

บทบาทของคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ

นางสาวภาพร อัจหาญ



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)

เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)

are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2557

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

THE CONTRIBUTION OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS AND THE INTERNATIONAL  
COURTS JUDGEMENTS TO THE PROTECTION OF INTERNATIONAL RIVER ENVIRONMENT

Miss Daporn Arjhan



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

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2014

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	บทบาทของคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ
โดย	นางสาวภาพร อัจหาญ
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติवासะ

---

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัยเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

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

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ  
(ดร.โชติกา วิทยาวรากุล)

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

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

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย  
(ดร. ศีรวดี งามวิเศษชัยกุล)

ฎาพร อาจหาญ : บทบาทของคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ (THE CONTRIBUTION OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS AND THE INTERNATIONAL COURTS JUDGEMENTS TO THE PROTECTION OF INTERNATIONAL RIVER ENVIRONMENT) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ผศ. ดร.ศารทูล สันติวาสะ, 190 หน้า.

คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ มีฐานะเป็นสิ่งที่ช่วยในการกำหนดหลักกฎหมาย โดยมีใช้แหล่งที่มาโดยตรงของกฎหมาย อีกทั้งคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาในคดีก่อนหน้าไม่ได้มีผลผูกพันให้คณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศหรือศาลระหว่างประเทศต้องยึดตามแนวทางในคดีก่อนหน้า

แม่น้ำระหว่างประเทศเป็นทรัพยากรที่รัฐริมน้ำมีการแสวงหาประโยชน์โดยยึดหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในลักษณะข้ามเขตแดนต่อทั้งรัฐริมน้ำอื่นและพื้นที่ส่วนรวมของโลก แม้ว่าปัจจุบันมีกฎหมายจารีตประเพณีที่ควบคุมการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศในลักษณะที่มีใช้เพื่อการเดินเรือ แต่หลักกฎหมายที่สามารถนำมาใช้บังคับเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของรัฐริมน้ำหรือคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศยังมีความไม่ชัดเจนทั้งในด้านสถานะและเนื้อหา จากการศึกษาพบว่า คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการและคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศมีบทบาทในการบ่งชี้และยืนยันหลักกฎหมายระหว่างประเทศ สร้างความชัดเจนให้กับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศซึ่งมีผลเป็นการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2557

ลายมือชื่อนิติ .....  
.....

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก .....  
.....

# # 5485971134 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS / INTERNATIONAL COURT JUDGEMENTS / INTERNATIONAL RIVER / ENVIRONMENT PROTECTION

DAPORN ARJHAN: THE CONTRIBUTION OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS AND THE INTERNATIONAL COURTS JUDGEMENTS TO THE PROTECTION OF INTERNATIONAL RIVER ENVIRONMENT. ADVISOR: ASST. PROF. SARATOON SANTIVASA, Ph.D., 190 pp.

The international arbitral awards and the international court judgements are subsidiary means for the determination of rules of law. The arbitrator and the judge may refer to their precedent, but it has no binding character.

The exploitation of international rivers by riparian states is based on territorial sovereignty principle which might causes harm to the territory of another riparian state or the areas beyond national jurisdiction. Although some basic customary rules have emerged, the law often leaves gaps and ambiguities. The analysis on the awards and the judgements demonstrate that international courts and tribunals have an important role in the progressive development of international law result in the international river environmental protection.

Field of Study: Laws

Academic Year: 2014

Student's Signature .....

Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เรื่อง บทบาทของคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ คงไม่อาจสำเร็จโดยสมบูรณ์ได้ หากปราศจากความกรุณาจากท่านอาจารย์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ศารทูล สันติवासะ อาจารย์ที่ปรึกษาผู้ซึ่งได้ให้คำแนะนำและข้อชี้แนะต่างๆอันเป็นประโยชน์ตลอดจนสละเวลาช่วยชี้แจงและแก้ไขข้อบกพร่องจนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ลุล่วงไปได้ด้วยดี เป็นแรงผลักดันและกำลังใจที่สำคัญยิ่งตลอดการทำวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน ผู้เขียนรู้สึกซาบซึ้งในความกรุณาเป็นอันมาก และขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์มา ณ ที่นี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร. โชติกา วิทยาวรากุล ที่ได้กรุณาสละเวลารับเป็นประธานกรรมการวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ตลอดจนขอกราบขอบพระคุณ ท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปาริณา ศรีวินิชย์ และ ท่านอาจารย์ ดร. ศิรวดี งามวิเศษชัยกุล ที่กรุณารับเป็นกรรมการวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ซึ่งได้ให้ข้อคิดเห็นและคำแนะนำที่เป็นประโยชน์แก่ผู้เขียนตลอดการทำวิทยานิพนธ์ครั้งนี้จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงลงได้ด้วยดี

ผู้เขียนขอขอบคุณ นางสาววิษฐา จันท์ทิพย์ และนางสาวสุธาสิณี เหล่าไทย ตลอดจนเพื่อนร่วมรุ่นทุกคนที่ได้ให้ความช่วยเหลือและเป็นกำลังใจอย่างดีเสมอมา

สุดท้ายนี้ ขอขอบพระคุณเป็นอย่างยิ่งสำหรับความห่วงใยและกำลังใจจากผู้บังคับบัญชาและเพื่อนร่วมงาน สำนักราชเลขาธิการ ครอบครัวและเพื่อนสนิท ผู้คอยเคียงข้างและเป็นแรงผลักดันให้ผู้เขียนเสมอมา หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีประโยชน์ในทางวิชาการอยู่บ้าง ผู้เขียนขอมอบให้เป็นกตเวทิตาแก่อาจารย์ทุกท่านที่ประสาทวิชาความรู้แก่ผู้เขียน หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ .....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา .....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	11
1.3 ขอบเขตของการวิจัย.....	12
1.4 สมมติฐานของการวิจัย.....	12
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย .....	13
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย .....	13
บทที่ 2 กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้และการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ.....	14
2.1 นิยามของแม่น้ำระหว่างประเทศ.....	15
2.1.1 การให้นิยามแม่น้ำระหว่างประเทศในลักษณะดั้งเดิมโดยยึดเอาการเดินทางเรือเป็นสำคัญ.....	15
2.1.2 "International rivers system หรือ International lakes system" .....	16
2.1.3 การให้นิยามของแม่น้ำระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว (lex lata) .....	17
- "international watercourse" .....	17
2.1.4 การให้นิยามของแม่น้ำระหว่างประเทศที่มีแนวโน้มที่จะพัฒนาเป็นกฎหมายระหว่างประเทศต่อไป (lex ferenda).....	19
- "International drainage basin" .....	19

2.2	หลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนและแม่น้ำระหว่างประเทศ.....	23
2.2.1	ทฤษฎีเกี่ยวกับหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนและแม่น้ำระหว่างประเทศซึ่งไม่เป็นที่ยอมรับในปัจจุบัน.....	23
(1)	ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันสมบูรณ์ (Absolute territorial sovereignty หรือ Harmon doctrine ).....	23
(2)	ทฤษฎีบูรณภาพเหนือดินแดน (Absolute territorial integrity).....	32
2.2.2	ทฤษฎีเกี่ยวกับหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนและแม่น้ำระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว (lex lata).....	35
	- ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด (Limited territorial Sovereignty) .....	35
2.2.3	ทฤษฎีเกี่ยวกับหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนและแม่น้ำระหว่างประเทศที่มีแนวโน้มที่จะพัฒนาเป็นกฎหมายระหว่างประเทศต่อไป (lex ferenda).....	39
	- ทฤษฎีผลประโยชน์ร่วมของสังคม (Community of interest) .....	39
2.3	สิทธิหน้าที่ของรัฐริมน้ำ .....	43
2.3.1	หลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของรัฐริมน้ำที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว (lex lata).....	45
2.3.1.1	การใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล (Equitable and Reasonable Utilization).....	45
2.3.1.2	พันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (the obligation to prevent transboundary harm ).....	55
2.3.2	หลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของรัฐริมน้ำที่มีแนวโน้มที่จะพัฒนาเป็นกฎหมายระหว่างประเทศต่อไป (lex ferenda).....	61
2.3.2.1	หลักการป้องกันล่วงหน้า (The Precautionary Principle) .....	66
2.3.2.2	หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน (sustainable development).....	70
2.3.2.3	หลักการมีส่วนร่วมของสาธารณชน(public participation).....	72



2.3.2.4 หลักการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมข้ามเขตแดน (the transboundary environmental impact assessment (TEIA)) .....	74
บทที่ 3 คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ.....	80
3.1 คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศโดยตรง .....	81
3.1.1 คดี the River Oder (1929).....	81
- ประเด็นเกี่ยวกับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด และทฤษฎีหลักผลประโยชน์ร่วมของสังคม (community of interest) .....	83
3.1.2 คดี Diversion of Water from the Meuse (1937) .....	84
- ประเด็นการตีความสนธิสัญญาโดยใช้หลักความเท่าเทียมกัน .....	86
3.1.3 คดี The Lake lanoux (1957).....	86
- ประเด็นเกี่ยวกับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด .....	91
- ประเด็นเกี่ยวกับพันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย .....	91
- ประเด็นเกี่ยวกับหน้าที่ในการปรึกษาหารือ .....	92
- ประเด็นเกี่ยวกับทฤษฎีผลประโยชน์ร่วมของสังคม .....	92
3.1.4 คดี The Gabcikovo-Nagymaros (1997).....	94
- ประเด็นเกี่ยวกับพันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย .....	100
- ประเด็นเกี่ยวกับหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล .....	101
- ประเด็นเกี่ยวกับหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน .....	101
3.1.5 คดี Pulp Mills on the River Uruguay (2010) .....	102
- ประเด็นเกี่ยวกับความเชื่อมโยงพันธกรณีทางสารบัญญัติและพันธกรณีทางสบัญญัติ.....	105
- ประเด็นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างพันธกรณีทางสบัญญัติ .....	108

- ประเด็นเกี่ยวกับพันธกรณีทางสารบัญญัติ.....	114
3.2 คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศที่ไม่ได้เกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศโดยตรงแต่มีผลต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ.....	116
3.2.1 คดี Trail smelter (Interim Award 1938 และFinal Award 1941)(United States v Canada).....	117
- ประเด็นเกี่ยวกับพันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย .....	123
3.2.2 คดี Corfu Channel (1949).....	125
- ประเด็นเกี่ยวกับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัดและพันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (the obligation to prevent transboundary harm ).....	126
3.2.3 คดี the Nuclear Tests (1974).....	127
3.2.4 คดี Aerial Herbicide Spraying .....	144
บทที่ 4 บทบาทของคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศที่มีต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ.....	146
4.1 บทบาทในการบ่งชี้และยืนยันหลักกฎหมายระหว่างประเทศ.....	146
4.1.1 ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด (Limited territorial Sovereignty)..	147
- คดี trail smelter.....	147
- คดี the Lake Lanoux .....	152
- คดี Corfu Channel.....	153
4.1.2 พันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (the obligation to prevent transboundary harm ).....	155
4.1.3 หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล (equitable and reasonable utilization) .....	159
4.1.4 หน้าที่ในการเจรจา (duty to negotiate).....	161

4.2 บทบาทในการให้ความกระจ่างต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศ .....	164
4.2.1 พันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (the obligation to prevent transboundary harm) .....	165
4.2.2 หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล .....	168
4.3 บทบาทในการพัฒนาหลักกฎหมายระหว่างประเทศ.....	170
4.3.1 การให้นิยามของสิ่งแวดล้อม .....	170
4.3.2 แนวคิดในการพัฒนาอย่างยั่งยืน .....	171
4.3.3 หลักการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมข้ามเขตแดน .....	174
บทที่ 5 บทสรุป และข้อเสนอแนะ.....	178
5.1 บทสรุป .....	178
(1) การพัฒนาแนวคิดในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม .....	178
(2) การพัฒนาบรรทัดฐานใหม่ซึ่งช่วยในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม .....	179
(3) การจำกัดบทบาทของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและศาลระหว่างประเทศในการพิจารณาคดี .....	179
(4) ข้อจำกัดในแง่ของปริมาณคดีเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศที่เข้าสู่การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและศาลระหว่างประเทศ .....	180
5.2 ข้อเสนอแนะ .....	180
รายการอ้างอิง .....	182
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์ .....	190

## บทที่ 1 บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ จัดเป็นบ่อเกิดลำดับรองของกฎหมายระหว่างประเทศ ตามธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ข้อ 38 (d)<sup>1</sup> โดยมีความสำคัญในฐานะของสิ่งที่ช่วยในการพิจารณากำหนดหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เช่นกันกับคำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิอย่างสูง ซึ่งในทางปฏิบัติคำวินิจฉัยและคำพิพากษานั้นมีอิทธิพลอย่างมากต่อการพัฒนาของกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากคำพิพากษานั้นเป็นผลมาจากการพิจารณาข้อเท็จจริงและข้อโต้แย้งทางกฎหมายด้วยความระมัดระวัง และอาจถือได้ว่าคำพิพากษาเป็นหลักฐานของกฎหมายจารีตประเพณี<sup>2</sup> ทั้งนี้ ศาลไม่ได้มีข้อผูกพันให้ต้องยึดตามแนวทางของคำพิพากษาในคดีก่อนหน้า (ไม่มีหลักหลักบรรทัดฐานของคำพิพากษา (doctrine of binding precedent หรือ *stare decisis*)) โดยที่คำวินิจฉัยและคำพิพากษานั้นมีผลผูกพันเฉพาะคู่กรณีในคดีเท่านั้น<sup>3</sup> เช่นกันกับในกรณีของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ อาจกล่าวได้ว่าแนวทางของคำวินิจฉัยในคดีก่อนหน้าได้รับความสำคัญน้อยกว่าในกรณีของศาลระหว่างประเทศ

<sup>1</sup> Article 38

1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;

b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;

c. the general principles of law recognized by civilized nations;

d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

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

<sup>2</sup> Aust, Anthony. "Handbook of international law." *Cambridge University Press*, (2010) : 9.

<sup>3</sup> Eric De Brabandere, " 'Arbitral Decisions as a Source of International Investment Law', in Tarcisio Gazzini and Eric De Brabandere (eds.), *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers (2012) : p.2.

เนื่องจากลักษณะของคำวินิจฉัยที่อาจไม่ได้รับการเปิดเผยต่อสาธารณะ ทำให้คณะอนุญาโตตุลาการไม่สามารถทราบถึงวินิจฉัยในคดีก่อนหน้าได้ทั้งหมด<sup>4</sup>

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เคยพิจารณาไว้ในคดี Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria<sup>5</sup> ว่าแม้ข้อ 59 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกำหนดให้คำพิพากษาของคดีก่อนหน้ามีผลผูกพันเฉพาะคู่ความให้ต้องปฏิบัติตามเท่านั้น แต่สิ่งที่ต้องพิจารณานั้นมิใช่ว่ามีเหตุผลใดที่ทำให้คู่กรณีในคดีปัจจุบันนี้ต้องยึดตามแนวทางของคำพิพากษาในคดีเดิม หากแต่ต้องพิจารณาว่าในคดีปัจจุบันนี้มีเหตุผลอะไรที่ทำให้ไม่ต้องยึดตามเหตุผลและข้อสรุปของคดีก่อนหน้า<sup>6</sup> ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีการอ้างถึงคำพิพากษาในคดีก่อนหน้าของทั้งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเอง และคำพิพากษาของป้อมกันล่องหน้าระหว่างประเทศโดยมีเหตุผลว่าคำพิพากษาในคดีก่อนหน้านั้นเป็นหลักการ (principle) ซึ่งได้มีการทำให้เป็นที่ยอมรับ (well established) ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม การที่ศาลอ้างถึงแนวทางของคำพิพากษาในคดีก่อนหน้านั้น ไม่ได้หมายความว่าศาลต้องยึดตามแนวทางของคำพิพากษาในคดีก่อนหน้าเช่นเดียวกันกับระบบคอมมอนลอว์ กล่าวคือ ศาลไม่ได้ผูกพันให้ต้องยึดตามแนวทางของคำพิพากษาในคดีก่อนหน้า หากว่าศาลไม่เห็นด้วย เพียงแต่ศาลเห็นว่าแนวทางของคำพิพากษาในคดีก่อนหน้าเป็นแหล่งของประสพการณ์ทางกฎหมายซึ่งศาลเห็นว่าเป็นกฎหมายที่ดี และการเคารพในคำพิพากษาในคดีก่อนหน้า ก่อให้เกิดความแน่นอนและต่อเนื่องของคำพิพากษา<sup>7</sup>

หน้าที่สำคัญที่สุดในขั้นแรก (The primary function) ของคณะอนุญาโตตุลาการหรือผู้พิพากษาคือการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาท (adjudicate disputes) บนฐานของกฎหมายที่ใช้บังคับเกี่ยวกับคดี ซึ่งในการพิจารณาคดีนั้นต้องมีการตีความ (interpret) กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ได้เลือก

<sup>4</sup> Guillaume, Gilbert. "The use of precedent by international judges and arbitrators." *Journal of International Dispute Settlement* 2.1 (2011) : 14.

<sup>5</sup> It is true that, in accordance with Article 59, the Court's judgments bind only the parties to and in respect of a particular case. There can be no question of holding Nigeria to decisions reached by the Court in previous cases. The real question is whether, in this case, there is cause not to follow the reasoning and conclusions of earlier cases.

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1998, p. 275, para 28.

<sup>6</sup> Malcolm D. "Evans. *International law*." New York : Oxford University Press, (2010).

<sup>7</sup> Lauterpacht, Hersch, ed. "The development of international law by the International Court." Cambridge University Press, (1982) : 13-14.

มาใช้ในการพิจารณาคดีโดยที่คณะอนุญาโตตุลาการและผู้พิพากษามีได้เป็นแต่เพียงเครื่องจักรที่สร้างคำวินิจฉัย หากแต่มีอิสระในการทำหน้าที่ดังกล่าวด้วย<sup>8</sup> . โดยต้องพิจารณาถึงหลักความแน่นอน (certainty) และสามารถคาดการณ์ได้ (foreseeability) ของคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการและคำพิพากษาของศาล ซึ่งต้องสามารถคาดการณ์ได้ว่าบุคคลในสถานการณ์ที่คล้ายคลึงกันจะได้รับการปฏิบัติที่คล้ายคลึงกันด้วย ดังนั้น คำพิพากษาในคดีก่อนหน้า (Precedent) จึงมีบทบาทในการรับรองความแน่นอนและการได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียม อย่างไรก็ตามการยึดตามแนวทางของคำพิพากษาในคดีก่อนอาจมีผลเป็นการทำให้กฎหมายหยุดนิ่ง และขัดขวางความก้าวหน้าของกฎหมายที่อาจต้องเปลี่ยนแปลงให้เป็นที่ไปตามความต้องการของสังคม<sup>9</sup>

ศาลระหว่างประเทศมิได้มีหน้าที่ในการออกกฎหมาย<sup>10</sup> อย่างไรก็ตาม ศาลอาจสร้างสิ่งใหม่ให้กับกฎหมายระหว่างประเทศและได้รับการยอมรับ<sup>11</sup> ทั้งนี้ ผู้พิพากษามีหน้าที่ในการระงับข้อพิพาทโดยสอดคล้องกับกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่มีปรากฏอยู่ แต่ในกรณีที่กฎหมายที่มีอยู่ไม่สามารถตอบสนองต่อข้อพิพาทได้ จึงเป็นการหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่ผู้พิพากษาจะมีการสร้างกฎหมาย โดยอาจเป็นการกระทำในลักษณะต่างๆ นอกเหนือไปจากการนำกฎหมายที่ปรากฏอยู่และได้รับการยอมรับมาปรับใช้แค่นี้ เช่น การพัฒนา การปรับใช้ (adapt) การปรับปรุง (modify) อุดช่องว่าง (filling gaps) การตีความ (interpret) การขยายความออกไปในแนวทางอื่น<sup>12</sup> . โดยศาลอาจมีการนำเอาแนวทางของคำพิพากษาในคดีก่อนหน้ามาพิจารณาให้นำหนักความสำคัญ และพัฒนากฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายสารบัญญัติ ให้เปลี่ยนแปลงไปตามความเปลี่ยนแปลงของกฎหมายหรือสังคมนระหว่างประเทศ<sup>13</sup> ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาถึงแนวปฏิบัติของศาลจากบรรทัดฐานของคำพิพากษาศาล

<sup>8</sup> Guillaume, Gilbert. "The use of precedent by international judges and arbitrators." *Journal of International Dispute Settlement* 2.1 (2011) : 5

<sup>9</sup> Ibid, p. 6.

<sup>10</sup> มีความเห็นของนักกฎหมายหลายท่านปรากฏในขณะที่มีการร่างธรรมนูญป้องกันล่งหว่นระหว่างประเทศ ว่า ศาลไม่ใช่องค์กรที่มีอำนาจในการออกกฎหมาย โดยทั้งนี้ คำพิพากษานั้นเป็นสิ่งที่ยืนยันหลักกฎหมาย แต่ไม่ได้สร้างกฎหมาย Permanent Court of International Justice Advisory Committee of Jurists, Procès-verbaux of the proceedings of the Committee, June 16th – July 24th, 1920, with Annexes (1920), 584. อ้างถึงใน Guillaume, Gilbert. "The use of precedent by international judges and arbitrators." *Journal of International Dispute Settlement* 2.1 (2011): p.8.

<sup>11</sup> Kaczorowska, Alina. "Public International Law." Routledge, (2010):..56

<sup>12</sup> Tom Ginsburg, "Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking ," 45 *Virginia Journal of International Law* 631 (2004):..635.

<sup>13</sup> Guillaume, Gilbert. "The use of precedent by international judges and arbitrators." *Journal of International Dispute Settlement* 2.1 (2011): 12.

(jurisprudent) พบว่าในบางครั้งมีลักษณะเป็นการยกเว้นกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะทั่วไป (general rule)<sup>14</sup>

แม่น้ำระหว่างประเทศ (international river หรือ Multinational river) เป็นแม่น้ำที่ไหลผ่านดินแดนของรัฐตั้งแต่สองรัฐขึ้นไป โดยอาจมีลักษณะเป็นการไหลผ่านจากรัฐหนึ่งไปยังอีกรัฐหนึ่ง (successive river)<sup>15</sup> หรือเป็นแม่น้ำที่มีลักษณะเป็นการไหลแบ่งระหว่างพรมแดนของรัฐตั้งแต่สองรัฐขึ้นไป (boundary river หรือ contiguous river)<sup>16</sup> รัฐริมน้ำ (riparian state) จึงมีการใช้อำนาจอธิปไตยเหนือแม่น้ำระหว่างประเทศส่วนที่อยู่ในดินแดนของตนเสมือนหนึ่งแม่น้ำระหว่างประเทศเป็นทรัพย์สินกรรมชาติของรัฐนั้น สอดคล้องกับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือเขตแดน (the theory of territorial sovereignty)<sup>17</sup> การใช้แม่น้ำระหว่างประเทศของรัฐริมน้ำตามกฎหมายระหว่างประเทศ อาจแบ่งได้เป็น การใช้ประโยชน์ในฐานะเส้นแบ่งเขตแดนระหว่างรัฐ การใช้ประโยชน์เพื่อการเดินเรือ (Navigational uses of water) และการใช้ประโยชน์เพื่อการอื่นอันมิใช่เพื่อการเดินเรือ (Non-Navigational uses of water)<sup>18</sup> ซึ่งในแง่การใช้น้ำที่มีใช้เพื่อการเดินเรื่อนั้น ในปัจจุบันมีการพัฒนาเทคโนโลยีซึ่งทำให้มีการใช้น้ำเพื่อผลิตพลังงานหรือสร้างระบบชลประทานเพื่อควบคุมปัญหาปริมาณน้ำที่ไม่เหมาะสม และนำมาใช้ในการเกษตรในพื้นที่ที่ห่างไกลออกไป การใช้น้ำให้เกิดประโยชน์นั้น มีความเกี่ยวข้องกับการร่วมกันของโครงการพัฒนาในแต่ละส่วนของแม่น้ำระหว่างประเทศ แต่การแข่งขันกันของรัฐริมน้ำในการแสวงหาประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศ ซึ่งมุ่งหวังจะรักษาผลประโยชน์และหลีกเลี่ยงที่จะร่วมมือกันเนื่องจากเกรงว่าการพัฒนาแม่น้ำระหว่างประเทศจะเป็นการช่วยพัฒนาเศรษฐกิจของรัฐริมน้ำอื่น ซึ่งการแข่งขันกันทางเศรษฐกิจนำไปสู่ความขัดแย้งทาง

<sup>14</sup>Lauterpacht, Hersch, ed. "The development of international law by the International Court". Cambridge University Press, (1982) : 14.

<sup>15</sup>ตัวอย่างเช่นแม่น้ำโคโลราโด (colorado river) ซึ่งไหลจากประเทศสหรัฐอเมริกาไปยังประเทศเม็กซิโก แม่น้ำไนล์ (Nile River) ที่ไหลจากประเทศซูดานไปยังประเทศอียิปต์

<sup>16</sup>ตัวอย่างเช่น แม่น้ำดานูบ (Danube River) เป็นพรมแดนบางส่วนของประเทศสโลวาเกียและประเทศฮังการี<sup>16</sup> แม่น้ำโอดอร์ (Oder River) เป็นส่วนหนึ่งของพรมแดนระหว่างประเทศเยอรมันและประเทศโปแลนด์แม่น้ำโขง (Mekong River) ซึ่งมีต้นกำเนิดในประเทศจีน ไหลผ่านประเทศพม่า ประเทศลาว เป็นพรมแดนระหว่างประเทศไทยและประเทศลาว ก่อนจะไหลผ่านประเทศกัมพูชา และประเทศเวียดนาม ออกสู่ทะเลจีนใต้แม่น้ำซัมเบซี (Zambezi River) ไหลคั่นเป็นเส้นเขตแดนระหว่างประเทศแซมเบีย (Zambia) และ ประเทศซิมบับเว (Zimbabwe) ก่อนจะไหลลงสู่ประเทศโมซัมบิก (Mozambique)

<sup>17</sup>Shapiro-Libai, Nitza. "Development of International River Basins: Regulation of Riparian Competition." *Indiana Law Journal* 45.1 (1969):20

<sup>18</sup> Calflisch Lucius. "Chapter 1 Regulation of the uses of international watercourse", in Salman, M.A. Salman and De Chazournes, Bosison Laurence. "International watercourses Enhancing Cooperation and managing Conflict." World Bank Technical Paper No. 414, The World Bank, Washington D.C., (1998) : 4-8.

การเมือง กฎหมายระหว่างประเทศจึงควรมีบทบาทหน้าที่ในฐานะที่เป็นเครื่องช่วยในการก่อให้เกิดความเป็นอยู่ที่ดีร่วมกัน อย่างไรก็ตาม ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีนั้นล้ำหน้ากว่าความก้าวหน้าของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นพัฒนาไปไม่ทันกับความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี และสนธิสัญญาระหว่างประเทศซึ่งช่วยเติมเต็มช่องว่างยังมีปัญหาเนื่องจากรัฐริมน้ำไม่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีในสนธิสัญญา<sup>19</sup>

การใช้แม่น้ำระหว่างประเทศในอดีตนั้น มีลักษณะเป็นเพื่อการคมนาคมทางน้ำหรือการเดินเรือเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งไม่ได้เป็นการใช้น้ำชนิดใช้แล้วหมดไป (consumptive)<sup>20</sup> จึงไม่ได้ส่งผลต่อปริมาณน้ำหรือคุณภาพน้ำมากนัก ต่อมาจำนวนประชากรที่เพิ่มมากขึ้นและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคม และเทคโนโลยีทำให้ความต้องการในการใช้น้ำเพิ่มสูง และการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศในรูปแบบอื่นที่มีใช้เพื่อการเดินเรือก็เพิ่มมากขึ้นด้วย เช่น การชลประทานเพื่อการเกษตร<sup>21</sup> การผันน้ำข้ามลุ่มน้ำเพื่อนำไปใช้ผลิตกระแสไฟฟ้า ซึ่งก่อให้เกิดความกังวลในทางสิ่งแวดล้อมว่าอาจเกิดปัญหาการขาดแคลนน้ำซึ่งส่งผลกระทบต่อทั้งมนุษย์และระบบนิเวศน้ำจืด<sup>22</sup> นอกจากนี้คุณภาพน้ำของแม่น้ำระหว่างประเทศ ยังได้รับผลกระทบจากการทิ้งของเสียและน้ำเสียจากการอุตสาหกรรม คริวเรือนและการใช้สารเคมีในการเกษตร ทำให้แม่น้ำระหว่างประเทศหลายสายประสบปัญหาหมอกภาวะ<sup>23</sup> ปัญหาสิ่งแวดล้อมที่เกิดกับแม่น้ำระหว่างประเทศนั้น มีลักษณะเป็นปัญหาสิ่งแวดล้อมที่เกิดความเสียหายใน

<sup>19</sup>Shapiro-Libai, Nitza. "Development of International River Basins: Regulation of Riparian Competition." *Indiana Law Journal* 45.1 (1969): 20 – 21.

<sup>20</sup>การใช้น้ำอาจแบ่งได้เป็นการใช้น้ำที่ใช้แล้วหมดไป (consumptive) และ"ใช้ต่อเนื่องได้ใหม่" (non-consumptive) การใช้น้ำประเภทที่ใช้แล้วหมดไปได้แก่การใช้ที่เมื่อใช้แล้วไม่อาจนำกลับมาใช้อย่างอื่นได้อีกในทันที เช่น การสูญเสียน้ำจากการไหลซึมซบลงสู่ใต้ผิวดินและการระเหย การใช้น้ำในการชลประทานเพื่อการเกษตร ส่วนน้ำประเภทใช้ต่อเนื่องได้ใหม่ คือน้ำที่สามารถนำไปใช้ต่อเนื่องได้ในกิจกรรมการใช้น้ำอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่นการคมนาคมซึ่งไม่ได้ทำให้มีการสูญเสีย

<sup>21</sup>ยกตัวอย่างเช่น ทะเล Aral ทะเลปิดซึ่งเคยมีขนาดใหญ่เป็นอันดับ 4 ของโลก ตั้งอยู่ในเอเชียกลาง สูญเสียน้ำไปราวร้อยละ 60 ในระยะเวลาสามสิบปีที่ผ่านมาจากการผันน้ำจากแม่น้ำซึ่งเป็นแหล่งน้ำของทะเล Aral ไปใช้ในการเกษตรในประเทศอุซเบกิสถานและประเทศเติร์กเมนิสถาน ในปี 2550 ทะเล Aral มีขนาดเหลือเพียงร้อยละ 10 ของขนาดเดิม อีกทั้งมีความเค็มมากกว่าที่สิ่งมีชีวิตจะอาศัย ตลอดจนเต็มไปด้วยปุ๋ยและยาฆ่าแมลง โปรดดู The Vanishing Aral Sea, World Press Review, Nov 1992 อ้างถึงใน David J Lazerwitz, "The Flow of international Water law: The International Law Commission's Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses", *Indiana Journal of Global Legal Studies*: Vol 1 Iss.1 Article 2,p 1.

<sup>22</sup>ยกตัวอย่างเช่น พื้นที่ชุ่มน้ำ ซึ่งเกิดขึ้นจากการที่มีน้ำที่ไหลแผ่เป็นบริเวณกว้างและมีการไหลที่ช้าลง จนเกิดการสะสมของตะกอนทำให้มีความอุดมสมบูรณ์เหมาะแก่การเจริญเติบโตของพืช จึงเป็นแหล่งที่อยู่อาศัยของสัตว์และพืชหายากหลายชนิด นอกจากนี้ ดินตะกอนที่สะสมยังช่วยเก็บกักสารพิษจำพวกโลหะหนักไว้อีกด้วย

<sup>23</sup>ยกตัวอย่างเช่นแม่น้ำไรน์ที่ถูกใช้เส้นทางระบายน้ำเสียจากโรงงานอุตสาหกรรม ทำให้มีสารพิษจำพวกโลหะหนักเช่นตะกั่ว ปปรอท ซึ่งไม่อาจย่อยสลายได้ตามธรรมชาติ และมีความเป็นพิษสูง



ลักษณะข้ามเขตแดน (transboundary environmental harm) :ซึ่งนอกจากจะส่งผลกระทบต่อรัฐริมน้ำอื่นแล้ว ยังมีผลกระทบต่อพื้นที่ที่อยู่นอกเขตอำนาจรัฐ (the areas beyond national jurisdiction) หรือพื้นที่ที่เป็นพื้นที่ร่วมกันของโลก (global common area) เช่น ทะเล ซึ่งจะเป็นแหล่งรองรับของเสียและสารพิษแหล่งสุดท้ายจากแม่น้ำ การปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศจึงเป็นสิ่งสำคัญซึ่งไม่อาจกระทำได้ด้วยรัฐใดรัฐหนึ่งเพียงรัฐเดียว

ลักษณะทางภูมิศาสตร์และกายภาพของแม่น้ำแต่ละสายมีความแตกต่างกันตลอดจนความต้องการในการใช้น้ำของรัฐริมน้ำ (riparian state) แต่ละรัฐก็มีความแตกต่างกันด้วย อาจขัดกันทำให้นำไปสู่ความขัดแย้งระหว่างรัฐ เมื่อประกอบกับการที่ในปัจจุบันนี้ มีแม่น้ำระหว่างประเทศกว่าครึ่งของจำนวนแม่น้ำระหว่างประเทศทั้งหมดบนโลกที่ยังขาดกรอบความร่วมมือระหว่างประเทศ และในจำนวนความตกลงทั้งหมดที่รัฐริมน้ำได้ทำขึ้นร่วมกัน ก็มีความตกลงเพียงร้อยละ 20 เท่านั้นที่มีรัฐริมน้ำทั้งหมดของแม่น้ำระหว่างประเทศสายนั้นๆเป็นภาคี<sup>24</sup> นอกจากนี้ เนื้อหาและประเด็นในความตกลงระหว่างรัฐริมน้ำเหล่านั้นยังเน้นและให้ความสำคัญต่อความต้องการของมนุษย์โดยละเลยด้านสิ่งแวดล้อม<sup>25</sup> เห็นได้จากความตกลงส่วนใหญ่ที่เน้นในเรื่องการแบ่งปันน้ำและพลังงานน้ำ โดยความตกลง 57 ฉบับ (คิดเป็นร้อยละ 39) เกี่ยวข้องกับการผลิตกระแสไฟฟ้าจากพลังงานน้ำ ความตกลง 53 ฉบับ (คิดเป็นร้อยละ 37) เกี่ยวข้องกับการแบ่งปันน้ำเพื่อการบริโภค ส่วนที่เหลือเกี่ยวข้องกับการใช้น้ำในกิจการอุตสาหกรรม การเดินเรือ ปัญหามลพิษ การควบคุมน้ำท่วมและการประมง<sup>26</sup> ตามลำดับ และแม้ว่าความตกลงเหล่านั้นจะมีประเด็นเรื่องปริมาณน้ำและคุณภาพน้ำแต่ก็ยังคงอยู่ในขอบเขตเนื้อหาที่แคบ<sup>27</sup> ประกอบกับมีความเป็นไปได้ที่จะเกิดข้อพิพาทระหว่างรัฐจากการตีความสนธิสัญญาเพื่อนำมาปรับใช้<sup>28</sup>

<sup>24</sup>The World's International Freshwater Agreements: Historical Developments and Future Opportunities, Atlas of International Freshwater Agreements, p. 7.

<sup>25</sup>United Nations Environmental Program, "Strengthening Transboundary Freshwater Governance", แหล่งที่มา <http://www.unep.org/environmental-governance/Portals/8/documents/StrengtheningTransboundaryFreshwater.pdf>, p. 4.

<sup>26</sup> Hammer H. and Wolf A., "Patterns in International Water Resource Treaties: the Transboundary Freshwater Dispute Database". Colorado Journal of International Environmental Law and Policy 1997 Yearbook 157 (1998)

<sup>27</sup> World Commission on Dams, "Dams and Development: A New Framework For Decision-Making", The Report of the World Commission on Dam : Earthscan (2000)

<sup>28</sup>Salman, Salman MA. "The Helsinki Rules, the UN Watercourses Convention and the Berlin Rules: perspectives on international water law." *Water Resources Development* 23.4 (2007): 638.

ปฏิญญาสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972 (Stockholm Declaration on Human Environment, 1972)<sup>29</sup> และปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ. 1992 (Rio Declaration on Environment and Development, 1992)<sup>30</sup> เป็นจุดเริ่มต้นที่แสดงให้เห็นถึงการตระหนักและให้ความสำคัญต่อปัญหาสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ เมื่อปรากฏหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ว่าทรัพยากรของโลกนั้นลดลงและมีความเสื่อมโทรมจนเกิดความตระหนักว่ามาตรการในระดับชาติในการจัดการกับการเสื่อมโทรมของสภาพแวดล้อมนั้นไม่เพียงพอที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้<sup>31</sup> ในการประชุมที่กรุงสต็อกโฮล์มตัวแทนจาก 113 รัฐ ซึ่งเกือบครบจำนวนของรัฐสมาชิกของประชาคมระหว่างประเทศในขณะนั้นได้เข้าร่วมประชุมด้วย และมีการอภิปรายเกี่ยวกับสภาพของสิ่งแวดล้อมและความต้องการให้เกิดการกระทำเพื่อป้องกันการเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อมอย่างเร่งด่วน ซึ่งตัวแทนจากประเทศที่กำลังพัฒนามีความกังวลเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างการพัฒนาและสิ่งแวดล้อม โดยยังมีความเห็นว่าการจัดความยากจนและการพัฒนายังมีความสำคัญและมีความจำเป็นในลำดับแรกสำหรับประชาชนของตน โดยมีมุมมองว่า กระบวนการในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ต้องมีความเชื่อมโยงกับการลดช่องว่างระหว่างประเทศที่ร่ำรวยและประเทศที่ยากจน อย่างไรก็ตาม ไม่ต้องการให้ช้ารอยกับความผิดพลาดซึ่งประเทศที่พัฒนาแล้วได้ทำพลาดมาก่อน และต้องการที่จะสนับสนุนการพัฒนาที่บูรณาการกับการคำนึงถึงสิ่งแวดล้อมและการใช้

<sup>29</sup>ในปี 1968 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (the UN General Assembly) ได้กำหนดให้มีการประชุมที่กรุงสต็อกโฮล์ม ประเทศสวีเดน ในปี 1972 โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะพิจารณาปัญหาที่เป็นข้อกังวลของประชาคมโลก อาทิ ภัยคุกคามของข้อพิพาทเกี่ยวกับนิวเคลียร์ การแข่งขันสะสมอาวุธ สภาพความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อม อันเกิดจากการบริโภคและการผลิตที่เพิ่มมากขึ้น ตลอดจนการเพิ่มจำนวนประชากร และมีแนวคิดในทางสิ่งแวดล้อมว่า ระบบนิเวศไม่ควรถูกพิจารณาแยกออกจากการพัฒนาของอารยธรรม เนื่องจากปัญหาทางสิ่งแวดล้อมที่ร้ายแรงนั้นจะไม่ส่งผลกระทบต่อภูมิภาคใดภูมิภาคหนึ่งเท่านั้น แต่จะมีผลกระทบต่อโลกทั้งหมด อีกทั้งทิศทางการพัฒนาของโลกเพื่อตอบสนองความต้องการของมนุษย์ที่เพิ่มขึ้นนั้น สวนทางกันกับความต้องการที่จะอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม ที่ประชุมในขณะนั้นจึงได้รับรองปฏิญญาสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972 ซึ่งประกอบด้วยหลักการ 26 หลักการ ซึ่งเป็นแนวทางของประชาคมระหว่างประเทศ บนพื้นฐานของความต้องการที่จะพัฒนาปรับปรุงและรักษาสิ่งแวดล้อมซึ่งมนุษย์อาศัยอยู่และผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมของประชาชนในยุคปัจจุบันและในอนาคต โดยให้ความสำคัญต่อสิ่งแวดล้อมมากขึ้น

<sup>30</sup>สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติกำหนดให้มีการประชุมเกี่ยวกับประเด็นสิ่งแวดล้อมกับการพัฒนาในปี 1992 โดยเรียกร้องให้มีการตอบสนองที่มีประสิทธิภาพและเพียงพอต่อความท้าทายที่โลกกำลังเผชิญ ซึ่งปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา มีหลักการสำคัญที่แสดงถึงความกังวลเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมในบริบทของการพัฒนา ในหลักการข้อ 3 และหลักการข้อ 4 โดยหลักการข้อ 3 ยืนยันว่า “สิทธิในการพัฒนาต้องได้รับการเติมเต็มอย่างเท่าเทียมกันทั้งความต้องการทางสิ่งแวดล้อม และความต้องการทางการพัฒนา ของคนทั้งในยุคปัจจุบันและชนรุ่นหลัง และหลักการข้อ 4 ยืนยันว่า ในการที่จะไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนจะต้องบูรณาการการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเข้าเป็นส่วนหนึ่งของการพัฒนาโดยไม่อาจแบ่งแยกออกจากกันได้

<sup>31</sup>Galizzi, Paolo. "From Stockholm to New York Via Rio and Johannesburg: Has the Environment Lost Its Way on the Global Agenda?" *Fordham International Law Journal* 29.5 (2006) : 260.

ทรัพยากรให้คุ้มค่า ขณะที่ประเทศที่พัฒนาแล้วต้องการให้มีการกำหนดมาตรการที่เข้มงวดเกี่ยวกับการเสื่อมโทรมลงของสิ่งแวดล้อม<sup>32</sup>

ปณิญาสต็อกโฮมว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972 ได้กล่าวถึงการเพิ่มมากขึ้นของหลักฐานของความเสียหายที่มนุษย์สร้างขึ้นว่า “มลพิษในน้ำ อากาศ ผืนดิน และสิ่งมีชีวิตอยู่ในระดับที่เป็นอันตราย มีการรบกวนความสมดุลทางระบบนิเวศของโลกของสิ่งมีชีวิต มีการทำลายและมีการลดลงของทรัพยากรประเภทใช้แล้วหมดสิ้นไป อีกทั้งเกิดความขาดแคลน เป็นอันตรายต่อสุขภาพทางกายภาพ จิต และสังคมของมนุษย์ ตลอดจนสิ่งแวดล้อมที่มนุษย์สร้างขึ้น ทั้งสิ่งแวดล้อมในการทำงานและสิ่งแวดล้อมในการดำรงชีวิต”<sup>33</sup> ซึ่งหลักการสำคัญที่เป็นการสร้างกฎเกณฑ์และกรอบความคิดสำหรับความร่วมมือเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมในระดับระหว่างประเทศ โดยหลักการข้อที่ 21<sup>34</sup> ยืนยันอำนาจอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ และความรับผิดชอบของรัฐที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิ่งแวดล้อม หลักการข้อที่ 22<sup>35</sup> และ 24<sup>36</sup> เรียกร้องให้มีการพัฒนากฎเกณฑ์ของความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศในกรณีที่เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม และเรียกร้องให้เกิดความร่วมมือเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมในระดับระหว่างประเทศ

<sup>32</sup> United Nations Conference on the Human Environment, REPORT OF THE UN CONFERENCE ON THE HUMAN ENVIRONMENT, ¶ 33-43, UN Doc. A/CONF.48/14/ at 2-65 Corr. 1(1972). อ้างถึงใน Galizzi, Paolo. "From Stockholm to New York Via Rio and Johannesburg: Has the Environment Lost Its Way on the Global Agenda?" *Fordham International Law Journal* 29.5 (2006) : 962.

<sup>33</sup> [D]angerous levels of pollution in water, air, earth and living beings; major and undesirable disturbances to the ecological balance of the biosphere; destruction and depletion of irreplaceable resources; and gross deficiencies, harmful to the physical, mental and social health of man, in the man-made environment, particularly in the living and working environment.

<sup>34</sup> Principle 21 “States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction”

<sup>35</sup> States shall cooperate to develop further the international law regarding liability and compensation for the victims of pollution and other environmental damage caused by activities within the jurisdiction or control of such States to areas beyond their jurisdiction

<sup>36</sup> International matters concerning the protection and improvement of the environment should be handled in a cooperative spirit by all countries, big and small, on an equal footing. Cooperation through multilateral or bilateral arrangements or other appropriate means is essential to effectively control, prevent, reduce and eliminate adverse environmental effects resulting from activities conducted in all spheres, in such a way that due account is taken of the sovereignty and interests of all States

แม้ว่าปฏิญญาเหล่านี้ไม่ได้มีสถานะเป็นสนธิสัญญาที่จะผูกพันรัฐภาคีต่างๆ แต่ก็แสดงถึงฉันทามติร่วมกัน (consensus) ของรัฐและองค์การระหว่างประเทศที่เข้าร่วมประชุมและจัดทำปฏิญญาดังกล่าว และเป็นหลักการพื้นฐานของสนธิสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมฉบับต่างๆอีกหลายฉบับ ทั้งนี้ ในปัจจุบันมีอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ลำนํ้าระหว่างประเทศที่ไม่ใช่เพื่อการเดินเรือ ค.ศ. 1997 (Convention on Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses) ของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission (ILC))<sup>37</sup> ซึ่งเป็นสนธิสัญญาพหุภาคีที่มุ่งจะให้ผลบังคับใช้ในระดับสากลและมีผลบังคับใช้นับแต่วันที่ 17 สิงหาคม 2014 และมีจำนวนรัฐที่ลงนามจำนวน 36 รัฐ<sup>38</sup> แต่ก็มีผลผูกพันในฐานะของสนธิสัญญา โดยผูกพันให้รัฐที่เข้าเป็นภาคีปฏิบัติตาม แม้ว่าอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ลำนํ้าระหว่างประเทศที่ไม่ใช่เพื่อการเดินเรือ ค.ศ. 1997 จะมีลักษณะเป็นการประมวลหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศที่อาจถือได้ว่าเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่สำคัญซึ่งได้แก่ หลักการใช้และการมีส่วนร่วมอย่างเที่ยงธรรมและสมเหตุสมผล (Equitable and reasonable utilization and participation) และพันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายที่มีนัยสำคัญ (Obligation not to cause significant harm) เอาไว้<sup>39</sup> และมีความมุ่งหมายให้เป็นกรอบความตกลง (framework agreement) ที่กำหนดหลักการทั่วไปและกฎเกณฑ์ในการควบคุมการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศในลักษณะที่ไม่ใช่เพื่อการเดินเรือ เนื่องจากรัฐอาจไม่มีสนธิสัญญาที่มีความเฉพาะเจาะจงในกรณีดังกล่าว และเป็นการกำหนดแนวทางเพื่อให้เกิดการเจรจาตกลงระหว่างรัฐริมน้ำในอนาคต โดยยอมรับว่าการใช้นํ้าให้เกิดประโยชน์สูงสุดตลอดจนการพัฒนาและคุ้มครองลำนํ้านั้น จะเกิดขึ้นได้จากการพิจารณาถึงความต้องการของรัฐริมน้ำและลักษณะเฉพาะของแม่น้ำระหว่างประเทศแต่ละสาย<sup>40</sup> แต่หลักกฎหมายจารีตประเพณีดังกล่าวก็ยังขาดความชัดเจน

<sup>37</sup>โปรดดู General Assembly resolution 51/229, annex, Official Records of the General Assembly, Fifty-first Session, Supplement No. 49 (A/51/49).

<sup>38</sup> ข้อมูล ณ วันที่ 15 กรกฎาคม 2558

<sup>39</sup> Rahman, Reaz. "The Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses: Dilemma for Lower Riparians" *Fordham International Law Journal* 8.9 (1995) : 22.

<sup>40</sup> Rahman, Reaz. "The Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses: Dilemma for Lower Riparians'," *Fordham International Law Journal* 8.9(1995) : 16.

แนวโน้มของการบริหารจัดการแม่น้ำระหว่างประเทศในปัจจุบัน คือการที่ประเทศต่างๆ ที่มีแม่น้ำสายเดียวกันไหลผ่านมักจะร่วมกันบริหารจัดการแม่น้ำสายดังกล่าวภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศในระดับทวิภาคีหรือระดับภูมิภาคที่มีผลผูกพันเฉพาะประเทศที่เป็นภาคีของความตกลงเหล่านี้เท่านั้น<sup>41</sup> ทำให้ขาดความเป็นหนึ่งเดียวเพราะไม่มีกฎเกณฑ์ที่ใช้เป็นการทั่วไป อีกทั้งรัฐริมน้ำทั้งหมดอาจไม่ได้เข้าเป็นภาคีในความตกลงเหล่านั้น ซึ่งขัดกับหลักการบริหารจัดการน้ำแบบบูรณาการที่รัฐริมน้ำทุกรัฐควรเข้าเป็นภาคีในความตกลงและมีส่วนร่วมในการบริหารจัดการแม่น้ำระหว่างประเทศนั้น เนื่องจากการใช้น้ำโดยรัฐริมน้ำรัฐใดรัฐหนึ่งย่อมส่งผลกระทบต่อระบบของแม่น้ำระหว่างประเทศทั้งหมดประกอบกับการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศโดยรัฐริมน้ำอาจนำมาซึ่งความขัดแย้งระหว่างรัฐและความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของรัฐริมน้ำจึงมีความสำคัญ เพราะเป็นสิ่งที่กำหนดและควบคุมการใช้น้ำว่าจะมีการใช้และจัดการแม่น้ำระหว่างประเทศซึ่งเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้ร่วมกันอย่างไร อีกทั้งยังเป็นสิ่งที่กำหนดความรับผิดชอบของรัฐหากเกิดความเสียหายเช่นว่าขึ้น อย่างไรก็ตาม สิทธิหน้าที่ของรัฐริมน้ำยังขาดความชัดเจน และสนธิสัญญาพหุภาคีหรือทวิภาคีระหว่างรัฐริมน้ำซึ่งมีแม่น้ำสายเดียวกันไหลผ่าน ไม่สามารถบังคับใช้ได้โดยมีประสิทธิภาพและไม่ได้ให้ความสำคัญในด้านสิ่งแวดล้อมมากนัก อีกทั้งกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศที่สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีของแม่น้ำระหว่างประเทศ ซึ่งได้แก่ หลักการป้องกันล่วงหน้า (precautionary principle) หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน (sustainable development) หลักการมีส่วนร่วมของสาธารณชน (public participation) และหลักการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมข้ามเขตแดน (the transboundary environmental impact assessment (TEIA)) ก็ยังขาดความชัดเจนในแง่สถานะ ขอบเขตและเนื้อหา จึงไม่สามารถนำมาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพในกรณีที่ใช้แม่น้ำระหว่างประเทศส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศจนนำไปสู่ข้อพิพาทระหว่างรัฐ

---

<sup>41</sup>แนวทางการจัดการเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศในลักษณะของคณะกรรมการนั้น เริ่มมีแนวคิดปรากฏขึ้นในข้อ 108 ของกรรมสารสุดท้ายของที่ประชุมระหว่างประเทศ ณ กรุงเวียนนา (the Final Act of the Congress of Vienna of 9 June 1815) ซึ่งระบุว่า “โดยความยินยอมของรัฐ ให้มีการควบคุมอำนาจของรัฐที่ถูกแยกออกจากกันด้วยแม่น้ำสายเดียวกันที่สามารถใช้ในการเดินเรือได้ เกี่ยวกับการเดินเรือ ในรูปของคณะกรรมการ...” (The Powers whose territories are separated or traversed by the same navigable river engage to regulate, by common consent, all that regarding its navigation. For this purpose, they will name Commissioners, who shall assemble, at latest, within six months after the termination of the Congress, and who shall adopt, as the bases of their proceedings, the Principles established by the following Articles.) ซึ่งมีลักษณะเป็นการร่วมมือของรัฐเกี่ยวกับการเดินเรือ และต่อมา ได้มีการกำหนดให้มีคณะกรรมการในการจัดการแม่น้ำระหว่างประเทศโดยสนธิสัญญาระหว่างรัฐ เช่น คณะกรรมการกลางสำหรับการเดินเรือในแม่น้ำไรน์ ค.ศ. 1815

การบริหารจัดการแม่น้ำระหว่างประเทศอย่างมีประสิทธิภาพ จำเป็นต้องได้รับความร่วมมือ และการมีส่วนร่วมของรัฐริมน้ำ ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจกำหนดนโยบาย แม้นักวิชาการบางส่วนจะเชื่อว่าข้อพิพาททางสิ่งแวดล้อมสามารถระงับได้ด้วยวิธีการทางศาล แต่นักวิชาการบางส่วนกลับมีแนวคิดที่ว่า การนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลไม่ใช่แนวทางแก้ไขปัญหาสิ่งแวดล้อม และการร่วมมือกันมีความสำคัญกว่า การเผชิญหน้า<sup>42</sup> แต่การพิจารณาถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่คณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ป้องกันล่องหนาระหว่างประเทศและศาลยุติธรรมระหว่างประเทศใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี จะทำให้ทราบถึงสิทธิหน้าที่ของรัฐริมน้ำ ตามกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศนับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน และแนวโน้มของการพัฒนากฎหมายต่อไปในอนาคต จากบทบาทของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และศาลระหว่างประเทศในการบ่งชี้และ ยืนยันหลักกฎหมาย การให้ความกระจ่างต่อหลักกฎหมายโดยทำให้เกิดความชัดเจน และการพัฒนา หลักกฎหมายที่ควบคุมสิทธิหน้าที่ของรัฐริมน้ำและการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศในลักษณะที่มีใช้เพื่อ การเดินเรือ ผ่านทางคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการ คำพิพากษาของศาลและความเห็นของผู้ พิพากษาทั้งในป้องกันล่องหนาระหว่างประเทศ และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งจะนำไปสู่การ สร้างและกำหนดกฎเกณฑ์ร่วมกันของรัฐริมน้ำในการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศที่เท่าทันต่อสถานการณ์ สามารถป้องกันความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ ลดและระงับความขัดแย้ง ระหว่างรัฐ ส่งเสริมให้เกิดความร่วมมือเพื่อพัฒนาและใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศอันเป็น ทรัพยากรร่วมได้โดยเกิดประโยชน์สูงสุดในทางเศรษฐกิจ ควบคู่ไปกับการคุ้มครองและอนุรักษ์ สิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศตลอดจนสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับแม่น้ำระหว่างประเทศใน ภาพรวมด้วย

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาสภาพปัญหาสิ่งแวดล้อมที่เกิดกับแม่น้ำระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาสิ่งแวดล้อมที่เกิดจากการใช้น้ำในลักษณะอื่นที่มีใช้เพื่อการเดินเรือ

<sup>42</sup> Amedeo Postiglione, *The Global Environmental Crisis: The Need for an International Court of the Environment* (1996), Chayes, Antonia Handler and Abram Chayes. *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*. Harvard University Press, 1995. อ้างถึงใน Sands, Philippe. "Litigating environmental disputes: Courts, tribunals and the progressive development of international environmental law." *Environmental Policy and Law* 37.2 (2007): 66-71.

1.2.2 เพื่อศึกษาความหมาย แนวคิด หลักเกณฑ์ทั่วไป ปัญหาและอุปสรรคของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ

1.2.3 เพื่อศึกษาบทบาทของคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการ คำพิพากษาและความเห็นของผู้พิพากษาของศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ที่มีส่วนสำคัญในการบ่งชี้และยืนยัน การสร้างความกระจ่าง และการพัฒนาหลักกฎหมายระหว่างประเทศในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ

1.2.4 เพื่อศึกษาแนวโน้มในอนาคตของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อให้เกิดการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศและคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศอย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากขึ้นตลอดจนนำไปสู่การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาพรวม

### 1.3 ขอบเขตของการวิจัย

ศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาและอุปสรรคของกฎหมายระหว่างประเทศในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ และบทบาทของคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการตลอดจนคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศและความเห็นของผู้พิพากษาของศาลระหว่างประเทศที่มีบทบาทในการบ่งชี้และยืนยัน การสร้างความกระจ่าง และการพัฒนาหลักกฎหมายระหว่างประเทศในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศซึ่งนำไปสู่การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศอย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ

### 1.4 สมมติฐานของการวิจัย

คณะอนุญาโตตุลาการและศาลระหว่างประเทศได้มีคำวินิจฉัยและคำพิพากษาที่วางรากฐานในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ซึ่งรวมถึงแม่น้ำระหว่างประเทศ ด้วยการยืนยัน การสร้างความชัดเจน และการพัฒนาหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งนำไปสู่การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศตลอดจนสิ่งแวดล้อมอื่นที่เกี่ยวข้องกับแม่น้ำระหว่างประเทศ

## 1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

การเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการศึกษาวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาค้นคว้าและวิเคราะห์ข้อมูลจากหนังสือ บทความ งานวิจัย สื่ออิเล็กทรอนิกส์ และเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกักฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ

## 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย

1.6.1 เพื่อให้ทราบถึงสภาพปัญหาสิ่งแวดล้อมในการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ

1.6.2 เพื่อให้ทราบถึงที่มา ความสำคัญ แนวคิด และหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับในปัจจุบัน ตลอดจนปัญหาและอุปสรรคในการปรับใช้

1.6.3 เพื่อให้ทราบถึงคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการ คำพิพากษาและความเห็นของผู้พิพากษาของศาลระหว่างประเทศ ที่มีส่วนสำคัญในการยืนยัน การทำให้เกิดความชัดเจน และการพัฒนาหลักกฎหมายระหว่างประเทศในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ตลอดจนสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ

1.6.4 เพื่อให้ทราบถึงแนวโน้มในอนาคตของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อให้เกิดการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศและคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศอย่างมีประสิทธิภาพและเหมาะสมตลอดจนนำไปสู่การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาพรวม



## บทที่ 2

### กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้และการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ

แม่น้ำระหว่างประเทศเป็นทรัพยากรที่ใช้ร่วมกันระหว่างรัฐ (shared resource) โดยส่วนของแม่น้ำระหว่างประเทศที่ไหลอยู่ในดินแดนของรัฐจะถูกถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของดินแดนรัฐเช่นกันกับแม่น้ำภายในรัฐ<sup>1</sup> การควบคุมหรือการจัดการการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศจึงทำได้ยากเนื่องจากแต่ละรัฐมีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนที่ทำให้รัฐสามารถที่จะกระทำการใดเหนือดินแดนของตนโดยไม่ถูกจำกัดซึ่งการใช้ในรูปแบบต่างๆกันของรัฐอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อแม่น้ำระหว่างประเทศทั้งในแง่ปริมาณน้ำและคุณภาพน้ำได้ และหากเกิดความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมต่อแม่น้ำระหว่างประเทศ ความเสียหายดังกล่าวจะไม่ได้เกิดจำกัดอยู่ในรัฐเพียงรัฐเดียว แต่ส่งผลกระทบต่อรัฐริมน้ำอื่นด้วยในลักษณะที่มีการข้ามแดน (Transboundary environmental damage) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของแม่น้ำระหว่างประเทศที่ไหลลงสู่ทะเล ซึ่งจะทำให้ผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมส่งผลกระทบต่อพื้นที่ส่วนรวมของโลก (global common area<sup>2</sup>) จึงควรนำระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศเข้าไปควบคุมและจัดการการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ โดยในที่นี้จะพิจารณาถึงพัฒนาการของนิยามของแม่น้ำระหว่างประเทศ ทฤษฎีทางกฎหมายเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศที่อยู่บนพื้นฐานของหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดสิทธิหน้าที่ของรัฐริมน้ำ ทั้งในลักษณะที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นอยู่ (Lex lata) ได้แก่ หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล และพันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย ตลอดจนหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่กำลังจะเป็น (Lex Ferenda) ซึ่งได้แก่ หลักการป้องกันล่วงหน้า หลักการพัฒนอย่างยั่งยืน หลักการมีส่วนร่วมของสาธารณชน และหลักการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในลักษณะข้ามเขตแดนโดยพิจารณาถึงทั้งในแง่ของเนื้อหา องค์ประกอบ สถานะ ตลอดจนปัญหาและข้อจำกัดในการนำหลักกฎหมายนั้นมาใช้ด้วย

<sup>1</sup> Shapiro-Libai, Nitza (1969). "Development of International River Basins: Regulation of Riparian Competition," *Indiana Law Journal*: Vol. 45: Iss. 1, Article 2. แหล่งที่มา <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol45/iss1/2>

<sup>2</sup> โครงการสิ่งแวดล้อมแห่งสหประชาชาติ (United Nations Environment Programme (UNEP)) โดยแผนกสนธิสัญญาและกฎหมายสิ่งแวดล้อม (Division of Environmental Law and Conventions) ให้ความหมายของ The 'Global Commons' ว่าเป็นแหล่งทรัพยากรหรือพื้นที่ซึ่งอยู่นอกเขตอำนาจรัฐ ซึ่งในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ ทะเลหลวง ชั้นบรรยากาศ ทวีปแอนตาร์กติกา และอวกาศ

## 2.1 นิยามของแม่น้ำระหว่างประเทศ

การพัฒนาแม่น้ำระหว่างประเทศเป็นปัจจัยหลักในการพัฒนาประเทศทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศกำลังพัฒนาซึ่งเป็นประเทศส่วนใหญ่ที่มีแม่น้ำระหว่างประเทศไหลผ่าน<sup>3</sup> เมื่อประกอบกับเทคโนโลยีในปัจจุบันซึ่งทำให้สามารถนำน้ำจากแหล่งน้ำมาใช้ในหลายรูปแบบเพื่อเอื้อประโยชน์แก่เศรษฐกิจของรัฐริมน้ำ รัฐริมน้ำจึงมีการใช้น้ำในลักษณะที่เป็นการแข่งขันและเกิดความกังวลว่ารัฐริมน้ำอื่นจะได้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากแม่น้ำสายดังกล่าวมากกว่าและนำไปสู่ความขัดแย้งระหว่างรัฐ<sup>4</sup> โดยไม่ได้พิจารณาถึงแม่น้ำระหว่างประเทศในฐานะของทรัพยากรที่ใช้ร่วมกันระหว่างรัฐริมน้ำ การศึกษาการให้นิยามของแม่น้ำระหว่างประเทศดังที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรในเอกสารทางกฎหมายและสนธิสัญญาระหว่างรัฐ ทำให้เห็นถึงแนวโน้มการพัฒนาแม่น้ำระหว่างประเทศที่รัฐมีการร่วมมือกันมากขึ้น โดยการให้นิยามแม่น้ำระหว่างประเทศนั้น ในยุคแรกถือเอาการเดินทางเรือเป็นสิ่งสำคัญ ต่อมาจึงมีการกำหนดความหมายในลักษณะของระบบของแม่น้ำ ลุ่มน้ำ และลำน้ำ ซึ่งครอบคลุมพื้นที่ของรัฐริมน้ำในขอบเขตที่แตกต่างกัน

### 2.1.1 การให้นิยามแม่น้ำระหว่างประเทศในลักษณะดั้งเดิมโดยยึดเอาการเดินทางเรือเป็นสิ่งสำคัญ

การใช้ประโยชน์ของแม่น้ำระหว่างประเทศในอดีต เป็นไปเพื่อการเดินทางเรือเป็นสิ่งสำคัญ สนธิสัญญาที่รัฐได้จัดทำขึ้นจึงเป็นประเด็นเดียวกับการเดินทางเรือ โดยมีได้พิจารณาถึงด้านสิ่งแวดล้อม ซึ่งคำว่าแม่น้ำระหว่างประเทศ (international river) นี้ ตามข้อ 108 ของกรรมสารสุดท้ายของที่ประชุมระหว่างประเทศ ณ กรุงเวียนนา (the Final Act of the Congress of Vienna of 9 June 1815) ซึ่งมีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการเดินทางเรือได้กล่าวถึงแม่น้ำระหว่างประเทศ (international river) ว่าเป็นแม่น้ำซึ่งแบ่งหรือไหลผ่านดินแดนของรัฐสองรัฐหรือมากกว่าสองรัฐ<sup>5</sup> อันเป็นความหมายที่ไม่

<sup>3</sup> Shapiro-Libai, Nitza "Development of International River Basins: Regulation of Riparian Competition," *Indiana Law Journal*: Vol. 45: Iss. 1, Article 2. (1969) แหล่งที่มา: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol45/iss1/2> : 20.

<sup>4</sup> Ibid, p. 21.

<sup>5</sup> Article 108: Navigation of Rivers traversing different States

The Powers whose territories are separated or traversed by the same navigable river engage to regulate, by common consent, all that regarding its navigation. For this purpose, they will name Commissioners, who shall assemble, at latest, within six months after the termination of the Congress, and who shall adopt, as the bases of their proceedings, the Principles established by the following Articles.

ครอบคลุมถึงลำน้ำสาขาและองค์ประกอบอื่นในทางอุทกศาสตร์ เช่น น้ำใต้ดินเนื่องจากมีแนวคิดที่ว่าสิ่งเหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งของดินแดนรัฐ จึงไม่อาจได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากส่วนอื่นภายในดินแดน<sup>6</sup>

แนวคิดดังกล่าวเป็นแนวคิดดั้งเดิมซึ่งสะท้อนแนวคิดอำนาจอธิปไตยของรัฐเหนือแม่น้ำระหว่างประเทศที่ไม่สอดคล้องกับลักษณะทางอุทกศาสตร์ของน้ำซึ่งมีลักษณะเป็นสิ่งที่มีความสมบูรณ์ในการไหลและต้องพิจารณาโดยรวมเป็นระบบทั้งน้ำใต้ดิน น้ำบนดิน และสาขาของแม่น้ำโดยไม่อาจแบ่งแยกเพื่อนำไปสู่การใช้ประโยชน์และการพัฒนาแม่น้ำระหว่างประเทศอย่างมีประสิทธิภาพ ในเวลาต่อมาจึงได้มีการกำหนดคำจำกัดความอื่น ซึ่งพัฒนามาจากความหมายของแม่น้ำระหว่างประเทศเดิม ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการควบคุมการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศอย่างเป็นระบบ และครอบคลุมทั้งลำน้ำสาขา (tributary) และน้ำใต้ดิน (groundwater)<sup>7</sup> ซึ่งมีผลต่อคุณภาพและปริมาณน้ำของแม่น้ำสายหลักหรือสายประธาน (mainstream)

#### 2.1.2 "International rivers system หรือ International lakes system"

“ระบบของแม่น้ำระหว่างประเทศ” หรือ “ระบบของทะเลสาบระหว่างประเทศ” เป็นคำจำกัดความที่ครอบคลุมถึงลำน้ำสาขา (tributary) คลอง (canal) ทางน้ำ (channel) ซึ่งเป็นลำน้ำสายรอง นอกเหนือไปจากลำน้ำสายหลัก (mainstream) รวมไปถึงทะเลสาบที่เชื่อมต่อถึงกันด้วย แต่ยังไม่รวมถึงน้ำใต้ดิน (groundwater) คำจำกัดความนี้ปรากฏในสนธิสัญญากรุงแวร์ซายส์ (The Treaty of Versailles on 28 June 1919) ซึ่งได้ประกาศให้แม่น้ำหลายสายเป็นแม่น้ำระหว่างประเทศ โดยแม่น้ำระหว่างประเทศตามสนธิสัญญากรุงแวร์ซายส์ คือระบบของแม่น้ำที่สามารถใช้ในการเดินเรือได้ตลอดสาย ประกอบด้วยรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐและมีทางออกสู่ทะเล โดยมีหรือไม่มีการขนถ่ายสินค้าจากเรือลำหนึ่งไปสู่อีกลำหนึ่ง ร่วมกันกับคลองหรือช่องทางที่ก่อสร้างขึ้นใหม่หรือปรับปรุงส่วนที่ใช้

<sup>6</sup> แนวความคิดที่สนับสนุนการยกเว้นไม่รวมเอาแม่น้ำสาขาหรือน้ำใต้ดินเข้าไว้ในความหมายของแม่น้ำระหว่างประเทศนั้น เป็นแนวคิดของประเทศที่อยู่ในฐานะรัฐต้นน้ำเป็นส่วนใหญ่ โปรดดู Stephen Schwebel, First Report on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses (1979). และความเห็นของตัวแทนจากประเทศตุรกีในการประชุมของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (UN GAOR 31<sup>st</sup> sess, 6<sup>th</sup> committee, 24<sup>th</sup> meeting, paras 13-24) อ้างถึงใน McCaffrey, Stephen C, “The law of international watercourses : non-navigational uses.” Oxford University Press,(2003) : 36.

<sup>7</sup> ปัจจุบันน้ำใต้ดินที่ใช้ร่วมกันกำลังได้รับความสำคัญ เพราะน้ำผิวดินมีปริมาณลดลงอีกทั้งมีปัญหาคอนกรีตน้ำเนื่องจากมลพิษ

เดินเรือได้ตามธรรมชาติของระบบแม่น้ำดังกล่าว หรือเชื่อมต่อระหว่างส่วนสองส่วนที่ใช้เดินเรือตามธรรมชาติของแม่น้ำสายเดียวกัน<sup>8</sup>

ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดความหมายของแม่น้ำระหว่างประเทศในลักษณะระบบของแม่น้ำระหว่างประเทศ หรือระบบของทะเลสาบระหว่างประเทศ แม้จะกำหนดให้แม่น้ำนั้นรวมถึงลำน้ำสายรอง ได้แก่ สาขา คลอง ทางน้ำ แต่ก็ยังมีความเกี่ยวข้องกับการเดินเรืออยู่มาก เนื่องจากแม่น้ำระหว่างประเทศต้องมีลักษณะสำคัญคือใช้เดินเรือได้และมีทางออกสู่ทะเล ซึ่งไม่สะท้อนถึงการใช้น้ำระหว่างประเทศที่มีรูปแบบเปลี่ยนแปลงไปเป็นการใช้น้ำที่มีใช้เพื่อการเดินเรือมากขึ้น

### 2.1.3 การให้นิยามของแม่น้ำระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว (lex lata)

การให้นิยามของแม่น้ำระหว่างประเทศ ในลักษณะที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย คือ การให้นิยามว่า ลำน้ำระหว่างประเทศ ปรากฏตามอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ลำน้ำระหว่างประเทศที่ไม่ใช่เพื่อการเดินเรือ ค.ศ. 1997 ซึ่งมีจุดมุ่งหมายให้มีผลบังคับใช้ในระดับสากล (universal) โดยในปัจจุบัน เป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลบังคับใช้นับแต่วันที่ 17 สิงหาคม 2514 และมีจำนวนรัฐที่ลงนามจำนวน 36 รัฐ<sup>9</sup>

- “international watercourse”

“ลำน้ำระหว่างประเทศ” เป็นคำจำกัดความที่ริเริ่มใช้ในงานประมวลกฎหมายของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติซึ่งในอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ลำน้ำระหว่างประเทศที่ไม่ใช่เพื่อการเดินเรือ ค.ศ. 1997 (Convention on Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses) ข้อ 2<sup>10</sup> ได้ให้คำจำกัดความไว้ว่า

<sup>8</sup> Article 331 “all navigable parts of these river systems which naturally provide more than one State with access to the sea, with or without transshipment from one vessel to another; together with lateral canals and channels constructed either to duplicate or to improve naturally navigable sections of the specified river systems, or to connect two naturally navigable sections of the same river.”

<sup>9</sup> ข้อมูล ณ วันที่ 15 กรกฎาคม 2558

<sup>10</sup> Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses. New York, 21 May 1997

Article 2 Use of terms For the purposes of the present Convention:

(a) "Watercourse" means a system of surface waters and groundwaters constituting by virtue of their physical relationship a unitary whole and normally flowing into a common terminus;

(a) “ลำน้ำ” หมายถึง “ระบบของน้ำผิวดินและใต้ดินที่ประกอปกกันขึ้นอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ทางกายภาพที่เป็นหน่วยเดียวกัน และระบายลงสู่แหล่งน้ำเดียวกัน และ

(b) “ลำน้ำระหว่างประเทศ” หมายถึง ลำน้ำที่มีส่วนใดส่วนหนึ่งตั้งอยู่ในรัฐที่ต่างกัน

คำว่า “ระบบ” หมายถึงองค์ประกอบต่างๆของลำน้ำที่เกี่ยวข้องกัน เช่น ลำน้ำสาขา ทะเลสาบ น้ำใต้ดิน ธารน้ำแข็ง อ่างเก็บน้ำ และคลอง<sup>11</sup> เนื่องจากในทางอุทกศาสตร์นั้นน้ำจะมีการเปลี่ยนแปลงในหลายรูปแบบ เช่นน้ำไหลจากลำธารลงสู่ใต้ดิน กลายเป็นน้ำใต้ดิน จากนั้นก็ผุดขึ้นมาและไหลลงทะเลสาบ ก่อนจะไหลลงสู่แม่น้ำ และอาจถูกผันเข้าสู่คลองและอ่างเก็บน้ำ เป็นต้น<sup>12</sup>

การให้นิยามของแม่น้ำระหว่างประเทศว่า ลำน้ำระหว่างประเทศ มีลักษณะที่ต่างไปจากระบบของแม่น้ำระหว่างประเทศ เนื่องจากมีการพิจารณาถึงหลักอุทกศาสตร์มากขึ้น โดยนอกจากจะรวมเอาสาขา คลอง ทางน้ำ เข้าไว้กับแม่น้ำแล้ว ยังรวมเอาน้ำใต้ดิน และธารน้ำแข็ง ซึ่งมีลักษณะที่มีใช้น้ำผิวดินและเป็นน้ำที่อยู่ในรูปอื่นซึ่งมีไซของเหลวเข้าไว้ด้วย จึงมีความหมายที่ครอบคลุมมากกว่าระบบของแม่น้ำ ทั้งนี้ การกำหนดนิยามของแม่น้ำระหว่างประเทศนั้น มีอุปสรรคและความล่าช้าเนื่องจากมีผลต่อการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ อีกทั้งมีประเด็นอื่นๆ เช่น ธารน้ำแข็ง (glaciers) และน้ำใต้ดิน (aquifers)<sup>13</sup> อย่างไรก็ตามคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (the International Law Commission (ILC)) ได้ดำเนินการร่างข้อบทกฎหมายว่าด้วยการใช้น้ำที่มีไซเพื่อการเดินเรือ ค.ศ. 1994 โดยใช้คำว่า international watercourse ในร่างข้อบทดังกล่าวซึ่งภายหลังได้รับการรับรองให้เป็นอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ลำน้ำระหว่างประเทศที่มีไซเพื่อการเดินเรือ ค.ศ. 1997 (Convention on Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses) โดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ

(b) "International watercourse" means a watercourse, parts of which are situated in different States;

<sup>11</sup> Commentary on Draft articles on the law of the non-navigational uses of international watercourses and commentaries thereto and resolution on transboundary confined groundwater 1994, p.90.

<sup>12</sup> Commentary on Draft articles on the law of the non-navigational uses of international watercourses and commentaries thereto and resolution on transboundary confined groundwater 1994,p.90.

<sup>13</sup>โปรดดู ILC Draft Articles on the Non-navigational Uses of International Watercourses. 1994. UN Doc. A/CN.4/L492 (1994)

2.1.4 การให้นิยามของแม่น้ำระหว่างประเทศที่มีแนวโน้มที่จะพัฒนาเป็นกฎหมายระหว่างประเทศต่อไป (lex ferenda)

การให้นิยามของแม่น้ำระหว่างประเทศ ในลักษณะที่มีแนวโน้มที่จะพัฒนาเป็นกฎหมายระหว่างประเทศต่อไป (lex ferenda) คือการให้นิยามว่าลุ่มน้ำระหว่างประเทศ ซึ่งครอบคลุมส่วนประกอบของแม่น้ำระหว่างประเทศในขอบเขตที่มากกว่าลุ่มน้ำระหว่างประเทศ โดยกำหนดให้รวมถึงพื้นที่ (area) โดยพิจารณาการไหลของน้ำตามหลักอุทกศาสตร์ ซึ่งแม้ว่าจะจะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาแม่น้ำระหว่างประเทศ แต่อาจมีผลกระทบต่อการใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐ ทำให้แนวคิดนี้ยังไม่เป็นที่ยอมรับมากนักในปัจจุบัน

- "International drainage basin"<sup>14</sup>

“ลุ่มน้ำระหว่างประเทศ” เป็นคำจำกัดความที่ริเริ่มใช้ในปี ค.ศ. 1966 โดยสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ (The International Law Association (ILA))<sup>15</sup> ซึ่งได้ยกร่างกฎเกณฑ์กรุงเฮลซิงกิว่าด้วยการใช้น้ำของแม่น้ำระหว่างประเทศ (The Helsinki Rules of 1966 on the Uses of the

<sup>14</sup>ในปี 1958 the New York Conference of the International Law Association กำหนดคำว่า “drainage basin” เพื่อใช้ในการให้ความหมายของ “พื้นที่ในเขตแดนของสองรัฐหรือมากกว่าที่สายของน้ำบนดินที่ไหล ทั้งโดยธรรมชาติและถูกสร้างขึ้น “ an area within the territories of two or more states in which all the streams of flowing surface water, both natural and artificial, drain a common watershed terminating in a common outlet or common outlets either to the sea or to a lake or to some inland place from which there is no apparent outlet to a sea.” แนวคิดในการบริหารจัดการแม่น้ำในลักษณะลุ่มน้ำ (basin) เป็นการตอบสนองต่อความกังวลของปัญหาสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศในแง่สิ่งแวดล้อมที่เพิ่มมากขึ้น และมีความตกลงระหว่างรัฐหลายฉบับที่มีแนวคิดการบริหารจัดการแม่น้ำทั้งลุ่มน้ำ ภายใต้คณะกรรมการที่ตั้งขึ้น ซึ่งสะท้อนแนวปฏิบัติของรัฐ เช่น ความร่วมมือเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนของลุ่มน้ำโขงหรือความตกลงแม่น้ำโขง 1995 (The Agreement on the Co-ordination for the Sustainable Development of the Lower Mekong Basin (the 1995 Mekong Agreement) Convention on Cooperation for the Protection and Sustainable Use of the Danube 1994 เป็นต้น โปรดดู Teclaff, Ludwik A. "Evolution of the river basin concept in national and international water law." *Nat. Resources J.* 36 (1996): 359.

<sup>15</sup>สมาคมกฎหมายระหว่างประเทศมีบทบาทในเรื่องการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศที่มีใช้เพื่อการเดินเรือ โดยในปี 1956 สมาคมกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดหลักการที่ใช้ชื่อว่า “A statement of principles upon which to Base Rules of Law Concerning the Uses of the Waters of International Rivers” หรือ “Dubrovnik Statement” แถลงการณ์ดังกล่าวยืนยันอำนาจอธิปไตยที่แต่ละรัฐสามารถควบคุมและมีเหนือแม่น้ำระหว่างประเทศภายในดินแดนของตน แต่เรียกร้องให้รัฐดังกล่าวพิจารณาถึงผลกระทบต่อรัฐริมน้ำอื่น โปรดดู “Dubrovnik Statement” paragraph 3 โดยในข้อ 5 ของแถลงการณ์ได้กำหนดปัจจัยที่รัฐควรนำมาพิจารณาในการทำความเข้าใจความตกลง หรือโดยอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท ซึ่งในแถลงการณ์ดังกล่าวไม่ได้ใช้คำว่า “equitable and reasonable utilization” โดยตรง ต่อมาในปี 1958 สมาคมกฎหมายระหว่างประเทศได้ออก the New York Resolution “ ซึ่งในข้อสองกำหนดให้รัฐริมน้ำมีสิทธิที่จะได้รับส่วนแบ่งอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลในการใช้ประโยชน์ของน้ำจากลุ่มน้ำ (Drainage Basin)

Waters of International Rivers) โดยให้นิยามคำว่า “ลุ่มน้ำระหว่างประเทศ” ให้มีความหมายรวมถึงพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ทั้งหมดที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐมากกว่าสองรัฐขึ้นไป ที่ถูกกำหนดโดยสันปันน้ำ ซึ่งครอบคลุมถึงน้ำผิวดินและน้ำใต้ดินที่ระบายลงสู่แหล่งน้ำเดียวกัน<sup>16</sup> ซึ่งแนวความคิดนี้จะครอบคลุมทั้งลำน้ำสายหลัก ระบบแม่น้ำ ระบบทะเลสาบ น้ำผิวดิน (surface waters) และน้ำใต้ดินด้วย โดยมีเหตุผลประกอบคือ ส่วนที่เกี่ยวข้องกับแม่น้ำระหว่างประเทศไม่ได้จำกัดเฉพาะกับส่วนของแม่น้ำระหว่างประเทศที่ใช้เดินเรือได้เท่านั้นแต่รวมถึงระบบทั้งหมด (entire system) ของแม่น้ำระหว่างประเทศลุ่มน้ำจึงเป็นหน่วยทางอุทกศาสตร์ที่เมื่ออาจแบ่งแยกได้ และต้องได้รับการคำนึงถึงในการพัฒนาน้ำและการใช้น้ำให้เกิดประโยชน์สูงสุด<sup>17</sup>

ในปี 2004 สมาคมกฎหมายระหว่างประเทศได้มีการยกร่าง The Berlin Rule on Water resources 2004 และได้กำหนดนิยามของแม่น้ำระหว่างประเทศในลักษณะของกลุ่มน้ำ (Drainage basin) โดยให้คำจำกัดความว่าเป็นพื้นที่ซึ่งกำหนดโดยขอบเขตทางภูมิศาสตร์ ของระบบน้ำซึ่งเชื่อมต่อกัน ตลอดจนน้ำผิวดินซึ่งไหลไปสู่แหล่งเดียวกัน<sup>18</sup> ซึ่งมีความสอดคล้องกับการกำหนดนิยามของกลุ่มน้ำในกฎเกณฑ์กรุงเฮลซิงกิว่าด้วยการใช้น้ำของแม่น้ำระหว่างประเทศ (The Helsinki Rules of 1966 on the Uses of the Waters of International Rivers)

การศึกษาการกำหนดความหมายของแม่น้ำระหว่างประเทศนับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ทำให้เห็นว่าการกำหนดความหมายของแม่น้ำระหว่างประเทศนั้น มีแนวโน้มจากการกำหนดความหมายของแม่น้ำระหว่างประเทศเพื่อใช้ในการเดินเรือ โดยกำหนดให้แม่น้ำเฉพาะส่วนที่สามารถเดินเรือได้เป็น

<sup>16</sup> The Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers, 1967: Article 2

An international drainage basin is a geographical area extending over two or more States determined by the watershed limits of the system of waters, including surface and underground waters, flowing into a common terminus.

