

สำรวจสถานะและเนื้อหาของหลักการระงับไว้ก่อน
จากมุมมองของศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศ

Exploring the Status and Content of the Precautionary Principle
from the Perspective of the International Tribunal for the Law of the Sea

กฤษฎากร ว่องวุฒิกุล*

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Krisdakorn Wongwuthikun

Faculty of Law, Thammasat University

วันที่รับบทความ 7 พฤษภาคม 2567; วันที่แก้ไขบทความ 18 มิถุนายน 2567; วันที่ตอบรับบทความ 21 มิถุนายน 2567

บทคัดย่อ

หนึ่งในหลักสำคัญของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ คือ หลักการระงับไว้ก่อนอันมีความสำคัญ คือความไม่แน่นอนชัดเจนทางวิทยาศาสตร์จะต้องไม่ถูกนำมาใช้เป็นเหตุผลสำหรับการผ่อนการใช้มาตรการที่มี ประสิทธิภาพและคุ้มทุนเพื่อป้องกันความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อม หลักการดังกล่าวมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการ คุ้มครองและรักษาสีงแวดล้อมทางทะเล ซึ่งแม้จะมีความตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับระบุเอาไว้ว่ารัฐภาคีต้อง ดำเนินมาตรการโดยใช้หลักการระงับไว้ก่อนเป็นเครื่องชี้นำก็ตาม แต่ในเชิงเนื้อหาสาระและสถานะทางกฎหมายนั้น ยังคงมีความคลุมเครืออยู่มาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ที่ไม่มี บทบัญญัติที่กล่าวถึงหลักการระงับไว้ก่อนเป็นการเฉพาะแต่จิตวิญญาณของบทบัญญัติหลายข้อได้สะท้อนให้เห็นถึง หลักการนี้ กระนั้นก็ดีในช่วงสองทศวรรษที่ผ่านมาศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศได้มีโอกาสวิิจฉัยข้อพิพาท โดยอาศัยหลักการระงับไว้ก่อนและได้อธิบายความเนื้อหาสาระของหลัก บทความฉบับนี้ต้องการนำเสนอถึง พัฒนาการและการอธิบายความของศาลเพื่อให้เกิดความเข้าใจว่าในมุมมองขององค์กรระดับข้อพิพาทนั้นการ ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเลโดยมีหลักการระงับไว้ก่อนเป็นเครื่องชี้ นำ จะต้องดำเนินการอย่างไร และในความเห็นของศาลหลักการระงับไว้ก่อนมีสถานะทางกฎหมายอย่างไร

คำสำคัญ: หลักการระงับไว้ก่อน กฎหมายทะเล สิ่งแวดล้อมทางทะเล

* ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ศูนย์กฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ที่อยู่: 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200

Email: kris_w@tu.ac.th

Abstract

The precautionary principle is a cornerstone of international environmental law, asserting that scientific uncertainty should not delay the implementation of effective and cost-efficient measures to prevent environmental degradation. This principle is crucial for the protection and preservation of the marine environment. Despite many international agreements mandating member states to adopt measures guided by the precautionary principle, ambiguities persist regarding its content and legal status. Notably, the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea lacks explicit provisions on the precautionary principle, yet its ethos is mirrored in several clauses. Over the past two decades, the International Tribunal for the Law of the Sea has had opportunities to adjudicate disputes invoking this principle, providing clarifications on its implications. This article explores the Tribunal's developments and interpretations, aiming to elucidate how it perceives the precautionary principle and how states can fulfill their international obligations to protect the marine environment based on the precautionary principle. Additionally, it also explores the legal status of the principle.

Keywords: Precautionary Principle, Law of the Sea, Marine Environment

บทนำ

หนึ่งในหลักสำคัญของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ คือ หลักการระวังไว้ก่อน (precautionary principle) วรรณกรรมทางกฎหมายส่วนใหญ่มีกระบวนวิชาหลักกฎหมายเยอรมันที่เรียกว่า *Vorsorgeprinzip*¹ หรือ principle of precaution ซึ่งถือกำเนิดขึ้นในยุคคริสต์ทศวรรษ 1970 คือต้นกำเนิดของแนวความคิดเรื่องหลักการระวังไว้ก่อน โดยเป็นมาตรการที่ใช้สำหรับจัดการกับภัยคุกคามด้านสิ่งแวดล้อมโดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาภาวะมลพิษทางอากาศที่ส่งผลกระทบต่อป่าไม้ นอกจากนั้นยังมีการอ้างถึงหลักการระวังไว้ก่อนที่ปรากฏอยู่ในหลักการที่ 15 แห่งปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ที่ระบุว่า

“เพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม รัฐต้องใช้แนวทางการระวังไว้ก่อนอย่างแพร่หลาย ตามความสามารถของตน เมื่อปรากฏว่ามีการคุกคามของสิ่งที่จะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่สามารถทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิมได้ การขาดความชัดเจนแน่นอนทางวิทยาศาสตร์โดยสมบูรณ์จะต้องไม่ถูกนำมาใช้เป็นเหตุผลสำหรับการผัดผ่อนการใช้มาตรการที่มีประสิทธิผลและคุ้มทุนเพื่อป้องกันความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อม”²

สาระสำคัญของหลักการนี้ คือ ในกรณีที่มีความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อม (serious damage to the environment) แต่ยังคงขาดหลักฐานหรือรายงานทางวิทยาศาสตร์ (scientific uncertainty) เพื่อจะพิสูจน์ทราบถึงสาเหตุและผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมเช่นนั้นได้ ความไม่แน่นอนเช่นนั้นไม่อาจหยาบคายขึ้นมากล่าวอ้างเพื่อเป็นเหตุในการไม่ดำเนินการหรือออกมาตรการเพื่อป้องกันความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งความไม่แน่นอนเป็นเงื่อนไขที่ทำให้รัฐต้องดำเนินการมาตรการเพื่อป้องกันความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม หลักการระวังไว้ก่อนถูกนำไปบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนอยู่ในตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับ³ ในส่วนของบริบทการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลก็มีกล่าวถึงหลักการระวังไว้ก่อนในความตกลงระดับภูมิภาค อาทิ อนุสัญญาสำหรับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเลของแอดแลนติกตะวันออกเฉียงเหนือ (OSPAR) และอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเลของพื้นที่ทะเลบอลติก ค.ศ. 1992 แต่อย่างไรก็ตามสำหรับอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 (United Nations Convention on the Law of the Sea)⁴ ซึ่งเป็นกรอบในทางกฎหมายระดับโลกสำหรับการกำกับดูแลเรื่องการค้าเดินกิจกรรมทั้งปวงในทะเลและมหาสมุทร ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการเดินทางเรือ การแบ่งอาณาเขตทางทะเล และที่สำคัญคือการคุ้มครอง

¹ James Cameron and Juli Abouchar, ‘The Status of the Precautionary Principle in International Law’ in David Freestone and Ellen Hey (eds) *The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation* (Kluwer Law International 1996) 31.

² United Nations Conference on the Environment and Development: Rio Declaration on the Environment and Development (adopted at Rio de Janeiro, June 14, 1992), UN Doc A/CONF.151/26 (Vol I) (1992) 31 ILM 874.

³ เช่น สนธิสัญญาที่เกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพ สนธิสัญญาที่เกี่ยวกับชั้นบรรยากาศและสภาพภูมิอากาศ ดูรายละเอียดใน Arie Trouwborst, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law* (Kluwer Law International 2002).

⁴ ต่อไปนี้จะเรียกว่า UNCLOS

สิ่งแวดล้อมแล้วที่บัญญัติเอาไว้เป็นการเฉพาะในภาค XII แต่อย่างไรก็ตาม UNCLOS ไม่มีการกล่าวถึงเอาไว้อย่างชัดเจนในตัวบทของ UNCLOS ว่าให้รัฐภาคีใช้หลักการระวางไว้ก่อน ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นได้คือ การที่ไม่มีบทบัญญัติที่เขียนเอาไว้อย่างชัดเจนทำให้รัฐภาคีไม่นำหลักการระวางไว้ก่อนมาปรับใช้ โดยต้องรอให้มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์บ่งชี้อย่างชัดเจนเสียก่อนว่าจะเกิดความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมขึ้นจึงจะดำเนินการมาตรการเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเล แต่นักวิชาการจำนวนมากเสนอแนะว่าหลักการระวางไว้ก่อนไม่ได้หายไปจากตัวบท UNCLOS อย่างสิ้นเชิง แต่แทรกซึมอยู่ในบทบัญญัติต่าง ๆ ถึงแม้ไม่ได้บัญญัติเอาไว้ชัดเจนก็ตาม เช่น ข้อ 61(2) และ 119 เป็นต้น⁵ นอกจากนี้ยังพบอีกว่าในคดีพิพาทระหว่างรัฐภาคีในการใช้และการตีความบทบัญญัติของ UNCLOS มีการหยิบยกหลักการระวางไว้ก่อนเพื่อให้ศาลและอนุญาโตตุลาการใช้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทแห่งคดี

บทความฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการนำเสนอข้อมูลเกี่ยวกับการปรับใช้หลักการระวางไว้ก่อนในองค์กรระงับข้อพิพาทที่อยู่ใน UNCLOS โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศ (International Tribunal for the Law of the Sea)⁶ และองค์คณะว่าด้วยข้อพิพาทเกี่ยวกับพื้นดินท้องทะเลแห่งศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศ (Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea)⁷ ทั้งนี้เพื่อให้ทราบว่าองค์กรระงับข้อพิพาทดังกล่าวได้เคยกล่าวถึงหลักการระวางไว้ก่อนเอาไว้อย่างไรและมีการปรับใช้ในคดีความอย่างไร คดีที่จะหยิบยกขึ้นมาอภิปรายในบทความฉบับนี้ คือ คดี *Southern Bluefin Tuna* คดี *MOX Plant* คดี *Land Reclamation* และสุดท้ายจะได้กล่าวถึงความเห็นเชิงแนะนำในกรณี *Advisory Opinion on Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area* ซึ่งไม่ใช่คดีที่มีข้อพิพาทแต่เป็นการขอความเห็นทางกฎหมายจาก SDC ซึ่งได้ให้ความกระจ่างบางประการเกี่ยวกับหลักการระวางไว้ก่อน ทั้งนี้ ปัจจัยที่ใช้เลือกคดีทั้งสี่คดีมาวิเคราะห์คือการกล่าวอ้างหลักการระวางไว้ก่อนในข้อต่อสู้ของรัฐคู่พิพาทในคดีและการอ้างถึงหลักการระวางไว้ก่อนในความเห็นขององค์กรตุลาการซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงภาพรวมในปัจจุบัน (เมษายน ค.ศ.2024) ของการใช้หลักการระวางไว้ก่อนโดยองค์กรระงับข้อพิพาทที่ตั้งขึ้นตาม UNCLOS ในบริบทของการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเล

1. คดี *Southern Bluefin Tuna*

ในมหาสมุทรทางซีกโลกใต้นั้นมีชนิดพันธุ์ปลาทูนาชนิดหนึ่งที่เรียกว่า ปลาทูนาครีบน้ำเงินใต้ (*Southern Bluefin Tuna*) ซึ่งมีการอพยพย้ายถิ่นสูงและมีมูลค่าทางเศรษฐกิจอย่างมาก ตั้งแต่คริสต์ทศวรรษ 1950 เป็นต้นมา มีการแสวงประโยชน์จนเกินควรกระทั่งจำนวนประชากรปลาเริ่มร่อยหรอลงอย่างรวดเร็วในช่วงคริสต์ทศวรรษ 1980 ด้วยเหตุนี้ จึงต้องมีการวางกรอบทางกฎหมายเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์และมาตรการการอนุรักษ์ขึ้นภายใต้

⁵ Bénédicte Sage-Fuller, *The Precautionary Principle in Marine Environmental Law: With Special Reference to High Risk Vessels* (Routledge 2013) 68; Robin Churchill, 'The LOSC Regime for Protection of the Marine Environment – Fit for The Twenty-First Century?' in Rosemary Rayfuse (ed), *Research Handbook on International Marine Environmental Law* (Edward Elgar 2015) 9.

⁶ ต่อไปนี้จะเรียกว่า ITLOS

⁷ ต่อไปนี้จะเรียกว่า SDC

อนุสัญญาเพื่อการอนุรักษ์ปลาทูน่าครีบน้ำเงินใต้ ค.ศ. 1993 (Conservation of Southern Bluefin Tuna, CCSBT) ซึ่งมีรัฐภาคีจำนวน 3 รัฐ คือ ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และญี่ปุ่น

วิธีการบริหารจัดการคือการจัดสรรโควตาต่อปีเพื่อให้สิทธิแต่ละรัฐภาคีในการแสวงประโยชน์จากมวลปลา โดยคณะกรรมการเพื่อการอนุรักษ์ปลาทูน่าครีบน้ำเงินใต้ (Commission for the Conservation of Southern Bluefin Tuna) มีอำนาจกำหนดปริมาณสัตว์น้ำที่อนุญาตให้จับได้ (total allowable catch, TAC) ในการประชุมของคณะกรรมการครั้งแรกในปี ค.ศ. 1994 นั้นคณะกรรมการได้กำหนดปริมาณทั้งหมดเอาไว้ที่ 11,750 ตัน เป็นโควตาของญี่ปุ่น 6,065 ตัน ออสเตรเลีย 5,265 ตัน และนิวซีแลนด์ 420 ตัน⁸ ญี่ปุ่นได้พยายามขอให้คณะกรรมการเพิ่มปริมาณ TAC และแก้ไขการจัดสรรโควตาใหม่แต่ก็ไม่ประสบผลสำเร็จเนื่องจากในเวลา นั้นมีการถกเถียงกันเรื่องสถานะของมวลปลาและการฟื้นฟูมวลปลาจึงทำให้รัฐภาคีไม่สามารถบรรลุข้อตกลงใหม่ ที่เกี่ยวกับ TAC ได้ ด้วยเหตุนี้คณะกรรมการจึงยังคงปริมาณการจัดสรรโควตาเดิมที่ได้กำหนดขึ้นในปี ค.ศ. 1994 เอาไว้

ความขัดแย้งในหมู่รัฐภาคีต่อประเด็นดังกล่าวยังคงดำเนินไปอย่างต่อเนื่องและทวีความรุนแรงมากขึ้น เหตุการณ์สำคัญเกิดขึ้นระหว่างการประชุมของคณะกรรมการในปี ค.ศ. 1998 เมื่อญี่ปุ่นได้ประกาศว่าตนจะเริ่ม “โครงการประมงทดลอง” (experimental fishing programme) (EFP) ฝ่ายเดียว ระยะเวลาของการดำเนินโครงการทั้งสิ้น 3 ปี โดยมีจุดประสงค์เพื่อลดความไม่แน่นอนทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับการฟื้นฟูประชากรปลาทูน่าครีบน้ำเงินตอนใต้ ญี่ปุ่นได้เริ่มโครงการดังกล่าวในช่วงฤดูร้อนในปีเดียวกันนั้นเอง ออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ได้แสดงท่าทีคัดค้านอย่างรุนแรงโดยเฉพาะอย่างยิ่งการออกแบบของโครงการตามข้อเสนอของญี่ปุ่น ทั้งนี้เนื่องจากโครงการประมงทดลองดังกล่าวส่งผลให้ญี่ปุ่นจับปลาได้เกินกว่าจำนวนที่ได้รับจัดสรรต่อปีเนื่องจากเหตุผลทางด้านเศรษฐกิจ หลังจากนั้นฝ่ายออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ได้ร้องขอให้มีการปรึกษาหารือเร่งด่วนซึ่งเป็นกลไกตามที่กำหนดเอาไว้ใน CCSBT การปรึกษาหารือยุติลงเพราะญี่ปุ่นปฏิเสธที่จะระงับการดำเนินโครงการดังกล่าว⁹

