



สิทธิการผ่านช่องแคบตามอนุสัญญาระหว่างประเทศ

ปัจจุบันมีอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการผ่านช่องแคบรวม 2 ฉบับ คือ อนุสัญญาว่าด้วยทะเลอาณาเขตและเขตต่อเนื่อง ทา ณ กรุงเจนีวา ค.ศ. 1958 (Geneva Convention on Territorial Sea and Contiguous Zone 1958)¹ และอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 (United Nations Convention on the Law of the Sea 1982)²

อนุสัญญาทั้งสองฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะแก้ปัญหาเกี่ยวกับการใช้ทะเลในด้านต่างๆ ซึ่งเปลี่ยนแปลงไปเป็นอันมาก อันเป็นผลมาจากวิวัฒนาการทางการเมืองและทางวิทยาศาสตร์ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง โดยในทางการเมืองนั้น การสิ้นสุดของสงครามโลกครั้งที่สอง เท่ากับเป็นการสิ้นสุดของยุคอาณานิคม ประเทศมหาอำนาจต่างๆ โดยเฉพาะอังกฤษซึ่งมีเมืองขึ้นอยู่มากมาย ไม่สามารถจะปกครองเมืองขึ้นเหล่านั้นได้อีกต่อไป ต้องปล่อยให้ได้รับเอกราช ผลจากการนี้ทำให้ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สองจึงมีประเทศเกิดใหม่เป็นจำนวนมาก ประเทศเหล่านี้ส่วนใหญ่มีอาณาเขตติดทะเล จึงทำให้เกิดรัฐผู้ใช้ทะเลและผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวกับทะเลเพิ่มมากขึ้น ระบบกฎหมายทะเลเดิมที่ใช้อยู่ในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง ไม่สามารถรองรับการเปลี่ยนแปลงเช่นนี้ได้ เนื่องจากเป็นระบบกฎหมายที่วางโดยชาติมหาอำนาจเพียงไม่กี่ชาติเท่านั้น จึงไม่สามารถสนองความต้องการของประเทศเกิดใหม่เหล่านั้นได้ จึงเกิดการผลักดันให้มีการปรับปรุงกฎหมายทะเลขึ้น ส่วนในทางวิทยาศาสตร์นั้น เป็นแรงผลักดันส่วนใหญ่จากชาติที่พัฒนาแล้ว เนื่องจากหลังสงคราม

¹ ดูภาคผนวก ก.

² ดูภาคผนวก ข.

โลกครั้งที่สองวิทยาการต่างๆ ได้ก้าวหน้าไปเป็นอันมาก มีการนำเทคโนโลยีใหม่ๆ มาใช้ทำให้การแสวงประโยชน์จากทะเลเป็นไปอย่างกว้างขวาง รวมทั้งเกิดปัญหาใหม่ๆ เกี่ยวกับมลภาวะด้วย ในขณะที่กฎหมายทะเลเดิมได้เกิดขึ้นในช่วงที่ยังไม่มีความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์เช่นนี้ จึงเห็นกันว่า มีความจำเป็นต้องปรับปรุงกฎหมายทะเลเช่นกัน

แรงผลักดันในการปรับปรุงกฎหมายทะเลนี้ อาจแบ่งออกได้เป็นผลประโยชน์ของประเทศกำลังพัฒนา และของประเทศพัฒนาแล้ว ในส่วนของประเทศกำลังพัฒนานั้น ความสนใจส่วนใหญ่จะเน้นหนักไปในทางคุ้มครองสิทธิ ทั้งนี้เนื่องจากประเทศเหล่านี้ตระหนักดีว่าตนไม่สามารถแสวงประโยชน์จากทะเลได้อย่างเต็มที่ในเวลาปัจจุบันนี้ จึงต้องการสงวนสิทธิของตนไว้ และอีกทางหนึ่งก็เพื่อจะใช้เป็นข้อต่อรองกับประเทศพัฒนาแล้วในประเด็นต่างๆ เพื่อผลประโยชน์ของตนด้วย³ เรื่องที่จัดได้ว่าเป็นแรงผลักดันของประเทศกำลังพัฒนา คือ การขยายทะเลอาณาเขตเป็น

³Tommy T.B. Koh, "The Origins Of The 1982 Convention On The Law Of The Sea," Malaya Law Review 29 (July 1987) : 15.

กล่าวว่ นอกจากประเทศกำลังพัฒนาจะมีความกังวลต่อปัญหาดังกล่าวแล้ว ในประเทศพัฒนาแล้วบางประเทศที่มีขนาดเล็กและขนาดกลาง เช่น แคนาดา นอร์เวย์ ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และไอซ์แลนด์ ก็มีความกังวลต่อปัญหาเหล่านี้ และได้เข้าร่วมแนวทางกับประเทศกำลังพัฒนาด้วยการขยายอำนาจรัฐออกไปในทะเลให้มากขึ้นด้วยเช่นกัน

รายละเอียดของข้อขัดแย้ง โปรดดูใน W. George Grandison and Virginia J. Meyer, "International Straits, Global Communications, And The Evolving Law Of The Sea," Vanderbilt Journal Of Transnational Law 8 (Spring 1975) : 393 - 499.

12 ไมล์ทะเลหรือมากกว่านั้น และการขยายเขตประมงจำเพาะหรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะ 200 ไมล์ทะเล⁴ สำหรับประเทศพัฒนาแล้วนั้นมีผลประโยชน์จากการแสวงหาประโยชน์จากทะเลให้มากที่สุด เนื่องจากมีความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีเพียงพอ จึงต้องการส่งเสริมการใช้ทะเลอย่างเสรีเพื่อการค้า รวมทั้งการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรทั้งหลายจากทะเล เรื่องที่เป็นแรงผลักดันของประเทศพัฒนาแล้ว คือ การจำกัดความกว้างของทะเลอาณาเขตเพียง 3 ไมล์ทะเล การรับรองสิทธิการผ่านช่องแคบอย่างเสรี และเสรีภาพแห่งทะเลหลวง⁵

ส่วนที่จัดได้ว่าเป็นผลประโยชน์ร่วมกันของทั้งสองฝ่ายนั้น คือ ปัญหาเกี่ยวกับมลภาวะในทะเล เพราะ ผลร้ายที่เกิดขึ้นจะส่งผลกระทบต่อทุกประเทศอย่างเท่าเทียมกัน

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.; P.16. ผู้เขียนเห็นว่าสาเหตุที่ประเทศมหาอำนาจละเว้นจากการใช้กำลังเพื่อบังคับเอาแก่ประเทศกำลังพัฒนา เพราะ ประการแรก เนื่องจากสหรัฐซึ่งเป็นประเทศมหาอำนาจ ประเทศหนึ่งนั่นเองเป็นฝ่ายเริ่มต้นประกาศการขยายอาณาเขตทางทะเลขึ้นก่อน โดยคำประกาศอ้างสิทธิเหนือไหล่ทวีปในปี ค.ศ.1945 ทำให้สหรัฐมีหน้าที่ทางศีลธรรมที่จะไม่คัดค้านการประกาศของประเทศอื่น ประการที่สอง เพราะประเทศเหล่านี้ส่วนใหญ่เป็นมิตรประเทศของประเทศมหาอำนาจ ประการที่สาม เพราะการใช้กำลังเป็นการขัดต่อกฎบัตรสหประชาชาติ และประการที่สี่ เพราะการประกาศอ้างเขตในทะเลของประเทศกำลังพัฒนาเหล่านี้ได้กระทำเพื่อหาทรัพยากรมาเลี้ยงดูประชาชนที่ยากจนของตน

ด้วยเหตุนี้ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิการผ่านช่องแคบจึงอยู่ท่ามกลางระหว่างผลประโยชน์ที่ขัดกันของกลุ่มประเทศทั้งสองฝ่าย ปัญหาดังกล่าวจึงเป็นปัญหาสำคัญประการหนึ่งของการประชุมร่างอนุสัญญาเกี่ยวกับกฎหมายทะเลทั้งสองฉบับ โดยเป็นปัญหาที่อยู่ในกลุ่มเดียวกับปัญหาการขยายความกว้างของทะเลอาณาเขตเป็น 12 ไมล์ทะเลหรือมากกว่านั้น ความขัดแย้งดังกล่าวทำให้หลักเกณฑ์การผ่านช่องแคบปรากฏออกมาในรูปการประนีประนอมกันระหว่างผลประโยชน์ของทั้งสองฝ่าย ซึ่งถึงแม้จะไม่มีฝ่ายใดรู้สึกว่าคุณเองพ่ายแพ้ แต่ก็ไม่มีฝ่ายใดรู้สึกว่าผลประโยชน์ของตนได้รับการป้องกันอย่างเต็มที่เช่นกัน จึงมีความพยายามจะตีความหลักเกณฑ์ต่างๆ อย่างกว้างขวางเพื่อให้สมประโยชน์ของตน ถึงแม้จะมีอนุสัญญาปรากฏออกมาแล้ว ปัญหาต่างๆ ก็ยังไม่หมดสิ้นไป

อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาแต่ละฉบับมีผลสะท้อนให้เห็นถึงแนวความคิดเกี่ยวกับการผ่านช่องแคบได้เป็นอย่างดี และถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของวิวัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องนี้

อนุสัญญาว่าด้วยทะเลอาณาเขตและเขตต่อเนื่อง คศ. 1958

อนุสัญญาฉบับนี้เป็นหนึ่งในอนุสัญญาสี่ฉบับที่เป็นผลมาจากการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเลครั้งที่ 1 (United Nations Conference on the Law of the Sea หรือ UNCLOS I) อนุสัญญาอีกสามฉบับ ได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยทะเลหลวง คศ.1958⁶ อนุสัญญาว่าด้วยการประมงและการสงวนรักษา

⁶ Geneva Convention On The High Sea 1958 บัญญัติกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ทะเลหลวง

ทรัพยากรที่มีชีวิตในทะเลหลวง คศ. 1958⁷ และอนุสัญญาว่าด้วยไหล่ทวีป คศ. 1958⁸

อนุสัญญาว่าด้วยทะเลอาณาเขตและเขตต่อเนื่อง คศ. 1958 ได้มีการลงนาม เมื่อวันที่ 29 สิงหาคม คศ. 1958 กำหนดให้รัฐให้สัตยาบันจำนวน 22 ประเทศเพื่อมีผลบังคับใช้ และมีประเทศให้สัตยาบันครบถ้วน มีผลบังคับเมื่อวันที่ 30 กันยายน คศ. 1962 ปัจจุบันมีประเทศให้สัตยาบันจำนวน 59 ประเทศ⁹

การประชุมมีขึ้นระหว่างวันที่ 24 กุมภาพันธ์ คศ. 1958 ถึงวันที่ 28 สิงหาคม คศ. 1958 ณ กรุงเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ มีวัตถุประสงค์ของการประชุมเพื่อพิจารณากฎหมายทะเลในด้านต่างๆ ไม่เพียงแต่เฉพาะด้านกฎหมายเท่านั้น แต่รวมถึงในด้านเทคนิค ชีววิทยา เศรษฐกิจ และการเมืองด้วย¹⁰ ทั้งนี้โดยอาศัยรายงานของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) เป็นพื้นฐานในการพิจารณาร่างอนุสัญญา

⁷Geneva Convention On Fishing And Conservation Of the Living Resources Of The High Seas 1958 บัญญัติกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการประมงและการสงวนรักษาทรัพยากรที่มีชีวิตในทะเลหลวง

⁸Geneva Convention On The Continental Shelf 1958 บัญญัติกฎเกณฑ์เกี่ยวกับไหล่ทวีป

⁹David L. Larson, "When Will the UN Convention on the Law of the Sea Come Into Effect?," Ocean Development and International Law 20 (Number 2 1989) : 184.

¹⁰"United Nations Report Of The International Law Commission (A/3159)," American Journal of International Law 51 (October 1957) : 157.

ในรายงานของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ¹¹ ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศเป็นเอกเทศต่างหาก แต่ได้กล่าวถึงช่องแคบไว้ในตอนที่ 1 ทะเลอาณาเขต หมวด 3 สิทธิการผ่านโดยสุจริต ข้อ 17 (4) ว่า "จะไม่มีห้ามการผ่านโดยสุจริตของเรือต่างชาติผ่านช่องแคบซึ่งตามปกติใช้เพื่อการเดินเรือระหว่างประเทศระหว่างทะเลหลวงกับทะเลหลวง"¹² โดยให้คำอธิบายไว้เพียงประการเดียว ว่า คณะกรรมการได้เพิ่มคำว่า "ตามปกติ" ขึ้นมา เพราะเห็นว่าตรงกับแนวคำวินิจฉัยของศาลในคดีช่องแคบคอร์ฟู¹³ นอกจากนี้แล้วคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศก็ไม่ได้ กล่าวถึงช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศอีกเลย อย่างไรก็ตาม การที่คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศกล่าวถึงประเด็นเรื่องช่องแคบเพียงเท่านี้ก็ไม่ได้ หมายความว่า ประเด็นดังกล่าวไม่มีความสำคัญแต่ประการใด ตรงข้ามในการพิจารณาของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ประเด็นเรื่องช่องแคบได้ถูกยกขึ้นมาพิจารณาถึง 2 ประการด้วยกัน คือ ปัญหาว่าการจำกัดสิทธิไม่ให้ห้ามการผ่านโดยสุจริตนั้นจะใช้เฉพาะช่องแคบที่มีความสำคัญเป็นพิเศษต่อการค้าและการเดินเรือ หรือจะใช้กับช่องแคบที่เชื่อมต่อกับทะเลหลวงทุกแห่ง และปัญหาว่า คำพิพากษาในคดีช่องแคบคอร์ฟูจะนำมาปรับใช้กับการฉีพาทช่องแคบทيران (Tiran) ระหว่างอิสราเอลกับกลุ่มประเทศ

¹¹ Ibid.

¹² Ibid., P.196.

¹³ Ibid.

อาหรับใต้หรือไม่¹⁴ ดังนั้นปัญหานี้จึงมีความสำคัญและการที่คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้กล่าวถึงบทบัญญัติเกี่ยวกับช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศเพียงเท่านี้ ก็เป็นการแสดงว่าคณะกรรมการเห็นว่าหลักกฎหมายเกี่ยวกับช่องแคบ ในขณะที่ทำรายงานนี้ออกมาสามารถยอมรับได้เพียงพอเท่าที่กล่าวมาเท่านั้น

การที่คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศนำเรื่องช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศมาบัญญัติไว้ในหมวดเดียวกับเรื่องการผ่านโดยสุจริตนี้ สะท้อนให้เห็นถึงแนวความคิดบางประการเกี่ยวกับปัญหาสิทธิการผ่านช่องแคบ กล่าวคือ ในช่วงระยะเวลาที่คณะกรรมการได้ทำรายงานออกมานั้น ยังคงมีความเห็นขัดแย้งกันอยู่ในปัญหาสิทธิการผ่านช่องแคบว่าเป็นสิทธิประเภทหนึ่ง โดยเฉพาะหรือเป็นเพียงสิทธิการผ่านโดยสุจริตชนิดหนึ่งเท่านั้น¹⁵ ดังนั้น การที่คณะกรรมการนำเรื่อง

¹⁴ Arthur H. Dean, "The Geneva Conference On The Law Of The Sea : What Was Accomplished," American Journal of International Law 52 (October 1958) : 622 - 623.

รายละเอียด เกี่ยวกับข้อพิพาทกรณีช่องแคบที่ราน ดูเพิ่มเติมใน Charles B. Selak, "A Consideration Of The Legal Status Of The Gulf Of Aqaba," American Journal of International Law 52 (October 1958) : 660 - 698.

¹⁵ ปัญหานี้เป็นปัญหาที่ถกเถียงกันมาตั้งแต่ การประชุมที่กรุงเฮก คศ. 1930 (The Hague Codification Conference 1930) และยังไม่สามารถเป็นที่ตกลงเห็นพ้องกันได้มาจนถึงเมื่อคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้ดำเนินการร่างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมายทะเลนี้ ดู D.P. O'Connell, International Law Of The Sea, Vol.1 (Oxford : Clarendon Press, 1982), P.303.

ช่องแคบบำญญัติไว้ในหมวดเดียวกับการผ่านโดยสุจริต จึงแสดงให้เห็นว่าคณะกรรมการมีความเห็นว่า สิทธิการผ่านช่องแคบเป็นสิทธิการผ่านโดยสุจริตชนิดหนึ่งเท่านั้น อันสอดคล้องกับคำพิพากษาในคดีช่องแคบคอร์ฟู ซึ่งคณะกรรมการได้นำมาเป็นข้ออ้างอิงในการทำรายงานฉบับนี้ด้วยเช่นกัน

นอกจากปัญหาเกี่ยวกับสิทธิการผ่านช่องแคบแล้ว ในรายงานของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ยังได้กล่าวถึงปัญหาเกี่ยวกับช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศที่สำคัญอีกปัญหาหนึ่งด้วย คือปัญหาเกี่ยวกับนิยามหรือความหมายของช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศ โดยคณะกรรมการได้พยายามตีความคำพิพากษาในคดีช่องแคบคอร์ฟูเกี่ยวกับคำว่า "ได้ใช้" ว่ามีความหมายว่าได้ใช้ตามปกติ (Normally used) ด้วย¹⁶ ซึ่งก็มีผู้ไม่เห็นด้วยกับการตีความนี้¹⁷ อย่างไรก็ตาม ในที่สุดที่ประชุมสหประชาชาติด้วยกฎหมายทะเลได้ตัดคำว่า "เป็นปกติ" ออก แต่แม้กระนั้นการที่คณะกรรมการได้ยกปัญหานี้ขึ้นมาพิจารณาก็เป็นการแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของปัญหา รวมทั้งแสดงว่าคำพิพากษาในคดีช่องแคบคอร์ฟูในส่วนของความหมายของช่องแคบนี้ยังมีช่องทางให้ถกเถียงกันต่อไปได้ เพราะยังไม่ชัดเจนพอ

¹⁶ "United Nations Report Of The International Law Commission (A/3159), "American Journal of International Law 51 (October 1957) : 196.

¹⁷ Arthur H. Dean, "The Geneva Conference On The Law Of The Sea : What Was Accomplished," American Journal of International Law 52 (October 1958) : 623. เห็นว่า การเพิ่มการใช้เป็นปกติเข้าไปในความหมายของช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศ จะทำให้มีความหมายแคบลง และก่อให้เกิดปัญหาต่อความต่อไปอีกว่าการณีอย่างไร จึงจะถือว่าเป็นการใช้เป็นปกติ

จากที่ได้กล่าวมาแล้วจึงเห็นว่า คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศมีความเห็นว่าปัญหาเรื่องช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศเป็นปัญหาส่วนหนึ่งของเรื่องสิทธิการผ่านโดยสุจริตในทะเลอาณาเขตเท่านั้น ซึ่งแนวความคิดของคณะกรรมการที่ปรากฏอยู่ในรายงานนั้นก็จะได้ใช้เป็นพื้นฐานในการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเลครั้งที่ 1 ดังจะได้กล่าวต่อไป

ในอนุสัญญาว่าด้วยทะเลอาณาเขตและเขตต่อเนื่อง คศ. 1958 ได้บัญญัติถึงช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศไว้ใน ข้อ 16(4) ซึ่งอยู่ในตอนที่ 3 ว่าด้วยสิทธิการผ่านโดยสุจริต ซึ่งอาจแยกพิจารณาหลักเกณฑ์ตามอนุสัญญาได้ดังจะกล่าวต่อไป

1. สถานะทางกฎหมายของช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศ

สถานะทางกฎหมายสามารถพิจารณาได้จากกรณีที่อนุสัญญาระบุขึ้นว่าเรื่องช่องแคบมาบัญญัติไว้ในเรื่องเดียวกับทะเลอาณาเขตและสิทธิการผ่านโดยสุจริตในทะเลอาณาเขต ดังนั้น สถานะทางกฎหมายของช่องแคบจึงเป็นเช่นเดียวกับทะเลอาณาเขตทั่วไปนั่นเอง นอกจากนี้แล้ว ยังจะได้พิจารณาถึงนิยามหรือความหมายของช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศอีกด้วย เนื่องจากในอนุสัญญาระบุนี้ได้กล่าวถึงไว้เช่นกัน

1.1 ความหมายของช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศ

ตามข้อ 16(4) ได้เรียกช่องแคบว่า "ช่องแคบซึ่งใช้เพื่อการเดินเรือระหว่างประเทศระหว่างส่วนหนึ่งของทะเลหลวง กับอีกส่วนหนึ่งของทะเลหลวงหรือทะเลอาณาเขตของรัฐต่างประเทศ"¹⁰ ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นการให้ความหมายของช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศ เพราะเป็นการระบุจำกัดลงไปว่าช่องแคบที่มีลักษณะเช่นใดจึงจะได้รับสิทธิดังกล่าวไว้ในข้อ 16(4) นี้ ซึ่งอาจแยกองค์ประกอบออกได้เป็น ประการแรก เป็นช่องแคบที่ได้ใช้เพื่อการเดินเรือ

¹⁰ ภาคผนวก ก. ข้อ 16.

ระหว่างประเทศ และประการที่สอง ช่องแคบเชื่อมต่อระหว่างทะเลหลวงกับอีก ส่วนหนึ่งของทะเลหลวงหรือทะเลอาณาเขตของรัฐต่างประเทศ

ในส่วนช่องแคบที่ได้ใช้เพื่อการเดินเรือระหว่างประเทศนั้น ในระหว่างการศึกษาได้มีการตัดคำว่า "ตามปกติ" ในรายงานของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศออกไป เพราะเห็นว่าไม่จำเป็น¹⁹ อย่างไรก็ตาม การตัดคำว่า ตามปกติ ออกไปนี้ไม่น่าจะมีผลกระทบต่อความหมายของช่องแคบ จากคำพิพากษาคดีช่องแคบคอร์ฟูซึ่งคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศอ้างอิงถึง เพราะในคำพิพากษาศาลก็ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนแล้วว่าเป็นช่องแคบที่ "ได้ใช้" ในการเดินเรือระหว่างประเทศ โดยศาลไม่ได้กล่าวถึงการใช้ "ตามปกติ" เลย ซึ่งถ้าศาลเห็นว่าควรจะมีหลักเรื่องการใช้ตามปกตินี้ ศาลก็คงจะได้กล่าวไว้ในคำพิพากษาดังแล้ว ปัญหาคือ การใช้เพื่อการเดินเรือระหว่างประเทศ ในที่นี้ หมายถึง การใช้ในความหมายว่าเป็นเส้นทางที่จำเป็นอย่างยิ่ง หรือเพียงแต่สามารถใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศได้เท่านั้นพอ ซึ่งเห็นว่า หมายถึง เพียงแต่สามารถใช้ได้ก็เพียงพอแล้ว เพราะเหตุว่าหลักเกณฑ์ในส่วนนี้มีที่มาจากรายงานของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งได้อาศัยคำพิพากษาคดีช่องแคบคอร์ฟู

¹⁹ Arthur H. Dean, "The Geneva Conference On the Law Of The Sea : What Was Accomplished," American Journal of International Law 52 (October 1958) : 623.

เป็นส่วนหนึ่งของการอ้างอิงถึง²⁰ และคำพิพากษาในคดีนี้ก็ได้อธิบายไว้อย่างชัดเจนว่าการใช้นั้น หมายถึง สามารถใช้ได้ก็เป็นการเพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นว่าช่องแคบจะต้องเป็นเส้นทางที่จำเป็นต่อการเดินเรือระหว่างประเทศ²¹ เมื่อข้อ 16(4) ไม่ได้แก้ไขในส่วนคำว่าได้ใช้นี้ จึงควรจะมีความหมายเช่นเดียวกัน

ในส่วนลักษณะทางภูมิศาสตร์ของช่องแคบนั้น นอกจากจะเชื่อมต่อระหว่างทะเลหลวงกับทะเลหลวงแล้ว ตามข้อ 16(4) นี้ยังได้เพิ่มทะเลอาณาเขตของรัฐต่างประเทศเข้ามาอีกด้วย²² ซึ่งการเพิ่มเข้ามานี้ไม่ได้มีเหตุผลหรือที่มาในทาง

²⁰ คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้กล่าวไว้โดยตรงว่าใช้คำพิพากษาในคดีช่องแคบคอร์ฟูเป็นหลักในการพิจารณา แต่จากความเห็นของคณะกรรมการซึ่งได้ให้ไว้ในที่ต่างๆ แสดงให้เห็นว่าคณะกรรมการได้อ้างอิงถึงคำพิพากษาดังกล่าวด้วย เช่น การอ้างว่าการเพิ่มคำว่า "ตามปกติ" ลงในความหมายของช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศเป็นการสอดคล้องกับคำพิพากษาในคดีช่องแคบคอร์ฟู เป็นต้น ดู "United Nations Report Of The International Law Commission (A/3159)," American Journal of International Law 51 (October 1957) : 196.

²¹ ดูรายละเอียดในบทที่ 2

²² Arthur H. Dean, "The Geneva Conference On The Law of The Sea : What Was Accomplished," American Journal of International Law 52 (October 1958) : 622 - 623. คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้ตัดประเด็นเรื่องช่องแคบที่รานออกไป เพราะ เห็นว่าเป็นกรณีเฉพาะไม่ใช่หลักทั่วไป ดูรายละเอียดใน Leo Gross, "The Geneva Conference On The Law Of The Sea And The Right Of Innocent Passage Through The Gulf Of Aqaba," American Journal of International Law 53 (July 1959) : 572 -574.

กฎหมายแต่ประการใด หากแต่เป็นเหตุผลในทางการเมืองระหว่างประเทศ โดยเป็นการบัญญัติที่มุ่งถึงกรณีพิพาทของแคบทีราน (Tiran) ระหว่างอิสราเอลกับกลุ่มประเทศอาหรับ อันเป็นการรับรองเช่นนี้ อิสราเอลจะไม่สามารถเดินเรือจากเมืองท่า Elath ทางตอนใต้สุดของประเทศผ่านอ่าวอะกาบา (Aqaba) และช่องแคบทีรานออกสู่ทะเลแดงได้ เนื่องจากน่านน้ำในอ่าวอะกาบามีได้เป็นทะเลหลวงทั้งหมด หากส่วนใหญ่วมทั้งตัวของแคบทีรานเองด้วย อยู่ภายในทะเลอาณาเขตของอียิปต์และซาอุดีอาระเบีย กรณีจึงไม่เข้ากับหลักในคดีของแคบคอร์ดฟู ที่ศาลในคดีนี้ได้วางหลักไว้ว่าต้องเป็นช่องแคบที่เชื่อมต่อระหว่างทะเลหลวงกับทะเลหลวง ดังนั้น การที่ข้อ 16(4) นี้ได้เพิ่มทะเลอาณาเขตของรัฐต่างประเทศเข้ามาในองค์ประกอบส่วนลักษณะทางภูมิศาสตร์นั้น จึงมีผู้เห็นว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์ในทางการเมืองระหว่างประเทศเท่านั้น อย่างไรก็ตาม การเพิ่มเติมเช่นนี้ก็ก่อให้เกิดผลกระทบในทางกฎหมายด้วยเช่นกัน ไม่ว่าผู้เสนอให้เพิ่มเติมนั้นจะได้สังเกตเห็นหรือไม่ เพราะก่อให้เกิดข้อสงสัยเกี่ยวกับ ความหมายที่แน่นอนของช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศ โดยมีผู้ตั้งคำถามว่า หากอนุสัญญาฉบับนี้ขยายความไปถึงทะเลอาณาเขตได้ จะขยายความรวมถึงน่านน้ำภายในด้วยได้หรือไม่ หากปรากฏว่าช่องแคบนั้นได้ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศเช่นกัน²³ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการเพิ่มทะเลอาณาเขตของรัฐต่างประเทศเข้ามานี้ทำให้ความหมายของช่องแคบที่

²³ D.P. O'Connell, International Law Of the Sea, Vol 1, P.316.

J.G. Starke มีความเห็นว่าครอบคลุมถึงช่องแคบที่เชื่อมต่อระหว่างทะเลหลวงกับอ่าวที่อยู่ในทะเลอาณาเขต (Territorial Bay) หรือ Landlocked Sea ด้วย ดู J.G. Starke, An Introduction To International Law 8 ed. (London : Butterworths, 1977), P.235.

ที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศมีความคลุมเครือไม่ชัดเจน และเป็นการเบี่ยงเบนออกไปจากหลักในคดีช่องแคบคอร์ฟู เพราะ ในคดีนั้นศาลเพียงแต่กล่าวถึงช่องแคบที่เชื่อมต่อระหว่างทะเลหลวงกับทะเลหลวงเท่านั้น

การเพิ่มเติมทะเลอาณาเขตของรัฐต่างประเทศเข้ามานี้ น่าจะไม่ใช่ว่าสิ่งที่ถูกต้อง ตามความเห็นของผู้เขียนการเพิ่มเติมดังกล่าวไม่ได้มีสาเหตุมาจากความจำเป็นในการเดินเรือระหว่างประเทศของประชาคมโลก แต่ประการใด หากแต่เนื่องจากความจำเป็นของรัฐเพียงรัฐเดียว ซึ่งมีเหตุผลเกี่ยวโยงไปถึงปัญหาทางการเมืองระหว่างประเทศด้วย ดังนั้น จึงน่าจะไม่ต้อง หากจะถือว่าการเพิ่มเติมดังกล่าวเป็นทางปฏิบัติของรัฐที่จะนำไปสู่การเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ถึงแม้นิยามของช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศตามข้อ 16 (4) นี้จะมีผลผูกพันรัฐภาคีของอนุสัญญาก็ตาม แต่เฉพาะองค์ประกอบในส่วนที่เพิ่มทะเลอาณาเขตของรัฐต่างประเทศเข้ามานี้ไม่ควรจะมีผลผูกพันรัฐอื่นในฐานะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศแต่อย่างใด

นอกจากนั้น กรณีนี้จะเป็น ตัวอย่างว่า การแก้ไขถ้อยคำในกฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ก็ตาม ซึ่งกระทำไปโดยมิได้คำนึงถึงหลักเกณฑ์การแปลความกฎหมาย เพียงแต่คำนึงถึงว่าจะต้องเพิ่มข้อความส่วนนั้นส่วนนี้ลงไปเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์บางประการเท่านั้น อาจส่งผลกระทบต่อโครงสร้างของกฎหมายนั้นๆ ได้โดยส่วนรวมด้วย ซึ่งผลกระทบบางประการก็อาจมีอย่างกว้างขวางเกินกว่าที่จะคาดเห็นได้ ดังตัวอย่างในกรณีนี้ การเพิ่มทะเลอาณาเขตของรัฐต่างประเทศเข้ามานี้อาจทำให้เข้าใจผิดไปได้ว่า ช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศมีพื้นฐานความเป็นมาเกี่ยวกับการผ่านเข้าในทะเลอาณาเขตด้วย ไม่เฉพาะแต่การผ่านระหว่างทะเลหลวงกับทะเลหลวงเท่านั้น

1.2 สถานะของน่านน้ำส่วนที่เป็นช่องแคบ

น่านน้ำส่วนที่เป็นช่องแคบอาจแยกออกได้เป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่เป็นทะเลอาณาเขต และส่วนที่อยู่นอกเหนือทะเลอาณาเขตออกไป

น่านน้ำส่วนที่เป็นทะเลอาณาเขต ตกอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐประชิดช่องแคบ มีฐานะเสมือนเป็นดินแดนของรัฐ เหมือนกับทะเลอาณาเขต

ทั่วไป การเป็นช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศมิได้ก่อให้เกิดสถานะทางกฎหมายเป็นพิเศษในน่านน้ำส่วนนี้แต่ประการใด²⁴

ส่วนน่านน้ำที่อยู่นอกเหนือทะเลอาณาเขตออกไปนั้น หมายถึง น่านน้ำส่วนที่อยู่นอกความกว้างของทะเลอาณาเขตของรัฐประชิดช่องแคบ ซึ่งมีน่านน้ำอยู่ 2 ประเภท คือ น่านน้ำที่เป็นเขตต่อเนื่อง ซึ่งอยู่ภายใต้ทบัตย์ติของอนุสัญญา นี้ และน่านน้ำที่เป็นทะเลหลวง ซึ่งอยู่ภายใต้ทบัตย์ติของอนุสัญญาว่าด้วยทะเลหลวง คศ. 1958 อย่างไรก็ตาม ในส่วนสถานะของน่านน้ำแล้วน่านน้ำทั้งสองประเภทนี้มีสถานะเช่นเดียวกัน คือ เป็นทะเลหลวงเนื่องจาก ข้อ 24 ของอนุสัญญาว่าด้วยทะเลอาณาเขตและเขตต่อเนื่อง คศ. 1958 ได้ถือว่าเขตต่อเนื่องเป็นทะเลหลวง โดยกล่าวว่า "ในเขตทะเลหลวงซึ่งต่อเนื่องกับทะเลอาณาเขตของตน รัฐ

²⁴ ภาคผนวก ก. ข้อ 1

สุข เปรูนาวิน, กฎหมายระหว่างประเทศ, เล่มหนึ่ง, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2513), หน้า 244, 260. กล่าวว่า อำนาจอธิปไตยเหนืออาณาเขตเป็นสิทธิในการควบคุมทางการเมือง (Political Control) เป็นอำนาจเด็ดขาดในการบังคับบัญชา (Right to Command) และมีสิทธิในทรัพย์สิน (Dominium) ตามกฎหมายโรมัน ภายในทะเลอาณาเขตรัฐมีอธิปไตยสมบูรณ์เท่ากับบนบก

อย่างไรก็ตาม ในส่วนอำนาจอธิปไตยตามข้อ 1 นี้ มีผู้เห็นว่าเป็นอำนาจอธิปไตยที่มีเงื่อนไข เพราะได้ยกเว้นไว้ว่าต้องใช้ภายในบังคับแห่งทบัตย์ติของอนุสัญญานี้ และหลักเกณฑ์อื่นๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ไม่ชี้แจงว่าได้แก่อะไรบ้าง จึงไม่สามารถถือได้ว่าเป็นอำนาจอธิปไตยอย่างเด็ดขาด ดู C. John Colombos, International Law of The Sea, 4th ed. (London : Longmans, 1961), P.78.

ชายฝั่งอาจทำเป็นการควบคุมที่จำเป็น เพื่อ.... "25 ดังนั้น สถานะของน่านน้ำในเขตต่อเนื่องจึงต้องถือเป็นทะเลหลวงด้วย ซึ่งในทะเลหลวงนั้น อนุสัญญาว่าด้วยทะเลหลวง คศ. 1958 ข้อ 2 ได้บัญญัติถึงสถานะของน่านน้ำในทะเลหลวงไว้ว่า "ทะเลหลวงเปิดให้แก่อำนาจอธิปไตยของทุกรัฐ ไม่มีรัฐใดมีสิทธิอ้างส่วนหนึ่งส่วนใดของทะเลหลวงว่าตกอยู่ในอำนาจอธิปไตยของตน หลักเสรีภาพแห่งทะเลหลวงจะถูกนำมาใช้ภายใต้กฎเกณฑ์ของอนุสัญญานี้ และกฎเกณฑ์อื่นของกฎหมายระหว่างประเทศ..."26 ดังนั้น น่านน้ำส่วนที่เป็นช่องแคบ ซึ่งอยู่นอกความกว้างของทะเลอาณาเขตของรัฐประชิดช่องแคบจึงไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐใด ๆ

ดังนั้นตามอนุสัญญานี้ จึงเห็นได้ว่าในช่องแคบหนึ่ง ๆ อาจมีน่านน้ำต่าง ๆ ซึ่งมีสถานะทางกฎหมายแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิงก็เป็นได้ หากน่านน้ำช่องแคบนั้นมีความกว้างเกินกว่าสองเท่าของความกว้างของทะเลอาณาเขต

2. การผ่านโดยสุจริตในทะเลอาณาเขต

เนื่องจากอนุสัญญาว่าด้วยทะเลอาณาเขตและเขตต่อเนื่อง คศ. 1958 นี้ ไม่ได้แยกการผ่านช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศไว้เป็นหมวดหมู่โดยเฉพาะ แต่กล่าวถึงไว้ในเรื่องเกี่ยวกับการผ่านโดยสุจริตในทะเลอาณาเขต ดังนั้น การพิจารณาถึงระบอบการผ่านช่องแคบตามอนุสัญญานี้ จึงต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์การผ่านโดยสุจริตที่บัญญัติไว้นั้นเอง ในส่วนแรกจะได้พิจารณาถึงความหมายของการผ่านโดยสุจริต และในส่วนที่สองจึงจะเป็นการพิจารณาถึงสิทธิและหน้าที่ของรัฐชายฝั่งและรัฐผู้ใช้สิทธิการผ่านต่อไป

25 ภาคผนวก ก. ข้อ 24.

26 อนุสัญญาว่าด้วยทะเลหลวง คศ. 1958 ข้อ 2.

2.1 ความหมายของการผ่านโดยสุจริต

การผ่านโดยสุจริตอาจแยกออกได้เป็น 2 ส่วน คือ การผ่านและความสุจริตในการผ่าน ทั้ง 2 ส่วน ต่างมีบทนิยามของตนโดยเฉพาะ ซึ่งจะได้พิจารณาต่อไปตามลำดับ

2.1.1 ความหมายของการผ่าน

การผ่าน มีบทนิยามอยู่ใน ข้อ 14(2)(3) ว่า หมายถึงการเดินเรือผ่านทะเลอาณาเขต เพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะผ่านทะเลอาณาเขตนั้นโดยไม่เข้าไปในน่านน้ำภายใน หรือที่จะเดินทางไปยังน่านน้ำภายใน หรือที่จะออกไปสู่ทะเลหลวงจากน่านน้ำภายใน นอกจากนั้น การผ่านยังรวมถึงการหยุดและการทอดสมอด้วย เฉพาะเท่าที่การหยุดและการทอดสมอนั้นอาจเกิดขึ้นในการเดินเรือตามปกติ หรือจำเป็นต้องกระทำโดยเหตุสุดวิสัย หรือทุกข์ภัย²⁷

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าการผ่านจำกัด เฉพาะการเดินเรือผ่านเท่านั้น ดังนั้น อากาศยานจึงไม่สามารถใช้สิทธิการผ่านนี้ได้ การผ่านตามปกติย่อมเป็นการผ่านโดยไม่หยุด โดยเห็นได้จากการหยุดและการทอดสมอจะถือเป็นการผ่านได้ก็ เฉพาะกรณีที่เป็นการหยุดและการทอดสมอในการเดินเรือตามปกติ หรือกรณีมีเหตุสุดวิสัยหรือทุกข์ภัยเท่านั้น ซึ่งถือได้ว่าเป็นข้อยกเว้น การหยุดหรือทอดสมอในการเดินเรือตามปกติอาจเกิดขึ้นได้ เมื่อเกิดความคับคั่งในการสัญจรเป็นเหตุในเรือลำอื่น ๆ ต้องหยุดรอเป็นต้น ส่วนเหตุสุดวิสัยหรือทุกข์ภัยนั้นหมายถึงเหตุจำเป็นอื่นอันไม่อาจก้าวล่วงได้ ซึ่งอาจเกิดจากสาเหตุเนื่องจากตัวเรือเอง หรือจากสภาพ

²⁷ ภาคผนวก ก. ข้อ 14(2), 14(3).

แวดล้อมอื่นก็ได้ เช่นกัน²⁰ เมื่อรวมความแล้ว คือ การผ่านจะรวมถึงการหยุดและการทอดสมอก็คือ เมื่อมีเหตุอันจำเป็นมาบังคับเท่านั้น โดยมีใช้เป็นการหยุดหรือการทอดสมอตามใจชอบนั่นเอง

2.1.2 ความหมายของความสุจริตในการผ่าน

เรื่องความสุจริตในการผ่านนับเป็นปัญหาที่สำคัญ

มากปัญหาหนึ่ง เนื่องจากเป็นการยากที่จะอธิบายว่ากรณีอย่างไรบ้างที่ถือว่ามีความสุจริตในการผ่านและกรณีใดที่ถือว่าไม่สุจริต อันจะมีผลกระทบต่อความมั่นคงปลอดภัยของรัฐชายฝั่ง ในขณะที่เดียวกันก็มีผลกระทบเชื่อมโยงมาถึงสิทธิในการผ่านของรัฐผู้ใช้สิทธิผ่านด้วย เพราะ หากมีการตีความความสุจริตในมุมกว้าง สิทธิในการผ่านก็จะมีน้อยลง เพราะรัฐชายฝั่งจะมีสาเหตุที่จะถือว่าการผ่านไม่สุจริตมากขึ้น แต่หากตีความในมุมแคบ รัฐชายฝั่งก็จะเห็นว่าความมั่นคงปลอดภัยของตนไม่ได้รับการประกันอย่างเพียงพอ เพราะสาเหตุที่จะถือว่าการผ่านไม่สุจริตมีเพียงเล็กน้อย ดังนั้นความหมายของความสุจริตในการผ่านจึงต้องได้รับการพิจารณาอย่างรอบคอบ เพื่อให้ความเป็นธรรมต่อทุกฝ่าย

²⁰ Myres S. McDougal and William T. Burke, The Public Order Of The Oceans, (New Haven and London : Yale University Press, 1962), P.110. D.P. O' Connell อ้างถึงความเห็นของ Vattle ว่า หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องเหตุสุดวิสัยและทุกขภัยนี้เป็นเรื่องหน้าที่ทางมนุษยธรรม ดู D.P. O' Connell, International Law of the Sea, Vol 2, P.853.

ในเบื้องต้นในขั้นการพิจารณาของคณะกรรมการ
กฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีข้อที่นำพิจารณาประการหนึ่ง คือ คณะกรรมการให้
ความเห็นไว้ว่า เหตุที่ต้องมีการกำหนดเรื่องความสุจริตในการผ่านไว้นั้น ก็เพื่อต้อง
การจำกัดอำนาจของรัฐชายฝั่งไม่ให้มีเหนือเรือที่เดินผ่านทะเลอาณาเขตมากเกินไป²⁹
ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ความหมายของการผ่านโดยสุจริตนี้มีพื้นฐานมาจากการปกป้องคุ้มครอง
สิทธิของรัฐผู้ใช้สิทธิผ่าน นอกจากนั้น ในร่างของคณะกรรมการกฎหมาย
ระหว่างประเทศเองยังแสดงให้เห็นถึงการปกป้องสิทธิของรัฐผู้ใช้สิทธิผ่านอีกด้วย
โดยกล่าวว่า

การผ่านถือว่าสุจริต ตราบเท่าที่เรือมิได้ใช้ทะเลอาณาเขตเพื่อกระทำการใด
อันเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐชายฝั่งหรืออันเป็นการขัดต่อกฎเกณฑ์ในอนุสัญญานี้ หรือ
กฎเกณฑ์อื่นของกฎหมายระหว่างประเทศ³⁰

²⁹ McDougal and Burke, The Public Order Of The Oceans,
PP.248-249.

ในระหว่างการประชุมได้มีผู้เสนอเกณฑ์ในการควบคุมการผ่านอีกเกณฑ์หนึ่ง
นอกจากอาศัยพิจารณาจากความสุจริต โดยให้ใช้ "นโยบายสาธารณะ" (Public
Policy) แต่ที่ประชุมคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศไม่ยอมรับ เพราะเห็น
ว่าเคลือบคลุมเกินไป และจะเป็นการยินยอมให้รัฐชายฝั่งเลือกกำหนดได้ตามใจชอบ
ว่าการผ่านใดเป็นการผ่านโดยไม่สุจริต (Non - Innocent)

³⁰ "United Nations Report Of The International Law
Commission (A/3159), "American Journal of International Law
51 (October 1957) : 194.

คำสำคัญของข้อความที่ยกมากล่าวข้างต้น ก็คือ คำว่า เรือ จากหลักเกณฑ์ในร่างของคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าระหว่างประเทศ นี้จะ เห็นว่าการผ่านจะสุจริตหรือไม่ขึ้นอยู่กับ การกระทำของเรือที่ได้กระทำในทะเล อาณาเขตของรัฐชายฝั่งเป็นสำคัญ³¹ ไม่ได้ขึ้นอยู่กับลักษณะหรือประเภทของเรือ หรือจากข้อกล่าวอ้างแต่ฝ่ายเดียวของรัฐชายฝั่งว่าการผ่านนั้นๆ ได้เป็นการผ่านที่ไม่ สุจริตแล้ว ซึ่งน่าจะเป็นความเห็นที่เหมาะสม เพราะตราบิตที่เรือมิได้กระทำ การใดๆ อันเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐชายฝั่งแล้ว ตราบนั้นการผ่านก็ยังคงถือว่าสุจริต อยู่ และซึ่งรัฐชายฝั่งไม่อาจจะกล่าวอ้างได้ตามใจชอบแต่อย่างใด ซึ่งก็สอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ของการกำหนด เรื่องความสุจริตในการผ่านของคณะกรรมการตั้งที่ กล่าวมาแล้วว่ามีเพื่อคุ้มครองสิทธิของรัฐผู้ใช้สิทธิผ่าน

อย่างไรก็ตาม เมื่อเป็นอนุสัญญาฉบับนี้แล้วได้มีการ เปลี่ยนแปลงบางประการเกี่ยวกับความหมายของความสุจริตในการผ่าน โดยข้อ 14 (4) บัญญัติว่า

การผ่านจะเป็นโดยสุจริตตราบิตที่ไม่เป็นการเสื่อมเสียต่อสันติภาพ ความสงบ เรียบร้อย หรือความมั่นคงของรัฐชายฝั่ง การผ่านเช่นว่านั้น จะต้องกระทำโดยสอดคล้องกับบทของข้อเหล่านี้ และหลักเกณฑ์อื่นๆ ของกฤษฎีกาว่าระหว่างประเทศ³²

³¹ Ibid. P.195. ในคำอธิบายของคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าระหว่าง ประเทศ กล่าวว่าการผ่านจะถือว่าไม่สุจริต ถ้าเรือได้กระทำ การใดๆ ที่ขัดต่อความ มั่นคงของรัฐชายฝั่ง

³² ภาคผนวก ก. ข้อ 14.

การเปลี่ยนแปลงนั้นมีใน 3 ประการ คือ ประการแรก ได้ตัดคำว่า เรือ ออก ประการที่สอง ได้เพิ่มการเสื่อมเสียต่อสันติภาพ ความสงบเรียบร้อยขึ้นมา และประการที่สาม ได้ตัดคำว่า ไร้ทะเลอาณาเขตออกไป

ซึ่งจากการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว เป็นผลให้ความหมายของความสุจริตในการผ่านต้องเปลี่ยนไปด้วย กล่าวคือ การที่ตัดคำว่า เรือ ออกนั้น เป็นผลให้การพิจารณาความสุจริตต้องเปลี่ยนจากการพิจารณาจากการกระทำของเรือเป็นการพิจารณาจากลักษณะการผ่านแทน³³ เพราะข้อ 14(4) ได้ใช้คำว่า "การผ่านจะเป็นโดยสุจริตราวเท่าที่ไม่เป็นการ..." ซึ่งเห็นได้ว่าพิจารณาที่ตัวการผ่านเองเป็นสำคัญ การเพิ่มข้อสันติภาพ ความสงบเรียบร้อยขึ้นมา

³³ W. George Grandison and Virginia J. Meyer, "International Straits, Global Communications, And The Evolving Law Of The Sea," Vanderbilt Journal Of Transnational Law 8 (Spring 1975) : 402. เห็นว่าการเปลี่ยนแปลงจากการพิจารณาการกระทำของเรือในระหว่างการผ่านมาเป็นพิจารณาจากการผ่านนั้นเองเช่นนี้ เป็นการเปิดโอกาสให้รัฐชายฝั่งสามารถกล่าวอ้างได้กว้างขึ้นว่า การผ่านเช่นใดเป็นอันตรายต่อสันติภาพ ความสงบเรียบร้อย และความมั่นคงของตน เพราะตามข้อ 16(4) ของอนุสัญญาฉบับนี้ได้ให้อำนาจรัฐชายฝั่งที่จะห้ามการผ่านที่ไม่สุจริตได้อยู่แล้ว

ทำให้มีเงื่อนไขในการพิจารณาเพิ่มมากขึ้นอีก³⁴ ส่วนการตัดคำว่า ไข่ทะเล
อาณาเขตออกไปทำให้ความชัดเจนตามรายงานของคณะกรรมการกฎหมายระหว่าง
ประเทศต้องหมดไปด้วย เพราะทำให้เกิดข้อสงสัยได้ว่าการพิจารณาความสุจริตนั้น
จะพิจารณาเฉพาะที่อยู่ในทะเลอาณาเขตเท่านั้น หรือจะขยายความออกไปถึงนอก
ทะเลอาณาเขตด้วย

การเปลี่ยนแปลงแก้ไขนี้ทำให้ความหมายของความ
สุจริตเกิดความเคลือบคลุมไม่ชัดเจน เพราะแต่เดิมตามรายงานของคณะกรรมการ
กฎหมายระหว่างประเทศ นั้นได้พิจารณาจากการกระทำของเรือ ระหว่างที่อยู่ใน
ทะเลอาณาเขตเป็นสำคัญ ซึ่งเป็นการพิจารณาจากการกระทำทางกายภาพ
(Physical) จึงเป็นสิ่งที่เห็นได้ไม่ยากนัก ในขณะที่การพิจารณาจากการผ่านว่าลักษณะ
จุดจึงจะถือว่าการกระทบกระเทือนต่อสันติภาพ ความสงบเรียบร้อย และความมั่นคง
ของรัฐชายฝั่งนั้น เป็นสิ่งที่วัดได้ยากและไม่สามารถแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนได้
เนื่องจากขึ้นอยู่กับผลประโยชน์หรือคุณค่าอย่างอื่นที่รัฐชายฝั่งจะถือเป็นเกณฑ์ของตน
หลักเกณฑ์เช่นนี้จึงเคลือบคลุมและก่อให้เกิดข้อสงสัยได้โดยง่าย เมื่อประกอบกับการ
ที่อนุสัญญาได้ตัดคำว่า ไข่ทะเลอาณาเขตออกไป ก็ยิ่งทำให้เกิดข้อสงสัยไม่ชัดเจน
ในขอบเขตการพิจารณาว่าจะจำกัดเฉพาะในทะเลอาณาเขตเท่านั้นหรือไม่อีกด้วย
จึงเห็นได้ว่านิยามที่แก้ไขใหม่นี้เป็นนิยามที่ก่อให้เกิดความเคลือบคลุมไม่ชัดเจนขึ้น

³⁴ เพียงเฉพาะการพิจารณาความหมายของคำว่าความมั่นคง ก็มีความ
เห็นแตกแยกกันแล้ว ฝ่ายหนึ่งมีสหรัฐเป็นผู้นำ เห็นว่าควรมีความหมายจำกัดเฉพาะ
ต่อการปฏิบัติการทางทหารหรือทางอื่นต่ออธิปไตยของรัฐชายฝั่งเท่านั้น อีกฝ่ายเป็น
ความเห็นของกลุ่มประเทศลาตินอเมริกาเห็นว่า ควรหมายถึงผลประโยชน์
(Interest) ทุกอย่างของรัฐชายฝั่งที่ถูกกระทบกระเทือนด้วย ซึ่งยังไม่สามารถ
หาข้อยุติได้อยู่แล้ว ดู McDougal and Burke, The Public Order
Of The Oceans, PP.251-252.

ในการแปลความ ซึ่งผู้ที่จะได้รับผลประโยชน์จากความไม่ชัดเจนนี้ น่าจะได้แก่รัฐชายฝั่ง เพราะจะสามารถตีความผลประโยชน์ของตนแล้วชี้ว่าการผ่านนั้นขัดกับผลประโยชน์ของตนจึงเป็นการแก้ไขจากหลักเกณฑ์ที่เป็นภาวะวิสัย (Objective) มาสู่หลักเกณฑ์ที่เป็นอัตวิสัย (Subjective) แทน ซึ่งเห็นว่าเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐชายฝั่งมากกว่าของรัฐผู้ใช้สิทธิผ่าน

2.2 สิทธิและหน้าที่ในระหว่างการผ่านโดยสุจริต

ในส่วนนี้จะได้พิจารณาถึงสิทธิและหน้าที่ของทั้ง รัฐชายฝั่งและรัฐผู้ใช้สิทธิผ่านว่ามีเพียงใดในระหว่างการผ่าน ซึ่งจะได้พิจารณาเป็นลำดับไป

2.2.1 สิทธิและหน้าที่ของรัฐชายฝั่ง

สิทธิของรัฐชายฝั่งต่อการผ่านโดยสุจริต โดยแท้จริงแล้วอาจเรียกได้อีกอย่างหนึ่งว่า เป็นอำนาจ หรือเครื่องมือในการควบคุมการผ่านของเรือนั่นเอง เพราะ เป็นหลักที่อนุสัญญาได้ให้ไว้เพื่อให้รัฐชายฝั่งสามารถรักษาผลประโยชน์ของตนมิให้ถูกรบกวนกระเทือนจากการผ่านนั้นจนเกินไป ส่วนหน้าที่เป็นความผูกพันของรัฐชายฝั่งที่จะต้องปฏิบัติต่อ เรือผู้ใช้สิทธิผ่าน

(1) การตรากฎข้อบังคับ

ไม่มีบทบัญญัติในอนุสัญญา ที่ห้ามรัฐชายฝั่งตรากฎข้อบังคับเกี่ยวกับการผ่านโดยสุจริตในทะเลอาณาเขตของตน อย่างไรก็ตาม ก็ไม่ใช่ที่รัฐชายฝั่งจะสามารถตรากฎข้อบังคับได้โดยไม่มีขีดจำกัด เพราะข้อ 17 วางหลักไว้ว่าเรือต่างชาติที่ใช้สิทธิการผ่านโดยสุจริต จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับที่รัฐชายฝั่งได้ตราขึ้น ก็เฉพาะเท่าที่สอดคล้องกับอนุสัญญานี้—และหลักเกณฑ์อื่นๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น โดยเฉพาะที่เป็นกฎหมายและข้อบังคับเกี่ยวกับการขนส่งและการเดินเรือ³⁵ ดังนั้น หากกฎข้อบังคับของรัฐชายฝั่งที่ตราขึ้น

³⁵ ภาคผนวก ก. ข้อ 17.

ไม่สอดคล้องกับอนุสัญญานี้ หรือหลักเกณฑ์ อื่นของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว เรือต่างชาตก็ไม่ต้องปฏิบัติ ผลก็คือ กฎข้อบังคับนั้นไม่มีผลบังคับใช้นั้นเอง ซึ่งถือได้ว่า เป็นกรอบที่อนุสัญญาได้วางไว้สำหรับการตรากฎข้อบังคับของ ราชายฝั่ง^{๓๖}

ส่วนในกรณีของเรือประมงต่างชาตินั้น ราชายฝั่งอาจตรากฎข้อบังคับเพื่อป้องกันมิให้ เรือเหล่านี้ทำการประมงในทะเล อาณาเขตได้

(2) การป้องกันการผ่านที่ไม่สุจริต

ในกรณีที่ถือได้ว่าการผ่านใดเป็นการผ่านที่ไม่สุจริต อนุสัญญาให้อำนาจราชายฝั่งในการดำเนินการใดๆ ก็ตาม ที่จำเป็นต้องกระทำเพื่อป้องกันการผ่านที่ไม่สุจริตนั้นได้^{๓๗} อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ เป็นเรือรบ ราชายฝั่งมีสิทธิเพียงให้ เรือรบนั้นออกจากทะเลอาณาเขตเท่านั้น จะดำเนินการใดๆ เกินกว่านั้น เช่น จับกุม ไม่ได้^{๓๘}

^{๓๖} Leo Gross, "The Geneva Conference On The Law Of The Sea And The Right Of Innocent Passage Through The Gulf Of Aqaba," American Journal of International Law 53 (July 1959) : 590-591.

^{๓๗} ภาคผนวก ก. ข้อ 16.

^{๓๘} ภาคผนวก ก. ข้อ 23.

แต่เดิมยังมีข้อโต้แย้งกันอยู่ว่า เรือรบสามารถผ่านโดยสุจริตในทะเลอาณาเขตได้หรือไม่ โดยมีผู้ให้เหตุผลว่า เรือรบไม่มีสิทธิผ่านโดยสุจริต เพราะ ลักษณะ (Character) ของความเป็นเรือรบนั้นเองเป็นการขัดแย้งกับหลักการของการผ่านโดยสุจริต ดู McDougal and Burke, The Public Order Of The Oceans, p.206. การที่ข้อ 23 นี้ให้สิทธิราชายฝั่งแต่เพียงให้ เรือรบออกจากทะเลอาณาเขตเท่านั้น แสดงว่า เรือรบมีสิทธิการผ่านโดยสุจริตในทะเลอาณาเขต ซึ่งน่าจะเป็นการยุติข้อโต้แย้งดังกล่าวได้

(3) การห้ามการผ่านเป็นการชั่วคราว

ถึงแม้การผ่านนั้นจะถือเป็นการผ่านโดย

สุจริตก็ตาม รัฐบาลฝั่งอาจห้ามการผ่านได้เป็นการชั่วคราว โดยระบุบริเวณไว้ใน ทะเลอาณาเขตของตน หากว่าการห้ามเช่นนั้นจำเป็นเพื่อการคุ้มครองความมั่นคง ของตน การห้ามเช่นนี้จะต้องมีผลเป็นการเลือกปฏิบัติในระหว่างเรือต่างชาติ ด้วยกัน³⁹ สิทธิในข้อนี้จำกัดเฉพาะที่เป็นการจำเป็นเพื่อคุ้มครองความมั่นคงเท่านั้น รัฐบาลฝั่งจะอ้างเอาความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีมาเป็นข้ออ้างไม่ได้ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากระยะเวลาชั่วคราวดังกล่าวไม่ได้กำหนดไว้ว่านานเพียงใด สิทธิในข้อนี้จึงอาจถูกนำมาใช้เกินความจำเป็นจนมีผลเป็นการขัดขวางการผ่านโดย สุจริตก็เป็นได้ ซึ่งน่าจะถือเป็นที่จุดบกพร่องประการหนึ่งของการให้สิทธิห้ามการผ่าน เป็นการชั่วคราวนี้ เพราะวัตถุประสงค์มีเพียงเพื่อให้โอกาสรัฐบาลฝั่งป้องกันตัวได้ ตามสมควรเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้รัฐบาลฝั่งจะมีเหตุ จำเป็นเพื่อคุ้มครองความมั่นคงของตนก็ตาม หากทะเลอาณาเขตนั้นเป็นช่องแคบที่ใช้ ในการเดินเรือระหว่างประเทศ ระหว่างส่วนหนึ่งของทะเลหลวงกับอีกส่วนหนึ่งของ ทะเลหลวง หรือทะเลอาณาเขตของรัฐต่างประเทศแล้ว รัฐบาลฝั่งจะห้ามชั่วคราว ซึ่งการผ่านโดยสุจริตในช่องแคบนั้นไม่ได้⁴⁰ ซึ่งข้อยกเว้นในส่วนนี้เป็นข้อยกเว้นเพียง ประการเดียวในอนุสัญญาฉบับนี้ที่ให้การผ่านช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่าง ประเทศ ต่างจากการผ่านทะเลอาณาเขตทั่วไปและถือได้ว่าเป็นข้อยกเว้นที่สำคัญ

³⁹ ภาคผนวก ก. ข้อ 16 (3).

⁴⁰ ภาคผนวก ก. ข้อ 16 (4).

เพราะเท่ากับว่าหากการผ่านช่องแคบเป็นการผ่านโดยสุจริตแล้ว รัชชชายฝั่งจะขัดขวางการผ่านนั้นไม่ได้ จึงเป็นการประกันสิทธิในการเดินเรือผ่านช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศ ที่ดีกว่าการเดินเรือผ่านทะเลอาณาเขตทั่วไป

(4) การเรียกเก็บค่าภาระจากเรือต่างชาติ

รัชชชายฝั่งจะเรียกเก็บค่าภาระจากเรือต่างชาติเพียงเพราะเหตุการผ่านทะเลอาณาเขตเท่านั้นไม่ได้⁴¹ ข้อห้ามในส่วนนี้แสดงให้เห็นว่าสิทธิการผ่านโดยสุจริตในทะเลอาณาเขตเป็นภาระจ่ายอมระหว่างประเทศ (International Servitude)⁴² ที่รัชชชายฝั่งมีหน้าที่ต้องยอมรับจึง

⁴¹ ภาควณวก ก. ข้อ 18.

การอนุญาตให้เรียกเก็บค่าภาระได้จะมีผลเท่ากับว่ารัฐอื่นไม่มีสิทธิผ่านทะเลอาณาเขตนั่นเอง นอกจากนี้ยังจะส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจโลกอีกด้วย ไบรตดูรายละเอียดใน Roger Meaznik, "Transit Fees for Ocean Straits and Their Impact on Global Economic Welfare," Ocean Development and International Law 8 (Number 4 1980) ; 337-354.

⁴² ภาระจ่ายอมเป็นหน้าที่ของรัฐเจ้าของดินแดนที่จะต้องยินยอมให้รัฐอื่นใช้ประโยชน์ในดินแดนของตน สิทธินี้เป็นสิทธิในทรัพย์สิน (In Rem) จึงเป็นภาระผูกพันติดต่ออาณาเขตนั้นตลอดกาล แม้มีการเปลี่ยนแปลงอาณาเขต สิทธินี้ก็ติดไปด้วย ดู สุข เปรูนาวิน, กฎหมายระหว่างประเทศ, เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2513), หน้า 268. การที่รัชชชายฝั่งต้องยินยอมให้รัฐอื่นผ่านทะเลอาณาเขตของตน จึงถือว่าเป็นภาระจ่ายอมระหว่างประเทศ

ไม่สามารถแสวงหาประโยชน์จากการผ่านทะเลอาณาเขต เสมือนกับการเก็บค่าผ่านทางนั้นไม่ได้แต่หากเรือเหล่านั้นได้ใช้บริการใดๆ จากรัฐชายฝั่งรัฐชายฝั่งก็อาจเก็บค่าภาระในส่วนนี้ได้

(5) หน้าที่ต่อเรือที่ใช้สิทธิผ่าน

รัฐชายฝั่งมีหน้าที่อำนวยความสะดวกตามสมควรต่อเรือที่ใช้สิทธิผ่าน โดยจะต้องไม่ขัดขวางการผ่าน และจะต้องโฆษณาให้ทราบตามสมควรถึงอันตรายใดๆ ต่อการเดินเรือที่ตนทราบในทะเลอาณาเขตของตน⁴³

2.2.2 สิทธิและหน้าที่ของเรือที่ใช้สิทธิผ่าน

(1) เรือพาณิชย์

เรือพาณิชย์มีสิทธิผ่านโดยสุจริตในช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศ โดยรัฐชายฝั่งจะห้ามการผ่านนั้นไม่ได้ และมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับ ซึ่งรัฐชายฝั่งได้ตราขึ้น โดยสอดคล้องกับอนุสัญญานี้ และหลักเกณฑ์อื่นๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับการขนส่งและการเดินเรือ นอกจากนี้ รัฐชายฝั่งจะเก็บค่าภาระจากเรือ เพียงเพราะเหตุการผ่านทะเลอาณาเขตเท่านั้นไม่ได้ ค่าภาระอาจเก็บได้ต่อเมื่อเรือได้รับบริการโดยเฉพาะจากรัฐชายฝั่งเท่านั้น⁴⁴

ในส่วนอำนาจในการดำเนินคดีนั้น ในคดีอาชญากรรมของรัฐชายฝั่งไม่มีสิทธิจับกุมบุคคลใด หรือดำเนินการสอบสวนใดๆ เกี่ยวกับอาชญากรรม ซึ่งได้กระทำบนเรือในระหว่างการผ่าน เว้นแต่ เมื่อผลของอาชญากรรมนั้นได้ขยายไปถึงรัฐชายฝั่งหรืออาชญากรรมนั้นเป็นประเภทที่จะรบกวนต่อสันติภาพของประเทศ หรือต่อความสงบเรียบร้อยของทะเลอาณาเขต หรือเมื่อนายเรือหรือกงสุลของประเทศ ซึ่งเรือนั้นชักธงร้องขอความช่วยเหลือ หรือเป็นกรณีปราบปราม

⁴³ ภาคผนวก ก. ข้อ 15.

⁴⁴ ภาคผนวก ก. ข้อ 16, 17, 18.

การค้ายาเสพติดให้โทษ แต่อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่เรือกำลังผ่านทะเลอาณาเขตหลังจากที่ได้ออกจากร่านน้ำภายในแล้ว ราชอาณาจักรมีสิทธิดำเนินการจับกุมหรือสอบสวนบนเรือได้ หากกฎหมายของตนอนุญาตไว้ ส่วนในคดีแพ่งอนุสัญญาได้แยกออกเป็น 2 กรณี คือ กรณีแรกเกี่ยวกับอำนาจในการดำเนินคดีแพ่งต่อบุคคลบนเรือ ในกรณีนี้ราชอาณาจักรมีสิทธิดำเนินการตามกฎหมายได้ คงห้ามแต่เพียงว่าราชอาณาจักรจะหยุดหรือเปลี่ยนทางของเรือเพื่อประสงค์จะใช้อำนาจดำเนินคดีทางแพ่ง เกี่ยวกับบุคคลบนเรือไม่ได้เท่านั้น กรณีที่สองเกี่ยวกับอำนาจในการดำเนินคดีแพ่งต่อเรือนั่นเอง ในกรณีนี้ราชอาณาจักรไม่มีสิทธิดำเนินการบังคับคดีหรือจับกุมเรือ เว้นแต่เป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อผูกพันหรือหนี้สิน ซึ่งเรือได้เข้ารับหรือได้ก่อกวนระหว่าง หรือเพื่อความมุ่งประสงค์ของการเดินทางผ่านน่านน้ำของราชอาณาจักร ในกรณีนี้ราชอาณาจักรดำเนินคดีแพ่งต่อเรือได้ อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่เรือผ่านทะเลอาณาเขตหรืออยู่ในทะเลอาณาเขต หลังจากที่ได้ออกจากร่านน้ำภายในแล้ว ราชอาณาจักรมีอำนาจดำเนินคดีแพ่งต่อเรือนั้นได้⁴⁵

ส่วนในกรณีของเรือประมงนั้นคงมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับเรือพาณิชย์ทั่วไป แต่ไม่มีสิทธิทำการประมงในทะเลอาณาเขตของราชอาณาจักรได้และจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับ ซึ่งราชอาณาจักรตราขึ้นและประกาศให้ทราบ เพื่อป้องกันการทำการประมงในทะเลอาณาเขตด้วย⁴⁶

(2) เรือของรัฐบาลนอกจากเรือรบ

มีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับเรือพาณิชย์ถึงแม้จะเป็นเรือของรัฐบาล ซึ่งใช้เพื่อความมุ่งประสงค์ในทางที่มีใช้การพาณิชย์ก็ตาม อย่างไรก็ตาม เรือเหล่านี้ยังคงได้อุปโภคสิทธิในความคุ้มกัน ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศอยู่เช่นเดิม⁴⁷

⁴⁵ ภาคผนวก ก. ข้อ 19, 20.

⁴⁶ ภาคผนวก ก. ข้อ 14 (5).

⁴⁷ ภาคผนวก ก. ข้อ 22 (2).

(3) เรือรบ

เรือรบมีสิทธิการผ่านโดยสุจริตในช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศ โดยรัฐชายฝั่งไม่อาจห้ามการผ่านได้ เหมือนเช่นเรือพาณิชย์ และเรือของรัฐบาลนอกจากเรือรบ แต่หากเรือรบไม่ปฏิบัติตามกฎข้อบังคับของรัฐชายฝั่ง และละเลยต่อคำร้องขอใดๆ เพื่อให้ปฏิบัติตาม รัฐชายฝั่งมีสิทธิเพียงให้เรือรบนั้นออกจากทะเลอาณาเขตเท่านั้น รัฐชายฝั่งจะดำเนินการอื่นใดต่อเรือรบอีกไม่ได้⁴⁸

เรือรบที่เป็นเรือดำน้ำ ในระหว่างการผ่านจะต้อง เकिनบนผิวน้ำและแสดงธงของตน⁴⁹

ในเรื่องสิทธิและหน้าที่ระหว่างการผ่านนี้ ในส่วนของรัฐชายฝั่งนั้น เจ็อนไขสำคัญคือการผ่านนั้นเป็นการผ่านโดยสุจริตหรือไม่ หากเป็นการผ่านที่ไม่สุจริตรัฐชายฝั่งก็มีอำนาจดำเนินการที่จำเป็นเพื่อป้องกันกาผ่านนั้นได้ ดังนั้น ในกรณีนี้สิทธิของรัฐชายฝั่งจึงได้รับความคุ้มครองอย่างเต็มที่ กรณีถ้าเป็นการผ่านโดยสุจริต สิทธิของรัฐชายฝั่งจะจำกัดเพียงการตรวจเรือข้อบังคับ เท่านั้นที่สอดคล้องกับอนุสัญญานี้ และหลักเกณฑ์อื่นๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น ในกรณีนี้สิทธิการผ่านโดยสุจริตจึงได้รับการคุ้มครองมากกว่า เพราะรัฐชายฝั่งไม่อาจตรวจเรือข้อบังคับมาขัดขวางการผ่านได้ตามอำเภอใจ การกำหนดสิทธิและหน้าที่ของรัฐชายฝั่งเช่นนี้จึงชอบด้วยเหตุผลแล้ว ในส่วนเรือที่ใช้สิทธิผ่านนั้น การบัญญัติว่าเรือมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎข้อบังคับของรัฐชายฝั่งเฉพาะที่ตราขึ้น โดยสอดคล้องกับอนุสัญญานี้หรือหลักเกณฑ์อื่นของกฎหมายระหว่างประเทศ นับได้ว่าเป็นหลักประกันที่ดีเช่นกัน

⁴⁸ ภาคผนวก ก. ข้อ 23.

⁴⁹ ภาคผนวก ก. ข้อ 14 (6).

โดยสรุปแล้วอนุสัญญาว่าด้วยทะเลอาณาเขต และ เขตต่อเนื่องได้นำเรื่องช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศมาบัญญัติไว้ในเรื่องเดียวกับสิทธิการผ่านโดยสุจริตในทะเลอาณาเขต ดังนั้น ปัญหาเกี่ยวกับการผ่านช่องแคบจึงเป็นปัญหาเกี่ยวกับการผ่านโดยสุจริต ซึ่งในอนุสัญญานี้ถึงแม้จะได้บัญญัติถึงสิทธิและหน้าที่ในระหว่างการผ่านโดยสุจริตไว้อย่างดีพอสมควรก็ตาม แต่เนื่องจากยังมีข้อบกพร่องในการให้คำจำกัดความของความสำเร็จในการผ่าน จึงเป็นผลให้สิทธิในการผ่านไม่ได้รับการประกันอย่างเพียงพอ ซึ่งมีผลกระทบถึงการผ่านช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศด้วยเช่นกัน

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982

ภายหลังจากมีอนุสัญญารุงเงินว่าทั้ง 4 ฉบับแล้ว สภาพการณ์เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากทะเลได้เปลี่ยนไป เทคโนโลยีใหม่ๆ ทำให้ชาติที่พัฒนาแล้วสามารถแสวงประโยชน์จากทรัพยากรในทะเลได้มากขึ้น การทำเหมืองแร่ใต้ทะเล (Seabed Mining) เป็นความก้าวหน้าที่สำคัญ เพราะเป็นการนำทรัพยากรใต้ทะเลลึกขึ้นมาใช้ประโยชน์ได้ซึ่งแต่ก่อนนั้นความสามารถของมนุษย์ยังไม่ถึง ความสามารถของชาติที่พัฒนาแล้ว เช่นนี้ทำให้ประเทศกำลังพัฒนาเกิดหวั่นวิตกว่า ทรัพยากรในทะเลหลวงจะตกเป็นประโยชน์เฉพาะในหมู่ประเทศที่พัฒนาแล้วเท่านั้น จึงต้องการผลักดันให้มีหลักกฎหมายที่จะเป็นผลให้ประเทศกำลังพัฒนาได้ประโยชน์จากทรัพยากรเหล่านั้นด้วย ในส่วนประเทศที่พัฒนาแล้วก็มีความกังวลเกี่ยวกับการขยายทะเลอาณาเขตออกเป็น 12 ไมล์ทะเล เพราะเห็นว่าจะเป็นผลให้ช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศต้องตกไปอยู่ในทะเลอาณาเขตของรัฐชายฝั่ง ทำให้การเดินเรือผ่านช่องแคบอยู่ภายใต้หลักสิทธิการผ่านโดยสุจริต ซึ่งประเทศพัฒนาแล้ว

เห็นว่าไม่เหมาะสม จึงต้องการให้มีการรับรองสิทธิในการผ่านช่องแคบอย่างเสรี⁵⁰ นอกจากนั้นปัญหามลภาวะทางทะเลซึ่งเป็นอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมก็กำลังเป็นปัญหาที่ทวีความสำคัญขึ้นทุกขณะ เนื่องจากเทคโนโลยีใหม่ๆ ทำให้มลภาวะดังกล่าวมีความรุนแรงมากขึ้น ซึ่งจะเป็นอันตรายต่อทุกรัฐ ด้วยมูลเหตุจูงใจที่สำคัญเหล่านี้จึงเป็นแรงผลักดันให้มีการปรับปรุงหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยทะเลขึ้น โดยสหประชาชาติเป็นครั้งที่ 3

ในการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเลครั้งที่ 3 นี้ นอกจากจะเป็นการประชุมเพื่อจัดทำอนุสัญญาระหว่างประเทศเหมือนเช่นการประชุมครั้งอื่นๆ ของสหประชาชาติแล้ว ยังมีหลักเกณฑ์บางประการซึ่งเป็นที่น่าสนใจ กล่าวคือ ในการประชุมครั้งนี้ได้จัดเป็นการประชุมแบบ Packages Deal โดยรัฐผู้เข้าร่วมประชุมจะมีการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ (Trade-off) ซึ่งกันและกันในหลักกฎหมายต่างๆ ที่ตนมีส่วนได้เสียอยู่ และเมื่อมีการจัดทำเป็นอนุสัญญาออกมาแล้ว จะต้องมีการยอมรับ

⁵⁰ John R. Stevenson and Bernard H. Oxman, "The Preparations For The Law Of The Sea Conference," American Journal of International Law 68 (January 1974) : 3.

ในการประชุมครั้งนี้ปัญหาเรื่องช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศถือว่าเป็นประเด็นสำคัญประการหนึ่ง เพราะเกี่ยวเนื่องกับรัฐจำนวนมาก ทั้งที่เป็นรัฐประชิดช่องแคบรัฐเจ้าของเรือที่ใช้ช่องแคบ และรัฐที่ความมั่นคงและเศรษฐกิจขึ้นอยู่กับ การเดินเรือและบินผ่านช่องแคบ สำหรับสหรัฐอเมริกาถือว่าปัญหาเรื่องช่องแคบเกี่ยวพันกับการขยายทะเลอาณาเขต 12 ไมล์ทะเล โดยสหรัฐจะยอมรับการขยายทะเลอาณาเขตดังกล่าวก็ต่อเมื่อมีการยอมรับสิทธิการผ่านช่องแคบอย่างเสรีเท่านั้น

ทั้งหมด (Consensus) จะแบ่งแยกยอมรับอนุสัญญาบางส่วนและไม่ยอมรับบางส่วนไม่ได้^{๕๑} รัฐผู้เข้าร่วมประชุมมีหนทางเลือกอยู่เพียง 2 ทาง คือ ยอมรับอนุสัญญาทั้งฉบับ หรือ ไม่ยอมรับเลยเท่านั้น เพราะอนุสัญญานี้มีวัตถุประสงค์ต้องการให้ความเป็นธรรมต่อทุกฝ่าย ไม่ต้องการให้มีการเลือกปฏิบัติเฉพาะในหลักกฎหมายส่วนที่ตนจะได้รับประโยชน์เท่านั้น ซึ่งปัญหาเกี่ยวกับช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศก็เป็นปัญหาสำคัญปัญหาหนึ่งของการประชุมครั้งนี้ และได้เป็นประเด็นข้อต่อรองในการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ระหว่างฝ่ายรัฐผู้ใช้ช่องแคบกับฝ่ายรัฐประชิดช่องแคบด้วยเช่นกัน ในภายหลังเมื่อได้จัดทำอนุสัญญาออกมาแล้ว ประเทศมหาอำนาจบางประเทศได้แสดงเจตนาที่จะไม่ลงนามในอนุสัญญานี้ แต่กลับอ้างว่า

^{๕๑} ประเด็นวิธีการประชุมแบบ Packages Deal นี้ เป็นประเด็นที่ก่อให้เกิดความขัดแย้งกันมาก เมื่อภายหลังจากอนุสัญญาสำเร็จออกมาแล้ว เพราะมีความเห็นแตกแยกกันเป็น 2 ความเห็นเกี่ยวกับความผูกพันของการประชุมแบบ Packages Deal ความเห็นแรกเห็นว่าวิธีการประชุมดังกล่าวผูกพันรัฐผู้เข้าร่วมให้ต้องยอมรับบทบัญญัติในอนุสัญญาทั้งหมด อีกความเห็นเห็นว่าถึงแม้จะเป็นการประชุมแบบ Packages Deal ก็ไม่เป็นการบังคับให้รัฐผู้เข้าร่วมต้องถูกผูกพัน

รายละเอียดของข้อโต้แย้งในกรณีดังกล่าวนี้ โปรดดูใน Tullio Treves, "The UN Convention On The Law Of The Sea As A Non-Universally Accepted Instrument : Notes On The Convention And Customary Law," in The 1982 Convention on the Law of the Sea, ed. Albert W. Koeres and Bernard H. Oxman (Hawaii : Law of the Sea Institute, 1984), PP.685-694.

หลักเกณฑ์บางส่วนในอนุสัญญาฉบับนี้มีผลใช้บังคับในฐานะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยจะไม่ยอมรับหลักเกณฑ์อื่นๆ ในอนุสัญญา ซึ่งเป็นปัญหาเกี่ยวกับการตีความอนุสัญญาต่อไป⁵²

ในส่วนนี้จะได้พิจารณาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการผ่านช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศ ซึ่งได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล คศ. 1982 โดยได้บัญญัติไว้ในหมวดที่ 3 ช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศ แยกออกมาจากหมวดที่ 2 ทะเลอาณาเขตและเขตต่อเนื่อง ซึ่งจะเห็นได้ในเบื้องต้นว่าแตกต่างจากอนุสัญญาว่าด้วยทะเลอาณาเขตและเขตต่อเนื่อง คศ. 1958 ที่ได้บัญญัติเรื่องช่องแคบไว้ในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิการผ่านโดยสุจริต อนุสัญญาฉบับนี้ได้เปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายเกี่ยวกับช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศหลายประการด้วยกัน ซึ่งจะได้แบ่งหัวข้อเป็นสถานะทางกฎหมาย ของช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศ และสิทธิการผ่าน

⁵² สหรัฐอเมริกาปฏิเสธไม่ลงนามเพราะเห็นว่าตนไม่ได้รับประโยชน์เพียงพอ ดู David L. Larson, "The Regan Rejection of the U.N. Convention," Ocean Development and International Law 14 (Number 4 1985) : 337-361.

1. สถานะทางกฎหมายของช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศ

1.1 ความหมายของช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศ

อนุสัญญาได้แบ่งช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศ ออกเป็น 4 ชนิด ตามระบบการผ่านช่องแคบที่แตกต่างกัน^{๕๓}

ช่องแคบชนิดแรก คือ ช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศ ระหว่างบริเวณหนึ่งของทะเลหลวงหรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะกับอีกบริเวณหนึ่งของทะเลหลวงหรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะนั้น^{๕๔} เป็นความหมายเดียวกับในคำพิพากษาในคดีช่องแคบคอร์ฟูนั้นเอง การที่เพิ่มเขตเศรษฐกิจจำเพาะขึ้นมา ก็เนื่องจากหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเขตเศรษฐกิจจำเพาะได้รับการยอมรับในอนุสัญญานี้ การเพิ่มเติมนี้ไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงความหมายของช่องแคบที่ศาลในคดีช่องแคบคอร์ฟูวางหลักไว้แต่ประการใด เพราะในเขตเศรษฐกิจจำเพาะรัฐอื่นยังคงมีสิทธิ

^{๕๓} ในระหว่างการประชุมได้มีการเสนอความหมายหรือประเภทของช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศต่างๆ กันไปถึง 5 ความเห็นด้วยกัน คือ สหรัฐเสนอให้ใช้แบบเดียวกับอนุสัญญาว่าด้วยทะเลอาณาเขตและเขตต่อเนื่อง คศ. 1958 ข้อ 16 (4) สหภาพโซเวียต เสนอเช่นเดียวกับสหรัฐ แต่ให้ตัดคำว่า "...ระหว่างอีกส่วนหนึ่งของทะเลอาณาเขตของรัฐอื่น" ออกไป อิตาลี เสนอเช่นเดียวกับสหรัฐ แต่เพิ่มว่าในช่องแคบที่กว้างไม่เกิน 6 ไมล์ ซึ่งมีรัฐประชิดช่องแคบเพียงรัฐเดียว และอยู่ใกล้เส้นทางคมนาคมอื่น ให้ใช้สิทธิการผ่านโดยสุจริตแทน มอลต้าเสนอว่าให้ใช้ว่า "ช่องแคบที่กว้างน้อยกว่า 24 ไมล์ ซึ่งได้ใช้หรืออาจใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศ" และกลุ่มรัฐประชิดช่องแคบ ซึ่งมาเลเซียรวมอยู่ด้วย เสนอว่าให้ใช้ "ผ่านช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของทะเลอาณาเขต" และใช้สิทธิการผ่านโดยสุจริต ดู Stevenson and Oxman, "The Preparation For The Law Of The Sea Conference," American Journal of International Law 68 (January 1974) : 12.

^{๕๔} ภาคผนวก ข. ข้อ 37.

ในการเดินเรือและบินผ่านเช่นเดียวกับในทะเลหลวง^{๕๕} ดังนั้น ในส่วนนี้ เขตเศรษฐกิจจำเพาะจึงมีความหมายเช่นเดียวกับทะเลหลวงนั่นเอง ตามหลักเกณฑ์นี้ยังคงแบ่งแยกข้อพิจารณาของแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศออกเป็น 2 ส่วน เช่นเดียวกันคือ หลักเกณฑ์ในทางภูมิศาสตร์ และหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างช่องแคบกับการเดินเรือระหว่างประเทศ เนื่องจากเป็นนิยามเช่นเดียวกับที่ศาลในคดีช่องแคบคอร์ฟูได้วางไว้ จึงมีความหมายเช่นเดียวกัน การผ่านช่องแคบชนิดนี้อยู่ภายใต้ระบบสิทธิการผ่าน (Transit Passage) ซึ่งเป็นระบบใหม่ที่เพิ่งจะมีบัญญัติเป็นครั้งแรกโดยอนุสัญญาฉบับนี้ ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในภายหลัง

ช่องแคบชนิดที่สอง คือ ช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศ ซึ่งมีอนุสัญญาระหว่างประเทศที่บังคับใช้มาเป็นเวลานานวางกฎเกณฑ์ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนในการผ่านไว้^{๕๖} ช่องแคบชนิดนี้สิทธิการผ่านช่องแคบเป็นไปตามที่อนุสัญญาดังกล่าวได้บัญญัติไว้ ตัวอย่างของช่องแคบชนิดนี้ คือ ช่องแคบตุรกี (Turkish Straits) ซึ่งอยู่ภายใต้อนุสัญญามองโทรซ์ คศ.1936 (Montreux Convention 1936) เป็นต้น^{๕๗} ในกรณีของช่องแคบมะละกาและสิงคโปร์ไม่มีอนุสัญญาระหว่างประเทศวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการผ่านไว้แต่อย่างใด

^{๕๕} อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล คศ.1982 ข้อ 58 (1) บัญญัติว่า "...ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ รัฐชายฝั่งหรือรัฐที่ไร้ฝั่งทะเลทั้งปวงจักอุปโภคเสรีภาพตามที่อ้างในข้อ 87 ในการเดินเรือ การบินผ่าน..."

^{๕๖} ภาคผนวก ข. ข้อ 35 (ค).

^{๕๗} Tommy T.B. Koh, "The Territorial Sea, Contiguous Zone, Straits And Archipelagoes Under The 1982 Convention On The Law Of The Sea," Malaya Law Review 29 (December 1987) : 181.

อนึ่ง มีความเห็นว่าช่องแคบชนิดนี้เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปแล้ว ดู Stevenson and Oxman, "The Preparation For The Law Of The Sea Conference," American Journal of International Law 68 (January 1974) : 11.

ช่องแคบชนิดที่สาม คือ ช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศ ซึ่งมีเส้นทางในทะเลหลวงหรือเส้นทางผ่านเขตเศรษฐกิจจำเพาะที่สะดวก เช่นกันในด้าน การเดินเรือและการใช้ประโยชน์ทางน้ำผ่านช่องแคบ^{๕๘} ช่องแคบชนิดนี้เป็นช่องแคบที่มีความกว้างกว่าสองเท่าของความกว้างของทะเลอาณาเขต จึงทำให้มีช่องทางน้ำที่เป็นทะเลหลวงหรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะอยู่ในช่องแคบ ซึ่งเรือและอากาศยาน สามารถใช้เสรีภาพแห่งทะเลหลวงเพื่อการผ่านได้ ส่วนการผ่านน่านน้ำในช่องแคบส่วนที่เป็นทะเลอาณาเขตของรัฐชายฝั่งเป็นการใช้สิทธิการผ่านโดยสุจริต เพราะข้อ 36 บัญญัติว่าจะไม่นำสิทธิการผ่าน (Transit Passage) มาใช้ในช่องแคบชนิดนี้^{๕๙} อย่างไรก็ตาม นิยามของช่องแคบชนิดนี้ยังคงมีความไม่ชัดเจนอยู่บ้างตรงที่ จะใช้เกณฑ์อะไรเป็นเครื่องวัดว่าเส้นทางในทะเลหลวงหรือเส้นทางผ่านเขตเศรษฐกิจจำเพาะนั้น เป็นเส้นทางที่สะดวกเช่นเดียวกับการผ่านช่องแคบ^{๖๐} ซึ่งในข้อนี้เห็นว่าจะต้องพิจารณาจาก ลักษณะทางภูมิศาสตร์ที่เป็นองค์ประกอบทุกอย่างในการเดินเรือ เช่น กระแสน้ำ สันดอน หินโสโครก ทัศนวิสัย เป็นต้น อย่างสมบูรณ์จึงจะถือว่าเป็นเส้นทางที่สะดวกเช่นกัน

^{๕๘} ภาคผนวก ข. ข้อ 36.

^{๕๙} Lewis M. Alexander, "Exception to the Transit Passage Regime : Straits with Routes of Similar Convenience", Ocean Development and International Law 18 (Number 4 1987) ; 480. ผู้เขียนอ้างว่ามีช่องแคบที่มีความกว้างเกินกว่า 24 ไมล์และอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์นี้จำนวน 33 แห่ง ช่องแคบที่มีช่องทางในทะเลหลวงหรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะผ่านกว้างที่สุด คือ ช่องแคบบาสส์ (Bass Strait) ที่ออสเตรเลีย ช่องทางที่เป็นทะเลหลวงหรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะกว้าง 17 ไมล์ ส่วนช่องแคบแซมโซ (Samsø Belt) ที่เดนมาร์ก แคบที่สุดเพียง 1 ไมล์ เท่านั้น

^{๖๐} Ibid., P.481.

ช่องแคบชนิดที่สี่ มี 2 ประเภท คือ ประเภทแรก เป็นช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศ ระหว่างบริเวณหนึ่งของทะเลหลวงหรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะกับทะเลอาณาเขตของรัฐอื่น⁶¹ ซึ่งเป็นนิยามเดียวกับในอนุสัญญาว่าด้วยทะเลอาณาเขตและเขตต่อเนื่อง คศ. 1958 ข้อ 16 (4) นั่นเอง ประเภทที่สอง เป็นช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศ ระหว่างบริเวณหนึ่งของทะเลหลวงหรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะกับอีกบริเวณหนึ่งของทะเลหลวงหรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะ อยู่ระหว่างเกาะกับแผ่นดินใหญ่ของรัฐประชิดช่องแคบและมีเส้นทางในทะเลหลวงหรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะจากอีกด้านหนึ่งของเกาะ ซึ่งอยู่ติดกับทะเลเปิด ที่สะดวกเช่นกันในการเดินเรือและการใช้ประโยชน์ทางน้ำ⁶² ช่องแคบประเภทที่สองนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่บัญญัติขึ้นใหม่ในอนุสัญญานี้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้กับช่องแคบ เมสสินา (Messina Strait) ซึ่งอยู่ระหว่างเกาะ ซิซิลี (Sicily) กับแผ่นดินใหญ่ประเทศอิตาลี⁶³ อย่างไรก็ตาม ยังมีช่องแคบอื่นๆ อีกที่อยู่ในประเภทนี้⁶⁴ ในช่องแคบทั้ง 2 ประเภทนี้ สิทธิการผ่านเป็นสิทธิการผ่านโดยสุจริตซึ่งไม่สามารถห้ามการผ่านได้

⁶¹ ภาควงก ข. ข้อ 45 (1) (ข).

⁶² ภาควงก ข. ข้อ 38 (1).

⁶³ Lewis M. Alexander, "Exception to the Transit Passage Regime : Straits with Routes of "Similar Convenience", Ocean Development and International Law 18 (Number 4 1987) : 484.

⁶⁴ Ibid. เช่น ช่องแคบไฮนาน (Hainan Strait) ที่ประเทศจีน ช่องแคบเบลล์ไอส์ (Strait of Belle Isle) ที่ประเทศแคนาดา และช่องแคบแมกเจลแลน (Strait of Magellan) ระหว่างอาเจนตินา กับ ชิลี เป็นต้น

การที่อนุสัญญาฉบับนี้ได้แบ่งแยกประเภทของช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศออกเป็นถึง 4 ชนิด ตามระบบการผ่านที่แตกต่างกัน เช่นนี้ น่าจะถือว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง เนื่องจากช่องแคบแต่ละแห่งมีลักษณะข้อเท็จจริงที่ไม่เหมือนกัน เช่น ตำแหน่งที่ตั้ง ความสำคัญต่อการเดินเรือระหว่างประเทศ จำนวนรัฐประชิดช่องแคบ ความกว้างของช่องแคบ เป็นต้น ซึ่งการใช้ระบบการผ่านแบบเดียวกันทั้งหมดอาจจะเหมาะสมสำหรับช่องแคบหนึ่ง แต่ไม่เหมาะสมสำหรับช่องแคบอื่นๆ ก็เป็นไปได้ ความเหลื่อมล้ำเช่นนี้ ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อทั้งรัฐประชิดช่องแคบ และรัฐผู้ใช้ช่องแคบ ดังนั้น วิธีการแบ่งช่องแคบออกเป็นหลายชนิด และบัญญัติระบบการผ่านที่เหมาะสม สำหรับช่องแคบชนิดนั้นๆ ดังเช่นตามอนุสัญญาฉบับนี้จึงเป็นสิ่งที่ถูกต้องแล้ว⁶⁵

สำหรับกรณีของช่องแคบมะละกาและสิงคโปร์นั้น เนื่องจากเชื่อมต่อบริเวณมหาสมุทรอินเดียกับมหาสมุทรแปซิฟิก ซึ่งเป็นทะเลหลวง จึงจัดอยู่ในช่องแคบชนิดแรก ดังนั้น ในส่วนต่อไปที่จะพิจารณาถึงระบบการผ่านช่องแคบตามอนุสัญญาฉบับนี้ จึงจะได้พิจารณาจากหลักเกณฑ์สิทธิการผ่าน (Transit Passage) ตามที่บัญญัติไว้ในหมวดที่ 3 ตอนที่ 2 ของอนุสัญญาฉบับนี้เท่านั้น โดยจะไม่กล่าวถึงระบบการผ่านชนิดอื่น ตามที่บัญญัติไว้อีก

⁶⁵ Tommy T.B. Koh, "The Territorial Sea, Contiguous Zone, Straits And Archipelagoes Under The 1982 Convention On The Law Of The Sea," Malaya Law Review 24 (December 1987) : 180. อ้างถึงความเห็นของ Arvid Pardo ว่า เนื่องจากความหมายหรือการให้คำจำกัดความของช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศเป็นเรื่องยาก จึงควรแก้ปัญหาด้วยการกำหนดรายชื่อช่องแคบต่างๆ ที่จะได้รับสิทธิผ่านเป็นพิเศษต่างจากสิทธิการผ่านโดยสุจริตเป็นรายๆไป อย่างไรก็ตาม Koh ได้ให้ความเห็นไว้ว่ามีเหตุผลว่า หากกำหนดรายชื่อช่องแคบแล้วจะทำให้ความหมายของช่องแคบขาดความยืดหยุ่น เพราะช่องแคบที่ไม่ได้ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศในปัจจุบันก็อาจถูกใช้ในอนาคตได้ การใช้วิธีกำหนดรายชื่อจึงไม่เหมาะสม

1.2 สถานะของน่านน้ำส่วนที่เป็นช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศ

ความเป็นช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศ ไม่มีผลกระทบต่อสถานะของน่านน้ำในช่องแคบนั้น ดังที่ ข้อ 34 (1) บัญญัติว่า

ระบอบการผ่านช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศ ไม่มีผลอื่นใดต่อสถานะของน่านน้ำส่วนที่ประกอบเป็นช่องแคบ หรือการใช้อำนาจอธิปไตยหรืออำนาจของรัฐประชิดช่องแคบเหนือน่านน้ำ และห้วงอากาศเหนือน่านน้ำพื้นดินท้องทะเล และดินใต้ผิวดินนั้น^๖

ด้วยเหตุนี้หากน่านน้ำในส่วนนั้นเป็นทะเลอาณาเขตหรือเขตต่อเนื่อง หรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะของรัฐประชิดช่องแคบ รัฐประชิดช่องแคบก็อาจใช้อำนาจได้เช่นเดียวกับน่านน้ำส่วนอื่นๆ ที่ไม่ได้เป็นช่องแคบ อย่างไรก็ตามการใช้อำนาจในน่านน้ำส่วนที่เป็นช่องแคบนี้จะต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติของหมวดที่ 3 ว่าด้วยช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศนี้ และหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ ด้วย

เนื่องจากความเป็นช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศตามอนุสัญญาฉบับนี้เป็นเพียงแต่ก่อให้เกิดสิทธิการผ่านเป็นพิเศษเท่านั้น โดยไม่มีผลกระทบต่อ การผ่านช่องแคบอย่างไรบ้าง ซึ่งในส่วนของเขตต่อเนื่อง และเขตเศรษฐกิจจำเพาะนั้น มีระบบการผ่านเป็นเช่นเดียวกับเสรีภาพในการเดินเรือในทะเลหลวง อันเป็นสิทธิที่มีเสรีภาพมากกว่าสิทธิการผ่าน (Transit Passage) อยู่แล้ว การผ่านช่องแคบจึงไม่ได้ได้รับความกระทบกระเทือนจากสถานะของน่านน้ำ

^๖ ภาควรรณก ข. ข้อ 34 (1).

ทั้งสองประเภทนี้⁶⁷ แต่ในส่วนทะเลอาณาเขต ซึ่งมีระบบการผ่านโดยสุจริตอัน เป็นสิทธิที่จำกัด เสรีภาพมากกว่าสิทธิการผ่าน จึงมีปัญหว่าหลักเกณฑ์การผ่าน โดยสุจริตจะนำมาใช้กับการผ่านช่องแคบด้วยได้หรือไม่⁶⁸ โดยเฉพาะในส่วนที่ หลักเกณฑ์สิทธิการผ่านมิได้บัญญัติถึงไว้ ในกรณีนี้ เห็นว่าไม่น่าจะนำมาใช้ได้ เพราะ ดังที่ข้อ 34 (1) บัญญัติไว้แล้วว่า ระบบการผ่านช่องแคบนี้ไม่มีผลอื่นใดต่อสถานะของ น่านน้ำส่วนที่ประกอบเป็นช่องแคบ คำว่าไม่มีผลอื่นใดนี้ ควรจะหมายความว่าไม่มี

⁶⁷ เขตต่อเนื่องเป็นเขตที่อยู่ถัดจากทะเลอาณาเขตออกมา ซึ่งรัฐชายฝั่งมี อำนาจควบคุมบางประการ คือ เพื่อป้องกันการละเมิดข้อบังคับทางศุลกากร รัชฎาการ การเข้าเมือง หรือการอนามัยภายในอาณาเขตหรือทะเลอาณาเขตของตน เขต ต่อเนื่องอาจจะขยายได้ไม่เกิน 24 ไมล์ทะเล นับจาก เส้นฐานซึ่งใช้วัดความกว้าง ของทะเลอาณาเขต ดู ภาคผนวก ข. ข้อ 33. เนื่องจากเขตต่อเนื่องอยู่นอกทะเล อาณาเขตจึงอาจอยู่ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือทะเลหลวงแล้วแต่กรณี ซึ่งในน่านน้ำ ทั้งสองชนิดนี้ เรือและอากาศยานมีเสรีภาพในการเดินเรือและการบินผ่านเช่นเดียวกับในทะเลหลวง ดู อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล คศ. 1982 ข้อ 58 (1), 87.

⁶⁸ W. Michael Reisman, "The Regime Of Straits And National Security : An Appraisal Of International Lawmaking," American Journal of International Law 74 (January 1980) : 72.

Reisman ได้เสนอปัญหานี้โดยการเสนอแนวความคิดว่า เนื่องจากเรื่อง สิทธิการผ่าน (Transit Paassage) ไม่ได้กล่าวถึงการผ่านของเรือใต้น้ำไว้ ดังนั้น การผ่านของเรือใต้น้ำจึงควรเป็นไปตามหลักสิทธิการผ่านโดยสุจริต เพราะ เป็นการผ่านในทะเลอาณาเขตเช่นกัน

ผลอื่นใด เฉพาะต่อสถานะของน่านน้ำเท่านั้น ไม่ใช่ต่อระบอบการผ่านในน่านน้ำนั้นด้วย⁶⁹ เพราะหากแปลความว่าไม่มีผลต่อระบอบการผ่าน ก็จะเป็นผลให้หลักเกณฑ์สิทธิการผ่านที่บัญญัติไว้ในหมวด 3 นี้ไม่มีผลตั้งที่มุ่งหวังไว้ ซึ่งน่าจะเป็นการแปลที่ไม่ชอบด้วยเหตุผลนอกจากนั้น ยังมีข้อ 38 (3) ซึ่งบัญญัติว่า "กิจกรรมใดซึ่งไม่ใช่การใช้สิทธิในการผ่านช่องแคบ ยังคงอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งส่วนอื่นในอนุสัญญานี้" เป็นเครื่องสนับสนุนให้เห็นว่าการใช้สิทธิในการผ่านช่องแคบนั้นต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์สิทธิการผ่านเท่านั้น ตามบทบัญญัติในหมวด 3 นี้จึงแสดงว่าสถานะของน่านน้ำในช่องแคบไม่มีผลกระทบต่อระบอบการผ่านช่องแคบ และสิทธิการผ่านช่องแคบจะมีแค่ไหนเพียงใด ต้องพิจารณาเฉพาะจากหลักเกณฑ์สิทธิการผ่านในหมวด 3 นี้เท่านั้น

⁶⁹ John Norton Moore, "The Regime Of Straits And The Third United Nations Conference On The Law Of The Sea," American Journal of International Law 74 (January 1980) : 91.

Moore เห็นว่าอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล คศ. 1982 ได้แยกระบอบการผ่านช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศไว้เป็นเอกเทศต่างหากจากการผ่านโดยสุจริตในทะเลอาณาเขต โดยเหตุผล ประการแรก เพราะได้แยกเรื่องช่องแคบออกมาบัญญัติไว้เป็นหมวดหนึ่งโดยเฉพาะ ไม่รวมอยู่ในหมวดทะเลอาณาเขตเหมือนอนุสัญญาว่าด้วยทะเลอาณาเขตและเขตต่อเนื่อง คศ. 1958 ประการที่สอง ข้อความในหมวด 3 ว่าด้วยช่องแคบได้เน้นว่าการผ่านช่องแคบต้องเป็นไปตามหมวดนี้เท่านั้น ประการที่สาม ข้อ 38 (3) แสดงอย่างชัดเจนว่า เฉพาะกิจกรรมอื่นที่ไม่ใช่การใช้สิทธิการผ่านเท่านั้นจึงจะเป็นไปตามบทบัญญัติในหมวดอื่น และ ประการสุดท้าย ข้อ 25 ในเรื่องสิทธิการผ่านโดยสุจริต ซึ่งได้ลอกมาจากอนุสัญญา คศ. 1958 ข้อ 16 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับการผ่านช่องแคบไว้ในข้อ 16 (4) โดยได้ตัดข้อย่อยออกไป

การที่ข้อ 34 (1) บัญญัติเช่นนี้จึงเป็นหนทางนำไปสู่ความขัดแย้งเกี่ยวกับการผ่านช่องแคบ เพราะเมื่อน่านน้ำในช่องแคบยังคงอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐประชิดช่องแคบ โดยอยู่ในทะเลอาณาเขต แต่ขณะเดียวกันสิทธิการผ่านน่านน้ำส่วนนี้ กลับเป็นระบอบพิเศษที่แตกต่างจากทะเลอาณาเขตอื่นๆ จึงเกิดความขัดแย้งในแนวความคิดระหว่างความเป็นเจ้าของ (Dominium) และการใช้สิทธิ (Imperium) ของรัฐประชิดช่องแคบ หนทางที่ถูกต้องควรจะได้รับรองสถานะทางกฎหมายของน่านน้ำส่วนที่เป็นช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศว่ามี สถานะทางกฎหมายเป็นพิเศษโดยเฉพาะ ทั้งนี้โดยมีบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิของรัฐประชิดช่องแคบตามสมควร

2. สิทธิการผ่าน (Transit Passage)

สิทธิการผ่านเป็นระบอบการผ่านช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศ ซึ่งปรากฏเป็นครั้งแรกโดยอนุสัญญาฉบับนี้ มีพื้นฐานมาจากข้อเสนอของสหราชอาณาจักร ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่จะประนีประนอมความขัดแย้งระหว่างข้อเสนอของฝ่ายรัฐประชิดช่องแคบกับข้อเสนอของชาติมหาอำนาจ โดยเสนอหลักเกณฑ์ที่เห็นว่าสามารถรักษาผลประโยชน์ของทั้งสองฝ่ายอย่างดีที่สุด ในที่นี้จะได้แยกพิจารณาออกเป็น 2 ส่วน ต่อกัน คือ ความหมายของสิทธิการผ่าน และสิทธิและหน้าที่ระหว่างการผ่าน

2.1 ความหมายของสิทธิการผ่าน

ตามข้อ 38 (2) บัญญัติว่า การผ่าน คือ การใช้เสรีภาพในการเดินเรือและการบินผ่านเพียงเพื่อความมุ่งประสงค์ในการผ่านช่องแคบอย่างต่อเนื่องและรวดเร็วระหว่างบริเวณหนึ่งของทะเลหลวงหรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะกับอีกบริเวณหนึ่งของทะเลหลวงหรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะ⁷⁰

⁷⁰ ภาคผนวก ข. ข้อ 38 (2).

ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่า การผ่าน คือ การใช้เสรีภาพในการเดินเรือและเป็นผ่านนั่นเอง ซึ่งทั้งเรือและอากาศยานมีสิทธิดังกล่าว ในข้อนี้จึงแตกต่างจากการผ่านโดยสุจริตในทะเลอาณาเขต เพราะในการผ่านโดยสุจริตนั้น อากาศยานไม่มีสิทธิผ่าน การใช้คำว่า "เสรีภาพในการเดินเรือและการบินผ่าน" แสดงให้เห็นว่าสิทธิการผ่านนั้นเป็นสิทธิประเภทเดียวกับเสรีภาพในการเดินเรือและการบินผ่านในทะเลหลวง⁷¹ ซึ่งเรือและอากาศยานสามารถผ่านได้โดยเสรีและไม่จำกัดรูปแบบเหมือนเช่นการผ่านโดยสุจริตที่บังคับว่าเรือใต้น้ำจะต้องผ่านโดยผ่านบนผิวน้ำและแสดงธงของตนในการใช้สิทธิการผ่านเรือใต้น้ำจึงสามารถผ่านใต้น้ำได้ เนื่องจากคำว่า เสรีภาพในการเดินเรือและการบินผ่านนี้ เป็นคำที่มีความหมายกว้างมาก ซึ่งแม้แต่ในบทบัญญัติส่วนที่เกี่ยวกับทะเลหลวงเองก็ไม่ได้บัญญัติถึงรายละเอียดไว้ การนำคำนี้มาบัญญัติไว้ในที่นี้จึงน่าจะเป็นเพียงการยืนยันถึงแนวความคิดว่าการผ่านช่องแคบเป็นสิทธิประเภทเดียวกับเสรีภาพในการเดินเรือและ

⁷¹ เสรีภาพในการเดินเรือและบินผ่านเป็นสิทธิอย่างหนึ่งของเสรีภาพแห่งทะเลหลวงอย่างไรก็ตาม นักนิติศาสตร์ยังไม่สามารถค้นหาความหมายที่ชัดเจนแน่นอนของเสรีภาพแห่งทะเลหลวงได้ คงมีความเห็นพ้องกันเพียงว่าเสรีภาพแห่งทะเลหลวงไม่รวมถึงสิทธิในการใช้ทะเลโดยไม่สมเหตุผล อันเป็นการขัดขวางการใช้สิทธิของรัฐอื่นเท่านั้น ดู McDougal and Burke, The Public Order Of The Oceans, P.758. ส่วน O'Connell ให้ความเห็นว่าหลักการใช้ทะเลอย่างสมเหตุผล (Concept of Reasonable Use) นี้ ถึงแม้จะมีข้อดีในแง่ความยืดหยุ่นแต่ก็มีข้อเสียคือเปิดโอกาสให้มีการตีความแบบอัตวิสัย (Subjective Evaluation) เข้าข้างตน ในทรรศนะของท่าน ข้อดีเพียงประการเดียวของหลักนี้ คือ เป็นการจัดการประเมินค่าหลักเกณฑ์ใดๆ อย่างจำกัด แต่ขึ้นอยู่กับพิจารณาที่แยกออกจากตัวหลักเกณฑ์นั้นๆเองอีกด้วย ดู O'Connell, International Law of the Sea, Vol. 1, PP.56-58.

การบินผ่านในทะเลหลวง และไม่ใช้สิทธิการผ่านโดยสุจริตในทะเลอาณาเขตเท่านั้น โดยไม่มีรายละเอียดแต่ประการใด อย่างไรก็ตาม การใช้เสรีภาพในการเดินเรือ และการบินผ่านในกรณีสิทธิการผ่านนี้ยังมีความแตกต่างจากกรณีทะเลหลวงอยู่บางประการ โดยในกรณีสิทธิการผ่านนั้นจะต้องเป็นการผ่านอย่างต่อเนื่องและรวดเร็ว ด้วย โดยปกติเรือและอากาศยานจะอ้างเสรีภาพในการเดินเรือและการบินผ่านมาเป็นเหตุไม่ผ่านอย่างต่อเนื่องและรวดเร็วไม่ได้ เว้นแต่กรณีเป็นการผ่านเพื่อเข้าไปหรือออกจาก หรือกลับจากรัฐประชิดของแคบ

เนื่องจากการใช้สิทธิการผ่านเป็นเพียงการใช้เสรีภาพในการเดินเรือและการบินผ่าน ซึ่งเป็นแนวความคิด (Concept) กว้างๆ เกี่ยวกับการเดินเรือและบินผ่านเท่านั้น⁷² ไม่ได้เป็นกฎเกณฑ์ที่ระบุตายตัวว่ากรณีใดเป็นการผ่าน (Transit Passage) เหมือนเช่นที่ระบุไว้ในกรณีสิทธิการผ่านโดยสุจริต ดังนั้น เมื่อเรือและอากาศยานผ่านช่องแคบจึงต้องถือว่าเรือและอากาศยานนั้น กำลังใช้สิทธิการผ่านแล้ว ผลที่สำคัญของการให้ความหมายสิทธิการผ่านเช่นนี้ คือจะไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างหน้าที่ของเรือและอากาศยานระหว่างการผ่านกับสิทธิการผ่าน ถึงแม้เรือและอากาศยานจะไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่กำหนดไว้ รัฐประชิดของแคบก็จะ

⁷² Ian Brownlie, Principles Of Public International Law, 2 nd ed. (Oxford : Clarendon Press, 1977), P. 234.

กล่าวว่า หลักเสรีภาพแห่งทะเลหลวง โดยแท้จริงแล้วมีฐานะเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ (General Principle of International Law) หรือเป็นแนวความคิดทางนโยบาย (Policy Concept) ซึ่งหลักเกณฑ์อื่นๆ จะต้องสอดคล้องเท่านั้น ความหมายที่แน่นอนไม่อาจกำหนดลงไปได้

อ้างว่าไม่เป็นการใช้สิทธิการผ่าน (Non-Transit) และห้ามการผ่านของเรือและอากาศยานนั้นด้วยเหตุนี้ไม่ได้⁷³

การที่อนุสัญญาได้ให้นิยามของสิทธิการผ่านว่าเป็นการใช้เสรีภาพในการเดินเรือและการบินผ่านจึงมีผลเป็นการคุ้มครองการเดินเรือและบินผ่านช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก ดังจะเห็นว่ารัฐประชิดช่องแคบไม่สามารถตีความได้ตามใจชอบว่าการเดินเรือและบินผ่านนั้นไม่เป็นการใช้สิทธิการผ่านอันเป็นการตีความแบบอัตนัย (Subjective) แต่อนุสัญญาดังกล่าวข้ให้ความหมายที่แน่นอนของสิทธิการผ่านขึ้นอยู่กับความหมายของเสรีภาพในการเดินเรือและบินผ่าน ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์หนึ่งของหลักเสรีภาพแห่งทะเลหลวง และเป็นหลักเกณฑ์ที่ส่งเสริมการใช้ทะเลเพื่อประโยชน์ร่วมกันของประชาคมโลก จึงเป็นการตีความแบบภาวะวิสัย (Objective) การให้นิยามเช่นนี้ น่าจะถือว่าเป็นสิ่งเหมาะสม เพราะเป็นการประกันสิทธิการผ่านช่องแคบไม่ให้รัฐประชิดช่องแคบเข้ามาแทรกแซงได้มากเกินไป และในขณะที่เดียวกันก็มิได้เป็นการละเลยการคุ้มครองรัฐประชิดช่องแคบเสียทีเดียว เพราะการใช้เสรีภาพแห่งทะเลหลวงนั้นจะต้องไม่เป็นการรบกวนสิทธิของรัฐอื่นด้วยเช่นกัน

⁷³ John Norton Moore, "The Regime Of Straits And The Third United Nations Conference On The Law Of the Sea," American Journal of International Law 74 (January 1980) : 103.

อธิบายว่า ข้อ 39 ที่กำหนดหน้าที่ของเรือและอากาศยานระหว่างการผ่านไม่ได้กล่าวเช่นเดียวกับข้อ 19 ในเรื่องสิทธิการผ่านโดยสุจริตว่า "การผ่านเป็นไปโดยสุจริตราวเท่าที่..." ตรงข้าม กลับบัญญัติว่า "เรือและอากาศยานขณะใช้สิทธิผ่านจักต้อง..." จึงเท่ากับเป็นการแยกหน้าที่ของเรือและอากาศยานออกจากนิยามสิทธิการผ่าน

2.2 สิทธิหน้าที่ในการใช้สิทธิการผ่าน

2.2.1 สิทธิและหน้าที่ของรัฐประชิดของแคบ

(1) การตรากฎข้อบังคับ

ในอนุสัญญาฉบับนี้ รัฐประชิดของแคบไม่อาจตรากฎข้อบังคับที่เกี่ยวกับการใช้สิทธิการผ่านได้โดยปราศจากขอบเขต แต่อนุสัญญาบัญญัติให้สิทธิในการตรากฎข้อบังคับได้เฉพาะในข้อต่อไปนี้ คือ เกี่ยวกับความปลอดภัยในการเดินเรือตามที่ระบุไว้ในข้อ 41 เกี่ยวกับการป้องกัน บรรเทา และควบคุมมลภาวะ เพื่อให้ข้อบังคับระหว่างประเทศเกี่ยวกับการปล่อยน้ำมัน ของเสียที่เป็นน้ำมันและสารมีพิษอื่นลงในช่องแคบมีผลใช้บังคับ เกี่ยวกับการป้องกันการจับปลารวมทั้งเครื่องมือทำการประมงของเรือประมง และเกี่ยวกับการนำพืชผล เงินตรา หรือบุคคลขึ้นเรือหรือลงเรืออันเป็นการขัดต่อกฎเกณฑ์ทางศุลกากร รัชฎาการ การเข้าเมือง หรืออนามัย โดยกฎข้อบังคับเหล่านี้จะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติทั้งในรูปแบบหรือในทางความเป็นจริงระหว่างเรือต่างชาติหรือมีผลในทางปฏิเสธ กีดกัน หรือทำให้เสื่อมเสียต่อสิทธิในการผ่าน⁷⁴

กฎข้อบังคับเหล่านี้จะเห็นได้ว่ามีผลเป็นการจำกัดสิทธิของรัฐประชิดของแคบในการควบคุมการผ่านเป็นอย่างมาก เนื่องจากจำกัดสิทธิที่จะตรากฎข้อบังคับเอาไว้เพียง 4 ประการเท่านั้น นอกจากนั้น ในเรื่องความปลอดภัยในการเดินเรือ และการป้องกันและควบคุมมลภาวะนั้น โดยแท้จริงแล้วก็ เป็นเพียงการบัญญัติกฎหมายภายในเพื่อรับรองกฎหมายระหว่างประเทศ ดังจะเห็นจากในเรื่องความปลอดภัยในการเดินเรือ กฎข้อบังคับจะต้องสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศที่เป็นที่ยอมรับกันทั่วไป ส่วนในเรื่องมลภาวะนั้นก็จะต้องเป็นการบัญญัติ เพื่อให้ข้อบังคับระหว่างประเทศในเรื่องนี้มีผลใช้บังคับและอนุสัญญายังควบคุมการตรากฎข้อบังคับทั้งหมดไว้อีกชั้นหนึ่งด้วยว่าจะต้องไม่มีผลเป็นการเลือกปฏิบัติ หรือกีดกัน หรือปฏิเสธสิทธิในการผ่าน

⁷⁴ ภาคผนวก ข. ข้อ 42.

หากมีการฝ่าฝืนกฎข้อบังคับเหล่านี้โดยเรือ และอากาศยานในระหว่างการผ่าน รัฐประชิดช่องแคบจะนำมาเป็นสาเหตุว่าการเดินเรือและบินผ่านนั้นไม่เป็นการผ่าน (Non-Transit) ไม่ได้ ทั้งนี้เป็นเหตุผลมาจากอนุสัญญาข้อ 42 (5) ซึ่งบัญญัติว่าหากเรือหรืออากาศยานกระทำการในลักษณะที่ขัดต่อกฎข้อบังคับดังกล่าว รัฐเจ้าของธงเรือ หรืออากาศยานจักต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ ต่อความเสียหายต่อรัฐประชิดช่องแคบ⁷⁵ แต่ไม่ได้บัญญัติว่าการผิดดังกล่าวทำให้ไม่มีสิทธิการผ่านรัฐประชิดช่องแคบจึงมีเพียงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายต่อรัฐเจ้าของธงเท่านั้น

(2) ความร่วมมือกับรัฐผู้ใช้ช่องแคบ

รัฐประชิดช่องแคบและรัฐผู้ใช้ช่องแคบต้องร่วมมือกันโดยทางข้อตกลงในด้านความช่วยเหลือในการเดินเรือและความปลอดภัยที่จำเป็นหรือการปรับปรุงความช่วยเหลือของการเดินเรือระหว่างประเทศ และเพื่อการป้องกัน การบรรเทา และการควบคุมมลภาวะจากเรือ⁷⁶ ซึ่งบทบัญญัติในส่วนนี้เป็นการเสริมเกี่ยวกับอำนาจในการตรากฎข้อบังคับของรัฐประชิดช่องแคบ โดยเน้นถึงการร่วมมือกันอันจะเป็นหนทางนำไปสู่การใช้ช่องแคบอย่างสันติ แต่มิใช่เป็นบทบังคับ

(3) หน้าที่ของรัฐประชิดช่องแคบ

รัฐประชิดช่องแคบจักไม่ขัดขวางการผ่าน (Transit Passage) และจะประกาศให้ทราบถึงอันตรายในการเดินเรือ หรือการบินผ่านภายในหรือเหนือช่องแคบตามที่ตนทราบ⁷⁷

⁷⁵ ภาควงก ข. ข้อ 42 (5).

⁷⁶ ภาควงก ข. ข้อ 43.

⁷⁷ ภาควงก ข. ข้อ 44.

ถึงแม้ข้อความในอนุสัญญาจะเขียนไม่ชัดเจนจนอาจทำให้เข้าใจไปได้ว่ารัฐประชิดของแคบมีหน้าที่ไม่ขัดขวางเฉพาะการเดินเรือและบินผ่านที่เป็นการใช้สิทธิการผ่านเท่านั้น หากไม่เป็นสิทธิการผ่านรัฐประชิดของแคบก็ควรจะมีอำนาจขัดขวางการผ่านนั้นได้ก็ตาม แต่ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในส่วนความหมายของสิทธิการผ่านว่า ไม่มีกรณีที่จะถือว่าไม่เป็นสิทธิการผ่าน (Non-Transit) เนื่องจากอนุสัญญาให้คำนิยามสิทธิการผ่านไว้เพียงว่าเป็นเสรีภาพในการเดินเรือและบินผ่านเท่านั้น โดยไม่ได้ระบุกรณีที่จะถือว่าไม่เป็นสิทธิการผ่านไว้เหมือนเช่นกรณีสิทธิการผ่านโดยสุจริต ดังนั้น รัฐประชิดของแคบจึงไม่อาจขัดขวางการเดินเรือและบินผ่านของแคบได้⁷⁸ ส่วนการประกาศให้ทราบถึงอันตรายในการเดินเรือและบินผ่านนั้นเป็นหน้าที่เช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยทะเลอาณาเขตและเขตต่อเนื่อง คศ. 1958 นั้นเอง

- (4) การทำการวิจัยและการสำรวจทางวิทยาศาสตร์ทางทะเล

รัฐประชิดของแคบมีอำนาจควบคุมการทำการวิจัย หรือการสำรวจทางวิทยาศาสตร์ทางทะเลของเรือต่างชาติที่ผ่านของแคบได้ โดยมีอำนาจให้การอนุญาตหรือไม่ก็ได้เช่นกัน⁷⁹

⁷⁸ John Norton Moore, "The Regime Of Straits And The Third United Nations Conference On The Law Of The Sea," American Journal of International Law 74 (January 1980) : 103.

และดูความเห็นแย้งของ Reisman ใน W. Michael Reisman, "The Regime Of Straits And National Security : An Appraisal Of International Lawmaking," American Journal of International Law 74 (January 1980) : 72.

⁷⁹ ภาคผนวก ข. ข้อ 40.

2.2.2 สิทธิและหน้าที่ของเรือและอากาศยานที่ใช้สิทธิผ่าน

(1) เรือพาณิชย์

เรือพาณิชย์มีสิทธิการผ่าน (Transit Passage) ผ่านช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศ ระหว่างบริเวณหนึ่งของทะเลหลวงหรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะกับอีกบริเวณหนึ่งของทะเลหลวงหรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะ โดยไม่ถูกขัดขวางจากรัฐประชิดช่องแคบ มีหน้าที่ผ่านช่องแคบไปโดยไม่ชักช้า ละเว้นจากการคุกคามหรือการใช้กำลังต่ออำนาจอธิปไตย บูรณภาพแห่งดินแดน หรือความเป็นอิสระทางการเมืองของรัฐประชิดช่องแคบ ไม่กระทำการใดที่มีลักษณะเป็นการละเมิด ต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ และปฏิบัติตามกฎเกณฑ์กระบวนการ และทางปฏิบัติระหว่างประเทศที่เป็นที่ยอมรับกันทั่วไป เพื่อความปลอดภัยทางทะเล การป้องกันการโศกกัน ในทะเล และการป้องกัน บรรเทา ควบคุมมลภาวะจากเรือ และไม่ทำการวิจัย วิทยาศาสตร์ทางทะเล โดยไม่ได้รับอนุญาตจากรัฐประชิดช่องแคบ^{๑๐}

เรือประมงมีสิทธิและหน้าที่ในระหว่างการผ่านเช่นเดียวกับเรือพาณิชย์อื่น ๆ โดยอนุสัญญาไม่ได้บัญญัติถึงกรณีเรือประมงไว้เป็นพิเศษ ในหมวดว่าด้วยช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศนี้แต่ประการใด

(2) เรือรบ

เรือรบมีสิทธิและหน้าที่ในระหว่างการผ่านเช่นเดียวกับเรือพาณิชย์ แต่เรือรบได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ โดยหากได้กระทำการใดอันเป็นการขัดต่อกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่รัฐประชิดช่องแคบได้ ตราบชั้นโดยชอบด้วยอนุสัญญานี้ รัฐเจ้าของธงมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศ สำหรับความสูญเสีย

^{๑๐} ภาคผนวก ข. ข้อ 37, 38, 39.

หรือเสียหายต่อรัฐประชิดช่องแคบเท่านั้น รัฐประชิดช่องแคบไม่มีอำนาจ บังคับการ
เอาแก่เรือรบได้^๑

สำหรับเรือรบที่เป็นเรือใต้น้ำมีสิทธิผ่าน
ใต้น้ำได้ โดยไม่จำเป็นต้องแล่นเหนือน้ำและแสดงธงของตนเหมือนกรณีสิทธิการผ่านโดย
สุจริต เพราะสิทธิการผ่านเป็นการใช้เสรีภาพในการเดินเรือ และในหมวดว่าด้วย
สิทธิการผ่านนี้ไม่มีบทบัญญัติว่าเรือใต้น้ำต้องผ่านเหนือน้ำ ดังนั้น เรือใต้น้ำจึงมี
เสรีภาพในการผ่านใต้น้ำได้^๒

(3) เรือของรัฐบาลนอกจากเรือรบ

เรือของรัฐบาลนอกจากเรือรบมีสิทธิและ
หน้าที่ในระหว่างการผ่านเช่นเดียวกับเรือรบ^๓

^๑ ภาควนวก ข. ข้อ 42 (5).

Tommy T.B. Koh, "The Territorial Sea, Contiguous Zone, Straits And Archipelagoes Under The 1982 Convention On The Law Of The Sea," Malaya Law Review 29 (December 1987) : 183.

^๒ John Norton Moore, "The Regime Of Straits And The Third United Nations Conference On The Law Of The Sea," American Journal of International Law 74 (January 1980) : 95-97.

^๓ Tommy T.B. Koh, "The Territorial Sea, Contiguous Zone, Straits And Archipelagoes Under The 1982 Convention On The Law Of The Sea," Malaya Law Review 29 (December 1987) : 183.

(4) อากาศยานพาณิชย์

อากาศยานพาณิชย์มีสิทธิและหน้าที่ในระหว่าง การผ่านเช่นเดียวกับเรือพาณิชย์ แต่จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การบินขององค์การ การบินพลเรือนระหว่างประเทศ และมาตรการเพื่อความปลอดภัยตามปกติ รวมทั้ง รับคลื่นวิทยุที่ส่งโดยฝ่ายควบคุมการบินตามที่กำหนดระหว่างประเทศหรือคลื่นวิทยุเตือน ภัยระหว่างประเทศตลอดเวลาดำวย^{๘๔}

(5) อากาศยานทหาร

อากาศยานทหารมีสิทธิและหน้าที่ในระหว่าง การผ่านเช่นเดียวกับเรือรบ^{๘๕}

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าในส่วนสิทธิและหน้าที่ ระหว่างการผ่านนี้เรือและอากาศยานได้รับความคุ้มครองสิทธิในการผ่านอย่างมาก โดยอนุสัญญาได้จำกัดอำนาจในการตรากฎบังคับของรัฐประชิดช่องแคบเกี่ยวกับการ ผ่านไว้เพียง 4 ประการเท่านั้น ทั้ง 2 ประการ สำคัญคือ เรื่องความปลอดภัยใน การเดินเรือ การป้องกันการโดนกัน และเรื่องการป้องกันขรรค์ และควบคุม มลภาวะในทะเล ก็จะต้องเป็นการบัญญัติตามหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศที่ใช้บังคับอยู่ ในเรื่องนั้นๆ อีกด้วย จึงเท่ากับว่าโดยความเป็นจริงแล้วสิทธิและหน้าที่ระหว่างการ ผ่านเป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศนั่นเอง

^{๘๔} ภาคผนวก ข. ข้อ 39 (3).

^{๘๕} Tommy T.B. Koh, "The Territorial Sea, Contiguous Zone, Straits And Archipelagoes Under The 1982 Convention On The Law of The Sea," Malaya Law Review 29 (December 1987) : 183.

โดยสรุปแล้วอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล คศ. 1982 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การผ่านช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือระหว่างประเทศไว้เป็น หมวดหมู่โดยเฉพาะแยกออกจากสิทธิการผ่านโดยสุจริตในทะเลอาณาเขต โดยได้วางระบอบการผ่านใหม่เรียกว่า สิทธิการผ่าน (Transit Passage) ซึ่งเป็นระบอบที่ใกล้เคียงกับเสรีภาพในการเดินเรือและการบินผ่านในทะเลหลวง สิทธิการผ่านช่องแคบจึงมีเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองมากกว่าสิทธิการผ่านโดยสุจริต

ระบอบสิทธิการผ่าน (Transit Passage) ตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล คศ. 1982 และระบอบสิทธิการผ่านโดยสุจริต (Innocent Passage) ตามอนุสัญญาว่าด้วยทะเลอาณาเขตและเขตต่อเนื่อง คศ. 1958 เมื่อเปรียบเทียบกันแล้วอาจเห็นข้อแตกต่างที่สำคัญได้ 3 ประการ คือ

ประการแรก ในระบอบสิทธิการผ่านโดยสุจริต นิยามความหมายของการผ่านโดยสุจริตเปิดโอกาสให้รัฐชายฝั่งสามารถตีความได้ว่าการผ่านไม่เป็นไปโดยสุจริต และด้วยเหตุนี้การผ่านนั้นจึงเป็นการผ่านโดยไม่สุจริต (Non-Innocent) ซึ่งรัฐชายฝั่งมีอำนาจที่จะดำเนินการที่จำเป็นเพื่อป้องกันการผ่านนั้นได้^{๘๖} สิทธิการผ่านโดยสุจริตจึงขึ้นอยู่กับการตีความของรัฐชายฝั่งด้วยส่วนหนึ่ง ส่วนในกรณีของระบอบสิทธิการผ่านนั้น นิยามความหมายของการผ่านไม่เปิดโอกาสให้รัฐประชิดช่องแคบตีความได้ตามอำเภอใจว่ากรณีเป็นการผ่านตามความหมายของสิทธิการผ่าน (Transit Passage) หรือไม่ เนื่องจากได้นำนิยามของสิทธิการผ่านไปผูกพันอยู่กับเสรีภาพในการเดินเรือและการบินผ่าน นอกจากนั้น ยังเป็นผลให้รัฐประชิดช่องแคบไม่สามารถตีความว่าการผ่านนั้นไม่เป็นการ

^{๘๖} โปรดดูรายละเอียดในข้อ 2.1.2 ความหมายของความสุจริตในการผ่าน

ใช้สิทธิการผ่าน (Non-Transit) อีกด้วย^{๘๗} ด้วยเหตุนี้จึงเห็นได้ว่า นิยาม ความหมายของสิทธิการผ่านเป็นนิยามที่คุ้มครองสิทธิในการผ่านช่องแคบมากกว่า สิทธิการผ่านโดยสุจริต เพราะรัฐประชิดของแคบไม่มีอำนาจห้ามการผ่านโดยอาศัย การตีความตามอำเภอใจตนฝ่ายเดียว

ประการที่สอง ในส่วนสิทธิการผ่านของ อากาศยานในระบอบสิทธิการผ่านโดยสุจริต อากาศยานไม่มีสิทธิผ่าน ไม่ว่าจะ เป็น อากาศยานพาณิชย์หรืออากาศยานทหาร ส่วนในกรณีสิทธิการผ่าน (Transit Passage) อากาศยานมีสิทธิผ่านได้^{๘๘} ดังนั้น ในกรณีของอากาศยานนี้ สิทธิ การผ่าน (Transit Passage) จึงให้การรับรองสิทธิที่ดีกว่าสิทธิการผ่านโดย สุจริต อนึ่ง นอกจากนั้นยังมีข้อสังเกตต่อไปอีกว่า สิทธิการผ่านของอากาศยานตาม ระบอบสิทธิการผ่านนี้ อนุสัญญาไม่ได้แยกออกเป็นอากาศยานพาณิชย์ และอากาศยาน ทหาร คงกล่าวถึงเพียงอากาศยานเท่านั้น จึงเห็นได้ว่าสิทธิการผ่านของอากาศยาน พาณิชย์และอากาศยานทหารมีเท่ากันด้วย

ประการที่สาม ในส่วนของเรือใต้น้ำ ใน ระบอบสิทธิการผ่านโดยสุจริต เรือใต้น้ำจะต้องโผล่ขึ้นเหนือน้ำและแสดงธงของตนใน ระหว่างการผ่าน^{๘๙} แต่ในกรณีของสิทธิการผ่าน (Transit Passage) ไม่มีบท บัญญัติบังคับเช่นนั้น เรือใต้น้ำจึงไม่จำเป็นต้องโผล่ขึ้นเหนือน้ำและแสดงธงของตนใน ระหว่างใช้สิทธิการผ่าน^{๙๐}

^{๘๗} โปรดดูรายละเอียดในข้อ 2.1 ความหมายของสิทธิการผ่าน

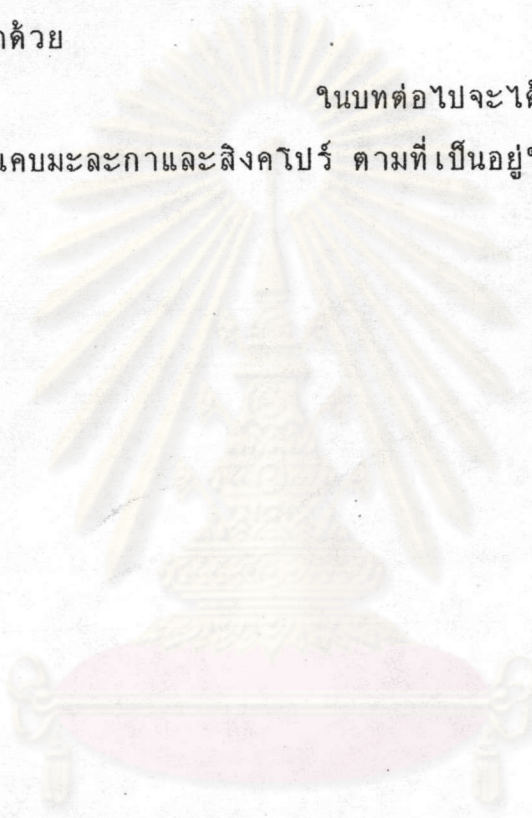
^{๘๘} ภาคผนวก ข. ข้อ 38 (1)

^{๘๙} ภาคผนวก ก. ข้อ 14 (6)

^{๙๐} โปรดดูรายละเอียดในข้อ 2.2.2 สิทธิและหน้าที่ของเรือและอากาศยานที่ใช้สิทธิการผ่าน

ข้อแตกต่างที่สำคัญทั้ง 3 ประการ
ดังกล่าว แสดงถึงการคุ้มครองและส่งเสริมการผ่านช่องแคบที่ใช้ในการเดินเรือ
ระหว่างประเทศของระบอบสิทธิการผ่าน (Transit Passage) ว่ามีมากกว่า
ระบอบสิทธิการผ่านโดยสุจริต เพราะนอกจากจะป้องกันมิให้รัฐประชิดช่องแคบตีความ
สิทธิการผ่านตามอำเภอใจแล้ว สิทธิการผ่านยังให้สิทธิแก่อากาศยานทั้งทางพาณิชย์
และทางทหาร และให้สิทธิเรือดำน้ำที่จะผ่านโดยไม่จำเป็นต้องโผล่ขึ้นเหนือน้ำและ
แสดงธงของตนอีกด้วย

ในบทต่อไปจะได้พิจารณาถึงสถานะทาง
กฎหมายของช่องแคบมะละกาและสิงคโปร์ ตามที่เป็นอยู่ในปัจจุบันต่อไป



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย