

ทฤษฎีสติธิเกี่ยวกับน้ำ

ปัญหาของการใช้น้ำเพื่อการอุตสาหกรรม พิจารณาได้ว่าสาเหตุหลักที่ทำให้เกิดปัญหา คือความต้องการการใช้น้ำมากขึ้น ในขณะที่แหล่งน้ำดิบที่มีอยู่ไม่พอเพียงต่อการใช้น้ำ ประกอบกับมลพิษที่ทวีความรุนแรงมากขึ้น การขาดองค์กรหลักที่เข้ามาควบคุมการใช้น้ำของอุตสาหกรรมโดยตรง เหล่านี้เกิดจากการที่ไม่มีกฎหมายมาจัดสรรการใช้น้ำ กำหนดขอบเขตของการใช้น้ำไว้อย่างชัดเจน แนวทางแก้ไขปัญหาของการใช้น้ำเพื่อการอุตสาหกรรมจึงควรที่จะมีการกำหนดการจัดสรรน้ำ โดยการออกกฎหมาย ซึ่งกฎหมายดังกล่าว จะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายสองประการคือว่า ใครเป็นเจ้าของน้ำ และเอกชนมีสิทธิการใช้น้ำอย่างไรบ้าง ซึ่งสิทธิดังกล่าวเป็นหลักพื้นฐานในการควบคุมการใช้น้ำกฎหมายให้ได้ประสิทธิมากที่สุด สติธิเกี่ยวกับน้ำ (Right in natural waters) ถือว่าเป็นสาระสำคัญที่จะต้องพิจารณาให้ชัดเจนว่าน้ำเป็นของใคร เพื่อรัฐจะได้เข้ามาควบคุมดูแลน้ำได้อย่างมีประสิทธิภาพ นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาว่า แหล่งน้ำประเภทใดบ้างที่กฎหมายจะต้องเข้าไปควบคุม สิทธิการใช้น้ำของเอกชนมีสิทธิอย่างไรบ้าง ทั้งนี้จะได้ทำการศึกษาพิจารณากฎหมายไทยที่อยู่ เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ โดยจะแยกพิจารณาเรื่องกรรมสิทธิในน้ำและที่ดินที่เกี่ยวกับน้ำ และสิทธิการใช้น้ำของประชาชน

2.1 ทฤษฎีว่าด้วยการมีกรรมสิทธิในน้ำ

น้ำเป็นของใครนั้นกฎหมายของประเทศต่าง ๆ จะมีระบบกฎหมายที่มีหลักการต่างกัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายของประเทศนั้น ๆ ไม่ว่าจะเป็นระบบ Civil Law หรือระบบ Common Law แนวคิดพื้นฐานสิทธิในน้ำนั้นโดยมากจะกำหนดให้รัฐมีสิทธิในน้ำ ¹ ระบบกฎหมายทั้งสองมี

¹ United Nations, Guidelines for the Drafting of Water Codes

รากฐานกฎหมายมาจากกฎหมายโรมัน ซึ่งกฎหมายโรมันมีแนวความคิดว่า "บางสิ่งต้องมีเจ้าของ หากไม่ใช่ของรัฐก็ต้องเป็นของเอกชน แต่บางสิ่งเป็นของทุกคน เช่น อากาศ และน้ำซึ่งไหลไปตามสภาวะ ซึ่งควรเป็นหมู่เหล่าและไม่เป็นของบุคคลใด" (Some things could be owned by private persons, others by the State. Still others belonged to all, in common. Things such as air and running water which, because of their transitory, elusive nature defied ordinary concepts of possession and ownership, fell into the negative community.) ระบบ Common Law ยังคงรักษาหลักการนี้อยู่ แต่ขณะเดียวกัน ระบบ Civil Law ได้พัฒนาแนวความคิดมาเป็นทุกสิ่งต้องมีเจ้าของ ถ้าไม่เป็นของเอกชนก็ต้องเป็นของสาธารณชน หมายความว่าให้รัฐเข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สิน ต่อมาได้มีการพัฒนาแนวความคิดนี้เรื่อยมาจนกลายเป็นหลักสาธารณสมบัติ คำว่า "สาธารณสมบัติ" (Public domain) หมายถึง ทรัพย์สินของรัฐ ซึ่งรัฐเป็นเจ้าของในฐานะแทนประชาชน (a category of things which, in the public interest, are said to be the property of the State which owns them on behalf of all.) รัฐจึงมีสิทธิอนุญาตให้บุคคลใดมีสิทธิใช้ประโยชน์ได้ แนวความคิดนี้จึงเกิดหลักเกณฑ์ตามกฎหมายที่เรียกว่า "Droit Administratif" ²

ในปัจจุบันนี้ระบบกฎหมายประเทศต่าง ๆ มีหลักการในการกำหนดสิทธิในน้ำแยกได้ 4 ระบบ คือ

(1) ระบบสาธารณสมบัติของแผ่นดิน (The concept of the public domain) แนวความคิดนี้มีกำเนิดในยุโรปโดยได้รับอิทธิพลจากกฎหมายประเทศฝรั่งเศสซึ่งมีหลักว่าสิ่งใดที่เป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมจะตกเป็นของสาธารณสมบัติของแผ่นดิน โดยไม่อาจเป็นของเอกชนใดแต่อยู่ในความดูแลรักษาของรัฐ ซึ่งจะผ่านทางหน่วยงานของฝ่ายบริหารต่าง ๆ ในการควบคุมการใช้ประโยชน์ของสาธารณะ เอกชนสามารถจะใช้สอยได้โดยได้รับการอนุญาตตาม

² Ibid., p. 13.

กฎหมายโดยตรง หรือโดยการรับสัมปทานตามที่กฎหมายกำหนด³

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าระบบนี้ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมัน แต่ในกฎหมายโรมันนั้น ทางน้ำที่สำคัญเท่านั้นเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ทางน้ำที่ไม่สำคัญอาจเป็นของเอกชนได้⁴ แต่ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสให้ความสำคัญแก่การเดินเรือและการขนส่งทางน้ำมาก จึงกำหนดให้ขอบเขตทางน้ำแคบลงมา โดยให้เฉพาะแต่ทางน้ำที่เดินเรือได้และร่องสิ่งของตามลำน้ำได้เท่านั้นที่จะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน แม่น้ำสายเล็ก ๆ สามารถตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชนได้ แต่ในกฎหมายของประเทศสเปนซึ่งได้รับอิทธิพลจากแกมัวร์ที่อาศัยอยู่ในเขตค่อนข้างขัดสนน้ำ กำหนดให้แม่น้ำทั้งหมดเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ทั้งนี้ไม่ว่าแม่น้ำนั้นจะมีการเดินเรือหรือไม่ก็ตาม แหล่งน้ำที่จะเป็นของเอกชนได้ก็เฉพาะแหล่งน้ำในเขตที่ดินของเอกชนเท่านั้น⁵

สำหรับประเทศทางเอเชีย เช่น เขมร ลาว เวียดนาม และไทย⁶ จะบัญญัติในกฎหมายว่าน้ำเป็นส่วนหนึ่งของสาธารณสมบัติของแผ่นดิน โดยมีจุดประสงค์เพื่อสงวนแหล่งน้ำไว้จากการใช้สอยและยึดครองของเอกชน นอกจากนี้ แหล่งน้ำนั้นไม่สามารถโอนให้แก่บุคคลใดโดยเฉพาะได้ องค์กรรัฐที่ควบคุมการใช้แหล่งน้ำสาธารณะอาจอนุญาตให้เอกชนใช้ได้โดยไม่อาจขายหรือจำหน่ายโอนนอกจากนี้ รัฐจะไม่สูญเสียสิทธิในแหล่งน้ำอันเนื่องมาจากการที่ให้เอกชน

³ Ibid., p. 14.

⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, "การจัดทำกฎหมายน้ำ" รวบรวมบทความการสัมมนาทางวิชาการเพื่อจัดทำกฎหมายแม่บทเกี่ยวกับการใช้น้ำ (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ กระทรวงวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและสิ่งแวดล้อม ร่วมกับคณะกรรมการสภาวิจัยแห่งชาติ), ๗ ห้องประชุมคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, เมื่อวันที่ 2 พฤษภาคม 2535 (อัดสำเนา) อ้างถึงใน Ludwicz A. Teclaff, Water Law in Historical Perspective 26 (1985), หน้า 36 - 37 และ 27 - 29. (อัดสำเนา)

⁵ เรื่องเดียวกัน

⁶ United Nations, Guidelines for the Drafting of Water Codes,

ครอบครองเป็นเวลานาน

แต่การนำระบบสาธารณสมบัติของแผ่นดินมาใช้ใน ประเทศภาคพื้นยุโรปแตกต่างกับประเทศแถบเอเชีย ในประเทศภาคพื้นยุโรปมีการพัฒนาตามหลักกฎหมาย Droit Administratif (กฎหมายปกครอง) ⁷ จะมีกระบวนการทางกฎหมายออกมาควบคุมการตัดสินใจและการดำเนินการใด ๆ ของรัฐ การประกาศวิธีการควบคุมการใช้น้ำของรัฐมีหลักกว่าสิ่งที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน การประกาศกฎเกณฑ์หรือหลักการที่กำหนดการใช้น้ำ และการหาประโยชน์จะเป็นไปโดยอัตโนมัติ รัฐจึงสามารถเข้ามาควบคุมน้ำโดยไม่ต้องออกกฎหมายเฉพาะมาควบคุมอีกครั้งหนึ่ง แต่ในขณะที่ประเทศแถบเอเชีย เช่น ไทย ซึ่งไม่ได้มีพื้นฐานตามหลักกฎหมายปกครอง สิ่งใดที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน กฎหมายจะเข้ามาควบคุมเฉพาะตามที่กฎหมายกำหนดบัญญัติไว้ เช่น การห้ามโอน ห้ามยึด ห้ามยกอายุความขึ้นต่อสู้ ส่วนการควบคุมอย่างอื่นรัฐจะเข้ามาควบคุมได้โดยไม่ต้องออกกฎหมายมาใช้เฉพาะ

ตัวอย่างประเทศที่ใช้ระบบสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ประเทศฝรั่งเศส กำหนดแม่น้ำที่เรือเดินได้และขนส่งสินค้าได้ (navigables ou flottables) ถือว่าแม่น้ำนั้นเป็นทรัพย์สินของแผ่นดินเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน * ประเทศอิตาลี แยกแม่น้ำไว้ 2 ประเภท เช่นกัน แม่น้ำของรัฐ โดยมีหลักเกณฑ์ว่าเป็นแม่น้ำที่มีน้ำไหลต่อเนื่องตลอดปี (fiumi & torrenti) จะเป็นแม่น้ำของรัฐ และตามประมวลกฎหมายแพ่ง (ค.ศ.1942) แม่น้ำของรัฐจะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ⁸

* ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 538

⁷ โปรดศึกษารายละเอียด "ความหมายของกฎหมายปกครอง" ใน ทวาร เกียรติทับทิว, กฎหมายปกครอง (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2532), หน้า 78 - 90.

⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศักดิ์, "หังกริมตลิ่ง," วารสารนิติศาสตร์ 18 ฉบับที่ 3 : 124 - 151 อ้างถึงใน S. Burchi & G Masina, "Italy" 1 Water Law in selected European Countries 117-119,122 (1957).

ประเทศโมร็อกโก ประมวลกฎหมายแห่งบัญญัติว่า น้ำเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินนอกจากนี้ ยังกำหนดว่าพื้นที่องน้ำ ที่ริมตลิ่ง (Bed and Banks) ที่ดินที่ติดต่อกับน้ำ (adjacent land) ที่กำหนดให้ที่ดินที่อยู่ติดจากริมฝั่งแม่น้ำเป็นระยะ 6 เมตร (ในแม่น้ำสายหลัก) หรือ 2 เมตร ในกรณีอื่น ๆ เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน⁹ นอกจากนี้ยังมีประเทศแถบอินโดจีน ซึ่งได้รับอิทธิพลจากประเทศฝรั่งเศส เช่น เขมร ลาว เวียดนาม และประเทศไทยด้วย¹⁰

สำหรับกฎหมายไทยนั้นไม่ได้มีบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องกรรมสิทธิ์ในน้ำไว้โดยตรง แต่ปรากฏในหลักเรื่องสาธารณสมบัติของแผ่นดิน มาตรา 1304 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า "สาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้น รวมทรัพย์สินทุกชนิดของแผ่นดินซึ่งใช้เพื่อสาธารณประโยชน์หรือสงวนไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกัน เช่น

- (1) ที่ดินรกร้างว่างเปล่า และที่ดินซึ่งมีผู้เวนคืนหรือทอดทิ้งหรือกลับมาเป็นของแผ่นดินโดยประการอื่นตามกฎหมายที่ดิน
- (2) ทรัพย์สินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน เป็นต้นว่าที่ชายตลิ่ง ทางน้ำ ทางหลวง ทะเลสาบ
- (3) ทรัพย์สินใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะ เป็นต้นว่า ป้อม และโรงทหาร สำนักราชการบ้านเมือง เรือรบ อาวุธยุทโธปกรณ์"

จะเห็นได้ว่าในอนุมาตรา (2) ได้บัญญัติว่า ทางน้ำ ทะเลสาบ เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ซึ่งในที่นี้จะได้ทำการพิจารณาศึกษาสาธารณสมบัติของแผ่นดินต่อไป ว่ามีหลักเกณฑ์อย่างไร ผลของการเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน เพื่อที่จะได้เป็นแนวทางในการศึกษากรรมสิทธิ์ในน้ำตามกฎหมายไทยต่อไป

⁹ United Nations, Guidelines for the Drafting of Water Codes, p.76.

¹⁰ Ibid., pp. 60 - 61.

บทบัญญัติ มาตรา 1304 ได้วางหลักเกณฑ์สาธาณสมบัติของแผ่นดินไว้ 2 ประการ คือ

(1) เป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน (Domaine Prive) ¹¹

คำว่า "ทรัพย์สิน" ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138 บัญญัติว่า "ทรัพย์สิน หมายความรวมถึงทรัพย์และวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้" ความหมายของทรัพย์สินคือวัตถุที่มีรูปร่างหรือวัตถุที่ไม่มีรูปร่างก็ได้ * นอกจากนี้ทรัพย์สินต้องอาจมีราคาและถือเอาได้ คำว่า อาจมีราคาได้ ภาษาอังกฤษ ใช้คำว่า "Value" หมายถึงมีคุณค่าในตัว ของสิ่งนั้นเอง และคำว่า อาจถือเอาได้ ภาษาอังกฤษ ใช้คำว่า "Appropriated" หมายถึง อากาศเข้าหวงกันไว้เพื่อตนเอง ไม่จำเป็นต้องเข้ายึดถือจับต้องได้ ¹² สำหรับน้ำนั้นถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินเพราะเป็นวัตถุที่มีรูปร่าง มีคุณค่าในตัวของมันเองและผู้เป็นเจ้าของสามารถเข้าหวงกันได้

คำว่า "แผ่นดิน" นั้น ไม่มีบทบัญญัติในกฎหมายกล่าวถึงหรือให้คำจำกัดความไว้จึงต้องพิจารณาตามความหมายใน พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ** ได้ให้ความหมายไว้ว่า "แผ่นดิน น. พื้นดินของโลก; รัฐ ; รัชกาล." เพราะฉะนั้นทรัพย์สินของแผ่นดิน จึงหมายความว่า เป็นสมบัติของรัฐนั่นเอง และเนื่องจากรัฐมีความหมายแทนประชาชน ¹³ ซึ่งมีอำนาจบริหารตนเองภายในอาณาเขตหนึ่ง ๆ ดังนั้นทรัพย์สินของแผ่นดินในที่นี้ ก็ย่อมหมายถึงทรัพย์สินส่วน

* ตัวอย่างของวัตถุที่ไม่มีรูปร่างและถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินตามมาตรา 138 เช่น กระแสไฟฟ้า (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501) หรือสิทธิต่าง ๆ เช่น กรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้าและสิทธิบัตร เป็นต้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 408/2510, 888/2511)

** พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2525 หน้า 556

¹¹ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2521), หน้า 81.

¹² ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, หน้า 8-20. และ บัญญัติ สุชีวะ, กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2528), หน้า 4 - 9.

¹³ ชัยอนันต์ สมุทรวณิช, รัฐกับสังคม - ไตรลักษณ์รัฐไทยในพหุสังคมสยาม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 71 - 72.

รวมของประชาชนทุกคนในประเทศ¹⁴

ทรัพย์สินของแผ่นดิน มีบัญญัติไว้โดยตรงในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หลายมาตรา เช่น มาตรา 1309 เกาะที่เกิดในทะเลสาบ หรือทางน้ำ หรือในเขตน่านน้ำของประเทศ ฯลฯ เป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน

(2) ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ หรือ สงวนไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกัน

การที่จะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินได้นั้นจะเป็นเพียงแต่ทรัพย์สินอย่างเดียวไม่ได้ แต่จะต้องเป็นทรัพย์สินซึ่งประชาชนสามารถใช้ประโยชน์ร่วมกันได้ หรือได้สงวนไว้เพื่อให้ประชาชนทุกคนได้ใช้ร่วมกัน ตัวอย่างเช่น ที่ชายคลอง ทางน้ำ ทางหลวง ทะเลสาบ หรือแม่น้ำ ลำคลอง ถนน สวนสาธารณะ หากประชาชนไม่สามารถใช้ประโยชน์ร่วมกัน เช่น อยู่ในที่เขตราชการ ซึ่งไม่อนุญาตให้ประชาชนใช้ร่วมกัน ก็ยังไม่ถือว่าเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ถือว่าเป็นทรัพย์สินของแผ่นดินเท่านั้น เช่น ที่ดินราชพัสดุ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 837/2492)

จากบทบัญญัติ มาตรา 1304 ดังกล่าวได้วางหลักเกณฑ์ทรัพย์สินของแผ่นดินที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินไว้ 2 ประการ คือ

(ก) ทรัพย์สินของแผ่นดินซึ่งเป็นทรัพย์สินที่รัฐเป็นเจ้าของ และถือครองไว้เพื่อสาธารณประโยชน์ส่วนรวมของประเทศมิได้ให้ประชาชนใช้ร่วมกันโดยตรง แต่ได้ให้หน่วยราชการเป็นผู้ใช้เพื่อประโยชน์ของประชาชนโดยรวม เช่น เครื่องมือสื่อสารทางการทหาร วัสดุอุปกรณ์ที่ใช้ในหน่วยราชการทั่วไป เป็นต้น ตัวอย่างเช่น สนามบินกองทัพอากาศ ที่แผ่นดินได้มอบให้เจ้าหน้าที่เป็นผู้ใช้เพื่อทำหน้าที่เป็นประโยชน์แก่ประชาชน

(ข) ทรัพย์สินของแผ่นดินซึ่งเป็นทรัพย์สินที่รัฐเป็นเจ้าของ และยินยอมให้ประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกัน หรือสงวนไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกัน ประชาชนมีสิทธิเข้าไปใช้สอยได้ทุกคน

¹⁴ จิตติ เจริญจำ, "หมายเหตุข้อหาหรือที่ 47/2535 ภาวะน้ำเสียในลำน้ำพอง ชี มูล," วารสารอัยการ 15 ฉบับ 178 (ธันวาคม 2535) : 48 - 52.

เช่น หนองน้ำสาธารณะที่มีคนและสัตว์เข้าไปอาบและกินน้ำร่วมกัน * ลักษณะที่สำคัญคือจะต้องมีการใช้ร่วมกันของประชาชน หากไม่มีการใช้ร่วมกัน หรือเพื่อสงวนไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกันก็ไม่เป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน¹⁵ และเจ้าของจะต้องมีเจตนาสละกรรมสิทธิ์เพื่อให้เป็นสาธารณประโยชน์ **

ข้อสังเกต การเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน ไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ขอให้เพียงแต่มีการใช้ประโยชน์ร่วมกัน หรือสงวนไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกันของประชาชน หรือถ้ามีเจ้าของบางครั้งเจ้าของแสดงเจตนายกให้เป็นสาธารณะก็ได้

จากการพิจารณาจะเห็นได้ว่า น้ำ เป็นทรัพย์สินตามความหมายในมาตรา 138 ซึ่งเป็นวัตถุที่มีรูปร่างและอาจถือเอาได้ และมาตรา 1304 (2) บัญญัติว่า ทางน้ำเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน ดังนั้นน้ำที่อยู่ในทางน้ำจึงเป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน ตามมาตรา 1304 (2) หมายความว่า ทางน้ำจะมีน้ำส่วนประกอบ เมื่อทางน้ำเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน น้ำที่อยู่ในทางน้ำจะเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดินด้วย น้ำในทางน้ำจึงเป็นทรัพย์สินของประชาชนทุกคนเช่นกัน ประชาชนทุกคนมีสิทธิใช้น้ำ เมื่อได้ศึกษาหลักเกณฑ์สาธารณะสมบัติของแผ่นดินแล้วจะต้องเป็นทรัพย์สินของแผ่นดินที่ประชาชนใช้ร่วมกัน สิ่งที่ต้องพิจารณาคือผลของการเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดินว่าจะมีผลอย่างไรบ้าง ซึ่งจะทำให้ทราบว่าน้ำที่เป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดินจะมีผลทางกฎหมายอย่างไรบ้าง

ผลของทรัพย์สินที่เป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน มีหลักเกณฑ์ ดังนี้

(1) ทำให้โอนสาธารณะสมบัติของแผ่นดินให้แกกันไม่ได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจแห่งบท

* คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1270/2497, 1574/2498 492/2502, 1035/2504

856-857/2508, 3260/2522, 599/2524 และ 431/2533

** คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 533/2500, 1186/2500,

15 ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมาย

ลักษณะทรัพย์สิน, หน้า 83.

กฎหมายเฉพาะหรือพระราชกฤษฎีกา (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1305) การห้ามโอนเป็นเรื่องของการห้ามโอนทรัพย์สิน ในรูปแบบของการโอนกันตามธรรมดา แต่ถ้าราชการจะโอนก็สามารถโอนได้ แต่ทั้งนี้ต้องอาศัยกฎหมายหรือพระราชกฤษฎีกาบัญญัติไว้ การโอนจะโอนแก่กันได้นั้น ต้องเปลี่ยนสภาพมาเป็นทรัพย์สินของแผ่นดินธรรมดาเสียก่อน เช่น การถอนสภาพตามประมวลกฎหมายที่ดิน การถอนสภาพตามพระราชบัญญัติจัดรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2517 มาตรา 43 เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2502/2533 การที่คลองหรือร่องน้ำสาธารณะเป็นส่วนหนึ่งของที่ที่พิพาทกลายเป็นสภาพที่ดินเงิน แม้อต่อมาพลเมืองจะไม่ได้ใช้ประโยชน์ร่วมกันเมื่อยังไม่มีกฎหมายเฉพาะ หรือพระราชกฤษฎีกาให้ถอนสภาพจากการเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน คลองหรือร่องน้ำสาธารณะยังคงเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน *



(2) ไม่สามารถยกอายุความขึ้นต่อสู้แผ่นดินได้ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1306) สาธารณสมบัติของแผ่นดินเมื่อประชาชนใช้ร่วมกันแล้ว ถือได้ว่าประชาชนมีสิทธิใช้สอยทรัพย์สินนั้นได้ แต่ประชาชนผู้เข้าไปใช้สอยในทรัพย์สินนั้น แม้จะเข้าไปใช้สอยโดยครอบครองปรปักษ์เป็นเวลานานเท่าใด ก็ไม่อาจยกขึ้นต่อสู้กับแผ่นดินได้ว่าตนมีกรรมสิทธิ์หรือมีสิทธิครอบครองสามารถยึดถือเพื่อประโยชน์ของตนเองได้เท่านั้น และไม่ก่อให้เกิดสิทธิอื่นใดที่จะอ้างอีกตามกฎหมาย เช่น การชำระภาษีบำรุงท้องที่ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1135/2524 และ 6/2533) อย่างไรก็ตามผู้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดินอยู่ก่อน ย่อมมีสิทธิยึดถือเพื่อประโยชน์ของตน และสามารถป้องกันการรบกวนการครองครองของตนได้ ถ้าหากว่าการใช้สอยสาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้นถูกบุคคลอื่นเข้ามารบกวนการใช้สิทธิของตน ทำให้เกิดความเสียหาย ประชาชนผู้นั้นสามารถฟ้องให้ระงับการรบกวนนั้นได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1608/2513 และ 1966/2530)

(3) ห้ามยึดสาธารณสมบัติของแผ่นดิน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1307) แม้ในขณะที่ยึดจะไม่ทราบว่าเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ประชาชนผู้เข้าไปใช้สาธารณสมบัติของแผ่นดิน ไม่มีสิทธิที่จะยึดสาธารณสมบัติของแผ่นดินมาเป็นของตน เจ้าหน้าที่ของบุคคลที่

* โปรดศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 979/2477, 509/2490, 428/2511, 2182-2172/2523, 3340/2532 และ 2502/2533 ประกอบ

ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ไม่สามารถร้องขอต่อศาลเพื่อยึดทรัพย์สินดังกล่าวบังคับขายทอดตลาดได้ เพราะทรัพย์สินดังกล่าวเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน มิใช่ของบุคคลที่เข้าครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้น เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1270/2497 หนองน้ำที่ราษฎร์อาศัยใช้ร่วมกันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ถ้ายังไม่คืนเงินกลางสภาพเป็นที่รกร้างว่างเปล่า แม้ผู้ใดเข้าครอบครองทำนามา 30 ปี ก็ไม่ได้สิทธิครอบครอง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2644-2645/2515, 4679/2533)

(4) ผลของการเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน นอกจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติไว้ มีผลอีกหลายประการเช่น

(4.1) ผลของการเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ทำให้ประชาชนผู้เข้าไปใช้ทรัพย์สินนั้น ไม่มีความผิดบางฐาน เช่น การบุกรุก หรือละเมิด เช่น จำเลยเข้าไปไถ่ที่ดินปลูกมะพร้าวในที่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน ย่อมมีความผิดตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 108 ทวิวรรคสอง แต่ไม่มีความผิดฐานบุกรุกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 362, 365 เพราะความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าว กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะลงโทษผู้บุกรุกสังหาริมทรัพย์ที่เอกชนเป็นเจ้าของเท่านั้น ไม่เข้าข่ายที่บัญญัติที่จะลงโทษผู้บุกรุกสาธารณสมบัติของแผ่นดิน แต่อย่างใด (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1692/2532)

(4.2) การกระหนัาติกรรมต่าง ๆ ที่ผูกพันสาธารณสมบัติของแผ่นดิน สำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน หรือใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะ ผู้ครอบครองแม้มีสิทธิครอบครอง แต่ก็ไม่มีสิทธิที่จะไปหนัาติกรรมใด ๆ ผูกพันตัวทรัพย์สินนั้นได้ เช่น การให้เช่า เพราะทรัพย์สินดังกล่าวไม่ใช่ของผู้ครอบครองแต่เป็นของประชาชนร่วมกัน การหนัาติกรรมดังกล่าวเป็นการทำหนัาติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2644-2645/2515, 920-921/2522)

(4.3) ตัวแทนของแผ่นดิน เช่น หน่วยราชการที่มีหน้าที่ดูแลรักษาสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ขับไล่ให้ผู้ครอบครองทรัพย์สินออกไป ผู้ครอบครองก็ต้องออกไป หากฝ่าฝืนมีความผิดฐานขัดคำสั่งเจ้าพนักงานทุกครั้งที่มีคำสั่ง¹⁶ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 227-229/2504 และ 2568/2522)

จากการศึกษาเรื่องระบบสาธารณสมบัติของแผ่นดินตามกฎหมายไทยนั้น จะเห็นได้ว่า

ในกฎหมายไทยมิได้ระบุชัดเจนว่าน้ำเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินหรือไม่ เพียงแต่ระบุว่า ทางน้ำ และทะเลสาบเป็นตัวอย่างในสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ซึ่งก็เป็นเพียงการยกตัวอย่างในกฎหมาย เท่านั้น แม้กฎหมายจะมีได้บัญญัติไว้ชัดเจน แต่ก็ถือได้ว่าเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ถ้าหากมีการใช้ประโยชน์ร่วมกันได้ หรือได้สงวนไว้เพื่อให้ประชาชนทุกคนได้ใช้ร่วมกัน หลักของการที่ ทางน้ำเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน คือทางน้ำจะต้องเป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน ซึ่งหมายถึง ทรัพย์สินของประชาชน แต่ได้ให้รัฐเป็นผู้จัดการจัดการดูแลแทนประชาชนเพื่อสาธารณประโยชน์ของประเทศ ประชาชนทุกคนมีสิทธิใช้สอยทางน้ำนั้นได้ รัฐจะเข้ามาควบคุมเฉพาะเรื่อง การห้าม จำหน่าย ห้ามโอน ห้ามขุดทางน้ำที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ประชาชนทุกคนมีสิทธิใช้ทางน้ำ ดังกล่าวได้ทราบเท่าที่การใช้สิทธิของคนไม่เป็นการละเมิด หรือกระทบสิทธิให้แก่ผู้อื่น ระบบ การให้น้ำเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินของกฎหมายไทย จะมีหลักเกณฑ์ว่ามีการใช้ หรือสงวนเพื่อ ประโยชน์ร่วมกันของประชาชน และจะใช้กับทางน้ำทุกประเภท แต่ในขณะที่บางประเทศ เช่น ฝรั่งเศสมีการใช้ระบบสาธารณสมบัติของแผ่นดินกับทางน้ำบางประเภทเท่านั้น

(2) ระบบให้น้ำเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ (The concept of State ownership of water)

ระบบมีแนวความคิดว่าน้ำเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ ไม่ว่าน้ำที่ไหลนั้นจะเป็นน้ำบนพื้นดินหรือใต้ดิน บนพื้นและฝั่งของแม่น้ำถึงจุดที่ไกลที่สุดของกระแสน้ำรัฐเป็นเจ้าของทั้งสิ้น รัฐมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการควบคุม นอกเหนือจากนี้รัฐมีสิทธิเทียบเท่าเอกชนซึ่งเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินที่มีลำธารไหลผ่าน¹⁷ จึงมีสิทธิจัดการน้ำทุกอย่าง ประเทศที่ใช้ระบบนี้โดยมากได้รับอิทธิพลจากระบบ Common Law โดยกฎหมายจะประกาศว่ารัฐเป็นเจ้าของโดยแท้จริงในน้ำ การบัญญัติกฎหมายจะหลีกเลี่ยงในการกำหนดความเป็นเจ้าของน้ำว่าเป็นของสาธารณะหรือของเอกชน แต่อาจกำหนดให้เอกชนมีสิทธิในการใช้น้ำ ประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากระบบ Common Law ของ

¹⁶ สมบูรณ์ บุญรินทร์, "ข้อสังเกตเกี่ยวกับคดีที่ดินชั้นสู่ศาล" บทบัญญัติ 46 ตอนที่ 4 (ธันวาคม 2533) : 19.

¹⁷ United Nations, Guidelines for the Drafting of Water Codes, p. 14.

อังกฤษ จะพัฒนาแนวความคิดนี้ต่างออกไปว่าน้ำที่ไหลไปไม่ว่าบนพื้นดิน หรือใต้ดินไม่เป็นของผู้ใด
ไม่ว่ารัฐ หรือเอกชน บุคคลมีสิทธิจะใช้ประโยชน์น้ำได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้เป็นเจ้าของที่ดินที่
น้ำนั้นไหลผ่าน เช่น ประเทศออสเตรเลีย นิวซีแลนด์

แนวความคิดเรื่องรัฐเป็นเจ้าของน้ำนั้น มีความหมายได้ 2 นัย คือ นัยแรกรัฐ
เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ตามเอกชน ดังนั้น รัฐจึงสามารถจำหน่ายโอนได้เช่นเดียวกับทรัพย์สิน
ทั่วไปของเอกชน แต่อีกนัยหนึ่งคือรัฐถือกรรมสิทธิ์ในน้ำแทนประชาชน ฉะนั้นรัฐจะเข้ามาควบคุม
จัดการดูแลทรัพย์สินของประชาชนเพื่อประโยชน์ของสาธารณชน ความหมายนัยที่ 2 นี้เองทำให้
ระบบแนวความคิดนี้เหมือนกับระบบสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์โดยรัฐ
แม้ว่ารัฐจะเป็นเจ้าของสุดท้าย รัฐก็รักษาทรัพย์สินในฐานะผู้คุ้มครองและดูแลทรัพย์สินร่วมกันของ
ประชาชนทั้งหมด รัฐจะถูกจำกัดในวิธีของการใช้หรือโอนทรัพย์สินสาธารณะ รัฐจึงมีหน้าที่จัดการ
ทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของประชาชนทั้งหลาย ซึ่งความหมายในระบบน้ำเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐจะ
เป็นความหมายนัยที่ 2¹⁸

ประเทศที่นำระบบแนวความคิดนี้มาใช้กับกฎหมายน้ำของตนโดยมากเป็นประเทศ
ที่รับอิทธิพลจากกฎหมายสเปน เช่น ฟิลิปปินส์ เปรู เอลซัลวาดอร์ ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญ
ประเทศฟิลิปปินส์ (1986) บัญญัติว่าทรัพยากรธรรมชาติ เช่น น้ำเป็นของรัฐ และในกฎหมาย
น้ำของประเทศฟิลิปปินส์ ก็ได้บัญญัติว่า น้ำทั้งหมดเป็นของรัฐไม่ว่าจะเป็นน้ำใต้ดิน น้ำบนดิน น้ำใน
อากาศ และน้ำในทะเล *

¹⁸ Ibid., pp. 14 - 15.

* The Constitution of the republic of the Philippines (1986),
Article XII section 2., provides that :

"all land of the public domain, water, minerals, coal. ...and
other natural resources are owned by the State, with the exploitation,
development and utilizations shall be under the full control and
supervision of the State..."

* ต่อ

and Civil Code Article 425 and 503

Articles 425 and 503 of the Civil Code, however, seem to contradict the general declaration of State ownership contained in the Constitution. These articles provide that certain waters are privately owned. Specifically, the following are owned privately:

(i) continuous or intermittent waters rising on privately owned lands, while running through the same;

(ii) lakes and lagoons, and other beds naturally occurring on privately owned lands;

(iii) subterranean waters found on privately owned land;

(iv) rainwater falling on such lands, as long as it remains within the boundaries;

(v) the beds of flowing waters formed by rainwater, whether continuous or intermittent, and those of brooks crossing lands which are not of public dominion.

Philippines water code 1976, Article 3, 4 and 5

Art. 3. The underlying principles of this Code are:

- a. All waters belong to the State.
- b. All waters that belong to the State can not be the subject of acquisitive prescription
- c. The State may allow the use or development of waters by administrative concession.
- d. The utilization, exploitation, development, conservation and protection of water resources shall be subject to the control and regulation of the government through the National Water Resources Council, hereinafter referred to as the Council.

กฎหมายว่าด้วยการชลประทานของประเทศเอลซัลวาดอร์ บัญญัติว่า แหล่งน้ำทุกชนิด ถือว่าเป็นสมบัติของชาติ แหล่งน้ำ หมายถึง น้ำผิวดินและน้ำใต้ดินไม่ว่าจะไหลอยู่ในลำคลองหรือน้ำที่เก็บไว้และรวมตลอดไปถึงที่ดินใต้ทางน้ำ แต่กฎหมายนี้จะไม่ใช่บังคับกับน้ำฝนที่เอกชนเก็บกัก

* ต่อ

e. Preference in the use and development of waters shall consider current usages and be responsive to the changing needs of the country.

Art. 4. Waters, as used in this Code, refers to water under the ground, water above the ground, water in the atmosphere and the waters of the sea within the territorial jurisdiction of the Philippines.

Art. 5. The following belong to the State

- a. Rivers and their natural beds;
- b. Continuous or intermittent waters of springs and brooks running in their natural beds and the beds themselves;
- c. Natural lakes and lagoons;
- d. All other categories of surface waters such as water flowing over lands, water from rainfall whether natural or artificial, and water from agriculture runoff, seepage and drainage;
- e. Atmospheric water,
- f. Subterranean or ground waters; and,
- g. Seawater.

ไว้ * และในกฎหมายน้ำของประเทศเปรู บัญญัติว่า น้ำทุกชนิดโดยปราศจากข้อกเว้นให้ถือว่าเป็นของรัฐ การใช้น้ำจะถูกควบคุมโดยรัฐ **

(3) ระบบกำหนดอำนาจและสิทธิ (Declarations of specific governmental powers or rights)

ระบบที่ให้น้ำเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐปัจจุบันจะถูกนำมาใช้กันอย่างแพร่หลาย ทั้ง ๆ ที่ในความเป็นจริงไม่มีความจำเป็นถึงขั้นที่กำหนดค้ำน้ำเป็นของรัฐ ซึ่งอาจจะถูกตีความว่ารัฐใช้อำนาจเกินความจำเป็น โดยหลักการแล้วรัฐมีหน้าที่ควบคุมดูแลและเข้าแทรกแซงการใช้น้ำเท่าที่จำเป็นเท่านั้น บางประเทศในระบบ Common Law ไม่นำระบบให้น้ำเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐมาใช้

* The El Salvador Irrigatives and Drainage Act 1970, Section 3

"All water resources are deemed to be national property. For the purposes of this Act, water resources shall include all surface and ground water, whether flowing in channels or captive, together with the beds of watercourses and related springs. The provisions of this Act shall not apply to rainwater impounded in privately built storage facilities".

** The Peru General Water Act 1969, Section 1. provides:

"All waters, without exception, shall be the property of the State and ownership thereof shall be inalienable and immune from prescription. No private ownership shall subsist in respect of water or of any acquired rights thereto. The use of water, provided it be justified and rationally pursued, shall be authorized solely if such use is consonant with public interest and national development".

เช่น ประเทศอินเดีย*, มลรัฐวิกตอเรียในประเทศออสเตรเลีย**, และประเทศมาเลเซีย*** 19 แต่จะใช้วิธีการกำหนดอำนาจของรัฐในการควบคุมน้ำไว้โดยตรง และรับรองสิทธิของเอกชนว่ามีสิทธิอย่างไรบ้างในการใช้สอยน้ำ เอกชนสามารถใช้น้ำได้ตามปกติตามสิทธิของตนเท่าที่มีอยู่โดยรัฐจะไม่เข้าไปแทรกแซง แต่ถ้าหากรัฐเห็นว่ามีจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐก็สามารถเข้ามาควบคุมการใช้น้ำได้แต่ต้องมีกฎหมายกำหนดอำนาจไว้ 20 ประเทศที่ใช้ระบบแนวความคิดนี้ส่วนใหญ่เป็นประเทศที่รับอิทธิพลจาก ระบบ Common Law + ซึ่งพยายามหลีกเลี่ยงการควบคุมการใช้น้ำตามระบบสาธารณสมบัติของแผ่นดินและระบบให้น้ำเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ

(4) ระบบการประกาศถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (Declarations of the purpose of legislation)

ระบบนี้มีแนวความคิดที่นี้จะหลีกเลี่ยงจากแนวความคิดระบบทั้งสามระบบที่กล่าว โดยการกำหนดให้อำนาจเท่าที่จำเป็นแก่ฝ่ายบริหารในการควบคุมการใช้น้ำ รัฐจะมีหน้าที่ในการดำเนินงานตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่กำหนดไว้ 21 ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้ว ระบบนี้มีได้แตกต่างกับระบบกำหนดอำนาจและสิทธิแต่อย่างใด 22 ประเทศที่นำระบบนี้ไปใช้ คือ ประเทศญี่ปุ่น ++

* The Preamble to the Northern India Canal and Drainage Act, 1873, section 5

** The Victorian Water Act, section 4.

*** The Water Enactment of the Federated Malay State, section 3.

+ แนวความคิดระบบ Common Law แยกออกเป็นสองฝ่าย ฝ่ายแรกจะใช้ระบบให้น้ำเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ และฝ่ายที่สองจะใช้ระบบกำหนดอำนาจและสิทธิ

++ The River Law 1965 article 1 and 2 (a), (b),

19 Ibid., pp. 63 - 66.

20 Ibid., pp. 15 - 17.

21 Ibid., p. 17.

22 ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, "การจัดทำกฎหมายน้ำ", (อัสสาเนา)

ประเทศอิหร่าน * และประเทศเอธิโอเปีย **

ทฤษฎีว่าด้วยการมีกรรมสิทธิ์ในน้ำทั้ง 4 ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีหลักของระบบกฎหมายที่กำหนดกรรมสิทธิ์ในน้ำ แต่อย่างไรก็ตามระบบกฎหมายที่ใช้กันอยู่ในประเทศต่าง ๆ เช่น ระบบสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ระบบให้น้ำเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ ตามกล่าวมาในเบื้องต้นนั้นเป็นเพียงระบบกฎหมายที่เป็นหลักกฎหมายพื้นฐานในการใช้น้ำบังคับกฎหมายของประเทศนั้น ๆ เท่านั้น แต่ในความเป็นจริงแล้ว การกำหนดกรรมสิทธิ์ในน้ำบางประเภท (แหล่งน้ำต่าง ๆ) กฎหมายบางประเทศมิได้กำหนดตามระบบกฎหมายที่ใช้อยู่ ประเทศที่ใช้ระบบสาธารณสมบัติของแผ่นดิน อาจจะมีการกำหนดกรรมสิทธิ์ในแหล่งน้ำบางประเภทเป็นของรัฐก็ได้ หรือเป็นของเอกชนก็ได้ ประเทศที่ใช้ระบบให้น้ำเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ อาจจะมีการกำหนดกรรมสิทธิ์ในน้ำบางประเภทเป็นของเอกชนก็ได้ การกำหนดกรรมสิทธิ์ในน้ำไม่จำเป็นต้องขึ้นกับระบบกฎหมายของประเทศอย่างเดียว แต่ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่าระบบกฎหมายเดิมที่ใช้กันเพียงพอดต่อการควบคุมหรือไม่ และขึ้นอยู่กับแนวความคิดพื้นฐานของกฎหมาย ประวัติศาสตร์ของกฎหมายประเทศนั้น วิวัฒนาการของกฎหมายรวมทั้งอิทธิพลของกฎหมายต่างประเทศที่มีผลต่อประเทศนั้น ๆ ซึ่งจะได้ทำการศึกษาต่อไปในเรื่องกรรมสิทธิ์ในน้ำว่าน้ำหรือแหล่งน้ำของต่างประเทศ กฎหมายมีการกำหนดกรรมสิทธิ์ในน้ำอย่างไรบ้าง เพื่อจะได้นำมาเป็นแนวทางในการศึกษากฎหมายไทยที่กำหนดเรื่องกรรมสิทธิ์ในน้ำต่อไป

2.2 กฎหมายที่เกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในแหล่งน้ำ

ทฤษฎีว่าด้วยการมีกรรมสิทธิ์ในน้ำในระบบกฎหมายของต่างประเทศ ได้แยกออกเป็นหลายระบบ นอกจากนี้ยังได้มีการกำหนดกรรมสิทธิ์ในน้ำแต่ละประเภทแตกต่างกันออกไป ในที่นี้จะได้ทำการศึกษากรรมสิทธิ์ในแหล่งน้ำประเภทต่าง ๆ เพราะในความเป็นจริงสภาพความเป็นอยู่ของน้ำมีหลายลักษณะที่แตกต่างกันออกไป เช่น แม่น้ำ น้ำผิวดิน น้ำใต้ดิน เป็นต้น และการใช้น้ำ

* The Iran Water Law article 1

** The Ethiopian National Water Resources Commission Order 1971, section 4.

ในแต่ละประเภทก็แตกต่างกัน การกำหนดกรรมสิทธิ์ในน้ำก็ไม่เหมือนกัน ในที่นี่จะได้ทำการศึกษา
กฎหมายในการกำหนดกรรมสิทธิ์ในแหล่งน้ำต่าง ๆ ทั้งของต่างประเทศ และประเทศไทยต่อไป

แต่ก่อนที่จะทำการศึกษากฎหมายที่กำหนดกรรมสิทธิ์ในแหล่งน้ำต่าง ๆ เราควรที่จะ
ศึกษาขอบเขตของการมีกรรมสิทธิ์ในน้ำว่า ผู้ที่มีกรรมสิทธิ์ในน้ำจะมีสิทธิตามกฎหมายอย่างไรบ้าง
ซึ่งการศึกษาเรื่องขอบเขตของการมีกรรมสิทธิ์ในน้ำ จะต้องพิจารณาจากหลักเรื่องกรรมสิทธิ์ใน
ทรัพย์สิน เพราะน้ำเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่ง ในที่นี่จะได้ทำการศึกษาลักษณะของกรรมสิทธิ์ สิทธิ
ในทรัพย์สิน เพื่อที่จะเป็นแนวทางในการศึกษาต่อไปว่าผู้ที่มีกรรมสิทธิ์ในน้ำจะมีสิทธิอย่างไรบ้าง

กรรมสิทธิ์ เป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งซึ่งแสดงความเป็นเจ้าของในทรัพย์สิน ²³ Austin
นักนิติศาสตร์ชาวอังกฤษ ให้คำนิยาม กรรมสิทธิ์หมายถึงสิทธิในทรัพย์สินซึ่งไม่มีจำกัดการใช้ ไม่มี
ข้อกำหนดห้ามในการจำหน่าย ไม่มีกำหนดเวลาจำกัด ²⁴ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
ของไทยมิได้ให้คำนิยามคำว่ากรรมสิทธิ์ไว้ แต่กล่าวในมาตรา 1336 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า "ภายใน
บังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ซึ่งดอกผลแห่ง
ทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และ
มีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย"

ลักษณะสำคัญของกรรมสิทธิ์มีอยู่ 3 ประการคือ เป็นสิทธิเด็ดขาด (Absolute) หมาย
ความว่า ผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์มีสิทธิใช้สอยจัดการใช้ทรัพย์สินของตนได้อย่างเต็มที่ไม่ต้องขอ
อนุญาตจากใครก่อน ประการที่สองกรรมสิทธิ์เป็นอำนาจหวงกัน (Exclusive) เจ้าของผู้มี
กรรมสิทธิ์มีสิทธิใช้สอยทรัพย์สินของตนได้ลำพัง ผู้อื่นที่ไม่มีกรรมสิทธิ์ไม่มีอำนาจขัดขวาง แต่อย่างไร
ก็ตาม สิทธินี้ยังต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายกล่าวคือ ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินจะนำทรัพย์สินของ
ตนไปทำให้บุคคลอื่นเกิดความเดือดร้อน หรือเสียหายไม่ได้ ประการสุดท้ายกรรมสิทธิ์มีลักษณะ

²³ บัญญัติ สุชีวะ. กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, หน้า 182-183.

²⁴ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมาย
ลักษณะทรัพย์สิน, หน้า 145.

ถาวร (Perpetual) ไม่มีกฎหมายบัญญัติการสิ้นสุดของกรรมสิทธิ์โดยกาลเวลา เพราะฉะนั้น กรรมสิทธิ์จะเป็นสิทธิ์ที่ติดตามเจ้าของไปตลอดชีวิต²⁵

การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแบ่งได้เป็น 2 ประการคือ การได้มาโดยการทำนิติกรรม และการได้มาโดยผลของกฎหมาย เช่น การได้มาโดยอาศัยหลักส่วนควบ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1308 -1317) ตัวอย่างเช่น ที่งอกริมคลอง (มาตรา 1308) เกาะและทางน้ำตื้นเขิน (มาตรา 1309)²⁶ เมื่อได้กรรมสิทธิ์มาแล้ว ผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์จะมีอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของตน ตามมาตรา 1336

"ภายในบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตน และได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขังขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย"

และนอกจากนี้ ยังได้กำหนดแดนแห่งกรรมสิทธิ์ในกรณีที่เป็นที่ดินไว้ในมาตรา 1335 ว่า

"ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น ท่านว่าแดนแห่งกรรมสิทธิ์ที่ดินนั้นกินทั้งเหนือพื้นดินและใต้พื้นดินด้วย"

ในมาตรา 1335 เป็นเรื่องของทรัพย์สินที่เป็นที่ดินเท่านั้น ผู้เป็นเจ้าของที่ดินจะมีสิทธิเหนือพื้นดิน และสิทธิใต้พื้นดินอีกด้วย แต่อย่างไรก็ตามการใช้แดนกรรมสิทธิ์ก็ยังมีข้อจำกัดเช่นกัน คือต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย เช่น เจ้าของที่ดินต้องยอมให้ผู้อื่นวางท่อระบายน้ำ ท่อน้ำ และสายไฟฟ้า เป็นต้น (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ 1352) และ ในมาตรา 1335 แดนกรรมสิทธิ์จะมีก็แต่เฉพาะที่ดินเท่านั้น หมายความว่า จะต้องมีการมรดกในที่ดินเสียก่อน และจึง

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 147 - 148.

²⁶ โปรดดูรายละเอียดเรื่องการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ ของ นิติ ผดุงชัย, "การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521)

จะมีแดนกรรมสิทธิ์ที่ดินรวมไปถึงเหนือพื้นดินและใต้พื้นดิน

จากบทบัญญัติมาตรา 1335 สามารถแยกลักษณะการใช้สิทธิในทรัพย์สินได้ดังนี้คือ 27 ประการแรก มีสิทธิใช้สอย (Jus atendi) ซึ่งหมายถึงอำนาจที่จะทำประโยชน์จากทรัพย์สินตามความต้องการ โดยไม่เป็นการทำลายสภาพแห่งทรัพย์สินนั้น ประการที่สอง มีสิทธิจำหน่ายทรัพย์สินของตน (jus abutendi) ภาษาอังกฤษใช้คำว่า "dispose of" ซึ่งนอกจากหมายถึงการใช้สอยทรัพย์สินซึ่งเป็นผลให้ทรัพย์สินนั้น โดยการจำหน่ายออกไป ยังรวมถึงการใช้สอยทรัพย์สินซึ่งเป็นผลให้ทรัพย์สินนั้นสูญสลายไปหรือ เปลี่ยนไปเป็นการเปลี่ยนแปลงสภาพของทรัพย์สิน ประการที่สามมีสิทธิที่จะได้ดอกผลแห่งทรัพย์สินของตน (Jus fruendi) ซึ่งได้แก่ดอกผลธรรมดา อันได้แก่บรรดาสິงทั้งปวงซึ่งได้มาเพราะใช้ของนั้น อันเกิดขึ้นโดยธรรมชาติของมัน กล่าวคือ ได้แก่ผลประโยชน์ที่งอกเงยขึ้นจากตัวทรัพย์สินโดยตรง และดอกผลอีกประเภทหนึ่งคือดอกผลโดยนิตินัย ได้แก่ ลากอื่น ๆ ที่ได้เป็นครั้งคราวแก่เจ้าทรัพย์สินจากผู้อื่นเพื่อที่ได้ใช้ทรัพย์สินนั้น เช่น ค่าเช่า ประการที่สี่มีสิทธิติดตาม และเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลที่ไม่มีสิทธิยึดถือไว้โดยไม่มีสิทธิประการสุดท้ายมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้ามาเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของตนโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (right to prevent) สิทธินี้จะต้องเป็นสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นเข้ามาเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินเท่านั้น ไม่รวมถึงการป้องกันร่างกาย ชื่อเสียง

สิทธิทั้งห้าประการดังกล่าวข้างต้นนั้น เป็นสิทธิซึ่งบุคคลสามารถใช้ในการฐานที่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าว ซึ่งในกรณีที่เป็นไม่ใช่เจ้าของเป็นเพียงผู้ครอบครองทรัพย์สิน ไม่มีกรรมสิทธิ์สิทธิที่มีจะไม่เท่าเทียมกับผู้ที่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ตัวอย่างเช่น ข้อจำกัดในสิทธิจำหน่ายทรัพย์สินและการใช้สิทธิขัดขวางผู้อื่นที่มาสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของตน แม้ว่าบุคคลที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะมีสิทธิในการใช้สอยทรัพย์สิน แต่ก็มิชอบเขตของการใช้กรรมสิทธิ์ หรือจำกัดการใช้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน เพื่อไม่ให้ก้าวล่วงไปกระทบถึงสิทธิของผู้อื่นอันจะทำให้เกิดข้อพิพาทได้ ตัวอย่างของการมีขอบเขตแห่งการใช้สิทธิ อาทิ การใช้สิทธิในที่ดิน เจ้าของที่ดินมีขอบ

27 ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, หน้า 223 - 229.

เขตของการใช้สิทธิหลายประการด้วยกัน เช่น การที่ต้องรับน้ำซึ่งไหลตามธรรมชาติจากที่ดินสูงมา
 ในที่ดินของตน (มาตรา 1339) หรือการห้ามขุดบ่อ สระน้ำ หรือหลุมโสโครก ฯลฯ ในระยะสอง
 เมตรจากแนวเขตที่ดิน (มาตรา 1342) หรือการจ่ายอม ให้เจ้าของที่ดินแปลงที่ถูกล้อมรอบผ่าน
 (มาตรา 1349) ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดขึ้นมาก็เพื่อกำหนดขอบเขตของการใช้กรรมสิทธิ์ หรือ
 สิทธิครอบครองในทรัพย์สินเพื่อไม่ให้ก้าวล่วง ไปกระทบถึงสิทธิในการใช้สอยทรัพย์สินของบุคคลอื่น

ในกรณีที่ผู้มึกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินถูกรบกวนการใช้ทรัพย์สิน ไม่ว่าจะ เป็นในลักษณะของ
 การก่อความเดือดร้อนรำคาญ การแบ่งชิงกรรมสิทธิ์ บุคคลผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์นอกจากจะมี
 สิทธิจะขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้ามาเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของตนโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และมีสิทธิ
 ติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตน จากบุคคลที่ไม่มีสิทธิยึดถือไว้โดยไม่มีสิทธิ แล้วบังมีสิทธิที่จะ
 ได้รับความเสียหายทดแทน เป็นกรณีที่ทรัพย์สินซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์ของบุคคลถูกรบกวนและได้รับความ
 เสียหายตามละเมิด (มาตรา 420) อีกด้วย 28

จากการศึกษาหลักกฎหมายเรื่องกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน จะเห็นได้ว่าผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สิน
 สิทธิจะมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น ซึ่งมีสิทธิต่าง ๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ในกรณีของน้ำก็เช่นกัน
 บุคคลที่มีกรรมสิทธิ์ในน้ำจะมีสิทธิใช้น้ำได้ตามสิทธิที่ตนมีอยู่ เหมือนกับที่ดินมีสิทธิในทรัพย์สินของตน
 เช่น มีสิทธิที่จะใช้สอย มีสิทธิจำหน่าย มีสิทธิติดตามเอาคืนจากบุคคลที่ไม่มีสิทธิยึดถือเอาไว้ และ
 มีสิทธิขัดขวางมิให้บุคคลอื่นสอดเข้ามาเกี่ยวข้องกับน้ำนั้น สิทธิเหล่านี้เป็นสิทธิที่ได้รับรองตาม
 กฎหมาย ตัวอย่างการมีกรรมสิทธิ์ในน้ำ ตามมาตรา 1304 (2) ในประมวลกฎหมายแพ่งและ
 พินัยกรรม บัญญัติว่า ทางน้ำที่ประชาชนใช้ร่วมกัน เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ซึ่งหมายความว่า
 ทางน้ำที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน เป็นของประชาชนทุกคน ประชาชนทุกคนมีกรรมสิทธิ์ในน้ำ
 เท่าเทียมกัน และมีสิทธิในการใช้น้ำเหมือนกับที่มีสิทธิในทรัพย์สินของตน ประชาชนสามารถที่จะ
 ใช้สอยน้ำนั้นได้ หรือกรณีที่รัฐเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในน้ำ ตามระบบให้น้ำเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ
 รัฐจะมีสิทธิต่าง ๆ ในน้ำนั้น มีสิทธิจัดการการใช้สอยน้ำ มีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้ใดมารบกวนหรือใช้

28 วิชา มหาคุณ, หลักกฎหมายละเมิด ศึกษาจากคำพิพากษาศาลฎีกา (กรุงเทพ
 มหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2523), หน้า 33.

น้ำก็ได้ หรืออาจจะอนุญาตให้ประชาชนเข้าไปใช้สอยน้ำนั้นได้ แต่ในกรณีของระบบน้ำที่เป็น สาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้น แม่น้ำจะเป็นของประชาชนทุกคน แต่ประชาชนก็ได้มอบหมายให้ รัฐเป็นผู้ดูแลแทน ดังนั้นเพื่อสาธารณประโยชน์ รัฐสามารถที่จะออกกฎหมายมาควบคุมการใช้ น้ำของประชาชน กำหนดสิทธิในการใช้สอยน้ำของประชาชน สิทธิดังกล่าวอาจจะแตกต่างกับการมี กรรมสิทธิในน้ำของประชาชนก็ได้ ซึ่งจะได้อธิบายต่อไป

หลังจากที่ได้ศึกษาขอบเขตของการมีกรรมสิทธิในน้ำแล้ว ในส่วนนี้จะได้ทำการศึกษากฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายไทยที่มีการกำหนดกรรมสิทธิในแหล่งน้ำต่าง ๆ อย่างไรก็ตาม เหมือนหรือแตกต่างกับระบบกฎหมายของประเทศนั้นที่ใช้อยู่ หรือในกรณีของประเทศไทย ซึ่งนำ ระบบสาธารณสมบัติของแผ่นดินมาใช้ในเรื่องของทางน้ำ และทะเลสาบ โดยแยกพิจารณา ดังนี้

2.2.1 การกำหนดกรรมสิทธิในแหล่งน้ำต่าง ๆ ของต่างประเทศ

2.2.2 การกำหนดกรรมสิทธิในแหล่งน้ำต่าง ๆ ของประเทศไทย

2.2.1 การกำหนดกรรมสิทธิในแหล่งน้ำต่าง ๆ ของต่างประเทศ

การศึกษากกรรมสิทธิในแหล่งน้ำต่าง ๆ นอกจากจะต้องศึกษาแหล่งน้ำที่เป็นแหล่งน้ำโดยตรงแล้ว จะต้องทำการศึกษา ส่วนที่เป็นที่ดินที่เกี่ยวข้อง เพราะเหตุว่าโดยสภาพของน้ำจะอยู่โดด เดี่ยวไม่ได้ จะต้องขังอยู่หรือไหลบนที่ดินตลอดเวลา การที่จะศึกษาถึงกฎหมายที่กำหนดแหล่งน้ำ อย่างเดียวไม่ได้ จะต้องศึกษากฎหมายที่ดินที่เกี่ยวข้องกับน้ำควบคู่กันไปด้วยเพื่อให้เกิดความแน่นชัด ในการกำหนดสิทธิในน้ำ ประเภทของแหล่งน้ำที่ถูกควบคุมโดยกฎหมาย จะแยกพิจารณาออกเป็น 2 ส่วน คือ

- (1) ส่วนที่เป็นแหล่งน้ำโดยตรง หรือตัวแหล่งน้ำ
- (2) ส่วนที่เป็นที่ดินที่เกี่ยวข้องกับน้ำ

(1) ส่วนที่เป็นแหล่งน้ำโดยตรง หรือตัวแหล่งน้ำ

(1.1) แม่น้ำ (River)

ประเทศอังกฤษ แยกแหล่งน้ำเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ ²⁹ Tidal water หมายถึงแม่น้ำลาคลองที่มีผลกระทบจากน้ำขึ้นน้ำลง ซึ่งถือเป็นแหล่งน้ำที่สำคัญ รัฐต้องคอยดูแลปกป้องรักษา ถือว่าเป็นทรัพย์สินของรัฐ แต่ประชาชนมีสิทธิจะใช้ในการประมงและเดินเรือได้ และอีกประเภทหนึ่งคือ Non Tidal water หมายถึงแม่น้ำลาคลองที่ไม่มีผลกระทบจากน้ำขึ้นน้ำลงในบริเวณนี้โดยทั่วไปให้เป็นกรรมสิทธิ์แก่เอกชน ในขณะที่เดียวกันกฎหมายประเทศฝรั่งเศสแยกแม่น้ำเป็น 2 ประเภทเช่นกัน ³⁰ คือ แม่น้ำที่ใช้เดินเรือได้และขนส่งสินค้า (navigables ou flottables) เป็นแหล่งน้ำสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจ ถือว่าแม่น้ำนั้นเป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน (แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 538) และแม่น้ำที่ใช้เดินเรือไม่ได้ ซึ่งให้เอกชนสามารถมีกรรมสิทธิ์ในแม่น้ำเหล่านี้ได้ และในประเทศอิตาลีก็เช่นกัน แยกแม่น้ำออกเป็น 2 ประเภท เหมือนกับประเทศฝรั่งเศส คือ ³¹ แม่น้ำใดที่มีความสำคัญ น้ำไหลต่อเนื่องตลอดปี (fiumi & torrenti) คือแม่น้ำของรัฐ ตามประมวลกฎหมายแพ่ง (ค.ศ.1942) แม่น้ำของรัฐจะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน และแม่น้ำเอกชน ซึ่งอาจให้กรรมสิทธิ์แก่เอกชนได้

แต่อย่างไรก็ตาม มีบางประเทศกำหนดแหล่งน้ำนั้นแตกต่างกันออกไป เช่น ประเทศสวีเดนแลนด์ ประมวลกฎหมายแพ่ง (ค.ศ.1907) มาตรา 664 วรรคสอง บัญญัติว่า แหล่งน้ำต่าง ๆ ถ้ารัฐไม่ออกกฎหมายกำหนดเป็นอย่างอื่น ให้ถือว่าเป็นแหล่งน้ำของรัฐ (les

²⁹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, "ทิ้งอริมตลิ่ง," หน้า 124 - 151. อ้างถึงใน "Constitutional Law," 8 Halsbury's Law of England 857-858 (4th ed 1974), "Water" 49 Halsbury's Law of England 160 (4th ed 1984)

³⁰ เรื่องเดียวกัน อ้างถึง T. Aptekman, "France," 1 Water Law in Selected European Countries 55 (1975)

³¹ เรื่องเดียวกัน อ้างถึง S. Burchi & G Masina, "Italy" 1 Water Law in selected European Countries 117 - 119, 122 (1957)

eauxpubliques) มลรัฐต่าง ๆ สามารถออกกฎหมายกำหนดตามความเหมาะสมในการกำหนดแหล่งน้ำนั้นเป็นของใครก็ได้³² ในขณะที่ ประเทศฟิลิปปินส์ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 502 บัญญัติว่าแม่น้ำเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน³³ ซึ่งกฎหมายประเทศญี่ปุ่นก็คล้ายคลึงกันคือ River Law (ค.ศ.1964) กำหนดให้ทางน้ำเป็นทรัพย์สินสำหรับใช้ประโยชน์ร่วมกัน³⁴

จากการศึกษาจะเห็นได้ว่าประเทศอังกฤษ และฝรั่งเศส แยกแม่น้ำออกเป็น 2 ประเภทซึ่งหลักการพิจารณาแยกแม่น้ำออกเป็น 2 ประเภทจะคล้ายคลึงคือพิจารณาความสำคัญของแม่น้ำนั้นเป็นหลัก ถ้าแม่น้ำสายหลัก (major rivers) คือแม่น้ำที่เรือสามารถแล่นได้เป็นทางคมนาคมซึ่งจะได้รับอิทธิพลจากน้ำขึ้นน้ำลง สำหรับแม่น้ำสายรอง (minor rivers) คือแม่น้ำที่มีความสำคัญน้อยกว่า แต่ผลของการกำหนดกรรมสิทธิ์จะแตกต่างกัน ในประเทศอังกฤษกำหนดว่าแม่น้ำสายหลักเป็นของรัฐ ซึ่งตรงระบบให้น้ำเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ (The Concept of State Ownership of water) แต่ประเทศฝรั่งเศส อิตาลี กำหนดว่าแม่น้ำสายหลักเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ซึ่งเป็นการนำระบบสาธารณสมบัติของแผ่นดินมาใช้ (The concept of the public domain) แต่สำหรับแม่น้ำที่ไม่ค่อยมีความสำคัญนั้น กฎหมายทั้งสามประเทศกำหนดให้สามารถเป็นของเอกชนได้ แต่ก็มีบางประเทศเช่น ประเทศญี่ปุ่น และเกาหลี การจำแนกแม่น้ำขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของฝ่ายบริหารว่าแม่น้ำมีความสำคัญประการใด³⁵ ซึ่งเป็นหลักการเรื่องระบบการประกาศถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (Declarations of the purpose of legislation)

³² เรื่องเดียวกัน อ้างถึง V. Rossel et F.M. Mentha, 2 Manuel du droit civil suisse 332-333 (2^E ed)

³³ เรื่องเดียวกัน อ้างถึง E.L. Paras, Civil Code of the Philippines Annotated 320 (10 th ed 1981)

³⁴ เรื่องเดียวกัน อ้างถึง Water Legislation in Asia and the Far East, Part 2, 178 (1968)

³⁵ United Nations, Guidelines for the Drafting of Water Codes, pp. 21 - 22.

(1.2) น้ำผิวดิน (Surface water)

น้ำผิวดินคือน้ำที่ไหลมาจากน้ำฝน, หิมะละลาย (Melting snow) ลงบนพื้นดิน หนอง บึง แต่ไม่ใช่ทางน้ำ³⁶ หรืออีกความหมายหนึ่งคือน้ำที่อยู่บนผิวดินก่อนที่จะไหลไปสู่แหล่งน้ำตามธรรมชาติต่าง ๆ หรือทางน้ำ เช่น หนอง บึง แม่น้ำ ลำคลอง ในกฎหมายต่างประเทศมีแนวความคิดเรื่องสิทธิในตัวน้ำ (corpus) ในน้ำผิวดินแตกต่างกันโดยพิจารณาจากน้ำที่ไหลและน้ำที่ไม่ไหล น้ำที่ไหลซึ่งเกิดมาจากฝนซึ่งเป็นทรัพย์สินไม่มีเจ้าของ (res nullius) เมื่อตกลงมาเป็นน้ำผิวดินจะไหลไปยังที่ต่าง ๆ น้ำที่ไหลดังกล่าวไม่เป็นกรรมสิทธิ์ของใคร และเจ้าของที่ดินที่น้ำกำลังเคลื่อนตัวอยู่ก็ไม่มีกรรมสิทธิ์ในน้ำนั้นด้วย แต่กฎหมายจะรับรองสิทธิของเจ้าของที่ดินที่น้ำไหลผ่าน สามารถเก็บกักน้ำเพื่อใช้สอยได้ตามสมควรแก่กิจการของตน และมีสิทธิระบายน้ำลงสู่ที่ดินซึ่งอยู่ต่ำกว่า

สำหรับน้ำที่ไม่ไหลนั้น น้ำที่ถูกเก็บกักไว้ในห้วย หนอง หรือทะเลสาบเล็ก ๆ ที่ทำขึ้นในบริเวณที่ดินของเอกชน เอกชนผู้เก็บกักน้ำไว้มีกรรมสิทธิ์ในน้ำเพราะได้มีการยึดถือไว้มิให้ไหลไปตามธรรมชาติ ประเทศที่นำหลักแนวความคิดมาใช้ คือ ประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส และมลรัฐแคลิฟอร์เนียในประเทศสหรัฐอเมริกา³⁷ และประเทศเกาหลีใต้ ซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 221³⁸

(1.3) น้ำใต้ดิน (Underground water)

น้ำใต้ดินเดิมมีการใช้กันน้อยมากจึงไม่ค่อยมีการบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งของแต่ละประเทศว่ากรรมสิทธิ์ในน้ำใต้ดินเป็นของใคร สิทธิและหน้าที่เกี่ยวกับน้ำใต้ดินจึงขึ้นอยู่กับ

³⁶ Roger A. Cunningham, William B. Stoebuck and Dale A. Whitman, The Law of Property (West Publishing Co., 1984), p. 430.

³⁷ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, "การจัดทำกฎหมายน้ำ," หน้า 5. อ้างถึงใน Halsbury's Laws of England, Water, para 368 and 372 (1984)

³⁸ United Nations, Guidelines for the Drafting of Water Codes, p. 70.

บทบัญญัติเกี่ยวกับน้ำบนพื้นดิน³⁹ แต่ก็มีบางประเทศที่ได้กำหนดว่าน้ำใต้ดินเป็นของเจ้าของที่ดิน เช่น ประเทศฟิลิปปินส์ ประเทศญี่ปุ่น (ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 207) กฎหมายของมลรัฐเท็กซัส สหรัฐอเมริกา⁴⁰ แต่ต่อมามีการใช้น้ำใต้ดินกันมากขึ้น เจ้าของที่ดินใช้น้ำใต้ดินอย่างไม่จำกัด จึงเกิดปัญหาว่าการสูบน้ำใต้ดินมากเกินไปโดยไม่มีการควบคุมก่อให้เกิดแผ่นดินทรุด และเป็นอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม ทำให้ประเทศต่าง ๆ เล็งเห็นความจำเป็นในการควบคุมน้ำใต้ดิน เพราะเหตุว่าน้ำใต้ดินเป็นแหล่งน้ำที่สำคัญ มีกระบวนการเกิดที่ยาวนานมาก น้ำใต้ดินจะอยู่ในแอ่งหินที่มีขนาดกว้าง และเคลื่อนตัวผ่านไปใต้ที่ดินต่าง ๆ จึงไม่อาจกล่าวได้ว่าน้ำใต้ดินจะเป็นของใครบนพื้นดินที่อยู่เหนือน้ำใต้ดิน จึงได้มีการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้ใช้น้ำใต้ดิน เพื่อไม่ให้มีการสูบน้ำไปใช้มากเกินไปและป้องกันการขุดเจาะ ซึ่งมีผลกระทบต่อคุณภาพของน้ำใต้ดินด้วย รัฐต่าง ๆ จึงไม่ยอมปล่อยให้ใช้น้ำใต้ดินเป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชนต่อไป โดยกำหนดให้รัฐเข้ามาควบคุมวิธีการและปริมาณการใช้น้ำใต้ดิน⁴¹ จึงเปลี่ยนระบบโดยการออกกฎหมายว่าน้ำใต้ดินเป็นของรัฐด้วย เช่น ประเทศฟิลิปปินส์ *

(1.4) น้ำในอากาศ (Atmospheric water)

น้ำในอากาศหรือน้ำในบรรยากาศไม่มีกฎหมายรับรองไว้ว่าผู้ใดเป็นเจ้าของ เพราะเหตุผลที่ว่าน้ำในอากาศมีอยู่เป็นจำนวนมาก และยังไม่มีการนำน้ำในอากาศมาใช้มากมาย เหมือนน้ำใต้ดิน แต่อย่างไรก็ตาม ในอนาคตถ้ามีการขาดแคลนนํ้ามากขึ้น และเทคโนโลยีมีการพัฒนาเพิ่มขึ้น อาจจะมีการนำน้ำในอากาศมาใช้มากขึ้น และสิ่งที่เป็นปัญหาอยู่ในปัจจุบัน คือการปล่อยสารพิษออกไปสู่อากาศมากขึ้น ทำให้เกิดฝนกรด และไม่สามารถนำน้ำฝนมาใช้ได้ บางประเทศจึงได้ออกกฎหมายให้รัฐเข้าไปมีอำนาจควบคุมน้ำในอากาศด้วย เช่น ประเทศฟิลิปปินส์ **

* Philippines Water Code 1976, Article 4 and 5 (e)

** Philippines Water Code 1976, Article 4 and 5 (e)

³⁹ Ibid., p. 21.

⁴⁰ Ibid., p. 71.

⁴¹ Ludweik A. Telclaff, Water Law in Historical Perspective,

และประเทศเปรู *

(1.5) น้ำทะเล (Water of the sea)

ทะเลเป็นแหล่งน้ำที่มีความสำคัญอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งทางด้าน การประมงและการคมนาคม ประเทศต่าง ๆ หลายประเทศจึงกำหนดทะเลเป็นแหล่งน้ำที่ต้องควบคุม ด้วย เช่น ประเทศฟิลิปปินส์ ** และประเทศเปรู *** นอกจากนี้กฎหมายมิได้ควบคุมเฉพาะ ทะเลภายในประเทศของตนเท่านั้น ขอบเขตของการควบคุมตามกฎหมายจะขยายถึงเขตชายฝั่ง ทะเล (coastal zone) ซึ่งโดยมากจะยึดพื้นที่ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ 200 ไมล์ทะเล +

จากที่ได้กล่าวมาจะเห็นได้ว่าการกำหนดกรรมสิทธิ์ในแหล่งน้ำในกฎหมายต่าง ประเทศจะกำหนดตามระบบกฎหมายที่ใช้กันอยู่ แต่เนื่องจากได้มีการพัฒนาประเทศ วิวัฒนาการ ทางด้านเทคโนโลยีเจริญมากขึ้น ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสภาพของการใช้น้ำมาเรื่อย ๆ จาก น้ำบางประเภทที่ไม่ค่อยมีการใช้ก็มีการใช้กันมากขึ้น เกิดความต้องการในการใช้น้ำมากขึ้น ตัวอย่างเช่น น้ำใต้ดินซึ่งกฎหมายเดิมไม่มีการบัญญัติถึง แต่เนื่องจากการใช้กันมากขึ้นหากปล่อย ใ้ใช้ได้อย่างเสรี หรือตามสิทธิที่ประชาชนมีอยู่ ก็จะส่งผลกระทบต่อสภาพแวดล้อมของประเทศ จึง ได้มีการเปลี่ยนแปลงการกำหนดสิทธิในน้ำเพื่อให้เกิดความเหมาะสม มีการออกกฎหมายควบคุม แหล่งน้ำใต้ดินซึ่งอาจกำหนดโดยตรงให้เป็นของรัฐ เช่น ประเทศฟิลิปปินส์ หรือมิได้กำหนดให้เป็น ของรัฐแต่กำหนดวิธีการเข้ามาควบคุมการใช้น้ำใต้ดิน เช่น ประเทศไทย ดังที่จะได้กล่าวต่อไป

(2) ส่วนที่เป็นที่ดินที่เกี่ยวกับน้ำ

น้ำเป็นของเหลวซึ่งต้องมีภาชนะมารองรับ ในกรณีแหล่งน้ำนั้นจะขังอยู่หรือไหลบน ที่ดินตลอดเวลา จะอยู่โดดเดี่ยวไม่ได้ ดังนั้นการศึกษาเรื่องกรรมสิทธิ์ในแหล่งน้ำ จะต้องทำการ

* The General Water Act 1969, section 4 (c)

** Philippines Water Code 1976, Article 4 and 5 (g)

*** The General Water Act 1969, section 4 (a), (b)

+ Ibid., section 4 (a)

ศึกษาการกำหนดกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่เกี่ยวข้องกับแหล่งน้ำ (Rights relating to land) ควบคู่กันไปด้วย เพื่อให้เกิดความชัดเจนและเป็นประโยชน์ในการบริหารทรัพยากรน้ำ เพราะเหตุที่ว่าการเข้าไปจัดการน้ำ ผู้ที่จะเข้าไปจัดการจะต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับที่ดินที่เกี่ยวข้องกับน้ำด้วย ที่ดินที่เกี่ยวข้องกับน้ำแยกพิจารณาได้ตามประเภทของที่ดิน ดังต่อไปนี้

(2.1) พื้นที่ท้องน้ำและที่ริมตลิ่ง (bed and banks)

พื้นที่ท้องน้ำ (bed) หมายถึง พื้นดินที่อยู่ใต้หน้า ใต้ทางน้ำ แม่น้ำ หรือทะเล และ ที่ริมตลิ่ง (banks) หรือที่กฎหมายไทยเรียกที่ชายตลิ่ง หมายถึง ที่ซึ่งบริเวณที่มีน้ำขึ้นลงท่วมได้ตามปกติทั่วถึง 42 การกำหนดสิทธิในที่ดินสำหรับพื้นที่ท้องน้ำและที่ริมตลิ่ง กฎหมายต่างประเทศจำแนกได้เป็น 3 ระบบ คือ

(ก) ระบบสาธารณสมบัติของแผ่นดิน (Declaration concerning the public domain) ระบบนี้ได้รับอิทธิพลมาจากระบบ Civil Law โดยถือว่าถ้าแหล่งน้ำใดที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินแล้ว พื้นที่ท้องน้ำนั้นจะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินด้วย ตัวอย่าง เช่น ประเทศฝรั่งเศส * และประเทศโมร็อกโก **

(ข) ระบบให้รัฐเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ (Declaration of state ownership) ระบบนี้ถือว่าพื้นดินใต้ท้องน้ำและที่ริมตลิ่งเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ ถือว่ารัฐเป็นเจ้าของ เมื่อรัฐจะใช้ประโยชน์ในที่ดิน รัฐก็ไม่ต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทน ประเทศที่ใช้ระบบนี้โดยมากเป็นประเทศที่ใช้ระบบ Common Law เช่น ประเทศอังกฤษ ถือว่าพื้นที่ทะเลของชายทะเล และพื้นที่ท้องน้ำ

* ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 538

** บัญญัติว่า พื้นที่ท้องน้ำและที่ชายตลิ่งซึ่งวัดถึงจุดสูงสุดที่น้ำขึ้นเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน โปรดดู United Nations, Guidelines for the drafting of Water Codes, p. 76.

42 ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์, หน้า 89.

ของแม่น้ำลาคองที่มีน้ำขึ้นลงโดยอิทธิพลของทะเล (tidal water) เป็นทรัพย์สินของรัฐ แต่แม่น้ำลาคองที่น้ำขึ้นลงโดยไม่ได้รับอิทธิพลของทะเลเท่านั้น (non tidal water) พื้นทะเลของชายทะเล และพื้นที่ท้องน้ำของแม่น้ำเป็นของเจ้าของที่ดินชายฝั่งไปถึงจุดกึ่งกลางแม่น้ำชายตลิ่งหรือชายทะเล คือจุดระหว่างน้ำขึ้นสูงสุดและน้ำลงต่ำสุด⁴³

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา⁴⁴ แต่เดิมได้รับอิทธิพลระบบ Common Law จากประเทศอังกฤษ ยอมรับว่าพื้นที่ท้องน้ำของแม่น้ำที่มีอยู่ในอิทธิพลน้ำขึ้นน้ำลงของทะเล เป็นที่ดินของรัฐ ส่วนพื้นที่ท้องน้ำของแม่น้ำที่เป็นน้ำจืด แม้ว่าแม่น้ำนั้นจะเป็นแม่น้ำที่ใช้ในการเดินเรือหรือไม่ พื้นที่ท้องน้ำเป็นของเจ้าของที่ดินชายฝั่ง โดยเจ้าของที่ดินชายฝั่งจะมีกรรมสิทธิ์ตั้งแต่ชายฝั่งจนถึงจุดกึ่งกลางน้ำ ต่อมาหลักการเรื่องที่ดินของรัฐได้พัฒนามาเป็นที่ดินของมลรัฐ ทำให้มลรัฐต่าง ๆ ได้ออกกฎหมายว่าที่ดินท้องน้ำของแม่น้ำที่เรือเดินได้ (navigable) ทั้งหมดเป็นของมลรัฐ รวมทั้งแม่น้ำที่เป็นน้ำจืดด้วยและมีแต่ที่ดินท้องน้ำแม่น้ำที่เรือเดินไม่ได้เท่านั้น คงไว้ให้เจ้าของที่ดินชายฝั่งมีกรรมสิทธิ์ลงไปถึงจุดกึ่งกลางของพื้นที่ท้องน้ำ สำหรับที่ดินซึ่งเป็นพื้นที่ท้องน้ำบริเวณชายตลิ่ง และที่ดินที่เกิดขึ้นใหม่ (ทิ้งอก) นั้นให้มลรัฐแต่ละรัฐกำหนดว่าจะเป็นสิทธิของผู้ใด ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับมลรัฐนั้นจะพิจารณาความเหมาะสมในการใช้ประโยชน์ด้วย

มลรัฐวิกตอเรียในประเทศออสเตรเลีย พระราชบัญญัติน้ำของมลรัฐวิกตอเรียได้รับรองสิทธิของเจ้าของที่ดินริมแหล่งน้ำประเภทต่าง ๆ ก่อนที่จะมีการประกาศออกกฎหมายกำหนดให้ที่ดินพื้นที่ท้องน้ำและที่ริมตลิ่งเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ หมายความว่าเจ้าของที่ดินมีสิทธิจะใช้

⁴³ ซิววัฒน์ วงศ์วัฒนศักดิ์, "ทิ้งอกริมตลิ่ง," หน้า 124 - 151. อ้างถึงใน "Constitutional Law" 8 Halsbury's Law of England 857 - 858 and 864 (4th ed. 1974); "Water" 49 Halsbury's Law of England 642 - 643 (4th ed. 1984); "Boundaries" 4 Halsbury's Law of England 368 - 369 (4th ed. 1973)

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, อ้างถึงใน 78 American Jurisprudence, 2d. Water 817 - 820, 845 - 848 (1975)

ประโยชน์ที่ดินและชักนํ้ามาใช้ได้ต่อไป และมีสิทธิฟ้องร้องคดีเพื่อให้ได้รับค่าสินไหมทดแทนจากบุคคลใด ๆ ที่เข้ามาบุกรุกทำให้เกิดความเสียหายในที่ดินนั้น *

(ก) ระบบเวนคืนมาเป็นของรัฐ (Compulsory acquisition of absolute interests in private land) ระบบนี้เป็นหลักการมาจากกรณีของรัฐแสดงเจตนาเอากกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่เอกชนมีสิทธิอยู่กลับมาเป็นของรัฐโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยที่รัฐยินยอมชดเชยค่าสินไหมทดแทน ระบบการเวนคืนนั้นจะต้องเวนคืนในกรณีที่ว่า เป็นโดยมากจะใช้กับประเทศที่ได้ยอมรับสิทธิของเอกชนในที่ดินที่เป็นพื้นที่ท้องนํ้า และที่ชายตลิ่งอยู่ก่อน เมื่อรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องใช้ที่ดินมาเพื่อกิจการอย่างใดอย่างหนึ่ง ก็มีสิทธิที่จะอาศัยการเวนคืน

* The Victorian Water Act section 7 provides : "Notwithstanding anything in this Act contained, the owner or occupier for the time being of any land adjacent to any river, creek, stream or watercourse or any lake the bed and banks whereof are by this Act declared to have remained the property of the Crown shall have the like access for himself, his family and servants and for his cattle or other stock to the portion of such bed and bank to which such land is adjacent and the like use of use of such portion for the grazing of cattle or other stock as if this Act had not passed, provided that such portion has not been actually appropriated by or under the sanction of the Crown for any of the purposes of this Act; and such owner or occupier may have and pursue against any person trespassing upon such portion any remedy for such trespass which such owner or occupier might have had and pursued if this Act had not passed and if such person were a trespasser upon land in the possession of such owner or occupier."

จากที่ดินจากเอกชน ตัวอย่างของ ประเทศที่ใช้ระบบนี้ คือ ประเทศอิหร่าน *

จากระบบกฎหมายต่างประเทศทั้ง 3 ระบบ ซึ่งกำหนดสิทธิในพื้นที่ท้องน้ำ และ ที่ริมตลิ่งจะเห็นได้ว่า การกำหนดสิทธิดังกล่าว เป็นการนำระบบกฎหมายที่กำหนดกรรมสิทธิ์ในน้ำ มาปรับใช้ ดังเช่น ประเทศฝรั่งเศส ซึ่งนำระบบสาธารณสมบัติของแผ่นดินมากำหนดกรรมสิทธิ์ในแม่น้ำที่ใช้เดินเรือได้และขนส่งสินค้า พื้นที่ท้องน้ำและที่ริมตลิ่งของแม่น้ำนั้นก็ใช้ระบบสาธารณสมบัติของแผ่นดินเช่นกัน หรือกรณีของประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา ซึ่งนำระบบให้น้ำเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐใช้กับแม่น้ำที่ได้รับอิทธิพลจากน้ำขึ้นน้ำลง พื้นที่ท้องน้ำและที่ริมตลิ่งของแม่น้ำเหล่านี้ก็จะใช้ระบบให้เป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐเช่นกัน หรือในกรณีแม่น้ำสายเล็ก ๆ ก็ให้เป็นสิทธิของเอกชนตามกรรมสิทธิ์ของเอกชนที่มีอยู่ในแม่น้ำนั้น หากพิจารณาจะเห็นได้ว่าเป็นการนำหลักเรื่อง แคนกรรมสิทธิ์มาปรับใช้นั่นเอง สำหรับระบบเวนคืนมาเป็นของรัฐเป็นระบบที่เดิมรัฐให้สิทธิแก่เอกชนในการมีกรรมสิทธิ์ในพื้นที่ท้องน้ำและที่ริมตลิ่ง แต่เนื่องจากมีความจำเป็นที่จะต้องใช้ที่ดิน รัฐจึงต้องทำการเวนคืนมาจากเอกชน แต่ก็ได้จ่ายทดแทนให้แก่เอกชน

* The Iranian Water Nationalization Act Article 50 "Whenever lands, buildings, structures, establishments or other rights belonging to natural or legal persons are required for the execution of development and industrial projects, for agricultural expansion, dam construction or related major and minor installations, either for the use of surface or underground water resources, the Ministry of Water and Power and the Managing Director of the Plan Organization may confirm the need to take possession (of such lands, buildings, structures, establishments or other rights), whereupon the Ministry of Water and Power may purchase and possess (the same) in the manner hereinafter provided."

(2.2) ทิ้งอก

ทิ้งอกหมายถึงที่ดินที่ปรากฏเพิ่มขึ้นจากที่ดินริมฝั่ง หลักเรื่องทิ้งอกปรากฏมาตั้งแต่สมัยโรมัน⁴⁵ ในปัจจุบันทิ้งอกมีหลายประเภทคือ ประเภทที่หนึ่ง Alluvion คือ บริเวณที่ริมตลิ่งที่มีดินและตะกอนพัดมาทับถมจนพุดินขึ้นขึ้นมา ประเภทที่สอง Reliction คือ บริเวณที่ริมตลิ่งที่น้ำลดลงอย่างค่อยเป็นค่อยไปจนดินเป็นเกาะ และประเภทสุดท้าย Avulsion คือ บริเวณที่ริมตลิ่งที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงของกระแสน้ำอย่างกระทันหัน ทำให้พัดที่ดินจากฝั่งหนึ่งไปยังอีกฝั่งหนึ่ง เป็นต้น

สำหรับเรื่องการกำหนดกรรมสิทธิ์ในเรื่องทิ้งอกนั้น กฎหมายประเทศอังกฤษกำหนดว่าทิ้งอกที่เกิดขึ้นในแม่น้ำลำคลองที่มีผลกระทบจากน้ำขึ้นน้ำลง (tidal water) ในกรณีของทิ้งอกแบบ Alluvion หรือแบบ Reliction ตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่เจ้าของที่ดินชายฝั่ง ส่วนทิ้งอกแบบ Avulsion ถือว่าเจ้าของที่ดินที่เกี่ยวข้องยังมีกรรมสิทธิ์อยู่เช่นเดิม ส่วนทิ้งอกที่เกิดขึ้นในแม่น้ำลำคลองที่ไม่มีผลกระทบจากน้ำขึ้นน้ำลง (non tidal water) ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชนอยู่แล้ว⁴⁶ สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา การกำหนดกรรมสิทธิ์ในทิ้งอกแยกเป็น 2 กลุ่ม⁴⁷ คือ มลรัฐในระบบ Common Law ให้ทิ้งอกในกรณี Alluvion และ Reliction เป็นของเจ้าของที่ดินชายฝั่งไม่ว่าแหล่งน้ำนั้นจะเป็นแหล่งน้ำประเภทใด รวมทั้งแหล่งน้ำที่เรือเดินได้และไม่ได้ และทิ้งอกที่เกิดชายทะเลด้วย และทิ้งอกแบบ Avulsion กรรมสิทธิ์ยังคงเป็นเจ้าของ

⁴⁵ นิติ ผดุงชัย, "การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521) หน้า 38.

⁴⁶ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, "ทิ้งอกริมตลิ่ง," หน้า 124 - 151. อ้างถึงใน 18, Halsbury's law of England 266-269 (4th ed.1977); 4 Halsbury's Law of England 369 (4th ed 1973); 49 Halsbury's Law of England 161 - 162, 217, 642 - 643 (4th ed 1984); 41 Halsbury's Law of England 219 (4th ed 1984)

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, อ้างถึงใน 78 American Jurisprudence 2d, Waters 856 - 858 และ 863 - 867.

ที่ดินที่เกิดที่ออก ส่วนมลรัฐที่มีกฎหมายที่ดินตามระบบ Civil Law กำหนดที่ออกในทะเลสาบและที่ชายทะเลเป็นของมลรัฐ นอกจากนั้น ที่ออกไม่ว่าจะเป็นกรณี Alluvion หรือ Reliction เป็นของเจ้าของที่ดินชายฝั่ง เช่น มลรัฐหลุยเซียน่า⁴⁸ สำหรับที่ออกแบบ Avulsian เจ้าของที่ดินถูกพัดพามีสิทธิที่จะไปเรียกร้องเอากรรมสิทธิ์ภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ส่วนประเทศฝรั่งเศส มีหลักกฎหมายในการกำหนดกรรมสิทธิ์ที่ออกคล้ายคลึงกัน คือ⁴⁹ ที่ออกที่เกิดในแม่น้ำลำคลองทั่วไป ไม่ว่าจะเป็นที่ออกแบบ *lais* (ที่ดินที่เกิดจากการสะสมของดินทรายที่น้ำพัดมา หรืออย่างที่เราเรียกกันว่า Alluvion) หรือ แบบ *relais* (ที่ดินที่เกิดจากกระแสน้ำลดต่ำลงจนเป็นถาวร หรืออย่างที่เราเรียกกันว่า *reliction*) ที่ออกเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินชายฝั่ง (ประมวลกฎหมายแพ่ง ฝรั่งเศส มาตรา 644) ในกรณีแม่น้ำลำคลองที่เรือเดินไม่ได้และลำธารเล็ก ๆ เท่านั้น ส่วนที่ออกที่เกิดในแม่น้ำลำคลองที่เรือเดินได้ (*navigable on flollable*) ที่ออกเกิดขึ้นเป็นของรัฐ, ที่ออกที่เกิดจากที่ชายทะเล เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน (ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 538 และ 557) ไม่ว่าจะเป็นที่ออกแบบ *lais* หรือ *relais* และที่ออกแบบ *Avulsion* เจ้าของที่ดินที่ถูกพัดพาไปอาจเรียกร้องเอากรรมสิทธิ์ได้ แต่ต้องเรียกร้องภายใน 1 ปีนับแต่เกิดเหตุ หรือยาวนานกว่านั้นตราบเท่าเจ้าของที่ดินชายฝั่งที่เกิดที่ออกใหม่ ยังไม่ได้ครอบครองที่ออกดังกล่าว

ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ จากที่ได้กล่าวในหัวข้อการควบคุมแหล่งน้ำประเทศสวิสเซอร์แลนด์แล้วว่า ประมวลกฎหมายแพ่งของสวิสเซอร์แลนด์ให้มลรัฐต่าง ๆ เป็นผู้กำหนดความเหมาะสม ในการกำหนดแหล่งน้ำนั้นเป็นของใครตามความเหมาะสม มลรัฐมีอำนาจออกกฎหมายที่จะให้เอกชนได้สิทธิในที่ดินยังไม่เป็นของผู้ใดได้ หรือกำหนดการใช้ประโยชน์ร่วมกันในแหล่งน้ำของรัฐได้ เมื่อแหล่งน้ำทุกประเภทเป็นของรัฐ ที่ออกที่เกิดจากแหล่งน้ำของรัฐไม่ว่าประเภทใดจะเป็นของมลรัฐ แต่มลรัฐสามารถโอนสิทธิในที่ออกให้แก่เอกชนที่เป็นเจ้าของที่ดินที่อยู่ติดต่อกันได้ สำหรับที่ออกแบบ *Avulsion* เจ้าของที่ดินที่ถูกพัดพาไปมีสิทธิเรียกร้องสิทธิของ

48 เรื่องเดียวกัน, อ้างถึงใน A.N. Yiannopoulos, 2 Louisiana Civil Law Treatise, Property 69 (1967)

49 เรื่องเดียวกัน

ตนภายในระยะเวลาอันสมควร⁵⁰ หรือกรณีที่ตั้งอกในประเทศอิตาลี ประมวลกฎหมายแพ่ง บัญญัติว่า ที่งอกที่เกิดในแม่น้ำเอกชนและแม่น้ำของรัฐให้เจ้าของที่ดินชายฝั่งมีกรรมสิทธิ์ในที่ตั้งอกนั้นด้วย ในกรณีที่ตั้งอกที่เกิดจากน้ำแห่งหมดทั้งแม่น้ำ เจ้าของที่ดินชายฝั่งจะได้กรรมสิทธิ์ในที่ตั้งอกจนถึงจุดกลางลำน้ำเดิมแต่อย่างไรก็ตาม ที่งอกที่เกิดกับชายทะเลคงเป็นเป็นของรัฐอยู่ ส่วนที่ตั้งอกแบบ Avulsion เจ้าของที่ดินที่เกิดที่ตั้งอกจะได้กรรมสิทธิ์ทันที แต่ต้องชดเชยราคามูลค่าดินที่ตนได้เพิ่มให้แก่เจ้าของที่ดินชายฝั่งที่ถูกน้ำพัดไป⁵¹

สำหรับประเทศแถบเอเชีย ประเทศฟิลิปปินส์ ที่งอกของกฎหมายฟิลิปปินส์ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ตั้งอกแบบ Alluvion หรือแบบ relection เจ้าของที่ดินชายฝั่งมีกรรมสิทธิ์ในที่ตั้งอกในแม่น้ำรวมทั้งทะเลสาบ แต่จะไม่รวมถึงกรณีที่ตั้งอกริมฝั่งทะเล สำหรับที่ตั้งอกแบบ Avulsion ให้เจ้าของที่ดินเดิมที่ถูกน้ำพัดพาไปยังคงมีกรรมสิทธิ์อยู่ในที่ดินที่ถูกพัดพาไป แต่ต้องไปขุดลอกเอาคืนภายใน 2 ปีนับแต่เกิดเหตุ⁵²

จากการศึกษาเรื่องกรรมสิทธิ์ในที่ตั้งอก จะเห็นได้ว่ากรรมสิทธิ์ในที่ตั้งอกของแต่ละประเทศแตกต่างกันไป บางประเทศกำหนดให้ที่ตั้งอกทุกประเภทเป็นของเจ้าของที่ตั้งอก เช่น ประเทศอังกฤษ, มลรัฐใน ระบบ Common Law ของประเทศสหรัฐอเมริกา บางประเทศจะกำหนดว่าถ้า เป็นที่ตั้งอกที่เกิดขึ้นใน แม่น้ำสายหลักจะเป็นของรัฐ และที่ตั้งอกที่เกิดขึ้นในแม่น้ำสายรองจะเป็นของเอกชน นอกจากนี้ที่ตั้งอกที่เกิดขึ้นจากที่ชายทะเล ในประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน แต่บางประเทศก็กำหนดให้เป็นของรัฐ เช่น ประเทศอิตาลี และมลรัฐที่ใช้ระบบ Civil Law ในสหรัฐอเมริกา แต่ถ้าเป็นที่ตั้งอก ประเภท Avulsion กรรมสิทธิ์จะตกแก่เจ้าของที่ดินที่เกิดที่ตั้งอกเช่นกัน แต่ทั้งนี้กฎหมายจะกำหนดเงื่อนไขที่จะให้เจ้าของที่ตั้งอกเรียกร้องที่ตั้งอกนั้นกลับมา เช่น ประเทศฝรั่งเศส, สวิสเซอร์แลนด์, อิตาลี และฟิลิปปินส์

50 เรื่องเดียวกัน

51 เรื่องเดียวกัน

52 เรื่องเดียวกัน, อ้างถึงใน E.L. Paras Civil Code of the Philippines

(2.3) ที่ดินที่อยู่ติดต่อกับและใกล้กับแหล่งน้ำ (adjacent land)

เจ้าของที่ดินที่อยู่ติดต่อกับแหล่งน้ำหรือใกล้กับแหล่งน้ำจะเป็นผู้ได้รับประโยชน์โดยตรงจากแหล่งน้ำ เพราะฉะนั้น การใช้แหล่งน้ำจะมีผลจากการที่เจ้าของที่ดินที่อยู่ติดต่อกับแหล่งน้ำหรือใกล้กับแหล่งน้ำใช้แหล่งน้ำนั้นด้วยว่าจะถูกกระทบกระเทือนหรือไม่ จึงต้องมีการพิจารณาถึงที่ดินที่อยู่ติดต่อกับและใกล้กับแหล่งน้ำด้วย เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดและไม่เกิดความเสียหายแก่แหล่งน้ำ กฎหมายบางประเทศได้กำหนดให้ที่ดินที่อยู่ถัดจากริมฝั่งแม่น้ำ ในบางกรณีเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่รัฐสามารถเข้าไปควบคุมดูแลได้ เช่น ประเทศโมร็อกโก⁵³ ที่กำหนดให้ที่ดินที่อยู่ถัดจากริมฝั่งแม่น้ำเป็นระยะ 6 เมตร (ในแม่น้ำสายหลัก) หรือ 2 เมตร ในกรณีอื่น ๆ เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่รัฐสามารถเข้าไปดูแลได้ แต่บางประเทศก็ได้บัญญัติว่าเป็นของใคร แต่ให้อำนาจรัฐเข้าไปควบคุมแทรกแซงการใช้ประโยชน์ในที่ดินของเอกชนที่อยู่ถัดจากแหล่งน้ำได้ เช่น ประเทศญี่ปุ่น⁵⁴ รัฐมีอำนาจประกาศกำหนดให้ที่ดินที่อยู่ติดต่อกับแหล่งน้ำถัดออกไประยะ 50 เมตรหรือกว่านั้น เป็นเขตสงวนของแม่น้ำ (river conservancy area) แต่กฎหมายน้ำของประเทศเอธิโอเปีย⁵⁵ บัญญัติกว้างมาก คือ รัฐสามารถประกาศเขตควบคุมบนที่ดินที่ติดต่อกับแหล่งน้ำได้ ไม่ว่าจะเป็นที่ดินของรัฐอยู่แล้วหรือที่ดินของเอกชน โดยสามารถออกกฎหมายหรือควบคุมกิจกรรมทุกประเภทในบริเวณดังกล่าวได้ เพื่อจัดการน้ำให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและป้องกันการกระทำทั้งหลายที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อแหล่งน้ำนั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายน้ำของเอธิโอเปียบัญญัติกว้างมาก ควบคุมที่ดินไม่ว่าเป็นของรัฐหรือเอกชน ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดการน้ำและป้องกันอันตรายใด ๆ ที่จะเกิดแก่แหล่งน้ำนั้น แต่ในกฎหมายญี่ปุ่นนั้นกำหนดเขตสงวนของแม่น้ำ ต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองป้องกันริมฝั่งน้ำเท่านั้น แต่ไม่รวมถึงเพื่อป้องกันมลภาวะหรือการตัดไม้ทำลายป่าด้วย

⁵³ United Nations, Guidelines for the Drafting of Water Codes, p. 76.

⁵⁴ Ibid., p. 80.

⁵⁵ Ibid., pp. 81 - 82.

(2.4) ที่ดินในส่วนอื่น ๆ ที่เป็นของเอกชน

การจัดการน้ำเพื่อให้มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร นอกจากจะศึกษาที่ดินที่เกี่ยวข้องกับน้ำ คือ พื้นที่ลุ่มน้ำที่ริมคลอง ทุ่งนอก และที่ดินที่อยู่ติดต่อกับและใกล้แหล่งน้ำแล้ว ในที่ดินส่วนอื่น ๆ ที่เป็นของเอกชนก็มีส่วนเกี่ยวข้องไม่ใช่น้อยในการจัดการน้ำ ทั้งนี้ในบางครั้งรัฐจำเป็นต้องเข้าไปดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อจัดการน้ำ เช่น ข่อมแซมทางน้ำหรือวางท่อน้ำ เป็นต้น

กฎหมายบางประเทศได้ให้อำนาจรัฐเข้าไปในที่ดินของเอกชน เพื่อกระทำกิจกรรมต่าง ๆ เกี่ยวกับการอนุรักษ์และพัฒนาแหล่งน้ำ เช่น ประเทศอินเดีย⁵⁶ ซึ่งตราไว้ในพระราชบัญญัติการชลประทานแห่งบอมเบย์ ค.ศ. 1879 ให้อำนาจรัฐเข้าไปในที่ดินเพื่อรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างที่กีดขวางทางชลประทานหรือปิดใช้การชลประทาน เป็นต้น หรืออย่างกฎหมายน้ำของประเทศญี่ปุ่น มาตรา 22⁵⁷ ให้อำนาจรัฐเข้าไปในที่ดินของเอกชนและบังคับซื้อดิน หิน ดินไม้ หรือวัสดุอื่น ๆ หรือใช้ยานพาหนะ หรือเครื่องมือต่าง ๆ ของเจ้าของที่ดินนั้นเพื่อการป้องกันและบรรเทาความเสียหายอันเกิดจากน้ำท่วมได้ แต่ในบางประเทศได้กำหนดอำนาจของรัฐที่จะเข้าไปในที่ดินของเอกชนไว้เป็นการทั่ว ๆ ไป แล้วปล่อยให้รัฐกำหนดรายละเอียดในภายหลังไว้ในกฎหมายลำดับรองว่า กรณีใดบ้างที่รัฐจะเข้าไปในที่ดินของเอกชนเพื่อดำเนินการต่าง ๆ เช่น พระราชบัญญัติน้ำของมลรัฐวิกตอเรีย มาตรา 11⁵⁸ กำหนดให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่เข้าไปในที่ดินของเอกชนและดำเนินการใด ๆ ที่เหมาะสมเพื่อการสอบสวนการใช้ การควบคุม การป้องกัน การจัดการ หรือการบริหารแหล่งน้ำที่อยู่ในที่ดินนั้นได้

2.2.2 การกำหนดกรรมสิทธิ์ในแหล่งน้ำต่าง ๆ ของประเทศไทย

เมื่อได้ศึกษากฎหมายต่างประเทศที่กำหนด เรื่องกรรมสิทธิ์ในแหล่งน้ำต่าง ๆ ที่เป็นแหล่งน้ำโดยตรง และที่ดินที่เกี่ยวข้องน้ำ จะเห็นได้ว่ามีกำหนดกรรมสิทธิ์ในแหล่งน้ำ และที่ดินที่เกี่ยวข้องกับน้ำแตกต่างกันออกไป การกำหนดกรรมสิทธิ์ในแหล่งน้ำและที่ดินที่เกี่ยวข้องน้ำของบางประเทศ

⁵⁶ Ibid., pp. 82 - 83.

⁵⁷ Ibid., p. 83.

⁵⁸ Ibid., pp. 83 - 84.

จะนำหลักระบบสาธารณสุขสมบัติของแผ่นดินมากำหนดกรรมสิทธิ์ในแหล่งน้ำ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ซึ่งใช้ระบบสาธารณสุขสมบัติ แม่น้ำที่เรือเดินได้ หรือพื้นที่ท้องน้ำเป็นสาธารณสุขสมบัติของแผ่นดิน แต่บางประเทศจะนำระบบให้น้ำเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐมากำหนดกรรมสิทธิ์ในแหล่งน้ำ เช่น ประเทศอังกฤษ แต่อย่างไรก็ตามการกำหนดกรรมสิทธิ์ในแหล่งน้ำและที่ดินที่เกี่ยวพันทุกแหล่งมิได้เป็นไปตามระบบกฎหมายที่ใช้อยู่ในประเทศนั้น เช่น กฎหมายประเทศฝรั่งเศส การกำหนดกรรมสิทธิ์ในท้องที่ที่เกิดในแม่น้ำที่เรือเดินได้จะเป็นของรัฐ หรือการกำหนดกรรมสิทธิ์ในท้องที่ของประเทศอังกฤษ ตกแก่เจ้าของที่ดิน สำหรับประเทศไทยนั้นนำหลักเรื่องสาธารณสุขสมบัติของแผ่นดินมาใช้ในการกำหนดกรรมสิทธิ์ในแหล่งน้ำ แต่อย่างไรก็ตามใน มาตรา 1304 (2) กำหนดเพียง ทางน้ำ และทะเลสาบเท่านั้น แม้ว่าแหล่งน้ำสาธารณะอื่น ๆ ที่ประชาชนใช้ร่วมกัน หรือสงวนไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกันจะเป็นสาธารณสุขสมบัติของแผ่นดินด้วย แต่ก็ยังมีแหล่งน้ำอื่น ๆ ที่กฎหมายมิได้บัญญัติไว้โดยตรง จึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณากรรมสิทธิ์ในแหล่งน้ำ และที่ดินที่เกี่ยวกับน้ำในกฎหมายไทยต่อไปดังนี้

- (1) ส่วนที่เป็นแหล่งน้ำโดยตรง หรือตัวแหล่งน้ำ
- (2) ส่วนที่เป็นที่ดินที่เกี่ยวกับน้ำ

(1) ส่วนที่เป็นแหล่งน้ำโดยตรง หรือตัวแหล่งน้ำ

(1.1) แม่น้ำ (River)

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติเรื่อง แม่น้ำ ไว้โดยตรงแต่จะใช้คำว่า "ทางน้ำ" แทน ดังที่ปรากฏในมาตรา 1304(2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

คำว่า "ทางน้ำ" ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้ให้ความหมายทางน้ำไว้อย่างชัดเจน มีนักกฎหมายไทยหลายคนได้ให้ความหมายไว้ดังนี้ ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช คำว่า "ทางน้ำ" (Water ways) คือทางที่น้ำไหลจะเป็นทางหลวงเรือเดินไปมาได้หรือไม่ก็ได้ แต่ต้องเป็นทางน้ำที่ไหลผ่านทั่ว ๆ ไป (พิจารณาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 188/2468) และไม่ใช่น้ำที่ขุดขึ้นระหว่างที่ดินของเอกชน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 837/

2457) ⁵⁹ ศาสตราจารย์บัญญัติ สุชีวะ "ทางน้ำ" หมายถึง แม่น้ำ ลำคลอง คู ซึ่งสาธารณชนใช้สัญจรไปมา นอกจากนี้ ท่านให้ข้อสังเกตว่าทางน้ำที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินจะต้องมีสภาพเป็นทางน้ำที่ใช้ร่วมกัน ทางน้ำแม้ภายหลังจะตั้งเงินจนใช้เป็นทางเรือเดินไม่สะดวก ก็ยังคงมีสภาพเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 979/2477) ⁶⁰ และอาจารย์ชัชวรินทร์ วงศ์วัฒนสานต์ ให้ความหมายของทางน้ำไว้ว่า หมายความว่าถึง ทางที่ใช้ในการสัญจรทางน้ำได้ ⁶¹ ดังนั้น ทางน้ำ จึงหมายความรวมถึงแม่น้ำด้วย

จากมาตรา 1304(2) หลักเกณฑ์ของทางน้ำจะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินได้จะต้องมีการใช้ร่วมกันของประชาชน ซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป ตัวอย่างเช่น หนองน้ำสาธารณะที่ราษฎรใช้เป็นที่เลี้ยงสัตว์จับปลา และใช้น้ำร่วมกัน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1270/2497), คลองชลประทานที่ใช้น้ำเพื่อเกษตรกรรม (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 948/2501) และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 188/2468, 856-857/2508 และการใช้ประโยชน์ร่วมกันจะต้องใช้กันหลาย ๆ คน จะใช้กันสองสามคนก็ยังไม่ถือว่าเป็นการใช้ประโยชน์ร่วมกันของประชาชน

มาตรา 1304 วรรคแรก บัญญัติว่า "สาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้น รวมทรัพย์สินทุกชนิดของแผ่นดินซึ่งใช้เพื่อสาธารณประโยชน์หรือสงวนไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกัน เช่น.." นั้น หมายความว่ากฎหมายมิได้ระบุเฉพาะแต่ทางน้ำเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินเท่านั้น ดังจะเห็นได้จากคำว่า "เช่น" ในวรรคแรก ดังนั้น ทรัพย์สินตามที่ระบุไว้ในมาตรา 1304 เป็นเพียงตัวอย่างของสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ดังนั้นแหล่งน้ำทุกแห่งที่มีลักษณะของการใช้ประโยชน์ร่วมกันของประชาชนหรือสงวนไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกัน เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ตัวอย่างเช่น หนองน้ำสาธารณะสำหรับคนและสัตว์อับและกินน้ำ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 309/2500) นอกจากนี้ ยังมีแหล่งน้ำอื่น ๆ เช่น คลองชลประทานเพื่อการเกษตรกรรม (คำพิพากษาศาลฎีกาที่

⁵⁹ เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, หน้า 85.

⁶⁰ บัญญัติ สุชีวะ, กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, หน้า 117.

⁶¹ ชัชวรินทร์ วงศ์วัฒนสานต์, "การจัดทำกฎหมายน้ำ," หน้า 5.

948/2501), บ่อน้ำ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 628/2510) ฯลฯ

จากการศึกษา มาตรา 1304 (2) จะพิจารณาได้ว่า ทางน้ำ และแม่น้ำ ตามกฎหมายไทยนำหลักเรื่องสาธารณสมบัติของแผ่นดินมาใช้โดยตรง ในขณะที่กฎหมายของต่างประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศส และอิตาลี จะมีการกำหนดว่า แม่น้ำใดที่จะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินจะต้องเป็นแม่น้ำที่สำคัญที่เรือเดินได้ หรือในกรณีของประเทศอังกฤษ แม่น้ำที่เป็นของรัฐจะต้องเป็นแม่น้ำที่ได้รับอิทธิพลจากน้ำขึ้นน้ำลง แต่สำหรับประเทศไทยหลักเกณฑ์ที่จะถือได้ว่า แม่น้ำ หรือทางน้ำเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน คือการใช้ประโยชน์ร่วมกันของประชาชนเป็นหลักสำคัญ

(1.2) น้ำผิวดิน

กฎหมายไทยมิได้มีการกำหนดเรื่องกรรมสิทธิ์ในน้ำผิวดินไว้โดยตรง จึงต้องพิจารณาตามกฎหมายทั่วไปคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1335 บัญญัติว่า "ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น ท่านว่าแดนแห่งกรรมสิทธิ์ที่ดินนั้นดินทั้งเหนือพื้นดินและใต้พื้นดินด้วย"

มาตรา 1335 หมายความว่า เหนือพื้นดินเป็นเส้นตั้งฉากขึ้นไปโดยตลอด และได้พื้นดินตั้งฉากลงไปเท่าที่มนุษย์สามารถจะหยั่งลงไปได้ เจ้าของที่ดินย่อมมีกรรมสิทธิ์เหนือบริเวณที่ดินแปลงนั้นด้วย ดังนั้น น้ำที่อยู่บริเวณเหนือผิวดินของที่ดินแปลงใด ก็น่าจะเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินแปลงนั้น แต่ทว่าน้ำมีคุณลักษณะอย่างหนึ่ง คือ ไหลจากที่สูงลงสู่ที่ต่ำเสมอ น้ำที่อยู่ในที่ดินอาจจะไหลไปสู่ที่ดินแปลงอื่นได้ ถ้าหากนำหลักมาตรา 1335 มาใช้บังคับ เจ้าของที่ดินย่อมมีกรรมสิทธิ์ที่จะใช้สอยน้ำของตนได้อย่างไรก็ได้ตามหลักเรื่องกรรมสิทธิ์ ซึ่งเจ้าของที่ดินจะมีกรรมสิทธิ์ในน้ำเสมือนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของตน หากนำมาตรา 1355 มาใช้บังคับจะเกิดปัญหาสิทธิในน้ำซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อเจ้าของที่ดินที่อยู่บริเวณที่น้ำไหลผ่านลงไป เช่น เจ้าของที่ดินที่อยู่แปลงสูงจะเก็บกักน้ำไว้จนน้ำไม่เหลือหรือเหลือน้อยแล้ว ไหลลงสู่บริเวณที่ดินที่ต่ำกว่า ทำให้เจ้าของที่ดินแปลงถัดไปใช้น้ำไม่เพียงพอ ซึ่งหลักการนี้จะไม่นำมาตรา 1335 มาใช้บังคับจึงต้องพิจารณา มาตรา 1339 ต่อไป มาตรา 1339 บัญญัติว่า

"เจ้าของที่ดินจำต้องรับน้ำซึ่งไหลตามธรรมชาติจากที่ดินสูงมาในที่ดินของตน
น้ำไหลตามธรรมชาติมายังที่ดินต่ำ และจำเป็นแก่ที่ดินนั้นไซ้ ท่านว่าเจ้าของ
ที่ดินซึ่งอยู่สูงกว่าจะกันเอาไว้ได้เพียงที่จำเป็นแก่ที่ดินของตน"

มาตรา 1339 น้ำที่ไหลนั้นเป็นน้ำที่ไหลธรรมดา ไม่ใช่การระบายน้ำหรือน้ำ
โสโครก น้ำสกปรกอันเกิดจากการกระทำของเจ้าของหรือบริวารของเจ้าของที่ดินแปลงสูง⁶²
ในมาตรา 1339 เป็นการวางข้อจำกัดในการยอมรับน้ำ และการใช้น้ำที่ยอมรับกฎเกณฑ์ทาง
ธรรมชาติในคุณลักษณะของน้ำที่ไหลจากที่สูงลงสู่ที่ต่ำ เจ้าของที่ดินที่อยู่แปลงต่ำกว่าจะปฏิเสธไม่
ยอมรับน้ำที่ไหลผ่านที่ดินของตนไม่ได้ เพราะจะทำให้ น้ำที่ไหลลงมาเอ่อไม่มีทางไปอาจจะทำให้
เกิดน้ำท่วม นอกจากนี้ ในวรรคสองก็ได้จำกัดการใช้น้ำของเจ้าของที่ดินที่อยู่แปลงสูงกว่า มิให้
มีกรรมสิทธิ์ในน้ำทั้งหมดของตนแต่ผู้เดียว เจ้าของที่ดินแปลงสูงจะมีสิทธิที่จะกันน้ำไว้ได้เพียงเท่าที่
จำเป็นแก่ที่ดินของตน การที่ต้องบัญญัติข้อจำกัดการใช้น้ำนี้ หากยอมรับให้เจ้าของที่ดินแปลงสูงมี
กรรมสิทธิ์ในน้ำที่ไหลผ่านมาทั้งหมด ตามมาตรา 1336 จะก่อให้เกิดปัญหาแก่เจ้าของที่ดินแปลงที่
ต่ำกว่า เจ้าของที่ดินแปลงที่ต่ำกว่าก็ย่อมมีสิทธิได้รับน้ำที่ไหลลงมาด้วย และเช่นกันเจ้าของที่ดิน
แปลงที่ต่ำกว่านี้ก็จะกันเอาน้ำได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่ที่ดินของตนเท่านั้น เพื่อให้ น้ำได้ไหลลงไปใน
แปลงที่ดินที่ต่ำกว่าอีก⁶³ และในมาตรา 1355 บัญญัติว่า

"เจ้าของที่ดินริมทางน้ำ หรือมีทางน้ำผ่านไม่มีสิทธิจะชักเอาน้ำไว้เกินกว่าที่
จำเป็นแก่ประโยชน์ของตนตามควร ให้เป็นเหตุเสื่อมเสียแก่ที่ดินแปลงอื่นซึ่งอยู่ตามทางน้ำนั้น"

มาตรา 1355 ใช้น้ำกับที่ดินที่อยู่บนฝั่งริมทางน้ำและมีทางน้ำไหลผ่านผ่าเข้าไป
ไปไม่ให้เจ้าของที่ดินอยู่แปลงก่อนหรือแปลงสูงชักน้ำไว้ใช้เกินความจำเป็น จะต้องชักน้ำใช้เพียง
พอประโยชน์ของตน และการชักน้ำดังกล่าวจะต้องไม่ทำความเสียหายแก่ที่ดินที่อยู่แปลงถัดไปหรือ
แปลงที่ต่ำกว่า

⁶² ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมาย
ลักษณะทรัพย์, หน้า 248. และ บัญญัติ สุชีวะ, กฎหมายลักษณะทรัพย์, หน้า 194.

⁶³ อานาจ วงศ์บัณฑิต, "การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายว่าด้วยทรัพยากรน้ำ," หน้า 8.

เมื่อได้ศึกษามาตรา 1339 และมาตรา 1355 แล้วจะเห็นได้ว่าเจ้าของที่ดินแปลงใดที่มีน้ำผิวดินอยู่จะไม่มีกรรมสิทธิ์ในน้ำ เมื่อไม่มีใครเป็นเจ้าของน้ำ น้ำก็จะตกเป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน และน้ำนั้นถ้ามีการใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ หรือสงวนไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกันก็ถือได้ว่า เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ตามมาตรา 1304(2) ส่วนเจ้าของที่ดินมีสิทธิในการใช้น้ำ

จากที่กล่าวมานั้นน้ำผิวดินในวรรคก่อนนี้เป็นน้ำผิวดินทั่ว ๆ ไป สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไปคือ น้ำผิวดินที่เจ้าของที่ดินกักเก็บไว้ในที่ดินแปลงนั้นจะถือว่าเป็นของใครนั้น เพราะน้ำที่กักเก็บไว้ในที่ดินนั้นต่างกับน้ำที่ไหลผ่านที่ดินแปลงต่าง ๆ ตามมาตรา 1339 น้ำดังกล่าวเจ้าของที่ดินได้มีการกระทำการต่าง ๆ อาจจะลงทุนทางทรัพย์สินหรือแรงงานในการเก็บกักน้ำไว้ใช้ เป็นการแสดงตนถือเอาน้ำนั้นมาเป็นของตน ในกรณีนี้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าใครเป็นเจ้าของน้ำ จึงต้องพิจารณาตามมาตรา 1353 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติไว้ว่า "บุคคลอาจพาปศุสัตว์ของตนผ่านหรือเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นซึ่งมิได้กั้นเพื่อไปเลี้ยงและอาจเข้าไปเอาน้ำในบ่อหรือ สระในที่เขื่อนว่านั้นมาใช้ได้ เว้นแต่ที่ดินเป็นที่เพาะปลูกหรือเตรียมเพื่อเพาะปลูก หว่าน หรือมีรั้วกั้นขึ้นอยู่แล้ว แต่ท่านว่าเจ้าของที่ดินย่อมห้ามได้เสมอ"

มาตรา 1353 กฎหมายกำหนดให้เจ้าของที่ดินมีสิทธิหวงกั้นน้ำในบ่อหรือสระหรือน้ำอื่น ๆ ที่เจ้าของที่ดินมีการลงทุนถือเอาน้ำมาใช้ประโยชน์ในที่ดินของตน เมื่อมีบุคคลอื่นเข้ามาเอาน้ำไปใช้โดยเจ้าของที่ดินมีสิทธิห้ามได้ตามมาตรานี้ แสดงให้เห็นว่าเจ้าของที่ดินที่มีน้ำอยู่ในที่ดินของตนมีกรรมสิทธิ์ในน้ำที่อยู่ในที่ดินของตนจึงสามารถหวงกั้นได้ โดยน้ำนั้นจะต้องอยู่ในลักษณะที่มีการเก็บกักเพื่อใช้ประโยชน์ เช่น อยู่ในบ่อหรือสระ นอกจากนี้ยังนำหลักเรื่องแดนกรรมสิทธิ์ ตามมาตรา 1355 มาใช้บังคับได้ คือเจ้าของที่ดินย่อมมีกรรมสิทธิ์ในน้ำที่อยู่บนที่ดินของตนได้ * หลักการกำหนดกรรมสิทธิ์ในน้ำผิวดินของกฎหมายไทยจะเห็นได้ว่าไม่แตกต่างกับการกำหนดกรรมสิทธิ์ในน้ำผิวดินของ ประเทศฝรั่งเศส และอังกฤษ กล่าวคือ กฎหมายทั้งสอง

* หมายเหตุในเรื่องนี้ต่างกับมาตรา 1339, 1355 เพราะมาตรา 1339 เป็นเรื่องของน้ำที่ไหลจากที่สูงลงสู่ที่ต่ำและเรื่องของน้ำที่ไหลผ่านริมทางน้ำ แต่ มาตรา 1353 เป็นเรื่องน้ำที่อยู่นิ่ง ๆ บนผิวดิน และเจ้าของมีการเก็บกักไว้ใช้

ประเทศกำหนดว่าน้ำที่ไหลซึ่งเกิดมาจากฝนซึ่งเป็นทรัพย์สินไม่มีเจ้าของเมื่อตกลงมาเป็นน้ำผิวดิน จะไหลไปยังที่ต่าง ๆ น้ำที่ไหลดังกล่าวไม่เป็นกรรมสิทธิ์ของใคร และเจ้าของที่ดินที่น้ำกำลังเคลื่อนตัวอยู่ก็ไม่มีกรรมสิทธิ์ในน้ำนั้นด้วย แต่กฎหมายจะรับรองสิทธิของเจ้าของที่ดินที่น้ำไหลผ่าน สามารถเก็บกักน้ำเพื่อใช้สอยได้ตามสมควรแก่กิจการของตน และมีสิทธิระบายน้ำลงสู่ที่ดินซึ่งอยู่ต่ำกว่า สำหรับน้ำที่ไม่ไหลนั้น น้ำที่ถูกเก็บกักไว้ในห้วย หนอง หรือทะเลสาบเล็ก ๆ ที่ทำขึ้นในบริเวณที่ดินของเอกชน เอกชนผู้เก็บกักน้ำไว้มีกรรมสิทธิ์ในน้ำเพราะได้มีการยึดถือไว้มิให้ไหลไปตามธรรมชาติ นอกจากนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเกาหลีใต้ก็ได้มีการบัญญัติใน มาตรา 221 เหมือนกับ มาตรา 1339 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ⁶⁴

(1.3) น้ำใต้ดิน หรือน้ำบาดาล

น้ำใต้ดินหรือน้ำบาดาล ตามพระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. 2520 มาตรา 3 วรรคแรก "น้ำบาดาล หมายความว่า น้ำใต้ดินที่เกิดอยู่ในชั้นดิน กรวด ทราย หรือหิน ซึ่งอยู่ลึกจากผิวดินเกินความลึกที่รัฐมนตรีกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา แต่จะกำหนดความลึกน้อยกว่า 15 เมตรมิได้" ดังนั้นน้ำบาดาล * คือน้ำใต้ดินซึ่งอยู่ลึกลงไปใต้ดินไม่น้อยกว่า 15 เมตร และอยู่ในเขตน้ำบาดาลตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ในที่นี้จะขอกล่าวรวม ๆ กัน คือน้ำใต้ดินในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีการกำหนดกรรมสิทธิ์ในน้ำใต้ดินไว้ และพระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. 2520 มิได้บัญญัติถึงกรรมสิทธิ์ในน้ำใต้ดินเช่นกัน ในกฎหมายฉบับนี้มีแต่การกำหนดควบคุม การขุดเจาะ การใช้ น้ำบาดาล ** ในเขตน้ำบาดาลจะต้องขออนุญาตจึงต้องพิจารณาตามหลักกฎหมายทั่วไป ถ้าในหลักเรื่องแดนกรรมสิทธิ์ มาตรา 1335 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

** ตามประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม ฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2521) ออกตามความในพระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. 2520 เรื่องกำหนดเขตน้ำบาดาลและความลึกของน้ำบาดาล ประกาศให้กรุงเทพมหานคร จังหวัดนนทบุรี จังหวัดปทุมธานี จังหวัดสมุทรปราการ จังหวัดสมุทรสาคร และจังหวัดพระนครศรีอยุธยา เป็นเขตน้ำบาดาล

⁶⁴ United Nations, Guidelines for the Drafting of Water Codes, p. 70.

** พระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. 2520 มาตรา 16

มาปรับใช้จะเกิดปัญหา คือ การใช้น้ำใต้ดินเอามาใช้ในกิจการของตนเองมากเกินไป ซึ่งจะทำให้เจ้าของที่ดินแปลงอื่นที่ต้องการใช้น้ำใต้ดินต้องขุดเจาะใช้น้ำไม่พอ *

เพราะฉะนั้น การนำมาตรา 1335 มาใช้เพื่อแสดงกรรมสิทธิ์ในน้ำไม่ได้ จึงต้องนำ มาตรา 1339 มาปรับใช้เหมือนกับกรณีน้ำผิวดิน ด้วยเหตุที่พิจารณาจากคุณลักษณะของน้ำที่ไหลจากที่สูงลงสู่ที่ต่ำและการไหลของน้ำใต้ดินก็เป็นสายน้ำเช่นเดียวกัน เจ้าของที่ดินที่อยู่ก่อนจะมีสิทธิสูบน้ำใต้ดินไปใช้ได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่ตนเอง

จากการพิจารณา มาตรา 1339 เมื่อเจ้าของที่ดินแปลงที่อยู่บนเหนือน้ำใต้ดินไม่มีกรรมสิทธิ์ในน้ำ เมื่อไม่มีใครเป็นเจ้าของน้ำ น้ำก็จะตกเป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน และน้ำนั้นถ้ามีการใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ หรือสงวนไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกันก็ถือว่า เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ตามมาตรา 1304(2) นอกจากนี้สิ่งที่เป็นการรองรับว่าการ เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินของน้ำใต้ดิน รัฐสามารถเข้าไปจัดการควบคุมการใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ คือ พระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. 2520 ที่กำหนดควบคุมการขุดเจาะใช้น้ำบาดาลในเขตน้ำบาดาลต้องขออนุญาตเสียก่อน ซึ่งแสดงให้เห็นว่ากรรมสิทธิ์ในน้ำใต้ดินเป็นของประชาชน ประชาชนจึงมีสิทธิใช้น้ำ ทั้งนี้ต้องขออนุญาตจากรัฐเสียก่อนในการขุดเจาะและสูบน้ำ เพราะหากไม่มีการควบคุมการขุดเจาะน้ำบาดาล เพราะเมื่อมีการขุดเจาะน้ำบาดาลมากขึ้น จะทำให้ชั้นน้ำบาดาลเสียหายและเสื่อมสลายก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อมเป็นพิษและทำให้แผ่นดินทรุด

(1.5) น้ำในอากาศ

น้ำในอากาศเป็นส่วนหนึ่งของอากาศที่เคลื่อนที่ไปมา หรือที่เราเรียกกันว่าไอน้ำ หากมีการรวมตัวกันอยู่หนาแน่นมาก จะเป็นกลุ่มก้อนเราจะเรียกว่า เมฆ กฎหมายไทยมิได้บัญญัติเรื่องกรรมสิทธิ์ในน้ำในอากาศ จึงไม่สามารถกำหนดได้ว่าน้ำในอากาศเป็นของใคร เพราะ

* การไหลของน้ำใต้ดินมีลักษณะไหลเป็นทางสายน้ำใต้ดินเช่นกัน ฉะนั้น ถ้าใครที่ขุดเจาะน้ำไปก่อนและสูบน้ำไปใช้หมด จะทำให้ผู้ขุดเจาะรายถัดไปในทางสายน้ำเดียวกันไม่สามารถสูบน้ำใช้ได้

เหตุที่น้ำในอากาศเคลื่อนที่ไปมาอยู่ตลอดเวลา ยากแก่การที่จะระบุว่าน้ำในอากาศส่วนใดเป็นของใคร นอกจากนี้ ยังไม่ค่อยมีการนำน้ำในอากาศมาใช้กันเท่าใดนัก นอกจากการทำฝนเทียม แต่อย่างไรก็ตาม หากวิทยาการทางเทคโนโลยีวิวัฒนาการมากขึ้น และอาจจะมีการนำน้ำในอากาศมาใช้กันมากขึ้น อาจถึงขั้นแย่งน้ำในอากาศก็เป็นได้ เช่น ประชาชนจะมีการดึงเอาเมฆหลาย ๆ ก้อนมารวมตัวกันเพื่อทำฝนเทียม ซึ่งปัจจุบันนี้การทำฝนเทียมจะเป็นหน้าที่ของราชการหรือองค์กรสาธารณะอื่น ในที่นี้จึงควรที่จะทำการศึกษว่ากรรมสิทธิ์ในน้ำในอากาศเป็นของใคร เพื่อเป็นการง่ายแก่การควบคุมการใช้น้ำด้วย

ด้วยเหตุที่กฎหมายไทยไม่มีบัญญัติว่าด้วยน้ำในอากาศ สถานะทางกฎหมายจึงเหมือนกับสถานะของอากาศโดยทั่วไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138 บัญญัติว่า "ทรัพย์สิน หมายความรวมถึงทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้" นักกฎหมายส่วนใหญ่ให้ความเห็นว่า⁵⁸ ทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่มีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างได้ แต่ต้องมีลักษณะสำคัญ คือ อาจมีราคาและอาจถือเอาได้ ซึ่งอากาศนั้นเป็นวัตถุที่มนุษย์เราไม่สามารถยึดถือเอาได้ จึงถือว่าเป็นทรัพย์สินนอกพาณิชย์* แต่ถ้ามีผู้นำอากาศมาทำเป็นออกซิเจนช่วยในการหายใจ อากาศก็จะกลายเป็นสิ่งที่ถือเอาได้และมีราคา จึงเป็นทรัพย์สินหรือทรัพย์สินขึ้นมา เมื่ออากาศไม่เป็นทรัพย์สินหรือทรัพย์สินก็มีผลทำให้ไม่มีใครเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอากาศ และเมื่อน้ำในอากาศมีสถานะเช่นเดียวกับอากาศ ผลก็คือไม่มีใครเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในน้ำในอากาศเช่นกัน

(1.5) น้ำทะเล

น้ำทะเลก็เช่นเดียวกับแหล่งน้ำอื่น ๆ คือไม่มีกฎหมายกำหนดกรรมสิทธิ์ในน้ำทะเล แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1304(2) บัญญัติว่า ทะเลสาบ เป็น

* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 143 "ทรัพย์สินนอกพาณิชย์ หมายความว่า ทรัพย์สินที่ไม่สามารถถือเอาได้และทรัพย์สินที่โอนแก่กันมิได้โดยชอบด้วยกฎหมาย"

⁵⁸ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, หน้า 17. บัญญัติ สุชีวะ, กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, หน้า 5. และ ประมุข สุวรรณศร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1,4 ว่าด้วยทรัพย์สิน, หน้า 56.

สาขารณสมบัติของแผ่นดิน

ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ให้ความหมาย * ทะเล : ห้วงน้ำเค็ม
ที่เว้งกว้างใหญ่ แต่เล็กกว่ามหาสมุทร และ ทะเลสาบ : ห้วงน้ำใหญ่ที่มีแผ่นดินล้อมรอบ มี
2 ชนิด คือทะเลสาบน้ำเค็ม และ ทะเลน้ำจืด นอกจากนี้มีผู้ให้ความหมายทะเล ว่า ทะเลความ
หมายทั่วไป พื้นที่ประกอบด้วยน้ำเค็ม 65

เมื่อพิจารณาความหมายของทะเลและทะเลสาบแล้ว จะเห็นได้ว่าทะเลสาบ
เป็นส่วนหนึ่งของทะเล เพราะฉะนั้นเมื่อ มาตรา 1304 ได้ยกตัวอย่างว่าทะเลสาบเป็นสาขารณ
สมบัติของแผ่นดินชนิดหนึ่ง ดังนั้น ทะเลจึงเป็นสาขารณสมบัติของแผ่นดินด้วยเช่นกัน

จากการศึกษาการกำหนดกรรมสิทธิ์ในน้ำใต้ดิน น้ำในอากาศ และน้ำทะเล
ของไทยยังไม่มีกำหนดกรรมสิทธิ์ในน้ำเป็นที่แน่นอน จึงต้องนำหลักกฎหมายใกล้เคียงมาใช้
โดยเฉพาะอย่างยิ่ง น้ำในอากาศ ในขณะนี้ยังไม่ถือว่าเป็นกรรมสิทธิ์ของใคร ในต่างประเทศแต่
เดิมน้ำใต้ดิน น้ำในอากาศไม่มีการกำหนดกรรมสิทธิ์ไว้ แต่เนื่องจากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี
และการใช้น้ำมากขึ้น รัฐเกรงว่าหากไม่กำหนดกรรมสิทธิ์ในน้ำประเภทเหล่านี้ จะเป็นการยาก
แก่การควบคุม ดังนั้นบางประเทศจึงได้มีการกำหนดในพระราชบัญญัติว่า น้ำใต้ดิน น้ำในอากาศ
และน้ำทะเลเป็นของรัฐ เช่น ประเทศฟิลิปปินส์ ประเทศเปรู โดยมากจะเป็นประเทศที่มีการ
ประกาศใช้กฎหมายน้ำ

(2) ส่วนที่เป็นที่ดินที่เกี่ยวกับน้ำ

* พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2525 หน้า 385

65 นพพร โพธิ์รังสิยากร, "กฎหมายทะเล (ตอนที่ 1)" อุลพาท 35 เล่ม 1

(มกราคม - กุมภาพันธ์ 2531), : 30 - 80.

(2.1) พื้นที่ท้องน้ำและที่ชายตลิ่ง

พื้นที่ท้องน้ำ กฎหมายไทยมิได้บัญญัติเรื่องพื้นดินท้องน้ำไว้ในกฎหมาย ซึ่งต่างกับที่ชายตลิ่ง ที่มีบัญญัติไว้ใน มาตรา 1304(2) จึงต้องนำหลักเรื่องแดนกรรมสิทธิ์มาพิจารณาใน มาตรา 1335 มีหลักว่า เหนือพื้นดินเป็นเส้นตั้งฉากขึ้นไปตลอด และได้ดินตั้งฉากลงไปเท่าที่มนุษย์สามารถหยั่งลงไปได้ เจ้าของที่ดินย่อมมีสิทธิใช้สอยในทรัพย์สินนั้น (สิทธิใช้สอยคือมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น ตามมาตรา 1336) และมาตรา 1335 กำหนดแดนกรรมสิทธิ์เฉพาะเรื่องที่ดินเท่านั้น 66 และในประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 1 ที่ดินหมายความว่าพื้นดินทั่วไป รวมถึง ภูเขา ห้วย หนอง คลอง บึง บาง ลำน้ำ ทะเลสาบ เกาะ และที่ชายทะเล ดังนั้นที่ดินตามหลักแดนกรรมสิทธิ์จะรวมถึง ห้วย หนอง คลอง ลำน้ำ ทะเลสาบด้วย เมื่อทางน้ำเหล่านี้ เป็นที่ดินตามแดนกรรมสิทธิ์พื้นท้องน้ำจึงอยู่ในแดนกรรมสิทธิ์ของทางน้ำ ในมาตรา 1304(2) ทางน้ำเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน จึงมีผลทำให้พื้นที่ท้องน้ำเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินตามหลักแดนกรรมสิทธิ์

ที่ชายตลิ่ง กฎหมายไทยได้บัญญัติถึงที่ชายตลิ่ง ในมาตรา 1304(2) ว่าเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน แต่มิได้ให้ความหมายไว้ นักกฎหมายไทยหลายท่านให้ความหมายไว้ดังนี้ ต่อไปนี้ ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช 67 ให้ความหมายว่าหมายถึงที่ซึ่งบริเวณที่มีน้ำขึ้นลงท่วมได้ ตามปกติน้ำท่วมถึงก็ต้องสงวนไว้เพื่อให้ราษฎรได้อาศัยขึ้นลงสู่ลำน้ำได้ ศาสตราจารย์ บัญญัติ สู้ชีวะ ที่ชายตลิ่งหมายถึง ที่ดินที่ติดต่อกับแม่น้ำ ลำคลองหรือทะเลซึ่งในฤดูน้ำปกติน้ำท่วมถึงทุกปี (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 451/2496, 2199/2515) 68 อาจารย์ชัชวรัตน์ วงศ์วัฒนสานต์ อธิบายว่า ที่ชายตลิ่งเป็นบริเวณที่มีน้ำขึ้นลงท่วมถึงได้ตามปกติของธรรมชาติอันอยู่ระหว่างจุดน้ำาลงต่ำสุด และน้ำขึ้นสูงสุด นอกจากนี้ ที่ชายตลิ่งที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน จะต้องมีการสงวนไว้เพื่อให้ประชาชนได้ใช้สอยร่วมกันในการใช้ประโยชน์จากน้ำ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 240/2499, 353-360/2507) 69

66 ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, หน้า 234 และ บัญญัติ สู้ชีวะ, กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, หน้า 182.

67 เรื่องเดียวกัน, หน้า 85.

68 บัญญัติ สู้ชีวะ, กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, หน้า 116.

69 ชัชวรัตน์ วงศ์วัฒนสานต์, "ทิ้งอกริมตลิ่ง," หน้า 124-151.

จะเห็นได้ว่ากรรมสิทธิ์ในพื้นที่ท้องน้ำ และที่ชายตลิ่งตามกฎหมายไทยนั้น จะเหมือนกับการกำหนดกรรมสิทธิ์พื้นที่ท้องน้ำ และที่ริมตลิ่งของประเทศที่ใช้ระบบสาธารณสมบัติของแผ่นดิน เช่น ประเทศฝรั่งเศส หมายความว่าแม่น้ำสายหลักของประเทศ ตามกฎหมายบัญญัติว่าเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน พื้นที่ท้องน้ำ และที่ริมตลิ่งก็เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินเช่นกัน ในขณะที่ทางน้ำ ตามกฎหมายไทยเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน เช่นเดียวกับที่ชายตลิ่งในกฎหมายไทยก็ได้ระบุไว้แล้วว่าเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน สำหรับพื้นที่ท้องน้ำในกฎหมายไทยมิได้ระบุไว้ แต่จากการศึกษาพิจารณาได้ว่าพื้นที่ท้องน้ำ เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินเช่นกัน

(2.2) ที่งอกริมตลิ่ง

ที่งอกตามกฎหมายไทยได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1308 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า "ที่ดินแปลงใดเกิดที่งอกริมตลิ่ง ที่งอกย่อมเป็นทรัพย์สินของเจ้าของที่ดินแปลงนั้น"

ในประมวลกฎหมายแพ่งไทยไม่ได้ให้คำจำกัดความของที่งอกริมตลิ่งไว้ แต่มีนักกฎหมายหลายท่านให้ความหมายไว้ อาทิ ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ ให้ความหมายว่าที่งอกริมตลิ่งว่า หมายถึงที่งอกซึ่งเวลาน้ำขึ้นท่วมไม่ถึง ศาสตราจารย์บัญญัติ สุชีวะ ให้คำจำกัดความว่าหมายถึงที่ดินซึ่งงอกไปจากตลิ่ง และซึ่งเวลาน้ำขึ้นตามปกติท่วมไม่ถึง ทั้งต้องเป็นที่งอกซึ่งเกิดตามธรรมชาติด้วย ส่วนศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ให้คำจำกัดความในทำนองเดียวกัน และเป็นที่ยืนยันว่าไม่ถึง 70 และให้ความเห็นว่าที่งอกตามกฎหมายไทยมีลักษณะที่งอกประเภท Alluvion คือ บริเวณที่ริมตลิ่งที่มีดินและตะกอน โดยถูกกระแสน้ำพัดพาเอาดินทราย กรวด มาทับถมจนพอกพูนตื้นขึ้นมา 71

ความหมายของที่งอกริมตลิ่งจะต้องเป็นที่ดินที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติไม่ใช่

70 นิติ ผดุงชัย, "การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์," หน้า 38-39.

71 ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, หน้า 153.

เกิดจากการกระทำของมนุษย์ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 924/2501) ปรากฏเพิ่มขึ้นจากที่ดินริมฝั่ง
เวลาน้ำขึ้นตามปกติจะท่วมไม่ถึง ที่งอกริมตลิ่งในกฎหมายไทยสามารถเกิดงอกริมตลิ่งในแม่น้ำ
ลำคลอง บึง หนอง ทะเลสาบ แหล่งน้ำทุกชนิด ⁷² (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1138/2484)
ลักษณะการก่อตัวของที่งอกจะต้องงอกทีละเล็กทีละน้อย แทบจะสังเกตเห็นไม่ได้ ⁷³

การได้กรรมสิทธิ์ในที่งอกริมตลิ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย
มาตรา 1308 ใช้คำว่า "ที่งอกย่อมเป็นทรัพย์สินของที่ดินแปลงนั้น" ตามหลักกฎหมายส่วนควบ
เจ้าของทรัพย์สินที่เป็นประธานย่อมมีกรรมสิทธิ์ในบรรดาสวนควบ เพราะฉะนั้นเจ้าของที่ดินที่ที่งอก
ออกมาย่อมเป็นเจ้าของที่งอกริมตลิ่ง หากกรรมสิทธิ์ในที่ดินเดิมเป็นของรัฐที่งอกที่เกิดขึ้นมาก็เป็น
ของรัฐ แต่ถ้าที่ดินเดิมเป็นของเอกชนที่งอกที่เกิดขึ้นจะเป็นของเอกชนเช่นกัน หลักการเรื่อง
กรรมสิทธิ์ในที่งอกนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่าเหมือนกับ
ประเทศอังกฤษ และมลรัฐที่ใช้ระบบ Common Law ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งกำหนดให้ที่งอกนั้นตก
แก่เจ้าของที่ดินชายฝั่ง ในขณะที่ประเทศที่ใช้ระบบสาธารณสมบัติของแผ่นดิน คือ ฝรั่งเศส อิตาลี
กำหนดกรรมสิทธิ์ในที่งอกนั้นออกไปตามประเภทของแม่น้ำ

(2.3) ที่ดินที่อยู่ติดต่อและใกล้กับแหล่งน้ำ

ที่ดินที่อยู่ติดต่อและใกล้แหล่งน้ำ ตามกฎหมายไทยไม่มีบัญญัติไว้โดยตรงเรื่อง
ใครเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ เพราะฉะนั้นจึงต้องพิจารณาตามหลักกรรมสิทธิ์ ถ้าที่ดินดังกล่าวเป็น
ของเอกชน เอกชนก็มีสิทธิกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นและมีสิทธิใช้สอย ตราบเท่าที่การใช้ที่ดินนั้นไม่
ละเมิดสิทธิของผู้อื่น แต่อย่างไรก็ตาม หากรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องใช้ที่ดินดังกล่าวเพื่อสาธารณ

⁷² นิติ ผดุงชัย, "การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์," หน้า 38 - 39 และ 46. ม.ร.ว.

เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, หน้า
154 - 155 และ บัญญัติ สุชีวะ, กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, หน้า 129.

⁷³ โปรดศึกษารายละเอียดการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่งอกริมตลิ่ง ใน นิติ ผดุงชัย,
"การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์," หน้า 38 - 57.

ประโยชน์ รัฐก็สามารถเวนคืนที่ดินได้ * หรือตามกฎหมายอื่น ๆ เช่น พระราชบัญญัติการชลประทานราษฎร์ มาตรา 6,7

ในกฎหมายต่างประเทศโดยมากจะมีได้มีการกำหนดกรรมสิทธิ์ที่ดินที่อยู่ติดต่อกัน และใกล้กับแหล่งน้ำ หากรัฐจะใช้ที่ดินดังกล่าวรัฐก็ต้องเวนคืนที่ดินนั้น แต่ในระยะหลังได้มีการกำหนดที่ดินที่อยู่ติดต่อกันและใกล้กับแหล่งน้ำไว้ เพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับแหล่งน้ำ ประเทศโมร็อกโกจะกำหนดพื้นที่ที่อยู่ติดจากริมฝั่งน้ำออกไปเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน แต่ประเทศญี่ปุ่น จะประกาศเป็นเขตสงวนของแม่น้ำไว้ กรรมสิทธิ์ยังคงเป็นของเจ้าของที่ดินตามเดิม แต่สิทธิการใช้ที่ดินจะถูกควบคุมตามกฎหมาย ประเทศเอธิโอเปียกำหนดให้รัฐจะเข้ามาควบคุมที่ดินที่ติดต่อกับแหล่งน้ำไม่ว่าที่ดินนั้นจะเป็นของรัฐ หรือเอกชน เมื่อพิจารณาแล้วกฎหมายไทยในปัจจุบันมิได้มีการกำหนดเรื่องกรรมสิทธิ์ไว้ และไม่มีการควบคุมที่ดินดังกล่าว หากรัฐจะเข้าไปใช้พื้นที่จะต้องเวนคืนที่ดิน และจะต้องอาศัยกฎหมายอื่นเข้ามาเวนคืน เพราะในขณะนี้ยังไม่มีกฎหมายที่กำหนดในเรื่องการใช้ที่ดินเพื่อนุรักษ์ทรัพยากรน้ำไว้

(2.4) ที่ดินในสวนอื่น ๆ ที่เป็นของเอกชน

ที่ดินในสวนอื่น ๆ ที่เป็นของเอกชน ก็เช่นเดียวกับที่ดินที่อยู่ติดต่อกันและใกล้กับแหล่งน้ำ ถ้าเอกชนเป็นเจ้าของที่ดิน เอกชนผู้นั้นย่อมมีสิทธิใช้สอยในที่ดินของตนได้ตามหลักเรื่องกรรมสิทธิ์ และถ้ารัฐมีความจำเป็นที่ใช้ที่ดินเพื่อสาธารณประโยชน์ รัฐก็สามารถเวนคืนที่ดินของเอกชนได้ ที่ดินในสวนที่เป็นของเอกชนจึงมีกฎหมายควบคุมเหมือนกับที่ดินที่อยู่ติดต่อกันและใกล้กับแหล่งน้ำ ในกรณีเมื่อพิจารณากฎหมายต่างประเทศแล้ว เช่น ประเทศอินเดีย หรือญี่ปุ่น จะมีการกำหนดสิทธิที่จะให้รัฐเข้าไปใช้ที่ดินของเอกชนได้โดยตรงในเรื่องของการดูแลเรื่องน้ำ แต่ในกฎหมายไทยมิได้มีการบัญญัติไว้ การที่รัฐจะเข้าไปใช้ที่ดินของผู้อื่น รัฐจะต้องอาศัยกฎหมายฉบับอื่น แต่สิ่งที่ต้องพิจารณาคือ กฎหมายที่จะกำหนดรัฐเข้าไปดูแลนั้นไม่ได้ให้อำนาจในการเข้าไปจัดการเรื่องน้ำ ดังนั้นที่ดินในสวนอื่น ๆ ที่เป็นของเอกชนรัฐจะไม่สามารถเข้าไปจัดการได้

*พระราชบัญญัติการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 มาตรา 5

จากที่กล่าวมานี้กรรมสิทธิ์ในแหล่งน้ำ และที่ดินที่เกี่ยวกับน้ำในประเทศไทย โดยมากจะไม่มีกฎหมายบัญญัติกำหนดกรรมสิทธิ์ เว้นแต่ ทางน้ำ ทะเลสาบ ที่ชายคลอง และทุ่งอกริมคลอง จึงต้องนำกฎหมายใกล้เคียงมาปรับใช้ และจากการศึกษา กรรมสิทธิ์ในแหล่งน้ำและที่ดินที่เกี่ยวกับน้ำ โดยมากจะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ยกเว้นทุ่งอกริมคลอง ซึ่งกรรมสิทธิ์ยังคงเป็นของเจ้าของทุ่งอกริม เมื่อกรรมสิทธิ์ในน้ำเป็นระบบสาธารณสมบัติของแผ่นดิน นั้นหมายความว่าประชาชนทั่วไปมีสิทธิใช้น้ำตามที่กฎหมายบัญญัติรับรองสิทธิไว้ในฐานะที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน แต่สิทธิในการใช้น้ำดังกล่าวจะถูกจำกัดในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ประชาชนมิได้มีสิทธิใช้น้ำ เป็นไปตามสิทธิในกรรมสิทธิ์ที่มีอยู่ แม้ว่าน้ำจะเป็นของประชาชนทุกคน แต่ประชาชนก็ได้มอบหมายให้รัฐเป็นผู้ดูแลแทน รัฐจะออกกฎหมายมารับรองสิทธิการใช้น้ำของประชาชน กำหนดสิทธิในการใช้สอยน้ำของประชาชนเพื่อสาธารณประโยชน์ สิทธิการใช้น้ำของเอกชนที่รัฐออกกฎหมายมารับรอง สิทธินี้แตกต่างกับการมีกรรมสิทธิ์ในน้ำ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกฎหมายที่กำหนด เรื่องสิทธิการใช้น้ำนั้นไว้ด้วย สิทธิการใช้น้ำจะมีข้อแตกต่างกันทั้งตามประเทศต่าง ๆ และตามลักษณะของแหล่งน้ำ ดังที่จะกล่าวต่อไป

2.3. ทฤษฎีว่าด้วยสิทธิการใช้น้ำของเอกชน

แต่เดิมเอกชนมีสิทธิที่จะใช้น้ำได้บางกรณี โดยปราศจากการแทรกแซงของรัฐ และมีสิทธิเก็บกักน้ำไว้ได้โดยไม่ถูกควบคุม แต่ต่อมาได้มีการเปลี่ยนแปลงสิทธินี้ไปบ้าง ด้วยเหตุผลที่ว่าเพื่อความจำเป็นต่อสาธารณประโยชน์ รัฐจึงต้องเข้ามาแทรกแซงควบคุมการใช้น้ำของเอกชน แต่ทั้งนี้การแทรกแซงของรัฐคือการเข้ามาควบคุมการใช้น้ำของเอกชน โดยการควบคุมการใช้น้ำแหล่งน้ำบางประเภท ซึ่งหากรัฐเห็นว่าแหล่งน้ำที่ไม่มีความสำคัญต่อสาธารณะ หรือเป็นแหล่งน้ำเล็ก ๆ ที่มีปริมาณน้ำน้อย และไม่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม รัฐก็ไม่จำเป็นต้องออกกฎหมายมาควบคุมหรือแทรกแซงการใช้น้ำของเอกชน

2.3.1. สิทธิการใช้น้ำของเอกชนตามกฎหมายต่างประเทศ

กฎหมายต่างประเทศมีระบบกฎหมายที่กำหนดสิทธิการใช้น้ำของเอกชนแตกต่างกัน มี 4 ระบบ คือ

(1) ระบบเจ้าของที่ดินริมฝั่ง Riparian Right System

ระบบนี้วางหลักไว้ว่าให้เจ้าของที่ดินริมฝั่งที่อยู่ติดกับทางน้ำ เป็นผู้มีสิทธิใช้สอยน้ำ สาธารณะสำคัญของระบบนี้กำหนดไว้ว่า "เจ้าของที่ดินย่อมเป็นเจ้าของแหล่งน้ำที่อยู่ติดดิน หรืออยู่ติดกับที่ดิน และเจ้าของที่ดินย่อมมีสิทธิในการใช้น้ำนั้น ๆ ได้เต็มที่ แต่ต้องไม่ใช้จนหมดสิ้นหรือทำลายคุณภาพน้ำจนใช้ต่อไปไม่ได้"⁷⁴ ระบบนี้พัฒนามาจากกฎหมายโรมัน ชาวฝรั่งเศสเป็นผู้ริเริ่มใช้หลักกฎหมายดังกล่าว ต่อมาประเทศอังกฤษจึงได้นำไปใช้ และใช้กันแพร่หลายมากในกลุ่มประเทศระบบ Common Law เช่น ประเทศอังกฤษ, ประเทศสหรัฐอเมริกา หลักการของระบบนี้จะใช้กับแหล่งน้ำเรือเดินได้ และเรือเดินไม่ได้ แต่ต่อมาจะมีการดัดแปลงไปโดยตั้งข้อสงวนเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ร่วมกันว่า กรณีที่ทางน้ำที่เรือเดินได้เป็นสาธารณสมบัติของเจ้าของที่ดิน ซึ่งบุคคลทุกคน ๆ จะมีสิทธิใช้สอยได้เท่า ๆ กับเจ้าของที่ดินเช่น ในรัฐนิวเจอร์ซีย์, วอชิงตัน แต่กฎหมายโรมันเดิม ยังมีให้สิทธิเจ้าของที่ดินชายฝั่งมีสิทธิใช้น้ำระบบบังคับให้เข้าถึงทางน้ำ (Involuntary servitude of access) ดังนั้นเจ้าของที่ดินที่ไม่ติดน้ำจะมีสิทธิใช้น้ำได้หรือไม่ ก็ต้องขึ้นอยู่กับเจ้าของที่ดินริมฝั่ง และในประเทศฝรั่งเศสได้ดัดแปลงระบบนี้โดยให้ เจ้าของที่ดินแปลงถัดไปจากริมน้ำมีสิทธิใช้น้ำผ่านจากที่ดินของเจ้าของที่ดินริมฝั่งได้ ในปัจจุบันจึงมีหลายประเทศให้สิทธิแก่เจ้าของที่ดินที่อยู่ห่างไกลที่จะใช้น้ำในแหล่งน้ำสาธารณะ ถือเป็นภาระจำยอมตามกฎหมายที่เจ้าของที่ดินชายฝั่งต้องยอมให้ผู้ที่อยู่ไกลกว่าวางท่อน้ำ หรือขุดทางน้ำผ่านที่ดินของตนได้ แต่ทั้งนี้จะต้องมีการจ่ายค่าทดแทนให้ก่อน การใช้น้ำไม่ว่าจะโดยเจ้าของหรือไม่ก็ต้องใช้ตามเท่าที่จำเป็นตามสมควร⁷⁵ มลรัฐที่ใช้ระบบนี้ในประเทศสหรัฐอเมริกา คือ มลรัฐทางด้านตะวันออกของประเทศ เช่น มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ นิวยอร์ก แมรีแลนด์ เป็นต้น

หลักการของระบบนี้เหมาะสมกับการใช้น้ำแบบชุมชน หรือเกษตรกรรม เพราะระบบนี้เวสท์ยังสามารถพอกตัวเองได้ตามธรรมชาติ จึงไม่ทำให้ผู้ที่อยู่ตื้นน้ำเดือดร้อนแต่อย่างใด ทรายาดิตที่ยังไม่มีการใช้น้ำในบริเวณต้นน้ำ จนทำให้ปริมาณน้ำขาดแคลนสำหรับผู้ที่อยู่อาศัยทาง

74 โครงการจัดการสิ่งแวดล้อมอุตสาหกรรม, "กฎหมายที่ใช้ควบคุมการใช้แหล่งน้ำและหลักการในการกำหนดมาตรฐานน้ำทิ้ง," (กรุงเทพมหานคร : สภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย, ม.ป.ท.), (อட்சาเนา)

ด้านปลายน้ำ ต่อมาเมื่อมีการขยายตัวทางชุมชน เปลี่ยนแปลงสภาพเศรษฐกิจและสังคม ปัญหาของความไม่เหมาะสมของระบบนี้มีมากขึ้น จึงได้มีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงระบบโดยการนำหลักการต่าง ๆ มาใช้ เช่น หลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผล (Principle of reasonable use)⁷⁶ หมายความว่าเจ้าของที่ดินที่อยู่ติดแหล่งน้ำ แม้จะมีสิทธิในการใช้น้ำก็ตาม แต่ก็ต้องใช้ด้วยความสมเหตุสมผล โดยคำนึงถึงผู้ที่อยู่ปลายน้ำอื่น ๆ ด้วย หลักการที่สอง คือการกำหนดสิทธิในการใช้น้ำ (Prescriptive right) สำคัญคือ เจ้าของที่ดินที่อยู่ด้านปลายน้ำ และมีได้ใช้น้ำ จะเอาผิดกับเจ้าของที่ดินติดแหล่งน้ำที่อยู่ต้นน้ำ และใช้น้ำอย่างเปิดเผยเป็นที่ทราบกันโดยทั่วไป ย่อมกระทำไม่ได้ หลักกฎหมายนี้เกิดจากคดี Pennsylvania Coal Co. Vs Sanderson⁷⁷

(2) ระบบผู้ยึดถือก่อนเป็นผู้มีสิทธิ Prior Appropriation System

สาระสำคัญของระบบนี้คือ ผู้ใดใช้น้ำก่อนจำนวนเท่าใด ก็ย่อมจะได้รับจัดสรรให้ได้สิทธิตามจำนวนนั้น ครอบเท่าที่ยังใช้น้ำอยู่ ระบบนี้ให้ผู้เข้าใช้น้ำก่อนเป็นผู้มีสิทธิจะได้ใช้น้ำ และกำหนดให้เจ้าของที่ดินชายฝั่งต่าง ๆ ใช้น้ำได้แต่ตามสภาพปกติ (Reasonable Use) นอกจากนี้ระบบนี้ให้สิทธิขาดในการใช้น้ำรวมทั้งจำนวน และวัตถุประสงค์ของการใช้น้ำเป็นอำนาจของเจ้าของสิทธิโดยตรง สิทธิการใช้น้ำนี้สามารถขายได้ และผู้มีสิทธินี้ไม่จำเป็นต้องอยู่ติดกับแหล่งน้ำ ข้อสำคัญคือ ผู้ใช้น้ำจะมีข้อผูกพันว่า จะต้องใช้น้ำตามที่ได้รับจัดสรร มิฉะนั้นอาจสูญเสียสิทธิการใช้น้ำในปีต่อ ๆ ไปได้⁷⁸ มลรัฐที่ใช้ระบบนี้ในประเทศสหรัฐอเมริกา คือ มลรัฐทางด้านตะวันตก และภาคกลางของประเทศ เช่น มลรัฐเนวาด้า โคโรลาโด ยูทาห์ เป็นต้น

⁷⁵ Joseph L. Sax and Robert H. Abrams, Legal Control of Water Resources, (ST. Paul : West Publishing Co., 1986), pp 154 - 158. และชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, "การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายว่าด้วยทรัพยากรน้ำ" อ้างถึงใน Ludwik A. Teclaff, Water Law in Historical Perspective (1985) หน้า 6-7, 11, 26.

⁷⁶ Roger A. Cunningham, William B. Stoebuck and Dale A. Whitman, The Law of Property, p. 421.

⁷⁷ โครงการจัดการสิ่งแวดล้อมอุตสาหกรรม, "กฎหมายที่ใช้ควบคุมการใช้น้ำและหลักการในการกำหนดมาตรฐานน้ำทิ้ง," (อัครสาเนา)

แต่อย่างไรก็ตามในมลรัฐบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ระบบผสม ในการกำหนดสิทธิการใช้น้ำของเอกชน คือระบบ Riparian Right System กับระบบ Prior Appropriation System เช่น มลรัฐแคลิฟอร์เนีย คาโกต้าใต้ เท็กซัส เป็นต้น

(3) ระบบการอนุญาต Permit System

ระบบนี้รัฐจะเข้ามาจัดสรรการใช้น้ำโดยการพิจารณาเป็นราย ๆ ไป จะไม่วางเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป แรกเริ่มระบบนี้ใช้กับแหล่งน้ำขนาดใหญ่ ต่อมาขยายไปใช้กับแหล่งน้ำ สาธารณะทั่วไป เพราะเห็นว่าระบบนี้จะ เป็นประโยชน์ในการจัดสรรน้ำ การควบคุมการใช้น้ำ โดยปกติระบบอนุญาตจะมีการกำหนดระยะเวลาในการอนุญาตไว้ และกำหนดเงื่อนไขที่ผู้ได้รับ อนุญาตจะต้องปฏิบัติตาม หากไม่ปฏิบัติตาม ก็จะถูกเพิกถอนใบอนุญาต หรือไม่ได้รับใบอนุญาตต่อไป นอกจากนี้หากรัฐจะยุติการให้ใช้ประโยชน์ตามที่ได้รับอนุญาต รัฐก็สามารถไม่ออกใบอนุญาตให้อีก ทั้งนี้โดยที่รัฐอาจไม่ต้องจ่ายค่าทดแทนให้แก่เอกชนได้ มลรัฐที่ใช้ระบบนี้ในประเทศสหรัฐอเมริกา คือ มลรัฐวอชิงตัน ฟลอริดา สำหรับประเทศอื่นโดยมากระบบนี้จะใช้กับการกำหนดสิทธิใช้น้ำใน แหล่งน้ำที่มีได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง เช่น น้ำใต้ดิน ⁷⁹

(4) ระบบกำหนดให้น้ำเป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชน (Declarations of Private ownership of water)

ระบบนี้กำหนดให้แหล่งน้ำบางประเภทเป็นกรรมสิทธิ์ของประชาชนได้ โดยรับรอง

⁷⁸ Joseph L. Sax and Robert H. Abrams, Legal Control of Water Resources, pp 278 - 279. และชัชวรัตน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, "การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายว่า ด้วยทรัพยากรน้ำ" หน้า 8 - 9. อ้างถึงใน Ludwik A. Teclaff, Water Law in Historical Perspective (1985) หน้า 6 - 7, 11, 26.

⁷⁹ Joseph L. Sax and Robert H. Abrams, Legal Control of Water Resources, pp 593 - 600. และชัชวรัตน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, "การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายว่า ด้วยทรัพยากรน้ำ" อ้างถึงใน Ludwik A. Teclaff, Water Law in Historical Perspective (1985) หน้า 6 - 7, 11, 26.

ให้เจ้าของที่ดินมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการใช้น้ำจากแหล่งน้ำประเภทต่าง ๆ แต่การให้กรรมสิทธิ์ในแหล่งน้ำบางประเภทได้นั้น ไม่ได้หมายความว่าให้เป็นสิทธิเด็ดขาด รัฐยังมีสิทธิที่จะเข้ามาควบคุมแทรกแซงจัดการกับแหล่งน้ำนั้นได้ หากการใช้น้ำนั้นอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อแหล่งน้ำอื่น ๆ โดยส่วนรวม นอกจากนี้ รัฐยังอาจเวนคืนแหล่งน้ำของเอกชนมาเป็นของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะได้เช่นกัน ตัวอย่างเช่น ประเทศฟิลิปปินส์ซึ่งเคยบัญญัติไว้ใน The Philippine Civil Code article 425 แต่ปัจจุบันประเทศฟิลิปปินส์ ได้มีกฎหมายน้ำกำหนดให้เป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ และประเทศเกาหลีใต้ บัญญัติไว้ใน The Korean Civil Code article 212. ⁸⁰

(5) แหล่งน้ำอื่น ๆ ที่ไม่เข้าระบบกฎหมายที่กำหนดสิทธิการใช้น้ำของเอกชน ระบบทั้ง 4 ระบบ นี้โดยมากเป็นการกำหนดสิทธิการใช้น้ำจากทางน้ำ แม่น้ำเป็นหลัก แต่ในความเป็นจริงแล้วแหล่งน้ำมิได้มีเฉพาะทางน้ำ และแม่น้ำเท่านั้น ยังมีแหล่งน้ำอื่น ๆ เช่น น้ำผิวดิน น้ำใต้ดิน บางประเทศก็ได้มีการระบุไว้ในการให้สิทธิใช้น้ำของเอกชนในแหล่งน้ำอื่น ๆ ในประมวลกฎหมายแพ่ง และกฎหมายเฉพาะ จึงแยกพิจารณาตามประเภทของแหล่งน้ำได้ ดังนี้ ⁸¹

(5.1) น้ำผิวดิน (Distributed surface waters)

ในประมวลกฎหมายแพ่งของบางประเทศ ได้บัญญัติรับรองสิทธิการใช้น้ำผิวดินระหว่างเอกชนไว้ เช่น หน้าที่ในการรับน้ำซึ่งไหลมาตามธรรมชาติและปล่อยน้ำออกไป การเก็บกักน้ำตามเท่าที่จำเป็น สิทธิการนำน้ำมาใช้โดยผ่านที่ดินของผู้อื่น การระบายน้ำผ่านทางที่ดินของผู้อื่นโดยใช้ค่าสินไหมทดแทน บทบัญญัติเหล่านี้เป็นการรับรองสิทธิของเอกชนและบังคับระหว่างเอกชนด้วยกัน โดยรัฐจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้อง ตัวอย่างเช่น ประเทศเกาหลีใต้ ซึ่งปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งของเกาหลีใต้ มาตรา 221-225 ⁸² และในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1339, 1340 เป็นต้น

⁸⁰ United Nations, Guidelines for the Drafting of Water Codes, p.69.

⁸¹ Ibid., pp. 20 - 26.

⁸² Ibid., pp. 70 - 71.

(5.2) น้ำใต้ดิน (Underground waters)

โดยมากประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศต่าง ๆ มิได้ระบุเรื่องสิทธิการใช้สอยน้ำใต้ดินของเอกชนโดยตรง แต่จะออกกฎหมายเฉพาะขึ้นมา และกำหนดให้เอกชนสามารถขุดเจาะที่ดินของตนเพื่อสูบน้ำใต้ดินมาใช้ได้ ในปริมาณที่จำกัดและเท่าที่จำเป็นภายใต้การควบคุมของรัฐ โดยต้องขออนุญาต เช่น ประเทศเกาหลีใต้⁸³ และประเทศไทย

(5.3) น้ำจากแม่น้ำหรือทางน้ำ (water in river and watercourses)

ในการกำหนดสิทธิการใช้สอยน้ำในแม่น้ำ หรือทางน้ำ แม้ว่าจะมีระบบกฎหมายทั้ง 4 ระบบที่กล่าวมาในเบื้องต้น แต่บางประเทศก็มีได้ใช้ระบบ 4 ระบบดังกล่าวโดยตรง บางประเทศยอมนำระบบบางระบบเข้าไปใช้ในการกำหนดสิทธิการใช้สอยน้ำแหล่งน้ำประเภทในที่นี้จึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาสิทธิการใช้สอยน้ำจากแม่น้ำ และทางน้ำ แม่น้ำบางประเทศถูกกำหนดแยกแม่น้ำออกเป็น 2 ประเภท คือ แม่น้ำสายหลัก และแม่น้ำสายรอง ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากแม่น้ำที่เรือเดินได้ ถ้าเป็นแม่น้ำที่เรือเดินได้จะถือว่าเป็นแม่น้ำสายหลัก เช่น ประเทศฝรั่งเศส แต่ในบางประเทศให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจพิจารณาว่า แม่น้ำสายใดเป็นแม่น้ำสายหลัก เช่น ประเทศญี่ปุ่น และประเทศเกาหลีใต้⁸⁴

(5.3.1) แม่น้ำสายรอง (Minor rivers)

ประเทศเกาหลีใต้ยอมรับแนวความคิดที่ว่าพื้นดินใต้ท้องน้ำ เป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดิน ฉะนั้น เจ้าของที่ดินแปลงย่อมมีสิทธิเหนือและใต้ที่ดินนั้นด้วย ทำให้มีผลไปถึงน้ำที่ไหลอยู่ภายในเขตที่ดินของเจ้าของที่ดินด้วย จึงทำให้เกิดแนวความคิดที่ว่าเจ้าของที่ดินมีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะชักน้ำมาใช้ประโยชน์ แต่ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยอ้างว่าไม่เป็นการยุติธรรมในการแบ่งสรรน้ำได้ เจ้าของที่ดินที่จะใช้น้ำควรมีสิทธิเท่าที่ตนมีขอบเขตเท่านั้น ซึ่งทำให้มีผลเหมือนกับหลักการของน้ำผิวดินที่เจ้าของที่ดินต้องปล่อยน้ำไหลอย่างอิสระ จะชักน้ำเอาไปใช้เกินความจำเป็นไม่ได้ แต่อย่างไรก็ตามแม่น้ำสายรองเป็นส่วนหนึ่งของแม่น้ำสายหลัก รัฐจำต้องเข้ามี

⁸³ Ibid., pp. 21, 71 - 72.

⁸⁴ Ibid., pp. 21 - 22.

บทบาทควบคุม รัฐจึงสามารถเข้าแทรกแซงการใช้น้ำของเอกชนได้ 85

(5.3.2) แม่น้ำสายหลัก (Major rivers)

ประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากระบบ Civil Law มักจะถือ
ว่าแม่น้ำขนาดใหญ่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน เช่น ประเทศฝรั่งเศส หรือไม่ก็เป็นของรัฐ รัฐ
จึงมีอำนาจเข้ามาควบคุมการใช้น้ำได้เสมอ สิทธิของเอกชนในการใช้สอยน้ำจะถูกจำกัดโดยการ
ได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐเท่านั้น 86

แต่อย่างไรก็ตาม มีบางประเทศยอมรับสิทธิการใช้น้ำของเจ้าของที่ดินริมฝั่ง
โดยยอมให้ชักน้ำเอาไปใช้ได้ เช่น ประเทศเกาหลีใต้ * บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์ มาตรา 231 กำหนดให้เจ้าของที่ดินริมฝั่งสามารถชักน้ำไปใช้ในปริมาณเท่าที่จำเป็นเพื่อ
ประโยชน์แก่การเกษตรกรรมในที่ดินของตนได้ หรือกฎหมายน้ำของรัฐนิวเซาท์เวลส์ มาตรา 7 87
ให้เจ้าของที่ดินชายฝั่งแม่น้ำสามารถชักน้ำมาใช้ภายในครัวเรือนหรือการเพาะปลูกได้ (แต่พื้นที่
ที่ใช้ในการเพาะปลูกต้องไม่เกิน 5 เอเคอร์) โดยรัฐจะไม่เข้ามาควบคุม แต่อย่างไรก็ตาม รัฐ
ก็ยังสงวนสิทธิการใช้น้ำของเอกชนได้ยามภาวะเกิดขาดแคลนน้ำ

* The Korean Civil Code, article 231, provides:

"(i) Those engaged in agriculture (on land adjacent to) the
banks of public rivers may draw from the river water necessary to the
carrying out of their business provided that they do not disturb the
use of water by other persons who are entitled to it.

(ii) Works necessary for drawing water under the previous
paragraph may be constructed."

85 Ibid., p. 22.

86 Ibid., p. 22.

87 Ibid., pp. 74 - 75.

2.3.2 สิทธิการใช้น้ำของเอกชนตามกฎหมายไทย

การกำหนดสิทธิการใช้น้ำของเอกชนจากแหล่งน้ำต่าง ๆ มีหลายระบบแต่ในปัจจุบันนี้ในหลายประเทศเข้ามาควบคุมการใช้น้ำของเอกชนกันมากขึ้น ด้วยเหตุผลที่ว่าเพื่อสาธารณประโยชน์ของประชาชน สำหรับในประเทศไทยสิทธิการใช้น้ำของเอกชนมิได้มีกฎหมายบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้เห็นเด่นชัด ในกรณีสิทธิการใช้น้ำของเอกชนในแหล่งน้ำแต่ละประเภท แต่ได้บัญญัติเพื่อรับรองสิทธิของเอกชนในการใช้น้ำทั่วไป นอกจากนี้ยังกระจัดกระจายอยู่ตามกฎหมายในพระราชบัญญัติต่าง ๆ ในการพิจารณาถึงสิทธิการใช้น้ำของเอกชนตามกฎหมายไทย แยกพิจารณาตามประเภทของแหล่งน้ำต่าง ๆ

สิทธิที่เกี่ยวกับการใช้น้ำในประเทศไทยมีมานานแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งทางภาคเหนือและภาคตะวันออกเฉียงเหนือ และปรากฏในกฎหมายฉบับแรกคือ กฎหมายมังรายศาสตร์ ซึ่งกำหนดว่า ชาวบ้านจะมีสิทธิใช้น้ำได้จะต้องเอาแรงงานไปแลกกับการทำงานให้กษัตริย์ จากหลักนี้ได้เปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา ในภาคเหนือมีลักษณะเป็น Community Right โดยมีองค์กรผู้ใช้น้ำเป็นผู้ควบคุม ผู้ใช้น้ำต้องจะทำสัญญาเหมืองฝาย โดยกำหนดให้ผู้ใช้น้ำเข้าทำงานในเหมืองฝายเพื่อแลกกับสิทธิการใช้น้ำ ส่วนทางภาคตะวันออกเฉียงเหนือเป็นลักษณะสิทธิ Private Right ชาวบ้านจะทำการขุดฝายดินเพื่อท่อน้ำ การท่อน้ำได้มาน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับกำลังความสามารถของตนเอง เจ้าของที่ดินที่ขุดฝาย หรือเจ้าของฝายจะเป็นผู้พิจารณาว่าตนจะระบายน้ำไปให้เพื่อนบ้านหรือไม่ (เหมือนกับระบบของกฎหมายโรมันเดิม) ถ้ามีสัมพันธไมตรีกัน เพื่อนบ้านมีส่วนร่วมในการก่อสร้างซ่อมแซมฝาย เจ้าของฝายจะระบายน้ำให้ นอกนั้นสิทธิการใช้น้ำจะเป็นไปตามกฎหมายบัญญัติไว้ โดยรัฐจะเข้ามาควบคุม ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติต่าง ๆ ซึ่งแยกพิจารณาตามประเภทของแหล่งน้ำได้ดังนี้

(1) น้ำผิวดิน (Surface Waters)

น้ำผิวดิน ส่วนใหญ่จะเกิดจากน้ำฝนที่ตกลงมา แล้วไหลไปตามพื้นดินก่อนที่จะลงสู่แหล่งน้ำตามธรรมชาติ กฎหมายไทยได้บัญญัติรับรองสิทธิในการใช้น้ำผิวดิน ระหว่างเอกชนไว้หลายกรณี โดยแยกตามหน้าที่หรือภาระในการรับน้ำและสิทธิของผู้ใช้น้ำ

หน้าที่หรือภาระในการรับน้ำ

1. ภาระในการรับน้ำจากที่สูง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1339 วรรคหนึ่ง ซึ่งได้กล่าวมาแล้วว่า ในมาตราดังกล่าวมีหลักว่า เจ้าของที่ดินอยู่ต่ำกว่า จะต้องยอมรับน้ำที่ไหลจากที่สูงมาที่ดินของตน จะปิดกั้นมิให้น้ำไหลลงไม่ได้ ที่ดินดังกล่าวจะต้องที่ดินที่สูงต่ำจะ ตามธรรมชาติ ไม่ใช่ที่ดินที่เกิดจากการถมที่สูง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1568/2505, 1205/2515)

2. ภาระในการรับน้ำที่ระบายเข้ามา ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1340 เจ้าของที่ดินต่ำกว่า ต้องยอมรับน้ำที่ไหลระบายจากที่ดินสูงลงสู่ที่ดินของตน น้ำที่ไหลเข้าไบนั้นเกิดจากการระบายน้ำ ด้วยวิธีระบายน้ำที่เจ้าของที่ดินสูงได้จัดทำขึ้น แต่มีเงื่อนไขว่าก่อนที่จะมีการระบายน้ำนั้น ตามปกติน้ำได้ไหลเข้าไปในที่ดินต่ำกว่าอยู่แล้ว อย่างไรก็ตามเจ้าของที่ดินต่ำกว่า สามารถเรียกร้องให้เจ้าของที่ดินสูง ที่ทำระบายน้ำทางระบายน้ำและออกค่าใช้จ่ายในการทำทางระบายน้ำให้ และยังมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทน ในกรณีที่เกิดความเสียหาย⁸⁸

3. ภาระในการรับน้ำฝน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1341 บัญญัติห้ามมิให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ ทำหลังคา หรือปลูกสร้างอย่างอื่น ซึ่งจะทำให้น้ำฝนที่ตกลงมา ถูกทรัพย์สินที่อยู่ติดต่อกัน ตามมาตรานี้ หมายถึงการสร้างสิ่งปลูกสร้างภายในแดนกรรมสิทธิของตนเอง แต่ถ้าสร้างชิดกันเกินไป เช่น หลังคา รางน้ำ จึงมีผลทำให้น้ำฝนที่ตกลงมาตามธรรมดาถูกสิ่งกีดขวางนั้น แล้วไปถูกทรัพย์สินของผู้อื่น กฎหมายจึงห้ามมิให้สร้างสิ่งปลูกสร้างดังกล่าว แต่ถ้า น้ำฝนที่ตกลงมานั้น ถ้าเป็นละอองหรือตกลงมาเพราะมีพายุจัด แต่ไม่ได้ตกลงมาเพราะการสร้างสิ่งกีดขวางนั้น ก็จะไม่ฟ้องร้องไม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 75/2471)⁸⁹

4. ภาระในการยอมรับให้เจ้าของที่ดินข้างเคียง มีสิทธิได้ใช้สอยที่ดินเพื่อจัดการน้ำ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1352 บัญญัติว่า เจ้าของที่ดินต้องยอมให้ผู้อื่นวางท่อน้ำ

⁸⁸ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์, หน้า 250-252.

⁸⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 252.

ท่อระบายน้ำ สายไฟฟ้า หรือสิ่งอื่นใดซึ่งคล้ายกันผ่านที่ดินของตน เพื่อประโยชน์ในการแก่ที่ดินที่ติด
 ต่อ โดยเจ้าของที่ดินที่ต้องยอมรับการวางสิ่งใดไว้นั้น จะมีสิทธิได้รับค่าทดแทนตามสมควร

มาตรานี้ เป็นการจำยอมที่เจ้าของที่ดินจำต้องยอมรับกรรมบางอย่าง ในอันที่จะ
 ให้เจ้าของที่ดินติดต่อกิจการ เพื่อการใช้สอยน้ำ เช่น วางท่อน้ำ ท่อระบายน้ำ การที่เจ้าของ
 ที่ดินที่ติดต่อกวางท่อน้ำนั้น จะต้องปรากฏว่า ไม่มีทางอื่นที่จะวางท่อน้ำแล้วด้วย 90

สิทธิในการใช้น้ำ

1. สิทธิในการเก็บกักน้ำ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1339 วรรค 2
 บัญญัติว่า เจ้าของที่ดินที่สูงกว่า มีสิทธิกันเอน้ำที่ไหลตามธรรมชาติมาซึ่งที่ดินของตน ไว้ใช้ได้ตาม
 เท่าที่จำเป็น นอกจากนั้นต้องปล่อยให้ไหลไปตามธรรมดา เพื่อให้เจ้าของที่ต่ำกว่าได้รับประโยชน์
 ในน้ำด้วย ตัวอย่างเช่น เจ้าของที่สูงกว่าอาจเปิดประตูน้ำให้เข้าไร่นาของตน หรือห้ามขุดบ่อกั้น
 น้ำไว้ได้เท่าปริมาณที่จำเป็น สำหรับประโยชน์ประกอบกิจการของตน

2. สิทธิในการถือเอน้ำจากแหล่งน้ำในที่ดินของผู้อื่น ปรากฏอยู่ใน ประมวลกฎหมาย
 แพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1353 โดยวางหลักว่า บุคคลจะพาปศุสัตว์ของตน เข้าไปในที่ดินของ
 ผู้อื่นได้นั้น ต้องเป็นการพาเข้าไปเลี้ยง และพาเข้าไปเอน้ำในบ่อหรือสระมาใช้ น้ำที่จะเข้า
 ไปเอาใช้นั้น ต้องเท่าที่จำเป็นและน้ำต้องอยู่ในบ่อหรือสระแล้ว จะไปขุดบ่อขุดสระไม่ได้ใน
 มาตรานี้ มีข้อยกเว้นอยู่ 3 ประการ คือ ต้องเป็นที่ดินที่เจ้าของที่ดินมิได้กั้นไว้ ประการที่สอง
 ถ้าเป็นที่ดินเพาะปลูก จะเข้าไปเอน้ำใช้ไม่ได้ และประการสุดท้าย ถ้าเจ้าของห้าม ก็เข้าไป
 ไม่ได้ 91

90 บัญญัติ สุชีวะ, กฎหมายลักษณะทรัพย์, หน้า 213 - 215.

91 ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมาย
 ลักษณะทรัพย์, หน้า 278 - 279.

(2) น้ำตามทางน้ำธรรมชาติ

น้ำตามทางน้ำธรรมชาติ คือน้ำที่ไหลไปตามทางน้ำ ความหมายเดียวกับทางน้ำ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1304(2) น้ำตามทางน้ำธรรมชาติ มีบัญญัติไว้ใน มาตรา 1355 ซึ่งเป็นการกำหนดว่า เจ้าของที่ดินริมทางน้ำไม่มีสิทธิจะชักน้ำเอาไว้เกินตาม ความจำเป็นแก่ประโยชน์ของตนตามควร ซึ่งต่างกับมาตรา 1339 วรรค 2 เป็นเรื่องของ เจ้าของที่ดินที่อยู่สูงกว่า มีสิทธิกันเอาน้ำไปใช้เท่าที่จำเป็นแก่ที่ดิน และในมาตรา 1355 นี้ ใช้น้ ึ่งคับใน เรื่องที่ดินที่อยู่บนริมฝั่งทางน้ำ และมีที่ทางน้ำไหลผ่านผาเข้าไป เป็นการจำกัดของเขต การใช้น้ำของเอกชนไม่ให้ชักน้ำเก็บไว้เกินจำเป็น อันจะเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายแก่ เจ้าของที่ดินแปลงอื่นที่อยู่ตามทางน้ำ (คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 317/2509) ⁹²

นอกจากในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้บัญญัติรับรองสิทธิการใช้น้ำระหว่างเอกชน จากทางน้ำตามธรรมชาติแล้ว โดยที่รัฐไม่ได้เข้ามาแทรกแซง หรือควบคุมแต่ ่อย่างใดก็ตามสิทธิดังกล่าว แต่สิทธิดังกล่าวมิใช่สิทธิเด็ดขาด เพราะอาจถูกจำกัดการใช้น้ำได้ โดยการที่รัฐเข้ามาแทรกแซงหรือควบคุม เพื่อสาธารณชนประโยชน์ เช่น ในยามที่เกิดขาดแคลน น้ำ รัฐมีสิทธิเข้ามาจัดสรรการใช้น้ำของเอกชนได้ ตัวอย่างเช่น การใช้น้ำทางชลประทาน ซึ่ง ปรากฏใน พระราชบัญญัติการชลประทานราษฎร์ พ.ศ.2482 และพระราชบัญญัติการชลประทาน หลวง พ.ศ.2485. ในพระราชบัญญัติการชลประทานราษฎร์ พ.ศ.2482 ฉบับนี้ ตราขึ้นมา ึ่งเพื่อการควบคุมการชลประทาน ที่บุคคลจัดทำขึ้นเพื่อนำน้ำจากทางน้ำ หรือแหล่งน้ำใด ๆ ไปใช้ ในการเพาะปลูก รัฐมีอำนาจเข้ามาจัดสรรการใช้น้ำ โดยการสั่งปิดหรืองดใช้ส่วนใดส่วนหนึ่งของ การชลประทานไว้ได้ชั่วคราว เพื่อประโยชน์ในการแบ่งปันน้ำยามขาดแคลนน้ำ หรือเพื่อความ ปลอดภัย หรือผาสักของสาธารณชน *

สำหรับพระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พ.ศ.2485 กฎหมายฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์ เป็นการดำเนินงานของรัฐ เพื่อจัดให้ได้มาซึ่งน้ำหรือเพื่อกัก เก็บ รักษา ควบคุม ส่ง

* พระราชบัญญัติชลประทานราษฎร์ พ.ศ.2482 มาตรา 5

⁹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 281.

ระบาย หรือแบ่งน้ำเพื่อเกษตรกรรม การพลังงาน การสาธารณสุข ปลา กุ้ง คือให้อำนาจรัฐในการ
ดำเนินงานเพื่อจัดหาน้ำ สำหรับการชลประทานแก่ประชาชน *

(3) น้ำใต้ดิน

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่า การขุดเจาะ การสูบน้ำบาดาลขึ้นมาใช้นั้น ต้องขออนุญาต
จากพนักงานเจ้าหน้าที่ก่อนและจะต้องอยู่ในเขตท้องที่เขตน้ำบาดาล ** ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ เป็น
การที่รัฐเข้ามาควบคุมการใช้น้ำใต้ดินของเอกชน โดยการที่จะต้องใช้ให้รัฐกำหนดเขตน้ำบาดาล
และผู้จะขุดเจาะน้ำบาดาล ต้องได้รับอนุญาตเสียก่อน

(4) น้ำทะเล

กฎหมายไทยไม่มีกฎหมายฉบับใดที่บัญญัติ เรื่องการรับรองสิทธิการใช้น้ำ
ทะเลของเอกชนโดยตรง จึงต้องพิจารณาตามกฎหมายใกล้เคียง จากการศึกษา ทะเลเป็นทางน้ำ
ประเภทหนึ่ง ตามมาตรา 1304(2) ซึ่งในกรณีนี้ถือว่า น้ำทะเล ก็เป็นน้ำตามธรรมชาติ ดังนั้น
สิทธิการใช้น้ำของเอกชนในน้ำทะเล จึงเหมือนกับน้ำตามทางน้ำธรรมชาติ นอกจากนี้ยังมี
กฎหมายที่กำหนดขอบเขตพื้นที่ของการใช้น้ำทะเล คือจะมีสิทธิใช้น้ำทะเลได้ เขตชายฝั่งทะเล
เขตเศรษฐกิจจำเพาะ 200 ไมล์ทะเล

(5) น้ำในอากาศ

จากที่ได้กล่าวมาน้ำในอากาศเป็นน้ำที่ไม่มีเจ้าของ เพราะฉะนั้นสิทธิการใช้น้ำ
น้ำในอากาศของเอกชน ตามกฎหมายไทย จึงไม่มีการรับรองสิทธิหรือข้อกำหนดแต่อย่างใด เอกชน
จึงมีสิทธิใช้ได้ตราบเท่าที่การใช้สิทธิของตนนั้น จะไม่กระทบสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลอื่น

* พระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พ.ศ.2485 มาตรา 4

** พระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ.2520 มาตรา 16 และประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม ฉบับที่ 1 (พ.ศ.2521)

ปัญหากฎหมายไทยเกี่ยวกับสิทธิในน้ำ

จากการศึกษาทฤษฎีว่าด้วยกรรมสิทธิในน้ำ และสิทธิการใช้น้ำของเอกชน ผลของการพิจารณาเห็นได้ว่า ประเทศไทยนาระบบสาธารณสมบัติของแผ่นดินมากำหนดกรรมสิทธิในน้ำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1304(2) ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาทางด้านกฎหมายหลายประการทั้งใน อาทิ การตีความ การบังคับใช้ เป็นต้น ดังจะได้กล่าวต่อไป

1. สิทธิในน้ำตามกฎหมายไทยเป็นระบบสาธารณสมบัติของแผ่นดิน โดยกำหนดให้แหล่งน้ำบางประเภทเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน เป็นทรัพย์สินที่ประชาชนใช้ร่วมกัน กฎหมายจึงให้ความคุ้มครองไว้หลายประการเช่น การห้ามโอน ห้ามยกอายุความขึ้นต่อสู้ และห้ามยึด ส่วนสิทธิการใช้น้ำในสาธารณสมบัติของแผ่นดิน กฎหมายที่กำหนดเรื่องสาธารณสมบัติของแผ่นดินเป็นกฎหมายทั่วไปที่ไม่ได้เข้ามาควบคุมการใช้น้ำของเอกชน จะมีน้ำบางประเภทที่มีกฎหมายออกมาควบคุมการใช้น้ำของเอกชน เช่น น้ำใต้ดิน (พระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. 2520) น้ำที่ใช้ในการเกษตรและอุตสาหกรรม (พระราชบัญญัติการชลประทานราษฎร์ พ.ศ. 2482, พระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พ.ศ. 2485) น้ำประปา (ตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58, พระราชบัญญัติการประปานครหลวง พ.ศ. 2510 และ พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522) เป็นต้น แต่ก็ยังมีน้ำบางประเภทที่ไม่มีกฎหมายออกมาควบคุมเฉพาะ และกฎหมายทั่วไปตามหลักสาธารณสมบัติก็ไม่สามารถเข้าไปควบคุมการใช้น้ำของเอกชนได้ เช่น น้ำตกนอกเขตอุทยาน วนอุทยาน หรือน้ำในอากาศ

นอกจากนี้การที่กำหนดให้น้ำสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ทำให้ประชาชนทุกคนมีสิทธิใช้น้ำได้เท่าเทียมกันนั้น รัฐจึงไม่สามารถเข้าไปจำกัดปริมาณการใช้น้ำของเอกชนได้ (ทั้งนี้เนื่องมาจากการข้อจำกัดในเรื่องความเท่าเทียมกันของระบบสาธารณสมบัติของแผ่นดิน) รัฐจึงไม่สามารถเข้าไปควบคุม เว้นแต่กรณีที่เอกชนมีปัญหาเอกชนด้วยกัน รัฐจะเข้าไปวินิจฉัยคดีให้เท่านั้น หากเอกชนใช้สิทธิในน้ำกระทบไปถึงรัฐ เช่น ยึด โอน รัฐจึงมีสิทธิที่จะเข้าไปควบคุมตามที่กฎหมายกำหนด (มาตรา 1305 - 1307) ผลของการเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน หากเอกชนรายใดใช้น้ำเกิน รัฐจะไม่สามารถเข้าไปควบคุม เว้นแต่รัฐจะเสียหายตามหลักเรื่องละเมิด แม้ในปัจจุบันนี้จะมี พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 มาตรา 96 ให้รัฐสามารถฟ้องร้องค่าเสียหายได้ แต่กรณีดังกล่าวเป็นการให้อำนาจหน่วยงานของ

รัฐที่ได้รับความเสียหายโดยตรงเท่านั้น มิใช่ให้ฟ้องเรียกค่าเสียหายที่เกิดแก่ตัวน้ำ

2. ประเภทแหล่งน้ำที่ถูกกฎหมายควบคุม ในมาตรา 1304(2) ถือว่าทางน้ำ และ ทะเลสาบเท่านั้น เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในการตีความกฎหมายอย่างมาก เพราะเหตุว่ายังมีแหล่งน้ำธรรมชาติอื่น ๆ อีกมากที่ไม่ได้กล่าวในกฎหมาย เช่น น้ำใต้ดิน น้ำในอากาศ แหล่งน้ำเหล่านั้นจะมีสถานะทางกฎหมายอย่างไร กฎหมายไม่ได้บัญญัติรับรองไว้ แม้ว่าแหล่งน้ำบางแห่งจะมีกฎหมายเฉพาะออกมา เช่น น้ำใต้ดิน มีพระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. 2520 ออกมาบังคับใช้ แต่กฎหมายมิได้ระบุดังถึงสถานะทางกฎหมายของน้ำใต้ดิน นอกจากนี้ น้ำใต้ดิน ที่อยู่นอกเขตน้ำบาดาลก็ยังไม่มีการรับรองเช่นกัน แม้ใน มาตรา 1304 จะบุว่า "เช่น" และการที่มีคำพิพากษาศาลฎีกาวางหลักว่า หนองน้ำธรรมชาติที่ประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกันเป็น สาธารณสมบัติของแผ่นดินประเภทที่พลเมืองใช้ร่วมกัน เหล่านี้มีผลทำให้แหล่งน้ำที่ประชาชนใช้ ร่วมกันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ก็เป็นการตีความตามกฎหมายในคดีหนึ่ง ๆ เท่านั้น

ปัญหาการตีความอีกประการหนึ่งคือว่า "ทางน้ำ" ภาษาอังกฤษ ใช้คำว่า Waterways จะมีความหมายมากน้อยเพียงใด จะเฉพาะแม่น้ำในการสัญจรเท่านั้นหรือไม่ จะรวมถึงคลองที่ขุดขึ้นมาด้วยหรือไม่ แต่ในขณะที่กฎหมายไทยมิได้ระบุว่าเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินหรือไม่ เพียงแต่ขอให้มีการใช้ร่วมกันของประชาชนเท่านั้น นอกจากนี้ น้ำในทางน้ำ ถือว่าเป็น สาธารณสมบัติของแผ่นดินหรือไม่ เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายไม่ชัดเจน จึงเกิดปัญหาในการตี ความ ซึ่งมีผลกระทบไปยังแนวทางการควบคุมการใช้น้ำด้วย

3. สำหรับเรื่องสิทธิการใช้น้ำของเอกชนตามกฎหมายไทย ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ซึ่งผู้เขียนได้แยกตามประเภทของน้ำแล้วนั้นไม่ว่าจะปรากฏในกฎหมายทั่วไป คือประมวลกฎหมาย แห่งและพาณิชย์ หรือกฎหมายเฉพาะก็ตาม ล้วนแล้วแต่ก่อให้เกิดปัญหาในการใช้น้ำ นอกจากนี้ แหล่งน้ำบางประเภท เช่น น้ำในอากาศ ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติออกมารับรองสิทธิ หรือกำหนด การใช้น้ำอย่างชัดเจน การรับรองสิทธิของเอกชนในการใช้น้ำ ตามกฎหมายไทยปัจจุบัน มีความไม่เหมาะสมหลายประการ เช่น

(1) กรณีน้ำตามทางน้ำธรรมชาติ สิทธิของเอกชนในการใช้น้ำตามทางน้ำ

ธรรมชาติปรากฏ ในมาตรา 1355 คือเจ้าของที่ดินที่อยู่ริมทางน้ำสามารถชักเอาน้ำเพื่อประโยชน์ของตนตามความจำเป็น ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นคือคำว่า "จำเป็น" ปัญหาทางกฎหมาย คือคำว่า "จำเป็น" ซึ่งไม่ทราบว่าปริมาณน้ำเท่าใด ที่เจ้าของที่ดินมีสิทธิเก็บกักน้ำไว้เท่าที่จำเป็น แต่ดั้งเดิมประเทศไทยเป็นประเทศที่มีรสุมผ่านมีฝนตกชุกตลอดปี จึงมีน้ำใช้กันอย่างเพียงพอ นอกจากนี้ประเทศไทยเป็นประเทศเกษตรกรรม ปริมาณการใช้น้ำจะมีปริมาณคงที่ในแต่ละปี ปัจจุบันนี้ประเทศไทยประสบกับฝนแล้ง เนื่องมาจากการเสียสมดุลทางธรรมชาติทำให้ ฝนตกไม่ตรงตามฤดูกาล เกิดความแห้งแล้ง และจากการที่ประเทศเริ่มก้าวไปเป็นประเทศอุตสาหกรรม ทำให้มีโรงงานอุตสาหกรรมตั้งริมน้ำมากขึ้น โดยเฉพาะโรงงานที่ต้องใช้น้ำในกระบวนการผลิตมาก เช่น โรงงานน้ำตาล กระดาษ จึงมีการเก็บกักน้ำเอาไปใช้มากสำหรับกิจการเหล่านี้ เป็นปริมาณที่จำเป็นหรือไม่เพียงใด สำหรับผู้ประกอบการเหล่านี้จะเห็นว่ามีความจำเป็น แต่ในทางกลับกัน ประชาชนที่อยู่ริมน้ำบางส่วน อาจเห็นว่าการเก็บกักน้ำที่เกินไปนั้นไม่ถึงขั้นจำเป็น ตามมาตรา 1339 วรรคสอง เมื่อกฎหมายให้สิทธิแก่เจ้าของที่ดินแปลงสูงกว่า มีสิทธิเก็บกักน้ำไว้ใช้ตามที่จำเป็นก็อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของที่ดินที่อยู่ต่ำกว่าซึ่งอาจไม่ได้น้ำใช้เลย จนอาจต้องฟ้องร้องศาล ซึ่งภาระการพิสูจน์ * จะตกแก่เจ้าของที่ดินแปลงต่ำกว่าที่เป็นผู้ฟ้องร้อง และกล่าวอ้างโดยสภาพแล้วจะเป็นการยากที่จะพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่า เจ้าของที่ดินแปลงสูงกว่าเก็บกักน้ำเกินจำเป็น

ปัญหาในการตีความ ตามมาตรา 1355 อีกประการหนึ่งคือเจ้าของที่ดินที่อยู่ถัดจากที่ดินแปลงที่ติดต่อกับทางน้ำ มีสิทธิจะชักน้ำมาใช้ประโยชน์ในที่ดินของตนได้หรือไม่ ซึ่งตามมาตรา 1304(2) ทางน้ำ เป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน ประชาชนทุกคนมีสิทธิใช้ ดังนั้นเจ้าของที่ดินแปลงถัดไปย่อมมีสิทธิชักน้ำใช้ โดยการนำมาตรา 1352 มาปรับใช้ด้วย แต่ในทางกลับกัน ถ้าจะตีความตามมาตรา 1355 เจ้าของที่ดินที่ไม่ติดทางน้ำไม่มีสิทธิใช้น้ำจากทางน้ำเพื่อประโยชน์ที่ดินของตน เพราะมาตราดังกล่าวเป็นการรับรองสิทธิของเจ้าของที่ดินริมทางน้ำโดยชัดแจ้ง จะพิจารณาเห็นได้ว่า เป็นขัดกันระหว่างกฎหมาย มาตรา 1304 (2) และ 1355 ทั้ง ๆ ที่ มาตรา 1304(2) เป็นบทกฎหมายหลักทั่วไปในเรื่องสาธารณะสมบัติของแผ่นดินที่กำหนดความ

* ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84

เท่าเทียมกันในสิทธิการใช้น้ำ จึงไม่เป็นการยุติธรรมแก่เจ้าของที่ดินที่ไม่อยู่ติดน้ำ⁹³

การใช้น้ำตามทางน้ำธรรมชาติ แม้มีพระราชบัญญัติการชลประทานราษฎร์ พ.ศ. 2482 และพระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พ.ศ. 2485 มารับรองสิทธิ และกำหนด การใช้น้ำของเอกชนด้วยนั้น แต่กฎหมายทั้งสองฉบับยังมีปัญหาบางประการ ที่ทำให้รัฐไม่อาจเข้า มาควบคุมการจัดสรรการใช้น้ำได้ในบางกรณี เพราะกฎหมาย 2 ฉบับ คุ้มครองพื้นที่ที่มีการทำ เกษตรกรรมและอุตสาหกรรมบางส่วนเท่านั้น ไม่รวมถึงครัวเรือนด้วย เป็นต้น

(2) กรณีน้ำผิวดิน ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติการะหรือ หน้าที่ และการรับรองสิทธิเอาไว้ ในมาตรา 1339, 1340, 1341, 1351, 1353 เป็นต้น สิ่งที่เป็น ปัญหาในการใช้น้ำระหว่างเอกชน คือ สิทธิในการเก็บกักน้ำ มาตรา 1339 วรรค 2 ซึ่งให้ เจ้าของที่ดินที่สูงกว่า มีสิทธิเก็บกักน้ำไว้ได้เพียงเท่าที่จำเป็นจะมีมากมายเพียงใดซึ่งเป็นปัญหา ของการตีความเช่นเดียวกับกรณีน้ำทางน้ำ ยังเป็นปัญหาที่ต้องพิจารณา หากเกิดการฟ้องร้องกัน

(3) กรณีน้ำใต้ดิน การควบคุมการใช้น้ำใต้ดินของไทย จะอยู่ภายใต้พระราช บัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. 2520 ปัญหาที่เกิดขึ้น คือ รัฐจะเข้ามาควบคุมการขุดเจาะน้ำใต้ดิน ในเขต น้ำบาดาลเท่านั้น ส่วนถ้ามีการขุดเจาะน้ำใต้ดินในเขตพื้นที่อื่น ๆ จะไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตาม กฎหมายนี้ จึงมีการขุดเจาะสูบน้ำใต้ดินกันอย่างเสรี ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาแผ่นดินทรุด และทำลาย สภาพแวดล้อมด้วย

4. ในกรณีที่น้ำเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน รัฐมีหน้าที่ดูแลรักษาสาธารณสมบัติของ แผ่นดิน เมื่อเวลาเกิดปัญหามาจากการใช้น้ำหรือแหล่งน้ำ จะเกิดปัญหาว่าหน่วยงานของรัฐ หน่วยงานใดที่มีหน้าที่ควบคุมดูแลสาธารณสมบัติของแผ่นดินอย่างแท้จริง จะมีสิทธิฟ้องร้อง ผู้กระทำละเมิดต่อน้ำที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินได้หรือไม่ และประชาชนซึ่งมีฐานะเป็นเจ้าของน้ำจะมีสิทธิฟ้องร้องได้หรือไม่

⁹³ อานาจ วงศ์บัณฑิต, "การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายว่าด้วยทรัพยากรน้ำ," หน้า 5 - 6.

ข้อหาหรือที่ 47/2535 กรณีมีผู้กระทำผิดทำให้เกิดภาวะน้ำเสียในลำน้ำพอง ซึ่
 มูล ในระหว่างเดือนมีนาคม - เมษายน 2535 ทั้งนี้สำนักงานสาธารณสุขจังหวัดอุบลราชธานี
 ได้ดำเนินการแก้ไขปัญหาดังกล่าวในพื้นที่รับผิดชอบ และได้ประมาณการค่าเสียหายในเบื้องต้น
 ประมาณ 480,750 บาท พร้อมทั้งดำเนินการแจ้งความร้องทุกข์ไว้ที่สถานีตำรวจภูธรอำเภอ
 เมืองอุบลราชธานี สำนักฯ ได้ส่งข้อหาหรือกับสำนักอัยการสูงสุดว่า จำนวนเงินดังกล่าวจะถือเป็น
 ค่าเสียหายตามกฎหมาย และสำนักงานมีอำนาจฟ้องได้หรือไม่ ⁹⁴

สำนักอัยการสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า แหล่งน้ำธรรมชาติเป็นทรัพยากรธรรมชาติ
 มิใช่ทรัพย์สินของกระทรวงสาธารณสุข ดังนั้น แม้จะมีผู้จงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้แหล่งน้ำ
 ดังกล่าวเสียหาย ก็หาเป็นการ "ทำต่อ" กระทรวงสาธารณสุข ตามมาตรา 420 แห่งประมวล
 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ แม้ว่ากระทรวงสาธารณสุขจะต้องเสียค่าใช้จ่ายในการฟื้นฟูสภาพแหล่ง
 น้ำก็เป็นเพียงผลต่อเนื่องอันเกิดจากการกระทำที่มิได้ "ทำต่อ" กระทรวงสาธารณสุข กระทรวง
 สาธารณสุขจึงมิใช่ผู้ถูกกระทำละเมิด ตามมาตรา 420 และในขณะที่เกิดเหตุ พระราชบัญญัติส่งเสริม
 และรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ยังไม่มีผลบังคับใช้ กระทรวงสาธารณสุข
 จึงไม่อาจเรียกค่าเสียหายได้

ในตอนท้ายของข้อหาหรือได้มีหมายเหตุไว้ว่า แม่น้ำลำคลองต่าง ๆ เป็นสาธารณ
 สมบัติของแผ่นดินประเภททางน้ำ ซึ่งไม่มีผู้ใดจะอ้างเป็นเจ้าของได้ เพราะไม่ใช่ทรัพย์สินของผู้
 ใดแต่เป็นทรัพย์สินของส่วนรวมทุกคน แม้แต่คนทำให้เกิดภาวะน้ำเสียก็เป็นเจ้าของด้วยจึงไม่อาจเอา
 ค่าเสียหายจากเขาได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ซึ่งบัญญัติว่า "ผู้ใด...
 ทำต่อบุคคลอื่น... จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น" คำว่า "บุคคลอื่น" หมายความอาจจะ
 เป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลก็ได้ แต่เมื่อทางน้ำได้แก่ แม่น้ำที่มิได้เป็นของบุคคลอื่นใด เป็น
 ของบุคคลทุกคน รวมทั้งผู้ก่อความเสียหายแก่ทางน้ำนั้น จึงไม่เป็นการกระทำละเมิด เพราะมิได้
 กระทำต่อบุคคลอื่นคำว่า บุคคลอื่นหมายถึงเจ้าของน้ำโดยชัดเจน บุคคลที่จะฟ้องร้องได้จะต้อง
 เป็นบุคคลที่ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการกระทำละเมิด เช่น ประชาชนที่ใช้ลำน้ำพอง ซึ่
 มูล ต่อมกีนอาบ ฯลฯ และเทศบาลเมืองที่ต้องใช้น้ำจากลำน้ำมาทำน้ำประปา ซึ่งได้รับความเสีย
 หายจากผลของการกระทำละเมิดโดยตรง สำหรับกระทรวงสาธารณสุขถ้ามีกฎหมายให้มีหน้าที่จะ
 ต้องทำการฟื้นฟูแหล่งน้ำอย่างใด จะถือว่าเป็นการกระทำละเมิดต่อกระทรวงสาธารณสุขด้วย

⁹⁴ จิตติ เจริญญา, "ภาวะน้ำเสียในลำน้ำพอง ซึ่ มูล," วารสารอัยการ : 48 - 52.

ในปัจจุบันนี้ ได้มีกฎหมายออกมากำหนดความรับผิดชอบแห่ง ในมาตรา 96 และ 97 ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ทำให้ทางราชการสามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้ ในกรณีมีผู้กระทำ หรือละเว้นกระทำใด ๆ อันเป็นการทำลาย หรือทำให้สูญหายหรือเสียหายแก่ทรัพยากรธรรมชาติซึ่งเป็นของรัฐ หรือเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน แต่อย่างไรก็ตามการฟ้องร้องตามมาตรานี้ เป็นการฟ้องเรียกค่าเสียหายตามมูลค่าของทรัพยากรธรรมชาติที่สูญหาย แต่ปัญหาทางปฏิบัติยังมีข้อจำกัดว่า หลักเกณฑ์ใดที่ถือว่าทรัพยากรธรรมชาตินั้นสูญหาย เสียหาย หรือถูกทำลายนั้นมีขอบเขตเพียงใด ความเสียหายบางอย่าง เป็นความเสียหายที่ไม่อาจตีมูลค่าได้ เช่น พันธุ์ปลาที่สูญหายไปจากมลพิษทางน้ำที่เกิดขึ้น ซึ่งไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายตามละเมิดได้ เพราะค่าเสียหายทางละเมิดผู้กระทำละเมิดต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทน โดยที่ศาลสามารถวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์ และความร้ายแรงของละเมิดนั้นได้ *

ปัจจุบันนี้การกำหนดกรรมสิทธิ์ในน้ำ สิทธิการใช้สอยน้ำของเอกชนตามกฎหมายไทย ยังมิได้มีการบัญญัติไว้ชัดเจน เหมือนกฎหมายต่างประเทศ จึงทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมายไม่สามารถควบคุมการใช้น้ำในแหล่งน้ำทุกประเภท นอกจากนั้นกฎหมายที่มีอยู่ก็เกิดปัญหามิได้ระบุไว้ชัดเจนในเรื่องของความจำเป็นในสิทธิการใช้น้ำ จึงเกิดปัญหาในการตีความกฎหมาย และปัญหาอีกประการหนึ่งคือการบังคับใช้กฎหมายไม่เพียงพอ เหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นอุปสรรคใการแก้ปัญหาการใช้น้ำเพื่อการอุตสาหกรรม เพราะปัญหาการใช้น้ำเพื่อการอุตสาหกรรมมีสาเหตุหลายประการ ประชาชนมีความต้องการในการใช้น้ำมากขึ้นในกิจกรรมต่าง ๆ ขาดการจัดสรรการใช้น้ำ การใช้น้ำอย่างฟุ่มเฟือย เพราะไม่มีกฎหมายกำหนดขอบเขตของการใช้น้ำกำหนดสิทธิในการใช้น้ำอย่างชัดเจน ซึ่งก็มาจากช่องว่างของกฎหมายนั่นเอง กฎหมายที่ใช้ในกำหนดกรรมสิทธิ์ในน้ำ สิทธิการใช้สอยของน้ำโดยมากเป็นกฎหมายพื้นฐาน ยังมีกฎหมายบางฉบับที่เกี่ยวข้องกับการใช้น้ำเพื่อการอุตสาหกรรมอีก ซึ่งกฎหมายเหล่านี้ บางครั้งก็สามารถนำมาแก้ไขปัญหการใช้น้ำเพื่อการอุตสาหกรรมได้ แต่บางครั้งก็ไม่สามารถแก้ไขได้เพราะสาเหตุมาจากตัวบทกฎหมายที่มีอยู่หรือการบังคับใช้กฎหมาย จะได้ทำการศึกษาคือต่อไปในเรื่องปัญหาของกฎหมายในการใช้น้ำเพื่อการอุตสาหกรรมว่า กฎหมายที่มีอยู่มีปัญหอย่างไรบ้างในการใช้น้ำเกี่ยวกับอุตสาหกรรม เพื่อนำปัญหาเหล่านี้มา เป็นแนวทางในการแก้ไขการใช้น้ำเพื่อการอุตสาหกรรมต่อไป

* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438.