



### บทที่ 3

## หลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ

ในบทนี้จะได้แยกพิจารณาหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดความสัมพันธ์ของรัฐทั้งหลายที่เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศเป็น 2 ส่วนด้วยกัน คือ

1. หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป ที่ว่าด้วยการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศ ในส่วนนี้จะพิจารณาถึงคำจำกัดความแม่น้ำบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ ทฤษฎี และหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับทั่วไป

2. ข้อตกลงความร่วมมือในการพิจารณาดุ่มแม่น้ำโขงที่ยั่งยืน (Agreement on the cooperation for the Sustainable Development of the Mekong River Basin 1995) ซึ่งเป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศไทย ลาว กัมพูชา และเวียดนาม ที่วางกฎเกณฑ์ในการพัฒนาและใช้ประโยชน์จากแม่น้ำโขง

สำหรับรายละเอียดของแต่ละหัวข้อ จะได้แยกพิจารณาต่อไป ดังนี้

#### 1. หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป

กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศได้เข้ามา มีบทบาทในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่างๆ ตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ 17 แล้ว โดยได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศเพื่อการเดินเรือ ดังจะเห็นได้จากสนธิสัญญา General Treaty (Vienna, 9 June 1815)<sup>1</sup> และ Convention and Statute on the Regime of Navigable Waterways of International Concern (Barcelona, 20 April 1921)<sup>2</sup> ซึ่งรับรองหลักเสรีภาพในการเดินเรือในแม่น้ำระหว่างประเทศ โดยให้สิทธิแก่ทุกรัฐ (ไม่ว่าจะเป็นรัฐชายฝั่ง หรือรัฐอื่นๆ) ที่จะเดินเรือเพื่อการค้าได้ตลอดลำน้ำ<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Dante A. Caponera, The law of International water resources (Rome : Food and Agriculture Organization of the the United Nation, 1980) p.29

<sup>2</sup> Ibid. p. 31

<sup>3</sup> หลักเสรีภาพในการเดินเรือในแม่น้ำระหว่างประเทศจะได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่อยู่นอกเหนือจากวิทยานิพนธ์นี้ แต่มี

กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการเดินเรือในแม่น้ำระหว่างประเทศ มีบทบาทเรื่อยมาจนกระทั่งต้นศตวรรษที่ 20 ที่รัฐต่างๆ ได้ใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศเพื่อการอย่างอื่น นอกจากการเดินเรือมากขึ้น เช่น การใช้น้ำเพื่อการเกษตร การอุตสาหกรรม การชลประทาน การผลิตกระแสไฟฟ้าพลังน้ำ เป็นต้น ทำให้กฎหมายระหว่างประเทศที่รับรองแต่เฉพาะสิทธิในการเดินเรือเท่านั้น ไม่สอดคล้องกับการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศของรัฐทั้งหลาย ดังนั้น รัฐทั้งหลายจึงได้พัฒนาหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศเพื่อการอย่างอื่นนอกจากการเดินเรือมาใช้บังคับระหว่างกันขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้จัดทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐที่อยู่ภายในลุ่มน้ำเดียวกันกัน เพื่อให้การใช้น้ำสอดคล้องกับสภาพปัญหาและความต้องการของรัฐเหล่านั้น

ส่วนกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศเหล่านี้จะได้วางเกณฑ์ในการใช้น้ำอย่างไรนั้น จะได้กล่าวในหัวข้อถัดไป โดยจะแยกพิจารณาตามลำดับจากคำจำกัดความของแม่น้ำระหว่างประเทศ ทฤษฎีว่าด้วยการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศ บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป

### 1.1. คำจำกัดความของแม่น้ำระหว่างประเทศ

ก่อนที่จะพิจารณาถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของรัฐที่จะใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศ จักต้องทำความเข้าใจความหมายของแม่น้ำระหว่างประเทศเสียก่อนว่าแม่น้ำระหว่างประเทศหมายถึงแม่น้ำในลักษณะใด เพื่อจะได้ทราบขอบเขตการใช้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ

ตามความเข้าใจทั่วไปแล้ว “แม่น้ำระหว่างประเทศ” ( International River ) หมายถึงแม่น้ำที่มีผลกระทบต่อดินแดนและผลประโยชน์ของรัฐมากกว่า 2 รัฐขึ้นไป<sup>4</sup> ( a river affecting the territory and interests of two or more states ) ซึ่งได้แก่แม่น้ำที่ไหลเป็นเส้นแบ่งพรมแดน

---

แนวความคิดของ Ian Brownlie กล่าวอ้างว่า หลักเสรีภาพในการเดินเรือ ไม่มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

<sup>4</sup> Jame R. Fox, *Dictionary of international & comparative law* (United State : Oceene, 1991) p.222

ระหว่างรัฐ เรียกว่า Boundary or Contiguous River หรือแม่น้ำที่ไหลจากรัฐหนึ่งไปสู่อีกรัฐหนึ่ง ที่เรียกว่า Successive River เช่น แม่น้ำไนล์ แม่น้ำคาบูก แม่น้ำโขง เป็นต้น

แต่คำจำกัดความของแม่น้ำระหว่างประเทศที่ว่า ซึ่งเป็นขอบเขตการใช้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศจะมีขอบเขตที่กว้างกว่า หรือมีขอบเขตเช่นเดียวกับความเข้าใจโดยทั่วไปหรือไม่ จะได้แยกพิจารณาตามลำดับดังนี้

### 1.1.1 แม่น้ำระหว่างประเทศ

คำจำกัดความว่า “แม่น้ำระหว่างประเทศ” เกิดขึ้นตั้งแต่ในยุคที่มีการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศเพื่อการเดินเรือแล้ว โดยปรากฏอยู่ใน General Treaty (Vienna, 9 June 1815) มาตรา 108<sup>5</sup> และสนธิสัญญา Convention and Statute on the regime of navigable waterways of international concern (Barcelona, 20 April 1921) มาตรา 1<sup>6</sup> ซึ่งเป็นสนธิสัญญาในยุคแรกๆ ที่วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเดินเรือในแม่น้ำระหว่างประเทศ ได้ให้คำจำกัดความของแม่น้ำระหว่างประเทศว่าแม่น้ำระหว่างประเทศต้องมีองค์ประกอบ 2 ประการคือ

- 1 แม่น้ำระหว่างประเทศคือแม่น้ำที่ไหลผ่านหรือไหลแบ่งดินแดน
- 2 ต้องสามารถเดินเรือได้

นอกจากนี้แล้ว คำจำกัดความของแม่น้ำระหว่างประเทศที่ต้องสามารถใช้ในการเดินเรือได้ ยังได้รับการรับรองไว้ในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Oder River<sup>7</sup> (Territorial jurisdiction of the International Commission of River Oder, Judgement of 10

<sup>5</sup> Article 108 The Powers whose states are separated or crossed by the same navigable river, engage to regulate, by common consent, all that regards its navigation...

<sup>6</sup> Article 1 All parts which are naturally navigable to and from the sea of a waterway which its course, naturally navigable to and from the sea, separates or traverses different State, and also any part of any other waterway naturally navigable to and from the sea, which connects with the sea a waterway naturally navigable which separates or traverses different States

<sup>7</sup> Dante A. Caponera, *The law of international water resources* p.224.

September 1929) ซึ่งตัดสินตามสนธิสัญญา Versailles ค.ศ. 1919 มาตรา 331 ว่า “แม่น้ำระหว่างประเทศคือส่วนของแม่น้ำที่ไหลผ่านรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐขึ้นไปที่สามารถเดินเรือออกสู่ทะเลได้” หรือ All navigable parts of those river systems which naturally provide more than one State with access to the sea

คำจำกัดความของแม่น้ำระหว่างประเทศ ที่หมายถึงแม่น้ำระหว่างประเทศที่สามารถใช้ประโยชน์ในการเดินเรือนี้ จะมีผลให้ขอบเขตการใช้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศใช้บังคับได้ แต่เฉพาะบางส่วนของแม่น้ำระหว่างประเทศที่ใช้เดินเรือได้เท่านั้น ส่วนของลำน้ำที่ไม่สามารถใช้ประโยชน์ในการเดินเรือได้จะไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศเลย ซึ่งทำให้แม่น้ำระหว่างประเทศสายเดียวกันตกอยู่ภายใต้ระบอบกฎหมายที่ต่างกัน

คำจำกัดความของแม่น้ำระหว่างประเทศที่ต้องสามารถเดินเรือได้นี้ ได้รับการยอมรับจากประชาคมโลกเรื่อยมา จนกระทั่งเมื่อความสำคัญของการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศเพื่อการเดินเรือลดบทบาทลง และมีการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศเพื่อการอย่างอื่นเพิ่มมากขึ้น อาทิเช่น การใช้แม่น้ำเพื่อการเกษตร อุตสาหกรรม เป็นต้น คำจำกัดความของแม่น้ำระหว่างประเทศที่ครอบคลุมเฉพาะส่วนของแม่น้ำที่เดินเรือได้เท่านั้น จึงไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงที่เกิดขึ้น กฎหมายระหว่างประเทศจึงได้ให้คำจำกัดความของแม่น้ำระหว่างประเทศเสียใหม่ ซึ่งคำจำกัดความใหม่นี้ มีความหมายเช่นเดียวกับความเข้าใจทั่วไป คือ แม่น้ำระหว่างประเทศ หมายถึงแม่น้ำที่ไหลผ่านหรือไหลแบ่งพรมแดนของรัฐตั้งแต่ 2 รัฐขึ้นไป ดังจะเห็นได้จาก มาตรา 3 ของ Inter American Juridical Committee's Draft Convention on the industrial and agricultural use of international river and lake (1915)<sup>8</sup> ความว่า “แม่น้ำระหว่างประเทศคือ แม่น้ำที่ไหลผ่าน (flow through) หรือไหลแบ่ง (separate) ดินแดนของรัฐตั้งแต่ 2 รัฐขึ้นไป ซึ่งเรียกว่า successive river และ contigouge ตามลำดับ

คำจำกัดความของแม่น้ำระหว่างประเทศที่ต้องไหลผ่านดินแดนมากกว่า 2 รัฐขึ้นไปนี้ ได้รับการยอมรับโดยทั่วไป ดังปรากฏในรายงานการตอบแบบสอบถามของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International law commission) ที่ได้สอบถามความเห็นของรัฐทั้งหลาย

<sup>8</sup> Yearbook of International Law Commission, 1976 Vol II Part 1 p.152

เกี่ยวกับคำจำกัดความของแม่น้ำระหว่างประเทศนั้น รัฐทั้งหลายต่างสนับสนุนแนวคิดที่ว่า แม่น้ำระหว่างประเทศ หมายถึงแม่น้ำที่ไหลผ่านดินแดนของรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐขึ้นไปทั้งสิ้น<sup>9</sup>

แต่คำจำกัดความของแม่น้ำระหว่างประเทศ ที่หมายถึงแม่น้ำที่ไหลผ่านดินแดนของรัฐตั้งแต่ 2 รัฐเช่นนี้ ก็ถูกวิพากษ์วิจารณ์เช่นกันว่า เป็นคำจำกัดความที่ละเลยต่อความเป็นหนึ่งเดียวของระบบอุทกวิทยา (hydrological units of water) เพราะระบบของน้ำไม่ได้มีเฉพาะลำน้ำประธานหรือสาขาที่ไหลผ่านรัฐมากกว่า 2 รัฐเท่านั้น แต่ยังครอบคลุมถึงน้ำใต้ดิน และสาขาของแม่น้ำที่ระบายน้ำลงสู่แม่น้ำระหว่างประเทศด้วย การใช้น้ำจากสาขาของแม่น้ำระหว่างประเทศและน้ำใต้ดิน ย่อมมีผลกระทบต่อปริมาณน้ำและคุณภาพของน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศได้ ดังนั้น จึงได้เกิดแนวความคิดในการจัดการน้ำอย่างเป็นระบบขึ้น ดังจะได้กล่าวในหัวข้อถัดไป

#### 1.1.2. กลุ่มน้ำระหว่างประเทศ (International Drainage Basin)

คำจำกัดความ “กลุ่มน้ำระหว่างประเทศ” เป็นคำจำกัดความของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Association) ซึ่งปรากฏใน Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International River 1966<sup>10</sup> ได้ให้คำจำกัดความว่า

กลุ่มแม่น้ำระหว่างประเทศ (International Drainage Basin) คือพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ทั้งหมดที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐมากกว่าสองรัฐขึ้นไปที่ถูกกำหนดโดยสันปันน้ำ ซึ่งครอบคลุมถึงน้ำผิวดินและน้ำใต้ดินที่ระบายลงสู่แหล่งน้ำเดียวกัน

คำจำกัดความ “กลุ่มน้ำระหว่างประเทศ” นี้ เป็นคำจำกัดความที่ครอบคลุมถึงทรัพยากรทั้งหมดที่อยู่ภายในลุ่มน้ำ ไม่ว่าจะเป็นดิน ป่าไม้ หรือน้ำ ด้วยถึงเห็นว่าน้ำมีต้นกำเนิดมาจากลุ่มน้ำ ดังนั้นการจะจัดการทรัพยากรน้ำให้ได้ประโยชน์สูงสุดจึงควรจัดการทั้งลุ่มน้ำ

<sup>9</sup>Ibid., pp.152-161

<sup>10</sup>Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International River 1966

Article II 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

แต่อย่างไรก็ตาม คำจำกัดความลุ่มแม่น้ำระหว่างประเทศที่ครอบคลุมถึงดินแดนของรัฐที่อยู่ภายในสันปันน้ำนี้ ถูกคัดค้านเป็นอย่างมากจากประชาคมโลก<sup>11</sup> เพราะคำจำกัดความนี้จะมีผลให้ดินแดนซึ่งอยู่ภายใต้อธิปไตยอันเด็ดขาดของรัฐ ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ยังผลให้การใช้ดินแดนดังกล่าวจำเป็นต้องคำนึงถึงกฎหมายประเทศด้วย คำจำกัดความเช่นนี้จึงไม่ได้รับความนิยมนจากรัฐทั้งหลาย ดังนั้น จึงได้เกิดแนวความคิดใหม่ที่พยายามประสานคำจำกัดความ “แม่น้ำระหว่างประเทศ” และคำจำกัดความ “ลุ่มน้ำระหว่างประเทศ” เข้าด้วยกันคือ คำว่า “ลำน้ำระหว่างประเทศ” ซึ่งรายละเอียดจะได้กล่าวต่อไป

### 1.1.3 ลำน้ำระหว่างประเทศ (International Watercourse)

คำจำกัดความลำน้ำระหว่างประเทศ เป็นคำจำกัดความที่เสนอโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ซึ่งปรากฏใน Draft Articles on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses 1994 ความว่า

- ลำน้ำระหว่างประเทศ (International Watercourse) หมายถึง ลำน้ำ (Watercourse) ที่มีส่วนใดส่วนหนึ่งตั้งอยู่ในรัฐที่ต่างกัน และ
- ลำน้ำ (Watercourse) หมายถึง ระบบของน้ำผิวดินและน้ำใต้ดินที่ประกอบกันขึ้น อันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ทางกายภาพ ที่เป็นหน่วยเดียวกัน และระบายลงสู่แหล่งน้ำเดียวกัน<sup>12</sup>

คำจำกัดความที่เสนอให้จัดการน้ำอย่างเป็นระบบเช่นนี้ เป็นคำจำกัดความที่อยู่ระหว่างคำจำกัดความที่กล่าวมาข้างต้น กล่าวคือ คำจำกัดความนี้จะครอบคลุมเฉพาะระบบน้ำ (system of water) แต่ไม่ครอบคลุมถึงดินแดนของรัฐเช่นคำจำกัดความลุ่มน้ำระหว่างประเทศ ของสมา

<sup>11</sup> Yearbook of International Law Commission, 1976 p.152

<sup>12</sup> Draft Article on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses 1994

Article 2 a) “International Watercourse” mean a watercourse, parts of which are situated in different States;

b) “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,

คมกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ในขณะเดียวกันคำจำกัดความนี้ก็มิชอบเขตกว้างกว่าความหมายของแม่น้ำระหว่างประเทศ ที่จำกัดเฉพาะส่วนของระบบน้ำที่ไหลผ่านดินแดนของรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐขึ้นไปเท่านั้น เพราะคำจำกัดความนี้ครอบคลุมถึงสาขาของแม่น้ำระหว่างประเทศ และน้ำได้คืนด้วย

แนวความคิดที่จะจัดการน้ำทั้งระบบน้ำ ได้รับการสนับสนุนจากรัฐต่างๆ พอสมควร ดังปรากฏในสนธิสัญญาดังต่อไปนี้ คือ สัญญาระหว่าง ยูโกสลาเวีย และอัลบาเนีย<sup>13</sup> สนธิสัญญาระหว่างสหภาพโซเวียตกับฮังการี<sup>14</sup> (มาตรา 1, 2) กับสนธิสัญญา Indus Water ระหว่างอินเดียกับ ปากีสถาน<sup>15</sup> (มาตรา 1(3) และสนธิสัญญากลุ่มแม่น้ำไนเจอร์<sup>16</sup> เป็นต้น

แม้ว่าแนวความคิดในการจัดการน้ำ ตามคำจำกัดความของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ จะสอดคล้องกับแนวความคิดเรื่องระบบอุทกวิทยาของน้ำ และเหมาะสมกว่าคำจำกัดความของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่า แนวความคิดนี้ยังไม่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปจากประชาคมโลก เพราะยังมีสนธิสัญญาอีกเป็นจำนวนมาก ใช้บังคับเฉพาะแม่น้ำระหว่างประเทศที่ไหลผ่านดินแดนของรัฐตั้งแต่สองรัฐขึ้นไปเท่านั้น และคำจำกัดความนี้ยังครอบคลุมถึงระบบน้ำที่อยู่ภายในรัฐแต่เพียงรัฐเดียวด้วย จึงคาดว่าคำจำกัดความนี้จะถูกปฏิเสธโดยเหตุผลเช่นเดียวกัน คำจำกัดความลุ่มน้ำระหว่างประเทศ

<sup>13</sup> Agreement between the Government of Federal People's Republic of Yugoslavia and the Government of the People's Republic of Albania concerning water economy questions, together with the Statute of the Yugoslav- Albanian Water Economic Commission and with the Protocol concerning fishing in frontier , United Nation, Legislative texts and treaty provisions concerning the utilization of international river for other purposes than navigation (United Nation, publication, Sales No.63 V.4) p.441.

<sup>14</sup> Convention between the USSR. and Hungary concerning measures to prevent floods and to regulate the water regime on the Soviet - Hungarian frontier in the area of the frontier river Tisza, a June 1950, Ibid., p. 827.

<sup>15</sup> Ibid., p. 300.

