

กฎหมายระหว่างประเทศกับการใช้ประโยชน์จากน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศ: ศึกษาการสร้างเขื่อนในลุ่มแม่น้ำโขงสายหลักตอนล่าง

International Law and the Utilization of Water Resources in
International Rivers : A Case Study of Construction of
Mainstream Dams in Lower Mekong Basin.

อริสรา เหล็กคำ

Arisara Lekkhama

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง 333 หมู่ 1 ต.ท่าสุต อ.เมือง จ. เชียงราย 57100
School of Law, Mae Fah Luang University. 333 Moo1, Thasud, Muang, Chiang Rai 57100

เมลติดต่อ: arisara.lek@mfu.ac.th

E-mail: arisara.lek@mfu.ac.th

บทคัดย่อ

งานวิจัยฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ในแม่น้ำโขง โดยเฉพาะการสร้างเขื่อนในแม่น้ำโขงสายหลักตอนล่างภายใต้ความตกลงว่าด้วยความร่วมมือในการพัฒนา ลุ่มแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืน ค.ศ. 1995 และกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องเพื่อนำมาปรับใช้ในการ ป้องกันผลกระทบข้ามแดนที่อาจเกิดขึ้นจากการสร้างเขื่อนเพื่อผลิตกระแสไฟฟ้าในแม่น้ำโขง สายหลักตอนล่าง โดยในการดำเนินการวิจัยได้ใช้ระเบียบวิธีวิจัยเชิงคุณภาพ อันประกอบด้วย การวิจัยเชิง เอกสารและการสัมภาษณ์เจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้อง

ผลการศึกษาค้นคว้าพบว่าการสร้างเขื่อนในแม่น้ำโขงสายหลักตอนล่าง รัฐสมาชิกมีหน้าที่ต้อง ปกป้องหรือล่วงหน้าก่อนดำเนินโครงการ โดยกระบวนการดังกล่าวมีผลให้รัฐริมฝั่งแม่น้ำที่เหลือ สามารถให้คำแนะนำต่อโครงการแต่ไม่มีสิทธิยับยั้งการดำเนินโครงการ และความตกลงได้กำหนดให้รัฐ สมาชิกมีหน้าที่ต้องป้องกันผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นและมีความรับผิดชอบในกรณีที่ได้ก่อให้เกิดความ เสียหายต่อรัฐอื่น แต่กระบวนการบังคับให้เป็นไปตามความตกลงไม่มีมาตรการบังคับที่ชัดเจน สำหรับ ข้อเสนอของการวิจัย คือ การนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายระหว่าง ประเทศทั่วไป เช่น หลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมและหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่นมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างของความตกลง

คำสำคัญ: ความตกลงแม่น้ำโขง, การใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม, การไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่น, การปรึกษาหารือล่วงหน้า

Abstract

This research aimed to study the legal principles of utilization in the Mekong River. Principally focus on a construction of the mainstream dams in the Lower Mekong Basin under the Agreement on the Cooperation for the Sustainable Development of the Mekong River Basin A.D. 1995 and other relevance international laws in order to apply to the protection of transboundary effects that might occur from such construction for hydroelectric power in the Lower Mekong Basin. As a qualitative research, this paper is conducted by documentary research together with an interview of implicated government officers.

As a result, it is found that the member states who intends to build dams in the Mekong mainstream has duty to consult with other member states prior to the project commencement. Other member states, however, only entitle to give advice to such project not to disallow. Moreover, the agreement has prescribed the member states with duty to prevent any potential effect and responsibility in case of any damaging consequence occur to other states. Yet, such preventive measure is ineffective due to the absence of legal validity.

Suggestion arises from the study is to apply the international customary law and principles of international law such as principle of equitable and reasonable utilization and the principle of harm prevention to other riparian states to fill the gap in the agreement.

Keywords: Mekong Agreement, Equitable and Reasonable Utilization, Harm Prevention to Other Riparian States, Prior Consultation

1. บทนำ

แม่น้ำโขงเป็นแม่น้ำระหว่างประเทศที่ถูกจัดเป็นลุ่มแม่น้ำที่ใหญ่เป็นอันดับที่ 12 ของโลก มีพื้นที่ลุ่มน้ำทั้งสิ้น 795,000 ตารางกิโลเมตร มีความยาวทั้งสิ้น 4,900 กิโลเมตร¹ โดยมีต้นกำเนิดจากมณฑลชิงไห่ (Qinghai) ประเทศจีน ไหลลงสู่ทะเลจีนใต้ ผ่าน 6 ประเทศ ได้แก่ จีน เมียนมาร์ ไทย ลาว กัมพูชา และเวียดนาม² ดังนี้³

- อยู่ในจีน มีความยาวประมาณ 2,198 กิโลเมตร
- เป็นเส้นเขตแดนกั้นระหว่างจีน-พม่า มีความยาวประมาณ 31 กิโลเมตร
- เป็นเส้นเขตแดนกั้นระหว่างพม่า-ลาว มีความยาวประมาณ 234 กิโลเมตร
- เป็นเส้นเขตแดนกั้นระหว่างไทย-ลาว มีความยาวประมาณ 950 กิโลเมตร
- อยู่ในลาว มีความยาวประมาณ 782 กิโลเมตร
- อยู่ในกัมพูชา มีความยาวประมาณ 384 กิโลเมตร
- อยู่ในเวียดนาม มีความยาวประมาณ 230 กิโลเมตร

แม่น้ำโขงบริเวณตั้งแต่ประเทศจีนถึงสามเหลี่ยมทองคำ เรียกว่า พื้นที่ลุ่มแม่น้ำโขงตอนบน (The Upper Mekong Basin) และตั้งแต่สามเหลี่ยมทองคำถึงปากแม่น้ำโขงในประเทศเวียดนามถือเป็นลุ่มแม่น้ำโขงตอนล่าง (The Lower Mekong Basin) ซึ่งสามารถแบ่งลักษณะการไหลของแม่น้ำโขงออกเป็น 2 ลักษณะ ได้แก่

1) การไหลผ่านดินแดนภายในรัฐจากรัฐหนึ่งไปยังอีกรัฐหนึ่ง (successive river) ตามกฎหมายระหว่างประเทศถือว่าแม่น้ำโขงที่ไหลผ่านดินแดนของรัฐเป็นส่วนหนึ่งของดินแดนของรัฐที่รัฐนั้นมีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน (territorial sovereignty) อย่างไรก็ตามเนื่องจากแม่น้ำโขงเป็นแม่น้ำระหว่างประเทศแม้จะไหลผ่านเข้าไปในดินแดนของรัฐ แต่การใช้แม่น้ำอาจจะต้องคำนึงถึงสิทธิของรัฐริมฝั่งแม่น้ำอื่นด้วยตามหลักอำนาจอธิปไตยอันถูกจำกัด

1 กอบกุล ราชะนาคร. รายงานทีดีอาร์ไอ ฉบับที่ 17 เรื่อง กฎหมายกับการจัดการทรัพยากรในลุ่มแม่น้ำโขง, กรุงเทพฯ: ทีดีอาร์ไอ, 2540, หน้า 3.

2 โปรดดู Matthew, N. and Geheb, K. (eds.). *Hydropower Development in the Mekong Region: Political, Socio-economic and Environmental Perspectives*, London: Routledge, 2015 อ้างถึงใน Ben Boer, Ben Saul, Fleur Johns, Philip Hirsch and Natalia Scurrah. *The Mekong: A Socio-Legal Approach to River Basin Development* New York: Routledge, 2016, p. 6.

3 จุฬารณ คกรักษ์กวิน. (2550). “การใช้ลุ่มน้ำระหว่างประเทศที่มีใช้เพื่อการเดินเรือ: ศึกษากรณีลุ่มแม่น้ำโขงตอนล่าง” *วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2550, หน้า 9-10.

2) การไหลเป็นเส้นแบ่งเขตแดนตามธรรมชาติของรัฐ (contiguous river หรือ boundary river) โดยแต่ละรัฐริมฝั่งจะมีสิทธิในการใช้น้ำเพียงใดนั้นขึ้นอยู่กับความตกลงที่จัดทำขึ้น

ทางด้านการบริหารจัดการแม่น้ำโขงมีความตกลงว่าด้วยความร่วมมือเพื่อการพัฒนาแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืน ค.ศ. 1995⁴ ซึ่งรัฐลุ่มแม่น้ำโขงตอนล่างประกอบด้วยไทย ลาว กัมพูชา และเวียดนามเป็นภาคีสมาชิก สำหรับการใช้ประโยชน์ในแม่น้ำโขงนั้นมีหลากหลายรูปแบบรวมถึงการสร้างเขื่อนเพื่อผลิตกระแสไฟฟ้าพลังน้ำ โดยเมื่อปี ค.ศ. 1994 เลขาธิการของคณะกรรมการแม่น้ำโขงได้รายงานผลการศึกษาดูความเป็นไปได้ที่จะใช้ประโยชน์จากแม่น้ำโขงสายหลักตอนล่างในการสร้างเขื่อนขนาดใหญ่เพื่อผลิตกระแสไฟฟ้าจำนวน 11 แห่ง และเพิ่มมาอีก 1 แห่งในภายหลัง ประกอบด้วย โครงการเขื่อนปากแบง, เขื่อนหลวงพระบาง, เขื่อนไชยะบุรี, เขื่อนปากลาย, เขื่อนสะนะคาม, เขื่อนลาดเสือ และเขื่อนดอนสะโฮง ในลาว, เขื่อนปากชม และเขื่อนบ้านกุ่ม บริเวณชายแดนไทย-ลาว, เขื่อนสตึงตริง และเขื่อนจำบอ ในกัมพูชา⁵

โครงการไฟฟ้าพลังน้ำไชยะบุรีเป็นเขื่อนแรกๆ ที่เริ่มดำเนินการก่อสร้างตามแผนโดยตั้งอยู่บนแม่น้ำโขงสายหลักในแขวงไชยะบุรี ลาว ในรูปแบบเขื่อนทดน้ำ (run off river) โดยให้น้ำไหลผ่านตลอดโดยไม่มีการสร้างอ่างเก็บน้ำมีกำลังการผลิต 1,280 เมกะวัตต์ ภายหลังจากการลงนามบันทึกข้อตกลงซื้อขายไฟฟ้าระหว่างรัฐบาลลาวและการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) เมื่อปี พ.ศ. 2550⁶ ตามมาด้วยเขื่อนดอนสะโฮงซึ่งเป็นเขื่อนขั้นบันไดตั้งอยู่บริเวณสี่พันดอนทางตอนใต้ของลาว ที่เรียกว่า “ฮูสะโฮง” โดยห่างจากชายแดนกัมพูชาไม่ถึง 2 กิโลเมตร มีกำลังการผลิต 260 เมกะวัตต์ เป็นผลจากการลงนามบันทึกความเข้าใจเพื่อการสร้างเขื่อนดอนสะโฮงกับบริษัท Mega First Corporation Berhad (MFCB) สัญชาติมาเลเซียเมื่อปี พ.ศ. 2549⁷ และเขื่อนปากแบงเป็นเขื่อนที่กำลังจะก่อสร้างในลาวล่าสุด โดยตั้งอยู่ในแขวงอุดมไซทางภาคเหนือของลาวห่างจากเมืองปากแบง 14 กิโลเมตร มีกำลังการผลิต 912 เมกะวัตต์⁸ โดยชาวบ้านบริเวณริมฝั่งแม่น้ำโขง

4 ต่อไปจะเรียกว่า “ความตกลงแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืน”

5 Mekong Secretariat. **Mekong Mainstream Run-of-River Hydropower**, 1994. (Online). Available from: https://www.internationalrivers.org/files/attached-files/mekong_secretariat_mainstream_dams_report_1994.pdf, last access: 10 กุมภาพันธ์ 2559.

6 โครงการฟื้นฟูพื้นที่ในภูมิภาคลุ่มแม่น้ำโขง (TERRA). **เขื่อนไชยะบุรี: ข้อเท็จจริงและวิพากษ์วิจารณ์**, 2554. (Online). Available from: http://www.terraper.org/web/sites/default/files/key-issues-content/1307516117_th.pdf, last access: 20 มีนาคม 2560.

7 International Rivers. **เขื่อนดอนสะโฮง เดิมพันด้วยความมั่นคงด้านอาหารและชีวิตของคนในลุ่มน้ำโขง**, 2559. (Online). Available from: http://www.mymekong.org/mymekong/wp-content/uploads/2015/11/DSH_Factsheet_2015-Thai_for-Web.pdf, last access: 20 มีนาคม 2560.

8 ประชาไท. **ภาคประชาชนระบุลาวเดินหน้าสร้างเขื่อนปากแบง**, 2560. (Online). Available from: <https://prachatai.com/journal/2016/02/64323>, last access: 20 มีนาคม 2560.

ทั้งคนไทย กัมพูชา เวียดนาม แม้กระทั่งในลาว มีความกังวลว่าเขื่อนขนาดใหญ่จะกระทบกับวิถีชีวิต สิ่งแวดล้อม เศรษฐกิจ ตลอดจนระบบนิเวศน์บริเวณรอบแม่น้ำโขง จึงได้รวมกลุ่มกันเรียกร้องต่อรัฐบาลของตนเองและต่อคณะกรรมการแม่น้ำโขงซึ่งเป็นองค์กรกำกับดูแลการใช้น้ำในแม่น้ำโขงสายหลักตอนล่างให้รัฐบาลลาวปฏิบัติตามความตกลงว่าด้วยความร่วมมือเพื่อการพัฒนาแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืน ค.ศ. 1995

ดังนั้น บทความวิจัยฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการสร้างเขื่อนในแม่น้ำโขงสายหลักตอนล่างทั้งตามความตกลงแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืนและหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ เพื่อหาความชัดเจนเกี่ยวกับพันธกรณีที่รัฐริมฝั่งแม่น้ำโขงต้องกระทำก่อนดำเนินโครงการโดยมีวัตถุประสงค์ของการวิจัยดังนี้

1. เพื่อศึกษาหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศ
2. เพื่อศึกษาหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการสร้างเขื่อนในลุ่มแม่น้ำโขงสายหลักตอนล่าง
3. เพื่อศึกษาถึงความเป็นไปได้ในการจะนำแนวคิด ทฤษฎีหรือหลักของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศมาปรับใช้กับการสร้างเขื่อนในแม่น้ำโขงสายหลักตอนล่างในกรณีที่พันธกรณีตามความตกลงว่าด้วยความร่วมมือในการพัฒนาลุ่มแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืน ค.ศ. 1995 ไม่มีมาตรการที่เหมาะสมแก่รัฐสมาชิกในการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำโขง

2. ระเบียบวิธีวิจัย

งานวิจัยฉบับนี้ได้ดำเนินการวิจัย 2 รูปแบบ คือ การวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary research) ที่ศึกษาหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการจัดการน้ำในแม่น้ำโขง ได้แก่ ความตกลงว่าด้วยความร่วมมือเพื่อพัฒนาลุ่มแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืน ค.ศ. 1995 ระเบียบปฏิบัติเรื่องการแจ้งการปรึกษาหารือล่วงหน้าและข้อตกลง คำสั่งศาลปกครองที่กำลังพิจารณาคดีเขื่อนไซยะบุรี ตลอดจนหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศต่างๆ และแนวคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศซึ่งถือเป็นที่มาประการหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ และการวิจัยภาคสนาม (Field research) โดยการสัมภาษณ์ซึ่งผู้วิจัยได้สัมภาษณ์เจ้าหน้าที่คณะกรรมการแม่น้ำโขงแห่งชาติไทย

3. การบริหารจัดการแม่น้ำโขงภายใต้ความตกลงว่าด้วยความร่วมมือเพื่อการพัฒนาแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืน ค.ศ. 1995

ความตกลงฉบับนี้ได้จัดตั้งคณะกรรมการจัดการแม่น้ำโขง (Mekong River Commission: MRC) ขึ้นมาทำหน้าที่ในการเป็นองค์กรระหว่างประเทศ (international body) ในการบริหารจัดการแม่น้ำโขงตอนล่างระหว่างรัฐสมาชิกและกลุ่มทุน (donor) หรือชุมชนระหว่างประเทศอื่น⁹ ซึ่งโครงสร้างของคณะกรรมการจัดการแม่น้ำโขงประกอบด้วยคณะมนตรี (Council) คณะกรรมการร่วม (Joint Committee) และสำนักงานเลขาธิการ (Secretariat)¹⁰ โดยคณะมนตรีประกอบด้วยตัวแทนระดับรัฐมนตรีจากแต่ละประเทศสมาชิก มีการประชุมอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง เพื่อกำหนดนโยบาย ตัดสินใจ และกำหนดแนวทางเกี่ยวกับโครงการความร่วมมือระหว่างรัฐสมาชิก รวมถึงพิจารณาข้อพิพาทใดๆ ที่เสนอแก่คณะมนตรีภายใต้ข้อตกลงนี้ โดยการออกเสียงของคณะมนตรีจะต้องออกเสียงโดยเอกฉันท์ (unanimous vote)¹¹ คณะกรรมการร่วมประกอบด้วยผู้แทนระดับอธิบดี หรือหัวหน้ากรมจากแต่ละประเทศสมาชิก จะประชุมอย่างน้อยปีละ 2 ครั้ง มีหน้าที่หลายประการ เช่น ดำเนินการตามนโยบายของคณะมนตรี จัดทำแผนพัฒนาลุ่มน้ำ ดำเนินการปรับปรุงข้อสารสนเทศภายใต้ความตกลงนี้ให้ทันสมัย ทำการศึกษาและประเมินผลที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและรักษาความสมดุลด้านนิเวศน์วิทยาของลุ่มแม่น้ำโขง การลงมติใดๆ ของคณะกรรมการร่วมให้ออกเสียงโดยเอกฉันท์เช่นกัน¹²

ความตกลงแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืนได้วางหลักเกณฑ์ครอบคลุมความร่วมมือเกี่ยวกับการพัฒนาแบบยั่งยืนในทุกด้าน ได้แก่ การใช้ การจัดการ และการอนุรักษ์น้ำ และทรัพยากรอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องในลุ่มแม่น้ำโขง รวมทั้งการชลประทาน การผลิตไฟฟ้าพลังน้ำ การเดินเรือ การควบคุมน้ำท่วม การประมง การขนส่งไม้ การนันทนาการและการท่องเที่ยว ในลักษณะที่จะให้สามารถใช้ประโยชน์เอนกประสงค์ได้มากที่สุด และเพื่อผลประโยชน์แก่รัฐริมฝั่งแม่น้ำทั้งหมด และเพื่อลดความเสียหายที่อาจเกิดจากปรากฏการณ์ธรรมชาติและกิจกรรมของมนุษย์ให้เหลือน้อยที่สุด¹³ โดยมีหลักการสำคัญของรัฐสมาชิกภายใต้ความตกลงที่เกี่ยวข้องกับการใช้น้ำเพื่อสร้างเขื่อนในแม่น้ำโขงสายประธาน ดังนี้

9 Agreement on the Cooperation for the Sustainable Development of the Mekong River Basin, 1995, Article 11.

10 Agreement on the Cooperation for the Sustainable Development of the Mekong River Basin, 1995, Article 12.

11 Agreement on the Cooperation for the Sustainable Development of the Mekong River Basin, 1995, Article 15-18.

12 Agreement on the Cooperation for the Sustainable Development of the Mekong River Basin, 1995, Article 21-24.

13 Agreement on the Cooperation for the Sustainable Development of the Mekong River Basin, 1995, Article 1, Areas of Cooperation

“To cooperation in all fields of sustainable development, utilization, management and conservation of the water and related resources of the Mekong River Basin including, but not limited to irrigation, hydro-power, navigation, flood control, fisheries, timber floating, recreation and tourism, in a manner to optimize the multiple-use and mutual benefits of all riparians and to minimize the harmful effects that might result from natural occurrences and man-made activities.

3.1 หลักการใช้น้ำตามความตกลงว่าด้วยความร่วมมือเพื่อการพัฒนาลุ่มแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืน ค.ศ. 1995

ความตกลงแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืนมีการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิของรัฐสมาชิกในการใช้น้ำไว้ ดังนี้

3.1.1 หลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม (Reasonable and Equitable Utilization)

หลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมตามความตกลงข้อ 5¹⁴ ซึ่งเป็นรูปแบบพันธกรณีที่กำหนดให้รัฐสมาชิกต้องดำเนินการก่อนการใช้น้ำในแม่น้ำโขง ดังนี้

1) ในกรณีที่เป็นการใช้น้ำในลำน้ำสาขา (tributaries) ของแม่น้ำโขง รวมทั้งในทะเลสาบ โตนเล ประเทศกัมพูชา การใช้น้ำภายในลุ่มน้ำ (intra-basin uses) และการผันน้ำระหว่างลุ่มน้ำ (inter-basin diversions) จะต้องมีการแจ้ง (notification) ให้คณะกรรมการร่วมทราบก่อน

2) ในกรณีที่เป็นการใช้น้ำในแม่น้ำสายหลักหรือสายประธาน (mainstream) ของแม่น้ำโขง มีหลักเกณฑ์การใช้น้ำในแต่ละช่วงฤดู ดังนี้

2.1) ในช่วงฤดูน้ำมาก (wet season)

- การใช้น้ำภายในลุ่มแม่น้ำโขง (intra-basin uses) จะต้องมีการแจ้ง (notification) ให้คณะกรรมการร่วมทราบก่อน

- การผันน้ำระหว่างลุ่มน้ำ (inter-basin diversions) จะต้องมีการปรึกษาหารือล่วงหน้า (prior consultation) เพื่อให้บรรลุความตกลงภายในคณะกรรมการร่วมก่อน

2.2) ในช่วงฤดูแล้ง (dry season)

- การใช้น้ำภายในลุ่มแม่น้ำโขง (intra-basin uses) จะต้องมีการปรึกษาหารือล่วงหน้า (prior consultation) เพื่อให้บรรลุความตกลงภายในคณะกรรมการร่วมก่อน

- โครงการผันน้ำใดๆ ภายในลุ่มน้ำ (inter-basin diversion project) จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการร่วม โดยจะต้องมีการทำข้อตกลงเฉพาะ (specific agreement) สำหรับแต่ละโครงการก่อนที่จะมีการผันน้ำ อย่างไรก็ตามในกรณีที่ในฤดูแล้งใดมีปริมาณน้ำมากเกินความต้องการแก่การใช้ของประเทศสมาชิกทั้งหมด โดยข้อเท็จจริงนี้ได้รับการยืนยันอย่างเป็นทางการแล้ว โดยคณะกรรมการร่วม การผันน้ำส่วนเกินสามารถจะกระทำได้โดยไม่ต้องมีการปรึกษาหารือล่วงหน้าก่อนเท่านั้น

14 Ibid., Article 5, Reasonable and Equitable Utilization.

ทั้งนี้ บทบัญญัติข้างต้นเป็นการกำหนดกระบวนการที่รัฐสมาชิกจะต้องดำเนินการก่อนการใช้น้ำในแม่น้ำโขงเท่านั้น แต่ไม่ได้อธิบายถึงหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมตามความหมายทั่วไปที่ตราสารระหว่างประเทศอื่นใช้กัน อย่างไรก็ตามอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ประโยชน์จากลำน้ำระหว่างประเทศในรูปแบบอื่นนอกเหนือจากการเดินเรือ ค.ศ. 1997 (United Nation Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourse, 1997)¹⁵ ซึ่งผู้ร่างได้พยายามยกร่างตราสารฉบับนี้ให้มีลักษณะเป็นกฎหมายต้นแบบ (model law) ให้รัฐต่าง ๆ สามารถนำไปปรับใช้กับการบริหารจัดการแม่น้ำระหว่างประเทศของตน สำหรับหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมได้บัญญัติไว้ในข้อ 5 กำหนดให้รัฐในลำน้ำระหว่างประเทศเดียวกันสามารถใช้ประโยชน์จากลำน้ำระหว่างประเทศที่อยู่ในดินแดนของตนเองในลักษณะที่สมเหตุสมผลและเป็นธรรม ทั้งยังกำหนดให้การใช้และการพัฒนาลำน้ำของรัฐนั้นควรต้องให้เกิดประโยชน์สูงสุด (attaining optimal) และให้เป็นไปอย่างยั่งยืนและสมประโยชน์ นอกจากนี้ยังได้ยืนยันว่าสิทธิในการใช้น้ำดังกล่าวของรัฐในลำน้ำระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องก็มีเช่นกัน ดังนั้น หลักการนี้จึงกำหนดพันธกรณีให้รัฐในลำน้ำระหว่างประเทศที่ใช้น้ำนั้นต้องดำเนินการป้องกันอย่างเหมาะสม (adequate protection) แต่เนื่องจากลำน้ำระหว่างประเทศมีรัฐที่เกี่ยวข้องมากกว่าหนึ่งรัฐ บทบัญญัติวรรคสองจึงกำหนดให้รัฐในลำน้ำระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องต้องมีส่วนร่วมในเรื่องการใช้ การพัฒนาและการป้องกันในลำน้ำระหว่างประเทศ และต้องมีลักษณะสมเหตุสมผลและเป็นธรรม และได้ขยายความไปอีกว่าการมีส่วนร่วมเช่นนี้ประกอบด้วยสิทธิในการใช้ประโยชน์ (right to utilize) จากลำน้ำระหว่างประเทศและหน้าที่ในการให้ความร่วมมือที่จะป้องกันและพัฒนา (duty to cooperate in protection and development) ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้ ซึ่งในส่วนของความร่วมมือนี้ในร่างของอนุสัญญาได้อธิบายไว้ว่า “ความร่วมมือในการดำเนินการร่วมกันของรัฐมีความจำเป็นอย่างมากต่อการใช้ประโยชน์ในแม่น้ำนั้นให้เกิดประโยชน์สูงสุด”¹⁶ และได้กำหนดปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาถึงการใช้อย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมในข้อ 6¹⁷

นอกจากนี้ สมาคมกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเป็นกลุ่มภาคเอกชนที่ประกอบด้วยนักกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่มีสถานะเป็นองค์การระหว่างประเทศได้ทำการยกร่าง The Helsinki Rules on Use of the Waters of International Rivers ค.ศ. 1966 เพื่อวางหลักเกณฑ์สำคัญเกี่ยวกับการใช้น้ำ

15 ต่อไปจะเรียกว่า “UN Watercourse Convention” โดยอนุสัญญานี้มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 17 สิงหาคม ค.ศ. 2014 ภายหลังจากที่เวียดนามเข้าผูกพันเป็นรัฐสมาชิกประเทศที่ 35

16 ILC., “Draft Articles on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses and Commentaries thereto and Resolution on Transboundary Confined Groundwater” p.97.

17 The 1997 United Nation Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourse, Article 5 and 6.

ในแม่น้ำระหว่างประเทศ¹⁸ และได้วางหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมในบทบัญญัติข้อ 4 ที่กำหนดให้รัฐในลุ่มแม่น้ำระหว่างประเทศมีสิทธิในการใช้ประโยชน์ในแม่น้ำระหว่างประเทศในลักษณะที่สมเหตุสมผลและเป็นธรรม และข้อ 5 ได้กำหนดปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล ซึ่งประกอบด้วย ลักษณะทางภูมิศาสตร์ของกลุ่มน้ำ โดยเฉพาะพื้นที่ลุ่มน้ำที่อยู่ในดินแดนของรัฐลุ่มน้ำแต่ละรัฐ ลักษณะทางอุทกวิทยา รวมทั้งปริมาณน้ำที่ไหลลงสู่แต่ละลุ่มน้ำ สภาพอากาศที่มีผลต่อลุ่มน้ำ การใช้น้ำในลุ่มแม่น้ำในอดีต รวมทั้งการใช้น้ำในปัจจุบัน จำนวนประชากรของรัฐที่ต้องพึ่งพาลุ่มน้ำ ความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของรัฐลุ่มน้ำที่เกี่ยวข้อง ความสามารถในการจัดหาทรัพยากร การหลีกเลี่ยงการใช้น้ำที่เสียเปล่าโดยไม่จำเป็น การจ่ายค่าทดแทนแก่รัฐลุ่มแม่น้ำเดียวกันเพื่อแก้ปัญหาความขัดแย้งในเรื่องการใช้น้ำร่วมกัน และท้ายที่สุดระดับในการใช้น้ำที่รัฐริมฝั่งแม่น้ำพึงพอใจนั้นต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อรัฐลุ่มน้ำเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ในส่วนของปัจจัยที่เกี่ยวข้องนั้นไม่ได้มีการจัดลำดับความสำคัญก่อนหลังแต่กำหนดให้พิจารณาตามความสำคัญของปัจจัยที่สามารถเปรียบเทียบกันได้ โดยหลักการดังกล่าวใน The Helsinki Rules ถือเป็นรากฐานในการรับไปพัฒนาเป็นสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับแม่น้ำระหว่างประเทศในลำดับต่อมาตามที่ปรากฏใน UN Watercourse Convention และได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ผูกพันรัฐเป็นการทั่วไป¹⁹

อย่างไรก็ตาม แม้สถานะทางกฎหมายของอนุสัญญา UN Watercourse Convention จะเป็นสนธิสัญญาที่มีผลผูกพันเฉพาะรัฐสมาชิกของอนุสัญญานี้เท่านั้นโดยในกลุ่มประเทศลุ่มแม่น้ำโขงตอนล่างมีเพียงเวียดนามที่เข้าเป็นภาคีความตกลงฉบับนี้ซึ่งไม่ผูกพันรัฐอื่น แต่หลักเกณฑ์บางอย่างในอนุสัญญานี้ได้รับการยอมรับว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันเป็นการทั่วไปตามหลัก *erga omnes* ซึ่งรวมถึงสิทธิในการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมด้วยเช่นกัน²⁰ ดังนั้น แม้ประเทศไทย ลาว และกัมพูชาจะมีได้เป็นภาคีในความตกลงฉบับนี้ แต่อาจจะต้องผูกพันในการที่จะใช้น้ำให้เกิดประโยชน์สูงสุดและยั่งยืน รวมถึงต้องดำเนินการป้องกันผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นอย่างเหมาะสมในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีใช้แต่เพียงปฏิบัติตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในความตกลงแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืน ส่วนหน้าที่ในการมีส่วนร่วมนั้นยังมีข้อถกเถียงถึงสถานะทางกฎหมายว่ามีผลผูกพันเพียงใด ซึ่งพบว่ยังไม่ได้รับการยอมรับว่าถึงขั้นเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ²¹ จึงต้องเป็นไปตามความร่วมมือในการจัดการแม่น้ำระหว่างประเทศนั้นว่ากำหนดไว้อย่างไร

18 รายละเอียดเพิ่มเติม โปรดดู Charles B. Bourne. "The International Law Association's Contribution to International Water Resources Law," **National Resources Journal**. 36 (1966), pp. 155-216.

19 Salman M. A. Salman. "The Helsinki Rules, the UN Watercourse Convention and the Berlin Rules: Perspectives on International Water Law," **Water Resources Management**. 33 (2007), pp. 629-630.

20 Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia) ICJ Reports, (1997), p. 7 อ้างถึงใน *Ibid.*, p.87.

21 Christina Leb. **Cooperation in the Law of Transboundary Water Resources**, pp. 91-93.

ซึ่งในความตกลงแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืนได้กำหนดหน้าที่ให้รัฐสมาชิกต้องดำเนินการก่อนการใช้น้ำแล้วจึงต้องเป็นไปตามนั้น

3.1.2 หลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่น

หลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่นนั้นเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานที่สำคัญอีกหลักหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้อยู่โดยทั่วไป สำหรับความตกลงแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืนที่เป็นกฎหมายเฉพาะได้กำหนดหลักการนี้ไว้ในข้อ 7 ว่าด้วยการป้องกันและการหยุดยั้งผลกระทบที่เป็นอันตราย และข้อ 8 ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐต่อความเสียหาย

ความตกลงแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืน ข้อ 7²² กำหนดให้รัฐสมาชิกมีหน้าที่จะต้อง

(1) ใช้ความระมัดระวังในการใช้น้ำโดยจะต้องมีการดำเนินการความพยายามทุกวิถีทางเพื่อหลีกเลี่ยง ลด และบรรเทาผลกระทบที่เป็นอันตรายที่อาจเกิดขึ้นกับสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะด้านปริมาณน้ำและคุณภาพน้ำ ระบบนิเวศน์ ความสมดุลด้านนิเวศวิทยาที่อาจเกิดขึ้นกับระบบแม่น้ำ หรือจากการพัฒนา และการใช้ทรัพยากรน้ำลุ่มแม่น้ำโขง หรือแม้กระทั่งการปล่อยน้ำเสีย และการปล่อยน้ำกลับคืน

(2) หยุดการใช้น้ำที่ก่อให้เกิดความเสียหายโดยทันที ในกรณีที่การใช้น้ำหรือการปล่อยน้ำลงในแม่น้ำโขงของตนให้กำลังก่อให้เกิดความเสียหายแก่แม่น้ำโขงโดยมีหลักฐานที่แน่ชัด

นอกจากนี้ความตกลงแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืน ข้อ 8²³ ได้กำหนดเรื่องความรับผิดชอบของรัฐต่อความเสียหายอย่างรุนแรงอันเนื่องมาจากการใช้น้ำหรือการปล่อยน้ำลงในแม่น้ำโขงที่เกิดขึ้นต่อรัฐอื่น ทั้งนี้รัฐภาคีที่เกี่ยวข้องจะต้องกำหนดปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับสาเหตุ ขอบเขตความเสียหายและความรับผิดชอบของรัฐผู้ก่อความเสียหายนั้นโดยสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ และให้ดำเนินการยุติข้อพิพาทโดยสันติวิธีโดยผ่านกระบวนการภายใต้ความตกลงแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืน ข้อ 34 และ ข้อ 35 หรือตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ

จากบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่าการใช้น้ำของรัฐสมาชิกนั้นจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่น ทั้งนี้ไม่ว่าการใช้น้ำในแม่น้ำโขงนั้นจะเป็นส่วนที่แม่น้ำที่ไหลเข้าไปในประเทศที่ถือว่าอยู่ในเขตอำนาจของรัฐนั้น รวมถึงแม่น้ำสาขาของแม่น้ำโขงที่อยู่ในเขตอำนาจของรัฐสมาชิกด้วย โดยข้อ 7 หากการใช้น้ำดังกล่าวอาจเกิดผลกระทบที่เป็นอันตรายกับสิ่งแวดล้อม แม้ความเสียหายจะยังไม่เกิดขึ้นรัฐสมาชิกจำเป็นจะต้องใช้ความระมัดระวังในการดำเนินการความพยายามทุกวิถีทางที่จะหลีกเลี่ยง

22 Agreement on the Cooperation for the Sustainable Development of the Mekong River Basin, 1995, Article 7: Prevention and Cessation to Harmful Effects.

23 Ibid., Article 8: State Responsibility for Damages.

ผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นซึ่งเมื่อพิจารณาการสร้างเขื่อนในแม่น้ำโขงพบว่านอกจากขั้นตอนที่ต้องดำเนินการก่อนตามกระบวนการใช้น้ำตามข้อ 5 แล้ว รัฐยังมีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังตามข้อ 7 ด้วยเช่นกัน แต่หน้าที่ทั้งสองประการนี้ไม่เป็นการงดเว้นให้รัฐที่จะก่อสร้างเขื่อนต้องหยุดก่อสร้าง เพียงแต่จะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนและพยายามทุกวิถีทางที่จะป้องกันผลกระทบไม่ให้เกิดขึ้น โดยกรณีตัวอย่างที่เกิดขึ้นกับการสร้างเขื่อนไซยะบุรีคือชาวบ้านริมฝั่งแม่น้ำโขงกังวลว่าการสร้างเขื่อนอาจทำให้ปลาไม่สามารถว่ายไปวางไข่ได้ ทางผู้สร้างเขื่อนจึงแก้ปัญหาด้วยการสร้างบันไดปลาโจนขึ้นมาเพื่อให้ปลาสามารถว่ายไปวางไข่ได้ แต่บันไดปลาโจนจะสามารถป้องกันความเสียหายได้หรือไม่ นั้น ยังไม่มีหลักฐานเป็นที่ประจักษ์

นอกจากนี้กรณีที่จะให้รัฐหยุดใช้น้ำต้องปรากฏว่าการใช้น้ำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่แม่น้ำโขงโดยมีหลักฐานที่ชัดเจนว่าความเสียหายนั้นเป็นผลจากการใช้น้ำซึ่งเมื่อพิจารณาการสร้างเขื่อนเพื่อผลิตกระแสไฟฟ้าในแม่น้ำโขงนั้น รัฐที่กล่าวอ้างว่าได้รับความเสียหายต้องพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากการใช้น้ำเพื่อผลิตกระแสไฟฟ้าตามหลักฝ่ายใดกล่าวอ้าง ฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์และส่วนใหญ่จะไม่สามารถพิสูจน์ให้เห็นถึงความสัมพันธ์กันได้ โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ หรือ ICJ เคยตัดสินคดี *Construction of the Road in Costa Rica along the San Juan River* ซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างคอสตาริกาและนิการากัวในการสร้างถนนตามแนวยาวของแม่น้ำ San Juan โดยนิการากัวฟ้องว่าการสร้างถนนสาย 1856 ตามแนวยาวของแม่น้ำ San Juan ซึ่งใกล้กับเส้นเขตแดนของทั้งสองรัฐนั้นก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงทางด้านสิ่งแวดล้อมแก่นิการากัว โดยคดีนี้ศาลรับรองว่านิการากัวมีสิทธิที่จะปลอดจากผลกระทบข้ามพรมแดน (free from transboundary harm) ซึ่งการภายใต้พันธกรณีที่ทั้งสองมีนั้นกำหนดให้มีการจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดน หรือ EIA ซึ่งศาลเห็นว่าคอสตาริกาละเมิดพันธกรณีในข้อนี้ แต่ศาลยกคำฟ้องของนิการากัวที่อ้างว่าการก่อสร้างถนนก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อนิการากัว เนื่องจากศาลเห็นว่าหลักฐานที่นิการากัวนำเสนอต่อศาลนั้นไม่สามารถแสดงให้เห็นว่ามีความเสียหายที่ไม่อาจแก้ไขได้เกิดขึ้นแล้วหรือมีความเสี่ยงว่าใกล้จะเกิดความเสียหายเช่นนั้นขึ้น²⁴

สำหรับบทบัญญัติข้อ 8 กำหนดให้เฉพาะรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงเท่านั้นจึงจะมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศ แต่ความตกลงแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืนไม่ได้กำหนดรูปแบบในความรับผิดชอบไว้แต่อย่างใดกลับระบุให้นำกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ (state responsibility) มาปรับใช้แก่กรณี และกำหนดวิธีการในระบับข้อพิพาทไว้ในข้อ 34 และข้อ 35 ซึ่งเป็นการระบับข้อพิพาทโดยคณะกรรมการแม่น้ำโขง (MRC) และการระบับข้อพิพาทโดยรัฐสมาชิกเอง ทั้งนี้ ต้องสอดคล้องกับการระบับข้อพิพาทโดยสันติวิธีตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่เมื่อพิจารณา

24 *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*. ICJ Reports, 2015, pp. 76-78.

กฎหมายระหว่างประเทศเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ (state responsibility) ตามข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐแล้ว ความรับผิดชอบของรัฐจะเกิดขึ้นต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการ ได้แก่ (1) มีการกระทำรวมถึงการละเมิดกระทำที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐภายใต้กฎหมายประเทศ และ (2) การกระทำนั้นเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีผลบังคับใช้กับรัฐนั้น²⁵ สำหรับประเด็นเรื่องความเสียหายจะไม่ถูกนำมาเป็นเงื่อนไขในความรับผิดชอบของรัฐ²⁶ ซึ่งกรณีเช่นนี้การที่รัฐสมาชิกของความตกลงแม่น้ำโขงได้กระทำการหรือละเมิดกระทำซึ่งเป็นการละเมิดความตกลงหรือพันธกรณีอื่น เช่น การละเมิดพันธกรณีในการระมัดระวังไว้ก่อน แม้ความเสียหายจะยังไม่เกิดขึ้นแต่มีความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือเป็นการยากที่จะกลับคืนมาดังเดิม รัฐนั้นย่อมมีความรับผิดชอบแต่ผลของความรับผิดชอบนั้นจะเป็นเช่นใดต้องขึ้นอยู่กับแต่ละกรณีไป

อย่างไรก็ตาม บุคคลผู้มีสิทธิเรียกร้องให้รัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายรับผิดชอบนั้น จำกัดเฉพาะรัฐเท่านั้น ดังนั้น ชาวบ้านที่อยู่ริมฝั่งแม่น้ำโขงที่อาจจะได้รับผลกระทบจากการใช้แม่น้ำโขงของรัฐสมาชิกไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้องได้เองโดยลำพังจำเป็นต้องเรียกร้องผ่านรัฐบาลของตนซึ่งเป็นข้อจำกัดในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ส่งผลให้ชาวบ้านที่ได้รับความเดือดร้อนอาจไม่ได้รับการชดเชยเยียวยา หากรัฐเจ้าของดินแดนละเลย หรือนิ่งเฉยไม่ใช้สิทธิเรียกร้องให้ นอกจากนี้ การที่รัฐหนึ่งจะเรียกร้องให้อีกรัฐหนึ่งรับผิดชอบได้นั้นต้องปรากฏว่ารัฐนั้นได้รับความเสียหายจากการที่รัฐอื่นละเมิดพันธกรณีที่มีต่อตนเองหรือต่อสมาชิกในกลุ่มที่รัฐนั้นเป็นสมาชิกอยู่ รวมถึงพันธกรณีที่รัฐนั้นมีต่อประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดหากว่าการละเมิดพันธกรณีนั้นกระทบต่อรัฐนั้นเป็นพิเศษ²⁷ และสำหรับผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากความรับผิดชอบของรัฐโดยทั่วไปได้แก่การยุติการกระทำที่เป็นการละเมิดพันธกรณีนั้นและการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้น

ในมิติของกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่นนั้นมาจากหลักการไม่สร้างความเสียหาย (no-harm principle) หลักการใช้ความระมัดระวัง (due diligence) และหลักการเป็นเพื่อนบ้านที่ดี (good neighborliness) ซึ่งเชื่อมโยงกับทฤษฎีการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต (*Sic utere tuo ut alienum non laedas*) ที่พัฒนามาจากข้อจำกัดของทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเด็ดขาดเหนือดินแดน (Absolute Territorial Sovereignty) ที่รัฐใช้อ้างว่าภายในอำนาจอธิปไตยของตนนั้นตนมีอำนาจออย่างเด็ดขาดจะกระทำอะไรก็ได้ในดินแดนของตน โดยรัฐอื่นไม่สามารถแทรกแซงได้ แม้การกระทำหรือการดำเนินโครงการในเขตอำนาจอธิปไตยของรัฐนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหาย

25 James Crawford. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 81.

26 รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู อริศรา เหล็กคำ. กรณีสึกษาคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคดีการปรับใช้อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลดโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (26 กุมภาพันธ์ 2550), 2553, วิทยานพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 103-124.

27 Ibid., pp.150-151.

ต่อรัฐอื่นก็ตาม แต่คดี *Trail Smelter*²⁸ ซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างสหรัฐอเมริกาและแคนาดาในเรื่องมลพิษฝุ่นละอองข้ามแดนที่อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้นำหลักการเป็นเพื่อนบ้านที่ดีมาพิจารณาประกอบและได้ข้อสรุปว่า

“ไม่มีรัฐใดที่จะมีสิทธิที่จะใช้หรืออนุญาตให้ใช้ดินแดนของตนในลักษณะที่จะก่อให้เกิดความเสียหายโดยคว้น ในหรือต่อดินแดนของรัฐอื่น หรือต่อทรัพย์สิน หรือ บุคคล ที่อยู่ในดินแดนของรัฐอื่นนั้น หากเป็นกรณีที่มีผลร้ายแรง (*serious consequences*) และความเสียหาย ปรากฏเป็นหลักฐานที่ชัดเจนและน่าเชื่อถือ (*clear and convincing evidence*)”

ซึ่งต่อมาได้รับการยอมรับว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่สำคัญและถือเป็นรากฐานที่สำคัญของทฤษฎีอำนาจอธิปไตยอันมีจำกัดเหนือดินแดน (*Limited Territorial Sovereignty*) ที่เห็นว่ารัฐทั้งหลายมีสิทธิอธิปไตยในการแสวงหาประโยชน์ในทรัพยากรของตนและมีความรับผิดชอบที่จะรับประกันว่าภายในเขตอำนาจอธิปไตยของตนหรือพื้นที่อื่นที่ตนเองสามารถควบคุมได้นั้นจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่น หรือแม้กระทั่งพื้นที่อื่นใดที่ไม่มีรัฐใดมีอำนาจอธิปไตยหรือสิทธิอธิปไตยไปถึง

นอกจากนี้ หลักการดังกล่าวยังได้มีการนำไปใช้ในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ คดี *Corfu Channel*²⁹ ความเห็นแนะนำในคดี *Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* ที่ว่าสิ่งแวดล้อมไม่ใช่สิ่งที่เป็นนามธรรม แต่เป็นส่วนที่อยู่ระหว่างสิ่งมีชีวิต แสดงถึงคุณภาพชีวิตและสุขภาพของมนุษยชาติซึ่งรวมถึงมนุษย์ในรุ่นที่ยังไม่ได้เกิดมา การมีอยู่ของพันธกรณีระหว่างประเทศที่กำหนดให้รัฐต้องรับประกันหรือสร้างความมั่นใจว่ากิจกรรมทั้งหลายที่อยู่ในเขตอำนาจของรัฐนั้นหรือที่รัฐนั้นสามารถควบคุมในเรื่องสิ่งแวดล้อมในดินแดนของรัฐอื่น หรือพื้นที่อื่นใดนอกเขตอำนาจรัฐได้รับการยอมรับในปัจจุบันว่าเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญมากที่เกี่ยวข้องกับเรื่องสิ่งแวดล้อม³⁰ และยังได้มีการกล่าวถึงหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่นตามที่ปรากฏในความเห็นแนะนำข้างต้นว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้แก่

28 โปรดดู *Trail Smelter Case* (United States V. Canada), 1938.

29 *Corfu Channel Case* (United Kingdom V. Albania), *ICJ Reports*. 1949

30 *The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *Advisory Opinion*, *ICJ Reports*. 1996, p. 241-242, para. 29.

“...the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn. The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment.”

คดี Gabčíkovo-Nagymaros³¹ และคดี Pulp Mills on the River Uruguay³² รวมถึงคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในคดี Lac Lanoux Case ที่กล่าวถึงการใช้ทรัพยากรน้ำเช่นกัน³³ ซึ่งทั้งหมดนี้เป็นการรับรองว่าหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่นนี้เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันรัฐเป็นการทั่วไป

ทางด้านตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับแม่น้ำระหว่างประเทศพบว่ามี การนำหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่นมาบัญญัติไว้ในตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับ เช่น ในบทบัญญัติข้อ 10 (a) ของ The Helsinki Rules ซึ่งอยู่ภายใต้หมวดมลพิษ ที่กำหนดว่าภายใต้หลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม รัฐลุ่มแม่น้ำระหว่างประเทศ (international drainage basin) เดียวกันต้องป้องกันมิให้เกิดมลพิษในแม่น้ำหรือการกระทำใด ที่เป็นการเพิ่มระดับของมลพิษในแม่น้ำที่มีอยู่แต่เดิมซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง (cause substantial injury) ต่อดินแดนของรัฐในลุ่มแม่น้ำเดียวกันนั้น ทั้งนี้ไม่ว่าแหล่งกำเนิดมลพิษนั้นจะอยู่ในดินแดนของรัฐนั้น หรือนอกดินแดนของรัฐนั้นโดยรัฐนั้นเป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหาย³⁴ และบทบัญญัติข้อ 11 ยังกำหนดให้รัฐที่ไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 10 (a) ต้องหยุดการกระทำที่ละเมิดนั้นและต้องชดเชยความเสียหายให้กับรัฐที่ได้รับความเสียหายด้วยเช่นกัน³⁵ ซึ่งข้อจำกัดของตราสารฉบับนี้คือการป้องกันผลกระทบที่เกิดจากมลพิษเท่านั้น แต่ไม่ได้ขยายไปถึงการใช้น้ำที่จะก่อให้เกิดความเสียหายในรูปแบบอื่น

ส่วน UN Watercourse Convention 1997 ได้บัญญัติไว้ในข้อ 7 ว่าด้วยเรื่องพันธกรณีที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง (obligation not to cause significant harm) ที่กำหนดให้รัฐในลุ่มน้ำระหว่างประเทศ (Watercourse States) จะต้องดำเนินกิจกรรมด้วยความระมัดระวัง (due diligence) ในการที่จะใช้ประโยชน์จากลุ่มน้ำระหว่างประเทศโดยต้องใช้ในลักษณะที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง³⁶ ซึ่งสอดคล้องกับความตกลงแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืน

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการยอมรับหลักการไม่ก่อความเสียหายต่อรัฐอื่นที่กำหนดให้รัฐใช้ความระมัดระวังที่จะป้องกันผลกระทบที่จะเกิดขึ้นไปใช้อย่างแพร่หลาย แต่ยังมีการถกเถียงถึงขอบเขตและสาระของหลักการระมัดระวังไว้มาก่อนว่าเมื่อใดจะถือว่ามีความเหตุอันควรจะเชื่อว่ากิจกรรมใดจะก่อให้เกิดอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม หรือสุขภาพมนุษย์ สัตว์และพืชหรือยัง ด้วยเหตุนี้ หลักการดังกล่าวจึงก่อให้เกิด

31 Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary V. Slovakia), ICJ Reports. (1997), p. 41., para. 53.

32 Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina V. Uruguay), ICJ Reports. (2010), p.55-56, para. 101.

33 โปรดดู Lac Lanoux Arbitration (France V. Spain), 1958, 29 RGDIP 117. อ้างถึงใน Christina Leb. *Cooperation in the Law of Transboundary Water Resources*, p. 100.

34 The Helsinki Rules on the Use of the Waters of International Rivers 1966, Article X.

35 The Helsinki Rules on the Use of the Waters of International Rivers 1966, Article XI.

36 The United Nation Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourse, 1997, Article 7.

เกิดหน้าที่ของรัฐในการประเมินผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นก่อนการดำเนินโครงการตามมาเพื่อประกอบการตัดสินใจว่าสังคมจะรับความเสี่ยงได้ในระดับไหน โดยมีการนำมาตรการต่างๆ เช่น การกำหนดให้ต้องประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมหรือสุขภาพก่อนดำเนินกิจกรรม การกำหนดให้ใช้เทคโนโลยีที่สะอาดหรือเทคโนโลยีที่ดีที่สุดเพื่อลดมลพิษและอันตรายต่อสุขภาพจากผลิตภัณฑ์และกระบวนการผลิตมาใช้ เป็นต้น³⁷ โดยความตกลง UN Watercourse Convention ได้กำหนดกระบวนการให้รัฐต้องดำเนินการก่อนดำเนินกิจกรรมหลายมาตรการเช่นกัน เช่น การแจ้งการปรึกษาหารือล่วงหน้า

สรุปได้ว่าหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่นภายใต้ความตกลงแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืนได้กำหนดหน้าที่ให้กับรัฐสมาชิกในการป้องกันผลกระทบที่เป็นอันตรายที่อาจจะเกิดขึ้นกับสิ่งแวดล้อมจากการใช้น้ำในแม่น้ำโขงรวมถึงการปล่อยน้ำลงในแม่น้ำโขงไม่ว่าจะเป็นแม่น้ำโขงสายหลักหรือลำน้ำสาขาที่อยู่ในดินแดนของรัฐใดรัฐหนึ่งหรือเป็นแม่น้ำที่เป็นเขตแดนระหว่างรัฐและกำหนดให้รัฐมีความรับผิดชอบในกรณีการใช้น้ำก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ในขณะที่หลักกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายกับรัฐอื่นนั้นได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีที่ผูกพันเป็นการทั่วไปซึ่งไม่จำกัดเฉพาะการใช้น้ำเท่านั้นยังรวมถึงการกระทำและการงดเว้นการกระทำที่อาจจะทำให้รัฐอื่นได้รับความเสียหายแม้กระทั่งในบริเวณที่เขตอำนาจรัฐไปไม่ถึง ในส่วนของตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการใช้น้ำนั้นพบว่า The Helsinki Rules จำกัดเฉพาะกรณีการป้องกันมลพิษเท่านั้น ส่วน UN Watercourse Convention นั้นครอบคลุมทุกกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการใช้ประโยชน์ในลำน้ำระหว่างประเทศ ในกรณีที่จะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรง ทั้งนี้ หลักการดังกล่าวก่อให้เกิดกระบวนการตามมา โดยในกรณีที่โครงการใด ๆ จะมีความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือจะส่งผลให้สิ่งแวดล้อมยากที่จะกลับฟื้นคืนดีดังเดิม จึงควรศึกษาอย่างรอบด้านเพื่อป้องกันผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นก่อนดำเนินโครงการ แต่ยังคงขาดความชัดเจนว่าการไม่ปฏิบัติตามกระบวนการเช่นนี้จะมีผลทางกฎหมายเป็นประการใด และความตกลงแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืนยังขาดความชัดเจนในประเด็นเรื่องการพิจารณาขอบเขตความเสียหายที่จำเป็นจะต้องดำเนินการเพื่อป้องกัน และรูปแบบความรับผิดชอบของรัฐในกรณีที่เกิดความเสียหายขึ้นเช่นกัน โดยมีเพียงกลไกในการระงับข้อพิพาทโดยผ่าน MRC หรือระหว่างรัฐสมาชิกเอง ดังนั้น จึงอาจนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องความรับผิดชอบของรัฐมาปรับใช้แทนซึ่งกำหนดเงื่อนไขให้รัฐมีความรับผิดชอบในกรณีที่การกระทำหรืองดเว้นการกระทำของรัฐนั้นเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศที่รัฐนั้นผูกพันอยู่ โดยไม่ต้องคำนึงเรื่องความเสียหายซึ่งในกรณีเช่นนี้การละเมิดพันธกรณีในการใช้ความระมัดระวังอาจนำมาซึ่งความรับผิดชอบได้³⁸ และ

37 รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู กอบกุล ราชะนาคร. โครงการการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำร่างแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เอกสารทางวิชาการ หมายเลข 25 พัฒนาการของหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมและสิทธิชุมชน, มหาวิทยาลัยเชียงใหม่: สถาบันวิจัยสังคม มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2549, หน้า 4-16.

38 Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina V. Uruguay), ICJ Reports. 2010, p.55-56, para. 101. อ้างถึงใน Christina Leb. Cooperation in the Law of Transboundary Water Resources, p. 101.

อาจนำหลักการระงับข้อพิพาทอย่างสันติวิธีตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติมาปรับใช้กับรัฐสมาชิกที่มีข้อพิพาทได้เช่นกันในกรณีที่การระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการภายใต้ความตกลงแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืนไม่สามารถแก้ปัญหาได้

3.2 หน้าที่ของรัฐสมาชิกภายใต้ความตกลงว่าด้วยความร่วมมือเพื่อการพัฒนาแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืน ค.ศ. 1995

ความตกลงแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืนได้กำหนดหน้าที่ให้แก่รัฐสมาชิกต้องดำเนินการตามหลายกรณี ทั้งนี้ หากรัฐใดไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวแล้วอาจถือว่าการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศที่ตนผูกพัน (breach of international obligation) อันนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐ (state responsibility) ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปได้ โดยพันธกรณีภายใต้ความตกลงแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืนที่ผูกพันรัฐสมาชิก มีดังนี้

3.2.1 หน้าที่ในการรักษาปริมาณการไหลในแม่น้ำโขง

ความตกลงแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืน ข้อ 6³⁹ กำหนดพันธกรณีให้รัฐสมาชิกต้องรักษาระดับน้ำในแม่น้ำโขงให้ไหลเป็นปกติจากการผันน้ำ การปล่อยน้ำ การกักเก็บน้ำ หรือการกระทำอื่น ๆ ยกเว้นในกรณีที่เกิดภาวะแล้งจัดหรือน้ำท่วมมากเป็นประวัติกาล ดังต่อไปนี้

(1) ในช่วงฤดูแล้ง (dry season) รัฐสมาชิกต้องรักษาระดับปริมาณการไหลไม่ให้ต่ำกว่าการไหลต่ำสุดของน้ำตามธรรมชาติที่ยอมรับได้ในแต่ละเดือน

(2) ในช่วงฤดูน้ำมาก (wet season) รัฐสมาชิกจะต้องไม่ทำให้อัตราการไหลย้อนกลับ ของน้ำในทะเลสาบโตนเลตลงจากระดับที่ยอมรับได้ และ

(3) ในฤดูน้ำหลาก (flood season) รัฐสมาชิกจะต้องป้องกันไม่ให้อัตราเฉลี่ยการไหลของน้ำสูงสุตรายวันเกิดอัตราเฉลี่ยการไหลของน้ำตามธรรมชาติในช่วงฤดูน้ำหลาก

ต่อมาในวันที่ 22 มิถุนายน ค.ศ. 2006 ที่ประชุมคณะมนตรีได้เห็นชอบระเบียบปฏิบัติเรื่องการรักษาปริมาณการไหลในแม่น้ำโขงสายประธาน (Procedure on the Maintenance of Flows on the Mainstream: PMFM) แต่แนวปฏิบัติไม่ได้ให้ความชัดเจนในเรื่องความหมายของระดับน้ำขึ้นต่ำตามธรรมชาติที่ยอมรับได้ และระดับน้ำไหลย้อนกลับตามธรรมชาติที่ยอมรับได้ โดยกำหนดไว้ว่าให้ไปจัดทำคู่มืออีกฉบับหนึ่งในระดับเจ้าหน้าที่เทคนิคแยกออกจากระเบียบปฏิบัตินี้

ด้วยเหตุนี้ การสร้างเขื่อนขนาดใหญ่บนแม่น้ำโขงสายประธาน รัฐสมาชิกที่ดำเนินโครงการจำเป็นจะต้องคำนึงถึงหน้าที่ในการรักษาระดับการไหลตามธรรมชาติของแม่น้ำโขงสายประธานด้วย

39 Agreement on the Cooperation for the Sustainable Development of the Mekong River Basin, 1995, Article 6: Maintenance of Flows on the Mainstream.

โดยในคู่มือในระดับเจ้าหน้าที่เทคนิคที่จะจัดทำขึ้นนี้จำเป็นจะต้องมีการสร้างความชัดเจนว่าระดับน้ำที่แต่ละประเทศผูกพันนั้นเป็นระดับให้แน่ชัด ก่อนดำเนินการสร้างเขื่อนแต่ละแห่ง เพื่อท้ายที่สุดแล้วเมื่อเขื่อนสร้างเสร็จรัฐท้ายน้ำจะไม่ได้รับผลกระทบจากการปล่อยน้ำหรือกักเก็บน้ำของรัฐต้นน้ำ และหากรัฐใดละเมิดพันธกรณีข้อนี้ รัฐดังกล่าวย่อมต้องมีความรับผิดชอบในการละเมิดพันธกรณีของรัฐตามความตกลงฯ ที่ผูกพันไว้

3.2.2 หน้าที่ในการปกป้องสิ่งแวดล้อมและความสมดุลทางนิเวศวิทยา

ความตกลงแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืน ข้อ 3⁴⁰ กำหนดพันธกรณีให้รัฐสมาชิกจะต้องปกป้องสิ่งแวดล้อมและรักษาความสมดุลทางนิเวศวิทยา โดยรัฐภาคีจะต้องดำเนินการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทรัพยากรธรรมชาติที่มีชีวิตและปัจจัยที่ทำให้ดำรงชีวิตอยู่ได้ ตลอดจนคุ้มครองความสมดุลทางนิเวศวิทยาของลุ่มแม่น้ำโขงจากมลพิษ หรือผลกระทบที่เป็นอันตรายอื่นๆ ที่เกิดจากแผนพัฒนาใด ๆ และจากการใช้น้ำและทรัพยากรอื่นที่เกี่ยวข้องในลุ่มแม่น้ำนี้

พันธกรณีข้อนี้เป็นพันธกรณีที่กำหนดให้รัฐต้องคำนึงถึงก่อนดำเนินโครงการใดๆ ในการใช้น้ำและทรัพยากรอื่นในลุ่มแม่น้ำโขงที่อาจจะเกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในทุกรูปแบบ โดยไม่จำกัดว่าจะต้องก่อให้เกิดมลพิษเท่านั้น ดังนี้ แม้จะเป็นการใช้น้ำในส่วนใดของแม่น้ำโขงที่อยู่บนดินแดนของรัฐสมาชิก รัฐสมาชิกดังกล่าวจำเป็นจะต้องปกป้องสิ่งแวดล้อมโดยรอบและพยายามรักษาความสมดุลทางนิเวศวิทยาของแม่น้ำเพื่อให้สิ่งมีชีวิตอื่นๆ ดำรงอยู่ได้

ด้วยเหตุนี้ การสร้างเขื่อนในดินแดนของรัฐสมาชิกเอง แม้จะไม่เกิดความเสียหายต่อรัฐสมาชิกอื่น แต่หากเป็นโครงการที่อาจจะเกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและระบบนิเวศน์ของแม่น้ำโขงแล้ว รัฐผู้ดำเนินโครงการมีหน้าที่ในการปกป้องสิ่งแวดล้อมด้วย

3.2.3 หน้าที่ในการเคารพความเสมอภาคและบูรณาภาพแห่งดินแดนของรัฐสมาชิก

ความตกลงแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืน ข้อ 4⁴¹ กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องความเสมอภาคแห่งอำนาจอธิปไตยและบูรณาภาพแห่งดินแดนของรัฐสมาชิกในการให้ความร่วมมือในการใช้และการคุ้มครองทรัพยากรน้ำของลุ่มแม่น้ำโขงบนพื้นฐานของความเสมอภาคแห่งอำนาจอธิปไตยและบูรณาภาพแห่งดินแดน

หลักการนี้เป็นหลักพื้นฐานทั่วไปที่กำหนดให้รัฐสมาชิกต้องให้ความร่วมมือในการใช้น้ำและปกป้องทรัพยากรน้ำของลุ่มแม่น้ำโขงตามพันธกรณีที่ตนผูกพันไว้ในความตกลงฯ ตามหลักความยินยอมก่อให้เกิดความผูกพัน (consent to be bound) จะเห็นได้ว่าแม้รัฐสมาชิกจะมีสิทธิใช้ประโยชน์

40 Ibid., Article 3: Protection of the Environment and Ecological Balance.

41 Ibid., Article 4: Sovereign Equality and Territorial Integrity.

จากแม่น้ำโขง แต่อย่างไรก็ตาม การใช้ดังกล่าวต้องคำนึงถึงสิทธิของรัฐสมาชิกอื่นที่จะมีสิทธิใช้ประโยชน์จากแม่น้ำโขงอย่างเสมอภาคกัน ด้วยเหตุนี้ การใช้น้ำของรัฐสมาชิกจะต้องไม่กระทบต่อสิทธิการใช้น้ำของรัฐอื่น นอกจากนี้ยังกำหนดพันธกรณีให้รัฐสมาชิกต้องคุ้มครองทรัพยากรน้ำในเขตอำนาจอธิปไตยของตนด้วย

3.2.4 กระบวนการก่อนการใช้น้ำของรัฐสมาชิกในกรณีการสร้างเขื่อนบนแม่น้ำโขงสายหลัก⁴²

หลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมตามที่บัญญัติไว้ในความตกลงฯ ข้อ 5 กำหนดหน้าที่ให้รัฐกระทำการก่อนใช้น้ำ ดังนี้

(1) หน้าที่ในการแจ้ง (notification)^{43*}

ในกรณีที่รัฐสมาชิกมีโครงการใช้น้ำ^{44**} หรือผันน้ำข้ามลุ่มน้ำในแม่น้ำสาขาของแม่น้ำโขงหรือทะเลสาบโตนเล และกรณีที่มีโครงการใช้น้ำในแม่น้ำโขงสายหลักในช่วงฤดูน้ำมาก

(2) หน้าที่ในการปรึกษาหารือล่วงหน้า (prior consultation)

ในกรณีที่รัฐสมาชิกมีโครงการผันน้ำข้ามลุ่มน้ำในฤดูน้ำมากและกรณีที่มีการใช้น้ำในแม่น้ำโขงในฤดูน้ำแล้ง

(3) หน้าที่ในการจัดทำข้อตกลงเฉพาะ (specific agreement)

ในกรณีที่รัฐสมาชิกมีโครงการผันน้ำข้ามลุ่มน้ำในแม่น้ำโขงในฤดูน้ำแล้ง จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการร่วมกัน โดยจัดทำเป็นข้อตกลงเฉพาะรายโครงการก่อนมีการผันน้ำ

ต่อมาเมื่อวันที่ 30 พฤศจิกายน ค.ศ. 2003 คณะมนตรีแห่งคณะกรรมการการแม่น้ำโขงได้ลงนามเข้าผูกพันในระเบียบปฏิบัติเรื่อง การแจ้ง การปรึกษาหารือ และข้อตกลง (Procedures for Notification, Prior Consultation and Agreement: PNPCA) ที่ยกร่างโดยคณะกรรมาธิการเทคนิคที่ 4 ซึ่งเป็นแนวปฏิบัติเกี่ยวกับกฎเกณฑ์การใช้น้ำและการผันน้ำข้ามลุ่มน้ำเพื่อให้ประเทศผู้เสนอโครงการพัฒนามแม่น้ำสายหลักดำเนินการศึกษาประเมินโครงการอย่างถี่ถ้วนรอบด้านด้วยความระมัดระวัง (due diligence) ก่อนจะดำเนินโครงการ ด้วยเหตุผลที่ว่าโครงการบนแม่น้ำสายหลักอาจ

42 สรุปหลักเกณฑ์จาก ระเบียบปฏิบัติเรื่องการแจ้ง การปรึกษาหารือล่วงหน้า และข้อตกลง

43 *การแจ้ง (notification) คือการที่รัฐสมาชิกจัดส่งรายละเอียดเกี่ยวกับข้อเสนอการใช้น้ำ (proposed use) ให้คณะกรรมการร่วมในเวลาอันควร ตามรูปแบบ เนื้อหา และวิธีการที่กำหนดในกฎระเบียบว่าด้วยการใช้น้ำและการผันน้ำข้ามลุ่มน้ำ see *Ibid.*, Chapter II: Definitions of Terms

44 ** การใช้น้ำของแม่น้ำโขงที่ต้องจัดทำข้อเสนอการใช้น้ำ (proposed use) นี้ เป็นข้อเสนอเกี่ยวกับการใช้น้ำของระบบแม่น้ำโขง (the Mekong River system) โดยไม่รวมถึงการใช้น้ำเพื่อการอุปโภคบริโภคและการใช้ในปริมาณเล็กน้อยที่ไม่มีผลกระทบสำคัญต่อปริมาณการไหลของแม่น้ำโขง

ส่งผลกระทบข้ามพรมแดนมากกว่าโครงการบนแม่น้ำสาขา จึงจำเป็นต้องมีการปรึกษาหารือก่อนและต้องได้รับความเห็นชอบเป็นเอกฉันท์จากประเทศสมาชิกทั้งสิ้น⁴⁵

ทั้งนี้ โครงการก่อสร้างเขื่อนขนาดใหญ่บนแม่น้ำโขงสายหลักในลุ่มแม่น้ำโขงตอนล่างเช่น เขื่อนไซยะบุรีที่กำลังดำเนินการอยู่เป็นโครงการใช้น้ำในแม่น้ำโขง ไม่ใช่การผันน้ำข้ามลุ่มน้ำ ทั้งยังเป็นการใช้ตลอดทุกฤดูทั้งฤดูน้ำมากและฤดูน้ำแล้งโดยหากเป็นการใช้ในช่วงฤดูน้ำมากมีขั้นตอนให้เพียงแจ้งให้ทราบเท่านั้นและในกรณีการใช้น้ำในฤดูแล้งมีขั้นตอนให้ต้องมีการปรึกษาหารือล่วงหน้า จึงมีปัญหาวารัฐผู้ดำเนินโครงการจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนใด จากการสัมภาษณ์พบว่าให้ปฏิบัติตามขั้นตอนการปรึกษาหารือล่วงหน้าก่อนดำเนินโครงการเนื่องจากเป็นกระบวนการขั้นสูงที่รัฐต้องทำ⁴⁶ และหากโครงการสร้างเขื่อนนั้นได้มีการผันน้ำข้ามลุ่มน้ำด้วยจะต้องจัดทำข้อตกลงเฉพาะร่วมกันก่อนดำเนินโครงการตามกระบวนการ PNPCA⁴⁷ โดยมีขั้นตอนและรายละเอียดดังนี้

3.2.4.1 ขั้นตอนการแจ้ง (notification)

การใช้น้ำหรือการใช้ประโยชน์ในแม่น้ำโขงสายหลักหรือสายประธานที่จะต้องแจ้งไปยัง คณะกรรมการแม่น้ำโขงนั้น หมายถึง การใช้น้ำใดๆ ของรัฐสมาชิกซึ่งอาจจะมีผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อคุณภาพน้ำหรือระบบการไหลของลำน้ำสายประธานของระบบแม่น้ำโขง โดยไม่รวมถึงการใช้ น้ำเพื่อการอุปโภคบริโภค และการใช้น้ำปริมาณเล็กน้อยที่ไม่มีผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อปริมาณ การไหลของแม่น้ำโขง ทั้งนี้ตามความตกลงฯ ข้อ 5 ต้องเป็นโครงการใช้น้ำในช่วงฤดูน้ำมาก โดยมีขั้นตอนดังนี้

(1) รัฐสมาชิกที่เสนอใช้น้ำในแม่น้ำโขงต้องยื่นข้อเสนอการใช้น้ำตามรูปแบบและเนื้อหา แผนงานและหลักการที่ระบุในภาคผนวก 1 ระเบียบปฏิบัติเรื่องการแจ้ง การปรึกษาหารือล่วงหน้า และ ข้อตกลง (PNPCA) ผ่านคณะกรรมการแม่น้ำโขงแห่งชาติของประเทศตนเอง

(2) คณะกรรมการแม่น้ำโขงแห่งชาติภายหลังการตรวจสอบแล้วว่ารายการเอกสารเป็นไปตาม ข้อกำหนดจะยื่นข้อเสนอในการใช้น้ำไปยังคณะกรรมการร่วมในเวลาที่เหมาะสมแก่เวลาก่อนดำเนินงาน ซึ่งหากไม่มีการแจ้งคณะกรรมการร่วมจะร้องขอให้คณะกรรมการแม่น้ำโขงแห่งชาติที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามหน้าที่และความรับผิดชอบ

(3) คณะกรรมการร่วมจะมีความรับผิดชอบเพียงแค่รับทราบการแจ้งที่ยื่นและรับทราบ ข้อคิดเห็นหากมี ที่เสนอผ่านสำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการแม่น้ำโขง

45 คณะกรรมการแม่น้ำโขง. คำถามที่พบบ่อย กระบวนการภายใต้ระเบียบปฏิบัติเรื่องการแจ้งให้ทราบ การปรึกษาหารือล่วงหน้า และการตกลง (PNPCA) ของคณะกรรมการแม่น้ำโขง. หน้า 1-3.

46 จากบทสัมภาษณ์เจ้าหน้าที่สำนักบริหารจัดการลุ่มน้ำโขง กรมทรัพยากรน้ำ กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

47 สรุปหลักเกณฑ์จาก ระเบียบปฏิบัติเรื่องการแจ้ง การปรึกษาหารือล่วงหน้า และข้อตกลง

ทั้งนี้ PNPCA ไม่ได้กำหนดว่าระยะเวลาที่เหมาะสมนั้น คือระยะเวลาเท่าใด และหน้าที่ในการแจ้งนี้ไม่ใช่การขออนุญาตว่าจะใช้ได้หรือไม่ได้ เพียงแต่เป็นการแจ้งให้คณะกรรมการร่วมทราบเท่านั้น และต้องเป็นการแจ้งเฉพาะกรณีที่เป็นการใช้อันจะเกิดผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อคุณภาพของน้ำ หรือระบบการไหลของน้ำซึ่งส่งผลในการตีความว่าอย่างใดถือว่าเป็นการใช้ที่เข้าลักษณะนี้

3.2.4.2 ขั้นตอนในการปรึกษาหารือล่วงหน้า (prior consultation)

ตามความตกลงฯ ข้อ 5 หากเป็นการผันน้ำข้ามลุ่มน้ำจากลำน้ำสายประธานในช่วงฤดูน้ำมาก หรือเป็นการใช้น้ำภายในลุ่มน้ำเดียวกันจากลำน้ำสายประธานในช่วงฤดูแล้งและการผันน้ำข้ามลุ่มน้ำจากปริมาณส่วนเกินของน้ำในช่วงฤดูแล้ง รัฐสมาชิกที่ดำเนินโครงการจะต้องขอปรึกษาหารือล่วงหน้า ก่อนดำเนินโครงการ โดยมีขั้นตอนดังนี้

(1) รัฐสมาชิกที่เข้าเงื่อนไขดังกล่าวจะต้องยื่นเอกสารสำหรับการปรึกษาหารือล่วงหน้าตามแบบฟอร์มและรูปแบบที่ประกอบด้วยเนื้อหาเกี่ยวกับข้อมูลและข้อสารสนเทศที่ต้องมีสำหรับการแจ้ง และจัดหาข้อมูลและข้อสารสนเทศทางเทคนิคเพิ่มเติมที่มีอยู่ในเรื่องการใช้ที่เสนอเพื่อประเมินผลกระทบ โดยรัฐริมฝั่งแม่น้ำอื่นๆ ตามที่ปรากฏในภาคผนวก 2 (ก) ระเบียบปฏิบัติเรื่องการแจ้ง การปรึกษาหารือล่วงหน้า และข้อตกลง (PNPCA) ผ่านคณะกรรมการแม่น้ำโขงแห่งชาติของรัฐที่แจ้งไปยังคณะกรรมการร่วม ผ่านสำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการแม่น้ำโขงในระยะเวลาที่เหมาะสม

(2) สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการแม่น้ำโขงจะส่งสำเนาเอกสารไปยังรัฐสมาชิกอื่นๆ สำหรับการประเมินและการตอบกรณีการใช้น้ำที่เสนอ

(3) เมื่อได้รับเอกสารจากประเทศที่แจ้งที่ยื่นไปยังคณะกรรมการร่วมผ่านสำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการแม่น้ำโขง สมาชิกอื่นๆ ควรประเมินการใช้ที่เสนอและตอบไปยังคณะกรรมการร่วมผ่านสำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการแม่น้ำโขงตามแบบฟอร์มในภาคผนวก 2 (ข) PNPCA โดยในระหว่างกระบวนการประเมินนี้อาจมีการร้องขอข้อมูลเพิ่มเติมได้

(4) หลังจากพิจารณาการประเมินและการตอบกรณีการใช้น้ำที่เสนอโดยรัฐสมาชิกอื่นๆ แล้ว คณะกรรมการร่วมจะพยายามบรรลุข้อตกลงกรณีการใช้ที่เสนอและออกข้อตัดสินใจที่ประกอบด้วยเงื่อนไขที่คณะกรรมการร่วมเห็นชอบ โดยให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของหลักฐานของการใช้น้ำที่เสนอและเมื่อเริ่มต้นดำเนินการ

ทั้งนี้ รัฐที่จะดำเนินโครงการที่เสนอโดยไม่เปิดโอกาสให้รัฐสมาชิกอื่นๆ ที่จะอภิปราย และประเมินการใช้ที่เสนอไม่ได้และคณะกรรมการร่วมจะรับทราบการตอบรับของสมาชิกอื่นและนำไปบรรจุในหลักฐานสำหรับการใช้ที่เสนอเกี่ยวกับข้อกังวลใจหรือข้อสงวนของรัฐที่ถูกแจ้ง

กรณีที่ไม่มีการจัดเอกสารที่จำเป็นสำหรับการปรึกษาหารือล่วงหน้า คณะกรรมการร่วมจะร้องขอให้คณะกรรมการแม่น้ำโขงแห่งชาติที่เกี่ยวข้องดำเนินการตามหน้าที่และความรับผิดชอบ

ท้ายที่สุดนี้ ระเบียบฯ ได้กำหนดกรอบเวลาที่เหมาะสมสำหรับการปรึกษาหารือล่วงหน้าคือ 6 เดือน นับจากวันที่ได้รับเอกสารเรื่องการปรึกษาหารือล่วงหน้าและหากจำเป็น อาจขยายระยะเวลาได้หากได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการร่วม

เมื่อพิจารณารายละเอียดของแบบฟอร์มของการปรึกษาหารือล่วงหน้าพบว่าในส่วนของข้อมูลและข้อสารสนเทศที่กำหนดให้รัฐที่จะดำเนินโครงการต้องใส่นั้น ให้แนบเอกสาร เช่น รายงานสรุปของการศึกษาความเหมาะสม (FS) และการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมเบื้องต้น (IEE) เข้าไปด้วย ดังนั้น ก่อนขอปรึกษาหารือล่วงหน้าโครงการใดๆ ที่อาจจะส่งผลกระทบข้ามพรมแดน เช่น การก่อสร้างเขื่อนขนาดใหญ่บนแม่น้ำโขงสายประธานจำเป็นจะต้องมีการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมก่อนด้วย

อย่างไรก็ตาม หน้าที่ในการปรึกษาหารือล่วงหน้านี้เป็นเพียงกระบวนการที่ต้องทำก่อนดำเนินโครงการเท่านั้น แต่ไม่ใช่เป็นการให้สิทธิรัฐในแม่น้ำโขงที่เหลือในการวิโต้หรือยับยั้งการใช้น้ำ และไม่ใช่เป็นสิทธิฝ่ายเดียวในการใช้น้ำโดยไม่คำนึงถึงสิทธิของรัฐอื่นที่เป็นรัฐริมฝั่งแม่น้ำ ดังนั้น การดำเนินการของรัฐที่จะดำเนินโครงการจะต้องสอดคล้องกับหลักการใช้น้ำในส่วนอื่นภายใต้ความตกลงแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืน ด้วยเหตุนี้ในระหว่างดำเนินการก่อสร้างนี้เป็นการยากมากที่จะเรียกร้องให้รัฐที่ดำเนินโครงการหยุดก่อสร้าง รัฐที่อาจจะได้รับผลกระทบทำได้เพียงเสนอข้อกังวลใจหรือข้อสงวนเท่านั้น การเรียกร้องให้ต้องรับผิดชอบจะทำได้เมื่อเกิดความเสียหายเชิงประจักษ์ก่อนจึงค่อยมาเรียกร้องให้เกิดความรับผิดชอบในภายหลังภายใต้พันธกรณีที่มียู่ ซึ่งจำกัดเฉพาะรัฐเท่านั้นที่เป็นผู้ใช้สิทธิเรียกร้องได้

นอกเหนือจากความตกลงข้างต้น หลักการข้อที่ 19 ของแถลงการณ์ริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา เมื่อปี ค.ศ. 1992 ได้กำหนดให้รัฐที่ดำเนินกิจกรรมใดที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดนควรจัดเตรียมข้อมูลที่เกี่ยวข้องอันเป็นประโยชน์เพื่อบอกกล่าวรัฐที่อาจได้รับผลกระทบให้ทราบล่วงหน้าในเวลาที่เหมาะสม (prior and timely notification) และควรปรึกษา (consult) กับรัฐที่เกี่ยวข้องตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการบนพื้นฐานของหลักสุจริต (good faith)⁴⁸ ซึ่งแม้แถลงการณ์จะไม่มีสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศแต่ก็เป็นพื้นฐานสำคัญในการพัฒนาหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศต่อมา โดยการแจ้งและปรึกษาหารือให้ทราบล่วงหน้าถือเป็นกระบวนการหนึ่งภายใต้หลักการระมัดระวังไว้ก่อน (prevention principle) ที่กำหนดให้รัฐควรใช้ความระมัดระวังก่อนดำเนินโครงการใดที่อาจมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม เนื่องจากหากเกิดความเสียหายแล้วเป็นการยากที่จะกลับคืนดังเดิม

48 Rio Declaration on Environment and Development 1992, Principle 19.

ในส่วนของ The Helsinki Rules ไม่ได้ระบุไว้ชัดเจน เพียงแต่กำหนดเป็นข้อแนะนำในข้อ 29 ว่าเพื่อป้องกันมิให้เกิดข้อพิพาทระหว่างรัฐลุ่มน้ำเดียวกัน รัฐในลุ่มน้ำควรจัดเตรียมข้อมูลที่เกี่ยวข้องและสมเหตุสมผลให้กับรัฐในลุ่มน้ำที่เหลือนับว่าเป็นเรื่องระบบลุ่มน้ำในดินแดนของตนเอง การใช้ประโยชน์ในลุ่มน้ำ หรือกิจกรรมอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับลุ่มน้ำระหว่างประเทศนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับรัฐที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องโดยตรงที่อาจได้รับผลกระทบอย่างสำคัญควรต้องแจ้ง (notice) ข้อเสนอโครงการก่อสร้างใดที่ประกอบไปด้วยข้อเท็จจริงที่สำคัญที่จะสามารถใช้ประเมินความเป็นไปได้ของผลกระทบที่จะเกิดขึ้นภายใต้โครงการดังกล่าวได้ ทั้งนี้ต้องให้ข้อเสนอภายในเวลาที่เหมาะสม (reasonable period of time) เพื่อให้สามารถประเมินผลกระทบที่จะเป็นไปได้อีกต่อข้อเสนอที่ส่งกลับไปยังรัฐที่แจ้งและแม้รัฐที่จัดทำข้อเสนอจะไม่ได้แจ้งก่อนดำเนินโครงการ การใช้ประโยชน์ในแม่น้ำจะต้องคำนึงถึงหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมเช่นเดิม⁴⁹

สำหรับ UN Watercourse Convention ได้กำหนดพันธกรณีในการแจ้ง (notification) ไว้ในบทบัญญัติข้อ 12 ว่าก่อนที่รัฐลุ่มน้ำระหว่างประเทศจะดำเนินโครงการใดหรืออนุญาตให้ดำเนินโครงการใดที่อาจจะส่งผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อรัฐลุ่มน้ำอื่น รัฐนั้นต้องมีหน้าที่ต้องแจ้งให้รัฐอื่นทราบภายในเวลาที่เหมาะสม (timely notification) และก่อให้เกิดกระบวนการปรึกษาหารือและเจรจา (consultation and negotiation) ที่เกี่ยวกับโครงการดังกล่าวตามมา โดยรัฐที่แจ้งจะต้องจัดเตรียมข้อมูลทางเทคนิค ข้อสารสนเทศที่จะทำให้รัฐที่ได้รับการแจ้งสามารถที่จะประเมินผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นจากโครงการนั้นได้⁵⁰ จะเห็นได้ว่าการแจ้งล่วงหน้านี้มุ่งใช้กับการดำเนินโครงการใหม่ซึ่งอาจดำเนินโดยรัฐเองก็ได้หรือกรณีที่รัฐอนุญาตให้เอกชนมาดำเนินโครงการแทนรัฐก็ได้เช่นกัน ส่วนในเรื่องผลกระทบอย่างร้ายแรงในข้อนี้ระดับไม่ร้ายแรงเท่ากับบทบัญญัติข้อ 7 ส่วนเวลาในการรอให้รัฐที่รับการแจ้งมีเวลาศึกษาและประเมินผลกระทบดังกล่าวมีกำหนด 6 เดือนและสามารถขยายได้ แต่ต้องไม่เกินอีก 6 เดือนตามบทบัญญัติข้อ 13 โดยระหว่างที่รอการพิจารณาอยู่ รัฐผู้แจ้งจะต้องไม่ดำเนินการตามแผนการที่วางไว้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐที่ได้รับการแจ้งก่อนตามบทบัญญัติข้อ 14 และมีการกำหนดให้รัฐที่รับการแจ้งต้องตอบกลับภายใน 6 เดือน หรือตามระยะเวลาที่ขยาย ซึ่งหากเห็นว่ารัฐที่แจ้งไม่ปฏิบัติตามหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม และหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่นแล้วอาจจะให้หาหลักฐานเพิ่มเพื่ออธิบายว่าเหตุใดจึงไม่เป็นไปตามพันธกรณีตามบทบัญญัติข้อ 15 แต่หากพ้นระยะเวลาที่กำหนดแล้วไม่มีการตอบกลับจากรัฐที่รับการแจ้งอาจถือว่าได้มีการปฏิบัติตามพันธกรณีแล้วและถูกตัดสิทธิในการเรียกร้องค่าชดเชยโดยรัฐที่แจ้งมีสิทธิยกขึ้นกล่าวอ้างปฏิเสธไม่ต้องรับผิดชอบได้

49 The Helsinki Rules on the Use of the Waters of International Rivers 1966, Article XXIX.

50 The United Nation Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourse, 1997, Article 12.

3.2.4.3 ขั้นตอนการจัดทำข้อตกลงเฉพาะ

โครงการผันน้ำข้ามลุ่มน้ำใดๆ ในระหว่างฤดูแล้งจากลำน้ำสายประธานจะต้องตกลงโดยคณะกรรมการร่วมโดยการมีข้อตกลงสำหรับโครงการแต่ละโครงการล่วงหน้าก่อนการผันน้ำที่เสนอใด ๆ ข้อตกลงเช่นว่า ซึ่งลงนามหรือเห็นชอบโดยสมาชิกทั้งหมดของคณะกรรมการร่วมจะกำหนดเงื่อนไขที่ตกลงกัน อาทิ ระยะเวลา ปริมาณการผันน้ำ ฯลฯ ในระหว่างที่รูปแบบและเนื้อหาของข้อตกลงเฉพาะที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาจัดทำโดยคณะกรรมการร่วมเป็นกรณีๆ ไป ให้ใช้รูปแบบและเนื้อหาของการแจ้งและการปรึกษาหารือล่วงหน้าไปพลางๆ ก่อน

4. กรณีศึกษาการสร้างเขื่อนพลังงานไฟฟ้าไซยะบุรี

โครงการเขื่อนพลังงานไฟฟ้าไซยะบุรีเป็นหนึ่งในโครงการที่มีความเป็นไปได้ที่จะใช้ประโยชน์จากแม่น้ำโขงสายหลักตอนล่างในการสร้างเขื่อนขนาดใหญ่เพื่อผลิตกระแสไฟฟ้าจำนวน 11 โครงการตามรายงานเมื่อปี พ.ศ. 2537 ของเลขาธิการของคณะกรรมการแม่น้ำโขงซึ่งปัจจุบันมีจำนวน 12 โครงการและเป็นโครงการแรกที่ได้มีการนำเข้าสู่กระบวนการ PNPCA โครงการนี้รัฐบาลลาวได้กำหนดให้มีการก่อสร้างเขื่อนพลังงานไฟฟ้าขึ้นบนแม่น้ำโขงบริเวณแขวงไซยะบุรี มีกำลังการผลิตไฟฟ้าขนาด 1,285 เมกกะวัตต์ มูลค่าการก่อสร้างประมาณ 3.5 พันล้านเหรียญสหรัฐโดย เมื่อวันที่ 4 พฤษภาคม 2550 รัฐบาลลาวและบริษัท ช. การช่าง จำกัด (มหาชน) ได้จัดทำร่างบันทึกความเข้าใจ (Memorandum of Understanding: MOU) เพื่อศึกษาความเป็นไปได้ของโครงการดังกล่าว ต่อมาเมื่อวันที่ 25 พฤศจิกายน 2551 รัฐบาลลาวและบริษัท ช. การช่าง จำกัด (มหาชน) ได้ลงนามในความตกลงพัฒนาโครงการ (Project Development Agreement: PDA) สำหรับเขื่อนไซยะบุรี ต่อมาวันที่ 17 มิถุนายน 2552 รัฐบาลลาวได้แจ้งต่อคณะกรรมการประสานความร่วมมือด้านพลังงานไฟฟ้ากับประเทศไทย เรื่อง ข้อเสนอขายไฟฟ้าและอัตราค่าไฟฟ้าโครงการเขื่อนไซยะบุรี โดยให้สิทธิพัฒนาโครงการแก่บริษัท ช. การช่าง จำกัด (มหาชน) ต่อมาเมื่อวันที่ 12 มีนาคม 2552 คณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติของประเทศไทยได้มีมติเห็นชอบร่างบันทึกความเข้าใจในการรับซื้อไฟฟ้าโครงการเขื่อนไซยะบุรี (Tariff MOU) ระหว่างการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยกับบริษัท ช. การช่าง จำกัด (มหาชน) โดยมีการซื้อขายไฟฟ้า ณ ชายแดน จำนวน 1,220 เมกกะวัตต์ โดยคณะรัฐมนตรีของไทยได้มีมติรับทราบร่างบันทึกความเข้าใจดังกล่าวเมื่อวันที่ 23 มีนาคม 2553 ต่อมาวันที่ 5 กรกฎาคม 2553 การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยและบริษัท ช. การช่าง จำกัด (มหาชน) ได้ลงนามในบันทึกความเข้าใจระหว่างกันจนนำไปสู่การลงนามสัญญาซื้อขายไฟฟ้าเขื่อนไซยะบุรี (Power Purchase Agreement) เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม 2554 ระหว่างการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยและบริษัท ไซยะบุรี

พาวเวอร์ จำกัด ของลาว⁵¹ โดยรับซื้อไฟฟ้าจำนวน 1,220 เมกกะวัตต์ มีกำหนดระยะเวลาซื้อขายไฟฟ้า 30 ปี หลังจากที่ได้ดำเนินการผลิตไฟฟ้าซึ่งสัดส่วนไฟฟ้าจากเขื่อนไซยะบุรีที่ขายให้ไทยนั้นมีมากถึง 95% จากกำลังการผลิตไฟฟ้าทั้งหมด 1,285 เมกกะวัตต์ โดยเขื่อนไซยะบุรีใช้เวลาในการก่อสร้างแล้วเสร็จคาดการณ์ว่าประมาณ 8 ปี 3 เดือน

ในส่วนของการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม (EIA) การประเมินผลกระทบทางด้านสังคม (Social Impact Assessment: SIA) ของโครงการไซยะบุรีจัดทำโดย บริษัท TEAM Consulting Engineering and Management Co.Ltd. ที่ได้จัดทำขึ้นระหว่างเดือนกันยายน 2550 ถึงเดือนเมษายน 2551⁵² ซึ่งในรายงานประเมินผลกระทบดังกล่าวไม่มีการศึกษาข้อมูลด้านผลกระทบข้ามพรมแดน โดยทีมผู้ศึกษาผลกระทบได้ขยายพื้นที่ศึกษาผลกระทบออกไปจากบริเวณที่สร้างเขื่อน 10 กิโลเมตรเท่านั้น⁵³ ซึ่งเป็นที่มาของข้อกังวลของชาวบ้านริมฝั่งแม่น้ำโขงในประเทศต่างๆ ว่าโครงการก่อสร้างเขื่อนไซยะบุรีศึกษาผลกระทบไม่รอบด้านและอาจนำมาซึ่งความเสียหายได้หากก่อสร้างแล้วเสร็จและนำมาซึ่งการฟ้องร้องในศาลปกครองในไทยในเวลาต่อมา

ต่อมาเมื่อวันที่ 20 กันยายน 2553 คณะกรรมาธิการแม่น้ำโขงแห่งชาติลาวได้มีหนังสือถึงสำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการแม่น้ำโขงเพื่อเริ่มกระบวนการปรึกษาหารือล่วงหน้ากรณีโครงการเขื่อนไซยะบุรีต่อซึ่งเป็นกระบวนการภายใต้ PNPCA ตามความตกลงแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืนและหลังจากที่สำนักงานเลขาธิการได้ตรวจสอบความถูกต้องของรายงานที่เสนอมาแล้วได้ส่งต่อให้คณะกรรมการร่วมในวันที่ 20 ตุลาคม 2553⁵⁴ ซึ่งในเอกสารที่ส่งมานั้นประกอบไปด้วย รายงานการศึกษาความเหมาะสมของโครงการ รายงานการประเมินผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อม รายงานการประเมินผลกระทบด้านสังคมและข้อมูลต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ประเทศสมาชิกได้มีการปรึกษาหารือกันก่อนโดยพิจารณาประเมินผลกระทบที่คาดว่าจะเกิดขึ้นของเขื่อนไซยะบุรีซึ่งมีกำหนดเวลาพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 6 เดือนนับจากวันที่ประเทศสมาชิกประเทศสุดท้ายได้ตอบยืนยันรับเอกสารโดยประเทศไทยได้ตอบยืนยันเป็นประเทศสุดท้ายเมื่อวันที่ 22 ตุลาคม 2553⁵⁵

51 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส.2/2557 ลงวันที่ 17 เมษายน 2557, หน้า 5-6.

52 Alistair Rieu-Clarke. "Notification and Consultation Procedures under the Mekong Agreement: Insights from the Xayaburi Controversy", p.8.

53 หนังสือพิมพ์ผู้จัดการออนไลน์. Online. Available from: <http://www.manager.co.th/Politics/ViewNews.aspx?NewsID=9550000055454>

54 Alistair Rieu-Clarke. "Notification and Consultation Procedures under the Mekong Agreement: Insights from the Xayaburi Controversy", p.9.

55 สำนักเลขาธิการคณะกรรมการแม่น้ำโขงแห่งชาติดไทย. สรุปข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการให้ข้อมูลโครงการไฟฟ้าพลังน้ำไซยะบุรี. (Online). Available from: <http://division.dwr.go.th/TNMC/index.php/component/phocadownload/category/5#>, Last access: 10 สิงหาคม 2559.

ภายหลังจากนั้นได้มีการจัดตั้งคณะทำงานเพื่อสนับสนุนกระบวนการปรึกษาหารือล่วงหน้าภายใต้ชื่อ MRC PNPCA Joint Committee Working Group ที่ประกอบไปด้วยตัวแทนจากรัฐสมาชิกทั้ง 4 รัฐ นอกจากนี้สำนักงานเลขาได้จัดตั้งคณะทำงาน PNPCA ขึ้นมา (PNPCA Task Group: PNPCA-WG) เพื่อทำหน้าที่ประสานหน่วยงานต่างๆ ใน MRC และโครงการต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นความร่วมมืออย่างบูรณาการในการจัดการทรัพยากรน้ำร่วมกัน การวางแผน การจัดการข้อมูล การประมง สิ่งแวดล้อม การพัฒนาเขื่อนพลังงานไฟฟ้าอย่างยั่งยืน และการเดินเรือ เป็นต้น และกลุ่มผู้เชี่ยวชาญด้านการประมงและตะกอนที่มีผู้เชี่ยวชาญต่างประเทศคอยสนับสนุนคณะทำงาน PNPCA⁵⁶ ซึ่งได้มีการจัดทำ Road Map on Prior Consultation for Proposed Xayaburi Project เมื่อวันที่ 4 ตุลาคม 2553

การประชุมของ PNPCA-WG จัดขึ้นครั้งแรกเมื่อวันที่ 26 ตุลาคม 2553 และได้มีการรับรอง Road Map ดังกล่าว ในการประชุมครั้งนี้คณะทำงานได้อภิปรายเกี่ยวกับบทบาทของเลขาธิการคณะกรรมการแม่น้ำโขงและได้ตกลงที่จะเป็นตัวกลางในการให้คำปรึกษาเกี่ยวกับกระบวนการ และได้มอบหมายให้ผู้เชี่ยวชาญได้ตรวจสอบเอกสารโครงการไซยะบุรีที่เข้าสู่กระบวนการปรึกษาหารือล่วงหน้า⁵⁷

ต่อมาวันที่ 29-30 พฤศจิกายน 2553 ได้มีการประชุม PNPCA-WG ครั้งที่สอง ในการประชุมคราวนี้ได้วางแผนเข้าไปลงพื้นที่ตรวจสอบการก่อสร้างเขื่อน ในขณะเดียวกันประเทศไทย เวียดนามและกัมพูชาได้มีการจัดเตรียมเวทีเพื่อให้ข้อมูลโครงการไฟฟ้าพลังน้ำไซยะบุรีในประเทศของตน สำหรับประเทศไทยโดยกรมทรัพยากรน้ำในฐานะสำนักเลขาธิการคณะกรรมการแม่น้ำโขงแห่งชาติไทย (Thai National Mekong Committee Secretariat: TNMCS) ได้จัดเวทีให้ข้อมูลและรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียต่อโครงการไฟฟ้าพลังน้ำไซยะบุรีจำนวน 3 ครั้ง ดังนี้

ครั้งที่ 1 วันที่ 22 มกราคม 2554 ณ ห้องประชุมโรงเรียนหัวเวียง อ.เชียงของ จ.เชียงราย มีผู้เข้าร่วมรับฟังการให้ข้อมูลรวม 86 คน ประกอบด้วยประชาชนที่คาดว่าจะได้รับผลกระทบที่มาจากจังหวัดเชียงราย

ครั้งที่ 2 วันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2554 ณ ศาลาประชาคม อ.เชียงคาน จ.เลย มีผู้เข้าร่วมรับฟังการให้ข้อมูล 127 คน มาจากพื้นที่จังหวัดเลย หนองคาย บึงกาฬ

ครั้งที่ 3 วันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2554 ณ ห้องประชุมอาคารสัตวศาสตร์ วิทยาลัยเกษตรและเทคโนโลยีนครพนม มหาวิทยาลัยนครพนม อำเภอเมือง จังหวัดนครพนม มีผู้เข้าร่วมรับฟังการให้

56 Alistair Rieu-Clarke. “Notification and Consultation Procedures under the Mekong Agreement: Insights from the Xayaburi Controversy”, p.9.

57 Ibid.

ข้อมูล 125 คนมาจากผู้เข้าร่วมการรับฟังจากพื้นที่จังหวัดนครพนม มุกดาหาร อำนาจเจริญ และอุบลราชธานี

ในการประชุม PNPCA-WG ครั้งที่ 3 วันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2554 ได้มีการสรุปข้อเสนอแนะที่ได้รับจากการจัดประชุมให้ข้อมูลของประเทศต่างๆ โดยลาวได้มีการแถลงการณ์ยืนยันความสมบูรณ์ของเอกสารการศึกษาโครงการและมีการพิจารณาอย่างรอบด้านแล้วจึงยืนยันกรอบเวลาสิ้นสุดของกระบวนการตามเดิม คือวันที่ 22 เมษายน 2554

วันที่ 24 มีนาคม 2554 สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการแม่น้ำโขงได้นำเสนอรายงานทบทวนกระบวนการปรึกษาหารือล่วงหน้า (Prior Consultation Review Report) ที่กำหนดให้ลาวควรแจ้งแก่รัฐสมาชิกถึงผลกระทบข้ามพรมแดนที่อาจจะเป็นไป ความเสี่ยงทั้งหลายที่อาจเกิดขึ้นจากโครงการไฟฟ้าพลังน้ำไซยะบุรี พร้อมทั้งประเทศไทย กัมพูชาและเวียดนามได้ตอบกลับกระบวนการปรึกษาหารือล่วงหน้าโครงการไซยะบุรีอย่างเป็นทางการ

วันที่ 19 เมษายน 2554 ได้มีการจัดประชุมวิสามัญขึ้นโดยคณะกรรมการร่วม (Joint Committee) ขึ้นเพื่อทบทวนรายงานของเลขาธิการและวินิจฉัยในประเด็นต่างๆ จากการประชุมไม่สามารถหาข้อสรุปเกี่ยวกับกระบวนการปรึกษาหารือล่วงหน้าได้ว่าจะสิ้นสุดเมื่อใด โดยประเทศไทย กัมพูชาและเวียดนามมีความห่วงกังวลในเรื่องช่องว่างของข้อมูลการศึกษาในการจัดทำโครงการนี้ ตลอดจนคาดการณ์ว่าจะเกิดผลกระทบทางด้านสิ่งแวดล้อมและวิถีชีวิตต่อประชาชนที่พึ่งพิงลุ่มแม่น้ำโขงและควรขยายเวลาในการปรึกษาหารือออกไป

ท้ายที่สุดแล้ว ทางลาวยืนยันเดินหน้าโครงการไซยะบุรีต่อไป โดยเมื่อวันที่ 9 สิงหาคม 2554 บริษัท Poyry Energy AG บริษัทที่ปรึกษาของรัฐบาลลาว ได้นำเสนอรายงานสรุปว่า

“กระบวนการปรึกษาหารือล่วงหน้าไม่ได้ให้สิทธิแก่ประเทศสมาชิกใดๆ ที่จะระงับโครงการ แต่เป็นกระบวนการที่ให้สิทธิแก่ประเทศสมาชิกในการให้ข้อเสนอแนะต่อโครงการเท่านั้น ในกรณีโครงการไฟฟ้าพลังน้ำไซยะบุรีอำนาจในการตัดสินใจที่จะดำเนินโครงการต่อไปหรือไม่เป็นอำนาจของรัฐบาลลาวแต่เพียงฝ่ายเดียว”

หลังจากนั้นได้มีการส่งข้อเสนอแนะต่อโครงการไปยังรัฐบาลลาวเรื่อยมา แต่แล้วในสุดเมื่อเดือนเมษายน 2555 รัฐบาลลาวได้มีการประกาศเดินหน้าโครงการเขื่อนไซยะบุรีต่อไปและในการประชุมคณะมนตรีครั้งที่ 19 เมื่อเดือนมกราคม 2556 มีการพิจารณาประเด็นเขื่อนไซยะบุรีเช่นกันแต่ไม่ได้เป็นประเด็นสำคัญมากนัก โดยที่ประชุมเห็นว่ารัฐบาลลาวควรต้องนำเสนอแผนในการปรับปรุงโครงการไซยะบุรีต่อสำนักงานเลขาให้เร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้

จากข้อเท็จจริงข้างต้นสรุปได้กระบวนการ PNPCA ภายใต้ความตกลงแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืนมีความคลุมเครือไม่ชัดเจนในเรื่องมาตรฐานทั่วไปในการให้ข้อมูลว่าแค่ไหนเพียงพอ การจัดทำเพียง EIA และ SIA กับชุมชนที่อยู่บริเวณรอบเขื่อนไม่กี่กิโลเมตรเพียงพอแล้วหรือไม่ จำเป็นต้องจัดทำรายงานผลกระทบข้ามพรมแดนประกอบมาในข้อเสนอหรือไม่ กรอบเวลาในกระบวนการปรึกษาหารือล่วงหน้าที่กำหนดเพียง 6 เดือนนั้น ไม่สามารถให้ข้อมูลได้รอบด้านและหากรัฐที่เสนอโครงการไม่ยินยอมให้ขยายเวลาออกไปก็ไม่สามารถทำอะไรได้ นอกจากนี้ลักษณะของกระบวนการปรึกษาหารือล่วงหน้าไม่ก่อให้เกิดสิทธิในการยับยั้งในการก่อสร้างเขื่อนซึ่งหากรัฐที่ดำเนินโครงการประสงค์จะดำเนินต่อไปแล้วกลไก PNPCA ก็ไม่ได้มีมาตรการรองรับต่อไป และแม้จะนำเข้าสู่ที่ประชุมคณะรัฐมนตรีพิจารณา ก็ไม่ได้มีประสิทธิภาพเท่าใด เพราะท้ายที่สุดแล้วรัฐบาลลาวได้ประกาศดำเนินโครงการต่อไปโดยไม่สนใจข้อห่วงกังวลของประเทศสมาชิกอื่น นอกจากนี้กรณีการก่อสร้างเขื่อนในแม่น้ำสาขาของแม่น้ำโขงรัฐสมาชิกไม่มีหน้าที่ต้องดำเนินการตามกระบวนการ PNPCA จึงเป็นเรื่องน่ากังวลเพราะขนาดกรณีการกำหนดให้ต้องดำเนินการตามกระบวนการ PNPCA แล้วยังไม่อาจป้องกันผลกระทบได้อย่างรอบด้าน

กรณีมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากกระบวนการ PNPCA ความตกลงแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืนให้รัฐสมาชิกระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจาอย่างสันติและอาจนำข้อพิพาทเข้าการพิจารณาของ MRC ได้ ซึ่งมีมติใด ๆ ของ MRC ต้องมีมติเอกฉันท์ การระงับข้อพิพาทโดย MRC อาจจะได้ผลเนื่องจากหากมีรัฐใดคัดค้านมตินั้น จึงต้องพิจารณานำการระงับข้อพิพาททางสันติวิธีตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปมาปรับใช้แทน ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศรับรองสิทธิในการระงับข้อพิพาทโดยรัฐแต่ประชาชนหาสิทธิดำเนินการเองไม่ได้ และหากรัฐใดต้องการนำเสนอข้อพิพาทสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ต้องมีการยอมรับเขตอำนาจศาลก่อน ซึ่งประเทศไทยได้ถอนการยอมรับเขตอำนาจศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแล้ว นอกจากนี้หากพิจารณาสถานะทางกฎหมายของระเบียบ PNPCA แล้วพบว่าเป็นการลงนามร่วมกันในระดับรัฐมนตรีซึ่งไม่ใช่ผู้มีอำนาจในการทำสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ จึงไม่มีผลบังคับทางกฎหมายที่แม่น้ำโขงเข้าสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจริง ศาลอาจมีคำตัดสินว่าไม่ผูกพันรัฐสมาชิกและแนวคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศส่วนใหญ่หากต้องการเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบนั้นจะต้องปรากฏว่าเป็นการกระทำหรือละเว้นการกระทำของรัฐที่ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศและสามารถพิสูจน์ได้ว่าโครงการก่อสร้างเขื่อนมีความสัมพันธ์กับความเสียหายที่กล่าวอ้างอย่างไร

จากที่กล่าวมาข้างต้น กฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้รับรองสิทธิของประชาชนในการเรียกร้องในทางระหว่างประเทศ เพียงแต่อาจมีส่วนร่วมในกระบวนการปรึกษาหารือได้ ในกรณีของประเทศไทยประชาชนริมฝั่งแม่น้ำโขงในประเทศไทย 8 จังหวัดจำนวน 37 คนที่จะได้รับผลกระทบข้ามพรมแดนของเขื่อนไซยะบุรีที่แม้จะตั้งอยู่ในลาวจึงได้นำเรื่องมาฟ้องยังศาลปกครองของไทยเพื่อเรียกร้องไปยังรัฐบาลให้ยกเลิกการซื้อขายไฟฟ้ากับลาว คดีนี้ถือเป็นคดีแรกที่ประชาชนนำเรื่องระหว่างประเทศมาฟ้องในศาลภายในและเป็นครั้งแรกที่ศาลได้พิจารณาโดยอาศัยหลักกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะ

ความตกลงว่าด้วยแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืนมาพิจารณา เบื้องต้นศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับฟ้อง ต่อมาศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งที่ 8/2557 เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 2557 ไม่รับฟ้อง 2 ข้อหา คือ (1) ข้อหาที่ฟ้องให้ยกเลิกมติของคณะกรรมการนโยบายแห่งชาติและมติของคณะรัฐมนตรีในการอนุมัติให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยดำเนินโครงการซื้อขายไฟฟ้าจากโครงการเขื่อนไซยะบุรี โดยศาลให้เหตุผลว่า การดำเนินการดังกล่าวของคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติและคณะรัฐมนตรีเป็นเพียงขั้นตอนการดำเนินการภายในของฝ่ายปกครองเพื่อนำไปสู่การทำสัญญา ซึ่งไม่ได้มีผลทางกฎหมายกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงไม่ได้เป็นผู้เสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้จากมติดังกล่าว จึงไม่มีสิทธิฟ้องข้อหานี้ต่อศาล (2) ข้อหาที่ฟ้องให้พิพากษาว่าโครงการซื้อขายไฟฟ้าจากเขื่อนไซยะบุรีของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยไม่ชอบด้วยกฎหมายและให้ยกเลิกโครงการดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่า แม้ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายไฟฟ้านี้จะเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง แต่ผู้ฟ้องคดีทั้ง 37 คนไม่ได้เป็นคู่สัญญาในสัญญานี้ ผู้ฟ้องคดีทั้ง 37 จึงไม่ได้เป็นผู้เสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ จึงไม่มีสิทธิฟ้องข้อหานี้ต่อศาล แต่รับฟ้องข้อหาละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าจนเกินสมควรในการให้ข้อมูลและการเผยแพร่ข้อมูลอย่างเหมาะสม การรับฟังความคิดเห็นอย่างเพียงพอและจริงใจและการประเมินผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมและด้านสุขภาพ⁵⁸

5. สรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การสร้างเขื่อนในแม่น้ำโขงสายหลักเป็นการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศที่ต้องดำเนินการตามความตกลงแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืนในเรื่องการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมที่บัญญัติไว้ในข้อ 5 ที่กำหนดให้รัฐสมาชิกที่ประสงค์จะใช้ประโยชน์จากแม่น้ำโขงสายหลักต้องดำเนินการกระบวนการปรึกษาหารือล่วงหน้ากับรัฐสมาชิกที่เหลืหากเป็นการใช้ในช่วงฤดูแล้ง และหากเป็นการใช้ในช่วงฤดูน้ำมากเพียงแค่แจ้งเท่านั้น ทั้งนี้การสร้างเขื่อนในแม่น้ำโขงเป็นการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำโขงทุกฤดูกาลรัฐสมาชิกจึงต้องดำเนินการกระบวนการปรึกษาหารือล่วงหน้า แต่หากเป็นการสร้างเขื่อนเพื่อผันน้ำข้ามลุ่มน้ำแล้วต้องจัดทำข้อตกลงเฉพาะขึ้น โดยคณะกรรมการจัดการแม่น้ำโขงได้ออกระเบียบปฏิบัติเรื่องการแจ้ง การปรึกษาหารือล่วงหน้า และข้อตกลง (PNPCA) เพื่อเป็นแนวปฏิบัติให้รัฐสมาชิกรับไปใช้โดยให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎเกณฑ์การใช้น้ำและการผันน้ำข้ามลุ่มน้ำ แต่หากเป็นการสร้างเขื่อนในแม่น้ำสาขาของแม่น้ำโขงไม่จำเป็นต้องดำเนินการตาม PNPCA

58 มูลนิธินิติธรรมสิ่งแวดล้อม. ความสำคัญทางกฎหมายของคำสั่งศาลปกครองสูงสุดในคดีเขื่อนไซยะบุรี, (Online). Available from: <http://enlawfoundation.org/newweb/?p=2270>, last access: 20 มีนาคม 2560.

สำหรับกระบวนการปรึกษาหารือล่วงหน้านั้นพบว่าถ้อยคำมีความคลุมเครือไม่ชัดเจนหลายประการที่ประสบปัญหาในการตีความ เช่น ข้อมูลที่รัฐผู้จะดำเนินโครงการนั้นต้องจัดเตรียมไว้ให้รัฐสมาชิกอื่นพิจารณานั้นต้องเป็นข้อมูลใดบ้าง การจัดเตรียมเพียงรายงานผลการประเมินคุณภาพสิ่งแวดล้อมและผลกระทบทางสังคมเพียงพอแล้วหรือไม่ หรือจำเป็นต้องจัดทำผลการประเมินผลกระทบข้ามพรมแดนด้วย ระยะเวลาสำหรับการปรึกษาหารือล่วงหน้าที่กำหนดไว้ในระเบียบ PNPCA คือ 6 เดือนและหากจำเป็นสามารถขยายได้หากได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการร่วม ซึ่งกรณีเขื่อนไซยะบุรีแม้หลายรัฐจะขอให้รัฐบาลลาวหยุดโครงการเขื่อนไซยะบุรีออกไปก่อนเพื่อรอผลการประเมินผลกระทบข้ามพรมแดน แต่พอพ้นระยะเวลา 6 เดือนหลังจากที่ส่งข้อเสนอในการปรึกษาหารือไปยังประเทศสมาชิกประเทศสุดท้ายแล้ว รัฐบาลลาวดำเนินโครงการต่อไปฝ่ายเดียวพร้อมประกาศว่ากระบวนการปรึกษาหารือเป็นเพียงการรับฟังข้อเสนอแนะจากประเทศลุ่มแม่น้ำที่เหลือนั้น การตัดสินใจว่าจะหยุดดำเนินโครงการหรือไม่อย่างไรเป็นอำนาจการตัดสินใจของรัฐบาลลาวเพียงฝ่ายเดียว ซึ่งแม้จะมีการนำเรื่องเข้าสู่ที่ประชุมคณะรัฐมนตรีก็ไม่สามารถแก้ปัญหาได้

อย่างไรก็ตาม กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศคือหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมได้กำหนดให้รัฐผู้ใช้น้ำต้องคำนึงถึงสิทธิในการใช้น้ำของรัฐอื่นด้วยเช่นกัน และการใช้น้ำต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อรัฐอื่น ซึ่งการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศใดที่กระทบสิทธิของรัฐอื่นอาจนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐนั้นได้ แต่การฝ่าฝืนหน้าที่ในการให้ความร่วมมือหรือที่เป็นกระบวนการนั้นไม่ทำให้รัฐละเมิดพันธกรณีที่เป็นหลักการดังกล่าวโดยทันที แต่ยังต้องได้รับการพิสูจน์ความสัมพันธ์ว่าการละเมิดกระบวนการที่ต้องกระทำการเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีที่เป็นหลักการอย่างไร นอกจากนี้ ความตกลงแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืนยังมีบทบัญญัติให้รัฐสมาชิกต้องรักษาปริมาณการไหลของแม่น้ำโขงให้อยู่ในระดับปกติ รวมถึงป้องกันและหยุดยั้งผลกระทบที่เป็นอันตรายต่อแม่น้ำโขงแต่ทั้งนี้ต้องมีหลักฐานแน่ชัดว่าการใช้น้ำของรัฐนั้นกำลังก่อให้เกิดความเสียหายอย่างรุนแรงต่อรัฐริมฝั่งใด และรัฐมีความรับผิดชอบหากการใช้น้ำของรัฐนั้นเกิดผลกระทบที่เป็นอันตรายก่อให้เกิดความเสียหายอย่างรุนแรงต่อรัฐอื่น ซึ่งหากข้อพิพาทเกิดขึ้นรัฐสมาชิกสามารถระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือภายใต้กระบวนการของคณะกรรมการแม่น้ำโขงตามความตกลงแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืน

5.2 ข้อเสนอแนะ

1. การสร้างเขื่อนในแม่น้ำโขงสายหลักตอนล่างเป็นโครงการที่ก่อให้เกิดผลกระทบข้ามพรมแดน รัฐสมาชิกจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในความตกลงแม่น้ำโขงอย่างเคร่งครัดบนพื้นฐานของหลักสุจริต (good faith)
2. การที่รัฐสมาชิกในความตกลงแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืนปฏิบัติตามพันธกรณีตามความตกลงแล้ว

ยังต้องปฏิบัติตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศอื่นที่มีผลผูกพันรัฐเป็นการทั่วไป ได้แก่ หลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม และหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่น มิเช่นนั้นจะนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐได้

3. แม้ปัจเจกบุคคลจะไม่มีฐานะเป็นบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่สามารถจะมีสิทธิเรียกร้องในทางระหว่างประเทศได้แต่กฎหมายภายในของรัฐอาจรับรองสิทธิของประชาชนที่จะรวมกลุ่มกันเพื่อเรียกร้องให้รัฐบาลป้องกันผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมที่อาจเกิดขึ้นต่อตน แม้ที่ตั้งของจุดก่อผลกระทบจะอยู่ในอีกรัฐหนึ่ง แต่ส่งผลให้เกิดผลกระทบข้ามพรมแดนดังกรณีการฟ้องคดีเขื่อนไซยะบุรีต่อศาลปกครองในไทย

บรรณานุกรม

- กอบกุล ราชะนาคร. (2540). รายงานที่ตีอาร์ไอ ฉบับที่ 17 เรื่อง กฎหมายกับการจัดการทรัพยากร
ในลุ่มแม่น้ำโขง. (กรุงเทพฯ: ที่ตีอาร์ไอ)
- จตุภูมิ ภูมิบุญชู. (2545). “ปัญหาและแนวทางเกี่ยวกับการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม
ตามความตกลงความร่วมมือเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนของลุ่มแม่น้ำโขง ค.ศ. 1995”
วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- สาธิต มั่นสสุกุล. “ความตกลงแม่น้ำโขง: การจัดการรอบการอภิบาลในรูป Soft Law” 44 วารสาร
สังคมศาสตร์ คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2, (2557), หน้า 101-116.
- Boer, B. & et al., (2016) **The Mekong A Socio-Legal Approach to River Basin Develop-
ment.** Oxon: Routledge.
- IUCN. (2016). **A window of opportunity for the Mekong Basin: The UN Watercourses
Convention as a basis for cooperation (A legal analysis of how the UN
Watercourses Convention complements the Mekong Agreement):** IUCN.
27pp. Available from: [http://www.3sbasin.org/publication/download-docu-
ments.html?download=99:a-window-of-opportunity-for-the-mekong-basin-the-
un-watercourses-convention-as-a-basis-for-cooperation](http://www.3sbasin.org/publication/download-documents.html?download=99:a-window-of-opportunity-for-the-mekong-basin-the-un-watercourses-convention-as-a-basis-for-cooperation)
- Leb, C., (2013) **Cooperation in the Law of Transboundary Water Resources.** Cam-
bridge: Cambridge University Press.
- Lee, G. & Scurrah, N. (2009). Power and responsibility – The Mekong River Commission
and Lower Mekong mainstream dams. **A joint report of the Australian Mekong
Resource Centre, Sydney University and Oxfam Australia.** Available
from:[http://sydney.edu.au/mekong/documents/ power_and_responsibility_full-
report_2009.pdf](http://sydney.edu.au/mekong/documents/power_and_responsibility_full-report_2009.pdf)
- McCAFFREY, S., (2007) **The Law of International Watercourses.** Oxford: Oxford Uni-
versity Press.
- Myint, T., (2012). **Governing International Rivers Polycentric Politics in the Mekong
and the Rhine.** Massachusetts: Edward Elgar Publishing, Inc.

Rieu-Clarke, A. (2015). Notification and consultation procedures under the Mekong Agreement: insights from the Xayaburi controversy. **Asian Journal of International Law**. 5(1), 143-175.

Stephens, T., (2009) **International Courts and Environmental Protection**. Cambridge: Cambridge University Press.

Translated Thai References

Bhoomiboonchoo, C. (2002). **Problems and prospects concerning the reasonable and equitable utilization of water and the agreement on the cooperation for the sustainable development of the Mekong river Basin 1995**, Thesis in Master degree in Law, Chulalongkorn University. (in Thai)

Rayanakorn, K. (1997). **TDRI Report No. 17 Legal and Management in Mekong Basin Resources**. Bangkok: TDRI. (in Thai)

Manassuraku, S. (2014). Mekong Agreement: Designing Mekong Governance as Soft Law, 44 **Journal of Social Sciences Faculty of Political Science Chulalongkorn University**, 2, pp.101-116. (in Thai)

หน่วยงานผู้แต่ง: สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง 333 หมู่ 1 ต.ท่าสุต อ.เมือง จ. เชียงราย 57100
เมลล์ติดต่อ: arisara.lek@mfu.ac.th

Affiliation: School of Law, Mae Fah Luang University. 333 Moo1, Thasud, Muang, Chiang Rai 57100
E-mail: arisara.lek@mfu.ac.th