



INTERNATIONAL STUDIES CENTER

STUDY PAPER

December 2020

**กฎหมายระหว่างประเทศ
กับการใช้แม่น้ำโขง**

•

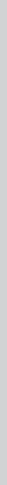
International Law and
the Use of the Mekong River

ศิริวดี งามวิเศษชัยกุล

Sirawadee Ngamwisedchaikul

กฎหมายระหว่างประเทศ กับการใช้แม่น้ำโขง

**International Law
and the Use of the Mekong River**



ศิริวดี งามวิเศษชัยกุล

Sirawadee Ngamwisedchaikul



INTERNATIONAL STUDIES CENTER

กฎหมายระหว่างประเทศกับการใช้แม่น้ำโขง
International Law and the Use of the Mekong River

ISBN 978-616-341-079-5
จัดพิมพ์โดย ศูนย์ศึกษาการต่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ กรุงเทพฯ
พิมพ์ครั้งที่ 1 ธันวาคม 2563 จำนวน 500 เล่ม

ออกแบบปก Kornmaipol Sirimongkolrujikul
ออกแบบรูปเล่ม Nisachon Promsutipong

พิมพ์ที่
โรงพิมพ์ภาพพิมพ์ 45/12-14, 33 หมู่ 4 ต.บางกรวย-จกถนน
ต.บางขุน อ.บางกรวย จ.นนทบุรี 11130

ข้อมูลทางบรรณานุกรมของสำนักหอสมุดแห่งชาติ
National Library of Thailand Cataloging in Publication Data

ศิริวดี งามวิเศษชัยกุล
กฎหมายระหว่างประเทศกับการใช้แม่น้ำโขง.-- กรุงเทพฯ : ศูนย์ศึกษาการต่างประเทศ
กระทรวงการต่างประเทศ, 2563.
72 หน้า

1. กฎหมายระหว่างประเทศ. I. ชื่อเรื่อง.

341
ISBN 978-616-341-079-5

คำนำ

เอกสารศึกษาเรื่อง “กฎหมายระหว่างประเทศกับการใช้แม่น้ำโขง” โดย ดร. ศิรวดี งามวิเศษชัยกุล ข้าราชการในสังกัดกระทรวงการต่างประเทศ เป็นเอกสาร study paper ด้านกฎหมายระหว่างประเทศ ที่ศูนย์ศึกษาการต่างประเทศ (International Studies Center - ISC) ได้จัดพิมพ์ขึ้นในปี 2563 ซึ่งศูนย์ศึกษาการต่างประเทศ ขอขอบคุณ ดร. ศิรวดีฯ ที่ได้อนุญาตให้ศูนย์ศึกษาการต่างประเทศจัดพิมพ์เอกสารฉบับนี้ มา ณ โอกาสนี้

แม่น้ำโขงเป็นแม่น้ำระหว่างประเทศที่มีความยาวถึง 4,880 กิโลเมตร ไหลผ่านประเทศต่างๆ ถึง 6 ประเทศ รวมทั้งเป็นเส้นพรมแดนระหว่างประเทศอีกด้วย เป็นที่ทราบกันดีว่าแม่น้ำโขงมีโครงสร้างของระบบนิเวศที่ค่อนข้างซับซ้อน การใช้ประโยชน์จากแม่น้ำโขงโดยประเทศต้นน้ำจึงมีนัยสำคัญต่อประเทศปลายน้ำ เอกสารศึกษานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อค้นหาและวิเคราะห์เนื้อหาของกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของรัฐริมฝั่งในการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศ รวมทั้งเพื่อชี้ให้เห็นช่องโหว่ของกฎหมายดังกล่าวเมื่อนำมาปรับใช้กับกรณีของแม่น้ำโขง และได้เสนอแนะแนวทางในการอุดช่องโหว่ดังกล่าวด้วย จึงน่าจะเป็นประโยชน์สำหรับผู้เกี่ยวข้องกับการกำหนดนโยบาย ผู้เจรจา และผู้กำหนดมาตรการต่างๆ นอกเหนือไปจากนักวิชาการและบุคคลทั่วไป

ศูนย์ศึกษาการต่างประเทศหวังเป็นอย่างยิ่งว่าผู้อ่านจะได้รับความรู้ที่เป็นประโยชน์ และเป็นการกระตุ้นให้มีการศึกษาวิจัยประเด็นที่สำคัญนี้ให้กว้างขวางยิ่งขึ้น สมดังเจตนารมณ์ของผู้เขียนและผู้จัดพิมพ์ต่อไป

ดร. อนุสนธิ์ ชินวรรโณ

ผู้อำนวยการศูนย์ศึกษาการต่างประเทศ

สารบัญ

บทคัดย่อ

8

บทนำ

10



ส่วนที่ 1 : การใช้กฎหมายระหว่างประเทศเพื่อการป้องกันความเสียหาย

บทที่ 1

พันธกรณีในการป้องกันความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญแก่รัฐริมฝั่งอื่น

18

บทที่ 2

การปฏิบัติตามพันธกรณีของรัฐริมฝั่งแม่น้ำโขงในการป้องกันความเสียหายข้ามพรมแดน

32



ส่วนที่ 2 : การใช้กฎหมายระหว่างประเทศเพื่อการเยียวยาความเสียหาย

บทที่ 3

สิทธิของรัฐริมฝั่งอันเกิดจากหลักกอธิปไตยเหนือดินแดน

44

บทที่ 4

การกำหนดความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐ : ข้อจำกัดและอุปสรรค

54



บทสรุป

60

บรรณานุกรม

62

Abstract

The Mekong River constitutes a complex ecosystem in which water and other related resources are interconnected regardless of the national boundaries. Transboundary impacts of water utilization projects located in the Mekong upstream have today become the most concerning issue for the co-riparians downstream.

The purposes of this research paper are to explore content of international laws governing the use of international river and to identify their loopholes when being applied in the current context of the Mekong River. Some recommendations to close that loopholes are also provided.

International laws regarding the use of international river center mostly on preventive and remedial aspects of transboundary harms. From this perspective, the research paper is divided into two main parts. The first part examines a rule requiring the riparian states to prevent substantial transboundary harm while using a portion of the Mekong River located in their own territory. Some loopholes preventing these States to fully comply with that rule are also examined in this first part. The second part examines whether the law of state responsibility could in practice ensure effective remedy for the co-riparians claiming that environmental conditions of the Mekong River in their territories are being damaged due to extensive uses of the river by upstream countries and that their right to use this same river have been violated.

Keywords: Mekong River; obligation to prevent; transboundary harm; international responsibility

บทคัดย่อ

แม่น้ำโขงมีโครงสร้างของระบบนิเวศที่ค่อนข้างซับซ้อน ประกอบไปด้วย ทรัพยากรน้ำและทรัพยากรธรรมชาติอื่นๆ ที่มีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิดแม้จะมีเส้นพรมแดนระหว่างประเทศที่แบ่งแยกแม่น้ำโขงออกเป็นสัดส่วนจากกัน ความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันของทรัพยากรธรรมชาติเหล่านี้เป็นปัจจัยที่สร้างความห่วงกังวลแก่หลายฝ่ายว่าการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำโขงภายในดินแดนของประเทศต้นน้ำอาจจะสร้างความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญให้แก่ประเทศที่อยู่ปลายน้ำ งานวิจัยฉบับนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อค้นหาและวิเคราะห์เนื้อหาของกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของรัฐริมฝั่งในการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศ รวมทั้งเพื่อชี้ให้เห็นช่องโหว่ของกฎหมายดังกล่าวเมื่อนำมาปรับใช้กับกรณีของแม่น้ำโขง และได้เสนอแนะแนวทางในการอุดช่องโหว่ดังกล่าว จากการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของสนธิสัญญาหรือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ พบว่าเนื้อหาส่วนใหญ่จะมุ่งเน้นกำหนดหน้าที่ของรัฐริมฝั่งในการใช้ความพยายามอย่างเต็มที่เพื่อป้องกันผลกระทบข้ามพรมแดนของกิจกรรมการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศภายในประเทศของตน รวมถึงกำหนดขั้นตอนทางกฎหมายในการเยียวยาความเสียหายแก่รัฐริมฝั่งที่ได้รับความเสียหายจากกิจกรรมการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ งานวิจัยฉบับนี้จึงเลือกที่จะแบ่งการศึกษาออกเป็นสองส่วนหลักๆ คือ ส่วนแรก ศึกษาพันธกรณีของรัฐริมฝั่งในการป้องกันมิให้การใช้แม่น้ำโขงภายในดินแดนของตนสร้างความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญแก่รัฐริมฝั่งอื่น รวมทั้งวิเคราะห์สาเหตุที่ทำให้รัฐริมฝั่งไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวได้อย่างครบถ้วนสมบูรณ์ ส่วนที่สอง ศึกษาว่า ในกรณีที่รัฐริมฝั่งละเลยไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวและความเสียหายได้เกิดขึ้น กฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความรับผิดชอบระหว่างประเทศจะสามารถช่วยเยียวยารัฐริมฝั่งที่ได้รับความเสียหายได้จริงหรือไม่

คำสำคัญ : แม่น้ำโขง; พันธกรณีในการป้องกันความเสียหาย; ความเสียหายข้ามพรมแดน; ความรับผิดชอบระหว่างประเทศ

บทนำ

แม่น้ำโขงมีโครงสร้างของระบบนิเวศที่ค่อนข้างซับซ้อน ประกอบไปด้วย ทรัพยากรน้ำและทรัพยากรธรรมชาติอื่นๆ ที่มีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิดแม้จะมีเส้นพรมแดนระหว่างประเทศที่แบ่งแยกแม่น้ำโขงออกเป็นสัดส่วนจากกัน ความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันของทรัพยากรธรรมชาติเหล่านี้เป็นปัจจัยที่สร้างความห่วงกังวลแก่หลายฝ่ายว่าการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำโขงภายในดินแดนของประเทศต้นน้ำอาจจะสร้างความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญให้แก่ประเทศที่อยู่ปลายน้ำ

งานวิจัยฉบับนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อค้นหาและวิเคราะห์เนื้อหาของกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของรัฐริมฝั่งในการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศ รวมทั้งเพื่อชี้ให้เห็นช่องโหว่ของกฎหมายดังกล่าวเมื่อนำมาปรับใช้กับกรณีของแม่น้ำโขง และได้เสนอแนะแนวทางในการอุดช่องโหว่ดังกล่าว โดยผู้เขียนได้นำผลการศึกษาที่ตนเองเคยรวบรวมและวิเคราะห์ไว้ในวิทยานิพนธ์ระดับปริญญาเอก เรื่องการจัดการแม่น้ำโขงกับการใช้กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งได้จัดทำไว้เมื่อ 13 ปีก่อนมาใช้เป็นแนวทางในการศึกษาวิจัยในครั้งนี้

จากการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของสนธิสัญญาหรือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ พบว่าเนื้อหาล้วนใหญ่จะมุ่งเน้นกำหนดให้รัฐริมฝั่งมีหน้าที่ต้องใช้ความพยายามอย่างเต็มที่เพื่อป้องกันผลกระทบข้ามพรมแดนของกิจกรรมการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศภายในประเทศของตน รวมถึงกำหนดขั้นตอนทางกฎหมายในการเยียวยาความเสียหายแก่รัฐริมฝั่งที่ได้รับความเสียหายจากกิจกรรมการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศของรัฐริมฝั่งอื่น

งานวิจัยฉบับนี้จึงเลือกที่จะแบ่งการศึกษาออกเป็นสองส่วนหลักๆ คือ ส่วนแรกศึกษาพันธกรณีของรัฐริมฝั่งในการป้องกันมิให้การใช้แม่น้ำโขงภายในดินแดนของตนสร้างความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญแก่รัฐริมฝั่งอื่น รวมทั้งวิเคราะห์สาเหตุที่ทำให้รัฐริมฝั่งไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวได้อย่างครบถ้วนสมบูรณ์ ส่วนที่สองศึกษาว่า ในกรณีที่รัฐริมฝั่งละเลยไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวและความเสียหายได้เกิดขึ้น กฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความรับผิดชอบระหว่างประเทศจะสามารถช่วยเยียวยารัฐริมฝั่งที่ได้รับความเสียหายได้จริงหรือไม่

เพื่อให้ผู้อ่านที่อาจยังไม่คุ้นเคยกับแม่น้ำโขงสายนี้ หรืออาจยังไม่คุ้นชินกับกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งมีความแตกต่างจากกฎหมายโดยทั่วไป ผู้เขียนจึงขอนำเสนอข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับแม่น้ำโขงและกฎหมายระหว่างประเทศ ก่อนที่จะเข้าสู่รายละเอียดเนื้อหาของงานวิจัยฉบับนี้ต่อไป

ทำความเข้าใจแม่น้ำโขง

•

ลักษณะทางกายภาพ

แม่น้ำโขงเป็นแม่น้ำระหว่างประเทศ ไหลผ่านจีน เวียดนาม ลาว ไทย กัมพูชา และเวียดนาม มีความยาวเป็นอันดับที่ 12 ของโลก ประมาณ 4,880 กิโลเมตร¹ มีต้นกำเนิดในประเทศจีนบนที่ราบสูงทิเบตที่มีหิมะปกคลุมและมีความสูงประมาณ 5,500 เมตรจากระดับน้ำทะเล ทอดยาวผ่านภูมิประเทศที่เป็นหุบเขาลงสู่ทิศใต้ ผ่าน 3 มณฑลของจีน คือ มณฑลชิงไห่ เขตปกครองตนเองทิเบต และมณฑลยูนนาน จนกระทั่งถึงจุดที่เขตแดนจีน เวียดนาม และลาวมาบรรจบกัน² แม่น้ำโขงไหลออกจากจีนและทำหน้าที่เป็นพรมแดนธรรมชาติระหว่างเวียดนามกับลาว และระหว่างไทยกับลาว เป็นช่วงระยะทางสั้นๆ และไหลต่อไปทางทิศตะวันออกเฉียงใต้ในดินแดนของลาว ผ่านเมืองหลวงพระบาง จากนั้นไหลลงด้านทิศใต้ จนถึงจังหวัดเลยซึ่งเป็นจุดที่แม่น้ำโขงเริ่มกลับมาเป็นเขตแดนระหว่างไทยกับลาวอีกครั้งและไหลผ่านหลายจังหวัดในภาคอีสานของไทย จนถึงจังหวัดอุบลราชธานี แม่น้ำโขงไหลกลับเข้าไปยังแผ่นดินลาว ไหลผ่านเมืองปากเซ จนถึงเขตแดนระหว่างลาวกับกัมพูชา จากนั้นไหลผ่านกัมพูชาไปสู่เวียดนามและออกสู่อ่าวตังเกี๋ยในที่สุด³

¹ Mekong River Commission, *The MRC Hydropower Mitigation Guidelines, Guidelines for Hydropower Environmental Impact Mitigation and Risk Management in the Lower Mekong Mainstream and Tributaries, MRC Technical Guideline Series, Vol. 1, January 2019, p. 9.*

² Schaaf (C.H.) and Fifield (R.H.), *The Lower Mekong; Challenge to cooperation in southeast asia*, D. Van Nostrand Company, Ltd., New York, 1963, p. 71.

³ *Ibid.*, p. 71.

สภาพภูมิอากาศ

ลุ่มแม่น้ำโขงได้รับอิทธิพลจากลมมรสุมตะวันออกเฉียงเหนือซึ่งพัดพาความแห้งแล้งมาสู่ลุ่มแม่น้ำ และลมมรสุมตะวันตกเฉียงใต้พัดพาความชื้นจากมหาสมุทรอินเดียเข้ามาสู่ลุ่มน้ำ ส่งผลให้เกิดฤดูแล้งและฤดูฝนสลับกันไป ฤดูฝนเริ่มประมาณเดือนมิถุนายนถึงเดือนพฤศจิกายน⁴

ลักษณะทางอุทกวิทยา

ลำน้ำสายประธานของแม่น้ำโขง (mainstream) ได้รับน้ำจากลำน้ำสาขาสายต่างๆ ที่อยู่บนดินแดนของรัฐริมฝั่ง ร้อยละ 16 จากจีน ร้อยละ 2 จากเมียนมา ร้อยละ 35 จากลาว ร้อยละ 18 จากไทย ร้อยละ 18 จากกัมพูชา และร้อยละ 11 จากเวียดนาม⁵ ปริมาณน้ำในช่วงฤดูฝนและฤดูแล้งมีความแตกต่างกันอย่างมาก ในฤดูฝนแม่น้ำโขงจะมีปริมาณน้ำมากถึงร้อยละ 85 - 90 ของปริมาณน้ำโดยเฉลี่ยต่อปี ในขณะที่ฤดูแล้งมีปริมาณน้ำเพียงร้อยละ 1 - 2⁶

ลักษณะทางสังคม

ประชากรประมาณ 65 ล้านคนอาศัยอยู่ในลุ่มแม่น้ำโขงตอนล่าง⁷ ประกอบด้วยประชากรกัมพูชาประมาณ 13.4 ล้านคน (ความหนาแน่นของประชากร 86 คนต่อตารางกิโลเมตร) ประชากรลาวประมาณ 6.2 ล้านคน (30 คนต่อตารางกิโลเมตร) ประชากรไทยประมาณ 25.4 ล้านคน (125 คนต่อตารางกิโลเมตร) ประชากรเวียดนามประมาณ 19.8 ล้านคน⁸ (297 คนต่อตารางกิโลเมตร) ประชากรดังกล่าวส่วนใหญ่

⁴ www.mrcmekong.org/about/mekong-basin/climate/

⁵ Mekong River Commission Secretariat, *Mekong River Basin Diagnostic Study*, Final Report, May 1997, p. 2 - 5.

⁶ Ibid.

