

**ข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักการป้องกัน (Principle of Prevention)
และหลักการระงับไว้ก่อน (Precautionary Principle) ในกฎหมายสิ่งแวดล้อม
ของเครือรัฐออสเตรเลียและประเทศไทย**

**Considerations Regarding the “Principle of Prevention” and the “Precautionary
Principle” in Environmental Laws in Thailand and the Commonwealth of Australia**

อรภัทร ตริยมงคลกุล*

รับบทความเมื่อ 24 พฤษภาคม 2567

แก้ไขบทความเมื่อ 31 กรกฎาคม 2567

ตอบรับบทความเมื่อ 22 สิงหาคม 2567

บทคัดย่อ

หลักการป้องกัน (Principle of Prevention) และหลักการระงับไว้ก่อน (Precautionary Principle) เป็นหลักการทางสิ่งแวดล้อมที่ได้รับการยอมรับกันอย่างกว้างขวางทั้งในระดับกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ สำหรับในประเทศไทยนั้น ยังไม่มีความชัดเจนเกี่ยวกับเงื่อนไข และขอบเขตในการใช้ทั้งสองหลักการนี้ทั้งในบทบัญญัติแห่งกฎหมายและในการวินิจฉัยคดีของศาล บทความนี้จะนำเสนอข้อมูลและบทวิเคราะห์ในแง่มุมดังกล่าว โดยศึกษาเปรียบเทียบกรณีของประเทศไทย กับเครือรัฐออสเตรเลียซึ่งเป็นประเทศแรก ๆ ที่นำหลักการระงับไว้ก่อนมากำหนดไว้ในระดับนโยบาย และในกฎหมายของตน จากการศึกษาปรากฏว่า แนวทางในการปรับใช้ทั้งสองหลักการของเครือรัฐออสเตรเลีย มีความชัดเจนมากกว่าในประเทศไทย เนื่องจากมีกฎหมายหลักด้านการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมรับรอง หลักการดังกล่าวโดยเฉพาะหลักการระงับไว้ก่อนไว้โดยตรง และศาลได้วินิจฉัยเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การใช้ และความแตกต่างระหว่างสองหลักการนี้ด้วย ส่วนในประเทศไทยนั้น สถานะของทั้งสองหลักการนี้โดยทั่วไป ยังไม่ชัดเจนนัก แม้จะปรากฏแนวคิดของทั้งสองหลักการในกฎหมายหลายฉบับและเริ่มมีกฎหมายเฉพาะ บางฉบับบัญญัติรับรองไว้โดยตรง สำหรับการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองไทย ปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่า ศาลปกครองได้วางแนวทางหรือหลักเกณฑ์ในการปรับใช้หรือวินิจฉัยแบ่งแยกทั้งสองหลักการออกจากกัน อย่างชัดเจนแต่อย่างใด โดยศาลมักจะวินิจฉัยไปตามแนวคิดที่ว่า “การป้องกันดีกว่าการแก้ไข” ในส่วนท้าย ของบทความนี้ ผู้เขียนได้มีข้อเสนอแนะว่าควรเพิ่มเติมบทบัญญัติที่รับรองหลักการป้องกันและหลักการ ระงับไว้ก่อนอย่างชัดเจนและกำหนดหลักเกณฑ์ในการใช้และนิยามของทั้งสองหลักการไว้ในกฎหมายต่าง ๆ

*

Master of Environmental Law, The University of Melbourne, Australia, พนักงานคดีปกครองชำนาญการ
กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน 3 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง



ให้มากขึ้น โดยเฉพาะในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 และโดยที่องค์ความรู้หรือข้อมูลทางวิทยาศาสตร์มีบทบาทที่สำคัญมากต่อการปรับใช้หลักการดังกล่าว ในการพิจารณาตีปกรองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมของศาล กระบวนการในการคัดเลือกและตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญจึงเป็นเรื่องที่ต้องให้ความสำคัญเป็นอย่างยิ่งทั้งในเรื่องของคุณสมบัติและความเป็นกลาง

คำสำคัญ : ป้องกัน, ป้องกันล่งหน้า, ระวังไว้ก่อน, กฎหมายสิ่งแวดล้อม, ออสเตรเลีย, ศาลปกครอง, พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535

Abstract

“The Principle of Prevention” and “The Precautionary Principle” are environmental principles, widely acknowledged both internationally and domestically. In Thailand, however, there are no clear criteria and scope of their application provided in laws or by the courts. This article presents the information and analysis of these principles, comparing their criteria and scope of application in Thailand and the Commonwealth of Australia one of the first few countries to incorporate the Precautionary Principle into domestic policies and laws. The study finds that the applications of these principles in Australia are more concrete than in Thailand, because the core environmental statutes explicitly recognize these principles, especially the Precautionary Principle. In addition, Australian courts have been laying down precedents that articulate the criteria for applying these principles and the differences between them. As for Thailand, generally, the status of these principles is less explicit, although their concepts have been embraced in several legislations and certain specific laws have directly recognized them. With regard to the legal cases, there have not been any articulations on guidelines or criteria for applications of these principles or any attempts to explicitly distinguish them by the Administrative Court of Thailand. In Practice, the courts tend to make decision based on the basic notation of “It is better safe than sorry”. In the final part of this article, recommendations are proposed by the author. First, statutory provisions explicitly recognizing the Principle of Prevention and the Precautionary Principle, as well as setting forth the application criteria and clear definitions, should be increasingly inserted into Thai laws, especially the Enhancement and Conservation of the National Environmental Quality Act, B.E. 2535 (1992). Additionally, as the scientific knowledge or information plays significant roles in the application of the said principles in the court proceedings of the administrative environmental cases, the appointment of expert witnesses should be regarded as highly important, both in the aspects of qualification and impartiality.

Keywords : Prevention, Principle of Prevention, Precautionary Principle, Environmental Law, Australia, Administrative Court, Enhancement and Conservation of the National Environment Quality Act, B.E. 2535 (1992)



1. บทนำ

ในปัจจุบัน กฎหมายสิ่งแวดล้อมทั้งที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่องและมีความก้าวหน้าในระดับหนึ่ง ในบรรดาหลักการพื้นฐานทั้งหลายของกฎหมายสิ่งแวดล้อมนั้น หลักการป้องกัน (Principle of Prevention)¹ และหลักการระวังไว้ก่อน (Precautionary Principle)² เป็นสองหลักการที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางสำหรับประเทศไทยนั้น แม้ว่าปัจจุบันประเด็นปัญหาทางสิ่งแวดล้อมต่าง ๆ จะได้รับความสนใจมากกว่าในอดีตและมีคดีพิพาทเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมเข้าสู่การพิจารณาของศาลมากขึ้น แต่ยังไม่มีความชัดเจนเกี่ยวกับเงื่อนไขและขอบเขตในการใช้ทั้งสองหลักการนี้ ทั้งในบทบัญญัติแห่งกฎหมายและในการวินิจฉัยคดีในขณะที่ยกเลิก ๆ ประเทศ โดยเฉพาะประเทศที่พัฒนาแล้วอย่างเช่นเครือรัฐออสเตรเลีย มีความก้าวหน้าในการนำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้มากกว่า ผู้เขียนจึงเห็นว่า น่าจะเป็นประโยชน์หากมีการศึกษาวิเคราะห์การใช้หลักการป้องกันและหลักการระวังไว้ก่อนของประเทศดังกล่าว ทั้งในส่วนของบทบัญญัติแห่งกฎหมายและคำพิพากษาของศาลโดยพิจารณาเปรียบเทียบกับกรณีของประเทศไทย เพราะจะช่วยให้ทราบแนวทางและสามารถประเมินทางเลือกในการตีความทั้งสองหลักการได้ดีขึ้น ในบทความนี้ ผู้เขียนเลือกศึกษากรณีของเครือรัฐออสเตรเลีย เนื่องจากเห็นว่าเป็นประเทศแรก ๆ ที่นำหลักการระวังไว้ก่อนมากำหนดไว้ในระดับนโยบายตั้งแต่ช่วงปี ค.ศ. 1992³ และในกฎหมาย ทั้งยังมีการพัฒนาแนวทางการตีความของศาลมากพอสมควร โดยมีคดีที่ศาลวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาไว้อย่างน่าสนใจหลายคดี โดยเฉพาะคดีที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม เช่น ปัญหาจากการทำเหมืองแร่ ปัญหาสัตว์ป่าที่เสี่ยงต่อการสูญพันธุ์ เป็นต้น ผู้เขียนจึงศึกษาและรวบรวมข้อมูลในแง่มุมของกฎหมายปกครองและคดีปกครอง พร้อมทั้งเสนอบทวิเคราะห์ในประเด็นที่น่าสนใจ โดยหัวข้อที่ 2 ของบทความนี้จะกล่าวถึงแนวคิดทั่วไปของหลักการป้องกัน

¹ หลักการนี้มีชื่อเรียกในภาษาอังกฤษที่แตกต่างกันไปบ้างแต่มีความหมายอย่างเดียวกัน เช่น “Principle of Prevention” “Preventive/Preventative Principle” “Prevention Principle” เป็นต้น ส่วนในประเทศไทยมีการแปลหลักการนี้เป็นภาษาไทยไว้แตกต่างกัน เช่น “หลักการป้องกัน” “หลักการป้องกันล่วงหน้า” “หลักการกระทำเพื่อป้องกันล่วงหน้า” เป็นต้น สำหรับในบทความนี้ผู้เขียนขอแปลหลักการนี้เป็นภาษาไทยว่า “หลักการป้องกัน” เนื่องจากเห็นว่ามีความกระชับและตรงกับถ้อยคำในภาษาอังกฤษมากที่สุด

² ในประเทศไทย มีการแปลคำว่า “Precautionary Principle” เป็นภาษาไทยไว้แตกต่างกันไป เช่น “หลักการระวังไว้ก่อน” “หลักการระมัดระวังล่วงหน้า” “หลักการเฝ้าระวัง” “หลักการป้องกันล่วงหน้า” “หลักการป้องกันไว้ก่อน” “หลักการป้องกันไว้ก่อนล่วงหน้า” เป็นต้น สำหรับในบทความนี้ผู้เขียนขอแปลหลักการนี้เป็นภาษาไทยว่า “หลักการระวังไว้ก่อน” เนื่องจากเห็นว่ามีความกระชับและตรงกับถ้อยคำในภาษาอังกฤษมากที่สุด

³ ปรากฏตามเอกสารทางนโยบายที่สำคัญ คือ National Strategy for Ecologically Sustainable Development December 1992 (NSED) จัดทำโดย Ecologically Sustainable Development Steering Committee และ Inter-Governmental Agreement on the Environment 1 May 1992 (IGAE) จัดทำโดย Council of Australian Governments; Jacqueline Peel, “Interpretation and Application of the Precautionary Principle : Australia’s Contribution,” Review of European Community & International Environmental Law Issue 1, 2009, P. 11 (11).

และหลักการระงับไว้ก่อนซึ่งมีพื้นฐานมาจากหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศ หัวข้อที่ 3 และหัวข้อที่ 4 จะเป็นการนำเสนอภาพรวมของการปรับใช้หลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อนในเครือรัฐออสเตรเลียน และในประเทศไทย ตามลำดับ และหัวข้อที่ 5 ผู้เขียนจะวิเคราะห์จุดเด่นและจุดด้อยของการปรับใช้หลักการดังกล่าวในเครือรัฐออสเตรเลียนและประเทศไทย ก่อนที่จะสรุปสาระสำคัญพร้อมข้อเสนอแนะในหัวข้อที่ 6

2. แนวคิดของหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อน

2.1 ข้อความคิดเบื้องต้น

ในอดีต การรับมือกับผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมจากกิจกรรมต่าง ๆ ของมนุษย์เป็นไปในเชิงตั้งรับ กล่าวคือ เน้นการแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่เรียกว่า “Curative Approach”⁴ หรือ “Reactive Response”⁵ ต่อมา ได้มีการนำแนวคิดที่มุ่งเน้นการป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหาย หรือที่เรียกว่า “Proactive/Preventative Response”⁶ มาปรับใช้ และมีการพัฒนาต่อยอดเป็นสองหลักการ คือ หลักการป้องกัน (Principle of Prevention) และหลักการระงับไว้ก่อน (Precautionary Principle) ปัจจุบันทั้งสองหลักการมีความสำคัญอย่างยิ่งในกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ และประเทศต่าง ๆ ได้รับเอาหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในประเทศของตน เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักการระงับไว้ก่อนเป็นเอกสารแนบท้ายรัฐธรรมนูญ⁷ และราชอาณาจักรสเปน ซึ่งมีบทบัญญัติรับรองแนวคิดของหลักการระงับไว้ก่อนอยู่ในกฎหมายที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมหลายฉบับ⁸

⁴ Nicolas de Sadeleer, *Environmental Principles : From Political Slogans to Legal Rules*, 2nd edn, (Oxford : Oxford Academic, 2020), p. 85.

⁵ Gerry Bates, *Environmental Law in Australia*, (LexisNexis Butterworths, 2019), p. 232.

⁶ *Ibid*

⁷ วรณภา ตีระสังขะ, “รัฐธรรมนูญกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้านสิ่งแวดล้อมของประเทศฝรั่งเศสและความท้าทายต่อประเทศไทย,” วารสารสถาบันพระปกเกล้า ปีที่ 16 ฉบับที่ 3, 2561, น. 26 (37).

La charte de l'environnement (French Charter for the environment) : (English Version)

Article 5 : “When the occurrence of any damage, albeit unpredictable in the current state of scientific knowledge, may seriously and irreversibly harm the environment, public authorities shall, with due respect for the principle of precaution and the areas within their jurisdiction, ensure the implementation of procedures for risk assessment and the adoption of temporary measures commensurate with the risk involved in order to preclude the occurrence of such damage.” [Online], retrieved from <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/charter-for-the-environment> เมื่อ 27 กรกฎาคม 2567.

⁸ โรม ทิปะปาล, การนำหลักการระงับไว้ก่อนมาปรับใช้ในระบบกฎหมายประเทศสเปน, 2567, [ออนไลน์], น. 5-7, เข้าถึงจาก <http://intranet2.admincourt.go.th/02-office/office44/wp2/wp-content/uploads/2024/03/OA19-3-67.pdf> เมื่อ 4 กรกฎาคม 2567.



เช่นเดียวกับเครื่องรัฐออสเตรเลียที่จะพิจารณาในส่วนถัดไป ในขั้นนี้ผู้เขียนขอกล่าวถึงแนวคิดทั่วไปของทั้งสองหลักการซึ่งพอจะสรุปได้โดยสังเขป ดังนี้

2.1.1 หลักการป้องกัน (Principle of Prevention)

หลักการป้องกันมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงความเสี่ยงที่คาดการณ์ได้ โดยเรียกร้องให้ผู้ดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ต้องใช้ความระมัดระวังอย่างเหมาะสม (Due Diligence) เพื่อป้องกันการเกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในระหว่างดำเนินกิจกรรมนั้น ๆ และผู้ดำเนินกิจกรรมดังกล่าวต้องมีมาตรการเชิงรุกในการป้องกันความเสียหายด้วย⁹ แนวความคิดในเรื่องการป้องกันความเสียหายล่วงหน้าเกิดขึ้นมาเป็นเวลาไม่น้อยกว่าแปดสิบปีโดยประมาณ และได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักการพื้นฐานของความตกลงระหว่างประเทศและมาตรการด้านสิ่งแวดล้อมจำนวนมาก¹⁰ แม้หลักการนี้มักไม่ได้ถูกกล่าวถึงโดยตรงในกฎหมายและความตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ ก็ตาม แต่มีบทบัญญัติที่ใกล้เคียงในปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (ปฏิญญาริโอ) (Rio Declaration on Environment and Development 1992) อยู่สองส่วน ส่วนแรก คือ หลักการที่ 2 ที่เรียกว่า หลักการ No-Harm¹¹ มีเนื้อหาดังนี้

“ภายใต้บังคับของกฎบัตรสหประชาชาติและหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐแต่ละรัฐมีอำนาจอธิปไตยที่จะแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติของตนภายใต้นโยบายด้านสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาของรัฐนั้น และมีความรับผิดชอบที่จะต้องทำให้แน่ใจว่า กิจกรรมที่ดำเนินไปภายในอาณาเขตของตนจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมในรัฐอื่น ๆ หรือในพื้นที่ที่อยู่นอกเหนืออาณาเขตของรัฐ”¹²

⁹ Leslie-Anne Duvic-Paoli, *The Prevention Principle in International Environmental Law*, (Cambridge : Cambridge University Press, 2018), pp. 8-9.

¹⁰ ACH Kiss and D Shelton, *International Environmental Law*, 2nd edn, (Transnational Publishers, 2000), p. 263, cited in Arie Trouwborst, “Prevention, Precaution, Logic and Law - The Relationship between the Precautionary Principle and the Preventative Principle in International Law and Associated Questions,” *Erasmus Law Review* Issue 2, 2009, p. 105 (112).

¹¹ คดีที่มีส่วนสำคัญในการพัฒนาหลักการนี้ คือ คดี Trail Smelter ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้วินิจฉัยไว้ว่า รัฐไม่อาจใช้หรืออนุญาตให้มีการใช้พื้นที่ในอาณาเขตของตนในลักษณะที่จะก่อให้เกิดความเสียหายในหรือต่อพื้นที่ในอาณาเขตของรัฐอื่น รวมทั้งทรัพย์สินหรือบุคคลภายในอาณาเขตของรัฐอื่น หากความเสียหายนั้นเป็นผลกระทบต่อถิ่นฐานและมีพยานหลักฐานที่ชัดเจนและน่าเชื่อถือสนับสนุน (Trail Smelter case (United States v. Canada) (Arbitration Tribunal) (1941) 3 RIAA 1905).

¹² UNGA ‘Report of the United Nations Conference on Environment and Development Annex I : Rio Declaration on Environment and Development’ (adopted 14th June 1992) UN Doc A/CONF 151/26/Rev1 (Rio Declaration) Principle 2; ถ้อยคำเช่นนี้เคยปรากฏมาก่อนแล้วในปฏิญญาสตอกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972 (Stockholm Declaration on the Human Environment) หลักการที่ 21 แต่ในปฏิญญาริโอได้มีการเพิ่มความเล็กน้อย คือ จากในปฏิญญาสตอกโฮล์มที่กล่าวถึงเพียงนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมของรัฐ เป็น “นโยบายด้านสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาของรัฐ” (UNGA, ‘Report of the United Nations Conference on the Human Environment’, (adopted 16th June 1972) UN Doc A/CONF48/14/Rev1 (Stockholm Declaration))

อย่างไรก็ตาม หลักการ No-Harm มีความแตกต่างจากหลักการป้องกัน คือ เป็นหลักการที่มีพื้นฐานมาจากการเคารพในอำนาจอธิปไตยของแต่ละรัฐโดยเน้นที่การกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจอธิปไตยเพื่อไม่ให้มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในรัฐอื่น ๆ ในขณะที่หลักการป้องกันมุ่งเน้นที่การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเป็นเป้าหมายหลักในตัวเอง และมีผลครอบคลุมถึงการป้องกันผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมภายในอาณาเขตของตนด้วย¹³

ส่วนที่สอง คือ หลักการที่ 14 ของปญญัตริโอ ที่กำหนดว่า “รัฐต้องร่วมมือกันอย่างมีประสิทธิภาพในการลดหรือป้องกันการเคลื่อนย้ายหรือถ่ายโอนกิจกรรมหรือวัตถุใด ๆ ไปยังรัฐอื่นที่ก่อให้เกิดความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อมอย่างร้ายแรง หรือเป็นอันตรายต่อสุขภาพมนุษย์”¹⁴ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า หลักการข้อนี้ใช้ถ้อยคำที่ค่อนข้างแคบกว่าแนวคิดโดยทั่วไปของหลักการป้องกัน

นอกจากนี้ ยังมีข้อความในเอกสารระหว่างประเทศอื่น ๆ ที่แสดงให้เห็นถึงแนวคิดเรื่องการป้องกันอันตรายหรือความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมในบริบทเฉพาะเรื่องอื่น เช่น หลักการที่ 7 ของปญญัตริโอที่กล่าวว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ที่วางหลักว่า รัฐต้องกระทำการทุกอย่างที่เป็นไปได้เพื่อป้องกันมลพิษในทะเลที่เกิดจากวัตถุที่เป็นอันตรายต่าง ๆ¹⁵

2.1.2 หลักการระวังไว้ก่อน (Precautionary Principle)

2.1.2.1 ความเป็นมา

หลักการระวังไว้ก่อนมีต้นกำเนิดในประเทศเยอรมนีโดยเป็นส่วนหนึ่งของนโยบายทางสิ่งแวดล้อมของเยอรมนี ตั้งแต่ช่วงปี ค.ศ. 1970 มีชื่อเรียกว่า *Vorsorgeprinzip*¹⁶ ต่อมาได้รับการรับรองในสนธิสัญญาและเอกสารความร่วมมือระหว่างประเทศหลายฉบับ¹⁷ แต่ที่เป็นที่ยอมรับกันมากที่สุด คือ หลักการที่ 15 ของปญญัตริโอ¹⁸ ซึ่งระบุถึงหลักการระวังไว้ก่อนไว้อย่างชัดเจน ดังนี้

¹³ P. Sands, *Principles of International Environmental Law*, 4th edn, (Cambridge : Cambridge University Press, 2018), p. 212. Arie Trouwborst, *op. cit.* 10, pp. 112-113.

¹⁴ Rio Declaration Principle 14

¹⁵ Stockholm Declaration Principle 7

¹⁶ Sonja Boehmer-Christiansen, “The Precautionary Principle in Germany – Enabling Government” in Timothy O’Riordan and James Cameron (eds) *Interpreting the Precautionary Principle* (Routledge 1994), p. 31. cited in Lee Godden, Jacqueline Peel, and Jan McDonald, *Environmental Law*, (Oxford : Oxford University Press, 2018), p. 82.

¹⁷ ก่อนมีการจัดทำปญญัตริโอฯ มีอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยการปกป้องชั้นบรรยากาศโอโซน ค.ศ. 1985 ที่ได้กำหนดไว้ในอารัมภบทว่า “พึงระลึกถึงมาตรการระวังไว้ก่อนในการปกป้องชั้นบรรยากาศโอโซนซึ่งได้มีการนำมาใช้ในระดับประเทศและระดับระหว่างประเทศ” (The Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer (adopted 22 March 1985, entered into force 22 September 1988) (1985) 1513 UNTS 293); ฤกษ์ ช่างกล่อม, (มีต่อหน้าถัดไป)



“ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม รัฐทั้งหลายต้องนำแนวคิดที่ว่าด้วยการระวังไว้ก่อน มาใช้อย่างกว้างขวางตามความสามารถของตน ในกรณีที่มีความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายที่รุนแรง หรือไม่อาจแก้ไขให้คืนสภาพเดิมได้ การขาดความแน่นอนของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ไม่อาจถูกยกเป็นข้ออ้าง เพื่อคัดค้านการใช้มาตรการป้องกันที่มีประสิทธิภาพคุ้มค่าเพื่อป้องกันความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อมได้”¹⁹

การใช้หลักการระวังไว้ก่อนมีความแตกต่างจากหลักการป้องกัน ในส่วนของเงื่อนไขเรื่องระดับความไม่แน่นอนของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหาย ต่อสิ่งแวดล้อม กล่าวคือ หลักการป้องกันจะใช้กับกรณีของความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายที่ทราบอยู่แล้ว หรือเป็นความเสี่ยงที่น่าจะเกิดหรือคาดการณ์ไว้²⁰ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นกรณีที่ทราบถึงความสัมพันธ์ ระหว่างความเสี่ยงและผลกระทบแล้ว โดยอาจเป็นปัญหาผลลัพธ์เรื้อรังหรือความเสี่ยงที่เกิดขึ้นซ้ำ ๆ ก็ได้ ส่วนหลักการระวังไว้ก่อนจะเป็นหลักการที่มีขึ้นเพื่ออุดช่องว่างในกรณีที่ขาดความชัดเจนแน่นอนของหลักฐาน ทางวิทยาศาสตร์²¹ ในมุมมองของหลักการป้องกันที่เคร่งครัด การใช้มาตรการป้องกันความเสียหายจะขึ้นอยู่กับ เงื่อนไขเรื่องความแน่นอนที่จะเกิดอันตราย ในขณะที่หลักการระวังไว้ก่อนเรียกร้องให้ใช้มาตรการ ตั้งแต่มีความเป็นไปได้ที่จะเกิดความเสียหายขึ้น โดยไม่จำเป็นต้องมีความแน่นอน²² อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริง

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 17)

การจัดตั้งศาลสิ่งแวดล้อมกับปัญหาระบบความยุติธรรม, (กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2556), น. 92, ใน จักรวดี มนูญพงศ์, “หลักการระวังไว้ก่อน (Precautionary Principle) : สารสำคัญ คำบังคับทางกฎหมาย และคำวินิจฉัยของศาลปกครอง” ใน คณะทำงานหนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ สำนักงานศาลปกครอง (บรรณาธิการ) หนังสือที่ระลึก เนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ (กรุงเทพฯ : สหมิตรพรินต์ติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2565), น. 345.

¹⁸ C Tollefson & J Thornback, “Litigating the Precautionary Principle in Domestic Courts,” Journal of Environmental Law and Practice Issue 19, 2008, p. 33 (36).

¹⁹ Rio Declaration Principle 15

²⁰ *op. cit.* 5

²¹ *op. cit.* 4, p. 116.

²² D Freestone and Z Makuch, “The New International Environmental Law of Fisheries : The 1995 UN Straddling Stocks Convention” Yearbook of International Environmental Law Issue 7, 1996, p. 3 (13); DM Dzidzornu, “Four Principles in Marine Environment Protection: A Comparative Analysis,” Ocean Development and International Law Issue 29, 1998, p. 91 (100); D Freestone, “International Fisheries Law Since Rio : The Continued Rise of the Precautionary Principle,” in A Boyle and D Freestone (eds.) International Law and Sustainable Development, (Oxford : Oxford University Press, 1999) p. 139.; J Juste Ruiz, Derecho Internacional del Medio Ambiente, (McGraw-Hill, 1999), p. 78; M Kaiser, “Fish-Farming and the Precautionary Principle : Context and Values in Environmental Science for Policy,” Foundations of Science Issue 2, 1997, p. 307 (312); N Haigh, “The Introduction of the Precautionary Principle into the UK” in T O’Riordan and J Cameron (eds.) (มีต่อหน้าถัดไป)

รัฐต่าง ๆ ไม่ได้สนใจที่จะแยกแยะขอบเขตการใช้สองหลักการนี้เท่าใดนัก และมักจะอ้างอิงหลักการระงับไว้ก่อนเพียงหลักการเดียวกับทุกสถานการณ์²³

2.1.2.2 แนวทางในการตีความที่เป็นไปได้

1) ข้อความคิดเกี่ยวกับ “ความไม่แน่นอน” (Uncertainty)

ปัญหาเรื่องความแน่นอนนั้น ในวงการวิทยาศาสตร์เป็นที่ยอมรับกันว่า หากข้อมูลมีระดับความแน่นอนอยู่ที่ร้อยละ 95 ก็ถือว่ามีความแน่นอนแล้ว เนื่องจากการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ได้ ไม่ได้หมายความว่า ความไม่แน่นอนทั้งหมดจะถูกขจัดออกไป²⁴ โดย Zander ให้ความเห็นไว้ว่า หลักการระงับไว้ก่อน อาจถือได้ว่าใช้ในกรณีที่ระดับความแน่นอนอยู่ระหว่างร้อยละ 0 ถึงร้อยละ 95 ส่วนความแน่นอน ตั้งแต่ระดับร้อยละ 95 ขึ้นไปอยู่ในขอบเขตของหลักการป้องกัน²⁵ นอกจากนี้ ความไม่แน่นอนทางวิทยาศาสตร์ อาจหมายถึงกรณีที่ทราบถึงอันตรายหรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแล้ว แต่ยังไม่เข้าไปถึงความน่าจะเป็น (Probability) ลักษณะ (Kind) หรือความรุนแรง (Gravity) ของความเสี่ยงอย่างสมบูรณ์²⁶ นักวิชาการจำนวนหนึ่ง ได้พยายามจำแนกระดับและที่มาของความไม่แน่นอนไว้ โดยอาจสรุปเรียงลำดับจากระดับความไม่แน่นอน ที่ต่ำที่สุดไปถึงระดับสูงสุด ดังนี้

(1) ความคลาดเคลื่อน (inexactness) เป็นความไม่แน่นอน ที่สามารถอธิบายได้ในทางสถิติ เช่น ความไม่แน่นอนโดยธรรมชาติของข้อมูล เนื่องจากมาตรวัดต่าง ๆ

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 22)

Interpreting the Precautionary Principle, (Cameron & May, 1994) p. 241. Cited in Arie Trouwborst, “Prevention, Precaution, Logic and Law - The Relationship between the Precautionary Principle and the Preventative Principle in International Law and Associated Questions,” Erasmus Law Review Issue 2, 2009, p. 105 (116-117).

²³ Arie Trouwborst, “Prevention, Precaution, Logic and Law – The Relationship between the Precautionary Principle and the Preventative Principle in International Law and Associated Questions,” Erasmus Law Review Issue 2, 2009, p. 105 (124).

²⁴ J Lemons, K Schrader-Frechette and C Cranor, “The Precautionary Principle: Scientific Uncertainty and Type I and Type II Errors,” Foundations of Science Issue 2, 1997, p. 207; J Tickner and C Raffenberger, The Precautionary Principle in Action : A Handbook, [Online], retrieved from www.mindfully.org/Precaution/Precaution-In-Action-Handbook.pdf accessed 1 March 2010, cited in Joakim Zander, The Application of the Precautionary Principle in Practice : Comparative Dimensions, (Cambridge University Press, 2010), p. 15.

²⁵ Joakim Zander, The Application of the Precautionary Principle in Practice : Comparative Dimensions, (Cambridge University Press, 2010), p. 15.

²⁶ Laura Schuijers, “Responding to Ecological Uncertainty in the Context of Climate Change : Thirty Years of the Precautionary Principle in Australia,” Sydney Law Review Issue 1, 2023, p. 249 (258).



ในความเป็นจริงจะไม่สามารถแสดงค่าที่แท้จริงของสิ่งที่วัดได้ จึงมีความไม่เที่ยงตรงหรือไม่แม่นยำ ทำให้ค่าที่ได้ไม่สมบูรณ์อยู่เสมอ

(2) ขาดการเก็บหรือวัดระดับข้อมูล (lack of observations or measurements) หากมีการศึกษาวิจัยและเก็บข้อมูลมากขึ้น ความไม่แน่นอนนี้ก็จะลดลงได้

(3) ข้อมูลมีความขัดแย้งกัน (conflicting evidence) หากมีการศึกษาเพิ่มเติมอาจลดความไม่แน่นอนชนิดนี้ได้เช่นกัน

(4) ไม่สามารถเก็บข้อมูลได้ในปัจจุบันและในอนาคตอันใกล้ได้ (practically immeasurable)

(5) มีความเสี่ยงที่ซ่อนอยู่หรือคาดไม่ถึง (ignorance) ทำให้ไม่ทราบถึงความเสี่ยงดังกล่าวจึงไม่สามารถพิจารณาได้ กรณีนี้แตกต่างจากสื่กรณี่แรกที่สามารถระบุความเสี่ยงได้ แต่ยังไม่สามารถบอกระดับความรุนแรงและความน่าจะเป็นได้แน่นอน²⁷

2) ระดับความเข้มข้นในการตีความ

ในสองหลักการนี้ หลักการระวังไว้ก่อนเป็นหลักการที่ยังมีการถกเถียงกันอย่างมากเกี่ยวกับความหมายและขอบเขตการใช้ เนื่องจากแม้จะมีข้อความคิดพื้นฐานดังที่กล่าวไว้ข้างต้น แต่ไม่สามารถตอบได้ชัดเจนว่า ในสถานการณ์หนึ่ง ๆ จะต้องใช้ความระมัดระวังเพียงใด²⁸ ความแตกต่างในการตีความหลักการระวังไว้ก่อนอาจพบได้ในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) ระดับความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายที่ควรจะต้องบังคับใช้หลักการระวังไว้ก่อน

(2) การพิจารณาว่าจะนำมาตรการระวังไว้ก่อนใดมาใช้ ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างความเสี่ยงที่เป็นไปได้กับข้อพิจารณาอื่นหรือไม่ เช่น ค่าใช้จ่าย หรือปัจจัยอื่น ๆ

(3) หลักการระวังไว้ก่อนก่อให้เกิดหน้าที่เชิงรุกที่จะต้องกระทำการใด ๆ หรือเพียงแต่เป็นการยอมให้กระทำการได้

²⁷ MBA van Asselt, Perspectives on Uncertainty and Risk : The PRIMA Approach to Decision Support, (Kluwer, 2000); WE Walker et al, “Defining Uncertainty : A Conceptual Basis for Uncertainty Management in Model-Based Decision Support,” Integrated Assessment Issue 1, 2003, p. 12., cited in Joakim Zander, *op. cit.* 25, pp. 16-17.

²⁸ D Bodansky, “Scientific Uncertainty and the Precautionary Principle,” Environment Issue 7, 1991, p. 4 (43); G Marchant, “Biotechnology and the Precautionary Principle: Right Question, Wrong Answer,” International Journal of Biotechnology Issue 1, 2002, p. 34 (34-45)., cited in Gary E. Marchant, “From General Policy to Legal Rule : Aspirations and Limitations of the Precautionary Principle,” Environmental Health Perspectives Issue 14, 2003, p. 1799 (1800).

(4) ภาระการพิสูจน์ความมียู่หรือไม่มีอยู่ของความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายตกอยู่แก่ฝ่ายใด²⁹

จากข้อพิจารณาดังกล่าว แนวทางการตีความหลักการนี้อาจสรุปได้เป็น 3 ระดับ ดังนี้³⁰

(1) ระดับเข้มข้นน้อย (weak)

นิยามของหลักการระงับไว้ก่อนที่มีอิทธิพลในทางระหว่างประเทศส่วนใหญ่อยู่ในระดับนี้ เช่น นิยามตามปฏิญญาริโอ การตีความแบบนี้เน้นที่การปฏิเสธไม่ให้ยับยั้งความไม่แน่นอนในทางวิทยาศาสตร์ขึ้นมาเป็นข้ออ้างที่จะขัดขวางการใช้มาตรการป้องกันความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม³¹ เนื่องจากในอดีต แม้จะมีความไม่แน่นอนของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับผลกระทบของกิจกรรมใด ๆ แต่โดยหลักแล้ว ผู้มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการจะอนุญาตให้มีการดำเนินกิจกรรมนั้นไปก่อน³² ลักษณะประการที่สอง คือ หากตีความในระดับนี้ หลักการระงับไว้ก่อนจะถูกนำมาใช้ก็ต่อเมื่อความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายเป็นเรื่องที่รุนแรง (serious) ไม่สามารถแก้ไขให้คืนสภาพเดิมได้ (irreversible) หรือเป็นเรื่องที่มีนัยสำคัญ (significant) โดยจะต้องมีหลักฐานเกี่ยวกับความเป็นไปได้ที่จะเกิดและความรุนแรงของผลกระทบนั้นด้วย นอกจากนี้ อาจมีการกำหนดให้พิจารณาเรื่องความคุ้มค่า (cost-effective) ของมาตรการระงับไว้ก่อนที่จะนำมาใช้ด้วย สำหรับการพิสูจน์ว่ามีความจำเป็นต้องใช้มาตรการระงับไว้ก่อน (the burden of proof) หรือไม่นั้น มักจะตกแก่ผู้ที่ต้องการให้ใช้มาตรการดังกล่าว³³

²⁹ Deborah C Peterson, “Precaution: Principles and Practice in Australian Environmental and Natural Resource Management,” Australian Journal of Agricultural and Resource Economics Issue 4, 2006, p. 469 (471).

³⁰ R Cooney, “From Promise to Practicalities : the Precautionary Principle in Biodiversity Conservation and Natural Resource Management,” in R Cooney and B Dickson (eds) Biodiversity and the Precautionary Principle : Risk, Uncertainty and Practice in Conservation and Sustainable Use, (Earthscan, 2005), pp. 3-17; J Wiener, “Precaution In a Multi-Risk World” in Paustenbach’ in D Paustenbach (ed) Human and Ecological Risk Assessment : Theory and Practice, (Wiley-Interscience 2002) pp. 1509-1531, cited in *op. cit.* 29, p. 471.

³¹ *op. cit.* 29

³² R Cooney, The Precautionary Principle in Biodiversity Conservation and Natural Resource Management : An issues paper for policy-makers, researchers and practitioners, (Gland, Switzerland and Cambridge : IUCN, 2004), p. 5.

³³ *op. cit.* 29, p. 472.



(2) ระดับเข้มข้นปานกลาง (moderate)

การตีความที่ระดับความเข้มข้นปานกลางนั้น เป็นกรณีที่เรียกร้องให้มีมาตรการบางอย่างเพื่อป้องกันความเสี่ยง มิใช่เพียงการปฏิเสธข้ออ้างอย่างในการตีความรูปแบบแรก อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ กรณีนี้ไม่ได้แตกต่างจากการตีความระดับเข้มข้นน้อยมากนัก เพียงแต่ถ้อยคำที่ใช้จะแสดงถึงการใช้มาตรการที่เข้มข้นกว่า นอกจากนี้ การตีความแบบนี้มักไม่มีข้อกำหนดอย่างชัดเจน ให้พิจารณามาตรการโดยประเมินปัจจัยต่าง ๆ ได้แก่ ต้นทุนทางเศรษฐศาสตร์หรือสังคม เกณฑ์ที่จะเริ่มใช้มาตรการอาจกำหนดแบบผ่อนคลายกว่า เช่น ใช้คำเพียงว่า “ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้” (potential damage) ส่วนภาระการพิสูจน์ยังเป็นเช่นเดียวกับการตีความแบบเข้มข้นน้อย³⁴

(3) ระดับเข้มข้นมาก (strong)

การตีความในระดับที่เข้มข้นมากมีการเรียกร้องให้ใช้มาตรการเพื่อป้องกันความเสียหายเช่นเดียวกับแบบที่สอง ส่วนเกณฑ์การใช้ข้อกำหนดเพียงว่า หากมีความเสียหายเกิดขึ้นก็ต้องนำหลักการระวังไว้ก่อนมาพิจารณา ส่วนที่แตกต่างจากสองแบบแรกอย่างชัดเจน คือ มีการผลักภาระการพิสูจน์ให้ตกแก่ผู้ที่ต้องการดำเนินกิจกรรมที่อาจก่อความเสียหายที่จะต้องพิสูจน์ว่า ผลกระทบ กระบวนการ หรือเทคโนโลยีของตนมีความปลอดภัยเพียงพอ หากไม่สามารถพิสูจน์ได้ก็จะไม่อนุญาตให้ดำเนินกิจกรรมนั้น ๆ ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า โดยทั่วไปแล้วหน่วยงานของรัฐมักไม่ใช้แนวทางที่เข้มข้นนี้ ส่วนใหญ่ข้อกำหนดตามแนวทางการตีความนี้จะถูกกำหนดโดยองค์กรภาคเอกชน ดังนั้น การตีความแบบนี้จึงมักจะไม่ได้มีสถานะทางกฎหมายทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ³⁵

2.1.2.3 มาตรการระวังไว้ก่อนที่อาจนำมาใช้

การตัดสินใจบนพื้นฐานของหลักการระวังไว้ก่อนอาจเป็นไปในสามลักษณะใหญ่ ๆ คือ

- 1) ห้ามไม่ให้ดำเนินกิจกรรมที่มีความเสี่ยงนั้นเด็ดขาด
- 2) ให้งดการดำเนินกิจกรรมไว้จนกว่าจะทราบข้อมูลเพิ่มเติม
- 3) อนุญาตให้ดำเนินกิจกรรมนั้นได้ แต่ต้องมีมาตรการเพื่อลดโอกาสหรือความเสียหายที่จะเกิดอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม หรือมีการตรวจประเมินผลกระทบอย่างใกล้ชิด³⁶

³⁴ Ibid

³⁵ Ibid, pp. 472-473.

³⁶ จักรวดี มนูญพงศ์, “หลักการระวังไว้ก่อน (Precautionary Principle) : สำคัญ คำบังคับทางกฎหมาย และคำวินิจฉัยของศาลปกครอง” ใน คณะทำงานหนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ สำนักงานศาลปกครอง (บรรณาธิการ), หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ (กรุงเทพฯ : สหมิตรพริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2565), น. 347; Henk van den Belt, “Debating the Precautionary Principle : “Guilty until Proven Innocent” or “Innocent until Proven Guilty”?,” Plant Physiology Issue 3, 2003, p. 1122 (1123).

3. การปรับใช้หลักการป้องกันและหลักการระวังไว้ก่อนในเครือรัฐออสเตรเลีย

หลักการป้องกันและหลักการระวังไว้ก่อนเป็นหลักการที่กฎหมายและนโยบายทางสิ่งแวดล้อมของเครือรัฐออสเตรเลียให้ความสำคัญ โดยเฉพาะหลักการระวังไว้ก่อนที่เครือรัฐออสเตรเลียเป็นประเทศแรก ๆ ที่รับเข้ามากำหนดไว้ในนโยบายด้านสิ่งแวดล้อม ทั้งยังมีกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมหลายฉบับบัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจนและมีคำพิพากษาวางแนวทางในการตีความไว้³⁷ ส่วนหลักการป้องกันมีการกล่าวถึงบ้าง แต่น้อยกว่าหลักการระวังไว้ก่อน รายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1 บทบัญญัติของกฎหมายและเอกสารแนวนโยบายที่สำคัญ

3.1.1 ข้อตกลงระหว่างรัฐบาลว่าด้วยสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 1992 (Inter - Governmental Agreement on the Environment (1992))

ในยุคเริ่มแรก หลักการระวังไว้ก่อนได้รับการยอมรับและกำหนดลงในเอกสารทางนโยบายที่สำคัญของเครือรัฐออสเตรเลีย คือ ข้อตกลงระหว่างรัฐบาลว่าด้วยสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 1992 ซึ่งเอกสารฉบับนี้ผูกพันรัฐบาลในทุกระดับให้ต้องนำหลักการระวังไว้ก่อนมาพิจารณาในการกำหนดนโยบายทางสิ่งแวดล้อม และเอกสารดังกล่าวได้วางแนวทางเพิ่มเติมไว้ด้วยว่า การใช้หลักการระวังไว้ก่อนในการตัดสินใจทั้งทางมหาชนและเอกชนนั้น หากเป็นไปได้ จะต้องอาศัยการประเมินอย่างรอบคอบ เพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมที่รุนแรงหรือไม่สามารถแก้ไขให้คืนสภาพเดิมได้ และต้องมีการประเมินผลลัพธ์ของทางเลือกต่าง ๆ โดยพิจารณาจากความเสี่ยงด้วย³⁸

3.1.2 กฎหมายระดับสหพันธรัฐ : พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1999 (Environment Protection and Biodiversity Conservation Act 1999)

ประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศที่มีระบบการปกครองแบบสหพันธรัฐ จึงมีกฎหมายทั้งระดับสหพันธรัฐและระดับมลรัฐ โดยหลักแล้วมลรัฐมีอำนาจออกกฎหมายขึ้นใช้บังคับเอง ยกเว้นบางเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นอำนาจของสหพันธรัฐหรือมีอำนาจร่วมกัน³⁹ สำหรับพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1999 ของสหพันธรัฐนี้ เป็นกฎหมายที่กำหนดมาตรการในการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในเรื่องที่มีความสำคัญทางสิ่งแวดล้อมระดับชาติ (Matters of National Environmental Significance) เช่น พื้นที่ที่ได้รับการขึ้นทะเบียนเป็นมรดกโลก พื้นที่ชุ่มน้ำตามอนุสัญญาแรมซาร์ สิ่งมีชีวิตที่มีความเสี่ยงที่จะสูญพันธุ์ พื้นที่อุทยานทางทะเลเกรทแบร์เรียร์ฟ เป็นต้น

³⁷ Jacqueline Peel, “Interpretation and Application of the Precautionary Principle : Australia’s Contribution” Review of European Community & International Environmental Law Issue 1, 2009, p. 11 (11).

³⁸ Ibid, pp. 12-13; Council of Australian Governments, Inter-Governmental Agreement on the Environment 1 May 1992 (IGAE)

³⁹ เช่น ตามรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย มาตรา 51 บัญญัติกรณีที่สหพันธรัฐมีอำนาจร่วมกับมลรัฐและมาตรา 52 บัญญัติกรณีที่เป็นอำนาจโดยเฉพาะของสหพันธรัฐ



รวมทั้งการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ในพื้นที่ที่อยู่ในอำนาจของสหพันธรัฐหรือการดำเนินกิจกรรมโดยหน่วยงานสหพันธรัฐ จากการศึกษาตัวบทกฎหมายดังกล่าวพบว่า มีการสอดแทรกหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อน ทั้งโดยชัดแจ้งและโดยนัย ดังนี้

3.1.2.1 บทบัญญัติที่รับรองหลักการระงับไว้ก่อนโดยเฉพาะ

พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1999 มาตรา 3(1)(b) บัญญัติว่า กฎหมายนี้มีขึ้นเพื่อส่งเสริมหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนทางระบบนิเวศน์ หรือ “The Principles of Ecologically Sustainable Development” ซึ่งมาตรา 3A(b) ของกฎหมายดังกล่าว บัญญัติให้หลักการระงับไว้ก่อนเป็นหลักการย่อยหนึ่งของหลักการดังกล่าว โดยระบุว่า

“ถ้ามีความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายที่รุนแรง (serious) หรือไม่อาจแก้ไขให้คืนสภาพเดิมได้ (irreversible) ต่อสิ่งแวดล้อม การขาดความแน่นอนทางวิทยาศาสตร์ไม่อาจถูกหยิบยกเป็นข้ออ้างที่จะผัดผ่อนการใช้มาตรการเพื่อป้องกันความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อมได้”⁴⁰

เห็นได้ว่า ข้อความดังกล่าวแสดงถึงสาระสำคัญของหลักการระงับไว้ก่อน ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับหลักการที่ 15 ของปฏิญญาริโอ

3.1.2.2 บทบัญญัติให้นำหลักการระงับไว้ก่อนมาใช้ในการตัดสินใจหรือวินิจฉัยตามกฎหมาย

มาตรา 391 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1999 บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า รัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายนี้ ต้องนำหลักการระงับไว้ก่อนมาใช้ในการพิจารณาคำสั่งในเรื่องต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ว่าที่จะสามารถทำได้ โดยสอดคล้องกับบทบัญญัติอื่น ๆ ของกฎหมายนี้ โดยมีการบัญญัติกรณีที่จะต้องนำหลักการระงับไว้ก่อนมาพิจารณาเป็นรายกรณี เช่น มาตรา 75 การพิจารณาว่ากิจกรรมที่จะดำเนินการเป็น “กิจกรรมควบคุม”

⁴⁰ Environment Protection and Biodiversity Conservation Act 1999 (Cth) (‘EPBC Act (Cth)’ s 3(A) :

“The following principles are principles of ecologically sustainable development :

(a) decision-making processes should effectively integrate both long-term and short-term economic, environmental, social and equitable considerations;

(b) if there are threats of serious or irreversible environmental damage, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing measures to prevent environmental degradation;

(c) the principle of inter-generational equity—that the present generation should ensure that the health, diversity and productivity of the environment is maintained or enhanced for the benefit of future generations;

(d) the conservation of biological diversity and ecological integrity should be a fundamental consideration in decision-making;

(e) improved valuation, pricing and incentive mechanisms should be promoted.”

หรือไม่ มาตรา 133 การพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติให้มีการดำเนินกิจกรรมใดกิจกรรมหนึ่ง มาตรา 201 การพิจารณาออกใบอนุญาตให้ล่า เคลื่อนย้าย ค้าขาย สิ่งมีชีวิตที่ขึ้นทะเบียนว่าเสี่ยงต่อการสูญพันธุ์ หรือสร้างความเสียหายต่อแหล่งที่อยู่อาศัยของสิ่งมีชีวิตดังกล่าว เป็นต้น

3.1.2.3 บทบัญญัติเรื่องการขอความเห็นชอบจากรัฐมนตรีและการประเมิน

ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม

หมวดที่ 2 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1999 บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการที่มี จะมี หรืออาจจะมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในแต่ละด้านตามที่บัญญัติไว้ เว้นแต่รัฐมนตรีผู้รักษาการจะให้ความเห็นชอบหรือเข้าชื่อยกเว้นที่ไม่ต้องได้รับความเห็นชอบก่อนดำเนินการ เช่น มีความตกลงสองฝ่ายระหว่างสหพันธรัฐและมลรัฐหรือเขตปกครองพิเศษ หรือมีประกาศของรัฐมนตรีกำหนดยกเว้นไว้เช่นนั้น⁴¹ กิจกรรมที่เข้าลักษณะดังกล่าวเรียกว่า “กิจกรรมควบคุม” (Controlled Action) ซึ่งกิจกรรมประเภทนี้จะต้องมีการประเมินผลกระทบที่เกิด (has) จะเกิด (will have) หรืออาจจะมี (is likely to have) ต่อสิ่งแวดล้อมก่อนด้วยวิธีใดวิธีหนึ่งตามที่บัญญัติไว้⁴² เมื่อรัฐมนตรีพิจารณาปัจจัยที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในด้านนั้น ๆ ปัจจัยทางเศรษฐกิจและสังคม โดยคำนึงถึงหลักการว่าด้วยการพัฒนาที่ยั่งยืนทางระบบนิเวศน์ รายงานการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม และข้อมูลอื่น ๆ แล้ว ก็อาจมีคำสั่งอนุมัติให้ดำเนินกิจกรรมที่ขออนุญาตได้⁴³ ผลของบทบัญญัติเช่นนี้ คือ เป็นการป้องกันไม่ให้มีการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ที่อาจมีอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมในแต่ละด้านที่บัญญัติไว้จนกว่าจะมีการพิจารณาอย่างรอบคอบถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกิจกรรมนั้น ๆ

3.1.3 กฎหมายระดับมลรัฐ

ในเครือรัฐออสเตรเลีย แต่ละมลรัฐมีอำนาจออกกฎหมายขึ้นบังคับใช้ ในเขตของตนเอง กฎหมายของแต่ละมลรัฐจึงอาจแตกต่างกันออกไปบ้าง ในที่นี้ผู้เขียนขอยกตัวอย่างกฎหมายของมลรัฐวิกตอเรีย ซึ่งมีกฎหมายหลัก คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2017 (Environment Protection Act 2017 (Vic)) ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1.3.1 บทบัญญัติที่กล่าวถึงหลักการป้องกันและหลักการระวังไว้ก่อนโดยตรง

1) บทบัญญัติที่รับรองหลักการป้องกันและหลักการระวังไว้ก่อน

มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2017 ของมลรัฐวิกตอเรียกล่าวถึงหลักการพื้นฐานว่าด้วยการให้ความสำคัญกับการป้องกันเป็นอันดับแรก หรือ “Principle of Primacy of Prevention” โดยระบุว่าการป้องกันความเสียหายที่จะเกิดต่อสุขภาพมนุษย์ และต่อสิ่งแวดล้อมเป็นสิ่งที่ควรดำเนินการมากกว่าการใช้มาตรการในการแก้ไขเยียวยาหรือลดความเสียหายนั้น

⁴¹ *Ibid*, part 3 division 1

⁴² *ibid*, part 8

⁴³ *Ibid*, section 136



ส่วนมาตรา 20 ได้ให้นิยามหลักการระงับไว้ก่อนในทำนองเดียวกันกับมาตรา 3A(b) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1999 ของสหพันธรัฐที่ได้กล่าวไว้แล้ว เพียงแต่เพิ่มเติม “อันตรายต่อสุขภาพของมนุษย์” เข้าไปในส่วนของความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นด้วย และนอกจากการป้องกันความเสียหายแล้ว บทบัญญัตินี้ยังกล่าวถึงการลดความเสียหายให้เหลือน้อยที่สุดด้วย อันเป็นการคำนึงถึงความเป็นจริงในทางปฏิบัติที่อาจไม่สามารถป้องกันความเสียหายได้ทั้งหมด⁴⁴ ทั้งนี้ มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2017 ของมลรัฐวิกตอเรียบัญญัติไว้ชัดเจนว่า ฝ่ายนิติบัญญัติมีเจตนารมณ์ให้นำทั้งสองหลักการและหลักการอื่น ๆ ตามที่บัญญัติไว้มาใช้ในการบริหารงานตามกฎหมายนี้

2) บทบัญญัติให้นำหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อน

มาใช้ในการวินิจฉัยสั่งการ

พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2017 ของมลรัฐวิกตอเรีย สร้างระบบควบคุมการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่องสิ่งแวดล้อมโดยกระบวนการอนุญาต การอนุมัติ หรือการจดทะเบียนกิจกรรมเป็นรายการไป โดยกำหนดปัจจัยที่ต้องนำมาพิจารณาซึ่งรวมถึง หลักการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม อันได้แก่ หลักการระงับไว้ก่อนและหลักการเรื่องการให้ความสำคัญกับการป้องกันเป็นอันดับแรก รวมทั้งหลักการอื่น ๆ ที่บัญญัติไว้⁴⁵

3.1.3.2 บทบัญญัติที่แสดงถึงแนวคิดของหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อน

นอกจากการบัญญัติเป็นข้อพิจารณาอย่างชัดแจ้งแล้ว แนวคิดของหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อนยังอาจเป็นพื้นฐานของบทบัญญัติเฉพาะต่าง ๆ อีก ดังตัวอย่างต่อไปนี้

1) บทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดหน้าที่โดยทั่วไปในการดูแลรักษา

สิ่งแวดล้อม

มาตรา 25 (1) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2017 ของมลรัฐวิกตอเรียบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ทั่วไปทางสิ่งแวดล้อม (General Environmental Duty) ว่า บุคคลใดที่ดำเนินกิจกรรมซึ่งอาจมีความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายต่อสุขภาพมนุษย์หรือต่อสิ่งแวดล้อมจากมลพิษหรือสิ่งปนเปื้อน ต้องลดความเสี่ยงดังกล่าวให้เหลือน้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ตามสมควรในทางปฏิบัติ (reasonably practicable) หากฝ่าฝืนจะมีความรับผิดทางแพ่ง และถ้าเป็นการกระทำให้การประกอบธุรกิจหรือกิจการซึ่งมีความผิดทางอาญาดำเนิน (2) นอกจากนี้ (4) ของมาตราดังกล่าวยังได้บัญญัติยกตัวอย่างหน้าที่ที่หากละเว้นการปฏิบัติในการประกอบธุรกิจหรือกิจการจะถือว่าฝ่าฝืนหน้าที่ทั่วไปตาม (1) อีกด้วย

⁴⁴ Environment Protection Act 2017 (Vic) s 20 ('EP Act (Vic)') :

"If there exist threats of serious or irreversible harm to human health or the environment, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing measures to prevent or minimise those threats."

⁴⁵ Ibid, chapter 4

เช่น การใช้และบำรุงรักษาโรงงาน อุปกรณ์ กระบวนการ และระบบต่าง ๆ ในลักษณะที่มีความเสี่ยงน้อยที่สุด การมีระบบตรวจจับ ประเมิน และควบคุมความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากกิจกรรม เป็นต้น

2) บทบัญญัติเกี่ยวกับการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม

มลรัฐวิกตอเรียมีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมแยกออกมาต่างหาก คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 1978 (Environment Effects Act 1978 (Vic)) ซึ่งบัญญัติให้เฉพาะกิจกรรมบางประเภทเท่านั้นที่ต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมที่เรียกว่า Environment Effects Statement เช่น โครงการตามที่ประกาศกำหนดให้เป็นโครงการสาธารณะ (Public Works) ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายนี้⁴⁶ หรือโครงการที่อาจมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างมาก ในกรณีที่รัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายนี้เห็นสมควร เป็นต้น⁴⁷

3) บทบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมโดยระบบการอนุญาต

พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2017 ของมลรัฐวิกตอเรีย บัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ด้วยระบบการอนุญาตและการจดทะเบียนไว้หลายประเภท โดยกฎหมายให้อำนาจคณะกรรมการท้องถิ่นในการกำหนดประเภทของกิจกรรมที่ต้องขออนุญาต (License หรือ Permit) หรือจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ (Registration) ก่อน จึงจะดำเนินกิจกรรมนั้น ๆ ได้ และในการอนุญาตให้ดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ผู้อนุญาตอาจกำหนดเงื่อนไข เช่น ระบุมาตรการที่ผู้ขออนุญาตต้องใช้เพื่อให้เป็นไปตามหน้าที่ทั่วไปทางสิ่งแวดล้อม⁴⁸

4) บทบัญญัติเกี่ยวกับการมีคำสั่งเฉพาะรายเพื่อป้องกันความเสียหาย

พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2017 ของมลรัฐวิกตอเรีย บัญญัติให้กรณีที่เชื่อว่าการฝ่าฝืนกฎหมายหรือเงื่อนไขการอนุญาต รวมถึงดำเนินกิจกรรมหรือเสนอที่จะดำเนินกิจกรรมที่ก่อหรืออาจก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพมนุษย์หรือต่อสิ่งแวดล้อมจากมลพิษหรือสิ่งปนเปื้อน เจ้าหน้าที่อาจมีคำสั่งเป็นหนังสือให้บุคคลนั้นปรับปรุงการดำเนินการ อาจใช้มาตรการป้องกันหรือลดความเสียหาย หรืออาจมีคำสั่งห้ามดำเนินกิจกรรม หากไม่มีการปฏิบัติตามจะมีสภาพบังคับทั้งทางแพ่งและทางอาญา⁴⁹

⁴⁶ มาตรา 2 (1) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 1978 ของมลรัฐวิกตอเรีย บัญญัตินิยามไว้ว่า “public works means works undertaken or proposed to be undertaken (whether commenced before, on or after the commencement of the Environment Effects (Amendment) Act 1994), by or on behalf of the Crown or for public statutory bodies but does not include works undertaken by or on behalf of municipal councils” ซึ่งนิยามดังกล่าวระบุเพียงว่า “public works” หมายถึง โครงการที่ดำเนินการหรือมีการเสนอให้ดำเนินการ โดยหรือในนามของรัฐบาลหลัก หรือเพื่อหน่วยงานที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายโดยมีวัตถุประสงค์ในทางสาธารณะ ซึ่งไม่รวมถึงหน่วยงานปกครองส่วนท้องถิ่น โดยไม่ได้รับระบุไว้อย่างชัดเจนว่าหมายถึงโครงการประเภทใดบ้าง

⁴⁷ Environment Effects Act 1978 (Vic) s 3-8C

⁴⁸ EP Act (Vic) ch 4; EP Act (Vic) s 465(2), Schedule 1

⁴⁹ EP Act (Vic) chapter 10



5) บทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการเสริมอื่น ๆ

พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2017 ของมลรัฐวิกตอเรีย ได้บัญญัติมาตรการอื่น ๆ ที่สามารถส่งเสริมการใช้หลักการป้องกันและหลักการระวังไว้ก่อนให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นด้วย เช่น บทบัญญัติที่ให้กรรมการท้องถิ่นมีอำนาจประกาศกำหนดมาตรฐานอ้างอิง (Reference Standards)⁵⁰ และอนุมัติคู่มือแนวทางการปฏิบัติ (Compliance Codes)⁵¹ และเจ้าหน้าที่อาจมีคำแนะนำเฉพาะกรณี (Position Statements)⁵² บทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจประเมินทางสิ่งแวดล้อม (Environmental Audit)⁵³ เป็นต้น

3.2 การปรับใช้และการตีความของศาล

3.2.1 ลักษณะคดีพิพาทที่เข้าสู่การพิจารณาของศาลในเครือรัฐออสเตรเลีย

คดีสิ่งแวดล้อมโดยทั่วไป รวมทั้งคดีเกี่ยวกับหลักการป้องกันและหลักการระวังไว้ก่อนที่เข้าสู่การพิจารณาของศาลในเครือรัฐออสเตรเลีย อาจแบ่งออกได้เป็นสามประเภท คดีประเภทแรก คือ การฟ้องเพื่อบังคับทางแพ่ง ซึ่งมักจะเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฟ้องเอกชนที่กระทำผิดหรือฝ่าฝืนกฎหมาย หรือเป็นคดีที่เอกชนฟ้องตนเอง หรือฟ้องเจ้าหน้าที่ที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย⁵⁴ คดีประเภทที่สอง คือ การขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย (Judicial Review) ของคำสั่งทางปกครองหรือการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการออกคำสั่งของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ รวมทั้งการพิจารณาไม่ออกคำสั่ง ซึ่งเป็นไปตามพระราชบัญญัติการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองโดยศาล ค.ศ. 1977 (Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1977 (Cth)) ของสหพันธรัฐ ที่บัญญัติเหตุในการขอให้ศาลตรวจสอบคำสั่งทางปกครองไว้หลายประการ ซึ่งศาลมีอำนาจตรวจสอบในสามลักษณะใหญ่ ๆ ได้แก่ ความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ความไม่มีเหตุผล และความไม่ถูกต้องในเชิงกระบวนการ โดยในการตรวจสอบประเภทนี้ ศาลจะไม่พิจารณาในเนื้อหาของคำสั่งหรือการกระทำนั้น เว้นแต่เป็นกรณีที่จำเป็นต้องพิจารณาเนื่องจากมีความเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งศาลจะใช้อำนาจพิจารณาอย่างระมัดระวัง นอกจากนี้ ศาลจะไม่ใช้ดุลพินิจแทนฝ่ายปกครองและไม่พิพากษาให้เกิดผลลัพธ์ไปในทางใดทางหนึ่ง เพราะการชี้แนะนักและพิจารณาเลือกใช้มาตรการเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายปกครองตามหลักการ

⁵⁰ *Ibid*, chapter 5 part 5.2

⁵¹ *Ibid*, chapter 5 part 5.3

⁵² *Ibid*, chapter 5 part 5.4

⁵³ *Ibid*, chapter 8 part 8.3

⁵⁴ Brian Preston, “The Australian Experience on Environmental Law,” *Environmental and Planning Law Journal* Issue 6, 2018, p. 637 (654).

แบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย⁵⁵ ตัวอย่างของคดีประเภทนี้ เช่น ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำสั่งทางปกครอง จากการกระทำที่เกี่ยวข้อง หรือจากการไม่ออกคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1999 สามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลสหพันธรัฐได้ตามมาตรา 487 (1) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ประกอบกับมาตรา 5 ถึงมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองโดยศาล ค.ศ. 1977 ของสหพันธรัฐ⁵⁶ ส่วนคดีประเภทที่สาม คือ การขอให้ตรวจสอบเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองโดยผู้รับคำสั่งนั้น หรือโดยบุคคลที่สาม (Merit Review) กรณีนี้มักเป็นการตรวจสอบโดยองค์กรในฝ่ายบริหารเอง โดยผู้ตรวจสอบมีอำนาจและดุลพินิจเสมือนเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งในเรื่องนั้น ๆ จึงสามารถตรวจสอบไปถึงความเหมาะสมของคำสั่งได้ และอาจมีคำสั่งใหม่ทดแทนคำสั่งเดิมได้เลย⁵⁷ ตัวอย่างของการตรวจสอบเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ ผู้ยื่นคำขออนุมัติโครงการพัฒนาต่าง ๆ ที่ไม่พอใจในคำสั่งของเจ้าหน้าที่สามารถอุทธรณ์คำสั่งนั้นต่อศาลที่ดินและสิ่งแวดล้อมแห่งมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ได้ตามมาตรา 8.7 แห่งพระราชบัญญัติการวางแผนและการประเมินทางสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 1979 ของมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ (Environmental Planning and Assessment Act 1979 (NSW)) โดยศาลมีอำนาจและดุลพินิจเช่นเดียวกับเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งตามมาตรา 8.14 (1) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

สำหรับหลักการระงับไว้ก่อน มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า ข้อโต้แย้งที่มีถูกหยิบยกขึ้นมาในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง มีดังนี้

(1) เมื่อมีการบัญญัติหลักการระงับไว้ก่อนไว้โดยเฉพาะในกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีอาจมีการโต้แย้งว่าเจ้าหน้าที่ผู้สั่งการไม่ได้พิจารณาถึงหลักการดังกล่าว จึงเป็นเหตุให้เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁵⁸ ซึ่งอาจขอให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยอ้างว่าเป็นการใช้อำนาจที่ไม่เหมาะสม

⁵⁵ *op. cit.* 26, p. 261; *Lawyers for Forests Inc v Minister for the Environment, Heritage and the Arts* (2009) 165 LGERA p. 203 (219) [36] cited in *op. cit.* 26, p. 261; Warwick Gullett, “Environmental Protection and the “Precautionary Principle” : a Response to Scientific Uncertainty in Environmental Management,” *Environmental and Planning Law Journal* Issue 1, 1997, p. 52 (60), cited in Warwick Gullett, “The Threshold Test of the Precautionary Principle in Australian Courts and Tribunals: Lessons for Judicial Review,” in Elizabeth Fisher, Judith Jones, and René von Schomberg (eds) *Implementing the Precautionary Principle : Perspectives and Prospects*, (Edward Elgar Publishing Limited, 2006), p. 187; *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] 1 AC 374, 410 cited in *op. cit.* 54, pp. 654-655; *Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1977* (Cth) s 5- s 7; SW Howe, *Administrative law*, (LexisNexis Butterworths, 2020), p. 32.

⁵⁶ EPBC Act (Cth) s 487 (1)

⁵⁷ *op. cit.* 54, p. 655; SW Howe, *Administrative law*, (LexisNexis Butterworths, 2020), p. 28.

⁵⁸ Warwick Gullett, “The Threshold Test of the Precautionary Principle in Australian Courts and Tribunals : Lessons for Judicial Review” in Elizabeth Fisher, Judith Jones, and René von Schomberg (eds), *Implementing the Precautionary Principle : Perspectives and Prospects*, (Edward Elgar Publishing Limited, 2006), p. 187.



ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เนื่องจากเจ้าหน้าที่ไม่นำข้อพิจารณาที่เกี่ยวข้องมาพิจารณาในการใช้อำนาจออกคำสั่งหรือกระทำการตามมาตรา 5(1)(e) ประกอบกับมาตรา 5(2)(b) แห่งพระราชบัญญัติการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองโดยศาล ค.ศ. 1977

(2) เมื่อเจ้าหน้าที่พิจารณามีคำสั่งโดยใช้หลักการระงับไว้ก่อน ผู้ฟ้องคดีอาจโต้แย้งว่าไม่เข้าเงื่อนไขที่จะใช้หลักการนี้ โดยอาจอ้างว่าเป็นการใช้อำนาจที่ไม่เหมาะสมตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เนื่องจากเจ้าหน้าที่นำข้อพิจารณาที่ไม่เกี่ยวข้องมาพิจารณาตามมาตรา 5(1)(e) ประกอบกับมาตรา 5(2)(a) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว นอกจากนี้ อาจมีการโต้แย้งในเนื้อหาของคำสั่งด้วย เช่น โต้แย้งว่าการใช้หลักการระงับไว้ก่อนจะก่อให้เกิดภาระเกินสมควร⁵⁹

3.2.2 ตัวอย่างคดีที่น่าสนใจ

ในเครือรัฐออสเตรเลีย ศาลได้วางหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการใช้หลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อนไว้ในคดีจำนวนมาก ในที่นี้ ผู้เขียนขอยกตัวอย่างคดีที่น่าสนใจ ดังต่อไปนี้

3.2.2.1 คดี *Leatch v National Parks & Wildlife Service (Leatch)*

คดีนี้มีมูลเหตุมาจากกรณีที่สภาเมือง Shoalhaven City มีโครงการจะสร้างถนนเชื่อมต่อ North Nowra ไปยังถนนใหญ่ Princes Highway เพื่อลดความหนาแน่นของการจราจรในการสร้างถนนดังกล่าวจะต้องมีการกำจัดสัตว์ในบริเวณรอบ ๆ สภาเมืองจึงยื่นคำขออนุญาตจับ ระบาย หรือฆ่าสัตว์ที่เสี่ยงต่อการสูญพันธุ์ ซึ่งผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติและสัตว์ป่า ค.ศ. 1974 ของมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ (National Parks and Wildlife Act 1974 (NSW)) ได้ออกใบอนุญาตให้ โดยมีกำหนดระยะเวลา 10 ปี และกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ไว้⁶⁰

ในเบื้องต้น เนื่องจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับประเด็นพิพาทในคดีนี้ไม่ได้มีบทบัญญัติรับรองหลักการระงับไว้ก่อนไว้โดยชัดแจ้ง ศาลจึงวินิจฉัยวางหลักไว้ว่า หลักการระงับไว้ก่อนเป็นเรื่องของสามัญสำนึก และมีการใช้หลักการนี้โดยผู้มีอำนาจสั่งการมาตั้งแต่ก่อนที่จะมีการกำหนดเป็นหลักการออกมาแล้ว⁶¹ ซึ่งในส่วนนี้มีคดีอื่น ๆ บางคดีที่วินิจฉัยแตกต่างออกไป เช่น คดี *Friends of Hinchinbrook Society Inc v Minister for Environment (No2)*⁶² และคดี *Alliance to Save Hinchinbrook v Delegate of the Chief Executive, Environmental Protection Agency*⁶³

⁵⁹ *Ibid*, p. 198.

⁶⁰ *Leatch v National Parks & Wildlife Service* (1993) 81 LGERA 270.

⁶¹ *Ibid*

⁶² *Friends of Hinchinbrook Society Inc v Minister for Environment (No2)* (1997) 69 FCR 28.

คดีนี้ศาลแบ่งแยกระหว่างหลักการระงับไว้ก่อนที่เป็นหลักสามัญสำนึกตามคำวินิจฉัยคดี *Leatch* กับหลักการระงับไว้ก่อนที่นำมากำหนดไว้ใน Inter-Governmental Agreement 1992 ซึ่งมีการประกาศออกมาหลังจากการบังคับใช้กฎหมาย (มีต่อหน้าถัดไป)

ส่วนประเด็นต่อมา คือ หลักการระงับไว้ก่อนเป็นข้อพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับคดีนี้หรือไม่ ศาลเห็นว่าการวินิจฉัยประเด็นดังกล่าวต้องพิจารณาสาระสำคัญ ขอบเขต และวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่เป็นประเด็นในคดีนี้ คือ ส่วนที่ 7 ของพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติและสัตว์ป่า ค.ศ. 1974 แห่งมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ ซึ่งเกี่ยวกับการสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า การพิจารณากำหนดรายชื่อสัตว์ที่ใกล้สูญพันธุ์ การออกใบอนุญาตจับหรือล่าสัตว์ดังกล่าว และการกำหนดความผิดอาญาสำหรับผู้จับหรือล่าสัตว์ดังกล่าวโดยฝ่าฝืนกฎหมาย ศาลเห็นว่าเป็นที่ชัดเจนว่าบทบัญญัตินี้มีวัตถุประสงค์เพื่อสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าที่เสี่ยงต่อการสูญพันธุ์ หลักการระงับไว้ก่อนจึงมีความเกี่ยวข้องและต้องนำมาพิจารณาด้วย แม้จะไม่มีบทบัญญัติไว้อย่างชัดเจนก็ตาม⁶⁴

สัตว์ชนิดหนึ่งที่ถูกยกขึ้นมาพิจารณาในคดีนี้ คือ กบที่เรียกว่า Giant Burrowing Frog ศาลเห็นว่าข้อมูลเกี่ยวกับสัตว์ชนิดนี้ยังไม่เพียงพอ และสัตว์ชนิดนี้เพิ่งได้รับการขึ้นทะเบียนเป็นสัตว์ที่เสี่ยงต่อการสูญพันธุ์ อีกทั้งเมื่อพิจารณาปัจจัยที่กฎหมายมาตรา 92A(6) แห่งพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติและสัตว์ป่า ค.ศ. 1974 ของมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ กำหนดเป็นแนวทางในการพิจารณาขึ้นทะเบียนสัตว์ที่ใกล้สูญพันธุ์แล้ว จะเห็นได้ว่าการใช้ความระมัดระวังควรเป็นแนวทางหลักในการพิจารณาของศาล และการใช้หลักการระงับไว้ก่อนเป็นแนวทางที่เหมาะสมที่สุดในกรณีนี้ที่ขาดข้อมูลทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับจำนวนประชากร แหล่งที่อยู่อาศัย และผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับสัตว์นั้น ศาลเห็นว่าไม่ควรออกใบอนุญาตจับ รบกวาน หรือล่าสัตว์ อย่างไรก็ตาม ศาลยังชี้ว่าการปฏิเสธการออกใบอนุญาตดังกล่าวไม่ใช่การห้ามเด็ดขาด หากต่อไปในอนาคตมีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์มากขึ้น ก็อาจพิจารณาออกใบอนุญาตได้⁶⁵

3.2.2.2 คดี *Telstra Corporation Ltd v Hornsby Shire Council*

คดีนี้บริษัทโทรคมนาคมฟ็อกโต้แย้งคำสั่งของหน่วยงานท้องถิ่นที่ไม่อนุญาตให้ติดตั้งเสาโทรคมนาคมในพื้นที่ เนื่องจากหน่วยงานและประชาชนมีความกังวลเกี่ยวกับผลกระทบต่อสุขภาพจากคลื่นสัญญาณที่แผ่ออกมาจากเสาโทรคมนาคม ศาลเห็นว่าระดับคลื่นที่จะปล่อยออกมาจากสถานีสามารถควบคุมให้เป็นไปตามมาตรฐานของเครือรัฐออสเตรเลียได้โดยง่าย และผลกระทบ

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 62)

คุ้มครองมรดกโลกที่เป็นประเด็นพิพาทเป็นเวลา 9 ปี โดยศาลเห็นว่าหลักการระงับไว้ก่อนในรูปแบบหลังนี้ไม่ผูกพันรัฐมนตรีผู้รักษาการที่จะต้องนำมาพิจารณา; P Stein, “A Cautious Application of the Precautionary Principle,” *Environmental Law Review* Issue 1, 2000, p. 1 (4).

⁶³ *Alliance to Save Hinchinbrook v Delegate of the Chief Executive, Environmental Protection Agency* [2006] QSC 84. ศาลวินิจฉัยว่า ตามพฤติการณ์ในคดีนี้ เมื่อไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้นิยามของหลักการระงับไว้ก่อนไว้ และไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ที่ต้องใช้หลักการดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน ศาลจึงเห็นว่าไม่มีเหตุผลรองรับที่จะวินิจฉัยว่ามีความผิดพลาดในเชิงกระบวนการอันเกิดจากการไม่นำหลักการระงับไว้ก่อนมาพิจารณา

⁶⁴ *Leatch v National Parks & Wildlife Service* (1993) 81 LGERA 270.

⁶⁵ *Ibid*



ต่อสุขภาพและความปลอดภัยของประชาชนหรือผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมจากการสัมผัสคลื่นในปริมาณดังกล่าวอยู่ในระดับที่เพิกเฉยได้ จึงไม่เข้าเงื่อนไขที่จะใช้หลักการระวังไว้ก่อนในส่วนที่อ้างว่ามีความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายที่รุนแรงหรือไม่อาจแก้ไขได้ และศาลเห็นว่าความกังวลดังกล่าวไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่มีเหตุมีผล นอกจากนี้ ข้อเท็จจริงยังปรากฏว่ามีการพิจารณากำหนดมาตรการด้วยแนวคิดเรื่องการระวังไว้ก่อนแล้ว เช่น การกำหนดมาตรฐานความปลอดภัย รวมทั้งมาตรการต่าง ๆ เพื่อป้องกันความเสี่ยง⁶⁶ เป็นต้น ซึ่งคำวินิจฉัยคดีนี้ถูกอ้างอิงโดยคดีต่อ ๆ มาจำนวนมาก โดยศาลได้วางหลักการสำคัญไว้เพิ่มเติม ดังต่อไปนี้

1) เงื่อนไขในการใช้หลักการระวังไว้ก่อน

ศาลในคดีนี้จำแนกเงื่อนไขที่จะใช้หลักการระวังไว้ก่อนออกเป็นสององค์ประกอบ คือ (1) มีความเสี่ยงว่าจะเกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมที่รุนแรงหรือไม่อาจแก้ไขให้คืนสภาพเดิมได้ และ (2) มีความไม่แน่นอนของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ โดยต้องเป็นไปตามเงื่อนไขครบทั้งสองข้อ จึงจะนำหลักการระวังไว้ก่อนมาใช้ได้ มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) มีความเสี่ยงว่าจะเกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมที่รุนแรงหรือไม่อาจแก้ไขให้คืนสภาพเดิมได้

ศาลชี้ว่า เงื่อนไขข้อนี้ไม่จำเป็นจะต้องเกิดความเสียหายขึ้นจริง ๆ เพียงแต่มีความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นก็เพียงพอแล้ว แต่ต้องมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์รองรับด้วย ในการนี้ ศาลยังยกตัวอย่างปัจจัยที่อาจใช้ในการพิจารณาว่าความเสียหายที่มีความเสี่ยงว่าจะเกิดขึ้น เป็นความเสียหายที่ “รุนแรง”(serious) หรือ “ไม่อาจแก้ไขให้คืนสภาพเดิมได้” (irreversible) หรือไม่ เช่น

- ขนาดพื้นที่ที่ได้รับความเสี่ยง เช่น ระดับท้องถิ่นหรือระดับประเทศ

- ระดับความรุนแรงของผลกระทบที่เป็นไปได้ว่าจะเกิดขึ้น

ต่อธรรมชาติและมนุษย์

- ความรู้สึกของประชาชนเกี่ยวกับคุณค่าของสิ่งแวดล้อมนั้น ๆ

- ปัจจัยเกี่ยวกับเวลาทั้งในเรื่องของช่วงเวลาที่เกิดผลกระทบ

หรือความยาวนานของผลกระทบ

- ความซับซ้อนและความเกี่ยวเนื่องของผลกระทบที่เป็นไปได้

- ระดับความกังวลของประชาชน และความมีเหตุผล

ทางวิทยาศาสตร์หรือเหตุผลด้านอื่น ๆ ของข้อกังวลนั้น

⁶⁶ Telstra Corporation Ltd v Hornsby Shire Council (2006) 67 NSWLR 256 (‘Telstra’).

- ความสามารถในการแก้ไขให้สิ่งแวดล้อมกลับคืนสู่สภาพเดิม รวมทั้งระยะเวลา ความยุ่งยาก และค่าใช้จ่ายในการแก้ไขผลกระทบ⁶⁷

(2) มีความไม่แน่นอนของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ (scientific uncertainty)

ศาลคดีนี้ได้ยกตัวอย่างข้อพิจารณา เช่น

- ความเพียงพอของพยานหลักฐานว่าอาจมีความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมที่รุนแรงหรือไม่สามารถแก้ไขให้คืนสภาพเดิมได้

- ระดับความไม่แน่นอน รวมถึงลักษณะของความไม่แน่นอน

- ศักยภาพในการลดความไม่แน่นอน เมื่อคำนึงถึงความเป็นไปได้ในทางหลักการและทางเศรษฐศาสตร์ ภายในกรอบระยะเวลาอันสมควร⁶⁸

สำหรับประเด็นที่ว่าต้องมีความไม่แน่นอนเพียงใดจึงจะเข้าเงื่อนไขนั้น ศาลเห็นว่าในความเป็นจริงแล้ว วิทยาศาสตร์ไม่สามารถยืนยันความเสี่ยงที่อาจเกิดความเสียหายได้ทั้งหมด ดังนั้น จึงมีความไม่แน่นอนอยู่เสมอ นอกจากนี้ ศาลได้อ้างอิงข้อความของ de Sadeleer ที่ว่า ความไม่แน่นอนดังกล่าว ต้องมีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์เชิงประจักษ์สนับสนุนในระดับหนึ่ง แม้ว่าจะเป็นเพียงส่วนน้อยก็ตาม โดยศาลสรุปว่า หลักการระงับไว้ก่อนสามารถใช้ได้กับความเสี่ยงทั้งหลายที่ยังไม่สามารถระบุความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลได้ แต่เมื่อพิจารณาในทางวิทยาศาสตร์แล้ว มีเหตุผลน่าเชื่อถือว่ามีความสัมพันธ์ดังกล่าวอยู่จริง⁶⁹

2) ผลของการใช้หลักการระงับไว้ก่อน

(1) การเปลี่ยนแปลงภาระการพิสูจน์

ศาลได้วางหลักไว้ว่า ผลของหลักการระงับไว้ก่อนก็คือ ผู้ออกคำสั่งต้องถือเสมือนว่า ความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายเป็นความเสี่ยงที่แน่นอนและเป็นจริง ภาระในการพิสูจน์ว่า ความเสี่ยงดังกล่าวไม่มีอยู่จริงหรือสามารถเพิกเฉยได้ เป็นภาระของผู้เสนอโครงการ เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพื่อให้มั่นใจว่าจะมีการคาดการณ์ล่วงหน้าในเชิงป้องกันและใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อป้องกันความเสียหายไปก่อน เพราะหากรอให้มีการพิสูจน์ให้เห็นถึงความเสียหายที่แน่นอน อาจสายเกินไป ยากเกินไป หรือมีค่าใช้จ่ายสูงในการที่จะเปลี่ยนแปลงการกระทำที่เป็นอันตรายนั้น⁷⁰

⁶⁷ A Deville and R Harding, Applying the Precautionary Principle, (Federation Press, 1997), pp. 25-31, N de Sadeleer, Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules, (Oxford University Press, 2005), pp. 163-165, cited in *op. cit.* 66, [128]-[134].

⁶⁸ A Deville and R Harding, Applying the Precautionary Principle, (Federation Press, 1997), pp. 31-37, cited in *op. cit.* 66, [140]-[141].

⁶⁹ *op. cit.* 4, p. 160, cited in *op. cit.* 66, [142]-[148].

⁷⁰ *op. cit.* 66, [150].



(2) การพิจารณามาตรการที่จะใช้

สำหรับประเภทและระดับของมาตรการระงับไว้ก่อนที่จะใช้นั้น ขึ้นอยู่กับระดับความรุนแรงกับการที่ไม่สามารถแก้ไขให้คืนสภาพเดิมได้ และระดับความไม่แน่นอน ยิ่งมีความเสี่ยงรุนแรงและมีความไม่แน่นอนมากเท่าใด ระดับของความระมัดระวังยิ่งต้องสูงขึ้น นอกจากนี้ การพิจารณาเลือกมาตรการที่จะใช้ ต้องพิจารณาถึงความได้สัดส่วนของมาตรการนั้นด้วย กล่าวคือ มาตรการนั้น ต้องไม่เป็นภาระเกินกว่าความเหมาะสมและความจำเป็นเพื่อบรรลุเป้าหมายที่ต้องการ และควรพิจารณา เรื่องของค่าใช้จ่ายและความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติด้วย⁷¹ สำหรับการให้น้ำหนักกับหลักการระงับไว้ก่อนนั้น เมื่อหลักการดังกล่าวเป็นหนึ่งในหลักการย่อยของหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนทางระบบนิเวศน์ จึงต้องพิจารณา ร่วมกับหลักการย่อยอื่น ๆ ด้วย โดยไม่จำเป็นต้องให้น้ำหนักหลักการดังกล่าวเหนือหลักการอื่น⁷² และศาลยังมี ข้อสังเกตที่สำคัญ คือ หลักการดังกล่าวไม่ได้มุ่งหมายให้หลีกเลี่ยงความเสี่ยงทั้งหมดแต่อย่างใด และไม่ได้ มีผลบังคับให้เจ้าหน้าที่ต้องปฏิเสธการอนุญาตให้ดำเนินโครงการหรือกิจกรรมนั้น ๆ⁷³

3) ความแตกต่างระหว่างหลักการระงับไว้ก่อนและหลักการป้องกัน

ศาลได้วางหลักไว้ว่า ความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายที่รุนแรง หรือไม่อาจแก้ไขให้คืนสภาพเดิมได้ จะถือว่าค่อนข้างมีความแน่นอนเมื่อพิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างกิจกรรม ที่ดำเนินการกับความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ สามารถคำนวณความน่าจะเป็นที่ความเสียหายจะเกิดได้ และสามารถระงับได้ ในกรณีนี้จะต้องมีการใช้มาตรการบางอย่างเช่นกัน โดยจะเป็นมาตรการป้องกัน (preventative measures) เพื่อควบคุมหรือกำกับดูแลความเสี่ยง ไม่ใช่มาตรการระงับไว้ก่อน (precautionary measures)⁷⁴

3.2.2.3 คดี *Gloucester Resources Ltd v Minister for Planning*

(Rocky Hill Case)

บริษัท Gloucester Resources พ้องโต้แย้งคำสั่งปฏิเสธการออกใบอนุญาต ทำเหมืองถ่านหินในบริเวณที่เรียกว่า Rocky Hill คดีนี้มีการวินิจฉัยโดยละเอียดถึงผลกระทบต่าง ๆ ที่จะเกิดขึ้น จากการทำเหมืองดังกล่าวในหลายด้าน เช่น ผลกระทบที่เกิดจากการใช้ประโยชน์พื้นที่ในการทำเหมือง ไม่สอดคล้องกับการใช้ประโยชน์อย่างอื่นที่มีอยู่ หรือได้รับการอนุมัติ หรือเป็นการใช้งานที่ควรจะเป็นผลกระทบทางทัศนียภาพ ผลกระทบทางสังคม ผลกระทบต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ เป็นต้น ในที่นี้ขอยกเฉพาะประเด็นเกี่ยวกับผลกระทบของเหมืองถ่านหินต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

⁷¹ *Ibid*, [169]-[171].

⁷² D Farrier “Factoring Biodiversity Conservation into Decision-Making Processes : The Role of the Precautionary Principle,” in R Harding and E Fisher (eds), *Perspectives on the Precautionary Principle*, (Federation Press, 1999), p. 108. cited in *op. cit.* 66, [154].

⁷³ *Ibid*

⁷⁴ *Ibid*, [149].

ซึ่งศาลได้รับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญและหลักฐานจากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายแล้ว ศาลได้วินิจฉัยไว้อย่างน่าสนใจว่า โครงการเหมือง Rocky Hill จะทำให้มีการปล่อยก๊าซเรือนกระจกปริมาณมากทั้งทางตรงและทางอ้อม และการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของโครงการนี้มีส่วนในการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศของโลก กล่าวคือ มีความสัมพันธ์ (causal link) ระหว่างการที่โครงการปล่อยก๊าซเรือนกระจกออกมาสะสมเรื่อย ๆ กับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศและผลกระทบที่ตามมา ดังนั้น โครงการดังกล่าวจึงน่าจะมีผลกระทบทางอ้อมต่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งรวมถึงระบบสภาพภูมิอากาศ สิ่งแวดล้อมทั้งในน้ำและบนบก และมนุษย์ การไม่อนุมัติโครงการนี้จึงเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกในปริมาณที่มีนัยสำคัญ⁷⁵

คดีนี้ ศาลเห็นว่าข้อมูลค่อนข้างแน่นอนเกี่ยวกับผลกระทบที่จะเกิดจากการสร้างเหมืองตามโครงการที่พิพาท เช่น ในส่วนของการปล่อยก๊าซเรือนกระจก เป็นที่ยอมรับกันทั่วไป และคู่กรณีรวมทั้งพยานผู้เชี่ยวชาญทั้งสองฝ่ายไม่ได้โต้แย้งในประเด็นที่ว่า โครงการพิพาทจะปล่อยก๊าซเรือนกระจกซึ่งจะมีผลต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศของโลก และจากข้อมูลที่ปรากฏต่อศาลว่ามีปริมาณก๊าซที่ปล่อยทั้งทางตรงและทางอ้อมเป็นตัวเลขว่าไม่น้อยกว่า 37.8Mt CO₂-e ซึ่งถือว่าเป็นปริมาณที่มากสำหรับแหล่งกำเนิดเดียว ผู้เขียนจึงเห็นว่า แม้ศาลจะไม่ได้กล่าวไว้โดยตรง แต่คดีนี้ศาลได้วินิจฉัยโดยมีน้ำหนักไปในแนวคิดของหลักการป้องกัน เนื่องจากมีข้อมูลเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการปล่อยก๊าซเรือนกระจกจากโครงการพิพาทกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศค่อนข้างชัดเจน และเป็นที่แน่ชัดว่าโครงการพิพาทจะปล่อยก๊าซเรือนกระจกออกมา

4. การปรับใช้หลักการป้องกันและหลักการระวังไว้ก่อนในประเทศไทย

4.1 บทบัญญัติของกฎหมายที่สำคัญ

4.1.1 บทบัญญัติที่กล่าวถึงหลักการป้องกันและหลักการระวังไว้ก่อนโดยตรง

ปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายที่กล่าวถึง “หลักการป้องกันล่วงหน้า” ไว้โดยตรง คือ พระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 กฎหมายฉบับนี้ตราขึ้นเป็นการเร่งด่วนเนื่องจากสหภาพยุโรปได้แจ้งเตือนให้ประเทศไทยเร่งแก้ไขปัญหาการทำประมงที่ผิดกฎหมาย ขาดการรายงาน และไร้การควบคุม (Illegal, Unreported and Unregulated Fishing หรือ IUU fishing)⁷⁶ โดยมาตรา 4 ของกฎหมายนี้ได้บัญญัติถึงวัตถุประสงค์โดยรวมไว้ดังนี้

“บทบัญญัติแห่งพระราชกำหนดนี้มุ่งหมายเพื่อการจัดระเบียบการประมงในประเทศไทยและในน่านน้ำทั่วไป เพื่อป้องกันมิให้มีการทำการประมงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อรักษาทรัพยากรสัตว์น้ำให้อยู่ในภาวะที่เป็นแหล่งอาหารของมนุษยชาติอย่างยั่งยืน และรักษาสภาพสิ่งแวดล้อม

⁷⁵ Gloucester Resources Ltd v Minister for Planning (2019) 234 LGERA 257.

⁷⁶ อริยพร โพธิ์ใส, “มาตรการและแนวทางป้องกันปัญหาการทำประมงผิดกฎหมายของประเทศไทยกับหลักการสำคัญของ IUU Fishing,” วารสารจุลนิติ ปีที่ 14 ฉบับที่ 4, 2560, น. 149-161. อ้างถึงใน ปุณยวีร์ หนูประกอบ และภาวิดา รังษี, “การนำนโยบายด้านการประมงพาณิชย์ไปปฏิบัติ ตั้งแต่ พ.ศ. 2558 - ปัจจุบัน : ความท้าทายแห่งการเปลี่ยนแปลง,” วารสารวิชาการวิทยาลัยบริหารศาสตร์ ปีที่ 4 ฉบับที่ 4, 2564, น. 142 (145).



ให้ดำรงอยู่ในสภาพที่เหมาะสมตามแนวทาง กฎเกณฑ์ และมาตรฐานที่เป็นที่ยอมรับนับถือในนานาประเทศ... ภายใต้วัตถุประสงค์ ดังต่อไปนี้...

(5) มีการใช้หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ดีที่สุดเพื่อให้การบริหารจัดการทรัพยากรสัตว์น้ำนำไปสู่การพัฒนาระบบเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อมที่ยั่งยืน สอดคล้องกับแนวทางการรักษาสมดุลของระบบนิเวศ และหลักการป้องกันล่วงหน้าเพื่อรักษาหรือฟื้นฟูทรัพยากรสัตว์น้ำให้อยู่ในระดับที่สามารถก่อให้เกิดผลผลิตสูงสุดของสัตว์น้ำที่สามารถทำการประมงได้อย่างยั่งยืน...”

นอกจากมาตรา 4 ข้างต้นแล้ว พระราชกำหนดนี้ยังบัญญัติเน้นย้ำถึงหลักการดังกล่าวอีกหลายแห่ง เช่น มาตรา 21 (4) ที่กำหนดผลสัมฤทธิ์ของนโยบายที่ออกโดยคณะกรรมการนโยบายการประมงแห่งชาติ และมาตรา 55 ซึ่งกำหนดวัตถุประสงค์ของหมวด 5 ว่าด้วยมาตรการอนุรักษ์และบริหารจัดการ

โดยมีประเด็นนำพิจารณาว่า คำว่า “หลักการป้องกันล่วงหน้า” ตามกฎหมายฉบับนี้จะหมายถึง “Principle of Prevention” หรือ “Precautionary Principle” เนื่องจากผู้เขียนงานวิชาการบางท่านเรียก “Precautionary Principle” ว่า “หลักการป้องกันล่วงหน้า”⁷⁷ ในขณะที่บางท่านเรียก “Principle of Prevention” ว่า “หลักการป้องกันล่วงหน้า”⁷⁸ ในประเด็นนี้ หากพิจารณาเอกสารต่าง ๆ ที่จัดทำหรือร่วมจัดทำโดยกรมประมงซึ่งเป็นหน่วยงานที่เกี่ยวข้องโดยตรง จะพบว่ามีการกล่าวถึง “หลักการป้องกันล่วงหน้า” โดยวงเล็บด้วยคำภาษาอังกฤษว่า “Precautionary Principle”⁷⁹ อีกทั้งเอกสาร

⁷⁷ เช่น ใน ธีรยุทธ์ ทรงเดชะ, “การปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ ร่วมกับหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะข้อพิพาททางอาวุธ” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557) และสุรศักดิ์ บุญเรือง, ‘บทบาทของหลักการพัฒนายั่งยืนในการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม : ศึกษาการกำหนดเงื่อนไขประกอบการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาอนุญาตการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม’ (รายงานฉบับสมบูรณ์เสนอต่อคณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, มกราคม 2565), น. 16-17.

⁷⁸ เช่น ในจักรวดี มนูญพงศ์, “หลักการระงับไว้ก่อน (Precautionary Principle) : สาระสำคัญ คำบังคับทางกฎหมาย และคำวินิจฉัยของศาลปกครอง,” ใน คณะทำงานหนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ สำนักงานศาลปกครอง (บรรณาธิการ), หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ (กรุงเทพฯ : สมมิตรพริ้นต์ติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2565) และสำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, ‘หลักการพื้นฐานของกฎหมายสิ่งแวดล้อมในระบบกฎหมายไทย’ (รายงานการศึกษาวิจัยโครงการปรับปรุงและพัฒนาระบบบริหารงานยุติธรรมทางปกครอง : การศึกษาวิเคราะห์กฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครองสิ่งแวดล้อมในระบบกฎหมายไทย, สิงหาคม 2564), น. 50.

⁷⁹ แผนการบริหารจัดการประมงทะเลของประเทศไทย นโยบายแห่งชาติด้านการจัดการประมงทะเล พ.ศ. 2558 - 2562 เอกสารแนบท้าย ฉบับที่ 2 ของประกาศกรมประมง เรื่อง แผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยการป้องกัน ยับยั้ง และจัดการทำการประมงที่ผิดกฎหมาย ขาดการรายงาน และไร้การควบคุม พ.ศ. 2558 - 2562 และแผนการบริหารจัดการประมงทะเลของประเทศไทย นโยบายแห่งชาติด้านการจัดการประมงทะเล พ.ศ. 2558-2562, หน้า 27 กล่าวถึง “หลักการป้องกันล่วงหน้าในการจัดการประมง (Precautionary approach to fisheries management)”; กรมประมง (มีต่อหน้าถัดไป)

ความตกลงสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติตามบทบัญญัติของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ฉบับลงวันที่ 10 ธันวาคม 2525 เกี่ยวกับการอนุรักษ์และการจัดการประชากรสัตว์น้ำชนิดที่ข้ามเขต และอพยพย้ายถิ่นไกล ซึ่งเป็นความตกลงที่มีอยู่แล้วในขณะที่มีการตราพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 และมีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองทรัพยากรสัตว์น้ำ จะพบว่าการกล่าวถึง “Precautionary Principle” อย่างชัดเจนเพียงหลักการเดียว⁸⁰ ดังนั้น จึงเป็นไปได้ว่า คำว่า “หลักการป้องกันล่วงหน้า” ตามกฎหมายฉบับนี้ จะหมายถึง “Precautionary Principle” มิใช่ “Principle of Prevention”

4.1.2 บทบัญญัติที่แสดงถึงแนวคิดของหลักการป้องกันและหลักการระวังไว้ก่อน

แม้ว่ากฎหมายของประเทศไทยส่วนใหญ่จะยังไม่มีการบัญญัติถึงหลักการป้องกันและหลักการระวังไว้ก่อนโดยตรง แต่หากพิจารณาตามแนวทางที่ จักรวดี มนูญพงศ์ เสนอ

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 79)

กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ และคณะประมง มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, การจัดการประมงภายใต้บริบทของพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 และที่แก้ไขเพิ่มเติม [ออนไลน์], น. 14, เข้าถึงจาก <https://fish.ku.ac.th/pdf/การจัดการประมง.pdf> เมื่อ 16 มิถุนายน 2567, กล่าวถึง “หลักการป้องกันล่วงหน้า (Precautionary principle)” อันเป็นวัตถุประสงค์ของหมวด 5 มาตราการอนุรักษ์และบริหารจัดการ แห่งพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558.

⁸⁰ ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีความตกลงนี้เมื่อวันที่ 28 เมษายน 2560 อันเป็นเวลาภายหลังจากการตราพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 แล้ว จึงไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นการนำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติตามพันธกรณีในความตกลง แต่ผู้เขียนเห็นว่า น่าจะนำมาพิจารณาประกอบได้; The United Nations Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks (adopted 4th August 1995, entered into force 11th December 2001) 2167 UNTS 3 (UNFSA) :

Article 5 General principles

“In order to conserve and manage straddling fish stocks and highly migratory fish stocks, coastal States and States fishing on the high seas shall, in giving effect to their duty to cooperate in accordance with the Convention :

...(c) apply the precautionary approach in accordance with article 6 ”

Article 6 Application of the precautionary approach

“1. States shall apply the precautionary approach widely to conservation, management and exploitation of straddling fish stocks and highly migratory fish stocks in order to protect the living marine resources and preserve the marine environment.

2. States shall be more cautious when information is uncertain, unreliable or inadequate. The absence of adequate scientific information shall not be used as a reason for postponing or failing to take conservation and management measures.”



คือ พิจารณาจากเจตนารมณ์ ถ้อยคำ และมาตรการที่กำหนดตามบทบัญญัติต่าง ๆ⁸¹ จะพบว่ามีแนวคิดของทั้งสองหลักการแฝงอยู่ในหลาย ๆ บทบัญญัติ ดังเช่นตัวอย่างต่อไปนี้

4.1.2.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 58 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน สะท้อนถึงแนวคิดที่ให้ความสำคัญกับการป้องกันการเกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม โดยบัญญัติให้มีการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมก่อนเริ่มดำเนินโครงการที่ได้รับการประเมินว่า “อาจมีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ คุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพ อนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดของประชาชนหรือชุมชน หรือสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรง” เพื่อนำผลการประเมินนั้นมาประกอบการพิจารณาดำเนินการหรืออนุญาตให้ดำเนินโครงการนั้นต่อไป และวรรคสามของมาตราเดียวกัน บัญญัติว่า “ในการดำเนินการหรืออนุญาตตามวรรคหนึ่ง รัฐต้องระมัดระวังให้เกิดผลกระทบต่อประชาชน ชุมชน สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพน้อยที่สุด...”

4.1.2.2 กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ

ประเทศไทยมีกฎหมายกลางในเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม คือ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ซึ่งจัดตั้งหน่วยงานกลางด้านการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม คือ คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ และบัญญัติถึงการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในประเด็นหลัก ๆ เช่น การควบคุมมลพิษโดยทั่วไป การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมในกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ อีก เช่น พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 เป็นต้น ผู้เขียนขอยกตัวอย่างบทบัญญัติที่มีพื้นฐานมาจากแนวคิดเรื่องการป้องกันและการระวังไว้ก่อน ดังนี้

4.1.2.3 บทบัญญัติเกี่ยวกับการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม

มาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 บัญญัติให้รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติมีอำนาจประกาศกำหนดให้โครงการหรือกิจการหรือการดำเนินการใดของรัฐหรือที่รัฐจะอนุญาตให้ผู้ใดดำเนินการเป็นโครงการหรือกิจการหรือการดำเนินการที่ “มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม” หรือที่ “อาจมีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ คุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพ อนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดของประชาชนหรือชุมชนหรือสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรง” ซึ่งผู้ดำเนินการหรือผู้ขออนุญาตต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม

⁸¹ จักราวดี มนูญพงศ์, “หลักการระมัดระวังไว้ก่อน (Precautionary Principle) : สำคัญ คำบังคับทางกฎหมาย และคำวินิจฉัยของศาลปกครอง,” ใน คณะทำงานหนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการสำนักงานศาลปกครอง (บรรณาธิการ), หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ (กรุงเทพฯ : สหมิตรพรีนติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2565), น. 349-350.

4.1.2.4 บทบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมโดยระบบการอนุญาต

พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับระบบการอนุญาตให้ดำเนินกิจกรรมที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมโดยตรง แต่อาจมีความเชื่อมโยงกับกฎหมายอื่นที่มีระบบการอนุญาต โดยผู้ขออนุญาตดำเนินกิจการที่ต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามกฎหมายนี้ต้องยื่นรายงานดังกล่าวต่อเจ้าหน้าที่ที่พิจารณาอนุญาตตามกฎหมายอื่นด้วยตามมาตรา 50 วรรคหนึ่งและวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว สำหรับบทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับระบบการอนุญาตโดยตรงที่น่าสนใจ เช่น กรณีการประกอบกิจการโรงงานจำพวกที่ 3 ตามพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 มาตรา 7 วรรคหนึ่ง (3) บัญญัติให้ต้องได้รับใบอนุญาตก่อนจึงจะดำเนินการได้ ซึ่งการประกอบกิจการโรงงานจำพวกที่ 3 โดยไม่ได้รับอนุญาตเป็นความผิดทางอาญา และมีโทษตามมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

4.1.2.5 บทบัญญัติเกี่ยวกับการมีคำสั่งเฉพาะรายเพื่อป้องกันความเสียหาย

พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 บัญญัติให้เจ้าพนักงานควบคุมมลพิษมีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือให้บุคคลหยุดการกระทำหรือให้กระทำการเป็นเรื่อง ๆ ไป เช่น คำสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครอง ผู้ควบคุม หรือผู้ได้รับใบอนุญาตรับจ้างให้บริการระบบบำบัดน้ำเสียหรือกำจัดของเสีย จัดการแก้ไข เปลี่ยนแปลง ปรับปรุง หรือซ่อมแซมระบบ หรืออุปกรณ์ และเครื่องมือต่าง ๆ รวมทั้งให้หยุดหรือปิดการดำเนินกิจการ หรือมีคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาต ในกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือคำสั่งตามมาตรา 82 (2) และ (4) นอกจากนี้ ยังมีบทบัญญัติที่น่าสนใจ คือ มาตรา 37 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 ที่บัญญัติให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบกิจการโรงงานที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ หรือการประกอบกิจการโรงงานมีสภาพที่อาจก่อให้เกิดอันตราย ความเสียหาย หรือความเดือดร้อนแก่บุคคลหรือทรัพย์สินที่อยู่ในโรงงานหรือที่อยู่ใกล้เคียงกับโรงงาน ระงับการกระทำที่ฝ่าฝืนหรือแก้ไขปรับปรุงภายในระยะเวลาที่กำหนด

4.1.2.6 บทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการเสริมอื่น ๆ

กฎหมายของประเทศไทยได้บัญญัติถึงมาตรการอื่น ๆ ที่จะช่วยเสริมประสิทธิภาพในการคุ้มครองรักษาสิ่งแวดล้อม ดังเช่นตัวอย่างต่อไปนี้

1) บทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดมาตรฐานทางสิ่งแวดล้อม

มาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 บัญญัติให้คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติมีอำนาจกำหนดมาตรฐานคุณภาพสิ่งแวดล้อมในเรื่องต่าง ๆ เช่น มาตรฐานคุณภาพน้ำในแหล่งน้ำสาธารณะ มาตรฐานคุณภาพอากาศในบรรยากาศโดยทั่วไป เป็นต้น โดยการกำหนดมาตรฐานคุณภาพสิ่งแวดล้อมต้องอาศัยหลักวิชาการ กฎเกณฑ์ และหลักฐานทางวิทยาศาสตร์เป็นพื้นฐาน และจะต้องคำนึงถึงความเป็นไปได้ในเชิงเศรษฐกิจ สังคม และเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องด้วย



2) บทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการคุ้มครองเป็นพิเศษ

ในบางพื้นที่

มาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติให้รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติมีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดเขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อม ในกรณีดังต่อไปนี้

- พื้นที่ที่มีลักษณะเป็นพื้นที่ต้นน้ำลำธาร หรือ
- พื้นที่ที่มีระบบนิเวศน์ตามธรรมชาติที่แตกต่างจากพื้นที่อื่นโดยทั่วไป

หรือ

- พื้นที่ที่มีระบบนิเวศน์ตามธรรมชาติที่อาจถูกทำลาย หรืออาจได้รับ

ผลกระทบกระเทือนจากกิจกรรมต่าง ๆ ของมนุษย์ได้โดยง่าย หรือ

- พื้นที่ที่มีคุณค่าทางธรรมชาติหรือศิลปกรรมอันควรแก่การอนุรักษ์

ทั้งนี้ มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน บัญญัติให้กำหนด

มาตรการคุ้มครองไว้ในกฎกระทรวงตามความเหมาะสม และมาตรา 33 บัญญัติให้คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติมีอำนาจกำหนดมาตรฐานคุณภาพสิ่งแวดล้อมในเขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมให้สูงกว่ามาตรฐานคุณภาพสิ่งแวดล้อมทั่วไปตามมาตรา 32 ด้วย

4.2 การปรับใช้และการตีความของศาล

4.2.1 ลักษณะคดีพิพาทที่อาจเข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครอง

คดีพิพาทที่เข้าสู่ศาลปกครองในประเทศไทยมีหลายคดีที่หากพิจารณาจากเนื้อหาแล้วจะเห็นได้ว่ามีความเกี่ยวข้องกับหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อน สำหรับหลักการป้องกันนั้นมีกรณีให้เห็นได้ชัดคือ คดีเกี่ยวกับมลพิษหรือวัตถุอันตรายต่าง ๆ ที่มีข้อมูลว่ามีผลกระทบในทางลบต่อสิ่งแวดล้อมหรือสุขภาพของมนุษย์ค่อนข้างชัดเจน ส่วนหลักการระงับไว้ก่อนมักเป็นกรณีที่พอจะทราบเกี่ยวกับความเสียหายหรืออันตรายที่อาจเกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อมหรือสุขภาพมนุษย์ แต่มีข้อมูลบางส่วนที่ยังไม่ชัดเจนหรือขัดแย้งกัน คดีที่นำมาฟ้องโดยทั่วไปอาจเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) (2) หรือ (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กล่าวคือ คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย คดีพิพาทเกี่ยวกับการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร หรือคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิด โดยเฉพาะคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ที่เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งของเจ้าหน้าที่ ซึ่งศาลอาจนำหลักการป้องกันหรือหลักการระงับไว้ก่อนมาใช้ประกอบการพิจารณาในเนื้อหาคดีว่า เจ้าหน้าที่ได้ใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยเหตุผลหรือไม่ โดยมักพิจารณาควบคู่ไปกับหลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นข้อพิจารณาส่วนหนึ่งในบทบัญญัติดังกล่าวด้วย สำหรับการกำหนดค่าบังคับยอมเป็นไปตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) (2) หรือ (3) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว แล้วแต่กรณีโดยศาลอาจเพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน สั่งให้ปฏิบัติตามหน้าที่

ภายในเวลาที่ศาลกำหนด สั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยศาลไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐได้

4.2.2 ตัวอย่างคดีที่น่าสนใจ

ศาลปกครองไทย โดยเฉพาะในคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ได้วินิจฉัยคดี โดยใช้หลักการป้องกันและหลักการระวังไว้ก่อน ซึ่งมีทั้งคดีที่กล่าวถึงหลักการทั้งสองไว้โดยตรง และคดีที่ศาลไม่ได้กล่าวถึง แต่วินิจฉัยด้วยแนวคิดที่สอดคล้องกัน ดังต่อไปนี้

4.2.2.1 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 450/2557

ผู้ฟ้องคดีซึ่งประกอบกิจการขนส่งและขนถ่ายถ่านหินได้นำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (เทศบาลตำบลบางปะอิน หรือเทศบาลตำบลบ้านเลน เดิม) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (นายกเทศมนตรีตำบลบางปะอิน หรือนายกเทศมนตรีตำบลบ้านเลน เดิม) ปฏิบัติหน้าที่ในการออกใบอนุญาตประกอบกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ และخذใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี คดีนี้ปรากฏข้อเท็จจริงว่า ในการประกอบกิจการที่ผ่านมาของผู้ฟ้องคดี และบริษัทในเครือซึ่งมีสถานประกอบการอยู่แห่งเดียวกันก่อให้เกิดฝุ่นละอองฟุ้งกระจายและอาจมีเศษถ่านหินร่วงหล่นสู่มัมน้ำเจ้าพระยาได้ โดยในการขออนุญาตออกใบอนุญาตครั้งนี้ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้กำหนดมาตรการให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินการก่อนจะพิจารณาออกใบอนุญาตตามข้อ 7 ของเทศบัญญัติเทศบาลตำบลบ้านเลน เรื่อง การควบคุมกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ พ.ศ. 2543 แต่ผู้ฟ้องคดีไม่ดำเนินการ ศาลปกครองสูงสุด จึงถือว่าผู้ฟ้องคดียังไม่ได้ปฏิบัติตามมาตรการด้านการจัดการสิ่งแวดล้อมที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 กำหนดให้ครบถ้วน ทั้งการออกใบอนุญาตให้ประกอบกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพให้แก่ผู้ฟ้องคดีอาจเป็นเหตุกระทบกระเทือนถึงสุขอนามัยของประชาชนตามข้อ 8 ของเทศบัญญัติดังกล่าว การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไม่ออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ฟ้องคดีจึงไม่เป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ และไม่เป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี⁸²

คดีนี้เป็นกรณีที่มีความต่อเนื่องกันระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว และการคาดการณ์ว่าจะเกิดความเสียหายขึ้นต่อไป ผู้เขียนเห็นว่า ข้อเท็จจริงคดีนี้ค่อนข้างชัดเจน เนื่องจากมีข้อมูลจากการปฏิบัติที่ผ่านมาของผู้ฟ้องคดีและบริษัทในเครือ รวมทั้งจากการตรวจสอบของเจ้าหน้าที่ว่าการประกอบกิจการนี้มีลักษณะที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพมนุษย์ การที่เจ้าหน้าที่กำหนดมาตรการให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินการก่อนพิจารณาออกใบอนุญาตต่อไปจึงอยู่บนพื้นฐานของหลักการป้องกัน คือ เป็นไปเพื่อไม่ให้ผู้ฟ้องคดีประกอบกิจการต่อไปจนกว่าจะมีมาตรการป้องกันที่เหมาะสม ซึ่งจะเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมที่เคยเกิดแล้วเกิดขึ้นอีกในอนาคต

⁸² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 450/2557



4.2.2.2 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 412/2564

คดีนี้เป็นคดีเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค แต่ก็มีแง่มุมที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันอันตรายต่อสุขภาพมนุษย์ซึ่งอาจเกิดจากวัสดุที่ใช้กันอยู่ทั่วไป คดีนี้ผู้ฟ้องคดีทั้งสามซึ่งเป็นผู้ผลิตและจำหน่ายกระเบื้องซึ่งมีแร่ใยหินชนิดโครโซไทล์เป็นส่วนผสม ฟ้องขอให้เพิกถอนประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค) โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (คณะกรรมการว่าด้วยฉลาก) ที่ให้ผลิตภัณฑ์ที่มีส่วนประกอบของแร่ใยหินเป็นสินค้าที่ควบคุมฉลาก และต้องระบุค่าเตือนในฉลากว่าอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพ คดีนี้ข้อมูลทั้งคู่กรณีทั้งสองฝ่ายนำเสนอต่อศาลมีความขัดแย้งกัน โดยข้อมูลของฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีระบุว่า องค์การอนามัยโลกและสถาบันวิจัยโรคมะเร็งนานาชาติจัดจำแนกให้แร่ใยหินอยู่ในกลุ่มสารก่อมะเร็งซึ่ง 40 ประเทศทั่วโลก รวมทั้งประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ได้ห้ามใช้แร่ใยหินทุกชนิดรวมทั้งชนิดโครโซไทล์ และผลิตภัณฑ์ที่มีส่วนผสมของแร่ใยหินชนิดโครโซไทล์ ในขณะที่ข้อมูลของฝ่ายผู้ฟ้องคดีระบุในทำนองว่า แร่ใยหินชนิดโครโซไทล์และผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องไม่มีอันตรายต่อสุขภาพ

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีกล่าวอ้างว่า องค์การอนามัยโลกและสถาบันวิจัยโรคมะเร็งนานาชาติต่างมีข้อมูลทางวิชาการไปในทางที่ว่า แร่ใยหินเป็นอันตรายต่อสุขภาพ และแร่ใยหินทุกชนิดอาจก่อมะเร็งได้ ซึ่งเป็นข้อมูลที่น่าเชื่อถือระดับหนึ่ง และได้มีการรับฟังความคิดเห็นจากหน่วยงานอื่น ๆ ซึ่งก็เป็นไปในทำนองเดียวกัน ศาลเห็นว่าการดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองในการออกประกาศเป็นการใช้ดุลพินิจถ่วงถ่วงถึงประโยชน์ที่ส่วนรวมจะพึงได้รับกับการะที่ผู้ผลิตต้องมีต้นทุนเพิ่มขึ้นในการต้องแสดงฉลากแล้วให้น้ำหนักที่ประโยชน์ที่ส่วนรวมจะพึงได้รับ นอกจากนี้ การกำหนดให้ผลิตภัณฑ์ที่มีส่วนประกอบของแร่ใยหินเป็นสินค้าที่ควบคุมฉลากดังกล่าว มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการป้องกันอันตรายที่อาจเกิดขึ้นต่อสุขภาพอนามัยของผู้บริโภค อันถือได้ว่าเป็นการดำเนินมาตรการระวังไว้ก่อน (Precaution) จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว⁸³

ข้อเท็จจริงคดีนี้ หากพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของเครื่องรัฐออสเตรเลีย คือ ความเป็นไปได้ว่าผลิตภัณฑ์ที่มีแร่ใยหินเป็นส่วนประกอบจะก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพมนุษย์ และข้อมูลทางวิทยาศาสตร์จากการศึกษาวิจัยที่แสดงต่อศาลชี้ไปในทางตรงข้ามกัน ทำให้เกิดความไม่แน่นอน จึงถือว่าเป็นไปตามเงื่อนไขของเครื่องรัฐออสเตรเลียที่จะใช้หลักการนี้ อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองไทยไม่ได้วินิจฉัยโดยเจาะจงถึงเงื่อนไขในการใช้หลักการระวังไว้ก่อนดังเช่นศาลในเครื่องรัฐออสเตรเลีย เพียงแต่เห็นได้จากการวินิจฉัยว่า ข้อมูลเกี่ยวกับอันตรายของแร่ใยหินชนิดโครโซไทล์เป็นข้อมูลที่มีหลักฐานทางวิชาการรองรับ ไม่ใช่ข้อมูลที่เลื่อนลอย แม้จะมีข้อมูลที่แตกต่างกัน แต่ศาลเห็นว่าการที่หน่วยงานตัดสินใจในลักษณะที่เป็นการป้องกันอันตรายไว้ก่อนย่อมดีกว่า นอกจากนี้ ศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนมาวินิจฉัยความเหมาะสมของมาตรการระวังไว้ก่อน โดยกล่าวถึงการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ส่วนรวมกับการะของผู้ผลิต ซึ่งก็คือการให้ระบุค่าเตือนในฉลาก อันแสดงให้เห็นถึงความเกี่ยวโยงของหลักความได้สัดส่วน

⁸³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 412/2564

กับหลักการระงับไว้ก่อน ดังเช่นที่ศาลที่ดินและสิ่งแวดล้อมแห่งมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ได้วินิจฉัยไว้ในคดี *Telstra* อย่างไรก็ตาม เนื่องจากมาตรการควบคุมในคดีนี้เป็นไปตามกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นหลักซึ่งเป็นมุมมองของกฎหมายเอกชนมากกว่า ดังนั้น การชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ส่วนรวมและภาระที่จะเกิดกับผู้ผลิตสินค้าอาจแตกต่างไปจากคดีสิ่งแวดล้อมโดยแท้ แต่ในส่วนของการระงับไว้ก่อนในคดีนี้น่าจะเทียบเคียงกันได้ นอกจากนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า หากสินค้าที่เป็นประเด็นในคดีนี้เป็นตัวผลิตภัณฑ์แร่ใยหินเองซึ่งจัดเป็นวัตถุอันตรายตามกฎหมายว่าด้วยวัตถุอันตรายแล้ว⁸⁴ ก็น่าจะถือว่ามีข้อมูลที่ชัดเจนอันเป็นไปตามหลักการป้องกันมากกว่าหลักการระงับไว้ก่อน

ในประเด็นเกี่ยวกับสุขภาพมนุษย์ นอกจากคดีนี้แล้วยังมีคดีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 263/2561 ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า การที่สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาปฏิเสธการขึ้นทะเบียนตำรับยาของผู้ฟ้องคดี เนื่องจากข้อมูลที่ยังไม่ชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้สามารถเชื่อถือในสรรพคุณของยาดังกล่าวได้ เป็นการใช้อุปินาที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว⁸⁵ ซึ่งคดีดังกล่าวเป็นการวินิจฉัยด้วยแนวคิดของหลักการระงับไว้ก่อนเช่นเดียวกัน โดยเป็นกรณีที่มีความไม่แน่นอนของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์เนื่องจากมีข้อมูลไม่เพียงพอ และศาลปกครองสูงสุดในคดีดังกล่าวได้วินิจฉัยไปในทางเดียวกันว่า การตัดสินใจในลักษณะที่เป็นการป้องกันความเสียหายไว้ก่อนในกรณีเช่นนี้ย่อมถูกต้องแล้ว

4.2.2.3 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 921/2560

คดีนี้ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่สืบเจตเป็นประชาชนที่อาศัยอยู่ในเขตเทศบาลเมืองมาบตาพุด จังหวัดระยอง ได้รับผลกระทบจากการดำเนินการของนิคมอุตสาหกรรมมาบตาพุดที่ปล่อยมลพิษต่าง ๆ ออกมาจนทำให้ประชาชนในท้องถิ่นเจ็บป่วยเป็นจำนวนมาก จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นขอให้ผู้ถูกฟ้องคดี (คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ) ประกาศให้พื้นที่ดังกล่าวเป็นเขตควบคุมมลพิษตามมาตรา 59 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า แม้ข้อมูลต่าง ๆ จะไม่ตรงกันเสียทีเดียว และยังคงดำเนินการวิจัยเพิ่มเติมเพื่อให้ได้ผลการวิเคราะห์ข้อมูลที่แม่นยำขึ้นก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาจากเอกสารรายงานทางวิชาการต่าง ๆ ต่างมีสาระสำคัญสอดคล้องกันว่า พื้นที่ในเขตนิคมอุตสาหกรรมมาบตาพุดเป็นพื้นที่ที่มีปัญหามลพิษ ซึ่งมีแนวโน้มที่จะร้ายแรงถึงขนาดเป็นอันตรายต่อสุขภาพอนามัยของประชาชนหรืออาจก่อให้เกิดผลกระทบเสียหายนต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม ดังนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีสมควรประกาศให้เป็นเขตควบคุมมลพิษตามมาตรา 59 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุด

⁸⁴ ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่อง บัญชีรายชื่อวัตถุอันตราย พ.ศ. 2556

⁸⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 263/2561

ได้หยิบยกหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมเรื่อง “การป้องกันไว้ก่อน”⁸⁶ (Precautionary Principle) ของปฏิญญาริโอ (Rio Declaration on Environment and Development) หลักการ 15 ขึ้น เพื่อวินิจฉัยปฏิเสธข้ออ้างตามอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีมีดุลพินิจว่าจะประกาศเขตควบคุมมลพิษหรือไม่ก็ได้ โดยพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงในคดีนี้ที่เห็นได้ว่า หากไม่ควบคุมดูแลมลพิษจากโรงงานอุตสาหกรรมหนักอย่างจริงจัง อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสุขภาพอนามัยของประชาชนหรือคุณภาพสิ่งแวดล้อม และความเสียหายนั้นไม่สามารถแก้ไขให้กลับคืนเหมือนเดิมได้⁸⁷

คดีนี้มีความน่าสนใจเนื่องจากผู้ฟ้องคดีได้อ้างถึงหลักการที่ 15 ของปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา มาในคำฟ้องด้วย ส่วนผู้ถูกฟ้องคดีได้โต้แย้งเกี่ยวกับความถูกต้องและความน่าเชื่อถือของข้อมูลทางวิชาการที่ศาลปกครองชั้นต้นใช้ในการวินิจฉัยคดี ซึ่งคดีนี้มีความชัดเจนว่ามีมลพิษเกิดขึ้นแล้วในบริเวณพื้นที่มาบตาพุด การประกาศให้พื้นที่ดังกล่าวเป็นเขตควบคุมมลพิษจึงเป็นมาตรการในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว อย่างไรก็ตาม การใช้มาตรการดังกล่าวย่อมต้องรวมไปถึงการป้องกันไม่ให้เกิดมลพิษขึ้นอีกต่อไปในอนาคตด้วย ซึ่งในส่วนนี้หากพิจารณาในแง่ที่ว่ามีความเป็นไปได้อย่างยิ่งว่าจะเกิดมลพิษขึ้นอีกและทราบถึงลักษณะของมลพิษที่จะเกิดขึ้น การเตรียมมาตรการเพื่อป้องกันน่าจะเป็นไปตามหลักการป้องกัน ส่วนการที่คดีนี้ศาลได้หยิบยกหลักการระวังไว้ก่อนขึ้นมานั้น ผู้เขียนเห็นว่า เป็นไปเพื่อปฏิเสธข้ออ้างของผู้ถูกฟ้องคดีเกี่ยวกับความไม่แน่นอนชัดเจนของข้อมูลในรายละเอียดบางอย่างและความน่าเชื่อถือของการศึกษาวิจัย ซึ่งบางเรื่องศาลอาจไม่ได้มีความรู้ความเชี่ยวชาญมากพอที่จะไปวินิจฉัยเกี่ยวกับคุณภาพของข้อมูล ตลอดจนระเบียบวิธีในการวิจัยที่ถูกต้อง ศาลจึงวินิจฉัยไปในทางที่ว่า แม้จะมีความไม่แน่นอนดังกล่าวอยู่จริง แต่เมื่อพิจารณาข้อมูลที่มีซึ่งล้วนบ่งชี้ถึงแนวโน้มการเกิดมลพิษที่จะมากขึ้นเรื่อย ๆ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่อาจปฏิเสธหน้าที่ของตนได้ อันเป็นการวินิจฉัยไปตามแนวทางเดียวกับข้อความในหลักการที่ 15 ของปฏิญญาริโอ

4.2.2.4 คำพิพากษาศาลปกครองเชียงใหม่ที่ ส. 2/2566

คดีนี้ผู้ฟ้องคดีเป็นประชาชนในจังหวัดเชียงใหม่ฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (นายกรัฐมนตรี) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ) ละเลยการปฏิบัติหน้าที่ในการแก้ไขปัญหาฝุ่นละอองขนาดเล็กไม่เกิน 2.5 ไมครอน (PM 2.5) โดยมีคำขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ปฏิบัติตามหน้าที่ในการแก้ปัญหาดังกล่าวของทุกปีให้หมดสิ้นไป ศาลปกครองเชียงใหม่ได้รับฟังข้อมูลทางวิทยาศาสตร์จากหลายแหล่ง ทั้งข้อมูลคุณภาพอากาศจากกรมควบคุมมลพิษย้อนหลัง ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2561 ข้อมูลสถิติการป่วยและการเข้ารับการรักษาตัวในโรงพยาบาลด้วยอาการที่อาจเกี่ยวข้องกับการที่ฝุ่นละออง PM 2.5 เกินมาตรฐาน ข้อมูลทางการแพทย์เกี่ยวกับผลกระทบของฝุ่นละออง PM 2.5 แล้วเห็นว่า กรณีนี้เป็นที่ประจักษ์ชัดแจ้งอย่างต่อเนื่องว่าท้องที่ในเขตจังหวัดเชียงใหม่มีปัญหามลพิษ ซึ่งมีแนวโน้มที่ร้ายแรง

⁸⁶ ถ้อยคำจากการแปลของศาลปกครองสูงสุด

⁸⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 921/2560

จนถึงขนาดเป็นอันตรายต่อสุขภาพอนามัยของประชาชน ทั้งในระยะสั้นและระยะยาว และก่อให้เกิดผลกระทบเสียหายต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม ซึ่งแม้มีการดำเนินการอยู่บ้าง แต่ก็ยังไม่สามารถแก้ไขปัญหานี้ได้ ถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองละเลยต่อหน้าที่ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550 คดีนี้มีประเด็นที่น่าสนใจ คือ ศาลวินิจฉัยว่า ขณะที่มีการพิจารณาสถานการณ์ปัญหาควันหรือฝุ่นละอองได้คลี่คลายลงแล้ว แต่เมื่อศาลได้คำนึงถึงข้อเท็จจริงที่ว่า ปัญหาดังกล่าวจะยังคงเกิดขึ้นเป็นประจำในช่วงเดือนธันวาคมถึงพฤษภาคม ของทุกปีอย่างต่อเนื่อง และมีแนวโน้มว่าจะทวีความรุนแรงขึ้น จึงพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองกำหนด มาตรการที่มีประสิทธิภาพและรวดเร็ว เพื่อใช้ในการระวัง ป้องกัน บรรเทา และแก้ไขปัญหาฝุ่นละออง PM 2.5 ในเขตจังหวัดเชียงใหม่ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต โดยอ้างอิงหลักการระวังไว้ก่อน (Precautionary Principle) และหลักการป้องกันล่วงหน้า (Preventive Principle)⁸⁸

ผู้เขียนเห็นว่า คดีนี้ศาลได้กล่าวถึงทั้งปัญหาที่เกิดขึ้นแล้วและปัญหาที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ในส่วนหลังนี้ มีข้อมูลค่อนข้างชัดเจนว่าปัญหาฝุ่นละออง PM 2.5 จะเกิดขึ้นอีก ในปีต่อ ๆ ไป และมีข้อมูลผลกระทบต่อสุขภาพที่สามารถระบุได้ค่อนข้างชัดเจนว่ามีผลต่ออวัยวะใด ในร่างกายของมนุษย์บ้างและมีผลกระทบอย่างไร จึงเห็นว่ามีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ค่อนข้างแน่นนอน อันเข้าหลักเกณฑ์ของหลักการป้องกันมากกว่าหลักการระวังไว้ก่อน ส่วนการที่ศาลมีคำพิพากษาเช่นนี้ ถือว่าเป็นประโยชน์ต่อประชาชนมาก เพราะศาลได้คำนึงถึงข้อเท็จจริงที่ว่า แม้ปริมาณฝุ่นละออง จะเบาบางลงในขณะที่มีการพิพากษา แต่ในปีต่อไปก็อาจจะเกิดขึ้นอีก หากศาลพิพากษาเฉพาะในส่วนที่ปัญหา เกิดขึ้นแล้วอาจไม่ตอบสนองวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของผู้ฟ้องคดี อย่างไรก็ตาม คดีนี้มีการอุทธรณ์ ไปยังศาลปกครองสูงสุด จึงต้องรอดูว่าศาลปกครองสูงสุดจะพิจารณาพิพากษาอย่างไรต่อไป

อนึ่ง ต่อมา ศาลปกครองเชียงใหม่ได้มีคำพิพากษาศาลปกครองเชียงใหม่ ที่ ส. 1/2567 ซึ่งเป็นการฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้นายกรัฐมนตรีและคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายในการแก้ไขปัญหาฝุ่นละออง PM 2.5 เช่นกัน และมีข้อเท็จจริงคล้ายคลึงกัน ในส่วนที่ว่า ขณะมีการพิจารณาปัญหาดังกล่าวได้คลี่คลายลงแล้ว โดยศาลปกครองเชียงใหม่ได้พิพากษา ในทำนองเดียวกันกับคดีนี้ แต่คำพิพากษาศาลปกครองเชียงใหม่ที่ ส. 1/2567 ศาลอ้างอิงเพียงหลักการป้องกัน ซึ่งตรงกับความเห็นของผู้เขียน⁸⁹ นอกจากนี้ ยังมีคำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ ส. 36/2566 ที่ผู้ฟ้องคดี ฟ้องเกี่ยวกับการแก้ไขปัญหาฝุ่นละอองดังกล่าวเช่นกัน โดยศาลปกครองกลางวินิจฉัยว่าปัญหานี้ส่งผลกระทบ ในวงกว้าง และความเสียหายต่อสุขภาพอนามัยของประชาชนหรือคุณภาพสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นนั้นไม่สามารถ แก้ไขให้กลับคืนเหมือนเดิมได้⁹⁰ ซึ่งใกล้เคียงกับองค์ประกอบของหลักการระวังไว้ก่อนตามปฎิญญาริโอ

⁸⁸ คำพิพากษาศาลปกครองเชียงใหม่ที่ ส. 2/2566

⁸⁹ คำพิพากษาศาลปกครองเชียงใหม่ที่ ส. 1/2567

⁹⁰ คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ ส. 36/2566

คือ “threats of serious or irreversible damage” แต่ศาลก็ไม่ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับองค์ประกอบเรื่องความไม่แน่นอนทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นจุดที่ทำให้หลักการดังกล่าวแตกต่างจากหลักการป้องกัน แต่อย่างใด

4.2.2.5 คำพิพากษาศาลปกครองระยองที่ ส. 15/2558

คดีนี้ผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดสิบหกเป็นประชาชนที่อาศัยอยู่บริเวณสถานที่ตั้งโรงงานผลิตถ่านโค้กของบริษัท ท. ฟ้องขอให้ศาลพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม) ดำเนินการแก้ไขข้อความตามประกาศเกี่ยวกับโครงการหรือกิจการที่จะต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม โดยให้อุตสาหกรรมการผลิตถ่านโค้กเป็นโครงการหรือกิจการที่จะต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม

ศาลปกครองระยองวินิจฉัยว่า จากข้อเท็จจริงเชื่อได้ว่าอุตสาหกรรมการผลิตถ่านโค้กเป็นโครงการหรือกิจการที่อาจมีผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรง หากปล่อยให้มีการดำเนินกิจการและเกิดปัญหาดังกล่าวขึ้นแล้ว ย่อมเป็นการยากที่จะเยียวยาแก้ไขให้กลับคืนสู่สภาพเดิมได้ ในภายหลัง กรณีจึงถือว่าประโยชน์ที่ประชาชนและสังคมส่วนรวมจะได้รับมีน้ำหนักมากกว่าและคุ้มค่ากับการที่เสรีภาพในการประกอบกิจการของเอกชนต้องถูกจำกัดลง และมีความจำเป็นที่รัฐจะต้องใช้มาตรการป้องกันความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมดังกล่าว การที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ดำเนินการแก้ไขประกาศพิพาทจึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ โดยที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 กล่าวอ้างว่าเหตุที่ไม่ได้กำหนดให้อุตสาหกรรมการผลิตถ่านโค้กเป็นโครงการหรือกิจการที่ต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมนั้น เนื่องจากข้อมูลในขณะนั้นมีเหตุอันควรเชื่อว่าการประกอบกิจการผลิตถ่านโค้กเพียงอย่างเดียวโดยมิใช้กิจกรรมที่ต่อเนื่องกับกระบวนการถลุงเหล็กจะไม่เกิดขึ้นในระยะเวลาอันใกล้ ประกอบกับไม่มีข้อมูลการศึกษาวินิจฉัยเกี่ยวกับผลกระทบสิ่งแวดล้อมในเชิงลึก อีกทั้งอัตราการใช้ถ่านโค้กในประเทศมีน้อยมากเนื่องจากโดยปกติผู้ประกอบการจะใช้วิธีการสั่งซื้อจากต่างประเทศ ซึ่งศาลปกครองระยองได้วินิจฉัยว่าการกำหนดให้มีการทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม ถือเป็นมาตรการป้องกันความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมตามหลักการป้องกันล่วงหน้าหรือหลักการระวังไว้ก่อน ซึ่งเป็นหลักการจัดการเชิงรุกที่เน้นการป้องกันผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม แม้จะยังไม่มีข้อพิสูจน์หรือหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับสาเหตุ ขนาด โอกาสความเป็นไปได้ และลักษณะของความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นก็ตาม ดังนั้น ข้ออ้างดังกล่าวจึงมิใช่เหตุผลอันสมควร⁹¹

ผู้เขียนเห็นว่า คดีนี้ศาลได้นำหลักการระวังไว้ก่อนมาใช้ปฏิเสธข้ออ้างของฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดี อันเป็นการตีความหลักการนี้ในเชิงปฏิเสธเช่นเดียวกับหลักการที่ 15 ของปญญาริโอและกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลีย นอกจากนี้ ศาลยังพิจารณาถึงความได้สัดส่วนของมาตรการที่ใช้

⁹¹ คำพิพากษาศาลปกครองระยองที่ ส. 15/2558

โดยซึ่งนำหน้าระหว่างประโยชน์ส่วนรวมกับภาระที่เอกชนต้องแบกรับ อย่างไรก็ตาม คดีนี้ศาลได้หยิบยกหลักการระงับไว้ก่อนเพื่อใช้ปฏิเสธข้ออ้างของฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นการกล่าวอ้างไปถึงข้อมูลที่มีในขณะออกประกาศพิพาท แต่หากพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏในชั้นศาลแล้ว ถือว่ามีข้อมูลแน่นอนพอสมควรว่าการประกอบกิจการผลิตถ่านโค้กมีความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพมนุษย์ซึ่งเป็นความเสียหายที่รุนแรง จึงน่าจะเป็นไปตามหลักการป้องกันมากกว่า

**ตารางเปรียบเทียบบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อน
ในกฎหมายคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่สำคัญของเครือรัฐออสเตรเลียและประเทศไทย**

ประเด็นเปรียบเทียบ	เครือรัฐออสเตรเลีย พระราชบัญญัติคุ้มครอง สิ่งแวดล้อมและอนุรักษ ความหลากหลาย ทางชีวภาพ (สหพันธรัฐ)	พระราชบัญญัติคุ้มครอง สิ่งแวดล้อมฯ (มลรัฐวิกตอเรีย)	ประเทศไทย พระราชบัญญัติส่งเสริม และรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม แห่งชาติ พ.ศ. 2535
หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ ผู้รับผิดชอบ	รัฐมนตรีผู้รักษาการ ตามพระราชบัญญัติ	สำนักงานคุ้มครองสิ่งแวดล้อม (Environment Protection Authority)	คณะกรรมการสิ่งแวดล้อม แห่งชาติ
ความเข้มข้นในการตีความ หลักการระงับไว้ก่อน	ระดับเข้มข้นน้อย	ระดับเข้มข้นน้อย	ยังไม่แน่ชัด
วัตถุประสงค์การคุ้มครอง	สิ่งแวดล้อม เฉพาะในเรื่องที่มี ความสำคัญทางสิ่งแวดล้อม ระดับชาติตามที่บัญญัติไว้ หรือเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ สหพันธรัฐ	สุขภาพมนุษย์และสิ่งแวดล้อม	- สิ่งแวดล้อม - สุขภาพ อนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใด ของประชาชนหรือชุมชน (ในเรื่องการประเมินผลกระทบ สิ่งแวดล้อม)
บทบัญญัติที่กล่าวถึง หลักการป้องกัน และหลักการระงับไว้ก่อน โดยตรง	- รับรองหลักการระงับไว้ก่อน ไว้โดยตรงในฐานะหลักการย่อย ของหลักการว่าด้วยการพัฒนา ที่ยั่งยืนทางระบบนิเวศน์ - บัญญัติให้รัฐมนตรีผู้รักษาการ นำหลักการระงับไว้ก่อนมาใช้ ในการตัดสินใจหรือวินิจฉัย ตามกฎหมายอย่างชัดเจน เป็นรายกรณี	- รับรองหลักการเรื่อง “การให้ความสำคัญกับ การป้องกันเป็นอันดับแรก” - รับรองหลักการระงับไว้ก่อน โดยกำหนดนิยามที่ใกล้เคียง กับกฎหมายของสหพันธรัฐ แต่เพิ่ม “อันตรายต่อสุขภาพ มนุษย์” และบัญญัติถึงการลด ความเสี่ยงให้เหลือน้อยที่สุดด้วย - กำหนดให้หลักการคุ้มครอง สิ่งแวดล้อม ซึ่งรวมถึงทั้งสอง หลักการนี้ เป็นข้อพิจารณา	ไม่มีการรับรองทั้งสองหลักการ ไว้โดยตรง หรือบัญญัติ ให้เป็นข้อพิจารณาในการวินิจฉัย สั่งการเป็นการทั่วไป (แต่มี การบัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะ คือ พระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558)



ประเด็นเปรียบเทียบ	เครือรัฐออสเตรเลีย พระราชบัญญัติคุ้มครอง สิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ ความหลากหลาย ทางชีวภาพฯ (สหพันธรัฐ)	พระราชบัญญัติคุ้มครอง สิ่งแวดล้อมฯ (มลรัฐวิกตอเรีย)	ประเทศไทย พระราชบัญญัติส่งเสริม และรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม แห่งชาติ พ.ศ. 2535
		ในการอนุญาตให้ดำเนิน กิจกรรมบางอย่าง	
บทบัญญัติที่มีแนวคิด ของหลักการป้องกัน และหรือหลักการระวังไว้ก่อน 1. การกำหนดหน้าที่ ในการดูแลรักษาสิ่งแวดล้อม เป็นการทั่วไป	ไม่มี	กำหนดหน้าที่ทั่วไป ในการดูแลรักษาสิ่งแวดล้อม หากฝ่าฝืนมีสภาพบังคับทางแพ่ง และอาจมีโทษทางอาญา	ไม่มี
2. การประเมินผลกระทบ สิ่งแวดล้อม	ต้องมีการประเมินผลกระทบ สิ่งแวดล้อมด้วยวิธีใดวิธีหนึ่ง ตามที่บัญญัติ หากเป็น “กิจกรรมควบคุม”	มีกฎหมายเฉพาะแยกต่างหาก คือ พระราชบัญญัติ ว่าด้วยผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 1978 ซึ่งบัญญัติให้ต้องมี การประเมินผลกระทบ สิ่งแวดล้อมหากเป็นโครงการ สาธารณะ หรือโครงการที่อาจ มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม อย่างมาก (หากรัฐมนตรี ผู้รักษาการเห็นสมควร)	ให้รัฐมนตรีมีอำนาจกำหนด โครงการที่ถือว่า (1) มีผลกระทบ สิ่งแวดล้อม หรือ (2) อาจมี ผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ คุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพ อนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใด ของประชาชนหรือชุมชน หรือสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรง ซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมิน ผลกระทบสิ่งแวดล้อม
3. ระบบการอนุญาต	จะดำเนิน “กิจกรรมควบคุม” ได้ก็ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบ จากรัฐมนตรีผู้รักษาการ	ห้ามดำเนินกิจกรรม ประเภทที่คณะกรรมการท้องถิ่น กำหนด เว้นแต่ได้รับการอนุญาต (license, permit) หรือมี การจดทะเบียน (registration)	ไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับระบบ การอนุญาตในกิจกรรมที่ก่อ หรืออาจก่อความเสียหายโดยตรง แต่อาจมีการพิจารณารายงาน การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม ประกอบกับการพิจารณาออก ใบอนุญาตตามกฎหมายอื่น ๆ
4. การมีคำสั่งเฉพาะราย เพื่อป้องกันความเสียหาย	ไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจน	คำสั่งให้ปรับปรุงการดำเนินการ ให้ใช้มาตรการป้องกัน ความเสียหาย หรือห้ามดำเนิน กิจกรรม กรณีที่เชื่อว่าการฝ่าฝืน กฎหมายหรือเงื่อนไขการอนุญาต เสนอหรือดำเนินกิจกรรมที่ก่อ หรืออาจก่อความเสียหาย	คำสั่งห้ามการกระทำหรือให้ กระทำการเฉพาะเรื่อง เช่น คำสั่งให้เจ้าของ ผู้ครอบครอง ผู้ควบคุม หรือผู้ให้บริการระบบ บำบัดน้ำเสียหรือกำจัดของเสีย แก้ไขปรับปรุงระบบของตน รวมทั้งให้หยุดหรือปิด

ประเด็นเปรียบเทียบ	เครือรัฐออสเตรเลีย พระราชบัญญัติคุ้มครอง สิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ ความหลากหลาย ทางชีวภาพ (สหพันธรัฐ)	พระราชบัญญัติคุ้มครอง สิ่งแวดล้อมฯ (มลรัฐวิกตอเรีย)	ประเทศไทย พระราชบัญญัติส่งเสริม และรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม แห่งชาติ พ.ศ. 2535
		ต่อสุขภาพมนุษย์ หรือสิ่งแวดล้อม	การดำเนินการ กรณีที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือคำสั่ง
5. มาตรการเสริมอื่น ๆ	มาตรการที่สามารถทดแทน การขอความเห็นชอบ จากรัฐมนตรีได้ เช่น ระบบ การทำความตกลงระหว่าง สหพันธรัฐกับมลรัฐ การทำ แผนการจัดการเขตชีวภูมิศาสตร์	- การกำหนดมาตรฐานอ้างอิง คู่มือแนวทางการปฏิบัติ และคำแนะนำเฉพาะกรณี - มาตรการตามความสมัครใจ เช่น การตรวจประเมิน ทางสิ่งแวดล้อม การจัดทำ แผนการจัดการสิ่งแวดล้อมที่ดี ยิ่งขึ้น เป็นต้น	- การกำหนดมาตรฐาน ทางสิ่งแวดล้อม - การกำหนดมาตรการ คุ้มครองเป็นพิเศษในเขตพื้นที่ คุ้มครองสิ่งแวดล้อม - การจัดทำแผนจัดการ คุณภาพสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

5. บทวิเคราะห์

จากการศึกษาบทบัญญัติแห่งกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายเกี่ยวกับหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อนในเครือรัฐออสเตรเลียและประเทศไทย พบว่ามีข้อพิจารณาที่น่าสนใจ ดังนี้

5.1 ระดับความเข้มข้นของการใช้หลักการระงับไว้ก่อนในภาพรวม

จากแนวทางการตีความหลักการระงับไว้ก่อนสามระดับที่กล่าวไว้ในข้อ 2.1.2.2 จะเห็นได้ว่า แนวทางของเครือรัฐออสเตรเลียโดยภาพรวมอยู่ในระดับความเข้มข้นค่อนข้างน้อย กล่าวคือ มีการกำหนดขอบเขตของความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นว่า ต้องเป็นความเสียหายที่ “รุนแรงหรือไม่อาจแก้ไขให้คืนสภาพเดิมได้” และศาลในคดี *Telstra* ยังได้วางหลักให้พิจารณาเรื่องความคุ้มค่าและความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติด้วย⁹² ทำให้เป็นการจำกัดกรอบในการใช้หลักการระงับไว้ก่อนให้แคบลง โดยสรุปแล้ว การใช้หลักการนี้ในเครือรัฐออสเตรเลียมีความคล้ายคลึงกับแนวทางตามหลักการที่ 15 ของปฏิญญาโอเอซี อย่างไรก็ตาม ในคดี *Telstra* ศาลได้วางหลักเพิ่มเติมว่าการใช้หลักการระงับไว้ก่อนมีผลให้มีการผลักภาระการพิสูจน์ให้ตกอยู่กับผู้เสนอโครงการ⁹³ ซึ่งเป็นการยกเว้นหลักการเรื่องพยานหลักฐานในกรณีทั่วไปที่ว่า “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นต้องนำสืบ” ทำให้เป็นประโยชน์กับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมมากขึ้น

⁹² *op. cit.* 66, p. 166.

⁹³ *Ibid*, p. 150.

กรณีของประเทศไทยยังไม่ปรากฏแนวทางที่ชัดเจนในการใช้หลักการระงับไว้ก่อน เป็นการทั่วไปว่าจะเป็นในระดับใด แต่อาจปรากฏตามถ้อยคำในกฎหมายแต่ละฉบับเป็นรายกรณีไป เช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 มาตรา 48 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติกรณีที่ต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมว่า ต้องเป็นกรณีที่ “มีผลกระทบ...” หรือ “อาจมีผลกระทบ...อย่างรุนแรง” ซึ่งแสดงว่ามีการจำกัดขอบเขตความเสียหายในกรณีที่ยังไม่เกิดขึ้นว่า ต้องเป็นความเสียหายที่รุนแรง แต่ยังไม่มียกเว้นเกี่ยวกับข้อพิจารณาอื่น ๆ เช่น จะต้องมียกเว้นทางวิทยาศาสตร์สนับสนุนเพียงใด จึงจะถือว่า “อาจมีผลกระทบ” สำหรับการผลการพิจารณาพิสูจน์ไปยังผู้เสนอโครงการหรือผู้ดำเนินกิจกรรม อาจพบได้โดยนัยของบทบัญญัติแห่งกฎหมายบางมาตรา เช่น การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมและระบบการอนุญาต ที่แม้ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับผลการพิจารณาอย่างชัดเจน แต่ก็เห็นได้ว่าในชั้นการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ว่าจะอนุญาตให้ดำเนินโครงการหรือไม่ เงื่อนไขสำคัญในการพิจารณา คือ ผลของการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม กล่าวคือ ผู้เสนอโครงการต้องเสนอหลักฐานให้เป็นที่พอใจได้ว่าโครงการดังกล่าวไม่มีผลกระทบที่ร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อม หรือหากมีผลกระทบจะใช้มาตรการป้องกันหรือเยียวยาที่มีประสิทธิภาพอย่างไร จึงเห็นได้ว่าภาระการพิสูจน์ในชั้นการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ในกรณีนี้ตกอยู่กับผู้เสนอโครงการเช่นเดียวกับในเครื่องรัฐออสเตรเลีย ส่วนมาตรการระงับไว้ก่อนที่จะใช้ก็เป็นไปตามที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายได้กำหนดไว้ และเป็นไปตามดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ หากกฎหมายกำหนดทางเลือกไว้หลายทาง โดยกฎหมายไทยได้กำหนดมาตรการไว้ทั้งระดับเข้มข้นมาก เช่น การไม่อนุญาตให้ประกอบกิจการโรงงาน และระดับเข้มข้นน้อย เช่น การอนุญาตให้ดำเนินกิจกรรมโดยมีเงื่อนไข ซึ่งเห็นได้ว่ามีความใกล้เคียงกับกฎหมายของเครื่องรัฐออสเตรเลีย

5.2 บทบัญญัติแห่งกฎหมาย

5.2.1 บทบัญญัติที่รับรองหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อนไว้โดยตรง

สำหรับหลักการระงับไว้ก่อนนั้น กฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่สำคัญของเครื่องรัฐออสเตรเลีย ทั้งระดับสหพันธรัฐและระดับมลรัฐ มักกล่าวถึงหลักการระงับไว้ก่อนไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ มีการนำหลักการดังกล่าวมารวมไว้ในบทบัญญัติส่วนที่แสดงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมาย โดยการบัญญัตินิยามไว้ และมีการบัญญัติให้หลักการนี้เป็นข้อพิจารณาในการสั่งการของเจ้าหน้าที่ เช่น มาตรา 391 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1999 ของสหพันธรัฐ อันแสดงให้เห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติของเครื่องรัฐออสเตรเลียให้ความสำคัญกับหลักการระงับไว้ก่อนเป็นอย่างมาก จึงได้นำมาบัญญัติไว้ในส่วนข้อความเบื้องต้นของกฎหมาย ซึ่งเป็นส่วนที่กำหนดทิศทางในการปรับใช้ และตีความกฎหมายทั้งฉบับ ผลของการมีบทบัญญัติรับรองหลักการระงับไว้ก่อนโดยตรง คือ ทำให้หลักการดังกล่าวมีสภาพบังคับทางกฎหมายได้ หากเจ้าหน้าที่ไม่นำไปพิจารณาในการมีคำสั่ง อาจเป็นเหตุให้ศาลพิพากษาว่า คำสั่งที่ออกมาเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้อย่างชัดเจนและหนักแน่นกว่ากรณีที่ไม่มีบทบัญญัติไว้ นอกจากนี้ การที่มาตรา 3A แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติรับรองหลักการระงับไว้ก่อนไว้ในฐานะที่เป็นหลักการย่อยหนึ่งของหลักการว่าด้วยการพัฒนาที่ยั่งยืนทางระบบนิเวศน์ ยังเป็นการวางแนวทาง

ในการพิจารณาว่าหลักการดังกล่าวต้องนำมาพิจารณาร่วมกับหลักการย่อยอื่น ๆ อีก เช่น หลักความยุติธรรมระหว่างชนต่างรุ่น หลักการตัดสินใจโดยคำนึงถึงข้อพิจารณาทั้งระยะสั้นและระยะยาวเกี่ยวกับเศรษฐกิจ สิ่งแวดล้อม สังคม และความยุติธรรม เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยนั้น เริ่มมีการบัญญัติถึง “หลักการป้องกันล่วงหน้า” (ซึ่งน่าจะหมายถึง “Precautionary Principle”) ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติบ้างแล้ว คือ ปรากฏในพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 ซึ่งมีผลให้หน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ต้องพิจารณาหลักการดังกล่าว และศาลสามารถหยิบยกหลักการนี้ขึ้นมาพิจารณาได้โดยตรง นอกจากนี้ แม้จะไม่ได้มีการบัญญัตินิยามหรือขยายความเกี่ยวกับขอบเขตและวิธีการใช้ “หลักการป้องกันล่วงหน้า” ไว้ แต่เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในมาตรา 4 ที่ว่า “ตามแนวทาง กฎเกณฑ์ และมาตรฐานที่เป็นที่ยอมรับนับถือในนานาประเทศ” จะเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้เปิดช่องให้นำเอกสารระหว่างประเทศต่าง ๆ มาพิจารณา ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า อาจนำหลักเกณฑ์ตามหลักการที่ 15 ของปฏิญญาริโอมาใช้ได้ อย่างไรก็ตาม การรับรองดังกล่าวเป็นการบัญญัติไว้ในกฎหมายที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมซึ่งเกี่ยวข้องกับการทำประมงเป็นการเฉพาะ แต่ไม่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายกลางด้านการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในลักษณะที่มีผลเป็นการทั่วไปอย่างในกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียแต่อย่างใด ดังนั้น ผลของการบัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวจึงจำกัดอยู่แต่เฉพาะตามพระราชกำหนดนี้เท่านั้น

สำหรับกรณีตามกฎหมายอื่น ๆ ที่ไม่ได้บัญญัติรับรองหลักการระวังไว้ก่อนไว้โดยเฉพาะ สถานะของหลักการดังกล่าวยังคงไม่ชัดเจน และมีปัญหาว่าศาลปกครองไทยจะนำหลักการดังกล่าวมาใช้ในสถานะใด ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า หลักการนี้อาจถือเป็นเครื่องมือช่วยในการตีความกฎหมายอย่างหนึ่ง กล่าวคือ หากพิจารณาแล้วเห็นว่ากฎหมายฉบับใดมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ศาลอาจนำหลักการระวังไว้ก่อนมาใช้เพื่อช่วยในการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นในกรณีที่มีข้อสงสัยได้ โดยพิจารณาควบคู่ไปกับการตีความตามตัวอักษร⁹⁴ เนื่องจากหลักการระวังไว้ก่อนจะส่งเสริมให้การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมตามกฎหมายนั้น ๆ เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและครอบคลุมมากขึ้น ตัวอย่างเช่น ถ้อยคำว่า “อาจมีผลกระทบ...อย่างรุนแรง” ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 มาตรา 48 วรรคหนึ่ง ซึ่งเป็นถ้อยคำที่มีลักษณะไม่เฉพาะเจาะจงและแสดงถึงความไม่แน่นอนอยู่ในตัว กรณีนี้ผู้บังคับใช้กฎหมายหรือศาลอาจตีความตามหลักการระวังไว้ก่อนได้ คือ ในกรณีที่มีข้อมูลในระดับหนึ่งบ่งชี้ว่า อาจมีความเสียหายหรือผลกระทบที่รุนแรงเกิดขึ้น แม้ว่าข้อมูลดังกล่าวจะยังไม่แน่นอน ผู้ที่เกี่ยวข้องไม่อาจยกขึ้นเป็นข้ออ้างในการผัดผ่อนการใช้มาตรการ หรือต้องมีการใช้มาตรการเพื่อป้องกันความเสียหายหรืออันตรายต่อสิ่งแวดล้อมไว้ก่อน การตีความเช่นนี้ย่อมสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าวที่ต้องการ “ส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม” ซึ่งการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์นี้ได้จำเป็นต้อง

⁹⁴ โปรตดู ปนัดดา พงศ์สุรย์มาส, “การตีความและการอุดช่องว่างของกฎหมาย,” ใน มานิตย์ จุมปา (บรรณาธิการ) ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 12, (กรุงเทพฯ : แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555), น. 100-108.



ตีความบทบัญญัติต่าง ๆ ไปในแนวทางของหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อน แม้ว่าตามหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติดังกล่าวจะไม่ได้เน้นย้ำเกี่ยวกับการให้ความสำคัญกับการป้องกันปัญหาสิ่งแวดล้อมมากกว่าการแก้ไขเยียวยาอย่างชัดเจนก็ตาม⁹⁵

ในกรณีของหลักการป้องกัน กฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียมีการกล่าวถึงน้อยกว่าหลักการระงับไว้ก่อน โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2017 ของมลรัฐวิกตอเรียเป็นกฎหมายที่รับรองหลักการนี้ไว้อย่างชัดเจนเป็นเอกเทศจากหลักการอื่น แต่ก็ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขอื่นใดเป็นการเฉพาะ⁹⁶ ส่วนกฎหมายของประเทศไทยไม่ได้บัญญัติรับรองไว้โดยตรง แต่ผู้เขียนเห็นว่า อาจนำหลักการดังกล่าวมาใช้ในการตีความกฎหมายต่าง ๆ ที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและสุขภาพมนุษย์ได้เช่นกัน

5.2.2 ความชัดเจนในแนวทางการบังคับใช้

การที่พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1999 ของเครือรัฐออสเตรเลีย บัญญัติไว้อย่างชัดเจนถึงกรณีที่ต้องนำหลักการระงับไว้ก่อนมาใช้ในการตัดสินใจ โดยระบุเป็นรายมาตรา และกฎหมายระดับมลรัฐบัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวและกำหนดให้เป็นข้อพิจารณาหนึ่งในการตัดสินใจต่าง ๆ เช่น การออกใบอนุญาต เป็นต้น ทำให้มีความชัดเจนทั้งต่อผู้บังคับใช้กฎหมาย ผู้ประกอบกิจกรรม และในการพิจารณาของศาลมากขึ้น เพื่อลดการถกเถียงโต้แย้งในประเด็นว่าควรใช้หลักการนี้ในกรณีใดลงไปได้ ส่วนหลักการป้องกันนั้น แม้กฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงอย่างชัดเจน แต่ผู้เขียนเห็นว่า ตามหลักสามัญสำนึกอาจอนุมานได้ว่า แม้ในกรณีที่ข้อมูลทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับผลกระทบทางลบมีความไม่ชัดเจน ผู้มีอำนาจสั่งการยังต้องพิจารณาไปในทางที่จะป้องกันหรือลดความเสี่ยง ดังนั้น หากเป็นกรณีที่มีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับผลกระทบทางลบอย่างชัดเจนซึ่งมีความร้ายแรงมากกว่ากรณีแรก

⁹⁵ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ระบุว่า “เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้ คือ โดยที่กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันยังไม่มีมาตรการควบคุม และแก้ไขปัญหามลพิษสิ่งแวดล้อมได้อย่างพอเพียง สมควรปรับปรุงใหม่โดย

(1) ส่งเสริมประชาชน และองค์กรเอกชนให้มีส่วนร่วมในการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม
(2) จัดระบบการบริหารงานด้านสิ่งแวดล้อมให้เป็นไปตามหลักการจัดการคุณภาพสิ่งแวดล้อม
(3) กำหนดอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ และราชการส่วนท้องถิ่น ให้เกิดการประสานงาน และมีหน้าที่ร่วมกันในการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม และกำหนดแนวทางปฏิบัติในส่วนที่ไม่มีหน่วยงานใดรับผิดชอบโดยตรง

(4) กำหนดมาตรการควบคุมมลพิษด้วยการจัดให้มีระบบบำบัดอากาศเสีย ระบบบำบัดน้ำเสีย ระบบกำจัดของเสีย และเครื่องมือหรืออุปกรณ์ต่าง ๆ เพื่อแก้ไขปัญหามลพิษ

(5) กำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดมลพิษให้เป็นไปโดยชัดเจน

(6) กำหนดให้มีมาตรการส่งเสริมด้านกองทุน และความช่วยเหลือด้านต่าง ๆ เพื่อเป็นการจูงใจให้มีการยอมรับที่จะปฏิบัติหน้าที่ในการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

⁹⁶ EP Act (Vic) s 15

ผู้มีอำนาจสั่งการยังต้องพิจารณาไปในทางที่มุ่งเน้นการป้องกันหรือลดความเสี่ยงเพื่อให้สอดคล้องกับการใช้หลักการระงับไว้ก่อนและสอดคล้องกับหลักการย่อยอื่น ๆ ของหลักการว่าด้วยการพัฒนาที่ยั่งยืนทางระบบนิเวศน์ด้วย เช่น หลักการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพและความสมบูรณ์ของระบบนิเวศน์ เป็นต้น ส่วนระดับความไม่แน่นอนที่ใช้แบ่งแยกระหว่างหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อนนั้น กฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียเองไม่ได้ระบุเอาไว้ จึงเป็นดุลพินิจของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและศาลในการพิจารณาเป็นรายกรณีไป

สำหรับในประเทศไทยนั้น พระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 ได้กล่าวถึง “หลักการป้องกันล่วงหน้า” โดยตรง แต่ก็มีผลบังคับเฉพาะกับการบริหารจัดการทรัพยากรสัตว์น้ำเท่านั้น ดังนั้น ในกรณีอื่น ๆ ทั่วไปที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ต้องนำหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อนมาพิจารณา จึงยังเป็นการยากที่จะบังคับให้เจ้าหน้าที่นำทั้งสองหลักการมาประกอบการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง ที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมโดยตรง ในลักษณะที่ *Peel* เรียกว่าเป็น “เรื่องที่เจ้าหน้าที่ต้องพิจารณาเป็นงานประจำ” (Routine aspect of decision-making process)⁹⁷ ดังนั้น จึงมีช่องว่างที่ต้องตีความว่า การปรับใช้กฎหมายควรจะมุ่งเน้นไปในทางที่ป้องกันความเสียหายมากกว่าการแก้ไขหรือไม่ และในกรณีที่ข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ยังไม่ชัดเจนควรพิจารณาสั่งการไปในแนวทางใด ในปัจจุบันกรณีที่หลักการทั้งสองจะมีบทบาทมากขึ้น จึงมักเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดกลไกบนพื้นฐานของหลักการดังกล่าว เช่น การกำหนดมาตรฐานต่าง ๆ การกำหนดหน้าที่ให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษดำเนินการมาตรการป้องกัน การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

5.2.3 บทบัญญัติที่แสดงถึงแนวคิดของหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อน

กฎหมายของทั้งเครือรัฐออสเตรเลียและประเทศไทยต่างกำหนดมาตรการในการป้องกันความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมที่อาจเกิดขึ้นจากกิจกรรมต่าง ๆ โดยอยู่บนพื้นฐานของหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อน โดยบทบัญญัติลักษณะนี้มักจะสามารถตีความหรือปรับใช้ให้เป็นไปตามหลักการป้องกันหรือหลักการระงับไว้ก่อนก็ได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและข้อมูลที่มีอยู่ในแต่ละกรณี ตัวอย่างเช่นบทบัญญัติต่อไปนี้

5.2.3.1 บทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดหน้าที่ในการดูแลรักษาสิ่งแวดล้อม

มาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2017 ของมลรัฐวิกตอเรีย เครือรัฐออสเตรเลีย เป็นบทบัญญัติที่มีความก้าวหน้าที่น่าสนใจเป็นพิเศษ คือ การกำหนดหน้าที่ทั่วไปทางสิ่งแวดล้อมให้ผู้ดำเนินกิจกรรมซึ่งอาจมีความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายต่อสุขภาพมนุษย์หรือต่อสิ่งแวดล้อมจะต้องลดความเสี่ยงให้เหลือน้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ตามสมควรในทางปฏิบัติ หากฝ่าฝืนจะมีสภาพบังคับทางแพ่ง และอาจมีความผิดทางอาญาในบางกรณี ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัตินี้เป็นการกระตุ้นให้ผู้ประกอบกิจกรรมกำหนดมาตรการเชิงรุก เพื่อลดความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม

⁹⁷ *op. cit.* 37, p. 14.



หรือต่อสุขภาพมนุษย์มากกว่าบทบัญญัติทั่วไปที่กำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแล้ว อันเป็นเพียงการลดแรงจูงใจในการดำเนินกิจกรรมไปในทางที่เสี่ยง เนื่องจากตามมาตรา 25 แม้จะยังไม่มี ความเสียหายเกิดขึ้น เพียงแค่มีการดำเนินกิจกรรมไปโดยไม่มีการลดความเสี่ยงก็เป็นการฝ่าฝืน กฎหมายแล้ว จะเห็นได้ว่ามาตราดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่ส่งเสริมแนวคิดที่มุ่งเน้นการป้องกันมากกว่า การแก้ไขอย่างเด่นชัด โดยการตีความอาจครอบคลุมทั้งการป้องกันและการระงับไว้ก่อน เนื่องจากในฐานะ ผู้ประกอบกิจการหนึ่ง ๆ ผู้ดำเนินกิจกรรมย่อมมีสิ่งที่ทราบดีเกี่ยวกับความเสี่ยงที่จะเกิดผลกระทบในทางลบ ต่อสิ่งแวดล้อมหรือสุขภาพมนุษย์ ซึ่งกรณีนี้การใช้มาตรการป้องกันความเสี่ยงดังกล่าวย่อมเป็นไป ตามหลักการป้องกัน ส่วนกรณีที่ยังมีข้อมูลไม่แน่นอนอาจจะเป็นกรณีใดกรณีหนึ่งที่กล่าวไว้ในข้อ 2.1.2.2 เช่น การขาดข้อมูล หรือข้อมูลปัจจุบันมีความขัดแย้งกัน⁹⁸ เป็นต้น กรณีนี้ควรใช้มาตรการตามหลักการ ระงับไว้ก่อนด้วย เพื่อให้สอดคล้องกันทั้งในทางปฏิบัติสำหรับการพิจารณาของเจ้าหน้าที่และการวินิจฉัยคดีของศาล

กฎหมายของประเทศไทยได้กำหนดหน้าที่ในการใช้มาตรการป้องกัน ความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งครอบคลุมทั้งหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อนเช่นกัน แต่จะมี ความเฉพาะเจาะจงมากกว่าของเครือรัฐออสเตรเลีย ตัวอย่างเช่น มาตรา 68 วรรคสอง และมาตรา 70⁹⁹ แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ที่เป็นบทบัญญัติเฉพาะ สำหรับเจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษ และพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 ที่จะบังคับ กับกิจการที่เข้าลักษณะเป็นโรงงานตามพระราชบัญญัติดังกล่าว จึงอาจมีบางกรณีที่อยู่นอกขอบเขต ของกฎหมายต่าง ๆ ได้ เท่ากับว่ากรณีเหล่านี้ต้องอาศัยกลไกอื่น ๆ เช่น หากเกิดมลพิษขึ้นมาก็ประกาศให้พื้นที่ ที่เกิดเหตุเป็นเขตควบคุมมลพิษ ซึ่งมักเป็นการแก้ไขเยียวยาเมื่อเกิดปัญหาแล้ว ไม่ใช่การป้องกัน หรือการระงับไว้ก่อนแต่อย่างใด เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2017 ของมลรัฐวิกตอเรีย ที่กำหนดหน้าที่ทั่วไปโดยใช้คำว่า “A person who is engaging in an activity that may give rise to risks of harm...” ซึ่งมีขอบเขตค่อนข้างกว้าง กล่าวคือ ผู้อยู่ในบังคับอาจเป็นบุคคลใด ก็ได้ และกิจกรรมที่ทำจะเป็นกิจกรรมใดก็ได้ที่เข้าลักษณะว่าอาจก่อให้เกิดความเสี่ยง ทำให้มาตรการ ทางกฎหมายดังกล่าวมีความครอบคลุมมากกว่า อย่างไรก็ตาม ในการตรวจสอบของเจ้าหน้าที่จะต้องอาศัย การประเมินความเสี่ยงที่แม่นยำ เพราะบทบัญญัตินี้กล่าวว่าจะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ประกอบการ

⁹⁸ MBA van Asselt, Perspectives on Uncertainty and Risk : The PRIMA Approach to Decision Support, (Kluwer, 2000); WE Walker et al, “Defining Uncertainty : A Conceptual Basis for Uncertainty Management in Model-Based Decision Support,” Integrated Assessment Issue 1, 2003, p. 12. *op. cit.* 25, p. 16-17.

⁹⁹ เช่น มาตรา 68 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 บัญญัติให้ “เจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษทางอากาศต้องติดตั้ง หรือจัดให้มีระบบบำบัดอากาศเสีย อุปกรณ์หรือเครื่องมืออื่นใด สำหรับการควบคุม กำจัด ลด หรือจัดมลพิษซึ่งอาจมีผลกระทบต่อคุณภาพอากาศ ตามที่เจ้าพนักงานควบคุมมลพิษกำหนด...” และมาตรา 70 ที่บัญญัติให้ “เจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษทางน้ำ มีหน้าที่ต้องก่อสร้าง ติดตั้ง หรือจัดให้มีระบบบำบัดน้ำเสีย หรือระบบกำจัดของเสียตามที่เจ้าพนักงานควบคุมมลพิษกำหนด...”

ได้มากกว่า และอาจมีปัญหาเรื่องการโต้แย้งการใช้ดุลพินิจมากกว่า เนื่องจากถ้อยคำในกฎหมายเปิดช่องให้ตีความได้อย่างกว้างขวาง

5.2.3.2 บทบัญญัติเกี่ยวกับการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม

การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมทั้งของประเทศไทย และเครื่องมือออสเตรเลียนีมีลักษณะเป็นการส่งเสริมทั้งหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อนควบคู่กันไป เนื่องจากเป็นเครื่องมือสำคัญในการได้มาซึ่งข้อมูลที่จะใช้ในการกำหนดมาตรการป้องกันหรือลดผลกระทบจากโครงการต่าง ๆ สำหรับกรณีที่คาดการณ์ถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นได้โดยมีข้อมูลที่ค่อนข้างแน่ชัดอยู่แล้ว ข้อมูลเพิ่มเติมที่ได้จากการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมจะช่วยให้สามารถพิจารณาเลือกใช้มาตรการได้อย่างเหมาะสมมากขึ้นตามหลักการป้องกัน นอกจากนี้ บทบัญญัตินี้ได้สะท้อนแนวคิดของหลักการระงับไว้ก่อนในแง่ที่ว่า จะไม่ให้มีการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมที่มีความเสี่ยงจนกว่าจะได้ทราบข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่ชัดเจนมากขึ้น ดังจะเห็นได้ว่าโครงการบางประเภทเป็นที่ทราบกันดีว่ามีแนวโน้มที่จะก่อความเสียหายได้สูง แต่อาจจะยังมีความไม่ชัดเจนของข้อมูลเกี่ยวกับผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นในพื้นที่ที่จะดำเนินการ ซึ่งเป็นข้อมูลเฉพาะพื้นที่ รวมทั้งขอบเขตของความเสียหาย อันถือเป็นความไม่แน่นอนของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ลักษณะหนึ่ง การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมจะช่วยให้มีข้อมูลที่กระจ่างชัดขึ้นในส่วนนี้ และข้อมูลที่ได้จะช่วยให้ผู้ประกอบการสามารถจัดการป้องกันแก้ไขผลกระทบล่วงหน้าได้อย่างเหมาะสมก่อนที่จะเริ่มโครงการ¹⁰⁰ และสามารถติดตามดูผลกระทบต่าง ๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นในขณะที่โครงการกำลังดำเนินการ¹⁰¹ ซึ่งในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่า เป็นไปตามหลักการระงับไว้ก่อน

สำหรับกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียทั้งระดับสหพันธรัฐและระดับมลรัฐ และกฎหมายของประเทศไทย นั้น ต่างก็บัญญัติให้ต้องมีการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมเป็นบางกรณี โดยถ้อยคำของกฎหมายทั้งสองประเทศครอบคลุมทั้งกรณีที่การดำเนินกิจกรรมมีหรืออาจมีผลกระทบทางลบต่อสิ่งแวดล้อม ทำให้การกำหนดประเภทโครงการที่ต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมสามารถตีความไปตามหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อนได้ และมีข้อสังเกตว่าหลักการเรื่องการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของประเทศไทยด้วย ทำให้

¹⁰⁰ สามัคคี บุญยะวัฒน์, “การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม,” ใน สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน โดยพระราชประสงค์ในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว, เล่มที่ 37, น. 236 อ้างถึงใน วรพรรณ เขยชิด, “เงื่อนไขของการใช้หลัก Precautionary Principle ภายใต้ความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 42.

¹⁰¹ สำนักวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม, ระบบการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมของประเทศไทย, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก http://www.onep.go.th/eia/index.php?option=com_content&view=article&id=30&Itemid=127 เมื่อ 12 ธันวาคม 2559, อ้างถึงใน วรพรรณ เขยชิด, “เงื่อนไขของการใช้หลัก Precautionary Principle ภายใต้ความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 42-43.

เป็นที่ชัดเจนว่า กฎหมายหรือการกระทำใดที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรง แต่ดำเนินการโดยไม่มีการประเมินผลกระทบก่อน ย่อมเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ นอกจากนี้ มาตรา 48 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ของประเทศไทยยังบัญญัติถึงผลกระทบที่ต้องศึกษาและประเมินไว้กว้างกว่า เนื่องจากในกรณีที่ “อาจจะ” มีผลกระทบนั้น ครอบคลุมไปถึงผลกระทบต่อคุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดของประชาชนหรือชุมชน อันเป็นการระบุอย่างชัดเจนว่าให้คำนึงถึงข้อพิจารณาในมิติทางสังคมด้วย

5.2.3.3 บทบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมโดยระบบการอนุญาต

การควบคุมการดำเนินกิจกรรมที่มีความเสี่ยงด้วยระบบการอนุญาต โดยทั่วไปมีลักษณะเป็นไปตามแนวคิดเรื่องการป้องกันและการระงับไว้ก่อนอยู่ในตัว กล่าวคือ เป็นการห้ามมิให้ดำเนินกิจกรรม ทั้งกรณีที่มีข้อมูลเกี่ยวกับความเสี่ยงชัดเจนและไม่ชัดเจน เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการดำเนินกิจกรรมนั้นไม่มีอันตรายหรือมีมาตรการในการป้องกันและรับมือที่ดีเพียงพอ สำหรับในกรณีหรือสเตรเลี่ยนกฎหมายสิ่งแวดล้อมทั้งระดับสหพันธรัฐและระดับมลรัฐของประเทศไทยได้เน้นย้ำถึงความสำคัญของหลักการระงับไว้ก่อนอีกขั้นหนึ่งโดยบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ต้องนำหลักการดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาคำขออนุญาตด้วย ส่วนกฎหมายของประเทศไทยนั้น หากพิจารณาพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 มาตรา 4 (5) ที่บัญญัติวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้ว่า “มีการใช้หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ดีที่สุด เพื่อให้การบริหารจัดการทรัพยากรสัตว์น้ำนำไปสู่การพัฒนาระบบเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อมที่ยั่งยืน สอดคล้องกับแนวทางการรักษาสมดุลของระบบนิเวศและหลักการป้องกันล่วงหน้า...” จะเห็นได้ว่า แม้บทบัญญัติในส่วนของการออกใบอนุญาตต่าง ๆ ตามพระราชกำหนดนี้ จะไม่ได้บัญญัติให้นำหลักการใดมาใช้เป็นข้อพิจารณาโดยตรง แต่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องก็ต้องคำนึงถึง “หลักการป้องกันล่วงหน้า” ตามมาตราดังกล่าวด้วย เพราะเป็นหลักการที่รวมอยู่ในวัตถุประสงค์ของกฎหมายทั้งฉบับ สำหรับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติอื่น ๆ ที่ไม่ได้ระบุให้นำหลักการใดมาพิจารณา อาจเป็นไปได้ว่ามีการใช้อ้างว่า ยังไม่มีข้อมูลเกี่ยวกับผลกระทบที่แน่นอนเพื่อผัดผ่อนการใช้มาตรการป้องกันตามสมควร เนื่องจากเจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐอาจให้น้ำหนักแก่การพัฒนาทางเศรษฐกิจมากกว่าการป้องกันผลกระทบที่ยังเห็นไม่ชัดเจน และถ้าตีความโดยใช้หลักการระงับไว้ก่อน อาจมีผลเป็นการปฏิเสธการออกใบอนุญาตหรือต้องกำหนดเงื่อนไขมากขึ้นในการอนุญาต ซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบกิจการของผู้ยื่นคำขอโดยที่ยังไม่มีข้อมูลที่ชัดเจนและไม่มียกเว้นบทบัญญัติแห่งกฎหมายรับรองโดยชัดแจ้ง จึงเป็นการยากที่พนักงานเจ้าหน้าที่จะนำหลักการดังกล่าวมาใช้ นอกจากนี้ แม้ว่าจะระบบการอนุญาตในประเทศไทยจะมีผลเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ไปยังผู้เสนอโครงการที่ขออนุญาตให้เป็นผู้พิสูจน์ว่าโครงการที่จะดำเนินการไม่มีผลกระทบในทางลบต่อสิ่งแวดล้อม หรือหากก็สามารถใช้มาตรการป้องกันผลกระทบที่จะเกิดขึ้นได้ แต่ยังคงมีปัญหาว่าต้องพิสูจน์ให้เป็นที่ยอมรับในระดับใด ซึ่งหากเจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจแบบผ่อนปรนอาจปล่อยให้กิจกรรมที่มีความเสี่ยงดำเนินไปได้โดยที่ยังไม่มีมาตรการป้องกันความเสียหายที่มีประสิทธิภาพเพียงพอ

5.2.3.4 บทบัญญัติเกี่ยวกับการมีคำสั่งเฉพาะรายเพื่อป้องกันความเสียหาย

พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2017 ของมลรัฐวิกตอเรีย มีบทบัญญัติให้อำนาจเจ้าหน้าที่ค่อนข้างกว้างในการออกคำสั่งเพื่อป้องกันการเกิดความเสียหาย โดยครอบคลุมตั้งแต่กรณีที่ยังไม่เกิดความเสียหายแต่มีความเป็นไปได้ว่าจะเกิดความเสียหายด้วย ซึ่งสอดคล้องกับหลักการป้องกันหรือหลักการระงับไว้ก่อน แล้วแต่กรณี ส่วนกฎหมายของประเทศไทย แม้จะสามารถตีความให้เป็นไปตามทั้งสองหลักการได้เช่นเดียวกัน แต่บทบัญญัติที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการสั่งการ ยังมีลักษณะที่ค่อนข้างจำกัดกว่า เช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ที่จำกัดเฉพาะบางกรณี อาทิ ผู้ให้บริการกำจัดน้ำเสียหรือผู้ครอบครองที่ฝ่าฝืนกฎหมายหรือคำสั่ง¹⁰² และพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 ที่รวมเฉพาะกรณีที่น่าจะก่อให้เกิดอันตรายหรือความเสียหายต่อบุคคลหรือทรัพย์สินบริเวณใกล้เคียงโรงงาน¹⁰³ ซึ่งค่อนข้างแคบ เนื่องจากไม่รวมถึงความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมโดยทั่วไป

5.2.3.5 บทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการเสริมอื่น ๆ

ประเทศไทยและเครือรัฐออสเตรเลียมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดมาตรการอื่น ๆ ที่ช่วยสนับสนุนการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมบนพื้นฐานของหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อนให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ตัวอย่างเช่น

1) บทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดมาตรฐานด้านสิ่งแวดล้อม

กฎหมายของทั้งเครือรัฐออสเตรเลียและของประเทศไทย ต่างมีบทบัญญัติให้อำนาจหน่วยงานของรัฐในการกำหนดมาตรฐานด้านสิ่งแวดล้อมเป็นการทั่วไป ซึ่งเห็นได้ว่า มาตรฐานดังกล่าวเป็นมาตรวัดสถานะและคุณภาพของสิ่งแวดล้อมรวมทั้งปริมาณมลพิษ เพื่อใช้ในการควบคุมและเฝ้าระวังไม่ให้เกิดปัญหาความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อม อันเป็นการคาดการณ์ล่วงหน้าว่าจะมีปัญหาทางสิ่งแวดล้อมใดเกิดขึ้นบ้าง โดยอยู่บนพื้นฐานของหลักการทางวิทยาศาสตร์ แล้วกำหนดมาตรฐานต่าง ๆ เพื่อใช้อำนาจในการควบคุมคุณภาพสิ่งแวดล้อม จึงถือว่าสะท้อนถึงแนวคิดเรื่องการป้องกัน และอาจเป็นไปตามหลักการระงับไว้ก่อนด้วยก็ได้ในกรณีที่มีข้อมูลไม่ชัดเจน แต่อาจกำหนดมาตรฐานไว้เพื่อป้องกันความเสี่ยงบางอย่างที่ไม่อาจคาดการณ์ได้อย่างชัดเจน

2) บทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการคุ้มครองเป็นการพิเศษ

ในบางพื้นที่

พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1999 ของสหพันธรัฐ เครือรัฐออสเตรเลีย และมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 มีลักษณะเป็นการกำหนดมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

¹⁰² มาตรา 82 (2) และ (4) แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535

¹⁰³ มาตรา 37 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535



ในบางพื้นที่หรือบางเรื่องเป็นพิเศษ ซึ่งอาจเป็นไปตามหลักการป้องกันหรือหลักการระงับไว้ก่อนตามข้อเท็จจริงในแต่ละเรื่อง โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1999 บัญญัติพื้นที่และเรื่องที่ต้องการคุ้มครองไว้โดยตรง อันเป็นการเพิ่มเติมความคุ้มครองสิ่งแวดล้อมจากบทบัญญัติที่แต่ละมลรัฐมีอยู่แล้วตามกฎหมายของตน ส่วนกฎหมายของประเทศไทยให้อำนาจรัฐมนตรีในการประกาศกำหนดเขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อม โดยพิจารณาจากความเปราะบางของพื้นที่หรือลักษณะพิเศษที่ควรอนุรักษ์ให้คงสภาพเดิม บทบัญญัติลักษณะนี้จึงมีแนวคิดเรื่องการป้องกันและการระงับไว้ก่อนในระดับที่สูงขึ้นไปอีก เนื่องจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องสามารถกำหนดมาตรฐานหรือข้อกำหนดพิเศษที่เข้มงวดกว่ากรณีปกติได้โดยที่ยังไม่มีความเสียหายเกิดขึ้น นอกจากนี้ บทบัญญัตินี้ดังกล่าวยังทำให้มีการนำข้อพิจารณาตามลักษณะเฉพาะของแต่ละพื้นที่มารวมพิจารณาเพื่อใช้มาตรการป้องกันความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม เพื่อให้การกำหนดมาตรการมีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น

5.3 การปรับใช้และการตีความของศาล

5.3.1 ลักษณะคดีพิพาทที่เข้าสู่การพิจารณาของศาล

คดีพิพาทเกี่ยวกับหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อนที่เข้าสู่การพิจารณาของศาลในประเทศไทยมีความคล้ายคลึงกับศาลในเครือรัฐออสเตรเลียในแง่ที่ว่า อาจเป็นคดีระหว่างเอกชนด้วยกันหรือเป็นคดีระหว่างเอกชนกับเจ้าหน้าที่ของรัฐเกี่ยวกับการออกคำสั่งทางปกครองหรือการไม่ออกคำสั่งทางปกครอง หรือการกระทำละเมิด แต่ด้วยเหตุที่ศาลเครือรัฐออสเตรเลียได้สร้างบรรทัดฐานเกี่ยวกับหลักการระงับไว้ก่อนไว้อย่างชัดเจน ทั้งยังมีการรับรองไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายและนโยบายทางสิ่งแวดล้อม การดำเนินคดีในเครือรัฐออสเตรเลียจึงมีการใช้หลักการระงับไว้ก่อนเป็นข้อต่อสู้ในคดีอย่างแพร่หลายมากกว่าส่วนในประเทศไทย เช่น มักมีการยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้โดยตรงว่าเจ้าหน้าที่มีคำสั่งไปโดยไม่คำนึงถึงหลักการระงับไว้ก่อน เป็นต้น สำหรับกรณีพิพาทเกี่ยวกับการออกคำสั่งทางปกครองในเครือรัฐออสเตรเลียมีการแบ่งแยกกันระหว่างการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและการตรวจสอบในเนื้อหาอย่างชัดเจนมากกว่าในประเทศไทย กล่าวคือ โดยหลักศาลในเครือรัฐออสเตรเลียจะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย โดยอาจพิจารณาเนื้อหาของคำสั่งเฉพาะในส่วนที่จำเป็นต่อการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมาย แต่จะไม่ก้าวล่วงเข้าไปใช้ดุลพินิจแทนฝ่ายปกครองในการเลือกผลทางกฎหมายในทางใดทางหนึ่ง ส่วนการตรวจสอบเนื้อหาของคำสั่งมักจะกระทำโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในฝ่ายบริหารเอง ยกเว้นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจศาลไว้ชัดเจน สำหรับประเทศไทย เมื่อพิจารณาตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้ว ศาลสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่และพิจารณาลงไปในเนื้อหาของกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือการกระทำได้บางส่วน โดยตรวจสอบว่า กฎ คำสั่ง หรือการกระทำนั้นมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม มีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร (หลักความได้สัดส่วน) หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบหรือไม่ ซึ่งในปัจจุบันศาลปกครองไทยได้นำแนวคิดเรื่องการป้องกันและการระงับไว้ก่อนมาใช้เป็นข้อพิจารณาหนึ่งด้วย โดยจะพิจารณาประกอบกับหลักความได้สัดส่วน

แต่ศาลจะไม่พิพากษาก้าวล่วงไปใช้ดุลพินิจแทนฝ่ายบริหาร เช่น ให้ออกใบอนุญาต อันเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย ซึ่งเป็นไปในทำนองเดียวกับหลักการทั่วไปของศาลในเครือรัฐออสเตรเลีย

5.3.2 หลักเกณฑ์ในการพิจารณา

ในกรณีของหลักการป้องกัน ศาลในเครือรัฐออสเตรเลียเพียงแต่วางหลักไว้ในคดี *Telstra* ว่า หากเป็นกรณีที่มีข้อมูลชัดเจน มาตรการที่ใช้จะเป็นการป้องกัน¹⁰⁴ แต่ศาลไม่ได้วางหลักเพิ่มเติมไปจากนี้แต่อย่างใด เช่น ระดับความแน่นอนของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่จะถือว่าเข้ากรณีหลักการป้องกัน เป็นต้น ในส่วนของการใช้หลักการระงับไว้ก่อน ศาลได้พิจารณาแยกองค์ประกอบจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายของมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ที่เป็นไปในทำนองเดียวกับปฏิญญาไรโอ¹⁰⁵ ซึ่งถือว่าเป็นแนวทางที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไป โดยศาลได้วางหลักเพิ่มเติมด้วยว่า ความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมนั้นจะต้องมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สนับสนุนพอสมควร อันเป็นการวางกรอบไม่ให้มีการใช้หลักการดังกล่าวอย่างกว้างขวางเกินไปจนเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาอุตสาหกรรมหรือการพัฒนาต่าง ๆ โดยไม่มีเหตุผลที่หนักแน่นเพียงพอ และศาลได้วางหลักเพิ่มเติมข้อพิจารณาในเรื่องความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติและความคุ้มค่าในการใช้มาตรการ¹⁰⁶ ซึ่งสอดคล้องกับหลักการที่ 15 ของปฏิญญาไรโอ และเป็นการพิจารณาบนหลักของความเป็นจริงที่ว่าทรัพยากรมีจำกัดจึงต้องใช้ให้เกิดประโยชน์สูงสุด

สำหรับศาลปกครองไทย ยังไม่ปรากฏแนวทางของศาลปกครองสูงสุดในเรื่องเงื่อนไขและขอบเขตการใช้บังคับหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อนที่ชัดเจนแต่อย่างใด แต่จากการศึกษาพบว่า ในการนำหลักการดังกล่าวมาใช้วินิจฉัยคดี ศาลพิจารณาโดยมีเงื่อนไขอย่างกว้าง ๆ คือ หากเป็นกรณีที่ศาลเห็นว่ามีความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมหรือต่อสุขภาพมนุษย์ ศาลจะพิจารณาไปตามแนวคิดที่ว่า การป้องกันดีกว่าการแก้ไข และสำหรับในบางคดี เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 412/2564 และคำพิพากษาศาลปกครองระยองที่ ส. 15/2558 ศาลได้วินิจฉัยในลักษณะที่ว่า หากมีข้อมูลเกี่ยวกับผลกระทบทางลบต่อสิ่งแวดล้อมที่ยังไม่แน่นอนหรือมีความขัดแย้งกัน การดำเนินการไปในทางที่ป้องกันความเสี่ยงย่อมเหมาะสมกว่าการปล่อยให้มีการดำเนินการไปในทางที่เสี่ยงต่อการเกิดความเสียหาย อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองไทยยังไม่ได้วินิจฉัยวางหลักในปัญหาว่า ความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายนั้นต้องมีระดับเท่าใดและต้องมีพยานหลักฐานรองรับเพียงใด ความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นควรมีขอบเขตเพียงใด และหากนำหลักการระงับไว้ก่อนมาใช้จะตีความในระดับใด ควรให้น้ำหนักเพียงใด เมื่อเทียบกับข้อพิจารณาอื่น ๆ เช่น ปัจจัยทางเศรษฐกิจ หรือสังคม และผลของหลักการดังกล่าวควรมีเพียงใด เช่น มีผลเป็นเพียงการปฏิเสธการอ้างความไม่แน่นอนเพื่อคัดค้านการใช้มาตรการป้องกันที่จำเป็น หรือจะเป็นการบังคับให้ต้องมีมาตรการดังกล่าว และจะให้มีการผลกระทบการพิสูจน์หรือไม่ เพียงใด ผู้เขียนเห็นว่า

¹⁰⁴ *op. cit.* 66, p. 149.

¹⁰⁵ *Ibid*, [128]-[148].

¹⁰⁶ *Ibid*, p. 166.

สาเหตุหนึ่งที่ศาลปกครองไทยไม่ได้วางหลักเกี่ยวกับขอบเขตและเงื่อนไขในการใช้หลักการระงับไว้ก่อนไว้มากเท่าศาลในเครือรัฐออสเตรเลีย ส่วนหนึ่งอาจเป็นเพราะประเทศไทยใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ ซึ่งการพิจารณาพิพากษาคดีจะเป็นการปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่กับคดีที่เกิดขึ้นเฉพาะคดี¹⁰⁷ ศาลจึงไม่ได้มีบทบาทเป็นผู้สร้างกฎหมายแต่อย่างใด ในขณะที่เครือรัฐออสเตรเลียซึ่งมีระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์นั้น คำพิพากษาเป็นบ่อเกิดที่สำคัญที่สุดของกฎหมาย ศาลจะตีความหลักการต่าง ๆ และริเริ่มในการปรับใช้หลักการนั้นในพฤติการณ์ที่เห็นว่าเหมาะสม¹⁰⁸ และจะวางหลักกฎหมายในคดีต่าง ๆ อย่างกว้างขวาง ทั้งยังอาจมีการอ้างอิงตำราต่าง ๆ ประกอบด้วย ดังนั้น ลักษณะของคำพิพากษาของศาลในสองระบบกฎหมายจึงมีความแตกต่างกันอยู่แล้วโดยพื้นฐาน

ในส่วนของการหลักการป้องกัน ผู้เขียนเห็นว่า ยังมีบางประเด็นที่ยังไม่ชัดเจน เช่น กรณีที่มีข้อมูลที่แน่นอนว่าจะเกิดความเสียหายหรืออันตรายต่อสิ่งแวดล้อม ความเสียหายหรืออันตรายนั้นจะต้องมีลักษณะที่รุนแรงหรือไม่อาจแก้ไขได้ด้วยหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ในเมื่อมีข้อมูลที่แน่นอนแล้วว่าจะมีผลกระทบ จึงควรมีมาตรการป้องกันหรืออย่างน้อยควรลดผลกระทบนั้นลงหน้า เพราะการที่ทราบแน่นอนล่วงหน้าย่อมทำให้สามารถเตรียมการรับมือได้ดีกว่ากรณีที่มีข้อมูลไม่แน่นอน จึงไม่มีเหตุที่จะผัดผ่อนการใช้มาตรการป้องกัน นอกจากนี้ อาจมีข้อสงสัยว่าหลักการป้องกันจะเป็นเพียงข้อพิจารณาหนึ่งแต่ไม่ได้มีผลเป็นการปฏิเสธการอนุญาตหรือยุติโครงการหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า น่าจะตีความไปในทางเดียวกันกับหลักการระงับไว้ก่อนเพื่อให้สอดคล้องกัน ดังจะเห็นได้ในกรณีของการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมที่บางครั้งก็ทราบถึงผลกระทบบางอย่างดีอยู่แล้ว แต่เจ้าหน้าที่อาจอนุญาตให้ดำเนินกิจกรรมนั้นโดยกำหนดเงื่อนไขในการลดผลกระทบหรือให้เยียวยาผู้ได้รับผลกระทบ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากมีข้อมูลที่แน่นอนกว่าในเรื่องความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหาย ผู้เขียนจึงเห็นว่า สมควรให้น้ำหนักกับข้อพิจารณาเชิงป้องกันในกรณีดังกล่าวมากกว่ากรณีที่มีข้อมูลยังไม่แน่นอน แต่ต้องพิจารณาถึงความรุนแรงของผลกระทบนั้น ๆ ด้วย

5.3.3 การแบ่งแยกระหว่างสองหลักการ

ศาลในเครือรัฐออสเตรเลียเคยมีคำพิพากษาที่ชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างสองหลักการนี้ไว้อย่างชัดเจนถึงการพิจารณาหลักการทั้งสองแยกออกจากกัน แต่โดยทั่วไปแล้วหลักการระงับไว้ก่อนจะถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาอย่างชัดเจนมากกว่าหลักการป้องกัน ผู้เขียนเห็นว่า อาจเป็นเพราะหลักการดังกล่าวได้รับความสนใจและมีการให้ความสำคัญมากกว่า เนื่องจากได้มีการรับรองในกฎหมายระหว่างประเทศต่าง ๆ โดยตรง การที่เครือรัฐออสเตรเลียรับหลักการดังกล่าวมาใช้จึงเป็นไปในแนวทางเดียวกัน และส่งผลถึงแนวคำวินิจฉัยของศาลและบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรด้วย

¹⁰⁷ สมยศ เชื้อไทย, ความรู้กฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 27, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2563), น. 104-105.

¹⁰⁸ P Stein, "A Cautious Application of the Precautionary Principle" Environmental Law Review Issue 1, 2000, p. 1 (2); ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น. 47.

อีกทั้งหลักการดังกล่าวมีความไม่ชัดเจนของถ้อยคำมากกว่า เช่น คำว่า “ความเสี่ยง” หรือ “ความไม่แน่นอนของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์” เป็นต้น ทำให้มีการตีความได้แตกต่างกัน ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่าสามารถจำแนกได้คร่าว ๆ เป็นสามระดับ

สำหรับกรณีของประเทศไทย แม้มีคดีที่ศาลระบุถึงหลักการใดหลักการหนึ่งหรือทั้งสองหลักการโดยตรง แต่ศาลไม่ได้วางแนวทางในการแบ่งแยกทั้งสองหลักการออกจากกัน เพียงแต่สื่อรวม ๆ ถึงการป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นล่วงหน้าอันเป็นแนวคิดพื้นฐานของทั้งสองหลักการ โดยมีบางคดีที่ศาลได้กล่าวถึงองค์ประกอบของหลักการระงับไว้ก่อนอยู่บ้าง ได้แก่ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 921/2560 และคำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ ส. 36/2566 ที่ศาลกล่าวถึงความรุนแรงของความเสียหายและการที่ไม่อาจแก้ไขให้คืนสภาพเดิมได้ ส่วนคำพิพากษาศาลปกครองระยองที่ ส. 15/2558 ศาลได้กล่าวถึงความไม่แน่นอนของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันศาลปกครองไทยยังไม่ได้วางหลักการพิจารณาโดยตรงและแยกแยะหลักการระงับไว้ก่อนออกจากหลักการป้องกันอย่างชัดเจนแต่อย่างใด

ผู้เขียนเห็นว่า แท้จริงแล้วทั้งสองหลักการเป็นเรื่องเดียวกัน คือ มีพื้นฐานมาจากแนวคิดที่ว่า การป้องกันดีกว่าการแก้ไข เพียงแต่หลักการระงับไว้ก่อนเป็นการขยายความหรือเป็นวิวัฒนาการของหลักการป้องกัน และถูกพัฒนามาเพื่อเป็นแนวทางในการตีความในกรณีที่ข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ไม่ชัดเจน ซึ่งในความเป็นจริงควรพิจารณาทั้งสองหลักการควบคู่กัน เนื่องจากในทางวิทยาศาสตร์ไม่มีเรื่องใดที่สามารถยืนยันได้แน่นอนถึง 100 เปอร์เซ็นต์¹⁰⁹ ดังนั้น แม้แต่ในการใช้หลักการป้องกันเอง ก็ไม่จำเป็นต้องมีข้อมูลที่แน่นอนทั้งหมดในระดับดังกล่าว และในบางเรื่องอาจมีทั้งส่วนที่มีข้อมูลค่อนข้างชัดเจนและส่วนที่มีข้อมูลไม่ชัดเจน เช่น กรณีฝุ่นละออง PM 2.5 ที่มีข้อมูลค่อนข้างชัดเจนสำหรับผลกระทบต่อสุขภาพในบางโรค แต่อาจมีผลกระทบต่อสุขภาพด้านอื่น ๆ หรือผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างอื่นที่ยังรวบรวมข้อมูลได้ไม่เพียงพอ เป็นต้น ผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับ de Sadeleer¹¹⁰ ว่า เส้นแบ่งระหว่างทั้งสองหลักการในหลาย ๆ กรณีอาจไม่ได้ชัดเจนมากนัก และเห็นว่าการพิจารณาว่า การใช้หลักการแต่ละหลักการจะต้องมีความแน่นอนหรือความไม่แน่นอนของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์มากน้อยเพียงใดอาจแตกต่างกันไป โดยต้องพิจารณาบริบทต่าง ๆ ของแต่ละประเทศด้วย เช่น ในประเทศที่มีความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีไม่มาก อาจมีทางเลือกของมาตรการป้องกันความเสี่ยงน้อยกว่า ซึ่งอาจมีผลในการกำหนดระดับความไม่แน่นอนที่เป็นเงื่อนไขในการใช้หลักการระงับไว้ก่อน นอกจากนี้ ไม่ว่าจะพิจารณาแยกเป็นสองหลักการหรือไม่ ในการกำหนดมาตรการที่จะใช้ต้องพิจารณาจากอัตราความเสี่ยงและความไม่แน่นอนของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์เช่นเดียวกัน เพราะแม้แต่ในกลุ่มกิจกรรมที่มีความไม่แน่นอนของข้อมูลเอง อาจมีความไม่แน่นอนหลายระดับซึ่งย่อมส่งผลต่อความเข้มข้นของมาตรการที่จะใช้

¹⁰⁹ C Barton, “The Status of the Precautionary Principle in Australia: Its Emergence in Legislation and as a Common Law Doctrine,” *Harvard Environmental Law Review* Issue 2, 1998, p. 509 (518); *Nicholls v Director-General of National Parks and Wildlife* (1994) 84 LGERA 397, 419, cited in *op. cit.* 66, [143].

¹¹⁰ *op. cit.* 4, p. 116.

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บทความนี้นำเสนอให้เห็นภาพรวมของการใช้หลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อน โดยเปรียบเทียบในบริบทของเครือรัฐออสเตรเลียและประเทศไทย ซึ่งผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่า ผู้อ่านจะได้เข้าใจถึงความแตกต่างระหว่างสองหลักการนี้ รวมทั้งขอบเขตและแนวทางในการตีความแต่ละหลักการมากขึ้น จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่า กฎหมายของประเทศไทยได้กำหนดกลไกหลายอย่างบนพื้นฐานของแนวคิดเรื่องการป้องกันและการระงับไว้ก่อน เช่น การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม ระบบการอนุญาต การกำหนดมาตรฐานทางสิ่งแวดล้อม เป็นต้น แต่ยังไม่มียกข้อยกเว้นแห่งกฎหมายรับรองหลักการทั้งสองไว้โดยตรงอย่างแพร่หลายดังเช่นในเครือรัฐออสเตรเลีย และในการพิจารณาของศาลยังไม่มีกรวางหลักเกณฑ์การใช้ที่ชัดเจนเท่าใดนัก ผู้เขียนจึงมีข้อสังเกตและข้อเสนอแนะ ดังนี้

(1) แม้ว่าศาลอาจนำหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อนมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีได้อยู่แล้ว แต่ควรเพิ่มเติมบทบัญญัติที่รับรองหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อนไว้ในกฎหมายต่าง ๆ ให้มากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายสารบัญญัติ หรือกฎหมายวิธีสบัญญัติที่เกี่ยวกับการพิจารณาตัดสินสิ่งแวดล้อม โดยผู้เขียนเห็นว่า อย่างน้อยควรเพิ่มบทบัญญัติรับรองทั้งสองหลักการเป็นการทั่วไปลงในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้เป็นกฎหมายหลักและมีขอบเขตการบังคับใช้ค่อนข้างกว้าง โดยมุ่งคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในกรณีทั่วไปที่ไม่ได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะกำหนดมาตรการไว้เป็นพิเศษ ซึ่งกรณีเหล่านี้มีโอกาสเกิดข้อสงสัยได้มากกว่า ควรใช้มาตรการป้องกันความเสียหายล่วงหน้าหรือไม่ เพียงใด การที่มีบทบัญญัติรับรองทั้งสองหลักการนี้ย่อมจะทำให้เกิดความชัดเจนและมีน้ำหนักมากขึ้น ทั้งยังมีผลผูกพันการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ ผู้ประกอบกิจการต่าง ๆ และการพิจารณาของศาลให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน อันจะเป็นการยกระดับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของประเทศไทยให้สูงขึ้นและเป็นไปตามหลักการที่ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศด้วย ทั้งนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า ในการกล่าวถึงทั้งสองหลักการ ควรมีการวงเล็บชื่อเรียกในภาษาอังกฤษไว้ด้วยเพื่อให้เข้าใจตรงกันว่าหมายถึงหลักการใด และหากเป็นไปได้ควรกำหนดชื่อเรียกทั้งสองหลักการให้เป็นอย่างเดียวกัน ทั้งในทางวิชาการ ในการดำเนินงานของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ และในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล เนื่องจากในปัจจุบันมีการใช้ชื่อเรียกในภาษาไทยที่หลากหลายและบางครั้งก็ใช้ถ้อยคำที่ใกล้เคียงกันจนอาจทำให้เกิดความสับสนได้

(2) เนื่องจากประเทศไทยใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ ซึ่งโดยปกติศาลจะเพียงปรับใช้และตีความกฎหมายที่มีอยู่โดยไม่สร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายขึ้นใหม่ ดังนั้น จึงควรมีบทบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขในการใช้ทั้งสองหลักการให้ชัดเจนเพื่อลดความคลุมเครือ เช่น การกำหนดการพิสูจน์หรือข้อพิจารณาอื่น ๆ ที่ต้องพิจารณาร่วมกัน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า บางประเด็นอาจจะต้องบัญญัติให้ละเอียดหรือใช้ถ้อยคำที่มีความเฉพาะเจาะจงมากเพราะจะทำให้ขาดความยืดหยุ่นและมีความยุ่งยากในการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี เช่น ในเรื่องของมาตรการที่จะใช้เพื่อป้องกันความเสียหาย จำเป็นต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป แต่อาจกำหนดกรอบกว้าง ๆ ไว้ อาทิ ข้อพิจารณาในการใช้มาตรการ

เป็นต้น นอกจากนี้ ในการกำหนดหลักเกณฑ์ควรคำนึงถึงสภาพข้อเท็จจริงในบริบทของประเทศไทย เช่น ความเปราะบางของสิ่งแวดล้อม ความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ความสามารถในการบริหารจัดการความเสี่ยง เป็นต้น ทั้งนี้ ประเทศไทยอาจเริ่มต้นด้วยการตีความในระดับเข้มข้นน้อยเช่นเดียวกับ เครือรัฐออสเตรเลีย คือ กำหนดเงื่อนไขในเรื่องขอบเขตของความเสียหายที่มีความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้น ให้เป็นเฉพาะความเสียหายที่รุนแรงหรือไม่อาจแก้ไขให้คืนสภาพเดิมได้ เนื่องจากอาจเป็นไปได้ยาก หรือมีค่าใช้จ่ายสูงหากต้องพิจารณาความเสียหายทุกชนิด รวมทั้งควรกำหนดขอบเขตของความเสียหาย ที่จะต้องมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์รองรับในระดับหนึ่ง เพื่อป้องกันการกล่าวอ้างอย่างพร่ำเพรื่อ โดยไม่มีเหตุอันควร ส่วนการวิเคราะห์ระดับความแน่นอนของข้อมูล ผู้เขียนเห็นว่า อาจพิจารณาประกอบกับ ระดับความแน่นอนจากตัวเลขร้อยละที่เป็นที่ยอมรับกันในวงการวิทยาศาสตร์ เช่น ระดับความแน่นอน ตั้งแต่ร้อยละ 95 ขึ้นไป ถือว่ามีความแน่นอนของข้อมูลแล้ว หากต่ำกว่าร้อยละ 95 ถือว่ายังไม่มี ความแน่นอนของข้อมูล โดยการระบุระดับความแน่นอนนี้ควรอาศัยความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญเป็นรายกรณีไป

(3) สำหรับปัญหาว่าจะพิจารณาโดยแบ่งแยกทั้งสองหลักการออกจากกันหรือไม่นั้น เห็นว่า หากมีบทบัญญัติกำหนดนิยามไว้ทั้งสองหลักการจะทำให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น แต่แม้จะบัญญัติถึง หลักการระงับไว้ก่อนเพียงหลักการเดียว หากใช้การตีความในทางที่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของหลักการ ระงับไว้ก่อนที่มุ่งเน้นการป้องกันความเสียหายแต่เนิ่น ๆ รวมทั้งเจตนารมณ์ของกฎหมายในการคุ้มครอง สิ่งแวดล้อม ย่อมครอบคลุมไปถึงกรณีข้อมูลเกี่ยวกับผลกระทบมีความชัดเจนด้วย

(4) จากการศึกษาทั้งหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อน จะเห็นได้ว่าองค์ความรู้ หรือข้อมูลทางวิทยาศาสตร์มีบทบาทที่สำคัญมากต่อการปรับใช้หลักการดังกล่าวในการทำงานของหน่วยงาน ผู้ควบคุมดูแลการประกอบกิจการต่าง ๆ และในการพิจารณาคดีของศาล เนื่องจากการพิสูจน์ข้อเท็จจริง ตามเงื่อนไขของการใช้หลักการ และการกำหนดมาตรการป้องกันและหรือมาตรการระงับไว้ก่อน ย่อมต้องอาศัยความรู้ทางวิทยาศาสตร์เป็นพื้นฐาน สำหรับในชั้นการพิจารณาคดีรวมไปถึงการบังคับ คดีปกครองทางสิ่งแวดล้อมของศาลปกครอง ความรู้ทางวิทยาศาสตร์ในหลาย ๆ เรื่องเป็นเรื่องทางเทคนิค ที่ศาลไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญ การตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญจึงเป็นส่วนสำคัญที่จะช่วยในการพิจารณา คดีสิ่งแวดล้อมโดยการปรับใช้หลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อน ดังนั้น การให้ความสำคัญ กับการคัดเลือกโดยพิจารณาคุณสมบัติและความเป็นกลางของพยานผู้เชี่ยวชาญอย่างถี่ถ้วนจึงเป็นสิ่งจำเป็น อย่างมากในคดีประเภทนี้



บรรณานุกรม

1. หนังสือและบทความ

หนังสือและบทความภาษาต่างประเทศ

A Deville and R Harding, Applying the Precautionary Principle, (Federation Press, 1997).

ACH Kiss and D Shelton, International Environmental Law, 2nd edn, (Transnational Publishers, 2000).

Arie Trouwborst, "Prevention, Precaution, Logic and Law - The Relationship between the Precautionary Principle and the Preventative Principle in International Law and Associated Questions," Erasmus Law Review Issue 2, 2009.

Brian Preston, "The Australian Experience on Environmental Law," Environmental and Planning Law Journal Issue 6, 2018.

C Barton, "The Status of the Precautionary Principle in Australia : Its Emergence in Legislation and as a Common Law Doctrine," Harvard Environmental Law Review Issue 2, 1998

C Tollefson & J Thornback, "Litigating the Precautionary Principle in Domestic Courts," Journal of Environmental Law and Practice Issue 19, 2008.

D Bodansky, "Scientific Uncertainty and the Precautionary Principle," Environment Issue 7, 1991.

D Farrier "Factoring Biodiversity Conservation into Decision-Making Processes : The Role of the Precautionary Principle," in R Harding and E Fisher (eds), Perspectives on the Precautionary Principle, (Federation Press, 1999).

D Freestone and Z Makuch, "The New International Environmental Law of Fisheries : The 1995 UN Straddling Stocks Convention" Yearbook of International Environmental Law Issue 7, 1996.

D Freestone, "International Fisheries Law Since Rio : The Continued Rise of the Precautionary Principle," in A Boyle and D Freestone (eds.) International Law and Sustainable Development, (Oxford : Oxford University Press, 1999).

Deborah C Peterson, "Precaution: Principles and Practice in Australian Environmental and Natural Resource Management," Australian Journal of Agricultural and Resource Economics Issue 4, 2006.

DM Dzidzornu, “Four Principles in Marine Environment Protection : A Comparative Analysis,” Ocean Development and International Law Issue 29, 1998.

G Marchant, “Biotechnology and the Precautionary Principle : Right Question, Wrong Answer,” International Journal of Biotechnology Issue 1, 2002.

Gary E. Marchant, “From General Policy to Legal Rule : Aspirations and Limitations of the Precautionary Principle,” Environmental Health Perspectives Issue 14, 2003.

Gerry Bates, Environmental Law in Australia, (LexisNexis Butterworths, 2019).

Henk van den Belt, “Debating the Precautionary Principle : “Guilty until Proven Innocent” or “Innocent until Proven Guilty”?,” Plant Physiology Issue 3, 2003.

J Juste Ruiz, Derecho Internacional del Medio Ambiente, (McGraw-Hill, 1999).

J Lemons, K Schrader-Frechette and C Cranor, “The Precautionary Principle : Scientific Uncertainty and Type I and Type II Errors,” Foundations of Science Issue 2, 1997.

J Tickner and C Raffensberger, The Precautionary Principle in Action : A Handbook, [Online], retrieved from www.mindfully.org/Precaution/Precaution-In-Action-Handbook.pdf accessed 1 March 2010.

J Wiener, “Precaution In a Multi-Risk World” in Paustenbach’ in D Paustenbach (ed) Human and Ecological Risk Assessment : Theory and Practice, (Wiley-Interscience, 2002).

Jacqueline Peel, “Interpretation and Application of the Precautionary Principle : Australia’s Contribution,” Review of European Community & International Environmental Law Issue 1, 2009.

Joakim Zander, The Application of the Precautionary Principle in Practice : Comparative Dimensions, (Cambridge University Press, 2010).

Laura Schuijers, “Responding to Ecological Uncertainty in the Context of Climate Change: Thirty Years of the Precautionary Principle in Australia,” Sydney Law Review Issue 1, 2023.

Lee Godden, Jacqueline Peel, and Jan McDonald, Environmental Law, (Oxford : Oxford University Press, 2018).

Leslie-Anne Duvic-Paoli, The Prevention Principle in International Environmental Law, (Cambridge : Cambridge University Press, 2018).

M Kaiser, “Fish-Farming and the Precautionary Principle : Context and Values in Environmental Science for Policy,” Foundations of Science Issue 2, 1997.



MBA van Asselt, Perspectives on Uncertainty and Risk : The PRIMA Approach to Decision Support, (Kluwer, 2000).

N Haigh, “The Introduction of the Precautionary Principle into the UK” in T O’Riordan and J Cameron (eds.) Interpreting the Precautionary Principle, (Cameron & May, 1994).

Nicolas de Sadeleer, Environmental Principles : From Political Slogans to Legal Rules, (Oxford University Press, 2005).

Nicolas de Sadeleer, Environmental Principles : From Political Slogans to Legal Rules, 2nd edn, (Oxford : Oxford Academic, 2020).

P. Sands, Principles of International Environmental Law, 4th edn, (Cambridge : Cambridge University Press, 2018).

P Stein, “A Cautious Application of the Precautionary Principle,” Environmental Law Review Issue 1, 2000.

R Cooney, “From Promise to Practicalities : the Precautionary Principle in Biodiversity Conservation and Natural Resource Management,” in R Cooney and B Dickson (eds) Biodiversity and the Precautionary Principle : Risk, Uncertainty and Practice in Conservation and Sustainable Use, (Earthscan, 2005).

R Cooney, The Precautionary Principle in Biodiversity Conservation and Natural Resource Management : An issues paper for policy-makers, researchers and practitioners, (Gland, Switzerland and Cambridge : IUCN, 2004).

Sonja Boehmer-Christiansen, “The Precautionary Principle in Germany - Enabling Government” in Timothy O’Riordan and James Cameron (eds) Interpreting the Precautionary Principle (Routledge 1994).

SW Howe, Administrative law, (LexisNexis Butterworths, 2020).

Warwick Gullett, “Environmental Protection and the “Precautionary Principle” : a Response to Scientific Uncertainty in Environmental Management,” Environmental and Planning Law Journal Issue 1, 1997.

Warwick Gullett, “The Threshold Test of the Precautionary Principle in Australian Courts and Tribunals : Lessons for Judicial Review,” in Elizabeth Fisher, Judith Jones, and René von Schomberg (eds) Implementing the Precautionary Principle : Perspectives and Prospects, (Edward Elgar Publishing Limited, 2006).

WE Walker et al, “Defining Uncertainty : A Conceptual Basis for Uncertainty Management in Model-Based Decision Support,” Integrated Assessment Issue 1, 2003.

หนังสือและบทความภาษาไทย

กรมประมง กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ และคณะประมง มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, การจัดการประมงภายใต้บริบทของพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 และที่แก้ไขเพิ่มเติม [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://fish.ku.ac.th/pdf/การจัดการประมง.pdf> เมื่อ 16 มิถุนายน 2567.

กฤษณะ ช่างกล่อม, การจัดตั้งศาลสิ่งแวดล้อมกับปัญหาระบบความยุติธรรม, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2556).

จักราวดี มนูญพงศ์, “หลักการระงับไว้ก่อน (Precautionary Principle) : สำคัญค่าบังคับทางกฎหมาย และคำวินิจฉัยของศาลปกครอง,” ใน คณะทำงานหนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ สำนักงานศาลปกครอง (บรรณาธิการ), หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ (กรุงเทพฯ : สหมิตรพรีนติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2565).

ถิรายุส ทรงเดชะ, “การปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศร่วมกับหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะข้อพิพาททางอาวุธ” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557).

ปนัดดา พงศ์สุรย์มาส, “การตีความและการอุดช่องว่างของกฎหมาย,” ใน มานิตย์ จุมปา (บรรณาธิการ) ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 12, (กรุงเทพฯ : แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555).

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546).

บุญยวีร์ หนูประกอบ และภาวิดา รังษี, “การนำนโยบายด้านการประมงพาณิชย์ไปปฏิบัติตั้งแต่ พ.ศ. 2558 - ปัจจุบัน : ความท้าทายแห่งการเปลี่ยนแปลง,” วารสารวิชาการวิทยาลัยบริหารศาสตร์ ปีที่ 4 ฉบับที่ 4, 2564.

โรม ทีปะปาล, การนำหลักระงับไว้ก่อนมาปรับใช้ในระบบกฎหมายประเทศสเปน, 2567, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <http://intranet2.admincourt.go.th/02-office/office44/wp2/wp-content/uploads/2024/03/OA19-3-67.pdf> เมื่อ 4 กรกฎาคม 2567.

วรรณภา ตีระสังขะ, “รัฐธรรมนูญกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้านสิ่งแวดล้อมของประเทศฝรั่งเศสและความท้าทายต่อประเทศไทย,” วารสารสถาบันพระปกเกล้า ปีที่ 16 ฉบับที่ 3, 2561.



วรวรรณ เขยชิด, “เงื่อนไขของการใช้หลัก Precautionary Principle ภายใต้ความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559).

สมยศ เชื้อไทย, ความรู้กฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 27, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2563).

สามัคคี บุญยะวัฒน์, “การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม,” ใน สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน โดยพระราชประสงค์ในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว, เล่มที่ 37.

สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, ‘หลักการพื้นฐานของกฎหมายสิ่งแวดล้อมในระบบกฎหมายไทย’ (รายงานการศึกษาวิจัยโครงการปรับปรุงและพัฒนาระบบบริหารงานยุติธรรมทางปกครอง : การศึกษาวิเคราะห์กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาคดีปกครองสิ่งแวดล้อมในระบบกฎหมายไทย, สิงหาคม 2564).

สุรศักดิ์ บุญเรือง, ‘บทบาทของหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนในการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม : ศึกษาการกำหนดเงื่อนไขประกอบการใช้ดุลพินิจในการพิจารณารายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม’ (รายงานฉบับสมบูรณ์เสนอต่อคณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, มกราคม 2565).

อริยพร โพธิ์ใส, “มาตรการและแนวทางป้องกันปัญหาการทำประมงผิดกฎหมายของประเทศไทยกับหลักการสำคัญของ IUU Fishing,” วารสารจุลนิติ ปีที่ 14 ฉบับที่ 4, 2560.

อุดมศักดิ์ สนิธิพงษ์, กฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2566).

2. กฎหมายและเอกสารทางนโยบายของรัฐบาล

กฎหมายและเอกสารทางนโยบายของต่างประเทศ

Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1977 (Cth).

Council of Australian Governments, Inter-Governmental Agreement on the Environment 1 May 1992 (IGAE).

Environment Effects Act 1978 (Vic).

Environment Protection Act 2017 (Vic).

Environment Protection and Biodiversity Conservation Act 1999 (Cth).

Inter-Governmental Agreement on the Environment 1 May 1992 (IGAE), Council of Australian Governments.

La charte de l’environnement (French Charter for the environment).

National Strategy for Ecologically Sustainable Development December 1992 (NSED), Ecologically Sustainable Development Steering Committee.

กฎหมายและเอกสารทางนโยบายของประเทศไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

พระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558.

พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535.

พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535.

ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่อง บัญชีรายชื่อวัตถุอันตราย พ.ศ. 2556.

แผนการบริหารจัดการประมงทะเลของประเทศไทย นโยบายแห่งชาติด้านการจัดการประมงทะเล พ.ศ. 2558 - 2562 เอกสารแนบท้าย ฉบับที่ 2 ของประกาศกรมประมง เรื่อง แผนปฏิบัติการระดับชาติ ว่าด้วยการป้องกัน ยับยั้ง และจัดการทำการประมงที่ผิดกฎหมาย ขาดการรายงาน และไร้การควบคุม พ.ศ. 2558 - 2562.

3. เอกสารระหว่างประเทศ

UNGA 'Report of the United Nations Conference on Environment and Development Annex I : Rio Declaration on Environment and Development,' (14 June 1992), UN Doc. A/CONF. 151/26/Rev.1 (Rio Declaration).

UNGA, 'Report of the United Nations Conference on the Human Environment', (adopted 16th June 1972) UN Doc A/CONF48/14/Rev1 (Stockholm Declaration).

The United Nations Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks (adopted 4th August 1995, entered into force 11th December 2001) 2167 UNTS 3 (UNFSA).

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

4. คำพิพากษาของศาล

คำพิพากษาของศาลต่างประเทศ

Alliance to Save Hinchinbrook v Delegate of the Chief Executive, Environmental Protection Agency [2006] QSC 84.

Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1985] 1 AC 374.

Friends of Hinchinbrook Society Inc v Minister for Environment (No2) (1997) 69 FCR 28.

Gloucester Resources Ltd v Minister for Planning (2019) 234 LGERA 257.



Lawyers for Forests Inc v Minister for the Environment, Heritage and the Arts (2009) 165 LGERA 203.

Leatch v National Parks & Wildlife Service (1993) 81 LGERA 270.

Nicholls v Director-General of National Parks and Wildlife (1994) 84 LGERA 397.

Telstra Corporation Ltd v Hornsby Shire Council (2006) 67 NSWLR 256.

Trail Smelter case (United States v. Canada) (Arbitration Tribunal) (1941) 3 RIAA 1905.

คำพิพากษาของศาลในประเทศไทย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 450/2557.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 263/2561.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 412/2564.

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 921/2560.

คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ ส. 36/2566.

คำพิพากษาศาลปกครองเชียงใหม่ที่ ส. 2/2566.

คำพิพากษาศาลปกครองเชียงใหม่ที่ ส. 1/2567.

คำพิพากษาศาลปกครองระยองที่ ส. 15/2558.

5. แหล่งข้อมูลอื่น ๆ

สำนักวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม, ระบบการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมของประเทศไทย, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก http://www.onep.go.th/eia/index.php?option=com_content&view=article&id=30&Itemid=127 เมื่อ 12 ธันวาคม 2559.