ปัญหาสถานะของหลักการห้ามผลักดันกลับและการใช้นอกอาณาเขตแห่งรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ

PROBLEMS ON A LEGAL STATUS OF THE PRINCIPLE OF NON-REFOULEMENT AND ITS EXTRATERRITORIAL APPLICATION UNDER INTERNATIONAL LAW

ธัญญกาญจน์ แดงสุภา

Tanyakan Daengsubha

นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : dtanyakan.jun@gmail.com

Graduate student of Master of Laws Program in International Law,
Faculty of Law, Thammasat University : dtanyakan.jun@gmail.com

Received : August 9, 2018
Accepted : February 28, 2020

บทคัดย่อ

บทความเรื่อง “ปัญหาสถานะของหลักการห้ามผลักดันกลับและการใช้นอกอาณาเขตแห่งรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ” มุ่งศึกษาที่มาของหลักการห้ามผลักดันกลับที่ปรากฏในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยผู้ลี้ภัยและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และศึกษาเนื้อหาสาระของหลักการห้ามผลักดันกลับในทั้งสองบริบทกฎหมายดังกล่าว รวมถึงวิเคราะห์ปัญหาที่เกี่ยวกับสถานะและการใช้หลักการห้ามผลักดันกลับ กล่าวคือ ปัญหาความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับความเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างของหลักการห้ามผลักดันกลับและการใช้หลักการห้ามผลักดันกลับนอกอาณาเขตแห่งรัฐ

จากการศึกษาพบว่า หลักการห้ามผลักดันกลับปรากฏตัวในฐานะหลักการพื้นฐานที่เป็นหัวใจสำคัญในการให้ความคุ้มครองปัจเจกชนทั้งในสนธิสัญญาว่าด้วยผู้ลี้ภัยและสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นสนธิสัญญาหลักทั้งในระดับภูมิภาคและระดับสากลจำนวนหลายฉบับ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยสถานะของผู้ลี้ภัย อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ กติการะหว่างประเทศว่าสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนฯ เป็นต้น ซึ่งกำหนดหน้าที่ประการสำคัญแก่รัฐในการคุ้มครองบุคคลจากการถูกผลักดันกลับ กล่าวคือการห้ามไม่ให้มีการขับไล่ เนรเทศ ส่งกลับ ส่งตัวเป็นผู้ร้ายข้ามแดน หรือกระทำในลักษณะอื่น เช่น การปฏิเสธ ณ ชายแดน การสกัดเรือผู้อพยพ ไปยังพื้นที่อันส่งผลให้ปัจเจกชนต้องเผชิญกับความเสี่ยงที่จะตกอยู่ภายใต้ภยันตราย ซึ่งต้องห้ามตามอนุสัญญาที่กำหนดการห้ามผลักดันกลับไว้ เช่น การประหัตประหาร การทรมาน หรือประติบัติอันเลวร้ายอื่น ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมโดยวิธีการส่งตัวไปยังรัฐที่สาม

อย่างไรก็ดี แม้การปรากฏตัวของหลักการห้ามผลักดันกลับในสนธิสัญญาสำคัญจำนวนมากจะถือได้ว่าเป็นการสะท้อนถึงหรือเป็นหลักฐาน ที่สามารถใช้ในการพิสูจน์ทางปฏิบัติของรัฐ (state practice) และรัฐต่างเชื่อมั่นว่าหลักการห้ามผลักดันกลับเป็นกฎหมายซึ่งสะท้อนผ่านทางข้อมติขององค์การระหว่างประเทศ ที่ประกอบด้วยรัฐสมาชิกจำนวนมากในสังคมระหว่างประเทศ ครบองค์ประกอบการเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่ยังมีปัญหาความไม่ชัดเจนว่าหลักการห้ามผลักดันกลับมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่ โดยปรากฏข้อถกเถียงว่าหลักการห้ามผลักดันกลับยังขาดองค์ประกอบสำคัญที่จะก่อตัวเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ คือ ทางปฏิบัติทั่วไปของรัฐ เพราะมีบางรัฐยังคงกระทำการละเมิดข้อห้ามผลักดันกลับอยู่ เช่น เหตุการณ์ Croatia – Bosnia-Hercegovina 1992 และ FYR Macedonia – Kosovo 1999 ทั้งนี้ เมื่อศึกษาแล้วพบว่า แม้จะมีบางรัฐยังกระทำการขัดหรือแย้งกับหลักการอยู่ แต่การกระทำละเมิดดังกล่าวไม่สงผลเป็นการทำลายคุณค่าความเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศของหลักการห้ามผลักดันกลับเพราะในการกระทำละเมิดดังกล่าว รัฐยกเรื่องความ

มั่นคงภายในรัฐขึ้นกล่าวอ้างเป็นความด้วยกฎหมายที่ตนจะกระทำการผลักดันกลับ การกล่าวอ้างข้อยกเว้นสะท้อนให้เห็นการเน้นย้ำว่ารัฐเชื่อว่าตนมีความผูกพันตามกฎหมาย ที่จะต้องปฏิบัติตามหลักการห้ามผลักดันกลับ แต่ด้วยความจำเป็นบางประการ จึงทำให้รัฐกระทำเช่นนั้นไม่ได้ จึงเป็นกรณีที่แม้จะมีทางปฏิบัติของรัฐที่ผิดแผกไป ซึ่งเป็นการละเมิดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีอยู่ การกระทำละเมิดนั้นไม่มีผลเป็นการทำลายทางปฏิบัติของรัฐ แต่กลับส่งผลเป็นการยืนยันกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย นอกจากนี้ หลังจากเกิดเหตุการณ์ที่รัฐละเมิดหลักการห้ามผลักดันกลับรัฐต่าง ๆ ในประชาคมระหว่างประเทศ และองค์การระหว่างประเทศได้ออกมาต่อต้านและประณามว่าเป็นการกระทำที่ขัดกับกฎหมาย การประณาม หรือการต่อต้านคัดค้านจากรัฐอื่นทำให้การกระทำที่ไม่สอดคล้องไม่มีผลเป็นการทำลายคุณค่าความเป็นกฎหายจารีตประเพณีระหว่างประเทศของหลักการที่ถูกละเมิดนั้นได้ เพราะรัฐอื่นในสังคมระหว่างประเทศได้แสดงให้เห็นว่าแท้ที่จริงแล้วหลักการห้ามผลักดันกลับเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญในกฎหมายระหว่างประเทศที่รัฐทุกรัฐจะต้องปฏิบัติตาม ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าหลักการห้ามผลักดันกลับได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีที่รัฐทุกรัฐต้องปฏิบัติตาม

ทั้งนี้ แม้หลักการห้ามผลักดันกลับจะมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่ก็เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศเฉพาะการห้ามผลักดันกลับที่รัฐกระทำภายในดินแดนของรัฐ (within territory) จนถึง ณ บริเวณชายแดนของรัฐ (การปฏิเสธ ณ บริเวณชายแดน) แต่การผลักดันกลับที่รัฐกระทำนอกดินแดนของรัฐ เช่น การสกัดเรือนอกทะเลอาณาเขต ยังไม่ชัดเจนว่าหลักการห้ามผลักดันกลับจะมีผลผูกพันรัฐสำหรับการผลักดันกลับนอกอาณาเขตแห่งรัฐ (extraterritorial application) ด้วยหรือไม่ จากการศึกษาพบว่าหลักการห้ามผลักดันกลับมีผลใช้บังคับไม่จำกัดเพียงเฉพาะในดินแดนของรัฐเท่านั้น แต่มีผลผูกพันรัฐในพื้นที่ใดก็ตามที่การกระทำของรัฐกับปัจเจกชนที่ถูกผลักดันกลับมีความสัมพันธ์ในทางข้อเท็จจริง ในลักษณะที่รัฐใช้อำนาจควบคุมทางข้อเท็จจริงเหนือปัจเจกชนนั้น ทำให้เขตอำนาจรัฐในบริบทกฎหมายสิทธิมนุษยชนก่อตัวขึ้น ทำให้รัฐเกิดหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองบุคคลที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐของตนรวมถึงการให้ความคุ้มครองตามหลักการห้ามผลักดันกลับด้วย และหากการผลักดันกลับนั้นเป็นสาเหตุในการทำให้บุคคลบนเรือต้องเผชิญกับความเสี่ยงที่จะตกอยู่ภายใต้ภยันตรายที่กฎหมายมุ่งหมายจะให้ความคุ้มครอง และรัฐนั้นมีอำนาจอย่างแท้จริงในการให้ความคุ้มครองบุคคลจากภยันตรายนั้นได้ โดยการไม่บังคับส่งกลับแต่รัฐกลับไม่ให้ความคุ้มครอง อาจทำให้รัฐเกิดความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าขอบเขตเชิงพื้นที่ของการใช้หลักการ ห้ามผลักดันกลับนั้น ไม่จำกัดเฉพาะในดินแดนของรัฐเท่านั้น ขึ้นอยู่กับการกระทำของรัฐว่ารัฐได้ใช้อำนาจควบคุมอย่างมีประสิทธิผลเหนือบุคคลผู้ถูกผลักดันกลับหรือไม่

คำสำคัญ

หลักการห้ามผลักดันกลับ, จารีตประเพณีระหว่างประเทศ, เขตอำนาจรัฐในบริบทกฎหมายสิทธิมนุษยชน, การใช้นอกอาณาเขตแห่งรัฐ

ABSTRACT

The study on “Problems on a Legal Status of the Principle of Non-Refoulement and its Extraterritorial Application” analyses legal sources and legal obligations of non-refoulement principle under international refugee and human rights. Moreover, it analyses legal problems regarding the legal status in international law and the extraterritorial application of the principle of non- refoulement.

The study found that the principle of non-refoulement is confirmed by a number of legal provisions among which Article 33(1) of the Refugee Convention, besides all regional and international human rights treaties contain prohibitions of refoulement such as, Article 3 of the 1984 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Article 7 of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights and its interpretation by the UN Human Rights Committee in its General Comment No. 20 (1992), Article 3 of the 1950 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Article 22(8) of the 1969 American Convention on Human Rights. States are bound not to expel, return (refoule), extradite or forcibly remove in any manner whatsoever such as rejection at the frontier or interception at sea, any individual to another country if this would result in exposing him or her to persecution or serious human rights violations, notably torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

Prohibition of refoulement as enshrined in Article 33 of the 1951 Convention and complemented by non-refoulement obligations under international human rights law, demonstrates state practice and States have overwhelmingly indicated that they accept the principle of non-refoulement as binding (opinion juris) shown in several resolutions of international organization such as UNHCR which concludes that it forms part of customary international law today. However, this view has been questionable because the violation of the principle has been occurred such as circumstances of boarder closure in Croatia – Bosnia-Hercegovina 1992 and FYR Macedonia – Kosovo 1999. Nonetheless, the study found that in such instances, States responded to UNHCR’s representations by providing explanations or justifications of cases of actual or intended refoulement, thus implicitly confirming their acceptance of the principle instead of deteriorating a forming of customary international law status. Consequently, non refoulement principle satisfies the criteria and constitutes a rule of customary international law.

Notwithstanding, the non refoulement obligation has attained customary international law status, but it is primarily territorial. It prohibits refoulement which only occurs within territory or rejection at the frontier. The extraterritorial application of the principle of non refoulement remains arguable. The study found that a State is bound by non refoulement obligation not to return individuals to a risk of persecution wherever it exercises effective jurisdiction, the decisive criterion is not whether such persons are on the State’s territory, but rather, whether they come within the effective control and authority of that State.

Keywords

non-refoulement principle, customary international law, jurisdiction in human right context, extraterritorial application

บทนำ

หลักการห้ามผลักดันกลับได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักการสำคัญในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ลี้ภัย ซึ่งกำหนดพันธกรณีแก่รัฐ กล่าวคือ รัฐไม่อาจผลักดันผู้อพยพหรือผู้แสวงหาที่ลี้ภัยกลับออกไปได้ทันที หากปรากฏว่าการผลักดันกลับนั้นจะเป็นอันตรายต่อชีวิตหรือเสรีภาพของบุคคลนั้น ซึ่งได้กำหนดไว้ในตราสารระหว่างประเทศว่าด้วยผู้ลี้ภัยทั้งในระดับระหว่างประเทศและในระดับภูมิภาค นอกจากนี้ ยังมีการนำแนวคิดเรื่องหลักการห้ามผลักดันกลับไปพัฒนากฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิในชีวิตแก่มนุษย์ทุกคน เช่น การห้ามผลักดันกลับบุคคลหากมีเหตุอันสมควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะถูกกระทำทรมาน หรือการปฏิบัติอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ทั้งนี้ แม้หลักการห้ามผลักดันกลับจะเป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญมาก ทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยผู้ลี้ภัยและในกฎหมายสิทธิมนุษยชน แต่หลักการห้ามผลักดันกลับยังคงมีปัญหาบางประการที่ต้องศึกษาเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการให้ความคุ้มครองแก่บุคคล ดังนี้

1. ปัญหาความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของหลักการห้ามผลักดันกลับภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประทศและกฎหมายบังคับเด็ดขาด ซึ่งมีข้อถกเถียงจนถึงปัจจุบันอยู่ว่าหลักการห้ามผลักดันกลับมีสถานะเป็นกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่ ที่จะส่งผลให้หลักการห้ามผลักดันกลับผูกพันทุกรัฐ ไม่เว้นแม้กระทั่งรัฐที่มิได้เป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสถานะภาพของผู้ลี้ภัย

โดยฝ่ายที่เห็นว่าหลักการห้ามผลักดันกลับเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ อ้างถึงหลักฐานจากข้อมติขององค์การระหว่างประเทศที่ยืนยันว่าหลักการห้ามผลักดันกลับเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติ และข้อมติของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (United Nations High Commissioner for Refugees : UNHCR)[1] และการยืนยันจากตราสารระหว่างประเทศอื่น ๆ ยิ่งไปกว่านั้นมีความเห็นว่าหลักการห้ามผลักดันกลับเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด (peremptory norm หรือ jus cogens) โดยอ้างจากข้อสรุปของคณะกรรมการบริหารและทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นในลาตินอเมริกาที่เป็นไปตามหลักการในปฏิญญาคาร์ทาฮีนา ว่าด้วยผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1984 ซึ่งกำหนดว่าหลักการห้ามผลักดันกลับมีลักษณะเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด และการยืนยันจากข้อสรุปของคณะกรรมการบริหารของ UNHCR ที่มีมติยืนยันว่าหลักการห้ามผลักดันกลับมีสถานะเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด

อย่างไรก็ดี แนวความเห็นที่ว่าหลักการห้ามผลักดันกลับมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือกระทั่งเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาดนั้นไม่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นเอกฉันท์จากสังคมระหว่างประเทศ ยังมีนักกฎหมายระหว่างประเทศบางท่านที่เห็นว่าหลักการห้ามผลักดันกลับยังไม่มีสถานะเป็นกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ[2] โดยข้ออ้างสำคัญคือ การที่หลักการห้ามผลักดันกลับยังขาดองค์ประกอบสำคัญที่จะก่อตัวเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ คือ ทางปฏิบัติทั่วไปของรัฐ (generality of practice) ปรากฏทางปฏิบัติของรัฐที่มีการปฏิบัติบางอย่างที่ถูกมองว่าขัดกับหลักการห้ามผลักดันกลับ เช่น เหตุการณ์ Croatia – Bosnia-Hercegovina 1992 และ FYR Macedonia – Kosovo 1999 กรณีนี้ จึงจะมุ่งศึกษาสถานะทางกฎหมายของหลักการดังกล่าวโดยจะพิจารณาจากข้ออ้างหรือข้อถกเถียงว่ามีคุณค่าในการก่อตัวของจารีตประเพณีระหว่างประเทศของหลักการห้ามผลักดันกลับหรือไม่

2. ปัญหาความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับการใช้บังคับหลักการห้ามผลักดันกลับนอกอาณาเขตแห่งรัฐ บทบัญญัติของข้อห้ามผลักดันกลับทั้งภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนบัญญัติขอบเขตของการใช้บังคับว่ารัฐมีหน้าที่ประกันความ

---

[1] UNHCR, Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non Refoulement Obligations under 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol (2007), para 34. from http: //www.unhcr.org/ refworld/docid/45f17a1a4.html [accessed 20 January 2017].

[2] James C. Hathaway, The rights of refugees under international law, Oxford : Oxford University Press. (2005), p.363 - 364.

คุ้มครองแก่ปัจเจกชนที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐ (within jurisdiction) ขณะที่ ข้อห้ามผลักดันภายใต้ข้อ 33 อนุสัญญาว่าด้วยสถานะของผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 ไม่ได้กำหนดขอบเขตด้านพื้นที่ (ratione loci) ของการใช้บังคับเอาไว้เลย ดังนั้น จึงเกิดความไม่ชัดเจนว่ารัฐมีพันธกรณีในการให้ความคุ้มครองตามหลักการห้ามผลักดันกลับแก่ปัจเจกชนที่อยู่นอกอาณาเขตแห่งรัฐหรือไม่ หรืออีกนัยหนึ่ง หลักการห้ามผลักดันกลับมีผลใช้บังคับนอกอาณาเขตแห่งรัฐหรือไม่ (extraterritorial application) เมื่อเกิดความไม่ชัดเจนในประเด็นขอบเขตด้านพื้นที่ของการใช้หลักการห้ามผลักดันกลับนอกอาณาเขตแห่งรัฐ ปัจจุบันรัฐจึงอาศัยช่องว่างของความไม่ชัดเจนดำเนินมาตรการควบคุมคนเข้าเมืองนอกอาณาเขตแห่งรัฐโดยหลีกเลี่ยงการให้ความคุ้มครองปัจเจกชนตามหลักการห้ามผลักดันกลับ ตัวอย่างเช่น มาตรการสกัดเรือในทะเล (interception at sea) โดยเฉพาะบริเวณนอกทะเลอาณาเขตแห่งรัฐ เป็นมาตรการของรัฐที่ใช้เพื่อควบคุมการอพยพและเพื่อกีดขวาง ผู้อพยพไม่ให้เดินทางเข้ามายังรัฐชายฝั่งซึ่งเป็นจุดหมายปลายทางได้ ปัจจุบัน รัฐจำนวนมากได้ดำเนินมาตรการควบคุมการอพยพขยายไปถึงพื้นที่นอกอาณาเขตของรัฐด้วย ซึ่งเป็นกระทำที่รัฐมีจุดประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยผู้ลี้ภัย และกฎหายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เช่น แนวปฏิบัติของสหรัฐในการสกัดเรือผู้อพยพในทะเลที่เรียกว่า “Caribbean Plan” และแนวปฏิบัติดังกล่าวได้ถูกรัฐอื่นนำมาใช้เป็นต้นแบบของการพัฒนาการใช้นโยบายการสกัดเรือผู้อพยพในทะเล ตัวอย่างเช่น ประเทศออสเตรเลีย ได้ออกมาตรการ “Pacific Solution” หรือ “Pacific Plan กรณีนี้ ยังไม่มีความเห็นที่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นเอกฉันท์ไม่ว่าในทางตำราหรือในทางปฏิบัติของรัฐว่าหลักการห้ามผลักดันกลับมีผลใช้บังคับนอก อาณาเขตแห่งรัฐหรือไม่ ตัวอย่างปัญหาที่เกิดขึ้นในเรื่องความไม่ชัดเจนในการบังคับใช้บังคับหลักการห้ามผลักดันกลับนอกอาณาเขตแห่งรัฐ เช่น คดี Case of SALE, ACTING COMMISSIONER, IMMIGRATION AND NATURALIZATION SERVICE, et al. v. HAITIAN CENTERS COUNCIL, INC., et al. (No.92-344. Argued March 2, 1993 -- Decided June 21, 1993)[3] ซึ่งศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้มีคำตัดสินโดยตีความว่าการที่เจ้าหน้าของรัฐไปสกัดเรือผู้อพยพชาวเฮติ นอกบริเวณทะเลอาณาเขตและทำการผลักดันผู้อพยพทั้งหมดกลับไปยังประเทศต้นทางทันทีโดยไม่มีการพิจารณาสถานะบุคคลเหล่านั้นว่าเข้าเงื่อนไข จะได้รับสถานะผู้ลี้ภัยหรือไม่ การกระทำดังกล่าวไม่เป็นการละเมิดหลักการห้ามผลักดันกลับ เพราะหลักการห้ามผลักดันกลับมีผลบังคับใช้เฉพาะในอาณาเขตแห่งรัฐเท่านั้น ซึ่งแนวปฏิบัติที่รัฐบังคับใช้หลักการห้ามผลักดันกลับลักษณะจำกัดนี้ยังแพร่หลายไปยังหลายประเทศทั่วโลกทั้งยุโรป และออสเตรเลีย ขณะที่คดีถูกนำขึ้นสู่การพิจารณาของคณะกรรมาธิการว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งอินเตอร์-อเมริกา (Inter-American Commission on Human Rights) โดยคณะกรรมาธิการมีคำวินิจฉัยว่าการห้ามผลักดันกลับภายใต้ข้อ 33 ของอนุสัญญาว่าด้วยสถานะผู้ลี้ภัยไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดทางภูมิศาสตร์ (geographical limitations)

บทสรุป

จากการศึกษาพบว่าหลักการห้ามผลักดันกลับกำหนดหน้าที่ประการสำคัญแก่รัฐในการคุ้มครองบุคคลจากการถูกผลักดันกลับ กล่าวคือการห้ามไม่ให้มีการขับไล่ (expel) เนรเทศ (deport) ส่งกลับ (return) ส่งตัวเป็นผู้ร้ายข้ามแดน (extradite) หรือกระทำในลักษะอื่นใด (in any manner whatsoever) เช่น การปฏิเสธ ณ ชายแดน (rejection at the frontier) การสกัดเรือผู้อพยพ (interception/interdiction of vessels) ไปยังพื้นที่อันส่งผลให้ปัจเจกชนต้องเผชิญกับความเสี่ยง ที่จะตกอยู่ภายใต้ภยันตรายซึ่งต้องห้ามตามอนุสัญญาที่กำหนดการห้ามผลักดันกลับไว้ เช่น การประหัตประหาร การทรมาน หรือประติบัติอันเลวร้ายอื่น ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม (indirect refoulement) โดยวิธีการส่งตัวไปยังรัฐที่สาม

โดยจะเห็นได้ว่าหลักการห้ามผลักดันกลับปรากฏตัวในฐานะหลักการพื้นฐานที่เป็นหัวใจสำคัญในการให้ความคุ้มครองปัจเจกชนทั้งในสนธิสัญญาว่าด้วยผู้ลี้ภัยและสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นสนธิสัญญาหลักทั้งใน

[3] Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalisation Service, et al., Petitioners v Haitian Centers Council, Inc., et al, 509 US 155, United States Supreme Court, 21 June 1993.

ระดับภูมิภาคและระดับสากลจำนวนหลายฉบับ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยสถานะของผู้ลี้ภัย อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ กติการะหว่างประเทศว่าสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนฯ เป็นต้น ซึ่งปรากฏเป็นที่แน่ชัดแล้วว่ารัฐทุกรัฐในปัจจุบันได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวแล้วอย่างน้อย 1 ฉบับ เมื่อพิจารณาถึงการปรากฏตัวของหลักการห้ามผลักดันกลับในสนธิสัญญาสำคัญจำนวนมาก ถือได้ว่าเป็นการสะท้อนถึงหรือเป็นหลักฐานที่สามารถใช้ในการพิสูจน์ทางปฏิบัติของรัฐ (state practice) อันเป็นองค์ประกอบสำคัญประการหนึ่งที่จะนำไปสู่การพิจารณาเกี่ยวกับสถานะความเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศของหลักการห้ามผลักดันกลับ อย่างไรก็ดี แม้หลักการห้ามผลักดันกลับจะเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญที่มีวิวัฒนาการอย่างยาวนานทั้งในกฎหมายผู้ลี้ภัยและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศก็ตาม แต่ยังมีประเด็นสำคัญที่ยังเป็นที่ถกเถียงเกี่ยวกับหลักการห้ามผลักดันกลับที่ผู้วิจัยเห็นว่ามีคุณค่าและเป็นประโยชน์แก่การศึกษานั่นก็คือ ปัญหาความไม่ชัดเจนเรื่องสถานะของหลักการห้ามผลักดันกลับตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและกฎหมายเด็ดขาด และปัญหาที่สองคือความไม่ชัดเจนเรื่องการใช้หลักการห้ามผลักดันกลับนอกอาณาเขตแห่งรัฐในกรณีที่มีการดำเนินมาตรการสกัดเรือผู้อพยพทางทะเลนอกอาณาเขตแห่งรัฐ ซึ่งอาจกล่าวโดยสรุปจากผลการศึกษาได้ดังนี้

1. หลักการห้ามผลักดันกลับมีสถานะเป็นกฎเกณฑ์ในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเพราะมีลักษณะเข้าองค์ประกอบสำคัญทั้ง 2 ประการ คือ ประการแรก ทางปฏิบัติของรัฐ (state practices) โดยหลักการห้ามผลักดันกลับได้รับการถือปฏิบัติทั่วไปในรูปแบบเดียวกันอย่างสอดคล้องสม่ำเสมอ สะท้อนผ่านทางการปรากฏตัวในฐานะกฎเกณฑ์ในสนธิสัญญา ทั้งในสนธิสัญญาว่าด้วยผู้ลี้ภัยและสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนจำนวนหลายฉบับและมีรัฐภาคีของแต่ละสนธิสัญญาจำนวนมาก แม้ว่าจะมีรัฐบางรัฐที่ยังกระทำการขัดแย้งกับหลักการห้ามผลักดันกลับไม่ได้ปฏิบัติไปในรูปแบบเดียวกัน เช่น กรณีเหตุการณ์ Croatia – Bosnia-Hercegovina 1992 และ FYR Macedonia – Kosovo 1999 แต่จากการศึกษาพบว่าทันทีที่มีการกระทำการละเมิดหลักการห้ามผลักดันกลับในเหตุการณ์ดังกล่าว รัฐต่าง ๆ และองค์การระหว่างประเทศได้ออกมาประณามว่าเป็นการกระทำที่ขัดกับกฎหมาย (condemn as illegal) ดังนั้น แม้จะมีการกระทำของรัฐบางรัฐที่ทำการละเมิดหลักการห้ามผลักดันกลับแต่การกระทำดังกล่าวไม่ส่งผลกระทบต่อทางปฏิบัติทั่วไปของรัฐ (generality of practice) เพราะการประณามหรือการต่อต้านคัดค้านจากรัฐอื่นจะทำให้การกระทำที่ไม่สอดคล้องไม่มีผลเป็นการทำลายคุณค่าความเป็นกฎหายจารีตประเพณีระหว่างประเทศของหลักการที่ถูกละเมิดนั้นได้ เพราะรัฐอื่นในสังคมระหว่างประเทศได้แสดงให้เห็นว่าแท้ที่จริงแล้วหลักการห้ามผลักดันกลับเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญในกฎหมายระหว่างประเทศที่รัฐทุกรัฐจะต้องปฏิบัติตาม นอกจากนี้ เหตุการณ์ผลักดันกลับใน FYR Macedonia รัฐบาล Croatia ได้กล่าวอ้างว่าการรับผู้ลี้ภัยจำนวนมากเข้ามาภายในรัฐจะกระทบต่อความมั่นคงภายในรัฐซึ่งตนเห็นว่าเป็นข้อยกเว้นประการหนึ่งของหลักการห้ามผลักดันกลับ รัฐตนมีความชอบด้วยกฎหมาย (justification) ที่จะกระทำการอันขัดหรือแย้งกับหลักการห้ามผลักดันกลับ เมื่อพิจารณาจากการกล่าวอ้างสะท้อนให้เห็นการเน้นย้ำว่ารัฐเชื่อว่าตนมีความผูกพันตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติตามหลักการห้ามผลักดันกลับ แต่ด้วยความจำเป็นบางประการจึงทำให้รัฐกระทำเช่นนั้นไม่ได้ จึงเป็นกรณีที่แม้จะมีทางปฏิบัติของรัฐที่ผิดแผกไปซึ่งเป็นการละเมิดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีอยู่ การกระทำละเมิดนั้นอาจมีผลเป็นการยืนยันกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (confirm the rule) มากกว่าเป็นการทำลายคุณค่าของกฎเกณฑ์ แม้จะมีการกระทำที่ขัดหรือแย้งกับทางปฏิบัติ แต่การปฏิบัติที่ขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องอาจไม่มีผลกระทบต่อสถานะจารีตประเพณีระหว่างประเทศของหลักการหรือกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย เพราะการกระทำที่ขัดหรือแย้งนั้นมีลักษณะตาม “permissible rule”[4] ต้องพิจารณาว่ารัฐที่ทำการละเมิดเห็นว่าหรือกล่าวอ้างว่าการที่ทำละเมิดนั้นเป็นการทำตามข้อยกเว้น (exception) ซึ่งรัฐอาจยกขึ้นอ้างว่ารัฐมีความชอบด้วยกฎหมาย (justification) ที่จะทำกระทำการที่ไม่สอดคล้องนั้นได้โดยไม่ถือเป็นการกระทำละเมิด ดังนั้น จึงมีกรณีที่แม้จะมีทางปฏิบัติของรัฐที่ผิดแผกไปซึ่งเป็นการละเมิดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีอยู่การกระทำละเมิดนั้นมีผลเป็นการยืนยันกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (confirm the rule) มากกว่าเป็น

[4] “Military and paramilitary Activities in and aginst Nicaragua,” ICJ Reports (1986), p.98.

การทำลายคุณค่าของกฎเกณฑ์ ประการที่สอง นอกจากปรากฏทางปฏิบัติของรัฐที่ถือปฏิบัติในรูปแบบเดียวกันอย่างสอดคล้องสม่ำเสมอแล้ว รัฐยังมีความเชื่อมั่นว่าหลักการห้ามผลักดันกลับเป็นกฎหมาย (opinion juris) มีผลผูกพันรัฐซึ่งรัฐจะต้องปฏิบัติตาม มีหลักฐานสำคัญที่สะท้อนให้เห็นความเชื่อมั่นทางกฎหมายดังกล่าว จากการยืนยันจากข้อมติของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ คณะกรรมการบริหารโครงการแห่งคณะกรรมาธิการข้าหลวงใหญ่ (EXCOM) ประกอบด้วยรัฐสมาชิกจำนวนมากได้ออกแถลงการณ์ให้ความเห็นมาโดยตลอดว่าหลักการห้ามผลักดันกลับได้ก่อตัวจนเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ นอกจากนี้ ยังมีข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (General Assembly of United Nations) ที่ได้กล่าวเน้นย้ำถึงความเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศของหลักการห้ามผลักดันกลับ การพิจารณาเรื่องการก่อตัวของหลักการห้ามผลักดันกลับภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศสำหรับประเด็นเรื่องการมีอยู่ของความเชื่อมั่นในทางกฎหมาย หรือ opinio Juris ค่อนข้างชัดเจนเพราะ opinion juris ของหลักการห้ามผลักดันกลับโดยหลักได้สะท้อนผ่านทางข้อมติขององค์การระหว่างประเทศซึ่งประกอบด้วยรัฐสมาชิกจำนวนมากในสังคมระหว่างประเทศ เช่น ข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ข้อมติของสำนักงานข้าหลวงใหญ่แห่งสหประชาชาติ หรือคำแนะนำของสภายุโรป (Council of Europe : CoE)

2. นอกจากนี้ หลักการห้ามผลักดันกลับยังมีสถานะเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด (jus cogens) เมื่อพิจารณาแล้วปรากฏข้อมูลว่ารัฐเกือบทุกรัฐในสังคมระหว่างประเทศได้เป็นภาคีสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนที่กำหนดการห้ามผลักดันกลับไว้อย่างน้อยหนึ่งฉบับตามที่กล่าวมาข้างต้น จึงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าหลักการห้ามผลักดันกลับไปเผชิญการทรมานนั้น ได้รับการยอมรับและรับรู้โดยรัฐต่าง ๆ ว่าเป็นหลักการที่มีผลผูกพันรัฐทั้งหมด (accepted by international community as a whole) พร้อมทั้ง คุณค่าขอสิ่งที่กฎเกณฑ์แบบแผนนั้นต้องการจะให้ความคุ้มครอง (the values protected by the jus cogens norm) สำหรับการห้ามผลักดันกลับในบริบทสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหรือการห้ามผลักดันกลับไปเผชิญการกระทำทรมาน กฎเกณฑ์แบบแผน (norm) ที่หลักการห้ามผลักดันกลับมุ่งให้ความคุ้มครองคือการห้ามการทรมาน (prohibition on torture) ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงคุณค่าแล้วเป็นข้อห้ามที่ควรได้รับความคุ้มครองเพราะมีคุณค่าถึงขึ้นได้รับการยอมรับว่าการห้ามทรมานเป็นกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) ปรากฏในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Barcelona Traction มีคำวินิจฉัยว่าข้อการห้ามทรมานได้รับการยอมรับในสังคมระหว่างประเทศว่ามีสถานะเป็นกฎเกณฑ์แบบแผนที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด (jus cogens norm) ที่มิอาจยินยอมให้มีข้อยกเว้นได้ไม่กรณีใดก็ตามนอกจากนี้หลักการห้ามผลักดันกลับมีลักษณะเป็นข้อห้ามเด็ดขาด (absolute nature) ไม่อนุญาตให้มีข้อยกเว้น (exception) ของการห้ามผลักดันกลับ เป็นการให้ความคุ้มครองแก่ปัจเจกชนอย่างสมบูรณ์แบบ (absolute protection) ไม่มีอาจมีกฎเกณฑ์แบบแผนอื่นใดที่จะยกมากล่าว เพื่อยกเลิกเพิกถอนสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามหลักการห้ามผลักดันกลับ (non degogability) กล่าวโดยสรุป สิ่งที่ทำให้หลักการห้ามผลักดันกลับในบริบทสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ หรือการห้ามผลักดันกลับไปเผชิญการทรมานนั้น มีสถานะเป็นกฎหมายเด็ดขาด เพราะได้รับการยอมรับและรับรู้โดยสังคมระหว่างประเทศทั่วไปแล้วว่าเป็นเช่นนั้น สะท้อนจากการปรากฏตัวในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอยู่มากมายหลายฉบับ นอกจากนี้ การห้ามการทรมานเป็นสิ่งที่หลักการห้ามผลักดันกลับในบริบทนี้มุ่งให้ความคุ้มครอง ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์แบบแผนที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายเด็ดขาด มีคุณค่าที่การห้ามผลักดันกลับในฐานะกลไกที่เข้ามาให้ความคุ้มครองก็ควรจะมีสถานะเป็นกฎหมายเด็ดขาดเช่นกัน และสุดท้ายหลักการห้ามผลักดันกลับไปเผชิญการทรมานในบริบทกฎหมายสิทธิมนุษยชนไม่มีข้อยกเว้น และไม่อาจยกสิ่งใดขึ้นมากล่าวอ้างเพื่อยกเลิกเพิกถอนไม่ปฏิบัติตามไม่ได้มีลักษณะเด็ดขาด (absolute character) ทั้งหมดนี้ อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าหลักการห้ามผลักดันกลับในบริบทกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้นมีสถานะเป็นกฎหมายเด็ดขาด

สำหรับสถานะความเป็นกฎหมายเด็ดขาดของหลักการห้ามผลักดันกลับตามข้อ 33 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสถานะของผู้ลี้ภัย ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด (peremptory norm หรือ jus cogens) จากการยืนยันจากข้อสรุปของคณะกรรมการบริหารของ UNHCR ที่มีมติยืนยันว่าหลักการห้ามผลักดันกลับมีสถานะเป็น

กฎหมายบังคับเด็ดขาด ต่อมาในปี ค.ศ. 1982 EXCOM ได้ออกข้อสรุปที่ 25 ว่า “ยืนยันว่าหลักการห้ามผลักดันกลับได้พัฒนาจนมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่บังคับเด็ดขาด (peremptory rule) ของกฎหมายระหว่างประเทศ” และหลังจากนั้นเป็นต้นมา EXCOM ได้ออกข้อสรุปอย่างสม่ำเสมอมาโดยตลอดในการยืนยันว่าหลักการห้ามผลักดันกลับเป็นหลักการพื้นฐาน (“fundamental principle”) ของการคุ้มครองผู้ลี้ภัยในทางระหว่างประเทศนอกจากนี้ ยังมีข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (General Assembly of United Nations) ที่ได้กล่าวเน้นย้ำถึงความเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศของหลักการห้ามผลักดันกลับ

การยืนยันว่าหลักการห้ามผลักดันกลับในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยผู้ลี้ภัยเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือแม้กระทั่งยืนยันว่ามีสถานะเป็นกฎหมายเด็ดขาดผ่านทางข้อมติหรือความเห็นขององค์การระหว่างประเทศสะท้อนให้เห็นถึง Opinio juris และทางปฏิบัติของรัฐด้วยถึงการยอมรับจากประชามคมระหว่างประเทศ

นอกจากประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าหลักการห้ามผลักดันกลับได้รับการยอมรับและรับรู้จากประชาคมระหว่างประเทศแล้ว การพิจารณาสถานะกฎหมายเด็ดขาดจะต้องมีปัจจัยสำคัญที่ต้องพิจารณาอีกประการหนึ่ง คือ การกฎเกณฑ์แบบแผนนั้นจะไม่อาจมีการยกเว้นหรือหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตาม (non derogation) เมื่อพิจารณาสถานะความเป็นกฎหมายของหลักการห้ามผลักดันกลับในกฎหมายผู้ลี้ในประเด็นเรื่องการห้ามมีการยกเว้น (no derogation) แม้หลักการห้ามผลักดันกลับในกฎหมายผู้ลี้ภัยจะมีข้อยกเว้นเรื่องความมั่นคงของรัฐและความผิดที่ผู้ร้องขอความคุ้มครองได้เคยกระทำ แต่ไม่อาจกล่าวได้ว่าการมีข้อยกเว้นของหลักการห้ามผลักดันกลับมีผลเป็นการทำลายความเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาดเพราะกฎเกณฑ์แบบแผนที่มีข้อยกเว้น ไม่ได้หมายความว่าจะมีกฎเกณฑ์แบบแผนอื่นมีค่าบังคับเหนือกว่าที่อาจส่งเป็นการยกเว้นหรือหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์แบบแผนนั้น (no derogation) และยิ่งไปกว่านั้นเมื่อรัฐกระทำการละเมิดกฎเกณฑ์แบบแผนซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายเด็ดขาด รัฐยกข้อยกเว้นขึ้นมากล่าวอ้างว่าตนมีความชอบด้วยกฎหมาย (justification) ที่จะทำเช่นนั้น เพราะรัฐกระทำภายใต้ข้อยกเว้น กรณีนี้กลับเป็นการเน้นย้ำและยืนยันคุณค่าและความสำคัญพื้นฐานของกฎเกณฑ์แบบแผนนั้น เพียงแต่เมื่อหลักการห้ามผลักดันกลับมีสถานะเป็นกฎหมายเด็ดขาด การปรับใช้ข้อยกเว้นจะต้องตีความอย่างจำกัด นอกจากนี้หลักการห้ามผลักดันกลับตามข้อ 33 อนุสัญญาว่าด้วยสถานะของผู้ลี้ภัย เป็นบทบัญญัติที่ไม่อนุญาตให้รัฐภาคีตั้งข้อสงวนได้ (reservation) ตามข้อ 42 อนุสัญญาว่าด้วยสถานะของผู้ลี้ภัย ซึ่งเป็นการเน้นย้ำในประเด็นว่าหลักการห้ามผลักดันกลับไม่อาจมีการยกเว้นหรือหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามได้

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณา ถึงความสำคัญหรือคุณค่าขอสิ่งที่หลักการห้ามผลักดันกลับในกฎหมายผู้ลี้ภัยนั้นต้องการจะให้ความคุ้มครอง คือกฎเกณฑ์แบบหลายประการที่มีความสำคัญอย่างยิ่งยวด โดยเฉพาะสิทธิในชีวิต (right to life) ซึ่งมีคุณค่าและความสำคัญเท่าเทียมกับการห้ามทรมานที่หลักการห้ามผลักดันกลับในบริบทกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศให้ความคุ้มครอง จากที่ได้ศึกษามาแล้ว คุณค่าหรือความสำคัญของสิ่งที่กฎเกณฑ์แบบแผนนั้นมุ่งให้ความคุ้มครอง (the value protected by jus cogens norm) เป็นปัจจัยหนึ่งที่ใช้พิจารณาความเป็นกฎหมายเด็ดขาดของกฎเกณฑ์แบบแผนนั้น[5] ในกรณีของการพิจารณาสถานะความเป็นกฎหมายเด็ดขาดของหลักการห้ามผลักดันกลับในกฎหมายผู้ลี้ภัย เมื่อสิ่งที่หลักการห้ามผลักดันกลับมุ่งจะให้ความคุ้มครอง เช่น สิทธิในชีวิต มีความสำคัญเท่าๆกับสิทธิที่จะไม่ถูกกระทำทรมาน และหลักการห้ามผลักดันกลับเปรียบเสมือนกลไกล (mechanism) ที่ทำให้การให้ความคุ้มครองสิทธิในชีวิตให้มีประสิทธิผล ดังนั้นหลักการห้ามผลักดันกลับในบริบทนี้ควรมีสถานะเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด เช่นเดียวกับการห้ามผลักดันกลับไปเผชิญการทรมานเมื่อคำนึงถึงสิ่งที่หลักการมุ่งให้ความคุ้มครอง

3. แม้หลักการห้ามผลักดันกลับจะมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาดที่มีผลผูกพันรัฐทุกรัฐ แม้จะไม่ได้เป็นรัฐภาคีอนุสัญญาที่กำหนดข้อห้ามผลักดันกลับไว้ก็ตาม แต่ก็เป็น

[5] Prosecutor v. Anto Furundzija, Case No. IT-95-17/1-T, ICTY, Judgment of (10 December 1998), para.153.

จารีตประเพณีระหว่างประเทศเฉพาะการห้ามผลักดันกลับสำหรับกรณีที่รัฐกระทำการผลักดันภายในดินแดนของรัฐ (within territory) จนถึง ณ บริเวณชายแดนของรัฐ (การปฏิเสธ ณ บริเวณชายแดน) แต่การผลักดันกลับที่รัฐกระทำนอกดินแดนของรัฐ เช่น การสกัดเรือนอกทะเลอาณาเขต ยังไม่ชัดเจนว่าหลักการห้ามผลักดันกลับจะมีผลผูกพันรัฐสำหรับการผลักดันกลับนอกอาณาเขตแห่งรัฐ (extraterritorial application) ด้วยหรือไม่ เพราะความไม่ชัดเจนในการใช้หลักการห้ามผลักดันกลับในพื้นที่นอกอาณาเขตแห่งรัฐ ทำให้ปัจจุบันรัฐในหลายภูมิภาคนิยมดำเนินมาตรการบางอย่างเพื่อหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามหลักการห้ามผลักดันกลับ เช่น มาตรการสกัดเรือผู้อพยพนอกทะเลอาณาเขตขยายไปถึงเขตพื้นที่ทะเลหลวง ดังนั้น ผู้วิจัยจึงจะทำการศึกษาในบทต่อไปว่าหลักการห้ามผลักดันกลับมีผลใช้บังคับไปถึงเขตพื้นที่ใดบ้าง โดยเฉพาะพื้นที่นอกอาณาเขตแห่งรัฐทางทะเล

สำหรับเหตุการณ์การสกัดเรือผู้อพยพนอกอาณาเขตแห่งรัฐที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่รัฐ อาจทำให้รัฐมีหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองปัจเจกชนผู้ที่ถูกสกัดเรือตามหลักการห้ามผลักดันกลับแม้รัฐจะกระทำนอกน่านน้ำของรัฐก็ตาม บนฐานทางกฎหมายที่ว่าการที่รัฐกระทำการหยุดเรือและขึ้นไปบนเรือนั้น (stopping and boarding) การลากจูงเรือไปยังทะเลเปิด (towing) หรือทำการเคลื่อนย้าย (transferring) บุคคลบนเรือที่ถูกสกัดไปยังเรือของรัฐผู้ทำการสกัดเรือหรือนำตัวไปคุมขัง (detention) หรือกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อสกัดขัดขวางไม่ให้เรือนั้นเข้ามายังน่านน้ำของรัฐเพื่อส่งกลับ (return) บุคคลที่อยู่บนเรือนั้นไปยังรัฐที่เขาอาจเสี่ยงที่จะตกอยู่ภายใต้ภยันตรายที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง หรือในสถานการณ์ที่เรือนั้นถูกบังคับเปลี่ยนเส้นทางเพื่อควบคุมเรือนั้น (escort back) กลับไปยังประเทศต้นทาง เป็นการกระทำที่ถือได้ว่ารัฐที่ทำการสกัดเรือมีอำนาจควบคุมทางข้อเท็จจริงอย่างมีประสิทธิผลเหนือบุคคลบนเรือที่ถูกสกัด (actual/de facto control) ก่อให้เกิดเขตอำนาจรัฐในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (jurisdiction in human right context) ซึ่งเป็นเขตอำนาจรัฐที่ทำหน้าที่ในการกำหนดว่ารัฐมีหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนแก่บุคคลใดบ้าง และใช้พิจารณาว่ารัฐมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศหรือไม่เมื่อมีการกล่าวอ้างว่ารัฐกระทำการละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชน (remedial notion of jurisdiction)[6] ดังนั้นเมื่อเขตอำนาจรัฐก่อตัวขึ้นทำให้รัฐเกิดหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองบุคคลที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐของตนรวมถึงการให้ความคุ้มครองตามหลักการห้ามผลักดันกลับด้วย และหากการสกัดเรือนั้นเป็นสาเหตุโดยตรง (direct consequence) ในการทำให้บุคคลบนเรือต้องเผชิญกับความเสี่ยงที่จะตกอยู่ภายใต้ภยันตรายที่กฎหมายมุ่งหมายจะให้ความคุ้มครอง และรัฐภาคีนั้นมีอำนาจอย่างแท้จริงในการให้ความคุ้มครองบุคคลจากภยันตรายนั้นได้โดยการไม่บังคับส่งกลับแต่รัฐกลับไม่ให้ความคุ้มครอง อาจทำให้รัฐเกิดความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ โดยหลักการห้ามผลักดันกลับมีผลใช้บังคับไปยังเขตต่อเนื่อง และทะเลหลวงด้วย หากการกระทำของรัฐเข้าลักษณะของการกระทำที่กล่าวไว้ข้างต้น ทั้งนี้ การสกัดเรือนอกทะเลอาณาเขตแม้จะได้รับการยอมรับแล้วว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของการผลักดันกลับ รัฐผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามหลักการห้ามผลักดันกลับหากทำการสกัดเรือผู้อพยพนอกทะเลอาณาเขต แต่ในปัจจุบันการสกัดเรือผู้อพยพนอกทะเลอาณาเขตยังไม่ปรากฏทางปฏิบัติของรัฐหรือ opinion juris ที่ชัดเจนเพียงพอที่จะกล่าวได้ว่าการห้ามสกัดเรือผู้อพยพนอกอาณาเขตแห่งรัฐมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเช่นเดียวกับการผลักดันกลับในลักษณะอื่น ๆ กล่าวคือ การขับไล่ ส่งกลับ ส่งตัวเป็นผู้ร้ายข้ามแดน และการปฏิเสธ ณ บริเวณชายแดน

กรณีผู้อพยพทางทะเลชาวโรฮิงญากับประเทศไทย เป็นกรณีที่ไทยกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งต่อผู้อพยพในน่านน้ำของประเทศ ซึ่งแน่นอนว่าเป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐของไทย (de jure jurisdiction) ไทยผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศโดยเฉพาะตามหลักการห้ามผลักดันกลับแน่นอนในฐานะที่ไทยเป็นภาคีอนุสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนหลายฉบับที่กำหนดพันธกรณีเรื่องการห้ามผลักดันกลับไว้ แต่การจะวินิจฉัยว่าประเทศไทยกระทำการละเมิดหลักการห้ามผลักดันกลับหรือไม่ ผู้วิจัยขอแยกพิจารณาเป็น 2 กรณี เพราะมีบริบทที่แตกต่างกัน ดังนี้

[6] A. Orakhelashvili, “Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights,” EJIL, (2003), p. 544

1. กรณีที่ผู้อพยพประสงค์จะขึ้นฝั่งที่ประเทศไทย หากภายใต้สถานการณ์นี้จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏตามรายงานของ UNHCR เดือนกุมภาพันธ์ 2556 รายงานถึงเหตุการณ์ที่ทหารเรือไทยยิงปืนใส่ผู้ลี้ภัยชาวโรฮิงญา หลังจากพยายามลากจูงเรือของผู้ลี้ภัยออกสู่ทะเล (towing) สองครั้ง ซึ่งรัฐบาลอินโดนีเซีย มาเลเซีย และไทยต่างใช้แนวทางแบบ “การเล่นปิงปองทางทะเล” โดยการผลักภาระให้กันด้วยวิธีการผลักดันเรือผู้อพยพออกจากชายฝั่งของตนหรือสกัดเรือไม่ให้เดินทางมาถึงยังชายฝั่งของตน กรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่า การกระทำการสกัดไม่ให้ผู้อพยพทางทะเลขึ้นมายังชายฝั่งได้เป็นการกระทำ ในลักษณะการปฏิเสธ ณ ชายแดน ไม่ให้ผู้อพยพเดินทางเข้ามาในรัฐด้วยเจตนาเพื่อที่จะดำเนินมาตรการจัดการการอพยพหรือควบคุมคนเข้าเมือง (migration purpose) และการปฏิเสธของประเทศไทยทำให้ผู้อพยพเหล่านั้นอาจต้องไปเผชิญกับภยันตรายร้ายแรงที่กฎหมาย มุ่งให้ความคุ้มครอง เป็นการกระทำที่ไม่สอดคล้องกับหลักการห้ามผลักดันกลับ

2. หากเป็นกรณีที่ผู้อพยพทางทะเลชาวโรฮิงญาไม่ประสงค์จะมาขึ้นฝั่งยังประเทศไทย หรือไม่ได้มีประเทศไทยเป็นจุดมุ่งหมายเพื่อแสวงหาที่พักพิง ดังเช่นกรณีผู้อพยพชาวโรฮิงญาแล่นเรือเข้ามาบริเวณเกาะสอง จ.กระบี่ เพื่อหลบพายุและประสงค์จะเดินทางต่อไปยังประเทศมาเลเซีย หรือเหตุการณ์ที่ประเทศไทยให้ความช่วยเหลือให้น้ำ อาหาร น้ำมันเชื้อเพลิงแก่เรือผู้อพยพชาวโรงฮิงญาและทำการจูงเรือผู้อพยพออกจากน่านน้ำไทยมุ่งหน้าไปยังน่านน้ำมาเลเซียแทนโดยความประสงค์ของผู้อพยพชาวโรฮิงญาเอง กรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่าการกระทำของไทยไม่ใช่เข้าลักษณะเป็นการผลักดันกลับ เพราะไม่ใช่การดำเนินการด้วยเจตนาที่จะจัดการการอพยพหรือควบคุมคนเข้าเมือง (migration purposes) เพราะผู้อพยพไม่ได้มีประเทศไทยเป็นจุดหมายปลายทางในการแสวงหาที่พักพิงการกระทำดังกล่าวเป็นลักษณะของการให้ความช่วยเหลือทางทะเลในฐานะรัฐชายฝั่ง ประเทศไทยไม่ได้ทำการละเมิดหลักการห้ามผลักดันกลับ

บรรณานุกรม

BOOK

James C. Hathaway. The rights of refugees under international law. Oxford : Oxford University Press, 2005.

ARTICLE

A. Orakhelashvili. “Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights.” EJIL, (2003).

OTHER MATERIAL

UNHCR Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol. http:// www.refworld.org/docid/45f17a1a4.html, December, 2016.