<sup>16</sup> Act regarding Navigation and Economic Cooperation between the States of the Niger Basin 1963, United Nation, Treaty Series Vol 387, p. 9

ดังนั้น ในขณะที่คำจำกัดความของแม่น้ำระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไป คือ คำจำกัดความที่ว่า แม่น้ำระหว่างประเทศคือแม่น้ำที่ไหลผ่านดินแดนของรัฐตั้งแต่สองรัฐขึ้นไป การใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศ จึงต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ ส่วนการใช้น้ำประโยชน์จากสาขาของแม่น้ำระหว่างประเทศ และน้ำใต้ดินที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐแต่เพียงรัฐเดียวนั้น รัฐเจ้าของดินแดนจะมีสิทธิอย่างเด็ดขาดในการใช้น้ำประโยชน์ภายใต้ข้อจำกัดที่ว่า จะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐเพื่อนบ้านอื่น มิฉะนั้น จะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศที่เว้นความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility) ดังตัวอย่างคดี Trail Smelter ที่จะได้กล่าวต่อไป

## 1.2 ทฤษฎีว่าด้วยการใช้น้ำประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศ

จากคำจำกัดความของแม่น้ำระหว่างประเทศข้างต้น ที่กล่าวว่า“แม่น้ำระหว่างประเทศ” หมายถึงแม่น้ำที่ไหลผ่านหรือไหลแบ่งรัฐตั้งแต่ 2 รัฐขึ้นไปนั้น ได้แสดงให้เห็นถึงลักษณะที่สำคัญของแม่น้ำระหว่างประเทศ คือ เป็นแม่น้ำที่ตกอยู่ภายใต้อธิปไตยของรัฐตั้งแต่ 2 รัฐขึ้นไป ดังนั้น รัฐอธิปไตยทั้งหลายจึงมีสิทธิที่จะใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศไหลที่ไหลผ่านดินแดนของตนได้ แต่ว่ารัฐอธิปไตยทั้งหลายจะมีสิทธิใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศได้เพียงใดนั้นเป็นไปตามทฤษฎีต่างๆ 4 ทฤษฎีด้วยกัน ซึ่งท่าน Lipper<sup>17</sup> ได้กล่าวไว้ดังนี้ คือ

### 1.2.1 ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเด็ดขาดเหนือดินแดน (Absolute Territorial Sovereignty)

ทฤษฎีนี้เชื่อว่า รัฐเป็นนายเหนือดินแดนของตน (Master of its own territory) รัฐจึงมีอิสระที่จะใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศที่ไหลผ่านดินแดนของตนได้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงผลร้ายที่เกิดขึ้นนอกดินแดนของตนแต่ประการใด

ทฤษฎีนี้ได้รับการกล่าวอ้างขึ้นเป็นครั้งแรก โดยนาย Judson Harmon อัยการสูงสุดของสหรัฐอเมริกา (Attorney General) ในปี ค.ศ. 1895 เพื่อตอบโต้ข้อกล่าวหาของเม็กซิโกที่อ้างว่า

<sup>17</sup> A.H. Garretson , R.D. Hayton and C.J. Olmstead , The law of international drainage basin (New York : Oceana Publications ,1967) p.18



การใช้น้ำจากแม่น้ำ Rio Grande ของสหรัฐอเมริกา เป็นการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ โดยนาย Harmon ได้กล่าวว่า

หลักพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ คือ หลักอำนาจอธิปไตยเด็ดขาด (Absolute Sovereignty) เหนือดินแดน ข้อจำกัดอำนาจของรัฐจึงกับความยินยอมของรัฐเอง จึงไม่มีกฎเกณฑ์ หลักกฎหมาย หรือ ทางปฏิบัติของกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดความรับผิดชอบ หรือหน้าที่ของสหรัฐอเมริกา<sup>18</sup>

ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีที่ให้ประโยชน์แก่รัฐที่อยู่ต้นน้ำเป็นอย่างมาก เพราะรัฐที่อยู่ต้นน้ำจะมีสิทธิใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศได้ตามอำเภอใจ โดยไม่ต้องคำนึงผลร้ายที่จะเกิดขึ้นแก่รัฐท้ายน้ำ ในขณะที่เดียวกันรัฐท้ายน้ำก็จะได้รับความเสียหายจากทฤษฎีนี้เช่นเดียวกัน เพราะจะไม่ได้ใช้น้ำตามความต้องการของตน และต้องยอมทนรับผลร้ายจากการใช้น้ำของรัฐที่อยู่ต้นน้ำด้วย

โดยเหตุที่ทฤษฎีนี้เป็นแนวความคิดที่สนับสนุนการใช้น้ำของรัฐที่อยู่ต้นแม่น้ำ ดังนั้นในกรณีที่มีข้อพิพาทระหว่างรัฐเกิดขึ้น รัฐที่อยู่ต้นน้ำมักจะกล่าวอ้างถึงทฤษฎีนี้เสมอ ดังจะเห็นได้จากในข้อพิพาทระหว่างสหรัฐอเมริกา กับเม็กซิโกดังกล่าวมาแล้ว หรือข้อพิพาทการใช้น้ำระหว่างสหรัฐอเมริกากับแคนาดา ซึ่งประเทศแคนาดาเป็นต้นน้ำ ก็เคยกล่าวอ้างถึงทฤษฎีนี้เช่นเดียวกัน

แต่อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีนี้ก็กลับไม่ได้รับการยอมรับจากประชาคมโลกเลย เพราะไม่สอดคล้องกับสิทธิและผลประโยชน์ของรัฐท้ายน้ำ และในขณะที่ทฤษฎีนี้ก็ขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไป คือหลักไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่นด้วยการใช้น้ำของรัฐอื่นในลุ่มน้ำ

---

<sup>18</sup> Harmon stated, "The fundamental principle of international law is the absolute sovereignty of every Nation as against all others within its own territory...all exceptions, therefore, to the power of a Nation within its own territory must be traced up to consent of the Nation itself. ...the rules, principles and precedents of international law impose no liability or obligation upon the United States.

### 1.2.2 ทฤษฎีบูรณาภาพเหนือดินแดน(Absolute Territorial Integrity)

ทฤษฎีนี้ถือว่า ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศรัฐมีบูรณาภาพเหนือดินแดนจะไม่ถูกแทรกแซงหรือรบกวนสิทธิจากการกระทำของรัฐอื่น<sup>19</sup> ดังนั้น รัฐจึงมีสิทธิที่จะคาดหมายว่าน้ำในปริมาณเดียวกันที่จะไม่ถูกรบกวนทั้งแง่ปริมาณและคุณภาพจากรัฐอื่นจะไหลมาสู่ดินแดนของตน<sup>20</sup>

ทฤษฎีนี้ได้รับการสนับสนุนจากท่าน Oppenheim คิงคำกล่าวที่ว่า การไหลของน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศจะไม่ตกอยู่ภายใต้การใช้อำนาจตามอำเภอใจ (arbitrary power) ของรัฐใด กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับประเด็นนี้กำหนดว่า ไม่มีรัฐใดได้รับอนุญาตให้เปลี่ยนแปลงสภาพทางธรรมชาติ (natural conditions) ในดินแดนของตนให้เกิดความเสียหายแก่สภาพทางธรรมชาติในดินแดนของรัฐเพื่อนบ้าน โดยเหตุนี้รัฐจึงไม่เพียงแต่ถูกห้ามไม่ให้ผันน้ำหรือขัดขวางการไหลของน้ำ (stop or divert the flow) ของน้ำที่ไหลจากดินแดนของตนไปยังดินแดนของรัฐเพื่อนบ้านเท่านั้น แต่รวมถึงการต้องไม่ใช้น้ำให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่นด้วย

ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีที่สนับสนุนการใช้น้ำของรัฐท้ายน้ำ เพราะตามทฤษฎีนี้รัฐที่อยู่ท้ายน้ำจะเป็นรัฐที่ได้รับผลประโยชน์มากที่สุด เนื่องจากมีสิทธิใช้น้ำที่ไหลผ่านดินแดนของตนได้ตามอำเภอใจ รวมทั้งมีสิทธิที่จะคัดค้าน (Right of Veto)<sup>21</sup> การใช้น้ำของรัฐอื่นที่รบกวนการไหลของน้ำด้วย ในขณะที่รัฐที่อยู่ต้นน้ำมีหน้าที่ต้องเคารพสิทธิดังกล่าวด้วยการไม่ใช้น้ำหรือไม่แทรกแซงการไหลของน้ำ ดังนั้น รัฐที่อยู่ต้นน้ำจึงไม่สามารถใช้ประโยชน์ใดๆจากแม่น้ำระหว่างประเทศได้ตามที่ต้องการ

ทฤษฎีนี้จึงเป็นอีกแนวความคิดหนึ่งที่ไม่ได้รับการยอมรับจากประชาคมโลก เนื่องจากแนวความคิดตามทฤษฎีนี้ไม่สอดคล้องกับผลประโยชน์ของทั้งรัฐต้นน้ำและรัฐที่อยู่ท้ายน้ำ

<sup>19</sup> Amnat Wongbandit, *Hydroelectric development on an international river: The Mekong basin* (Doctiral Dissertation York University, 1989,) p.37

<sup>20</sup> Dante A. Caponera, *Principal of water and administration : national and international* (Rotterdam Netherland 8 AA.Balkeme , 1992) p.212

<sup>21</sup> Ibid. p. 213

### 1.2.3 ทฤษฎีจำกัดอำนาจอธิปไตยและจำกัดบูรณาภาพเหนือดินแดน

เนื่องจากทฤษฎีทั้งสองทฤษฎีที่กล่าวมาข้างต้น ไม่อาจนำมาใช้ได้ เพราะไม่สามารถประสานผลประโยชน์ของทั้งรัฐต้นน้ำและรัฐท้ายน้ำได้ ดังนั้น จึงได้เกิดแนวความคิดนี้ขึ้นมา เพื่อสร้างสมดุลระหว่างการใช้อำนาจอธิปไตยอย่างเด็ดขาดกับการรักษาบูรณาภาพอย่างเด็ดขาดของรัฐ โดยกล่าวว่า ทุกรัฐริมฝั่งจะมีอิสระที่จะใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศที่ไหลผ่านดินแดนของตนได้ ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าสิทธิและผลประโยชน์ของรัฐชายฝั่งอื่นจะได้รับการเคารพ<sup>22</sup> ดังนั้น ตามทฤษฎีนี้จะไม่มีรัฐใดมีสิทธิดีกว่ารัฐอื่นในการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศ แต่ทุกรัฐจะมีสิทธิอย่างเท่าเทียมกันที่จะใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศ

ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับจากประชาคมโลก และถือได้ว่าเป็นรากฐานของกฎหมายแม่น้ำระหว่างประเทศ

### 1.2.4 ทฤษฎีผลประโยชน์ร่วมกัน (Community of Interest)

ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีที่มีความก้าวหน้ามากกว่าทฤษฎีจำกัดอธิปไตยและจำกัดบูรณาภาพเหนือดินแดน กล่าวคือ นอกจากจะเรียกร้องให้รัฐริมฝั่งจะต้องใช้น้ำโดยคำนึงถึงสิทธิของรัฐอื่นแล้ว ยังเรียกร้องให้รัฐริมฝั่งร่วมมือกันในการใช้น้ำ เพราะทรัพยากรน้ำในลุ่มน้ำถือเป็นหน่วยทางเศรษฐกิจที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันที่ไม่ถูกแบ่งแยกโดยพรมแดนทางการเมือง การจะใช้น้ำให้เกิดได้ประโยชน์สูงสุดได้นั้น รัฐจำเป็นต้องร่วมมือกันในการวางแผนการใช้น้ำทั้งลุ่มน้ำ

แนวความคิดนี้ถือเป็นเป้าหมายสูงสุดของการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ เพราะแนวความคิดนี้จะทำให้การใช้ทรัพยากรที่มีอย่างจำกัดเกิดประโยชน์อย่างเต็มที่ แต่อย่างไรก็ตาม การร่วมมือกันในการพัฒนาแม่น้ำระหว่างประเทศเป็นสิ่งที่ทำได้ยาก เพราะนอกจากจะต้องมีระบบกฎหมายที่เอื้อต่อความร่วมมือแล้ว ความสัมพันธ์ทางการเมือง และความไว้วางใจก็เป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่จะทำให้แนวความคิดนี้สำเร็จลงได้

<sup>22</sup> Ibid.,213

### 1.3 บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ

จากการศึกษาในหัวข้อที่แล้ว ได้แสดงให้เห็นถึงทฤษฎีที่เป็นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศแล้ว ในส่วนนี้จะได้ศึกษาต่อไปว่ากฎหมายระหว่างประเทศที่พัฒนามาจากแนวความคิดในทฤษฎีต่าง ๆ นั้น ได้วางหลักเกณฑ์การใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศไว้อย่างไรบ้าง ซึ่งการจะค้นหาว่ากฎหมายระหว่างประเทศได้วางเกณฑ์เรื่องใดบ้างนั้น จะต้องค้นหาจากบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>23</sup> ดังนี้ คือ

#### 1.3.1 สนธิสัญญา (Treaty)

สนธิสัญญาถือได้ว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศแหล่งใหญ่ที่สุด เพราะปรากฏว่ารัฐทั้งหลายที่มีสิทธิใช้ประโยชน์ร่วมกันจากแม่น้ำระหว่างประเทศสายหนึ่งๆ มักจะทำความตกลงวางหลักเกณฑ์ว่าด้วยการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศขึ้นเพื่อใช้ในระหว่างกันเป็นส่วนใหญ่ ดังจะเห็นได้ว่าการทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐทั้งหลายทั่วโลก อาทิเช่น

ในทวีปอเมริกา มีสนธิสัญญาที่สำคัญดังนี้คือ สนธิสัญญาลุ่มน้ำ Plate (Treaty on the River Plate Basin , 1969) ระหว่างอาเจนตินา โปลิเวีย บราซิล ปารากวัย และอุรุกวัย<sup>24</sup> , สนธิ

<sup>23</sup> ธรรมเนียมศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ตามมาตรา 38 (1) ได้กำหนดบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนี้

ก. อนุสัญญาระหว่างประเทศไม่ว่าทั่วไปหรือโดยเฉพาะ ซึ่งตั้งหลักเกณฑ์อันเป็นที่รับรองโดยรัฐที่เกี่ยวข้องโดยชัดเจน

ข. จารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายแห่งการปฏิบัติโดยทั่วไป ซึ่งได้รับการรับรองว่าเป็นกฎหมาย

ค. หลักทั่วไปของกฎหมายซึ่งอารยประเทศรับรอง

ง. ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติมาตรา 59 คำพิพากษาของศาลและคำสอนของผู้เผยแพร่ที่มีคุณวุฒิสูงสุดแห่งประเทศต่าง ๆ ในฐานะเป็นเครื่องช่วยให้ศาลวินิจฉัยหลักกฎหมาย

<sup>24</sup> Yearbook of the International Law Commission ,1974, Vol II, Ppart two

สัญญาระหว่างสหรัฐอเมริกากับเม็กซิโก ที่เกี่ยวกับการใช้แม่น้ำ Colorado , แม่น้ำ Tijuana และ แม่น้ำ Rio Grande ค.ศ. 1944 (Treaty between the United States of America and Mexico, 1944)<sup>25</sup> และสนธิสัญญาระหว่างสหรัฐอเมริกา กับแคนาดา (Treaty between Great Britain and the United States relating to Boundary waters , and questions arising between the United States and Canada , 1909)<sup>26</sup>

ในทวีปเอเชีย ได้แก่ สนธิสัญญาระหว่างอินเดีย กับปากีสถาน (Indus Water Treaty , 1960)<sup>27</sup> และข้อตกลงความร่วมมือในการพัฒนาลุ่มน้ำโขงที่ยั่งยืน เป็นต้น

ในทวีปแอฟริกา ได้แก่ สนธิสัญญาระหว่างอียิปต์ กับ ซูดาน (Exchange of notes between His Majesty's government in the United Kingdom and the Egyptian Government in regard to the use of the waters of the river Nile for irrigation purpose 1929)<sup>28</sup> สนธิสัญญาลุ่มน้ำ Niger (Act regarding navigation and economic co-operation between the States of the Niger Basin 1963)<sup>29</sup>

ในทวีปยุโรป ได้แก่ สนธิสัญญาว่าด้วยการใช้น้ำจากทะเลสาบ Constance (Treaty between Austria , The Federal Republic of Germany and Switzerland regulational the withdrawal of water from Lake Constance)<sup>30</sup> เป็นต้น

แต่จากการศึกษาเนื้อหาของสนธิสัญญาเหล่านี้พบว่าแต่ละสนธิสัญญาได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการใช้น้ำแตกต่างกันมาก ทั้งนี้คงจะมีเหตุผลมาจากความแตกต่างในเรื่องของผล

---

<sup>25</sup> United Nation , Legislative texts and treaty provisions concerning the utilization of international river for other purposes than navigation, pp.236-258

<sup>26</sup> Ibid., pp.260-265

<sup>27</sup> Ibid., pp.300-365

<sup>28</sup> Ibid., pp 100-106

<sup>29</sup> United Nations , Treaty series vol. 587, p.9

<sup>30</sup> United Nations , Treaty series vol.620, p.191



ประโยชน์และสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในแต่ละลุ่มน้ำ แต่อย่างไรก็ตาม พหุจะแบ่งแยกสนธิสัญญาเหล่านี้ ออกได้เป็นสองกลุ่มกล่าวคือ

กลุ่มแรก เป็นกลุ่มของสนธิสัญญาที่จะวางเกณฑ์ในการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศอย่างชัดเจน อาทิเช่น สนธิสัญญาระหว่างสหรัฐอเมริกา กับแคนาดา<sup>31</sup>, สนธิสัญญาระหว่างประเทศสเปนกับโปรตุเกตุ<sup>32</sup> ซึ่งรัฐเหล่านี้ตกลงกันแบ่งน้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศให้ทั้งสองรัฐได้ใช้น้ำคนละครึ่งของปริมาณน้ำ หรือสนธิสัญญาระหว่างสหรัฐอเมริกา กับเม็กซิโก ซึ่งตกลงแบ่งปันการใช้น้ำระหว่างตนเป็นสัดส่วน โดยที่แต่ละรัฐจะได้รับส่วนแบ่งไม่เท่ากัน นอกจากนี้แล้วยังมีสนธิสัญญาระหว่างอินเดียกับปากีสถาน<sup>33</sup> ซึ่งตกลงแบ่งแม่น้ำอินดัส (Indus) เป็น

---

<sup>31</sup>Treaty between Great Britain and the United States relating to Boundary waters, and questions arising between the United States and Canada<sup>31</sup> (11 January 1909)

Article VI The High Contracting Parties agree that the ST. Mary and Milk Rivers and their tributaries are to be treated as one stream for the purposes of irrigation and power, and the water thereof shall be apportioned equally between the two countries, but in making such equal apportionment more than half may be taken from one river and less than half from the other, by either country, so as to afford a more beneficial use to each. ...

<sup>32</sup> Exchange of Notes Constituting an Agreement between Spain and Portugal on the Exploitation of border rivers for industrial purposes , 1912

Article I The two nations shall have the same rights in the border sections of the rivers , each accordingly being entitled to half the flow of water existing at the various seasons of the year.

<sup>33</sup> Indus Water Treaty (19 September 1960)<sup>33</sup> ระหว่างอินเดีย กับปากีสถาน

Article 2(1) All the water of the Eastern River shall be available for unrestricted use of India, except as otherwise expressly provided in this Article.

(3) .... Pakistan shall under an obligation to let flow, and shall not permit any interference with, the waters of any tributary which in its natural course

สองส่วนกล่าวคือให้อินเดียมสิทธิใช้น้ำตะวันออก (Eastern River) และให้ปากีสถานมีสิทธิใช้น้ำตะวันตก เป็นต้น

กลุ่มที่สอง ไม่ได้มีการตกลงแบ่งปันการใช้น้ำอย่างชัดเจน เพียงแต่ระบุหลักเกณฑ์กว้างๆ เช่น ในสนธิสัญญาเกี่ยวกับการผันน้ำจากทะเลสาบ Constance ระหว่างเยอรมันนี, สวิตเซอร์แลนด์ และออสเตรีย<sup>34</sup> เพียงแต่กำหนดว่าผลประโยชน์ของรัฐที่ได้รับจากการใช้น้ำจากทะเลสาบ Constance จะต้องถูกพิจารณาพร้อมกับผลประโยชน์ของรัฐอื่นด้วย หรือ “the interest attaching to the withdrawal of water shall be duly assessed in relation to other interest.” หรือในสนธิสัญญากลุ่มน้ำไนเจอร์ ซึ่งกำหนดว่า “การใช้น้ำจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิอธิปไตยของรัฐอื่น” หรือ “without prejudice to its sovereign rights”<sup>35</sup> และสนธิสัญญากลุ่มน้ำ Plate ซึ่งรัฐภาคีตกลงกันว่าจะใช้ความพยายามร่วมกันในการส่งเสริมการพัฒนาที่สอดคล้องกัน

---

joins the Sutlej Main or the Ravi Main before these rivers have finally crossed into Pakistan

Article 3 (1) Pakistan shall receive for unrestricted use all those waters of the Western Rivers which India is under obligation to let flow under the provisions of Paragraph (2)

<sup>34</sup>Treaty between Austria, The Federal Republic of Germany and Switzerland regulational the withdrawal of water from Lake Constance<sup>34</sup>

Article 3 Where a projected withdrawal of water from Lake Constance is such that it would adversely affect important interests of the other riparian States and adverse effects cannot be avoided or off set by reasonable compensatory measures or indemnification, the interest attaching to the withdrawal of water shall be duly assessed in relation to other interest.

<sup>35</sup> Act regarding navigation and economic co-operation between the States of the Niger basin , 1963

Article 2 The utilization of the River Niger, its tributaries and sub-tributaries, is open to each riparin State in respect of the portion of the River Nigor basin lying in its territory and without prejudice to its sovereign right in accordance with the principles defined in the Act and in the manner that may be set forth in subsequent special agreement .

และครอบคลุมทั้งลุ่มน้ำ Plate หรือ “agree to combine their efforts for the purpose of promoting the harmonious development and physical integration of the River Plate Basin” เป็นต้น<sup>36</sup>

จากการศึกษาสนธิสัญญาดังกล่าวมาแล้วข้างต้น จึงอาจสรุปได้ว่า หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐที่เกี่ยวกับการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศนั้น ล้วนมีเนื้อหาที่แตกต่างกัน ซึ่งขึ้นอยู่กับความตกลงของรัฐภาคีสั้น

เมื่อทางปฏิบัติของแต่ละรัฐมีเนื้อหาที่ต่างกันมากเช่นนี้ การพยายามจะค้นหาว่าหลักเกณฑ์ใดเป็นเกณฑ์กลางจึงเป็นสิ่งที่ทำได้ยาก ดังนั้น ในงานประมวลกฎหมายแม่น้ำระหว่างประเทศของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ซึ่งปรากฏใน Draft Articles on the Law of the Non Navigational uses of International Watercourses (ต่อไปในวิทยานิพนธ์นี้จะเรียกว่า Draft Articles) ที่พยายามจะประมวลหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปว่าด้วยการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ (เพื่อการอย่างอื่นนอกจากการเดินเรือ) จึงได้เสนอให้นำหลักเกณฑ์ว่าด้วย “การใช้น้ำอย่างเป็นธรรม” มาใช้เป็นเกณฑ์กลางเพื่อเป็นแนวทางให้แก่รัฐทั้งหลายในการทำความตกลงแบ่งปันการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศระหว่างกัน โดยในงานของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้วางหลักเกณฑ์การใช้น้ำอย่างเป็นธรรมว่า

---

<sup>36</sup> Treaty on the River Plate Basin , signed at Brasilia on 1969.

