

บทที่ 4

การประยุกต์ใช้หลักกฎหมายในการควบคุมและป้องกันมลพิษในแม่น้ำระหว่างประเทศ

จากการศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศ จะเห็นว่ายังมีหลักกฎหมายไม่ชัดเจนแน่นอน โดยเฉพาะยังมีความขัดแย้งกันอยู่ระหว่างสิทธิของรัฐต้นน้ำซึ่งอ้างทฤษฎีอธิปไตยเหนือดินแดนอันสมบูรณ์ ในขณะที่รัฐท้ายน้ำอ้างทฤษฎีบูรณภาพเหนือดินแดนอันสมบูรณ์ อันแสดงถึงผลประโยชน์ที่ขัดกันจากการใช้น้ำ ดังนั้นเพื่อขจัดปัญหาดังกล่าวประเทศในภูมิภาคต่าง ๆ ได้จัดทำสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการใช้และรักษาทรัพยากรน้ำ เพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ของรัฐริมฝั่งให้ชัดเจนขึ้น

ประเทศในกลุ่มแม่น้ำโขงตอนล่าง อันประกอบด้วยลาว กัมพูชา ไทยและเวียดนามได้ร่วมกันจัดตั้งคณะกรรมการเพื่อการประสานงานการสำรวจแม่น้ำโขงตอนล่าง ซึ่งเป็นองค์การความร่วมมือระหว่างรัฐบาลของประเทศริมฝั่งแม่น้ำ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อร่วมมือกันสำรวจและวางแผนการใช้ทรัพยากรน้ำจากแม่น้ำโขง ในปี ค.ศ. 1957 โดยที่ไม่มีข้อตกลงเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ในการใช้น้ำของรัฐในกลุ่มแม่น้ำโขงชัดเจน เพียงแต่มีข้อตกลงเป็นหลักการกว้าง ๆ ของผู้แทนของรัฐทั้งในการปรึกษาหารือกันในปีค.ศ. 1957 ในการผันน้ำจากแม่น้ำโขง (Mekong mainstream) ไว้ว่า การผันน้ำจะต้องไม่ทำให้น้ำน้อยกว่าระดับน้ำต่ำ (Low water discharge) และในการผันน้ำเพื่อการชลประทานควรจะทำเมื่อน้ำมีระดับสูง (High Stages)¹ ประเทศในกลุ่มแม่น้ำโขงได้ร่วมมือกันพัฒนาทรัพยากรน้ำโดยยึดถือหลักดังกล่าวบนพื้นฐานของความไว้วางใจซึ่งกันและกัน โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ร่วมกันเป็นเวลาเกือบ 20 ปี จนกระทั่งเมื่อเกิดการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองในภูมิภาคนี้ โดยประเทศเวียดนามและกัมพูชาได้เปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองเป็นคอมมิวนิสต์ในปีค.ศ. 1970 ทำให้เกิดความไม่ไว้วางใจกัน ดังนั้นเพื่อที่จะรักษาผลประโยชน์ของทุกฝ่ายประเทศในกลุ่มแม่น้ำโขงประเทศลุ่มแม่น้ำโขงจึงได้จัดทำปฏิญญาร่วมหลักการใช้น้ำในลุ่มแม่น้ำโขงขึ้นในปีค.ศ. 1975

¹ Prachoom Chomchai, "International Management of the Lower Mekong," Lecture notes delivered to the course on international water law and management at Delft, The Netherlands, 1990, p. 9.

4.1 ปฏิญญาหลักการใช้น้ำในลุ่มแม่น้ำโขงตอนล่าง

ปฏิญญาร่วมหลักการใช้น้ำในลุ่มแม่น้ำโขงตอนล่าง ค.ศ. 1975 ได้บัญญัติหลักการต่าง ๆ ทางกฎหมายซึ่งถือว่าเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของประเทศในลุ่มแม่น้ำโขงตอนล่างที่ได้ยึดถือปฏิบัติมาโดยตลอดนับจากปีค.ศ. 1975 จนถึงปีค.ศ. 1991 ในการประชุมคณะกรรมการฯ แม่น้ำโขงเมื่อได้รับรองการกลับเข้ามาเป็นสมาชิกคณะกรรมการฯ แม่น้ำโขงอีกครั้งของประเทศกัมพูชา ประเทศภาคีคณะกรรมการฯ แม่น้ำโขงได้เสนอให้พิจารณาทบทวนหลักการใช้น้ำในปฏิญญาหลักเสียใหม่และให้ระงับการใช้หลักดังกล่าวไว้จนกว่าจะได้มีการตกลงเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ดังนั้นสถานะของปฏิญญาหลักในขณะนี้จึงไม่มีผลบังคับ แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากปฏิญญาหลักเป็นหลักฐานทางกฎหมายที่ประเทศในลุ่มน้ำโขงยึดถือมาเป็นเวลาเกือบ 20 ปี จึงควรศึกษาว่าหลักการต่าง ๆ ในปฏิญญาร่วมฯ นั้นสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศและสอดคล้องกับสถานการณ์ของภูมิภาคในลุ่มน้ำโขงหรือไม่ และในเมื่อไม่มีปฏิญญาร่วมฯ อันเป็นหลักกฎหมายร่วมกันของประเทศในภูมิภาคนี้แล้วจะยึดหลักกฎหมายอะไรบ้างที่มาใช้บังคับถึงสิทธิและหน้าที่ของประเทศในลุ่มแม่น้ำโขง การประยุกต์ใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรากฏอยู่ในปฏิญญาหลักมีดังนี้

4.1.1 การประยุกต์ใช้หลักการใช้ประโยชน์อย่างสมเหตุสมผล

ปฏิญญาร่วมฯ หลักการใช้น้ำของประเทศในลุ่มน้ำโขงได้จัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการเฉพาะกิจโดยการให้คำปรึกษาหารือของกรรมการที่ปรึกษาซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายระหว่างประเทศในการใช้ทรัพยากรน้ำ ดังนั้นหลักการต่าง ๆ ที่ปรากฏในปฏิญญาร่วมฯ จึงเป็นหลักการที่หลาย ๆ ประเทศได้ให้การยอมรับ นับจากปีค.ศ. 1969 ภายหลังจากการประชุมของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศพร้อมกับการประกาศ Helsinki Rules หลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลได้รับการยอมรับอย่างมาก แนวคิดนี้จึงนำมาใช้ในการร่างปฏิญญาร่วมฯ โดยยึดหลัก Helsinki Rules อย่างเคร่งครัด สำคัญสำคัญของหลักการใช้ประโยชน์อย่างสมเหตุสมผลที่ปรากฏในปฏิญญาร่วมฯ มีดังนี้

4.1.1.1 ขอบเขตของการใช้หลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผล

แม้ว่าตามมาตรา 5 ของปฏิญญาร่วมฯ จะบัญญัติว่าโครงการบนลำนน้ำหลักซึ่งดำเนินการโดยรัฐเดี่ยว (individual project) จะต้องได้รับการวางแผนและ

ดำเนินการเพื่อให้เกิดระบบการพัฒนาทรัพยากรในการใช้ประโยชน์ที่ทุกรัฐในลุ่มน้ำจะได้รับในดินแดนโดยการแบ่งปันอย่างสมเหตุสมผล (reasonable and equitable share)

ถ้าพิจารณาตามมาตรา 5 นี้แล้วจะเห็นว่าหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลนี้จะบังคับใช้เฉพาะส่วนของลำน้ำหลักตามมาตรา 10 ลำน้ำหลักนั้นจะต้องถือว่าเป็นผลประโยชน์ร่วมกันของรัฐลุ่มน้ำทั้งหลาย² แต่เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตราอื่น สรุปได้ว่าหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลในปฏิญญาร่วมฯ นั้นสามารถประยุกต์ใช้กับลำน้ำทั้งหลายได้ ดังเช่นในมาตรา 21 ซึ่งกำหนดหลักการใช้น้ำในลำน้ำสาขาที่ประเทศภาคีถือว่าเป็นลำน้ำสาขาหลัก จะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของการใช้อย่างสมเหตุสมผล³ นอกจากนี้ถ้ารัฐภาคีประสงค์จะให้ลำน้ำสาขาย่อย (มาตรา 22)⁴ หรือทรัพยากรน้ำอื่น ๆ เช่น ลำธาร น้ำบาดาล หรือหินอุ้มน้ำ (aquifer) (มาตรา 23)⁵ อยู่ในบังคับของบทบัญญัติภายใต้ปฏิญญาร่วมฯ ก็อาจทำได้

ตามบทบัญญัติของปฏิญญาร่วมฯ ดังกล่าวจึงเห็นว่าหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลนั้นไม่ได้กำหนดขอบเขตชัดเจนแน่นอน นอกจากนั้นการกำหนดไว้ว่าลำน้ำสาขาหลักจะต้องอยู่ในบังคับของปฏิญญาร่วมฯ เมื่อถือว่าเป็นหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลแล้วจะต้องถือว่าเป็นผลประโยชน์ร่วมกันของทุกรัฐในลุ่มน้ำ ซึ่งเป็นการไม่ชอบด้วยเหตุผลเพราะตามหลักกฎหมายที่ยอมรับกันนั้น รัฐมีอธิปไตยในการใช้ทรัพยากรที่อยู่ในดินแดนของตนตราบเท่าที่ไม่ทำให้รัฐอื่นเสียหาย ดังนั้นหลักการดังกล่าวจึงทำให้รัฐต้นน้ำต้องรับภาระจำยอมเหนือดินแดนเพื่อผลประโยชน์ของรัฐท้ายน้ำ หลักการข้างต้นจึงอาจเป็นปัญหาในการบังคับใช้บทบัญญัตินี้ดังกล่าวในการใช้น้ำในลุ่มน้ำโขงได้

² Joint Declaration, Art. 10. (ดูภาคผนวกที่ 5).

³ *Ibid.*, Art. 21.

⁴ *Ibid.*, Art. 22.

⁵ *Ibid.*, Art. 23.

4.1.1.2 หน้าที่ของรัฐริมฝั่ง

- หน้าที่ในการแบ่งปันทรัพยากรน้ำอย่างสมเหตุสมผล

ตามมาตรา 5 ของปฏิญญาร่วมฯ กำหนดให้รัฐในกลุ่มแม่น้ำโขงใช้ประโยชน์ในดินแดนของตนภายใต้เงื่อนไขของการแบ่งปันอย่างสมเหตุสมผล (Basin State shall entitled, within its territory to a reasonable and equitable share) และในมาตรา 6 ของปฏิญญาร่วมฯ ได้กำหนดปัจจัยต่าง ๆ ในการพิจารณาถึงความสมเหตุสมผลดังนี้

1. ลักษณะทางภูมิศาสตร์ของกลุ่มน้ำ โดยเฉพาะอย่างยิ่งพื้นที่ของกลุ่มน้ำที่อยู่ในดินแดนของแต่ละประเทศ
2. ลักษณะทางอุทกศาสตร์ของน้ำ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปริมาณน้ำที่ระบายลงสู่แม่น้ำโขงจากแต่ละรัฐกลุ่มน้ำ
3. ลักษณะทางภูมิอากาศที่ส่งผลกระทบต่อกลุ่มน้ำ
4. การใช้ประโยชน์จากน้ำทั้งในอดีตและปัจจุบัน
5. ความจำเป็นทางเศรษฐกิจ สังคมของแต่ละประเทศ
6. จำนวนประชากรที่ต้องพึ่งพาน้ำจากกลุ่มน้ำ
7. ต้นทุนเปรียบเทียบ ในกรณีที่จะต้องใช่วิธีการอื่นที่จะทำให้ได้รับความพึงพอใจต่อความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละรัฐ
8. ความสามารถที่จะหาทรัพยากรอื่นได้
9. การหลีกเลี่ยงการสูญเปล่าจากการใช้ทรัพยากรน้ำในกลุ่มน้ำโดยไม่จำเป็น
10. ความสามารถในการจ่ายค่าทดแทนต่อประเทศอื่นเพื่อปรับความขัดแย้งในการใช้น้ำระหว่างประเทศผู้ใช้
11. ระดับของความต้องการของแต่ละประเทศ โดยไม่ทำให้เกิดความเสียหายที่สำคัญต่อประเทศในกลุ่มน้ำอื่น
12. สัดส่วนของต้นทุนต่อผลประโยชน์ของแต่ละโครงการ โดยคำนึงถึงต้นทุนและผลประโยชน์ทั้งที่วัดได้และวัดไม่ได้ (economic and social) รวมทั้งต้นทุนและผลประโยชน์ในทางการเงิน ทั้งในรัฐต้นน้ำและรัฐท้ายน้ำ

จะเห็นได้ว่าปฏิญญาหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลในปฏิญญาร่วมกันนั้นรับเอาหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลในความหมายของ "การแบ่งปันผลประโยชน์ในการใช้น้ำ" ซึ่งเป็นหลักการใน Helsinki Rules (มาตรา 4,5)⁶ ของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศมาบัญญัติไว้แทบทุกประการ

ดังนั้น รัฐในลุ่มน้ำโขงจึงมีหน้าที่จะต้องใช้น้ำในดินแดนของตนโดยคำนึงถึงผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจและสังคมของรัฐอื่นด้วย

การแบ่งปันอย่างสมเหตุสมผลตามมาตรา 5 นี้จะต้องพิจารณาตามปัจจัยต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 6 ของปฏิญญาร่วมกัน เช่น ความจำเป็นในการใช้น้ำของแต่ละประเทศ ความต้องการทางเศรษฐกิจและสังคมของรัฐในลุ่มน้ำทุกรัฐ รวมทั้งสัดส่วนต้นทุนต่อกำไรของโครงการของทั้งรัฐต้นน้ำและรัฐท้ายน้ำ แม้โครงการนั้นจะตั้งอยู่ในดินแดนของรัฐต้นน้ำเพียงรัฐเดียวก็ตาม

ด้วยเหตุนี้ ถ้าเกิดความแตกต่างกันทางผลประโยชน์รัฐท้ายน้ำอาจคัดค้านได้ ทั้งนี้เนื่องจากถือว่าเป็นการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างไม่สมเหตุสมผล เพราะตามมาตรา 7 กำหนดให้การวางแผนจะต้องได้รับการเห็นชอบโดยเอกฉันท์ กรณีนี้ถ้ารัฐท้ายน้ำเห็นว่าเป็นการแบ่งปันที่ไม่สมเหตุสมผล หรือ ทำให้ตนเสียประโยชน์ จึงก่อให้เกิดสิทธิคัดค้าน

เมื่อพิจารณาหลักการแบ่งปันอย่างสมเหตุสมผลที่ปรากฏในปฏิญญาร่วมกันแล้ว เห็นว่าหลักดังกล่าวไม่ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการประสานผลประโยชน์ (balance of interest) ระหว่างรัฐท้ายน้ำและรัฐต้นน้ำ เนื่องจากเหตุผลดังนี้ ประการแรก หลักการแบ่งปันน้ำอย่างสมเหตุสมผลกำหนดให้มีการแบ่งปันน้ำซึ่งไหลผ่านดินแดนของตนให้กับรัฐท้ายน้ำ ซึ่งขัดกับหลักที่ว่า แต่ละประเทศมีสิทธิใช้น้ำในดินแดนของตนเองเพื่อให้บรรลุถึงความพอใจโดยการทำให้เกิดผลเสียน้อยที่สุด⁷ รัฐไม่มีหน้าที่จะต้องคำนวณสัดส่วนของความต้องการใช้ประโยชน์จากน้ำเปรียบเทียบกับความต้องการใช้น้ำของประเทศอื่น

⁶ Helsinki Rules, Art. 4,5. (ดูภาคผนวกที่ 6).

⁷ The Thai National Study Team. "A Review on International Law and Principles on Water Development and Utilization of International River Basin" (Mekong Doc. LEGAL/OBJ1/ 9, November 1993), p. 6.

กล่าวคือ รัฐมีสิทธิใช้น้ำตามความพอใจตามสภาพสังคม เศรษฐกิจของตนเองเท่าที่ไม่ทำความเสียหายอย่างสำคัญต่อรัฐอื่น โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึง สัดส่วนของความต้องการที่แท้จริงของรัฐใด ๆ

ประการที่สอง หลักการการแบ่งปันอย่างสมเหตุสมผล ตามหลักการในปฏิญญาร่วมฯ ไม่ได้พิจารณาถึงความเสียหายของรัฐท้ายน้ำ ทั้งนี้เนื่องจากตามหลัก ทัวไปรัฐมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะไม่ก่อความเสียหายอย่างสำคัญต่อรัฐอื่น ดังนั้นรัฐจะถูกห้ามโดย กฎหมาย ก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นทำให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่น แต่หลักการแบ่งปันอย่างเท่าเทียม มีวัตถุประสงค์ในการแบ่งปันผลประโยชน์ของรัฐริมน้ำ โดยมุ่งรักษาถึงผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจและ สังคมของรัฐท้ายน้ำ

ประการที่สาม หลักการแบ่งปันอย่างสมเหตุสมผลตาม ความหมายของปฏิญญาร่วมฯ นั้นจะต้องอาศัยความสัมพันธ์ที่ระหว่างรัฐในลุ่มน้ำทุกรัฐ เพื่อจะได้ ทราบความต้องการตามปัจจัยต่าง ๆ ตามมาตรา 6 ดังนั้นในกรณีที่ประเทศในลุ่มน้ำไม่มีความ สัมพันธ์อันดีต่อกันจะทำให้ไม่ทราบความต้องการที่แท้จริงได้ หลักดังกล่าวจึงไม่สามารถนำไปปฏิบัติ ได้ในบางกรณี

- หน้าที่ในการแจ้ง

ตามมาตรา 7 กำหนดให้การพัฒนาทรัพยากรในลุ่มน้ำจะ ต้องวางแผนการใช้น้ำในลำน้ำหลักโดยตั้งอยู่บนแผนการพัฒนาของลุ่มน้ำซึ่งจะต้องได้รับการรับรอง ร่วมกันโดยคณะกรรมการฯ แม่น้ำโขง โดยเหตุนี้การดำเนินการเพื่อการใช้น้ำในลุ่มน้ำจึงต้องมีการ อนุมัติของคณะกรรมการฯ แม่น้ำโขงซึ่งประกอบด้วยรัฐภาคี ดังนั้นการเสนอโครงการให้คณะกรรมการฯ แม่น้ำโขงพิจารณาจึงเท่ากับเป็นการแจ้งโดยปริยาย

เนื่องด้วยธรรมนูญก่อตั้งของคณะกรรมการฯ แม่น้ำโขง กำหนดให้คำตัดสิน (decision) ของคณะกรรมการฯ จะต้องเห็นชอบโดยเอกฉันท์ต่อโครงการหรือ แผนการพัฒนาใด ๆ ที่เสนอโดยภาคีสมาชิก ดังนั้นถ้ารัฐภาคีใดไม่เห็นด้วยโดยเฉพาะรัฐที่อาจเสียผล ประโยชน์จากโครงการแม้จะเสียประโยชน์เพียงเล็กน้อย อาจคัดค้านแผนโครงการที่เสนอโดยอีกรัฐ หนึ่งได้

ดังนั้น จะเห็นว่าตามมาตราดังกล่าวไม่ได้ตั้งอยู่บน พื้นฐานของการประสานผลประโยชน์ของรัฐ แต่กลับอำนวยผลประโยชน์ต่อรัฐท้ายน้ำอย่างเดียว

นอกจากนั้นถ้าพิจารณามาตรา 21 ซึ่งกำหนดให้ลำนํ้าสาขาหลักตกอยู่ในระบอบเดียวกับลำนํ้าหลัก คือ จะต้องใช้โดยการแบ่งปันอย่างสมเหตุสมผลโดยการวางแผนร่วมกันของคณะกรรมการฯ แม่นํ้าโขงด้วยแล้ว จะเห็นได้ว่ารัฐต้นนํ้าต้องสูญเสียอธิปไตยจากการใช้ทรัพยากรนํ้าของตนโดยจะต้องขอการอนุมัติจากรัฐภาคีอื่น ๆ ทั้ง ๆ ที่ความเป็นจริงการใช้ลำนํ้าสาขาอาจไม่กระทบถึงความเสียหายอย่างรุนแรงต่อการใช้นํ้าของรัฐอื่นแต่อย่างใด

หน้าที่ในการแจ้งเป็นความจำเป็นในการประยุกต์ใช้หลักการแบ่งปันอย่างสมเหตุสมผล ซึ่งถ้าไม่มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารของรัฐริมฝั่งจะทำให้ไม่ทราบสภาพความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมที่จะต้องใช้ทรัพยากรนํ้า นอกจากนี้ข้อมูลยังเป็นพื้นฐานในการวางแผนพัฒนาทรัพยากรนํ้าอีกด้วย⁸ ปฏิญญาหลักได้กำหนดหน้าที่ของรัฐภาคีให้มีหน้าที่ต้องแจ้งต่อรัฐร่วมลุ่มนํ้าในการใช้ทรัพยากรนํ้าไว้หลายมาตราด้วยกัน ทั้งโครงการที่ตั้งอยู่บนลำนํ้าหลักและโครงการที่อยู่บนลำนํ้าสาขา

โครงการที่ดำเนินการบนลำนํ้าหลัก (mainstream) นั้นได้มีบทบัญญัติไว้อย่างชัดเจน เช่น มาตรา 17 กำหนดว่าในการดำเนินการใด ๆ บนลำนํ้าหลักจะต้องแสดงล่วงหน้าในรายละเอียดเกี่ยวกับการศึกษาผลกระทบใด ๆ ที่อาจทำให้เสื่อมเสียต่อรัฐอื่น ๆ รวมทั้งผลกระทบต่อระบบนิเวศน์ทั้งในระยะสั้นและระยะยาวที่อยู่ในดินแดนของรัฐอื่น อันเป็นผลมาจากการดำเนินโครงการบนลำนํ้าหลัก รวมทั้งต้องศึกษาถึงวิธีการและจำนวนเงินที่จะต้องจ่ายเป็นค่าชดเชยจากความเสียหายด้วย และจะต้องได้รับการตกลงจากรัฐริมฝั่ง

และในมาตรา 10 บัญญัติว่า การผันนํ้าปริมาณมาก (major appropriation) จากลำนํ้าหลัก นอกจากจะต้องแจ้งแล้วยังจะต้องได้รับความเห็นชอบ (approve) จากรัฐทั้งหมดโดยผ่านคณะกรรมการฯ เสียก่อน นอกจากนี้ในมาตรา 20 กำหนดว่าถ้าการผันนํ้าจากลำนํ้าหลักไปสู่ลุ่มนํ้าอื่น (Extra-Basin diversion) นั้นจะต้องมีการตกลงจากทุกรัฐในสนธิสัญญาจัดทำโครงการนั้น

⁸ The Legal Study Team, "Study on Equitable Utilization of the water Resources of the Lower Mekong Basin," in Study on Principles and Criteria for Allowcation Use, Conservation and Development of International Water Resource (Bangkok: Mekong Secretariat, 1993), p. 12.

สำหรับในลำนน้ำสาขา แม้ว่าไม่มีบทบัญญัติไว้อย่างแน่ชัด แต่ก็สามารถตีความโดยปริยายได้ว่ารัฐที่ดำเนินการในลำนน้ำจะต้องแจ้งการดำเนินการโครงการต่อรัฐลุ่มน้ำอื่นโดยผ่านทางคณะกรรมการฯ ทั้งนี้เนื่องจากตามมาตรา 27 ได้กำหนดให้การวางแผนการใช้ประโยชน์จากน้ำในลุ่มน้ำ (Basin water resources: ซึ่งหมายถึงลำนน้ำทั้งหมดในลุ่มน้ำ)* จะต้องได้รับการวางแผนโดยคณะกรรมการฯ ซึ่งแผนการใช้น้ำในลุ่มแม่น้ำโขงจะต้องได้รับการรับรองจากคณะกรรมการฯ โดยเอกฉันท์⁹ ดังนั้นในทางปฏิบัติการจัดทำโครงการบนลำนน้ำสาขาจึงต้องแจ้งและจะต้องได้รับการรับรองจากรัฐริมฝั่งอื่น ๆ ด้วย

จากบทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ในการแจ้งที่ปรากฏในปฏิญญาร่วมฯ ทำให้มีประเด็นคำถาม 2 ประการด้วยกัน คือ

ประการแรก รัฐมีหน้าที่ต้องแจ้งหรือไม่ เพราะตามหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐมีหน้าที่เพียงป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่นเท่านั้น ในกรณีที่มีสภาพอันตรายเกิดขึ้น แต่ถ้ายังไม่เกิดความเสียหายขึ้นต่อรัฐอื่น รัฐที่ไม่แจ้งก็ไม่มีควมรับผิดชอบระหว่างประเทศแต่ประการใด

ดังนั้นในความเห็นของรัฐต่าง ๆ เกี่ยวกับหน้าที่ในการแจ้งต่อรัฐอื่นก่อนที่จะใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศยังแตกต่างกันอยู่ กล่าวคือ กลุ่มแรก มีความเห็นว่ารัฐไม่มีหน้าที่ที่จะต้องแจ้ง และถ้ารัฐใดแจ้ง เป็นเพียงแต่ "การแจ้งเพื่อทราบ (notify)" เกี่ยวกับการใช้น้ำของตน ส่วนกลุ่มที่สองโดยเฉพาะรัฐท้ายน้ำถือว่ารัฐจะต้องแจ้งการใช้น้ำและจะต้องได้รับความยินยอมจากรัฐอื่นก่อนที่จะดำเนินการใช้น้ำจากแม่น้ำ ดังนั้นกรณีนี้จึงทำให้มีสิทธิยับยั้งต่อรัฐอื่นได้ในขณะที่กลุ่มที่สามซึ่งเป็นส่วนใหญ่เห็นว่ารัฐไม่มีหน้าที่ต้องแจ้ง แต่ถ้าผลจากการใช้น้ำนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายที่เป็นสาระสำคัญ รัฐควรต้องแจ้งเพื่อปรึกษาหารือแต่ไม่ก่อให้เกิดสิทธิยับยั้ง

* ตามความหมายนี้จึงตรงกับ Drainage Basin หรือ ลุ่มน้ำในคำนิยามของ Joint Declaration ใน Article 1(2) (ดูภาคผนวกที่ 5) ซึ่งให้ความหมายว่า "พื้นที่ของระบบแม่น้ำในลุ่มแม่น้ำโขงตอนล่างรวมทั้งน้ำผิวดินและน้ำใต้ดินซึ่งไหลลงสู่ หรือ ไหลจากน้ำผิวดินนั้นที่อยู่ในสันปันน้ำ"

⁹ Statute of Mekong Committee, Art. 5(3). (ดูภาคผนวกที่ 1)

จากรัฐอื่น¹⁰

เมื่อพิจารณาแนวปฏิบัติของประเทศในกลุ่มแม่น้ำโขงเห็นว่าจัดอยู่ในกลุ่มที่สอง เพราะการวางแผนพัฒนาน้ำในลุ่มน้ำต้องผ่านคณะกรรมการฯ ที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากประเทศภาคีทั้งหมด ดังนั้นจึงเห็นว่าแนวปฏิบัติที่เป็นอยู่ ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกัน เพราะทำให้ประเทศต้นน้ำเสียเปรียบ เนื่องจากทำให้เกิดสิทธิคัดค้านต่อรัฐท้ายน้ำอันเป็นการขัดขวางต่อการพัฒนาของประเทศต้นน้ำได้

ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันของทั้งอูปีไตและบูรณาการของประเทศริมฝั่งจึงควรกำหนดหน้าที่ในการแจ้งเฉพาะกรณีที่มีแนวโน้มว่าจะเกิดความเสียหายที่เป็นสาระสำคัญต่อรัฐอื่น แต่ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่ามิหน้าที่เพียงแจ้งเพื่อให้ทราบ (notify) เพื่อการปรึกษาหารือโดยที่ไม่ก่อสิทธิคัดค้านให้กับรัฐอื่น

ประการที่สอง การที่ปฏิญญาร่วมฯ กำหนดให้การใช้น้ำในลำน้ำสาขารวมอยู่ในอำนาจการวางแผนโดยคณะกรรมการฯ ซึ่งต้องได้รับการเห็นชอบโดยคณะกรรมการฯ จึงขัดกับหลักอูปีไตของรัฐ เพราะในการใช้ทรัพยากรน้ำจากลำน้ำสาขาที่อยู่ภายในประเทศของตนไม่ควรจะต้องให้รัฐไปขอความเห็นชอบจากรัฐอื่น

ดังนั้น ในบทบัญญัติในปฏิญญาหลักการใช้น้ำจึงควรกำหนดขอบเขตที่แน่นอนของคณะกรรมการฯ แม่น้ำโขงจะต้องมีการวางแผนร่วมกันในขอบเขตเพียงใด และส่วนใดของลำน้ำที่จะต้องวางแผนร่วมกัน โดยจะต้องแจ้งให้รัฐอื่นทราบ

- หน้าที่ในการรักษาและป้องกันทรัพยากรน้ำ

ปฏิญญาหลักได้กำหนดหน้าที่ของรัฐภาคีในการอนุรักษ์ทรัพยากรน้ำของลุ่มน้ำไว้ในหลาย ๆ มาตราด้วยกัน เช่น

¹⁰ The Legal Study Team, "Study on Equitable Utilization of the water Resources of the Lower Mekong Basin," *op. cit.*, *supra* note 8 at 13.

ในมาตรา 4 บัญญัติว่า¹¹

รัฐภาคีจะต้องทำให้มั่นใจว่าได้อนุรักษ์ทรัพยากรน้ำในลุ่มแม่น้ำโขงโดยใช้มาตรการทุกอย่างที่จำเป็นในการ

1. รักษาปริมาณและคุณภาพน้ำ
2. ป้องกันการใช้ในทางที่ไม่สมควร การสูญเสียและ

มลพิษของน้ำ

ในมาตรา 17 กำหนดว่า รัฐต้องศึกษาผลกระทบต่อระบบนิเวศในดินแดนของรัฐอื่นในการดำเนินการโครงการใด ๆ ก็ตาม แม้จะอยู่ภายในดินแดนของตน

ในมาตรา 19 กำหนดให้รัฐที่ผันน้ำจากลำน้ำโขงจะต้องใช้มาตรการ และวิธีการในการใช้น้ำเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อการใช้และเศรษฐกิจ ตลอดจนป้องกันมลพิษในน้ำที่ผันกลับลงสู่แม่น้ำโขงไม่ให้เกิดมลพิษ

เป็นที่น่าสังเกตว่า หน้าที่ของรัฐภาคีในการป้องกันและอนุรักษ์ทรัพยากรของลุ่มน้ำครอบคลุมปัจจัยทุกอย่างที่ทำให้เกิดความเสื่อมของน้ำทั้งในด้านปริมาณและคุณภาพ แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวสามารถตั้งข้อสังเกตได้ 3 ประการ คือ

ประการแรก มาตรา 4 ไม่ได้กำหนดระดับความเสียหายจากมลพิษ ทั้งนี้เพราะมลพิษนั้นเป็นการทำให้เสื่อมเสียต่อการใช้งานตามปกติ การในแต่ละประเภทจะต้องใช้น้ำคุณภาพที่ต่างกัน ดังนั้นถ้าเกิดมลพิษแม้เพียงเล็กน้อยในลุ่มแม่น้ำโขงก็ทำให้รัฐอื่นมีสิทธิเรียกร้องได้ ซึ่งจะไม่เป็นธรรมกับรัฐต้นน้ำ ดังนั้นตามมาตรา 4 นี้ควรจะต้องกำหนดให้ "รัฐมีหน้าที่ป้องกัน ลด หรือควบคุมมลพิษในลุ่มแม่น้ำโขงที่อาจจะก่อความเสียหายที่เป็นสาระสำคัญ (substantial damage) ต่อรัฐร่วมลุ่มน้ำอื่นได้" จะทำให้สามารถนำไปปฏิบัติได้ในความเป็นจริงมากกว่า

ประการที่สอง ในมาตรานี้กำหนดให้ประเทศภาคีป้องกันมลพิษ ซึ่งตามความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศตามที่ได้ศึกษาในบทที่ 2 หมายถึง การเสื่อมของน้ำที่เกิดจากการกระทำของมนุษย์เท่านั้น แต่ไม่มีบทบัญญัติที่ให้รัฐมีหน้าที่ป้องกันสภาพ

¹¹ Joint Declaration, Art. 4. (ดูภาคผนวกที่ 5).



อันตราย (harmful condition) เช่น การพังทลายของผิวดิน หรือ ดินเค็ม ซึ่งเป็นปัญหาใหญ่ของลุ่มน้ำโขงตอนล่าง แม้ว่าในมาตรา 4(1) จะกล่าวถึงคุณภาพน้ำ แต่รัฐมีหน้าที่ "รักษา (maintain)" เท่านั้น ถ้าสภาพน้ำจากแหล่งน้ำมีคุณภาพไม่ดีมาตั้งแต่ต้น รัฐไม่มีหน้าที่ในการลดหรือป้องกันแต่อย่างใด

ประการที่สาม ตามบทบัญญัติในมาตรา 4 มุ่งจะรักษาคุณภาพและปริมาณน้ำเฉพาะในลำน้ำเท่านั้น แต่ละเลยต่อความเป็นระบบของลำน้ำซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับทรัพยากรอื่นในระบบนิเวศน์ เช่น ป่าไม้ สัตว์น้ำ ดังนั้นจึงควรกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ป้องกันสภาพแวดล้อมของระบบแม่น้ำ เพื่อรักษาความสมดุลของระบบนิเวศน์ของลุ่มแม่น้ำโขง

4.1.2 การประยุกต์ใช้หลักห้ามก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่น

จากการศึกษาในหัวข้อ 4.1.1 จะเห็นว่าหลักกฎหมายที่เป็นพื้นฐานของปฏิญญาร่วมฯ คือ หลักการแบ่งปันอย่างสมเหตุสมผล ดังนั้นในทางกลับกันจะพบว่าบทบัญญัติของปฏิญญาร่วมฯ ที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักห้ามก่อความเสียหายต่อรัฐอื่นจึงมีอยู่น้อยมาก ทั้งนี้เนื่องจากว่าหลักการแบ่งปันอย่างสมเหตุสมผลและหลักห้ามก่อความเสียหายต่อรัฐอื่นนั้นมีพื้นฐานมาจากทฤษฎีเดียวกัน คือ อธิปไตยอันจำกัดของรัฐในการใช้ทรัพยากรในดินแดนของตน ในขณะที่ทั้งสองหลักมีความแตกต่างกันในรายละเอียด คือ หลักห้ามก่อความเสียหายต่อรัฐอื่นมีสาระสำคัญที่รัฐใช้อธิปไตยในดินแดนของตนได้ตราบท่าที่ไม่ทำความเสียหายที่เป็นสาระสำคัญต่อรัฐอื่น ส่วนหลักการแบ่งปันอย่างสมเหตุสมผลนั้นเป็นการจำกัดอธิปไตยของรัฐโดยการคำนึงถึงผลประโยชน์อันเท่าเทียมกันในการแสวงหาทรัพยากรจากน้ำ ดังนั้นหลักการแบ่งปันอย่างสมเหตุสมผลนอกจากจะใช้ทรัพยากรโดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่นแล้ว ยังต้องคำนึงถึงผลประโยชน์อันเท่าเทียมกันระหว่างรัฐฝั่งน้ำอีกด้วย

หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งหลักการแบ่งปันอย่างสมเหตุสมผลเป็นหลักกฎหมายที่พัฒนาก้าวหน้าไปมากกว่าหลักห้ามก่อความเสียหายต่อรัฐอื่น ดังนั้นในการเลือกใช้หลักกฎหมายโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการแบ่งปันอย่างสมเหตุสมผลของประเทศลุ่มแม่น้ำโขงจึงเป็นการเลือกแนวทางของกฎหมายที่ก้าวหน้า

แต่อย่างไรก็ตาม ในปฏิญญาร่วมฯ ก็ได้ประยุดใช้หลักห้ามก่อความเสียหายต่อรัฐอื่นโดยปรากฏอยู่ในมาตรา 9 ว่า¹² การกระทำหรือละเว้นการกระทำของรัฐในลุ่มน้ำในการก่อสร้าง การปฏิบัติงาน หรือการบำรุงรักษาโครงการที่ก่อให้เกิดความเสียหายที่เป็นสาระสำคัญต่อดินแดนของรัฐอื่นซึ่งรวมทั้งเหตุสุดวิสัย

มาตรานี้ยืนยันแนวคิดที่ว่าเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายที่รัฐใดจะใช้ดินแดนของตนเองทำให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่น แต่อย่างไรก็ตามนักกฎหมายบางท่าน¹³ เห็นว่าการกำหนดให้รัฐจะต้องรับผิดชอบเนื่องมาจากเหตุสุดวิสัย (force majeure) นั้นถือว่าเป็นหลักกฎหมายที่ก้าวหน้า ทั้งนี้เนื่องจากหลักความรับผิดชอบเดิมนั้นโดยปกติจะใช้ในกรณีที่เป็นภัยอันตราย (hazardous) ร้ายแรงเท่านั้น

นอกจากนั้นมาตรา 9 ยังได้กำหนดให้รัฐที่ก่อความเสียหายมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าทดแทนเป็นจำนวนเงินที่เหมาะสมโดยให้กำหนดการพิจารณาค่าทดแทนและวิธีการจ่ายไว้ในโครงการที่จะดำเนินการ

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องของความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากมลพิษในแม่น้ำโขงจากการกระทำของอีกรัฐหนึ่งไม่ได้มีบัญญัติไว้แต่อย่างใด ซึ่งถ้าเกิดความเสียหายขึ้นก็จะต้องนำหลักทั่วไปของกฎหมายมาบังคับใช้ คือ รัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายจะต้องมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศในการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้น¹⁴

4.1.3 การประยุดใช้หลักความร่วมมือประสานงาน

ตามหลักจารีตประเพณีของกฎหมายระหว่างประเทศนั้น รัฐไม่มีพันธะตามกฎหมายในการร่วมมือประสานงานกับรัฐอื่นโดยไม่มีควมสมัครใจ ยกเว้นในกรณีที่รัฐได้ดำเนิน

¹² Joint Declaration, Art. 9 (ดูภาคผนวกที่ 5)

¹³ Amnat Wongbandit, Hydroelectric Development on An International River : The Mekong Basin (Doctoral Dissertation, Osgoode Hall Law School, York University, Ontario, Canada, 1989), p. 247.

¹⁴ Ian Brownlie, Principles of Public International Law, 4 th edition (Oxford: Clarendon press, 1990), p. 464.

กิจกรรมอันหนึ่งอันใดที่กระทบในทางเสียหายต่อรัฐอื่น ทำให้จำเป็นต้องมีหน้าที่ในการร่วมมือประสานงานเพื่อระงับข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น อย่างไรก็ตาม เมื่อรัฐได้ผูกพันตัวเองตามสนธิสัญญาในการร่วมมือกับรัฐอื่นในการแสวงหาทรัพยากรทางน้ำ รัฐต้องมีพันธะตามสนธิสัญญานั้นตามหลักกฎหมายที่ว่า สนธิสัญญาจะต้องได้รับการปฏิบัติตาม

ในการแสวงหาทรัพยากรที่เป็นของร่วมกันตั้งแต่สองรัฐขึ้นไป เป็นความจำเป็นที่รัฐจะต้องร่วมมือกันเพื่อที่จะพัฒนาทรัพยากรดังกล่าวมาใช้ให้เกิดประโยชน์สูงสุด ทั้งนี้เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่น

ในการประยุกต์ใช้หลักความร่วมมือประสานงานในการพัฒนาทรัพยากรธรรมชาติในลุ่มแม่น้ำโขงตอนล่างนั้น แม้ว่าปฏิญญาร่วมฯ จะไม่ได้ระบุถึงหน้าที่ของรัฐในการร่วมมือประสานงานกันโดยแจ้งชัด แต่กล่าวได้ว่าปฏิญญาร่วมฯ ว่าด้วยหลักการใช้น้ำนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการร่วมมือประสานงานของรัฐริมฝั่ง เช่น การใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลนั้นจะต้องร่วมมือประสานงานกันอย่างใกล้ชิดของรัฐริมฝั่ง เพื่อที่จะให้ทราบถึงความต้องการและความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของรัฐร่วมลุ่มน้ำ ซึ่งจะบรรลุถึงการแบ่งปันอันเท่าเทียมกันได้

นอกจากนั้นในหลายมาตราได้แสดงหน้าที่โดยปริยายกำหนดให้รัฐลุ่มน้ำร่วมมือประสานงานกัน เช่น มาตรา 7 กำหนดให้รัฐในลุ่มน้ำวางแผนร่วมกัน (main stream) การพัฒนาทรัพยากรน้ำตามมาตรา 5 นั้นจะต้องตั้งอยู่บนแผนพัฒนาร่วมที่ได้จัดทำในฐานะเป็นแผนชี้นำลุ่มน้ำ (Indicative Basin) ซึ่งจัดเตรียมและอนุมัติโดยคณะกรรมการฯ โดยมีวัตถุประสงค์หลักคือการประเมินศักยภาพของทรัพยากรน้ำและทรัพยากรที่เกี่ยวข้องกับน้ำ โดยคำนึงถึงความต้องการของรัฐริมน้ำ และเพื่อแนะนำมาตรการที่จะให้เกิดประโยชน์สูงสุด และเพื่อบรรลุถึงความพึงพอใจที่เท่าเทียมกันต่อความต้องการนั้น

ในมาตรา 27 กำหนดให้การใช้ทรัพยากรน้ำในลุ่มแม่น้ำโขงจะต้องได้รับการวางแผนโดยคณะกรรมการฯ แม่น้ำโขง ภายใต้บัญญัติต่าง ๆ ของปฏิญญาร่วมฯ นี้ แสดงให้เห็นถึงการร่วมกันบริหารโครงการตามวัตถุประสงค์ของปฏิญญาร่วมฯ ในมาตรา 2(2) ที่ว่าเพื่อสนับสนุนความร่วมมือระดับภูมิภาคในการจัดการทรัพยากรน้ำในลุ่มน้ำอย่างเหมาะสม

4.2 ผลทางกฎหมายของปฏิญญาร่วมว่าด้วยการใช้น้ำในลุ่มแม่น้ำโขงตอนล่าง

ในปฏิญญาว่าด้วยหลักการใช้น้ำในลุ่มแม่น้ำโขงตอนล่างได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้น้ำ ทั้งนี้เพื่อต้องการที่จะให้มีระบอบกฎหมายที่แน่นอนขึ้น หลักการดังกล่าวได้เป็นที่

ยอมรับในการดำเนินการแสวงหาทรัพยากรจากน้ำมานับแต่ค.ศ. 1975 โดยที่ประเทศภาคีสมาชิกยังมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่เกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของปฏิญญาร่วมฯ โดยบางประเทศโดยเฉพาะประเทศท้ายน้ำถือว่า ปฏิญญาร่วมฯ มีสถานะเป็นสนธิสัญญาที่จะต้องได้รับการปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด ในขณะที่ภาคีบางประเทศโดยเฉพาะประเทศต้นน้ำไม่ถือว่าเป็นสนธิสัญญา¹⁵ โดยฝ่ายที่เห็นว่าปฏิญญาร่วมฯ มีผลเป็นกฎหมายนั้นให้เหตุผลว่ารัฐภาคีมีเจตนายินยอมผูกพันตนเองที่จะยึดถือหลักการต่าง ๆ ในปฏิญญาร่วมฯ ให้มีผลตามกฎหมาย¹⁶

ดังนั้น ประเด็นปัญหาว่าปฏิญญาร่วมฯ นั้นมีสถานะเป็นสนธิสัญญาที่ใช้บังคับรัฐภาคีได้หรือไม่ และถ้าไม่เป็น หลักการต่าง ๆ ในปฏิญญาร่วมฯ ถือเป็นจารีตประเพณีของภูมิภาคลุ่มแม่น้ำโขงตอนล่างในการใช้ประโยชน์จากน้ำหรือไม่

ตามความเห็นผู้เขียนมีความเห็นว่า ปฏิญญาร่วมฯ นั้นไม่มีสถานะทางกฎหมายทั้งในฐานะที่เป็นสนธิสัญญาและจารีตประเพณีระดับภูมิภาคดังเหตุผลต่อไปนี้

4.2.1 ปฏิญญาร่วมฯ ไม่เป็นสนธิสัญญา

อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้ให้ความหมายของคำว่าสนธิสัญญาไว้ว่า "หมายถึงความตกลงระหว่างประเทศ (international agreement) ที่กระทำขึ้นระหว่างรัฐเป็นลายลักษณ์อักษรและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ไม่ว่าสนธิสัญญานั้นจะกระทำในรูปเอกสารฉบับเดียวหรือสองฉบับหรือหลายฉบับและไม่ว่าจะเรียกชื่อเฉพาะอย่างไรก็ตาม"¹⁷ การที่กล่าวว่ปฏิญญาร่วมฯ ไม่มีฐานะเป็นสนธิสัญญาระหว่างรัฐภาคี

¹⁵ The Thai National Study Team. "A Review on International Law and Principles on Water Development and Utilization of International River Basin" *op. cit.*, *supra* note 7 at 8-9.

¹⁶ Bui Kim Chi, "Legal Regime of International River Basins with Particular Reference to the Mekong River," (A sub-thesis submitted for the degree of Master of International Law, The Australian National University, 1992), p. 91.

¹⁷ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, *op. cit.*, *supra* note 14 at 605.

สมาชิกที่ลงนามนั้น ด้วยเหตุผล 3 ประการคือ ประการแรก แม้ว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญาไม่ได้ให้ความสำคัญกับชื่อของข้อตกลงระหว่างประเทศ แต่จะเน้นถึงสาระสำคัญคือ ข้อตกลงระหว่างรัฐ โดยปกติปฏิญญานั้นใช้ในหลายสถานการณ์ คือ ทั้งที่มุ่งให้เกิดพันธะทางกฎหมาย* และที่เป็นเพียงการแสดงเจตนารมณ์ของรัฐ โดยไม่ก่อให้เกิดพันธะทางกฎหมาย เมื่อพิจารณาตามรูปแบบของการจัดทำหลักการใช้น้ำของประเทศในลุ่มน้ำจะเห็นว่าได้กระทำขึ้นในรูปแบบง่าย ๆ คือ ทำในรูปปฏิญญาฯ และไม่ได้กำหนดให้รัฐภาคีจะต้องให้สัตยาบันซึ่งแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของรัฐริมฝั่งทั้งหลายว่าไม่ได้มุ่งให้ปฏิญญาร่วมฯ มีผลผูกพันในฐานะเป็นสนธิสัญญาจึงเป็นเพียงปฏิญญาประเภทที่แสดงเจตนารมณ์ของรัฐ ดังนั้นปฏิญญาร่วมฯ จึงมีลักษณะเป็นการแถลงหลักการกว้าง ๆ ไม่ผูกมัดรัฐ จึงเป็นกฎเกณฑ์ให้เลือกปฏิบัติมากกว่าจะเป็นกฎหมายบังคับให้รัฐผูกพันปฏิบัติตาม¹⁸

ประการที่สอง มีผู้เห็นว่าการลงนามในปฏิญญาร่วมฯ โดยมีผู้มีอำนาจเต็มของผู้แทนรัฐภาคีแสดงถึงเจตจำนงค์ที่จะผูกพันตามปฏิญญานั้น¹⁹ ซึ่งผู้เขียนไม่เห็นด้วย เนื่องจากการลงนามในปฏิญญานั้นมีความหมายได้หลายอย่าง ทั้งนี้เพราะการลงนามเป็นคุณละชั้นตอนกับการยอมรับในฐานะสนธิสัญญา การลงนามขั้นสุดท้ายหรือการให้สัตยาบัน (ratification) เท่านั้นที่ถือว่ามีผลผูกพันรัฐที่ลงนาม²⁰ แต่ในกรณีปฏิญญาร่วมฯ นี้ แม้ว่าผู้แทนเป็นผู้มีอำนาจเต็มในการเจรจาได้ลงนาม แต่เมื่อไม่ได้มีเจตจำนงค์ที่จะถือให้มีผลเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศโดยไม่ได้ให้สัตยาบัน จึงพิจารณาได้ว่าการลงนามดังกล่าวจึงมีความหมายเป็นเพียงการยอมรับความถูกต้องของเอกสารหรือยอมรับหลักการในปฏิญญาฯ เท่านั้นไม่ได้ทำให้มีผลเป็นสนธิสัญญาขึ้นมาแต่ประการใด

* เช่นปฏิญญากรุงปารีส 1856 เป็นความตกลงที่มุ่งจะนิยามกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศว่าด้วยการปิดกั้น

¹⁸ ปรัชญา เวสารัชช์, "สนธิสัญญา" ใน กฎหมายระหว่างประเทศ, สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2528), หน้า 236-237.

¹⁹ Bui Kim Chi, "Legal Regime of International River Basins with Particular Reference to the Mekong River," *op. cit.*, *supra* note 16 at 90.

²⁰ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองเล็ม 1 สนธิสัญญา (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), หน้า 64.

ประการที่สาม พิจารณาดูสาระสำคัญตามความหมายของสนธิสัญญาคือ "ความตกลงระหว่างประเทศ" เห็นว่ารัฐภาคีไม่มีเจตจำนงที่จะก่อสิทธิและพันธะทางกฎหมายที่จะถือว่าเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศ ทั้งนี้พิจารณาได้จากอารัมภบทของปฏิญญาร่วมฯ ซึ่งกล่าวเพียงว่า "ได้ประกาศถึงเจตนารมณ์ของรัฐภาคีในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรน้ำในลุ่มน้ำโขงตอนล่างตามหลักการต่อไปนี้ (Declare their intention to further the utilization of the water of the Lower Mekong Basin in accordance with the following principles)" จะเห็นว่าวัตถุประสงค์ของปฏิญญาร่วมฯ ก็คือเป็นเพียงการร่วมกันประกาศหลักการในการใช้น้ำของรัฐภาคี ซึ่งถือว่าเป็นเจตนารมณ์อย่างหลวม ๆ ไม่ได้มุ่งให้เกิดพันธะต่อรัฐ เนื่องจากไม่มีถ้อยคำใดในปฏิญญาร่วมฯ ที่แสดงถึงความตกลง (agree) ร่วมกันแต่ประการใด

4.2.2 ปฏิญญาร่วมฯ ไม่เป็นจารีตประเพณีของลุ่มน้ำโขงตอนล่าง

โดยหลักทั่วไปปฏิญญาร่วมฯ ไม่ได้สร้างพันธะให้กับรัฐที่ได้ประกาศ หรือรับปฏิญญานั้น แต่มีปฏิญญาบางประเภทที่ได้บัญญัติหรือรวบรวมหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศหรือจารีตประเพณีระหว่างประเทศไว้ เพื่อให้ชัดเจนและมีขอบเขตแน่นอน ดังนั้นปฏิญญาดังกล่าวก็มีผลบังคับในฐานะกฎหมายได้²¹ ความมีผลทางกฎหมายในประเด็นนี้จึงมีอยู่ว่าหลักการใช้น้ำที่บัญญัติในปฏิญญาร่วมฯ นั้นมีสถานะเป็นจารีตประเพณีของภูมิภาค (regional custom) หรือไม่ การพิจารณาว่าหลักดังกล่าวเป็นจารีตประเพณีหรือไม่นั้น ขึ้นอยู่กับองค์ประกอบสองประการ คือ มีการปฏิบัติของรัฐ (State practice) ประกอบกับความเชื่อว่าสิ่งนั้นเป็นกฎหมาย (opinio juris)²²

เมื่อพิจารณาแนวทางปฏิบัติของประเทศริมฝั่งแม่น้ำโขงในการใช้ทรัพยากรน้ำในลุ่มแม่น้ำโขงจะเห็นว่าได้ดำเนินการโดยผ่านทางคณะกรรมการฯ แม่น้ำโขงภายใต้

²¹ Philip C. Jessup, A Modern Law of Nations (New York : The Mac Millon, 1948), p. 46.

²² North Sea Continental Shelf Case (Germany V. Denmark and the Netherlands), IJC Reports(1969), p. 10.

หลักการในปฏิญญาร่วมฯ มาโดยตลอดระยะเวลาเกือบ 20 ปี* แสดงให้เห็นถึงความต่อเนื่อง (consistency) และความเป็นแนวเดียวกัน (uniformity) ของการปฏิบัติ แต่ในปัจจุบันสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป เมื่อประเทศภาคีทั้งหลายได้เสนอให้ระงับการใช้หลักการต่าง ๆ ในปฏิญญาร่วมฯ จนกว่าจะได้มีการเจรจาเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่รัฐริมฝั่งเสียใหม่ ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าไม่มีการปฏิบัติอย่างต่อเนื่องเป็นแนวเดียวกัน

เมื่อพิจารณาความเชื่อว่าเป็นกฎหมาย (opinio juris) ประเทศในกลุ่มแม่น้ำโขงบางประเทศไม่ได้ยึดถือว่าหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในปฏิญญามีผลเป็นกฎหมาย เห็นได้ว่าไทยไม่ได้ให้สัตยาบันต่อปฏิญญาฯ เป็นการแสดงให้เห็นถึงการไม่ยอมรับว่าหลักดังกล่าวมีผลทางกฎหมาย การที่จะถือว่าเป็นจารีตประเพณีนั้นจะต้องไม่มีปฏิกริยาต่อต้านจากรัฐที่เกี่ยวข้อง²³ ยิ่งไปกว่านั้น การที่ประเทศริมฝั่งแม่น้ำโขงได้เสนอให้มีการระงับการใช้หลักการต่าง ๆ ในปฏิญญาร่วมฯ ย่อมแสดงให้เห็นถึงความไม่เชื่อว่าหลักดังกล่าวเป็นกฎหมาย

กล่าวโดยสรุป สถานะของปฏิญญาร่วมฯ นั้นไม่มีผลในทางกฎหมายที่จะใช้บังคับได้ในฐานะเป็นสนธิสัญญา และหลักการต่าง ๆ ในปฏิญญาร่วมฯ นั้นไม่มีผลเป็นจารีตประเพณีประจำภูมิภาค ดังนั้นสถานะของปฏิญญาร่วมฯ จึงเป็นเพียงหลักการของกฎหมายที่ควรจะเป็น (lex ferenda)²⁴ หรือเป็นหลักการที่เป็นแนวทาง (guideline) สำหรับความร่วมมือของรัฐริมฝั่งแม่น้ำโขงในการใช้ทรัพยากรจากแม่น้ำเท่านั้น ไม่ผูกพันรัฐภาคีให้ต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใด

* ระยะเวลาในการปฏิบัติของรัฐนั้นไม่ถือว่าเป็นปัจจัยในการพิจารณาถึงความมีอยู่ของจารีตประเพณี ดู Ian Brownlie *supra* note 14 at 5.

²³ Charles Reusseau, *Droit International Public*, อ้างในสมพงษ์ ชูมาก, *กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง* (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530), หน้า 109.

²⁴ The Thai National Study Team, "A Review on International Law and Principles on Water Development and Utilization of International River Basin," *op. cit.*, *supra* note 7 at 9.



4.3 ปัญหาและอุปสรรคในการใช้หลักกฎหมายตามปฏิญญาร่วมฯ

ถึงแม้ว่าปฏิญญาร่วมหลักการใช้น้ำในลุ่มแม่น้ำโขงตอนล่างจะไม่มีสถานะเป็นกฎหมายผูกพันรัฐภาคีให้ปฏิบัติตาม แต่ในทางปฏิบัติประเทศในลุ่มแม่น้ำโขงได้ยึดถือเป็นแนวทางในการร่วมมือกันวางแผนพัฒนาและอนุรักษ์ทรัพยากรในลุ่มน้ำโดยผ่านทางคณะกรรมการฯ แม่น้ำโขง จนถึงปีค.ศ. 1991 จึงได้เสนอให้พิจารณาทบทวนข้อตกลงเกี่ยวกับหลักการใช้น้ำใหม่ ดังนั้นในส่วนนี้จึงจะวิเคราะห์ถึงสาเหตุที่ทำให้ประเทศภาคีในลุ่มน้ำโขงได้ระงับการบังคับใช้หลักการดังกล่าว

4.3.1 หลักการในปฏิญญาร่วมฯ ไม่ได้ตั้งอยู่บนความต้องการที่แท้จริงของประเทศในลุ่มน้ำ

หลักการที่สำคัญที่กำหนดในปฏิญญาร่วมฯ คือ การใช้น้ำโดยการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างสมเหตุสมผล (reasonable and equitable share) ซึ่งเป็นหลักการที่รับมาจาก Helsinki Rules ของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ โดยหลักนี้จะคำนึงถึงผลประโยชน์ร่วมกันของรัฐจากการใช้ทรัพยากรน้ำ ทำให้รัฐต้นน้ำต้องถูกจำกัดสิทธิในการใช้น้ำในแม่น้ำหลัก ในขณะที่รัฐท้ายน้ำได้รับผลประโยชน์ ทำให้ประเทศภาคีลุ่มแม่น้ำโขงบางประเทศไม่เห็นด้วยกับหลักการดังกล่าว แต่เนื่องจากประเทศในลุ่มแม่น้ำโขงส่วนใหญ่ยังเป็นประเทศที่กำลังพัฒนา จึงขาดเงินทุนและเทคโนโลยีในการนำทรัพยากรมาใช้พัฒนาประเทศ ทำให้จำเป็นต้องได้รับการสนับสนุนจากประเทศที่พัฒนาแล้ว ดังนั้นการมีระบอบกฎหมายที่แน่นอนจะช่วยให้ประเทศผู้สนับสนุนโครงการพัฒนาต่าง ๆ ในลุ่มแม่น้ำโขงเกิดความมั่นใจ²⁵ ด้วยเหตุนี้ ประเทศต่าง ๆ ในลุ่มแม่น้ำโขงจึงได้จัดทำปฏิญญาหลักการใช้น้ำร่วมกันขึ้นมาโดยให้มีสถานะเป็นเพียงปฏิญญาฯ ซึ่งไม่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย

4.3.2 ผลประโยชน์จากการใช้น้ำที่ต่างกัน

ในช่วงที่มีการเจรจาจัดทำปฏิญญาร่วมหลักการใช้น้ำ ประเทศในภูมิภาคลุ่มแม่น้ำโขงมีระดับการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมค่อนข้างต่ำ ความจำเป็นในการพัฒนาทรัพยากร

²⁵ สัมภาษณ์ สำราญ ชุตวงเงิน, ฝ่ายนโยบายและวางแผน สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการฯ แม่น้ำโขง, 5 พฤษภาคม 2537

จากน้ำเพื่อเสริมสร้างการพัฒนาเศรษฐกิจของแต่ละประเทศยังมีน้อย ดังนั้นการยอมรับหลัก
 ปรัชญา จึงไม่กระทบต่อผลประโยชน์ของรัฐในการใช้ทรัพยากรน้ำในลุ่มแม่น้ำโขงมากนัก ต่อมา
 ทรัพยากรน้ำมีความสำคัญมากขึ้น เนื่องจากประเทศในลุ่มแม่น้ำมีระดับการพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจ
 และสังคมสูงขึ้น ความจำเป็นในการใช้น้ำเพื่อวัตถุประสงค์ต่าง ๆ จึงมีมากขึ้น ประกอบกับมีการนำ
 เทคโนโลยีด้านการจัดการน้ำที่ทันสมัยมาใช้ ทำให้มีการใช้น้ำจากแม่น้ำโขงในปริมาณที่มากขึ้น
 อันอาจจะส่งผลกระทบต่อสภาพมลพิษในแม่น้ำโขง เช่น ลาวต้องการใช้น้ำในการผลิตกระแส
 ไฟฟ้าเพื่อสนองความต้องการบริโภคไฟฟ้าของชาวลาวเอง และเพื่อจำหน่ายให้กับประเทศไทย
 เพื่อนำเงินมาพัฒนาประเทศ ส่วนไทยต้องการผันน้ำจากแม่น้ำโขงและลำน้ำสาขาเพื่อใช้ในการ
 ชลประทาน ในขณะที่เวียดนามและกัมพูชาต้องการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำโขงเพื่อชลประทานในฤดู
 แล้ง วัตถุประสงค์ในการใช้น้ำที่ต่างกัน ทำให้เกิดข้อขัดแย้งกันโดยแต่ละประเทศต่างก็อ้างถึงความ
 จำเป็นในการใช้น้ำของตน โดยไม่คำนึงถึงผลประโยชน์ร่วมกัน ทำให้ประเทศต้นน้ำคือไทยและลาว
 ซึ่งเสียประโยชน์จากการปฏิบัติตามปฏิญญาร่วมฯ (กำหนดให้รัฐต้นน้ำต้องถูกจำกัดสิทธิในการใช้น้ำ
 ในแม่น้ำหลัก ในขณะที่รัฐท้ายน้ำได้รับผลประโยชน์) เสนอให้มีการทบทวนหลักการในปฏิญญา
 ร่วมฯ ใหม่

4.3.3 ความเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคม

งบประมาณหลักในการดำเนินการสำรวจและวางแผนการพัฒนาของ
 คณะกรรมการฯ ได้รับการสนับสนุนจากมิตรประเทศและองค์การระหว่างประเทศต่าง ๆ เดิมที
 ระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจและสังคมในภูมิภาคนี้ยังอยู่ในระดับเท่าเทียมกัน คือ จัดอยู่ในกลุ่ม
 ประเทศที่มีระดับการพัฒนาดำ ต่ำ ดังนั้นเงินอุดหนุนช่วยเหลือในการพัฒนาจึงได้รับกระจายกันอย่าง
 เท่าเทียมกัน แต่ในช่วงระยะปีค.ศ. 1985-1990 ประเทศไทยได้ประสบความสำเร็จในการพัฒนา
 เศรษฐกิจและสังคมอย่างสูง โดยเฉพาะในปีค.ศ. 1987 อัตราการขยายตัวทางเศรษฐกิจของไทยสูง
 ติดอันดับโลก ผลักดันให้ระดับการพัฒนาเศรษฐกิจถูกยกระดับขึ้นมาอยู่ในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา
 ระดับปานกลาง ความก้าวหน้าในการพัฒนาเศรษฐกิจ ทำให้ไทยได้รับเงินอุดหนุนจากต่างประเทศ
 ลดน้อยลง เนื่องจากไทยมีศักยภาพเพียงพอที่จะดำเนินการสำรวจและพัฒนาทรัพยากรได้เอง แต่
 เนื่องจากตามปฏิญญาฯ ได้กำหนดให้การวางแผนการพัฒนาทรัพยากรในลุ่มน้ำต้องทำโดยคณะ
 กรรมการฯ แม่น้ำโขง จึงเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาซึ่งถือว่าไม่เป็นธรรมที่ประเทศใดประเทศหนึ่งจะ

ต้องถูกจำกัดสิทธิในการพัฒนาโดยกฎเกณฑ์ที่ตั้งขึ้น เพื่อให้ประเทศอื่นได้รับประโยชน์²⁶ ความเห็นนี้ได้รับการยอมรับจากประเทศต่าง ๆ ในลุ่มแม่น้ำโขง ดังนั้นจึงมีการเสนอให้ทบวงหลักการใช้น้ำในลุ่มน้ำใหม่

หลังจากที่ประเทศภาคีสมาชิกได้มีมติให้ระงับใช้ปฏิญญาร่วมฯ ค.ศ. 1975 แล้ว ปัญหาที่ตามมาคือช่วงระยะเวลาที่กำลังเจรจากันอยู่ ถ้ารัฐริมฝั่งแม่น้ำโขงไม่สามารถบรรลุข้อตกลงเกี่ยวกับการใช้น้ำจะทำให้หลักกฎหมายอะไรในการกำหนดถึงสิทธิและหน้าที่ของรัฐริมฝั่ง ซึ่งประเด็นปัญหาดังกล่าวก็ต้องกลับไปพิจารณาถึงกฎเกณฑ์ของหลักกฎหมายทั่วไปว่ามีอยู่อย่างไร

ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 แล้วว่ากฎเกณฑ์ที่ถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ ก็คือ หลักห้ามก่อความเสียหายต่อรัฐอื่น หรือหลัก (not to cause damage to other States) ซึ่งหลักนี้ "รัฐมีอธิปไตยที่จะใช้ทรัพยากรน้ำในดินแดนของตนอย่างไรก็ได้ ตราบเท่าที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่น"

นอกจากนั้น นักกฎหมายบางท่านเห็นว่าหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศอื่นก็นำมาใช้บังคับได้ เช่น หลักหน้าที่ในการระมัดระวังของรัฐ (duty to exercise due diligence) หลักการใช้ทรัพย์สินของตนต้องไม่ทำให้ผู้อื่นเสียหาย (sic utere tuo ut alienum non laedas) แต่ผู้เขียนเห็นว่าหลักดังกล่าวทั้งหมดมีสาระเหมือนกัน คือ การใช้อธิปไตยของรัฐโดยไม่ทำความเสียหายต่อรัฐอื่น (ดูรายละเอียดในบทที่ 3)

²⁶ The Thai National Study Team, "A Review on International Law and Principles on Water Development and Utilization of International River Basin," *op. cit.*, *supra* note 7 at 10.