⁷ *Mekong Lancang Cooperation: China welcomes MRC's call for a closer tie*, 7 November 2018. www.mrcmekong.org/news-and-events/news/mekong-lancang-cooperation-china-welcomes-mrcs-call-for-a-closer-tie/

⁸ Mekong River Commission, *State of the Basin Report 2018*, June 2018, p. 16. https://mrcmekong.org/assets/Publications/SOBR-V8_Final-for-web.pdf

ใช้ประโยชน์จากแม่น้ำโขงเพื่อการเกษตรและการประมง แม่น้ำโขงจึงเป็นแหล่งความมั่นคงทางอาหารที่สำคัญของประชากรในพื้นที่

แนวโน้มการเพิ่มสูงขึ้นของจำนวนประชากรทั้งที่อยู่ในและนอกกลุ่มแม่น้ำโขง ผลักดันให้รัฐริมฝั่งเร่งใช้ประโยชน์จากแม่น้ำโขงเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจในอนุภูมิภาค ไม่ว่าจะเพื่อการเดินเรือ การผลิตกระแสไฟฟ้า การประมง การเกษตร การผลักดันน้ำทะเลบริเวณสามเหลี่ยมปากแม่น้ำโขง ปัจจุบันเขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้าขนาดใหญ่จำนวนหลายเขื่อนได้ถูกสร้างและมีแผนจะก่อสร้างบนลำน้ำสายประธานของแม่น้ำโขง ผู้คนที่อาศัยอยู่ริมฝั่งโขงเริ่มสังเกตเห็นการเปลี่ยนแปลงอย่างผิดปกติของแม่น้ำ อาทิ การขึ้นและลงอย่างผิดปกติของระดับน้ำ การแห้งขอดของแม่น้ำโขงในฤดูฝน การลดลงของจำนวนปลาที่เคยจับได้ การเปลี่ยนสีของน้ำในแม่น้ำโขง เป็นต้น หน่วยงานภาครัฐและภาคประชาสังคมของรัฐริมฝั่งต่างแสดงความห่วงกังวลต่อผลกระทบของเขื่อนดังกล่าวต่อระบบนิเวศของกลุ่มแม่น้ำ และเรียกร้องให้รัฐริมฝั่งเจ้าของโครงการดำเนินการเพื่อหลีกเลี่ยงการที่โครงการเขื่อนดังกล่าวจะสร้างความเสียหายข้ามพรมแดนแก่รัฐริมฝั่งอื่น

ทำความเข้าใจกฎหมายระหว่างประเทศ

กฎหมายระหว่างประเทศ คือกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ ข้อ 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ระบุบ่อเกิดหรือแหล่งที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศดังนี้

(1) อนุสัญญาระหว่างประเทศ (international conventions) หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า สนธิสัญญา (treaty) ซึ่งมีผลผูกพันเฉพาะรัฐที่เป็นภาคีสันธิสัญญา

(2) กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (international custom) คือกฎเกณฑ์ที่เกิดจากแนวปฏิบัติที่เหมือนกันของรัฐต่างๆ ทั่วโลกในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศซึ่งได้รับการยอมรับว่ามีค่าเป็นกฎหมาย (opinio juris sive necessitatis) โดยหลักการแล้ว กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีผลผูกพันรัฐทุกรัฐ

(3) หลักกฎหมายทั่วไปที่พบในกฎหมายภายในของประเทศและเป็นที่ยอมรับในหมู่อารยประเทศ (general principles of law recognized by civilized nations)

เช่น หลักสุจริต หลักความเชื่อมโยงระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นกับการกระทำที่เป็นการละเมิดหรือการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย

ทั้งนี้ ในส่วนของคำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมายระหว่างประเทศและคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ศาลโลก) หรือคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้น ในตัวของมันเองไม่ใช่กฎหมายระหว่างประเทศ แต่เป็นตัวที่ช่วยบ่งชี้หรือยืนยันเนื้อหาและการมีอยู่ของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องต่างๆ

ส่วนที่

1

การใช้กฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อการป้องกันความเสียหาย

จากการศึกษาสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสนธิสัญญาที่รัฐริมฝั่งแม่น้ำโขงเป็นภาคี กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ความเห็นหรือคำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ทำให้ทราบว่ากฎหมายระหว่างประเทศได้กำหนดให้รัฐริมฝั่ง (รัฐที่มีแม่น้ำระหว่างประเทศไหลผ่าน) มีพันธกรณี (หน้าที่) ที่จะต้องป้องกันมิให้การใช้แม่น้ำระหว่างประเทศภายในดินแดนของตนเกิดความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญแก่รัฐริมฝั่งอื่น (**บทที่ 1**) งานวิจัยฉบับนี้มุ่งวิเคราะห์ว่า รัฐริมฝั่งแม่น้ำโขงได้ปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวอย่างครบถ้วนสมบูรณ์แล้วหรือไม่ (**บทที่ 2**)

บทที่ 1

พันธกรณีในการป้องกันความเสียหาย
อย่างมีนัยสำคัญแก่รัฐริมฝั่งอื่น

1. ที่มาของพันธกรณี

1.1 หลักกฎหมาย Sic utere tuo ut alienum non laedas

เป็นหลักกฎหมายที่ห้ามรัฐใช้ดินแดนของตนให้เกิดความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญแก่รัฐอื่น หลักกฎหมายนี้มีที่มาจากกฎหมายโรมันและค่อยๆ พัฒนาผ่านการนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในสนธิสัญญาหลายฉบับ และรัฐต่างๆ ทั่วโลกได้ปฏิบัติตามหลักกฎหมายนี้โดยเชื่อว่ามีค่าเป็นกฎหมาย รวมถึงการที่คำสอนของนักนิติศาสตร์ผู้ทรงคุณวุฒิ คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ได้กล่าวยอมรับการมีอยู่ของหลักกฎหมายดังกล่าวอย่างสอดคล้องและเป็นไปในทิศทางเดียวกัน⁹ จนกระทั่งหลักกฎหมายนี้ได้กลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอย่างสมบูรณ์และมีผลผูกพันรัฐทุกรัฐ

หลักกฎหมาย Sic utere tuo ut alienum non laedas นี้ไม่เพียงกำหนดให้รัฐต้อง “ละเว้น” (abstain) การสร้างความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญแก่สิทธิของรัฐอื่น แต่ยังกำหนดให้รัฐต้อง “ดำเนินมาตรการที่เหมาะสม” (take all appropriate measures) เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายหรือเกิดการล่วงละเมิดสิทธิดังกล่าว สนธิสัญญาเกี่ยวกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศและการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศส่วนใหญ่จะระบุให้รัฐภาคีของสนธิสัญญามีพันธกรณีต้อง “take appropriate measures” เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศในดินแดนของตนเกิดความเสียหายแก่

⁹ Combacau (J.), Sur (S.), *Droit International Public*, Montchrestien, Paris, 2006, p. 429/ International Court of Justice (ICJ.), *Report of Judgments, Advisory Opinions and Orders, The Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania), Judgment of April 9th, 1949*, p. 22/ The Indus Waters Treaty, signed by India, Pakistan and the World Bank on 19 September 1960 article IV (3a) (6) (9) (10).

รัฐริมฝั่งอื่น¹⁰ ตุรกีซึ่งเป็นประเทศต้นน้ำของแม่น้ำยูเฟรทีส (Euphrates) ซึ่ง ไหลผ่านตุรกี ซีเรีย และอิรัก ได้เคยประกาศในตอนที่ตุรกีจะดำเนินโครงการเขื่อน Atatürk บนแม่น้ำ Euphrates ว่า ตุรกีได้ดำเนินมาตรการที่จำเป็นเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการก่อสร้างเขื่อนบนแม่น้ำดังกล่าวก่อความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญแก่รัฐริมฝั่งที่อยู่ปลายน้ำ¹¹

คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีพิพาทระหว่างสโลวาเกียกับฮังการีเกี่ยวกับโครงการเขื่อน Gabčíkovo-Nagymaros บนแม่น้ำดานูบ เมื่อวันที่ 25 กันยายน ค.ศ. 1997 ได้กล่าวถึงหน้าที่ของรัฐริมฝั่งในการป้องกันความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมไว้ดังนี้ “The Court is mindful that, in the field of environmental protection, vigilance and prevention are required on account of the often irreversible character of damage to the environment and of the limitations inherent in the very mechanism of reparation of this type of damage.”¹²

1.2 กฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับกับประเทศในอนุภูมิภาคแม่น้ำโขง

(1) แม่น้ำโขงตอนล่าง

ข้อ 7 ของความตกลงว่าด้วยความร่วมมือเพื่อการพัฒนาลุ่มแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืน ค.ศ. 1995 (Agreement on Cooperation for the Sustainable Development of the Mekong River Basin) (ในงานวิจัยนี้จะเรียกความตกลงนี้ว่า ความตกลงแม่น้ำโขง ค.ศ. 1995) ซึ่งมีรัฐริมฝั่งแม่น้ำโขงตอนล่างคือ กัมพูชา ลาว ไทย และเวียดนาม เป็นภาคี กำหนดให้รัฐภาคีใช้ทุกความพยายามเพื่อหลีกเลี่ยง ลด และบรรเทา ผลเสียหายที่อาจจะเกิดแก่สิ่งแวดล้อม ปริมาณและคุณภาพน้ำ สภาวะ (ระบบนิเวศ) ของน้ำและความสมดุล

¹⁰ ข้อ 7 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้ลำน้ำระหว่างประเทศเพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือจากการเดินเรือ ค.ศ. 1997 / ข้อ 7 ของความตกลงว่าด้วยความร่วมมือเพื่อการพัฒนาลุ่มแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืน ค.ศ. 1995 (ความตกลงแม่น้ำโขง) / ข้อ 5 ของอนุสัญญาแอฟริกันว่าด้วยการอนุรักษ์ธรรมชาติและทรัพยากรธรรมชาติ ค.ศ. 1968

¹¹ อ้างอิงจาก McCaffrey (S.C.), *The Law of International Watercourses: Non-Navigational Uses*, Oxford New York, Oxford University Press, 2001, p. 281.

¹² International Court of Justice. *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Case Concerning the Gabčíkovo Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment of 25 September 1997*, paragraph 140.

ทางนิเวศของระบบแม่น้ำโขง อันเนื่องจากการพัฒนาและใช้น้ำจากลุ่มแม่น้ำโขง

ข้อ 7 ของความตกลงฯ ภายใต้หัวข้อ “*Prevention and Cessation of Harmful Effects*” ระบุว่า “*The Parties agreeto make every effort to avoid, minimize and mitigate harmful effects that might occur to the environment, especially the water quantity and quality, the aquatic (eco-system) conditions, and ecological balance of the river system, from the development and use of the Mekong River Basin water resources or discharge of waters and return flows*”.

ข้อ 5 ของความตกลงฯ กำหนดว่า ก่อนที่รัฐภาคีจะเริ่มดำเนินกิจกรรมการใช้น้ำในลุ่มแม่น้ำโขงที่อยู่ภายในดินแดนของตนเอง รัฐภาคีดังกล่าวจะต้องดำเนินการมาตรการใดมาตรการหนึ่งดังต่อไปนี้ เพื่อป้องกันมิให้กิจกรรมการใช้น้ำนั้นเกิดผลเสียหายแก่รัฐภาคีอื่น ได้แก่

1) การแจ้ง (notification) กิจกรรมการใช้น้ำของตนให้รัฐภาคีอื่นทราบ

2) การปรึกษาหารือล่วงหน้า (prior consultation) กับรัฐภาคีอื่นๆ และผู้ที่มีส่วนได้เสียเกี่ยวกับกิจกรรมการใช้น้ำของตนเพื่อรับฟังข้อห่วงกังวลรวมถึงเพื่อให้รัฐภาคีความตกลงแม่น้ำโขง ค.ศ. 1995 สามารถตกลงกันเกี่ยวกับมาตรการที่รัฐเจ้าของกิจกรรมการใช้น้ำควรจะต้องดำเนินการเพื่อหลีกเลี่ยงหรือบรรเทาผลกระทบข้ามพรมแดนของกิจกรรมดังกล่าว¹³ รัฐภาคีเจ้าของกิจกรรมสามารถเริ่มดำเนินกิจกรรมการใช้น้ำได้เมื่อสิ้นสุดระยะเวลาปรึกษาหารือล่วงหน้าซึ่งกำหนดไว้ 6 เดือน โดยเมื่อครบกำหนดระยะเวลา 6 เดือนแล้ว รัฐภาคีอื่นๆ ของความตกลงฯ ไม่มีสิทธิคัดค้านให้ยุติกิจกรรมการใช้น้ำดังกล่าว¹⁴

¹³ Mekong River Commission Secretariat, *Technical Review Report, Prior Consultation for the Proposed Luang Prabang Hydropower Project, Procedures for Notification, Prior Consultation and Agreement*, June 2020, p. 3.

¹⁴ ความตกลงแม่น้ำโขง ค.ศ. 1995 ระบุว่า “Prior consultation is neither a right to veto the use nor unilateral right to use water by any riparian without taking into account other riparians’ right”.

3) การต้องได้รับความยินยอมจากรัฐภาคีทุกรัฐก่อนที่จะสามารถดำเนินกิจกรรมการใช้น้ำในประเทศของตน

รัฐภาคีมีหน้าที่ต้องดำเนินการใดมาตรการหนึ่งข้างต้น ขึ้นอยู่กับว่ากิจกรรมการใช้น้ำโขงของรัฐภาคีนั้นมีความเสี่ยงที่จะสร้างความเสียหายแก่รัฐภาคีอื่นมากน้อยเพียงใด ระดับของความเสี่ยงที่เวลานี้ขึ้นอยู่กับฤดูที่มีการใช้น้ำ ฤดูฝนหรือฤดูแล้ง ที่ตั้งของโครงการใช้น้ำ ตั้งอยู่บนลำน้ำสายประธานหรืออยู่บนลำน้ำสาขาของแม่น้ำโขง ลักษณะการใช้น้ำเป็นการใช้น้ำที่ปริมาณน้ำยังอยู่ภายในลุ่มน้ำหรือเป็นการผันน้ำข้ามลุ่มน้ำ ซึ่งรายละเอียดของพันธกรณีในข้อนี้จะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

ข้อ 6 ของความตกลงฯ กำหนดให้รัฐภาคีมีหน้าที่รักษาระดับน้ำในลำน้ำสายประธาน 1) ไม่ให้ต่ำกว่าระดับน้ำต่ำสุดรายเดือนตามธรรมชาติที่เป็นที่ยอมรับได้ในช่วงฤดูแล้ง (เพื่อให้มีปริมาณน้ำเพียงพอที่ประเทศปลายน้ำจะสามารถใช้ได้) 2) ในระดับที่จะทำให้น้ำจากลำน้ำสายประธานสามารถไหลกลับคืนสู่ทะเลสาบเขมรในประเทศกัมพูชาในช่วงฤดูฝน (wet season) (ทะเลสาบเขมรอยู่ในประเทศกัมพูชาทำหน้าที่คล้ายอ่างกักเก็บน้ำขนาดใหญ่ ในช่วงฤดูฝนระดับน้ำตามธรรมชาติในทะเลสาบเขมรจะช่วยรักษาสมดุลของระบบนิเวศของทะเลสาบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการดำรงอยู่และการสืบพันธุ์ของปลาชนิดต่างๆ) 3) หน้าที่ในการรักษาระดับน้ำสูงสุดโดยเฉลี่ยในแต่ละวันบนลำน้ำสายประธานไม่ให้สูงเกินกว่าระดับน้ำโดยเฉลี่ยตามธรรมชาติในช่วงฤดูน้ำหลาก (flood season) (เพื่อป้องกันการเกิดน้ำท่วมในลุ่มแม่น้ำโขง)

(2) แม่น้ำโขงตอนบน

จีนและเมียนมาซึ่งเป็นรัฐริมฝั่งแม่น้ำโขงตอนบน แม้จะไม่ได้เป็นภาคีความตกลงแม่น้ำโขง ค.ศ. 1995 ข้างต้น แต่ทั้งสองประเทศได้มีการจัดทำสนธิสัญญาและมีแนวปฏิบัติที่ให้ความสำคัญกับหน้าที่ของรัฐในการดำเนินการเพื่อป้องกันความเสียหายข้ามพรมแดน ยกตัวอย่างอนุสัญญาว่าด้วยการเดินเรือพาณิชย์บนแม่น้ำล้านช้าง-แม่โขง ค.ศ. 2000 ซึ่งจีน เมียนมา ลาว และไทยเป็นภาคี อนุสัญญาฯ กำหนดว่าในการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำโขงเพื่อการเดินเรือ นั้น รัฐภาคีมีหน้าที่ต้องปรึกษาหารือร่วมกันเพื่อรักษาสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำโขง¹⁵

ผู้แทนรัฐบาลจีนได้เคยกล่าวในการประชุมคณะกรรมการมาธิการคณะที่ 6 (คณะกรรมการการค้าด้านกฎหมาย) ของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติในปี ค.ศ. 1998 ว่า การป้องกันความเสียหายข้ามพรมแดนเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ และยอมรับว่าหลักการที่กำหนดให้รัฐต้องดำเนินมาตรการเพื่อป้องกันความเสียหายข้ามพรมแดนที่อาจจะเกิดแก่สิ่งแวดล้อมของรัฐอื่นได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ¹⁵ นอกจากนี้ ในการประชุมร่วมกับคณะกรรมการแม่น้ำโขง (Mekong River Commission: MRC) เมื่อเดือนสิงหาคม ค.ศ. 2004 ผู้แทนรัฐบาลจีนได้เสนอที่จะสร้างเขื่อนบริเวณด้านท้ายของแม่น้ำโขงตอนบนเพื่อทำหน้าที่ที่ควบคุมและป้องกันการผันผวนของระดับน้ำที่ไหลออกจากประเทศจีนไปยังประเทศที่อยู่ปลายน้ำ¹⁷ อันเนื่องจากการ operate เขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้าพลังน้ำบนลำน้ำสายประธานของแม่น้ำโขงในประเทศจีน การที่ผู้แทนรัฐบาลจีนได้แสดงการยอมรับและยืนยันหน้าที่ของรัฐในการป้องกันความเสียหายข้ามพรมแดนในเวทีระหว่างประเทศต่างๆ ถือเป็น การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของรัฐที่ต้องการจะผูกพันตามสิ่งที่ผู้แทนของรัฐได้กล่าวและแสดงออก การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ (unilateral act) ดังกล่าวนี้จึงมีผลผูกพันรัฐบาลจีนตามกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁸

¹⁵ Agreement on Commercial Navigation on Lancang-Mekong River Among the Governments of the People's Republic of China, the Lao People's Democratic Republic, the Union of Myanmar and the Kingdom of Thailand. Article 21 ".....Representatives of the Contracting Parties shall hold meetings at least once a year....or whenever necessary upon request by any Contracting Party to consult and to promote cooperation in the following matters... (b) measures to increase safety for navigation and protection of environment,.....(f) for the purpose of safe and smooth navigation, especially in dry season, to cooperate to a possible extent in the provision of water flow and the relevant data.....".

¹⁶ General Assembly, United Nations, Summary Record of the 14th Meeting of the Sixth Committee concerning the Report of the International Law Commission on the Work of its Fiftieth Session, 11 November 1998, p.6. (A/C.6/53/SR 14 p. 6).

¹⁷ Mekong River Commission Secretariat, Report of the ninth dialogue meeting between the Mekong River Commission and the People's Republic of China and the Union of Myanmar 26th August 2004, Vientiane, Lao PDR. p. 62.

¹⁸ จตุรนต์ ธิระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547) หน้า 92 ในคดีพิพาทระหว่างฝรั่งเศสและนิวซีแลนด์ นิวซีแลนด์ได้ขอศาลให้พิพากษาว่าการที่ฝรั่งเศสทดสอบอาวุธนิวเคลียร์ในชั้นบรรยากาศในภูมิภาคแปซิฟิกได้เป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วินิจฉัยว่า คำประกาศฝ่ายเดียว (Unilateral Declaration) ของประธานาธิบดีฝรั่งเศสที่ว่า ฝรั่งเศสจะยุติการทดสอบอาวุธนิวเคลียร์ดังกล่าว มีผลผูกพันฝรั่งเศสให้ต้องปฏิบัติตามสิ่งที่ประธานาธิบดีฯ ได้ประกาศไว้ โปรดดู International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Case Concerning Nuclear Test Case (New Zealand V. France), Judgment of 20 December 1974, p. 472 – 474.

2. เนื้อหาของพันธกรณี

รัฐจะมีพันธกรณี (หน้าที่) ในการต้องดำเนินมาตรการเพื่อป้องกันความเสียหายข้ามพรมแดนต่อเมื่อการใช้ดินแดนของรัฐนั้นมีความเสี่ยงหรือโอกาสที่จะสร้างความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญกับรัฐอื่น (2.1) โดยรัฐได้รู้หรือควรจะคาดการณ์ได้ว่าการใช้ดินแดนของตนมีความเสี่ยงเช่นนั้น (2.2) และจะถือว่ารัฐได้ปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวอย่างครบถ้วนต่อเมื่อรัฐได้ใช้ความระมัดระวังอย่างวิญญูชน (due diligence) แล้ว แม้ว่าในที่สุดความเสียหายจะเกิดขึ้นก็ตาม (2.3)

2.1 การใช้ดินแดนของรัฐมีความเสี่ยงที่จะสร้างความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญแก่รัฐอื่น

กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้รัฐต้องยอมรับความเสียหายหรือความไม่สะดวกสบายเพียงเล็กน้อยที่ได้รับจากการกระทำของรัฐเพื่อนบ้านข้างเคียง ในทางตรงกันข้าม กฎหมายระหว่างประเทศห้ามรัฐกระทำการใดๆ ที่จะทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง/อย่างมีนัยสำคัญต่อรัฐอื่น (ความเสียหายต่อผลประโยชน์อันสำคัญของรัฐอื่น¹⁹) และมีหน้าที่ใช้มาตรการป้องกันต่างๆ เมื่อการใช้ดินแดนของตนมีความเสี่ยงที่จะก่อความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญดังกล่าว²⁰

¹⁹ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีพิพาท Gabčíkovo – Nagymaros ระหว่างฮังการีและสโลวาเกีย ได้กล่าวในคำพิพากษาว่า “The Court has no difficulty in acknowledging that the concerns expressed by Hungary for its natural environment in the region affected by the Gabčíkovo – Nagymaros Project related to an “essential interest” of that State.....” โปรดดู International Court of Justice, *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Case Concerning the Gabčíkovo – Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment of 25 September 1997, p.38 para53.

²⁰ ผู้แทนรัฐบาลจีนประกาศชัดเจนในการประชุมคณะกรรมการคณะที่ 6 ของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติว่า “His delegation endorsedin the draft articlesthe words “significant harm”, which was clearer and more straightforward. Moreover, that usage was in line with other international instruments dealing with environmental protection and would be more acceptable to States.” โปรดดู The United Nations General Assembly (Forty – Ninth Session), *Summary Record of the 23rd Meeting of the Sixth Committee, the 49th Session of the Sixth Committee*, 1 November 1994, A/C.6/49/SR.23, p. 14

ผู้แทนรัฐบาลไทยในการประชุมคณะกรรมการคณะที่ 6 ของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ได้เคยกล่าวไว้ว่า “.....the obligation to notify other watercourse States of planned measures applied only if those measures might cause serious harm to those State.....”. โปรดดู The United Nations General Assembly (Forty – Third Session), *Summary Record of the 39th Meeting of the Sixth Committee*, 11 November 1958, A/C.6/43/SR. 39 p. 5 para 17.

ความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญดังกล่าวนี้จะต้องมีโอกาสหรือความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นได้จริง กล่าวคือ มีหลักฐานชัดเจนว่าความเสียหายดังกล่าวน่าจะต้องเกิดขึ้น²¹ ดังนั้น หากไม่มีหลักฐานชัดเจนพอที่จะทำให้แน่ใจได้ว่าความเสียหายจะต้องเกิดขึ้นแล้ว รัฐก็ไม่มีหน้าที่ต้องดำเนินมาตรการเพื่อป้องกันความเสียหายดังกล่าว

ข้อ 7 ของความตกลงแม่น้ำโขง ค.ศ. 1995 ยืนยันหลักการข้างต้น ดังนี้ “*Where one or more States is notified with proper and valid evidence that it is causing substantial damage to one or more riparians from the use of and/or discharge to water of the Mekong river, that State or States shall cease immediately the alleged cause of harm until such cause of harm is determined in accordance with Article 8*”.

ข้อ 5 ของความตกลงดังกล่าวได้จัดแบ่งระดับความเสี่ยงของกิจกรรมการใช้น้ำในแม่น้ำโขงที่อาจจะสร้างความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญแก่รัฐริมฝั่งอื่น และกำหนดมาตรการป้องกันความเสียหายที่สอดคล้องกับระดับของความเสี่ยงดังกล่าว ดังนี้

²¹ คณะกรรมาธิการแม่น้ำโขง (Mekong River Commission) มอบหมายให้สำนักงานเลขาธิการ (MRC Secretariat) ทำรายงานการศึกษาที่เรียกว่า “Council Study” เพื่อศึกษาและค้นหาข้อเท็จจริงและหลักฐานทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับผลกระทบของโครงการใช้น้ำต่างๆ ในแม่น้ำโขง โดยเฉพาะอย่างยิ่งโครงการผลิตกระแสไฟฟ้าพลังน้ำบนลำน้ำสายประธานของแม่น้ำโขง โปรดดู Henry Manguerra, *The Council Study, Sustainable Management and Development of the Mekong River Including Impacts of the Mainstream Hydropower Projects*, 4th BDP Forum of the Mekong Basin Development Strategy, 21 November 2014, Siem Reap, Cambodia. โปรดดูเว็บไซต์ Mekong River Commission www.mrcmekong.org/assets/Publications/Council-Study/-0940-0855-.16Council-Study-BDP-Forum-v181114v-2NEW.pdf

มาตรการป้องกันความเสียหาย	การใช้น้ำที่มีความเสี่ยงที่จะสร้างความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญแก่รัฐริมฝั่งอื่น
การแจ้งการใช้น้ำแก่รัฐริมฝั่งอื่นผ่าน Joint Committee ของ MRC (notification)	การใช้น้ำบนลำน้ำสาขาของแม่น้ำโขง ซึ่งรวมถึงแม่น้ำ Tonle Sap ในกัมพูชา ไม่ว่าจะเป็นการใช้น้ำภายในลุ่มแม่น้ำโขง หรือเป็นการผันน้ำข้ามลุ่มแม่น้ำ
การแจ้งการใช้น้ำแก่รัฐริมฝั่งอื่นผ่าน Joint Committee ของ MRC (notification)	การใช้น้ำบนลำน้ำสายประธานของแม่น้ำโขง เฉพาะภายในลุ่มน้ำในช่วงฤดูฝน
การปรึกษาหารือล่วงหน้ากับรัฐริมฝั่งอื่น (prior consultation) ผ่าน Joint Committee ของ MRC	การใช้น้ำบนลำน้ำสายประธานโดยการผันน้ำข้ามลุ่มน้ำในช่วงฤดูฝน
การปรึกษาหารือล่วงหน้ากับรัฐริมฝั่งอื่น (prior consultation) ผ่าน Joint Committee ของ MRC	การใช้น้ำบนลำน้ำสายประธานของแม่น้ำโขง ภายในลุ่มน้ำในช่วงฤดูแล้ง
ความยินยอมของรัฐภาคีผ่าน Joint Committee ของ MRC	การใช้น้ำบนลำน้ำสายประธานโดยการผันน้ำข้ามลุ่มน้ำในช่วงฤดูแล้ง

ความตกลงว่าด้วยการเดินเรือพาณิชย์บนแม่น้ำล้านช้าง-แม่โขง ซึ่งจีน เมียนมา ลาว และไทย จัดทำขึ้นเมื่อเดือนเมษายน ค.ศ. 2000 ได้กำหนดมาตรการในการป้องกันความเสียหายไว้ตามระดับของความเสี่ยงของกิจกรรมการใช้น้ำโขงเช่นกัน ข้อ 17 ของความตกลงฯ ห้ามรัฐภาคีขนส่งสารเคมีเป็นพิษ วัตถุระเบิด หรือวัตถุกัมมันตรังสีในแม่น้ำโขงอย่างเด็ดขาด อย่างไรก็ตาม ความตกลงฯ เปิดช่องให้รัฐภาคีสามารถขนส่งสินค้าอันตรายอย่างอื่นที่มีความเสี่ยงน้อยกว่านี้ได้ แต่ต้องมีการปรึกษาหารือกันเพื่อกำหนดชนิดของสินค้าอันตรายที่จะอนุญาตให้ขนส่งได้ รวมถึงเพื่อหามาตรการป้องกันที่เหมาะสม²²

²² Agreement on Commercial Navigation on Lancang-Mekong River among the Governments of the People's Republic of China, the Lao People's Democratic Republic, the Union of Myanmar and the Kingdom of Thailand, 2000. Article 17 "For the safety of life, health and the protection of the environment the carriage under this Agreement of hazardous materials such as toxic chemicals, explosives and radioactive material shall be prohibited. However, the carriage of some other types and categories of dangerous goods and the safety measures thereof may be agreed upon by consultation among the Contracting Parties."

2.2 รัฐได้รู้หรือควรจะรู้ว่ากิจกรรมในประเทศของตนมีความเสี่ยงที่จะก่อความเสียหายข้ามพรมแดน (หลักสุจริต)

รัฐจะมีพันธกรณีในการต้องป้องกันความเสียหายข้ามพรมแดนต่อเมื่อรัฐได้รู้หรือควรจะรู้ว่ากิจกรรมที่กระทำภายในดินแดนของตนนั้นมีความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายกับประเทศเพื่อนบ้านข้างเคียง และเมื่อรัฐได้รู้หรือควรคาดการณ์ได้เช่นนั้น รัฐย่อมมีหน้าที่ดำเนินมาตรการที่เหมาะสมเพื่อป้องกันความเสียหายดังกล่าว ในการประชุมคณะกรรมการวิชาการคณะที่ 6 ของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติเกี่ยวกับร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ลำน้ำระหว่างประเทศเพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือจากการเดินเรือเมื่อปี ค.ศ. 1994 ผู้แทนลาวได้กล่าวสนับสนุนหลักการดังกล่าว ดังนี้ “....Article 7 provided that the watercourse States should exercise due diligence so as not to cause harm to other watercourse States. It was clear to his delegation that, in practice, when a State envisaged utilization which seemed likely to cause significant and lasting harm of the interests of another watercourse State, such utilization should be deferred until agreement had been reached between.....”²³

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้นำหลักการดังกล่าวมากำหนดเป็นเงื่อนไขของการที่รัฐจะต้องมีพันธกรณีในการป้องกันความเสียหาย ในคดีพิพาทซึ่งรัฐบาลสหราชอาณาจักรฟ้องรัฐบาลแอลเบเนียให้มีความรับผิดชอบระหว่างประเทศเนื่องจากเหตุระเบิดของสหราชอาณาจักรได้รับความเสียหายจากการเล่นชนทุ่นระเบิดในช่องแคบคอร์ฟูซึ่งอยู่ในทะเลอาณาเขตของแอลเบเนีย ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวว่า “It is clear that knowledge of the minelaying cannot be imputed to the Albanian Government by reason merely of the fact that a minefield discovered in Albanian territorial waters caused the explosions of which the British warships were the victims.....it cannot be concluded from the mere fact of the control exercised by a State over its territory and waters that

²³ General Assembly, United Nations, *Summary Record of the 24th Meeting of the Sixth Committee concerning the report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Sixth Session*, 1994. p.7 (A/C.6/49/SR.24).

that State necessarily knew, or ought to have known, of any unlawful act perpetrated therein, nor yet that it necessarily knew, or should have known, the authors....”²⁴.

2.3 รัฐมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังอย่างวิญญูชน (due diligence)

กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังอย่างวิญญูชน “due diligence” เพื่อป้องกันความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญที่อาจจะเกิดขึ้นแก่รัฐอื่น โดยไม่ได้กำหนดว่า ความเสียหายต้องไม่เกิดขึ้น ดังนั้น เมื่อรัฐได้ใช้ความระมัดระวังดังกล่าวแล้ว หากความเสียหายยังเกิดขึ้น ก็ถือว่ารัฐได้ปฏิบัติตามพันธกรณีของตนแล้ว²⁵

แนวปฏิบัติของรัฐทั้งหลายต่างรับรองอย่างสอดคล้องและเป็นไปในทิศทางเดียวกันว่า การใช้ความระมัดระวังอย่างวิญญูชน (due diligence) คือ การที่รัฐต้องดำเนินมาตรการที่เหมาะสมเพื่อป้องกันความเสียหายข้ามพรมแดน ในคดีพิพาทระหว่างสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกับสวิตเซอร์แลนด์เกี่ยวกับกรณีบริษัทผลิตยา Sandoz ที่ก่อมลพิษในแม่น้ำไรน์ รัฐบาลสวิตเซอร์แลนด์ได้ยอมรับความรับผิดชอบของตนเนื่องจากการไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างวิญญูชนในการกำหนดกฎระเบียบที่เข้มงวดให้อุตสาหกรรมการผลิตยาในประเทศของตนต้องปฏิบัติตามเพื่อป้องกันการก่อมลพิษในแม่น้ำไรน์²⁶ ข้อ 7 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้ลำนํ้าระหว่างประเทศนอกเหนือจากการเดินเรือ ค.ศ. 1997 ระบุว่า “Watercourse States shall, in

²⁴ International Court of Justice, the Corfu Channel Case (Merits), Judgement of April 9th, 1949, *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*, op. cit., p. 18.

²⁵ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ได้ให้ความเห็นว่า “The obligation of the State of origin to take preventive or minimization measures is one of due diligence.....The duty of due diligence involved is not intended to guarantee that significant harm be totally prevented, if it is not possible to do so.....the State of origin is requiredto exert its best possible efforts to minimize the risk. In this sense, it does not guarantee that the harm would not occur”.

โปรดดู United Nations, “Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities with commentaries 2001”, *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session*, p. 154.

²⁶ Kiss (A.C.), “Tchernobyle, ou la pollution accidentelle du Rhin par des produits chimiques”, *Annuaire Français du Droit International (A.F.D.I.)*, Vol., 33, 1987, p. 719 – 727.

utilising an international watercourse in their territories, take all appropriate measures to prevent the causing of significant harm to other watercourse States". ข้อ 18 ของอนุสัญญาแม่น้ำโคลัมเบียระหว่างสหรัฐอเมริกา และแคนาดา ค.ศ. 1961 ระบุว่า “Canada and the US.....shall exercise due diligence to remove the cause of and to mitigate the effect of any injury, damage or loss occurring in the territory of the other.....”. ข้อ 7 ของความตกลงแม่น้ำโขง ค.ศ. 1995 ระบุให้รัฐภาคี “..... make every effort to avoid, minimize and mitigate harmful effects that might occur to the environment, especially the water quantity and quality, the aquatic (eco-system) conditions, and ecological balance of the river system form the development and use of Mekong River Basin water resource....”.

โดยที่คำว่า “*ใช้ความระมัดระวังอย่างวิญญูชน (due diligence)*” มีความหมายค่อนข้างนามธรรม กฎหมายระหว่างประเทศจึงได้นำเกณฑ์ทางวิทยาศาสตร์ที่พอจะจับต้องได้มาใช้ในการพิจารณาว่าการปฏิบัติเช่นไรจึงจะถือว่ารัฐได้ใช้ความระมัดระวังอย่างวิญญูชนแล้ว เกณฑ์ที่เวลานี้คือ **การได้สัดส่วน** (proportionate) อนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทระหว่างสหรัฐอเมริกา กับสหราชอาณาจักรในคดี Alabama ได้กล่าวไว้ว่า “....the « *due diligence* » referred to in the first and third of the said rules ought to be exercised by neutral governments in exact proportion to the risks to which either of the belligerents may be exposed.....”.²⁷

ในการจัดทำร่างสนธิสัญญาว่าด้วยการป้องกันความเสียหายข้ามพรมแดนที่เกิดจากกิจกรรมอันตราย (Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities) คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ได้แสดงความเห็นไว้ว่า *due diligence* คือ

²⁷ Alabama Claims of the United States of America Against Great Britain, Award rendered on 14 September 1872 by the Tribunal of Arbitration established by Article I of the Treaty of Washington of 8 May 1871, *United Nations, Reports of International Arbitral Awards*, Vol. XXIX, p. 129.

มาตรฐานการใช้ความระมัดระวังของรัฐที่ได้สัดส่วนกับระดับความเสี่ยงของกิจกรรมของรัฐที่อาจทำให้เกิดความเสียหายข้ามพรมแดน รัฐมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังที่มากและเข้มข้นสำหรับกิจกรรมของรัฐที่มีความเสี่ยงสูงที่จะก่อความเสียหายข้ามพรมแดน²⁸

ในบทต่อไป จะเป็นการวิเคราะห์ว่ารัฐริมฝั่งแม่น้ำโขงสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวได้อย่างครบถ้วนสมบูรณ์หรือไม่ มีอุปสรรคและข้อจำกัดใดหรือไม่ในการปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าว

²⁸ “The standard of due diligence against which the conduct of the State of origin should be examined is that which is generally considered to be appropriate and proportional to the degree of risk of transboundary harm in the particular instance. For example, activities which may be considered ultrahazardous require a much higher standard of care in designing policies and a much higher degree of vigour on the part of the State to enforce them. Issues such as size of the operation, its location,are among factors to be considered in determining the due diligence requirement in each instance”.

โปรดดู United Nations, “Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities with commentaries 2001”, *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session*, p. 154.

บทที่ 2

การปฏิบัติตามพันธกรณีของรัฐริมฝั่งแม่น้ำโขง
ในการป้องกันความเสียหายข้ามพรมแดน

จากที่ได้กล่าวในตอนต้นของงานวิจัยฉบับนี้ว่า ปัจจุบันรัฐริมฝั่งแม่น้ำโขงบางรัฐได้ดำเนินโครงการเชื่อมผลิตกระแสไฟฟ้าขนาดใหญ่จำนวนหลายเขื่อนบนลำน้ำสายประธานของแม่น้ำโขง บทที่ 2 นี้จะวิเคราะห์ว่าโครงการดังกล่าวมีความเสี่ยงที่จะสร้างความเสียหายข้ามพรมแดนอย่างมีนัยสำคัญแก่รัฐริมฝั่งอื่นหรือไม่ (1) และในกรณีที่พบว่าโครงการใช้แม่น้ำโขงดังกล่าวมีความเสี่ยงเช่นนั้นจริง รัฐริมฝั่งเจ้าของโครงการใช้น้ำนั้นได้ใช้ความระมัดระวังอย่างวิญญูชนในการป้องกันความเสียหายดังกล่าวหรือไม่ (2)

1. โครงการเชื่อมผลิตกระแสไฟฟ้าพลังน้ำ : ความเสี่ยงต่อการเกิดความเสียหายข้ามพรมแดนอย่างมีนัยสำคัญ

การศึกษาของนักวิชาการ²⁹ และรายงานของสำนักงานเลขาธิการ MRC ชี้ให้เห็นว่าเขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้าพลังน้ำขนาดใหญ่สามารถส่งผลกระทบต่อระบบนิเวศของแม่น้ำ ผลกระทบที่พบเห็นโดยทั่วไปคือ การเปลี่ยนแปลงของระดับน้ำที่อยู่เหนือและใต้เขื่อน การลดปริมาณดินตะกอน (sediment) ในแม่น้ำเนื่องจากเขื่อนจะกักดินตะกอนไม่ให้ไหลลงไปยังแม่น้ำ เมื่อดินตะกอนในแม่น้ำลดปริมาณลง น้ำในแม่น้ำจะใสขึ้น ทำให้แสงอาทิตย์สามารถผ่านลงไปได้ง่ายขึ้นและส่งผลให้น้ำในแม่น้ำมีอุณหภูมิสูงขึ้น ซึ่งจะกระตุ้นให้แพลงก์ตอนพืช (algal bloom) ในแม่น้ำเจริญเติบโตได้อย่างรวดเร็วโดยแพลงก์ตอนพืชเหล่านี้จะลดปริมาณออกซิเจนในน้ำซึ่งส่งผลกระทบต่อการดำรงชีวิต

²⁹ X.X. Lu and R.Y. Siew, *Water discharge and sediment flux changes over the past decades in Lower Mekong River: possible impacts of the Chinese Dams*, Department of Geography, National University of Singapore, 21 March 2006, p.1. <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00304834/document>

³⁰ Mekong River Commission Secretariat, *MRC Hydropower Mitigation Guideline, MRC Technical Guideline Series*, Vol. 3, September 2020, p. xix.

ของสัตว์น้ำ³⁰ การลดปริมาณของดินตะกอนในแม่น้ำยังทำให้สูญเสียสันทราย (sandbar) ในแม่น้ำซึ่งเป็นที่อยู่อาศัยของสัตว์น้ำ การกักน้ำและปล่อยน้ำออกจากเขื่อนเพื่อผลิตกระแสไฟฟ้ายังทำให้เกิดการเพิ่มขึ้นหรือลดลงของระดับน้ำในแม่น้ำอย่างรวดเร็ว ทำให้ปลาและสัตว์น้ำต่างๆ ติดค้างอยู่ตามฝั่ง นอกจากนี้ ตัวเขื่อนยังขวางการไหลของอิสรระของน้ำในแม่น้ำซึ่งส่งผลกระทบต่อ การเคลื่อนย้ายของปลาเพื่อไปวางไข่³¹ นอกจากนี้ การที่น้ำขาดดินตะกอนยังส่งผลให้พื้นที่ชุ่มน้ำที่อยู่ปลายน้ำของแม่น้ำโขงขาดความอุดมสมบูรณ์³²

ผลกระทบต่อเขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้าพลังน้ำต่อระบบนิเวศที่สำคัญอีกประการคือ ปริมาณน้ำจำนวนมากที่กักเก็บไว้ในเขื่อนขนาดใหญ่ในประเทศต้นน้ำเพื่อใช้ในการผลิตกระแสไฟฟ้าอาจทำให้ปริมาณน้ำจืดบริเวณสามเหลี่ยมปากแม่น้ำ (delta) มีไม่เพียงพอที่จะใช้ต้นทุนของน้ำทะเล ในกรณีของแม่น้ำโขง เมื่อปริมาณน้ำในแม่น้ำโขงลดลงอย่างมากตามธรรมชาติในช่วงฤดูแล้ง น้ำทะเลบริเวณสามเหลี่ยมปากแม่น้ำโขงในประเทศเวียดนามจะหนุนทะเลลึกเข้ามาในแม่น้ำโขงจนถึงใกล้บริเวณชายแดนระหว่างเวียดนามกับกัมพูชา ทำให้น้ำในแม่น้ำโขงบริเวณดังกล่าวมีความกร่อยส่งผลกระทบต่อคุณภาพของน้ำจืดที่จำเป็นต่อการทำการเกษตร³³ ดังนั้น การที่เขื่อนหลายเขื่อนในประเทศต้นน้ำต่างกักเก็บน้ำเพื่อใช้ผลิตกระแสไฟฟ้า กอปรกับการเพิ่มขึ้นของกิจกรรม/ความต้องการใช้แม่น้ำโขงของประเทศที่อยู่ปลายน้ำ บวกรวมกับผลของภัยแล้งที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งในอนุภูมิภาค³⁴ และแนวโน้มการเพิ่มสูงขึ้นของระดับ

³¹ Mekong River Commission Secretariat, *Mekong River Basin Diagnostic Study*, op. cit., p. 23-24.

³² Mekong River Commission Secretariat, *Mekong News*, January-March 2003/1, Phnom Penh, Cambodia.

³³ Disaster Management Unit, U.N.D.P Project VIE/97/2002, “Mekong delta deal with severe drought, salt water encroachment”, *Vietnam News*, 13 February 2004. โปรดดู www.undp.org.vn/dmu/events/Events-2004/040108-a/040213-a.htm.

³⁴ Mekong River water levels hits record low for a second year, *Chiang Rai Times*, 8 August 2020. <https://www.chiangraitimes.com/featured/mekong-river-water-levels-hits-record-lows-for-a-second-year/>

³⁵ ผู้เชี่ยวชาญด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศของ Mekong River Commission (MRC) วิเคราะห์ว่าระดับน้ำทะเลมีแนวโน้มเพิ่มสูงขึ้น โดยคาดการณ์ว่าใน ค.ศ. 2100 น้ำทะเลจะสูงเพิ่มขึ้นถึงประมาณ 1 เมตร ซึ่งจะส่งผลให้ร้อยละ 38 ของพื้นที่สามเหลี่ยมปากแม่น้ำโขงจมอยู่ใต้น้ำทะเล *Living on the edge of the rising sea, Stories from the Mekong* <http://www.mrcmekong.org/mekong-basin/stories-from-the-mekong/living-on-the-edge-of-the-rising-sea/> เอกสารทางวิชาการของ MRC ที่ชื่อว่า *Climate Change and Adaptation Initiative* ชี้ว่า น้ำทะเลมีแนวโน้มเพิ่มสูงขึ้นปีละ 3 มิลลิเมตร ซึ่งจะส่งผลให้น้ำทะเลท่วมพื้นที่ 1 ใน 3 ของพื้นที่สามเหลี่ยมปากแม่น้ำโขงในอีก 100 ปีข้างหน้า www.mrcmekong.org/assets/Posters-leaflets/CCA-leaflet-final.pdf

น้ำทะเล³⁵ ผลสะสมรวมของปัจจัยต่างๆ เหล่านี้ย่อมเพิ่มโอกาสที่จะทำให้ปริมาณน้ำในแม่น้ำโขงบริเวณสามเหลี่ยมปากแม่น้ำมีไม่เพียงพอสำหรับใช้ด้านการหมุนของน้ำทะเล

การวิเคราะห์ข้างต้นทำให้พอสรุปได้ว่า ผลกระทบสะสม (cumulative impact) ของการดำเนินโครงการเขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้าพลังน้ำที่มีอยู่จำนวนหลายเขื่อน³⁶ บนลำน้ำสายประธานของแม่น้ำโขงทั้งในจีนและลาว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริบทที่รัฐบาลจีนได้ดำเนินโครงการเขื่อนของตนโดยขาดการปรึกษาหารือกับประเทศปลายน้ำอื่นอย่างจริงจัง และไม่ได้นำข้อมูลทางเทคนิคโดยละเอียดเกี่ยวกับการดำเนินโครงการเขื่อนของตนแก่ประเทศปลายน้ำดังกล่าว กอปรกับความสุดโต่งของสภาพภูมิอากาศในระบบลุ่มแม่น้ำโขงซึ่งในฤดูแล้งระหว่างเดือนกุมภาพันธ์ถึงเดือนเมษายน น้ำในแม่น้ำโขงจะลดปริมาณลงอย่างมาก และในฤดูฝนซึ่งเริ่มตั้งแต่ประมาณเดือนมิถุนายนถึงเดือนพฤศจิกายน ปริมาณน้ำในแม่น้ำโขงจะเพิ่มขึ้นประมาณร้อยละ 85-90 จากปริมาณน้ำโดยเฉลี่ยต่อปี³⁷ และแนวโน้มของการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศ (climate change) ในอนุภูมิภาคแม่น้ำโขงที่ทวีความรุนแรงมากขึ้นเรื่อยๆ³⁸ ปัจจัยต่างๆ เหล่านี้ประกอบกันสามารถเพิ่มโอกาสหรือความเสี่ยงที่จะทำให้การดำเนินกิจกรรมการใช้น้ำดังกล่าวนำไปสู่ความเสียหายข้ามพรมแดนอย่างมีนัยสำคัญ

ปรากฏการณ์ที่ระดับน้ำในแม่น้ำโขงมีการผันผวนขึ้นลงอย่างผิดปกติ การแห้งขอดของแม่น้ำโขงในช่วงฤดูฝน และการเกิดน้ำท่วมอย่างฉับพลันในช่วงฤดูแล้ง

³⁶ ปัจจุบันมีเขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้าพลังน้ำที่ก่อสร้างแล้วและที่อยู่ในแผนการก่อสร้างบนลำน้ำสายประธานของแม่น้ำโขง ดังนี้ - จำนวน 7 เขื่อนในประเทศจีน ได้แก่ 1. เขื่อน Gongguogiao 2. เขื่อน Xiaowan 3. เขื่อน Manwan 4. เขื่อน Dachaoshan 5. เขื่อน Nouzhada 6. เขื่อน Jinghong 7. Ganlanba (อยู่ระหว่างการก่อสร้าง) - จำนวน 9 เขื่อนในลาว ได้แก่ 1. เขื่อน Pakbeng ขนาดกำลังผลิต 912 เมกะวัตต์ 2. เขื่อน Luang Prabang ขนาดกำลังผลิต 1,200 เมกะวัตต์ 3. เขื่อน Xayaburi ขนาดกำลังผลิต 1,285 เมกะวัตต์ 4. เขื่อน Paklay ขนาดกำลังผลิต 1,000 เมกะวัตต์ 5. เขื่อน Sanakham ขนาดกำลังผลิต 700 เมกะวัตต์ 6. เขื่อน Pakchom ขนาดกำลังผลิต 1,080 เมกะวัตต์ 7. เขื่อน Ban Koum ขนาดกำลังผลิต 1,800 เมกะวัตต์ 8. เขื่อน Latsua ขนาดกำลังผลิต 600 เมกะวัตต์ 9. เขื่อน Don Sahong ขนาดกำลังผลิต 260 เมกะวัตต์ - จำนวน 2 เขื่อนในประเทศกัมพูชา ได้แก่ เขื่อน Stung Treng ขนาดกำลังผลิต 980 เมกะวัตต์ และเขื่อน Sambor ขนาดกำลังผลิต 1700/2500 เมกะวัตต์ โปรดดู Mekong River Commission Secretariat, *MRC Hydropower Mitigation Guideline, MRC Technical Guideline Series, Vol. 3, op. cit., p. 3, 5, 9, 13, 16, 17.* Mekong River Commission Secretariat, *Technical Review Report Prior Consultation for the Proposed Luang Prabang Hydropower Project, op. cit., p. 24.*

³⁷ Mekong River Commission Secretariat, *Mekong River Basin Diagnostic Study, op. cit., p. 52.*

³⁸ www.mrcmekong.org/news-and-events/news/fb-mrc-cooperation-for-flood-drought/ 31 August 2020.

การลดลงของจำนวนปลาที่เคยมีชุกชุม การที่แม่น้ำโขงเปลี่ยนสีโดยมีลักษณะใสจนมองเห็นท้องน้ำอย่างชัดเจน³⁹ ความผิดปกติเหล่านี้เป็นสัญญาณที่บ่งชี้ว่า ภัยธรรมชาติเพียงอย่างเดียวไม่น่าจะเป็นปัจจัยที่นำไปสู่ความผิดปกติดังกล่าว ผลกระทบสะสมของภัยธรรมชาติบวกรวมกับผลของการดำเนินโครงการเขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้าขนาดใหญ่ต่างๆ บนลำน้ำสายประธานของแม่น้ำโขงเป็นปัจจัยร่วมกันที่ช่วยเพิ่มความเสี่ยงต่อการนำไปสู่ความเสียหายข้ามพรมแดนอย่างมีนัยสำคัญดังกล่าว

2. การใช้ความระมัดระวังอย่างวิญญูชนของรัฐริมฝั่ง

เมื่อการใช้แม่น้ำโขงในหลายกรณีมีความเสี่ยงที่จะนำไปสู่การเกิดความเสียหายข้ามพรมแดน รัฐริมฝั่งที่ดำเนินกิจกรรมการใช้แม่น้ำโขงในประเทศของตนจึงต่างพยายามดำเนินมาตรการต่างๆ เพื่อป้องกันความเสียหายดังกล่าว ในส่วนนี้จะวิเคราะห์ว่ารัฐบาลจีนและลาว ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างวิญญูชนในการดำเนินโครงการเขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้าพลังน้ำของทั้งสองประเทศบนลำน้ำสายประธานของแม่น้ำโขงหรือไม่

2.1 วิเคราะห์กรณีโครงการใช้น้ำของ สปป.ลาว

ปัจจุบัน รัฐบาลลาวได้สร้างเขื่อนจำนวน 2 เขื่อนบนลำน้ำสายประธานของแม่น้ำโขง คือ เขื่อน Xayaburi (1,285 เมกะวัตต์) และเขื่อน Don Sahong (260 เมกะวัตต์) และมีแผนจะดำเนินการก่อสร้างเขื่อนเพิ่มเติมบนลำน้ำสายประธานของแม่น้ำโขง อีก 7 เขื่อน คือ เขื่อน Pak Beng (912 เมกะวัตต์) เขื่อน Luang Prabang (1,200 เมกะวัตต์) เขื่อน Pak Lay (1,000 เมกะวัตต์) เขื่อน Sanakham (700 เมกะวัตต์) เขื่อน Pak Chom (1,080 เมกะวัตต์) เขื่อน Ban Koum (1,800 เมกะวัตต์) และเขื่อน Latsua (600

³⁹ Mongkol Bangprapa, “Gen Prawit raises concerns over Luang Prabang dam”, *Bangkokpost online*, 26 March 2020. <https://www.bangkokpost.com/thailand/general/1886480/gen-prawit-raises-concerns-over-luang-prabang-dam> DW News, “Dam building race threatens the Mekong River”, *Bangkokpost online*, 19 August 2019. <https://www.bangkokpost.com/thailand/special-reports/1733071/dam-building-race-threatens-the-mekong-river>

⁴⁰ Mekong River Commission Secretariat, *Technical Review Report, Prior Consultation for the Proposed Luang Prabang Hydropower Project, Procedures for Notification, Prior Consultation and Agreement*, June 2020, p. 24. Mekong River Commission Secretariat, *MRC Hydropower Mitigation Guideline, MRC Technical Guideline Series*, Vol. 3, op. cit., p. 3, 5, 9, 13, 16, 17.

เมกะวัตต์)⁴⁰ โดยที่การดำเนินโครงการเขื่อนดังกล่าวตั้งอยู่บนลำน้ำสายประธานของแม่น้ำโขงและดำเนินการต่อเนื่องตลอดทั้งปีทั้งในฤดูฝนและฤดูแล้ง รัฐบาลลาวจึงทยอยปฏิบัติตามขั้นตอนของกระบวนการปรึกษาหารือล่วงหน้า (prior consultation) ก่อนที่จะเริ่มดำเนินโครงการเขื่อนดังกล่าวตามที่ความตกลงแม่น้ำโขง ค.ศ. 1995 ได้กำหนดไว้ รัฐภาคีความตกลงฯ มองว่าการใช้น้ำจากลำน้ำสายประธานของแม่น้ำโขงในช่วงฤดูแล้งมีความเสี่ยงที่จะทำให้เกิดความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญกับรัฐริมฝั่งอื่น จึงได้กำหนดให้รัฐริมฝั่งที่ประสงค์จะใช้แม่น้ำโขงในลักษณะดังกล่าวต้องดำเนินการปรึกษาหารือล่วงหน้า (prior consultation) กับรัฐริมฝั่งอื่นภายใต้ระเบียบปฏิบัติของ MRC ที่ชื่อว่า Procedure for Notification, Prior Consultation and Agreement (PNPCA) ก่อนที่จะสามารถเริ่มดำเนินกิจกรรมใช้น้ำดังกล่าวได้

ที่ผ่านมา รัฐบาลลาวได้นำโครงการเขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้าพลังน้ำจำนวน 5 เขื่อนดังต่อไปนี้ เข้าสู่กระบวนการปรึกษาหารือล่วงหน้า คือ 1) เขื่อน Xayaburi ระหว่าง ค.ศ. 2010 - 2011 2) เขื่อน Don Sahong ระหว่าง ค.ศ. 2014 - 2015 3) เขื่อน Pak Beng ระหว่าง ค.ศ. 2016 - 2017 4) เขื่อน Pak Lay ระหว่าง ค.ศ. 2018 - 2019 และ 5) เขื่อน Luang Prabang ระหว่าง ค.ศ. 2019 - 2020⁴¹ ในกรณีของเขื่อน Xayaburi รัฐบาลลาวได้นำข้อห่วงกังวลและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับมาตรการบรรเทาผลกระทบต่างๆ ที่ได้รับจากกระบวนการปรึกษาหารือล่วงหน้า ไปพิจารณาปรับรายละเอียดแผนการดำเนินโครงการเขื่อน Xayaburi ปัจจุบัน รัฐบาลลาวได้ปรับแก้แผนการดำเนินโครงการเขื่อนดังกล่าวแล้วและนักวิชาการของ MRC Secretariat กำลังพิจารณาว่าแผนการดำเนินโครงการเขื่อนดังกล่าวที่ได้มีการปรับแก้แล้วนั้น มีความเหมาะสมและได้สัดส่วนเพียงพอที่จะสามารถลดหรือยับยั้งโอกาสการเกิดความเสียหายข้ามพรมแดนหรือไม่⁴²

ในส่วนของเขื่อน Pak Beng และเขื่อน Pak Lay กระบวนการปรึกษาหารือล่วงหน้าของทั้งสองโครงการได้เปิดโอกาสให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวกับโครงการ อาทิ นักวิชาการจากประเทศสมาชิก MRC สื่อมวลชน ภาคประชาสังคม

⁴¹ Mekong River Commission Secretariat, *Technical Review Report, Prior Consultation for the Proposed Luang Prabang Hydropower Project, Procedures for Notification, Prior Consultation and Agreement*, op. cit., p.1

⁴² Mekong River Commission, *Review of the Design Changes Made for Xayaburi Hydropower Project, Technical Reference Paper*, No. 65, January 2019, p. 2.

เอกชนที่ได้รับสัมปทานการดำเนินโครงการ⁴³ และนำไปสู่ข้อขัดแย้งของคณะกรรมการร่วม (Joint Committee: JC) ของ MRC ที่ขอให้รัฐบาลลาวใช้ความพยายามทุกวิถีทาง (to make every effort) ในการดำเนินมาตรการต่างๆ ตามที่คณะกรรมการร่วมได้ให้คำแนะนำ ทั้งในขั้นตอนของการออกแบบ การก่อสร้าง และการ operate เพื่อนป้องกันหรือ ยับยั้งไม่ให้เกิดการดำเนินโครงการเขื่อนดังกล่าวสร้างความเสียหายแก่รัฐริมฝั่งอื่น⁴⁴ อาทิ มาตรการป้องกันการเกิดน้ำท่วมพื้นที่ชุมชนในประเทศไทยซึ่งอยู่ใกล้กับบริเวณโครงการ เขื่อน Pak Beng⁴⁵ ระเบียบปฏิบัติ PNPCA ไม่ได้บังคับให้รัฐบาลลาวต้องปฏิบัติตามข้อติดังกล่าวของ JC ในกรณีนี้รัฐบาลลาวจึงยังคงมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังอย่างวิญญูชน (due diligence) ในการจะเลือกปฏิบัติตามคำแนะนำดังกล่าวหรือไม่ อย่างไรต่อไป

สำหรับโครงการเขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้าพลังน้ำ Don Sahong ช่วงแรกเริ่มนั้น รัฐบาลลาวเพียงแจ้งการดำเนินโครงการดังกล่าวให้ MRC ทราบเนื่องจากเห็นว่าสถานที่ตั้งของโครงการตั้งอยู่บนลำน้ำ Hou Sahong ซึ่งเป็นลำน้ำสาขาของแม่น้ำโขง ซึ่งข้อ 5 ของความตกลงแม่น้ำโขง ค.ศ. 1995 กำหนดให้รัฐที่ประสงค์จะดำเนินโครงการใช้น้ำจากลำน้ำสาขาของแม่น้ำโขงมีหน้าที่เพียงแจ้ง (notification) การดำเนินโครงการดังกล่าวให้รัฐริมฝั่งอื่นทราบเท่านั้น (ผ่าน MRC) อย่างไรก็ตาม รัฐริมฝั่งอื่นได้โต้แย้งและเห็นว่า รัฐบาลลาวควรนำโครงการเขื่อนดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการปรึกษาหารือล่วงหน้า (prior consultation) เนื่องจากโครงการเขื่อน Don Sahong มีความเสี่ยงที่จะส่งผลกระทบต่อพรมแดนอย่างมีนัยสำคัญต่อรัฐริมฝั่งอื่น ซึ่งสอดคล้องกับรายงานทางเทคนิคของ MRC Secretariat ที่ชี้ว่า ลำน้ำ Hou Sahong เป็นลำน้ำสาขาที่ช่วยเพิ่มปริมาณน้ำให้แก่ลำน้ำสายประธานในช่วงฤดูแล้ง และลำน้ำ Hou Sahong ยังเป็นช่องทางผ่านที่สำคัญของปลาจำนวนมาก นอกจากนี้ จุดที่ตั้งของโครงการฯ ยังอยู่ใกล้กับพรมแดนระหว่างลาวกับ

⁴³ Mekong River commission Secretariat, *2nd Regional Stakeholder Forum on the Pak Beng Hydropower Project, Forum Report*, 5 May 2017, Vientiane Lao PDR, May 2017, p. 3.

⁴⁴ Mekong River Commission, *Statement on Prior Consultation Process for the Pak Beng Hydropower Project in Lao PDR*, 19 June 2017. In Mekong River Commission Secretariat, *Joint Action Plan for the Implementation of the Statement on the Prior Consultation Process for the Pak Beng Hydropower Project*, 4 April 2019, Annex 1. Mekong River Commission, *Technical Review Report, Prior Consultation for the Proposed Luang Prabang Hydropower Project, Procedures for Notification, Prior Consultation and Agreement*, op.cit., p.2.

⁴⁵ Mekong River Commission, *Statement on Prior Consultation Process for the Pak Beng Hydropower Project in Lao PDR*, op. cit., Annex 1.

กัมพูชา จึงมีความเสี่ยงที่การดำเนินโครงการเขื่อน Don Sahong จะส่งผลกระทบต่อข้ามพรมแดน⁴⁶ ในที่สุด คณะมนตรี (Council) ของ MRC ได้มีมติให้รัฐบาลลาวนำโครงการเขื่อน Don Sahong เข้าสู่กระบวนการ prior consultation เพื่อให้รัฐบาลลาวได้มีโอกาสรับฟังข้อห่วงกังวลและข้อเสนอแนะของรัฐริมฝั่งอื่นๆ เกี่ยวกับมาตรการหลีกเลี่ยงหรือบรรเทาผลกระทบข้ามพรมแดนของโครงการเขื่อนดังกล่าว ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่า กระบวนการ prior consultation เป็นมาตรการที่ได้สัดส่วนมากกว่าเพียงการแจ้ง (notification) เมื่อคำนึงถึงความเสี่ยงของการดำเนินโครงการเขื่อน Don Sahong ข้างต้น⁴⁷

2.2 วิเคราะห์โครงการใช้น้ำของจีน

นับแต่ปี ค.ศ. 1993 จนถึงปัจจุบัน รัฐบาลจีนได้สร้างเขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้าพลังน้ำขนาดใหญ่จำนวน 6 เขื่อนบนลำน้ำสายประธานของแม่น้ำโขงในประเทศจีน ได้แก่ (1) เขื่อน Gongguogiao (2) เขื่อน Xiaowan (3) เขื่อน Manwan (4) เขื่อน Dachaoshan (5) เขื่อน Nouzhadu (6) เขื่อน Jinghong โดยมีเขื่อนที่อยู่ในระหว่างการก่อสร้างอีกหนึ่งเขื่อน คือเขื่อน Ganlanba และเขื่อนที่ถูกระงับการดำเนินโครงการต่อคือเขื่อน Mansong⁴⁸ (เขื่อนที่มีขนาดใหญ่ที่สุดสองเขื่อน คือเขื่อน Xiaowan และเขื่อน Nuozhadu)⁴⁹

การศึกษามากของ MRC Secretariat ได้ชี้ให้เห็นว่า การที่เขื่อนในประเทศจีนกักเก็บน้ำไว้สำหรับใช้ในการผลิตกระแสไฟฟ้าส่งผลให้แม่น้ำโขงที่ไหลออกจากจีนไปยังประเทศปลายน้ำ (downstream) ในช่วงฤดูฝน มีปริมาณลดลง และการปล่อยน้ำที่เก็บกักไว้ออกจากเขื่อนเพื่อผลิตกระแสไฟฟ้าช่วยเพิ่มปริมาณน้ำในแม่น้ำโขงให้กับประเทศปลายน้ำในช่วงฤดูแล้ง⁵⁰ ผลการศึกษาของ MRC Secretariat ยังระบุว่า นอก

⁴⁶ Mekong River Commission Secretariat, *Understanding the 1995 Mekong Agreement and the Five MRC Procedures*, May 2020, p. 38.

⁴⁷ Mekong River Commission Secretariat, *Technical Review Report Prior Consultation for the Proposed Luang Prabang Hydropower Project*, op. cit., p. 1.

⁴⁸ Ibid, p. 24. Mekong River Commission Secretariat, *MRC Hydropower Mitigation Guideline*, op. cit., p. iii.

⁴⁹ Mekong River Commission, *The effects of Chinese dams on water flows in the Lower Mekong Basin*, 6 June 2017. <http://www.mrcmekong.org/news-and-events/news/the-effects-of-chinese-dams-on-water-flows-in-the-lower-mekong-basin/>

เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงของระดับน้ำแล้ว การดำเนินโครงการเขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้าพลังน้ำโดยทั่วไปยังส่งผลกระทบต่อระบบนิเวศอื่นๆ ของแม่น้ำด้วย อาทิ การลดของปริมาณตะกอนในแม่น้ำ (sediment) การสูญเสียพื้นที่วางไข่ของปลา การกัดเซาะของกระบวนการวางไข่และเจริญเติบโตของปลาและสัตว์น้ำชนิดต่างๆ ในแม่น้ำ⁵¹ เมื่อพิจารณาการมีอยู่ของเขื่อนจำนวนมากหลายเขื่อนบนลำน้ำสายประธานของแม่น้ำโขงในประเทศจีน อาจเป็นการยากที่จะกล่าวว่า ผลกระทบสะสมของเขื่อนทั้งหมดดังกล่าวจะไม่มีนัยสำคัญใดๆ เลยต่อประเทศปลายน้ำ โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อรัฐริมฝั่งซึ่งอยู่ใกล้กับจีน อาทิ ประเทศไทย และ สปป.ลาว

รัฐบาลจีนได้รับรู้ถึงความห่วงกังวลของฝ่ายต่างๆ เกี่ยวกับความเป็นไปได้ของผลกระทบข้ามพรมแดนของโครงการเขื่อนดังกล่าว จึงได้พยายามบรรเทาหรือยุติความห่วงกังวลของบรรดาประเทศที่อยู่ปลายน้ำด้วยการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับระดับน้ำและปริมาณน้ำฝนที่วัดได้ ในช่วงฤดูฝน (มิถุนายนถึงตุลาคม) จากสถานีวัดน้ำสองสถานีบนแม่น้ำโขงในประเทศจีนแก่ MRC ตั้งแต่ปี 2545 เพื่อให้มั่นใจว่าการ operate เขื่อนดังกล่าวของจีนจะไม่ทำให้เกิดน้ำท่วมแก่รัฐริมฝั่งที่อยู่ปลายน้ำ และต่อมาในปี 2562 ซึ่งเป็นปีที่แม่น้ำโขงประสบกับวิกฤตภัยแล้งอย่างรุนแรง รัฐบาลจีนได้ให้คำมั่นแก่ MRC ว่ารัฐบาลจีนจะแจ้งให้ MRC ทราบทันทีหากพบวาระระดับน้ำในแม่น้ำโขงในประเทศจีนมีการขึ้นและลงอย่างผิดปกติ⁵² และในการประชุมระดับผู้นำกรอบความร่วมมือแม่น้ำโขง-ล้านช้าง (Mekong-Lancang Cooperation: MLC) ครั้งที่ 3 เมื่อเดือนสิงหาคม 2563 ผู้นำจีนยังได้ให้คำมั่นแก่บรรดาผู้นำประเทศสมาชิก MLC ว่ารัฐบาลจีนจะเริ่มให้ข้อมูลน้ำ (hydrological data) ตลอดทั้งปีแก่รัฐริมฝั่ง⁵³ รวมทั้งแสดงความพร้อมที่จะให้ “open data” แก่รัฐริมฝั่งอื่น “if there is a change on the situation of water level....”⁵⁴

เมื่อคำนึงว่าเขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้าพลังน้ำมิได้เพียงทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงของปริมาณน้ำในประเทศปลายน้ำเท่านั้นแต่ยังส่งผลกระทบต่อระบบนิเวศอื่นๆ ของ

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ MRC Secretariat, *MRC Hydropower Mitigation Guideline*, op. cit., p. xix.

⁵² MRC Secretariat, *MRC and China renew pact on water data provision and other cooperation initiatives*, 19 July 2019. www.mrcmekong.org/news-and-events/news/mrc-and-china-renew-pact-on-water-data-provision-and-other-cooperation-initiatives/

⁵³ MRC Secretariat welcomes China’s Pledge to share Mekong Data but suggests harnessing existing platform, 25 August 2020. www.mrcmekong.org/news-and-events/news/pr-mrcs-welcomes-china-pledge/

⁵⁴ Niem Chheng, “China to share dam info and data with MLC nations”, *The Nation Thailand*, 25th August 2020. https://www.nationthailand.com/news/30393462?utm_source=homepage&utm_medium=internal_referral

แม่น้ำด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการลดลงของปริมาณดินตะกอนในแม่น้ำเนื่องจากเขื่อน ดักดินตะกอนไว้ รวมถึงการกัดเซาะของระบบการวางไข่และสืบพันธุ์ของปลาและสัตว์น้ำ ข้อมูลข้างต้นที่รัฐบาลจีนได้ให้และเสนอจะให้แก่ประเทศปลายน้ำ ไม่ว่าจะเป็นข้อมูล น้ำ (hydrological data) ตลอดทั้งปี หรือ “open data” ในกรณีที่มีการตรวจพบการ เปลี่ยนแปลงของระดับน้ำ หากมุ่งเน้นเฉพาะปริมาณน้ำเพียงอย่างเดียว หรือเป็นการ เสนอให้ข้อมูลที่เพิ่มมากขึ้นเฉพาะเมื่อมีการตรวจพบความผิดปกติของระดับน้ำ การให้ ข้อมูลดังกล่าวย่อมไม่น่าเพียงพอและทันการสำหรับประเทศที่อยู่ปลายน้ำที่จะนำข้อมูล ที่ได้รับมาใช้ในการวางแผนป้องกันผลกระทบของเขื่อนดังกล่าวที่อาจเกิดกับระบบนิเวศ ของแม่น้ำโขงในประเทศของตน ในทรรศนะของผู้เขียน ข้อมูลที่จะถือว่าเหมาะสมและ ได้สัดส่วนที่รัฐบาลจีนควรจะให้แก่ประเทศปลายน้ำโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศไทยและ สปป.ลาวซึ่งอยู่ใกล้กับจีนและมีความเสี่ยงที่จะได้รับผลกระทบก่อนประเทศปลายน้ำอื่น คือข้อมูลทางเทคนิคโดยละเอียดเกี่ยวกับเขื่อนทั้งหมดของจีนที่สร้างอยู่บนลำน้ำสาย ประธานของแม่น้ำโขง⁵⁵ เพื่อให้ประเทศปลายน้ำสามารถบูรณาการข้อมูลดังกล่าวเข้า กับข้อมูลกิจกรรมการใช้แม่น้ำโขงตอนล่างและนำมาใช้ในการประเมินผลกระทบสะสม (cumulative impact) ของโครงการใช้น้ำทั้งหมดในกลุ่มแม่น้ำโขงทั้งที่เกิดขึ้นแล้วและ ที่อยู่ในแผนการในอนาคต ซึ่งจะนำไปสู่การวางแผนคุ้มครองระบบนิเวศของแม่น้ำโขง ตอนล่างทั้งระยะสั้นและระยะยาวได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในประเด็นนี้ งานวิจัยทาง วิชาการของสำนักงานเลขาธิการ MRC ได้ให้แนวทางว่า การที่รัฐริมฝั่งจะสามารถกำหนด มาตรการป้องกันผลกระทบข้ามพรมแดนของกิจกรรมการใช้แม่น้ำโขงในประเทศของ ตนได้อย่างมีประสิทธิภาพเหมาะสมและได้สัดส่วน ควรจะต้องพิจารณาบนพื้นฐานของ ผลกระทบสะสมของโครงการใช้น้ำทั้งหมดในกลุ่มแม่น้ำ ไม่ว่าจะเป็นโครงการที่อยู่บนลุ่ม แม่น้ำโขงตอนบน ลุ่มแม่น้ำโขงตอนล่าง และลำน้ำสาขา⁵⁶

ในกรณีที่รัฐริมฝั่งเจ้าของกิจกรรมการใช้แม่น้ำไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างวิญญูชน ในการดำเนินมาตรการป้องกันที่เหมาะสมและได้สัดส่วน ส่งผลให้กิจกรรมการใช้น้ำดัง กล่าวในดินแดนของตนสร้างความเสียหายข้ามพรมแดนอย่างมีนัยสำคัญแก่รัฐริมฝั่งอื่น ส่วนที่ 2 ของบทความนี้จะศึกษาว่ากฎหมายระหว่างประเทศได้ให้แนวทางการเยียวยา ความเสียหายดังกล่าวไว้หรือไม่ อย่างไร

55 นาย An Pich Hatda CEO ของ MRC Secretariat ยังได้เรียกร้องให้รัฐริมฝั่งทุกรัฐให้ข้อมูลเกี่ยวกับเขื่อนที่สร้างบนแม่น้ำ โขงในประเทศของตน “in a transparent and speedy manner” แก่ MRC, Ibid.

56 Mekong River Commission Secretariat, *MRC Hydropower Mitigation Guideline*, op. cit., p. iii.

ส่วนที่

2

การใช้กฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อการเยียวยาความเสียหาย

กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดได้ว่า รัฐจะได้รับการเยียวยาความเสียหายต่อเมื่อสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศของตนถูกล่วงละเมิด และความเสียหายที่รัฐได้รับเป็นผลจากการล่วงละเมิดสิทธิดังกล่าว รัฐที่ทำการล่วงละเมิดสิทธิของรัฐอื่นจะต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ (international responsibility) และมีหน้าที่ต้องเยียวยาความเสียหายแก่รัฐที่ถูกล่วงละเมิดสิทธิ ส่วนที่ 2 นี้จะศึกษาว่ากฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศให้สิทธิอะไรบ้างแก่รัฐริมฝั่งแม่น้ำโขง **(บทที่ 3)** และรัฐริมฝั่งที่สิทธิดังกล่าวของตนถูกล่วงละเมิดจะเรียกร้องให้มีการเยียวยาความเสียหายตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ในทุกกรณีหรือไม่ มีข้อจำกัดหรืออุปสรรคใดหรือไม่ **(บทที่ 4)**

บทที่ 3



สิทธิของรัฐริมฝั่งอันเกิดจาก
หลักอธิปไตยเหนือดินแดน

แม่น้ำโขงไหลผ่าน 6 ประเทศในอนุภูมิภาคแม่น้ำโขง หลักอธิปไตยเหนือดินแดน (territorial sovereignty) ส่งผลให้ประเทศที่แม่น้ำโขงไหลผ่าน (รัฐริมฝั่ง) มีอธิปไตยเหนือแม่น้ำโขงในส่วนที่ไหลผ่านดินแดนของตนซึ่งทำให้รัฐริมฝั่งแม่น้ำโขงมีสิทธิ 2 ประการดังนี้

1. สิทธิที่จะเห็นสิ่งแวดล้อมของแม่น้ำโขงที่อยู่ภายในดินแดนของตนได้รับการคุ้มครอง

สิทธินี้สอดคล้องกับหลักกฎหมายโรมัน *Sic utere tuo ut alienum non laedas* ที่ได้กล่าวในตอนต้นซึ่งห้ามรัฐใช้ดินแดนของตนให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่น แนวปฏิบัติของรัฐริมฝั่งทั่วโลกและสนธิสัญญาเกี่ยวกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศต่างๆ ส่วนใหญ่จะกำหนดให้รัฐริมฝั่งมีหน้าที่คุ้มครองและหลีกเลี่ยงการสร้าง ความเสียหายแก่สิ่งแวดล้อมของแม่น้ำระหว่างประเทศ⁵⁷

ข้อ 3 และข้อ 6 ของความตกลงแม่น้ำโขง ค.ศ. 1995 ซึ่งกัมพูชา ลาว ไทย และเวียดนาม เป็นภาคี กำหนดให้รัฐภาคีมีหน้าที่ต้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติของแม่น้ำโขง โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องรักษาระดับน้ำในลำน้ำสายประธานของแม่น้ำโขงไม่ให้ต่ำกว่าระดับน้ำต่ำสุดรายเดือนตามธรรมชาติที่เป็นที่ยอมรับได้ในช่วงฤดูแล้ง เพื่อให้มีปริมาณน้ำเพียงพอสำหรับด้านการหมุนของน้ำเค็มบริเวณสามเหลี่ยมปากแม่น้ำโขงในเวียดนามซึ่งจะช่วยรักษาสมดุลของระบบนิเวศในบริเวณดังกล่าว และเพื่อให้แม่น้ำ Tonle Sap ซึ่งเป็นลำน้ำสาขาที่สำคัญของแม่น้ำโขงมีปริมาณน้ำเพียงพอที่จะสามารถไหลย้อนกลับไปสู่ทะเลสาบเขมรในประเทศกัมพูชาในช่วงฤดูฝน และทำให้ทะเลสาบเขมรมีระดับน้ำตามธรรมชาติที่เพียงพอในการรักษาสมดุลของระบบนิเวศของทะเลสาบ ข้อ 6 ของความตกลงฯ ยังกำหนดให้รัฐภาคีมีหน้าที่รักษาระดับน้ำที่สูงสุดโดยเฉลี่ยในแต่ละวันบนลำน้ำสายประธานไม่ให้สูงเกินกว่าระดับน้ำโดยเฉลี่ยตามธรรมชาติในช่วงฤดูน้ำหลาก (flood season) เพื่อป้องกันการเกิดน้ำท่วมอันจะสร้างความเสียหายแก่สิ่งแวดล้อมของประเทศปลายน้ำ

⁵⁷ Convention on Cooperation for the Protection and Sustainable Use of the Danube River, 1994/ Convention on the Protection of the Rhine, 1999/Treaty for Amazonian Cooperation, 1978.

ข้อ 21 (b) ของความตกลงว่าด้วยการเดินเรือพาณิชย์บนแม่น้ำล้านช้าง - แม่น้ำโขงที่จีน เมียนมา ลาว และไทย ได้ลงนามร่วมกันใน ค.ศ. 2000 กำหนดให้รัฐภาคีหารือและร่วมมือกันเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในแม่น้ำโขง ในการหารือร่วมกับ MRC ในปี ค.ศ. 2004 ผู้แทนรัฐบาลจีนได้ประกาศว่าการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทั้งในระดับชาติและระดับระหว่างประเทศถือเป็นนโยบายพื้นฐานของรัฐบาลจีน⁵⁸ ในเดือนธันวาคม ค.ศ. 2002 และมีนาคม ค.ศ. 2003 รัฐบาลเมียนมาได้นำผู้แทนของรัฐบาลกัมพูชาและเวียดนามเข้าตรวจพื้นที่โครงการขยายและพัฒนาช่องทางเดินเรือบนลำน้ำโขงตอนบนที่อยู่ในดินแดนของเมียนมาเพื่อสร้างความมั่นใจแก่กัมพูชาและเวียดนามว่าโครงการดังกล่าวจะไม่ก่อความเสียหายแก่สิ่งแวดล้อมของทั้งสองประเทศ⁵⁹

รัฐริมฝั่งแม่น้ำโขงตอนล่าง 4 ประเทศ ได้แก่ กัมพูชา ลาว ไทย และเวียดนาม ต่างเห็นพ้องว่า สิ่งแวดล้อมของกลุ่มแม่น้ำโขงครอบคลุมทั้งทรัพยากรน้ำในแม่น้ำโขงและทรัพยากรธรรมชาติที่เกี่ยวข้องอื่นๆ ความตกลงแม่น้ำโขง ค.ศ. 1995 ได้นิยามคำว่า “Environment” ว่าหมายถึง “*The conditions of water and land resources, air, flora, and fauna that exists in a particular region*” เนื่องจากทรัพยากรธรรมชาติดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กัน สารเคมีจากยาฆ่าแมลงที่ใช้ในการทำการเกษตรตามริมฝั่งแม่น้ำโขงย่อมกระทบต่อคุณภาพของน้ำในแม่น้ำโขง การตัดไม้ทำลายป่าทำให้เกิดการกัดเซาะของตลิ่งริมฝั่งแม่น้ำโขงและนำไปสู่การทับถมของดินตะกอนที่มากขึ้นไปโดยเฉพาะบริเวณที่แม่น้ำ Tonle Sap (ลำน้ำสาขาของแม่น้ำโขงในประเทศกัมพูชา) มาบรรจบกับลำน้ำสายประธานของแม่น้ำโขง ดินตะกอนเหล่านี้เป็นอุปสรรคต่อการไหลของน้ำจากลำน้ำสายประธานเข้าไปยังทะเลสาบเขมรในช่วงฤดูฝน

⁵⁸ Fu HUA (Senior Engineer Yunnan Water Resources Department, People’s Republic of China, Delegation of the People’s Republic of China to the Ninth MRC Dialogue Meeting), “Water Resource Related Projects in the Lancang - Mekong River”. In Mekong River Commission Secretariat, *Report of the ninth dialogue meeting between the Mekong River Commission and the People’s Republic of China and the Union of Myanmar 26th August 2004*, Vientiane, Lao P.D.R., p. 60 - 62.

⁵⁹ U Kyaw Zan (Director of Directorate of Water Resources and Improvement of River Systems, Head of Delegation of the Union of Myanmar at the Ninth Dialogue Meeting of the Mekong River Commission, 26 August 2004, Vientiane, Laos), “Statement of the Union of Myanmar”. In Mekong River Commission Secretariat, *Report of the ninth dialogue meeting between the Mekong River Commission and the People’s Republic of China and the Union of Myanmar 26th August 2004*, Vientiane, Lao P.D.R., pp. 23 - 24.

เพื่อช่วยเพิ่มระดับน้ำในทะเลสาบเขมรซึ่งจำเป็นต่อการรักษาระบบนิเวศของป่าชายเลนรอบทะเลสาบ⁶⁰ อันเป็นที่อยู่อาศัยของพันธุ์ปลาจำนวนมาก⁶¹ รวมถึงต่อการไหลของน้ำจากทะเลสาบเขมรผ่านแม่น้ำ Tonle Sap กลับไปยังลำน้ำสายประธานของแม่น้ำโขงในช่วงฤดูร้อน⁶² ซึ่งช่วยเพิ่มปริมาณน้ำในลำน้ำสายประธานได้ถึงร้อยละ 16⁶³ และยังช่วยลดความเข้มข้นของปริมาณเกลือบริเวณสามเหลี่ยมปากแม่น้ำโขง⁶⁴

2. สิทธิที่จะได้รับแบ่งการใช้ประโยชน์จากน้ำในแม่น้ำโขงอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม

รัฐริมฝั่งแม่น้ำโขงมีแนวปฏิบัติที่ให้ความสำคัญกับการร่วมกันควบคุมระดับน้ำในลำน้ำสายประธาน ข้อ 21 ของความตกลงเดินเรือพาณิชย์บนแม่น้ำล้านช้าง - แม่น้ำโขง ค.ศ. 2000 ซึ่งจีน เมียนมา ไทย และลาว เป็นภาคี กำหนดให้รัฐภาคีปรึกษาหารือกันเพื่อรักษาระดับน้ำในลำน้ำสายประธานของแม่น้ำโขงโดยเฉพาะในฤดูแล้งให้สามารถเดินเรือได้ ข้อ 6 ของความตกลงแม่น้ำโขง ค.ศ. 1995 กำหนดให้ 4 ประเทศแม่น้ำโขงตอนล่างร่วมกันรักษาระดับน้ำในลำน้ำสายประธานของแม่น้ำโขงในช่วงฤดูต่างๆ

ระดับน้ำในลำน้ำสายประธานที่รัฐริมฝั่งแต่ละรัฐมีหน้าที่ต้องรักษาไว้จึงเป็นตัวบ่งชี้สิทธิของรัฐริมฝั่งแต่ละรัฐที่จะได้รับแบ่งการใช้ประโยชน์จากน้ำในแม่น้ำโขงอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม อย่างไรก็ตาม จนถึงปัจจุบันรัฐริมฝั่งแม่น้ำโขงยังไม่สามารถตกลงกันได้เกี่ยวกับตัวเลขระดับน้ำบนลำน้ำสายประธานที่รัฐริมฝั่งแต่ละรัฐจะต้องรักษาไว้⁶⁵

กฎหมายระหว่างประเทศทั้งที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและสนธิสัญญาต่างกำหนดให้นำปัจจัยหลายปัจจัย อาทิ ความจำเป็นของรัฐริมฝั่งแต่ละรัฐ

⁶⁰ Ibid, p. 2 - 9.

⁶¹ Ibid, p. 3 - 12.

⁶² Mekong River Commission Secretariat, *Mekong River Basin Diagnostic Study*, op. cit, p. 3 - 6.

⁶³ Ibid, p. 2 - 9.

⁶⁴ Ibid, p. 2 - 16, 2 - 17.

⁶⁵ Mekong River Commission Secretariat, *Understanding the 1995 Mekong Agreement and the five MRC Procedures: A Handbook*, p. 31.

ในการใช้แม่น้ำโขงเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ จำนวนประชากรที่พึ่งพิงการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศ เป็นต้น⁶⁶ มาใช้ในการพิจารณาว่า รัฐริมฝั่งแต่ละรัฐควรมีสติที่จะใช้น้ำในปริมาณเท่าใดจึงจะถือว่าสมเหตุสมผลและเป็นธรรมโดยไม่ได้ให้น้ำหนักเป็นพิเศษแก่ปัจจัยใดปัจจัยหนึ่ง⁶⁷ รัฐริมฝั่งมีหน้าที่พิจารณาให้ความสำคัญแก่ปัจจัยต่างๆ ตามบริบทของแม่น้ำระหว่างประเทศนั้นๆ ด้านล่างนี้เป็นการวิเคราะห์แนวทางการนำปัจจัยต่างๆ มาใช้ในการกำหนดสิทธิดังกล่าวของรัฐริมฝั่งแม่น้ำโขง

ปัจจัยที่ 1 ความจำเป็นของรัฐริมฝั่งแต่ละรัฐในการใช้แม่น้ำโขงเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ

จีน ต้องการใช้น้ำโขงเพื่อการพัฒนาอุตสาหกรรมในภาคตะวันออกเฉียงเหนือของประเทศ และเพื่อการพัฒนาผลิตยูเรเนียมซึ่งมีระดับความเจริญที่ยังไม่ทัดเทียมกับมณฑลอื่นของประเทศ การเดินเรือบนแม่น้ำโขงช่วยในการขนส่งสินค้าและเคลื่อนย้ายประชาชนจีนไปยังตลาดในภูมิภาคอาเซียน เช่น ผลิตรถกระแสไฟฟ้าพลังน้ำบนลำน้ำสายประธานของแม่น้ำโขงช่วยตอบสนองความต้องการพลังงานไฟฟ้าที่เพิ่มมากขึ้นของมณฑลยูเนี่ยนและความต้องการพัฒนาอุตสาหกรรมในภาคตะวันออกเฉียงเหนือของประเทศ

เมียนมา แม่น้ำโขงที่ไหลผ่านเมียนมา ให้ประโยชน์ในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของเมียนมาไม่มากนัก เนื่องจากแม่น้ำโขงไหลผ่านเมียนมาเพียงระยะทางสั้นๆ และพื้นที่ที่แม่น้ำโขงไหลผ่านนั้นเป็นพื้นที่ที่มีความยากลำบากในการเข้าถึง

⁶⁶ ข้อ 6 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้ลำน้ำระหว่างประเทศเพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือจากการเดินเรือ ค.ศ. 1997 ระบุดังนี้ “Utilization of an International Watercourse in an equitable and reasonable mannerrequires taking into account all relevant factors and circumstances, including: (a) Geographic, hydrographic, hydrological, climatic, ecological and other factors of a natural character (b) The Social and economic needs of the watercourse State concerned (c) The population dependent on the watercourse in each watercourse State (d) The effects of the use or uses of watercourses in one watercourse State on other watercourse States (e) Existing and potential uses of the watercourse (f) Conservation, protection, development and economy of use of the water resources of the watercourse and the costs of measures taken to that effect, (g) The availability of alternatives, of comparable value, to a particular planned or existing use”.

⁶⁷ *International Law Commission Year Book*, 1994, Vol II, 2nd Part, p. 107.

ไทย คนอีสานใช้แม่น้ำโขงเพื่อการอุปโภคบริโภค การเกษตร และการประมง ปลาในแม่น้ำโขงเป็นแหล่งโปรตีนสำคัญของคนไทยที่อาศัยริมฝั่งโขง

ลาว พื้นที่หนึ่งในสามของกลุ่มแม่น้ำโขงอยู่ในลาว⁷¹ เมืองใหญ่ของลาว อาทิ หลวงพระบาง เวียงจันทน์ ตั้งอยู่ริมฝั่งแม่น้ำโขง คนลาวจึงใช้แม่น้ำโขงเพื่อการเดินทางและขนส่งสินค้า สภาพภูมิประเทศของกลุ่มแม่น้ำโขงในลาวมีความลาดชันสูง⁷² จึงมีศักยภาพในการดำเนินโครงการเขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้าพลังน้ำ โดยรัฐบาลลาว มีนโยบายที่จะส่งออกพลังงานไฟฟ้าดังกล่าวไปขายยังประเทศเพื่อนบ้าน

กัมพูชา ทะเลสาบเขมรมีความสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศกัมพูชา พื้นที่ร้อยละ 85 ของประเทศอยู่ในกลุ่มแม่น้ำโขง ซึ่งมีประชากรกัมพูชา ร้อยละ 90 อาศัยอยู่⁶⁹ ประชากรกัมพูชาเหล่านี้อาศัยแม่น้ำโขงในการทำการประมงและการเกษตร รัฐบาลกัมพูชามีความต้องการสร้างความมั่นคงทางอาหารให้แก่ประชาชน จึงให้ความสำคัญกับการใช้แม่น้ำโขงเพื่อเพิ่มผลผลิตข้าวที่ปลูกในลุ่มแม่น้ำโขง รวมถึงเพื่อการรักษาความอุดมสมบูรณ์ของพันธุ์ปลาหลายชนิดในทะเลสาบเขมรและแม่น้ำ Tonle Sap

ทะเลสาบเขมรเป็นพื้นที่ชุ่มน้ำที่ใหญ่ที่สุดในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ เชื่อมกับลำน้ำสายประธานของแม่น้ำโขงที่กรุงพนมเปญ ในช่วงฤดูฝนน้ำจากลำน้ำสายประธานจะไหลเข้าไปยังทะเลสาบเขมร ขยายพื้นที่ชุ่มน้ำของทะเลสาบเขมรจาก 2,000 ตารางกิโลเมตร เป็น 10,000 ตารางกิโลเมตร ในช่วงฤดูแล้งน้ำจากทะเลสาบเขมร จะไหลย้อนกลับออกมายังลำน้ำสายประธานและช่วยเพิ่มปริมาณน้ำบริเวณสามเหลี่ยมปากแม่น้ำโขงในประเทศเวียดนาม⁷⁰

⁶⁸ Mekong River Commission Secretariat, *Transboundary Water Resources Management Issues in the Mekong Delta of Cambodia and Vietnam, Mekong Delta Water Resources Management Project*, September 2017, P. 4.

⁶⁹ Browder (G.), *Negotiating an International Regime in the 1990s for Water Allocation in the Mekong River Basin*, op. cit., p. 94.

⁷⁰ Mekong River Commission Secretariat, *Overview of hydrology of the Mekong Basin*, November 2005, p. 49 - 53 http://www.mrcmekong.org/download/free_download/Hydrology_report_05.pdf

เวียดนาม รัฐบาลเวียดนามมีนโยบายเพิ่มการปลูกข้าวและผลผลิตทางการเกษตรอื่นในพื้นที่สามเหลี่ยมปากแม่น้ำโขง ซึ่งดินในพื้นที่ดังกล่าวค่อนข้างมีความอุดมสมบูรณ์ผลผลิตข้าวส่วนใหญ่ของประเทศผลิตได้จากสามเหลี่ยมปากแม่น้ำโขง⁶⁸ การเพิ่มขึ้นของความต้องการใช้น้ำในแม่น้ำโขงเพื่อการเกษตรในบริเวณสามเหลี่ยมปากแม่น้ำโขงยิ่งส่งผลให้ปัญหาการหนุ่นทะเลสาบของน้ำทะเลเพิ่มขึ้น

ปัจจัยที่ 2 การใช้น้ำที่เกิดขึ้นก่อน (existing uses)

รายงานของสำนักงานเลขาธิการ MRC (MRC Secretariat) ระบุว่ารัฐภาคีความตกลงแม่น้ำโขง ค.ศ. 1995 ไม่ประสงค์ให้โครงการใช้น้ำที่เกิดขึ้นใหม่ลดหรือบั่นทอนการใช้น้ำที่เกิดขึ้นก่อน ค.ศ. 1995 ซึ่งเป็นปีที่ความตกลงแม่น้ำโขง ค.ศ. 1995 มีผลบังคับใช้⁷³

ก่อนช่วงปี ค.ศ. 1995 รัฐริมฝั่งแม่น้ำโขงตอนล่างไม่ได้ใช้ประโยชน์จากลำน้ำสายประธานของแม่น้ำโขงมากเท่าใดนัก ปริมาณน้ำในช่วงเวลานั้น ไม่ว่าจะในช่วงฤดูแล้งหรือฤดูฝน จึงเป็นปริมาณน้ำตามธรรมชาติที่คนอีสานริมฝั่งโขงใช้เพื่อทำการเกษตร คนลาว กัมพูชา และเวียดนาม ใช้ประโยชน์เพื่อการเดินเรือ เพื่อรักษาระบบนิเวศของทะเลสาบเขมรในกัมพูชา เพื่อการเกษตร และเพื่อป้องกันการหนุ่นของน้ำทะเลบริเวณสามเหลี่ยมปากแม่น้ำโขงในเวียดนาม ดังนั้น รัฐภาคีความตกลงแม่น้ำโขง ค.ศ. 1995 จึงน่าจะเจตนาให้เฉพาะการใช้น้ำที่มีอยู่ก่อน ค.ศ. 1995 เท่านั้นที่ได้รับการคุ้มครอง โดยไม่ได้มีเจตนากำหนดเป็นหลักการให้การใช้น้ำที่เกิดขึ้นก่อนมีสิทธิดีกว่าการใช้น้ำที่เกิดขึ้นภายหลัง เนื่องจากรัฐริมฝั่งแม่น้ำโขงทั้งหมดรัฐยังมีช่องว่างของระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจ รัฐริมฝั่งที่มีเงินทุนมากย่อมสามารถเริ่มดำเนินโครงการใช้น้ำขนาดใหญ่ได้ก่อนรัฐริมฝั่งที่มีสถานะทางเศรษฐกิจด้อยกว่า การกำหนดให้การใช้น้ำที่เกิดขึ้นก่อนมีสิทธิดีกว่าการใช้น้ำที่เกิดขึ้นภายหลังจึงไม่น่าจะสอดคล้องกับหลักการใช้น้ำอย่าง

⁷¹ Browder (G.L.), *Negotiating an International Regime in the 1990s for Water Allocation in the Mekong River Basin*, University of Stanford, Dissertation for the Degree of Doctor of Philosophy, February, 1998, p. 94.

⁷² Mekong River Commission Secretariat, *The MRC Hydropower Mitigation Guidelines, Guidelines for Hydropower Environmental Impact Mitigation and Risk Management in the Lower Mekong Mainstream and Tributaries*, MRC Technical Guideline Series, Vol. 1, January 2019, p. 9, 12.

⁷³ Mekong River Commission Secretariat, *Understanding the 1995 Mekong Agreement and the five MRC Procedures: A handbook*, op. cit., p. 35.

สมเหตุสมผลและเป็นธรรม (equitable and reasonable utilization of the international river) ตามที่ระบุไว้ในข้อ 5 ของความตกลงแม่น้ำโขง ค.ศ. 1995

ปัจจัยที่ 3 ประชากรที่พึ่งพาแม่น้ำโขง

รัฐริมฝั่งแม่น้ำโขงให้ความสำคัญเป็นพิเศษกับประชากรที่ต้องพึ่งพาแม่น้ำโขง ย่อหน้าที่ 4 ของอารัมภบทของความตกลงแม่น้ำโขง ค.ศ. 1995 ระบุว่าเป้าหมายของการจัดการแม่น้ำโขงคือ ความกินดีอยู่ดีของประชาชนของรัฐริมฝั่ง ผู้แทนรัฐบาลจีนยังได้กล่าวยอมรับในการประชุมคณะกรรมการคณะที่ 6 (คณะกรรมการด้านกฎหมาย) ของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติว่า การใช้ลำนํ้าระหว่างประเทศเพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือจากการเดินเรือนั้นมีความสำคัญต่อการดำรงชีวิตของผู้คนริมฝั่ง⁷⁴

ปัจจัยที่ 4 การไม่มีทางเลือกอื่นที่สามารถตอบสนองความต้องการใช้น้ำ

การที่รัฐริมฝั่งไม่มีทางเลือกอื่น สะท้อนว่ารัฐริมฝั่งมีความต้องการใช้น้ำจากแม่น้ำโขงอย่างแท้จริง ยกตัวอย่างเช่น ปริมาณน้ำส่วนใหญ่ที่หล่อเลี้ยงทะเลสาบเขมรมีแหล่งที่มาจากลำน้ำสายประธานของแม่น้ำโขง ระบบนิเวศของทะเลสาบเขมรจึงไม่มีทางเลือกอื่นนอกจากจะต้องพึ่งพาน้ำจากลำน้ำสายประธานของแม่น้ำโขง⁷⁵

ปัจจัยที่ 5 การใช้น้ำเพื่อการดำรงอยู่ของมนุษย์

หลายท่านอาจตั้งคำถามว่า การใช้แม่น้ำโขงเพื่อการผลิตอาหารซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นต่อการดำรงอยู่ของมนุษย์ควรได้รับความสำคัญมากกว่าการใช้น้ำเพื่อวัตถุประสงค์อื่นๆ หรือไม่ รัฐริมฝั่งแม่น้ำโขงทุกรัฐเป็นภาคีตติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on *Economic, Social and Cultural Rights* ค.ศ. 1976) ข้อ 11 ของกติกาได้กำหนดให้รัฐภาคีมีหน้าที่ต้องดำเนินการที่

⁷⁴ General Assembly, United Nations, *Summary Record of the 28th Meeting of the Sixth Committee*, 4 November 1991, p.4 (A/C6/46/SR 28).

⁷⁵ Mekong River Commission Secretariat, *Overview of Hydrology of the Mekong Basin*, November 2005. http://www.mrcmekong.org/download/free_download/Hydrology_report_05.pdf

เหมาะสมอย่างค่อยเป็นค่อยไปเพื่อให้มนุษย์ทุกคนสามารถเข้าถึงอาหารและมีคุณภาพชีวิตที่ดี ดังนั้น รัฐริมฝั่งแม่น้ำโขงจึงมีหน้าที่ต้องให้ความสำคัญกับการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำโขงเพื่อการบริโภค เพื่อการเกษตร เพื่อการรักษาและคุ้มครองปลาสายพันธุ์ต่างๆ ที่เป็นแหล่งโปรตีนสำคัญของประชากรในกลุ่มแม่น้ำโขงซึ่งจะทำให้อนุภูมิภาคนี้มีความมั่นคงทางอาหาร

ปัจจัยที่ 6 แหล่งที่มาของน้ำในระบบแม่น้ำโขง

แม่น้ำโขงได้รับน้ำที่ไหลจากจีนร้อยละ 13 จากเมียนมาร์ร้อยละ 2 จากลาวร้อยละ 35 จากไทยร้อยละ 18 จากกัมพูชาร้อยละ 18 และจากเวียดนามร้อยละ 11⁷⁶ ความตกลงแม่น้ำโขง ค.ศ. 1995 ไม่ได้ให้ความสำคัญแก่ปัจจัยข้อนี้ เห็นได้จากข้อ 6 ของความตกลงฯ ที่กำหนดให้รัฐภาคีต้องรักษาระดับน้ำในลำน้ำสายประธานไม่ให้ต่ำกว่าระดับน้ำต่ำสุดรายเดือนตามธรรมชาติที่เป็นที่ยอมรับได้ในช่วงฤดูแล้งเพื่อบรรเทาการหวนของน้ำทะเลบริเวณสามเหลี่ยมปากแม่น้ำในประเทศเวียดนาม จะเห็นได้ว่าความตกลงฯ ให้ความสำคัญแก่การใช้น้ำดังกล่าวของเวียดนาม แม้ว่าน้ำที่ไหลจากเวียดนามเข้าสู่ระบบแม่น้ำโขงจะน้อยกว่าที่ได้รับจากลาว ไทย และกัมพูชา ก็ตาม⁷⁷

สรุป: จากการวิเคราะห์ปัจจัยต่างๆ ข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า การใช้ประโยชน์จากแม่น้ำโขงเพื่อสร้างความมั่นคงทางอาหารแก่ประชาชนริมฝั่งโขง (ปัจจัยที่ 3 4 และ 5) ควรเป็นปัจจัยที่มีน้ำหนักมากที่สุดในการนำมาใช้พิจารณากำหนดสิทธิของรัฐริมฝั่งแม่น้ำโขงแต่ละรัฐที่จะได้รับแบ่งการใช้ประโยชน์จากน้ำในแม่น้ำโขงอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม

ในกรณีที่มีสิทธิของรัฐริมฝั่งที่กล่าวมาข้างต้นถูกล่วงละเมิดและทำให้รัฐริมฝั่งนั้นได้รับความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญ รัฐที่ได้รับความเสียหายย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้รัฐที่ล่วงละเมิดสิทธิของตนมีความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ

⁷⁶ Ibid, p. 9.

⁷⁷ แม่น้ำในลุ่มน้ำผ่าน 10 ประเทศในทวีปแอฟริกา ได้แก่ บุรุนดี คองโก อียิปต์ เอธิโอเปีย เคนยา รวันดา ซูดาน แทนซาเนีย และยูกันดา แม้ว่าปริมาณน้ำในแม่น้ำในลุ่มน้ำนี้จะไม่ได้มาจากอียิปต์ อียิปต์ก็ยังคงมีสิทธิที่จะใช้ประโยชน์จากแม่น้ำไนล์ โปรดดู McCaffrey (S.C.), *The Law of International Watercourses: Non-Navigational Uses*, op. cit, p. 23 - 244.

บทที่ 4

การกำหนดความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐ :
ข้อจำกัดและอุปสรรค

การศึกษากฎหมายระหว่างประเทศเรื่องความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐทำให้เห็นถึงข้อจำกัดของการนำกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องดังกล่าวมาปรับใช้เพื่อการเยียวยารัฐริมฝั่งที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องจากการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ ข้อจำกัดประการแรกคือ ความยากลำบากในการพิสูจน์การมีอยู่ของเงื่อนไขของความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นต้นเหตุของความเสียหายข้ามพรมแดน ข้อจำกัดประการที่สองคือ ความยากลำบากในการเยียวยาความเสียหายเพื่อให้กลับคืนสู่สภาพเดิม

1. ความยากลำบากในการพิสูจน์การมีอยู่ของเงื่อนไขของความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐ

กฎหมายระหว่างประเทศเรื่องความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐกำหนดให้รัฐที่ก่อความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญแก่รัฐอื่นจะต้องมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศและมีหน้าที่เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น เมื่อเข้าเงื่อนไข 2 ประการ คือ 1.1 รัฐได้ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ และ 1.2 ความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลจากการละเมิดพันธกรณีดังกล่าว⁷⁸ ในบริบทของการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศซึ่งกิจกรรมการใช้น้ำส่วนใหญ่มักเกิดขึ้นภายในดินแดนของรัฐริมฝั่งใดริมฝั่งหนึ่ง รัฐริมฝั่งที่ได้รับความเสียหายย่อมไม่อาจเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับกิจกรรมการใช้น้ำที่ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นต้นเหตุของความเสียหาย การจะพิสูจน์การมีอยู่ของเงื่อนไขทั้งสองประการข้างต้นจึงเป็นไปได้ค่อนข้างยาก

1.1 พิสูจน์การมีอยู่ของเงื่อนไขประการแรก : รัฐได้ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ

รัฐริมฝั่งมีพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศในการใช้ความระมัดระวังอย่างวิญญูชนเพื่อป้องกันมิให้การใช้แม่น้ำระหว่างประเทศที่อยู่ในดินแดนของตนก่อ

⁷⁸ จดบรรณตรีระวัฒน์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, หน้า 437

ความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญแก่สิ่งแวดล้อมของรัฐริมฝั่งอื่น และรัฐอาจจะต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศเมื่อรัฐได้ละเลยไม่ได้ใช้ความระมัดระวัง เช่นว่านั้น อนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทระหว่างฝรั่งเศสและสเปนกรณีทะเลสาบ Lake Lanoux ได้เคยมีคำวินิจฉัยรับรองหลักการดังกล่าวไว้ดังนี้ “*France’s responsibility would have been established only if France had neglected to take all necessary measures to prevent transboundary damage*”⁷⁹.

กฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐกำหนดให้รัฐที่ได้รับความเสียหายมีภาระต้องพิสูจน์ว่ารัฐที่เป็นเจ้าของกิจกรรมการใช้น้ำได้ละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยการที่รัฐนั้นละเลยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างวิญญูชน (due diligence) ในการป้องกันมิให้มีการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศภายในดินแดนของตนเกิดความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญแก่รัฐอื่น โดยที่การใช้แม่น้ำระหว่างประเทศส่วนใหญ่มักเกิดขึ้นภายในดินแดนของรัฐใดรัฐหนึ่ง รัฐที่ได้รับความเสียหายจึงอาจไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับกิจกรรมการใช้น้ำที่สงสัยว่าเป็นต้นเหตุของความเสียหาย และย่อมไม่อาจพิสูจน์ได้อย่างชัดเจนว่ากิจกรรมการใช้น้ำดังกล่าวมีความเสี่ยงที่จะสร้างความเสียหายข้ามพรมแดนและมาตรการป้องกันความเสียหายที่รัฐเจ้าของกิจกรรมการใช้น้ำนำมาใช้นั้นไม่ได้สัดส่วนเพียงพอที่จะลดหรือบรรเทาความเสี่ยงดังกล่าว การที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้ภาระการพิสูจน์ (หน้าที่ในการพิสูจน์) ตกเป็นของรัฐที่ได้รับความเสียหายย่อมเป็นอุปสรรคในการที่จะทำให้รัฐริมฝั่งที่ดำเนินกิจกรรมการใช้น้ำนั้นมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศ และรัฐที่ได้รับความเสียหายอาจไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายในที่สุด ในการประชุมคณะกรรมการคณะที่ 6 ของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ผู้แทนรัฐบาลจีนได้กล่าวยืนยันภาระการพิสูจน์ดังกล่าวของรัฐที่ได้รับความเสียหาย โดยเห็นว่ารัฐควรได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าได้ปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศอย่างสุจริต⁸⁰ ผู้ที่กล่าวอ้างว่ารัฐไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศจึงมีหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างของตน

⁷⁹ Lake Lanoux Arbitration (France v. Spain) 16 November 1957, *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. XII, p. 303.

⁸⁰ General Assembly, United Nations, *Summary Record of the 21st Meeting of the Sixth Committee*, 17 December 1998, p.6. (A/C.6/53/SR.21).

1.2 พิสูจน์การมีอยู่ของเงื่อนไขประการที่สอง : ความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลจากการละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ

กฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความรับผิดชอบระหว่างประเทศกำหนดให้ความเสียหายเป็นเงื่อนไขสำคัญของการที่รัฐจะมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศ⁸¹ ผู้แทนรัฐบาลจีนได้กล่าวในการประชุมคณะกรรมการที่ 6 (กฎหมาย) ของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติว่า กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้รัฐมีพันธกรณีในการป้องกันมิให้การใช้ดินแดนของตนก่อความเสียหายแก่สิ่งแวดล้อมของรัฐอื่น ในกรณีที่รัฐละเลยไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าว แต่ความเสียหายไม่ได้เกิดขึ้น รัฐนั้นย่อมไม่มีความรับผิดชอบระหว่างประเทศ⁸²

นอกจากความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญจะต้องเกิดขึ้นจริงแล้ว กฎหมายระหว่างประเทศยังกำหนดเงื่อนไขว่า รัฐจะมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศได้ต่อเมื่อความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลจากการที่รัฐละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ⁸³ ซึ่งการจะพิสูจน์ cause and effect ดังกล่าวเป็นไปได้ค่อนข้างยากหากรัฐริมฝั่งที่ได้รับความเสียหายไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลทางเทคนิคเกี่ยวกับกิจกรรมการใช้น้ำที่ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นต้นเหตุของความเสียหาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณากรอบกับข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้

ประการแรก ลักษณะของความเสียหายข้ามพรมแดนทำให้มีประเด็นในเรื่องของความห่างของระยะทางระหว่างจุดที่ความเสียหายปรากฏกับจุดที่มีกิจกรรมการใช้น้ำซึ่งถูกกล่าวอ้างว่าเป็นต้นเหตุของความเสียหายดังกล่าว ซึ่งอาจทำให้ยากที่จะพิสูจน์ได้อย่างชัดเจนว่า ความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลมาจากกิจกรรมการใช้น้ำที่อยู่ห่างออกไป ในประเด็นนี้ ผู้แทนรัฐบาลจีนได้เคยยืนยันในการประชุมร่วมกับ MRC ว่า จุดที่ตั้งของเขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้าพลังน้ำ Manwan และ Dachaoshan ตั้งอยู่ประมาณ 400 กิโลเมตรจากชายแดนจีน เขื่อน Xiaowan ตั้งอยู่ไกลจากชายแดนออกไป

⁸¹ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, หน้า 437

⁸² General Assembly, United Nations, *Summary Record of the 14th Meeting of the Sixth Committee concerning the report of the International Law Commission*, 11 November 1998, p.7. (A/C.6/53/SR 14).

⁸³ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, หน้า 438

อีกประมาณ 570 กิโลเมตร ดังนั้น การทำงานของเขื่อนดังกล่าวจึงไม่สามารถก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงของระดับน้ำในแม่น้ำโขงตอนล่าง⁸⁴

ประการที่สอง ความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญที่เกิดขึ้นกับรัฐริมฝั่งหนึ่งอาจเกิดจากผลกระทบสะสมร่วมกันของภัยธรรมชาติและกิจกรรมการใช้น้ำ หรือเกิดจากผลกระทบสะสมของกิจกรรมการใช้น้ำหลายๆ กิจกรรม การที่รัฐที่ได้รับความเสียหายไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลของกิจกรรมการใช้น้ำทั้งหมดในกลุ่มน้ำ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกิจกรรมใช้น้ำที่อยู่บนลำน้ำสายประธานของแม่น้ำโขง ย่อมทำให้ยากที่จะพิสูจน์ได้อย่างชัดเจนว่ากิจกรรมใดกิจกรรมหนึ่งนั้นเป็นสาเหตุหลักของความเสียหายร้ายแรงที่เกิดขึ้น หรือเป็นส่วนหนึ่ง ที่ส่งผลให้เกิดความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญดังกล่าว ยกตัวอย่างกรณีปัญหาคุณภาพน้ำในแม่น้ำ Se San ซึ่งเป็นลำน้ำสาขาของแม่น้ำโขงที่ไหลจากเวียดนามไปกัมพูชา ชาวกัมพูชาที่อาศัยอยู่ริมแม่น้ำ Se San มองว่าเขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้า Yali Falls ที่สร้างอยู่บนแม่น้ำ Se San ในประเทศเวียดนามเป็นสาเหตุที่ทำให้น้ำในแม่น้ำ Se San เกิดมลพิษ และนำไปสู่โรคติดเชื้อต่างๆ เช่น ท้องเสีย หรือโรคตาติดเชื้อ⁸⁵ ในขณะที่บางฝ่ายกลับมองว่าโรคต่างๆ ดังกล่าวเกิดจากปัจจัยอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวกับการดำเนินการของเขื่อน Yali Falls อาทิ การที่ประชาชนไม่สามารถเข้าถึงบริการสาธารณสุข หรือการบริโภคอาหารที่ไม่ถูกสุขลักษณะ⁸⁶ ในกรณีเช่นนี้ การได้ศึกษาข้อมูลเกี่ยวกับโครงการเขื่อน Yali Falls อย่างละเอียดจึงจะทำให้สามารถสรุปได้ว่าเขื่อนดังกล่าวเป็นต้นเหตุของโรคติดต่อดังกล่าวหรือไม่

แม้การพิสูจน์การมีอยู่ของเงื่อนไขทั้งสองประการจะค่อนข้างมีข้อจำกัด แต่หากรัฐริมฝั่งที่ได้รับความเสียหายสามารถพิสูจน์การมีอยู่ของเงื่อนไขดังกล่าวได้ กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้รัฐที่มีความรับผิดชอบระหว่างประเทศมีหน้าที่ต้องเยียวยาความเสียหายแก่รัฐที่ได้รับความเสียหาย

⁸⁴ Fu HUA (Senior Engineer Yunnan Water Resources Department, People's Republic of China, Delegation of the People's Republic of China to the Ninth MRC Dialogue meeting), "Water Resource Related Projects in the Lancang - Mekong River". In Mekong River Commission Secretariat, *Report of the Ninth dialogue meeting between the Mekong River Commission and the People's Republic of China and the Union of Myanmar 26th August 2004*, Vientiane, Lao P.D.R., p.61.

⁸⁵ NGO Forum on Cambodia, *Down River: The Consequences of Vietnam's Se San River Dams on Life in Cambodia and Their Meaning in International Law*, December 2005, p. 40. http://www.law.harvard.edu/programs/hrp/clinic/documents/down_river.pdf

⁸⁶ Ibid. p. 40.

2. ความยากลำบากในการเยียวยาความเสียหาย

กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้รัฐที่มีความรับผิดชอบระหว่างประเทศ มีหน้าที่ในการเยียวยารัฐที่ได้รับความเสียหายให้กลับคืนสู่สถานะเดิมก่อนที่จะเกิดความเสียหาย⁸⁷ เช่น การปล่อยน้ำที่กักไว้คืนให้แก่รัฐที่เสียหาย ในกรณีของความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจซึ่งอาจพอจะตีค่าเป็นเงินได้ กฎหมายระหว่างประเทศ กำหนดให้เยียวยาโดยการชดใช้เป็นจำนวนเงิน⁸⁸ เช่น ในกรณีการสูญเสียพันธุ์ปลาในแม่น้ำโขง การคำนวณเงินที่ต้องชดใช้อาจคำนวณจากรายได้จากการจับปลาที่ชาวประมงเคยได้รับในแต่ละปี ในส่วนของความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมที่ไม่สามารถประเมินค่าทางเศรษฐกิจอาจมีความยากลำบากในการคำนวณค่าเสียหายเป็นตัวเงิน นักกฎหมายระหว่างประเทศและแนวปฏิบัติของบางประเทศใช้หลักความเป็นธรรม⁸⁹ในการประเมินความเสียหายดังกล่าวเป็นตัวเงิน ยกตัวอย่างกรณีรายงานของสำนักงานประมงของจังหวัดรัตนคีรีของกัมพูชาตีพิมพ์ในปี ค.ศ. 2000 ระบุว่า การประเมินหรือคำนวณค่าเสียหายที่เกิดกับสิ่งแวดล้อมในแม่น้ำ Se San อันเนื่องจากการดำเนินการของเขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้าพลังน้ำ Yali Falls ในเวียดนามควรกระทำในลักษณะต่อเนื่อง ไม่ใช่ครั้งเดียวจบ เนื่องจากความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมจำเป็นต้องใช้เวลาในการปรากฏผล⁹⁰ นักกฎหมายระหว่างประเทศบางท่านยังเสนอให้นำค่าใช้จ่ายที่รัฐริมฝั่งใช้ในการดำเนินการมาตรการเพื่อป้องกันความเสียหายใหม่ที่จะเกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อม รวมถึงเพื่อบรรเทาความเสียหายเดิม มาใช้เป็นเกณฑ์ในการประเมินค่าเสียหายเป็นตัวเงินด้วย⁹¹

⁸⁷ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, หน้า 445

⁸⁸ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, หน้า 446

⁸⁹ ศาลอุทธรณ์ของอิตาลีได้เคยวินิจฉัยว่า “As the environment is an immaterial asset with no market value, in case of damage, the reduction of the economic value consists in the reduction of the possibility to use the value environment. Owing to its non-economic character, the ecological damage has to be evaluated on the basis of equitable criteria”. Maffei (M.C.) “The Compensation for Ecological Damage in the “Patmos Case” in Francioni (F.) and Scovazzi (T.) (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm*, London, Graham and Trotman/Martinus Nijhoff, 1991, p.387.

⁹⁰ โปรดดู http://www.mekong.es.usyd.edu.au/case_studies/sesan/policyimplications/policy_implications_international.htm หน้า 292

⁹¹ โปรดดู Graefrath (B.), “Responsibility and Damages Caused: Relationship between Responsibility and Damages”, *Recueil des Cours Academie de Droit International (R.C.A.D.I.)*, 1984 II (185), p. 97.

บทสรุป

ผลการศึกษาทั้งหมดข้างต้นนำไปสู่ข้อสรุปและข้อเสนอแนะดังนี้

(1) รัฐริมฝั่งแม่น้ำโขงต่างมีอธิปไตยเหนือแม่น้ำโขงที่ไหลผ่านดินแดนของตน แม่น้ำโขงในส่วนนั้นจึงถือเป็นทรัพยากรธรรมชาติของรัฐริมฝั่งแต่ละรัฐซึ่งรัฐริมฝั่งนั้นๆ มีสิทธิที่จะใช้ประโยชน์จากแม่น้ำโขงและทรัพยากรธรรมชาติดังกล่าวตามนโยบายการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของรัฐนั้นๆ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงสิทธิเดียวกันนี้ของรัฐริมฝั่งอื่นๆ

(2) ระบบนิเวศของแม่น้ำระหว่างประเทศประกอบด้วยทรัพยากรธรรมชาติต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นทรัพยากรน้ำ ทรัพยากรดิน สัตว์น้ำ พืช ป่า ซึ่งล้วนพึ่งพาและมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันโดยไม่คำนึงถึงพรมแดนระหว่างประเทศ การเปลี่ยนแปลงที่เกิดกับทรัพยากรหนึ่งย่อมส่งผลกระทบต่อทรัพยากรอื่นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

(3) ด้วยเหตุผลในข้อ (1) และ (2) กฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาที่รัฐริมฝั่งเป็นภาคี หรือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁹² จึงได้กำหนดกรอบกติกาของการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศให้รัฐริมฝั่งต้องปฏิบัติตาม อาทิ การกำหนดให้รัฐริมฝั่งมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังอย่างวิญญูชน (due diligence) เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศในดินแดนของตนสร้างความเสียหายต่อระบบนิเวศของแม่น้ำโขงที่อยู่ในดินแดนของรัฐริมฝั่งอื่นหรือกระทบสิทธิของรัฐริมฝั่งอื่นในการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศสายเดียวกันนี้ หรือการที่รัฐริมฝั่งต้องมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศในการเยียวยารัฐริมฝั่งอื่นที่ได้รับความเสียหายจากกิจกรรมใช้แม่น้ำระหว่างประเทศของตน

(4) การศึกษากฎหมายระหว่างประเทศข้างต้นอย่างละเอียดทำให้เห็น**ช่องโหว่ของกฎหมาย**

ประการแรก หลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่กำหนดให้รัฐริมฝั่งมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังอย่างวิญญูชน (due diligence) ในการใช้แม่น้ำ

⁹² สนธิสัญญามีผลบังคับเฉพาะกับรัฐที่เป็นภาคีสันธิสัญญา ในขณะที่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีผลบังคับกับรัฐทุกรัฐในสังคัมระหว่างประเทศ ยกเว้นรัฐที่แสดงการคัดค้านหรือไม่ยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีดังกล่าวอย่างชัดแจ้งและคัดค้านอย่างสม่ำเสมอ

ระหว่างประเทศ เปิดช่องให้รัฐริมฝั่งใช้ดุลพินิจของตนเองในการเลือกใช้มาตรการต่าง ๆ ที่ตนเห็นว่าเหมาะสมและได้สัดส่วนเพื่อลดหรือบรรเทาความเสี่ยงต่อการเกิดผลกระทบข้ามพรมแดนของกิจกรรมการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศภายในดินแดนของตน รัฐริมฝั่งบางรัฐจึงเลือกที่จะใช้มาตรการที่กระทบหรือจำกัดสิทธิของตนในการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำโขงให้น้อยที่สุด แต่เป็นมาตรการที่ไม่ได้สัดส่วน และอาจไม่สามารถป้องกันความเสียหายได้จริง ยกตัวอย่างกรณีที่รัฐบาลจีนเลือกที่จะไม่ปรึกษาหารือกับรัฐริมฝั่งอื่นก่อนเริ่มดำเนินโครงการเขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้าพลังน้ำบนลำน้ำสายประธานของแม่น้ำโขง และ delay การให้ข้อมูลทางเทคนิคอย่างละเอียดเกี่ยวกับโครงการเขื่อนต่างๆ บนแม่น้ำโขงภายในดินแดนของตนแก่รัฐริมฝั่งอื่น

ประการที่สอง หลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐกำหนดให้รัฐที่ได้รับ ความเสียหายมีหน้าที่พิสูจน์ให้เห็นว่าความเสียหายนั้นเกิดจากกิจกรรมการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศของรัฐริมฝั่งอื่นที่ไม่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ การที่รัฐบาลจีนเลือกที่จะให้ข้อมูลที่ค่อนข้างจำกัดแก่ประเทศที่อยู่ปลายน้ำ นอกจากจะทำให้ประเทศปลายน้ำไม่สามารถประเมินความเสี่ยงของโครงการเขื่อนต่างๆ ดังกล่าวได้อย่างชัดเจนแล้ว ยังทำให้มีความยากลำบากในการพิสูจน์ cause and effect ระหว่างกิจกรรมการใช้น้ำดังกล่าวกับความเสียหายที่เกิดขึ้น โอกาสที่จะเรียกให้รัฐบาลจีนมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศเพื่อให้มีการเยียวยาความเสียหายก็ยิ่งเป็นไปได้ยากขึ้น

(5) **ข้อเสนอแนะ** แนวทางการอุดช่องโหว่ของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ คือ การผลักดันให้รัฐริมฝั่งสามารถเข้าถึงข้อมูลทางเทคนิคเกี่ยวกับกิจกรรมหรือโครงการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำโขง ทั้งที่อยู่บนลำน้ำสายประธานและลำน้ำสาขาหลักๆ ของแม่น้ำโขง และให้มีการปรึกษาหารือกันอย่างจริงจังเกี่ยวกับผลกระทบสะสมของโครงการใช้น้ำดังกล่าวระหว่างรัฐริมฝั่งและผู้ที่มีส่วนได้เสียต่างๆ ผ่านกรอบความร่วมมือในอนุภูมิภาคแม่น้ำโขงที่มีอยู่ในปัจจุบัน ไม่ว่าจะเป็นคณะกรรมการแม่น้ำโขง (Mekong River Commission: MRC) หรือกรอบความร่วมมือแม่โขง - ล้านช้าง (Mekong - Lancang Cooperation: MLC) ซึ่งมีความพร้อมทั้งในแง่องค์ความรู้ทางวิชาการและความมุ่งมั่นของรัฐริมฝั่งทั้ง 6 รัฐที่ต้องการเห็นการพัฒนาอย่างยั่งยืน และความเจริญรุ่งเรืองร่วมกันของทุกประเทศในอนุภูมิภาค

บรรณานุกรม

หนังสือ

- จตุรนต์ ธีระวัฒน์. *กฎหมายระหว่างประเทศ*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.
- Browder (G.). *Negotiating an International Regime in the 1990s for Water Allocation in the Mekong River Basin*. University of Stanford, Dissertation for the Degree of Doctor of Philosophy, February, 1998.
- Combacau (J.), Sur (S.). *Droit International Public*, Montchrestien, Paris, 2006.
- Francioni (F.) and Scovazzi (T.), eds. *International Responsibility for Environmental Harm*, London: Graham and Trotman/Martinus Nijhoff, 1991.
- McCaffrey (S.C.). *The Law of International Watercourses: Non-Navigational Uses*. Oxford and New York: Oxford University Press, 2001.

วิทยานิพนธ์

- Ngamwisedchaikul (S.) (2007). *La Gestion du Mékong et le Droit International*, (doctoral dissertation). University of Paris 1 Pantheon-Sorbonne, Paris, France.

บทความ

- Graefrath (B.), “Responsibility and Damages Caused: Relationship between Responsibility and Damages”, *Recueil des Cours Academie de Droit International (R.C.A.D.I)*, 1984 II (185).
- Kiss (A.C.), “Tchernobyle ou la pollution accidentelle du Rhin par des produits chimiques”, *Annuaire Français du Droit International (A.F.D.I)*, Vol., 33, 1987.
- X.X. Lu and R.Y. Siew, *Water discharge and sediment flux changes over the past decades in Lower Mekong River: possible impacts of the Chinese Dams*, Department of Geography, National University of Singapore, 21 March 2006. <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00304834/document>
- NGO Forum on Cambodia, *Down River: The Consequences of Vietnam’s Se San River Dams on Life in Cambodia and Their Meaning in International Law*, December 2005. http://www.law.harvard.edu/programs/hrp/clinic/documents/down_river.pdf

เอกสารของคณะกรรมการแม่น้ำโขง

- Mekong River Commission, *Statement on Prior Consultation Process for the Pak Beng Hydropower Project in Lao PDR*, 19 June 2017. In Mekong River Commission Secretariat, *Joint Action Plan for the Implementation of the Statement on the Prior Consultation Process for the Pak Beng Hydropower Project*, 4 April 2019.
- Henry Manguerra, *The Council Study, Sustainable Management and Development of the Mekong River Including Impacts of the Mainstream Hydropower Projects*, 4th BDP Forum of the Mekong Basin Development Strategy, 21 November 2014, Siem Reap, Cambodia.
- *Mekong Lancang Cooperation: China welcomes MRC's call for a closer tie*, 7 November 2018. www.mrcmekong.org/news-and-events/news/mekong-lancang-cooperation-china-welcomes-mrcs-call-for-a-closer-tie/
- Mekong River Commission Secretariat, *Climate Change and Adaptation Initiative*. www.mrcmekong.org/assets/Posters-leaflets/CCAI-leaflet-final.pdf
- Mekong River Commission Secretariat, *Mekong News*, January-March 2003/1, Phnom Penh, Cambodia.
- Mekong River Commission Secretariat, *Mekong River Basin Diagnostic Study*, Final Report, May 1997.
- Mekong River Commission Secretariat, *MRC and China renew pact on water data provision and other cooperation initiatives*, 19 July 2019. www.mrcmekong.org/news-and-events/news/mrc-and-china-renew-pact-on-water-data-provision-and-other-cooperation-initiatives/
- Mekong River Commission Secretariat, *MRC Hydropower Mitigation Guideline, MRC Technical Guideline Series*, Vol. 3, September 2020.
- Mekong River Commission Secretariat, *Overview of hydrology of the Mekong Basin*, November 2005. http://www.mrcmekong.org/download/free_download/Hydrology_report_05.pdf
- Mekong River Commission Secretariat, *2nd Regional Stakeholder Forum on the Pak Beng Hydropower Project, Forum Report*, 5 May 2017, Vientiane Lao PDR, May 2017.
- Mekong River Commission Secretariat, *Report of the ninth dialogue meeting between the Mekong River Commission and the People's Republic of China and the Union of Myanmar 26th August 2004*, Vientiane, Lao PDR.

- Mekong River Commission Secretariat, *Review of the Design Changes Made for Xayaburi Hydropower Project*, Technical Reference Paper, No. 65, January 2019.
- Mekong River Commission Secretariat, *State of the Basin Report 2018*, June 2018.
- Mekong River Commission Secretariat, *Technical Review Report, Prior Consultation for the Proposed Luang Prabang Hydropower Project, Procedures for Notification, Prior Consultation and Agreement*, June 2020.
- Mekong River Commission Secretariat, *The effects of Chinese dams on water flows in the Lower Mekong Basin*, 6 June 2017.
- Mekong River Commission Secretariat, *The MRC Hydropower Mitigation Guidelines, Guidelines for Hydropower Environmental Impact Mitigation and Risk Management in the Lower Mekong Mainstream and Tributaries*, MRC Technical Guideline Series, Vol. 1, January 2019.
- Mekong River Commission Secretariat, *Transboundary Water Resources Management Issues in the Mekong Delta of Cambodia and Vietnam*, Mekong Delta Water Resources Management Project, September 2017.
- Mekong River Commission Secretariat, *Understanding the 1995 Mekong Agreement and the Five MRC Procedures*, Handbook, May 2020.
- Mekong River Commission Secretariat welcomes China's Pledge to share Mekong Data but suggests harnessing existing platform, 25 August 2020. www.mrcmekong.org/news-and-events/news/pr-mrcs-welcomes-china-pledge/
- Schaaf (C.H.) and Fifield (R.H.), *The Lower Mekong; Challenge to cooperation in southeast asia*, D. Van Nostrand Company, Ltd., New York, 1963.

คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

- International Court of Justice (ICJ.), Report of Judgments, Advisory Opinions and Orders, The Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania), Judgment of April 9th, 1949.
- International Court of Justice (ICJ.), Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Nuclear Test Case (New Zealand V. France), Judgment of 20 December 1974
- International Court of Justice (ICJ.), *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, The Gabcikovo Nagymaros Project)Hungary v. Slovakia, Judgment of September 25th, 1997.*

- Tribunal of Arbitration, Alabama Claims of the United States of America Against Great Britain, Award rendered on 14 September 1872 by the Tribunal of Arbitration established by Article I of the Treaty of Washington of 8 May 1871, *United Nations, Reports of International Arbitral Awards*, Vol. XXIX.
- Tribunal of Arbitration, Lake Lanoux Arbitration (France v. Spain) 16 November 1957, *United Nations, Reports of International Arbitral Awards*, Vol. XII.

สนธิสัญญา

- The Indus Waters Treaty, signed by India, Pakistan and Worldbank on 19 September 1960.
- Convention on the Law of the Non - Navigational Uses of International Watercourses, 1997.
- Agreement on the Cooperation for the Sustainable Development of the Mekong River Basin, 5 April 1995.
- African Convention on Conservation of Nature and Natural Resources, 15 September 1968.
- Agreement on Commercial Navigation on Lancang - Mekong River Among the Governments of the People's Republic of China, the Lao People's Democratic Republic, the Union of Myanmar and the Kingdom of Thailand, 2000.
- Convention on Cooperation for the Protection and Sustainable Use of the Danube River, 1994.
- Convention on the Protection of the Rhine, 1999.
- Treaty for Amazonian Cooperation, 1978.

เอกสารขององค์การสหประชาชาติ

- General Assembly, United Nations, (Forty - Third Session), *Summary Record of the 39th Meeting of the Sixth Committee*, 11 November 1958, (A/C.6/43/SR. 39).
- General Assembly, United Nations, (Forty - Sixth Session), *Summary Record of the 28th Meeting of the Sixth Committee*, 4 November 1991, (A/C6/46/SR. 28).
- General Assembly, United Nations, (Forty - Ninth Session), *Summary Record of the 32^d Meeting of the Sixth Committee*, 1 November 1994, (A/C.6/49/SR. 23).
- General Assembly, United Nations, (Forty - Ninth Session), *Summary Record of the 24th Meeting of the Sixth Committee*, 1994, (A/C.6/49/SR. 24).
- General Assembly, United Nations, (Fifty - Third Session), *Summary Record of*

- *the 14th Meeting of the Sixth Committee*, 11 November 1998, (A/C.6/53/SR. 14).
- General Assembly, United Nations, (Fifty - Third Session), *Summary Record of the 21st Meeting*, 17 December 1998, (A/C.6/53/SR. 21).
- International Law Commission Year Book, 1994, Vol II, 2nd Part.
- United Nations, “Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities with commentaries 2001”, *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session*.

ข่าว

- Disaster Management Unit, U.N.D.P Project VIE/97/2002, “Mekong delta deal with severe drought, salt water encroachment”, *Vietnam News*, 13 February 2004.
- DW News, “Dam building race threatens the Mekong River”, *Bangkok Post Online*, 19 August 2019. <https://www.bangkokpost.com/thailand/special-reports/1733071/dam-building-race-threatens-the-mekong-river>
- *Living on the edge of the rising sea, Stories from the Mekong*. <http://www.mrcmekong.org/mekong-basin/stories-from-the-mekong/living-on-the-edge-of-the-rising-sea/>
- Mekong River water levels hits record low for a second year, *Chiang Rai Times*, 8 August 2020. <https://www.chiangraitimes.com/featured/mekong-river-water-levels-hits-record-lows-for-a-second-year/>
- Mongkol Bangprapa, “Gen Prawit raises concerns over Luang Prabang dam”, *Bangkokpost online*, 26 March 2020. <https://www.bangkokpost.com/thailand/general/1886480/gen-prawit-raises-concerns-over-luang-prabang-dam>
- Niem Chheng, “China to share dam info and data with MLC nations”, *The Nation Thailand*, 25th August 2020. https://www.nationthailand.com/news/30393462?utm_source=homepage&utm_medium=internal_referral

ประวัติผู้เขียน

ดร. ศิรวดี งามวิเศษชัยกุล สำเร็จการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ในปี พ.ศ. 2538 และเนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 49 ในปี พ.ศ. 2540 จากนั้นได้มีโอกาสรับทุนรัฐบาลไทยเดินทางไปศึกษาต่อระดับปริญญาโทและปริญญาเอกสาขากฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีเมือง ณ มหาวิทยาลัยปารีส 1 (Panthéon-Sorbonne) สาธารณรัฐฝรั่งเศส จนกระทั่งสำเร็จการศึกษาระดับปริญญาโทและปริญญาเอกในปี พ.ศ. 2544 และ 2550 ตามลำดับ โดยได้จัดทำวิทยานิพนธ์ระดับปริญญาเอกภายใต้หัวข้อ “การจัดการแม่น้ำโขงกับกฎหมายระหว่างประเทศ (La Gestion du Mékong et le Droit International)”

ดร. ศิรวดีเข้ารับราชการครั้งแรกในตำแหน่งนิติกรที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเมื่อ พ.ศ. 2539 และได้โอนมารับราชการที่กระทรวงการต่างประเทศในตำแหน่งนักการทูต โดยปฏิบัติราชการที่กรมสนธิสัญญาและกฎหมายระหว่างพ.ศ. 2551 - 2557 และสถานเอกอัครราชทูต ณ กรุงพริทอเรีย สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ระหว่าง พ.ศ. 2559 - 2562 ปัจจุบันดำรงตำแหน่งนักการทูตชำนาญการ (ที่ปรึกษา) ณ ศูนย์ศึกษาการต่างประเทศ สถาบันการต่างประเทศเทวะวงศ์วโรปการ กระทรวงการต่างประเทศ

ศูนย์ศึกษาการต่างประเทศ

(International Studies Center - ISC)

กระทรวงการต่างประเทศ

ศูนย์ศึกษาการต่างประเทศจัดตั้งขึ้นเมื่อเดือนเมษายน พ.ศ. 2530 โดยพลอากาศเอกสิทธิ เสวตศิลา รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในขณะนั้น เพื่อดำเนินกิจกรรมด้านวิชาการต่างๆ เช่น การบรรยายและสัมมนา การระดมสมองระหว่างข้าราชการกระทรวงการต่างประเทศและหน่วยราชการต่างๆ กับนักวิชาการภาคเอกชน สื่อมวลชนและผู้แทนภาคประชาสังคม รวมทั้งสร้างเครือข่ายความร่วมมือกับสถาบันวิชาการทั้งในประเทศและต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ศูนย์ศึกษาการต่างประเทศได้ยุติการปฏิบัติงานไประยะหนึ่ง และงานบางส่วนได้ถูกมอบหมายให้หน่วยงานอื่นภายใต้กระทรวงการต่างประเทศดำเนินการแทน

โดยที่ในปัจจุบัน สถานการณ์โลกและภูมิภาคได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมีนัยสำคัญ กระทรวงการต่างประเทศจึงรื้อฟื้นศูนย์ศึกษาการต่างประเทศขึ้นใหม่เมื่อเดือนสิงหาคม พ.ศ. 2562 เพื่อส่งเสริมการศึกษาและวิเคราะห์ประเด็นปัญหาและนโยบายด้านการต่างประเทศในมิติต่างๆ อาทิ การเมืองระหว่างประเทศ เศรษฐกิจระหว่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศ และองค์การระหว่างประเทศและองค์การระดับภูมิภาค รวมทั้งเผยแพร่ความรู้ด้านการทูตและการต่างประเทศ ตลอดจนทำหน้าที่เชื่อมต่อกับ “ชุมชนด้านการต่างประเทศ” ทั้งในประเทศและต่างประเทศ