ความขัดแย้งดำเนินต่อไปจนกระทั่งเข้าสู่ปีที่สองของโครงการทดลองประมง ออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ ยังคงคัดค้านและแสดงจุดยืนในทางกฎหมายว่าการกระทำของญี่ปุ่นนั้นขัดต่อบทบัญญัติของ UNCLOS และ CCSBT จนกระทั่งปี ค.ศ. 1999 ออสเตรเลียจึงเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาทภาคบังคับตามบทบัญญัติที่กำหนดอยู่ในภาค XV ของ UNCLOS และระหว่างนั้นทั้งออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ได้ใช้สิทธิตามข้อ 290 (5) แห่ง UNCLOS ยื่นคำร้องต่อ ITLOS ขอให้ออกมาตรการชั่วคราวระหว่างการตั้งศาลอนุญาโตตุลาการตามความในภาคผนวก VII ของ UNCLOS

วันที่ 27 สิงหาคม 1999 ITLOS ได้ออกมาตรการชั่วคราวโดยสั่งให้รัฐภาคีหลีกเลี่ยงจากการดำเนินโครงการประมงทดลองที่มีการจับปลาทูน่าครีบน้ำเงินใต้ หนึ่งในเงื่อนไขของการออกมาตรการชั่วคราวคือ จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีเหตุที่จะต้องรักษาไว้ซึ่งสิทธิของแต่ละฝ่ายในข้อพิพาทหรือเพื่อป้องกันภัยร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเล (serious harm to the marine environment) ระหว่างรอการวินิจฉัยขั้นสุดท้าย ตามที่

⁸ Dean Bialek, ‘Australia & New Zealand v Japan: Southern Bluefin Tuna Case’ (2000) 1 Melbourne Journal of International Law 153, 153-154.

⁹ ibid 154.

ระบุในข้อ 290 (1) หรืออาจเป็นกรณีที่มีความเร่งด่วนของสถานการณ์ (urgency of the situation) ตามข้อ 290 (5) ในการขอให้ศาลออกมาตรการชั่วคราวออสเตรเลียและนิวซีแลนด์กล่าวหาว่าญี่ปุ่นไม่ได้ปฏิบัติตาม “กฎเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ”¹⁰ โดยระบุว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ตนหมายถึงนั้นคือ หลักการระงับไว้ก่อน¹¹ ด้วยเหตุนี้จึงขอให้มีการ “ปฏิบัติให้สอดคล้องกับหลักการระงับไว้ก่อนในการจับปลาทูน่าครีบน้ำเงินได้ระหว่างการระงับข้อพิพาทขั้นสุดท้าย”¹² เมื่อ ITLOS พิจารณาข้อมูลต่าง ๆ แล้วจึงมีคำสั่งมาตรการชั่วคราว โดยในคำสั่งของ ITLOS ยอมรับว่า ปลาทูน่า “ถูกจับจนร่อยหรอลงอย่างมากและอยู่ในระดับต่ำสุดเป็นประวัติการณ์” และเป็นสาเหตุของความกังวลด้านชีวภาพอย่างมาก¹³ ในคำสั่งย่อหน้าที่ 77 อันเป็นย่อหน้าที่แสดงให้เห็นว่า ITLOS กำลังปรับใช้หลักการระงับไว้ก่อน มีใจความดังนี้

“ในความเห็นของศาล ในสถานการณ์นี้รัฐคู่พิพาทควรดำเนินการอย่างรอบคอบและระมัดระวังเพื่อให้แน่ใจว่าได้มีการวางมาตรการอนุรักษ์ที่มีประสิทธิภาพเพื่อป้องกันอันตรายร้ายแรงที่เกิดขึ้นกับมวลปลาทูน่าครีบน้ำเงินได้”¹⁴

นอกจากนั้น ITLOS ยังได้ระบุว่า “มีความไม่แน่นอนด้านวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับมาตรการอนุรักษ์มวลปลาทูน่าครีบน้ำเงินได้ และยังไม่มีความตกลงระหว่างคู่พิพาทว่ามาตรการอนุรักษ์ที่ใช้อยู่จวบจนปัจจุบันนำไปสู่การฟื้นฟูมวลปลาทูน่าครีบน้ำเงินได้”¹⁵ ITLOS กล่าวต่อไปว่า “แม้ว่าศาลไม่สามารถประเมินหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่คู่พิพาทนำมาแสดงอย่างชี้ชัดลงไปได้ ศาลเห็นว่ามาตรการควรจะมีขึ้นอย่างเร่งด่วนเพื่อสงวนไว้ซึ่งสิทธิของคู่พิพาทและเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการลดน้อยลงไปถึงอนุรักษ์มวลปลาทูน่าครีบน้ำเงินได้”¹⁶ ในท้ายที่สุด ITLOS ได้กำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวให้ญี่ปุ่นงดเว้นจากการดำเนินโครงการแต่เพียงฝ่ายเดียวและให้รัฐคู่พิพาทเจรจากันโดยไม่ชักช้า ข้อสังเกตในคดีนี้คือแม้ ITLOS ไม่ได้กล่าวถึงหลักการระงับไว้ก่อนอย่างชัดเจนและหลีกเลี่ยงการวินิจฉัยเพื่อยืนยันถึงสถานะความเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศของหลักการนี้ก็ตาม แต่ถ้อยคำที่

¹⁰ *Southern Bluefin Tuna (New Zealand v Japan; Australia v Japan)* (Provisional Measures, Order of 27 August 1999) ITLOS Reports 1999, para 45. (*Southern Bluefin Tuna Order*)

¹¹ ออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ระบุว่า ‘the parties’ obligations under general international law, in particular the precautionary principle’ ดู Request for the Prescription of Provisional Measures Submitted by New Zealand, para 1; Request for the Prescription of Provisional Measures Submitted by Australia, para 1.

¹² *Southern Bluefin Tuna (New Zealand v Japan; Australia v Japan)* (Request for the Prescription of Provisional Measures Submitted by Australia) para 8.

¹³ *Southern Bluefin Tuna Order*, para 71.

¹⁴ *Southern Bluefin Tuna Order*, para 77 (Considering that, in the view of the Tribunal, the parties should in the circumstances act with prudence and caution to ensure that effective conservation measures are taken to prevent serious harm to the stock of southern bluefin tuna)

¹⁵ *Southern Bluefin Tuna Order*, para 79.

¹⁶ *ibid*, para 80.

ITLOS ใช้แน้วปฏิบัติด้วยนัยบางประการที่สะท้อนถึงสาระของการระงับไว้ก่อน¹⁷ และการที่ ITLOS ก็ยังคงกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันการร่อยหรอลของมวลปลาหน้าแม่ไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่แน่นอนรองรับก็ตามยังแสดงให้เห็นว่า ITLOS กำลังใช้หลักการระงับไว้ก่อน¹⁸ ประกอบกับการใช้คำว่า “รอบคอบและระมัดระวัง” หรือ “prudence and caution” ก็ยิ่งดูเหมือนว่า ITLOS มีประสงค์ที่จะปรับใช้หลักการระงับไว้ก่อนเพื่อเป็นฐานสำหรับการกำหนดมาตรการชั่วคราวในกรณีนี้

