่างช้าๆ เป็นต้น วิธีการโจมตีวิธีโดยไม่ใช้กำลังรูปแบบที่สามคือ การเกณฑ์กำลังพลโดยการใช้กำลังบังคับ (Force Enforcement) โดยเป็นหลักตั้งแต่ Hague Rules และมาเด่นชัดขึ้นในอนุสัญญากรุงเจนีวา ฉบับที่ 3 ปี ค.ศ. 1949 โดยเป็นไปในลักษณะที่ว่า ห้ามเกณฑ์บุคคลที่ถูกจับไปเป็นเชลยศึก หรือพลเรือนที่อยู่ในดินแดนที่ถูกยึดครองมาใช้เป็นแรงงานหรือเป็นทหารในกองกำลังของฝ่ายตรงข้าม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง

conflict, with intent to betray that confidence, shall constitute perfidy. The following acts are examples of perfidy:

- (a) the feigning of an intent to negotiate under a flag of truce or of a surrender;
- (b) the feigning of an incapacitation by wounds or sickness;
- (c) the feigning of civilian, non-combatant status; and
- (d) the feigning of protected status by the use of signs, emblems or uniforms of the United Nations or of neutral or other States not Parties to the conflict.

2. Ruses of war are not prohibited. Such ruses are acts which are intended to mislead an adversary or to induce him to act recklessly but which infringe no rule of international law applicable in armed conflict and which are not perfidious because they do not invite the confidence of an adversary with respect to protection under that law. The following are examples of such ruses: the use of camouflage, decoys, mock operations and misinformation.

179 Article 4 paragraph 1 of the Additional Protocol II :

Fundamental Guarantee

All persons who do not take a direct part or who have ceased to take part in hostilities, whether or not their liberty has been restricted, are entitled to respect for their person, honour and convictions and religious practices. They shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction. It is prohibited to order that there shall be no survivors.

คือ การนำคนของฝ่ายตรงข้ามมาเป็นกองกำลังของฝ่ายตนเอง และบังคับให้บุคคลดังกล่าวต่อสู้กับฝ่ายตนเอง และรูปแบบที่สี่ของวิธีการโจมตีที่ไม่ใช่กำลัง คือ การเคลื่อนย้ายพลเรือน (People Transfer) ทั้งนี้ ก่อนหน้าที่จะมีอนุสัญญาเจนีวาปี ค.ศ. 1949 กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไม่ได้มีข้อบัญญัติห้ามบังคับการเคลื่อนย้ายพลเรือนจากที่หนึ่งไปอีกที่หนึ่ง แต่พอได้เกิดสงครามโลกครั้งที่สองขึ้นมา ตามกลยุทธ์และแผนการของนาซีได้มีการอพยพคนออกจากดินแดนหนึ่งเพื่อให้ดินแดนนั้นปลอดภัยจากชาตินั้นๆ ซึ่งผลที่ตามมาคือความเสียหายมากมาย โดยเฉพาะการเคลื่อนย้ายคนโดยอาศัยความแตกต่างทางด้านเชื้อชาติใดเชื้อชาติหนึ่งออกไปจากดินแดนนั้น¹⁸⁰ อนุสัญญากรุงเจนีวาปี ค.ศ. 1949 ในข้อที่ 49 ได้ถือว่าการกระทำความผิดเป็นอาชญากรรมสงคราม (War crime) โดยห้ามเคลื่อนย้ายประชาชนจากดินแดนของตนเองออกจากดินแดนไป หรือห้ามเคลื่อนย้ายประชาชนที่อยู่ในดินแดนของที่อาศัยอยู่ เนื่องจากการกระทำเช่นว่าเป็นความผิดร้ายแรง (Grave breach)¹⁸¹ แต่ก็มีข้อยกเว้นที่ว่า การเคลื่อนย้ายคนเพื่อความปลอดภัยของบุคคลเหล่านั้น แต่ต้องเป็นการชั่วคราวเท่านั้น ทั้งนี้ได้มีแนวความคิดเห็นของศาล (Advisory Opinion of the International Court of Justice) ในกรณีกำแพง (The Wall Case) ที่กล่าวว่า การสร้างกำแพงของอิสราเอลในดินแดนของปาเลสไตน์ มีส่วนที่จะช่วยผลักดัน หรือก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวของประชาชนในปาเลสไตน์อันมีนัยเป็นการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เป็นการกระทำที่ปราศจากเหตุอันเหมาะสมและไม่มี ความได้สัดส่วนของการกระทำและเกินความจำเป็นอย่างมาก¹⁸² อีกทั้งถือเป็นการเคลื่อนย้าย และบังคับกลุ่มบุคคลให้ออกจากพื้นที่หนึ่งด้วยเหตุผลทางเชื้อชาติ ศาสนา ชาติพันธุ์ การกระทำความผิดดังกล่าวจึงถือเป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) อีกด้วย เป็นการปฏิบัติที่ไร้ซึ่งหลักมนุษยธรรม¹⁸³

(4.2) วิธีการทางทหารที่ใช้กำลังโจมตี

ในการสู้รบโดยใช้กำลังสิ่งที่จะต้องคำนึงถึง คือ ต้องทำอะไรที่จะให้พลเรือนและทรัพย์สินของพลเรือนได้รับผลกระทบจากการทำสงครามน้อยที่สุด ดังนั้น กฎหมายจึงต้องสร้างกฎกติกาที่มีข้อจำกัดบางประการเพื่อกันไม่ให้พลเรือนตกเป็นเป้าหมายในการโจมตีและให้ได้รับผลกระทบจากสงครามน้อยที่สุด โดยประการสำคัญอย่างแรกคือ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่าง

180 The Prosecutor v. Milan Babić. Sentencing Judgment. 2004 I.C.T.Y. Para 50-51

181 The Prosecutor v. Predrag Banović. Sentencing Judgment. 2003 I.C.T.Y. Para 39-41

182 Report of Judgments, Advisory Opinion and Orders on Legal Consequences of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory. 2004 I.C.J. Para 157-160

183 Ibid, para 158.

ประเทศได้ห้ามการโจมตีโดยไม่แยกแยะ กล่าวคือ ห้ามโจมตีโดยไม่ได้มุ่งไปทางเป้าหมายทางทหารที่ได้กำหนดไว้แน่นอน ห้ามโจมตีโดยใช้ปัจจัยการสู้รบที่ไม่สามารถกำหนดเป้าหมายเฉพาะได้ และห้ามโจมตีที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อพลเรือนเมื่อได้เปรียบเทียบกับความได้เปรียบเสียเปรียบทางทหารโดยตรง ประการสำคัญประการที่สองคือการห้ามทำลายโดยปราศจากความจำเป็นทางทหาร ซึ่งก็คือ การทำลายหรือริบทรัพย์สินของพลเรือนหรือฝ่ายทหารจะทำได้ถ้าไม่ตอบสนองความต้องการทางทหารดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในตอนต้น และประการที่สาม คือ การห้ามการกระทำที่สร้างความหวาดกลัวต่อพลเรือน (Terrorism Act) ซึ่งไม่ใช่เป็นการก่อการร้ายทั่วไป แต่มีนัยพิเศษของการกระทำนั้นเอง โดยหลักคือ ห้ามกองทัพหรือพลรบชู่หรือกระทำการใดๆโดยใช้ความรุนแรงอันมีวัตถุประสงค์หลักที่มุ่งไปยังพลเรือนเพื่อก่อให้เกิดความสะพรึงกลัว กรณีนี้ไม่เกี่ยวกับเป้าหมายทางทหาร (Military Target) และเมื่อกระทำแล้วก็จะถือเป็นอาชญากรรมสงคราม (War Crime) และ ประการที่สี่ คือ การห้ามจับเป็นตัวประกัน โดยถือเป็นการสร้างอำนาจต่อรองซึ่งเป็นสิ่งต้องห้ามทั้งในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ดังที่ระบุไว้ในข้อที่ 34 และข้อที่ 147 ของอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 4 และข้อที่ 75 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 ทั้งนี้การดังกล่าวยังได้ระบุไว้ในบทบัญญัติว่าด้วยสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ตามข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญากรุงเจนีวาปี ค.ศ. 1949

ทั้งหมดนี้ การที่จะเลือกใช้วิธีใดในการโจมตีนั้นจะต้องเป็นการใช้วิธีที่ได้รับการยอมรับและเป็นไปตามที่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้บัญญัติไว้ หากวิธีการใดเป็นวิธีที่ก่อให้เกิดผลประโยชน์ทางการทหารแต่กลับส่งผลต่อความเสียหายอันเกิดขนาดต่อพลรบ พลเรือน และทรัพย์สินของพลเรือนแล้ว ถึงแม้ว่าวิธีการดังกล่าวจะถูกต้องตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก็ไม่ได้ก่อให้เกิดความได้สัดส่วน ก็จะทำให้การกระทำโดยใช้วิธีดังกล่าวเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในที่สุด โดยปกติผู้ที่ทำการตัดสินใจในการสรรหาหรือเลือกวิธีในการทำสงครามได้แก่ "ผู้บังคับบัญชา" (Commander) ซึ่งจะสอดคล้องกับแนวคิดเรื่องหลักความได้สัดส่วนของ Joseph Holland, Ian Henderson และ Judith Gail Gardam ดังที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้น

(5) การเลือกใช้อาวุธเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ทางการทหาร

ในประเด็นเรื่องการใช้อาวุธนั้น เคยปรากฏคำพิพากษาที่สำคัญของศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐเยอรมนีที่ได้กล่าวในลักษณะที่ว่า อำนาจในการใช้กำลังทางการทหารในการที่จะยิงเครื่องบินที่ถูกสลัดอากาศทำการควบคุม และในเครื่องบินลำดังกล่าวได้บรรทุก

ผู้โดยสารบริสุทธิ์ โดยวัตถุประสงค์ของการเข้ายึดเรือบินของสล็อตอากาศก็เพื่อขัดต่อเรื่องชีวิตของมนุษย์ ซึ่งหากได้เกิดการยิงเครื่องบินลำดังกล่าว การกระทำเช่นว่าจะไม่เป็นไปตามการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญเยอรมัน โดยเฉพาะสิทธิในการมีชีวิต (Right to life) และสิทธิในศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ (Right to Human Dignity) ประกอบกับ การโจมตีดังกล่าวไม่เป็นการปฏิบัติตามการแบ่งแยกระหว่างผู้กระทำผิดกับผู้บริสุทธิ์¹⁸⁴ และที่สำคัญคือเป็นการใช้อาวุธในการโจมตีที่ไม่ได้สัดส่วนเมื่อเปรียบเทียบกับจำนวนผู้บริสุทธิ์ที่ต้องเสียชีวิตกับผลประโยชน์จากการโจมตีที่จะได้รับ สำหรับในประเด็นเชื่อมโยงทางระหว่างประเทศนั้น จริงอยู่ที่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไม่ได้มีการลงรายละเอียดอาวุธในแต่ละประเภทที่ใช้ในยามสงคราม อย่างไรก็ตามไม่ว่าจะใช้อาวุธประเภทใด ความรุนแรงในระดับใด ก็ต้องตกอยู่ภายใต้หลักพื้นฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ 3 ประการ คือ ต้องใช้อาวุธตามหลักแบ่งแยกความแตกต่าง อาวุธที่จะต้องเป็นอาวุธที่ไม่ก่อให้เกิดความตายโดยหลีกเลี่ยงไม่ได้ และอาวุธที่จะต้องใช้ต้องไม่ก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานเกิดความจำเป็นและต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน

ทั้งนี้ การที่จะพิจารณาถึงอาวุธที่จะใช้ต้องไม่ก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานเกิดความจำเป็นและต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนนั้น สามารถวัดได้จาก ประการแรก คือ การเปรียบเทียบความได้เปรียบเสียเปรียบทางทหารในขณะที่ทำสงคราม ได้มีความเห็นของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ปี ค.ศ. 1996 ในประเด็นเรื่อง “Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons” ซึ่งเป็นกรณีฟ้ององค์การอนามัยโลก (World Health Organization) ขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศออกความคิดเห็น (Advisory Opinion) กรณีการใช้อาวุธนิวเคลียร์ โดยได้มีแนวความคิดบางประเทศเช่นรัสเซียและสหรัฐอเมริกาที่กล่าวว่าคำว่าความทุกข์ทรมานเกินความจำเป็น (Unnecessary suffering) จะมีลักษณะดังกล่าวก็ต่อเมื่อนำมาเปรียบเทียบหรือชั่งน้ำหนักกับความได้เปรียบเสียเปรียบทางทหารและความร้ายแรงของอาวุธที่นำมาใช้ ยิ่งอาวุธที่มีประสิทธิภาพในแง่ของทางทหารมากเท่าไร ก็ยิ่งทำให้อาวุธนั้นมีลักษณะที่ก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานเกินความจำเป็นมากเท่านั้น¹⁸⁵ ประการที่สอง คือ ความทุกข์ทรมานเกินความจำเป็นเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ อันเกิดจากการใช้อาวุธที่ไม่ได้ตอบสนองต่อความจำเป็นทางการทหาร และ ประการที่สาม คือ การใช้อาวุธที่ไม่แยกแยะ ซึ่งก็คือ อาวุธที่ใช้นั้นโดยตัวของมันเองไม่สามารถแยกแยะเป้าหมายทางทหารหรือเป้าหมายที่เป็นพลเรือนได้ ซึ่งหลักการแบ่งแยกความแตกต่าง (Principle of Distinction) ได้ปรากฏมาตั้งแต่ St.

184 Thomas M. Franck. On Proportionality of Countermeasures in International Law. The American Journal of International Law. Vol. 102:715. p. 275

185 Advisory Opinion. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. I.C.J. 1996. para. 84-86, 95

Petersburg Declaration และ Hague Rules รวมทั้งความเห็นของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในเรื่อง Legality of Nuclear Weapons โดยทั้งหมดนี้ได้กล่าวไปในลักษณะที่ว่าอาวุธใดๆก็ตามซึ่งโดยลักษณะของอาวุธไม่สามารถที่จะระบุไปยังเป้าหมายที่จำกัดและแน่นอนต่อเป้าหมายทางทหารที่กำหนดไว้แน่ชัดได้ อาวุธเหล่านี้เป็นอาวุธที่ไม่สามารถแยกแยะเป้าหมายได้ แม้จะเป็นอาวุธที่มุ่งต่อเป้าหมายทางทหาร แต่ถ้าไม่สามารถจำกัดขอบเขตบังคับไม่ได้ รวมทั้งก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมต่อการโจมตี เช่นนี้อาวุธดังกล่าวก็ไม่ถูกต้องตามกฎหมายระหว่างประเทศ ยกตัวอย่างเช่น Weapons of Mass Destruction, Atomic, Biological and Chemical weapons (ABC Weapons) เป็นต้น

อนึ่ง ประเพณีอาวุธเจาะจงที่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้ระบุนำมาใช้อย่างชัดเจน โดยอาวุธดังกล่าวเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกความแตกต่างและที่สำคัญคือขัดต่อหลักความได้สัดส่วนมีหลายประเภท ดังเช่นใน St. Petersburg Declaration 1968 หรือ Hague Declaration 1899 มีการระบุว่าห้ามใช้กระสุน dum-dum ซึ่งเป็นกระสุนที่ยิงไปนัดเดียวจะแตกตัวเป็นลูกปรายต่อซึ่งก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานที่เกินความจำเป็น การห้ามใช้อาวุธประเภทแก๊สพิษซึ่งระบุไว้ใน Hague Regulation 1925 และ Paris Convention 1993 การห้ามใช้ยาพิษใน Hague Regulation 1925 การห้ามใช้อาวุธเชื้อโรคหรือแบคทีเรียโดยมีการระบุไว้ในเอกสารกฎหมายระหว่างประเทศเป็นจำนวนมากมาย ไม่ว่าจะเป็น Hague Regulation 1925, UN Resolutions, London / Moscow / Washington Charter 1972 ที่ได้ระบุนำการห้ามทดลอง ผลิต กักเก็บอาวุธแบคทีเรีย โดยเฉพาะเหตุการณ์วินาศกรรมระเบิดตึก World Trade Center และการระบาดของของจดหมายที่มีการใส่เชื้อแอนแทรกซ์ (Anthrax)

นอกจากนี้ คงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะกล่าวถึงอาวุธที่ก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมมากที่สุด ได้แก่อาวุธนิวเคลียร์ ทั้งนี้เมื่อพิจารณาสภาพของอาวุธนิวเคลียร์แล้วจะเห็นได้ว่าเทคโนโลยียังไม่สามารถกำหนดขอบเขตของความรุนแรงรวมถึงการแพร่กระจายต่อเป้าหมายที่จะใช้ในการโจมตีได้ การใช้อาวุธนิวเคลียร์เป็นการละเมิดทั้งต่อหลักการไม่แบ่งแยก (The Principle of Distinction) และ หลักความได้สัดส่วน (The Principle of Proportionality) เป็นอาวุธที่ละเมิดต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ในประเด็นเรื่องการใช้อาวุธนิวเคลียร์ยังคงมีปัญหาที่เกี่ยวข้องบางประการ กล่าวคือ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวว่า ตัวศาลไม่สามารถที่จะตอบได้ว่า ในกรณีที่เป็นสถานการณ์ที่มีลักษณะที่เรียกว่า "Extreme Circumstances of Self-Defense" แล้ว ศาลระบุไม่ได้ว่าการใช้อาวุธนิวเคลียร์ยังจะเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ทั้งนี้คำว่า Extreme Circumstances of Self-Defense หมายถึง กรณีที่มีการโจมตีด้วยอาวุธนิวเคลียร์มาก่อน ฝ่ายที่ถูกโจมตีก็สามารถที่จะโจมตีกลับด้วยอาวุธนิวเคลียร์เช่นกันโดยการอ้างหลัก Self-Defense ซึ่งประเด็น

นี้ยังเป็นข้อสงสัยในบรรดานานาประเทศว่าเป็นการเหมาะสมหรือไม่

อาวุธที่สำคัญที่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้มีการกล่าวถึงอย่างเด่นชัดคืออาวุธเลเซอร์ ซึ่งโดยพื้นฐานหลักทั่วไปอาวุธเลเซอร์ไม่ถือว่าเป็นอาวุธที่ผิดในตัวเอง แต่พิธีสารฉบับที่ 1 ของ 1980 UN Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons ได้กล่าวไปในลักษณะที่ว่า อาวุธประเภทเลเซอร์ไม่ได้เป็นอาวุธที่ผิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ แต่ถ้าใช้อาวุธดังกล่าวแล้วก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานที่เกินความจำเป็นก็จะเป็นการใช้อาวุธที่ผิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้ ท้ายสุด คือ เครื่องทุ่นระเบิดสังหารบุคคล (Anti-Personal Mines) ซึ่ง 1980 UN Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons และ 1997 Ottawa Convention on the Prohibition of Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personal Mines and on their Destruction ได้มีการระบุไว้ โดดเป็นการห้ามแบบเบ็ดเสร็จในการใช้ทุ่นระเบิด รวมทั้งห้ามผลิต ทดลอง กักเก็บ และเคลื่อนย้าย ซึ่งอาวุธเหล่านี้มักจะถูกใช้ไปกับดักตามแนวชายแดน ซึ่งจริงอยู่ที่ในตัวของอาวุธประเภทนี้ไม่ร้ายแรง แต่เป็นอาวุธที่ผิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเนื่องจากว่าไม่สามารถแยกแยะเป้าหมายได้ ก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานเกินความจำเป็น และที่สำคัญคือไม่เป็นที่ไปตามหลักความได้สัดส่วนเมื่อเทียบกับผลประโยชน์ทางการทหารที่ฝ่ายผู้ใช้จะได้รับความสูญเสียชีวิตและความเสียหายทางทรัพย์สินของพลเรือนในสถานการณ์ดังกล่าว

(6) การควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพต่อการกระทำทางการทหาร (Effective Contribution to Military Action)

การควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพต่อการกระทำทางการทหาร (Effective Contribution to Military Action) เป็นขั้นตอนการกระทำของผู้บังคับบัญชาที่จะเข้าตรวจสอบและควบคุมการกระทำใดๆ ที่ตนได้ออกคำสั่งแก่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาโดยมีจุดประสงค์ในการโจมตีวัตถุประสงค์ทางการทหาร¹⁸⁶ ตามที่ระบุไว้ในข้อที่ 52 (2) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 ทั้งนี้ การควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพต่อการกระทำทางการทหารเป็นขั้นตอนที่เกิดขึ้นตั้งแต่กระบวนการเตรียมการทางการทหารก่อนออกคำสั่งในการโจมตี การตัดสินใจถึงความเหมาะสมในการโจมตี¹⁸⁷ ตลอดจนขั้นตอนในการสอดส่องดูแลและควบคุมการกระทำของ

186 Ziv Bohrer et al. *Proportionality in Military Force at War's Multiple Levels: Averting Civilian Casualties vs. Safeguarding Soldiers*. Vanderbilt Journal of Transnational Law. 2013. 781-782

187 Case concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran and the United States of

ผู้ที่ถูกออกคำสั่งในขณะที่มีการโจมตี ประกอบกับเมื่อกลับมาพิจารณาในต้วบทกฎหมายตามข้อที่ 28 ของธรรมนูญกรุงโรม ได้มีการกล่าวเกี่ยวกับการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ คือ บุคคลที่เข้ามาควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพซึ่งได้แก่ผู้บังคับบัญชา และ การกระทำอาชญากรรมที่กระทำโดยการใช้กำลังภายใต้คำสั่งและการควบคุมที่รัดกุมและระมัดระวังของผู้บังคับบัญชา¹⁸⁸

2.2.2.2 ข้อพิจารณาความเสียหายต่อชีวิตและทรัพย์สินต้องไม่เกินขนาด

สำหรับข้อพิจารณาเรื่องความเสียหายต่อชีวิตและทรัพย์สินที่ต้องไม่เกินขนาดนั้น ผู้เขียนได้แบ่งออกเป็น 3 ข้อพิจารณาดังต่อไปนี้ (1) ความหมายของคำว่าเกินขนาด (2) ต้องเป็นความเสียหายโดยรวม และ (3) ผลเสียหายข้างเคียงต่อพลเรือนที่ถูกต้องตามกฎหมายตามลำดับ

(1) ความหมายของคำว่าเกินขนาด (Excessive)

ความเสียหายต่อพลเรือนและทรัพย์สินของพลเรือนจะต้องไม่เกินขนาด ซึ่งคำว่า "ไม่เกินขนาด" หมายถึง ความเสียหายจากการโจมตีจะต้องไม่มากเกินกว่าผลประโยชน์ทางการทหารที่จะได้รับ ซึ่งจากข้อที่ 51(5)(b) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ได้ระบุเรื่องดังกล่าวไว้โดยหน้าที่ในการระงับไว้ซึ่งความเสียหายที่จะเกินขนาดได้ถูกระบุไว้ในข้อที่ 57(2)(a)(iii)¹⁸⁹ ของพิธีสารฉบับเดียวกัน ซึ่งหากการกระทำใดที่ก่อให้เกิดความเสียหายที่เกินขนาด ซึ่งข้อที่ 8(2)(b)(iv) ของธรรมนูญกรุงโรมได้ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นอาชญากรรมสงคราม (War crime)¹⁹⁰ อนึ่ง คำว่า "เกินขนาด" (Excessive) ไม่ได้หมายถึงการนำจำนวนตัวเลขที่มาเทียบเคียงกัน เช่น ผลประโยชน์ทางการทหารต้องได้ในจำนวนร้อยละ 40 และความเสียหายต่อ

America) I.C.J. 2003 para 43

188 Yoram Dinstein. The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict. Second Edition. Cambridge University Press. 2010. p. 277

189 Article 57(2)(a)(iii) of the First Protocol :

“refrain from deciding to launch any attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated;”

190 Article 8 (2)(b)(iv) of the Statute of Rome

“ For the purpose of this Statute, 'war crimes' means : 'Extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly;'

พลเรือนหรือทรัพย์สินพลเรือนต้องอยู่ที่ร้อยละ 60 เช่นนี้ไม่ใช่การพิจารณาถึงความเสียหายเกินขนาด ซึ่งการให้คำนิยามในแนวนี้ไม่ได้จำกัดอยู่แต่ในแวดวงของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเท่านั้น หากแต่ยังปรากฏนิยามของคำว่า "เกินขนาด" ในลักษณะเดียวกันในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยทะเล¹⁹¹ อาจกล่าวได้ว่า คำว่าความเสียหายเกินขนาดหมายถึงความไม่สมดุลอย่างเห็นได้ชัดและโดยปราศจากข้อสงสัยระหว่างผลประโยชน์ทางการทหารของฝ่ายโจมตีกับความเสียหายต่อพลเรือน และทรัพย์สินของพลเรือนของฝ่ายผู้ถูกโจมตี ซึ่งคำว่าอย่างเห็นได้ชัด (Clearly) ได้ถูกระบุไว้ในธรรมนูญกรุงโรม (The Rome Statute) รวมทั้ง ยังได้มีการมีความคิดว่าคำว่า "เกินขนาด" หมายถึงการที่ช่องว่าง (Gap) ระหว่างผลประโยชน์ทางการทหารกับความเสียหายต่อชีวิตและทรัพย์สินของพลเรือนมีความกว้างเกินกว่าที่จะสามารถทนและรับมือได้ (Unbearably large) ซึ่งการใดๆที่จะก่อให้เกิดความเสียหายไปมากกว่านี้จะต้องถูกระงับ อย่างไรก็ตาม คำว่า "เกินขนาด" ไม่ได้เพียงแต่หมายถึงผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นจริงในท้ายที่สุดของการโจมตีเท่านั้น หากแต่ยังรวมถึงผลลัพธ์ที่สามารถ "คาดหมาย" ได้ว่าจะเกินขนาดด้วย (Expected outcome) เช่นในกรณีของการโจมตีสะพาน Ostruznica ในประเทศเซอร์เบียซึ่งเป็นเป้าหมายทางทหารและมีนัยสำคัญต่ออดีตประเทศยูโกสลาเวีย แต่ในช่วงเวลาโจมตีได้มีพลเรือนเป็นจำนวนมากใช้เส้นทางบนสะพานดังกล่าว (ภาพประกอบที่ 2) ซึ่งหากโจมตีสะพานดังกล่าวแล้วจะเกิดความเสียหายต่อพลเรือนมากกว่าผลประโยชน์ทางการทหารที่ฝ่ายผู้โจมตีจะได้รับ เช่นนี้การคาดหมายถึงผลลัพธ์ดังกล่าวที่จะเกิดขึ้นย่อมเป็นการคาดหมายถึงผลลัพธ์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายเกินขนาดที่จะเกิดขึ้นภายหลังจากการโจมตี เพราะฉะนั้นการปฏิบัติการโจมตีดังกล่าวไม่สามารถปฏิบัติการได้¹⁹²

Yoram Dinstein ได้ตั้งข้อสังเกตว่า ต้องไม่สับสนระหว่างคำว่าความเสียหายเกินขนาด (Excessive damage) กับคำว่าความเสียหายอย่างกว้างขวาง (Extensive damage) ซึ่งความสับสนดังกล่าวเคยปรากฏอยู่ใน ICRC Commentary¹⁹³ ทั้งนี้ ความเสียหายอย่างกว้างขวางไม่จำเป็นต้องเป็นความเสียหายเกินขนาดเสมอไป¹⁹⁴ เพราะในหลายกรณี การโจมตีที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างกว้างขวางก็สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในกฎหมาย

191 Case No. 16. Dispute concerning Delimitation of the Maritime Boundary Between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal. I.T.L.O.S. 2012 Para 477-488

192 N. Ronzitti. "Is the Non Liquefaction of the Final Report by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia Acceptable?". 82 IRRC. (2000). p. 1025

193 C. Pilloud and J. Pictet, 'Article 51', Commentary on the Additional Protocols at 626.

194 Ibid.

มนุษยธรรมระหว่างประเทศ¹⁹⁵ ยกตัวอย่างเช่น การใช้ระเบิดในการโจมตี (Bombardment) ต่อเป้าหมายที่สำคัญทางทหาร เช่นโรงงานผลิตอาวุธหรือเครื่องบินสู้รบ โดยสถานที่ดังกล่าว เป็นเป้าหมายทางทหารที่มีพลเรือนทำงานอยู่เป็นจำนวนมาก (Civilian employees) ซึ่งการโจมตีดังกล่าวจะส่งผลให้เกิดความเสียหายอย่างกว้างขวางก็สามารถทำได้ หากเมื่อพิจารณาแล้วพบว่าการทำลายวัตถุประสงค์ทางการทหารดังกล่าวมีนัยสำคัญอย่างยิ่งต่อผลประโยชน์ทางการทหาร โดยจำนวนความเสียหายต่อพลเรือนและทรัพย์สินของพลเรือนเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน ทั้งนี้ต้องพิจารณาตามข้อเท็จจริงแต่ละกรณีๆไป อย่างไรก็ตามการโจมตีที่กว้างขวางไม่ก่อให้เกิดผลลัพธ์ความเสียหายที่เกินขนาดในทุกกรณีเสมอไป ต้องพิจารณาตามข้อเท็จจริงแห่งกรณีนั้นๆ ทั้งนี้ ได้ปรากฏคำพิพากษาคดี Blaškić ของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตประเทศยูโกสลาเวีย (International Tribunal of the former Yugoslavia - ICTY) ที่ได้กล่าวในประเด็นเรื่องความเสียหายที่เกินขนาดในลักษณะที่ว่า การใช้อาวุธปืนใหญ่ในการเข้าครอบครองหมู่บ้านที่มีพลเรือนอาศัยอยู่เป็นจำนวนมากนั้น ถือเป็นการกระทำที่ไม่ได้สัดส่วนต่อความจำเป็นทางทหาร เนื่องจากก่อให้เกิดความสูญเสียต่อชีวิตของพลเรือนและความเสียหายต่อทรัพย์สินของพลเรือนที่สูงมากเมื่อเปรียบเทียบกับผลประโยชน์ทางการทหารที่จะได้รับ¹⁹⁶ ซึ่งถือเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายที่เกินขนาดตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

(2) ต้องเป็นความเสียหายโดยรวม (Whole Damage)

ความเสียหายโดยรวม (Whole damage) เป็นไปในลักษณะที่ว่า การโจมตีแต่ละครั้งอาจมีเป้าหมายในการโจมตีหลายจุด เช่น จุด A และจุด B โดยจุด A ได้รับความเสียหายในระดับสูงซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินของพลเรือนไม่ว่าจะเป็นที่อยู่อาศัยหรือทรัพย์สินอื่นใด รวมถึง ก่อให้เกิดความสูญเสียต่อชีวิตพลเรือนเป็นจำนวนมาก แต่เมื่อพิจารณาที่จุด B แล้ว กลับพบว่า ณ บริเวณจุด B ได้รับความเสียหายในระดับต่ำ ทั้งๆที่การโจมตีทั้งสองจุดนี้เป็นการโจมตีในคราวเดียวกันและมีวัตถุประสงค์ในการโจมตีเหมือนกัน เช่นนี้ ความเสียหายโดยรวมก็คือ การที่ต้องนำความเสียหายที่เกิดขึ้นในจุด A และความเสียหายที่เกิดขึ้นในจุด B มารวมกันแล้วนำมาพิจารณาและประเมินเพื่อหาความเสียหายในการโจมตีครั้งนั้น โดยปกติแล้ว มักจะมีความเข้าใจผิดว่า หากการโจมตีในจุด A ก่อให้เกิดความไม่สมดุลระหว่างผลประโยชน์ทางการทหารที่คาดว่าจะได้รับกับความเสียหายทั้งของพลรบและเรือนของฝั่งตรงข้ามที่มากเกินความจำเป็น เช่นนี้ถือว่าเป็นการโจมตีที่ไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน ทั้งๆที่

195 Yoram Dinstein. The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflicts. Second Edition. Cambridge University Press. 2011. p. 131

196 Prosecutor v. Blaškić (ICTY, Trial Chamber, 2000), para 651

ในความเป็นจริงแล้ว การจะกล่าวว่าการโจมตีครั้งใดเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาความเสียหายทั้งหมดที่เป็นเป้าประสงค์ของการโจมตี พิจารณาทุกจุดที่เป็น การโจมตีเพื่อหาความเสียหายโดยรวม และพิจารณาถึงผลแห่งการโจมตีในท้ายที่สุด ไม่ใช่เพียงแค่ จุดใดจุดหนึ่ง หรือในแง่ใดแง่หนึ่งของการโจมตีเท่านั้น

(3) ความเสียหายข้างเคียงต่อพลเรือนที่กฎหมายรับรอง (Lawful Collateral Damage)

ดังที่ได้กล่าวไปในตอนต้นว่า เป็นไปไม่ได้ที่การทำสงครามครั้งไหนจะไม่ส่งผลกระทบต่อพลเรือนและทรัพย์สินของพลเรือน แม้ในความเป็นจริงแล้ว การทำสงครามจะไม่ได้มีวัตถุประสงค์โดยตรงต่อการโจมตีพลเรือนหรือทรัพย์สินของพลเรือนก็ตาม แต่ในแทบจะทุกกรณี พลเรือนกลับเป็นผู้ที่ได้รับบาดเจ็บและได้รับความเสียหายทางทรัพย์สินเป็นจำนวนมาก อีกทั้งการทำสงครามแต่ละครั้งยังส่งผลกระทบต่อสภาพความเป็นอยู่และชีวิตของพลเรือนที่แปลกแตกต่างไปจากเดิม เช่น การขาดแคลนอาหาร การขาดเครื่องนุ่งห่ม ไฟฟ้าถูกตัดภายในบริเวณพื้นที่ที่มีการทำสงคราม การหยุดส่งจ่ายน้ำประปา เป็นต้น ทั้งนี้ ความสูญเสียต่อชีวิตและความเสียหายต่อทรัพย์สินอาจเกิดได้หลายประการ ไม่ว่าจะเป็นการคำนวณวิถีกระสุนที่ผิดพลาดของฝ่ายที่โจมตี การที่อุปกรณ์ที่ใช้ในการโจมตีมีปัญหาอันส่งผลข้างเคียงที่ไม่ได้คาดหมาย สภาพอากาศหรือสภาพแวดล้อมที่ส่งผลต่อการใช้อุปกรณ์ในการโจมตี เป็นต้น ตัวอย่างสำหรับเรื่องความเสียหายข้างเคียงต่อพลเรือน คือ สงครามในอัฟกานิสถานที่สหรัฐอเมริกาได้โจมตีกลุ่มตาลีบัน ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อบ้านเมืองและชีวิตของชาวอัฟกานิสถานเป็นจำนวนมาก เนื่องจากอุปกรณ์ที่ทางกองกำลังทหารสหรัฐอเมริกาได้ใช้นั้นถือว่าเป็นอุปกรณ์ที่มีความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีขั้นสูง รวมถึงการมีรายงานเรื่องการทิ้งระเบิดที่ผิดพลาด (Bombing mistake) ที่เกิดขึ้นเป็นประจำอย่างต่อเนื่อง รวมถึงการระเบิดศูนย์กาชาดเมื่อปี 2001 (Red Cross Complex) ในกรุงคาร์บูล ประเทศอัฟกานิสถาน ทั้งนี้ ได้มีองค์กรที่มีชื่อว่า "The Eritrea-Ethiopia Claims Commission" ที่ได้กล่าวว่า จริงอยู่ที่ความสูญเสียทั้งชีวิตและความเสียหายทางทรัพย์สินเป็นเรื่องที่น่าเศร้าและไม่สมควรให้เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม ในทางสงครามแล้ว ความเสียหายดังกล่าวถือเป็นสิ่งที่สามารถยอมรับได้หากเป็น "ความเสียหายที่ถูกกฎหมาย" หรือก็คือ การที่ผลกระทบข้างเคียง (Collateral damage) จะถูกกฎหมายและเป็นที่ยอมรับได้นั้น จะต้องเป็นผลกระทบที่คาดว่าหรือเกิดจากการโจมตีเป้าหมายทางทหาร (Military targets) ไม่ได้ที่มีเจตนาอันจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อพลเรือนและทรัพย์สินของพลเรือนโดยตรง อีกทั้ง ความเสียหายดังกล่าวจะต้องได้สัดส่วนกับผลประโยชน์ทางทหารที่ฝ่ายผู้โจมตีจะได้รับ

ทั้งนี้ พลเรือนมีปัจจัยที่จะได้รับความเสี่ยงจากภัยอันตรายในสงครามระดับที่สูง โดยเฉพาะจากลูกจ้ำงที่ทำงานในโรงงานอุตสาหกรรมที่เป็นการรวมวัตถุประสงค์ทางการทหาร เช่น โรงงานผลิตอาวุธในการสู้รบ หรือสถานที่ที่เป็นกองกำลังในการจัดสรรหน่วยงานพลรบ เป็นต้น เพราะสถานที่เหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นเป้าหมายทางการทหารทั้งสิ้น เพราะฉะนั้นในการโจมตีแต่ละครั้ง เป้าหมายทางการทหารที่มีพลเรือนอยู่เป็นจำนวนมากนั้น ผู้โจมตีจะต้องพิจารณาถึงผลกระทบข้างเคียงที่จะส่งผลกระทบต่อพลเรือนดังกล่าว (Collateral Damage) หากผลกระทบข้างเคียงต่อพลเรือนและทรัพย์สินของพลเรือนมีมากกว่าผลประโยชน์ทางการทหารที่จะได้รับ เช่นนี้ก็ไม้อาจจะเรียกได้ว่าเป็นความเสียหายข้างเคียงที่กฎหมายรับรอง (Lawful collateral damage)

2.2.2.3 ข้อพิจารณาด้านความสมดุลกันระหว่างความจำเป็นทางทหารกับหลักมนุษยธรรม

ก่อนหน้าที่จะมีการนำประเด็นเรื่องมนุษยธรรมมาประกอบการพิจารณาในการโจมตีแต่ละครั้ง ต้องกล่าวว่ามีหลักการใดในช่วงเวลาที่ทำสงครามกันจะถูกให้ความสำคัญมากไปกว่า "หลักความจำเป็นทางทหาร" (The Principle of Military Necessity) เพราะเป็นหลักที่สามารถนำไปสู่ผลประโยชน์ทางการทหาร (Military advantage) ในการทำสงครามหลักความจำเป็นทางทหารนั้น ปรากฏทั้งเป็นองค์ประกอบเฉพาะ (Specific Element) และเป็นทั้งหลักพื้นฐานทั่วไป (General Foundational Principle)¹⁹⁷ โดยปัจจุบันการที่รัฐใดรัฐหนึ่งจะโจมตีรัฐอื่น รัฐนั้นไม่สามารถที่จะโจมตีเพียงอาศัยเรื่องความจำเป็นทางทหารได้เท่านั้น แต่ยังต้องพิจารณาถึงเรื่องหลักมนุษยธรรมอีกด้วย โดยแนวคิดของการนำประเด็นมนุษยธรรมมาพิจารณาประกอบการตัดสินใจในการโจมตีนั้น เริ่มจากนักบุญโทมัสอควินัส ซึ่งมีชีวิตอยู่ในช่วง ค.ศ. 1225 – ค.ศ. 1274 นักบุญโทมัสได้แสดงแนวคิดเรื่องหลักมนุษยธรรมในทฤษฎีสงครามที่เป็นธรรม (The Just War Theory) อนึ่ง กระแสการให้ความสำคัญต่อหลักมนุษยธรรมในการโจมตีเป้าหมายทางการทหารกลับไม่ได้สิ้นสุดเพียงแค่เพียงแคยุคสมัยของนักบุญอควินัสเท่านั้น ในสมัยต่อมาได้มีการนำหลักศาสนาเข้ามาเป็นข้อสนับสนุนในคุณค่าของคำว่า "มนุษยธรรม" เพิ่มขึ้นอีกด้วย โดยในยุคแห่งการรู้แจ้ง (The Age of Enlightenment) นักปรัชญาหลายท่านได้มีความคิดที่ว่าความสำคัญของหลักมนุษยธรรมภายใต้ศาสนาต่างๆอาจจะถูกลบเลือนไปและแทนที่โดย "เหตุผล" อันใดที่สามารถก่อให้เกิดประโยชน์ในเชิงรูปธรรม ซึ่งเหตุผลเช่นว่าอาจจะเป็นเหตุผลทางทหาร หรือเหตุผลทางเศรษฐกิจก็เป็นได้ อย่างไรก็ตาม แนวความคิดข้างต้นก็ไม่ได้เกิดแต่อย่างใด ในมุขกลับกัน กระแสของ

197

Nobuo Hayashi. *Contextualizing Military Necessity*. Emory International Law Review. Volume 27. 2013. p. 86-87

สังคมโลกกลับเพิ่มพูนความสำคัญของหลักมนุษยธรรมในระดับที่มากกว่าเดิมโดยมีศาสนาเข้ามาเป็นปัจจัยสนับสนุนเพิ่มเติม เนื่องจากได้มีกล่าวไว้ว่า "ศาสนาก่อให้เกิดวัฒนธรรม และวัฒนธรรมเป็นพื้นฐานของอารยธรรม หลักมนุษยธรรม และแนวความคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนก็ได้เกิดมาจากแนวหลักคำสอนในศาสนาต่างกล่าว"¹⁹⁸ ทั้งนี้ เมื่อได้ย้อนกลับไปพิจารณาในตัวบทกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ จะสามารถเห็นได้อย่างชัดเจนว่า ตัวบทกฎหมายระหว่างประเทศได้มีพัฒนาการ มีการให้ความสำคัญเรื่องการสร้างสมดุลระหว่างหลักความจำเป็นทางทหาร (Military Necessity) กับหลักมนุษยธรรม (Humanity) ในระดับที่มากขึ้นมาโดยตลอด ซึ่งหลักมนุษยธรรมนี้ ถือว่าเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ คือ การปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมต่อพลเรือนและพลรบที่ได้จากการสู้รบ การไม่แบ่งแยกการให้ความช่วยเหลือด้านมนุษยธรรม รวมทั้งการไม่แบ่งแยกทางเชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ภาษา ความเชื่อทางการเมือง เป็นต้น และที่สำคัญของประเด็นเรื่องมนุษยธรรมคือการห้ามฆ่าหรือกระทำการอันใดที่เป็นการทรมาน การปฏิบัติอย่างปราศจากซึ่งความยุติธรรม หรือการกระทำการอันใดที่เป็นการเหยียดหยามศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ตลอดจน การใช้มนุษย์เป็นโล่กำบังในยามสงครามการจับมนุษย์มาเป็นตัวประกันและค้าทาส¹⁹⁹

198 Daniel Thurer. *International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context*. Recueil des cours 228 (2008). The Hague Academy of International Law. Martinus Nijhoff Publishers. 2011. p. 165

199 Common Article 3 of the 1949 Geneva Conventions :

In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions:

(1) Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed ' hors de combat ' by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria.

To this end, the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons:

(a) violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture;

**(1) ความเป็นมาของความสมดุลระหว่างหลักความจำเป็นทางทหาร
และหลักมนุษยธรรม**

พื้นฐานเรื่องหลักความจำเป็นทางการทหาร (Military necessity) ในทางระหว่างประเทศได้มีที่มาจากหลักของเยอรมันในช่วงศตวรรษที่ 19 ซึ่งมีชื่อว่าหลัก “Kriegsraison geht vor Kriegsmanier” (Necessity in war overrules the manner of warfare)²⁰⁰ เป็นหลักที่เน้นว่าความจำเป็นในทางสงครามจะอยู่เหนือวิธีการของสงคราม โดยในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่ 1 นั้น ได้มีนักเขียนเยอรมันหลายท่านโต้แย้งว่า การที่ใช้หลักเรื่องความจำเป็นทางทหารมากเกินไปทำให้ผลผูกพันและความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายลดลง โดยเฉพาะ เมื่อมีการยอมรับและให้ความสำคัญว่าเรื่องหลักความสำคัญทางทหารอยู่เหนือประเพณีปฏิบัติเป็นสิ่งที่สมเหตุสมผล

(b) taking of hostages;

(c) outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment;

(d) the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples.

(2) The wounded and sick shall be collected and cared for.

An impartial humanitarian body, such as the International Committee of the Red Cross, may offer its services to the Parties to the conflict.

The Parties to the conflict should further endeavour to bring into force, by means of special agreements, all or part of the other provisions of the present Convention.

The application of the preceding provisions shall not affect the legal status of the Parties to the conflict.

