

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย วิธีปฏิบัติ และวิธีการดำเนินการตรวจคนเข้าเมือง กรณีการขออยู่ในราชอาณาจักร (Over Stay) และการพิจารณาอนุญาตหรือส่งตัวคนต่างด้าวออกนอกราชอาณาจักรไทย ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ในปัจจุบันยังมีช่องว่างและข้อบกพร่อง ไม่สามารถให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวตามหลักสากลได้ โดยเฉพาะการให้ความคุ้มครองด้านสิทธิมนุษยชน ที่ไม่เอื้ออำนวยและเป็นประโยชน์สูงสุด อีกทั้งในแง่ของกฎหมายไม่ครอบคลุมและทำให้ไม่เกิดประสิทธิภาพในการปฏิบัติงาน ก่อให้เกิดการใช้อำนาจมิชอบ และการแสวงหาผลประโยชน์ที่มิชอบด้วยกฎหมายซึ่งผู้ศึกษาจะแยกเป็นประเด็นปัญหาดังต่อไปนี้

ประเด็นที่หนึ่ง ปัญหาการใช้ดุลพินิจของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่จะส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร

การใช้ดุลพินิจของพนักงานเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับกรณีคนต่างด้าวที่ตกเป็นคนต้องห้ามเข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรไทยตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 กรณีบุคคลที่ไม่มีสัญชาติไทยเดินทางเข้ามาและออกนอกราชอาณาจักรไทยและเมื่อได้รับอนุญาตให้เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร แล้วหากคนต่างด้าวนั้นมีพฤติกรรมที่สมควรเพิกถอนสิทธิที่ได้รับอนุญาตกรณีดังกล่าวเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจจะมีอำนาจในการสั่งให้คนต่างด้าวดังกล่าวออกนอกราชอาณาจักรได้หรือไม่อย่างไร เนื่องจากพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 เป็นกฎหมายที่บังคับใช้กับคนต่างด้าวที่เดินทางเข้ามาและอยู่ในราชอาณาจักรที่ได้วางระเบียบเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อรักษาความมั่นคงของประเทศ โดยมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานตรวจคนเข้าเมืองสามารถใช้ดุลพินิจออกคำสั่งทางปกครองได้อย่างกว้างขวางการบังคับใช้พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ฉบับนี้จะต้องใช้อย่างระมัดระวัง เนื่องจากการออกคำสั่งทางปกครองพนักงานเจ้าหน้าที่ต้องกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย ถูกต้องตามระเบียบเหมาะสมและในกรณีเฉพาะรายจะต้องไม่ใช้อำนาจอย่างไรซึ่งเหตุผลหรือเกินสมควรแก่เหตุจากปัญหาดังกล่าว ผู้ศึกษาเห็นว่าควรมีการกำหนดอำนาจของเจ้าหน้าที่ในการใช้ดุลพินิจอย่างชัดเจนเกี่ยวกับกรณีใดที่สมควร

ให้เพิกถอนการอนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรและการที่กฎกระทรวงให้อำนาจในการอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรและการที่กฎกระทรวงให้อำนาจในการอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นอำนาจเสร็จเด็ดขาดของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย หรือกรณีตามมาตรา 55 ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ที่จะบังคับคนต่างด้าวนั้นเดินทางไป ณ ที่ใด ซึ่งได้ก่อให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติหน้าที่ที่จะแก้ปัญหาบุคคลต่างด้าวที่มีพฤติกรรมในการกระทำความผิดอาญาต่างๆ เพราะพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น ไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะบังคับให้บุคคลต่างด้าวที่มีพฤติกรรมดังกล่าวเดินทางไป ณ ที่ใดได้ บังคับให้คนต่างด้าวดังกล่าว เดินทางกลับประเทศที่ตนมีสัญชาติ เพื่อเป็นการแก้ปัญหาให้เด็ดขาด และมีประสิทธิภาพที่จะทำให้คนต่างด้าวนั้นยากที่จะหวนกลับมากระทำความผิดในประเทศไทยอีก

ปัญหาการอาศัยช่องว่างทางกฎหมายในการแสวงหาประโยชน์ เห็นได้ว่าการที่กฎหมายมีช่องว่างดังที่กล่าวมา เป็นช่องว่างให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจอย่างมิชอบหรือบิดเบือนโดยไม่ยึดติดวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้ หรือการไม่นำเอาผลประโยชน์ของมหาชนหรือผลประโยชน์ของเอกชนมาพิจารณาอย่างเพียงพอ หรือเอาแต่ผลประโยชน์ส่วนตัวมาเกี่ยวข้องกับ การใช้ดุลพินิจได้

เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้ได้คำนึงสิทธิมนุษยชนอย่างมาก เช่นกรณีบุคคลต่างด้าวที่ไม่มีหนังสือเดินทางหรือหนังสือเดินทางปลอม หากบุคคลต่างด้าวดังกล่าวนั้นอ้างว่าจะมีอันตรายต่อชีวิตและขอลี้ภัย เจ้าหน้าที่จะส่งบุคคลต่างด้าวดังกล่าวนี้อีกกลับไปยังประเทศต้นทางหรือประเทศที่ตนมีสัญชาติอยู่ไม่ได้ จะต้องมีการตรวจสอบคำร้องขอและพิจารณาคำร้องดังกล่าว จึงทำให้มีบุคคลต่างด้าวอาศัยช่องว่างดังกล่าวนี้เข้ามาอยู่ในประเทศไทย และหลบหนีจากภูมิลำเนาตามที่ได้แจ้งไว้กับเจ้าหน้าที่ และอาศัยอยู่ในประเทศอย่างผิดกฎหมายเป็นจำนวนมาก

เมื่อพิจารณา พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 35 วรรคสอง บัญญัติไว้กรณีคนต่างชาติมีเหตุจำเป็น ให้อธิบดีตาม พ.ร.บ.นี้ (ในที่นี้ คือผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ) เป็นผู้พิจารณาอนุญาตให้อยู่ต่อไปได้ครั้งละไม่เกิน 1 ปี โดยคนต่างชาติต้องยื่นคำขอตามแบบ ตม.7 และเสียค่าธรรมเนียมตามที่กฎหมายกำหนด (1,900 บาท ) พร้อมกับเตรียมเอกสารประกอบคำขอเพื่อสนับสนุนเหตุจำเป็นนั้นๆ เนื่องจากเหตุผลความจำเป็นนั้นมีหลากหลายและคนต่างชาตินั้นมีจำนวนมากพำนักอยู่ในหลายท้องที่ของประเทศไทย การที่อธิบดีฯ จะพิจารณาอนุญาตเป็นรายๆ ก็จะเป็นการไม่สะดวกทั้งคนต่างชาติ และผู้พิจารณาอนุญาต อธิบดีฯ จึงได้มอบอำนาจให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองพิจารณาอนุญาตโดยวางกรอบกำหนดเหตุจำเป็นต่างๆ ตามคำสั่ง ตร.ที่ 777/2551 เรื่อง หลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการพิจารณากรณีคนต่างด้าวขออนุญาตอยู่ใน

ราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวและเอกสารที่ต้องใช้ประกอบเหตุผลความจำเป็นนั้นๆ โดยคำสั่ง สตม.ที่ 305/2551 เรื่องรายการเอกสารประกอบการพิจารณากรณีคนต่างด้าวอยู่ในราชอาณาจักร เป็นการชั่วคราวไว้ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ถือเป็นแนวทางปฏิบัติและพิจารณาอนุญาตแทนอธิบดีได้ตามเหตุผลความจำเป็น ส่วนประเภทการตรวจลงตรา (วีซ่า) และระยะเวลาการอนุญาตให้อยู่ต่อไปอีก ขึ้นอยู่กับแต่ละเหตุผลความจำเป็น ตามคำสั่ง ตร. ที่ 777/2551 สั่ง ณ วันที่ 25 พ.ย. 2551 อย่างไรก็ตามการกำหนดเหตุผลความจำเป็นนั้นไม่สามารถกำหนดได้ครบทุกความจำเป็น แต่หากมีความจำเป็นที่ไม่ได้กำหนดไว้พิจารณาว่ามีความจำเป็นจริงก็สามารถเสนอให้อธิบดีฯ พิจารณาเป็นกรณีๆ ไป ระยะเวลาการอนุญาตครั้งละไม่เกิน 1 ปี จะเห็นได้ว่าการขอยื่นต่อในราชอาณาจักรเกินกำหนดเวลาเดิม เป็นเรื่องของการใช้ดุลยพินิจของพนักงานเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับกรณีคนต่างด้าว ซึ่งผู้ศึกษาจะได้วิเคราะห์ในบทต่อไป

ประเด็นที่สอง ปัญหาความรับผิดชอบของเจ้าของพาหนะหรือผู้ควบคุมพาหนะที่นำบุคคลต้องห้าม

การที่กฎหมายไม่มีสภาพบังคับครอบคลุมสภาพปัญหาในทุกด้านที่เกี่ยวกับการตรวจคนเข้าเมือง เช่นในกรณีที่ไม่มียกเว้นโทษตามกฎหมายสำหรับเจ้าของพาหนะ หรือผู้ควบคุมพาหนะที่นำบุคคลต้องห้ามเข้ามาในราชอาณาจักร และได้มีคำสั่งจากพนักงานเจ้าหน้าที่ให้ควบคุมบุคคลต้องห้ามดังกล่าวไว้ หากเจ้าของพาหนะ หรือผู้ควบคุมพาหนะ มีความประมาทเลินเล่อจนเป็นเหตุให้บุคคลต้องห้ามดังกล่าวหลบหนี ย่อมเป็นสาเหตุอย่างหนึ่งที่ทำให้เกิดปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งผู้ศึกษาจะได้ทำการวิเคราะห์ต่อไปโดยละเอียด

ประเด็นที่สาม ปัญหาบทกำหนดโทษ

ตามที่มีคำสั่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ที่ 1/2558 ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน 2558 เรื่องการไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวบางจำพวกเข้ามาในราชอาณาจักรไทย ซึ่งได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว โดยจะมีผลบังคับ ใช้เมื่อพ้น 90 วัน นับจากวันประกาศ คือ ตั้งแต่วันที่ 20 มีนาคม 2559 เวลา 00.01 น. เป็นต้นไป ซึ่งกฎหมายดังกล่าวกำหนดการอยู่ในประเทศไทยเกินกำหนดระยะเวลาอนุญาตนั้น เป็นความผิดตามกฎหมาย ซึ่งมีระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 20,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ อาจถูกจับกุมและดำเนินคดีตามกระบวนการของกฎหมายเว้นแต่ เป็นกรณีผู้กระทำความผิดเข้ามาขอตัวหรือมาตามหมายเรียกพนักงานเจ้าหน้าที่สามารถทำการเปรียบเทียบปรับตามจำนวนวันที่คนต่างด้าวอยู่ในราชอาณาจักรเกินกำหนดอนุญาตได้วันละ 500 บาท ทั้งนี้รวมแล้วไม่เกิน 20,000 บาท มีบทลงโทษที่เบาไป จนไม่เกิดความเกรงกลัวต่อกฎหมายและด้วยความกล้าสมัยของกฎหมายพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 จะเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้และระเบียบไม่เกี่ยวกับคดีลักษณะที่ 34 ว่าด้วยการตรวจคนเข้าเมืองได้บัญญัติมาตั้งแต่

พ.ศ.2522 ซึ่งเป็นเวลานานถึง 43 ปี แต่ในปัจจุบันนี้ ได้มีเครื่องมือในการตรวจสอบที่ทันสมัย ไม่ว่าจะเป็นเครื่องมือตรวจสอบหนังสือเดินทาง การตรวจสอบความถูกต้องหลักฐานทางเอกสารต่างๆ สามารถตรวจสอบได้อย่างรวดเร็วกว่าในอดีต อีกทั้งบทกำหนดโทษในอดีตไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบันเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดกฎหมายไม่เกรงกลัวกฎหมาย ไม่มีผลในเชิงปรามผู้จะกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เท่าที่ควร จึงมักจะมีผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นจำนวนมากอันเป็นเหตุให้ขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย จากการศึกษากฎหมายคนเข้าเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกา (Immigration and Nationality Act 1996) นั้น ได้มีการกำหนดรายละเอียดในเรื่องต่าง ๆ ไว้อย่างมากตลอดจนได้มีการปรับปรุงแก้ไขในเรื่องการกำหนดโทษของบุคคลต่างด้าวที่อยู่เกินกำหนดอนุญาตให้นักขึ้น เช่น กรณีบุคคลต่างด้าวอยู่เกินกำหนดอนุญาตจะไม่สามารถเดินทางกลับเข้าไปในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นเวลาอย่างน้อย 3 ปี แต่ถ้าอยู่เกินกำหนดอนุญาตเกิน 1 ปี ก็ไม่สามารถเดินทางกลับเข้าไปในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นเวลาถึง 10 ปี หรือได้มีการกำหนดลักษณะคนต่างด้าวที่มีลักษณะต้องห้ามทั้งหลายให้มีรายละเอียดมากขึ้น เช่น บุคคลต่างด้าวที่ถูกดำเนินคดีในคดีมีนาเสพติดให้โทษประเภทกัญชามาแล้วเป็นเวลา 3 ปี ก็สามารถเดินทางกลับเข้าไปในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ จึงเป็นเรื่องที่ควรศึกษาและวิเคราะห์ต่อไปว่าควรแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องของไทยหรือไม่ อย่างไร ซึ่งผู้ศึกษาจะได้ทำการวิเคราะห์ต่อไปโดยละเอียด

## 1.2 วัตถุประสงค์ในการศึกษา

1. เพื่อศึกษาความเป็นมาและวิวัฒนาการ หลักความคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์และประโยชน์ของกฎหมายคนเข้าเมือง แนวคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของชาติ ความมั่นคงแห่งรัฐ และหลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)
2. เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายคนเข้าเมือง กรณีขอยุ่ต่อในราชอาณาจักรไทยของประเทศไทยและต่างประเทศ
3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาความรับผิดชอบและบทกำหนดโทษทางอาญาตามกฎหมายคนเข้าเมือง
4. เพื่อสรุปและเสนอแนะ แนวทางแก้ไขปัญหาคดีความรับผิดชอบและบทกำหนดโทษทางอาญาตามกฎหมายคนเข้าเมือง

### 1.3 สมมติฐานในการศึกษา

ด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย วิธีปฏิบัติ และวิธีการดำเนินการตรวจคนเข้าเมือง กรณีการขออยู่ในราชอาณาจักร (Over Stay) และการพิจารณาอนุญาตหรือส่งตัวคนต่างด้าวออกนอกราชอาณาจักรไทย ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ในปัจจุบันยังมีช่องว่างและข้อบกพร่อง ไม่สามารถให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวตามหลักสากลได้ โดยเฉพาะการให้ความคุ้มครองด้านสิทธิมนุษยชน ที่ไม่เอื้ออำนวยและเป็นประโยชน์สูงสุด อีกทั้งในแง่ของกฎหมายไม่ครอบคลุมและทำให้ไม่เกิดประสิทธิภาพในการปฏิบัติงาน ก่อให้เกิดการใช้อำนาจมิชอบ และการแสวงหาผลประโยชน์ที่มีชอบด้วยกฎหมาย

### 1.4 ขอบเขตของการศึกษา

รายงานการวิจัยฉบับนี้จะทำการศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาปัญหาความรับผิดชอบและบทกำหนดโทษทางอาญาตามกฎหมายคนเข้าเมืองโดยความเป็นมาและวิวัฒนาการ หลักความคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์และประโยชน์ ของกฎหมายคนเข้าเมือง แนวคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของชาติ ความมั่นคงแห่งรัฐ และหลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) มาตรการทางกฎหมายคนเข้าเมือง กรณีขออยู่ต่อในราชอาณาจักรไทยของประเทศไทยและต่างประเทศ

### 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

รายงานฉบับนี้ ผู้เขียนใช้วิธีการศึกษาแบบวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยการค้นคว้า รวบรวมข้อมูลและวิจัยเอกสารจาก ตำรา กฎหมายที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติ กฎกระทรวง ประกาศ ระเบียบ บทความต่างๆและความเห็นของนักกฎหมายซึ่งปรากฏอยู่ในบทความ และตำรากฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศ รวมทั้งการค้นคว้าทางอินเทอร์เน็ต และประสบการณ์ในการทำงานของผู้เขียน

### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงความเป็นมาและวิวัฒนาการ หลักความคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์และประโยชน์ ของกฎหมายคนเข้าเมือง แนวคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของชาติ ความมั่นคงแห่งรัฐ และหลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)

2. ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายคนเข้าเมือง กรณีขออยู่ต่อในราชอาณาจักรไทยของประเทศไทยและต่างประเทศ

3. ทำให้ทราบถึงปัญหาและผลวิเคราะห์ปัญหาปัญหาความรับผิดชอบและบทกำหนดโทษทางอาญาตามกฎหมายคนเข้าเมือง

4. ทำให้ทราบถึงแนวทางแก้ไขปัญหาความรับผิดชอบและบทกำหนดโทษทางอาญาตามกฎหมายคนเข้าเมือง