ในคดีนี้มีผู้พิพากษาจำนวนหนึ่งที่ได้แสดงความเห็นเอาไว้ที่น่าสนใจ ในความเห็นส่วนตัวของผู้พิพากษา Edward A. Laing ระบุว่าแม้ ITLOS กล่าวแต่เพียงว่าให้รัฐดำเนินการอย่างด้วยความรอบคอบและความระมัดระวังนั้น แต่ก็ยังเป็นข้อความที่เต็มไปด้วยความหมาย¹⁹ ซึ่งท่านได้พยายามอธิบายถึงแนวทางการระงับไว้ก่อนว่าได้รับการยอมรับในระดับระหว่างประเทศโดยพิจารณาจากตัวบทของอนุสัญญาหลายฉบับ²⁰ และความเห็นส่วนตัวของผู้พิพากษา Tullio Treves ได้ยืนยันว่าแนวทางการระงับไว้ก่อนนั้นแฝงอยู่ในคำสั่งของศาล²¹ นอกจากนี้ท่านยังเห็นว่าความเร่งด่วนเป็นเงื่อนไขของการปรับใช้แนวทางป้องกันไว้ก่อน²² เหตุผลของผู้พิพากษา Treves ที่ท่านได้แสดงมานี้ทำให้เห็นว่าการใช้หลักการระงับไว้ก่อนนั้นมีฐานมาจาก “ความเร่งด่วน” (urgency) ตามข้อ 290(5) ด้วยเช่นกัน

2. คดี MOX Plant

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า เมื่อปี ค.ศ. 1992 สหราชอาณาจักรได้อนุญาตให้บริษัท British Nuclear Fuels (BNFL) ก่อสร้างและดำเนินการโรงงานผลิตเชื้อเพลิงชนิดออกไซด์ผสม (หรือที่เรียกกันย่อ ๆ ว่า MOX) ณ เมืองเซลเลฟิลด์ (Sellafield) โดย MOX ที่ผลิตได้จากที่นี่จะถูกส่งออกไปยังประเทศอื่นโดยการขนส่งทางทะเลเป็นหลัก ก่อนการดำเนินการนั้นบริษัท BNFL ได้ทำการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมเนื่องจากเป็นเงื่อนไขของการได้รับอนุญาตให้สร้างโรงงานได้ ผลการประเมินระบุว่าโรงงานแห่งนี้จะปล่อยกัมมันตภาพรังสีออกมาในปริมาณน้อยมาก ต่อมาในปี ค.ศ. 1994 ทางกรของสหราชอาณาจักรจึงได้อนุญาตให้สร้างโรงงานได้ เมื่อการก่อสร้างแล้วเสร็จในอีกหนึ่งปีต่อมา บริษัท BNFL จึงได้ขออนุญาตดำเนินการโรงงานแห่งนี้ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดเอาไว้ว่าโรงงานจะต้องไม่ปล่อยกัมมันตภาพรังสีออกสู่สิ่งแวดล้อมในปริมาณที่ไม่สามารถยอมรับได้ ในท้ายที่สุดทางการของสหราชอาณาจักรได้พิจารณาอนุญาตให้ดำเนินการโรงงานได้ในเดือนธันวาคม ปี ค.ศ. 2001²³

¹⁷ Adriana Fabra, ‘The LOSC and the Implementation of the Precautionary Principle’ (1999) 10 Yearbook of International Environmental Law 15, 17 และ David Freestone, ‘Caution or Precaution: A Rose by Any Other Name?’ (1999) 10 Yearbook of International Environmental Law 15.

¹⁸ Nicolas de Sadeleer, *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules* (OUP 2002) 92.

¹⁹ *Southern Bluefin Tuna Order* (Sep. Op. Laing) para 13.

²⁰ *ibid* para 15.

²¹ *ibid* para 8.

²² *ibid* para 8.

²³ Robin Churchill and Joanne Scott, ‘The MOX Plant Litigation: The First Half-Life’ (2004) 53 International and Comparative Law Quarterly 643, 644.

ไอร์แลนด์ซึ่งเป็นประเทศเพื่อนบ้านมีความกังวลในประเด็นเรื่องของการสร้างโรงงาน MOX ที่เมือง Sellafield เป็นอย่างมาก เนื่องจากในช่วงหลายปีที่ผ่านมาปรากฏข้อมูลว่ามีการปล่อยสารกัมมันตภาพรังสีจากโรงงานที่เมือง Sellafield ลงสู่ทะเลไอริชในปริมาณที่ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเล และหากโรงงานยังดำเนินกิจการต่อไปก็ย่อมมีการปล่อยสารกัมมันตรังสีออกสู่ทะเลไอริชเพิ่มมากขึ้น ความกังวลอีกประการหนึ่งก็คือการขนส่งวัสดุกัมมันตภาพรังสีด้วยการขนส่งทางเรือในทะเลไอริชที่เพิ่มขึ้นอาจก่อให้เกิดความเสี่ยงอย่างมีนัยสำคัญที่จะเกิดอุบัติเหตุหรือการรั่วไหลได้²⁴

ความขัดแย้งระหว่างไอร์แลนด์และสหราชอาณาจักรในประเด็นดังกล่าวส่งผลทำให้มีการนำข้อพิพาทเข้าสู่กลไกการระงับข้อพิพาทต่าง ๆ เช่น อนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นตามความในอนุสัญญา OSPAR ศาลยุติธรรมแห่งยุโรป และองค์การระงับข้อพิพาทภายใต้ UNCLOS ซึ่งก็คือ อนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นตามความในภาคผนวก VII แห่ง UNCLOS ตลอดจน ITLOS ที่มีโอกาสได้พิจารณาคำร้องของไอร์แลนด์เพื่อขอให้ออกมาตรการชั่วคราวระหว่างที่รอการตั้งศาลอนุญาโตตุลาการตามข้อ 290(5) แห่ง UNCLOS หนึ่งในคำร้องของไอร์แลนด์คือการขอให้ ITLOS สั่งให้สหราชอาณาจักรระงับการอนุญาตให้สร้างโรงงาน MOX หรือมิเช่นนั้นแล้วก็ขอให้ ITLOS สั่งระงับการดำเนินงานกิจการโรงงานไปเสีย โดยไอร์แลนด์ระบุในคำร้องขอให้ ITLOS กำหนดมาตรการชั่วคราวว่า หลักการระงับไว้ก่อนเป็นกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศที่มีสถานะเป็นจารีตประเพณีแล้ว และด้วยเหตุนี้หลักการระงับไว้ก่อนจึงมีผลผูกพันรัฐคู่พิพาท²⁵ ไอร์แลนด์อ้างเหตุผลที่คล้ายกับความเห็นของผู้พิพากษา Treves ที่ได้แสดงไว้ในคดี *Southern Bluefin Tuna* และอ้างว่าหลักการระงับไว้ก่อนเป็นกรอบที่ศาลต้องใช้ประเมินความเร่งด่วนของมาตรการที่จำเป็นในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของโรงงาน MOX²⁶ การที่ไอร์แลนด์อ้างหลักการระงับไว้ก่อนนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อผลักดันการพิสูจน์ให้กับสหราชอาณาจักรที่จะต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์โดย “แสดงให้เห็นว่าไม่มีอันตรายใด ๆ เกิดขึ้นจากการระบายและผลที่ตามมาอื่น ๆ ของการดำเนินงานของโรงงานหากยังมีการดำเนินการต่อไป”²⁷ ส่วนสหราชอาณาจักรยืนยันว่าเนื่องจากในคดีนี้ปราศจากข้อพิสูจน์และข้อเท็จจริงของคดีนี้ ศาลจึงไม่อาจใช้หลักการระงับไว้ก่อนได้²⁸

ในคดีนี้ ITLOS ไม่ได้ออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวตามที่ไอร์แลนด์ร้องขอ เนื่องจาก ITLOS เห็นว่าในกรณีนี้เป็นสถานการณ์ที่ไม่เร่งด่วนที่จำเป็นต้องกำหนดมาตรการชั่วคราวตามข้อ 290(5) อย่างไรก็ตาม ITLOS เห็นว่าตนสามารถกำหนดมาตรการที่แตกต่างจากที่ร้องขอได้²⁹ ITLOS พิจารณาแล้วเห็นว่าไอร์แลนด์และสหราชอาณาจักรต้องใช้ “ความรอบคอบและระมัดระวัง” (วลีเดียวกันที่ ITLOS เคยกล่าวเอาไว้ในคดี *Southern Bluefin Tuna*) ที่จะ “ร่วมมือกันในการแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับความเสี่ยงหรือผลกระทบของการดำเนินงาน

²⁴ ibid 644.

²⁵ Request for Provisional Measures and Statement of Case Submitted on Behalf of Ireland, para 97.

²⁶ ibid para 97.

²⁷ *MOX Plant case (Ireland v United Kingdom)* (Provisional Measures, Order of 3 December 2001) ITLOS Reports, para 71. (*MOX Plant Order*)

²⁸ *MOX Plant Order*, para 75.

²⁹ ibid para 83.

ของโรงงาน”³⁰ รวมไปถึงติดตามความเสี่ยงหรือผลกระทบของการดำเนินงานของโรงงานและกำหนดมาตรการที่เหมาะสมในการป้องกันมลภาวะต่อสิ่งแวดล้อม คดีนี้เป็นอีกครั้ง ITLOS ไม่ได้อภิปรายเกี่ยวกับสถานะของหลักการระงับไว้ก่อนในกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ ITLOS ได้เชื่อมโยงการใช้ความรอบคอบและความระมัดระวังกับหน้าที่ในเชิงกระบวนการ ซึ่งในคดีนี้คือการร่วมมือกันระหว่างรัฐ แต่อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตบางประการว่า ในคดีนี้ ITLOS ไม่ได้อภิปรายเรื่องความไม่แน่นอนทางวิทยาศาสตร์หรือความเสี่ยงต่อการเกิดความเสียหาย ดังนั้นจึงไม่ชัดเจนว่า ITLOS ตั้งใจที่จะใช้หลักการระงับไว้ก่อนจริงหรือไม่³¹

3. คดี *Land Reclamation*

มูลเหตุแห่งข้อพิพาทในคดีนี้คือ สิงคโปร์ได้เริ่มโครงการถมทะเลบริเวณเกาะปูเลาเตกอง (Pulau Tekong) และเกาะปูเลาอุบิน (Pulau Ubin) ซึ่งทั้งสองเกาะนี้ตั้งอยู่ใกล้กับเขตแดนทางทะเลระหว่างทั้งสองประเทศ ตลอดจนการถมทะเลบริเวณ Tuas ในปี ค.ศ. 2002 มาเลเซียได้ประท้วงโครงการดังกล่าวโดยอ้างว่าการถมทะเลได้รุกล้ำดินแดนของมาเลเซีย กล่าวคือ การกระทำของสิงคโปร์ได้ก่อให้เกิดมลพิษที่สร้างความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมภายในทะเลอาณาเขตของตน นอกจากนั้นยังก่อให้เกิดอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเลในช่องแคบยะโฮร์ ทำให้ท่าเทียบเรือได้รับความเสียหาย ชาวประมงที่หาเลี้ยงชีพในช่องแคบยะโฮร์จับปลาได้น้อยลง ประมาณหนึ่งปีต่อมามาเลเซียได้ยื่นฟ้องคดีเอาสิงคโปร์เป็นจำเลยภายใต้กลไกระงับข้อพิพาทภายใต้ UNCLOS ในกรณีนี้ข้อพิพาทที่มีเขตอำนาจคือศาลอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นตามความในภาคผนวก VII แห่ง UNCLOS โดยในระหว่างที่รอการตั้งศาลอนุญาโตตุลาการมาเลเซียได้ยื่นคำร้องขอให้ ITLOS กำหนดมาตรการชั่วคราวตามข้อ 290(5) แห่ง UNCLOS

ในชั้นการขอให้ ITLOS กำหนดมาตรการชั่วคราว มาเลเซียกล่าวหาว่าการดำเนินกิจกรรมการถมทะเลในช่องแคบยะโฮร์ของสิงคโปร์เป็นละเมิดพันธกรณีที่กำหนดอยู่ใน UNCLOS ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองและการรักษาสีงแวดล้อมทางทะเล นอกจากนั้นมาเลเซียยังได้หยิบยกหลักการระงับไว้ก่อนขึ้นเพื่อให้ ITLOS พิจารณาโดยอ้างตัวบทใน UNCLOS หลายข้อและระบุว่า “หลักการระงับไว้ก่อน ซึ่งตามกฎหมายระหว่างประเทศจะต้องชี้้นำให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งให้มีการปรับใช้และการปฏิบัติตามพันธกรณีเหล่านั้น”³² สิงคโปร์ปฏิเสธข้อกล่าวหาและแย้งว่าไม่มีช่องให้นำหลักการระงับไว้ก่อนมาใช้ในกรณีนี้ได้เลย³³ เพราะไม่ปรากฏว่าจะมีอันตรายใด ๆ ที่อาจคาดหมายได้จากงานถมทะเล

ITLOS พิจารณาคำร้องของมาเลเซียและได้ออกมาตรการชั่วคราวตามคำร้อง แต่ในเนื้อหาของคำสั่งนั้นกลับไม่พบว่า ITLOS ได้อภิปรายถึงหลักการระงับไว้ก่อนเลย มีแต่เพียงการสรุปข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่าไม่มีการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมจากการดำเนินกิจกรรมในพื้นที่ด้านตะวันออกของปูเลาเตกอง³⁴ และวินิจฉัยว่า

³⁰ ibid para 84.

³¹ Tim Stephens, *International Courts and Environmental Protection* (CUP 2009) 234.

³² *Land Reclamation in and around the Straits of Johor (Malaysia v Singapore)* (Provisional Measures, Order of 8 October 2003) ITLOS Reports 2003, para 74. (*Land Reclamation Order*)

³³ *Land Reclamation Order*, para 75.

³⁴ ibid para 95.

งานถมทะเลอาจส่งผลเสียต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเล³⁵ แม้ ITLOS พึงข้อเท็จจริงเป็นที่ยุติตั้งนั้นแล้ว แต่กลับไม่ปรับใช้หลักการระวังไว้ก่อนและสั่งให้ระงับกิจกรรมที่สิงคโปร์กำลังดำเนินอยู่ แต่ ITLOS กลับกล่าววาทีที่คุ้นเคยซ้ำอีกครั้งในคำสั่งของตน นั่นคือวาที “ความรอบคอบและความระมัดระวัง” และให้ทั้งสองฝ่ายร่วมมือกันในการ “สร้างกลไกในการแลกเปลี่ยนข้อมูลและประเมินความเสี่ยงหรือผลกระทบของงานถมทะเล และคิดหาวิธีจัดการในพื้นที่ที่เกี่ยวข้อง”³⁶ ITLOS ยังได้สั่งให้คู่พิพาทจัดตั้งกลุ่มผู้เชี่ยวชาญอิสระ (independent experts) ขึ้นเพื่อทำหน้าที่ศึกษาผลกระทบของการถมทะเลของสิงคโปร์และเพื่อเสนอมาตรการที่เหมาะสมในการจัดการกับผลกระทบใด ๆ ที่เกิดขึ้น³⁷ คดีนี้ ITLOS ใช้คำว่า “ความรอบคอบและความระมัดระวัง” โดยยึดโยงกับหน้าที่ในเชิงกระบวนการซึ่งในกรณีนี้คือการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมและหน้าที่ในการให้ร่วมมือ เมื่อพิจารณาเนื้อหาของแนววินิจฉัยของ ITLOS ในคดีนี้จะพบว่ามีความคล้ายคลึงกับคดี *MOX Plant* เป็นอย่างมาก³⁸

4. กรณี *Advisory Opinion on Activities in the Area*

กรณี *Advisory Opinion on Activities in the Area* ไม่ได้เป็นคดีความที่รัฐมีข้อพิพาทกันแต่อย่างใด แต่เป็นกรณีที่องค์กรพื้นดินท้องทะเลระหว่างประเทศ (International Seabed Authority, ISA) ได้ขอให้องค์คณะว่าด้วยข้อพิพาทที่เกี่ยวกับพื้นดินท้องทะเลแห่งศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศ (SDC) ออกความเห็นในประเด็นข้อกฎหมายที่ตนได้ตั้งเป็นคำถามเอาไว้ในคำร้อง ก่อนอื่นต้องอธิบายในเบื้องต้นก่อนว่า ISA เป็นหน่วยงานที่ได้รับการสถาปนาขึ้นภายใต้ UNCLOS ให้มีหน้าที่รับผิดชอบในการจัดระเบียบและควบคุมกิจกรรมที่ดำเนินการบนพื้นดินทะเล พื้นมหาสมุทร และดินใต้ผิวดินที่อยู่นอกเขตอำนาจรัฐ (หรือเรียกว่า “บริเวณพื้นที่” (The Area)) ในภาพรวมแล้ว ISA มีหน้าที่ในการบริหารจัดการทรัพยากรในบริเวณพื้นที่โดยอาศัยฐานกฎหมายที่กำกับดูแลการสำรวจและการแสวงประโยชน์ในบริเวณพื้นที่คือ ภาค XI แห่ง UNCLOS และ Agreement Relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea ในส่วนของผู้ที่ จะดำเนินกิจกรรมในบริเวณพื้นที่ได้นั้นบทบัญญัติในข้อ 153(2) ระบุว่าอาจดำเนินการโดย 1) วิสาหกิจ (Enterprise) หรือ 2) โดยรัฐภาคี รัฐวิสาหกิจ หรือบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลผ่านการอุปถัมภ์โดยรัฐภาคี (sponsoring state) กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำเหมืองใต้ทะเลลึกยังมีรายละเอียดปรากฏอยู่ในตราสารสำคัญอีก 2 ฉบับ ที่มีผลผูกพันทางกฎหมายและเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้กับกิจกรรมการสำรวจในบริเวณพื้นที่ คือ Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area (หรือ Nodules Regulations)³⁹

³⁵ *Land Reclamation Order*, para 96.

³⁶ *ibid* para 99.

³⁷ *ibid* paras 99, 101(1)(a).

³⁸ Lan Ngoc Nguyen, *The Development of the Law of the Sea by UNCLOS Dispute Settlement Bodies* (CUP 2023) 191.

³⁹ Regulation 31, paragraph 2 of the Nodules Regulations “In order to ensure effective protection for the marine environment from harmful effects which may arise from activities in the Area, the Authority and sponsoring States shall apply a precautionary approach, as reflected in principle 15 of the Rio Declaration, and best environmental practices.” และ Regulation 33, paragraph 2 of the Sulphides Regulations ซึ่งมีข้อความเดียวกันปรากฏอยู่

และ Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Sulphides in the Area (หรือ Sulphides Regulations) ซึ่งตราสารทั้งสองฉบับนี้ได้ระบุถึงหลักการระวังไว้ก่อนเอาไว้อย่างชัดเจน ด้วยเหตุนี้ หลักการระวังไว้ก่อนจึงมีผลผูกพันรัฐที่ให้การอุปถัมภ์

เบื้องหลังของการขอความเห็นในประเด็นข้อกฎหมายมีที่มาจากกรณีที่นาอูรูและตองกาซึ่งเป็นรัฐกำลังพัฒนาในหมู่เกาะแปซิฟิกได้ยื่นคำร้องต่อ ISA เพื่อขออนุญาตสำรวจก้อนแร่โพลีเมทัลลิก แต่เนื่องจากทั้งสองประเทศไม่มีความรู้ด้านเทคนิคและไม่มีความพร้อมทางด้านการเงินที่จะสำรวจและทำเหมืองได้ทะเลลึกในบริเวณพื้นที่ได้เพียงลำพัง จึงต้องเปิดโอกาสให้องค์กรภาคเอกชนเข้ามาร่วมดำเนินกิจกรรม บริษัทที่ได้รับการสนับสนุนจากนาอูรู คือ Nauru Ocean Resources Incorporated (NORI) เพื่อดำเนินกิจกรรมการสำรวจก้อนโลหะโพลีเมทัลลิกในเขตที่เรียกว่า Clarion-Clipperton (CCZ) ส่วนตองกานั้นให้การสนับสนุนบริษัท Tonga Offshore Mining Limited (TOML) ด้วยเหตุที่นาอูรูและตองกาให้การสนับสนุนบริษัทเอกชน จึงมีประเด็นข้อกฎหมายที่จะต้องพิจารณาว่าในกรณีนี้หน้าที่ตามกฎหมายของทั้งสองประเทศเป็นอย่างไร ISA จึงได้ยื่นคำร้องขอให้ SDC ออกความเห็นประเด็นต่าง ๆ เช่น อะไรคือความรับผิดชอบและพันธกรณีของรัฐภาคีเกี่ยวกับการสนับสนุนกิจกรรมในพื้นที่ และอะไรคือมาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมซึ่งรัฐที่ให้การอุปถัมภ์ต้องดำเนินการ ความเห็นของ SDC ในส่วนที่เกี่ยวกับหลักการระวังไว้ก่อน สามารถสรุปเป็นประเด็นได้ดังต่อไปนี้

(1) SDC ได้ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับสถานะของหลักการระวังไว้ก่อนเอาไว้ว่า “แนวทางการระวังไว้ก่อนได้ถูกบรรจุอยู่ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศและตราสารอื่น ๆ จำนวนมากขึ้นเรื่อย ๆ ซึ่งหลายฉบับสะท้อนถึงข้อกำหนดของหลักการที่ 15 ของปฏิญญาริโอ ในมุมมองขององค์คณะฯ สิ่งนี้ได้เริ่มก่อให้เกิดแนวโน้มที่จะทำให้แนวทางนี้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แนวโน้มนี้ได้รับการหนุนเสริมอย่างชัดเจนจากการนำเอาแนวทางการระวังไว้ก่อนไปบรรจุไว้ในข้อบังคับและใน “ข้อบทมาตรฐาน” ในภาคผนวก 4 หัวข้อ 5.1 ของข้อบังคับซัลไฟด์”⁴⁰ เราอาจแปลว่าจากความเห็นของ SDC ได้ว่า หลักการระวังไว้ก่อนใกล้มีสถานะของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

(2) SDC ได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับ หลักการที่ 15 ของปฏิญญาริโอ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเงื่อนไขของการใช้หลักการระวังไว้ก่อนในเรื่องระดับความระดับของความเสียหายว่าจำกัดเฉพาะกรณีที่เป็น “ความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่สามารถทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิมได้” (serious or irreversible damage) และมาตรการที่ต้องใช้ต้องจำกัดเพียงแค่มาตรการที่มีประสิทธิผลและคุ้มค่า (cost-effective measures) เท่านั้น⁴¹ และในแง่ของการนำหลักการดังกล่าวไปใช้นั้นปฏิญญาริโอมีความยืดหยุ่นมากสังเกตได้จากวลีที่ระบุไว้ให้ใช้ “ตามความสามารถของตน” (according to their capabilities)⁴² SDC ตีความว่าในบริบทของกิจกรรมการสำรวจในบริเวณพื้นที่นั้น “ข้อกำหนดสำหรับการปฏิบัติตามพันธกรณีที่จะต้องใช้แนวทางระวังไว้ก่อนอาจเข้มงวดกับประเทศที่พัฒนาแล้ว

⁴⁰ *Responsibilities and obligations of States with respect to Activities in the Area* (Advisory Opinion, 1 February 2011) ITLOS Reports 2011, para 135. (Advisory Opinion on Activities in the Area)

⁴¹ *Advisory Opinion on Activities in the Area*, para 128.

⁴² *ibid* para 129.

มากกว่ารัฐผู้สนับสนุนที่กำลังพัฒนา”⁴³ ความเห็นของ SDC จึงเป็นการเชื่อมโยงหลักการระวังไว้ก่อนและหลักความรับผิดชอบร่วมกันในระดับที่แตกต่างกัน (Common but Differentiated Responsibilities (CBDR)) เข้าด้วยกัน ซึ่งเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ⁴⁴

(3) SDC ได้ผูกโยงหลักการระวังไว้ก่อนกับการใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่กรณี (due diligence) โดยระบุว่า

“The due diligence obligation of the sponsoring States requires them to take all appropriate measures to prevent damage that might result from the activities of contractors that they sponsor. This obligation applies in situations where scientific evidence concerning the scope and potential negative impact of the activity in question is insufficient but where there are plausible indications of potential risks. A sponsoring State would not meet its obligation of due diligence if it disregarded those risks. Such disregard would amount to a failure to comply with the precautionary approach.”⁴⁵

จากความเห็นข้างต้นสรุปได้ว่ารัฐภาคีผู้อุปถัมภ์มีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่กรณีที่จะต้องดำเนินการที่เหมาะสมทั้งปวงเพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากกิจกรรมของผู้รับงาน (contractors) ที่รัฐให้การสนับสนุน แม้ไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์หรือไม่เพียงพอที่จะบ่งชี้ถึงผลกระทบเชิงลบที่อาจเกิดขึ้นจากกิจกรรม แต่เป็นกรณีที่มีข้อบ่งชี้ที่น่าเชื่อถือว่าจะมีความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นได้ ในกรณีเช่นว่านี้รัฐภาคีผู้อุปถัมภ์มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่กรณี หากเพิกเฉยต่อความเสี่ยงเหล่านั้นจะถือเป็นการไม่ปฏิบัติตามแนวทางการระวังไว้ก่อน อาจกล่าวได้ว่า SDC ได้วิเคราะห์โครงสร้างและความหมายของหลักการป้องกันไว้ก่อนตามที่ปรากฏในหลักการที่ 15 ของปฏิญญาริโอ ตลอดจนอธิบายความหมายและการใช้หลักการระวังไว้ก่อนอย่างละเอียดเมื่อเทียบกับคดีพิพาทก่อนหน้านี้ทั้ง 3 คดี

5. บทวิจารณ์แนววินิจฉัยและความเห็นขององค์กรระดับข้อพิพาทภายใต้ UNCLOS

ในการวิจารณ์ผู้เขียนใช้กรอบวิเคราะห์จากแนวคิดของหลักการระวังไว้ก่อนที่ปรากฏอยู่ในคำอธิบายทางวิชาการในเรื่องนี้อันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป ตลอดจนการเฝ้าสังเกตพัฒนาการของหลักการนี้จากคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการประกอบด้วย

5.1 สถานะของหลักการระวังไว้ก่อน

แม้หลักการระวังไว้ก่อนนั้นได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางว่าเป็นหลักการสำคัญในการปกป้องสิ่งแวดล้อม อีกทั้งการที่แนวปฏิบัติว่าด้วยเรื่องการระวังไว้ก่อนได้รับการบรรจุอยู่ในความตกลงระหว่างประเทศ

⁴³ ibid para 161.

⁴⁴ Philippe Cullet, ‘Common but Differentiated Responsibility’ in Jorge E. Viñuales (ed), *The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary* (OUP 2015) 229.

⁴⁵ ibid para. 131.

หลายฉบับ ทำให้เกิดคำถามขึ้นว่าหลักการนี้มีสถานะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่ จากแนววินิจฉัยและความเห็นขององค์กรระงับข้อพิพาทภายใต้ UNCLOS จะพบว่า ITLOS ไม่ได้กล่าวถึงหลักการระงับไว้ก่อนอย่างชัดเจนในคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว แต่คำว่า “ความรอบคอบและความระมัดระวัง” ที่ ITLOS ใช้ นั้น “เทียบเท่ากับการกระทำโดยใช้แนวทางป้องกันไว้ก่อน”⁴⁶ และ ITLOS ค่อนข้างมีความระมัดระวังอย่างมากที่จะไม่วินิจฉัยเรื่องสถานะของหลักการระงับไว้ก่อน แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณี *Advisory Opinion on Activities in the Area* มีการกล่าวถึงสถานะบางประการของหลักการระงับไว้ก่อน SDC ได้ให้ความเห็นว่ามีแนวโน้มในประการที่ทำให้หลักการระงับไว้ก่อนกลายมาเป็นส่วนหนึ่งของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แม้ว่าความเห็นของ SDC จะไม่ได้ชี้ชัดลงไปว่าเป็นจารีตประเพณีหรือไม่ แต่ถือได้ว่าเป็นการยืนยันถึงความสำคัญของหลักการนี้โดยองค์กรตุลาการโดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริบทของกฎหมายทะเล และนับเป็นครั้งแรกที่ศาลระหว่างประเทศวิเคราะห์โครงสร้างและความหมายของหลักการป้องกันไว้ก่อนตามที่ปรากฏในหลักการที่ 15 ของปฏิญญาริโอ ตลอดจนอธิบายความหมายและการใช้หลักการระงับไว้ก่อน ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า SDC เป็นผู้บุกเบิกในการนำหลักการระงับไว้ก่อนมาใช้ในการให้ความเห็นและถือว่าก้าวหน้ากว่าศาลระหว่างประเทศอื่น ๆ เช่น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เช่น ในคดี *Pulp Mills* ศาลเพียงกล่าวสั้น ๆ ว่า “แนวทางการระงับไว้ก่อนอาจเกี่ยวข้องในการตีความและการใช้บทบัญญัติของธรรมนูญ”⁴⁷ นอกเหนือจากนั้นก็แค่เพียงความเห็นส่วนตัวหรือความเห็นแย้งของผู้พิพากษาเท่านั้น⁴⁸ ผลของความเห็นฉบับนี้มีความสำคัญเป็นอย่างมาก เพราะนอกจากองค์กรตุลาการได้ยืนยันว่าเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับจากนานาอารยประเทศแล้ว ยังเป็นการอธิบายสิ่งที่ปรากฏอยู่เพียงในตำราหรือคำอธิบายของนักวิชาการให้ปรากฏในฐานะที่เป็นการตีความความโดยองค์กรผู้มีอำนาจในการตีความและนำเชื่อถือมีน้ำหนัก ตลอดจนเป็นการสร้างแนววินิจฉัยที่ศาลอื่นอาจหยิบยกขึ้นมากล่าวอ้างในคดีที่มีข้อเท็จจริงเดียวกัน ซึ่งเมื่อกาลเวลาผ่านไปอีกสักระยะหลักการระงับไว้ก่อนอาจตกผลึกจนกลายมาเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันทุกรัฐในประชาคมระหว่างประเทศให้ต้องปฏิบัติตาม

5.2 ความเชื่อมโยงของหลักการระงับไว้ก่อนกับหลักการอื่น ๆ

คดี *MOX Plant* และ คดี *Land Reclamation* นั้น ITLOS ได้กล่าวถึงความเชื่อมโยงระหว่างหลักการระงับไว้ก่อนและพันธกรณีในเชิงกระบวนการมาบ้าง เช่น หน้าที่ของรัฐคู่พิพาทที่จะต้องให้ความร่วมมือและการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมซึ่งเป็นหน้าที่ในเชิงกระบวนการ นอกจากนั้นในกรณี *Advisory Opinion on Activities in the Area* นั้น SDC ได้ขยายความสัมพันธ์ระหว่างการระงับไว้ก่อนให้เชื่อมโยงเกาะเกี่ยวไปยังหลักความรับผิดชอบร่วมกันในระดับที่แตกต่างกันและการใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่กรณี ทำให้การปฏิบัติ

⁴⁶ Vladimir Golitsyn, ‘Agenda Item 74(a) “Oceans and The Law of the Sea”’ (9 December 2014) at the Plenary of the Sixty-Ninth Session of the United Nations General Assembly, 22.

⁴⁷ ธรรมนูญในที่นี่ หมายถึง ธรรมนูญแห่งแม่น้ำอุรุกวัย *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay)* [2010] ICJ Rep 14. (*Pulp Mills*)

⁴⁸ ดู *Pulp Mills* (Judgment, Sep Op Antônio Augusto Cançado Trindade) paras 62–92; *Whaling in the Antarctic (Australia v Japan: New Zealand intervening)* [2014] ICJ Rep 226 (Judgment, Sep Op Judge ad hoc Charlesworth) paras 6–9.

ตามหลักการระงับไว้ก่อนเกิดความชัดเจนและมีเนื้อหาสาระที่เพิ่มเติมมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเชื่อมโยงกับหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังตามสมควรที่ศาลระหว่างประเทศอื่น ๆ เคยวินิจฉัยและวางหลักเอาไว้บ้างแล้ว เช่น ในคดี *Pulp Mills* ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วางแนววินิจฉัยเอาไว้ว่าหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่กรณีประกอบไปด้วยออกกฎเกณฑ์และมาตรการที่เหมาะสม ตลอดจนการบังคับการให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์และมาตรการที่กำหนดขึ้น การใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่กรณีไม่มีเนื้อหาสาระที่ตายตัวเปลี่ยนแปลงไม่ได้ แต่เป็นสิ่งที่ขึ้นอยู่กับบริบทและเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลาและตามองค์ความรู้ทางวิทยาศาสตร์และการพัฒนาทางด้านเทคโนโลยี มาตรการที่ถือว่าได้ “ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอ” ณ ขณะหนึ่ง อาจไม่ถือว่าเพียงพออีกต่อไปหากมีการพัฒนาองค์ความรู้ทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีเจริญรุดหน้าไป⁴⁹ ดังนั้น ในคดี *Pulp Mills* ศาลจึงได้ตั้งข้อสังเกตว่าการใช้ความระมัดระวังนั้นเกี่ยวข้องกับการพิจารณาเทคโนโลยีที่นำมาใช้อย่างรอบคอบในการดำเนินกิจกรรม⁵⁰ SDC ให้ความเห็นไปในทางเดียวกันว่า มาตรการนั้นไม่อาจเหมาะสมไปได้ตลอดกาล และควรทบทวนเพื่อให้แน่ใจว่ามาตรการเหล่านั้นเป็นไปตามมาตรฐานความระมัดระวังที่ทันสมัยอยู่เสมอ⁵¹

ด้วยเหตุนี้ SDC ได้ทำให้หลักการระงับไว้ในบริบทของการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลที่แต่เดิมยังมีความคลุมเครือหรือมีเนื้อหาสาระที่กำหนดเอาไว้กว้าง ๆ มีความเฉพาะเจาะจงมากขึ้นและรัฐสามารถนำหลักการระงับไว้ก่อนไปปฏิบัติจริงผ่านการเชื่อมโยงหลักการระงับไว้ก่อนกับหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่กรณี ในแง่นี้ความเห็นของ SDC จึงมีนัยสำคัญต่อหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเลเป็นอย่างมาก

คดี/กรณี	แนววินิจฉัย
คดี <i>Southern Bluefin Tuna</i>	รัฐคู่พิพาทควรดำเนินการอย่างรอบคอบและระมัดระวัง
คดี <i>MOX Plant</i>	- อ้างถึงวลี “ความรอบคอบและระมัดระวัง” - เชื่อมโยงกับหน้าที่ในการให้ความร่วมมือ
คดี <i>Land Reclamation</i>	- อ้างถึงวลี “ความรอบคอบและระมัดระวัง” - เชื่อมโยงกับหน้าที่ในการให้ความร่วมมือและการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม

⁴⁹ *Advisory Opinion with Respect to Activities in the Area*, para. 117.

⁵⁰ *Pulp Mills*, para. 223.

⁵¹ *Advisory Opinion with Respect to Activities in the Area*, para. 222.

คดี/กรณี	แนววินิจฉัย
กรณี <i>Advisory Opinion on Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area</i>	● เชื่อมโยงกับหลักความรับผิดชอบร่วมกันในระดับที่แตกต่างกันและการใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่กรณี ● วินิจฉัยเรื่องสถานะว่ามีแนวโน้มไปสู่การเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ตาราง 1: สรุปแนววินิจฉัยขององค์กรตุลาการที่เกี่ยวกับการระวางไว้ก่อน

บทสรุป

หัวใจของหลักการระวางไว้ก่อนคือการไม่ยอมรับว่าวิทยาศาสตร์สามารถเป็นเครื่องนำทางให้กับผู้กำหนดนโยบายได้อย่างสมบูรณ์แบบในทุกกรณี ความแน่นอนทางวิทยาศาสตร์ไม่ใช่ข้อกำหนดเบื้องต้นสำหรับการดำเนินการด้านสิ่งแวดล้อม เพราะปัญหาของการรอกันว่าจะมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ชัดเจนทั้งหมดให้ปรากฏเสียก่อนจึงจะดำเนินการควบคุมความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นคือหายนะหรือโศกนาฏกรรมทางสิ่งแวดล้อมแต่อย่างไรก็ตามหลักการระวางไว้ก่อนยังมีความไม่ชัดเจนในหลาย ๆ เรื่อง อาทิ สถานะของหลักการระวางไว้ก่อนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศและเนื้อหาเชิงบรรทัดฐานของหลักการระวางไว้ก่อนที่ยังคงคลุมเครือจึงไม่สามารถสกัดหลักทั่วไปออกมาปรับใช้ได้ บทความฉบับนี้ได้นำเสนอทัศนคติของ ITLOS ที่มีต่อหลักการระวางไว้ก่อนและแนววินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับหลักการระวางไว้ก่อนในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเลในช่วงหลายปีที่ผ่านมา วลีที่ศาลมักเอ่ยถึงอยู่เสมอคือให้รัฐคู่พิพาทใช้ความระมัดระวังซึ่งมีความหมายเหมือนกันในทุกคดี มีพัฒนาการไปในทิศทางที่ชัดเจนขึ้นเป็นลำดับ จากเดิมที่องค์กรตุลาการไม่ได้กล่าวถึงหลักการนี้โดยตรงและไม่ได้อธิบายความในเรื่องของการปรับใช้หลักการนี้มากนักแต่ในระยะหลังมานี้กลับมามีความชัดเจนขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ อาจกล่าวได้ว่า ITLOS มีส่วนในการอธิบายเสริมและขยายความองค์ประกอบบางประการของเนื้อหาเชิงบรรทัดฐานของหลักการระวางไว้ก่อน ตลอดจนยืนยันสถานะของหลักการนี้ที่แม้จะไม่ยอมรับสถานะของหลักการระวางไว้ก่อนให้เป็นจารีตประเพณีอย่างชัดเจนก็ตามแต่ก็เป็นศาลระหว่างประเทศเดียวจนถึงปัจจุบันที่เห็นว่าให้หลักการระวางไว้ก่อนนั้นมีแนวโน้มที่จะพัฒนากลายเป็นจารีตประเพณีได้ทั้ง ๆ ที่หลักการระวางไว้ก่อนเป็นหลักการเพื่อก่อตัวขึ้น อีกทั้งมีเนื้อหาที่คลุมเครือและยังคงมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับเรื่องสถานะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่ ITLOS ยอมรับให้หลักการระวางไว้ก่อนเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของการใช้และตีความยอมแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า ITLOS มีท่าทีที่เปิดรับและไม่ยึดติดที่จะตีความตัวบท UNCLOS ไปในทิศทางที่สอดคล้องพัฒนาใหม่ ๆ เป็นการปฏิบัติต่อ UNCLOS ในฐานะที่เป็นตราสารระหว่างประเทศที่สามารถวิวัฒนาการไปตามยุคสมัยได้ ในแง่นี้ ถือเป็นแนวโน้มที่ดี เพราะองค์กรได้แสดงให้เห็นถึงท่าทีที่เปิดรับหลักการใหม่ ๆ ในกฎหมายสิ่งแวดล้อมที่เป็นกฎหมายสาขาใหม่ หลักการที่จะเกิดขึ้นในอนาคตต่อไปนี้อาจอยู่นอกเหนือไปจากหลักการพื้นฐานเดิมที่มีวิวัฒนาการมาอย่างยาวนาน เช่น หลักความยุติธรรมระหว่างคนต่างรุ่น ซึ่งจะเป็นผลดีต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของโลกโดยรวม