

บทที่ 2

ความเป็นมาและวิวัฒนาการ หลักความคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และประโยชน์ ของกฎหมายคนเข้าเมือง แนวคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตย ของชาติและความมั่นคงแห่งรัฐ

ในบทนี้ผู้ศึกษาจะได้อธิบายเกี่ยวกับ หลักความคิดพื้นฐานของกฎหมายคนเข้าเมือง ความเป็นมาและวิวัฒนาการกฎหมายคนเข้าเมืองของไทย เจตนารมณ์และประโยชน์ของ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 วิวัฒนาการเรื่องสิทธิและการประคับค้ำต่อคนต่างด้าว และ หลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเข้าเมือง เรื่องพิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ ทฤษฎีการกำหนดโทษทางอาญา แนวคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตย ของชาติและความมั่นคงแห่งรัฐ รวมทั้งหลักแห่งความ ได้สัดส่วน (PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY) และปัญหาการเคลื่อนย้ายของแรงงานต่างด้าว อธิบายได้ดังนี้

2.1 หลักความคิดพื้นฐานของกฎหมายคนเข้าเมือง

การอพยพย้ายถิ่นเป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นทั้งภายในประเทศจากชนบทสู่เมือง และการอพยพย้ายถิ่นข้ามแดนระหว่างประเทศที่มีทั้งชอบและไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹ จากการศึกษาเกี่ยวกับปัญหาคนหลบหนีเข้าเมืองพบว่ามีแนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวข้อง ซึ่งสามารถนำมา อธิบายถึงสาเหตุของปัญหาคนหลบหนีเข้าเมืองได้ คือแนวความคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการอพยพย้ายถิ่น (Migration theory) ซึ่งนักสังคมวิทยาได้นำรูปแบบที่สำคัญที่เรียกว่า Push-pull Model² มาอธิบายถึง การอพยพย้ายถิ่นของประชากรทั้งภายในประเทศและข้ามแดนระหว่างประเทศ ซึ่งพอสรุปได้ดังนี้

¹ พิชิต พิทักษ์เทพสมบัติ และอภิชาติ จำรัสฤทธิ์รักษ์. (2534). *ความมั่นคงแห่งชาติ มิติทางประชากร เศรษฐกิจและ สิ่งแวดล้อม*. เอกสารวิจัยส่วนบุคคล มหาวิทยาลัยมหิดล. หน้า 18-19.

² สุเทพ ธรรมรักษ์. (2539 - 2540). *ปัญหาคนหลบหนีเข้าเมืองในประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีคนหลบหนีเข้า เมืองชาวพม่า*. เอกสารวิจัยส่วนบุคคล หลักสูตรการป้องกันราชอาณาจักรภาครัฐร่วมเอกชน รุ่นที่ 6 วิทยาลัย ป้องกันราชอาณาจักร. หน้า 22.

2.1.1 ปัจจัยผลักดันจากนอกประเทศ (Push factors) ที่เกิดขึ้นที่อยู่อุดมมักจะเป็นปัจจัยในทางลบที่ทำให้คนต้องการย้ายออกไปหาถิ่นที่อยู่ใหม่ เช่น

2.1.1.1 ระบบการเมืองการปกครอง ระบบการเมืองการปกครองของประเทศเพื่อนบ้าน เช่น ลาว กัมพูชา และพม่า หลังจากได้รับเอกราชจากการเป็นอาณานิคมของฝรั่งเศสและอังกฤษก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงระบบการปกครองเป็นแบบสังคมนิยม ปกครองโดยรัฐบาล ทหาร มีการผูกขาดทางอำนาจ จำกัดสิทธิ ทำให้มีความขัดแย้งทางการเมืองภายในประเทศ ทำให้เกิดความไม่สงบต่างๆ ประกอบกับการปกครองระบบเผด็จการ ทำให้ประชาชนในประเทศเกิดความไม่มั่นคง แสวงหาเสรีภาพและความเป็นอยู่ที่ดีกว่า เห็นได้ชัดเจนในประเทศกัมพูชาและพม่า โดยเฉพาะการปกครองของประเทศพม่าที่ส่งผลให้ชาวพม่าต้องหลบหนีมาในประเทศไทยเป็นอันมาก³

2.1.1.2 ภาวะเศรษฐกิจในประเทศเพื่อนบ้าน จากนโยบายการเปิดประเทศไปสู่ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม ประกอบกับยังไม่มีความสะดวกจากจากปราบปรามชนกลุ่มน้อยตามแนวชายแดนเช่น ประเทศพม่า รวมทั้งไปเป็นทหารเพื่อปราบปรามชนกลุ่มน้อย มีการละเมิดสิทธิมนุษยชน ทำให้ถูกต่อต้านจากประเทศต่างๆ ทั้งในยุโรปและอเมริกาในรูปแบบของการยุติหรือชะลอความสัมพันธ์ทางการค้า ทำให้สภาพเศรษฐกิจในประเทศตกต่ำ จึงทำให้มีแรงงานหลังไหลเข้ามาทำงานในประเทศไทยซึ่งมีภาวะเศรษฐกิจที่ดีกว่า⁴

2.1.2 ปัจจัยดึงดูดจากภายในประเทศ (Pull factors) ซึ่งมีส่วนจูงใจให้คนต้องการย้ายไปอยู่ในถิ่นนั้น มักมีลักษณะทางบวก เช่น

2.1.2.1 การเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจในประเทศไทย ประเทศไทยมีความเจริญเติบโตทางด้านเศรษฐกิจอย่างรวดเร็วประสบความสำเร็จในการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานเชิงถาวรวัตถุ ด้านการสื่อสาร สาธารณูปโภค สาธารณูปการ และเงินตรามวลรวมจากรายได้ประชาชาติที่เพิ่มขึ้น ในช่วงสองทศวรรษที่ผ่านมาและกำลังอยู่ในสถานการณ์ขับเคลื่อนไปสู่การเป็นประเทศอุตสาหกรรมที่ทดแทนการนำเข้า (Import-substitution) มาเป็นการพัฒนาอุตสาหกรรมเพื่อการส่งออก (Export – Led growth) เป็นผลให้เกิดการขยายตัวทางด้านเศรษฐกิจในอัตราเร่งที่สูงขึ้น ติดต่อกัน ในปัจจุบัน นโยบายของรัฐบาลในด้านเศรษฐกิจมีการเปิดตัวออกสู่ระบบเศรษฐกิจโลกมากขึ้น(Internationalization) โดยรัฐบาลดำเนินการผ่อนปรนมาตรการทางการลงทุนและการเงิน เพื่อส่งเสริมให้มีการเคลื่อนย้ายทุนอย่างเสรี ตลาดมีการขยายตัว ประกอบกับนโยบายกระจาย

³ จ่านง เฉลิมฉัตร. (2536). *ปัญหาผู้หลบหนีเข้าเมืองสัญชาติพม่ากับความมั่นคงของชาติ:ศึกษาเฉพาะกรณีจังหวัดระนอง*. เอกสารวิจัยส่วนบุคคล วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร. หน้า 15-16.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 15-16.

การลงทุนและการจ้างงานมากขึ้น⁵ แม้ในขณะนี้ประเทศไทยจะประสบกับปัญหาวิกฤติเศรษฐกิจที่ยังมีการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจดีกว่าประเทศพม่า ลาว และเขมร

2.1.2.1 ภาวะการขาดแคลนแรงงาน

ภาวะการขาดแคลนงานนั้นเท่าที่มีการวิเคราะห์สามารถแยกสาเหตุของปัญหาดังกล่าว มีดังนี้ คือ

1) การเปลี่ยนแปลงทางด้านโครงสร้างประชากรไทย จากรายงานสำนักงานสถิติแห่งชาติ พบว่า อัตราการเพิ่มของประชากรของประเทศมีอัตราการลดลงอย่างต่อเนื่อง ในปี พ.ศ.2530 อัตราการเพิ่มของประชากร เท่ากับร้อยละ 1.71 ปี พ.ศ.2538 อัตราการเพิ่มประชากรเท่ากับ ร้อยละ 1.4 ปี พ.ศ. 2564 อัตราการเพิ่มประชากรเท่ากับ ร้อยละ 0.26⁶ ต่ำกว่าอัตราการเพิ่มประชากรทั่วโลกโดยเฉลี่ยซึ่งมีอัตราเท่ากับร้อยละ 1.5 ส่งผลให้มีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างอายุของประชากร สัดส่วนประชากรวัยแรงงานมีการชะลอตัวลง ในขณะที่การผลิตในระบบเศรษฐกิจที่กำลังขยายตัว ยังเน้นการผลิตแบบใช้แรงงานหนาแน่น (labour intensive)⁷

2) มีการขาดแคลนแรงงานไร้ฝีมือบางประเภท จากการที่รัฐบาลมีนโยบายกระจายความเจริญไปสู่ภูมิภาค โดยการจัดสรรงบประมาณจำนวนหนึ่งมาเพื่ออำนวยความสะดวกแก่นักลงทุนในภูมิภาค ทำให้เกิดการจ้างงานเพิ่มขึ้น แรงงานกรรมกรที่ใช้ในกิจการต่างๆ โดยเฉพาะในกิจการเกษตร ประมง ก่อสร้าง และโรงงานอุตสาหกรรม ซึ่งแต่เดิมเป็นแรงงานที่ได้มาจากภาคตะวันออกเฉียงเหนือเป็นส่วนใหญ่เนื่องจากปัจจุบันเศรษฐกิจของภาคตะวันออกเฉียงเหนือมีการขยายตัวสูงขึ้น โดยรัฐบาลได้เน้นการส่งเสริมและพัฒนาอาชีพให้แก่ประชาชน ทำให้แรงงานท้องถิ่นไม่นิยมเดินทางไปภูมิภาคอื่น แม้ว่าจะมีค่านางานหลังฤดูเก็บเกี่ยวอยู่บ้าง แรงงานเหล่านี้ก็สามารถหาอาชีพเสริมในหมู่บ้านของตน ปัญหาดังกล่าวจะเห็นได้ชัดเจน โดยเฉพาะจังหวัดที่มีกิจกรรมทางการประมงทะเล

3) การไปทำงานต่างประเทศของแรงงานไทย ในขณะที่ยังมีแรงงานไทยออกไปแสวงหางานทำในต่างประเทศอย่างต่อเนื่อง จากการสำรวจของกองนโยบายและแผนการ

⁵ วรวิทย์ เจริญเลิศ. (2539). พัฒนาการทางเศรษฐกิจไทยกับทางเลือกในการพัฒนา. *บทความเสนอในประชุมเรื่องจินตนาการสู่ปี 2000*. สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย ณ โรงแรมอิมพิเรียล วันที่ 26-28 กันยายน 2539.

⁶ สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน. (2565). *ข้อมูลทั่วไปด้านประชากร*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.boei.go.th/index.php?page=demographic&language=th>. [2565, 6 สิงหาคม].

⁷ กุศล สุทนทะธาดา อ้างถึงใน อุดมศักดิ์ อัสวรางกูร. (2540-2541). *การบริหารจัดการผู้หลบหนีเข้าเมืองจากประเทศเพื่อนบ้าน*. เอกสารวิจัยส่วนบุคคล หลักสูตรการป้องกันราชอาณาจักร รุ่นที่ 40 วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร. หน้า 27.

พัฒนาการเกษตร กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ พ.ศ.2539 พบว่า แรงงานในภาคเกษตรที่มีปัญหา การขาดแคลนแรงงาน และมีการนำแรงงานต่างชาตินิยมใช้มากมีอยู่ 3 ประเภท คือ กิจการประมง สวนยาง และไร่อ้อย ตามลำดับ⁸

4) ความสัมพันธ์ส่วนบุคคลของประชาชนทั้งสองประเทศ เนื่องจากประชาชนของ ประเทศไทยกับประชาชนในประเทศเพื่อนบ้าน มีความสัมพันธ์กันมาเป็นเวลานาน ดังนั้น ประชาชนตามแนวชายแดนของประเทศไทยจึงมีความสัมพันธ์เป็นญาติพี่น้องกับประชาชนในประเทศเพื่อนบ้านตลอดแนว ซึ่งส่วนหนึ่งเมื่อเดินทางเข้ามาในประเทศไทยแล้วก็ถือโอกาสเข้ามา ทำงานหรือหลบหนีเข้าเมือง กลุ่มผู้หลบหนีเข้าเมืองในลักษณะนี้มีอยู่ในทุกภาคทั้งจากประเทศ มาเลเซีย ลาว กัมพูชา และพม่า

2.1.2.3 มาตรการสกัดกั้นและควบคุมคนเข้าเมืองของไทยยังไม่มีประสิทธิภาพ เนื่องจากประเทศไทยมีพรมแดนติดต่อกับประเทศเพื่อนบ้านยาวมากประมาณ 8,167 กิโลเมตร แบ่งเป็นทางบก ติดต่อกับพม่า ลาว กัมพูชา และมาเลเซีย ประมาณ 5,462 กิโลเมตร ทางน้ำ ตาม แนวชายฝั่งด้านอ่าวไทยและทะเลอันดามัน ประมาณ 2,705 กิโลเมตร คนต่างด้าวสามารถเดินทางเข้า-ออก ได้สะดวก ดังนั้น จึงเป็นเหตุให้มีการหลบหนีเข้าเมืองของประชาชนจากประเทศ เพื่อนบ้านได้โดยไม่ยุ่งยากนัก ประกอบการควบคุมการผ่านแดนของประเทศไทยเองยังมีจุดอ่อน และมีกำลังเจ้าหน้าที่ดูแลตามแนวพรมแดนจำนวนน้อย ทั้งยังขาดความเข้มงวดในการดูแลตามแนว พรมแดนอีกด้วยจึงเป็นปัจจัยที่ทำให้มีคนหลบหนีเข้าเมือง

2.1.3 ความยากลำบากในการย้ายถิ่น เป็นปัจจัยที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่มีผลทำให้คน ตัดสินใจย้ายถิ่นหรือไม่

นอกเหนือจากปัจจัยผลักดันและปัจจัยดึงดูดดังกล่าวแล้ว “อุปสรรคระหว่างกลาง” (Intervening obstacles) ความยากลำบากในการเดินทางไปสู่ถิ่นใหม่ ค่าใช้จ่ายในการเดินทางและ ความยากลำบากในการได้รับข่าวสารข้อมูลจากถิ่นที่อยู่ใหม่ นับเป็นอุปสรรคที่ผู้ย้ายถิ่นจะต้องต่อสู้ ฝ่าฟันถ้าต้องการจะย้ายไปอยู่ในถิ่นใหม่นั้นซึ่งแสดงว่าระยะทางการคมนาคมมีความสำคัญมากใน เรื่องการย้ายถิ่น กล่าวคือ ระยะทางยิ่งไกล ค่าใช้จ่ายในการเดินทางจะยิ่งสูงและการติดต่อข่าวสาร เพื่อจะรู้เรื่องราวเกี่ยวกับโอกาสในถิ่นใหม่ก็ยิ่งทำได้ยาก ดังนั้น ถ้าระบบการสื่อสารคมนาคมเจริญ และสะดวกขึ้น การย้ายถิ่นของประชากรก็จะเพิ่มมากขึ้นไปด้วย⁹ ดังจะขอยกตัวอย่างการศึกษาวิจัย ของนักสังคมวิทยาบางท่านที่ได้ทำการศึกษาวิจัยในเรื่องนี้ไว้เช่น

⁸ อุดมศักดิ์ อัครวางกูร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 7. หน้า 27.

⁹ สุเทพ ธรรมรักษ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 24.

Arizpe¹⁰ ได้ศึกษาการย้ายถิ่นของแรงงานชนบทในประเทศเม็กซิโกที่ย้ายถิ่นไปทำงานในสหรัฐอเมริกา พบว่าแรงงานที่ย้ายถิ่นไปทำงานส่วนมากเป็นผู้ที่ยากจน ขาดแคลนที่ทำกิน และสาเหตุที่สำคัญ คือ แรงงานต้องการรายได้สูงขึ้นและผู้ที่ย้ายถิ่นเมื่อได้ทำงานก็ส่งเงินกลับประเทศของตน ทำให้มาตรฐานการครองชีพของครอบครัวดีขึ้น

Bron and Selznick¹¹ ได้อธิบายถึงการย้ายถิ่นจากทวีปอเมริกาเหนือและอเมริกาใต้ เข้าสู่ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีฐานะทางเศรษฐกิจที่ดีกว่าและส่วนมากย้ายถิ่นไปทำงานเพียง 1-2 ปี หรือ 2-3 เดือน แล้วกลับไปเยี่ยมบ้าน และผู้ที่ทำงานส่วนมากจะส่งเงินกลับบ้าน นอกจากนี้ยังมีบางที่ส่งเสริมให้บุตรได้เรียนหนังสือสูงขึ้น อยู่ในโรงเรียนที่มีชื่อเสียง หรือเปิดร้านขายของให้บุตรสาว กล่าวคือ เมื่อแรงงานกลับถิ่นเดิมจะมีฐานะดีขึ้นและเป็นการเลื่อนฐานะทางเศรษฐกิจของตนให้สูงขึ้น

Paine¹² ได้ศึกษากรณีแรงงานตุรกีย้ายไปทำงานในประเทศสาธารณรัฐเยอรมัน พบว่าส่วนมากแรงงานจะส่งเงินกลับถิ่นเดิม แล้วเก็บเงินส่วนหนึ่งไว้เป็นค่าใช้จ่ายในการบริโภค และซื้อสิ่งจำเป็นในครอบครัว

กล่าวโดยสรุปแล้ว การอพยพย้ายถิ่นที่ของประชาชนแต่ละประเทศเกิดจากสภาพปัญหาเรื่องความเป็นอยู่ด้านเศรษฐกิจและสังคม ตลอดจนแนวความคิดทางการเมืองที่แตกต่างกัน ทำให้ประชาชนแต่ละประเทศมีการอพยพย้ายถิ่นที่อยู่ ทำให้รัฐบาลแต่ละประเทศจำเป็นต้องมีมาตรการกฎหมายเพื่อควบคุมการอพยพย้ายถิ่นที่อยู่ของคนต่างด้าวเพื่อมิให้เดินทางเข้ามาอยู่ในประเทศของตนโดยปราศจากการควบคุมคนต่างด้าวดังกล่าวนั้น

จากนโยบายเสรีด้านการเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวเข้ามาในประเทศไทยทำให้ต้องประสบปัญหาคนต่างด้าวอพยพ หรือเดินทางเข้ามาตั้งถิ่นฐาน หรือเข้ามาพำนักชั่วคราวมาโดยตลอด ส่วนใหญ่มาจากประเทศเพื่อนบ้านที่มีอาณาเขตติดต่อกับประเทศไทยเพื่อหลบหนีภัยการเมือง และภัยสงคราม นอกจากนี้ยังมีคนต่างด้าวอีกส่วนหนึ่งเข้ามาตั้งถิ่นฐานเพื่อประกอบอาชีพในสาขาต่างๆ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งจากนโยบายส่งเสริมการท่องเที่ยว ทำให้มีคนต่างด้าวเข้ามาในประเทศไทยจำนวนมาก แต่ในการเดินทางของคนต่างด้าวกลุ่มดังกล่าวย่อมมีการแอบแฝง ไม่ว่าจะเดินทางเข้ามาโดยถูกต้องตามกฎหมายในรูปแบบของนักท่องเที่ยวหรือแบบใดๆ รวมทั้งคนต่างด้าวที่ลักลอบหลบหนีเข้าเมืองหรือผู้อพยพจนอาจทำให้เกิดปัญหาที่มีผลกระทบต่อประเทศหลายด้าน

¹⁰ Arizps อ้างถึงใน สุเทพ ธรรมรักษ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 25.

¹¹ Bron and Selznick สุเทพ ธรรมรักษ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 25.

¹² สุเทพ ธรรมรักษ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 26.