<sup>17</sup> international law association, report of the fifty-second conference held at helsinki 484, 485 (1967). อ้างถึงใน Shapiro-Libai, Nitza "Development of International River Basins: Regulation of Riparian Competition," *Indiana Law Journal*: Vol. 45: Iss. 1, Article 2. (1969) แหล่งที่มา at: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol45/iss1/2p.22>.

<sup>18</sup> Article 3

Definitions For the purposes of these Articles, these terms have the following meanings:

3. A “basin State” is a State the territory of which includes any portion of an international drainage basin.

5. “Drainage basin” means an area determined by the geographic limits of a system of interconnected waters, the surface waters of which normally share a common terminus.

แม่น้ำระหว่างประเทศ มีการพัฒนาในลักษณะการรวมเอาส่วนประกอบทางอุทกศาสตร์ของแม่น้ำระหว่างประเทศ เช่น น้ำใต้ดินลำน้ำสาขา และองค์ประกอบอื่นของแม่น้ำระหว่างประเทศ เข้ามาอยู่ในขอบเขตของแม่น้ำระหว่างประเทศด้วย ซึ่งผู้เชี่ยวชาญมีความเห็นว่า การให้นิยามของแม่น้ำระหว่างประเทศในปัจจุบันนั้น มีแนวโน้มการให้นิยามแม่น้ำระหว่างประเทศในลักษณะของกลุ่มน้ำมากขึ้น ดังปรากฏหลักฐานในรูปแบบของเอกสารต่างๆ และสนธิสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศ เช่น The Berlin Rules On Water Resources 2004 ของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งในข้อ 3 มีการให้นิยามแม่น้ำระหว่างประเทศในลักษณะของกลุ่มน้ำ สอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติของรัฐ ดังปรากฏสนธิสัญญาระหว่างประเทศหลายฉบับ เช่น

Protocol For Sustainable Development Of Lake Victoria Basin Signed On 29th November 2003 ข้อ 1 ซึ่งได้ให้นิยามแม่น้ำระหว่างประเทศในลักษณะกลุ่มน้ำ โดยพิจารณาถึงลักษณะทางภูมิศาสตร์และการไหลของน้ำ ตลอดจนน้ำใต้ดิน<sup>19</sup>

Agreement On the Nile River Basin Cooperative Framework ข้อ 2 (a) ซึ่งกำหนดนิยามเกี่ยวกับกลุ่มแม่น้ำไนล์ โดยพิจารณาถึงลักษณะทางภูมิศาสตร์และการไหลของน้ำเช่นกัน<sup>20</sup>

การกำหนดคำจำกัดความโดยให้ความสำคัญต่อลำน้ำสาขาและน้ำใต้ดินซึ่งมีผลกระทบต่อลำน้ำสายหลักอันเป็นแม่น้ำระหว่างประเทศ ก่อให้เกิดการจัดการแม่น้ำระหว่างประเทศอย่างเป็นระบบและครอบคลุมโดยมุ่งให้เกิดประโยชน์สูงสุดจากการจัดการทั้งกลุ่มน้ำ ซึ่งเป็นแนวคิดของการจัดการทรัพยากรร่วมกันระหว่างรัฐ อย่างไรก็ตามในอีกแง่มุมก็เป็นการจำกัดอำนาจอธิปไตยอันเด็ดขาดของรัฐเหนือบริเวณพื้นที่กลุ่มน้ำด้วย ต่อมาในปี 1970 เมื่อสหประชาชาติพิจารณาร่างกฎเกณฑ์กรุงเฮลซิงกิว่าด้วยการใช้น้ำของแม่น้ำระหว่างประเทศ ปี 1966 ก่อนที่จะมีมติให้คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (the International Law Commission (ILC)) ดำเนินการศึกษาประมวลกฎหมายว่าด้วยการใช้น้ำที่มีไว้เพื่อการเดินเรือ (Codification of the Law on Water Courses for Purposes other than Navigation) มีหลายประเทศที่ไม่เห็นด้วยกับแนวความคิดการบริหารจัดการ

<sup>19</sup> “Lake Victoria Basin” means that geographical areas extending within the territories of the Partner States determined by the watershed limits of the system of waters, including surface and underground waters flowing into Lake Victoria;

<sup>20</sup> “Nile River Basin” means the geographical area determined by the watershed limits of the Nile River system of waters; this term is used where there is reference to environmental protection, conservation or development;



แม่น้ำระหว่างประเทศในลักษณะลุ่มน้ำ (drainage basin) ได้แก่ ประเทศบราซิล ประเทศเบลเยียม ประเทศจีน และประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น เนื่องจากเห็นว่าเป็นการละเมิดอำนาจอธิปไตย ขณะที่ประเทศฟินแลนด์ และประเทศเนเธอร์แลนด์มีความเห็นว่าการบริหารจัดการแม่น้ำระหว่างประเทศในลักษณะของลุ่มน้ำ (watershed) เป็นแนวทางที่เป็นวิทยาศาสตร์และมีความสมเหตุสมผลมากที่สุด และมีประเทศอื่นๆ ที่เห็นว่าแต่ละลุ่มน้ำ (watershed) มีความเป็นเอกลักษณ์และซับซ้อน (complexities and uniqueness) จึงไม่ควรมีการประมวลกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปมาใช้ บังคับ<sup>21</sup>

ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดความหมายของแม่น้ำระหว่างประเทศในลักษณะของลำน้ำ (watercourse) ให้หมายถึงระบบของน้ำผิวดินและน้ำใต้ดินของลำน้ำและสาขามีลักษณะเป็นการกำหนดความหมายที่มีความเคร่งครัดมากกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับกำหนดความหมายของแม่น้ำระหว่างประเทศในลักษณะของลุ่มน้ำซึ่งมีลักษณะเป็นพื้นที่รองรับน้ำฝน ทั้งนี้ การกำหนดความหมายของแม่น้ำระหว่างประเทศที่มีแนวโน้มให้รวมถึงส่วนต่างๆ ของแม่น้ำซึ่งอยู่ในดินแดนของรัฐริมน้ำ และตกอยู่ในอำนาจอธิปไตยของรัฐริมน้ำ เข้ามาอยู่ในความหมายของแม่น้ำระหว่างประเทศ และตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศนั้น อาจก่อให้เกิดปัญหา เนื่องจากมีลักษณะเป็นการจำกัดอำนาจอธิปไตยของรัฐริมน้ำในการใช้ประโยชน์บนผืนดิน (land use) หรือจากส่วนของแม่น้ำระหว่างประเทศในดินแดนของรัฐนั้น เช่นเดิมรัฐริมน้ำสามารถสร้างเขื่อนบนลำน้ำสาขาของแม่น้ำระหว่างประเทศที่อยู่ภายในดินแดนของตนได้โดยถือว่ารัฐริมน้ำมีอำนาจอธิปไตยเหนือลำน้ำสาขานั้น แต่การกำหนดความหมายของแม่น้ำระหว่างประเทศในลักษณะดังกล่าวอาจทำให้รัฐริมน้ำมีภาระเพิ่มมากขึ้นในการต้องขออนุญาตหรือแจ้งรัฐริมน้ำอื่นก่อนที่จะมีการดำเนินการใดๆ กับแม่น้ำสาขา อันอาจส่งผลกระทบต่อรัฐริมน้ำอื่น อย่างไรก็ตามแนวโน้มดังกล่าวแสดงถึงการตระหนักถึงลักษณะพิเศษของแม่น้ำระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่มีความเชื่อมโยงถึงกัน และทำให้สามารถควบคุมจัดการการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ เป็นประโยชน์ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศเนื่องจากสามารถควบคุมผลกระทบที่เกิดจากการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศได้ ซึ่งแนวโน้มในการกำหนดความหมายของแม่น้ำระหว่างประเทศที่มีแนวคิดของการใช้ทรัพยากรร่วมกันระหว่างรัฐมากขึ้นนั้น สอดคล้องกับพัฒนาการของทฤษฎีทางกฎหมายในการใช้และการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศซึ่งอยู่บนฐานของอำนาจอธิปไตย 4

<sup>21</sup> Aaron T. Wolf “International Water Conflict Resolution: Lessons from Comparative Analysis”, *International Journal of Water Resources Development*, (1997) : 366. แหล่งที่มา : <http://dx.doi.org/10.1080/07900629749728>

ทฤษฎี ได้แก่ ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันสมบูรณ์ ทฤษฎีบูรณาภาพเหนือดินแดน ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัดและทฤษฎีผลประโยชน์รวมของสังคม

## 2.2 หลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนและแม่น้ำระหว่างประเทศ

รัฐมีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน โดยส่วนของแม่น้ำระหว่างประเทศซึ่งไหลภายในดินแดนของรัฐจะถูกถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของดินแดนรัฐ การที่รัฐสามารถใช้อำนาจอธิปไตยเหนือแม่น้ำระหว่างประเทศ อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อรัฐอื่นในลักษณะข้ามเขตแดน และนำไปสู่ข้อพิพาทระหว่างรัฐ โดยในที่นี้ จะได้พิจารณาทฤษฎีทางกฎหมายเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศ ซึ่งอยู่บนฐานของอำนาจอธิปไตย 4 ทฤษฎี ได้แก่ ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันสมบูรณ์ ทฤษฎีบูรณาภาพเหนือดินแดน ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัดและทฤษฎีผลประโยชน์รวมของสังคม

### 2.2.1 ทฤษฎีเกี่ยวกับหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนและแม่น้ำระหว่างประเทศซึ่งไม่เป็นที่ยอมรับในปัจจุบัน

ในที่นี้จะได้พิจารณาถึงทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันสมบูรณ์ และทฤษฎีบูรณาภาพเหนือดินแดน ซึ่งเป็นแนวคิดที่อิงกับหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอย่างมากและไม่เอื้อให้เกิดการพัฒนาแม่น้ำระหว่างประเทศร่วมกันของรัฐริมน้ำ และปัจจุบันไม่เป็นที่ยอมรับเนื่องจากเอื้อประโยชน์ให้รัฐเหนือน้ำและรัฐท้ายน้ำมากเกินไป จนขาดความสมดุล

(1) ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันสมบูรณ์ (Absolute territorial sovereignty หรือ Harmon doctrine )

ตามทฤษฎีนี้ รัฐมีอำนาจอธิปไตยอย่างสมบูรณ์เหนือแม่น้ำส่วนที่อยู่ภายในดินแดน โดยรัฐริมน้ำที่ตั้งอยู่ทางต้นน้ำสามารถควบคุมและใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศที่ไหลผ่านดินแดนของตนได้โดยเสรี กล่าวคือสามารถใช้น้ำได้อย่างไม่จำกัดและไม่ต้องคำนึงถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นนอกดินแดน เช่น ผลกระทบต่อรัฐริมน้ำอื่นหรือรัฐท้ายน้ำ เนื่องจากรัฐมีฐานะเป็นเจ้าของดินแดนแต่ในขณะเดียวกันรัฐก็ไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องการไหลอย่างอิสระและต่อเนื่องจากรัฐอื่นเช่นกัน

ทฤษฎีนี้มีอีกชื่อเรียกว่า Harmon doctrine เนื่องจากเป็นความเห็นที่ได้รับการกล่าวอ้างอย่างเป็นทางการโดย Judson Harmon อัยการสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกา ในปี 1985 เมื่อกระทรวงการต่างประเทศ (the Department of State) ขอคำแนะนำทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อพิพาทระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเม็กซิโกเนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาได้ผันน้ำจากแม่น้ำริโอ แก

รน (Rio Grande) ซึ่งเป็นแม่น้ำที่คั่นพรมแดนระหว่างสองประเทศ ว่าข้อเท็จจริงที่ว่าแม่น้ำริโอ แกรนด์ ไม่มีน้ำเพียงพอสำหรับผู้ที่อยู่ริมฝั่งทั้งสองประเทศ ไม่ได้ให้สิทธิประเทศเม็กซิโกที่จะกำหนดข้อจำกัดให้กับประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งอาจเป็นการแทรกแซงการพัฒนาภายในดินแดนของประเทศสหรัฐอเมริกา และเป็นการกีดกันตัดสิทธิประชาชนของสหรัฐอเมริกาในข้อได้เปรียบตามธรรมชาติซึ่งอยู่ในดินแดนของประเทศสหรัฐอเมริกา การยอมรับสิทธิเช่นนี้ของประเทศเม็กซิโก จะเป็นการขัดแย้งกับหลักการที่ประเทศสหรัฐอเมริกามีอำนาจอธิปไตยเต็มเหนือดินแดน<sup>22</sup> อีกทั้งในกรณีพิพาทดังกล่าวนี้ “...แนวปฏิบัติ หลักการ และกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ได้กำหนดภาระหน้าที่ทางกฎหมายให้กับประเทศสหรัฐอเมริกา”<sup>23</sup>

แม่น้ำริโอ แกรนด์ มีต้นกำเนิดในประเทศสหรัฐอเมริกา มีความยาวทั้งสิ้น 1,885 ไมล์ โดยใน ส่วน 1,240 ไมล์ ไหลผ่านเป็นพรมแดนระหว่างประเทศทั้งสองซึ่งในเดือนตุลาคม 1894 รัฐมนตรีของประเทศเม็กซิโก มีจดหมายถึงรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศสหรัฐอเมริกา เกี่ยวกับสำเนาโทรสารของกงสุลของประเทศเม็กซิโก เพื่อสอบถามเกี่ยวกับการผันน้ำจากแม่น้ำริโอ แกรนด์ ในรัฐโคโลราโด และนิวเม็กซิโกของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อชุมชนบริเวณชายแดน อีกทั้งเกรงว่าเมืองดังกล่าวอาจถูกทำลาย”<sup>24</sup> กงสุลของประเทศเม็กซิโกเห็นว่าสถานการณ์ดังกล่าวนี้มีความร้ายแรง อาจส่งผลถึงเมือง Ciudad Juarez<sup>25</sup> ซึ่งมีความยากลำบากทางเศรษฐกิจ และอาจไม่สามารถอยู่รอดได้ โดยปราศจากการแบ่งปันน้ำจากแม่น้ำอย่างเป็นธรรม”

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา แจ้งว่า ในประเด็นดังกล่าวนี้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรให้ความเห็นว่า การใช้น้ำจากแม่น้ำริโอ แกรนด์ ในปริมาณ

<sup>22</sup> “The fact that the Rio Grande lacks sufficient water to permit its use by inhabitants of both countries does not entitle Mexico to impose restrictions on the United States which would hamper the development of the latter’s territory or deprive its inhabitants of an advantage with which nature had endowed them and which is situated entirely within its territory. To admit such a right would be completely contrary to the principle that the United States exercises full sovereignty over its natural territory....”

<sup>23</sup> “The case presented is a novel one. Whether the circumstances make it possible or proper to take any action from consideration to comity is a question which does not pertain to this Department; but this question should be decided as one of policy only, because in my opinion, the rules, principles, and precedents of international law impose no liability or obligation upon the United States.”

<sup>24</sup> “the communication shows the urgent necessity that exists for a decision of the question relative to the taking of water from the Rio Bravo ”

<sup>25</sup> เป็นชุมชนเม็กซิกันริมแม่น้ำจาก El Paso ถึงเท็กซัส

ที่มากขึ้นเพื่อการเกษตรของพื้นที่เหนือน้ำ ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อเมือง Ciudad Juarez โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา เห็นว่าบริเวณดังกล่าวมีปัญหาเรื่องน้ำมาเป็นเวลานานแล้ว กรณีดังกล่าวเกิดจากปัญหาความแห้งแล้งที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาสองถึงสามปีมานี้ที่บริเวณต้นน้ำ (ในประเทศสหรัฐอเมริกา) และปัญหาความแห้งแล้งที่เกิดขึ้นบริเวณเมือง Ciudad Juarez เมื่อประมาณหกถึงแปดปีมานี้และแจ้งว่าปัจจุบันเรื่องดังกล่าวถูกส่งให้กระทรวงเกษตรพิจารณา ซึ่งต่อมา ประธานาธิบดีโกลเวอร์ คลีฟแลนด์ ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้กล่าวว่า “ปัญหาการเก็บและใช้น้ำจากแม่น้ำริโอ แกรน ในการชลประทาน ควรได้รับการแก้ไขโดยแนวทางที่เหมาะสมโดยประเทศที่มีส่วนได้เสียทั้งสองประเทศร่วมกัน”

ในประเด็นปัญหาการขาดแคลนน้ำดังกล่าว ประเทศเม็กซิโกเห็นว่าการที่ประเทศสหรัฐอเมริกาผันน้ำจากแม่น้ำริโอ แกรน จนเกิดเหตุการณ์แม่น้ำแห้งขอด สามารถมองเห็นท้องน้ำได้บางส่วน เป็นการละเมิดสิทธิของประเทศเม็กซิโกในฐานะรัฐริมน้ำซึ่งในปี 1980 สภาองเกรสของประเทศสหรัฐอเมริกามีข้อมติ (resolution) ว่า การผันน้ำจากแม่น้ำริโอ แกรนเพื่อการชลประทานและสาเหตุอื่นๆ ทำให้ปริมาณน้ำลดลงก่อนที่น้ำจะไปถึงจุดแบ่งแยกระหว่างดินแดนของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเม็กซิโก ก่อให้เกิดความแห้งแล้งและไม่อุดมสมบูรณ์ ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อประชาชนทั้งสองประเทศที่อาศัยอยู่ริมแม่น้ำนี้ ซึ่งสภาองเกรสร้องขอให้ประธานาธิบดีเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยเจรจากับประเทศเม็กซิโกเพื่อแก้ไขปัญหาน้ำของแม่น้ำริโอ แกรน

ประเทศเม็กซิโกได้มีจดหมายถึงสหรัฐเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวอีกครั้ง โดยอธิบายว่า ปัญหาความแห้งแล้งในเมือง Ciudad Juarez แสดงถึงการที่ชาวนาต้องพึ่งพาการชลประทานโดยใช้น้ำจากแม่น้ำริโอ แกรน ทั้งนี้ ชุมชนดังกล่าวใช้น้ำจากแม่น้ำริโอ แกรน เพื่อการเกษตรมาเป็นเวลาเกือบสามร้อยปี และต้องการน้ำเพียงไม่เกินยี่สิบคิวบิกเมตรต่อวินาทีในการทำการเกษตร ซึ่งเป็นสัดส่วนที่น้อยมากเมื่อเทียบกับน้ำทั้งหมดของแม่น้ำริโอ แกรน และชี้ว่าในอดีตนั้น แม้แต่ในยามที่แห้งแล้งที่สุด น้ำก็มีพอเพียงสำหรับการเพาะปลูกพืชผล จนกระทั่งเมื่อ 10 ปีก่อนซึ่งมีการขุดคลองผันน้ำจากแม่น้ำริโอ แกรน และสาขา ในรัฐโคโลราโดและรัฐนิวเม็กซิโก ในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อประเทศเม็กซิโกนั้น ทำให้ไม่สามารถปลูกพืชผลได้ มูลค่าที่ดินลดลงและจำนวนประชากรลดลงจาก 20,000 เหลือ 10,000 จึงขอให้ประเทศสหรัฐอเมริกาเข้าสู่กระบวนการเจรจา โดยอ้างว่า การผันน้ำของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นการละเมิด ข้อ 7 สนธิสัญญา Treaty of Guadalupe Hidalgo 1848 ซึ่งระบุว่า “แม่น้ำกิลลา (สาขาของแม่น้ำโคโลราโด) และส่วนของแม่น้ำริโอบราโบเดลนอร์เต (อีกชื่อหนึ่งของแม่น้ำริโอ แกรน ) ซึ่งอยู่ต่ำลงไปทางใต้ของรัฐนิวเม็กซิโก ตามที่ตกลงในข้อ 5 เป็นพรมแดนของประเทศสหรัฐอเมริกา

และประเทศเม็กซิโก ประชาชนและเรือของทั้งสองประเทศต้องมีอิสระในการเดินเรือในแม่น้ำกิลลา และแม่น้ำริโอบราโบ (ริโอ แกรน) และการก่อสร้างซึ่งอาจรบกวนหรือกีดขวางการใช้สิทธิดังกล่าว ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนต้องได้รับความยินยอมจากอีกประเทศ”<sup>26</sup>

ประเทศเม็กซิโกเห็นว่า การขุดคลองดังกล่าวเพื่อผันน้ำจากแม่น้ำริโอ แกรน ในรัฐโคโรลาโดและประเทศเม็กซิโก ตกอยู่ภายใต้สนธิสัญญาซึ่งห้ามมิให้มีการกระทำที่เป็นการรบกวนการเดินเรือ และแม้ว่าสนธิสัญญาไม่อาจใช้บังคับได้กับกรณีดังกล่าว “หลักกฎหมายระหว่างประเทศก็อาจกำหนดฐานที่เพียงพอสำหรับสิทธิของผู้อยู่อาศัยชาวเม็กซิกันซึ่งอยู่ริมแม่น้ำริโอ แกรน ทั้งนี้ ข้อเรียกร้องในการใช้น้ำของผู้อยู่อาศัยชาวเม็กซิกันซึ่งอยู่ริมแม่น้ำริโอ แกรน นั้นไม่อาจถูกโต้แย้งได้ เนื่องจากเป็นสิทธิที่มีมาก่อนผู้ที่อาศัยในรัฐโคโรลาโด และสอดคล้องกับหลักของกฎหมายแพ่ง ว่าในกรณีที่เกิดข้อพิพาท ผู้ที่กล่าวอ้างก่อนจะมีสิทธิดีกว่า”<sup>27</sup>

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศแห่งสหรัฐอเมริกาเห็นว่า การที่ประธานาธิบดีจะเข้าสู่กระบวนการเจรจาตามมติของที่ประชุมคองเกรส ยังไม่สามารถเกิดขึ้นได้จนกว่าจะทำให้แน่ใจถึงสิทธิและพันธกรณีทางกฎหมายและความรับผิดชอบของรัฐบาลทั้งสองที่เกี่ยวข้อง จึงได้สอบถามไปยัง Judson Harmon ซึ่งเป็นอัยการสูงสุดเพื่อขอความเห็นทางกฎหมายว่าข้อ 7 ของ Treaty of Guadalupe Hidalgo 1848 ยังมีผลบังคับใช้หรือไม่ และข้ออ้างของประเทศเม็กซิโกมีข้อสนับสนุนตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ซึ่ง Judson Harmon เห็นว่า ข้อ 7 จะนำมาใช้เฉพาะกับส่วนของแม่น้ำริโอ แกรน ซึ่งอยู่ต่ำกว่าทางใต้ของรัฐนิวเม็กซิโก ดังที่ระบุไว้ตามข้อ 7 ซึ่งการให้ความเห็นในลักษณะนี้ หมายความว่าส่วนอื่นของแม่น้ำริโอ แกรน ที่อยู่นอกเหนือจากจุดดังกล่าวที่ระบุไว้ไม่ตกอยู่ในขอบเขตของสนธิสัญญา แม้ว่าแม่น้ำริโอ แกรนทั้งหมดจะเชื่อมต่อกันทั้งสายก็ตาม ซึ่งมีลักษณะเป็นการตีความที่เคร่งครัดเกินไป

<sup>26</sup> The river Gila (tributary of the Colorado River), and the part of the Rio Bravo del Norte (Rio Grand) lying below the southern boundary of New Mexico, being, agreeably to the fifth article, divided in the middle between the two republics, the navigation of the Gila and of the Bravo below said boundary shall be free and common to the vessels and citizens of both countries; and neither shall, without the consent of the other, construct any work that may impede or interrupt, in whole or in part, the exercise of this right; ....

<sup>27</sup> The principles of international law would form a sufficient basis for the rights of the Mexican inhabitants of the bank of the Rio Grande. Their claim to the use of water of that river is incontestable, being prior to that of the inhabitants of Colorado by hundreds of years, and, according to the principles of civil law, a prior claim takes precedence in case of dispute.

ทั้งนี้ Judson Harmon อ้างถึงทฤษฎีภาระจำยอมในทางระหว่างประเทศ (international servitude) ที่ว่า รัฐริมน้ำที่อยู่ท้ายน้ำต้องยอมรับน้ำจากรัฐริมน้ำที่อยู่เหนือน้ำ เนื่องจากเป็นไปตามธรรมชาติของภาระจำยอม อย่างไรก็ตาม Judson Harmon ยอมรับว่ารัฐที่อยู่เหนือน้ำไม่สามารถผันน้ำแล้วคืนน้ำกลับไปยังดินแดนของรัฐท้ายน้ำในจุดอื่นที่ไม่ใช่จุดเดิมซึ่งอาจเป็นการยอมรับโดยนัยถึงพันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย อีกทั้งอ้างว่าเป็นไปตามหลักการ self preservation ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถจัดสรรทรัพยากรหรือทำประโยชน์ให้กับประชาชนโดยปราศจากการแทรกแซงอย่างไรก็ตามประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเม็กซิโกได้เข้าสู่กระบวนการเจรจา การกำหนดให้คณะกรรมการเขตแดนระหว่างประเทศ(The international boundary commission) ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเม็กซิโกก่อตั้งในปี 1889 รวบรวมข้อเท็จจริงและรายงานถึงแนวทางที่เป็นไปได้มากที่สุดและดีที่สุดในการควบคุมการใช้น้ำจากแม่น้ำ ริโอ แกรนด์ เพื่อรักษาผลประโยชน์และสิทธิที่เป็นไปตามกฎหมายและเท่าเทียมกันของประเทศผู้มีส่วนได้เสียทั้งสองประเทศ ขั้นตอนกระบวนการเจรจา ให้คณะกรรมการเขตแดนระหว่างประเทศ (The international boundary commission) ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเม็กซิโกก่อตั้งในปี 1889 ให้รวบรวมข้อเท็จจริงและรายงานถึงแนวทางที่เป็นไปได้มากที่สุดและดีที่สุดในการควบคุมการใช้น้ำจากแม่น้ำริโอ แกรนด์ เพื่อรักษาผลประโยชน์และสิทธิที่เป็นไปตามกฎหมายและเท่าเทียมกันของประเทศผู้มีส่วนได้เสียทั้งสองประเทศ ซึ่งท้ายที่สุด ในปี 1906 ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเม็กซิโกได้ทำสนธิสัญญาเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำริโอ แกรนด์ อย่างเป็นทางการ<sup>28</sup> โดยประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นด้วยกับการสร้างเขื่อนเก็บกักน้ำขนาดใหญ่ในรัฐนิวเม็กซิโก และส่งน้ำปริมาณตามที่กำหนดไปยังประเทศเม็กซิโก<sup>29</sup>

ประเทศที่สนับสนุนทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันสมบูรณ์ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย ประเทศชิลี<sup>30</sup> ประเทศเยอรมนี ประเทศเอธิโอเปีย และประเทศ

<sup>28</sup> Convention between the United States and Mexico Equitable Distribution of the Waters of the Rio Grande Signed at Washington, May 21, 1906

<sup>29</sup> กรณีของแม่น้ำ Rio Grande นั้น เป็นแม่น้ำที่มีการใช้ประโยชน์อย่างมาก ทำให้ในเวลาต่อมา สหรัฐอเมริกาเห็นว่าเม็กซิโกล้มเหลวในการส่งน้ำเข้าสู่แม่น้ำ Rio Grande ตอนล่าง ตามที่ได้กำหนดไว้ในสนธิสัญญาที่ได้ตกลงไว้ อีกทั้งเกิดความแห้งแล้งขึ้น ทั้งที่บริเวณดังกล่าวมีฝนตกน้อยอยู่แล้ว จึงเกิดการขาดแคลนน้ำซึ่งส่งผลกระทบต่อรัฐริมน้ำทั้งสองนำไปสู่การทำสนธิสัญญาดับใหม่เกี่ยวกับการกำหนดปริมาณน้ำในปี ค.ศ. 1944 ซึ่งทำให้ในปี ค.ศ. 1992-2002 เม็กซิโกมีพันธกรณีที่ส่งน้ำกลับสู่แม่น้ำ Rio Grande ตอนล่าง มากกว่า 1.8 พันล้านลูกบาศก์เมตร

<sup>30</sup> อ้างถึงในข้อพิพาทกับประเทศโบลิเวีย ในปี 1921 กรณีการแบ่งน้ำ แม่น้ำ Rio - แม่น้ำ Lauca โดยประเทศชิลีและประเทศโบลิเวียมีการตีความ Montevideo Declaration on the Industrial and Agricultural Use of International River ,1993 ที่ไม่ตรงกัน ว่ารัฐริมน้ำที่อยู่เหนือน้ำจะต้องได้รับความยินยอมจากรัฐท้ายน้ำก่อนที่จะมีโครงการใดๆที่เป็นการผันน้ำจาก

อินเดีย โดยประเทศสหรัฐอเมริกานำหลักการ Harmon doctrine นี้มาใช้อ้างถึงอีกครั้งในกรณีพิพาท เหนือแม่น้ำโคโลราโดกับประเทศเม็กซิโก<sup>31</sup> และกรณีพิพาทเหนือแม่น้ำโคลัมเบียกับประเทศ แคนาดา<sup>32</sup> ขณะที่ประเทศออสเตรเลียอ้างในลักษณะคล้ายคลึงกัน กับกรณีพิพาทเรื่องน้ำในแม่น้ำ

แม่น้ำระหว่างประเทศที่ทั้งสองประเทศใช้ร่วมกันหรือไม่ ซึ่งประเทศชิลีเห็นว่าความยินยอมของประเทศโบลิเวียไม่จำเป็นในการกระทำที่อยู่ภายในเขตแดนของประเทศชิลีโปรดดู Glassner, Martin Ira. "The Rio Lauca: dispute over an international river." *Geographical Review* (1970): 192-207. และ Xue, Hanqin. "Transboundary damage in international law. Vol. 27." Cambridge University Press, (2003): 142.

<sup>31</sup>ในปี 1994 สหรัฐอเมริกาและเม็กซิโกได้ทำสนธิสัญญาเกี่ยวกับการใช้น้ำจากแม่น้ำโคราโดและริโอแกรน the Treaty for the Utilization of the Waters of the Colorado and Tijuana Rivers and of the Rio Grande ซึ่งที่ปรึกษาทางกฎหมายของกระทรวงการต่างประเทศให้ความเห็นไว้ว่า "ร่วมมือกันในลักษณะการเป็นเพื่อนบ้านที่ดีเพื่อผลประโยชน์ที่เท่าเทียมกัน" สำหรับกรณีของแม่น้ำโคโลราโดนั้น มีประเด็นพิพาทระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเม็กซิโกมานานเนื่องจากเป็นแม่น้ำระหว่างประเทศที่ถูกใช้ในการเกษตรทั้งในบริเวณตะวันตกเฉียงใต้ของประเทศสหรัฐอเมริกา และบริเวณตะวันตกเฉียงเหนือของประเทศเม็กซิโก และเกิดปัญหาน้ำเค็มรุกล้ำ ประกอบกับปัญหาการขาดแคลนน้ำ ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเม็กซิโกจึงได้ตกลงทำสนธิสัญญาในปี 1944 เพื่อแบ่งปันน้ำจากแม่น้ำโคโลราโดมาใช้ในการเกษตร ซึ่งไม่ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับคุณภาพน้ำไว้ ทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าประเด็นของคุณภาพน้ำไม่ได้ถูกกำหนดไว้ในสนธิสัญญาและประเทศเม็กซิโกต้องรับน้ำจากแม่น้ำโคโลราโดไม่ว่าคุณภาพของน้ำจะเป็นเช่นใด ในปี 1961 มีโครงการผันน้ำในบริเวณเหนือน้ำ ทำให้น้ำที่ประเทศเม็กซิโกได้รับมีปัญหาด้านความเค็มของน้ำ และก่อให้เกิดความเสียหายมาก จนกระทั่งในปี 1972 ประธานาธิบดีของทั้งสองประเทศได้ตกลงตั้งคณะกรรมการเกี่ยวกับการปักปันเขตแดนและน้ำ เพื่อจัดการกับปัญหาความเค็มของน้ำให้อยู่ในระดับที่รับได้ โปรดดู Xue, Hanqin. *Transboundary damage in international law. Vol. 27.* Cambridge University Press, 2003. P.124.

<sup>32</sup>สหรัฐอเมริกาและแคนาดาแก้ไขปัญหาข้อพิพาทดังกล่าวด้วยสนธิสัญญาลุ่มน้ำโคลอมเบียปี 1961 (River Colombia basin treaty 1961) ซึ่งแม่น้ำโคลอมเบียเป็นแม่น้ำที่มีจุดกำเนิดในประเทศแคนาดา และไหลผ่านพรมแดนระหว่างสหรัฐอเมริกาและแคนาดา ก่อนจะไหลลงสู่มหาสมุทรแปซิฟิก ซึ่งมีแม่น้ำ Kootenay ซึ่งมีจุดกำเนิดในแคนาดา ไหลสู่สหรัฐอเมริกา ก่อนจะไหลกลับเข้าไปรวมกับแม่น้ำโคลัมเบียในแคนาดาอีกครั้งหนึ่ง สหรัฐอเมริกาสร้างเขื่อน libby ในแม่น้ำ Kootenay บริเวณรัฐมอนทานา ซึ่งอ่างเก็บน้ำเหนือเขื่อนทำให้ระดับน้ำในแคนาดาสูงขึ้นถึง 150 ฟุต และทำให้เกิดน้ำท่วมในดินแดนของประเทศแคนาดาถึง 42 ไมล์ สหรัฐอเมริกาจึงเสนอจะให้ค่าเสียหายในกรณีน้ำท่วม การสร้างทางรถไฟและถนนใหม่ และการอพยพ แต่ไม่ให้ผลประโยชน์ด้านพลังงานกับแคนาดา ซึ่งแคนาดายืนยันว่าต้องได้ประโยชน์ด้านพลังงานด้วย เนื่องจากได้แบ่งปันทรัพยากรธรรมชาติของประเทศแคนาดาให้กับประเทศสหรัฐแล้ว มิฉะนั้นจะผันน้ำจากแม่น้ำ kootenay ไปสู่มแม่น้ำโคลัมเบียและไปสู่มแม่น้ำ Fraser ในภายหลัง ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาคัดค้านด้วยเหตุผลว่า การขอแบ่งปันกระแสไฟฟ้าและสิทธิประโยชน์อื่นไม่เป็นไปตามสนธิสัญญาปี 1909 ซึ่งกำหนดให้เพียงมีการชดเชยเยียวยาในรูปตัวเงินเท่านั้น อย่างไรก็ตามในเวลาต่อมาทั้งสองประเทศตกลงพัฒนาลุ่มน้ำโคลัมเบียร่วมกัน ตามสนธิสัญญาลุ่มน้ำโคลอมเบียปี 1961 (River Colombia basin treaty 1961) ซึ่งกำหนดสิทธิหน้าที่ของประเทศแคนาดา ในการให้พื้นที่รับและเก็บกักน้ำที่จะนำไปใช้ในการจัดการปัญหาน้ำท่วมและผลิตกระแสไฟฟ้าโดยประเทศสหรัฐอเมริกา ขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกาดำเนินโครงการเขื่อน Libby เพื่อแลกเปลี่ยนกับการที่ประเทศแคนาดาเป็นฝ่ายกักเก็บน้ำ ทั้งนี้ประเทศแคนาดาเห็นชอบให้ประเทศสหรัฐอเมริกาส่งเขื่อนเก็บกักน้ำและผลิตกระแสไฟฟ้า ขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกาส่งกระแสไฟฟ้าให้และจะให้ความช่วยเหลือในการควบคุมการเกิดน้ำท่วมกับประเทศแคนาดาด้วย ซึ่งในขณะที่เกิดข้อพิพาท ประเทศสหรัฐอเมริกาได้หยิบยกข้ออ้างเช่นเดียวกันกับที่ประเทศเม็กซิโกเคยอ้าง เช่น การมีสิทธิก่อน และอ้างว่าผันน้ำของประเทศแคนาดาจะทำให้การผลิตกระแสไฟฟ้าพลังน้ำของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นรัฐท้ายน้ำได้รับความเสียหาย ทั้งนี้ประเทศสหรัฐอเมริกาอ้างว่า การอ้างถึงการรักษาสีทธิอธิปไตยบนฐานของ Harmon Doctrine

Ricbach กับประเทศบาวาเรีย ประเทศอินเดียอ้างถึงในกรณีการสร้าง Farakka Barage ในแม่น้ำคงคา ห่างจากพรมแดนของประเทศปากีสถานประมาณ ๑๑ กิโลเมตร ในปี 1961 ซึ่งประเทศอินเดียยืนยันว่า “การสร้างเขื่อนในกรณีดังกล่าวเป็นสิทธิตามธรรมชาติของทุกประเทศ และน้ำเหนือเขื่อนเป็นของประเทศที่เป็นผู้เก็บกักน้ำนั้น”<sup>33</sup> และมีความเห็นว่าแม่น้ำคงคาเป็นแม่น้ำของประเทศอินเดีย<sup>34</sup> แม้ว่าต่อมาจะไม่ได้อ้างถึงทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันสมบูรณ์ในการแสดงจุดยืนต่อคณะกรรมการฝ่ายการเมืองพิเศษ (Special Political Committee) ของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ โดยประเทศอินเดียได้แสดงความเห็นว่า รัฐริมน้ำมีสิทธิได้รับการแบ่งน้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล<sup>35</sup> ประเทศอินเดียยังคงใช้หลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันสมบูรณ์ในการยืนยันว่าประเทศอินเดียมีอิสระอย่างเต็มที่ (full freedom) ในการใช้น้ำจากแม่น้ำสินธุ (Indus river)<sup>36</sup> แม้ต่อมาจะใช้หลักการแบ่งน้ำอย่างเป็นธรรม (equitable apportionment) เมื่อทำสนธิสัญญาแบ่งน้ำในแม่น้ำสินธุกับประเทศปากีสถาน (Indus Water Treaty 1960)<sup>37</sup> ส่วนประเทศเอธิโอเปีย อ้างถึงทฤษฎีนี้ในกรณีของแม่น้ำไนล์

---

ตาม ข้อ 2 ของ Boundary water treaty 1909 ของแคนาดานั้นไม่ถูกต้องเนื่องจากไม่ใช่กฎหมายระหว่างประเทศโปรดดู Shapiro-Libai, Nitza (1969) "Development of International River Basins: Regulation of Riparian Competition," Indiana Law Journal: Vol. 45: Iss. 1, Article 2. แหล่งที่มา: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol45/iss1/p.36>.

<sup>33</sup>Dellapenna, Joseph W. "Two Rivers and the Lands between: Mesopotamia and the International Law of Transboundary Waters, The," *BYU J. Pub. L.* 10 (1996): 213,230-1. in Cunningham, Scott L. "Do Brothers Divide Shares Forever: Obstacles to the Effective Use of International Law in Euphrates River Basin Water Issues." *U. Pa. J. Int'l Econ. L.* 21 (2000): 145.

<sup>34</sup>Caponera, Dante Augusto. "Principles of Water Law and Administration: National and International." Rotterdam: A.A. Balkema, (1992.): 213.

<sup>35</sup>Okowa, Phoebe N. "Stephen C. McCaffrey, "The Law of International Watercourses: Non-Navigational Uses" Oxford: Oxford University Press, (2001) 500. .in *Yearbook of International Environmental Law* 12.1 (2002): 118.

<sup>36</sup>.ในขณะที่เกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำสินธุระหว่างประเทศอินเดียและประเทศปากีสถาน ประเทศอินเดียมีความเห็นว่า ทั้งสองประเทศมีเขตอำนาจอย่างเต็มที่เหนือการจัดการ การควบคุม และการใช้น้ำซึ่งมีอยู่ (available) ตามธรรมชาติในเขตแดนของรัฐนั้นๆ ในขณะที่ประเทศปากีสถานเห็นว่าประเทศปากีสถานมีสิทธิในแม่น้ำที่เข้าร่วมกัน (common river) เมื่อพิจารณาถึงประวัติศาสตร์ กฎหมาย และการแบ่งปันน้ำอย่างเท่าเทียมกัน (equitable share)

<sup>37</sup>R.R. Baxter, "The Indus Basin", in *The Law of International Drainage Basin*, ed., Garretson,p. 453. ในกรณีข้อพิพาทระหว่างประเทศอินเดียและปากีสถานนั้น ภายหลังจากการแบ่งรัฐปัญจาบในปี 1947 ให้กับประเทศอินเดียและประเทศปากีสถานประเทศละส่วนตามการนับถือศาสนา โดยมีแนวการแบ่งผ่านกลางพื้นที่ที่มีการพัฒนาระบบชลประทานอย่างมาก ก่อให้เกิดปัญหาความขัดแย้งระหว่างประเทศอินเดียและประเทศปากีสถานในประเด็นน้ำในคลองส่งน้ำจากประเทศอินเดียมายังประเทศปากีสถาน และการใช้น้ำของแม่น้ำสินธุและสาขา เมื่อการเจรจาระหว่างสองประเทศไม่ประสบผลสำเร็จ ธนาคารเพื่อการบูรณะและพัฒนาาระหว่างประเทศ ( International Bank for Reconstruction and Development; IBRD) ได้



ทฤษฎีดังกล่าว มีทั้งนักกฎหมายที่มีความเห็นสนับสนุน และมีความเห็นแย้งโดยนักกฎหมายบางกลุ่มเห็นด้วยกับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันสมบูรณ์ว่า “แม่น้ำเป็นทรัพย์สินของผู้ซึ่งเป็นเจ้าของดินแดนที่แม่น้ำนั้นไหลผ่าน”<sup>38</sup> และหากแม่น้ำเป็นแม่น้ำนานาชาติ (multinational river) ที่ไหลผ่านมากกว่าหนึ่งรัฐ แต่ละส่วนของแม่น้ำจะอยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐที่แม่น้ำไหลผ่านหากไม่มีสนธิสัญญาที่กำหนดไว้ ดังนั้น แม่น้ำก็เป็นเหมือนกับดินแดนที่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐ (territorial jurisdiction) การจำกัดเขตอำนาจรัฐโดยกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและกฎหมายทั่วไปนั้นจึงเป็นการไม่สมควร (inappropriate)<sup>39</sup> โดยมีข้อสังเกตว่า กฎหมายระหว่างประเทศนั้นยอมรับภาระจำยอม (servitude) ซึ่งปรากฏในกฎหมายระบบคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ในลักษณะสิทธิที่จะไม่ถูกรบกวนการไหลของน้ำจากแม่น้ำหรือไม่ เมื่อพิจารณาถึงสิทธิอธิปไตยในลักษณะการครอบครองรัฐต้นน้ำซึ่งเป็นเจ้าของน้ำในส่วนต้นน้ำไม่จำเป็นต้องมีพันธกรณีในการงดเว้น

---

เข้ามาเป็นศูนย์กลางและเสนอแผนการพัฒนาและใช้น้ำจากลุ่มแม่น้ำสินธุ (Development and Use of the Indus Basin Waters of February 5, 1954) ซึ่งได้มีการแก้ไขแผนดังกล่าวและบรรจุไว้ในสนธิสัญญาแม่น้ำสินธุ ปี 1960 (the Indus Water Treaty of 1960) ซึ่งเป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศอินเดีย ประเทศปากีสถาน และธนาคารเพื่อการบูรณะและพัฒนาระหว่างประเทศ โดยสนธิสัญญากำหนดให้มีการแบ่งน้ำให้กับสองประเทศ โดยประเทศอินเดียสามารถใช้น้ำจากแม่น้ำสาขาทางตะวันออกโดยไม่มีข้อจำกัด ขณะที่ประเทศปากีสถานจะได้รับน้ำจากแม่น้ำสาขาทางตะวันตกโดยปราศจากข้อจำกัดเช่นกัน (All the waters of the eastern rivers (Sutlej, Beas and Ravi) would be available for the unrestricted use of India. Pakistan would be allowed unrestricted use of all the waters of the western rivers (Indus, Jhelum and Chenab).” .ในกรณีดังกล่าวแม้จะมีลักษณะเป็นการแบ่งปันน้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม แต่การกำหนดให้รัฐได้รับส่วนแบ่งน้ำและสามารถใช้น้ำได้ฝ่ายเดียวโดยไม่ถูกขัดขวาง สะท้อนให้เห็นถึงความประสงค์ที่จะควบคุมและความไม่ไว้วางใจกันระหว่างรัฐภาคี ในการที่จะร่วมมือในการพัฒนาและใช้แม่น้ำร่วมกัน ซึ่งการแยกกันกำหนดแผนการบริหารจัดการ แม้จะเป็นการยอมรับสิทธิอธิปไตยของรัฐ แต่ก็ทำให้มีค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติตามแผนเพิ่มมากขึ้น ซึ่งในมุมมองทางเศรษฐกิจแล้วเป็นการใช้น้ำที่ไม่มีประสิทธิภาพ โปรดดู Shapiro-Libai, Nitza "Development of International River Basins: Regulation of Riparian Competition," *Indiana Law Journal*: Vol. 45: Iss. 1, Article 2. (1969) แหล่งที่มา: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol45/iss1/2p.26>.

<sup>38</sup>“a river, viewed as a stream, is the property of the people through whose territory it flows, or the ruler under whose sway that people is... to them all things produced in the river belong.” Grotius, H., and S.C. Neff. Hugo Grotius “the Law of War and Peace: Student Edition.” Cambridge University Press, (2012.) : 99

<sup>39</sup> G. Schwarzenberger, “a manual of international law 105” (1960). อ้างถึงใน Shapiro-Libai, Nitza. "Development of International River Basins: Regulation of Riparian Competition." *Indiana Law Journal* 45, no. 1 (1969): 24.

การผันน้ำที่รัฐเป็นเจ้าของ และรัฐท้ายน้ำซึ่งเป็นเจ้าของน้ำในส่วนท้ายน้ำ ย่อมไม่ได้รับน้ำอย่างเต็มจำนวน<sup>40</sup>

อย่างไรก็ตาม แม้ทฤษฎีดังกล่าวจะสอดคล้องกับหลักอำนาจอธิปไตยแต่กลับเอื้อประโยชน์แก่รัฐต้นน้ำ (upstream state) มากเกินไป ไม่สอดคล้องกับผลประโยชน์ของรัฐท้ายน้ำ และขัดต่อหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย ที่รัฐต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่น ในปัจจุบันทฤษฎีนี้จึงไม่ได้รับการยอมรับจากรัฐอื่นๆ โดยรัฐที่ให้การสนับสนุนมักจะอ้างถึงทฤษฎีนี้ในขั้นตอนการเจรจาโดยที่อีกทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาเมื่อทำสนธิสัญญากับประเทศเม็กซิโกในภายหลังก็ได้ยึดหลักการแบ่งปันอย่างเป็นธรรมแทน<sup>41</sup> ทั้งนี้ ในกรณีพิพาทระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศแคนาดาดังกล่าว ประเทศสหรัฐอเมริกาก็มีความเห็นเกี่ยวกับหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันสมบูรณ์ว่าไม่ได้หมายความว่าถึงขั้นที่จะสามารถทำให้เกิดความเสียหายกับรัฐอื่นได้

มีนักกฎหมายบางกลุ่มที่ไม่เห็นด้วยกับทฤษฎีทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันสมบูรณ์ โดยมีความเห็นว่า รัฐมีพันธกรณีที่จะต้อง “ไม่เปลี่ยนแปลงเงื่อนไขตามธรรมชาติ ของดินแดนของรัฐนั้นให้เกิดความเสียหายเปรียบต่อเงื่อนไขทางธรรมชาติในดินแดนของรัฐเพื่อนบ้าน ตัวอย่างเช่น การหยุดหรือผันการไหลของน้ำซึ่งไหลจากดินแดนของตนไปยังประเทศเพื่อนบ้าน”<sup>42</sup> ทั้งนี้ รัฐไม่สามารถอ้าง

<sup>40</sup> It is doubtful whether international law can be said to have recognized any servitude corresponding to that existing in civil and in common law in the form of a right to uninterrupted flow of streams and rivers. Conscious of the possession of the traditional rights of sovereignty, states in possession of the upper waters of a river have not recognized any general obligation to refrain from diverting its waters and thereby denying to the states in possession of the lower waters the benefits of its full flow. Such restrictions as have been recognized, have been in every case the result of treaty stipulations”Fenwick, Charles G. "International Law, 1948. อ้างถึงใน Shapiro-Libai, Nitza. "Development of International River Basins: Regulation of Riparian Competition." *Indiana Law Journal* 45, no. 1 (1969): p.24.

<sup>41</sup> Convention between the United States and Mexico Equitable Distribution of the Waters of the Rio Grande January 16, 1907 ,preamble.

<sup>42</sup>“alter the natural conditions of its own territory to the disadvantage of the natural conditions of a territory of a neighboring state – for instance to stop or to divert the flow of a river which runs from its own into neighbouring territory ” Oppenheim, Lassa Francis Lawrence, and Sir Hersch LAUTERPACHT. *International Law...* Edited by H. Lauterpacht. Longmans, Green & Company, 1955.อ้างถึงใน อ้างถึงใน Shapiro-Libai, Nitza. "Development of International River Basins: Regulation of Riparian Competition." *Indiana Law Journal* 45, no. 1 (1969): p.29.

หลัก self preservation ได้นอกเสียจากเป็นกรณีที่มีความจำเป็น (necessity<sup>43</sup>) และเป็นไปเพื่อการป้องกันการละเมิดที่อาจเกิดกระทันหันหรือการละเมิดที่เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง ทั้งนี้ นักกฎหมายยังมีความเห็นว่าแนวคิดนี้ (Harmon doctrine) ไม่เคยปรากฏในกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับแม่น้ำและไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้รัฐมีอิสระที่จะทำอะไรก็ได้ (กับแม่น้ำระหว่างประเทศในดินแดนของตน) ตามที่รัฐต้องการ แนวคิดนี้จึงเป็นเพียงการกล่าวอ้างของรัฐเท่านั้น<sup>44</sup> นอกจากนี้ ยังมีความเห็นของนักกฎหมายว่าอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐจะต้องไม่ถูกใช้ในลักษณะที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่น และต้องมีความสุจริตสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ และกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไป<sup>45</sup> ซึ่งนอกจากความกังวลว่าทฤษฎีนี้จะก่อให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบหรือความเสียหายแก่รัฐริมน้ำแล้ว ยังมีความกังวลว่าทฤษฎีนี้จะขัดขวางความก้าวหน้าในการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศด้วย<sup>46</sup>

## (2) ทฤษฎีบูรณภาพเหนือดินแดน (Absolute territorial integrity)

ตามทฤษฎีนี้ รัฐมีบูรณภาพเหนือดินแดนที่จะไม่ถูกรัฐอื่นรบกวนแทรกแซง จึงมีสิทธิที่จะคาดหมายได้ว่าน้ำ (ในแม่น้ำระหว่างประเทศ) ในปริมาณเดียวกันจะไม่ถูกรบกวนทั้งในแง่ปริมาณและคุณภาพจากรัฐอื่น และจะไหลมาสู่ดินแดนของตน หากการใช้น้ำของรัฐถูกแทรกแซงหรือได้รับความกระทบกระเทือนจากรัฐอื่นก็จะเป็นการละเมิดบูรณภาพเหนือดินแดนของรัฐนั้น รัฐท้ายน้ำจึงสามารถเรียกร้อง<sup>47</sup> การไหลตามปกติ (Natural Flow) ของแม่น้ำระหว่างประเทศจากรัฐต้นน้ำได้และจะยอม

<sup>43</sup>แนวคิดเรื่อง State of necessity หรือ self preservation เป็นแนวคิดที่เป็นสถานการณ์ที่จะยกเว้นความรับผิดชอบ (precluding of wrongfulness) ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐมีหนทางเดียวที่จะผลประโยชน์ที่สำคัญซึ่งอาจได้รับอันตรายอย่างร้ายแรง ด้วยการกระทำที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศต่อรัฐอื่น

<sup>44</sup> Jerome Lipper. "equitable utilization" in Garrettson et al. "the law of international drainage basin," (1967) : 22-23.

<sup>45</sup>"The territorial sovereignty of a state must not be exercised in a manner detrimental to other states but in good faith in compliance with international obligations and with international law in general." Milan Sahovi & William Bishop, "The Authority of the State. Its Range with Respect to Persons and Places : in manual of public international law 311, 314 .Max Serensen ed., (1968) อ้างถึงใน McCaffrey, Stephen C. "Harmon Doctrine One Hundred Years Later: Buried, Not Praised, The." Nat. Resources J. 36 (1996): 551.

<sup>46</sup> Shapiro-Libai, Nitza "Development of International River Basins: Regulation of Riparian Competition," Indiana Law Journal: Vol. 45: Iss. 1, Article 2. (1969) แหล่งที่มา: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol45/iss1/2> : 28.

<sup>47</sup> Owen McIntyre มีความเห็นว่า ทฤษฎีบูรณภาพเหนือดินแดนอาจให้สิทธิรัฐท้ายน้ำในการคัดค้าน (veto) เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงใดๆในระบอบของลำน้ำระหว่างประเทศจะต้องได้รับความยินยอมในเบื้องต้น (Prior consent) ของรัฐดังกล่าว

ให้รัฐเพื่อนบ้านใช้น้ำในปริมาณที่น้อยที่สุดเท่านั้น สอดคล้องกับหลักกฎหมายคอมมอนลอว์เรื่องสิทธิของรัฐริมน้ำ และมักจะคุ้มครองการใช้น้ำที่มีอยู่แล้วหรือมีมาก่อน อีกทั้งคุ้มครองรัฐทำน้มาจากความเสียหายในการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศของรัฐเพื่อนบ้าน<sup>48</sup> สอดคล้องกับหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย<sup>49</sup> และอาจนำไปสู่พันธกรณีทั่วไปในการร่วมมือกันระหว่างรัฐริมน้ำซึ่งมีความสำคัญในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม<sup>50</sup> ทฤษฎีบูรณาภาพเหนือดินแดนได้รับการยอมรับจากนักกฎหมายหลายท่าน โดยมีความเห็นว่า การไหลของแม่น้ำระหว่างประเทศ ไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของรัฐริมน้ำรัฐใดรัฐหนึ่ง และเป็นกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่รัฐไม่สามารถบงกชเงื่อนไขทางธรรมชาติภายในดินแดนของตนในลักษณะที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐเพื่อนบ้าน โดยเหตุผลดังกล่าว รัฐจึงไม่เพียงแต่ถูกห้ามมิให้หยุดการไหลของน้ำหรือผันน้ำที่ไหลจากรัฐนั้นไปยังรัฐเพื่อนบ้าน หากแต่ยังรวมไปถึงการใช้น้ำในแม่น้ำที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐเพื่อนบ้านด้วย<sup>51</sup> แต่ทฤษฎีนี้ก็ได้รับการยอมรับมากนักเพราะเอื้อประโยชน์ให้ประเทศทำน้ามากเกินไปและทำให้รัฐต้นน้ำเสียประโยชน์ อีกทั้งไม่มีความชัดเจนในข้อบ่งชี้ว่าการใช้น้ำจากแม่น้ำในลักษณะใดที่จะก่อให้เกิดอันตราย (causes danger) ทำให้ไม่สามารถใช้น้ำได้ตามปกติ (prevents from making proper use) ก่อให้เกิดความเสียหาย (detrimental) เป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของลำน้ำ (seriously modifies the

---

ก่อน โปรดดู McIntyre, Owen. "Environmental protection of international watercourses under international law." Ashgate Publishing, Ltd., (2007)

<sup>48</sup>Salman, Salman M.A.; Uprety, Kishor.. "Conflict and Cooperation on South Asia's International Rivers : A Legal Perspective." Washington, DC: World Bank. © World Bank. (2003) แหล่งที่มา : <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/15171>. : 14 para 2.

<sup>49</sup> stephen c. Mccaffrey, "the law of international watercourses 128" (2001). in Spiegel, Carolin. "International Water Law: The Contributions of Western United States Water Law to the United States Water Law to the United Nations Convention on the Law of the Non-Navigable Uses of International Watercourses." *Duke Journal of Comparative & International Law* 15.2 (2005): 335.

<sup>50</sup>Earle, Anton, et al. "Transboundary water management: Principles and practice." Earthscan,(2013.): 63.

<sup>51</sup> But the flow of not-national, boundary and international rivers is not within the arbitrary power of one of the riparian states, for it is a rule of International Law that no state is allowed to alter the natural conditions of its own territory to the disadvantage of the natural conditions of the territory of a neighboring state. For this reason a state is not only forbidden to stop or divert the flow of a river which runs from its own to a neighboring state, but likewise to make such use of the water of the river as either causes danger to the neighboring state or prevents it from making proper use of the flow of the river on its party.) I. Oppenheim, international law: a treatise 464 (1955). อ้างถึงใน Shapiro-Libai, Nitza "Development of International River Basins: Regulation of Riparian Competition," *Indiana Law Journal*: Vol. 45: Iss. 1, Article 2. (1969) Available at: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol45/iss1/2> :28.

essential character of the stream) ซึ่งทำให้เกิดความกำกวมและเกิดความขัดแย้งกันในการนำ  
ทฤษฎีนี้ไปใช้<sup>52</sup>

ประเทศที่เห็นด้วยกับทฤษฎีบูรณาภาพเหนือดินแดน นี้ ได้แก่ ประเทศอาร์เจนตินา ประเทศ  
อียิปต์ ประเทศสเปน<sup>53</sup> ประเทศบังคลาเทศ เป็นต้น โดยประเทศอียิปต์อ้างถึงทฤษฎีบูรณาภาพเหนือ  
ดินแดน ในการประชุมของหน่วยงานเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศ ที่ Dakar ปี 1981 ว่า หากไม่มี  
สนธิสัญญาที่กำหนดเงื่อนไขเป็นอย่างอื่น “รัฐริมน้ำมีสิทธิเต็มที่ที่จะรักษาสภาพเดิมของการไหลของ  
น้ำในดินแดนของรัฐนั้น” และ “ไม่มีประเทศใดที่มีสิทธิใช้มาตรการไม่ว่าในทางบวกหรือทางลบให้มี  
ผลต่อการไหลของแม่น้ำในรัฐอื่น”<sup>54</sup> ส่วนประเทศปากีสถานมีความเห็นที่สอดคล้องกับทฤษฎีนี้ ใน  
กรณีพิพาทระหว่างประเทศอินเดียและประเทศปากีสถาน ว่า “ปริมาณน้ำไม่อาจถูกขวางกั้นไม่ว่าใน  
กรณีใด”

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า รัฐที่สนับสนุนทฤษฎีนี้ เช่น ประเทศอียิปต์ มีแนวทางปฏิบัติที่ได้  
เคยให้ความเห็นชอบกับโครงการของรัฐเหนือน้ำ ดังเช่น เขื่อน Owen Fall ของประเทศอุกันดา  
ขณะที่ประเทศอียิปต์ยอมให้ค่าชดเชยสำหรับมาตรการปกป้องการชลประทานในประเทศอียิปต์ ซึ่ง  
ก่อให้เกิดความสูญเสียในการผลิตกระแสไฟฟ้าพลังน้ำ อีกทั้งยังเป็นรัฐริมน้ำที่มีความพยายามในการ  
พัฒนากรอบความร่วมมือเพื่อนำไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนในลุ่มแม่น้ำไนล์<sup>55</sup> เช่นกันกับประเทศ

<sup>52</sup> Shapiro-Libai, Nitza (1969) "Development of International River Basins: Regulation of Riparian  
Competition," Indiana Law Journal: Vol. 45: Iss. 1, Article 2. Available at:  
<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol45/iss1/2p.30>.

<sup>53</sup> Bruhacs มีความเห็นว่าทฤษฎีนี้ไม่ได้รับการยอมรับในคดี Lac Lanoux (1957) ซึ่งเป็นคดีระหว่างประเทศสเปนและ  
ประเทศฝรั่งเศส เมื่อประเทศฝรั่งเศสใช้ทะเลสาบ Lanoux ซึ่งเป็นแหล่งน้ำของแม่น้ำ Carol ในประเทศสเปนเป็นอ่างเก็บน้ำ  
ชั่วคราวในการผันน้ำจากทะเลสาบปลงสู่แม่น้ำ Ariege ในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งประเทศสเปนทียกทฤษฎีบูรณาภาพเหนือดินแดน  
ขึ้นอ้างเพื่อมิให้มีการเปลี่ยนแปลงใดๆเกิดขึ้นในแม่น้ำ Carol โดยปราศจากความยินยอมจากประเทศสเปนก่อน โปรดดูบทที่ 3

<sup>54</sup> "Each riparian country has the full right to maintain the status quo of the rivers flowing through its  
territory... it results from this principle that no country has the right to undertake any positive or negative  
measure that could have an impact on the river's flow in other countries... a river's upper reaches should  
not be touched lest this should affect the flow of quantity of its water... in general any works at a river's  
upper reaches that may affect the countries at the lower reaches are banned unless negotiations have taken  
place." โปรดดู McCaffrey, Stephen C. "The law of international watercourses: Non-navigational uses." British  
year book of international law 73 (2003): 130.

<sup>55</sup> McCaffrey, Stephen C. "The law of international watercourses: Non-navigational uses." British year  
book of international law 73 (2003): 131.

ปากีสถาน ในกรณีเกี่ยวกับแม่น้ำสินธุ ซึ่งในระยะเริ่มแรกที่ได้เจรจาทางการทูตกับประเทศอินเดีย ได้มีทำให้อ้างอิงถึงหลักทฤษฎีบูรณาภาพเหนือดินแดน แต่ในระยะต่อมาก็ได้เห็นด้วยกับหลักการแบ่งน้ำอย่างเป็นธรรม (equitable apportionment) สำหรับน้ำซึ่งประเทศปากีสถานและประเทศอินเดียใช้ร่วมกัน

ทฤษฎีบูรณาภาพเหนือดินแดนเป็นทฤษฎีที่ตรงข้ามกับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันสมบูรณ์ โดยที่ทั้งสองทฤษฎีไม่ได้ให้น้ำหนักกับสิทธิและหน้าที่ ที่ควรจะเกิดขึ้นมาพร้อมกับอำนาจอธิปไตย กล่าวได้ว่าทั้งสองทฤษฎีเป็นทฤษฎีที่ไม่สามารถนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐริมน้ำได้อย่างมีประสิทธิภาพ และอาจนำไปสู่การหาข้อยุติที่ต้องใช้ระยะเวลายาวนานของรัฐริมน้ำ<sup>56</sup> ซึ่งนักกฎหมายได้ให้ความเห็นว่าทั้งสองทฤษฎีเป็นเพียงเครื่องมือในการสนับสนุน (tool of advocacy) มากกว่าจะเป็นหลักกฎหมายที่ช่วยในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐ<sup>57</sup>

2.2.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนและแม่น้ำระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว (lex lata)

ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด เป็นทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางมากกว่าสองทฤษฎีแรก ดังปรากฏหลักฐานในสนธิสัญญาและเอกสารทางกฎหมายอื่นซึ่งเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศ ที่รัฐริมน้ำจะต้องไม่กระทำการใดๆ ให้รัฐริมน้ำอื่นได้รับความเสียหาย และเป็นแนวปฏิบัติของรัฐเมื่อเกิดข้อพิพาทระหว่างรัฐริมน้ำ เนื่องจากเป็นทฤษฎีที่ประสานผลประโยชน์ของรัฐเหนือน้ำและรัฐท้ายน้ำ และนำไปสู่การร่วมมือระหว่างรัฐริมน้ำในการใช้และบริหารจัดการแม่น้ำระหว่างประเทศด้วย

- ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด (Limited territorial Sovereignty)

ตามทฤษฎีนี้รัฐริมน้ำทุกรัฐมีสิทธิใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐอย่างอิสระและเท่าเทียมกัน (equality) โดยต้องเคารพอำนาจอธิปไตย และสิทธิซึ่งกันและกัน ซึ่งสิทธิของรัฐจะถูกจำกัดภายใต้พันธกรณีที่จะไม่ใช้ดินแดนของตนในลักษณะที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐริมน้ำอื่น เป็นทฤษฎีที่มีความสมดุลกว่าสองทฤษฎีแรกเพราะเป็นการประสานประโยชน์ของรัฐ

<sup>56</sup> Dante A Caponera. "Principles of Water Law and Administration: National and International 2nd edition", Marcella Nanni. (2007): 131.

<sup>57</sup> McCaffrey, Stephen C. "The law of international watercourses: Non-navigational uses." British year book of international law 73 (2003): 129-130.

ต้นน้ำและรัฐท้ายน้ำ ทำให้รัฐริมน้ำมีการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศโดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่น การใช้น้ำของรัฐต้นน้ำตามทฤษฎีนี้ต้องไม่รบกวนการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม (equitable and reasonable) ของรัฐท้ายน้ำ ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับมากที่สุด สะท้อนให้เห็นถึงหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล<sup>58</sup> และก่อให้เกิดพันธกรณีแก่รัฐที่จะใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศโดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐริมน้ำ (riparian state) อื่น<sup>59</sup> กล่าวคือ เป็นหลักการที่ยอมรับสิทธิของรัฐเหนือน้ำและรัฐท้ายน้ำและยังสอดคล้องกับหลักอำนาจอธิปไตย สอดคล้องกับหลักการเป็นเพื่อนบ้านที่ดี (good neighborliness) สะท้อนการตระหนักของรัฐถึงความจำเป็นในการอยู่ร่วมกันและใช้ทรัพยากรธรรมชาติร่วมกัน นำไปสู่หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรม (equitable utilization) หลักผลประโยชน์รวมของสังคม (community of interest) และหน้าที่ในการร่วมมือ (duty to cooperate) อย่างไรก็ตามในปัจจุบันรัฐยังมีแนวนโยบายและกฎหมายเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศบนฐานของหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน แม้จะมีการยอมรับหลักการเป็นเพื่อนบ้านที่ดี ทำให้ยังมีความตึงเครียดระหว่างรัฐริมน้ำอยู่<sup>60</sup>

ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีที่มีแนวทางปฏิบัติของรัฐ (state practice) และมีปรากฏอ้างถึงในคำพิพากษาเกี่ยวกับข้อพิพาทเรื่องแม่น้ำระหว่างประเทศ กล่าวได้ว่าเป็นทฤษฎีที่ถูกหยิบยกมาใช้อย่างกว้างขวาง ทั้งนี้ ยังสอดคล้องกับหลักการของกฎหมายโรมัน *sic utere tuo ut alienum non laedas* หรือ การใช้ทรัพย์สินโดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น<sup>61</sup> ทั้งนี้ รัฐริมน้ำทุกรัฐโดย

<sup>58</sup> หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล มีลักษณะเป็นการยอมรับว่า แม่น้ำระหว่างประเทศเป็นทรัพยากรที่ใช้ร่วมกัน และมีผลประโยชน์รวมของสังคม (community of interest) ระหว่างรัฐที่อยู่ในลุ่มน้ำเดียวกันนั้น (co-basin) ซึ่งหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลเป็นหลักการกว้างๆ เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่น และจะมีการพิจารณาปัจจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ความต้องการของมนุษย์ และการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม เป็นต้น โปรดดู McIntyre, Owen. *Environmental protection of international watercourses under international law*. Ashgate Publishing, Ltd., 2007.

<sup>59</sup> Herch Lauterpacht เห็นว่า รัฐไม่ได้ถูกห้ามเฉพาะการหยุดหรือการเปลี่ยนแปลงการไหลของน้ำในแม่น้ำที่ไหลจากรัฐของตนไปยังรัฐเพื่อนบ้าน แต่ต้องทำให้การใช้น้ำไม่เป็นอันตรายหรือเสียหายแก่รัฐริมน้ำ หรือไม่อาจใช้น้ำได้ตามปกติด้วยโปรดดู Rebecca M. Bratspies, Russell A. Miller, “*Transboundary harm in international law : lessons from the Trail Smelter arbitration*”. Cambridge ; New York : Cambridge University Press, (2009):.142.

<sup>60</sup> Islam, Nahid. “The law of non-navigational uses of international watercourses : options for regional regime-building in Asia” in Nahid Islam “*Kluwer Law International ; Sold and distributed in North, Central, and South America*” Aspen Publishers Alphen aan den Rijn, The Netherlands : Frederick, MD (2010) : 101 para 2

<sup>61</sup> ในคดี Island of Palmas ผู้พิพากษา Huber เห็นว่า อำนาจอธิปไตยนั้น “เกี่ยวข้องกับสิทธิที่รัฐสามารถกระทำการใดๆ” และในขณะที่เดียวกันก็เกี่ยวข้องกับ “พันธกรณีที่ปกป้องสิทธิของรัฐอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิที่มีบูรณาภาพ”

ธรรมชาติแล้วเป็นหน่วยทางกายภาพที่ไม่อาจแยกจากกัน มีความพึ่งพากันระหว่างรัฐเหนือน้ำและรัฐท้ายน้ำในลุ่มน้ำซึ่งควรได้รับการปฏิบัติในลักษณะที่ไม่แบ่งแยก ทฤษฎีนี้จึงเป็นการเน้นย้ำแนวคิดสิทธิและหน้าที่ร่วมกันต่อการยกเว้นสิทธิผูกขาดหรือสิทธิเหนือกว่าของรัฐเหนือน้ำหรือท้ายน้ำ

ทั้งทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันสมบูรณ์ ทฤษฎีบูรณภาพเหนือดินแดน ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด เป็นทฤษฎีที่ถูกอ้างถึงโดยรัฐริมน้ำทั้งที่มีฐานะเป็นรัฐเหนือน้ำและรัฐท้ายน้ำเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของตน ทั้งนี้ทรัพยากรน้ำในกรณีของแม่น้ำระหว่างประเทศนั้นต่างจากทรัพยากรร่วมกันระหว่างรัฐทั่วไปเนื่องจากตำแหน่งที่ตั้งทางภูมิศาสตร์ของรัฐริมน้ำ มักจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิของรัฐริมน้ำอื่นโดยไม่จำเป็นต้องมีการกระทำนอกเขตแดนของรัฐริมน้ำ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าลักษณะทางกายภาพคือสิ่งกำหนดสิทธิทางกฎหมายของรัฐริมน้ำ<sup>62</sup> ทั้งรัฐเหนือน้ำและรัฐท้ายน้ำจึงมีความเปราะบางต่อความเสียหายเช่นกัน การผันน้ำของรัฐเหนือน้ำ ทำให้รัฐท้ายน้ำได้รับปริมาณน้ำลดลง ในทางกลับกันหากรัฐท้ายน้ำสร้างเขื่อน รัฐเหนือน้ำก็เสี่ยงที่จะเกิดน้ำท่วมได้ ดังนั้นภายใต้หลักทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันสมบูรณ์ (Absolute territorial sovereignty หรือ Harmon doctrine) รัฐริมน้ำแต่ละรัฐสามารถดำเนินฝ่ายเดียวได้โดยชอบธรรมโดยไม่จำเป็นต้องร่วมมือกันกับรัฐอื่นในการพัฒนาหรือมีโครงการใดๆ แม้ว่าอาจเกิดผลกระทบต่อรัฐริมน้ำอื่นหรือทั้งสองฝ่าย ลักษณะที่รัฐมีสิทธิในแม่น้ำมากเกินไป ก็จะทำให้ไม่มีหลักกฎหมายที่จะควบคุมรัฐริมน้ำในการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำฝ่ายเดียว ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันสมบูรณ์จึงไม่อาจป้องกันความขัดแย้งระหว่างรัฐได้ ซึ่งการระงับและป้องกันความขัดแย้งระหว่างรัฐเป็นจุดมุ่งหมายสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศ และการอ้างหลักทฤษฎีบูรณภาพเหนือดินแดน (Absolute territorial integrity) ซึ่งให้สิทธิกับรัฐท้ายน้ำมากจนเกินไปก็อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรน้ำอย่างมีประสิทธิภาพ ตัวอย่างเช่น กรณีความขัดแย้งระหว่างประเทศอินเดียและประเทศปากีสถาน ในการแบ่งรัฐปัญจาบในปี 1947 ให้กับประเทศอินเดียและประเทศปากีสถานตามความแตกต่างทางศาสนา กำหนดพรมแดนผ่านกลางพื้นที่ซึ่งมีการพัฒนาของระบบชลประทานอย่างมาก ก่อให้เกิดความขัดแย้งเป็นเวลายาวนานระหว่างสองประเทศ เกี่ยวกับปริมาณน้ำที่จะถูกส่งผ่านคลองจากประเทศอินเดียไปยังประเทศปากีสถาน และการใช้น้ำในแม่น้ำสินธุ (Indus) และสาขา การเจรจาระหว่างรัฐบาลทั้งสองประเทศซึ่งใช้ระยะเวลายาวนานไม่ประสบความสำเร็จ จนกระทั่งธนาคารระหว่างประเทศเพื่อการบูรณะและพัฒนา (the International Bank

<sup>62</sup> John G. Laylin and Rinaldo L. Bianchi. "The Role of Adjudication in International River Disputes: The Lake Lanoux Case." *The American Journal of International Law*, Vol. 53, No. 1 (Jan., 1959) : 31.



for Reconstruction and Development) เสนอเข้าเป็นตัวกลาง (good offices) และเสนอแผนสำหรับการพัฒนาและใช้ลุ่มน้ำสินธุ (Development and Use of the Indus Basin Waters of February 5, 1954) ให้กับรัฐบาลทั้งสอง แผนพัฒนานี้ประกอบด้วยการแก้ไขสนธิสัญญา (the Indus Water Treaty of 1960) ระหว่างประเทศอินเดีย ประเทศปากีสถาน และธนาคารระหว่างประเทศเพื่อการบูรณะและพัฒนาในประเด็นการแบ่งน้ำของทั้งสองประเทศโดยประเทศอินเดียสามารถใช้น้ำทั้งหมดจากแม่น้ำทางตะวันออก ซึ่งได้แก่แม่น้ำ Sutlej แม่น้ำ Beas และ แม่น้ำ Ravi โดยไม่มีข้อจำกัด และประเทศปากีสถานสามารถใช้น้ำจากแม่น้ำทางตะวันตก ได้แก่ แม่น้ำ Indus แม่น้ำ Jhelum และ แม่น้ำ Chenab ซึ่งในระยะเวลาการเจรจาก่อนที่จะมีการตกลงทำสนธิสัญญานั้น ประเทศอินเดีย มีแนวคิดตามหลักทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันสมบูรณ์ ขณะที่ประเทศปากีสถานมีแนวคิดตามหลักทฤษฎีบูรณภาพเหนือดินแดน

สำหรับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัดนั้น แม้ว่าจะได้รับการยอมรับมากกว่าสองทฤษฎีข้างต้น แต่ยังมีปัญหาในการนำมาปรับใช้ เนื่องจากต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป ขึ้นอยู่กับสถานการณ์และข้อพิพาทของแม่น้ำระหว่างประเทศแต่ละสาย ซึ่งมีความแตกต่างกัน ทั้งนี้มีข้อสังเกตว่า ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด มีบทบาทสำคัญในการพัฒนาหลักกฎหมายจารีตประเพณีเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ เนื่องจากเป็นทฤษฎีที่ทำให้มีการกำหนดปัจจัยต่างๆที่จะถูกนำมาพิจารณาในการใช้และแบ่งปันน้ำ และยังกำหนดโครงสร้างทางทฤษฎี (theoretical structure) หรือกรอบความร่วมมือ (framework) ที่จะพิจารณาถึงการรักษาระบบนิเวศน์ อันจะทำให้ง่ายต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม<sup>63</sup> แนวทางของทฤษฎีนี้ปรากฏแพร่หลายในแนวทางปฏิบัติของรัฐ สนธิสัญญาระหว่างประเทศ คำพิพากษาของศาลภายในประเทศ และคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ ยกตัวอย่างเช่น แนวปฏิบัติของรัฐซึ่งปรากฏในการเจรจาของประเทศเนเธอร์แลนด์ ในกรณีที่ประเทศเบลเยียมผันน้ำจากแม่น้ำ Meuse โดยประเทศเนเธอร์แลนด์มีความเห็นว่า “ประเทศทั้งสองมีสิทธิตามธรรมชาติที่จะใช้น้ำจากแม่น้ำแต่ในขณะเดียวกัน ก็มีความผูกพันตามหลักกฎหมายทั่วไปที่จะงดเว้นจากการกระทำที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่ออีกฝ่าย”<sup>64</sup> เช่นกันกับในกรณีของประเทศอาร์เจนตินาและประเทศบราซิล ซึ่งในกรณีข้อพิพาทในการใช้น้ำจากแม่น้ำ Paraná เกี่ยวกับหน้าที่ในการรักษาหรือ ประเทศอาร์เจนตินาและประเทศบราซิล ได้ตกลง

<sup>63</sup> Earle, Anton, et al. “Transboundary water management: Principles and practice”. Earthscan, (2013.) : 65.

<sup>64</sup> McCaffrey, Stephen C. "The law of international watercourses: Non-navigational uses." British year book of international law 73 (2003): 139.

ทำสนธิสัญญา ในปี 1972 เกี่ยวกับความร่วมมือในด้านสิ่งแวดล้อมโดยการให้ข้อมูลเชิงเทคนิคเกี่ยวกับโครงการที่ทั้งสองประเทศจะได้ดำเนินการภายในดินแดนของตน เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมและประชาชนของประเทศเพื่อนบ้าน<sup>65</sup> ซึ่งแสดงถึงการยอมรับที่จะจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของตนโดยมิให้เกิดความเสียหายกับรัฐเพื่อนบ้าน

2.2.3 ทฤษฎีเกี่ยวกับหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนและแม่น้ำระหว่างประเทศที่มีแนวโน้มที่จะพัฒนาเป็นกฎหมายระหว่างประเทศต่อไป (lex ferenda)

ทฤษฎีผลประโยชน์รวมของสังคม เป็นทฤษฎีที่มุ่งเน้นให้เกิดการจัดการแม่น้ำระหว่างประเทศในลักษณะทรัพยากรร่วม ปรากฏในรูปของการตั้งคณะกรรมการร่วมของรัฐริมน้ำซึ่งมีหน้าที่ในการบริการจัดการแม่น้ำระหว่างประเทศตามแต่ที่รัฐริมน้ำได้ตกลงในรูปกรอบความร่วมมือหรือสนธิสัญญา โดยอาจมีหน้าที่ในการรวบรวมข้อมูล หรือระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐริมน้ำ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า ทฤษฎีผลประโยชน์รวมของสังคม ยังไม่ได้รับการยอมรับว่ามีฐานะเป็นกฎหมายซึ่งรัฐต้องปฏิบัติตาม เนื่องจากทฤษฎีผลประโยชน์รวมของสังคม แม้จะเป็นฐานของพันธกรณีในการร่วมกันของรัฐริมน้ำ (duty to cooperation) แต่ยังคงมีแนวปฏิบัติของรัฐที่ไม่เข้าร่วมในการบริหารจัดการแม่น้ำระหว่างประเทศ เช่น ในกรณีของแม่น้ำโขง ประเทศจีนซึ่งเป็นรัฐเหนือน้ำมิได้เข้าร่วมเป็นภาคีของ ความตกลงว่าด้วยความร่วมมือเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนของกลุ่มน้ำโขง 1995 อีกทั้งมิได้เข้าร่วมเป็นคณะกรรมการแม่น้ำโขง ซึ่งแสดงถึงความเห็นของรัฐต่อทฤษฎีผลประโยชน์รวมของสังคมว่ายังไม่ีผลบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตาม

- ทฤษฎีผลประโยชน์รวมของสังคม (Community of interest)

ทฤษฎีนี้เป็นแนวโน้มซึ่งปรากฏในแนวทางปฏิบัติและกฎหมายระหว่างประเทศโดยถือว่าผลประโยชน์รวมของสังคมมีรากฐานมาจากความเป็นหนึ่งเดียวกันทางสังคม กายภาพ และธรรมชาติของแม่น้ำดังนั้นแม่น้ำระหว่างประเทศโดยธรรมชาติแล้วเป็นทรัพย์สินส่วนรวม (Common property) ที่จะไม่ถูกแบ่งแยกโดยพรมแดนทางการเมือง อีกทั้งเขตของแม่น้ำระหว่างประเทศที่รัฐต้องจัดการร่วมกันนั้นอาจกินขอบเขตกว้างตามระบบทางอุทกวิทยา (hydrological system) ทั้งนี้รัฐริมน้ำทั้งหมดต้องร่วมมือกันวางแผนในการใช้น้ำทั้งลุ่มน้ำเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดและลดผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกล่าวคือ เป็นการจัดการหน่วย (unit) ของน้ำจากลุ่มน้ำระหว่างประเทศ (international

<sup>65</sup> Ibid, 141.

drainage basin) ซึ่งจะเป็นไปโดยไม่คำนึงถึงเขตแดนของรัฐ ซึ่งรัฐริมน้ำควรร่วมกันในการจัดการและพัฒนา ตลอดจนแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับจากแม่น้ำระหว่างประเทศ

แนวคิดในการจัดการแม่น้ำระหว่างประเทศในลักษณะของหน่วยซึ่งแบ่งแยกมิได้นั้น ได้รับการรับรองในการประชุม (the New York Conference) ของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ (the International Law Association) ในปี 1958 ว่า ระบบของแม่น้ำและทะเลสาบในกลุ่มน้ำจะต้องได้รับการปฏิบัติในลักษณะหน่วยรวมทั้งหมด (A system of rivers and lakes in a drainage basin should be treated as an integrated whole)<sup>66</sup> ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า การพิจารณาแม่น้ำในลักษณะหน่วยรวมทั้งกายภาพเป็นการปฏิเสธอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน หรือบูรณภาพเหนือดินแดน เนื่องจากไม่อาจอ้างสิทธิในดินแดนในการกำหนดสิทธิในการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศ แต่ต้องกำหนดว่าแม่น้ำสายดังกล่าวทั้งสายจะถูกใช้ประโยชน์อย่างไรให้เป็นประโยชน์แก่สังคมโดยรวม โดยปราศจากการอ้างสิทธิของรัฐเหนือน้ำและรัฐท้ายน้ำ

นักกฎหมายที่มีความเห็นสนับสนุนทฤษฎีนี้ เห็นว่า ระบบของแม่น้ำเป็นหน่วยทางกายภาพอันไม่อาจแบ่งแยกได้ จึงควรพัฒนาให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อสังคมมนุษย์ทั้งหมดที่แม่น้ำสายนั้นไหลผ่าน ไม่ว่าจะอ้างสิทธิ์ว่าจะมีการแบ่งแยกโดยเขตแดนทางการเมืองเป็นสองส่วนหรือมากกว่านั้นและเป็นหน้าที่ของทุกรัฐบาลที่เกี่ยวข้อง ที่จะร่วมมือภายในขอบอำนาจในการสนับสนุนความร่วมมือดังกล่าว<sup>67</sup> อีกทั้งยังให้ความเห็นว่า ในการพัฒนาแม่น้ำระหว่างประเทศดังกล่าวรัฐบาลที่เกี่ยวข้องต้องมีการชดเชยเยียวยาในความเสียหายหรือผลประโยชน์ที่ต้องเสียไป<sup>68</sup> ทฤษฎีนี้ได้รับการยอมรับโดย

<sup>66</sup> International Law Association, "Report Of The Forty-Eighth Conference Held At New York VII" (1959).

