วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
THAMMASAT LAW JOURNAL

ชื่อเรื่อง: การแก้ไขความไม่ยืดหยุ่นของระบบการระงับข้อพิพาทและขอบเขตอำนาจของศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศในการให้ความเห็นแนะนำในความตกลง BBNJ : ถอดบทเรียนจากมโนทัศน์ "ความยืดหยุ่น"ของโยชิฟูมิ ทานากะ

ชื่อผู้แต่ง: ปัณณวิชญ์ ตปนียากร

การอ้างอิงที่แนะนำ: ปัณณวิชญ์ ตปนียากร, 'การแก้ไขความไม่ยืดหยุ่นของระบบการระงับข้อพิพาทและขอบเขตอำนาจของศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศในการให้ความเห็นแนะนำในความตกลง BBNJ : ถอดบทเรียนจากมโนทัศน์ "ความยืดหยุ่น"ของโยชิฟูมิ ทานากะ' (2569) 55(2) วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 773.

ผู้สนับสนุนหลัก

อนุพร อรุณรัตน์

SATYAPON & PARTNERS
THAILAND Intellectual Property Law Firm

Tax and Legal Counsellors
Seri Manop & Doyle
30 Years Serving the Business Community

Baker McKenzie.

SAIJO DENKI
ผู้นำเทคโนโลยีความเย็นเพื่อสุขภาพและพลังงาน

ผู้สนับสนุนร่วม

SJC
SIAM JUSTICE CORPORATION

GROUP

CSBC
LAW OFFICES

DS&B DOMNERN SOMGIAT & BOONMA

วิญญูชน

WC&P

โครงการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200 อีเมล tu.lawjournal@tu.ac.th

การแก้ไขความไม่ยืดหยุ่นของระบบการระงับข้อพิพาทและขอบเขตอำนาจของศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศในการให้ความเห็นแนะนำในความตกลง BBNJ : ถอดบทเรียนจากมโนทัศน์ “ความยืดหยุ่น” ของโยชิฟูมิ ทานากะ

Addressing the Inflexibility of the Dispute Settlement System and the Scope of the International Tribunal for the Law of the Sea’s Advisory Jurisdiction under the BBNJ Agreement: Lessons from Yoshifumi Tanaka’s Resilience Concept

ปัณณวิชญ์ ตปนียากร
อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร
Pannavit Tapaneeyakorn
Lecturer, Faculty of Law, Naresuan University

วันที่รับบทความ 26 มีนาคม 2569; วันแก้ไขบทความ 12 พฤษภาคม 2569; วันตอบรับบทความ 19 พฤษภาคม 2569

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งศึกษาสาระสำคัญและข้อจำกัดของระบบการระงับข้อพิพาทและขอบเขตอำนาจศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศในการให้ความเห็นเชิงแนะนำในความตกลง BBNJ โดยเป็นการศึกษาข้อจำกัดและแนวทางแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดจากการตีความและการใช้บทบัญญัติใน 2 ประเด็นหลัก ได้แก่ 1. ปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการระงับข้อพิพาททางเทคนิค และ 2. ปัญหาในเรื่องขอบเขตอำนาจของศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศในการให้ความเห็นเชิงแนะนำ ซึ่งศึกษา

แนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวผ่านมโนทัศน์ “ความยืดหยุ่น” (Resilience) ที่พัฒนาขึ้นโดยศาสตราจารย์ โยชิฟูมิ ทานากะ โดยนำเสนอว่า การแก้ไขปัญหาที่ 1 ควรดำเนินการผ่านแนวทางความยืดหยุ่นผ่านกระบวนการสร้างกฎหมาย และการแก้ไขปัญหาที่ 2 ควรดำเนินการผ่านแนวทางความยืดหยุ่นผ่านการตีความ และแนวทางความยืดหยุ่นผ่านแนวคำวินิจฉัยของศาล

คำสำคัญ : ความตกลง BBNJ มโนทัศน์ความยืดหยุ่น แนวทางความยืดหยุ่นผ่านกระบวนการสร้างกฎหมาย แนวทางความยืดหยุ่นผ่านการตีความ แนวทางความยืดหยุ่นผ่านแนวคำวินิจฉัยของศาล

Abstract

This article examines the key aspects and limitations of the dispute settlement system and the scope of the International Tribunal for the Law of the Sea’s advisory jurisdiction under the BBNJ Agreement. Specifically, it investigates potential solutions to problems arising from the interpretation and application of its provisions, particularly: 1. issues related to technical disputes, and 2. issues regarding the scope of advisory jurisdiction. The article explores these challenges through Professor Yoshifumi Tanaka’s “resilience” concept. It suggests that the first issue can be resolved through resilience in law-making, while the second can be addressed through resilience in interpretation and resilience through jurisprudence.

Keywords: BBNJ Agreement, Resilience Concept, Resilience through Law-making, Resilience through Interpretation, Resilience through Jurisprudence

1. บทนำ

ในยุคปัจจุบัน เป็นที่ยอมรับกันว่าแนวคิดเกี่ยวกับการบริหารจัดการกิจกรรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับทะเลและมหาสมุทร หรือสมุทราภิบาล (Ocean Governance)[1] เป็นสิ่งสำคัญต่อการรักษาผลประโยชน์ทางทะเลของรัฐชายฝั่ง ในมิติระหว่างประเทศนั้น สนธิสัญญาทางทะเลที่มีความสำคัญต่อการสร้างกรอบความร่วมมือในการบริหารจัดการทะเลและมหาสมุทรระหว่างรัฐ คือ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล (The United Nations Convention on the Law of the Sea: UNCLOS) ซึ่งต่อไปในบทความนี้จะเรียกว่า “UNCLOS”

ความสำคัญของ UNCLOS นั้น ได้รับการรับรองจากนักกฎหมายทะเลหลายท่าน เช่น David Joseph Attard ผู้พิพากษาศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศ เห็นว่า UNCLOS ซึ่งมักเรียกกันว่ารัฐธรรมนูญสำหรับมหาสมุทร ได้สร้างระเบียบทางกฎหมายใหม่ในการบริหารจัดการมหาสมุทร ไม่ว่าจะเป็นการอำนวยความสะดวกในการสื่อสารระหว่างประเทศ การส่งเสริมให้มีการใช้มหาสมุทรอย่างสันติ การสนับสนุนให้มีการใช้ทรัพยากรมีชีวิตหรือไม่มีชีวิตอย่างเท่าเทียมและมีประสิทธิภาพ และการคุ้มครองและอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมทางทะเล[2] นอกจากนั้นยังมีการวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับกิจกรรมทางทะเลทั้งในพื้นที่ทางทะเลที่รัฐมีอำนาจและสิทธิอธิปไตย รวมทั้งบริเวณพื้นที่ทางทะเลที่อยู่นอกเขตอำนาจรัฐ (Areas Beyond National Jurisdiction: ABNJ)[3] ซึ่งประกอบไปด้วยทะเลหลวงและบริเวณพื้นที่[4] อาจกล่าวได้ว่า UNCLOS มีการวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการสมุทราภิบาลไว้อย่างครอบคลุม

ถึงแม้ว่า UNCLOS ยังคงเป็นรากฐานสำคัญของการบริหารจัดการทะเลและมหาสมุทร[5] กระนั้นไม่มีสนธิสัญญาใดในโลกมีความสมบูรณ์แบบ เมื่อสภาพสังคม สิ่งแวดล้อม และเศรษฐกิจเปลี่ยนแปลงไป ปัญหาใหม่ ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสมุทราภิบาลย่อมเกิดขึ้นและส่งผลให้บทบัญญัติของ UNCLOS มีข้อจำกัดในการแก้ไขปัญหา เช่น ปัญหาเกี่ยวกับการอนุรักษ์และการใช้ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืนในพื้นที่ทางทะเลที่อยู่นอกเขตอำนาจรัฐสำหรับข้อจำกัดของ UNCLOS ที่มีต่อการอนุรักษ์และการใช้ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืนในพื้นที่ทางทะเลที่อยู่นอกเขตอำนาจรัฐมีดังนี้

---

[1] กมลินทร์ พินิจภูวดล และเผดิมศักดิ์ จารยะพันธุ์, ‘รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ Final Report รายงานวิจัยในลักษณะ Quick Research ในประเด็นเร่งด่วนของประชาคมอาเซียน เรื่อง ความมั่นคงทางทะเล’ (รายงานนำเสนอสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร 2569) 4 <https://web.parliament.go.th/assets/portals/61/filenewspar/61_994_file.pdf> สืบค้นเมื่อ 19 มีนาคม 2569.

[2] David Joseph Attard, ‘Foreword’ in Simone Borg and others (eds), *Research Handbook on Ocean Governance Law* (Edward Elgar Publishing 2023) xv.

[3] Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea* (3rd edn, Cambridge University Press 2019) 7-11.

[4] เพิ่งอ้าง 11.

[5] เพิ่งอ้าง 11.

ประการที่หนึ่ง บทบัญญัติของ UNCLOS ขาดความชัดเจนเกี่ยวกับกฎเกณฑ์และสถาบันที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมทางทะเล (Marine Genetic Resources: MGRs) ในพื้นที่นอกเขตอำนาจรัฐ[6]

ประการที่สอง บทบัญญัติของ UNCLOS ไม่มีความชัดเจนในเรื่องที่ว่ารัฐภาคีจะสามารถจัดตั้งพื้นที่คุ้มครองทางทะเล (Marine Protected Areas) ในพื้นที่ทางทะเลที่อยู่นอกเขตอำนาจรัฐได้หรือไม่ และจะจัดตั้งได้ในลักษณะใด เนื่องจากการจัดตั้งพื้นที่คุ้มครองทางทะเลในพื้นที่นอกเขตอำนาจรัฐอาจจะถูกโต้แย้งจากรัฐอื่น ๆ ได้ เพราะพื้นที่ดังกล่าวเป็นพื้นที่ที่รัฐต่าง ๆ มีเสรีภาพในการใช้ประโยชน์ได้ตามหลักเสรีภาพในทะเลหลวง (The Freedom of the High Seas)[7]

ประการที่สาม บทบัญญัติใน UNCLOS ไม่ได้มีการวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการประเมินผลกระทบทางด้านสิ่งแวดล้อมทางทะเล (Environmental Impact Assessments) ในเขตพื้นที่นอกเหนือเขตอำนาจรัฐโดยเฉพาะ[8]

ประการสุดท้าย บทบัญญัติเกี่ยวกับการเสริมสร้างความสามารถและการถ่ายทอดเทคโนโลยีทางทะเล (Capacity-Building and the Transfer of Marine Technology) ใน UNCLOS ยังไม่มีการบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพ[9]

จากข้อจำกัดดังกล่าว อาจกล่าวได้ว่า บทบัญญัติของ UNCLOS ไม่มีความยืดหยุ่น (Inflexibility) เนื่องจากบทบัญญัติที่มีอยู่ไม่สามารถนำมาปรับใช้กับสถานการณ์ใหม่ ๆ ในพื้นที่นอกเขตอำนาจรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ด้วยเหตุนี้ เมื่อวันที่ 19 มิถุนายน พ.ศ. 2566 ที่ผ่านมา ประชาคมระหว่างประเทศจึงได้สร้างความตกลงขึ้นมาใหม่หนึ่งฉบับเพื่อแก้ไขข้อจำกัดของ UNCLOS ความตกลงนี้มีชื่อว่า ความตกลงภายใต้อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเลเกี่ยวกับการอนุรักษ์และการใช้อย่างยั่งยืนซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพทางทะเลในพื้นที่นอกเขตอำนาจรัฐ (Agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction: the BBNJ Agreement)[10] ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “ความตกลง BBNJ”

---

[6] Kristina M Gjerde and others, *Regulatory and Governance Gaps in the International Regime for the Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity in Areas beyond National Jurisdiction* (IUCN 2008) viii.

[7] Yoshifumi Tanaka (เชิงอรรถ 3) 430.

[8] Kristina M Gjerde and others (เชิงอรรถ 6) viii.

[9] Harriet Harden-Davies, ‘Marine genetic resources beyond national jurisdiction: an integrated approach to benefit sharing, conservation and sustainable use’ (PhD thesis, University of Wollongong 2018) 26.

[10] *The Agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction* (adopted 19 June 2023) A/CONF.232/2023/4 (hereinafter ‘the BBNJ Agreement’); และดู Joanna Mossop and David Freestone, ‘Introduction’ in Joanna Mossop and David Freestone (eds), *The Agreement on Marine Biodiversity of Areas Beyond National Jurisdiction: Commentary and Analysis* (Oxford University Press 2025).