Article 1 The parties agree to combine their efforts for the purpose of promoting the harmonious development and physical integration of the River Plate Basin, and of its areas of influence which are immediate and identifiable. To this end , they shall promote, within the scope of the Basin, the identification of areas of common interest and the undertaking of surveys, programmes and works, as well as the drafting of operating agreement and legal instruments they deem necessary, and which shall tend toward , inter alia: reasonable utilization of water resources, particularly through regulation of watercourse and their multiple and equitable uses; conservation and development of animal and vegetable life; economic co-operation in frontier areas .



รัฐลำน้ำจะต้องใช้น้ำจากลำน้ำระหว่างประเทศที่ไหลผ่านดินแดนของตนอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล กล่าวคือ รัฐลำน้ำจะต้องใช้และพัฒนาแม่น้ำระหว่างประเทศ เพื่อให้เกิดประโยชน์ให้ดีที่สุด (Optimal Utilization) และมีการป้องกันที่เพียงพอ

รัฐลำน้ำต้องมีส่วนร่วมในการใช้ พัฒนา และปกป้องลำน้ำระหว่างประเทศ อย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล ความร่วมมือดังกล่าวครอบคลุมถึงสิทธิในการใช้น้ำ และหน้าที่ร่วมมือกันในการปกป้องและพัฒนาลำน้ำระหว่างประเทศ

ส่วนปัญหาที่ว่าการใช้ไม่ว่าอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการใช้ไม่ว่าอย่างเป็นธรรมนั้น ในมาตรา 6 ได้กำหนดให้พิจารณาจากปัจจัยและข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องทั้งหมด (All Relevant Factor and Circumstances)

ตามหลักเกณฑ์ที่เสนอใน Draft Articles นี้ นอกจากรัฐต้องใช้น้ำจากลำน้ำระหว่างประเทศอย่างเป็นธรรมแล้ว รัฐลำน้ำยังมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง (Due Diligence) ในการใช้น้ำจากลำน้ำระหว่างประเทศ เพื่อไม่ให้เกิดอันตรายที่ร้ายแรง (Significant Harm) แก่รัฐลำน้ำอื่นด้วย

แม้จะได้มีความพยายามที่จะประมวลหลักกฎหมายแม่น้ำระหว่างประเทศทั่วไป ดังปรากฏใน Draft Articles แล้วก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรากฏใน Draft Articles ก็มีทั้งส่วนที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว และส่วนที่เป็นความพยายามในการพัฒนากฎหมายแม่น้ำระหว่างประเทศไม่ได้เป็นกฎหมายทั้งหมด ดังนั้น ในเวลานี้ Draft Articles จึงยังไม่มีสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่ผูกพันทุกรัฐ จะมีเพียงบางบทบัญญัติเท่านั้นที่ถือได้ว่าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปแล้ว แต่จะมีหลักเกณฑ์ใดบ้างที่ได้รับการรับรองว่าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปบ้างนั้น จะได้ศึกษาในหัวข้อถัดไป

### 1.3.2 จารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ในส่วนของจารีตประเพณีที่ว่าด้วยการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศนั้น ท่าน

William L. Griffin<sup>37</sup> ได้กล่าวว่า

การที่รัฐจำนวนมากได้ทำสนธิสัญญาระหว่างกันตลอดมา และครอบคลุมทุกพื้นที่ และข้อเท็จจริงที่ว่าในสนธิสัญญาเหล่านั้นปัญหาการใช้น้ำที่เหมือนกัน ได้รับการแก้ไขไปในทิศทางเดียวกัน สนธิสัญญาเหล่านั้นจึงเป็นหลักฐานที่แสดงถึงทางปฏิบัติของรัฐในการพัฒนากฎหมาย (Law -Creating International Practice)

The number of states parties to these treaties, their spread over time and geography, and the fact that in these treaties and negotiations persuasive evidence of law-creating international practice

จากคำกล่าวนี้เอง นักกฎหมายเช่น Caponera<sup>38</sup> และ Lammer<sup>39</sup> จึงสรุปว่า ทางปฏิบัติของรัฐทั้งหลายในการทำสนธิสัญญาระหว่างกัน และงานประมวลกฎหมายของคณะกรรมการ การกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แสดงถึงการยอมรับว่ามีจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปที่เกี่ยวกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ ซึ่งได้แก่

1. การใช้น้ำอย่างเป็นธรรม (Equitable Utilization) ซึ่งรับรองสิทธิของทุกรัฐชายฝั่งที่จะใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศที่ไหลผ่านดินแดนของตนอย่างเป็นธรรมซึ่งสอดคล้องกับสิทธิของรัฐชายฝั่งอื่น
2. การไม่ก่อความเสียหายแก่รัฐอื่น ซึ่งกำหนดหน้าที่ให้รัฐชายฝั่งต้องไม่ใช้น้ำให้เกิดความเสียหายแก่รัฐชายฝั่งอื่นๆ เพราะหากมีความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว รัฐชายฝั่งจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น

---

<sup>37</sup> William L. Griffin , "The use of water of international drainage basins under customary international law" The American journal of international law Vol 53 , 1959 p 50

<sup>38</sup> Dante A. Caponera, Principle of water and administration : national and international , p.191

<sup>39</sup> J.G. Lammer, "International and European Community Law aspects of pollution of international watercourses" Environmental protection and international law (London : Graham & Trotman , 1993) pp.135-146

3. หน้าที่ร่วมมือ (Duty to Cooperate) ซึ่งกำหนดให้รัฐชายฝั่งทั้งหลายมีหน้าที่ต้องร่วมมือกันในการใช้ทรัพยากรน้ำ เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด และเสียหายน้อยที่สุด.

4. หน้าที่แจ้งให้ทราบล่วงหน้า (Prior Notification) ซึ่งกำหนดให้รัฐชายฝั่งมีหน้าที่ต้องแจ้งให้รัฐชายฝั่งอื่นทราบล่วงหน้าถึงโครงการใช้น้ำที่ตนจะทำขึ้น เพื่อให้รัฐอื่นได้มีโอกาสประเมินผลกระทบจากโครงการและคัดค้านโครงการได้ก่อนที่จะมีความเสียหายเกิดขึ้นจริง ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวนี้กำหนดขึ้นเพื่อเป็นมาตรการในการป้องกันอันตรายจากการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ

5. หน้าที่ปรึกษาหารือก่อนและเจรจา (Prior Consultation and Negotiation) ซึ่งเป็นวิธีการที่กำหนดขึ้นเพื่อให้รัฐชายฝั่งทั้งหลาย ต้องยุติข้อพิพาทระหว่างกันอย่างสันติวิธี โดยการปรึกษาหารือ หรือโดยการเจรจา

### 1.3.3. หลักกฎหมายทั่วไปที่อารยประเทศรับรอง

ในส่วนของหลักกฎหมายทั่วไป มีนักกฎหมายหลายท่าน เช่น Caponera<sup>40</sup>, Beyerlin<sup>41</sup> ได้เสนอให้นำหลักเพื่อนบ้านที่ดี (Good Neighbourliness) บังคับด้วย ซึ่งหลักความเป็นเพื่อนบ้านที่ดีนี้ได้รับการรับรองไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ ข้อ 74 ความว่า “สมาชิกของสหประชาชาติตกลงด้วยว่า นโยบายของคนที่เกี่ยวกับดินแดนที่หมวคนี้ใช้บังคับอยู่ จะต้องยึดหลักการทั่วไปแห่งความเป็นเพื่อนบ้านที่ดีเป็นมูลฐาน...”

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าหลักเพื่อนบ้านที่ดี (Good Neighbourliness) จะได้รับการรับรองไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ แต่ในกฎบัตรดังกล่าวก็ไม่ได้ให้คำจำกัดความที่ชัดเจนว่า การกระทำในลักษณะใดบ้าง ถือว่าเป็นการกระทำตามพันธะแห่งความเป็นเพื่อนบ้านที่ดี คงมีแต่ความ

<sup>40</sup> Dante A. Caponera, Principle of water and administration : national and international , p 191

<sup>41</sup> Ulrich Beyerlin, “Neighbour States,” Encyclopedia of public international law 10 (Amsterdam : Elsevier science publishers B.V., 1986) p.311

เห็นของนักกฎหมายบางท่านเท่านั้นที่พยายามให้คำจำกัดความที่ชัดเจนของหลักเพื่อนบ้านที่ดี ซึ่งได้แก่ ท่าน Oppenheim และ Ulrich Beyerlin ได้กล่าวถึงเนื้อหาของหลักเพื่อนบ้านที่ดีดังนี้คือ

ท่าน Oppenheim<sup>42</sup> กล่าวว่า หลักความเป็นเพื่อนบ้านที่ดีมีที่มาจากหลัก Sic utere tuo ut alienum non leadas ซึ่งมีความหมายว่า บุคคลต้องไม่ใช่สิทธิแห่งตนให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น (One must so use his own as not to do injure to another) หรือการใช้ทรัพย์สินในทางที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น (Use your property in such a manner as not to injure that of another)

ส่วนท่าน Ulrich Beyerlin<sup>43</sup> ได้กล่าวถึงเนื้อหาของหลักเพื่อนบ้านที่ดีว่า รัฐที่เป็นเพื่อนบ้านที่ดีมีพันธกรณี ดังนี้คือ

1. รัฐต้องไม่ใช้อาณาเขต หรือดินแดนของตนหรืออนุญาตให้ใช้ดินแดนของตนไปในทางที่ขัดขวางสิทธิของรัฐอื่น
2. รัฐซึ่งมีสิทธิร่วมกันในแม่น้ำระหว่างประเทศหรือทรัพยากรธรรมชาติอื่นๆ ต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างเป็นธรรมและปรึกษาหารือกัน

นอกจากหน้าที่ทั้งสองประการนี้แล้ว ท่านยังกล่าวว่าความเป็นเพื่อนบ้านที่ดีรวมถึงหน้าที่ที่รัฐต้องแจ้งให้ทราบถึงอันตรายที่อาจเกิดขึ้นต่อรัฐอื่น และมีหน้าที่ปรึกษาหารือกัน

จากคำจำกัดความของหลักเพื่อนบ้านที่ดีที่กล่าวมานี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า หลักความเป็นเพื่อนบ้านที่ดีนี้ สามารถนำไปใช้แก้ปัญหาการใช้ทรัพยากรน้ำได้ ในกรณีที่ว่าไม่ปรากฏว่ามีสนธิสัญญา หรือไม่จารีตประเพณี

---

<sup>42</sup> H. Lauterpacht, International law : a treatise vol I 8 th ed. (london : Longmans , Green and Co., 1955) p. 346 In Irene H. Van Lier , Acid rain and international law (Netherland : Sijihooft & Noordhooft) p.104

<sup>43</sup> Ulrich Beyerlin, "Neighbour States," Encyclopedia of public international law 10, p.313

#### 1.3.4. คำพิพากษาของศาล

ในส่วนของคำพิพากษาของศาลนั้น แม้ว่าโดยหลักแล้วจะไม่ถือว่าคำพิพากษาของศาลเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะคำพิพากษาของศาลมีผลผูกพันเฉพาะคู่ความและเฉพาะคดีเท่านั้น จึงไม่อาจใช้เป็นบรรทัดฐานสำหรับคดีต่างๆ ไปได้ แต่คำพิพากษาของศาลก็มีบทบาทอย่างยิ่งในฐานะที่เป็นเครื่องมือแสดงว่า มีหลักกฎหมายใดได้รับการยอมรับเป็นกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว

คำพิพากษาของศาลอาจแบ่งได้เป็นสองกลุ่มด้วยกันคือ

1. คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และรวมถึงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้วย

2. คำพิพากษาของศาลภายใน ที่ตัดสินคดีพิพาทระหว่างมลรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำพิพากษาของศาลแห่งสหพันธรัฐ ซึ่งแม้ว่าจะมีข้อถกเถียงกันว่าคำพิพากษาของศาลภายใน ไม่อาจถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศได้หรือไม่ก็ตาม ดังความเห็นของท่าน Van Hoof<sup>44</sup> ที่ได้ให้เหตุผลว่า “คำพิพากษาของศาลภายในตัดสินตามบริบท (Context) ของสังคมภายในรัฐ และมีได้คำนึงถึงปัจจัยในทางระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตามท่าน Akehurst<sup>45</sup> กลับมีความเห็นว่า “คำพิพากษาของศาลภายในอาจถือเป็นทางปฏิบัติของรัฐ (State Practice) ได้ เพราะคำตัดสินของศาลเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจอรัฐ” และท่าน Brownlie<sup>46</sup> ยังได้กล่าวเพิ่มเติมว่าสหพันธรัฐมีรากฐานมาจากการร่วมตัวของรัฐอิสระ (Union of Independent States) ซึ่งเป็นองค์ประกอบระหว่างประเทศ ที่ปรากฏในความสัมพันธ์ภายในรัฐ” ดังนั้นในประเด็นเรื่องคำพิพากษาของศาลภายใน ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าคำพิพากษาของศาลภายใน (โดยเฉพาะคำพิพากษาของศาลมลรัฐ)

<sup>44</sup> Van Hoof, Rethinking the sources of international law (danventer : Kluwer Law and Taxation Pub. , 1973) , p.110 อ้างถึงในกฤษฎิ์ ช่างกล่อม, “แนวโน้มในการเกิดกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2534), หน้า 65.

<sup>45</sup> Micheal Akehurst , A mordern introduction to international law 6 th.ed. (London : Unwin Hymen , 1987) p. 26.

<sup>46</sup> Ian Brownlie , Principle of public international law 4 th. ed. (Great Britain : Biddles Ltd. Guildford and King's Lynn, 1990) p.24

ที่มีความสอดคล้องกับบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศ ก็ควรนำมาพิจารณาคำวินิจฉัยในฐานะเป็นทางปฏิบัติของรัฐ

ในส่วนของการพิพาทของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ประกอบด้วยคดีที่สำคัญดังนี้คือ

1. คดี The diversion of water from the Meuse<sup>47</sup> ลงวันที่ 28 มิถุนายน 1937 ระหว่างเนเธอร์แลนด์ และเบลเยียม ซึ่งทั้งสองฝ่ายต่างกล่าวหาซึ่งกันและกันว่า ใช้น้ำฝ่านี้น้ำฝ่านต่อสนธิสัญญา ฉบับ 12 เมษายน 1863 ศาลตัดสินว่า “ทั้งสองรัฐสามารถเปลี่ยนแปลง (Transform) ปริมาณน้ำในคลองของตนได้ ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า คลองดังกล่าวต้องอยู่ในดินแดนของตน และปริมาณน้ำของแม่น้ำ Meuse จะต้องไม่ถูกรบกวน”

2. คดี Trail-Smelter Case<sup>48</sup> 16 เมษายน 1938 และ 11 มีนาคม 1991 ระหว่างสหรัฐอเมริกา กับ แคนาดา ซึ่งข้อพิพาทเกิดขึ้นเนื่องจากบริษัทเอกชนในแคนาดา ซึ่งตั้งโรงงานอยู่ที่เมือง Trail ในมลรัฐ British Columbia ซึ่งอยู่ห่างจากชายแดนสหรัฐอเมริกา กับ แคนาดา เพียง 7 ไมล์ ได้ปล่อยสารซัลเฟอร์ไดออกไซด์ออกมาในอากาศ และสารดังกล่าวได้ถูกลมพัดพาเข้ามาทำความเสียหายแก่พืชผลทางเกษตรในสหรัฐอเมริกา

คดีนี้อนุญาโตตุลาการได้ตัดสินให้แคนาดาต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นในดินแดนของสหรัฐอเมริกา โดยให้เหตุผลว่า

ภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ห้ามมิให้รัฐใดใช้สิทธิหรืออนุญาตให้ใช้สิทธิภายในดินแดนของตนในประการที่เป็นเหตุก่อให้เกิดความเสียหาย (โดยกลืน) ต่อดินแดนของรัฐอื่น หรือต่อทรัพย์สิน หรือบุคคลที่อยู่ภายในรัฐนั้น เมื่อความเสียหายนั้นเกิดผลอย่างร้ายแรงและปรากฏหลักฐานอย่างชัดเจน

<sup>47</sup> Dante A. Caponera. *The Law of international water resources* p. 229

<sup>48</sup> Ibid. , p.242

แม้ว่าคำชี้ขาดในคดีนี้ จะไม่ได้มีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศก็ตาม แต่หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ศาลนำมาปรับใช้ในคดีนี้สามารถนำมาปรับใช้กับปัญหาการใช้น้ำได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อปัญหาสิทธิทางน้ำข้ามพรมแดน

3. คดี Lake Lanoux case<sup>49</sup> (16 พฤศจิกายน 1957) ระหว่างฝรั่งเศสกับสเปน ซึ่งมีประเด็นพิพาทที่อนุญาตตุลาการต้องชี้ขาดสองประเด็น

1. การที่ฝรั่งเศสผันน้ำจากทะเลสาบ Lanoux อยู่ในฝรั่งเศส แต่เป็นต้นน้ำของแม่น้ำ Caral ไปยังแม่น้ำ Ariege เพื่อผลิตกระแสไฟฟ้า และจะผันน้ำจากแม่น้ำ Ariege ในปริมาณเท่ากันมาสู่แม่น้ำ Caral เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนสนธิสัญญา Bayonne และ Additional Act 1866 หรือไม่

อนุญาตตุลาการได้ตัดสินว่า การที่ฝรั่งเศสผันน้ำไปใช้ และผันน้ำในปริมาณเดิมคืนมาสู่แม่น้ำ Caral ไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อสนธิสัญญาและ Additional Act 1866

2. ฝรั่งเศสจำเป็นต้องทำความตกลงเบื้องต้น (Preliminary Agreement) กับสเปนก่อนจะดำเนินโครงการก่อนหรือไม่

อนุญาตตุลาการสรุปว่า ทางปฏิบัติของรับไม่อาจนำไปสู่ข้อสรุปที่ว่า กฎเกณฑ์ที่กำหนดให้รัฐใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศได้ ไม่เป็นจารีตประเพณี หรือแม้แต่หลักกฎหมายทั่วไปต้องทำการตกลงกับรัฐอื่นก่อน

ในส่วน of คำพิพากษาของศาลภายในที่ตัดสินข้อพิพาทอันเกี่ยวกับการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศ ได้แก่

1. คำพิพากษาของศาลสูง<sup>50</sup> (Supreme Court) ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้ตัดสินคดีต่าง ๆ เช่น คดี Kansas V. Colorado (1970), คดี Nabaska V. Wyoming (1945) คดี New Jersey V. New York (1931) และคดี Connecticut V. Massachusetts (1931)

2. คำพิพากษาของ Swiss Federal Court<sup>51</sup> ระหว่างแคว้น (Conton) Aagau V. Zurich, 1878

\* Ibid. , p. 246

\* William L. Griffin, "The use of waters of international damage dasins under customary international law" The American journal of international law Vol. 53 (1959) p. 67-68

<sup>51</sup> Ibid., p. 66

3. คำพิพากษาของ Germany<sup>52</sup> ระหว่าง Wurttemberg and Prussia V. Baden, 1927  
คำพิพากษาของศาลภายในเหล่านี้ ต่างตัดสินข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้ของมลรัฐ  
ต่าง ๆ โดยอาศัยหลักการใช้อย่างเป็นธรรมทั้งสิ้น

#### 1.3.5. งานของนักนิติศาสตร์

แม้ว่างานของนักนิติศาสตร์จะเป็นเพียงหลักเสริม (Subsidiary rule) เช่นเดียวกับคำ  
พิพากษาของศาล แต่ก็มิมีบทบาทในการพัฒนาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายใหม่ขึ้นมาใช้บังคับกับรัฐ  
ในส่วนของงานของนักนิติศาสตร์ที่เกี่ยวกับหลักกฎหมายว่าด้วยการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่าง  
ประเทศนั้น ได้มีความพยายามขององค์การเอกชนระหว่างประเทศ (International Non-  
Governmental Organization) หลาย ๆ องค์การ ทำการรวบรวมหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยว  
กับการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศ ซึ่งได้แก่

1. สมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>53</sup> (International Law Association) โดยเฉพาะ  
อย่างยิ่ง Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International River 1966 ซึ่งเป็นงานที่ได้  
วางหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวกับการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นในประเด็นเรื่อง  
การแบ่งปันการใช้น้ำ การป้องกันมลพิษ การล่องจูง และการเดินเรือ ดังนั้น Helsinki Rules  
จึงเป็นงานของนักนิติศาสตร์ที่ได้รับการกล่าวถึงมากที่สุด

สำหรับหลักการที่สำคัญที่ได้รับการรับรองไว้ใน Helsinki Rules ได้แก่

1) การใช้น้ำอย่างเป็นธรรม กล่าวคือ แต่ละรัฐลุ่มน้ำมีสิทธิได้รับการแบ่งปันผล  
ประโยชน์จากการใช้น้ำจากลุ่มน้ำระหว่างประเทศ<sup>54</sup> ที่ไหลผ่านดินแดนของตนอย่างเป็นธรรม  
และสมเหตุสมผล ส่วนการแบ่งอย่างไรจึงจะเป็นธรรมนั้น ให้พิจารณาจากปัจจัยที่เกี่ยวข้องในแต่  
ละคดี (All Relevant Factors) เป็นเกณฑ์

<sup>52</sup> Ibid , p. 67

<sup>53</sup> The International Law Association, Report of fifty-Second Conference, Helsinki,  
14-20 August, (London, 1967) p. 484-532

<sup>54</sup> Article 4 Each basin states is entitled , within its territory , to a reasonable and  
equitable share in the beneficial use of the water of an international drainage basin



2) กระบวนการในการป้องกันและระงับข้อพิพาท ได้แก่ การกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ต้องแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกัน, หน้าที่แจ้งในกรณีที่จะดำเนินโครงการใดๆ ที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อลุ่มน้ำ และหน้าที่ในการเจรจาเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

2. Institute of International Law ได้เสนอ Resolution on the Use of International Non-Meritime Waters (Salzbourg, 11 September 1961)<sup>55</sup> ซึ่งมีสาระสำคัญคือ การเรียกร้องให้รัฐทั้งหลายระงับข้อพิพาทโดยอาศัยหลักความเป็นธรรม (Equity)<sup>56</sup> โดยพิจารณาจากความจำเป็น (Needs) ของแต่ละรัฐ และข้อเท็จจริงอื่นๆ (Circumstances) ในแต่ละคดี นอกจากนี้ยังกำหนดให้รัฐหน้าที่แจ้ง และเจรจาเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นด้วย

จากบ่อเกิดทั้งหมดที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศต่างสอดคล้องกับทฤษฎีจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยและจำกัดบูรณภาพเหนือดินแดน กล่าวคือ ทุกรัฐต่างยอมรับสิทธิอันเท่าเทียมกันในการใช้น้ำ โดยไม่ปรากฏว่ามีรัฐใดแสดงถึงการใช้อำนาจอธิปไตยอย่างเด็ดขาดโดยไม่คำนึงถึงผลประโยชน์ของรัฐอื่นๆ เลย และจากบ่อเกิดเหล่านี้เอง แสดงให้เห็นว่ารัฐทั้งหลายต่างยอมรับหลักเกณฑ์ในทำนองเดียวกัน ซึ่งได้แก่ (แม้ว่าทุกสนธิสัญญาจะไม่ได้รับรองหลักการเหล่านี้ไว้ทั้งหมดก็ตาม)

1. การใช้น้ำอย่างเป็นธรรม
2. การไม่ก่อความเสียหายแก่รัฐอื่น.
3. หน้าที่ร่วมมือ
4. หน้าที่แจ้ง
5. หน้าที่ปรึกษาหารือ และหน้าที่ในการเจรจา

ในส่วนของรายละเอียดของหลักการเหล่านั้น จะได้กล่าวต่อไป ในหัวข้อเรื่องสิทธิและหน้าที่ของรัฐชายฝั่ง

<sup>55</sup> Dante A. Caponera, The law of international water resources p. 280

<sup>56</sup> Article III If the various States disagree upon the extent of their rights of use, the disagreement shall be settled on the basis of equity , taking into consideration the respective needs of the States , as well as any other circumstances relevant to any particular case.

#### 1.4 สิทธิและหน้าที่ของรัฐชายฝั่งที่เกี่ยวกับการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศ

จากการศึกษาถึงบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศในหัวข้อที่แล้ว ทำให้ทราบแล้วว่า มีหลักกฎหมายระหว่างประเทศใดบ้างที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป (General International Law) ที่วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศ ในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาต่อไปว่า กฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวนั้นก่อให้เกิดสิทธิและกำหนดหน้าที่แก่รัฐชายฝั่งประการใดบ้าง ซึ่งจะได้แยกพิจารณา ดังนี้คือ

##### 1.4.1 สิทธิการใช้น้ำอย่างเป็นธรรม

สิทธิของรัฐริมฝั่ง (riparian state) ที่จะใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศ ได้รับการรับรองไว้แล้วในลักษณะที่เป็นเหมือนเจ้าของร่วมหรือมีสิทธิที่จะใช้แม่น้ำร่วมกัน แต่สิทธิดังกล่าวย่อมมีขอบเขตจำกัด กล่าวคืออยู่ ภายใต้หลักเกณฑ์ว่าด้วยการใช้น้ำอย่างเป็นธรรม (Equitable Utilization) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่มีรากฐานหลักความเสมอภาคแห่งอำนาจอธิปไตย (Sovereign Equality) ของรัฐ ดังนั้นภายใต้หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมทุกรัฐชายฝั่งต่างมีสิทธิอย่างเท่าเทียมกัน (equality of right) ที่จะใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศที่ไหลผ่านดินแดนของตนอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล

แต่การใช้สิทธิอันเท่าเทียมกันของรัฐ ไม่ได้หมายความว่ารัฐจะต้องได้รับการแบ่งปันน้ำเป็นสัดส่วนเท่ากัน แต่หมายความว่าทุกรัฐมีสิทธิอย่างเท่าเทียมกันที่จะได้รับการแบ่งปันน้ำตามความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของตน อันสอดคล้องกับสิทธิการใช้น้ำของรัฐอื่น หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมจึงเป็นหลักที่มีความยืดหยุ่นสูง เพื่อประสานผลประโยชน์ของรัฐทั้งหลายให้การใช้น้ำของรัฐเกิดประโยชน์สูงสุดในขณะที่ก่อให้เกิดความเสียหายน้อยที่สุด ดังนั้น ภายใต้หลักเกณฑ์นี้จะมีบางรัฐได้ใช้น้ำมากกว่าอีกรัฐหนึ่ง เนื่องจากมีความจำเป็นในการใช้มากกว่า

หลักเกณฑ์ว่าด้วยการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมนี้ เป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการรับรองขึ้นเป็นครั้งแรก โดยสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Association) ใน Resolution on the Use of waters of International River (New York, 1958) และได้รับการรับรองเรื่อยมาดังปรากฏใน Helsinki Rules มาตรา 4 ระบุว่า "ภายในดินแดนของตน แต่ละรัฐย่อมมีสิทธิได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์ (share in the benefit uses) จากการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศอย่าง

เป็นธรรมเนียมและสมเหตุสมผล” หรือใน Draft Articles มาตรา 5 ความว่า “รัฐน้ำต้องให้น้ำจากลำน้ำระหว่างประเทศที่ใหญ่ผ่านดินแดนของตนอย่างเป็นธรรมเนียมและสมเหตุสมผล...”

นอกจากนี้แล้ว หลักเกณฑ์ว่าด้วยการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมยังได้รับการรับรองไว้ในสนธิสัญญาต่างๆ ที่เกี่ยวกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ ทั้งนี้ย่อมขึ้นกับการตกลงกันระหว่างรัฐภาคีด้วย หรือกล่าวง่าย ๆ ก็คือ subject to agreement นั่นเอง โดยถือเป็นสาระสำคัญหรือหัวใจของความตกลงแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ ดังเช่น สนธิสัญญาระหว่างสหรัฐอเมริกา กับ แคนาดา (Treaty between Great Britain and the United States relating to boundary waters and questions arising between The United States and Canada)<sup>57</sup> ซึ่งตกลงแบ่งน้ำคนละครึ่ง หรือสนธิสัญญาระหว่างอินเดียกับปากีสถาน ปี ค.ศ. 1960 ซึ่งตกลงแบ่งแม่น้ำ Indus เป็นสองส่วน คือแม่น้ำตะวันออกและแม่น้ำตะวันตก<sup>58</sup> เป็นต้น

นอกจากในสนธิสัญญาต่างๆ แล้ว หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมยังปรากฏในคำพิพากษาของศาลระหว่างมลรัฐต่างๆ ด้วย ดังจะเห็นได้จาก คำพิพากษาของ Swiss Federal Court

<sup>57</sup> Article VI The High Contracting Parties agree that the ST. Mary and Milk Rivers and their tributaries are to be treated as one stream for the purposes of irrigation and power, and the water thereof shall be apportioned equally between the two countries, but in making such equal apportionment more than half may be taken from one river and less than half from the other, by either country, so as to afford a more beneficial use to each. .

<sup>58</sup> Article 2(1) All the water of the Eastern River shall be available for unrestricted use of India, except as otherwise expressly provided in this article.

(3) ... Pakistan shall under an obligation to let flow, and shall not permit any interference with, the waters of any tributary which in its natural course joins the Sutlej Main or the Ravi main before these rivers have finally crossed into Pakistan.

Article 3(1) Pakistan shall receive for unrestricted use all those waters of the Western Rivers which India is under obligation to let flow under the provision of paragraph (2)

ที่ตัดสินในคดีระหว่าง Aargau v. Zurich ในปี ค.ศ. 1879<sup>59</sup>, คำพิพากษาของศาลเยอรมัน ในคดี Wurttemberg and Prussia v. Baden 1927<sup>60</sup> และคำพิพากษาศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาในคดี Kansas v. Colorado ในปี ค.ศ. 1907<sup>61</sup>, คดี Nebraska v. Wyoming 1945<sup>62</sup> และคดี Wyoming v. Colorado 1922<sup>63</sup> เป็นต้น

แม้ว่ายังมีความเห็นที่ไม่ลงรอยกันว่าคำพิพากษาของศาลภายในจะถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศได้หรือไม่ก็ตาม แต่นักวิชาการบางท่าน มีความเห็นว่าคำพิพากษาของศาลภายในน่าจะถือได้ว่าเป็นทางปฏิบัติอย่างหนึ่งของรัฐได้ เพราะเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจอของรัฐ ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าคำพิพากษาของศาลภายในที่สอดคล้องกับบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว น่าจะถือเป็นทางปฏิบัติของรัฐได้เช่นกัน

ภายใต้หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมที่กล่าวข้างต้นนี้ แสดงให้เห็นว่าทุกรัฐจะมีสิทธิอย่างเท่าเทียมกันในการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล ดังนั้นประเด็นต่อไปที่ต้องพิจารณาคือว่า “การใช้น้ำในลักษณะใดจึงถือได้ว่าเป็นการใช้น้ำอย่างเป็นธรรม” เพราะหลักเกณฑ์ว่าด้วยการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมกำหนดว่า การใช้น้ำอย่างเป็นธรรมนั้น ต้องพิจารณาจากปัจจัยและข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องทั้งหมด (all relevant Factor and circumstance) ในแต่ละคดีเป็นเกณฑ์ ซึ่งปัจจัยและข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องในแต่ละคดีจะมีรายละเอียดอย่างไรบ้างนั้น ในงานของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ ที่ปรากฏใน Helsinki Rules และงานของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ใน Draft Articles ได้พยายามที่จะแจกแจงว่ามีปัจจัยที่ควรได้รับการพิจารณาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการใช้น้ำ ซึ่งจะแยกพิจารณาดังนี้คือ

---

<sup>59</sup> William L. Griffin, “The use of waters of international drainage basins under customary international law” *The American journal of international law* Vol.53 (1959) p.66

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 67

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 67

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 68

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 67

ในงานของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ที่ปรากฏใน Draft Article  
มาตรา 6<sup>๔</sup> ได้เสนอปัจจัยและข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้อง ดังนี้คือ

- 1 ลักษณะทางภูมิศาสตร์ อุทกศาสตร์ อากาศ ระบบนิเวศน์ และปัจจัยทางธรรมชาติอื่น
- 2 ความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของรัฐสำเนาที่เกี่ยวข้อง
- 3 จำนวนประชากรของแต่ละรัฐที่ต้องพึ่งพาจากสำเนา
- 4 ผลกระทบจากการใช้สำเนาของรัฐสำเนาที่เกิดแก่รัฐสำเนาอื่น
- 5 การใช้น้ำในปัจจุบันของรัฐสำเนา
- 6 การอนุรักษ์ การป้องกัน การพัฒนา และการใช้น้ำอย่างประหยัด
- 7 ทางเลือกอื่นที่สามารถใช้ได้ ที่มีคุณค่าทัดเทียมกับการใช้น้ำที่เป็นอยู่

ในส่วนของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ ได้เสนอปัจจัยและข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องใน Helsinki Rules มาตรา 5 ซึ่งได้แก่

- 1 ลักษณะทางภูมิศาสตร์ของกลุ่มน้ำ โดยเฉพาะอย่างยิ่งพื้นที่กลุ่มน้ำ (Drainage area) ที่อยู่ในดินแดนของแต่ละประเทศ
- 2 ลักษณะทางอุทกวิทยา (Hydrology) โดยเฉพาะอย่างยิ่งปริมาณน้ำที่ระบายลงสู่แม่น้ำจากรัฐกลุ่มน้ำ
- 3 ลักษณะทางภูมิอากาศที่ส่งผลกระทบต่อกลุ่มน้ำ
- 4 การใช้ประโยชน์จากน้ำทั้งในอดีตและปัจจุบัน (Existing Use)
- 5 ความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละประเทศ (Economic and Social Needs)
- 6 จำนวนประชากรที่ต้องพึ่งพาน้ำจากกลุ่มน้ำ
- 7 ต้นทุนเปรียบเทียบในกรณีที่จะต้องใช้วิธีอื่นที่จะทำให้ได้รับความพึงพอใจต่อความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละรัฐ
- 8 ความสามารถในการจัดหาทรัพยากรอื่น
- 9 การหลีกเลี่ยงการสูญเปล่าจากการใช้ทรัพยากรน้ำในกลุ่มน้ำ โดยไม่จำเป็น

---

<sup>๔</sup> Draft Articles on the Law of the Non-Navigational Uses of International watercourse 1994, Article 6



- 10 ความสามารถในการจ่ายค่าทดแทนต่อประเทศอื่น เพื่อปรับความขัดแย้งในการใช้น้ำ ในระหว่างประเทศผู้ใช้น้ำ
- 11 ระดับความต้องการของแต่ละประเทศ โดยไม่ทำให้เกิดความเสียหายที่ร้ายแรง (substantial injury) ต่อประเทศอื่น

ดังนั้น ในการพิจารณาว่า การใช้น้ำของรัฐใดๆเป็นการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมหรือไม่ นั้น รัฐทั้งหลายมีหน้าที่ต้องนำปัจจัยที่กล่าวมาทั้งหมดนี้มาประกอบการพิจารณา มีข้อสังเกตว่า “ข้อเท็จจริงและปัจจัยที่เกี่ยวข้อง” (all relevant factors and circumstances) ที่เสนอ โดยองค์กรทั้งสองนี้ ไม่มีค่าบังคับทางกฎหมายแต่ประการใด ทั้งนี้ เนื่องจากงานของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรากฏใน Helsinki Rules มีสถานะเป็นเพียงความเห็นของนักนิติศาสตร์ ซึ่งเป็นบ่อเกิดสำรองของกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น และงานของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ที่ปรากฏใน Draft Article มีสถานะเป็นเพียง Lex Ferenda หรือกฎหมายที่ควรจะเป็นเท่านั้น ดังนั้น งานขององค์กรทั้งสองจึงเป็นเพียงแนวทางที่ช่วยในการค้นหาความเป็นธรรมในการใช้น้ำเท่านั้น ไม่มีค่าบังคับทางกฎหมายให้รัฐชายฝั่งต้องพิจารณาเกณฑ์ที่กล่าวมาแล้วทั้งหมดนี้

เมื่อเปรียบเทียบกับองค์ประกอบอื่น ผู้เขียนมีความเห็นว่าองค์ประกอบที่เสนอโดยองค์กรทั้งสองนี้ องค์ประกอบที่สำคัญมีอยู่ 2 ประการ ที่ควรได้รับการพิจารณาเป็นพิเศษ คือ

1. ความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละรัฐ และจำนวนประชากรที่ต้องใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศ เพราะเป็นข้อเท็จจริงที่สะท้อนถึงความต้องการน้ำของแต่ละรัฐ ซึ่งข้อเท็จจริงนี้จะช่วยให้การจัดการทรัพยากรน้ำสอดคล้องและเป็นธรรมกับความต้องการของรัฐ

แต่อย่างไรก็ตามการมีเกณฑ์เรื่องความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมในการพิจารณาความเป็นธรรมในการใช้น้ำ ก็ไม่ใช่สิ่งที่ปฏิบัติได้โดยง่าย โดยเฉพาะในกรณีที่มีรัฐทั้งหลายต่างมีความต้องการใช้น้ำมากเกินไปกว่าที่ปริมาณน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศจะตอบสนองได้ จะไม่สามารถใช้เกณฑ์เรื่องความจำเป็นของมาพิจารณาได้ เนื่องจากทุกรัฐต่างมีความจำเป็นมากเช่นเดียวกัน และการจะกำหนดว่าความจำเป็นของรัฐใดมีความสำคัญเหนือกว่าความจำเป็นของรัฐอื่นนั้น คงเป็นสิ่งที่ไม่อาจทำได้เช่นกัน ดังนั้น ทางออกของปัญหานี้คงมีทางเดียวคือการเจรจาต่อรองกันเพื่อให้เป็นที่พอใจแก่ทุกฝ่าย

2. ผลกระทบจากการใช้น้ำที่อาจเกิดแก่รัฐอื่น เพราะหากการใช้น้ำเพื่อสนองตอบความต้องการของรัฐ ได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการใช้ น้ำ หรือกระทบต่อระบบนิเวศน์ และสิ่งแวดล้อมในรัฐอื่นแล้ว ย่อมจะถือว่าเป็นการใช้น้ำในลักษณะดังกล่าวเป็นการใช้น้ำที่เป็นธรรมไม่ได้

ดังนั้น ในความเห็นของผู้เขียนแล้ว สิทธิการใช้น้ำอย่างเป็นธรรม จะหมายถึง การใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศโดยคำนึงถึงข้อเท็จจริง 2 ประการคือ ความต้องการใช้น้ำของรัฐอื่นและผลกระทบที่เกิดแก่รัฐชายฝั่งอื่น การใช้น้ำของรัฐที่ไม่คำนึงถึงข้อเท็จจริงทั้งสองประการนี้ หรือกระทบต่อข้อเท็จจริงสองประการนี้ย่อมถือว่าเป็นการใช้น้ำอย่างไม่เป็นธรรมไม่ได้

เมื่อได้ทราบถึงขอบเขตแห่งสิทธิการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมแล้ว ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปก็คือ หลักเกณฑ์ว่าด้วยการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมสามารถนำมาปรับใช้ให้บรรลุผลได้เพียงใด เพราะหลักเกณฑ์นี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ไม่มี ความชัดเจนในตัวเอง แต่เป็นเพียงหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดให้รัฐชายฝั่งทั้งหลายต้องร่วมมือกันค้นหาความยุติธรรม (Justice or Fairness) จากข้อเท็จจริงที่มีอยู่เท่านั้น ในประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า การจะนำหลักเกณฑ์ว่าด้วยการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมมาปรับใช้ให้บรรลุผลคือ ความยุติธรรมของทุกรัฐชายฝั่งนั้น จะต้องได้รับความร่วมมือจากรัฐชายฝั่งอื่นบนพื้นฐานของความสุจริต (Good Faith) และความจริงใจ (sincerity) ซึ่งกันและกัน มิฉะนั้นแล้ว จะไม่สามารถค้นหาความยุติธรรมได้ เพราะจะไม่มีรัฐใดให้ข้อเท็จจริงที่เป็นความจริงเนื่องจากต้องการปกป้องผลประโยชน์ของตนเอง

#### 1.4.2 หน้าที่ไม่ก่อความเสียหายแก่รัฐอื่น

(Prohibition of causing injury to other States)

หน้าที่ที่รัฐต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่นนี้ เป็นพันธกรณีที่ห้ามไม่ให้รัฐใช้ดินแดนของตน หรืออนุญาตให้ใช้ดินแดนของตนไปในทางที่ขัดขวางการใช้สิทธิของรัฐอื่น มิฉะนั้นแล้ว รัฐที่ก่อความเสียหายมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility)

หน้าที่ที่รัฐต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่นนี้มีรากฐานมาจากหลักความเสมอภาคแห่งอำนาจอธิปไตย ดังนั้น ในการใช้อธิปไตยของแต่ละรัฐ รัฐจึงมีหน้าที่ต้องคำนึงถึงอธิปไตยของรัฐอื่นด้วย

หน้าที่ที่รัฐจะต้องไม่ก่อความเสียหายแก่รัฐอื่นนี้ ได้ถูกนำมาใช้กับการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศด้วย ดังนั้น การที่รัฐมีสิทธิใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศที่ไหลผ่านดินแดนของตน รัฐจึงมีหน้าที่ต้องไม่ใช้น้ำในลักษณะใดๆ ที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่น เช่น ต้องไม่ใช้น้ำในปริมาณมากจนรัฐอื่นไม่ได้มีโอกาสใช้ หรือต้องไม่ก่อให้เกิดมลพิษในแหล่งน้ำ

หน้าที่ที่รัฐต้องไม่ใช้น้ำในลักษณะที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่นนี้ ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปในฐานะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว ดังจะเห็นได้จากสนธิสัญญาระหว่างสหรัฐอเมริกา กับคานาดา มาตรา IV วรรค 2<sup>65</sup>, สนธิสัญญาระหว่างอินเดียกับปากีสถาน มาตรา 4(10)<sup>66</sup>, และสนธิสัญญาลุ่มน้ำไนเจอร์ มาตรา 2<sup>67</sup> เป็นต้น นอกจากนี้ยังปรากฏในคำพิพากษาของศาลและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการด้วย ดังเช่น ทศ The Diversion of Water from the Meuse ค.ศ.1937<sup>68</sup>, คดี Trail Smelter ค.ศ.1941<sup>69</sup> และคดี Lake Lanoux ค.ศ. 1957<sup>70</sup> เป็นต้น

ในส่วนของการประมวลกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศเพื่อการอย่างอื่นนอกจากการเดินเรือ ได้นำหลักการนี้มาบัญญัติไว้เช่นเดียวกัน ดังปรากฏใน Draft Articles 1994 มาตรา 7 ความว่า

---

<sup>65</sup> United Nation , Legislative texts and treaty provisions concerning the utilization of international river for purposes than navigation, p.260

<sup>66</sup> Ibid. 302

<sup>67</sup> United Nation, Treaty Series Vol.507 p.19

<sup>68</sup> Dante A. Caponera, The Law of international water resources, p.229

<sup>69</sup> Ibid.242

<sup>70</sup> Ibid. 246



รัฐลำน้ำ (Watercourse States) ต้องใช้ความระมัดระวัง (Due Diligence) ในการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ เพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายที่ร้ายแรง (substantial harm) แก่รัฐอื่น<sup>71</sup> แต่เดิมน้ำที่รัฐจะต้องไม่ใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศในประการที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่นนั้นมีความเห็นแตกต่างเป็น 2 แนวทางคือ

1 ฝ่ายแรกมีความเห็นว่า ความเสียหายที่กฎหมายระหว่างประเทศห้ามนั้น จะครอบคลุมถึงความเสียหายในทุกๆกรณี ไม่คำนึงว่าเป็นความเสียหายเพียงเล็กน้อย หรือความเสียหายที่ร้ายแรง ดังนี้ แม้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจะเป็นความเสียหายเพียงเล็กน้อยเท่านั้น รัฐที่ก่อความเสียหายก็มีหน้าที่จะต้องเยียวยา

แนวความคิดนี้ที่ห้ามไม่ให้รัฐก่อความเสียหายในทุกกรณีนี้ ปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาระหว่างสหรัฐอเมริกากับแคนาดา (Treaty between Great Britain and the United States relating to boundary water, and questions arising between the United States and Canada 1909) มาตรา 4 (2) และในสนธิสัญญาระหว่างอินเดียกับปากีสถาน (Indus Water Treaty 1960) ในมาตรา 4(10) เป็นต้น นอกจากนี้ยังได้รับการสนับสนุนจากข้อมติขององค์การสหประชาชาติ คือ Declarations of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm) 1972 ข้อ 21 และในงานขององค์การระหว่างประเทศอื่นคือ Declaration concerning the Industrial and Agricultural Use of International River (Montevideo) 1933 ข้อ 2

ฝ่ายที่สองเห็นว่า กฎหมายระหว่างประเทศห้ามรัฐใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศ เฉพาะในกรณีที่เกิดความเสียหายที่ร้ายแรง (substantial damage) แก่รัฐอื่นเท่านั้น แต่หากเป็นความเสียหายตามปกติธรรมดาจากการใช้ตามปกติ หรือความเสียหายเพียงเล็กน้อยแล้ว รัฐจะไม่ถูกห้ามไม่ให้ใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศ

<sup>71</sup> Draft Articles 1994,

Article 7(1) Watercourse States shall exercise due diligence to utilize an international watercourse in such a way as not to cause significant harm to other watercourse States

แนวความคิดนี้ได้รับการสนับสนุนจากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดี Trail Smelter ความว่า “รัฐต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อเมื่อ ความเสียหายนั้นก่อให้เกิดผลกระทบที่ร้ายแรงและปรากฏหลักฐานอย่างแน่ชัด” หรือ “when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence”

นอกจากนี้ยังได้รับการสนับสนุนจากงานประมวลกฎหมายแม่น้ำระหว่างประเทศของ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศใน Draft Articles 1994 และในงานของนักนิติศาสตร์ อื่นๆ เช่น ใน Helsinki Rules 1966 มาตรา 10 และในงานของ Asia - African Legal Consultative Committee ใน Draft Proposition on the Law of international River ในข้อเสนอที่ 4

ในขั้นนี้ เมื่อ Draft Articles ได้วางหลักกว้างเกณฑ์ไว้ว่าความเสียหายนั้นต้องเป็นความเสียหายที่ร้ายแรง จึงพอจะถือได้ว่าแนวโน้มของกฎหมายระหว่างประเทศบ่งชี้ไปในลักษณะ ห้ามรัฐก่อความเสียหายที่ร้ายแรงในการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศร่วมกัน ตามแนวคิดในเรื่องผลประโยชน์ร่วมกัน (Community of Interest) และสอดคล้องกับหลักความเป็นเพื่อนบ้านที่ดี ที่รัฐเพื่อนบ้านต้องยอมรับความเสียหายเล็กน้อยที่เกิดแก่ตนด้วย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ในขณะนี้กฎหมายระหว่างประเทศยังมีหลักเกณฑ์แน่นอนตายตัวในเรื่องความเสียหายแต่มี De Lege Ferenda ว่าน่าจะเป็นความเสียหายที่ร้ายแรงเท่านั้น

#### 1.4.3 หน้าที่ร่วมมือ (Duty to Cooperate)

หน้าที่ร่วมมือ เป็นหน้าที่ที่กำหนดให้รัฐทั้งหลายที่มีสิทธิใช้ประโยชน์ร่วมกันจากทรัพยากรธรรมชาติ ต้องร่วมมือกันในการใช้ทรัพยากรธรรมชาตินั้น เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด ในขณะที่เดียวกันก็เกิดผลกระทบต่อรัฐอื่นน้อยที่สุด

หน้าที่ร่วมมือกันนี้ ได้ถูกนำมาปรับใช้ในการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศ ด้วย คังปรากฏใน Draft Articles 1994 มาตรา 8 ความว่า

รัฐสำน้ำต้องร่วมมือกันบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคในอธิปไตย บูรณภาพเหนือดินแดน และผลประโยชน์ร่วมกัน เพื่อให้การใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศเกิดประโยชน์ ที่ดีที่สุด และมีมาตรการป้องกันที่เพียงพอ<sup>72</sup>

สำหรับรายละเอียดของหน้าที่ร่วมมือ ในการใช้น้ำแม่น้ำระหว่างประเทศ จะได้ กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ในการร่วมมือในเรื่องใดบ้างนั้น ได้มีข้อมติขององค์การสหประชาชาติ คือ Resolution 3281 (XXIX) on Charter of Economic and Duty of States (New York) 1974<sup>73</sup> มาตรา 3 เสนอให้ร่วมมือกันดังนี้

ในการพัฒนาทรัพยากรธรรมชาติที่รัฐตั้งแต่ 2 รัฐขึ้นไปมีสิทธิร่วมกัน แต่ละรัฐจะต้องร่วมมือกันบนพื้นฐานแห่งระบบข้อสนเทศและการปรึกษาหารือล่วงหน้า เพื่อให้การพัฒนา ทรัพยากรเกิดประโยชน์ที่ดีที่สุด และเกิดความเสียหายแก่ผลประโยชน์อันชอบด้วยกฎ หมายของรัฐอื่นน้อยที่สุด<sup>74</sup>

อย่างไรก็ตาม การที่ในข้อมติขององค์การสหประชาชาติ เสนอให้รัฐมีหน้าที่ร่วมมือกันในการให้ข้อสนเทศ และการปรึกษาหารือก่อน ไม่ได้หมายความว่า หน้าที่ทั้ง 2 ประการนี้ จะเป็นสาระทั้งหมดของความร่วมมือ แต่หน้าที่ทั้งสองประการนี้เป็นเกณฑ์พื้นฐาน ความร่วมมือในการใช้น้ำระหว่างประเทศเท่านั้น รัฐต่างๆ ที่มีสิทธิใช้น้ำร่วมกันอาจตกลง ให้มีหน้าที่ต้องร่วมมือในประการอื่นๆอีกก็ได้ ซึ่งอาจครอบคลุมถึงหน้าที่ทำความตกลงร่วมมือ กันในการพัฒนาทรัพยากรน้ำ เช่น ร่วมการสร้างเขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้า หรือเพื่อการชลประทานที่เป็นประโยชน์แก่ทุกฝ่าย หรือการวางแผนในการพัฒนาแหล่งน้ำอย่างเป็นระบบ ดังที่ เสนอไว้ในทฤษฎี Community of Interest ก็ได้

<sup>72</sup> Article 8 Watercourse States shall cooperate on the basis of sovereign equality , territorial integrity and mutual benefit in order to attain optimal utilization and adequate protection of an international watercourse.

<sup>73</sup> Dante A. Caponera , The law of international water resources , p.160

<sup>74</sup> In the exploitation of national resources shares by two or more countries , each State must cooperate on the basis of a system of information and prior consultations in order to achieve optimum use of such resources without causing damage to the legislation interest of other.

หน้าที่ร่วมมือกันในการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศนี้ได้รับการรับรองโดยทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ดังจะเห็นได้จาก

1 การที่รัฐทั้งหลายทำความตกลงในสนธิสัญญาต่างๆว่า จะมีหน้าที่แลกเปลี่ยนข้อมูล มีหน้าที่แจ้งให้ทราบล่วงหน้า และมีหน้าที่ปรึกษาหารือและเจรจา ดังมีรายละเอียดที่จะได้กล่าวในหัวข้อถัดไป

2 การที่รัฐทั้งหลายตกลงตั้งคณะกรรมการร่วมขึ้นมา เพื่อทำหน้าที่ในการวางแผนและจัดการการใช้น้ำ รวมถึงมีหน้าที่แก้ไขข้อพิพาทในการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศระหว่างตน เช่น คณะกรรมาธิการน้ำและเขตแดน ระหว่างสหรัฐอเมริกาและแคนาดา ตามสนธิสัญญา Treaty between Great Britain and the United States relating to Boundary waters and questions arising between the United States and Canada 1909 , คณะกรรมการแม่น้ำไนเจอร์ ตามสนธิสัญญาแม่น้ำไนเจอร์ ค.ศ.1964 และคณะกรรมาธิการแม่น้ำโขง ตามข้อตกลงความร่วมมือในการพัฒนาแม่น้ำโขงที่ยั่งยืน เป็นต้น

แม้ว่าหน้าที่ร่วมมือกันจะปรากฏอย่างเป็นรูปธรรม ในส่วนของหน้าที่ที่กำหนดให้รัฐมีต้องแจ้ง และต้องที่ปรึกษาหารือ หรือการจัดตั้งคณะกรรมการร่วมก็ตาม แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่าสาระที่แท้จริงของหน้าที่นี้ก็คิด การเรียกร้องให้ทุกรัฐคำนึงถึงผลประโยชน์ของรัฐอื่น เพราะมิฉะนั้นแล้วคงจะไม่มีกรวางแผนสำหรับรัฐที่จะใช้แม่น้ำระหว่างประเทศมีหน้าที่ต้องแจ้ง และปรึกษาหารือ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศ ดังนั้น หน้าที่ร่วมมือกันที่เรียกร้องให้รัฐต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของรัฐอื่นนี้เอง จึงเป็นปัจจัยที่สำคัญที่สุดที่ช่วยส่งเสริมหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมให้สัมฤทธิ์ผล เพราะหากไม่มีความร่วมมือกันแล้ว แต่ละรัฐย่อมมาสามารถทราบถึงความต้องการที่แท้จริงในการใช้น้ำของรัฐอื่นได้ และไม่สามารถจัดการน้ำให้เกิดความเป็นธรรมและสอดคล้องกันได้

#### 1.4.4 หน้าที่แจ้ง (Duty to Notification)

หน้าที่แจ้งเป็นพันธกรณีที่กำหนดให้รัฐชายฝั่ง (riparian State) ที่ประสงค์จะดำเนินโครงการใดๆที่อาจมีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อรัฐชายฝั่งอื่น มีหน้าที่ต้องแจ้งให้รัฐชายฝั่งอื่นทราบล่วงหน้าถึงโครงการที่ตนจะทำ พร้อมทั้งให้ข้อมูลที่จำเป็น ทั้งนี้ เพื่อให้รัฐที่อาจได้รับผล

ร้ายจากการดำเนินโครงการมีโอกาสประเมินผลกระทบจากโครงการ และคัดค้านโครงการได้ก่อนที่จะมีความเสียหายเกิดขึ้นจริง

หน้าที่ซึ่งกำหนดให้รัฐต้องแจ้งโครงการของตนให้รัฐอื่นทราบล่วงหน้า นี้ ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ใน Draft Articles มาตรา 12 ความว่า

ก่อนที่รัฐสำน้ำจะดำเนินโครงการหรืออนุญาตให้ดำเนินโครงการใดที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบที่ร้ายแรง (significant adverse affect) แก่รัฐสำน้ำอื่น รัฐเจ้าของโครงการต้องแจ้งให้รัฐอื่นทราบล่วงหน้าเสียก่อน พร้อมทั้งจัดหาข้อมูลทางเทคนิคและข้อสนเทศที่เพียงพอ (available technic data and information) เพื่อให้รัฐสำน้ำอื่นได้มีโอกาสประเมินผลกระทบที่เกิดขึ้น<sup>75</sup>

หน้าที่แจ้งนี้จึงเป็นหน้าที่ที่ช่วยป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายขึ้น เพราะการปล่อยให้เกิดความเสียหายขึ้นก่อนแล้วจึงมาคิดหาหนทางเยียวยาแก้ไข อาจยังก่อให้เกิดความเสียหายที่ร้ายแรงยิ่งขึ้น เนื่องจากความเสียหายบางอย่าง เช่นความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม ไม่อาจถูกเยียวยาหรือแก้ไขได้ภายในระยะเวลาอันสั้น ดังนั้น ในทางปฏิบัติของรัฐทั้งหลายจึงได้กำหนดให้รัฐที่ประสงค์จะดำเนินโครงการใดๆ ที่อาจส่งผลกระทบที่เป็นอันตรายร้ายแรงต่อรัฐอื่นมีหน้าที่แจ้ง ดังปรากฏในสนธิสัญญาต่อไปนี้คือ สนธิสัญญาระหว่างออสเตรีย เยอรมัน และสวิสเซอร์แลนด์ (Agreement relating the withdrawal of water from Lake Constance 1966)<sup>76</sup>

---

" Before a watercourse State implements or permits the implementation of plan measure which may have a significant adverse effect upon other watercourse States , it shall provide those States with timely notificatiom thereof. Such notification shall be accompanied by available technic data and information in order to enable the notified States to evaluate the possible effects of the planned measures.

<sup>75</sup> United Nations , *Treaty Series* Vol.620 , p.191

Article 6 The Riparian States shall notify one another forthwith of all withdrawal of water from Lake Constance which are not subject to the provision of article 7. In such cases , the technical authorities concerned shall deal with one another directly.

สนธิสัญญาระหว่างอินเดีย ปากีสถาน (Indus Water Treaty 1960)<sup>77</sup> สนธิสัญญาแม่น้ำไนเจอร์<sup>78</sup> (Agreement concerning the Niger River Commission and the navigation and transport on the River Niger 1964) เป็นต้น

นอกจากหน้าที่แจ้งจะปรากฏในสนธิสัญญาแล้ว ในข้อมติขององค์การสหประชาชาติ ได้กล่าวถึงหน้าที่แจ้งเช่นเดียวกัน ดังปรากฏใน Recommendation 51 ของ Declarations of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm)1972 ความว่า

“รัฐทั้งหลายตกลงว่า เมื่อใดก็ตามที่การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรน้ำถูกพิจารณาว่า อาจก่อให้เกิดผลกระทบที่ร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อมในดินแดนของรัฐอื่น รัฐอื่นจะต้องได้รับแจ้งให้ทราบล่วงหน้าเสียก่อนถึงกิจกรรมที่จะทำลง<sup>79</sup>”

---

<sup>77</sup> United Nations , Legislative texts and treaty provisions concerning the utilization of international river for other purposes than navigation , p. 300

Article 7 If either Party plan to construct any engineering work which would cause interference with the water of any of the rivers and which, its opinion , would affect the other Party materially , it shall notify the other Party of its plan and shall supply such data relating to the work as may available and as would enable the other Party to inform itself of the naturae magnitude and effect of the work.

<sup>78</sup> United Nations , Treaty Series Vol.587 , p.19

Article 12 In order to achieve maximum co-operation , the riparian States undertake to inform the Commission... at the earliest stage , of all studies and works upon which they propose to embark. they undertake futher to abstain from carrying out...any works likely to pollute the waters , or any modification likely to affect biological characteristic of its fauna and flora , without adequate notice to, and prior consultation with, the Commission.

<sup>79</sup> Recommendation 51 Nations agree that when major water resource activities are contemplated that may have a significant environmental effect on another country , the other country should be notified well in advance of the activity envisaged.

ในส่วนองงานของนักนิติศาสตร์ ได้ให้การสนับสนุนหน้าที่แจ้งเช่นกัน ดังเห็นได้จากงานดังต่อไปนี้คือ งานของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งปรากฏใน Helsinki Rules มาตรา 29<sup>80</sup> และในงานของ Institute of International Law ใน Resolution on the Use of International Non - Maritime Waters (salzbourg) 1961 มาตรา 5<sup>81</sup> เป็นต้น

ทางปฏิบัติของที่ปรากฏในสนธิสัญญา ตลอดจนทั้งข้อมติขององค์การสหประชาชาติ และความเห็นของนักนิติศาสตร์ ที่กล่าวมาข้างต้นนี้ แสดงให้เห็นว่าหน้าที่นี้ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปจากประชาคมโลก ในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว

#### 1.4.5 หน้าที่ปรึกษาหารือและเจรจา (Duty to Consultation and Negotiation)

หน้าที่ปรึกษาหารือและเจรจา เป็นหน้าที่ที่กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ต้องระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศอย่างสันติ โดยการปรึกษาหารือและเจรจา

หน้าที่นี้ได้รับการรับรองไว้ใน Draft Articles 1994 ในมาตรา 14 ความว่า “ ถ้ารัฐที่ได้รับแจ้ง คัดค้านโครงการ... แล้ว รัฐที่แจ้ง และรัฐที่คัดค้านจะต้องปรึกษาหารือกัน และถ้าจำเป็นให้เจรจา เพื่อให้ได้ข้อสรุปที่เป็นธรรม<sup>82</sup>” ดังนั้น ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทอันเนื่องจาก

---

<sup>80</sup> Article XXIX (2) A State , regardless of its location in drainage basin , should in particular furnish to other basin State , the interest of which may be substantial affect , notice of any proposed construction or installation which would alter the regime of the basin in away which might give rise to a dispute as defined in Article XXVI. The notice should include such essential facts as will permit the recipient to make an assessment of probable effect of proposed alteration.

<sup>81</sup> Article V The work or uses ... may only be initiated after due advance notice has been given to States concerned.

<sup>82</sup> Article 17 If a communication is made under paragraph 2 of article 15, the notifying State and the State making the communication shall enter into consultations and, if necessary, negotiations with a view to arriving at an equitable resolution of the situation.

โครงการที่ได้แจ้งไปตามหน้าที่แจ้งที่กล่าวมาในหัวข้อที่แล้ว ทั้งรัฐที่เสนอโครงการ และรัฐที่คัดค้านโครงการ มีหน้าที่ต้องปรึกษาหารือ และเจรจา เพื่อหาข้อสรุปที่เป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย

หน้าที่ปรึกษาหารือและเจรจานี้ได้รับการรับรองไว้ในสนธิสัญญาทั้งหลายที่เกี่ยวกับการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศ ดังจะเห็นได้จากสนธิสัญญาดังต่อไปนี้คือ Convention relating to development of hydraulic power affecting more than one State (Genrva) 1923<sup>83</sup> , สนธิสัญญาระหว่างยูโกสลาเวีย กับออสเตรีย (Convention between the Government of the Federal People's Republic of Yugoslavia and the Federal Government of the Austrian Republic concerning water economy questions relating to Drava (25 May 1954) )<sup>84</sup> และในสนธิสัญญาระหว่างออสเตรีย เยอรมัน และสวิสเซอร์แลนด์ ที่เกี่ยวกับการผันน้ำจากทะเลสาบ Constance ในมาตรา 7 (Agreement regulate the withdrawal of water from lake constance)<sup>85</sup> เป็นต้น

ในส่วนของคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้น ได้ตัดสินโดยวางหลักให้รัฐพิพาทมีหน้าที่ต้องเจรจาและ

---

<sup>83</sup> Dante A. Caponera , The law of international water resources , p.45

Article 4 If Contracting State desires to carry out operation for the development of hydraulic power , partly on its own territory and partly on the territory of another Contracting State or involving alteration on the territory of another Contracting States concerned shall enter into negotiations with a view to conclusion of agreements which will allow such operations to be executed

<sup>84</sup> United Nations , Treaty Series Vol.227 , p.111

Article 4 Should the Austrian authorities seriously contemplate plans for new installations to divert water from the Drava basin or construction work which might affect the Drava river regime to the detrimental of Yugoslavia, the Austrain Federal Government undertakes to discuss such plans with the Federal People's Republic of Yugoslavia prior to legal negotiations concerning rights in the water.

<sup>85</sup> United Nations , Treaty Series Vol.620 , p.191



ปรึกษาหารือเพื่อแก้ไขข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ดังเห็นได้จากคดีต่อไปนี้เป็นคือ คดี North Sea Continental Shelf 1969<sup>86</sup> ศาลได้วางหลักว่า “รัฐพิพาทมีหน้าที่ต้องเจรจาเพื่อทำความตกลงระหว่างกัน”

( The parties are under an obligation with a view to arriving at an agreement ) หรือในคดี Lake Lanoux อนุญาโตตุลาการได้วางหลักว่า “แม้ว่าหน้าที่ปรึกษาหารือไม่ได้กำหนดให้ต้องทำความตกลง แต่เป็นหน้าที่ที่รัฐต้องปรึกษาหารือเท่าที่ทำได้เพื่อทำความตกลง” ( “even though the obligation to consult did not imply an obligation to reach agreement, it did oblige the States to pursue the consultations as far possible with a view to concluding an agreement” )<sup>87</sup> และในคดี Fisheries Jurisdiction ค.ศ.1974<sup>88</sup> ได้กำหนดให้รัฐมีหน้าที่เจรจาเช่นเดียวกัน โดยกล่าวว่า “วิธีการที่ดีที่สุดในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น คือ การเจรจา เพื่อกำหนดสิทธิและผลประโยชน์ของคู่ความทุกฝ่าย” ( The most appropriate method for the solution of the dispute is clearly that of negotiation with a view towards delimitation of the future rights and interests of the parties )

นอกจากนี้แล้วหน้าที่ซึ่งกำหนดให้รัฐต้องปรึกษาหารือและเจรจาก่อนดำเนินโครงการยังได้รับการสนับสนุนจากงานของนักนิติศาสตร์ดังนี้ด้วย คือ งานของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ ดังปรากฏใน Helsinki Rules มาตรา 30<sup>89</sup> และงานของ Institute of International Law ใน Resolution on the use of International Non - Maritime Water (Salzburg , 11 September 1961) มาตรา 6<sup>90</sup>

---

\* Amnat Wongbandit , Hydroelectric development on an international river : The Mekong River , p.111

\* J.G. Lammer , “International and European Community Law aspect of pollution of international watercourse” Environment protection and international law , p.132

\* Irene H. Van Lier , Acid rain and international law , p.122

\* Article XXX In case of a dispute between States as to their legal rights or other interests, ... ,they Should seek a solution by negotiation.

\* Article VI If obligations are raised , the State shall enter in negotiation in view of reach an agreement within a reasonable time.

จากหลักฐานที่ปรากฏในบ่อเกิดต่างๆของกฎหมายระหว่างประเทศเหล่านี้ นักกฎหมายหลายๆท่าน เช่น Caponera<sup>91</sup> , Lammer<sup>92</sup> และ Irene H. van Lier<sup>93</sup> จึงกล่าวอ้างว่าหน้าที่ปรึกษาหารือและหน้าที่ในการเจรจาได้รับการรับรองโดยทั่วไปว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าหน้าที่ปรึกษาหารือและหน้าที่เจรจาจะได้รับการรับรองว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว แต่ยังมีปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปอีก คือ การที่รัฐมีหน้าที่ต้องปรึกษาหารือและเจรจากับรัฐอื่นแล้ว รัฐจะต้องได้รับความยินยอมจากรัฐอื่น หรือต้องทำความตกลงกับรัฐอื่นก่อน จึงจะดำเนินโครงการได้หรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้มีความเห็นเป็น 2 แนวด้วยกันคือ

ฝ่ายที่หนึ่งเห็นว่า รัฐเจ้าของโครงการที่มีหน้าที่ปรึกษาหารือและเจรจา จะต้องได้รับความยินยอมจากรัฐอื่น หรือต้องทำความตกลงกับรัฐอื่นก่อน จึงจะดำเนินโครงการตามความประสงค์ของตนได้ มิฉะนั้นแล้ว รัฐเจ้าของโครงการไม่อาจดำเนินการได้ ความเห็นนี้ฝ่ายนี้ได้รับการสนับสนุนจาก Pan - American Union ซึ่งเป็นองค์การระหว่างประเทศ (Intergovernmental Organization) ใน Declaration concerning the Industrial and Agricultural Use of International River (Montevideo, 24 December 1933)<sup>94</sup> ความว่า

2 ... no State may , without the consent of the other riparian State , introduce into the watercourses of international charactor , for the industrial or agricultural exploitation of their waters , any alteration with may prove injurious to the magin of the other interested State.

---

<sup>91</sup> Dante A. Caponera , Principle of water and administration : national and international , p.190

<sup>92</sup> J.G. Lammer , "International and European Community Law aspects of pollution of international watercourses" Environmental protection and international law , p. 132

<sup>93</sup> Irene H. van Lier , Acid Rain and international law , p.122

<sup>94</sup> Dante A. Caponera , The law of international water resources , p.205

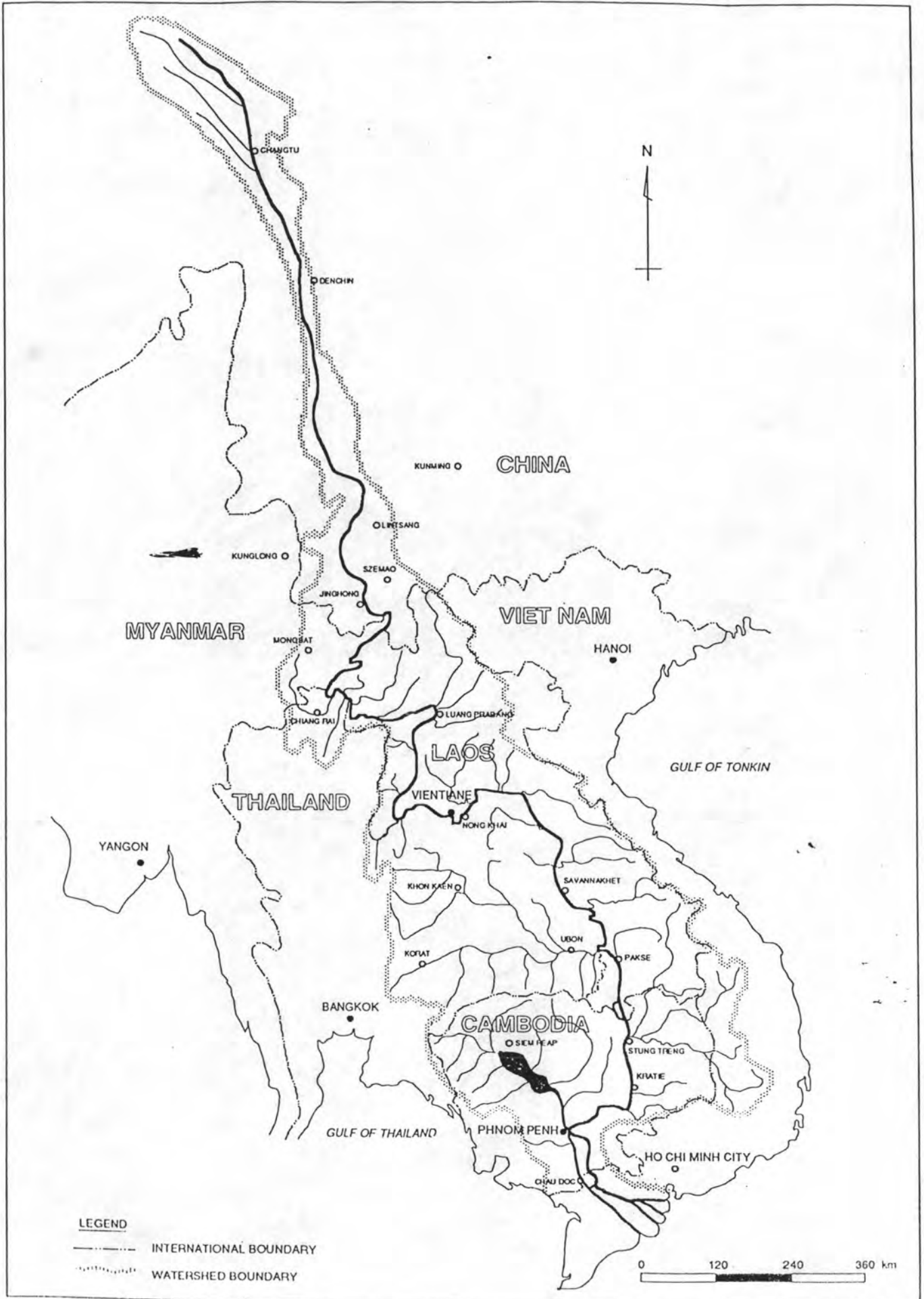
ฝ่ายที่สองเห็นว่า แม้ว่ารัฐเจ้าของโครงการจะมีหน้าที่ต้องปรึกษาหารือและเจรจากับรัฐอื่นก็ตาม แต่รัฐไม่มีหน้าที่ต้องได้รับความยินยอมหรือต้องทำความตกลงกับรัฐอื่นเสียก่อน จึงจะดำเนินโครงการได้ แนวความคิดนี้ได้รับการสนับสนุนจากท่าน Caponera<sup>95</sup> ซึ่งกล่าวว่า “หน้าที่ในการปรึกษาหารือ ไม่ก่อให้เกิดสิทธิคัดค้าน ดังนั้น รัฐจึงไม่มีหน้าที่ต้องได้รับความยินยอมจากรัฐอื่น หรือต้องทำความตกลงกับรัฐอื่นก่อนดำเนินการ เพราะหน้าที่ดังกล่าวขัดกับ หลักอธิปไตยและความเท่าเทียมกันแห่งสิทธิในการใช้น้ำตามทฤษฎีผลประโยชน์ร่วมกัน (Community Of Interest)” นอกจากนี้แล้วในคดี Lake Lanoux<sup>96</sup> ได้กล่าวถึงประเด็นเรื่องการทำ ความตกลงก่อนดำเนินโครงการว่า “วิธีการที่จะประสานผลประโยชน์ของทั้งสองรัฐคือการทำข้อตกลงระหว่างกัน ... แต่กฎเกณฑ์ที่กำหนดให้รัฐสามารถใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศได้ ภายใต้งบเงื่อนไขที่ต้องทำความตกลงก่อนนั้น ไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป”

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า การที่รัฐมีหน้าที่ต้องปรึกษาหารือและเจรจากับรัฐอื่นก่อนที่จะดำเนินโครงการนั้น แต่รัฐไม่ได้หมายความว่ารัฐมีหน้าที่ต้องได้รับความยินยอม หรือต้องทำความตกลงกับรัฐอื่นก่อนดำเนินโครงการ แต่จะอย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้ว่ารัฐไม่มีหน้าที่ต้องได้รับความยินยอมหรือทำข้อตกลงกับรัฐอื่นก่อนดำเนินโครงการก็ตาม แต่ในระหว่างการเจรจาและปรึกษาหารือ รัฐไม่ควรจะดำเนินการใดๆที่เกี่ยวกับโครงการของตนทั้งสิ้นจนกว่าจะได้ข้อสรุป เว้นเสียแต่ว่าจะไม่สามารถหาข้อสรุปได้ภายในกำหนดเวลาตามสมควรแล้ว มิฉะนั้นแล้วหน้าที่ที่กำหนดให้รัฐต้องมีหน้าที่ปรึกษาและเจรจาเพื่อให้ได้ข้อสรุปที่เป็นธรรม ก็จะไม่สามารถนำไปใช้แก้ไขข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้เลย

<sup>95</sup> Dante A. Caponera , Principle of water and administration : national and international , p. 216

<sup>96</sup> William L. Griffin , “The use of waters of international drainage basins under the customary international law” The American journal of international law Vol.53 (1959) p.63

# MAP OF MEKONG BASIN



## 2 ข้อตกลงความร่วมมือในการพัฒนาแม่น้ำโขงที่ยั่งยืน

(Agreement on the Cooperation for the Sustainable Development of the Mekong River Basin)

แม่น้ำโขงเป็นแม่น้ำที่สำคัญสายหนึ่งในทวีปเอเชีย มีความยาวทั้งสิ้นประมาณ 4,252 กิโลเมตร ซึ่งนับเป็นแม่น้ำที่มีความยาวเป็นอันดับที่ 10 ของโลก บ่อเกิดของแม่น้ำโขงมาจากการละลายของมวลหิมะที่ปกคลุมที่ราบสูงทิเบต ซึ่งมีระดับความสูงเหนือระดับน้ำทะเลถึง 16,400 ฟุต ไหลผ่านซอกเขาของมณฑลยูนนานในประเทศจีน มาตามทางซึ่งลดเลี้ยวและลาดชันลงมาทางใต้ ไหลผ่านเข้มายังคาบสมุทรอินโดจีน ณ จุดที่เป็นพรมแดนร่วมระหว่างจีน เมียนมาร์ ลาว และประเทศไทย และผ่านเข้าไปในประเทศกัมพูชาและเวียดนามได้ตามลำดับ ในที่สุดได้ไหลลงสู่ทะเลจีนใต้ ณ บริเวณฝั่งทะเลตอนใต้ของเมืองไซ่ง่อนในประเทศเวียดนาม

### 2.1 พัฒนาการของระบบกฎหมายระหว่างประเทศ (Legal Regime) ที่เกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำโขง

กฎหมายระหว่างประเทศที่วางหลักเกณฑ์ในการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำโขง ก็มีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐในการใช้น้ำระหว่างประเทศ กล่าวคือ ปรากฏในรูปของความตกลงระหว่างรัฐในกลุ่มแม่น้ำโขง ความตกลงในการใช้น้ำจากกลุ่มแม่น้ำโขงมีขึ้น ตั้งแต่ยุคที่ฝรั่งเศสครอบครองดินแดนอินโดจีน โดยฝรั่งเศสได้ทำสนธิสัญญากับไทย ได้แก่สนธิสัญญาฝรั่งเศส สยาม ฉบับลงวันที่ 15 สิงหาคม ค.ศ. 1856 และฉบับลงวันที่ 14 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1925 ซึ่งมีสาระสำคัญที่ให้เสรีภาพอย่างเด็ดขาดแก่รัฐชายฝั่ง (Riparian States) ที่จะเดินเรือในแม่น้ำโขงเพื่อการค้า

ต่อมาเมื่อประเทศในอินโดจีน ได้รับเอกราชจากประเทศฝรั่งเศส ตามสนธิสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1954 แล้ว ประเทศไทย ลาว กัมพูชา และเวียดนาม ได้ตกลงร่วมกันก่อนตั้งคณะกรรมการประสานงานสำรวจกลุ่มแม่น้ำโขงตอนล่างขึ้น (Committee for Co-ordination of Investigations of the Lower Mekong Basin) ในปี ค.ศ. 1957 ตามคำแนะนำของ ECAFE หรือ Economic Commission for Asia and the far East (ภายหลังเปลี่ยนเป็น EACAP หรือ Economic and Social Commission for Asia and Pacific) โดยคณะกรรมการดังกล่าวจะมีหน้าที่ส่งเสริม ประสานงาน

ตรวจตรา และควบคุมแผนงาน หรือการสำรวจโครงการพัฒนาบนลุ่มแม่น้ำโขงตอนล่าง<sup>97</sup> ซึ่งครอบคลุมถึงความร่วมมือในการพัฒนาแม่น้ำโขงเฉพาะส่วนของแม่น้ำโขงตอนล่างที่ไหลผ่านชายแดนพม่าลงไปถึงทะเลจีนใต้เท่านั้น

หน้าที่ของคณะกรรมการรวมถึง การสร้างเขื่อนบนลำน้ำสาขา การชลประทาน การประมง การพัฒนาไฟฟ้าพลังน้ำ การป้องกันน้ำท่วม และการเดินเรือ ซึ่งกิจกรรมเหล่านี้ได้รับเงินสนับสนุนจากรัฐสมาชิก และองค์การต่าง ๆ ของสหประชาชาติ

ในช่วงเวลานี้ ประเทศสมาชิกยังมีระบอบการปกครองที่คล้ายคลึงกัน คือ ระบบประชาธิปไตยโดยประเทศไทย ลาว กัมพูชา มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ส่วนเวียดนามมีประธานาธิบดีเป็นประมุข ความร่วมมือในคณะกรรมการจึงดำเนินไปด้วยความราบรื่น โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเข้าใจซึ่งกันและกัน ตลอดจนผลประโยชน์ร่วมกัน

แต่ต่อมาในปี ค.ศ. 1975 ดินแดนอินโดจีนทั้งหมดก็ตกอยู่ภายใต้ลัทธิคอมมิวนิสต์ และในขณะเดียวกันกัมพูชาก็ประสบปัญหาสงครามกลางเมือง ไม่อาจส่งผู้แทนเข้าร่วมในคณะกรรมการได้ ทำให้คณะกรรมการไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้ ประเทศสมาชิกที่เหลือ คือ ไทย ลาว และเวียดนาม จึงได้ตกลงจัดตั้งคณะกรรมการประสานงานสำรวจลุ่มแม่น้ำโขงตอนล่าง

---

<sup>97</sup> Committee for Coordination of Investigations of the Lower Mekong Basin

Article 4 The functions of the Committee are to promote, coordinate, supervise and control the planning and investigation of water resources development projects in the Lower Mekong Basin To these ends the Committee may :

- a) prepare and submit to participating governments plans for carrying out coordinated research, study and investigation;
- b) make requests on behalf of the participating governments for special financial and technical assistance and receive and administer separately such financial and be offered under the technical assistance programme of the United Nations, the specialized agencies and friendly governments or other organizations;
- c) draw up and recommend to participating governments criteria for the use of the water of the main river for the purpose of water resources development;

(ชั่วคราว) ขึ้น (Interim Committee for Co-ordination of Investigation of the Lower Mekong Basin) ในปี ค.ศ.1978 เพื่อดำเนินการร่วมมือในการพัฒนาแม่น้ำโขงต่อไป ในระหว่างที่รอการกลับมาของกัมพูชา ซึ่งคณะกรรมการแม่น้ำโขง (ชั่วคราว) นี้ มีหน้าที่ใกล้เคียงกับคณะกรรมการเดิม กล่าวคือมีหน้าที่ “ส่งเสริมการพัฒนาทรัพยากรน้ำในกลุ่มแม่น้ำโขงตอนล่าง เพื่อเพิ่มผลผลิตทางการเกษตร และผลิตกระแสไฟฟ้า<sup>98</sup>”

นอกจากสนธิสัญญาที่ก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศดังกล่าวแล้ว ประเทศในกลุ่มน้ำโขงตอนล่างยังได้จัดทำ Joint Declaration of the Principle for Utilization of the waters of the Lower Mekong Basin 1975 ซึ่งเป็นความตกลงที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของรัฐในกลุ่มแม่น้ำตอนล่าง ที่เกี่ยวกับการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศ โดยมีสาระใกล้เคียงกับ Helsinki Rules on the Uses of the waters of International River 1966

ต่อมาในปี ค.ศ. 1990 (พ.ศ.2533) เมื่อเหตุการณ์การสู้รบในกัมพูชายุติลง และกัมพูชาได้เสนอขอกลับเข้าร่วมในคณะกรรมการแม่น้ำโขงอีกครั้งหนึ่ง ประเทศไทยจึงได้เสนอว่า ควรจะมีการปรับปรุงโครงสร้างของคณะกรรมการแม่น้ำโขง (ชั่วคราว) เสียใหม่เพราะความร่วมมือในการพัฒนาแม่น้ำโขงที่จำกัดเฉพาะกลุ่มแม่น้ำโขงตอนล่างจะไม่สอดคล้องกับสภาพความจำเป็นในปัจจุบัน จึงควรเชิญจีน และพม่าซึ่งอยู่ในกลุ่มแม่น้ำโขงตอนบนเข้าร่วมมือในการพัฒนาด้วย ดังนั้น ประเทศทั้ง 4 จึงได้จัดทำข้อตกลงขึ้นใหม่ คือ “ข้อตกลงความร่วมมือในการพัฒนากลุ่มน้ำโขงอย่างยั่งยืน” ซึ่งได้ลงนามแล้วเมื่อวันที่ 5 เมษายน ค.ศ.1995 (พ.ศ.2538) ประกอบด้วยภาคีสมาชิก 4 ประเทศ คือ ประเทศไทย ลาว กัมพูชา และเวียดนาม ส่วนจีนและพม่ายังไม่ได้เข้าเป็นภาคี แต่ในข้อตกลงได้เปิดช่องไว้ให้ประเทศทั้งสองสามารถเข้าเป็นภาคีได้ ซึ่งข้อตกลงใหม่นี้มีผลเป็นการยกเลิกความตกลงทั้งหลายที่มีอยู่ก่อนข้อตกลงฉบับนี้

---

<sup>98</sup> Declaration concerning the Interim Committee for Coordination of Investigations of the Lower Mekong Basin

4 The present Committee shall promote the development of the water resources of the lower Mekong basin to increase agricultural and power production, in order to meet effectively the needs for reconstruction and growing development of the countries of Indochina, and the growing economic development needs of Thailand

## 2.2 บทบัญญัติในข้อตกลงความร่วมมือในการพัฒนาแม่น้ำโขงที่ยั่งยืน

บทบัญญัติในข้อตกลงความร่วมมือในการพัฒนาแม่น้ำโขงที่ยั่งยืน แบ่งได้เป็น 2 ส่วน ควบคู่กันคือ

2.2.1. ส่วนที่กำหนดสิทธิและหน้าที่แก่รัฐที่เกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำโขง

2.2.2 ส่วนที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของคณะกรรมการแม่น้ำโขง (Mekong River Commission)

### 2.21 สิทธิและหน้าที่ที่เกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำโขง

บทบัญญัติของข้อตกลงความร่วมมือในการพัฒนาลุ่มน้ำโขงที่ยั่งยืน ที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ให้แก่รัฐภาคี ที่เกี่ยวกับการใช้น้ำในระบบแม่น้ำโขงนั้น ได้วางหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ คือ

#### 2.2.1.1 คำจำกัดความของระบบแม่น้ำโขง (Mekong River Basin)

ก่อนที่จะได้พิจารณาถึงหลักเกณฑ์การใช้น้ำจากระบบแม่น้ำโขง จึงต้องทำความเข้าใจกับความหมายของคำว่า “ระบบแม่น้ำโขง” (Mekong River System) เสียก่อน เพื่อจะได้ทราบว่าข้อตกลงความร่วมมือในการพัฒนาลุ่มน้ำโขงที่ยั่งยืน ซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศในภูมิภาคนี้ มีขอบเขตการใช้บังคับครอบคลุมถึงการใช้น้ำจากส่วนใดของแม่น้ำโขงบ้าง

คำว่า “ระบบแม่น้ำโขง” (Mekong River System) ถูกบัญญัติไว้ใน มาตรา 5 ความว่า “การใช้น้ำจากแม่น้ำโขง...” แต่กับไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติใดในข้อตกลงฯ ได้ให้ข้อจำกัดความของระบบแม่น้ำโขงไว้เลย แต่อย่างไรก็ตาม การที่บทบัญญัติในข้อตกลงฯ ใช้คำว่า “ระบบแม่น้ำโขง” ไม่ได้ใช้คำว่า “แม่น้ำโขง” แสดงว่าต้องการให้ครอบคลุมถึงระบบ (System) ของแม่น้ำโขงทั้งหมดโดย ไม่จำกัดเฉพาะตัวลำน้ำโขง ซึ่งเป็นลำน้ำประธานเท่านั้น ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า คำว่า “ระบบแม่น้ำโขง” น่าจะมีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า ลำน้ำ (Watercourse) ที่ได้รับการรับรองไว้ใน Draft Article มาตรา 2 ความว่า “ลำน้ำ หมายถึง ระบบน้ำได้ดิน และน้ำผิวดินที่มีความเกี่ยวพันทางกายภาพเป็นหนึ่งเดียวและระบายลงสู่แหล่งน้ำเดียวกัน (Common Terminus)”



คำจำกัดความของระบบแม่น้ำโขง ที่ครอบคลุมถึงระบบน้ำทั้งหมดเช่นนี้ จึงมีผลให้ลำน้ำสาขา และน้ำใต้ดินที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐแต่เพียงรัฐเดียว และตกอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยอันเด็ดขาดของรัฐ ต้องตกมาอยู่ภายในบังคับแห่งข้อตกลงฯ ดังนั้น จึงเกิดปัญหาขึ้นว่า การที่รัฐภาคีตกลงให้การใช้น้ำจากระบบแม่น้ำโขงทั้งหมดตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งข้อตกลงฯ จะถือเป็นการขัดต่อหลักการใช้อำนาจอธิปไตยเด็ดขาดเหนือดินแดนซึ่งได้รับการยอมรับโดยทั่วไปหรือไม่ ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า ข้อตกลงเช่นนี้ไม่ขัดต่อหลักการใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน เพราะรัฐยังมีสิทธิอย่างเด็ดขาดที่จะใช้น้ำจากแหล่งน้ำภายในประเทศ แต่ถูกจำกัดให้ต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์บางประการที่ปรากฏในข้อตกลงฯ เท่านั้น

#### 2.2.1.2. การใช้น้ำอย่างเป็นธรรม

หลักเกณฑ์ว่าด้วยการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 5 ความว่า

“ การใช้น้ำในระบบของแม่น้ำโขง ” (Mekong River System) ภายในดินแดนของตน อย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล สอดคล้องกับปัจจัยแล้วข้อเท็จจริงอื่นๆที่เกี่ยวข้องทั้งหมด (all relevant factors and circumstances) กฎเกณฑ์ (Rule) ว่าด้วยการใช้น้ำและการผันน้ำข้ามลุ่มน้ำที่กำหนดไว้ในมาตรา 26 แห่งข้อตกลงนี้ ...”

บทบัญญัติในมาตรานี้ ก็มีความหมายเช่นเดียวกับหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมที่ได้กล่าวมาแล้ว ในหัวข้อกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป กล่าวคือ เป็นหลักที่รับรองว่า ทุกรัฐภาคีมีสิทธิอย่างเท่าเทียมกัน (Equality of Right) ในการใช้น้ำระบบจากแม่น้ำโขง ดังนั้นทุกรัฐภาคีจึงต้องใช้สิทธิของตนอย่างเป็นธรรม โดยที่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและปัจจัยที่เกี่ยวข้องในแต่ละคดี และหลักเกณฑ์ตามมาตรา 26 แห่งข้อตกลงฯนี้

แม้ว่าหลักเกณฑ์นี้เป็นเกณฑ์ที่มีความยืดหยุ่นมุ่งให้แต่ละรัฐได้รับประโยชน์สูงสุดจากการใช้ระบบแม่น้ำโขง ในขณะที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่นน้อยที่สุดก็ตาม แต่การที่จะค้นหาว่าการใช้น้ำอย่างไรจึงเป็นการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมก็ไม่ใช่ว่าทำได้โดยง่าย เพราะความเป็นธรรมเป็นสิ่งที่เลื่อนลอย ต้องอาศัยเกณฑ์อย่างอื่นมาประกอบในการพิจารณา แต่เป็นที่น่าสังเกตในข้อตกลงนี้ ไม่ได้กำหนดว่าปัจจัยและข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องมีอะไรบ้าง อีกทั้งบทบัญญัติ

ในมาตรา 26<sup>99</sup> เป็นเพียงแต่บทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่ให้คณะกรรมการร่วมไปทำความเข้าใจ กำหนดหลักเกณฑ์การใช้น้ำที่จำเป็นเท่านั้น ดังนั้น ในขณะนี้ จึงยังไม่ปรากฏว่าจะใช้เกณฑ์ใดในการพิจารณาว่า การใช้น้ำอย่างไรจึงถือว่าเป็นธรรม กล่าวอีกนัยหนึ่ง ก็คือ ประเทศภาคี ยังไม่สามารถหาข้อยุติกันได้ในเรื่องการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมแต่หลักการไปให้คณะกรรมการแม่ข่าย ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนระดับสูงที่มีอำนาจในการกำหนดนโยบายให้หารือกันซึ่งน่าจะทำได้ง่ายกว่าการพิจารณาในระดับเทคนิค

ดังนั้น ในการแปลความว่าอย่างไรเป็นการใช้น้ำอย่างเป็นธรรม รัฐภาคีอาจนำหลักเกณฑ์ที่ได้รับรองไว้ใน Draft Article<sup>100</sup> และที่ได้รับรองไว้ใน

---

<sup>99</sup> มาตรา 26 คณะกรรมการร่วม (Joint Committee) จะต้องเตรียมและเสนอกฎเกณฑ์ (Rules) ว่าด้วยการใช้น้ำและการผันน้ำข้ามลุ่มน้ำ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 5 และ 6 เพื่อให้คณะมนตรีอนุมติ และรายละเอียดอื่นๆ ดังนี้

1. กำหนดช่วงเวลาระหว่างฤดูฝนและฤดูแล้ง
2. ก่อตั้งสถานีอุทกวิทยา ( hydrological ) เพื่อกำหนดและรักษาอัตราการไหลของน้ำในแต่ละสถานี
3. กำหนดบรรทัดฐานในการพิจารณาน้ำที่มีเหลือ ( Surplus quantities of water ) บนลำน้ำประธานในช่วงฤดูแล้ง
4. ปรับปรุงกลไกในการตรวจสอบ การใช้น้ำภายในลุ่มน้ำ
5. กำหนดกลไกในการตรวจตราการผันน้ำจากลำน้ำประธานข้ามลุ่มน้ำ

<sup>100</sup> ใน Draft Articles on the Law of the Non - Navigational Uses of international watercourses 1994 ได้กล่าวถึงปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมด (all relevant factors and circumstances) ในมาตรา 6 ความว่า

1. ลักษณะทางภูมิศาสตร์ อุทกศาสตร์ อากาศ ระบบนิเวศน์ และปัจจัยทางธรรมชาติอื่น
2. ความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของรัฐลำน้ำที่เกี่ยวข้อง
3. จำนวนประชากรของแต่ละรัฐที่ต้องพึ่งพาน้ำจากลำน้ำ
4. ผลกระทบจากการใช้ลำน้ำของรัฐลำน้ำที่เกิดขึ้นแก่รัฐลำน้ำอื่น
5. การใช้น้ำในปัจจุบันของรัฐลำน้ำ
6. การอนุรักษ์ การป้องกัน การพัฒนา และการใช้น้ำอย่างประหยัด

Helsinki Rules<sup>101</sup> มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาไปพลางก่อนก็ได้ เพราะหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในงานทั้งสองชิ้น ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปจากประชาคมโลกแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่า เกณฑ์ที่มีความสำคัญที่สุดในการพิจารณาความเป็นธรรมในการใช้น้ำจากระบบแม่น้ำโขง ก็คือ เกณฑ์เรื่องความจำเป็น (Need) ในทางเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละรัฐ เพราะเกณฑ์นี้จะสะท้อนให้เห็นถึงความต้องการใช้น้ำที่แท้จริงของแต่ละรัฐ แต่ความจริงเป็นเช่นนี้ก็จะมึลักษณะเป็นพลวัตรกล่าวคือไม่หยุดนิ่ง และย่อมแปรเปลี่ยนไปตามเมื่อยังปัจจัยของแต่ละประเทศ

## 7 ทางเลือกอื่นที่สามารถใช้ได้ ที่มีคุณค่าทัดเทียมกับการใช้น้ำที่เป็นอยู่

<sup>101</sup> ในส่วนของ Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International River 1966 ได้กล่าวถึงปัจจัยที่เกี่ยวข้อง (all relevant factors) ที่ใช้พิจารณา ไว้ในมาตรา 5.6 ดังนี้

- 1 ลักษณะทางภูมิศาสตร์ของกลุ่มน้ำ โดยเฉพาะอย่างยิ่งพื้นที่ลุ่มน้ำที่อยู่ในดินแดนของแต่ละรัฐ
- 2 ลักษณะทางอุทกวิทยา (Hydrology) โดยเฉพาะปริมาณน้ำที่ระบายลงสู่แม่น้ำจากรัฐลุ่มน้ำ
- 3 ลักษณะทางภูมิอากาศที่ส่งผลกระทบต่อลุ่มน้ำ
- 4 การใช้ประโยชน์จากน้ำ
- 5 ความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละประเทศ (economical and social needs)
- 6 จำนวนประชากรที่ต้องพึ่งพาน้ำจากลุ่มน้ำ
- 7 ต้นทุนเปรียบเทียบในกรณีที่ต้องใช้วิธีอื่นที่จะทำให้ได้รับความพึงพอใจต่อความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละประเทศ
- 8 ความสามารถในการจัดหาทรัพยากรอื่น
- 9 การหลีกเลี่ยงการสูญเสียจากการใช้ทรัพยากรน้ำในลุ่มน้ำ โดยไม่จำเป็น
- 10 ความสามารถในการจ่ายค่าทดแทนต่อประเทศอื่น เพื่อปรับความขัดแย้งในการใช้น้ำ ในระหว่างประเทศที่ใช้น้ำ
- 11 ระดับความต้องการของแต่ละประเทศ โดยไม่ทำให้เกิดความเสียหายที่ร้ายแรง (substantial injury) ต่อประเทศอื่น

มีลักษณะเป็นพลวัตรกล่าวคือไม่หยุดนิ่ง และย่อมแปรเปลี่ยนไปตามข้อเท็จจริงของแต่ละประเทศ ซึ่งก็ไม่น่าจะก่อให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบอะไรกันมากนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเมื่อทรัพยากรน้ำในแม่น้ำโขงมีลักษณะที่ renewable

### 2.2.1.3 หน้าที่ไม่ก่อความเสียหายที่ร้ายแรง

หน้าที่ที่รัฐต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐภาคีอื่น ถูกกำหนดไว้ในในข้อตกลงความร่วมมือในการพัฒนากลุ่มแม่น้ำโขงที่ยั่งยืน ในมาตรา 7 ความว่า

“ต้องใช้ความพยายาม (effort) ทุกวิถีทางเพื่อหลีกเลี่ยง ลด และบรรเทาผลกระทบที่เป็นอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะที่จะกระทบต่อปริมาณและคุณภาพน้ำ ระบบนิเวศน์ (the aquatic eco - system condition) และสมดุทธ์ของระบบนิเวศน์ของระบบน้ำ จากการพัฒนาและการใช้น้ำในกลุ่มแม่น้ำโขง หรือการปล่อยน้ำเสีย หากรัฐหนึ่งหรือหลายรัฐถูกแจ้ง หรือร่วมกับหลักฐานที่เชื่อถือได้ว่าเป็นสาเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายที่ร้ายแรงต่อรัฐอื่น (substantial damage) จากการใช้น้ำหรือการปล่อยน้ำเสียลงในแม่น้ำโขง รัฐที่เป็นต้นเหตุต้องระงับความเสียหายทันที จนกว่าอันตรายนั้นจะสอดคล้องกับมาตรา 8 ”

บทบัญญัตินี้กำหนดให้รัฐที่ใช้น้ำจากแม่น้ำโขงมีหน้าที่คือ

1. ต้องใช้ความระมัดระวังในการใช้น้ำ เพื่อไม่ให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม

2. เมื่อมีหลักฐานอย่างชัดเจนว่า การใช้น้ำของรัฐก่อให้เกิดความเสียหายที่ร้ายแรง (Substantial Damage) ในดินแดนของรัฐอื่น (โดยไม่จำกัดว่าเป็นความเสียหายประการใดบ้าง) รัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหาย มีหน้าที่ต้องยุติการใช้น้ำที่เป็นเหตุแห่งความเสียหายทันที และต้องปฏิบัติตามเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 8 คือ “ทุกรัฐที่เกี่ยวข้องมีหน้าที่ต้องพิจารณา กำหนดสาเหตุของความเสียหาย, ขอบเขตของความเสียหาย, และความรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น นอกจากนี้ยังมีหน้าที่ต้องระงับข้อพิพาทอย่างสันติวิธีด้วย”

บทบัญญัติในมาตรานี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่ห้ามไม่ให้รัฐก่อความเสียหายที่ร้ายแรงแก่รัฐอื่นนั้น ถือได้ว่าเป็นหลักเกณฑ์สำคัญที่ช่วยส่งเสริมหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรม กล่าวคือเมื่อรัฐมีสิทธิอย่างเท่าเทียมกันที่จะใช้น้ำอย่างเป็นธรรม รัฐนั้นก็มิหน้าที่ต้องไม่ใช้สิทธิของตนให้เกิดความเสียหายที่ร้ายแรงแก่รัฐอื่น

อย่างไรก็ดี รัฐที่อ้างว่าได้รับความเสียหายย่อมมีภาระการพิสูจน์ด้วยเพื่อให้เกิดสิทธิในการฟ้องร้อง (Locus Standi) เช่นกัน ซึ่งหากพิสูจน์ไม่ได้ว่ามีความเสียหายร้ายแรงแล้วก็ย่อมไม่เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศ

#### 2.2.1.4. หน้าที่รักษาอัตราการไหลของน้ำในลำน้ำโขง

หน้าที่รักษาอัตราการไหลของน้ำในลำน้ำโขง เป็นหน้าที่ที่กำหนดขึ้นมาใช้บังคับโดยเฉพาะในข้อตกลงความร่วมมือในการพัฒนาลุ่มน้ำโขงที่ยั่งยืน ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 6 ความว่า

ต้องร่วมกันรักษาระดับการไหลของน้ำในลำน้ำประธาน จากการผันน้ำไปใช้ การปล่อยที่เก็บกักไว้ หรือการกระทำอื่นใดที่มีลักษณะถาวร เว้นแต่ในกรณีฝนแล้งหรือน้ำท่วมอย่างรุนแรงที่เคยเกิดแล้วในอดีต

ก. ต้องไม่น้อยกว่าอัตราการไหลต่ำสุดตามธรรมชาติของแต่ละเดือนในฤดูแล้งที่ได้รับการยอมรับ

ข. ต้องรักษาอัตราการไหลย้อนกลับตามธรรมชาติในแม่น้ำคนเลสาบในฤดูฝนให้อยู่ในระดับที่ได้รับการยอมรับ

ค. การป้องกันไม่ให้อัตราการไหล ไหลสูงสุดเฉลี่ยรายวันสูงกว่าอัตราการไหลเฉลี่ยธรรมชาติที่เคยเกิดขึ้นในช่วงที่เกิดน้ำท่วม

คณะกรรมการร่วม ( Joint Commission ) จะวางแนวทางสำหรับการกำหนดจุด และระดับการไหลของน้ำ พร้อมทั้งจัดระบบเตือนและใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อรักษาระดับน้ำค้างที่กำหนดไว้ในมาตรา 26

ส่วนการไหลของน้ำในระดับใดจึงถือได้ว่าเป็นระดับที่ได้รับการยอมรับนั้น ในข้อตกลงความร่วมมือในการพัฒนาลุ่มน้ำโขงที่ยั่งยืน ได้ให้คำจำกัดความของระดับการไหลที่ได้รับการยอมรับว่า

1 การไหลต่ำที่สุดตามธรรมชาติรายเดือนที่ยอมรับได้ คือ การไหลต่ำสุดตามธรรมชาติในแต่ละเดือนในฤดูแล้งที่ยอมรับได้

2. การไหลย้อนกลับ (Reverse Flow) ที่ยอมรับได้ คือ ระดับการไหลของน้ำในฤดูฝนที่เมือง KratieP ซึ่งก่อให้เกิดการไหลย้อนกลับของน้ำในแม่น้ำคนเลสาบ ตามข้อตกลงในระดับที่เกิดประโยชน์ที่ตีแก่ทะเลสาบใหญ่ของเขมร

บทบัญญัติในมาตรานี้ ก่อให้เกิดหน้าที่ที่สำคัญ 3 ประการ

1. การใช้น้ำในฤดูแล้ง จะต้องไม่เป็นผลทำให้อัตราการไหลของน้ำในแม่น้ำโขงลดต่ำกว่าอัตราการไหลต่ำสุดที่ยอมรับได้
2. การใช้น้ำในฤดูฝน ต้องไม่เป็นผลให้อัตราการไหลย้อนกลับของน้ำในแม่น้ำทะเลสาป ลดลงจากระดับที่ยอมรับได้
3. ต้องไม่ระบายน้ำจากโครงการใดๆ สู่มแม่น้ำโขง ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาน้ำท่วมได้

หน้าที่ทั้งสามประการนี้ จึงเป็นหน้าที่ก่อกำเนิดประโยชน์แก่รัฐท้ายน้ำแต่ฝ่ายเดียว ในขณะที่รัฐที่อยู่ต้นน้ำมีหน้าที่จะต้องให้ประกันว่าการใช้น้ำของตนในแต่ละฤดูจะไม่ทำให้อัตราการไหลของน้ำในแม่น้ำโขงลดลงต่ำกว่าอัตราต่ำสุดที่ได้รับการยอมรับ และให้ประกันว่าการระบายน้ำจากโครงการของตนจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐท้ายน้ำ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหน้าที่ประกันอัตราการไหลของน้ำนี้ จะมีความใกล้เคียงกับทฤษฎีบูรณาภาพเหนือดินแดน ที่ห้ามไม่ให้รัฐต้นน้ำต้องไม่รบกวนการไหลของน้ำในลำน้ำระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก จะต่างกันเพียงแต่ว่า ภายใต้ข้อตกลงนั้น รัฐต้นน้ำมีสิทธิใช้น้ำได้ แต่ต้องไม่กระทบต่ออัตราการไหลต่ำสุดในแต่ละฤดูที่ยอมรับได้ แต่ก็มีผลเป็นการจำกัดการใช้น้ำของรัฐต้นน้ำ เช่นเดียวกัน

ยิ่งกว่านี้ อัตราการไหลต่ำสุดที่ยอมรับได้ จะอยู่ในระดับใดนับนั้นก็ยังไม่มีความชัดเจน และหากยังกำหนดให้ต้องรักษอัตราการไหลต่ำสุดที่ยอมรับได้ในระดับที่มากเท่าไรแล้ว ยิ่งจะก่อให้เกิดข้อจำกัดในการใช้น้ำของรัฐต้นน้ำ ทำให้รัฐต้นน้ำไม่ได้ใช้น้ำตามความต้องการที่แท้จริงแห่งตน ในขณะที่รัฐท้ายน้ำ ได้ใช้ประโยชน์โดยไม่มีหน้าที่ประการใดเลย ดังนั้น จึงควรรีบกำหนดระดับการไหลของน้ำให้ชัดเจนที่สุดโดยเร็ว และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ควรจะกำหนดให้ต้องรักษอัตราการไหล โดยใช้เกณฑ์ค่าเฉลี่ยอัตราการไหลต่ำสุดที่เคยบันทึกไว้เป็นเกณฑ์ เพราะน่าจะเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย

#### 2.21.5 หน้าที่ก่อนดำเนินโครงการ

หน้าที่ในส่วนของกระบวนการวิธีนี้ เป็นหน้าที่ที่กำหนดให้รัฐภาคีที่ประสงค์จะดำเนินโครงการใช้น้ำในลักษณะใดๆ ที่ก่อให้เกิดผลกระทบที่ร้ายแรงต่ออัตราการไหลของน้ำในลำน้ำโขง มีหน้าที่ต้องทำความตกลงเป็นพิเศษ (Specific Agreement) หรือมีหน้าที่ปรึกษาหารือ

(Prior Consultation) หรือมีหน้าที่แจ้ง (Notification) กับคณะกรรมการร่วม (Joint Committee) ก่อนจึงจะดำเนินโครงการได้ ซึ่งหน้าที่เหล่านี้ได้ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 5 ความว่า

A การใช้น้ำภายในลุ่มน้ำ (intra - basin uses) และการผันน้ำข้ามลุ่มน้ำ (inter-basin diversions) จากสาขาของแม่น้ำโขง ซึ่งรวมถึงแม่น้ำคนเลสาบ ต้องแจ้ง (notification) ให้คณะกรรมการร่วมทราบ

B การใช้น้ำจากลำน้ำประธาน (mainstream) ในกรณีดังต่อไปนี้

1 ในฤดูฝน

- a) การใช้น้ำภายในลุ่มน้ำ (intra basin uses) จะต้องแจ้งให้คณะกรรมการร่วมทราบ
- b) การผันน้ำข้ามลุ่มน้ำ (inter-basin diversions) ต้องปรึกษาหารือ (prior consultation) กับคณะกรรมการร่วมก่อน เพื่อให้บรรลุข้อตกลง

2 ในฤดูแล้ง

- a) การใช้น้ำภายในลุ่มน้ำ (intra basin uses) ต้องปรึกษาหารือกับคณะกรรมการร่วมก่อน เพื่อให้บรรลุข้อตกลง
- b) โครงการผันน้ำข้ามลุ่มน้ำแต่ละโครงการ จะต้องทำความตกลงเป็นพิเศษ (specific agreement) กับคณะกรรมการร่วมก่อนดำเนินโครงการ เว้นแต่คณะกรรมการร่วมมีความเห็นเป็นเอกฉันท์ว่า มีปริมาณน้ำเหลือเกินกว่าโครงการใช้น้ำของทุกรัฐ และการผันน้ำที่เหลือนี้ไปใช้ จะต้องปรึกษาหารือกับคณะกรรมการร่วม

ในการพิจารณาหน้าที่ต่างๆ เหล่านี้จะแยกพิจารณาดังนี้

1. การทำข้อตกลงพิเศษกับคณะกรรมการร่วม

หน้าที่ที่รัฐต้องทำข้อตกลงเป็นพิเศษกับคณะกรรมการร่วม ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 5 (B)(2)(b) ความว่า “โครงการผันน้ำข้ามลุ่มน้ำจากลำน้ำประธานในฤดูแล้งแต่ละโครงการ จะต้องทำความตกลงเป็นพิเศษ (Specific Agreement) กับคณะกรรมการร่วมก่อนดำเนินโครงการ ” ซึ่งหน้าที่ที่รัฐต้องทำความตกลงเป็นพิเศษก่อนดำเนินโครงการนี้ จะมีผลให้รัฐที่เสนอโครงการผันน้ำข้ามลุ่มน้ำในฤดูแล้ง ซึ่งไม่สามารถทำข้อตกลงเป็นพิเศษกับคณะกรรมการร่วมได้ ไม่มีสิทธิดำเนินการตามแผนการของตน

แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในมาตรานี้ก็มีข้อยกเว้นเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ถ้าคณะกรรมการร่วมมีความเห็นเป็นเอกฉันท์ว่ายังมีปริมาณน้ำมากเกินกว่าขอเสนอใช้น้ำของทุกรัฐแล้ว การผันน้ำจากลำน้ำประธานในฤดูแล้ง เพื่อไปใช้ในลุ่มน้ำนั้น รัฐไม่จำเป็นต้องทำความตกลงเป็นพิเศษก็ได้ เพียงแต่ปรึกษาหารือ (Prior Consultation) ก็เพียงพอแล้ว คงมีข้อสังเกตเพียงว่าการที่จะได้มติเอกฉันท์นั้น หากรัฐภาคีมีความเข้าใจกันดีและบรรยากาศทางการเมืองมีความแน่นแฟ้น โอกาสที่จะได้มติเอกฉันท์ก็คงไม่ยากนัก เพราะมีการคำนึงถึงเฉพาะข้อเท็จจริงทางเทคนิคเพียงด้านเดียวแต่หากรัฐภาคีไม่มีความไว้วางใจต่อกันหรือไม่จริงใจต่อกันแล้วโอกาสได้มติเอกฉันท์ก็เกือบจะไม่มีเลย

## 2. การปรึกษาหารือกับคณะกรรมการร่วม

หน้าที่ปรึกษาหารือถูกกำหนดไว้ในมาตรา 5 (B) (1) (b) และมาตรา 5 (B) (2) (a) ซึ่งกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ปรึกษาหารือ ต่อเมื่อ

1. โครงการใช้น้ำของรัฐเป็นการผันน้ำจากแม่น้ำโขง ไปยังลุ่มน้ำอื่นในฤดูฝน
2. โครงการใช้น้ำของรัฐเป็นการใช้น้ำจากแม่น้ำโขง ในฤดูแล้ง

แต่การที่ข้อตกลงฯ กำหนดให้มีหน้าที่ปรึกษาหารือ เมื่อมีการใช้น้ำใน 2 ลักษณะนี้ ไม่ได้หมายความว่า รัฐภาคีมีหน้าที่ต้องปรึกษาหารือในทุกกรณี รัฐภาคีจะต้องมีหน้าที่ปรึกษาหารือต่อเมื่อโครงการใช้น้ำของรัฐภาคี (Proposed Used) เป็นการใช้น้ำที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบที่ร้ายแรงต่อการไหลของน้ำในลำน้ำโขงเท่านั้น หากเป็นการใช้น้ำในครัวเรือนหรือการใช้น้ำเพียงเล็กน้อย (Domestic and Minor Use) ที่ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการไหลของแม่น้ำโขงแล้ว ไม่จำเป็นต้องปรึกษาหารือ

ส่วนเมื่อรัฐที่มีหน้าที่ปรึกษาหารือ จะต้องดำเนินการปรึกษาหารืออย่างไรนั้น ในข้อตกลงฯ ได้กำหนดหน้าที่ และผลของการปรึกษาหารือไว้ดังนี้คือ

การปรึกษาหารือ หมายถึง การแจ้งล่วงหน้า พร้อมทั้งให้ข้อมูลและข้อสนเทศ (Additional Data and Information) แก่คณะกรรมการร่วมตามที่ระบุไว้ในมาตรา 26 ซึ่งจะเป็นพื้นฐานไปสู่การทำข้อตกลง เพื่อให้รัฐสมาชิกอื่นที่ได้ได้แจ้งและประเมินผลกระทบของข้อเสนอใช้น้ำนั้น ที่อาจมีขึ้นต่อการใช้น้ำของรัฐตน หรือผลกระทบด้านอื่นๆ การ





ปรึกษานี้ไม่ก่อให้เกิดสิทธิในการคัดค้าน (Right to Veto) และไม่ก่อให้เกิดสิทธิแต่ฝ่ายเดียวในการใช้น้ำของรัฐใดๆ โดยไม่คำนึงถึงสิทธิการใช้น้ำของรัฐนั้น

จากรายละเอียดของคำจำกัดความ “หน้าที่ปรึกษาหารือ” ที่กล่าวมาข้างต้นนี้ จะเห็นได้ว่ายังมีความไม่ชัดเจนในหลายๆ ประเด็น ดังนี้ คือ

1. การที่ข้อตกลงฯ กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ปรึกษาหารือเฉพาะโครงการใช้น้ำที่มีผลกระทบต่อที่ร้ายแรงต่อการไหลของน้ำในลำน้ำโขงเท่านั้น ดังนั้นจึงเป็นปัญหาว่า จะใช้เกณฑ์ใดในการพิจารณาว่าโครงการเกิดผลกระทบต่อที่ร้ายแรงหรือไม่ ซึ่งในประเด็นคงตอบได้แต่เพียงว่า ต้องพิจารณาเป็นรายคดีไป

2. ข้อมูลและข้อสนเทศที่ค้องแจ้งให้คณะกรรมการร่วมทราบนั้น จะมีรายละเอียดเพียงใด ทั้งนี้เนื่องจากบทบัญญัติของข้อตกลงฯ กำหนดให้ต้องจัดหาข้อมูลที่ได้ระบุไว้ในมาตรา 26 แต่มาตรา 26 เป็นเพียงแต่บทบัญญัติที่ให้อำนาจคณะกรรมการร่วมไปจัดเตรียมกฎเกณฑ์การใช้น้ำเท่านั้น ซึ่งในเวลานี้หลักเกณฑ์การใช้น้ำดังกล่าวยังอยู่ในระหว่างขกร่าง จึงไม่มีเกณฑ์ที่ชัดเจนว่าต้องจัดหาข้อมูลประการใดให้แก่คณะกรรมการร่วมบ้าง

แต่อย่างไรก็ตาม ในบทบัญญัติเรื่องนี้เอง ได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์การปรึกษาหารือไว้ว่า “เพื่อให้รัฐสมาชิกอื่นได้มีโอกาสถกเถียงและประเมินผลกระทบของโครงการดังกล่าว ที่เอกระทบต่อการใช้น้ำของคน หรือผลกระทบด้านอื่นๆ” ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าในระหว่างที่ยังไม่มีเกณฑ์ที่ชัดเจนเช่นนี้ รัฐที่เสนอโครงการควรให้ข้อมูลที่จำเป็น และเพียงพอแก่การประเมินผลกระทบของโครงการดังกล่าว ก็น่าจะเป็นการปฏิบัติตามความตกลงฯ แล้ว

3. ในจำกัดความกล่าวถึงหน้าที่ปรึกษาหารือว่า “...เป็นพื้นฐานที่จะนำไปสู่ข้อตกลง (...is the basis for arriving at an agreement) แต่หน้าที่ปรึกษาหารือไม่ก่อให้เกิดสิทธิคัดค้าน (Right to veto) และไม่ก่อให้เกิดสิทธิฝ่ายเดียวที่จะใช้น้ำ โดยไม่คำนึงถึงสิทธิของรัฐอื่น” จึงเป็นปัญหาขึ้นว่า หากไม่สามารถตกลงกันได้ รัฐที่เสนอโครงการจะมีสิทธิดำเนินการตามความประสงค์ของคนหรือไม่

ในประเด็นนี้ มีความเห็นของนักกฎหมายระหว่างประเทศได้แก่ Dante A. Caponera และคำพิพากษาในคดี Lake Lanoux ตัดสินว่า รัฐไม่มีหน้าที่ต้องทำข้อตกลง หรือต้องได้รับ

ความยินยอมจากรัฐภาคีอื่นก่อนที่จะดำเนินโครงการได้ เพราะหน้าที่ดังกล่าวขัดต่อความเท่าเทียมกันแห่งอำนาจอธิปไตยของรัฐ

ดังนั้น ในการแปลความถึงผลของหน้าที่ปรึกษาหารือ จึงต้องแปลความว่า แม้รัฐที่เสนอโครงการมีหน้าที่ปรึกษาหารือเพื่อทำความตกลงกับรัฐภาคีอื่น แต่หากไม่สามารถตกลงกันได้ ก็ไม่ห้ามรัฐที่เสนอโครงการที่จะดำเนินงานตามความประสงค์ เพราะรัฐภาคีอื่นไม่มีสิทธิคัดค้าน แต่การดำเนินโครงการจะต้องสอดคล้องกับรัฐอื่นด้วย

บทบัญญัติที่ห้ามไม่ให้รัฐอื่นคัดค้านได้ และในขณะเดียวกันก็กำหนดให้การใช้สิทธิของรับต้องคำนึงถึงสิทธิของรัฐอื่นด้วย เท่ากับเป็นการรักษาสมดุลระหว่างการไม่ยอมให้รัฐอื่นใช้สิทธิโดยแก่ง (Abuse of Right) เพื่อคัดค้านหรือเตะถ่วงโครงการที่เป็นประโยชน์แก่รัฐที่เสนอโครงการ และในขณะเดียวกัน การกระทำฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ก็ก่อให้เกิดความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศเช่นกัน

ปัญหาที่จะเกิดขึ้นก็คือ หากแต่ละรัฐภาคีต่างตีความกันเองตามที่ตนเข้าใจซึ่งแตกต่างจากที่รัฐภาคีอื่นตีความ โดยมุ่งแต่เพียงหวังกันผลประโยชน์ของคนเท่านั้น จนลืมไปว่ารัฐริมฝั่งต่างก็มีสิทธิใช้น้ำเช่นกันแล้ว ข้อพิพาทก็อาจจะเกิดขึ้นได้ซึ่งแทนที่ความตกลงฯ นี้จะช่วยสร้างความร่วมมือระหว่างกัน กลับกลายเป็นสร้างข้อพิพาทให้เพิ่มขึ้นซึ่งย่อมจะไม่ก่อประโยชน์ต่อรัฐภาคีใด

การที่รัฐที่เสนอโครงการจะมีสิทธิดำเนินโครงการได้ ภายหลังจากไม่สามารถตกลงกันได้ ไม่ได้หมายความว่ารัฐไม่มีหน้าที่ต้องยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้น เพราะในข้อตกลงฯ ยังกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ต้องระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอย่างฉันทมิตรด้วย

### 3. การแจ้งให้คณะกรรมการร่วมทราบล่วงหน้า (Prior Notification)

หน้าที่แจ้งให้คณะกรรมการร่วมทราบล่วงหน้า กำหนดไว้ในมาตรา 5 (A) และ 5 (B) (1) (a) กล่าว รัฐมีหน้าที่แจ้งให้คณะกรรมการร่วมทราบต่อเมื่อ

1. โครงการใช้น้ำเป็นการใช้น้ำจากสาขาของแม่น้ำโขง
2. โครงการใช้น้ำเป็นการใช้น้ำจากแม่น้ำโขงในฤดูฝน

แต่รัฐไม่จำเป็นต้องแจ้งให้คณะกรรมการร่วมทราบทุกกรณี เพราะในข้อตกลงฯ กำหนดให้แจ้งเฉพาะโครงการใช้น้ำของคนก่อให้เกิดผลกระทบที่ร้ายแรงต่อการไหลของแม่น้ำโขงเท่านั้น ถ้าหากการใช้น้ำของรัฐ เป็นการใช้อยู่ในครัวเรือนและการใช้เพียงเล็กน้อย (Domestic and Minor Use) ที่ไม่กระทบต่อการไหลของน้ำในแม่น้ำโขงแล้ว รัฐไม่ต้องแจ้ง

ส่วนหน้าที่ที่ต้องกระทำ เมื่อมีหน้าที่นั้นในข้อตกลงได้กำหนดหน้าที่ดังนี้คือ “ต้องให้ข้อเสนอเทศล่วงหน้าที่เกี่ยวกับโครงการ (Proposed Use) ซึ่งเป็นไปตามรูปแบบ (Format) เนื้อหา (Content) และขั้นตอน (Procedures) ที่กำหนดไว้ในมาตรา 26 ว่าด้วยการใช้น้ำและการผันน้ำตามลุ่มน้ำ”

บทบัญญัติในเรื่องหน้าที่แจ้งนี้ก็มีความไม่ชัดเจนเช่นเดียวกับหน้าที่ปรึกษาหารือกล่าวคือ ไม่มีความชัดเจนว่า รัฐที่เสนอโครงการ มีหน้าที่ต้องจัดหาข้อมูลให้เพียงใด ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า เมื่อยังไม่มีเกณฑ์ที่ชัดเจน ก็ควรให้ข้อมูลเท่าที่จำเป็นในการประเมินผลกระทบของโครงการ ทั้งนี้เพื่อให้รัฐอื่นได้มีโอกาสคัดค้านโครงการได้ ก่อนที่จะมีความเสียหายขึ้นจริง

ปัญหาต่อไปที่ต้องพิจารณาคือ เมื่อรัฐได้แจ้งให้คณะกรรมการร่วมแล้ว จะมีผลอย่างไร และรัฐที่แจ้งจะสามารถดำเนินการได้ในทันที หรือต้องได้รับการอนุมัติจากคณะกรรมการร่วมก่อน ปัญหาเหล่านี้ไม่ได้บัญญัติไว้ในข้อตกลงฯ เลย ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า น่าจะนำบทบัญญัติในเรื่องหน้าที่ปรึกษาหารือมาใช้เทียบเคียงได้ เพราะมีเป้าหมายให้โอกาสแก่รัฐภาคีอื่นได้ประเมินผลกระทบของโครงการใช้น้ำเช่นเดียวกัน ดังนี้ เมื่อคณะกรรมการร่วมคัดค้านโครงการ รัฐที่เสนอโครงการก็ต้องมีหน้าที่ระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีที่ได้กำหนดไว้ในข้อตกลงฯ และถ้ายังไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้ในเวลาพอสมควร รัฐที่เสนอโครงการก็ควรจะมีสิทธิดำเนินโครงการได้บนพื้นฐานของความรับผิดชอบของการกระทำของตน

หลักเกณฑ์ที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ เป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดให้รัฐภาคีที่มีความประสงค์จะใช้น้ำจากแม่น้ำโขงจำต้องยึดถือและมีหน้าที่ต้องปฏิบัติ ต่อไปจะได้กล่าวถึงสิทธิและหน้าที่ของคณะกรรมการบริหารแม่น้ำโขง ซึ่งเป็นองค์การระหว่างประเทศในภูมิภาคลุ่มแม่น้ำโขง

คณะกรรมการแม่น้ำโขง มีสถานะเป็นองค์การระหว่างประเทศในภูมิภาคซึ่งจัดตั้งขึ้น โดยมีเป้าหมายเพื่อให้เกิดความร่วมมือในการพัฒนาและอนุรักษ์น้ำและทรัพยากรอื่นในลุ่มแม่น้ำโขงในทุกๆด้าน ซึ่งรวมถึง การชลประทาน การผลิตกระแสไฟฟ้าพลังน้ำ การเดินเรือ การป้องกันน้ำท่วม และการท่องเที่ยว เป็นต้น โดยมุ่งให้เกิดประโยชน์ที่ดีที่สุดจากการใช้น้ำเพื่อการต่างๆ และผลประโยชน์ร่วมกันแก่ทุกรัฐ ในขณะที่เดียวกันจะลดผลกระทบที่เป็นอันตรายร้ายแรง (harmful effects ) อันเนื่องมาจากปรากฏการณ์ธรรมชาติและการกระทำของมนุษย์<sup>102</sup>

คณะกรรมการแม่น้ำโขง ประกอบด้วยส่วนงาน 3 ส่วน คือ

2.2.2.1. คณะมนตรี (Council) ซึ่งประกอบด้วยตัวแทนระดับรัฐมนตรี (ต้องไม่ต่ำกว่ารัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวง (Vice - Minister)<sup>103</sup> ซึ่งมีอำนาจในการกำหนดนโยบายในฐานะตัวแทนของรัฐบาล ) จากประเทศสมาชิก ประเทศละ 1 คน เพื่อทำหน้าที่ในการกำหนดนโยบายต่างๆ ที่ก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable development) และการปกป้องสิ่งแวดล้อมตลอดถึงระบบนิเวศน์ (aquatic condition) ในลุ่มน้ำตามที่ได้กำหนดไว้ในข้อตกลงนี้<sup>104</sup>

2.2.2.2 คณะกรรมการร่วม (Joint Committee) ประกอบด้วยตัวแทนจากประเทศสมาชิก ประเทศละ 1 คน ซึ่งต้องมีตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดี (Head of Department) มีหน้าที่สำคัญ คือดำเนินงานตามนโยบายของคณะมนตรี และขอรับความช่วยเหลือในการพัฒนาแม่น้ำโขงจากต่างประเทศ<sup>105</sup>

2.2.2.3. สำนักเลขาธิการ (Secretariat) ทำหน้าที่ให้บริการด้านเทคนิค และการจัดการแก่คณะมนตรี และคณะกรรมการร่วม<sup>106</sup> โดยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลจากคณะกรรมการร่วม

<sup>102</sup> ข้อตกลงความร่วมมือในการพัฒนาแม่น้ำโขงที่ยั่งยืน มาตรา 1

<sup>103</sup> ในกรณีของประเทศเวียดนามนั้น เนื่องจากแห่ง Vice-Minister มีฐานะเทียบเท่า ปลัดกระทรวงเท่านั้น แต่เมื่อประเทศเวียดนามไม่มีตำแหน่งรัฐมนตรีช่วยว่าการจึงให้ vice-Minister เป็นผู้แทน

<sup>104</sup> ข้อตกลงความร่วมมือในการพัฒนาแม่น้ำโขงที่ยั่งยืน มาตรา 18

<sup>105</sup> ข้อตกลงความร่วมมือในการพัฒนาแม่น้ำโขงที่ยั่งยืน มาตรา 24

<sup>106</sup> ข้อตกลงความร่วมมือในการพัฒนาแม่น้ำโขงที่ยั่งยืน มาตรา 30

สำหรับสำนักเลขาธิการนี้จะมีหัวหน้าสำนักงาน ( Chief Executive Officer ) เป็นผู้รับผิดชอบดูแลงานทั้งหมด ซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากคณะมนตรี