# บทที่ 3

## หลักและที่มาของกฎหมายในการควบคุมและป้องกันมลพิษในแม่น้ำระหว่างประเทศ

หลักกฎหมายเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศได้เริ่มมีการพัฒนาเมื่อประมาณต้นศตวรรษที่ 17 ทั้งนี้เนื่องจากแม่น้ำมีความสำคัญต่อการคมนาคมขนส่งโดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุโรปซึ่งมีการพัฒนาและขยายตัวอย่างรวดเร็ว ดังนั้นหลักกฎหมายเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศในยุคแรกจึงเกี่ยวกับการเดินเรือในแม่น้ำระหว่างประเทศ ดังจะเห็นได้ว่ามีสนธิสัญญาจำนวนมากทำขึ้นเพื่อกำหนดระบอบของการเดินเรือในแม่น้ำเช่น สนธิสัญญาระหว่าง Austria กับ Turkey เกี่ยวกับการเดินเรือในแม่น้ำดานูบ และ Final Act of the Congress of Vienna ซึ่งกำหนดระบอบของแม่น้ำระหว่างประเทศที่ใช้เพื่อการเดินเรือขึ้น[1] ต่อมาเมื่อมนุษย์ได้พัฒนาการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำนอกเหนือไปจากการใช้น้ำในชีวิตประจำวันและการเดินเรือ โดยเฉพาะการเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วของการใช้น้ำเพื่อการชลประทาน และการผลิตพลังงานไฟฟ้า ทำให้กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศนอกเหนือไปจากการเดินเรือได้มีการพัฒนาอย่างรวดเร็วนับจากต้นศตวรรษที่ 19[2] มีหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำทั้งในด้านปริมาณ (quantity) และคุณภาพ (quality) ดังนั้นหลักกฎหมายดังกล่าวจึงครอบคลุมถึงการใช้และการอนุรักษ์ ทำให้หลักกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมและป้องกันมลพิษในแม่น้ำระหว่างประเทศจึงเป็นหลักเดียวกันกับหลักกฎหมายเกี่ยวกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ

### 3.1 ทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ

การศึกษาทฤษฎีเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศจะช่วยให้เราได้ทราบถึงแนวคิดของนักนิติศาสตร์ที่ได้ศึกษาเรื่องนี้ ซึ่งไม่เพียงแต่จะช่วยให้เราได้ทราบถึงสถานะของปัญหาที่เป็นอยู่ในปัจจุบันเท่านั้น แต่จะทำให้เราได้ทราบถึงแนวคิดทั่วไปของทฤษฎีเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศ

---

[1] Dante A. Caponera, The Law of International Water Resources (Rome: Food and Agriculture Organization, 1980), p. 4.

[2] Ludwik A. Techaff, Water Law in Historical Prespective (New York: William S. Hein Company, 1985), pp. 78-79.

I17049519

อีกด้วย ทั้งนี้เนื่องจากว่าธรรมชาติของน้ำนั้นย่อมไหลลงสู่ที่ต่ำโดยไม่จำกัดโดยพรมแดนทางการเมืองของรัฐ ดังนั้น จึงทำให้เกิดความขัดแย้งเกี่ยวกับสิทธิในการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศขึ้นมาว่ารัฐมีอำนาจอธิปไตยเพียงใดต่อแม่น้ำระหว่างประเทศที่ตกอยู่ภายใต้อธิปไตยของรัฐ

นักนิติศาสตร์ได้พยายามสร้างทฤษฎีต่าง ๆ เพื่อสนับสนุนความคิดเห็นของตนซึ่งมีด้วยกัน 3 ทฤษฎีด้วยกัน[3] คือ

1. ทฤษฎีอธิปไตยเหนือดินแดนอันสมบูรณ์ (Theory of absolute territorial sovereignty)

2. ทฤษฎีบูรณภาพเหนือดินแดนอันสมบูรณ์ (Theory of absolute territorial integrity)

3. ทฤษฎีอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด (Theory of limited territorial sovereignty)

### 3.1.1 ทฤษฎีอธิปไตยเหนือดินแดนอันสมบูรณ์ (Theory of absolute territorial sovereignty)

ตามทฤษฎีนี้ถือว่า "รัฐเป็นเจ้าแผ่นดิน" (master of it own territory) โดยถือว่ารัฐสามารถจะทำทุกอย่างได้เท่าที่เห็นว่าเกิดประโยชน์ต่อประเทศของตนโดยไม่ต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นภายนอกดินแดนของตน[4] ด้วยเหตุนี้ รัฐสามารถดำเนินการใด ๆ ต่อแม่น้ำระหว่างประเทศที่อยู่ภายในดินแดนของตนได้อย่างเสรีไร้ขอบเขต ขณะเดียวกันก็ไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องการไหลอย่างธรรมชาติของแม่น้ำนั้นต่อรัฐอื่นด้วย ดังนั้นหลักนี้จึงเอื้อประโยชน์ต่อรัฐต้นน้ำแต่เพียงอย่างเดียว และถ้ารัฐฝั่งแม่น้ำสายเดียวกันมีหลายรัฐ เฉพาะเพียงรัฐตอนบนสุดของแม่น้ำเท่านั้นที่จะได้รับประโยชน์ ดังนั้นจึงมีแต่รัฐต้นน้ำเท่านั้นที่มักจะยกหลักนี้ขึ้นมาอ้าง

---

[3] Albert E. Utton, "International Water Quality Law," in International Environmental Law, eds., L.A. Teclaff and A.E. Utton (New York: Praeger Publisher, 1974), p. 155.

[4] P.K. Menon, "Water Resources Development of International River with Special Reference to the Developing World," International Lawyer 9 (1975): 445.

หลักการดังกล่าวได้มีการกล่าวถึงอย่างกว้างขวางในศตวรรษที่ 19 และต้นศตวรรษที่ 20 โดยนักนิติศาสตร์ยุโรป ดังเช่น Kiber, Haffter, Fenwich, H.B. Brigg[5]

Simmarian เห็นว่า หลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้สิทธิของรัฐในแม่น้ำระหว่างประเทศนั้น ต้องแยกพิจารณาเป็นสองกรณีด้วยกัน กรณีแรก รัฐย่อมมีสิทธิอย่างเท่าเทียมกันที่จะใช้สอยน้ำในแม่น้ำที่ไหลระหว่างพรมแดนของรัฐนั้น (contiguous river) ส่วนกรณีที่สอง หลักกฎหมายระหว่างประเทศไม่มีข้อจำกัดสิทธิของรัฐริมฝั่งที่จะผันน้ำ กรณีที่แม่น้ำนั้นเป็นสาขาของแม่น้ำพรมแดน และแม่น้ำสาขานั้นตั้งอยู่ในอาณาเขตของรัฐทั้งสาย หรือเป็นแม่น้ำที่ไหลข้ามดินแดน (successive river) เมื่อได้ผ่านพรมแดนเข้ามายังดินแดนของรัฐแล้ว[6]

ทฤษฎีอธิปไตยเหนือดินแดนอันสมบูรณ์นี้ได้ยกขึ้นมากล่าวอ้างในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศครั้งแรกโดยประเทศสหรัฐอเมริกา ในข้อพิพาทกับประเทศเม็กซิโก โดยเม็กซิโกได้คัดค้านการที่อเมริกาซึ่งเป็นรัฐต้นน้ำผันน้ำจากแม่น้ำ ริโอ กรานเด (Rio Grande) ในปี ค.ศ. 1895 ว่าทำให้เม็กซิโกซึ่งเป็นรัฐท้ายน้ำเสียหาย นาย Judson Harmon ซึ่งเป็นรัฐมนตรีกระทรวงต่างประเทศของอเมริกาในขณะนั้นได้ประกาศว่า

"เนื่องจากไม่มีสนธิสัญญาต่อกันระหว่างสหรัฐอเมริกาและเม็กซิโก ดังนั้นจึงไม่มีกฎเกณฑ์และแนวปฏิบัติของกฎหมายระหว่างประเทศใดที่กำหนดหน้าที่ หรือ ความรับผิดชอบต่อรัฐบาลสหรัฐอเมริกาที่จะห้ามไม่ให้ผันน้ำจากแม่น้ำ Rio Grande"[7] ซึ่งนักกฎหมายได้เรียกทฤษฎีนี้ว่า "ลัทธิฮามอน (Hamon Doctrine)"

มีนักกฎหมายระหว่างประเทศหลายท่านที่ได้คัดค้านความคิดนี้ ทั้งนี้เพราะลัทธิ Hamon นั้นไม่ได้ยืนอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายและไม่ถือว่าเป็นพื้นฐานของหลัก

---

5 F.J. Berber, Rivers in International Law (London: Stevens & Sons Limited, 1959), pp. 12-19.

6 Simmarian, The Diversion of International Waters, quoted in F.J. Berber, Ibid., p. 19.

7 Anthony Lester, "Pollution" in The law of International Drainage Basin, eds., A.H. Gerreston, R.D. Hayton, and C.J. Olmstead (New York: Oceana Publication, 1967), p. 95.