จากสภาพปัญหาคนต่างด้าวที่หลั่งไหลเข้ามาในประเทศไทย จากอดีตถึงปัจจุบันคนต่างด้าวที่จะเดินทางเข้าในประเทศไทยเพื่อวัตถุประสงค์ต่างๆ สามารถจำแนกออกเป็นประเภทใหญ่ๆ ได้ดังนี้

1) คนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยเป็นการชั่วคราว

ก) ประเภทนักท่องเที่ยว(Tourist) และคนเดินทางผ่าน (Transit)

คนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยเป็นการชั่วคราวประเภทนี้ตามปกติจะเข้ามาพักเพื่อการท่องเที่ยวในระยะสั้นๆ จะอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เดินทางเข้ามาในประเทศไทยในประเภทนักท่องเที่ยว อยู่ในประเทศไทยได้ไม่เกิน 90 วัน ส่วนคนต่างด้าวที่เดินทางผ่าน อนุญาตให้อยู่ในประเทศไทยได้ไม่เกิน 30 วัน¹³

ข) ประเภทคนอยู่ชั่วคราว(Non-Immigrant)

คนต่างด้าวที่เดินทางเข้ามาในประเทศไทยในประเภทนี้ ตามปกติจะเดินทางเข้ามาประเทศไทยเพื่อวัตถุประสงค์ในการทำงานธุรกิจ ปฏิบัติหน้าที่ราชการ การศึกษาวิจัย หรือมาอยู่กับครอบครัว จะได้รับอนุญาตให้อยู่ในประเทศไทย 90 วันแต่หากคนต่างด้าวรับการตรวจลงตรา (Visa) โคนมีรหัส A กำกับต่อทำการตรวจลงตราประเภทคนอยู่ชั่วคราวตามวัตถุประสงค์ที่เดินทางเข้ามาหมายความว่าคนต่างด้าวผู้นั้นจะได้รับอนุญาตให้เข้ามาและอยู่ในประเทศไทยเป็นเวลา 1 ปี นับแต่วันที่เดินทางเข้ามาในประเทศไทย¹⁴

2) การเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย (Immigrant)

คนต่างด้าวที่มีความประสงค์จะขอตั้งถิ่นฐานอยู่ในประเทศไทยเป็นการถาวร จะต้องยื่นคำร้องขอมิถินที่อยู่ในประเทศไทยต่อคณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมือง ทั้งนี้ การพิจารณาอนุญาตเป็นอำนาจของคณะกรรมการดังกล่าว คนต่างด้าวที่ขอมิถินที่อยู่ในประเทศไทย แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ¹⁵

ก) ภายในกำหนดจำนวนคนต่างด้าวซึ่งจะเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยเป็นรายปี ซึ่งตาม พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 40 ให้รัฐมนตรีโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรีมีอำนาจประกาศในราชกิจจานุเบกษา กำหนดจำนวนคนต่างด้าว ซึ่งจะมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยเป็นรายปี แต่มิให้เกินประเทศละหนึ่งร้อยคนต่อปี และสำหรับคนไร้สัญชาติมิให้เกินห้าสิบคนต่อ จะยื่นและรับเรื่องได้ต่อเมื่อได้มีการประกาศกำหนดจำนวนคนต่างด้าวของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง และ

¹³ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522. มาตรา 34 มาตรา 35.

¹⁴ สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง. (2537). *หนังสือคู่มือการปฏิบัติงานของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง*. กรุงเทพฯ: สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง. หน้า 178.

¹⁵ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522. มาตรา 40 มาตรา 42 มาตรา 43 มาตรา 45 และมาตรา 51.

ประกาศระยะเวลาเปิด-ปิด การรับคำขอ (ตม.9) คนต่างด้าวดังกล่าวจะต้องเป็นผู้ที่เดินทางเข้ามาโดยได้รับการตรวจลงตราประเภทคนอยู่ชั่วคราวและได้รับอนุญาตให้อยู่ชั่วคราวระยะยาวติดต่อกันไม่น้อยกว่า 3 ปี การยื่นคำขอดังกล่าวนั้นสามารถยื่นได้ที่สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ด่านตรวจคนเข้าเมืองทั่วประเทศ และสถานเอกอัครราชทูตหรือสถานกงสุลไทยในต่างประเทศ โดยยื่นคำขอตามแบบ ตม.9 เมื่อสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองได้รับคำขอดังกล่าวแล้วก็จะนำเสนอคณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองพิจารณา ถ้ามีมติอนุญาตก็จะส่งเรื่องไปให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยพิจารณาให้ความเห็นชอบต่อไป

ข) นอกจากกำหนดจำนวนคนต่างด้าวซึ่งจะเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยเป็นรายปี (Non-Quota immigrant)¹⁶ ตามพ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 ได้กำหนดให้คนต่างด้าวที่มีความประสงค์จะมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยจะต้องมีลักษณะและคุณสมบัติต่างๆ เช่นเคยเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยแล้ว และได้กลับเข้ามาภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่พนักงานเจ้าหน้าที่ทำหลักฐานการแจ้งออกไปนอกประเทศไทยและไม่เป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามหรือหากเดินทางกลับเข้ามาเกินกว่าหนึ่งปี เมื่อคณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองพิจารณาแล้วเห็นว่าคนต่างด้าวผู้นั้นมีเหตุผลและข้อแก้ตัวอันสมควร ทั้งไม่เป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามก็จะพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวผู้นั้นมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยต่อไปโดยความเห็นชอบของรัฐมนตรีก็ได้ หรือเป็นหญิงซึ่งมีสัญชาติไทยโดยการเกิดและได้สละสัญชาติไทยในกรณีไทยในกรณีที่ได้สมรสกับคนต่างด้าว หรือเป็นบุตรซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะของหญิงซึ่งมีสัญชาติไทยโดยการเกิดไม่ว่าหญิงนั้นจะสละสัญชาติไทยในกรณีที่ได้สมรสกับคนต่างด้าวหรือไม่ก็ตาม หรือเป็นบุตรของบิดามารดาซึ่งเป็นคนต่างด้าวที่เกิดในระหว่างเวลาที่มารดาออกไปนอกประเทศไทยโดยมีหลักฐานการแจ้งออกไปนอกประเทศไทยเพื่อกลับเข้ามาอีกและเมื่อเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรพร้อมกับบิดาหรือมารดา ซึ่งกลับเข้ามาอีกภายในเวลาที่กำหนดตามหลักฐานการแจ้งออกและบุตรนั้นอายุยังไม่เกินหนึ่งปี หรือเป็นคนต่างด้าวที่นำเงินตราต่างประเทศเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเป็นจำนวนไม่น้อยกว่าสิบล้านบาท เมื่อคณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองเห็นว่าไม่เป็นการฝ่าฝืน พ.ร.บ.คนเข้าเมืองและโดยความเห็นชอบของรัฐมนตรีจะอนุญาตให้ผู้นั้นมีถิ่นที่อยู่ในกรณีนี้ได้เช่นกัน แต่ในกรณีที่น่าเงินตราต่างประเทศลงทุนนี้ในแต่ละปีจะเกินร้อยละห้าของจำนวนคนต่างด้าวที่เข้ามามีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยภายในกำหนดจำนวนของปีนั้นๆ มิได้

¹⁶ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522. มาตรา 42 มาตรา 43 และมาตรา 51.

3) คนต่างด้าวที่เข้ามาโดยผิดกฎหมาย (Illegal immigrants)

คนต่างด้าวที่เข้ามาโดยผิดกฎหมาย หมายถึง คนต่างด้าวที่เดินทางเข้ามาในประเทศไทย โดยไม่เดินทางเข้ามาตามช่องทางด่านตรวจคนเข้าเมือง และหมายความรวมถึง คนต่างด้าวที่ไม่มีหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางอันถูกต้องและยังสมบูรณ์อยู่ หรือมีแต่ไม่ได้รับการตรวจลงตรา(Visa) ในหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางจากสถานทูตหรือสถานกงสุลไทยในต่างประเทศหรือจากกระทรวงการต่างประเทศ เว้นแต่กรณีที่ไม่ต้องมีการตรวจลงตราสำหรับคนต่างด้าวบางประเภทเป็นกรณีพิเศษ คนต่างด้าวดังกล่าวนี้แบ่งออกได้ 2 ประเภทใหญ่ดังนี้คือ

(1) ผู้อพยพ (Displaced persons)

คนต่างด้าวที่ลักลอบเข้ามาในประเทศไทยในประเภทนี้ ส่วนใหญ่อพยพมาจากประเทศเพื่อนบ้านที่มีอาณาเขตติดต่อบริเวณชายแดนแถบอินโดจีน ได้แก่ ลาว เขมร พม่า เวียดนาม ที่หลบหนีจากอันตราย แล้วหลบหนีเข้ามาในประเทศไทยอย่างเป็นทางการเป็นกลุ่มหรือหมู่ชนใหญ่ๆ โดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ซึ่งแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

(ก) ผู้ที่รัฐบาลของผู้อพยพได้ติดต่อขอให้อพยพเข้ามาเป็นการล่องหน้า

(ข) ผู้ที่อพยพเข้ามาโดยพลการ ซึ่งผู้อพยพส่วนใหญ่จะอยู่ในประเภทนี้ นับตั้งแต่ พ.ศ. 2541 รัฐบาลไทยได้ร้องขอให้สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติให้เข้ามาให้ความคุ้มครอง หาทางแก้ปัญหาและให้ความช่วยเหลือแก่ผู้อพยพลี้ภัยดังกล่าว ซึ่งมีจำนวนมากกว่า 1 ล้าน 3 แสนคน ในจำนวนนี้มีผู้ลี้ภัยกว่า 705,000 คน ได้เดินทางไปตั้งถิ่นฐานในประเทศที่สามและจำนวนกว่า 576,000 คน ได้กลับประเทศบ้านเกิดของตนด้วยความสมัครใจ ในปี พ.ศ. 2552 ยูเอ็นเอชซีอาร์ประเทศไทยได้เสนอผู้ลี้ภัยจำนวน 19,840 คนสำหรับการพิจารณาเข้าไปตั้งถิ่นฐานใหม่ และผู้ลี้ภัยจำนวน 16,828 ได้ออกเดินทางไปใช้ชีวิตใหม่ในประเทศต่าง ๆ เป็นจำนวน 9 ประเทศแล้ว ในปี พ.ศ. 2553 ยูเอ็นเอชซีอาร์มุ่งหวังที่จะเสนอผู้ลี้ภัยประมาณ 10,000 คนสำหรับการพิจารณาเข้าไปตั้งถิ่นฐานใหม่¹⁷

ตามหลักความคิดพื้นฐานของกฎหมายคนเข้าเมืองนั้น สัญชาติเป็นสิ่งผูกพันทางกฎหมายระหว่างประชาชนกับรัฐ มีผลให้เกิดสิทธิและหน้าที่ ทั้งแก่รัฐและแก่ประชาชนตามกฎหมาย โดยรัฐมีสิทธิที่จะกำหนดว่าภายใต้กฎหมายของตน บุคคลใดคือคนสัญชาติตน ให้ความคุ้มครองคนสัญชาติของตนทั้งอยู่ในประเทศและต่างประเทศ มีสิทธิที่จะปฏิเสธการส่งมอบคน

¹⁷ UNHCR The UN Refugee Agency ประเทศไทย. (2565). *จำนวนผู้ลี้ภัยประเทศไทย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.unhcr.org/th/1>. [2565, 21 มิถุนายน].

สัญชาติของตนให้กับรัฐอื่นที่ขอให้ส่งตัวไปดำเนินคดีในต่างประเทศ ในขณะที่เดียวกัน รัฐก็มีหน้าที่ควบคุมดูแลและดำเนินการให้คนสัญชาติของตนมีสิทธิ และเสรีภาพตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายป้องกันมิให้คนสัญชาติของตนกระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมายเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่นหากมีการกระทำผิดก็จะต้องลงโทษคนสัญชาติของตน อีกทั้งยังมีหน้าที่ให้ความคุ้มครองดูแลคนสัญชาติของประเทศอื่นที่พำนักอยู่ในรัฐตนโดยชอบด้วยกฎหมายส่วนบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐนั้นก็มีสิทธิและหน้าที่ที่จะได้สัญชาติอย่างน้อยหนึ่งสัญชาติ ซึ่งอาจเป็นสัญชาติโดยการเกิด หรือสัญชาติภายหลังการเกิดมีหน้าที่ในการป้องกันประเทศ หน้าที่รับราชการทหาร หน้าที่เสียภาษีอากร เป็นต้น

คนต่างด้าว คือ คนที่มีไม่ใช่คนสัญชาติของรัฐ การที่รัฐหนึ่งอนุญาตให้คนสัญชาติของรัฐอื่นเข้าประเทศได้นั้น มีหลักปฏิบัติอยู่ 4 ประการ¹⁸ คือ

- 1) รัฐยอมรับให้คนต่างชาติทุกคนเข้าประเทศโดยไม่มีเงื่อนไขใดๆ หรือ
- 2) รัฐยอมรับให้คนต่างชาติทุกคนเข้าประเทศ โดยเงื่อนไขว่า รัฐมีสิทธิให้คนต่างด้าวบางชาติบางคน เช่น คนติดยาเสพติด คนเป็นโรคติดต่อร้าย เป็นต้น ออกนอกประเทศได้ หรือ
- 3) รัฐยอมให้คนต่างชาติเข้าประเทศโดยกำหนดเงื่อนไขการเข้าประเทศไว้ หรือ
- 4) รัฐยอมรับให้คนต่างชาติทุกคนเข้าประเทศ โดยรัฐมีสิทธิที่จะเนรเทศคนต่างชาติตามความพอใจ

ในการสำรวจกฎหมายว่าด้วยการเข้าเมืองพบว่า รัฐยอมรับหลักปฏิบัติข้อ 2 ข้อ 3 และข้อ 4 แต่ไม่ปรากฏว่ามีรัฐใดยอมรับหลักข้อปฏิบัติข้อ 1 โดยในหลักการรัฐมีเอกราชและอธิปไตยที่จะรับหรือไม่รับคนต่างชาติโดยมีเงื่อนไขใดๆ ได้ แต่ทั้งนี้จะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติและขึ้นอยู่กับหลักการปฏิบัติต่างตอบแทน(Principle of Reciprocity)

เป็นที่ยอมรับกันว่าปัจจุบันนี้บรรดาประเทศต่างๆ ในโลกทั้งที่เป็นสมาชิกองค์การสหประชาชาติและไม่ได้เป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ ล้วนแต่กำหนดลักษณะคนต่างด้าวที่ต้องห้ามมิให้เข้ามาในประเทศของตนทั้งสิ้น ซึ่งตามหลักวิธีแห่งนโยบายการตรวจคนเข้าเมืองสากล (Trends of immigration policy) จึงอยู่ใน หลักการจำกัดสิทธิคนต่างด้าวบางจำพวก (Qualitative restriction of immigration) โดยกำหนดลักษณะต้องห้ามของคนต่างด้าวที่ประเทศของตนไม่ต้องการไว้ใน พ.ร.บ.คนเข้าเมืองของประเทศตน¹⁹

¹⁸ ผดุง ปัทมะสังข์. (2538). *การปฏิบัติต่อคนต่างด้าว*. เอกสารประกอบคำบรรยายวิชากฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีเมือง คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม.

¹⁹ เทพย์ ธีรจันทร์วานนท์. (2515). *วิเคราะห์วิธีการและปัญหาการควบคุมคนต่างด้าวในประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 77.

2.2 ความเป็นมาและวิวัฒนาการกฎหมายคนเข้าเมืองของไทย

การตรวจคนเข้าเมืองของประเทศไทยนั้น จะได้มีการกำเนิดขึ้นมาในประเทศเป็นครั้งแรกแต่เมื่อใดนั้นไม่แน่ชัด แต่เท่าที่ค้นพบนั้นปรากฏว่า ในสมัยสุโขทัย พ่อขุนรามคำแหงพระมหากษัตริย์ไทยผู้มีความสามารถเป็นอย่างยิ่งทั้งในด้านการรบ การปกครอง และอักษรศาสตร์ ได้ดำเนินนโยบายต่างประเทศอย่างชาญฉลาดคือได้สร้างสัมพันธไมตรีอันดีต่อมโกล ทำให้มโกลที่ปกครองประเทศจีนอยู่ในเวลานั้นไม่ขัดขวางการขยายอาณาเขต และศาสนาพุทธนิกายหินยานซึ่งเข้ามาเป็นศาสนาประจำชาติของไทยตั้งแต่สมัยนั้นก็ได้รับอิทธิพลมาจากประเทศอินเดีย²⁰ ซึ่งการได้รับอิทธิพลในด้านต่างๆ นั้น ย่อมแสดงให้เห็นว่าประเทศไทยได้มีการติดต่อไปมาหาสู่กันกับประเทศต่างๆ ดังกล่าว แต่ก็ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายไว้โดยเฉพาะเกี่ยวกับการตรวจอนุญาตให้คนต่างด้าวจากประเทศต่างๆ นั้นเข้าและออกประเทศไทย ต่อมาในสมัยกรุงศรีอยุธยาได้มีการสร้างความสัมพันธไมตรีกับต่างประเทศ อันเป็นการดำเนินนโยบายส่งเสริมการติดต่อกับต่างประเทศเพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจ เปิดโอกาสให้ชนทุกชาติเข้ามาทำการค้าขายโดยทั่วกัน โดยได้มีการติดต่อกับการค้าขายกับประเทศจีน เมืองแขก เมืองจาม เมืองชวา มลายู ตลอดจนอินเดีย เปอร์เซีย และลังกา ส่วนประเทศฝรั่งเศสและประเทศญี่ปุ่นยังไม่มีการค้าขายกันดังเช่นในสมัยพระบรมไตรโลกนาถ มีชาวจีนชื่อ เจ๋นบู๊นบินเข้ามาค้าขายในประเทศไทยแล้วเลยเข้ารับราชการเป็นขุนนางอยู่ในกรุงศรีอยุธยาและเคยเป็นราชทูตกรุงศรีอยุธยาไปเจริญทางพระราชไมตรีกับประเทศจีนด้วย²¹ ต่อมาในสมัยต้นกรุงรัตนโกสินทร์ก็ได้มีสัมพันธไมตรีกับประเทศเพื่อนบ้านเช่น ประเทศเขมร ญวน ลาว มลายูและจีนในสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกก็ได้มีชาวยุโรปชาติเดียวที่เข้ามาติดต่อกับรัฐบาลไทย คือ ประเทศโปรตุเกส โดยอนุญาตให้เข้ามาตั้งสถานีการค้าในประเทศไทย และยังอนุญาตให้สร้างโบสถ์ทางคริสต์ศาสนาอีกด้วย ในสมัยพระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัวก็ได้มีการทำสนธิสัญญาไมตรีและการค้ากับประเทศอังกฤษ นับเป็นสนธิสัญญาฉบับแรกที่รัฐบาลไทยทำกับชาวยุโรป โดยชาวยุโรปนั้นได้นำศาสนาคริสต์เข้ามาเผยแพร่ รวมทั้งความเจริญทางการศึกษา ด้านการพิมพ์ ด้านการแพทย์ เช่น หมอบริดเลย์ได้นำเอาวิชาการแพทย์สมัยใหม่เข้ามาเผยแพร่ที่สำคัญที่สุดคือวิธีการปลูกฝีป้องกันไข้ทรพิษ และการฉีดวัคซีนป้องกันอหิวาตกโรค ในสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวก็ได้มีการทำสนธิสัญญากับประเทศอังกฤษคือ

²⁰ วิไลเลขา บุรณศิริ และสิริรัตน์ เรืองวงษ์วาร. (2533). *คำบรรยายวิชา HI 333 เรื่องประวัติศาสตร์เอเชียตะวันออกเฉียงใต้ก่อนการเข้ามาของชาวตะวันตก*. เอกสารประกอบการสอน มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

²¹ รอง ศยามานนท์. (2516). *คำบรรยายวิชา HI 221 เรื่องประวัติศาสตร์ไทยสมัย กรุงศรีอยุธยา*. เอกสารประกอบการสอน มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

สนธิสัญญาเบาริง ถึงแม้สนธิสัญญานับนี้ประเทศไทยถูกบีบให้ต้องทำและถูกเอาเปรียบอย่างมาก แต่ก็มีความจำเป็นที่ต้องทำเพื่อป้องกันมิให้ประเทศไทยต้องตกเป็นเมืองขึ้นของประเทศอังกฤษ ในสนธิสัญญานับนี้ก็ได้มีข้อตกลงเกี่ยวกับการค้าขายต่างๆ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าได้มีคนต่างด้าวจากประเทศต่างๆ เข้ามาในประเทศไทยแล้ว ในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ก็ได้มีการเจริญสัมพันธไมตรีกับประเทศอังกฤษ ญี่ปุ่น ฮอลแลนด์ โปรตุเกส ฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา และได้มีการพระราชทานบรรดาศักดิ์ให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาประ โยชน์ให้แก่ประเทศไทยอีกด้วย²² แต่ในสมัยดังกล่าวก็ยังไม่มีกฎหมายคนเข้าเมืองมาบังคับใช้ ประเทศไทยเริ่มมีกฎหมายคนเข้าเมืองตั้งแต่ในสมัยรัชการที่ 6 ซึ่งได้ประกาศใช้ในระหว่างช่วงสงครามโลก ครั้งที่ 1 โดยใช้ชื่อว่า พระราชบัญญัติลักษณะคนต่างประเทศเข้าเมือง พุทธศักราช 2460 อันมีหลักการและเหตุผลในการตราพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว โดยสรุปได้ว่า เนื่องจากในช่วงเวลาดังกล่าวนั้นมีคนต่างด้าวเข้ามาอาศัยอยู่ในประเทศไทยเป็นจำนวนมาก เป็นเหตุให้ประชาชนและเจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับความเดือดร้อนประกอบกับรัฐบาลในนานาประเทศได้มีการบัญญัติการตรวจตราหนังสือเดินทางคนต่างประเทศที่เดินทางไปขึ้น ณ เมืองท่าของประเทศนั้นๆ โดยเข้มงวด และเมืองท่าต่างประเทศที่อยู่ติดกับราชอาณาจักรก็ได้กระทำการตรวจตราโดยเข้มงวด ฉะนั้น เพื่อป้องกันปัญหาดังกล่าวมิให้เกิดขึ้นกับประชาชนในประเทศของตน จึงให้ประชาชนที่ประสงค์จะเดินทางไปต่างประเทศไปแสดงความจำนงขอรับหนังสือเดินทางต่อกระทรวงต่างประเทศ แต่ถ้าจะไปเพียงเมืองต่างประเทศที่ใกล้เคียงติดต่อกับประเทศไทย ก็ให้ไปขอรับหนังสือเดินทางจากผู้ว่าราชการจังหวัดหรือ สมุห์เทศาภิบาลในมณฑลที่ตนมีภูมิลำเนาอยู่นั้น นอกจากนั้นได้มีพระบรมราชโองการอีกฉบับหนึ่ง ซึ่งประกาศเมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน พ.ศ.2460 ห้ามมิให้สตรีและเด็กเดินทางไปยังประเทศอังกฤษและประเทศในทะเลเมดิเตอร์เรเนียน กับในเขตน่านน้ำที่มีการสงคราม

ต่อมาในปี พ.ศ.2463 ได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าการเดินทางเข้าออกในพระราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2463 อันมีหลักการและเหตุผลในการตราพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวโดยสรุปได้ว่า เนื่องจากในช่วงเวลาดังกล่าวนั้นมีคนต่างด้าวที่ไม่สมควรเข้ามาอาศัยในประเทศไทยเป็นจำนวนมาก จึงได้ตราพระราชบัญญัติดังกล่าว คือ บุคคลที่จะเดินทางเข้าออกประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งคนต่างด้าวนั้นต้องมีการตรวจตราเป็นพิเศษเพื่อป้องกันมิให้คนต่างด้าวซึ่งเป็นบุคคลไม่พึงปรารถนาเข้ามาในประเทศไทย อีกทั้งเป็นการป้องกันประชาชนคนไทยมิให้ถูกล่อลวงจากคนร้ายที่จะชักชวนออกนอกประเทศซึ่งจะนำไปสู่การคบหาสมาคมคนร้ายดังกล่าว

²² วิไลเลขา บุรณศิริ, สิริรัตน์ เรืองวงษ์วาร และศิวพร สุนทรวิภาต. (2532). *คำบรรยายวิชา HI 222 เรื่องประวัติศาสตร์ไทย 2*. เอกสารประกอบการสอน มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

หรืออาจเป็นเหตุให้ผู้ที่ชักชวนนั้นเปลี่ยนแปลงสัญชาติโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หรือประชาชนดังกล่าวนั้นอาจจะตระกำลำบากหาที่พึ่งไม่ได้

พ.ศ.2470 ได้มีคนต่างด้าวสัญชาติต่างๆ อพยพเข้ามาตั้งถิ่นฐานที่อยู่ประกอบอาชีพในประเทศไทยมากขึ้น เป็นการบีบบังคับให้คนไทยซึ่งเป็นเจ้าของประเทศต้องประสบความยุ่งยากลำบากในการประกอบอาชีพ ดังนั้น รัฐบาลไทยในขณะนั้นจึงต้องกำหนดนโยบายการควบคุมกีดกันและจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวขึ้น โดยได้ตราพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2470 ขึ้นครั้งแรกเมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม 2470 ซึ่งมีหลักการและเหตุผลของการตราพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวคือ ในช่วงเวลาดังกล่าวนั้นประเทศไทยได้เห็นภัยที่เกิดจากคนต่างด้าวเข้ามาในประเทศไทยขึ้น ทั้งนี้เนื่องจากว่าหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ในปี พ.ศ.2471 รัฐบาลไทยจึงได้ตราพระราชบัญญัติค่าหญิงและเด็กหญิง พ.ศ.2471 ขึ้นบังคับใช้ด้วย และเพื่อให้การบริหารราชการเกี่ยวกับการควบคุมตรวจตราคนต่างด้าวที่จะเข้ามาในประเทศไทยอย่างมีประสิทธิภาพ รัฐบาลในขณะนั้นจึงได้ตั้งกรมตรวจคนเข้าเมืองขึ้น เป็นครั้งแรก เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2470 โดยสังกัดกระทรวงมหาดไทย ให้มีหน้าที่เป็นผู้รับผิดชอบบริหารราชการตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองและพระราชบัญญัติค่าหญิงและเด็กหญิง และได้ตั้งที่ทำการตรวจคนเข้าเมืองขึ้นตามมณฑลจังหวัดและอำเภอชายแดนที่เป็นช่องทางเข้าออกทั้งประเทศไทย กรมตรวจคนเข้าเมืองจึงหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ควบคุมตรวจตราคนต่างด้าวเข้าเมืองตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา

พ.ศ.2474 ได้มีการตราพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองแก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2474

พ.ศ.2475 ได้มีการตราพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองแก้ไขเพิ่มเติมพุทธศักราช 2475

พ.ศ.2477 ได้มีการตราพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองแก้ไขเพิ่มเติมพุทธศักราช 2477

พ.ศ.2480 ได้มีการตราพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2480

พ.ศ.2482 ได้มีการตราพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2482

หลักการและเหตุผลที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2474 ฉบับ พ.ศ.2475 ฉบับ พ.ศ.2477 ฉบับ พ.ศ.2480 และฉบับ พ.ศ.2482 ก็เนื่องมาจากสถานการณ์ระหว่างประเทศและเศรษฐกิจในระยะเวลาต่อมาได้มีการเปลี่ยนแปลง จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฉบับดังกล่าวนี้เพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์ในแต่ละช่วงเวลาดังกล่าว

พ.ศ.2493 ได้มีการตราพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2493 หลักการและเหตุผลที่มีการตราพระราชบัญญัตินี้ก็เพื่อจัดการและควบคุมการเข้ามาของคนต่างด้าวให้ดีและรัดกุมยิ่งขึ้น กับเพื่อควบคุมเจ้าของ ผู้ควบคุม และคนประจำยานพาหนะ ให้เป็นระเบียบ อีกทั้งเป็นการเพิ่มความ

รัดกุมในการที่จะควบคุมป้องกันในการเข้าเมืองของคนต่างด้าวซึ่งยังมีช่องทางหลักเลี้ยงพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองนี้อยู่อย่างมาก

พ.ศ.2497 ได้มีการตราพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองแก้ไขเพิ่มเติม(ฉบับที่ 2) พ.ศ.2497 หลักการและเหตุผลที่มีการตราพระราชบัญญัตินี้ก็เพื่อควบคุมคุณสมบัติของคนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทย เนื่องจากในช่วงเวลาดังกล่าว คนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยทั้งประเภทที่เป็นคนเข้าเมือง และประเภทที่ไม่นับเป็นคนเข้าเมืองได้ทวีมากขึ้นและได้ประกอบอาชีพรับจ้างใช้แรงงานในประเทศ จึงสมควรแก้ไขพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองกำหนดคุณสมบัติ และจำนวนคนต่างด้าวที่จะเข้ามาในประเทศไทยไว้ให้เป็นการเหมาะสม

พ.ศ.2522 ได้มีการตราพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 ซึ่งเป็นฉบับที่ใช้จนถึงกระทั่งปัจจุบันนี้ หลักการและเหตุผลในการตราพระราชบัญญัตินี้เนื่องจากในปัจจุบันนี้คนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในประเทศไทยได้ทวีจำนวนมากขึ้นเป็นลำดับ พระราชบัญญัติฉบับก่อนหน้านี้ได้ประกาศใช้มาเป็นเวลานานแล้ว บทบัญญัติต่างๆ ล้าสมัยและไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบัน ดังนั้น เพื่อความมั่นคงปลอดภัยและเพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนและประเทศชาติ จึงจำเป็นที่จะต้องแก้ไขปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเสียใหม่ โคนกำหนดคุณสมบัติและจำนวนคนต่างด้าวซึ่งจะเข้ามาในราชอาณาจักรไว้ให้เป็นการเหมาะสม และสอดคล้องกับพระราชบัญญัติสัญชาติและกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง ประกอบกับในปัจจุบันนี้รัฐบาลมีนโยบายที่จะส่งเสริมและสนับสนุนการลงทุนในประเทศไทย จึงสมควรที่จะผ่อนคลายเป็นอันขาดความสะดวกให้แก่คนต่างด้าวที่ประสงค์จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยให้มากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ยังได้มีบทบัญญัติโทษสำหรับการกระทำความผิดในบางกรณีเพื่อเป็นการป้องกันมิให้คนต่างด้าวหลักเลี้ยงหรือหลบหนีเข้ามาในประเทศไทยได้และได้เพิ่มบทกำหนดโทษให้เหมาะสมกับสภาพในปัจจุบัน รวมทั้งอัตราค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บอยู่ในขณะนี้ยังอยู่ในอัตราต่ำ จึงสมควรปรับปรุงอัตราค่าธรรมเนียมเสียใหม่ให้เหมาะสมยิ่งขึ้น

2.3 เจตนารมณ์และประโยชน์ของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ในปัจจุบันนี้คนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในประเทศไทยได้ทวีจำนวนมากขึ้นเป็นลำดับ พระราชบัญญัติฉบับก่อนหน้านี้ได้ประกาศใช้มาเป็นเวลานานแล้ว บทบัญญัติต่างๆ ล้าสมัยและไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบัน ดังนั้นเพื่อความมั่นคงปลอดภัยและเพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนและประเทศชาติจึงจำเป็นที่จะต้องแก้ไขปรับปรุงกฎหมายว่าด้วย

คนเข้าเมืองเสียใหม่ โดยมีเจตนาธรรมณ์หรือวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522²³ ดังนี้

2.3.1 ต้องการให้มีการปรับปรุงกฎหมายและระเบียบต่างๆ เกี่ยวกับคนเข้าเมืองเพื่อมิให้เป็นช่องทางหากินของเจ้าพนักงานบางคน ตลอดจนผู้ที่แสวงหาผลประโยชน์ทั้งหลายจากคนเข้าเมือง โดยได้บัญญัติในเรื่อง อำนาจในการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามามีถิ่นที่อยู่ถาวรในประเทศไทย (การเข้าเมืองในโควต้า) ซึ่ง พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2493 นั้น ได้ให้อำนาจอธิบดีกรมตำรวจ (ปัจจุบันคือผู้บัญชาสำนักงานตำรวจแห่งชาติ) แต่ใน พระราชบัญญัติคนเข้าเมืองนี้ได้เปลี่ยนแปลงเป็นอำนาจของคณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมือง ซึ่งประกอบด้วยปลัดกระทรวงมหาดไทย เป็นประธานกรรมการ และมีผู้แทนจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องร่วมเป็นกรรมการ ทั้งนี้โดยความเห็นชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย

2.3.2 ต้องการให้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายและระเบียบต่างๆ ให้นักลงทุนและนักท่องเที่ยวที่เข้ามาด้วยความบริสุทธิ์ได้รับความสะดวกในการเดินทางเข้ามาในประเทศไทยมากยิ่งขึ้นกล่าวคือ พระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฉบับนี้ได้ขยายระยะเวลาการอนุญาตให้คนต่างด้าวอยู่ในราชอาณาจักรออกไปถึง 3-4 เท่า ของระยะเวลาที่กำหนดไว้ใน พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2493 ยกตัวอย่างเช่น นักท่องเที่ยวหรือผู้ที่ถือ TOURIST VISA เข้ามา บุคคลประเภทนี้ตามกฎหมายฉบับเดิมจะอนุญาตให้อยู่ได้ไม่เกินหกสิบวัน แต่ตามกฎหมายฉบับนี้จะอยู่ได้ไม่เกินเก้าสิบวัน หรือผู้ที่เข้ามาเพื่อการธุรกิจซึ่งถือ NON IMMIGRANT VISA เข้ามา บุคคลประเภทนี้ตามกฎหมายฉบับเดิมจะอนุญาตให้อยู่ได้ไม่เกินหกสิบวัน แต่ตามกฎหมายฉบับนี้จะอยู่ได้ไม่เกินหนึ่งปี ส่วนผู้ที่เข้ามาเพื่อการลงทุน ตามมาตรา 34(64) นั้นแต่เดิมก็มีสิทธิได้เช่นเดียวกับผู้ที่เข้ามาเพื่อการธุรกิจแต่ตามกฎหมายฉบับนี้ได้แยกประเภทนี้ออกไปจากพวกเข้ามาเพื่อธุรกิจ และจะสามารถอยู่ได้ไม่เกินสองปี ตามมาตรา 35(4) เป็นต้น นอกจากนี้ยังได้มีการบัญญัติกฎหมายให้เป็นการอำนวยความสะดวกแก่คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรแล้ว ซึ่งประสงค์จะเดินทางออกไปก่อนกำหนดอนุญาต ตามกฎหมายฉบับเดิม หากคนต่างด้าวผู้ใดเดินทางออกไปก่อนกำหนดอนุญาตให้ถือว่าการอนุญาตนั้นเป็นอันสิ้นสุด เมื่อกลับเข้ามาก็ต้องมาดำเนินการเรื่องขออยู่ต่อใหม่ แต่ตามกฎหมายฉบับนี้ไม่ถือว่าการอนุญาตนั้นสิ้นสุด ถ้าหากว่าก่อนเดินทางออกไปคนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้กลับเข้ามาอีก ซึ่งจะช่วงขจัดปัญหาความเดือดร้อนของคนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้กลับเข้ามาอีก ซึ่งจะช่วยขจัดปัญหาความเดือดร้อนของคนต่างด้าวเกี่ยวกับกรณีขออยู่ต่อไปได้

²³ สำนักงานปลัดกระทรวงมหาดไทย. (2521, 15 มีนาคม). *หนังสือ ที่ มท 0204/1342 เรื่องการพิจารณาแก้ไขกฎหมายคนเข้าเมือง.*

2.3.3 นอกจากกฎหมายคนเข้าเมืองฉบับนี้จะผ่อนผันและอำนวยความสะดวกแก่นักลงทุน นักธุรกิจ และนักท่องเที่ยวดังกล่าวแล้ว ยังได้มีบทบัญญัติอันเป็นการควบคุมตรวจสอบ สอดส่องการเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรของคนต่างด้าวอย่างใกล้ชิด อีกทั้งยังได้แก้ไขปรับปรุง บทบัญญัติเกี่ยวกับการลงโทษผู้หลบหนีเข้าเมือง รวมทั้งผู้ที่ให้ความช่วยเหลือหรือซ่อนเร้นผู้ ที่หลบหนีเข้าเมืองให้สูงขึ้น เพื่อเป็นการป้องกันและปราบปรามคนต่างด้าวที่หลบหนีเข้าเมืองหรือ บุคคลที่คอยให้ความช่วยเหลือคนต่างด้าวหนีเข้าเมืองอีกด้วย อาทิเช่น ผู้ที่ให้ความช่วยเหลือคนต่าง ด้าวหลบหนีเข้าเมืองตามกฎหมายฉบับเดิมกำหนดโทษปรับไม่เกินหมื่นบาท หรือจำคุกไม่เกินสอง ปี หรือทั้งปรับทั้งจำ แต่ตามกฎหมายฉบับปัจจุบันกำหนดโทษจำคุกไม่เกินห้าปีและปรับไม่เกินห้า หมื่นบาท เป็นต้น ทั้งนี้ นับเป็นการสอดคล้องกับสถานการณ์ในปัจจุบันซึ่งมีคนต่างด้าวอพยพ หลบหนีเข้าเมืองเป็นจำนวนมาก อันจะเป็นการช่วยป้องกันและปราบปรามให้ลดน้อยลงไปได้

2.3.4 ต้องการแก้ไขภาพพจน์ที่ไม่ดีเกี่ยวกับการเข้าเมืองในอดีต กล่าวคือ ได้นำผู้แทนจาก หน่วยงานต่างๆ เช่น ปลัดกระทรวงมหาดไทยเป็นประธาน ปลัดกระทรวงการต่างประเทศ ผู้บัญชาการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ อธิบดีกรมแรงงาน ผู้อำนวยการองค์การส่งเสริมการท่องเที่ยว แห่งประเทศไทย เลขาธิการคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน เลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ มาเป็นคณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมือง ซึ่งมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับพิจารณาเพิกถอนหรืออนุญาต ให้คนต่างด้าวต่างๆ เข้ามาถิ่นที่อยู่ในประเทศ เป็นต้น

2.3.5 ตามกฎหมายคนเข้าเมืองฉบับนี้ ได้มีการแก้ไขปรับปรุงค่าธรรมเนียมต่างๆ ให้ สูงขึ้นเพื่อให้เหมาะสมกับค่าของเงินในปัจจุบัน หากได้รับอนุญาตให้เข้าเมืองในโควตาจึงจะเสีย ค่าธรรมเนียมสำหรับใบสำคัญถิ่นที่อยู่ 1,000 บาท หากได้รับอนุญาตให้เข้าเมืองใน โควตาจะต้อง เสียค่าธรรมเนียมสำหรับใบสำคัญถิ่นที่อยู่อีกรายละเอียด 30,000 บาท ซึ่งจะทำให้รัฐได้งบประมาณ เพิ่มขึ้น อีกทั้งจะเป็นการป้องกันการที่คนต่างด้าวยื่นขอเข้าเมืองใน โควตาเพื่อประวิงเวลาอยู่ใน ประเทศไทยโดยไม่ประสงค์ที่จะมีถิ่นที่อยู่ถาวรในประเทศไทย เพียงเพื่อให้ได้อยู่ประเทศไทยเป็น เวลานานๆ ระหว่างรอฟังการพิจารณาของทางราชการเท่านั้นอีกด้วย

2.3.6 กฎหมายคนเข้าเมืองฉบับนี้ มาตรา 7 บัญญัติให้อำนาจคณะกรรมการพิจารณาคน เข้าเมืองไว้อย่างกว้างขวาง ซึ่งจะรวมไปถึงบุคคลสัญชาติที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางการทูตกับ ประเทศไทยหรือคนไร้สัญชาติด้วย กล่าวคือ ในกรณีพิเศษเฉพาะเรื่อง คณะกรรมการพิจารณาคน เข้าเมืองจะอนุญาตให้คนต่างด้าวผู้ใดหรือจำพวกใดเข้ามาอยู่ในประเทศไทยภายในเงื่อนไขใดๆ หรือจะยกเว้นไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองในกรณีใดๆ โดยอนุมัติของ รัฐมนตรีก็ได้ หากรัฐบาลจะใช้หลักถ้อยทีถ้อยปฏิบัติต่อกันแล้ว ก็จะต้องอาศัยอำนาจของ คณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองดังกล่าวนี้

2.3.7 เพื่อปัญหาข้อขัดข้องต่างๆ จะลดน้อยหรือหมดไป รวมทั้งจะเป็นการประสาน และส่งเสริมเกี่ยวกับการลงทุน และการท่องเที่ยวในประเทศไทย และด้านอื่นๆ กฎหมายฉบับนี้จึงได้บัญญัติให้หน่วยงานต่างๆ เข้ามามีส่วนร่วมเป็นคณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองดังกล่าวข้างต้น

2.4 แนวคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของชาติและความมั่นคงแห่งรัฐ

แนวคิดสำนักกฎหมายบ้านเมืองหรือปฏิฐานนิยม (Positivism) เห็นว่าความเป็นรัฐนั้นมีลักษณะเป็นนามธรรม อันประกอบด้วยคุณค่าและความสำคัญ จึงทำให้รัฐต้องมีเจตจำนง (Will) ซึ่งเป็นที่มาของการมีอำนาจอธิปไตย และอำนาจอปกครอง เห็นว่าความสำคัญของการเป็นรัฐเกิดจากความประสงค์ที่ต้องการปกป้อง “อำนาจอธิปไตยของชาติ” กรณีนี้เห็นได้จากการไม่บัญญัติสิทธิการเรียนการสอนละเมิดสิทธิมนุษยชนของคนต่างด้าวที่กระทำในชาติไว้ในปฏิญญาฯ/กติการะหว่างประเทศ ทั้งนี้ ประเทศต่างๆ มีจุดประสงค์ในเรื่องสิทธิมนุษยชนเป็นเรื่องคุณค่าภายในประเทศ โดยประสงค์ให้แต่ละประเทศมุ่งแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นเอง มากกว่าที่จะเป็นคุณค่าสากล ไม่ใช่ปัญหาที่ประเทศอื่นจะยื่นมือเข้าไปช่วยเหลือ แทรกแซงโดยไม่บังควร²⁴

2.4.1 อำนาจอธิปไตยของรัฐ²⁵

กลุ่มชนที่จะถือเป็นรัฐได้นั้นต้องประกอบไปด้วยการมีประชากร มีดินแดนที่แน่นอน มีการปกครองหรือรัฐบาล และมีอำนาจอธิปไตย ซึ่งอำนาจอธิปไตยนั้นเป็นลักษณะสำคัญอันหนึ่งของความเป็น “รัฐ” ทำให้รัฐมีอำนาจอธิปไตยมีอำนาจสูงสุดในดินแดนของตนและเป็นอิสระจากรัฐอื่น ส่งผลให้รัฐเกิดสิทธิขึ้นหลายประการ อันได้แก่ สิทธิที่จะทำการติดต่อ สิทธิที่จะได้รับการเคารพในเกียรติศักดิ์ สิทธิที่จะป้องกันตนเอง สิทธิที่จะไม่ถูกแทรกแซง สิทธิที่จะมีความเท่าเทียม สิทธิที่จะมีอำนาจอศาล รวมถึงสิทธิที่จะมีเอกราชและอำนาจอสูงสุดในดินแดน ฯลฯ การปรากฏตัวของเอกชน (คนต่างด้าว) ในดินแดนของรัฐใด มีผลทำให้บุคคลนั้นตกอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐเจ้าของดินแดน และบุคคลดังกล่าวจะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนด บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มาจากรัฐอธิปไตยนั้นๆ ซึ่งสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรตาม พ.ร.บ. คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ที่มีผลมาจากการที่รัฐมีอำนาจอธิปไตย คือ

²⁴ จรัญ โฆษณนันทน์. (2545). *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน ปรัชญา กฎหมายและความเป็นจริงทางสังคม* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 292-294.

²⁵ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา. (2511). *กฎหมายระหว่างประเทศ* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช. หน้า 54-58.

2.4.1.1 สิทธิที่จะมีเอกราชและอำนาจอิสระในดินแดน

โดยหลักการในการแบ่งอำนาจอธิปไตยนั้น สามารถแบ่งออก 2 ประเภท คือ อำนาจอธิปไตยภายนอก และอำนาจอธิปไตยภายใน

1) อำนาจอธิปไตยภายนอกของรัฐ

อำนาจอธิปไตยภายนอกของรัฐ หมายถึง อำนาจอธิปไตยที่รัฐมีอยู่ในการมีความสัมพันธ์กับรัฐอื่น อันได้แก่ความมีเอกราชเป็นอิสระไม่ขึ้นกับอำนาจของรัฐใด และผลของการที่รัฐมีอำนาจอธิปไตยภายนอก หรือมีสิทธิที่จะมีเอกราชดังกล่าว ทำให้รัฐมีสิทธิที่จะดำเนินนโยบายต่างประเทศและการค้ากับนานาอารยประเทศได้ตามที่ต้องการ และอาจทำสนธิสัญญาพันธมิตรหรือสนธิสัญญาอื่นๆกับรัฐอื่นได้ตามปรารถนา สามารถส่งและรับผู้แทนทางการทูตได้ หรือจะยกดินแดนบางส่วนของตนหรือเสียดินแดนบางส่วนได้ รัฐสามารถทำสงครามหรือสนธิสัญญาสันติภาพกับรัฐใดก็ได้

2) อำนาจอธิปไตยภายในของรัฐ

อำนาจอธิปไตยภายในของรัฐ หมายถึง ความมีอำนาจอิสระในดินแดน ซึ่งเป็นอำนาจที่รัฐมีอยู่ในความสัมพันธ์กับบุคคลในดินแดนของรัฐนั้น รวมตลอดไปถึงบุคคลสัญชาติของรัฐคนในต่างประเทศด้วย โดยสภาพแล้วอำนาจอธิปไตยภายในของรัฐที่มีอยู่ในลักษณะ “เด็ดขาด” พอจะแยกได้เป็น 2 ประเภท คือ

(1) อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐ (Territorial sovereignty)

ลักษณะของอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน มีความหมายความว่ารัฐสามารถที่จะปกครองด้วยระบอบใดๆก็ได้ จะก่อตั้งกำลังกองทัพ ป้อมค่ายต่างๆหรือมีนโยบายเศรษฐกิจ สังคม การเมืองอย่างไรก็ได้ตามที่รัฐต้องการ บุคคลทุกคนและทรัพย์สินทุกอย่างในดินแดนถือว่าตกอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐทั้งหมด คนต่างด้าว ในรัฐอาจถูกบังคับให้เสียภาษี และถูกจำกัดสิทธิต่างๆได้ รวมทั้งรัฐสามารถเนรเทศหรืออาจไม่ยอมรับคนต่างด้าวเข้าประเทศเลยก็ได้ และมีสิทธิที่จะให้ที่ลี้ภัยแก่คนต่างด้าวได้ ซึ่งการที่รัฐมีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนนี้ มีผลให้องค์กรฝ่ายบริหาร เช่นตำรวจหรือฝ่ายปกครองของรัฐอื่นเข้ามาจับกุมผู้กระทำความผิดหรือผู้ต้องหาในดินแดนของรัฐไม่ได้ นอกจากนี้รัฐมีสิทธิให้การแปลงสัญชาติแก่บุคคลต่างด้าวถ้าบุคคลนั้นร้องขอโดยมิต้องได้รับความเห็นชอบหรือความยินยอมจากรัฐที่บุคคลนั้นมีสัญชาติ

บุคคลสัญชาติอื่นที่เข้ามาอยู่ในดินแดนของรัฐ ถ้าไม่มีสัญชาติแล้ว รัฐไม่จำเป็นต้องยอมรับให้คนสัญชาติต่างประเทศเข้าประเทศตน ซึ่งการจะรับหรือไม่รับเป็นสิทธิของรัฐ หรือรัฐอาจยอมรับคนต่างด้าวโดยวางข้อจำกัดก็ได้ การกีดกันการเข้าเมืองเป็นสิ่งที่มิใช่เสมอ เพราะรัฐย่อมไม่ต้องการให้คนมีสัญชาติต่างประเทศเข้ามาทำกินในดินแดนของตนเองมาก

เกินไป ความจริงที่ว่ารัฐใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนต่อบุคคลในดินแดน ทำให้รัฐต่างประเทศไม่มีสิทธิใช้อำนาจเหนือบุคคลของตนที่เข้าไปอยู่ในรัฐอื่นแล้ว คือดินแดนของรัฐเป็นที่ลี้ภัยของชนต่างชาติต่างประเทศได้

(2) อำนาจอธิปไตยเหนือบุคคลของรัฐ (Personal sovereignty)

เป็นกรณีที่รัฐจะกระทำต่อบุคคลสัญชาติของตนอย่างไรก็ดี ซึ่งบุคคลสัญชาติของรัฐไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด ไม่ว่าในหรือนอกประเทศย่อมอยู่ในอำนาจอธิปไตยเหนือบุคคลภายใต้บังคับของรัฐ รัฐมีสิทธิบังคับให้บุคคลได้บังคับของตนเดินทางกลับประเทศได้ หรืออาจบังคับให้เสียบางก็ได้ รัฐมีสิทธิลงโทษบุคคลได้บังคับที่กระทำผิดในต่างประเทศ เมื่อบุคคลนั้นเดินทางกลับประเทศตน

3) ข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นต่อเสรีภาพของรัฐ

(1) ข้อจำกัดอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐ คือจารีตประเพณีและสนธิสัญญาระหว่างประเทศ เช่น ในการปฏิบัติต่อกันต่างตัว รัฐจะต้องให้ความเท่าเทียมกันในกระบวนการยุติธรรมแก่คนต่างตัวอย่างน้อยก็เท่ากับคนของรัฐนั้น จะจำกัดสิทธิคนต่างในด้านอื่น ๆ ได้ แต่จะจำกัดสิทธิทางด้านกระบวนการยุติธรรมมิได้

(2) ข้อจำกัดอำนาจอธิปไตยเหนือบุคคลภายใต้บังคับ คือการใช้อำนาจจะต้องไม่ละเมิดอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐต่างชาติ เช่น รัฐจะส่งตำรวจไปจับกุมบุคคลสัญชาติตนในต่างประเทศ โดยประเทศนั้นมีได้ให้ความยินยอมไม่ได้ การลักพาตัวบุคคลข้ามประเทศมิอาจกระทำได้ หรือในกรณีที่รัฐหนึ่งๆ ได้กระทำความโหดร้ายทารุณต่อผู้ได้อำนาจปกครองรัฐมิอาจกระทำได้ ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นระดับหนึ่งต่อแนวคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยของชาติ

2.4.1.2 อำนาจทางการศาลของรัฐต่อคนต่างตัว

ตามหลักสากลรัฐมีสิทธิที่จะมีอำนาจศาล ซึ่งอำนาจศาลนี้เป็นอำนาจที่จะจัดการจับกุมหรือนำตัวบุคคลมาพิจารณาคดี เป็นอำนาจที่จะบังคับลงโทษต่อบุคคลที่ละเมิดกฎหมาย เมื่อรัฐมีอำนาจอธิปไตยรัฐจึงมีสิทธิจับกุมและพิจารณาคดีต่อบุคคลที่กระทำความผิดกฎหมายของรัฐได้ ดังนั้น อำนาจศาลจึงมีต่อบุคคลภายในดินแดน

2.4.2 ความมั่นคงแห่งรัฐ

ภายหลังจากการสิ้นสุดของสงครามเย็นแนวคิดเรื่องความมั่นคงได้แปรเปลี่ยนไป ภัยคุกคามด้านการทหารลดน้อยลง ในทางกลับกันการขยายตัวทางด้านโทรคมนาคม เทคโนโลยีข้อมูลข่าวสาร คอมพิวเตอร์ และอินเทอร์เน็ต มีมากขึ้น ก่อให้เกิดสภาพโลกไร้พรมแดน ปัญหาข้ามชาติข้ามพรมแดนมีมากขึ้น มิติใหม่ของความมั่นคงที่มาร่วมกระแสประชาธิปไตย คือปัญหาสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้ยังมีประเด็นที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงอีก เช่นการทำลายสิ่งแวดล้อม การ

ขาดแคลนอาหารและพลังงาน การอพยพของแรงงานข้ามชาติอย่างผิดกฎหมาย การลักลอบค้าหญิง และเด็กข้ามชาติ การค้ายาเสพติด ซึ่งมีผลกระทบทั้งความมั่นคงภายในและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ปรากฏการณ์ต่างๆจะทำให้รัฐเกิดความไม่มีเสถียรภาพได้ การมองเรื่องของความมั่นคงแห่งรัฐต้องมองเป็นภาพรวม โดยการจำแนกองค์ประกอบของความมั่นคง

การจำแนกลักษณะความมั่นคงแห่งรัฐ จึงอาจแยกได้เป็น 6 ลักษณะดังนี้²⁶

1) ความมั่นคงทางการเมือง หมายถึง การดำรงอยู่ของระบอบการปกครองทั้งรูปแบบการปกครอง และหลักการปกครองให้เป็นไปตามความต้องการของประชาชน การดำเนินการของรัฐบาล กลไกของรัฐในการกำหนดนโยบายของชาติเพื่อให้ประชาชนในชาติมีความกินดีอยู่ดี มีความเสมอภาคเท่าเทียมกันทั้งประเทศ ตลอดจนการดำเนินนโยบายด้านการทูตให้สามารถสร้างความสัมพันธ์อันส่งผลที่จะนำไปให้ประเทศพ้นจากการคุกคามต่อความมั่นคงทุกด้าน

2) ความมั่นคงทางด้านเศรษฐกิจ หมายถึง การดำรงอยู่ของระบบเศรษฐกิจให้มีโครงสร้างที่เข้มแข็งสมบูรณ์ โดยการบริหารงานด้านเศรษฐกิจของรัฐจะต้องมีการจัดระบบการเงิน การคลังที่ดี นำเอาทรัพยากรธรรมชาติ ทรัพยากรมนุษย์เทคโนโลยี นโยบายมาปรับใช้อย่างมีคุณค่าให้คนในชาติสามารถเลือกงานตามที่ตนเองถนัดได้ ไม่เกิดการสูญเปล่าทางเศรษฐกิจ นอกจากนั้นยังรวมไปถึงการดึงดูดนักลงทุนจากต่างชาติให้นำเงินมาลงทุนในประเทศด้วย

3) ความมั่นคงทางการทหาร เป็นการดำรงอยู่ซึ่งความเข้มแข็งทางกองทัพในการป้องกันประเทศจากการทำลายโดยอำนาจอื่น การปกป้องรักษาทรัพยากรธรรมชาติ และการป้องกันเขตแดน ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันความมั่นคงในทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม เป็นการพิทักษ์รักษาเอกราช และความมั่นคงแห่งรัฐ สถาบัน และผลประโยชน์แห่งชาติทั้งหมด

4) ความมั่นคงทางสังคมจิตวิทยา คุณภาพของคน สุขภาพ คุณภาพ ความเป็นธรรม ซึ่งรวมถึงหลักประกันในสิทธิเสรีภาพและความปลอดภัยของประชาชน การให้ความยุติธรรมและความเสมอภาคแก่ประชาชนทุกคนในชาติ

5) ความมั่นคงทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี อันได้แก่การพัฒนาคนค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์ และการแข่งขันกับนานาชาติอารยประเทศ ซึ่งเป็นการดำรงขีดความสามารถของประชาชนในทางวิทยาศาสตร์ เพื่อพัฒนาประเทศให้พ้นจากภาวะการผลิตที่เน้นการใช้แรงงานเป็นหลัก เป็นการนำความรู้ทางวิทยาศาสตร์มาประยุกต์ใช้สนองความต้องการของมนุษย์

²⁶ ประภาส พุนขำ. (2545). ความมั่นคงของชาติในระบอบประชาธิปไตย. *สารสัมพันธ์พรรคชาติประชาธิปไตย*, 3(1). หน้า 13-17.

6) ความมั่นคงทางการต่างประเทศ หมายถึง การดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และความร่วมมือระหว่างประเทศให้เป็นไปได้ด้วยดี โดยไม่มีการขัดแย้งในทุกๆด้าน ไม่ว่าจะเป็น ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ความร่วมมือกันในด้านเศรษฐกิจ สังคม การเมืองและกฎหมาย

ดังนั้น เมื่อให้ความสำคัญต่อความมั่นคงแห่งรัฐ ผู้ปกครองรัฐจึงจำเป็นต้องคำนึงถึง ผลประโยชน์สูงสุดของรัฐ สำหรับประเทศไทยนั้นในอดีตที่ผ่านมารัฐบาลมักกำหนดนโยบาย เกี่ยวกับความมั่นคงแห่งรัฐ รัฐบาลจึงมีความจำเป็นต้องปรับกระบวนการคิดและกำหนดวิสัยทัศน์ใน ด้านความมั่นคงใหม่ให้มีความชัดเจนขึ้น โดยการศึกษาวิเคราะห์จากสถานะแวดล้อมรอบด้าน เพื่อ เป็นรากฐานความคิดในการกำหนดเป้าหมายนโยบายความมั่นคงของชาติให้เชื่อมโยงกันและ บังเกิดผลในทางปฏิบัติที่เป็นรูปธรรม และด้วยการเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์โลก ทำให้รัฐ/ ประเทศต่างๆแย่งชิงความได้เปรียบทางเศรษฐกิจกัน โดยใช้ยุทธวิธีในรูปแบบการรวมกลุ่มใน ภูมิภาค เพื่อกีดกันและปกป้องผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ สิ่งที่ต้องพิจารณาจากสถานการณ์ ดังกล่าว คือประเด็นปัญหาคนข้ามชาติ ไม่ว่าจะเป็นอาชญากรรมการฟอกเงิน ยาเสพติด แรงงานต่าง ด้านผิดกฎหมาย ผู้หลบหนีเข้าเมือง การก่อการร้ายสากล ตลอดจนการใช้ความก้าวหน้าทาง เทคโนโลยีสารสนเทศเผยแพร่ข่าวสารในทางลบอันมีผลต่อสถานการณ์ความมั่นคง ทำให้ภาพพจน์ ของประเทศชาติเสียหาย

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของคนต่างด้าวในส่วนที่เกี่ยวกับการส่ง ตัวคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองกับการกำหนด แนวนโยบายของรัฐบาลไทยนั้นจะเป็นอย่างไร ก็ขึ้นอยู่กับกำหนดแนวนโยบายโดยอาศัยหลัก พื้นฐานว่าแนวนโยบายใดที่จะทำให้รัฐสามารถดำรงสภาพในความเป็นรัฐอยู่ได้ตลอดไป เพราะ กรณีเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าวนั้นถือได้ว่าเป็นปัญหาที่สำคัญซึ่งรัฐจะต้องระมัดระวัง มิฉะนั้นแล้ว คนต่างด้าวที่รัฐอนุญาตให้เข้ามาอยู่อาศัยหรือพำนักในดินแดนแห่งรัฐอาจกระทำการที่เป็นภัยต่อ ความมั่นคงของรัฐได้

ในการกำหนดแนวนโยบายของรัฐที่เกี่ยวกับคนต่างด้าวนั้น จะพบว่ามิใช่สถานการณ์ที่มี ผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐในรูปแบบต่างๆ อันได้แก่ผลกระทบต่อความมั่นคงของอำนาจ อธิปไตย ผลกระทบต่อความมั่นคงของดินแดนของรัฐ และผลกระทบต่อความมั่นคงของพลเมือง ของรัฐ ก็จำเป็นต้องรักษาความสมดุลระหว่างความมั่นคงแห่งรัฐและหลักสิทธิมนุษยชนซึ่งการ ดำเนินการดังกล่าวนับได้ว่าเป็นเรื่องที่ยากยิ่ง ดังนั้น การประเมินและคาดการณ์เตรียมรับ สถานการณ์ล่วงหน้า จึงเป็นหน้าที่ของทุกฝ่ายในสังคมที่จะมีส่วนร่วมในการจัดการให้คนในชาติ และคนต่างด้าวมีความสามัคคี อยู่ร่วมกันอย่างสันติสุขบนพื้นฐานของความหลากหลายนั้น ทั้งวิธี คิด วิถีชีวิตและวัฒนธรรม มีเกียรติและศักดิ์ศรีในสังคม โดยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับนานาอารยะ

ประเทศก็ต้องเน้นความสัมพันธ์ในเชิงมิติทางวัฒนธรรม และมีความชัดเจนในแนวทางปฏิบัติต่อกันอันนำไปสู่ความไว้วางใจจากอารยประเทศ เพื่อให้ประเทศชาติดำรงอยู่อย่างมีเกียรติและศักดิ์ศรีในประชาคมระหว่างประเทศ

ความขัดแย้งทางความคิดระหว่างเอกสิทธิ์ของรัฐกับหลักสิทธิมนุษยชน การเคารพหลักสิทธิมนุษยชนนั้นถือได้ว่าเป็นการตระหนักถึงระบบคุณค่าในความเป็นมนุษย์ โดยเฉพาะในด้านความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นระหว่างบุคคลต่อบุคคล หรือบุคคลต่อรัฐผู้ใช้อำนาจปกครอง การพิจารณาถึงความขัดแย้งระหว่างเอกสิทธิ์ของรัฐกับหลักสิทธิมนุษยชน เนื่องมาจากเมื่อกล่าวถึงสิทธิมนุษยชนแล้วมักมุ่งเน้นไปในเรื่อง “เอกชน” หรือสิทธิส่วนบุคคล ส่วนเอกสิทธิ์ของรัฐที่เน้นหนักในเรื่องความมั่นคงของชาติจะถูกมองไปในทาง “มหาชน” หรือสิทธิส่วนรวมซึ่งในสภาพความเป็นจริงนั้นมีรัฐหลายรัฐที่ยึดหลักการของสิทธิมนุษยชน นำเอาหลักและข้อตกลงว่าด้วยสิทธิมนุษยชนไปเป็นแนวทางปฏิบัติเพื่อพัฒนาคุณค่าความเป็นมนุษย์ แต่ในขณะที่เดียวกันก็มีรัฐบางรัฐอีกเช่นกันที่ยึดหลักการด้านความสัมพันธ์ของรัฐแล้วถือเอาหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐหรือความมั่นคงของชาติเป็นแนวทาง และพยายามหลีกเลี่ยงที่จะนำเอาข้อตกลงว่าด้วยสิทธิมนุษยชนไปเป็นแนวทางปฏิบัติ โดยอ้างถึงความแตกต่างทางวัฒนธรรม ไม่คำนึงว่าสิทธิมนุษยชนเป็นข้อตกลงร่วมทางสากลระหว่างประเทศ กรณีจึงถือเป็นอุปสรรคในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

อุปสรรคทางความคิดหรือลัทธิความเชื่อบางประการที่เหนี่ยวรั้งการยกระดับสิทธิมนุษยชนให้เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ดังที่กล่าวมาแล้ว คือแนวคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยของชาติ(Doctrine of National Sovereignty) ซึ่งยืนยันอำนาจหรือสิทธิพิเศษของรัฐที่มีอธิปไตยในการกระทำใดๆภายในอาณาเขตแห่งรัฐตน โดยไม่ถูกแทรกแซงจากรัฐอื่นๆ โดยในนี้รัฐบาลกระทำต่อประชาชนของตนย่อมถือเป็นเรื่องราวหรือกิจการภายในที่อยู่นอกเหนือเขตอำนาจของกฎหมายระหว่างประเทศหรือการแทรกแซงทางกฎหมายจากรัฐอื่น²⁷ แต่อย่างไรก็ตามที่จะยึดถือแนวคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยของชาติอย่างเข้มงวด โดยกฎหมายที่ถูกตราขึ้นนั้นฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราโดยชอบด้วยกฎหมาย ภายใต้รัฐธรรมนูญของรัฐแล้ว สิทธิมนุษยชนก็อาจถูกละเมิดได้ เช่นในสมัยฮิตเลอร์ (A.Hitler) ที่ยึดถือลัทธิเผด็จการตามแนวคิดฝ่ายสังคมนิยมแนวชาตินิยม หรือกรณีของสตาลินในรัสเซียซึ่งยึดถือแนวคิดปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย ฯลฯ ภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศการกำหนดนโยบายของรัฐนั้น แต่รัฐก็ต้องเข้าใจว่าการให้ความสำคัญต่อความมั่นคงของรัฐมากเกินไปจนกระทั่งสิทธิมนุษยชนถูกละเมิด จะทำให้รัฐนั้นตกเป็นผู้ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ และ

²⁷ จรัญ โฆษณานันท์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 24. หน้า 256.

อาจถูกลงโทษโดยประชาคมระหว่างประเทศโดยวิธีทางใดวิธีทางหนึ่ง แต่ในทางกลับกันการให้ความสำคัญต่อหลักการสิทธิมนุษยชนมากเกินไปจนไม่มีการระแวดระวังในเรื่องของความมั่นคงของรัฐเลยอาจทำให้เกิดภัยต่อเสถียรภาพของรัฐได้เช่นกัน

หากพิจารณาหลักการในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ตลอดจนกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจและวัฒนธรรม จะพบว่าได้มีการกำหนดหลักไว้ว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิ์เท่าเทียมเสมอกันไม่คำนึงถึงสัญชาติ เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ภาษา หรือ เพศมาเป็นเหตุจำกัดสิทธิมนุษยชน แต่เมื่อย้อนกลับมาดูผลในทางปฏิบัติของแต่ละประเทศพบว่ามีการใช้อำนาจจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวไม่ยอมให้คนต่างด้าวมีสิทธิเท่าเทียมกับคนชาติในทุกระดับ โดยอ้างเหตุผลถึงการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของชาติมาเป็นฐานเพื่อปกป้องสิทธิส่วนรวม ส่งผลให้ปัจจุบันไม่มีประเทศใดยอมนำหลักสิทธิมนุษยชนมาใช้ในสภาพเด็ดขาดโดยไม่คำนึงถึงผลร้ายต่อความปลอดภัยของประเทศตน

สำหรับประเทศไทยในอดีตที่ผ่านมาพบว่าองค์กรของรัฐ(ฝ่ายบริหาร) มุ่งเน้นถึงหลักการความมั่นคงของชาติ หรือสิทธิส่วนรวมมากกว่าหลักสิทธิมนุษยชนหรือสิทธิส่วนบุคคล ซึ่งเห็นได้จากการประกาศใช้กฎหมายและอำนาจพิเศษของฝ่ายบริหาร โดยจากการปฏิวัติรัฐประหาร เป็นต้นว่า เมื่อครั้งสมัยของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ (พ.ศ. 2505) ได้มีการใช้อำนาจพิเศษประหารชีวิตและจำคุกบุคคลเป็นจำนวนมากแล้วจอมพลสฤษดิ์ ได้กล่าวถึงการละเมิดสิทธิมนุษยชนว่า "... ข้าพเจ้าขอให้คำมั่นแก่พี่น้องทั้งหลายว่าปฏิญญาสากลอันเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนนี้ข้าพเจ้าถือปฏิบัติอยู่เคร่งครัดและโดยสม่ำเสมอ แต่ในโอกาสเดียวกันข้าพเจ้าก็มีหลักที่ถือปฏิบัติมั่นอยู่คือ ไม่ยอมมาให้ใครมาอ้างเอาปฏิญญาสากลฯ เป็นเครื่องมือ เพื่อพ่นทำลายความเป็นปึกแผ่น และความมั่นคงของประเทศชาติให้เสื่อมเสถียรภาพเป็นอันขาด" ซึ่งประเด็นการใช้อำนาจพิเศษตามกฎหมายดังกล่าวต่อมาได้เป็นปัญหาสู่การพิจารณาของตุลาการและรัฐธรรมนูญว่า เป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญอันมีผลให้เป็น โหมะหรือไม่ประการใด แล้วคณะตุลาการและจำนวนก็ได้มีคำวินิจฉัยที่ ต. หนึ่ง / 2531 ลงวันที่ 5 มกราคม 2531 ว่าประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 43 ที่ออกมาให้อำนาจรัฐสามารถกักตัวบุคคลอันธพาลนั้น เป็นการชอบด้วยกฎหมาย และต่อมาได้มีคำพิพากษาฎีกาในส่วนของกรณีคำสั่งของคณะปฏิวัติ คำสั่งของคณะปฏิรูปหรือคำสั่งของนายกรัฐมนตรีที่สั่งโดยอำนาจของคณะปฏิวัติ หรืออำนาจพิเศษตามรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร ให้ลงโทษบุคคลทางอาญานั้น เป็นการชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน ผู้ใดจะฟ้องร้องผู้ออกคำสั่งหรือผู้ปฏิบัติตามคำสั่งนั้น ไม่ได้

แต่ในภาวะการณ์ปัจจุบันปัญหาเรื่องการละเมิดสิทธิมนุษยชน กลับเป็นปัญหาที่สำคัญและจำเป็นต้องแก้ไขโดยเร่งด่วน จริงจัง โดยถือเป็นความรับผิดชอบหลักของฝ่ายบริหาร (รัฐบาล) เนื่องจากนานอารยะประเทศได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของการละเมิดสิทธิมนุษยชนมากขึ้น และ

นำเอาประเด็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนมาเป็น เครื่องมือในการบีบคั้นในทางเศรษฐกิจ สังคม การค้าระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้านการตลาด การส่งออก ประเทศมหาอำนาจจะอ้างความชอบทำตามมาตรฐานของสิทธิมนุษยชนสากลให้ประเทศไทยต้องปรับสภาพการดำรงอยู่ในการเชื่อมความสัมพันธ์กับนานาอารยประเทศ ทั้งนี้เพื่อรักษาผลประโยชน์ของประเทศไว้ให้ได้ในระดับหนึ่ง

ดังนั้น ประเด็นเกี่ยวกับประสิทธิภาพในระบบการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของบุคคล โดยเฉพาะคนต่างด้าว นับได้ว่ามีปัญหายุ่งยากซับซ้อนยิ่ง เนื่องจากปัญหาข้อจำกัดในเรื่องอำนาจอธิปไตยของชาติและการแทรกแซงด้านมนุษยธรรมจากภายนอก การพิจารณาความขัดแย้งของแนวคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนนั้น ควรถึงหลักการไม่เลือกปฏิบัติและยืนยันในจุดยืนเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสำคัญ และจำต้องหาจุดสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนกับอำนาจอธิปไตยและความมั่นคงของชาติให้ได้

2.5 หลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ²⁸

หลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) เป็นหลักกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ ซึ่งหมายความว่า หลักกฎหมายนี้มีผลผูกพันการใช้อำนาจขององค์กรใช้อำนาจรัฐทุกประเภท และเป็น หลักการที่ศาลใช้อ้างเป็นมาตรฐาน (Norm Of Reference) ในการตรวจสอบ “ความเหมาะสมแก่กรณีเฉพาะเรื่องของคำสั่งทางปกครอง” อันเป็นการตรวจสอบ โดยพิเคราะห์ ลึกลงไปถึง “คุณภาพของคำสั่งทางปกครอง”

หลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) จึงถือเป็นหลักการพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรใช้อำนาจรัฐฝ่ายปกครองกับเอกชนผู้อยู่ใต้อำนาจ

หลักแห่งความได้สัดส่วนนี้ ประกอบด้วยหลักกฎหมายย่อย 3 หลักด้วยกัน คือ

²⁸ มีความเห็นของนักวิชาการได้ให้ความหมายของ “หลักความสมควรแก่เหตุ” ในลักษณะเดียวกับ “หลักความได้สัดส่วน” จนกล่าวได้ว่าเป็นหลักกฎหมายเดียวกัน (ผู้เขียน) เช่น กมลชัย รัตสกาววงศ์ ได้ให้ความหมายของ “หลักความสมควรแก่เหตุ” ว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป โดยเฉพาะนิติกรรมทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองจะต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการที่ใช้กับเป้าหมายหรือผลที่ฝ่ายปกครองต้องการ และมาตรการที่ใช้จะต้องมีความเหมาะสม มีความจำเป็นและมีความได้สัดส่วนกับผลกระทบที่เกินสิทธิเสรีภาพของผู้รับนิติกรรมทางปกครองนั้น อ้างถึงใน กมลชัย รัตสกาววงศ์. (2540). ความชอบด้วยกฎหมาย ความมิชอบด้วยกฎหมายและผลบังคับทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายเยอรมัน . *รวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนดุล*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 59.

1) หลักแห่งความเหมาะสม (Principle of Suitability)

หลักแห่งความเหมาะสม (Principle of Suitability) เป็นหลักการที่บังคับให้องค์กรฝ่ายปกครองของรัฐต้องพิจารณาเลือกออกคำสั่งที่สามารถดำเนินการให้บรรลุความมุ่งหมาย ตามที่กฎหมายซึ่งให้อำนาจได้กำหนดไว้เท่านั้น

คำสั่งทางปกครองใดๆ ก็ตามที่เป็นจริงแล้วไม่อาจทำให้บรรลุความมุ่งหมายตามที่กฎหมายซึ่งให้อำนาจกำหนดไว้ได้ ย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่เหมาะสม และเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2) หลักแห่งความจำเป็น Principle of Necessity)

หลักแห่งความจำเป็น หมายความว่า ในบรรดาคำสั่งทางปกครองหลายๆคำสั่งที่คำสั่งเหล่านั้นล้วนแล้วแต่สามารถทำให้บรรลุความมุ่งหมายตามที่กฎหมายซึ่งให้อำนาจกำหนดไว้ได้ทั้งสิ้น ดังนี้ ต้องพิจารณาว่า ถ้าเป็นคำสั่งที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของเอกชนแล้ว องค์กรฝ่ายปกครองต้องเลือกออกคำสั่งที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของเอกชนน้อยที่สุด

แต่ถ้าเป็นคำสั่งที่ให้ประโยชน์แก่เอกชน ฝ่ายปกครองต้องเลือกออกคำสั่งที่มีผลทำให้รัฐเสียประโยชน์น้อยที่สุด

หลักแห่งความจำเป็นนี้จะนำมาพิจารณาก็ต่อเมื่อกรณีนั้นมีมาตรการอยู่หลายมาตรการด้วยกัน ที่สามารถจะทำให้บรรลุความมุ่งหมายตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายซึ่งให้อำนาจกำหนดไว้

แต่ในกรณีที่ไม่มีมาตรการ หรือวิธีการที่เหมาะสมอื่นใดให้เลือกได้ ปัญหาที่จะต้องพิจารณาจึงมีอยู่ว่า องค์กรฝ่ายปกครองได้เลือกออกคำสั่งซึ่งเป็นมาตรการเท่าที่จำเป็นแล้วหรือไม่

หมายความว่า คำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่รุนแรงน้อยที่สุดแล้วหรือไม่ หรือว่ามีละนั้นแล้วก็ไม่อาจจะบรรลุผลสำเร็จตามความมุ่งหมายตามที่กฎหมาย ซึ่งให้อำนาจกำหนดไว้ได้เลย

3) หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle Of Proportionality In The Narrow Sense)

“หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ” เป็นอีกหลักการหนึ่งที่ศาลใช้อ้างเพื่อตรวจสอบความเหมาะสมของคำสั่งทางปกครอง ความมุ่งหมายของหลักการนี้ โดยสรุปก็คือ “ระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เอกชน โดยเป็นผลมาจากคำสั่งทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งกับประโยชน์ที่สังคมส่วนรวมจะได้รับนั้น สมดุลกันหรือไม่”

เพราะฉะนั้น โดยหลักการนี้ จึงห้ามองค์กรใช้อำนาจรัฐฝ่ายปกครองใช้อำนาจออกคำสั่งใดๆซึ่งเป็นที่เห็นได้ชัดเจนว่าหากได้มีการลงมือปฏิบัติตามคำสั่งนั้นแล้ว จะเกิดผลประโยชน์น้อยมากแก่สังคมหรือคนส่วนใหญ่ ไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับเอกชน

จึงเห็นได้ว่า หลักแห่งความได้สัดส่วนนี้มุ่งบังคับให้องค์กรของรัฐ ฝ่ายปกครองออกคำสั่งที่อยู่ในวิสัยที่จะดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรนั้นๆ สำเร็จลุล่วงไปอย่างมีประสิทธิภาพที่สุดแต่ในขณะเดียวกันก็ต้องก่อความเสียหายหรือมีผลกระทบน้อยที่สุดแก่เอกชนหรือรัฐ แล้วแต่กรณี และห้ามองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองออกคำสั่งที่เมื่อได้ลงมือปฏิบัติแล้ว จะก่อให้เกิดประโยชน์น้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะตกแก่เอกชนหรือรัฐ

หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้ มุ่งพิจารณาที่ “ภาวะสมดุลระหว่างความเสียหายที่เอกชนจะได้รับ กับ ประโยชน์อันสังคมจะพึงได้รับจากการปฏิบัติให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองมาตรการใดมาตรการหนึ่ง”

ดังนั้น โดยนัยแห่งหลักการนี้ จึงห้ามองค์กรฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองใดๆ ที่เห็นได้ชัดว่า เมื่อลงมือปฏิบัติตามคำสั่งนั้นแล้ว จะเกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมาก หรือไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับเอกชนผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งนั้น

หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมุ่งบังคับให้องค์กรฝ่ายปกครองออกคำสั่งที่มีประสิทธิภาพมากที่สุด เพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายตามที่กฎหมายซึ่งให้อำนาจนั้นกำหนดไว้ และในขณะเดียวกันต้องก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนหรือแก่รัฐ แล้วแต่กรณี น้อยที่สุด และ ห้ามองค์กรฝ่ายปกครองออกคำสั่งที่เมื่อปฏิบัติตามคำสั่งนั้นแล้ว จะเกิดประโยชน์น้อยมาก ไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับเอกชนหรือแก่รัฐ

อย่างไรก็ตาม การนำหลักแห่งความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาคำสั่งทางปกครองใดๆ นั้น ศาลจะพิเคราะห์ความระมัดระวังอย่างยิ่ง โดยศาลจะจำกัดอำนาจของศาลอยู่กับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง หรือการไม่บังคับตามคำสั่งทางปกครอง เฉพาะแต่ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งที่ฝ่าฝืนความได้สัดส่วนอย่างชัดเจน ถึงขนาดที่ศาลได้ว่า ไม่มีวิญญูชนคนใดจะออกคำสั่งเช่นนั้น และในกรณีที่ไม่วุ่นวาย หรือกรณีมีข้อสงสัย ศาลก็มักจะยกประโยชน์ให้องค์กรฝ่ายปกครองของเสมอ

2.6 หลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเข้าเมือง เรื่องพิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน (Understanding the Smuggling of Migrants Protocol) ภายใต้อนุสัญญา UNTOC อนุสัญญามุ่งเป้าการอาชญากรรมข้ามชาติ²⁹

พิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานมิได้ดำเนินการโดยลำพัง หากแต่ต้องใช้ให้สอดคล้องกับ UNTOC กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ UNTOC จะต้องนำมาบังคับใช้กับความผิดในพิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน โดยที่ต้องตีความพิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ให้สอดคล้องกับบทบัญญัติ ของ UNTOC (UNTOC ข้อ 37 (4) และพิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ข้อ 1) ความเชื่อมโยง ระหว่าง UNTOC และพิธีสารดังกล่าวยืนยันว่า เป้าหมายของพิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน คือผู้ก่ออาชญากรรมข้ามชาติที่ลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานเพื่อผลประโยชน์ใด โดยมีได้มุ่งประสงค์ต่อผู้โยกย้ายถิ่นฐาน หรือผู้อำนวยการความสะดวกในการเข้าเมือง โดยผิดกฎหมายด้วยเหตุผลอื่นใดนอกเหนือจากผลประโยชน์ทางการเงินหรือ วัตถุประสงค์อื่น³⁰ โดยแท้จริงแล้ว พิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานจะมีส่วนเกี่ยวข้องเฉพาะในกรณีที่มีลักษณะข้ามชาติ และมีกลุ่มองค์กรอาชญากรรมเข้ามาเกี่ยวข้องเท่านั้น (พิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ข้อ 4)³¹ ดังนั้นอาชญากรรมในการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน จะเกิดขึ้นต่อเมื่อเป็นการกระทำโดยเจตนา หมายถึงมีเจตนาที่จะจัดหาให้อีกบุคคลหนึ่งเข้า

²⁹ Regional Support Office of the Bali Process (RSO). (2564). *การทำความเข้าใจ เรื่อง พิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.unodc.org/roseap/uploads/documents/Publications/2021/SOM_Protocol_Thai.pdf [2565, 6 สิงหาคม].

³⁰ กลุ่มองค์กรอาชญากรรม (Organized criminal group) คือ กลุ่มบุคคลที่มีการจัดตั้งร่วมกันตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป ดำรงอยู่มาเป็นระยะหนึ่ง มีการประสานการดำเนินงานระหว่างกัน โดยมีเป้าหมายในการกระทำความผิดร้ายแรงหนึ่งอย่างหรือมากกว่า หรือในการกระทำความผิด ตามอนุสัญญานี้ เพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางการเงินหรือทางวัตถุอย่างอื่น ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม อ้างถึงใน อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ข้อ 2(a).

³¹ อย่างไรก็ตาม การกำหนดกฎหมายภายใน ไม่ควรกำหนดการพิจารณาพิสูจน์ให้โจทก์ต้องพิสูจน์ว่าการกระทำดังกล่าว “มีลักษณะข้ามชาติ” หรือมีความเกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมหรือไม่ เพื่อเป็นองค์ประกอบความผิดของการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานและลงโทษผู้กระทำความผิด (ข้อ 34 (2) UNTOC) อ้างถึงใน ขอบเขตการบังคับใช้พิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน Legislative guides for the implementation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto (UNODC, 2004) 332-334.

เมือง โดยผิดกฎหมาย และมีเจตนาเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ทางการเงิน หรือทางวัตถุอื่นใดจากการดำเนินการนั้น

วัตถุประสงค์ของอาชญากรรมการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน คือ “ผลประโยชน์ทางการเงินหรือวัตถุอื่นใด” ซึ่งอาจหมายถึงผลประโยชน์หรือการได้มาซึ่งวัตถุใด ๆ ผู้ร่างพิธีสารได้รวมองค์ประกอบดังกล่าว เพื่อให้ครอบคลุมถึงกิจกรรมที่องค์กรอาชญากรรมดำเนินการเพื่อผลประโยชน์โดยไม่รวมถึงการกระทำของผู้ที่ช่วยเหลือผู้โยกย้ายถิ่นฐานด้วยเหตุผลทางมนุษยธรรม หรือเพราะมีความสัมพันธ์ทางครอบครัว ทั้งนี้ “ผลประโยชน์ทางการเงินหรือวัตถุอื่นใด” นับว่าเป็นพื้นฐานสำคัญในคำนิยามของ “การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน” ในกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งมีได้ครอบคลุมเพียงเพื่อเป็นวัตถุประสงค์ว่าด้วยการกระทำความผิดโดยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน (พิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานข้อ 3) แต่ยังเป็นองค์ประกอบความผิดในการกำหนดให้การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานเป็นความผิดอาญา (พิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานข้อ 6) และเป็นส่วนหนึ่งของคำนิยามว่าด้วยกลุ่มองค์กรอาชญากรรม (UNTOC, ข้อ2)³²

การกำหนดให้การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานเป็นความผิดอาญาในพิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ตามความในข้อ 6 ของพิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานจะต้องกำหนดการกระทำเหล่านี้เป็น ความผิดอาญา

การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ตามข้อ 3 หมายถึง “การจัดหาเพื่อที่จะได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางการเงินหรือวัตถุทั้งทางตรงและทางอ้อม ด้วยการนำบุคคลเข้ามายังรัฐภาคีโดยผิดกฎหมาย และบุคคลดังกล่าวมิได้ถือสัญชาติ หรือมีถิ่นที่อยู่ถาวรในรัฐภาคีนั้น”

การผลิต การจัดหา การให้หรือการครอบครอง เอกสารการเดินทางหรือ เอกสารประจำตัวปลอม เพื่อจุดมุ่งหมายในการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน (ข้อ 6(1) (b))

ดำเนินการเพื่อให้สามารถอยู่โดยผิดกฎหมาย แก่บุคคลซึ่งไม่มีสิทธิที่จะอยู่ในประเทศ โดยเป็นการกระทำในลักษณะข้ามชาติเพื่อให้ได้รับผลประโยชน์ทางการเงิน หรือวัตถุอื่นใด (ข้อ 6(1) (c))

จัดการ ตั้งการ มีส่วนร่วม ในฐานะผู้สมคบหรือพยายามกระทำความผิด อย่างใดอย่างหนึ่งตามข้างต้น (ข้อ 6(2)) ยิ่งกว่านั้น พิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานยังกำหนดให้รัฐสมาชิกนำกฎหมายและมาตรการอื่น (ตามระบบกฎหมายของตน) มาบังคับใช้ใน

³² Issue Paper: The Concept of ‘Financial or other material benefit’ in the Smuggling of Migrants Protocol (UNODC, 2017).

สถานการณ์ที่รุนแรง ซึ่งเป็นอันตราย หรืออาจเป็นอันตรายต่อชีวิต หรือความปลอดภัยของผู้โยกย้ายถิ่นฐาน หรือเป็นการกระทำ โดยไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีโดยรวมถึงการแสวงหาประโยชน์ ด้วย (ข้อ6(3))

การไม่กำหนดให้ผู้โยกย้ายถิ่นฐานมีความผิดทางอาญาเพราะถูกลักลอบขน เป้าหมายในการสอบสวนและดำเนินคดีของพิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานคือสมาชิกขององค์กรอาชญากรรม ผู้แสวงหาประโยชน์จากการลักลอบนำบุคคลอื่นเข้าเมือง โดยไม่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามกฎหมายหรือผิดกฎหมายของผู้โยกย้ายถิ่นฐาน และไม่ได้สร้างพื้นฐานใด ๆ เพื่อกำหนดให้ผู้โยกย้ายถิ่นฐานมีความผิดทางอาญา ดังที่ปรากฏโดยชัดเจนในข้อ 5 ว่า “ผู้โยกย้ายถิ่นฐานไม่ต้องรับผิดทางอาญาภายใต้พิธีสาร เนื่องจากตนเป็นผู้ถูกกระทำจากการกระทำดังกล่าว” ในขณะที่เดียวกัน พิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ก็มีได้ห้ามมิให้ดำเนินการตามมาตรการลงโทษการกระทำอื่น ซึ่งอาจเป็นการกระทำอันมิชอบด้วย กฎหมายภายใน (ข้อ6 (4)) ทั้งนี้หมายถึงว่า แม้ผู้โยกย้ายถิ่นฐานจะไม่ถูกลงโทษทางอาญาเนื่องจากการถูกลักลอบ ขนตามพิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน (ข้อ5) แต่ก็ยังคงต้องรับผิดชอบในการกระทำผิดอื่นใดตามกฎหมายภายใน รวมทั้งการเข้าเมืองและอยู่โดยผิดกฎหมาย (ข้อ6(4)) ข้อเท็จจริงที่ว่า พิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ไม่ได้บัญญัติให้ต้องกำหนดให้ผู้โยกย้ายถิ่นฐานมีความผิดทางอาญาเนื่องจากการถูกลักลอบขน แต่ก็ไม่ได้ห้ามมิให้รัฐเอาผิดต่อผู้โยกย้ายถิ่นฐานในความผิดอื่นใดตามกฎหมายของตนนั้น มีการกล่าวไว้ในข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องการโยกย้ายถิ่นฐานที่ปลอดภัย เป็นระเบียบและปกติ(The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration) ว่า “เราถือเป็นพันธกรณีที่จะสร้างความมั่นใจว่า ผู้โยกย้ายถิ่นฐานจะไม่ต้องรับผิดทางอาญาจากการตกเป็นผู้ถูกกระทำในการ ลักลอบขน ถึงแม้ว่าอาจจะต้องรับผิดทางอาญาเนื่องจากการทำความผิดกฎหมายภายในอื่น ๆ (วัตถุประสงค์ข้อ 9 ย่อหน้าที่ 25) พิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานมีความเป็นกลางในกรณีที่ว่าผู้โยกย้ายถิ่นฐานที่ย้ายถิ่นฐานแบบไม่ปกติจะถูกดำเนินคดีเพราะการกระทำผิดอย่างอื่นหรือไม่ ทั้งนี้รัฐอาจต้องการพิจารณาถึงผลกระทบที่เกิดจากการดำเนินการเอาผิดผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ต่อความพยายามในการป้องกันและปราบปรามกับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน อย่างไรก็ตาม การเอาผิดผู้ย้ายถิ่นฐานแบบไม่ปกติ (Irregular migrants) ดังกล่าวอาจเสี่ยงต่อความสามารถของรัฐในการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศในด้านต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ พันธกรณีในการดำเนินคดีอาจทำให้อคติเกี่ยวกับผู้ต้องสงสัยว่าเป็นผู้ลักลอบอ่อนแอลง ใน กรณีที่ผู้ถูกลักลอบอาจเป็นพยาน (ซึ่งการให้ปากคำมักเป็นหลักฐานสำคัญ) ถูกจับกุมหรือ เนรเทศ อันเป็นผลให้บุคคลดังกล่าวไม่สามารถให้ความร่วมมือในกระบวนการสอบสวน และการดำเนินคดีเพื่อเอาผิดผู้ลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

พันธกรณีในการป้องกัน ในกรณีที่ย้ายถิ่นฐานคือเป้าหมายของการดำเนินคดีอาญา ผู้ลักลอบ อาจกระทำความผิดซ้ำ โดยการลักลอบนำผู้โยกย้ายถิ่นฐานคนอื่น ๆ เข้าเมืองอีก อีกทั้งยังได้รับ ประโยชน์และลดความเสี่ยงต่อการถูกสกัดกั้นเนื่องจากการที่เจ้าหน้าที่ให้ความสำคัญ กับการ สืบสวนติดตามผู้โยกย้ายถิ่นฐาน พันธกรณีในการให้ความคุ้มครอง ในกรณีที่ผู้โยกย้ายถิ่นฐานที่ถูก ลักลอบนำตัวเข้าเมือง ถูกจับและเนรเทศ อาจมีการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีในการคุ้มครอง หาก บุคคลที่อยู่ในกลุ่มผู้โยกย้ายถิ่นฐานเป็นผู้ที่ต้องได้รับความคุ้มครอง (รวมทั้งผู้แสวงหาที่ลี้ภัยและ ผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์) มิได้ถูกคัดแยกจากผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

บทบัญญัติเพื่อการป้องกันตามพิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน มีบทบัญญัติเพื่อป้องกันในพิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานเกี่ยวข้องกับ มาตรการในการปฏิบัติบนเรือและในการส่งตัวผู้โยกย้ายถิ่นฐานกลับประเทศ โดยการดำเนินการ ตามมาตรการบนเรือรัฐภาคีจะต้อง

- 1) รับรองความปลอดภัยและปฏิบัติต่อผู้โดยสารอย่างมีมนุษยธรรม (ข้อ 9 (1))
- 2) ชดเชยแก่เรือสำหรับการสูญเสียหรือความเสียหายใด ๆ หากพิสูจน์ได้ว่า ไม่มี มูลเหตุของการบังคับใช้มาตรการกับเรือ (ข้อ 9(2))
- 3) ในส่วนของมาตรการต่อผู้โยกย้ายถิ่นฐานที่ถูกส่งกลับนั้น ประเทศภาคีต้อง กำหนดให้
- 4) ดำเนินการส่งกลับอย่างเป็นระเบียบ โดยคำนึงถึงความปลอดภัยและศักดิ์ศรีของผู้ ถูกส่งกลับ (ข้อ 18 (5)) โดย ปราศจากอคติต่อสิทธิใด ซึ่งผู้ถูกส่งกลับอาจมีตามกฎหมายภายใน (ข้อ 18 (7)) ข้อ 18 มิได้สิทธิใดให้แก่ผู้โยกย้ายถิ่นฐาน และไม่มีผลกระทบต่อพันธกรณีใด ๆ ที่รัฐอาจมี ภายใต้อนธิสัญญาอื่น หรือตามความตกลงทวิภาคีหรือระดับภูมิภาค หรือการเตรียมการที่เกี่ยวข้อง กับการส่งกลับ (ข้อ 18 (8)) กำหนด

นอกเหนือจากข้อกำหนดว่าด้วยความร่วมมือเกี่ยวกับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทาง ทะเลแล้ว ยังมีข้อกำหนดว่าด้วย ความร่วมมือโดยทั่วไปที่รัฐต้องบัญญัติไว้ด้วยคือ

- 1) การแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสาร เกี่ยวกับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานกับประเทศ อื่น ตามเส้นทางการลักลอบ โดยสอดคล้องกับกฎหมายภายในและระบบบริหารจัดการ และปฏิบัติ ตามคำขอใด ๆ ของรัฐที่ส่งข้อมูล (ข้อ 10)
- 2) เสริมสร้างความร่วมมือระหว่างหน่วยงาน ควบคุมชายแดน รวมถึงการสร้างช่อง ทางการสื่อสารโดยตรง (ข้อ 11 (6))
- 3) ตรวจสอบความถูกต้องตามกฎหมาย และความถูกต้องของเอกสารภายในเวลาอัน สมควรตามคำร้องขอของรัฐ ภาคีอื่น ๆ (ข้อ 13)

4) ร่วมมือซึ่งกันและกัน กับองค์การระหว่างประเทศและองค์กรพัฒนาเอกชน (NGOs) ที่มีความสามารถในการ จัดหา หรือเสริมสร้างการฝึกอบรมเฉพาะทาง เพื่อต่อต้านการ ลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน (ข้อ 14 (1))

5) ร่วมมือในระดับชาติระดับภูมิภาค และระดับนานาชาติในการส่งเสริมหรือ เสริมสร้างโครงการพัฒนา เพื่อต่อสู้ กับต้นตอของการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน รวมถึงความ ยากจนและความด้อยพัฒนา (ข้อ 15)

6) ขอมรับการส่งตัวกลับประเทศ รวมทั้งพิจารณารับบุคคลผู้ที่มีหรือเคยมีสิทธิพำนัก รวมทั้งตรวจสอบสถานะ โดยไม่ล่าช้าเกินสมควร รับบุคคลเหล่านั้นกลับเข้ามาอีกครั้ง และจัดเตรียม เอกสารหรือการอนุญาตที่จำเป็นในการส่งตัวกลับประเทศ (ข้อ 18) นอกจากนี้ รัฐภาคียังต้อง พิจารณาเข้าสู่ความตกลงทวิภาคีหรือภูมิภาคอื่น ๆ หรือการเตรียมการในการดำเนินงานเพื่อ สนับสนุนการปฏิบัติตามพิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน และเสริมสร้าง ประสิทธิภาพของ บทบัญญัติต่าง ๆ ระหว่างกัน (ข้อ 17) โดยบทบัญญัตินี้ยืนยันว่าข้อกำหนดที่พิธี สารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ได้ระบุไว้เป็นข้อกำหนดขั้นต่ำ และ สนับสนุนให้รัฐภาคีดำเนินการนอกเหนือจากที่พิธีสารระบุไว้เพื่อความ ร่วมมือในการแก้ปัญหา การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

สรุป การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานเป็นทั้งปัญหาด้านความมั่นคงของมนุษย์และความ มั่นคงของชาติซึ่งส่งผลกระทบต่อพลเมือง สังคม และรัฐทั่วทั้งภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก เครือข่าย อาชญากรรมลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานก้าวข้ามและอยู่ นอกเหนือภูมิภาค แต่จนถึงขณะนี้ยังไม่มี การบังคับใช้กฎหมายที่เข้มแข็งและรวดเร็วเท่าเทียมกันมารับมือการกระทำดังกล่าว พิธีสารว่าด้วย การต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานนำเสนอแนวปฏิบัติเพื่อให้บรรลุความร่วมมือที่จำเป็น และปราบปรามการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานอย่างมีประสิทธิภาพ โดยประเทศไทยได้ลงนาม เป็นประเทศภาคีของพิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ณ วันที่ 18 ธันวาคม พ.ศ. 2544

2.7 ปัญหาการเคลื่อนย้ายของแรงงานต่างด้าว³³

การเคลื่อนย้ายแรงงานต่างด้าวของประเทศไทยเริ่มขึ้นในปี พ. ศ. 2535 เนื่องมาจาก สภาวะเศรษฐกิจของประเทศไทยมีการพัฒนาและมีการขยายตัวทางเศรษฐกิจสูงมาก โดยเฉพาะ

³³ กมลชัย รัตนสกวาวงศ์. (2532). ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมัน. *วารสารกฎหมายปกครอง*, 8(8). หน้า 1.

อุตสาหกรรมการค้าก่อสร้าง และการประมง การเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศไทยทำให้เกิดความต้องการแรงงานไร้ฝีมือจำนวนมากส่งผลให้เกิดการลักลอบเข้ามาทำงานในประเทศไทยเป็นจำนวนมากนับแสนคน รัฐบาลไทยในแต่ละยุคได้มีนโยบายผ่อนปรนมาโดยตลอดด้วยการออกมติคณะรัฐมนตรีอนุญาตให้มีการจ้างแรงงานไร้ฝีมือจากประเทศเพื่อนบ้านซึ่งขณะนั้นมีสถานะเป็นผู้หลบหนีเข้าเมืองผิดกฎหมายให้สามารถอยู่อาศัย และทำงานในประเทศไทยเป็นการชั่วคราวเพื่อรอการส่งกลับ แม้รัฐบาลไทยจะได้ปรับเปลี่ยนสถานะของแรงงานต่างด้าวหลบหนีเข้าเมืองให้เป็นแรงงานต่างด้าวที่ถูกต้องตามกฎหมาย เพื่ออำนวยความสะดวกให้มีการนำแรงงานต่างด้าวจากประเทศเพื่อนบ้านเข้ามาทำงานอย่างถูกต้องตามกฎหมาย แต่ปัญหาการลักลอบเข้ามาทำงานในประเทศไทยยังคงปรากฏเห็นอยู่เสมอ ดังเช่นผลกระทบจากการจ้างแรงงานข้ามชาติของไทยภายใต้ยุคพิสูจน์สัญชาติ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2535 ภาคอุตสาหกรรมของประเทศไทยประสบปัญหาการขาดแคลนแรงงาน โดยเฉพาะแรงงานไร้ฝีมือซึ่งเป็นปัญหาที่มีความสำคัญและเกี่ยวพันทั้งภาครัฐและภาคเอกชน ปัจจัยสำคัญที่ทำให้เกิดการขาดแคลนแรงงาน คือ การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างประชากรของประเทศไทย เนื่องจากคนไทยนิยมศึกษาในระดับอุดมศึกษามากขึ้น ในขณะที่ภาคการศึกษาไม่สอดคล้องกับความต้องการของตลาดแรงงาน และภาคอุตสาหกรรมมีประสิทธิภาพการผลิตที่ต่ำกว่ามาตรฐาน โดยเฉพาะภาคอุตสาหกรรมยังคงต้องพึ่งพาแรงงานไร้ฝีมือที่มีค่าจ้างราคาถูกเพื่อสร้างความได้เปรียบในด้านการผลิต ดังนั้น การแก้ไขปัญหาการขาดแคลนแรงงานไร้ฝีมือกระทำโดยการนำเข้าแรงงานต่างด้าวไร้ฝีมือเข้ามาทดแทนซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองระหว่างประเทศโดยรวมสถานทูตสหรัฐอเมริกากรุงเทพฯ ประเทศไทย เรื่องการค้ำมนุษย์การลักลอบเข้าเมืองของแรงงานต่างด้าวเป็นจำนวนมากทำให้ยากที่จะพิจารณาคัดแยกความแตกต่างระหว่างการขนคนลักลอบเข้าประเทศ กับการขนคนเข้าประเทศเพื่อการค้ำมนุษย์ สำหรับการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นฐานนั้นผู้รับจ้างนำพา และผู้ถูกนำพาต่างได้รับประโยชน์ซึ่งกันและกัน ผู้ถูกนำพาได้ประโยชน์จากการเดินทางเข้าประเทศตามความต้องการของตนเอง ผู้รับจ้างนำพาได้ประโยชน์เป็นเงินหรือค่าตอบแทนอย่างอื่น ในขณะที่การค้ำมนุษย์เป็นการนำพา ซักพา บังคับหลอกลวง นำตัวผู้เสียหายมาแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งผู้เสียหายมิได้เต็มใจหรือยินยอม การค้ำมนุษย์เป็นความผิดต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย และเสรีภาพ ดังนั้น เรื่องการค้ำมนุษย์ทำให้ผู้เสียหายจำนวนมากไม่ยอมได้รับการปฏิบัติตามกฎหมายไม่เหมาะสม และถูกนำไปรวมไว้กับกลุ่มผู้กระทำความผิดฐานลักลอบเข้าเมืองโดยผิดกฎหมายตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ซึ่งเจ้าพนักงานสามารถดำเนินการส่งคนเหล่านั้นกลับออกไปนอกราชอาณาจักร และถ้าลักลอบทำงานมีความผิดตามพระราชบัญญัติการทำงานคนต่าง

ด้วย พ.ศ. 2551 อีกกระทงหนึ่ง ดังนั้นการพิสูจน์คัดแยกตัวผู้เสียหายต้องตระหนักเสมอว่า “การค้ามนุษย์เป็นความผิดต่อบุคคล การลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นฐานเป็นความผิดต่อรัฐ” สำหรับการค้ามนุษย์เพื่อแสวงหาประโยชน์ด้านแรงงาน (Human Trafficking for Labour Exploitation) กล่าวคือ การจัดหา การนำพา การส่งไปที่หมาย การรับบุคคลไว้ หรือการได้รับบุคคล จัดให้อยู่อาศัยด้วยวิธีการใช้กำลังบังคับหลอกลวง หน่วงเหนี่ยวกักขัง เพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ รวมถึงการแสวงหาประโยชน์ด้านแรงงาน ประเทศสากลให้ความสำคัญกับการต่อต้านการค้ามนุษย์ด้านแรงงาน สำหรับประเทศไทยได้พยายามดำเนินการป้องกัน และปราบปรามการค้ามนุษย์มาอย่างต่อเนื่องนับแต่มีการประกาศเรื่องการค้ามนุษย์ด้านแรงงานให้เป็นวาระแห่งชาติในปี พ.ศ. 2547 และได้ดำเนินการประกาศใช้พระราชบัญญัติป้องกัน และปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 แต่ผลการดำเนินงานไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควรเห็นได้จากการที่กระทรวงการต่างประเทศสหรัฐอเมริกา เผยแพร่ “รายงานสถานการณ์การค้ามนุษย์ ประจำปี ค.ศ. 2013 (Trafficking in Persons Report : TIP Report) โดยจัดอันดับประเทศไทยอยู่ในกลุ่มประเทศระดับ Tier 2 Watch List ประเทศที่มีการค้ามนุษย์ และการบริหารจัดการด้านแรงงานของรัฐบาลไม่เพียงพอจำต้องเฝ้าจับตามอง เนื่องจากประเทศไทยเป็นทั้งประเทศต้นทาง ปลายทาง และทางผ่านสำหรับการค้ามนุษย์ทั้งผู้ชาย ผู้หญิง และเด็กเพื่อบังคับใช้แรงงาน และการค้าประเวณี มีเหยื่อจากประเทศต่างๆ เช่น จีน เวียดนาม รัสเซีย อินเดีย และฟิลิปปินส์ ได้ถูกนำพาเพื่อมาหางานทำโดยได้รับการช่วยเหลือจากเพื่อน ญาติ และขบวนการค้ามนุษย์ นอกจากนี้ยังมีเครือข่ายลักลอบนำคนเข้าเมืองผิดกฎหมาย ทำให้มีแรงงานอพยพถึง 3 ล้านคนในประเทศไทย ส่วนใหญ่เป็นชาวเมียนมา เหยื่อการค้ามนุษย์บางส่วนเป็นผู้ย้ายถิ่นมาจากประเทศเพื่อนบ้านถูกบังคับ ชู่เหี้ยหรือล่อลวงมาเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ และเหยื่อการค้ามนุษย์ด้านแรงงานจำนวนมากถูกบังคับให้ทำงานในอุตสาหกรรมประมง อุตสาหกรรมผลิตเสื้อผ้าราคาถูก โรงงานต่างๆ และงานรับใช้ตามบ้าน นอกจากนี้ บางคนถูกบังคับให้ขอทาน

สรุปผลกระทบที่เกิดขึ้นกับประเทศไทย ได้แก่

1) ปัญหาด้านความมั่นคง ก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในเรื่องปัญหาชนกลุ่มน้อยในประเทศเมียนมา แรงงานต่างด้าวหลบหนีเข้าเมือง การค้ามนุษย์ ปัญหาเกี่ยวกับข้อกฎหมาย และนโยบายแรงงานต่างด้าวที่ไม่มีความชัดเจนในการบริหารแรงงานต่างด้าว รวมถึงการวางมาตรการต่าง ๆ ในการบริหารแรงงานต่างด้าวที่ไม่เป็นสากล นโยบายที่ผ่านมามีความยืดหยุ่นผ่อนผันมาโดยตลอดจนก่อให้เกิดปัญหาต่าง ๆ จนไม่สามารถปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารแรงงานต่างด้าว นอกจากนี้นายหน้าจัดหางาน นายจ้าง และเจ้าหน้าที่ที่มีการคอร์รัปชัน รวมถึงขาดการประสานงานข้อมูลการบริหารแรงงานต่างด้าวกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

2) ปัญหาด้านสาธารณสุข ได้แก่ ปัญหาการควบคุมโรคที่แรงงานต่างด้าวนำติดตัวมาทำงานในประเทศไทยทำให้การจำกัดโรคร้ายแรงต้องเสี่ยงงบประมาณในการรักษาเป็นจำนวนมาก ปัญหาที่เกี่ยวกับชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงานของแรงงานต่างด้าว ปัญหาความปลอดภัยในการทำงาน

3) ปัญหาด้านสังคม ได้แก่ ปัญหาความปลอดภัยของชีวิต และทรัพย์สิน การก่ออาชญากรรมต่างๆ การลักลอบขนแรงงานต่างด้าวหลบหนีเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย การสร้างอิทธิพลของกลุ่มชนชาติที่ค้ายาเสพติด ปัญหาโสเภณี ปัญหาเด็กที่ติดมากับบิดามารดาที่เป็นแรงงานต่างด้าว ปัญหาต่างๆ เหล่านี้เป็นภาระด้านงบประมาณของประเทศไทยในการจัดหาปัจจัยขั้นพื้นฐานเพื่อการดำรงชีวิต การสาธารณสุขไปโรค การจัดหาโรงเรียนสำหรับเด็กต่างด้าว การปฏิบัติด้านมนุษยธรรม ปัญหาเด็กต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทย

4) ปัญหาด้านเศรษฐกิจ ได้แก่ ปัญหาเรื่องค่าจ้างที่ไม่เป็นธรรม ปัญหาภาคอุตสาหกรรมมีความต้องการแรงงานไร้ฝีมือทำให้ไม่มีการพัฒนาโครงสร้างภาคอุตสาหกรรมที่ต้องใช้แรงงานฝีมือ ซึ่งมีผลกระทบกับการพัฒนาฝีมือคนไทย ปัญหาการก่อให้เกิดธุรกิจนอกระบบ ตลาดแรงงานที่แจ้งความต้องการแรงงานต่างด้าวเกินความจำเป็นในการจ้างแรงงานต่างด้าว ปัญหารัฐไม่สามารถกำหนดนโยบายเพื่อการบริหารแรงงานต่างด้าวในภาคอุตสาหกรรมต่างๆ เนื่องจากไม่มีข้อมูลเชิงปริมาณที่แท้จริงเพื่อใช้ในการวิเคราะห์ความต้องการแรงงานไร้ฝีมือในตลาดแรงงาน

นอกจากนี้ประเทศที่เป็นสากลให้ความสำคัญกับการต่อต้านการค้ามนุษย์ด้านแรงงานกับประเทศไทย แม้ว่าจะได้พยายามดำเนินการป้องกัน และปราบปรามการค้ามนุษย์มาอย่างต่อเนื่อง แต่ไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควรเห็นได้จากกรณีที่ประเทศสหรัฐอเมริกาจัดอันดับประเทศไทยอยู่ในประเทศที่ต้องเฝ้าจับตามอง เนื่องจากยังมีการบังคับใช้แรงงานในลักษณะต่างๆ เช่น แรงงานจัดหนี้ แรงงานถูกบังคับ หรือถูกหลอกลวงมาใช้แรงงานในอุตสาหกรรมประมง กระบวนการพิสูจน์สัญชาติที่มีค่าธรรมเนียม และค่าใช้จ่ายที่สูงโดยนายหน้าจัดหางานผิดกฎหมายเรียกรับจากแรงงานต่างด้าวและไม่มีการควบคุม กำกับ ดูแลจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง กระบวนการพิสูจน์สัญชาติมีอุปสรรคทางภาษาของแรงงานต่างด้าว ต้องพึ่งพานายหน้าจัดหางาน และไม่มีกฎระเบียบกำกับกับการพิสูจน์สัญชาติ

2.8 อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายคนเข้าเมือง³⁴

ด้วยการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐมีที่มาจากบทบัญญัติของกฎหมายเป็นพื้นฐานสำคัญ เมื่อใดที่กฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐโดยมิได้กำหนดองค์ประกอบหรือเงื่อนไขการใช้อำนาจไว้อย่างชัดเจนแล้ว ในการบังคับใช้กฎหมายย่อมจะทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจในการใช้อำนาจในเรื่องนั้น ๆ ดังนั้น ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงเกิดขึ้นจากการที่ตัวบทกฎหมายเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ ใช้กฎหมายได้อย่างยืดหยุ่นและสอดคล้องกับข้อเท็จจริงเป็นการเฉพาะเรื่องเฉพาะราย เพื่อมิให้การใช้บทบัญญัติ ของกฎหมายแข็งกระด้างและเพื่อมุ่งหมายให้เกิดความยุติธรรมขึ้นแก่เฉพาะเรื่องเฉพาะรายนั้น ๆ อำนาจดุลพินิจสามารถแบ่งออกได้หลายประเภทตามการกระทำด้านต่าง ๆ ของรัฐ แต่ยังคงมีลักษณะร่วมกัน ได้แก่การที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยกำหนดถ้อยคำที่มีลักษณะ ไม่แน่นอนตายตัว หรือให้ทางเลือกในการใช้อำนาจหรือมาตรการได้หลายทางในขอบเขตที่กำหนด ซึ่งการยอมให้ เจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจในเรื่องนั้น ๆ เพื่อให้มีการบริหารกฎหมายให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์และมีให้เกิดการหยุดชะงักในการปฏิบัติหน้าที่หรือขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย จึงเห็นได้ว่า “อำนาจดุลพินิจ” มีลักษณะตรงกันข้ามกับ “อำนาจผูกพัน” อย่งไรก็ดี ในการศึกษาประเด็นการใช้ดุลพินิจ นั้น จำเป็นต้อง ทราบถึงความทั่วไปเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจ ทั้งในส่วนของ ความหมายและความสำคัญ ประเภท และแนวคิดว่าการควบคุมอำนาจดุลพินิจ ทั้งนี้ เพื่อความเข้าใจที่ชัดเจนของการศึกษาและวิเคราะห์ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐต่อไป เมื่อพิจารณาความหมายตามถ้อยคำแล้ว “ดุลพินิจ” ประกอบด้วยคำว่า “ดุล” ซึ่งแปลว่า เท่ากัน เสมอกัน และเท่าเทียมกัน และคำว่า “พินิจ” ซึ่งแปลว่า พิจารณา ดังนั้น “ดุลพินิจ” จึงมีความหมายว่า การวินิจฉัยที่สมควรหรือการพิจารณาด้วยความเที่ยงธรรม³⁵ ส่วนพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน ได้ให้ความหมายว่า การวินิจฉัยที่เห็นสมควร³⁶

สำหรับความหมายในทางกฎหมาย นั้น พจนานุกรมกฎหมาย (Black’s Law Dictionary) ได้ให้ความหมายของคำว่า “discretion” ว่าหมายถึง อำนาจของปัจเจกชนในการตัดสินใจโดย

³⁴ คณะทำงานศึกษาและยกร่างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2564). *ความเบื้องต้นเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://webportal.bangkok.go.th/upload/user/00000121/File2020/No.12-11-6-63.pdf>. [2565, 6 สิงหาคม].

³⁵ บทวิทยุราชการ. (2533, 29 ตุลาคม). *รู้ รัก ภาษาไทย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.royin.go.th/?knowledges=ดุลพินิจ-29-ตุลาคม-2553>. [2565, 6 สิงหาคม].

³⁶ ราชบัณฑิตยสถาน พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554.

ปราศจาก การแนะนำหรือการยินยอมจากบุคคลอื่น และคำว่า “administrative discretion” หรือดุลพินิจของ เจ้าหน้าที่ของรัฐว่า หมายถึง อำนาจของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่รัฐในการใช้อำนาจตัดสินใจเพื่อการปฏิบัติ หน้าที่ของตน³⁷ นอกจากนี้ นักวิชาการทางกฎหมายหลายท่านได้ให้ความหมายของคำว่า “อำนาจดุลพินิจ” ไว้สรุปความได้ว่า อำนาจดุลพินิจเป็นอำนาจที่กฎหมายบัญญัติเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกตัดสินใจ และเลือกปฏิบัติด้วยตนเองอย่างอิสระเพื่อดำเนินการตามหน้าที่และความรับผิดชอบของตน ภายในขอบเขต แห่งกฎหมาย ซึ่งอาจมีการปฏิบัติและการตัดสินใจได้หลายอย่างและแต่ละอย่างก็ชอบด้วยกฎหมาย เช่นเดียวกัน³⁸ กล่าวได้ว่า การกำหนดให้อำนาจดุลพินิจนั้น เป็นกรณีที่กฎหมายเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครอง มีเสรีภาพในการพิจารณาดำเนินการตามสถานการณ์หรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น³⁹

2.9 ทฤษฎีการกำหนดโทษทางอาญา⁴⁰

แนวคิดและทฤษฎีการลงโทษทางอาญาเป็นสิ่งที่มีความเก่าแก่แล้วได้มีการพัฒนาขึ้นเป็นลำดับ จากเดิมที่มุ่งเน้นการลงโทษพวกการแก้แค้นทดแทนให้เกิดความหลาบจำเพียงอย่างเดียว ก็ได้มีการนำเอาแนวคิดในการมุ่งแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดเข้ามาใช้ด้วย ซึ่งก่อให้เกิดวิธีการและมาตรการต่างๆที่นำมาใช้ให้เกิดความเหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละราย โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้กระทำความผิดที่สามารถฟื้นฟูแก้ไขพฤติกรรมให้กับตัวเป็นคนดี คืนสู่สังคมได้และเป็นผู้ที่กระทำความผิดเล็กน้อยหรือกระทำความผิดโดยปราศจากความชั่ว

ในการลงโทษผู้ทำความผิดอาญาจึงจำเป็นต้องพิจารณาทฤษฎีการลงโทษทางอาญาประกอบด้วยซึ่งแต่ละทฤษฎีมีรูปแบบและสนองตามวัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญาแตกต่างกันโดยทฤษฎีการลงโทษทางอาญาที่ปรากฏอยู่มีดังนี้

1) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน (retribution) เป็นที่สี่การลงโทษที่เก่าแก่ที่สุดอย่างหนึ่งตามแนวความคิดในการลงโทษเพื่อแก้แค้นผู้กระทำความผิด โดยมีพื้นฐานความผิดมาจากลัทธิเจตจำนงเสรีที่เรียกว่า Free will ลัทธิความเชื่อพื้นฐานว่ามนุษย์มีเหตุผลมี

³⁷ Black's Law Dictionary. (2004). (Online). Available: http://www.republicsg.info/Dictionaries/2004_Black%27s-Law-Dictionary-Edition-8.pdf p.1405

³⁸ กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 33. หน้า 5.

³⁹ รองพล เจริญพันธ์. (2521). การใช้ดุลพินิจในกฎหมายเยอรมัน. *วารสารนิติศาสตร์*, 9(4). หน้า 17.

⁴⁰ ศัญญพงษ์ ลิ้มประเสริฐ สุทธิราภรณ์ แสงจันทร์ศรี และ อนิสมา มานะทน. (2562). การลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญา. *รายงานสืบเนื่องประชุมวิชาการระดับชาติ มหาวิทยาลัยรังสิต ประจำปี 2562*, 26 เมษายน 2562.

อิสระเสรีภาพที่จะคิดมีเสรีภาพที่จะกระทำการใดๆภายใต้ความคิดความเชื่อและการตัดสินใจของตนเอง รวมทั้งความสามารถของบุคคลในการใช้เหตุผล การกระทำสิ่งใดมนุษย์ย่อมมีเหตุผลเป็นของตัวเอง ดังนั้นมนุษย์จึงต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนเองที่ได้กระทำลงไป หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ดีเขาย่อมได้รับผลตอบแทนที่ดี แต่หากเป็นการกระทำที่ไม่ดีหรือเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎเกณฑ์ของสังคมเขาคควรได้รับการตำหนิ หรือได้รับการลงโทษจากสังคมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ การที่สังคมลงโทษเขาเพราะเหตุผลที่มาจากกระทำของเขาเอง หาใช้สิ่งอื่นใดไม่ เมื่อเขากระทำผิดเขาย่อมสมควรถูกลงโทษ การลงโทษจึงเป็นการทดแทนการกระทำผิดของตนเอง

ผู้ที่สนับสนุน ทฤษฎีนี้ได้ให้ความเห็นว่า การลงโทษเป็นของคู่กับการกระทำผิด ถ้าสังคมไม่ลงโทษผู้กระทำผิดก็เท่ากับสังคมยอมรับการกระทำของเขา และด้วยเหตุนี้ก็มีผลเหมือนว่าสังคมเป็นผู้สนับสนุนให้กระทำผิด และการลงโทษในทุกกรณีจะต้องเนื่องมาจากเหตุผลที่ว่าบุคคลซึ่งถูกลงโทษได้กระทำความผิดเท่านั้นและจะใช้การลงโทษเป็นเครื่องมือเพื่อประโยชน์อย่างอื่นไม่ได้ ไม่ว่าจะเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ถูกลงโทษเอง ผู้เสียหายหรือแก่สังคมเป็นส่วนรวมก็ตาม แต่นักอาชญาวิทยามีความเห็นว่าการลงโทษไม่เหมาะสมและไร้มนุษยธรรม ไม่ประกาศให้ผู้กระทำความผิดได้กลับตัวเป็นคนดีเพื่อกลับคืนสู่สังคม การใช้ความรุนแรงเพียงอย่างเดียวโดยไม่คำนึงถึงปัจจัยต่างๆที่ทำให้ผู้นั้นกลายเป็นผู้กระทำความผิดเป็นการลงโทษที่ไม่เกิดผลดีต่อสังคม

อย่างไรก็ดี อาจกล่าวได้ว่าทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นหรือเพื่อทดแทนนั้นมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อให้เกิดความยุติธรรมต่อผู้เสียหายและสังคม โดยโทษที่ลงแก่ผู้กระทำผิดนั้นจะต้องเป็นสัดส่วนกับความผิดที่เกิดขึ้นเพื่อความยุติธรรมแล้ว ผู้ซึ่งจงใจกระทำการอันไม่เป็นธรรมจะต้องถูกลงโทษด้วยโทษที่ได้สัดส่วนพอดี ทั้งในสภาพและความหนักเบากับความผิดของเขา ซึ่งการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน เน้นการลงโทษที่มองไปที่อดีตเหตุผลของการลงโทษเป็นไปเพื่อการแก้แค้นโดยการลงโทษเกิดจากอารมณ์แค้นที่มีตามสัญชาตญาณของมนุษย์ อีกเหตุผลหนึ่งคือทุกคนควรต้องมีความรับผิดชอบต่อการกระทำที่เกิดขึ้น เพื่อรักษาความยุติธรรมหรือสมดุลไว้ในสังคม เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ผู้กระทำความผิดจึงสมควรจะต้องได้รับโทษเพื่อทดแทนความผิดหรือลบล้างความชั่วที่เกิดขึ้น โดยโทษที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับต้องเทียบเท่า กับความเจ็บปวดและความทุกข์คนหรือทรมานหรือมีความยากลำบากเช่นเดียวกันกับผู้เสียหายหรือสังคมได้รับวิธีการลงโทษตามทฤษฎีนี้แต่เดิมใช้ความรุนแรงและทารุณโหดร้าย จึงถูกคัดค้านจากประชาชนต่อมาสำนักกฎหมายคลาสสิกได้เปลี่ยนแนวคิดในการลงโทษไม่ให้ใช้การลงโทษแบบทรมานแต่จำนวนหรือความหนักเบาของโทษต้องได้รับสัดส่วนกับความผิด ส่วนเหตุผลการลงโทษยังยึดหลักว่าผู้กระทำผิดสมควรได้รับโทษเพราะทุกคนมีเจตจำนงอิสระวิธีการ

ลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนมีวิธีการลงโทษหลายทาง คือ (1) สำหรับความผิดที่ร้ายแรงนั้นควรต้องลงโทษให้สาสมกับความผิดที่ได้กระทำขึ้น (2) โดยการใช้ค่าเสียหายหรือค่าทดแทนความเสียหายแทนการถูกลงโทษ หรือ (3) โดยการลงโทษให้สาสมกับความผิดและใช้ค่าเสียหายหรือค่าทดแทนเพื่อชดเชยความผิดที่เกิดขึ้น (Expiation) ด้วย เช่น การลงโทษจำคุก หรือ ปรับ หรือทั้งจำคุกและปรับและให้คืนทรัพย์หรือใช้ราคาทรัพย์แทน

2) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการชดเชยความผิด (Atonement) ทฤษฎีนี้มีความเก่าแก่พอๆกับทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นหรือเพื่อทดแทน โดยมีแนวคิดว่าเป็นกลุ่มชนบางเหล่ามีกฎข้อบังคับที่เชื่อกันว่าเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์เหนืออำนาจของกฎธรรมชาติ หากใครกระทำการฝ่าฝืนกฎข้อบังคับนั้น ก็ต้องมีการชดเชยเพื่อลบล้างการกระทำผิด โดยการทำจัดผู้กระทำความผิดให้พ้นไปเสียจากสังคม อันเป็นวัตถุประสงค์ของการลงโทษผูกพันกับสิ่งศักดิ์สิทธิ์และความเชื่อมมายจึงเป็นทฤษฎีที่ล้าสมัย

3) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่หรือ ปรามปราม (Deterrence) ทฤษฎีนี้ตั้งอยู่บนความเชื่อพื้นฐานว่าคนเราทำความผิดโดยเจตนาและก่อนจะลงมือกระทำนั้นก็ได้พิจารณาใคร่ครวญถึงผลดีผลเสียแล้ว จึงลงมือกระทำ หากเขาพิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำผิดจะเกิดผลดีมากกว่าก็จะตัดสินใจกระทำผิด ถ้าเห็นว่าเกิดผลเสียมากกว่าก็จะไม่กระทำผิด เพราะฉะนั้น เพื่อป้องกันไม่ให้คนกระทำผิด รัฐจึงต้องออกกฎหมายกำหนดความผิดและโทษสำหรับความผิดกันไว้ให้ชัดเจนและเปิดเผยต่อสาธารณชน เพื่อป้องกันความผิดพลาดที่จะเกิดขึ้น โดยคำนึงถึงหลักการของความสุจริตซมยินดี และความเจ็บปวดทุกข์ทรมานมาประกอบพิจารณาเพื่อควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ด้วย เมื่อมีผู้กระทำความผิดหรือฝ่าฝืนกฎหมายก็ต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ทั้งนี้ การลงโทษจะต้องกระทำอย่างรวดเร็ว แน่นอน เสมอภาค และรุนแรงตามความเหมาะสมของโทษที่กำหนดไว้ การลงโทษดังกล่าวย่อมมีประโยชน์ต่อสังคมในด้านการลดอาชญากรรมและการกระทำผิดอื่น ๆ ตลอดจนเป็นการส่งเสริมให้คนทั่วไปเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย

นอกจากนี้ การกระทำผิดที่เกิดขึ้นในสังคมเมื่อเกิดขึ้นแล้วไม่สามารถที่จะย้อนเวลากลับไปไม่ให้การกระทำนั้นเกิดขึ้นอีกได้ ดังนั้น เมื่อเกิดการกระทำผิดขึ้นจึงต้องให้ความสัมพันธ์กับการหาทางป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดลักษณะนั้นเกิดขึ้นมาอีกมากกว่าที่จะมุ่งแก้แค้นทดแทนผู้กระทำผิดทฤษฎีนี้จึงมุ่งใช้วิธีการลงโทษอย่างหนักแน่นแก่ผู้กระทำความผิด เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเข็ดหลาบไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำอีกเพื่อเป็นเยี่ยงอย่างให้แก่บุคคลอื่นเห็นว่าถ้ากระทำผิดฐานนั้นๆแล้วจะต้องได้รับโทษอย่างเดียวกัน เมื่อคนทั่วไปเห็นตัวอย่างแล้วก็จะเกิดความกลัวไม่กล้ากระทำความผิด ซึ่งตามทฤษฎีนี้ถือว่าเป็นการปลูกฝังศีลธรรมให้แก่บุคคลใน

สังคมไปด้วย หรืออาจกล่าวได้อีกในหนึ่ง ว่าเป็นการป้องกันสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรม โดยลงโทษผู้กระทำผิดซึ่งมุ่งเน้นไปเพื่อประโยชน์สามประการ คือ

1) เพื่อป้องกันอาชญากรรมอย่างถาวรหรือชั่วคราว ซึ่งได้แก่การลงโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือ จำคุก หรือกักขังตามระยะเวลาที่ศาลกำหนดไว้

2) เพื่อข่มขู่ยับยั้ง ได้แก่ การลงโทษเพื่อให้มีผลป้องกันแก่ตัวผู้กระทำผิดเอง (Special Prevention or Individual Deterrence of Specific Deterrence) คือ ทำให้ผู้กระทำผิดที่ถูกลงโทษมีความเกรงกลัว เช็ดหลาบไม่กล้ากระทำผิดซ้ำขึ้นอีก ตลอดจนการลงโทษเพื่อเป็นตัวอย่างบุคคลทั่วไป (General Prevention or General Deterrence) คือทำให้บุคคลทั่วไปเห็นว่าเมื่อผู้ใดกระทำผิดแล้วจะต้องได้รับโทษเพื่อให้เกิดความเกรงกลัวจนไม่กล้าทำความผิด

3) เพื่อปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำผิด ได้แก่ การแก้ไขปรับปรุงที่เกิดจากการลงโทษโดยตรงและแก้ไขปรับปรุงอันเป็นส่วนที่เกิดสืบเนื่องมาจากการลงโทษ

ทั้งนี้ การลงโทษจะต้องมีปริมาณโทษมากพอที่จะบรรลุผลเป็นการป้องกันการกระทำผิด แต่ต้องไม่มากเกินไปจนเกินไปในการที่จะบรรลุผลนั้น การลงโทษที่มีประสิทธิภาพจะต้องมีความแน่นอนเสมอภาคและรวดเร็ว เพื่อให้ผู้กระทำผิดและบุคคลอื่นเห็นผลเสียที่จะได้รับการกระทำผิดนั้นแต่ทฤษฎีนี้ นับเป็นเหตุให้กฎหมายในบ้านเมืองมีโทษหนักมากเกินความเหมาะสมซึ่งการลงโทษที่มุ่งจะให้ผลเป็นการข่มขู่บุคคลโดยทั่วไปมากเกินไป เช่นการลงโทษตัดมือผู้กระทำผิดหลักทรัพย์เพื่อให้คนอื่นเกรงกลัวไม่กล้าเอาอย่างอาจมีผลเป็นการผลักดันให้ผู้ที่ถูกลงโทษกระทำ ความผิดอย่างอื่นต่อไป เพราะไม่มีวิธีระบถ่วงที่จะใช้ทำมาหากินโดยสุจริต จึงมีผู้โต้แย้งคัดค้านว่าหากการลงโทษสถานหนักแก่ผู้กระทำผิดสามารถทำให้คนที่คิดจะทำความผิดเกรงกลัวและแก้ปัญหาอาชญากรรมได้แล้ว ก็ไม่มีความจำเป็นต้องศึกษาการลงโทษทางอาญาอีกต่อไป แต่ในความจริงกลับยังมีผู้กระทำความผิดอยู่ไม่หยุดหย่อนจึงเห็นสมควรเลิกใช้ทฤษฎีนี้ในการลงโทษเสีย

4) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการป้องกันสังคม (Protection of Society)

ทฤษฎีนี้มุ่งเน้นที่การรักษาความสงบและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม โดยรวมเป็นการแสดงเจตจำนงร่วมกันของคนในสังคมในข้อที่ว่าแม้จะเป็นการทำความผิดระหว่างสมาชิกต่อสมาชิกในสังคมเฉพาะรายก็ตาม ก็ถือว่าเป็นการทำความผิดต่อสังคมโดยตรงหาใช่ความผิดส่วนตัวไม่ แต่เป็นเรื่องของส่วนรวมของคนในสังคมทุกคน ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ได้พัฒนาเป็นแนวคิดพื้นฐานของทฤษฎีการลงโทษเพื่อปกป้องคุ้มครองสังคมโดยมีหลักการที่สำคัญ คือ

1) จะต้องมีการมองวิธีดำเนินการกับผู้กระทำความผิดอย่างเป็นระบบโดยมุ่งคุ้มครองสังคมจากอาชญากรรมมากกว่าการลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล

2) การลงโทษผู้กระทำความผิด ไม่อาจใช้หลักกฎหมายเพียงอย่างเดียวได้ แต่จำเป็นต้องศึกษาพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคลและสถานการณ์อาชญากรรมของสังคม เพื่อนำมาประกอบการพิจารณาคดี

กล่าวโดยสรุปได้ว่าทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันสังคมมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัย โดยวิธีแยกผู้กระทำความผิดออกจากสังคมเพื่อตัดโอกาสไม่ให้ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดขึ้นอีก สำหรับการลงโทษเพื่อคุ้มครองสังคมนั้น มีหลักการสำคัญคือ การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดและอบรมบ่มนิสัยมากกว่าการลงโทษ โดยเน้นการคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรมส่วนการลงโทษจะเน้นให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดความเป็นรายบุคคล เพื่อให้มีการปรับปรุงแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดให้เป็นคนดี โดยกำหนดหลักเกณฑ์ในการป้องกันควบคุม และการปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิดไว้ในกฎหมายอาญาดังกล่าว เช่น การนำหลักเกณฑ์และวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้กับผู้กระทำความผิดเป็นต้น วัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อคุ้มครองสังคมจึงเป็นมาตรการเสริมที่สำคัญ โดยอาจนำมาใช้ในกรณีที่กฎหมายกำหนดอัตราโทษไว้น้อยไปไม่เพียงพอต่อการปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิดบางประเภท จึงต้องนำมาเสริมมาผนวกใช้ด้วย เช่น การนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้กับผู้กระทำความผิดซ้ำซาก เป็นต้น

5) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไขหรือตัดนิสัย (Reformation)

ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีการลงโทษทฤษฎีใหม่ที่มีแนวคิดพื้นฐานว่าผู้กระทำความผิดเป็นผู้ป่วย และมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดีไม่ให้บุคคลที่ได้กระทำความผิดมาแล้วกลับมาก่อทำความผิดซ้ำอีก ไม่ได้มุ่งหมายจะให้ถึงผลถึงบุคคลอื่นโดยตรงรวมทั้งพยายามที่จะช่วยให้ผู้กระทำความผิดกลับคืนสู่สังคมได้ตามปกติ และนอกจากจะพยายามหาทางให้ผู้ที่ได้กระทำความผิดแล้วเกิดความประสงค์ที่จะยับยั้งไม่กระทำความผิดซ้ำอีกแล้ว ยังจะต้องทำให้ผู้นั้นเกิดความสามรถที่จะยับยั้งเช่นนั้นด้วย และก่อให้เกิดบุคคลที่ได้กระทำความผิดแล้วเกิดความสำนึกว่าอาชญากรรมให้ประโยชน์ไม่คุ้มกับโทษที่ได้รับ รวมทั้งการทำลายนิสัยต่าง ๆ ที่อาชญากรได้สร้างขึ้นมาด้วย จึงมีผู้เสนอแนวคิดว่าไม่ควรซ้ำคำว่า “การลงโทษ” (Punishment) แต่เน้นการใช้คำว่า “การปฏิบัติ” (treatment) แทน เพราะการทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับความยากลำบากด้วยการลงโทษไม่อาจส่งผลให้คนประพฤติตัวดีขึ้น วิธีการตามทฤษฎีนี้จึงมีขั้นตอนหลายขั้นตอน ได้แก่ ขั้นตอนแรก ตรวจสอบสาเหตุของปัญหา ขั้นตอนที่สอง วิเคราะห์สาเหตุ และขั้นตอนสุดท้าย รักษาหรือแก้ไขที่สาเหตุนั้น โดยต้องมีการให้การเรียนรู้หรือการอบรมอย่างเพียงพอที่เขาจะใช้ในการดำเนินชีวิตได้ด้วย เช่น การฝึกอาชีพรวมทั้งการพยายามช่วยให้ผู้กระทำ

ผิดไม่รู้สึกรู้สึกมีปมด้อยจากการที่ได้รับการลงโทษไปแล้ว โดยอาจไม่มีการลงโทษผู้กระทำความผิดเลย เช่น การรอการลงโทษ การรอการกำหนดโทษ หรือการคุมประพฤติ อย่างไรก็ตาม การลงโทษตาม ทฤษฎีนี้ยังคงมีผู้คัดค้านว่าเป็นการส่งเสริมให้เกิดการกระทำผิดเพราะไม่มีมาตรการในการลงโทษ ให้เด็ดขาด

อนึ่ง วัตถุประสงค์ในการลงโทษไม่อาจจะกล่าวได้อย่างกระชับรวบรัดโดยไม่ ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดหรือนำไปสู่ข้อสรุปที่อาจผิดพลาดได้ เพราะวัตถุประสงค์ในการลงโทษ มิได้มีจุดมุ่งหมายอย่างใดอย่างหนึ่งหรือมีอย่างเดียว และวัตถุประสงค์ในการลงโทษหลายประการ อาจสนับสนุนซึ่งกันและกันหรืออาจขัดแย้งกันได้ อย่างไรก็ตาม ระบบการลงโทษควรจะเป็นอิสระ จากการแก้แค้นทดแทนผู้กระทำความผิดแต่เพียงอย่างเดียว ดังนั้นสังคมจึงสมควรมีจุดมุ่งหมายใน การลงโทษ ดังนี้

1) เพื่อคุ้มครองผู้กระทำความผิดและผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิด มิให้ถูกแก้ แค้นจากผู้เสียหาย เพราะการแก้แค้นผู้กระทำความผิดย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นระเบียบเรียบร้อย หรือความวุ่นวายในสังคม

2) เพื่อระงับยับยั้งการกระทำความผิดที่กฎหมายห้าม หรือยับยั้งผู้กระทำความผิด ไม่ให้กระทำความผิดอีก

3) ระบบการลงโทษต้องก่อให้เกิดความทุกข์น้อยที่สุด (ต่อผู้กระทำความผิดหรือ ผู้อื่น) แต่เพียงพอที่จะบรรลุจุดมุ่งหมายในการลงโทษ อันเป็นหลักมนุษยธรรมนิยมด้วย

4) ระบบการลงโทษควรจะดำเนินการเพื่อทำให้ผู้กระทำผิดรู้สึกสำนึกผิดจากการ ได้รับความทุกข์หรือผลร้ายจากการกระทำของตน อันเป็นความมุ่งหมายที่แตกต่างจากข้อ 1 และข้อ 3 หรือ มิฉะนั้น ระบบการลงโทษก็ควรดำเนินการเพื่อทำให้ผู้กระทำผิดรู้สึกสำนึกผิด โดยไม่ จำเป็นต้องลงโทษเพื่อการแก้แค้นอย่างรุนแรงหรือ ไร้มนุษยธรรมต่อผู้กระทำความผิด ตราบเท่าที่ การลงโทษมีผลเพียงพอจะทำให้การกระทำความผิดมีจำนวนลดลงหรือไม่เพิ่มมากขึ้น

5) เพื่อเป็นการแสดงให้เห็นว่าสังคมรังเกียจการกระทำความผิดนั้น โดยผู้มีอำนาจ กำหนดนโยบายการลงโทษอาจเลือกแนวทางใดแนวทางหนึ่งหรือหลายแนวทางที่ส่งเสริม สนับสนุนซึ่งกันและกัน ไม่ขัดแย้งกัน และมีความเหมาะสมต่อสังคม เศรษฐกิจและวัฒนธรรมของ ประเทศ

จากทฤษฎีการลงโทษจะเห็นได้ว่า การลงโทษนั้นมีความสำคัญต่อการกำหนด พฤติกรรมของมนุษย์เป็นอย่างยิ่งทั้งในประเด็นการยับยั้งไม่ให้กระทำผิด และการปรับเปลี่ยนนิสัย เพื่อให้เกิดความเด็ดขาด และการลงโทษยังส่งผลต่อประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย โดย การลงโทษจะต้องมีความเหมาะสมและสอดคล้องกับลักษณะของการกระทำผิดในสังคม ซึ่งจะทำ

