

บันทึก

เรื่อง การผันน้ำจากแหล่งน้ำสาธารณะในพื้นที่หนึ่งมาใช้ในพื้นที่หนึ่ง

เลขาธิการนายกรัฐมนตรีได้แจ้งมาตามหนังสือสำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี ที่ นร ๐๑๑๔/๒๓๕๘๙ ลงวันที่ ๑๖ ธันวาคม ๒๕๓๖ ว่า นายกรัฐมนตรีได้รับรายงานข่าวการเคลื่อนไหวคัดค้านโครงการผันน้ำแม่กลอง ซึ่งเป็นโครงการของการประปานครหลวงเพื่อนำน้ำดิบจากแม่น้ำแม่กลองมาผลิตเป็นน้ำประปา เพื่อรองรับการขยายตัวของกรุงเทพมหานครฝั่งตะวันตก ประกอบกับในการจัดสัมมนาเรื่อง “การไต่สวนสาธารณะและการมีส่วนร่วมของประชาชนกรณีโครงการผันน้ำแม่กลอง” ซึ่งจัดขึ้นโดยคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมของสภาผู้แทนราษฎรและสถาบันนโยบายศึกษา ที่รัฐสภา เมื่อวันที่ ๒๙ พฤศจิกายน ๒๕๓๖ นั้น ที่ประชุมได้เสนอให้มีการยอมรับสิทธิของชุมชนที่ใช้ประโยชน์จากกลุ่มน้ำแม่กลอง โดยให้จัดการไต่สวนสาธารณะเพื่อให้ประชาชนในพื้นที่ได้รับทราบข้อมูลต่างๆ และมีส่วนร่วมตัดสินใจในโครงการที่มีผลกระทบต่อชีวิตความเป็นอยู่ของตนเอง รวมทั้งเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาคอขวดที่อาจจะเกิดขึ้น โดยนายกรัฐมนตรีได้ให้ความสนใจในผลการสัมมนาดังกล่าวและมีบัญชาว่า การทวงแหล่งน้ำสาธารณะเป็นของแต่ละพื้นที่จะมีมากขึ้น ประกอบกับมีการขึ้นจากกลุ่มคนบางกลุ่ม จึงต้องการขอทราบว่ แนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องนี้ในต่างประเทศเป็นอย่างไร

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้พิจารณาแล้วเห็นว่าปัญหาตามบัญชาของนายกรัฐมนตรีนั้นอาจแบ่งออกเป็นประเด็นทางวิชาการได้ ๒ ส่วน คือ ๑) เอกชนหรือชุมชนที่ใช้ประโยชน์จากแหล่งน้ำสาธารณะ จะมีสิทธิในน้ำหรือแหล่งน้ำนั้นเพียงใด และ ๒) การพัฒนาที่มีผลกระทบต่อประชาชนนั้น ประชาชนมีสิทธิเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาเพื่อการพัฒนาขึ้นเพียงใด

๑. สิทธิในน้ำ

เพื่อความเข้าใจอันดีว่าเอกชนหรือชุมชนจะมีสิทธิในน้ำเพียงใดเห็นควรเลือกกฎหมายโบราณ และกฎหมายของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาซึ่งอยู่ในกลุ่มระบบคอมมอนลอว์ (common law system) กับกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งอยู่ในกลุ่มระบบประมวลกฎหมาย (civil law system) มาเสนอเพื่อให้เกิดการเปรียบเทียบในเชิงวิเคราะห์

๑.๑ กฎหมายโรมัน

ตามกฎหมายโรมันในภาพรวมได้แบ่งทรัพย์สินออกเป็น ๔ อย่างด้วยกัน คือ

๑) ทรัพย์สินส่วนรวม (Res communes) ซึ่งถือว่าเป็นของกลางของทุกคน (common to all)^{*} หมายถึง ทุกคนสามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้ แต่จะถือเอาเป็นของตนไม่ได้

^{*}William Warwick Buckland, A Manual of Roman Private Law 107 (1957)

ตัวอย่างเช่น อากาศ น้ำที่ไหล (running water) ทะเล ชายทะเล

๒) ทรัพย์สินของรัฐ (Res publicae) ซึ่งถือว่าเป็นทรัพย์สินของรัฐ
ตัวอย่างเช่น ถนน แม่น้ำ ท่าเรือ ทะเลสาบ เป็นต้น

๓) ทรัพย์สินของชุมชน (Res universitatis) ซึ่งถือว่าเป็นทรัพย์สินของชุมชน
หนึ่งๆที่จะใช้ร่วมกันของสมาชิกในชุมชนนั้น โดยคนใดคนหนึ่งจะใช้เฉพาะตนไม่ได้ เช่น โรง
ภาพยนตร์ สนามกีฬา เป็นต้น

๔) ทรัพย์สินไม่มีเจ้าของ (Res nullius) เป็นทรัพย์สินซึ่งปรากฏชัดว่าใน
ขณะนั้นไม่มีเจ้าของ เช่น น้ำฝน สัตว์ป่า ของที่ถูกทิ้ง เป็นต้น

กฎหมายโรมันได้กำหนดว่า “น้ำที่ไหลและทะเล” ถือเป็นทรัพย์สินส่วนรวม
ซึ่งเปิดให้ทุกคนสามารถใช้ได้ (open to every one)^๒ ดังนั้น สิทธิในการใช้น้ำในกรณีของน้ำที่
ไหลหรือน้ำในทะเลจึงเป็นของทุกคน แต่สำหรับแม่น้ำและทะเลสาบนั้นได้กำหนดให้เป็นทรัพย์สิน
ของรัฐอย่างชัดเจน แต่ก็มีบางความเห็นที่แบ่งแม่น้ำออกเป็น ๒ ชนิดคือ แม่น้ำสาธารณะ (public
river) ซึ่งเป็นแม่น้ำที่ไหลอยู่ตลอด และแม่น้ำส่วนตัว (private river) ซึ่งเป็นแม่น้ำที่มีได้ไหลอยู่
ตลอด ตามความเห็นนี้แม่น้ำสาธารณะเท่านั้นที่ถือว่าเป็นทรัพย์สินของรัฐ^๓

นอกจากนั้น แล้วในเรื่องภาระจำยอมที่เกี่ยวกับที่ดิน
(praedialservitudes) ได้กล่าวถึงสิทธิทั้งหลายที่มีอยู่โดยทั่วไปเหนือที่ดิน ซึ่งรวมถึงสิทธิที่จะใช้
ทางและน้ำ (rights of way and water) ซึ่งถือว่าเป็นสิ่งที่จำเป็นต่อการทำการเกษตรแบบ
ดั้งเดิม^๔ เช่น สิทธิใช้น้ำจากลำธาร บ่อ หรือน้ำพุในที่ดินของผู้อื่นหรือสิทธินำสัตว์ไปกินน้ำในที่ดิน
ของผู้อื่น^๕ ส่วนสิทธิชักน้ำจากที่ดินของผู้อื่นนั้น หลักกฎหมายโรมันยังขัดแย้งกัน^๖ ภาระจำยอมนี้
จะมีก็ต่อเมื่อสิ่งนั้นมีอยู่ตลอด แต่การใช้สิทธิจะต้องคำนึงถึงสิทธิของผู้อื่นด้วย^๗

๑.๒ กฎหมายอังกฤษ

สิทธิในน้ำ

ในระบบ common law แม้ว่าจะได้รับรองสิทธิของเจ้าของที่ดินริมฝั่งที่จะ
ใช้น้ำจากทางน้ำซึ่งที่ดินของตนติดอยู่ก็ตาม แต่ตัวน้ำซึ่งไหล (flowing water) ไม่ใช่วัตถุแห่ง
สิทธิและไม่สามารถอนุญาตให้เป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ใดได้ น้ำที่ไหลนั้นมีฐานะเป็นของสาธารณะ
หรือของส่วนรวม (publici juris)^๘ ส่วนน้ำนิ่ง (still water) ที่บุคคลใดจัดเก็บไว้ในสถานที่ที่กัก

^๒William Warwick Buckland, A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian 182 (2nd ed., 1932)

^๓Robert Warden Lee, An Introduction to Roman-Dutch Law 130 (3rd ed., 1931)

^๔W.W. Buckland, หนังสือในเชิงอรรถที่ (๑), หน้า ๑๕๕.

^๕Robert Warden Lee, หนังสือในเชิงอรรถที่ (๓), หน้า ๑๗๒.

^๖W.W. Buckland, หนังสือในเชิงอรรถที่ (๑), หน้า ๑๕๖.

^๗Barry Nicholas, An Introduction to Roman Law, 141 (1972)

^๘49 Halsbury's Law of England, Water, para.368 (4ed.1984)

เก็บของตนให้เป็นทรัพย์สินส่วนบุคคลของผู้นั้น^๙

สิทธิการใช้น้ำ

๑) น้ำในทางน้ำ เจ้าของที่ดินริมฝั่งจะใช้น้ำได้ตามที่มีเหตุอันสมควร (reasonable enjoyment) และจะทำให้เกิดความเสียหาย หรือจนก่อให้เกิดความรำคาญต่อเพื่อนบ้านที่อยู่ตรงข้าม เหนือหรือใต้ทางน้ำไม่ได้^{๑๐}

สำหรับผู้ที่ไม่มีที่ดินริมฝั่งอาจได้รับสิทธิใช้น้ำจากทางน้ำโดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของที่ดินริมฝั่ง แต่ผู้ที่ได้รับอนุญาตดังกล่าวจะใช้น้ำจนมีผลกระทบต่อกระแสน้ำและก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของที่ดินริมฝั่งอื่น ๆ ไม่ได้เช่นกัน^{๑๑}

๒) น้ำผิวดิน เจ้าของที่ดินที่น้ำผิวดินไหลผ่านมีสิทธิที่จะถือเอาประโยชน์จากน้ำนั้นอย่างไม่มีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใด ๆ^{๑๒}

๓) น้ำใต้ดิน เจ้าของที่ดินซึ่งมีน้ำใต้ดินที่ไม่อาจรู้ขอบเขตของแหล่งน้ำที่แน่นอนได้มีสิทธิถือเอาประโยชน์หรือดึงน้ำใต้ดินนั้นขึ้นมาใช้ได้เท่าที่ตนต้องการ แม้ว่าจะทำให้น้ำใต้ดินในที่ดินข้างเคียงหมดไปก็ตาม เจ้าของที่ดินข้างเคียงก็จะเรียกร้องค่าเสียหายไม่ได้^{๑๓} สำหรับน้ำใต้ดินที่รู้ขอบเขตของแหล่งน้ำได้แน่นอน สิทธิของเจ้าของที่ดินที่จะใช้น้ำดังกล่าวเป็นเช่นเดียวกับกรณีน้ำที่ไหลในทางน้ำปกตินบนพื้นดินคือต้องใช้ตามที่มีเหตุอันสมควร^{๑๔}

อำนาจการจัดการน้ำของรัฐ

ตามมาตรา ๑๒๕ ของ Water Act ๑๙๘๙^{๑๕} ได้กำหนดให้องค์กรแม่น้ำแห่งชาติ (The National Rivers Authority) มีอำนาจกระทำการทุกอย่างตามที่พิจารณาเห็นว่าจำเป็นหรือเหมาะสม และสอดคล้องกับแนวทางซึ่งรัฐมนตรีผู้มีหน้าที่ปฏิบัติตามกฎหมายได้วางไว้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของมาตรานี้(ถ้ามี) ทั้งนี้เพื่อ

(๑) การอนุรักษ์ การแบ่งปันน้ำระหว่างองค์กรที่มีหน้าที่ในการจัดหาและระบายน้ำ (water undertakers)^{๑๖}

(๒) ให้เกิดการใช้ทรัพยากรน้ำที่เหมาะสม

นอกจากนั้นเพื่อให้การจัดการทรัพยากรน้ำและการดำเนินงานของ water undertakers เป็นไปโดยเหมาะสม องค์กรแม่น้ำแห่งชาติยังมีอำนาจเข้าไปร่วมและปรับปรุงการ

^๙เรื่องเดียวกัน, para.๓๗๒, p.๒๑๑

^{๑๐}เรื่องเดียวกัน, para. ๔๐๑, p.๒๒๔

^{๑๑}เรื่องเดียวกัน, para. ๓๙๙, p.๒๒๗

^{๑๒}เรื่องเดียวกัน, para. ๔๑๗, p.๒๓๘-๒๓๙

^{๑๓}เรื่องเดียวกัน, para. ๔๑๔, p.๒๓๗

^{๑๔}เรื่องเดียวกัน, para. ๔๑๕, p.๒๓๘

^{๑๕}Richard Macrory, The Water Act 1989 15/186 (1989)

^{๑๖}ได้แก่กรณีที่มีข้อขัดแย้งเกี่ยวกับข้อตกลงว่าด้วยการโอนปริมาณน้ำระหว่าง water undertakers (ซึ่งได้รับแต่งตั้งตามมาตรา ๑๑ Water Act 1989) Director General of Water Services มีอำนาจชี้ขาดข้อขัดแย้งนั้น และหาก Director General of Water Services เห็นว่า คำตัดสินของตนจะมีผลกระทบต่อการทำงานขององค์กรแม่น้ำแห่งชาติแล้ว จะต้องปรึกษาองค์กรดังกล่าวก่อน

จัดการหรือดำเนินการเป็นครั้งคราวเมื่อเห็นสมควร^{๑๗}

การผันน้ำระหว่างลุ่มน้ำ

จากบทบัญญัติของ Water Act ๑๙๘๙ มาตรา ๑๒๕ และ ๑๒๖ ประกอบกับบทบัญญัติของ Water Resources Act ๑๙๖๓ มาตรา ๑๙ ซึ่งแก้ไขโดย Water Act ๑๙๘๙ มาตรา ๑๒๗ จะเห็นได้ว่ารัฐมีอำนาจหน้าที่จะผันน้ำจากแม่น้ำหนึ่งไปใช้ยังอีกแม่น้ำหนึ่งได้^{๑๘} แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้บังคับของประกาศขององค์กรแม่น้ำแห่งชาติ เรื่องระดับน้ำต่ำสุดที่จะยอมรับได้ของแม่น้ำนั้นด้วย (minimum acceptable flows)^{๑๙} โดยในการกำหนดระดับน้ำต่ำสุดนั้น กฎหมายให้คำนึงถึงลักษณะของแหล่งน้ำสภาพแวดล้อมอื่น ๆ เช่น ความงดงามของธรรมชาติ และกระแสน้ำที่ไหลในบางเวลา อย่างไรก็ตาม กระแสน้ำต่ำสุดที่จะกำหนดจะต้องไม่น้อยกว่าปริมาณน้ำที่จำเป็นเพื่อการรักษาสุขภาพของประชาชน จุดสมดุลระหว่างปริมาณและคุณภาพของน้ำ และความต้องการใช้น้ำที่ชอบด้วยกฎหมายในขณะนั้นไม่ว่าจะเป็นเพื่อการเกษตร อุตสาหกรรม การประปา การระบายน้ำจากที่ดิน การเดินเรือ การประมง ทั้งในแหล่งน้ำนั้นและแหล่งน้ำอื่นซึ่งกระแสน้ำของแหล่งน้ำดังกล่าวอาจได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงกระแสน้ำในแหล่งน้ำนั้น^{๒๐} ซึ่งเกณฑ์ดังกล่าวเป็นการกำหนดขึ้นเพื่อการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ที่จะอนุญาตให้ผันน้ำเท่านั้น มิใช่เป็นสิทธิของเจ้าของทางน้ำที่ถูกแบ่งปันจะเรียกร้องโดยตรง

อย่างไรก็ตาม นับแต่มีกฎหมายกำหนดหน้าที่ให้หน่วยงานที่รับผิดชอบประกาศกำหนดระดับน้ำต่ำสุดที่จะยอมรับได้ในปี ค.ศ. ๑๙๖๓ เป็นต้นมา ยังไม่เคยปรากฏว่ามีการประกาศกำหนดในเรื่องนี้แต่อย่างใด ทั้งนี้เนื่องจากมีข้อยุ่งยากในการปฏิบัติ^{๒๑} ดังนั้น ตามกฎหมายใหม่จึงกำหนดให้เป็นดุลพินิจขององค์กรแม่น้ำแห่งชาติที่จะประกาศกำหนดระดับกระแสน้ำต่ำสุดที่จะยอมรับได้นั้นหรือไม่ก็ได้^{๒๒} โดยถ้ายังไม่มีประกาศดังกล่าว หากมีการยื่นคำขอชักน้ำหรือผันน้ำ ให้องค์กรซึ่งมีอำนาจออกใบอนุญาตคำนึงถึงแนวทางที่กฎหมายกำหนดให้ใช้ในการพิจารณากำหนดระดับน้ำต่ำสุดนั้นประกอบด้วย^{๒๓}

๑.๓ กฎหมายสหรัฐอเมริกา

สิทธิในน้ำ

มีหลักทั่วไปว่าแหล่งน้ำที่เดินเรือได้ (navigable waters) ถูกกำหนดให้เป็นของรัฐที่จะให้ประชาชนได้ใช้ประโยชน์จากแหล่งน้ำนั้น ๆ โดยมีรัฐเป็นผู้ดูแลรักษาเพื่อประชาชน

^{๑๗}Water Act ๑๙๘๙ Section 126 (1) มาตรา 127

^{๑๘}หนังสือในเชิงอรรถที่ (๑๕), หน้า ๑๕/๑๘๗

^{๑๙}Water Resources Act 1963 มาตรา 19 แก้ไขเพิ่มเติมโดย Water Act 1989 มาตรา

^{๒๐}Water Resources Act 1963 มาตรา 19 (5)

^{๒๑}หนังสือในเชิงอรรถที่ (๑๕), หน้า ๑๕/๑๘๙

^{๒๒}Water Act 1989 มาตรา 127 (2)

^{๒๓}Water Resources Act 1963 มาตรา 29 (5)

เป็นส่วนรวม (in the state in trust for the public)^{๒๔} ส่วนแหล่งน้ำที่ไม่สามารถเดินเรือได้”สิทธิในน้ำ”จะเป็นของเจ้าของที่ดินซึ่งแหล่งน้ำนั้นไหลผ่าน หรือของเจ้าของที่ดินซึ่งเป็นที่ตั้งของแหล่งน้ำนั้น ถ้าไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดเป็นอย่างอื่น^{๒๕}

ในระบบกฎหมายของอเมริกันนั้นคำว่า “สิทธิในน้ำ” (water right) หมายถึง สิทธิตามกฎหมายที่จะถือเอาประโยชน์จากน้ำ (usufructuary right)^{๒๖} เท่านั้น มิใช่สิทธิที่สมบูรณ์เหมือนกับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (right of property)^{๒๗} เจ้าของที่ดินที่ติดกับทางน้ำไม่ใช่เจ้าของน้ำซึ่งไหลในทางน้ำนั้นเพียงแต่เป็นสิทธิร่วมกันของเจ้าของที่ดินริมฝั่งทุกคนที่จะได้ใช้น้ำดังกล่าว^{๒๘}

สิทธิการใช้น้ำ บุคคลมีสิทธิในการใช้น้ำในลักษณะที่แตกต่างกัน

๑) น้ำในทางน้ำ สิทธิของผู้เป็นเจ้าของที่ดินริมฝั่งจะใช้น้ำได้ตามสมควร (reasonableness of use) กล่าวคือ ใช้ได้เพียงพอต่อการใช้ตามวัตถุประสงค์ที่จำเป็นและเหมาะสมสำหรับที่ดินของตน แต่ต้องคำนึงถึงสิทธิและความจำเป็นของเจ้าของที่ดินริมฝั่งอื่น ๆ ด้วย^{๒๙}

๒) น้ำผิวดิน มลรัฐโดยทั่วไปถือว่าเจ้าของที่ดินที่อยู่สูงกว่ามีสิทธิกักเก็บน้ำผิวดินไว้ใช้ได้โดยไม่มีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใด ๆ แต่ในบางมลรัฐสิทธิของเจ้าของที่ดินที่อยู่สูงกว่าจะถูกจำกัด กล่าวคือ จะใช้น้ำผิวดินได้เท่าที่จำเป็นสำหรับการใช้ตามสมควรแก่ที่ดินของตน แต่การใช้สิทธิในทุกมลรัฐต่อมามีเงื่อนไขว่าต้องใช้โดยสุจริตไม่ให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นด้วย^{๓๐}

๓) น้ำใต้ดิน สิทธิการนำน้ำใต้ดินมาใช้ของเจ้าของที่ดินซึ่งมีแหล่งน้ำอยู่ใต้ที่ดินของตนมีลักษณะเช่นเดียวกับการกักเก็บน้ำผิวดินไว้ใช้^{๓๑}

อำนาจการจัดการน้ำของรัฐ

แม้สิทธิของบุคคลในการใช้น้ำจะได้รับการยอมรับจากรัฐก็ตาม แต่สิทธิดังกล่าวก็จะอยู่ภายใต้บังคับของกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ของรัฐ ซึ่งจะขึ้นอยู่กับองค์ประกอบหลายประการ เช่น ธรรมชาติ ความอันตราย ระดับของคุณภาพ หรือลักษณะเฉพาะอื่น ๆ ของน้ำดังกล่าว เป็นที่ยอมรับกันว่ารัฐมีความอิสระที่จะเปลี่ยนแปลงปรับปรุงหรือแก้ไขกฎหมายซึ่งกำหนดสิทธิของเจ้าของที่ดินชายฝั่ง (riparian rights) และสิทธิที่ได้มาจากการถือเอาประโยชน์ก่อน (prior appropriation)^{๓๒} แต่ทั้งนี้ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม^{๓๓} และถ้าเป็นกฎเกณฑ์ที่ตราโดย

^{๒๔}78 Am Jur 2d, Waters, Sec. 230, p.674

^{๒๕}เรื่องเดียวกัน, p.๖๗๕

^{๒๖}เรื่องเดียวกัน, Sec. ๒๓๒, p.๖๗๗

^{๒๗}เรื่องเดียวกัน, Sec. ๒๖๒, p.๗๐๗

^{๒๘}เรื่องเดียวกัน, Sec. ๒๘๓, p.๗๒๔

^{๒๙}เรื่องเดียวกัน, Sec. ๒๘๒ และ ๒๘๓, p.๗๒๓-๗๒๕

^{๓๐}เรื่องเดียวกัน, Sec. ๑๑๘, ๑๒๒ และ ๑๓๓, p.๕๒๖-๕๔๒

^{๓๑}เรื่องเดียวกัน, Sec. ๑๕๒, p. ๖๐๐-๖๐๑

^{๓๒}เรื่องเดียวกัน, Sec. ๒๗๖, p.๗๑๙

มลรัฐก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎเกณฑ์ซึ่งตราโดยองค์กรควบคุมระดับสหพันธรัฐที่เกี่ยวกับการค้าและการเดินเรืออีกชั้นหนึ่งด้วย^{๓๔}

การผันน้ำ

ในสหรัฐอเมริกา การผันน้ำระหว่างลุ่มน้ำส่วนมากจะเป็นการผันน้ำระหว่างมลรัฐ เช่น การผันน้ำจาก the Columbia River Basin เพื่อนำไปใช้ใน California และ Arizona หรือ กรณีการผันน้ำจาก Missouri River Basin เพื่อนำไปใช้ใน Kansas, Colorado, Oklahoma, Texas และ New Mexico ฯลฯ^{๓๕} อย่างไรก็ตาม การผันน้ำในลักษณะนี้เป็นการผันน้ำจากมลรัฐหนึ่ง (ประเทศหนึ่ง) ไปยังอีกมลรัฐหนึ่ง (อีกประเทศหนึ่ง) ประเทศที่ให้ผันน้ำจึงมีโอกาที่จะกำหนดสิทธิประโยชน์ตอบแทน หรือข้อจำกัดในการผันน้ำเพื่อประโยชน์ของประเทศตนได้ ดังนั้น การผันน้ำในระหว่างมลรัฐจึงมักจะทำเป็นข้อตกลงระหว่างมลรัฐหรือโดยรัฐสภาของมลรัฐเป็นผู้กำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ตามแต่ละจะเรียกร้องและตกลงกันได้ในการเจรจา

สำหรับกรณีการผันน้ำภายในมลรัฐ (ภายในประเทศเดียวกัน) นั้น เคยมีกรณีเกิดขึ้นในปี ค.ศ. ๑๙๐๕ โดยเมือง New York ต้องการน้ำจาก Catskill Mountain ในการนี้เมือง New York ต้องถูกบังคับโดยกฎหมายของมลรัฐให้ต้องจ่ายค่าทดแทนความเสียหายให้แก่ผู้ที่อยู่อาศัยในบริเวณ Catskill Mountain โดยเป็นค่าเวนคืนทรัพย์สินซึ่งนำมาใช้ในโครงการ และค่าเสียหายสำหรับธุรกิจและรายได้ที่ต้องสูญเสียไปเพราะโครงการดังกล่าวให้แก่ทั้งเจ้าของที่ดินริมฝั่งซึ่งทรัพย์สินของตนถูกนำไปใช้ และผู้ซึ่งมิใช่เจ้าของที่ดินริมฝั่งที่ได้รับผลกระทบจากโครงการนั้นด้วย^{๓๖}

๑.๔ กฎหมายฝรั่งเศส

สิทธิในน้ำ

หลักกฎหมายฝรั่งเศสเกี่ยวกับสิทธิในน้ำนั้นได้รับอิทธิพลมาจากหลักกฎหมายโรมัน ซึ่งในส่วนที่ว่าด้วย “ทรัพย์สิน” ได้บัญญัติให้ “น้ำที่ไหล” เป็นทรัพย์สินประเภทเดียวกับ “ทะเล” และ “อากาศ” โดยให้ถือว่าเป็นทรัพย์สินของส่วนรวม (res communes) ซึ่งทุกคนมีสิทธิใช้ได้

กฎหมายฝรั่งเศสได้บัญญัติแยก “น้ำที่ไหล” ออกเป็น ๒ ประเภท คือ ประเภทแรก “ทางน้ำที่ไม่ใช่ทรัพย์สินของแผ่นดิน” (cours d'eau non domaniale) กฎหมายเกี่ยวกับทางน้ำที่ไม่ใช่ทรัพย์สินของแผ่นดินจะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายสองประการต่อเจ้าของที่ดินริมฝั่ง คือ เจ้าของที่ดินริมฝั่งมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่เป็นท้องน้ำและที่ดินริมฝั่งแต่เจ้าของที่ดินริมฝั่งจะไม่มีกรรมสิทธิ์ใน “น้ำ” ในทางน้ำนั้น ในระบบนี้ “น้ำ” จะเป็นทรัพย์สินส่วนรวม (res communes) ประเภทที่สอง “ทางน้ำที่เป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน” (cours d'eau domaniale) อันได้แก่ ทางน้ำที่รัฐจัดสร้างขึ้น และลำธารหรือแม่น้ำที่สามารถเดินเรือหรือล่องแพซุงได้ (มาตรา

^{๓๓}Slatersville Finishing Co.v. Greene, 40 RI 410

^{๓๔}78 Am Jur 2d, Water, Sec.276, p.720

^{๓๕}William Goldfarb, Water Law 56-57 (2ed. 1991)

^{๓๖}เรื่องเดียวกัน, หน้า ๕๗

๕๓๘ แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง) นอกจากประมวลกฎหมายแพ่งแล้ว มาตรา ๑ แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยทางน้ำ ได้บัญญัติทางน้ำที่เป็นทรัพย์สินของแผ่นดินไว้ดังนี้ ก) ทางน้ำที่สามารถเดินเรือหรือล่องแพซุงได้ ข) ทางน้ำที่แตกแขนงมาจากทางน้ำตาม ก. แม้ว่าจะไม่สามารถล่องแพซุงได้ ค) ทางน้ำที่รัฐซุดเป็นคลองลัดจากทางน้ำตาม ก. เพื่อใช้เดินเรือหรือล่องแพซุง ง) ทางน้ำที่ใช้ลำเลียงน้ำไปสู่ทางน้ำที่ใช้ในการเดินเรือ หรือทางน้ำที่ใช้ลำเลียงน้ำไปเพื่อการเกษตรกรรม การอุตสาหกรรมหรือเพื่อการอุปโภคหรือบริโภค และมาตรา ๒ แห่งประมวลกฎหมายเดียวกันบัญญัติว่า ทางน้ำใดเป็นทางน้ำที่สามารถเดินเรือหรือล่องแพซุงได้ ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา

ขอบเขตของทางน้ำที่เป็นทรัพย์สินของแผ่นดินอยู่ในบริเวณที่น้ำขึ้นสูงสุด (จากจุดนี้ขึ้นไปจะเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินริมฝั่ง) รัฐจะเป็นเจ้าของพื้นที่ที่เป็นท้องน้ำและตัวน้ำ ซึ่งรัฐสามารถจัดการบริหารน้ำในทางน้ำดังกล่าวได้ ในทางน้ำประเภทนี้ “น้ำ” จะเป็นของรัฐ

สิทธิการใช้น้ำ

(๑) น้ำฝน มาตรา ๖๔๑ วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งบัญญัติให้สิทธิแก่เจ้าของที่ดินที่จะใช้หรือเก็บกักน้ำฝนที่ตกลงมาในที่ดินของตนได้นักกฎหมายฝรั่งเศสเห็นว่าน้ำฝนเป็น “ทรัพย์สินไม่มีเจ้าของ” (res nullius) และจะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของบุคคลใดได้โดยหลักการเข้าถือเอาคนแรก เจ้าของที่ดินมีสิทธิใช้น้ำฝนที่ตกลงมาในที่ดินของตนอย่างเต็มที่ เช่น เพื่อการอุปโภคบริโภคในครัวเรือน เกษตรกรรมเลี้ยงสัตว์ เกษตรกรรมเพาะปลูก หรือแม้แต่เพื่อการอุตสาหกรรม แต่สิทธิการใช้น้ำฝนของเจ้าของที่ดินก็มีขอบเขตโดยหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วย “การใช้สิทธิโดยไม่สุจริต” และหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งเรื่อง “การจ่ายอม” คือเจ้าของที่ดินจะต้องไม่ขัดขวางการไหลของน้ำผิวดินจากที่ดินของตนลงสู่ที่ดินของบุคคลอื่นที่อยู่ต่ำกว่า ศาลสูงได้วินิจฉัยว่าหากเจ้าของที่ดินที่อยู่เหนือต้องการสร้างกำแพงล้อมรอบที่ดินของตนก็ต้องเว้นช่องว่างของกำแพงไว้เพื่อให้ น้ำฝนไหลลงสู่ที่ดินของบุคคลอื่นที่อยู่ต่ำกว่าได้ ในทางกลับกันที่ดินที่อยู่ต่ำกว่าก็มีภาระจ่ายอมที่ต้องยอมรับน้ำฝนจากที่ดินที่อยู่สูงกว่า

(๒) น้ำจากตาน้ำ เอกชนสามารถมีกรรมสิทธิ์ในน้ำจากตาน้ำได้เช่นเดียวกับกรณีที่เอกชนสามารถมีกรรมสิทธิ์ในน้ำฝนที่ตกลงมาในที่ดินของตน และมาตรา ๖๔๒ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งบัญญัติให้เจ้าของที่ดินที่มีตาน้ำสามารถใช้น้ำได้ตามความต้องการ ซึ่งรวมถึงสิทธิที่จะปิดตาน้ำหรือทำลายตาน้ำก็ได้ แต่การใช้สิทธิของเจ้าของที่ดินก็มีขอบเขต คือ (ก) ในกรณีที่น้ำจากตาน้ำไหลลงสู่ที่ดินที่อยู่ต่ำกว่าเจ้าของตาน้ำจะต้องไม่ทำให้น้ำสกปรก (ข) เจ้าของตาน้ำจะต้องไม่ทำให้น้ำจากตาน้ำไหลเข้าไปทำลายทรัพย์สินในที่ดินที่น้ำไหลผ่าน (ค) เจ้าของตาน้ำจะต้องไม่ใช้น้ำจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของที่ดินที่อยู่ต่ำกว่าซึ่งได้เข้าไปสร้างสิ่งก่อสร้างในที่ดินของเจ้าของตาน้ำ เพื่อให้ น้ำจากตาน้ำไหลสู่ที่ดินของตนถ้าสิ่งก่อสร้างนั้นได้สร้างมาเป็นระยะเวลา ๓๐ ปีแล้ว (มาตรา ๖๔๒ วรรคสองแห่งประมวลกฎหมายแพ่ง) (ง) เจ้าของตาน้ำจะต้องไม่ใช้น้ำในลักษณะที่อาจทำให้หมู่บ้านหรือตำบลที่จำเป็นต้องใช้น้ำนั้นอยู่เสมอขาดแคลนนํ้า (ศาลสูงได้วินิจฉัยว่า “ความจำเป็นต้องใช้น้ำ” ในกรณีนี้ไม่หมายถึงเพื่อการเกษตรกรรมหรือการอุตสาหกรรม) (จ) ในกรณีที่น้ำจากตาน้ำได้ไหลออกจากพื้นที่ที่เป็นบ่อ

เกิดตาน้ำ และรวมเข้ากับทางน้ำที่เป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน สิทธิของเจ้าของตาน้ำจะมีเพียงสิทธิการใช้น้ำเหมือนสิทธิของเจ้าของที่ดินริมฝั่งตามระบบกฎหมายเกี่ยวกับทางน้ำที่ไม่ใช่ทรัพย์สินของแผ่นดิน