200 Craig J.S. Forrest. The Doctrine of Military Necessity and the Protection of Cultural Property During Armed Conflicts. California Western International Law journal. Volume 37 Spring 2007 Number 2. 2008 p.182-186

ในคดี Hostage Case²⁰¹ ฝ่ายเยอรมัน ได้กล่าวว่าความจำเป็นทางการทหาร สามารถเป็นข้ออ้างได้อย่างเหมาะสมในการทำสงคราม โดยเฉพาะต่อการกระทำใดๆ เพื่อประโยชน์ทางการทหารของฝ่ายตน เช่น การตอบโต้ทางทหาร (Reprisals) ต่อพลเรือน โดยเฉพาะในช่วงที่มีการยึดครองทางการทหาร อย่างไรก็ตาม ศาลทหารของสหรัฐอเมริกา (The American Military Tribunal) ได้ปฏิเสธคำโต้แย้งนี้ โดยให้เหตุผลว่า จริงอยู่ที่เยอรมัน อ้างเรื่องความจำเป็นทางการทหารมาเป็นกุญแจในการนำไปสู่การโจมตี แต่ทั้งนี้เยอรมันต้อง พึงตระหนักว่า การโจมตีเพื่อผลประโยชน์ทางการทหารดังกล่าวควรจะต้องก่อให้เกิดความเสียหายต่อศัตรูน้อยที่สุดและใช้เวลาน้อยที่สุด ดังนั้น เยอรมันไม่สามารถที่จะอ้างเพียงแต่หลัก เรื่องความจำเป็นทางการทหารได้เพียงอย่างเดียว ประกอบกับ จริงอยู่ที่เป็นไปได้ที่การโจมตี แต่ละครั้งจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายข้างเคียงต่อพลเรือน หรือ ทรัพย์สินของพลเรือน แต่สิ่งที่ สามารถทำได้คือการไม่โจมตีต่อพลเรือนโดยตรงเพื่อมีวัตถุประสงค์ในการแก้แค้น ซึ่งการกระทำ ดังกล่าวเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกความแตกต่างอันเป็นพื้นฐานของกฎหมายมนุษยธรรม ระหว่างประเทศ

จากกรณีศึกษาข้างต้น สหรัฐอเมริกาได้พยายามนำหลักเรื่องความได้สัดส่วน และหลักมนุษยธรรมเข้ามาประกอบการพิจารณาเพื่อเป็นการถ่วงดุลกับหลักความจำเป็นทาง ทหาร โดยหลักความได้สัดส่วนไปมีจุดเกาะเกี่ยวกับหลักมนุษยธรรมในแง่ที่ว่า อาวุธและวิธีการ จะต้องก่อให้เกิดความเสียหายที่น้อยที่สุด เพื่อเป็นการคุ้มครองชีวิตทั้งของพลรบและพลเรือน เป็นการนำบริบทในเรื่องการจำกัดอาวุธ เวลา และต้นทุนทางการสงครามเข้ามาเป็นสาเหตุ เพื่อ นำไปสู่ผลลัพธ์ทางด้านมนุษยธรรม ดังนั้นจะเห็นได้ว่า เมื่อพิจารณาการให้เหตุผลในข้อนี้แล้ว หลักแต่ดั้งเดิมของเยอรมัน คือ หลัก *Kriegsraison geht vor Kriegmanier* ไม่ได้มีความ สอดคล้องกับผลบังคับของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในเรื่องหลักความ แบ่งแยกความแตกต่างซึ่งยังถือเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศอีกด้วย

(2) แนวความคิดการสร้างความสมดุลระหว่างหลักความจำเป็นทาง ทหารกับหลักมนุษยธรรม

แนวความคิดการสร้างความสมดุลระหว่างหลักความจำเป็นทางการทหารกับหลัก มนุษยธรรมได้เริ่มปรากฏอย่างเด่นชัดมากขึ้นในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 แล้ว ไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญาเจนีวาปี 1864 ว่าด้วยผู้บาดเจ็บและล้มป่วย (The 1864 Geneva Convention on

201 United States v. List (The Hostage Case), Case No. 7 (Feb 19, 1948) reprinted in 11 Trials of War Criminals Before The Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, at 1230 (1950)

the wounded and sick) และปฏิญญาเซนต์ปีเตอร์เบิร์กปี 1868 (The 1868 St. Petersburg Declaration) ซึ่งเกี่ยวกับการจำกัดวิธีการและวิถีทางในการสู้รบ ประกอบกับอนุสัญญากรุงเฮกปี 1899 และปี 1907 (Hague Regulation) โดยได้มีการระบุไว้ว่า สิทธิของผู้ทำสงครามต่อการใช้อาวุธหรือวิธีการในการก่อให้เกิดความเสียหายนั้นถูกจำกัด ทั้งนี้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้พยายามสร้างแนวคิดการทำให้เกิดความสมดุลระหว่างหลักความจำเป็นทางทหาร และหลักมนุษยธรรมตั้งแต่ช่วงเวลาก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง ภายใต้การระบุเรื่ององค์ประกอบการโจมตี การจำกัดสิทธิบางประการในการโจมตี รวมทั้งการหันมาเน้นเรื่องการคุ้มครองพลเรือนที่มากขึ้น เหตุเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์เป้าหมายสองประการหลัก คือ การปกป้องรักษาผลประโยชน์ของชาติ โดยหลักความจำเป็นทางทหารจะเข้ามาเป็นกลไกในวัตถุประสงค์นี้ และสองคือการคุ้มครองประชาชน รวมทั้งทรัพย์สินของพลเรือน ซึ่งจะเป็นกลไกของหลักมนุษยธรรมที่จะเข้ามาดำเนินการ

ในระยะเวลาต่อมา อนุสัญญากรุงเฮกฉบับที่ 4 ปี 1907 ได้มีการนำแนวความคิดเรื่อง Martens Clause เพื่อมาเป็นปัจจัยเข้ามายืนยันถึงการนำหลักมนุษยธรรมมาประกอบการพิจารณา²⁰² และทำให้เกิดการนำไปสู่การระบุเรื่องความสมดุลของหลักความจำเป็นทางการทหารและหลักมนุษยธรรมที่ชัดเจนมากขึ้นในกฎหมายกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะแนวคิดของหลักมนุษยธรรมที่มีการอ้างในคดี Corfu Channel โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศว่า การพิจารณาพื้นฐานเรื่องหลักมนุษยธรรมแท้จริงแล้วเป็นหลักที่แทรกตัวปะปนอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศตั้งแต่ดั้งเดิม²⁰³ เพราะฉะนั้น ถึงแม้ว่าตัวบทกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไม่ได้ปรากฏเรื่องหลักมนุษยธรรมในการโจมตี ก็ไม่ได้ว่ารัฐนั้นจะสามารถโจมตีโดยคำนึงถึงหลักความจำเป็นทางทหารเพียงอย่างเดียวได้

ในปี 1945 ซึ่งเป็นช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 บรรดารัฐทั้งหมด 19 รัฐได้ให้สัตยาบันต่อ The Charter of the International Military Tribunal (The Charter) ซึ่งให้เขตอำนาจศาลเหนือการกระทำความผิดที่เรียกว่า War Crime และ Crime Against Humanity ซึ่งเป็นการแสดงถึงบรรดานานาประเทศได้ยกความสำคัญของหลักมนุษยธรรมในระดับที่มากขึ้น โดย The Charter ได้รวบรวมหลักแนวคิดเรื่อง Crime against humanity ซึ่งเป็นแนวบรรทัดฐานใหม่ (new norm) โดยเฉพาะในแง่ของการที่ไม่คำนึงถึงเรื่องสถานะของสงครามกับการก่อให้เกิดเหยื่อของสงคราม ซึ่งจากแนวคิดนี้ กระแสของความสมดุลระหว่าง

202 Case Concerning Military and Paramilitary Activities In And Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Merits. 1986 I.C.J. Para 218

203 The Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. v. Albania) Merits, 1949 I.C.J. Para 4,22

หลักความจำเป็นทางทหารกับหลักมนุษยธรรมได้ออกมาเป็นสัดส่วนมากขึ้น โดยเฉพาะในปี 1948 ที่องค์การสหประชาชาติ (The United Nations) ได้ลงมติยอมรับให้ The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide มีผลบังคับใช้ โดยมีสาระถึงเรื่องการคุ้มครองกลุ่มคนชาติ กลุ่มคนเชื้อชาติ และกลุ่มศาสนา ทั้งในยามที่เกิดสงครามและไม่เกิดสงคราม ซึ่งเป็นผลให้ในปีต่อมาได้เกิดการสร้างอนุสัญญากรุงเจนีวา ปี 1949 เป็นจำนวนทั้งหมด 4 ฉบับดังที่ได้กล่าวไปในตอนต้น

อนึ่ง แนวคิดเรื่องความสมดุลของหลักความจำเป็นทางทหารยังไม่ได้จำกัดเพียงแค่เรื่องวัตถุประสงค์ของการให้ความสำคัญในเรื่องหลักมนุษยธรรมเท่านั้น แต่บรรดารัฐต่างๆ ยังให้ความสำคัญต่อเรื่องการจำกัดการใช้อาวุธที่นำไปสู่ความสมดุลระหว่างหลักทั้งสองหลัก เช่น พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 3 ของอนุสัญญาปี 1980 (The Protocol III of the 1980 on Conventional Weapons – CCW) ที่เป็นการจำกัดการใช้อาวุธที่เกี่ยวกับเชื้อเพลิงต่อบริเวณที่มีพลเรือนอาศัยอยู่หรือบริเวณพื้นที่ป่าไม้ นอกจากนี้ ยังมีการห้ามใช้ทุ่นระเบิดสังหารในสถานการณ์ที่ส่งผลให้พลเรือนได้รับอันตราย โดยได้ระบุไว้ใน พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ของอนุสัญญาปี 1980 (The Protocol II of the 1980 on Conventional Weapons – CCW) เป็นต้น ความสมดุลระหว่างหลักความจำเป็นทางทหารและหลักมนุษยธรรมเป็นรูปธรรมชัดแจ้งขึ้น จนกลายเป็นบทบัญญัติที่ชัดเจนเมื่อในปี 1977 ได้เกิดพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 และ ฉบับที่ 2 ของอนุสัญญากรุงเจนีวาปี 1949 โดยอนุสัญญาเพิ่มเติมนี้เป็นการรวมกันของสาระบัญญัติที่สำคัญของอนุสัญญากรุงเฮกและอนุสัญญากรุงเจนีวา ซึ่งหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักของการร่างพิธีสารเพิ่มเติมทั้งสองฉบับนี้ก็คือ การเข้าถึง (Access) ความได้สมดุลระหว่างหลักความจำเป็นทางทหาร และหลักมนุษยธรรมทั้งในบริบทของสถานการณ์ความขัดแย้งทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ (International armed conflicts) และในบริบทของสถานการณ์ความขัดแย้งทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ (Non-international armed conflicts) ซึ่งเป็นการนำหลักความแบ่งแยกความแตกต่าง (The principle of distinction) หลักความได้สัดส่วน (The principle of proportionality) หลักการป้องกันการโจมตี (Precaution in attack) มาเป็นกฎเกณฑ์สำคัญเพื่อนำไปสู่การโจมตีที่สอดคล้องกับหลักมนุษยธรรม

โดยเฉพาะในสถานการณ์ความขัดแย้งทางอาวุธที่ไม่ได้มีลักษณะระหว่างประเทศ (Non-international armed conflict) ซึ่งก่อนที่จะมีพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 การคุ้มครองพลเรือนภายใต้หลักมนุษยธรรมได้ถูกระบุไว้เป็นขั้นพื้นฐานในข้อที่ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวา ปี 1949 ซึ่งเป็นการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานบุคคลที่ไม่ได้เข้ามาเกี่ยวข้องกับการต่อสู้ ทั้งนี้ในพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ได้รวมขอบเขตการขยายไปถึง เด็ก (Children) ผู้ถูกกักขัง (Detainee) ผู้ถูกกักกัน (Internee) ผู้ได้รับบาดเจ็บ (The Wounded) และ ผู้ป่วย (The Sick) ซึ่งการนำหลักมนุษยธรรมเข้ามาร่วมขยายกรอบการคุ้มครองไม่เพียงแต่เฉพาะเจาะจงไปที่ตัวบุคคลเท่านั้น

หากแต่ยังมีการระบุถึงการห้ามโจมตีปัจจัยรอบข้างที่สามารถส่งผลกระทบต่อหลักมนุษยธรรมได้ เช่น การโจมตีฝ่ายกักเก็บน้ำ การโจมตีแหล่งอาหาร เป็นต้น ซึ่งตัวอย่างสำคัญของการยอมรับการปฏิบัติที่ได้ระบุไว้ในกฎหมายฉบับนี้ คือ การที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำแนวปฏิบัติดังกล่าวมาเป็นหนึ่งในนโยบายที่สหรัฐอเมริกาจะต้องปฏิบัติ เพื่อเป็นไปตามครรลองของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

(3) หลักเกณฑ์และการสร้างสมดุลระหว่างหลักความจำเป็นทางทหาร และ หลักมนุษยธรรม

การสร้างสมดุลระหว่างความจำเป็นทางทหาร โดยเฉพาะประเด็นเรื่องผลประโยชน์ทางการทหารกับหลักมนุษยธรรมนั้น แท้จริงแล้วไม่ได้มีหลักเกณฑ์ที่ได้ระบุอย่างละเอียดไว้ตายตัว หรือ มีการระบุถึงตัวเลขที่จะหมายถึงความสมดุลแต่อย่างใด คำถามจึงเกิดขึ้นว่า แล้วจะทราบได้อย่างไรว่าการกระทำนั้นๆก่อให้เกิดความสมดุลระหว่างหลักทั้งสอง ทั้งนี้ ได้ปรากฏหลักคร่าวๆที่เป็นแนวทางในการพิจารณาถึงความสมดุลดังกล่าวดังต่อไปนี้

(3.1) การคำนวณถึงผลประโยชน์ทางการทหาร

หากพิจารณาในข้อที่ 51(5)(b)²⁰⁴ และข้อที่ 57(2)(a)(iii)²⁰⁵ ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ได้กล่าวถึงเรื่องผลประโยชน์ทางการทหารโดยใช้คำว่า "ผลประโยชน์ทางการทหาร

204 Article 51(5)(b) of the Additional Protocol I to the 1949 Geneva Convention :

(5) Among others, the following types of attacks are to be considered as indiscriminate:

(b) an attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated.

205 Article 57(2)(a)(iii) of the Additional Protocol I to the Geneva Convention :

(2) With respect to attacks, the following precautions shall be taken:

(a) those who plan or decide upon an attack shall:

(iii) refrain from deciding to launch any attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated;

ทางตรงและเป็นรูปธรรม" (Concrete and Direct Military Advantage) แต่ในขณะเดียวกัน ในข้อที่ 52(2) ได้ระบุถึงเรื่องผลประโยชน์ทางการทหารโดยใช้คำว่า "ผลประโยชน์ทางการทหารที่ชัดเจน" (definite military advantage) Yoram Dinstein ได้ตั้งคำถามที่ว่า แท้จริงแล้วคำว่า ผลประโยชน์ทางการทหารในข้อที่ 51(5)(b) และ 57(2)(a)(iii) กับข้อที่ 52(2) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 เหมือนหรือต่างกันอย่างไร²⁰⁶ ทั้งนี้หนังสือบทวิจารณ์ของคณะกรรมการกาชาดสากล (ICRC Commentary) ได้กล่าวไว้ว่า

“[T]he expression 'concrete and direct' was intended to show that the advantage concerned should be substantial and relatively close, and that advantages which are hardly perceptible and those which would only appear in the long term should be disregarded.”²⁰⁷

ซึ่งจากการให้เหตุผลข้างต้นจะสามารถสังเกตได้ว่า คำว่า concrete and direct เป็นการแสดงถึงผลประโยชน์ทางการทหารที่เป็นสาระสำคัญเท่านั้น และต้องเป็นผลประโยชน์ที่สามารถสังเกตเห็นได้ คาดการณ์ได้ รวมทั้งต้องไม่เป็นผลประโยชน์ในระยะยาว ประเด็นคือ คำว่า 'substantial' ไม่ได้มีความหมายเหมือนกับคำว่า 'concrete' และคำว่า ผลกระทบระยะยาว (Long-Term Effect) สามารถเป็นได้ทั้งผลกระทบทางตรงและผลกระทบที่เป็นรูปธรรม²⁰⁸ อนึ่ง ได้มีหลักกฎหมายข้อที่ 8(2)(b)(iv) ที่ได้กล่าวว่าผลประโยชน์ทางการทหารต้องเป็นสิ่งที่สามารถคาดเห็นได้โดยผู้ที่สั่งการโจมตีนั้น ณ ช่วงเวลานั้น

อย่างไรก็ตาม ยังไม่มีข้อสรุปที่ว่าแท้จริงแล้วการคำนวณเรื่องผลประโยชน์ทางการทหารนั้นจะต้องออกมาเป็นรูปแบบใดหรือใช้กระบวนการใด หากแต่ได้มีการตีความในขอบทกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้เท่านั้นและยังไม่เป็นข้อสรุปว่าคำว่า 'concrete and direct military advantage' กับคำว่า 'definite military advantages' แท้จริงแล้วต่างกันอย่างไร สิ่งสำคัญคือว่า การที่ผู้บังคับบัญชา (Commander) จะสั่งการโจมตีอะไรนั้น ผู้บังคับบัญชาจะต้องไม่ทำให้การโจมตีนั้นเกินหลักความได้สัดส่วนหรือให้เป็นการโจมตีที่มากเกินไปจนไม่เป็นจำเป็น และต้องไม่เป็นการโจมตีที่ฝ่าฝืนหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่าง

206 Yoram Dinstein. The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict. (2nd Edition). Cambridge University Press. 2010. p. 133

207 C. Pilloud and J. Pictet, 'Article 57'. Commentary on the Additional Protocols. p. 677, 684.

208 N. Melzer. Targeted Killing in International Law. 2008. p. 293

ประเทศ ต้องหาความสมดุลระหว่างยุทธวิธีทางการทหารกับความสำคัญของมนุษยธรรม ยกตัวอย่างเช่น การทำลายหมู่บ้านทิ้งหมู่บ้านเพื่อมีวัตถุประสงค์ในการสังหารผู้ลอบยิง (Sniper) เพียงคนเดียวก็ไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นการโจมตีทางทหารที่ได้สัดส่วน และไม่สามารถเรียกได้ว่าเป็นการโจมตีเป้าหมายที่เป็นสาระสำคัญ²⁰⁹ รวมถึงการโจมตีเรือที่บรรทุกพลเรือนเป็นจำนวนมาก โดยมีพลรบน้อยรายแอบแฝงอยู่ การโจมตีดังกล่าวก็ไม่สามารถที่จะเรียกได้ว่าเป็นการคำนวณถึงผลประโยชน์ทางการทหารที่จะได้รับ เพราะเมื่อพิจารณาถึงความเสียหายแล้ว ความเสียหายส่วนมากตกไปอยู่ที่พลเรือนที่อยู่ในเรือบรรทุกนั้น ซึ่งถือเป็นการโจมตีที่เกินความจำเป็น

(3.2) ข้อมูลและหลักฐานที่มี ณ ช่วงเวลานั้น

ก่อนที่ผู้บัญชาการจะออกคำสั่งในการโจมตีใดๆ ผู้บัญชาการจำเป็นต้องพิจารณาถึงข้อมูลและหลักฐานที่ดีที่สุดตามที่ตนมี "ณ ช่วงเวลานั้น" (The Relevant Time) ไม่ว่าจะเป็ นหลักฐานทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี หลักฐานทางข้อเท็จจริง รวมทั้งการประเมินความเสียหายที่จะเกิดจากการโจมตี กล่าวคือการจะโจมตีใดๆนั้นต้องศึกษาถึงข้อมูลแล้วว่าต้องเป็น การโจมตีที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อพลเรือนน้อยที่สุด ใช้ระยะเวลาสั้นที่สุด เป็นการโจมตีที่มีเป้าประสงค์ที่เป็นสาระสำคัญเท่านั้น ซึ่งเมื่อมีข้อมูลหรือหลักฐานทั้งทางวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี และปัจจัยทางข้อเท็จจริงมาพิจารณาแล้วก็จะทำให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ทาง การทหารที่ได้คำนวณไว้ และก่อให้เกิดความรุนแรงที่น้อยที่สุดที่สามารถจะเกิดขึ้นได้ใน ช่วงเวลาที่ปฏิบัติการโจมตีนั้น²¹⁰ อย่างไรก็ตาม การที่จะพิจารณาข้อมูลหรือหลักฐานที่ได้รับมา จำต้องอาศัยเรื่องประสบการณ์และความเชี่ยวชาญของตัวผู้บังคับบัญชาหรือผู้ที่เกี่ยวข้องในการ สรุปลผล และวิเคราะห์ข้อมูลดังกล่าวเพื่อนำไปสู่การออกคำสั่งในการโจมตี²¹¹ ซึ่งในหลายครั้งได้ ปรากฏข้อมูลหรือหลักฐานที่ดีกว่าภายหลังเหตุการณ์การโจมตีได้เกิดขึ้นแล้ว เช่นนี้การอ้าง ดังกล่าวจากผู้ที่ถูกโจมตีไม่สามารถอ้างได้ เพราะสิ่งสำคัญคือการการมีข้อมูลและหลักฐานเพื่อ เป็นข้อพิจารณาในการวางแผนการโจมตี ณ ช่วงที่เวลาก่อนที่ผู้บัญชาการจะตัดสินใจโจมตี ซึ่ง การปฏิบัติเช่นนี้ได้รับการยอมรับจากรัฐต่างๆ เช่น ออสเตรเลีย²¹² แคนาดา²¹³ เยอรมัน²¹⁴

209 W.H. Parks. 'Air and the Law of War'. 32 AFLR 1(1990). p. 168

210 Jonas Christoffersen. Straight Human Rights Talk – Why Proportionality does (not) Matter. Human Rights – General Reflections. p. 32

211 Lieutenant Colonel Kelly A. Wolgast. Command Decision-Making : Experience Counts. USAWC Strategy Research Project. United States Army War College. (2005). p.2

212 Australia, Declarations made upon ratification of AP I, 21 June 1991, para 3.

213 Canada, Reservations and statements of understanding made upon ratification

อังกฤษ²¹⁵ เป็นต้น

(3.3) ความสำคัญของหลักมนุษยธรรม

เมื่อได้พิจารณาถึงความสำคัญของหลักความจำเป็นทางทหารแล้ว ความสำคัญที่ต้องพิจารณาในลำดับต่อมาคือความสำคัญตามหลักมนุษยธรรม ทั้งนี้ รัฐใดไม่สามารถที่จะโจมตีเพียงเพื่ออาศัยเหตุแห่งความจำเป็นทางทหารได้เพียงอย่างเดียว หากแต่ต้องคำนึงถึงหลักมนุษยธรรมด้วย ดังที่ปรากฏอย่างชัดเจนในคดีระหว่างนิการากัวกับสหรัฐอเมริกา (The 1986 Nicaragua Case) ที่กล่าวในลักษณะที่ว่า การกระทำของสหรัฐอเมริกาที่เป็นการช่วยเหลือต่อ Contras เป็นการช่วยเหลือกองกำลังของชาติอื่นในรัฐอื่น เป็นการละเมิดหลักเรื่องการไม่แทรกแซง (The Principle of Non-Intervention) อีกทั้งผลของการช่วยเหลือกลุ่ม Contras ในการต่อต้านรัฐบาลของตนนำไปสู่ผู้เสียชีวิตเป็นจำนวนมาก สหรัฐอเมริกาเพียงแต่เข้าใจสาระสำคัญของหลักความสำคัญทางทหาร แต่ไม่เข้าใจหลักมนุษยธรรมเลย ซึ่งความสำคัญของหลักมนุษยธรรม คือ การสร้างแรงตระหนักให้บรรดารัฐทุกรัฐและประชาชนทุกคนได้เห็นถึงความเท่าเทียมกันในชีวิตมนุษย์ ทุกชีวิตล้วนมีคุณค่า ทุกชีวิตล้วนได้รับการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานตามคำประกาศสิทธิมนุษยชน ใครละเมิดถือเป็นการกระทำที่ร้ายแรง และไม่มีใครที่จะมีสิทธิในการพรากชีวิตของบุคคลนั้นๆ ไปอย่างตามอำเภอใจ²¹⁶

(4) อิทธิพลภายนอกที่มีผลต่อการสร้างความสมดุลระหว่างความจำเป็นทางทหารกับหลักมนุษยธรรม

ดังที่ทราบจากที่มาของการสร้างความสมดุลระหว่างหลักความจำเป็นทางทหารและหลักมนุษยธรรมได้เริ่มมาตั้งแต่ช่วงศตวรรษที่ 19 โดยแนวความคิดของเยอรมันที่มีชื่อว่า “Kriegsraison geht vor Kriegsmanier” จนมีการพัฒนาแนวคิดมาเรื่อยๆ ตามยุคตามสมัย อ้างอิงกับปัจจัยรอบข้างตามแต่เหตุการณ์ ทั้งนี้ ยังมีปัจจัยอื่น ๆ ที่มีอิทธิพลต่อการสร้างความสมดุลระหว่างหลักทั้งสองจนทำให้แนวบรรทัดฐานในการสร้างความสมดุลดังกล่าวมีความ

of AP I, 20 November 1990, para. 7.

214 Germany, Reservations and statements of understanding made upon ratification of AP I, 20 November 1990, para. 7.

215 UK, Declarations made upon signature of API, 12 December 1977, para d.

216 The Prosecutor v. Vidoje Blaković and Dragan Jokić. Judgment. 2005. I.C.T.Y. para. 429, 541

เด่นชัดขึ้นในระยะเวลาต่อมา โดยความสมดุระหว่างหลักความจำเป็นทางการทหารกับหลักมนุษยธรรมได้รับอิทธิพลจาก 2 กระแสหลัก คือ อิทธิพลจากศาลระหว่างประเทศ และ อิทธิพลอื่นๆ ซึ่งคำว่า " อื่นๆ" ในที่นี้จะเน้นไปที่อิทธิพลที่มาจากองค์การระหว่างประเทศที่ไม่ใช่ของรัฐ (Non-governmental Organization)

(4.1) อิทธิพลจากศาลระหว่างประเทศ

ความสมดุระหว่างหลักความจำเป็นทางการทหารกับหลักมนุษยธรรมได้รับอิทธิพลอย่างมากจากบรรดาคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ ทั้งนี้เป็นที่ปรากฏว่าคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศไม่ได้เป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศตามข้อ 38 ของธรรมนูญจัดตั้งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Statute of the International Court of Justice) และไม่ได้มีผลผูกพันเป็นการทั่วไปหากแต่มีผลผูกพันเฉพาะคู่พิพาทในกรณีนั้นเท่านั้น อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาดังกล่าวสามารถเป็นวิธีการชั้นรอง (Subsidiary means) เพื่อที่จะหาจุดมุ่งหมายของกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายได้ (Rules of Law) ดังนั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะไม่ได้ตัดสินคำพิพากษาตามคำพิพากษาก่อนมาพิพากษาคดีปัจจุบัน หากแต่จะใช้คำพิพากษาก่อนหน้าเป็นแนวพิจารณาและเป็นแนวทางเพื่อหาจุดประสงค์ของกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่จะสามารถนำมาปรับใช้ได้ สำหรับคดีที่เกี่ยวกับกฎหมายสงครามนั้น ได้มีตัวอย่างคำพิพากษาในหลายศาลเช่น ศาลพิพากษาอาชญากรรมสงครามนูเรมเบิร์ก (The Nuremberg Trials) หรือศาลพิพากษาอาชญากรรมสงครามโตเกียว (The Tokyo Trials) หากแต่ที่ปรากฏเด่นชัดที่สุดในการก่อให้เกิดแนวคำพิพากษาเพื่อนำมาซึ่งการหาจุดประสงค์กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายคือ ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย (The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia) และ ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา (The International Criminal Tribunal for Rwanda) โดยศาลเหล่านี้ได้มีการระบุความผิดต่างๆที่มีความเกี่ยวข้องกับเรื่องความสมดุระหว่างหลักความจำเป็นทางการทหารกับหลักมนุษยธรรม เช่น อาชญากรรมสงคราม (War Crime) การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) และ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crime against humanity)

ยกตัวอย่างเช่น คดี Blaskić²¹⁷ ของศาล ICTY ที่ได้ยอมรับว่าหลักคำสั่งความรับผิดชอบ (Command responsibility) สำหรับการกระทำใดๆของผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชา รวมทั้งสถานการณ์ที่ผู้บังคับบัญชาควรที่ทราบว่าการกระทำดังกล่าวแล้วจะถือเป็นอาชญากรรมสงคราม (War crime) หรือในคดี Erdemović²¹⁸ ที่มีการปฏิเสธเรื่องการป้องกันคำสั่งจาก

217 The Prosecutor v. Tihomir Blaskić. Judgment. I.C.T.Y. 2000. para. 261

218 The Prosecutor v. Dražen Erdemović. Sentence Judgment. I.C.T.Y. 1998. para. 13,

ผู้บังคับบัญชา (Superior Orders) ทั้งนี้ ในคดีอื่นๆของ ICTY เช่น คดี Galic²¹⁹ ที่ได้ระบุเรื่องการห้ามการกระทำใดๆที่เป็นการคุกคามพลเรือนหากการกระทำนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อการก่อการร้าย (Terror) ซึ่งเป็นการยืนยันที่สำคัญของความสมดุลระหว่างหลักความจำเป็นทางทหารและหลักมนุษยธรรม และ ในหลายครั้ง การปฏิบัติการทางทหาร (Military operation) ได้เป็นการคุกคามประชาชนพลเรือนโดยการดังกล่าวไม่มีเจตนาที่จะเป็นการก่อการร้าย และในคดี Galic ยังยืนยันว่าการห้ามโจมตีพลเรือนโดยตรงนั้นเป็นสิ่งที่เด็ดขาด (Absolute) หรือในคดี Strugar²²⁰ ที่มีการระบุว่า การกระทำทางทหารที่ก่อให้เกิดความรุนแรงนั้น เป็นการกระทำที่ไม่สมเหตุสมผลเมื่อได้เปรียบเทียบกับความสำคัญของหลักมนุษยธรรมแล้วพบว่า การโจมตีดังกล่าวก่อให้เกิดความทรมาน ความเจ็บปวดอันเกินควร ตลอดจน ความสูญเสียทั้งต่อชีวิตและทรัพย์สินของพลเรือน ประกอบกับการที่ศาลอาญาระหว่างประเทศของอดีตประเทศยูโกสลาเวีย (ICTY) ได้อ้างข้อ 52(2) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1²²¹ ซึ่งได้กล่าวว่าการโจมตีเป้าหมายที่ไม่ใช่เป้าหมายทางทหาร (Noncombatant Target) เป็นสิ่งที่ไม่มีความจำเป็น (Unnecessary) ศาลกล่าวว่า การโจมตีที่ไม่มีความจำเป็นและส่งผลกระทบต่อพลเรือนอย่างมากเป็นการละเมิดหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นการแสดงนัยสำคัญต่อการคุ้มครองพลเรือนในยามภาวะการขัดกันทางอาวุธ เป็นการยกระดับความสำคัญของหลักมนุษยธรรมขึ้นมาเปรียบเทียบกับความจำเป็นทางทหาร ศาลได้เน้นย้ำในคำพิพากษาว่า ไม่ว่าผู้บัญชาการทางทหารจะสร้างยุทธวิธีในการทำสงครามอย่างไร ผู้บัญชาการเหล่านั้นไม่สามารถยกเหตุผลทางด้านความจำเป็นทางทหารมาอ้างอย่างใดก็ได้ หากแต่ต้องคำนึงถึงหลักมนุษยธรรมด้วย หรือในคดี Kupreskić²²² ที่ได้มีการแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับการห้ามคู่สงครามทำการตอบโต้ (Reprisals) ที่เป็นการปฏิบัติต่อพลเรือน โดยศาลได้มีการยกเรื่องเหตุผลทางด้านสิทธิมนุษยชน (Human rights) โดยเฉพาะ สิทธิในการมีชีวิต (Right to life) ของพลเรือนที่บรรดาผู้พิพากษาสงครามต้องให้ความเคารพ โดยการดังกล่าวอันได้ระบุในพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 นั้นถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ สำหรับศาลยุติธรรม

219 Prosecutor v. Stanislav Galic. Judgment. I.C.T.Y. 2003 para. 12, 65-68

220 Prosecutor v. Pavle Strugar. Judgment. I.C.T.Y. 2005 para. 261, 449, 460

221 ข้อ 52(2) of the Protocol I : General protection of civilian objects

2. Attacks shall be limited strictly to military objectives. In so far as objects are concerned, military objectives are limited to those objects which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose total or partial destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage.

222 Prosecutor v. Kupreskić et al. Judgment. I.C.T.Y. 2000 para. 513

ระหว่างประเทศ (The International Court of Justice) ก็ได้มีกรณีศึกษาคือ คดี Nicaragua โดยศาลได้กล่าวไว้ในข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวา (The Common Article 3 to the Geneva Convention) เป็นมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Yardstick) เป็นการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานในการคุ้มครองพลเรือนในสภาวะการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศในดินแดนของรัฐภาคี รวมทั้งการระบุเรื่องการพิจารณาขั้นพื้นฐานของหลักมนุษยธรรม ทั้งนี้จะเห็นได้ว่า ภายหลังจากที่มีคำพิพากษาต่างๆออกมา ทำให้ "กระแส" ของการให้ความสำคัญเรื่องความสมดุระหว่างหลักความจำเป็นทางทหารกับหลักมนุษยธรรมได้รับความสนใจและปฏิบัติมากขึ้น แม้ว่าในความเป็นจริงแล้วความสมดุระหว่างสองหลักไม่ได้เป็นกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศที่เด่นชัดก็ตาม (Lex Lata)

(4.2) อิทธิพลอื่นๆ

คำว่าอิทธิพลอื่นๆที่ส่งผลถึงความสมดุระหว่างหลักความจำเป็นทางทหารและหลักมนุษยธรรมนั้น โดยนัยสำคัญแล้วเป็นอิทธิพลที่ได้รับมาจากองค์การระหว่างประเทศที่ไม่ใช่ของรัฐ หรือที่เรียกว่า Non-Governmental Organization โดยเฉพาะองค์กรที่เข้ามามีบทบาทในเรื่องที่เกี่ยวกับการก่อให้เกิดความสันติภาพและการรักษาความมั่นคงระหว่างประเทศ องค์กรเหล่านี้มักจะสร้างสิ่งที่เรียกว่า "กระแสโลก" เพื่อสร้างแนวปฏิบัติหรือสร้างแรงกดดันในระดับหนึ่งเพื่อให้บรรดารัฐต่างๆได้ตระหนักถึงความสำคัญของกระแสดังกล่าว ตัวอย่างขององค์กรที่ไม่ใช่ของรัฐ เช่น องค์กรสนธิสัญญาแอตแลนติกเหนือ หรือที่รู้จักกันในนาม "องค์การนาโต้" (North Atlantic Treaty Organization – NATO) เป็นต้น โดยองค์การเหล่านี้มักจะกระทำการใดโดยอ้างหลักมนุษยธรรมเข้ามาเป็นลำดับแรกเสมอ ดังเช่นในปี 1999 ที่นาโต้ได้เริ่มปฏิบัติการการโจมตีทางทหารในอดีตประเทศยูโกสลาเวีย (The former Yugoslavia) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อหยุดการสังหารหมู่ (Slaughter) ของชาวอัลแบเนียในโคโซโว รวมถึงการบังคับให้อดีตผู้นำประเทศ คือ นายสโลบอดัน มิโลเชวิช (Slobodan Milošević) ได้เข้าร่วมเจรจามาเพื่อหาข้อยุติของการสังหารหมู่กลุ่มคนเชื้อชาติดังกล่าว พร้อมทั้ง ถกเถียงประเด็นเรื่องการคุ้มครองผู้ได้รับบาดเจ็บและหาทางแก้ปัญหาคดีที่ยุติที่สุด องค์กรระหว่างประเทศที่ไม่ใช่รัฐที่สำคัญอีกองค์กร คือ "องค์กรนิรโทษกรรมสากล" (Amnesty International) ทั้งนี้ องค์กรนิรโทษกรรมสากลได้ออกรายงานที่สำคัญมาฉบับหนึ่งซึ่งมีชื่อว่า "Collateral Damage or Unlawful Killing?" โดยรายงานดังกล่าวได้มีการกล่าวถึงปัญหาในการปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศต่อการโจมตีและการสู้รบในเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจริงในประเทศต่างๆ เช่น ในกรณีที่องค์การนิรโทษกรรมสากลได้วิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับการใช้ระเบิดจากที่สูง เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นวิธีการที่ส่งผลกระทบต่อพลเรือนอย่างไม่จำกัด โดยได้ยืนยันว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดข้อกำหนดของกฎหมายในเรื่องการระวางในการโจมตี (Precautionary in attack) รวมทั้งเรื่องการระบุเป้าหมาย เรื่องการเลือกวิธีการในการโจมตีที่

ก่อให้เกิดความเสียหายต่อพลเรือนน้อยที่สุด และการยกเลิกคำสั่งในการโจมตีหากการโจมตีดังกล่าวได้ละเมิดหลักความได้สัดส่วน อนึ่ง ในเหตุการณ์ที่นาโต้ทิ้งระเบิดจากระดับความสูงที่ 15,000 ฟุต องค์การนิรโทษกรรมสากลได้กล่าวว่าการโจมตีเช่นว่าของนาโต้เป็นการสร้างความไม่สมดุลระหว่างหลักความจำเป็นทางทหาร และหลักมนุษยธรรม โดยการดังกล่าวเป็นการมุ่งไปที่ประโยชน์ทางการทหารและความจำเป็นทางทหารมากเกินไป เป็นการละเลยต่อเรื่องการจำกัดการใช้อาวุธที่ไม่เจาะจงเป้าหมาย การก่อให้เกิดความรุนแรงและความเสียหายที่ไม่จำเป็นอีกด้วย (Unnecessary suffering)

ทั้งนี้ องค์การนาโต้เพียงแต่ยกเรื่องมนุษยธรรมขึ้นมาอ้าง แต่ทำได้ปฏิบัติตามสารัตถะที่สำคัญต่อการอันเป็นประโยชน์ต่อมนุษยธรรมไม่ อีกทั้ง องค์การนิรโทษกรรมสากลยังได้ประณามองค์การนาโต้ในความล้มเหลวเรื่องการแจ้งเตือนภัยก่อนการโจมตีในบริเวณดังกล่าวในเวลาต่อมา ซึ่งถือเป็นสิ่งที่ผู้โจมตีจะต้องกระทำดังที่ได้ระบุไว้ในข้อที่ 57(2)(c) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1²²³ และในปี 2003 Human Rights Watch (HRW) ได้มีรายงานในลักษณะเดียวกันกับรายงานที่องค์การนิรโทษกรรมสากลได้เคยประกาศออกมา คือ เรื่องการปฏิบัติการทางทหารของสหรัฐอเมริกาในอิรัก โดยเฉพาะการที่สหรัฐอเมริกาได้ทำการโจมตีและล้มเหลวกว่า 50 ครั้ง โดยมียอดผู้เสียชีวิตเป็นจำนวนหนึ่ง อีกทั้ง HRW ยังพบว่าการโจมตีของสหรัฐอเมริกาเป็นการโจมตีทางดาวเทียมที่ได้รับสัญญาณจากคลื่นโทรศัพท์ภาคพื้นดิน (Satellite Phone-Derived Geo-Coordinate) ซึ่งองค์การนิรโทษกรรมสากลถือว่าเป็นการโจมตีที่ไม่แบ่งแยกเป้าหมาย (Indiscriminate Targeting) แต่ทางฝ่ายสหรัฐอเมริกาได้ออกมาโต้แย้งว่าการดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการโจมตีที่ไม่แบ่งแยกเป้าหมาย เพราะเมื่อพิจารณาหลักกฎหมายตามข้อ 51(4)(b)²²⁴ ของพิธีสารเพิ่มเติมฯ ฉบับที่ 1 การโจมตีที่ไม่แบ่งแยกเป้าหมาย

223 Article 57(2)(c) of Additional Protocol I :

Precautions in attack : ...

2. With respect to attacks, the following precautions shall be taken:

(c) effective advance warning shall be given of attacks which may affect the civilian population, unless circumstances do not permit. ...

224 Article 51(4)(b) of Additional Protocol I :

4. Indiscriminate attacks are prohibited. Indiscriminate attacks are:

(a) those which are not directed at a specific military objective;

(b) those which employ a method or means of combat which cannot be directed at a specific military objective; or

คือ การโจมตีที่ไม่สามารถระบุเป้าหมายทางทหารได้อย่างชัดเจน ซึ่งการโจมตีโดยใช้ทางดาวเทียมนั้น เป็นอาวุธที่สามารถชี้เป้าหมายทางทหารในการโจมตีได้อย่างชัดเจน ไม่ขัดต่อหลักแบ่งแยกความแตกต่าง รวมทั้งเป็นการนำหลักมนุษยธรรมมาใช้เนื่องจากการโจมตีดังกล่าวเป็นการโจมตีที่คำนึงถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นต่อพลเรือน และทรัพย์สินของพลเรือน อนึ่ง จะสามารถสังเกตได้ว่าไม่ว่าทางฝ่ายองค์การนิรโทษกรรมสากล หรือฝ่ายสหรัฐอเมริกาจะคิดเห็นอย่างไรเกี่ยวกับการใช้อาวุธโจมตีทางดาวเทียม แต่ทั้งสองฝ่ายได้มีการนำแนวคิดที่นำหลักมนุษยธรรมมาประกอบการพิจารณาในการโจมตี

2.3 บทบัญญัติในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดลอม

เนื่องจากสิ่งแวดลอมถือเป็นพลเรือน (Civilian) ตามหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ดังนั้นการคุ้มครองสิ่งแวดลอมในภาวะการขัดกันทางอาวุธจึงอยู่ภายใต้การคุ้มครองภายใต้ความเป็นพลเรือน (Civilian) เป็นหลัก อย่างไรก็ตาม การที่จะคุ้มครองสิ่งแวดลอมภายใต้ความเป็นพลเรือนอย่างเดียวนั้นก็ถือว่าการวางกรอบการคุ้มครองอย่างหลวมเท่านั้น เนื่องจากพลเรือนที่แท้จริงซึ่งเป็นบุคคลหรือประชาชนจริงๆนั้นย่อมแตกต่างจากสิ่งแวดลอมอย่างมีนัยสำคัญ

ต้องยอมรับว่ากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์หลักคือเรื่องวัตถุประสงค์ทางการทหาร (Military Objective) ดังนั้นตัวบทบัญญัติในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจึงเกี่ยวข้องกับการใดๆ อันเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ทางการทหารเป็นหลัก ความสำคัญของสิ่งแวดลอมจึงเป็นลำดับรอง อย่างไรก็ตาม ก็เชื่อว่ากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจะไม่ได้มีการระบุเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดลอมไว้อย่างเฉพาะเจาะจง ยังคงปรากฏบทบัญญัติบางบทในกฎหมายบางฉบับที่ได้ระบุถึงการคุ้มครองสิ่งแวดลอมเอาไว้ ยกตัวอย่างข้อที่ 35 และข้อที่ 55 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977, ข้อที่ 1 ของอนุสัญญา ENMOD หรือข้อที่ 8 วรรค 2 ของธรรมนูญกรุงโรม ค.ศ. 1998 และหากพิจารณาตัวบทบัญญัติข้างต้นทั้งหมดแล้ว (ซึ่งผู้เขียนจะอธิบายในลำดับต่อไป) จะพบว่าการบัญญัติเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดลอมในภาวะการขัดกันทางอาวุธนี้มีพื้นฐานมาจากหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และนี่จึงเป็นจุดเกาะเกี่ยว เป็นจุดเชื่อมโยงสำคัญระหว่างการคุ้มครองสิ่งแวดลอมในภาวะการขัดกันทางอาวุธกับหลักความได้

(c) those which employ a method or means of combat the effects of which cannot be limited as required by this Protocol; and consequently, in each such case, are of a nature to strike military objectives and civilians or civilian objects without distinction.

สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

นอกจากกฎหมายหลักตามบทบัญญัติในข้อที่ 35 และ 55 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 และข้อ 1 ของอนุสัญญา ENMOD แล้ว ยังปรากฏตราสารอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองธรรมชาติทางอ้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธ กล่าวคือไม่ได้มีการระบุเรื่องความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมโดยตรงแต่อาจจะเป็นการจำกัดสิทธิบางประการในการใช้วิธีการใดๆในการบรรลุวัตถุประสงค์ทางการทหาร เช่น อนุสัญญากรุงเฮก ฉบับที่ 4 ว่าด้วยการเคารพกฎหมายและจารีตประเพณีในการทำสงครามทางบก ค.ศ. 1907 (The Hague Convention IV Respecting the Laws and Customs of War on Land 1907) พิธีสารว่าด้วยการห้ามใช้แก๊สที่ทำให้หายใจไม่ออก แก๊สพิษ หรือแก๊สชนิดอื่นๆและการใช้แบคทีเรียในการทำสงคราม ค.ศ. 1925 (The Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating Poisonous or Other Gases and of Bacteriological Methods of Warfare 1925) อนุสัญญาว่าด้วยการห้ามพัฒนา ผลิต และสะสมอาวุธแบคทีเรีย (ชีววะ) และทอกซิน และว่าด้วยการทำลายอาวุธเหล่านี้ ค.ศ. 1972 (The Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction 1972) อนุสัญญาว่าด้วยการห้ามหรือการจำกัดการใช้อาวุธที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายอันเกินขนาดหรือไม่จำกัดเป้าหมาย ค.ศ. 1980 (The Convention on Prohibition or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects 1980) เป็นต้น

2.3.1 ข้อ 35 วรรค 3 และข้อ 55 วรรค 1 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977

ข้อที่ 35 วรรค 3 และข้อที่ 55 วรรค 1 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 เป็นหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธ โดยข้อที่ 35 วรรค 3 ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานได้ระบุว่า

“It is prohibited to employ methods or means of warfare which are intended, or maybe, expected, to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment”

และข้อที่ 55 วรรค 1 ได้ระบุว่า

“Care shall be taken in warfare to protect the natural

environment against widespread, long-term and severe damage. This protection includes a prohibition of the use of methods or means of warfare which are intended or maybe expected to cause such damage to the natural environment and thereby to prejudice the health or survival of the population.”

ซึ่งเมื่อสังเกตแล้วจะเห็นได้ว่าทั้งข้อ 35 และข้อ 55 มีความคล้ายคลึงกันในผล ความเสียหายอันเกิดจากการโจมตี ซึ่งเป็นความเสียหายที่เป็นวงกว้าง ระยะเวลาอันยาวนาน และ รุนแรง (widespread, long-term and severe damage) แต่ข้อ 55 จะเน้นไปที่การคุ้มครอง สิ่งแวดล้อมในการเกิดภาวะสงคราม แต่ปัญหาที่ยังเป็นข้อสงสัยของข้อ 55 คือว่า การที่ข้อ 55 ในคำว่า "รวมทั้ง" (include) และคำว่า "โดยการดังกล่าว" (thereby) ที่จะไม่เป็นการบิดเบือน สุขภาพหรือความอยู่รอดของประชาชนนั้น ผู้เขียนยังคงเห็นว่ามีความคลุมเครืออยู่ กล่าวคือ การใช้คำว่า "รวมทั้ง" ในประโยคนั้น หมายความว่าเป็นการให้ตัวอย่างหรืออย่างไร

2.3.2 ข้อ 1 วรรค 1 ของอนุสัญญาENMOD

อนุสัญญา ENMOD นั้นมาจากชื่อเต็มว่า the Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques หรือภาษาไทยคืออนุสัญญาว่าด้วยการห้ามใช้เทคนิคการดัดแปลงสิ่งแวดล้อม ในทางทหารหรือในทางอื่นใดที่เป็นปรปักษ์อื่นใด ค.ศ. 1976 วัตถุประสงค์หลักของการร่าง อนุสัญญานี้ขึ้นมาจากบรรดารัฐต่างๆได้มีการพัฒนาทางเทคโนโลยีทางอาวุธที่ใช้ในการทำ สงคราม โดยเฉพาะเรื่องการทำฝนเหวี่ยงของสหรัฐอเมริกาในช่วงสงครามเวียดนาม ซึ่งเป็นการ ใช้อาวุธทางธรรมชาติที่ไม่จำกัดเป้าหมายและกระจายเป็นวงกว้าง โดยเฉพาะการส่งผลกระทบต่อ การเกษตรกรรมและการปศุสัตว์ในเวียดนาม เมื่อรัฐต่างๆได้ตระหนักถึงภัยอันตรายเช่นว่านั้น ซึ่ง ต่อมาสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ได้ออกมติที่ 3664 (XXIX) โดยประสงค์ให้ที่ประชุมของ คณะกรรมการการลดอาวุธ (Conference of the Committee on Disarmament : CCD) ได้ อนุมัติร่างอนุสัญญา ENMOD และได้รับเอาอนุสัญญาโดยข้อมติที่ 31/72²²⁵ และได้มีการเปิดให้ ลงนามในปีค.ศ. 1977 และมีผลบังคับใช้ในปีค.ศ. 1978 ทั้งนี้ข้อ 1 วรรค 1 ของอนุสัญญา ENMOD ได้ระบุว่า

“Each State Party to this Convention undertakes not

225

N. Ronzitti, The law of naval warfare : A commentary on the relevant agreements and documents (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1988), p. 663

to engage in military or any other hostile use of environmental modification techniques having widespread, long-lasting or severe effects as the means of destruction, damage or injury to any other State Party.”

จากข้อ 1 จะเห็นได้ว่าอนุสัญญาได้ห้ามรัฐใดใช้วิธีการใดที่เป็นการดัดแปลงสิ่งแวดล้อมเพื่อเป็นการโจมตีทางการทหารหรือการโจมตีสิ่งอื่นๆ ซึ่งจากการใช้วิธีการข้างต้นที่เป็นการใช้สิ่งแวดล้อมหรือธรรมชาติเป็นเครื่องมือนั้นก่อให้เกิดผลกระทบที่กว้างขวาง (widespread) เป็นระยะเวลายาวนาน (long-lasting) หรือรุนแรง (severe) ต่อรัฐอื่น ซึ่งเป็นการแสดงถึงความพยายามในการลดอาวุธรวมถึงการจำกัดการใช้สิ่งแวดล้อมเป็นอาวุธในการทำสงคราม ซึ่งตัวอย่างของการใช้สิ่งแวดล้อมเป็นอาวุธในการทำสงคราม เช่น²²⁶ การดัดแปลงองค์ประกอบทางลมฟ้าอากาศโดยการใช้สารเคมีหรือการใช้กระบวนการทางอิเล็กทรอนิกส์ การรบกวนต่อความสมดุลของพลังงานและน้ำของปรากฏการณ์ทางอุตุนิยมวิทยา การกระตุ้นของคลื่นแผ่นดินไหว การสร้างสนามแม่เหล็กหรือสนามไฟฟ้า การดัดแปลงพันธุกรรมพันธุ์พืชเพื่อใช้เป็นอาวุธ การเผาป่าเพื่อเป็นยุทธวิธีในการรบ เป็นต้น

ทั้งนี้เมื่อพิจารณาถึงความหมายในบทบัญญัติโดยอ้างอิงจากหนังสือคำวิจารณ์ (Commentary) แล้ว คำว่า "กว้างขวาง" (Widespread) หมายความว่า พื้นที่อันเป็นบริเวณกว้างกว่าร้อยตารางกิโลเมตร คำว่า "ระยะเวลายาวนาน" (Long-Lasting) หมายถึงผลที่เกิดกินระยะเวลาช่วงฤดูการหนึ่งหรือช่วงระยะหลายเดือน และคำว่า "รุนแรง" (Severe) หมายถึงอันตรายใดๆอันร้ายแรงที่ส่งผลกระทบต่อดำรงชีวิตของมนุษย์ ทรัพยากรธรรมชาติ และเศรษฐกิจ

เมื่อเปรียบเทียบข้อ 1 ของอนุสัญญา ENMOD กับข้อ 35 และ 55 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 สามารถเห็นถึงความแตกต่างของกฎหมายทั้งสองฉบับคือ ในประเด็นเรื่องของการบังคับใช้นั้น อนุสัญญา ENMOD จะเป็นบทบัญญัติที่จำกัดเรื่องการใช้สิ่งแวดล้อมเป็นอาวุธ (Environment as a Weapon) ไม่ว่าจะเป็นการใช้เทคนิคใดๆ ตลอดจนการดัดแปลงสิ่งแวดล้อม ซึ่งการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่จะใช้สิ่งแวดล้อมเป็นเครื่องมือในการบรรลุเป้าหมายทั้งในสภาวะการขัดกันทางอาวุธและในกรณีที่ไม่ใช่สภาวะการขัดกันทางอาวุธ อันก่อให้เกิดความเสียหายที่กว้างขวาง (Widespread) ระยะเวลายาวนาน (Long-

226 อี อังอิงจากวิทยานิพนธ์สนา อางสำอางค์ หน้าที่ 66 – 67, การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ : ผลกระทบและแนวทางของประเทศไทย, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551

Lasting) หรือ รุนแรง (Severe) ซึ่งคำว่าระยะเวลายาวนาน (Long-Lasting) ในอนุสัญญา ENMOD จะหมายถึงระยะเวลาที่เป็นช่วงหลายเดือนหรือช่วงฤดูการหนึ่ง

ซึ่งจะแตกต่างจากขอบเขตการบังคับใช้ของข้อ 35 และ 55 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ที่จะมองว่าการใช้วิธีการใดๆ ในการโจมตีคู่พิพาทในสภาวะการขัดกันทางอาวุธเท่านั้น โดยการโจมตีดังกล่าวจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายที่กว้างขวาง (Widespread) ระยะเวลายาวนาน (Long-Lasting) และ รุนแรง (Severe) สิ่งแวดล้อมจะกลายเป็นเหยื่อจากการสู้รบ (Environment as a Victim) ไม่ใช่เป็นอาวุธที่ใช้ตั้งในอนุสัญญา ENMOD ประกอบกับในแง่ของคำนิยาม คำว่า ระยะเวลายาวนาน (Long-Term) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ไม่ได้มีการระบุไว้อย่างชัดเจน แต่ในที่ประชุมทางการทูตได้มีผู้เสนอว่าอาจหมายถึงทศวรรษ²²⁷ ทั้งนี้ ปัจจุบันกฎหมายทั้งสองฉบับเป็นกฎหมายหลักที่ว่าด้วยการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธ

ท้ายสุด ดังที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้นว่า หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธในแง่ที่ว่า คำว่าความเสียหายที่กว้างขวาง (Widespread) ระยะเวลายาวนาน (Long-term/long Lasting) และ/หรือรุนแรง (Severe) เป็นการสะท้อนถึงหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ถึงแม้ว่าจะไม่มีการระบุคำว่าหลักความได้สัดส่วนในบทบัญญัติดังกล่าวก็ตาม ซึ่งหลักความได้สัดส่วน ณ จุดนี้คือผลลัพธ์ท้ายสุด ซึ่งความได้สัดส่วนในผลลัพธ์ดังกล่าวก็ต้องมากจากการกระทำหลักคือการโจมตีเป้าหมายทางทหารที่ได้สัดส่วนในการโจมตีซึ่งเป็นขั้นตอนวิธีการในการต่อสู้ในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธ

แต่อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศแล้ว จะสังเกตได้ว่าหลักนี้ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อให้ความสำคัญกับการดำเนินการโจมตีทางทหารเป็นหลัก เป็นหลักที่เข้ามาจำกัดสิทธิของรัฐในการโจมตี ไม่ใช่หลักที่มีวัตถุประสงค์หลักในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมแต่อย่างใด ถึงแม้ว่าสิ่งแวดล้อมจะถือเป็นพลเรือนตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศก็ตาม ดังนั้นปัญหาของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธคือ วัตถุประสงค์และที่มาของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเป็นหลัก ปัญหาในด้านบทบัญญัติเรื่องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธที่มีอย่างจำกัดและไม่ชัดเจน และปัญหาการขาดกลไกในการควบคุมการใช้หลักความได้สัดส่วนเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์การขัดกัน

ทางอาวุธ ซึ่งปัญหาเหล่านี้ จะถูกแก้และเติมเต็มโดยหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมาย
สิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศซึ่งผู้เขียนจะกล่าวในบทต่อไป

จากประวัติศาสตร์และพัฒนาการของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมาย
มนุษยธรรมระหว่างประเทศซึ่งผู้เขียนได้ระบุไว้ในตอนต้นนั้น จะสามารถสังเกตได้ว่าหลักความ
ได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นหลักที่ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อควบคุมการใช้
อาวุธและควบคุมการโจมตีฝ่ายตรงข้าม เพื่อให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ทางการทหารตามที่
ประสงค์ไว้ โดยผลลัพธ์ของการโจมตีนั้นจะต้องไม่เป็นความเสียหายที่เกินขนาดและต้องมีความ
สมดุลงระหว่างวิธีการโจมตีที่ใช้และผลลัพธ์ที่เกิด จริงอยู่ที่หลักความได้สัดส่วนในกฎหมาย
มนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นหลักการที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสถานะข้อ
พิพาททางอาวุธ แต่หลักยังคงกล่าวยังมีปัญหามากมาย โดยเฉพาะเรื่องปัญหาด้านวัตถุประสงค์
ของหลักความได้สัดส่วนที่ไม่ตอบโจทย์ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ปัญหาที่เกิดจากความ
คลุมเครือของตัวบทที่ไม่มีความชัดเจนและไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ในการคุ้มครอง
สิ่งแวดล้อม รวมทั้งปัญหาในการขาดกลไกในการควบคุมการใช้หลักความได้สัดส่วน เช่นนี้การ
คุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธจึงมีปัญหามาก วิธีการหนึ่งที่จะสามารถ
แก้ปัญหาคือการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธคือการนำหลักการป้องกัน
ล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมารวมบังคับใช้ ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวในบท
ต่อไป

บทที่ 3

หลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ

ผู้เขียนได้กล่าวถึงหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศว่าเป็นหลักพื้นฐานเพื่อพิจารณาการโจมตีเป้าหมายทางทหารในภาวะการขัดกันทางอาวุธ ซึ่งหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้น เป็นหลักที่เด่นชัดโดยแยกออกมาเป็นหลักการต่างหากเพื่อประกอบการพิจารณาอันนำไปสู่การบรรลุวัตถุประสงค์ข้างต้น ดังที่กล่าวไว้ในบทที่ 2 หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีองค์ประกอบที่ค่อนข้างชัดเจนในการพิจารณา ซึ่งประกอบไปด้วย องค์ประกอบด้านความจำเป็นทางทหาร องค์ประกอบเรื่องความเสียหายต่อชีวิตและทรัพย์สินที่ต้องไม่เกินขนาด และ องค์ประกอบเรื่องความสมดุลระหว่างหลักความจำเป็นทางทหารกับหลักมนุษยธรรม

ในบทนี้ ผู้เขียนจะเริ่มอธิบายถึงหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศก่อน ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานเพื่อที่จะนำไปสู่การอธิบายเรื่องหลักความได้สัดส่วนที่แทรกตัวอยู่ในหลักการป้องกันล่วงหน้านี้ และในตอนท้ายของบทผู้เขียนจะวิเคราะห์กรณีศึกษาระหว่างประเทศคือกรณี Gabcikovo - Nagymaros Project 1997 ระหว่างสาธารณรัฐฮังการีและสาธารณรัฐสโลวาเกีย²²⁸ ซึ่งในคดีนี้เป็นคดีที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้นำแนวคิดเรื่องหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมาพิจารณาคดีสิ่งแวดล้อมอย่างเด่นชัด ตลอดจนศาลได้แสดงแนวคิดและองค์ประกอบของหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศออกมาอย่างชัดเจน รวมทั้งคดี Pulp Mills ระหว่างอาเจนติน่าและอุรุกวัย²²⁹

²²⁸ Judgment. Case concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia). International Court of Justice. 25 September 1997

²²⁹ Judgment. Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay). International Court of Justice. 20 April 2010.

3.1 หลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ

เดิมทีหลักการป้องกันล่วงหน้าเป็นเพียงหลักที่ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย (non-binding principle) เป็นเพียงหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ไม่มีกลไกการบังคับใช้ (soft law)²³⁰ เนื่องจากว่า เมื่อได้พิจารณาถึงแนวคิดต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในบริบทระหว่างประเทศแล้ว สิ่งเดียวที่มากำคอบรรดา รัฐในการเคารพสิทธิของรัฐอื่น รวมถึงการรักษาสิทธิที่ตนพึงมีอย่างเท่าเทียมกันก็ในระดับระหว่างประเทศคือ "อำนาจอธิปไตย" (sovereignty)²³¹ โดยรัฐจะต้องดำเนินการใดๆ เพื่อที่จะไม่ให้อำนาจอธิปไตยของตนถูกลิดรอนหรือบั่นทอนลง อย่างไรก็ตาม รัฐสามารถดำเนินการใดๆ ก็ได้ภายในอาณาดินแดนของตน อย่างไรก็ตาม เมื่อกาลสมัยเปลี่ยนไป บรรดา รัฐต่างๆ ได้เล็งเห็นว่า การกระทำของตนไม่เพียงแต่ส่งผลกระทบต่อรัฐตนเท่านั้น หากแต่ผลกระทบดังกล่าวได้ข้ามผ่านไปยังรัฐอื่น รวมถึงการที่รัฐให้ความสำคัญกับการพัฒนาเศรษฐกิจและอุตสาหกรรมมากเกินไปจนละเลยผลกระทบข้างเคียงที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม เช่น การปล่อยควันพิษจากโรงงานอุตสาหกรรม การปล่อยของเสียและสิ่งปฏิกูลลงแม่น้ำลำคลองโดยปราศจากการบำบัดที่ถูกวิธี หรือ การทิ้งสารเคมีตามสถานที่ต่างๆ โดยปราศจากการกำจัดตามขั้นตอนที่ถูกต้องตามหลักวิทยาศาสตร์ เป็นต้น

ทั้งนี้ จากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สามารถพิสูจน์ได้ว่าการกระทำข้างต้นได้ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างแท้จริง ดังนั้นบรรดา รัฐต่างๆ จึงได้เริ่มความร่วมมือในขั้นแรกคือการออกแถลงการณ์ (Declarations) เพื่อสร้างความร่วมมือกันในการรักษาสิ่งแวดล้อม ซึ่งแถลงการณ์ดังกล่าวไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแต่อย่างใด เพราะแต่ละรัฐยังคงพยายามรักษาความศักดิ์สิทธิ์ของอำนาจอธิปไตยของตน แม้ว่า คำแถลงการณ์ดังกล่าวเป็นเพียงการแสดงเจตจำนงร่วมกันของบรรดา รัฐต่างๆ เป็นเพียงการแสดงการยอมรับเรื่องความสำคัญของสิ่งแวดล้อม และไม่มีผลบังคับหรือผูกพันตามกฎหมาย แต่แถลงการณ์ดังกล่าวก็เปรียบเสมือนบันไดขั้นแรกที่น่าไปสู่ความร่วมมือในบริบทระหว่างประเทศที่จะได้รับการพัฒนาและมีผลผูกพันทางกฎหมายต่อไป

230 Fabián Augusto Cárdenas Castañeda, *A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin*, 2012, p. 281

231 Mohammed Ayoob, *Humanitarian Intervention and State Sovereignty*. The International Journal of Human Rights Volume 6 No. 1, Spring 2002, p. 81, 98

ซึ่งในกรณีนี้ บรรดารัฐต่างๆเห็นว่าควรจะมีหลักการใดหลักการหนึ่งที่เข้ามาป้องกันอันตรายที่จะเกิดต่อสิ่งแวดล้อมที่คาดหมายได้ว่าถ้าเกิดขึ้นและจะส่งผลกระทบต่อประเทศตน ซึ่งได้แก่หลักการป้องกันล่วงหน้า (Precautionary Principle)²³² ทั้งนี้ ภัยอันตรายดังกล่าวอาจเกิดจากเกิดการกระทำของรัฐใดรัฐหนึ่งโดยรัฐนั้นจะตั้งใจหรือไม่ตั้งใจที่จะก่อให้เกิดความเสียหายดังกล่าวก็ตาม ครั้งเมื่อเวลาผ่านไป หลักการป้องกันล่วงหน้าได้ถูกเพิ่มบทบาทและความสำคัญเนื่องจากเป็นหลักที่มีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ ตลอดจนสามารถป้องกันการเกิดอันตรายได้ในระดับหนึ่ง จนทำให้หลักการป้องกันล่วงหน้ากลายมาเป็นกฎเกณฑ์ที่กลายเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลบังคับใช้ (Hard law)²³³ โดยมีผลผูกพันที่เกิดจากการลงนามในสนธิสัญญาหรือการนำไปอนุวัติการณ้กับกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ

3.1.1 วิวัฒนาการของหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ

เนื่องจากหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศไม่ได้ปรากฏเป็นหลักที่เด่นชัดเหมือนหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ แต่หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศก็ได้แทรกซึมอยู่ภายใต้หลักการป้องกันล่วงหน้า ดังนั้น ผู้เขียนจึงต้องแบ่งวิวัฒนาการของหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศตามแนวความคิดและการพัฒนาแนวคิดของแต่ละช่วงสมัยดังต่อไปนี้ 1) ช่วงจุดกำเนิดแนวคิดจากเยอรมัน (2) ช่วงก่อนการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ. 1992 และ (3) ช่วงหลังการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ. 1992

3.1.1.1 ช่วงจุดกำเนิดจากแนวคิดของเยอรมัน

จุดกำเนิดของเรื่องหลักการป้องกันล่วงหน้าได้เกิดขึ้นครั้งแรกในประเทศเยอรมนีในช่วงปีค.ศ. 1970 ซึ่งทางรัฐบาลได้ออกนโยบายการป้องกันล่วงหน้าเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมภายในประเทศ กล่าวคือในช่วงระยะเวลาี้ เป็นช่วงที่เยอรมนีได้พัฒนาเศรษฐกิจเพื่อพัฒนาประเทศภายหลังจากสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 รัฐบาลเยอรมันให้การสนับสนุนการประกอบธุรกิจต่างๆที่นำมาซึ่งรายได้ทั้งแก่ภาครัฐและภาคเอกชน โดยเฉพาะการสนับสนุน

232 Marko Ahteensuu. Rationale for Taking Precautions: Normative Choices and Commitment in the Implementation of the Precautionary Principle. p. 6-7

233 Rene Von Schomberg. The Precautionary Principle: The Use within Hard and Soft Law. Symposium on the European's Parliament's Role in Risk Governance. p.147

อุตสาหกรรมหนัก²³⁴ ได้แก่ อุตสาหกรรมรถยนต์ เครื่องยนต์ เครื่องจักร และการขนส่งทางเรือ ทั้งนี้การที่วัตถุประสงค์หลักของรัฐบาลเยอรมันให้ความสำคัญกับการพัฒนาเศรษฐกิจและอุตสาหกรรมภายในประเทศอย่างมาก ในทางกลับกัน กลับไม่ให้ความสำคัญถึงผลกระทบจากการพัฒนาดังกล่าวที่มีต่อสังคมและสิ่งแวดล้อม จึงส่งผลให้ระบบนิเวศและสิ่งแวดล้อมในเยอรมนี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สภาพแวดล้อมในกรุงเบอร์ลิน (Berlin) ซึ่งเป็นเมืองหลวงของประเทศ และสภาพแวดล้อมในนครฮัมบูร์ก (Hamburg) ซึ่งเป็นเมืองศูนย์กลางการติดต่อและการขนส่งทางทะเลมีความเสียหายและเสื่อมโทรมอย่างมาก²³⁵

รัฐบาลเยอรมันจึงได้กำหนดหลักการป้องกันล่วงหน้าขึ้นมา ซึ่งเป็นการประกอบใช้ร่วมกับหลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้รับผิดชอบ (The Polluter Pays Principle) หากจะกล่าวแล้ว หลักการป้องกันล่วงหน้าที่เกิดขึ้นในเยอรมนีในช่วงค.ศ. 1970 นี้ เดิมใช้ชื่อว่า "หลักฟออร์เซอร์เกอร์พริ้นซิป" (Vorsorgerprinzip)²³⁶ ซึ่งมีบริบทและการปรับใช้ที่เป็นไปในทิศทางเดียวกันกับหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศในปัจจุบัน กล่าวคือ หากรัฐมีความเสี่ยงที่ต้องจะประสบกับภัยอันตรายหรือความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมที่กำลังจะเกิดขึ้น รัฐจะต้องดำเนินการทุกวิถีทาง (Gefahrenvorsorge)²³⁷ ในการป้องกันอันตรายดังกล่าวไม่ให้เกิดขึ้น แต่หากปรากฏว่าได้มีความเสี่ยงจากผลกระทบได้เกิดขึ้น ความเป็นไปได้ของการป้องกันความเสี่ยงดังกล่าวควรจะต้องถูกตรวจสอบ และถ้าความเสี่ยงนั้นอยู่ในระดับที่สูง มาตรการในการป้องกันก็สามารถที่จะนำมาใช้ได้โดยมาตรการที่ใช้ต้องสอดคล้องกับผลที่คาดว่าจะเกิดด้วย (Risikovorsorge)²³⁸ จริงอยู่ที่หลักความได้สัดส่วนในยุคนี้นั้นเป็นเพียงนโยบายภายในประเทศเยอรมนี แต่หลักดังกล่าวก็ได้รับการยอมรับและนำไปปรับใช้อย่างกว้างขวางโดยเฉพาะในระดับภูมิภาคยุโรป และถือเป็นรากฐานของหลักการป้องกันล่วงหน้าในระดับระหว่างประเทศในเวลาต่อมา²³⁹

234 Wendy Carlin. West German Growth and Institutions (1945-1990). University College London. P. 1-5

235 Exhibition Catalogue. Environment has a history. Ministry of Urban Development and Environment. Germany. 2011. P. 10-13

236 Nancy Myers. The Precautionary Principle Puts Value First. Science and Environmental Health Network. Bulletin of Science, Technology and Society. Volume 22. Number 3. June 2002. p. 211

237 James Cameron et al. The Precautionary Principle: A Fundamental Principle of Law and Policy for the Protection of the Global Environment. Boston College International and Comparative Law Review. Volume 14. Issue 1. Article 2. 1991

238 Wybe Th. Douma. The Precautionary Principle. TMC Asser Institute. Netherlands. P.3

239 Margherita Poto. The Principle of Proportionality in Comparative Perspective. German

3.1.1.2 ช่วงก่อนการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา

ค.ศ. 1992

ภายหลังจากที่เยอรมนีได้การสร้างแนวคิดเรื่องการป้องกันล่วงหน้า หรือที่เรียกว่า The Vorsorgerprinzip เยอรมนีได้พยายามนำเสนอถึงความสำคัญของหลักการดังกล่าวในเวทีการประชุมกฎหมายระดับระหว่างประเทศ ซึ่งได้รับการยอมรับในที่ประชุมต่างๆ โดยเฉพาะที่ประชุมนานาชาติ ณ กรุงสตอกโฮล์มในปีค.ศ. 1972 การประชุมนานาชาติเบรแมน (Bremen) ในปี 1984 การประชุมนานาชาติที่กรุงลอนดอน (London) ในปี 1987 รวมถึงการประชุมที่กรุงเฮก (Hague) ในปี 1990

สำหรับการประชุมนานาชาติ ณ กรุงสตอกโฮล์ม ถือเป็นการรวมตัวอย่างเป็นทางการครั้งแรกของบรรดาตัวแทนจากรัฐต่างๆที่มารวมกันเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม มีการนำหลักต่างๆที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมมาถกเถียงและปรึกษาร่วมกันเหตุเพราะการตระหนักถึงความสำคัญของสิ่งภัยอันตรายและความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมที่สูงขึ้น รวมถึงแนวคิดที่เห็นว่าหากสิ่งแวดล้อมเสื่อมโทรมก็จะส่งผลต่อชีวิตมนุษย์ที่เสื่อมโทรมด้วย เพราะถือว่ามนุษย์เป็นส่วนหนึ่งของธรรมชาติ มนุษย์ถือเป็นส่วนหนึ่งของสิ่งแวดล้อม ตลอดจนการที่บรรดาระัฐต่างๆต้องการที่จะส่งเสริมหลักการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับระหว่างประเทศ ซึ่งต่อมาตัวแทนจากรัฐต่างๆได้เห็นพ้องต้องกันว่าประเด็นด้านการป้องกันและพัฒนาสิ่งแวดล้อมและมนุษย์ควรเป็นสิ่งที่ถูกให้ความสำคัญเป็นลำดับแรก เพราะรัฐต่างๆได้เล็งเห็นถึงผลกระทบร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อมที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคตหากไม่มีการป้องกันพร้อมกับการเฝ้าระวังรักษาสิ่งแวดล้อมที่เสียหายก่อนหน้านั้นอันเป็นผลมาจากการพัฒนาอุตสาหกรรมและเศรษฐกิจที่มากเกินไป ซึ่งในการประชุมสหประชาชาติชาติ ณ กรุงสตอกโฮล์มนี้ เยอรมนีและประเทศในสหภาพยุโรปได้มีการกล่าวถึงหลักการป้องกันล่วงหน้าที่ตนได้นำมาบังคับใช้ภายในประเทศซึ่งบรรดาระัฐต่างๆก็เห็นพ้องด้วย และที่ประชุมก็ได้รับไว้และสะท้อนไว้ในหลักการที่ 21 (Principle 21) ของคำประกาศที่ประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972 (Declaration of the United Nations Conference of the Human Environment 1972)²⁴⁰

สำหรับการประชุมเบอร์แมนนั้น รัฐต่างๆพยายามแสดงให้เห็นถึงผลกระทบเชิงลบจากภาคอุตสาหกรรมที่มีต่อภาคสิ่งแวดล้อม ผลกระทบต่อระบบนิเวศวิทยา ผลกระทบต่อสังคมและระบบการจัดการมลภาวะในสังคม รวมถึงผลกระทบต่อการฟื้นฟูสิ่งแวดล้อมเหล่านั้นให้กลับมาในสภาพเดิม ครั้นเมื่อพิจารณาตามข้อเท็จจริงและตามหลักวิทยาศาสตร์แล้วผลกระทบเหล่านั้นแทบจะไม่สามารถที่จะทำให้สิ่งแวดล้อมกลับมาอุดมสมบูรณ์เหมือนเดิมได้ หรืออาจจะสามารถทำให้กลับมาในสภาพเดิมหรือคล้ายของเดิมแต่จำเป็นต้องใช้ต้นทุนอย่างมหาศาล (Considerable Expense) รวมถึง การใช้ระยะเวลายาวนานในการบำบัดของเสีย และฟื้นฟูสภาพแวดล้อมดังกล่าวให้กลับมาอุดมสมบูรณ์²⁴¹ ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว ต้นทุนมหาศาลดังกล่าวสามารถลดลงมาได้หากบรรดารัฐต่างๆร่วมมือการป้องกันไม่ให้ผลกระทบสิ่งแวดล้อมเกิดขึ้นตั้งแต่แรก โดยอาศัยความร่วมมือระดับภายในประเทศได้แก่การออกกฎหมายหรือนโยบายเพื่อเข้ามาควบคุมการกระทำใดๆภายในประเทศ หรือในระดับระหว่างประเทศ โดยการสร้างความร่วมมือไม่ว่าจะเป็นความร่วมมือทวิภาคีหรือความร่วมมือพหุภาคีภายใต้สภารัตถะข้างต้น

สำหรับการประชุมครั้งที่ 2 ในปี 1987 ได้เกิดคำประกาศลอนดอน (The London Declaration)²⁴² ซึ่งเป็นการแสดงถึงความสำคัญของหลักการป้องกันล่วงหน้าว่าหลักการป้องกันล่วงหน้าเป็นหลักการทำเป็นและจะเป็นหนึ่งในเครื่องมือขึ้นสำคัญที่จะนำไปสู่การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพ อีกทั้งการประชุมนี้ยังเป็นครั้งแรกที่มีการกล่าวถึงว่าควรนำหลักการป้องกันล่วงหน้าที่มาปรับใช้ให้เป็นรูปธรรมอย่างแท้จริง มีการเสนอรูปแบบและองค์ประกอบของหลักการป้องกันล่วงหน้าในระดับระหว่างประเทศ มีการถกเถียงถึงผลลัพธ์ในกรณีที่บรรดารัฐต่างๆร่วมมือกันในการใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าร่วมกัน และประการสำคัญคือการที่บรรดารัฐต่างๆยอมรับที่จะรักษาคำมั่นในการปฏิบัติตามหลักการป้องกันล่วงหน้า

สำหรับการประชุมครั้งที่ 3 ในปี ค.ศ. 1990ที่กรุงเฮก ประเทศเนเธอร์แลนด์ บรรดาภาคีที่เข้าร่วมการประชุมได้ประกาศว่าจะนำหลักการป้องกันล่วงหน้ามาปรับใช้อย่างต่อเนื่อง และหลีกเลี่ยงการกระทำใดๆที่ก่อให้เกิดความเสียหายที่ส่งผลกระทบยาว (Long-term) หรือที่เป็นการถาวร (Permanent) ถึงแม้ว่าจะไม่มีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ที่แน่นอนมา

²⁴¹ Final Report. Considerations on the Application of the Precautionary Principle in the chemicals sector.T.M.C. Asser Institute. August 2011. P. 11-14

²⁴² James Cameron et al. The Precautionary Principle: A Fundamental Principle of Law and Policy for the Protection of the Global Environment. Boston College International and Comparative Law Review. Volume 14. Issue 1. Article 2. p.8

พิสูจน์ถึงจุดเชื่อมโยงระหว่างสาเหตุที่จะกระทำกับผลลัพธ์ที่คาดว่าจะเกิดก็ตาม รัฐก็ควรที่จะนำมาตรการการป้องกันล่วงหน้ามาปรับใช้เพื่อเป็นการป้องกันเหตุอันตรายหรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้ และในปีเดียวกันภายหลังจากการประชุมที่กรุงเฮก คณะกรรมาธิการเศรษฐกิจยุโรป (The Economic Commission for Europe) ได้จัดตั้งการประชุมขึ้นโดยสมาชิกผู้เข้าร่วมประชุม ซึ่งในตอนท้ายของการประชุมได้มีการประกาศแถลงการณ์ซึ่งที่ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย (Non-binding declaration) ที่มีชื่อว่า The Bergen Declaration on Sustainable Development โดยบรรดาภาคีได้ให้เจตจำนงร่วมกันในการที่จะทำการใดๆ ให้มีความสอดคล้องกับเรื่องการป้องกันล่วงหน้าที่จะนำไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development) ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ที่สำคัญที่สุดของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ หากสมาชิกจะกำหนดนโยบายใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาที่ยั่งยืน นโยบายนั้นจะต้องมีวิธีการ (Method) และการปฏิบัติ (Practice) ที่มีความสอดคล้องกับหลักการป้องกันล่วงหน้า ทั้งนี้มาตรการทางสิ่งแวดล้อมที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ในการร่างนโยบายดังกล่าวจะต้องเป็นมาตรการที่สามารถคาดหมายได้ มีประสิทธิภาพ และสามารถตอบโจทย์ในการแก้ปัญหาต่อความเสียหายที่คาดว่าจะกำลังจะเกิดขึ้นได้

ในปีเดียวกัน ภาคีของอนุสัญญา The London Dumping Convention of 1972 ได้ตกลงที่จะบังคับใช้อนุสัญญาข้างต้นในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเรื่องหลักการป้องกันล่วงหน้า โดยภาคีได้ตกลงว่า

“The party agreed that ... [a]ppropriate preventive measures are taken where there is reason to believe that substances or energy introduced into the marine environment are likely to cause harm, even when there is no conclusive evidence to prove a casual relation between inputs and their effects.”

จะสามารถสังเกตได้ว่าแนวความคิดในการประชุมที่กรุงเฮกปี 1990 ได้ตกทอดมาสู่การตัดสินใจของภาคี คือถึงแม้ว่าไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอที่จะพิสูจน์ถึงจุดเชื่อมโยงระหว่างสาเหตุและผลของการกระทำ รัฐภาคีก็สามารถใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าก็สามารถใช้ได้

3.1.1.3 หลังการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ.

1992

สิ่งสำคัญที่สุดที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1992 คือการเกิดการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (The 1992 United Nations Conference on Environment and Development) ที่นครริโอเดจาเนโร ประเทศบราซิล ซึ่งเป็นการประชุมที่บรรดารัฐต่างๆที่เข้าร่วมประชุมได้ตระหนักถึงความสำคัญของสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน จริงอยู่ที่ก่อนหน้านี้จะมีการจัดประชุมครั้งนี้ หลักการต่างๆในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศได้รับการบรรจุอยู่ในหลักการ (Principle) ตามคำประกาศต่างๆ โดยเฉพาะคำประกาศที่ประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972 แต่ก็ยังไม่มีนำไปปรับใช้หรือนำไปปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรมเท่าที่ควร ดังนั้น การจัดการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ.1992 จึงถือเป็นยุคใหม่ของพัฒนาการของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ²⁴³

ในยุคนี้ หลักการต่างๆในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศได้มีความชัดเจนขึ้น รัฐต่างๆปฏิบัติตามหลักการที่ตนได้เคยรับรองไว้ ตลอดจน รัฐต่างๆมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศได้วางกรอบไว้ จริงอยู่ที่การจัดการประชุมครั้งนี้ได้เน้นประเด็นเรื่องการพัฒนาเป็นหลัก (development) เช่น การสร้างระบบสังคมที่มีความสมบูรณ์หรือการพัฒนาอย่างยั่งยืน ซึ่งประเด็นเรื่องพัฒนาดังกล่าวก็ยังคงควบคู่ไปกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมดังที่ได้เกิดมาก่อนหน้านี้โดยเฉพาะการให้ความสำคัญกับการป้องกันภาวะเรือนกระจก (Greenhouse Effects)²⁴⁴ ซึ่งในสมัยนั้น ถึงแม้ไม่ปรากฏชัดเชื่อมโยงว่าการกระทำของมนุษย์ได้ส่งผลต่อการทำให้เกิดภาวะเรือนกระจกแต่อย่างใด ประกอบกับไม่ปรากฏหลักฐานทางวิทยาศาสตร์เข้ามาสนับสนุนเพียงพอ แต่บรรดารัฐต่างๆก็ร่วมมือร่วมใจกันที่จะใช้มาตรการการป้องกันล่วงหน้าตามเจตจำนงที่ตนเคยให้ไว้ในคำแถลงต่างๆ เพราะหากจะรอให้ผลลัพธ์ของการเกิดภาวะเรือนกระจกจริงๆแล้ว อาจจะเป็นการสายเกินไปที่จะมารับมือกับปัญหานี้ และผลลัพธ์ดังกล่าวอาจเป็นผลลัพธ์ที่ไม่สามารถเยียวยาหรือทำให้กลับมาเป็นแบบเดิมได้อีก สำหรับในตอนท้ายของการประชุมได้เกิดคำประกาศริโอ (The Rio Declaration) ซึ่งไม่มี

²⁴³ Günther Handl, Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm Declaration), 1972 and the Rio Declaration on Environment and Development, 1992, United Nations Audiovisual Library of International Law, P. 3-5

²⁴⁴ Background Paper prepared for consideration by the high level panel on global sustainability at its first meeting. Sustainable Development: From Brundtland to Rio 2012. United Nations Headquarters. New York. 2010. P. 7-8

ผลผูกพันทางกฎหมาย (Non-binding) โดยเรื่องการป้องกันล่วงหน้าได้ปรากฏอยู่ในหลักการข้อที่ 15 (Principle 15) ของคำประกาศฉบับนี้ ซึ่งได้กล่าวไว้ว่า

“In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damages, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.”²⁴⁵

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากหลักการข้างต้นแล้ว เห็นได้ว่า รัฐสามารถใช้มาตรการป้องกันล่วงหน้าตามศักยภาพของรัฐในสถานที่ที่ปรากฏถึงการคุกคามที่ร้ายแรงและไม่สามารถทำให้กลับเป็นสภาพเดิมได้นั้น หนึ่งรัฐไม่สามารถอ้างได้ว่าการขาดหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่แน่นอนจะเป็นเหตุผลในการเลื่อนการใช้มาตรการการป้องกันล่วงหน้าต่อภัยอันตรายและความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นกับสิ่งแวดล้อม ท้ายสุด เป็นที่ทราบว่ามีหลักการป้องกันล่วงหน้าที่เป็นเฉพาะแนวนโยบายภายในของประเทศเยอรมนีที่ได้สร้างขึ้นมากเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่ได้รับผลกระทบจากการพัฒนาอุตสาหกรรมภายในประเทศ ต่อมาบรรดารัฐต่างๆ ได้ตระหนักถึงความสำคัญของการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและได้ยอมรับหลักการป้องกันล่วงหน้าจนได้มีแถลงการณ์ร่วมกัน (Declaration) ซึ่งไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย (Soft law) เป็นเพียงแนวทางในการดำเนินนโยบายและการปฏิบัติต่อรัฐอื่นๆ ในระดับระหว่างประเทศ จนกระทั่งหลักการป้องกันล่วงหน้าได้กลายมาเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ (Hard law) ในเรื่องของสารตะกั่ว จากเดิมที่หลักการป้องกันล่วงหน้าเป็นเพียงหลักที่มีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อป้องกันอันตรายที่จะเกิดกับสิ่งแวดล้อมเท่านั้น แต่นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1992 บทบาทของหลักการป้องกันล่วงหน้าไม่ได้จำกัดเพียงแค่การป้องกันอันตรายเช่นว่าเท่านั้น หากแต่ยังเป็นหลักพื้นฐานที่บรรดารัฐต่างๆ พึงปฏิบัติเพื่อเป็นกุญแจสำคัญที่จะนำไปสู่การบรรลุวัตถุประสงค์ของการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable development)²⁴⁶

²⁴⁵ Principle 15, Rio Declaration 1992

²⁴⁶ Günther Handl, Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm Declaration), 1972 and the Rio Declaration on Environment and Development, 1992. United Nations Audiovisual Library of International Law. P. 5

3.1.2 องค์ประกอบของหลักการป้องกันล่วงหน้า

สืบเนื่องจากที่มาของหลักความการป้องกันล่วงหน้าว่าปัญหาสิ่งแวดล้อมไม่ได้เกิดแค่เพียงรัฐใดรัฐหนึ่งหรือดินแดนใดดินแดนหนึ่งเท่านั้น หากแต่ได้ลุกลามไปทั่วบริเวณอาณาเขตรัฐใกล้เคียงด้วย เช่นในกรณีของหมอกควันพิษที่เกิดจากโรงงานอุตสาหกรรมบนเกาะสุมาตราโดยลามไปครอบคลุมเกาะสิงคโปร์ แหลมมลายู และทางตอนใต้ของประเทศไทย จนทำให้ประชาชนพลเมืองในทั้ง 4 รัฐได้รับผลกระทบต่อสุขภาพร่างกาย รวมทั้งก่อให้เกิดความเสียหายสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรงเป็นต้น เช่นนี้ เมื่อหลักการป้องกันล่วงหน้าไม่ได้เป็นหลักที่รัฐใดรัฐหนึ่งสามารถกระทำได้เพียงรัฐเดียวเท่านั้น หากแต่ต้องอาศัยความร่วมมือกันของบรรดารัฐต่างๆ ในการเห็นพร้อมต้องกันถึงองค์ประกอบ รวมถึงความสามารถของแต่ละรัฐในการปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้า องค์ประกอบของหลักการป้องกันล่วงหน้าจึงจำเป็นต้องเอื้อประโยชน์เพื่อให้บรรดาประเทศต่างๆ ไม่ว่าจะประเทศที่พัฒนาแล้วหรือประเทศที่กำลังพัฒนาสามารถนำหลักการป้องกันล่วงหน้าไปปรับใช้ได้ตามความสามารถของตน ทั้งนี้ องค์ประกอบของหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศประกอบไปด้วย 3 องค์ประกอบ ได้แก่ (1) การกระทำในการป้องกันล่วงหน้าจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันอันตรายที่กำลังจะเกิดขึ้น (2) ต้องมีการพิจารณาถึงทางเลือกอื่น (3) ต้องมีการพิจารณาเรื่องต้นทุนและเทคโนโลยีที่เหมาะสม

3.1.2.1 การกระทำต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันอันตรายที่กำลังจะเกิดขึ้น

องค์ประกอบแรกสำหรับหลักการป้องกันล่วงหน้า คือ จะต้องปรากฏเหตุการณ์ที่ทำให้เชื่อได้ว่าหากไม่มีการป้องกันดังกล่าวแล้วจะเกิดความเสียหายที่ก่อให้เกิดภัยอันตรายหรือความเสียหายต่างๆไม่ว่าจะเป็นความเสียหายต่อมนุษย์ สังคม เศรษฐกิจ หรือ สิ่งแวดล้อม ในรัฐของตนหรือในภูมิภาคนั้น โดยระดับความเสียหายอาจเกิดขึ้นอย่างรุนแรงและผลลัพธ์ยากที่จะเยียวยารักษา (Threat of Harm) และถึงแม้ว่าจะขาดความแน่นอนทางวิทยาศาสตร์ (scientific uncertainty) หรือความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล (Cause-Effect Relationship) ของการกระทำที่ยังไม่ได้รับการพิสูจน์ แต่ก็ถือเป็นการป้องกันล่วงหน้าที่มีความสมเหตุสมผล ณ ช่วงเวลานั้น ที่จะรับมือกับภัยอันตรายหรือความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นดังที่ระบุในอนุสัญญาเฮลซิงกิ ค.ศ. 1992 ข้อที่ 3(2)²⁴⁷

247 ข้อ 3(2) อนุสัญญาเฮลซิงกิ ค.ศ. 1992 ระบุว่า

“The Contracting Parties shall apply the precautionary principle, i.e., to take preventive measures when there is reason to assume that substances or energy introduced, directly or

ในประเด็นเรื่องการไม่ปรากฏถึงความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลนั้น ผู้เขียนขอเน้นว่ากฎหมายยอมรับเรื่องดังกล่าวในเฉพาะกรณีที่ภัยอันตรายหรือความเสียหายนั้นคาดว่าจะเกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งต่างกับกรณีที่ภัยอันตรายหรือผลลัพธ์นั้นเกิดขึ้นแล้วและมาพิสูจน์ภายหลังพร้อมอ้างเหตุเรื่องการไม่ปรากฏถึงความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล เช่นนี้ผู้ที่ได้รับผลกระทบไม่สามารถอ้างเหตุดังกล่าวได้ ผู้เขียนขอยกกรณีศึกษาคดีของ LCB v. United Kingdom ค.ศ. 1998 แห่งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (The European Court of Human Right) โดยคดีดังกล่าวสืบเนื่องมาจากการทดลองระเบิดนิวเคลียร์ของสหราชอาณาจักรในช่วงระยะเวลาก่อนหน้า โดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ระบุว่าสหราชอาณาจักรไม่ได้ละเมิดข้อ 2 ของกฎหมายสิทธิมนุษยชนยุโรป เรื่องจากผู้ร้อง (applicant) ไม่สามารถชี้แจงถึงความสัมพันธ์ของเหตุและผลของการทดลองระเบิดนิวเคลียร์จนเป็นเหตุให้ตนกลายเป็นผู้ได้รับผลกระทบจากการทดลองระเบิดและการเป็นโรคมะเร็งเม็ดเลือดขาวได้ เช่นนี้การที่จะอ้างเรื่องการไม่ปรากฏถึงความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลในเรื่องหลักการป้องกันล่วงหน้า จะอ้างเฉพาะได้ในกรณีที่ภัยอันตรายหรือความเสียหายยังไม่ปรากฏเท่านั้น²⁴⁸

3.1.2.1.1 ภัยอันตรายหรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น

การคาดการณ์ว่าหากไม่กระทำกรใดๆหรือดำเนินมาตรการใดแล้วจะส่งผลให้เกิดภัยอันตรายหรือความเสียหายในอนาคตได้นั้น จะต้องเป็นการคาดการณ์ที่สนับสนุนโดยเหตุผลใดๆตามแต่ละสถานการณ์ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งคำว่าเหตุผลใดๆต่อภัยอันตรายนี้ ได้มีบทกฎหมายสิ่งแวดล้อมได้ให้คำจำกัดความที่หลากหลาย เช่น คำจำกัดความที่ว่า "ภัยอันตรายอันเกี่ยวกับความเสียหายที่ร้ายแรงและไม่สามารถกลับคืนได้" (there are threats of serious or irreversible damage) ตามข้อ 3(3) ของ UNFCCC หรือคำจำกัดความที่ว่า "มีเหตุผลที่สามารถคาดเดาได้ว่าจะก่อให้เกิดภัยอันตราย (reason to assume) ตามข้อ 3(2) ของอนุสัญญาเฮงซิงกิ ค.ศ. 1974 หรืออาจจะเป็นคำจำกัดความที่ว่า "เหตุผลอันสมเหตุสมผลสำหรับความวิตกกังวลต่อภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้น" (reasonable grounds for concern) ตามข้อ 2(2) ของอนุสัญญา OSPAR ค.ศ. 1992 เป็นต้น ตัวอย่างของการพิจารณาเรื่องภัยอันตรายหรือความ

indirectly, into the marine environment *may create hazards* to human health, harm living resources and marine ecosystems, damage amenities or interfere with other legitimate uses of sea even when there is no conclusive evidence of a casual relationship between inputs and their alleged effects. (Emphasis added)”

²⁴⁸ Case Number 23413/94. LCB v. United Kingdom case. European Court of Human Right 49. 9 June 1998

เสียหายที่อาจเกิดขึ้น ได้แก่ คดี Balmer-Schafroth and Others v. Switzerland ของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (The European Court of Human Rights) ซึ่งศาลได้กล่าวว่าการที่จะอ้างเรื่องภัยอันตรายหรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นนั้น จะต้องเป็นภัยอันตรายหรือความเสียหายที่จะเกิดในอนาคตอันใกล้ สามารถสังเกตเห็นผลได้ รวมทั้งเป็นภัยอันตรายที่แสดงถึงนัยสำคัญด้วย ซึ่งหากการอ้างเรื่องภัยอันตรายหรือความเสียหายดังกล่าวไม่เป็นไปตามคำจำกัดความเชื่อว่า ก็ไม่สามารถยกประเด็นเรื่องภัยอันตรายหรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้

เช่นนี้ เมื่อพิจารณาจากคำจำกัดความข้างต้นถึงเหตุผลของภัยอันตรายและความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้นั้น จะสามารถสังเกตได้ว่าขอบเขตของคำจำกัดความคำว่าเหตุผลที่ทำให้เชื่อว่าภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นมีคำจำกัดความที่กว้าง ดังนั้นในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า การที่รัฐใดจะอ้างองค์ประกอบนี้ รัฐนั้นจะใช้ดุลพินิจของตนในการพิจารณาถึงภัยอันตรายหรืออันตรายที่เกิดขึ้น ในหลายกรณี รัฐพยายามที่จะยกเหตุผลอื่นๆมาสนับสนุนกับการอ้างดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นเหตุผลทางวิทยาศาสตร์หรือเหตุผลทางเศรษฐกิจ เป็นต้น

3.1.2.1.2 การไม่ปรากฏหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่แน่นอน

โดยปกติแล้วในการที่จะอ้างเหตุผลใดๆนั้น จำต้องมีหลักฐานมาเป็นตัวสนับสนุนข้ออ้างนั้นๆ แต่สำหรับการปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าแล้ว กฎหมายสิ่งแวดล้อมหลายฉบับได้ระบุว่า การที่ไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ไม่ถือเป็นข้ออ้างที่จะไม่ให้รัฐใดรัฐหนึ่งไม่สามารถปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าได้ ดังที่ระบุไว้ในเช่นวรรค 7 ของคำประกาศ ณ การประชุมรัฐมนตรีเบรเมนเรื่องการพัฒนาอย่างยั่งยืนในภูมิภาคประชาเศรษฐกิจยุโรป ค.ศ. 1990 (The 1990 Bergen Ministerial Declaration on Sustainable Development in ECE Region) ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศฉบับแรกที่พูดประเด็นเรื่องการไม่ปรากฏหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่แน่นอน โดยกฎหมายฉบับนี้ได้กล่าวโดยย่อประเด็นเข้ากับเรื่องการพัฒนาที่ยั่งยืนว่า ถึงแม้จะไม่ปรากฏหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่แน่นอนอันเกี่ยวข้องกับภัยอันตรายและอันตรายที่คาดว่าจะเกิดขึ้นได้นั้น การไม่ปรากฏหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ดังกล่าวก็ไม่สามารถนำมาเป็นเหตุผลที่จะไม่ให้รัฐใดรัฐหนึ่งไม่สามารถใช้หลักการป้องกันล่วงหน้า เพื่อดำรงไว้ซึ่งวัตถุประสงค์ในการป้องกันความเสื่อมโทรมและการรักษาสิ่งแวดล้อม²⁴⁹

249 ย่อหน้าที่ 7 The 1990 Bergen Ministerial Declaration on Sustainable Development in the ECE Region ระบุไว้ว่า

“In order to achieve sustainable development, policies must be based on the precautionary principle. Environmental measures must anticipate, prevent and attack the causes of environmental degradation. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing measures to prevent

3.1.2.1.3 การประเมินเรื่องผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม

การประเมินเรื่องสิ่งแวดล้อมถือเป็นหนึ่งองค์ประกอบที่สำคัญในการพิจารณาเรื่องการที่ภาคประชาสังคมจะต้องรับรู้ถึงภัยอันตรายที่อาจเกิดขึ้นต่อธรรมชาติจากการกระทำใดกระทำหนึ่ง รวมถึงหากไม่มีการป้องกันใดๆแล้วอาจส่งผลที่เลวร้ายกว่าที่คาดหมายก็เป็นได้ ซึ่งการประเมินเรื่องผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมนี้ (Environmental Impact Assessment) ได้เกิดขึ้นมาเพื่อเป็นปัจจัยสำคัญในการปกป้องสิ่งแวดล้อมเพื่อนำไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืน ซึ่งได้รับทั้งในภาคเอกชน (Private Sector) และภาครัฐ (Public Sector) ซึ่งการประเมินผลกระทบที่มีต่อสิ่งแวดล้อมจากการดำเนินการใดๆที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อม²⁵⁰ เป็นขั้นตอนที่ต้องอาศัยความร่วมมือกันทั้งในระดับชาติและระดับระหว่างประเทศ ซึ่งปัจจัยที่คำนึงถึงผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมดังกล่าวไม่ได้พิจารณาจากปัจจัยทางวิทยาศาสตร์หรือปัจจัยทางสิ่งแวดล้อมเท่านั้น หากแต่พิจารณา รวมถึงปัจจัยทางเศรษฐกิจและสังคมที่ส่งผลต่อสิ่งแวดล้อมด้วย อาจกล่าวได้ว่าเป็นการรวมศาสตร์ต่างๆเข้าด้วยกันเพื่อนำไปสู่ผลลัพธ์ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ตัวอย่างที่เด่นชัดของการประเมินเรื่องผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมคือรัฐบัญญัติว่าด้วยนโยบายทางสิ่งแวดล้อมแห่งชาติของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1969²⁵¹ ซึ่งต่อมากลายเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของสหรัฐอเมริกา ซึ่งอาจจะถูกพัฒนาไปเป็นกฎหมายจารีตประเพณีได้ และหลักการประเมินเรื่องผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมยังถือว่าเป็นแนวปฏิบัติแห่งรัฐที่เป็นเครื่องมือสำคัญในการใช้อำนาจของรัฐเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมดังที่ได้ระบุอย่างชัดเจนในข้อที่ 17 ของคำประกาศการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการพัฒนาที่ยั่งยืน ค.ศ. 1992 ซึ่งได้ระบุไว้ว่า²⁵²

“Environmental impact assessment, as a national instrument, shall be undertaken for proposed activities that are likely to have a significant adverse impact on the environment and are subject to a decision of a competent national”

environmental degradation.”

250 Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, 1991

251 Carl Smith. The Precautionary Principle and Environmental Policy Science, Uncertainty, and Sustainability. Special Series. Int J Occup Environ Health. Vol 6/No 3. OCT/DEC. 200. P. 263-365

252 Birnie and Boyle , 2002, page 131

ซึ่งเพื่อพิจารณาจากจุดนี้ ผู้เขียนเห็นว่า จริงอยู่ที่การการประเมินเรื่องผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมจะเป็นเรื่องภายในประเทศ เป็นอำนาจทางอธิปไตยที่รัฐใดรัฐหนึ่งจะใช้ แต่เมื่อสังเกตถึงกรอบการทำงานดังกล่าวแล้วจะเห็นว่าการประเมินเรื่องผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมก็ไม่ได้จำกัดถึงผลที่เกิดขึ้นในประเทศเท่านั้น แต่ยังรวมถึงผลที่เกิดขึ้นข้ามพรมแดนระหว่างประเทศ (Transboundary) เพราะการประเมินเรื่องผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมก็ถือวิธีการหนึ่งในการปฏิบัติตามพันธกรณีเพื่อป้องกันความเสียหายที่รุนแรงอันจะเกิดต่อสิ่งแวดล้อม เป็นหนึ่งในหลายปัจจัยในเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระหว่างประเทศ รวมทั้งเป็นวิธีการที่จะทำให้ภาคประชาสังคมทราบถึงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้หากไม่มีการป้องกันล่วงหน้าไว้ก่อน ซึ่งวิธีการดังกล่าวจำเป็นต้องได้รับความร่วมมือกันจากบรรดารัฐต่างๆ²⁵³ ซึ่งสอดคล้องกับคำกล่าวในย่อหน้าที่ 29 ของ Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons 1996 ว่า

“[e]xistence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment.”²⁵⁴

กล่าวคือ การกระทำใดๆของรัฐภายในเขตแดนตนนั้น นอกจากจะต้องเคารพสิทธิของคนอื่นแล้วยังต้องเคารพสิทธิของรัฐอื่นด้วย หรือเคารพใดๆที่อยู่เหนือการควบคุมของตนซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศต่อสิ่งแวดล้อม เช่นว่า หลักการป้องกันล่วงหน้าจะเข้าเพื่อทำให้การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมมีประสิทธิภาพเพื่อเป็นการบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ

3.1.2.1.4 การบริหารและจัดการความเสี่ยงที่น่าจะเกิดขึ้นกับ

สิ่งแวดล้อม

อีกหนึ่งขั้นตอนที่เกี่ยวข้องกับการต้องทราบถึงการบริหารและการจัดการความเสี่ยงที่น่าจะเกิดขึ้นกับสิ่งแวดล้อม กล่าวคือ รัฐที่ใช้หลักการดังกล่าวจะต้องทราบการใช้วิธีใดๆ ซึ่งเป็นการรับมือถึงภัยอันตรายหรือความเสียหายที่ว่านั้น ตลอดไปถึงการสร้างบทบังคับใช้กรณีนี้

253 Resolution 2994 (XXVII), UNGA and Resolution 2995 (XXVII), UNGA

254 Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 1996, para 29

มีการไม่ปฏิบัติตามกฎดังกล่าว อย่างไรก็ตามการทราบอย่างเดียวยังไม่เพียงพอ รัฐผู้ใช้วิธีการดังกล่าวต้องรู้จักการแก้ปัญหาและรับมือในกรณีหากเกิดความผิดพลาด รวมถึงต้องระบบการทำงานในทุกส่วนที่เกี่ยวข้องกับภัยอันตรายหรืออันตรายที่คาดว่าจะเกิดขึ้น ต้องรู้จักการบริหารและการจัดการในวิธีการใดๆอันนำไปสู่การบรรลุการใช้ในหลักการต่างๆ โดยเฉพาะหลักการป้องกันล่วงหน้า

ตัวอย่างอันเด่นชัดของการบริหารและการจัดการความเสี่ยงที่น่าจะเกิดขึ้นกับสิ่งแวดล้อมที่ชัดเจนคือการที่สมาชิกสหภาพยุโรปได้ร่วมกันออกกฎหมายที่มีชื่อว่า Environmental Liability Directive (ELD)²⁵⁵ ซึ่งเป็นการวางกรอบอย่างกว้างในป้องกันและการเยียวยารักษาความเสียหายที่มีต่อธรรมชาติ ซึ่งเนื้อหาของกฎหมายฉบับดังกล่าวคือการวางแนวทางหรือการแผนการปฏิบัติการหากกรณีมีภัยอันตรายทางสิ่งแวดล้อมเกิดขึ้น ซึ่งภัยอันตรายนั้นอาจมีสาเหตุมาจากการไม่ใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าดังที่ได้ระบุไว้หรือเหตุอื่นๆ อาจกล่าวได้ง่ายๆว่ากฎหมายฉบับนี้ได้สร้างแผนรับทอต่างๆในกรณีที่จะมีความเสี่ยงที่น่าจะกับสิ่งแวดล้อม แผนสองจะถูกนำมาใช้ในกรณีที่แผนรับมือแผนแรกไม่สำเร็จ รวมถึงได้วางกรอบการทำงานของเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นและเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารที่ให้มาร่วมมือกันในการป้องกันหรือเยียวยาภัยอันตรายหรือความเสียหายดังกล่าว²⁵⁶

3.1.2.2 การพิจารณาทางเลือกอื่น

องค์ประกอบที่สามสำหรับเรื่องหลักความได้สัดส่วน คือ เรื่องการพิจารณาทางเลือกอื่น ซึ่งหมายถึงวิธีที่ใช้ในการป้องกันล่วงหน้านั้นจะต้องเป็นวิธีที่ก่อให้เกิดผลกระทบข้างเคียงต่อมนุษย์และสิ่งแวดล้อมน้อยที่สุด แต่ในทางกลับกันต้องเป็นวิธีที่สามารถป้องกันภัยอันตรายหรือความเสียหายที่คาดว่าจะเกิดขึ้นได้มากที่สุด ซึ่งจะต้องเป็นหน้าที่ของรัฐในการพิจารณาเรื่องดังกล่าว ประกอบกับการขอให้รัฐที่คาดว่าจะได้รับผลกระทบสามารถเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาหาวิธีดังกล่าวได้ ซึ่งในองค์ประกอบเรื่องการพิจารณาทางเลือกอื่นนั้นผู้เขียนเห็นว่ามี ความคล้ายคลึงกับเรื่องหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ว่า ในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธนั้น การจะโจมตีฝ่ายตรงข้ามนั้นจะต้องเป็นการโจมตีโดยใช้วิธีที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการโจมตีมากที่สุด แต่ในทางกลับกันต้องส่งผลกระทบข้างเคียงต่อพลเมืองน้อยที่สุด

²⁵⁵ Freshfields Bruckhaus Deringer. The EU Environmental Liability Directive and its implementation in the UK. April 2009. P. 1

²⁵⁶ Ibid.

จากความข้างต้น สามารถสังเกตได้ว่าคำจำกัดความของทางเลือกในสองกฎหมาย คือ ทางเลือกในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ กับทางเลือกในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีจุดประสงค์เหมือนกัน คือ ความพอดี ซึ่งก็คือความได้สัดส่วนในระหว่างการเลือกใช้วิธีการกับผลลัพธ์ เพียงแต่เป้าหมายของที่ต่างกันคือ ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศต้องการความพอดีหรือความได้สัดส่วนจากการโจมตีเป้าหมายกับผลลัพธ์ ซึ่งหลักดังกล่าวก็คือหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่แบ่งแยกออกมาชัดเจน ส่วนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศต้องการความพอดีสำหรับการป้องกันอันตรายที่คาดว่าจะเกิดขึ้นกับผลลัพธ์จากการที่จะใช้วิธีดังกล่าว ซึ่งตรงนี้คือการแสดงออกถึงแนวคิดเรื่องหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมภายใต้หลักการป้องกันล่วงหน้า

3.1.2.3 การพิจารณาเรื่องต้นทุนและเทคโนโลยีที่เหมาะสม

องค์ประกอบที่สี่ในเรื่องหลักการป้องกันล่วงหน้าคือการพิจารณาเรื่องต้นทุนที่เหมาะสม ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับองค์ประกอบที่สามในเรื่องการพิจารณาทางเลือกอื่นดังที่ได้กล่าวไว้ตอนต้น กล่าวคือ ในการพิจารณาทางเลือกอื่นที่เป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพมากกว่าเพื่อนำไปสู่ผลลัพธ์เพื่อป้องกันอันตรายหรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อมได้นั้น นอกจากจะพิจารณาถึงองค์ประกอบในด้านวิธีการต่างๆแล้ว ยังจะต้องพิจารณาถึงเรื่องงบประมาณที่จะต้องนำมาใช้ดำเนินการด้วย²⁵⁷ หากวิธีใดที่ก่อให้เกิดผลลัพธ์ที่มีประสิทธิภาพแต่กลับใช้งบประมาณเกินความจำเป็น เช่นนี้ก็ไม่อาจที่จะใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าได้

ในทัศนะของผู้เขียนแล้ว คำว่าการใช้ต้นทุนหรืองบประมาณที่เหมาะสมนั้นมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับเรื่องความสามารถของรัฐในการที่จะใช้หลักการป้องกันล่วงหน้า เพราะแต่ละรัฐมีสถานะทางการเงินของประเทศที่แตกต่างกัน โดยเฉพาะความแตกต่างทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศโลกที่พัฒนาแล้วกับประเทศกำลังพัฒนา การที่ประเทศที่พัฒนาแล้วจะออกมาตรการในการใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าที่มีมาตรฐานสูงกว่ามาตรฐานทั่วไปอันเกี่ยวกับประเด็นด้านงบประมาณซึ่งยากที่ประเทศกำลังพัฒนาจะแบกรับภาระไหวนั้น เช่นนี้การดังกล่าวก็ไม่สามารถกระทำได้ตามหลักความได้สัดส่วน เพราะงบประมาณหรือเงินทุนที่จะใช้ภายใต้หลักการป้องกันล่วงหน้าจำเป็นต้องมีความพอดีและสมเหตุสมผล ซึ่งถือเป็นแนวคิดหลักความได้สัดส่วนที่แทรกในหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ

257

James Cameron and Juli Abouchar. *The Precautionary Principle: A Fundamental Principle of Law and Policy for the Protection of the Global Environment*. Boston College *International and Comparative Law Review*. Volume 14. Issue 1. Article 2. 1991. p.3

ดังเช่นในกรณีคดี Danish Bottle²⁵⁸ ซึ่งศาลยุติธรรมยุโรปกล่าวว่า จริงอยู่ที่เดนมาร์กออกกฎหมายภายในประเทศเรื่องภาชนะเครื่องดื่มและเบียร์ ซึ่งภาชนะดังกล่าวจะต้องได้รับการตรวจสอบและรับรองคุณภาพจากหน่วยงานแห่งชาติเดนมาร์กเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อม (Danish National Agency for the Protection of the Environment) ซึ่งเมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้วปรากฏว่าการตรวจสอบดังกล่าวนั้น จริงอยู่ที่เดนมาร์กประสงค์ที่จะใช้วิธีดังกล่าว ซึ่งเป็นการใช้มาตรฐานรวมทั้งเงินทุนหรือต้นทุนที่สูง จริงอยู่ที่เดนมาร์กสามารถแบกรับภาระดังกล่าวได้โดยปราศจากปัญหา แต่การที่เดนมาร์กใช้วิธีการดังกล่าวแล้ว ยังเป็นการเพิ่มต้นทุนสำหรับผู้นำเข้าเครื่องดื่มหรือเบียร์เนื่องจากต้องถูกตรวจสอบเรื่องภาชนะบรรจุข้างต้น ซึ่งปรากฏว่าผู้ประกอบการนำเข้าหลายรายพบอุปสรรคและไม่ผ่านการพิจารณาเป็นจำนวนมาก ศาลยุติธรรมยุโรปกล่าวว่าการกระทำดังกล่าวของเดนมาร์กเป็นการกระทำที่ไม่ได้สัดส่วน จริงอยู่ที่เดนมาร์กมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม แต่เนื่องจากวิธีการดังกล่าวก่อให้เกิดการใช้เงินทุนหรือต้นทุนที่มากทั้งสองฝ่ายคือทั้งฝ่ายเดนมาร์กและฝ่ายผู้นำเข้า ซึ่งศาลเห็นว่าแท้จริงแล้วยังคงมีวิธีอื่นที่ลดต้นทุนได้มากกว่านี้และให้ผลลัพธ์ในระดับที่คล้ายคลึงกัน

3.2 แนวทางการปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ

เราได้ทราบถึงวิวัฒนาการและองค์ประกอบของหลักการป้องกันล่วงหน้าแล้วในตอนต้น ซึ่งหลักการป้องกันล่วงหน้าเดิมที่เป็นเพียงนโยบายภายในประเทศนั้น ต่อมาได้รับการยอมรับในฐานะเป็นหลักปฏิบัติในทุกๆระดับไม่ว่าจะเป็นในระดับภูมิภาคหรือในระดับระหว่างประเทศ ซึ่งแนวทางการปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าก็มีระดับการพิจารณาที่เป็นไปในทางเดียวกันตามองค์ประกอบ 5 ประการดังที่ระบุไว้ในตอนต้น ผู้เขียนได้แบ่งแนวทางการปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าออกเป็น 3 ระดับดังต่อไปนี้ 1) การปรับใช้ระดับชาติ 2) การปรับใช้ระดับภูมิภาค 3) การปรับใช้ระดับระหว่างประเทศ

3.2.1 แนวทางการปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าในระดับชาติ

ตลอดระยะเวลาตั้งแต่หลักความป้องกันล่วงหน้าได้ถือกำเนิดขึ้นในประเทศเยอรมนีและเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับจากบรรดาชาติต่างๆ หลักการป้องกันล่วงหน้าได้กลายเป็นกฎหมายภายในของเยอรมนีเองรวมทั้งประเทศอื่นที่เห็นสอดคล้องต้องกัน ทั้งนี้ ได้ปรากฏคำพิพากษาระดับชาติซึ่งได้มีการยกเรื่องหลักการป้องกันล่วงหน้าในคดีสิ่งแวดล้อมเป็นจำนวนมาก โดยการยกเรื่องดังกล่าวอาจเป็นการคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยกขึ้นมาต่อสู้ หรืออาจ

เป็นการยกขึ้นมาของศาลภายในเอง

คดีแรกเริ่มที่ได้มีการนำเรื่องหลักการป้องกันล่วงหน้ามาใช้คือคดี Krummel โดยเป็นข้อเท็จจริงที่ว่าพบผู้ป่วยเป็นโรคมะเร็งเม็ดเลือดขาวเป็นจำนวนมากผิดปกติในระยะรัศมี 20 กิโลเมตรจากจุดศูนย์กลางคือโรงงานพลังงานนิวเคลียร์ครุมเมล (Krummel)²⁵⁹ เมืองฮัมบูร์ก (Hamburg) ประเทศเยอรมนี โดยฝ่ายบริหารของรัฐบาลได้กล่าวว่าการดำเนินการใดๆ การป้องกัน รวมถึงการควบคุมระบบการทำงานของเครื่องจักรและอุปกรณ์อันเกี่ยวกับรังสีอยู่ภายใต้การควบคุมตามที่กฎหมายได้อนุญาตไว้ และยืนยันว่าตัวเลขที่สูงขึ้นของผู้ป่วยโรคมะเร็งเม็ดเลือดขาวไม่ได้มีสาเหตุมาจากโรงงานพลังงานนิวเคลียร์แต่อย่างใด คดีขึ้นตรงสู่ศาลปกครองสูงสุด ซึ่งพิพากษาในวันที่ 21 สิงหาคม ค.ศ. 1996 ว่าฝ่ายบริหารจะต้องมีพันธกรณีเพื่อพิสูจน์ว่าจำนวนที่สูงขึ้นของผู้ป่วยโรคมะเร็งเม็ดเลือดขาวไม่ได้เกิดจากโรงงานพลังงานนิวเคลียร์ ภายใต้กฎหมายเรื่องการป้องกันล่วงหน้าตามวรรคที่ 7(2)(3) ของรัฐบัญญัติว่าด้วยพลังงานนิวเคลียร์ (The Atomic Energy Act) จากข้อเท็จจริงข้างต้น สามารถสังเกตได้ว่าตามคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดนั้น เป็นการนำมามาตรการป้องกันล่วงหน้ามาใช้บังคับเพื่อให้ฝ่ายบริหารพิสูจน์ตัวเองว่าสิ่งที่ฝ่ายบริหารอ้างนั้นเป็นเรื่องจริง แต่หากปรากฏหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ ณ ช่วงเวลานั้นระบุได้ว่ามาตรฐานของการควบคุมโรงงานไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ไม่มีความเหมาะสมเพียงพอ และอาจเป็นต้นเหตุของการแพร่กระจายรังสีที่ทำให้ประชาชนที่อยู่อาศัยในรัศมี 20 กิโลเมตรเป็นมะเร็งเม็ดเลือดขาว ฝ่ายบริหารจะต้องสร้างมาตรฐานใหม่ที่มีระดับสูงขึ้นไปเข้ามาควบคุมโรงงานพลังงานนิวเคลียร์ดังกล่าว²⁶⁰ ทั้งนี้คดีที่ศาลได้กล่าวไปในแนวเดียวกันคือ คดี Reay and Hope v. British Nuclear Fuels plc. (BNFL) และ คดี Yellow-bellied Gliders and Giant Burrowing Frogs.²⁶¹

3.2.2 แนวทางการปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าในระดับภูมิภาค

คดีที่วางบรรทัดฐานการใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าในระดับภูมิภาค คือ คดี Danielsson v. Commission หรือที่คุ้นเคยกับคดี French Nuclear Tests โดยเป็นคดีมี

²⁵⁹ Nathalie Bernaconi-Osterwalder et al. The German Nuclear Phase-Out Put to the Test in International Investment Arbitration? Background to the new dispute Vattenfall v. Germany (II). International Institute for Sustainable Development. June 2012. P.2

²⁶⁰ Elizabeth Janet Tawn. Leukaemia and Sellafield: Is there a heritable Link?. Journal of Medical Genetics. May 1995. P. 251-255

²⁶¹ Lye Lin-Heng. Biodiversity and Protected Areas Laws: Comparative Perspective. ADB Second Asian Judges Symposium on Environment. 2-5 December 2013. P.1-14

เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมโดยตรง เป็นกรณีศึกษาที่เกี่ยวกับการทดลองระเบิดนิวเคลียร์ของประเทศฝรั่งเศส โดยในเวลานั้น ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำดังกล่าวคือปัจเจกชนที่อาศัยอยู่ในบริเวณที่ใกล้เคียง (Vicinity) ที่ได้มีการทดลองระเบิดดังกล่าว ซึ่งพยายามที่จะให้คณะกรรมการการยุโรปได้มีคำสั่งไม่ให้มีการทดลองระเบิดนิวเคลียร์ข้างต้น โดยโจทย์ยื่นว่า คณะกรรมการได้ละเมิดพันธกรณีในเรื่องหลักการป้องกันล่วงหน้า ซึ่งได้ระบุในข้อที่ 130R ของสนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมยุโรป (The European Community Treaty) โดยการอนุญาตให้ฝรั่งเศสได้ดำเนินการทดลองระเบิดนิวเคลียร์ข้างต้น อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมยุโรป (The European Court of Justice) ไม่ได้ให้คำตอบในเนื้อหาสาระที่เกี่ยวกับประเด็นนี้มาก่อน ในขณะเดียวกันโจทย์ก็ได้ถูกปฏิเสธ โดยศาลได้ให้เหตุผลไว้ว่า

“Even on the assumption that the applicants might suffer personal damage linked to the alleged harmful effects of the nuclear tests in question on the environment or on the health of the general public, that circumstance alone would not be sufficient to distinguish them individually in the same way as a person to whom the contested decision is addressed, as is required by the fourth paragraph of Article 146 of the Treaty, since damage of the kind they cite could affect, in the same way, any person residing in the area in question.”

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ทั้งนี้ คณะกรรมการการยุโรปได้กล่าวว่าการกระทำของตนได้สอดคล้องกับหลักการป้องกันล่วงหน้า โดยคณะกรรมการได้ให้เหตุผลว่า หลักการป้องกันล่วงหน้าหมายถึง การตรวจสอบถึงความเสียหายที่ร้ายแรงที่สุดที่คาดว่าจะเกิดขึ้นเท่านั้น ทั้งๆที่ในเชิงระหว่างประเทศแล้ว ความเสียหายร้ายแรงที่เกิดขึ้นเป็นเพียงส่วนหนึ่งของหลักการป้องกันล่วงหน้าเท่านั้น หลักการป้องกันล่วงหน้ายังมีประเด็นอื่นๆที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะประเด็นที่เกี่ยวกับการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable development) ซึ่งถ้าเหตุปัจจัยใดอยู่ในเหตุดังกล่าวก็สามารถนำหลักการป้องกันล่วงหน้ามาใช้ได้แล้ว ไม่จำกัดอยู่เฉพาะความเสียหายที่ร้ายแรงที่สุดดังที่คณะกรรมการได้กล่าวไว้เท่านั้น

3.2.3 แนวทางการปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าในระดับระหว่างประเทศ

คดีสำคัญของเรื่องการนำหลักการป้องกันล่วงหน้ามาปรับใช้ คือคดีระหว่างประเทศนิวซีแลนด์กับประเทศฝรั่งเศส ซึ่งถือเป็นคดีตัวอย่างที่ปรากฏในระดับระหว่างประเทศ ที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม โดยได้สะท้อนถึงความสำคัญของหลักการดังกล่าว รวมถึงมีการนำเรื่องการป้องกันล่วงหน้ามาบังคับใช้เป็นครั้งแรก จากข้อเท็จจริงที่ประเทศฝรั่งเศสได้พยายามที่จะทำการรทลองระเบิดนิวเคลียร์ในปี ค.ศ. 1995 โดยได้มีคำสั่ง (Order) จากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (The International Court of Justice) ออกมาในวันที่ 22 กันยายน ค.ศ. 1995 โดยคราวนี้ ประเทศนิวซีแลนด์ (New Zealand) ได้รับคำตัดสินจากศาล โดยศาลได้ย้อนกลับไปถึงคำพิพากษาในปี ค.ศ. 1974 ดังเดิม ทั้งนี้ ในกรณีนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่ได้มีการออกคำตัดสินที่เป็นสารบัญญัติแต่อย่างใด แต่สิ่งหนึ่งที่สามารถสังเกตได้คือ บรรดาผู้พิพากษาได้เริ่มนำหลักการป้องกันล่วงหน้ามาปรับใช้ในคดีต่างๆ ที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมมากขึ้น หลักการป้องกันล่วงหน้ากลายเป็นกุญแจสำคัญหลักที่ศาลได้ให้รัฐทุกรัฐมีพันธะหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามเพื่อเป็นการป้องกันถึงอันตรายที่คาดว่าจะเกิดขึ้น หรือในคดีขององค์การการค้าโลก ได้แก่ ถือเป็นคดีตัวอย่างที่ปรากฏในระดับระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม โดยได้สะท้อนถึงความสำคัญของหลักการดังกล่าว รวมถึงมีการนำเรื่องการป้องกันล่วงหน้ามาบังคับใช้เป็นครั้งแรก จากข้อเท็จจริงที่ประเทศฝรั่งเศสได้พยายามที่จะทำการรทลองระเบิดนิวเคลียร์ในปี ค.ศ. 1995 โดยได้มีคำสั่ง (Order) จากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (The International Court of Justice) ออกมาในวันที่ 22 กันยายน ค.ศ. 1995 โดยคราวนี้ ประเทศนิวซีแลนด์ (New Zealand) ได้รับคำตัดสินจากศาล โดยศาลได้ย้อนกลับไปถึงคำพิพากษาในปี ค.ศ. 1974 ดังเดิม ทั้งนี้ ในกรณีนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่ได้มีการออกคำตัดสินที่เป็นสารบัญญัติแต่อย่างใด แต่สิ่งหนึ่งที่สามารถสังเกตได้คือ บรรดาผู้พิพากษาได้เริ่มนำหลักการป้องกันล่วงหน้ามาปรับใช้ในคดีต่างๆ ที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมมากขึ้น หลักการป้องกันล่วงหน้ากลายเป็นกุญแจสำคัญหลักที่ศาลได้ให้รัฐทุกรัฐมีพันธะหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามเพื่อเป็นการป้องกันถึงอันตรายที่คาดว่าจะเกิดขึ้น

3.2.3.1 คดี Gabčíkovo – Nagymaros Project

คดี Gabčíkovo v. Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia) ถือเป็นคดีที่ใหญ่ที่สุดในเรื่องสิ่งแวดล้อมและหลักการใช้สิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะการนำเรื่องหลักการป้องกันล่วงหน้ามาใช้ในบริบทของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ ดังที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้นว่า หลักความได้สัดส่วนไม่ได้ปรากฏออกมาอย่างเด่นชัดในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศดังเช่นหลักการป้องกันล่วงหน้า (Precautionary Principle) หรือหลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้

จ่าย (Polluter Pays Principle) หากแต่หลักความได้สัดส่วนได้เป็นแนวคิด เป็นแนวพิจารณาตลอดจนเป็นปัจจัยสำคัญที่แฝงตัวและปรากฏตัวอยู่ภายใต้หลักการป้องกันล่วงหน้า จริงอยู่ ที่แนวคิดของเรื่องความได้สัดส่วนได้มีการนำไปปรับใช้ในคดีที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมเพียงระดับหนึ่ง แต่ก็ปรากฏคดีสำคัญในทางระหว่างประเทศที่มีการปรับใช้หลักดังกล่าวได้อย่างเด่นชัด โดยเฉพาะคดี Gabcikovo – Nagymaros Project ในปีค.ศ. 1997 ซึ่งคดีนี้ถือเป็นคดีที่วางแนวบรรทัดฐานเกี่ยวกับเรื่องหลักกฎหมายในบริบทกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะเรื่องหลักการป้องกันล่วงหน้าและหลักความได้สัดส่วน

คดี Gabcikovo – Nagymaros Project เป็นคดีที่ขึ้นตรงสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและศาลได้มีคำพิพากษาออกมาในปีค.ศ. 1997 ภูมิหลังแห่งคดีนี้มีคู่พิพาทระหว่างสาธารณรัฐฮังการีกับสาธารณรัฐสโลวาเกียหรือเชโกสโลวาเกียในสมัยนั้น โดยข้อเท็จจริงเริ่มในปีค.ศ. 1977 เมื่อรัฐทั้งสองได้มีการลงนามสนธิสัญญาร่วมกันที่มีชื่อว่า “สนธิสัญญาอันเกี่ยวกับการก่อสร้างและการปฏิบัติการระบบเขื่อนขึ้นน้ำแกบซีโกโว – นาภิมารอส” หรือที่เรียกว่าสนธิสัญญาปี ค.ศ. 1977 (Treaty concerning the construction and operation of the Gabcikovo – Nagymaros System of Locks) ซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่เป็นการลงทุนร่วมกัน (Joint Investment) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อก่อสร้างระบบการส่งน้ำและระบบผลิตกระแสไฟฟ้าพลังงานน้ำจากแม่น้ำดานูบซึ่งเป็นแม่น้ำกั้นอาณาเขตระหว่างสองรัฐคู่ภาคี ซึ่งหนึ่งในข้อกำหนดสำคัญของสนธิสัญญาปีค.ศ. 1977 นั้นได้ระบุว่ารัฐทั้งสองจะต้องดูแลและรักษาคุณภาพน้ำของแม่น้ำดานูบตลอดระยะเวลาการก่อสร้างและการปฏิบัติงานต่างๆที่เกี่ยวข้อง โดยแผนงานการก่อสร้างจะเริ่มตั้งแต่เมืองต้นน้ำทางตอนเหนือ ซึ่งได้แก่เมืองชูโนโว (Cunovo) และเมืองแกบซีโกโว (Gabcikovo) เรื่อยไปจนถึงเมืองปลายน้ำทางตอนใต้ ซึ่งได้แก่เมืองนาภิมารอส (Nagymaros) โดยรวมระยะทางทั้งหมดประมาณ 142 กิโลเมตร

ข้อกำหนดสำคัญอีกประการในเรื่องการดำเนินงานก่อสร้างโครงการดังกล่าวซึ่งได้ระบุไว้ในข้อที่ 1 วรรค 1 คือให้ถือว่าการก่อสร้างโครงการและการปฏิบัติการใช้โครงการดังกล่าวให้ถือเป็นการดำเนินร่วมกันของคู่ภาคีทั้งสองฝ่ายและไม่สามารถแยกออกจากกันได้ (Single and Individual Systems of Works) รวมถึง การใช้ระบบตรวจสอบและการดำเนินงานอื่นใดอันเกี่ยวข้องกับโครงการถือเป็นความร่วมมือกันของรัฐภาคีทั้งสองฝ่ายดังที่ระบุไว้ในข้อ 3 วรรค 1 และการที่รัฐทั้งสองฝ่ายต้องแบกรับภาระค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างและดำเนินโครงการในอัตราส่วนที่เท่ากัน สำหรับพันธกรณีของรัฐภาคีที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมนั้น ได้ถูกระบุในข้อที่ 15, 18 และ 19 โดยมีสาระสำคัญคือรัฐภาคีจะต้องใช้มาตรการหรือวิธีการใดๆ ในการรักษาคุณภาพน้ำและสิ่งแวดล้อมตลอดช่วงแม่น้ำดานูบและช่วงระยะโครงการการก่อสร้างและปฏิบัติการโครงการส่งน้ำและผลิตกระแสไฟฟ้าดังกล่าว โดยเฉพาะบทบัญญัติในข้อ

20 ซึ่งระบุให้รัฐภาคีมีหน้าที่ในการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมทางน้ำ รวมทั้งการใช้มาตรการใดๆ ภายใต้กรอบการลงทุนภายในประเทศเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ทางการประมงในแม่น้ำดานูบของทั้งสองประเทศ ในระยะเวลาต่อมา รัฐภาคีทั้งสองได้ตกลงทำพิธีสารเพิ่มเติมสองฉบับโดยฉบับแรกได้ทำในปีค.ศ. 1983 โดยมีสาระสำคัญคือการชะลอการทำงานและเลื่อนกำหนดวันเริ่มต้นระบบปฏิบัติการโครงการส่งน้ำและผลิตกระแสไฟฟ้า อย่างไรก็ตามในปีค.ศ. 1989 รัฐภาคีทั้งสองประเทศได้ทำพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่สองขึ้น โดยสาระสำคัญของพิธีสารฉบับที่สองนี้คือการเปลี่ยนกำหนดการเดิมและเร่งการก่อสร้างโครงการ

ต่อมาในวันที่ 13 พฤษภาคม ค.ศ. 1989 ฮังการีได้ประกาศระงับการทำงานในโครงการบริเวณปลายแม่น้ำดานูบ ณ เมือง นากีมารอส ซึ่งฮังการีให้เหตุผลว่าการก่อสร้างโครงการดังกล่าวจะส่งผลเสียแก่สภาพแวดล้อมและระบบนิเวศวิทยา ซึ่งฮังการีจะรอผลการวิจัยในโครงการดังกล่าวซึ่งคาดว่าจะแล้วเสร็จก่อนวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 1989 ซึ่งในระยะเวลาต่อมาฮังการีได้มีการขยายผลการศึกษาวินิจฉัย จนท้ายที่สุด ฮังการีได้ประกาศทิ้งงานก่อสร้างโครงการที่เมืองนากีมารอส รวมถึงการก่อสร้างเขื่อนดุนากิลิติ (Dunakiliti) และให้การก่อสร้างดังกล่าวคงสภาพไว้เท่าที่เป็นอยู่ ณ วันที่ยกเลิกการดำเนินการก่อสร้างต่อ (Status Quo) ทั้งนี้ จากข้อเท็จจริงได้พบว่าตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา รัฐทั้งสองได้พยายามเจรจาและปรึกษาปัญหาต่างๆที่เกิดขึ้น ทางฝ่ายเชคโกสโลวาเกียจึงได้พยายามหาหนทางแก้ไขที่จะรับมือกับการที่ฮังการียุติการดำเนินการก่อสร้างเขื่อน ซึ่งหนึ่งในหนทางแก้ไขที่เชคโกสโลวาเกียได้ใช้คือวิธีการที่เรียกว่า “Variant C”

Variant C เป็นการขุดช่องทางระบายน้ำเสริม ซึ่งถือเป็นระบบการปล่อยน้ำฝ่ายเดียว (Unilateral Diversion) โดยมีระยะทางประมาณ 10 กิโลเมตรเหนือบริเวณเขื่อนดุนากิลิติ (Dunakiliti) รวมถึงการที่เชคโกสโลวาเกียได้สร้างเขื่อนคูโนโว (Cunovo) เพื่อทำให้การระบายน้ำมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ต่อมาในวันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ. 1991 เชคโกสโลวาเกียได้เริ่มดำเนินการก่อสร้างโครงการแกบซีโกโว (Gabcikovo Project) รวมทั้งการดำเนินงานโดยใช้ระบบ Variant C ดังที่กล่าวไว้ในตอนต้น ซึ่งการกระทำดังกล่าวของเชคโกสโลวาเกียสร้างความไม่พอใจให้กับฮังการีอย่างมากจนฮังการีต้องยื่นหนังสือกลาง (Note Verbale) ต่อเชคโกสโลวาเกีย ลงวันที่ 19 พฤษภาคม ค.ศ. 1992 เพื่อขอยกเลิกสนธิสัญญาปีค.ศ. 1977

ในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1993 สโลวาเกียได้เป็นรัฐอิสระใหม่ และในวันที่ 7 เมษายน ค.ศ. 1993 ได้มีการลงนามข้อตกลงพิเศษที่มีชื่อว่า “Special Agreement for Submission to the International Court of Justice of the Differences between the

Republic of Hungary and the Slovak Republic concerning the Gabčíkovo – Nagymaros Project” ประเด็นสืบเนื่องปรากฏว่า การสร้างเขื่อนคูโนไว้นั้นอาจส่งผลให้จำนวนของน้ำบาดาลใต้แม่น้ำดานูบลดลงอย่างมาก ดังนั้น ในวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1993 ทั้งสโลวาเกียและฮังการีได้ตกลงจัดตั้งกลุ่มผู้เชี่ยวชาญซึ่งเป็นบุคคลที่สามในการทำวิจัยและศึกษาผลกระทบดังกล่าว และได้รับความร่วมมือจากคณะกรรมการประชาคมยุโรป (The Commission of the European Communities) โดยกลุ่มผู้เชี่ยวชาญได้เสนอมาตรการในการเยียวยาสถานการณ์ชั่วคราว แต่รัฐภาคีทั้งสองก็ไม่เห็นด้วยแต่อย่างใด จึงส่งผลให้เกิดความพยายามเจรจาเพื่อหาข้อสรุปในปัญหานี้ ซึ่งท้ายสุดรัฐภาคีได้ออกข้อตกลงที่มีชื่อว่า “Agreement concerning Certain Temporary Technical Measures and Discharges in the Danube and Mosoni Branch of the Danube” ซึ่งรัฐทั้งสองยอมรับว่าเป็นการแก้ปัญหาเฉพาะหน้าเท่านั้น ซึ่งข้อตกลงฉบับนี้จะควบคุมการกระทำใดๆของรัฐภาคี และจะสิ้นสุดภายใน 14 วันหลังจากที่มีคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ อนึ่ง รัฐภาคีคู่พิพาทได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิจารณา 2 เรื่องหลักดังต่อไปนี้ (1) ฮังการีมีสิทธิที่จะระงับหรือยกเลิกการก่อสร้างโครงการนาภิมารอสได้หรือไม่ (2) เชคโกสโลวาเกียมีสิทธิที่จะใช้วิธีการชั่วคราว หรือที่เรียกว่า Variant C ได้หรือไม่

ในประเด็นแรกเรื่องเรื่องสิทธิของสาธารณรัฐฮังการีที่จะระงับหรือยกเลิกการก่อสร้างโครงการ นาภิมารอส ศาลได้พิจารณาและออกคำพิพากษาอันเกี่ยวข้องกับประเด็นที่ 1 โดยแบ่งเป็น 2 ประเด็นย่อยได้แก่ (1) ประเด็นเรื่องการให้เหตุผลและแนวทางคำตัดสินของศาล เรื่องกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ และ (2) การให้เหตุผลตามหลักความจำเป็น (principle of necessity) โดยศาลได้กล่าวว่า ศาลไม่จำเป็นต้องอาศัยการพิจารณาในประเด็นกฎหมายที่นำมาปรับใช้ในกรณีนี้ภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาปี.ศ.1969 ทั้งนี้ ศาลเพียงแต่ต้องระวังในกรณีที่บทบัญญัติบางข้อของอนุสัญญาดังกล่าวได้สะท้อนเรื่องกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และถือเป็นการประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศขึ้นมา ซึ่งศาลได้กล่าวว่า ในหลายกรณีความขัดแย้งเรื่องการประมวลกฎหมายจารีตประเพณีนั้นได้ปรับใช้กับข้อที่ 60 และข้อที่ 62 ในอนุสัญญากรุงเวียนนาข้างต้น ซึ่งเป็นข้อบทบังคับว่าด้วยเรื่องการยกเลิกและระงับการบังคับใช้สนธิสัญญา ทั้งนี้ตัวที่จะมาชี้วัดว่าอนุสัญญาฉบับใดจะมีผลบังคับใช้หรือไม่ หรือสนธิสัญญาดังกล่าวมีการระงับหรือยกเลิกอย่างเหมาะสมหรือไม่นั้นหรือต้องมีกรอบหรือเงื่อนไขอย่างไรในการจำกัดสิทธิ ศาลจะต้องพิจารณาตามกฎหมายว่าด้วยสนธิสัญญา (Law of treaties) แต่ในทางกลับกันการประเมินการถึงการระงับหรือการยกเลิกอนุสัญญาใดๆ รวมถึงผลกระทบของการดังกล่าว เช่นนี้จะต้องพิจารณาตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility)

ศาลกล่าวว่า ศาลไม่สามารถที่จะยอมรับคำโต้แย้งของฮังการีในเรื่องผลกระทบของการระงับและละทิ้งการก่อสร้างโครงการที่นากีมารอส (Nagymaros) และที่ดูนาากิลิติ (Dunakiliti) ซึ่งฮังการีมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามการดังกล่าว การกระทำดังกล่าวของฮังการีในการที่ระงับหรือละทิ้งการดำเนินการก่อสร้าง ตลอดจนการยกเลิกสัญญานั้นไม่เป็นผล การกระทำดังกล่าวของฮังการีสามารถตีความได้ว่าเป็นความพยายามที่จะไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีซึ่งถูกระบุในบทบัญญัติบางประการตามสนธิสัญญาปีค.ศ. 1977 และพิธีสารเพิ่มเติมปีค.ศ. 1989 อีกทั้งความดังกล่าวยังได้ปรากฏใน Joint Contractual Plan ดังนั้น การกระทำของฮังการีจึงถือเป็นความพยายามที่จะไม่บรรลุวัตถุประสงค์ของโครงการก่อสร้างซึ่งถือเป็นหนึ่งเดียวและแบ่งแยกไม่ได้ (Single and indivisible project) นอกจากนี้ศาลได้สังเกตว่าการที่ฮังการีได้อ้างเรื่องความจำเป็นขึ้นมานั้นถือเป็นความพยายามของฮังการีที่จะไม่ผูกพันตนภายใต้กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ศาลเห็นว่า การอ้างเรื่องหลักความจำเป็นโดยฮังการีไม่นำไปสู่ข้อสรุปที่ว่าฮังการีได้กระทำตามพันธกรณีตามสนธิสัญญาปีค.ศ. 1977 หรือนำไปสู่ข้อสรุปที่ว่าพันธกรณีของฮังการีได้สิ้นสุดลงตลอดจนฮังการีไม่ต้องชดใช้ความเสียหายตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบแห่งรัฐแต่อย่างใด หลักความจำเป็นแค่นำไปสู่การยืนยันว่าฮังการีจะไม่กระทำการใดที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศโดยการกระทำที่ฮังการีได้ทำไว้ เช่นนี้ ศาลได้ชี้ว่า ฮังการีได้ยอมรับอย่างชัดแจ้งว่า ไม่กว่าในกรณีใดก็ตาม หลักความจำเป็นไม่ได้ยกเว้นให้ฮังการีจากหน้าที่ในการชดใช้ค่าเสียหายต่อคู่กรณีซึ่งก็คือเชโกสโลวาเกียกรณีนี้

โดยการให้เหตุผลตามหลักความจำเป็น ศาลได้ย้อนไปพิจารณาว่าหลักความจำเป็น (state of necessity) ได้ปรากฏจริงหรือไม่ตามที่ฮังการีได้อ้าง รวมทั้งหากปรากฏหลักดังกล่าวแล้ว หลักความจำเป็นสามารถเป็นเหตุที่เหมาะสมที่ทำให้ฮังการีไม่ต้องมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ ภายหลังจากที่ฮังการีไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่ตนมีซึ่งระบุไว้ในสนธิสัญญาปีค.ศ. 1977 โดยศาลกล่าวว่าเรื่องหลักความจำเป็นได้ถูกระบุอยู่ในข้อที่ 33 ของร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบแห่งรัฐโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (ILC's Draft Article on State Responsibility) ทั้งนี้ในหนังสือคำวิจารณ์ (Commentary) ของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้กล่าวว่าหลักความจำเป็นคือสถานการณ์ที่รัฐไม่มีทางเลือกอื่นใดนอกจากวิธีการเดียวเท่านั้นในการรักษาผลประโยชน์ที่สำคัญของรัฐซึ่งถูกคุกคามโดย อันตรายที่ร้ายแรงและสามารถเห็นได้ชัดเจน (grave and eminent peril) ทั้งนี้วิธีการดังกล่าวไม่ได้เป็นไปตามพันธกรณีของรัฐนั้นกับรัฐอื่น ทั้งนี้แนวคิดเรื่องหลักความจำเป็นได้หยั่งรากลึกในแนวคิดกฎหมายทุกระบบ

ศาลได้พิจารณาว่าหลักความจำเป็นนี้เป็นเหตุผลที่อยู่บนหลักกฎหมายจารีตประเพณีหรือไม่ ศาลจึงได้ย้อนกลับไปพิจารณาในตัวบทกฎหมายและในหนังสือคำวิจารณ์ (Commentary) โดยศาลเห็นว่าการที่รัฐใดรัฐหนึ่งจะยกหลักความจำเป็นขึ้นมาอ้างนั้น รัฐนั้นจะต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดที่กฎหมายได้ระบุไว้ตามข้อ 33 ดังกล่าวครบ 5 ประการ กล่าวคือ ประการแรก รัฐที่อ้างจะต้องเป็นรัฐที่เสียผลประโยชน์อันสำคัญของชาติ ประการที่สองคือ ผลประโยชน์แห่งชาติถูกคุกคามโดยอันตรายที่ร้ายแรงและสามารถเห็นได้ชัดเจน ประการที่สาม รัฐดังกล่าวมีเพียงวิธีเดียวเท่านั้นที่จะใช้เพื่อรักษาผลประโยชน์ข้างต้น ประการที่สี่ หากใช้วิธีตามข้อสามแล้ว วิธีดังกล่าวจะต้องไม่ทำให้รัฐผู้ใช้เสียผลประโยชน์แห่งชาติเช่นกัน และประการสุดท้าย คือ รัฐที่อ้างเรื่องหลักความจำเป็นจะต้องไม่เป็นผู้ก่อให้เกิดสถานการณ์ในการอ้างดังกล่าว หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือรัฐที่อ้างหลักความจำเป็นจะต้องไม่ใช่ผู้ที่ก่อให้เกิดความเสียหายจนรัฐตนเองต้องอ้างหลักนี้ขึ้นมากล่าวอ้าง

ในประเด็นเรื่องผลประโยชน์อันสำคัญของรัฐ (Essential interest) เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้ว ศาลยอมรับว่าข้อวิตกกังวลในทางระหว่างประเทศที่ฮังการีได้ยกขึ้นมากล่าวอ้างต่อศาลนั้น มีความสัมพันธ์กับเรื่องผลประโยชน์อันสำคัญของรัฐ (Essential interest) ซึ่งเป็นปัจจัยประการแรกของการพิจารณาเรื่องหลักความจำเป็นตามข้อ ประกอบกับใน Commentary ที่กล่าวว่าศาลจะพิจารณาว่าอะไรคือผลประโยชน์อันสำคัญของรัฐนั้นต้องดูเป็นรายกรณีไป แต่ใน Commentary ได้ปรากฏว่า การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและสร้างสมดุลระบบนิเวศวิทยาในอาณาเขตของรัฐถือเป็นผลประโยชน์ที่สำคัญของรัฐเช่นกัน อีกทั้ง ศาลได้ยกเหตุผลมาสนับสนุนว่าการรักษาสิ่งแวดล้อมและสร้างสมดุลในระบบนิเวศวิทยาถือเป็นผลประโยชน์ที่สำคัญของรัฐ นอกจากนี้ศาลยังกล่าวเพิ่มเติมว่าการกระทำข้างต้นไม่เป็นแต่ผลประโยชน์ที่สำคัญของรัฐเท่านั้น หากแต่ยังเป็นผลประโยชน์ที่สำคัญของมนุษยชาติ โดยศาลได้กล่าวว่า

“The environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn. The existence of general obligations of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of corpus of international law relating to the environment”

ในประเด็นเรื่องอันตรายที่ร้ายแรงและสามารถเล็งเห็นได้ (Grave and eminent peril) ศาลได้ระบุว่า การที่ฮังการีได้กล่าวถึงความไม่แน่นอนของผลกระทบทางนิเวศวิทยาที่เกิดจากการสร้างโครงการแกบซีโคโว-นากีมารอส ส่งผลให้ฮังการีต้องการให้มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่แน่นอนที่จะถูกดำเนินการต่อไป ศาลได้พิจารณาว่าคำว่า "อันตราย" (Peril) ในที่นี้ ได้มีนัยถึงคำว่า "ความเสี่ยง" (Risk) ด้วย ส่วนคำว่า "Imminence" หรือที่แปลว่า เล็งเห็นได้นั้น ศาลได้ให้เหตุผลว่าคำดังกล่าวมีความหมายเหมือนกับคำว่า "อย่างเร่งด่วนหรือในระยะเวลาอันใกล้" (Immediacy) ซึ่งมีความหมายที่มากกว่าคำว่า "ความเป็นไปได้" (Possibility) อีกทั้ง คำว่าอันตรายที่ร้ายแรงและเล็งเห็นได้นี้จะต้องเกิดในเวลาจริงๆ ณ ช่วงเวลานั้น (Actual time) เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ข้อโต้แย้งของฮังการีโดยประเด็นเรื่องหลักความจำเป็นนั้นไม่ได้มีน้ำหนักมากเพียงพอที่จะทำให้ศาลเชื่อว่าเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวจริง เว้นแต่ว่าฮังการีจะสามารถพิสูจน์ให้ศาลเชื่อว่าอันตรายที่ร้ายแรงและเล็งเห็นได้จะเกิดขึ้นจริงในช่วงเวลานั้น หรือตั้งแต่ปีค.ศ. 1989 เป็นต้นมา ดังนั้น ศาลจึงได้พิจารณาถึงการก่อสร้างโครงการนากีมารอส (Nagyymaros) ฮังการียังคงยืนยันในคำแถลงต่อศาลว่าหากการก่อสร้างยังถูกดำเนินการต่อไป สิ่งแวดล้อมในบริเวณพื้นที่ดังกล่าวจะได้รับความเสียหายอย่างมหาศาล โดยเฉพาะปัญหาที่เชื่อมโยงกับการสร้างอ่างเก็บน้ำในพื้นที่ต้นน้ำรวมถึงการพลั่งทลายของชายฝั่งแม่น้ำในบริเวณพื้นที่ปลายน้ำ ศาลได้กล่าวว่าอันตรายข้างต้นที่ฮังการีได้ยกมาในบริเวณอ่างเก็บน้ำในพื้นที่ต้นน้ำเป็นอันตรายที่ยังไม่แน่นอน (Uncertain)

อย่างไรก็ตาม อันตรายต่างๆที่เกี่ยวข้องกับระบบปฏิบัติการจัดสรรน้ำของโครงการนากีมารอสที่มีความเชื่อมโยงกับระดับการปล่อยน้ำที่สูงสุดซึ่งอาจก่อให้เกิดการพังทลายของดินนั้น ฮังการีก็ไม่ได้ยื่นหลักฐานหรือการเล็งเห็นถึงการเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวแต่อย่างใด ทั้งนี้ อันตรายทั้งหมดที่ฮังการีกล่าวอ้างก็ไม่ได้เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาดังกล่าวแต่อย่างใด อนึ่ง ศาลกล่าวว่า หากอันตรายที่ฮังการีอ้างขึ้นมานั้นกำลังจะปรากฏจริง ฮังการีก็มีวิธีอื่นที่จะสามารถรักษาสิ่งแวดล้อมและสร้างสมดุลระบบนิเวศวิทยามากกว่าที่จะใช้วิธีการระงับหรือยกเลิกการดำเนินการสร้างเขื่อนตามแผนงานดังที่ระบุไว้ในสนธิสัญญาปีค.ศ. 1977 ประเด็นเชื่อมโยงที่เกี่ยวข้องกันคือการที่ฮังการีอ้างว่าหากดำเนินการก่อสร้างในบริเวณเขื่อนดูนากิไลตี (Dunakiliti) จะทำให้คุณภาพของน้ำในแม่น้ำดานูบแยลง ซึ่งศาลได้พิจารณาว่าการถดถอยลงของคุณภาพในแม่น้ำดานูบยังไม่เป็นที่ประจักษ์ชัดเจน ประกอบกับเป็นผลระยะยาวที่อาจจะเกิดขึ้น ไม่ใช่เวลา ณ ขณะนั้น

ศาลได้สรุปว่า ประเด็นเรื่องอันตรายที่ฮังการีได้ยกขึ้นมานั้นไม่ได้ปรากฏขึ้นอย่างเด่นชัดถึงคำว่า "อันตรายรุนแรง" (Grave) และไม่เพียงพอที่จะทำให้อยู่ภายใต้กรอบของคำว่า "อันตรายที่เล็งเห็นได้" (Imminent) รวมทั้งฮังการียังมีวิธีการอื่นที่จะสามารถรับมือและ

แก้ไขกับปัญหาทางสิ่งแวดล้อมและระบบนิเวศวิทยาที่คาดการณ์ว่าอาจจะเกิดขึ้นในอนาคต การระงับการทำงานหรือการยกเลิกการดำเนินการก่อสร้างไม่ใช่วิธีที่ดีที่สุดที่ฮังการีจะนำมาใช้ ประกอบกับศาลเห็นว่าฮังการีได้ตกลงเป็นคู่สัญญาสนธิสัญญาปีค.ศ. 1977 ดังนั้นฮังการีจึงต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่ระบุในสนธิสัญญาดังกล่าวอย่างเคร่งครัด ฮังการีไม่สามารถระงับการใช้ สนธิสัญญาหรือยกเลิกสนธิสัญญาตามอำเภอใจได้ ท้ายสุด ศาลได้กล่าวว่า ภายใต้การพิจารณา ในประเด็นตามข้อที่ 2 วรรค 1(a) ของข้อตกลงพิเศษ (Special Agreement) ฮังการีไม่มีสิทธิที่จะระงับและในเวลาต่อมายกเลิกการก่อสร้างที่โครงการนาภิมารอสและบางส่วนของโครงการแกบซีโคโวได้ เพราะฮังการีมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีตามที่ระบุไว้ในสนธิสัญญาปีค.ศ. 1977 และกฎหมายฉบับอื่นๆที่เกี่ยวข้อง

คำตัดสินของศาลในประเด็นที่ 1 จะเห็นว่าศาลได้พิจารณาโดยใช้หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) ดังที่กล่าวไว้ หลักการพื้นฐานของหลักความจำเป็น คือการที่รัฐจะต้องไม่มีทางเลือกอื่นใดที่จะสามารถนำมาใช้เพื่อบรรลุลักษณะการป้องกันอันตรายที่ร้ายแรงและสามารถเห็นและกำลังจะเกิดขึ้นได้ (grave and imminent peril) การใช้หลักดังกล่าว ต้องเป็นวิธีการสุดท้ายที่จะก่อให้เกิดผลลัพธ์ที่มีประสิทธิภาพทั้งแก่รัฐตนและรัฐอื่น รวมถึงการใช้วิธีการดังกล่าวต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอันเกินควรแก่บุคคลหรือรัฐอื่นที่เกี่ยวข้องดังที่ได้ระบุในข้อ 33 ของร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบแห่งรัฐโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission)

สำหรับในประเด็นที่สองของคดี Gabčíkovo-Nagymaros ตามข้อที่ 2 วรรค 2 ของข้อตกลงพิเศษ (Special Agreement) ได้ตั้งประเด็นทางกฎหมายว่า "สาธารณรัฐเชก โกลโลวาเกียมีสิทธิหรือไม่ที่จะดำเนินวิธีการชั่วคราว (Provisional Solutions) ในการสร้างเขื่อนบริเวณแม่น้ำดานูบในดินแดนของเชกโกสโลวาเกีย ซึ่งการดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบเกี่ยวกับน้ำและเส้นทางการเดินเรือในแม่น้ำดานูบ" คำพิพากษาของศาลในประเด็นที่ 2 นี้ ศาลได้ตัดสินโดยใช้เหตุผล 2 ประการหลักคือ เรื่องการให้เหตุผลและแนวทางคำตัดสินของศาลเรื่องการดำเนินการสร้างและการใช้วิธีชั่วคราว Variant C และการพิจารณาเรื่องการที่ Variant C เป็นมาตรการที่เหมาะสมหรือไม่ ซึ่งหลักเหตุผลสองประการที่ศาลนำมาพิจารณาเป็นหลักนี้ล้วนแล้วแต่เป็นเรื่องหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศทั้งสิ้น

ศาลได้ย้อนพิจารณาจากรายงานลงวันที่ 31 ตุลาคม ค.ศ. 1992 ของหน่วยงานที่สามที่ถูกจัดตั้งขึ้นมาเพื่อทำการศึกษาและวิจัยถึงผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและนิเวศวิทยาจากการดำเนินงานก่อสร้างโครงการแกบซีโคโว-นาภิมารอส ทั้งนี้ ศาลได้อ้างวรรคที่ 24ตามคำ

ตัดสินฉบับปัจจุบันว่าหากไม่ใช้ระบบปฏิบัติการจากการก่อสร้างโครงการแกบซีโคโว-นากีมา รอสจะยิ่งก่อให้เกิดปัญหาทางเศรษฐกิจในประเทศเนื่องจากการขาดทุนจากเงินลงทุนโครงการ และ ปัญหาสิ่งแวดล้อมที่มากกว่าเดิม ลำดับต่อมา ศาลโยงเข้าเรื่องหลักการปรับใช้อย่างประมาณ การ (The Principle of Approximate Application) ศาลกล่าวว่าถึงแม้จะมีหลักดังกล่าวอยู่จริง แต่การนำแผนบังคับใช้ชั่วคราว Variant C ของเชคโกสโลวาเกียก็ไม่เข้ากรอบของหลักการดังกล่าวภายใต้สาระัตถะของสนธิสัญญาปีค.ศ. 1977 ซึ่งศาลได้พิจารณาว่า ลักษณะ พื้นฐานของ สนธิสัญญาปีค.ศ. 1977 ซึ่งได้ระบุไว้ในข้อที่ 1 ได้กล่าวว่าการก่อสร้างโครงการแกบซีโคโว-นากีมารอสถือเป็นการลงทุนร่วมกัน (Joint Investment) ระหว่างฮังการีกับเชคโกสโลวาเกีย เป็นโครงการที่เป็นหนึ่งเดียวและจะแยกออกจากกันไม่ได้ (Single and Indivisible Operation) การดำเนินการใดๆจะต้องเป็นความร่วมมือกันระหว่างสองรัฐ ดังนั้น จากหลักพื้นฐานข้างต้น การกระทำอันใดที่เป็นการกระทำฝ่ายเดียว (Unilateral Acts) ถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อ หลักการพื้นฐานที่ระบุไว้ในสนธิสัญญาปีค.ศ. 1977 ซึ่งจากข้อเท็จจริงที่เชคโกสโลวาเกียได้ ดำเนินแผนงาน Variant C นั้น จึงเป็นการละเมิดต่อสนธิสัญญาปีค.ศ. 1977 และการที่ฮังการี อนุญาตให้เชคโกสโลวาเกียปล่อยน้ำโดยผ่านคลองระบายเพื่อไหลเข้าดินแดนของตนนั้น ก็เพื่อ วัตถุประสงค์ในการใช้น้ำจากแม่น้ำดานูบและการรักษาผลประโยชน์ร่วมกันของทั้งสองประเทศ ท้ายสุด ศาลได้กล่าวว่า การที่เชคโกสโลวาเกียได้ดำเนินการปฏิบัติการโดยใช้แผน Variant C ไม่เป็นไปตามสนธิสัญญาปีค.ศ. 1977 เป็นการละเมิดบทบัญญัติของสนธิสัญญาดังกล่าว และยัง เป็นการกระทำที่ผิดในทางระหว่างประเทศ (International Wrongful Act) จึงส่งผลให้ศาลไม่ จำเป็นต้องพิจารณามาตรการเยียวยาที่เชคโกสโลวาเกียร้องขอ

ศาลกล่าวว่าการจะพิจารณาว่าการกระทำใดจะเป็นมาตรการตอบโต้หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาถึงเงื่อนไขตามที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ประการแรก คือ ต้องเป็นการตอบโต้ทางตรง ต่อรัฐซึ่งได้กระทำผิดในทางระหว่างประเทศ (International Wrongful Act) โดยจาก ข้อเท็จจริง ถึงแม้ว่ามาตรการการใช้แผนการชั่วคราว Variant C จะไม่ได้มีจุดมุ่งหมายเป็น มาตรการตอบโต้ในตอนแรก แต่ในภายหลังก็เป็นที่เด่นชัดว่า Variant C คือการตอบโต้ต่อการที่ ฮังการีระงับและหยุดการก่อสร้างโครงการนากีมารอสและบางส่วนของโครงการแกบซีโคโว ประการที่สอง คือ รัฐผู้เสียหายจะต้องเรียกร้องให้รัฐผู้กระทำผิดหยุดการกระทำผิดผิด ดังกล่าว หรือเรียกร้องให้รัฐผู้กระทำผิดชดเชยค่าเสียหายต่อการกระทำนั้นๆ ซึ่งข้อเท็จจริง ได้ปรากฏเป็นที่เด่นชัดต่อศาลว่าเชคโกสโลวาเกียได้ร้องขอให้ฮังการีกลับมาดำเนินการตาม พันธกรณีที่มีตามสนธิสัญญาปีค.ศ. 1977 อนึ่ง การพิจารณาที่สำคัญของศาลคือประเด็น เรื่องผลกระทบจากมาตรการตอบโต้ดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับความเสียหายที่ได้รับ ทั้งนี้ ศาลได้ยกคำกล่าวของศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศในเรื่องเส้นทางการเดินเรือแม่น้ำอเดอร์ (Oder) ซึ่งได้กล่าวไว้ว่า

“[the] community of interest in a navigable river becomes the basis of a common legal right, the essential features of which are the perfect equality of riparian States in the user of the whole course of the river and the exclusion of any preferential privilege of any one riparian State in relation to the others”

เมื่อศาลพิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้ว การที่เชคโกสโลวาเกียได้ดำเนินการฝ่ายเดียวในการควบคุมทรัพยากรที่จำต้องแบ่งกับฮังการีประกอบกับทำให้ฮังการีไม่ได้รับสิทธิดังกล่าวซึ่งเป็นสิทธิที่ฮังการีพึงมี เช่นนี้การกระทำดังกล่าวของเชคโกสโลวาเกียเป็นการกระทำที่ไม่ได้สัดส่วน (Principle of proportionality) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ประกอบกับการขุดคลองระบายน้ำ (Diversion) จากแม่น้ำดานูบซึ่งเป็นแม่น้ำสายหลักเข้าสู่ดินแดนของเชคโกสโลวาเกียเป็นการกระทำที่ไม่ได้สัดส่วนตามกฎหมายระหว่างประเทศเช่นกัน ท้ายสุด ศาลตัดสินว่าจากประเด็นที่คู่กรณีให้ศาลตัดสินตามข้อที่ 2 วรรค 1 (b) ของข้อตกลงพิเศษ ศาลระบุว่า ในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 1991 เชคโกสโลวาเกียมีสิทธิที่จะดำเนินการตามแผนงานชั่วคราว Variant C ตราบเท่าที่เชคโกสโลวาเกียได้ตีกรอบการทำงานดังกล่าวที่ไม่ขัดกับคำตัดสินท้ายสุด (Final Decision) แต่ในทางกลับกัน เชคโกสโลวาเกียไม่มีสิทธิที่จะดำเนินการใช้ (Operation) แผนดังกล่าวตั้งแต่เดือนตุลาคม ค.ศ. 1992

จากคำตัดสินดังกล่าว หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศได้เข้ามาเกี่ยวข้องกับคำพิพากษาของศาลในประเด็นที่สองเนื่องจากว่า การที่เชคโกสโลวาเกียจะใช้มาตรการ Variant C เพื่อตอบโต้มาตรการของฮังการีนั้นจะต้องเป็นวิธีการที่เหมาะสม ในความเห็นของผู้เขียน คำว่าเหมาะสมในที่นี้ หมายถึงความเหมาะสมระหว่างผลของความเสียหายที่ได้รับกับประโยชน์อันเกิดจากการที่เป็นการตอบโต้กลับว่าสามเหตุผลหรือไม่ รวมถึงความเหมาะสมระหว่างวิธีการที่ใช้กับผลลัพธ์ที่จะได้ว่ามีความสัมพันธ์กันหรือไม่ วิธีที่ใช้นั้นเกินแก่เหตุหรือความสมควรหรือเปล่า หากพิจารณาถึงเหตุผลเรื่องความได้สัดส่วนที่ศาลได้พิจารณาในเรื่องการใช้ Variant C ของเชคโกสโลวาเกีย ซึ่งศาลกล่าวว่าไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนนั้น ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินของศาล เนื่องจากหากพิจารณาเหตุผลที่ฮังการียกเลิกการก่อสร้างเขื่อนโดยอ้างว่าจะเกิดความเสียหายต่อระบบแม่น้ำโดยอ้างความจำเป็นของรัฐนั้น เป็นความพยายามของฮังการีฝ่ายแรกที่จะไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาปี ค.ศ. 1977 ซึ่งการดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายต่อเชคโกสโลวาเกีย การที่เชคโกสโลวาเกียได้พยายามเจรจาข้อยุติกับฮังการี ประกอบกับพยายามหาหนทางแก้ไขแต่ถูกปฏิเสธมาตลอดนั้น ผู้เขียนจึงคิดว่าการขุดคลองโครงการ Variant C ซึ่งเป็นมาตรการตอบโต้ที่ได้สัดส่วนและครบทุกองค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วนได้แก่หลักองค์ประกอบเรื่องความเหมาะสมองค์ประกอบเรื่องความจำเป็น และองค์ประกอบเรื่องความได้สัดส่วนอย่างแคบ ซึ่งความ

เหมาะสมในที่นี้ก็คือ ความเหมาะสมในการใช้วิธีการชุดคลองโครงการ Variant C ที่ทำให้เซคโกสโลวาเกียสามารถใช้น้ำในอัตราเดียวกันกับกรณีหากโครงการเขื่อนสร้างเสร็จ ซึ่งความเหมาะสมนี้ ผู้เขียนยังโยงไปเรื่องของวิธีการและผลลัพธ์ กล่าวคือ การก่อสร้างโครงการ Variant C เป็นการก่อสร้างโดยใช้เงินทุนอันเหมาะสมซึ่งผ่านระบบ Cost-Processing ซึ่งให้ผลที่คุ้มค่ากับการดำเนินการโดยไม่ได้ส่งผลร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อม สำหรับหลักความจำเป็นนั้น ผู้เขียนเห็นด้วยกับเซคโกสโลวาเกียว่า Variant C เป็นหลักการสุดท้ายที่จะนำไปสู่การแก้ปัญหาการละเมิดสัญญาของฮังการีอย่างมีประสิทธิภาพ และเรื่องการตีความความได้สัดส่วนอย่างแคบนั้น หากเซคโกสโลวาเกียไม่ดำเนินการตามแผน Variant C นี้ผลที่เซคโกสโลวาเกียจะได้รับจะเป็นความเสียหายอันเกินขนาดซึ่งไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ

จากที่อธิบายมาทั้งหมดนี้ ผู้เขียนต้องการแสดงให้เห็นถึงแนวทางการปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าที่แฝงด้วยหลักความได้สัดส่วนในการนำมาพิจารณาซึ่งความเหมาะสมและการใช้หลักการอย่างมีประสิทธิภาพ เพราะแท้จริงแล้ว หลักการป้องกันล่วงหน้าเป็นหลักที่จะต้องใช้อย่างระมัดระวัง เนื่องด้วยเป็นหลักที่เรียกว่า "เป็นการคาดคะเน" ของเหตุการณ์ที่ยังไม่เกิดขึ้น การที่หลักฐานไม่ว่าจะเป็นหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องมีไม่เพียงพอ เพราะฉะนั้นการใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าจึงจำเป็นต้องอาศัยเหตุผลอื่นที่เกี่ยวข้องมาประกอบพิจารณา เพื่อแสดงว่าการกระทำนั้นๆเป็นการกระทำและให้ผลลัพธ์ที่เหมาะสมและได้สัดส่วน

3.2.3.2 คดี Pulp Mills มหาวิทยาลัย CHULALONGKORN UNIVERSITY

ดังที่กล่าวไปว่าหลักการป้องกันล่วงหน้าได้ถูกปรับใช้ทั้งในระดับภายในประเทศ ระดับภูมิภาค และระดับระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในระดับระหว่างประเทศนั้น นอกจากจะมีการนำหลักการป้องกันล่วงหน้ามาใช้ในคดี Gabčíkovo-Nagymaros แล้ว อีกคดีหนึ่งที่สำคัญ และถือเป็นคดีที่ทำให้เกิดบรรทัดฐานในการใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าคดี Pulp Mills

คดี Pulp Mills หรือมาจากชื่อเต็มที่ว่า Pulp Mills on the River on the Uruguay เป็นคดีระหว่างอาเจนตินากับบราซิล ซึ่งตัดสินโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในปี ค.ศ. 2010 ซึ่งในคดีนี้ถือเป็นการกลับหลักการป้องกันล่วงหน้า ซึ่งก่อให้เกิดความ

ชัดเจนในการปรับใช้ ทั้งนี้ เป็นที่ทราบว่าการป้องกันล่วงหน้าเริ่มเป็นที่ถกเถียงกันอย่างมากระหว่างบรรดานักกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศในปีค.ศ. 1992 ซึ่งก็คือเป็นช่วงที่คำประกาศกรุงริโอว่าด้วยการพัฒนาที่ยั่งยืนได้มีขึ้น จนกระทั่งช่วงปี ค.ศ. 2010 ที่มีแนวปฏิบัติที่แน่ชัดว่าหลักการป้องกันล่วงหน้าสามารถนำมาใช้ได้แม้จะไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่แน่นอน

ย้อนกลับไปในปีค.ศ. 2006 อาเจนตินากล่าวหาว่าการสร้างโรงงานเปลี่ยนเยื่อปูลู่ (Pulp Mills) ของอุรุกวัยก่อให้เกิดมลภาวะต่อแม่น้ำอุรุกวัย ซึ่งถือเป็นการฝ่าฝืนสนธิสัญญาระหว่างประเทศเรื่องการคุ้มครองแม่น้ำ (Protection of the River) เป็นการละเมิดสนธิสัญญาว่าด้วยแม่น้ำอุรุกวัยปีค.ศ. 1975 ระหว่างอาเจนตินากับอุรุกวัยซึ่งเป็นสนธิสัญญาว่าด้วยการใช้แม่น้ำอุรุกวัย สนธิสัญญาได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการบริหารเพื่อแม่น้ำอุรุกวัยหรือที่เรียกว่า The Administrative Commission of the River Uruguay (CARU)²⁶² ซึ่งกล่าวอย่างเป็นที่ชัดเจนว่าหากคู่ภาคีประสงค์ที่จะสร้างสิ่งก่อสร้างใดๆในบริเวณชายฝั่งหรือพื้นที่ของแม่น้ำภาคนั้นจะต้องแจ้งให้คณะกรรมการบริหารฯทราบล่วงหน้าก่อน ซึ่งหากคณะกรรมการบริหารฯเห็นว่าการก่อสร้างดังกล่าวส่งผลกระทบต่อทางลบหรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อแม่น้ำอุรุกวัย หรือในกรณีที่คณะกรรมการบริหารฯไม่สามารถที่จะพิจารณาได้ว่าการก่อสร้างดังกล่าวจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อแม่น้ำอุรุกวัยหรือไม่นั้น คู่ภาคีฝ่ายหนึ่งจะต้องแจ้งให้คู่ภาคีอีกฝ่ายแจ้งถึงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นต่อแม่น้ำอุรุกวัย²⁶³

ต่อมาในปีค.ศ.2003 อุรุกวัยประกาศว่าการสร้างโรงงานเปลี่ยนเยื่อปูลู่ (Pulp Mill) ไม่ก่อให้เกิดอันตรายหรือมลพิษต่อแม่น้ำอุรุกวัย ประกอบกับอุรุกวัยได้ยืนยันถึงความปลอดภัยของแม่น้ำอุรุกวัย ตามการประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมของ ENCE หรือ Empresa Nacional de Celulosa Espana (National Spanish Pulp Company) เพื่อสร้างความมั่นใจให้แก่อาเจนติน่า อย่างไรก็ตามอาเจนติน่าไม่เห็นด้วยกับการสร้างโรงงานเยื่อปูลู่ (Pulp Mill) โดยการปิดสะพานและถนนที่เป็นเส้นทางคมนาคมระหว่างอาเจนติน่ากับอุรุกวัย รวมถึงการกีดกันไม่ให้นักท่องเที่ยวข้ามไปฝั่งอุรุกวัย ซึ่งจากการกีดกันทางการเมือง

²⁶² Cymie R. Payne. *Pulp Mills on the River of Uruguay (Argentina v. Uruguay)*. *The American Journal of International Law*. Vol. 105, No. 1 (January 2011), pp. 94-101

²⁶³ Ibid.

ดังกล่าว ทำให้ ENCE ต้องยกเลิกโครงการสร้างดังกล่าว ต่อมาในปีค.ศ. 2005 อูรุกวัยได้อนุญาตให้ บอทเนีย (Botnia) ซึ่งเป็นผู้รับเหมาก่อสร้างโรงงานเยื่อปอไม้ อีกรายเพื่อการสร้างโครงการดังกล่าว ซึ่งคณะกรรมการบริหารแห่งแม่น้ำอูรุกวัยไม่พอใจกับการที่บอทเนียได้กล่าวว่าการก่อสร้างโรงงานเยื่อปอไม้ไม่ก่อให้เกิดผลเสียหายต่อแม่น้ำอูรุกวัย ท้ายสุดอาเจนติน่าได้ยื่นเรื่องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยกล่าวว่า อูรุกวัยได้ละเมิดพันธกรณีในการปฏิบัติตามสนธิสัญญาระหว่างอาเจนติน่าและอูรุกวัยว่าด้วยการคุ้มครองแม่น้ำอูรุกวัย โดยการไม่ยื่นเอกสารที่เหมาะสมที่ชี้แจงถึงผลที่คาดว่าจะเกิดจากการสร้างโรงงานเยื่อปอไม้²⁶⁴

โดยอาเจนติน่าระบุว่า ภายใต้หลักการป้องกันล่วงหน้าอูรุกวัยมีหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์ว่าการสร้างโรงงานเปลี่ยนเยื่อปอไม้จะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อแม่น้ำอูรุกวัย ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ระบุออกมาอย่างชัดเจนว่าการอ้างดังกล่าวของอาเจนติน่าไม่สามารถกระทำได้ เนื่องจากเมื่อพิจารณาตามหลักการและวัตถุประสงค์ของหลักการป้องกันล่วงหน้าแล้ว อาเจนติน่าซึ่งเป็นผู้ที่อ้างการใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าต้องเป็นผู้พิสูจน์ว่าการสร้างโรงงานดังกล่าวของอูรุกวัยก่อให้เกิดมลพิษต่อแม่น้ำอูรุกวัย อาเจนติน่าไม่สามารถที่จะโอนภาระการพิสูจน์ไปให้อูรุกวัยได้ ซึ่งตรงนี้ ถือเป็นกรกล่าวอย่างชัดเจนของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในเรื่องภาระการพิสูจน์ของหลักการป้องกันล่วงหน้าที่ว่า ผู้ใดที่อ้างหลักการป้องกันล่วงหน้าขึ้นมา นั้น จะต้องเป็นคนพิสูจน์และอธิบายถึงเหตุผลว่าทำไมตนจำต้องหลักการป้องกันล่วงหน้าดังกล่าว ซึ่งเป็นการกล่าวที่ชัดเจนมากกว่าในคดี Gabčíkovo – Nagymaros Project

²⁶⁴ Daniel Kazhdan. Precautionary Pulp: Pulp Mills and the Evolving Dispute between International Tribunals over the Reach of the Precautionary Principle. Ecology Law Quarterly. Volume 38. Issue 2. Article 11. P. 543-545

ซึ่งในเรื่องการพิสูจน์ตามหลักการป้องกันล่วงหน้า ศาลต้องการการพิสูจน์ในระดับสูงสุด (High Level of Proof) เมื่อพิจารณาตามการกล่าวอ้างของอาเจนติน่าที่ว่าโรงงานเยื่อไม้ได้ปล่อยสารเคมีออกเป็นจำนวนมาก ซึ่งเป็นที่ยอมรับไม่ได้ โดยตามสนธิสัญญาแล้วนั้น จำนวนที่อนุญาตให้สามารถปล่อยสารเคมีออกได้อยู่ที่ 6 มิลลิกรัมต่อลิตรของ สารอินทรีย์ฮอโรเจนที่ดูดซึมได้ (absorbable organic halogens) แต่กรณีนี้ จุดปฏิบัติการจุดหนึ่งจากหลายจุดของโรงงานเยื่อไม้อยู่ที่ 13 มิลลิกรัมต่อลิตร อย่างไรก็ตาม ศาลกล่าวว่าตนไม่ได้อยู่ในฐานะที่จะระบุว่าผลกระทบของอูรุกวัยเป็นฝ่ายผิดหรือละเมิดสนธิสัญญา แต่ศาลได้กล่าวอย่างชัดเจนว่า อาเจนติน่าจะต้องพิสูจน์และแสดงหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ทำให้ศาลเชื่อได้ว่าการดังกล่าวของอูรุกวัยสามารถก่อให้เกิดความเสียหายต่อแม่น้ำอูรุกวัยได้

ในกรณีนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาเรื่องการพิสูจน์ โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้แสดงความไม่เห็นด้วยเกี่ยวกับการปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าตามที่ได้ยอมรับในศาลกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยทะเล (International Tribunal on the Law of the Sea) และองค์การการค้าโลก (World Trade Organization) แต่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่ได้ปฏิเสธหลักการป้องกันล่วงหน้าทั้งหมดในศาลดังกล่าวแต่อย่างใด โดยกล่าวว่า หลักการป้องกันล่วงหน้า อาจจะเกี่ยวข้องในเรื่องการตีความและการบังคับใช้ของบทบัญญัติในสนธิสัญญาดังนี้

สิ่งสำคัญของการนำหลักการป้องกันล่วงหน้ามาบังคับใช้คือภายหลังจากที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีการระบุถึงภาระหน้าที่การพิสูจน์และการนำหลักการป้องกันล่วงหน้ามาบังคับใช้ในคดี Pulp Mills แล้ว ศาลกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยทะเลถือว่ากล่าวยอมรับเช่นว่าของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเป็นการยืนยันแนวทางปฏิบัติการใช้หลักการป้องกันล่วงหน้า²⁶⁵

ซึ่งจากคดีนี้ทำให้เกิดการถกเถียงประเด็นเรื่องที่ว่า การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม (Environmental Impact Assessment – EIA) กับเรื่องหลักการป้องกันล่วงหน้า (Precautionary Principle) เป็นหลักการเดียวกันหรือไม่ นักวิชาการบางท่านกล่าวว่าการประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม แท้จริงแล้ว โดยหลักก็คือการป้องกันล่วงหน้า ซึ่งเป็นการประเมินความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับสิ่งแวดล้อมก่อนที่จะมีการดำเนินการใดในโครงการนั้นๆ ดังนั้น อาจเป็นการขัดแย้งในคำพิพากษาเดียวกันที่กล่าวได้มีการเปลี่ยนภาระหน้าที่ในการ

265

Alan Boyle. Pulp Mills Case: A Commentary. 2010. P. 3-5

พิสูจน์ กล่าวคือในหลักของการประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมนั้น ผู้ที่จะดำเนินการก่อสร้างหรือทำตามโครงการใดนั้นจะต้องเป็นผู้ทำการประเมินเพื่อแสดงให้เห็นว่าการก่อสร้างหรือดำเนินการตามโครงการดังกล่าวไม่ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมหรือส่งผลกระทบในระดับที่อนุญาตในทางกลับกันเมื่อพิจารณาตามหลักการป้องกันล่วงหน้าแล้วจะสามารถสังเกตเห็นได้ว่า ศาลกล่าวอย่างชัดเจนว่าผู้ที่อ้างการนำหลักการป้องกันล่วงหน้ามาใช้จะต้องเป็นผู้ที่แบกรับภาระในการพิสูจน์ถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือที่อาจเกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อม ทั้งๆที่เมื่อพิจารณาตามการถกเถียงข้างต้นแล้วจะสามารถเห็นได้ว่าการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม โดยเนื้อแท้แล้วก็คือการป้องกันล่วงหน้า รวมถึงเรื่องมาตรฐานขั้นพื้นฐานของการพิสูจน์ถึงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งประเทศที่จะใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าดังกล่าวจะต้องพิสูจน์โดยผ่านวิธีการประเมินสิ่งแวดล้อมถึงอันตรายที่คาดว่าจะเกิดขึ้น

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่า ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศใช้ความระมัดระวังอย่างมากในการตีความการบังคับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้า รวมทั้งหน้าที่และภาระในการพิสูจน์ของหลักการป้องกันล่วงหน้า จริงอยู่ที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินให้อาเจนตินามีสิทธิที่ใช้มาตรการดังกล่าวต่ออูรุกวัย ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพยายามที่จะสร้างหลักเกณฑ์และบรรทัดฐานที่สำคัญในการใช้ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดหน้าที่ที่ชัดเจนในการพิสูจน์ของเสียหายที่กลายเป็นแนวทางในการใช้หลักการป้องกันล่วงหน้า

3.3 สถานะของหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ

ดังที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้นว่าหลักการป้องกันล่วงหน้าได้เกิดขึ้นภายใต้นโยบายภายในประเทศ จนได้รับการยอมรับและเป็นแนวปฏิบัติระหว่างประเทศ ประเด็นสืบเนื่องจึงเกิดขึ้นว่า หลักการป้องกันล่วงหน้ามีสถานะใดในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ นักกฎหมายบางหลายท่านบอกว่าหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมีสถานะเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศ แต่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปตามข้อที่ 38 (1)(c) ของธรรมนูญศาลยุติธรรม แต่มีปรากฏนักกฎหมายหลายท่านที่บอกว่าหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมีสถานะเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศตามข้อที่ 38 (1)(b) ของธรรมนูญศาลยุติธรรม นอกจากนี้หลักการป้องกันล่วงหน้ายังมีสถานะเป็นนโยบายในการบริหารประเทศอีกด้วย ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะอธิบายถึงสถานะของหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ พร้อมทั้งแสดงข้อถกเถียงของบรรดา

นักกฎหมายระหว่างประเทศต่อประเด็นดังกล่าวดังต่อไปนี้

3.3.1 หลักการป้องกันล่วงหน้ากับสถานะที่เป็นกฎหมาย

หลักการป้องกันล่วงหน้าได้รับการยอมรับจากบรรดานักวิชาการ นักปฏิบัติ รวมถึงนักกฎหมายระหว่างประเทศว่ามีสถานะเป็นกฎหมาย ประเด็นสืบเนื่องคือ หลักการป้องกันล่วงหน้าเป็นกฎหมายประเภทใดระหว่างหลักกฎหมายทั่วไปกับกฎหมายจารีตประเพณี ตามข้อที่ 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

3.3.1.1 ข้อถกเถียงหลักการป้องกันล่วงหน้ากับการเป็นหลักกฎหมายทั่วไป

หลักกฎหมายทั่วไปตามข้อ 38 (1)(c) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ที่เป็นหลักการทั่วไปก็เพราะว่า เดิมทีนั้นหลักการป้องกันล่วงหน้าถูกสร้างขึ้นมาเพื่อเป็นนโยบายภายในประเทศเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ซึ่งหลักการดังกล่าวในระยะเวลาได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางทั้งในระดับภูมิภาคและในระดับระหว่างประเทศ หลายประเทศได้มีการนำหลักการป้องกันล่วงหน้ามาบังคับใช้ โดยเฉพาะประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป ไม่ว่าจะเป็นเยอรมนี ฝรั่งเศส เนเธอร์แลนด์ สเปน สวีเดน เป็นต้น ซึ่งจริงอยู่ที่หลักการป้องกันล่วงหน้าได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางเช่นนั้น แต่สภาพบังคับบางประการก็ยังไม่ทำให้หลักการป้องกันล่วงหน้ากลายเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังเช่นที่ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นอีกตัวอย่างสำคัญที่ยอมรับเรื่องหลักการป้องกันล่วงหน้า แต่ในทางปฏิบัติแล้วสหรัฐอเมริกาก็ยังไม่ได้ยอมรับถึงขนาดว่าการปฏิบัติตามหลักการป้องกันล่วงหน้าเป็นแนวปฏิบัติของรัฐ (state practice) ในทางระหว่างประเทศแต่อย่างใด โดยเฉพาะพิธีสารเกียวโต ฉบับที่ 1 ซึ่งได้มีการระบุเรื่องหลักการป้องกันล่วงหน้า แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาก็ไม่ได้ให้สัตยาบันในเอกสารดังกล่าวแต่อย่างใด ประกอบกับให้แค่ความเห็นทางหลักการเกี่ยวกับหลักการป้องกันล่วงหน้ากับบรรดาประเทศอื่นๆเท่านั้น

3.3.1.2 ข้อถกเถียงหลักการป้องกันล่วงหน้ากับการเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ตามที่ได้ศึกษามานั้น หลักการป้องกันล่วงหน้าได้รับการยอมรับมีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในทางระหว่างประเทศตามข้อ 38 1(C) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ยังได้ปรากฏแนวคิดจากบรรดานักกฎหมายระหว่างประเทศรวมถึง

นักวิชาการหลายท่านที่กล่าวว่า หลักการป้องกันล่วงหน้าได้ถูกพัฒนาและยอมรับจนกลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (customary international law) จริงอยู่ที่คำจำกัดความของหลักการป้องกันล่วงหน้าได้มีกรอบในแต่ละตัวบทกฎหมายที่แตกต่างกันบ้างในบางรายละเอียด หากแต่เรื่ององค์ประกอบของหลักการ รวมถึงการนำหลักการป้องกันล่วงหน้าไปปรับใช้แล้วนั้นจนกลายเป็นแนวปฏิบัติของรัฐ (state practice) ซึ่งแนวปฏิบัติดังกล่าวได้ถูกเชื่อว่าเป็นแนวปฏิบัติที่มีผลผูกพันตามกฎหมาย (opinion juris sive necessitatis) ดังที่ระบุไว้ข้อ 38 1(b) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ทั้งนี้ หลักการป้องกันล่วงหน้าเป็นหลักการทั่วไปที่กลายมาเป็นหลักการพื้นฐานอันสำคัญของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ

ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงแนวปฏิบัติของบรรดารัฐต่างๆแล้ว หลักการป้องกันล่วงหน้าได้รับการยอมรับจากรัฐต่างๆยินยอมที่จะผูกพันตนที่จะปฏิบัติตามหลักการป้องกันล่วงหน้าภายใต้กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศในสาขาอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยทะเล หรือกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ รวมถึงได้มีการปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าในศาลต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นศาลระหว่างประเทศว่าด้วยกฎหมายทะเล ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป เป็นต้น โดยเฉพาะในคดี Southern Bluefin Tuna Case (Australia and New Zealand v. Japan) ที่ศาลพยายามจะกล่าวเป็นนัยว่าหลักการป้องกันระหว่างประเทศนั้นถือเป็นหลักที่รัฐต่างๆยอมรับและอาจแฝงนัยของการมีผลผูกพันตามกฎหมายในหลักการเองด้วย อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ศาลจะพยายามกล่าวเช่นว่า รวมถึงการที่บรรดารัฐต่างๆได้มีการปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้า แต่ก็ยังไม่ปรากฏการยืนยันหรือกล่าวแจ้งอย่างชัดเจนว่าหลักการป้องกันล่วงหน้าเป็นกฎหมายจารีตประเพณี ยกเว้นก็แต่คดี Measures concerning Meat and Meat Products (Hormones) ซึ่งเป็นคดีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกากับประชาคมยุโรป ซึ่งประชาคมยุโรปได้กล่าวว่าหลักการป้องกันล่วงหน้ามีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่สหรัฐอเมริกาและแคนาดาก็ปฏิเสธสถานะดังกล่าว ซึ่งศาลก็ไม่ได้ระบุเรื่องนี้ชัดเจนแต่อย่างใด แต่ในแนวคำพิพากษา Pulp Mills ถึงแม้ว่าศาลจะไม่ได้กล่าวถึงสถานะทางกฎหมายที่แท้จริงของหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ แต่ศาลพยายามที่จะเกริ่นและกล่าวเป็นนัยว่า หากพิจารณาแนวปฏิบัติของรัฐรวมถึงผลผูกพันตามกฎหมายแล้ว หลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศก็สามารถที่จะมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้

3.3.2 หลักการป้องกันล่วงหน้ากับสถานะที่เป็นนโยบาย

ดังที่ทราบถึงที่มาและวิวัฒนาการของหลักการป้องกันล่วงหน้าว่าเดิมทีเป็นเพียงนโยบายภายในประเทศเยอรมนีช่วงปี.ศ. 1960 ที่เข้ามาจัดการเรื่องภายในประเทศ

เพื่อบริหารสิ่งแวดล้อมภายในประเทศ การป้องกันเรื่องความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม การวางแผนทางยุทธศาสตร์ในการขับเคลื่อนประเทศ ซึ่งในปัจจุบันนี้ เป็นที่ทราบดีว่าหลักการป้องกันล่วงหน้าเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปดังที่กล่าวไว้ในตอนต้น แต่บ่อยครั้งที่หลักการการป้องกันล่วงหน้าได้ถูกนำมาเป็นนโยบายในการเจรจาระหว่างประเทศ รวมถึงเป็นนโยบายภายในประเทศ ตัวอย่างของหลักการป้องกันล่วงหน้าที่ถูกนำมาใช้ในฐานะนโยบายในการเจรจาระหว่างประเทศได้แก่นโยบายการจัดตั้งคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมจากสภายุโรป และ แผนปฏิบัติการสิ่งแวดล้อมฉบับที่ 1 ได้ถูกยกร่างโดยประชาคมยุโรปพร้อมกันในปีค.ศ. 1973²⁶⁶ ซึ่งแผนปฏิบัติการดังกล่าวได้ยอมรับถึงการนำหลักการป้องกันล่วงหน้ามาบังคับใช้และควรมีกลุ่มผู้เชี่ยวชาญซึ่งได้แก่คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมในกรณีเป็นผู้ควบคุมการปรับใช้หลักการข้างต้น อีกทั้งในกรณีศึกษาข้างต้นได้มีการยอมรับว่าวัตถุประสงค์ของนโยบายที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมนั้น นโยบายดังกล่าวจำเป็นต้องมีการระบุดูครอบคลุมถึงเรื่องหลักการป้องกันล่วงหน้า ดังที่ระบุไว้ในคดี Procureur de République v Association de Défense des Brûleurs d'Huiles Usagées (ADBHU)²⁶⁷ ซึ่งศาลยุติธรรมยุโรปได้กล่าวว่าการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ไม่ว่าจะใช้หลักใดในการคุ้มครองก็ตาม เป็นวัตถุประสงค์ขั้นพื้นฐานของประชาคมยุโรป เป็นต้น สำหรับหลักการป้องกันล่วงหน้าที่ถูกนำมาใช้เป็นนโยบายในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมภายในประเทศ เช่นการนำหลักการป้องกันล่วงหน้ามาเขียนสนับสนุนเพื่อประกอบการดำเนินงานอื่นของรัฐบาลแคนาดา ซึ่งปรากฏใน ENGO Agenda for the reviewing of the Canadian Environmental Act (1999) หรือการนำนโยบายความร่วมมือกันในการตัดสินใจการให้หลักการป้องกันล่วงหน้า ซึ่งนโยบายดังกล่าวนำไปสู่การออก Single European Act ในปีค.ศ. 1986 เป็นต้น

3.4 ปัจจัยเสริมในการใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าตามกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ

การนำหลักการป้องกันล่วงหน้ามาใช้ นั้น นอกจากจะต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบของหลักการป้องกันล่วงหน้าแล้ว ยังต้องพิจารณาถึงปัจจัยเสริมซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับการใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าด้วย ซึ่งการนำปัจจัยเสริมมาประกอบการพิจารณาเพื่อการใช้หลักการป้องกันล่วงหน้า นั้น ได้ปรากฏในการให้เหตุผลของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในหลายกรณี ซึ่งปัจจัยเสริมในการใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าตามกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมี 5 ประการดังต่อไปนี้ 1) ปัจจัยด้านความเหมาะสม 2) ปัจจัย

266 Junko Ueda and Mads Andenas, *Proportionality in EU environmental law*, page

4

267 Case 240/83 [1985] ECR 531

เรื่องความจำเป็น 3) ปัจจัยเรื่องความมีเสถียรภาพ 4) ปัจจัยเรื่องการพัฒนาของเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ และ 5) ปัจจัยเรื่องการพัฒนาที่ยั่งยืน

3.4.1 ปัจจัยความเหมาะสม (Suitability)²⁶⁸

ดังที่กล่าวไว้ว่า แนวคิดเรื่องความได้สัดส่วนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศเป็นแนวคิดที่แทรกอยู่ในหลักการป้องกันล่วงหน้า เพราะฉะนั้น คำว่า "ความเหมาะสม" หรือ "Suitability" ในที่นี้ จึงหมายถึงความเหมาะสมในการใช้วิธีการในการป้องกันล่วงหน้า กล่าวคือ การใช้วิธีการดังกล่าวนั้นแสดงความเชื่อมโยงอันนำไปสู่ผลลัพธ์ที่ได้สัดส่วนกับการใช้วิธีการนั้นหรือไม่ ดังที่กล่าวไว้ในคดี Case of Danish Bottles นั้นว่าการที่รัฐบาลเดนมาร์กได้ออกมาตรการการป้องกันล่วงหน้าในการรักษาสิ่งแวดล้อม โดยการออกกฎหมายเรื่องการนำเข้าเครื่องดื่มเข้ามาในประเทศเดนมาร์ก โดยผู้ประกอบการใช้ขวดบรรจุเครื่องดื่มที่ได้รับการยอมรับจากเจ้าหน้าที่ของเดนมาร์กที่เกี่ยวข้อง ซึ่งการดังกล่าวเป็นการเพิ่มภาระทั้งทางต้นทุนแก่ผู้ผลิตและภาระแก่เจ้าหน้าที่ในการตรวจสอบดังที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้น ซึ่งศาลยุติธรรมยุโรปได้แสดงความเห็นว่าการกระทำดังกล่าวไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาองค์ประกอบเรื่องความเหมาะสม กล่าวคือ วิธีการดังกล่าวของเดนมาร์กนั้นเป็นการกระทำที่สูญเสียต้นทุนในขั้นตอนและระบบวิธีการที่มากเกินไปซึ่งก่อให้เกิดผลลัพธ์ที่ตีกรอบและจำกัดสิทธิของผู้ประกอบการ ดังนั้น จุดที่ก่อให้เกิดความเหมาะสมระหว่างวิธีการกับผลลัพธ์จึงไม่เกิดขึ้น

นอกเหนือจากเรื่องความเหมาะสมของวิธีการกับผลลัพธ์แล้ว ยังต้องคำนึงถึงความเหมาะสมทางด้านความสามารถในแต่ละรัฐที่จะบังคับใช้และดำเนินการตามหลักการป้องกันล่วงหน้าที่ได้ปรับใช้ ผู้เขียนขอยกกรณีเดิมคือ Case of Danish Bottles เมื่อพิจารณาถึงความเหมาะสมด้านความสามารถในการบังคับใช้แล้ว ต้องกล่าวว่ามาตรฐานที่รัฐบาลเดนมาร์กสร้างขึ้นมานั้นเป็นการตีกรอบการจำกัดสิทธิโดยเฉพาะกับประเทศกำลังพัฒนา กล่าวคือเนื่องจากมาตรการดังกล่าวของเดนมาร์กเป็นมาตรการที่ใช้ต้นทุนและงบประมาณสูงมาก จึงทำให้ประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศไม่สามารถดำเนินการตามมาตรการดังกล่าวได้ เพราะเมื่อพิจารณาแล้วประเทศที่สามารถตั้งมาตรฐานการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับสูงกว่ามาตรฐานปกติได้นั้นมักจะเป็นประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งมีงบประมาณเพียงพอที่จะเข้ามาจัดการกับเรื่องมาตรฐานที่สูงเกินกว่าอันควร ในทางกลับกันประเทศที่กำลังพัฒนาจะมีงบประมาณส่วนนี้น้อย เพราะประเทศเหล่านี้จำเป็นต้องทุ่มไปด้านการพัฒนาเศรษฐกิจและการคลังของประเทศเป็นหลัก

268

Tor-Inge Habo, *The Function of the Proportionality in EU Law*, European Law

Journal Volume 16, 2010, p. 165

ข้อที่ 2 ของสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป ได้กล่าวว่าประชาคมยุโรปต้องมีภาระหน้าที่ในการดำเนินขั้นสูงเพื่อคุ้มครองและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม ซึ่งสอดคล้องกับข้อที่ 3 (3) ของร่างสนธิสัญญาก่อตั้งธรรมนูญยุโรป กล่าวคือบรรดาสมาชิกประชาคมยุโรปจะต้องร่วมดำเนินการใดเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนของยุโรป โดยใช้วิธีการคุ้มครองและการพัฒนาขั้นสูงในการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว และข้อที่ 174 (2) ของสนธิสัญญาว่าด้วยการก่อตั้งธรรมนูญยุโรป ซึ่งคำว่าวิธีการขั้นสูงนี้ ไม่ได้หมายถึงวิธีการขั้นสูงสุด หรือวิธีการที่ดีที่สุดที่ประเทศหนึ่งประเทศจะสามารถค้นพบและนำมาใช้เพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมได้ หากแต่ต้องเป็นวิธีการที่ดีที่สุด ณ เวลานั้น กับการพิจารณาต้นทุน ผลลัพธ์ที่จะได้รับ รวมถึงขีดความสามารถของผู้ปรับใช้วิธีการดังกล่าว ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าวิธีการสูงสุดในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมนั้นจะต้องเป็นวิธีการที่รัฐอื่นที่เกี่ยวข้องทุกรัฐมีขีดความสามารถในการดำเนินการเพื่อนำมาซึ่งผลประโยชน์ที่สอดคล้องกับการใช้วิธีการนั้น ซึ่งเป็นการกระทำที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (harmonization measures) ไม่ใช่ขึ้นอยู่กับวิธีการของรัฐใดรัฐหนึ่งเท่านั้น²⁶⁹

3.4.2. ปัจจัยเรื่องความจำเป็น (Necessity)²⁷⁰

"ความจำเป็น" (Necessity) ในที่นี้หมายความว่าวิธีการดังกล่าวจำเป็นถึงขนาดที่ต้องนำมาใช้หรือไม่ อาจกล่าวได้ว่ากรณีที่บรรลุวัตถุประสงค์ในการป้องกันล่วงหน้านั้น จะต้องไม่มีวิธีการหรือมาตรการอื่นใดที่จะสามารถนำมาใช้เพื่อก่อให้เกิดผลตามที่ตั้งไว้ หากปรากฏว่ามีวิธีอื่นที่มีความเหมาะสมกว่า มีขั้นตอนในการดำเนินงานที่สะดวกรวดเร็วกว่า สามารถก่อให้เกิดผลลัพธ์ในลักษณะเดียวกัน เช่นนี้ถือว่ารัฐดังกล่าวที่ทำการป้องกันภัยอันตรายหรือความเสียหายที่ไม่เป็นไปตามองค์ประกอบเรื่องความจำเป็นของหลักความได้สัดส่วน ซึ่งสามารถสังเกตได้ว่าองค์ประกอบเรื่องความจำเป็นมีองค์ประกอบย่อยหลัก คือ (1) เรื่องการจำกัดที่น้อยกว่า (less restrictive) และ (2) เรื่องวิธีการที่นำมาใช้นั้นจะต้องส่งผลลัพธ์ได้อย่างเดียวกัน (equally effective in achieving the pursued objective) ซึ่งสององค์ประกอบย่อยนี้จะนำไปสู่วัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้ และวิธีการดังกล่าวส่งผลกระทบทางลบไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมต่อประชาชนหรือสังคมน้อยที่สุด

269 L. Kramer. *EC Environmental Law*. London. Sweet and Maxwell 2003, p.11.

270 Tor-Inge Habo, *The Function of the Proportionality in EU Law*, *European Law Journal* Volume 16, 2010, p. 165

ตัวอย่างที่เด่นชัดเรื่องหลักความจำเป็นได้แก่คดี de Peijper ในปีค.ศ. 1976 ของศาลยุติธรรมยุโรป โดยศาลได้กล่าวถึงความจำเป็นของกฎเกณฑ์หรือกฎหมายภายในประเทศซึ่งรัฐบาลเนเธอร์แลนด์พยายามให้เหตุผลเรื่องสาธารณสุข โดยศาลยุติธรรมยุโรปได้ว่ามาตรการในทางระหว่างประเทศนั้นไม่สำคัญหากการใช้มาตรการกฎเกณฑ์หรือกฎหมายภายในประเทศสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่ตั้งไว้ได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยมีต้นทุนหรือผลข้างเคียงน้อยกว่าวิธีอื่นในระดับระหว่างประเทศ ในทำนองเดียวกันนั้น ในคดี Familiapress ในปีค.ศ. 1997 โดยศาลได้กล่าวว่า การที่จะใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าซึ่งมีแนวคิดเรื่องหลักความได้สัดส่วนแทรกอยู่นั้น จำต้องมีการพิจารณาองค์ประกอบของเรื่องหลักความได้สัดส่วนด้วย ซึ่งหนึ่งในนั้นคือ หลักความจำเป็น โดยหลักความจำเป็นในที่นี้คือการที่รัฐจะดำเนินการใดๆเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้ โดยต้องเป็นวิธีที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดและก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการกับผลลัพธ์ และที่สำคัญคือวิธีการดังกล่าวต้องเป็นวิธีการสุดท้ายที่สามารถนำมาใช้ได้ หากพบว่ามีวิธีใดที่ส่งผลข้างเคียงที่น้อยกว่าที่สามารถให้ผลลัพธ์ที่คล้ายคลึงกันหรือดีกว่า วิธีการข้างต้นก็ไม่เป็นไปตามองค์ประกอบเรื่องความสำคัญนี้ หรือในคดี German Crayfish Case ซึ่งเป็นคดีที่เยอรมนีใช้มาตรการในการรักษาความหลากหลายทางชีวภาพ โดยการห้ามนำเข้ากุ้งแคร์ย์พิซทุกประเภท ซึ่งเป็นมาตรการที่หลายประเทศกล่าวว่าเป็นมาตรการที่รัดกุมเกินไป ซึ่งศาลยุติธรรมยุโรปได้กล่าวว่าการดังกล่าวของเยอรมันไม่ได้สัดส่วนกับผลลัพธ์ที่คาดว่าจะได้รับ ประกอบกับศาลเห็นว่าเยอรมนีสามารถหาหนทางอื่นที่นำมาใช้ที่ดีกว่านี้ซึ่งให้ผลลัพธ์ในระดับเดียวกันได้ด้วย²⁷¹ นอกจากนี้ คำพิพากษาคดี Shayler ยังได้ขยายคำจำกัดความของคำว่าความจำเป็นในที่นี้ว่านอกจากจะต้องเป็นการบรรลุวัตถุประสงค์ตามกฎหมายที่ตั้งไว้แล้วนั้น ยังต้องมีเหตุผลที่เพียงพอถึงดำเนินการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวด้วย

ในคดี Stroke-on-Trent (1992) ศาลได้กล่าวถึงหลักความได้สัดส่วนอย่างแคบค่อนข้างชัดเจน โดยกล่าวว่า การประเมินความได้สัดส่วนในการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ที่ถูกกฎหมายนั้น จะต้องพิจารณาเรื่องผลลัพธ์ที่ไม่แตกต่างจนเกิดไประหว่างผลลัพธ์ระดับชาติและผลลัพธ์ระดับภูมิภาค²⁷² หรือดังเช่นในคดี Danish Bottles ซึ่งผู้เขียนได้อ้างอิงเป็นจำนวนมากครั้งข้างต้น ที่ศาลได้นำเรื่องการทดความความได้สัดส่วนอย่างแคบมาใช้เพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมภายในประเทศ ซึ่งศาลกล่าวว่า หากใช้วิธีการที่เข้มงวดมากจนเกินไปจากการที่รัฐบาลเดนมาร์กห้ามใช้ขวดสำหรับบรรจุที่ไม่ได้ตามคุณภาพที่ทางรัฐบาลเดนมาร์กเป็นผู้กำหนดไว้ ซึ่งมีมาตรการที่สูงกว่ามาตรการในเรื่องขวดบรรจุทั่วไปนั้น เช่นนี้การกระทำของรัฐบาลเดนมาร์กก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการอื่นๆเป็นจำนวนมาก ก่อให้เกิดความไม่ได้

271 Case C-131/93, Commission v. Germany [1994] ECR 3513.

272 Case C-169/91 Stroke-on-Trent [1992] ECR I-6625, para 15

สัดส่วนระหว่างวิธีการที่จะนำมาใช้เพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมกับผลลัพธ์ที่ตามมา และกรณีศึกษาที่เด่นชัดที่สุดคือกรณี Pfizer (2002)²⁷³ ซึ่งได้กล่าวว่าในเรื่องการป้องกันล่วงหน้า นั้น มาตรการที่ต้องใช้จะต้องก่อให้เกิดความเหมาะสมและความจำเป็นเท่าที่ควรเพื่อที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ที่ถูกต้องตามกฎหมายตามที่ได้ตั้งไว้ รวมถึงความเสียหาย ผลเสีย หรือผลกระทบข้างเคียงจะต้องได้สัดส่วนกับผลประโยชน์ที่ได้รับ ฉะนั้น ประเด็นสำคัญขององค์ประกอบเรื่องหลักความได้สัดส่วนอย่างแคบนั้น จะต้องเป็นการมุ่งไปถึงผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างวิธีการที่ใช้กับผลลัพธ์ที่ออกมา และผลลัพธ์นั้นจะต้องไม่แตกต่างอย่างมากกับผลลัพธ์ที่ตั้งไว้ หรือก็คือ จุดสมดุลที่เท่าเทียม (fair balance) ระหว่างประโยชน์ที่ได้รับกับความเสียหายหรือผลกระทบข้างเคียงที่เกิดขึ้นต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

3.4.3 ปัจจัยเรื่องความมีเสถียรภาพ (Consistency)

ปัจจัยเรื่องความมีเสถียรภาพ คือ วิธีการที่ใช้จะต้องมีความเสถียรภาพในการบังคับใช้ และในสถานการณ์เดียวกันหรือคล้ายคลึงกันจะต้องใช้วิธีการที่เหมือนกันหรือคล้ายคลึงกันซึ่งมีความเชื่อมโยงกับหลักการไม่แบ่งแยกตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ซึ่งวัตถุประสงค์ของการใช้หลักเสถียรภาพในการระบุและกำหนดลักษณะ กำหนดสภาพอันตรายหรือความเสียหาย และสร้างจุดเกาะเกี่ยวระหว่างเหตุและผลว่าอยู่ในระดับใดและสามารถใช้วิธีใด และวิธีดังกล่าวสามารถนำมาปรับใช้เพื่อก่อให้เกิดความเหมาะสมได้หรือไม่²⁷⁴ และความเหมาะสมนั้นมีความเสถียรภาพในการปรับใช้หรือไม่

3.4.4 ปัจจัยเรื่องการพัฒนาของเหตุผลทางวิทยาศาสตร์

ในตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา นักวิทยาศาสตร์สิ่งแวดล้อมได้ศึกษาถึงความเสียหายและผลกระทบต่างๆอันเกิดจากการกระทำใดๆของมนุษย์ ในหลายเหตุการณ์เหตุผลดังกล่าวเป็นการคาดการณ์ล่วงหน้าเนื่องจากผลดังกล่าวเป็นสิ่งที่ใหม่และนักวิทยาศาสตร์เหล่านั้นไม่เคยพบมาก่อน เช่นในกรณีเรื่องโลกร้อน หากย้อนไปเมื่อ 25 ปีที่แล้ว นักวิทยาศาสตร์ได้พยายามศึกษาถึงสาเหตุที่อุณหภูมิของโลกเริ่มสูงขึ้น เหตุผลที่ค้นพบในสมัยนั้นยังไม่กระจ่างเท่าที่ควร แต่ปัจจุบันคงไม่มีใครปฏิเสธว่าการกระทำไหนของมนุษย์ที่มีผลต่อภาวะโลกร้อน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์เป็นปริมาณมากโดยเฉพาะจากโรงงานอุตสาหกรรม การใช้สารคลอโรฟลูออโรคาร์บอนในอุตสาหกรรมเครื่องเย็น การเผา

273 Case T-13/99, Pfizer [2002] ECR II-3305, paras 411-413.

274 Interdepartmental Liaison Group on Risk Management. The Precautionary Principle: Policy and Application. 2002, p. 9

ป่า เป็นต้น ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วในสมัย 25 ปีก่อนนั้น หลักฐานและเหตุผลยังไม่ชัดเจนและไม่เพียงพอที่จะทำให้เชื่อว่าการกระทำเช่นว่าสามารถทำให้เป็นปัจจัยหนึ่งในการทำให้อุณหภูมิของโลกสูงขึ้นตามมีการพัฒนาเหตุผลทางวิทยาศาสตร์²⁷⁵

จากข้างต้น การที่จะใช้หลักความได้สัดส่วน โดยเฉพาะการใช้หลักความได้สัดส่วนภายใต้หลักการป้องกันล่วงหน้า นั้น อาจไม่จำเป็นที่ต้องอาศัยหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่แน่นอน ณ ตอนนั้น เพียงแต่มีเหตุผลให้เชื่อว่าหากไม่ปฏิบัติแล้วผลร้ายแรงหรือความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมจะเกิดขึ้น แต่หากในระยะเวลาต่อมาเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ชัดเจนขึ้นและแสดงถึงความไม่เหมาะสมหรือความไม่ได้สัดส่วนแล้ว หลักการป้องกันล่วงหน้าดังกล่าวก็จำเป็นต้องหยุดใช้²⁷⁶ ดังนั้น เหตุผลทางวิทยาศาสตร์ที่จะใช้ตามหลักความได้สัดส่วนต้องเป็นเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ ณ ช่วงเวลาที่ใช้หลักความป้องกันล่วงหน้าอันก่อให้เกิดความเหมาะสมระหว่างเหตุและผล แต่หากในช่วงที่ระยะการใช้หลักความได้สัดส่วนเช่นว่าได้มีการพัฒนาของเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ที่ชัดเจนขึ้นและชี้ให้เห็นถึงความไม่ได้สัดส่วนระหว่างเหตุและผล หลักดังกล่าวก็ไม่สามารถใช้ได้ ดังนั้น หลักการพัฒนาทางเหตุผลของวิทยาศาสตร์จึงเอื้อให้แก่รัฐผู้ใช้หลักความได้สัดส่วนภายใต้หลักการป้องกันล่วงหน้าที่จะอ้างเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ ณ ช่วงการปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้า

3.4.5 ปัจจัยเรื่องการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development)

เนื่องจากกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศได้ถูกขยายกรอบเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในบริบทที่กว้างขึ้น โดยเฉพาะเรื่องการพัฒนาที่ยั่งยืน หลักการพัฒนาที่ยั่งยืนคือ จะต้องทำอะไรที่ว่าคนในรุ่นปัจจุบันจะสามารถใช้ทรัพยากรและสิ่งแวดล้อมในระดับที่ก่อให้เกิดความพอดี ซึ่งไม่เบียดเบียนทรัพยากรธรรมชาติของคนรุ่นหลัง แนวคิดเรื่องหลักพัฒนาที่ยั่งยืนแท้จริงแล้วเริ่มมีมาตั้งแต่การประชุมสหประชาชาติ ณ กรุงสตอกโฮล์ม ประเทศสวีเดน ค.ศ. 1972 และได้มาปรากฏแนวคิดอย่างเด่นชัดเมื่อปีค.ศ. 1992 ในการประชุมสหประชาชาติ ณ กรุงรีโอ ประเทศบราซิล ซึ่งในการประชุมนี้ ไม่ได้มองว่ามนุษย์ว่าไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของธรรมชาติซึ่งแตกต่างจากการประชุมที่กรุงสตอกโฮล์ม โดยเป็นการเปลี่ยนการมองที่ว่ามนุษย์เป็นปัจจัยสำคัญที่นำไปสู่การพัฒนา เป็นการมองว่ามนุษย์เป็นหลัก ซึ่งต้องมองว่ามนุษย์ต้องการอะไร เป็นการมองแบบข้างในออกมาข้างนอก (inside-out) ซึ่งแตกต่างจากการ

275 David Kriebel et al. The Precautionary Principle in Environmental Science. Environmental Health Perspectives. Volumn 109. Number 9. September 2001. p. 1

276 Commission of the European Communities. Communication from the Commission on the precautionary principle, Brussels, 2000, p. 19

มองแบบข้างนอกเข้ามาข้างใน (outside-in) ดังเช่นที่กรุงสตอกโฮล์มที่มองว่าสิ่งแวดล้อมต้องการอะไร เช่นนี้เมื่อเป็นการมองจากข้างในออกไปข้างนอกคือเป็นการมองว่ามนุษย์ต้องการอะไรนั้น ซึ่งความต้องการดังกล่าวปรากฏในหลักการที่ 1 ของคำประกาศกรุงริโอว่าด้วยเรื่องสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ที่กล่าวว่ามนุษย์นั้นเป็นศูนย์กลางของสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา มนุษย์มีสิทธิที่จะมีสุขภาพดีและมีชีวิตที่มีคุณภาพ อันเป็นหนึ่งในเดียวกับธรรมชาติ

หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศจึงได้มีการนำเอาปัจจัยนี้เข้ามาประกอบพิจารณาเพื่อจุดประสงค์ที่ว่า การที่มนุษย์ต้องการมีสุขภาพที่ดีและชีวิตที่มีคุณภาพจากสิ่งแวดล้อมนั้น ต้องเป็นมนุษย์ทุกรุ่น ไม่ใช่เพียงรุ่นใดรุ่นหนึ่งเท่านั้น เพราะฉะนั้นมนุษย์ในแต่ละรุ่นจะต้องกระทำการใดๆตามหลักความได้สัดส่วนเพื่อเป็นการใช้และป้องกันสิ่งแวดล้อมที่มนุษย์ยุคหนึ่งพึงจะใช้ ตลอดจนการสงวนรักษาสิ่งแวดล้อมและธรรมชาติให้มนุษย์ยุคต่อไปสามารถใช้สิ่งแวดล้อมได้อย่างยั่งยืน ซึ่งการปกป้องสิ่งแวดล้อมนั้น ดังที่กล่าวไว้คือหลักความได้สัดส่วนได้ถูกใช้ภายใต้หลักการป้องกันล่วงหน้า เพราะฉะนั้นคำถามที่ว่าหลักความได้สัดส่วนภายใต้หลักการป้องกันล่วงหน้า นั้น ป้องกันเพื่ออะไร ป้องกันเพื่ออะไร และเกี่ยวข้องกับเรื่องการพัฒนาที่ยั่งยืนคำตอบ คำตอบคือเป็นการป้องกันสิ่งแวดล้อมที่อาจเกิดภัยอันตรายหรือความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมที่มนุษย์ในยุคปัจจุบันพึงได้ใช้สอยประโยชน์ เพราะหากสิ่งแวดล้อมของคนยุคปัจจุบันถูกทำลายแล้ว คนยุคปัจจุบันก็จะไปเบียดเบียนสิ่งแวดล้อมที่คนในยุคหลังพึงได้ใช้ประโยชน์ ซึ่งการใช้หลักความได้สัดส่วนภายใต้หลักการป้องกันล่วงหน้านี้ถือเป็นการปกป้องรักษาสิ่งแวดล้อมเหล่านั้นให้แก่บุคคลในยุคหลัง ซึ่งสะท้อนอยู่ในหลักการที่ 1 และหลักการที่ 3 ของคำประกาศกรุงริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ. 1992

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภายหลังจากที่มีคำประกาศกรุงริโอ ปีค.ศ. 1992 แล้ว หลักการเรื่องการพัฒนาที่ยั่งยืนได้สะท้อนออกมาในเอกสารระหว่างประเทศเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะเอกสารขององค์การสหประชาชาติ โดยเฉพาะมติของสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติเลขที่ 66/288 ณ วันที่ 27 กรกฎาคม 2012 โดยมติดังนี้เป็นมติที่สะท้อนเจตนารมณ์ ของมติที่ 64/236 ณ วันที่ 24 ธันวาคม 2009 ซึ่งได้มีการตัดสินใจว่าจะจัดประชุมองค์การสหประชาชาติว่าด้วยการพัฒนาอย่างยั่งยืนในระดับที่เป็นไปได้ที่สูงที่สุด (highest possible level) เช่นเดียวกับมติที่ 66/197 ณ วันที่ 22 ธันวาคม 2011 โดยจะเป็นการจัดประชุมเรื่องการพัฒนาอย่างยั่งยืนภายใต้หัวข้อ “อนาคตที่พวกเราต้องการ” (The Future We Want) ซึ่งเนื้อหาหลักคือการสร้างความร่วมมือให้ประเทศต่างๆร่วมกันพัฒนากฎหมายและนโยบายเพื่อก่อให้เกิดความเข้มแข็งของการจัดการสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ (international environmental governance) ภายใต้บริบทของกรอบสถาบันเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน และสนับสนุนการรวมตัวอันสมดุลในมิติของเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม เช่นเดียวกันกับความร่วมมือภายในระบบของสหประชาชาติ โดยเฉพาะการให้โครงการสิ่งแวดล้อมแห่งสหประชาชาติ (United Nations

Environment Program – UNEP) เป็นองค์กรหลักในการขับเคลื่อนความร่วมมือในการจัดตั้งเรื่องการพัฒนาเป้าหมายสิ่งแวดล้อมของโลก ประกอบกับการยอมรับมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 2997 (XXVII) ณ วันที่ 15 ธันวาคม 1972 ซึ่งได้จัดตั้งโครงการสิ่งแวดล้อมแห่งสหประชาชาติอันเป็นรากฐานของแนวคิดเรื่องการพัฒนาอย่างยั่งยืน ประกอบกับคำแถลงการณ์ของประธานคณะมนตรีความมั่นคงที่ S/PRST/2011/2/15 ณ ที่ประชุมครั้งที่ 6587 ของคณะมนตรีความมั่นคงในวันที่ 20 กรกฎาคม 2011 ที่กล่าวถึงปัญหาของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ปัญหาทางสิ่งแวดล้อมที่จะนำไปสู่คนในอนาคต จึงนำมาสู่การให้บรรดารัฐต่างๆร่วมมือกันที่จะสร้างนโยบายและความร่วมมือร่วมกันในการรักษาสิ่งแวดล้อมอันนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืน

ท้ายสุด หลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศเป็นหลักที่บรรดารัฐต่างๆจะนำมาใช้ในกรณีที่ตนสามารถคาดหมายได้ว่าหากไม่มีการป้องกันล่วงหน้าดังกล่าวแล้ว รัฐตนอาจประสบกับอันตรายร้ายแรงที่ใกล้เข้ามา ซึ่งอันตรายนั้นอาจส่งผลถึงต่อความมั่นคงของรับและความปลอดภัยของประชาชนของตน สิ่งสำคัญคือ วิธีหรือเครื่องมือสำหรับการใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าดังกล่าวจะต้องเป็นวิธีที่เป็นหนทางสุดท้าย (Last Resort) และต้องเป็นเครื่องมือหรือวิธีที่มีความเหมาะสมทางวิทยาศาสตร์เท่าที่จะสามารถจัดหาได้ (Best Technology Available) โดยกรอบแนวคิดและปัจจัยเสริมของหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมีแนวคิดและกรอบสำหรับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่กว้างกว่าหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะการนำปัจจัยเสริมเข้ามาประกอบการพิจารณาการใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าอันส่งผลให้เกิดประสิทธิภาพในการใช้หลักการนี้ ดังนั้น การนำหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมาร่วมปรับใช้กับหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจึงเป็นหนทางสำคัญที่จะนำไปสู่การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งจุดเชื่อมโยงรวมถึงการนำหลักการป้องกันล่วงหน้ามาร่วมปรับใช้กับหลักการทั้งสองผู้เขียนได้บรรยายไว้ในบทที่ 4 ต่อไป

บทที่ 4

บทวิเคราะห์ความเหมาะสมในการนำหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศเข้ามาปรับใช้เพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธ

เราได้ทราบถึงปัญหาของการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธมาแล้วว่าปัญหาหลักสามประการ คือ (1) ปัญหาที่เกิดจากที่มาและวัตถุประสงค์ของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีเพื่อเป้าประสงค์ทางการทหารเป็นหลัก (2) ปัญหาที่เกิดจากด้านตัวบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธที่มีกรอบการคุ้มครองที่แคบและคลุมเครือ รวมถึงการปรับใช้ที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของการร่างกฎหมาย และ (3) ปัญหาการขาดกลไกในการควบคุมการใช้หลักความได้สัดส่วนเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธ ซึ่งปัญหาทั้งหมดนี้ ผู้เขียนแสดงจุดเกาะเกี่ยวของช่องโหว่ของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เนื่องจากหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นหลักที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันมากที่สุดซึ่งผู้เขียนได้แสดงช่องโหว่ดังกล่าวในการปรับใช้ในหัวข้อที่ผ่านมา

ในหัวข้อนี้ จะเป็นการศึกษาถึงปัญหาของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศว่ามีช่องว่างอย่างไร เพราะอะไรถึงไม่สามารถคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธได้ และในลำดับต่อมาผู้เขียนจะวิเคราะห์เรื่องความเหมาะสมของการนำหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าปัจจัยสำคัญที่ต้องนำหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมมารวมปรับใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนั้นประกอบด้วย 2 ปัจจัยคือ (1) ปัจจัยเรื่องเปรียบเทียบระหว่างผลประโยชน์ของรัฐในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศกับความจำเป็นทางการทหารในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งปัจจัยนี้จะเป็นการแสดงให้เห็นว่าการที่จะนำหลักใดหลักหนึ่งมารวมปรับใช้กับอีกหลักหนึ่งนั้น หลักการทั้งสองจะต้องเป็นหลักที่มีจุดเชื่อมโยง มีจุดเกาะเกี่ยว หรือจุดสัมพันธ์ของหลักการ ไม่เช่นนั้นแล้วก็จะเป็นการจับแพะมาชนแกะที่สามารถนำหลักการใดมาใช้กับหลักการใดก็ได้ และ (2) ปัจจัยเรื่องความมีประสิทธิภาพในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธเหตุเพราะหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศได้มีการนำปัจจัยอื่นรอบข้างที่สำคัญมาประกอบการพิจารณา โดย

แบ่งเป็น 3 หัวข้อย่อยได้แก่ เรื่องการสร้างวัตถุประสงค์การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน (sustainable development) เรื่องการสร้างบรรทัดฐานและแนวทางปฏิบัติเดียวกัน (harmonization) และกลไกเรื่องต้นทุนและเทคโนโลยีที่เหมาะสม (Cost-Processing Mechanism)

4.1 สภาพปัญหาของการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

เราได้ทราบเรื่องหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศตามทีผู้เขียนได้ระบุไว้ข้างต้น โดยเริ่มจากที่มาของหลักความได้สัดส่วน องค์ประกอบ บทบัญญัติ ตลอดจนการใช้หลักความได้สัดส่วนในกรณีศึกษาต่างๆที่เกี่ยวข้องกับประเด็นเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งจากเนื้อหาสาระข้างต้นทั้งหมด ผู้เขียนได้สังเกตเห็นปัญหาของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่มีต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม โดยปัญหาดังกล่าวสามารถแบ่งได้เป็น 3 ประการดังต่อไปนี้ (1) ปัญหาจากที่มาและวัตถุประสงค์ของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ทางการทหารเป็นหลัก (2) ปัญหาจากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและ (3) ปัญหาจากการขาดกลไกในการควบคุมการใช้หลักความได้สัดส่วนเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธ

4.1.1 ปัญหาอันเกิดจากที่มาและวัตถุประสงค์ของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ทางการทหารเป็นหลัก

เดิมทีหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นหลักการที่ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อสร้างความเป็นธรรมในการดำเนินการขึ้นตอนหรือกระบวนการใดๆที่ใช้โจมตีเป้าหมายทางทหารระหว่างคู่พิพาท อาจกล่าวได้ว่า หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศถูกสร้างขึ้นมาเพื่อเป็นการจำกัดสิทธิของรัฐโดยการตีกรอบไม่ให้รัฐหนึ่งรัฐใดสามารถโจมตีเป้าหมายทางทหารได้ตามอำเภอใจแม้รัฐนั้นจะมีอำนาจอธิปไตยอย่างเต็มที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม ซึ่งบรรดารัฐต่างๆก็ยินยอมที่จะถูกจำกัดสิทธิและพร้อมที่จะปฏิบัติตามหลักความได้สัดส่วนดังกล่าว และให้ความสำคัญของพลเรือนในยามขัดกันทางอาวุธ ซึ่งปรากฏในเอกสารทางกฎหมายต่างๆ เช่น ในรายงานเรื่องแนวปฏิบัติของประเทศอาเจนติน่าปีค.ศ. 1997 บทที่ 1.5 ซึ่งได้มีการอ้างถึงคำพิพากษาคดี Military Junta ว่ารัฐบาลทหารอาเจนติน่ายอมรับในหลักความได้สัดส่วน

ประกอบการพิจารณาการโจมตีเป้าหมายทางทหารทุกครั้ง¹ หรือ ในวรรค 20 ของความเห็นขัดแย้ง (dissenting opinion) ของผู้พิพากษาฮิกกิน (Judge Rosalyn Higgins) ในแนวความเห็นของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (advisory opinion) คดีอาวูธนิวเคลียร์ปีค.ศ. 1996² ว่าเป้าหมายทางทหารที่ถูกกฎหมายอาจไม่สามารถถูกโจมตีได้หากผลกระทบข้างเคียงจากการโจมตีที่มีต่อพลเรือนไม่ได้สัดส่วน เป็นต้น³

ทั้งนี้ เมื่อผู้เขียนได้พิจารณาถึงที่มาและแนวคิดของหลักความได้สัดส่วนแล้ว ผู้เขียนสามารถสังเกตเห็นได้ว่าหลักความได้สัดส่วนเริ่มปรากฏตั้งแต่ช่วงยุคสงครามที่เป็นธรรม (Just War)⁴ สืบเนื่องมาจนถึงยุคกลาง (Middle Age)⁵ ซึ่งแนวคิดความได้สัดส่วนในช่วงนี้เป็นเพียงนโยบายที่บรรดารัฐต่าง ๆ ได้พยายามแสดงออกถึงความร่วมมือในการจำกัดสิทธิการทำสงครามของตน รวมถึงความพยายามในการควบคุมการกระทำใดๆของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินยุทธวิธีในสงคราม รวมถึงการออกมาตรการโจมตีหรือมาตรการตอบโต้ของคู่ภาคี โดยสงครามนั้นจะต้องมีความยุติธรรมและความเสมอภาคของคู่พิพาทในการทำสงคราม ประกอบกับนักบุญออกัสตินได้กล่าวเพิ่มไว้ว่า การโจมตีหรือการตอบโต้ดังกล่าวจะต้องโจมตีโดยไม่ใช้ความรุนแรงที่ก่อให้เกิดความเสียหายเกินกว่าเหตุ (Excessive Damage)⁶ และไม่ใช่กำลังโจมตีที่ก่อให้เกิดความทรมานโดยไม่จำเป็น (Unnecessary Suffering)⁷ การโจมตีต้องเป็นการโจมตีเป้าหมายทางทหารโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ฝ่ายตรงข้ามขาดใช้ความผิดเกินควรจากการที่ตนได้โจมตีก่อน โดยความเสียหายจากการโจมตีเป้าหมายทางทหารที่ฝ่ายตรงข้ามจะได้รับนั้นจะต้องเท่ากันหรือใกล้เคียงกับความเสียหายที่ตนได้รับมากที่สุด ทั้งนี้ในระยะต่อมา หลักความได้สัดส่วนได้ถูกโยงเข้ากับหลักมนุษยธรรม (Humanity)⁸ ในยุคสมัยของนักบุญโทมัส

¹ Report on the Practice of Agentina, 1997, Chapter 1.5, referring to National Court of Appeals, Military Junta Case, Judgment, 9 December, 1985

² Rosalyn Higgins, Dissenting Opinion to the Nuclear Test Case 1996, I.C.J., clause 20

³ Ibid.

⁴ Aaron Fichtelberg. Applying the Rule of Just War Theory to Engineers in the Arms Industry. Science and Engineering Ethics Vol. 12. (2006). p. 287-288

⁵ Keith J. Gomes. An Intellectual Genealogy of the Just War: A Survey of Christian Political Thought on the Justification of Warfare. Small Wars Journal. (2008). p. 1-3

⁶ N. Ronzitti. “Is the Non Liquef of the Final Report by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia Acceptable?”. 82 IRRC. (2000). p. 1025

⁷ The Prosecutor v. Tihomir Blaskic. Judgment. I.C.T.Y. 2000. para. 261

⁸ The Prosecutor v. Vidoje Blakojević and Dragan Jokić. Judgment. 2005. I.C.T.Y. para. 429, 541

อโควินัส ด้วยเหตุผลของการเพิ่มแนวคิดเรื่องการคุ้มครองมนุษย์โดยใช้เหตุผลทางศาสนาเข้ามาช่วย

ในยุคกลาง หลักความได้สัดส่วนได้ถูกบรรจุอยู่ในคู่มือหนังสือของบรรดาอัครวินในการต่อสู้ปกป้องบ้านเมืองโดยมีสาระที่คล้ายคลึงกับยุคก่อนๆ รวมทั้งเป็นการวางรากฐานแนวคิดที่ส่งผลต่อความชัดเจนของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในประเด็นเรื่องหลักการการแบ่งแยกความแตกต่าง (The Principle of Distinction) ที่คู่สงครามจะต้องแบ่งแยกเป้าหมายทางการทหารหรือพลรบกับเป้าหมายทางพลเรือนออกจากกัน รวมทั้งยังแทรกประเด็นเรื่องศีลธรรมอันดีต่อประชาชนผู้บริสุทธิ์อีกด้วย ซึ่งในสมัยก่อนหน้านี้มิได้มีการระบุเรื่องดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนแต่อย่างใด จนมาถึงในช่วงยุคก่อนและหลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่งและครั้งที่สอง จนถึงยุคปัจจุบันที่หลักความได้สัดส่วนได้ถูกระบุอย่างชัดเจนและเป็นรูปธรรมมากกว่าในยุคก่อนๆ โดยเฉพาะเรื่องการระบุเรื่องหลักความได้สัดส่วนลงในบทบัญญัติต่างๆ เช่น อนุสัญญากรุงเฮกฉบับที่ 4 พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ปีค.ศ. 1977 พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ของอนุสัญญาห้ามอาวุธตามแบบบางชนิดที่ก่อให้เกิดการบาดเจ็บร้ายแรงเกินความจำเป็นหรือก่อให้เกิดโดยไม่จำกัดเป้าหมาย ค.ศ. 1980 หรือ ธรรมนูญกรุงโรมปีค.ศ. 1998 เป็นต้น ทั้งนี้ หลักความได้สัดส่วนได้รับการพัฒนาจนกลายมาเป็นหลักสำคัญในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อจำกัดสิทธิของรัฐในการทำสงคราม เป็นการสร้างกรอบให้รัฐพึงปฏิบัติภายใต้หลักการในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศซึ่งถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

จากความข้างต้นทั้งหมด เหตุที่ผู้เขียนได้อธิบายถึงที่มาและแนวทางของการก่อกำเนิดหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนี้ ก็เพื่อแสดงให้เห็นว่าเหตุผลหลักที่หลักความได้สัดส่วนได้ถูกสร้างหรือคิดค้นขึ้นมาในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศก็เพื่อวางกรอบในการดำเนินยุทธวิธีทางการทหารและการจำกัดสิทธิในการดำเนินการใดๆ อันเกี่ยวข้องกับการทำสงครามของคู่พิพาทแต่ละฝ่าย ทั้งนี้ คู่พิพาทแต่ละฝ่ายจะสามารถทำสงครามได้ในระดับใด คู่พิพาทสามารถมุ่งโจมตีวัตถุประสงค์ทางทหาร รวมถึงการโจมตีดังกล่าวจะส่งผลไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมต่อพลเรือนและพลรบในระดับที่มากน้อยเพียงใด โดยเฉพาะประเด็นเรื่องการป้องกันตนเองและการป้องกันผลข้างเคียงจากการโจมตีเป้าหมายทางการทหารที่เกิดขึ้นต่อพลเรือน ดังที่ระบุอย่างชัดเจนในวรรค 43 ของคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคดี Oil Platform ระหว่างสหรัฐอเมริกา กับอิหร่านในปีค.ศ. 2003⁹ และวรรคที่ 18 ของคำพิพากษาศาลอาญาระหว่างประเทศ

⁹ Case concerning Oil Platform s.(Islamic Republic of Iran v. United States of America). I.C.J. 2003, paragraph. 43

แห่งอดีตประเทศยูโกสลาเวียในคดี Martić ปีค.ศ. 1997¹⁰ รวมถึง วรรค 20 ของความเห็นขัดแย้ง (dissenting opinion) ของผู้พิพากษาฮิกกิน (Judge Rosalyn Higgins) ในแนวความเห็นของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (advisory opinion) คดีอาวุธนิวเคลียร์ปีค.ศ. 1996¹¹ ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในตอนต้น

ผู้เขียนขอยกกรณีศึกษา Naulila มาประกอบกรวิเคราะห์ข้างต้น โดยคดีนี้เป็นคดีที่โปรตุเกสกับเยอรมนีได้ยื่นเรื่องต่อศาลอนุญาโตตุลาการ (Arbitral Tribunal) ภายใต้สนธิสัญญาสันติภาพแวร์ซาย (Versailles Peace Treaty) โดยเยอรมันได้โจมตีป้อมปราการของโปรตุเกสและสังหารประชาชนแองโกล่าซึ่งเป็นอาณานิคมของโปรตุเกสเป็นจำนวนมากในปีค.ศ. 1914 ซึ่งเยอรมนีได้อ้างว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการป้องกันตัวเอง เยอรมนีสามารถกระทำการปกป้องตัวเองในระดับใดก็ได้ ทำยสุดในปี ค.ศ. 1928 ศาลอนุญาโตตุลาการได้กล่าวว่าการโจมตีของเยอรมนีไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาถึงความเสียหายต่อเป้าหมายทางทหารและความเสียหายข้างเคียงที่เกิดต่อพลเรือน เช่นนี้ สามารถสังเกตได้ว่าหลักความได้สัดส่วนของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจึงถูกสร้างขึ้นมาเพื่อจำกัด และบรรลู่วัตถุประสงค์ในการโจมตีเป้าหมายทางทหารหรือการใช้ยุทธวิธีหรือกระบวนการใดในการทำสงคราม

ความสำคัญของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อวัตถุประสงค์เรื่องความจำเป็นทางทหาร (Military necessity)¹² และจุดมุ่งหมายทางการทหาร (Military Objective)¹³ ถือเป็นหลักสำคัญยังได้ปรากฏอย่างเด่นชัดมากขึ้นโดยเฉพาะในวรรคที่ 78 และ 79 ของความเห็นของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคดี Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons ในปีค.ศ. 1996 และในวรรคที่ 524 ของคำพิพากษาคดี Kupreskic ของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอิตยูโกสลาเวีย (ICTY) ในปีค.ศ. 2000 โดยได้กล่าวไปในแนวทางเดียวกันว่าการโจมตีในสภาวะการขัดกันทางอาวุธนั้นจะต้องเป็นการโจมตีทางการทหาร (Military Attack)¹⁴

¹⁰ Martić Case Review of the Indictment. I.C.T.Y. (1996)p.7 paragraph 48

¹¹ Rosalyn Higgins, Dissenting Opinion to the Nuclear Test Case 1996, I.C.J., clause 20

¹² Case concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Merits. 1986. I.C.J. Paragraph 218

¹³ Prosecutor v. Ivica Rajic (a/k/a Viktor Andric) Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence. I.C.T.Y. 1996. para 54,56

¹⁴ Prosecutor v. Ivica Rajic (a/k/a Viktor Andric) Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence. I.C.T.Y. 1996. para 54,56

ต่อจุดมุ่งหมายทางการทหาร (Military Objective)¹⁵ อันนำไปสู่ผลประโยชน์ทางการทหาร (Military Advantage)¹⁶ ตามหลักความจำเป็นทางทหาร (Military Necessity)¹⁷ ซึ่งการโจมตีดังกล่าวต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน

จริงอยู่สิ่งแวดลอมถือเป็น "วัตถุทางพลเรือน" (Civilian Object) ซึ่งได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองสิ่งแวดลอมในฐานะ "วัตถุทางพลเรือน" ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการคุ้มครองสิ่งแวดลอมอย่างกว้างภายใต้เรื่องการให้ความสำคัญทางเป้าหมายทางการทหารเป็นหลัก ซึ่งก่อให้เกิดช่องโหว่หลายประการในการคุ้มครองสิ่งแวดลอมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธ ช่องโหว่ประการสำคัญที่สุดคือการที่วัตถุทางพลเรือนสามารถเปลี่ยนเป็นเป้าประสงค์ได้อย่างง่ายดาย ดังกรณีที่กองกำลังทางทหารเข้ายึดครองป่าไม้หรือบริเวณแหล่งที่เป็นทรัพยากรธรรมชาติซึ่งพื้นที่ดังกล่าวเป็นประโยชน์ต่อทางการทหารต่อฝ่ายที่ใช้พื้นที่ ดังนั้นฝ่ายตรงข้ามจึงสามารถพิจารณาพื้นที่ดังกล่าวเป็นเป้าหมายทางการทหารได้ (Military Objective)

ดังนั้นเมื่อเป็นเป้าหมายทางการทหารแล้ว กฎหมายจึงสามารถให้โจมตีได้โดยตรงตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ดังนั้น ในกรณีนี้สิ่งแวดลอมจึงสามารถถูกทำลายได้จากการโจมตีทางตรงเพราะเป็นเป้าหมายทางการทหาร ซึ่งจะแตกต่างจากผลโจมตีข้างเคียงที่ส่งผลต่อสิ่งแวดลอมในฐานะที่เป็นวัตถุทางพลเรือน เช่นในกรณีของการใช้ฝืนเหลือง (The Agent Orange) และยาฆ่าแมลงในบริเวณป่าลึกที่ทหารเวียดนามใช้ซ่อนตัวเป็นเกาะกำบังซึ่งเป็นประโยชน์ทางการทหารที่ชัดเจนของทหารเวียดนาม เช่นนี้สิ่งแวดลอมหรือป่าในกรณีนี้จึงถูกกลายสภาพจากวัตถุทางพลเรือน (Civilian Object) เป็นเป้าหมายทางการทหาร (Military Objective) ไปโดยปริยาย อาจกล่าวได้ว่าเป็นการคุ้มครองสิ่งแวดลอมเป็นเรื่องลำดับรองในการพิจารณาการโจมตีใดๆซึ่งถูกรับคลุมโดยภายใต้เรื่องการโจมตีเป้าหมายทางการทหาร

จากที่กล่าวมาทั้งหมด ผู้เขียนแสดงให้เห็นปัญหาแรกของหลักความได้สัดส่วนในการคุ้มครองสิ่งแวดลอม ซึ่งก็คือที่มาและวัตถุประสงค์ของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีจุดมุ่งหมายหลักคือการจำกัดสิทธิในการทำยุทธวิธีทางการทหารและการตีกรอบ

¹⁵ Advisory Opinion. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. I.C.J. 1996. Paragraph 43

¹⁶ Henkart, p. 326.

¹⁷ United States v. List (The Hostage Case), Case No. 7 (Feb 19, 1948)reprinted in 11 Trials of War Criminals Before The Nuremburg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10 at 1230 (1950).

การโจมตีของคู่พิพาทในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ทางการทหารเป็นหลัก (Military Objective) หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไม่ได้ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อที่จะวางรากฐานแนวคิดหรือสร้างบรรทัดฐานในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธแต่อย่างใด จริงอยู่ที่วรรค 62 ในแนวความเห็นของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (advisory opinion) คดีอาวุธนิวเคลียร์ปีค.ศ. 1996¹⁸ ได้ระบุอย่างชัดเจนว่าการเคารพสิ่งแวดล้อมถือเป็นปัจจัยหนึ่งที่น่าไปสู่การพิจารณาเรื่องหลักความสำคัญเพื่อประกอบพิจารณาเรื่องความได้สัดส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศ แต่การดังกล่าวก็ถูกนำมาใช้เป็นเพียงปัจจัยหนึ่งที่น่าไปสู่ผลประโยชน์ทางการทหารซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หลัก กล่าวคือ หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจะเข้ามาเป็นปัจจัยในการใช้ยุทธวิธีการโจมตี การดำเนินการทางการทหาร ตลอดจนการดำเนินอื่นๆเพื่อบรรลุเป้าประสงค์ทางการทหารเป็นหลัก การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมซึ่งถือเป็นวัตถุประสงค์พลเรือน (Civilian Object) ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้นถือเป็นเรื่องชั้นรองและถูกลดบทบาทไป โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาถึงหนังสือบทวิจารณ์ (Commentary) ในการร่างข้อที่ 35 วรรค 3 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 แล้วจะเห็นว่าจริงอยู่ที่ผู้ร่างกฎหมายเห็นความสำคัญของสิ่งแวดล้อมว่าในความเป็นจริงสิ่งแวดล้อมได้รับผลกระทบจากการโจมตีในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธ¹⁹ แต่ปัญหาสิ่งแวดล้อมยังไม่ได้รับความตระหนักเท่าที่ควรในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ดังนั้น เมื่อวัตถุประสงค์ของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีเพื่อการโจมตีเป้าหมายทางทหารไม่ใช่การตอบโต้ภัยที่จะคุ้มครองสิ่งแวดล้อมแล้ว จึงไม่สามารถที่จะคุ้มครองสิ่งแวดล้อมได้ไม่มีประสิทธิภาพและ คุ้มครองสิ่งแวดล้อมได้เท่าที่ควรในระดับที่เหมาะสม

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

4.1.2 ปัญหาด้านตัวบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมใน ภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธ

สืบเนื่องมาจากวัตถุประสงค์ของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีเพื่อการบรรลุเป้าหมายทางการทหารเป็นหลักสำคัญ การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธจึงเป็นเรื่องลำดับรอง ส่งผลให้บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีอย่างจำกัด ประกอบกับเท่าที่มีอยู่ก็ไม่ได้ชัดเจนหรือสอดคล้องกับแนวปฏิบัติอันพึงควรแต่อย่างใด ซึ่งในปัญหาของหลักความได้สัดส่วนเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธคือปัญหาเรื่องบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครอง

¹⁸ Advisory Opinion. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. I.C.J. 1996. Paragraph 62

¹⁹ Commentary, para 1442

สิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธนี้ ซึ่งผู้เขียนแบ่งเป็น 3 ประเด็นย่อยได้แก่ (1) บทบัญญัติในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่มีอย่างจำกัด (2) บทบัญญัติไม่มีความชัดเจนและยากที่สามารถจะนำมาบังคับใช้ และ (3) การปรับใช้บทบัญญัติไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของบทบัญญัติในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

4.1.2.1 บทบัญญัติในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่มีอย่างจำกัด

ดังที่ทราบว่บทบัญญัติเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีอย่างจำกัด สืบเนื่องจากวัตถุประสงค์หลักของการสร้างกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศก็เพื่อการจำกัดสิทธิและการตีกรอบการทำสงครามเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ทางการทหารไม่ใช่การบรรลุวัตถุประสงค์เรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม อย่างไรก็ตาม เนื่องจากกระแสกฎหมายระหว่างประเทศรวมทั้งสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ทำให้ความสำคัญของการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเข้ามามีบทบาทในทุกภาคส่วน เมื่อพิจารณาตัวบทกฎหมายเรื่องกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศแล้ว บทบัญญัติที่ระบุเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ได้แก่ ข้อที่ 1 ของอนุสัญญาว่าด้วยการห้ามใช้เทคนิคการดัดแปลงสิ่งแวดล้อมในทางทหารหรือในทางอื่นใดที่เป็นปรักษ์อื่นใด ค.ศ. 1976 (ENMOD), ข้อที่ 35 วรรค 3 และข้อที่ 55 วรรค 1 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 ส่วนกฎหมายอื่นที่พอจะเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธได้แก่ ข้อที่ 8 วรรค 2 ของธรรมนูญกรุงโรม ค.ศ. 1998, ข้อ 2 วรรค 4 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 3 ของ Annexed to the Weapons Convention และอนุสัญญาว่าด้วยอาวุธทางเคมี ทั้งนี้ นักกฎหมายบางท่านอาจมองว่าการมีบทบัญญัติเพียงเท่านั้นก็เพียงพอแล้วที่สามารถจะคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธ ซึ่งผู้เขียนไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง เพราะเมื่อพิจารณาถึงจำนวนและเนื้อหาแล้วจะพบว่า จำนวนบทบัญญัติเหล่านี้มีน้อยมากประกอบกับเนื้อหาที่แคบมากเมื่อเทียบกับกฎหมายสาขาย่อยอื่นในกฎหมายระหว่างประเทศที่มีการกล่าวเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ผู้เขียนขอยกตัวอย่างโดยนำ มาตรา 35 วรรค 3 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 และข้อที่ 8 วรรค 2 ของธรรมนูญกรุงโรมมาวิเคราะห์ประกอบกันดังต่อไปนี้

ข้อที่ 35 วรรค 3 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานที่ได้มีการกล่าวเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในยามเกิดภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธเป็นรูปธรรมครั้งแรก โดยได้ระบุว่า

“It is prohibited to employ methods or means of warfare which are intended, or may be expected, to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment.”

ถ้าพิจารณาจากบทบัญญัติแล้ว เนื้อหาในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมถูกรวมในวงแคบมาก กล่าวคือกฎหมายห้ามเฉพาะในกรณีที่คู่พิพาทจะหาหนทางหรือใช้วิธีการใดๆในการทำสงครามที่มุ่งประสงค์หรือคาดว่าจะให้เกิดความเสียหายที่รุนแรงต่อสิ่งแวดล้อมธรรมชาติซึ่งมีผลเป็นวงกว้างและกินระยะเวลายาวนานเท่านั้น ดังนั้นความแคบของคำจำกัดความจึงเป็นช่องโหว่ที่จะให้บรรดาคู่พิพาทใช้ผลประโยชน์จากจุดนี้ และจริงอยู่ที่ข้อ 35 วรรค 3 นี้ไม่ได้ระบุคำว่า "ความไม่ได้สัดส่วน" (disproportionate) ออกมาอย่างชัดเจน แต่ในความเห็นของผู้เขียนแล้ว ความได้สัดส่วนดังกล่าวได้สะท้อนออกมาภายใต้ของคำว่า "ความเสียหายที่เป็นบริเวณกว้าง, ระยะเวลายาว และรุนแรง" (widespread, long-term and severe damage) เพราะเมื่อกลับไปพิจารณา commentary ของข้อที่ 35 วรรค 3 นี้แล้วจะพบว่า ในการโจมตีครั้งใดนั้น ผลลัพธ์ในการโจมตีจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอันเกินควรต่อสิ่งแวดล้อมรอบข้างโดยเฉพาะอันตรายอันเกิดจากเทคโนโลยีที่ส่งผลต่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งความดังกล่าวได้ระบุใน "Final Report: An Agenda for the Red Cross" ในปีค.ศ. 1975 โดย ดร. แทรนลีย์²⁰

ในความคิดของผู้เขียน คำว่า "widespread, long-term and severe damage" สามารถแสดงนัยสำคัญของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และนี่จึงเป็นอีกสาเหตุหนึ่งที่ทำให้บรรดาคู่พิพาทในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธใช้ประโยชน์จากตรงนี้ในการโจมตีฝ่ายตรงข้ามโดยไม่พิจารณาถึงผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม เนื่องจากการกระทำของตนอาจไม่ครบองค์ประกอบทั้ง 3 ข้อดังที่กฎหมายกำหนด ได้แก่ ความเสียหายที่เป็นบริเวณกว้าง กินระยะเวลายาวนาน และรุนแรง (Widespread, Long-term and Severe Damage) เช่น ในกรณีของอิสราเอลที่โจมตีปาเลสไตน์โดยส่งผลให้สิ่งแวดล้อมของปาเลสไตน์ได้รับความเสียหายอย่างรุนแรงและเป็นวงกว้าง แต่ที่อิสราเอลกล่าวว่าตนไม่ได้ละเมิดตามข้อที่ 35 เรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมก็เนื่องจากผลจากความเสียหายดังกล่าวไม่ได้เป็นความเสียหายที่ยาวนาน สามารถฟื้นฟูสิ่งแวดล้อมได้ในระยะเวลาอันสั้น

²⁰ Commentary on the protocol i, para 1146

ตัวอย่างบทบัญญัติในเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่แคบอีกตัวอย่างคือข้อที่ 8 วรรค 2 ของธรรมนูญกรุงโรมปีค.ศ. 1998 ซึ่งได้ระบุไว้ว่า

“Intentionally launching an attack in the knowledge that such attack will cause incidental loss of life or injury to civilians or damage to civilian objects or widespread, long-term and severe damage to the natural environment which would be clearly excessive in relation to concrete and direct overall military advantage anticipated.”

สามารถสังเกตได้ว่าตัวบทบัญญัติจะคล้ายกับข้อที่ 35 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 ซึ่งแน่นอนว่าปัญหาและช่องว่างของกฎหมายย่อมเกิดขึ้น อีกทั้งในบทบัญญัตินี้ผู้เขียนได้สังเกตว่าผู้ร่างได้พยายามที่จะเพิ่มการเน้นความสำคัญที่สองประการ คือ เรื่องความตั้งใจ (Intention) และการรับรู้ (Knowledge) ถึงผลลัพธ์ที่จะส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม และ เรื่องของความเสียหายอันเกินขนาด (Excessive Damage) ซึ่งมีความสัมพันธ์กับเรื่องความจำเป็นทางทหาร ผู้เขียนเห็นว่าผู้ร่างยังคงให้ความสำคัญกับความจำเป็นทางทหารเป็นหลักโดยการผูกประเด็นเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเข้ากับประเด็นเรื่องความจำเป็นทางทหาร ดังที่ระบุในข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่ 780 ปีค.ศ. 1992 และเอกสารรายงานของสหประชาชาติเลขที่ UN Doc. S/1994/674 วรรคที่ 207 ปีค.ศ. 1994

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กล่าวคือในการโจมตีแต่ละครั้งนั้นจะต้องเป็นการโจมตีเพื่อวัตถุประสงค์ทางการทหาร และในการโจมตีทางวัตถุประสงค์ทางการทหารดังกล่าวต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอันเกินขนาดต่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งช่องโหว่สำคัญของบทบัญญัตินี้ในเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่นำมาโยงเข้าเรื่องความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ คือการที่ผู้โจมตีต้องรับรู้หรือสามารถรู้ได้โดยตั้งใจถึงผลลัพธ์ที่จะเกิดต่อสิ่งแวดล้อมว่าผลลัพธ์ดังกล่าวเป็นผลลัพธ์ที่มีผลเป็นวงกว้าง ระยะเวลา และ รุนแรง และผลของความเสียหายก็ต้องเกินขนาดจริงๆเท่านั้นจึงจะสามารถอ้างเรื่องความไม่ได้สัดส่วนในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธได้

4.1.2.2 บทบัญญัติไม่มีความชัดเจนและยากที่จะสามารถนำมาปรับใช้

ต้องกล่าวว่า ปัญหาเรื่องบทบัญญัติของหลักความได้สัดส่วนที่เกี่ยวข้องกับการ

คุ้มครองสิ่งแวดล้อมนั้นไม่มีความชัดเจนและยากที่จะสามารถนำมาปรับใช้นั้น เป็นปัญหาที่มีความเชื่อมโยงกับการที่บทบัญญัติเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธซึ่งมีจำนวนบทบัญญัติที่จำกัด และเท่าที่มีอยู่อย่างจำกัดนั้นในแต่ละบทบัญญัติก็มีสาระsticeในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่ตีกรอบแคบจนเกินไป ประกอบกับ นอกจากตัวบทบัญญัติจะแคบจนเกินไปแล้ว ตัวบทบัญญัติเองก็ยังไม่มีความชัดเจนในตัวเนื้อหาและการใช้คำในบทบัญญัติ นำไปสู่ความลำบากในการนำบทบัญญัติดังกล่าวมาปรับใช้ได้ โดยความไม่ชัดเจนหรือความคลุมเครือในบทบัญญัตินี้ ผู้เขียนขอยกมาตราหลักที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมประกอบกับเรื่องหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศประกอบการพิจารณาด้วยกัน เพราะดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในตอนต้นว่าหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นหลักที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธมากที่สุด

ตัวอย่างที่เด่นชัด คือการที่ที่ประชุมคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยการลดอาวุธ (The United Nations Committee of the Conference on Disarmament (CCD)) ได้ลงมติยอมรับอนุสัญญาว่าด้วยการห้ามใช้เทคนิคการดัดแปลงสิ่งแวดล้อมในทางทหารหรือในทางอื่นใดที่เป็นปรปักษ์อื่นใด ค.ศ. 1976 (ENMOD) ในปีค.ศ. 1976 ซึ่งตามข้อที่ 1 ของอนุสัญญาดังกล่าวได้มีการห้ามใช้วิธีการหรือการดัดแปลงใดๆทางสิ่งแวดล้อมเพื่อเป็นเครื่องมือในการโจมตีฝ่ายตรงข้าม โดยการใช้หรือดัดแปลงสิ่งแวดล้อมดังกล่าวในฐานะที่เป็นเครื่องมือที่นำไปสู่ผลกระทบที่เป็นวงกว้างระยะเวลายาวนาน 'หรือ' ร้ายแรง ซึ่งเมื่อย้อนกลับไปดูเอกสารการเตรียมงาน (Travaux Préparatoire) ของการประชุมนี้ การตีความของคำว่า ระยะเวลายาวนาน (Long-Lasting) นั้นจะหมายถึงช่วงหนึ่งเดือน (Period of Months) หรือช่วงฤดูการหนึ่งเท่านั้น (Season)²¹ ซึ่งเป็นการจำกัดและตีกรอบระยะเวลาที่แคบจนเกินไป

มาตรา 35 วรรค 3 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 ได้ระบุเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธในลักษณะที่ว่า กฎหมายห้ามเฉพาะในกรณีที่คุณพิพาทจะหาหนทางหรือใช้วิธีการใดๆในการทำสงคราม ที่มุ่งประสงค์หรือคาดว่าจะให้เกิดความเสียหายที่รุนแรงต่อสิ่งแวดล้อมธรรมชาติซึ่งมีผลเป็นวงกว้างและกินระยะเวลายาวนาน เพราะฉะนั้น

21 Understanding annexed to the text of ENMOD, contained in the report of the UN Committee of the Conference on Disarmament to the General Assembly, Official Records of the General Assembly, 31st session, Supplement No. 27 (A/31/27)

จึงสังเกตได้ว่าองค์ประกอบความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อมต้องประกอบไปด้วย 3 องค์ประกอบดังต่อไปนี้คือ 1) ต้องเป็นความเสียหายที่รุนแรง 2) ต้องเป็นความเสียหายที่กินระยะเวลา 3) ต้องเป็นความเสียหายที่เป็นวงกว้าง ผู้เขียนวิเคราะห์ได้ว่า ประเด็นที่คลุมเครือในตัวบทกฎหมายนี้จึงเกิดขึ้นในกรณีที่มีความเสียหายที่เกิดแก่สิ่งแวดล้อมไม่ครบองค์ประกอบทั้งสามประการข้างต้น เพราะในภาษาอังกฤษได้ใช้คำว่า 'และ' หรือ 'And' ในภาษาอังกฤษ ดังนั้น คู่ภาคีสามารถที่จะโจมตีฝ่ายตรงข้ามทั้งๆที่ก่อให้เกิดความเสียหายดังกล่าวต่อสิ่งแวดล้อมได้หรือไม่ ประกอบกับกรณีศึกษาที่เกิดขึ้นจริงก็ไม่ปรากฏเด่นชัด เว้นแต่กรณีของอิสราเอลและปาเลสไตน์ตามที่ผู้เขียนได้ยกไว้เป็นตัวอย่งในตอนต้น

มาตรา 55 วรรค 1 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 ได้ระบุเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธซึ่งได้ระบุไว้ในลักษณะที่ว่าการระมัดระวังดูแลในยามภาวะการณ์เกิดสงครามเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายที่เป็นวงกว้าง เป็นระยะเวลายาวนาน และรุนแรงต่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งการคุ้มครองนี้รวมถึงการห้ามใช้วิธีการใดๆหรือกระบวนการใดในสงครามที่ประสงค์หรือคาดหมายได้ว่าหากใช้แล้วจะก่อให้เกิดความเสียหายดังกล่าวดังกล่าวต่อสุขภาพหรือการอยู่รอดของมนุษย์ ในบทบัญญัตินี้ ผู้เขียนสังเกตว่าผู้ร่างกฎหมายพยายามที่จะขยายกรอบการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมให้กว้างขึ้นจากข้อ 35 วรรค 3 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 ซึ่งเป็นข้อบังคับพื้นฐานในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ซึ่งได้มีการเขียนเพิ่มเติมใน 2 เรื่องคือ เรื่องแรกคือการสะท้อนเรื่องจำกัดความของการป้องกันสิ่งแวดล้อมในยามสงคราม (warfare) และ เรื่องที่สองคือเรื่องการให้รวมถึงความเสียหายต่อสุขภาพและความอยู่รอดของประชาชน ประเด็นจึงมีอยู่ว่าหากผลการโจมตีที่ส่งผลต่อความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมแต่ด้วยวิธีดังกล่าวจากการโจมตีข้างต้นไม่ส่งผลต่อสุขภาพหรือความอยู่รอดของประชาชนจะถือว่ารัฐผู้โจมตีไม่ได้ละเมิดบทบัญญัติข้อนี้หรือไม่ เพราะในตัวบทกฎหมายใช้คำว่า "ด้วยวิธีดังกล่าว" (thereby) ประเด็นเชื่อมโยงในบทบัญญัติข้อนี้ที่สืบเนื่องกันจึงเกิดขึ้นว่าแท้จริงแล้วบทบัญญัตินี้มีวัตถุประสงค์หลักที่จะคุ้มครองสิ่งแวดล้อมหรือมนุษย์เป็นแน่ ณ จุดนี้ จากบทบัญญัติหลักเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธแล้วจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติทั้งในข้อ 35 วรรค 3 และบทบัญญัติในข้อ 55 วรรค 1 มีความคลุมเครือในสาระที่ละเอียดจะปรับใช้ แม้กระทั่งในบริบท commentary ก็ไม่ได้กล่าวว่าแท้จริงแล้วคำว่า "ด้วยวิธีดังกล่าว" (thereby) จะหมายถึงเรื่องเหตุอันเชื่อมโยงระหว่างการโจมตีที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมและต่อสุขภาพและชีวิตมนุษย์หรือไม่

เมื่อได้พิจารณาเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธตามข้อ 35 วรรค 3 และข้อ 55 วรรค 1 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 แล้ว ถึงแม้หลักความได้สัดส่วน

จะไม่ได้ถูกระบุอย่างเด่นชัด ในความเห็นของผู้เขียนเขียนแล้ว หลักดังกล่าวได้สะท้อนออกมาภายใต้ ความเสียหายที่เป็นวงกว้าง กินระยะเวลาและรุนแรง (Widespread, Long-term and Severe Damage) ตามหลักในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ สิ่งแวดล้อม (environment) ถือเป็นพลเรือน ดังนั้นหากการโจมตีครั้งใดที่ก่อให้เกิดความเสียหายที่รุนแรง เป็นวงกว้างและกินระยะเวลานาน กับพลเรือนแล้วก็ไม่เหมาะสมในการโจมตีที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ทางการทหาร ดังที่กล่าวไว้ ในการโจมตีแต่ละครั้งของคู่อริวัตถุประสงค์ทางการทหาร (Military Objective) เป็นเรื่องที่ต้องนำมา พิจารณาเป็นลำดับแรกภายใต้หลักการแบ่งแยก (Principle of Distinction) ดังนั้นการโจมตีในแต่ละ ครั้งจะต้องเป็นการโจมตีเป้าหมายทางการทหารที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อพลเรือน (Civilian) น้อย ที่สุดและต้องเป็นการโจมตีที่ก่อให้เกิดประโยชน์อันเหมาะสมในครั้งนั้นๆ ดังนั้นเมื่อการโจมตีที่ ทางการทหารก่อให้เกิดความเสียหายอันเสียหายต่อพลเรือน หรือสิ่งแวดล้อมในคดีนี้ จึงไม่เป็นไปตาม หลักความได้สัดส่วน ปัญหาเชื่อมโยงมาจากการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมภายใต้หลักความได้สัดส่วนจึง เกิดขึ้นว่า แล้วการโจมตีในระดับใดที่จะถือว่าเป็นการโจมตีที่ได้สัดส่วน เพื่อไม่ให้ก่อความเสียหายที่ เป็นวงกว้าง กินระยะเวลา และ รุนแรง รวมทั้งเป็นการโจมตีที่เป็นไปตามหลักการคุ้มครอง สิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์เกิดการขัดกันทางอาวุธ

ข้อ 51 (5)(5)(b) ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 เป็นบทบัญญัติพื้นฐานใน กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศว่าด้วยหลักความได้สัดส่วน ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า

“... an attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated.”

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัตินี้ ปรากฏว่ามีถ้อยคำที่คลุมเครือและไม่ชัดเจนเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะเรื่องการโจมตีที่คาดการณ์ได้ที่ก่อให้เกิดความเสียหาย และความเสียหายนั้นต้องเป็น ความเสียหายที่เกินควรซึ่งต้องมีจุดเชื่อมโยงกับประโยชน์ทางการทหารทางตรงและที่เป็นรูปธรรม กล่าวคือเมื่อพิจารณาถึงคำว่า การโจมตีที่คาดการณ์ได้นั้น (An attack which may be expected) คำถามจึงเกิดขึ้นว่าใครจะเป็นคนคาดการณ์ถึงการโจมตีดังกล่าว คำตอบคือผู้บังคับบัญชา ปัญหา สืบเนื่องจากผู้บังคับบัญชาแต่ละท่านมีประสบการณ์และความชำนาญในการทำสงครามที่แตกต่าง กัน การประเมินถึงความเสียหายที่เกิดจากการโจมตีนั้นจึงแตกต่างกันเช่นกันตามแนวความคิดของ

Ian Handerson²² กับ Joseph Holland²³ ที่ผู้เขียนได้ระบุไว้ในบทที่ 2 ประกอบกับเมื่อพิจารณาถึง คำว่าความเสียหายอันเกินขนาดที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ทางการทหารทางตรงที่เป็นรูปธรรมนั้น ความคลุมเครือของบทบัญญัติจึงเกินขึ้นมาว่า ความเสียหายระดับใดถึงอย่างไรจึงจะเรียกว่า "เกินขนาด" และความเสียหายนั้นต้องหมายถึงความเสียหายที่เป็นผลประโยชน์ทางการทหารทางตรงและเป็นรูปธรรม คือไม่มีสิ่งใดที่จะมาขวางการโจมตีหรือกระทำการใดๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์อันเป็นรูปธรรมเช่นนั้นหรือไม่ หรือจะหมายถึงการห้ามก่อให้เกิดความเสียหายอันเกินขนาดต่อพลเรือน ซึ่งเป็นความเสียหายข้างเคียงต่อการโจมตีเป้าหมายทางการทหาร

ความคลุมเครือในตัวบทที่สำคัญอีกประการคือคำว่า ความเสียหายที่อยู่ในระดับเดียวกัน (Collateral Damage) อย่างที่กล่าวไว้ว่ามีหลายกรณีที่สิ่งแวดล้อมได้รับผลกระทบทางอ้อมจากการโจมตีทางทหาร ดังเช่นกรณีการรั่วไหลของน้ำมัน (Oil Spill) หรือมลภาวะที่เกิดจากการโจมตีทางทหาร ซึ่งความเสียหายจากผลกระทบทางอ้อมดังกล่าวจะต้องเป็นความเสียหายที่อยู่ในระดับเดียวกัน (Collateral Damage) ปัญหาการตีความจึงเกิดขึ้นว่า แท้จริงแล้วคำว่าความเสียหายในระดับเดียวกัน (Collateral Damage) หมายถึงสิ่งใดกันแน่ ซึ่งแน่นอนว่าความเสียหายดังกล่าวจะต้องสัมพันธ์กับผลประโยชน์ทางตรงที่เป็นรูปธรรมทางการทหารซึ่งสามารถคาดเดาได้จากการโจมตี แต่จะสามารถก่อให้เกิดความเสียหายได้ในระดับไหน และความเสียหายเช่นว่าจะวัดได้จากตรงไหน เช่นในกรณีการเกิดมลภาวะกับสิ่งแวดล้อม จะพิจารณาเฉพาะช่วงที่เกิดมลภาวะหรือพิจารณารวมไปถึงผลเสียหายที่ตามมาจากการเกิดมลภาวะนั้นด้วย ซึ่งทั้งในหนังสือคำวิจารณ์ (Commentary) และเอกสารเตรียมงาน (Travaux Preparatoire) ไม่ได้ระบุเรื่องไว้อย่างชัดเจน ประกอบในหลายครั้งที่ความเสียหายไม่ได้ปรากฏทันทีหลังจากการโจมตี หากแต่ต้องใช้ระยะเวลาในช่วงต่อมาเช่น ภายหลังจากการที่สหรัฐอเมริกาใช้ฝืนเหลือง (The Agent Orange) โจมตีป่าทึบซึ่งเป็นที่ซ่อนตัวของทหารเวียดนาม ผลกระทบจากการใช้ฝืนเหลืองดังกล่าวนอกจากจะเกิดขึ้นในทันที โดยทำให้ผู้หลบซ่อนไม่สามารถหายใจได้สะดวกแล้ว ผลกระทบในเวลาต่อมาซึ่งกว่าจะปรากฏผลก็ ภายหลังจากสงครามได้ยุติลงแล้วไปหลายปีคือการที่สารเคมีได้ตกค้างในดินและแหล่งน้ำ ทำให้เกษตรกรไม่สามารถใช้ที่ดินในบริเวณดังกล่าวทำการเกษตรและใช้ประโยชน์จากแหล่งน้ำได้ รวมถึงการมีสารเคมีตกค้างในพืชผักผลไม้ที่อยู่ในช่วงฤดูการเก็บเกี่ยวซึ่งไม่สามารถนำมาบริโภค เช่นนี้จะสามารถสังเกตได้ว่าผลกระทบหรือความเสียหายควรจะวัดจากจุดไหนและมีกรอบจำกัดในการวัดว่าความเสียหายระดับใดจึงจะถือว่าเป็นความเสียหายที่อยู่ในระดับเดียวกัน (Collateral Damage) ซึ่งเป็น

²² Supra 84

²³ Supra 70

ความคลุมเครือในบทบัญญัติ

ทั้งหมดนี้ เป็นความไม่ชัดเจนตั้งแต่ตัวบทกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ซึ่งเมื่อพิจารณาในตัวบทดังกล่าวแล้ว หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธมากที่สุด ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องย้อนกลับไปพิจารณาหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งเมื่อได้ย้อนไปพิจารณาแล้ว กลับพบปัญหาที่ว่า แม้กระทั่งในตัวบทที่ว่าด้วยหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศก็ไม่มี ความชัดเจนในตัวบท มีความคลุมเครือในถ้อยคำของบทบัญญัติเอง ดังนั้นเมื่อเรื่องหลักความได้สัดส่วนไม่ชัดเจนและคลุมเครือ บทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศซึ่งใช้หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักจึงเกิดความไม่ชัดเจนและคลุมเครือเช่นกัน

4.1.2.3 การปรับใช้บทบัญญัติไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของบทบัญญัติ

การที่จะทราบถึงเจตนารมณ์ของผู้ร่างในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธจำเป็นต้องไปพิจารณาหนังสือคำวิจารณ์ (Commentary) และเอกสารการทำงาน (Travaux Préparatoire) ซึ่งเป็นเอกสารที่แสดงถึงที่มา เหตุผล และ วัตถุประสงค์ของการร่างกฎหมายบทนั้น ซึ่งตามหนังสือคำวิจารณ์ของข้อที่ 55 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 ซึ่งเป็นข้อบทกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมนั้น เหตุผลหลักของการร่างกฎหมายคือ การที่บรรดาตัวแทนจากรัฐต่างๆในที่ประชุมทางการทูตตระหนักถึงความสำคัญของสิ่งแวดล้อมในภาวะสงครามโดยมีคณะกรรมการกาชาดสากลเป็นผู้รับเรื่องดังกล่าวไว้ (ICRC)²⁴ คณะกรรมการกาชาดสากลได้ตั้งกลุ่มคณะกรรมการทำงานลำดับที่ 3 (The Working Group of Committee III) เพื่อร่างข้อที่ 55 นี้ โดยแรกเริ่มนั้น คณะกรรมการได้ใช้คำว่า "to such a degree as to disturb the stability of the ecosystem" ซึ่งในภายหลังได้เหลือเพียงแค่คำว่า "สุขภาพ หรือ" ("Health or") เพียงคำเดียว ซึ่งจากการใช้คำดังกล่าวสามารถสังเกตได้ว่าเจตนารมณ์พื้นฐานของการร่างบทบัญญัตินี้เพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและขยายความคุ้มครองไปถึงสุขภาพและการอยู่รอดของมนุษย์²⁵

ปัญหาเกิดขึ้นมาว่าเมื่อเจตนารมณ์ของการร่างบทบัญญัตินี้ว่าด้วยการคุ้มครอง

24 Commentary para 2125 - 2128

25 Commentary para 2131 - 2132

สิ่งแวดล้อมตามข้อ 55 ของพิธีสารเพิ่มเติมฯ ฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 เป็นการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและคุ้มครองสุขภาพและความอยู่รอดของมนุษย์แล้ว แต่เมื่อถึงเวลาปรับใช้ มาตรฐานนี้ก็กลับกลายเป็นเครื่องมือหรือข้ออ้างที่คู่พิพาทยกขึ้นมาเพื่อกล่าวว่าการโจมตีเพื่อวัตถุประสงค์ทางการทหารของตนเป็นไปตามที่กฎหมายระบุไว้ โดยไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายตามที่ข้อที่ 55 ได้ระบุไว้ เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะเหตุผลก่อนหน้านี้ที่ผู้เขียนได้ยกไว้คือการที่เนื้อหาสาระของบทบัญญัติในเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมมีเนื้อหาที่แคบและน้อย และเท่าที่แคบและน้อยนั้นก็ยิ่งปรากฏความคลุมเครือในถ้อยคำและเกิดช่องโหว่ในตัวบทกฎหมาย เช่นนี้การปรับใช้ข้อที่ 55 จึงเป็นการปรับใช้ที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของบทบัญญัติ

4.1.3 ปัญหาการขาดกลไกในการควบคุมการใช้หลักความได้สัดส่วนเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธ

ผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วว่าในระดับระหว่างประเทศไม่มีผู้ใดที่จะมีอำนาจเด็ดขาดในการบังคับให้รัฐหนึ่งรัฐใดต้องปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศ การที่รัฐนั้นๆ จะปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศคือการที่รัฐยอมเข้าผูกพันตนโดยหลักความยินยอม (consent) ดังนั้น การที่หลักกฎหมายจะถูกใช้หรือไม่เป็นเรื่องที่รัฐต่างๆ ที่จะผูกพันตนตามพันธกรณีระหว่างประเทศ กระบวนการศาลเช่นศาลยุติธรรมระหว่างประเทศหรือศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นเพียงสถาบันที่นำหลักดังกล่าวซึ่งรัฐได้ยินยอมในเขตอำนาจศาลแล้วมาพิจารณาคดีเท่านั้น ดังนั้นการควบคุมการใช้หลักความได้สัดส่วนเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมนั้นในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจึงเป็นเรื่องระหว่างรัฐกับรัฐ หรือรัฐกับเอกชนซึ่งมีรัฐเป็นผู้แทนในเวทีระหว่างประเทศ รัฐต้องเคารพกฎกติการะหว่างประเทศตามที่ตนได้ให้ความยินยอมไว้ จริงอยู่ที่หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศตามข้อ 38 (1)(b) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ แต่คำถามเกิดขึ้นว่าหากมีการละเมิดกฎหมายจารีตประเพณีในกรณีนี้แล้ว ผลบังคับที่เป็นรูปธรรมของการละเมิดดังกล่าวคืออะไร

ในความเห็นของผู้เขียนแล้วนั้นบทบัญญัติที่รัฐส่วนมากยินยอมเข้าผูกพันตนนั้นจะเป็นบทบัญญัติที่มีบทลงโทษรวมทั้งแนวปฏิบัติกับรัฐผู้ละเมิดที่ไม่จริงจังและไม่มีสภาพบังคับที่เป็นรูปธรรมที่แน่ชัด รวมถึงรูปแบบขั้นตอนการดำเนินกระบวนการหลังการละเมิดพันธกรณีที่ชัดเจน และจริงอยู่ที่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้ถูกมองว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่คำถามจึงเกิดขึ้นว่าแล้วกระบวนการสร้างกลไกบังคับของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่าง

ประเทศคืออะไร ในความคิดของผู้เขียน ผู้เขียนมองว่ากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศขาดกลไกการปรับใช้หลักกฎหมาย และหากจะพิจารณาเรื่องบทลงโทษการละเมิดหลักความได้สัดส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทบบัญญัติหลักได้แก่อัตถ์ที่ 8 วรรค 2 ของธรรมนูญกรุงโรมค.ศ. 1998 ว่าเป็นอาชญากรรมสงคราม แต่ถึงปัจจุบันก็ยังไม่มีการศึกษาจริงในประเด็นดังกล่าวแต่อย่างใด อีกทั้งยังมีประเด็นเรื่องข้อจำกัดของการยอมรับในเขตอำนาจ (Jurisdiction) ศาลอาญาระหว่างประเทศดังที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้น

จากปัญหาทั้งหมดเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ คือการที่ที่มาและวัตถุประสงค์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิในการทำสงครามและเพื่อผลประโยชน์ทางการทหารเป็นหลักมิใช่เพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ประกอบกับปัญหาด้านตัวบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธโดยมีหลักความได้สัดส่วนเกี่ยวข้องมากที่สุด ซึ่งเมื่อพิจารณาหลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นพื้นฐานของการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมแล้วก็ยังปรากฏเรื่องของความไม่ชัดเจนและความคลุมเครือในบทบัญญัติของหลักความได้สัดส่วนเองทำให้เป็นเหมือนปัญหาที่ทับซ้อนกัน และปัญหาที่สำคัญที่สุดคือการที่ขาดกลไกในการควบคุมการใช้หลักความได้สัดส่วนเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธ ที่ทำให้กระบวนการบังคับเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธสามารถถูกละเมิดได้ง่าย

4.2. การเทียบเคียงระหว่างผลประโยชน์ของรัฐในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศกับความจำเป็นทางทหารในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

ดังที่ผู้เขียนเคยกล่าวไว้ในตอนต้นว่าการจะนำหลักการใดในกฎหมายสาขาหนึ่งมารวมปรับใช้กับกฎหมายในอีกสาขาหนึ่ง หลักการทั้งสองนั้นต้องมีจุดเกาะเกี่ยวและความเชื่อมโยงกัน เพราะไม่เช่นนั้นแล้วก็จะมีการนำหลักกฎหมายมาใช้ร่วมกันอย่างไม่มีระเบียบและปนเป การที่ผู้เขียนกล่าวเช่นนี้เพราะผู้เขียนต้องการชูธงคำตอบตั้งแต่นั้นเพื่อแสดงว่าหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศนั้นมีจุดเกาะเกี่ยวที่แสดงถึงความเชื่อมโยงกับหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อม โดยมีเหตุในการเกาะเกี่ยวคือวัตถุประสงค์และระดับความรุนแรงของผลที่คล้ายกัน

4.2.1 วัตถุประสงค์ของทั้งสองหลักการสะท้อนเรื่องความมั่นคงของรัฐ (National Security)

เราได้ทราบว่าหลักความได้ส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีวัตถุประสงค์ไม่เพียงจำกัดการโจมตีเป้าหมายทางทหารเท่านั้น แต่ยังครอบคลุมไปถึงการวางกรอบการโจมตีว่าผลลัพธ์ที่เกิดจากการโจมตีพลรบของฝ่ายตรงข้ามรวมถึงผลลัพธ์ข้างเคียงที่มีต่อพลเรือนจะต้องที่ได้สัดส่วนเช่นดังที่ปรากฏในวรรค 30 ของแนวความคิดเห็นของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในเรื่องอาวุธนิวเคลียร์ปีค.ศ. 1996 (Nuclear Weapons Case)²⁶ วรรคที่ 524 ของคำพิพากษาศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตประเทศยูโกสลาเวียในคดี Kupreskic ปีค.ศ. 2000 หรือในวรรคที่ 18 ของคำพิพากษาศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตประเทศยูโกสลาเวียในคดี Martić ซึ่งแสดงได้ว่าหลักความได้ส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้ถูกนำมาใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ทางการทหารเพื่อผลประโยชน์ทางการทหาร (military advantage) ภายใต้หลักความจำเป็นทางการทหาร (Principle of Military Necessity) เท่านั้น กล่าวคือ เพราะมีความจำเป็นทางการทหารจึงต้องโจมตี และการโจมตีนั้นจะต้องได้สัดส่วนตามที่ระบุไว้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหลักความได้ส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นหลักความได้ส่วนในเชิงเชิงรุกหรือโจมตี (active act)

ในทางกลับกันหลักความได้ส่วนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศซึ่งแทรกอยู่ในหลักการป้องกันล่วงหน้า มีวัตถุประสงค์เพื่อการป้องกันภัยอันตรายหรือความเสียหายที่คาดว่าจะเกิดขึ้นต่อรัฐ โดยการใช้วิธีการป้องกันดังกล่าวจะต้องไม่เป็นการป้องกันที่ใช้มาตรการที่สูงจนเกินกว่าเหตุหรือเป็นการใช้วิธีการใดๆ ที่ก่อให้เกิดความไม่ได้สัดส่วนกันระหว่างวิธีการที่ใช้กับผลที่ได้รับ เพราะฉะนั้น หลักความได้ส่วนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศเป็นหลักที่ถูกนำมาใช้ในรูปแบบของหลักการป้องกันล่วงหน้า เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการปกป้องเพื่อผลประโยชน์ของรัฐ (national interest) ภายใต้หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) กล่าวคือ เพราะมีความจำเป็นที่จะต้องใช้วิธีการป้องกันนั้นๆ ต่อภัยอันตรายหรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นและส่งผลกระทบต่อรัฐ จึงต้องมีการใช้วิธีการป้องกันดังกล่าว ซึ่งการใช้วิธีการป้องกันนั้นจะต้องได้สัดส่วนกับผลลัพธ์หรือผลจากการคาดการณ์จากภัยอันตรายหรือความเสียหายที่น่าจะเกิดไว้ สำหรับในกรณีนี้ ผู้เขียนเห็นว่า หลักความได้ส่วนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศเป็นหลักความได้ส่วนเชิงรับหรือเป็นการป้องกัน (passive act)

ในความเห็นของผู้เขียน จริงอยู่ที่วัตถุประสงค์ของหลักความได้ส่วนในกฎหมาย

²⁶ Advisory Opinion. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. I.C.J. 1996. Paragraph 30

มนุษยธรรมระหว่างประเทศคือเรื่องผลประโยชน์ทางทหารภายใต้ความจำเป็นทางทหารดังที่ปรากฏในคดีระหว่างประเทศดังที่ระบุไว้ในวรรคที่ 30 ของแนวความคิดเห็นของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในเรื่องอาวุธนิวเคลียร์ปีค.ศ. 1996 (Nuclear Weapons Case) วรรคที่ 524 ของคำพิพากษาศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตประเทศยูโกสลาเวียในคดี Kupreskic ปีค.ศ. 2000²⁷ หรือในวรรคที่ 18 ของคำพิพากษาศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตประเทศยูโกสลาเวียในคดี Martić²⁸ ส่วนวัตถุประสงค์ของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศคือเรื่องผลประโยชน์ของชาติตามหลักความจำเป็นภายใต้การใช้วิธีการตามหลักการป้องกันล่วงหน้า (Precautionary Principle) ดังที่ระบุไว้ในหลักการที่ 15 ของคำประกาศที่ประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาปี ค.ศ. 1992 หรือในข้อที่ 130 R ของสนธิสัญญาประชาคมยุโรป รวมถึงในคดีหมายเลข C-341/95 Gianni Bettati v. Safety Hi-Tech Srl ของศาลยุติธรรมยุโรปใน ค.ศ. 1998 ที่อนุญาตให้ใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าตามหลักความจำเป็นในการป้องกันภัยอันตรายหรือความเสียหายรุนแรงที่คาดว่าจะเกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อมหรือสังคมของรัฐตน

เช่นนี้ ถึงแม้จะใช้คำจำกัดความซึ่งหมายถึงการใช้วิธีการที่แตกต่างไปในบริบทของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและในบริบทของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ นั้น แต่เมื่อพิจารณาตามจริงแล้ว ไม่ว่าจะขึ้นเพื่อผลประโยชน์ทางการทหารภายใต้หลักความจำเป็นทางการทหาร หรือเพื่อผลประโยชน์ของชาติภายใต้หลักความจำเป็น ก็ล้วนแล้วแต่มีจุดประสงค์ท้ายสุดคือเรื่อง "ความมั่นคงของชาติ" (national security) ที่เหมือนกัน กล่าวคือในแง่ของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ยามเกิดภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธนั้น การโจมตีเป้าหมายทางการทหารเพื่อผลประโยชน์ทางการทหารนั้น แท้จริงแล้วก็เพื่อความอยู่รอดและความมั่นคงของรัฐ เพราะหากรัฐเป็นฝ่ายแพ้ในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธ ความมั่นคงของรัฐคงถูกทำลายลงอย่างแน่แท้ หรือในแง่ของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ ที่การใช้มาตรการอันจำเป็นภายใต้หลักความจำเป็นเพื่อป้องกันภัยอันตรายที่คาดว่าจะเกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งสิ่งแวดล้อมนั้นก็มีความสำคัญต่อผลประโยชน์แห่งรัฐนั้นอย่างมาก ซึ่งผลประโยชน์แห่งรัฐดังกล่าวก็คือ "ความมั่นคงของรัฐ"

เพราะฉะนั้นจุดเกาะเกี่ยวของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกับหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศคือ การที่หลักทั้งสองได้แสดง

²⁷ Kupreškić et al., I.C.T.Y. (2000) paragraph 524

²⁸ Martić Case Review of the Indictment, I.C.T.Y. (1996) paragraph 18

นัยยะเรื่องจุดประสงค์ที่เหมือนกันคือเรื่อง "ความมั่นคงของรัฐ" (national security) เพราะเหตุนี้เมื่อมีจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องเดียวกันแล้ว การที่จะนำหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมาร่วมปรับใช้เพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธจึงสามารถกระทำได้อีก ทั้งหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศสามารถมีบริบทการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่กว้างกว่าหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมอีกด้วย

4.2.2 การละเมิดหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศกับการละเมิดหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีระดับความรุนแรงและความเสียหายที่ใกล้เคียงกัน

เมื่อทราบวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ กับหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศคือเพื่อความมั่นคงของรัฐ (national security) อย่างไรก็ตามสิ่งที่ต้องพิจารณาลำดับต่อไปว่ากระบวนการและผลลัพธ์ของหลักการทั้งสองมีความใกล้เคียงกันพอที่จะสามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้หรือไม่ เหตุที่ผู้เขียนกล่าวเช่นนี้ก็เพราะว่า ในความเห็นของผู้เขียนแล้ว ถึงแม้หลักการจะมีวัตถุประสงค์เดียวกัน แต่โดยหลักแล้ว หากความรุนแรงในกรณีที่หลักการทั้งสองถูกละเมิดหรือระดับความเสียหายที่แตกต่างกันแล้วก็ไม่สามารถที่จะนำมาปรับใช้ได้ เพราะหลักการที่สามารถจะนำมาปรับใช้ร่วมกันได้ต้องมีระดับความรุนแรงจากผลลัพธ์ จากบริบทความเสียหายที่ใกล้เคียงกัน ซึ่งในกรณีนี้หมายถึงหากหลักความได้สัดส่วนทั้งในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศได้ถูกละเมิดแล้ว ความรุนแรงของความเสียหายอยู่ในระดับเดียวกันหรือคล้ายคลึงกัน (similarity)

ประเด็นเรื่องความเสียหายจากกรณีหลักความได้สัดส่วนเข้ามามีบทบาทในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธนั้น ข้อ 55 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 นั้น ตามที่ผู้เขียนได้แสดงความคิดเห็นว่าจริงอยู่ที่คำว่า "ความได้สัดส่วน" ไม่ได้ถูกระบุอย่างเด่นชัดในทบบัญญัติ แต่หลักความได้สัดส่วนได้ท่อนออกมาในคำว่า widespread, longterm and severe damage²⁹ ซึ่งหมายความว่า หากผลลัพธ์ที่ส่งผลต่อสิ่งแวดล้อมเป็นผลลัพธ์ที่เป็นบริเวณกว้าง กิน

²⁹ Article 55, Additional Protocol I to the Geneva Convention 1949

ระยะเวลา และรุนแรงแล้วนั้น ความเสียหายดังกล่าวย่อมไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน โดยหากพิจารณาย้อนไปตั้งแต่ต้นนั้น สิ่งแวดล้อมถือเป็นพลเรือน (civilian) ตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งการโจมตีใดๆที่ก่อให้เกิดความเสียหายจากการโจมตีเป้าหมายทางทหารต่อพลเรือนในระดับที่ได้สัดส่วนกฎหมายคงไม่ได้ห้ามแต่อย่างใด ประกอบกับตามบทบัญญัติข้อที่ 55 นี้ ได้ระบุห้ามการโจมตีใดๆที่ก่อให้เกิดความเสียหายข้างต้นอย่างชัดเจน ประกอบกับหนังสือคำวิจารณ์ (Commentary) ได้ให้เหตุผลว่าผลเสียหายดังกล่าวเป็นผลเสียหายที่สื่อแวได้ว่า เป็นผลเสียหายที่เกินขนาดซึ่งเป็นองค์ประกอบหนึ่งของความไม่ได้สัดส่วนตามข้อที่ 51 (5)(5)(b) ของพิธีสารฉบับเดียวกัน³⁰ เช่นนี้ความเสียหายดังกล่าวจึงเป็นความเสียหายที่ไม่ได้เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน

สำหรับประเด็นเรื่องความเสียหายจากกรณีการละเมิดหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศนั้น ผู้เขียนขอย้อนกลับไปที่ว่าหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่แทรกอยู่ในหลักการป้องกันล่วงหน้า ซึ่งหลักการป้องกันล่วงหน้าจะใช้เมื่อคาดว่าความเสียหายนั้นเป็นความเสียหายที่รุนแรงและอาจส่งผลกระทบต่อเป็นวงกว้างที่ข้ามเขตพรมแดน ซึ่งเมื่อพิจารณาเหตุผลหลักของการป้องกันล่วงหน้านั้นก็เพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมซึ่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ไม่ว่าจะเป็นสารเคมีหรือการเปลี่ยนแปลงในระบบนิเวศย่อมก่อผลเป็นระยะเวลายาวนานและยากที่จะแก้ไข ตัวอย่างที่เด่นชัดคือภาวะเรือนกระจก (Greenhouse Effect) ที่เป็นผลลัพธ์ที่รุนแรง ส่งผลเป็นวงกว้าง และกินระยะเวลายาวนาน จากเหตุผลข้างต้นสามารถเห็นได้ถึงระดับความรุนแรงในเรื่องความเสียหายหรืออันตรายที่เกิดจากการละเมิดหลักความได้สัดส่วนทั้งในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศว่าระดับความรุนแรงดังกล่าวอยู่ในระดับที่ใกล้เคียงกันและมีรอบจำกัดความซึ่งแสดงนัยสำคัญของความเสียหายที่คล้ายคลึงกัน

4.3 ความมีประสิทธิผลในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธอันเนื่องมาจากการนำปัจจัยอื่นรอบข้างที่สำคัญมาประกอบการพิจารณา

เนื่องจากหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นหลักการที่สร้างขึ้นเพื่อมีวัตถุประสงค์ในการจำกัดสิทธิในการโจมตีเป้าหมายทางทหารรวมทั้งเข้ามาควบคุมผลลัพธ์จากการโจมตีดังกล่าวที่เกิดขึ้นต่อพลเรือนและทรัพย์สินของพลเรือนด้วย ดังนั้นองค์ประกอบในการพิจารณาเรื่องความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจึงเป็นเรื่องของ

³⁰ Article 51 (5)(5)(b) Additional Protocol I to the Geneva Convention 1949

องค์ประกอบที่เกี่ยวกับวัตถุประสงค์ทางการทหาร องค์ประกอบเรื่องพลรบ องค์ประกอบเรื่องความเสียหายต่อพลเรือน หรือองค์ประกอบใดๆที่เกี่ยวข้องกับยุทธวิธีหรือขั้นตอนในการทำสงคราม ซึ่งเป็นการพิจารณาเฉพาะในแง่ของสงครามเท่านั้น แต่เมื่อมาพิจารณาเรื่องหลัก การป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศแล้ว จะสามารถสังเกตได้ว่าหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศไม่ได้พิจารณาในแง่มุมมองสิ่งแวดล้อมเท่านั้น หากแต่ได้พิจารณาถึงองค์ประกอบรอบข้างอื่นที่สำคัญที่เกี่ยวข้อง จึงทำให้หลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมีความคุ้มครองที่กว้างและชัดเจนกว่าหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ จึงทำให้หลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมีกลไกการบังคับใช้ที่มีประสิทธิภาพ ได้รับการยอมรับและปรับใช้อย่างกว้างขวาง รวมถึงการกลไกการควบคุมที่ชัดเจน

ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่าเหตุของการเป็นข้อดีของหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศที่สามารถนำมาปรับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้น เกิดจากสาเหตุหลัก 3 ประการดังต่อไปนี้ คือ (1) หลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศเป็นหลักที่นำไปสู่การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน ซึ่งหลักการพัฒนายั่งยืนนี้ได้รับการยินยอมจากบรรดารัฐต่างๆว่าเป็นสิ่งสำคัญที่ทุกชาติต้องร่วมมือและทำทุกวิถีทางเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์นี้ (Sustainable Development) (2) หลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ เป็นหลักที่มีแนวทางการปฏิบัติของบรรดารัฐต่างๆและมีบรรทัดฐานในการปรับใช้ที่เป็นไปในแนวเดียวกัน จึงเกิดความมีเสถียรภาพและความสอดคล้องของหลักการ (Harmonization) และที่สำคัญที่สุดคือ (3) หลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมีกลไกเรื่องต้นทุนและเทคโนโลยีที่เหมาะสม (Cost-Processing Mechanism and Best Technology Available)

4.3.1 การสร้างวัตถุประสงค์การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable development)

หนึ่งในวัตถุประสงค์สำคัญของหลักป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศคือเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน กล่าวคือการดำเนินมาตรการใดๆในการป้องกันล่วงหน้านั้นก็เพื่อรักษาไว้ซึ่งธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่คนยุคปัจจุบันพึงได้ใช้ประโยชน์และสงวนไว้ซึ่งสิ่งแวดล้อมที่คนในอนาคตสามารถใช้สอยได้ ทั้งนี้ การที่หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมีวัตถุประสงค์เรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเพื่อการพัฒนาที่

ยั่งยืนทำให้การปรับใช้หลักดังกล่าวมีขอบเขตการคุ้มครองที่กว้างจึงทำให้สามารถปรับใช้หลักความได้สัดส่วนได้ง่ายขึ้น

ดังที่กล่าวไว้ในตอนต้นว่าหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนได้ถูกเกริ่นนำครั้งแรกเมื่อการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยเรื่องสิ่งแวดล้อมมนุษย์ ณ กรุงสตอกโฮล์ม ประเทศสวีเดน ซึ่งได้ถูกระบุไว้ในหลักการข้อที่ 6 ในอารัมภบทของประกาศที่ประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมมนุษย์³¹ ที่ให้มีการต่อสู้และพัฒนาสิ่งแวดล้อมมนุษย์สำหรับคนในยุคปัจจุบันและในอนาคต ซึ่งเป็นจุดมุ่งหมายหลักสำหรับมนุษยชาติ ซึ่งการดำเนินไปสู่เป้าหมายนี้จะต้องควบคู่ไปกับเป้าหมายทางด้านเศรษฐกิจและการพัฒนา เช่นนี้สามารถสังเกตได้ว่าหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนนั้นเป็นหลักที่ไม่เพียงพิจารณาแต่ด้านสิ่งแวดล้อมอย่างเดียวเท่านั้น หากแต่ยังเป็นการพิจารณาด้านเศรษฐกิจและสังคมควบคู่กันไป ด้วยซึ่งนำไปสู่จุดมุ่งหมายเดียวกัน ซึ่งต่างจากหลักการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่เน้นการพิจารณาทางการทหารเพียงอย่างเดียวโดยอาศัยเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธเป็นเพียงปัจจัยหนึ่งที่น่าไปสู่ปัจจัยทางการทหารนั้น ซึ่งหลักการพิจารณาทั้งด้านเศรษฐกิจ สังคม รวมถึงการพิจารณาเรื่องความมีประสิทธิภาพทางต้นทุนซึ่งได้สะท้อนอยู่ในหลักการที่ 15³² ของคำประกาศที่ประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาปีค.ศ. 1992 ประกอบกับเรื่องสิ่งแวดล้อมได้มาสะท้อนอย่างเด่นชัดในหลักการที่ 3 และ 4 ของคำประกาศฉบับเดียวกัน³³ ที่กล่าวว่าพัฒนาอย่างยั่งยืนนั้นจะบรรลุเป้าหมายได้โดยต้องเป็นการพิจารณาถึงความต้องการเพื่อการพัฒนาและเพื่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งทั้งสองอย่างจะแยกจากกันไม่ได้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ดังนั้น หลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศจะเข้ามาเติมเต็มเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธโดยการนำเรื่องการพัฒนาอย่างยั่งยืนเข้ามาร่วมปรับใช้ ซึ่งวัตถุประสงค์เรื่องการพัฒนาที่ยั่งยืนจะเป็นวัตถุประสงค์ที่มาขยายกรอบการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมให้กว้างขึ้น อาจกล่าวง่ายๆว่าหากการกระทำใดมีวัตถุประสงค์ที่โยงเข้าไปสู่เรื่องการพัฒนาที่ยั่งยืนแล้วประกอบข้อพิจารณาอื่นอันเกี่ยวข้องกับหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศก็สามารถกระทำได้ ซึ่งในความเห็นของผู้เขียนนั้น หากนำหลักการป้องกันล่วงหน้ามาร่วมปรับใช้นี้ถือเป็นพัฒนาการของกฎหมายที่ขยายกรอบการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ไม่ว่าจะเป็นคำประกาศที่ประชุมสหประชาชาติว่าด้วยเรื่องสิ่งแวดล้อมมนุษย์ ปีค.ศ.

³¹ Principle 6, Rio Declaration on Environment and Development 1992

³² Principle 15, Rio Declaration on Environment and Development 1992

³³ Principle 3-4, Rio Declaration on Environment and Development 1992

1972 รายงานบรุนด์แลนด์เรื่องอนาคตร่วมกัน (The Brundtland Report Our Common Future) รวมถึง คำประกาศที่ประชุมสหประชาชาติว่าด้วยเรื่องสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาปีค.ศ. 1992

4.3.2 การสร้างบรรทัดฐานและแนวทางปฏิบัติเดียวกัน (Harmonization)

ดังที่กล่าวไว้ในตอนต้นว่าปัญหาหลักที่พบในเรื่องหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่มีผลต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม คือการที่บทบัญญัติเรื่องหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีถ้อยคำที่คลุมเครือและไม่ชัดเจน และไม่มีแนวบรรทัดฐานในการปรับใช้ที่แน่นอน ซึ่งส่งผลไปถึงเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในกรณีการขัดกันทางอาวุธการปรับใช้จึงต้องอาศัยการตีความของแต่ละรัฐ ซึ่งแต่ละรัฐก็ปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในการโจมตีเป้าหมายทางการทหารและการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการขัดกันทางอาวุธตามแต่ที่ตนเข้าใจ ผู้เขียนเห็นว่าจุดนี้เป็นช่องโหว่ทางกฎหมายและเป็นช่องโหว่ในการปฏิบัติตามหลักความได้สัดส่วนที่ทำให้การปรับใช้บิดเบือนไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย

เมื่อมาพิจารณาหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศแล้วจะพบว่า หลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศได้รับการยอมรับและได้รับความร่วมมือจากบรรดาประเทศต่างๆมากกว่า จนทำให้องค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วนมีความชัดเจนมากกว่าหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ว่าด้วยการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ซึ่งการยอมรับการปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศนั้นได้ถูกการยอมรับและปรับใช้อย่างมาก ยกตัวอย่างเช่นในคดี Danish Bottle ซึ่งเป็นคดีที่ผู้เขียนได้ยกขึ้นบ่อยครั้ง โดยรัฐบาลเดนมาร์กได้ออกกฎหมายภายในภายใต้หลักการป้องกันล่วงหน้าว่าขวดบรรจุเครื่องดื่มหรือเบียร์ที่จะจำหน่ายในเดนมาร์กต้องเป็นขวดที่สามารถนำกลับมาใช้ได้ใหม่เท่านั้น และต้องเป็นขวดที่ได้รับการยอมรับจาก Danish National Agency for the Protection of the Environment ซึ่งจากการออกมาตรการดังกล่าวนั้น จริงอยู่ที่เดนมาร์กต้องการที่จะรักษาสิ่งแวดล้อม แต่ศาลยุติธรรมยุโรปกล่าวว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่อยู่สูงกว่ามาตรฐานทั่วไปที่พึงปฏิบัติ เป็นการจำกัดสิทธิผู้ประกอบการ และไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนถึงวิธีการและผลลัพธ์ที่ได้ วิธีการดังกล่าวก่อให้เกิดต้นทุนที่สูงขึ้น เป็นการให้เหตุผลในการคุ้มครองที่สูงจนเกินไปจนทำให้ผู้ประกอบการแบกรับภาระดังกล่าว เป็นการจำกัดสิทธิทางการตลาดอย่างเด็ดขาด ประเทศที่สามารถปฏิบัติตามมาตรการของเดนมาร์กได้นั้นจะต้องเป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว ซึ่งมาตรการของเดนมาร์กไม่ถือเป็นแนวปฏิบัติที่ประเทศอื่นที่ไม่ใช่ประเทศที่พัฒนาแล้วในประชาคม

ยุโรปจะสามารถทำตามได้ ไม่เป็นแนวบรรทัดฐานในการปฏิบัติแต่อย่างใด

จากตัวอย่างข้างต้น หลักป้องกันล่วงหน้าในการบังคับใช้มาตรการหรือวิธีการใดๆ นั้น การป้องกันล่วงหน้าที่จะก่อให้เกิดความได้สัดส่วนจะต้องมีจุดเกาะเกี่ยวระหว่างวิธีการ เหตุผล และผลลัพธ์ที่ออกมา ซึ่งเมื่อออกมาแล้ว ความได้สัดส่วนดังกล่าวจะต้องอยู่ในระดับที่เหมาะสมที่ทำให้ บรรดารัฐต่างๆสามารถปฏิบัติร่วมกันได้ เป็นแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนของบรรดารัฐต่างไม่ว่าจะเป็นรัฐ ในภูมิภาคนั้นดังเช่นประชาคมยุโรป หรือ รัฐที่เกี่ยวข้อง (stakeholder) กับการใช้หลักการป้องกัน ล่วงหน้าในต่อภัยอันตรายหรือความเสียหายที่คาดว่าจะเกิดขึ้น การที่รัฐใดรัฐหนึ่งจะใช้วิธีการป้องกัน ล่วงหน้าประกอบโดยไม่พึงพิจารณาถึงขีดความสามารถของรัฐผู้เกี่ยวข้องหรือรัฐในภูมิภาคจนไม่ สามารถปฏิบัติได้ ซึ่งจะสอดคล้องกับเรื่องกลไกเรื่องต้นทุนและเทคโนโลยีที่เหมาะสม ซึ่งผู้เขียนจะ กล่าวในหัวข้อต่อไป เช่นนี้ การป้องกันล่วงหน้าดังกล่าวก็ไม่สามารถดำเนินการได้ดังเช่นในกรณีคดี Danish Bottle³⁴ ที่ได้กล่าวไว้ ซึ่งจากข้อนี้ตามความคิดของผู้เขียนแล้ว จึงทำให้หลักความได้สัดส่วน ในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศได้รับการยอมรับและนำไปปรับใช้ภายใต้หลักการป้องกัน ล่วงหน้าอย่างกว้างขวางและเป็นการปรับใช้ที่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน

4.3.3 กลไกเรื่องต้นทุนและการใช้เทคโนโลยีที่เหมาะสม (Cost-Processing Mechanism and Best Available Technology)

ดังที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้นแล้วว่า หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรม ระหว่างประเทศเป็นหลักที่ให้ความสำคัญกับเรื่องความจำเป็นทางทหารเท่านั้น กล่าวคือไม่ว่าจะเกิด เหตุใดขึ้นก็ตาม ความจำเป็นทางทหารต้องมาก่อน คำถามจึงเกิดขึ้นว่า เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วระดับ ความสำคัญของการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมจะอยู่ระดับไหน เมื่อได้มาพิจารณาหลักการป้องกันล่วงหน้า ตามกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศแล้ว หลักการป้องกันล่วงหน้าได้ให้ความสำคัญในหลาย องค์ประกอบด้วยกันไม่ว่าจะเป็นเรื่องการพัฒนาที่ยั่งยืน การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม รวมทั้งการ พัฒนาเรื่องขีดจำกัดความสามารถของรัฐ เป็นต้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เพียงแค่ความชัดเจนและการปรับ ใช้ที่เป็นไปในทางเดียวกันตามหัวข้อก่อนหน้านี้นี้คงไม่ใช่เหตุผลเพียงพอที่จะทำให้หลักการป้องกัน ล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศสามารถนำมาใช้ร่วมกับหลักความได้สัดส่วนใน

³⁴ Jan H. Jans. Stop the Integration Principle?. Fordham International Law Journal. Volume 33. Issue 5. Article 8. 2011. P. 1547

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ หากแต่ต้องประกอบเรื่องการสร้างกลไกด้านต้นทุนและการใช้เทคโนโลยีที่เหมาะสม (Cost-Processing Mechanism and Best Available Technology)

การปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศนั้นมีรายละเอียดการปรับใช้ตามแต่สถานการณ์ ทั้งนี้ก็เพื่อสร้างความสมดุลของผลประโยชน์ระหว่างการป้องกันความเสี่ยงและอันตรายที่อาจเกิดขึ้นกับสิ่งแวดล้อมและผลประโยชน์ทางสังคมและเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้องจากการดำเนินการนั้นๆ ดังเช่นที่ปรากฏในคดี Pulp Mills Case³⁵ กล่าวคือ ในกรณีนี้ต้องเกิดการเปรียบเทียบว่าหากมีการสร้างโรงงานเยื่อไม้ (Pulp Mills) การสร้างโรงงานดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะผลกระทบต่อแม่น้ำอูรุกวัยอย่างไร ในทางกลับกันหากไม่สร้างโรงงานเยื่อไม้ดังกล่าวแล้วจะเกิดผลเสียหายทางเศรษฐกิจของอูรุกวัยในระดับไหน ตลอดจนหากไม่สร้างโรงงานดังกล่าวแล้ว จะสามารถพัฒนาสภาพสังคมและคุณภาพชีวิตให้ทัดเทียมกับประเทศอื่นได้หรือไม่ เป็นต้น เช่นนี้แล้ว สามารถสังเกตได้ว่าการเปรียบเทียบของคุณค่า (Value) ของสองสิ่งที่ต่างกัน คือ คุณค่าของสิ่งแวดล้อม (Environmental Value) กับ คุณค่าทางสังคมและเศรษฐกิจ (Socio-Economic Value)³⁶

สามารถกล่าวได้ว่าหลักการป้องกันล่วงหน้าทำให้สถานะของคุณค่าในระบบนิเวศวิทยาเป็นสิ่งที่ถูกกฎหมาย โดยการให้ความสำคัญในเนื้อแท้และเจตนารมณ์ของการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเป็นสิ่งที่กฎหมายให้อำนาจและคุ้มครองการดังกล่าว และการใช้หลักการป้องกันล่วงหน้า นั้นจะต้องเป็นการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับสูงสุด ซึ่งคำว่าระดับสูงสุดในที่นี้จะต้องสอดคล้องกับเรื่องต้นทุนที่ต้องใช้และเทคโนโลยีที่เหมาะสมที่สามารถจัดหาได้ รวมทั้งวิธีดังกล่าวจะต้องก่อให้เกิดความสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม การพัฒนาสังคม และการพัฒนาเศรษฐกิจควบคู่กันไป

³⁵ Daniel Kazhdan. Precautionary Pulp: Pulp Mill and the Evolving Dispute between International Tribunal over the Reach of the Precautionary Principle. Ecology Law Quarterly. Volume 38. Issue 2. Article 1.. 2011. P.541-550

³⁶ Derek Turner. Ethics, Policy and Environment. 2003. Routledge Taylor and Francis Group.. Vol. 16, No. 3, 341-343.

เช่น หากรัฐหนึ่งรัฐใดมีวิธีการในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมตามหลักการป้องกันล่วงหน้า แต่วิธีการที่ต้องใช้เทคโนโลยีสูง อันก่อให้เกิดภาระต้นทุนในการจัดซื้อเทคโนโลยีหรือผลิตเทคโนโลยีจนเกินกำลังความสามารถของรัฐนั้น ประกอบกับหากใช้เทคโนโลยีดังกล่าวแล้วก่อให้เกิดการถดถอยทางเศรษฐกิจและสังคมอย่างมาก เช่นนี้ถึงแม้การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมจะอยู่ในระดับสูงแต่กลับต้องใช้ต้นทุนจำนวนมาก ซึ่งก่อให้เกิดความไม่สมดุลของเศรษฐกิจและสังคม เช่นนี้วิธีการดังกล่าวก็ไม่สามารถใช้ได้ ดังเช่นที่ปรากฏในกรณีของคดี Danish Bottle³⁷ ซึ่งเดนมาร์กได้ออกกฎหมายภายในเพื่อบังคับให้ผู้ผลิตเครื่องดื่มใช้เทคโนโลยีขั้นสูงที่มีต้นทุนมากในการผลิตขวดบรรจุเครื่องดื่ม ซึ่งเดนมาร์กได้อ้างถึงความจำเป็นของการป้องกันล่วงหน้า ซึ่งได้รับการยอมรับโดย Danish National Agency for the Protection of the Environment (DNAPE) ซึ่งศาลยุติธรรมยุโรปได้ตัดสินว่า การดังกล่าวของเดนมาร์กไม่สามารถกระทำได้นี้เนื่องจากการสร้างต้นทุนที่เกินความจำเป็นแก่ผู้ประกอบการคนอื่น ที่ต้องใช้เทคโนโลยีขั้นสูงที่มีอยู่อย่างจำกัดในการผลิตขวดบรรจุเครื่องดื่ม เพราะแท้จริงแล้ว เทคโนโลยีปัจจุบันที่ใช้บรรจุขวดก็มีความเหมาะสมและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของบรรดารัฐในสหภาพยุโรปที่จะร่วมกันคุ้มครองสิ่งแวดล้อม จริงอยู่ที่การกระทำของเดนมาร์กเป็นการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมขั้นสูง แต่เป็นการใช้ต้นทุนที่มากเกินไปและใช้เทคโนโลยีที่มากเกินไปก็ไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน ดังนั้น การปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าจึงเข้ามาเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการขัดกันทางอาวุธในกรณีที่ว่า การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศซึ่งเป็นการคุ้มครองโดยผ่านหลักความได้สัดส่วนซึ่งให้ความสำคัญกับเรื่องความจำเป็นในการทหาร เมื่อนำหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมารวมปรับใช้แล้วจะเข้าลักษณะที่ว่า การโจมตีใดๆที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิ่งแวดล้อมตามหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้น ผู้โจมตีจะต้องคำนึงว่าการโจมตีดังกล่าวต้องระมัดระวังและป้องกันถึงความเสียหายที่จะเกิดกับสิ่งแวดล้อม โดยใช้เทคโนโลยีและต้นทุนที่เหมาะสมควบคู่กับการโจมตีทางวัตถุประสงค์ทางการทหาร

สืบเนื่องจากการอธิบายถึงที่มา แนวคิด องค์ประกอบ และการปรับใช้ของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในบทที่ 2 กับหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศในบทที่ 3 ในบทนี้ เป็นการวิเคราะห์ถึงปัญหาของหลักความได้สัดส่วนใน

37

Ibid.

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศว่าเพราะเหตุใดหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศถึงไม่เพียงพอที่จะเป็นหลักการในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ซึ่งปัญหาหลักเรื่องแรกคือเรื่องที่มาและวัตถุประสงค์ของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ทางการทหารเป็นหลัก ไม่ใช่เพื่อตอบสนองวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ปัญหาที่สองคือปัญหาด้านบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์ขัดกันทางอาวุธที่มีอยู่อย่างจำกัดและไม่ชัดเจนในการปรับใช้ ปัญหาหลักท้ายสุดของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมคือปัญหาในการขาดกลไกในการควบคุมการใช้หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ

ในภาพรวม ปัญหาข้างต้นของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศสามารถถูกเติมเต็มและร่วมปรับใช้กับหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศเนื่องจากหลักการป้องกันล่วงหน้ามีจุดเกาะเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ได้แก่ เรื่องหลักการทั้งสองสะท้อนประเด็นเรื่องความมั่นคงของรัฐและเรื่องระดับความรุนแรงและความเสียหายต่อรัฐ โดยหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศเป็นหลักการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมโดยผ่านองค์ประกอบ 3 ประการ คือ การป้องกันอันตรายที่คาดว่าจะเกิดขึ้น วิธีที่ใช้ป้องกันต้องเป็นวิธีสุดท้าย และ วิธีดังกล่าวต้องเป็นวิธีที่ใช้เทคโนโลยีที่เหมาะสม ทั้งนี้ บริบทของการบังคับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าได้ถูกขยายมากขึ้น โดยเฉพาะเมื่อศตวรรษระหว่างประเทศหรือศตวรรษที่ 21 ได้้นำปัจจัยเสริม โดยเฉพาะเรื่องการพัฒนาที่ยั่งยืน จากเหตุดังกล่าวก่อให้เกิดการมีเสถียรภาพในการบังคับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้า และเป็นหลักได้รับการยอมรับในการปรับใช้จากบรรดารัฐต่างๆ อย่างแพร่หลาย และหากนำหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมาร่วมปรับใช้กับหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศแล้ว ย่อมก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

หลังจากที่ผู้เขียนได้อธิบายหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ บทบัญญัติอันเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธ ช่องโหว่และปัญหาของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมจนถึงการนำเสนอเรื่องหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ ปัจจัยทางด้านเศรษฐกิจ ปัจจัยสังคม ปัจจัยทางการเมือง ตลอดจนมีการนำเสนอเรื่องการพัฒนาอย่างยั่งยืน มาร่วมประกอบพิจารณา จึงทำให้หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศสามารถขยายกรอบการคุ้มครองซึ่งสามารถปรับใช้ได้จริงประกอบกับหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมีจุดเกาะเกี่ยวกับปัจจัยข้อพิจารณาอื่นๆ เช่นเรื่องการพัฒนาอย่างยั่งยืน การมีแนวปฏิบัติเดียวกัน และการมีกลไกด้านราคาและเทคโนโลยีที่เหมาะสม

ซึ่งสิ่งเหล่านี้ทำให้สมมุติฐานของวิทยานิพนธ์เล่มนี้ที่ว่า "หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นหลักการที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธมากที่สุด อย่างไรก็ตาม ปัญหาการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมดังกล่าวเกิดจากความไม่ชัดเจนในเนื้อหา ความหมาย และขอบเขตการปรับใช้ที่คลุมเครือ จึงส่งผลให้การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะสงครามล้มเหลวและไม่สามารถคุ้มครองสิ่งแวดล้อมได้อย่างเหมาะสม ดังนั้น การนำหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมาร่วมปรับใช้กับหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธจึงเป็นหนึ่งในทางเลือกที่เหมาะสมเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว" เป็นการตั้งสมมุติฐานเป็นสิ่งที่ถูกต้อง

ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในตอนต้นว่า ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้น สิ่งแวดล้อมถือเป็นวัตถุพลเรือน (Civilian Object) ซึ่งต้องได้รับการคุ้มครองหลักตามข้อ 35 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 ประกอบกับข้อ 55 ของพิธีสารฉบับเดียวกัน ซึ่งเมื่อพิจารณาจากตัวบทบัญญัติทั้งสองแล้วพบว่าหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมมากที่สุด ไม่ว่าจะเป็นการระบุว่าการสูญเสียจากการโจมตีที่ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมนั้นว่าห้ามเป็นความเสียหายที่เป็นวงกว้าง กินระยะเวลายาว และรุนแรง (Widespread, Long-Term and Severe Damage) ซึ่งทั้งหมดนี้แสดงถึงความเสียหายอันเกินขนาด (Excessive Damage) ตามหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาตัวบทบัญญัติกฎหมาย ทั้งในต้วบทกฎหมายว่าด้วยเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมตามมาตรา 35 และมาตรา 55 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 หรือข้อที่ 1 ของENMODซึ่งเป็นบทบัญญัติที่วางกรอบในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่แคบมาก อันเนื่องมาจากเหตุผลของการเขียนกฎหมายคือมุ่งเน้นเรื่องความจำเป็นทางการทหารเป็นหลัก (Military Necessity) ประกอบกับมาตรา 51 ที่ว่าด้วยหลักความได้สัดส่วนอันเป็นพื้นฐานของการร่างมาตรา 35 และมาตรา 55 ของพิธีสารฉบับเดียวกันนั้นได้ใช้ถ้อยคำที่คลุมเครือและไม่ชัดเจน ประกอบกับการที่บทบัญญัติเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและเรื่องความได้สัดส่วนไม่มีกลไกการบังคับใช้ที่ชัดเจน

การปรับใช้บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธซึ่งมีหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นพื้นฐาน จึงกลายเป็นเครื่องมือขึ้นสำคัญที่บรรดาคู่พิพาทในอ้างในการโจมตีแต่ละครั้งใช้อ้างว่าการโจมตีของตนไม่เข้าองค์ประกอบหรือไม่เข้าจำกัดความที่แคบในเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะสงคราม ดังนั้นการโจมตีหรือการดำเนินการใดๆในสงครามที่ตนทำนั้นจึงสามารถกระทำได้ ทั้งๆที่ในความเป็นจริงแล้วความเสียหายจากการโจมตีดังกล่าวอาจเป็นความเสียหายที่ไม่ได้สัดส่วนก็ได้ เพียงแต่ไม่เข้ากรอบจำกัดความของความเสียหายตามข้อที่ 35 และข้อที่ 55 และไม่เป็นการไม่ได้สัดส่วนตามข้อที่ 51 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 ท้ายสุดจึงนำไปสู่การเกิดความลักลั่นของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอันเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมซึ่งมีหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการพื้นฐาน

จากปัญหาข้างต้น ความจำเป็นในการนำหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมารวมใช้เพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธจึงเกิดขึ้น เนื่องจากว่าหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศสามารถเข้ามาอุดช่องว่างทางกฎหมายในเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธได้ ซึ่งคำว่าอุด

ช่องว่างในกรณีนี้หมายถึงหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศสามารถให้ความกระจ่างแจ้งในเรื่องผลลัพธ์จากการโจมตีทางการทหาร หลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศไม่ได้พิจารณาเพียงแค่แง่มุมใดแง่มุมหนึ่งเหมือนหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่พิจารณาเฉพาะเรื่องวัตถุประสงค์ทางการทหารเท่านั้น (Military Objective) แต่หลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศยังได้นำปัจจัยอื่นที่มีความเกี่ยวข้องมาพิจารณาประกอบร่วมกัน ไม่ว่าจะเป็นทางด้านเศรษฐกิจ สังคม การพัฒนาที่ยั่งยืน ตลอดจนองค์ประกอบด้านต้นทุนและเทคโนโลยีที่เหมาะสม จึงทำให้กรอบการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมีการคุ้มครองที่กว้าง และมีนำไปปรับใช้อย่างต่อเนื่อง (consistency) และชัดเจน (clarity) และเป็นหนทาง การอุดช่องโหว่ของการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธได้อย่างมีประสิทธิภาพ

5.2 ข้อเสนอแนะ

1. ข้อสำคัญของการปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมคือต้องพิจารณาถึงความเสียหายหรือความรุนแรงที่เท่ากันหรือใกล้เคียงกันระหว่างความเสียหายจากการละเมิดหลักดังกล่าว ซึ่งความรุนแรงเช่นว่าสมควรที่จะต้องมีบรรทัดฐานที่แน่นอนอันเป็นแนวปฏิบัติของบรรดารัฐต่างๆ เพราะไม่เช่นนั้นแล้ว การตีความของคำว่ารุนแรงก็อาจจะไม่ตรงกับเจตนารมณ์ของการใช้กฎหมาย
2. ถึงแม้ว่าเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศสามารถนำมาใช้ร่วมกับหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้ แต่สิ่งที่ควรพึงระวังคือสิ่งที่ต้องพิจารณาเรื่องระดับของความเสียหาย ยังต้องพิจารณาถึงความเสียหายที่ไม่ได้เฉพาะแต่เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น แต่ยังรวมถึงความเสียหายที่คาดว่าจะเกิดขึ้นด้วย
3. ข้อบกพร่องบางประการของการนำหลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมาร่วมปรับใช้เพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธคือ อาจทำให้รัฐที่โจมตีนั้นต้องใช้เวลาจำนวนหนึ่งในการประเมินถึงผลความได้สัดส่วนซึ่งอาจทำให้วัตถุประสงค์การโจมตีล่าช้าและไม่ทันการได้ตอบ

4. บรรดารัฐต่างๆควรมีการวางกรอบที่ชัดเจนที่สามารถเป็นแนวทางในการปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศกับหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์การขัดกัน



รายการอ้างอิง

- Adam Jones. "Case Study : The American Genocide 1915-1917." *Genocide Watch* (2002): 1-9.
- Aeron Fichelberg. "Applying the Rule of Just War Theory to Engineers in the Army Industry." *Science and Engineering Ethics* 12 (2006): 287-88.
- Alina Kaczorowska. "Public International Law (Fourth Edition)." (2010): 185, 88-89.
- American Red Cross. "Summary of the Geneva Conventions 1949 and Their Additional Protocols : International Humanitarian Law." (2011): 1-5.
- Amichai Cohen. "Proportionality in Modern Asymmetrical Wars." (2010): 16.
- Amnesty International Report. "Nato/Federal Republic of Yugoslavia." "Collateral Damage" or "Unlawful Killing, Violations of the Laws of War by Nato During Operation Allied Force." (2000): 6.
- Anne Orford. "Trade, Human Rights and the Economy of Sacrifice'." 18 *Leiden Journal of International Law* (2005): 213.
- Antonio Cassese. "International Law (Second Edition)." (2005): 81-82.
- Assembly, United Nations General. "United Nations General Assembly Resolution 2994 (Xvii)."
- Barral, Virginie. "Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm." *The European Journal of International Law* 23, no. 2 (2012): 377-98.
- Berit Van Neste. "Cicero and St. Augustine's Just War Theory: Classical Influences on a Christian Idea." *University of South Florida Scholar Commons* (2006): 1-6.
- Bernaconi-Osterwalder, Natalie. "The German Nuclear Phase-out Put to the Test in International Investment Arbitration? Background to the New Dispute Vattenfall V. Germany (Ii) ". *International Institute for Sustainable Development* (June 2012): 2.
- Birgit Schlutter. "Constitutionalisation at Its Best or at Its Worst? Lessons from the Development of Customary International Criminal Law." (2004): 3.
- Bruce M. Russett. "Proportionality in War." (1973): 42.

- Cameron, James. "The Precautionary Principle: A Fundamental Principle of Law and Policy for the Protection of the Global Environment. ." *Boston College International and Comparative Law Review* 14, no. 1 (1991).
- Captain Jason Wright. "'Excessive' Ambiguity: Proportionality from the Practitioner's Perspective." (2007): 10.
- Center of Military History United States Army. "War in the Persian Gulf : Operation Desert Shield and Desert Storm August 1990-March 1991." (2010).
- Christopher Greenwood. "Customary International Law and the First Geneva Protocol of 1977 in the Gulf Conflict." (1993).
- . "Customary International Law and the First Geneva Protocol of 1977 in the Gulf Conflicts." (1993).
- Commission, International Law. "State of Necessity in International Humanitarian Law (Report of the International Law Commission on the Work of Its Thirty-Second Session)." *Yearbook of the International Law Commission* 2 (1980): 32-46.
- Craig J.S. Forrest. "The Doctrine of Military Necessity and the Protection of Cultural Property During Armed Conflicts." *California Western International Law Journal* 37 (2007): 182-86.
- Cymie R. Payne. "Pulp Mills on the River of Uruguay (Argentina V. Uruguay)." *The American Journal of International Law* 105, no. 1: 94-101.
- Daniel Kazhdan. "Precautionary Pulp: Pulp Mills and the Evolving Dispute between International Tribunals over the Reach of the Precautionary Principle." *Ecology Law Quarterly* 38, no. 2: 543-45.
- . "Precautionary Pulp: Pulp Mills and the Evolving Dispute between International Tribunals over the Reach of the Precautionary Principle." *Ecology Law Quarterly* 38, no. 2 (March 2011): 527-52.
- Daniel Thurer. "International Humanitarian Law : Theory, Practice, Context, Recueil Des Cours (Collected Courses of the Hague Academy of International Law)." (2011): 72.
- . *International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context (Recueil Des Cours)*. Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

- David Kriebel. "The Precautionary Principle in Environmental Science." *Environmental Health Perspective* 109, no. 9 (September 2001).
- David R. Stone. "The Encyclopedia of War (1st Edition)." (2012): 1-8.
- Deborah Russo. "The Use of Proportionality in the Recent Case-Law of the ICJ". *Research Paper Series* (2015): 1-16.
- Defense, U.S. Department of. "Conduct of the Persian Gulf War: Final Report to Congress." 1-10, 1992.
- Dinah PoKempner. "Collateral Damage : Assessing Violations from the Outside." 4-6.
- Distein, Yoram. *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*. Cambridge University Press, 2010.
- Donald J. Baon. "Second World War Deception : Lessons Learned for Today's Joint Planner." *Air Command and Staff College Wright Flyer Paper No.5* (1998): 1-3.
- Douglas J. Sylvester and Aaron X. Fellmeth. "Targeting Decisions and Consequences for Civilians in the Colombian Civil Strife." (2010): 4.
- Dr. Duad Hassan. "The Rise of Territorial State and the Treaty of Westphalia." *Yearbook of New Zealand* 9 (2006): 64-65.
- Dr. Michael Vaughan. "After Westphalia, Wither the Nation State, Its People and Its Governmental Institution?". (2011): 8-10.
- E. Rauch. "Conduct of Combat and Risks Run by the Civilian Population." (1982): 66-67.
- Fabian Augusto Cardenas Castaneda. "A Call for Rethinking the Source of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin." (2012): 281.
- Foreign and Commonwealth Office. "UK Government Strategy on the Protection of Civilians in Armed Conflict." 2.
- Francis Lieber. "General Orders No.100: Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field." (1863).
- Georg Nolte. "Thin or Thick? The Principle of Proportionality and International Humanitarian Law." *Law & Ethics of Human Rights* 4 (2010): 245-46.
- Gomes, Keith J. "An Intellectual Genealogy of the Just War: A Survey of Christian Political Thought on the Justification of Warfare ". *Small Wars Journal* (2008): 1-3.
- Gregor Noll. "Analogy at War: Proportionality, Equity and the Law of Targeting." 6.

- Groerg Nolte. "Thin of Thick? The Principle of Proportionality and International Humanitarian Law." *The Berkeley Electronic Press* (2010): 249.
- Gunther Handl. "Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm Declaration) 1972 and the Rio Declaration on Environment and Development 1992." *United Nations Audio Library of International Law* 3-5.
- H. Lauterpacht. "Oppenheim's International Law." (1952): 154.
- Habo, Tor-Inge. "The Function of the Proportionality in Eu Law." *European Law Journal* 16 (2010): 165.
- Hayashi, Nobuo. "Contextuaizing Military Neccessity ". *Emory International Law Review* 27 (2013): 86-87.
- Henrik Syse. "The Platonic Roots of Just War Doctrine : A Reading of Plato's Republic." (2010): 104.
- Ian Brownlie. "Principles of Public International Law (Sixth Edition)." (2003): 1-2.
- Ian Handerson. "The Contemporary Law of Targeting, Military Objectives, Proportionality and Precautions in Attack under Additional Protocol1." (2009).
- International Committee of the Red Cross. "Improving Compliance with International Humanitarian Law." (2004): 2.
- International Committee of the Red Cross and The Inter-Parliamentary Union. "Respect for International Humanitarian Law." (1999): 17.
- International Court of Justice. "Report of Judgments (Advisory Opinion and Orders on Legal Consequenes of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory." 2004.
- International Criminal tribunal for the Former Yugoslavia. "Final Report to the Prosecutor by the Commmittee Eatablished to Review the Nato Bombing Campaign Aganist the Federal Republic of Yugoslavia ", 2002.
- . "The Prosecutor V. Drazen Erdemovic Sentence Judgment." 1998.
- . "The Prosecutor V. Pavle Strugar Judgment ". (2005).
- . "The Prosecutor V. Tihomir Blaskic Judgment." 2000.
- J.M. Spaight. "Air Power and War Rights 210." (1933).

- Jackson Nyamuya Maokoto. "Transforming Westphalian Sovereignty: Human Rights and International Justice as a Transitional Crucible." (2005): 15.
- Jane Scratton. "Hot Topics Legal Issues in Plain Language." (2009): 1-2.
- Janina Dill. "Applying the Principle of Proportionality in Combat Operations." (2010): 3.
- Jans., Jan H. "Stop the Integration Principle?". *Fordham International Law Journal* 33, no. 5 (2011): 547.
- Jean-Marie Henckerts and Louise Doswald-Beck. "Customary International Humanitarian Law (Volume 1)." (2005): 46.
- . "Customary International Humanitarian Law (Volume 2)." (2005): 298.
- Joseph-Holland. "Yearbook of International Humanitarian Law." (2004): 35-78, 48-49.
- Juan F. Vagas. "Military Empowerment and Civilian Targeting in Civil War." (2009): 9.
- Judith Gail Gardam. "Proportionality and Force in International Law." *The American Journal of International Law* 87 (1993): 391.
- Judith Gardam. "Proportionality as a Restraint on the Use of Force." *Australian Yearbook of International Law* 161 (1999): 166-67.
- Justice, International Court of. "Case Concerning Oil Platform (Islamic Republic of Iran V. United States of America)." 2003.
- . "Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina V. Uruguay) ". (2010).
- . "Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary V. Slovakia) ", 1997.
- Kai Moller. "The Right to Life between Absolute and Proportional Protection." (2010): 18.
- Keith J. Gomes. "An Intellectual Genealogy of the Just War: A Survey of Christian Political Thought on the Justification of Warfare." *Small Wars Journal* (2008): 1-3.
- Keith Pavlischek. "Reinhold Niebuhr, Christian Realism and Just War Theory : A Critique ". (2007): 54-59.
- Laurie R. Blank. "A New Twist on an Old Story : Warfare and the Mixing of Proportionalities." *Case Western Reserve Journal of International Law* 43 (2011): 716.

- Lieutenant Colonel Lawrence G. Shattuck. "Communitating Intent and Imparting Presence." *Military Review*(March-April) (2000): 66-72.
- Lieutenant Colonel William J. Fenrick. "The Rule of Proportionality and Protocol 1 in Conventional Warfare." (1982): 95.
- Lye Lin-Heng. "Biodiversity and Protected Areas Laws: Comparative Perspective." 1-14: ADB Second Asian Judges Symposium on Environment December 2013.
- Major Kenneth Alan Raby. "Thesis : Bombardment of Land Targets-Military Necessity and Proportionality Interpellated." (1968): 29-30.
- Malcom D. Evans. "International Law (First Edition)." (2003): 117-20.
- Marco Sassoli. "Legitimate Targets of Attacks under International Humanitarian Law." *International Humanitarian Law Research Initiative* (2003): 2-4.
- Mark W. Zacher. "The Territorial Integrity Norm: International Boundaries and the Use of Force." (2001): 246.
- Marko Ahteensuu. "Rationale for Taking Precautions: Normative Choices and Commitment in the Implementation of the Precautionary Principle." 6-7.
- Martin Dixon. "Textbook on International Law (Sixth Edition)." (2007): 113-20.
- Maurice H. Keen. "The Laws of War in the Late Middle Ages." (1965).
- Michael Bohlander¹ and Dawn L. Rothe. "Spock Was Wrong"- Global Student Views on Head-of-State and Regime Assassination as a Means of Avoiding Collateral Civilian Damage in Armed Conflicts." (2010): 2-3.
- Michael J. Matheson. "Session One: The United States Position on the Relation of Customary International Law to the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions." *International Law and Policy*: 426.
- Michael Lacewing. "Just War Theory." 1.
- Milton Leitenberg. "Deaths in Wars and Conflicts in the 20th Century." (2006): 9.
- Mohammed Ayoob. "Humanitarian Intervention and State Sovereignty." *The International Journal of Human Rights* 6, no. 1 (2002): 81, 98.
- Myers, Nancy. "The Precautionary Principle Puts Value First." *Bulletin of Science, Technology and Society* 22, no. 3 (June 2002).

- N. Ronzitti. "Is the Non Liquefaction of the Final Report by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia Acceptable?". no. 82 (2000): 1025.
- "Naulilaa Arbitration Award (Portugal V. Germany)." 1949.
- Pallemaerts, Marc. "International Law and Sustainable Development: Any Progress in Johannesburg?". (2003): 1-11.
- Pareene Srivani. "The Institutionalization of International Environment Law ".
Chulalongkorn Law Review 62, no. 194-261.
- Patrick Provost-Smith. "A Drone's Eye View : Global Anti-Terrorism and the Existential Crisis of Just War Theory." (2013): 85,103.
- Paul Gilbert. "Proportionality in the Conduct of War." *Journal of Military Ethics* (2005): 100.
- Poto, Magherita. "The Principle of Proportionality in Comparative Perspective."
German Law Journal 8.
- Rene Von Schomberg. "The Precautionary Principle: The Use within Hard and Soft Law.", 147: Symposium on the European's Parliament Role in Risk Governance. Rights, The European Court of Human. "Case Number 23413/94 Concerning Lcb V. United Kingdom." 1998.
- Robert P. Barnidge, Jr. "The Principle of Proportionality under International Humanitarian Law and Operation Cast Lead." *Columbia University Press* (2010): 275-76.
- . "The Principle of Proportionality under International Humanitarian Law and Operation Lead." [In English]. *Columbia University Press* (2010).
- Ronzitti, N. *The Law of Naval Warfare : A Commentary on the Relevant Agreements and Documents* Martinus Nijhoff, 1988.
- Sir Humphrey Waldock. "General Course on Public International Law." (1962): 44.
- Tawn, Elizabeth Janet. "Leukaemia and Sellafield: Is There a Heritable Link?". *Journal of Medical Genetics* (1995): 251-55.
- Terrance Iverson, and Charles Perrings. "The Precautionary Principle and Global Environmental Change." (December 2009).
- Thomas Buergenthal and Sean D. Murphy. "Public International Law in a Nutshell." 22.

- Thomas M. Frank. "On Proportionality of Countermeasures in International Law." *American Journal of International Law* (2008): 719.
- . "On Proportionality of Countermeasures in International Law." *American Journal of International Law* (2008): 723.
- Turner, Derek. "Ethics, Policy and Environment." *Routledge Taylor and Francis Group* 16, no. 3 (2003): 341-43.
- United Nations Security Council (UNSC). "Resolution 1625 (2005)." 2005.
- . "Statement by the President of the Security Council, ." 25 June 2007.
- Veinla, Hannes. "Determination of the Level of Environmental Protection and the Proportionality of Environmental Measures in Community Law ". *Juridica International* (2004): 89-98.
- Victor Hansen. "The Impact of Military Justice Reforms on the Law of Armed Conflict : How to Avoid Unintended Consequence." *Michigan State International Law Review* 21:2 (2013): 261.
- Wendy Carlin. "West German Growth and Institutions (1945-1990)." (2011): 1-5.
- William Slomanson. "Fundamental Perspectives on International Law." (2011): 46-48.
- Yoram Dinstein. *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflicts* Cambridge University Press, 2011.
- . "The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflicts, Cambridge." (2010): 130.
- Yugoslavia, International Criminal Tribunal of the former. "Prosecutor V. Ivica Rajic (Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence.", 1996.
- Yugoslavia, International Criminal Tribunal for the Former. "The Prosecutor V. Ivica Rajic (a/k/a Viktor Andric) Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence." (1986): 54, 56.
- . "The Prosecutor V. Milan Babic (Sentencing Judgment) ", 2004.
- . "The Prosecutor V. Predrag Bonavic (Sentencing Judgment) ". (2003).
- . "The Prosecutor V. Stanislav Galic Judgement ", 2003.

Ziv Bohrer et al. "Proportionality in Military Force at War's Multiple Levels: Averting Civilian Casualties Vs. Safeguarding Soldiers." *Vanderbilt Journal of International Law* (2013): 820.

ศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ธีระวัฒน์. กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ. 2007.

อาจสำอองศ์, สานุ. "การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ: ผลกระทบและแนวทางของประเทศไทย." จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2008.



ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายถิรายุส ทรงเดชะ เกิดเมื่อวันที่ 19 เมษายน พ.ศ. 2532 ที่จังหวัด กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาระดับชั้นประถมศึกษาจากโรงเรียนอนุบาลสิงห์บุรี ระดับมัธยมศึกษาตอนต้นและมัธยมศึกษาตอนปลายจากโรงเรียนสวนกุหลาบวิทยาลัย กรุงเทพมหานคร และปริญญานิติศาสตรบัณฑิต จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ระหว่างการศึกษา เป็นหัวหน้าทีมนิสิตตัวแทนประเทศไทยเข้าร่วมการแข่งขันว่าความศาลจำลองกฎหมายระหว่างประเทศ "The 2013 Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition" ณ กรุงวอชิงตัน ดีซี ประเทศสหรัฐอเมริกา และเป็นผู้ช่วยวิจัยของ อาจารย์ภาวิวัฒน์ สัตยานุรักษ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ศารทูล สันติवासะ และ ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร. สุรเกียรติ์ เสถียรไทย ตามลำดับ

ปัจจุบัน ประกอบวิชาชีพทนายความ ณ บริษัทสำนักกฎหมายสากลสยามพรีเมียร์จำกัด (Siam Premier International Law Office Limited) และเป็นผู้ช่วยเลขานุการคณะกรรมการจัดการประชุมทุกสองปีของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศแห่งเอเชียครั้งที่ 5 (The 5th Biennial Conference of the Asian Society of International Law) ซึ่งประเทศไทยเป็นเจ้าภาพการจัดงานในปี พ.ศ. 2558