การเกิดขึ้นของความตกลง BBNJ ถือว่าเป็นความสำเร็จครั้งประวัติศาสตร์ของการสร้างระบอบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืนในพื้นที่ทางทะเลที่อยู่นอกเขตอำนาจรัฐ โดยความตกลงดังกล่าวมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อให้แน่ใจว่าระบบนิเวศของทะเลและมหาสมุทรจะมีสุขภาพดี มีความยืดหยุ่น และเพื่อให้รัฐทั้งหลายมีส่วนร่วมและได้รับประโยชน์จากกิจกรรมในมหาสมุทรอย่างเท่าเทียมกัน[11]

การที่ความตกลง BBNJ จะมีผลใช้บังคับได้นั้น ข้อ 68 (1) กำหนดว่าต้องมีภาคีจำนวน 60 ภาคี ซึ่งปัจจุบันความตกลง BBNJ มีภาคีเกิน 60 ภาคีแล้ว ด้วยเหตุนี้ ความตกลง BBNJ จึงมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 17 มกราคม พ.ศ. 2569 ที่ผ่านมา ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ข้อ 68 (1) ของความตกลง BBNJ ที่กำหนดว่า “ความตกลงนี้จะมีผลใช้บังคับ 120 วันหลังจากวันที่มีการมอบสัตยาบันสาร ตราสารการยอมรับ การให้ความเห็นชอบ หรือภาคยานุวัติสารฉบับที่ 60”[12]

สาระสำคัญของความตกลง BBNJ คือมีการกำหนดมาตรการที่เกี่ยวกับการอนุรักษ์และการใช้ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืนในพื้นที่ทางทะเลที่อยู่นอกเขตอำนาจรัฐที่สำคัญอยู่ 4 มาตรการ ได้แก่ :

1. การเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมทางทะเลอย่างยุติธรรมและเท่าเทียมกัน
2. การใช้เครื่องมือการจัดการตามพื้นที่รวมถึงการจัดตั้งพื้นที่คุ้มครองทางทะเล
3. การประเมินผลกระทบทางด้านสิ่งแวดล้อมทางทะเลในเขตพื้นที่นอกเหนือเขตอำนาจรัฐ
4. การเสริมสร้างความสามารถและการถ่ายทอดเทคโนโลยีทางทะเล[13]

---

[11] United Nations, ‘Agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction Overview’ (2024/Factsheet 1) 1 <https://www.un.org/depts/los/reference_files/BBNJ/bbnjagreementoverview factsheet.pdf> สืบค้นเมื่อ 19 มีนาคม 2569.

[12] United Nations Treaty Collection, ‘Agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction’ <https://treaties.un.org/PAGES/ViewDetails.aspx?chapter=21&clang=_en&mtdsg_no=XXI-10&src=TREATY> สืบค้นเมื่อ 19 มีนาคม 2569; the BBNJ Agreement, Article 68 (1).

[13] The BBNJ Agreement, Part II, Part III, Part IV and Part V; Robin Churchill, ‘The UN Convention on the Law of the Sea – still relevant to protection of the marine environment?’ in Rosemary Rayfuse, Aline Jaeckel and Natalie Klein (eds), *Research Handbook on International Marine Environmental Law* (2nd edn, Edward Elgar Publishing 2023) 42; Warwick Gullett and Neil Craik, ‘Precautionary Environmental Impact Assessments under the BBNJ Agreement: More than a Minor or Transitory Effect on the Marine Environment?’ (2025) Ocean Development & International Law 2 <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/00908320.2025.2563269> สืบค้นเมื่อ 19 มีนาคม 2569.

จะเห็นว่า 4 มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่มีความพิเศษเป็นเอกเทศ ด้วยเหตุนี้นักวิชาการบางท่านเช่น Daniel Bodansky จึงขนานนามความตกลง BBNJ ว่าเป็น “สนธิสัญญาสี่ฉบับในหนึ่งเดียว” (four treaties in one)[14]

แม้ว่าความตกลง BBNJ จะกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับ 4 มาตรการดังกล่าวอย่างครอบคลุม กระนั้น การที่มาตรการเหล่านี้จะมีผลใช้บังคับอย่างมีประสิทธิภาพต้องขึ้นอยู่กับระบบการระงับข้อพิพาทในความตกลง BBNJ[15] เนื่องจากระบบดังกล่าวจะมีส่วนช่วยในการประกันว่าภาคีจะปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ความตกลง ไม่ว่าจะเป็นพันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพและระบบนิเวศทางทะเลผ่านการจัดตั้งพื้นที่คุ้มครองทางทะเล การแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมทางทะเล การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม ตลอดจนการเสริมสร้างความสามารถและการถ่ายทอดเทคโนโลยีทางทะเล[16]

ในส่วนของคำแนะนำของศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศ แม้ว่าความเห็นแนะนำจะมีลักษณะที่ไม่ผูกมัด *(“an advisory opinion as such has no binding force”)*[17] กระนั้นก็ไม่ได้หมายความว่าการให้ความเห็นเชิงแนะนำของศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศไม่มีความสำคัญ เนื่องจากการให้ความเห็นเชิงแนะนำของศาลย่อมช่วยให้ภาคีทราบถึงแนวทางในการดำเนินการที่ชัดเจน และอาจมีส่วนส่งเสริมให้ภาคีปฏิบัติตามพันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับ 4 มาตรการสำคัญได้อย่างถูกต้องและสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของความตกลง BBNJ

อย่างไรก็ตาม การใช้และการตีความความตกลง BBNJ อาจประสบปัญหาในการแก้ไขสถานการณ์ใหม่ ๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้ ได้แก่

1. **ปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการระงับข้อพิพาททางเทคนิค** เนื่องจากขาดคำนิยามที่ชัดเจนว่าลักษณะข้อพิพาททางเทคนิคคืออะไร และขั้นตอนกระบวนการของคณะผู้เชี่ยวชาญควรมีลักษณะอย่างไร

2. **ปัญหาในเรื่องขอบเขตอำนาจของศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศในการให้ความเห็นเชิงแนะนำ** เนื่องจากเงื่อนไขในการขอความเห็นแนะนำมีข้อจำกัด เช่น การขอความเห็นแนะนำจะต้องเป็นเรื่องใด ๆ ภายในขอบเขตอำนาจของที่ประชุมของภาคี (the Conference of the

---

[14] Daniel Bodansky, ‘Four Treaties in One: The Biodiversity Beyond National Jurisdiction Agreement’ (2024) 118 American Journal of International Law 299-323.

[15] Hoon Cho and Changyoul Lee, ‘Compulsory dispute settlement system under the BBNJ agreement: some considerations on future constraints’ (2025) 16 *Journal of International Dispute Settlement* 1, 3; Oktawian Kuc, ‘Dispute Settlement under the BBNJ Agreement’ (2025) 41 *The International Journal of Marine and Coastal Law* 1, 1.

[16] Hoon Cho and Changyoul Lee (เชิงอรรถ 15) 3.

[17] *Request for an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC)* (Advisory Opinion) ITLOS Reports 2015, 10, para 114; และดู DECLARATION OF JUDGE KITTICHAISAREE, *Request for an Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law* (Advisory Opinion) Case No 31, para 3.

Parties: COP) เท่านั้น อีกทั้งข้อพิพาทดังกล่าวจะต้องไม่อยู่ในขอบเขตอำนาจของหน่วยงานระดับโลก ระดับภูมิภาค ระดับย่อย หรือระดับภาคส่วนอื่น ๆ เป็นต้น

ดังนั้น เพื่อหาแนวทางป้องกันปัญหาดังกล่าว บทความวิชาการนี้จึงเลือกศึกษาแนวทางแก้ไขปัญหาจาก มโนทัศน์ความยืดหยุ่น (The Concept of Resilience) ของศาสตราจารย์โยชิฟูมิ ทานากะ (Professor Yoshifumi Tanaka) ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “ทานากะ” โดยทานากะได้นำเสนอแนวทางแก้ปัญหาความไม่ยืดหยุ่นของสนธิสัญญาในบทความเรื่อง ‘Resilience of the UN Convention on the Law of the Sea: Reflections on Three Approaches’[18] สำหรับสาเหตุที่ผู้เขียนเลือกแนวทางแก้ปัญหาของทานากะมี 2 ประการ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง มโนทัศน์ความยืดหยุ่นสามารถนำมาวิเคราะห์และวิพากษ์สนธิสัญญาที่เกี่ยวกับสมุทรา-ภิบาลได้ เพราะทานากะได้ใช้แนวคิดนี้ในการวิเคราะห์และวิพากษ์ UNCLOS ในเมื่อความตกลง BBNJ เป็นความตกลงบังคับการภายใต้อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล (An Implementing Agreement under UNCLOS)[19] ผู้เขียนจึงเห็นว่ามโนทัศน์ความยืดหยุ่นของทานากะสามารถนำมาวิเคราะห์บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับระบบการระงับข้อพิพาทในความตกลง BBNJ ได้เช่นเดียวกัน

ประการที่สอง มโนทัศน์ความยืดหยุ่นของทานากะสามารถนำมาแก้ไขปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นจากความไม่ยืดหยุ่นของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับระบบการระงับข้อพิพาทในความตกลง BBNJ ได้ ไม่ว่าจะเป็นแนวทางความยืดหยุ่นผ่านการตีความ (Resilience through Interpretation), แนวทางความยืดหยุ่นผ่านกระบวนการสร้างกฎหมาย (Resilience through Law-making) และแนวทางความยืดหยุ่นผ่านแนวคำวินิจฉัยของศาล (Resilience through Jurisprudence)[20]

โครงสร้างของบทความวิชาการนี้ แบ่งออกเป็น 5 หัวข้อ ประกอบด้วย หัวข้อที่ 1 บทนำ, หัวข้อที่ 2 นำเสนอและอภิปรายมโนทัศน์ “ความยืดหยุ่น” ของทานากะ, หัวข้อที่ 3 สาระสำคัญของระบบการระงับข้อพิพาทในความตกลง BBNJ, หัวข้อที่ 4 วิพากษ์ปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นจาก “ความไม่ยืดหยุ่น” ของกระบวนการระงับข้อพิพาททางเทคนิค และขอบเขตอำนาจของศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศในการให้ความเห็นแนะนำในความตกลง BBNJ และหัวข้อที่ 5 บทสรุป

2. มโนทัศน์ “ความยืดหยุ่น” (Resilience) ของทานากะ

หัวข้อนี้มุ่งทำความเข้าใจปัญหาความไม่ยืดหยุ่นของกฎหมายโดยทั่วไป เพื่อนำกรอบแนวคิดนี้มาใช้ในการวิพากษ์ปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นในหัวข้อที่ 4

ในเบื้องต้น จำเป็นต้องทำความเข้าใจก่อนว่าแนวคิดเรื่องความยืดหยุ่นของกฎหมายคืออะไร ตามความเห็นของทานากะ เห็นว่า “ความยืดหยุ่น” (Resilience) มีความหมายที่หลากหลายและถูกนำไปใช้ในหลายสาขาวิชา โดยสาระสำคัญของความยืดหยุ่นคือ การเปลี่ยนแปลงและการปรับตัว

---

[18] Yoshifumi Tanaka, ‘Resilience of the UN Convention on the Law of the Sea: Reflections on Three Approaches’ (2024) 1 *Portuguese Yearbook of the Law of the Sea* 60-97.

[19] เพิ่งอ้าง 76; Robin Churchill (เชิงอรรถ 13) 42.

[20] Yoshifumi Tanaka (เชิงอรรถ 18) 60.

ผู้เขียนเห็นด้วยกับทานากะเนื่องเพราะในความหมายโดยทั่วไป ความยืดหยุ่นอาจหมายถึง (1) ความสามารถที่จะกลับมามีความสุขหรือประสบความสำเร็จอีกครั้ง หลังจากเกิดเรื่องยากลำบากหรือเลวร้าย (2) ความสามารถของสารที่จะกลับคืนสู่รูปร่างปกติหลังจากการถูกดัด ยืด หรือกด และ (3) คุณสมบัติที่สามารถกลับคืนสู่สภาพดีเหมือนเดิมได้อย่างรวดเร็วหลังเกิดปัญหา[21] ซึ่งจากคำนิยามข้างต้น อาจกล่าวได้ว่าการเปลี่ยนแปลงและการปรับตัวเป็นสารัตถะสำคัญของมโนทัศน์ความยืดหยุ่น[22]

หลังจากที่ทานากะได้อธิบายสาระของมโนทัศน์ความยืดหยุ่นในบทความแล้ว ทานากะได้นิยามความหมายความยืดหยุ่นสำหรับการวิเคราะห์และวิพากษ์ UNCLOS ไว้ว่า ความยืดหยุ่น (Resilience) หมายถึง ***"ความสามารถในการปรับระบบกฎหมายที่มีอยู่ให้เข้ากับสถานการณ์ใหม่หรือสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลง เพื่อให้ระบบกฎหมายยังคงทำงานต่อไปได้"*** *("a capacity to adapt the existing legal system to a new or changing situation so that the legal system continues to function")*[23] โดยทานากะได้นำเสนอแนวทางในการแก้ไขความไม่ยืดหยุ่นของ UNCLOS ผ่าน 3 แนวทางหลัก ดังนี้

2.1 แนวทางความยืดหยุ่นผ่านการตีความ (Resilience through Interpretation)

แนวทางแรกเกี่ยวข้องกับความยืดหยุ่นผ่านการตีความ มุ่งเน้นการปรับตัวให้เข้ากับสถานการณ์ใหม่โดยการตีความบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง ซึ่งประกอบด้วย 4 วิธีการหลัก ได้แก่ (1) การตีความเชิงระบบ (Systemic Interpretation), (2) การตีความเชิงวิวัฒนาการ (Evolutionary Interpretation), (3) การตีความผ่านข้อตกลงหรือการปฏิบัติที่ตามมา (Interpretation through Subsequent Agreements or Practice) และ (4) การอาศัยกฎอ้างอิง (Rules of Reference)[24]

2.1.1 การตีความเชิงระบบ (Systemic Interpretation)

การตีความเชิงระบบ คือ การตีความถ้อยคำบทบัญญัติในสนธิสัญญาให้มีความสอดคล้องกับกฎเกณฑ์อื่น ๆ ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ[25] ตามความเห็นของทานากะ คดีที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ) ได้วินิจฉัยประเด็นนี้ไว้อย่างชัดแจ้งคือ กรณีการให้ความเห็นเชิงแนะนำเรื่อง *Namibia Advisory Opinion*[26] โดยศาลได้ชี้ว่าการตีความตราสารระหว่างประเทศจะต้องตีความและ

---

[21] 'Resilience' (Cambridge Dictionary) <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/resilience?q=%28Resilience> สืบค้นเมื่อ 3 กุมภาพันธ์ 2569.

[22] Yoshifumi Tanaka (เชิงอรรถ 18) 61.

[23] เพิ่งอ้าง 61; และดู Yoshifumi Tanaka, 'Resilience of UNCLOS in the Context of the Ocean-Climate Nexus: Reflections on Due Diligence Obligations in the ITLOS Advisory Opinion on Climate Change' (2025) 85 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 757, 759.

[24] Yoshifumi Tanaka (เชิงอรรถ 18) 61, เพิ่งอ้าง (เชิงอรรถ 23) 759.

[25] Jan Klabbers, *International Law* (4th edn, Cambridge University Press 2024) 59.

[26] *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276* (1970) (Advisory Opinion) ICJ Rep 16.

นำไปใช้ภายในกรอบของระบบกฎหมายทั้งหมดที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่มีการตีความ[27] กล่าวอีกนัยหนึ่ง การตีความสนธิสัญญาภายใต้วิธีการนี้จะพิจารณาเพียงบทบัญญัติเดียวในสนธิสัญญาไม่ได้ แต่ต้องพิจารณาสนธิสัญญาอื่น ๆ ประกอบเพื่อทำความเข้าใจถ้อยคำและพันธกรณีในสนธิสัญญาที่ประสงค์จะตีความด้วย

ในประเด็นนี้ ทานากะได้อ้างถึงตัวอย่างคดี *The South China Sea Arbitration*[28] ที่ตัดสินโดยศาลอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นตามภาคผนวก 7 ของ UNCLOS โดยศาลอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ได้ตีความข้อ 192 ของ UNCLOS โดยคำนึงถึง “เนื้อหาของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อม และกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง”[29] ศาลอนุญาโตตุลาการได้ชี้ว่าอนุสัญญาไซเตส (CITES)[30] เป็นสนธิสัญญาที่รัฐเกือบทุกประเทศเป็นภาคี รวมถึงฟิลิปปินส์และจีนที่เป็นคู่ความในคดี และในมุมมองของศาลอนุญาโตตุลาการ อนุสัญญานี้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลต่อเนื้อหาของข้อ 192 และ 194(5) ของ UNCLOS[31] ยิ่งไปกว่านั้น ศาลอนุญาโตตุลาการยังชี้ว่าการอนุรักษ์ทรัพยากรที่มีชีวิตในทะเลเป็นองค์ประกอบหนึ่งในการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเล และศาลอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าพันธกรณีทั่วไปภายใต้ข้อ 192 นั้น รวมถึงพันธกรณีในการใช้ความระมัดระวัง (Due Diligence)[32] เพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์จากชนิดพันธุ์ที่ได้รับการยอมรับในระดับสากลว่ามีความเสี่ยงต่อการสูญพันธุ์และต้องการการคุ้มครองระหว่างประเทศด้วย[33]

นอกจากนั้นจะเห็นว่า ในกรณีความเห็นเชิงแนะนำ *Request for an Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law (Advisory Opinion)*[34] ศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศ (ITLOS) ได้ตีความข้อ 192 ของ UNCLOS โดยอาศัยการตีความเชิงระบบเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศ

---

[27] เพิ่งอ้าง 26 (para 53).

[28] *The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v The People’s Republic of China)* (Award) (16 July 2016) 33 RIAA 153.

[29] เพิ่งอ้าง 519 (para 941) และ 527 (para 959).

[30] อนุสัญญาไซเตส (CITES) เป็นชื่อย่อของ *Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora* (adopted 3 March 1973, entered into force 1 July 1975) 993 UNTS 243.

[31] *The South China Sea Arbitration* (เชิงอรรถ 28) 526 (para 956).

[32] ผู้เขียนใช้ถ้อยคำภาษาไทยเช่นเดียวกับ กฤษฎากร ว่องวุฒิกุล, ‘สำรวจความท้าทายและข้อจำกัดบางประการของการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐในบริบทของมลพิษข้ามพรมแดน’ (2561) 11 *วารสารนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่* 8; และดู ปัณณวิชญ์ ตปนียากร, ‘การให้ความเห็นแนะนำของศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศกับผลประโยชน์ที่ประเทศไทยได้รับจากความเห็นศาล’ (2568) 43 *วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย* 41, 56.

[33] *The South China Sea Arbitration* (เชิงอรรถ 28) 526 (para 956).

[34] Request for an *Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law* (Advisory Opinion) ITLOS Reports 2024. Case No.31 <https://itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31/Advisory_Opinion/C31_Adv_Op_21.05.2024_orig.pdf> สืบค้นเมื่อ 2 กุมภาพันธ์ 2568.

ได้คำนึงถึงกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ โดยศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศได้วินิจฉัยว่า

> *"รัฐภาคีมีพันธกรณีเฉพาะในการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลจากผลกระทบของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ เช่น สภาวะมหาสมุทรร้อน ระดับน้ำทะเลที่เพิ่มขึ้น และความเป็นกรดของมหาสมุทร. ในกรณีที่สภาพแวดล้อมทางทะเลเสื่อมโทรมลง พันธกรณีนี้อาจเรียกร้องให้มีมาตรการเพื่อฟื้นฟูแหล่งที่อยู่อาศัยของสิ่งมีชีวิตในทะเลและระบบนิเวศทางทะเล. นอกจากนั้น ข้อ 192 ของ UNCLOS ยังกำหนดให้รัฐภาคีคาดการณ์ความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับผลกระทบของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศและความเป็นกรดของมหาสมุทรอีกด้วย"*[35]

โดยสรุป ประโยชน์ของการตีความเชิงระบบ คือ ทำให้สามารถผนวกบรรทัดฐานใหม่ ๆ เข้ากับบทบัญญัติเดิมของ UNCLOS ได้ ซึ่งช่วยเสริมสร้างความยืดหยุ่นให้แก่บทบัญญัติของ UNCLOS ผ่านการคำนึงถึงกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศอื่น ๆ ที่มีความเชื่อมโยงกัน

2.1.2 การตีความเชิงวิวัฒนาการ (Evolutionary Interpretation)

การตีความสนธิสัญญาเชิงวิวัฒนาการเกี่ยวข้องกับการละทิ้งหรือลดทอนความหมายดั้งเดิมหรือความหมายทางประวัติศาสตร์ที่ติดอยู่กับถ้อยคำเดิม เพื่อสนับสนุนการตีความร่วมสมัย กล่าวคือ เป็นกระบวนการอ่านและการทำความเข้าใจถ้อยคำของกฎหมายในขณะที่มีการตีความ[36] ด้วยวิธีการตีความนี้ สนธิสัญญาถือเป็น "ตราสารที่มีชีวิต" (Living Instrument) และข้อความในสนธิสัญญาจะต้องตีความโดยคำนึงถึงพัฒนาการของบรรทัดฐานและมาตรฐานในปัจจุบัน[37] ในการตีความเชิงวิวัฒนาการดังกล่าว องค์ประกอบทางเวลา (Time Element) คือ การเปลี่ยนแปลงและการพัฒนา จะถูกนำมาพิจารณาในการตีความสนธิสัญญา ดังนั้น การตีความเชิงวิวัฒนาการถือเป็นเทคนิคสำคัญในการปรับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องของสนธิสัญญาให้เข้ากับสถานการณ์ใหม่ ซึ่งจะช่วยเพิ่มความยืดหยุ่นให้แก่อนุสัญญา[38]

ตัวอย่างเช่น ทานากะได้ชี้ว่าบทบัญญัติของ UNCLOS สามารถตีความเชิงวิวัฒนาการได้ เช่น ภายใต้ข้อ 56 (1) ของ UNCLOS ที่กำหนดว่ารัฐชายฝั่งมีสิทธิอธิปไตยเพื่อวัตถุประสงค์ในการสำรวจและใช้ประโยชน์ อนุรักษ์ และจัดการทรัพยากรธรรมชาติ ไม่ว่าจะเป็นสิ่งมีชีวิตหรือสิ่งไม่มีชีวิต ในน้ำที่อยู่เหนือพื้นดินท้องทะเล ในพื้นดินท้องทะเล และดินใต้ผิวดินในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ ซึ่งในกรณีนี้ทานากะให้ความเห็นว่า "ทรัพยากรธรรมชาติ" (Natural Resources) สามารถตีความเชิงวิวัฒนาการได้

---

[35] *Request for an Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law* (เชิงอรรถ 34) para 400.

[36] Robert Kolb, 'Evolutionary Interpretation in International Law: Some Short and Less than Trail-Blazing Reflections' in Georges Abi-Saab and others (eds), *Evolutionary Interpretation and International Law* (Hart Publishing 2019) 16.

[37] Yoshifumi Tanaka (เชิงอรรถ 18) 65.

[38] เพิ่งอ้าง 65.

กล่าวคือ การตีความถ้อยคำดังกล่าวอาจครอบคลุมไปถึงทรัพยากรพันธุกรรมทางทะเล (MGRs) ถึงแม้ว่าในเวลามีการเจรจาและรับรองตัวบทของ UNCLOS เรื่องทรัพยากรพันธุกรรมทางทะเลจะยังไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของวาระระหว่างประเทศก็ตาม[39]

โดยสรุป การตีความเชิงวิวัฒนาการเป็นการตีความที่คำนึงถึงการเปลี่ยนแปลงและการพัฒนาของถ้อยคำในสนธิสัญญาตามสถานการณ์ปัจจุบัน

2.1.3 การตีความผ่านข้อตกลงหรือการปฏิบัติที่ตามมา (Interpretation through Subsequent Agreements or Practice)

แนวทางในการแก้ไขความไม่ยืดหยุ่นของกฎหมายแนวทางต่อมา คือ การตีความผ่านข้อตกลงหรือการปฏิบัติที่ตามมา ซึ่งหากพิจารณากฎเกณฑ์เกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (VCLT) ประกอบแล้ว จะเห็นว่าในข้อ 31 วรรค 3 (a) และ (b) ได้บัญญัติว่า

> *“การตีความสนธิสัญญาจะต้องคำนึงถึง*
>
> *(a) ข้อตกลงใด ๆ ที่เกิดขึ้นภายหลังระหว่างคู่สัญญาเกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญาหรือการบังคับใช้บทบัญญัติของสนธิสัญญา และ*
>
> *(b) แนวปฏิบัติใด ๆ ที่เกิดขึ้นภายหลังในการบังคับใช้สนธิสัญญาซึ่งกำหนดข้อตกลงของคู่สัญญาเกี่ยวกับการตีความ”*

นอกจากนี้ ร่างข้อสรุปเกี่ยวกับข้อตกลงที่ตามมาและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญา ค.ศ. 2018 (Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties (2018)) ของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (ILC) เห็นว่า ข้อตกลงและแนวปฏิบัติที่ตามมาภายใต้ข้อ 31 วรรค 3 (a) และ (b) ซึ่งเป็นหลักฐานที่เป็นรูปธรรมของความเข้าใจของภาคีเกี่ยวกับความหมายของสนธิสัญญาถือเป็น “วิธีการตีความที่แท้จริง” (Authentic Means of Interpretation) ในการบังคับใช้กฎทั่วไปว่าด้วยการตีความสนธิสัญญาซึ่งสะท้อนอยู่ในข้อ 31[40] ซึ่งในประเด็นนี้ ทานากะเห็นว่าข้อตกลงหรือแนวทางปฏิบัติที่ตามมาของรัฐภาคีสามารถมีส่วนสนับสนุนในการตีความบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องของ UNCLOS ให้ทันสมัยได้[41]

2.1.4 การอาศัยกฎอ้างอิง (Rules of Reference)

เนื่องด้วย UNCLOS เป็นสนธิสัญญาที่วางกฎเกณฑ์กว้าง ๆ เกี่ยวกับสมุทราภิบาล (Ocean Governance) เอาไว้ ดังนั้นในบางเรื่องย่อมไม่สามารถกำหนดรายละเอียดปลีกย่อยลงไปได้ และที่สำคัญ การกำหนดรายละเอียดมากเกินไปในสนธิสัญญาอาจจะทำให้กฎเกณฑ์ของสนธิสัญญา

---

[39] Yoshifumi Tanaka (เชิงอรรถ 18) 68.

[40] *Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties* (2018) Conclusion 3 <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_11_2018.pdf> สืบค้นเมื่อ 23 มีนาคม 2569.

[41] Yoshifumi Tanaka (เชิงอรรถ 18) 69.

ไม่สามารถปรับเปลี่ยนตามสถานการณ์ใหม่ ๆ ได้ ด้วยเหตุนี้ บทบัญญัติใน UNCLOS หลายบทบัญญัติจึงกำหนดให้การใช้และการตีความ UNCLOS จะต้องอ้างอิงไปยัง “หลักเกณฑ์หรือมาตรฐานซึ่งตกลงกันระหว่างประเทศ” (Internationally Agreed Rules or Standards)[42] ที่ออกโดยองค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง เช่น หลักเกณฑ์และมาตรฐานที่ออกโดยองค์การทางทะเลระหว่างประเทศ (International Maritime Organization: IMO)[43]

ถึงแม้ว่ารูปแบบการแสดงออกของกฎอ้างอิงจะแตกต่างกันไป แต่โดยทั่วไปแล้วสามารถระบุประเภทของกฎอ้างอิงได้ 3 ประเภท ดังนี้[44]

ประเภทแรก กำหนดว่ารัฐต่าง ๆ จำเป็นต้อง “คำนึงถึง” (To take into account) กฎหรือมาตรฐานที่ตกลงกันไว้ในระดับสากล นี่คือประเภทกฎอ้างอิงที่มีค่าบังคับอ่อนที่สุด ตัวอย่างเช่น ข้อ 60 (3) ของ UNCLOS กำหนดว่า *“...สิ่งติดตั้งหรือสิ่งก่อสร้างที่ถูกทิ้งร้างหรือไม่ใช้แล้วจะต้องรื้อถอนออกไปเพื่อประกันความปลอดภัยของการเดินเรือ โดยคำนึงถึงมาตรฐานระหว่างประเทศอันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปซึ่งองค์การระหว่างประเทศที่มีอำนาจกำหนดในเรื่องนี้...”*[45]

ประเภทที่สอง กำหนดให้รัฐต่าง ๆ จำเป็นต้อง “ปฏิบัติตาม” (To conform to) หรือ “บังคับใช้” (To give effect to) กฎและมาตรฐานสากลที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไป. ตัวอย่างเช่น ข้อ 211 (5) ของ UNCLOS บัญญัติว่า *“เพื่อวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้ตามที่กำหนดไว้ในตอนที่ 6 รัฐชายฝั่งอาจใช้กฎหมายและข้อบังคับในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของตน เพื่อป้องกัน ลด และควบคุมมลพิษจากเรือ โดยสอดคล้องและบังคับใช้กฎเกณฑ์และมาตรฐานสากลที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปซึ่งกำหนดขึ้นผ่านองค์การระหว่างประเทศที่มีอำนาจหรือการประชุมทางการทูตทั่วไปรัฐชายฝั่ง อาจใช้กฎหมายและข้อบังคับในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของตน เพื่อป้องกัน ลด และควบคุมมลพิษจากเรือโดยสอดคล้องและบังคับใช้กฎเกณฑ์และมาตรฐานสากลที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป ซึ่งกำหนดขึ้นผ่านองค์การระหว่างประเทศที่มีอำนาจหรือการประชุมทางการทูตทั่วไป”*[46]

ประเภทสุดท้าย กำหนดให้รัฐต่าง ๆ ต้องออกกฎหมายและข้อบังคับซึ่งจะต้องมี “ประสิทธิภาพไม่น้อยกว่า” (No less effective than) กฎและมาตรฐานระหว่างประเทศ หรืออย่างน้อยที่สุดจะต้องมีผลเช่นเดียวกับกฎและมาตรฐานระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไป[47] สำหรับประเภทสุดท้ายนี้ถือได้ว่าเป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่รัฐจะต้องดำเนินการ[48]

---

[42] *UNCLOS* arts 60(3), 207(1), 212(1) และ 262.

[43] Yoshifumi Tanaka (เชิงอรรถ 18) 71.

[44] Lan Ngoc Nguyen, ‘Expanding the Environmental Regulatory Scope of UNCLOS Through the Rule of Reference: Potentials and Limits’ (2012) 52 *Ocean Development and International Law* 419, 421–422.

[45] *UNCLOS* art 60(3); นอกจากนั้นยังมีบทบัญญัติอื่นอีกเช่น UNCLOS arts 207(1), 212(1) และ 262; Yoshifumi Tanaka (เชิงอรรถ 18) 72.

[46] *UNCLOS* art 211(5); Yoshifumi Tanaka (เชิงอรรถ 18) 72.

[47] *UNCLOS* arts 208(3), 209(2), 210(6) และ 211(2); Yoshifumi Tanaka (เชิงอรรถ 18) 72.

[48] Kristin Bartenstein, ‘Article 211’ in Alexander Proelss (ed), *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary* (CH Beck/Nomos/Hart 2017) 1419, 1429; Yoshifumi Tanaka (เชิงอรรถ 18) 72.

2.2 แนวทางความยืดหยุ่นผ่านกระบวนการสร้างกฎหมาย (Resilience through Law-making)

แนวทางที่สองเกี่ยวข้องกับความยืดหยุ่นผ่านการสร้างกฎหมาย มุ่งขยายกฎเกณฑ์ของ UNCLOS ผ่านการสร้างกฎหมาย โดยคำว่า “กฎหมาย” ในที่นี้มีความหมายอย่างกว้าง หมายรวมถึงตราสารที่มีค่าบังคับทางกฎหมาย เช่น สนธิสัญญา (Treaty) และตราสารทางการเมืองที่ไม่มีค่าบังคับทางกฎหมาย เช่น กฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับอย่างอ่อน (Soft Law) เพื่อแก้ไขปัญหาใหม่ ๆ. ในเรื่องนี้มี 3 วิธีการหลัก ได้แก่ (1) การสร้างความตกลงอนุวัติการ (The Adoption of New ‘Implementation’ Treaties), (2) การสร้างกฎหมายผ่านองค์การระหว่างประเทศ (Law-making through International Organizations) และ (3) การแก้ไข UNCLOS โดยพฤตินัยผ่านการประชุมของรัฐภาคีแห่ง UNCLOS (*de facto* Amendment of UNCLOS through the Meeting of States Parties (SPLOS))[49]

2.3 แนวทางความยืดหยุ่นผ่านแนวคำวินิจฉัยของศาล (Resilience through the Jurisprudence)

แนวทางที่สามเกี่ยวข้องกับความยืดหยุ่นผ่านแนวคำวินิจฉัยของศาล มุ่งหวังที่จะพัฒนากฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน UNCLOS ผ่านคำพิพากษาของศาลในคดีที่มีข้อพิพาท และรวมไปถึงแนวคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับการให้ความเห็นแนะนำของศาล เพื่อให้แน่ใจว่าอนุสัญญามีความยืดหยุ่น โดยมี 3 วิธีการ ดังนี้

วิธีการที่หนึ่ง การตีความบทบัญญัติของ UNCLOS ใหม่ให้สอดคล้องกับยุคสมัย กล่าวคือ องค์กรศาลหรือศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ) สามารถให้ความหมายใหม่แก่บทบัญญัติของ UNCLOS เพื่อตอบสนองต่อความท้าทายใหม่ ๆ ที่รัฐต่าง ๆ ไม่อาจทราบได้ในขณะที่มีการรับรองตัวบท[50]

วิธีการที่สอง การตีความบทบัญญัติของ UNCLOS อย่างสร้างสรรค์ ถึงแม้ว่าศาลจะไม่ใช่องค์กรนิติบัญญัติ แต่การตีความกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศอย่างสร้างสรรค์มีส่วนช่วยให้ปัญหาทางกฎหมายต่าง ๆ คลี่คลายลงได้ ตัวอย่างเช่น ในกรณี *Request for an Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law (Advisory Opinion)*[51] ศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศ (ITLOS) ได้มีการตีความอย่างสร้างสรรค์เพื่อสร้างความชัดเจนในเรื่องเขตอำนาจศาลในการให้ความเห็นแนะนำแบบองค์คณะเต็ม (Full Tribunal)[52]

---

[49] Yoshifumi Tanaka (เชิงอรรถ 18) 61-62.

[50] เพิ่งอ้าง 62.

[51] *Request for an Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law* (Advisory Opinion) (เชิงอรรถ 34).

[52] Yoshifumi Tanaka (เชิงอรรถ 18) 62; และดู ปัณณวิชญ์ ตปนียากร (เชิงอรรถ 32) 41, 53.

วิธีการที่สาม การตีความเชิงสร้างสรรค์ของศาลผ่านการอ้างอิงบรรทัดฐานศาลที่เคยตัดสินมาก่อน เช่น การพัฒนาของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแบ่งเขตทางทะเล (The Law of Maritime Delimitation)[53]

3. สาระสำคัญของระบบการระงับข้อพิพาทในความตกลง BBNJ และขอบเขตอำนาจของศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศในการให้ความเห็นเชิงแนะนำ

จากหัวข้อที่แล้วได้อภิปรายถึงมโนทัศน์ “ความยืดหยุ่น” (Resilience) ของทานากะ เพื่อเป็นกรอบในการวิเคราะห์บทบัญญัติของความตกลง BBNJ ที่เป็นปัญหา ดังนั้น ในหัวข้อนี้จะเป็นการอธิบายสาระสำคัญของระบบการระงับข้อพิพาทและขอบเขตอำนาจของศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศในการให้ความเห็นแนะนำภายใต้ความตกลง BBNJ เพื่อเป็นฐานในการวิเคราะห์บทบัญญัติต่อไปในหัวข้อที่ 4

ความตกลง BBNJ ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท (Settlement of Disputes) โดยมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องคือ ข้อ 56 ถึงข้อ 61[54] และได้วางหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการขอความเห็นแนะนำจากศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศ (ITLOS) โดยที่ประชุมของภาคี (COP) ไว้ในข้อ 47 (7)

3.1 การป้องกันข้อพิพาทและการยุติข้อพิพาทโดยสันติวิธี (ข้อ 56-58)

ระบบการระงับข้อพิพาทใน ความตกลง BBNJ เริ่มต้นที่ข้อ 56 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันข้อพิพาท (Prevention of Disputes) โดยบัญญัติว่า “ภาคีจะต้องร่วมมือกันเพื่อป้องกันข้อพิพาท”[55] ทั้งนี้ ข้อ 56 ของความตกลง BBNJ ไม่ได้เป็นนวัตกรรมทางกฎหมายใหม่แต่อย่างใด เนื่องจากบทบัญญัตินี้มีที่มาจากความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามบทบัญญัติของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 เกี่ยวกับการอนุรักษ์และการบริหารจัดการมวลปลาที่ย้ายถิ่นระหว่างเขตทางทะเลและปลาที่ย้ายถิ่นอยู่เสมอ ค.ศ. 1995[56] ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า The Fish Stocks Agreement โดยหากพิจารณาประกอบกับข้อ 28 ของ The Fish Stocks Agreement บัญญัติว่า *“รัฐจะต้องร่วมมือกันเพื่อป้องกันข้อพิพาท เพื่อจุดประสงค์นี้ รัฐจะต้องตกลงกันเกี่ยวกับขั้นตอนการตัดสินใจที่มี*

---

[53] Yoshifumi Tanaka (เชิงอรรถ 18) 62.

[54] *The BBNJ Agreement* Part IX.

[55] *The BBNJ Agreement* Article 156.

[56] *The United Nations Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks* (adopted 4 August 1995, entered into force 11 December 2001) 2167 UNTS 3 (hereinafter ‘the Fish Stocks Agreement’); Oktawian Kuc (เชิงอรรถ 15) 1, 5; Nigel Bankes, ‘The Dispute Resolution and Advisory Opinion Provisions of the BBNJ Agreement: An Essay in Honor of Ted L. McDorman’ (2024) 55 *Ocean Development & International Law* 555, 557.

ประสิทธิภาพและรวดเร็วภายในองค์กรและการจัดการการประมงระดับอนุภูมิภาคและระดับภูมิภาค และจะต้องเสริมความแข็งแกร่งให้กับขั้นตอนการตัดสินใจที่มีอยู่ตามความจำเป็น"[57] ย่อมถือเป็นการกำหนดพันธกรณีระหว่างประเทศให้รัฐภาคีร่วมมือกันเพื่อป้องกันข้อพิพาทอันเป็นการกำหนดพันธกรณีทั่วไปเพื่อให้รัฐภาคีหลีกเลี่ยงการก่อให้เกิดข้อพิพาทระหว่างกัน

ต่อมาข้อ 57 ของ ความตกลง BBNJ เกี่ยวข้องกับพันธกรณีในการยุติข้อพิพาทโดยสันติวิธี (Obligation to Settle Disputes by Peaceful Means) ซึ่งบัญญัติว่า *"ภาคีคู่กรณีมีหน้าที่ต้องยุติข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความหรือการบังคับใช้ความตกลงนี้โดยการเจรจา การสอบสวน การไกล่เกลี่ย การประนีประนอม การอนุญาโตตุลาการ การยุติข้อพิพาททางกฎหมาย การใช้หน่วยงานหรือข้อตกลงในระดับภูมิภาค หรือวิธีการสันติวิธีอื่น ๆ ตามที่ภาคีคู่กรณีเลือก"*[58] ซึ่งหากพิจารณาบทบัญญัตินี้ถือว่ามีความสอดคล้องกับบทบัญญัติของ UNCLOS เนื่องจากข้อ 279 ของ UNCLOS บัญญัติว่า *"ให้รัฐภาคีระงับข้อพิพาทใด ๆ ระหว่างกันเกี่ยวกับการตีความหรือการใช้อนุสัญญานี้โดยสันติวิธีตามข้อ 2 วรรค 3 ของกฎบัตรสหประชาชาติ และเพื่อการนี้ให้หาทางแก้ไขตามวิธีที่ระบุไว้ในข้อ 33 วรรค 1 ของกฎบัตร"* เท่ากับว่าแนวทางในการร่างบทบัญญัติของความตกลง BBNJ มีความชัดเจนในตัวเองว่าการระงับข้อพิพาทโดยสันติมีวิธีใดบ้าง และมีการเรียงลำดับวิธีการอย่างชัดเจนตั้งแต่การเจรจาไปจนถึงวิธีการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีอื่น ๆ ซึ่งการบัญญัติในลักษณะนี้ได้รับรูปแบบมาจากข้อ 27 ของ The Fish Stocks Agreement[59]

ข้อ 58 ของความตกลง BBNJ เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการสันติวิธีใด ๆ ตามที่คู่กรณีเลือก โดยข้อบทนี้บัญญัติว่า *"ไม่มีบทบัญญัติใดในภาคนี้ตัดสิทธิของภาคีที่จะตกลงกันในเวลาใดก็ได้ที่จะระงับข้อพิพาทระหว่างกันเกี่ยวกับการตีความหรือการใช้ความตกลงนี้โดยสันติวิธีใด ๆ ที่ภาคีเหล่านั้นเลือกเอง"*[60] ซึ่งการบัญญัติในลักษณะนี้มีความคล้ายคลึงกับข้อ 280 ของ UNCLOS[61] ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าบทบัญญัตินี้เป็นการยืนยันในหลักการพื้นฐานของการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ นั่นคือหลักเสรีภาพในวิธีการ (Free Choice of Means of Settlement)[62] เนื่องจากเป็นการให้เสรีภาพแก่ภาคีของความตกลง BBNJ ในการเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทโดยสันติตามเจตจำนงของภาคีดังกล่าวเอง

3.2 การระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะทางเทคนิค (ข้อ 59)

ข้อ 59 ของความตกลง BBNJ เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะทางเทคนิค โดยบัญญัติว่า *"ในกรณีที่ข้อพิพาทเกี่ยวข้องกับเรื่องทางเทคนิค ภาคีที่เกี่ยวข้องอาจส่งข้อพิพาทดังกล่าวไปยังคณะผู้เชี่ยวชาญเฉพาะกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยภาคีดังกล่าว คณะผู้เชี่ยวชาญจะหารือกับภาคีที่เกี่ยวข้องและจะ*

---

[57] *The Fish Stocks Agreement* Article 28.

[58] *The BBNJ Agreement* Article 156.

[59] *The Fish Stocks Agreement* Article 27; Oktawian Kuc (เชิงอรรถ 15) 1, 5.

[60] *The BBNJ Agreement* Article 58.

[61] *UNCLOS* art 280, Nigel Bankes (เชิงอรรถ 56) 555, 557.

[62] John Merrills and Eric De Brabandere, *Merrills' International Dispute Settlement* (7th edn, Cambridge University Press 2022) 7-8.

พยายามแก้ไขข้อพิพาทโดยเร็วโดยไม่ต้องอาศัยขั้นตอนที่มีผลผูกพันสำหรับการยุติข้อพิพาทภายใต้ข้อ 60 ของความตกลงนี้"[63] บทบัญญัตินี้มีความน่าสนใจเนื่องจากเปิดโอกาสให้คณะผู้เชี่ยวชาญเฉพาะกิจ (*Ad Hoc* Expert Panel) ซึ่งอาจไม่ใช่บุคคลในสายนักกฎหมายมาทำหน้าที่เป็นคนกลางในการระงับข้อพิพาท อีกทั้งกระบวนการยังมีลักษณะที่ยืดหยุ่น (Resilient) เพราะมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขข้อพิพาทให้เสร็จสิ้นโดยเร็ว

สำหรับเหตุผลของการมีคณะผู้เชี่ยวชาญเฉพาะกิจนั้น เนื่องจากความตกลง BBNJ มีเนื้อหาที่มีลักษณะทางเทคนิคสูง การบังคับตามความตกลงจึงจำเป็นต้องใช้คำแนะนำจากผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน โดยเฉพาะในมิติของทรัพยากรพันธุกรรมทางทะเลหรือเทคโนโลยีทางทะเล ซึ่งปัญหาทางเทคนิคเหล่านี้จะได้รับการจัดการอย่างมีประสิทธิภาพสูงสุดโดยผู้เชี่ยวชาญที่มีความรู้กว้างขวางในสาขาที่เกี่ยวข้อง อีกทั้งการส่งเรื่องไปยังคณะผู้เชี่ยวชาญเฉพาะกิจร่วมกับการมีส่วนร่วมของคู่กรณียังช่วยป้องกันไม่ให้ความขัดแย้งลุกลาม จึงมีบทบาทสำคัญในการป้องกันข้อพิพาท ซึ่งสอดคล้องกับเจตนารมณ์ในข้อ 56 ของความตกลง BBNJ[64] แต่อย่างไรก็ตาม การพึ่งพาคณะผู้เชี่ยวชาญเฉพาะกิจอาจมีข้อจำกัดที่เกี่ยวข้องกับมโนทัศน์ "ความยืดหยุ่น" ซึ่งจะได้มีการวิเคราะห์ในหัวข้อที่ 4 ต่อไป

3.3 ขั้นตอนการระงับข้อพิพาทและความเกี่ยวพันกับ UNCLOS (ข้อ 60-61)

ข้อ 60 เป็นบทบัญญัติที่ซับซ้อนและยาวที่สุดในส่วนการระงับข้อพิพาทของความตกลง BBNJ โดยเกี่ยวข้องกับ ขั้นตอนการระงับข้อพิพาท (Procedures for the Settlement of Disputes) ซึ่งประกอบด้วย 10 วรรค (อนุมาตรา) ตามความเห็นของ Nigel Bankes ข้อ 60 มีองค์ประกอบที่แตกต่างกัน 3 ประการหลัก ดังนี้[65]

ประการที่หนึ่ง (ข้อ 60 (1) ถึง 60 (7)) เกี่ยวข้องกับการนำบทบัญญัติหรือเนื้อหาของภาค 15 (Part XV) ของ UNCLOS ว่าด้วยการระงับข้อพิพาทมาบัญญัติไว้ในระบบของความตกลง BBNJ

ประการที่สอง (ข้อ 60 (8)) เกี่ยวข้องกับการสร้างหลักประกันว่าบทบัญญัติของความตกลง BBNJ จะไม่เข้าไปแทรกแซงระบบการระงับข้อพิพาทในความตกลงอื่น ๆ

ประการที่สาม (ข้อ 60 (9) และ 60 (10)) ออกแบบมาเพื่อให้แน่ใจว่าศาลและศาลอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นภายใต้ความตกลง BBNJ จะไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยของรัฐ

หลังจากได้ทราบภาพรวมของบทบัญญัติแล้ว ผู้เขียนจะขออธิบายสาระสำคัญของข้อ 60 ในแต่ละอนุมาตรา

เมื่อพิจารณาสาระสำคัญรายข้อบท ข้อ 60 (1) กำหนดว่า *"การยุติข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความหรือการใช้ความตกลงนี้จะต้องมีความสอดคล้องกับบทบัญญัติการระงับข้อพิพาทในภาค 15 ของ*

---

[63] *The BBNJ Agreement* Article 59.

[64] Oktawian Kuc (เชิงอรรถ 15) 1, 9.

[65] Nigel Bankes (เชิงอรรถ 56) 555, 558.

UNCLOS"[66] จะเห็นว่าการบัญญัติเช่นนี้ย่อมหมายความว่าระบบการระงับข้อพิพาทของความตกลง BBNJ ไม่ได้เป็นระบบที่แยกเป็นเอกเทศจากระบบของ UNCLOS เนื่องจากความตกลง BBNJ เป็นความตกลงบังคับการ (Implementing Agreement) ของ UNCLOS ดังนั้นระบบการระงับข้อพิพาทจึงต้องมีความสอดคล้องกับสนธิสัญญาแม่บท ด้วยเหตุนี้ การระงับข้อพิพาทภายใต้ความตกลง BBNJ จึงต้องยอมรับหลักการระงับข้อพิพาทโดยบังคับ (Compulsory Dispute Settlement) ภายใต้ UNCLOS ด้วยเช่นกัน[67]

ถัดไปคือ ข้อ 60 (2) ซึ่งกำหนดว่า *"บทบัญญัติของภาคที่ 15 (XV) และภาคผนวก 5 (V), 6 (VI), 7 (VII) และ 8 (VIII) ของ UNCLOS ให้นำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ของการยุติข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับภาคีของความตกลงนี้ที่ไม่ใช่ภาคีของ UNCLOS"*[68] บทบัญญัตินี้มีขึ้นเพื่อแก้ไขความกังวลของรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีของ UNCLOS เนื่องจากรัฐเหล่านี้ต้องการความชัดเจนว่ากระบวนการระงับข้อพิพาทจะมีฐานทางกฎหมายมาจากบทบัญญัติใน ความตกลง BBNJ โดยตรง มิใช่มาจาก UNCLOS. แนวทางนี้เป็นการสร้างหลักประกันความปลอดภัยทางการเมืองให้แก่รัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีของ UNCLOS เนื่องจากรัฐเหล่านี้ไม่ต้องการให้บทบัญญัติใน UNCLOS มาใช้บังคับกับตนโดยตรง[69]

ข้อ 60 (3) กำหนดว่า *"กระบวนพิจารณาใดที่ยอมรับโดยภาคีของความตกลงนี้ซึ่งเป็นภาคีของ UNCLOS จะต้องใช้กระบวนพิจารณานั้นกับการยุติข้อพิพาทภายใต้ส่วนนี้ด้วย เว้นแต่เมื่อภาคีนั้นลงนาม ให้สัตยาบัน อนุมัติ ยอมรับ หรือภาคยานุวัติความตกลง BBNJ หรือในเวลาใดก็ตามหลังจากนั้น ภาคีนั้นได้ยอมรับกระบวนพิจารณาอื่นตามข้อ 287 ของ UNCLOS สำหรับการระงับข้อพิพาทภายใต้ส่วนนี้"*[70] บทบัญญัติวรรคนี้แสดงให้เห็นความชัดเจนในตัวเองว่าระบบการระงับข้อพิพาทใน ความตกลง BBNJ มีความเชื่อมโยงกับ UNCLOS อย่างใกล้ชิด

ข้อ 60 (4) กำหนดว่า *"คำประกาศใด ๆ ที่จัดทำโดยภาคีแห่งความตกลง BBNJ นี้ซึ่งเป็นภาคีแห่ง UNCLOS ตามข้อ 298 ของ UNCLOS จะต้องใช้บังคับกับการระงับข้อพิพาทภายใต้ส่วนนี้ เว้นแต่เมื่อภาคีนั้นลงนาม ให้สัตยาบัน อนุมัติ ยอมรับ หรือเข้าร่วมความตกลง BBNJ นี้ หรือในเวลาใด ๆ ก็ตามหลังจากนั้น ภาคีดังกล่าวได้จัดทำคำประกาศอื่นตามข้อ 298 ของ UNCLOS เพื่อการระงับข้อพิพาทภายใต้ส่วนนี้"*[71] บทบัญญัติวรรคนี้ก็แสดงให้เห็นอย่างชัดแจ้งว่าระบบการระงับข้อพิพาทในความตกลง BBNJ มีความเกี่ยวข้องกับ UNCLOS เช่นเดียวกัน

ข้อ 60 (5) กำหนดว่า *"ภาคีของความตกลง BBNJ นี้ที่ไม่ใช่ภาคีของ UNCLOS เมื่อลงนาม ให้สัตยาบัน อนุมัติ ยอมรับ หรือภาคยานุวัติความตกลง BBNJ หรือในเวลาใด ๆก็ตามหลังจากนั้น จะต้องมีอิสระที่จะเลือกวิธีการหนึ่งหรือหลายวิธีต่อไปนี้: (a) ศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศ;*

---

[66] *The BBNJ Agreement* Article 60 (1).

[67] Nigel Bankes (เชิงอรรถ 56) 558.

[68] *UNCLOS* Article 60 (2).

[69] Joanna Mossop, 'Dispute Settlement Provisions in the Agreement for Biodiversity beyond National Jurisdiction' (2024) 1 *Portuguese Yearbook of the Law of the Sea* 98, 107-108.

[70] *The BBNJ Agreement* Article 60(3).

[71] *The BBNJ Agreement* Article 60 (4).

(b) ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ; (c) ศาลอนุญาโตตุลาการตามภาคผนวก VII ของ UNCLOS; (d) ศาลอนุญาโตตุลาการพิเศษตามภาคผนวก VIII ของ UNCLOS สำหรับข้อพิพาทประเภทหนึ่งหรือมากกว่าตามที่ระบุไว้ในภาคผนวกดังกล่าว โดยส่งคำประกาศเป็นลายลักษณ์อักษรไปยังเลขาธิการสหประชาชาติที่เป็นผู้เก็บรักษา"[72]

บทบัญญัตินี้เป็นการประกันเสรีภาพในการเลือกวิธีการของภาคี กล่าวคือ ภาคีของความตกลง BBNJ สามารถเลือกได้ว่าจะพึ่งพาอำนาจศาลหรือศาลอนุญาโตตุลาการ อีกทั้งยังเป็นบทบัญญัติที่สอดคล้องกับแนวทางของ UNCLOS

ข้อ 60 (6) กำหนดว่า *"ภาคีของความตกลง BBNJ ที่ไม่ใช่ภาคีของ UNCLOS และไม่ได้ออกคำประกาศเลือกวิธีระงับข้อพิพาท จะถือว่ายอมรับศาลอนุญาโตตุลาการตามภาคผนวก VII ของ UNCLOS. อย่างไรก็ตาม หากรัฐคู่กรณีในข้อพิพาทยอมรับวิธีการเดียวกันสำหรับการยุติข้อพิพาท ก็สามารถใช้วิธีการดังกล่าวได้ เว้นแต่รัฐคู่กรณีจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น ถ้าหากรัฐคู่กรณีในข้อพิพาทไม่ยอมรับวิธีการเดียวกันสำหรับการยุติข้อพิพาท ก็สามารถส่งเรื่องไปยังอนุญาโตตุลาการภายใต้ภาคผนวก VII ของอนุสัญญาได้เท่านั้น เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น และหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำคำประกาศตามข้อ 60 (5) ของความตกลง BBNJ จะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของข้อ 287 วรรค 6 ถึง 8 ของ UNCLOS ด้วย"*[73]

ผู้เขียนเห็นว่ามีข้อพิจารณาเกี่ยวกับ ข้อ 60 (6) ดังนี้

ประการที่หนึ่ง ข้อ 60 (6) ออกแบบให้ ศาลอนุญาโตตุลาการตามภาคผนวก VII ของ UNCLOS เป็น กลไกเริ่มต้น (Default Mechanism) สำหรับภาคีความตกลง BBNJ ที่ไม่ได้เป็นภาคีของ UNCLOS

ประการที่สอง ถ้าภาคีของความตกลง BBNJ ตกลงกันเป็นอย่างอื่น เช่น รัฐภาคี A และรัฐภาคี B ต่างทำคำประกาศเลือกศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ) ในการระงับข้อพิพาทตามความตกลง BBNJ นี้ ก็ต้องเป็นไปตามนั้น กล่าวคือ จะต้องนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเท่านั้น เว้นแต่รัฐภาคี A และรัฐภาคี B จะได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่นในภายหลัง

ประการที่สาม ถ้าคู่กรณีไม่ยอมรับการระงับข้อพิพาทวิธีการเดียวกัน เช่น รัฐภาคี A เลือกศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ในขณะที่รัฐภาคี B เลือกศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศ (ITLOS) กรณีนี้จะต้องส่งข้อพิพาทไปยังศาลอนุญาโตตุลาการภายใต้ภาคผนวก VII ของ UNCLOS ได้เท่านั้น เว้นแต่คู่กรณีจะได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่นในภายหลัง

ประการที่สี่ การทำคำประกาศจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ตาม ข้อ 287 วรรค 6 ถึงวรรค 8 ของ UNCLOS ด้วย กล่าวคือ คำประกาศตามข้อ 60 (5) และหนังสือแจ้งเพิกถอนคำประกาศ จะต้องส่งมอบไว้กับเลขาธิการสหประชาชาติ และเลขาธิการสหประชาชาติจะทำหน้าที่ส่งสำเนาคำประกาศและหนังสือแจ้งไปยังภาคีอีกต่อหนึ่ง ทั้งนี้ คำประกาศจะมีผลใช้บังคับต่อไปอีก 3 เดือนหลังจากได้มอบหนังสือแจ้งเพิกถอนคำประกาศไว้กับเลขาธิการสหประชาชาติ และคำประกาศใหม่ หนังสือแจ้ง

---

[72] เพิ่งอ้าง Article 60 (5).

[73] เพิ่งอ้าง Article 60 (6).

การเพิกถอน หรือการหมดอายุของคำประกาศไม่กระทบกระเทือนต่อการดำเนินคดีที่ค้างอยู่ในศาลหรือศาลอนุญาโตตุลาการที่มีเขตอำนาจ เว้นแต่จะตกลงกันเป็นอย่างอื่น[74]

ข้อ 60 (7) กำหนดว่า *"ภาคีของความตกลง BBNJ ที่ไม่ใช่ภาคีของ UNCLOS อาจประกาศเป็นลายลักษณ์อักษรเมื่อลงนาม ให้สัตยาบัน อนุมัติ ยอมรับ หรือเข้าร่วมความตกลงนี้ หรือในเวลาใดก็ได้หลังจากนั้น ว่าจะไม่ยอมรับขั้นตอนใด ๆ ตามที่กำหนดไว้ในภาคที่ 15 (XV) ตอนที่ 2 ของ UNCLOS เกี่ยวกับประเภทของข้อพิพาทที่ระบุไว้ในข้อ 298 ของ UNCLOS และข้อ 298 ดังกล่าวจะใช้บังคับกับคำประกาศดังกล่าวด้วย"*[75]

เป็นที่น่าสังเกตว่า ความตกลง BBNJ ได้แทรกวรรค 5 ถึง 7 ของข้อ 60 เพื่อให้ภาคีความตกลง BBNJ ที่มิใช่ภาคีของ UNCLOS สามารถทำคำประกาศและทางเลือกที่คล้ายคลึงกันกับภาคีของ UNCLOS ตัวอย่างเช่นรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีของ UNCLOS สามารถประกาศได้ว่าต้องการใช้วิธีการใดในการระงับข้อพิพาทเมื่อให้สัตยาบันต่อความตกลง BBNJ ซึ่งบทบัญญัตินี้มีต้นแบบมาจากข้อ 287 ของ UNCLOS[76] ในประเด็นนี้ Joanna Mossop ได้ตั้งข้อสังเกตว่า การที่บทบัญญัติลักษณะนี้ถูกนำมาผนวกไว้ในความตกลง BBNJ เป็นการตอกย้ำความต้องการของรัฐที่ไม่ใช่ภาคีของ UNCLOS ว่าบทบัญญัติการระงับข้อพิพาทที่มีผลใช้กับรัฐดังกล่าวเป็นไปตาม ความตกลง BBNJ นี้ หาใช่การบังคับตามบทบัญญัติของ UNCLOS โดยตรงไม่[77]

ข้อ 60 (8) กำหนดว่า "*บทบัญญัติต่าง ๆ ใน UNCLOS ภายใต้ข้อนี้ จะไม่มีผลกระทบต่อกระบวนการระงับข้อพิพาทซึ่งภาคีความตกลง BBNJ ได้เข้าไปตกลงกันในตราสารหรือกรอบกฎหมายอื่น ๆ หรือในฐานะสมาชิกขององค์กรระดับโลก ระดับภูมิภาค ระดับย่อย หรือระดับภาคส่วนที่เกี่ยวข้อง เกี่ยวกับการตีความหรือการใช้ตราสารและกรอบกฎหมายดังกล่าว*"[78] จุดประสงค์หลักของบทบัญญัติวรรคนี้คือการสร้างความมั่นใจว่า กระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้ความตกลง BBNJ จะไม่มีอำนาจเหนือกว่าบทบัญญัติการระงับข้อพิพาทในความตกลงอื่น ๆ เช่น ความตกลงด้านสิ่งแวดล้อมพหุภาคี (MEAs) ที่ภาคีได้ตกลงกันไว้ก่อนแล้ว

ข้อ 60 (9) กำหนดว่า *"ห้ามตีความข้อความใด ๆ ในความตกลง BBNJ นี้ว่าเป็นการมอบอำนาจให้ศาลหรือศาลพิเศษเหนือข้อพิพาทใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาสถานะทางกฎหมายของพื้นที่ภายในเขตอำนาจรัฐ หรือข้อพิพาทและข้อเรียกร้องใด ๆ เกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยหรือสิทธิอื่น ๆ เหนือดินแดนหรือเกาะ โดยมีเงื่อนไขว่าห้ามตีความข้อความใด ๆ ในวรรคนี้ว่าเป็นการจำกัดอำนาจศาลหรือศาลพิเศษภายใต้ภาคที่ 15 (XV) ตอนที่ 2 ของ UNCLOS"*[79]

---

[74] *UNCLOS* Article 286 paras 6-8.

[75] *The BBNJ Agreement* Article 60 (7).

[76] Joanna Mossop (เชิงอรรถ 69) 108.

[77] เพิ่งอ้าง.

[78] *The BBNJ Agreement* Article 60 (8).

[79] *The BBNJ Agreement* Article 60 (9).

ข้อ 60 (10) กำหนดว่า *"เพื่อหลีกเลี่ยงข้อสงสัย ไม่มีสิ่งใดในความตกลง BBNJ นี้ที่จะนำมาใช้เป็นพื้นฐานในการยืนยันหรือปฏิเสธการเรียกร้องใด ๆ ต่ออำนาจอธิปไตย สิทธิอธิปไตย หรือเขตอำนาจเหนือพื้นที่ทางบกหรือทางทะเล รวมถึงในส่วนที่เกี่ยวกับข้อพิพาทใด ๆ ที่เกี่ยวข้อง"*[80]

เมื่อพิจารณา ข้อ 60 (9) และข้อ 60 (10) จะเห็นว่า ความตกลง BBNJ มีการสร้างหลักประกันว่ารัฐภาคีจะไม่ใช้บทบัญญัติเหล่านี้เป็นช่องทางในการฟ้องร้องข้อพิพาทเรื่องอธิปไตยเหนือดินแดน[81] ซึ่งย่อมขัดต่อเจตนารมณ์ของความตกลง เนื่องจากความตกลง BBNJ มีขอบเขตการใช้บังคับครอบคลุมเฉพาะพื้นที่ทางทะเลนอกเขตอำนาจรัฐ (ABNJ) เท่านั้น[82]

บทบัญญัติสุดท้ายในส่วนที่ 9 นี้ คือ ข้อ 61 ที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงชั่วคราว (Provisional Arrangements) ซึ่งกำหนดว่า *"ในระหว่างที่รอการยุติข้อพิพาทตามส่วนนี้ ฝ่ายที่มีข้อพิพาทจะต้องพยายามทุกวิถีทางที่จะบรรลุข้อตกลงชั่วคราวที่มีลักษณะเป็นรูปธรรม"*[83] บทบัญญัติดังกล่าวมีที่มาจากข้อ 31 (1) ของ The Fish Stocks Agreement รวมถึงข้อ 74 (3) และข้อ 83 (3) ของ UNCLOS[84]

3.4 ขอบเขตอำนาจของศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศในการให้ความเห็นเชิงแนะนำ (ข้อ 47 (7))

นอกเหนือจากบทบัญญัติในส่วนที่ 9 ว่าด้วยการระงับข้อพิพาทแล้ว ความตกลง BBNJ ยังมีข้อ 47 (7) ที่เกี่ยวข้องกับ การขอความเห็นเชิงแนะนำ (Advisory Opinions) จากศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศ (ITLOS) ด้วย ตามความเห็นของนักวิชาการหลายท่าน เห็นว่าการบัญญัติให้ศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศมีเขตอำนาจในการให้ความเห็นเชิงแนะนำไว้อย่างชัดแจ้งถือเป็น "นวัตกรรมทางกฎหมาย" ที่เกิดขึ้นโดยความตกลง BBNJ[85] อาทิ Oktawian Kuc เห็นว่า ความตกลง BBNJ มีความสำคัญในฐานะตราสารกฎหมายระหว่างประเทศระดับสากลฉบับแรกที่กำหนดให้ศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศมีเขตอำนาจในการให้ความเห็นแนะนำแบบองค์คณะเต็ม (Full Tribunal)[86] และเมื่อเปรียบเทียบกับ UNCLOS จะเห็นว่าไม่มีบทบัญญัติใดเลยที่ให้อำนาจศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศในการให้ความเห็นแนะนำแบบองค์คณะเต็มไว้อย่างชัดแจ้งเช่นนี้[87]

โดยข้อ 47 (7) ของความตกลง BBNJ กำหนดว่า *"ที่ประชุมของภาคีอาจตัดสินใจขอให้ศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศให้ความเห็นแนะนำเกี่ยวกับปัญหาทางกฎหมายที่สอดคล้องกับ*

---

[80] เพิ่งอ้าง Article 60 (10).

[81] Nigel Bankes (เชิงอรรถ 56) 560.

[82] *The BBNJ Agreement* Article 3.

[83] เพิ่งอ้าง Article 61.

[84] Nigel Bankes (เชิงอรรถ 56) 560.

[85] Oktawian Kuc (เชิงอรรถ 15) 1,18; Nigel Bankes (เชิงอรรถ 56) 561.

[86] Oktawian Kuc (เชิงอรรถ 15) 1,19.

[87] Yoshifumi Tanaka, 'The Role of an Advisory Opinion of ITLOS in Addressing Climate Change: Some Preliminary Considerations on Jurisdiction and Admissibility' (2022) 32 *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 2; และดู ปัณณวิชญ์ ตปนียากร (เชิงอรรถ 34) 50.

ความตกลงนี้ โดยจะต้องทำเป็นข้อเสนอต่อที่ประชุมของภาคีเกี่ยวกับเรื่องใด ๆ ภายในขอบเขตอำนาจของที่ประชุมของภาคี และการขอความเห็นเชิงแนะนำดังกล่าวจะต้องไม่อยู่ในขอบเขตอำนาจของหน่วยงานระดับโลก ระดับภูมิภาค ระดับย่อย หรือระดับภาคส่วนอื่น ๆ หรือในเรื่องที่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับการพิจารณาร่วมกันของข้อพิพาทใด ๆ เกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยหรือสิทธิอื่น ๆ เหนือดินแดนหรือเกาะหรือข้อเรียกร้องเกี่ยวกับดินแดนนั้น หรือสถานะทางกฎหมายของพื้นที่ภายในเขตอำนาจรัฐ”[88]

จากบทบัญญัตินี้จะเห็นว่าอาจมีข้อจำกัดในแง่ของความยืดหยุ่น (Resilience) เช่นเดียวกัน ซึ่งจะได้มีการวิเคราะห์และวิพากษ์ต่อไปในหัวข้อที่ 4 ของบทความนี้

4. วิพากษ์ ปัญหา “ความไม่ยืดหยุ่น” ของระบบการระงับข้อพิพาทและขอบเขตอำนาจของศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศในการให้ความเห็นเชิงแนะนำในความตกลง BBNJ และแนวทางแก้ไข

การคาดการณ์ถึงปัญหาความไม่ยืดหยุ่นของระบบการระงับข้อพิพาทใน ความตกลง BBNJ และขอบเขตอำนาจของศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศในการให้ความเห็นแนะนำ อาจจะยังเป็นเรื่องที่ห่างไกลเนื่องจากความตกลง BBNJ เพิ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 17 มกราคม พ.ศ. 2569 ที่ผ่านมา แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในความตกลงจะเห็นว่าการตีความและการใช้บทบัญญัติเหล่านี้อาจประสบปัญหาในอนาคตเกี่ยวกับความไม่ยืดหยุ่นได้ กล่าวคือ (1) ปัญหาความไม่ยืดหยุ่นของการระงับข้อพิพาททางเทคนิค และ (2) ปัญหาความไม่ยืดหยุ่นของขอบเขตอำนาจของศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศในการให้ความเห็นเชิงแนะนำ

ดังนั้น จึงเป็นการสมควรในการวิพากษ์ปัญหาดังกล่าวและนำเสนอแนวทางแก้ไข ดังนี้

4.1 ปัญหาและแนวทางแก้ไขความไม่ยืดหยุ่นของการระงับข้อพิพาททางเทคนิค

หนึ่งในนวัตกรรมของการระงับข้อพิพาทใน ความตกลง BBNJ คือ การกำหนดให้ผู้เชี่ยวชาญทางวิทยาศาสตร์หรือทางเทคนิคทำหน้าที่เป็นคณะผู้เชี่ยวชาญในการดำเนินการระงับข้อพิพาทไว้ในข้อ 59[89] อย่างไรก็ดี บทบัญญัติดังกล่าวอาจมีปัญหาในการใช้และตีความได้เช่นกัน อาทิ ปัญหาที่ว่าข้อพิพาทที่มีลักษณะทางเทคนิคมีความหมายว่าอย่างไร[90] และขั้นตอนกระบวนการพิจารณาของคณะผู้เชี่ยวชาญควรเป็นอย่างไร

---

[88] *The BBNJ Agreement* Article 47 (7).

[89] *The BBNJ Agreement* Article 59.

[90] Joanna Mossop and Yubing Shi, ‘Parts VIII–XII: Implementation and Compliance, Dispute Settlement, and Final Provisions’ in Joanna Mossop and David Freestone (eds), *The Agreement on Marine Biodiversity of Areas Beyond National Jurisdiction: Commentary and Analysis* (Oxford University Press 2025) 381.

ภายใต้บทบัญญัติข้อ 59 นี้ ไม่ได้มีการนิยามความหมายของข้อพิพาทที่มีลักษณะทางเทคนิคไว้แต่อย่างใด นอกจากนั้นบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้วางหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับขั้นตอนและกระบวนการพิจารณาของคณะผู้เชี่ยวชาญเฉพาะกิจ เช่น ไม่ได้กำหนดว่าองค์ประกอบของคณะผู้เชี่ยวชาญจะประกอบด้วยบุคคลกี่คน มีคุณสมบัติอย่างไร ขั้นตอนการทำงานเริ่มต้นและสิ้นสุดลงเมื่อใด คำแนะนำมีความผูกพันคู่ความหรือไม่ และหากคู่ความไม่พอใจคำแนะนำจะสามารถพึ่งพาระบบการระงับข้อพิพาทประเภทอื่นภายใต้ ความตกลง BBNJ ได้หรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการขาดหลักเกณฑ์เหล่านี้อาจทำให้การใช้และการตีความความตกลงเกิดอุปสรรคได้

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นสมควรที่จะมีการสร้างแนวทางปฏิบัติ (Guideline) ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาของคณะผู้เชี่ยวชาญ โดยกำหนดรายละเอียดที่สำคัญ เช่น ความหมายของข้อพิพาททางเทคนิค คุณสมบัติคณะผู้เชี่ยวชาญ ขั้นตอนการทำงาน ความผูกพันของคำแนะนำ และแนวทางการพึ่งพาการระงับข้อพิพาทประเภทอื่น เป็นต้น ซึ่งแนวทางปฏิบัตินี้สามารถเกิดขึ้นได้โดยอาศัยอำนาจของที่ประชุมของภาคี (COP) และแนวทางนี้ย่อมมีความสอดคล้องกับแนวทางความยืดหยุ่นผ่านกระบวนการสร้างกฎหมายที่ทานากะได้นำเสนอ คือ การสร้างกฎหมายผ่านองค์การระหว่างประเทศ (Law-making through International Organizations) กล่าวคือ ในกรณีนี้ คือ ผ่านที่ประชุมของภาคีของ ความตกลง BBNJ เอง[91] โดยข้อ 47 (6) (a) กำหนดให้ *“ที่ประชุมภาคีจะต้องทบทวนและประเมินผลการดำเนินการตามข้อตกลงนี้อย่างต่อเนื่อง และเพื่อจุดประสงค์นี้ จะต้องออกมติและข้อเสนอแนะที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการตามข้อตกลงนี้”*[92] ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการใช้อำนาจตามข้อบทนี้อาจหมายรวมถึงการออกมติเพื่อสร้างแนวทางปฏิบัติได้ โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยกระบวนการแก้ไขความตกลงตามข้อ 72 แต่อย่างใด เนื่องจากขั้นตอนภายใต้ข้อ 72 มีความซับซ้อนและต้องใช้คะแนนเสียง 2 ใน 3 ของจำนวนภาคี ซึ่งเป็นเรื่องที่ท้าทายเป็นอย่างมาก อีกทั้งหากพิจารณาบทเรียนจาก UNCLOS จะเห็นว่ายังไม่มีเรื่องใดได้รับการแก้ไขผ่านกระบวนการแก้ไขสนธิสัญญาโดยขั้นตอนทั่วไปได้เลย[93] จะมีแต่เพียงการแก้ไข UNCLOS โดยพฤตินัย (*de facto* Amendment) ผ่านการประชุมของภาคีเท่านั้น ดังนั้น การอาศัยอำนาจของที่ประชุมของภาคีในการวางแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับขั้นตอนพิจารณาของคณะผู้เชี่ยวชาญเฉพาะกิจ น่าจะมีความเหมาะสมและเป็นไปได้มากกว่าการแก้ไขบทบัญญัติความตกลง BBNJ ข้อ 72

4.2 ปัญหาและแนวทางแก้ไขความไม่ยืดหยุ่นของขอบเขตอำนาจของศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศในการให้ความเห็นเชิงแนะนำ

การกำหนดให้ศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศ (ITLOS) มีเขตอำนาจในการให้ความเห็นแนะนำอย่างชัดแจ้ง อาจถือว่าเป็นนวัตกรรมทางกฎหมายใหม่ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถ้อยคำ

---

[91] COP อาจถือว่าเป็นองค์การระหว่างประเทศได้ โปรดดู Jan Klabbers, *International Law* (4th edn, Cambridge University Press 2024) 91.

[92] *The BBNJ Agreement* Article 47 (6) (a).

[93] Yoshifumi Tanaka (เชิงอรรถ 3) 40.

ของบทบัญญัติข้อ 47 (7) จะเห็นว่าเขตอำนาจของศาลในการให้ความเห็นแนะนำมีข้อจำกัดอย่างยิ่ง[94] เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดเงื่อนไขเชิงบวกในการขอความเห็นแนะนำไว้ 4 ประการ คือ (1) คำร้องขอความเห็นแนะนำจะต้องทำเป็นข้อเสนอต่อที่ประชุมของภาคี (COP),[95] (2) ข้อเสนอจะต้องเกี่ยวข้องกับเรื่องใด ๆ ภายในขอบเขตอำนาจของที่ประชุมของภาคี,[96] (3) ข้อเสนอต้องเกี่ยวข้องกับประเด็นทางกฎหมาย[97] และ (4) ข้อเสนอจะต้องสอดคล้องกับ ความตกลง BBNJ[98]

นอกจากนี้ ยังมีเงื่อนไขเชิงปฏิเสธ (Negative Conditions) หลายประการที่จำกัดเขตอำนาจของศาลในการให้ความเห็นแนะนำ ได้แก่ ข้อพิพาทดังกล่าวจะต้องไม่อยู่ในขอบเขตอำนาจของหน่วยงานระดับโลก ระดับภูมิภาค ระดับย่อย หรือระดับภาคส่วนอื่น ๆ และจะต้องไม่ใช่ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับอำนาจอธิปไตย หรือสิทธิอื่น ๆ เหนือดินแดนหรือเกาะ หรือสถานะทางกฎหมายของพื้นที่ภายในเขตอำนาจรัฐ[99]

จากข้อจำกัดดังกล่าว การขอความเห็นแนะนำจากศาลย่อมเผชิญอุปสรรคทางกฎหมาย กระนั้นแนวทางความยืดหยุ่นผ่านการตีความและแนวทางความยืดหยุ่นผ่านแนวคำวินิจฉัยของศาลอาจช่วยแก้ไขข้อจำกัดบางส่วนได้ ตัวอย่างเช่น เมื่อมีการร้องขอความเห็นแนะนำตามหลักเกณฑ์ในข้อ 47 (7) ศาลควรตีความขอบเขตอำนาจหน้าที่ของที่ประชุมของภาคีอย่างสร้างสรรค์ ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางของทานากะ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าในการตีความถ้อยคำ “เรื่องใด ๆ ก็ตามที่อยู่ในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของที่ประชุมของภาคี” ศาลอาจพิจารณาแนวทางการตีความผ่านบทเรียนจากแนววินิจฉัยขององค์คณะว่าด้วยข้อพิพาทพื้นดินท้องทะเล (Seabed Disputes Chamber) ในกรณี *Responsibilities and Obligations of States with Respect to Activities in the Area, Advisory Opinion*[100] ได้ เนื่องเพราะถ้อยคำในข้อ 191 ของ UNCLOS ที่ให้อำนาจองค์คณะฯ มีลักษณะคล้ายคลึงกับหลักเกณฑ์ข้อ 47 (7) ในความตกลง BBNJ ประกอบกับข้อ 191 ของ UNCLOS บัญญัติว่า “องค์คณะว่าด้วยข้อพิพาทพื้นดินท้องทะเลจะให้ความเห็นแนะนำตามคำขอของสมัชชาหรือคณะมนตรีในปัญหากฎหมายที่เกิดขึ้นภายในขอบเขตกิจกรรมของสมัชชาและคณะมนตรี...”[101] ซึ่งถ้อยคำที่ว่า “ภายในขอบเขตกิจกรรมของสมัชชาและคณะมนตรี” และถ้อยคำที่ว่า “เรื่องใด ๆ ก็ตามที่อยู่ในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของที่ประชุมของภาคี” ล้วนมีลักษณะเป็นถ้อยคำที่คล้ายคลึงกันเพราะเป็นถ้อยคำที่บ่งชี้

---

[94] Nigel Bankes (เชิงอรรถ 56) 555-556; Kentaro Nishimoto and Le Duy Tran, ‘Part VI: Institutional Arrangements and Part VII: Financial Resources and Mechanism’ in Joanna Mossop and David Freestone (eds), *The Agreement on Marine Biodiversity of Areas Beyond National Jurisdiction: Commentary and Analysis* (Oxford University Press 2025) 340.

[95] Oktawian Kuc (เชิงอรรถ 15) 1,21.

[96] เพิ่งอ้าง.

[97] เพิ่งอ้าง.

[98] เพิ่งอ้าง.

[99] *The BBNJ Agreement* Article 47 (7).

[100] *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area (Advisory Opinion)* ITLOS Reports 2011, 10.

[101] *UNCLOS* Article 191.

ถึงอำนาจหน้าที่ภารกิจขององค์กรนั้น ๆ ด้วยเหตุนี้การวางแนวทางในการตีความ “เรื่องใด ๆ ก็ตามที่อยู่ในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของที่ประชุมของภาคี” ภายใต้ความตกลง BBNJ ก็อาจใช้แนวทางในการให้เหตุผลจากแนวคำวินิจฉัยขององค์คณะว่าด้วยข้อพิพาทพื้นดินท้องทะเลได้เช่นเดียวกัน โดยองค์คณะว่าด้วยข้อพิพาทพื้นดินท้องทะเลได้วินิจฉัยว่า *“ข้อ 191 ของ UNCLOS กำหนดไว้ว่าความเห็นแนะนำจะต้องเกี่ยวข้องกับคำถามทางกฎหมายที่ “เกิดขึ้นภายในขอบเขตกิจกรรม” ของสมัชชาหรือคณะมนตรี ในกรณีนี้จึงเป็นหน้าที่ขององค์คณะว่าด้วยข้อพิพาทพื้นดินท้องทะเลที่จะพิจารณาว่าคำถามทางกฎหมายที่ส่งมานั้นเกิดขึ้นภายในขอบเขตกิจกรรมของคณะมนตรีหรือไม่ ...”*[102] ซึ่งต่อมาองค์คณะฯ ได้ชี้ว่าการจะตัดสินว่าตนมีเขตอำนาจหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของคณะมนตรีโดยตรง โดยพิจารณาบทบัญญัติใน UNCLOS และข้อตกลงปี 1994 ประกอบกัน[103]

ผู้เขียนเห็นว่า การให้ความเห็นแนะนำภายใต้ ความตกลง BBNJ โดยศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศควรคำนึงถึงแนวทางในการให้เหตุผลขององค์คณะว่าด้วยข้อพิพาทพื้นดินท้องทะเลเช่นเดียวกัน กล่าวคือ

ขั้นตอนที่หนึ่ง ศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศควรเริ่มต้นพิจารณาจากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตอำนาจและภารกิจของที่ประชุมของภาคี (COP) โดยตรงก่อน คือ ข้อ 47 ของความตกลง BBNJ

ขั้นตอนที่สอง ศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศจึงพิจารณาบทบัญญัติอื่น ๆ ของความตกลง BBNJ ที่มีความเกี่ยวข้องกับขอบเขตอำนาจและภารกิจของที่ประชุมของภาคี อาทิ หากที่ประชุมของภาคีขอความเห็นแนะนำต่อศาลในเรื่องเกี่ยวกับมาตรการฉุกเฉิน (Emergency Measures) ในการป้องกันภัยร้ายแรงที่จะกระทบต่อความหลากหลายทางชีวภาพทางทะเลในพื้นที่นอกเขตอำนาจรัฐ ศาลควรจะต้องพิจารณา ข้อ 24 ของ ความตกลง BBNJ ร่วมด้วย เนื่องจากข้อบทดังกล่าวได้กำหนดอำนาจของที่ประชุมของภาคีในการออกมาตรการดังกล่าวไว้[104]

ขั้นตอนที่สาม: ศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศควรตีความถ้อยคำบทบัญญัติในสนธิสัญญาให้มีความสอดคล้องกับกฎเกณฑ์อื่น ๆ ที่อยู่ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ และไม่ควรตีความบทบัญญัติดังกล่าวอย่างแคบซึ่งอาจส่งผลให้ไม่สามารถบังคับใช้ได้ในทางปฏิบัติ ซึ่งเป็นขั้นตอนที่สอดคล้องกับแนวทางความยืดหยุ่นผ่านการตีความ กล่าวคือ เป็นการตีความเชิงระบบ (Systemic Interpretation) อันเป็นวิธีการที่ศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศเคยใช้ปฏิบัติมาแล้ว เช่น ในกรณี *Request for an Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law* ดังที่ได้วิเคราะห์ไปในหัวข้อที่ 2.1 ของบทความนี้

---

[102] *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area (Advisory Opinion)* (เชิงอรรถ 100) 25 (para 41).

[103] เพิ่งอ้าง 25-26 (paras 41-44).

[104] *The BBNJ Agreement* Article 24.

5. บทสรุป

ความตกลง BBNJ ได้มีผลใช้บังคับแล้วตั้งแต่วันที่ 17 มกราคม พ.ศ. 2569 ที่ผ่านมา ถึงแม้ว่าความตกลงฉบับนี้จะมุ่งแก้ไขปัญหาความไม่ยืดหยุ่นของ UNCLOS ในเรื่องที่เกี่ยวกับการอนุรักษ์และการใช้ความหลากหลายทางชีวภาพทางทะเลในพื้นที่นอกเขตอำนาจรัฐอย่างยั่งยืน ผ่าน 4 มาตรการสำคัญ ได้แก่ (1) การเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมทางทะเลอย่างยุติธรรมและเท่าเทียมกัน, (2) การใช้เครื่องมือการจัดการตามพื้นที่รวมถึงการจัดตั้งพื้นที่คุ้มครองทางทะเล, (3) การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมทางทะเลในเขตพื้นที่นอกเหนือเขตอำนาจรัฐ และ (4) การเสริมสร้างความสามารถและการถ่ายทอดเทคโนโลยีทางทะเล แต่กระนั้น ในการบังคับใช้ความตกลง BBNJ โดยเฉพาะบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาททางเทคนิคและขอบเขตอำนาจของศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศ (ITLOS) ในการให้ความเห็นเชิงแนะนำ อาจก่อให้เกิดอุปสรรคจากปัญหาความไม่ยืดหยุ่นของตัวบทบัญญัติได้ ด้วยเหตุนี้ บทความวิชาการนี้จึงนำเสนอแนวทางแก้ไขความไม่ยืดหยุ่นดังกล่าวผ่านมโนทัศน์ความยืดหยุ่น (The Concept of Resilience) ของศาสตราจารย์ โยชิฟูมิ ทานากะ โดยผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีปัญหาความไม่ยืดหยุ่นของการระงับข้อพิพาททางเทคนิค ควรใช้แนวทางความยืดหยุ่นผ่านกระบวนการสร้างกฎหมาย (Resilience through Law-making) โดยให้ที่ประชุมของภาคี (COP) สร้างแนวทางปฏิบัติ (Guideline) ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาของคณะผู้เชี่ยวชาญเฉพาะกิจ

ในส่วนของข้อจำกัดขอบเขตอำนาจของศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศในการให้ความเห็นแนะนำนั้น เห็นว่า แนวทางความยืดหยุ่นผ่านการตีความ (Resilience through Interpretation) และแนวทางความยืดหยุ่นผ่านแนวคำวินิจฉัยของศาล (Resilience through Jurisprudence) ตามข้อเสนอของทานากะ น่าจะเป็นแนวทางที่ช่วยให้ศาลสามารถตีความถ้อยคำ “เรื่องใด ๆ ก็ตามที่อยู่ในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของที่ประชุมของภาคี” (any matter within its competence) อย่างสร้างสรรค์ได้ ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าการให้ความเห็นแนะนำภายใต้ ความตกลง BBNJ ศาลควรคำนึงถึงแนวทางการให้เหตุผลขององค์คณะว่าด้วยข้อพิพาทพื้นดินท้องทะเลในคดี *Responsibilities and Obligations of States with Respect to Activities in the Area (Advisory Opinion)* กล่าวคือ ศาลควรเริ่มต้นพิจารณาจากบทบัญญัติที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของที่ประชุมของภาคีโดยตรงก่อน หลังจากนั้นจึงพิจารณาบทบัญญัติอื่นที่เกี่ยวข้องกับภารกิจของที่ประชุมของภาคี และในขั้นตอนสุดท้าย ศาลควรตีความถ้อยคำในสนธิสัญญาให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์อื่น ๆ ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ (การตีความเชิงระบบ) โดยไม่ควรตีความบทบัญญัติอย่างแคบเกินไป จนอาจส่งผลให้บทบัญญัตินั้นไม่สามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพในทางปฏิบัติ