

### บทที่ 3

#### กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล

รัฐทุกรัฐในสังคมนระหว่างประเทศต่างมีอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) อย่างเท่าเทียมกัน และต้องการอำนาจอธิปไตยซึ่งกันและกัน ทั้งนี้ การอยู่ร่วมกันในสังคมนระหว่างประเทศ อาจมีการกระทบกระทั่งในอำนาจอธิปไตยเกิดขึ้น ซึ่งเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นเสมอในสังคมนระหว่างประเทศ และผลจากการที่รัฐมีอำนาจอธิปไตยนี้เอง ทำให้รัฐมีสิทธิที่จะกระทำการใด ๆ ก็ตามอย่างเต็มที่ภายในเขตอำนาจของตน ซึ่งเรียกว่า อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน (Territorial Sovereignty) แต่ในสังคมนระหว่างประเทศมิได้มีรัฐอยู่เพียงรัฐเดียว ดังนั้น การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐจะต้องเคารพต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐหนึ่ง การกระทำใด ๆ ของรัฐที่ก่อความเสียหายต่อรัฐอื่นเป็นสิ่งที่รัฐจะต้องหลีกเลี่ยงมิให้เกิดขึ้น ดังนั้น เมื่อกฎหมายระหว่างประเทศได้ยอมรับในเรื่องของการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐไว้ ในขณะเดียวกัน กฎหมายระหว่างประเทศก็ได้พูดถึงหน้าที่ของรัฐที่จะต้องมียุติด้วยเช่นกัน โดยสิทธิและหน้าที่นี้ ปรากฏอยู่ในรูปของสนธิสัญญา กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป

ทั้งนี้การกระทำใดที่เป็นการใช้สิทธิของรัฐตามที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรองไว้ แต่เป็นการกระทำที่ผิดหน้าที่ของรัฐซึ่งกระทำ และก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่น ก็อาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศได้

ในกรณีปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกลก็เช่นเดียวกัน รัฐมีสิทธิที่จะใช้อำนาจตามสิทธิที่กฎหมายระหว่างประเทศได้รับรองไว้ กล่าวคือ รัฐมีสิทธิที่จะกระทำการใด ๆ ภายในอำนาจอธิปไตยของตน (Sovereignty) อย่างเต็มที่ เป็นต้นว่ารัฐสามารถตั้งโรงงานอุตสาหกรรมได้ตามนโยบายของตน ไม่ว่าโรงงานอุตสาหกรรมนั้นจะก่อให้เกิดมลพิษหรือไม่ก็ตาม หรือรัฐสามารถที่จะตั้งโรงงานผลิตกระแสไฟฟ้าโดยใช้พลังงานนิวเคลียร์ หรือแม้กระทั่งอนุญาตให้มีการใช้สารเคมีซึ่งเป็นอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมโดยเฉพาะชั้นบรรยากาศโอโซน ดังเช่น สาร CFC เป็นต้น ซึ่งมาตรการของรัฐต่อเรื่องเหล่านี้ไม่ว่าจะเป็นการควบคุม การป้องกัน รัฐสามารถที่จะกำหนดมาตรการอย่างไรก็ได้

แต่ในความเป็นจริงไม่มีรัฐใดที่จะใช้อำนาจอธิปไตยอย่างสมบูรณ์เต็มที่ใด ฉะนั้น การใช้สิทธิภายในอำนาจอธิปไตยของรัฐจะต้องไม่เป็นการใช้ไปในทางที่ก่อความเสียหายต่อรัฐอื่น (Sic utere tuo ut alienum non laedas, use your own so as not harm to other) หรือรัฐจะต้องไม่ใช้สิทธิไปในทางที่เป็นอุปสรรค หรือขัดขวางต่อการใช้สิทธิของรัฐอื่น (Abuse of Rights) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ โดยหลักแล้ว

การใช้สิทธิของรัฐต้องเป็นไปโดยสุจริต (Good Faith) นั่นเอง ยกตัวอย่าง รัฐ A ตั้งโรงงานอุตสาหกรรมลงตะกั่วและปล่อยควันที่มีสารตะกั่วปะปนอยู่ ลอยข้ามพรมแดนและก่อความเสียหายต่อรัฐ B ซึ่งกล่าวได้ว่าเป็นลักษณะของการใช้สิทธิของตนที่เป็นไปในทางที่มีแต่จะก่อความเสียหายต่อรัฐอื่น ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่สอดคล้องกับการใช้อำนาจของรัฐตามที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรองและยอมรับ

นอกจากนี้ ยังมีหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศที่รัฐจะต้องเคารพเช่นกัน อาทิ รัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อรัฐอื่นในฐานะรัฐเพื่อนบ้านที่ดี (Good Neighbourliness) รัฐควรจะต้องใช้ความระมัดระวังในการใช้สิทธิ เพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่น (Due Diligence) รัฐควรป้องกันมิให้เกิดมลพิษต่อรัฐในการแก้ไขปัญหาอื่น (Duty to Prevent) รัฐควรใช้ทรัพยากรธรรมชาติร่วมกันอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกัน (Solidarity and Equity) รัฐอาจจะต้องให้ข้อมูลแก่รัฐอื่นที่เป็นประโยชน์มลพิษ (Duty to inform) หรือรัฐอาจจะต้องปรึกษาและร่วมมือกันในการป้องกันหรือแก้ไขปัญหามลพิษ

ดังนั้น หากเกิดกรณีที่รัฐใช้สิทธิตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรอง หรือเป็นการกระทำที่รัฐไม่ปฏิบัติตามหน้าที่แล้ว การกระทำดังกล่าวทำให้เกิดปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกลต่อรัฐอื่น และเป็นเหตุให้รัฐอื่นได้รับความเสียหายจากปัญหาดังกล่าว และรัฐดังกล่าวอาจจะต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศแก่รัฐอื่น ความเสียหายดังกล่าว ทั้งนี้จะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ (state Responsibility) ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะได้ศึกษาในหัวข้อ 3.2

อย่างไรก็ดี เพื่อเป็นการป้องกันปัญหาและความเสียหายดังกล่าว รัฐอาจจะร่วมมือกันแก้ไขปัญหา ร่วมกัน โดยอาจกระทำในรูปของความตกลงระหว่างประเทศในลักษณะของอนุสัญญา หรือข้อตกลงในระดับต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นทวิภาคี หรือพหุภาคี หรืออื่น ๆ ซึ่งในประเด็นนี้จะได้ศึกษาในหัวข้อที่ 3.4

ดังนั้น การศึกษาในบทที่ 3 เรื่องกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกลได้แบ่งออกเป็น 3 ส่วนได้แก่

- (1) หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล
- (2) หลักเกณฑ์ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ
- (3) กรณีพิพาทระหว่างประเทศ
- (4) อนุสัญญากรุงเจนีวา ว่าด้วยมลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล ค.ศ.1979

### 3.1 หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล

การศึกษาในหัวข้อ 3.1 นี้ ประสงค์ที่จะศึกษาถึง หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดสิทธิและหน้าที่แก่รัฐ เพื่อนำมาประกอบการศึกษาในเรื่องปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล ซึ่งผู้วิจัยใคร่ขอแบ่งออกเป็น หลักที่มีลักษณะเป็นสิทธิซึ่งได้แก่ หลักอำนาจอธิปไตยของรัฐ หลัก Sic utere tuo ut

alienum non laedas และหลัก Abuse of Rights กับ หลักที่มีลักษณะกำหนดหน้าที่ ได้แก่ หลัก Good Neighbourliness ดังนี้

### 3.1.1 หลัก Sic Utere Tuo Ut Alienum Non Laedas

ความหมายของหลักการนี้ หมายถึง ใช้ทรัพย์สินของตนเองโดยไม่ก่อความเสียหายต่อผู้อื่น (Use your own so as not harm to other) ซึ่งหมายถึงรัฐใด ๆ จะต้องไม่ใช่สิทธิหรือทรัพย์สินของตนเองไปในทางที่ก่อความเสียหายต่อรัฐอื่น

ส่วนปัญหาว่าหลักนี้มาจากจุดกำเนิดใดนั้น ก็ยังไม่เป็นที่ยืนยันว่าจะมาจากกฎหมายโรมัน (Roman Law) หรือไม่ คำว่า Sic utere tuo ut alienum non laedas มักปรากฏพบในระบบกฎหมายแองโกล-อเมริกัน<sup>1</sup> แต่ไม่พบในระบบกฎหมายของรัฐส่วนใหญ่ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าคำตัดสินอนุญาโตตุลาการคดี Trail Smelter Arbitration (1941)<sup>2</sup> ได้รับอิทธิพลมาจากหลักนี้อยู่มากโดยศาลกล่าวว่า

“ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกับกฎหมายของสหรัฐอเมริกา รัฐไม่มีสิทธิที่จะใช้หรืออนุญาตให้มีการใช้ดินแดนของตน หรือทรัพย์สิน หรือบุคคลในดินแดนแห่งนั้นในกรณีที่เป็นเหตุการณ์ร้ายแรงและเกิดความเสียหายอย่างชัดเจน และเชื่อถือได้”

หลักการนี้ไม่เพียงแต่ครอบคลุมรัฐใดรัฐหนึ่งเท่านั้น แต่หมายถึงทุก ๆ รัฐ ศาลในคดี Corfu Channel Case (1949)<sup>3</sup> กล่าวว่า “ทุก ๆ รัฐมีพันธกรณีที่จะต้องห้ามการใช้ดินแดนของตนไปในทางที่เป็นการขัดต่อสิทธิของรัฐอื่น”

นอกจากนี้ยังพบว่า หลักซึ่งได้รับการยอมรับนำไปบัญญัติไว้ในความตกลงระหว่างประเทศสำคัญ ๆ หลายฉบับ ดังเช่น Article 194(2) ของ UNCLOS III ได้บัญญัติว่า

“รัฐภาคีจะต้องมาตรการที่จำเป็น เพื่อให้แน่ใจได้ว่าการกระทำภายในอาณาเขตของตนจะไม่เป็นเหตุให้เกิดมลภาวะต่อรัฐอื่น หรือสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่น ...”<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Lammers, J. G., *Pollution of international watercourses : a search for substantive rules and principle of law*, (London : Sweet And Maxwell, 1970), p. 570.

<sup>2</sup> Reports of International Arbitral Awards III, 1941.

<sup>3</sup> ICJ Reports (1949), p. 23.

<sup>4</sup> Article 194(2) United Nations Conference on The Law of The Sea 1982.

หรือในทางสาขาของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศใน Principle 21 ของ Stockholm Declaration on Human Environment 1972 ซึ่งเป็นการแสดงเจตนาของประชาคมโลก และศาลก็เคยกล่าวว่า อาจจะกลายเป็นกฎหมายระหว่างประเทศได้ โดยมีใจความว่า

“รัฐมีสิทธิอธิปไตยตามกฎหมายบรรทัดฐานประชาชาติ และหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่จะแสวงหาผลประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติของตนตามนโยบายสิ่งแวดล้อมที่ได้วางไว้ และมีความรับผิดชอบที่จะต้องให้หลักประกันว่า กิจกรรมภายในเขตอำนาจและการควบคุมของตนจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่นหรือแก่บริเวณที่อยู่นอกเขตอำนาจของรัฐใด ๆ”<sup>5</sup>

จากทางปฏิบัติที่กล่าวมาข้างต้นได้สะท้อนให้เห็นถึง สิทธิของรัฐว่า “ทุกรัฐมีสิทธิที่จะกระทำการใด ๆ อย่างอิสระภายใต้อาณาเขตดินแดนของตน ตามหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน (Territorial Sovereignty) แต่การใช้สิทธิของรัฐนั้นจะต้องไม่กระทบกระเทือนหรือก้าวล่วงเข้าไปในสิทธิของรัฐหนึ่งหรือเรียกว่าต้องใช้สิทธิอย่างถ้อยถ้อยปฏิบัติต่อกัน

เมื่อพิจารณาในด้านสถานะของหลักการนี้ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากหลักการนี้ได้รับการรับรองไว้ในความตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับ รวมถึงการกล่าวอ้างในคดีสำคัญ ๆ หลายคดี โดย Oppenheim ยอมรับว่า หลักที่เป็นกฎหมายทั่วไปหลักหนึ่งที่นานาประเทศยอมรับ (General Principle of Law Recognised by Civilized Nations)<sup>6</sup> ซึ่งมีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า หลักนี้เป็นสาระสำคัญของหลัก Abuse of Rights และหลัก Good Neighbourliness<sup>7</sup> ซึ่งจะได้กล่าวในหัวข้อต่อ ๆ ไป

การนำหลักนี้มาปรับใช้กับปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกลนั้น หมายถึง รัฐต้องไม่ใช้สิทธิของตนเป็นการกระทบกระทั่งหรือก้าวล่วงเข้าไปในสิทธิของรัฐอื่น กล่าวคือ รัฐมีสิทธิที่จะ

<sup>5</sup> พงษ์ ทัศนียานนท์, “กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ”, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายสิ่งแวดล้อม, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2532), หน้า 101.

<sup>6</sup> Oppenheim, International law : a treatise, 8Th ed. ,edited by Lauterpatch, vol. 1, Peace, (London : Longmans, Green, 1955), p. 346.

<sup>7</sup> Amnat Wongbundit, “Hydroelectric development on an international rivers : The lower Mekhong basin”, (Doctoral dissertation,Osgoode Hall Law School, York University, Ontario, Canada, 1989), p. 95.

ประกอบกิจกรรมใด ๆ ภายในเขตอำนาจของตนอย่างอิสระ เช่น มีสิทธิที่จะตั้งโรงงานอุตสาหกรรมภายในเขตอำนาจของตนได้ แต่จะต้องมีให้มลพิษทางอากาศที่มาจากโรงงานอุตสาหกรรมนั้นไปทำความเดือดร้อนหรือความเสียหายต่ออีกรัฐหนึ่ง หากรัฐจะละเมิดหลักการนี้ รัฐจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นตามกฎหมายระหว่างประเทศ

### 3.1.3 หลัก Abuse of Rights.

ความหมายของหลัก Abuse of Rights ในทางกฎหมายระหว่างประเทศหมายถึง การใช้สิทธิของรัฐในทางที่เป็นอุปสรรคหรือขัดขวางต่อการใช้สิทธิของรัฐอื่น หรือในทางที่ก่อความเสียหายแก่รัฐอื่น โดยรัฐผู้กระทำมีสิทธิอยู่แล้ว แต่ผลจากการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่น ดังนั้น การใช้สิทธิโดยมิชอบ จึงต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำมีสิทธิอยู่แล้ว เพราะหากไม่มีสิทธิ ก็ไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นการใช้สิทธิโดยมิชอบ”<sup>8</sup>

ลักษณะการกระทำที่ถือได้ว่า เป็นการใช้สิทธิในทางที่ผิดในทางกฎหมายระหว่างประเทศ นั้น พอจะจำแนกได้ดังนี้<sup>9</sup>

(1). การที่รัฐใช้สิทธิของตน ในทางที่เป็นอุปสรรคขัดขวางต่อการใช้สิทธิของรัฐอื่น เช่น การกระทำที่เป็นการแทรกแซงต่อภาวะเยียบภายในของรัฐอื่น เป็นต้น โดยเฉพาะการใช้สิทธิในลักษณะนี้ มักเกิดขึ้นในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการใช้ทรัพยากรธรรมชาติร่วมกันของรัฐ

(2). การใช้สิทธิรัฐไปในทางที่ผิดแผกหรือแตกต่างไปจากวัตถุประสงค์ของการใช้สิทธิเช่นนั้น

(3). การใช้สิทธิตามอำเภอใจ(Arbitrary Exercise) จนก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่น แม้ว่าจะเป็นการกระทำโดยไม่ได้ฝ่าฝืนหรือละเมิดต่อสิทธิของรัฐอื่นโดยแจ้งชัดโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาเรื่องเจตนาว่าทุจริตหรือจงใจทำให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่นเลย เช่น การปฏิบัติต่อคนต่างด้าว, การริบทรัพย์สิน เป็นต้น

ส่วนในเรื่องสถานะของหลักนี้ ยังคงมีความไม่แน่นอนว่าควรจะดำรงอยู่ในสถานะใดในทางกฎหมายระหว่างประเทศ จากการศึกษาพบว่าโดยส่วนใหญ่แล้วเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปถึงสถานะของหลักนี้

<sup>8</sup> Sorensen, M., Manual of public international law, (London : Mcmillan, 1968), P. 540.

<sup>9</sup> Ibid., P.2.

ว่า เป็นหลักกฎหมายทั่วไปแล้ว(General Principles Of Law)และได้รับการยืนยันโดยนักกฎหมายระหว่างประเทศดังเช่น Lauterpatch , Oppenheim, Brownlie, Friedman และ Kiss เป็นต้น โดยเฉพาะ Kiss กล่าวว่าหลักนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่บอกถึงความรู้สึกที่แท้จริงของประชาคมโลก เนื่องจากหลักการนี้เกิดขึ้นมาจากโครงสร้างของระบบกฎหมายต่าง ๆ <sup>10</sup> ส่วน Brownlie เห็นว่า "หลักการนี้เป็นหลักที่มีประโยชน์ในการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป แต่ไม่มีในกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง จากแนวความคิดนี้ เมื่อกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้การกระทำเป็นความผิดโดยการอ้างเป็นหลักเกณฑ์ เช่น หน้าที่ในการป้องกันอันตรายต่อสภาวะแวดล้อม ซึ่งสะท้อนให้เห็นตรรกของการใช้สิทธิเกินสมควรแก่เหตุ การที่มีข้อกำหนดถึงความผูกพันที่จะต้องไม่ใช้สิทธิเกินกว่าที่กำหนดเอาไว้ ก็คือ การใช้สิทธิเกินสมควรแก่เหตุ นั่นเอง <sup>11</sup>

อย่างไรก็ตามยังมีฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยว่าหลักนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ด้วยเหตุผลที่ว่า หลักนี้มิได้เป็นที่รับรู้โดยทั่วไปของรัฐทั้งหลาย เช่น Cheng, Scemi, Roulet เป็นต้น โดย Cheng เห็นว่า ทฤษฎีนี้เป็นเพียงการใช้หลักการของความสุจริตเท่านั้น(Principle Of Good Faith) ซึ่งศาลในคดี Certain German Interests In Polish Upper Silesia (1926) <sup>12</sup> ได้กล่าวไว้สอดคล้องกับความเห็นของ Bin Cheng โดยกล่าวว่า "การใช้สิทธิในทางที่ผิด(Misuse Of Right) เป็นการฝ่าฝืนหลักของความสุจริต(Principle Of Good Faith)..."แต่ก็ยังมีผู้ที่ปฏิเสธถึงสถานะของทฤษฎีนี้ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ

แม้ว่ายังมีการถกเถียงกันอยู่ว่าหลักนี้ควรจะดำรงอยู่ในสถานะใดนั้น หลักนี้มักปรากฏพบในความตกลงระหว่างประเทศมากมาย ดังเช่น มาตรา 3 ของอนุสัญญากรุง Montevideo ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของรัฐ ค.ศ. 1933 <sup>13</sup> มาตรา 28 ของ Geneva Convention on the High Seas 1958 <sup>14</sup> หรือ

<sup>10</sup> Kiss, A. C., "Abuse of Rights", *Encyclopedia of public international law* 7 (1987 : 3..

<sup>11</sup> Smith, B. D., *State responsibility and the marine environment : The rule of Decision*, (New York : Oxford University Press, 1970), pp. 84-85.

<sup>12</sup> Harris, D. J., *Cases and materials on international law*, (London : Sweet and Maxwell, 1992), p. 441.

<sup>13</sup> มาตรา 3 บัญญัติว่า "การใช้สิทธิตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้ ไม่มีข้อจำกัดอื่นๆ ไปมากกว่าการใช้สิทธิของรัฐอื่นๆภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ"

<sup>14</sup> มาตรา 28 บัญญัติว่า "รัฐทุกรัฐจะใช้เสรีภาพในทะเลหลวงอย่างสมเหตุสมผลในเรื่องของผลประโยชน์ของรัฐอื่นในการใช้เสรีภาพในทะเลหลวงของตน"

ตามมาตรา 300 ของ UN. Conferrence on the Law of the Sea 1982 (UNCLOS III)<sup>15</sup> เป็นต้น ซึ่งส่วนใหญ่เป็นเรื่องของการใช้ทรัพยากรธรรมชาติร่วมกัน เช่น แม่น้ำระหว่างประเทศ ทะเลสาบระหว่างประเทศและอื่น ๆ<sup>16</sup> ผู้วิจัยเห็นว่า การยอมรับดังกล่าวเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงความรับรู้ของนานาประเทศในหลัก abuse of right นี้เป็นการทั่วไปแล้ว ซึ่งอาจจัดได้ว่าหลักนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปแล้วซึ่งเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศได้ทางหนึ่ง

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า สาระสำคัญของหลักนี้คือ หลัก Sic utere tuo ut alienum non laedas ซึ่งมีเนื้อหาและขอบเขตใกล้เคียงกัน แต่มีข้อสังเกตประการหนึ่งคือ การใช้สิทธิของรัฐจนเกิดการ abuse of right นั้นได้ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเป็น"การกระทำ"(act) แต่กรณีของหลัก the good neighbourliness (และ due diligence ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป) ได้แก่การกระทำ (act) รวมถึงการละเว้นการกระทำ(omission) ด้วย<sup>17</sup>

ดังนั้น การนำหลักนี้ไปใช้ในเรื่องปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล ผลที่ได้มีความคล้ายคลึงกับหลักSic utere tuo ut alienum non laedas ทั้งสองที่กล่าวมาข้างต้น แต่การพิจารณาจะแตกต่างกันส่วนที่ว่า รัฐนั้นได้กระทำ(act) ซึ่งได้แก่การใช้สิทธิของตนเองมากกว่าที่ตนเองมีอยู่ จนเป็นการขัดต่อสิทธิของรัฐอื่น

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นเป็นหลักที่มีลักษณะสิทธิของรัฐจะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายเหล่านี้มุ่งที่จะพิจารณาถึงความสำคัญของสิทธิที่รัฐมีอยู่ก่อนเป็นประเด็นสำคัญ แต่ถ้าเมื่อใดก็ตาม การใช้สิทธิของตนนั้นไปกระทบกระเทือนหรือก้าวล่วงเข้าไปในสิทธิของรัฐอื่น กล่าวคือ มีองค์ประกอบระหว่างประเทศเข้ามาพัวพัน (International Element) จะทำให้รัฐเกิดหน้าที่ตามซึ่งมีหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ลักษณะแห่งการกำหนดหน้าที่ให้รัฐได้แก่

<sup>15</sup> มาตรา 300 บัญญัติว่า "รัฐภาคีทั้งหลายจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีด้วยความสุจริต ภายใต้อนุสัญญานี้ และจะต้องใช้สิทธิ อำนาจอรัฐ และเสรีภาพของตนตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้ โดยประการนี้ไม่ก่อให้เกิดการ Abuse of Right ขึ้น"

<sup>16</sup> Kiss, A. C., "Abuse of Rights", *Encyclopedia of Public International Law* 7 (1987) : 1-2.

<sup>17</sup> Lier, I. H. V., *Acid rain and international law*, (Canada : Friesen Printing, 1981), p. 104.

### 3.1.4 หลัก The Good Neighbourliness

หลัก The Good Neighbourliness แปลความหมายได้ว่า "หน้าที่ที่รัฐจะต้องแสดงออกถึงความเป็นเพื่อนบ้านที่ดี" (ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงความมุ่งหมายของหลักการนี้แล้ว จะเห็นได้ว่ามีความคล้ายคลึงกับหลัก Sic utere tuo ut alienum non laedas ซึ่งจากการศึกษาพบว่ามีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า หลักการนี้เป็นหลักเดียวกับหลัก Sic utere tuo ut alienum non laedas<sup>18</sup> กล่าวคือเป็นการมองภาพคนละด้านในบางครั้งอาจจะมองว่าหลัก Sic utere tuo ut alienum non laedas เป็นหน้าที่ก็ได้ หรือเป็นสิทธิก็ได้

อย่างไรก็ตาม ได้มีการรับรองหลักการนี้ไว้อย่างชัดเจนใน มาตรา 74 ของกฎบัตรสหประชาชาติ(UN Charters) โดยบัญญัติว่า

"สมาชิกองค์การสหประชาชาติยอมตกลงว่า นโยบายของตนที่เกี่ยวข้องกับดินแดนตามหมวดนี้ จะต้องยึดหลักทั่วไปแห่งการเป็นเพื่อนบ้านที่ดีเป็นมูลฐาน....."<sup>19</sup>

จากการยอมรับนี้เอง สะท้อนให้เห็นถึงหน้าที่ที่รัฐจะต้องยึดหลักเพื่อนบ้านที่ดีไว้อย่างปฏิเสธไม่ได้ ทั้งนี้รัฐเป็นสมาชิกของสังคมโลกซึ่งมีองค์การสหประชาชาติควบคุมดูแลความสงบเรียบร้อย ถ้ารัฐไม่ยึดถือหรือปฏิเสธหลักการนี้แล้ว สังคมโลกไม่อาจจะดำรงอยู่ได้ด้วยความสะดวกสบายได้เลย เพราะรัฐจะกระทำการใดๆด้วยความอำเภอใจ(arbitrary) ไม่คำนึงถึงรัฐอื่นๆเลยจะได้รับผลกระทบและความเสียหายอย่างไร

เมื่อพิจารณาในเรื่องสถานะของหลักการเช่นนี้ จากการศึกษาค้นคว้า สถานะของหลักนี้ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

เนื่องจากเมื่อพิจารณาในด้านองค์ประกอบ ที่ทำให้เกิดกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้นั้นจะต้องประกอบด้วย opinio juris และ state practice การนำเอาหลักนี้ไปใช้ในคดีระหว่างประเทศปรากฏพบได้ในหลายคดีดังเช่น Trail Smelter Arbitration (1941), Chozow Factory Case (1928), Temple of Preah Vihear (1962)<sup>20</sup> เป็นต้น ได้สะท้อนให้เห็นในเรื่อง state practice และ opinio juris ว่ามีทางปฏิบัติที่ได้รับการยอมรับโดยไม่มีเงื่อนไขจากรัฐทั้งหลายและเชื่อว่าเป็นกฎหมายที่ทุก

<sup>18</sup> Ibid, pp. 103-110.

<sup>19</sup> UN Charters Article 74

<sup>20</sup> Lier, I. H. V., Acid Rain and International Law, p. 104. and Beyerlin, Ulrich, "Neighbour State", Encyclopedia of public international law 10 (1986) : 310-312.



รัฐปฏิบัติตามอยู่แล้ว และไม่ได้เป็น “หลักนามธรรม”(abstract principle)<sup>21</sup> ที่ไม่มีการยืนยันและยอมรับอย่างแท้จริง ประกอบกับยังได้นำไปบรรจุไว้ในความตกลงระหว่างประเทศมากมายทั้งโดยปริยายและชัดเจน<sup>22</sup> และได้รับการยอมรับอย่างชัดเจน(โปรดดูตัวอย่างคดีในหัวข้อ หลัก Sic uter tuo ut alienum non laedas ประกอบ)

โดยเมื่อพิจารณาเนื้อหาและวัตถุประสงค์ของหลักการที่อาจเทียบเคียงกับหลักเรื่องการเคารพต่อบูรณภาพแห่งดินแดนได้ดังเช่น คำพิพากษาของคดี Nicaragua (1984) ระหว่างสหรัฐอเมริกากับนิการากัว กล่าวไว้ตอนหนึ่งของคำพิพากษาว่า “... หลักดังเช่นการห้ามใช้กำลัง : การห้ามแทรกแซง การเคารพต่อบูรณภาพเหนือดินแดนและความเป็นอิสระ หลักเสรีภาพ การเดินเรือถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว...”<sup>23</sup> หรือเทียบได้กับข้อสมมติของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติที่ 2625 (XXV) ว่าด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับความสัมพันธ์ฉันมิตร และความร่วมมือระหว่างรัฐตามแนวทางของกฎบัตรสหประชาชาติ<sup>24</sup> โดยแถลงว่า

“รัฐจะต้องปลอดจากความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอันเนื่องจากการปฏิบัติ หรือการใช้กำลัง... หรือในการกระทำใด ๆ ที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสหประชาชาติ...”\*

ซึ่งการเคารพต่อบูรณภาพเหนือดินแดนของหลักนี้ เป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นการแสดงออกซึ่งหน้าที่ของรัฐในความเป็นเพื่อนบ้านที่ดีของทุกรัฐได้ทางหนึ่ง ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าหลัก Good Neighbourliness ก็ควรดำรงอยู่ในลักษณะของหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วยเช่นกัน

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Amnat Wongbundit, Hydroelectric development on an inetrantional river : The lower Mekong basin, pp. 92-93.

<sup>23</sup> ICJ Reports 1984 , p. 392. (...“Principle Such as Those of The Non-Use of Force, Non-Intervention, Respect for The Independence Territorial Integrity of States , and The Freedom of Navigation, Continue to be binding as Parts of Customary International Law” )

<sup>24</sup> UN G.A. Resolutions 2625 (XXV), October 24, 1970.

\*“The Principle that states shall refrain in their international relations from the treat or use of force against the territory integrity .....or in any other manner Inconsistent with the purposes of the United Nations.”

หลักการนี้สะท้อนถึงการเป็นหลักที่มีลักษณะมาตรฐานแห่งการรับรอง และเคารพต่อสิทธิของผู้อื่นอย่างกว้าง<sup>25</sup> โดยมุ่งหวังที่จะให้รัฐทั้งหลายปฏิบัติต่อกันอย่างเพื่อนบ้านที่ดี แต่มีปัญหาว่า เนื่องจากที่หลักนี้เป็นมาตรฐานอย่างกว้างแล้ว หนทางในการแก้ปัญหาจะไม่บรรลุผลเท่าที่ควรเนื่องจากปัญหาทุกปัญหาย่อมมีข้อเท็จจริงที่ไม่เหมือนกัน ปัญหานี้มักถูกกฎหมายอย่าง andrassy ให้ความเห็นว่าการกระทำที่เป็นการแทรกแซงที่ส่งผลกระทบในด้านกายภาพ(physical)เท่านั้น \* จึงจะถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นการขัดต่อหลักเพื่อนบ้านที่ดี<sup>26</sup>

เนื่องจากหลักนี้เป็นหลักที่วางแนวทางไว้อย่างกว้างๆ ไม่ได้กำหนดเนื้อหาที่แน่นอน หากนำไปใช้กับเรื่องมลพิษข้ามพรมแดน(transboundary pollution) โดยทั่วไปก็น่าที่จะได้ผลดี ซึ่งในเรื่องหน้าที่ของรัฐในกรณีมลพิษข้ามพรมแดนโดยทั่วไป ได้มีการพยายามวางแนวทางไว้ดังนี้คือ<sup>27</sup>

(1). รัฐจะต้องไม่ใช่อาณาเขตหรือดินแดนของตนหรืออนุญาตให้มีการใช้ดินแดนของตนไปในการที่เป็นการขัดต่อสิทธิของผู้อื่น

(2). รัฐมีสิทธิร่วมกันในแม่น้ำระหว่างประเทศ หรือทรัพยากรธรรมชาติอื่นๆ และจะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาตินั้นโดยมีการปรึกษาหารือซึ่งกันและกันอย่างเท่าเทียมกัน

การห้ามภายใต้แนวทางนี้ครอบคลุมถึงทุกๆ การกระทำที่สามารถส่งผลกระทบภายนอกอาณาเขตของตนหรือต่อรัฐเพื่อนบ้าน ไม่ว่าจะเป็นการรบกวนจากกลิ่น ฝุ่น ก๊าซ หรือการแพร่กระจาย

<sup>25</sup> Lier I.H.V., *Acid Rain And International Law*, P.109.

\* แต่ Thalmann และ Van Der Hydyte พยายามอธิบายการกระทำที่เป็นการแทรกแซงที่ขัดต่อหลักเพื่อนบ้านที่ดีดังนี้

(1). การแทรกแซงทางการเมือง (Political Interference) ได้แก่ การแทรกแซงระบบการเมืองภายในของรัฐอื่น ๆ ซึ่งอาจกระทำโดยตรงหรือทางอ้อม

(2). การแทรกแซงเขตอำนาจรัฐ (Jurisdiction Interference) ได้แก่ การกระทำของรัฐหรือเอกชนที่เป็นการแทรกแซงเขตอำนาจของรัฐอื่น โดยมีขอบข่ายกฎหมาย

(3). การแทรกแซงอย่างแจ่งชัด (Material Interference) ซึ่งเป็นการแทรกแซงทางกายภาพ (Physical) หมายถึง จะต้องมีความเสียหายอย่างชัดแจ้งเป็นรูปธรรม โดยการกระทำนั้นเป็นการกระทำหรือยอมให้มีการกระทำภายในดินแดนของตนจนเกิดความเสียหายดังกล่าว (ไปรอดดู Beyerlin, Ulrich, "Neighbour State", *Encyclopedia of Public International Law* 10(1986) : 313.

<sup>26</sup> Lammers, J. G., *Pollution of international watercourses : a search for substantive rules and principle of law*, pp. 564-567.

<sup>27</sup> Beyerlin, Ulrich, "Neighbour State", *Encyclopedia of public international law* 10 (1986) : 311-313..

กัมมันตภาพรังสี รวมทั้งการกระทำให้ดินและน้ำแปรเปลี่ยนไปจนเป็นอันตรายต่อสุขภาพมนุษย์ ทรัพยากรสิ่งมีชีวิตและระบบนิเวศได้ ซึ่งเป็นการรบกวนที่เห็นได้ชัด<sup>28</sup> แต่ในปัจจุบันความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีมีมากขึ้น ผลกระทบจากกิจกรรมบางอย่างที่รัฐได้กระทำในดินแดนอาจส่งผลกระทบได้มากกว่ารัฐใกล้เคียงติดกันหรือรัฐเพื่อนบ้าน ซึ่งขยายไปถึงรัฐอื่นๆ ที่อยู่ห่างไกลออกไปด้วย เช่น ปัญหาการรั่วไหลสารกัมมันตภาพรังสี ที่แพร่กระจายไปทั้งภูมิภาค เป็นต้น ดังนั้น หลักนี้จึงเหมาะสมในการนำไปปรับใช้อย่างยิ่ง

การนำ Good Neighbourliness ไปปรับใช้กับปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล จะทำให้รัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตนอย่างเพื่อนบ้านที่ติดกันคือ ต้องระมัดระวังมิให้เกิดปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนไปทำความเสียหายต่ออีกรัฐหนึ่ง หน้าที่เช่นนี้เป็นหน้าที่คงอยู่ในลักษณะของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐไม่อาจปฏิเสธหน้าที่เช่นนี้ได้ ดังนั้นหากรัฐละเมิดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศนี้ จะทำให้รัฐต้องรับผิดชอบทันที โดยมีพิกัดต้องพิสูจน์ ว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นหรือไม่ ความเสียหายเป็นเพียงผลที่ตามมา (Consequence) ที่จะใช้เป็นสิทธิเรียกร้องต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น (Locus standi) ของรัฐผู้เสียหาย

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าหลัก Good Neighbourliness เป็นหลักกว้าง ๆ ที่วางหน้าที่ให้รัฐต้องปฏิบัติตาม ยังมีหลักกฎหมายอื่น ๆ ที่มีลักษณะเป็นการขยายหลัก Good Neighbourliness ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น หลักเหล่านี้ได้แก่

### 3.1.4. หลัก Due Diligence

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นว่า หลัก sic utere tuo ut alienum non laedas เป็นสาระสำคัญของหลัก abuse of right หลัก good neighbourliness และหลัก Due Diligence ซึ่งมีความหมายที่กำหนดหน้าที่ให้รัฐที่ระมัดระวังการใช้สิทธิของตนเอง มิให้กระทบต่อสิทธิของรัฐอื่น หากรัฐฝ่าฝืนหรือละเมิดหน้าที่เช่นนี้แล้วก็จะทำให้รัฐต้องรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากหลักการนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจากหลักเรื่องสิทธิอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐ ดังที่ท่านผู้พิพากษา Max Huber กล่าวไว้ในคดี Palmas (1928) ว่า "สิทธิอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐเป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับสิทธิอย่างพิเศษโดยเฉพาะของรัฐในการกระทำกิจกรรมใด ๆ ภายในอาณาเขตดินแดนของตนซึ่งสิทธิเช่นนี้มีหน้าที่ผูกติดมาด้วย..."<sup>29</sup> นั่นคือรัฐมีหน้าที่หรือพันธกรณีที่จะปกป้องคุ้มครองสิทธิของรัฐอื่นภายในอาณาเขตดินแดนของรัฐตนด้วยนั่นเอง

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Ibid., P.102.

อย่างไรก็ดีแม้ว่าจะมีเนื้อหาและขอบเขตที่ใกล้เคียงกัน แต่จุดกำเนิดหรือที่มาของแต่ละหลักนั้นต่างกัน โดยกล่าวได้ว่าหลัก due diligence นี้มาจากกฎหมายภายในของรัฐหรือมาจากกฎหมายแพ่ง (Civil Law) และนำไปใช้ในระดับระหว่างประเทศครั้งแรก<sup>30</sup> ในคดี Alabama claim(1872)<sup>31</sup> ซึ่งเป็นคดีระหว่างสหรัฐอเมริกากับอังกฤษที่กำหนดหลักการเกี่ยวกับประเทศที่เป็นกลางพึงปฏิบัติต่อประเทศคู่สงครามในช่วงระยะเวลาที่เกิดสงคราม ศาลในคดีได้วางหลักการเกี่ยวกับรัฐที่เป็นกลางจะต้องพึงปฏิบัติได้ 3 ประการ คือ

- (1). รัฐต้องใช้ความระมัดระวังเพื่อป้องกัน มิให้มีการใช้อาวุธยุทโธปกรณ์ของตน ในการกระทำสงคราม
- (2). รัฐต้องไม่อนุญาตให้คู่สงครามใช้ท่าเรือ หรือน่านน้ำของตนเป็นฐานที่มั่นหรือฐานทัพ หรือใช้ในกิจกรรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับสงคราม
- (3). รัฐต้องระมัดระวังป้องกันมิให้บุคคลที่อยู่ภายในอาณาเขตของฐาน กระทำละเมิดต่อหลักการข้างต้นด้วย

นอกจากนี้ในคดี Home Missionary Society(1920)<sup>32</sup> ยังได้ย้ำถึงหลัก Due Diligence ศาลในคดีกล่าวว่า นี้ด้วย โดยคดีนี้เป็นคดีเกี่ยวกับหน้าที่ของรัฐจะต้องใช้ความระมัดระวังในการคุ้มครองคนต่างด้าวในขณะเกิดจลาจล เกิดขึ้นในขณะที่ยังมีรัฐบาลอังกฤษ กำหนดภาษีแก่ชาวเมือง Sierra Leone จนเกิดความไม่พอใจและทำให้เกิดจลาจลขึ้น ซึ่งทำให้กลุ่มผู้เผยแพร่ศาสนา ชาวอเมริกันหลายคนถูกฆ่าตายรวมทั้งทรัพย์สินของกลุ่มผู้เผยแพร่ศาสนาชาวอเมริกันได้รับความเสียหาย โดยเจ้าหน้าที่ของอังกฤษไม่ได้บอกกล่าวหรือแจ้งเตือนให้ทราบเหตุการณ์ที่อาจเกิดขึ้นได้เนื่องจากการปราบจลาจล ในที่สุด คณะผู้วินิจฉัยแห่งคดีนี้ได้ตัดสินว่า “ไม่สามารถจะถือเอาได้ว่าเจ้าหน้าที่ของอังกฤษขาดความระมัดระวังดังเช่นที่ควรกระทำ (Due Diligence)”

จากคำตัดสินที่กล่าวมาข้างต้น ซึ่งชี้ให้เห็นถึงการยอมรับหลักและนำไปใช้ในหลัก Due Diligence แต่จะสังเกตได้ว่า รัฐมีหน้าที่แค่นั้นเพียงไรในการระมัดระวังการใช้สิทธินั้นยังไม่สามารถจะบอกได้แน่นอน ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า ควรจะต้องขึ้นอยู่กับแต่ละสถานการณ์ที่เกิดขึ้นแตกต่างกันออกไปเพราะข้อเท็จจริงแต่ละเรื่องนั้นแตกต่างกันออกไป แต่ก็พอจะกล่าวถึงขอบเขตของหลักนี้ได้ นั่นคือ

<sup>30</sup> Bledsoe, Robert L., Boczek and Boleslaw A., *The International Law Dictionary*, (Oxford : Santa Barbara, 1987), p. 28.

<sup>31</sup> Alabama Claim Case (1872), PCIJ, Ser.A./12.

<sup>32</sup> Harris, D. J., *Cases and materials on international law*, p. 367.

(1). รัฐมีหน้าที่ต้องระมัดระวังดังเช่นรัฐบาลที่ดี (good government)<sup>33</sup> ตามที่ควรจะทำ และปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ สภาพแวดล้อม เพราะยังไม่มีมาตรฐานใดแน่ชัด ที่จะสามารถระบุว่ารัฐควรพึงกระทำแค่ไหนเพียงไร

(2). หลักการนี้จะพิจารณาถึง การกระทำในลักษณะที่รัฐได้ละเลยต่อหน้าที่ที่จะต้องกระทำ ภายใต้พันธกรณีระหว่างประเทศ แต่ไม่ได้หมายรวมถึงกรณีที่รัฐได้กระทำในทางบวกหรือเป็นกรณีที่รัฐเป็นผู้กระทำให้เกิดเหตุการณ์เช่นนั้นเอง<sup>34</sup>

(3). รัฐต้องสามารถให้การคุ้มครอง หรือป้องกันมิให้มี การกระทำเกิดขึ้นได้<sup>35</sup> โดยรัฐจะต้องรับผิดชอบในกรณีที่รัฐเลยบกพร่องที่จะใช้มาตรการต่าง ๆ ซึ่งโดยปกติแล้วรัฐจะต้องกระทำ หากรัฐไม่มีความสามารถเช่นนั้นว่า รัฐก็ไม่ต้องรับผิดชอบ ซึ่งต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป

เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนี้จะต้องเป็นเหตุการณ์ที่รัฐสามารถคาดว่าจะเกิดขึ้นได้ หรือคาดหมายได้<sup>36</sup> หากเป็นกรณีสุดวิสัยหรือนอกเหนือการคาดหมายไว้ (force majeure) รัฐก็ไม่ต้องรับผิดชอบ

ในเรื่องของสถานะของหลักการนี้ในทางกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ยังไม่สามารถบอกได้ว่า หลักนี้ควรจะดำรงอยู่ในสถานะใดในทางกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะหลักนี้มีจุดกำเนิดมาจากกฎหมายภายในซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศยึดเอามาใช้ในคดีเพื่อการตัดสินคดีดังที่กล่าวมาข้างต้น ส่วนที่จะกล่าวว่าหลักนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นานอารยะประเทศยอมรับ ก็เป็นสิ่งที่บอกได้ยากอีกเช่นกันการนำเอาหลักนี้มาใช้ในทางกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศจึงไม่ได้สร้างหน้าที่หรือพันธกรณีที่แน่ชัดที่รัฐพึงกระทำ<sup>37</sup> โดยเฉพาะการนำไปปรับใช้กับปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล แต่ก็สามารถช่วยพยุหหลัก The Good Neighbourliness ให้มีความเด่นชัดขึ้นได้ซึ่งอาจถือได้ว่าหลักนี้เปรียบเสมือน International Minimum Standard ที่รัฐควรจะปฏิบัติหรือกระทำตาม หากรัฐละเลยบกพร่องที่จะปฏิบัติตามหน้าที่หรือพันธกรณีเช่นว่านี้ อาจทำให้รัฐต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศได้

<sup>33</sup> Lier, I. H. V., *Acid and international law*, p. 102.

<sup>34</sup> Bledsoe, Robert L., Boczek and Boleslaw A., *The International law Dictionary*, P. 101.

<sup>35</sup> *Ibid.*, 128.

<sup>36</sup> Blomeyer-Bartenstein and Horst, "Due Diligence", *Encyclopedia of public international law* 10 (1986) : 141.

<sup>37</sup> Lier, I. H. V., *Acid rain and international law*, P. 103.



### 3.1.5. หลัก Solidarity and Equity

หลัก Solidarity and equity \* มีความหมายว่า รัฐต้องคำนึงถึงประโยชน์ของผู้อื่นในเรื่องการใช้ทรัพยากรร่วมกันอย่างเท่าเทียมกัน

สำหรับที่มาของหลักการนี้ เกิดจากการจำกัดอำนาจอธิปไตยในดินแดนของรัฐเพื่อการดำรงอยู่ของรัฐและสังคมของรัฐ<sup>38</sup> ทั้งนี้ เนื่องจากในปัจจุบันในสังคมระหว่างประเทศ รัฐมิได้อยู่กันตามลำพัง ต้องมีการติดต่อสัมพันธ์กัน และพึ่งพาอาศัยกันดังนั้น แม้ว่าทุกรัฐจะยอมรับหลัก Absolute Sovereignty และ Territorial Integrity ก็ตาม แต่ทุกรัฐก็ต้องลดหรือจำกัดอำนาจอธิปไตย ของตนเอง เพื่อคงไว้ซึ่งความสงบสุขในการอยู่ร่วมกันในสังคมโลก โดย Principle of Solidarity and Equity นี้เป็นลักษณะหนึ่งของการลดหรือจำกัดอธิปไตยของตนเองในเรื่องของการใช้ทรัพยากรธรรมชาติโดยต้องคำนึงถึงประโยชน์ของรัฐอื่นด้วย ทั้งนี้เนื่องจากแต่ละรัฐต่างมีสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติร่วมกันนั่นเอง

หลัก Principle of Solidarity and Equity ปรากฏอยู่ในคำตัดสินระหว่างประเทศ ความตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับอันแสดงถึงการยอมรับและนำหลักนี้ไปใช้ เช่น

คดี Oder Case(1929)<sup>39</sup> ก็เช่นกันเป็นเรื่องเกี่ยวกับการการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศ โดยศาลยุติธรรมถาวรระหว่างประเทศ (PCIJ) ก็ได้อ้างถึงหน้าที่ของรัฐที่ได้รับการยอมรับและเคารพในการใช้น้ำของรัฐอื่น ๆ ที่มีผลหลายหนทาง \* สาระสำคัญที่ศาลกล่าวคือ ยึดถือว่าการใช้ทรัพยากรธรรมชาติร่วมกัน

---

\* หลักนี้นักกฎหมายบางท่านเรียกว่า Equitable Utilization, Theory of Solidarity ซึ่งล้วนแล้วแต่มีความหมายไปในทำนองเดียวกัน

<sup>38</sup> Lammers, J. G., Pollution of international watercourses : a search for substantive rules and principle of law, (London : Sweet and Maxwell, 1970), P. 578.

<sup>39</sup> Oder Case(1929), in Harris, D. J., Cases and materials on international law, p. 221.

\* ...When consideration is given to the manner in which states have regarded the concrete situations arising out of the fact that a single water-way traverse or separates the territory of more than one state... It is at once seen that a solution...has been source not in the idea of a right of passage...But in that of a community of interest of riparian state. This community of interest in a navigable river becomes the basis of a common legal rights. the essential feature of which are the perfect equality of all Riparian States in the use of the

อย่างเท่าเทียมกันอยู่บนพื้นฐานเรื่อง "ผลประโยชน์ร่วมกัน"(community of interest)นี้เป็นพื้นฐานความคิดหรือที่มาของหลัก Solidarity and Equity <sup>40</sup>

คดี Lake Lanoux Arbitration(1941) <sup>41</sup> ระหว่างฝรั่งเศสกับสเปน\* เกี่ยวกับการใช้น้ำในทะเลสาบ lanoux อนุญาโตตุลาการของคดีนี้ตัดสินว่า

รัฐที่เกี่ยวข้องดังกล่าวมีหน้าที่หรือพันธกรณี ที่จะต้องอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ประโยชน์จากน้ำดังกล่าวในขอบเขตที่สมเหตุสมผล"

อย่างไรก็ดี การใช้อย่างสมเหตุสมผล(equitable utilization) ไม่ได้หมายถึงการแบ่งปันที่เท่าเทียมกันในข้อเท็จจริง แต่เป็นความเท่าเทียมกันในแง่กฎหมาย <sup>42</sup>

นอกจากนี้ในคดี Indus Case ระหว่างอินเดียและปากีสถาน เกี่ยวกับการทำให้แม่น้ำ Indus เปลี่ยนทิศทาง โดยมีธนาคารโลก (World Bank) เป็นผู้ตัดสินคดีโดยได้ออกข้อมติ (Reselution) โดยอาศัยหลักการที่กำหนดให้รัฐใช้น้ำจากที่ราบลุ่มน้ำ Indus ร่วมกันและเป็นไปในลักษณะส่งเสริมและเกิดประโยชน์ต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของกลุ่มน้ำนั้นโดยส่วนรวมมากที่สุด และไม่ประกอบกิจกรรมใด ๆ อันเกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์ของรัฐอื่นด้วย <sup>43</sup>

นอกจากนี้ตาม มาตรา 4 ของ International Law Association Report of the fifty Second Conference Helsinki 1966 ได้ให้การรับรองหลักการนี้ไว้ด้วยโดยบัญญัติว่า

---

*whole cause of the river and the exclusion of any preferential privileges of any Riparian State in relation to others."*

<sup>40</sup> Lier I.H.V., *Acid Rain and International Law*, P.114.

<sup>41</sup> Lake Lanoux Arbitration(1941), Reports of International Arbitral Awards in American journal of international law 53 (1953) : 156-171.

\* เป็นคดีที่โต้แย้งกันในเรื่องการใช้น้ำจากทะเลสาบ Lanoux ซึ่งอยู่ในเขตพรมแดนของฝรั่งเศสและไหลลงสู่แม่น้ำ Carol ในสเปน โดยรัฐบาลสเปนได้กล่าวหาว่าโครงการของฝรั่งเศสที่หักเหการใช้น้ำจากทะเลสาบ Lanoux ให้ไปสู่แม่น้ำ Arriege และ Atlantic เพื่อนำไปใช้ในการผลิตกระแสไฟฟ้านั้น เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกับ Bayonne Treaty

<sup>42</sup> Lake Lanoux Arbitration (1941) ,in *American Journal of International Law*, 53 (1959) : 156-171.

<sup>43</sup> Lier.I. H. V., *Acid rain and international law*, p. 112.

"รัฐที่อยู่ลุ่มน้ำ (Basin State) ทุกรัฐต่างมีสิทธิร่วมกันอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมในการใช้ประโยชน์จากที่ในที่ลุ่มน้ำระหว่างประเทศนั้น ภายในอาณาเขตดินแดนของตน"<sup>44</sup>

จากแนวคำตัดสินระหว่างประเทศที่กล่าวมาข้างต้น ได้ชี้ให้เห็นถึงความเท่าเทียมกันในสิทธิของรัฐในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติร่วมกัน และหน้าที่ของรัฐประการหนึ่ง ที่รัฐต้องปฏิบัติในเรื่องการใช้ทรัพยากรธรรมชาติร่วมกัน โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งผลประโยชน์ร่วมกัน (community of interest) และการใช้ทรัพยากรธรรมชาติอื่นๆ อย่างเท่าเทียมกันและเพื่อประโยชน์สูงสุด

อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิร่วมกันไม่ได้หมายความว่า รัฐทุกรัฐจะมีสิทธิเท่าเทียมกันทุกประการทั้งขึ้นอยู่กับสถานการณ์ ความจำเป็นของแต่ละรัฐที่ไม่เหมือนกัน ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อการใช้สิทธิของแต่ละรัฐด้วย และการพิจารณาในเรื่องความสมเหตุสมผลในการใช้ทรัพยากรจะต้องคำนึงถึงปัจจัยหรือองค์ประกอบที่เกี่ยวข้องหลายอย่าง

ส่วนสถานะของการนี้ในทางกฎหมายระหว่างประเทศยังคงมีความไม่แน่นอน นักกฎหมายบางคนเห็นว่า หลักนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปแล้ว ในขณะที่บางคนไม่เห็นด้วย สำหรับผู้เขียนเห็นว่า ในขณะที่มีความไม่แน่นอนในตัวหลักการอยู่ ก็จะไม่สร้างหน้าที่ให้รัฐปฏิบัติตามหลักการนี้เลย อาจกล่าวได้ว่าหลักนี้ก่อตัวเป็นหลักกฎหมายที่อาจได้รับการยอมรับในเวลาต่อไป (lex ferenda) อย่างไรก็ตามหลักนี้จะมี ประโยชน์ในแง่ที่เป็นหลักที่นำไปใช้ระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง และช่วยเสริมหลัก Nighbourliness ให้รัฐได้ตระหนักถึงวิธีการหนึ่งของการแสดงหน้าที่ของความเป็นเพื่อนบ้านที่ดีได้

การนำหลักนี้ไปใช้กับปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล การนำหลักนี้ไปใช้เป็นเรื่องของการเทียบเคียง (Analogy) ลักษณะของปัญหาที่ใกล้เคียงกันระหว่างน้ำ (water) กับ อากาศ (air) โดยทั่วไปเรื่องมลพิษทางอากาศนั้น ยังคงมีความลำบากในแง่ที่ว่า เราจะใช้เกณฑ์อะไรมาวัดว่า การใช้อากาศเป็นไปอย่างเท่าเทียมกันและสมเหตุสมผล เหมือนดังเช่นกรณีแม่น้ำระหว่างประเทศ เพราะอากาศมีคุณสมบัติที่ไม่เหมือนกับน้ำ เพราะอากาศจับต้องไม่ได้<sup>45</sup>

แม้ว่าหลักนี้จะเพียงหลักกฎหมายที่กำลังก่อตัว (lex ferenda) ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาในความหมายอย่างกว้างแล้ว หลักนี้มีความสำคัญและจำเป็นต่อสังคมระหว่างประเทศ ทั้งนี้เพราะอากาศมีลักษณะหรือทรัพยากรธรรมชาติที่ทุกรัฐต้องใช้ประโยชน์ร่วมกัน โดยที่ทุกรัฐ นั้นมีสิทธิที่จะใช้อากาศอย่างเท่าเทียมกัน แต่ขณะเดียวกันรัฐต้องเคารพต่อสิทธิของรัฐอื่นในการใช้อากาศด้วย หากปรากฏว่า มีรัฐใดรัฐหนึ่งก่อมลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกลขึ้นมา จึงอาจถือได้ว่าได้มีการฝ่าฝืนหลักการนี้แล้วซึ่งอาจทำให้รัฐเกิด

<sup>44</sup> Ibid., p. 113.

<sup>45</sup> Klein, E., *Umweltschutz Im Volkerrechtlichen Nachbarrecht*, (Berlin : Duncker and Humblot, 1976), pp. 232-233. Quoted by Lier, I. H. V., *Acid rain and international law*, p. 114.



ความรับผิดชอบขั้นต้นได้ ประกอบกับในปัจจุบัน สังคมระหว่างประเทศจำเป็นต้องพึ่งพาอาศัยกันมากขึ้น รวมทั้งแนวโน้มผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอยู่ในอัตราที่สูงขึ้น อันเนื่องมาจากการประกอบกิจกรรมของมนุษย์

### 3.1.6. The Duty to inform

หลัก duty to inform ได้แก่การกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ ต้องแจ้งข้อมูลแก่รัฐที่อาจได้รับมลพิษเนื่องจากการประกอบกิจกรรมภายในดินแดนของรัฐนั้น และก่อความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐนั้น"

ในการพิจารณาเรื่องจุดกำเนิดของหลักนี้ แต่เดิมนั้นมีปัญหาว่ารัฐมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามหลักนี้หรือไม่ จากการศึกษาพบว่า มีการปฏิบัติของรัฐที่เกี่ยวข้องกับหลักนี้ดังเช่น เช่น

- กรณีโครงการสร้างโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ริมฝั่งแม่น้ำ Mosel ของลักเซมเบิร์ก โดยรัฐบาลของลักเซมเบิร์กได้แจ้งไปยังรัฐบาลซาร์ (Sarr) ให้ทราบถึงโครงการดังกล่าว<sup>46</sup>

- กรณีการสร้างโรงงานผลิตแร่โปแตช ใกล้เมือง Ottmarsheim โดยเจ้าหน้าที่ของเยอรมันได้รับการช่วยเหลือและสนับสนุนข้อมูลจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของฝรั่งเศส เป็นต้น<sup>47</sup>

สิ่งเหล่านี้ได้ชี้ให้เห็นว่า ทางปฏิบัติของรัฐดังกล่าวล้วนแล้วแต่มีลักษณะไปในทำนองเดียวกันคือ รัฐที่กระทำกิจกรรมใด ๆ บนดินแดนของตนต้องทำการแจ้งข้อมูลไปยังรัฐที่อาจได้รับผลกระทบจากมลพิษ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นรัฐข้างเคียง

นอกจากนี้สมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติ(UN. General Assembly)ยังได้ออกข้อมติที่ 2995 (XXVIII) เมื่อวันที่ 15 ธันวาคม 1972<sup>48</sup> เกี่ยวกับหน้าที่ตามหลักการนี้โดยกล่าวว่า

"ความร่วมมือของรัฐในด้านสิ่งแวดล้อมจะประสบความสำเร็จมากขึ้น ถ้าได้มีการเผยแพร่ข้อมูลทางเทคนิคเป็นทางการต่อสาธารณชนที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานภายในเขตอำนาจของรัฐนั้น เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงอันตรายที่ร้ายแรงและสำคัญซึ่งอาจเกิดขึ้นในบริเวณที่เป็นพื้นที่ใกล้เคียงติดต่อกัน" \*

ในข้อมติที่ 3129 (XXVIII) ยังได้บัญญัติว่า

"การร่วมมือกันในด้านสิ่งแวดล้อม เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติร่วมกันของรัฐหรือมากกว่า ต้องได้รับการพัฒนาขึ้นโดยพื้นฐานของระบบข้อมูลและการปรึกษาหารือกันก่อน"<sup>49</sup>

<sup>46</sup> ILA Committee on Legal Aspects of the Conservation of the Environment, Report of the Committee for the Manila conference, P.24.

<sup>47</sup> Ibid.

<sup>48</sup> UN G. A. Resolutions 2995 (XXVII) , December 15 , 1972

<sup>49</sup> UN Resolutions 3129(XXVIII)

ใน Charters of Economics Rights and Duties ยังได้กำหนดไว้ตอนหนึ่งว่า

"ในการใช้ทรัพยากรร่วมกันของรัฐกับรัฐหรือมากกว่า แต่ละรัฐต้องร่วมมือกันโดยอาศัย  
พื้นฐานของระบบข้อมูลและการปรึกษาหารือกันก่อน"<sup>50</sup>

ในข้อแนะนำ(Recommendation) ข้อที่ 33 ของ Action Plan of the Human  
Environment บรรจุหลักที่กำหนดให้รัฐมีหน้าที่แลกเปลี่ยนข้อมูลด้วย \*

อนุสัญญาว่าด้วยมลพิษทางอากาศพรมแดนระยะไกล ค.ศ.1979(Geneva Convention on  
Long-Range Transboundary Air Pollution 1979) ยังได้บรรจุหลักนี้ไว้ในมาตรา 3, 4, 8, 9 ด้วย(โปรดดู  
ในภาคผนวก)โดยมีสาระสำคัญว่า "ประเทศภาคีของอนุสัญญาต้องพัฒนานโยบายและแผนการโดยไม่เชื้องซ้ำ  
เพื่อใช้เป็นหนทางต่อสู้กับปัญหาการปล่อยมลพิษสู่อากาศ โดยการแลกเปลี่ยนข้อมูล การปรึกษาหารือ การ  
วิจัยและการตรวจวัด"

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า มีการนำเอาหลักนี้ไปบรรจุไว้ในความตกลงระหว่าง  
ประเทศหลายฉบับ<sup>51</sup> แสดงให้เห็นถึงการยอมรับความมีอยู่ของหลักการนี้

ส่วนในเรื่องสถานะของหลักนี้ในทางกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ยังไม่เป็นที่แน่นอนว่าหลักนี้อยู่  
ในสถานะใด ในปัจจุบันหลักนี้มักได้รับการบรรจุในกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเป็นส่วนใหญ่  
(พร้อมๆกับหลัก duty to consult ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป)<sup>52</sup> ซึ่งส่วนใหญ่ยังเป็น soft law ที่ยังเป็นแค่แนวทาง  
ให้กับรัฐนำไปปฏิบัติ จึงไม่อาจจะสร้างหน้าที่ให้รัฐต้องปฏิบัติตาม ซึ่งอย่างไรก็ตามหลักนี้เป็นหลักที่นำไปช่วย  
เสริมหลัก Good Neighbourliness ได้เหมือนหลักอื่น ๆ ที่กล่าวมาข้างต้นและเป็นรูปแบบหนึ่งของการแสดง  
ถึงรัฐเพื่อนบ้านที่ดีพึงกระทำนั่นเอง

การนำหลักนี้ไปปรับใช้กับปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล อาจทำให้รัฐเกิด  
หน้าที่ที่จะต้องแจ้งข้อมูลแก่รัฐข้างเคียงในกิจกรรมภายในดินแดนของตน ที่อาจก่อปัญหามลพิษทางอากาศ  
ข้ามพรมแดนระยะไกล

<sup>50</sup> See Charters of Economics Rights and Duties 1930

\* แต่เป็นที่น่าสังเกตว่า ในคำประกาศกรุงสตอกโฮล์ม ค.ศ.1972 (Stockholm Declaration  
On Human Environment 1972) กลับไม่ได้บรรจุหลักการนี้ไว้

<sup>51</sup> Lier, I. H. V., Acid rain and international law, p. 121.

<sup>52</sup> Ibid., p. 120.

### 3.1.7. หลัก Duty to Prevent

หลัก Duty to Prevent เป็นการกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ป้องกันมิให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง อันเนื่องมาจากมลพิษข้ามพรมแดน

สำหรับที่มาของหลักการนี้ อาจพิจารณาจากคำตัดสินคดีระหว่างประเทศที่สำคัญดังเช่นคดี Trail Smelter Arbitration(1941)<sup>53</sup> และ Corfu Channel(1928)<sup>54</sup> จะเห็นได้ว่า ใจความสำคัญหรือเนื้อหาที่เป็นบรรทัดฐานที่ศาลได้สร้างขึ้นมานั้น ล้วนแต่เป็นหลักการที่กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากกิจกรรมของตนภายในดินแดน โดยในคดี Trail Smelter Arbitration ศาลกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ต้องไม่ก่อความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อรัฐอื่น ในกรณีที่ปรากฏความเสียหายอย่างแรงชัด ซึ่งทำให้เกิดข้อสังเกตว่า จะพิสูจน์ได้อย่างไรว่าความเสียหายนั้นเป็นความเสียหายอย่างแรงชัด ประกอบกับความเสียหายที่เกิดขึ้นภายหลังจากประกอบกิจกรรมซึ่งต้องอาศัยการพิสูจน์อีกว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว ส่วนคดี Corfu Channel Case ศาลได้กำหนดให้รัฐทุกรัฐมีหน้าที่ที่จะไม่อนุญาตให้มีการใช้สิทธิของตนในทางที่เป็นปฏิปักษ์ต่อสิทธิของรัฐอื่น แต่มีปัญหาว่า สิทธิของรัฐอื่นนี้ได้แก่สิทธิประเภทใด ซึ่งยังไม่อาจที่จะกำหนดได้แน่ชัดลงไป ดังนั้น ทางออกหรือหนทางการแก้ปัญหาที่สำคัญที่พอจะอนุมานได้จากคดีข้างต้นนี้ คือ การกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ป้องกันความเสียหายอย่างร้ายแรงที่อาจเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากมลพิษทางอากาศข้ามพรมแดน

หลัก Duty to Prevent นี้ ส่วนใหญ่ปรากฏอยู่ในความตกลงระหว่างประเทศที่มีลักษณะของ soft law หลายฉบับดังเช่น

คำประกาศกรุงสตอกโฮล์ม คศ.1972 ข้อที่ 21 (Principle 21) ที่กำหนดให้รัฐมีความรับผิดชอบที่จะสร้างความมั่นใจว่า กิจกรรมภายในเขตอำนาจของตนจะไม่ก่อความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่น

ข้อแนะนำที่ 70(Recommendation 70) ของ Action Plan of the human Environment ของที่ประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ยังได้กำหนดว่า

รัฐบาลพึงใช้วิธีการปฏิบัติที่ดีที่สุดและเหมาะสมในลดการเปลี่ยนหรือสารอันตรายสู่สิ่งแวดล้อมให้น้อยลง... จนกระทั่งปรากฏว่า การเปลี่ยนสารเช่นนั้นจะไม่ก่อให้เกิดภัยอันตรายที่ไม่อาจหนีได้

<sup>53</sup> Trail Smelter Arbitration(1941), Report of the International Arbitral Awards, in American journal of international law (1941) : 684.

<sup>54</sup> Corfu Channel Case (1928), ICJ Reports(1949), p. 4.

(Unacceptable) หรือเว้นแต่กระทำเช่นนั้นจะเป็นประโยชน์ สุขอนามัยของมนุษย์หรือผลผลิตทางอาหาร ในกรณีที่ได้ใช้มาตรการควบคุมอย่างเหมาะสม<sup>55</sup>

ทางปฏิบัติของรัฐในยุโรป เช่น กรณีโรงงานผลิตแอมโมเนียที่ Ottmarsheim ระหว่างฝรั่งเศสกับเยอรมัน โดยโรงงานปล่อยสารปรอทและสร้างความเดือดร้อนรำคาญแก่แต่ตอนใต้ของเยอรมัน คณะกรรมการฝรั่งเศสและเยอรมันบรรจุข้อตกลงในการบังคับใช้กฎเกณฑ์การป้องกันอย่างพอเพียงต่อเรื่องมลพิษข้ามพรมแดน<sup>56</sup>

กรณีโรงงานกลั่นน้ำมันที่เมือง Sennwald สวิสเซอร์แลนด์เจรจากับรัฐบาลที่เกี่ยวข้องเพื่อบรรลุถึงให้มีการลดและป้องกันความเสียหายที่คาดว่าจะเกิดขึ้น<sup>57</sup> เป็นต้น

นอกจากนี้ยังปรากฏอยู่ในอนุสัญญาหลายฉบับ ในระดับภูมิภาค เช่น Nordic convention 1974 มาตรา 3 กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ป้องกันมิให้เกิดความเสียหายอันเนื่องมาจากมลพิษทางอากาศภายในภูมิภาคประเทศ nordic<sup>58</sup> หรือในระดับพหุภาคีดังเช่นมลพิษจากกิจกรรมเกี่ยวกับ นิวเคลียร์ อวกาศ และทวีปแอนตาร์กติค<sup>59</sup> ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นปัญหาที่สำคัญต่อโลกมากขึ้น และสะท้อนให้เห็นความจำเป็นของหลักนี้

สำหรับปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกลนั้น ในอนุสัญญากรุงเจนีวาว่าด้วยมลพิษอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล ค.ศ.1979 กำหนดไว้ในมาตรา 2 ซึ่งกำหนดให้รัฐภาคีมีหน้าที่ในการจำกัดและลดลงที่ละน้อย.....และ**ป้องกัน**มลพิษทางอากาศรวมทั้งมลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล(โปรดดูในภาคผนวก)

สำหรับเรื่องสถานะของหลักการนี้ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อพิจารณาตามความตกลงระหว่างประเทศที่กล่าวมาข้างต้น ส่วนใหญ่จะเป็น soft law ซึ่งหมายความว่าไม่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย เป็นเพียงแค่แนวทางให้รัฐนำไปปฏิบัติตาม ดังนั้น สถานะของหลักการนี้จึงเป็นได้เพียงแนวทางที่ยังต้องได้รับการพัฒนาขึ้นไปอีก (Lex Ferenda) และไม่ได้สร้างหน้าที่ให้รัฐต้องปฏิบัติตาม แต่เป็นการช่วยเสริมภาพของการ

<sup>55</sup> Report of the UN Conference on the Human Environment, A/Conf.48/14/Rev./Stockholm, 5-16 June 1972, pp. 6-28.

<sup>56</sup> ILA Committee on Legal Aspects of the Conservation of the Environment, Report of The Committee for the Manila Conference, pp. 19-20

<sup>57</sup> Ibid.

<sup>58</sup> Lier, I. H. V., Acid rain and international law, p. 116.

<sup>59</sup> Ibid.

เป็นเพื่อนบ้านที่ดีของรัฐว่า รัฐตระหนักในการป้องกันปัญหามลพิษทางอากาศได้อีกหลักหนึ่ง แต่ผู้วิจัยเห็นว่าในปัจจุบันเนื่องจากสิ่งแวดล้อมกลายเป็นปัญหาระหว่างประเทศไปแล้ว เมื่อเกิดปัญหาขึ้น ความเสียหายที่ได้รับมา เมื่อเทียบกับการพยายามหาทางป้องกันปัญหาเพื่อมิให้ความเสียหายเกิดขึ้นหรือเกิดขึ้นน้อยที่สุด หนทางประการหลังนี้น่าจะเป็นหนทางที่เกิดประโยชน์มากกว่า อีกประการหนึ่งที่ควรระลึกว่า ความเสียหายจากการทำลายสิ่งแวดล้อมนั้น การแก้ไขให้กลับสู่สภาพปกติดั้งเดิม เป็นเรื่องที่ต้องใช้ค่าใช้จ่ายและเวลาในการฟื้นฟูอย่างมาก ดังนั้น การกำหนดหน้าที่ให้รัฐมีหน้าที่ป้องกันปัญหาจึงน่าจะเป็นทางเลือกที่ดีที่สุด

### 3.1.8 หลัก Duty to Consult Negotiate and Co-operate

ในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ หนทางหนึ่งคือ การเจรจา(Negotiation) หากเป็นข้อพิพาทกรณีทั่ว ๆ ไป หน้าที่มีบรรจุไว้ในมาตรา 33 ของกฎบัตรสหประชาชาติ<sup>60</sup>

ในทางปฏิบัติของ หากเกิดปัญหาข้อพิพาทระหว่างประเทศขึ้นมา รัฐมักจะใช้หนทางเจรจา (Negotiation) มากกว่าเนื่องด้วยเห็นว่าเป็นประนีประนอมมากกว่าวิธีอื่น ๆ เช่น การใช้กำลังในการระงับข้อพิพาท ดังที่ศาลยุติธรรมถาวรระหว่างประเทศ (PCIJ) กล่าวไว้ในคดี Fisheries Jurisdiction(1974)<sup>61</sup> ว่า

“วิธีที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหาคือ การเจรจาด้วยทัศนะที่นำไปสู่การกำหนดสิทธิในอาณาเขตและประโยชน์ของคู่กรณี”

อย่างไรก็ตาม น่าสังเกตว่าคำตัดสินในคดีนี้เป็น การกำหนดให้มีการ *ภายหลัง* เกิดข้อพิพาทแล้ว แต่ไม่ได้กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ต้องทำการเจรจากัน *ล่วงหน้า*

ในคำประกาศกรุงสตอกโฮล์ม ข้อที่ 24(principle 24) โดยกำหนดว่า

“ในเรื่องราวระหว่างประเทศอันเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองและคุ้มครองสิ่งแวดล้อม พึงได้รับการจัดการด้วยจิตใจแห่งความร่วมมือกัน (Co-operative spirit) ของทุก ๆ รัฐด้วยกันอย่างเท่าเทียมกัน<sup>62</sup>

สำหรับในเรื่องมลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล หลักการนี้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 5 ของอนุสัญญาว่าด้วยมลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล ค.ศ.1979(โปรดดูในภาคผนวก) โดยกำหนดให้รัฐภาคีภายในและเป็นเจ้าของเขตอำนาจซึ่งสร้างมลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกลอย่างสำคัญ ที่ก่อให้เกิดหรืออาจจะก่อให้เกิด *ต้องทำการปรึกษา* เมื่อมีการร้องขอจากรัฐภาคีที่ได้รับผลกระทบอย่างแท้จริง หรือที่ปรากฏภัยอย่างสำคัญของมลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล

<sup>60</sup> See UN Charters Article 33.

<sup>61</sup> Harris, D. J., *Cases and materials on international law*. p. 398.

<sup>62</sup> See Principle 24 Stockholm Declaration on Human Environment

รวมทั้งกำหนดไว้ในมาตรา 3, 7, 9 ที่เน้นถึงการร่วมมือกัน(โปรดดูในภาคผนวก)

สำหรับสถานะของหลักนี้ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากขาดความเด่นชัดในเรื่องขอบเขตหรือเนื้อหาเท่าที่ควร โดยการพิจารณาตามคดี Fisheries Jurisdiction Case 1974 และตามคำประกาศกรุงสตอกโฮล์ม ค.ศ.1972 แล้ว ก็ไม่ได้กล่าวถึงในประเด็นดังกล่าวนี้ไว้ เพราะไม่ได้กำหนดว่า จะต้องทำการเจรจาปรึกษา และร่วมมือกัน *ก่อนหรือภายหลัง* มีข้อพิพาทเกิดขึ้น แต่หน้าที่เช่นนี้ได้ไปปรากฏพบเพียงในอนุสัญญากรุงเจนีวาว่าด้วยปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล ค.ศ.1979 เท่านั้น ซึ่งก็ยังไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์ได้ว่า หลักนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไป หรือ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ แต่ผู้เขียนเห็นว่าหลักนี้ยังเป็นหลักกฎหมายที่กำลังก่อตัว (lex ferenda) ยังต้องได้รับการพัฒนาต่อไปอีก และช่วยเสริมหลัก Good Neighbourliness ได้เช่นกัน

จากหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปที่ได้กล่าวมาทั้งหมดซึ่งได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ให้รัฐพึงกระทำและปฏิบัติตามไว้ต่างกัน โดยหลัก Sic utere tuo ut alienum non laedas และหลัก Abuse Of Rights เป็นการกำหนดขอบเขตแห่งการใช้สิทธิของรัฐว่าควรจะมีแค่นั้นเพียงไรซึ่งกล่าวได้ว่าเป็นการพยายามเจือจางหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน (Territorial Sovereignty) ของรัฐลงไปในการตีที่มี International Element เข้ามาเกี่ยวข้อง ซึ่งหมายถึงการยอมรับว่า รัฐมีสิทธิในอธิปไตยเหนือดินแดนของตนอย่างเต็มที่ แต่กฎหมายระหว่างประเทศได้พยายามจำกัดขอบเขตการใช้สิทธิว่า ต้องไม่ใช่ในลักษณะที่ก่อความเสียหายต่อรัฐอื่น หรืออาจพิจารณาอีกแง่หนึ่งก็ได้ว่า รัฐมีสิทธิอยู่แล้วแต่การใช้สิทธิของรัฐนั้นเกินกว่าที่ตนเองมีอยู่และก่อความเสียหายต่อรัฐอื่นนั่นเอง

ส่วนหลัก Good neighbourliness นั้น เป็นหลักที่ได้กำหนดหน้าที่ ให้รัฐต้องปฏิบัติตนอย่างเพื่อนบ้านที่ดี โดยเป็นหลักการที่เป็นมาตรฐานอย่างกว้างๆ หรืออาจเรียกได้ว่าเป็น Main Duty ของรัฐ ที่คอยอยู่ในลักษณะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยมีหลักที่เหลือคือ Due Diligence ,Solidarity and Equity ,Duty to inform., Duty to prevent , Duty to consult, co-operate and negotiate มาช่วยพยุง (Support) หรือขยายหลัก Good neighbourliness ให้มีความเด่นชัดขึ้นไปอีก

จากการศึกษาที่กล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า กฎหมายระหว่างประเทศได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องสิทธิและหน้าที่ของรัฐเอาไว้ การกระทำใด ๆ ของรัฐอันเป็นการใช้สิทธิที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่น หรือไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายระหว่างประเทศวางไว้ แล้วเกิดความเสียหายจากมลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกลต่อรัฐอื่น อาจทำให้รัฐดังกล่าวเกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศขึ้น ทั้งนี้ในเรื่องเกี่ยวกับ

ความรับผิดชอบของรัฐได้มีหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศวางไว้ในเรื่องดังกล่าว ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาในหัวข้อ 3.2 ที่จะกล่าวถึงในอันดับต่อไป

### 3.2 หลักเกณฑ์ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ (State Responsibility)

สังคมนระหว่างประเทศประกอบไปด้วยรัฐจำนวนมากใหญ่่น้อยและมีความเท่าเทียมกันในอธิปไตย ดังนั้น รัฐจึงมีสิทธิที่จะกระทำการใดๆเหนืออาณาบริเวณหรือดินแดนของตนอย่างเต็มที่โดยปราศจากการแทรกแซงของรัฐอื่น ซึ่งเรียกว่่าเป็นอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน(territorial sovereignty) แต่ในความเป็นจริงแต่ละรัฐมีสถานะในด้านต่าง ๆ เป็นต้นว่า เศรษฐกิจ การเมือง สังคม วัฒนธรรม ที่ไม่เหมือนกันและไม่เท่าเทียมกัน และมีความสัมพันธ์สัญจรไปมาหาสู่กันอย่างสม่ำเสมอ ซึ่งความสัมพันธ์เหล่านี้บางครั้งอาจทำให้เกิดกระทบกระทั่งหรือมีการก้าวล่วงเข้าไปในอำนาจอธิปไตยของรัฐซึ่งกันและกัน และก่อให้เกิดผลกระทบและความเสียหายขึ้นมาได้ กลไกที่จะนำมาใช้บังคับควบคุมความสัมพันธ์ดังกล่าวเพื่อให้เป็นไปอย่างสงบสุขและเกิดความเป็นระเบียบเรียบร้อยขึ้นในสังคมนระหว่างประเทศ เท่าที่จะเป็นไปได้ นั่นคือ กฎหมายระหว่างประเทศ (International Law)

รูปแบบหนึ่งของความสัมพันธ์ที่จะนำมาซึ่งการกระทบกระทั่งหรือก้าวล่วงเข้าไปในอำนาจอธิปไตยของรัฐ อันเป็นประเด็นข้อพิพาทระหว่างประเทศที่สำคัญในปัจจุบันคือ ปัญหาสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดน (transboundary pollution problem) ซึ่งลักษณะของปัญหาได้แก่ การที่รัฐประกอบกิจกรรมใด ๆ ภายในเขตอำนาจของตนและก่อให้เกิดมลพิษทำความเสียหายหรือความเดือดร้อนให้แก่อีกรัฐหนึ่ง ซึ่งเป็นเรื่องที่ขัดกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายระหว่างประเทศในการที่จะพยายามดำรงไว้ซึ่งความสงบสุขแลความเป็นระเบียบเรียบร้อยขึ้นในสังคมนระหว่างประเทศ หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่จะนำมาใช้ในกรณีนี้เพื่อชดใช้ค่าเสียหายต่อรัฐเพื่อนบ้านที่ได้รับความเสียหาย ได้แก่ หลักเกณฑ์ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ(state responsibility)

#### 3.2.1 ความหมายของความรับผิดชอบของรัฐ

สำหรับความหมายของความรับผิดชอบของรัฐ นักกฎหมายระหว่างประเทศหลายท่านได้ให้นิยามความหมายหรือคำจำกัดความไว้ดังนี้

Ian Brownlie ได้อธิบายหลักความรับผิดชอบของรัฐในตำรากฎหมายระหว่างประเทศของเขาว่า "รัฐในรัฐบาลที่เป็นสมาชิกในสังคมนระหว่างประเทศเป็นองค์กรสังคมทางการเมือง อันมีสภาพนิติบุคคล

(Juristic Entity) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐจึงมีทั้งสิทธิและหน้าที่ต่อกัน เพราะว่าในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็เช่นเดียวกับความสัมพันธ์ในสังคมอื่น ๆ เมื่อมีการล่งล้ำผลประโยชน์ทางกฎหมาย (Legal Interest) ของบุคคลหนึ่งโดยอีกบุคคลหนึ่งย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบ ดังนั้น กฎเกณฑ์ของความรับผิดชอบก็คือ กฎเกณฑ์ที่พิจารณาเกี่ยวกับภาระและผลที่ติดตามมาจากการกระทำที่ผิดกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้น<sup>63</sup>

J.G. Starke ได้ให้ความหมายของความรับผิดชอบของรัฐว่า

" ความรับผิดชอบของรัฐถูกกำกับโดยมาตรฐานระหว่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศที่จะกำกับการกระทำที่ไม่ถูกกฎหมายหรือกำกับการงดเว้นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายของรัฐ<sup>64</sup>

หรือที่ Oppenheim กล่าวไว้ว่า

ความรับผิดชอบของรัฐ คือ การแสวงหามาตรการป้องกันที่แน่นอนและแสวงหามาตรการที่จะให้ผู้กระทำผิด ทำการทดแทนความเสียหายอย่างเหมาะสม"<sup>65</sup>

ความรับผิดชอบของรัฐ หมายถึง ภาระหน้าที่ที่รัฐพึงปฏิบัติเพื่อแก้ไขสถานการณ์อันเนื่องมาจากการที่รัฐละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศและเกิดความเสียหายขึ้น"<sup>66</sup>

ความรับผิดชอบ (Responsibility) เป็นพันธะหรือความผูกพัน (Obligation) ที่อาจต้องปฏิบัติอันมีลักษณะคล้ายกับหน้าที่ (Duty) แต่ก็มีข้อแตกต่างจากหน้าที่ในส่วนที่ว่า หน้าที่เป็นพันธะที่ผู้กระทำจะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่ได้กำหนดไว้ในเบื้องต้น ส่วนความรับผิดชอบเป็นพันธะที่ผู้กระทำจะต้องปฏิบัติอันเนื่องมาจากการที่ผู้กระทำได้ฝ่าฝืนหรือละเมิดต่อหน้าที่ของตนตามกฎหมายที่เบื้องต้น<sup>67</sup>

<sup>63</sup> Brownlie, I., Principle of public international law Fourth Edition , (New York : Oxford University Press, 1990), P. 433.

<sup>64</sup> Starke, J. G., An introduction to international law Seventh Edition, (London : Butterworths, 1972), P. 293.

<sup>65</sup> Oppenheim's , International Law Ninth Edition, Vol. I Peace Intorduction and Part I edited by Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts , (United Kingdom : Longman Group, 1992), p. 502.

<sup>66</sup> ปรัชญา เวสารัชช, นพนิธิ สุริยะ, ชุมพร ปัจจุสานนท์ และ วีรพันธ์ วัชรชาติย์, "ความรับผิดชอบของรัฐ" ในเอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศหน่วยที่ 8, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2532), หน้า 71.

<sup>67</sup> จันทรลักษณ์ โชติรัตนดิถ, "ความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ", วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 15 ฉบับที่ 3 กันยายน 2528 : 133.



จากคำจำกัดความที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า หัวใจที่สำคัญประการหนึ่งของ “ความรับผิดชอบของรัฐ” คือ ความรับผิดชอบของรัฐมีลักษณะของการกำหนดหน้าที่ให้รัฐที่กระทำความเสียหายหรือกระทำ ความผิดต้องดำเนินการเพื่อแก้ไขหรือบรรเทาความเสียหายหรือความผิด ดังกล่าว โดยหน้าที่ดังกล่าวต้อง เป็นหน้าที่ที่เกิดภายหลังที่มีความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว

ปัญหาต่อไปที่จะนำมาพิจารณาคือ ความรับผิดชอบของรัฐในความหมายของกฎหมายระหว่าง ประเทศนั้นได้แก่ ความรับผิดชอบมีขอบเขตเพียงใด ซึ่งจากนิยามหรือคำจำกัดความในตอนต้น จะเห็นได้ว่า ขอบเขตของความรับผิดชอบของรัฐนั้น ได้แก่ การละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งอาจอยู่ใน รูปของสนธิสัญญา อนุสัญญา (Treaty) หรือ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (International Customary Law) หรือ หลักกฎหมายทั่วไป (General Principles of Law) อย่างไรก็ตามหนึ่งก็เพียงพอ แล้วที่จะทำให้เกิดความรับผิดชอบ ซึ่งสามารถหยิบยกเอาคำแถลงของคณะกรรมการสิทธิการ (Commission) เม็กซิกัน-สหรัฐ เพื่อการพิจารณาคดีทั่วไปในคดี Dickson Car Wheel Case (1923) ซึ่งกล่าวว่า

“ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศนอกเหนือจากอนุสัญญาใด ๆ รัฐจะต้องมีความรับผิดชอบ เมื่อการกระทำที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศถูกยกขึ้นฟ้องร้อง กล่าวคือ มีการละเลยหน้าที่โดยมาตรฐานทาง กฎหมายระหว่างประเทศ”<sup>68</sup>

ส่วนความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากการละเมิดสนธิสัญญา (Treaty) นั้น ศาลประจำยุติ ธรรมระหว่างประเทศแถลงไว้ในคดี Corfu Channel Case (1928) ว่า

“การกระทำของรัฐซึ่งขัดกับสิทธิตามสนธิสัญญาของอีกรัฐหนึ่ง ย่อมก่อให้เกิดความรับผิด ขอบระหว่างประเทศระหว่างสองรัฐโดยทันที”<sup>69</sup> เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศและเป็นแนวคิดทั่วไปของ กฎหมายว่า การละเมิดสนธิสัญญาก่อให้เกิดความผูกพันที่จะทำการทดแทนความเสียหาย<sup>70</sup>

<sup>68</sup> สุนทร นิยมญาติ, “หลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ” วารสารสารจรรยา 2518 : 72.

<sup>69</sup> Harris D.J. , *Cases and Materials on International Law* , Second Edition , (London : Sweet and Maxwell, 1979), pp.402-406.

<sup>70</sup> Sorensen M., ed , *Manual of Public International Law*, (London : Mcmillan , 1968), P.533. อ้างถึงใน จันทรลักษณ์ โชติรัตนดิโลก, “ความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ”, หน้า 138.

แต่ความรับผิดชอบของรัฐนี้ ไม่หมายความว่ารวมถึงความรับผิดชอบตามกฎหมายภายใน (Municipal Law) ที่แยกเป็นความรับผิดในทางอาญา และความรับผิดในทางแพ่ง ซึ่งมีการจำแนกออกเป็น ความรับผิดในมูลสัญญา (Contractual Responsibility) และความรับผิดชอบในมูลละเมิด (Delictual Responsibility)<sup>71</sup>

จากที่กล่าวมาข้างต้นอาจสรุปได้ว่า ความรับผิดชอบของรัฐหมายถึง หน้าที่ของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะต้องปฏิบัติเพื่อดำเนินการแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศอย่างใดอย่างหนึ่งของรัฐนั้น ๆ

อย่างไรก็ดี ด้วยเหตุที่ความรับผิดชอบของรัฐมีลักษณะทางวัตถุประสงค์“มุ่งที่จะชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้น” ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า เป็นผลที่มาจากรากฐานทางด้านด้านแนวความคิดหรือที่มา ซึ่งเป็นการศึกษาหัวข้อต่อไปเพื่อช่วยให้เข้าใจถึงลักษณะทางวัตถุประสงค์ของความรับผิดชอบของรัฐได้

### 3.2.2 ที่มาของหลักความรับผิดชอบของรัฐ

สำหรับที่มาของความรับผิดชอบของรัฐนั้น อาจกล่าวได้ว่า มีรากฐานหรือแนวความคิดอยู่ 3 ประการคือ

#### 3.2.2.1 แนวความคิดทางศีลธรรม

ศีลธรรมเป็นความรู้สึกผิดชอบ ชั่วดี เป็นสิ่งที่ผู้คนหรือมนุษย์ในสังคมทั่วไปยึดถือไว้ประจําใจ เกิดจากความรู้สึกของจิตใจ ในการพิจารณาโดยใช้จารณญาณว่าสิ่งใดผิด - ถูก หรือ ดี - ชั่ว กล่าวคือ หากการกระทำใดที่ส่งผลให้หรือก่อความเสียหายให้ผู้อื่น ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทำ ผู้กระทำต้องชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องมาจากผลของการกระทำนั้น ๆ หลักศีลธรรมเป็นพื้นฐานในความเป็นมนุษย์โดยทั่วไป ซึ่งเป็นหลักที่เก่าแก่มากมาย และหลักความรับผิดชอบของรัฐก็มีมานานพอ ๆ กัน กับหลักศีลธรรม หลักใน Old Testament ซึ่งมีว่า “ An eye for eye and a tooth for a tooth” หมายถึง “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” กล่าวได้อีกอย่างหนึ่ง คือ บุคคลใดหรือผู้ใดกระทำสิ่งใดย่อมได้สิ่งนั้นตอบแทนกลับมา เช่นเดียวกัน

<sup>71</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 140.

สำหรับนักกฎหมายที่สนับสนุนแนวความคิดนี้ เช่น Thomas Street ,<sup>72</sup> Ian Brownlie , Hall ซึ่ง Thomas Street กล่าวไว้ถึงหลักความรับผิดชอบของรัฐว่ามาจากศีลธรรมอย่างชัดเจน โดยถือว่ามาจากมูลฐานของศีลธรรม

ในขณะที่ Ian Brownlie เห็นว่า ต้นตอหรือรากฐานของความรับผิดชอบนั้นมาจากความเชื่อทางศาสนา และศีลธรรมซึ่งกฎหมายเป็นส่วนที่เป็นเปลือกนอก<sup>73</sup>

ส่วน Hall เห็นว่า ที่มาหรือทฤษฎีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศคือความสำนึกในความผูกพันทางศีลธรรมซึ่งมีอิทธิพลต่อมนุษยชาติโดยทั่วไป<sup>74</sup>

ดังนั้น ศีลธรรมจึงเป็นเรื่องของการสำนึกถึงความถูก-ผิดในการกระทำโดยทั่วไปซึ่งมีอิทธิพลเป็นรากฐานแนวความคิดเรื่องความรับผิดชอบของรัฐที่สามารถนำมาใช้ควบคุมความประพฤติหรือการกระทำของรัฐนั่นเอง

### 3.2.2.2 แนวความคิดเรื่องความจำเป็นต้องอยู่ร่วมกัน

แนวความคิดเรื่องความจำเป็นต้องอยู่ร่วมกันในสังคม เป็นแนวความคิดที่แสดงถึงลักษณะของการถ้อยทีถ้อยอาศัย ซึ่งหมายความว่า รัฐแต่ละรัฐจะต้อง รู้จักการปฏิบัติหน้าที่ของตน เมื่อยังผลให้เกิดสันติสุขในสังคมโลก การที่รัฐต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนเนื่องมาจากรัฐมีความจำเป็นต้องอาศัยอยู่ร่วมกันในสังคมระหว่างประเทศต้องเคารพต่อกฎเกณฑ์ของสังคม และกฎหมายระหว่างประเทศ หากรัฐฝ่าฝืนหน้าที่และก่อให้เกิดความเสียหาย รัฐก็จะต้องมีความผูกพันที่จะต้องทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งแนวคิดดังกล่าวมีนักกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น Clyde Eagleton , Fauchille และ Rene Demogre ได้ให้การรับรอง และสนับสนุนแนวคิดนี้ โดย Eagleton กล่าวว่า

<sup>72</sup> Thomas Street , *The Foundation of Legal Liability* , (New York : Northport , 1906 ) P.67 by Eagleton C. , *The Responsibility of State in International Law* , ( New York : Krans Reprint ,1970) P.3 และสุนทร นิยมญาติ , “หลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ” , หน้า 73.

<sup>73</sup> Brownlie I. , *State Responsibility Part I* .,(Oxford : Clarendon Press , 1983),P.1.

<sup>74</sup> Hall, *International Law 8 Th Ed.*, (Oxford ,1924),P.50 Quoted by Eagleton C. , *The Responsibility of State in International Law* , P.5.

“ความผูกพันเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ เพราะว่าสังคมมนุษย์ได้ยอมรับสิทธิบางอย่างที่สมาชิกมีอยู่โดยธรรมชาติ สิทธิก่อให้เกิดหน้าที่ในความสัมพันธ์ของมวลสมาชิก ความผูกพันดังกล่าวนี้คือ มีหน้าที่และเบื้องหลังของการผูกพันจะต้องปฏิบัติตามหน้าที่ คือ ความรับผิดชอบ (Responsibility)<sup>75</sup>

ในขณะที่ Fauchille เห็นว่า

“มูลฐานของความรับผิดชอบเกิดจากความยินยอม (Consent) ของสมาชิกในสังคมนานาชาติ ที่จะยินยอมเคารพกฎเกณฑ์ ความยินยอมนี้เป็นความยินยอมร่วมกัน (Mutual Consent) ด้วยเหตุที่ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศจำต้องมาจากหลักอภัยปฏิบัติของสิทธิและหน้าที่ (Reciprocity of Rights and Duties)”<sup>76</sup>

นอกจากนี้ Demogue ได้กล่าวสนับสนุนแนวความคิดนี้ว่า

“ความผูกพันที่เป็นเครื่องมือบังคับให้บุคคลปฏิบัติตาม และเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลนั้นเกิดขึ้นในรูปของกฎหมายอันเป็นผลมาจากพัฒนาการของมนุษยชาติและความซับซ้อนของสังคม เมื่อมีการจัดตั้งขึ้นมา กฎหมายจึงได้กำหนดให้บุคคลเคารพสิทธิของผู้อื่น เพื่อสิทธิของตน จะได้รับการเคารพด้วย ซึ่งเป็นการคุ้มครองสมาชิกในสังคม ความผูกพันที่เป็นความผูกพันร่วมมือเพื่อผลประโยชน์ร่วม (Common Interest) สมาชิกกลุ่มการเมือง”<sup>77</sup>

จะเห็นว่า ความสำคัญของแนวความคิดเรื่องความจำเป็นต้องอยู่ร่วมกันของรัฐนั้นมีความสำคัญอย่างมากในวิถีทางการดำเนินความเป็นไปของโลกหรือของแต่ละรัฐและเป็นรากฐานที่สำคัญของความรับผิดชอบของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้การอยู่ร่วมกันของรัฐดำเนินต่อไปอย่างปราศจากความขัดแย้ง หรือมีความขัดแย้งน้อยที่สุด

### 3.2.2.3 แนวความคิดเรื่องความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี

<sup>75</sup> Eagleton C., *The Responsibility of States in International Law*, (New York : *Traite' De Droit International Public*, (Paris, 1923-1925) I, P.514.

<sup>76</sup> Fauchille, *Traite De Internatioanal Public*, (Paris, 1923-1925) I, P.514. Quoted by Eagleton C., *The Responsibility of States in International Law*, p.5.

<sup>77</sup> Demogue R., *Traite' Des Obligations En General*, (Paris, 1925) I, Chapter I. Quoted by Eagleton C., *The Responsibility of States in International Law*, P.4.

แนวความคิดนี้ถือได้ว่า เป็นแนวความคิดที่เกิดขึ้นเพื่อรองรับนวัตกรรมใหม่ๆ (Innovation) หรือสภาพความสลับซับซ้อนของสังคมที่เปลี่ยนไปซึ่งแนวความคิดทั้งสองที่กล่าวมาข้างต้นได้แก่ แนวความคิดเรื่องศีลธรรมและแนวความคิดเรื่องความจำเป็นต้องอยู่ร่วมกัน ซึ่งแนวความคิดทั้งสองนี้เป็นรากฐานหรือแนวความคิดดั้งเดิม (Primary Concept) ไม่อาจจะรองรับต่อสภาพการณ์ที่เปลี่ยนไปนี้ได้ ดังนั้นจึงเกิดแนวความคิดใหม่ขึ้นมา โดยถือว่าผู้ได้รับประโยชน์จากวิทยาการหรือเทคโนโลยีนั้น ๆ ต้องรับผิดชอบต่อผลเสียหายที่เกิดขึ้นจากวิทยาการและเทคโนโลยีนั้น ๆ แม้ว่ากรณานั้นจะไม่ใช่การกระทำที่ผิดกฎหมายก็ตาม

ผู้พิพากษาศาลโลกอย่าง Lauterpatch และ Arechaga เรียกแนวความคิดนี้ว่าเป็นความรับผิดชอบเด็ดขาด (Strict Liability) หรือความรับผิดชอบโดยสมบูรณ์ (Absolute Liability)<sup>78</sup> ซึ่งต้นกำเนิดหรือรากฐานแนวความคิดนี้ได้รับการพัฒนามาจากทฤษฎีการเสี่ยงภัย (Theory Of Risk) \* ซึ่งมาจากหลักกฎหมายภายในโดยไม่จำเป็นต้องไปพิจารณาว่าการกระทำนั้น ๆ ต้องประกอบไปด้วยเจตนา(Intent) หรือประมาทเลินเล่อ(Negligence)เลย หากเกิดความเสียหายขึ้นมา ก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่รัฐต้องรับผิดชอบแล้ว

สำหรับกิจกรรมที่แนวความคิดนี้จะเข้าไปปรับใช้ได้นั้น ส่วนใหญ่แล้วมีลักษณะของกิจกรรมที่มีความเสี่ยงภัยสูงมากเช่นกิจกรรมเกี่ยวกับยานอวกาศ(Space Object)อุบัติเหตุทางอุตสาหกรรม (Industrial Accident) หรือกิจกรรมที่เสี่ยงต่ออันตรายอื่น ๆ (Other Hazardous Activities) ซึ่งในเรื่องนี้ผู้วิจัยเห็นว่า แนวความคิดทางด้านความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีนี้จะนำไปปรับใช้กับปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกลซึ่งมีแหล่งกำเนิดจากโรงงานอุตสาหกรรมได้เช่นกัน

อย่างไรก็ดี การที่จะถือว่ารรัฐเกิดความรับผิดชอบขึ้นแล้วหรือไม่นั้น มีความจำเป็นต้องพิจารณาในเรื่ององค์ประกอบ(elementy)ของความรับผิดชอบของรัฐที่จะกล่าวในหัวข้อต่อไป เพื่อที่จะชี้ว่ารัฐมีหรือไม่มีความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศต่อการกระทำนั้น ๆ ของรัฐด้วย

<sup>78</sup> จันทรลักษณ์ โชติรัตนดิลา, "ความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ", หน้า135.

\* ทฤษฎีการเสี่ยงภัยนี้มักปรากฏพบในความตกลงระหว่างประเทศเช่นสนธิสัญญา อนุสัญญา หรือที่มีชื่อเรียกเป็นอย่างอื่น ๆ ส่วนใหญ่จะบรรจุไว้ในเรื่องของการตกลงความรับผิดชอบล่วงหน้าไว้อย่างชัดเจน อนุสัญญาว่าด้วยความเสียหายซึ่งก่อขึ้นโดยรัฐเจ้าของอากาศยานต่อความเสียหายบนผิวพื้นของรัฐฝ่ายที่สาม ค.ศ.1952 (Rome Convention On Damage Caused By Foreign Aircraft To Third Parties On The Surface 1952) เป็นต้น แต่ก็ยังไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎเกณฑ์โดยทั่วไปของความรับผิดชอบของรัฐ

### 3.2.3 องค์ประกอบของความรับผิดชอบของรัฐ

นี้<sup>79</sup>

องค์ประกอบความรับผิดชอบของรัฐอาจประกอบไปด้วย องค์ประกอบ 3 ประการดังต่อไปนี้

#### 3.2.3.1 การกระทำหรือการละเว้นกระทำซึ่งละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ

การกระทำหรือละเว้นกระทำ ซึ่งละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ หมายถึงการที่รัฐได้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งเป็นการละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศอันได้แก่กฎหมายระหว่างประเทศทุกรูปแบบไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญา (Treaty) กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (International Customary Law) หรือหลักกฎหมายทั่วไป (General Principles Of Law) หากรัฐฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กล่าวมานี้ ก็ถือได้ว่ารัฐเกิดความรับผิดชอบขึ้นแล้ว

องค์ประกอบข้อนี้ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (PCIJ) ได้กล่าวในคดี Corfu Channel Case (1949) ว่า การกระทำที่ขัดต่อสนธิสัญญาย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบโดยทันทีโดยกล่าวว่า "เป็นหลักการกฎหมายระหว่างประเทศ และ เป็นแนวความคิดทั่วไปของกฎหมายที่ว่า การละเมิดสนธิสัญญา ก็ทำให้เกิดความผูกพันที่จะต้องทำการทดแทน"<sup>80</sup>

นอกจากนี้ในคดี Chorow Factory(1928) ศาลในคดีนี้กล่าวว่า "เป็นหลักการสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่า การละเมิดความผูกพันรวมทั้งข้อตกลงทำให้เกิดการทดแทนในรูปแบบที่เหมาะสม.....เป็นหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศและแนวความคิดทั่วไปของกฎหมายที่ว่า การละเมิดความผูกพันรวมทั้งข้อตกลง ทำให้เกิดพันธกรณีที่จะต้องทดแทน"<sup>81</sup>

สำหรับองค์ประกอบในข้อนี้ มีปัญหาต่อไปที่ต้องพิจารณาว่าจะนำเอาเรื่ององค์ประกอบภายในจิตใจ ซึ่งได้แก่ หรือเจตนา(intent)หรือประมาทเลินเล่อ(negligence)เข้ามาพิจารณาเกี่ยวข้อง

<sup>79</sup> Arechaga, "International Law in The Past Third Of A Century", in Recueil Des Cours Collected Courses, Vol.159, (Paris : Academie De Droit International, 1978) : 267.

<sup>80</sup> Corfu Channel Case(1949) ,ICJ Reports (1949) , p.23.

<sup>81</sup> Chorow Factory Case(1928), PCIJ , SER.A, No.9, p.21.

ด้วยหรือไม่นั้น ปัจจุบันยังมีความเห็นที่แตกต่างท่ามกลางนักกฎหมายระหว่างประเทศโดยอาจแบ่งได้เป็นสองฝ่ายคือ

*ฝ่ายแรก* ถือว่าความรับผิดชอบของรัฐต้องมีการกระทำหรืองดเว้นกระทำที่มีเจตนาเข้ามาเกี่ยวข้องหรือเรียกว่าองค์ประกอบทางด้านอัตวิสัย (Subjective Element) ประกอบอยู่ด้วย

ฝ่ายนี้มีนักกฎหมายระหว่างประเทศที่สนับสนุนแนวความคิดนี้ เช่น Ago, Eagleton, Lauterpatch, Grotius และ Oppenheim โดยถือเอาการกระทำหรืองดเว้นกระทำที่ประกอบไปด้วยเจตนา (intent) และความประมาทเลินเล่อ (negligence) ของผู้กระทำเป็นสำคัญ

แนวคิดนี้นักกฎหมายระหว่างประเทศรุ่นแรก ๆ พยายามนำเอาแนวความคิดของกฎหมายภายในมาใช้ในกฎหมายระหว่างประเทศโดยเรียกว่า "องค์ประกอบทางด้านอัตวิสัย" (Subjective Element) หมายถึงการกระทำที่สามารถตำหนิติเตียนได้ หรือที่เรียกว่าการกระทำที่ประกอบไปด้วยความผิด (Fault) ทั้งนี้เพราะโดยปกติการกระทำของรัฐต้องเป็นการกระทำที่ผ่านทางบุคคลธรรมดาเพราะว่ารัฐไม่มีตัวตนเป็นรูปธรรมที่จับต้องได้ การที่จะพิจารณาว่ารัฐมีความผิดได้นั้นจะต้องพิจารณาเจตนาของการกระทำที่ผ่านบุคคลธรรมดา ดังนั้น การกระทำของรัฐที่จะเป็นความผิดอันจะนำมาซึ่งความรับผิดชอบได้นั้น จะต้องเป็นการกระทำที่มีเจตนา (intent) หรือมีความประมาทเลินเล่อ (Culpa) ที่สามารถตำหนิติเตียนหรือเป็นความผิด (Fault) ของรัฐได้ หรืออาจจะเรียกได้ว่าเป็น "ความรับผิดชอบที่ต้องอาศัยความผิด (Liability Based On Fault)" ซึ่ง Eagleton กล่าวว่า "ความรับผิดชอบไม่สามารถจะเกิดขึ้นได้ หากปราศจากสิ่งที่ตำหนิติเตียนได้หรือความผิด (Fault)"<sup>82</sup>

<sup>82</sup> Eagleton C., *The Responsibility of States in International Law*. p.209.

อาจสรุปได้ว่า การพิจารณาในเรื่องเจตนา(intent) หรือประมาทเลินเล่อ (Negligence) นี้เป็นการค้นหาเรื่องที่อยู่ภายในจิตใจของมนุษย์ และเป็นพื้นฐานในการพิจารณาเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ ซึ่งเจตนาหรือความประมาทเลินเล่อนี้เองจะเป็นเครื่องชี้ถึงการกระทำนั้นๆ ว่า "มีหรือไม่มี" เจตนาหรือความประมาทเลินเล่อ ซึ่งจะนำไปสู่การพิจารณาว่ารัฐต้องรับผิดชอบในการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำนั้นๆ ของรัฐได้เกิดความรับผิดชอบขึ้นแล้วหรือไม่

**ฝ่ายที่สอง** ถือว่าความรับผิดชอบของรัฐต้องมีการกระทำที่มืองค์ประกอบด้าน *ภาววิสัย (Objective Element)* เข้ามาเกี่ยวข้องอยู่ด้วย

ฝ่ายนี้ไม่เห็นด้วยกับแนวความคิดของฝ่ายแรก โดยการสนับสนุนของ Schwarzenberger, Cheng, Stark, Brownlie และ Arechaga เป็นต้น โดยถือว่าองค์ประกอบทางด้านจิตใจไม่ควรนำมาพิจารณาในการตัดสินว่ารัฐใดควรจะต้องรับผิดชอบ ดังที่ Stark กล่าวว่า " การที่จะกล่าวว่า รัฐไม่ต้องรับผิดชอบต่อรัฐอื่นๆ ในการกระทำที่ผิดกฎหมายโดยตัวแทนของรัฐ ยกเว้นว่าเป็นการกระทำที่โดยเจตนา(Wilfulness) หรือมีเจตนาร้าย(Maliciously) หรือมีความประมาทเลินเล่อ(Culpable Negligence) : ซึ่งอยู่ในรูปกว้างๆนี้ เป็นการยากที่จะยอมรับได้"<sup>83</sup> ทั้งนี้เพราะการค้นหาองค์ประกอบทางด้านจิตใจเพื่อพิสูจน์เจตนา(Dolus) หรือความประมาทเลินเล่อ(Negligence) ของผู้กระทำในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐเป็นสิ่งที่กระทำได้ลำบากมาก เพราะความรับผิดชอบบางอย่างไม่สามารถจะค้นหาเจตนาหรือความประมาทเลินเล่อได้เลย เช่น ความรับผิดชอบของรัฐในกิจกรรมที่มีความเสี่ยงสูงจำพวกยานอวกาศหรืออุตสาหกรรมที่มีความเสี่ยงอันตรายก็จะพบปัญหาเรื่องภาระการพิสูจน์ (Burden Of Proof) หากยอมรับในทฤษฎีที่ต้องมี "Fault" เป็นองค์ประกอบสำคัญ ซึ่งจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าผู้กระทำมีเจตนาร้ายหรือผู้กระทำมีความประมาทเลินเล่ออันจะทำให้เกิดความรับผิดชอบได้นั้น เป็นการทำให้ความรับผิดชอบของรัฐไม่กว้างเท่าที่ควร เพราะหากพิสูจน์ไม่ได้ รัฐผู้เสียหายก็จะไม่ได้รับความเป็นธรรมเนื่องจากการแก้ไขเยียวยาความเสียหายกระทำได้ยากลำบาก เป็นต้น ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็น *ความรับผิดที่ไม่ต้องอาศัยความผิดเป็นองค์ประกอบ(Liability without Fault)* \*

จะเห็นได้ว่า นักกฎหมายระหว่างประเทศยังคงพยายามที่จะศึกษาในเรื่ององค์ประกอบทางด้านอัตวิสัยหรือทางด้านจิตใจต่อไปแม้กระทั่งในปัจจุบัน ทำให้เห็นได้ว่า แนวความคิดเรื่องนี้ได้ทำให้หลักเกณฑ์เรื่องความรับผิดชอบของรัฐไม่แน่นอนเท่าใดนัก การที่จะพิจารณาว่ารัฐมีความผิดหรือไม่และต้องทำการค้นหาเจตนาของการกระทำที่ผิดกฎหมายนั้นๆ หรือไม่นั้น ควรที่จะต้องพิจารณากันเป็นเรื่องๆไป

<sup>83</sup> Starke, J. G., *An Introduction to International Law*, p. 309.

\* ซึ่งได้รับการพัฒนาในเวลาต่อมาในรูปของ Absolute Liability หรือ Strict Liability



สำหรับผู้วิจัยมีความเห็นว่า ในสภาพสังคมที่มีความสลับซับซ้อนมากขึ้น การใช้องค์ประกอบทางด้านภาววิสัย (Objective Element) จึงเป็นสิ่งที่เหมาะสมในการนำมาแก้ไขปัญหามากกว่าองค์ประกอบทางด้านอัตวิสัย (Subjective Element) แต่ในขณะเดียวกันองค์ประกอบทางด้านอัตวิสัย (Subjective Element) ก็ยังมีบทบาทความสำคัญอยู่ในบางเรื่อง อย่างน้อยก็เป็นแนวทางในการศึกษาเปรียบเทียบในเรื่องวิวัฒนาการองค์ประกอบที่ของการกระทำที่เป็นความผิดตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ

### 3.2.3.2 การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำที่กล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ

สำหรับการกล่าวอ้างหรือถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐนั้นมีความหมายว่า "การกระทำ (Act) นั้นจะต้องถือได้ว่า เป็นการกระทำของรัฐในฐานะบุคคลตามกฎหมาย" ซึ่งในที่นี้หมายถึง กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่ง Eagleton อธิบายว่า "รัฐจะต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ ถ้าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลที่เกิดขึ้นมาจากการกระทำที่ละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ อันเนื่องมาจากการกระทำของรัฐ"

แต่เดิมมาเนื่องจากรัฐเป็นนิติบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศกล่าวคือ เป็นตัวตนที่มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศ (Subject-in-International Law) การแสดงเจตนาของรัฐในทางปฏิบัติ กระทำได้ก็เพียงผ่านบุคคลธรรมดาหรือปัจเจกชน (Individual) ถึงแม้ว่ารัฐจะมีสภาพบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม และการกระทำของบุคคลธรรมดาหรือปัจเจกชนจะต้องเป็นการส่งผลตามกฎหมายไปยังรัฐ เพื่อจะก่อให้เกิดความผูกพันที่ทำให้รัฐต้องรับผิดชอบต่อการกระทำเหล่านั้นในทางระหว่างประเทศ แต่ในปัจจุบันมีการยอมรับแนวคิดที่เปิดกว้างมากขึ้นในเรื่องดังกล่าวนี้โดยกำหนดให้ปัจเจกชน (Individual) มีฐานะเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ \* แต่มีสิทธิและหน้าที่ที่จำกัดกว่ารัฐ ดังนั้น ถ้าปัจเจกชนเหล่านั้นกระทำความผิดก็ต้องเข้ามารับผิดชอบต่อ \*\*

---

\* ปัจจุบันปัจเจกชนอาจมีความรับผิดชอบโดยตรงตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ 2 กรณีคือ

(1) กรณีที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้ให้ปัจเจกชนต้องรับผิดชอบต่อไว้ล่วงหน้าโดยเฉพาะในรูปของอนุสัญญาหรือสนธิสัญญา เช่น มาตรา 3(1) ของอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งเกี่ยวกับความเสียหายจากมลภาวะที่เกิดจากน้ำมัน ค.ศ.1969 (Brussels convention on civil liability for Oil Pollution Damage 1969) บัญญัติว่า "เจ้าของเรือบรรทุกน้ำมันที่ทำการขนส่ง จะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายทางทะเลอันเนื่องมาจากมลภาวะที่เกิดจากน้ำมันที่บรรทุกมานั้น" เป็นต้น

สำหรับการกระทำของปัจเจกชนที่จะผูกพันรัฐที่จะทำให้เกิดความรับผิดชอบได้นั้นอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ การกระทำของปัจเจกชนในฐานะที่เป็นตัวแทนของรัฐหรือองค์กรของรัฐ และในฐานะที่เป็นปัจเจกชนอย่างแท้จริง

### 3.2.3..2.1. การกระทำของปัจเจกชนในฐานะองค์กรของรัฐหรือตัวแทนของรัฐ

ตามความเห็นของศาลยุติธรรมประจำระหว่างประเทศ ได้กล่าวไว้ในคดี German Settlers In Poland Case (1923) ระหว่างเยอรมันกับโปแลนด์ว่า “รัฐสามารถกระทำการต่าง ๆ ได้โดยผ่านทางตัวแทนของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น”<sup>84</sup> ได้สะท้อนให้เห็นได้ว่าการแสดงออกของรัฐขึ้นอยู่กับกระทำของปัจเจกชนที่ได้กระทำการแทนรัฐ หรือกระทำการตามเจตจำนงของรัฐ

สำหรับเรื่องนี้ Anzilotte ได้แสดงความเห็นไว้ว่า “การดำเนินงานของรัฐจะครอบคลุมไปถึง การกระทำของปัจเจกชนที่ได้รับการอนุญาตให้กระทำได้ภายในขอบเขตของกฎหมายที่กำหนดไว้ ดังนั้น การกระทำที่ละเมิดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศของตัวแทนของรัฐ จึงถือได้ว่าเป็นการกระทำละเมิดของรัฐเอง” นอกจากนี้ Eagleton ยังสนับสนุนหลักการนี้ว่า “เมื่อรัฐได้ยอมให้ปัจเจกชนกระทำการในนามของรัฐ การกระทำของปัจเจกชนเหล่านั้นจะส่งผลผูกพันเป็นการกระทำของรัฐ ซึ่งรัฐต้องรับผิดชอบ

(2)ปัจเจกชนละเมิดสิทธิมนุษยชนเนื่องมาจากการกระทำความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม (War Crime) เช่น คำพิพากษาของศาล Nuremburg และศาล Tokyo ซึ่งจัดตั้งขึ้นหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 (World War II)

\*\* ตัวอย่างที่เห็นได้ในปัจจุบัน เนื่องจากเทคโนโลยีที่ก้าวหน้ามากกว่าแต่เดิมเป็นอย่างมากโดยเฉพาะในเรื่องของการคมนาคมสื่อสาร(mass communications) ดาวเทียมนับได้ว่ามีบทบาทสำคัญมากในสังคมโลกซึ่งถือได้ว่าเป็นกิจกรรมประการหนึ่งของรัฐในการใช้ห้วงอวกาศ กฎเกณฑ์เรื่องความรับผิดชอบของรัฐได้ขยายออกไปจากหลักเกณฑ์เดิมเพื่อรองรับต่อปัญหาที่เกิดขึ้น ทั้งนี้เนื่องจากปริมาณการส่งดาวเทียมขึ้นไปในอวกาศนับวันจะมีจำนวนมากขึ้นโดยผู้ที่ทำการส่งดาวเทียม(Launcher)ในปัจจุบันส่วนใหญ่กลับกลายเป็นกิจการของบริษัทเอกชน ซึ่งตามมาตรา 4 ของ Outer Space Treaty 1967 บัญญัติว่า “แต่ละรัฐที่ประกอบกิจกรรมในห้วงอวกาศต้องยอมรับหลักความรับผิดชอบของรัฐ(สำหรับกิจกรรมในห้วงอวกาศรวมทั้งดวงจันทร์และวัตถุอื่น ๆ โดยไม่คำนึงว่า ผู้ที่ใช้ห้วงอวกาศนั้นเป็นรัฐหรือเอกชนตัวแทนของรัฐ” ซึ่งหมายถึงการที่มุ่งที่จะสนใจในการกระทำมากกว่ามุ่งที่จะสนใจในตัวผู้กระทำว่าเป็นรัฐหรือเอกชน หากการกระทำนั้นละเมิดหรือฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศ และทำให้เกิดความเสียหายขึ้นมา รัฐก็ต้องรับผิดชอบและดำเนินการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย เป็นต้น

<sup>84</sup> German settlers in Poland case (1923) , PCIJ, SER. A, No. 1, p. 29.

ชอบภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้ การกระทำที่เกิดขึ้นจากการกระทำของปัจเจกชนไม่ว่าจะกระทำโดยลำพัง หรือกระทำกรเป็นกลุ่มในฐานะที่กระทำกรเป็นองค์กรของรัฐ หรือตัวแทนของรัฐจะส่งผลให้เกิดความผูกพันของรัฐขึ้น ทำให้รัฐต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศต่อการกระทำเหล่านั้น

ดังนั้น การกระทำ (Act) หรือละเว้นการกระทำ (Omission) ของปัจเจกชนที่ได้รับมอบหมายให้กระทำกรในองค์กรของรัฐ หรือตัวแทนของรัฐที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายภายใน ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะองค์กรของรัฐจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการ และจะมีลักษณะการปฏิบัติงานภายในหรือภายนอกรัฐ รวมทั้งไม่คำนึงด้วยว่าจะมีระดับการบังคับบัญชา(hierarchy)ระดับสูงหรือระดับต่ำ

สำหรับประเด็นต่อไปคือ การกระทำของปัจเจกชนที่เสมือนเป็นการกระทำกรเกินขอบและขอบเขตของอำนาจรัฐ จะถือว่าเป็นการกระทำกรที่เกินอำนาจหน้าที่ (Ultravires) ได้หรือไม่ ประเด็นนี้ ความคิดของนักกฎหมายในยุคแรก ๆ ดังเช่น Grotius มีความเห็นว่า การกระทำกรของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องสอดคล้องกับอำนาจหน้าที่ที่รัฐได้กำหนดไว้ในกฎหมายภายในของรัฐ การกระทำใด ๆ ที่เกินอำนาจหน้าที่ที่รัฐได้บัญญัติไว้ รัฐไม่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำกรเหล่านั้น ตามหลักตัวการยอมรับผิดชอบต่อการกระทำกรของตัวแทน ที่ได้กระทำกรภายในขอบเขตของอำนาจที่ตัวการได้มอบหมายไว้<sup>85</sup> แต่ในยุคหลัง ๆ สภาพของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในปัจจุบันเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากทำให้แนวคิดเริ่มเปลี่ยนไปโดยถือว่า รัฐต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ แม้ว่าเป็นการกระทำกรของปัจเจกชนในฐานะองค์กรของรัฐ หรือตัวแทนของรัฐได้กระทำกรเกินอำนาจ ที่ได้มอบหมายตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายภายในของรัฐก็ตาม<sup>86</sup> ซึ่งเป็นการทำให้ขอบเขตความรับผิดชอบของรัฐกว้างขึ้นกว่าเดิม โดยเฉพาะ Sohn และ Baxter ได้ให้ความเห็นสนับสนุนว่า “ความรับผิดชอบของรัฐเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำกรหรือดเว้นการกระทำกรของปัจเจกชนอย่างชัดเจนเสมือนหนึ่งว่าได้รับอำนาจจากรัฐ ดังนั้น รัฐจะหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบได้โดยการควบคุมบังคับบัญชาให้ปัจเจกชนกระทำกรตามคำสั่ง ไม่ให้มีการกระทำกรที่เป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ”<sup>87</sup>

จากที่กล่าวมาข้างต้นอาจสรุปได้ว่า รัฐต้องรับผิดชอบต่อการกระทำกรของปัจเจกชนที่เป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำกรที่เสมือนหนึ่งว่าได้กระทำกรเกินขอบและขอบเขตของอำนาจหน้าที่ที่ตัวแทนของรัฐเหล่านั้นได้รับมาก็ตาม

<sup>85</sup> ปรัชญา เวสารัชช์, นพนิธิ สุริยะ, ชุมพร ปัจจุสานนท์ และ วีรพันธ์ วัชรากิตย, “ความรับผิดชอบของรัฐ”, ในเอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 81.

<sup>86</sup> Brownlie, I., *Principle of public international law*. p. 449.

<sup>87</sup> Garcia-Amador, F. V., Sohn, L. and Baxter, R., *Recent codification of the law of State responsibility for injuries to aliens*, p. 248.

### 3.2.3.2.2. การกระทำของปัจเจกชนโดยแท้จริง

ปัจเจกชนในที่นี้ หมายถึง บุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐนั้น แต่ไม่มีนิติสัมพันธ์กับรัฐอย่างเช่นองค์กรของรัฐหรือตัวแทนของรัฐ แต่ถ้ารัฐได้มอบหมายให้ปัจเจกชนกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งแทนรัฐ ปัจเจกชนก็อาจเป็นตัวแทนของรัฐได้ ฉะนั้น ในบางกรณีความแตกต่างระหว่างการกระทำของรัฐโดยผ่านทางตัวแทนของรัฐ กับการกระทำของปัจเจกชนที่ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ จึงไม่สามารถที่จะแยกแยะให้เห็นได้อย่างชัดเจน และยังอาจมีบางกรณีที่รัฐจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของปัจเจกชน โดยที่รัฐไม่ได้มอบหมายให้ปัจเจกชนกระทำการแทนรัฐ ซึ่งจะต้องพิจารณาในเรื่องความผูกพันของรัฐและการใช้ความระมัดระวังตามสมควรของรัฐ

สำหรับในแง่ที่พิจารณาว่าปัจเจกชนมีความผูกพันของรัฐและก่อให้เกิดความรับผิดชอบอย่างไรบ้างนั้น แต่เดิมนั้นแนวความคิดในเรื่องความผูกพันของรัฐที่จะก่อให้เกิดความรับผิดชอบนั้น ได้ยึดหลักความจำเป็นที่ต้องอยู่ร่วมกันในสังคมซึ่ง Arechaga ได้กล่าวไว้ว่า “การกระทำของรัฐตั้งอยู่บนพื้นฐานตามหลักของการอยู่ร่วมกัน” ซึ่งเป็นความรับผิดชอบที่มีต่อการกระทำในทางอาญาที่สมาชิกของสังคมหนึ่งได้กระทำต่อสมาชิกของอีกสังคมหนึ่ง”<sup>88</sup> ต่อมาได้มีนักนิติศาสตร์เป็นจำนวนมากไม่เห็นด้วยกับแนวความคิดเช่นนี้ ในทางปฏิบัติจะเห็นได้จากคดีหลายคดีที่ได้แสดงให้เห็นว่า ความผูกพันของรัฐที่มีต่อการกระทำของเอกชนนั้น ไม่ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักความจำเป็นที่ต้องอยู่ร่วมกันในสังคมเสมอไป แต่จะต้องพิจารณาประกอบกับปัจจัยและเงื่อนไขอื่นๆ อีกด้วย เนื่องจากรัฐไม่สามารถจะควบคุมการกระทำของปัจเจกชนได้ในระดับเดียวกันกับการควบคุมตัวแทนของรัฐ<sup>89</sup> โดยเฉพาะ Garcia-Mora ได้แสดงความคิดเห็นสนับสนุนว่า “ปัจจุบันนี้การควบคุมของรัฐที่มีต่อความเคลื่อนไหว หรือการกระทำของบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐ ได้ขยายขอบเขตออกไปอย่างกว้างขวาง รวมไปถึงการกระทำความเสียหายที่ก่อให้เกิดขึ้นแก่รัฐอื่นด้วย โดยพิจารณาประกอบทั้งในด้านศีลธรรม และการงดเว้นควบคุมดูแลซึ่งจะก่อให้เกิดผลที่ทำให้รัฐต้องยินยอมรับผิดชอบตามนั้น”<sup>90</sup>

<sup>88</sup> Arechaga, E. J., "International responsibility", in *Manual of public international Law*, (1968), p. 558.

<sup>89</sup> Eagleton, C., *The Responsibility of states in international law*, p. 79.

<sup>90</sup> Garcia- Mora, *Internationa responsibility for hostile acts of private person against foreign states*, (1962), p. 29.

ปัจจุบันกฎเกณฑ์ที่เป็นแนวทางของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่อง ความรับผิดชอบของรัฐ ในประเด็นนี้เป็นไปในทางที่ว่า การกระทำของปัจเจกชนจะไม่ผูกพันรัฐ แต่การกระทำของรัฐเท่านั้นที่จะก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐ เนื่องจากตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ถือว่าองค์การที่เป็นหน่วยงานของรัฐทั้งหมดมีความผูกพันเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับรัฐ เมื่อมีความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำขององค์การใดองค์การหนึ่งของรัฐแล้ว การกระทำเหล่านั้นก็ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐด้วย ซึ่งไม่น่าจะเป็นเหตุผลที่ถูกต้องเท่าใดนัก เพราะถ้าเห็นว่าการกระทำของปัจเจกชนในทุก ๆ กรณีจะไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐ รัฐควรจะต้องมีความรับผิดชอบต่อการกระทำของปัจเจกชน ถ้าหากว่ารัฐได้กระทำการใด ๆ ที่แสดงถึงการให้ความยินยอมพร้อมใจกับการกระทำของปัจเจกชนเหล่านั้น โดย Grotius ได้อธิบายให้ความเห็นว่า "การกระทำของปัจเจกชนแต่เพียงอย่างเดียวนั้นไม่ก่อให้เกิดความผูกพันที่รัฐจะต้องรับผิดชอบ รัฐควรจะรับผิดชอบในการกระทำของปัจเจกชนเฉพาะในกรณีที่รัฐรู้เห็นเป็นใจด้วย \* อันเนื่องมาจากการละเลยการป้องกันการกระทำผิดหรือการละเลยการลงโทษผู้กระทำผิด"<sup>91</sup> หลักการรู้เห็นเป็นใจหรือการสมยอมในความเห็นของรัฐที่จะต้องรับผิดชอบนั้น มีว่า รัฐจะต้องรับผิดชอบและถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำของรัฐ ต่อเมื่อรัฐได้ให้ความเห็นชอบ และยอมรับการกระทำของบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐเท่านั้น ส่วนในแง่ของรัฐที่ได้รับ ความเสียหายจากการกระทำของปัจเจกชน กลับมีความเห็นว่า การกระทำเหล่านั้นเป็นการกระทำ ความผิดของรัฐอย่างแท้จริง โดยอาศัยบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐเป็นเครื่องมือในการกระทำผิด<sup>92</sup> อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติ ในคดี Janes (1925) ระหว่างสหรัฐอเมริกากับเม็กซิโก เนื่องจากตำรวจเม็กซิโกละเลยเพิกเฉยไม่จับกุมฆาตกรผู้กระทำผิดซึ่งฆ่าบุคคลสัญชาติอเมริกันตายในเม็กซิโก คำตัดสินของคณะกรรมการพิจารณาเรียกร้องค่าเสียหายทั่วไประหว่างสหรัฐอเมริกากับเม็กซิโกในคดีนี้ ได้สร้างแนวบรรทัดฐานในเรื่องหลักความรับผิดชอบของรัฐขึ้นใหม่เรียกว่า "หลักความเป็นอิสระของความรับผิดชอบของรัฐ" โดยปฏิเสธเรื่องการรู้เห็นเป็นใจที่ทำให้รัฐต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของปัจเจกชน ความรับผิดชอบของรัฐเกิดขึ้น อันเนื่องจากรัฐได้ละเลยการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศในการป้องกันการกระทำผิด และการลงโทษผู้กระทำความผิด โดยคณะกรรมการกล่าวไว้ในคำตัดสินว่า "ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดชอบต่อการฆาตกรรมบุคคลที่มีสัญชาติอเมริกัน ซึ่งเม็กซิโกต้องรับผิดชอบต่อการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามสมควร ที่รัฐต้องกระทำในการจับกุมตัวผู้กระทำความผิดมาดำเนินการตามกฎหมาย และลงโทษผู้กระทำความผิด"<sup>62</sup> ซึ่งแสดง

---

\* หลักการรู้เห็นเป็นใจหรือการสมยอมในความเห็นของรัฐที่จะต้องรับผิดชอบนั้น ถือว่า รัฐจะต้องรับผิดชอบต่อและถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำของรัฐได้ก็ต่อเมื่อ รัฐได้ให้ความเห็นชอบและยอมรับการกระทำของบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐนั้นเท่านั้น

<sup>91</sup> Eagleton, C., *The Responsibility of states in international law*, P. 76.

<sup>92</sup> Fenwick, *International law*, (London : Sweet and Maxwell, 1961), p.136. citing Vattel, *Le Droit des gens ou principes de la loi naturelle*, p. 233.

ให้เห็นว่า ความรับผิดชอบของเม็กซิโกเป็นความรับผิดชอบโดยตรงของรัฐที่เกิดขึ้น ไม่ได้เป็นไปตามหลักการรู้เห็นเป็นใจซึ่งเป็นความรับผิดชอบของรัฐโดยอ้อม อันเนื่องจากการละเมิดพันธกรณีที่จะต้องจับกุมและลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น ดังนั้น แม้จะไม่มีภาระกระทำของปัจเจกชนเลย ความรับผิดชอบของรัฐก็ยังคงมีอยู่ตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำ

Arechaga ยังได้กล่าวสนับสนุนหลักการนี้ว่า “ ไม่มีเหตุผลที่จะกล่าวว่า รัฐมีความรับผิดชอบโดยการรู้เห็นเป็นใจ หรือโดยการรับผิดชอบแทนบุคคลอื่น หรือรัฐต้องรับผิดชอบโดยทางอ้อม เพราะความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ มิใช่ความรับผิดชอบในการกระทำของปัจเจกชนแต่เป็นความรับผิดชอบ อันเนื่องมาจากการละเว้นการกระทำของรัฐเอง ในการที่จะต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควร เพื่อป้องกันการกระทำผิดหรือลงโทษผู้กระทำผิด ”

ดังนั้น การละเมิดของปัจเจกชนไม่ก่อให้เกิดไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐ แต่เป็นโอกาสที่จะเรียกร้องให้รัฐปฏิบัติหน้าที่ที่รัฐต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของปัจเจกชนนั้นๆ อันอาจเกิดขึ้นเนื่องจากการไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรของรัฐนั่นเอง การพิจารณาในแง่เกี่ยวกับปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล โดยทั่วไปแล้วแหล่งกำเนิดมลพิษได้แก่โรงงานอุตสาหกรรมโดยเฉพาะโรงผลิตกระแสไฟฟ้าซึ่งปล่อยสารซัลเฟอร์ไดออกไซด์สู่อากาศ และเป็นสารที่ก่อปัญหามากที่สุด เจ้าของโรงงานประเภทนี้ในปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะโอนการบริหารงานไปอยู่ในรูปของบริษัทเอกชนมากขึ้น (แรกเริ่มเดิมทีอยู่ภายใต้การบริหารงานในรูปของรัฐวิสาหกิจ) ปัญหาความรับผิดชอบของรัฐอาจเกิดขึ้นได้ หากเกิดขึ้นมาจริงแล้วเจ้าของบริษัทเอกชนที่ผลิตกระแสไฟฟ้า ไม่มี ความรับผิดชอบในผลเสียหายที่เกิดขึ้นต่อรัฐที่ได้รับความเสียหาย แต่รัฐอื่นสามารถเรียกร้องให้รัฐที่เป็นต้นกำเนิดมลพิษ ปฏิบัติหน้าที่ในการระมัดระวังมิให้มลพิษทางอากาศไปก่อความเสียหายต่ออีกรัฐหนึ่งได้

### 3.2.3.3. ความเสียหายที่เป็นผลมาจากการกระทำที่ผิดกฎหมายนั้น ๆ

ปัจจุบันองค์ประกอบข้อนี้ ยังเป็นที่ถกเถียงกันว่าความรับผิดชอบของรัฐจำเป็นต้องมีความเสียหายเป็นองค์ประกอบในการพิจารณาหรือไม่ โดยความเห็นของนักกฎหมายระหว่างประเทศแบ่งออกเป็นสองฝ่ายคือ

**ฝ่ายแรก** ได้แก่ Arechaga, Green และ Amerasingse เป็นต้น เห็นว่าความเสียหายเป็นองค์ประกอบหนึ่งของความรับผิดชอบของรัฐโดยถือว่าถ้าหากการกระทำใดไม่ก่อก็ให้เกิดความเสียหายรัฐก็ไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำนั้น ๆ

**ฝ่ายที่สอง** ได้แก่ Anzilotti, Zemanek และ Ago เป็นต้น เห็นว่าความเสียหายไม่ใช่ประเด็นสำคัญในการพิจารณาว่าเกิดความรับผิดชอบหรือไม่ แต่ความเสียหายเป็นแค่เพียงผลที่ตามมา

(Consequence) หลังจากที่มีการกระทำผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ความรับผิดชอบของรัฐเกิดขึ้นแล้วและมีความสมบูรณ์ในตัวเองความเสียหายจะเกิดขึ้นหรือไม่นั้น ไม่ใช่ประเด็นสำคัญ

สำหรับในเรื่องนี้ Green ได้ให้ความเห็นว่า “ รัฐไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศ หากไม่ปรากฏว่ามีความเสียหาย เพราะการละเมิดต่อพันธะตามกฎหมายระหว่างประเทศที่แท้จริงแล้วไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบ แต่การที่จะถือว่ารัฐได้ละเมิดพันธะตามกฎหมายระหว่างประเทศได้นั้น จะต้องเป็นผลโดยตรงมาจากความเสียหาย ไม่ใช่การละเมิด ดังนั้น การละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศจึงไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐ แต่ต้องมีความเสียหายปรากฏอยู่ด้วย รัฐจึงมีสิทธิเรียกร้องให้รับผิดชอบ”

ในขณะที่ Ago กลับมีความเห็นว่า “ ประเด็นเรื่องความเสียหายนั้น ไม่ควรนำมาเป็นองค์ประกอบข้อที่สามในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ การที่นักเขียนตำรากฎหมายระหว่างประเทศพิจารณาว่าความเสียหายเป็นองค์ประกอบข้อที่สามในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ เพราะผู้แต่งตำราเหล่านั้นเพียงแต่พิจารณาถึงความรับผิดชอบของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการก่อเสียหายกับคนต่างด้าว (Aliens) เท่านั้น แต่แท้ที่จริงแล้วขอบเขตของการฝ่าฝืนพันธะหน้าที่ไม่ได้มีจำกัดเฉพาะต่อเรื่องการก่อความเสียหายให้แก่ต่างด้าว (Aliens) เท่านั้น” และกล่าวว่า “...การละเมิดข้อตกลงระหว่างรัฐ....ในตัวของมันเองได้ก่อให้เกิดความเสียหายแล้ว...”

แต่ Arechaga ได้แย้งว่า “ความเสียหายเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการกระทำที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐ หากไม่มีซึ่งองค์ประกอบในข้อนี้แล้ว รัฐที่เสียหายไม่อาจจะเรียกร้องให้รัฐที่กระทำผิด มารับผิดชอบต่อการกระทำนั้นได้ ทั้งนี้เพราะความเสียหายไม่ได้มีอยู่แค่เรื่องการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวเท่านั้น ปัจจุบันความเสียหายเป็นเงื่อนไขสำคัญในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ ดังเช่น การเรียกร้องระหว่างรัฐในเรื่องมลพิษหรือมลภาวะการใช้น้ำ \* การทดลองปรมาณูหรือนิวเคลียร์ ซึ่งประเด็นหรือเรื่องที่สำคัญที่สุดคือ “ความเสียหาย” ของรัฐที่เรียกร้องความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น”<sup>70</sup>

โดยส่วนตัวแล้วผู้วิจัยเห็นว่า มีความเห็นสอดคล้องกับความเห็นของฝ่ายที่สอง หมายถึง รัฐต้องรับผิดชอบต่อการกระทำที่เป็นการละเมิดหรือฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศโดยทันที โดยมีพักต้องไปพิจารณาในเรื่องความเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำนั้นเลย เพราะความเสียหายเป็นคุณลักษณะตอนในการพิจารณาในเรื่องที่ว่า รัฐมีความรับผิดชอบขึ้นแล้ว แต่ความเสียหายเป็น “ผลที่ตามมา” (Consequence) อันเนื่องมาแต่การกระทำที่เป็นการละเมิดหรือฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศนั้น ๆ อย่างไรก็ตาม ความเสียหายยังมีความสำคัญในการเป็น “ฐาน” (Base) ที่สำคัญที่รัฐที่เสียหายใช้สิทธิเรียกร้องให้รัฐที่กระทำผิด เข้ามารับผิดชอบต่อและทำการชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งหมายถึงการพิสูจน์ความเสียหายของรัฐที่เสียหาย ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า ได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้น ๆ จึงจะสามารถใช้สิทธิเรียกร้องดังกล่าวได้

\* หมายถึงการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศ

สำหรับในเรื่องความเสียหาย (Damage) นั้น ในที่นี้หมายถึงทรัพย์สิน สิทธิหรือผลประโยชน์ของรัฐหรือประชาชนของรัฐได้รับการกระทบกระเทือนหรือไม่สามารถใช้ทรัพย์สิน สิทธิ หรือผลประโยชน์นั้น ได้อย่างสมบูรณ์อีกต่อไป ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภทคือความเสียหายทางวัตถุ (Tangible Damage) และความเสียหายทางด้านจิตใจ (Intangible Damage)

### 3.2.3.3.1 ความเสียหายทางด้านวัตถุ(Material Damage)

ความเสียหายทางด้านวัตถุ หมายถึง ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสิ่งของหรือวัตถุที่สามารถจับต้องได้ หรือมองเห็นได้ด้วยตา ซึ่งเป็นความเสียหายที่ชัดเจน หรืออาจเป็นกรณีที่เสียประโยชน์ทางการเงินทำให้รัฐได้รับการกระทบกระเทือนในผลประโยชน์ของรัฐ \* และได้นำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น ดังเช่นในคดี Corfu Channel (1949) เรื่องของประเทศอังกฤษไปชนกับทุ่นระเบิดที่อัลบาเนียวางไว้ในบริเวณช่องแคบ Corfu โดยอังกฤษเรียกร้องให้อัลบาเนียชดเชยค่าเสียหายต่อเรือและลูกเรือของอังกฤษ ศาลในคดีนี้ได้สั่งให้อัลบาเนียชดเชยค่าเสียหายต่ออังกฤษเป็นจำนวนเงิน 843,947 ปอนด์ เพื่อชดเชยความเสียหายต่อเรือ และเป็นค่าสินไหมทดแทนต่อลูกเรืออังกฤษที่เสียชีวิตและบาดเจ็บหรือตัวอย่างการรั่วไหลของสารกัมมันตภาพรังสี(Radiation) อันเนื่องมาจากการระเบิดของโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ที่ Chernobyl ในประเทศสหภาพโซเวียต ค.ศ. 1986 แม้กระทั่งในปัจจุบันสารกัมมันตภาพรังสีดังกล่าวก็ยังคงค้างอยู่ ยังไม่อาจจะกำจัดหรือทำลายให้หมดไปได้ง่ายๆและทำอันตรายต่อสิ่งมีชีวิตมากมาย หรือ ในคดีอนุญาโตตุลาการระหว่าง โปรตุเกสกับเยอรมัน กองทัพเยอรมันได้เข้าโจมตีดินแดนซึ่งเป็นอาณานิคมของโปรตุเกสก่อนที่โปรตุเกสจะเข้าร่วมในสงครามโลกครั้งที่ 1 (World War I) โดยเข้าโจมตีถนนหนทาง ป้อมปราการ ค่าย หอรับ สถานที่ทางราชการสำคัญๆ และใน Trail Smelter (1941) ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนที่สำคัญระหว่างสหรัฐอเมริกากับแคนาดา เนื่องจากโรงถลุงตะกั่วที่ เมือง Trail ประเทศแคนาดา ได้ปล่อยควันจากโรงงานถลุงตะกั่วดังกล่าวลอยข้ามพรมแดนไปยังดินแดนในรัฐ State Of Washington ทำความเสียหายต่อทรัพย์สินและพืชผลและประชาชนที่อาศัยอยู่ในรัฐ \*\*\* เป็นต้น

โดยสรุปแล้ว ความเสียหายทางด้านวัตถุนี้ ต้องเป็นความเสียหายที่จับต้องได้ และมีความชัดเจน โดยเฉพาะในเรื่องปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนนั้น ถือได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นความเสียหายที่อยู่ขอบเขตของความเสียหายทางด้านวัตถุโดยแท้

\* ปรีชา เอี่ยมสุทธา, "ความรับผิดชอบระหว่างประเทศ", กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), หน้า 105.

\*\*\* โปรดดู Trail Smelter Arbitration (1941). ในหัวข้อกรณีศึกษาปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล



### 3.2.3.3.2. ความเสียหายทางด้านจิตใจ(Intangible Or Moral Damage)

ความเสียหายประเภทนี้หมายถึง ความเสียหายที่เกิดกับความรู้สึกของมนุษย์ในด้านเกียรติ ชื่อเสียง ศักดิ์ศรีของรัฐที่ได้รับความเสียหายเป็นส่วนใหญ่ เช่น การเหยียดหยามต่อธงชาติของรัฐหนึ่ง เป็นต้น และมักเกี่ยวพันกับความเสียหายทางด้านวัตถุ (Tangible Damage) หรืออาจเกิดความเสียหายควบคู่กันไปเลย

ดังเช่น ในคดี Corfu Channel (1949) ที่ยกตัวอย่างมาข้างต้น ข้อเท็จจริงมีต่อไปว่า อัลบาเนียได้ฟ้องแย้งว่า อังกฤษละเมิดอธิปไตยของอัลบาเนีย โดยการส่งเรือรบเข้าไปกวาดทุ่นระเบิดภายในเขตทะเลอาณาเขตของอัลบาเนีย การกระทำเช่นนี้ทำให้อัลบาเนียเสียหาย ซึ่งศาลในคดีได้ตัดสินว่า การกวาดทุ่นระเบิดของอังกฤษเป็นการละเมิดอำนาจอธิปไตยของอัลบาเนีย.....เป็นแต่เพียงก่อให้เกิดความเสียหายต่อจิตใจแก่อัลบาเนียเท่านั้น และศาลเห็นว่า การที่ศาลได้พิพากษาว่าอังกฤษกระทำละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศแล้วถือว่าศาลได้ทำการชดใช้ความเสียหายแก่อัลบาเนียแล้ว

อย่างไรก็ดี การพิสูจน์ความเสียหายทางด้านจิตใจนี้เป็นเรื่องยากที่จะพิสูจน์ว่าได้รับความเสียหายหรือไม่ และหากพิสูจน์ได้ ก็ยากต่อการที่คำนวณราคาออกมาเป็นจำนวนที่แน่นอนได้<sup>76</sup> ซึ่งเมื่อพิจารณาเรื่องการชดใช้ความเสียหายทางด้านจิตใจนั้น นอกจากจะฟ้องร้องให้ผู้กระทำผิดรับผิดชอบและขอโทษแล้ว ยังก้าวล่วงไปถึงให้ผู้กระทำผิดชดใช้ความเสียหายในลักษณะเป็นตัวเงินอีกด้วย

สำหรับผู้วิจัยเห็นว่า ความเสียหายทางด้านจิตใจ (Intangible Or Moral Damage) เป็นความเสียหายที่ยากต่อการที่จะกำหนดว่า อะไรคือความเสียหายทางจิตใจ และหากกำหนดได้ว่าเป็นความเสียหายทางจิตใจ การชดใช้จะกระทำโดยวิธีใดจึงจะเหมาะสมกับความเสียหายประเภทนี้ (ซึ่งปกติส่วนใหญ่มักจะเป็นการชดใช้ด้วยเงิน)

ส่วนในกรณีมลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกลนั้น มีข้อสังเกตว่า หากวันที่มีสารพิษปะปนอยู่ (ซึ่งส่วนใหญ่ได้แก่สารซัลเฟอร์) ได้ลอยข้ามพรมแดนไปนั้น โดยส่วนใหญ่แล้วผลกระทบที่เกิดจากสารเหล่านี้ บางชนิดอาจทำอันตรายโดยทันทีที่สารเหล่านี้ไปกระทบและทำความเสียหายเกิดขึ้น แต่บางชนิดซึ่งในที่นี้ได้แก่ ซัลเฟอร์ไดออกไซด์ การเกิดผลกระทบและความเสียหายจำเป็นที่จะต้องมีการสะสม (Depositions) จนถึงในระดับหนึ่งที่จะทำอันตรายต่อมนุษย์และสิ่งแวดล้อมได้ ความเสียหายจะเกิดขึ้นจะถือว่าเป็นความเสียหายทางวัตถุ (Tangible Damage) ณ วันที่สารนี้ออกฤทธิ์ทำอันตรายต่อมนุษย์และสิ่งแวดล้อม แต่ในเวลาทีสารเหล่านี้ไปถึง และยังไม่ได้ทำอันตรายเพราะยังไม่มี การสะสมจนถึงขีดระดับที่ทำอันตรายได้นั้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นจะถือได้หรือไม่ว่าเป็นความเสียหายทางจิตใจ ซึ่งความเห็นของผู้วิจัยนั้น อาจถือได้ว่ามีความเสียหายทางด้านจิตใจเกิดขึ้นแล้ว โดยไม่ต้องรอให้สารเหล่านี้สะสมความเข้มข้นและทำอันตรายเลย ซึ่งสามารถฟ้องร้องให้ชดใช้ความเสียหายได้

### 3.2.4 วิธีการชดใช้ความเสียหาย

ตามที่กล่าวมาข้างต้น ความรับผิดชอบของรัฐจะเกิดขึ้นเมื่อรัฐได้กระทำการที่เป็นการละเมิดหรือฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ และก่อให้เกิดความเสียหายต่ออีกรัฐหนึ่งซึ่งจะทำให้รัฐผู้กระทำผิดต้องดำเนินการทดแทนหรือชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งการทดแทนหรือชดใช้ความเสียหายนี้ เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาคดี Chorzow Factory (1949) ศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศเพียงแต่กล่าวว่า “ความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐทำให้รัฐนั้นต้องชดใช้ค่าเสียหาย.....และกล่าวต่อไปว่า....”การกระทำผิดต่อสัญญายอมเป็นเหตุที่ทำให้รัฐผู้กระทำผิดนั้นมีภาระหน้าที่ที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้กับรัฐที่ได้รับความเสียหาย *อย่างเหมาะสม (Adequate)* สำหรับประเด็นนี้ในปัจจุบันยังคงเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ ซึ่งปรากฏพบอยู่บ่อยครั้งว่า การชดใช้ความเสียหายไม่เป็นที่พอใจของคู่กรณีพิพาท ดังเช่น ในคดี Cosmos 954 ซึ่งเป็นดาวเทียมใช้พลังงานนิวเคลียร์ของสหภาพโซเวียตตกลงบในประเทศแคนาดา และทำให้สารกัมมันตภาพรังสีแพร่กระจายทำความเสียหายแก่ดินแดนของประเทศแคนาดา ซึ่งสหภาพโซเวียตยินยอมชดใช้ค่าเสียหายให้เพียง 3,000,000 ดอลลาร์ ในขณะที่แคนาดา ร่วมกับสหรัฐอเมริกาทำการกำจัดและปรับสภาพพื้นที่ที่ได้รับการปนเปื้อนสารกัมมันตภาพรังสีต้องใช้เงินเป็นจำนวนมากกว่า 6,000,000 ดอลลาร์ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม วิธีการชดใช้ความเสียหายโดยทั่วไป อาจแบ่งได้เป็น 4 ประเภท คือ

#### 3.2.4.1. การแก้ไขให้กลับสู่สภาพเดิม (Restitution ; Restitutio In Integrum)

วิธีการชดใช้ความเสียหายประเภทนี้มีความหมายว่า ผู้กระทำผิดต้องจัดการแก้ไขสถานการณ์ให้กลับคืนมา เสมือนประหนึ่งว่า ไม่ได้มีการกระทำที่ผิดกฎหมายนั้นขึ้นเลย หรือเป็นการทำให้กลับคืนสู่สภาพการณ์ที่ควรจะดำรงอยู่ เรียกว่า Restitution In Kind และนิยมใช้กันมากหลังสงครามโลกครั้งที่สอง (World War II) เช่นฝ่ายที่กระทำผิดยึดทรัพย์สินของผู้อื่นจะต้องรับผิดชอบของทรัพย์สินที่ยึดได้คืน รวมทั้งถึงการส่งคืนดินแดนที่ครอบครองโดยมิชอบ

แต่ในบางครั้งความเสียหายบางอย่างไม่อาจจะใช้วิธีการนี้ได้เลย เช่น เรือถูกยิงจมไปในทะเล ซึ่งรัฐที่กระทำผิดไม่สามารถที่จะส่งเรือคืนได้ รัฐที่เสียหายอาจเลือกให้ชดใช้ความเสียหายเป็นตัวเงิน (Monetary Compensation) ดังที่ศาลประจำอนุญาโตตุลาการ(The Pemanent Court of Arbitration) ได้กล่าวว่า “การแก้ไขให้กลับคืนสู่สภาพเดิมเป็นรูปแบบปกติของวิธีการทดแทนความเสียหาย และการชดเชย

ความเสียหาย (Indemnity) ก็สามารถเข้ามาแทนที่ได้ หากว่าการแก้ไขให้กลับสู่สภาพเดิม (Restituion In Kind) เป็นสิ่งที่ทำไม่ได้ "

อย่างไรก็ตาม การแก้ไขให้กลับคืนสู่สภาพเดิมนี้อาจจะใช้ไม่ได้ในทุกกรณี เนื่องจากความเสียหายบางอย่าง เช่น การยึดกิจการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ เมื่อเอกชน(ต่างด้าว) เจ้าของกิจการถูกรัฐที่ตนไปลงทุน (Host State) โอนทรัพย์สิน (Expropriate) ไปเป็นของรัฐ ซึ่งในทางปฏิบัติ ผู้เสียหายมักจะได้รับค่าชดเชยความเสียหายเป็นตัวแทนการแก้ไขให้กลับคืนสู่สภาพเดิม

#### 3.2.4.2 การให้ค่าชดเชย (Compensation)

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ความเสียหายบางอย่างไม่อาจจะชดเชยให้กลับคืนได้สู่สภาพเดิมทุกกรณี วิธีการที่เหมาะสมในการชดเชยความเสียหายอีกวิธีการหนึ่งคือการให้ค่าชดเชยซึ่งให้เป็นจำนวนเงินทั้งนี้เนื่องจากเงินมีคุณสมบัติที่ได้รับการยอมรับในแง่การเป็นสื่อกลางแลกเปลี่ยนด้านมูลค่า ด้วยเหตุนี้ในปัจจุบันวิธีการนี้จึงได้รับความนิยมกันเป็นส่วนใหญ่ในทางปฏิบัติ ส่วนการกำหนดมูลค่าความเสียหายก็เป็นเรื่องที่ศาลที่พิจารณาคดีจะต้องใช้ดุลยพินิจประกอบในการพิจารณาเป็นกรณีไป

#### 3.2.4.3. การทำให้พอใจ (Satisfaction)

วิธีการชดเชยความเสียหายประเภทนี้ เป็นวิธีการมุ่งที่จะชดเชยความเสียหายที่เป็นการพิจารณาในเรื่องของจิตใจมากกว่าการชดเชยทางด้านวัตถุ ส่วนเรื่องที่ว่าการกระทำอย่างไรจึงจะทำให้รัฐที่เสียหายพอใจนั้น คงจะต้องพิจารณากันเป็นเรื่องๆไป ซึ่งมีความแตกต่างกันไปตามวิธีการที่ต่างกันไป เช่น การขออภัย (Apology) และการยอมรับ (Acknoeledge) ความผิดซึ่งอาจออกโดยการคารวะธงของรัฐผู้เสียหายหรือการลงโทษผู้กระทำผิดในรัฐ ไม่ว่าจะ เป็นเอกชนหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง หรือมาตรการป้องกันมิให้มีการกระทำเกิดขึ้นอีก

นอกจากหลักความรับผิดชอบของรัฐซึ่งเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้วยังมีหลักอื่น ๆ ซึ่งศาลก็ดี อนุญาโตตุลาการก็ดี ได้ระบุไว้ว่าเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกันอันเกี่ยวเนื่องกับความรับผิดชอบของรัฐ และน่าจะนำมาใช้ประกอบการพิจารณากับปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกลได้

### 3.3 กรณีศึกษาปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล

#### 3.3.1. Trail Smelters Arbitration 1949

ในปี ค.ศ.1896 โรงงานถลุงแร่ที่เมือง Trail ใน British Columbia ประเทศ Canada ได้เพิ่มกำลังการผลิตสังกะสี และตะกั่วในปริมาณมาก จนกระทั่งในปี ค.ศ.1906 บริษัท Consolidated Mining and Smelting จำกัด ในประเทศแคนาดาได้รับสัมปทานโรงงานถลุงแร่ที่เมือง Trail นี้ และดำเนินการผลิต ต่อมา โรงงานนี้ได้ปล่อยควันที่มีสารซัลเฟอร์ไดออกไซด์ (SO<sub>2</sub>) ออกมาสู่อากาศภายนอกในปริมาณมาก โดยปริมาณควันที่ปล่อยออกมาอยู่ในช่วงระหว่าง 10,000 ถึง 20,000 ตันต่อเดือน เมื่อสิ้นปี ค.ศ.1925

ต่อมาในปีค.ศ.1931 ความเสียหายจากมลพิษทางอากาศดังกล่าวนี้เกิดขึ้นในดินแดนของประเทศสหรัฐอเมริกา ในรัฐวอชิงตัน ซึ่งอยู่ห่างจากโรงงานประมาณ 7 ไมล์เท่านั้น เหตุการณ์ดังกล่าวได้ทำให้บริษัทได้รับการสงสัยว่าได้ทำความเสียหายต่อดินแดนของประเทศสหรัฐอเมริกา

ในปี ค.ศ.1926 ได้มีการฟ้องร้องขึ้นเป็นครั้งแรกโดยกลุ่มชาวนาของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีไร่นาอยู่ห่างจากพรมแดนประมาณ 2-3 ไมล์ และทางฝ่ายโรงงานได้ขอเข้าเจรจากับเจ้าของทรัพย์สินที่ได้รับความเสียหายเพื่อที่จะพยายามยุติข้อพิพาท แต่ก็ยังไม่ประสบผลสำเร็จ

ต่อมาในปี ค.ศ.1928 กลุ่มเอกชนผู้ได้รับความเสียหายและยังไม่ได้รับการชดใช้ความเสียหาย ได้ดำเนินการจัดตั้ง The Citizens Protective Association ขึ้นมาเพื่อเป็นตัวแทนในการเจรจาเรียกร้องค่าเสียหาย

เดือนมิถุนายน คดีได้นำไปสู่รัฐบาลของสหรัฐอเมริกาเป็นครั้งแรกโดยผ่านกงสุลของสหรัฐอเมริกาในประเทศแคนาดา และในเดือนธันวาคม ปีเดียวกันรัฐบาลของสหรัฐอเมริกาได้เสนอไปยังรัฐบาลแคนาดาว่า ปัญหาดังกล่าวเกิดจากการดำเนินการถลุงแร่ของโรงงานที่เมือง Trail และควรได้รับการพิจารณาโดย International Joint Commission (IJC) ซึ่งเป็นคณะกรรมการร่วมระหว่างสหรัฐอเมริกา และแคนาดา ซึ่งได้รับการก่อตั้งตามอำนาจของสนธิสัญญาว่าด้วยพรมแดนทางน้ำเมื่อวันที่ 11 มกราคม 1909<sup>93</sup>

ต่อมาในวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 1931 IJC ได้ส่งผลของรายงานซึ่งรวบรวมความเสียหายตั้งแต่ในอดีตทั้งหมดจนถึงวันที่ 1 มกราคม 1932 เป็นจำนวน 350,000 ดอลลาร์ และ IJC ยังได้เสนอวิธีการชดใช้ค่าเสียหายของประชาชนในรัฐวอชิงตัน ภายหลังจากวันที่ 1 มกราคม 1932 และยังแนะนำให้บริษัทที่ดำเนินการผลิตให้เปลี่ยนแปลงและเพิ่มเติมเป้าหมายในการลดลง SO<sub>2</sub> ที่ปล่อยสู่อากาศให้มากขึ้น

ในเวลา 2 ปีต่อมาได้มีการลงนามในรายงานของ IJC โดยรัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้เสนอรัฐบาลแคนาดาว่า สภาวะที่เป็นอยู่ยังไม่เป็นที่น่าพอใจนัก และยังคงมีความเสียหายเกิดขึ้นอยู่ทั่วไป จึงได้ทำการเจรจาทางการทูต และลงนามในอนุสัญญา เมื่อวันที่ 15 เมษายน 1935 เพื่อทำการแก้ไขข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยตามมาตรา 1 รัฐบาลแคนาดาตกลงที่จะชดใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวน 350,000 ดอลลาร์ ซึ่งเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนวันที่ 1 มกราคม 1932 นอกจากนี้ ทั้งสองรัฐบาลได้ตกลงที่จะตั้งศาลที่ประกอบด้วยประธานที่เป็น

<sup>93</sup> U.S. Treaty Series No.548., *American journal of international law*, 1910, Supplement : 239.

อิสระ และสมาชิกของแต่ละชาติ ชาติละ 2 คน โดยมีวัตถุประสงค์ในการตัดสินปัญหานี้ ดังนี้ โดยกล่าวไว้ในมาตรา 3 ว่า

- (1.) ไม่ว่าความเสียหายจะเกิดจากโรงถลุงแร่ ต่อรัฐวอชิงตัน ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 1932 หรือไม่ก็ตาม (หรือถ้าเกิดขึ้นจริง) การชดเชยค่าเสียหายจะทำได้โดยวิธีการใด
- (2.) ไม่ว่าโรงถลุงแร่เมือง Trail จำเป็นที่จะต้องระงับความเสียหายที่เกิดขึ้นในรัฐวอชิงตันในอนาคตรหรือไม่ก็ตาม (หรือถ้าเกิดขึ้นจริง) การนับปริมาณความเสียหายจะเริ่มนับตั้งแต่วันที่เวลาไหนถึงเวลาไหน และ
- (3.) มาตรการอะไรที่ควรนำมาใช้อ้างต่อกรณีนี้
- (4.) การชดเชยค่าเสียหาย ควรจะจ่ายตามจำนวนที่ศาลตัดสินตามปัญหาก่อนหน้านี้ หรือไม่อย่างไร<sup>94</sup>

จากคำตัดสินครั้งแรก เมื่อวันที่ 16 เมษายน 1938 ศาลสรุปว่า ความเสียหายที่เกิดจากโรงถลุงแร่ในรัฐวอชิงตันได้เกิดขึ้นตั้งแต่ต้นปี ค.ศ.1932 จนถึงวันที่ 1 ตุลาคม 1937 และการชดเชยค่าเสียหายอย่างสมบูรณ์ตามวันที่กำหนดไว้ดังกล่าวเป็นจำนวน 78,000 ดอลลาร์ และศาลได้กำหนดความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงซึ่งเกิดขึ้นหลังวันที่ 1 ตุลาคม 1937 ตามคำตัดสินสุดท้าย และศาลยังสรุปว่า ในระหว่างคำชี้ขาดนี้ ให้หยุดกิจการโรงงานถลุงแร่ไว้ก่อนและยังคงดำเนินการสอบสวนต่อไปเพราะศาลไม่สามารถที่จะบอกได้ว่าจะใช้วิธีการใดที่แน่นอนกับโรงงานถลุง

ในคำตัดสินครั้งที่ 2 และคำตัดสินสุดท้าย (Final Award) นี้ได้เสนอกับรัฐบาลของสหรัฐอเมริกาและแคนาดาเมื่อวันที่ 11 มีนาคม 1941 สหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่า ความเสียหายเกิดขึ้นในรัฐวอชิงตัน ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 1937 ซึ่งเป็นผลมาจากการปล่อยซัลเฟอร์ไดออกไซด์อย่างต่อเนื่อง ศาลตัดสินว่ารัฐบาลสหรัฐอเมริกาไม่สามารถพิสูจน์ให้เห็นว่า ควันที่ปล่อยออกมาตั้งแต่ 1 ตุลาคม 1937 จนถึง 1 ตุลาคม 1940 นั้นได้ก่อความเสียหายต่อพืชผลต้นไม้และทรัพย์สินอื่น ๆ อย่างไรบ้าง รวมทั้งศาลปฏิเสธข้อเรียกร้องของสหรัฐในเรื่องค่าใช้จ่ายในการสอบสวนดังกล่าวด้วย<sup>95</sup> ในส่วนที่ 3 ของคำตัดสินซึ่งได้บรรจุเอากฎเกณฑ์ที่มีชื่อเสียงมากกล่าวคือ ในขณะที่ศาลได้เผชิญปัญหาที่ว่าศาลจำเป็นต้องปิดโรงงานเพื่อมิให้เกิดความเสียหายต่อรัฐวอชิงตันในอนาคตต่อรัฐวอชิงตันหรือไม่ ถ้าปิดจะปิดนานแค่ไหน ประเด็นนี้ศาลได้ตรวจสอบในเบื้องต้นว่าควรจะใช้กฎหมายของสหรัฐ หรืออาศัยหลักเกณฑ์กฎหมายระหว่างประเทศในการตัดสินปัญหานี้ ซึ่งศาลเห็นว่าในเรื่องมลพิษทางอากาศนี้ควรใช้หลักกฎหมายทั่วไป ในกฎหมายระหว่างประเทศประกอบกับกฎหมายของสหรัฐ

<sup>94</sup> Reports of International Arbitral Awards III., (Layden : A. W. Sijhoff, 1949), pp. 1907-1910.

<sup>95</sup> Ibid., pp. 1948-1962.

อเมริกา ดังนั้นหลังจากที่ศาลได้ตรวจสอบคำแถลงการณ์ของผู้นำหลายประเทศเอกสารหลายฉบับรวมถึงคำตัดสินระหว่างประเทศเกี่ยวกับหน้าที่ของรัฐในการเคารพลีททิงของรัฐอื่น ศาลจะกำหนดว่าการกระทำเช่นไรจึงจะถือว่าเป็นการกระทำความเสียหาย ด้วยเหตุนี้ในที่สุดศาลจึงตัดสินว่า ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกับกฎหมายของสหรัฐอเมริกา รัฐไม่มีสิทธิที่จะใช้หรือได้รับอนุญาตที่จะใช้ดินแดนของตนในการกระทำที่ก่อความเสียหาย จากควั่นในหรือแก่ดินแดนของรัฐอื่น หรือทรัพย์สิน หรือบุคคลที่อยู่ในดินแดนของรัฐนั้น ในกรณีที่เป็นเหตุการณ์ร้ายแรง และเกิดความเสียหายโดยชัดแจ้งและเชื่อถือได้

### ข้อพิจารณาบางประการ

1. คดีนี้เป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศเกี่ยวกับปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระหว่างสหรัฐอเมริกาและแคนาดา ซึ่งจากคำตัดสินที่ 3 ถือได้ว่าได้วางบรรทัดฐานหลัก Sic utere tuo ut alienum non laedas , หรือ Abuse of Right (ตามแต่จะเรียกกัน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ามีเนื้อหาที่คล้ายกัน) เป็นการวางหน้าที่ให้รัฐพึงระมัดระวังการใช้สิทธิของตนมิให้กระทบต่อสิทธิของรัฐอื่น อันเนื่องมาแต่การประกอบกิจกรรมของรัฐภายในดินแดน แม้ว่าจะยอมรับกันโดยทั่วไปว่า ทุกรัฐมีสิทธิที่จะใช้ทรัพยากรธรรมชาติในดินแดนของตนตามนโยบายของตนอย่างเต็มที่ก็ตาม ผลการใช้สิทธินั้นเป็นการกระทบต่อสิทธิของรัฐอื่นก็จะทำให้รัฐอื่นต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นตามหลักของกฎหมายระหว่างประเทศ

2. แม้แคนาดาจะโอนสัมปทานโรงงานถลุงแร่ไปให้บริษัท Consolidated Mining ซึ่งเป็นบริษัทเอกชนแต่แคนาดาต้องรับผิดชอบเพราะมีการการถ่ายโอนการกระทำของบริษัทไปยังแคนาดา

3. การกำหนดปริมาณความเสียหายเป็นสิ่งที่ยากต่อการกำหนดปัญหาว่าจะนับเอาวันไหนเป็นวันเริ่มความเสียหาย เพื่อที่จะได้เรียกร้องค่าเสียหายได้ ซึ่งในคำตัดสินที่ 3 ได้แสดงให้เห็นว่า การพิสูจน์ความเสียหายว่ามีอยู่อย่างชัดแจ้งและเชื่อถือได้ เป็นสิ่งจำเป็นในการเรียกร้องค่าเสียหาย ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 1937 จนถึง 1 ตุลาคม 1940 (โดยอ้างว่าเป็นผลมาจากการปล่อยสารซัลเฟอร์อย่างต่อเนื่อง) ได้ก่อความเสียหายต่อสหรัฐฯ อย่างไรก็ตาม ก็ไม่อาจจะเรียกร้องค่าเสียหายเอาจากแคนาดาได้

อย่างไรก็ดี “ความเสียหายที่ชัดแจ้งและเชื่อถือได้” นั้น ได้แก่ ความเสียหายลักษณะใด ศาลก็ไม่ได้พูดถึงไว้ และมีข้อน่าสังเกตว่า หากถือว่า ความเสียหายเป็นองค์ประกอบสำคัญ ที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐ โดยที่ปัญหามลพิษทางอากาศ หรือสิ่งแวดล้อมอื่นๆ ความเสียหายจะปรากฏขึ้นเมื่อมีการสะสมปริมาณมลพิษจนสิ่งแวดล้อมประเภทนั้น ไม่สามารถจะทนรับได้อีกต่อไป ซึ่งต้องใช้เวลา กรณีนี้จะนับเอาความเสียหายเริ่มตั้งแต่วันที่ใดเป็นเกณฑ์ ในการคำนวณปริมาณความเสียหาย จะเริ่มนับตั้งแต่วันที่มลสารที่ปล่อยออกไปยังดินแดนที่ได้รับผลกระทบ(แต่ยังไม่เกิดความเสียหาย) หรือ เริ่มนับตั้งแต่วันที่ความเสียหายเริ่มปรากฏให้เห็นชัดเจน ประเด็นนี้ศาลก็ไม่ได้พูดถึงไว้ด้วย แต่เมื่อพิจารณาประเด็นดังกล่าวแล้ว จะถือได้หรือไม่ว่า ความเสียหายอย่างแรก(ที่กล่าวมาข้างต้น) ก็สามารถนับได้ว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว โดยอาจปรับใช้ได้ว่า เป็นความเสียหายทางจิตใจ(moral) ซึ่งทำให้รัฐต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นนี้ ซึ่ง

ปัญหาเรื่อง “ความเสียหายที่ชัดเจนและเชื่อถือได้” นั้นยังคงไม่สามารถจะบอกลักษณะและขอบเขตได้อย่างแน่นอน ควรที่จะต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ แล้วแต่สถานการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นเรื่อง ๆ ไป

### 3.3.2. Chernobyl Electricity Plant Accident(1986)

วันที่ 27 เมษายน 1986 สวีเดน เดนมาร์ก ฟินแลนด์ และโปแลนด์ ได้ตรวจสอบและพบถึงระดับกัมมันตภาพรังสีที่เพิ่มขึ้นอย่างมาก และได้พยายามหาต้นตอแหล่งกำเนิดที่มาของสาเหตุดังกล่าว ภายในเวลา 2-3 ชั่วโมง ก็พบว่าอาจจะมาจากประเทศสหภาพโซเวียต ในคราวแรก ทางฝ่ายรัฐบาลโซเวียตปฏิเสธถึงการรั่วไหลของกัมมันตภาพรังสีที่เกิดขึ้น และยังคงเก็บเงียบต่อเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น การตรวจสอบระดับกัมมันตภาพรังสียังคงดำเนินต่อไปทั่วภูมิภาคยุโรปและอาณาเขตใกล้เคียง ก็พบว่าสถานการณ์ร้ายแรงก็ได้ปรากฏขึ้นมาแล้ว

ในตอนเย็นวันที่ 28 เมษายน 1986 หลังจากที่โรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ที่เมือง Chemobyl ในประเทศสหภาพโซเวียตระเบิดขึ้นประมาณ 72 ชั่วโมงตัวแทน IAEA ในสหภาพโซเวียตได้รายงานไปยัง ผ.อ. IAEA (Dr.Hans Blix) ว่าการระเบิดเกิดขึ้นเวลา 1.23 นาฬิกา ในวันที่ 26 เมษายน 1986 ในช่วงของการทดลองเครื่องผลิตกระแสไฟฟ้าหน่วยที่ 4 ของโรงผลิตกระแสไฟฟ้าที่เมือง Chemobyl

ความเสียหายที่เกิดขึ้นทำให้ประชาชน มากกว่า 100,000 คน ได้รับกัมมันตภาพรังสีหลังจากเกิดเหตุการณ์ระเบิด 36 ชั่วโมง ในระยะ 20 ไมล์จากโรงไฟฟ้างดังกล่าว

ผลกระทบต่อมนุษย์ ทรัพย์สิน สิ่งแวดล้อม ที่แน่นอนยังคงประมาณค่ามิได้ ในประเทศสหภาพโซเวียต มีประชาชน ตาย 31 คน ภายในเวลา 2-3 สัปดาห์ เนื่องจากได้รับรังสีโดยตรงและเพิ่มขึ้นอีก 3 คนในช่วงปี 1987

คณะกรรมการคุ้มครองกัมมันตภาพรังสีแห่งชาติของอังกฤษ (UKNRPB) ได้ทำการประเมินว่าประชาชนในประเทศ EEC 1,000 คน จะตาย และอีกประมาณ 3,000 คน จะป่วยเป็นโรคมะเร็ง

หลาย ๆ ประเทศรวมทั้งประเทศ EEC ต่างพยายามหามาตรการที่จะลดผลกระทบซึ่งบางครั้งเสียค่าใช้จ่ายสูงมาก ตัวอย่างเช่น การจัดการรักษาพยาบาลในโปแลนด์ เป็นต้น ซึ่งเป็นสาเหตุให้ลดผลผลิตทางเกษตรกรรม, ประมง, ปศุสัตว์ และอุตสาหกรรมการท่องเที่ยว สำหรับผลกระทบในประเทศเยอรมัน มีดังนี้

“การแพร่กระจายของสารกัมมันตภาพรังสีไปทั้ง อากาศ น้ำและดิน ได้นำมาซึ่งความเสียหายโดยตรงต่อพืชผัก ผลิตภัณฑ์ปศุสัตว์”

มาตรการเช่นนั้นได้กลายเป็นจุดกำเนิดแห่งความขัดแย้งหลายประการ ประเทศโซเวียตอ้างว่ามาตรการเหล่านั้นเป็นสิ่งไม่จำเป็น เป็นการให้ข้อมูลผิด ๆ และเป็นการโจมตีประเทศสหภาพโซเวียต สำหรับประเทศอื่น ๆ ได้ยื่นหยัดที่จะให้มีการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยพยายามที่จะจำกัดอุปกรณ์และสินค้านำเข้า และใช้นโยบายการค้าแบบ Protectionism ต่อสหภาพโซเวียต

จากตัวอย่างของการระเบิดโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ซีให้เห็นถึงอันตรายของการรั่วไหลสารกัมมันตภาพรังสีอันเนื่องมาจากการระเบิด ลมได้พัดพาเอาสารกัมมันตภาพรังสีลอยไปสู่ดินแดนนอกเขตประเทศสหภาพโซเวียต สหประชาชาติยุโรปทำอันตรายและความเสียหายใหญ่หลวงต่อชีวิตและทรัพย์สินของมนุษย์ อาจจะกล่าวได้ว่าเป็นรูปแบบของของปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนที่สามารถขยาย scale ของปัญหาข้ามภูมิภาคก็ได้

จากที่กล่าวมาข้างต้น แม้ว่ารัฐจะมีหลักเกณฑ์ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ รวมทั้งหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปที่นำมาใช้บังคับกับปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกลก็ตาม ยุโรปเองซึ่งประสบกับปัญหานี้เป็นภูมิภาคแรก ต่างได้รับบทเรียนและพยายามแก้ไขปัญหา โดยเห็นว่าหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่อาจไม่เพียงพอที่จะป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาพิพาทในเรื่องมลพิษข้ามพรมแดนเกิดขึ้น ดังนั้นจึงได้พยายามผลักดันให้มีความตกลงระหว่างประเทศที่จะนำมาใช้กับปัญหานี้กับประเทศในภูมิภาคยุโรป ซึ่งได้แก่ อนุสัญญากรุงเจนีวา ว่าด้วยมลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล ค.ศ.1979 เพื่อยังผลให้เกิดประสิทธิภาพต่อการบังคับใช้ต่อปัญหาได้ดียิ่งขึ้น เพราะรัฐภาคีอาจจะเมิดหรือกระทำผิดพันกรณีของอนุสัญญาในลักษณะของการละเมิดตามหลักระหว่างประเทศ Pacta Sunt Servanda ได้ โดยไม่จำเป็นต้องรอให้มีความเสียหาย (damage) เกิดขึ้นก่อน อนุสัญญานี้มีเนื้อหาสาระดังต่อไปนี้

### 3.4. อนุสัญญากรุงเจนีวาว่าด้วยมลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล ค.ศ.1979

(Geneva Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution 1979 )

#### 3.4.1. ความเป็นมาของอนุสัญญา

อนุสัญญากรุงเจนีวาว่าด้วยมลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล ค.ศ.1979 เป็นผลมาจากความพยายามผลักดันในการแก้ไขปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดน อันเนื่องมาจากการตรวจสอบความเป็นกรดที่เพิ่มขึ้นในทะเลสาบของประเทศสวีเดน โดยการศึกษาวิจัยของนักวิทยาศาสตร์ชาวสวีเดนชื่อ Svante Oden<sup>96</sup>

<sup>96</sup> Schwarzer M G., The International long-range air pollution regime,"*Law and State* 48 (1992) : 76.



ในรายงานการวิจัยดังกล่าวได้ระบุถึงความเข้มข้นของกรดในทะเลสาบ ความเสียหายต่อ สิ่งก่อสร้าง อาคารบ้านเรือน อนุสาวรีย์โบราณสถานต่างๆ<sup>97</sup> ถูกกัดเซาะด้วยน้ำฝนที่มีกรดผสมอยู่ จนเกิดความเสียหายและใช้การไม่ได้ โดยเฉพาะในปี ค.ศ.1968 พบว่าทะเลสาบจำนวน 18,000 ทะเลสาบ จากจำนวนประมาณ 85,000 ทะเลสาบ มีความเป็นกรดอยู่สูงในลักษณะที่ก่อผลกระทบอย่างรุนแรงต่อสิ่งมีชีวิตที่อาศัยอยู่ในน้ำ<sup>98</sup> นอกจากนี้ในรายงานการวิจัยดังกล่าวยังได้ระบุถึงแหล่งกำเนิดของมลพิษ (Source of Emission) ว่ามาจากประเทศอังกฤษและเยอรมันเป็นส่วนใหญ่<sup>99</sup>

แต่เนื่องจากในขณะนั้นปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดน ซึ่งเป็นปัญหาสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศยังเป็นประเด็นปัญหาใหม่ ที่ยังไม่มีใครจะได้รับการตระหนักในปัญหาดังกล่าวนัก ดังนั้นเมื่อมีรายงานการวิจัยของประเทศสวีเดนปรากฏขึ้นมา ประเทศส่วนใหญ่ในยุโรปจึงไม่ค่อยให้สนใจต่อปัญหาดังกล่าวเท่าที่ควร โดยเฉพาะประเทศอังกฤษและเยอรมันนั้น แสดงท่าทีไม่ยอมรับต่อรายงานฉบับดังกล่าว<sup>100</sup> ยังคงดำเนินการปล่อยสารที่ทำให้เกิดฝนกรด ได้แก่ ซัลเฟอร์ไดออกไซด์ และของไนโตรเจนออกไซด์ต่อไป

จนกระทั่งในปี ค.ศ.1972 ประเทศสวีเดนซึ่งได้รับผลกระทบจากปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนในรูปของฝนกรดอย่างมากมาย ได้นำเอารายงานการวิจัยฉบับดังกล่าวเข้าสู่ที่ประชุมของการประชุมว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษยชาติ ณ กรุงสตอกโฮล์ม (Stockholm on Human Environment 1972) เป็นครั้งแรก แต่ได้รับเสียงสะท้อนในลักษณะที่ไม่ค่อยได้รับความเชื่อถือในรายงานการวิจัยดังกล่าวเท่าไร รวมทั้งได้รับการโต้แย้งจากประเทศส่วนใหญ่โดยเฉพาะอังกฤษและเยอรมัน<sup>101</sup> ในขณะที่ประเทศในแถบสแกนดิเนเวีย (Scandinavian Countries) เริ่มที่จะยอมรับถึงความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขปัญหาดังกล่าวร่วมกัน เพราะตระหนักว่าปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนเป็นปัญหาสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศที่ไม่อาจแก้ไขได้โดยประเทศใดประเทศหนึ่ง พร้อมกับสนับสนุนต่อรายงานการวิจัยและท่าทีของสวีเดนอย่างแข็งขัน

<sup>97</sup> Fraenkel, A. .A., "The Convention on long-range transboundary air pollution : meeting the challenge of international cooperation", Harvard international law journal 30 (1989) : 450.

<sup>98</sup> Ibid.

<sup>99</sup> Schwarzer, G., "The Internation Long-Range Air Pollution Regime, Law and State, P. 79

<sup>100</sup> Tollan, A., "The Convention on long-range transboundary air pollution," Journal of world trade law, 19 (1985) : 616.

<sup>101</sup> Ibid

จากผลการประชุม ณ กรุงสตอกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษยชาติดังกล่าวได้ส่งผลให้มีการบังคับใช้ "คำประกาศกรุงสตอกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษยชาติ" (Stockholm Declaration on Human Environment 1972) ซึ่งได้วางแนวทางในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ ในด้านสิ่งแวดล้อมโดยเฉพาะสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ ในหลักการข้อที่ 21 (Principle 21) ซึ่งมีเจตนารมณ์ต้องการให้ประเทศต่างๆ ตระหนักและร่วมกันคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของโลก

กระแสการตื่นตัวในเรื่องสิ่งแวดล้อมเริ่มมีมากขึ้นเป็นลำดับและได้รับการยืนยันอีกครั้งเมื่อองค์การเพื่อการร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organisation for Economic Co-operation and Development-OECD) จัดตั้งโครงการตรวจวัดมลพิษทางอากาศ โดยได้ทำการศึกษาวิจัยสรุปรายงานและระบุว่า สารซัลเฟอร์ไดออกไซด์ถูกพัฒนาไปเป็นระยะทางพันๆ ไมล์ จากแหล่งกำเนิดได้ และสัดส่วนปริมาณของสารซัลเฟอร์ไดออกไซด์ดังกล่าวส่วนใหญ่มาจากแหล่งกำเนิดในต่างประเทศและมาจากประเทศในยุโรปทั้งหมด และรายงานได้สรุปว่า ความพยายามในการแก้ไขปัญหามลพิษทางอากาศ แต่เพียงรัฐเดียวรัฐหนึ่งไม่เพียงพออีกต่อไป<sup>102</sup>

อย่างไรก็ดี OECD พยายามหามาตรการหลายอย่างโดยมีจุดหมายในเรื่องมาตรการความรับผิดชอบของรัฐโดยเฉพาะมลพิษทางอากาศ ได้แก่

(1.) หลัก Non-Discrimination หมายถึง การกำหนดให้แต่ละรัฐควบคุมมลพิษ ทางอากาศที่พรมแดนอย่างเข้มงวดให้เสมอเหมือนที่ได้ควบคุมมลพิษทางอากาศ<sup>103</sup>

(2.) หลัก Equal Access หมายถึง การกำหนดให้ มีการแก้ไขปัญหาพร้อมกัน โดยให้แต่ละรัฐเข้าสู่การแก้ปัญหาได้อย่างเท่าเทียมกัน<sup>104</sup>

(3.) หลัก Notification and Consultation หมายถึง การกำหนดให้แต่ละรัฐต้องแจ้งข้อมูลและปรึกษาหารือร่วมกันในกรณีมีโครงการหรือกิจกรรมใหม่ๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อ<sup>105</sup>

(4.) หลัก Polluter Pays Principle (PPP) หมายถึง การกำหนดให้รัฐที่ก่อมลพิษต้องเสียค่าใช้จ่ายในการขจัดและแก้ไขมลพิษที่เกิดขึ้น หรือเรียกสั้นๆ ว่า "ผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย"<sup>106</sup>

<sup>102</sup> Fracenkel, A. .A., "The Convention on long-range transboundary air pollution : meeting the challenge of international co-operation, Harvard international law journal, p. 454.

<sup>103</sup> OECD, Equal right of access in relation to transfrontier pollution, (Paris : OECD, 1976),p. 148.

<sup>104</sup> Ibid.

<sup>105</sup> OECD, Strengthening international co-operation on environmental protection in transfrontier regions. (Paris : OECD, 1976), p. 154.

เนื่องจากรายงานของ OECD ที่เสนอหลักการต่างๆ ข้างต้นนี้ไม่มีผลผูกมัดทางกฎหมายแต่อย่างใด<sup>107</sup> แต่หลักการเหล่านี้ช่วยในการกำหนดความรับผิดชอบระหว่างประเทศและมีอิทธิพลต่อนโยบายบัญญัติของอนุสัญญากรุงเจนีวาว่าด้วยมลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกลมาก<sup>108</sup>

จนกระทั่งอนุสัญญาฯ ได้มาถึงวาระที่ได้รับการก่อตั้งอย่างประสบผลสำเร็จในปี ค.ศ.1975 ในวาระการประชุมว่าด้วยความมั่นคงและการร่วมมือในยุโรป (Conference on Security and Cooperation in Europe-CSCE) หรือเรียกสั้นๆ ว่า "การประชุมว่าด้วยความมั่นคง" (Security Conference) ซึ่งในช่วงของการประชุมตัวแทนของประเทศสหภาพโซเวียต (ในขณะนั้น) ได้แก่ ประธานาธิบดี Leonid Brezhnev ได้เสนอต่อที่ประชุมสมาชิกหลายประเทศในเรื่องของการเพิ่มความร่วมมือมากขึ้น ในเรื่องสำคัญ 3 เรื่อง คือ การพลังงาน (Energy), การขนส่ง (Transportation) และสิ่งแวดล้อม (Environment)

จากคำประกาศสุนทรพจน์ของประธานาธิบดี Brezhnev นี้เอง ได้กลายเป็นแรงกระตุ้นให้ประเทศต่างๆ เริ่มหันมาสนใจในปัญหาสิ่งแวดล้อมมากขึ้นจนกล่าวได้ว่า ปัญหาสิ่งแวดล้อมได้ถูกนำมาพิจารณาในระดับระหว่างประเทศ (International Level) ในลักษณะที่เป็นเรื่องสำคัญ (Predominant Topic) เสมอเหมือนกับหัวข้อการเจรจาในระดับระหว่างประเทศอื่นๆ จากแรงกระตุ้นนี้เองทำให้ตัวแทนของกลุ่มประเทศสแกนดิเนเวียได้อาศัยประโยชน์จากประกาศสุนทรพจน์นี้ ผลักดันให้มีการร่างอนุสัญญาฯ และองค์กรที่ปรึกษาภายในคณะกรรมการเศรษฐกิจยุโรป (Economic Commission for Europe-ECE) เพื่อที่จะนำมาใช้แก้ปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล (Long-Range Transboundary Air Pollution Problem)<sup>109</sup>

ด้วยเหตุนี้ ECE จึงได้รับเลือกให้เป็นเวทีการเจรจา (Forum) ในการเจรจาในเรื่องการลดมลพิษทางอากาศที่มาจากทั้งยุโรปตะวันตกและยุโรปตะวันออก รวมทั้งที่มาจากประเทศสหรัฐอเมริกาและ แคนาดา<sup>110</sup>

---

<sup>106</sup> OECD, "Guiding principles concerning international economic aspects of environmental policies", (Paris : OECD, 1972).

<sup>107</sup> Westone and Rosencranz, *Transboundary air pollution*, (Netherlands : Martinus Nijhoff Publishers, 1986), p. 121.

<sup>108</sup> โปรดดูมาตรา 5, 8 ของอนุสัญญาฯ ในภาคผนวก

<sup>109</sup> Ibid., P. 165

<sup>110</sup> Fracenkell, A. .A., "The Convention on long-range transboundary air pollution : meeting the challenge of international co-operation," *Harvard international law journal*, p. 455.

ภายหลังจากที่ได้ทำการเจรจา และวิจัยมานานหลายปี การผลักดันเพื่อทำการก่อตั้งอนุสัญญาฯ ยังไม่สำเร็จ เนื่องจากยังมีอุปสรรคที่ขัดขวางต่อการลงนามในอนุสัญญาฯ ให้ครบตามจำนวนที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ เนื่องจากประเทศอังกฤษและเยอรมันไม่ยอมลงนามในอนุสัญญาฯ ในขณะที่ประชาคมยุโรป (ในขณะนั้น) (European Community-EC) มีเจตนาที่จะลงนามในอนุสัญญาฯ อยู่แล้ว\* ทำให้การก่อตั้ง อนุสัญญาฯ ยังไม่ประสบผลสำเร็จ ในที่สุดด้วยแรงผลักดันทางการเมืองระหว่างประเทศสมาชิกของ EC และ ECE และความพยายามของกลุ่มประเทศสแกนดิเนเวีย ทำให้การก่อตั้งอนุสัญญาฯ ประสบผลสำเร็จในเวลาต่อมา ในวันที่ 13 พฤศจิกายน ค.ศ.1979 ในการประชุมระดับสูงภายใต้การควบคุมดูแลของ ECE ณ กรุงเจนีวา โดยมีประเทศลงนามในอนุสัญญาฯ ฉบับนี้ จำนวน 34 ประเทศ\*\*

### 3.4.2. วัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ

อนุสัญญากรุงเจนีวาว่าด้วยมลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล ค.ศ.1979 มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะคุ้มครองมนุษย์และสิ่งแวดล้อมจากมลพิษทางอากาศและพยายามที่จะจำกัดและลดลงอย่างค่อยเป็นค่อยไป เท่าที่จะเป็นไปได้ และป้องกันมลพิษทางอากาศ รวมทั้งมลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล<sup>111</sup> ซึ่งเมื่อพิจารณาถ้อยคำตามมาตรา 2 นี้จะเห็นได้ว่าอนุสัญญากำหนดหน้าที่ให้แก่อำนาจที่ร่วมมือกันป้องกันปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล ซึ่งสอดคล้องกับถ้อยคำในอารัมภบท (preamble) ของอนุสัญญา ซึ่งยอมรับหลักการข้อที่ 21 ของคำประกาศกรุงสต็อกโฮล์ม ค.ศ.1972 หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่สอดคล้องกับกฎบัตรสหประชาชาติซึ่งกล่าวได้ว่า มีความสอดคล้องกับหลัก Good

---

\* เนื่องจากประชาคมยุโรป (European Community หรือ European Union ในปัจจุบัน) มีลักษณะเป็น Supranational Power รัฐสมาชิกของประชาคมยุโรปได้รับการผูกมัดโดยปริยาย ในเรื่องที่ประชาคมยุโรปได้กระทำลงไป หรือเรียกว่าเป็น "One Voices"

\*\* ประเทศที่ลงนามได้แก่ ออสเตรีย, เบลเยียม, บัลแกเรีย, ไบโรลูเซีย, คานาดา, เชโกสโลวาเกีย, เดนมาร์ก, ฟินแลนด์, ฝรั่งเศส, เยอรมันตะวันตก, เยอรมันตะวันตก, กรีซ, ฮังการี, ไอร์แลนด์, ไอร์แลนด์, ลิกเตนสไตน์, อิตาลี, ลักเซมเบิร์ก, เนเธอร์แลนด์, นอร์เว, โปแลนด์, โปรตุเกส, สเปน, สวีเดน, สวิสเซอร์แลนด์, ตุรกี, สาธารณรัฐยูเครน, สหภาพโซเวียต, อังกฤษ, สหรัฐอเมริกา, ยูโกสลาเวีย และประชาคมยุโรป (EC)

<sup>111</sup> **Article 2** "The Contracting Parties, taking into account of the facts and problems involved, are determined to protect man and his environment against air pollution and shall endeavor to limit and, as far as possible, gradually reduce and prevent air pollution including long-range transboundary air pollution."



Neighbourliness ที่วางหน้าที่ให้แต่ละรัฐปฏิบัติตนอย่างเพื่อนบ้านที่ดีซึ่งกันและกันในปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล

แต่มีข้อสังเกตว่า อนุสัญญาฯ ฉบับนี้ไม่ได้กล่าวถึงหรือระบุชนิดของมลสาร (Air Pollutants) เป็นการเฉพาะเจาะจง ดังนั้น อาจตีความหมายรวมถึงสารทุกชนิดที่ปล่อยสู่อากาศก็เข้าขอบข่ายของอนุสัญญาฉบับนี้

### 3.4.3. หลักการสำคัญของอนุสัญญาฯ

อนุสัญญาฯ กรุงเจนีวาว่าด้วยมลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล ค.ศ.1979 มีทั้งหมด 18 มาตรา แบ่งออกเป็น 15 หมวด(โปรดดูในภาคผนวก)แต่มีหลักการที่สำคัญๆที่จะนำมาพิจารณาเพื่อการศึกษาวิเคราะห์ได้ดังนี้

#### (1) คำจำกัดความ (Definitions)

อนุสัญญาฯ กำหนดคำนิยามคำว่า "มลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล" ไว้ว่า "มลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล" หมายถึง มลพิษทางอากาศซึ่งโดยลักษณะทางกายภาพของแหล่งที่มาอยู่ในดินแดนภายใต้เขตอำนาจของรัฐหนึ่งทั้งหมดหรือบางส่วน และมีผลกระทบอย่างร้ายแรง ต่อดินแดนภายใต้เขตอำนาจของรัฐหนึ่ง โดยระยะทางจำนวนหนึ่งซึ่งโดยทั่วไปไม่สามารถระบุถึงแหล่งที่มาได้ ว่ามาจากแหล่งที่มาหนึ่ง ๆ หรือจากแหล่งที่มาหลายกลุ่ม \*

คำนิยามนี้ชี้ให้เห็นว่า การกำหนดคำนิยามเป็นไปอย่างกว้างๆ และไม่ระบุถึงชนิดของมลสาร (Air Pollutants) อย่างเฉพาะเจาะจง เพื่อที่จะให้อนุสัญญาฯ ฉบับนี้จะเข้าไปควบคุมได้ ดังนั้น จึงครอบคลุมไปถึงมลสารที่ทำให้เกิดมลพิษทางอากาศ (Air Pollution) ทุกชนิด และยังวางข้อกำหนดเกี่ยวกับลักษณะของปัญหาซึ่งอยู่ในบังคับของมาตรานี้คือแหล่งกำเนิดมลพิษอยู่ในดินแดนรัฐหนึ่งและเข้าไปทำความเสียหายต่อดินแดนของรัฐหนึ่งไม่ว่าที่ตั้งของแหล่งกำเนิดจะใกล้หรือไกลซึ่งไม่ได้ระบุระยะทางว่าต้องไกลเท่าใดดังนั้นหากมลสารได้พัดพาข้ามพรมแดนไปทำความเสียหายต่อรัฐหนึ่งก็เข้าความหมายของมาตรานี้แล้ว

อย่างไรก็ดี อนุสัญญาฯ ฉบับนี้ ถือได้ว่าเป็นอนุสัญญาฉบับแรกของโลกที่ได้มีการบัญญัตินิยามความหมายของคำว่า "มลพิษทางอากาศ" และ "มลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล" ไว้<sup>112</sup>

#### (2) หลักการพื้นฐานของอนุสัญญาฯ

---

<sup>112</sup> Gundling, I., "Multilateral co-operation of states under the ECE convention on long-range transboundary air pollution," *Transboundary air pollution*, (Netherlands : Martinus Nijhoff Publishers, 1981), p. 18.

หลักการพื้นฐานของอนุสัญญาฯ ถือได้ว่าเป็นหลักที่สำคัญมากของอนุสัญญานี้ เพราะเป็นการวางหลักและมาตรการยืนยันและแสดงเจตนากรณีอย่างชัดเจนต่อการแก้ไขปัญหามลพิษทางอากาศ รวมทั้งมลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล โดยกำหนดให้รัฐสมาชิกต้องพยายามที่จะจำกัด ลดจำนวน และป้องกันมลพิษทางอากาศให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้<sup>113</sup> และเห็นพ้องต้องกันที่จะพัฒนานโยบายโดยมีจุดประสงค์ในการต่อสู้กับการปล่อยมลพิษทางอากาศและทำการแลกเปลี่ยนข้อมูล ปรึกษาหารือ วิจัย และตรวจสอบ ที่เกี่ยวข้องกันนโยบายต่างๆ เหล่านี้<sup>114</sup> ทั้งในระดับประเทศและระดับสากล นอกจากนี้ยังได้กำหนดให้รัฐสมาชิกที่ได้รับผลกระทบจากมลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกลหรือที่เห็นว่าจะได้รับผลกระทบ และรัฐสมาชิกที่เป็นแหล่งกำเนิดมลพิษทางอากาศต้องทำการปรึกษาหารือ (Consultations) กัน เมื่อมีการร้องขอ

115

### (3). การกำหนดเป้าหมายในการกำหนดมาตรฐานคุณภาพอากาศ

ยังได้กำหนดเป้าหมายไว้อย่างชัดเจนในเรื่องของการกำหนดหน้าที่ของทุกรัฐสมาชิกในการพัฒนาและการนำนโยบายที่ดีที่สุดมาใช้และควบคุม มาตรการต่างๆ ควบคู่ไปกับการพัฒนาอย่างสมดุล โดยเฉพาะการใช้เทคโนโลยีที่ดีที่สุด ซึ่งมีความเป็นไปได้ทางเศรษฐกิจและเทคโนโลยีที่ไม่สร้างของเสียออกมาโดยเฉพาะจากโครงการใหม่ ๆ ซึ่งหมายถึงมาตรานี้ยังได้รับเอาหลัก Duty to Consult Co-operation มาใช้กับการแก้ไขปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล<sup>116</sup>

### (4). การวิจัยและการพัฒนา

อนุสัญญาฯ ตระหนักถึงความสำคัญของการวิจัยและการพัฒนาโดยกำหนดให้รัฐสมาชิกต้องร่วมมือกันทำการวิจัยและพัฒนาในเรื่องของเทคโนโลยี เครื่องมืออุปกรณ์รูปแบบ การแก้ปัญหา มาตรการทางสังคม และทางธุรกิจที่นำมาใช้กับปัญหาสิ่งแวดล้อมโดยเฉพาะมลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล รวมทั้งสรุปการศึกษา จะเห็นว่าในมาตรานี้ อนุสัญญายังคงปรารถนาให้รัฐมาร่วมมือกันมาแก้ปัญหาเช่นเดิม และกำหนดหน้าที่ในการคอยสอดส่องดูแลและตรวจวัดอัตราปริมาณการปล่อยมลพิษ และให้รัฐสมาชิกพยายามตระหนักเข้าใจถึงผลกระทบของมลสารในอากาศข้ามพรมแดนระยะไกลที่มีต่อสุขภาพมนุษย์และสิ่งแวดล้อมด้วย<sup>117</sup>

<sup>113</sup> Article 2 (โปรดดูในภาคผนวก)

<sup>114</sup> Article 3 And 4 (โปรดดูในภาคผนวก)

<sup>115</sup> Article 5 (โปรดดูในภาคผนวก)

<sup>116</sup> Article 6 (โปรดดูในภาคผนวก)

<sup>117</sup> Article 7 (โปรดดูในภาคผนวก)

## (5) การแลกเปลี่ยนข้อมูล

โดยที่การแก้ไขปัญหามลพิษทางอากาศจำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือกันจากรัฐสมาชิกทุกรัฐ โดยเฉพาะข้อมูลในเรื่องมลพิษทางอากาศของแต่ละรัฐ ด้วยเหตุนี้อนุสัญญาฯ จึงกำหนดหน้าที่ให้รัฐสมาชิกต้องแลกเปลี่ยนข้อมูลภายในกรอบ (Framework) ฝ่ายอนุสัญญาฯ<sup>118</sup> และภายใต้ลักษณะทวิภาคี (Bilateral) โดยมีหน้าที่แบ่งปันข้อมูลในการปล่อยจำนวนมลสาร, เทคโนโลยีในการควบคุมการปล่อยมลสาร และค่าใช้จ่ายในการควบคุมการปล่อยมลสาร

นอกจากนี้ยังได้กำหนดให้รัฐสมาชิกต้องแจ้งต่อรัฐสมาชิกด้วยกัน ในการเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญ ในนโยบายภายในแต่ละรัฐสมาชิก ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อเรื่องมลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล และกำหนดให้มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางด้านเคมีฟิสิกส์ (physico-chemical) ในเรื่องผลกระทบของมลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกลและจำนวนความเสียหายที่ได้รับ และเปรียบเทียบนโยบายระดับประเทศกับระดับภูมิภาคในการต่อสู้กับปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล<sup>119</sup> ซึ่งเป็นหลักสอดคล้อง Duty to Inform กล่าวคือรัฐจะต้องส่งข้อมูลเพื่อประโยชน์ในการป้องกันปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนร่วมกัน

จากหลักการของอนุสัญญาฯ ในข้อนี้มีประเด็นที่น่าสนใจคือ การกำหนดให้มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลในเรื่องปริมาณจำนวนความเสียหายซึ่งมีสาเหตุจากมลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล อันนี้ถือว่าสำคัญ เพราะจะทำให้ทราบถึงสภาพปัญหาของแต่ละรัฐ เพื่อช่วยในการกำหนดทิศทางการแก้ไขปัญหาร่วมกันเป็นไปในแนวทางเดียวกันอย่างมีประสิทธิภาพ

อย่างไรก็ดี อนุสัญญาฯ ฉบับนี้กลับไม่ได้กำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ (state liability) ในกรณีที่เกิดความเสียหายขึ้นมา (Rule on Damage Liability of States emitting pollutants)<sup>120</sup> คงมีเพียงมาตรา 8 ซึ่งเป็นเรื่องของการแลกเปลี่ยนข้อมูลเพื่อประโยชน์ในการป้องกันปัญหามลพิษร่วมกัน เพราะเมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ของอนุสัญญาฉบับนี้ เป็นอนุสัญญาฯ ในเชิงลักษณะการร่วมมือกัน (Co-operation Theme) มากกว่าที่จะเป็นอนุสัญญาฯ ที่มุ่งที่จะกำหนดความรับผิดชอบหรือบทลงโทษที่แน่นอนต่อรัฐสมาชิกที่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นเนื่องจากมลพิษทางอากาศข้ามพรมแดน กล่าวอีกนัยหนึ่ง ก็คือ อนุสัญญากำหนดหลักการสำคัญคือ Duty to co-operate โดยมีได้เอ่ยถึง State Responsibility ทั้งนี้ เพราะถือเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีที่ครอบคลุมอยู่แล้ว ข้อกำหนดเพื่อให้เกิดความร่วมมือของ

<sup>118</sup> Article 10(โปรดดูในภาคผนวก)

<sup>119</sup> Article 8 (โปรดดูในภาคผนวก)

<sup>120</sup> Heywood, T. A., "Environmental modification," *Harvard international law journal*, 21 (1980) : 537.

อนุสัญญา ฉบับนี้ ถือเป็นมาตรการป้องกันมิให้เกิดความเสียหายอันเกิดจากมลพิษ (Preventive measures) ได้อย่างหนึ่ง ซึ่งรายละเอียดได้กล่าวถึงแล้วข้างต้น เพราะหากจะยกเว้นอนุสัญญา ในลักษณะที่กำหนดเรื่องความรับผิดชอบของรัฐไว้โดยชัดแจ้งก็คงจะไม่มีรัฐโดยยอมเป็นภาคีเพราะจะเป็นการผูกมัดรัฐไว้ล่วงหน้า

#### 6. การกำหนดมาตรฐานคุณภาพอากาศ

ในหลักการข้อนี้ อนุสัญญา มีเป้าหมายในการแก้ไขปัญหามลพิษทางอากาศในลักษณะเอกภาพ (Unity) ซึ่งจะได้ผลดีกว่าการปล่อยให้แต่ละประเทศพยายามที่จะดำเนินการแก้ไขปัญหา ในลักษณะฝ่ายเดียว ดังนั้น จึงความจำเป็นต้องกำหนดกลไก (mechanism) ขึ้นมาเพื่อรองรับจุดประสงค์หรือเป้าหมายดังกล่าว ซึ่งในที่นี้ "โครงการความร่วมมือ การตรวจวัดและประเมินผลมลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกลในยุโรป" (The Co-operative Programme for the Monitoring and Evaluation of the Long-Range Transmission of Air Pollutants in Europe หรือ EMEP) ซึ่งมีภารกิจหลัก คือ การตรวจวัดสารซัลเฟอร์ ไดออกไซด์ และมลสารอื่นๆ โดยก่อตั้งขึ้นมาภายหลัง The Final Act of the Conference on Security and Co-operation in Europe 1975 หรือเรียกว่า "The Helsinki Conference of 1975"<sup>121</sup>

#### (7). การบริหารงานตามอนุสัญญา

เพื่อให้อนุสัญญา ดำเนินไปด้วยความเรียบร้อย และเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา ฉบับนี้ อนุสัญญา ได้กำหนดให้มีฝ่ายบริหาร (Executive Body) และเลขาธิการ (Secretariat) ขึ้นเพื่อเป็นกลไกในการบริหารงานให้เป็นไปตามอนุสัญญา โดยให้ตัวแทนของรัฐสมาชิกจัดตั้งองค์การบริหาร (Executive Body) ขึ้น และมีหน้าที่ต้องประชุมกันอย่างน้อยปีละครั้ง<sup>122</sup> ส่วนเลขาธิการ (Secretariat) ได้แก่เลขาธิการชั้นสูงของ ECE มีหน้าที่รับผิดชอบในการจัดการประชุม<sup>123</sup> ของรัฐสมาชิกตามอนุสัญญา

หน้าที่ของฝ่ายบริหารตามหัวข้อนี้ รวมถึงการจัดตั้งกลุ่มทำงาน (Working Groups) เพื่อเตรียมรายงานการศึกษาและเอกสารที่จำเป็นในการบังคับใช้อนุสัญญา และรวมเอา EMEP เข้าไว้ในอนุสัญญา โดยเฉพาะการเก็บรวบรวมข้อมูลและการร่วมมือทางวิทยาศาสตร์<sup>124</sup>

#### 3.4.4 หลักการอื่น ๆ

นอกจากนั้นเป็นข้อกำหนดอื่น ๆ ที่เหมือนอนุสัญญาโดยทั่วไปได้แก่ การขอแก้ไขอนุสัญญา, การระงับข้อพิพาท, การถอนตัวออกจากอนุสัญญา ฯลฯ ซึ่งพอที่จะสรุปได้ดังนี้

<sup>121</sup> Ibid.

<sup>122</sup> Article 10 (โปรดดูในภาคผนวก)

<sup>123</sup> Article 11 (โปรดดูในภาคผนวก)

<sup>124</sup> Article 10 (โปรดดูในภาคผนวก)



(1). การขอแก้ไขอนุสัญญา อนุสัญญานี้สามารถแก้ไขได้โดยรัฐสมาชิกใดก็ได้เสนอให้มีการแก้ไข และต้องได้รับการยินยอม (consensus) จากบรรดารัฐสมาชิกและมีผลบังคับใช้โดยการให้สัตยาบัน<sup>125</sup> (Ratification) เป็นจำนวน 2 ใน 3 ของบรรดารัฐสมาชิกทั้งหมด<sup>126</sup>

(2). การระงับข้อพิพาท สามารถกระทำได้ โดยรัฐสมาชิกจะระงับข้อพิพาทในเรื่องการใช้หรือการตีความ (Interpretation) อนุสัญญาฯ โดยการเจรจาหรือวิธีการอื่นๆ ซึ่งรัฐสมาชิกอื่นยอมรับ ซึ่งกันและกัน<sup>127</sup> (mutually)

(3). การเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญา อนุสัญญากำหนดให้ประเทศสมาชิกคณะกรรมการเศรษฐกิจแห่งยุโรปและประเทศที่มีสถานะเป็นที่ปรึกษาของคณะกรรมการเศรษฐกิจแห่งยุโรปเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาเท่านั้น<sup>128</sup>

(4). การถอนตัวออกจากอนุสัญญา รัฐสมาชิกอาจจะถอนตัวออกจากอนุสัญญาได้โดยการแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษร (written) เป็นเวลา 90 วัน ในเวลาใดก็ได้ หลังจากการบังคับใช้อนุสัญญานับนี้ไปแล้ว 5 ปี<sup>129</sup>

### 3.4.5 ผลกระทบจากอนุสัญญา

(1). กล่าวได้ว่าอนุสัญญานับนี้เป็นความสำเร็จของ Helsinki Conference 1975\* ซึ่งอนุสัญญานับนี้ได้เรียกร้องให้รัฐสมาชิกร่วมมือกันควบคุมและป้องกันมลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนและผลกระทบที่เป็นอันตรายร้ายแรงต่อภูมิภาคยุโรป

(2). อนุสัญญานับนี้เป็นอนุสัญญาที่มีความสำคัญ 3 ประการ คือ<sup>130</sup> เป็นอนุสัญญานับแรกของโลกในเรื่องมลพิษทางอากาศและเป็นอนุสัญญานับแรกของโลกในการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่เป็น

<sup>125</sup> Article 15 (โปรดดูในภาคผนวก)

<sup>126</sup> Article 12 (โปรดดูในภาคผนวก)

<sup>127</sup> Article 13 (โปรดดูในภาคผนวก)

<sup>128</sup> Article 14 (โปรดดูในภาคผนวก)

<sup>129</sup> Article 17 (โปรดดูในภาคผนวก)

\* ประเทศที่สนับสนุนและยกย่องอนุสัญญานับนี้ได้แก่ สหภาพโซเวียต, โปแลนด์, เยอรมัน ตะวันออก (ในขณะนั้น), บัลแกเรีย, ฮังการี ซึ่งส่วนใหญ่เป็นประเทศสังคมนิยม โดยเฉพาะสหภาพโซเวียต โดยประธานาธิบดี Leonid Brezhnev กล่าวถึงเจตนาของสหภาพโซเวียตว่าไม่เพียงแต่จะใช้โครงการปกป้องสิ่งแวดล้อมเท่านั้น แต่ยังให้ความร่วมมืออย่างแข่งขันกับประเทศอื่น ๆ ในการปกป้องและคุ้มครองสิ่งแวดล้อมด้วย

ความร่วมมือกันจากทั้งประเทศยุโรปตะวันตกและยุโรปตะวันออก(ในขณะนั้น) รวมทั้งทวีปอเมริกาเหนือด้วย รวมทั้งเป็นอนุสัญญาที่ทั้งรัฐซึ่งเป็นผู้ก่อมลพิษทางอากาศและรัฐที่เป็นผู้รับมลพิษ (Receivers) ทางอากาศข้ามพรมแดน มาร่วมมือกันภายใต้สนธิสัญญา ฉบับนี้

(3). อนุสัญญาเป็นเพียงกรอบกว้าง ๆ (Framework) ที่กำหนดนโยบายหรือเจตนารมณ์ที่รัฐสมาชิกตัดสินใจ ลงนามในอนุสัญญาได้ไม่ยากนัก เนื่องจากข้อความหรือเนื้อหาของอนุสัญญาไม่มีลักษณะผูกมัด (non-binding) ให้รัฐสมาชิกต้องปฏิบัติตามในลักษณะที่ต้องเสียผลประโยชน์ (interests) ของรัฐสมาชิกมากนัก แต่อนุสัญญา มีน้ำหนักไปทางที่เสนอให้รัฐสมาชิกร่วมมือกัน (Co-operation) เท่านั้น

โดยสรุปแล้ว หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่อาจนำมาใช้กับปัญหามลพิษข้ามพรมแดนระยะไกล นั้น หลักสำคัญคือ แม้รัฐจะมีอำนาจอธิปไตย มีสิทธิและหน้าที่ แต่รัฐก็ต้องถูกบังคับโดยหลักความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility) เช่นกัน ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law) ที่กำหนดหลักให้รัฐต้องรับผิดชอบ และชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องมาจากการกระทำที่ฝ่าฝืนหรือละเลย หน้าที่ที่รัฐควรกระทำตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่หากในกรณีที่มีความเสียหายยังมิได้เกิดขึ้น ก็ยากที่จะนำเอาหลักนี้มาปรับใช้เพื่อบังคับรัฐให้ปฏิบัติตามอนุสัญญาเจเนวา จึงได้พยายามแก้ไขปัญหานี้โดยการวางมาตรการป้องกัน (Preventive Measure) และเอาผิดต่อการละเมิดพันธกรณีได้ แม้ยังมิได้มีความเสียหายเกิดขึ้นแต่อย่างใด

อนุสัญญากรุงเจนีวาว่าด้วยมลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกล ค.ศ. 1979 จึงได้ถือกำเนิดขึ้นมาเพื่อที่จะเสริมหรืออุดช่องว่างของการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยมุ่งที่จะให้รัฐภาคีพยายามร่วมมือกันป้องกันปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดนระยะไกลอย่างค่อยเป็นค่อยไปเท่าที่จะเป็นไปได้ (มาตรา 2) โดยวางโครงสร้างของอนุสัญญาไว้เป็นเพียงกรอบกว้าง ๆ (Framework Convention)

อย่างไรก็ดี อนุสัญญาไม่ได้สร้างพันธะหรือหน้าที่ที่มากมายให้รัฐภาคี ทั้งนี้เพราะหากกำหนดพันธกรณีไว้อย่างมากจนเกินไป เช่น เรื่อง State Responsibility ก็จะทำให้รัฐบางรัฐไม่ยอมรับเข้าเป็นภาคี อาจกล่าวได้ว่า สำหรับรัฐภาคีแล้ว ย่อมอยู่ภายใต้หลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่อง State Responsibility ก็ต่อเมื่อเกิดความเสียหายขึ้น ยิ่งไปกว่านั้น ในแง่ของพันธกรณีตามสนธิสัญญา (อนุสัญญา) แม้เพียงรัฐภาคีไม่ปฏิบัติตามที่อนุสัญญา ระบุ ก็เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศขึ้นแล้ว ซึ่งเท่ากับว่าเป็นมาตรการป้องกันมิให้เกิดปัญหามลพิษข้ามพรมแดนนั่นเอง

<sup>130</sup>  
t Gundling, L., "Multilateral co-operation of states under the ECE convention on long-range transboundary air pollution", *Transboundary air pollution*, p. 19