กฎหมายระหว่างประเทศ ลัทธินี้ไม่ได้กล่าวอ้างถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่ ที่กล่าวเช่นนี้เพราะไม่มีหลักกฎหมายระหว่างประเทศใดที่ให้อำนาจรัฐในการที่กระทำการใด ๆ ตามปรารถนาของตนเอง โดยไม่ได้คำนึงถึงความเสียหายต่อรัฐอื่น และไม่มีพัฒนาการที่ต่อเนื่องที่จะสนับสนุนหรือดำเนินการตาม อย่างเช่น หลักกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ แม้แต่ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศต้นคิดของลัทธินี้เองก็มิได้ดำเนินการตามในต่อมา[8]

3.1.2 **ทฤษฎีบูรณภาพเหนือดินแดนอันสมบูรณ์ (Theory of absolute territorial integrity)**

ตามทฤษฎีนี้ถือว่ารัฐมีบูรณภาพเหนือดินแดนที่จะไม่ถูกรัฐอื่นแทรกแซงหรือรบกวนสิทธิ ดังนั้นการที่รัฐถูกกระทบกระเทือนจากการผันน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศจากรัฐอื่นจึงถือว่าละเมิดต่อบูรณภาพเหนือดินแดนของรัฐนั้น รัฐท้ายน้ำจึงเรียกร้องสิทธิการไหลตามปกติ (Natural flow) ของน้ำจากรัฐต้นน้ำได้[9]

ดังที่ Max Huber ได้กล่าวว่า "ทุกรัฐจะต้องปล่อยให้น้ำไหลอย่างอิสระโดยการไม่ใช้อธิปไตยที่ไม่มีขอบเขตจำกัด ปล่อยให้เป็นไปตามธรรมชาติ ต้องไม่แทรกแซงการไหลตามปกติของน้ำ เขากล่าวว่าหน้าที่ดังกล่าวเสมือนกับภาระจำยอมในกฎหมายระหว่างประเทศ"[10] ความคิดนี้ได้รับการสนับสนุนจากนักนิติศาสตร์บางท่าน เช่น Von Bar, Schenkel, Fleischmann และ Oppenheim[11] แต่อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีนี้ไม่ได้รับการยอมรับในทางปฏิบัติของรัฐแต่อย่างใด

---

8 Albert E. Utton, "International Environmental Law," op. cit., supra note 3 at 156.

9 Amnat Wongbandit, Hydroelectric Development on An International River : The Mekong Basin (Doctoral Dissertation, Osgoode Hall Law School, York University, Ontario, Canada, 1989), p. 38.

10 Max Huber, "Ein Beitreg Zur der Gebietshoheit an Grengfiissen," quoted in F.J. Berber, River in International Law, op. cit., supra note 5 at 10-16.

11 F.J. Berber, op. cit., supra note 5 at 19-21.

3.1.3 **ทฤษฎีอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด (Theory of restricted territorial sovereignty หรือ Limited territorial sovereignty)**

ทฤษฎีนี้วางอยู่กึ่งกลางระหว่าง 2 ทฤษฎีแรก ภายใต้ทฤษฎีนี้รัฐใช้ประโยชน์จากน้ำได้ตราบเท่าที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐร่วมฝั่งน้ำอื่น ทฤษฎีนี้ได้รับการยอมรับจากนักกฎหมายทั่วไป ดังเช่น

Lauterpacht ได้กล่าวไว้ในตำรากฎหมายระหว่างประเทศของเขาว่า

"เป็นกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศว่า ไม่มีรัฐใดที่ได้รับการยินยอมให้เปลี่ยนแปลงสภาพตามธรรมชาติของดินแดนของตนให้เป็นผลเสียต่อสภาพตามธรรมชาติของดินแดนของตนให้เป็นผลเสียต่อสภาพตามธรรมชาติของดินแดนของรัฐเพื่อนบ้าน โดยเหตุนี้รัฐจึงไม่เพียงแต่ถูกห้ามในการผันน้ำหรือกั้นน้ำจากแม่น้ำที่ไหลจากดินแดนของตนไปยังดินแดนของรัฐอื่น แต่ยังต้องใช้น้ำโดยไม่ให้เกิดความเสียหายต่อรัฐเพื่อนบ้านและป้องกันโดยการใช้น้ำอย่างถูกต้องตามสมควร"[12]

Griffin กล่าวว่า "รัฐมีสิทธิอธิปไตยในการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศซึ่งอยู่ภายในดินแดนของตนได้มากเพียงใดก็ได้ ภายใต้ข้อจำกัดคือ สิทธิที่มีเช่นเดียวกันนั้นของรัฐอื่น ดังนั้นรัฐจึงต้องแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้แม่น้ำโดยตั้งอยู่บนเหตุผลอันสมควร"[13]

ทฤษฎีนี้ถือว่าเป็นพื้นฐานของหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญ 3 หลัก คือ

- หลักห้ามก่อความเสียหายต่อรัฐอื่น
- หลักการใช้ประโยชน์จากน้ำอย่างสมเหตุสมผล
- หลักความร่วมมือระหว่างรัฐริมฝั่ง

หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ หลักกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศปัจจุบันนั้นตั้งอยู่บนทฤษฎีอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัดของรัฐนั่นเอง

---

12 Lauterpacht, Oppenheim's International Law Vol. 1, 8th edition., (London: Longmans, 1955), pp. 474-475.

13 W. L. Griffin, "The Use of Water of International Drainage Basin Under Customary International Law," American Journal of International Law (1959): 77-79.

## 3.2 หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุมและป้องกันมลพิษในแม่น้ำระหว่างประเทศ

### 3.2.1 หลักห้ามก่อความเสียหายต่อรัฐอื่น (Principle of Prohibition of Causing Damage to Other States)

ตามหลักนี้จะทำให้รัฐท้ายน้ำและรัฐต้นน้ำมีความเท่าเทียมกันทั้งในอธิปไตย (Sovereignty) และบูรณภาพ (Integrity)[14] ซึ่งหมายถึงรัฐมีอธิปไตยอันสมบูรณ์ที่จะแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรน้ำซึ่งอยู่ภายในดินแดนของตน แต่การแสวงหาทรัพยากรดังกล่าวจะทำให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่นไม่ได้ หลักดังกล่าวไม่เพียงแต่ซอบด้วยหลักกฎหมายที่ว่ารัฐทุกรัฐมีความเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย ดังที่ปรากฏในกฎบัตรสหประชาชาติว่าองค์การสหประชาชาติตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักอธิปไตยอันเท่าเทียมกันของรัฐภาคีทุกรัฐ[15] แต่หลักการดังกล่าวยังตรงกับความเป็นจริง ทั้งนี้เนื่องจากว่าผลกระทบจากมลพิษในแม่น้ำระหว่างประเทศนั้นเป็นมลพิษข้ามพรมแดน (Transfrontier Pollution) ไม่ได้จำกัดอยู่ภายใต้เขตแดนของรัฐใดเพียงรัฐหนึ่ง มลพิษทางน้ำอาจเกิดจากกิจกรรมภายในดินแดนของรัฐหนึ่ง แล้วเกิดความเสียหายต่อรัฐอื่นก็ได้

นอกจากนั้น ความเสียหายระหว่างประเทศยังรวมถึงการใช้สิทธิโดยมิชอบ (abuse of right) ด้วย นักกฎหมายระหว่างประเทศเชื่อว่าความรับผิดชอบของรัฐไม่เพียงแต่เกิดจากการละเมิดกฎเกณฑ์ที่กำหนดโดยชัดเจนตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือ ละเมิดต่อหน้าที่เท่านั้น แต่ยังรวมการใช้สิทธิในทางที่จะทำให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่นหรือที่เรียกว่าการใช้สิทธิโดยมิชอบ (abuse of right) ด้วย

หลักการใช้สิทธิในทางมิชอบนี้เป็นหลักกฎหมายภายในของทั้งระบบประมวลกฎหมาย (civil law countries) เช่น เยอรมนี ฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์ โปแลนด์และประเทศที่เป็นระบบกฎหมายจารีตประเพณี (common law countries) โดยประเทศที่ใช้กฎหมาย

---

14 Amnat Wongbandit, Hydroelectric Development on An International River: The Mekong Basin, op. cit., supra note 9 at 42.

15 กฎบัตรสหประชาชาติ มาตรา 2 ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2533), ภาคผนวก 1, หน้า 370.

