

บทที่ II

ความยืดหยุ่นที่มีผลต่อประสิทธิภาพของวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะบังคับ

หลักการอันเป็นที่พึงปรารถนาของวิธีการระงับข้อพิพาทก็คือ ความยืดหยุ่น (Flexibility) เพราะยิ่งกรอบ (framework) ของวิธีการระงับข้อพิพาทมีความยืดหยุ่นเท่าใดก็จะมียิ่ง เป็นวิธีการที่ได้รับความนิยมมากขึ้นเท่านั้น¹

ความยืดหยุ่นที่ปรากฏในอนุสัญญากฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 สามารถพิจารณาได้จากการเปิดกว้างสำหรับการเลือก forum เพื่อการระงับข้อพิพาทในลักษณะบังคับ เพื่อให้รัฐต่าง ๆ ที่ให้สัตยาบันหรือเข้ามาเป็นภาคีอนุสัญญานี้ ภายหลัง สามารถยอมรับวิธีพิจารณาของ forum ใดที่เห็นว่าเหมาะสมกับตนเองมากที่สุด ไม่ว่าจะ เป็นไปเพื่อการระงับข้อพิพาททั่วไปหรือการระงับข้อพิพาทเฉพาะเรื่อง รวมทั้งให้มีวิธีการระงับข้อพิพาทในลักษณะบังคับสำหรับการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับผลประโยชน์อันสำคัญยิ่งของรัฐ จนทำให้รัฐนั้นไม่อาจจะยอมรับวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะบังคับและมีการวินิจฉัยที่มีผลบังคับได้ หรือการทำให้วิธีอนุญาโตตุลาการเป็น forum เพื่อการระงับข้อพิพาทในกรณีที่รัฐเลือก forum ไม่ตรงกัน ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้วิธีการระงับข้อพิพาทนั้นไร้ผล

ความยืดหยุ่นที่ปรากฏในอนุสัญญากฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 อีกส่วนหนึ่งก็คือ ขั้นตอนต่าง ๆ ก่อนนำเรื่องเข้าสู่การระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะบังคับ เนื่องจากในการร่างอนุสัญญานั้น ที่ประชุมได้ตระหนักดีว่าการจะให้ข้อพิพาททุกเรื่องตกอยู่ภายใต้ดุลพินิจของรัฐว่าจะยอมรับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีดำเนินการภาคบังคับซึ่งมีการวินิจฉัยที่มีผลบังคับหรือไม่ กับการจะให้ข้อพิพาททุกเรื่องต้องเข้าสู่การระงับด้วยวิธีดำเนินการภาคบังคับซึ่งมีการวินิจฉัยที่มี

¹ G.G. Shinkaretskaya , Limitations of Compulsory Jurisdiction in the United Nations Convention on the Law of the Sea of 1982 (The Hague , 1983) , P. 13

ผลบังคับนั้น จะไม่ได้รับการยอมรับจากรัฐต่าง ๆ โดยเฉพาะ เรื่องที่เกี่ยวกับการใช้เขตอำนาจและสิทธิอธิปไตยของรัฐ ดังนั้น การวางข้อจำกัดและข้อยกเว้นให้เลือกรจะทำให้ระบบมีความยืดหยุ่นและเป็นที่ยอมรับได้มากยิ่งขึ้น นอกจากนี้วัตถุประสงค์หลักประการหนึ่งของการระงับข้อพิพาทก็คือ การหลีกเลี่ยงมิให้มีข้อพิพาทเกิดขึ้นอนุสัญญาฯ จึงได้กำหนดให้มีขั้นตอนของการแลกเปลี่ยนทัศนะเพื่อเปิดโอกาสให้รัฐต่าง ๆ มีโอกาสตกลงกันเสียก่อน และเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจริงก็จะต้องเป็นข้อพิพาทที่มีได้เกิดจากการกั้นแก้งั้น ขั้นตอนต่าง ๆ เหล่านี้ได้รับการบัญญัติไว้ในอนุสัญญาฯ เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นที่รัฐต่าง ๆ จะสามารถยอมรับกระบวนการระงับข้อพิพาทได้

ในที่นี้จะขอก้าวถึงความยืดหยุ่นที่มีผลต่อประสิทธิภาพของวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะบังคับ เป็นรายการต่อไป ดังนี้

1. ความยืดหยุ่นในการกำหนดวิธีการเพื่อการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะบังคับ

1.1 การเปิดกว้างสำหรับการเลือกวิธีการเพื่อการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะบังคับ

ในความคิดที่จะจัดทำระบบวิธีการระงับข้อพิพาทขึ้นในอนุสัญญาอนุกรมฯ เหล่าทั้งระบบนั้น รัฐต่าง ๆ ได้ตกลงกันว่ากระบวนการพิจารณาที่มีลักษณะบังคับจะนำมาใช้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก็ต่อเมื่อภายหลังจากรัฐคู่พิพาทไม่อาจจะยุติข้อพิพาทระหว่างกันโดยอาศัยวิธีการทางการทูตได้² ดังนั้น วิธีดำเนินการภาคบังคับซึ่งมีการวินิจฉัยที่มีผลบังคับในอนุสัญญาอนุกรมฯ ทะเล ค.ศ. 1982 จะนำมาใช้ได้ก็ต่อเมื่อมีการร้องขอจากฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในข้อพิพาท และใช้กับข้อพิพาทใด ๆ เกี่ยวกับการตีความหรือการใช้อนุสัญญานี้เมื่อไม่สามารถระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีใด ๆ ที่รัฐเหล่านั้นเลือกเองได้³

² Ibid., p. 57

³ Law of the Sea Convention , Article 286

ความในส่วนนี้แสดงให้เห็นความยืดหยุ่นของกลไกการระงับข้อพิพาทในลักษณะ บังคับ ซึ่งอนุสัญญากฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ได้สนองตอบความยืดหยุ่นนี้โดยการให้รัฐที่พิพาทมีอิสระอย่างเต็มที่ที่จะเลือกวิธีการเพื่อการระงับข้อพิพาท ทั้งก่อนหน้าหรือภายหลังจากที่ข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว รวมทั้งการเปลี่ยนแปลงใด ๆ ภายหลังจากที่ได้เลือกวิธีการเพื่อการระงับข้อพิพาทดังกล่าวแล้วด้วย

สิทธิที่จะเลือกวิธีการเพื่อการระงับข้อพิพาทก่อนที่ข้อพิพาทจะเกิดขึ้น ได้รับการยืนยันในมาตรา 287 ของอนุสัญญาฯ โดยได้กำหนดให้รัฐต่าง ๆ ที่ลงนาม ให้สัตยาบัน หรือภาคยานุวัติอนุสัญญาฯ มีอิสระที่จะประกาศเป็นหนังสือเพื่อระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความหรือการใช้ อนุสัญญานี้ โดยวิธีหนึ่งหรือมากกว่า โดยให้เลือกจากศาลกฎหมายทะเล ระหว่างประเทศ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ศาลอนุญาโตตุลาการ หรือ ศาลอนุญาโตตุลาการพิเศษสำหรับประเภทของข้อพิพาทตามที่ระบุไว้ใน ภาคผนวก 8 ท้ายอนุสัญญาฯ ซึ่งถ้าฝ่ายต่าง ๆ ในข้อพิพาทได้ยอมรับวิธี ตัดสินการอย่างเดียวกันสำหรับการระงับข้อพิพาท ก็จะต้องเสนอให้มีการ ระงับข้อพิพาทตามวิธีการนั้น⁴ แต่ถ้าไม่ได้ยอมรับวิธีตัดสินการอย่างเดียวกัน อนุสัญญาฯ ก็ให้เสนอข้อพิพาทนั้นต่อการอนุญาโตตุลาการตามภาคผนวก 7⁵ คำประกาศที่ให้ไว้นี้ รัฐยังสามารถเปลี่ยนแปลงได้โดยมีหนังสือแจ้ง เพิกถอน ไปยัง เลขาธิการสหประชาชาติ⁶

ความยืดหยุ่นในการเลือกวิธีการเพื่อการระงับข้อพิพาทมิได้สิ้นสุดเพียงเท่านั้น เพราะความในอนุสัญญากฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ยังเอื้ออำนวยให้ฝ่ายต่าง ๆ ในข้อพิพาทไม่จำเป็นต้องยอมรับ forum P เพื่อ

⁴ Ibid., Article 287 PAR 4.

⁵ Ibid., Article 287 PAR 5.

⁶ Ibid., Article 287 PAR 6.

การระงับข้อพิพาทที่เลือกไว้ตรงกัน หรือไม่จำเป็นต้องใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการตามภาคผนวก 7 ในกรณี que เลือก forum เพื่อการระงับข้อพิพาทไว้ไม่ตรงกัน โดยอนุสัญญาฯ ยังเปิดช่องให้ฝ่ายต่าง ๆ ตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้เสมอ

สำหรับลัทธิที่จะเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทภายหลังจากที่ข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว นั้น จะพบว่าอนุสัญญากฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ให้อิสระแก่ฝ่ายต่าง ๆ ในข้อพิพาทที่จะออกไปจากวิธีการระงับข้อพิพาทตามภาค 15 ของอนุสัญญานี้ไม่ว่าในขั้นตอนใด ๆ เพื่อจะระงับข้อพิพาทระหว่างกันเกี่ยวกับการตีความหรือการใช้อนุสัญญานี้โดยสันติวิธีใด ๆ ที่รัฐเหล่านั้นเลือกเอง⁷ นอกจากนี้อนุสัญญาฯ ยังเปิดช่องให้ฝ่ายต่าง ๆ ในข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความหรือการใช้อนุสัญญาฯ สามารถจะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทอื่นนอกอนุสัญญาฯ เพื่อการระงับข้อพิพาทได้ โดยจะใช้วิธีดำเนินการที่มีในภาค 15 เฉพาะเมื่อรัฐภาคีซึ่งเป็นฝ่ายในข้อพิพาทไม่สามารถระงับข้อพิพาทโดยอาศัยวิธีการดังกล่าว และเมื่อความตกลงระหว่างคู่พิพาทไม่ได้ตัดโอกาสที่จะใช้วิธีดำเนินการอย่างอื่นต่อไป หรือถ้ามีการตกลงกันในช่วงจำกัดของเวลา ก็จะใช้วิธีดำเนินการที่มีในภาค 15 ได้เมื่อช่วงจำกัดของเวลานั้นสิ้นสุดลง⁸ (ปัญหาที่จะอาจเกิดขึ้นได้ในที่นี้ก็คือเมื่อใดที่จะถือว่ารัฐภาคีซึ่งเป็นฝ่ายในข้อพิพาทไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้ และผู้ใดจะเป็นผู้ตัดสิน) ข้อที่น่าจะพิจารณาก็คือถ้าฝ่ายต่าง ๆ ในข้อพิพาทที่แสวงหาการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีที่ตนเลือกเอง และมีการตกลงกันด้วยว่าเมื่อไม่สามารถระงับข้อพิพาทด้วยวิธีดังกล่าว ก็ไม่ให้ใช้วิธีการอื่น (รวมทั้งภาค 15 ของอนุสัญญากฎหมายทะเล ค.ศ. 1982) ต่อไป ผลจะเป็นเช่นไร ซึ่งก็พิจารณาได้จากหลักการพื้นฐานของภาค 15 ได้ว่า อนุสัญญากฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ในส่วนของการระงับข้อพิพาทนี้จะเคารพความมีอิสระของฝ่ายต่าง ๆ ในข้อพิพาทเสมอ ดังนั้น ถ้าผู้เป็นฝ่ายในข้อพิพาทต้องการให้ข้อพิพาท

⁷ Ibid., Article 280.

⁸ Ibid., Article 281.

นั้นถูกหึงค้ำไว้ อนุสัญญา ฯ ก็จะไม่บังคับให้ฝ่ายต่าง ๆ ในข้อพิพาทนั้นเจตนา ดังกล่าว แม้จะเป็นเรื่องไม่พึงประสงค์ก็ตาม

ความยืดหยุ่นที่ให้สิทธิแก่ฝ่ายต่าง ๆ ในข้อพิพาท เป็น ผู้เลือกวิธีการเพื่อการระงับข้อพิพาทภายหลังจากที่ข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว โดยให้ วิธีการระงับข้อพิพาทที่ฝ่ายต่าง ๆ ตกลงเลือก มาก่อนวิธีการระงับข้อพิพาทใน อนุสัญญากฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 จะพบได้จากพันธกรณีตามความตกลงทั่วไป ความตกลงส่วนภูมิภาค หรือความตกลงทวิภาคี ซึ่งรัฐภาคีที่เป็นฝ่ายในข้อ พิพาทเกี่ยวกับการตีความ หรือการใช้อนุสัญญานี้ อาจตกลงกันให้ใช้วิธี ตัดสินการซึ่งมีการวินิจฉัยที่มีผลบังคับตามความตกลงดังกล่าวแทนวิธีการที่บัญญัติ ไว้ในภาค 15 ได้ เว้นแต่ฝ่ายต่าง ๆ ในข้อพิพาทจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น⁹

ถ้าเราจะศึกษาถึงสิทธิที่จะเลือกวิธีการเพื่อการระงับ ข้อพิพาทที่มีลักษณะบังคับตามอนุสัญญากฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 โดย เปรียบเทียบกับการระงับข้อพิพาทตามอนุสัญญาว่าด้วยการประมงและการอนุรักษ์ ทรัพยากรมีชีวิตในทะเลหลวง และพิธีสารทางเลือกเพื่อการลงนามที่เกี่ยวกับการ ระงับข้อพิพาทในลักษณะบังคับ แล้ว จะเห็นว่า สิทธิที่จะเลือกวิธีการ เพื่อ การระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะบังคับตามอนุสัญญากฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 จะมีความยืดหยุ่นสูงกว่ามากเพราะอนุสัญญาว่าด้วยการประมง ฯ และพิธีสาร ทางเลือก ฯ จะจำกัดวิธีการเพื่อการระงับข้อพิพาท โดยให้ฝ่ายต่าง ๆ มี ทางเลือกที่จำกัดจนขาดความยืดหยุ่นซึ่งน่าจะเป็นสาเหตุหนึ่งที่รัฐต่าง ๆ ไม่สู้เต็มใจนักที่จะเข้ามาเป็นภาคี

สิ่งที่ได้กล่าวถึงทั้งหมดข้างต้นได้แสดงให้เห็นแล้วว่า อนุสัญญากฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ได้เปิดกว้างสำหรับสิทธิที่จะเลือกวิธีการ เพื่อการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะบังคับอย่างไร ซึ่งเข้าใจว่าการเปิดกว้างเช่นนี้ เป็นไปเพื่อให้เกิด "การยอมรับได้" ของผู้ที่ จะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา ฯ

⁹ Ibid., Article 282.

1.2 การกำหนดให้มีวิธีการประนอมที่มีลักษณะบังคับ

วิธีการประนอมที่มีลักษณะบังคับ เป็นวิธีการเพื่อการระงับข้อพิพาทที่สำคัญวิธีหนึ่งในอนุสัญญากฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 มีที่มาจากสมัยประชุมที่กรุงเจนีวา เมื่อปี 1978 ซึ่งในขณะนั้นรัฐชายฝั่งที่กำลังพัฒนาต่างไม่สู้เต็มใจที่จะให้ใช้กระบวนการทางศาลที่มีลักษณะบังคับสำหรับการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ ในขณะที่รัฐไร้ฝั่งทะเลและรัฐที่ทำการประมงในระยะไกลพากันสนับสนุน กลุ่มเจรจาที่ 5 ได้เข้ามาดำเนินการในเรื่องนี้ โดยแบ่งแยกให้ข้อพิพาทส่วนหนึ่งยังคงอยู่ภายใต้กระบวนการทางศาลที่มีลักษณะบังคับ (Compulsory Judicial Procedure) และข้อพิพาทอีกส่วนหนึ่งอยู่ภายใต้กระบวนการของฝ่ายที่สามที่มีใช้กระบวนการทางศาลที่มีลักษณะบังคับ วิธีการนั้นก็คือ การประนอมที่มีลักษณะบังคับ

วิธีการประนอมที่มีลักษณะบังคับ เมื่อพิจารณาในแง่ของรูปแบบ จะไม่ใช่วิธีการใหม่ เนื่องจากเคยปรากฏมาแล้วในภาคผนวกต่อท้ายอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties 1969) ซึ่งมาตรา 66 (บี) ได้บัญญัติให้มีการเสนอข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความหรือการใช้มาตราใดในภาค 5 ของสนธิสัญญาฯ ที่เกี่ยวกับความเป็นโมฆะ การล้นผล หรือการระงับใช้สนธิสัญญาใด สู่วิธีการประนอมตามภาคผนวก โดยทำคำร้องขอไปยังเลขาธิการสหประชาชาติ แต่ถ้าวินิจฉัยพิจารณาวิธีการนี้ในแง่ของเนื้อหา จะพบว่าวิธีการประนอมที่มีลักษณะบังคับมีบทบาทที่สำคัญมากในอนุสัญญากฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 เนื่องจากเป็นวิธีการที่มีลักษณะบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องเข้ามีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณา โดยการเพิกเฉยไม่เข้าร่วมในการพิจารณา ไม่ทำให้กระบวนการต้องเสียไป ขณะเดียวกัน ผลของรายงานของคณะกรรมการการประนอม รวมทั้งข้อสรุป หรือข้อเสนอแนะก็จะไม่มีผลผูกพันฝ่ายต่าง ๆ และเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทโดยฝ่ายที่สามเพียงวิธีการเดียวที่รัฐต่าง ๆ เต็มใจที่จะใช้เพื่อการระงับข้อพิพาทสำคัญที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจหรือสิทธิอธิปไตย หรือเป็นเรื่องที่กระทบต่อผลประโยชน์ที่สำคัญยิ่งของรัฐ โดยไม่หลีกเลี่ยง

ผลดีที่เกิดขึ้นจากการใช้วิธีการประนีประนอมที่มีลักษณะ บังคับก็คือ ทำให้ฝ่ายต่าง ๆ ในข้อพิพาทได้ทราบถึงประเด็นที่พิพาทกันว่าเป็นการพิพาทกันใน ปัญหาข้อเท็จจริงหรือปัญหาข้อกฎหมาย เพื่อเป็นแนวทางในการตกลงระงับข้อพิพาท ระหว่างกันด้วยวิธีการอื่นต่อไป

ปัญหาว่าวิธีการประนีประนอมที่มีลักษณะ บังคับมีผลต่อความ ยึดหยุ่นอย่างไรมัน เห็นว่า วิธีการประนีประนอมที่มีลักษณะ บังคับได้สะท้อนให้เห็น ถึงความยึดหยุ่นที่มีผลต่อประสิทธิภาพในแง่ที่ว่าวิธีการนี้ไม่มีวัตถุประสงค์ จะใช้กฎหมายเพื่อการชี้ข้อผิดถูก แต่เป็นการสนับสนุนการระงับข้อพิพาทกัน อย่างฉันทมิตร ซึ่งข้อพิพาทบาง เรื่องสมควรได้รับการระงับโดยวิธีอื่นมากกว่า ที่จะระงับบนพื้นฐานของกฎหมายอย่างเคร่งครัด หรือที่จริงแล้วโดยลักษณะ ของเรื่องไม่อาจจะระงับบนพื้นฐานของกฎหมายได้ การประนีประนอมที่มีลักษณะ บังคับ จึงเป็นทางออกประการหนึ่งที่จะเสริมให้ฝ่ายต่าง ๆ ใช้เป็นวิธีการเพื่อการ ระงับข้อพิพาทระหว่างกัน

การประนีประนอมที่มีลักษณะ บังคับได้ถูกนำมาใช้เพื่อ การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิอธิปไตยของรัฐชายฝั่ง และ เขตอานาจรัฐ ในเรื่องต่อไปนี้

(1) ข้อพิพาทที่เกิดจากการกล่าวหาโดยรัฐที่

ทำการวิจัยวิทยาศาสตร์ทางทะเลในเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือไหล่ทวีปของ รัฐอื่น ในส่วนที่เกี่ยวกับโครงการเฉพาะว่า รัฐชายฝั่งไม่ใช่สิทธิของตนตาม มาตรา 246 และมาตรา 253 ในลักษณะที่สอดคล้องกับอนุสัญญา ฯ เมื่อ ได้มีการร้องขอจากฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด เว้นแต่คณะกรรมการการประนีประนอมจะ ไม่มีข้อสงสัยในการใช้ดุลพินิจของรัฐบาลฝั่งในการกำหนดบริเวณเฉพาะตามที่ กล่าวถึงในมาตรา 246 บรรทัด หรือการใช้ดุลพินิจที่จะไม่ให้ความยินยอม ตามมาตรา 246 บรรทัด¹⁰

¹⁰ Ibid ., Article 297 PAR 2 (b)

(2) เมื่อมีการกล่าวหาว่ารัฐชายฝั่งได้ละเลยอย่าง ชัดแจ้ง ไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่จะทำให้แน่ใจโดยอาศัยมาตรการการอนุรักษ์ และการจัดการที่เหมาะสมว่าการธำรงไว้ซึ่งทรัพยากรมีชีวิตในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ ไม่ได้อยู่ในอันตรายอย่างร้ายแรง¹¹

(3) เมื่อมีการกล่าวหาว่ารัฐชายฝั่งได้ปฏิเสธโดย ผลการที่จะพิจารณากำหนดปริมาณที่พึงอนุญาติให้จับได้ และขีดความสามารถ ในการจับทรัพยากรมีชีวิต เมื่อได้มีการร้องขอจากอีกรัฐหนึ่ง ในส่วนที่เกี่ยวกับ มวลสัตว์น้ำ ซึ่งรัฐอื่นนั้นมีความสนใจในการทำประมง¹²

(4) รัฐชายฝั่งได้ปฏิเสธโดยผลการที่จะจัดสรร ส่วนที่เหลือทั้งหมดหรือบางส่วนซึ่งตนได้สำแดงว่ามีอยู่ให้แก่รัฐใด ตามมาตรา 62 , 69 , และ 70 และตามข้อกำหนดและเงื่อนไขซึ่งรัฐชายฝั่งได้กำหนด ขึ้นโดยสอดคล้องกับอนุสัญญานี้¹³

(5) ข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความหรือการใช้มาตรา 15 (การกำหนดทะเลอาณาเขตในกรณีที่มีฝั่งทะเลของรัฐสองรัฐอยู่ตรงข้ามกันหรือ ประชิดกัน) มาตรา 74 (การกำหนดเขตเศรษฐกิจจำเพาะระหว่างรัฐที่มี ฝั่งตรงข้ามหรือประชิดกัน) และมาตรา 83 (การกำหนดเขตไหล่ทวีประหว่าง รัฐที่มีฝั่งตรงข้ามหรือประชิดกัน) ที่เกี่ยวกับการกำหนดเขตทางทะเลหรือที่ เกี่ยวข้องกับอ่าวประวัติศาสตร์ หรือสิทธิทางประวัติศาสตร์ เมื่อข้อพิพาท เช่นว่านั้นเกิดขึ้นหลังจากที่อนุสัญญานี้มีผลใช้บังคับ และเมื่อภายในช่วงระยะเวลาอันสมควร ฝ่ายต่าง ๆ ไม่ได้บรรลุความตกลงในการเจรจาตามการ ร้องขอจากฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในข้อพิพาท และเว้นแต่ต่อไปด้วยว่าข้อพิพาทใด ๆ ซึ่งจำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับการพิจารณาที่ยังดำเนินอยู่ในเวลาเดียวกันของ ข้อพิพาทที่ยังไม่ระงับใด ๆ เกี่ยวกับอธิปไตย หรือสิทธิอื่น ๆ เหนืออาณาเขต

¹¹ Ibid ., Article 297 PAR 3 (b) (i)

¹² Ibid ., Article 297 PAR 3 (b) (ii)

¹³ Ibid ., Article 297 PAR 3 (b) (iii)

ทางบกซึ่ง เป็นทวีปหรือเป็นเกาะ ต้องไม่รวมอยู่ในการประνομเช่นว่านั้น¹⁴

ข้อพิพาทตาม (1) ถึง (4) ข้างต้นคณะกรรมการการประνομจะไม่ใช้ดุลพินิจของคนแทนรัฐชายฝั่ง

ปัญหาที่น่าพิจารณาคือ เมื่ออนุสัญญากฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ได้บัญญัติบังคับให้รัฐต่าง ๆ ต้องเข้ามามีส่วนร่วมเพื่อการระงับข้อพิพาทประเภทต่าง ๆ ข้างต้นโดยวิธีการประνομที่มีลักษณะบังคับ รัฐต่าง ๆ เหล่านี้จะเข้าร่วมแค่ไหน เพียงใด ซึ่งพิจารณาได้จาก การแสดงออกถึงการยอมรับวิธีการระงับข้อพิพาทสำหรับการระงับข้อพิพาทประเภทต่าง ๆ ข้างต้นด้วยการประνομที่มีลักษณะบังคับ ในชั้นยกวาง โดยไม่มีข้อโต้แย้ง ประกอบกับลักษณะของการประνομในลักษณะบังคับ ที่ยอมให้ความตกลงระหว่างฝ่ายต่าง ๆ ในข้อพิพาทมีบทบาทเหนือกว่าบทบัญญัติในอนุสัญญา ๆ ไม่ว่าจะ เป็นเรื่องของการจัดตั้งคณะกรรมการการประโนม ที่ฝ่ายต่าง ๆ อาจตกลงกันเป็นอย่างอื่น โดยอาจให้มีคนชาติของตนเข้าเป็นคณะกรรมการการประโนมมากกว่าจำนวนที่กำหนด หรือแต่งตั้งผู้ประνομฝ่ายตนโดยมิได้เลือกจากบัญชีรายชื่อที่จัดทำไว้ หรือฝ่ายต่าง ๆ อาจตกลงกันเรื่องวิธีดำเนินการเป็นอย่างอื่นได้ ประกอบกับผลของคำวินิจฉัย การจัดทำรายงาน รวมทั้งข้อสรุปและข้อเสนอแนะ ของคณะกรรมการการประโนมที่ไม่มีผลผูกพันฝ่ายต่าง ๆ ให้ต้องปฏิบัติ และผลที่จะได้รับจากการประโนมทำให้ได้ทราบถึงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในประเด็นที่พิพาทกัน เมื่อประมวลกรณีเหล่านี้เข้าด้วยกันแล้ว จึงมีความเห็นว่า รัฐต่าง ๆ ในข้อพิพาทจะรู้สึกพอใจในกระบวนการ และเข้าร่วมในการพิจารณา เพราะกลไกของการประνομที่มีลักษณะบังคับมีความยืดหยุ่นสูง แต่ไม่มีผลผูกพันให้ต้องปฏิบัติ การเข้าร่วมในกระบวนการย่อมได้ชื่อว่าได้พยายามแก้ไขข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว (แม้ผลของการระงับข้อพิพาทจะไม่เกิดขึ้นเนื่องจาก คำตัดสิน รายงานข้อสรุป และข้อเสนอแนะของคณะกรรมการการประโนมไม่มีผลผูกพัน) และ

¹⁴ Ibid., Article 298 PAR 1 (a) (i)

เป็นการบรรเทาความรู้สึกที่สังคมโลกมีต่อตนได้ นอกจากนี้ยังมีความเห็น
 ค่อยๆ ไปด้วยว่ารัฐต่าง ๆ อาจนาการประนีประนอมในลักษณะบังคับ ไปใช้เพื่อการ
 ระงับข้อพิพาทอื่นที่เกิดขึ้นในอนุสัญญากฎหมายทะเล ๆ กันอย่างแพร่หลาย

ข้อที่น่าพิจารณาอีกประการหนึ่งก็คือ แม้ว่าผลของคำตัดสิน
 รายงาน ข้อสรุปและข้อเสนอแนะของคณะกรรมการการประนีประนอมจะไม่ผูกพัน
 รัฐที่ตกเป็นฝ่ายผิดในข้อพิพาทดังกล่าวให้ต้องปฏิบัติตาม ก็มีใช้ว่าคำตัดสิน
 รายงาน ข้อสรุป และข้อเสนอแนะดังกล่าวจะไร้ผลเสียทีเดียว เพราะ
 อย่างน้อยก็มีผลในทางจิตวิทยาให้รัฐที่ตกเป็นฝ่ายผิดในข้อพิพาทเกิดความ
 ละอายต่อการที่จะฝ่าฝืนคำตัดสิน รายงาน ข้อสรุป และข้อเสนอแนะดังกล่าวนั้น

1.3 การให้ใช้วิธีอนุญาโตตุลาการเป็น forum สำหรับการ
การพิจารณากรณีที่มีการเลือก forum แตกต่างกัน หรือคำประกาศที่ใช้บังคับ
อยู่ไม่ได้ครอบคลุมถึง

แม้ว่าผู้เข้าร่วมประชุมเพื่อยกร่างอนุสัญญากฎหมายทะเล
 จะสามารถตกลงกันได้เกี่ยวกับการกำหนด forum เพื่อการระงับข้อพิพาทในลักษณะ
 บังคับตามหลักการ Montreux Formula¹⁵ แต่ก็ยังมีปัญหาค้างอยู่เกี่ยวกับการ
 กำหนด forum ที่จะมีเขตอำนาจสำรอง (residual jurisdiction) เหนือ
 ข้อพิพาทที่ไม่มีคำประกาศที่มีผลยอมรับ forum เพื่อการระงับข้อพิพาท หรือมี

¹⁵ Montreux Formula เป็นการเปิดกว้างสำหรับ forum ต่างๆ
 ไม่ว่าจะเป็นศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ
 ศาลอนุญาโตตุลาการและศาลอนุญาโตตุลาการพิเศษ เพื่อให้รัฐต่าง ๆ สามารถ
 เลือกวิธีการดังกล่าวเพื่อการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะบังคับได้ หลักการนี้มีที่มา
 จากความเห็นของผู้แทนกลุ่มหนึ่งที่ใช้เวลาในช่วงวันหยุดที่ Montreux ประเทศ
 สวิสเซอร์แลนด์ โดยการสนับสนุนของมูลนิธิ Rockefeller เพื่อแก้ปัญหาเกี่ยวกับ
 การระงับข้อพิพาท ผลของ Montreux Formula ปรากฏให้เห็นในมาตรา 287
 ของอนุสัญญากฎหมายทะเล ค.ศ. 1982

คำประกาศเลือก forum ที่ขัดแย้งกันไว้ กลุ่มทำงานอย่างไม่เป็นทางการเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท จึงได้พบกันในปี 1974 ต่อมาจนถึงปี 1975 เพื่อหาทางแก้ไข ปัญหา ซึ่งศาสตราจารย์ Riphagen ก็ได้เสนอให้แต่ละฝ่ายในอนุสัญญา ฯ เลือกวิธีการระงับข้อพิพาทที่ตนพอใจ หากไม่มีการเลือกก็ให้ถือว่าได้ยอมรับ forum ที่อีกฝ่ายหนึ่ง (ในข้อพิพาท) ได้เลือกไว้ นั่นก็คือ forum ที่ฝ่ายที่เป็นจายเลยเลือกไว้ จากการประชุมอย่างไม่เป็นทางการในสมัยประชุมที่ 5 (1976) รัฐบาลรัฐได้คัดค้านอย่างแข็งขันต่อการยอมรับเขตอำนาจของศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศ และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ รวมทั้งการยอมรับ forum ที่จายเลยได้เลือกไว้ จึงได้เกิดการประนีประนอม และตกลงกันได้ว่าวิธีอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการก่อตั้งขึ้นเป็นทางเลือกที่พอใจ จึงได้มีการแก้ไขปรับปรุงร่างอนุสัญญาในเวลาต่อมา โดยให้ใช้วิธีอนุญาโตตุลาการ เมื่อไม่มีการเลือก forum ที่ตรงกัน

ทางเลือกเดียวกันนี้ได้รับการนำมาใช้กับกรณีทั้งหมด 2 ฝ่าย ไม่ได้ทำคำประกาศที่มีผล หรือมีฝ่ายหนึ่งถอนคำประกาศ หรือทั้งสองฝ่ายถอนคำประกาศ ทั้งนี้ โดยมาตรา 287 วรรคสาม ได้บัญญัติให้รัฐภาคี ที่เป็นฝ่ายในข้อพิพาทซึ่งคำประกาศที่ใช้บังคับอยู่ไม่ได้ครอบคลุมถึง ให้ถือว่ายอมรับการอนุญาโตตุลาการตามภาคผนวก 7

การให้ใช้วิธีอนุญาโตตุลาการเป็น forum สำหรับการพิจารณา กรณีที่มีการเลือก forum แตกต่างกัน หรือคำประกาศที่ใช้บังคับอยู่ไม่ได้ครอบคลุมถึง นับว่าได้สร้างความยืดหยุ่นให้แก่ระบบการระงับข้อพิพาทเป็นอย่างมาก เพราะเป็นการอุดช่องว่าง ที่รัฐที่พิพาทอาจใช้เป็นเหตุของการไม่ระงับข้อพิพาทระหว่างกัน โดยอ้างว่า เลือก forum ไว้ไม่ตรงกัน หรือไม่ได้เลือก forum เพื่อการพิจารณาไว้ การไม่เปิดช่องว่างไว้จึงแสดงถึงประสิทธิภาพของระบบ ที่สามารถจะเอื้ออำนวยต่อการระงับข้อพิพาทได้ในทุกกรณี นอกจากนี้อนุสัญญา ฯ ยังได้วางบทบัญญัติขึ้นเพื่อแสดงถึงความยืดหยุ่นของระบบที่มากยิ่งขึ้น สำหรับกรณีที่ฝ่ายต่าง ๆ ในข้อพิพาทไม่ได้ยอมรับวิธีดำเนินการเดียวกันสำหรับการระงับข้อพิพาทซึ่งจะต้อง เสนอข้อพิพาทต่อการ

อนุญาโตตุลาการตามภาคผนวก 7 โดยการเปิดโอกาสให้ฝ่ายต่าง ๆ สามารถตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้

ปัญหาที่น่าพิจารณาต่อไปก็คือ รัฐที่จะเข้ามาเป็นภาคีอนุสัญญา จะยอมรับบทบัญญัติในมาตรานี้ หรือถ้าจะกล่าวให้แคบลงก็คือ จะยอมรับวิธีการอนุญาโตตุลาการเพื่อการระงับข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นได้หรือไม่ พิจารณาได้ว่า รัฐต่าง ๆ โดยเฉพาะรัฐชายฝั่งที่กำลังพัฒนา จะไม่ใส่ใจที่จะยอมรับกระบวนการที่มีลักษณะเป็น "สถาบันศาล" เท่าใดนัก เพราะกระบวนการพิจารณาของศาลไม่ว่าจะเป็นศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศ หรือศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ จะมีลักษณะของการจัดตั้งขึ้นอย่างสมบูรณ์ แล้วเปิดให้รัฐภาคีเข้าไปใช้ ทำให้มีลักษณะค่อนข้างเข้มงวด ฝ่ายต่าง ๆ ในข้อพิพาทไม่ว่าจะเลือกผู้พิพากษาที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน สำหรับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นกับตน รวมทั้งการพิจารณาในศาลมีลักษณะค่อนข้างเย็นเยือก และโดยผลของคำพิพากษา ก็มักจะเป็นเรื่องแพ้ชนะในคดี ซึ่งฝ่ายที่แพ้ ต้องยอมรับปฏิบัติตามในลักษณะที่จำยอม และยังพาให้ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศตกต่ำตามไปด้วย เมื่อเราหันมาพิจารณาวิธีการของอนุญาโตตุลาการตามภาคผนวก 7 ของอนุสัญญากฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 จะเห็นว่ากลไกของอนุญาโตตุลาการจะยืดหยุ่นกว่า นับแต่การจัดตั้งศาลอนุญาโตตุลาการที่ให้ฝ่ายต่าง ๆ ในข้อพิพาทตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ จึงเป็นที่มั่นใจถึงการถ่วงดุลย์กัน หรือในแง่ของวิธีพิจารณา อนุสัญญา ๆ ก็ยังเปิดช่องให้ฝ่ายต่าง ๆ ตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ ฝ่ายต่าง ๆ จึงสามารถกำหนดกระบวนการพิจารณาที่ตนเองต้องการและอีกฝ่ายหนึ่งยอมรับ ไม่ว่าจะเป็นการพิจารณาโดยรวบรัด การให้คำตัดสินได้ในทันทีซึ่ง เป็นขั้นตอนที่ไม่อาจกำหนดหรือสั่งให้กระบวนการในลักษณะ "สถาบันศาล" ปฏิบัติได้ นอกจากนี้วิธีการอนุญาโตตุลาการยังได้เปิดช่องที่สำคัญไว้อีกช่องทางหนึ่งคือ เรื่องการอุทธรณ์คำชี้ขาด ซึ่งฝ่ายต่าง ๆ สามารถตกลงกันไว้ก่อนให้มีการอุทธรณ์ได้ จึงนับได้ว่าวิธีการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีดำเนินการบังคับซึ่งมีการวินิจฉัยที่มีผลบังคับ ที่รัฐที่พิพาทสามารถจะเข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดวิถีทางของตนเองได้มากที่สุด ดังนั้น การเสนอให้ใช้วิธีการอนุญาโต

ตุลาการเป็น forum เพื่อการพิจารณาในกรณีนี้ จึงน่าจะเป็นสิ่งยอมรับได้

เมื่อได้พิสูจนมาข้างต้นแล้วว่าวิธีการอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็น forum ที่อนุสัญญากฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ให้อำนาจให้อุดช่องว่างกรณีที่มีฝ่ายต่าง ๆ เลือก forum เพื่อการระงับข้อพิพาทไม่ตรงกัน หรือไม่มีการเลือก forum ที่เป็นผล เป็น forum ที่มีความยืดหยุ่นสูงพอที่ฝ่ายต่าง ๆ ในข้อพิพาทจะยอมรับได้ การบัญญัติให้วิธีการอนุญาโตตุลาการเป็น forum เพื่ออุดช่องว่างในอนุสัญญา ๆ จึงมีผลในทางปฏิบัติ และเป็นการเสริมให้การระงับข้อพิพาทตามอนุสัญญา ๆ มีผลบังคับใช้ยิ่งขึ้น

2. ความยืดหยุ่นในขั้นตอนก่อนนำเรื่องเข้าสู่การระงับข้อพิพาท ในลักษณะบังคับ

นอกจากอนุสัญญากฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 จะมีความยืดหยุ่นในด้านของการจัดหา forum ต่าง ๆ เพื่อการระงับข้อพิพาทในลักษณะบังคับ ตามที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ยังมีความยืดหยุ่นในขั้นตอนต่าง ๆ ก่อนนำเรื่องเข้าสู่การระงับข้อพิพาทในลักษณะบังคับ ซึ่งจะขอยกมาพิจารณาในที่นี้รวม 3 กรณีด้วยกันคือ

2.1 การกำหนดให้มีข้อจำกัด (limitations) และ ข้อยกเว้นให้เลือก (optional exceptions)

ความคิดที่จะกำหนดข้อจำกัดและข้อยกเว้นให้เลือกในบทบัญญัติว่าด้วยการระงับข้อพิพาท มีการพิจารณาสืบเนื่องกันมาตั้งแต่เริ่มสมัยประชุมคาร์าคัส (1974 Caracas Session) ในปี ค.ศ. 1974 โดยผู้เข้าร่วมประชุมเห็นว่าพันธกรณีที่กำหนดไว้ในภาค 15 ตอน 1 ที่ให้มีการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีที่คู่พิพาทเลือกนั้นสามารถจะนำไปใช้ได้กับข้อพิพาททั้งบางที่เกิดขึ้นตามอนุสัญญา แต่สำหรับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีดำเนินการภาคบังคับซึ่งมีการวินิจฉัยที่มีผลบังคับนั้น ยังมีผู้คัดค้านต่อพันธกรณีที่จะต้องเสนอข้อพิพาททุกเรื่องต่อวิธีดำเนินการดังกล่าว เมื่อท่านทูต Reynaldo Galindo Pohl (เอล ซัลวาดอร์) เสนอร่างแรกว่าด้วยการระงับข้อพิพาทต่อที่ประชุมกฎหมายทะเลสมัยที่สอง (1974)

ก็ได้ให้ความสำคัญต่อความจำเป็นที่จะต้อง มีข้อยกเว้นจากเขตอำนาจที่มีลักษณะ บังคับสำหรับ "เรื่องที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐ" มิฉะนั้น ก็จะมีรัฐต่าง ๆ จำนวนมากที่ไม่ให้สัตยาบันอนุสัญญา หรือไม่แม้แต่จะลงนาม¹⁶

เอกสารที่คณะกรรมการไม่เป็นที่ปรึกษาเสนอในที่ประชุม คาราคัส ได้ให้ทางเลือกเป็น 3 ประการด้วยกัน ประการแรกก็คือระบบการ ระวังข้อพิพาทที่จะเป็นผล จะต้องใช้ได้กับข้อพิพาททั้งปวงที่เกี่ยวกับการตีความ และการใช้อินสุญญานี้ ประการที่สอง กลไกการระงับข้อพิพาทจะไม่มีเขตอำนาจ ในบางเรื่อง หรือให้เรื่องเหล่านั้นอยู่ภายใต้การวินิจฉัยที่ไม่มีผลบังคับ และ ประการสุดท้ายให้รัฐต่าง ๆ สามารถจำกัดข้อพิพาทบางประเภทจากระบบการ ระวังข้อพิพาทหรือจากการวินิจฉัยที่มีผลบังคับ ซึ่งได้ระบุประเภทของข้อพิพาท ไว้ใน 3 เรื่องด้วยกันคือ ข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้เขตอำนาจบังคับการและ การใช้ดุลพินิจโดยปกติของรัฐ ข้อพิพาทเกี่ยวกับการกำหนดเขตทางทะเล และข้อพิพาทเกี่ยวกับเรือและอากาศยานของรัฐซึ่งได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ระหว่างประเทศ ซึ่งการประชุมในสมัยต่อ ๆ มา ก็จะเป็นเรื่องของการกำหนด ประเภทของข้อพิพาทที่รัฐจะมีสิทธิยกเว้นได้ โดยพยายามประนีประนอมความเห็น ที่แตกต่างกันเกี่ยวกับการรวมเข้าไว้หรือการยกเว้นข้อพิพาทบางประเภทที่เกิดขึ้น ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ เนื่องจากรัฐชายฝั่งต้องการคุ้มครองผลประโยชน์ของตนเอง ในขณะที่รัฐอื่น ๆ ต้องการให้มีการคุ้มครองสิทธิและประโยชน์อันชอบด้วย กฎหมายของตนเช่นกัน

¹⁶ Myron H. Nordquist, Editor, United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 : A Commentary (Dordrecht : Martinus Nijhoff Publishers, 1989),

การพิจารณาในสมัยประชุมอย่างไม่เป็นทางการ สมัยที่ 5 (1976) ต้องการจะหลีกเลี่ยงความสับสนระหว่างข้อจำกัดที่มีผลใช้ได้โดยอัตโนมัติกับข้อยกเว้นที่จะต้องประกาศเลือก จึงได้มีการแยกเรื่องดังกล่าว (ซึ่งในขณะนั้นเป็นร่างมาตรา 18 มาตราเดียว) ออกจากกัน และมีแก้ไขถ้อยคำบางประการให้ชัดเจนยิ่งขึ้น ร่างทั้งสองมาตรานี้ก็ยังเป็นที่ถกเถียงกันโดยตลอดในสมัยประชุมต่าง ๆ ถึงขอบเขตของข้อจำกัดและข้อยกเว้นให้เลือกว่าจะมีเพียงใด เพื่อให้ได้ข้อถ่วงดุลย์กันระหว่างผลประโยชน์ของรัฐชายฝั่งกับรัฐอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นรัฐที่มีผลประโยชน์ด้านการเดินเรือเป็นหลัก (States with Major Navigation Interests) รัฐไร้ฝั่งทะเล (Landlocked States) และรัฐที่มีลักษณะเสียเปรียบทางภูมิศาสตร์ (Geographically Disadvantaged States) โดยเฉพาะรัฐในสองกลุ่มหลังนี้ต้องการให้ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ที่ตนจะได้รับจากรัฐชายฝั่ง ได้รับความคุ้มครองโดยวิธีดำเนินการของฝ่ายที่สามให้มากที่สุด

ความแตกต่างระหว่างข้อจำกัดและข้อยกเว้นให้เลือกก็คือ ข้อจำกัดจะเป็นเรื่องของการจำกัดการใช้อาณาจของรัฐ ว่าข้อพิพาทในเรื่องใดบ้างที่รัฐจะต้องยอมรับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีดำเนินการภาคบังคับซึ่งมีการวินิจฉัยที่มีผลบังคับโดยไม่หลีกเลี่ยง ซึ่งประเภทของข้อพิพาทที่อนุสัญญาฯ จำกัดการใช้อาณาจของรัฐจะเป็นเรื่องของผลประโยชน์ส่วนรวมหรือเป็นเรื่องที่อนุสัญญาฯ ได้ยอมรับว่าเป็นสิทธิเสรีภาพของรัฐต่าง ๆ ส่วนข้อยกเว้นจะเป็นเรื่องของการจำกัดการใช้เขตอาณาจของศาล ว่าในเรื่องใดที่ศาลไม่มีเขตอาณาจเหนือข้อพิพาทนั้น ซึ่งประเภทของข้อพิพาทที่จะยกเว้นได้จะเป็นเรื่องของเขตอาณาจสิทธิอธิปไตย หรือเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกิจการภายในของรัฐ ที่อนุสัญญาฯ ไม่กล้าที่จะเข้าไปก้าวล่วงหรือกระทบกระเทือน

ในส่วนของข้อยกเว้นให้เลือก เมื่อได้แยกจากข้อจำกัด ดังที่ได้กล่าวในตอนต้นแล้ว ก็มีข้อพิพาทที่รัฐต่าง ๆ ต้องการให้ยกเว้นจากวิธีดำเนินการภาคบังคับซึ่งมีการวินิจฉัยที่มีผลบังคับในหลาย ๆ กรณี ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการกำหนดเขตทางทะเล อ่าวประวัติศาสตร์ หรือสิทธิ



ทางประวัติศาสตร์ กิจกรรมทางทหารและกิจกรรมในการบังคับใช้กฎหมาย และข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการรักษาไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ ซึ่งที่ประชุมได้พิจารณาข้อยกเว้น ในประเด็นต่าง ๆ เหล่านี้ติดต่อกันมาหลายสมัยประชุม และกำหนดขอบเขต ของข้อยกเว้นเหล่านี้ให้แจ่มชัดยิ่งขึ้น

การทำให้บทบัญญัติเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทมีความ ยืดหยุ่นและ เป็นที่ยอมรับได้นอกจากจะ เปิดช่องให้ฝ่ายต่าง ๆ สามารถระงับ ข้อพิพาทระหว่างกันโดยไม่จำเป็นต้องใช้วิธีการระงับข้อพิพาทที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญา แล้ว ยังรวมไปถึงการกำหนดให้ฝ่ายต่าง ๆ จะต้องยอมรับการระงับข้อพิพาท ด้วยวิธีดำเนินการภาคบังคับซึ่งมีการวินิจฉัยที่มีผลบังคับในข้อพิพาทบาง เรื่องที่ เป็นประโยชน์ของประชาคมโลกและให้รัฐสามารถกำหนดข้อยกเว้นในข้อพิพาท ที่กระทบต่อผลประโยชน์ที่สำคัญยิ่งของตนได้ เพราะถ้าจะให้ฝ่ายต่าง ๆ ใช้ อำนาจของตนได้โดยไม่มีข้อจำกัดหรือถูกกำหนดบังคับให้ต้องระงับข้อพิพาท ระหว่างกันด้วยวิธีการที่มีลักษณะบังคับแม้แต่ในเรื่องที่กระทบต่อผลประโยชน์ที่ สำคัญยิ่งของตน ระบบวิธีการระงับข้อพิพาทเช่นว่านั้นนั้นก็ จะไม่เป็นที่ยอมรับ เนื่องจากเป็นระบบที่ขาดความยืดหยุ่น และโดยลักษณะของการรับเอาทั้งอนุสัญญา (package deal) ข้างต้น ก็จะส่งผลให้รัฐต่าง ๆ เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาน้อยลง

ตัวอย่างของการขาดความยืดหยุ่น ที่ส่งผลให้รัฐต่าง ๆ เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาไม่มากนัก จะพบได้จากอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1958 ในส่วนของอนุสัญญาว่าด้วยการประมงและการอนุรักษ์ทรัพยากรมีชีวิตในทะเลหลวง และพิธีสารทางเลือกเพื่อการลงนามที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในลักษณะบังคับ ซึ่งได้วางระบบการระงับข้อพิพาทไว้ค่อนข้างจำกัด และไม่ให้อีกโอกาสแก่รัฐภาคี ที่จะวางข้อจำกัดหรือข้อยกเว้น จึงเป็นผลให้รัฐที่เข้าเป็นภาคีมีจำนวนน้อย เมื่อ เทียบกับอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1958 ฉบับอื่น ๆ

การอนุญาตให้มีข้อจำกัดและข้อยกเว้นให้เลือก แสดงถึงหลักความไม่ทักล้า (Non - Frustration) ของระบบวิธีการ ระวังข้อพิพาทในอนุสัญญากฎหมายทะเล ค.ศ.1982 และสะท้อนถึงความ จำเป็นของความเป็นจริงทางการเมือง เพราะรัฐต่าง ๆ ย่อมไม่ยอมให้ ข้อพิพาทในเรื่องที่เป็นผลประโยชน์ร่วมกันของประชาคมโลกหรือเป็น ผลประโยชน์ที่อนุสัญญาฯ รับรอง ต้องถูกจำกัดจากเขตอำนาจศาล ขณะเดียวกัน ก็ไม่ต้องการให้ข้อพิพาทในเรื่องที่กระทบต่อประโยชน์ที่สำคัญยิ่งของตน ถูก เสนอเพื่อการระงับข้อพิพาทโดยฝ่ายที่สาม

สำหรับประเด็นที่ว่าข้อจำกัดและข้อยกเว้นให้เลือก มีในเรื่องใดบ้าง และความสามารถในการนำระบบวิธีการระงับข้อพิพาทไป ปรบใช้ จะมีเพียงใดนั้น จะได้กล่าวถึงในบทที่ 3 และบทที่ 4 ต่อไป

2.2 การกำหนดให้ต้องมีพันธกรณีในการแลกเปลี่ยนทัศนะ

แนวคิดเกี่ยวกับกำหนดให้ต้องมีพันธกรณีในการ แลกเปลี่ยนทัศนะ เกิดขึ้นในสมัยประชุมคาราคัส เมื่อปี ค.ศ.1974 ในขณะที่กลุ่มทำงานอย่างไม่เป็นทางการกำลังพิจารณาประเด็นเรื่อง การระงับข้อพิพาทโดยวิธีที่ฝ่ายต่าง ๆ เป็นผู้เลือกเอง ก็ได้มีการเสนอร่าง ในส่วนนี้ให้พิจารณารวม 2 ร่าง ความแตกต่างอยู่ที่ว่าร่างหนึ่งได้เน้นให้ ฝ่ายต่าง ๆ ในข้อพิพาทมีพันธะที่จะปรึกษา (consult) กันว่าจะระงับ ข้อพิพาทระหว่างกันโดยวิธีการใดเป็นวิธีแรก ซึ่งความคิดในเรื่องพันธกรณี ที่ฝ่ายต่าง ๆ จะต้องปรึกษากันเพื่อเลือกวิธีการระงับข้อพิพาท ได้กลายมา เป็นประเด็นสำคัญของระบบการระงับข้อพิพาทในอนุสัญญากฎหมายทะเล ค.ศ. 1982

ลักษณะเด่นประการหนึ่งของระบบวิธีการระงับ ข้อพิพาทที่มีลักษณะกว้างก็คือความยืดหยุ่นในการเลือกวิธีการระงับข้อพิพาท โดยเปิดกว้างให้เป็นสิทธิของฝ่ายต่าง ๆ ในข้อพิพาทที่จะตกลงใช้วิธีการ ระงับข้อพิพาททั้งที่มีและไม่มีลักษณะบังคับ สิ่งที่จะมาเสริมความยืดหยุ่น

ดังกล่าว ก็คือ พันธกรณีในการแลกเปลี่ยนทัศนะ โดยเร่งด่วน เพื่อวัตถุประสงค์ของการตกลงกันในวิธีการเพื่อการระงับข้อพิพาท และเป็นการตีกรอบให้ฝ่ายต่าง ๆ มีการเจรจาระหว่างกันมิใช่ปล่อยให้ข้อพิพาทเกิดขึ้น โดยไม่หาหนทางแก้ไข นอกจากนี้พันธกรณีในการแลกเปลี่ยนทัศนะยังเป็นวิธีการหนึ่งในการควบคุมการเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทอีกด้วย¹⁷

เมื่อฝ่ายต่าง ๆ ได้เลือกระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการที่ไม่มีลักษณะบังคับแต่วิธีการดังกล่าวไม่บรรลุผล การโอนข้อพิพาทเดียวกันนั้นไปสู่วิธีการที่มีลักษณะบังคับจะไม่เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติ จนกว่าฝ่ายต่าง ๆ จะได้แลกเปลี่ยนทัศนะกันเสียก่อน¹⁸

พันธกรณีในการแลกเปลี่ยนทัศนะ นอกจากจะใช้เพื่อความยืดหยุ่นในขั้นตอนก่อนหน้าเรื่องเข้าสู่วิธีการระงับพิพาทแล้ว ยังสามารถนำไปใช้ในทุก ๆ ขั้นตอนของข้อพิพาท ดังที่ปรากฏในวรรคสองของมาตรา 283 กล่าวคือ พันธกรณีในการแลกเปลี่ยนทัศนะ เพื่อหาวิธีดำเนินการเพื่อระงับข้อพิพาทต่อไป จะเกิดขึ้นเสมอ เมื่อใดก็ตามที่วิธีดำเนินการที่เป็นที่ยอมรับของฝ่ายต่าง ๆ เพื่อการระงับข้อพิพาทได้ล้มเหลวโดยปราศจากผลอันเป็นที่พอใจ หรือไม่อาจบรรลุข้อพิพาทได้ หรือแม้แต่กรณีที่ฝ่ายต่าง ๆ สามารถระงับข้อพิพาทได้แล้ว แต่ไม่อาจตกลงกันได้เกี่ยวกับการปฏิบัติให้บรรลุผล ฝ่ายต่าง ๆ ก็อาจปรึกษาหารือเกี่ยวกับวิธีการปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อยุติ

¹⁷ A.O. Adede, The System for Settlement of Disputes under The United Nations Convention on the Law of The Sea (Dordrecht : Martinus Nijhoff Publishers, 1987) , P.93

¹⁸Law of the Sea Convention , Article 283
PAR 2.

มีข้อที่น่าพิจารณาอยู่ประการหนึ่งว่า อนุสัญญาฯ กำหนดแต่เฉพาะให้ฝ่ายต่าง ๆ ตาเนินการอย่างเร่งด่วนในการแลกเปลี่ยนทัศนะเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการเจรจาหรือโดยสันติวิธีอื่น ๆ เท่านั้น มิได้กำหนดเป็นพันธะให้ฝ่ายต่าง ๆ จะต้องตาเนินการให้บรรลุถึงความตกลงหรือการระงับข้อพิพาทใด ๆ จากการแลกเปลี่ยนทัศนะดังกล่าว

2.3 การพิจารณาว่ามีการใช้กระบวนการทางกฎหมายในทางที่ไม่ถูกต้องหรือไม่มีมูล

ที่มาของการจัดตั้งกระบวนการพิจารณาชั้นต้น เพื่อพิจารณาว่าคำร้องในข้อพิพาทเป็นการใช้กระบวนการทางกฎหมายในทางที่ผิดหรือตามมูลคดีแล้วไม่มีมูล เพิ่งปรากฏในสมัยประชุมที่ 6 ในปี ค.ศ. 1977 เมื่อมีความพยายามที่จะกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการทางศาลที่มีลักษณะบังคับสำหรับข้อพิพาทบางประการเกี่ยวกับการใช้เขตอำนาจหรือสิทธิอธิปไตยของรัฐชายฝั่งในเขตเศรษฐกิจจำเพาะและไหล่ทวีป ความพยายามเช่นนี้ส่งผลให้รัฐชายฝั่งที่กำลังพัฒนาเกิดความวิตกว่าจะถูกบังคับให้ต่อสู้คดีที่ถูกนำขึ้นสู่การพิจารณาในชั้นศาลอย่างมากมาย ทำให้ต้องเสียค่าใช้จ่ายและต้องใช้บุคลากรเป็นอันมาก รัฐชายฝั่งที่กำลังพัฒนาจึงได้เรียกร้องให้การใช้เขตอำนาจและสิทธิอธิปไตยของตนในเขตเศรษฐกิจจำเพาะและไหล่ทวีปได้รับความคุ้มครองมิให้ต้องถูกรบกวน (harassment) จากการฟ้องที่ไม่จริงจัง (frivolous) หรือที่เรียกว่าการใช้กระบวนการในทางที่ไม่ถูกต้อง (abuse of process) ในเวลาเดียวกันรัฐอื่น ๆ โดยเฉพาะรัฐไร้ฝั่งทะเล และรัฐที่มีความสามารถในการทำประมงระยะไกลก็ต้องการให้สิทธิในการเข้าถึงส่วนที่เหลือ (surplus) ของทรัพยากรมีชีวิตในเขตเศรษฐกิจจำเพาะได้รับความคุ้มครองโดยกระบวนการทางศาลที่มีลักษณะบังคับ เพื่อป้องกันการใช้อำนาจในทางที่ไม่ถูกต้อง (abuse of power) ของรัฐชายฝั่ง

ในสมัยประชุมที่ 7 ค.ศ. 1978 กลุ่มเจรจาที่ 5 ด้รับการจัดตั้งขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้สิทธิอธิปไตยของรัฐชายฝั่งในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ โดยได้ยกร่างเรื่องของการใช้กระบวนการทางกฎหมายในทางที่ผิดหรือไม่มีมูลเป็นมาตราใหม่แยกจากร่างมาตราเดิม

การกำหนดให้ศาลตามมาตรา 287 ของอนุสัญญากฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 จะต้องวินิจฉัยเมื่อได้รับการร้องขอจากฝ่ายหนึ่งหรือโดยการริเริ่มของศาลเอง ว่าข้อเรียกร้องนั้นมีลักษณะเป็นการใช้กระบวนการทางกฎหมายในทางที่ไม่ถูกต้อง หรือไม่ หรือข้อเรียกร้องนั้นตามมูลคดีแล้ว มีมูลฐานเพียงพอหรือไม่ ก่อนที่ศาลจะพิจารณาคดีต่อไป เป็นการสร้างความยืดหยุ่นให้เกิดขึ้นในระบบ เพราะเป็นการกำหนดให้ forum ที่ปฏิบัติหน้าที่เพื่อการระงับข้อพิพาทบรรเทาภาระของรัฐที่ถูกฟ้องร้องดำเนินคดี ด้วยการกลั่นกรองข้อพิพาทดังกล่าวเสียขั้นหนึ่งก่อน ทำให้รัฐที่ถูกฟ้องร้องไม่จำเป็นต้องเข้ามาแก้ต่างในทุกคดี วิธีการเช่นว่าจึงเป็นการช่วยเหลือให้รัฐต่าง ๆ ไม่ถูกรบกวนหรือทำให้ต้องเสียค่าใช้จ่ายและเสียเวลาจากการกลั่นแกล้งฟ้องร้องกัน ซึ่งนับว่าเป็นการสร้างพัฒนาการที่สำคัญของระบบ¹⁹

อย่างไรก็ตาม ยังเป็นที่สงสัยกันว่าหลักการในเรื่องนี้จะนำไปปฏิบัติในการพิจารณาคดีระหว่างประเทศได้เพียงใด เพราะความคิดเรื่องมูลคดีเป็นที่รู้จักกันแต่เฉพาะกฎหมายภายใน และเป็นการพิจารณาเพียงฝ่ายเดียว นอกจากนี้ภาระที่จะต้องพิสูจน์ว่าคดีมีมูลยังตกแก่ผู้ยื่นคำร้องทั้งหมด แม้ว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่คัดค้านเลยก็ตาม นักกฎหมายบางท่านถึงกับมีความเห็นว่าการสร้างเงื่อนไขเช่นว่านี้จะทำให้เกิดการเข้าใจกระบวนการระงับข้อพิพาท

¹⁹A.O. Adede , The System for Settlement of Disputes under The United Nations Convention on The Law of the Sea , p. 154

ทั้งบงไปในทางที่ผิด (illusory) และบางที่จะทำให้กระบวนการที่จะทำให้ออนสัญญาที่มีผลใช้บังคับต้องตกอยู่ในอันตราย (imperial) ²⁰

การพิจารณาถึงความยืดหยุ่นที่มีผลต่อประสิทธิภาพของวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะบังคับข้างต้น เป็นการพิจารณาจากการกำหนดวิธีการเพื่อการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะบังคับ และการกำหนดขั้นตอนต่าง ๆ ก่อนที่จะมีการนำเรื่อง เข้าสู่การระงับข้อพิพาท

การพิจารณาความยืดหยุ่นจากการกำหนดวิธีการเพื่อการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะบังคับ เป็นการพิจารณาจากการเปิดกว้างสำหรับการเลือกวิธีการเพื่อการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะบังคับที่ให้รัฐต่าง ๆ มีสิทธิที่จะแสวงหาวิธีการเพื่อการระงับข้อพิพาทระหว่างกันโดยสันติวิธีที่รัฐเหล่านั้นเลือกเอง ก่อนที่จะ เข้าสู่การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีดำเนินการภาคบังคับซึ่งมีการวินิจฉัยที่มีผลบังคับตามอนุสัญญาฯ การให้มีวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะบังคับก็เป็นทางเลือกสำหรับการหาวิธีการเพื่อการระงับข้อพิพาทในเรื่องที่กระทบต่อผลประโยชน์ที่สำคัญยิ่งของรัฐและการให้ใช้วิธีอนุญาโตตุลาการเป็น forum สำหรับการพิจารณากรณีที่มีการเลือก forum แตกต่างกันหรือไม่มีการเลือกที่มีผลก็เป็นทางเลือกช่องว่างของการไม่มี forum ที่จะทำหน้าที่พิจารณา ทำให้การดำเนินการเพื่อการระงับข้อพิพาทไม่หยุดชะงักลงไป

²⁰ Rosenne Shabtai, "Settlement of Fisheries Disputes in the Exclusive Economic Zone" American Journal of International Law 73 (1979) : 100.

ส่วนความยืดหยุ่นในขั้นตอนต่าง ๆ ก่อนที่จะมีการนำเรื่อง เข้าสู่การ ระวังข้อพิพาทที่มีลักษณะบังคับ จะ เป็นการพิจารณาจากการให้ข้อจำกัดและ ข้อยกเว้นให้เลือกร ซึ่งมีสาระ เป็นการจำกัดอำนาจรัฐในบางประการให้ต้อง ยอมรับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีดำเนินการภาคบังคับซึ่งมีการวินิจฉัยที่มีผลบังคับ และ เป็นการยกเว้นอำนาจศาลที่อาจมีผลกระทบต่อกิจการภายในของรัฐ การ กำหนดให้ต้องมีพันธะกรณีในการแลกเปลี่ยนทัศนะเพื่อให้รัฐต่าง ๆ มีโอกาสได้ ปรีกษาหรือกันเสียชั้นหนึ่งก่อน ส่วนการกำหนดให้ forum ที่ทำหน้าที่พิจารณา จะต้องทำหน้าที่พิจารณาว่ามีการใช้กระบวนการทางกฎหมายในทางที่ไม่ถูกต้อง หรือไม่มีมูล เพื่อมิให้มีการใช้กระบวนการในทางที่ไม่ถูกต้อง (abuse of process)

ขั้นตอนต่าง ๆ เหล่านี้ช่วยทำให้รัฐต่าง ๆ ที่เข้ามาเป็นภาคีอนุสัญญา เกิดความมั่นใจในระบบ และยินดีที่จะเข้าผูกพัน เนื่องจากการเข้าสู่ระบบวิธีการ ระวังข้อพิพาทเช่นว่านี้ไม่เป็นการผูกมัดรัฐต่าง ๆ มากเกินไปจนไม่มีทางออก ในทางตรงกันข้ามระบบการระงับข้อพิพาทตามอนุสัญญาฯ ยังเคารพต่ออำนาจ อธิปไตยของรัฐต่าง ๆ ด้วยการให้รัฐต่าง ๆ สามารถตกลงกันที่จะออกจากระบบ นี้ในเวลาใด ๆ ก็ได้ ความยืดหยุ่นที่มีอยู่มากเช่นนี้ย่อมทำให้ระบบเกิดประสิทธิภาพ