(๓) น้ำที่ไม่ไหล น้ำที่ไม่ไหลหมายถึงน้ำในทะเลสาบน้ำจืด (ซึ่งเป็นทะเลสาบเล็ก ๆ ของเอกชน ส่วนทะเลสาบใหญ่จะถูกจัดให้อยู่ในระบบกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินของแผ่นดิน) และน้ำในบึงของเอกชน เจ้าของทะเลสาบหรือบึงมีสิทธิใช้น้ำอย่างเต็มที่เช่น เพื่อการอุปโภคและบริโภค การเกษตรกรรม หรือการอุตสาหกรรม แต่สิทธิของเจ้าของทะเลสาบหรือบึงก็มีขอบเขต กล่าวคือ หากน้ำในทะเลสาบหรือบึงเป็นบ่อเกิดของโรคระบาดหรือน้ำในทะเลสาบหรือบึงทำให้เกิดน้ำท่วม รัฐสามารถออกคำสั่งให้ถมทะเลสาบหรือบึงนั้นได้

(๔) ทางน้ำที่ไม่ใช่ทรัพย์สินของแผ่นดิน (cours d'eau nondomaniale) มาตรา ๖๔๔ แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง บัญญัติให้เจ้าของที่ดินริมฝั่งทางน้ำที่ไม่ใช่ทรัพย์สินของแผ่นดิน สามารถใช้น้ำเพื่อการเกษตรกรรมของตนได้ และศาลสูงได้วินิจฉัยในทางขยายความ มาตรา ๖๖๔ นี้ว่า เจ้าของที่ดินริมฝั่งมีสิทธิใช้น้ำเพื่อการอุตสาหกรรมได้ด้วย แต่การใช้น้ำของเจ้าของที่ดินริมฝั่งจะต้องไม่กระทบกระเทือนต่อเจ้าของที่ดินริมฝั่งที่อยู่ถัดลงมา การจำกัดสิทธิการใช้น้ำในทางน้ำที่ไม่ใช่ทรัพย์สินของแผ่นดินนี้ก็รวมถึงหน่วยงานของรัฐด้วย สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้มีคำวินิจฉัยในวันที่ ๙ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๑๙๖๖ ว่า การที่ราชการส่วนท้องถิ่น (PALAVAS LES FLOTS) ตุดน้ำใต้ดินขึ้นมาใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ทำให้น้ำใต้ดินลดน้อยลงจนกระทั่งทำให้ดินบริเวณดังกล่าวเค็มและ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน ราชการส่วนท้องถิ่นนั้นจำต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหายนั้น นอกจากนี้ มาตรา ๙๗ แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการจัดการและดูแลเขตชนบท (Code Rural) ซึ่งไม่ใช่กฎหมายเอกชนยังบัญญัติให้เจ้าของที่ดินริมฝั่งมีสิทธิใช้น้ำในทางน้ำที่ไม่ใช่ทรัพย์สินของแผ่นดินภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย

(๕) ทางน้ำที่เป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน (cours d'eau domaniale) เนื่องจากทางน้ำนี้เป็นทรัพย์สินของแผ่นดินซึ่งจะได้รับความคุ้มครองตามหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่าด้วยทรัพย์สินของแผ่นดิน เช่น ผู้ใดจะแย่งการครอบครอง หรือยกอายุความขึ้นต่อสู้ไม่ได้ การใช้ทางน้ำนี้จึงใช้ระบบอนุญาต ซึ่งรวมถึงการตักน้ำมาใช้ด้วย การบริหารและการจัดการน้ำอย่างไรจึงเป็นอำนาจของรัฐที่จะดำเนินการได้ เอกชนไม่มีสิทธิมาขัดขวางแต่การจัดการต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ

เขตพิเศษเพื่อการบริหารน้ำ

รัฐอาจจะวางแผนแม่แบบการใช้น้ำในบางเขต แผนแม่แบบการใช้น้ำนั้น มีวัตถุประสงค์อยู่ ๒ ประการ คือ (๑) เพื่อเพิ่มปริมาณน้ำโดยการจัดทำแผนการผันน้ำ (programmes de derivation) และ (๒) เพื่อวางแผนการแบ่งปันน้ำอย่างยุติธรรมระหว่างกิจกรรมต่าง ๆ แผนการผันน้ำและแผนการแบ่งปันน้ำจะต้องตราเป็นกฎหมายโดยผ่านสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat)

เมื่อมีการประกาศเขตพิเศษเพื่อการบริหารน้ำแล้ว การใช้น้ำต้องเป็นไปตามแผนแม่แบบที่กำหนด ในกรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดเห็นว่าสิ่งก่อสร้างใดกระทบต่อแผนการผันน้ำ

หรือแผนการแบ่งปันน้ำ ก็อาจจะมีคำสั่งให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงสิ่งก่อสร้างนั้น ๆ ได้ แต่ต้องชดเชยค่าทดแทนให้แก่เจ้าของสิ่งก่อสร้างนั้นด้วย

๑.๕ บทวิเคราะห์และกฎหมายไทย

ในกฎหมายไทยกรรมสิทธิ์ในตัว “น้ำ” ตามธรรมชาติมิได้บัญญัติไว้แน่ชัด แต่ในกรณีของน้ำฝน นักกฎหมายไทยบางท่านเห็นว่า เป็น “ทรัพย์สินไม่มีเจ้าของ” ดังนั้น ผู้ใดก็ยึดถือเอาเป็นเจ้าของได้^{๓๗} ซึ่งที่เป็นมาประชาชนก็ปฏิบัติกันเช่นนั้น ส่วนในกรณีของน้ำผิวดิน มาตรา ๑๓๓๙ วรรคสอง ป.พ.พ.^{๓๘} กำหนดให้เจ้าของที่ดินที่อยู่สูงกว่าเอาน้ำไว้ใช้ได้เท่าที่จำเป็นสำหรับน้ำได้ดินยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้โดยตรง แต่ในขณะเดียวกันไม่มีบทกฎหมายยืนยันให้น้ำได้ดินเป็นของเจ้าของที่ดินแต่อย่างใด นอกจากนั้นตามพระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. ๒๕๒๐ ซึ่งมุ่งควบคุมการใช้น้ำจากแหล่งน้ำใต้ดินเพื่อแก้ปัญหาแผ่นดินทรุดตัว และปัญหาน้ำเค็มเข้าแทนที่ในชั้นน้ำบาดาล รวมทั้งป้องกันความเสียหายหรือความเสื่อมสภาพแก่ทรัพยากรธรรมชาติ ได้วางข้อกำหนดว่าผู้ใดจะใช้น้ำบาดาลในเขตซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมประกาศกำหนดให้เป็นเขตน้ำบาดาลต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมทรัพยากรธรณี หรือผู้ที่อธิบดีมอบหมาย^{๓๙} รวมทั้งต้องจ่ายค่าใช้น้ำตามอัตราที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมกำหนดโดยออกเป็นกฎกระทรวง^{๔๐} การเข้าใช้น้ำใต้ดินในเขตที่กำหนดจึงเป็นไปตามระบบการอนุญาต (permit system) เอกชนเจ้าของที่ดินจึงไม่อาจอ้างสิทธิในน้ำโดยอัตโนมัติเนื่องจากบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ด้วย ส่วนในกรณีน้ำในทางน้ำ มาตรา ๑๓๕๕ ป.พ.พ.^{๔๑} วางหลักทั่วไปให้เจ้าของที่ดินริมทางน้ำชักน้ำไว้ใช้ได้ตามที่จำเป็นและสมควร แต่ถ้าเป็นการนำไปใช้เพื่อเกษตรกรรมในเนื้อที่เกินกว่า ๒๐๐ ไร่ อันเป็นการชลประทานส่วนบุคคลก็จะต้องได้รับอนุญาตตามมาตรา ๗^{๔๒} แห่งพระราชบัญญัติชลประทานราษฎร์ พ.ศ. ๒๔๘๒ หรือถ้าทำ

^{๓๗} ศจ.เสนีย์ ปราโมช, กฎหมายลักษณะทรัพย์ ๒๐๑ (พ.ศ. ๒๕๒๐)

^{๓๘} มาตรา ๑๓๓๙ เจ้าของที่ดินจำต้องรับน้ำซึ่งไหลตามธรรมชาติจากที่ดินสูงมาในที่ดินของตน

น้ำไหลตามธรรมชาติมายังที่ดินต่ำ และจำเป็นแก่ที่ดินนั้นไซ้ ท่านว่าเจ้าของที่ดินซึ่งอยู่สูงกว่าจะกันเอาไว้ได้เพียงที่จำเป็นแก่ที่ดินของตน

^{๓๙} พระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. ๒๕๒๐ แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติน้ำบาดาล (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๕ มาตรา ๕, มาตรา ๖

^{๔๐} เรื่องเดียวกัน มาตรา ๗

^{๔๑} มาตรา ๑๓๕๕ เจ้าของที่ดินริมทางน้ำ หรือมีทางน้ำผ่านไม่มีสิทธิจะชักเอาน้ำไว้เกินกว่าที่จำเป็นแก่ประโยชน์ของตนตามควร ให้เป็นเหตุเสื่อมเสียแก่ที่ดินแปลงอื่นซึ่งอยู่ตามทางน้ำนั้น

^{๔๒} มาตรา ๗ ผู้ใดจะทำการชลประทานส่วนบุคคล จะต้องขอและได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่เสียก่อน เว้นแต่จะได้อำนาจขึ้นเพื่อประโยชน์แก่เนื้อที่ไม่เกินสองร้อยไร่ หรือเป็นการกระทำชั่วคราวซึ่งมิได้มีการก่อสร้างไว้เป็นประจำ แต่ทั้งนี้ต้องไม่กีดขวางทางน้ำสาธารณะหรือทำให้เสียหายแก่บุคคลอื่น

การขออนุญาตนี้ ให้ยื่นคำขอต่อคณะกรรมการอำเภอเจ้าของท้องที่ และให้คณะกรรมการอำเภอปิดประกาศโฆษณาไว้ ณ ที่ว่าการอำเภอและในตำบลติดต่อกับตำบลที่จะทำการชลประทานนั้นเป็นเวลาเก้าสิบห้าวัน ผู้ใดเห็นว่า ตนจะได้รับความเสียหายจากการชลประทานนี้ ให้ยื่นคำร้องคัดค้านต่อคณะกรรมการ

เพื่อเรียกค่าตอบแทนจากผู้อื่นอีกชั้นหนึ่งอันเป็นการชลประทาน ส่วนการค้ำก็ต้องได้รับสัมปทานตามมาตรา ๓๐^๓ แห่งพระราชบัญญัติการชลประทานราษฎร์ พ.ศ. ๒๔๘๒ นั้นเสียก่อน นอกจากทางน้ำอันเป็นแหล่งน้ำธรรมชาติแล้ว ถ้าเป็นแหล่งน้ำที่ทางราชการจัดทำขึ้นก็จะเป็นทางน้ำที่รัฐมีอำนาจเข้าควบคุมโดยตรงตามพระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พ.ศ. ๒๔๘๕ ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ให้อำนาจอธิบดีกรมชลประทานในการที่จะห้าม จำกัดหรือกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ในการใช้น้ำในทางน้ำชลประทานได้^๔ นอกจากนั้น พระราชบัญญัตินี้ยังห้ามมิให้ผู้ใดขุดคลองหรือทางน้ำมาเชื่อมกับทางน้ำชลประทานหรือมาเชื่อมกับทางน้ำอื่นที่เชื่อมกับทางน้ำชลประทาน หรือกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดให้น้ำในทางน้ำชลประทานรั่วไหลอันอาจก่อให้เกิดแก่การชลประทานเว้นแต่จะได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากอธิบดีหรือผู้ที่อธิบดีมอบหมายก่อน^๕ จึงเห็นได้ว่าสิทธิใช้น้ำในทางน้ำชลประทานที่รัฐสร้างขึ้นนั้นเป็นสิทธิที่รัฐจะวางข้อกำหนดอย่างใดก็ได้ ดังนั้น ไม่ว่าเป็นเรื่องน้ำใต้ดินหรือน้ำในทางน้ำจึงอาจเข้ามาสู่การครอบครองของเอกชนได้ตามที่กฎหมายให้สิทธิไว้ เมื่อใดเอกชนกักเก็บน้ำไว้แล้ว โดยอำนาจแห่งหลักกฎหมายดังกล่าวกรรมสิทธิ์ในน้ำจึงจะเกิดขึ้นแก่เอกชนผู้ครอบครองน้ำที่กักเก็บไว้สิทธิในน้ำของไทยจึงย่อมเป็นเช่นเดียวกับต่างประเทศกล่าวคือ จะเกิดขึ้นเมื่อตนเป็นผู้ครอบครองกักเก็บไว้แล้วเท่านั้น แต่ในระหว่างที่น้ำยังอยู่ในแหล่งน้ำตามธรรมชาติน้ำยังไม่เป็นสิทธิของเอกชนคนใด ส่วนน้ำในแหล่งน้ำสาธารณะสมบัติของแผ่นดินย่อมเป็นที่แน่นอนว่าเป็นน้ำของรัฐ รัฐจึงมีอำนาจจะจัดการเพื่อประโยชน์สาธารณะตามสภาพแหล่งน้ำนั้น ๆ ส่วนประชาชนนั้นคงมีแต่สิทธิจะได้ใช้น้ำในแหล่งน้ำตามธรรมชาติเท่านั้น หลักเรื่อง “น้ำไหลได้” (flowing water) ซึ่งแตกต่างจาก “น้ำที่อยู่นิ่ง” (still water) ซึ่งมีมาแต่กฎหมายโรมันและใช้อยู่ในปัจจุบันของหลายประเทศรวมทั้งอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และฝรั่งเศส จึงคงใช้กับหลักในกฎหมายไทยได้ด้วย ดังนั้น นอกจากน้ำที่กักเก็บไว้แล้วก็คงต้องพิจารณาแตกต่างจากสิทธิใช้น้ำ (water right) เท่านั้น ว่าในกรณีใดใครมีสิทธิจะได้ใช้น้ำเพียงใดแต่มิใช่เป็นเพราะตนเป็นเจ้าของ

กรณีของน้ำผิวดินในระบบกฎหมายอังกฤษแม้จะยืนยันว่าบุคคลใดจะให้ได้เต็มที่ในขณะที่ไหลผ่านที่ดินของตนก็ตาม แต่ในระบบกฎหมายบางมลรัฐของสหรัฐอเมริกาและกฎหมายของฝรั่งเศสได้กล่าวถึงขอบเขตจำกัดการใช้น้ำตามหลัก “การใช้สิทธิโดยสุจริต” ด้วยว่า จะกระทำโดยมุ่งหมายให้ผู้อื่นเสียหายไม่ได้ ซึ่งการใช้สิทธิโดยสุจริตนี้เป็นหลักทั่วไปอยู่แล้วตาม

อำเภอกายในระยะเวลาดังกล่าวแล้ว เฉพาะในกรณีฉุกเฉินให้พิจารณาอนุญาตไปก่อนได้

ฯลฯ

ฯลฯ

^๓มาตรา ๓๐ ผู้ใดจะทำการชลประทานส่วนการค้ำ ให้ยื่นคำขอสัมปทานต่อกระทรวงเกษตรธิการ และเมื่อได้รับสัมปทานแล้ว จึงจะทำได้ เว้นแต่จะเป็นการกระทำชั่วคราว ซึ่งมีได้มีการก่อสร้างไว้เป็นประจำและไม่กีดขวางทางน้ำสาธารณะหรือทำให้เสียหายแก่บุคคลอื่น

^๔พระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พ.ศ. ๒๔๘๕ มาตรา ๑๓ เบญจ, มาตรา ๑๔, มาตรา ๑๕ และมาตรา ๑๖

^๕เรื่องเดียวกัน มาตรา ๒๖

มาตรา ๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์^{๔๖} อย่างไรก็ตาม มาตรา ๑๓๓๙ วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์^{๔๗}ได้วางขอบเขตจำกัดไว้ชัดเจนให้นำมาใช้ได้เพียงที่จำเป็น หากเกินความจำเป็นก็คือไม่มีสิทธิ แม้ว่าจะมีได้มีเจตนาใช้สิทธิโดยไม่สุจริตก็ตาม อันเป็นหลักเกี่ยวกับกรณีน้ำในทางน้ำตามมาตรา ๑๓๕๕ ป.พ.พ.^{๔๘} ในส่วนนี้กฎหมายไทยจึงเข้มงวดกว่ากฎหมายต่างประเทศ ส่วนน้ำในทางน้ำต่าง ๆ นั้นโดยที่ประเทศไทยใช้ “ระบบสาธารณสมบัติของแผ่นดิน” (domaine public) เช่นอย่างกฎหมายฝรั่งเศส ทางน้ำต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นทางน้ำธรรมชาติหรือทางน้ำชลประทานหลวงรวมตลอดถึงแหล่งน้ำที่ไม่เป็นของเอกชนและมีสภาพที่อาจใช้เพื่อประโยชน์ร่วมกันได้ จะมีฐานะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน การใช้น้ำจึงอยู่ในการวางข้อกำหนดของรัฐเช่นใดก็ได้ กรณีจึงอาจนำระบบการอนุญาตให้ใช้น้ำมาใช้ได้โดยสอดคล้องกัน ซึ่งในต่างประเทศส่วนใหญ่ในปัจจุบันจะนำระบบอนุญาต (permit system) มาใช้กับแหล่งน้ำของรัฐ^{๔๙} ดังนั้น ในแหล่งน้ำของรัฐเอกชนจะอ้างสิทธิในน้ำว่าตนจะต้องได้ใช้น้ำอย่างนั้นอย่างนี้ไม่ได้

โดย “ระบบสาธารณสมบัติของแผ่นดิน” นี้เอง รัฐจึงมีอำนาจที่จะพัฒนาแหล่งน้ำอย่างไรก็ได้ ถ้าเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม หลักเรื่อง “ระดับน้ำต่ำสุด” ในกฎหมายอังกฤษก็เป็นเพียงข้อคำนึงในการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ที่จะดำเนินการผันน้ำเท่านั้น มิใช่สิทธิจะเรียกร้องของเอกชน แต่เป็นที่แน่นอนว่าถ้าการพัฒนาใดของรัฐไม่จะเป็นการตัดถนน ขุดคลอง หรือผันน้ำก็ตาม หากทำให้เจ้าของที่ดินรายใดได้รับความเสียหายจากการได้ใช้ที่ดินเพื่อประกอบกิจการอันชอบด้วยกฎหมายที่เคยดำเนินการมาแล้ว กรณีก็เป็นเรื่องละเมิดในทางปกครองที่รัฐจะต้องชดเชยค่าเสียหายเพื่อการนั้นให้ อันเป็นหลักปกติอีกส่วนหนึ่งที่ใช้ทั่วไป ไม่ใช่เฉพาะในเรื่องทางน้ำดังปรากฏตัวอย่างในกฎหมายของสหรัฐอเมริกาหรือกฎหมายฝรั่งเศสที่กล่าวข้างต้น แต่มีใช้สิทธิของเจ้าของที่ดินริมแหล่งน้ำจะเรียกร้องระงับมิให้รัฐพัฒนาแหล่งน้ำ ส่วนค่าเสียหายก็คิดจากความเสียหายตามความเป็นจริงที่เกิดแก่ธุรกิจของเจ้าของที่ดิน มิใช่จากจำนวนน้ำและมูลค่าน้ำโดยถือว่าผู้นั้นจะมีสิทธิได้น้ำนั้นโดยตลอดกาลแต่อย่างใด

๒. การมีส่วนร่วมของประชาชน

การมีส่วนร่วมของประชาชน (public participation) มีปรากฏในกฎหมายปกครองของต่างประเทศที่เจริญแล้วมาเป็นระยะเวลานานพอควร โดยเฉพาะในประเทศระบบคอมมอนลอว์ ซึ่งในการพัฒนาระบบกฎหมายปกครองได้เน้นหนักในหลักการป้องกันก่อนการมีคำสั่งทางปกครอง^{๕๐} ในปัจจุบันก็มีบัญญัติว่าด้วยความก้าวหน้าทางสังคมและการพัฒนา อันเป็นมติของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติเมื่อวันที่๑๑ ธันวาคม ๒๕๑๒ ซึ่งกำหนดไว้ในข้อ ๕ และข้อ ๑๕ ว่ารัฐจะต้องมีมาตรการให้องค์ประกอบต่าง ๆ ของสังคม ไม่ว่าจะเป็นเอกชนหรือสมาคมมีส่วนร่วมในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม หลักเรื่องการให้ประชาชนมีส่วนร่วมนั้นมีการขยายความ

^{๔๖}มาตรา ๕ ในการใช้สิทธิแห่งตนที่ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต

^{๔๗}โปรดดูเชิงอรรถที่ (๓๘) ข้างต้น

^{๔๘}โปรดดูเชิงอรรถที่ (๓๙) ข้างต้น

^{๔๙}Ludwik A. Teclaf, Water Law in Historical Perspective 24-27 (1985)

^{๕๐}H.W.R. Wade, Administrative Law ๙๕๕ (6th ed. 1988)

และได้รับการสนใจและสนับสนุนจากองค์กรต่าง ๆ ของสหประชาชาติ^{๔๑}

๒.๑ กฎหมายอังกฤษ

กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองออกกฎหรือคำสั่งสำคัญบางกรณีที่ไม่อาจกำหนดรายละเอียดในกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาได้ ในระยะแรกกฎหมายเหล่านั้นมักจะมีบทบัญญัติบังคับให้ฝ่ายปกครองจัดให้มี “การสอบสวนโดยเปิดเผย” (public inquiry) โดยให้โอกาสผู้ที่ถูกระทบหรือเสียหายมีโอกาสมาคัดค้านหรือแสดงความคิดเห็น ก่อนที่ฝ่ายปกครองจะมีคำสั่งหรือออกกฎในเรื่องนั้น ๆ เช่น General Inclosure Act ๑๘๕๕, Public Health Act ๑๘๔๘, Local Government Act ๑๘๕๘ และ Statutory Orders (Special Procedure) Act ๑๙๕๕^{๔๒} แต่เนื่องจากการสอบสวนโดยเปิดเผยนี้มีปรากฏอยู่ในหลายกฎหมาย และมีแนวปฏิบัติที่แตกต่างกัน จึงมีการตั้งคณะกรรมการขึ้นมาศึกษาแนวทางเพื่อปรับปรุงให้การสอบสวนโดยเปิดเผยนี้มีกระบวนการที่ชอบธรรมยิ่งขึ้น เช่น Committee on Ministers' Power (๑๙๓๒) และ Franks Committee (๑๙๕๗) ในที่สุดมีการตรา Tribunals and Inquiries Act ๑๙๕๘ (ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. ๑๙๗๑ อีกครั้งหนึ่ง) โดยจัดตั้ง Council on Tribunals ขึ้นเพื่อให้คำแนะนำในการออกกฎเกี่ยวกับวิธีพิจารณาของการสอบสวนโดยเปิดเผยในกฎหมายต่าง ๆ ให้เกิดผลในทางเปิดเผย เป็นธรรม และเป็นกลาง^{๔๓}