จารีตประเพณีนั้นได้ยอมรับหลัก abuse of right ในความหมายที่ตรงกับภาษิตกฎหมายของลาตินมีอยู่ว่า Sic utere tuo ut alienum non laedas (หรือ use your own property as not to injure your neighbor "ใช้ทรัพย์ของตนต้องไม่ให้เกิดผลร้ายต่อผู้อื่น')ได้ยอมรับในฐานะเป็นพื้นฐานของกฎหมาย Common Law ในเรื่องเหตุเดือดร้อนรำคาญโดย Sir William Blackstone ได้เขียนไว้ในคำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิดของเขาตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ 19 โดย Blackstone ได้อธิบายโดยยกตัวอย่างว่าการเลี้ยงหมู หรือ สัตว์ที่ส่งเสียงดังเป็นที่รำคาญ (noisome animals) ไว้ใกล้บ้านผู้อื่นอันจะส่งกลิ่นเหม็นรบกวนเพื่อนบ้าน หรือ ทำให้ลำน้ำเน่าเสีย หรือ เป็นพิษโดยการสร้างโรงฟอกย้อม หรือทำบ่อปูนขาว เพื่อการค้าบนต้นน้ำลำธารนั้นย่อมทำไม่ได้[16] ซึ่งต่อมามีคำพิพากษาในคดี Rylands V.Fletcher ได้ตัดสินในปี ค.ศ.1868 โดยใช้หลักดังกล่าว[17]

กฎหมาย Common Law ได้นำหลัก Sic utere tuo ut alienum non laedas มาประยุกต์ใช้โดยการยืดหยุ่นเพื่อที่จะบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างรุนแรงกับโจทก์ สำหรับในเรื่องเกี่ยวกับมลพิษในแม่น้ำนั้น กฎหมาย Common Law ก็ได้วางหลักห้ามเจ้าของที่ดินริมฝั่งแม่น้ำกระทำการใด ๆ โดยไม่เคารพสิทธิของเจ้าของที่ดินอื่นที่อยู่ร่วมฝั่งแม่น้ำเดียวกัน แสดงให้เห็นว่าเจ้าของที่ดินย่อมมีสิทธิอันจำกัดบนที่ดินของตนเอง

การนำทฤษฎีการใช้สิทธิในทางมิชอบเข้ามาในกฎหมายระหว่างประเทศปรากฏขึ้นครั้งแรกโดยคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมาย (Committee of Jurists) ในการร่าง Statute of the Permanent Court of International Justice (PCIJ) ค.ศ. 1920 ซึ่งพยายามจะกำหนดหลักกฎหมายทั่วไป (general principles of law) เพื่อให้เป็นพื้นฐานทางกฎหมายสำหรับการวินิจฉัยของศาล คณะกรรมการดังกล่าวได้ยกเอาหลักการใช้สิทธิในทางมิชอบขึ้นมาพิจารณา จากกรณีดังกล่าวมีผู้เห็นด้วยว่าหลักการใช้สิทธิในทางมิชอบเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งเป็นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศประการหนึ่ง

---

16 W. Blackstone, Commentaries on the Law of England, quote in Albert E. Utton, "International Water Quality Law," op. cit., supra note 3 at 162.

17 Id.

การใช้สิทธิในทางมิชอบในกฎหมายระหว่างประเทศ หมายถึง การใช้สิทธิของรัฐในทางที่กีดกั้นหรือขัดขวางต่อการใช้สิทธิของรัฐอื่น หรือในทางที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่น[18]

ลักษณะของการใช้สิทธิในทางมิชอบในทางกฎหมายระหว่างประเทศสามารถแยกพิจารณาได้ 3 ลักษณะ คือ[19]

1. กรณีที่รัฐได้ใช้สิทธิของตนในทางซึ่งกีดกั้นหรือเป็นอุปสรรคต่อการใช้สิทธิของรัฐอื่น ซึ่งสามารถจะใช้สิทธิในทำนองเดียวกัน และผลจากการกระทำได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่นนั้น เช่น การแสวงหาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งรัฐต่าง ๆ มีสิทธิร่วมกัน การที่รัฐใดรัฐหนึ่งแสวงหาประโยชน์แต่เพียงรัฐเดียวโดยไม่คำนึงถึงความเสียหายหรือเสียประโยชน์ของรัฐอื่น เป็นการใช้สิทธิในทางมิชอบ

2. กรณีที่รัฐได้ใช้สิทธิโดยจงใจก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่น ซึ่งเป็นการใช้สิทธิในทางที่แตกต่างหรือผิดไปจากวัตถุประสงค์ของการให้มีสิทธิดังกล่าว มักเกิดขึ้นจากการใช้สิทธิทางการปกครองภายในรัฐ

3. การที่รัฐใช้สิทธิตามอำเภอใจ โดยไม่ได้ฝ่าฝืนหรือละเมิดต่อสิทธิของรัฐอื่นโดยแจ้งชัด แต่ผลจากการกระทำก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่น ก็ถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิในทางมิชอบเช่นกัน กรณีนี้รัฐจะมีเจตนาทุจริต หรือจงใจที่จะก่อให้เกิดความเสียหายหรือไม่ ไม่จำเป็นต้องนำมาพิจารณา เช่น การปฏิบัติต่อคนต่างด้าว การริบทรัพย์สิน เป็นต้น

ดังนั้น การนำหลักการใช้สิทธิในทางมิชอบมาใช้ในทางกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ หมายถึง รัฐจะต้องควบคุมกิจกรรมที่เกิดขึ้นไม่ให้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่น

การที่จะกล่าวว่าหลักการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศจะต้องไม่ก่อมลพิษที่จะทำให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่นเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่นั้น ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขสองประการคือ จะต้องมีการปฏิบัติของรัฐ (state practice) ประกอบกับ ความเชื่อว่าสิ่งนั้น

---

18 Alexandre C.Kiss, "Abuse of Right," Encyclopedia of Public International Law 7(1987): 1-2.

19 Id.

เป็นกฎหมาย (opinio juris)[20]

ในทางปฏิบัตินั้นรัฐต่าง ๆ ได้จัดทำสนธิสัญญาที่มีบทบัญญัติห้ามการเปลี่ยนแปลงการไหลของน้ำที่จะกระทบอย่างรุนแรงต่อระบอบของแม่น้ำระหว่างประเทศ หรือสนธิสัญญาที่ห้ามก่อมลพิษที่อาจจะก่อความเสียหายในแม่น้ำระหว่างประเทศ ซึ่งสนธิสัญญาลักษณะดังกล่าวมีอยู่ทั่วไปในทุกภูมิภาค เช่นในทวีปอเมริกาเหนือ สนธิสัญญา Boundary Water Treaty between Canada and United States 1909 ห้ามก่อมลพิษในลำน้ำพรมแดน[21] ในทวีปอัฟริกา สนธิสัญญา Agreement regarding Water Rights on the Boundary 1934 ระหว่าง Tanzania (โดยสหราชอาณาจักร) กับ Rwanda และ Burundi (โดยเบลเยี่ยม) ในมาตรา 3 ห้ามการปล่อยน้ำจากเหมืองแร่และโรงงานอุตสาหกรรมอันจะเกิดมลพิษในลำน้ำระหว่างประเทศ[22] ในทวีปเอเชีย สนธิสัญญา Indus River Treaty 1960 ระหว่าง Pakistan กับ India ในมาตรา 4 กำหนดให้รัฐภาคีต้องป้องกันมลพิษที่อาจจะก่อให้เกิดอันตรายต่อประชาชนของทั้งสองประเทศ[23]

นอกจากนั้น สนธิสัญญาที่เกี่ยวกับการใช้ปริมาณน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศซึ่งตั้งอยู่บนหลักการนี้ได้ปรากฏอยู่ในหลาย ๆ ภูมิภาคเช่น สนธิสัญญาระหว่างสาธารณรัฐเยอรมนีกับสหพันธรัฐสวิตเซอร์แลนด์เกี่ยวกับการผันน้ำจากทะเลสาบ Constance กำหนดไว้ว่าการผันน้ำจากทะเลสาบ Constance นั้นรัฐภาคีจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ที่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐภาคีอื่น ถ้าโครงการผันน้ำจะมีผลกระทบต่อผลประโยชน์อย่างสำคัญต่อรัฐอื่นโดยที่ไม่สามารถทดแทนได้ด้วยค่าเสียหายตามสมควรแล้ว การผันน้ำจะต้องได้รับการพิจารณาและต้องประเมินด้วย

---

20 North Sea Continental Shelf Case (Germany V. Denmark and The Netherlands), IJC Reports, 1969, p. 3,44.

21 Boundary Water Treaty between Canada and the United States, (11 January 1909) United Nations Treaty Series 548, p. 260. (UN Doc. ST/LEG/SEC B/12).

22 Agreement regarding Water Rights on the Boundary between Tanganyika and Rwanda, Burundi , League of Nations Treaty Series 190 (22 November 1934): 19. (UN. Doc. ST/LEG/SER.B/12p. 555).

23 The Indus Waters Treaty between India and Pakistan, United Nations Treaty Series 419 (19 September 1960): 125.

ความรอบคอบ[24]

หลักการดังกล่าวไม่เพียงแต่ได้รับการสนับสนุนโดยทางปฏิบัติจากสนธิสัญญาของรัฐต่าง ๆ เท่านั้น แต่ยังได้รับการสนับสนุนจากที่ประชุมระหว่างประเทศ และจากองค์การระหว่างประเทศต่าง ๆ รวมทั้งองค์การระหว่างรัฐบาล (Inter-Governmental Organization) องค์การเอกชนระหว่างประเทศ (Non-Governmental Organization) เช่นใน United Nations Declaration on the Human Environment ในหลักการข้อที่ 21 ได้กำหนดว่า[25]

"รัฐมีสิทธิอธิปไตยภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ที่จะแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรของตนตามนโยบายสิ่งแวดล้อมที่ตนวางไว้ และมีความรับผิดชอบที่จะต้องให้หลักประกันว่าบรรดากิจกรรมภายใต้เขตอำนาจและการควบคุมของตนจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่นหรือต่อบริเวณที่อยู่นอกเขตอำนาจของรัฐใด ๆ"

แสดงให้เห็นว่าเป็นแม้นานาประเทศจะยอมรับว่ามีอธิปไตยอันสมบูรณ์เหนือทรัพยากรของรัฐ แต่การแสวงหาทรัพยากรเหล่านั้นจะต้องไม่ก่อให้เกิดผลความเสียหายต่อรัฐอื่นด้วย

สำหรับองค์การระหว่างประเทศอื่น ๆ เช่น คณะกรรมการเศรษฐกิจยุโรป (Economic Commission for Europe, ECE) องค์การอาหารและเกษตรแห่งสหประชาชาติ (UN Food and Agricultural Organization : FAO) และสมาคมกฎหมายระหว่างอเมริกา (Inter-American Bar Association) มีความเห็นที่คล้ายคลึงกัน[26] โดยยอมรับในหลักการว่า แม้ว่ารัฐจะมี

---

24 Agreement between Austria, the Federal Republic of Germany and Switzerland Regulational the Withdrawal of Water from Lake Constance, United Nations Treaty Series 620 (30 April 1966): 191.

25 United Nations Declaration on the Human Environment, Report of the United Nations Conference on the Human Environment (United Nations Publications, Sales No.E.73 II,A.1972), p. 5.

26 Amnat Wongbandit, Hydroelectric Development on An International River: The Mekong Basin, op. cit., supra note 9 at 45.

สิทธิที่จะใช้ประโยชน์จากน้ำในลุ่มแม่น้ำระหว่างประเทศก็ตาม แต่รัฐมีหน้าที่ต้องเคารพต่อสิทธิของรัฐอื่นด้วย เช่นเดียวกันกับนโยบายของธนาคารโลก (World Bank) ในการพิจารณาให้การสนับสนุนการลงทุนในโครงการที่เกี่ยวข้องกับแม่น้ำระหว่างประเทศนั้นได้แสดงความเห็นพ้องกับหลักเกณฑ์ดังกล่าว ดังนั้นผู้ขอรับการสนับสนุนจาก World Bank จะต้องแสดงให้เห็นว่าโครงการนั้นจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือก่อผลกระทบในทางลบต่อรัฐอื่น

สำหรับคำพิพากษาของศาลในคดีระหว่างประเทศ และคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศก็ได้ให้การรับรองหลักกฎหมายนี้ในหลาย ๆ คดี เช่นในคดี Trial Smelter คดี Corfu Channal คดี Lake Lanoux และคดี San Juan River

ในคดี Trial Smelter[27] อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ให้ความเห็นว่า "ภายใต้กรอบของกฎหมายระหว่างประเทศประกอบกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา* ไม่มีรัฐใดที่จะได้รับการยินยอมให้ใช้ดินแดนของตนไปในทางที่ทำให้เกิดความเสียหายที่เกิดจากเขม่าควันต่อบุคคลหรือทรัพย์สินที่อยู่ในดินแดนของรัฐอื่น"

สำหรับคดี Corfu Channal[28] ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินว่าอัลบาเนียมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อความเสียหายของเรือรบอังกฤษจากทุ่นระเบิดภายในดินแดนของตน โดยศาลได้กล่าวว่า ทุกรัฐมีหน้าที่ที่จะต้องให้รัฐอื่นทราบถึงสภาพอันตรายของรัฐตนซึ่งอาจจะเป็นอันตรายต่อการใช้สิทธิของรัฐอื่นได้ ดังนั้นเมื่ออัลบาเนียได้รู้ถึงภยันตรายดังกล่าวแต่ละเว้นเสียซึ่งหน้าที่ที่จะต้องตักเตือน จึงต้องรับผิดชอบในความเสียหายอันเป็นผลจากการละเว้นดังกล่าว

คดี Lake Lanoux[29] ซึ่งเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้ปริมาณน้ำในลุ่ม

---

27 Trial Smelter Case (United States V. Canada) "Reports of International Arbitral Awards," in American Journal of International Law, (1941), p. 684.

* ในคดีนี้คู่พิพาทได้ตกลงให้ใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศประกอบกับกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาในการพิจารณาคดี

28 Corfu Channel Case (United Kingdom V. Albania), IJC Reports (1949), p. 4.

29 Lake Lanoux Case (France V. Spain), "Reports of International Arbitral Awards," in American Journal of International Law, 53(1959), p. 156-171.

แม่น้ำระหว่างประเทศ โดยสเปนได้คัดค้านการผันน้ำจาก Lake Lanoux ซึ่งอยู่ในดินแดนของฝรั่งเศส ว่าการผันน้ำนั้นจะทำให้สเปนได้รับความเสียหาย คดีนี้อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ตัดสินว่า เมื่อรัฐบาลฝรั่งเศสได้ให้ประกันว่าปริมาณน้ำที่ผันจาก Lake Lanoux เพื่อนำไปใช้ผลิตกระแสไฟฟ้านั้นจะไหลกลับลงสู่แม่น้ำ Carol ในจำนวนเท่าเดิม ก่อนที่จะถึงดินแดนของสเปน ดังนั้นรัฐบาลสเปนจึงไม่ได้รับความเสียหายจากการผันน้ำ เมื่อพิจารณาโดยตีความในทางกลับกัน ถ้ารัฐบาลสเปนได้รับความเสียหายจากการผันน้ำในทะเลสาบ Lanoux ฝรั่งเศสจะผันน้ำจากทะเลสาบดังกล่าวไม่ได้ แม้ว่าจะดำเนินการภายในดินแดนของตนเองก็ตาม

ในคดี San Juan River[30] ซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างคอสตาริกากับนิคารากัว ประธานาธิบดี Claveland แห่งสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ได้ตัดสินว่า การตีความตามสนธิสัญญานั้นจะต้องพิจารณาตีความไปในทางที่ว่า นิคารากัวซึ่งเป็นประเทศต้นน้ำสามารถดำเนินการใด ๆ ในแม่น้ำ San Juan ได้ ตราบเท่าที่ไม่ทำให้เกิดน้ำท่วมหรือเกิดความเสียหายอื่น ๆ ต่อพื้นที่ในดินแดนของประเทศคอสตาริกาอันเป็นประเทศท้ายน้ำ

อย่างไรก็ตาม มีปัญหาว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องรุนแรงเพียงใด จึงจะต้องห้ามหรืออยู่ในบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ในประเด็นนี้ได้มีความเห็นแบ่งออกเป็น 3 แนวคือ [31]

**กลุ่มแรก**ไม่ได้กล่าวถึงระดับของความเสียหายไว้ว่ารุนแรงเพียงใด จึงจะถือว่าเป็นความเสียหาย เช่นใน UN Declaration on the Human Environment หลักข้อ 21 ซึ่งบัญญัติไว้เหมือนกันกับ Charter of Economic Rights and Duties of State ในมาตรา 30 ได้กล่าวไว้แต่เพียงว่า กิจกรรมในเขตอำนาจและความควบคุมของตนจะไม่ก่อความเสียหายต่อสภาพแวดล้อมของรัฐอื่น และในสนธิสัญญา Boundary Water Treaty 1909 ระหว่างแคนาดากับสหรัฐอเมริกา สนธิสัญญา Indus River Treaty ซึ่งได้กล่าวแล้วข้างต้น นักกฎหมายบางท่านเห็นว่าการที่ไม่ได้กำหนดขอบเขตของความเสียหายให้ชัดเจนจะทำให้เป็นประโยชน์ต่อรัฐท้ายน้ำ ทั้งนี้

---

30 Dante A, Caponera, The Law of International Water Resources, op. cit., supra note 1 at 235-236 .

31 Amnat Wongbandit, Hydroelectric Development on An International River: The Mekong Basin, op. cit., supra note 9 at 50

เพราะรัฐที่ได้รับผลกระทบแม้เพียงเล็กน้อยก็สามารถเรียกร้องสิทธิได้ ซึ่งถ้าเป็นเช่นนั้นก็จะทำให้หลักกฎหมายนี้คล้ายกับแนวคิดของหลักบูรณภาพเหนือดินแดน

ความเห็นของ**กลุ่มที่สอง**เห็นว่า ความเสียหายที่จะอยู่ในบังคับของกฎหมายที่จะก่อสิทธิให้กับรัฐที่ได้รับความเสียหายนั้นจะต้องเป็นความเสียหายที่เห็นได้(appreciable harm) ดังนั้นตามความเห็นนี้ความเสียหายที่ถูกห้ามโดยกฎหมายระหว่างประเทศก็ถือเป็นความเสียหายที่สามารถเห็นได้

แนวคิดนี้ได้รับการสนับสนุนจากนักกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น Smith[32] ซึ่งได้กล่าวไว้ว่า "ไม่มีรัฐใดที่จะดำเนินการฝ่ายเดียวในการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศไปในทางที่จะทำให้เกิดความเสียหายที่เห็นได้ต่อผลประโยชน์อันชอบธรรมของรัฐริมฝั่งน้ำอื่น"

นอกจากนั้น คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศก็สนับสนุนแนวคิดนี้ ดังปรากฏใน Draft Article ในมาตรา 7 ว่า "รัฐลำน้ำพึงใช้ลำน้ำระหว่างประเทศในทางที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายที่เห็นได้ต่อรัฐลำน้ำอื่น"[33]

นักกฎหมายเห็นว่า แม้การกำหนดขอบเขตของความเสียหายโดยแนวความคิด appreciable harm จะชัดเจนกว่าของกลุ่มแรก แต่ก็ยังเป็นประโยชน์ต่อรัฐท้ายน้ำ เนื่องจากทำให้รัฐท้ายน้ำมีสิทธิที่จะคัดค้านการกระทำของรัฐต้นน้ำ ถ้าการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแม้เพียงเล็กน้อย[34]

---

32 Smith, H.A. The Economic Uses of International Rivers (London: Kings and Son, 1931), p. 151. {" ....(2) No state is justified in taking unilateral action to use the waters of an international river in any manner which causes or threatens appreciable injury to lawful interests of any other riparian State. (3) No state is justified in opposing the unilateral action of another in utilizing waters, if such action neither causes nor threatens any appreciable injury to the former state."}

33 Report of the International Law Commission on the work of Its Forty-third Session, International Legal Materials, Vol. 33(1991): 1577. Art. 21.(ดูภาคผนวกที่ 7).

34 Amnat Wongbandit, Hydroelectric Development on An International River: The Mekong Basin, op. cit., supra note 9 at 52-53.

ความเห็น**กลุ่มสุดท้าย**นั้นเห็นว่า ความเสียหายที่ถูกห้ามโดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศนั้นต้องเป็นความเสียหายที่เป็นสาระสำคัญหรือเกิดความเสียหายที่มาก (Substantial harm) เท่านั้น รัฐท้ายน้ำจึงมีสิทธิคัดค้านการกระทำได้ตามภาษิตกฎหมายที่ว่า de minimis non curat lex (กฎหมายไม่ใส่ใจสิ่งเล็ก ๆ น้อย ๆ) ดังนั้นถ้าเป็นความเสียหายเล็กน้อย จึงไม่ก่อสิทธิเรียกร้องแก่รัฐท้ายน้ำ

ความเสียหายที่เป็นสาระสำคัญ (Substantial harm) ได้ยอมรับในทางปฏิบัติของรัฐต่าง ๆ และในคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศมากกว่าทั้งสองแนวความคิดแรก ในคดี Trial Smelter อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ชี้ให้เห็นว่าการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งทำให้รัฐอื่นได้รับความเสียหายนั้น ศาลแสดงให้เห็นถึงการยอมรับหลักดังกล่าวว่า "เมื่อมีความเสียหายรุนแรงเกิดขึ้นโดยการกระทำที่มีหลักฐานแจ้งชัด"

นอกจากนั้น แนวคิดนี้ได้รับการรับรองโดยสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ (ILA) โดยนำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 10 ของ Helsinki Rules[35] ว่า รัฐจะต้องป้องกันมลพิษในลุ่มแม่น้ำระหว่างประเทศที่อาจจะก่อความเสียหายที่เป็นสาระสำคัญ (Substantial damange) ต่อดินแดนของรัฐลุ่มน้ำอื่น ตามความเห็นนี้จึงเหมาะสมในการนำมาใช้กับหลักกฎหมายไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐร่วมลุ่มน้ำอื่น ทั้งนี้เพราะไม่เอื้อประโยชน์ต่อรัฐท้ายน้ำหรือรัฐต้นน้ำโดยเฉพาะ แต่ตั้งอยู่บนความมีเหตุผลที่สามารถนำไปปฏิบัติได้[36]

### 3.2.2 หลักการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศอย่างสมเหตุสมผล (Principle of Equtible Utilization)

นับตั้งแต่ช่วงครึ่งหลังของศตวรรษที่ 20 มานี้รูปแบบของการประสานผลประโยชน์จากการใช้น้ำในลุ่มน้ำระหว่างประเทศโดยคำนึงถึงสิทธิอันเท่าเทียมกันของรัฐได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการใช้อย่าง " สมเหตุสมผล " (Equitable Utilization)[37] แนวความคิดนี้ได้ใช้อ้างถึง

---

35 Helsinki Rules, Art. 10. (ดูภาคผนวกที่ 6).

36 Amnat Wongbandit, Hydroelectric Development on An International River: The Mekong Basin, op. cit., supra note 9 at 54-55.

37 Ibid., p. 56.

ในกฎหมายระหว่างประเทศในถ้อยคำที่ต่างกัน เช่น การแบ่งปันอย่างสมเหตุสมผล (reasonable and equtible share)[38] การใช้ประโยชน์อย่างสมเหตุสมผล (equtible and reasonable utilization)[39] และ equitable apportionment ซึ่งไม่ว่าจะเรียกแนวความคิดนี้ว่าอย่างไร แต่เนื้อหาของหลักนี้ที่เหมือนกันคือ ภายใต้หลัก Equtible Utilization รัฐในลุ่มแม่น้ำระหว่างประเทศ หรือ รัฐลำน้ำระหว่างประเทศสามารถมีสิทธิใช้น้ำในลุ่มน้ำ โดยการแบ่งปันที่เป็นธรรม โดยคำนึงถึงความสุจริตใจ (good fiat) และเคารพในสิทธิของรัฐอื่น ข้อดีประการสำคัญของหลักนี้ซึ่งทำให้เป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางก็คือทำให้รัฐต่าง ๆ ได้มีการเจรจาในการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรน้ำ

แนวคิดในเรื่องการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศอย่างสมเหตุสมผลนั้นเริ่มขึ้นจากการทำงานของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Association) ซึ่งเป็นองค์การเอกชนระหว่างประเทศในการจัดทำและรวบรวมหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศเพื่อประโยชน์ในด้านต่าง ๆ ในการประชุมสมัยที่ 52 ที่ Helsinki ประเทศฟินแลนด์ในปี ค.ศ. 1966 ที่ประชุมได้รับรอง Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers"[40]

ใน Helsinki Rules ได้กล่าวถึงสิทธิในการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศอย่างสมเหตุสมผลไว้ในมาตรา 4 ว่า[41]

"รัฐในลุ่มแม่น้ำแต่ละรัฐมีสิทธิภายในดินแดนของตน ในการที่จะใช้ประโยชน์จากน้ำในลุ่มแม่น้ำระหว่างประเทศโดยการแบ่งปันที่เป็นธรรมและสมเหตุสมผล"

---

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

39 Draft Article on the Law of the Non-Navigation Uses of International Watercourses, Art. 5. (ดูภาคผนวกที่ 7).

40 Barros, Johnston " Principle of Responsibility for Environmental Damage Beyond Territorial Limited," in International Law of Pollution (New York: The Free Press, 1974), p. 77.

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

ข้อความในมาตรานี้ยืนยันถึงสิทธิอันเท่าเทียมกันของรัฐในการแสวงหาประโยชน์จากแม่น้ำภายในดินแดนของตนที่มิได้เอื้อประโยชน์ต่อรัฐต้นน้ำหรือรัฐท้ายน้ำแต่เพียงฝ่ายเดียว ถือได้ว่าเป็นการปฏิเสธทฤษฎีอธิปไตยที่สุดขั้วทั้งสอง คือ ทฤษฎีอธิปไตยเหนือดินแดนอันสมบูรณ์ และทฤษฎีบูรณภาพเหนือดินแดนอันสมบูรณ์[42]

ตามความหมายของการใช้อย่างสมเหตุสมผล (Equitable Utilization) คำว่า equitable นั้นไม่ได้หมายถึงการแบ่งปันที่เท่าเทียมกันตามข้อเท็จจริง แต่เป็นความเท่าเทียมกันในข้อกฎหมาย[43] ตามความหมายของ Helsinki Rules หมายถึงการแบ่งปันโดยความเป็นธรรมตามเหตุผล การแบ่งปันนั้นจะต้องให้ทุกรัฐบรรลุถึงความพอใจมากที่สุดโดยไม่ก่อหรือก่อให้เกิดผลกระทบในทางไม่ดีน้อยที่สุดทั้งในด้านปริมาณ (quantity) และคุณภาพ (quality) ดังนั้นจึงไม่ใช่ความเท่าเทียมในความหมายของคณิตศาสตร์ แต่เป็นความเท่าเทียมโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของความต้องการที่แท้จริงของแต่ละรัฐ [44]

ความต้องการที่แตกต่างกันทั้งหลายของรัฐในลุ่มแม่น้ำจำเป็นต้องนำมาปรับเพื่อให้เกิดประโยชน์ที่สุด ขณะเดียวกันก็ให้เกิดผลเสียน้อยที่สุดโดยพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ หรือเหตุผลหลาย ๆ ด้านเช่น การใช้น้ำที่ผ่านมา (prior uses) ความสามารถในการใช้แหล่งน้ำจากที่อื่น (alternative water sources) จำนวนประชากร ความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคม ปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้ได้นำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 5 ของ Helsinki Rules[45] ซึ่งมีดังนี้

---

42 Miguel R. Solanes, "Principles of International of Water Law," Discussion notes Delivered in Workshop on Lower Mekong Basin International Legal Framework, Bangkok, 20-25 March 1991, p. 8.

43 Lake Lanoux Case (France V. Spain), "Reports of International Arbitral Awards," in American Journal of International Law, 53(1959), p. 156-171.

44 Barberis "The Development of International Law of Transboundary Groundwater" in National Resources Journal, Vol. 31, p. 176-177.

45 Miguel R. Solanes, "Principles of International of Water Law," op. cit., supra note 42 at 10.

1. ลักษณะทางภูมิศาสตร์ของลุ่มน้ำ โดยเฉพาะอย่างยิ่งพื้นที่ของลุ่มน้ำที่อยู่ในดินแดนของแต่ละประเทศ

2. ลักษณะทางอุทกศาสตร์ของน้ำ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปริมาณน้ำที่ระบายลงสู่แม่น้ำโขงจากแต่ละรัฐลุ่มน้ำ

3. ลักษณะทางภูมิอากาศที่ส่งผลกระทบต่อลุ่มน้ำ

4. การใช้ประโยชน์จากน้ำทั้งในอดีตและปัจจุบัน

5. ความจำเป็นทางเศรษฐกิจ สังคมของแต่ละประเทศ

6. จำนวนประชากรที่ต้องพึ่งพาน้ำจากลุ่มน้ำ

7. ต้นทุนเปรียบเทียบ ในกรณีที่จะต้องใช้วิธีการอื่นที่จะทำให้ได้รับความพึงพอใจต่อความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละรัฐ

8. ความสามารถที่จะหาทรัพยากรอื่นได้

9. การหลีกเลี่ยงการสูญเปล่าจากการใช้ทรัพยากรน้ำในลุ่มน้ำโดยไม่จำเป็น

10. ความสามารถในการจ่ายค่าทดแทนต่อประเทศอื่น เพื่อปรับความขัดแย้งในการใช้น้ำระหว่างประเทศผู้ใช้

11. ระดับของความต้องการของแต่ละประเทศโดยไม่ทำให้เกิดความเสียหายที่สำคัญต่อประเทศในลุ่มน้ำอื่น

ปัจจัยดังกล่าวตามมาตรา 5 นั้นจะต้องนำมาพิจารณารวมกันและพร้อม ๆ กัน โดยพิจารณาข้อได้เปรียบข้อเสียเปรียบ เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมต่อการใช้ลำน้ำระหว่างประเทศในหลาย ๆ ด้าน ตามหลักเกณฑ์นี้จึงกำหนดให้รัฐประสานผลประโยชน์ร่วมกัน โดยตั้งอยู่บนหลักความสุจริตใจในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐริมฝั่ง[46]

หลัก Equitable Utilization นั้นได้รับการยอมรับจากคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission : ILC) โดยถือว่าเป็นหลักพื้นฐานที่ใช้ในการร่าง Draft Article on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourse โดยถือว่าตามหลักนี้ "ระบอบของลำน้ำระหว่างประเทศและแม่น้ำจะถูกพัฒนาและได้รับการแบ่งปัน

---

46 Id.

กันโดยรัฐในระบบลำน้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมบนพื้นฐานของหลักสุจริตใจและความสัมพันธ์ฉันท์เพื่อนบ้านที่ดี"[47]

แต่ความเห็นของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศนั้น มีความเห็นก้าวหน้าไปกว่าสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ รัฐลำน้ำระหว่างประเทศ ไม่เพียงแต่มีสิทธิที่จะใช้ประโยชน์จากน้ำในดินแดนของตนเองเท่านั้น แต่ยังมีส่วนร่วม (participation) ในการใช้โดยมีหน้าที่ในการร่วมมือกันในการพัฒนาและการป้องกันมลพิษในแม่น้ำระหว่างประเทศด้วย โดยหลักดังกล่าวปรากฏอยู่ใน Draft Article on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourse ซึ่งได้รับรองโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ในการประชุมสมัชชาสหประชาชาติสมัยที่ 43 ในมาตรา 5 บัญญัติว่า[48]

1. รัฐลำน้ำจะต้องใช้ประโยชน์จากลำน้ำระหว่างประเทศภายในดินแดนของตนในทางที่สมเหตุสมผล โดยเฉพาะอย่างยิ่ง น้ำในลำน้ำระหว่างประเทศจะต้องใช้และพัฒนาไปในทางที่ให้เกิดประโยชน์อย่างสูงสุดพร้อมทั้งมีการป้องกันอย่างเพียงพอ

2. รัฐลำน้ำจะต้องมีส่วนร่วมในการพัฒนาและป้องกันลำน้ำระหว่างประเทศอย่างสมเหตุสมผล ความร่วมมือดังกล่าวรวมถึงสิทธิในการใช้น้ำและหน้าที่ในการร่วมมือประสานงานในการควบคุมและป้องกันลำน้ำดังกล่าว

ดังนั้น ตามมาตรานี้นอกจากรัฐริมฝั่งมีหน้าที่ในการแข่งขันแล้ว จะต้องร่วมกันวางแผนพัฒนาและอนุรักษ์ทรัพยากรน้ำด้วยทั้งนี้เนื่องจากหลักการใช้อย่างสมเหตุสมผลนี้มีส่วนสัมพันธ์กับการป้องกันมลพิษในลำน้ำระหว่างประเทศอย่างมาก เนื่องจากหลักนี้กำหนดให้รัฐใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผล ดังนั้นรัฐในลุ่มแม่น้ำจึงต้องมีหน้าที่ในการป้องกันมลพิษไม่ให้เกิดขึ้น ซึ่งถ้ารัฐใช้แม่น้ำในการปล่อยระบายน้ำเสีย ในขณะที่รัฐอื่นใช้น้ำเพื่อการบริโภค ถือได้ว่าเป็นการใช้ประโยชน์

---

47 International Law Commission, First Report on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses (19 April 1983), UN.Doc.A/CN.4/367.I, p. 31.

48 Draft Articles on the Law of Non-Navigational Report of The International Law Commission, Art. 5. (ดูรายละเอียดในภาคผนวกที่ 7).

ที่ไม่สมเหตุสมผล[49]

ปัญหามลพิษในแม่น้ำระหว่างประเทศนั้นถือว่าเป็นประเด็นสำคัญในการพิจารณาจัดทำ Helsinki Rules ของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ โดยได้มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงมลพิษโดยเฉพาะในบทที่ 3 มาตรา 10-11[50] ดังนี้

มาตรา 10 ได้บัญญัติไว้ว่า

โดยสอดคล้องกับหลักการใช้ประโยชน์อย่างเท่าเทียมและสมเหตุผลจากน้ำในลุ่มแม่น้ำระหว่างประเทศ ดังนั้นรัฐจึงต้อง

a) ป้องกันมลพิษในลุ่มแม่น้ำระหว่างประเทศที่จะเกิดขึ้นใหม่ หรือที่จะเพิ่มความรุนแรงขึ้นกว่าที่เป็นอยู่อันอาจจะก่ออันตรายที่แท้จริงต่อดินแดนของรัฐร่วมฝั่งแม่น้ำอื่น

b) ดำเนินมาตรการที่เหมาะสมในการกำจัดมลพิษทางน้ำในลุ่มแม่น้ำระหว่างประเทศที่มีอยู่ เพื่อไม่ให้มลพิษที่มีอยู่นั้นก่อความเสียหายที่แท้จริงต่อดินแดนของรัฐร่วมฝั่งแม่น้ำอื่น

c) ใช้ความพยายามลดมลพิษดังกล่าวให้อยู่ในระดับต่ำที่สุดเท่าที่สามารถทำได้ตามความเหมาะสมตามสภาพการณ์

โดยหลักการดังกล่าวนั้นให้นำมาใช้กับมลพิษทางน้ำที่มีแหล่งกำเนิดจาก

a) ภายในดินแดนของรัฐใดรัฐหนึ่ง หรือ

b) ภายนอกดินแดน แต่ถ้ามลพิษที่เกิดขึ้นเป็นผลจากการกระทำของรัฐนั้น

มาตรา 11

1. ในกรณีที่ละเมิดต่อกฎเกณฑ์ที่ได้กล่าวไว้ในวรรค 1 (a) ของมาตรา 10 ในบทนี้รัฐจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำที่ไม่ชอบนั้น และต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่รัฐร่วมลุ่มแม่น้ำในความเสียหายที่ได้เกิดขึ้น

---

49 International Law Association, Helsinki Rules Comment Article 10, in A.H. Garretson, R.D. Hyton and C.J. Olmstead, eds., The Law of International Drainage Basins (New York: Oceana Publication, 1967), p. 795-796.

50 Helsinki Rules, Art. 10-11. (ดูในภาคผนวกที่ 6).

2. ในกรณีตามมาตรา 10 วรรค 1(b) ถ้ารัฐไม่อาจใช้มาตรการที่เหมาะสมให้ใช้วิธีการเจรจากับรัฐที่เสียหาย เพื่อให้บรรลุถึงข้อยุติที่เหมาะสมตามสภาพการณ์

ตามมาตรา 10 ของ Helsinki Rules ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อรัฐ 2 ประการด้วยกัน[51] คือ

**ประการแรก** รัฐมีหน้าที่ป้องกันมลพิษที่จะมีขึ้นใหม่หรือเพิ่มมากขึ้นโดยหน้าที่ดังกล่าวมิได้ครอบคลุมมลพิษทั้งหมด แต่หมายถึงเฉพาะมลพิษที่จะทำให้เกิดความเสียหายที่เป็นสาระสำคัญ (Substantial damage) ถ้ารัฐละเลยหน้าที่ดังกล่าวและเกิดความเสียหายขึ้นจากหน้าที่ที่จะต้องกระทำนั้น รัฐจะต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าทดแทนต่อรัฐที่เกิดความเสียหาย ตามมาตรา 11 ซึ่งเป็นไปตามหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ[52]

**ประการที่สอง** รัฐมีหน้าที่จะต้องใช้มาตรการตามสมควร (reasonable measures) ทุกอย่าง เพื่อกำจัดมลพิษในลุ่มแม่น้ำระหว่างประเทศ ดร. อำนาจ วงค์บัณฑิต[53] ได้ตั้งข้อสังเกตว่า มาตรา10 ของ Helsinki Rules ไม่ได้บัญญัติให้รัฐมีหน้าที่ "ต้อง (Shall)" แต่ใช้ "ควรจะ (Should)" ซึ่งไม่มีลักษณะที่เป็นการสั่งการ (mandatory term)

สำหรับเหตุผลที่ Helsinki Rules ไม่บัญญัติ เป็นการบังคับรัฐให้มีหน้าที่กำจัดมลพิษที่มีอยู่ตามข้อคิดของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศนั้น เนื่องจากจะเป็นผลประโยชน์ต่อรัฐท้ายน้ำเพียงฝ่ายเดียวเพราะประเทศท้ายน้ำไม่มีหน้าที่ใด ๆ ที่จะต้องกำจัดมลพิษที่มีอยู่ ทั้งนี้เพราะไม่สามารถเป็นอันตรายต่อรัฐใด จึงไม่เป็นธรรมแก่รัฐต้นน้ำ

หลัก Equitable Utilization ในปัจจุบันถือได้ว่าเป็นที่ยอมรับทั่วไปในทางปฏิบัติของนานาประเทศ แม้ว่า Helsinki Rules นั้นมิใช่เอกสารทางกฎหมายที่มีผลผูกพันเพราะเป็นการจัดทำขึ้นโดยองค์การเอกชนระหว่างประเทศ แต่ได้รวบรวมบรรดาหลักกฎหมายที่ถือได้ว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่ยอมรับได้ของนานาประเทศ เนื่องจากเป็นการศึกษาจัดทำโดยบรรดานักกฎหมายระหว่าง

---

51 Amnat Wongbandit, Hydroelectric Development on An International River: The Mekong Basin, op. cit., supra note 9 at 71.

52 Corfu Channal Case (United Kingdom V. Albania), IJC. Reports, 1949, p. 4.

53 Amnat Wongbandit, Hydroelectric Development on An International River: The Mekong Basin, op. cit., supra note 9 at 72-73.

ประเทศที่เชี่ยวชาญ ตามธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศสามารถนำมาพิจารณาประกอบในการตัดสินคดีได้

นอกจากนั้นเมื่อพิจารณาประกอบกับการยอมรับของรัฐ หลัก Equitable Utilization นี้ได้รับการรับรองในทุกภูมิภาค[54] ดังจะเห็นได้จากสนธิสัญญาเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศ เช่น

- สนธิสัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐลุ่มแม่น้ำอเมซอน (Treaty of Amazon Cooperation 1978) ซึ่งประกอบด้วย Bolivia, Brazil, Columbia, Equador, Guyana, Peru, Surinum และ Venezuela
- สนธิสัญญาลุ่มแม่น้ำริเวอร์เพลท (Treaty on the River Platte Basin)
- สนธิสัญญาแม่น้ำไนล์ 1929 ระหว่างอียิปต์ ซูดานกับอังกฤษ
- สนธิสัญญาระหว่างสหภาพโซเวียตกับตุรกี
- สนธิสัญญาสันติภาพและมิตรภาพระหว่างไฮติกับโดมินิกัน ปีค.ศ. 1971 (Treaty of Peace and Friendship and Arbitration Between the Dominican and Haiti)

กฎเกณฑ์ร่วมกันของสนธิสัญญาดังกล่าวข้างต้นแสดงถึงการมีอยู่ของจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าบรรดานานารัฐเหล่านั้นมีความเชื่ออย่างกว้างขวางว่าหลักดังกล่าวมีผลเป็นกฎหมาย นอกจากนั้นในคำพิพากษาภายใน[55] ของประเทศระบบสหพันธรัฐ เช่น สหรัฐอเมริกา อินเดีย เยอรมนี และสวิตเซอร์แลนด์ ประกอบกับคำพิพากษาและคำวินิจฉัยของศาลและ

---

54 C.B. Bourne, "International Law and Pollution of International Rivers and Lakes" University of Toronto Law Journal, 21(1971), p. 193-5.

55 (คำพิพากษาคดีของศาลภายใน แม้ว่าไม่ถือว่าเป็นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศ แต่คำพิพากษาภายในประเทศนั้น แสดงให้เห็นถึงหลักกฎหมายที่ยอมรับโดยรัฐต่าง ๆ เนื่องจากเป็นเครื่องชี้ให้เห็นแนวปฏิบัติที่แน่นอนที่ใช้ภายในรัฐ) H. Lauterpacht, "Decisions of Municiple Courts as source of International Law," British Yearbook of International Law, Vol. 10, (1929), p. 85.

อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ[56] เช่น คดี Lake Lanoux Case ระหว่างฝรั่งเศสกับสเปน คดี Diversion of Water from the River Meuse Case ระหว่างเนเธอร์แลนด์กับเบลเยียม และคดี Helmend River Case Award 1905 ระหว่างอัฟกานิสถานกับอิหร่าน ได้แสดงถึงการยอมรับหลัก Equitable Utilization ในการพิจารณาแก้ปัญหาข้อขัดแย้งที่เกี่ยวกับการใช้น้ำในลุ่มแม่น้ำระหว่างประเทศ

Moermond และ Shirley ได้กล่าวสรุปว่า หลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลนี้ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางจากนักนิติศาสตร์และผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมาย[57] อย่างไรก็ตามการพิจารณาว่าหลักการใช้อย่างสมเหตุสมผลตามความหมายของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศเป็นหลักจารีตประเพณีของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นยังมีข้อโต้แย้งได้อยู่ แม้ว่าหลักดังกล่าวจะได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักที่ตั้งอยู่บนความเท่าเทียมของรัฐ โดยได้รับการรับรองจากนักกฎหมายระหว่างประเทศอย่างมาก และมีการปฏิบัติของรัฐอย่างแพร่หลาย

จากการทำงานของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้ระบุว่าการยอมรับหลักการใช้อย่างสมเหตุสมผลของนักกฎหมายและแนวทางปฏิบัติระหว่างรัฐ หรือ ในคำพิพากษาระหว่างประเทศนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า "การใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลนั้น คือ การไม่ทำให้รัฐอื่นได้รับความเสียหาย"[58] ซึ่งต่างจากหลักการของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดให้การใช้อย่างสมเหตุสมผลโดยการแบ่งปันผลประโยชน์ซึ่งกันและกันในการแสวงหาผลประโยชน์จากน้ำโดยใช้ปัจจัยต่าง ๆ ตามมาตรา 5 เป็นเกณฑ์ตัดสินถึงความเท่าเทียม

ดังนั้นจึงทำให้หลาย ๆ ประเทศไม่เห็นด้วยกับหลักของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ ดังจะเห็นได้จากสนธิสัญญาระหว่างประเทศ คำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศซึ่งต่างก็ยืนยันหลัก "การใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผล โดยไม่ก่อความเสียหายต่อรัฐอื่น"

---

56 Lake Lanoux Case (France V. Spain), "Reports of International Arbitral Awards," in American Journal of International Law, p. 171.

57 Moermond and Shirley " Critical Essay : A Survey of the International Law of Rivers," in Denver Journal of International Law and Policy, (1987), p. 52.

58 International Law Commission, Report on the Work of Its Thirty-ninth Session, UN DocA/42/10 (1987), p. 81.

ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศการปฏิบัติที่จะถือว่าเป็นจารีตประเพณี นั้นจะต้องมีความเชื่อว่าสิ่งนั้นเป็นกฎหมายด้วย[59] เมื่อมีการคัดค้านจึงถือไม่ได้ว่า หลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลในความหมาย "การแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเท่าเทียม" ของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศจึงเป็นเพียงกฎหมายที่ควรเป็นหรือ Lex ferenda[60] อันต่างจากหลักเกณฑ์การใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลโดยไม่ก่อความเสียหายต่อรัฐอื่น ซึ่งก่อตัวเป็นหลักจารีตประเพณีของกฎหมายระหว่างประเทศอันเป็นที่ยอมรับทั่วไปดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

### 3.2.3 หลักการร่วมมือประสานงาน (Principle of cooperation)

ในปัจจุบันองค์การสหประชาชาติและองค์การระหว่างประเทศหลาย ๆ องค์การได้มีความพยายามอย่างมากในการที่จะวางหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับหน้าที่ในการร่วมมือประสานงาน อย่างไรก็ตามอาจกล่าวได้ว่าแนวความคิดนี้เป็นเพียงการเริ่มต้น ทั้งนี้เพราะตามจารีตประเพณีของกฎหมายระหว่างประเทศนั้น รัฐไม่มีพันธะตามกฎหมายในการร่วมมือประสานงานกับรัฐอื่นโดยไม่มีความสมัครใจ ยกเว้นในกรณีที่รัฐได้ดำเนินกิจกรรมอันหนึ่งอันใดที่กระทบในทางเสียหายต่อรัฐอื่น ทำให้จำเป็นต้องมีหน้าที่ในการร่วมมือประสานงานเพื่อระงับข้อพิพาทที่อาจจะมีขึ้นจากการกระทำนั้น

ในกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ทางเศรษฐกิจของรัฐ (Charter of Economic Right and Duties of State) ซึ่งได้รับรองโดยสมัชชาสหประชาชาติตามข้อมติที่ 3281 ในมาตรา 3 บัญญัติว่า[61] "ในการแสวงหาทรัพยากรธรรมชาติที่เป็นของร่วมกันตั้งแต่สองรัฐขึ้นไป แต่ละรัฐพึงร่วมมือกันบนฐานของระบบการแจ้งข้อมูลและการปรึกษาหารือก่อน เพื่อให้บรรลุถึงผล

---

59 Ian Brownlie, Principles of Public International Law, 4th edition (Oxford: Charendon Press, 1990), p. 7.

60 Amnat Wongbandit, Hydroelectric Development on An International River: The Mekong Basin, op. cit., supra note 9 at 82.

61 Charter of Economic Rights and Duties of States, UN General Assembly Resolution 3281 (XXIX) 12 Dec. 1974, A/9631 (1975)

ประโยชน์สูงสุดในการใช้ทรัพยากรดังกล่าวโดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์ตามกฎหมายของรัฐอื่น" นอกจากนั้นในการจัดทำร่างบทบัญญัติหลักกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำน้ำนอกเหนือไปจากการเดินเรือ Draft Articles on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses ในมาตรา 6 กำหนดหน้าที่ให้รัฐริมฝั่งแม่น้ำใช้ประโยชน์จากแม่น้ำอย่างสมเหตุสมผล โดยให้ทุกรัฐมีส่วนร่วมในการใช้ การพัฒนาและการป้องกันแม่น้ำระหว่างประเทศ การมีส่วนร่วมในความหมายของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศหมายถึงการมีสิทธิในการใช้ และมีหน้าที่ในการร่วมมือ ดังนั้น เพื่อให้บรรลุถึงการใช้อย่างเหมาะสม (optimum utilization) คือการใช้ให้เกิดประโยชน์สูงสุดและทำให้เกิดผลเสียต่อทรัพยากรและสิ่งแวดล้อมอย่างน้อยที่สุด จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่รัฐริมฝั่งจะต้องร่วมมือกันในการวางแผนการใช้ทรัพยากรจากแม่น้ำ

การร่วมมือกันนี้รัฐริมฝั่งแม่น้ำควรจัดทำข้อตกลงเกี่ยวกับการใช้แม่น้ำร่วมกัน เนื่องจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศยังไม่มีความแน่นอนจึงมีความจำเป็นที่ประเทศต่าง ๆ จะต้องจัดทำข้อตกลงเกี่ยวกับการใช้แม่น้ำ ดังจะเห็นได้จากคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้แนะนำให้ประเทศในภูมิภาคต่าง ๆ จัดทำข้อตกลงกันเพื่อจะได้ทราบสิทธิและหน้าที่ของประเทศริมฝั่งให้ชัดเจนในการที่จะร่วมมือกันดังที่ปรากฏในมาตรา 3 ของ Draft Articles on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses

ในแง่ของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ กฎหมายได้กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ในการร่วมมือและประสานงานกันในการดำเนินการเกี่ยวกับมลพิษ และการรักษาสภาพแวดล้อมนั้น กระทำเพื่อผลประโยชน์ของทุกประเทศ ถ้าไม่มีความร่วมมือกันระหว่างรัฐต่าง ๆ แล้ว การป้องกันมลพิษและการรักษาสิ่งแวดล้อมจะไม่บรรลุผล ดังนั้น ในการควบคุมและป้องกันมลพิษทางน้ำ ประเทศต่าง ๆ ในลุ่มน้ำเดียวกันควรร่วมมือกัน เพื่อประสานแผนและนโยบายในการควบคุมและป้องกันมลพิษไปใช้ให้เกิดผล

อย่างไรก็ตาม เมื่อรัฐได้ผูกพันตัวเองตามสนธิสัญญาในการร่วมมือกันแสวงหาทรัพยากรทางน้ำ รัฐต้องมีพันธะตามกฎหมาย

เป็นที่น่าสังเกตว่า จากการศึกษาหลักกฎหมายดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น พบว่าหลักกฎหมายเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศนั้นยังไม่แน่นอนชัดเจน ทั้งนี้เนื่องจากหลักกฎหมายในส่วนนี้เพิ่งพัฒนามาไม่นานมานี้ เช่น หลักการใช้สิทธิโดยมิชอบ ก็ยังมีประเด็นของระดับของความเสียหายว่าแค่ไหนเพียงไรจึงจะก่อสิทธิให้กับรัฐที่ได้รับความเสียหายในอันที่จะยกขึ้นมา

กล่าวอ้างได้ และเกี่ยวกับหลักการใช้อย่างสมเหตุสมผลก็ยังมีปัญหาในประเด็นที่ว่าอย่างไรจึงเป็นการใช้อย่างสมเหตุสมผล โดยความเห็นดั้งเดิมนั้นเห็นว่าหมายถึงการใช้น้ำจะต้องไม่ทำให้เกิดความเสียหายต่อรัฐท้ายน้ำก็ถือว่าสมเหตุสมผล แต่แนวความคิดใหม่เช่นใน Helsinki Rules ของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ หรือ ตาม Draft Articles ของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศนั้นต้องพิจารณาจากปัจจัยหลายอย่าง ซึ่งในความเป็นจริงในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั้น กฎหมายระหว่างประเทศยังพัฒนาไปไม่ถึงจุดนี้ ดังนั้นจึงยากที่จะให้รัฐต่าง ๆ ยอมรับหลักการทั้งหมดของหลักการใช้อย่างสมเหตุสมผลในความหมายนี้ นอกจากนั้นหลักความร่วมมือประสานงานที่รัฐจะผูกพันตนเองเพื่อประสานผลประโยชน์มากกว่า เนื่องจากตามหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นไม่ได้สร้างพันธะให้รัฐจะต้องร่วมมือประสานงาน ถ้ารัฐไม่มีเจตจำนงค์ที่จะร่วมมือ

จะเห็นได้ว่าปัญหาใหญ่ของหลักกฎหมายเกี่ยวกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศก็คือความไม่ชัดเจนแน่นอน ดังนั้นจึงเป็นการยากในการพิจารณาสิทธิและหน้าที่ของรัฐดังที่ Hans Kelsan ได้กล่าวว่า "หลักกฎหมายระหว่างประเทศหมายถึงบรรดาผลสรุปรวมของบรรดาสิทธิซึ่งรัฐหนึ่งสามารถยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อตนเองหรือเพื่อประชาชาติของตนจากรัฐอื่นได้ และรวมถึงบรรดาหน้าที่ที่เกิดขึ้นตามมา"[62]

ดังนั้นเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวบรรดาประเทศต่าง ๆ ในลุ่มน้ำเดียวกันจึงได้จัดทำข้อตกลงเพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่ต่อกันในรูปของสนธิสัญญา[63] เช่นเดียวกับภูมิภาคลุ่มแม่น้ำโขง

---

62 Ian Brownlie, Principles of Public International Law, op. cit., supra note 59 at 3.

63 J.G. Stark, Introduction to International Law, 8th edition, (London: Butterworths, 1977), p. 225.