<sup>67</sup> "The first principle is that every river system is naturally an indivisible physical unit, and that as such it should be developed so as to render the greatest possible service to the whole human community which it serves, whether or not that community is divided into two or more political jurisdictions. It is the positive duty of every government concerned to cooperate to the extent of its power in promoting this development...." H. Smith, "The Economic Use Of International Rivers" (1931) : 150-51.

<sup>68</sup> "the government concerned: ... cannot be called upon to imperil any vital interest or to sacrifice without full compensation and provision for security [of] any other particular interest of its own, whether political, strategic, or economic, which the law of nations recognizes as legitimate." H. SMITH, "the economic use of international" (1931) : 150-51. อ้างถึงใน Shapiro-Libai, Nitza "Development of International River Basins: Regulation of Riparian Competition," *Indiana Law Journal*: Vol. 45: Iss. 1, Article 2. (1969) แหล่งที่มา: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol45/iss1/2> : 34.

ปรากฏหลักฐานว่ามีการนำทฤษฎีดังกล่าวมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในเนื้อหาของสนธิสัญญา ระหว่างประเทศอาทิเช่น the Agreement on the Cooperation for the Sustainable Development of the Mekong River Basin, 1995 ซึ่งได้อ้างถึงชุมชนของชาติในบริเวณแม่น้ำโขง (community of Mekong Nations) ในส่วนของอารัมภบท ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐริมน้ำภายใต้ทฤษฎี ผลประโยชน์รวมของสังคมมีความเท่าเทียมกัน<sup>69</sup> จึงทำให้มีสิทธิที่จะมีส่วนร่วมอย่างเท่าเทียมกันในการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ และยังคงมีหน้าที่ในการร่วมมือในลักษณะที่จะไม่ก่อให้เกิดผลกระทบ ต่อรัฐอื่น สอดคล้องกับ ข้อ 5<sup>70</sup> ของ the Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses, 1997 ที่ว่าการมีส่วนร่วมและการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์ กับความเท่าเทียมกันในการใช้และพัฒนาลำน้ำ (watercourse) รวมไปถึงหน้าที่ในการใช้น้ำอย่างเหมาะสมและปกป้องคุ้มครองลำน้ำ โดยจะต้องให้ความคุ้มครองจากมลพิษ และการเสื่อมโทรมในด้านอื่นๆที่เพียงพอต่อลำน้ำระหว่างประเทศ. .

จากการศึกษาเกี่ยวกับทฤษฎีทางกฎหมายการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐริมน้ำเหนือแม่น้ำ ระหว่างประเทศที่ไหลผ่านดินแดนของตนอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างรัฐริมน้ำขึ้น จึงได้มีการพัฒนาแนวคิดและทฤษฎีที่มีแนวโน้มไปสู่การบริหารจัดการแม่น้ำระหว่างประเทศร่วมกันในท้ายที่สุด โดยเริ่มจากทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันสมบูรณ์ ซึ่งรัฐริมน้ำสามารถใช้แม่น้ำระหว่าง ประเทศเสมือนเป็นทรัพยากรที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐ ซึ่งมีความเห็นของนักกฎหมายว่าเป็นการเอื้อ ประโยชน์แก่รัฐเหนือน้ำมากเกินไป เนื่องจากรัฐเหนือน้ำสามารถอ้างอธิปไตยเหนือแม่น้ำระหว่าง ประเทศ โดยไม่ต้องคำนึงถึงผลกระทบที่อาจเกิดกับรัฐริมน้ำอื่น ทฤษฎีที่สอง คือทฤษฎีบูรณาการเหนือดินแดน ซึ่งรัฐริมน้ำมีสิทธิใช้น้ำโดยไม่ถูกรบกวนหรือแทรกแซงการใช้น้ำโดยรัฐริมน้ำอื่น มี

<sup>69</sup> L. Caflisch, “Règles générales du droit des cours d’eau internationaux,” *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol VII : Dordrecht: Nijhoff, (1989), : 110, 117–18.

<sup>70</sup> Article 5 Equitable and reasonable utilisation and participation

1. Watercourse states shall in their respective territories utilise an international watercourse in an equitable and reasonable manner. In particular, an international watercourse shall be used and developed by watercourse states with a view to attaining optimal and sustainable utilisation thereof and benefits therefrom taking into account the interests of the watercourse states concerned, consistent with adequate protection of the watercourse.

2. Watercourse states shall participate in the use, development and protection of an international watercourse in an equitable and reasonable manner. Such participation includes both the right to utilise the watercourse and the duty to cooperate in the protection and development thereof, as provided in the present Convention.

ความเห็นของนักกฎหมายว่ามีลักษณะเป็นการเอื้อประโยชน์แก่รัฐทำynnน้ำมากเกินไป เนื่องจากเป็นข้ออ้างของรัฐทำynnน้ำในการเรียกร้องปริมาณน้ำที่จะได้รับและจำกัดสิทธิของรัฐเหนือน้ำ ทั้งสองทฤษฎีจึงขาดความสมดุล

สำหรับทฤษฎีที่สาม คือทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด ซึ่งรัฐมีน้ำทุกรัฐมีสิทธิใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐอย่างอิสระและเท่าเทียมกัน โดยต้องเคารพอำนาจอธิปไตย และสิทธิซึ่งกันและกัน อันเป็นการสอดคล้องกับหลักกฎหมายจารีตประเพณีในการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ คือหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล และหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย แต่ก็เป็นทฤษฎีที่จำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐเหนือแม่น้ำระหว่างประเทศ โดยที่ไม่ได้มีแนวคิดในแง่ความร่วมมือพัฒนาแม่น้ำระหว่างประเทศในฐานะทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้ร่วมกันระหว่างรัฐมากนัก จึงได้มีการพัฒนาแนวคิดทฤษฎีเป็นทฤษฎีผลประโยชน์รวมของสังคม ซึ่งมุ่งเน้นให้ความสำคัญกับผลประโยชน์โดยรวมของผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่าย และเน้นให้มีการพัฒนาแม่น้ำระหว่างประเทศร่วมกันเพื่อให้การใช้น้ำเกิดประโยชน์สูงสุด

ผู้เขียนเห็นว่าทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด เป็นทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับมากที่สุดเนื่องจากเป็นทฤษฎีที่กำหนดสิทธิหน้าที่ของรัฐมีน้ำในลักษณะที่รัฐมีน้ำทุกรัฐมีสิทธิใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐอย่างอิสระและเท่าเทียมกัน (equality) โดยต้องเคารพอำนาจอธิปไตย และสิทธิซึ่งกันและกัน ซึ่งสิทธิของรัฐจะถูกจำกัดภายใต้พันธกรณีที่จะไม่ใช้ดินแดนของตนในลักษณะที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐมีน้ำอื่นซึ่งสอดคล้องหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล และหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย ซึ่งมีสถานะเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของรัฐมีน้ำแล้ว โดยที่ทฤษฎีผลประโยชน์รวมของสังคม ยังคงมีลักษณะเป็นแนวโน้มของกฎหมายในอนาคต เนื่องจากการยอมรับว่าแม่น้ำระหว่างประเทศเป็นทรัพยากรที่รัฐมีน้ำมีสิทธิในการใช้ร่วมกัน อาจกระทบต่อการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐได้ ทำให้ยังไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายซึ่งมีผลให้รัฐมีน้ำต้องปฏิบัติตาม

ทฤษฎีเกี่ยวกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศทั้ง 4 ทฤษฎี เป็นพื้นฐานของหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ แต่ยังไม่เพียงพอที่จะเป็นการกำหนดสิทธิหน้าที่ของรัฐมีน้ำ หรือควบคุมการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศในลักษณะที่มีใช้เพื่อการเดินเรือ ซึ่งเนื่องจากมีความเป็นไปได้ที่การใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศนั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบซึ่งลำพังแต่การชดเชยเยียวยาในรูปแบบเงินนั้นยังไม่เป็นการเพียงพอ เช่น เกิดความเสียหายในลักษณะที่เป็นการเปลี่ยนแปลงในด้านปริมาณหรือคุณภาพของน้ำ ซึ่งความเสียหายที่เกิดกับแม่น้ำระหว่างประเทศ จะมี

ลักษณะเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นในลักษณะข้ามแดน (Transboundary Harm) ดังนั้น นอกเหนือจากการพิจารณาทฤษฎีเกี่ยวกับการใช้น้ำบนหลักการของหลักอำนาจอธิปไตยดังที่กล่าวมา ในข้างต้นแล้ว ยังต้องนำเอาหลักกฎหมายอื่นเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของรัฐริมน้ำ ซึ่งได้แก่ หลักการใช้น้ำ อย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล หลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย ตลอดจนบรรทัดฐานเกี่ยวกับ สิ่งแวดล้อมที่พัฒนาและเกิดขึ้นใหม่ซึ่งได้แก่ หลักการป้องกันล่วงหน้า หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน หลักการมีส่วนร่วมของสาธารณชน และหลักการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในลักษณะข้ามเขตแดน มาพิจารณาเพื่อควบคุมการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศด้วย

### 2.3 สิทธิหน้าที่ของรัฐริมน้ำ

แม่น้ำระหว่างประเทศเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่มีการไหลผ่านรัฐริมน้ำหลายรัฐ และมีแม่น้ำระหว่างประเทศหลายสายที่ไหลออกสู่ทะเล ความเสียหายใดๆที่เกิดกับแม่น้ำระหว่างประเทศจึงไม่ได้จำกัดอยู่ในรัฐใดรัฐหนึ่ง และทฤษฎีบูรณภาพเหนือดินแดน (Absolute territorial integrity) ก็ไม่สามารถใช้เป็นมาตรการป้องกันความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมที่เกิดต่อแม่น้ำระหว่างประเทศในกรณีที่มีความเสียหายมีลักษณะข้ามเขตแดนได้อย่างสมบูรณ์ อีกทั้งไม่ได้กำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบของรัฐ และไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับการชดเชยเยียวยาในความเสียหายไว้ ในกรณีที่มีการกระทำภายในดินแดนของรัฐหนึ่ง ก่อให้เกิดความเสียหายภายในดินแดนของรัฐอื่น หรือในพื้นที่ที่เข้าร่วมกันของโลก (area of global common<sup>71</sup>) ยังคงเป็นปัญหาในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งในด้านความรับผิดชอบของรัฐ (state responsibility or liability) กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการชดเชยเยียวยา (rule of remedy)<sup>72</sup>

แนวโน้มของกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศในปัจจุบัน ไม่ได้มุ่งเน้นที่การชดเชยเยียวยาในกรณีที่เกิดความเสียหาย หากแต่มีแนวโน้มไปในทางการป้องกันความเสียหายจาก

<sup>71</sup>พื้นที่ที่เข้าร่วมกันของโลก (area of global common) คือพื้นที่ที่อยู่นอกการควบคุมหรือเขตอำนาจรัฐ เช่น เขตขั้วโลก ทะเลหลวง หรืออวกาศ ซึ่งมีข้อควรพิจารณาว่า ในกรณีที่ความเสียหายเกิดกับพื้นที่ส่วนรวมของโลก รัฐจะสามารถอ้างว่าเป็นผู้ได้รับความเสียหายได้หรือไม่ เนื่องจากกรณีที่มีความเสียหายข้ามเขตแดนจะทำให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น รัฐที่ได้รับความเสียหายจะต้องเป็นรัฐที่มีสิทธิในทางกฎหมาย หรือความเสียหายที่เกิดขึ้นมีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของรัฐนั้น และ แนวปฏิบัติดั้งเดิม ไม่มีรัฐใดสามารถอ้างว่าได้รับความเสียหายแทนประชาคมโลกภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ในกรณีที่สิทธิหรือผลประโยชน์ของรัฐไม่ได้รับผลกระทบโดยตรง อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันได้มีแนวคิดของผลประโยชน์ร่วมกันของสังคมในการปกป้องพื้นที่ที่เข้าร่วมกัน ปรากฏตามสนธิสัญญาหลายฉบับ เช่น the Treaty on Principle Governing the States in the Exploration an Use of Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies, 1967 โปรตดู Xue, Hanqin. "Transboundary damage in international law. Vol. 27". Cambridge University Press, (2003) : 7

<sup>72</sup>Ibid,1.

แหล่งกำเนิด<sup>73</sup> และการก่อให้เกิดความสมดุลของผลประโยชน์ที่รัฐจะได้รับจากการใช้ทรัพยากรซึ่งเป็นทรัพยากรที่ใช้ร่วมกันระหว่างรัฐ<sup>74</sup> โดยความเสียหายข้ามเขตแดน<sup>75</sup> (transboundary damage) คือ ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับรัฐผ่านทางพื้นดิน น้ำ หรืออากาศ โดยที่แหล่งกำเนิดของความเสียหายนั้น อยู่ภายในดินแดนของรัฐ การกระทำในรัฐที่เป็นแหล่งกำเนิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์ทางกายภาพกับความเสียหายดังกล่าว เช่น กรณีของการสร้างโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ที่พรมแดนของรัฐหนึ่งและเกิดความเสียหายที่จะเกิดความเสียหายในรัฐเพื่อนบ้าน หรือกรณีของการตั้งโรงงานอุตสาหกรรมบริเวณใกล้กับรัฐเพื่อนบ้าน และควันทoxicจากโรงงานพัดเข้าไปในดินแดนของรัฐเพื่อนบ้าน นอกจากนี้ การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายจะต้องเป็นการกระทำที่เกิดจากฝีมือมนุษย์ ไม่ว่าจะโดยจงใจหรือไม่<sup>76</sup> โดยเหตุนี้ จึงไม่รวมถึงความเสียหายที่เกิดจากปัจจัยตามธรรมชาติ เช่น ภูเขาไฟระเบิด น้ำท่วม แผ่นดินไหว เป็นต้น โดยได้มีการกำหนดระดับของความเสียหายข้ามเขตแดนไว้ ด้วยการใช้ถ้อยคำต่างๆ กัน เช่น ร้ายแรง (serious) มีนัยสำคัญ (significant) เป็นต้น

เมื่อเกิดความเสียหายข้ามเขตแดนในด้านสิ่งแวดล้อม รัฐที่เป็นแหล่งกำเนิดอาจต้องรับผิดชอบในการป้องกัน หรือลด จำกัดความเสียหายนั้น หรืออาจต้องชดเชยเยียวยาความเสียหายตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ<sup>77</sup> ในกรณีของแม่น้ำระหว่างประเทศการใช้

<sup>73</sup>Ibid,2.

<sup>74</sup>โปรดดู Mr. Riphagen's comment on "the topic of international liability in the ILC deliberations," Yearbook of the ILC (1981), vol I : 221 อ้างถึงใน Xue, Hanqin. "Transboundary damage in international law. Vol. 27". Cambridge University Press, (2003). : 144

<sup>75</sup>Schachter ให้เงื่อนไขในกรณีที่ความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมจะกลายเป็นความเสียหายในลักษณะข้ามเขตแดนไว้ว่า 1. ความเสียหายดังกล่าวต้องเกิดจากการกระทำของมนุษย์ 2. ความเสียหายดังกล่าวต้องเป็นผลทางกายภาพจากการกระทำของมนุษย์ 3. ความเสียหายนั้นจะต้องเกิดผลกระทบข้ามเขตแดน 4. ต้องเป็นความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญ (significant harm) โปรดดู Schachter, Oscar. "International Law in Theory and Practice." M. Nijhoff Publishers, (1991.) : 366-368. อ้างถึงใน Xue, Hanqin. "Transboundary damage in international law. Vol. 27." Cambridge University Press, (2003.) : 4.

<sup>76</sup>กรณีที่เกิดความเสียหายข้ามเขตแดนนั้น มีทั้งที่เป็นกรณีของอุบัติเหตุ คือไม่จงใจกระทำ เช่นการระเบิดของโรงไฟฟ้านิวเคลียร์และทำให้เกิดการตกค้างของกัมมันตรังสีในสิ่งแวดล้อม หรือเกิดจากการกระทำอย่างจงใจที่อาจมีความต่อเนื่อง เช่นการปล่อยควันทoxicของโรงงานอุตสาหกรรม การทิ้งขยะหรือของเสียลงในแม่น้ำ ซึ่งจะมีผลแตกต่างกันเมื่อพิจารณาถึงประเด็นความรับผิดชอบของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

<sup>77</sup>Quentin-Baxter เห็นว่า รัฐที่เป็นแหล่งกำเนิดของความเสียหาย ต้องมีหน้าที่ 4 ประการ คือ หน้าที่ในการมีมาตรการป้องกัน หน้าที่ในการแจ้งเตือนรัฐที่อาจได้รับผลกระทบถึงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น หน้าที่ในการเจรจาในการปรึกษาหารือ และหน้าที่ในการซ่อมแซมรักษา โปรดดู R. Q. Quentin-Baxter, "Fourth Report," Yearbook of the ILC (1983), vol. II Part one อ้างถึงใน Xue, Hanqin. "Transboundary damage in international law. Vol. 27." Cambridge University Press, (2003.) : 133.

ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศอาจทำให้มีความเสียหายเกิดขึ้น ซึ่งมักเป็นความเสียหายด้านมลพิษอันเนื่องมาจากการทิ้งขยะอุตสาหกรรมและของเสียลงสู่แม่น้ำ<sup>78</sup> ประกอบกับความเสียหายที่เกิดจากการขาดแคลนน้ำ ซึ่งหลักกฎหมายที่สำคัญในการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศเพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายข้ามเขตแดน และสร้างสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของรัฐริมน้ำแต่ละรัฐนั้น ประกอบด้วยหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของรัฐริมน้ำที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว (lex lata) และ หลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของรัฐริมน้ำที่มีแนวโน้มที่จะพัฒนาเป็นกฎหมายระหว่างประเทศต่อไป (lex ferenda)

### 2.3.1 หลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของรัฐริมน้ำที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว (lex lata)

หลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของรัฐริมน้ำที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว มีผลผูกพันให้รัฐริมน้ำต้องปฏิบัติตาม ได้แก่ หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล และพันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย

#### 2.3.1.1 การใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล (Equitable and Reasonable Utilization)

หลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้น้ำที่มีใช้เพื่อการเดินเรือมีการพัฒนาอย่างรวดเร็วนับแต่ศตวรรษที่ 19 หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล เป็นสิ่งที่จะช่วยให้เกิดความร่วมมือในการบริหารจัดการแม่น้ำระหว่างประเทศทั้งระบบ โดยสอดคล้องกับทฤษฎีผลประโยชน์รวมของสังคม ซึ่งเป็นการพิจารณากลุ่มน้ำระหว่างประเทศในแนวความคิดการพัฒนาแบบบูรณาการ (integrated river basin development) หรือดังที่ได้รับการนิยามไว้ว่าเป็นการจัดการทรัพยากรน้ำของกลุ่มน้ำระหว่างประเทศเพื่อความเป็นอยู่ที่ดีของมนุษย์ ("orderly marshalling of water resources of river basins for multiple purposes to promote human welfare.")<sup>79</sup> โดยมีการพัฒนาไปในแนวทางที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมในกลุ่มน้ำดังกล่าวทั้งหมด ไม่ว่าจะสังคมนั้นจะอยู่ภายใต้เขตอำนาจเดียวกันหรือไม่ซึ่งรากฐานของหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล คือการสร้างสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของรัฐริมน้ำ โดยต้องคำนึงถึงสิ่งต่างๆ เช่น การ

<sup>78</sup> ตัวอย่างเช่นกรณีของแม่น้ำไรน์ ซึ่งถูกรัฐริมน้ำระบายของเสียจนเกิดปัญหามลพิษอย่างมาก โดยเฉพาะโลหะหนักที่เจือปน

<sup>79</sup> Thakur, B. "Perspectives in Resource Management in Developing Countries." Concept Pub. Co. Print. :21.



ใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศในลักษณะใดที่ก่อเกิดประโยชน์ต่อรัฐริมน้ำ ข้อจำกัดในการใช้ประโยชน์ และลำดับความสำคัญของการใช้ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งมีความแตกต่างกันในแต่ละกรณี เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการใช้น้ำ

แนวคิดของการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลปรากฏในการประชุมของ The International Law Association ที่นิวยอร์ก ในปี 1958 โดยได้กำหนดเกี่ยวกับการใช้น้ำในลุ่มน้ำที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐตั้งแต่สองรัฐขึ้นไปว่า เว้นแต่จะได้มีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในสนธิสัญญาหรือกฎหมายจารีตประเพณีที่มีผลผูกพันคู่กรณี รัฐริมน้ำแต่ละรัฐมีสิทธิที่จะได้รับส่วนแบ่งอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลในการใช้น้ำจากลุ่มน้ำโดยปริมาณส่วนแบ่งที่จะได้รับนั้น จะเป็นเท่าใดต้องพิจารณาจากปัจจัยต่างๆที่เกี่ยวข้องในแต่ละกรณี<sup>80</sup> ซึ่งตามหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลนี้ รัฐทุกรัฐมีสิทธิเท่าเทียมกันที่จะใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศ และถูกจำกัดสิทธิโดยรัฐอื่นซึ่งมีสิทธิในการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ ตามหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล โดยหลักแล้วรัฐทุกรัฐมีสิทธิเท่าเทียมและสัมพันธ์กัน (equal and correlative right) ในการใช้ (uses)<sup>81</sup> และแสวงหาประโยชน์ (Benefit)<sup>82</sup> จากแม่น้ำระหว่างประเทศ แต่ไม่ได้หมายความว่ารัฐจะได้รับส่วนแบ่งในปริมาณน้ำที่เท่ากัน เพราะต้องพิจารณาไปตามข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี<sup>83</sup> ซึ่งสิทธิที่เท่าเทียม (equal right) หมายถึงรัฐมีสิทธิและโอกาสในการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศเหมือนกัน ขณะที่สิทธิที่สัมพันธ์กัน (correlative right) สามารถพิจารณาได้จากสิทธิตามข้อ 2 ของ Utilisation of Non-maritime International Waters (Except for Navigation), 1961 ซึ่งเป็นงานประมวลกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้น้ำของสถาบัน

<sup>80</sup>“including: Except as otherwise provided by treaty or other instruments or customs binding upon the parties, each co-riparian state is entitled to a reasonable and equitable share in the beneficial uses of the waters of the drainage basins. What amounts to a reasonable and equitable share is a question to be determined in the light of all the relevant factors in each particular case.”

<sup>81</sup> การใช้น้ำ (Uses) ในความหมายอย่างกว้างหมายถึง การใช้น้ำทั้งในรูปแบบที่ใช้แล้วสูญหายไป (Consumptive uses) เช่น การใช้น้ำเพื่อการเกษตร และการใช้น้ำที่ไม่สูญหายไป (non- consumptive) เช่น การใช้น้ำเพื่อการระบายความร้อนในการอุตสาหกรรม

<sup>82</sup> ประโยชน์ (Benefit) หมายความรวมถึงการใช้ประโยชน์จากลักษณะพิเศษของแม่น้ำด้วย เช่นการผลิตกระแสไฟฟ้า

<sup>83</sup> ร่างกฎเกณฑ์เฮลซิงกิว่าด้วยการใช้น้ำของแม่น้ำระหว่างประเทศ ปี 1966 ข้อ 4 ระบุว่า “รัฐริมน้ำแต่ละรัฐมีสิทธิได้รับส่วนแบ่งที่เป็นธรรมในการใช้ประโยชน์จากน้ำของลุ่มน้ำระหว่างประเทศที่อยู่ภายในดินแดนของตน” (“Each basin State is entitled, within its territory, to a reasonable and equitable share in the beneficial uses of the waters of an international drainage basin”) อีกทั้งกำหนดปัจจัยบางส่วนเพื่อช่วยในการพิจารณาเกี่ยวกับการใช้น้ำที่เป็นธรรมและสมเหตุสมผลไว้ในข้อ 5 ไว้ 11 ปัจจัยด้วยกัน

กฎหมายระหว่างประเทศ (Institute of International law) ว่า “ข้อ 2 รัฐทุกรัฐมีสิทธิใช้น้ำซึ่งไหลผ่าน (traverse) หรือกำหนดเขตแดน (border) ภายใต้อำนาจที่ซึ่งถูกกำหนดโดยกฎหมายระหว่างประเทศ และข้อจำกัดตามที่กฎหมายกำหนด สิทธิเช่นนี้ถูกจำกัดโดยสิทธิในการใช้น้ำของรัฐอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับแม่น้ำหรือลุ่มน้ำเดียวกัน”<sup>84</sup> ดังนั้น สิทธิที่สัมพันธ์กันจึงหมายถึง สิทธิในการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล โดยรัฐริมน้ำต้องใช้น้ำโดยไม่รบกวนสิทธิของรัฐริมน้ำอื่นด้วย

ร่างกฎเกณฑ์เฮลซิงกิว่าด้วยการใช้น้ำของแม่น้ำระหว่างประเทศปี 1966 (The Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers, 1966) ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลในข้อ 4 ว่า รัฐลุ่มน้ำแต่ละรัฐมีสิทธิที่จะได้รับส่วนแบ่งอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมในการใช้ประโยชน์จากน้ำของลุ่มน้ำระหว่างประเทศ ที่อยู่ในดินแดนของรัฐลุ่มน้ำนั้น<sup>85</sup> และได้กำหนดแนวทาง (guideline) ในการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล โดยให้พิจารณาเป็นรายกรณีตามปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมด<sup>86</sup> โดยกำหนดปัจจัยที่เกี่ยวข้องไว้เบื้องต้น 11 ปัจจัย ได้แก่

<sup>84</sup> “Every State has the right to utilize waters which traverse or border its territory, subject to the limits imposed by international law and, in particular, those resulting from the provisions which follow. This right is limited by the right of utilization of other States interested in the same watercourse or hydrographic basin”

<sup>85</sup> chapter 2. Equitable utilization of the waters of an international drainage basin

Article iv

Each basin State is entitled, within its territory, to a reasonable and equitable share in the beneficial uses of the waters of an international drainage basin.

<sup>86</sup> Article V

I. What is a reasonable and equitable share within the meaning of article IV to be determined in the light of all the relevant factors in each particular case.

II. Relevant factors which are to be considered include, but are not limited to:

1. The geography of the basin, including in particular the extent of the drainage area in the territory of each basin State;
2. The hydrology of the basin, including in particular the contribution of water by each basin State;
3. The climate affecting the basin;
4. The past utilization of the waters of the basin, including in particular existing utilization;
5. The economic and social needs of each basin State;
6. The population dependent on the waters of the basin in each basin State;
7. The comparative costs of alternative means of satisfying the economic and social needs of each basin State;
8. The availability of other resources;

ข้อ 5 (II.) ปัจจัยที่เกี่ยวข้องและควรนำมาพิจารณาให้รวมถึงปัจจัยดังต่อไปนี้ด้วย โดยไม่ได้จำกัดอยู่แต่เพียงปัจจัยดังต่อไปนี้เท่านั้น

- (1) ลักษณะทางภูมิศาสตร์ของกลุ่มน้ำ รวมไปถึงพื้นที่รับน้ำ (drainage area) ในเขตแดนของรัฐแต่ละรัฐในกลุ่มน้ำ
- (2) ลักษณะทางอุทกวิทยาของกลุ่มน้ำ รวมถึงปริมาณน้ำที่ได้รับจากรัฐแต่ละรัฐในกลุ่มน้ำ
- (3) ผลจากสภาพภูมิอากาศที่มีต่อกลุ่มน้ำ
- (4) การใช้น้ำจากกลุ่มน้ำในอดีต รวมถึงการใช้น้ำที่ยังคงมีอยู่
- (5) ความต้องการทางสังคมและเศรษฐกิจของรัฐแต่ละรัฐในกลุ่มน้ำ
- (6) จำนวนประชากรของรัฐแต่ละรัฐในกลุ่มน้ำที่พึ่งพาน้ำจากกลุ่มน้ำ
- (7) การเปรียบเทียบค่าใช้จ่ายของทางเลือกในการตอบสนองต่อความต้องการทางเศรษฐกิจและสังคมของรัฐแต่ละรัฐในกลุ่มน้ำ
- (8) สภาพพร้อมใช้ประโยชน์ของทรัพยากรอื่น
- (9) การหลีกเลี่ยงความเสียหายที่ไม่จำเป็นในการใช้น้ำจากกลุ่มน้ำ
- (10) แนวทางความเป็นไปได้ในการชดเชยเสียหายของรัฐที่อยู่ในกลุ่มน้ำเดียวกันรัฐหนึ่งหรือมากกว่า เพื่อเป็นการปรองดองข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้น้ำ
- (11) ระดับการตอบสนองต่อความต้องการของรัฐกลุ่มน้ำโดยที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมากต่อรัฐอื่นภายในกลุ่มน้ำเดียวกันนั้น

ปัจจัยทั้งหมดเหล่านี้ สามารถนำมาพิจารณารวมกันโดยไม่มีลำดับความสำคัญก่อนหลัง แต่จะมีการให้น้ำหนักต่อปัจจัยแต่ละปัจจัยโดยพิจารณาเปรียบเทียบกับปัจจัยอื่นๆ เพื่อนำไปสู่การตัดสินใจว่าการแบ่งปันการใช้น้ำในลักษณะใดจึงจะเป็นธรรมและสมเหตุสมผลตามที่ได้กำหนดไว้ในข้อ 5 (III)<sup>87</sup> ของร่างกฎเกณฑ์เฮลซิงกิว่าด้วยการใช้น้ำของแม่น้ำระหว่างประเทศ ปี 1966

---

9. The avoidance of unnecessary waste in the utilization of waters of the basin;

10. The practicability of compensation to one or more of the co-basin States as a means of adjusting conflicts among uses; and

11. The degree to which the needs of a basin State may be satisfied, without causing substantial injury to a co-basin State.

III. The weight to be given to each factor is to be determined by its importance in comparison with that of other relevant factors. In determining what is reasonable and equitable share, all relevant factors are to be considered together and a conclusion reached on the basis of the whole.

<sup>87</sup> III. The weight to be given to each factor is to be determined by its importance in comparison with that of other relevant factors. In determining what is reasonable and equitable share, all relevant factors are to be considered together and a conclusion reached on the basis of the whole.

นอกจากนี้ ยังได้มีการกำหนดไว้ในข้อ 7 ว่า รัฐลุ่มน้ำไม่สามารถปฏิเสธการใช้น้ำจากลุ่มน้ำระหว่างประเทศที่สมเหตุสมผล เพื่อสงวนไว้ให้แก่การใช้ในอนาคตรัฐลุ่มน้ำ<sup>88</sup>

หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล ยังปรากฏตาม อนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ลุ่มน้ำระหว่างประเทศที่ไม่ใช่เพื่อการเดินเรือ ค.ศ. 1997 (Convention on Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses) ของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) โดยในข้อ 5 กำหนดว่า

“1. รัฐริมน้ำต้องใช้น้ำจากลุ่มน้ำระหว่างประเทศภายในดินแดนของตนอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ลุ่มน้ำระหว่างประเทศจะต้องถูกใช้และพัฒนาโดยรัฐริมน้ำในลักษณะที่จะได้รับผลประโยชน์จากการใช้น้ำอย่างเหมาะสม สอดคล้องกับการคุ้มครองลุ่มน้ำอย่างเพียงพอ

2. รัฐริมน้ำต้องมีส่วนร่วมในการใช้ การพัฒนา และการคุ้มครองลุ่มน้ำระหว่างประเทศอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล การมีส่วนร่วมเช่นว่านั้น รวมถึงสิทธิในการใช้น้ำ และหน้าที่ในการร่วมมือปกป้องและพัฒนาดังที่ได้กำหนดไว้ในสนธิสัญญาระดับนี้<sup>89</sup>

สำหรับปัจจัยที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาการใช้น้ำที่เป็นธรรมและสมเหตุสมผล ตามอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ลุ่มน้ำระหว่างประเทศที่ไม่ใช่เพื่อการเดินเรือ ค.ศ. 1997 (Convention on Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses) ข้อ 5 กำหนดไว้ดังนี้

1. การใช้น้ำจากลุ่มน้ำระหว่างประเทศในลักษณะที่เป็นธรรมและสมเหตุสมผลตามข้อ 5 นั้น จะต้องพิจารณาถึงปัจจัยและสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งหมด รวมถึง

<sup>88</sup> Article VII A basin State may not be denied the present reasonable use of the waters of an international drainage basin to reserve for a co-basin State a future use of such waters.

<sup>89</sup> Article 5. Equitable and reasonable utilization and participation

1. Watercourse States shall in their respective territories utilize an international watercourse in an equitable and reasonable manner. In particular, an international watercourse shall be used and developed by watercourse States with a view to attaining optimal utilization thereof and benefits therefrom consistent with adequate protection of the watercourse.

2. Watercourse States shall participate in the use, development and protection of an international watercourse in an equitable and reasonable manner. Such participation includes both the right to utilize the watercourse and the duty to cooperate in the protection and development thereof, as provided in the present articles.

- (a) ลักษณะตามธรรมชาติ เช่น ลักษณะทางกายภาพ อุทกวิทยา อุทกศาสตร์ สภาพอากาศ นิเวศวิทยา และปัจจัยอื่นๆ
- (b) ความต้องการทางสังคมและเศรษฐศาสตร์ ของรัฐริมน้ำที่เกี่ยวข้อง
- (c) การพึ่งพาลำน้ำของประชากรในแต่ละรัฐริมน้ำ
- (d) ผลของการใช้น้ำของรัฐริมน้ำหนึ่ง ต่อรัฐริมน้ำอื่น
- (e) การใช้น้ำที่มีอยู่และศักยภาพในการใช้น้ำ
- (f) การอนุรักษ์ การคุ้มครอง การพัฒนา และเศรษฐกิจ ในการใช้ทรัพยากรน้ำจาก ลำน้ำและค่าใช้จ่ายของมาตรการที่จะนำไปสู่ผลดังกล่าว
- (g) ความเป็นไปได้ของทางเลือกอื่น หรือคุณค่าร่วมกันของการวางแผนที่มีอยู่ หรือการใช้น้ำในปัจจุบัน

2. ในการใช้ข้อ 5 หรือวรรคแรกของข้อ 5 รัฐลำน้ำที่เกี่ยวข้องควรนำเอา ความต้องการที่อาจเกิดขึ้น เข้าสู่กระบวนการปรึกษาหารือในแนวทางที่มีลักษณะเป็นการร่วมมือกัน

หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล ปรากฏใน The Berlin Rules On Water Resources สมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ ได้ยกร่างขึ้น และกำหนดเกี่ยวกับหลักการใช้น้ำอย่าง เป็นธรรมและสมเหตุสมผลไว้ในข้อ 12 ว่า

1. รัฐลุ่มน้ำต้องจัดการน้ำของลุ่มน้ำระหว่างประเทศภายในดินแดนของรัฐนั้นใน ลักษณะที่เป็นธรรมและสมเหตุสมผล สอดคล้องกับพันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายกับรัฐ ริมน้ำอื่น
2. รัฐลุ่มน้ำต้องพัฒนาและใช้น้ำของลุ่มน้ำในลักษณะที่เหมาะสมและยั่งยืน โดย พิจารณาถึงผลประโยชน์ของรัฐลุ่มน้ำอื่น และเป็นการคุ้มครองน้ำอย่างเพียงพอ<sup>90</sup>

<sup>90</sup> Article 12 Equitable Utilization

1. Basin States shall in their respective territories manage the waters of an international drainage basin in an equitable and reasonable manner having due regard for the obligation not to cause significant harm to other basin States.

2. In particular, basin States shall develop and use the waters of the basin in order to attain the optimal and sustainable use thereof and benefits therefrom, taking into account the interests of other basin States, consistent with adequate protection of the waters.

The Berlin Rules On Water Resources 2004 กำหนดให้พิจารณาถึงปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้องในแต่ละกรณี และได้กำหนดปัจจัยซึ่งใช้ในการพิจารณาเกี่ยวกับหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลในข้อ 13<sup>91</sup> ดังนี้

a. ลักษณะทางภูมิศาสตร์ อุทกศาสตร์ อุทกวิทยาอุทกธรณีวิทยา สภาพภูมิอากาศ นิเวศวิทยาและลักษณะทางธรรมชาติอื่นๆ

b. ความต้องการทางเศรษฐกิจและสังคมของรัฐลุ่มน้ำที่เกี่ยวข้อง

c. ประชาชนของแต่ละรัฐลุ่มน้ำที่พึ่งพาน้ำจากลุ่มน้ำระหว่างประเทศ

d. ผลของการใช้น้ำจากลุ่มน้ำระหว่างประเทศ ต่อรัฐริมน้ำรัฐอื่น

e. การใช้น้ำที่มีอยู่แล้วและศักยภาพในการใช้น้ำจากลุ่มน้ำระหว่างประเทศ

f. การอนุรักษ์ คุ้มครอง พัฒนา และความประหยัดในการใช้ทรัพยากรน้ำ จากลุ่มน้ำระหว่างประเทศ และค่าใช้จ่ายของมาตรการที่ใช้เพื่อนำไปสู่วัตถุประสงค์ดังกล่าว

g. การเปรียบเทียบทางเลือกอื่นและคุณค่าของการใช้น้ำที่มีการวางแผนหรือที่มีอยู่

i. การจำกัดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม

3. ต้องพิจารณาปัจจัยทั้งหมดร่วมกันและให้น้ำหนักของแต่ละปัจจัยโดยการเปรียบเทียบความสำคัญกับปัจจัยอื่น

---

<sup>91</sup> Article 13 Determining an Equitable and Reasonable Use

1. Equitable and reasonable use within the meaning of Article 12 is to be determined through consideration of all relevant factors in each particular case.

2. Relevant factors to be considered include, but are not limited to:

a. Geographic, hydrographic, hydrological, hydrogeological, climatic, ecological, and other natural features;

b. The social and economic needs of the basin States concerned;

c. The population dependent on the waters of the international drainage basin in each basin State;

d. The effects of the use or uses of the waters of the international drainage basin in one basin State upon other basin States;

e. Existing and potential uses of the waters of the international drainage basin;

f. Conservation, protection, development, and economy of use of the water resources of the international drainage basin and the costs of measures taken to achieve these purposes;

g. The availability of alternatives, of comparable value, to the particular planned or existing use;

h. The sustainability of proposed or existing uses; and

i. The minimization of environmental harm.

3. The weight of each factor is to be determined by its importance in comparison with other relevant factors. In determining what is a reasonable and equitable use, all relevant factors are to be considered together and a conclusion reached on the basis of the whole.

ผู้เขียนเห็นว่า หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลนั้น เมื่อพิจารณาถึงการให้นิยามดังข้างต้นนั้น มีความสอดคล้องกันโดยกำหนดสิทธิหน้าที่ของรัฐริมน้ำในลักษณะที่กว้าง ให้รัฐริมน้ำใช้น้ำอย่างเหมาะสม เป็นธรรมและสมเหตุสมผล โดยได้รับส่วนแบ่งหรือผลประโยชน์ที่เป็นธรรมและสมเหตุสมผล เพื่อสร้างความสมดุลซึ่งต้องพิจารณาตามปัจจัยในแต่ละกรณีไป โดยกำหนดตัวอย่างของปัจจัยซึ่งอาจมีเพิ่มเติมจากที่กำหนดไว้ได้ ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น

- (1) ปัจจัยซึ่งเป็นลักษณะตามธรรมชาติ เช่น ลักษณะทางภูมิศาสตร์ อุทกศาสตร์ อุทกวิทยา อุทกธรณีวิทยา สภาพภูมิอากาศนิเวศวิทยา
- (2) ความต้องการในการใช้น้ำ ทั้งทางสังคมและเศรษฐกิจของรัฐริมน้ำ และการพึ่งพาน้ำของประชากรตลอดจนการใช้น้ำที่มีอยู่ก่อน
- (3) ผลกระทบจากการใช้น้ำต่อรัฐริมน้ำอื่น โดยพิจารณาถึงแนวทางในการชดเชยเยียวยาในความเสียหายที่อาจเกิด ตลอดจนความเป็นไปได้ของทางเลือกอื่นหรือทรัพยากรอื่น

การใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล เป็นการกำหนดสิทธิหน้าที่ของรัฐริมน้ำอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งต้องพิจารณาถึงปัจจัยต่างๆ ดังข้างต้น โดยหลีกเลี่ยงการเกิดผลกระทบกับรัฐอื่น สอดคล้องกับหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย โดยมีข้อพิจารณาว่า หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล มีการพิจารณาทั้งปัจจัยทางสิ่งแวดล้อม และปัจจัยทางเศรษฐกิจ จึงมิได้เป็นหลักกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิ่งแวดล้อม หากแต่เป็นหลักที่สร้างสมดุลทั้งการใช้น้ำและการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมด้วย

ทั้งนี้มีความเห็นของนักกฎหมายเกี่ยวกับการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล ว่า หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลนี้อยู่บนพื้นฐานของหลักความเสมอภาคแห่งอำนาจอธิปไตยของรัฐ (Sovereign Equality of state) เพราะทำให้ไม่มีรัฐใดที่จะกล่าวอ้างได้ว่าตนมีสิทธิที่จะใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศเหนือกว่ารัฐอื่น เพราะทุกรัฐมีสิทธิที่เท่าเทียมกัน นอกจากนี้ ไม่มีรัฐใดที่สามารถทำให้สิทธิในการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศของรัฐอื่นเสียหายโดยการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศไปหมดแต่เพียงรัฐเดียวหรือบางส่วน โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าการใช้น้ำนั้นมามาก่อนรัฐ

อื่นหรือไม่<sup>92</sup> และการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณี และพิจารณาถึงปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้องทั้งตัวแปรตามธรรมชาติและปรากฏการณ์ของมนุษย์<sup>93</sup>

หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลนี้ มีปรากฏทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นอยู่ (Lex lata) และในส่วกฎหมายระหว่างประเทศที่กำลังจะเป็น (Lex Ferenda) โดยในส่วนของ (Lex lata) ได้รับการรับรองโดยชัดแจ้งและโดยปริยายในสนธิสัญญาเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศหลายฉบับเช่น

- The Niagara River Water Diversion Treaty between Canada and the United States concerning the uses of the waters of the Niagara River ซึ่งมีผลบังคับใช้ในปี 1950 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการรักษาทัศนียภาพของน้ำตกไนแอการา โดยระบุถึงการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลไว้ในข้อ 5 และข้อ 6<sup>94</sup>

- The Amazon Cooperation Treaty 1978 ในส่วนอารัมภบท ข้อ 1<sup>95</sup>

- Agreement Concerning the Utilization of the Rapids of the Uruguay River in the Salto Grande Area 1946 ข้อ 1<sup>96</sup>

- Agreement on the Cooperation for the Sustainable Development of the Mekong River Basin ข้อ 5<sup>97</sup>

---

<sup>92</sup> McCaffrey, Stephen C, “The law of international watercourse non navigational uses.” New York Oxford University Press Inc., (2001) : 331.

<sup>93</sup> McCaffrey Stephen, “Establishing Rights—The Law of International Waters”, แหล่งที่มา [http://lnweb18.worldbank.org/ESSD/ardext.nsf/18ByDocName/EstablishingRightsTheLawofInternationalWaters/\\$FILE/EstablishingRightsHOrev4.pdf](http://lnweb18.worldbank.org/ESSD/ardext.nsf/18ByDocName/EstablishingRightsTheLawofInternationalWaters/$FILE/EstablishingRightsHOrev4.pdf) .

<sup>94</sup> Article 5 “All water specified in Article III of this Treaty in excess of water reserved for scenic purposes in Article IV may be diverted for power purposes.”

Article 6 “The waters made available for power purposes by the provisions of this Treaty shall be divided equally between Canada and the United States of America.”

<sup>95</sup> Article 1 “The Contracting Parties agree to undertake joint actions and efforts to promote the harmonious development of their respective Amazonian territories in such a way that these joint actions produce equitable and mutually beneficial results and achieve also the preservation of the environment, and the conservation and rational utilization of the natural resources of those territories.”

<sup>96</sup> Article 1 “The High Contracting Parties declare that, for the purposes of this Agreement, the waters of the Uruguay River shall be utilized jointly and shared equally.”

<sup>97</sup> Article 5 “To utilize the waters of the Mekong River system in a reasonable and equitable manner in their respective territories, pursuant to all relevant factor and circumstances, the Rules for Water Utilization and Inter-basin Diversion provide for under Article 26.....”



- Revised Protocol on Shared Watercourses ของ Southern African - Development Community (SADC) ข้อ 3 (7.(a))<sup>98</sup>

ในสนธิสัญญาข้างต้นล้วนแต่ระบุถึงหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลทั้งสิ้น โดยอาจมีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันแต่ก็มุ่งสื่อถึงหลักการเดียวกัน ซึ่งก็คือความเท่าเทียม (equal) ในการแบ่งน้ำเท่าๆกัน หรือแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้น้ำเท่าๆกัน

หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลในส่วนที่เป็น lex ferrunda สามารถพิจารณาได้จากงานของสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ (Institute of international law) Utilisation of Non-maritime International Waters (Except for Navigation), 1961 ซึ่งมีสาระสำคัญคือการเรียกร้องให้รัฐริมน้ำทั้งหลายระงับข้อพิพาทโดยอาศัยหลักความเป็นธรรม (Equity) ที่พิจารณาจากความจำเป็น (need) ของแต่ละรัฐ และข้อพิจารณาอื่นๆที่เกี่ยวข้องในแต่ละกรณี ตลอดจนงานของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ คือร่างกฎเกณฑ์เฮลซิงกิว่าด้วยการใช้น้ำของแม่น้ำระหว่างประเทศ (The Helsinki Rules of 1966 on the Uses of the Waters of International Rivers) ในข้อ 4 ที่นับว่าเป็นจุดเริ่มของการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล ซึ่งระบุให้รัฐลุ่มน้ำ (basin state) แต่ละรัฐมีสิทธิในการใช้ประโยชน์จากในลุ่มแม่น้ำระหว่างประเทศที่อยู่ในดินแดนของตน โดยการแบ่งอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม (reasonable and equitable shares)<sup>99</sup> เช่นกันกับอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการไหลน้ำระหว่างประเทศที่ไม่ใช่เพื่อการเดินเรือ ค.ศ. 1997 (Convention on Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses) ซึ่งได้ระบุถึงการใช้และการมีส่วนร่วมอย่างเป็นธรรมไว้เช่นกัน

ในแง่สถานะของหลักการใช้น้ำเป็นธรรมและอย่างสมเหตุสมผลนั้น พบว่ามีแนวปฏิบัติของรัฐในการทำสนธิสัญญาหลายฉบับที่ต่างรับรองหลักการนี้ อีกทั้งยังมีผลงานของนักนิติศาสตร์ ที่แสดงให้เห็นว่าอย่างน้อยที่สุดหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมก็มีฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นานาอารยประเทศรับรอง ทั้งนี้ มีความเห็นของนักกฎหมายหลายท่านว่าในทางปฏิบัติ สนธิสัญญาและงาน

<sup>98</sup> “Watercourse States shall in their respective territories utilise a shared watercourse in an equitable and reasonable manner. In particular, a shared watercourse shall be used and developed by Watercourse States with a view to attain optimal and sustainable utilisation thereof and benefits therefrom, taking into account the interests of the Watercourse States concerned, consistent with adequate protection of the watercourse for the benefit of current and future generations.”

<sup>99</sup> Each basin State is entitled, within its territory, to a reasonable and equitable share in the beneficial uses of the waters of an international drainage basin.

ประมวลกฎหมายเหล่านั้นได้สะท้อนการยอมรับว่ามีจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ใช้บังคับเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศที่กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ในการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมแล้ว<sup>100</sup>

2.3.1.2 พันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (the obligation to prevent transboundary harm )

พันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย หรือหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย คือพันธกรณีของรัฐที่จะทำให้แน่ใจว่ากิจกรรมในดินแดนของตนจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายในดินแดนของรัฐอื่น แม้ว่ารัฐจะมีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของตนก็ตาม หลักการนี้เป็นการขยายแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยของรัฐแบบสัมพัทธ์ (relative) และมีพื้นฐานมาจากหลักการใช้ประโยชน์เหนือดินแดนตนที่ไม่เป็นผลร้ายแก่รัฐอื่น (the principle of harmless use of territory) หรือหลัก *sic utere tuo ut alienum non ladedas* และหลักการเป็นเพื่อนบ้านที่ดี (good neighbourliness) หรือหลักการใช้สิทธิโดยไม่ถูกต้อง (doctrine of a buse of rights) ซึ่งมีแม้จะมีความกำกวมและอาจก่อให้เกิดปัญหาการตีความ แต่เป็นพื้นฐานที่สำคัญของการพัฒนาของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ เนื่องจากมีความสำคัญในแง่การสร้างสมดุลระหว่างสิทธิอธิปไตยและผลประโยชน์ของรัฐที่อาจมีกิจกรรมซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบกับผลประโยชน์ของรัฐอื่นที่อาจได้รับผลกระทบ

พันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายได้รับการยอมรับโดยได้รับการรับรองไว้ในข้อ 21<sup>101</sup> ปฏิญญาสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972 (Stockholm Declaration on Human Environment, 1972)ว่า “โดยสอดคล้องกับกฎบัตรสหประชาชาติและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐมีสิทธิอธิปไตยที่จะแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรของรัฐนั้น โดยสอดคล้องกับนโยบายทางสิ่งแวดล้อมของรัฐ และความรับผิดชอบในการทำให้มั่นใจว่ากิจกรรมภายในเขตอำนาจหรือการ

<sup>100</sup> Caponera,Dante “A Principle of water law and Ministration: National and International.” Rotterdam:A.A.Balkema,(1992). : 191 และ J.G. Lammer. “International and European community Law aspects of pollution of international watercourse” Environment protection and International law : London: Graham & Trotman.(1993) : 135-146. อ้างถึงใน สกฤษฏ์ หอพิบูลสุข. “ปัญหาทางกฎหมายของการผันน้ำจากแม่น้ำโขง : ศึกษากรณีโครงการ โขง ซี มูล”, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต(นิติศาสตร์), (2538) : 34.

<sup>101</sup> Principle 21States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction.

ควบคุมของรัฐจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่นหรือพื้นที่ที่อยู่นอกเขตอำนาจรัฐ” และ ข้อ 2<sup>102</sup> ของ ปฏิญญาโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (Rio Declaration on Environment and Development 1992) ซึ่งกำหนดไว้ในลักษณะเดียวกัน ที่แม้ว่าจะไม่ได้กำหนดแนวทางในการปฏิบัติของรัฐว่าจะต้องปฏิบัติอย่างไรให้เป็นไปตามพันธกรณีดังกล่าว<sup>103</sup> เช่น ไม่ได้กำหนดในรายละเอียดเกี่ยวกับ ประเภท หรือ ระดับความเสียหายที่เกิดต่อสิ่งแวดล้อม การกำหนดพันธกรณีด้านสัญญาปฏิบัติ เช่น การแจ้งเตือน (notification) การปรึกษาหารือ (consultation) และการให้ความร่วมมือ (cooperation) ซึ่งมีความจำเป็นในการทำให้แน่ใจว่าความเสียหายจะไม่เกิดขึ้น หรือ ถูกจำกัดให้น้อยลงมากที่สุด (Minimised) การชี้ชัดว่าพันธกรณีดังกล่าวเป็นความรับผิดชอบเด็ดขาด (strict liability) หรือเป็นเพียงการต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควร (due diligence) และการกำหนดการชดเชยเยียวยาในกรณีที่มีการละเมิดเกิดขึ้น<sup>104</sup> อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาปฏิญญาโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา พบว่ามีการกำหนดแนวทางการปฏิบัติซึ่งอาจจัดเป็นแนวทางในการป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหาย ตามหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายไว้ เช่น ข้อ 18 กำหนดให้รัฐแจ้งเตือน (notify) รัฐอื่นในกรณีเร่งด่วน (emergency) ที่น่าจะมีผลกระทบเกิดต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐนั้น ข้อ 19 กำหนดให้มีการแจ้งเตือนล่วงหน้า<sup>105</sup> (prior notification) และให้มีการปรึกษาหารือก่อนที่จะอนุญาตให้มีการกระทำซึ่งอาจเกิดผลกระทบร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่น หรือพื้นที่ที่ใช้ร่วมกัน (common space) หลักการต่างๆ เหล่านี้นอกจากจะเป็นการเพิ่มเติมหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแล้ว ยังเป็นการสะท้อน (reflect) กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอีกด้วย<sup>106</sup>

<sup>102</sup> Principle 2 States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental and developmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction.

<sup>103</sup> มีความเห็นของนักวิชาการว่า ข้อ 21<sup>103</sup> ปฏิญญาสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972 (Stockholm Declaration on Human Environment, 1972) และข้อ 2<sup>103</sup> ของ ปฏิญญาโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (Rio Declaration on Environment and Development 1992) เป็นเสมือนตำนาน (mythology) ของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ เนื่องจากมีความเป็นสัญลักษณ์ (symbolism) แต่ในความเป็นจริงกลับเป็นมาตรฐานทางกฎหมาย (legal standard) ที่มีความกำกวม โปรดดู John H. Knox, “The Myth and Reality of Transboundary Environmental Impact assessment” 96 *AJIL* 291(2002) : 293-5. และ Daniel Bodansky, “Customary (and Not so customary) International Environmental Law” 3 *IndJGLS* 105. (1995)

<sup>104</sup> Philippe Sands, “*Principle of International Environmental Law*” (2<sup>nd</sup> edn 2003) , : 241.

<sup>105</sup> การแจ้งเตือนล่วงหน้า คือการที่รัฐต้องมีการแจ้งเตือนรัฐอื่นถึงกิจกรรมที่มีการวางแผนไว้และอาจมีผลกระทบต่อรัฐอื่น ซึ่งรัฐที่อาจได้รับผลกระทบดังกล่าว อาจมีความเห็นและปรึกษากับรัฐที่มีการแจ้งเตือนเกี่ยวกับการวางแผนดำเนินการดังกล่าว

<sup>106</sup> Patricia W. Birnie and Alan E. Boyle, “*International Law and the Environment*”(2<sup>nd</sup> edn 2002):126.

อนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ลำนํ้าระหว่างประเทศที่ไม่ใช่เพื่อการเดินเรือ ค.ศ. 1997 (Convention on Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses) กล่าวถึงหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญไว้ในข้อ 7<sup>107</sup>ว่า

“1. ในการใช้ลำนํ้าระหว่างประเทศภายในดินแดนของรัฐนั้น รัฐลำนํ้าต้องมีมาตรการที่เหมาะสมในการป้องกันการเกิดความเสียหายที่มีนัยสำคัญ(significant)ต่อรัฐริมลำนํ้าอื่น

2. ในกรณีที่เกิดความเสียหายที่มีนัยสำคัญต่อรัฐลำนํ้าอื่น และไม่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการใช้นํ้าในลักษณะดังกล่าว รัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายต้องมีมาตรการที่เหมาะสม สอดคล้องตามข้อ 5 และข้อ 6 ในการปรึกษาหารือกับรัฐที่ได้รับ ความเสียหายในการกำจัดหรือลดความเสียหาย และหากเป็นการเหมาะสมจะต้องมีการหารือในเรื่องการชดเชยด้วย”

กฎเกณฑ์เฮลซิงกิว่าด้วยการใช้นํ้าของแม่นํ้าระหว่างประเทศ ปี 1966 ได้กำหนดเกี่ยวกับหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายไว้ในปัจจัยของการใช้นํ้าอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล ในปัจจัยข้อ (10) แนวทางความเป็นไปได้ในการชดเชยเยียวยารัฐที่อยู่ในลุ่มนํ้าเดียวกันรัฐหนึ่งหรือมากกว่า เพื่อเป็นการปรองดองข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้นํ้าและข้อ (11) ระดับการตอบสนองต่อความต้องการของรัฐลุ่มนํ้าโดยที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมาก (substantial) ต่อรัฐอื่นภายในลุ่มนํ้าเดียวกันนั้น<sup>108</sup> นอกจากนี้ ยังได้กล่าวถึงในส่วนที่เกี่ยวกับมลพิษ ในข้อ 10 (b) รัฐริมลำนํ้าควรมีมาตรการที่สมเหตุสมผลเพื่อบรรเทามลพิษทางนํ้า ในลุ่มนํ้าระหว่างประเทศ เพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายอย่างมาก (substantial damage) ในดินแดนของรัฐลุ่มนํ้าอื่น<sup>109</sup>

<sup>107</sup> Article 7 Obligation not to cause significant harm

1. Watercourse States shall, in utilizing an international watercourse in their territories, take all appropriate measures to prevent the causing of significant harm to other watercourse States.

2. Where significant harm nevertheless is caused to another watercourse State, the States whose use causes such harm shall, in the absence of agreement to such use, take all appropriate measures, having due regard for the provisions of articles 5 and 6, in consultation with the affected State, to eliminate or mitigate such harm and, where appropriate, to discuss the question of compensation.

<sup>108</sup> 10. The practicability of compensation to one or more of the co-basin States as a means of adjusting conflicts among uses; and

11. The degree to which the needs of a basin State may be satisfied, without causing substantial injury to a co-basin State

<sup>109</sup> Article X

1. Consistent with the principle of equitable utilization of the waters of an international drainage basin, a State: 3

หลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย ปรากฏในข้อ 8 การจำกัดความเสียหายที่เกิดต่อสิ่งแวดล้อม และ ข้อ 16 การหลีกเลี่ยงการเกิดผลกระทบข้ามเขตแดน ของ The Berlin Rules On Water Resources 2004 ดังนี้

ข้อ 8 รัฐต้องมีมาตรการที่เหมาะสมในการป้องกันหรือจำกัดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม<sup>110</sup>

ข้อ 16 ในการจัดการน้ำของกลุ่มน้ำระหว่างประเทศ รัฐลุ่มน้ำต้องงดเว้นและป้องกันการกระทำซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญต่อรัฐลุ่มน้ำอื่น สอดคล้องกับสิทธิของรัฐลุ่มน้ำที่จะใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล<sup>111</sup>

พันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายยังปรากฏในความตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับ เช่น

- อนุสัญญาว่าด้วยการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมข้ามเขตแดน (Convention on Environment Impact Assessment in a transboundary Context 1991) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่จะป้องกันหรือจำกัดความเสียหายข้ามเขตแดน<sup>112</sup>

- อนุสัญญาว่าด้วยการใช้และปกป้องพรมแดนและทะเลสาบระหว่างประเทศ ค.ศ. 1992 (The Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes 1992) ข้อ 2 (1)<sup>113</sup> และข้อ 2 (2) (b)<sup>114</sup>

(a) Must prevent any new form of water pollution or any increase in the degree of existing water pollution in an international drainage basin which would cause substantial injury in the territory of a co-basin State;

(b) Should take all reasonable measures to abate existing water pollution in an international drainage basin to such an extent that no substantial damage is caused in the territory of a cobasin State.

<sup>110</sup>Article 8 Minimization of Environmental Harm States shall take all appropriate measures to prevent or minimize environmental harm.

<sup>111</sup>Article 16 Basin States, in managing the waters of an international drainage basin, shall refrain from and prevent acts or omissions within their territory that cause significant harm to another basin State having due regard for the right of each basin State to make equitable and reasonable use of the waters.

<sup>112</sup>Article 2 (1) The Parties shall, either individually or jointly, take all appropriate and effective measures to prevent, reduce and control significant adverse transboundary environmental impact from proposed activities.

<sup>113</sup>The Parties shall take all appropriate measures to prevent, control and reduce any transboundary impact.

- อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล (United Nations Convention on the Law of the Sea 1982) ข้อ 193<sup>115</sup>
- อนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยการปกป้องชั้นบรรยากาศโอโซน ค.ศ.1985 (Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer 1985)<sup>116</sup>

ผู้เขียนเห็นว่า หลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายดังข้างต้นนั้น ระบุให้รัฐมีน้ำต้องมีมาตรการที่เหมาะสม เพื่อมิให้เกิดความเสียหายอย่างมาก หรือมีนัยสำคัญต่อรัฐอื่น โดยต้องพิจารณาหรือคำนึงถึงหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลด้วย ซึ่งไม่ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับลักษณะของมาตรการที่เหมาะสม ความเสียหายที่เกิด หรือระดับของความเสียหายที่จะถือได้ว่ามีความเสียหายอย่างมาก (substantial) หรือมีนัยสำคัญ (significant) เอาไว้นอกจากนี้ ยังต้องมีการพิจารณาควบคู่ไปกับการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลของรัฐอื่น ซึ่งไม่มีความแน่นอน เนื่องจากต้องพิจารณาปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมดเป็นรายกรณี ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาในการตีความ และนำเอาหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายไปปรับใช้กับข้อเท็จจริง

ในกรณีของความสัมพันธ์ระหว่างการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลกับหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายมีข้อพิจารณาโดยมีความเห็นของนักกฎหมายว่าอาจเกิดกรณีที่หลักกฎหมายทั้งสองหลักนี้เกิดขัดแย้งกัน และต้องพิจารณาว่าหลักใดที่จะอยู่เหนือกว่าอีกหลัก เช่นการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลอาจส่งผลต่ออีกรัฐและทำให้เกิดความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญได้ซึ่งในกรณีเช่นนั้น ต้องให้ความสำคัญกับหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลโดยให้หลักการใช้และการมีส่วนร่วมในลำนํ้าระหว่างประเทศอย่างเที่ยงธรรมและสมเหตุสมผลอยู่เหนือหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญโดยหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายที่เห็นหรือรู้สึกได้

<sup>114</sup> To ensure that transboundary waters are used with the aim of ecologically sound and rational water management, conservation of water resources and environmental protection;

<sup>115</sup> Article 193 States have the sovereign right to exploit their natural resources pursuant to their environmental policies and in accordance with their duty to protect and preserve the marine environment.

<sup>116</sup> “...Recalling the pertinent provisions of the Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, and in particular principle 21, which provides that States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction...”

อาจจะต้องมีความสำคัญเป็นรองหลักการแสวงประโยชน์อย่างเที่ยงธรรมในบางโอกาส<sup>117</sup> ซึ่งในประเด็นนี้ มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า แท้จริงแล้วหลักการทั้งสองหลักนี้ไม่ได้ขัดแย้งกัน แต่ส่งเสริมซึ่งกันและกัน<sup>118</sup> ดังจะเห็นได้จากในข้อ 6 ของอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ลำนํ้าระหว่างประเทศที่ไม่ใช่เพื่อการเดินเรือ ค.ศ. 1997 (Convention on Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses) ดังกล่าวที่ได้กำหนดปัจจัยหลายข้อที่จะช่วยกำหนดว่าอะไรคือการใช้ลํ้าที่เป็นธรรมและสมเหตุสมผล ซึ่งปัจจัยเหล่านั้นรวมถึง “ผลในการใช้ลํ้าในลํ้านํ้าของรัฐหนึ่งต่ออีกรัฐหนึ่ง” และ การใช้ลํ้าที่มีอยู่ก่อนแล้ว” ทั้งนี้ ปัจจัยสองข้อนี้ก็ถูกนำมาพิจารณาในประเด็นที่ว่า การใช้ลํ้าของรัฐริมลํ้านํ้าได้ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญต่อรัฐริมลํ้าอื่นหรือไม่ด้วยอีกทั้งข้อ 7 ยังกำหนดให้รัฐริมลํ้านํ้ามีพันธกรณีที่จะใช้ลํ้าในดินแดนของตนโดยต้องใช้มาตรการทั้งหมดตามที่เหมาะสมในการป้องกันความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญต่อรัฐริมลํ้าอื่นด้วย ซึ่งเมื่อมีความเสียหายหรืออันตรายเกิดขึ้น ข้อ 7 (2)<sup>119</sup> ก็ระบุให้รัฐที่ก่อความเสียหายมีมาตรการที่เหมาะสมสอดคล้องกับบทบัญญัติของข้อ 5 และ ข้อ 6 ในการปรึกษาหารือกับรัฐที่ได้รับผลกระทบ ในการกำจัดหรือบรรเทาความเสียหายเช่นนั้น และตกลงเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหาย ซึ่งการระบุให้มาตรการตกอยู่ภายใต้ข้อ 5 และข้อ 6 เช่นนี้ ทำให้เห็นชัดว่าหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างนั้นอยู่ภายใต้หลักการใช้และการมีส่วนร่วมในลํ้านํ้าระหว่างประเทศอย่างเที่ยงธรรมและสมเหตุสมผลซึ่งเมื่ออนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ลํ้านํ้าระหว่างประเทศที่ไม่ใช่เพื่อการเดินเรือ ค.ศ. 1997

<sup>117</sup> “The right of a system State to use the water resources of an international watercourse system is limited by the duty not to cause appreciable harm to the interests of another system State, except as may be allowable under a determination for equitable participation for the international watercourse system involved.”

<sup>118</sup> while the no-harm principle does qualify as an independent norm, it neither embodies an absolute standard nor supersedes the principle of equitable utilization where the two appear to conflict with each other. Instead, it plays a complementary role, triggering discussions between the states concerned and perhaps, in effect, proscribing certain forms of serious harm McCaffrey, S. “The Law of International Watercourses—Non-Navigational Uses” Oxford: Oxford University Press (2001). อ้างถึงใน Salman, Salman MA. “The Helsinki Rules, the UN Watercourses Convention and the Berlin Rules: perspectives on international water law.” Water Resources Development 23.4 (2007): 625-640.

<sup>119</sup> Article 7

1. Watercourse States shall, in utilizing an international watercourse in their territories, take all appropriate measures to prevent the causing of significant harm to other watercourse States.

2. Where significant harm nevertheless is caused to another watercourse State, the States whose use causes such harm shall, in the absence of agreement to such use, take all appropriate measures, having due regard for the provisions of articles 5 and 6, in consultation with the affected State, to eliminate or mitigate such harm and, where appropriate, to discuss the question of compensation.

(Convention on Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses) เป็นสิ่งที่สะท้อนหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>120</sup> จึงแสดงให้เห็นว่าหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลกับหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายมีความสอดคล้องและไม่ได้ขัดแย้งกัน<sup>121</sup>

หลักกฎหมายระหว่างประเทศ ได้มีการพัฒนาเพื่อให้เกิดการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่มีประสิทธิภาพมากขึ้น ซึ่งในกรณีของการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศนั้น สิ่งที่มีบทบาทสำคัญในการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องคือ soft law ซึ่งมีหลักการสำคัญที่ปรากฏอยู่ เช่น หลักการป้องกันล่วงหน้า หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน หลักการมีส่วนร่วมของสาธารณชน และ หลักการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม

2.3.2 หลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของรัฐริมน้ำที่มีแนวโน้มที่จะพัฒนาเป็นกฎหมายระหว่างประเทศต่อไป (lex ferenda)

Soft law<sup>122</sup> มีบทบาทอย่างมากในด้านของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ นับแต่ปฏิญญาสตอกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ปี 1972 ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงแหล่งที่มาของ

<sup>120</sup> Lazerwitz, David J. "The Flow of International Water Law: The International Law Commission's Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses." *Indiana Journal of Global Legal Studies* (1993): 257.

<sup>121</sup> Salman M.A. Salman, "Dam, International Rivers And Riparian States: An analysis of the recommendation of the world commission on dams". (2001.): 1487-1488

<sup>122</sup> มีการให้นิยามของกฎหมายที่มีสภาพบังคับ (hard law) ว่าเป็น "ระบอบที่ต้องอาศัยโครงสร้างงานที่มีอำนาจ และอำนาจของรัฐ ในการปรับใช้ การบังคับใช้กฎหมาย ..." (a regime relying primarily on the authority and power of state ... in construction, operation, and implementation including enforcement, of arrangements at international, national or subnational level.) ขณะที่มีการให้ความหมายของ soft law ว่าเป็นระบอบที่พึ่งพาความร่วมมือและตัวกระทำการที่ไม่ใช่รัฐเป็นหลัก ในการปรับใช้ การบังคับใช้กฎหมาย (a regime relying primarily on the participation and resource of nongovernmental actors ... in construction, operation, and implementation of a governance arrangement) โปรดดู John J. Kirton and Michael J. Trebilcock (eds) "Hard choices, soft law: Voluntary standards in global trade, environment and social governance." Farnham: Ashgate, (2004) : 9. และมีการให้ความหมาย soft law ว่าเป็นบรรทัดฐานระหว่างประเทศที่โดยลักษณะแล้วไม่มีสภาพบังคับ แต่ยังคงมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับกฎหมาย และอยู่ระหว่างกฎหมายกับการเมือง (International norms that are deliberately non-binding in character but still have legal relevance, locate in twilight between law and politics) โปรดดู Daniel Thurer, 'soft law' in R. Berhardt ed., "Encyclopedia of Public International Law", vol. 4, 452-60 (2000). อ้างถึงใน Bailliet, Cecilia, ed. "Non-state Actors, Soft Law and Protective Regimes: From the Margins." Cambridge University Press, (2012.): 202.



กฎหมายระหว่างประเทศ ตามธรรมเนียมศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ข้อ 38 (1) ไม่ปรากฏว่ามี การกล่าวถึง soft law .ในฐานะที่มาของกฎหมาย โดยข้อ 38 (1) กล่าวถึงบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งได้แก่ สนธิสัญญาระหว่างประเทศ จารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายทั่วไป ตลอดจนกล่าวถึงคำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิ และคำพิพากษาของศาลในฐานะของบ่อเกิดรอง (subsidiary source) เท่านั้น<sup>123</sup> ไม่ได้กล่าวถึงข้อมติขององค์การระหว่างประเทศ<sup>124</sup> ปฏิญญาที่เกิดจากการประชุมระหว่างประเทศ บรรทัดฐานของความประพฤติโดยความสมัครใจ (voluntary codes of conduct) หรือสิ่งอื่น<sup>125</sup> ซึ่งมีความสำคัญในการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศ และจัดว่าเป็น soft law ไว้

มีข้อสังเกตว่า แม้ความเห็นของนักกฎหมายจะเห็นว่า soft law ไม่มีสภาพบังคับ อย่างไรก็ตาม รัฐมีการเลือกใช้คำใน การร่างกฎเกณฑ์ซึ่งเป็น soft law อย่างระมัดระวัง อีกทั้งได้มีกรณีที่รัฐได้ตั้งข้อสงวนต่อ soft law ในบางกรณี เช่น ในกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งได้ตั้งข้อสงวนต่อปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา (the Declaration on the Right to Development) ของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ในปี 1986 ว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นว่าการพัฒนาทางเศรษฐกิจเป็นเป้าหมายแต่มีใช้สิทธิ และอีกกรณี ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาทั้งข้อสงวนต่อ ข้อ 7 ปฏิญญาริโอว่าด้วยหลักการความรับผิดชอบร่วมกันในระดับที่แตกต่างกัน (the Rio Declaration on the Common but Differentiated Responsibilities principle : CBDR) ว่า การยอมรับข้อ 7 ดังกล่าว ไม่ถือว่าเป็นการยอมรับในความรับผิดชอบต่อสิ่งแวดล้อมทั้งหมดที่ผ่านมาในอดีตของประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>126</sup>

Soft law มีบทบาทในแง่ของการรวบรวมหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (codify customary international law) ทำให้บรรทัดฐานซึ่งเป็นแนวโน้มเกิดการตกผลึก (cystallized a new trend towards a particular norm) ช่วยให้เกิดกฎหมายจารีต

<sup>123</sup> Bailliet, Cecilia, ed. "Non-state Actors, Soft Law and Protective Regimes: From the Margins." Cambridge University Press, (2012.) : 201.

<sup>124</sup> กรณีข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติจะมีลักษณะผูกพันให้รัฐต้องปฏิบัติตาม เป็นไปตามข้อ 25 ของกฎบัตรสหประชาชาติ

<sup>125</sup> ตัวอย่างเช่น แนวทาง (guideline) เอกสารเกี่ยวกับการตีความ (interpretative documents) แผนปฏิบัติการ (plan of action)

<sup>126</sup> Geoffrey Palmer, "New Ways to make International Environmental Law", American Journal of International Law, 86 (1992), :259,274. อ้างถึงใน Sumudu Atapattu, "International environmental law and soft law: a new direction or contradiction".: 203 ใน Gupta, Joyeeta. "Non-State Actors in International Governance and Law: A Challenge or a Blessing." ILSA J. Int'l & Comp. L. 11 (2004): 497.

ประเพณีระหว่างประเทศ รวบรวมความคิดเห็นทางการเมืองที่มีต่อประเด็นปัญหาใหม่ อุดช่องว่างของสนธิสัญญา เป็นตัวช่วยในการตีความสนธิสัญญา ก่อให้เกิดแนวปฏิบัติใหม่ของรัฐต่อบางประเด็นที่มีความเฉพาะเจาะจง เป็นต้น<sup>127</sup>

ปฏิญญาสตอกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา 1972 เป็นตัวอย่างสำคัญของ soft law ที่มีความสำคัญอย่างมากต่อกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ เนื่องจากเป็นรากฐานของกฎหมายสิ่งแวดล้อมสมัยใหม่ในยุคที่ยังไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมมากนัก<sup>128</sup> หลักการสำคัญที่ปฏิญญาสตอกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ได้รวบรวมไว้ ได้แก่ หลักการวางแผนที่สมเหตุสมผล (rational planning)<sup>129</sup> การประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมล่วงหน้า (prior assessment of the impact activities on environment)<sup>130</sup> การบูรณาการสิ่งแวดล้อมเข้ากับการพัฒนา<sup>131</sup> ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของการพัฒนาที่ยั่งยืน (sustainable development) หน้าที่ในการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายนอกเขตแดน<sup>132</sup> (duty not to cause damage beyond national

<sup>127</sup> Sumudu Atapattu, "International environmental law and soft law: a new direction or contradiction", :207 ใน Gupta, Joyeeta. "Non-State Actors in International Governance and Law: A Challenge or a Blessing." *ILSA J. Int'l & Comp. L.* 11 (2004): 497.

<sup>128</sup> Sumudu Atapattu, "International environmental law and soft law: a new direction or contradiction", : 208 ใน Gupta, Joyeeta. "Non-State Actors in International Governance and Law: A Challenge or a Blessing." *ILSA J. Int'l & Comp. L.* 11 (2004): 497.

<sup>129</sup> Principle 14 Rational planning constitutes an essential tool for reconciling any conflict between the needs of development and the need to protect and improve the environment.

<sup>130</sup> Principle 18 Science and technology, as part of their contribution to economic and social development, must be applied to the identification, avoidance and control of environmental risks and the solution of environmental problems and for the common good of mankind.

<sup>131</sup> Principle 13 In order to achieve a more rational management of resources and thus to improve the environment, States should adopt an integrated and coordinated approach to their development planning so as to ensure that development is compatible with the need to protect and improve environment for the benefit of their population.

<sup>132</sup> Principle 21 States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction.

border) สิทธิในการใช้ทรัพยากรโดยสอดคล้องกับนโยบายทางสิ่งแวดล้อม<sup>133</sup> ซึ่งล้วนแต่เป็นครั้งแรกในการวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม

ต่อมาเมื่อมีปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ปี 1992 มีการยอมรับให้การพัฒนาที่ยั่งยืน (sustainable development) เป็นเป้าหมายที่สำคัญในการพัฒนาทางเศรษฐกิจ โดยกำหนดเครื่องมือในการไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืน ซึ่งได้แก่ การประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม การป้องกันล่วงหน้า และหลักการผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่ายเอาไว้ และได้กำหนดหลักการบูรณาการ<sup>134</sup> หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย (polluter pay principle)<sup>135</sup> หลักการป้องกันล่วงหน้า (precautionary principle)<sup>136</sup> หลักการรับผิดชอบร่วมกันในระดับที่แตกต่างกัน (Common but differentiated responsibility principle)<sup>137</sup> การประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมและสิทธิในการมีส่วนร่วม<sup>138</sup> (environment impact assessment and participatory rights) เอาไว้

---

<sup>133</sup> Principle 21 States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction.

<sup>134</sup> Principle 4 In order to achieve sustainable development, environmental protection shall constitute an integral part of the development process and cannot be considered in isolation from it.

<sup>135</sup> Principle 16 National authorities should endeavour to promote the internalization of environmental costs and the use of economic instruments, taking into account the approach that the polluter should, in principle, bear the cost of pollution, with due regard to the public interest and without distorting international trade and investment.

<sup>136</sup> Principle 15 In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.

<sup>137</sup> Principle 7 States shall cooperate in a spirit of global partnership to conserve, protect and restore the health and integrity of the Earth's ecosystem. In view of the different contributions to global environmental degradation, States have common but differentiated responsibilities. The developed countries acknowledge the responsibility that they bear in the international pursuit to sustainable development in view of the pressures their societies place on the global environment and of the technologies and financial resources they command.

<sup>138</sup> Principle 10 Environmental issues are best handled with participation of all concerned citizens, at the relevant level. At the national level, each individual shall have appropriate access to information concerning the environment that is held by public authorities, including information on hazardous materials and activities in their communities, and the opportunity to participate in decision-making processes. States

ปฏิญญาทั้งสองฉบับ แม้มีใช้กฎหมายที่มีสภาพบังคับ แต่หลักการที่ปรากฏในปฏิญญาทั้งสองฉบับก็ได้รับการรับรองทั้งโดยการบัญญัติไว้ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ และปรากฏในคำพิพากษาของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและศาลระหว่างประเทศ เช่น ในคดี *Texaco v. Libya*<sup>139</sup> คณะอนุญาโตตุลาการได้อ้างถึง UN resolutions on permanent sovereignty over natural resource<sup>140</sup> ไว้ว่า “หลักการในข้อนี้ดังกล่าวได้รับการยอมรับโดยรัฐส่วนมาก...”<sup>141</sup> และคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าข้อนี้ดังกล่าวมีคุณค่าในทางกฎหมาย (certain legal value) ซึ่งเป็นไปตามแต่ละประเภทของข้อนี้และเงื่อนไขในการออกข้อนี้<sup>142</sup>

Soft law มีบทบาทมากในกรณีที่มีความจำเป็นไม่อาจรอให้กระบวนการตกลงทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศสำเร็จลงได้ ตัวอย่างเช่นกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยทะเลซึ่งมีกระบวนการทำให้มีสภาพบังคับใช้ที่ยาวนาน หรือในกรณีของความเสียหายที่เกิดต่อสิ่งแวดล้อมซึ่งประสบปัญหาไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ชัดเจนแน่นอน จึงต้องมีเครื่องมือทางกฎหมายที่สามารถรับมือกับสภาพความไม่แน่นอนนั้น ซึ่ง soft law ก่อให้เกิดการกระทำที่รวดเร็วทันต่อเหตุการณ์ทางด้านสิ่งแวดล้อม เช่นกรณีการลดลงของชั้นโอโซน ซึ่ง soft law ยังช่วยเปิดทางให้เกิดกฎหมายที่มีสภาพบังคับในเวลาต่อมาอีกด้วย โดยหลักการสำคัญที่ปรากฏในลักษณะของ soft law และมีความสำคัญต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ ได้แก่ หลักการป้องกันล่วงหน้า หลักการพัฒนาย่างยั่งยืน หลักการมีส่วนร่วมของสาธารณะชน และ หลักการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมข้ามเขตแดน

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

---

shall facilitate and encourage public awareness and participation by making information widely available. Effective access to judicial and administrative proceedings, including redress and remedy, shall be provided.

<sup>139</sup> International Arbitral Awards, Jan. 19, 1977 (1978), 17 ILM 1.

<sup>140</sup> Resolution 1803 (XVII) on the “Permanent Sovereignty over Natural Resources” on 14 December 1962

<sup>141</sup> “The principles stated in this Resolution were therefore assented to by a great many States representing not only all geographical areas but also all economic system” อ้างถึงใน Sumudu Atapattu, “International environmental law and soft law: a new direction or contradiction”, : 214 ใน Gupta, Joyeeta. "Non-State Actors in International Governance and Law: A Challenge or a Blessing." ILSA J. Int'l & Comp. L. 11 (2004): 497.

<sup>142</sup> Sumudu Atapattu, “International environmental law and soft law: a new direction or contradiction”, : 214 ใน Gupta, Joyeeta. "Non-State Actors in International Governance and Law: A Challenge or a Blessing." ILSA J. Int'l & Comp. L. 11 (2004): 497

### 2.3.2.1 หลักการป้องกันล่วงหน้า (The Precautionary Principle)

หลักการป้องกันล่วงหน้าเป็นหลักการสำคัญเมื่อรัฐจะต้องมีการตัดสินใจดำเนินนโยบาย หรือมีการกระทำใดๆ ที่ยังมีความไม่แน่นอนทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นการกำหนดการกระทำ เมื่อผู้มีอำนาจตัดสินใจทางนโยบาย จะดำเนินนโยบายด้านเศรษฐกิจและเทคโนโลยีโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองสิ่งแวดล้อมด้วย<sup>143</sup> ปรากฏครั้งแรกในนโยบายของประเทศเยอรมนีว่า “นโยบายทางสิ่งแวดล้อมจะไม่ประสบผลด้วยการขจัดความเสียหายและอันตรายร้ายแรงที่ได้เกิดขึ้นแล้วต่อสิ่งแวดล้อม นโยบายสิ่งแวดล้อมในลักษณะการป้องกันไว้ก่อน กำหนดให้ต้องคุ้มครองและใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างระมัดระวัง<sup>144</sup>

หลักการป้องกันล่วงหน้า ปรากฏในระดับระหว่างประเทศใน Declaration of the Second International North Sea และมีความชัดเจนมากขึ้นในปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ข้อ 15<sup>145</sup> ว่า “เพื่อที่จะคุ้มครองสิ่งแวดล้อม รัฐควรปรับใช้แนวทางการป้องกันล่วงหน้าตามความสามารถของรัฐ เมื่อมีภัยอันตรายที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายอันมีอาจทำให้กลับคืนเป็นเช่นเดิมได้ และการอ้างว่ายังไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอไม่อาจใช้เป็นเหตุผลในการเลื่อนการมีมาตรการที่มีความคุ้มค่าทางราคาในการป้องกันการทำให้สิ่งแวดล้อมเสื่อมโทรมลง” และปรากฏใน the World Charter for Nature 1982 ของสหประชาชาติ ว่า “การกระทำซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญต่อธรรมชาติ ต้องมีการตรวจสอบอย่างละเอียดถี่ถ้วนก่อน ผู้สนับสนุนโครงการต้องสาธิตว่าผลประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับนั้น มากกว่าความเสียหายที่อาจเกิดกับสิ่งแวดล้อม และหากยังไม่มี ความเข้าใจต่อผลกระทบที่อาจเกิด ก็ยังไม่ควรที่จะมีการกระทำดังกล่าว” ซึ่งหลักการป้องกันล่วงหน้าตาม the World Charter for Nature 1982 มีรูปแบบเป็นการปลักการการพิสูจน์ผลของกิจกรรมให้เป็นภาระของผู้สนับสนุนในการที่จะพิสูจน์ว่ากิจกรรมนั้นไม่มีอันตราย นอกจากนี้

<sup>143</sup> David Freestone, Ellen Hey. Kluwer, “The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation.”, The Hague, (1996) :12.

<sup>144</sup> “Environmental policy is not fully accomplished by warding off imminent hazards and the elimination of damage which has occurred. Precautionary environmental policy requires furthermore that natural resources are protected and demands on them made with care.”

<sup>145</sup> Principle 15 In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.

ยังห้ามกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดความเสียหาย หากมีความไม่แน่นอนทางวิทยาศาสตร์ซึ่งไม่อาจจะทำการประเมินผลกระทบได้อย่างสมบูรณ์<sup>146</sup>

ข้อบกพร่องของ the World Charter for Nature 1982 คือ ไม่ได้ระบุอย่างเฉพาะเจาะจงว่า จะมีการประเมินกิจกรรมหรือผลของกิจกรรมต่อสิ่งแวดล้อมอย่างไร อีกทั้งไม่ได้กำหนดระดับของความไม่แน่นอนทางวิทยาศาสตร์ที่จะทำให้ต้องนำมาตรการป้องกันล่วงหน้ามาใช้ และไม่มีข้อบ่งชี้ของระดับความเสี่ยงที่จะเป็นที่ยอมรับ และเป็นไปได้ว่าผลประโยชน์ของชนรุ่นหลังอาจได้รับผลกระทบในกรณีที่ไม่ได้คำนึงถึงผลกระทบและความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นในระยะยาว

หลักการป้องกันล่วงหน้าถูกนำมาปรับใช้กับนโยบายของรัฐ ซึ่งตามหลักการป้องกันล่วงหน้า นั้น ความไม่แน่นอนทางวิทยาศาสตร์ไม่อาจนำมาเป็นข้ออ้างที่จะไม่ให้เกิดการคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติ หรือยืดระยะเวลาการกำหนดกฎหมายที่จะคุ้มครองสิ่งแวดล้อมออกไป จึงต้องมีการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดและการตัดสินใจของรัฐในกรณีที่เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมขึ้น โดยเมื่อมีความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายขึ้น ผู้ที่อาจก่อให้เกิดอันตรายนั้นต้องมีการศึกษาและกำหนดมาตรการต่างๆ เพื่อป้องกันหรือจำกัดความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้น<sup>147</sup>

หลักการป้องกันล่วงหน้าจะถูกนำมาปรับใช้เมื่อ (1) มีสถานการณ์ที่มีการใช้สารเคมี หรือมีการกระทำเกิดขึ้น ซึ่ง (2) อาจก่อให้เกิดภัยคุกคามต่อสุขภาพมนุษย์หรือสิ่งแวดล้อมอย่างร้ายแรง หรือไม่อาจแก้ไขให้กลับคืนเป็นดังเดิมได้ (3) มีความเสี่ยงอย่างร้ายแรงที่จะมีภัยคุกคามดังกล่าวเกิดขึ้น โดยที่มีความไม่แน่นอนทางวิทยาศาสตร์ว่าจะเกิดภัยคุกคามดังกล่าวขึ้นหรือไม่ ปัญหาของหลักการป้องกันล่วงหน้าคือ ระดับของความเสี่ยงในขั้นใดที่จะทำให้มีการนำเอาหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายมาปรับใช้<sup>148</sup> หลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายนี้เป็นพันธกรณีทางสัญญาติหรือเป็น

<sup>146</sup> Sonia Boutillon, "the precautionary principle : Development of an international standard." *Michigan Journal of International Law*, vol 23. : 433

<sup>147</sup> Van Dyke, Jon M. "The evolution and international acceptance of the precautionary principle." *Bringing new law to ocean waters* (2004) :359.

<sup>148</sup> ในกรณีการพิจารณาว่า ระดับความเสี่ยงระดับใดที่จะนำไปสู่การปรับใช้หลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย อาจพิจารณาความสมเหตุสมผลของความเป็นไปได้ทางวิทยาศาสตร์ เช่น ความเห็นที่สอดคล้องกันในข้อมูลที่มีอยู่ ตลอดจนวิธีการที่จะนำมาใช้และบทสรุปของการวิเคราะห์ที่สอดคล้องกับวิธีการดังกล่าว หรือความสงสัยที่สมเหตุสมผล (reasonable doubt) โดยพิจารณาถึงความชอบธรรมของการกระทำหรือสารเคมี ตลอดจนปัจจัยทางสังคม เช่น วัฒนธรรมของรัฐ หรือปฏิกิริยาของสาธารณชนต่อภัยคุกคามต่อสิ่งแวดล้อม

หลักการที่เป็นพันธกรณีที่จะทำให้เกิดผลเป็นการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม<sup>149</sup> ทั้งนี้ แม้ว่าวิทยาศาสตร์สามารถประเมินระดับของความเสียหายได้ขอบเขตของความผิดพลาด แต่ไม่อาจบอกได้ว่าความเสี่ยงระดับใดที่จะเป็นที่ยอมรับของสังคม การนำหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายมาปรับใช้จึงอาจก่อให้เกิดผลเป็นการชะงักงันของการพัฒนา<sup>150</sup>

ในแง่สถานะของหลักการป้องกันล่วงหน้า นั้น เนื่องจากหลักการป้องกันล่วงหน้ามีลักษณะเป็นมาตรฐาน (standard) ซึ่งเป็นวิธีในการสร้างแนวทางทั่วไปให้แก่ผู้มีหน้าที่ในการใช้กฎหมาย แต่ไม่ได้มีการกำหนดในรายละเอียดว่าจะต้องมีการกระทำในลักษณะใด นักกฎหมายยังมีความคิดเห็นที่ต่างกันว่าหลักการป้องกันล่วงหน้ามีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่ นักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นว่า หลักการป้องกันล่วงหน้ายังไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยองค์กรตุลาการระหว่างประเทศ ขณะที่นักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นว่า หลักการป้องกันล่วงหน้ามีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว โดยอ้างถึงการทำการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม (environment impact assessment) หลักการรับผิดชอบของรัฐในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อม หลักการขออนุญาตก่อนที่จะมีการออกสูตลาดของยา ยาปราบศัตรูพืช เป็นหลักฐานของการป้องกันล่วงหน้า และเห็นว่าในระดับระหว่างประเทศ อันตรายหรือความเสียหายที่อาจเกิดต่อสิ่งแวดล้อม จะนำไปสู่การแจ้งเตือนล่วงหน้า หรือ การทำการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งมีลักษณะเป็นการป้องกันล่วงหน้าด้วย<sup>151</sup>

หลักการป้องกันล่วงหน้าได้รับการกล่าวอ้างในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ อาทิ มลพิษทางทะเล ของเสียที่เป็นอันตราย (hazardous waste) การเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศ การลดลงของชั้นโอโซน ความหลากหลายของสิ่งมีชีวิต เป็นต้น<sup>152</sup> โดยปรากฏในสนธิสัญญาระหว่างประเทศหลายฉบับ<sup>153</sup> ซึ่งกระบวนการหนึ่งในการทำให้เป็นไปตามหลักการป้องกันล่วงหน้าคือการทำ

<sup>149</sup> Sonia Boutillon, "the precautionary principle : Development of an international standard." *Michigan Journal of International Law*, vol 23. : 431.

<sup>150</sup> Ibid, 432.

<sup>151</sup> Ellis, Jaye. "Overexploitation of a valuable resource? New literature on the precautionary principle." *European Journal of International Law* 17.2 (2006): 448.

<sup>152</sup> Gullett, W, "Environmental protection and the precautionary principle: a response to scientific uncertainty in environmental management," *Environmental and Planning Law Journal*, 14(1), (1997):55.

<sup>153</sup> เช่น อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ปี 1992 (Convention on Biological Diversity, 1992 (CBD)) กำหนดเกี่ยวกับหลักการป้องกันไว้ก่อนในส่วนของอารัมภบทว่า "Noting also that where there is a threat of significant reduction or loss of biological diversity, lack of full scientific certainty should not be used as a

รายงานการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมที่มีลักษณะข้ามเขตแดน (transboundary environment impact assessment) ซึ่งมีความจำเป็นอย่างมากในกรณีที่โครงการใดๆ มีความเสี่ยงที่จะเกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม<sup>154</sup> นอกจากนี้ หลักการป้องกันล่วงหน้ายังมีบทบาทในการบ่งชี้มาตรฐานทั่วไปในการใช้ความระมัดระวังตามสมควร (due diligence) โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะป้องกันมิให้เกิดความเสียหายข้ามเขตแดน ยกตัวอย่างเช่นหน้าที่ในการป้องกัน (duty of prevention) โดยปกติแล้วจะขยายไปถึงการป้องกันความเสี่ยงอย่างมีนัยสำคัญ (significant risk) ที่จะเกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในลักษณะข้ามเขตแดนดังนั้นจึงต้องกำหนดให้มีการประเมินความเสี่ยง (risk assessment)<sup>155</sup> หรือการกำหนดให้มีกระบวนการผลิตที่สะอาด หรือกำหนดมาตรฐานทางสิ่งแวดล้อมในลักษณะการป้องกันล่วงหน้า โดยสอดคล้องกับหลักการป้องกันล่วงหน้าที่ปรากฏในกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>156</sup>

---

reason for postponing measures to avoid or minimize such a threat,” อนุสัญญาเวียนนา เพื่อการปกป้องชั้นบรรยากาศโอโซนปี 1985 (Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer, 1985) กล่าวถึงหลักการป้องกันล่วงหน้าไว้ในส่วนของอารัมภบท ว่า “Mindful also of the precautionary measures for the protection of the ozone layer which have already been taken at the national and international levels . . .” และอนุสัญญาว่าด้วยการใช้และการปกป้องทะเลสาบระหว่างประเทศและลำน้ำข้ามเขตแดน ปี 1992 ( Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes, 1992) ข้อ 2(5)(a) ว่า “the parties shall be guided by . . . the precautionary principle, by virtue of which action to avoid the potential transboundary impact of the release of hazardous substances shall not be postponed on the ground that scientific research has not fully proved a causal link between those substances, on the one hand, and the potential transboundary impact, on the other hand . . . ”

<sup>154</sup> ดังตัวอย่างเช่น ความเห็นแยกของผู้พิพากษา Weeramantry ในคดี Gabčíkovo-Nagymaros case, n. 32, ซึ่งเห็นว่าการทำรายงานผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมข้ามเขตแดนนั้น เป็นการปรับใช้หลักการป้องกันไว้ก่อนในลักษณะที่เพิ่มมากขึ้น ‘a specific application of the larger general principle of caution’

<sup>155</sup> โปรดดู Experts Group on Environmental Law of the World Commission on Environment and Development, Environmental Protection and Sustainable Development: Legal Principles and Recommendations, (1987) (Article 10), at 75. Reprinted in J. Lammers and R. D. Munro (Eds.), “Environmental Protection and Sustainable Development: Legal Principles and Recommendations Adopted” the Experts Group on Environmental Law of the World Commission on Environment and Development : London (1986).

<sup>156</sup> โปรดดู 1991 Bamako Convention, Article 4(3)(f); 1992 OSPAR Convention, Article 2(3)(b)(ii) and Appendix I; Baltic Convention, Article 23(3) and Annex II; 1979 Long-Range Transboundary Air Pollution Convention, Article 6, 1988 Nitrogen Oxides Protocol, Article 2(2)(a) and 1991 Volatile Organic Compounds Protocol, Article 3(3); 1991 UNGA Res. 46/215 on Large-Scale Pelagic Drift-Net Fishing and its Impact on the Living Marine Resources of the Worlds Oceans and Seas; 1995 Fish Stocks Agreement, Article 5(e).



หลักการป้องกันล่วงหน้ามีลักษณะเป็นการให้คุณค่าแก่สิ่งแวดล้อมในอนาคต โดยที่ความเสียหายหรืออันตรายที่อาจเกิดขึ้นกับทรัพยากรในอนาคตนั้นมีค่าใช้จ่าย การป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตจึงไม่ได้เป็นเพียงแต่การประเมินภายใต้เงื่อนไขผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมหรือสุขภาพมนุษย์ แต่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของค่าใช้จ่ายทางเศรษฐกิจตลอดระยะเวลาที่ล้มเหลวที่จะมีการกระทำ เพื่อป้องกันความเสียหายดังกล่าว หลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายนำไปสู่การวิจัยทางวิทยาศาสตร์ เพื่อขจัดความไม่แน่นอนทางวิทยาศาสตร์ และประเมินนโยบายภายใต้บริบทของความไม่แน่นอนนั้น อย่างไรก็ตาม หลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายมีลักษณะเป็นมาตรฐานภายในประเทศ แม้ว่าหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายจะปรากฏอยู่ในเอกสารทางกฎหมายหลายฉบับและมีความเห็นว่าหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายนี้จะกลายเป็นจารีตประเพณี ซึ่งมีผลให้รัฐต้องปฏิบัติตาม หากฝ่าฝืนจะต้องมีความรับผิดชอบ แต่เมื่อพิจารณาถึงความไม่แน่นอนของหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย จึงเป็นการลำบากที่จะชี้ว่า ความรับผิดชอบหรือการเยียวยาจในลักษณะใดจึงจะเหมาะสม ทั้งนี้หลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายไม่ได้รับการตีความในฐานะของกฎเกณฑ์ที่มีผลผูกพัน และเนื้อหาของหลักการดังกล่าวก็ไม่ได้มีการชี้เฉพาะเจาะจงเพียงพอที่จะให้มีการกระทำ โดยที่รัฐมีอิสระในการปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้า และหลักการผลักการะการพิสูจน์ก็ยังไม่ได้มีการนำไปปรับใช้ จึงอาจสรุปได้ว่า การที่หลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายปรากฏในเอกสารทางกฎหมายแสดงถึงความเห็นชอบร่วมกันในระดับระหว่างประเทศของรัฐต่อจริยธรรมของหลักดังกล่าว อีกทั้งความกำกวมของหลักการดังกล่าวเปิดโอกาสให้รัฐสามารถตีความได้ ทำให้หลักการป้องกันล่วงหน้ามีลักษณะเป็นเพียงแนวทางมากกว่าจะเป็นพันธกรณีที่มีผลผูกพัน สอดคล้องกับการพัฒนาของกฎหมายสิ่งแวดล้อม ซึ่งถูกออกแบบให้เป็นการส่งเสริมบรรทัดฐานใหม่ผ่านทางอนุสัญญาที่มีลักษณะเป็นกรอบความคิด ทำให้หลักการป้องกันล่วงหน้าเป็นเพียงบรรทัดฐานที่กำลังเกิดขึ้นเท่านั้น ไม่ใช่พันธกรณี

### 2.3.2.2. หลักการพัฒนายั่งยืน (sustainable development)

หลักการพัฒนายั่งยืนปรากฏในการประชุมองค์การสหประชาชาติ ว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (The United Nation Conference on Environment and Development : UNCED) ในปี 1992 เมืองริโอเดอจาเนโร ประเทศบราซิล เมื่อรัฐได้ลงนามในปฏิญญาริโอวาดด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (Rio Declaration on Environment and Development) อันเป็นหลักการเกี่ยวกับสิทธิและความรับผิดชอบของสหประชาชาติในการดำเนินงานพัฒนาเพื่อปรับปรุง

คุณภาพชีวิตของประชาชน ซึ่งปฏิญญาริโอวาดยสิ่งแวดลอมและการพัฒนา ข้อ 27<sup>157</sup> บัญญัติว่า “รัฐและประชาชนควรต้องร่วมมืออย่างมีส่วนร่วมและสุจริตในการทำให้บรรลุเป้าหมายของหลักที่ปรากฏในประกาศนี้ และกฎหมายระหว่างประเทศที่จะมีการพัฒนาในด้านการพัฒนาอย่างยั่งยืนต่อไปในอนาคต” อย่างไรก็ตาม ข้อ 27 ของปฏิญญาริโอแม้จะเป็นหลักฐานการปรากฏอยู่ของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก็ไม่ได้ชี้ชัดว่าเป็นบริบทในทางกฎหมายระหว่างประเทศด้านสารบัญญัติหรือด้านสบัญญัติ

มีความเห็นของนักกฎหมายเกี่ยวกับหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน ว่า กฎหมายระหว่างประเทศในด้านการพัฒนาอย่างยั่งยืนนั้นรวมไปถึง “ขอบเขตกว้างๆ ที่ช่วยอำนวยความสะดวกให้กับกฎหมายระหว่างประเทศสาขาเฉพาะที่มีเป้าประสงค์ในการสนับสนุนการพัฒนาทางเศรษฐกิจ การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและเคารพในสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ทั้งนี้ หลักดังกล่าวไม่ได้เป็นอิสระจากหลักหรือกฎ และยังคงมีการพัฒนา ดังนั้น หลักดังกล่าวจึงไม่ได้สอดคล้องหรือครอบคลุม และไม่ได้ปราศจากความไม่ชัดเจนหรือกำกวม ความสำคัญของการประชุม UNCED ไม่ได้อยู่ที่การก่อให้เกิดหลักการใหม่แต่เป็นการให้การรับรองอย่างเป็นทางการ (endorse) ในฐานะของประชาคมระหว่างประเทศอันได้แก่ รัฐ สถาบันระหว่างประเทศ องค์กรที่ไม่ใช่รัฐบาล ถึงแนวทางที่เรียกร้องให้หลักการกฎ และการบริหารจัดการองค์กร ได้รับการปฏิบัติ ในลักษณะบูรณาการ”<sup>158</sup>

แนวคิดของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน ได้รับการให้นิยามไว้โดย World Commission on Environment and Development (WCED) ซึ่งเป็นคณะกรรมการที่สหประชาชาติตั้งขึ้นว่า “การพัฒนาอย่างยั่งยืนนั้น เป็นการพัฒนาที่มากพอสำหรับความต้องการของคนในยุคปัจจุบัน โดยที่ไม่กระทบกระเทือนต่อความสามารถของชนรุ่นหลังในการตอบสนองต่อความต้องการ”<sup>159</sup> หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนได้รับการเปรียบเทียบว่าเป็นเสมือนการรวมเอาหลักต่างๆ เข้าไว้ด้วยกันเพื่อให้

<sup>157</sup> Principle 27 States and people shall cooperate in good faith and in a spirit of partnership in the fulfilment of the principles embodied in this Declaration and in the further development of international law in the field of sustainable development.

<sup>158</sup> Sands, Philippe. "International courts and the application of the concept of 'sustainable development'." *Law and Development: Facing Complexity in the 21st Century: Essays in Honour of Peter Slinn* (2003):390.

<sup>159</sup> Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future อ้างถึงใน Sumudu Atapattu, “International environmental law and soft law: a new direction or contradiction,” : 214 ใน Gupta, Joyeeta. "Non-State Actors in International Governance and Law: A Challenge or a Blessing." *ILSA J. Int'l & Comp. L.* 11 (2004): 497

หลักการพัฒนาย่างยั่งยืนนั้นมีผล<sup>160</sup> เช่น หลักการประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม หลักการเข้าถึงข้อมูลและการมีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจทางสิ่งแวดล้อม (access to information and participation in environmental decision-making) หลักการป้องกันล่วงหน้า (the precautionary principle) หลักความเป็นธรรมระหว่างรุ่น (inter-generational equity, intragenerational equity)<sup>161</sup> และแนวทางด้านระบบนิเวศ (the ecosystem approach) อีกทั้งยังเป็นการประนีประนอมระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม และกฎหมายระหว่างประเทศในการใช้ทรัพยากร ซึ่งเป็นการให้นำหนักทั้งทางเศรษฐกิจและทางสิ่งแวดล้อมในเวลาเดียวกัน

### 2.3.2.3 หลักการมีส่วนร่วมของสาธารณชน (public participation)

การมีส่วนร่วมของสาธารณชนเป็นกุญแจหลักของการบริหารจัดการแม่น้ำระหว่างประเทศ หลักการนี้ปรากฏครั้งแรกใน Agenda 21 ปี 1992 ในการประชุมว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาของสหประชาชาติ (the United Nations Conference on Environment and Development (UNCED) , 1992) ว่า พื้นฐานหนึ่งในการเข้าสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืน คือการมีส่วนร่วมอย่างกว้างขวางของสาธารณชนในกระบวนการตัดสินใจ<sup>162</sup> และความต้องการการมีส่วนร่วมในรูปแบบใหม่นั้นได้เกิดขึ้น<sup>163</sup> แม้ว่าหลักการมีส่วนร่วมของสาธารณชนจะปรากฏในเอกสารทางกฎหมายที่ไม่มีผลผูกพันให้ต้องปฏิบัติตาม แต่ก็ถูกนำไปประบู่ไว้ในสนธิสัญญาเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมหลายฉบับ<sup>164</sup> โดย

<sup>160</sup> J. Brunée and S. J. Toope, "Environmental Security and Freshwater Resources: A Case for International Ecosystem Law" 5 *Yearbook of International Environmental Law* 41, (1994) : 66.

<sup>161</sup> E. Brown-Weiss เห็นว่าหลักการความเป็นธรรมระหว่างรุ่น ต้องประกอบไปด้วยปัจจัย 5 ข้อด้วยกัน คือ การอนุรักษ์ทรัพยากร (conserve resources) การทำให้แน่นอนว่ามีการใช้อย่างเป็นธรรม (ensure equitable use) การหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดผลกระทบ (avoid adverse impacts) การป้องกันภัยพิบัติการให้ความช่วยเหลือในเหตุฉุกเฉิน และทำให้ความเสียหายลดลง (prevent disasters, minimise damage and provide emergency assistance) และการชดเชยเยียวยาความเสียหายที่เกิดต่อสิ่งแวดล้อม (compensate for environmental harm) E. Brown-Weiss, "In Fairness to Future Generations" United Nations University Press, Tokyo /Transnational, New York, (1989), : 50. .

<sup>162</sup> "one of the fundamental prerequisites for the achievement of sustainable development is broad public participation in decision making"

<sup>163</sup> "the need for new forms of participation has emerged."

<sup>164</sup> ตัวอย่างของความตกลงระหว่างประเทศที่ปรากฏหลักการมีส่วนร่วมของสาธารณชน ได้แก่ *Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context* ,1991(*Espoo*) ซึ่งกำหนดให้มีการมีส่วนร่วมของสาธารณชนในการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม United Nations Convention on the Protection and Use of Transboundary Water- courses and International Lakes, 1992 ซึ่งระบุให้ข้อมูลด้านมลพิษของลำน้ำระหว่างประเทศสามารถเข้าถึงได้โดยสาธารณชน *Convention on Cooperation for the Protection and Sustainable Use of the*

กำหนดให้มีการมีส่วนร่วมของสาธารณชนในรูปแบบต่างๆ เช่น ด้านการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร ด้านการวางแผนพัฒนา ด้านกระบวนการตัดสินใจ และความเป็นธรรม<sup>165</sup>

ในกรณีของแม่น้ำระหว่างประเทศ มีความเห็นของนักกฎหมายว่า อนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ลำน้ำระหว่างประเทศที่ไม่ใช่เพื่อการเดินเรือ ค.ศ. 1997 (Convention on Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses) กล่าวถึงการมีส่วนร่วมไว้ในข้อ 5 ซึ่งระบุเกี่ยวกับการใช้และการมีส่วนร่วมอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลโดยได้กำหนดให้รัฐลำนํามีสิทธิในการเข้าร่วมเป็นภาคีของความตกลงเกี่ยวกับลำน้ำ ตลอดจนมีส่วนร่วมในการปรึกษาหารือในข้อ 4(1)<sup>166</sup> ซึ่งมีขอบเขตเป็นการกำหนดเกี่ยวกับรัฐลำนํ่าเท่านั้นและไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมของสาธารณชนไว้โดยตรงอย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงปัจจัยในการพิจารณาการใช้น้ำว่ามีลักษณะเป็นการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมหรือไม่นั้น ปรากฏในข้อ 6 (1) (b) และ (c) ว่ารัฐลำนํ่าต้องพิจารณาถึงความต้องการทางเศรษฐกิจและสังคมของลำน้ำ และ ประชากรที่พึ่งพาลำน้ำนั้น ตลอดจนปรากฏในข้อคิดเห็นของคณะที่มีการร่างอนุสัญญาดังกล่าวไว้ว่า รัฐลำนํ่าที่เป็นภาคี จะต้องมีการจัดการทางกฎหมาย มาตรการทางการปกครอง หรือมาตรการอื่น เพื่อทำให้ข้อกำหนดตามอนุสัญญาดังกล่าวมีผล ทั้งนี้ ต้องมีการกำหนดกระบวนการประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม ซึ่งอนุญาตให้มีการมีส่วนร่วมของสาธารณชนด้วย<sup>167</sup> จึงกล่าวได้ว่าอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการ

---

Danube River, 1994 และ. Convention on the Protection of the Rhine, 1998 ซึ่งระบุให้มีการมีส่วนร่วมของสาธารณชนมากขึ้น

<sup>165</sup> Woodhouse, Melvin. "Is public participation a rule of the law of international watercourses." Nat. Resources J. 43 (2003): 141.

<sup>166</sup> "every watercourse State is entitled to participate in the negotiation of and to become a party to any watercourse agreement that applies to the entire international watercourse, as well as to participate in any relevant consultations"

<sup>167</sup> "Each Party shall take the necessary legal, administrative or other measures to implement the provisions of this Convention, including, with respect to proposed activities... the establishment of an environmental impact assessment procedure that permits public participation and preparation of the environmental impact assessment documentation... "

Atrila Tanzi, "Unece Task Force On Legal And Administrative Aspects, The Relationship Between The 1992 Unece Convention On The Protection And Use Of Transboundary Watercourses And International Lakes And The 1997 Un Convention On The Law Of The Non Navigational Uses Of International Watercourses" article 6(3).(2000): 706. in The Unece Task Force On Legal And Administrative Aspects, แหล่งที่มา [Http://www.unece.org/env/water/publications/documents/ Conventiontotal.Pdf](http://www.unece.org/env/water/publications/documents/conventiontotal.pdf) อ้างถึงใน Woodhouse, Melvin. "Is public participation a rule of the law of international watercourses." Nat. Resources J. 43 (2003): 149.

ใช้ลำนํ้าระหว่างประเทศที่ไม่ใช่เพื่อการเดินเรือ ค.ศ. 1997 (Convention on Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses) ได้มีการกล่าวโดยนัยว่า รัฐต้องใช้กระบวนการมีส่วนร่วมของสาธารณชนในบริบทของกฎหมายภายใน แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ได้กล่าวถึงหลักการมีส่วนร่วมของสาธารณชนไว้ในระดับระหว่างประเทศ อีกทั้งยังไม่ปรากฏว่ามีการระบุเกี่ยวกับสิทธิของชนพื้นเมือง (the rights of indigenous peoples) ซึ่งเป็นประเด็นในทางกฎหมายระหว่างประเทศไว้ในอนุสัญญาดังกล่าวแต่อย่างใด<sup>168</sup>

ร่างกฎเกณฑ์เฮลซิงกิว่าด้วยการใช้นํ้าของแม่นํ้าระหว่างประเทศปี 1966 (The Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers, 1966) เป็นความตกลงเกี่ยวกับการใช้แม่นํ้าระหว่างประเทศที่มีความสำคัญอีกฉบับ ซึ่งมีข้อกำหนดเกี่ยวกับมาตรการในการป้องกันควบคุม และลดการปล่อยสารที่เป็นอันตรายออกสู่สิ่งแวดล้อมทางนํ้า และได้กำหนดให้รัฐริมนํ้าซึ่งเป็นภาคีร่วมติดตามตรวจสอบและประเมินสภาพของนํ้าที่มีลักษณะเป็นการข้ามเขตแดน และต้องทำให้สาธารณชนสามารถเข้าถึงผลการตรวจสอบติดตามและการประเมินดังกล่าวด้วย เป็นตัวอย่างของการกำหนดเกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมของสาธารณชน<sup>169</sup> ในกรณีของแม่นํ้าระหว่างประเทศ

#### 2.3.2.4 หลักการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมข้ามเขตแดน (the transboundary environmental impact assessment (TEIA))

เนื่องจากทรัพยากรนํ้าเป็นทรัพยากรที่มีความสำคัญ หน่วยงานระหว่างประเทศ และประเทศต่างๆจึงปรับปรุงวิธีการที่จะจัดการทรัพยากรนํ้าที่มีลักษณะข้ามเขตแดนให้มีประสิทธิภาพ โดยการทำการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมข้ามเขตแดน (the transboundary environmental impact assessment (TEIA)) นี้ เป็นอีกวิธีหนึ่งที่จะสามารถใช้ปรับปรุงการบริหารจัดการสิ่งแวดล้อมและความร่วมมือระหว่างประเทศที่ใช้ทรัพยากรนํ้าร่วมกันได้ ซึ่งการทำการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมข้ามเขตแดน มีพื้นฐานมาจากการทำการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม (environment impact assessment) ภายในประเทศ เพื่อสนับสนุนให้เกิดความโปร่งใส (transparency) การมีส่วนร่วมของ

<sup>168</sup> Woodhouse, Melvin. "Is public participation a rule of the law of international watercourses." *Nat. Resources J.* 43 (2003): 150.

<sup>169</sup> The Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers, 1966 article 11 (3)

สาธารณะชน (public participation) ความรับผิดชอบ (accountability) และการปรับปรุงกระบวนการตัดสินใจ (improved decision-making)<sup>170</sup>

การประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม (EIA) คือรายงานการศึกษาเพื่อคาดการณ์ผลที่จะเกิดต่อสิ่งแวดล้อมจากการดำเนินการของโครงการ<sup>171</sup> โดยหลักแล้วมีกระบวนการเริ่มจากการเสนอโครงการที่อาจมีผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมต่อผู้มีอำนาจตัดสินใจ (decision-maker) และมีการพิจารณาว่าการประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมมีความจำเป็นหรือไม่ หากการประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมมีความจำเป็น ก็จะกำหนดขอบเขต (scope) ว่าจะพิจารณาถึงผลกระทบในด้านใดบ้าง นอกเหนือจากผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมแล้ว บางกรณียังมีการพิจารณาถึงผลกระทบทางสังคม (social) วัฒนธรรม (cultural) และเศรษฐกิจ (economic) ด้วย นอกจากนี้อาจมีการเชิญชวนสาธารณะชนให้เข้าร่วมในขั้นตอนการกำหนดขอบเขตของผลกระทบที่จะศึกษา เพื่อช่วยระบุผลกระทบ ทางเลือกอื่น และแหล่งข้อมูลที่จะนำมาพิจารณา<sup>172</sup>

ในกระบวนการทำการประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม จะมีการศึกษาถึงข้อมูลพื้นฐานเพื่อบ่งชี้ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น และทางเลือกอื่นของโครงการ<sup>173</sup> ก่อนจะมีการเปรียบเทียบทางเลือกอื่นกับผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นตามที่ได้คาดการณ์ไว้ และนำร่างของรายงานการประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมเข้าสู่การพิจารณาของหน่วยงานรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ ตลอดจนเปิดโอกาสให้มีส่วนร่วมของสาธารณะชน และมีการให้ข้อคิดเห็นต่าง ๆ<sup>174</sup> แม้ว่าการทำรายงานการประเมินผลกระทบทาง

<sup>170</sup> Cassar, Angela Z., and Carl E. Bruch. "Transboundary environmental impact assessment in international watercourse management." *NYU Env'tl. LJ* 12 (2003): 173.

<sup>171</sup> UNEP, Governing Council Decision: Goals and Principles of Environmental Impact Assessment, princ. 4, UNEP/GC.14/17 Annex III, UNEP/GC/DEC/14/25 (June 17, 1987) อ้างถึงใน Cassar, Angela Z., and Carl E. Bruch. "Transboundary environmental impact assessment in international watercourse management." *NYU Env'tl. LJ* 12 (2003): 173.

<sup>172</sup> Julie Teel, "International Environmental Impact Assessment: A Case Study in Implementation", 31 *Env'tl. L. Rep. (Env'tl. L. Inst.)* 10,297 (2001) อ้างถึงใน Cassar, Angela Z., and Carl E. Bruch. "Transboundary environmental impact assessment in international watercourse management." *NYU Env'tl. LJ* 12 (2003): 176.

<sup>173</sup> Yusuf J. Ahmad and George K. Sammy, "Guidelines To Environmental Impact Assessment In Developing Countries 9" (1985) : 12-13. อ้างถึงใน Cassar, Angela Z., and Carl E. Bruch. "Transboundary environmental impact assessment in international watercourse management." *NYU Env'tl. LJ* 12 (2003): 176.

<sup>174</sup> Robinson, Nicholas A., "International Trends in Environmental Impact Assessment(1992)" *Boston College Environmental Affairs Law Review*, Vol. 19, (1992.): 591, 594.

สิ่งแวดล้อมจะต้องมีการรับฟังความคิดเห็นจากสาธารณะชน แต่ก็ไม่ได้มีการกำหนดให้ต้องยึดถือหรือทำตามข้อแนะนำดังกล่าว<sup>175</sup> เมื่อกระบวนการต่างๆเสร็จสิ้นลง รายงานการประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมฉบับสมบูรณ์อาจเสนอแนะว่าควรให้ความเห็นชอบกับโครงการหรือไม่<sup>176</sup> และอาจเสนอเงื่อนไขหรือพันธกรณีในการลด (mitigate) ผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม<sup>177</sup> และหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบในกรณีดังกล่าวจะเป็นผู้อนุญาต ไม่อนุญาต หรืออาจให้การอนุญาตแบบมีเงื่อนไขกับโครงการที่นำเสนอดังกล่าว

ประโยชน์อีกด้านหนึ่งของการทำรายงานการประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม คือ กระบวนการมีส่วนร่วมของสาธารณะชน (public participation) ซึ่งรวมไว้ในขั้นตอนการทำรายงานการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมด้วย หากกระบวนการมีส่วนร่วมของสาธารณะชนดังกล่าว ประสบผลสำเร็จ ก็จะสามารถทำให้ประชาชนในพื้นที่ที่มีโอกาสในการถูกรับฟัง (opportunity to be heard) และมีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจที่อาจมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและบริเวณที่อยู่อาศัย (livelihood) ทั้งนี้ การประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมเป็นกลไกหนึ่งของการทำให้เกิดความโปร่งใส ความรับผิดชอบ และการมีส่วนร่วม ซึ่งเป็นหลักการสำคัญเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่ปรากฏในหลักการข้อที่ 10 ของปฏิญญาริโอเพื่อสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ปี 1992<sup>178</sup>

---

แหล่งที่มา SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1376398>. อ้างถึงใน Cassar, Angela Z., and Carl E. Bruch. "Transboundary environmental impact assessment in international watercourse management." *NYU Env'tl. LJ* 12 (2003): 176.

<sup>175</sup>Julie Teel, "International Environmental Impact Assessment: A Case Study in Implementation", 31 *Env'tl. L. Rep. (Env'tl. L. Inst.)* 10,304-10,305 (2001) อ้างถึงในCassar, Angela Z., and Carl E. Bruch. "Transboundary environmental impact assessment in international watercourse management." *NYU Env'tl. LJ* 12 (2003): 176.

<sup>176</sup>Yusuf J. Ahmad and George K. Sammy, "Guidelines To Environmental Impact Assessment In Developing Countries " (1985) : 18. อ้างถึงในCassar, Angela Z., and Carl E. Bruch. "Transboundary environmental impact assessment in international watercourse management." *NYU Env'tl. LJ* 12 (2003): 176.

<sup>177</sup>Julie Teel, "International Environmental Impact Assessment: A Case Study in Implementation", 31 *Env'tl. L. Rep. (Env'tl. L. Inst.)* 10,301-10,302 (2001) อ้างถึงในCassar, Angela Z., and Carl E. Bruch. "Transboundary environmental impact assessment in international watercourse management." *NYU Env'tl. LJ* 12 (2003): 176.

<sup>178</sup>Principle 10 Environmental issues are best handled with the participation of all concerned citizens, at the relevant level. At the national level, each individual shall have appropriate access to information concerning the environment that is held by public authorities, including information on hazardous materials and activities in their communities, and the opportunity to participate in decision-making processes. States shall facilitate and encourage public awareness and participation by making information widely available. Effective access to judicial and administrative proceedings, including redress and remedy, shall be provided.

ในบางครั้ง การทำรายงานการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอาจก่อให้เกิดการต่อต้านของสาธารณชนต่อโครงการดังกล่าว ซึ่งจะทำให้ค่าใช้จ่ายในทางปกครองเพิ่มมากขึ้น และในบางครั้งอาจนำไปสู่การออกแบบและดำเนินโครงการที่ไม่ดีนัก ตัวอย่างของผลกระทบที่เกิดขึ้นเนื่องจากกระบวนการทำการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมที่ไม่เพียงพอ เช่น เขื่อน High Aswan ในประเทศอียิปต์ ซึ่งไม่ได้มีการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างเพียงพอ ทำให้โครงการก่อให้เกิดผลในทางลบมาก แม้ว่าตัวโครงการจะได้รับการพัฒนาขึ้นโดยมีแรงจูงใจที่จะพัฒนาเศรษฐกิจ ซึ่งผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นและไม่อาจแก้ไขให้กลับคืนดีดังเดิมได้นั้น จะสามารถหลีกเลี่ยงได้โดยดำเนินการประเมินผลกระทบอย่างเพียงพอในขั้นตอนแรกก่อนดำเนินโครงการ<sup>179</sup> กรณีของเขื่อน High Aswan ไม่มีผลกระทบข้ามแดนที่ชัดเจนนัก ซึ่งการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมที่อาจเกิดขึ้นกับรัฐสองรัฐหรือมากกว่า คือลักษณะสำคัญของการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมข้ามเขตแดน (the transboundary environmental impact assessment (TEIA))

การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมข้ามเขตแดนมุ่งประเด็นเกี่ยวกับผลกระทบที่เกิดขึ้นในระดับระหว่างประเทศ โดยพิจารณาถึงผลกระทบข้ามเขตแดน ไม่ใช่เฉพาะผลที่เกิดขึ้นภายในประเทศ และพิจารณาถึงผู้ที่มีส่วนได้เสียทุกฝ่าย โดยจะต้องมีการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมข้ามเขตแดนเมื่อมีความเสี่ยงที่จะเกิดผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อสิ่งแวดล้อมในรัฐอื่นนอกเหนือจากรัฐที่เป็นแหล่งกำเนิด (source state) หรือรัฐที่เป็นแหล่งกำเนิดของความเสียหายที่เกิดต่อสิ่งแวดล้อม โดยมีขั้นตอนในการดำเนินการที่คล้ายคลึงกับการทำการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม (EIA) แต่อาจต้องเพิ่มเติมในส่วนของการร่วมมือในการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารระหว่างองค์กร มีประเด็นความละเอียดอ่อนเนื่องจากเกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตย การมีส่วนร่วมทางการเมือง แนวทางทางวัฒนธรรมที่แตกต่าง ความแตกต่างทางภาษา และการมีส่วนร่วมของสาธารณชนข้ามเขตแดน<sup>180</sup>

<sup>179</sup> Nicolas A Robinson, "International Trends in Environmental Impact Assessment", 19 B.C. ENVTL. AFF. L.REV. : 595. อ้างถึงใน Cassar, Angela Z., and Carl E. Bruch. "Transboundary environmental impact assessment in international watercourse management." *NYU Env'tl. LJ* 12 (2003): 177. ในขั้นตอนการก่อสร้างเขื่อน High Aswan และการเปิดใช้เขื่อน ก่อให้เกิดผลกระทบต่อธรรมชาติทางอุทกวิทยาของแม่น้ำไนล์ ในส่วนท้ายน้ำ ทั้งในด้านสิ่งแวดล้อม สังคม และเศรษฐกิจ โดยการสร้างเขื่อนก่อให้เกิดการเพิ่มขึ้นของโรคพยาธิใบไม้ในเลือด (Schistosomiasis) เกิดปัญหาการรุกรานของน้ำเค็ม ทำให้ส่งผลเสียต่อพื้นที่ทำการเกษตร ผลกระทบต่อการทำการประมงปลาซาร์ดีน และการกัดเซาะพื้นที่ของสามเหลี่ยมแม่น้ำไนล์ซึ่งเคยมีความอุดมสมบูรณ์มาก โปรดดู Appelbaum, George D. "Controlling the environmental hazards of international development." *Ecology* LQ 5 (1975): 321, 324-326.

<sup>180</sup> Cassar, Angela Z., and Carl E. Bruch. "Transboundary environmental impact assessment in international watercourse management." *NYU Env'tl. LJ* 12 (2003): 179.



หน่วยงานระหว่างประเทศต่างๆ เช่น โครงการสิ่งแวดล้อมแห่งสหประชาชาติ (United Nations Environment Programme (UNEP)) องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)) รวมถึงธนาคารโลก (World Bank) ได้หยิบยกและสนับสนุนเกี่ยวกับการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมข้ามเขตแดน อย่างไรก็ตาม สนธิสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมไม่ได้กล่าวถึงการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมข้ามเขตแดนไว้มากนัก โดยจะเน้นในประเด็นการประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมมากกว่า เช่น ปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา 1992 ได้สนับสนุนการประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมไว้ในฐานะที่ “เป็นเครื่องมือของรัฐ” อย่างไรก็ตาม แนวคิดเกี่ยวกับการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมสามารถพิจารณาย้อนไปได้ถึง ปี 1972 ดังที่ปรากฏในปฏิญญาสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา หลักการข้อที่ 21<sup>181</sup> หลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายที่มีนัยสำคัญ (no significant harm) ซึ่งโดยนัยแล้วเป็นการวางรากฐานของกระบวนการประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมในระดับระหว่างประเทศ<sup>182</sup>

กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้และคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศในแง่ของการให้นิยามแม่น้ำระหว่างประเทศ และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องบนฐานของหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน ค่อนข้างมีความชัดเจน โดยไม่ได้มีปัญหาในการปรับใช้ หรือมีปัญหาในแง่การยอมรับของรัฐส่วนใหญ่ สำหรับหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของรัฐริมน้ำนั้น แม้ว่าหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล และหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย จะได้รับการยอมรับในแง่สถานะโดยปรากฏในสนธิสัญญาระหว่างรัฐริมน้ำ และเอกสารทางกฎหมายหลายฉบับ แต่ก็ยังขาดความชัดเจนในแง่เนื้อหา โดยเฉพาะหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล ซึ่งต้องพิจารณาถึงปัจจัยในแต่ละกรณีโดยไม่ตายตัว ขณะที่หลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายยังขาดความชัดเจนในแง่ของระดับความเสียหายที่ต้องนำเอาหลักการดังกล่าวมาปรับใช้ และขาดความชัดเจนในประเด็นลักษณะของมาตรการที่เหมาะสมที่รัฐจะนำมาใช้ ทั้งนี้ สำหรับหลักกฎหมายที่ปัจจุบันยังมีข้อถกเถียงด้านสภาพบังคับ อีกทั้งมีความกำกวมด้านเนื้อหา เช่น หลักการป้องกันล่วงหน้า หลักการพัฒนอยั่งยืน หลักการมีส่วนร่วมของสาธารณชน และหลักการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมข้ามเขตแดน

<sup>181</sup> Principle 21 States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction.

<sup>182</sup> Cassar, Angela Z., and Carl E. Bruch. "Transboundary environmental impact assessment in international watercourse management." *NYU Envtl. LJ* 12 (2003): 182.

ล้วนแต่เป็นหลักการที่เริ่มปรากฏแนวคิดในลักษณะของ soft law ซึ่งลักษณะของการไม่ผูกพันให้รัฐต้องปฏิบัติตาม (non-binding) ทำให้เป็นปัญหาและเป็นข้อจำกัด โดยที่รัฐสามารถหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามหลักการที่ปรากฏในลักษณะของ soft law ได้โดยที่ไม่มีมาตรการทางกฎหมายใดๆ เกิดขึ้น แม้ว่ารัฐนั้นจะเคยให้ความเห็นชอบกับหลักการดังกล่าว และแม้ว่าจะมีการนำเอาหลักการที่ปรากฏอยู่ในเอกสารทางกฎหมายที่เป็น soft law มาประมวลไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ เพื่อให้มีสภาพบังคับแต่ก็จะมีผลเป็นการผูกพันให้ปฏิบัติตามเฉพาะรัฐที่เป็นภาคีเท่านั้น จึงเป็นปัญหาในกรณีของแม่น้ำระหว่างประเทศซึ่งไม่มีสนธิสัญญาเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของรัฐริมน้ำที่มีผลเป็นการทั่วไป

เมื่อปรากฏจากการศึกษาว่าหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความสำคัญในแง่การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ คือ หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล และหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย แม้จะได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณี แต่ยังคงขาดความชัดเจนในด้านเนื้อหา และเมื่อมีการนำเอาหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในรูปแบบของสนธิสัญญา ก็ยังคงเกิดปัญหาเนื่องจากสนธิสัญญามีผลบังคับใช้แต่กับประเทศภาคีเท่านั้น ทั้งนี้แนวคิด บรรทัดฐานทางสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นใหม่ในลักษณะของ Soft law ซึ่งแสดงถึงความก้าวหน้าของกฎหมาย แม้จะมีความสำคัญในฐานะของสิ่งที่ช่วยนำไปสู่การพัฒนาของหลักกฎหมาย<sup>183</sup> และประมวลหลักกฎหมายจารีตประเพณีไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ยังคงขาดความชัดเจนในประเด็นของเนื้อหา ขอบเขต และการบังคับใช้ จึงต้องพิจารณาคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ ถึงการรับรองยืนยันสถานะ ตลอดจนสร้างความกระจ่าง และนำไปสู่การพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของรัฐริมน้ำ ซึ่งมีความสำคัญต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ

---

<sup>183</sup> McCaffrey, Stephen C. "Law of International Watercourses: Some Recent Developments and Unanswered Questions, The." *Denv. J. Int'l L. & Poly* 17 (1988): 517.

### บทที่ 3

## คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ

กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศพัฒนามาจากความกังวลทางสิ่งแวดล้อมประกอบกับการที่รัฐต้องการได้รับการคุ้มครองจากการเข้าแทรกแซงที่ไม่สมเหตุสมผล จึงมีลักษณะมุ่งเน้นในด้านหลักกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดอำนาจอธิปไตย การระงับข้อพิพาทโดยนำคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลหรือคณะอนุญาโตตุลาการ มีผลต่อการพัฒนาของหลักการบรรทัดฐาน และกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับกรณีของแม่น้ำระหว่างประเทศ แม้ว่าในบางคดีอาจไม่มีคำพิพากษาในประเด็นของคดีดังกล่าว เนื่องจากสาเหตุต่างๆ เช่น ศาลไม่มีเขตอำนาจเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าว ในคดี Nuclear Tests ปี 1974 และ 1995<sup>1</sup> เนื่องจากศาลระหว่างประเทศหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมักอ้างอิงถึงคำพิพากษาในคดีก่อนหน้านี้ในการให้เหตุผลและการพิพากษา เพื่อให้เกิดความสม่ำเสมอ (consistency) และการคาดหมายได้ (predictability) ซึ่งการอ้างอิงคดีก่อนหน้ามักจะมีการตีความ ขยายความ ทำให้ขอบเขตของกฎหมายหรือหลักการมีความชัดเจนขึ้น ซึ่งในบทนี้จะได้พิจารณาถึงคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ<sup>2</sup> นับแต่อดีตจนถึงปัจจุบันที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทั้งโดยทั่วไป และสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศโดยเฉพาะ เพื่อให้เห็นถึงบทบาทที่สำคัญของคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ ที่มีต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ โดยการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาปรับใช้แก่คดี การตีความ ขยายความเนื้อหา

<sup>1</sup> Juste-Ruiz, José. "The International Court of Justice and International Environmental Law." *International Courts and the Development of International Law* : TMC Asser Press, (2013) : 384.

<sup>2</sup> ตามข้อ 38 (1) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศซึ่งช่วยในการพิจารณากำหนดหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ คำพิพากษาของศาล และคำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิสูงสุด ซึ่งไม่ได้เป็นบ่อเกิดของกฎหมายโดยตรง แต่เป็นเครื่องมือเสริมในการหาบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งตามข้อ 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะใช้คำพิพากษาเพื่อช่วยในสถานะที่เป็นแนวทางเสริมในการกำหนดหลักกฎหมาย โดยคำพิพากษาในที่นี้หมายถึงคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลระหว่างประเทศ ซึ่งตามข้อ 59 ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ระบุว่า “คำวินิจฉัยของศาลไม่มีผลผูกพันยกเว้นในระหว่างคู่กรณีและในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคดีนั้นโดยเฉพาะ” ทำให้คำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลระหว่างประเทศไม่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศโดยตรง แต่ก็มักถูกยกขึ้นอ้างอิงโดยศาลระหว่างประเทศเองในคดีต่อมาทั้งนี้ คำพิพากษาของศาลมีบทบาทในการบ่งชี้หลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และมีบทบาทต่อการพัฒนาของกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น การให้เหตุผล การตีความ ซึ่งสามารถที่จะพัฒนาต่อไปเป็นแนวทางในการร่างสนธิสัญญา หรืออาจกลายเป็นกฎหมายได้ในอนาคต

และขอบเขตของหลักกฎหมายการรับรองสถานะของหลักกฎหมาย ซึ่งทำให้เกิดการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศด้วย โดยคดีที่เลือกขึ้นศึกษานั้น ประกอบด้วยคดีที่เกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศโดยตรง และคดีที่ไม่ได้เกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศโดยตรงแต่มีผลต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ เนื่องจากคดีที่เกี่ยวข้องกับแม่น้ำระหว่างประเทศโดยตรงนั้นยังมีจำนวนน้อย การนำเอาคดีที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับแม่น้ำระหว่างประเทศ แต่มีการอ้างหรือพิจารณาถึงหลักการใช้ดินแดนโดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม สามารถที่จะช่วยสร้างความชัดเจนในการวิเคราะห์ที่ได้มากขึ้น

### 3.1 คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศโดยตรง

คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศโดยตรง ได้แก่ คดี the River Oder คดี Diversion of Water from the Meuse คดี the Lake Lanoux คดี the The Gabcikovo-Nagymaros และ คดี Pulp Mills on the River Uruguay ซึ่งจะได้ศึกษาถึงสิทธิหน้าที่ของรัฐริมน้ำ และหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศที่คณะอนุญาโตตุลาการและศาลระหว่างประเทศนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงของคดีดังกล่าว

#### 3.1.1 คดี the River Oder (1929)<sup>3</sup>

คดี the River Oder นี้ได้มีการตัดสินในปี 1929 โดยศาลสถิตย์ยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Permanent Court of Justice; ICJ) ซึ่งถูกร้องขอให้พิพากษาว่า the International Commission of the Oder มีเขตอำนาจเหนือแม่น้ำ Warthe และแม่น้ำ Netze ซึ่งตั้งอยู่ในดินแดนของประเทศโปแลนด์ และเป็นแม่น้ำสาขาของแม่น้ำ Oder หรือไม่ว่า และสิทธิในการเดินเรือภายใต้สนธิสัญญากรุงแวร์ซายส์ (Treaty of Versailles) ของรัฐอื่นนอกจากประเทศโปแลนด์จะขยายไปถึงแม่น้ำ Warthe และแม่น้ำ Netze หรือไม่ว่า<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Case Relating to the Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder, Judgment of September 10th, 1929 เข้าถึงได้จาก [http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_AVA\\_23/74\\_Commission\\_internationale\\_de\\_l\\_Oder\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AVA_23/74_Commission_internationale_de_l_Oder_Arret.pdf)

<sup>4</sup> Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder, Judgment No. 16, 1929, P.C.I.J., Series A, No.23, p. 6.

ภายใต้ ข้อ 331 สนธิสัญญากรุงแวร์ซายส์ (Treaty of Versailles) ทางน้ำระหว่างประเทศ (international watercourse) ประกอบไปด้วยเงื่อนไข คือ ต้องใช้เดินเรือได้ โดยที่ประกอบด้วยรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐและต้องมีทางออกสู่ทะเลส่วนข้อ 341 ให้อำนาจคณะกรรมการในการกำหนดว่า ส่วนใดของแม่น้ำหรือสาขาของแม่น้ำที่จะนำเอาระบอบกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้<sup>5</sup> โดยในคดีนี้ ศาลสถิตย์ยุติธรรมระหว่างประเทศต้องพิจารณาในสองประเด็นคือ

(a) คณะกรรมการระหว่างประเทศมีเขตอำนาจขยายไปถึงแม่น้ำสาขาของแม่น้ำ Oder ทั้งสองสาย (the Warthe and the Netze) ซึ่งอยู่ภายในดินแดนของประเทศโปแลนด์หรือไม่

(b) หากคณะกรรมการมีเขตอำนาจตามข้อ (a) จะมีกฎหมายใดมาควบคุมเขตอำนาจของรัฐที่อยู่เหนือน้ำ

จากข้อ 331 สนธิสัญญากรุงแวร์ซายส์ ประกอบกับหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศ (principle governing international fluvial law in general) ศาลเห็นว่า ในการที่แม่น้ำจะตกอยู่ในระบอบระหว่างประเทศ (international regime) สนธิสัญญากรุงแวร์ซายส์จะกำหนดให้แม่น้ำเป็นแม่น้ำระหว่างประเทศในกรณีที่สามารถใช้เดินเรือได้ และมีรัฐตั้งแต่สองรัฐขึ้นไปที่สามารถอาศัยเป็นทางออกสู่ทะเลได้<sup>6</sup> ซึ่งแม่น้ำทั้งสองสายดังกล่าว (the Warthe and the Netze) มีจุดกำเนิดในประเทศโปแลนด์ ไหลผ่านเป็นพรมแดนระหว่างประเทศโปแลนด์และประเทศเยอรมัน ก่อนที่จะไหลรวมลงสู่แม่น้ำ Oder<sup>7</sup> ซึ่งศาลเห็นว่าควรพิจารณารวมถึง “river system” ซึ่งเป็นหน่วยรวมที่ประกอบด้วยสาขาของแม่น้ำ และสาขาย่อยของแม่น้ำในการพิจารณาว่าแม่น้ำนั้นเป็นแม่น้ำระหว่างประเทศหรือไม่ด้วย<sup>8</sup> ทั้งนี้ ต้องพิจารณาควบคู่ไปกับหลักความเป็นอิสระของรัฐ

เมื่อศาลพิจารณาถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไป เห็นว่าแม้การเดินทางออกสู่ทะเลของรัฐที่อยู่เหนือน้ำมีความสำคัญ แต่ในกรณีที่มีทางน้ำ (waterway) ซึ่งไหลผ่านหรือไหลแบ่งดินแดน

<sup>5</sup> Territorial Jurisdiction of the International Commission of the *River Oder*, Judgment No. 16, 1929, P.C.I.J., Series A, No.23, p. 13.

<sup>6</sup> and all navigable parts of these river systems which naturally provide more than one State with access to the sea, with or without transshipment from one vessel to another ; together with lateral canals and channels constructed either to duplicate or to improve naturally navigable sections of the specified river systems, or to connect two naturally navigable sections of the same river.

Ibid, p.24.

<sup>7</sup> Ibid, p.25.

<sup>8</sup> Ibid., p.26.

ของรัฐตั้งแต่สองรัฐขึ้นไป การที่จะสร้างความเป็นธรรมและค้ำประกันถึงผลประโยชน์นั้น ไม่ได้จำกัดแต่เพียงแนวคิดของสิทธิการผ่านออกสู่ทะเลของรัฐเหนือน้ำ หากแต่ต้องค้ำประกันถึงผลประโยชน์ร่วมของสังคม (community of interest) ของรัฐริมน้ำ โดยผลประโยชน์ร่วมของสังคมในแม่น้ำที่ใช้เดินเรือได้เป็นรากฐานของสิทธิทางกฎหมายร่วมกัน (common legal right) ซึ่งมีความสำคัญในการใช้แม่น้ำทั้งสาย (the whole course of the river) ร่วมกันอย่างเท่าเทียม (equality) ของรัฐริมน้ำทั้งหมด และยังเป็นการยกเว้นสิทธิที่เคยมีมาแต่เดิม (preferential privilege) ของรัฐริมน้ำด้วย<sup>9</sup> ดังนั้นสิทธิร่วมกันทางกฎหมายนั้นก็จะขยายไปถึงทุกส่วนของแม่น้ำที่ใช้เดินเรือได้<sup>10</sup> และคณะกรรมการพิจารณาระหว่างประเทศแม่น้ำโอเดอร์ (the International Commission of the Oder) จึงมีเขตอำนาจเหนือแม่น้ำ Warthe และแม่น้ำ Netze ซึ่งเป็นแม่น้ำสาขาของแม่น้ำ Oder ด้วย<sup>11</sup>

- ประเด็นเกี่ยวกับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด และทฤษฎีหลักผลประโยชน์ร่วมของสังคม (community of interest)

แม้ว่าคดีนี้จะเป็คดีที่เกี่ยวกับเขตอำนาจของคณะกรรมการ และการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศในการเดินเรือในแง่ของสิทธิการเดินเรือ โดยไม่เกี่ยวข้องกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศที่มีใช้เพื่อการเดินเรือโดยตรง แต่ก็เป็นคดีที่มีการยอมรับหลักผลประโยชน์ร่วมของสังคม (community of interest) ที่ศาลไม่ได้จำกัดเฉพาะการใช้เพื่อการเดินเรือเท่านั้น<sup>12</sup> แต่สามารถขยายไปได้ถึงการที่รัฐซึ่งใช้ลำน้ำระหว่างประเทศร่วมกันมีสิทธิทางกฎหมายร่วมกัน (common legal right) ในการใช้น้ำที่มีใช้เพื่อการเดินเรือด้วย ผู้เขียนเห็นว่า คดีนี้ได้สะท้อนบทบาทของคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศในการบ่งชี้และยืนยันการมีอยู่ของทฤษฎีทางกฎหมายเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศ คือ

<sup>9</sup> Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder, Judgment No. 16, 1929, P.C.I.J., Series A, No.23, p.27.

<sup>10</sup> "...If the common legal right is based on the existence of a navigable waterway separating or traversing several states, it is evident that this common legal right extends to the whole navigable course of the river and does not stop short at the last frontier.

Ibid., p.27-28.

<sup>11</sup> "Under the provisions of the Treaty of Versailles, the jurisdiction of the International Commission of the Oder does extend to the sections situated in Polish territory of the Rivers Warthe (Warta) and Netze (NoteC), tributaries of the Oder, if there are in Polish territory sections of these rivers which fulfil the conditions of navigability laid down in Article 331 of the Treaty"

Ibid., p. 9.

<sup>12</sup> McCaffrey, Stephen C, "The law of international watercourses : non-navigational uses" Oxford University Press, (2003.) : 152.

ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด ว่ารัฐมีสิทธิที่เท่าเทียมกันในการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศทั้งสาย โดยในที่นี้ศาลเห็นว่าแม่น้ำระหว่างประเทศคือระบบของแม่น้ำที่รวมเอาสาขาของแม่น้ำและสาขาย่อยของแม่น้ำที่สามารถเดินเรือได้เข้าไว้ด้วยกัน ตลอดจนถึงและยืนยันการมีอยู่ของทฤษฎีผลประโยชน์ร่วมของสังคม ว่าการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศในลักษณะดังกล่าวของรัฐ เป็นฐานของสิทธิทางกฎหมายร่วมกันในการใช้น้ำ โดยที่พิจารณาถึงการใช้น้ำระหว่างประเทศทั้งสายในลักษณะของทรัพยากรที่รัฐใช้ร่วมกัน ให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมโดยรวมโดยไม่มีการแบ่งแยกตามเขตแดนของรัฐ โดยหลักการผลประโยชน์ร่วมของสังคมและหลักอำนาจอธิปไตยอันจำกัด เป็นฐานในการพัฒนาหลักพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้น้ำระหว่างประเทศเช่น หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล หลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย

### 3.1.2 คดี Diversion of Water from the Meuse (1937)<sup>13</sup>

แม่น้ำ Meuse เป็นแม่น้ำที่มีต้นกำเนิดในประเทศฝรั่งเศส ก่อนจะไหลผ่านประเทศเบลเยียมและกลายเป็นพรมแดนระหว่างประเทศเบลเยียมและประเทศเนเธอร์แลนด์ โดยมีส่วนที่ไหลเข้าไปในดินแดนของประเทศเนเธอร์แลนด์ก่อนจะไหลกลับมาเป็นพรมแดนระหว่างประเทศเบลเยียมและประเทศเนเธอร์แลนด์อีกครั้ง ในคดีนี้ประเทศเนเธอร์แลนด์ได้ยื่นฟ้องประเทศเบลเยียมต่อศาลสถิตยยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Permanent Court of Justice; ICJ) ว่าคลองและงานชลประทานที่ประเทศเบลเยียมได้ขุดอยู่นั้นขัดกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศเบลเยียมได้โต้แย้งว่าประเทศเนเธอร์แลนด์ก็ได้ทำการสร้างคลองและงานชลประทานที่มีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศเช่นกัน

คดีนี้ทั้งสองประเทศอ้างถึงสนธิสัญญาที่ทำระหว่างกันเมื่อปี 1863 ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่จะกำหนดระบอบในการควบคุมการชักน้ำจากแม่น้ำ Meuse เพื่อการเดินเรือในคลองและการชลประทาน<sup>14</sup> โดยเป็นการลดความเร็วของน้ำในคลอง Zuid-Willemsvaartซึ่งเชื่อมระหว่าง Maastrich และ Bois-le-duc ให้รองรับกับการพัฒนาเชิงพานิชของทั้งสองประเทศต่อมาประเทศเนเธอร์แลนด์และประเทศเบลเยียมได้ตกลงทำสนธิสัญญาเมื่อปี 1925 แต่ประเทศเนเธอร์แลนด์ไม่ได้ให้สัตยาบัน ทั้งสองประเทศจึงเริ่มสร้างคลองและประตูน้ำ และกล่าวหาแต่ละฝ่ายว่าการก่อสร้างดังกล่าวนั้นเป็นการชักน้ำมาจากแม่น้ำ Meuse ที่ฝ่าฝืนพันธกรณีตามสนธิสัญญาปี 1863

<sup>13</sup>Diversion of Water from the Meuse, Netherlands v Belgium, Judgment, PCIJ Series ... Citation(s): PCIJ Series A/B No 70 แหล่งที่มา [http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_AB/AB\\_70/01\\_Meuse\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_70/01_Meuse_Arret.pdf)

<sup>14</sup>Ibid, P.9.

ศาลเห็นว่า สนธิสัญญาปี 1863 มีลักษณะเป็นการเอื้อให้รัฐประนีประนอมกันในส่วนของผลประโยชน์ มากกว่าที่จะเป็นการระงับข้อพิพาทในกรณีที่สิทธิของรัฐทั้งสองนั้นขัดแย้งกัน<sup>15</sup> ในประเด็นที่ประเทศเนเธอร์แลนด์อ้างว่า ประเทศเบลเยียมไม่มีสิทธิก่อสร้างใดๆที่จะทำให้เกิดการผันน้ำจากแม่น้ำนอกเหนือจากระบบผันน้ำที่มีอยู่แล้วและกำหนดให้อยู่ในดินแดนของประเทศเนเธอร์แลนด์ตามสนธิสัญญาอันทำให้ประเทศเนเธอร์แลนด์มีสิทธิในการควบคุมการผันน้ำและพิจารณาว่าปริมาณน้ำที่ผันมาจากแม่น้ำไม่เกินปริมาณสูงสุดตามที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญานั้น<sup>16</sup> ศาลพิพากษาว่าประเทศเนเธอร์แลนด์ไม่มีสิทธิควบคุมการผันน้ำ เพราะจะทำให้คู่กรณีเกิดความไม่เสมอภาคกันตามกฎหมายการที่ประเทศเนเธอร์แลนด์จะได้รับประโยชน์ฝ่ายเดียวต้องมีการระบุในสนธิสัญญาอย่างชัดเจน และสนธิสัญญาทำขึ้นระหว่างรัฐที่เสมอภาคกัน จึงไม่อาจตีความให้เป็นการเฉพาะต่อประเทศเบลเยียมใน การที่จะต้องละเว้นการสร้างคลองส่งน้ำ (feeder) ตามสนธิสัญญา เนื่องจากทั้งสองรัฐมีพันธกรณีที่เสมอภาคกัน<sup>17</sup>

สำหรับประเด็นที่ประเทศเนเธอร์แลนด์อ้างว่าประเทศเบลเยียมสร้างประตูน้ำเพื่อผันน้ำขัดต่อสนธิสัญญา ศาลได้พิพากษาว่าประตูน้ำ (lock) ไม่ใช่คลองส่งน้ำ トラบไคที่ไมทำให้กระแสน้ำในคลอง Zuid-Willemsvaart ไหลแรงเกินไป หรือทำให้เกิดการขาดแคลนน้ำในแม่น้ำ Muese ก็ไม่ขัดต่อสนธิสัญญาอีกทั้งศาลให้เหตุผลว่ารัฐภาคีสองฝ่ายมีสิทธิที่จะปรับปรุง ขยายหรือเปลี่ยนแปลงคลองในดินแดนของตน หรือหรือเพิ่มปริมาณน้ำในคลอง トラบไคที่ปริมาณน้ำไม่กระทบต่อระดับน้ำและการไหลของน้ำในคลอง Zuid-Willemsvaart<sup>18</sup>

ในประเด็นที่ประเทศเบลเยียมอ้างว่าการสร้างฝายของประเทศเนเธอร์แลนด์โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเบลเยียมเป็นการขัดกับสนธิสัญญา ศาลได้พิพากษาว่าแม้การสร้างฝายจะทำให้ระดับน้ำสูงขึ้น แต่ก็ไม่ได้ถูกห้ามตามข้อบทของสนธิสัญญา トラบไคที่ไม่ได้เป็นการเปลี่ยนแปลงหรือกระทบกระเทือนต่อระดับน้ำและการไหลของน้ำในคลอง Zuid-Willemsvaart<sup>19</sup>

<sup>15</sup>Diversion of Water from the Meuse, Netherlands v Belgium, Judgment, PCIJ Series ... Citation(s): PCIJ Series A/B No 70. P.20.

<sup>16</sup> Ibid,P.18.

<sup>17</sup> Ibid,P.20.

<sup>18</sup> Ibid,P.23.

<sup>19</sup>Diversion of Water from the Meuse, Netherlands v Belgium, Judgment, PCIJ Series ... Citation(s): PCIJ Series A/B No 70. P.29.



- ประเด็นการตีความสนธิสัญญาโดยใช้หลักความเท่าเทียมกัน

คดีนี้เป็นข้อพิพาทสืบเนื่องมาจากการใช้น้ำในทางเศรษฐกิจ โดยที่ไม่เกี่ยวข้องกับปัญหามลพิษ ซึ่งศาลได้มีความระมัดระวังที่จะจำกัดคำพิพากษาให้อยู่ภายใต้เงื่อนไขของสนธิสัญญาระหว่างรัฐคู่กรณี<sup>20</sup> จึงทำให้คดีนี้มีข้อจำกัดคือศาลพิพากษาโดยไม่ได้นำเอาหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศมาใช้ แม้ว่ารัฐคู่กรณีจะได้อ้างถึงกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับแม่น้ำที่สามารถนำมาปรับใช้กับคดี โดยศาลใช้วิธีการตีความสนธิสัญญา โดยใช้หลักการประติบัติที่เท่าเทียมกัน (equal treatment) หลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติ (reciprocity) ในเรื่องสิทธิหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ ศาลใช้หลัก Equity ในการตีความสนธิสัญญาโดยไม่ถือว่าอีกฝ่ายประพฤติผิดตามสนธิสัญญา<sup>21</sup> ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าศาลได้ทิ้งโอกาสที่จะมีบทบาทในแง่ของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศ เนื่องจากมิได้นำเอาหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศที่รัฐคู่กรณีอ้างถึงมาปรับใช้ในการพิจารณาคดี อย่างไรก็ตาม การที่ศาลวินิจฉัยโดยพิจารณาถึงสิทธิหน้าที่ของรัฐริมน้ำตามสนธิสัญญา สะท้อนถึงความสำคัญของสนธิสัญญาที่รัฐริมน้ำได้บรรลุความตกลงร่วมกัน ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศ จะปรากฏปัญหาในลักษณะที่กรณีของแม่น้ำระหว่างประเทศบางสายนั้น รัฐริมน้ำมิได้มีข้อตกลงเกี่ยวกับการใช้น้ำหรือคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ หรือมีข้อตกลงแต่รัฐริมน้ำทั้งหมดไม่ได้เป็นภาคี เช่นในกรณีของแม่น้ำโขงซึ่งประเทศจีนมิได้เข้าร่วมเป็นภาคี ซึ่งส่งผลให้การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศไม่ประสบผลสำเร็จเท่าที่ควร

### 3.1.3 คดี The Lake lanoux (1957)<sup>22</sup>

คดีนี้เป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับแม่น้ำระหว่างประเทศโดยตรง โดยในคดีนี้ Lake lanoux ทั้งหมดตั้งอยู่ในดินแดนของประเทศฝรั่งเศส ในบริเวณทิศใต้ของเทือกเขา Pyrenees โดยได้รับน้ำมาจากลำน้ำซึ่งมีแหล่งกำเนิดและไหลอยู่ในดินแดนของประเทศฝรั่งเศสทั้งหมด น้ำจาก Lake lanoux ไหลไปสู่แม่น้ำ River Font-vive ซึ่งเป็นจุดกำเนิดของแม่น้ำ Carol ที่ไหลเข้าสู่พรมแดนของประเทศสเปน ในระยะห่างจาก Lake Lanoux ประมาณ 25 กิโลเมตร แม่น้ำ Carol ส่วนที่ไหลผ่านพรมแดนของประเทศสเปนมีความยาวราว 6 กิโลเมตรก่อนจะไหลลงสู่แม่น้ำ Segre ซึ่งไหลลงแม่น้ำ Ebro ใน

<sup>20</sup> Lester, A. P. "River Pollution in International Law." *The American Journal of International Law* 57, no. 4 (1963): 838.

<sup>21</sup> จุมพต สายสุนทร, "กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม ๑", พิมพ์ครั้งที่ ๔ กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, (๒๕๔๖) : 99

<sup>22</sup> เข้าถึงได้จาก <http://www.ecolex.org/server2.php/libcat/docs/COU/FulVEn/COU-143747E.pdf>

ดินแดนของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งประเทศฝรั่งเศสและประเทศสเปนได้กำหนดปักปันเขตแดนตั้งแต่ Valley of Andorra ไปจนถึงทะเลเมดิเตอร์เรเนียนโดยทำสนธิสัญญาสามฉบับที่ควบคุมการใช้น้ำร่วมกัน ในปี 1856 ปี 1862 และปี 1866 ซึ่งมีการเพิ่มเติมข้อกำหนดในปี 1866 เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ในการควบคุมและใช้น้ำร่วมกัน

ในปี 1950 บริษัท Électricité de France ยื่นคำขอต่อรัฐมนตรีกระทรวงอุตสาหกรรมประเทศฝรั่งเศส เพื่อขออนุญาตผันน้ำจาก Lake Lanoux ไปยังแม่น้ำ Ariege โดยจะมีการผันน้ำกลับคืนผ่านอุโมงค์ที่เชื่อมระหว่างแม่น้ำ Ariege และแม่น้ำ Carol ลงสู่แม่น้ำ Carol ซึ่งประเทศสเปนได้มีการคัดค้าน อย่างไรก็ตาม ประเทศฝรั่งเศสอนุญาตให้มีการผันน้ำจากทะเลสาบ ปริมาณร้อยละ 25 ของการไหลของน้ำทั้งหมด<sup>23</sup> ลงสู่ลุ่มแม่น้ำ Ariege ซึ่งเป็นแม่น้ำของประเทศฝรั่งเศสแต่เพียงประเทศเดียวทั้งสาย เพื่อผลิตกระแสไฟฟ้าซึ่งเพียงพอสำหรับประชากรราว 300,000 คนในแต่ละปี โดยที่ประเทศฝรั่งเศสเสนอจะมีการชดเชยเยียวยาแก่ประเทศสเปนในรูปตัวเงิน สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น และเสนอจะปล่อยน้ำคืนกลับสู่แม่น้ำ Carol ในปริมาณที่เพียงพอต่อความต้องการของประเทศสเปนอย่างแท้จริง (Spain's real needs) และในภายหลังได้ปรับเปลี่ยนเป็นการเสนอจะปล่อยน้ำที่มีคุณภาพเดิม และมีปริมาณที่เท่ากันกลับคืนมาผ่านทางอุโมงค์เชื่อมส่งน้ำระหว่าง แม่น้ำ Ariege และแม่น้ำ Carol ก่อนที่แม่น้ำ Carol จะไหลผ่านประเทศสเปน

ประเทศสเปนได้คัดค้าน เนื่องจากเห็นว่าประเทศฝรั่งเศสไม่สามารถกระทำการภายในดินแดนของประเทศฝรั่งเศสให้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการไหลตามธรรมชาติของแม่น้ำที่ไหลสู่ประเทศสเปนโดยปราศจากความยินยอมของประเทศสเปน แม้ว่ากระแสน้ำที่พรมแดนจะไม่มี การเปลี่ยนแปลงและเห็นว่า การผันน้ำกลับคืนดังกล่าวเป็นการผันน้ำมาจากคนละลุ่มน้ำกัน อีกทั้งยังเป็นการแทรกแซงการไหลของแม่น้ำ Carol โดยมีมนุษย ซึ่งประเทศสเปนไม่ได้หวั่นเกรงประเด็นที่ว่าคุณภาพของน้ำจะเกิดความเปลี่ยนแปลงเนื่องจากโครงการผันน้ำของประเทศฝรั่งเศส หรือการผันน้ำกลับจะเกิดการเปลี่ยนแปลงในทางเคมี อุณหภูมิหรือลักษณะอื่นๆซึ่งจะส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของประเทศสเปน ซึ่งจะทำให้ประเทศสเปนสามารถกล่าวอ้างได้ว่าสิทธิของประเทศสเปนได้รับผลกระทบจากการฝ่าฝืนพันธกรณีของประเทศฝรั่งเศส แต่กล่าวอ้างเฉพาะประเด็นที่ว่าแม่น้ำตกอยู่

<sup>23</sup> เป็นปริมาณน้ำที่มากเพียงพอสำหรับเกษตรกรในประเทศสเปนราว 18,000 คน

ภายใต้การควบคุมของประเทศฝรั่งเศส<sup>24</sup> ต่อมาจึงนำคดีนี้เข้าสู่การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ และได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดในปี 1957

ประเด็นที่ถูกหยิบยกขึ้นมาในคดีนี้ ได้แก่

a) การใช้ประโยชน์จาก Lake Lanoux ภายใต้เงื่อนไขของประเทศฝรั่งเศส ในส่วนอารัมภบทของข้อตกลงในการนำคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ฝรั่งเศสและประเทศสเปนเป็นการละเมิดสิทธิของประเทศสเปนตามข้อกำหนดในสนธิสัญญา Treaty of Bayonne, 1866 และข้อกำหนดในส่วนที่ได้ทำการแก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่

b) หากพิจารณาตามข้อ (a) แล้ว พบว่าไม่เป็นการละเมิดสิทธิของประเทศสเปน การใช้ประโยชน์จาก Lake Lanoux ของประเทศฝรั่งเศส จะเป็นการละเมิดข้อกำหนดใน Treaty of Bayonne, 1866 และข้อกำหนดในส่วนที่ได้ทำการแก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่ เนื่องจากตามข้อกำหนดดังกล่าวจะต้องมีการตกลงล่วงหน้าระหว่างรัฐบาลของทั้งสองประเทศก่อน<sup>25</sup>

ในคดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ประเทศฝรั่งเศสไม่สามารถกระทำในสิ่งที่ขัดต่อสนธิสัญญาที่ได้กระทำระหว่างประเทศฝรั่งเศสและประเทศสเปน หรือกฎหมายระหว่างประเทศได้ โดยในการใช้น้ำจาก Lake Lanoux นั้น รัฐมีหน้าที่ในการเข้าสู่กระบวนการทำความเข้าใจ ในกรณีที่เกิดความขัดแย้งกันของผลประโยชน์จากการใช้น้ำในทางอุตสาหกรรม ทั้งนี้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าโครงการผันน้ำทั้งหมดตั้งอยู่ในดินแดนของประเทศฝรั่งเศส ดังนั้นผลที่เกิดอย่างมีนัยสำคัญหรือผลทั้งหมดจึงตกอยู่ในดินแดนของประเทศฝรั่งเศส<sup>26</sup> สอดคล้องกับความตกลงระหว่างประเทศฝรั่งเศสและประเทศสเปน ข้อ 8 ที่รัฐมีเขตอำนาจเหนือแม่น้ำระหว่างประเทศในส่วนที่อยู่ภายในเขตแดนของ

---

<sup>24</sup> "It could have been argued that the works would bring about an ultimate pollution of the waters of the Carol or that the returned waters would have a chemical composition or a temperature or some other characteristic which could injure Spanish interests. Spain could then have claimed that her rights had been impaired in violation of the Additional Act. Neither in the dossier nor in the pleadings in this case is there any trace of such an allegation."

24 ILR (1957), p. 123.

<sup>25</sup> Ibid., p. 121.

<sup>26</sup> Ibid., p. 119.

รัฐนั้น และเขตอำนาจจะเกิดการเปลี่ยนแปลงหากแม่น้ำไหลไปสู่เขตแดนของอีกรัฐ<sup>27</sup> ซึ่งสะท้อนหลักบูรณภาพเหนือดินแดน และต้องอยู่ภายใต้พันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศอื่นด้วย

คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าหากไม่มีความเสียหายในสาระสำคัญ (material) หรือเป็นการถาวร (permanent) เกิดขึ้น ประเทศฝรั่งเศสก็ไม่สมควรถูกห้ามมิให้ดำเนินโครงการดังกล่าว โดยเฉพาะเมื่อประเทศฝรั่งเศสยอมรับที่จะผันน้ำกลับคืนให้แก่ประเทศสเปนด้วยแล้ว<sup>28</sup> อีกทั้งเห็นว่าหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนนั้น ต้องตกอยู่ภายใต้พันธกรณีระหว่างประเทศทั้งหมดด้วย<sup>29</sup> ซึ่งพันธกรณีในคดี Lake Lanoux นั้น แม้ประเทศสเปนจะขอให้มีการห้ามมิให้มีการผันน้ำ แต่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ประเทศฝรั่งเศสมีการผันน้ำและปล่อยน้ำกลับคืนในปริมาณที่เท่ากัน น้ำซึ่งโดยธรรมชาติแล้วเป็นสิ่งที่สามารถมีการทดแทนได้ อาจได้รับการทดแทนโดยที่ไม่มีการเปลี่ยนแปลงทางคุณภาพที่เกี่ยวข้องกับความต้องการของมนุษย์ การผันน้ำที่มีการผันน้ำกลับคืนทดแทนดังเช่นโครงการของประเทศฝรั่งเศสไม่ได้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสภาพน้ำที่ใช้ในชีวิตประจำวัน<sup>30</sup> โครงการของประเทศฝรั่งเศสจึงไม่ได้เป็นการฝ่าฝืนข้อตกลงระหว่างประเทศฝรั่งเศสและประเทศสเปน<sup>31</sup> อย่างไรก็ตามคณะอนุญาโตตุลาการชี้ว่าประเทศสเปนอาจมีข้อเรียกร้องที่ดีกว่าหากอ้างและสามารถพิสูจน์ว่า ประเทศฝรั่งเศสก่อให้เกิดมลพิษหรือก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในทางปริมาณ เคมี อุณหภูมิ

<sup>27</sup> "Article 8. All standing and flowing waters, whether they are in the private or public domain, are subject to the sovereignty of the State in which they are located, and therefore to that State's legislation, except for the modifications agreed upon between the two Governments.

"Flowing waters change jurisdiction at the moment when they as from one country to the other, and when the watercourses constitute a boundary, each State exercises its jurisdiction up to the middle of the flow."

<sup>28</sup> 24 ILR (1957), p. 123.

<sup>29</sup> "Territorial sovereignty plays the part of a presumption. It must bend before all international obligations, whatever their origin, but only before all international obligations"

Ibid., p. 120.

<sup>30</sup> "The unity of a basin is sanctioned at the juridical level only to the extent that it corresponds to human realities. The water which by nature constitutes a fungible item may be the object of a restitution which does not change its qualities in regard to human needs. A diversion with restitution, such as that envisaged by the French project, does not change a state of affairs organized for the working of the requirements of social life."

Ibid., p. 125.

<sup>31</sup> Ibid., p. 142.

หรือคุณภาพน้ำในด้านอื่นๆที่อาจส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของประเทศสเปน<sup>32</sup> หรืออ้างว่าน้ำที่ได้รับผันกลับคืนมานั้นไม่เป็นไปตามเงื่อนไขตามธรรมชาติของน้ำที่ไหลจาก Lake Lanoux ลงสู่แม่น้ำ Carol ซึ่งประเทศสเปนไม่ได้ยกขึ้นอ้าง ทำให้ประเทศสเปนไม่สามารถแสดงให้เห็นว่าสิทธิของตนจะถูกทำให้เสียหายโดยโครงการเช่นว่านั้นของประเทศฝรั่งเศส

ในกรณีที่ประเทศสเปนอ้างว่าต้องมีการทำข้อตกลงล่วงหน้าก่อน ประเทศฝรั่งเศสจึงสามารถดำเนินโครงการผันน้ำได้นั้น คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าข้อ 1 ของความตกลงระหว่างประเทศฝรั่งเศสและประเทศสเปน ไม่ได้ห้ามมิให้รัฐพัฒนาพลังงานน้ำในดินแดนของรัฐ<sup>33</sup> ประกอบกับไม่มีหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือหลักกฎหมายทั่วไปที่กำหนดให้ต้องมีข้อตกลงล่วงหน้า (prior agreement) ระหว่างรัฐที่มีส่วนได้เสียก่อนที่จะมีการใช้ประโยชน์จากพลังงานน้ำของลำน้ำระหว่างประเทศ<sup>34</sup> เพียงแต่รัฐที่อยู่เหนือน้ำอาจต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของรัฐท้ายน้ำที่อาจได้รับผลกระทบจากการกระทำของตน<sup>35</sup> และแม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะเห็นว่าประเทศฝรั่งเศสมีหน้าที่ต้องปรึกษาหารือกับประเทศสเปน ซึ่งเป็นรัฐริมฝั่งของแม่น้ำสายเดียวกัน แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าประเทศฝรั่งเศสจะต้องได้รับความเห็นชอบจากประเทศสเปนก่อน

คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดว่า “โดยสอดคล้องกับหลักสุจริต รัฐต้นน้ำอยู่ภายใต้พันธกรณีที่จะต้องพิจารณาถึงผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้อง ทำให้ผู้มีส่วนได้เสียดังกล่าวได้รับความพึงพอใจและในขณะเดียวกันรัฐต้นน้ำก็ได้ผลประโยชน์ โดยแสดงความจริงใจที่จะประนีประนอมด้านผลประโยชน์กับรัฐริมน้ำอื่น”<sup>36</sup> และ “มีหลักกฎหมายซึ่งห้ามมิให้รัฐเหนือน้ำสร้างความเปลี่ยนแปลง

<sup>32</sup> “It could have been argued that the works would bring about an ultimate pollution of the waters of the Carol or that the returned waters would have a chemical composition or a temperature or some other characteristic which could injure Spanish interests. Spain could have then claimed that her rights had been impaired in violation of the additional act ”

<sup>33</sup> [The present Convention] in no way alters the freedom of each State, within the framework of international law, to carry out on its territory all operations for the development of hydraulic power which it desires ; there is provided only an obligation upon the interested signatory States to join in a common study of a development programme; the execution of this programme is obligatory only for those States which have formally subscribed to it.

<sup>34</sup> Ibid, p. 130.

<sup>35</sup> Ibid, p. 140.

<sup>36</sup> “According to the rules of good faith, the upstream state is under the obligation to take into consideration the various interests involved, to seek to give them every satisfaction compatible with the

ต่อน้ำในแม่น้ำในลักษณะที่จะทำให้รัฐท้ายน้ำนั้นเสียเปรียบอย่างร้ายแรง”<sup>37</sup> ซึ่งสอดคล้องกับหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการยังชี้ว่า “ในส่วนของประเทศสเปน ประเทศสเปนไม่สามารถอ้างสิทธิที่จะยืนยันให้การพัฒนา Lake Lanoux อยู่บนพื้นฐานความต้องการในการทำการเกษตรของสเปน โดยประเทศสเปนสามารถทำได้เพียงชักนำในด้านผลประโยชน์เพื่อที่จะได้รับเงื่อนไขที่จะเป็นการปกป้องอย่างสมเหตุสมผลต่อทั้งสองฝ่าย ภายใต้การตัดสินใจของฝรั่งเศส”<sup>38</sup> ซึ่งในส่วนนี้ แสดงถึงการจำกัดทฤษฎีบูรณาการเหนือดินแดน และประเทศฝรั่งเศสได้คำนึงถึงผลประโยชน์ของประเทศสเปนอย่างเพียงพอแล้วเมื่อพิจารณาจากข้อเสนอ ซึ่งเริ่มจากการชดเชยเสียหายโดยไม่มีการผันน้ำกลับ เปลี่ยนแปลงเป็นการผันน้ำกลับบางส่วน และแก้ไขเป็นการผันน้ำกลับตามความต้องการของประเทศสเปน

- ประเด็นเกี่ยวกับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด

คดีนี้ คณะอนุญาโตตุลาการมีคำวินิจฉัยว่ารัฐริมน้ำต้องคำนึงถึงผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้อง ตามหลักสุจริต ประกอบกับการประนีประนอม โดยที่ทั้งรัฐเหนือน้ำและรัฐท้ายน้ำไม่อาจอ้างเอาความต้องการหรือความจำเป็นของตนเหนือกว่ารัฐริมน้ำอื่น สอดคล้องกับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด ซึ่งมุ่งเน้นให้เกิดความสมดุลในการใช้น้ำระหว่างรัฐริมน้ำ

- ประเด็นเกี่ยวกับพันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย

คดีนี้สนับสนุนและยืนยันหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย ดังที่ปรากฏในคดี Trail smelter ว่าการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศที่ไหลผ่านจากรัฐหนึ่งไปยังอีกรัฐหนึ่งตกอยู่ภายใต้หลักไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญ (No significant harm) กล่าวคือ การที่รัฐหนึ่งจะใช้น้ำ ต้องมีการประเมินความเสี่ยงของผลกระทบการใช้ที่มีต่อรัฐริมน้ำที่ใช้น้ำร่วมกัน ทั้งนี้ต้องแจ้งเตือนแก่รัฐริมน้ำอื่น หากการใช้น้ำจะส่งผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญ และต้องมีพันธกรณีด้านสัญญาญติอื่นๆ

---

pursuit of its own interests, and to show that in this regard it is genuinely concerned to reconcile the interests of the other riparian State with its own.”

<sup>37</sup>“there was a principle which prohibits the upstream State from altering the waters of a river in such a fashion as seriously to prejudice the downstream state”

Lake Lanoux case (1957) 12 RIAA 285, 308.

<sup>38</sup>“On her side, Spain cannot invoke a right to insist on a development of Lake Lanoux based on the needs of Spanish agriculture... Spain can only urge her interest in order to obtain, within the framework of the scheme decided upon by France, terms with reasonably safeguard them.”

ตามมา<sup>39</sup> ทั้งนี้ คดี The Lake Lanoux มีประเด็นพิจารณาเพิ่มเติมมากกว่าคดี Trail smelter โดย คณะอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยในประเด็นที่ว่า รัฐริมน้ำสามารถยึดหลักอำนาจอธิปไตย และคัดค้าน (veto) ในการกระทำใดๆของรัฐริมน้ำอื่นที่จะมีผลเป็นการทำให้เปลี่ยนแปลงไปจากสภาพเดิม โดยที่ปราศจากหลักฐานเกี่ยวกับความเสียหายดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธการอ้างถึงอำนาจอธิปไตยในลักษณะดังกล่าว และรับรองถึงการสร้างสมดุลเมื่อเกิดกรณีที่ผลประโยชน์ของรัฐริมน้ำขัดแย้งกัน อีกทั้งยอมรับความเปลี่ยนแปลงและการประนีประนอมที่สอดคล้องกับกฎหมายเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศด้วย<sup>40</sup>

- ประเด็นเกี่ยวกับหน้าที่ในการปรึกษาหารือ

หน้าที่ในการปรึกษาหารือ อยู่บนรากฐานของทฤษฎีผลประโยชน์ร่วมของสังคม โดยเป็นส่วนหนึ่งของหน้าที่ในการร่วมมือ ( the duty to co-operate) ซึ่งยังประกอบไปด้วยหน้าที่ในการแจ้ง (notify) หน้าที่ในการแลกเปลี่ยนข้อมูล (exchange information) หน้าที่ในการปรึกษาและเจรจา (consult and negotiate)<sup>41</sup> ในคดี the Lake Lanoux คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ารัฐริมน้ำมีหน้าที่ต้องปรึกษาหารือรัฐริมน้ำอื่นของแม่น้ำระหว่างประเทศสายเดียวกัน อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการยังได้เพิ่มเติมด้วยว่าหน้าที่ในการปรึกษาหารือดังกล่าวนั้นมิใช่การขอความเห็นชอบ ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นชัดถึงขอบเขตของหน้าที่ในการปรึกษาหารือ ที่เป็นพันธกรณีทางสัจยธรรมและยังขาดความชัดเจน

- ประเด็นเกี่ยวกับทฤษฎีผลประโยชน์ร่วมของสังคม

ในคดีนี้ คณะอนุญาโตตุลาการได้ปฏิเสธทฤษฎีผลประโยชน์ร่วมของสังคม โดยคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า “คณะอนุญาโตตุลาการมิได้มองข้ามลักษณะทางกายภาพด้านภูมิศาสตร์ของแต่ละลุ่มน้ำว่ามีลักษณะเป็นหน่วยรวม (unit) และการพิจารณาลุ่มน้ำในลักษณะหน่วยรวมนั้นมิได้มีลักษณะเป็นการเด็ดขาด เนื่องจากต้องสอดคล้องกับความเป็นจริง”<sup>42</sup>

<sup>39</sup> McCaffrey, Stephen C, “The law of international watercourses : non-navigational uses” . Oxford University Press, (2003) : 43.

<sup>40</sup> Lester, A. P. "River Pollution in International Law." *The American Journal of International Law* 57, no. 4 (1963): 839.

<sup>41</sup> McIntyre, Owen. "Role of Customary Rules and Principles of International Environmental Law in the Protection of Shared International Freshwater Resources, The." *Nat. Resources J.* 46 (2006): 10.

<sup>42</sup> "8. The prohibition of compensation between the two basins, in spite of equivalence between the water diverted and the water restored, unless the withdrawal of water is agreed to by the other Party would

ผู้เขียนเห็นว่า คดี the Lake Lanoux สะท้อนบทบาทของคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการ ในการบ่งชี้และยืนยันการมีอยู่ของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ คือ หลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน เนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาตามความตกลงระหว่างประเทศ ฝรั่งเศสและประเทศสเปน ในข้อ 8 ซึ่งรัฐริมน้ำมีอำนาจอธิปไตยเหนือแม่น้ำระหว่างประเทศในส่วนที่ไหลผ่านดินแดนของรัฐนั้น แต่เนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่า การใช้อำนาจอธิปไตยนั้นจะต้องอยู่ภายใต้พันธกรณีระหว่างประเทศอื่นด้วย จึงมีความสอดคล้องกับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด มากกว่าทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันสมบูรณ์ เนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐอาจตกอยู่ภายใต้พันธกรณีระหว่างประเทศอื่นด้วย มิใช่ว่ารัฐริมน้ำสามารถใช้อำนาจอธิปไตยเหนือแม่น้ำระหว่างประเทศในส่วนที่อยู่ภายในดินแดนของตนโดยเสรี ทั้งนี้ คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ยังได้บ่งชี้และยืนยัน ตลอดจนสร้างความชัดเจนให้กับหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย โดยมีการวินิจฉัยเกี่ยวกับการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย ว่า ประเทศสเปนต้องมีการอ้างและพิสูจน์ให้ได้ว่าประเทศสเปนได้รับผลประโยชน์จากการผันน้ำของฝรั่งเศส และผลกระทบดังกล่าวจะเกิดขึ้นดังกล่าวนั้น ต้องมีความร้ายแรง ซึ่งมีใช่เป็นเพียงการผันน้ำไปใช้ในการอุตสาหกรรมและผันน้ำกลับคืนในปริมาณเท่าเดิม นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการยังได้ยืนยันสิทธิหน้าที่ของรัฐริมน้ำในการปรึกษาหารือ โดยที่ไม่ได้ถึงขั้นเป็นการขอความเห็นชอบจากรัฐริมน้ำอื่น และมีต้องมีการตกลงล่วงหน้าก่อนที่จะใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศ โดยเพียงแต่ต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของรัฐริมน้ำอื่นที่อาจได้รับผลกระทบเท่านั้น ซึ่งสิทธิหน้าที่ของรัฐริมน้ำเหล่านี้มีลักษณะเป็นมาตรการที่รองรับหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย นอกจากนี้ การที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าประเทศฝรั่งเศสและประเทศสเปนไม่อาจอ้างถึงการ

---

lead to the prevention in a general way of a withdrawal from a watercourse belonging to River Basin A for the benefit of River Basin B. even if this withdrawal is compensated for by a strictly equivalent restitution effected from a watercourse of River Basin B for the benefit of River Basin A. The Tribunal does not overlook the reality, from the point of view of physical geography, of each river basin, which constitutes, as the Spanish Memorial (at p. 53) maintains, ' a unit '. But this observation does not authorize the absolute consequences that the Spanish argument would draw from it. The unity of a basin is sanctioned at the juridical level only to the extent that it corresponds to human realities. The water which by nature constitutes a fungible item may be the object of a restitution which does not change its qualities in regard to human needs. A diversion with restitution, such as that envisaged by the French project, does not change a state of affairs organized for the working of the requirements of social life.

Lake Lanoux Arbitration (France V. Spain) (1957) 12 R.I.A.A. 281; 24 I.L.R. 101 Arbitral Tribunal.1 November 16, 1957.p.20



น้ำของประเทศฝรั่งเศสในการผลิตกระแสไฟฟ้า และการใช้น้ำเพื่อการเกษตรของประเทศสเปน เพื่อให้การพัฒนา Lake Lanoux โนม์เอียงไปตามการใช้น้ำของรัฐใดรัฐหนึ่ง ยังเป็นการบ่งชี้ถึงหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล ซึ่งต้องพิจารณาถึงปัจจัยต่างๆที่เกี่ยวข้อง เช่น ความต้องการของรัฐริมน้ำในการใช้น้ำของแม่น้ำระหว่างประเทศ โดยที่ไม่ได้ให้น้ำหนักกับปัจจัยใดให้เหนือกว่าปัจจัยอื่น

### 3.1.4 คดี The Gabčíkovo-Nagymaros (1997)<sup>43</sup>

แม่น้ำดานูบเป็นแม่น้ำที่มีความยาวเป็นลำดับสองในทวีปยุโรป ไหลผ่านพรมแดนของ 9 ประเทศ และมีต้นกำเนิดจาก Black Forest ก่อนจะไหลลงสู่ Black Sea ซึ่งในคดีนี้ ประเทศเช็กโกสโลวาเกียได้ทำสนธิสัญญากับประเทศฮังการีในปี 1977 เพื่อที่จะร่วมกันสร้างระบบของเขื่อนขนาดใหญ่ประกอบไปด้วยทำนบ (barrage) และประตูน้ำ (lock) ที่เชื่อมระหว่าง Bratislava และ Budapest เมืองหลวงของประเทศสโลวาเกียและประเทศฮังการีตามลำดับ ในส่วนที่กว้างที่สุดของแม่น้ำดานูบเพื่อการใช้ประโยชน์จากน้ำในการผลิตพลังงาน ปรับปรุงการเดินเรือ และชลประทานเพื่อการเกษตร เป็นต้น<sup>44</sup> โดยรัฐภาคีจะมีการลงทุน การก่อสร้าง และการเปิดใช้งานโครงการอย่างเท่าเทียมกันระหว่างสองรัฐ โดยที่ลักษณะของโครงการซึ่งเป็นการพัฒนาแม่น้ำดานูบร่วมกัน ทำให้ไม่สามารถแบ่งแยกโครงการออกเป็นส่วนๆ ได้

ภายใต้สนธิสัญญาปี 1977 รัฐภาคีรับรองว่าคุณภาพน้ำของแม่น้ำดานูบจะไม่ถูกทำให้เสียหาย และสิ่งแวดล้อมจะได้รับการปกป้องระหว่างการก่อสร้างโครงการและการทำงานของประตูสำหรับการเข้า-ออกของเรือ ซึ่งโครงการร่วมระหว่างสองประเทศนี้ ประกอบด้วยการสร้างประตูน้ำสองแห่ง แห่งแรกคือที่บริเวณ Gabčíkovo ในคลองบายพาสซึ่งตั้งอยู่ในดินแดนของประเทศเช็กโกสโลวาเกีย (ภายหลังคือประเทศสโลวาเกีย) และที่ Nagymaros ในดินแดนของประเทศฮังการี ซึ่งในการที่จะชักน้ำเข้าสู่คลองบายพาส ผลิตกระแสไฟฟ้าพลังงานน้ำ และทำให้ประตูสำหรับการเข้า-ออกของเรือทำงานได้นั้น จะต้องก่อสร้างเขื่อนกั้นแม่น้ำดานูบ (Dunakiliti Dam) ซึ่งประกอบด้วยตัวเขื่อนที่ตั้งอยู่ในดินแดนของประเทศฮังการี ซึ่งประเทศฮังการีเป็นผู้รับผิดชอบในการก่อสร้างและติดตั้ง และก่อสร้างคลองบายพาสในดินแดนของเช็กโกสโลวาเกีย<sup>45</sup> โดยที่รัฐภาคีจะครอบครอง Dunakiliti Dam

<sup>43</sup> Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v Slovakia), Judgment, 1. C. J. Reports 1997, p. 7

<sup>44</sup> Preamble Treaty Concerning the Construction and Operation of the Gabčíkovo-Nagymaros System of Locks (1977)

<sup>45</sup> Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997, p. 20.

คลองบายพาส และประตูน้ำดังกล่าวร่วมกัน แต่สิ่งปลูกสร้างอื่นจะอยู่ในความครอบครองของรัฐเจ้าของดินแดน

โครงการเริ่มก่อสร้างในปี 1978 ในเวลาต่อมาเกิดการวิพากษ์วิจารณ์โดยนักสิ่งแวดล้อมว่าโครงการจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ในปี 1989 รัฐบาลประเทศฮังการีจึงพักงานก่อสร้าง (suspend) ทั้งในส่วนงานที่ Nagymaros และ Dunakilti Dam ก่อนที่จะละทิ้งการก่อสร้างดังกล่าว ขณะที่ประเทศเช็กโกสโลวาเกียซึ่งได้ดำเนินการก่อสร้างในส่วนสำคัญที่ Gabčíkovo และ คลองบายพาสไปแล้ว เห็นว่าไม่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมดังที่นักสิ่งแวดล้อมได้กล่าวอ้างเกิดขึ้น จึงได้ดำเนินการก่อสร้างต่อฝ่ายเดียว (unilateral) โดยสร้างเขื่อนในแม่น้ำดานูบที่อยู่ในดินแดนของประเทศเช็กโกสโลวาเกียซึ่งจะทำให้ประเทศเช็กโกสโลวาเกียสามารถผันน้ำจากแม่น้ำดานูบ (ร้อยละแปดสิบถึงร้อยละเก้าสิบ) เข้าสู่คลองบายพาสที่ตั้งในดินแดนของประเทศเช็กโกสโลวาเกีย ในปี 1991 ซึ่งการก่อสร้างในจุดนี้ถูกเรียกว่า variant C โดยประเทศเช็กโกสโลวาเกียอ้างว่าเป็นมาตรการแก้ไขชั่วคราว (provisional solution) ที่สามารถทำได้ตามสนธิสัญญา ปี 1977 ประเทศฮังการีจึงเลิก (terminate) สนธิสัญญา ในปี 1992 โดยอ้างว่ามีความจำเป็นทางสิ่งแวดล้อม (state of ecological necessity) ว่าการก่อสร้างต่อจะทำให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำและพื้นที่ชุ่มน้ำโดยรอบตลอดจนแหล่งน้ำใต้ดินของประเทศฮังการี ซึ่งความเสียหายเหล่านี้ไม่อาจเป็นที่คาดหมายได้ในขณะทำสนธิสัญญาขณะที่ประเทศเช็กโกสโลวาเกียปฏิเสธข้ออ้างดังกล่าว เนื่องจากเห็นว่าไม่เป็นไปตามกฎหมายเกี่ยวกับสนธิสัญญา (Law of treaty) และประเทศสโลวาเกียซึ่งแยกออกจากประเทศเช็กโกสโลวาเกียรับช่วงต่อในการก่อสร้างเขื่อนและผันน้ำเข้าสู่ดินแดนของตน

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศถูกขอให้ตัดสินในปี 1993 ว่า ประเทศฮังการีมีสิทธิพักงานและเลิกสนธิสัญญาหรือไม่ และประเทศสโลวาเกียมีสิทธิที่จะดำเนินการก่อสร้าง Variant C แต่ฝ่ายเดียว โดยอ้างว่าเป็นมาตรการแก้ไขชั่วคราว (provisional solution) หรือไม่ ทั้งนี้ ประเทศฮังการีอ้างว่าประเทศสโลวาเกียได้ละเมิดหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรม (Equitable Utilization) และหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (No Significant Harm) โดยการชักน้ำจากแม่น้ำดานูบ ทำให้เปลี่ยนแปลงการไหลของแม่น้ำ และก่อสร้าง variant C

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาพิพากษาว่า การพักงานของประเทศฮังการีนั้นมิผลกระทบต่อโครงการในแม่น้ำดานูบซึ่งโครงการดังกล่าวนี้มีลักษณะที่ไม่อาจแบ่งแยกออกเป็นส่วนได้ และไม่เป็นไปตามที่ทั้งสองประเทศได้ตกลงกันไว้ตามสนธิสัญญา<sup>46</sup> การอ้างว่ามีความจำเป็นทาง

<sup>46</sup> Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, 1. C. J. Reports 1997, p. 39. Para. 48.

สิ่งแวดล้อม ทำให้ประเทศยังการีต้องพักงาน ไม่ใช่ข้ออ้างที่จะทำให้ประเทศยังการีหลุดพ้นจากความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น<sup>47</sup> เนื่องจากการอ้างว่ามีความจำเป็นซึ่งจะเป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบตาม ข้อ 33 ของ the Draft Articles on the International Responsibility of States นั้น จะต้องเป็นกรณีที่เป็นหนทางเดียวในการป้องกันผลประโยชน์สำคัญของรัฐต่อภัยอันตรายที่มีความร้ายแรงและใกล้จะมาถึง (the act was the only means of safeguarding an essential interest of the State against a grave and imminent peril) และ การกระทำดังกล่าวต้องไม่กระทบต่อผลประโยชน์สำคัญของรัฐอื่น (the act did not seriously impair an essential interest of the State towards which the obligation existed.) ทั้งนี้ ในความเห็นต่อร่างข้อบทดังกล่าว คณะกรรมาธิการให้ความหมายของ "state of necessity" ว่าเป็นสถานการณ์ที่รัฐมีหนทางป้องกันผลประโยชน์สำคัญของรัฐจากภัยอันตรายที่ร้ายแรงและใกล้จะมาถึงเพียงหนทางเดียว และรัฐได้มีการกระทำที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีที่มีต่อรัฐอื่น<sup>48</sup> อย่างไรก็ตามศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยอมรับว่าความกังวลของประเทศยังการีต่อสิ่งแวดล้อมนั้นถือได้ว่าเป็นผลประโยชน์สำคัญ (essential interest) ของรัฐ เนื่องจากข้อความเห็นที่มีต่อร่างข้อบทดังกล่าวยกตัวอย่างให้อันตรายร้ายแรงต่อการรักษาสิ่งแวดล้อม หรือมาตรการด้านความปลอดภัยในการรักษาสมดุลของสิ่งแวดล้อมถือว่าเป็นผลประโยชน์สำคัญของรัฐ<sup>49</sup>

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้หยิบยกความเห็นแนะนำในกรณีของ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons ปี 1996 ว่า ไม่ใช่เพียงแต่รัฐที่ต้องให้ความเคารพต่อสิ่งแวดล้อม แต่มวลมนุษยชาติทั้งหมดต้องให้ความเคารพต่อสิ่งแวดล้อมด้วย โดยที่ “สิ่งแวดล้อมนั้น ไม่ใช่แต่เพียงนามธรรม หากแต่เป็นบริเวณที่อยู่อาศัย คุณภาพของชีวิตสุขภาพของมนุษย์ ตลอดจนชนรุ่นหลังที่ยังไม่เกิด พันธกรณีของรัฐโดยทั่วไปในการทำให้มั่นใจว่าการกระทำภายในดินแดนของรัฐ จะคำนึงถึงสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่นและพื้นที่นอกเหนือเขตอำนาจรัฐนั้น เป็นกฎหมายระหว่างประเทศในด้านสิ่งแวดล้อมในปัจจุบัน.”<sup>50</sup> ทั้งนี้ ในกรณีข้ออ้างของประเทศยังการีเกี่ยวกับความไม่แน่นอน

<sup>47</sup> Ibid.

<sup>48</sup> Ibid., Para. 50

<sup>49</sup> Ibid, Para. 53.

<sup>50</sup> "the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn. The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment." Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, pp. 241 -242, para.

(uncertainties) ในกรณีของผลกระทบที่มีต่อสิ่งแวดล้อมในกรณีของระบบของเขื่อนใน the GabCikovo-Nagymaros ซึ่งต้องมีการศึกษาทางวิทยาศาสตร์ ศาลเห็นว่าความไม่แน่นอนดังกล่าวนั้น แม้ว่าจะมีความร้ายแรง (serious) แต่เพียงเท่านั้นก็ยังไม่ก่อให้เกิดอันตราย (peril) ที่มีลักษณะเป็นองค์ประกอบของความจำเป็นที่จะเป็นข้อยกเว้นจากความรับผิดชอบของรัฐอีกทั้งขาดลักษณะของความใกล้จะถึงหรือใกล้จะเกิดขึ้น โดยเหตุนี้ศาลจึงไม่เห็นด้วยกับข้ออ้างของประเทศฮังการีในประเด็นเรื่องการอ้างภาวะจำเป็น

ในประเด็นเรื่องความเสียหายที่เกิดจากการสร้างเขื่อนนั้น ประเทศฮังการีอ้างว่า หากโครงการก่อสร้างในส่วนของ Nagymaros เสร็จสิ้นตามที่ได้กำหนดไว้ สิ่งแวดล้อมโดยเฉพาะอย่างยิ่งแหล่งน้ำดื่มจะได้รับผลกระทบ และมีความเสี่ยงที่จะเกิดการกัดเซาะของต่อน้ำในบริเวณท้ายน้ำด้วย ศาลได้ชี้ว่าอันตรายที่จะเกิดขึ้นในลักษณะดังกล่าวกินระยะเวลาที่ยาวนาน และมีความไม่แน่นอน ซึ่งไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่จะอ้างภาวะจำเป็นได้

ในประเด็นความเสียหายที่จะเกิดในส่วนของ the Gabcikovo ประเทศฮังการีอ้างว่า น้ำที่อ่างเก็บน้ำ (the Dunakiliti) ได้รับผลกระทบในด้านคุณภาพน้ำ เนื่องจากคุณภาพน้ำใต้ดินในภูมิภาค ซึ่งมีผลต่อพืชและสัตว์ในบริเวณที่ราบลุ่มแม่น้ำดานูบด้วยอย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่าภัยอันตรายดังกล่าวมีลักษณะที่กินระยะเวลายาวนาน และมีความไม่แน่นอน ซึ่งไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่จะอ้างภาวะจำเป็นได้

ศาลพิจารณาถึงรายงานซึ่งจัดทำโดยคณะกรรมการสิทธิการของประเทศฮังการี ในด้านสิ่งแวดล้อม ซึ่งระบุว่า การจะศึกษาผลกระทบนั้นต้องมีการติดตามตรวจสอบนับตั้งแต่มีการก่อสร้างแล้วเสร็จเป็นระยะเวลาอย่างน้อย 5 ปี ซึ่งต้องมีการกำหนดระบบการตรวจสอบติดตาม มีตัวชี้วัดเกี่ยวกับด้านของชีววิทยาซึ่งจะสามารถบอกถึงการเปลี่ยนแปลงของสิ่งแวดล้อมได้ ทั้งนี้ เนื้อหาของรายงานบ่งชี้ว่าผลกระทบต่อคุณภาพน้ำ ระบบนิเวศ และสิ่งแวดล้อมนั้นไม่ได้ถูกนำมาพิจารณานับแต่แรกที่มีการออกแบบโครงการ และผลกระทบที่จะเกิดต่อสิ่งแวดล้อมนั้นไม่สามารถประเมินได้เนื่องจากมีความซับซ้อนของระบบนิเวศ การขาดข้อมูลที่จะนำมาพิจารณา ." ความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมที่ประเทศฮังการีอ้างถึงนั้น ศาลเห็นว่าประเทศฮังการีมีหนทางอื่นในการที่จะจัดการกับความเสียหายดังกล่าว โดยที่ไม่ต้องระงับหรือยกเลิกการก่อสร้างโครงการ<sup>51</sup>

<sup>51</sup> GabCikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, 1. C. J. Reports 1997, p.45, para. 57.

กรณีประเทศสโลวาเกีย ซึ่งสืบทอดจากประเทศเช็กโกสโลวาเกียได้ทำการก่อสร้าง Varient C ไปฝ่ายเดียว ศาลพิจารณาว่าเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ (International Wrongful Act) แม้ประเทศสโลวาเกียอ้างว่ากระทำการดังกล่าวเพื่อเป็นการตอบโต้การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของประเทศฮังการี ซึ่งศาลเห็นว่าการกระทำการตอบโต้มันต้องมีลักษณะเป็นการกระทำต่อรัฐ เป็นการตอบโต้ต่อการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และมีความได้สัดส่วน ซึ่งการกระทำฝ่ายเดียวของประเทศสโลวาเกีย แม้จะมีการกระทำต่อรัฐ (ประเทศฮังการี) และการหยุดพักงานการก่อสร้าง ตลอดจนยกเลิกการก่อสร้างของประเทศฮังการีมีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนสนธิสัญญา ปี 1977 ซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ในประเด็นของความได้สัดส่วน ศาลได้ยกคำพิพากษาในคดี The River Oder ขึ้นพิจารณา ดังนี้

“หลักผลประโยชน์ร่วมกันของสังคมในแม่น้ำที่สามารถใช้เดินเรือได้เป็นฐานของสิทธิทางกฎหมายร่วมกัน ซึ่งมีความสำคัญในแง่ความเท่าเทียมกันอย่างสมบูรณ์แบบของรัฐริมน้ำทั้งหมดในการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศทั้งสาย และยกเลิกสิทธิก่อนหน้าของรัฐริมน้ำรัฐใดรัฐหนึ่งซึ่งมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับรัฐริมน้ำอื่น”<sup>52</sup>

ศาลเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศได้มีการพัฒนาและทำให้หลักการเกี่ยวกับการใช้น้ำที่มิใช่เพื่อการเดินเรือดังกล่าวมีประสิทธิภาพมากขึ้น ดังปรากฏหลักฐานในการออกอนุสัญญาเกี่ยวกับการใช้น้ำที่มิใช่เพื่อการเดินเรือ ปี 1997 (the Convention of 21 May 1997 on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses) โดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ศาลเห็นว่าการกระทำฝ่ายเดียวของเช็กโกสโลวาเกียในการควบคุมการใช้ทรัพยากรที่ใช้ร่วมกันเป็นการจำกัดสิทธิของประเทศฮังการี ในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติของแม่น้ำดานูบอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล เนื่องจากมีผลกระทบที่เกิดขึ้นเนื่องจากการผันน้ำ ต่อระบบนิเวศของพื้นที่ริมน้ำและไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนตามกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>53</sup>

<sup>52</sup> [I]n 1929, the Permanent Court of International Justice, with regard to navigation in the River Oder, stated as follows: ‘[the] community of interest in a navigable river becomes the basis of a common legal right, the essential features of which are the perfect equality of all riparian States in the use of the whole course of the river and the exclusion of any preferential privilege of any one riparian State in relation to the others’ (Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder, Judgment No. 16, 1929, P.C.I.J., Series A, No. 23, p.27).

<sup>53</sup> GabCikovo-Nagyymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, 1. C. J. Reports 1997, p.56, para. 85.

สำหรับกรณีประเทศฮังการีอ้างว่ามีสิทธิยกเลิกและไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา ปี 1977 ศาลชี้ว่า มีบรรทัดฐานทางกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศที่พัฒนาขึ้นใหม่และเกี่ยวข้องกับการทำตามข้อกำหนดในสนธิสัญญา ซึ่งรัฐคู่กรณีสามารถตกลงและนำมาใช้ได้เนื่องจากสนธิสัญญาดังกล่าวเปิดช่องให้มีการกระทำที่เป็นการรักษาคุณภาพน้ำและสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำ<sup>54</sup> โดยศาลตระหนักถึงสถานะที่ได้รับผลกระทบโดยง่ายของสิ่งแวดล้อม และเห็นว่าแม้คู่กรณีทั้งสองประเทศได้ฝ่าฝืนพันธกรณีตามสนธิสัญญา แต่สนธิสัญญาปี 1977 ยังคงมีผลใช้บังคับ ทั้งสองประเทศจึงต้องไปตกลงกันโดยสุจริตเพื่อปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาซึ่งมีวัตถุประสงค์หลายด้านเช่นปรับปรุงการเดินเรือ รักษาสิ่งแวดล้อมและคุณภาพน้ำ โดยที่ประเทศฮังการีไม่มีสิทธิยกเลิกสนธิสัญญาและประเทศสโลวาเกียที่สืบทอดประเทศเชโกสโลวาเกียก็ไม่สามารถก่อสร้าง variant C ไปเพียงฝ่ายเดียว<sup>55</sup>

ศาลเห็นว่า มนุษย์ได้ก่อให้เกิดผลเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมด้วยเหตุผลต่างๆ เช่น เหตุผลทางเศรษฐกิจ ซึ่งในอดีตเกิดจากการไม่คำนึงถึงผลกระทบที่จะเกิดกับสิ่งแวดล้อม แต่ในปัจจุบันความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และการตระหนักต่อความเสี่ยงที่จะเกิดกับสิ่งแวดล้อมของคนในยุคปัจจุบันและในอนาคต มาตรฐานละบรรทัดฐานใหม่ๆ ได้รับการพัฒนาขึ้นเป็นจำนวนมาก ซึ่งต้องนำมาพิจารณาเมื่อรัฐจะมีการกระทำใดๆ หรือดำเนินโครงการต่อเนื่องจากอดีต และต้องมีการประนีประนอมระหว่างการพัฒนาทางเศรษฐกิจและคุ้มครองสิ่งแวดล้อมซึ่งเป็นแนวคิดของการพัฒนาที่ยั่งยืน<sup>56</sup> ซึ่งในคดีนี้ คู่กรณีต้องพิจารณาถึงผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในการผลิตกระแสไฟฟ้าจากแม่น้ำดานูบ หรือกำหนดเกี่ยวกับปริมาณการผันน้ำ และตกลงกันระหว่างคู่กรณี

<sup>54</sup> Ibid,112.

<sup>55</sup> Ibid,114.

<sup>56</sup> “Throughout the ages, mankind has, for economic and other reasons, constantly interfered with nature. In the past, this was often done without consideration of the effects upon the environment. Owing to new scientific insights and to a growing awareness of the risks for mankind -

for present and future generations - of pursuit of such interventions at an unconsidered and unabated pace, new norms and standards have been developed, set forth in a great number of instruments during the last two decades. Such new norms have to be taken into consideration, and such new standards given proper weight, not only when States contemplate new activities but also when continuing with activities begun in the past. This need to reconcile economic development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development. .

Ibid, para. 140.

คดีนี้มีความเห็นของผู้พิพากษาเกี่ยวข้องกับประเด็นทางสิ่งแวดล้อม โดยผู้พิพากษา Weeramantry มีความเห็นในประเด็นของการพัฒนาอย่างยั่งยืน ว่า หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนทำให้ศาลสามารถสร้างสมดุลระหว่างการพัฒนาและสิ่งแวดล้อม โดยเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง ขณะที่ในคดี Gabčíkovo-Nagymaros ศาลพิจารณาว่าหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนนั้นเป็นแต่เพียงแนวคิด (concept) เท่านั้น

ผู้พิพากษา Weeramantry ให้ความเห็นเกี่ยวกับการทำรายงานการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ว่า ในปี 1995 เมื่อประเทศนิวซีแลนด์มีคำขอให้ศาลพิจารณาคดี Nuclear Test 1974 ใหม่เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสได้มีการทดสอบอาวุธนิวเคลียร์อีกหลายครั้ง ผู้พิพากษา Weeramantry ได้เคยให้ความเห็นเกี่ยวกับการทำรายงานการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมไว้แล้ว ว่ามีการพัฒนาและได้รับการยอมรับในระดับระหว่างประเทศในระดับที่ศาลต้องให้ความสำคัญ ในคดี Gabčíkovo-Nagymaros นี้ ผู้พิพากษา Weeramantry ได้ขยายหลักการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมว่า ไม่ได้จำกัดเฉพาะการทำรายงานการประเมินผลกระทบก่อนการดำเนินการเท่านั้น หากรวมไปถึงการติดตามตรวจสอบและประเมินผลกระทบของโครงการต่อไปในอนาคตด้วย และเห็นว่ายิ่งโครงการมีขนาดใหญ่มากเท่าไร ก็มีความเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในลักษณะที่ซับซ้อนและคาดไม่ถึงมากเท่านั้น<sup>57</sup>

ผู้พิพากษา Koroma มีความเห็นว่า สนธิสัญญาปี 1977 ให้ความสำคัญต่อหลักกฎหมายที่เป็นการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม โดยนำเอาหลักการของการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย การใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล ซึ่งต้องมีการพิจารณาถึงปัจจัยที่เกี่ยวข้องในแต่ละกรณี ทั้งนี้ผู้พิพากษา Oda เห็นว่าสนธิสัญญาดังกล่าวมีความก้าวหน้าในด้านสิ่งแวดล้อมมากเมื่อพิจารณาถึงช่วงเวลาที่จัดทำสนธิสัญญาขึ้น ทั้งนี้ ในการพัฒนาของรัฐย่อมตั้งมีการกระทบต่อสิ่งแวดล้อม การสร้างสมดุลระหว่างการพัฒนาและการรักษาสิ่งแวดล้อมจึงเป็นสิ่งสำคัญที่ต้องคำนึงถึง

- ประเด็นเกี่ยวกับพันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย

ในคดีนี้ ปัญหาเรื่องความเสียหายข้ามเขตแดนได้รับความสำคัญมากขึ้น แม้ว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีได้พิจารณาถึงหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายไว้โดยตรง แต่ก็ยอมรับว่า หลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย ตามคดี Trail smelter นั้น มีฐานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และย้ำสิ่งที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เคยกล่าวไว้ในความเห็นแนะนำกรณี Nuclear Weapon ว่า “พันธกรณีทั่วไปของรัฐในการทำให้มั่นใจว่า กิจกรรมภายในเขตอำนาจของรัฐ

<sup>57</sup> Separate Opinion of Vice-President Weeramantry

จะกระทำไปโดยเคารพต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่น หรือพื้นที่ที่อยู่นอกเขตอำนาจรัฐ นั้นมีปรากฏอยู่ และในปัจจุบันได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม”<sup>58</sup>

- ประเด็นเกี่ยวกับหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล

คดีนี้เป็นคดีแรกของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับแม่น้ำระหว่างประเทศ โดยเป็นคดีหลักที่สนับสนุนการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล ว่าเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีของกฎหมายแม่น้ำระหว่างประเทศ<sup>59</sup> เป็นคดีที่บ่งบอกถึงสิทธิและหน้าที่ของรัฐริมน้ำที่จะร่วมกันใช้พัฒนา และปกป้องลำน้ำระหว่างประเทศอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลอีกทั้งให้ความสำคัญกับโครงการพัฒนาที่มีวัตถุประสงค์หลากหลายและยังได้รับรอง หลักการข้อ 21 ของ ปฏิญญาสตอกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมมนุษย์ค.ศ. 1972 (The 1972 Stockholm Declaration on the Human Environment)<sup>60</sup>

- ประเด็นเกี่ยวกับหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน

ศาลได้ยืนยันว่ามีบรรทัดฐานใหม่ทางสิ่งแวดล้อม<sup>61</sup> และมาตรฐานใหม่ที่มีผลผูกพันรัฐ ทำให้รัฐต้องคำนึงถึงเมื่อมีโครงการหรือกิจกรรมที่ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและศาลยังได้พิจารณาเกี่ยวกับหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน โดยเป็นคดีแรกของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่กล่าวถึงหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนอย่างไรก็ตามคดีนี้ก็ยังมีข้อจำกัดคือแม้ศาลได้

<sup>58</sup> “the existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or areas beyond national control is now part of the corpus of international law relate to environment”

Gabcikovo-Nagymeros Project case [1997] ICJ Rep 7. [53]

<sup>59</sup> Richard Paisley, “Adversaries Into Partners: International Water Law and the Equitable Sharing of Downstream Benefits.” Melbourne Journal of international law,(2002) : 283.

<sup>60</sup> “รัฐมีสิทธิอธิปไตยตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติและหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่จะแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติของตนเองตามแนวนโยบายสิ่งแวดล้อมของตนเองและมีความรับผิดชอบที่จะต้องทำให้มั่นใจได้ว่ากิจกรรมต่างๆภายใต้เขตอำนาจหรือการควบคุมของตนจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่น หรือของพื้นที่นอกเขตอำนาจแห่งชาติ”

<sup>61</sup> “The Court wishes to point out that newly developed norms of environmental law are relevant for the implementation of the Treaty and that the parties could, by agreement, incorporate them through the application of Articles 15, 19 and 20 of the Treaty. These articles do not contain specific obligations of performance but require the parties, in carrying out their obligations to ensure that they quality of water in the Danube is not impaired and that nature is protected, to take new environmental norms into consideration when agreeing upon the means to be specified in the Joint Contractual Plan.”



แนะนำให้รัฐคู่กรณีนำเอาหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนมาใช้ แต่ศาลเห็นว่าหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนมีสถานะเป็นแนวคิด (concept) เท่านั้น<sup>62</sup> อีกทั้งศาลได้พิจารณาถึงหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล (reasonable and equitable utilization) แต่ไม่ได้พิจารณาถึงหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย

ผู้เขียนเห็นว่า คดี The Gabčíkovo-Nagymaros นี้ คำพิพากษาของศาลมีบทบาทในการยืนยันและบ่งชี้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยศาลเห็นว่ามีความมาตรฐานและบรรทัดฐานใหม่ทางสิ่งแวดล้อมเกิดขึ้น ซึ่งรัฐคู่กรณีต้องคำนึงถึงเมื่อจะมีการกระทำใดๆเกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม ศาลมิได้กล่าวถึงมาตรฐานและบรรทัดฐานดังกล่าวโดยเฉพาะเจาะจง เว้นแต่หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน ซึ่งศาลมีความเห็นว่าหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนเป็นแนวคิดที่ต้องมีการประนีประนอมระหว่างการพัฒนาทางเศรษฐกิจและการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาถึงความเห็นของผู้พิพากษา มีลักษณะเป็นการสร้างความกระจ่างและพัฒนาหลักกฎหมายที่มีความสำคัญต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนและหลักการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมข้ามเขตแดน

### 3.1.5 คดี Pulp Mills on the River Uruguay (2010)<sup>63</sup>

คดี Pulp Mills on the River Uruguay เป็นคดีระหว่างประเทศอาร์เจนตินาและประเทศอุรุกวัย โดยประเทศอาร์เจนตินาอ้างว่าการที่ประเทศอุรุกวัยอนุญาตให้มีการสร้างโรงงานเยื่อกระดาษที่ริมฝั่งแม่น้ำอุรุกวัยซึ่งเป็นพรมแดนระหว่างประเทศอาร์เจนตินาและอุรุกวัยนั้นขัดกับพันธกรณีทั้งในด้านสัญญาและสารบัญญัติที่รัฐทั้งสองมีภายใต้ Statue of the River of Uruguay 1975 เนื่องจากการสร้างโรงงานเยื่อกระดาษจะทำให้เกิดผลกระทบต่อคุณภาพของน้ำ

คดีนี้เริ่มต้นขึ้นจากการที่ประเทศอุรุกวัยอนุญาตแผนการสร้างโรงงานเยื่อกระดาษหนึ่งโรงงาน และอนุญาตให้สร้างโรงงานเยื่อกระดาษและอนุญาตให้ผลิตอีกหนึ่งโรงงาน ในแม่น้ำอุรุกวัยซึ่งแม่น้ำอุรุกวัยนั้น ตามสนธิสัญญา Montevideo ปี 1961 กำหนดเส้นแบ่งเขตแดนระหว่างประเทศอาร์เจนตินาและประเทศอุรุกวัยในแม่น้ำอุรุกวัย โดยข้อ 7 ของสนธิสัญญา กำหนดให้ประเทศอาร์เจนตินาและประเทศอุรุกวัยกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้แม่น้ำในหลายเรื่อง รวมถึงการอนุรักษ์

<sup>62</sup> Trevisan, Lauren. "International Court of Justice's Treatment of Sustainable Development and Implications for Argentina V. Uruguay, The." *Sustainable Dev. L. & Pol'y* 10 (2009): 40.

<sup>63</sup> Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14

ทรัพยากรที่มีชีวิต และป้องกันการเกิดมลพิษทางน้ำในแม่น้ำ ซึ่งสองประเทศได้มีการตกลงยอมรับ Statute Of River Uruguay 1975 ร่วมกัน ซึ่งข้อ 1 ของ Statute Of River Uruguay 1975 กำหนดให้ คู่กรณียอมรับที่จะสร้างกลไกร่วมกันที่จำเป็นในการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำอูรุกวัยอย่างเป็นธรรมและ สมเหตุสมผล (optimum and rational utilization )

ประเทศอาร์เจนตินาร้องขอให้ศาลตัดสินเมื่อปี 2006 ว่าการที่ประเทศอูรุกวัยอนุญาตให้มีการสร้าง และจะให้การอนุญาตอื่นๆในอนาคต เกี่ยวกับโรงงานเยื่อกระดาษสองโรงงานซึ่งตั้งอยู่ริม แม่น้ำอูรุกวัยเป็นการละเมิดพันธกรณีภายใต้ Statute Of River Uruguay 1975 และกฎเกณฑ์แห่ง กฎหมายระหว่างประเทศอื่นเนื่องจากการกระทำเช่นนั้นส่งผลต่อคุณภาพน้ำของแม่น้ำอูรุกวัยและ พื้นที่ที่ได้รับผลจากแม่น้ำ ซึ่งประเทศอาร์เจนตินาอ้างว่าพันธกรณีเหล่านั้น รวมไปถึงพันธกรณีในการ ใช้มาตรการทั้งหมดที่จำเป็นในการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำอูรุกวัยอย่างดีที่สุดและสมเหตุสมผล (optimum and rational) พันธกรณีในการแจ้งล่วงหน้าต่อคณะกรรมการบริหารจัดการแม่น้ำ อูรุกวัย (CARU) และประเทศอาร์เจนตินา พันธกรณีในการทำให้เป็นไปตามกระบวนการดังที่กำหนด ไว้ใน statute of river Uruguay 1975 (chapter 2) และพันธกรณีในการใช้มาตรการทั้งหมดที่ จำเป็นในการรักษา สิ่งแวดล้อมในน้ำป้องกันมลพิษ คุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพ พันธุ์ปลา รวมถึงพันธกรณีในการจัดเตรียมการศึกษาผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างเต็มที่และมีเป้าหมายและ พันธกรณีในการร่วมมือกันในการป้องกันมลพิษและคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพและพันธุ์ ปลาซึ่งประเทศอาร์เจนตินาเห็นว่า ประเทศอูรุกวัยมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศต่อ ประเทศอาร์เจนตินา จึงต้องยุติการกระทำที่ผิดกฎหมาย และทำตามพันธกรณีที่มีต่อประเทศอูรุกวัย รวมถึงต้องชดเชยเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดพันธกรณีนั้น

ประเทศอูรุกวัยมีคำขอให้ศาลตัดสินปฏิเสธข้ออ้างของประเทศอาร์เจนตินา<sup>64</sup> ด้วยเหตุผลว่า ประเทศอาร์เจนตินาไม่ได้แสดงให้เห็นว่ามีความเสียหาย หรือความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายกับ แม่น้ำหรือระบบนิเวศของแม่น้ำ จากการที่ประเทศอูรุกวัยละเมิดพันธกรณีตาม statute of river Uruguay 1975 อย่างเพียงพอที่จะอนุมัตินิติการชดเชยเยียวยาต่อประเทศอาร์เจนตินาด้วยการรื้อ โรงงานเยื่อกระดาษbotenied ได้ อีกทั้งจะเกิดความเสียหายด้านเศรษฐกิจแก่เศรษฐกิจของประเทศ อูรุกวัยอย่างมากในการว่างงานและภาษีและค่าเยียวยาโดยการรื้อถอนโรงงานจะสร้างความลำบาก โดยไม่ได้สัดส่วนกัน

<sup>64</sup> Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 18, Para 23

โรงงานเยื่อกระดาษโรงงานแรกตั้งขึ้นโดยบริษัทของชาวสเปน ที่ฝั่งซ้ายของแม่น้ำอูรุกวัย ซึ่งในปี 2002 บริษัทได้ยื่นรายงานการประเมินสิ่งแวดล้อมตามกระบวนการของประเทศอูรุกวัย และได้แจ้งประธานคณะกรรมการบริหารจัดการแม่น้ำอูรุกวัย (the Administrative Commission of the Rio de La Plata ( Caru)) ให้ทราบ ซึ่งประเทศอูรุกวัยได้ส่งรายงานการประเมินผลต่อสิ่งแวดล้อมฉบับสำหรับเผยแพร่สู่สาธารณะ ซึ่งไม่ใช่ฉบับเต็มให้กับคณะกรรมการ คณะอนุกรรมการในเรื่องคุณภาพน้ำและควบคุมมลพิษของคณะกรรมการบริหารจัดการแม่น้ำอูรุกวัย (the Administrative Commission of the Rio de La Plata ( Caru)) จึงเสนอว่าควรขอความเห็นจากที่ปรึกษาทางเทคนิค และได้ให้สำเนาเกี่ยวกับตัวแทนของประเทศอาร์เจนตินาด้วยต่อมาได้มีการจัดทำประชาพิจารณ์ ซึ่งคณะกรรมการบริหารจัดการแม่น้ำอูรุกวัยได้ขอข้อมูลเพิ่มเติมจากอูรุกวัยในหลายประเด็น เกี่ยวกับโรงงานเยื่อกระดาษอีกทั้งในเวลาต่อมาก็ได้มีการประชุมหารืออีกหลายครั้ง ซึ่งประเทศอูรุกวัยได้อนุญาตให้มีการก่อสร้างและดำเนินการเกี่ยวกับโรงงานเยื่อกระดาษ ในขณะที่ประเทศอาร์เจนตินาเห็นว่าการอนุญาตดังกล่าวไม่เป็นไปตาม statue of river Uruguay 1975 อีกทั้งประเทศอาร์เจนตินาเห็นว่าประเทศอูรุกวัยไม่ได้ส่งข้อมูลที่เพียงพอให้กับประเทศอาร์เจนตินา ทำให้ไม่สามารถให้ความเห็นต่อผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมของโครงการในเชิงเทคนิคได้

โรงงานเยื่อกระดาษโรงงานที่สอง ได้ถูกสร้างขึ้นบนฝั่งซ้ายของแม่น้ำอูรุกวัย ทางใต้ของจุดที่จะสร้างโรงงานแรก ใกล้กับเมือง Frey Bentos โดยโรงงานเยื่อกระดาษนี้เริ่มทำการตั้งแต่ 9 พฤศจิกายน 2007 ซึ่งในกระบวนการสร้างโรงงานและทำเรื่องติดกับโรงงาน ได้มีการประชาพิจารณ์โดยประเทศอูรุกวัย และมีที่ปรึกษาของคณะกรรมการบริหารจัดการแม่น้ำอูรุกวัย เข้าร่วมด้วย ซึ่งในการประชุมของคณะกรรมการบริหารจัดการแม่น้ำอูรุกวัย ประเทศอาร์เจนตินาได้เคยตั้งคำถามว่าการอนุญาตนั้นถูกต้องตามพันธกรณีด้านสัญญาตาม statue of river Uruguay 1975 หรือไม่ แต่ต่อมาในภายหลัง ประเทศอูรุกวัยก็ได้อนุญาตให้มีการเตรียมพื้นที่การก่อสร้างโรงงานเยื่อกระดาษ และการก่อสร้างอื่นที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ประเทศอาร์เจนตินาและประเทศอูรุกวัยได้เคยพยายามแก้ไขข้อขัดแย้ง ผ่านคณะกรรมการทางเทคนิคระดับสูง หรือ GTAN โดยกำหนดให้แก้ไขข้อขัดแย้งภายใน 180 วัน แต่การเจรจาภายใต้ GTAN นั้นล้มเหลว ซึ่งโรงงานเยื่อกระดาษโรงที่สองนี้ ถูกต่อต้านจากประชาชนชาวสเปน โดยมีการปิดถนนที่สะพานของระหว่างสองประเทศในบริเวณใกล้เคียง ต่อมาประเทศอูรุกวัยได้ประกาศถึงความตั้งใจที่จะไม่ก่อสร้างโรงงานแห่งที่สอง ในขณะที่โรงงาน Botnia ได้สร้างและเปิดใช้แล้ว

ในคดีนี้ ศาลพิจารณาคำพิพากษาความสัมพันธ์ระหว่างพันธกรณีทางสารบัญญัติและพันธกรณีทางสัญญา และเห็นว่าวัตถุประสงค์ของ statue of river Uruguay 1975 คือการให้คู่กรณีใช้แม่น้ำ

อุรุกวัยอย่างเป็นทางการและสมเหตุสมผล (the optimum and rational utilization of the River Uruguay) โดยต้องมีกลไกร่วม (joint machinery) ในการร่วมมือซึ่งกันและกัน ซึ่งในการใช้น้ำนั้น เป็นไปตามหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน คือต้องพิจารณาทั้งสิทธิทางเศรษฐกิจและสิทธิทางการพัฒนาของรัฐทั้งสอง<sup>65</sup> และได้อ้างถึงความเห็นเกี่ยวกับแนวคิดเรื่องการพัฒนาอย่างยั่งยืนในคดี the Gabcikovo-Nagymaros ซึ่งศาลเห็นว่าคู่กรณีควรต้องตกลงกันและมีการประนีประนอมทางด้านการพัฒนาเศรษฐกิจกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม และในกรณีของคดี the Pulp Mills การร่วมมือกันของรัฐจะทำให้สามารถจัดการความเสี่ยงที่อาจเกิดต่อสิ่งแวดล้อมร่วมกันได้โดยอาจกำหนดให้มีการกระทำที่สอดคล้องกับพันธกรณีทางสารบัญญัติและสบัญญัติตาม statute of river Uruguay 1975

ศาลเห็นว่า statute of river Uruguay 1975 ได้กำหนดกระบวนการที่จะทำให้ทั้งสองรัฐสามารถทำตามพันธกรณีด้านสารบัญญัติได้ แต่ไม่ได้กำหนดว่าการปฏิบัติตามพันธกรณีด้านสบัญญัติเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีทางสารบัญญัติด้วย ศาลเห็นว่าพันธกรณีทางสารบัญญัติและสบัญญัติมีความเชื่อมโยงกันทางหน้าที่ (functional link) ในการป้องกัน<sup>66</sup> ทั้งนี้ statute of river Uruguay 1975 ได้กำหนดให้คู่กรณีมีพันธกรณีทางสบัญญัติในการแจ้งเตือน และเจรจา ซึ่งเป็นพันธกรณีที่มีความสำคัญในประเด็นของทรัพยากรที่ใช้ร่วมกัน<sup>67</sup>. และพิจารณาถึงหลักการป้องกันล่วงหน้า (principle of prevention) ในฐานะกฎเกณฑ์ทางจารีตประเพณี (customary rule) มีจุดกำเนิดจากการที่รัฐต้องไม่อนุญาตให้มีการใช้ดินแดนของตนกระทำการที่เป็นการขัดกับสิทธิของรัฐอื่น โดยอ้างคำพิพากษาในคดี the Corfu Channel<sup>68</sup>

- ประเด็นเกี่ยวกับความเชื่อมโยงพันธกรณีทางสารบัญญัติและพันธกรณีทางสบัญญัติ

ประเทศอาร์เจนตินาอ้างว่าประเทศอุรุกวัยมีการฝ่าฝืนพันธกรณีทั้งทางสบัญญัติและสารบัญญัติ ซึ่งประเทศอาร์เจนตินาเห็นว่าการละเมิดพันธกรณีทางสบัญญัติเป็นการละเมิดพันธกรณีทางสารบัญญัติด้วย เนื่องจากพันธกรณีทั้งสองด้านนั้นมีความเชื่อมโยงกัน และประเทศอาร์เจนตินาเห็นว่าประเทศอุรุกวัยไม่อาจอ้างว่าได้กระทำตามพันธกรณีด้านสบัญญัติอื่น เพื่อหลีกเลี่ยงไม่กระทำตาม<sup>69</sup>

<sup>65</sup> Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 48, Para 75

<sup>66</sup> Ibid., p. 49.

<sup>67</sup> Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 48, Para 51

<sup>68</sup> Ibid, p. 55.

<sup>69</sup> 68. Argentina takes the view that the procedural obligations were intrinsically linked to the substantive obligations laid down by the 1975 Statute, and that a breach of the former entailed a breach of the latter. With regard to the procedural obligations, these are said by Argentina to constitute an integrated

ทั้งนี้ พันธกรณีตาม statute of river Uruguay 1975 มีวัตถุประสงค์เพื่อทำให้เกิดการใช้แม่น้ำที่ สมเหตุสมผลและเหมาะสม มิให้รัฐริมน้ำใช้น้ำฝ่ายเดียวโดยไม่คำนึงถึงการใช้แม่น้ำที่มีอยู่ในปัจจุบันหรือ การใช้แม่น้ำที่มีมาก่อน<sup>70</sup> ในขณะที่ประเทศอุรุกวัยเห็นว่า พันธกรณีทางสารบัญญัติมีวัตถุประสงค์เป็น การสนับสนุนการกระทำตามพันธกรณีทางสารบัญญัติ โดยที่พันธกรณีทางสบัญญัตินั้นมีลักษณะเป็น วิธีการ<sup>71</sup>

ศาลเห็นว่า วัตถุประสงค์ของ statute of river Uruguay 1975 ในข้อ 1 นั้น มีเพื่อให้คู่ภาคี สามารถใช้ประโยชน์จากแม่น้ำอุรุกวัยได้อย่างสมเหตุสมผลและเหมาะสม (the optimum and rational utilization of the River Uruguay) โดยการร่วมมือด้วยวิธีการของกลไกร่วม (joint machinery) ซึ่งได้แก่ คณะกรรมาธิการบริหารจัดการแม่น้ำอุรุกวัย (the Administrative Commission of the Rio de La Plata ( CARU)) และข้อกำหนดเกี่ยวกับกระบวนการทางสบัญญัติ โดยศาลอ้างถึงคำสั่งให้มีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ในคดี Pulp Mills on the River Uruguay เมื่อวันที่ 13 กรกฎาคม 2006 ว่าการใช้น้ำดังกล่าว นั้น ต้องก่อให้เกิด การพัฒนาอย่างยั่งยืน (sustainable development) ซึ่งได้พิจารณาและคำนึงถึงทั้งความต้องการ มาตรการป้องกัน (safeguard) เพื่อให้เกิดการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมของรัฐริมน้ำ และสิทธิในการพัฒนา

---

and indivisible whole in which CARU, as an organization, plays an essential role. Consequently, according to Argentina, Uruguay could not invoke other procedural arrangements so as to derogate from the procedural obligations laid down by the 1975 Statute, except by mutual consent..

Ibid,para68

<sup>70</sup> Argentina maintains that the procedural provisions laid down in Articles 7 to 12 of the 1975 Statute are aimed at ensuring “the optimum and rational utilization of the [r]iver” (Article 1), just as are the provisions concerning use of water, the conservation, utilization and development of other natural resources, pollution and research. The aim is also said to be to prevent the Parties from acting unilaterally and without regard for earlier or current uses of the river. According to Argentina, any disregarding of this machinery would therefore undermine the object and purpose of the 1975 Statute; indeed the “optimum and rational utilization of the [r]iver” would not be ensured, as this could only be achieved in accordance with the procedures laid down under the Statute.

Ibid,,para71

<sup>71</sup> 73. Uruguay similarly takes the view that the procedural obligations are intended to facilitate the performance of the substantive obligations, the former being a means rather than an end. It too points out that Article 1 of the 1975 Statute defines its object and purpose.

Ibid, p. 48, para. 73

ทางเศรษฐกิจของรัฐริมน้ำด้วย<sup>72</sup> โดยได้เน้นย้ำแนวความคิดการพัฒนาอย่างยั่งยืน และแนวทางที่คู่กรณีต้องหาทางแก้ไขปัญหาที่เป็นที่ยอมรับร่วมกันเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา ดังปรากฏในคดี The Gabčíkovo-Nagymaros<sup>73</sup> ศาลจึงมีความเห็นว่า รัฐควรร่วมกันบริหารความเสี่ยงที่อาจเกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งอาจมีที่มาจากแผนโครงการของรัฐริมน้ำรัฐใดรัฐหนึ่ง โดยการกระทำที่สอดคล้องกับหลักการบัญญัติและสับัญญัติ ภายใต้ statute of river Uruguay 1975 โดยที่พันธกรณีทางสารบัญญัติมีขอบเขตที่กว้างกว่า และพันธกรณีทางสับัญญัติมีขอบเขตที่แคบกว่าและค่อนข้างเฉพาะเจาะจง ดังจะเห็นได้จากกรณำนวนยให้เกิดการปรับใช้ statute of river Uruguay 1975 โดยกระบวนการปรึกษาหารืออย่างต่อเนื่อง ระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง พันธกรณีทางสับัญญัติและสารบัญญัติจึงเติมเต็มกันและกันโดยทำให้รัฐภาคีบรรลุวัตถุประสงค์ของ statute of river Uruguay 1975<sup>74</sup> ซึ่งเมื่อพิจารณาจาก statute of river Uruguay 1975 แล้ว ไม่มีส่วนใดที่กำหนดให้รัฐภาคีปฏิบัติตามพันธกรณีทางสารบัญญัติโดยการปฏิบัติตามพันธกรณีทางสับัญญัติเพียงอย่างเดียว อีกทั้งมิได้กำหนดให้การละเมิดพันธกรณีทางสับัญญัติมีผลโดยอัตโนมัติให้เป็นการละเมิดพันธกรณีทางสารบัญญัติ เช่นกันกับกรณีการละเมิดพันธกรณีทางสารบัญญัติ ก็มีได้เป็นผลให้เป็นการละเมิดพันธกรณีทางสับัญญัติโดยทันทีแต่อย่างใด ศาลจึงเห็นว่าพันธกรณีทางสับัญญัติและสารบัญญัตินั้นมีความเชื่อมโยงกันทางหน้าที่ (functional link) ในการป้องกัน (prevention) ซึ่งมิได้ห้ามมิให้รัฐตอบสนองต่อพันธกรณีด้านใดด้านหนึ่ง หรือมีความรับผิดชอบต่อพันธกรณีด้านใดด้านหนึ่งตามแต่กรณี<sup>75</sup>

<sup>72</sup> 75. The Court notes that the object and purpose of the 1975 Statute, set forth in Article 1, is for the Parties to achieve “the optimum and rational utilization of the River Uruguay” by means of the “joint machinery” for co-operation, which consists of both CARU and the procedural provisions contained in Articles 7 to 12 of the Statute. The Court has observed in this respect, in its Order of 13 July 2006, that such use should allow for sustainable development which takes account of “the need to safeguard the continued conservation of the river environment and the rights of economic development of the riparian States” (Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Provisional Measures, Order of 13 July 2006, I.C.J. Reports 2006, p. 133, para. 80).

Ibid, p. 48, para. 75

<sup>73</sup> Ibid, p. 48, para. 76.

<sup>74</sup> Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 48, para. 77

<sup>75</sup> Ibid, p. 49, para. 79.

- ประเด็นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างพันธกรณีทางสัญญา

statue of river Uruguay 1975 กล่าวถึงพันธกรณีทางสัญญาในการแจ้ง (inform) คณะกรรมาธิการ CARU เกี่ยวกับแผนโครงการภายในเขตอำนาจ และการแจ้งเตือน (notify) รัฐบาลซึ่งศาลเห็นว่าพันธกรณีในการแจ้ง (inform) การแจ้งเตือน (notify) และการเจรจา (negotiating) มีความสำคัญและก่อให้เกิดแนวทางที่เหมาะสมในกรณีของทรัพยากรร่วมซึ่งจะได้รับการปกป้องผ่านทางความร่วมมืออย่างต่อเนื่องและใกล้ชิดของรัฐริมน้ำ<sup>76</sup>

ประเทศอาร์เจนตินาเห็นว่าประเทศอุรุกวัยล้มเหลวในการแจ้งเตือนคณะกรรมาธิการ CARU และประเทศอาร์เจนตินา ผ่าน คณะกรรมาธิการ CARU ประเทศอุรุกวัยจึงละเมิดพันธกรณีทางสัญญา<sup>77</sup> ขณะที่ประเทศอุรุกวัยเห็นว่า ประเทศอาร์เจนตินาและประเทศอุรุกวัยสามารถที่จะตกลงโดยความยินยอมร่วมกัน (mutual consent) ในการใช้ช่องทางที่ต่างออกไปเพื่อกำหนดกระบวนการทางสัญญาอื่นเพื่อนำไปสู่ความร่วมมือกัน ดังนั้นจึงไม่เป็นการละเมิดพันธกรณีสัญญาตาม statue of river Uruguay 1975 แม้ว่าประเทศอุรุกวัยจะมีการกระทำที่ไม่เป็นไปตามที่บัญญัติไว้อย่างเป็นทางการใน statue of river Uruguay 1975

ประเทศอุรุกวัยเห็นว่า คณะกรรมาธิการ CARU เป็นเหมือนกับคณะกรรมาธิการเกี่ยวกับแม่น้ำอื่นๆ โดยเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจอิสระ แต่เป็นกลไกที่สร้างขึ้นเพื่อช่วยให้เกิดความร่วมมือระหว่างรัฐภาคี โดยที่รัฐซึ่งสร้างคณะกรรมาธิการเกี่ยวกับแม่น้ำเหล่านี้ขึ้นมา มีอิสระที่จะกระทำการนอกเหนือจากกลไกความร่วมมือ เมื่อเห็นว่าเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ ดังนั้น เมื่อ คณะกรรมาธิการ CARU ไม่ได้มีอำนาจที่จะกระทำการนอกเหนือเจตจำนงของรัฐภาคี รัฐภาคีจึงมีอิสระที่จะกระทำโดยตรงในสิ่งที่เคยตัดสินใจที่จะกระทำผ่านคณะกรรมาธิการ และอาจตกลงที่จะงดเว้นการแจ้ง

<sup>76</sup> Ibid, p. 51, para. 81.

<sup>77</sup> 82. According to Argentina, by failing to comply with the initial obligation (Article 7, first paragraph, of the 1975 Statute) to refer the matter to CARU, Uruguay frustrated all the procedures laid down in Articles 7 to 12 of the Statute. In addition, by failing to notify Argentina of the plans for the CMB (ENCE) and Orion (Botnia) mills, through CARU, with all the necessary documentation, Uruguay is said not to have complied with Article 7, second and third paragraphs. Argentina adds that informal contacts which it or CARU may have had with the companies in question cannot serve as a substitute for Uruguay referring the matter to CARU and notifying Argentina of the projects through the Commission. Argentina concludes that Uruguay has breached all of its procedural obligations under the terms of Articles 7 to 12 of the 1975 Statute

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 51-52, para. 82.

(inform) คณะกรรมาธิการ ดังเช่นในคดีนี้ ซึ่งทั้งสองรัฐตกลงที่จะยกเว้นการตรวจสอบเบื้องต้น (preliminary refill) ของคณะกรรมาธิการ CARU และเข้าสู่กระบวนการเจรจาตกลงโดยตรง<sup>78</sup>

ประเทศอาร์เจนตินาเห็นว่า statute of river Uruguay 1975 มิได้เป็นแต่เพียงสนธิสัญญาสองฝ่าย ที่ให้เกิดพันธกรณีต่างตอบแทนของรัฐภาคี แต่สร้างขอบข่ายงานในลักษณะสถาบัน เพื่อให้เกิดความร่วมมืออย่างใกล้ชิดและต่อเนื่อง โดยที่คณะกรรมาธิการ CARU เป็นหน่วยงานสำคัญสำหรับร่วมมือของคู่สัญญาในทุกด้านของ statute of river Uruguay 1975 ศาลย้ำว่าได้เคยอธิบาย คณะกรรมาธิการ CARU ว่าเป็นกลไกร่วมที่มีหน้าที่ในการออกกฎเกณฑ์ บริหารจัดการ ดูแลในด้านเทคนิคและประนีประนอม โดยรับมอบหมายให้ควบคุมการจัดการทรัพยากรแม่น้ำ โดยปรับใช้กฎเกณฑ์ใน statute of river Uruguay 1975 อย่างเหมาะสม อีกทั้งเป็นกลไกที่ก่อให้เกิดส่วนสำคัญตามสนธิสัญญา<sup>79</sup>

ศาลเห็นว่าคณะกรรมาธิการ CARU มีสภาพความเป็นนิติบุคคล เพื่อที่จะสามารถกระทำตามหน้าที่ได้ และภาคีตาม statute of river Uruguay 1975 ต้องให้ทรัพยากรที่จำเป็น ข้อมูลทั้งหมด และสิ่งจำเป็นต่อการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมาธิการ CARU ดังนั้นคณะกรรมาธิการ CARU จึงมิได้เป็นแต่เพียงกลไกซึ่งเป็นตัวกลาง แต่มีสิทธิและหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งได้รับมอบหมายโดย statute of river Uruguay 1975 ตามจำเป็นเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์และเป้าหมายของ statute of river Uruguay 1975 ซึ่งก็คือการใช้ประโยชน์แม่น้ำอุรุกวัยอย่างเหมาะสมและสมเหตุสมผล โดยศาลได้หยิบยกความเห็นแนะนำในคดี legality of the use by a state of nuclear weapon in armed conflict ว่า “องค์การระหว่างประเทศถูกควบคุมโดยหลักความชำนาญพิเศษ กล่าวคือ ได้รับการแต่งตั้งโดยรัฐ ซึ่งสร้างองค์การระหว่างประเทศด้วยอำนาจที่มีข้อจำกัดคือหน้าที่ในการทำให้เกิดผลประโยชน์ร่วมกัน ที่สนับสนุนให้รัฐมอบความไว้วางใจให้กับองค์การระหว่างประเทศนั้น” ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้กับองค์การดังกล่าวเช่นคณะกรรมาธิการ CARU ด้วย เมื่อคณะกรรมาธิการ CARU เป็นกรอบของการปรึกษาหารือระหว่างรัฐภาคี รัฐภาคีจึงไม่อาจออกจากกรอบเพียงฝ่ายเดียวตามที่เห็นสมควร และเอาช่องทางสื่อสารอื่นเข้ามาแทนที่ได้ เมื่อสร้าง คณะกรรมาธิการ CARU และให้ทรัพยากรที่จำเป็นต่อการปฏิบัติงานที่จำเป็นแล้ว รัฐภาคีจึงต้องให้การรับรองที่ดีที่สุดที่เป็นไปได้ เพื่อให้เกิดความมั่นคง ความต่อเนื่อง ความมีประสิทธิผลในการร่วมมือกัน และนำไปสู่การใช้แม่น้ำอุรุกวัยอย่างสมเหตุสมผลและเหมาะสม คณะกรรมาธิการ CARU จึงมี

<sup>78</sup> Ibid, PARA 84

<sup>79</sup> Ibid, PARA 86



บทบาทสำคัญ และไม่อาจลดลงให้เป็นเพียงแต่กลไกทางเลือก โดยมีหน้าที่ในการดูแลการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำโดยป้องกันความเสียหายข้ามเขตแดน ซึ่งอาจเป็นผลมาจากกิจกรรมที่วางแผนไว้การใช้น้ำ โดยได้รับยืนยันจากผู้ภาคี และยืนยันว่าการพัฒนาที่มีขึ้นร่วมกันจะก่อให้เกิดความเสียหายที่มีนัยสำคัญ (significant damage) หรือไม่ หลีกเลี่ยงความเปลี่ยนแปลงที่จะเกิดกับความสมดุลของระบบนิเวศ การศึกษาค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์ของผู้ภาคีฝ่ายหนึ่งในเขตอำนาจของอีกฝ่าย การใช้สิทธิของการบังคับกฎหมาย หรือสิทธิในการเดินเรือ นอกจากนี้ ยังมีหน้าที่ในการออกกฎที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการแม่น้ำร่วมกัน อีกทั้งยังสามารถเป็นหน่วยงานในการประนีประนอม (conciliation) เมื่อเกิดข้อพิพาทระหว่างภาคี ดังนั้นโดยหน้าที่ที่มีความหลากหลายและมากมายของคณะกรรมการมารีการ CARU รัฐภาคีต้องทำให้องค์การระหว่างประเทศเป็นส่วนประกอบสำคัญในการทำให้เป็นไปตามพันธกรณีในความร่วมมือ statue of river Uruguay 1975

กรณีของพันธกรณีของประเทศอุรุกวัยในการแจ้ง (inform) คณะกรรมการมารีการ CARU ศาลเห็นว่า พันธกรณีที่รัฐต้องแจ้ง คณะกรรมการมารีการ CARU เมื่อเริ่มมีกิจกรรมตามที่ได้วางแผนไว้เป็นขั้นแรกของกลไกทางสัญญาญติทั้งหมดที่ทำให้ภาคีบรรลุวัตถุประสงค์ตาม statue of river Uruguay 1975 การแจ้งเตือนคณะกรรมการมารีการ CARU ทำให้คณะกรรมการมารีการ CARU สามารถพิจารณาได้ว่าในขั้นต้น และในระยะเวลา 30 วัน โครงการดังกล่าวจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญต่อรัฐภาคีอื่นหรือไม่ หากมีกิจกรรมของภาคีที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญต่อภาคีอีกฝ่าย ก่อให้เกิดพันธกรณีในการป้องกันต่อภาคีฝ่ายแรกในการกำจัดหรือลดความเสี่ยง โดยปรึกษาหารือกับภาคีอีกฝ่าย ศาลเห็นว่าคู่ภาคีตกลงในการพิจารณาว่า โรงงานเยื่อกระดาษทั้งสองแห่งตามที่ได้วางแผนไว้ ตกอยู่ภายใต้ขอบข่ายของมาตรา 7 ของ statue of river Uruguay 1975 ซึ่งต้องมีการแจ้งเตือนคณะกรรมการมารีการ CARU ถึงโรงงานเยื่อกระดาษดังกล่าว เช่นกันกับการวางแผนสร้างท่าเรือที่ Fray Bentos ที่ต้องมีการทำเหมืองเรือขุด ซึ่งเป็นการทำเหมืองต่อพื้นที่ใต้ผิวน้ำโดยต่อหุ่นลอยเหล็ก แล้วติดตั้งอุปกรณ์ทำเหมืองแร่บนเรือ ตลอดจนมีการใช้ท้องน้ำของแม่น้ำ (river bed)

อย่างไรก็ตามศาลเห็นว่ารัฐภาคียังไม่เห็นตรงกันว่าในการนำน้ำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์อุตสาหกรรม จำเป็นต้องมีการแจ้งคณะกรรมการมารีการ CARU หรือไม่ ศาลเห็นว่าหลักการป้องกัน ในฐานะเป็นกฎเกณฑ์ทางจารีตประเพณีมีจุดกำเนิดจากการใช้ความระมัดระวังตามสมควร (due diligence) ซึ่งรัฐต้องทำตาม โดยที่รัฐมีพันธกรณีที่จะไม่อนุญาตให้มีการใช้ดินแดนของตนในฐานะที่ขัดกับสิทธิของรัฐอื่น “รัฐมีพันธกรณีในการใช้มาตรการเพื่อหลีกเลี่ยงมิให้การกระทำภายในดินแดนของรัฐ หรือพื้นที่ภายใต้เขตอำนาจรัฐ ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญของสิ่งแวดล้อมของรัฐ

อื่น ศาลเห็นว่าพันธกรณีดังกล่าวนี้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมแล้ว (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapon)

ศาลเห็นว่าพันธกรณีในการแจ้งคณะกรรมการ CARU ก่อให้เกิดการเริ่มต้นในการร่วมมือกันของรัฐ ซึ่งจำเป็นต่อการทำให้เป็นไปตามพันธกรณีในการป้องกัน แม่น้ำอูรุกวัยซึ่งเป็นทรัพยากรร่วม การก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อภาคีอื่นอาจเป็นผลมาจากการเดินเรือที่บกพร่องระบอบของแม่น้ำหรือคุณภาพของน้ำ ศาลเห็นว่ารัฐที่มีการกระทำต้องแจ้งคณะกรรมการ CARU โดยเร็วที่สุดเมื่อได้แผนของโครงการที่มากพอที่จะทำให้คณะกรรมการ CARU ประเมินในเบื้องต้นได้ว่าโครงการนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญต่อภาคีอื่นหรือไม่ ข้อมูลที่ให้ไม่จำเป็นที่จะต้องประกอบด้วยการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างสมบูรณ์ แม้ว่าควรที่จะมอบข้อมูลที่สมบูรณ์มากกว่าให้กับคณะกรรมการ CARU ในภายหลัง หน้าที่ในการแจ้งเตือนคณะกรรมการ CARU จะต้องเกิดขึ้นก่อนขั้นตอนที่หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับโครงการได้รับแผนของโครงการเพื่อขออนุญาต โดยต้องแจ้งเตือนคณะกรรมการ CARU ก่อนที่จะมีการพิจารณาว่าจะอนุญาตหรือไม่<sup>80</sup> ศาลเห็นว่าบริษัทหรือแหล่งที่มีใช้รัฐบาลไม่อาจเป็นตัวแทนในการที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีในการแจ้งเตือนของรัฐได้<sup>81</sup> และการที่อูรุกวัยไม่ได้แจ้งเตือนคณะกรรมการ CARU สำหรับแผนของโครงการก่อนที่จะมีการอนุญาตเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมเบื้องต้น ไม่เป็นไปตามพันธกรณีในการแจ้งเตือนตาม statute of river Uruguay 1975 ข้อ 7

พันธกรณีของอูรุกวัยในการแจ้งเตือน (notify) รัฐภาคีอื่น

หากคณะกรรมการ CARU เห็นว่าแผนโครงการอาจก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญต่อรัฐอื่น รัฐภาคีที่เกี่ยวข้องต้องแจ้งเตือนภาคีอีกฝ่ายผ่านคณะกรรมการ พันธกรณีในการแจ้งเตือนมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างเงื่อนไขในการร่วมมือกันที่ประสบความสำเร็จของรัฐภาคี ทำให้สามารถประเมินแผนโครงการว่ามีผลกระทบต่อแม่น้ำหรือไม่ บนฐานของข้อมูลที่มีความครบถ้วนสมบูรณ์มากที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ และหากจำเป็น อาจมีการเจรจาเพื่อปรับ เพื่อหลีกเลี่ยงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นได้<sup>82</sup> พันธกรณีในการแจ้งเตือนจึงเป็นส่วนสำคัญที่นำไปสู่การปรึกษาหารือเพื่อให้เกิดการประเมินความเสี่ยง เพื่อเจรจาให้เกิดความเปลี่ยนแปลงเพื่อกำจัดความ

<sup>80</sup> Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, PARA 105

<sup>81</sup> Ibid, PARA 110

<sup>82</sup> Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, PARA 113

เสี่ยงหรือจำกัดผลกระทบ<sup>83</sup> ซึ่งในการประเมินว่าจะเกิดความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่นั้น จำเป็นจะต้องมีการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างสมบูรณ์

ศาลเห็นว่าการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมจำเป็นในการพิจารณาว่าแผนโครงการจะก่อให้เกิดผลกระทบที่มีนัยสำคัญในลักษณะข้ามเขตแดนต่อรัฐอื่น ซึ่งทำให้ต้องแจ้งเตือนรัฐดังกล่าวผ่านคณะกรรมการการ CARU หรือไม่ การแจ้งเตือนนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้รัฐที่ได้รับการแจ้งเตือนมีส่วนร่วมในกระบวนการประเมิน โดยทำให้สามารถพิจารณาแผนโครงการและผลกระทบโดยมีความรู้เกี่ยวกับข้อเท็จจริงอย่างสมบูรณ์<sup>84</sup> ซึ่งการแจ้งเตือนนั้นต้องเกิดขึ้นก่อนรัฐที่เกี่ยวข้องตัดสินใจเกี่ยวกับความอยู่รอดของสิ่งแวดล้อม โดยพิจารณาจากรายงานการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมซึ่งการที่ประเทศอูรุกวัยมิได้แจ้งเตือนประเทศอาร์เจนตินาผ่านคณะกรรมการการ CARU และส่งรายงานการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมแก่ประเทศอาร์เจนตินา โดยไม่ผ่านคณะกรรมการการ CARU และยังไม่ส่งรายงานการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมดังกล่าวให้แก่ประเทศอาร์เจนตินาภายหลังจากได้มีการอนุญาตในขั้นต้นแก่สิ่งแวดล้อมให้แก่โรงงานเยื่อกระดาษทั้งสองโรงงานแล้ว เป็นการให้ความสำคัญต่อกระบวนการทางกฎหมายของประเทศอูรุกวัยอยู่เหนือกว่าพันธกรณีภายใต้ *statue of river Uruguay 1975* และละทิ้งกฎเกณฑ์ทางจารีตประเพณีดังที่สะท้อนในข้อ 27 ของ *the Vienna Convention on the Law of Treaties* ว่า “ภาคีมีอาจอ้างข้อบังคับตามกฎหมายภายใน เพื่อให้เกิดความชอบธรรมในการที่จะไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา” ประเทศอูรุกวัยจึงล้มเหลวที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีในการแจ้งเตือนซึ่งแผนโครงการต่อประเทศอาร์เจนตินาผ่านคณะกรรมการการ CARU<sup>85</sup> และข้ออ้างของประเทศอูรุกวัยที่ว่าภาคีได้ตกลงที่จะไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีด้านสัญญาปฏิบัติตาม *statue of river Uruguay 1975* ศาลเห็นว่า ข้อตกลงที่ทั้งสองประเทศตกลงทำในภายหลัง ไม่มีผลเป็นการยกเว้นมิให้ประเทศอูรุกวัยไม่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีด้านสัญญาปฏิบัติตาม *statue of river Uruguay 1975*

ข้อตกลงแต่งตั้ง High – level Technical Group (the GTAN) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการศึกษา วิเคราะห์ แลกเปลี่ยนข้อมูล ติดตามผลที่เกิดจากการทำงานของโรงงานเยื่อกระดาษว่าจะมีผลอย่างไรต่อระบบนิเวศของแม่น้ำอูรุกวัย<sup>86</sup> ซึ่งศาลเห็นว่า GTAN ถูกสร้างขึ้นเพื่อให้เกิดการ

<sup>83</sup> Ibid, PARA 115

<sup>84</sup> Ibid, PARA 119

<sup>85</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, PARA122

<sup>86</sup> Ibid, PARA132

เจรจาตาม statute of river Uruguay 1975 เพื่อให้รัฐภาคีสามารถตกลงกันได้ เมื่อข้อตกลงในการสร้าง GTAN มีขึ้นเพื่อให้เกิดหน่วยงานที่จะสามารถเจรจาเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ตาม statute of river Uruguay 1975 จึงไม่สามารถตีความได้ว่าความตกลงดังกล่าวทำให้รัฐภาคีไม่สามารถปฏิบัติตาม statute of river Uruguay 1975<sup>87</sup> ศาลเห็นว่าการยอมรับ GTAN ของประเทศอาร์เจนตินาไม่ได้เป็นการละเมิดสิทธิในทางสัญญาที่รัฐได้รับในตาม statute of river Uruguay 1975 ตลอดจนไม่เป็นการละเมิดสิทธิที่จะเรียกร้องให้ประเทศอูรุกวัยรับผิดชอบในการละเมิดสิทธิเหล่านั้น ประเทศอาร์เจนตินาในการตกลงแต่งตั้ง GTAN มิได้ “มีผลเป็นการละเมิดอย่างชัดเจนและแจ้งชัด” ซึ่งสิทธิภายใต้ statute of river Uruguay 1975 และไม่ได้เป็นการยินยอมที่จะระงับการปฏิบัติตามบทบัญญัติทางสัญญาของ statute of river Uruguay 1975 ภายใต้ข้อ 57 ของ the Vienna Convention on the Law of Treaties “การระงับการปฏิบัติตามสนธิสัญญาจะมีขึ้นได้โดยสอดคล้องกับข้อกำหนดของสนธิสัญญาหรือโดยความยินยอมของภาคีทั้งหมด” ประเทศอูรุกวัยจึงไม่มีสิทธิในการสร้างหรืออนุญาตให้สร้างโรงงานเยื่อกระดาษหรือท่าเรือในระหว่างที่มีการเจรจาหรือปรึกษาหารือและเป็นการขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของ statute of river Uruguay 1975 หากมีการกระทำที่ก่อให้เกิดข้อขัดแย้งก่อนที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้กลไกร่วมกันที่จำเป็นสำหรับการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำที่สมเหตุสมผลและเหมาะสม ในระหว่างที่กลไกทางสัญญาเพื่อความร่วมมือกันระหว่างภาคี ในการป้องกันความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญต่อรัฐภาคีอีกฝ่ายยังคงดำเนินอยู่ รัฐภาคีที่มีกิจกรรมมีพันธกรณีที่จะไม่อนุญาตกิจกรรมดังกล่าวและไม่ดำเนินการด้วย<sup>88</sup> นอกเหนือจากนี้ statute of river Uruguay 1975 เป็นไปตามความต้องการของกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะเมื่อกลไกความร่วมมือกันระหว่างรัฐถูกควบคุมโดยหลักสุจริต สอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งสะท้อนใน the Vienna Convention on the Law of Treaties ข้อ 26 ว่า “สนธิสัญญาที่มีผลบังคับผูกพันภาคีของสนธิสัญญาจะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาโดยสุจริต” ซึ่งหลักการนี้ใช้กันทุกพันธกรณีที่เกิดกับสนธิสัญญา รวมไปถึงพันธกรณีทางสัญญาที่ก่อให้เกิดความร่วมมือระหว่างรัฐ ซึ่งศาลได้อ้างถึงคดี Nuclear test “หลักพื้นฐานหนึ่งที่ควบคุมการสร้างและการปฏิบัติตามพันธกรณีทางกฎหมาย ไม่ว่าจะที่ไหนก็ตามใด คือหลักสุจริต ความเชื่อถือและความมั่นใจที่อยู่ในความร่วมมือระหว่างประเทศ”<sup>89</sup> คู่กรณีอยู่ภายใต้พันธกรณีที่จะทำให้การเจรจานั้นมีความหมาย<sup>90</sup>

<sup>87</sup> Ibid, PARA 140

<sup>88</sup> Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, PARA 140

<sup>89</sup> Ibid, PARA 145

<sup>90</sup> Ibid, PARA 146

ดังนั้นกลไกความร่วมมือจึงไม่มีผล หากภาคีมีกิจกรรมหรืออนุญาตให้มีการกระทำโดยไม่รอให้กลไกในความร่วมมือมาถึงข้อยุติ และขาดเป้าหมายในการเจรจาหว่านคู่อกรณี การตกลงให้มี GTAN จึงไม่ได้เป็นการอนุญาตให้ประเทศอุรุกวัยไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแจ้งข้อมูลข่าวสารและแจ้งเตือนภายใต้ statute of river Uruguay 1975 การสร้างโรงงานเยื่อกระดาษและท่าเรือที่ Fray Bentos ก่อนการสิ้นสุดระยะเวลาในการเจรจาจึงเป็นการล้มเหลวที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีในการเจรจา ตาม statute of river Uruguay 1975 ซึ่งเป็นผลให้เกิดการละทิ้งในกลไกความร่วมมือทั้งหมดด้วย ทั้งนี้ “พันธกรณีในการเจรจามีใช้พันธกรณีในการบรรลุความตกลงร่วมกัน”<sup>91</sup>

พันธกรณีของประเทศอุรุกวัยเมื่อสิ้นสุดการเจรจา

ประเทศอุรุกวัยเห็นว่าภาคีไม่มีสิทธิที่จะ VETO ในโครงการที่รัฐภาคีอีกฝ่ายริเริ่ม กล่าวคือไม่มีพันธกรณีที่ห้ามมีการก่อสร้าง ซึ่งประเทศอุรุกวัยเห็นว่า การมีอยู่ของพันธกรณีดังกล่าวจะทำให้รัฐอีกฝ่ายสามารถปิดกั้นโครงการที่จำเป็นสำหรับการพัฒนาอย่างยั่งยืนของอีกรัฐ ซึ่งไม่เป็นไปตามการใช้แม่น้ำอย่างเหมาะสมและสมเหตุสมผล ศาลเห็นว่าพันธกรณีที่ห้ามก่อสร้างไม่มีปรากฏใน statute of river Uruguay 1975 หากคู่กรณีไม่เห็นด้วยกับโครงการที่จะเกิดขึ้น statute of river Uruguay 1975 ก็ไม่ได้กำหนดให้ศาลตัดสินหรืออนุญาตเกี่ยวกับกิจกรรมดังกล่าวได้ แม้ว่า statute of river Uruguay 1975 จะให้เขตอำนาจศาลในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความ การปรับใช้ แต่ก็มีได้อนุญาตให้ตัดสินใจเกี่ยวกับกิจกรรมหรือการก่อสร้าง ดังนั้นรัฐที่มีแผนโครงการจึงต้องรับความเสี่ยงในการก่อสร้างนั้น<sup>92</sup>

- ประเด็นเกี่ยวกับพันธกรณีทางสารบัญญัติ

ประเทศอาร์เจนตินาเห็นว่า statute of river Uruguay 1975 ทำให้ประเทศอุรุกวัยมีภาระการพิสูจน์ว่าการก่อสร้างโรงงานเยื่อกระดาษจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมอย่างมีนัยสำคัญซึ่งเป็นแนวทางของการป้องกันล่วงหน้า ในขณะที่ประเทศอุรุกวัยเห็นว่าภาระการพิสูจน์ตกอยู่กับประเทศอาร์เจนตินาในฐานะโจทก์

ศาลเห็นว่าหลักการที่เป็นที่ยอมรับแล้วว่า คู่กรณีที่อ้างข้อเท็จจริงใดมีหน้าที่ในการพิสูจน์การมีอยู่ของข้อเท็จจริงนั้น (onus probandi incumbit actori) ซึ่งศาลได้ปรับใช้หลักนี้กับรัฐคู่กรณีทั้ง

<sup>91</sup> Ibid, PARA 150

<sup>92</sup> Ibid,, PARA 154

สองฝ่ายมาโดยตลอดตั้งปรากฏในคดีก่อนหน้า<sup>93</sup> จึงคาดหมายได้ว่าโจทก์ต้องยื่นหลักฐานเพื่อสนับสนุนข้อกล่าวหา แต่ไม่ได้หมายความว่าจำเลยจะไม่ให้ความร่วมมือในการให้หลักฐานที่อยู่ในการครอบครองเพื่อช่วยเหลือศาลในการระงับข้อพิพาท ศาลเห็นว่าแนวทางการป้องกันล่วงหน้า (precautionary approach) มีความสำคัญกับการตีความและปรับใช้ statue of river Uruguay 1975 แต่ก็มีได้เป็นการผลักระการพิสูจน์ ทั้งนี้ศาลยังเห็นว่า statue of river Uruguay 1975 มิได้ชี้ว่าภาระการพิสูจน์จะตกอยู่กับคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน<sup>94</sup>

ในประเด็นหน้าที่ในการแจ้งเตือน ซึ่งสอดคล้องกับหลักการป้องกันล่วงหน้า ศาลเห็นว่าพันธกรณีในการแจ้งเตือนจะช่วยให้เกิดความร่วมมือระหว่างคู่กรณีเพื่อนำไปสู่พันธกรณีในการป้องกันล่วงหน้า ประเทศอุรุกวัยได้ฝ่าฝืนพันธกรณีด้านสัญญาในการแจ้งและปรึกษากับประเทศอาร์เจนตินาก่อนที่จะอนุญาตหรือก่อสร้างโรงงานเยื่อกระดาษ นอกจากนี้ ศาลยังพิพากษาว่าพันธกรณีทางสัญญาและสารบัญญัตินั้นต้องพิจารณาแยกจากกัน ดังนั้นการฝ่าฝืนพันธกรณีอย่างใดอย่างหนึ่งไม่ทำให้เป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีอีกอย่างด้วย โดยในคดีนี้ ศาลได้ยอมรับว่าพันธกรณีในการทำการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม (EIA ) มีสถานะเป็น กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปไม่ได้กำหนดขอบเขตและเนื้อหาของรายงานการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม (EIA ) ไว้ จึงต้องพิจารณาในแต่ละกรณีไป โดยในคดีนี้ ประเทศอุรุกวัยควรต้องพิจารณาที่ตั้งซึ่งเป็นทางเลือกอื่นสำหรับโรงงานเยื่อกระดาษ และคำนึงถึงการมีส่วนร่วมของประชาชนที่อาจได้รับผลกระทบในทั้งสองประเทศ

#### จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

คดี Pulp Mills on the River Uruguay ปรากฏความเห็นของผู้พิพากษาในประเด็นด้านสิ่งแวดล้อมที่น่าสนใจ โดยผู้พิพากษา Cançado Trindade เห็นว่าคดีนี้สะท้อนบทบาทของภาคประชาสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบาทขององค์กรเอกชน (NGOs) ทำให้เกิดการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมโดยการทำให้เกิดการหารือต่อสาธารณะ (public consultation) ดังจะเห็นได้จากความเห็นของประเทศอาร์เจนตินา ที่ว่า การหารือกับประชาชนที่เกี่ยวข้องอย่างมีความหมายนั้น จำเป็นที่จะต้องมีการเข้าร่วมขององค์กรเอกชนในกระบวนการ และประเทศอุรุกวัยก็ได้ยืนยันด้วยว่าองค์กรเอกชนมีบทบาทให้กระบวนการการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม และการตรวจสอบติดตามผลกระทบ ทั้งนี้ ผู้พิพากษา Cançado Trindade เห็นว่าองค์กรเอกชนมีบทบาทในการทำให้

<sup>93</sup> Ibid., PARA 162

<sup>94</sup> Ibid., PARA 164

เกิดความตื่นตัวทางสิ่งแวดล้อมของรัฐ ตลอดจนทำให้หลักการป้องกันล่วงหน้าเกิดการตกลึก ซึ่งเป็นประโยชน์กับรัฐและประชาชนของรัฐ<sup>95</sup>

ในคดีนี้ เมื่อพิจารณาถึงแนวโน้มในการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ พบว่า Statue Of River Uruguay 1975 มีเป้าหมายเพื่อควบคุมการจัดการระบบนิเวศของแม่น้ำอูรุกวัยที่มีความซับซ้อน รวมถึงกำหนดให้มีพันธกรณีในการแจ้ง (inform) และร่วมมือกันระหว่างประเทศคู่กรณีในทุกสิ่งที่ต่างฝ่ายต้องการจะกระทำ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้ร่วมกันซึ่งเป็นเขตแดนร่วมกันด้วย<sup>96</sup> แต่ในคดีนี้ ศาลตีความบทบาทของศาลเองอย่างจำกัดมาก<sup>97</sup> ซึ่งสนธิสัญญาปี 1975 กำหนดบทบาทศาลในลักษณะดั้งเดิม (traditional) คือการตีความและปรับใช้ (apply) สิทธิและพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาซึ่งเป็นบทบาทที่กว้าง (wide-ranging role) อีกทั้งยังให้อำนาจศาลในการหาแนวทางแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดในอนาคต (Forward-looking, prospective approach) มีส่วนร่วมในการประเมินความเสี่ยง (risk assesment) และมีแนวทางในการป้องกัน (preventive) มากกว่าแนวคิดในการให้ชดเชยค่าเสียหาย (compensatory) ในกรณีเกี่ยวกับข้อขัดแย้งทางสิ่งแวดล้อม แต่ในคดีนี้ศาลยังคงจำกัดบทบาทอยู่กับอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดี (judicial function) ทั้งที่สนธิสัญญามีการกำหนดในลักษณะที่ค่อนข้างใหม่และมีความก้าวหน้า การที่ศาลจำกัดบทบาทตนเองจึงเป็นความล้มเหลวในการใช้โอกาสแนวทางและความก้าวหน้า (innovative and progressive character) ตามที่สนธิสัญญาดังกล่าวได้เปิดโอกาส

3.2 คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศที่ไม่ได้เกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศโดยตรงแต่มีผลต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ

คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศคำพิพากษาของและศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเหล่านี้ แม้ไม่ได้เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศโดยตรง แต่มีความสำคัญในการนำมาพิจารณาเกี่ยวกับหลักกฎหมายที่เป็นพื้นฐานในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ

<sup>95</sup> Separate opinion of Judge Cançado Trindade p.199

<sup>96</sup> Joint dissenting opinion of judges Al-Khasawneh and Simma para.2 page 98

<sup>97</sup> Joint dissenting opinion of judges Al-Khasawneh and Simma para.1 page 98

3.2.1 คดี Trail smelter (Interim Award 1938 และ Final Award 1941)(United States v Canada)<sup>98</sup>

เป็นคดีที่มีคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศแคนาดา ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับมลพิษข้ามเขตแดน ซึ่งแหล่งที่มาของมลพิษดังกล่าวคือควันจากกระบวนการอุตสาหกรรมของโรงงานถลุงแร่ตะกั่วและแร่สังกะสีของประเทศแคนาดา ตั้งอยู่ในบริติชโคลัมเบีย ใกล้กับเมือง Trail ริมแม่น้ำโคลัมเบียและอยู่ห่างจากพรมแดนของประเทศสหรัฐอเมริกาประมาณ 7 ไมล์ ซึ่งในช่วงเวลานั้นมีการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในบริเวณหุบเขาที่แม่น้ำโคลัมเบียไหลผ่านอย่างมาก การอุตสาหกรรมป่าไม้และการเพาะปลูกส่งผลให้ป่าถูกทำลายและมีผลกระทบต่อความหลากหลายของสิ่งมีชีวิต (biodiversity) ขณะที่การทำเหมืองและถลุงแร่ก็ทำให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างหนัก

โรงงานถลุงแร่ตะกั่วและแร่สังกะสีดังกล่าวมีเจ้าของเป็นชาวแคนาดา และเป็นโรงงานที่มีขนาดใหญ่ที่สุดในโลก อีกทั้งเป็นสิ่งขับเคลื่อนเศรษฐกิจในภูมิภาคนั้น<sup>99</sup> โรงงานสามารถผลิตแร่สังกะสีได้ถึง 290,000 ตัน และ ผลิตแร่ตะกั่วได้ถึง 120,000 ตัน ต่อปี ซึ่งก่อให้เกิดปัญหามลพิษที่ต่อเนื่องยาวนานนับจากปี 1928 - 1941 เนื่องจากกระบวนการผลิตของโรงงานก่อให้เกิดมลพิษทางอากาศที่ถูกพัดพามาตามแม่น้ำโดยเฉพาะอย่างยิ่งฝุ่นของตะกั่ว สารประกอบของโลหะชนิดอื่น และสารประกอบอื่นของซัลเฟอร์ โดยในปี 1916 มีซัลเฟอร์ถูกปล่อยสู่อากาศถึง 160 ตัน ต่อวัน ต่อมาในปี 1930 มีปริมาณซัลเฟอร์ที่ถูกปล่อยสู่อากาศมากถึง 300 - 350 ตัน ต่อวันก่อให้เกิดเป็นก๊าซซัลเฟอร์ไดออกไซด์และกรดซัลฟิวริกในชั้นบรรยากาศ ซึ่งเป็นพิษต่อพืชผลทางการเกษตรและต้นไม้ โรงงานดังกล่าวจึงถูกกล่าวหาว่าก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพยากรดิน ตลอดจนมีผลกระทบต่อประชาชนในประเทศสหรัฐอเมริกา

ในปี 1928 ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศแคนาดา ตกลงให้กรณีของ Trail smelter เข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการร่วมระหว่างประเทศ (International Joint Commission (IJC)) ซึ่งก่อตั้งขึ้นตามสนธิสัญญาเกี่ยวกับปัญหาด้านเขตแดนระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศแคนาดารวมถึงเขตแดนทางน้ำ (Treaty Relating to the Boundary Waters and Questions Arising Along the Boundary Between the United States and Canada 1909) เพื่อให้

<sup>98</sup> เข้าถึงได้จาก [http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_III/1905-1982.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf)

<sup>99</sup> D.H. Dinwoodie, "The Politics of International Pollution Control: The Trail Smelter Case" 27 *International Journal* 219 (1972-2) : 219.



พิจารณาถึงประเด็นเกี่ยวกับผลประโยชน์ สิทธิ และพันธกรณีของทั้งสองรัฐ ซึ่งในปี 1931 คณะกรรมาธิการร่วมระหว่างประเทศ เสนอรายงาน<sup>100</sup> เกี่ยวกับกรณีดังกล่าวโดยคณะกรรมาธิการมีความเห็นกำหนดค่าเสียหาย 350,000 ดอลลาร์สหรัฐ สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นในกรณีของ Trail smelter และเพื่อติดตั้งอุปกรณ์เพื่อแก้ไขปัญหามลพิษและให้ทั้งสองประเทศหารือร่วมกันถึงค่าเสียหายที่อาจเกิดในภายหลัง

อย่างไรก็ตาม ประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นว่าค่าเสียหายสำหรับกรณีในอนาคตดังกล่าวนี้ไม่มี ความชัดเจนแน่นอน ภายหลังจากที่มีการเจรจา ทั้งสองประเทศจึงมีข้อตกลงให้นำข้อพิพาทขึ้นสู่การ พิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยในความตกลงฉบับดังกล่าว ข้อ 4 กำหนดให้ คณะอนุญาโตตุลาการ “ต้องพิจารณาถึงความปรารถนาของคู่ภาคีที่จะให้มีแนวทางแก้ไขปัญหาในสิ่ง ที่คู่กรณีทุกฝ่ายเป็นกังวล<sup>101</sup> ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการจึงเห็นว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะ พิจารณาถึงผลประโยชน์ของคู่กรณีที่เป็นเอกชน รวมถึงผู้ที่อาศัยในบริเวณหุบเขาซึ่งแม่น้ำโคลัมเบีย ไหลผ่าน และบริษัทเจ้าของโรงงาน ซึ่งความเห็นของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีลักษณะเป็น จุดเริ่มต้นในการคำนึงถึงผลประโยชน์สาธารณะ (public interest) แม้ว่าจะไม่ได้กล่าวถึง ผลประโยชน์สาธารณะไว้โดยตรงก็ตาม<sup>102</sup>

ข้อ 3 ของข้อตกลงดังกล่าว คู่กรณีได้ตกลงกันที่จะให้คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า

- (1) นับแต่เดือนมกราคม ปี 1932 มีความเสียหายที่เกิดขึ้นจากโรงงานในรัฐวอชิงตัน หรือไม่ หากมีความเสียหายดังกล่าว จะมีค่าเสียหายที่ต้องชดใช้เป็นจำนวนเท่าใด
- (2) หากมีความเสียหายเกิดขึ้น ตามข้อ (1) โรงงานต้องถูกจำกัดมิให้ก่อความเสียหาย ต่อไปในอนาคตหรือไม่ และการจำกัดดังกล่าวจะสิ้นสุดลงเมื่อใด
- (3) โรงงานควรมีมาตรการหรือระบอบอย่างไร
- (4) จากข้อ (2) และข้อ (3) จะต้องมีการเยียวยาความเสียหายหรือไม่ เป็นเงินจำนวนเท่าใด

<sup>100</sup> รายงานดังกล่าวไม่อาจถือได้ว่าเป็นคำวินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นหรือคำถามในกรณี Trail smelter แต่เป็นรายงาน เกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย โดยที่ไม่มีลักษณะของคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

<sup>101</sup> 1935 Convention for the Settlement of Difficulties arising from the Operation of the Smelter at Trail between Great Britain and United State

<sup>102</sup> Stephens Tim, “International Courts and Environmental Protection”, Cambridge University Press , (2009). Kindle edition Loc4322 from 13944.

ภายหลังการพิสูจน์ถึงความเสียหายจากควันของซัลเฟอร์ที่เกิดในเขตแดนของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยพิจารณาหลักฐานอันได้แก่ เครื่องวัดปริมาณซัลเฟอร์ไดออกไซด์ การทดลองทางวิทยาศาสตร์ และการศึกษาวิจัยของผู้เชี่ยวชาญ คณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาและมีคำวินิจฉัยเบื้องต้น (Interim award) เมื่อปี 1938 ถึงลักษณะทางกายภาพตามธรรมชาติและเงื่อนไขตามสภาพภูมิอากาศของหุบเขาซึ่งแม่น้ำโคลัมเบียไหลผ่าน และตรวจสอบพบการแพร่ของก๊าซซัลเฟอร์ไดออกไซด์จากปล่องไฟของ Trail smelter และออกสู่อากาศด้านบน ก่อนจะถูกพัดพาในขณะที่มีลมไปสู่ลำธารในหุบเขาบริเวณดังกล่าว<sup>103</sup> และพบว่ามีหลักฐานความเสียหายจากซัลเฟอร์ในปี 1932 - 1936 คณะอนุญาโตตุลาการจึงให้มีการชดเชยเยียวยาในการเสื่อมมูลค่าลงของที่ดิน<sup>104</sup> ส่วนกรณีผลกระทบต่อปศุสัตว์นั้น เห็นว่าประเทศสหรัฐอเมริกาไม่สามารถพิสูจน์ว่าควันจากโรงงาน Trail smelter ก่อให้เกิดความเสียหายต่อปศุสัตว์ การผลิตน้ำนม หรือการผลิตขนสัตว์ อย่างไรก็ตาม เห็นว่าพืชผลทางการเกษตรได้รับผลกระทบ และทำให้ปศุสัตว์ได้รับผลกระทบดังกล่าวด้วย จึงกำหนดค่าเสียหายให้สำหรับการลดลงของผลผลิต<sup>105</sup> ในกรณีความเสียหายที่เกิดกับสิ่งปลูกสร้าง คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าประเทศสหรัฐอเมริกาไม่สามารถพิสูจน์ถึงความเสียหายดังกล่าวได้<sup>106</sup> เช่นกัน

<sup>103</sup> “the gases emerging from the stacks of Trail smelter find their way into the upper air currents, and are carried by these currents in a fairly continuous stream down the valley so long as the prevailing wind at that level is in that direction ” United States v. Canada, RIAA, vol. III (1938,1941),p. 1905.

<sup>104</sup> “In addition to indemnity which may be awarded for damage through reduction in the value of the use of cleared land measured by decrease in crop yield, the Tribunal, having in mind, within the area as determined above, a group of about forty farms in the vicinity of the boundary line, has awarded indemnity for special damage for reduction in value of the use or rental value by reason of the location of the farmers in respect to the fumigations.” Trail Smelter case (1938 and 1941) 3 RIAA 1926

<sup>105</sup> With regard to "damages in respect of livestock", claimed by the United States, the Tribunal is of opinion that the United States has failed to prove that the presence of fumes from the Trail Smelter has injured either the livestock or the milk or wool productivity of livestock since January 1, 1932, through impaired quality of crop or grazing. So far as the injury to livestock is due to reduced yield of crop or grazing, the injury to livestock is due to reduced yield of crop or grazing, the injury is compensated for in the indemnity which is awarded herein for such reduction of yield.

Trail Smelter case (1938 and 1941) 3 RIAA 1931

<sup>106</sup> the same principles of law apply to assessment of indemnity to owners of urban land as apply to owners of farm and other cleared land, namely, that the measure of damage is the reduction in the value of the use or rental value of the property, due to fumigations. The Tribunal is of opinion that there is no proof of damage to such urban property; that even if there were such damage, there is no proof of facts sufficient to enable the Tribunal to estimate the reduction in the value of the use or rental value of such property;

กับความเสียหายที่เกิดกับธุรกิจ เนื่องจากเห็นว่าผลเสียหายนั้นห่างไกลจากสาเหตุ และไม่ใช่ผลโดยตรงจากควันของ Trail smelter<sup>107</sup> อีกทั้งพบว่าควันของซัลเฟอร์ก่อให้เกิดความเสียหายต่อพืชผลทางการเกษตร แต่ประเมินผลกระทบดังกล่าวได้ยากเนื่องจากผลกระทบที่เกิดมีความแตกต่างกันไปตามสปีชีส์ของพืช รวมถึงบริเวณดังกล่าวได้รับผลกระทบจากการทำลายป่าอย่างหนักอยู่แต่เดิม จึงกำหนดค่าเสียหายนับแต่ปี 1932 ถึง 1937 เป็นจำนวนทั้งหมด 78,000 ดอลลาร์สหรัฐ แต่ไม่กำหนดค่าเสียหายให้ในกรณีที่โรงงานปล่อยน้ำเสียลงในแม่น้ำโคลัมเบีย เนื่องจากสหรัฐอเมริกาไม่ได้แสดงหลักฐานสนับสนุนข้อเรียกร้องดังกล่าว<sup>108</sup> และปฏิเสธไม่วินิจฉัยข้อ (2) (3) และ (4) เนื่องจากไม่มีข้อมูลที่เพียงพอ ทั้งนี้ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าข้อมูลที่มีอยู่ไม่เพียงพอในการวินิจฉัยและกำหนดระบอบที่ถาวรในการใช้โรงงาน จึงให้ขยายระยะเวลาในการวินิจฉัยชี้ขาดออกไปจนกระทั่งปี 1940 เพื่อรวบรวมหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งระหว่างที่รอคำวินิจฉัยชี้ขาด ก็ได้กำหนดให้มีการประเมินผลกระทบของควันจากโรงงาน และให้โรงงานจำกัดการปล่อยซัลเฟอร์ลง

ในการวินิจฉัยชี้ขาด เมื่อปี 1941 คณะอนุญาโตตุลาการยืนยันตามคำวินิจฉัยเบื้องต้น และกำหนดระบอบที่เป็นการถาวรเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดในเขตแดนของประเทศสหรัฐอเมริกา หากมีความเสียหายเกิดขึ้น จะต้องมีการชดเชยเยียวยาในราคาที่เหมาะสมผลตามการสอบสวน โดยในขั้นตอนการพิจารณา คณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาว่าประเทศแคนาดา มีพันธกรณีที่จะป้องกันการปล่อยควันซัลเฟอร์ไปยังประเทศสหรัฐอเมริกาหรือไม่ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการตระหนักดีว่าผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมาย (publicists) ได้กล่าวถึงหน้าที่อันเป็นการทั่วไปในการเคารพและยอมรับเขตแดนของรัฐอื่น<sup>109</sup> อย่างไรก็ตามแม้ว่าในกรณีดังกล่าวยังไม่เคยมีคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะ

---

and that it cannot adopt the method contended for by the United States of calculating damages to urban property.

Ibid.

<sup>107</sup> Ibid.

<sup>108</sup> The United States ... alleges the discharge by the Trail Smelter, not only of "smoke, sulphurous fumes, gases", but also of "waste materials", and says that "the Trail Smelter disposes of slag in such a manner that it reaches the Columbia River and enters the United States in that stream", with the result that the "waters of the Columbia River in Stevens County are injuriously affected", thereby. No evidence was produced on which the Tribunal could base any findings as regards damage, if any, of this nature.

Ibid.

<sup>109</sup> "A State owes at all times a duty to protect other States against injurious acts by individuals from within its jurisdiction." Eagleton, Clyde. "The Responsibility of States in International Law." Kraus reprint, (1970.): 80.

อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเกี่ยวกับมลพิษทางอากาศมาก่อน<sup>110</sup> แต่มีคำพิพากษาของศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกา เกี่ยวกับกรณีที่มีมลพิษข้ามเขตแดนระหว่างรัฐ<sup>111</sup> ซึ่งสามารถนำมาพิจารณาในฐานะของแนวทาง (guide) ซึ่งศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นว่า ศาลจะสามารถสั่งห้ามการก่อมลพิษของรัฐหนึ่งซึ่งมีผลต่ออีกรัฐได้ในกรณีที่มีความร้ายแรงอย่างมาก (serious magnitude) และสามารถพิสูจน์ได้เต็มที่และชัดเจน<sup>112</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการจึงมีคำวินิจฉัยโดยอ้างถึงคำพิพากษาดังกล่าว ประกอบกับการพัฒนาด้านเทคนิคและวิทยาศาสตร์ในการควบคุมมลพิษว่า “ภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่มีรัฐใดมีสิทธิที่จะใช้หรืออนุญาตให้ใช้ดินแดนของรัฐนั้นในลักษณะที่จะก่อให้เกิดความเสียหายโดยกลุ่มควันในดินแดนของรัฐอื่นหรือต่อทรัพย์สินของประชาชนภายในรัฐนั้น เมื่อกรณีดังกล่าวมีความร้ายแรงและความเสียหายมีหลักฐานที่เชื่อถือได้และชัดเจน”<sup>113</sup> กล่าวคือคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าประเทศแคนาดามีความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศในการดำเนินการผลิตของโรงงาน Trail smelter และมีหน้าที่ที่จะต้องทำให้แน่ใจว่าการผลิตในอนาคตจะสอดคล้องกับพันธกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการกำหนด<sup>114</sup> จึงแสดงให้เห็นว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่เพียงแต่คำนึงถึงการกระทำที่ผ่านมาของประเทศแคนาดา ซึ่งประเทศแคนาดาได้ยอมรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นในอดีตแล้ว แต่ยังรวมไปถึงพันธกรณีของประเทศแคนาดาที่เกี่ยวข้องกับการผลิตที่จะดำเนินต่อไปในอนาคตของโรงงานด้วย<sup>115</sup>

ในกรณีการควบคุมการผลิตของโรงงานในอนาคตนั้น คณะอนุญาโตตุลาการได้กำหนดมาตรการเพื่อลดการปล่อยควันจากโรงงานลง เพื่อที่จะไม่ส่งผลกระทบต่อเกษตรกร อีกทั้งประเทศแคนาดายังต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในอนาคที่อาจเกิดต่อประเทศสหรัฐอเมริกา หากโรงงาน

<sup>110</sup> Trail Smelter case (1938 and 1941) 3 RIAA p.1963

<sup>111</sup> Ibid ,1963-4.

<sup>112</sup> Ibid, p.1964-1965

<sup>113</sup> “No state has the right to use or permit the use of its territory in such a a manneras to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or person therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence.”

Ibid, p. 1965

<sup>114</sup> Ibid 1965-6

<sup>115</sup> StephensTim “International Courts and Environmental Protection” Cambridge University Press, (2009).

ไม่สามารถทำตามข้อบังคับ (regulation)<sup>116</sup> โดยให้มีการควบคุมและตรวจสอบติดตาม (Monitoring) กระบวนการผลิตของโรงงานด้วย

คดีนี้มีความสำคัญเนื่องจากเป็นคดีแรกที่สนับสนุนการที่รัฐมีพันธกรณีภายใต้หลักกฎหมายทั่วไประหว่างประเทศที่จะต้องชดเชยค่าเสียหายให้กับรัฐอื่นสำหรับความเสียหายจากมลพิษทางอากาศที่เกิดจากการกระทำในรัฐของตนอีกทั้งเป็นรากฐานของหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายซึ่งเป็นกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศอีกทั้งเป็นคดีที่นักวิชาการให้ความสนใจ<sup>117</sup> ถูกอ้างถึงอย่างกว้างขวางจากหลายฝ่าย เช่น รัฐที่ยกขึ้นอ้างเป็นข้อต่อสู้ในระหว่างกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และศาลระหว่างประเทศยกขึ้นอ้างในการวินิจฉัย<sup>118</sup> และโดยรัฐที่ได้รับผลกระทบจากมลพิษข้ามเขตแดนซึ่งยังไม่ได้้นำเรื่องพิพาทเข้าสู่กระบวนการทางกฎหมาย<sup>119</sup>

แม้ว่าคดีนี้จะเกี่ยวกับกรณีของมลพิษทางอากาศ<sup>120</sup> แต่คดีนี้ยังเป็นการสร้างหลักทั่วไป (general principle) เกี่ยวกับอำนาจอธิปไตย และบูรณภาพแห่งดินแดน (territorial integrity) ซึ่งสามารถขยายไปยังความเสียหายที่มีลักษณะข้ามพรมแดนในรูปแบบอื่น หลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายดังกล่าวยังได้รับการอ้างถึงในข้อ 21<sup>121</sup> ปฏิญญาแห่งกรุงสตอกโฮล์ม (Stockholm Declaration of 1972) ในลักษณะที่กำหนดให้หน้าที่ในการป้องกันความเสียหายไม่ให้เกิดต่อรัฐอื่น

<sup>116</sup> Ibid 198.

<sup>117</sup> Rebecca M. Bratspies and Russel A. Miller, “Transboundary Harm in International Law: Lessons from the Smelter Arbitration” (2006).

<sup>118</sup> ตัวอย่างเช่น ในคดี Nuclear Tests (Australia v. France) (merit) [1974] ICJ Rep 253, Dissenting opinion of Judge de Castro, 388-9; 1995 Nuclear tests case [1995] ICJ Rep 288, Dissenting opinion of Judge Weeramantry, 346 and 362 and dissenting opinion of Judge Palmer, 408; Gabčíkovo –nagymaros Project case (Hungary/Slovakia) [1997] ICJ Rep 7 separate opinion of judge Weeramantry, 111-2.

<sup>119</sup> ตัวอย่างเช่น The Cherry Point oil spill, the statement of the Canadian External Affairs secretary (1973) 11 CanYBIL 333, 334.

<sup>120</sup> ประเด็นของมลพิษทางอากาศ เป็นปัญหาสำคัญระหว่างรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของซัลเฟอร์ไดออกไซด์ ซึ่งก่อให้เกิดฝนกรด (acid rain) ซึ่งนอกจากจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งก่อสร้างแล้ว ยังก่อให้เกิดความเสียหายต่อแหล่งน้ำด้วย ปัญหามลพิษทางอากาศเป็นปัญหาสำคัญของทวีปยุโรปในช่วงปี 1960-1970 และนำไปสู่การออกอนุสัญญา...(ECE Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution 1979) โปรดดู C. Flinterman, B. Kwiatkowska and J.G. Lammers (eds.) , “Transboundary Air Pollution: International Legal Aspects of the Co-operation of States,” : 19.

<sup>121</sup> Principle 21 States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction.

(duty to prevent damage to other state) ให้มีแง่มุมทางสิ่งแวดล้อมมากขึ้นกว่าที่ปรากฏในคดี Trail smelter และเป็นหลักการที่สำคัญ (cornerstone) ของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ<sup>122</sup> และได้รับการเน้นย้ำอีกครั้ง ดังปรากฏใน ข้อ 2<sup>123</sup> ของ ปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (Rio Declaration on Environment and Development 1992) และได้รับการยอมรับในฐานะบรรทัดฐานของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ (norm of customary international law in environmental field) ดังปรากฏในความเห็นของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ในคดี Nuclear Weapon<sup>124</sup>

- ประเด็นเกี่ยวกับพันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย

คดี Trail smelter เป็นคดีที่วางรากฐานของหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย โดยที่รัฐไม่มีสิทธิที่จะใช้หรืออนุญาตให้ใช้ดินแดนของรัฐนั้นในลักษณะที่จะก่อให้เกิดความเสียหายโดยกลุ่มควันในดินแดนของรัฐอื่นหรือต่อทรัพย์สินของประชาชนภายในรัฐนั้น เมื่อกรณีดังกล่าวมีความร้ายแรงและความเสียหายมีหลักฐานที่เชื่อถือได้และชัดเจน ทั้งนี้มีข้อสังเกตว่า มีการกล่าวโดยนัยในคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการว่าหน้าที่ในการป้องกันความเสียหายข้ามเขตแดน (duty to prevent transboundary harm ) ไม่ใช่หน้าที่ที่เด็ดขาด (absolute) หรือเข้มงวด (strict) และจะนำมาปรับใช้เฉพาะในกรณีที่มีความเสียหายหรืออันตรายนั้นสามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้า (foreseeable) หรือสามารถป้องกันไม่ให้เกิดได้ (preventable)<sup>125</sup> นอกเหนือจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการยังพบว่ารัฐจะต้องป้องกันความเสียหายข้ามเขตแดนในกรณีที่เป็นผลเสียหายอย่างร้ายแรง (serious consequence) และความเสียหายดังกล่าวมีหลักฐานสนับสนุนที่ชัดเจนและแน่นอน (established by clear and convincing evidence) จึงเป็นปัญหาในการกำหนดเกณฑ์ดังกล่าว

<sup>122</sup> Philippe Sands, *Principle of International Environmental Law* (2<sup>nd</sup> edn 2003) ,236.

<sup>123</sup> Principle 2 States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental and developmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction.

<sup>124</sup> Nuclear Weapons advisory opinion (1996) ICJ Rep 226, [29]. มีข้อสังเกตว่าการที่ศาลใช้คำว่า เคารพ (respect) เป็นการสร้างพันธกรณีที่มากขึ้นไปกว่าปฏิญญาแห่งกรุงสต็อกโฮล์ม ข้อ 21 ซึ่งเพียงแต่กำหนดให้ต้องป้องกันความเสียหาย โปรดดู Edith Brown Weiss, “Opening the Door to the Environment and to Future Generations” และ Philippe Sands (eds.), “International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons” (1999) : 338,340.

<sup>125</sup> StephensTim “International Courts and Environmental Protection”, Cambridge University Press, (2009)

เนื่องจากเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับร่างข้อบทในการป้องกันความเสียหายข้ามเขตแดน (Draft Articles on Prevention of Transboundary harm) ร่างข้อบทในการป้องกันความเสียหายข้ามเขตแดนจากการกระทำที่น่าจะก่อให้เกิดอันตราย (Draft Articles on prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities) และ ร่างข้อบทในการจัดสรรการชดเชยต่อความสูญเสีย ที่เกิดจากกิจกรรมข้ามพรมแดนที่เป็นอันตราย (Draft Principles on the Allocation of Loss in the Case of Transboundary Harm Arising out of Hazardous Activities) ของ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission, ILC) ซึ่งจะกำหนดเพียงว่า ให้ใช้ในกรณีที่เกิดความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญ (significant damage) ซึ่งอันตรายที่จะเกิดขึ้นนั้น (Harm) ต้องมากกว่าการที่จะสามารถรับรู้ได้ (detectable) แต่ไม่จำเป็นต้องถึงขั้นร้ายแรง (serious) หรือสำคัญ (substantial)

ทั้งนี้ คดี Trail smelter ยังกำหนดให้รัฐที่ได้รับผลกระทบต้องมีหลักฐานที่ชัดเจนและเชื่อถือได้ (clear and convincing) ของอันตราย (harm) ดังกล่าว แนวทางเช่นนั้นขัดกับหลักการป้องกันล่วงหน้า (precautionary) ซึ่งเป็นแนวโน้มในการจัดการเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมในระดับชาติและระดับนานาชาติ ซึ่งการกำหนดภาระการพิสูจน์ในลักษณะดังกล่าวจะส่งผลให้หน้าที่ทั่วไปในการป้องกันความเสียหายข้ามเขตแดนไม่เป็นผล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมนั้นเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องยาวนานและมีความซับซ้อน นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการ และคู่กรณียังไม่ได้ให้ความสนใจต่อผลกระทบที่อาจเกิดต่อพืชและสัตว์ท้องถิ่น โดยพิจารณาเฉพาะความเสียหายต่อการเกษตรเท่านั้น<sup>126</sup> อีกทั้งไม่มีประเด็นเรื่องสุขภาพ (human health) ซึ่งน่าจะเป็นเพราะความตระหนักในสิ่งแวดล้อมที่ยังมีอยู่อย่างจำกัดในช่วงเวลานั้น รวมถึงการให้น้ำหนักกับความกังวลในความเสียหายต่อเศรษฐกิจมากกว่าอีกทั้งยังมีความเห็นว่าควรมีกระบวนการพิจารณาในระดับระหว่างประเทศอีกหนเพื่อกำหนดการชดเชยเยียวยาให้กับชนพื้นเมือง (Native American Tribe) ในกรณีความเสียหายที่เกิดจากการปล่อยน้ำเสียลงในแม่น้ำโคลัมเบียติดต่อกันเป็นระยะเวลานาน<sup>127</sup> อีกทั้งมีข้อสังเกตว่าคณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาในแง่การกำหนดมาตรการไม่ให้รัฐก่อความเสียหายให้กับรัฐอื่น แต่ไม่ได้พิจารณาถึงมาตรฐานการป้องกันไม่ให้เกิดอันตราย (standard of care) ของรัฐที่มีพันธกรณีในการป้องกันการเกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมนอกเขตแดน (extraterritorial

<sup>126</sup> Jurgielewicz, L.M. "Global Environmental Change and International Law: Prospects for Progress in the Legal Order." University Press of America, (1996) : 53.

<sup>127</sup> Austen L. Parrish, "Trail Smelter Déjà vu: Extraterritoriality, International Environmental Law, and the Search for Solutions to Canadian-US Transboundary Water Pollution Disputes" (2005) 85 BULR 363 : 429.

environment harm) หรือค่าเริ่มต้นที่กำหนดไว้สำหรับใช้ในการตรวจสอบ (threshold) ในกรณีที่มลพิษข้ามเขตแดนนั้นมีความซับซ้อนมากกว่าซัลเฟอร์ที่ปล่อยจากโรงงาน Trail smelter

ผู้เขียนเห็นว่า คดี Trail smelter แสดงถึงบทบาทของคณะอนุญาโตตุลาการ ในการบ่งชี้และยืนยันหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยคณะอนุญาโตตุลาการได้ชี้ว่า “ภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่มีรัฐใดมีสิทธิที่จะใช้หรืออนุญาตให้ใช้ดินแดนของรัฐนั้นในลักษณะที่จะก่อให้เกิดความเสียหายโดยกลุ่มควันในดินแดนของรัฐอื่นหรือต่อทรัพย์สินของประชาชนภายในรัฐนั้น เมื่อกรณีดังกล่าวมีความร้ายแรงและความเสียหายมีหลักฐานที่เชื่อถือได้และชัดเจน” กล่าวคือ ได้ยืนยันหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย ว่ามีสถานะเป็นกฎหมายและสร้างความชัดเจนในแง่เนื้อหาของหลักการดังกล่าวโดยระบุว่า ความเสียหายนั้นต้องมีความร้ายแรง และมีหลักฐานที่ชัดเจนและเชื่อถือได้ ซึ่งหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายนี้หลักทั่วไปที่เป็นรากฐานสำคัญในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ตลอดจนสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ ทั้งนี้ การที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ารัฐไม่มีสิทธิในการก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่น หรือดินแดนภายนอกรัฐนั้น เป็นการยืนยันถึงทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด ซึ่งสิทธิของรัฐจะถูกจำกัดภายใต้พันธกรณีที่จะไม่ใช้ดินแดนของตนในลักษณะที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐริมน้ำ

### 3.2.2 คดี Corfu Channel (1949)<sup>128</sup>

คดี Corfu Channel เป็นคดีระหว่างสหราชอาณาจักรและประเทศอัลบาเนีย โดยเรือพิฆาตของรัฐบาลอังกฤษต้องการที่จะได้รับสิทธิในการผ่านโดยสุจริตที่ช่องแคบ Corfu โดยมีต้องแจ้งล่วงหน้าแก่รัฐบาลอัลเบเนีย ขณะที่รัฐบาลอัลเบเนียต้องการให้เรือต่างชาติมีการแจ้งล่วงหน้าก่อนจึงจะสามารถผ่านช่องแคบได้ ต่อมากองเรือของประเทศอังกฤษซึ่งประกอบด้วยเรือลาดตระเวน 2 ลำ และเรือพิฆาต 2 ลำชนทุ่นระเบิดได้รับความเสียหายอย่างหนักขณะแล่นอยู่ในช่องแคบ Corfu ทางทิศเหนือ ทำให้ทหารประจำเรือเสียชีวิต 44 นาย บาดเจ็บ 42 นาย ประเทศอังกฤษจึงแจ้งต่อรัฐบาลแอลบาเนียว่าจะทำการกวาดทุ่นระเบิด ซึ่งรัฐบาลแอลบาเนียไม่ให้ความยินยอม และจะถือว่าเป็นการละเมิดอธิปไตยของประเทศอัลบาเนียต่อมาได้มีการนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยมีประเด็นที่ต้องพิจารณาคือ ประเทศแอลบาเนียมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศต่อการสูญเสียชีวิตและทรัพย์สินของกองเรืออังกฤษหรือไม่ และประเทศอังกฤษมีสิทธิผ่านโดยสุจริตในการผ่านช่องแคบ Corfu หรือไม่

<sup>128</sup> Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949 : I.C.J. Reports 1949, p. 4.



คดีนี้ศาลเห็นว่าประเทศอัลเบเนียอยู่แล้วถึงการมีอยู่ของทุ่นระเบิดในช่องแคบ<sup>129</sup> และมีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งถึงการมีอยู่ของทุ่นระเบิดนั้นในทะเลอาณาเขตของตนเพื่อประโยชน์ในการเดินเรือโดยทั่วไป และมีหน้าที่ต้องเตือนกองเรือของประเทศอังกฤษให้ทราบด้วย<sup>130</sup> ซึ่งในกรณีนี้รัฐบาลแอลเบเนียได้ละเว้นซึ่งหน้าที่ในการแจ้งเตือนถึงการมีอยู่ของทุ่นระเบิด จึงมีความรับผิดชอบในความเสียหายและการเสียชีวิตอันเนื่องจากระเบิดนั้น<sup>131</sup> ซึ่งพันธกรณีในการแจ้งเตือนดังกล่าวนี้ ศาลเห็นว่ามีพื้นฐานมาจากหลักการที่รัฐต้องไม่อนุญาตให้มีการใช้ดินแดนของตนในลักษณะที่ขัดกับสิทธิของรัฐอื่น ซึ่งเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปกล่าวคือรัฐมีพันธกรณีที่จะไม่อนุญาตให้มีการใช้ดินแดนของตนโดยขัดกับสิทธิของรัฐอื่น.<sup>132</sup>

- ประเด็นเกี่ยวกับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัดและพันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (the obligation to prevent transboundary harm )

คดีนี้แม้ไม่ได้เกี่ยวข้องกับความเสียหายที่เกิดต่อสิ่งแวดล้อมโดยตรง แต่ก็มีความสำคัญคือเป็นคดีที่วางรากฐานในคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ว่ารัฐมีพันธกรณีที่จะต้องแจ้งเตือน สำหรับการกระทำหรือกิจกรรมใดๆ ในดินแดนของตน ที่จะกระทบต่อสิทธิของรัฐอื่น โดยมีพื้นฐานมาจากหลักการเป็นเพื่อนบ้านที่ดี (good neighborliness) อันจะนำไปสู่หลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายซึ่งเป็นหลักการสำคัญของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศโดยคดีนี้ยืนยันคดี Trail smelter ค.ศ. 1938 ซึ่งได้นำเอาหลัก sic utere tuo ut alienum non laedas ซึ่งมีที่มาจากกฎหมายโรมันมาปรับใช้ในคดี<sup>133</sup> อีกทั้งยังสอดคล้องกับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า คดี Corfu

<sup>129</sup> 'Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949 : I.C.J. Reports 1949, p. 22.

<sup>130</sup> The obligations incumbent upon the Albanian authorities consisted in notifying, for the benefit of shipping in general, the existence of a minefield in Albanian territorial waters and in warning the approaching British warships of the imminent danger to which the minefield exposed them.

Ibid, p. 22.

<sup>131</sup> Ibid. P 339

<sup>132</sup> . Such obligations are based, not on the Hague Convention of 1907, No. VII, which is applicable in time of war, but on certain general and well-recognized principles, namely : elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war ; the principle of the freedom of maritime communication ; and every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States.

Ibid, p. 22.

<sup>133</sup> Juste-Ruiz, José. "The International Court of Justice and International Environmental Law." International Courts and the Development of International Law. Springer, (2013) : 384.

Channel สะท้อนถึงบทบาทคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศในการบ่งชี้และยืนยันหลักกฎหมาย คือ หลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย และทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด โดยซึ่งสิทธิของรัฐจะถูกจำกัดภายใต้พันธกรณีที่จะไม่ใช้ดินแดนของตนในลักษณะที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐริมน้ำอื่น

### 3.2.3 คดี the Nuclear Tests<sup>134</sup> (1974)

คดี the Nuclear Tests ประกอบด้วยคดีสองคดี คือคดีระหว่างประเทศนิวซีแลนด์กับประเทศฝรั่งเศสคดีหนึ่ง และคดีระหว่างประเทศออสเตรเลียกับประเทศฝรั่งเศสอีกคดีหนึ่ง ซึ่งเกิดขึ้นในระหว่างปี 1966 และ 1972 โดยมีข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือประเทศฝรั่งเศสได้ทดสอบอาวุธนิวเคลียร์ภายในดินแดนของประเทศฝรั่งเศส ทำให้เกิดการปนเปื้อนกัมมันตรังสี ประเทศออสเตรเลียและประเทศนิวซีแลนด์จึงอ้างว่าดินแดนของประเทศตนได้รับผลกระทบจากกัมมันตภาพรังสีเหล่านั้น ประสงค์ให้มีการห้ามไม่ให้ประเทศฝรั่งเศสทดสอบอาวุธนิวเคลียร์ คดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา ประเทศฝรั่งเศสได้มีคำประกาศฝ่ายเดียวว่าจะไม่ทดสอบระเบิดนิวเคลียร์อีก ทำให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่าไม่มีข้อพิพาท (dispute) ที่ศาลจะต้องวินิจฉัย จึงไม่มีการตัดสินในประเด็นเนื้อหาแห่งคดี (merit)

คดีนี้เปิดโอกาสให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาถึงการนำเอาหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมาปรับใช้กับกรณีของการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ที่น่าจะสร้างความเสียหายร้ายแรงให้กับสิ่งแวดล้อมมากที่สุด อีกทั้งยังเป็นประเด็นเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมซึ่งรวมไปถึงสิ่งแวดล้อมทางทะเล (marine environment) โดยในปี 1963 รัฐบาลฝรั่งเศสประกาศว่ามีความประสงค์ที่จะเปลี่ยนแปลงศูนย์ทดสอบนิวเคลียร์ (nuclear test centre) จากแอลจีเรียมายังเฟรนช์โพลินีเซีย (French Polynesia) และจุดที่จะยิงทดสอบคือ Mururoa atoll<sup>135</sup> และ Fangatuafoa island ซึ่งเป็นเกาะที่ไม่มีผู้คนอยู่อาศัยและอยู่ห่างไกล ประเทศฝรั่งเศสทดสอบระเบิดนิวเคลียร์ในชั้นบรรยากาศครั้งแรกในปี 1966 ต่อเนื่องมาจนกระทั่งปี 1973 เมื่อประเทศออสเตรเลียและประเทศนิวซีแลนด์ยื่นฟ้องประเทศฝรั่งเศสต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

<sup>134</sup> Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253. และ Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 457

<sup>135</sup> ตั้งอยู่ห่างจากแผ่นดินใหญ่ (main land) ของประเทศออสเตรเลีย 6,000 กิโลเมตร

การทดสอบอาวุธนิวเคลียร์ในเขตมหาสมุทรแปซิฟิกเกิดขึ้นตั้งแต่ช่วงปี 1950 แต่นับจากปี 1963 ได้มีความกังวลต่อผลของการทดสอบอาวุธนิวเคลียร์ต่อสุขภาพของมนุษย์และด้านสิ่งแวดล้อมมากขึ้น ประเทศออสเตรเลียและประเทศนิวซีแลนด์ได้ร่วมกับชาติอื่นๆ ในบริเวณมหาสมุทรแปซิฟิกตอนใต้ แสดงจุดยืนที่เป็นการต่อต้านอย่างชัดเจนถึงการทดลองนิวเคลียร์ของประเทศฝรั่งเศส ขณะที่ประเทศฝรั่งเศสเห็นว่าการทดลองดังกล่าวไม่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศและมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมน้อย

การต่อต้านต่อการทดลองนิวเคลียร์ของประเทศฝรั่งเศส โดยประเทศออสเตรเลียและประเทศนิวซีแลนด์เป็นส่วนหนึ่งของการต่อต้านการแพร่ขยาย การทดลอง และการพัฒนาอาวุธนิวเคลียร์ ในระดับภูมิภาคและระดับโลก ซึ่งสนธิสัญญาห้ามการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ในบรรยากาศในห้วงอวกาศ และใต้น้ำ (Treaty Banning Nuclear Tests in the Atmosphere, in Outer Space and Under Water, 1963) ทำให้การทดลองนิวเคลียร์ในชั้นบรรยากาศของประเทศต่างๆ ลึกลง ยกเว้นประเทศฝรั่งเศสและประเทศจีน นอกเหนือจากนี้สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ได้มีข้อมติ (resolution) หลายข้อมติ ที่กระตุ้นให้รัฐเข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญาดังกล่าว เน้นย้ำผลกระทบจากการทดลองนิวเคลียร์ต่อสิ่งแวดล้อม และประณามการทดลองอาวุธนิวเคลียร์<sup>136</sup> อีกทั้งประเด็นเรื่องอาวุธนิวเคลียร์ยังเป็นความกังวลในการประชุมที่กรุงสตอกโฮล์ม (Stockholm Conference) โดยข้อ 26<sup>137</sup> ของปฏิญญาสตอกโฮล์ม (Stockholm Declaration 1972) เรียกร้องให้มีการกำจัดและทำลายอาวุธดังกล่าวโดยสิ้นเชิง (elimination and complete destruction of such weapon) ซึ่งการพัฒนาทางกฎหมายและการเมืองเหล่านี้เกิดขึ้นควบคู่ไปกับความเข้าใจทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับอันตรายของกัมมันตรังสีที่มีต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพมนุษย์

ในคดี the Nucleat Test ประเทศออสเตรเลียและประเทศนิวซีแลนด์มีวัตถุประสงค์เดียวกันคือให้เกิดการยุติลงของการทดสอบนิวเคลียร์ของประเทศฝรั่งเศสในมหาสมุทรแปซิฟิก ซึ่งก่อให้เกิดการสะสมของวัสดุนิวเคลียร์ (nuclear material) ในดินแดนของประเทศออสเตรเลีย ประเทศนิวซีแลนด์และทะเลหลวง (high sea) และยังคงแสดงถึงความห่วงกังวลที่มีต่อความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมและผลกระทบที่มีต่อสุขภาพของคนในยุคปัจจุบันและในอนาคต (future

<sup>136</sup> ปรอตตุ GA Res. 1762 A (XVII), UN Doc. A/Res/1762A(XVII) (1962) ซึ่งประณามการทดลองนิวเคลียร์ทั่วไป และ GA Res. 2934 (XVII), UN Doc. A/Res/2934 (XXVII) (1972) ซึ่งเกี่ยวข้องกับการทดลองนิวเคลียร์ในมหาสมุทรแปซิฟิก

<sup>137</sup> Principle 26 Man and his environment must be spared the effects of nuclear weapons and all other means of mass destruction. States must strive to reach prompt agreement, in the relevant international organs, on the elimination and complete destruction of such weapons.

generations) ซึ่งเกิดจากฝุ่นกัมมันตรังสี (nuclear fall-out) ในชั้นบรรยากาศชั้นโทรโพสเฟียร์ (troposphere) และสตราโทสเฟียร์ (stratosphere) แต่มีความแตกต่างกันในแง่ที่ว่า ประเทศออสเตรเลียเน้นย้ำในแง่ของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการทดลองนิวเคลียร์ในชั้นบรรยากาศ ขณะที่ประเทศนิวซีแลนด์ต่อต้านการทดลองนิวเคลียร์ทั่วไปที่ก่อให้เกิดมลพิษด้านกัมมันตรังสี<sup>138</sup>

ในระหว่างที่รอให้ศาลมีคำพิพากษา ประเทศออสเตรเลียและประเทศนิวซีแลนด์ยื่นคำขอต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยอ้างถึง General Act for the Pacific Settlement of Disputes, 1928ขอให้ศาลมีมาตรการชั่วคราว (provisional measure) ให้ประเทศฝรั่งเศสระงับการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ซึ่งจะทำให้เกิดฝุ่นกัมมันตรังสี<sup>139</sup> โดยประเทศออสเตรเลียมีคำขอให้ศาลมีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวให้รัฐบาลฝรั่งเศสระงับการทดสอบอาวุธนิวเคลียร์ในชั้นบรรยากาศระหว่างที่รอให้ศาลมีคำพิพากษาในคดีนี้<sup>140</sup> ขณะที่ประเทศนิวซีแลนด์มีคำขอให้ศาลมีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวให้ประเทศฝรั่งเศสงดเว้นการทดสอบอาวุธนิวเคลียร์ใดๆในภายภาคหน้าซึ่งจะทำให้เกิดฝุ่นกัมมันตรังสีในระหว่างที่ศาลพิจารณาคดี<sup>141</sup>

ในการพิจารณาให้มีมาตรการชั่วคราวของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้นศาลไม่ได้วิเคราะห์ถึงข้ออ้างทางกฎหมายหรือข้อเท็จจริงในประเด็นสำคัญ โดยศาลพิจารณาข้อเท็จจริงเบื้องต้น ว่าศาลมีเขตอำนาจ และพิจารณาว่าจากข้อมูล (information) ที่ยื่นต่อศาลนั้น มีความเป็นไปได้ที่ว่า ความ

<sup>138</sup> J. S. Kos, 'interim Relief in the international Court : Newzealand and the Nuclear Tests cases' (1984) 14 VUWLR 357, 370-5; Malgosia A Fitzmaurice, 'Environmental Protection and the International Court of Justice' in A Vaughan Lowe and Malgosia A. Fitzmaurice (eds.) Fifty Years of the international Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings (1996) 293, 297-9. โปรดดู Nuclear Tests (Australia v. France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, I.C.J. Reports 1973, p. 103, para 22 และ Nuclear Tests (New Zealand v. France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, I. C.J. Reports 1973, p. 139, para 23.

<sup>139</sup> Nuclear Tests (Australia v. France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, I.C.J. Reports 1973, p. 99. และ Nuclear Tests (New Zealand v. France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, I. C.J. Reports 1973, p. 135.

<sup>140</sup> "The provisional measures should be that the French Government should desist from any further atmospheric nuclear tests pending the judgment of the Court in this case"

Nuclear Tests (Australia v. France), Znterim Protection, Order of 22 June 1973, I.C.J. Reports 1973, p. 100, para 1.

<sup>141</sup> "The measure which New Zealand requests . . . is that France refrain from conducting any further nuclear tests that give rise to radio-active fall-out while the Court is seized of the case."

Ibid, p. 136, para 1.

เสียหายที่เกิดต่อประเทศออสเตรเลียและประเทศนิวซีแลนด์สามารถพิสูจน์ด้วยการสะสมของฝุ่นกัมมันตรังสี ในดินแดนของประเทศออสเตรเลียและประเทศนิวซีแลนด์ และผลความเสียหายเช่นนั้นไม่อาจแก้ไขให้กลับเป็นดังเดิมได้ (irreparable)<sup>142</sup> ซึ่งศาลได้พิจารณาออกคำสั่ง โดยเสียงข้างมาก กำหนดให้มีมาตรการชั่วคราวในปี 1973 บนฐานของการรักษาสีทธิที่ประเทศออสเตรเลียและประเทศนิวซีแลนด์กล่าวอ้างในการป้องกันการสะสมของวัสดุกัมมันตรังสีในดินแดนของตน<sup>143</sup> ให้ประเทศออสเตรเลียและนิวซีแลนด์งดเว้นการกระทำที่จะเป็นการขยายข้อพิพาทและละเมิดสิทธิของคู่กรณี ขณะที่ประเทศฝรั่งเศสต้องหลีกเลี่ยงจากการทดสอบระเบิดนิวเคลียร์ซึ่งจะเป็นผลให้เกิดฝุ่นกัมมันตรังสีในดินแดนของประเทศออสเตรเลียและประเทศนิวซีแลนด์<sup>144</sup> โดยที่ศาลชี้ชัดว่าสถานการณ์ดังกล่าวไม่ได้มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงการอ้างสิทธิในด้านอื่นในการกำหนดให้มีมาตรการชั่วคราว<sup>145</sup>

ในการกำหนดมาตรการชั่วคราวนั้นได้มีความเห็นแย้งของผู้พิพากษา เกี่ยวกับประเด็นของอำนาจอธิปไตย โดยผู้พิพากษา Forster เห็นว่า รัฐต้องได้รับการคุ้มครองในสิทธิในการใช้อำนาจอธิปไตยในดินแดนของตนอย่างเต็มที่ โดยสามารถมีการกระทำที่มีความเหมาะสมในการทำให้มั่นใจถึงความมั่นคงของชาติ โดยในการใช้สิทธินั้น รัฐก็จะต้องมีความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่อาจเกิดกับรัฐอื่น และในกรณีของคดีนี้ ผู้พิพากษา Forster ตั้งข้อสังเกตว่า การกำหนดมาตรการชั่วคราวให้

<sup>142</sup> Nuclear tests cases (Australia v. France), [Interim measure] [1973] 1 ICJ Rep 99, [29] ; Newzealand v. France (interim measure) [1973] ICJ Rep 135, [30].

<sup>143</sup> Nuclear tests cases (Australia v. France), [Interim measure] [1973] 1 ICJ Rep 99, [30] ; Newzealand v. France (interim measure) [1973] ICJ Rep 135, [31].

<sup>144</sup> “The Governments of Australia and France should each of them ensure that no action of any kind is taken which might aggravate or extend the dispute submitted to the Court or prejudice the rights of the other Party in respect of the carrying out of whatever decision the Court may render in the case; and, in particular, the French Government should avoid nuclear tests causing the deposit of radio-active fall-out on Australian territory; Nuclear Tests” (Australia v. France), Znterim Protection, Order of 22 June 1973, I.C.J. Reports 1973, p. 106. และ “The Governments of New Zealand and France should each of them ensure that no action of any kind is taken which might aggravate or extend the dispute submitted to the Court or prejudice the rights of the other Party in respect of the carrying out of whatever decision the Court may render in the case; and, in particular, the French Government should avoid nuclear tests causing the deposit of radioactive fall-out on the territory of New Zealand, the Cook Islands, Niue or the Tokelau Islands; Nuclear Tests” (New Zealand v. France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, I. C.J. Reports 1973, p. 142

<sup>145</sup> Nuclear tests cases (Australia v. France), [Interim measure] [1973] 1 ICJ Rep 99, [31] ; Newzealand v. France (interim measure) [1973] ICJ Rep 135, [32].

ประเทศฝรั่งเศสหลีกเลี่ยงการทดสอบอาวุธนิวเคลียร์ เป็นการคุ้มครองหรือรักษาสีทธิของประเทศฝรั่งเศสเช่นกันกับประเทศออสเตรเลียด้วยหรือไม่<sup>146</sup>

นอกจากนี้ ผู้พิพากษา Ignacio-Pinto ได้มีความเห็นแย้งว่า กรณีดังกล่าวแม้ประเทศออสเตรเลียสามารถอ้างว่ามีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน และมีสิทธิที่จะป้องกันมลพิษที่เกิดจากรัฐอื่น แต่รัฐบาลของประเทศฝรั่งเศสก็ได้มีการอ้างว่าได้ใช้สิทธิอธิปไตยของตนเช่นกัน และได้ตั้งข้อสังเกตว่าการมีมาตรการชั่วคราวดังกล่าวซึ่งกระทบต่อสิทธิดังกล่าวนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่<sup>147</sup> ทั้งนี้ ได้ให้ความเห็นว่า การใช้สิทธิอธิปไตยไม่มีลำดับความสำคัญก่อนหลัง อีกทั้งการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าวไม่มีฐานทางกฎหมายรองรับในการห้ามรัฐบาลประเทศฝรั่งเศสไม่ให้ใช้สิทธิอธิปไตยและใช้ระเบิดดังกล่าว ดังเช่นกับรัฐอื่นที่ได้เคยใช้มาก่อน และยังคงใช้อยู่ในปัจจุบัน ในการที่จะทำให้เป็นการมั่นใจในความมั่นคงของชาติ และตั้งข้อสังเกตว่าการกำหนดมาตรการชั่วคราวดังกล่าวเป็นการให้ความสำคัญกับการใช้สิทธิอธิปไตยของประเทศออสเตรเลียมากกว่าประเทศฝรั่งเศสหรือไม่<sup>148</sup>

<sup>146</sup> “...I conceive that the right which it has and which is to be protected is that of every State, namely the right to undertake: in full sovereignty on its own territory any action appropriate for ensuring its immediate or future national security and national defence. Of course, in the exercise of this right each State remains responsible for any consequent injury to third parties. Does the Order re:commending the temporary cessation of French nuclear tests protect or “preserve” the respective rights of either party the rights of France as well as those of Australia? ....” Nuclear Tests (Australia v. France) Dissenting Opinion of Judge Forster (translation), P. 19.

<sup>147</sup> “Of course, Australia can invoke its sovereignty over its territory and its right to prevent pollution caused by another State. But when the French Government also claims to exercise its right of territorial sovereignty, by proceeding to carry out tests in its territory, is it possible legally to deprive it of that right, on account of the mere expression of the will of Australia?” Nuclear Tests (Australia v. France) Dissenting Opinion of Judge Ignacio-Pinto (translation)p.131.

<sup>148</sup> There is, so far as I am aware, in international law no hierarchy in the exercise of the right of sovereignty, and the Order issued by the Court has-at least, for the moment-no legal ground for preventing the French Government from making use of its right of sovereignty and exploding an atomic device, as other States have done before it, and as one other State is still doing at the present time, in order to obtain the means of ensuring their own security. Is Australia's right, in the exercise of its sovereignty, to be regarded as superior to the identical right possessed by France, which would thus rank second when it came to exercise of its own right? Dissenting Opinion of Judge Ignacio-Pinto (translation)p.131.

เมื่อพิจารณาถึงข้ออ้างของประเทศออสเตรเลียและประเทศนิวซีแลนด์ ประเทศออสเตรเลีย อ้างว่าการทดลองอาวุธนิวเคลียร์เป็นการละเมิดสิทธิที่จะเป็นอิสระจากการทดลองนิวเคลียร์ในชั้นบรรยากาศ (rights to be free from atmospheric nuclear test) ของประเทศออสเตรเลีย และของผู้อื่น ทั้งนี้การทดสอบดังกล่าวและการกำหนดเขตหวงห้าม(Prohibited Zones) และเขตอันตราย (Dangerous Zones) ในระหว่างที่ทำการทดสอบเป็นการแทรกแซงเรือและอากาศยานในทะเลหลวง อีกทั้งการก่อให้เกิดมลพิษทะเลหลวงอันเนื่องมาจากฝุ่นกัมมันตรังสี ยังเป็นการละเมิดเสรีภาพในทะเลหลวงซึ่งประเทศออสเตรเลียได้มีข้ออ้างเกี่ยวกับความเสียหายข้ามเขตแดนในสองประเด็น คือ หนึ่ง การสะสมของวัสดุกัมมันตรังสีในดินแดนของประเทศออสเตรเลียเป็นการละเมิดบูรณภาพในดินแดน (territorial integrity) สอง การทดลองดังกล่าวเป็นการแทรกแซงอธิปไตยในการตัดสินใจ (decisional sovereignty) เนื่องจากสิทธิในการตัดสินใจอย่างเป็นอิสระของประเทศออสเตรเลียว่าการกระทำใดบ้างที่จะเกิดขึ้นในดินแดนประเทศออสเตรเลีย และโดยเฉพาะอย่างยิ่งประชาชนของประเทศออสเตรเลียและประเทศออสเตรเลียควรหรือไม่ที่จะไม่ได้รับการคุ้มครองจากรังสีซึ่งมีจุดกำเนิดจากแหล่งที่มนุษย์สร้างขึ้น<sup>149</sup>

ประเทศออสเตรเลียพยายามที่จะลดเงื่อนไขในการพิสูจน์เกี่ยวกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง (actual damage) เนื่องจากการพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจแก่ศาลว่ามีความเสียหายที่ร้ายแรงเกิดขึ้น ในกรณีของความสัมพันธ์ระหว่างการทำทดลองนิวเคลียร์และผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อระบบสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของมนุษย์ ซึ่งอาจเกิดขึ้นในอีกหลายปีให้หลังนั้นเป็นไปได้ยาก ทั้งนี้ ประเทศออสเตรเลียได้ผลักดันหลักอำนาจอธิปไตยไปไกลกว่าคดี Trail smelter โดยยืนยันว่าการกระทำของประเทศฝรั่งเศสเป็นการบุกรุกระหว่างประเทศ (International trespass) ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Wrongful act) โดยพิสูจน์ว่ามีการสะสมของอนุภาคกัมมันตภาพรังสีในดินของประเทศออสเตรเลีย แม้ว่าประเทศออสเตรเลียจะไม่สามารถชี้ว่าอนุภาคกัมมันตรังสีดังกล่าว ได้สร้างหรือเคยสร้างความเสียหายให้กับสิ่งแวดล้อมหรือสร้างความเสียหายในลักษณะอื่นหรือไม่<sup>150</sup>

ประเทศนิวซีแลนด์ได้ยื่นคำร้องในลักษณะเดียวกันกับประเทศออสเตรเลีย<sup>151</sup> แต่มีขอบเขตกว้างกว่าเกี่ยวกับการละเมิดในเรื่องของผลประโยชน์ (infringed interests) โดยไม่ได้รับบุอย่าง

<sup>149</sup> Nuclear Tests (Australia v. France), Application Instituting Proceedings (9 May 1973), para 49

<sup>150</sup> Gunther Handl, "Territorial Sovereignty and the problem and the Problem of Transnational Pollution" (1975) 69 *AJIL* 50 : 60.

<sup>151</sup> ICJ: Nuclear Tests (New Zealand v. France), Application Instituting Proceedings (9 May 1973), para 28.

เฉพาะเจาะจงถึงลักษณะของการทดลองในบรรยากาศ และอ้างว่าการทดลองดังกล่าวจะทำให้เกิดฝุ่นกัมมันตรังสี ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิของสมาชิกทั้งหมดในประชาคมระหว่างประเทศ (international community) สนับสนุนข้ออ้างที่กล่าวว่าประเทศฝรั่งเศสละเมิดเสรีภาพในทะเลหลวง และเห็นว่าการทดลองดังกล่าวจะละเมิดสิทธิของประเทศนิวซีแลนด์ในการป้องกันมิให้วัสดุกัมมันตรังสีเข้าสู่ดินแดนของประเทศนิวซีแลนด์ ซึ่งรวมไปถึงอากาศ (air space) และน่านน้ำภายใน (territorial waters) ของประเทศนิวซีแลนด์ โดยเน้นย้ำในประเด็นที่ว่า ประเทศฝรั่งเศสฝ่าฝืนพันธกรณีที่ประเทศฝรั่งเศสจะต้องปกป้องสมาชิกทั้งหมดของประชาคมระหว่างประเทศ รวมถึงประเทศนิวซีแลนด์ จากการปนเปื้อนอย่างไม่ชอบธรรม (unjustified) ของกัมมันตรังสีที่ถูกสร้างขึ้น ในสิ่งแวดล้อมบนพื้นดินในทะเล และในอากาศ<sup>152</sup>

คำขอดังกล่าวแม้จะมีความเห็นของนักกฎหมายว่าเป็นคำขอที่อยู่บนฐานของการละเมิดอำนาจอธิปไตย มากกว่าความกังวลในความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม<sup>153</sup> แต่คำขอดังกล่าวก็มีลักษณะที่น่าสนใจคือมีประเด็นที่อยู่นอกเหนือไปจากความกังวลในสุขภาพมนุษย์ (human health) และยังสามารถนำไปสู่การหารือในรายละเอียดของผลที่เกิดจากการทดลองนิวเคลียร์ต่อระบบนิเวศบนพื้นดินและระบบนิเวศในทะเล ซึ่งเป็นครั้งแรกในกระบวนการพิจารณาทางศาลระหว่างประเทศที่ได้หยิบยกและให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองระบบนิเวศ โดยในคำร้องของประเทศออสเตรเลียได้กล่าวว่า ฝุ่นกัมมันตภาพรังสีจากการทดลองนิวเคลียร์จะร่วงหล่นลงสู่ทะเล ซึมซับลงในน้ำและห่วงโซ่อาหาร (life-chain) ซึ่งประกอบขึ้นเป็นสิ่งแวดล้อมทางทะเล (marine environment)<sup>154</sup>

คำขอของทั้งสองประเทศอ้างถึงสิ่งแวดล้อมตามธรรมชาติ (natural environment) ซึ่งแตกต่างไปจากคดี Trail smelter ซึ่งเน้นในประเด็นความเสียหายที่เกิดต่อสิ่งแวดล้อมเนื่องจากมีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของมนุษย์ ซึ่งนอกจากจะเป็นการบ่งชี้ถึงแนวทางด้านระบบนิเวศ (ecosystem approach) ยังมีนัยถึงแนวทางการป้องกันล่วงหน้า โดยอ้างถึงความจำเป็นในการ

<sup>152</sup> Nuclear tests cases (Australia v. France), New Zealand application [1973] 2 ICJ pleadings 3, 8.

<sup>153</sup> Fitzmaurice M "Environmental protection and the International Court of Justice." In: Lowe V, Fitzmaurice M (eds) "Fifty years of the ICJ. Essays in honour of Sir Robert Jennings." Cambridge University Press, Cambridge, (1996) : 296-297. อ้างถึงใน Juste-Ruiz, José. "The International Court of Justice and International Environmental Law." International Courts and the Development of International Law. : TMC Asser Press, (2013). : 385.

<sup>154</sup> Nuclear tests cases (Australia v. France), Australian application [1973] 1 ICJ pleadings 3, 11.



ป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นอย่างถาวรต่อสุขภาพของมนุษย์และระบบนิเวศ แม้ว่าความเสียหายดังกล่าวนั้นจะยังไม่ชัดเจนก็ตาม

คดี the Nuclear Test แสดงถึงความสำคัญของคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว (interim order) ในการจัดการในกรณีที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากศาลมีมาตรการชั่วคราว ประเทศฝรั่งเศสยังคงมีการทดสอบระเบิดนิวเคลียร์ในชั้นบรรยากาศในเดือนกรกฎาคม และสิงหาคม 1973 และในระหว่างเดือน มิถุนายน ถึง กันยายน 1974 ทำให้มีฝุ่นกัมมันตรังสีตกในดินแดนของประเทศออสเตรเลียและประเทศนิวซีแลนด์ ซึ่งขัดกับคำสั่งศาล แสดงถึงความยากลำบากทางการเมืองในการใช้กระบวนการทางศาลเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อม จากการกระทำของรัฐ ทั้งนี้ คำสั่งคุ้มครองชั่วคราว (interim order) ไม่มีผลโดยตรง อีกทั้งประเทศฝรั่งเศสยังปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามการคัดค้านในทางระหว่างประเทศที่มีต่อการทดลองดังกล่าว<sup>155</sup>

ในปี 1974 ก่อนหน้าที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะมีคำพิพากษา รัฐบาลฝรั่งเศสมีประกาศแถลงการณ์หลายฉบับ โดยฉบับแรกนั้น ทำเนียบประธานาธิบดีฝรั่งเศส (the Office of the President of the French Republic) ได้มีแถลงการณ์ซึ่งมีเนื้อหาว่า “ประเทศฝรั่งเศสได้ทดลองโครงการการป้องกันทางนิวเคลียร์แล้ว และจะเปลี่ยนเป็นการทดลองใต้ดิน ทันทีที่การวางแผนเสร็จสิ้น”<sup>156</sup> ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงพิจารณาบนฐานของหลักการกระทำฝ่ายเดียว (unilateral act) ว่า การประกาศดังกล่าวเทียบเท่ากับการที่ประเทศฝรั่งเศสกำหนดพันธกรณีที่มีผลผูกพันในการที่จะยุติการทดลองนิวเคลียร์ในมหาสมุทรแปซิฟิกตอนใต้<sup>157</sup> แม้ว่าประกาศดังกล่าวจะไม่ได้แจ้งต่อประเทศออสเตรเลียและประเทศนิวซีแลนด์โดยตรง และประเทศฝรั่งเศสไม่ได้แสดงเจตนาที่จะผูกพันตามคำแถลงดังกล่าว จึงเป็นกรณีที่ศาลไม่ต้องพิจารณาถึงข้อพิพาทดังกล่าวอีก เนื่องจากประเทศ

<sup>155</sup> Constanze Shulte, “Compliance with Decisions of the International Court of Justice” (2004) : 309.

<sup>156</sup> "The Decree reintroducing the security measures in the South Pacific nuclear test zone has been published in the Official. Journal of 8 June 1974.

The Office of the President of the Republic takes this opportunity of stating that in view of the stage reached in carrying out the French nuclear defence programme France will be in a position to pass on to the stage of underground explosions as soon as the series of tests planned for this summer is completed." Nuclear tests cases (Australia v. France), [Merits] [1974] ICJ Rep 253, [34] ; Newzealand v. France [Merits] [1974] ICJ Rep 457, [35].

<sup>157</sup> Nuclear tests cases (Australia v. France), [Merits] [1974] ICJ Rep 253, [52] ; Newzealand v. France [Merits] [1974] ICJ Rep 457, [55].

ฝรั่งเศสได้มีพันธกรณีที่หยุดการทดลองนิวเคลียร์ และไม่จำเป็นที่จะต้องใช้กระบวนการทางศาลอีกต่อไป<sup>158</sup>

ศาลมีความเห็นว่าการที่ประเทศฝรั่งเศสงดเว้นการทดสอบนิวเคลียร์ในชั้นบรรยากาศ เป็นไปตามวัตถุประสงค์ตามข้ออ้างในกรณีของประเทศออสเตรเลีย ซึ่งมีความประสงค์ให้ประเทศฝรั่งเศสยุติการทดสอบอาวุธนิวเคลียร์ในชั้นบรรยากาศ<sup>159</sup> เช่นกันกับในกรณีของประเทศนิวซีแลนด์<sup>160</sup> การวินิจฉัยของศาลในลักษณะดังกล่าวเป็นการตีความข้ออ้างของประเทศออสเตรเลียและประเทศนิวซีแลนด์อย่างเคร่งครัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้ออ้างของประเทศนิวซีแลนด์ที่ต่อต้านการทดลองนิวเคลียร์ของประเทศฝรั่งเศสทุกรูปแบบ ไม่ใช่เฉพาะในรูปแบบการทดลองในชั้นบรรยากาศเท่านั้น และยังมีการตีความ (interpret) ว่าความประสงค์ที่แท้จริงของประเทศออสเตรเลียและประเทศนิวซีแลนด์คือต้องการให้การทดลองนิวเคลียร์ในชั้นบรรยากาศสิ้นสุดลงโดยไม่ได้ต้องการให้มีการกำหนดค่าเสียหายแต่อย่างใด<sup>161</sup> ในกรณีดังกล่าว แม้ว่าประเทศออสเตรเลียและประเทศนิวซีแลนด์ไม่ได้อ้างว่ามีความเสียหายเกิดขึ้น<sup>162</sup> แต่ก็ได้ประกาศชัดเจนว่าการกระทำของประเทศฝรั่งเศสเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (illegal) และศาลไม่ได้รับฟังในประเด็นดังกล่าวแต่อย่างใด<sup>163</sup>

<sup>158</sup> “the court having found that the Respondent has assume an obligation as to conduct, concerning the effective cessation of nuclear tests no further judicial action is required ”

<sup>159</sup> “It is clear from these statements that if the French Government had given what could have been construed by Australia as "a firm, explicit and binding undertaking to refrain from further atmospheric tests", the applicant Government would have regarded its objective as having been achieved.” Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 261, para 27.

<sup>160</sup> “The Court therefore considers that, for purposes of the Application, the New Zealand claim is to be interpreted as applying only to atmospheric tests, not to any other form of testing, and as applying only to atmospheric tests so conducted as to give rise to radio-active fall-out on New Zealand territory”. Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 466, para. 29.

<sup>161</sup> Nuclear tests cases (Australia v. France), [Merits] [1974] ICJ Rep 253, [30] ; Newzealand v. France [Merits] [1974] ICJ Rep 457, [31].

<sup>162</sup> “The Court finds that no question of damages arises in the present case, since no such claim has been raised by the Applicant either prior to or during the proceedings, and the original and ultimate objective of Applicant has been to seek protection "against any further atmospheric test"” Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 270, para 53.. และ “The Court therefore finds that no question of damages in respect of tests already conducted arises in the present case” Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 475, para. 56.

<sup>163</sup> Lyndel V. Prott, “Avoiding a decision on the merits in the international; Court of Justice” (1976) 7 slr : 433,451.

ศาลได้หลีกเลี่ยงที่จะประเมินข้ออ้างทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย และประเทศนิวซีแลนด์ และมีการพิจารณาเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมน้อยมากในกระบวนการพิจารณา โดยเพียงแต่ชี้ว่ามีความเห็นที่ขัดแย้งกันในประเด็นผลของวัสดุกัมมันตรังสีที่เกิดจากการทดลองของประเทศฝรั่งเศส<sup>164</sup> และในความเห็นแยกของผู้พิพากษา (separate opinion) และความเห็นแย้ง (dissenting opinion) ก็ไม่ได้ให้ความสำคัญกับแง่มุมด้านสิ่งแวดล้อมมากนักโดยในความเห็นแยกของผู้พิพากษา Gros เห็นว่า ประเทศออสเตรเลียไม่ได้อ้างว่าการทดสอบอาวุธนิวเคลียร์นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีการทดสอบอาวุธนิวเคลียร์ในชั้นบรรยากาศของสหราชอาณาจักรเมื่อปี 1952 ที่ the Montebello Islands ซึ่งอยู่ใกล้ชายฝั่งของประเทศออสเตรเลีย และนายกรัฐมนตรีของประเทศออสเตรเลียให้ความเห็นว่าการทดสอบอาวุธนิวเคลียร์ของสหราชอาณาจักรนั้น เป็นหลักฐานสำคัญว่าการพัฒนาทางวิทยาศาสตร์ของสหราชอาณาจักรนั้นอยู่ในระดับที่สูง<sup>165</sup> เช่นกับกับในกรณีการทดสอบอาวุธนิวเคลียร์ของประเทศสหรัฐอเมริกา ในปี 1962 ในบริเวณมหาสมุทรแปซิฟิกตอนใต้ ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศออสเตรเลียมีความเห็นว่า รัฐบาลออสเตรเลียมีความเห็นว่าประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถตัดสินใจได้ว่ามีความจำเป็นต่อความมั่นคงในการทดสอบทางนิวเคลียร์ในชั้นบรรยากาศ และประเทศสหรัฐอเมริกามีอิสระที่จะกระทำการดังกล่าว:<sup>166</sup> แต่กลับมีความเห็นว่าประเทศฝรั่งเศสกระทำการที่ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศในการทดสอบอาวุธนิวเคลียร์ในภายหลัง

ผู้พิพากษา Onyeama ผู้พิพากษา Dillard ผู้พิพากษา Jimenez de arechaga และผู้พิพากษา Waldock มีความเห็นแย้งว่า ข้อพิพาท (dispute) นั้นยังคงมีให้พิจารณา เนื่องจากศาลถูกร้องขอให้พิจารณาว่าการทดสอบอาวุธนิวเคลียร์นั้นชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ขณะที่ประเทศฝรั่งเศสเห็นว่าการทดสอบอาวุธนิวเคลียร์นั้นไม่ขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และในคำแถลงของประเทศฝรั่งเศสก็ไม่ได้กล่าวถึงประเด็นดังกล่าวไว้ ซึ่งศาลยังไม่ได้

<sup>164</sup> Nuclear tests cases (Australia v. France), [Merits] [1974] ICJ Rep 253, [18] ; Newzealand v. France [Merits] [1974] ICJ Rep 457, [18].

<sup>165</sup> Prime Minister of Australia described it as "one further proof of the very important fact that scientific development in the British Commonwealth is at an extremely high level" Separate Opinion of Judge Gros (translation),p.31 ,para.7

<sup>166</sup> ". . . the Australian Government . . . has already made clear its view that if the United States should decide it was necessary for the security of the free world to carry out nuclear tests in the atmosphere, then the United States must be free io do so" Separate Opinion of Judge Gros (translation),p.32 ,para.9

พิจารณาในประเด็นดังกล่าว<sup>167</sup> อีกทั้งประเทศออสเตรเลียและประเทศนิวซีแลนด์มีข้อเรียกร้อง (claim) เกี่ยวกับผลประโยชน์ในทางกฎหมายของปัจเจกชนและของส่วนรวมโดยเฉพาะอย่างยิ่งใน ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับทะเลหลวง ซึ่งศาลควรให้น้ำหนักความสำคัญ<sup>168</sup>

ผู้พิพากษา de Castro มีความเห็นแย้งว่า ประเทศออสเตรเลียและประเทศนิวซีแลนด์ไม่มี สิทธิ (entitlement) ที่จะเป็นตัวแทนในการขอให้มีการชดเชยเยียวยาความเสียหายซึ่งเกิดต่อ ประโยชน์สาธารณะ (action popularis) ซึ่งกรณีของทะเลหลวง ประเทศออสเตรเลียและประเทศ นิวซีแลนด์ไม่มีสิทธิทางกฎหมายที่จะเป็นตัวแทนของประชาคมระหว่างประเทศ<sup>169</sup> และยังอ้างถึงคดี Trail smelter โดยพิจารณาถึงหลักการ (principle) ที่ถูกกล่าวถึงในคดี Trail smelter ว่าเป็นหลักที่ เป็นที่รู้จักอย่างกว้างขวางในระบบกฎหมายซีวิลลอว์และระบบกฎหมายโรมัน และหากเป็นที่ยอมรับ ว่ามีกฎเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิในการห้ามมิให้เพื่อนบ้านปล่อยควันพิษ ย่อมสามารถเทียบเคียงได้ว่า รัฐคู่กรณีมีสิทธิขอให้ศาลตัดสินให้ประเทศฝรั่งเศสยุติการทดลองนิวเคลียร์ซึ่งก่อให้เกิดฝุ่นกัมมันตรังสี ที่ตกในดินแดนของรัฐดังกล่าว<sup>170</sup>

ผู้พิพากษา Barwick มีความเห็นแย้งและชี้ให้เห็นว่าประเด็นใดมีความสำคัญในการพิจารณา เกี่ยวกับสิทธิบูรณาภาพเหนือดินแดน ระหว่างการที่อนุภาครังสีแพร่เข้ามาในสิ่งแวดล้อม หรือการ พิจารณาว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นจริงและสามารถพิสูจน์ถึงความเสียหายนั้นได้<sup>171</sup>

<sup>167</sup> Joint Dissenting Opinion of Judges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga and Sir Humphrey Waldockp.70, para. 19.

<sup>168</sup> Joint Dissenting Opinion of Judges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga and Sir Humphrey Waldockp.120-121, para. 117-118.

<sup>169</sup> “The Applicant has no legal title authorizing it to act as spokesman for the international community and ask the Court to condemn France's conduct” Nuclear tests cases (Australia v. France), [Merits] [1974] ICJ Rep 253, dissenting opinion of Judge de Castro,390.

<sup>170</sup> If it is admitted ,as a general rule that there is a right to demand prohibition of the emission by neighbouring properties of noxious fumes 3, the consequence must be drawn, by an obvious analogy, that the Applicant is entitled to ask the Court to uphold its claim that France should put an end to the deposit of radio-active fall-out on its territory., dissenting opinion of Judge de Castro,389

<sup>171</sup> Nuclear tests cases (Australia v. France), [Merits] [1974] ICJ Rep 253, dissenting opinion of Judge ad hoc Barwick, 433.

เนื่องจากทั้งสองคดีมีข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกัน คำพิพากษาและความเห็นของผู้พิพากษาในทั้งสองคดีจึงมีความคล้ายคลึงกันด้วย อย่างไรก็ตาม มีประเด็นที่เป็นข้อสังเกตในกรณีของประเทศนิวซีแลนด์ เนื่องจากประเทศนิวซีแลนด์นั้นไม่ได้มีคำขอที่จำกัดเฉพาะกรณีของการทดสอบอาวุธนิวเคลียร์ในชั้นบรรยากาศเท่านั้น<sup>172</sup> แต่หมายรวมถึงการทดสอบอาวุธนิวเคลียร์ใดๆที่ก่อให้เกิดการสะสมของฝุ่นกัมมันตรังสี ("that give rise to radio-active fall-out").<sup>173</sup>

แม้ประเทศฝรั่งเศสได้ยุติการทดลองนิวเคลียร์ในชั้นบรรยากาศแต่ก็ยังมีทดลองนิวเคลียร์ใต้ดิน จนกระทั่งปี 1992 ซึ่งมีการประกาศห้ามการกระทำดังกล่าว (moratorium) ในการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการพัฒนาและสิ่งแวดล้อม (United Nations Conference on Environment and Development) จนกระทั่งปี 1995 ประเทศฝรั่งเศสประกาศว่าการห้ามดังกล่าวสิ้นสุดลงและทำการทดลองนิวเคลียร์อีก 8 ครั้ง ติดต่อกันในบริเวณมหาสมุทรแปซิฟิกตอนใต้ แม้ว่าจะได้รับการต่อต้าน เนื่องจากนานาชาติเห็นตัวอย่างจากเหตุการณ์เชอร์โนบิล (Chernobyl disaster) ในปี 1986 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเวทีหารือของกลุ่มประเทศในภูมิภาคแปซิฟิกใต้ (the South Pacific Forum) ยืนยันถึง South Pacific Nuclear-Free Zone Treaty 1985 ซึ่งห้ามมิให้ผลิต (manufacture) ครอบครอง (acquisition) ติดตั้ง (installation) และทดลอง (test) อาวุธนิวเคลียร์ หรือทิ้งวัสดุกัมมันตรังสี ทั้งนี้ สถานการณ์ทางการเมืองมีความตึงเครียดเนื่องจากเหตุการณ์ระเบิดเรือของกรีนพีซ (Rainbow Warrior<sup>174</sup>) ที่อ่าว Auckland

ประเทศนิวซีแลนด์อ้างถึงย่อหน้า 63 ของคำพิพากษาศาลในปี 1974 ซึ่งศาลชี้ว่าศาลมีคำพิพากษาเช่นนั้นบนฐานที่ประเทศฝรั่งเศสระงับการทดลองในอนาคต และเมื่อฐานดังกล่าวเปลี่ยนแปลงไปผู้ร้องสามารถร้องขอให้มีการตรวจสอบ (examine) สถานการณ์ตามข้อกำหนดของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ประเทศนิวซีแลนด์จึงขอให้ศาลพิจารณาพิพากษาว่าการทดลองครั้งใหม่ของประเทศฝรั่งเศสเป็นการละเมิดสิทธิของนิวซีแลนด์หรือรัฐอื่นตามกฎหมายระหว่างประเทศ และมีความเป็นไปได้ว่าการที่ประเทศฝรั่งเศสทำการทดลองโดยไม่มีการประเมินผลกระทบ

<sup>172</sup> Joint Dissenting Opinion of Judges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga and Sir Humphrey Waldockp.497.

<sup>173</sup> Joint Dissenting Opinion of Judges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga and Sir Humphrey Waldockp.500.

<sup>174</sup> เป็นชื่อเรือของกรีนพีซที่ใช้ในการณรงค์เพื่อต่อต้านการทำลายสิ่งแวดล้อม เช่น การล่าปลาวาฬ โลมา แมวน้ำ การทิ้งการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ จมลงเมื่อวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ. 1985 ที่ท่าเรือโอ๊กแลนด์ นิวซีแลนด์ จากการก่อวินาศกรรมโดยสายลับฝรั่งเศส ระหว่างการเดินทางไปขัดขวางการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ของฝรั่งเศส

ต่อสิ่งแวดล้อม (environment impact assessment) ก่อน อาจเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (unlawful)<sup>175</sup>

ประเทศนิวซีแลนด์แย้งว่าฐานของคำพิพากษาศาลเดิมได้รับผลกระทบ เนื่องจากการทดลองนิวเคลียร์ใต้ดินส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมเสมือนการทดลองนิวเคลียร์ในชั้นบรรยากาศ จึงขอให้ศาลรับรองสิทธิของประเทศนิวซีแลนด์ที่จะป้องกันผลกระทบจากการแพร่ของวัสดุกัมมันตรังสีสู่สิ่งแวดล้อมทางทะเล อันเป็นผลมาจากการทดลองที่ เกาะ Mururoa และ เกาะ Fangataufa และสิทธิของประเทศนิวซีแลนด์ที่จะได้รับประโยชน์และการคุ้มครองจากการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมที่ถูกต้องเหมาะสม อีกทั้งอ้างว่าการทดลองของประเทศฝรั่งเศสทำให้เกิดความเสียหายต่อโครงสร้างของเกาะ Mururoa และ เกาะ Fangataufa ประเทศนิวซีแลนด์ได้พยายามให้ฝรั่งเศสร่วมอภิปรายความเกี่ยวข้องระหว่างการทดลองกับสิ่งแวดล้อม ซึ่งประเทศฝรั่งเศสปฏิเสธไม่เข้าร่วมทั้งนี้ ประเทศนิวซีแลนด์เห็นว่าหลักที่คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดในคดี Trail smelter ได้กลายเป็นบรรทัดฐาน (norm) ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>176</sup>

ศาลระหว่างประเทศพิจารณาว่า ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาคำร้องขอของประเทศนิวซีแลนด์ หรือรัฐอื่นซึ่งยื่นเข้ามาระหว่างการพิจารณา เนื่องจากการทดลองนิวเคลียร์ใต้ดินของประเทศฝรั่งเศสไม่มีผลกระทบต่อรากฐานของคำพิพากษาศาลเดิม คำพิพากษาในปี 1974 เกี่ยวข้องเฉพาะกับการทดลองนิวเคลียร์ในชั้นบรรยากาศเท่านั้น ศาลจึงไม่สามารถพิจารณาในประเด็นเกี่ยวกับการทดลองในรูปแบบอื่นๆ<sup>177</sup>

การตีความดังกล่าวเป็นการตีความอย่างจำกัด โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาถึงคำร้องขอของประเทศนิวซีแลนด์ที่อ้างถึงอันตรายโดยทั่วไปจากการทดลองนิวเคลียร์ทุกรูปแบบที่อาจเกิดกับสิ่งแวดล้อม อีกทั้งไม่ได้นำเอากฎเกณฑ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นใหม่ (emerging rules) อัน

<sup>175</sup> Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court S Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case, I. C. J. Reports 1995, p. 288 แหล่งข้อมูล <http://www.icj-cij.org/docket/files/97/7555.pdf>

<sup>176</sup> 1995 Nuclear tests cases [1995] ICJ Rep 288, request by New Zealand, [98].

<sup>177</sup> Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court S Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case, I. C. J. Reports 1995, p. 306

ได้แก่ การประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม (environmental impact assessment) และหลักการป้องกันล่วงหน้า (precautionary) มาพิจารณา

แม้ว่าคำพิพากษาของศาลจะกล่าวถึงกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศน้อยมาก แต่ในความเห็นแย้งของผู้พิพากษา Weeramantry ผู้พิพากษา Koroma และ ผู้พิพากษา Palmer ได้มีการหยิบยกประเด็นด้านสิ่งแวดล้อมขึ้นมาวิเคราะห์ ดังนี้

ผู้พิพากษา Weeramantry หยิบยกหลักฐานเกี่ยวกับความเชื่อในการทดสอบนิวเคลียร์ใต้ดินว่ามีลักษณะเป็นการเก็บกักกัมมันตภาพรังสี มากกว่าที่จะเกิดการแพร่กระจาย<sup>178</sup> อย่างไรก็ตาม วิทยาศาสตร์ได้มีความก้าวหน้ามากขึ้นกว่าในปีที่ศาลเคยมีคำพิพากษาซึ่งทำให้มนุษย์มีความตระหนักและเข้าใจถึงอันตรายจากการปนเปื้อนของรังสีเพิ่มมากขึ้น<sup>179</sup> และหยิบยกหลักการความเป็นธรรมระหว่างชนรุ่นปัจจุบันกับชนรุ่นต่อไป (the principle of intergenerational equity) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมในปัจจุบันที่กำลังมีการพัฒนาโดยอ้างถึงกรณีที่ Professor Lauterpacht กล่าวถึงผลกระทบของความเสียหายในปัจจุบันที่มีต่อชนรุ่นหลัง เนื่องจากกัมมันตรังสีนั้นมีครึ่งชีวิตที่ยาวนาน และอาจใช้เวลานานถึง 20,000 ปีที่สารตกค้างจะหายไปได้หมด ซึ่งเป็นประเด็นที่ศาลต้องให้ความสำคัญ สิทธิที่ประเทศนิวซีแลนด์อ้างว่าได้รับผลกระทบนั้นจึงรวมไปถึงสิทธิของผู้ที่จะเกิดมาในอนาคตด้วยสอดคล้องกับหลักการข้อ 1 ของปฏิญญาสตอกโฮล์ม ปี 1972 ที่ว่ารัฐมีความรับผิดชอบในการป้องกันและปรับปรุงสิ่งแวดล้อมเพื่อคนในยุคปัจจุบันและในอนาคต<sup>180</sup>

นอกจากนี้ ผู้พิพากษา Weeramantry วิเคราะห์ถึงการมีอยู่และการพัฒนาหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศซึ่งรวมถึงหลักการป้องกันล่วงหน้า ซึ่งในคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมมักมีการอ้างถึงความเสียหายที่เกิดต่อสิ่งแวดล้อมและไม่อาจทำให้กลับคืนดีดั้งเดิมได้และความเสียหายดังกล่าวนั้นยากที่จะพิสูจน์ หลักการป้องกันล่วงหน้า (precautionary principle) จึงเป็นหลักการที่จะนำไปสู่การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมได้ในกรณีดังกล่าวนี้ โดยที่รัฐไม่อาจหยิบยกข้ออ้างว่ายังไม่มีหลักฐานเพียงพอว่าจะเกิดความเสียหาย ในการเลื่อนการมีมาตรการป้องกันการเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อมออกไป ซึ่งหลักการป้องกันล่วงหน้านี้เป็นหลักการที่นำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนอีกด้วย

<sup>178</sup> Dissenting opinion by Judge Weeramantry. 328.

<sup>179</sup> Dissenting opinion by Judge Weeramantry. 339.

<sup>180</sup> Dissenting opinion by Judge Weeramantry, p. 340.

ผู้พิพากษา Weeramantry ได้หยิบยกหลักการกำหนดให้ต้องมีการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม(EIA) ซึ่งกำลังได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปในระดับระหว่างประเทศและศาลควรมานำมาพิจารณา โดยอ้างอิงแนวทางของ The United Nations Environment Programme (UNEP) ในปี 1987 เกี่ยวกับเป้าหมายและวัตถุประสงค์ในการทำรายงานการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ว่า รัฐ (รวมถึงหน่วยงานของรัฐ) ไม่ควรมีการดำเนินการใดๆโดยปราศจากการพิจารณาล่วงหน้าในขั้นแรกถึงผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม และในกรณีที่โดยธรรมชาติหรือที่ตั้งของโครงการอาจมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม จะต้องมีการทำรายงานการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมด้วย<sup>181</sup> ดังนั้นในกรณีที่คดีซึ่งขึ้นสู่ศาลมีความเสี่ยงที่จะเกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ศาลควรมีสิทธิพิจารณาเกี่ยวกับประเด็นการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม

ในประเด็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการแพร่ของวัสดุนิวเคลียร์ (nuclear material) ในสิ่งแวดล้อมทางทะเลนั้น ผู้พิพากษา Weeramantry เห็นว่าความเสียหายที่เกิดกับสิ่งแวดล้อมทางทะเลนั้นมีการแพร่กระจายไปยังจุดอื่นๆ<sup>182</sup> อีกทั้งชี้หลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่น โดยอ้างอิงคดี Trail smelter และ ข้อ 21 ของปฏิญญากรุงสตอกโฮล์ม และชี้ว่า ‘ไม่มีชาติใดมีสิทธิที่จะกระทำการใดๆให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมของชาติอื่น’<sup>183</sup> และมีความเห็นว่า ข้อ 21 ของปฏิญญากรุงสตอกโฮล์ม เป็น ‘หลักที่มีรากฐานยังลึกในหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ สนธิสัญญาระหว่างประเทศ คำพิพากษาในคดีอื่น และสามัญสำนึก’<sup>184</sup> ทั้งนี้ ผู้พิพากษา Weeramantry ยังเห็นว่า ในขณะนั้นกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมได้มีการพัฒนาขึ้นมาก ประกอบกับคำขอของนิวซีแลนด์ที่ขอให้นำเอาหลักกฎหมายซึ่งรวมถึงหลักการป้องกันล่วงหน้า หลักการกำหนดให้ต้องมีการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม และพันธกรณีในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเล ตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ.1982 (United Nations Convention on the Law Of the Sea 1982) ศาลจึงมีโอกาที่จะให้ความสำคัญกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่ได้พัฒนาขึ้นมาใหม่เหล่านี้ โดยเหตุที่ศาลมีเขตอำนาจ และมีหน้าที่ที่จะตัดสินในประเด็นข้อกฎหมายที่ผู้ฟ้องได้อ้างอย่างชัดเจน โดยสอดคล้องกับหลัก

<sup>181</sup> 1995 Nuclear tests cases [1995] ICJ Rep 288, dissenting opinion of Judge Weeramantry, 344.

<sup>182</sup> 1995 Nuclear tests cases [1995] ICJ Rep 288, dissenting opinion of Judge Weeramantry, 344.

<sup>183</sup> 1995 Nuclear tests cases [1995] ICJ Rep 288, dissenting opinion of Judge Weeramantry, 347.

<sup>184</sup> ‘a deeply entrenched principle , grounded in common sense, case law, international conventions and customary international law’ Ibid



กฎหมายระหว่างประเทศแต่ศาลกลับไม่ได้ใช้อีกครั้งกล่าว<sup>185</sup> โดยผู้พิพากษา Weeramantry ได้ อ้างถึงความเห็นของ Sir Gerald Fitzmaurice ที่ว่า ศาลดังเช่นศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีหน้าที่ ต่อทั้งคู่กรณีและผลประโยชน์โดยทั่วไปในทางกฎหมาย ซึ่งอาจประเมินได้จากคำพิพากษานั้นเอง หรือ การพิจารณาซึ่งเพียงพอที่จะชักนำไปสู่คำพิพากษาดังกล่าว

ผู้พิพากษา Koroma เห็นว่า กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศได้มีการพัฒนาไปถึงขั้นที่ ‘ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบัน มีการกำหนดหน้าที่ที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมากหรืออย่างร้ายแรงซึ่งโดยปกติแล้วสามารถหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดขึ้นได้ และกำหนดหน้าที่ที่จะไม่ ปลดปล่อยให้สารที่เป็นอันตรายแพร่กระจายออกไป’<sup>186</sup>

ผู้พิพากษา Palmer เห็นว่าขณะที่คดีดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของศาล เป็นช่วงเวลาที่ มี หลักกฎหมายระหว่างประเทศเกิดขึ้นใหม่ ดังปรากฏหลักฐานคือปฏิญญาสตอกโฮล์ม ปี 1972 ซึ่งเกิด แนวปฏิบัติของรัฐในการยอมรับหลักการต่างๆตามปฏิญญาสตอกโฮล์ม<sup>187</sup> ซึ่งคดี the Nuclear Test ปี 1974 มีบทบาทต่อการเติบโตของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ โดยถูกอ้างถึงในฐานะเป็น หนึ่งในสี่ของคดีที่เสนอการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมโดยกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (คดีอื่น ได้แก่ the Corfu Channel (United Kingdom v. Albania) ซึ่งกำหนดหลักการที่รัฐต้องไม่อนุญาต ให้มีการใช้ดินแดนของตนในลักษณะที่ขัดกับสิทธิของรัฐอื่น คดี The Trail Smelter (United States v. Canada) ที่กำหนดหลักการว่าไม่มีรัฐใดมีสิทธิที่จะใช้หรืออนุญาตให้ใช้ดินแดนของตนก่อความเสียหายโดยควันทoxicต่อรัฐอื่น คดี The Lake Lanoux ซึ่งมีการตีความสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องและ กำหนดหลักการว่ารัฐมีหน้าที่ในการแจ้งเตือนเมื่อการกระทำของรัฐอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อ สิ่งแวดล้อมของรัฐอื่น)<sup>188</sup> อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมนั้นมีความก้าวหน้าน้อยกว่า สนธิสัญญาเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ผู้พิพากษา Palmer ยังให้ความสนใจในหลักการเกี่ยวกับวัสดุ กัมมันตรังสีที่เป็นอันตราย และกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่กำลังเกิดขึ้น เกี่ยวกับการประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมและหลักการป้องกันล่วงหน้า (precautionary principle) ที่

<sup>185</sup> Lyndel V. Prott, “Avoiding a Decision on the Merits in the International Court of Justice” 7 str (1976) : 433, 444.

<sup>186</sup> ‘Under contemporary international law, there is probably a duty not to cause gross or serious damage which can reasonably be avoided, together with a duty not to permit the escape of dangerous substances’ 1995 Nuclear tests cases [1995] ICJ Rep 288, dissenting opinion of Judge Koroma, 378.

<sup>187</sup> Dissenting opinion by Judge ad hoc Sir Geoffrey Palmer p.406.

<sup>188</sup> Dissenting opinion by Judge ad hoc Sir Geoffrey Palmer p.408.

ประเทศนิวซีแลนด์ได้อ้างถึงในคำขอ โดยมีความเห็นว่าเนื่องจากกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ มีการพัฒนาอย่างรวดเร็วและมีแนวโน้มเป็นการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมมากขึ้น ดังจะเห็นได้จากกฎหมายระหว่างประเทศมีการกำหนดแนวทางที่ควบคุมกัมมันตรังสีอย่างเข้มงวดมากขึ้น กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอาจมีการพัฒนาในลักษณะที่ต้องกำหนดให้มีการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ในกรณีที่การกระทำของรัฐน่าจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม หลักการป้องกันล่วงหน้ามีการพัฒนาอย่างมากและในปัจจุบันอาจถือได้ว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ดังนั้น จึงเพียงพอที่จะมีการพิจารณาคดีปี 1974 ตามคำขอให้มีการตรวจสอบคดีใหม่ของประเทศเนเธอร์แลนด์และในประเด็นหน้าที่ความรับผิดชอบของศาล ผู้พิพากษา Palmer เห็นว่าศาลต้องยืนยัน พัฒนา และสนับสนุนหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ภายใต้ข้อจำกัดของกฎหมายที่เกี่ยวข้องในแต่ละคดี<sup>189</sup> โดยศาลมีหน้าที่สองประเด็นคือหน้าที่ในฐานะองค์กรที่ระงับข้อพิพาท และพัฒนาตลอดจนสร้างความชัดเจนให้กับหลักกฎหมาย ซึ่งในคดีนี้ ศาลทิ้งโอกาสที่จะให้เหตุผลทางกฎหมายในประเด็นเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่มีความสำคัญอย่างมาก

คดีนี้มีความสำคัญในแง่สิ่งแวดล้อมคือ แม้ศาลจะไม่ได้พิจารณาตามที่ประเทศนิวซีแลนด์ร้องขอ แต่ก็พื้นฐานในการที่จะขยาย (elaborate) กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศต่อไปในอนาคต ทั้งในแง่ของความเสียหายข้ามเขตแดน (transboundary harm) และแง่ของมลพิษเกี่ยวกับนิวเคลียร์ สถานการณ์ข้อเท็จจริงในคดีและข้อถกเถียงของคู่ความทำให้เห็นว่ากฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศได้มีการพัฒนา และยังคงแสดงให้เห็นถึงความต้องการให้นำกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมมีความก้าวหน้า (progress) เพิ่มอีก รวมถึงความต้องการให้นำหลักกฎหมายที่ปรากฏในคดี Trail smelter มาปรับปรุงเพื่อปรับใช้ในกรณีที่ความเสียหายข้ามเขตแดนนั้นไม่มีความชัดเจนในประเด็นสาเหตุและขอบเขต ตลอดจนกรณีที่มีความเสียหายอาจเกิดกับสิ่งแวดล้อมที่เป็นพื้นที่ส่วนรวมของโลก (global common area) นอกจากนี้ ทั้งคำพิพากษาและความเห็นแย้งของผู้พิพากษา ก็ทำให้พันธกรณีด้านสัญญา เช่น การประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม ได้รับความสนใจมากขึ้น ซึ่งการประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม จะเป็นการทำให้หลักการไม่ก่อความเสียหาย ดังที่ปรากฏในคดี Trail smelter สามารถนำมาใช้ให้เกิดผลได้จริง

ผู้เขียนเห็นว่า คดี the Nuclear tests แม้มิได้เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับแม่น้ำระหว่างประเทศโดยตรง แต่เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับทะเล ซึ่งเป็นสิ่งแวดล้อมที่มีความเกี่ยวข้องกับแม่น้ำระหว่างประเทศที่หากเกิดความเสียหายย่อมส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง โดยคดี Nuclear Tests นี้ มิได้มี

<sup>189</sup> Dissenting opinion by Judge ad hoc Sir Geoffrey Palmer p.416.

คำพิพากษาในส่วนเนื้อหาของคดี แต่ก็ปรากฏความเห็นของผู้พิพากษาในแง่มุมมองสิ่งแวดล้อมที่มีคุณค่าแก่การศึกษา

### 3.2.4 คดี Aerial Herbicide Spraying

คดีนี้เป็นคดีระหว่างประเทศเอกวาดอร์และประเทศโคลอมเบีย โดยประเทศโคลอมเบียได้มีการพ่นยาปราบศัตรูพืชทางอากาศในโครงการ “Plan Colombia” เพื่อกำจัดต้นโคคาในบริเวณพรมแดนทางทิศตะวันตกเฉียงใต้ของประเทศโคลอมเบีย ซึ่งอยู่ติดกันกับประเทศเอกวาดอร์ โดยใช้สาร Glyphosate ที่ในทางปฏิบัติมักใช้ผสมกับสารอื่นทำให้มีความเป็นพิษมากขึ้นกว่าตัวสาร Glyphosate เอง ประเทศเอกวาดอร์อ้างว่าการฉีดพ่นยาปราบศัตรูพืชของประเทศโคลอมเบียทำให้เกิดผลกระทบต่อประเทศเอกวาดอร์โดยทำให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมอย่างมาก ประชาชนชาวเอกวาดอร์ได้รับผลกระทบต่อสุขภาพ ผลผลิตทางการเกษตรถูกทำลายในหลายพื้นที่ สัตว์ในท้องถิ่นหลายชนิดล้มตาย ประเทศเอกวาดอร์จึงได้นำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยอ้างว่าประเทศโคลอมเบียละเมิดสิทธิประเทศเอกวาดอร์ภายใต้หลักกฎหมายจารีตประเพณีและสนธิสัญญา ทั้งนี้ความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้วและกำลังจะเกิด รวมถึงความเสียหายอันไม่อาจทำให้กลับคืนดีได้อย่างเต็ม ซึ่งให้เห็นว่าประเทศโคลอมเบียล้มเหลวในการทำตามพันธกรณีในการป้องกัน<sup>190</sup> ซึ่งศาลไม่ได้พิจารณาคดีดังกล่าวแล้วตามคำขอของประเทศเอกวาดอร์ที่ให้ถอนคดีออกจากการพิจารณา

จากการศึกษาคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศตั้งข้างต้น พบว่า คดีที่นำมาพิจารณาทั้งหมด จำนวน 9 คดีนั้น แบ่งได้เป็นสองลักษณะ โดยเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับแม่น้ำระหว่างประเทศโดยตรง และคดีที่ไม่เกี่ยวข้องกับแม่น้ำระหว่างประเทศโดยตรงแต่มีผลต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ นับตั้งแต่คดีแรกคือ the River Oder ในปี 1929 จนถึงคดีสุดท้ายที่นำมาพิจารณา คือ คดี the Pulp mill on the river Uruguay ในปี 2010 ซึ่งในระยะเวลาประมาณแปดสิบปีดังกล่าว สะท้อนถึงจำนวนคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่ขึ้นสู่การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและศาลระหว่างประเทศที่มีจำนวนน้อยมาก อย่างไรก็ตาม คดีเหล่านี้มีบทบาทในการยืนยันหลักกฎหมาย สร้างความกระจ่างและความชัดเจน ซึ่งนำไปสู่การพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศ นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ถึงแม้จะไม่เกี่ยวข้องกับแม่น้ำระหว่างประเทศโดยตรงก็ตาม ก็ให้เห็นได้ว่า ความเห็นตลอดจนแนวทางการวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการและศาลเหล่านี้ ก็มีบทบาท

<sup>190</sup> Ibid. p. 6.

สำคัญอย่างมาก ในการกำหนดและพัฒนาหลักทั่วไป ซึ่งบทบาทของคำวินิจฉัยและคำพิพากษา  
ทั้งหมดนี้ จะนำมาวิเคราะห์ในมิติต่างๆของกฎหมายระหว่างประเทศต่อไป



## บทที่ 4

### บทบาทของคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศที่มีต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ

กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมมีบทบาทสำคัญเกี่ยวกับประเด็นปัญหาการขาดแคลนน้ำ คุณภาพน้ำ การรักษาระบบนิเวศน้ำจืด การส่งเสริมให้เกิดความร่วมมือในการบริหารจัดการ ตลอดจนการป้องกันความขัดแย้ง ผ่านกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยสันติ<sup>1</sup> คดีเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศสะท้อนให้เห็นถึงความสำคัญของกฎหมายเกี่ยวกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศซึ่งสามารถประสานการใช้ของรัฐริมน้ำที่ขัดแย้งกัน ประนีประนอมและสร้างความสมดุลให้กับผลประโยชน์ของรัฐริมน้ำ มากกว่าที่จะมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่เข้มงวด ไม่ยืดหยุ่น ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อโอกาสแสวงหาประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศ<sup>2</sup> ในบทนี้ จะได้พิจารณาถึงบทบาทของคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ ที่มีต่อกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ ในแง่ของการบ่งชี้และยืนยันหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ในแง่ของการขยายความหรือสร้างความชัดเจนต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และในแง่ของการพัฒนาหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งมีแนวโน้มนำไปสู่ความร่วมมือของรัฐริมน้ำและให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศมากขึ้น

#### 4.1 บทบาทในการบ่งชี้และยืนยันหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

แนวทางของคำพิพากษา (precedent) ในระบบกฎหมายภายในประเทศ ถือว่าเป็นการสร้างจุดเริ่มต้นของการให้เหตุผลทางกฎหมายของผู้พิพากษา ซึ่งผู้พิพากษามักยึดถือเป็นแนวทางเพื่อให้เกิดความชัดเจน (certainty) ของกฎหมาย แม้ว่าในระดับระหว่างประเทศมิได้ใช้หลักบรรทัดฐานของคำพิพากษา แต่ศาลก็มีการอ้างถึงคำพิพากษาในคดีก่อนหน้าอย่างสม่ำเสมอ (constantly) และในการอ้างถึงคำพิพากษาในคดีก่อนหน้านั้นมักมีการพิจารณาถึงพัฒนาการ (evolutions) ของกฎหมาย

<sup>1</sup> Stephen C. McCaffrey, "Water Scarcity: Institutional and Legal Responses" อ้างถึงใน Edward H. P. (eds), "The Scarcity of Water : Emerging Legal and Policy Responses" Brans et al. (1997) : 52.

<sup>2</sup> Lester, A. P. "River Pollution in International Law." *The American Journal of International Law* 57, no. 4 (1963): 840.

และสังคมระหว่างประเทศ (international society) เช่นกันกับคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอ้างถึงคำพิพากษาในคดีก่อนหน้าด้วย<sup>3</sup> โดยคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการและคำพิพากษาของศาลตลอดจนความเห็นของผู้พิพากษา มีการหยิบยกหลักกฎหมายซึ่งมีความสำคัญต่อการคุ้มครองแม่น้ำระหว่างประเทศขึ้นมาพิจารณาและได้ยืนยันถึงการมีอยู่และการยอมรับหลักกฎหมายดังกล่าว ซึ่งได้แก่ ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด (Limited territorial Sovereignty) พันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (the obligation to prevent transboundary harm ) หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล (equitable and reasonable utilization) และหน้าที่ในการเจรจา (duty to negotiate)

#### 4.1.1 ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด (Limited territorial Sovereignty)

ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัดได้รับการยอมรับและปรากฏหลักฐานว่ามีการยืนยันรับรองโดยคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ ดังจะเห็นได้จาก คดี Trail smelter คดี Lake Lanoux คดี Corfu Channel และคดีอื่นๆในภายหลัง เช่น คดี The Gabcikovo - Nagymaros และ คดี Pulp Mills on the River Uruguay โดยสามารถพิจารณาได้จากการที่รัฐไม่สามารถมีการกระทำฝ่ายเดียวโดยอ้างอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐ ในกรณีนี้อาจมีผลกระทบต่อรัฐอื่น ซึ่งตามทฤษฎีนี้รัฐมีน้ำทุกรัฐมีสิทธิใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐอย่างอิสระและเท่าเทียมกัน (equality) โดยต้องเคารพอำนาจอธิปไตย และสิทธิซึ่งกันและกัน ซึ่งสิทธิของรัฐจะถูกจำกัดภายใต้พันธกรณีที่จะไม่ใช้ดินแดนของตนในลักษณะที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐริมน้ำอื่น กล่าวคือรัฐต้องใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนโดยต้องคำนึงถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำหรือกิจกรรมของรัฐต่อรัฐอื่น หรือพื้นที่นอกเขตอำนาจรัฐด้วย

- คดี trail smelter

คดี trail smelter มีลักษณะเป็นการยืนยันทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด โดยคณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาถึง ความเห็นของ Clyde Eagleton<sup>4</sup> ว่า “ รัฐมีหน้าที่ตลอดเวลาในการคุ้มครองรัฐอื่นต่อการกระทำของปัจเจกชนในเขตอำนาจของรัฐที่อาจก่อให้เกิดความเสียหาย ’ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าหน้าที่ของรัฐในการเคารพรัฐอื่นและดินแดนของรัฐอื่นถูกนำเข้าสู่การ

<sup>3</sup> Guillaume, Gilbert. "The use of precedent by international judges and arbitrators." *Journal of International Dispute Settlement* 2.1 (2011): p.5.

<sup>4</sup> "Responsibility of States in International Law", (1928) : 80

พิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการในหลายคดีและได้รับการพิจารณาอย่างระมัดระวัง คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการในระดับระหว่างประเทศในหลายคดี นับแต่คดี the Alabama อยู่บนฐานของหลักทั่วไป และในคดีนี้ก็มิได้มีการโต้แย้งของประเทศแคนาดา แต่สิ่งสำคัญคือต้องพิจารณาว่าการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายจะเกิดขึ้นเมื่อใด”<sup>5</sup> ทั้งนี้ คณะอนุญาโตตุลาการยังได้พิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างดินแดน และอ้างถึงคดีที่ตัดสินโดย the Federal Court of Switzerland ซึ่งเป็นคดีระหว่าง เขตการปกครอง Soleure และ Argovia ซึ่ง รัฐSoleure ได้ยื่นฟ้อง รัฐ Argovia ในการใช้สิ่งปลูกสร้างในการยิงปืน (shooting establishment) โดยอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อดินแดนของรัฐ Soleure ซึ่งศาลได้พิจารณาว่า “สิทธิดังกล่าวนี้ (อำนาจอธิปไตย) ไม่รวมถึง ... การแย่งชิงและการใช้สิทธิอธิปไตย (ของรัฐอื่น) ... และการรุกรานดินแดนซึ่งอาจก่อให้เกิดการเสียเปรียบในการใช้ดินแดนตามธรรมชาติและการเดินทางโดยอิสระของประชากรผู้อาศัย” ทั้งนี้ “ในคดีดังกล่าว แม้ Soleure เห็นว่าการวางแผนปรับปรุงสิ่งปลูกสร้างของ Argovia ไม่ได้เป็นการคุ้มครองอย่างเพียงพอ และการอนุญาตให้ยิงปืนได้ต้องเกิดขึ้นในภายหลังการปรับปรุงโครงการโดยสมบูรณ์แล้ว แต่ศาลเห็นว่า การขจัดอันตรายทั้งหมดโดยสมบูรณ์นั้นเป็นการเกินเลย ความเสี่ยงย่อมมิได้หมดสิ้นไปเนื่องจากเป็นพื้นที่ราบ และการยิงปืนที่ปลอดภัยจะเกิดขึ้นได้แต่ในบริเวณหุบเขา ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ของสหพันธรัฐในการอำนวยความสะดวกให้กับการฝึกซ้อมที่มีเป้าหมายทางการทหาร และไม่อาจเรียกร้องให้มีมาตรการป้องกันสำหรับการยิงปืนที่บริเวณเขตแดนของทั้งสองเขตการปกครองอีก”<sup>6</sup>

<sup>5</sup> As Professor Eagleton puts in (Responsibility of States in International Law, 1928 : 80) : "A State owes at all times a duty to protect other States against injurious acts by individuals from within its jurisdiction." A great number of such general pronouncements by leading authorities concerning the duty of a State to respect other States and their territory have been presented to the Tribunal. These and many others have been carefully examined. International decisions, in various matters, from the Alabama case onward, and also earlier ones, are based on the same general principle, and, indeed, this principle, as such, has not been questioned by Canada. But the real difficulty often arises rather when it comes to determine what, pro subjecta materie, is deemed to constitute an injurious act.

Trail smelter case (United States, Canada) 16 April 1938 and 11 March 1941 VOLUME III pp. 1963.

<sup>6</sup> A case concerning, as the present one does, territorial relations, decided by the Federal Court of Switzerland between the Cantons of Soleure and Argovia, may serve to illustrate the relativity of the rule. Soleure brought a suit against her sister State to enjoin use of a shooting establishment which endangered her territory. The court, in granting the injunction, said: "This right (sovereignty) excludes... not only the usurpation and exercise of sovereign rights (of another State) .... but also an actual encroachment which might prejudice the natural use of the territory and the free movement of its inhabitants." As a result of the decision, Argovia made plans for the improvement of the existing installations. These, however, were considered as insufficient protection by Soleure. The Canton of Argovia then moved the Federal Court to decree that the shooting be again permitted after completion of the projected improvements. This motion

คณะอนุญาโตตุลาการในคดี Trail smelter ยังได้เทียบเคียงคดีเกี่ยวกับมลพิษ ซึ่งเป็นคดีที่ตัดสินโดยศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกา ในฐานะแนวทางของคดีเกี่ยวกับมลพิษไว้ว่า “แนวทางของคำพิพากษาในคดีก่อนหน้าซึ่งศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกาพิจารณาเกี่ยวกับความขัดแย้งของรัฐ หรือเกี่ยวกับการใช้สิทธิเสมือนสิทธิอธิปไตย (quasi-sovereign rights) มีความสมเหตุสมผลที่จะนำมาใช้เทียบเคียงเนื่องจากยังมีได้มีการกลับหลักของแนวทางของคำพิพากษาในกฎหมายระหว่างประเทศ”<sup>7</sup> โดยพิจารณาถึงคดีระหว่างรัฐ Missouri และรัฐ Illinois เกี่ยวกับมลพิษภายในเขตแดนของรัฐ Illinois โดยที่แม่น้ำ Illinois ซึ่งเป็นสาขาของแม่น้ำ Mississippi ไหลลงสู่แม่น้ำ Mississippi และเป็นพรมแดนของทั้งสองรัฐ ซึ่งศาลปฏิเสธที่จะให้การชดเชยเยียวยา เนื่องจากศาลเห็นว่า “ก่อนที่ศาลจะเข้าแทรกแซง คดีนี้ต้องมีการพิสูจน์อย่างเต็มที่และชัดเจน...ทั้งนี้ การร้องเรียนมีขึ้นตลอดริมฝั่งแม่น้ำ Mississippi รวมถึงรัฐ Missouri โดยรัฐ Illinois มีการกำหนดมาตรฐานที่รัฐ Missouri สามารถอ้างถึงได้ อย่างไรก็ตามการร้องเรียนเรื่องสุขภาพของสาธารณชนได้ยุติลงเมื่อมีการบำบัดน้ำอย่างสมบูรณ์แบบ รัฐ Missouri และรัฐ Illinois ตลอดจนรัฐริมน้ำของระบบของ the Great Lakes ต้องร่วมกันในการปฏิเสธการผันน้ำจากระบบของ the Great Lakes เพื่อวัตถุประสงค์ในการระบายน้ำเสีย”<sup>8</sup>

---

was granted. "The demand of the Government of Soleure", said the court, "that all endangerment be absolutely abolished apparently goes too far." The court found that all risk whatever had not been eliminated, as the region was flat and absolutely safe shooting ranges were only found in mountain valleys; that there was a federal duty for the communes to provide facilities for military target practice and that "no more precautions may be demanded for shooting ranges near the boundaries of two Cantons than are required for shooting ranges in the interior of a Canton". (R. O. 26 I, p. 450, 451; R. O. 41, I, p. 137; see D. Schindler, "The Administration of Justice in the Swiss Federal Court in Intercantonal Disputes", American Journal of International Law, Vol. 15 (1921), pp. 172-174.)

Trail smelter case (United States, Canada) 16 April 1938 and 11 March 1941 VOLUME III pp. 1963.

<sup>7</sup> There are, however, as regards both air pollution and water pollution, certain decisions of the Supreme Court of the United States which may legitimately be taken as a guide in this field of international law. for it is reasonable to follow by analogy, in international cases, precedents established by that court in dealing with controversies between States of the Union or with other controversies concerning the quasi-sovereign rights of such States, where no contrary rule prevails in international law and no reason for rejecting such precedents can be adduced from the limitations of sovereignty inherent in the Constitution of the United States.

Trail smelter case (United States, Canada) 16 April 1938 and 11 March 1941 VOLUME III pp. 1964.

<sup>8</sup> In the suit of the State of Missouri v. the State of Illinois (200 U.S. 496, 521) concerning the pollution, within the boundaries of Illinois, of the Illinois River, an affluent of the Mississippi flowing into the latter where it forms the boundary between that State and Missouri, an injunction was refused. "Before this court



คณะอนุญาโตตุลาการในคดี Trail Smelter ยังได้อ้างถึงคดีที่ศาลมีคำสั่งห้าม ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับมลพิษทางน้ำ ซึ่ง The City of New York ไม่อนุญาตตามคำขอของ รัฐ New Jersey ที่ขอให้ระงับการทิ้งของเสียลงสู่ทะเล ภายในระยะเวลาที่เหมาะสม ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อน้ำชายฝั่งทะเลของ รัฐ New Jersey และในกรณีของมลพิษทางอากาศ ปราบกฏคำพิพากษาของศาลสูงสุดในคดีระหว่าง รัฐ Georgia และบริษัท Tennessee Copper กับพวก ซึ่งเป็นบริษัทเอกชน โดย รัฐ Georgia ได้พยายามขอให้ รัฐ Tennessee ซึ่งเป็นที่ตั้งของโรงงานถลุงแร่ (smelters) และไม่เป็นผลสำเร็จ ซึ่งศาลได้ให้ความเห็นว่า กรณีดังกล่าวนี้ “เป็นกรณีที่รัฐฟ้องร้องเนื่องจากได้รับความเสียหายต่อความสามารถในการใช้อำนาจเสมือนอำนาจอธิปไตย (quasi-sovereign) ซึ่งรัฐมีผลประโยชน์แห่งความเป็นอิสระ และกรรมสิทธิ์ของประชาชนของรัฐ ในพื้นดิน และอากาศ ภายในรัฐ และสำหรับประเด็นที่ว่าจะมีคำสั่งห้ามหรือไม่นั้น ศาลเห็นว่า ‘รัฐควรเป็นผู้ให้คำตัดสินในท้ายที่สุดว่าควรตัดป่าไม้บนภูเขา และประชาชนของรัฐควรได้รับอากาศที่บริสุทธิ์หรือไม่ ... จึงไม่อาจอนุมานได้ว่ารัฐได้สละสิทธิเสมือนสิทธิอธิปไตย (quasi-sovereign rights) โดยแลกเปลี่ยนกับค่าใช้จ่าย...และหากรัฐเห็นว่าการกระทำดังกล่าวผิดกฎหมายก็ย่อมสามารถยืนยันให้ยุติได้’ ศาลมิได้มีอิสระที่จะทำให้เกิดความสมดุลระหว่างความเสียหายที่เกิดโดยการสั่งห้าม โดยที่รัฐซึ่งมีอำนาจทางการเมืองต้องตกลงและตัดสินใจ โดยที่ต้องไม่ละเว้นที่จะพิจารณาเกี่ยวกับความเท่าเทียม (equity) ความต้องการบนฐานของอธิปไตยที่ว่าอากาศเหนือดินแดนจะไม่เกิดมลภาวะจากซัลเฟอร์ไดออกไซด์ ป่าไม้จะดีขึ้นหรือเสื่อมโทรมลง หรือความเสียหายภายในที่ทำให้รัฐได้รับผลกระทบต้องไม่ถูกทำลายหรือได้รับอันตรายจากการกระทำของบุคคลนอกเหนืออำนาจควบคุมของรัฐ หรือความต้องการที่พืชผลจะไม่ได้รับอันตรายจากแหล่งกำเนิดมลพิษดังกล่าว เป็นความต้องการที่เท่าเทียมและสมเหตุสมผล (fair and reasonable demand) ... และ ภัยพิบัติที่เป็นไปได้ว่าจะเกิดนอกรัฐเป็นสิ่งที่รัฐต้องยอมรับเนื่องจากการใช้สิทธิอย่างสุดโต่ง (extreme rights) ” ซึ่งศาลได้มีคำสั่งห้ามและได้มีการชดเชยเยียวยาในกรณี

---

ought to intervene", said the court, "the case should be of serious magnitude, clearly and fully proved, and the principle to be applied should be one which the court is prepared deliberately to maintain against all considerations on the other side. (See *Kansas v. Colorado*, 185 U.S. 125.)" The court found that the practice complained of was general along the shores of the Mississippi River at that time, that it was followed by Missouri itself and that thus a standard was set up by the defendant which the claimant was entitled to invoke. As the claims of public health became more exacting and methods for removing impurities from the water were perfected, complaints ceased. It is significant that Missouri sided with Illinois when the other riparians of the Great Lakes' system sought to enjoin it to desist from diverting the waters of that system into that of the Illinois and Mississippi for the very purpose of disposing of the Chicago sewage.

Trail smelter case (*United States, Canada*) 16 April 1938 and 11 March 1941 VOLUME III pp. 1964.

ที่มีได้มี “การจำกัดความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับประชาชนในปัจจุบันอย่างเพียงพอ” เนื่องจากการควบคุมควันพิษได้รับการพัฒนาทางวิทยาศาสตร์ในเวลาถัดมา และควรนำมาพิจารณาด้วย<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> In another recent case concerning water pollution (283 U.S. 473), the complainant was successful. The City of New York was enjoined, at the request of the State of New Jersey, to desist, within a reasonable time limit, from the practice of disposing of sewage by dumping it into the sea, a practice which was injurious to the coastal waters of New Jersey in the vicinity of her bathing resorts.

In the matter of air pollution itself, the leading decisions are those of the Supreme Court in the *State of Georgia v. Tennessee Copper Company and Ducktown Sulphur, Copper and Iron Company, Limited*. Although dealing with a suit against private companies, the decisions were on questions cognate to those here at issue. Georgia stated that it had in vain sought relief from the State of Tennessee, on whose territory the smelters were located, and the court defined the nature of the suit by saying: "This is a suit by a State for an injury to it in its capacity of quasi-sovereign. In that capacity, the State has an interest independent of and behind the titles of its citizens, in all the earth and air within its domain.

" On the question whether an injunction should be granted or not, the court said (206 U.S. 230) :

It (the State) has the last word as to whether its mountains shall be stripped of their forests and its inhabitants shall breathe pure air. . . . It is not lightly to be presumed to give up quasi-sovereign rights for pay and . . . if that be its choice, it may insist that an infraction of them shall be stopped. This court has not quite the same freedom to balance the harm that will be done by an injunction against that of which the plaintiff complains, that it would have in deciding between two subjects of a single political power. Without excluding the considerations that equity always takes into account.... it is a fair and reasonable demand on the part of a sovereign that the air over its territory should not be polluted on a great scale by sulphurous acid gas, that the forests on its mountains, be they better or worse, and whatever domestic destruction they may have suffered, should not be further destroyed or threatened by the act of persons beyond its control, that the crops and orchards on its hills should not be endangered from the same source... . Whether Georgia, by insisting upon this claim, is doing more harm than good to her own citizens, is for her to determine. The possible disaster to those outside the State must be accepted as a consequence of her standing upon her extreme rights.

Later on, however, when the court actually framed an injunction, in the case of the *Ducktown Company* (237 U.S. 474, 477) (an agreement on the basis of an annual compensation was reached with the most important of the two smelters, the *Tennessee Copper Company*), they did not go beyond a decree "adequate to diminish materially the present probability of damage to its (Georgia's) citizens".

Great progress in the control of fumes has been made by science in the last few years and this progress should be taken into account.

Trail smelter case (United States, Canada) 16 April 1938 and 11 March 1941 VOLUME III pp. 1964 - 1965

คณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาถึงคำพิพากษาของศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกา และได้วางหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น<sup>10</sup> ซึ่งการที่คณะอนุญาโตตุลาการนำเอาคดีของศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกามาพิจารณา เป็นไปตามข้อตกลงระหว่างรัฐคู่กรณี ทั้งนี้ คณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาถึงหลักอำนาจอธิปไตย โดยที่รัฐไม่สามารถใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของตนได้อย่างสุดโต่งหรือเต็มที่ และเมื่อมีความเสียหายที่เกิดจากการใช้อำนาจอธิปไตย รัฐต้องชดเชยเยียวยาในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นด้วย การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการในลักษณะดังกล่าว มีผลต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ โดยเป็นการจำกัดอำนาจอธิปไตยของรัฐริมน้ำ มิให้มีการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศในลักษณะที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อรัฐริมน้ำอื่น และหากเกิดผลกระทบขึ้น อาจต้องมีการพิจารณาถึงการชดเชยเยียวยาด้วย

- คดี the Lake Lanoux

ในกรณีของทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด คดี the Lake Lanoux เป็นอีกคดีที่สะท้อนหลักทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัดไว้อย่างชัดเจน โดยคณะอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยว่า “สิทธิของประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นรัฐเหนือน้ำ ย่อมถูกจำกัดโดยพันธกรณีที่มีต่อผลประโยชน์ของประเทศสเปนซึ่งเป็นรัฐท้ายน้ำ โดยคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ารัฐต้นน้ำต้องคำนึงถึงผู้ที่มีส่วนได้เสียอื่น”<sup>11</sup> “อีกทั้งรัฐท้ายน้ำก็ไม่สามารถเรียกร้องให้มีการพัฒนาทะเลสาบ Lanoux อยู่บนพื้นฐานความต้องการทางการเกษตรของสเปนเพียงฝ่ายเดียว โดยต้องให้น้ำหนักกับ

<sup>10</sup> Trail smelter case (United States, Canada) 16 April 1938 and 11 March 1941 VOLUME III p1964-1965.

<sup>11</sup> "The second question is to determine the method by which these interests can be safeguarded. If that method necessarily involves communications, it cannot be confined to purely formal requirements, such as taking note of complaints, protests or representations made by the downstream State. The Tribunal is of the opinion that, according to the rules of good faith, the upstream State is under the obligation to take into consideration the various interests involved, to seek to give them every satisfaction compatible with the pursuit of its own interests, and to show that in this regard it is genuinely concerned to reconcile the interests of the other riparian State with its own."

Lake Lanoux Arbitration (France V. Spain) (1957) 12 R.I.A.A. 281; 24 I.L.R. 101 para 22 และ.

"As a matter of form, the upstream State has, procedurally, a right of initiative; it is not obliged to associate the downstream State in the elaboration of its schemes. If, in the course of discussions, the downstream State submits schemes to it, the upstream State must examine them, but it has the right to give preference to the solution contained in its own scheme provided that it takes into consideration in a reasonable manner the interests of the State."

Lake Lanoux Arbitration (France V. Spain) (1957) 12 R.I.A.A. 281; 24 I.L.R. 101 para 23.

การตัดสินใจของประเทศฝรั่งเศส”<sup>12</sup> สะท้อนถึงหลักทฤษฎีอำนาจอธิปไตยอันจำกัด ซึ่งทำให้รัฐริมน้ำทั้งรัฐเหนือน้ำและท้ายน้ำไม่อาจอ้างหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน ในการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศในส่วนที่ไหลผ่านดินแดนของตนโดยไม่มีข้อจำกัด และต้องคำนึงถึงความต้องการของรัฐริมน้ำอื่นด้วย อย่างไรก็ตามในมุมมองทางสิ่งแวดล้อมนั้น คดี the Lake Lanoux มีลักษณะเป็นการให้ความสำคัญกับแม่น้ำระหว่างประเทศในลักษณะของทรัพยากร โดยไม่ได้มีมุมมองที่เป็นไปในทางให้การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมมากนัก

- คดี Corfu Channel

ใน คดี Corfu Channel ศาลสถิตยุติธรรมพิจารณาคำฟ้องของประเทศ Albania ที่ว่าสหราชอาณาจักรละเมิดอำนาจอธิปไตยของประเทศ Albania โดยส่งเรือรบผ่านช่องแคบโดยมิได้มีการขออนุญาตรัฐบาลของประเทศ Albania ก่อน ศาลมีความเห็นว่า “ในยามสงบปราศจากสงคราม เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่ารัฐมีสิทธิส่งเรือรบเดินทางผ่านช่องแคบ ซึ่งมีเพื่อการเดินเรือในระดับระหว่างประเทศ ระหว่างทะเลหลวงสองฟาก โดยไม่ต้องมีการขออนุญาตรัฐริมฝั่งก่อน รัฐริมฝั่งไม่มีสิทธิห้ามการผ่านช่องแคบในลักษณะดังกล่าวซึ่งเป็นการผ่านโดยสุจริตในช่วงที่ปราศจากสงคราม”<sup>13</sup> ทั้งนี้ ศาลเห็นว่า “... ระหว่างรัฐที่เป็นอิสระ การเคารพอธิปไตยเหนือดินแดนเป็นฐานสำคัญของ

<sup>12</sup> "On her side, Spain cannot invoke a right to insist on a development of Lake Lanoux based on the needs of Spanish agriculture. In effect, if France were to renounce all of the works envisaged on her territory, Spain could not demand that other works in conformity with her wishes should be carried out. Therefore, she can only urge her interests in order to obtain, within the framework of the scheme decided upon by France, terms which reasonably safeguard them.

Lake Lanoux Arbitration (France V. Spain) (1957) 12 R.I.A.A. 281; 24 I.L.R. 101 para 24.

<sup>13</sup> It was in such circumstances that these two cruisers together with the destroyers Saz~inarex and T701age were sent through the North Corfu Strait on that date. The Court will now consider the Albanian contention that the United Kingdom Government violated Albanian sovereignty by sending the warships through this Strait without the previous authorization of the Albanian Government. It is, in the opinion of the Court, generally recognized and in accordance with international custom that States in time of peace have a right to send their warships through straits used for international navigation between two parts of the high seas without the previous authorization of a coastal State, provided that the passage is innocent. Unless otherwise prescribed in an international convention, there is no right for a coastal State to prohibit such passage through straits in time of peace.

"Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949 : I.C. J. Reports 1949, P. 28."

ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ...”<sup>14</sup> โดยที่รัฐมีพันธกรณีที่จะไม่อนุญาตให้มีการใช้ดินแดนของตนโดยขัดกับสิทธิของรัฐอื่น<sup>15</sup> ซึ่งมีลักษณะเป็นการทำให้ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัดมีลักษณะเป็นพันธกรณีที่มีผลผูกพันรัฐเป็นการทั่วไป

ผู้เขียนเห็นว่า ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด ได้รับการยอมรับโดยปรากฏในคำพิพากษาดังที่ได้ศึกษาข้างต้น โดยที่สิทธิของรัฐจะถูกจำกัดภายใต้พันธกรณีที่จะไม่ใช้ดินแดนของตนในลักษณะที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐริมน้ำอื่น ซึ่งเป็นผลให้สิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศได้รับการคุ้มครองมากขึ้น เนื่องจากในกรณีของแม่น้ำระหว่างประเทศ หากรัฐริมน้ำใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน โดยการใช้น้ำ หรือมีโครงการ หรือการก่อสร้างที่อาจส่งผลกระทบต่อแม่น้ำระหว่างประเทศในส่วนที่ไหลผ่านรัฐอื่น ย่อมเป็นการกระทบอำนาจอธิปไตยของรัฐริมน้ำที่ได้รับผลกระทบนั้น ซึ่งไม่สามารถกระทำได้ ตามทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด ทั้งนี้ ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด มีความเกี่ยวข้องและเป็นรากฐานของพันธกรณีในการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย ซึ่งปรากฏในคดี Trail smelter คดี Lake Lanoux คดี Corfu Channel คดี The Gabcikovo - Nagymaros และ คดี Pulp Mills on the River Uruguay ซึ่งเป็นหลักการสำคัญในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทั้งโดยทั่วไปและสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ

<sup>14</sup> The United Kingdom Agent, in his speech in reply, has further classified "Operation Retail" among methods of self-protection or self-help. The Court cannot accept this defence either. Between independent States, respect for territorial sovereignty is an essential foundation of international relations. The Court recognizes that the Albanian Government's complete failure to carry out its duties after the explosions, and the dilatory nature of its diplomatic notes, are extenuating circumstances for the action of the United Kingdom Government. But to ensure respect for international law, of which it is the organ, the Court must declare that the action of the British Navy CO constituted a violation of Albanian sovereignty

"Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949 : I.C. J. Reports 1949, P. 35."

<sup>15</sup> The obligations incumbent upon the Albanian authorities consisted in notifying, for the benefit of shipping in general, the existence of a minefield in Albanian territorial waters and in warning the approaching British warships of the imminent danger to which the minefield exposed them. Such obligations are based, not on the Hague Convention of 1907, No. VII, which is applicable in time of war, but on certain general and well-recognized principles, namely : elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war ; the principle of the freedom of maritime communication ; and every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States

"Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949 : I.C. J. Reports 1949, P. 22."

4.1.2 พันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (the obligation to prevent transboundary harm )

พันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย เป็นหลักกฎหมายที่ปรากฏหลักฐานว่าได้รับการยืนยันโดยคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศในหลายคดี นับแต่คดี Trail smelter ในปี 1941 คดี Corfu Channel คดี The Lake Lanoux ในปี 1957 คดี The Gabcikovo-Nagymaros .ในปี 1997 จนกระทั่งคดี Pulp Mills on the River Uruguay ในปี 2010 โดยพันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายนี้ เป็นหลักกฎหมายที่สะท้อนถึงการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในลักษณะดั้งเดิม เนื่องจากการให้ความสำคัญต่อสิ่งแวดล้อมในฐานะของสิ่งที่รัฐใช้ประโยชน์ร่วมกันและต้องให้การอนุรักษ์ อีกทั้งต้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมจากผลกระทบซึ่งเป็นผลมาจากความเสียหายที่มีลักษณะข้ามเขตแดน ซึ่งยังเป็นมุมมองที่ค่อนข้างแคบ<sup>16</sup>

พันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย จะเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลที่คาดหมายได้ต่อสิ่งแวดล้อม โดยผลที่เกิดขึ้นต้องมีความสัมพันธ์กับเหตุ และอาจมีการประเมินว่ามีความเสี่ยงด้วยวิธีการทางเทคนิคหรือวิทยาศาสตร์ โดยที่รัฐต้องมีมาตรการเพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้นั้น กล่าวคือ พันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายจะถูกนำมาปรับใช้เมื่อ 1. มีความเป็นไปได้ที่จะเกิดความเสียหาย (potential risk) 2. มีความไม่แน่นอนทางวิทยาศาสตร์ (scientific uncertainty) และ 3. มีอันตรายที่มีนัยสำคัญ (significant harm) หรือมีอันตรายอย่างมาก (substantial harm) โดยรัฐต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควร (due diligence) .ในการมีมาตรการป้องกันมิให้เกิดความเสียหายดังกล่าว<sup>17</sup>

จุดเริ่มต้นของแนวคิดในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมดังกล่าวปรากฏในคดี Trail Smelter ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำวินิจฉัยว่า “ภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ไม่มีรัฐใดมีสิทธิที่จะใช้หรืออนุญาตให้ใช้ดินแดนของรัฐนั้นในลักษณะที่จะก่อให้เกิดความเสียหายโดยกลุ่มควันในดินแดนของรัฐอื่นหรือต่อทรัพย์สินของประชาชนภายในรัฐนั้น เมื่อกรณีดังกล่าวมีความร้ายแรงและความเสียหายมีหลักฐานที่เชื่อถือได้และชัดเจน ” โดยพิจารณาถึงคำ

<sup>16</sup>Vinales JE. “Contribution of the International Court of Justice to the Development of International Environmental Law: A Contemporary Assessment” , *The Fordham Int'L LJ.* (2008) : 32-236.

<sup>17</sup> McIntyre, Owen. *Environmental protection of international watercourses under international law.* Ashgate Publishing, Ltd., 2007p,100.

พิพาทของศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>18</sup> ประกอบกับหลักอำนาจอธิปไตย โดยมีการปรับใช้หลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนในลักษณะของการเคารพอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐอื่น ในสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม และเป็นการปฏิเสธหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันสมบูรณ์ โดยให้ความเคารพกับผลประโยชน์ในทางสิ่งแวดล้อมของรัฐทุกรัฐ<sup>19</sup> โดยได้พิจารณาถึงคดีของศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนี้

คดีระหว่างรัฐ New York กับ รัฐ New Jersey เกี่ยวกับมลพิษของ New York Bay ซึ่งในคดีนี้การชดเชยเยียวยาถูกปฏิเสธเนื่องจากไม่สามารถพิสูจน์ได้ และผู้เชี่ยวชาญบางส่วนเชื่อว่าแผนโครงการที่ก่อให้เกิดข้อพิพาทนี้ เป็นผลให้เกิดกลิ่นที่น่ารังเกียจและสิ่งทับถมที่ไม่น่ามอง ในขณะที่ผู้เชี่ยวชาญอีกกลุ่มมีหลักฐานที่เชื่อว่าน้ำจะมีความบริสุทธิ์มากพอ ศาลได้อ้างถึงคดี Missouri v. Illinois ว่า “ภาระที่รัฐ New York มีในการสนับสนุนข้ออ้างในคดีนั้นมากกว่ากรณีที่เป็นกรกล่าวอ้างและฟ้องร้องกันระหว่างเอกชน ก่อนที่ศาลจะใช้อำนาจภายใต้รัฐธรรมนูญพิจารณากรณีที่มีข้อพิพาทระหว่างรัฐ ภัยในการรุกรานสิทธิต้องร้ายแรง (serious magnitude) และต้องได้รับการสนับสนุนด้วยหลักฐานที่เชื่อถือได้และชัดเจน (clear and convincing evidence).” ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า “อำนาจดังกล่าวของศาลภายใต้รัฐธรรมนูญเทียบเท่าและปรับใช้ได้กับกรณีของคณะอนุญาโตตุลาการที่มีอำนาจตามอนุสัญญา และความสัมพันธ์ระหว่างรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ก็สามารถนำมาใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศแคนาดาได้”<sup>20</sup>

<sup>18</sup>Rubin, Alfred P. "Pollution by Analogy: The Trail Smelter Arbitration." Or. L. Rev. 50 (1970) : 263.

<sup>19</sup> t Stephens, T., “International Courts and Environmental Protection”. Cambridge University Press, (2009) :161.

<sup>20</sup> In the more recent suit of the State of New York against the State of New Jersey (256 U.S. 296, 309), concerning the pollution of New York Bay, the injunction was also refused for lack of proof, some experts believing that the plans which were in dispute would result in the presence of "offensive odors and unsightly deposits", other equally reliable experts testifying that they were confidently of the opinion that the waters would be sufficiently purified. The court, referring to Missouri v. Illinois, said: "... . the burden upon the State of New York of sustaining the allegations of its bill is much greater than that imposed upon a complainant in an ordinary suit between private parties. Before this court can be moved to exercise its extraordinary power under the Constitution to control the conduct of one State at the suit of another, the threatened invasion of rights must be of serious magnitude and it must be established by clear and convincing evidence." What the Supreme Court says there of its power under the Constitution equally applies to the extraordinary power granted this Tribunal under the Convention. What is true between States of the Union is, at least, equally true concerning the relations between the United States and the Dominion of Canada.

ในคดี Trail smelter นอกจากคณะอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาเกี่ยวกับประเด็นเรื่องมลพิษข้ามเขตแดน โดยวางหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายไว้ ยังกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ขจัดเหยียวยาคความเสียหายที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐอื่น รวมถึงกำหนดให้มีการติดตามตรวจสอบ (monitoring) และกำหนดมาตรการควบคุมการปล่อยมลพิษเพื่อจำกัดความเสียหายที่อาจเกิดต่อไปในอนาคต ทั้งนี้ หลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายยังได้รับการยืนยันในคดี Corfu Channel ว่า “รัฐมีพันธกรณีที่จะไม่อนุญาตให้มีการใช้ดินแดนของตนโดยขัดกับสิทธิของรัฐอื่น” ซึ่งมีการยืนยันสถานะของหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายในฐานะของหลักทั่วไปที่มีผลผูกพันเป็นการทั่วไป (*erga omnes*) อีกทั้งได้จำกัดรูปแบบของความเสียหายไว้เป็นเพียงแต่ความเสียหายในลักษณะมลพิษ แต่มีขอบเขตรวมถึงความเสียหายในลักษณะอื่นด้วย และคดี the Lake Lanoux ว่า “แม้เป็นที่ยอมรับว่ามีหลักกฎหมายที่ห้ามมิให้รัฐเหื่อน้ำใช้น้ำในลักษณะที่จะเกิดการเปลี่ยนแปลงที่ทำให้รัฐท้ายน้ำเสียหายเปรียบอย่างร้ายแรง แต่หลักกฎหมายดังกล่าวไม่นำมาปรับใช้กับคดีปัจจุบันเนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า การใช้น้ำของประเทศฝรั่งเศสไม่ได้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงน้ำของแม่น้ำ Carol และโดยความเป็นจริงแล้ว ในปัจจุบันรัฐย่อมตระหนักถึงความสำคัญของการขัดกันของผลประโยชน์ในการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศในการอุตสาหกรรม และการประนีประนอมการใช้น้ำนั้นร่วมกัน”<sup>21</sup> อย่างไรก็ตาม มีประเด็นปัญหาในความไม่ชัดเจนว่า การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมนั้น เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ทางสิ่งแวดล้อมในฐานะที่เป็นทรัพยากรร่วมแต่เพียงอย่างเดียว หรือเพื่อคุ้มครองรัฐ

---

Trail smelter case (United States, Canada) 16 April 1938 and 11 March 1941 VOLUME III pp. 1964.

<sup>21</sup> "13. The Spanish Government endeavoured to establish similarly the content of current positive international law. Certain principles which it demonstrates are, assuming the demonstration to be accepted, of no interest for the problem now under examination Thus, if it is admitted that there is a principle which prohibits the upstream State from altering the waters of a river in such a fashion as seriously to prejudice the downstream State, such a principle would have no application to the present case, because it has been admitted by the Tribunal, in connection with the first question examined above, that the French scheme will not alter the waters of the Carol. In fact, States are today perfectly conscious of the importance of the conflicting interests brought into play by the industrial use of international rivers, and of the necessity to reconcile them by mutual concessions. The only way to arrive at such compromises of interests is to conclude agreements on an increasingly comprehensive basis. International practice reflects the conviction that States ought to strive to conclude such agreements: there would thus appear to be an obligation to accept in good faith all communications and contracts which could, by a broad comparison of interests and by reciprocal good will, provide States with the best conditions for concluding agreements. This point will be referred to again later on, when enquiring what obligations rest on France and Spain in connection with the contracts and the communications preceding the putting in hand of a scheme such as that relating to Lake Lanoux.



อื่นที่อาจได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าว กล่าวคือ สิ่งแวดล้อมนั้นมีคุณค่าที่จะทำให้ต้องมีการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเสมอไม่ว่ารัฐจะได้รับหรือไม่ได้รับความเสียหายหรือไม่

คดี Trail smelter คดี Corfu Channel และคดี Lake Lanoux แสดงให้เห็นถึงบทบาทความสำคัญของคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ ซึ่งมีผลต่อการนำเอาหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายไปประมวลเป็นลายลักษณ์อักษรในเอกสารทางกฎหมายที่แสดงถึงความก้าวหน้าของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ เช่น ปฏิญญารุงสตอกโฮล์มเรื่อง สิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972 ซึ่งได้มีการกำหนดเกี่ยวกับหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายในข้อ 21 ว่า “โดยสอดคล้องกับกฎบัตรสหประชาชาติและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐมีสิทธิอธิปไตยในการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรของรัฐ ตามนโยบายทางสิ่งแวดล้อมของรัฐ และมีความรับผิดชอบที่จะทำให้มั่นใจว่าการกระทำภายในเขตอำนาจหรือการควบคุมของรัฐอื่นหรือพื้นที่นอกเขตอำนาจอธิปไตยของรัฐ” ซึ่งมีความครอบคลุมมากกว่าหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายดังที่ปรากฏในสามคดีข้างต้น เนื่องจากมีลักษณะเป็นการกำหนดว่าการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น นอกจากจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่นแล้ว ยังรวมไปถึงพื้นที่ซึ่งอยู่นอกเขตอำนาจอธิปไตยรัฐด้วย

แม้คำวินิจฉัยและคำพิพากษาดังข้างต้น จะมีบทบาทในการยืนยันหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายและเห็นว่าหลักการดังกล่าวมีผลเป็นการทั่วไปซึ่งมีผลเป็นการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม แต่ยังมีข้อจำกัด เช่น ในคดี Trail smelter มีการกำหนดให้ความเสียหายนั้นต้องมีหลักฐานที่ชัดเจนและเชื่อถือได้ ซึ่งอาจเป็นอุปสรรคต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม<sup>22</sup> โดยเฉพาะเมื่อคำนึงถึงความเสียหายที่เกิดกับสิ่งแวดล้อมที่มีลักษณะเฉพาะคือยากที่จะพิสูจน์ให้เห็นได้<sup>23</sup> ผู้เขียนเห็นว่าพันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายยังขาดความชัดเจนในแง่ของระดับอันตรายที่จะทำให้อาจต้องนำเอาหลักดังกล่าวมาปรับใช้ อีกทั้งการพิสูจน์ว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นและนำไปสู่การชดเชยเยียวยานั้นเป็นไปได้ยากเนื่องจากต้องมีหลักฐานที่พิสูจน์ได้ชัดเจน ซึ่งยังคงเป็นปัญหาในประเด็นความเสียหายที่เกิดกับสิ่งแวดล้อม นอกเหนือจากนี้ ในการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ ย่อมหลีกเลี่ยงได้ยากที่จะไม่เกิด

<sup>22</sup> Stephens, T., “International Courts and Environmental Protection.” Cambridge University Press, (2009) : 170.

<sup>23</sup> Harrison, James. "Reflections on the Role of International Courts and Tribunals in the Settlement of Environmental Disputes and the Development of International Environmental Law." Journal of environmental law (2013): 509.

ผลกระทบต่อรัฐริมน้ำอื่น จึงยังคงมีความไม่ชัดเจนว่ารัฐริมน้ำจะสามารถประนีประนอมหรือ แบ่งปัน การใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศโดยใช้หลักเกณฑ์ใดในการพิจารณา

#### 4.1.3 หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล (equitable and reasonable utilization)

ในกรณีของหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล ซึ่งจากการศึกษาในบทที่ ๒ พบว่า จะต้องมีการพิจารณาเป็นแต่ละกรณี โดยพิจารณาถึงปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมด เช่น ปัจจัยซึ่งเป็น ลักษณะตามธรรมชาติ เช่น ลักษณะทางภูมิศาสตร์ อุทกศาสตร์ อุทกวิทยาอุทกธรณีวิทยา สภาพ ภูมิอากาศนิเวศวิทยา ปัจจัยเกี่ยวกับความต้องการในการใช้น้ำ ทั้งทางสังคมและเศรษฐกิจของรัฐ ริมน้ำ และการพึ่งพาน้ำของประชากรตลอดจนการใช้น้ำที่มีอยู่ก่อน และปัจจัยที่เป็นผลกระทบจาก การใช้น้ำต่อรัฐริมน้ำอื่น เป็นต้น ซึ่งยังขาดความชัดเจนแน่นอน เนื่องจากปัจจัยที่ต้องนำมาพิจารณา นั้นมีหลายปัจจัย และต้องพิจารณาควบคู่กันไปโดยไม่มี ความชัดเจนเกี่ยวกับน้ำหนักความสำคัญของ แต่ละปัจจัยที่จะนำมาพิจารณา ว่ามีปัจจัยใดที่มีความสำคัญเหนือกว่าหรือไม่

คดีที่เข้าสู่การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและศาลระหว่างประเทศมี ลักษณะเป็นการสนับสนุนทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด และทฤษฎีผลประโยชน์ร่วม ของสังคม ซึ่งเป็นรากฐานของหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล นอกจากนี้ ยังปรากฏใน คดีต่างๆ ในประเด็นเกี่ยวกับปัจจัยในการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล เช่น ปัจจัยเกี่ยวกับ ผลกระทบที่อาจเกิดต่อรัฐอื่นหรือความเสียหายที่อาจเกิดจากการใช้น้ำซึ่งสอดคล้องกับพันธกรณีใน การไม่ก่อให้เกิดความเสียหายข้ามเขตแดน ดังปรากฏในคดี Trail smelter และ คดี the Corfu Channel และปัจจัยเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันระหว่างรัฐริมน้ำ ดังปรากฏในคดี Diversion of Water from the Meuse ซึ่งสะท้อนความสำคัญของปัจจัยที่สามารถนำมาพิจารณาได้ว่าการใช้น้ำ เป็นไปตามหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลหรือไม่

หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล ได้รับการบ่งชี้และยืนยันไว้ซึ่งต่อมาในคดี The Gabčíkovo-Nagymaros ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ยืนยันหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรม และสมเหตุสมผล โดยยอมรับสิทธิพื้นฐานของประเทศอ้างการว่ามีสิทธิใน ส่วนแบ่งอย่างเป็นธรรมและ สมเหตุสมผลในทรัพยากรน้ำระหว่างประเทศ<sup>24</sup> และอ้างถึงหลักผลประโยชน์ร่วมของสังคม ซึ่งเป็น

<sup>24</sup> Moreover, in practice, the operation of Variant C led Czechoslovakia to appropriate, essentially for its use and benefit, between 80 and 90 per cent of the waters of the Danube before returning them to the

รากฐานของการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล ตามที่ปรากฏในคดี the River Oder ตลอดจนพิจารณาถึงการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเสริมหลักการใช้น้ำที่มีใช้เพื่อการเดินเรือ และมีความเห็นว่าการควบคุมการใช้ทรัพยากรร่วมเพียงฝ่ายเดียวของประเทศเช็กโกสโลวาเกีย เป็นการกระทบกระเทือนสิทธิการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลของประเทศฮังการี<sup>25</sup> อีกทั้งยังได้ ยืนยันสถานะของหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล ว่ามีสถานะเป็นหลักกฎหมายจารีต ประเพณีระหว่างประเทศด้วย

หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล ปรากฏในคดี Pulp Mills on the River Uruguay ในฐานะของพันธกรณีที่ต้องมีการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำอย่างเหมาะสมที่สุดและ สมเหตุสมผล (The obligation to contribute to the optimum and rational utilization of the river) ซึ่งศาลเห็นว่า จะเกิดการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำอย่างเหมาะสมที่สุดและสมเหตุสมผลเมื่อ มีการปฏิบัติตามพันธกรณีตามสนธิสัญญาในการปกป้องสิ่งแวดล้อม และมีกลไกการจัดการทรัพยากร ร่วมกัน โดยรัฐคู่กรณีอาจกำหนดข้อบังคับและมาตรการที่จะปฏิบัติ<sup>26</sup> ซึ่งศาลได้มีการเพิ่มเติมว่า การ

---

main bed of the river, despite the fact that the Danube is not only a shared international watercourse but also an international boundary river. Czechoslovakia submitted that Variant C was essentially no more than what Hungary had already agreed to and that the only modifications made were those which had become necessary by virtue of Hungary's decision not to implement its treaty obligations. It is true that Hungary, in concluding the 1977 Treaty, had agreed to the damming of the Danube and the diversion of its waters into the bypass canal. But it was only in the context of a joint operation and a sharing of its benefits that Hungary had given its consent. The suspension and withdrawal of that consent constituted a violation of Hungary's legal obligations, demonstrating, as it did, the refusal by Hungary of joint operation; but that cannot mean that Hungary forfeited its basic right to an equitable and reasonable sharing of the resources of an international watercourse." *GabCikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I. C. J. Reports 1997, p. 7 Para 78

<sup>25</sup> "Modern development of international law has strengthened this principle for non-navigational uses of international watercourses as well, as evidenced by the adoption of the Convention of 21 May 1997 on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses by the United Nations General Assembly. The Court considers that Czechoslovakia, by unilaterally assuming control of a shared resource, and thereby depriving Hungary of its right to an equitable and reasonable share of the natural resources of the Danube - with the continuing effects of the diversion of these waters on the ecology of the riparian area of the Szigetkoz - failed to respect the proportionality which is required by international law," *GabCikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I. C. J. Reports 1997, p. 7 Para 85

<sup>26</sup> Optimum and rational utilization is to be achieved through compliance with the obligations prescribed by the 1975 Statute for the protection of the environment and the joint management of this

ใช้น้ำดังกล่าวจะไม่เป็นการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล (equitable and reasonable) หากผลประโยชน์ของรัฐริมน้ำอื่นในทรัพยากรที่ใช้ร่วมกัน และการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมมิได้ถูกนำมาพิจารณา<sup>27</sup>

คดีที่นำมาพิจารณาในข้างต้น สะท้อนว่าหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลจะเกิดขึ้นไม่ได้ หากรัฐริมน้ำมีการใช้น้ำฝ่ายเดียว โดยมิได้คำนึงถึงสิทธิในการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผล และเป็นธรรมของรัฐอื่น ตลอดจนการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ การปฏิบัติตามความตกลงระหว่างรัฐริมน้ำ โดยมีกลไกร่วมกันในการบริหารจัดการ ย่อมนำไปสู่การใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลด้วย

#### 4.1.4 หน้าที่ในการเจรจา (duty to negotiate)

หน้าที่ในการเจรจา (negotiate) สะท้อนถึงหน้าที่ของรัฐริมน้ำซึ่งต้องร่วมมือกัน (cooperate) ในการใช้และบริหารจัดการแม่น้ำระหว่างประเทศ โดยได้มีการเน้นย้ำถึงหน้าที่ในการเจรจาของรัฐริมน้ำในคดี the Gabčíkovo Nagymaros โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่า “มิใช่หน้าที่ของศาลในการจะตัดสินว่าผลสุดท้ายจากการเจรจาของรัฐคู่กรณีคืออะไร แต่เป็นรัฐคู่กรณีที่ต้องการทางออกร่วมกันภายใต้จุดมุ่งหมายของข้อตกลงที่ทำร่วมกัน ในลักษณะที่มีความร่วมมือ มีการบูรณาการ สอดคล้องกับบรรทัดฐานของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ และกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลำน้ำระหว่างประเทศ”<sup>28</sup>

---

shared resource. This objective must also be ensured through CARU, which constitutes “the joint machinery” necessary for its achievement, and through the regulations adopted by it as well as the regulations and measures adopted by the Parties. Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14 ,Para.173

<sup>27</sup> The Court wishes to add that such utilization could not be considered to be equitable and reasonable if the interests of the other riparian State in the shared resource and the environmental protection of the latter were not taken into account. Consequently, it is the opinion of the Court that Article 27 embodies this interconnectedness between equitable and reasonable utilization of a shared resource and the balance between economic development and environmental protection that is the essence of sustainable development.

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14 ,Para 177

<sup>28</sup> For the purposes of the present case, this means that the Parties together should look afresh at the effects on the environment of the operation of the GabCikovo power plant. In particular they must find a satisfactory solution for the volume of water to be released into the old bed of the Danube and into the side-arms on both sides of the river.

ทั้งนี้ศาลได้หยิบยกคำพิพากษาในคดี the North Sea Continental Shelf Cases มา กล่าวถึงซ้ำว่า คู่กรณีนั้นอยู่ภายใต้ “พันธกรณีในการเข้าสู่กระบวนการเจรจาและมีมุมมองที่จะเข้าสู่ การตกลง” ซึ่งไม่มีคู่ภาคีฝ่ายใดที่ควรจะยื่นกรณาท่าทีโดยปราศจากการเปลี่ยนแปลง และ “การ เจริญดังกล่าวดังกล่าวต้องมีความหมาย” อีกทั้งอ้างอิงถึงคดี the North Sea Continental Shelf Cases ว่า “รัฐมีพันธกรณีที่ต้องเจรจาดำเนินการตามหลักสุจริตเพื่อให้บรรลุถึงข้อตกลงในบริบทในบริบททางสิ่งแวดล้อม เกี่ยวกับพันธกรณีในการปรึกษาหารือและเจรจา”<sup>29</sup>

ในคดี the Pulp mill on the river Uruguay ศาลอ้างอิงถึงคดี the North Sea Continental Shelf Cases ในประเด็นเกี่ยวกับการเจรจาซ้ำอีกครั้ง<sup>30</sup> อีกทั้งพิจารณาเกี่ยวกับหน้าที่ ในการเจรจาว่า “การร่วมมือระหว่างรัฐภายใต้ความตกลงปี 1975 อยู่ภายใต้หลักสุจริต” สอดคล้อง กับหลักกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งสะท้อนใน Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 ว่า “สนธิสัญญาที่มีผลบังคับใช้นั้นมีผลผูกพันรัฐ และต้องปฏิบัติตามโดยสุจริต” ซึ่งพันธกรณีที่ จำเป็นต่อความร่วมมือภายใต้ความตกลง ปี 1975 ก็เช่นกัน และศาลได้หยิบยกคดี Nuclear Tests ว่า “ในการปฏิบัติตามพันธกรณีทางกฎหมาย ไม่ว่าจะพันธกรณีที่มีแหล่งที่มาใด ต้องเป็นไปโดย สุจริต”<sup>31</sup> ทั้งนี้ ศาลเห็นว่า “กลไกความร่วมมือตามความตกลงปี 1975 จะไม่เป็นผลหากคู่กรณีที่ไม่เริ่ม

---

It is not for the Court to determine what shall be the final result of these negotiations to be conducted by the Parties. It is for the Parties themselves to find an agreed solution that takes account of the objectives of the Treaty, which must be pursued in a joint and integrated way, as well as the norms of international environmental law and the principles of the law of international watercourses. The Court will recall in this context that, as it said in the North Sea Continental Shelf cases: “[the Parties] are under an obligation so to conduct themselves that the negotiations are meaningful, which will not be the case when either of them insists upon its own position without contemplating any modification of it” (I.C.J. Reports 1969, p. 47, para. 85).

GabCikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, 1. C. J. Reports 1997, para 140 - 141.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> The Court has also had occasion to draw attention to the characteristics of the obligation to negotiate and to the conduct which this imposes on the States concerned: “[the Parties] are under an obligation so to conduct themselves that the negotiations are meaningful” (North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 47, para. 85).

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, para. 146.

<sup>31</sup> The Court notes, moreover, that the 1975 Statute is perfectly in keeping with the requirements of international law on the subject, since the mechanism for co-operation between States is governed by the principle of good faith. Indeed, according to customary international law, as reflected in Article 26 of the

โครงการ อนุญาตหรือเริ่มโครงการโดยไม่รอให้กลไกดังกล่าวบรรลุผล และในกรณีเช่นนั้น การเจรจา ระหว่างคู่กรณีก็ไม่มีผลจำเป็นอีก”<sup>32</sup> ซึ่งความสำคัญของหน้าที่ในการร่วมมือ (co-operate) นั้น ศาลได้ให้น้ำหนักความสำคัญว่า “โดยการร่วมมือกัน รัฐที่เกี่ยวข้องสามารถที่จะร่วมบริหารจัดการ กฎเกณฑ์เกี่ยวกับความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมที่เป็นผลมาจากโครงการที่รัฐริมน้ำฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือ ทั้งสองรัฐอาจริเริ่มขึ้น เพื่อเป็นการป้องกันความเสียหาย”<sup>33</sup> อย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่า “พันธกรณีในการเจรจามีได้มีนัยของพันธกรณีในการบรรลุข้อตกลง” โดยอ้างถึงคดี *Railway Traffic between Lithuania and Poland*<sup>34</sup>

---

1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, “[e]very treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith”. That applies to all obligations established by a treaty, including procedural obligations which are essential to co-operation between States. The Court recalled in the cases concerning Nuclear Tests (Australia v. France) (New Zealand v. France): “One of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith. Trust and confidence are inherent in international co-operation . . .” (Judgments, I.C.J. Reports 1974, p. 268, para. 46, and p. 473, para. 49; see also *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1988, p. 105, para. 94.)

*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, para. 145.

<sup>32</sup> In the view of the Court, there would be no point to the co-operation mechanism provided for by Articles 7 to 12 of the 1975 Statute if the party initiating the planned activity were to authorize or implement it without waiting for that mechanism to be brought to a conclusion. Indeed, if that were the case, the negotiations between the parties would no longer have any purpose.

*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, para. 147.

<sup>33</sup> . The Court observes that it is by co-operating that the States concerned can jointly manage the risks of damage to the environment that might be created by the plans initiated by one or other of them, so as to prevent the damage in question, through the performance of both the procedural and the substantive obligations laid down by the 1975 Statute. However, whereas the substantive obligations are frequently worded in broad terms, the procedural obligations are narrower and more specific, so as to facilitate the implementation of the 1975 Statute through a process of continuous consultation between the parties concerned. The Court has described the régime put in place by the 1975 Statute as a “comprehensive and progressive régime” (*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Provisional Measures, Order of 13 July 2006, I.C.J. Reports 2006, p. 133, para. 81), since the two categories of obligations mentioned above complement one another perfectly, enabling the parties to achieve the object of the Statute which they set themselves in Article 1.

*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, para. 77

<sup>34</sup> Given that “an obligation to negotiate does not imply an obligation to reach an agreement” (*Railway Traffic between Lithuania and Poland*, Advisory Opinion, 1931, P.C.I.J., Series A/B, No. 42, p. 116), it

ผู้เขียนเห็นว่า หน้าที่ในการเจรจาตั้งปรากฏในคำพิพากษาข้างต้น มีลักษณะเป็นการยืนยัน หน้าที่ในการเจรจาของรัฐ เนื่องจากคดี the Gabčíkovo Nagymaros ตัดสินในปี 1997 ขณะที่คดี the Pulp mill on the river Uruguay ตัดสินในปี 2010 โดยมีระยะเวลาห่างกันกว่าสิบปี แต่ แนวทางของคำพิพากษา ยังเป็นลักษณะที่กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ในการเจรจา โดยต้องเป็นการเจรจา ภายใต้อหุสัญญาเพื่อหาทางออกร่วมกัน อย่างไรก็ตาม แม้หน้าที่ในการเจรจาตั้งกล่าวเป็นไปเพื่อให้เกิดทางแก้ไขปัญหาที่ได้รับการยอมรับ แต่ยังไม่ชัดเจนเนื่องจากหน้าที่ในการเจรจาต้องเป็นไป ตามหลักสุจริต และหลักสุจริตในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมนั้น ต้องพิจารณาจากแนวทางปฏิบัติ ที่รัฐ อาจต้องนำเอากฎหมายทั้งกฎหมายที่มีผลบังคับใช้แล้วและกฎหมายที่มีแนวโน้มว่าจะเป็นกฎหมายใน อนาคตมาช่วยในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการเจรจาเกี่ยวกับผลประโยชน์ของผู้มีส่วน ได้เสียในแต่ละกรณี ซึ่งมีขอบเขตที่กว้าง ทั้งนี้ การเจรจาจะประสบผลในลักษณะการร่วมมือกันของ รัฐได้ ในกรณีที่การเจรจานั้นเกิดขึ้นก่อนการที่รัฐจะตัดสินใจดำเนินโครงการใดๆ กับแม่น้ำระหว่าง ประเทศ

จากการศึกษาบทบาทในการบังคับและยืนยันสถานะของหลักกฎหมาย ดังปรากฏในคำวินิจฉัย และคำพิพากษา พบว่าคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และศาลระหว่างประเทศ ได้มีการหยิบ ยกแนวทางของคำวินิจฉัยและคำพิพากษาในคดีเดิม เพื่อเป็นการให้เหตุผลเกี่ยวกับการมีอยู่และการ ยอมรับหลักทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด พันธกรณีในการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล และหน้าที่ในการเจรจา ซึ่งล้วนแต่เป็นหลักกฎหมายที่ มีบทบาทในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ ทำให้รัฐมีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตาม หลักกฎหมายดังกล่าว อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายเหล่านี้ ยังมีความไม่ชัดเจนในด้านเนื้อหา ซึ่ง จะได้พิจารณาถึงบทบาทของคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และศาลยุติธรรม ระหว่างประเทศ ในการให้ความกระจ่างต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการคุ้มครอง สิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศต่อไป

#### 4.2 บทบาทในการให้ความกระจ่างต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

---

remains for the Court to examine whether the State initiating the plan is under certain obligations following the end of the negotiation period provided for in Article 12.

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, para.150

หลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของรัฐริมน้ำในการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศยังไม่ชัดเจน ซึ่งในการพิจารณาคดีของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและศาลระหว่างประเทศ ได้มีการให้เหตุผลในทางกฎหมาย ทำให้หลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของรัฐริมน้ำมีความชัดเจนมากขึ้นทั้งในแง่ขอบเขตและการนำมาปรับใช้

#### 4.2.1 พันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (the obligation to prevent transboundary harm)

พันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย เป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการยืนยันในคำวินิจฉัยและคำพิพากษาในหลายคดี ซึ่งได้มีการเพิ่มเติมเนื้อหาและขอบเขตของพันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายมากขึ้น ซึ่งพันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายนี้ เริ่มปรากฏในคดี Trail smelter ว่า “ภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่มีรัฐใดมีสิทธิที่จะใช้หรืออนุญาตให้ใช้ดินแดนของรัฐนั้นในลักษณะที่จะก่อให้เกิดความเสียหายโดยกลุ่มควันในดินแดนของรัฐอื่นหรือต่อทรัพย์สินของประชาชนภายในรัฐนั้น เมื่อกรณีดังกล่าวมีความร้ายแรงและความเสียหายมีหลักฐานที่เชื่อถือได้และชัดเจน” ซึ่งขอบเขตของพันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายในคดีนี้ มีลักษณะเป็นกรณีของมลพิษทางอากาศ โดยที่ไม่ได้กำหนดระดับของความเสียหาย ซึ่งจะจัดว่าเป็นความเสียหายในระดับที่ร้ายแรงไว้ อีกทั้งกำหนดให้ต้องมีหลักฐานที่เชื่อถือได้และชัดเจน ซึ่งในระยะเวลาดังกล่าว เมื่อมีการพัฒนาของวิทยาศาสตร์มากขึ้น ความเสียหายที่เกิดต่อสิ่งแวดล้อมนั้นยากที่จะประเมินหรือตรวจสอบ ทำให้เป็นการยากที่จะพิสูจน์หรือแสดงหลักฐานที่ชัดเจนในกรณีที่เกิดหรืออาจเกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมได้

พันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย ได้รับการยืนยันในคดี The Corfu Channel ว่า รัฐมีพันธกรณีในการแจ้งเตือนในกรณีที่จะเกิดความเสียหายต่อรัฐอื่น “ซึ่งพันธกรณีในการแจ้งเตือนดังกล่าวนั้น ศาลเห็นว่า มีพื้นฐานมาจากหลักการที่รัฐต้องไม่อนุญาตให้มีการใช้ดินแดนของตนในลักษณะที่ขัดกับสิทธิของรัฐอื่น ซึ่งเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไป กล่าวคือ รัฐมีพันธกรณีที่จะไม่อนุญาตให้มีการใช้ดินแดนของตนโดยขัดกับสิทธิของรัฐอื่น” ซึ่งในคดีนี้ มีการขยายความพันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย ในลักษณะที่ทำให้สามารถนำพันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายไปปรับใช้กับความเสียหายในลักษณะอื่นนอกเหนือไปจากมลพิษ อีกทั้งยังมีผลบังคับเป็นการทั่วไป (erga omnes) ซึ่งทำให้พันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายมีความชัดเจนมากขึ้นในด้านเนื้อหา

ในคดี Lake Lanoux มีการอ้างถึงพันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย โดยได้มีการขยายความว่า “ความเสียหายนั้นต้องมีความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญ (significant) โดยเห็นว่าการที่รัฐ



หนึ่งจะใช้น้ำ ต้องมีการประเมินความเสี่ยงของผลกระทบการใช้ที่มีต่อรัฐริมน้ำที่ใช้น้ำร่วมกัน ทั้งนี้ ต้องแจ้งเตือนแก่รัฐริมน้ำอื่น หากการใช้น้ำจะส่งผลกระทบต่ออย่างมีนัยสำคัญ และต้องมีพันธกรณีด้านส ัญญาบัตรอื่นๆ ตามมาโดยที่การแจ้งเตือนรัฐอื่นนั้นไม่ได้มีลักษณะเป็นการขอความเห็นชอบ”<sup>35</sup>

ต่อมาในคดี Gabcikovo-Nagymeros ประเด็นเรื่องความเสียหายข้ามเขตแดนได้รับความสำคัญมากขึ้น แม้ว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีได้พิจารณาถึงหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายไว้โดยตรง แต่ก็ยอมรับว่าหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย ตามคดี Trail smelter นั้น มีฐานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และย้ำสิ่งที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เคยกล่าวไว้ในความเห็นแนะนำกรณี Nuclear Weapon ว่า “พันธกรณีทั่วไปของรัฐในการทำให้มั่นใจว่า กิจกรรมภายในเขตอำนาจของรัฐจะกระทำไปโดยเคารพต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่น หรือพื้นที่ที่อยู่นอก เขตอำนาจรัฐ นั้นมีปรากฏอยู่ และในปัจจุบันได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม”<sup>36</sup> โดยในคดีนี้ ศาลได้พิจารณาถึงอันตราย (peril) ที่จะเกิดกับสิ่งแวดล้อม ในประเด็นความจำเป็นทางสิ่งแวดล้อม ที่รัฐอาจอ้างถึงเพื่อให้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบต่อความเสียหาย<sup>37</sup> และเห็นว่าอันตรายที่จะเกิดกับสิ่งแวดล้อมนั้นใช้ระยะเวลาานาน และมีความไม่แน่นอน ซึ่งไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่จะอ้างภาวะจำเป็นได้<sup>38</sup>

<sup>35</sup> Lake Lanoux Arbitration (France V. Spain) (1957) 12 R.I.A.A. 281; 24 I.L.R. 101 para.20

<sup>36</sup> “the existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or areas beyond national control is now part of the corpus of international law relate to environment” Gabcikovo-Nagymeros Project case [1997] ICJ Rep 7. [53]

<sup>37</sup> GabCikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, 1. C. J. Reports 1997, p. 39. Para. 48.

<sup>38</sup> The Court will begin by considering the situation at Nagymeros. As has already been mentioned (see paragraph 40), Hungary maintained that, if the works at Nagymeros had been carried out as planned, the environment - and in particular the drinking water resources - in the area would have been exposed to serious dangers on account of problems linked to the upstream reservoir on the one hand and, on the other, the risks of erosion of the riverbed downstream. The Court notes that the dangers ascribed to the upstream reservoir were mostly of a long-term nature and, above all, that they remained uncertain. Even though the Joint Contractual Plan envisaged that the Gab Eikovo power plant would "mainly operate in peak-load time and continuously during high water", the final rules of operation had not yet been determined (see paragraph 19 above); however, any dangers associated with the putting into service of the Nagymeros portion of the Project would have been closely linked to the extent to which it was operated in peak mode and to the modalities of such operation. It follows that, even if it could have been established - which, in the Court's appreciation of the evidence before it, was not the case - that the reservoir would ultimately have constituted a "grave peril" for the environment in the area, one would be bound to conclude that the peril

ต่อมาในคดี Pulp Mills on the River Uruguay มีการสร้างความชัดเจนให้กับหลักการป้องกัน (principle of prevention)<sup>39</sup> ว่ารัฐต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควร (due diligence) ซึ่งเป็นฐานของหลักการป้องกัน (prevention) และอ้างถึงคดี the Corfu Channel ว่ารัฐมีหน้าที่ตามกฎหมายจารีตประเพณีในการป้องกันความเสียหายข้ามเขตแดน โดยอาจใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการแจ้งทันทีที่เป็นไปได้ (as soon as possible) เมื่อมีการกระทำหรือโครงการที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายข้ามเขตแดน และมีแผนการที่มากพอในการที่จะประเมินเบื้องต้นว่าจะเกิดความเสียหายหรือไม่ โดยไม่จำเป็นต้องให้ข้อมูลที่สมบูรณ์ทั้งหมด<sup>40</sup>

จากคดีที่นำมาพิจารณาในข้างต้น พบว่า พันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย มีความชัดเจนมากขึ้น โดยมีการขยายขอบเขตให้สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีที่เกิดความเสียหายด้านอื่น นอกเหนือจากมลพิษ ความเสียหายดังกล่าวต้องมีลักษณะที่มีนัยสำคัญ โดยที่ในการปฏิบัติตามพันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น รัฐอาจมีพันธกรณีอื่น เช่น พันธกรณีในการแจ้งเตือน

---

was not "imminent" at the time at which Hungary suspended and then abandoned the works relating to the dam.

GabCikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, 1. C. J. Reports 1997, p. 39. Para. 55.

<sup>39</sup> The Court points out that the principle of prevention, as a customary rule, has its origins in the due diligence that is required of a State in its territory. It is "every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States" (Corfu Channel (United Kingdom v. Albania), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949, p. 22). A State is thus obliged to use all the means at its disposal in order to avoid activities which take place in its territory, or in any area under its jurisdiction, causing significant damage to the environment of another State. This Court has established that this obligation "is now part of the corpus of international law relating to the environment" (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I), p. 242, para. 29).

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, para 101.

<sup>40</sup> The Court considers that the State planning activities referred to in Article 7 of the Statute is required to inform CARU as soon as it is in possession of a plan which is sufficiently developed to enable CARU to make the preliminary assessment (required by paragraph 1 of that provision) of whether the proposed works might cause significant damage to the other party. At that stage, the information provided will not necessarily consist of a full assessment of the environmental impact of the project, which will often require further time and resources, although, where more complete information is available, this should, of course, be transmitted to CARU to give it the best possible basis on which to make its preliminary assessment. In any event, the duty to inform CARU will become applicable at the stage when the relevant authority has had the project referred to it with the aim of obtaining initial environmental authorization and before the granting of that authorization

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, para 105

พันธกรณีในการป้องกันโดยต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควร การแจ้งให้ทราบในกรณีที่น่าจะก่อให้เกิดความเสียหาย โดยที่ปรากฏในคดี the pulp mill ;การแจ้งเตือนนั้นควรเป็นการแจ้งเตือนโดยเร็วและไม่ต้องรอให้การประเมินผลกระทบหรือความเสียหายดังกล่าวนั้นสมบูรณ์ ซึ่งสะท้อนถึงความต้องการที่จะปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมมากขึ้น จากเดิมที่มีลักษณะเป็นเพียงการกำหนดหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายโดยมีวัตถุประสงค์ในการชดเชยเยียวยาความเสียหายให้กับรัฐที่ได้รับผลกระทบ ดังเช่นในคดี Trail smelter

#### 4.2.2 หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล

หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล เป็นหลักเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของรัฐริมน้ำที่มีความสำคัญ แต่ยังไม่ชัดเจนแน่นอน เนื่องจากต้องนำไปปัจจัยที่เกี่ยวข้องในแต่ละกรณีมาพิจารณา โดยที่ไม่มีลำดับในการพิจารณาก่อนหลัง เพื่อพิจารณาว่าการใช้น้ำหรือการใช้น้ำระหว่างประเทศในลักษณะดังกล่าวมีความเป็นธรรมและสมเหตุสมผลหรือไม่ ซึ่งหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล ปรากฏในคดี GabCikovo-Nagymaros โดยศาลได้พิจารณาโดยหยิบยกหลักทฤษฎีผลประโยชน์ร่วมของสังคมในคดี the river Oder ว่า “รัฐมีสิทธิทางกฎหมายร่วมกันในการใช้ทรัพยากรร่วม” ทั้งนี้ ศาลเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศที่พัฒนาในปัจจุบันสร้างความเข้มแข็งให้กับกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้น้ำระหว่างประเทศที่มีใช้เพื่อการเดินเรือ ซึ่งในคดีนี้ “การควบคุมทรัพยากรร่วมฝ่ายเดียวเป็นการกระทบสิทธิของรัฐริมน้ำอื่นในการมีส่วนแบ่งอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมในทรัพยากรธรรมชาติของแม่น้ำดานูบ”<sup>41</sup> ซึ่งศาลพิจารณาหลักการใช้น้ำ

<sup>41</sup> In the view of the Court, an important consideration is that the effects of a countermeasure must be commensurate with the injury suffered, taking account of the rights in question.

In 1929, the Permanent Court of International Justice, with regard to navigation on the River Oder, stated as follows: "[the] community of interest in a navigable river becomes the basis of a common legal right, the essential features of which are the perfect equality of all riparian States in the user of the whole course of the river and the exclusion of any preferential privilege of any one riparian State in relation to the others" (Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder, Judgment No. 16, 1929, P. C. I. J., Series A, No. 23, p. 27).

Modern development of international law has strengthened this principle for non-navigational uses of international watercourses as well, as evidenced by the adoption of the Convention of 21 May 1997 on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses by the United Nations General Assembly

The Court considers that Czechoslovakia, by unilaterally assuming control of a shared resource, and thereby depriving Hungary of its right to an equitable and reasonable share of the natural resources of the Danube - with the continuing effects of the diversion of these waters on the ecology of the riparian area of the Szigetkoz - failed to respect the proportionality which is required by international law.

อย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม ในลักษณะส่วนแบ่ง และครอบคลุมไปถึงการใช้ทรัพยากรธรรมชาติของแม่น้ำ ซึ่งทำให้มีความชัดเจนต่อหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลมากขึ้น

ต่อมา ในคดี Pulp Mills on the River Uruguay ศาลเห็นว่าการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเหมาะสมนั้น ต้องมีการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิและความต้องการของรัฐริมน้ำในการใช้แม่น้ำเพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจและการค้า และพันธกรณีที่จะปกป้องคุ้มครองจากความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมจากการกระทำดังกล่าว<sup>42</sup> ซึ่งแสดงถึงการให้น้ำหนักความสำคัญกับปัจจัยด้านการพัฒนาทางเศรษฐกิจ และปัจจัยด้านการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม มีแนวโน้มสอดคล้องกับหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน โดยศาลได้แสดงอย่างชัดเจนว่า “นอกจากการประเมินประนีประนอมความต้องการระหว่างรัฐริมน้ำแล้ว ต้องสร้างสมดุลระหว่างการใช้น้ำและการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมโดยสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน” อีกทั้งได้เพิ่มเติมว่า “การใช้น้ำที่มีได้คำนึงถึงผลประโยชน์ในทรัพยากรร่วมและการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของรัฐริมน้ำอื่น จะนับว่าเป็นการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมไม่ได้”<sup>43</sup> ซึ่งมีนัยถึงการพิจารณาปัจจัยในลักษณะที่ต้องมีความสมดุล และคำนึงถึงปัจจัยด้าน

---

GabCikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, 1. C. J. Reports 1997, Para 85

<sup>42</sup> The Court considers that the attainment of optimum and rational utilization requires a balance between the Parties' rights and needs to use the river for economic and commercial activities on the one hand, and the obligation to protect it from any damage to the environment that may be caused by such activities, on the other. The need for this balance is reflected in various provisions of the 1975 Statute establishing rights and obligations for the Parties, such as Articles 27, 36, and 41. The Court will therefore assess the conduct of Uruguay in authorizing the construction and operation of the Orion (Botnia) mill in the light of those provisions of the 1975 Statute, and the rights and obligations prescribed therein

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, para 175

<sup>43</sup> Regarding Article 27, it is the view of the Court that its formulation reflects not only the need to reconcile the varied interests of riparian States in a transboundary context and in particular in the use of a shared natural resource, but also the need to strike a balance between the use of the waters and the protection of the river consistent with the objective of sustainable development. The Court has already dealt with the obligations arising from Articles 7 to 12 of the 1975 Statute which have to be observed, according to Article 27, by any party wishing to exercise its right to use the waters of the river for any of the purposes mentioned therein insofar as such use may be liable to affect the régime of the river or the quality of its waters. The Court wishes to add that such utilization could not be considered to be equitable and reasonable if the interests of the other riparian State in the shared resource and the environmental protection of the latter were not taken into account. Consequently, it is the opinion of the Court that Article 27 embodies this interconnectedness between equitable and reasonable utilization of a shared resource and

สิ่งแวดล้อมอย่างเท่าเทียมกับด้านเศรษฐกิจ กล่าวคือ การพัฒนาอย่างยั่งยืนเป็นปัจจัยในการใช้น้ำ  
 อย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลด้วย

จากคดีดังกล่าวข้างต้นแม้ว่าหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม ยังต้องมีการพิจารณา  
 ปัจจัยที่เกี่ยวข้องเป็นรายกรณี แต่ก็ยังมีความชัดเจนมากขึ้นในประเด็นที่การใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและ  
 สมเหตุสมผลต้องคำนึงถึงส่วนแบ่งอย่างเป็นธรรมในแม่น้ำและทรัพยากรธรรมชาติที่เกี่ยวข้องกับ  
 แม่น้ำระหว่างประเทศ ซึ่งมีการขยายขอบเขตของหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมมาก  
 ขึ้น อีกทั้งมีการชี้ชัดว่าปัจจัยทางเศรษฐกิจและสิ่งแวดล้อมนั้น มีน้ำหนักความสำคัญที่เท่าเทียมในการ  
 นำมาพิจารณา

#### 4.3 บทบาทในการพัฒนาหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและคำพิพากษาของศาลระหว่าง  
 ประเทศ มีบทบาทในการพัฒนาหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยการกำหนดนิยามของสิ่งแวดล้อม  
 ในลักษณะที่มีวัตถุประสงค์ให้เกิดการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม และการพัฒนาหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน  
 ซึ่งเป็นการบูรณาการหลักกฎหมายเข้ากับหลักเศรษฐศาสตร์ ซึ่งเป็นศาสตร์อื่นนอกเหนือจากกฎหมาย

##### 4.3.1 การให้นิยามของสิ่งแวดล้อม

การให้นิยามของสิ่งแวดล้อม มีปรากฏในคดี GabCikovo-Nagymaros ซึ่งได้อ้างถึงคดี  
 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons เพื่อรองรับเหตุผลของศาลในประเด็นที่ว่า  
 “ความสำคัญของการ ‘เคารพ’ สิ่งแวดล้อม มีความสำคัญมิใช่แต่ต่อรัฐ หากมีความสำคัญกับมวล  
 มนุษยชาติ โดย ‘สิ่งแวดล้อมนั้นมีได้เป็นแต่เพียงนามธรรม หากเป็นสิ่งแสดงถึงส่วนของสิ่งมีชีวิต  
 คุณภาพชีวิต สุขภาพมนุษย์ รวมถึงชนรุ่นหลังที่ยังไม่เกิด การมีอยู่ของพันธกรณีของรัฐในการทำให้  
 มั่นใจว่าการกระทำในเขตอำนาจและการควบคุมจะมีความเคารพต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่น หรือต่อ  
 สิ่งแวดล้อมนอกเขตอำนาจรัฐ ในปัจจุบันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม”<sup>44</sup> ซึ่ง

---

the balance between economic development and environmental protection that is the essence of  
 sustainable development.

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, para 177

<sup>44</sup> The Court has no difficulty in acknowledging that the concerns expressed by Hungary for its natural  
 environment in the region affected by the Gabtikovo-Nagymaros Project related to an "essential interest" of

การให้นำหนักความสำคัญต่อสิ่งแวดล้อมในลักษณะดังกล่าว ทำให้มีผลต่อหลักกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อม โดยในกรณีของพันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย ศาลได้พัฒนาไปในประเด็นที่ว่า การไม่ก่อให้เกิดความเสียหายดังกล่าว รวมไปถึงความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม ทั้งที่อยู่ในเขตอำนาจของรัฐอื่น และอยู่นอกเขตอำนาจรัฐ อีกทั้งยังมุ่งหมายให้การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมดังกล่าวเป็นการคุ้มครองที่สอดคล้องกับหลักความเป็นธรรมต่อชนรุ่นหลังด้วย เนื่องจากความเสียหายที่เกิดกับสิ่งแวดล้อมอาจมีลักษณะเป็นการสะสมที่กินระยะเวลายาวนานและไม่อาจแก้ไขให้กลับคืนดังเดิมได้ (irrevocable)

#### 4.3.2 แนวคิดในการพัฒนาอย่างยั่งยืน

หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน ได้รับการยอมรับในลักษณะของแนวคิด The Gabcikovo-Nagymaros อย่างไรก็ตาม หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน เป็นหลักการที่ถูกนำมาปรับใช้ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมอย่างมาก และยังคงขาดความชัดเจน เนื่องจากเป็นลักษณะของการพัฒนาที่ต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งมีขอบเขตที่กว้าง และไม่ชัดเจนว่าในกรณีของรัฐริมน้ำจะต้องมีการปฏิบัติหรือมีพันธกรณีที่จะทำให้เกิดการพัฒนาที่ยั่งยืนอย่างไร

---

that State, within the meaning given to that expression in Article 33 of the Draft of the International Law Commission.

The Commission, in its Commentary, indicated that one should not, in that context, reduce an "essential interest" to a matter only of the "existence" of the State, and that the whole question was, ultimately, to be judged in the light of the particular case (see Yearbook of the International Law Commission, 1980, Vol. II, Part 2, p. 49, para. 32); at the same time, it included among the situations that could occasion a state of necessity, "a grave danger to . . . the ecological preservation of all or some of [the] territory [of a State]" (ibid, p. 35, para. 3); and specified, with reference to State practice, that "It is primarily in the last two decades that safeguarding the ecological balance has come to be considered an 'essential interest' of all States." (ibid., p. 39, para. 14.)

The Court recalls that it has recently had occasion to stress, in the following terms, the great significance that it attaches to respect for the environment, not only for States but also for the whole of mankind:

"the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn. The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment." (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, pp. 241 -242, para. 29.)

Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997, Para 53

ในกรณีของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน ในคดี The Gabcikovo-Nagymaros ปรากฏในคำพิพากษาว่า “มนุษย์ได้ก่อให้เกิดผลเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมด้วยเหตุผลต่างๆ เช่น เหตุผลทางเศรษฐกิจ ซึ่งในอดีตเกิดจากการไม่คำนึงถึงผลกระทบที่จะเกิดกับสิ่งแวดล้อม แต่ในปัจจุบัน ความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และการตระหนักต่อความเสี่ยงที่จะเกิดกับสิ่งแวดล้อมของคนในยุคปัจจุบันและในอนาคตทำให้มาตรฐานและบรรทัดฐานใหม่ๆได้รับการพัฒนาขึ้นเป็นจำนวนมาก ซึ่งต้องนำมาพิจารณาเมื่อรัฐจะมีการกระทำใดๆ หรือดำเนินโครงการต่อเนื่องจากอดีต และต้องมีการประเมินประนีประนอมระหว่างการพัฒนาทางเศรษฐกิจและคุ้มครองสิ่งแวดล้อมซึ่งเป็นแนวคิดของการพัฒนาที่ยั่งยืน”<sup>45</sup> แนวคิดดังกล่าวมีบทบาทสำคัญในการแก้ไขปัญหาสิ่งแวดล้อม โดยประกอบไปด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศในด้านต่างๆ เช่น สิทธิมนุษยชน ความรับผิดชอบของรัฐ กฎหมายสิ่งแวดล้อม กฎหมายเศรษฐกิจและการอุตสาหกรรม และหลักการเป็นเพื่อนบ้านที่ดี เป็นต้น ซึ่งในการนำเอาหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนมาใช้ นั้น ต้องคำนึงถึงสมดุลระหว่างการคุ้มครองทางสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาทางเศรษฐกิจไปพร้อมๆกัน

ในคดี Pulp Mills on the River Uruguay ศาลอ้างถึงคำสั่งในวันที่ 13 กรกฎาคม 2006 ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ว่า “การใช้น้ำต้องก่อให้เกิดการพัฒนาที่ยั่งยืน โดยพิจารณาถึงความต้องการในการป้องกันการอนุรักษ์ที่ต่อเนื่อง และสิทธิในการพัฒนาทางเศรษฐกิจของรัฐริมน้ำ”<sup>46</sup> และหยิบยกแนวคิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนดังปรากฏในคดี The Gabcikovo-Nagymaros

<sup>45</sup> “Throughout the ages, mankind has, for economic and other reasons, constantly interfered with nature. In the past, this was often done without consideration of the effects upon the environment. Owing to new scientific insights and to a growing awareness of the risks for mankind -

for present and future generations - of pursuit of such interventions at an unconsidered and unabated pace, new norms and standards have been developed, set forth in a great number of instruments during the last two decades. Such new norms have to be taken into consideration, and such new standards given proper weight, not only when States contemplate new activities but also when continuing with activities begun in the past. This need to reconcile economic development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development. .

GabCikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997, 78, para. 140.

<sup>46</sup> The Court has observed in this respect, in its Order of 13 July 2006, that such use should allow for sustainable development which takes account of “the need to safeguard the continued conservation of the river environment and the rights of economic development of the riparian States” (Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Provisional Measures, Order of 13 July 2006, I.C.J. Reports 2006, p. 133, para. 80).

และได้พิจารณาว่า “ในการร่วมมือของรัฐ สามารถร่วมมือกันในการจัดการความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายกับสิ่งแวดล้อมจากแผนโครงการที่รัฐได้เริ่มไว้ โดยการปฏิบัติตามพันธกรณีทั้งทางสารบัญญัติและสัญญา โดยที่พันธกรณีทางสัญญามีลักษณะเป็นการเติมเต็มพันธกรณีทางสารบัญญัติซึ่งมีลักษณะที่กว้างกว่าและไม่เฉพาะเจาะจง”<sup>47</sup> อีกทั้งได้พิจารณาว่าการใช้น้ำต้อง “นอกจากการประนีประนอมความต้องการระหว่างรัฐริมน้ำแล้ว ต้องเป็นไปตามหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน โดย “สร้างสมดุลระหว่างการใช้น้ำและการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน”<sup>48</sup> ซึ่งสะท้อนถึงการนำเอาหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนมาปรับใช้ในลักษณะที่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันกับหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม ซึ่งเป็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับ

---

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, Para 75

<sup>47</sup> 77. The Court observes that it is by co-operating that the States concerned can jointly manage the risks of damage to the environment that might be created by the plans initiated by one or other of them, so as to prevent the damage in question, through the performance of both the procedural and the substantive obligations laid down by the 1975 Statute. However, whereas the substantive obligations are frequently worded in broad terms, the procedural obligations are narrower and more specific, so as to facilitate the implementation of the 1975 Statute through a process of continuous consultation between the parties concerned. The Court has described the régime put in place by the 1975 Statute as a “comprehensive and progressive régime” (Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Provisional Measures, Order of 13 July 2006, I.C.J. Reports 2006, p. 133, para. 81), since the two categories of obligations mentioned above complement one another perfectly, enabling the parties to achieve the object of the Statute which they set themselves in Article 1.

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, Para 77

<sup>48</sup> Regarding Article 27, it is the view of the Court that its formulation reflects not only the need to reconcile the varied interests of riparian States in a transboundary context and in particular in the use of a shared natural resource, but also the need to strike a balance between the use of the waters and the protection of the river consistent with the objective of sustainable development. The Court has already dealt with the obligations arising from Articles 7 to 12 of the 1975 Statute which have to be observed, according to Article 27, by any party wishing to exercise its right to use the waters of the river for any of the purposes mentioned therein insofar as such use may be liable to affect the régime of the river or the quality of its waters. The Court wishes to add that such utilization could not be considered to be equitable and reasonable if the interests of the other riparian State in the shared resource and the environmental protection of the latter were not taken into account. Consequently, it is the opinion of the Court that Article 27 embodies this interconnectedness between equitable and reasonable utilization of a shared resource and the balance between economic development and environmental protection that is the essence of sustainable development.

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, para 177



สิทธิหน้าที่ของรัฐริมน้ำที่เป็นกฎหมายแล้ว (lex lata) ทำให้เห็นลักษณะของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน ซึ่งประกอบไปด้วยหลักกฎหมายอื่น ๆ รวมกัน ว่าหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลเป็นส่วนหนึ่งของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนด้วย

#### 4.3.3 หลักการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมข้ามเขตแดน

ในประเด็นเรื่องการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมนั้น ในคดี the pulp mill on the river of Uruguay ศาลได้ยืนยันการมีอยู่ของ หลักการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมข้ามเขตแดน ว่าเป็นสิ่งที่รัฐต้องปฏิบัติ โดยศาลมีความเห็นว่า “ทั้งประเทศอาร์เจนตินาและประเทศอุรุกวัยต้องปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ข้อตกลงที่มีร่วมกัน ซึ่งในข้อ 41 ของความตกลงดังกล่าว กำหนดให้ต้องมีการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมเพื่อปกป้องและคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางน้ำ จากการกระทำที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม<sup>49</sup>” และศาลได้พิจารณาถึงคดี the Dispute Regarding Navigational and Related Rights<sup>50</sup> ว่า “มีสถานการณ์ที่คู่กรณีมีเจตนาภายใต้สนธิสัญญาที่จะก่อให้เกิดการพัฒนาของกฎหมายระหว่างประเทศ”<sup>51</sup> ซึ่งการปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศอาร์เจนตินาและประเทศอุรุกวัยข้อที่ 41 “ต้องตีความให้สอดคล้องกับแนวปฏิบัติซึ่งได้รับการยอมรับมากขึ้นจากรัฐในปัจจุบันว่า ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไปมีข้อกำหนดให้ต้องทำการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม เมื่อมีความเสี่ยงว่าการกระทำด้านอุตสาหกรรมจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในลักษณะข้ามเขตแดน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่จะเกิดผลกระทบในลักษณะดังกล่าวกับทรัพยากรที่ใช้อยู่ร่วมกัน นอกเหนือจากนี้ การใช้ความระมัดระวังตามสมควร (due diligence) หน้าที่ในการระแวดระวัง (duty of vigilance) และป้องกัน (prevention) ซึ่งถูกกล่าวถึงโดยนัย ไม่อาจเกิดขึ้นได้หากรัฐคู่กรณีมีแผนโครงการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อระบบของแม่น้ำหรือคุณภาพ

<sup>49</sup> Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, Para 204

<sup>50</sup> Dispute regarding Navigational and Related Rights. (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 213.

<sup>51</sup> “there are situations in which the parties’ intent upon conclusion of the treaty was, or may be presumed to have been, to give the terms used — or some of them — a meaning or content capable of evolving, not one fixed once and for all, so as to make allowance for, among other things, developments in international law” (Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 242, para. 64).

ของน้ำโดยที่มิได้มีการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นได้จากโครงการดังกล่าวนั้น”<sup>52</sup>

ในประเด็นเรื่องขอบเขตของการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมนั้น ศาลเห็นว่าไม่มีกฎหมายในระดับระหว่างประเทศที่มีผลบังคับระหว่างรัฐคู่กรณี แต่มีแนวทางในลักษณะของ soft law ที่ทั้งสองประเทศต้องปฏิบัติตาม โดยต้องกำหนดกฎเกณฑ์ในรายละเอียดตามกฎหมายภายในประเทศ โดยศาลมีความเห็นว่า “กฎหมายทั่วไปและสนธิสัญญาในปี 1975 ซึ่งเป็นความตกลงระหว่างประเทศอุรุกวัยและประเทศอาร์เจนตินา ไม่ได้กำหนดโดยเฉพาะเจาะจงถึงขอบเขตและเนื้อหาของรายงานการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม โดยที่ประเทศอาร์เจนตินาและประเทศอุรุกวัยมิได้เป็นภาคีของ The Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context 1991 (the Espoo Convention) อีกทั้ง Goals and Principles of Environmental Impact Assessment 1997 (UNEP EIA Goals and Principles) ซึ่งประเทศอาร์เจนตินาอ้างอิงก็มิได้มีผลผูกพันรัฐคู่กรณี อย่างไรก็ตาม รัฐคู่กรณีต้องนำ UNEP EIA Goals and Principles มาพิจารณาในฐานะที่เป็นแนวทางที่ออกโดยองค์การทางเทคนิคในระดับระหว่างประเทศ และออกมาตรการภายใต้กรอบของกฎหมายภายในรัฐและข้อตกลงปี 1975 นอกเหนือจากนี้ UNEP EIA Goals and Principles ได้กำหนดไว้แต่เพียง ‘ผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมในรายงานการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมต้องได้รับการประเมินข้อมูลในระดับที่ได้สัดส่วนกันกับความมีนัยสำคัญต่อสิ่งแวดล้อมของผลกระทบนั้น’ โดยไม่ได้กำหนดสิ่งบ่งชี้สำหรับส่วนประกอบหลักในขั้นต่ำของรายงานการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม นอกจากนี้ ในมุมมองของศาล เห็นว่าเป็นกรณีที่ขึ้นอยู่กับแต่ละรัฐที่จะกำหนดในขั้นตอนการอนุญาต หรือเกี่ยวกับการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในรายละเอียดและส่วนประกอบของแต่ละกรณี โดยสอดคล้องกับลักษณะตามธรรมชาติและขนาดของการพัฒนาซึ่งอาจมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ประกอบกับความต้องการในการใช้ความระมัดระวังตามสมควรเพื่อดำเนินการประเมินผลกระทบดังกล่าว ทั้งนี้ การประเมินผลกระทบต่อ

<sup>52</sup> In this sense, the obligation to protect and preserve, under Article 41 (a) of the Statute, has to be interpreted in accordance with a practice, which in recent years has gained so much acceptance among States that it may now be considered a requirement under general international law to undertake an environmental impact assessment where there is a risk that the proposed industrial activity may have a significant adverse impact in a transboundary context, in particular, on a shared resource. Moreover, due diligence, and the duty of vigilance and prevention which it implies, would not be considered to have been exercised, if a party planning works liable to affect the régime of the river or the quality of its waters did not undertake an environmental impact assessment on the potential effects of such works.

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, para 204.

สิ่งแวดล้อมต้องดำเนินการก่อนหน้าการดำเนินโครงการ (implementation) และเมื่อโครงการได้เริ่มขึ้น และเมื่อมีความจำเป็น ต้องมีการติดตามตรวจสอบผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมตลอดระยะเวลาที่มีการดำเนินโครงการดังกล่าวด้วย”<sup>53</sup>

ในกรณีของหลักการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ในคดี Pulp Mills on the River Uruguay ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ยืนยันถึงหลักการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ว่ามีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เนื่องจากได้พิจารณาถึงแนวปฏิบัติ (practice) ซึ่งการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมนี้ มีความสัมพันธ์ต่อหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย โดยจะช่วยให้อรัฐสามารถประเมินความเสี่ยงที่อาจเกิดจากการกระทำของตน และมีลักษณะสอดคล้องกับหลักการป้องกันล่วงหน้า ซึ่งเป็นหลักการที่สำคัญในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

บทบาทของคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ ในการยืนยันการมีอยู่ การสร้างความกระจ่าง และการพัฒนาหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศมีความสำคัญและจำเป็น เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศยังมีข้อจำกัด อีกทั้งสนธิสัญญาเกี่ยวกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศมีผลบังคับเฉพาะกับรัฐที่เป็นภาคี

---

<sup>53</sup> The Court observes that neither the 1975 Statute nor general international law specify the scope and content of an environmental impact assessment. It points out moreover that Argentina and Uruguay are not parties to the Espoo Convention. Finally, the Court notes that the other instrument to which Argentina refers in support of its arguments, namely, the UNEP Goals and Principles, is not binding on the Parties, but, as guidelines issued by an international technical body, has to be taken into account by each Party in accordance with Article 41 (a) in adopting measures within its domestic regulatory framework. Moreover, this instrument provides only that the “environmental effects in an EIA should be assessed with a degree of detail commensurate with their likely environmental significance” (Principle 5) without giving any indication of minimum core components of the assessment. Consequently, it is the view of the Court that it is for each State to determine in its domestic legislation or in the authorization process for the project, the specific content of the environmental impact assessment required in each case, having regard to the nature and magnitude of the proposed development and its likely adverse impact on the environment as well as to the need to exercise due diligence in conducting such an assessment. The Court also considers that an environmental impact assessment must be conducted prior to the implementation of a project. Moreover, once operations have started and, where necessary, throughout the life of the project, continuous monitoring of its effects on the environment shall be undertaken.

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, para 205.

เท่านั้น การรับรองว่าหลักกฎหมายดังกล่าวมีสภาพบังคับเป็นการทั่วไป หรือได้รับการยืนยันว่ามีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณี จะทำให้หลักกฎหมายดังกล่าวสามารถปรับใช้ได้โดยไม่ต้องมีสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่มีสภาพบังคับกับรัฐริมน้ำ ทั้งนี้ หลักกฎหมายด้านสารบัญญัติ คือ ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน พันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย และหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม มีลักษณะเป็นหลักการกว้างๆ ไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้อย่างชัดเจน และต้องนำเอาหลักกฎหมายสบัญญัติเข้ามาเสริมเพื่อให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์และจุดมุ่งหมาย โดยที่คณะอนุญาโตตุลาการและศาลมีบทบาทในการขยายขอบเขตของหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของรัฐริมน้ำให้มีความครอบคลุม และเพิ่มเติมพันธกรณีในทางสบัญญัติต่างๆ เช่น การแจ้งเตือน การประเมินความเสี่ยง ซึ่งสร้างความชัดเจนมากขึ้น

ในประเด็นการพัฒนาหลักกฎหมายระหว่างประเทศ คำวินิจฉัยและคำพิพากษาที่นำมาพิจารณา สะท้อนให้เห็นถึงการให้คุณค่าของสิ่งแวดล้อม ในฐานะที่รัฐต้องเคารพ แสดงถึงความตระหนักในลักษณะพิเศษของผลกระทบหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสิ่งแวดล้อมที่มีอาจแก้ไขให้กลับคืนดังเดิมได้ นำไปสู่การสร้างสมดุลระหว่างการพัฒนาและการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ซึ่งในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม มีแนวโน้มเป็นการป้องกันความเสียหายมากขึ้น โดยกำหนดให้มีการประเมินผลกระทบที่จะเกิดต่อสิ่งแวดล้อม ที่แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลบังคับใช้กับรัฐ แต่ก็ต้องปฏิบัติตามแนวทางของกฎหมายที่มีลักษณะเป็น soft law ดังเช่นในคดี pulp mill ที่ศาลให้น้ำหนักการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในลักษณะของแนวทางปฏิบัติที่ได้รับการยอมรับ และรัฐต้องปฏิบัติตาม อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์เหล่านี้ เป็นเพียงกรอบในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเท่านั้น และรัฐต้องออกกฎหมายภายในของรัฐในรายละเอียด เพื่อให้บรรลุผลในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมดังกล่าว

เมื่อพิจารณาถึงคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการ และคำพิพากษาของศาล พบว่ายังมีลักษณะที่เคร่งครัด หลีกเลียงที่จะพิจารณาหรือวินิจฉัยในหลายกรณี เช่น ในคดี GabCikovo-Nagymaros ซึ่งศาลให้รัฐคู่กรณีเจรจาตกลงเพื่อกำหนดเกี่ยวกับการใช้แม่น้ำร่วมกัน โดยที่ศาลไม่เข้ามาแทรกแซง อีกทั้งยังรับรองหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในฐานะของกฎหมาย ซึ่งต่างจากความเห็นของผู้พิพากษาที่มีลักษณะเป็นการพัฒนาที่ก้าวหน้า (progressive development) มากกว่า ซึ่งลักษณะที่ศาลระหว่างประเทศเห็นว่า รัฐริมน้ำควรเข้าสู่การเจรจา โดยผ่านกลไกที่มีอยู่แล้วนั้น สะท้อนลักษณะของความร่วมมือของรัฐริมน้ำ ที่ควรมีข้อตกลงระหว่างกัน และกำหนดกลไก เช่น คณะกรรมาธิการ เพื่อทำหน้าที่ในการบริหารจัดการสิ่งแวดล้อมให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิหน้าที่ของรัฐริมน้ำเหล่านี้

## บทที่ 5

### บทสรุป และข้อเสนอแนะ

คำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ และคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ ตลอดจนความเห็นของผู้พิพากษา มีบทบาทต่อการพัฒนาของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ แม้ว่าเนื้อหาของคดีจะไม่ได้เกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศโดยตรง แต่มีลักษณะที่เป็นการนำหลักกฎหมายที่มีอยู่มาพิจารณาปรับใช้ เช่น หลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน โดยมีการตีความและขยายขอบเขตให้สามารถนำมาใช้กับข้อเท็จจริงในคดีได้ โดยพัฒนาเป็นพื้นฐานของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม บทบาทของคำวินิจฉัยและคำพิพากษายังมีข้อจำกัด เนื่องจากจำนวนคดีที่ขึ้นสู่การพิจารณามีจำนวนไม่มากนัก และคณะอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนศาลยังคงมีลักษณะการพิจารณาคดีโดยพิจารณาตามคำขอของคู่ความและไม่ได้มีการพัฒนาหลักกฎหมายระหว่างประเทศในลักษณะที่ก้าวหน้าและเด่นชัด

#### 5.1 บทสรุป

##### (1) การพัฒนาแนวคิดในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมมีการพัฒนาขึ้นมา นับแต่อดีตจนปัจจุบัน และเป็นไปตามความตระหนักรู้และบริบททางสังคมประกอบกับการพัฒนาของวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ซึ่งคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ ได้แสดงให้เห็นพัฒนาการของแนวคิดในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม จากแนวคิดในการชดเชยเยียวยาเมื่อมีความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมเกิดขึ้นซึ่งพัฒนาเป็นการป้องกันมิให้เกิดความเสียหาย โดยเริ่มจากความกังวลกับความเสียหายที่เกิดขึ้นในคดี *Trail Smelter* และกำหนดค่าชดเชยเยียวยาเกี่ยวกับความเสียหายที่เกิดจากมลพิษทางอากาศ โดยไม่ได้พิจารณาถึงความเสียหายที่อาจเกิดกับแม่น้ำเลย จนกระทั่งมาสู่การให้ความสนใจกับความเสียหายที่เกิดต่อสภาพสิ่งแวดล้อมมากขึ้น ดังปรากฏในคดี *Nuclear Test* ซึ่งรัฐคู่กรณีและผู้พิพากษามีความเห็นที่สอดคล้องกับการพัฒนาของวิทยาศาสตร์ ทำให้เห็นถึงผลความเสียหายที่เกิดกับสิ่งแวดล้อม ที่มีลักษณะพิเศษคือมีการสะสม ใช้ระยะเวลาที่ยาวนานกว่าจะเห็นผล และอาจไม่สามารถทำให้คืนกลับสู่สภาพเดิมได้นำไปสู่การที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ให้ความสนใจกับการป้องกันความเสียหายที่จะเกิดกับสิ่งแวดล้อมมากขึ้นกว่าที่จะเป็นลักษณะการกำหนดค่าเสียหาย เมื่อมีความเสียหายดังกล่าวเกิดขึ้นแล้ว ดังจะเห็นได้จากคดี *the Pulp mill on the*

River Uruguay ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่ารัฐมีหน้าที่ที่จะทำการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม อันสอดคล้องกับหลักการป้องกันล่วงหน้า และหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย การพัฒนาแนวคิดในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในลักษณะดังกล่าว นอกจากจะเป็นการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ก่อนที่จะเกิดความเสียหายขึ้น ยังสะท้อนถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและเทคโนโลยี ซึ่งต้องมีการพัฒนาให้เท่าทันควบคู่กันไป

## (2) การพัฒนาบรรทัดฐานใหม่ซึ่งช่วยในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

หลักกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ เริ่มมีการพัฒนา และมีการเกิดขึ้นของบรรทัดฐานใหม่ๆ ในลักษณะ soft law ซึ่งปรากฏในลักษณะของเอกสารทางกฎหมายที่ได้มีผลผูกพัน เช่น ปฏิญญา แม้ว่าในภายหลังจะมีการนำเอาบรรทัดฐานเหล่านั้นไปประมวลไว้ในสนธิสัญญา เกี่ยวกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศหลายฉบับ แต่ก็ยังมีผลบังคับใช้เฉพาะกับรัฐที่เป็นภาคี ขณะที่คณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและศาลระหว่างประเทศยังมีได้ให้การรับรองบรรทัดฐานเหล่านั้นในฐานะของกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย (lex lata) การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศจึงยังไม่สมบูรณ์และไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร เนื่องจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของรัฐมีน้ำที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายยังขาดความชัดเจนแน่นอน เช่น หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล ยังต้องพิจารณาเป็นรายกรณีโดยไม่มีข้อสรุปถึงการให้น้ำหนักความสำคัญของแต่ละปัจจัยในการใช้น้ำ ขณะที่พันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายยังไม่มิลักษณะของการป้องกันล่วงหน้า (precautionary) ที่ชัดเจน หากมีการยอมรับบรรทัดฐานใหม่ๆ ที่มีผลเป็นการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเหล่านั้น ย่อมเป็นการเติมเต็มการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศได้มากขึ้น

## (3) การจำกัดบทบาทของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและศาลระหว่างประเทศในการพิจารณาคดี

แม้คณะอนุญาโตตุลาการและศาลมิได้มีบทบาทในการสร้างหลักกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก็มีบทบาทอย่างมากในการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศ โดยการให้เหตุผลทางกฎหมายในคดี ทั้งนี้ ศาลระหว่างประเทศ เลี่ยงที่จะมีการพิพากษาในบางคดี เช่น คดี Nuclear test ซึ่งมีได้มีการพิจารณาเนื้อหาของคดี และในคดีที่เกี่ยวข้องกับแม่น้ำระหว่างประเทศโดยตรง หรือคดี Diversion of Water from the Meuse ซึ่งศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศไม่ได้นำหลักกฎหมายเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศเข้ามาพิจารณา อีกทั้งศาลยังจำกัดบทบาทตัวเอง ดังจะเห็นได้จากคดี pulp mill ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจำกัดบทบาทตนเองลง โดยเพียงแต่ตีความและปรับใช้สิทธิและ

พันธกรณีตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องและให้อำนาจ แต่ไม่ได้พิจารณาไปถึงแนวทางแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดในอนาคต แม้ว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้อง คือ statute of river Uruguay 1975 จะเปิดโอกาสไว้ โดยเน้นให้รัฐคู่กรณีเจรจาตกลงกันเอง ทำให้บทบาทของคำพิพากษาศาลและคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการมีบทบาทต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศน้อยกว่าที่ควร

(4) ข้อจำกัดในแง่ของปริมาณคดีเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศที่เข้าสู่การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและศาลระหว่างประเทศ

จำนวนของคดีที่เข้าสู่การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและศาลระหว่างประเทศ มีจำนวนไม่มากนัก โดยนับแต่ปี 1929 (คดี the River Oder) จนถึงปี 2010 (คดี Pulp Mills on the River Uruguay) มีคดีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศเพียง 9 คดี โดยที่บางคดีได้มีการเอาหลักกฎหมายเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศมาพิจารณา และบางคดีได้มีการพิจารณาในประเด็นเนื้อหาของคดี แต่ก็มีผลเป็นการวางรากฐานของกฎหมายสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย ที่ได้รับการยืนยันอย่างสม่ำเสมอในหลายคดีโดยสอดคล้องกับแนวทางของคำพิพากษาในคดีก่อนหน้า (consistency) และมีบทบาทในการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ ทั้งในแง่การยืนยัน การทำให้เกิดความชัดเจนทั้งแง่สถานะและเนื้อหา นอกเหนือจากนี้แนวทางของคำพิพากษายังได้รับการอ้างอิงถึงในคดีถัดมา ตลอดจนในการร่างกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม หรือเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศ

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

(1) การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ ขึ้นอยู่กับความตกลงที่รัฐริมน้ำตกลงร่วมกันในการบริหารจัดการแม่น้ำระหว่างประเทศเป็นหลัก ซึ่งปัญหาที่มักเกิดขึ้นคือรัฐริมน้ำไม่ได้เข้าร่วมในความตกลงดังกล่าวทั้งหมด ทำให้ความตกลงดังกล่าวไม่มีประสิทธิภาพและไม่สามารถคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศได้ ทั้งนี้ หลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของรัฐยังขาดความชัดเจนในแง่เนื้อหา สถานะ ทำให้มีปัญหาในการปรับใช้ การที่คณะอนุญาโตตุลาการและศาลระหว่างประเทศได้พิจารณาพิพากษาคดีด้านสิ่งแวดล้อม จึงเป็นทั้งการวางรากฐานหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ บ่งชี้และยืนยันการมีอยู่ของหลักกฎหมาย สร้างความชัดเจนของหลักกฎหมาย พัฒนาหลักกฎหมาย และทำให้หลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศสามารถนำมาปรับใช้ได้กับปัญหาที่เกิดขึ้นอย่างมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตามยังมีบางประเด็นที่กฎหมายยังขาดความชัดเจน

และยังไม่ปรากฏการพิจารณาในประเด็นดังกล่าวในคดีต่างๆที่ได้ทำการศึกษามา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย หากคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและศาลระหว่างประเทศ ขยายความหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายในแง่ที่ครอบคลุมไปถึงการลดภาระการพิสูจน์ หรือคำนึงถึงหลักการป้องกันล่วงหน้ามากขึ้น น่าจะเป็นการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศที่มีปัญหาสิ่งแวดล้อมที่มีความซับซ้อน ยากต่อการพิสูจน์ถึงความเสียหาย ได้มากขึ้นด้วย

(2) แม่น้ำระหว่างประเทศอาจเชื่อมต่อกับพื้นที่ที่ใช้ร่วมกันของประชาคมโลก เช่น มหาสมุทร ผลกระทบที่เกิดต่อแม่น้ำระหว่างประเทศจึงไม่ได้จำกัดอยู่ในรัฐใดรัฐหนึ่ง การพิจารณาถึงผลประโยชน์ของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องให้ครอบคลุมทุกฝ่าย จึงมีความสำคัญ สอดคล้องกับทฤษฎีผลประโยชน์รวมของสังคมและประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในคดี Trail smelter ได้ระบุถึงทฤษฎีผลประโยชน์รวมของสังคมว่านอกจากรัฐคู่กรณี ยังมีปัจเจกชนที่เข้ามาเกี่ยวข้อง และในคดี Pulp Mills on the River Uruguay ก็ได้กล่าวถึงหลักการมีส่วนร่วมของประชาชนที่อาจได้รับผลกระทบ การพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ จึงควรคำนึงถึงประชาชนซึ่งจะได้รับผลกระทบด้วย ทั้งประชาชนในปัจจุบัน และในรุ่นอนาคต ซึ่งอาจได้รับผลกระทบที่เกิดขึ้นกับสิ่งแวดล้อม

(3) ข้อพิพาทระหว่างรัฐริมน้ำอาจมิได้มีการนำเข้าสู่การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ หรือศาลระหว่างประเทศ เช่นในกรณีของการสร้างเขื่อนเพื่อผลิตกระแสไฟฟ้าในแม่น้ำโขงสายหลักของประเทศจีนซึ่งเป็นรัฐเหนือน้ำ และไม่ได้เป็นภาคีในความตกลงระหว่างรัฐริมน้ำโขง และการสร้างเขื่อนของประเทศลาวซึ่งเห็นว่ามีมีความจำเป็นในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศลาว เช่น เขื่อนไซยะบุรี (Xayaburi Dam) ซึ่งปัจจุบันประเทศลาวได้เริ่มดำเนินการก่อสร้างแล้วและมีประเด็นปัญหาในแง่ผลกระทบที่อาจเกิดกับสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำโขง ทั้งนี้ ในกรณีที่มีการนำข้อพิพาทระหว่างรัฐริมน้ำเข้าสู่การพิจารณาขององค์กรตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และศาลระหว่างประเทศ ค่อนข้างจำกัดบทบาทของตนเองในการพิจารณาคดี โดยเปิดช่องให้รัฐคู่กรณีได้เจรจา ปรีกษาหารือกัน ตามความตกลงในการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศระหว่างรัฐคู่กรณี และสนับสนุนให้คณะกรรมการซึ่งรัฐริมน้ำก่อตั้งขึ้นเพื่อบริหารจัดการแม่น้ำระหว่างประเทศตามความตกลงดังกล่าว เป็นองค์กรซึ่งมีบทบาทสำคัญที่อาจเป็นตัวกลางระหว่างรัฐริมน้ำ เพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น หรืออาจใช้อำนาจออกกฎหมายต่างๆได้อย่างอิสระ ซึ่งมีความยืดหยุ่นมากกว่าคณะอนุญาโตตุลาการและศาล คณะกรรมการซึ่งก่อตั้งขึ้นตามความตกลงของรัฐริมน้ำ จึงมีบทบาทสำคัญในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศด้วย



## รายการอ้างอิง

- A., Hammer H. and Wolf. *Patterns in International Water Resource Treaties: The Transboundary Freshwater Dispute Database*. Yearbook 157 Colorado Journal of International Environmental Law and Policy 1997 1998.
- Abram, Chayes, and Antonia Handler Chayes. "The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements." *Cambridge, MA: Harvard UP* (1995).  
*Aerial Herbicide Spraying*.
- "The Agreement on the Co-Ordination for the Sustainable Development of the Lower Mekong Basin ". 1995.
- Alter, Karen J. "The Multiple Roles of International Courts and Tribunals: Enforcement, Dispute Settlement, Constitutional and Administrative Review." *International Law and International Relations: Synthesizing Insights from Interdisciplinary Scholarship*, Jeffrey L. Dunoff and Mark A. Pollack, eds (2013): 12-10.
- Antony, Austin. *Handbook of International Law*. Cambridge University Press, 2010.
- "Bamako Convention." 1991.
- "Berlin Rules." 2004.
- Birnie Patricia, W, and Alan E Boyle. "International Law and the Environment." Oxford Univ. Press, 1992.
- Boyle, A.E., and D. Freestone. *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*. Oxford University Press, 2001.
- Brownlie, Ian. "Principles of Public International Law." Oxford: Oxford University Press, 2003.
- Brunnée, Jutta, and Stephen J Toope. "Environmental Security and Freshwater Resources: Ecosystem Regime Building." *American Journal of International Law* (1997): 26-59.
- Caflisch, Lucius. "Regulation of the Uses of International Watercourses." *World Bank Technical Paper* (1998): 3-16.

- Caldwell, Lynton K. "Concepts in Development of International Environmental Policies." *Nat. Resources J.* 13 (1973): 190.
- Caponera, Dante A, and Marcella Nanni. *Principles of Water Law and Administration: National and International 2nd Edition, Revised and Updated by Marcella Nanni*. Vol. 1: CRC Press, 1992.
- Commission, Mekong River. *Mekong River Basin Diagnostic Study: Final Report*. Mekong River Commission, 1997.
- Commission on Dams, World. "Dams and Development: A New Framework for Decision-Making." *Environmental Management and Health* 12, no. 4 (2001): 444-45.
- "Convention between the United States and Mexico Equitable Distribution of the Waters of the Rio Grande Signed at Washington." 1906.
- "Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic." 1992.
- "Convention on Biological Diversity." 1992.
- "Convention on Cooperation for the Protection and Sustainable Use of the River Danube." 1994.
- "Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context." 1991.
- "Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses 1997." 1997.
- "The Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes 1992." 1992.
- "Convention on the Protection of the Marine Environment of the Baltic Sea Area." 1992.
- "Convention on the Protection of the Rhine." 1998.
- Corfu Channel* (1949).
- Cunningham, Scott L. "Do Brothers Divide Shares Forever: Obstacles to the Effective Use of International Law in Euphrates River Basin Water Issues." *U. Pa. J. Int'l Econ. L.* 21 (2000): 131.

- Davis, L Waldron. "Reversing the Flow: International Law and Chinese Hydropower Development on the Headwaters of the Mekong River." *NY INT'L L. REV.* 19 (2006): 1.
- De Brabandere, Eric. "Arbitral Decisions as a Source of International Investment Law." *Eric De Brabandere, 'Arbitral Decisions as a Source of International Investment Law', in Tarcisio Gazzini and Eric De Brabandere (eds.), International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2012) (2012): 245-88.*
- de Chazournes, Laurence Boisson. *Dispute Settlement Procedures and Fresh Water: Multiplicity and Diversity at Stake.* Springer, 2013.
- de Chazournes, Laurence Boisson, and Philippe Sands. *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons.* Cambridge University Press, 1999.
- Degefu, Gebre Tsadik. *The Nile: Historical, Legal and Developmental Perspectives.* Trafford Publishing, 2003.
- Dellapenna, Joseph W. "Two Rivers and the Lands Between: Mesopotamia and the International Law of Transboundary Waters, The." *BYU J. Pub. L.* 10 (1996): 213.
- Dinwoodie, David Hepburn. "The Politics of International Pollution Control: The Trail Smelter Case." *International Journal* (1972): 219-35.
- Diversion of Water from the Meuse, (1937).*
- Eagleton, C. *The Responsibility of States in International Law.* New York University Press, 1928.
- Eagleton, Clyde. *The Responsibility of States in International Law.* Kraus reprint, 1970.
- Esposito, Robert. "Icj and the Future of Transboundary Harm Disputes: A Preliminary Analysis of the Case Concerning Aerial Herbicide Spraying (Ecuador V. Colombia), The." *Pace Int'l L. Rev. Online Companion* (2010): x.
- Evans, Malcolm D. *International Law.* New York : Oxford University Press, 2010.
- Falkenmark, Malin, and Johan Rockström. *Balancing Water for Humans and Nature: The New Approach in Ecohydrology.* Earthscan, 2004.

- Fitzmaurice, Malgosia. *Environmental Protection and the International Court of Justice*. 1996.
- Freestone, David. *The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation*. Vol. 31: Kluwer Law International, 1996.
- The Gabčíkovo-Nagymaros* (1997).
- Galizzi, Paolo. "From Stockholm to New York Via Rio and Johannesburg: Has the Environment Lost Its Way on the Global Agenda?". *Fordham International Law Journal* 29, no. 5 (2006).
- Ginsburg, Tom. *Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking*. 45 *Virginia Journal of International Law* 631, 2004.
- . "Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking'(2005)." *Virginia Journal of International Law* 45: 631.
- Giordano, Meredith A, and Aaron T Wolf. "The World's International Freshwater Agreements: Historical Developments and Future Opportunities." *Atlas of International Freshwater Agreements*: 1-8.
- Grotius, H., and S.C. Neff. *Hugo Grotius on the Law of War and Peace: Student Edition*. Cambridge University Press, 2012.
- Guillaume, Gilbert. "The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators." *Journal of International Dispute Settlement* 2, no. 1 (2011): 5-23.
- Gullett, Warwick. "Environmental Protection and the Precautionary Principle: A Response to Scientific Uncertainty in Environmental Management." (1997).
- Hammer, Jesse H, and Aaron T Wolf. "Patterns in International Water Resources Treaties: The Transboundary Freshwater Disputes Database." *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy Yearbook* (1998).
- Handl, Gunther. "Territorial Sovereignty and the Problem of Transnational Pollution." *Am. J. Int'l L.* 69 (1975): 50.
- Harris, P.G. *Routledge Handbook of Global Environmental Politics*. Taylor & Francis, 2013.
- Islam, Nahid. *The Law of Non-Navigational Uses of International Watercourses: Options for Regional Regime-Building in Asia*. Vol. 8: Kluwer Law International, 2010.

- Jennings, Robert Yewdall, Vaughan Lowe, and Malgosia Fitzmaurice. *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*. Cambridge University Press, 1996.
- Jodoin, Sébastien. "Constanze Schulte, Compliance with Decisions of the International Court of Justice (Oxford: Oxford University Press, 2004)." *Revue québécoise de droit international (RQDI)* 18 (2006): 409-13.
- Juste-Ruiz, José. "The International Court of Justice and International Environmental Law." In *International Courts and the Development of International Law*, 383-401: Springer, 2013.
- Kaczorowska, Alina. *Public International Law*. 4 ed.: Routledge, 2010.
- Kaufmann-Kohler, Gabrielle. "Arbitral Precedent Dream, Necessity or Excuse?". *Arbitration International* 23, no. 3 (2007): 357.
- Kennedy, David. "The Sources of International Law'(1987)." *American University Journal of International Law and Policy* 2: 87.
- Knox, John H. "The Myth and Reality of Transboundary Environmental Impact Assessment." *American Journal of International Law* (2002): 291-319.
- Kos, J Stephen. "Interim Relief in the International Court: New Zealand and the Nuclear Test Cases." *Victoria U. Wellington L. Rev.* 14 (1984): 357.
- The Lake Lanoux* (1957).
- Lammers, Johan G. *Pollution of International Watercourses: A Search for Substantive Rules and Principles of Law*. BRILL, 1984.
- Lauterpacht, Hersch, ed. *The Development of International Law by the International Court*. Cambridge University Press, 1982.
- Lazerwitz, David J. "The Flow of International Water Law: The International Law Commission's Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses." *Indiana Journal of Global Legal Studies* (1993): 247-71.
- Lipper, Jerome. "Equitable Utilization." *The law of international drainage basins* 15 (1967): 22.
- Lucius, Calflisch. "Regulation of the Uses of International Watercourse." *International watercourses Enhancing Cooperation and managing Conflict* (1998).

- McCaffrey, Stephen C. "Harmon Doctrine One Hundred Years Later: Buried, Not Praised, The." *Nat. Resources J.* 36 (1996): 549.
- . "The Law of International Watercourses: Non-Navigational Uses." *British year book of international law*, no. 73 (2003): 375.
- Miller, Russell, and Rebecca M Bratspies. "Transboundary Harm in International Law: Lessons from the Trail Smelter Arbitration." (2006).  
*The Nuclear Tests*, (1974).
- Oppenheim, Lassa Francis Lawrence, and Sir Hersch LAUTERPACHT. *International Law... Edited by H. Lauterpacht*. Longmans, Green & Company, 1955.
- Parrish, Austen. "Trail Smelter Deja Vu: Extraterritoriality, International Environmental Law, and the Search for Solutions to Canada-U.S. Transboundary Water Pollution Disputes." *Boston University Law Review* 85, no. 2 (2005).
- Postiglione, A., and International Court of the Environment Foundation. *Global Environmental Governance: The Need for an International Environmental Agency and an International Court of the Environment*. Bruylant, 2010.
- Postiglione, Amedeo. "The Global Environmental Crisis: The Need for an International Court of The. Environment ". Florence, 1996.  
*Pulp Mills on the River Uruguay*, (2010).
- Rahman, Reaz. "The Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses: Dilemma for Lower Riparians',(1995)." *Fordham International Law Journal* 8: 9.
- Reisman, W Michael. "Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law." *American Journal of International Law* (1990): 866-76.
- "Rio Declaration on Environment and Development." 1992.  
*The River Oder*, (1929).
- "Rules of Court." 1978.
- Salman, MA. "Dams, International Rivers, and Riparian States: An Analysis of the Recommendations of the World Commission on Dams." *Am. U. Int'l L. Rev.* 16 (2000): 1477.

- Salman, Salman MA. "The Helsinki Rules, the Un Watercourses Convention and the Berlin Rules: Perspectives on International Water Law." *Water Resources Development* 23, no. 4 (2007): 625-40.
- Salman, Salman MA, and Laurence Boisson de Chazournes. "International Watercourses: Enhancing Cooperation and Managing Conflict. Proceedings of a World Bank Seminar, 3-4 November 1997." *World Bank technical paper*, no. 414 (1998).
- Salman, Salman MA, and Kishor Uprety. *Conflict and Cooperation on South Asia's International Rivers: A Legal Perspective*. World Bank Publications, 2002.
- Sands, Philippe. "Litigating Environmental Disputes: Courts, Tribunals and the Progressive Development of International Environmental Law." *Environmental Policy and Law* 37, no. 2 (2007): 66-71.
- Sands, Philippe, and Jacqueline Peel. *Principles of International Environmental Law*. Cambridge University Press, 2012.
- Schachter, Oscar. *International Law in Theory and Practice*. M. Nijhoff Publishers, 1991.
- Schwarzenberg, Georg, and E Edward Duncan Brown. *Manual of International Law*. Fred B Rothman & Company, 1976.
- Stephens, T., and T. Stephens. *International Courts and Environmental Protection*. Cambridge University Press, 2009.
- "Stockholm Declaration on Human Environment." 1972.
- Teclaff, Ludwik A. "Evolution of the River Basin Concept in National and International Water Law." *Nat. Resources J.* 36 (1996): 359.
- Thakur, B. *Perspectives in Resource Management in Developing Countries*. Concept Pub. Co.
- The Trail Smelter Case*, (1938, 1941).
- "The Treaty of Versailles." 1919.
- "United Nations Convention on the Law of the Sea 1982." 1982.
- Utton, Albert E. "International Water Quality Law." *Nat. Resources J.* 13 (1973): 282.
- "Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer." 1985.
- "Vienna Convention on the Law of Treaties." 1969.

- Vinuales, Jorge E. "Contribution of the International Court of Justice to the Development of International Environmental Law: A Contemporary Assessment, The." *Fordham Int'l LJ* 32 (2008): 232.
- Water, UN. "Transboundary Waters: Sharing Benefits, Sharing Responsibilities." *Zaragoza, Spain: UN Water* (2008).
- Weiss, Edith Brown. "Opening the Door to the Environment and to Future Generations." Paper presented at the International law, the international court of justice and nuclear weapons, 1999.
- Wolf, Aaron T. "International Water Conflict Resolution: Lessons from Comparative Analysis." *International Journal of Water Resources Development* 13, no. 3 (1997): 333-66.
- Woodhouse, Melvin. "Is Public Participation a Rule of the Law of International Watercourses." *Nat. Resources J.* 43 (2003): 137.
- Xue, Hanqin. *Transboundary Damage in International Law*. Vol. 27: Cambridge University Press, 2003.
- จตุภูมิ ภูมิบุญชู. "ปัญหาและแนวทางเกี่ยวกับการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมตามความตกลงความร่วมมือเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนของกลุ่มแม่น้ำโขง ค.ศ. 1955." จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.
- จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546. 4.
- สกุลยุช หอพิบูลสุข. "ปัญหาทางกฎหมายของการผันน้ำจากแม่น้ำโขง : ศึกษากรณีโครงการ โขง ซีมูล." 2538.



### ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

ผู้เขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ชื่อ นางสาวภาพร อัจหาญ เกิดเมื่อวันที่ 15 กรกฎาคม 2530 มีภูมิลำเนาอยู่ที่ 20 หมู่ 6 ต.บ้านซ่ง อ.คำชะอี จ.มุกดาหาร 49110 ปัจจุบันรับราชการ ที่ สำนักราชเลขาธิการ ในพระบรมมหาราชวัง ถนนหน้าพระลาน เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200 ตำแหน่งนิติกรปฏิบัติการ จบการศึกษาระดับปริญญาตรี คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย พ.ศ 2551