การสอบสวนโดยเปิดเผยเป็นมาตรการทางปกครองปกติที่อาจกระทำได้เมื่อมีความเหมาะสมแก่กรณีโดยจะนำมาใช้เมื่อใดก็ได้ แต่ถ้าเป็นกรณีที่กฎหมายบังคับให้ต้องดำเนินการแล้วจะเรียกกันว่า statutory inquiry การสอบสวนโดยเปิดเผยอาจนำมาใช้ในการสอบหาข้อเท็จจริงให้ยุติ (fact-finding) เช่น ในกรณีมีอุบัติเหตุต่าง ๆ ทางเครื่องบินหรือการคมนาคมที่สำคัญ หรือเป็นการพิจารณาข้อคัดค้าน (objection) ของประชาชนเกี่ยวกับข้อเสนอหรือคำสั่งใดในทางปกครอง^{๔๔} วัตถุประสงค์เป็นไปเพื่อให้ฝ่ายปกครองมีข้อมูลเต็มที่ในการตัดสินใจ แต่มีบางกรณีเช่นกันที่ผู้สอบสวน (inspector) เป็นผู้ที่มีอำนาจชี้ขาดในชั้นที่สุดด้วย เช่น ในกฎหมายว่าด้วยผังเมือง เป็นต้น^{๔๕}

ผู้สอบสวน (inspector) คือผู้ซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งให้ไปทำการสอบสวนและรายงานให้ทราบ ที่ผ่านมามักมีข้อเสนอให้ตั้งจากคนกลางที่อยู่นอกการบังคับบัญชาของ

^{๔๑}U. N. , Popular Participation in Decision Making for Development 1-3 (Sales No.E.75.IV.10, 1975)

^{๔๒}Wade, หนังสือในเชิงอรรถที่ (๔๔), หน้า ๙๕๘-๙๕๙

^{๔๓}เรื่องเดียวกัน, หน้า ๙๖๗-๙๗๑ (หมายเหตุ ในกฎหมายอังกฤษศัพท์ที่ใช้โดยตรงเรียกว่า public inquiry มิได้เรียกว่า public hearing แต่ในวันนั้นสอบสวนเพื่อฟังพยานหลักฐานนั้นบางครั้งจะเรียกว่า inquiry บางครั้งจะเรียกว่า hearing แต่ส่วนใหญ่แล้วจะไม่ใช้คำว่า hearing ที่ปกติมุ่งหมายถึงการนั่งพิจารณาอย่างศาล)

^{๔๔}Garner's Administrative Law 324-325 (7th ed., B.L. Jones, 1989)

^{๔๕}เรื่องเดียวกัน, หน้า ๓๒๒-๓๒๓

รัฐมนตรีเพื่อให้เกิดความเชื่อถือ แต่ยังไม่มีการปฏิบัติตามข้อเสนออย่างจริงจัง^{๕๖} สำหรับขั้นตอนการดำเนินการโดยทั่วไปจะมีการประกาศหรือแจ้งล่วงหน้าไปยังผู้ที่อาจถูกระทบหรือเสียสิทธิเท่าที่ปรากฏ โดยแจ้งสถานที่และวันเวลาที่นั่งทำการสอบสวนซึ่งต้องมีระยะเวลาพอสมควรที่จะให้ผู้นั้นเสนอข้อคิดเห็นของตนได้ ในกรณีสมควรก็ต้องจัดส่งเอกสารที่เกี่ยวข้องให้ด้วยเพื่อจะได้ทราบประเด็นที่จะออกความเห็นได้โดยถูกต้องสำหรับผู้ที่จะคัดค้านหรือแสดงข้อคิดเห็นก็มีสิทธิจะมอบหมายให้ทนายความหรือผู้แทนมาดำเนินการแทนได้ และมีสิทธิจะเสนอพยานหลักฐานของตน ในการสอบสวนโดยเปิดเผยโดยปกติผู้สอบสวนจะมีอำนาจเรียกบุคคลที่เกี่ยวข้องมาให้อธิบายหรือส่งเอกสารหลักฐานเพื่อประกอบการพิจารณาได้ เมื่อสอบสวนเสร็จแล้วก็จะจัดทำรายงานเสนอความเห็นพร้อมด้วยเหตุผลเสนอรัฐมนตรีที่แต่งตั้งตนมา รายงานนี้นิยมให้มีการเปิดเผยและให้ผู้ที่เกี่ยวข้องมาขอได้เพื่อตรวจสอบว่าได้พิจารณาข้อคัดค้านของตนเช่นใดและมีเหตุผลสนับสนุนหรือโต้แย้งอย่างไร^{๕๗}

อย่างไรก็ตาม ในการสอบสวนนั้น มิใช่จะต้องเปิดเผยทุกขั้นตอนและแม้ในวันนัดให้มาให้ข้อเท็จจริงถ้าเป็นกรณีจำเป็นจะพิจารณาเป็นการลับก็ได้ในขั้นตอนการสอบสวนโดยทั่วไปใช้ระบบไต่สวน (inquisitorial) มากกว่าระบบกล่าวหา (adversary) และการฟังพยานหลักฐานจะฟังข้อเท็จจริงภายนอกประกอบด้วยก็ได้ อันเป็นดุลพินิจของผู้สอบสวนโดยจะนำวิธีพิจารณาในศาลมาใช้ไม่ได้ และมักจะไม่ให้มีการซักค้านพยานด้วย^{๕๘} แต่มีข้อยกเว้นในกรณีการสอบสวนบางกรณีที่มีผลเป็นการพิจารณาสิทธิหน้าที่ของบุคคลอันถือเป็นการกระทำทางตุลาการ (judicial act) ของฝ่ายปกครอง ซึ่งจะมีการพิจารณาพยานหลักฐานของฝ่ายหนึ่งโดยลับหลังอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้^{๕๙}

สำหรับรัฐมนตรีผู้จัดให้มีการสอบสวนโดยเปิดเผยนั้นจะต้องรับผิดชอบในการตัดสินใจของตนเองโดยจะเชื่อตามรายงานของผู้สอบสวนหรือไม่ก็ได้^{๖๐}

แม้ว่าการสอบสวนโดยเปิดเผย (public inquiry) จะมีประโยชน์แต่นำมาใช้เช่นใดมีข้อควรคำนึงเช่นกันโดยเฉพาะในปัญหาระดับชาติ ซึ่งขอบข่ายจะกว้างจนยุ่งยากแก่การพิจารณา เช่น ในเรื่องแผนพัฒนากรุงลอนดอน (ค.ศ. ๑๙๗๐-๑๙๗๒) มีการประชุมถึง ๒๓๗ วัน โดยมีคำคัดค้าน ๒๘,๐๐๐ ราย มีรายงานสรุปยาว ๑,๒๐๐ หน้า หรือในแผนจัดตั้งโรงงานพลังงานนิวเคลียร์แห่งหนึ่ง (ค.ศ. ๑๙๕๕-๑๙๕๗) มีการประชุมถึง ๓๔๐ วัน และมีรายงานสรุปยาว ๓,๐๐๐ หน้า^{๖๑} แต่โดยทั่วไปแล้วการสอบสวนโดยเปิดเผยจะไม่มีอุปสรรคในปัญหาระดับของท้องถิ่น

^{๕๖}เรื่องเดียวกัน, หน้า ๓๒๖-๓๒๗

^{๕๗}Wade, หนังสือในเชิงอรรถที่ (๔๔), หน้า ๙๗๑-๙๗๓, ๙๘๔-๙๘๕

^{๕๘}เรื่องเดียวกัน, หน้า ๙๘๐-๙๘๘; P.P. Craig, Administrative Law 132-133 (2 nd ed. 1989)

^{๕๙}“Administrative Law”, 1 Halsbury's Laws of England 17 (4th ed. 1973)

^{๖๐}Wade, หนังสือในเชิงอรรถที่ (๔๔), หน้า ๙๘๖-๙๘๗

^{๖๑}เรื่องเดียวกัน, หน้า ๙๗๘

๒.๒ กฎหมายสหรัฐอเมริกา

หลักการต่าง ๆ ในกฎหมายปกครองแต่เดิมกระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายต่าง ๆ ในระหว่าง ค.ศ. ๑๙๓๐-๑๙๔๐ มีการระดมนักวิชาการอย่างมากเพื่อพัฒนากฎหมายปกครองให้ทันกับสภาพสังคมในขณะนั้น ในที่สุดจึงมีกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง (Administrative Procedure Act ซึ่งเรียกกันโดยย่อว่า APA) ขึ้นในปี ค.ศ.๑๙๔๖^{๖๒} ซึ่งได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับขั้นตอนที่ต้องปฏิบัติในการออกกฎ (rule) และคำสั่ง (order) ต่าง ๆ โดยกำหนดให้ประชาชนมีส่วนร่วมก่อนดำเนินการออกกฎและคำสั่งในบางกรณีไว้ด้วย

บรรดา “กฎ” (rule) ต่าง ๆ อันเป็นข้อความทั่วไปที่มีผลใช้ในอนาคตเมื่อมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นตามที่กำหนดไว้นั้น กฎหมายสหรัฐอเมริกามีจำแนกออกเป็น ๓ ประเภท คือ ๑) กฎในทางสาระบัญญัติ (substantive rule) ๒) กฎในลักษณะการตีความ (interpretative rule) และ ๓) กฎในทางวิธีบัญญัติ (procedural rule) ส่วนกระบวนการออกกฎนั้นได้แยกไว้เป็น ๒ ประเภท

๑. การออกกฎโดยไม่มีแบบพิธี (informal rulemaking) ลักษณะทำนองการพิจารณาของกรรมาธิการในรัฐสภาจะออกกฎหมาย แต่มีขั้นตอนพิเศษบางประการตาม ๕ U.S.C. Sec.๕๕๓ เพื่อให้ประชาชนมีส่วนร่วมและให้หน่วยงานของรัฐที่จะออกกฎได้ข้อมูลที่ถูกต้อง^{๖๓} คือ

๑) ก่อนออกกฎ (รวมทั้งการยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎด้วย) จะต้องลงแจ้งความในราชกิจจานุเบกษา หรือหากบุคคลที่เกี่ยวข้องมีตัวแน่นอนก็จะจัดส่งแจ้งความไปให้แทนการประกาศในราชกิจจานุเบกษาก็ได้ ซึ่งแจ้งความที่จะประกาศหรือส่งไปให้นี้ต้องประกอบด้วย

- ก) วันเวลาสถานที่พิจารณา และกระบวนการพิจารณา
- ข) พื้นฐานทางกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกกฎดังกล่าว
- ค) ตัวร่างของกฎหรือสรุปสาระสำคัญของกฎที่จะเสนอ

อย่างไรก็ตามการจัดให้มีแจ้งความนี้มีข้อยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติในกรณีเป็นการออกกฎในลักษณะการตีความและกฎในทางวิธีบัญญัติ หรือเป็นกรณีมีเหตุอันควรทำให้มีอาจปฏิบัติแล้วนั้นได้ หรือเป็นกรณีไม่จำเป็น หรือเป็นกรณีที่ขัดต่อประโยชน์สาธารณะ

๒) ต้องให้ผู้มีส่วนได้เสียมีโอกาสเสนอข้อคิดเห็นหรือข้อโต้แย้งเป็นหนังสือ แต่จะให้มาแถลงการณ์ด้วยวาจาหรือไม่ก็ได้

๓) การรับฟังข้อเท็จจริงจะฟังจากผู้ใดและที่ใดก็ได้ไม่จำกัดแต่ผู้ที่มาแสดงความคิดเห็น^{๖๔}

๔) เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องทั้งหมดแล้วจะต้องจัดทำรายงานผลการพิจารณา (general statement of basis and purpose) ซึ่งจะต้องสั้นชัดเจนเพื่อให้

^{๖๒}K.C. Daris, 1 Administrative Law Treatise 17-24 (2 nd ed.1978)

^{๖๓}B. Schwartz, Administrative Law 168 (2 nd ed.1984)

^{๖๔}B.J. Mezines, J.A. Stein, and J. Gruff, 3 Administrative Law Sec. 15.08 (1985)

สาธารณะชนได้รู้พื้นฐานและความมุ่งหมายของกฎที่จัดทำ และมีรายละเอียดเพียงพอให้เห็นได้ว่าการดำเนินการมิได้เป็นโดยลำเอียงหรือไม่อยู่ในร่องในรอย (arbitrary or capricious) แต่ไม่จำเป็นต้องเน้นประเด็นทั้งหมดที่ยกขึ้นในการพิจารณา หากต้องเน้นประเด็นหลักให้ครบ^{๖๔}

๒. การออกกฎโดยมีแบบพิธี (formal rulemaking) ในกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะฉบับใดกำหนดว่าการออกกฎในเรื่องใดจะต้องจัดทำตามสำนวนที่ได้จากการพิจารณา (to be made on the record after hearing) ตาม ๕ U.S.C. Sec.๕๕๓ (c) ประกอบกับ Secs.๕๕๖ และ ๕๕๗ จะต้องดำเนินการแตกต่างไปจากการ”ออกกฎโดยไม่มีแบบพิธี” (informal rule making) ที่กล่าวข้างต้น กล่าวคือหลังจากที่ได้ออกแจ้งความไปแล้วจะต้องจัดให้มี “การไต่สวน” (hearing) ตามมา ซึ่งมีสาระสำคัญ คือ

๑. หัวหน้าหน่วยงานหรือผู้ทำการแทนหรือกรรมการอย่างน้อย ๑ คนในหน่วยงานที่ดำเนินการในรูปคณะกรรมการหรือผู้พิพากษาคดีปกครอง (administrative law judge)^{๖๕} จะต้องนั่งพิจารณาและเป็นประธานในการไต่สวน ถ้ามีการคัดค้านว่ามีพฤติการณ์แสดงความลำเอียง หน่วยงานของรัฐที่จัดให้พิจารณาเพื่อออกกฎต้องดำเนินการสอบสวนทันที และให้ถือรายงานการสอบสวนดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของสำนวนการไต่สวนด้วย

๒. ประธานในการไต่สวนจะมีอำนาจออกหมายเรียกให้บุคคลมาให้อัยคำหรือส่งพยานหลักฐานได้ รวมทั้งการให้สาบานตนก่อนการให้การ กำหนดขั้นตอนของกระบวนการไต่สวน การจัดประชุมประชาชน การจำหน่ายข้อคิดเห็นที่เข้าข้อข้องหรือไม่สำคัญ

๓. ฝ่ายหน่วยงานที่เสนอให้ออกกฎต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์ข้อเท็จจริงต่าง ๆ ส่วนคู่กรณีมีสิทธิที่จะเสนอพยานหลักฐานของตนไม่ว่าด้วยเอกสารหรือวาจา เสนอพยานหลักฐานหักล้าง ตลอดจนการซักค้านพยานของอีกฝ่ายหนึ่ง (cross examination)

๔. บรรดาคำให้การและเอกสารต่าง ๆ ในสำนวนการไต่สวนเท่านั้นที่จะนำมาใช้ในการวินิจฉัยหาข้อยุติในการตรากฎ จะรับฟังพยานหลักฐานอื่นนอกสำนวนไม่ได้เลย มิฉะนั้นจะกลายเป็นการพิจารณาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

๕. ในการพิจารณาโดยมีแบบพิธีจะต้องมีการวินิจฉัยในทุกประเด็น บรรดาที่ปรากฏในสำนวนการไต่สวนข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และดุลพินิจ

วิธีการออกกฎโดยมีแบบพิธีนี้ มีผลเหมือนนำกระบวนการพิจารณาคดีในศาลเข้ามาใช้ร่วมด้วยนั่นเอง การใช้วิธีนี้จึงทำให้เสียเวลาลำบากมาก แต่อาจเป็นประโยชน์ในกรณีต้องการความแน่นอนอย่างมาก อย่างไรก็ตามมีกฎหมายของสหรัฐเพียงไม่กี่ฉบับที่บังคับให้ใช้วิธีการนี้ เช่นในการพิจารณาเพื่อวางมาตรฐานของเนยถั่ว (peanut butter) ซึ่งใช้เวลากว่า ๑๐ ปี และยุติโดยมีสำนวนการไต่สวนหนาถึง ๗,๗๖๖ หน้า จนเป็นที่วิจารณ์กันมากกว่าได้ผลไม่คุ้ม

^{๖๔}เรื่องเดียวกัน, Sec.๑๕.๐๙

^{๖๕}เป็นข้าราชการประเภทหนึ่ง มีความเป็นอิสระไม่อยู่ในบังคับบัญชาของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งเป็นกลไกสำคัญในการวินิจฉัยคดีปกครองในชั้นการดำเนินการในฝ่ายปกครองตามระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา

ค่าใช้จ่ายที่เสียไป^{๖๓}

ส่วนในกรณีเกี่ยวกับการออก “คำสั่ง” (order) ต่างๆ นั้น ก็มีการแยกออกเป็น ๒ ประเภท คือ

๑. การออกคำสั่งโดยไม่มีแบบพิธี (informal adjudication) กรณีนี้แม้จะไม่มีกฎหมายสาระบัญญัติกำหนดไว้ แต่ก็เห็นกันว่าอยู่ในบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปตามหลักกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม (due process requirement) เช่น ผู้พิจารณา ต้องไม่ลำเอียง แจ่มแจ้งประเพณีให้ทราบอย่างเพียงพอ มีโอกาสแสดงพยานหลักฐานฝ่ายตน มีสิทธิได้ทราบพยานหลักฐานที่เป็นปฏิปักษ์กับตน สิทธิมีทนายความ เป็นต้น

๒. การออกคำสั่งโดยมีแบบพิธี (formal adjudication) โดยจะใช้บังคับเฉพาะในกรณีที่กฎหมายเฉพาะในเรื่องนั้นกำหนดให้มีการพิจารณาจากสำนวนหลังจากจัดให้มีการไต่สวนแล้วเท่านั้น (to determine on the record after opportunity for an agency hearing)^{๖๔} โดยมีหลักที่สำคัญ คือ

๑) แจ้งให้ผู้มีส่วนได้เสียทราบโดยมีเวลาอันสมควรถึงสิ่งต่อไปนี้

ก) วันเวลาสถานที่ที่จะจัดให้มีการไต่สวน

ข) พื้นฐานทางกฎหมายและขอบอำนาจที่จะจัดให้มีการไต่สวน

ค) ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งที่จะพิจารณา

๒) ผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิเสนอข้อเท็จจริงหรือข้อโต้แย้งโดยวิธีการ “ไต่สวน” (hearing) วิธีการเดียวกับ “การออกกฎโดยมีแบบพิธี” ซึ่งกล่าวมาแล้วข้างต้น

นอกจากขอบเขตของการออกคำสั่งหรือกฎแล้ว ในการพิจารณาต่าง ๆ เพื่อการบริหารหรือการพัฒนาสังคมนั้นก็มีการนำกระบวนการให้ประชาชนมีส่วนร่วมไปใช้หลายประการเพื่อให้สาธารณชนได้รับรู้ข้อเท็จจริง และเพื่อให้การดำเนินงานทางปกครองเป็นไปโดยเปิดเผย เช่น ในการกำหนดมาตรฐาน ข้อจำกัด การกำหนดแผนงานในกฎหมายว่าด้วยน้ำปลอดภัย (๓๓ U.S.C Sec.๑๒๑๕ (e)) ก็มีการกำหนดให้ประชาชนมีส่วนร่วม (public participation) โดยออกอนุบัญญัติกำหนดวิธีการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนด้วย โดยมีวิธีการคล้าย ๆ กันกับวิธีพิจารณาก่อนการออกคำสั่ง แม้การรับฟังความคิดเห็นวิธีนี้จะมิมีขั้นตอนและกระบวนการเป็นทางการน้อยกว่าการรับฟังพยานหลักฐานหรือการไต่สวนในการจะออกคำสั่งดังที่กล่าวมา (๔๐ CFR Sec.๒๕) แต่ก็เรียกการประชุมเช่นนี้ว่า public hearing เช่นกัน^{๖๕}

^{๖๓}Schwartz, หนังสือในเชิงอรรถที่ (๕๗), หน้า ๑๗๐-๑๗๑

^{๖๔}B.J. Mezines, J.A. Stein, and J. Gruff, ๔ Administrative Law Secs.32. 02 and 33.01 (1986)

^{๖๕}hearing โดยทั่วไปหมายความว่า การนั่งพิจารณาคดี ซึ่งใช้ในกระบวนการพิจารณาของศาลหรือองค์กรในระดับคล้ายคลึงกัน คำว่า “public hearing” แต่เดิมมาหมายถึงการพิจารณาโดยเปิดเผยของศาลเพื่อให้สาธารณชนได้รับรู้ เว้นแต่ในกรณีพิจารณาการใดที่เป็นเรื่องลับ แต่การใช้ศัพท์นี้ต่อมามีการพัฒนาการไปรวมถึงกระบวนการนัดประชุมอย่างง่าย ๆ เพื่อฟังความเห็นประชาชนดังตัวอย่างในกฎหมายสิ่งแวดล้อมข้างต้น แต่ยังเป็นข้อยกเว้นที่มีที่ใช้น้อยแห่ง ดังจะเห็นได้จากที่มีการใช้คำว่า “hearing” เฉพาะในกรณีการออก

๒.๓ กฎหมายฝรั่งเศส

ฝรั่งเศสได้พัฒนาระบบการสอบสวนโดยเปิดเผย (enquête publique) ในระยะหลัง ทั้งนี้เพราะฝรั่งเศสมีระบบศาลปกครองที่มั่นคงแล้วในระยะต้น ๆ จึงทำให้ไม่มีปัญหามากนัก การนำระบบนี้มาใช้ในระยะต่อมาก็เพื่อให้เกิดความมั่นคงยิ่งขึ้นในกรณีจำเป็นบางกรณี เช่นในกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมด้วยการสอบสวนโดยเปิดเผย (กฎหมายหมายเลข ๘๓-๖๓๐ ลงวันที่ ๑๒ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๘๓ และกฎหมายหมายเลข ๘๕-๕๕๓ ลงวันที่ ๒๓ เมษายน ค.ศ. ๑๙๘๕) ขอบเขตของกฎหมายฉบับนี้ จะใช้บังคับกับกิจการที่อาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมไม่ว่าจะเป็นการดำเนินการโดยรัฐหรือเอกชน ทั้งนี้ ตามที่จะได้กำหนดประเภทกิจการโดยพระราชกฤษฎีกาอีกชั้นหนึ่ง โดยผู้จะดำเนินการดังกล่าวต้องจัดให้มีการสอบสวนโดยเปิดเผยก่อนจึงจะได้รับอนุญาตให้ดำเนินการใด ๆ ซึ่งกรณีที่มีการออกกฤษฎีกากำหนดไปแล้วได้แก่ การสร้างสนามบิน การสร้างถนนมูลค่าสูงกว่า ๑ ล้านฟรังก์ การสร้างทางรถไฟที่ยาวกว่า ๕ กิโลเมตร การสร้างสะพานรถไฟข้ามภูเขาหรือชุดอุโมงค์ยาวเกิน ๑๐๐ เมตร หรือการสร้างอาคารสูงเกิน ๕๐ เมตร เป็นต้น

ถ้าจะมีการสอบสวนโดยเปิดเผย ประธานศาลปกครองชั้นต้นแห่งท้องที่ที่จะมีการดำเนินการจะเป็นผู้แต่งตั้งผู้สอบสวน (commissaire enquêteur) หรือคณะกรรมการสอบสวน (commission d'enquête) ขึ้นเมื่อได้รับคำขอจากผู้ว่าราชการจังหวัด โดยต้องตั้งจากผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในกิจการที่จะสอบสวนและมีความเป็นกลางไม่มีส่วนได้เสียในกิจการนั้น จากนั้นผู้ว่าราชการจังหวัดจะออกประกาศ โดยปรึกษากับผู้สอบสวนหรือคณะกรรมการสอบสวนแล้วแต่กรณี กำหนดรายละเอียดในประกาศซึ่งอย่างน้อยต้องประกอบด้วย ๑) วัตถุประสงค์ของการสอบสวนโดยเปิดเผย ๒) วันเริ่มการสอบสวนและระยะเวลาดำเนินการ ๓) วันเวลาและสถานที่ที่สาธารณชนจะเข้าตรวจดูแฟ้มเอกสารการสอบสวน (dossier d'enquête) เพื่อให้ข้อคิดเห็นหรือคัดค้านของเอกชน ๔) ชื่อและคุณสมบัติของผู้สอบสวนหรือคณะกรรมการสอบสวน ๕) วันเวลาและสถานที่ที่ผู้สอบสวนหรือคณะกรรมการสอบสวนจะมารับข้อคิดเห็นหรือข้อคัดค้านจากเอกชน และ ๖) วันเวลาและสถานที่ที่เอกชนจะมาตรวจดูรายงานสรุปผลการสอบสวนโดยเปิดเผยเมื่อการสอบสวนเสร็จเรียบร้อยแล้ว

แฟ้มเอกสารการสอบสวน (dossier d'enquête) ที่ต้องจัดให้มีข้างต้น จะประกอบด้วย ๑) รายงานผลกระทบสิ่งแวดล้อม แต่ถ้าเป็นกรณีไม่มีกฎหมายบังคับให้ต้องจัดทำ รายงานผลกระทบสิ่งแวดล้อมก็ต้องแสดงวัตถุประสงค์ของการสอบสวนโดยเปิดเผย และสาระสำคัญของโครงการ ๒) แผนผังที่ตั้งโครงการ ๓) แผนการดำเนินการ ๔) ลักษณะสำคัญของการก่อสร้าง ๕) จำนวนเงินที่จะใช้ในการดำเนินโครงการ และ ๖) บทกฎหมายเกี่ยวกับการสอบสวนโดยเปิดเผย และความเกี่ยวพันของการสอบสวนโดยเปิดเผยกับการพิจารณาอนุญาตให้ดำเนินการโดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

ก่อนวันเปิดทำการสอบสวนโดยเปิดเผยไม่น้อยกว่า ๑๕ วัน ผู้ว่าราชการ

จังหวัดจะต้องออกแจ้งความโดยนำรายละเอียดในประกาศของผู้ว่าราชการจังหวัดที่กล่าวข้างต้น ลงพิมพ์ในหนังสือพิมพ์ที่แพร่หลายในท้องถิ่นอย่างน้อย ๒ ฉบับติดต่อกันไม่น้อยกว่า ๘ วัน และให้ปิดประกาศตามตำบลที่เกี่ยวข้องด้วย แต่ประกาศตามตำบลดังกล่าวจะต้องปิดประกาศไว้ จนกว่าการสอบสวนโดยเปิดเผยจะเสร็จสิ้นลง

ข้อคิดเห็นหรือข้อคัดค้านของเอกชนอาจเสนอได้โดยการยื่นด้วยตนเอง หรือส่งทางไปรษณีย์ ถึงผู้สอบสวนหรือคณะกรรมการสอบสวน ซึ่งจะต้องรวบรวมลงทะเบียนไว้ในสมุด ณ สถานที่ดำเนินการสอบสวนและพร้อมที่จะให้สาธารณชนได้ตรวจดูได้

ผู้สอบสวนหรือคณะกรรมการสอบสวนมีอำนาจไปตรวจดูสถานที่และเรียกให้บุคคลที่เกี่ยวข้องมาให้การหรือส่งเอกสารหลักฐานได้ ในกรณีมีเหตุอันควรจะต้องให้มีการประชุมของสาธารณชนก็ได้แต่ต้องแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องและผู้ประสงค์จะดำเนินการตามโครงการทราบ

เมื่อครบกำหนดปิดการสอบสวนโดยเปิดเผยผู้สอบสวนหรือคณะกรรมการสอบสวน ต้องจัดทำรายงานสรุปผลการสอบสวน และจัดส่งรายงานไปยังผู้ว่าราชการจังหวัด ภายในหนึ่งเดือนนับแต่ครบกำหนดดังกล่าว ซึ่งผู้ว่าราชการจังหวัดจะต้องจัดส่งรายงานต่อไปยังองค์กรที่มีหน้าที่ในการพิจารณาอนุญาตต่อไป และเก็บไว้ ณ สถานที่ที่จัดให้มีการสอบสวนโดยเปิดเผยให้สาธารณชนสามารถตรวจดูได้เป็นเวลาไม่น้อยกว่า ๑ ปี รายงานนี้บุคคลใด ๆ อาจขอสำเนาได้โดยปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยข่าวสารของราชการ

ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ทั้งหมดในการสอบสวนโดยเปิดเผย ผู้ที่ประสงค์จะดำเนินการตามโครงการนั้นจะต้องเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายดังกล่าว

๒.๔ บทวิเคราะห์และกฎหมายไทย

การมีส่วนร่วมของประชาชนเป็นที่ยอมรับว่าเป็นมาตรการทางปกครองที่เหมาะสมในสังคมสมัยใหม่ที่ซับซ้อน เพื่อที่ฝ่ายปกครองจะได้มีข้อมูลที่ถูกต้องและครบถ้วนไปใช้ในการตัดสินใจ ทำให้การตัดสินใจมีคุณภาพถูกต้อง (qualitative dimension of participation in development) นอกจากนั้นจะมีผลทางจิตวิทยา ให้ประชาชนผู้มีส่วนร่วมยอมรับผลการตัดสินใจนั้นว่ามีส่วนที่เกิดมาจากตนด้วยแม้ต่อมาจะพบว่ามีส่วนที่ยังผิดพลาดหรือไม่เหมาะสมก็ไม่ตำหนิกันโดยรุนแรงเกินเหตุแต่ข้อเสียก็มีเพราะทำให้เสียเวลาล่าช้าในการทำงานเพิ่มขึ้นและเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นและมีข้อสังเกตว่าการให้ประชาชนเข้ามีส่วนร่วมอาจกระทำได้หลายวิธีตั้งแต่การออกแบบสอบถาม (public opinion) การสัมภาษณ์ถามความเห็น (public consultation) เป็นจึงถึงวิธีที่การพิจารณาเป็นรูปแบบที่เคร่งครัดดังที่กล่าวมา แต่ก็ดำเนินการได้ดีในปัญหาในระดับท้องถิ่น หากกระทำในปัญหาระดับส่วนกลางของประเทศจะหาตัวแทนผลประโยชน์ที่แท้จริงได้ยากทำให้ไม่เกิดผลดีเท่าที่ควร^{๓๐} การใช้วิธีการที่เหมาะสมกับเรื่องที่จะดำเนินการจึงเป็นเรื่องสำคัญ

อย่างไรก็ตาม การให้ประชาชนเข้ามีส่วนร่วมนี้ตราบใดที่ยังไม่มีกฎหมาย

^{๓๐}U.N., หนังสือในเชิงอรรถที่ (๔๕), หน้า ๑๑-๒๔

สารบัญญัติกำหนดหน้าที่ขึ้นก็ย่อมจะถือว่าสาธารณชนหรือเอกชนผู้ถูกระทบมีสิทธิที่จะเข้ามาแสดงความคิดเห็นยังมิได้ ส่วนการจะควรได้ปฏิบัติเช่นใดนั้นเป็นอีกปัญหาหนึ่ง เพราะไม่มีข้อห้ามมิให้ปฏิบัติแม้จะไม่มีกฎหมายบังคับ เท่าที่เป็นมาทำให้ประชาชนมีส่วนร่วมมีการกำหนดในกฎหมายไทยบางฉบับ แต่ก็เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์โดยกว้างๆ เท่านั้น เช่น พระราชบัญญัติมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม ๒๕๑๑ มาตรา ๑๘ เรื่องการกำหนดมาตรฐานบังคับ ซึ่งจะต้องประกาศเรื่องที่จะพิจารณากำหนดในราชกิจจานุเบกษาและหนังสือพิมพ์โดยมีกำหนดเวลาให้ส่งคำคัดค้านและมีการให้มาแถลงคำคัดค้านด้วยวาจาด้วย หรือในพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. ๒๕๑๘ มาตรา ๑๙ และมาตรา ๒๓ ซึ่งกำหนดให้มีการโฆษณาและจัดประชุมเพื่อฟังความคิดเห็นของประชาชนในการวางผังเมืองรวมหรือผังเมืองเฉพาะ การนำมาใช้ในกฎหมายไทยจึงมีน้อยมาก ในชั้นพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. (ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้มีมติรับหลักการเมื่อวันที่ ๓๐ พฤศจิกายน ๒๕๓๖ นั้น) คณะอนุกรรมการร่างกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาทางปกครองได้พิจารณากันแล้วว่าต่อไปคงต้องมีหมวดหนึ่งว่าด้วยการมีส่วนร่วมของประชาชนในพระราชบัญญัติดังกล่าวด้วย แต่เห็นว่าเป็นเรื่องใหม่มีผู้เข้าใจน้อยและสาระของร่างกฎหมายฉบับนั้นก็ยาวพอควรแล้ว จึงเห็นควรผ่านไปก่อนโดยอาจแก้ไขเพิ่มเติมในระยะหลังในโอกาสอันควรที่ร่างพระราชบัญญัตินั้นได้ผ่านเป็นกฎหมายไปแล้ว ในระยะ ๕-๖ ปีมานี้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาก็ให้ความสนใจที่จะศึกษารายละเอียดและวิธีการเกี่ยวกับการนำระบบนี้มาใช้เช่นกัน

(ลงชื่อ) วัฒนา รัตนวิจิตร

(นายวัฒนา รัตนวิจิตร)

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

กุมภาพันธ์ ๒๕๓๗