

## บทที่ 4

### ปัญหาความรับผิดชอบและบทกำหนดโทษทางอาญาตามกฎหมายคนเข้าเมือง

จากที่ได้ศึกษาความเป็นมาและวิวัฒนาการ หลักความคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์และประโยชน์ ของกฎหมายคนเข้าเมือง แนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของชาติ ความมั่นคงแห่งรัฐ และหลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) รวมทั้งมาตรการทางกฎหมายคนเข้าเมืองกรณีขอยู่ในราชอาณาจักรไทยของประเทศไทยและต่างประเทศมาในบทก่อน ทำให้วิเคราะห์ประเด็นปัญหาได้ดังต่อไปนี้

#### 4.1 ปัญหาการใช้ดุลพินิจของพนักงานเจ้าหน้าที่กรณีส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร

การใช้ดุลพินิจของพนักงานเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับกรณีคนต่างด้าวที่ตกเป็นคนต้องห้ามเข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรไทยตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองพ.ศ. 2522 กรณีบุคคลที่ไม่มีสัญชาติไทยเดินทางเข้ามาและออกนอกราชอาณาจักรไทยและเมื่อได้รับอนุญาตให้เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร แล้วหากคนต่างด้าวนั้นมีพฤติการณ์ที่สมควรเพิกถอนสิทธิที่ได้รับอนุญาตกรณีดังกล่าวเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจจะมีอำนาจในการสั่งให้คนต่างด้าวดังกล่าวออกนอกราชอาณาจักรได้หรือไม่อย่างไร เนื่องจากพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 เป็นกฎหมายที่บังคับใช้กับคนต่างด้าวที่เดินทางเข้ามาและอยู่ในราชอาณาจักรที่ได้วางระเบียบเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อรักษาความมั่นคงของประเทศ โดยมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานตรวจคนเข้าเมืองสามารถใช้ดุลพินิจออกคำสั่งทางปกครองได้อย่างกว้างขวาง การบังคับใช้พระราชบัญญัติคนเข้าเมืองพ.ศ. 2522 ฉบับนี้จะต้องใช้อย่างระมัดระวังเนื่องจากการออกคำสั่งทางปกครองของพนักงานเจ้าหน้าที่ต้องกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย ถูกต้องตามระเบียบเหมาะสมและในกรณีเฉพาะรายจะต้องไม่ใช้อำนาจอย่างไรซึ่งเหตุผลหรือเกินสมควรแก่เหตุจากปัญหาดังกล่าว ผู้ศึกษาเห็นว่าควรมีการกำหนดอำนาจของเจ้าหน้าที่ในการใช้ดุลพินิจอย่างชัดเจนเกี่ยวกับกรณีใดที่สมควรให้เพิกถอนการอนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร และการที่กฎกระทรวงให้อำนาจในการอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามา ในราชอาณาจักรและการที่กฎกระทรวงให้อำนาจในการอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นอำนาจเสร็จเด็ดขาดของ

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย จึงเสนอแก้ไขว่าควรให้คณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองโดยการเสนอของสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ใกล้ชิดกับปัญหาและเป็นอำนาจโดยแท้ของเจ้าหน้าที่ ดังกล่าวเพื่อเป็นการควบคุมการใช้อำนาจและเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองควรมีอำนาจจับกุมและส่งตัวดำเนินคดีตามกฎหมายก่อนที่จะทำการผลักดันออกนอกประเทศเพื่อให้เกิดความเกรงกลัวในการกระทำผิดซ้ำอีกการห้ามบุคคลต่างด้าวที่ไม่มีปัจจัยยังชีพหรือไม่มีเงินติดตัวเข้ามาเป็นภาระของประเทศควรจะต้องมีการปรับปรุงจำนวนเงินให้เพิ่มมากขึ้นจากเดิมและบัญญัติโรคต้องห้ามเพิ่มเติมจากที่ กฎกระทรวงกำหนดไว้เดิมเนื่องจากในสถานการณ์ปัจจุบัน โรคต่างๆมีการพัฒนาไปตามสภาวะของโลกและผู้ศึกษาเห็นว่าสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองของไทยควรเป็นหน่วยงานที่มีเอกภาพในการออกหนังสือเดินทางและมีอำนาจในการตรวจลงตราให้กับคนต่างด้าวที่เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรได้เองซึ่งหากสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองมีอำนาจเต็มในการดำเนินการดังกล่าวแล้วโอกาสในการพัฒนาระบบการตรวจผ่านแดนให้มีความสะดวกรวดเร็วและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

ประการแรกต้องเข้าใจ ความหมายของบุคคลต้องห้าม คือ คนต่างด้าวซึ่งต้องห้ามมิเข้าราชอาณาจักร เนื่องมาจากมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 12 กล่าวคือ 1) ไม่มีหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางอันถูกต้องและยังสมบูรณ์อยู่ หรือมีแต่ไม่ได้รับการตรวจตราในหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทาง เช่นว่านั้นจากสถานทูตหรือสถานกงสุลไทยในต่างประเทศหรือจากกระทรวงการต่างประเทศ เว้นแต่กรณีที่ไม่ต้องมีการตรวจลงตรา สำหรับคนต่างด้าวบางประเภทเป็นกรณีพิเศษ หรือ 2) ไม่มีปัจจัยในการยังชีพตามควรแก่กรณีที่เข้ามาในราชอาณาจักร หรือ 3) เข้ามาเพื่อมีอาชีพเป็นกรรมกรหรือเข้ามาเพื่อรับจ้างทำงานด้วยกำลังกายโดยไม่ได้อาศัยวิชาความรู้หรือการฝึกทางวิชาการ หรือเข้ามาเพื่อทำงานอื่นอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าว หรือ 4) วิกจริตหรือมีโรคอย่างหนึ่งอย่างใด ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง หรือ 5) ยังมีได้ปลุกฝิป้องกันไข้ทรพิษหรือฉีดวัคซีน หรือปฏิบัติกรอย่างอื่นตามวิชาการแพทย์เพื่อป้องกันโรคติดต่อตามที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ยอมให้แพทย์ตรวจคนเข้าเมืองกระทำการเช่นว่านั้น หรือ 6) เคยได้รับโทษจำคุกโดยพิพากษาของศาลไทยหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดลหุโทษหรือความผิดอันได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดที่ยกเว้นไว้ในกฎกระทรวง หรือ 7) มีพฤติการณ์เป็นที่น่าเชื่อว่าเป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคมหรือจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายต่อความสงบสุขหรือความปลอดภัยของประชาชนหรือความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือบุคคลซึ่งเจ้าหน้าที่รัฐบาลต่างประเทศได้ออกหมายจับ หรือ 8) มีพฤติการณ์เป็นที่น่าเชื่อว่าเป็นคนเข้าเมืองเพื่อการค้าประเวณี การค้าหญิง หรือเด็ก การค้ายาเสพติดให้โทษ การลักลอบหนี

ภาษีศุลกากร หรือเพื่อประกอบกิจการอื่นที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือ 9) ไม่มีเงินติดตัวหรือไม่มีประกันตามที่รัฐมนตรีประกาศซึ่งรัฐมนตรีอำนาจกำหนดให้คนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรมีเงินติดตัว หรือมีประกันหรือจะยกเว้นภายใต้เงื่อนไขใดๆ ก็ได้ ทั้งนี้โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาแต่ประกาศดังกล่าวมิใช่บังคับแก่เด็กอายุต่ำกว่าสิบสองปี<sup>1</sup> หรือ 10) รัฐมนตรีไม่อนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรในกรณีที่มีพฤติการณ์ซึ่งรัฐมนตรีเห็นว่า เพื่อประโยชน์แก่ประเทศหรือเพื่อความสงบเรียบร้อยวัฒนธรรมหรือศีลธรรมอันดีหรือความผาสุกของประชาชน ไม่สมควรอนุญาตให้คนต่างด้าวผู้นั้นหรือจำพวกนั้นเข้ามาในราชอาณาจักรได้<sup>2</sup> หรือ 11) ถูกรัฐบาลไทยหรือรัฐบาลต่างประเทศเนรเทศ หรือถูกเพิกถอนสิทธิการอยู่อาศัยในราชอาณาจักรหรือในต่างประเทศมาแล้ว หรือถูกพนักงานเจ้าหน้าที่ส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร โดยรัฐบาลไทยเสียดำใช้จ่าย ทั้งนี้ เว้นแต่รัฐมนตรีได้พิจารณายกเว้นให้เป็นกรณีพิเศษเฉพาะราย

การออกคำสั่งเป็นบุคคลต้องห้าม หากพนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองตรวจพบว่าคนต่างด้าวมียกเว้นต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามมาตรา 12 เข้ามาในราชอาณาจักร พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งให้คนต่างด้าวดังกล่าวนั้นกลับออกไปนอกราชอาณาจักร โดยมีคำสั่งเป็นหนังสือ หากคนต่างด้าวผู้นั้นไม่พอใจคำสั่ง อาจอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีได้ โดยให้ยื่นต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ภายในสี่สิบแปดชั่วโมงนับแต่เวลาที่ได้รับทราบคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ เว้นแต่กรณีไม่มีหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางอันถูกต้องและยังสมบูรณ์อยู่ หรือมีแต่ไม่ได้รับการตรวจลงตราในหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางเช่นว่านั้นจากสถานทูตหรือสถานกงสุลไทยในต่างประเทศหรือจากกระทรวงการต่างประเทศ เว้นแต่กรณีที่ไม่ต้องมีการตรวจลงตราสำหรับคนต่างด้าวบางประเภทเป็นกรณีพิเศษ (ตามมาตรา 12(1)) หรือ รัฐมนตรีไม่อนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรในกรณีที่มีพฤติการณ์ซึ่งรัฐมนตรีเห็นว่า เพื่อประโยชน์แก่ประเทศหรือเพื่อความสงบเรียบร้อย วัฒนธรรมหรือศีลธรรมอันดี หรือความผาสุกของประชาชน ไม่สมควรอนุญาตให้คนต่างด้าวผู้ใดหรือจำพวกใดเข้ามาในราชอาณาจักร รัฐมนตรีมีอำนาจสั่งไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวผู้นั้นหรือจำพวกนั้นเข้ามาในราชอาณาจักรได้ (ตามมาตรา 12(10))ห้ามมิให้อุทธรณ์ คำสั่งของรัฐมนตรีให้เป็นที่สุด แต่ถ้ารัฐมนตรีมิได้มีคำสั่งภายในเจ็ดวัน

<sup>1</sup> พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522. มาตรา 14.

<sup>2</sup> พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522. มาตรา 16.

นับแต่วันขึ้นอุทธรณ์ ให้ถือว่ารัฐมนตรีมีคำสั่งว่าคนต่างด้าวผู้นั้น ไม่เป็นผู้ต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามมาตรา 12<sup>3</sup>

การควบคุมหรือกักตัวบุคคลต้องห้าม กล่าวคือ ในการตรวจและพิจารณาว่าคนต่างด้าวผู้ใดต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรหรือไม่ พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจกักตัวคนต่างด้าวที่เป็นบุคคลต้องห้ามผู้นั้นไว้ ณ สถานที่ใดตามที่เห็นเหมาะสมเพื่อดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้<sup>4</sup> และในการกักตัวดังกล่าวนี้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจกักตัวคนต่างด้าวผู้นั้น ได้เท่าที่จำเป็นตามพฤติการณ์แห่งกรณี แต่ห้ามมิให้กักตัวไว้เกินสี่สิบแปดชั่วโมงนับแต่เวลาที่ผู้ถูกกักตัวมาถึงที่ทำการของพนักงานเจ้าหน้าที่ ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นจะยืดเวลาเกินที่สิบแปดชั่วโมงก็ได้ แต่มิให้เกิดเจ็ดวัน และพนักงานเจ้าหน้าที่บันทึกเหตุจำเป็นที่ต้องยืดเวลาไว้ให้ปรากฏด้วยแต่กรณีมีเหตุจำเป็นต้องกักตัวคนต่างด้าวผู้นั้นไว้เกินกำหนดเวลาดังกล่าวข้างต้น ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ยื่นคำร้องต่อศาลขอให้มีอำนาจกักตัวคนต่างด้าวผู้นั้นไว้ต่อไปอีกได้และศาลอาจสั่งให้มีอำนาจกักตัวไว้เท่าที่จำเป็นครั้งละไม่เกินสิบสองวัน แต่ถ้าศาลเห็นสมควรจะสั่งให้ปล่อยตัวไปชั่วคราวโดยเรียกประกัน หรือเรียกทั้งประกันและหลักประกันก็ได้ แต่ในระหว่างดำเนินการตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่สั่งให้คนต่างด้าวผู้นั้นกลับออกไปนอกราชอาณาจักร หรือระหว่างรอฟังคำสั่งของรัฐมนตรี กรณีคนต่างด้าวที่มีลักษณะต้องห้ามอุทธรณ์คำสั่งเป็นบุคคลต้องห้าม พนักงานเจ้าหน้าที่จะกักตัวผู้นั้นไว้ ณ สถานที่ใดตามที่เห็นเหมาะสมเพื่อดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้<sup>5</sup> โดยไม่อยู่ในบังคับเรื่องการกักตัวคนต่างด้าวมาตรา 20 ดังกล่าว กล่าวคือสามารถกักตัวไว้ได้เท่าที่จำเป็นจนกว่าจะสามารถดำเนินการนำตัวบุคคลต่างด้าวดังกล่าวออกไปนอกราชอาณาจักรได้ โดยไม่ต้องขออำนาจศาลในการกักตัวบุคคลต่างด้าวผู้นั้นเอง<sup>6</sup> จะเห็นได้ว่าในเรื่องนี้ เป็นเรื่องให้พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถใช้อำนาจดุลพินิจที่ตนมีอยู่ออกคำสั่งได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาในด้านความมั่นคงของรัฐ นับได้ว่าเป็นความสำคัญลำดับแรกที่สุดที่ผู้ปกครองรัฐจะต้องคำนึง และเป็นพื้นฐานในการกำหนดนโยบายของรัฐ เพื่อให้สามารถดำรงสภาพในฐานะที่เป็นรัฐอยู่ได้ตลอดไป ซึ่งในเรื่องที่เกี่ยวกับคนต่างด้าวก็นับได้ว่าเป็นปัญหาสำคัญที่รัฐจะต้องระมัดระวังเพื่อป้องกันมิให้คนต่างด้าวที่รัฐยอมอนุญาตให้เข้ามาพำนักอาศัยอยู่ในอาณาเขตของรัฐกระทำการอันเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐได้ ในการนี้รัฐอาจกำหนดในเรื่องปริมาณ และคุณภาพของคนต่างด้าวที่จะพึงให้เข้าไปหรือพำนักอาศัยในรัฐนั้นๆไว้ได้ ซึ่งการใช้อำนาจดุลพินิจกักตัวคนต่างด้าวที่ต้องห้ามอุทธรณ์คำสั่งเป็นบุคคลต้องห้ามได้โดยไม่

<sup>3</sup> พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522. มาตรา 22.

<sup>4</sup> พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522. มาตรา 19.

<sup>5</sup> พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522. มาตรา 20.

<sup>6</sup> พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522. มาตรา 22.

ต้องขออนุญาตต่อศาลตามมาตรา 20 ทั้งนี้เมื่อใดที่กฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐโดยมิได้กำหนดองค์ประกอบหรือเงื่อนไขการใช้อำนาจไว้อย่างชัดเจนแล้ว ในการบังคับใช้กฎหมายย่อมจะทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจในการใช้อำนาจในเรื่องนั้น ๆ ดังนั้น ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงเกิดขึ้นจากการที่ตัวบทกฎหมายเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ ใช้กฎหมายได้อย่างยืดหยุ่นและสอดคล้องกับข้อเท็จจริงเป็นการเฉพาะเรื่องเฉพาะราย เพื่อมิให้การใช้บทบัญญัติ ของกฎหมายแจ้งกระด้างและเพื่อมุ่งหมายให้เกิดความยุติธรรมขึ้นแก่เฉพาะเรื่องเฉพาะรายนั้น ๆ แต่อย่างไรก็ตามต้องนำหลักแห่งความได้สัดส่วน ( Principle of Proportionality) เป็นหลักกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ ซึ่งหมายความว่า หลักกฎหมายนี้มีผลผูกพันการใช้อำนาจขององค์กรใช้อำนาจรัฐทุกประเภท และเป็น หลักการที่ศาลใช้อ้างเป็นมาตรฐาน ( Norm Of Reference ) ในการตรวจสอบ “ความเหมาะสมแก่กรณีเฉพาะเรื่องของคำสั่งทางปกครอง” อันเป็นการตรวจสอบ โดยพิเคราะห์ ลึกลงไปถึง “คุณภาพของคำสั่งทางปกครอง” ด้วย

การประกันตัวบุคคลต้องห้าม ในการตรวจและพิจารณาว่าคนต่างด้าวผู้ใดต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรหรือไม่ พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวผู้นั้นไปพักอาศัยอยู่ ณ ที่ที่เห็นสมควร โดยให้คำรับรองว่าจะมาพบพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อรับทราบคำสั่งตามวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนดก็ได้ หรือถ้าพนักงานเจ้าหน้าที่เห็นสมควรจะเรียกประกันหรือเรียกทั้งประกัน และหลักประกันก็ได้ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่จะกักตัวผู้นั้นไว้ ณ สถานที่ใดตามที่เห็นเหมาะสมเพื่อดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ได้<sup>7</sup> หรือหากการกักตัวคนต่างด้าวดังกล่าวข้างต้นเกินกว่าเจ็ดวันและมีเหตุจำเป็นต้องกักตัวคนต่างด้าวนั้นต่ออีกและพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ยื่นคำร้องต่อศาลขอให้มีการกักตัวคนต่างด้าวนั้นไว้ต่อไปอีกแต่ถ้าศาลเห็นสมควรจะสั่งให้ปล่อยตัวไปชั่วคราวโดยเรียกประกัน หรือเรียกทั้งประกันและหลักประกันก็ได้<sup>8</sup> หรือในกรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจพบคนต่างด้าวซึ่งมีลักษณะต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามมาตรา 12 เข้ามาในราชอาณาจักรและพนักงานเจ้าหน้าที่สั่งให้คนต่างด้าวผู้นั้นกลับออกไปนอกราชอาณาจักรได้โดยมีคำสั่งเป็นหนังสือ หากในระหว่างดำเนินการตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ในกรณีดังกล่าวหรือในกรณีคนต่างด้าวดังกล่าวอุทธรณ์คำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ระหว่างรอฟังคำสั่งของรัฐมนตรี<sup>9</sup> หรือในกรณีคนต่างด้าวผู้ใดเข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยมิได้รับอนุญาตหรือการอนุญาตสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอนแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่จะส่งตัวคนต่างด้าวผู้นั้นกลับออกไป

<sup>7</sup> พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522. มาตรา 19.

<sup>8</sup> พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522. มาตรา 20.

<sup>9</sup> พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522. มาตรา 22.

นอกราชอาณาจัก<sup>10</sup> ในระหว่างรอการส่งตัวคนต่างด้าวดังกล่าวกลับหรือรอฟังคำสั่งอุทธรณ์แล้วแต่กรณี พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวผู้นั้นไปพักอาศัยอยู่ ณ ที่ที่เห็นสมควร โดยให้คำรับรองว่าจะมาพบพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อรับทราบคำสั่งตามวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนดก็ได้หรือถ้าพนักงานเจ้าหน้าที่เห็นสมควรจะเรียกประกันหรือเรียกทั้งประกันและหลักประกันก็ได้ จากการศึกษาหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเข้าเมือง เรื่องพิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน (Understanding the Smuggling of Migrants Protocol) อยู่ภายใต้อนุสัญญา UNTOC อนุสัญญาองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ โดยประเทศไทยได้ลงนามเป็นประเทศภาคีของพิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ณ วันที่ 18 ธันวาคม พ.ศ. 2544 พบว่าบทบัญญัติเพื่อการป้องกันตามพิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน มีบทบัญญัติเพื่อป้องกันในพิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน เกี่ยวข้องกับมาตรการในการปฏิบัติบนเรือและในการส่งตัวผู้โยกย้ายถิ่นฐานกลับประเทศ โดยการดำเนินการตามมาตรการบนเรือรัฐภาคีจะต้องดำเนินการส่งกลับอย่างเป็นระเบียบ โดยคำนึงถึงความปลอดภัยและศักดิ์ศรีของผู้ถูกส่งกลับ(ข้อ18 (5)) โดย ปราศจากอคติต่อสิทธิใด ซึ่งผู้ถูกส่งกลับอาจมีตามกฎหมายภายใน (ข้อ18 (7)) ข้อ18 มิได้สิทธิใดให้แก่ผู้โยกย้ายถิ่นฐาน และไม่มีผลกระทบต่อพันธกรณีใด ๆ ที่รัฐอาจมีภายใต้สนธิสัญญาอื่น หรือตามความตกลงทวิภาคีหรือระดับภูมิภาค หรือการเตรียมการที่เกี่ยวข้องกับการส่งกลับ (ข้อ18 (8))กำหนด

นอกเหนือจากข้อกำหนดว่าด้วยความร่วมมือเกี่ยวกับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางทะเลแล้ว ยังมีข้อกำหนดว่าด้วย ความร่วมมือโดยทั่วไปที่รัฐต้องบัญญัติไว้ด้วยคือ ขอมรับการส่งตัวกลับประเทศ รวมทั้งพิจารณารับบุคคลผู้ที่มีหรือเคยมีสิทธิพำนัก รวมทั้งตรวจสอบสถานะ โดยไม่ล่าช้าเกินสมควร รับบุคคลเหล่านั้นกลับเข้ามาอีกครั้ง และจัดเตรียมเอกสารหรือการอนุญาตที่จำเป็นในการส่งตัวกลับประเทศ(ข้อ18) นอกจากนี้ รัฐภาคียังต้องพิจารณาเข้าสู่ความตกลงทวิภาคีหรือภูมิภาคอื่น ๆ หรือการเตรียมการในการดำเนินงานเพื่อ สนับสนุนการปฏิบัติตามพิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน และเสริมสร้างประสิทธิภาพของ บทบัญญัติต่าง ๆ ระหว่างกัน (ข้อ17) โดยบทบัญญัตินี้ยืนยันว่าข้อกำหนดที่พิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ได้ระบุไว้เป็นข้อกำหนดขั้นต่ำ และสนับสนุนให้รัฐภาคีดำเนินการนอกเหนือจากที่พิธีสารระบุไว้เพื่อความ ร่วมมือในการแก้ปัญหาการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

การส่งคนต่างด้าวซึ่งเป็นบุคคลต้องห้ามออกไปนอกราชอาณาจักตาม มาตรา 55 นั้น พนักงานเจ้าหน้าที่จะส่งตัวกลับโดยพาหนะใดหรือช่องทางใดก็ได้ ตามแต่พนักงานเจ้าหน้าที่จะ

<sup>10</sup> พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522. มาตรา 54.

พิจารณาเห็นสมควร ค่าใช้จ่ายในการส่งตัวคนต่างด้าวกลับ ให้เจ้าของพาหนะหรือผู้ควบคุมพาหนะ ที่นำเข้ามาเป็นผู้เสีย ในกรณีที่ไม่ปรากฏตัวเจ้าของพาหนะหรือผู้ควบคุมพาหนะ ให้ผู้นำหรือพาคนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักร หรือกระทำด้วยประการใดๆ อันเป็นการอุปการะหรือช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกแก่คนต่างด้าวให้เข้ามาในราชอาณาจักร<sup>11</sup> หรือผู้ที่รู้วักคนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรโดยฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้ ให้เข้าพักอาศัย ซ่อนเร้น หรือช่วยด้วยประการใดๆ เพื่อให้คนต่างด้าวนั้นพ้นจากการจับกุม<sup>12</sup> แล้วแต่กรณี เป็นผู้เสียโดยพนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจเรียกค่าใช้จ่ายในการส่งตัวคนต่างด้าวกลับจากผู้กระทำความผิดคนใดคนหนึ่งโดยสิ้นเชิงหรือร่วมกันตามแต่จะเลือก แต่ถ้าคนต่างด้าวนั้นจะขอกลับโดยพาหนะอื่นหรือทางอื่นโดยยอมเสียค่าใช้จ่ายของตนเอง พนักงานเจ้าหน้าที่จะอนุญาตก็ได้

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามมาตรา 55 จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฉบับนี้ได้เปิดกว้างให้เป็นดุลพินิจของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่จะส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรโดยพาหนะใดหรือช่องทางใดก็ได้ แต่ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ที่จะบังคับคนต่างด้าวนั้นเดินทางไป ณ ที่ใด ซึ่งได้ก่อให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติหน้าที่ที่จะแก้ปัญหามูลค่าต่างด้าวที่มีพฤติกรรมในการกระทำความผิดอาญาต่างๆ เพราะพนักงานเจ้าหน้าที่นั้นไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะบังคับให้บุคคลต่างด้าวที่มีพฤติกรรมดังกล่าวเดินทางไป ณ ที่ใดได้ บังคับให้คนต่างด้าวดังกล่าว เดินทางกลับประเทศที่ตนมีสัญชาติ เพื่อเป็นการแก้ปัญหาให้เด็ดขาด และมีประสิทธิภาพที่จะทำให้คนต่างด้าวนั้นยากที่จะหวนกลับมากระทำความผิดในประเทศไทยอีก ซึ่งเมื่อพิจารณาการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานเป็นทั้งปัญหาด้านความมั่นคงของมนุษย์และความมั่นคงของชาติซึ่งส่งผลกระทบต่อพลเมือง สังคม และรัฐ โดยสรุปผลกระทบที่เกิดขึ้นกับประเทศไทย ได้แก่

1. ปัญหาด้านความมั่นคง ก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในเรื่องปัญหาชนกลุ่มน้อยในประเทศเมียนมา แรงงานต่างด้าวหลบหนีเข้าเมือง การค้ามนุษย์ ปัญหาเกี่ยวกับข้อกฎหมาย และนโยบายแรงงานต่างด้าวที่ไม่มีความชัดเจนในการบริหารแรงงานต่างด้าว รวมถึงการวางมาตรการต่าง ๆ ในการบริหารแรงงานต่างด้าวที่ไม่เป็นสากล นโยบายที่ผ่านมามีความยืดหยุ่นผ่อนผันมาโดยตลอดจนก่อให้เกิดปัญหาต่าง ๆ จนไม่สามารถปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารแรงงานต่างด้าว นอกจากนี้นายหน้าจัดหางาน นายจ้าง และเจ้าหน้าที่มีการคอร์รัปชัน รวมถึงขาดการประสานงานข้อมูลการบริหารแรงงานต่างด้าวกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง
2. ปัญหาด้านสาธารณสุข ได้แก่ ปัญหาการควบคุม โรคที่แรงงานต่างด้าวนำติดตัวมา

<sup>11</sup> พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522. มาตรา 63.

<sup>12</sup> พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522. มาตรา 64.

ทำงานในประเทศไทยทำให้การจำกัดโรคภัยแรงต้องเสียบประมาณในการรักษาเป็นจำนวนมาก ปัญหาที่เกี่ยวกับชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงานของแรงงานต่างด้าว ปัญหาความปลอดภัยในการทำงาน 3. ปัญหาด้านสังคม ได้แก่ ปัญหาความปลอดภัยของชีวิต และทรัพย์สิน การก่ออาชญากรรมต่างๆ การลักลอบขนแรงงานต่างด้าวหลบหนีเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย การสร้างอิทธิพลของกลุ่มชนชาติที่ค้ายาเสพติด ปัญหาโสเภณี ปัญหาเด็กที่ติดมากับบิดามารดาที่เป็นแรงงานต่างด้าว ปัญหาต่างๆ เหล่านี้เป็นภาระด้านงบประมาณของประเทศไทยในการจัดหาปัจจัยขั้นพื้นฐานเพื่อการดำรงชีวิต การสาธารณสุข โภค การจัดหาโรงเรียนสำหรับเด็กต่างด้าว การปฏิบัติด้านมนุษยธรรม ปัญหาเด็กต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทย และ 4. ปัญหาด้านเศรษฐกิจ ได้แก่ ปัญหาเรื่องค่าจ้างที่ไม่เป็นธรรม ปัญหาภาคอุตสาหกรรมมีความต้องการแรงงานไร้ฝีมือทำให้ไม่มีการพัฒนาโครงสร้างภาคอุตสาหกรรมที่ต้องใช้แรงงานฝีมือ ซึ่งมีผลกระทบต่อการพัฒนาฝีมือคนไทย ปัญหาการก่อให้เกิดธุรกิจนอกระบบตลาดแรงงานที่แจ้งความต้องการแรงงานต่างด้าวเกินความจำเป็นในการจ้างแรงงานต่างด้าว ปัญหารัฐไม่สามารถกำหนดนโยบายเพื่อการบริหารแรงงานต่างด้าวในภาคอุตสาหกรรมต่างๆ เนื่องจากไม่มีข้อมูลเชิงปริมาณที่แท้จริงเพื่อใช้ในการวิเคราะห์ความต้องการแรงงานไร้ฝีมือในตลาดแรงงาน

นอกจากนี้ประเทศที่เป็นสากลให้ความสำคัญกับการต่อต้านการค้ามนุษย์ด้านแรงงานกับประเทศไทย แม้ว่าจะได้พยายามดำเนินการป้องกัน และปราบปรามการค้ามนุษย์อย่างต่อเนื่อง แต่ไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควรเห็นได้จากกรณีที่ประเทศสหรัฐอเมริกาจัดอันดับประเทศไทยอยู่ในประเทศที่ต้องเฝ้าจับตามอง เนื่องจากยังมีการบังคับใช้แรงงานในลักษณะต่างๆ เช่น แรงงานซัดหนี่ แรงงานถูกบังคับ หรือถูกหลอกลวงมาใช้แรงงานในอุตสาหกรรมประมง กระบวนการพิสูจน์สัญชาติที่มีค่าธรรมเนียม และค่าใช้จ่ายที่สูงโดยนายหน้าจัดหางานผิดกฎหมายเรียกรับจากแรงงานต่างด้าวและไม่มีการควบคุม กำกับ ดูแลจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง กระบวนการพิสูจน์สัญชาติมีอุปสรรคทางภาษาของแรงงานต่างด้าว ต้องพึ่งพนายหน้าจัดหางาน และไม่มีกฎระเบียบกำกับกับการพิสูจน์สัญชาติ

เนื่องจากกฎหมายคนเข้าเมืองได้คำนึงสิทธิมนุษยชนอย่างมาก เช่นกรณีบุคคลต่างด้าวที่ไม่มีหนังสือเดินทางหรือหนังสือเดินทางปลอม หากบุคคลต่างด้าวดังกล่าวนั้นอ้างว่าจะมีอันตรายต่อชีวิตและขอลี้ภัย เจ้าหน้าที่จะส่งบุคคลต่างด้าวดังกล่าวนี้กลับไปยังประเทศต้นทางหรือประเทศที่ตนมีสัญชาติอยู่ไม่ได้ จะต้องมีการตรวจสอบคำร้องขอและพิจารณาคำร้องดังกล่าว จึงทำให้มีบุคคลต่างด้าวอาศัยช่องว่างดังกล่าวนี้เข้ามาอยู่ในประเทศไทย และหลบหนีจากภูมิลำเนาตามที่ได้แจ้งไว้กับเจ้าหน้าที่ และอาศัยอยู่ในประเทศอย่างผิดกฎหมายเป็นจำนวนมาก ผู้ศึกษาเห็นว่าแนวทางแก้ไขปัญหากฎหมายคนเข้าเมืองในส่วนนี้ คือให้รัฐบาลได้เพิ่มเจ้าหน้าที่ให้เพียงพอในการ



ปฏิบัติหน้าที่ให้มีประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย เช่น เพิ่มเจ้าหน้าที่ในการตรวจผู้ลักลอบที่อาศัยอยู่ในที่ต่างๆ เพื่อให้อยู่ในความควบคุมดูแลของเจ้าหน้าที่ อันเป็นการป้องกันมิให้ผู้ลักลอบดังกล่าวก่ออาชญากรรมในด้านต่างๆ อีกทั้งเป็นการรักษาความปลอดภัยในชีวิต และทรัพย์สินของประชาชน ตลอดจนกระทั่งในด้านความมั่นคงของประเทศชาติ ซึ่งเป็นมาตรการที่ประเทศสหรัฐอเมริกาใช้อยู่ อีกทั้งประเทศสหรัฐอเมริกายังกำหนดในกรณีที่นายจ้างที่รับลูกจ้างที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย รัฐบาลก็จะคว่ำบาตรสินค้าของนายจ้างดังกล่าวมิให้สามารถขายสินค้าดังกล่าวหรือจะถูกกีดกันทางการค้าขายสินค้าของนายจ้างนั้น โดยประเทศสหรัฐอเมริกาได้ชื่อว่าเป็นประเทศที่มีเทคโนโลยีที่ทันสมัยที่สุดในโลกได้พยายามนำเทคโนโลยีดังกล่าวมาช่วยในการบังคับใช้กฎหมาย หรือเพื่อช่วยในการตรวจสอบบุคคลต่างด้าวที่พยายามลักลอบเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย เช่น การจัดเก็บข้อมูลของบุคคลที่ถูกจับและเป็นบุคคลต้องห้ามตามกฎหมายคนเข้าเมือง เช่น การจัดเก็บข้อมูลของบุคคลที่ถูกจับและเป็นบุคคลต้องห้ามตามกฎหมายคนเข้าเมือง จะสามารถตรวจสอบด้วยระบบตรวจสอบลายพิมพ์นิ้วมือ (fringer printer) หรือได้พยายามจัดเก็บข้อมูลของบุคคลที่ใช้หนังสือเดินทางโดยเก็บข้อมูลของบุคคลดังกล่าวโดยฝังไมโครชิปในหนังสือเดินทาง เพื่อจะเป็นการป้องกันการลักลอบเข้าเมืองโดยผิดกฎหมายด้วยการใช้หนังสือเดินทางของบุคคลอื่น หรือการนำเทคโนโลยีในการตรวจสอบจากเลนส์ตาของบุคคลเพื่อเป็นการเปรียบเทียบความเป็นเจ้าของหนังสือเดินทางที่แท้จริงและได้รับการตรวจลงตรา (visa) หรือได้รับอนุญาตให้เดินทางเข้าประเทศสหรัฐอเมริกาได้ การตรวจสอบด้วยวิธีนี้เป็นการตรวจสอบที่มีประสิทธิภาพ รวดเร็ว และเกิดความผิดพลาดได้น้อยที่สุด

ส่วนประเทศสิงคโปร์ ได้ใช้มาตรการต่างๆ ในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการเข้าเมือง เช่น ออกพระราชบัญญัติกีดกัน การเข้มงวดในการออกการรับตรวจลงตรา (visa) การเพิ่มความเข้มงวดในด้านตรวจต่างๆ การบังคับใช้กฎหมายอย่างจริงจัง รวมทั้งการประชาสัมพันธ์หรือการให้ความรู้แก่สาธารณชนในรูปแบบต่างๆ

โดยประเทศสิงคโปร์ได้เพิ่มประสิทธิภาพในการปราบปรามผู้ลักลอบเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1998 โดยกรมตรวจคนเข้าเมืองและจดทะเบียน (SIR) และเจ้าหน้าที่ตำรวจ จัดให้มีด่านตรวจภาคพื้นดินเพื่อทำการตรวจยานพาหนะที่ลักลอบนำคนเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย เช่น ในหลายๆ กรณีที่ผู้ลักลอบเข้าเมือง โดยผิดกฎหมายซุกซ่อนตัวเพื่อหลบการตรวจค้น ในส่วนที่เป็นทะเลและชายฝั่ง ได้มีตำรวจยามชายฝั่ง (PCG) ได้เพิ่มการเฝ้าและเพิ่มเจ้าหน้าที่ในการตรวจอย่างเข้มงวดยานพาหนะหรือเรือต้องสงสัยต่างๆ นอกจากการจับมาตรการดังกล่าว เจ้าหน้าที่ตำรวจยังได้ปฏิบัติการ โดยใช้ระบบตรวจสอบ โดยเรดาร์ทั้งบนบกและในทะเลเพื่อป้องกันการลักลอบเข้าเมือง โดยผิดกฎหมายในทางทะเล โดยเฝ้าป้องกันเรือที่ใช้เป็นพาหนะในการลักลอบหรือกระทำความผิด

ดังกล่าว ตำรวจยามชายฝั่งยังได้ตั้งฐานตรวจสอบโดยเรดาร์ภาคพื้นดิน เพื่อช่วยกองเรือที่ออกตรวจในท้องทะเลอีกด้วย นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจยังได้นำเทคโนโลยีที่ทันสมัยในการตรวจสอบจุดต่างๆ ในทุกจุดที่สามารถติดตั้งได้ เช่นการติดตั้งระบบคอมพิวเตอร์ในทุกจุดตรวจ ติดตั้งระบบตรวจสอบที่ไม่ต้องใช้เจ้าหน้าที่ (IACS) รวมทั้งมีเครื่องตรวจสอบ (X-RAY) และเครื่องตรวจสอบด้วยระบบตรวจสอบลายพิมพ์นิ้วมือ (finger printer) ของผู้ถือหนังสือเดินทางที่พยายามจะเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย

ในปัญหาการอาศัยช่องว่างของกฎหมายแสวงหาผลประโยชน์นั้น เป็นผลสืบเนื่องมาจากการตีความกฎหมายกรณีการกักตัวผู้ต้องกักต่างด้าว เนื่องจากตามสภาพความเป็นจริงผู้ที่อาจอาศัยช่องว่างของกฎหมายแสวงหาผลประโยชน์นั้นมิได้ทั้งตัวเจ้าหน้าที่และผู้ต้องกักเอง โดยตัวพนักงานเจ้าหน้าที่อาจจะหาประโยชน์ในรูปของทรัพย์สินเงินทองหรืออื่น ๆ แลกกับการบังคับใช้กฎหมายตามดุลพินิจที่เกินขอบเขต ส่วนตัวผู้ต้องกักนั้นอาจได้ประโยชน์ในรูปของอิสรภาพ และการได้อยู่อาศัยต่อไปในราชอาณาจักรไทยเป็นการแลกเปลี่ยน ซึ่งกรณีของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ได้กระทำไปตามอำเภอใจ อาศัยช่องว่างของกฎหมายแสวงหาประโยชน์ อันมิควรได้ในกรณีเรื่องการกักตัวผู้ต้องกักต่างด้าว ไว้เพื่อรอการส่งกลับตาม พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 19 มาตรา 20 และมาตรา 54 แล้วเกิดเหตุผู้กักตัวได้หลบหนีไปจากการควบคุมของพนักงานเจ้าหน้าที่ ไม่ว่าจะ เป็นกรณีเกิดจากการกระทำโดยประมาท หรือเจตนาของพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ตาม กรณีนี้เห็นได้ว่าพนักงานเจ้าหน้าที่จะไม่มี ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาสำหรับความผิดที่เกี่ยวกับการหลบหนีจากที่คุมขัง เพราะการตีความเห็นไว้ว่าตามมาตรา 1(12) แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติให้ความหมายของคำว่า “กักตัว” ไม่ชัดเจน ดังที่คณะกรรมการกฤษฎีกา<sup>13</sup> ได้มีความเห็นไว้ว่าตามมาตรา 1(12) แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติให้ความหมายของคำว่า “คุมขัง” ไว้โดยเฉพาะแล้วว่า หมายถึง คุมตัว ควบคุม ขัง กักขัง หรือ จำคุก โดยไม่รวมความถึงการกักตัวในกรณีศึกษาไว้ด้วย แม้จะมีบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการหลบหนีจากที่คุมขังไว้ในมาตราต่างๆ แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่เมื่อการให้ความหมายของคำว่า คุมขัง ตามประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวต้องตีความโดยเคร่งครัด เพื่อมิให้เกิดผลร้ายแก่ผู้กระทำ บุคคลผู้กระทำการก็ไม่อาจที่จะมีความผิดหรือได้รับโทษใดๆ ทางอาญาได้ เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 19 มาตรา 20 และมาตรา 54 แห่ง พ.ร.บ. คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ได้บัญญัติโดยใช้คำว่า “กักตัว” จึงต้องถือว่ากฎหมายนี้มิได้มีความประสงค์จะให้หมายถึง “คุมขัง” ตามประมวลกฎหมายอาญา อย่างไรก็ตาม

<sup>13</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร 0601/1073 เรื่องการตีความปัญหาข้อกฎหมายของคำว่า กักตัว 29 มิถุนายน 2530.

แม้ในมาตรา 72<sup>14</sup> แห่ง พ.ร.บ. คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 จะได้บัญญัติโทษสำหรับคนต่างด้าวที่หลบหนีไปในระหว่างที่ถูกกักตัวไว้ โดยเฉพาะแต่กับผู้ที่กระทำความผิดโดยเฉพาะโดยเจตนา หรือโดยประมาทที่กระทำให้คนต่างด้าวผู้ต้องกักหรือผู้ถูกกักตัวนั้นหลบหนีไป กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองของไทยกลับไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมาย บัญญัติความผิด และกำหนดโทษอาญาที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดดังกล่าว โดยเฉพาะ ถึงแม้จะมีกฎหมายอาญา มาตรา 148<sup>15</sup> บัญญัติเรื่องการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่โดยมิชอบ และมาตรา 157<sup>16</sup> บัญญัติกรณีที่เจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติไม่อยู่ในหน้าที่ หรืออยู่ในหน้าที่แต่เป็นการกระทำที่ชอบโดยสุจริตแล้ว ก็จะไม่มีความผิดตามบทบัญญัติมาตราดังกล่าวในเมื่อ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ในการใช้ดุลพินิจได้ การที่จะพิสูจน์การกระทำ หรือการใช้อำนาจดุลพินิจว่าพนักงานเจ้าหน้าที่มีส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์ในการกระทำหรือไม่นั้นเป็นเรื่องที่ทำได้ยาก เพราะทั้งพนักงานเจ้าหน้าที่เอง และผู้ต้องกักก็ร่วมอาศัยผลประโยชน์ในการใช้ดุลพินิจและการกระทำด้วยกันทั้งสองฝ่าย ทำให้มีการอาศัยช่องว่างของกฎหมายตามกล่าวในการแสวงหาผลประโยชน์ขึ้น ในปัจจุบันตามแนวทางปฏิบัติต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ที่กระทำให้คนต่างด้าวผู้ต้องกักพ้นจากการกักตัว คงเพียงทางโทษทางวินัยเท่านั้น

อีกทั้งความไม่ชัดเจนของกฎหมาย จนทำให้การตีความกฎหมายคลาดเคลื่อนหรือผิดไปจากเจตนารมณ์ของบทบัญญัติกฎหมายอีกทั้งมีการตีความและนำกฎหมายดังกล่าวไปบังคับใช้เกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ซึ่งขัดกับหลักการตีความบทกฎหมายที่มีโทษทางอาญา ที่จะต้องตีความโดยเคร่งครัด จะขยายความออกไปถึงกรณีที่ไม่ได้ระบุไว้ในตัวบทโดยชัดเจนเพื่อเป็นผลร้ายแก่

<sup>14</sup> พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522. มาตรา 72 บัญญัติว่า คนต่างด้าวผู้ใดหลบหนีไปจากพาหนะหรือหลบหนีไปในระหว่างส่งตัวไปยังสถานที่ใดๆ ที่พนักงานเจ้าหน้าที่สั่งให้เจ้าของพาหนะหรือผู้ควบคุมพาหนะควบคุมตัวไว้หรือให้ส่งตัวไปตามมาตรา 29 หรือหลบหนีไปในระหว่างที่ถูกกักตัว หรือควบคุมตัวตามอำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน สองปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ.

<sup>15</sup> ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 148 บัญญัติว่า ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน ใช้อำนาจในตำแหน่งโดยมิชอบ ข่มขู่ใจ หรือจู่ใจ เพื่อให้บุคคลมอบให้ หรือหามาให้ ซึ่งทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่ตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปีหรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือประหารชีวิต.

<sup>16</sup> ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 157 บัญญัติว่า ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ใดผู้หนึ่งหรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองพันถึงสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ.

จำเลยหรือผู้ต้องหาไม่ได้ เพราะเป็นการขัดต่อหลักความรับผิดชอบของบุคคลในทางอาญา<sup>17</sup> ดังเช่น ปัญหาการตรวจอนุญาตคนต่างด้าวที่มีหลายสัญชาติและถือหนังสือเดินทางหรือเอกสารที่ใช้แทนหนังสือเดินทางของสัญชาติที่ตนมี แต่ไม่สามารถใช้สิทธิที่ตนมีและต้องการใช้ได้ เนื่องจากพนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองไม่อนุญาตให้ใช้สิทธิดังกล่าวได้ ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ในมาตรา 12 ที่เกี่ยวกับการดำเนินการกับคนต่างด้าวที่มีพฤติการณ์เป็นที่น่าเชื่อว่าเป็นบุคคลที่เป็นภัยสังคม หรือจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายต่อความสงบสุขหรือความปลอดภัยของประชาชน หรือความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือกรณีที่บุคคลต่างด้าวนั้นมีพฤติการณ์เป็นที่น่าเชื่อว่าจะเข้ามาเพื่อการค้าประเวณี การค้าหญิงหรือเด็ก การค้ายาเสพติดให้โทษ การลักลอบหนีภาษีศุลกากร หรือเพื่อประกอบกิจการอื่นที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งเมื่อศึกษากฎหมายคนเข้าเมือง ของสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) จะเห็นว่ามิพบบัญญัติในเรื่องต่างๆที่เหมือนหรือคล้ายคลึงกับกฎหมายคนเข้าเมือง ของไทยเป็นอย่างมาก จะแตกต่างกันบ้างที่ให้อำนาจองค์กรเอกชนทำหน้าที่เป็นตัวแทนของพนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองที่ให้บริการในด้านเกี่ยวกับการตรวจคนเข้าเมืองในบางอย่าง และให้อำนาจผู้บัญชาการตรวจคนเข้าเมืองแต่เพียงผู้เดียวในการพิจารณาอนุมัติให้คนต่างด้าวสามารถมีถิ่นที่อยู่ โดยได้กำหนดเงื่อนไขรายละเอียดต่างๆไว้อย่างชัดเจนและทำให้สามารถให้บริการด้านตรวจคนเข้าเมืองได้อย่างคล่องตัว ใช้ระบบควบคุมการทำงานทั้งหมดโดยเครื่องคอมพิวเตอร์ง่ายต่อการตัดสินใจในการปฏิบัติงานและการตรวจสอบก็ง่ายสามารถป้องกันการทุจริตได้เป็นอย่างดี เช่น ผู้ยื่นคำร้องขอมีถิ่นที่อยู่เมื่อมีเอกสารต่างๆครบถ้วนตามที่กำหนดแล้วได้ไปยื่นกับเจ้าหน้าที่เจ้าหน้าที่ก็จะบันทึกคำร้องดังกล่าวเข้าเครื่องคอมพิวเตอร์ทันที โดยจะมีหมายเลขคำร้องและกำหนดวันให้มารับเรื่องต่างๆตามที่ได้ยื่นคำร้องไว้ถ้าต้องการสอบถามหรือติดตามผลเพียงแต่แจ้งหมายเลขคำร้องขอก็สามารถได้รับคำตอบทันทีโดยจะปรากฏรายละเอียดทุกอย่างแม้กระทั่งชื่อเจ้าหน้าที่ผู้รับคำร้องขอดังกล่าวด้วยซึ่งเป็นสิ่งที่น่าจะนำมาศึกษาปรับปรุงเพื่อนำมาใช้ในประเทศไทยบ้าง เพื่อลดปัญหาการที่เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

หลังจากที่คนต่างชาติได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองตามช่องทางผ่านตรวจคนเข้าเมืองต่างๆ ประทับตราอนุญาต (ตราสีเหลี่ยมเล็กๆ) ให้เดินทางเข้ามาและอยู่ในราชอาณาจักรไทย ซึ่งในตราประทับจะระบุวันที่เดินทางเข้าและวันที่อนุญาตให้อยู่ในประเทศไทย ระยะเวลาที่วันนั้นเป็นไปตามประเภทวีซ่า (ประเภทการตรวจลงตรา) หรือการยกเว้นวีซ่าตาม

<sup>17</sup> เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. (2542). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 20.

กฎหมาย เช่น 15 วัน 30 วัน , 60 วัน , 90 วัน หรือ 1 ปี ดังที่กล่าวมาข้างต้น หากระยะเวลาการอนุญาตดังกล่าวจะสิ้นสุดลง คนต่างชาติต้องการอยู่ในประเทศไทยต่อไปอีกได้หรือไม่ และจะทำได้หรือไม่ อย่างไร

การอยู่ในประเทศไทยเกินกำหนดระยะเวลาอนุญาตนั้น เป็นความผิดตามกฎหมาย ซึ่งมีระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 20,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ อาจถูกจับกุมและดำเนินคดีตามกระบวนการของกฎหมาย เว้นแต่ เป็นกรณีผู้กระทำผิดเข้ามาขอตัวหรือมาตามหมายเรียกพนักงานเจ้าหน้าที่ที่สามารถทำการเปรียบเทียบปรับตามจำนวนวันที่คนต่างด้าวอยู่ในราชอาณาจักรเกินกำหนดอนุญาตได้วันละ 500 บาท ทั้งนี้รวมแล้วไม่เกิน 20,000 บาท

หากคนต่างชาติต้องการอยู่ต่อไปอีกจะทำได้อย่างไร ตามพ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 35 วรรคสอง บัญญัติไว้ กรณีคนต่างชาติมีเหตุจำเป็นให้อธิบติตาม พ.ร.บ.นี้ (ในที่นี้ คือ ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ) เป็นผู้พิจารณาอนุญาตให้อยู่ต่อไปได้ครั้งละไม่เกิน 1 ปี โดยคนต่างชาติต้องยื่นคำขอตามแบบ ตม.7 และเสียค่าธรรมเนียมตามที่กฎหมายกำหนด (1,900 บาท ) พร้อมกับเตรียมเอกสารประกอบคำขอเพื่อสนับสนุนเหตุจำเป็นนั้นๆ เนื่องจากเหตุผลความจำเป็นนั้นมีหลากหลายและคนต่างชาตินั้นมีจำนวนมากพำนักอยู่ในหลายท้องที่ของประเทศไทย การที่อธิบดีฯ จะพิจารณาอนุญาตเป็นรายๆ ก็จะเป็นการไม่สะดวกทั้งคนต่างชาติ และผู้พิจารณาอนุญาตอธิบดีฯ จึงได้มอบอำนาจให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองพิจารณาอนุญาตโดยวงกรอบกำหนดเหตุจำเป็นต่างๆ ตามคำสั่ง ตร.ที่ 777/2551 เรื่อง หลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการพิจารณากรณีคนต่างด้าวขออนุญาตอยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวและเอกสารที่ต้องใช้ประกอบเหตุผลความจำเป็นนั้นๆ ตามคำสั่ง สตม.ที่ 305/2551 เรื่องรายการเอกสารประกอบการพิจารณากรณีคนต่างด้าวขออยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวไว้ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ถือเป็นแนวทางปฏิบัติและพิจารณาอนุญาตแทนอธิบดีได้ตามเหตุผลความจำเป็นดังนี้ คือ 1. การเข้ามาเพื่อประกอบธุรกิจหรือทำงาน คือ กรณีมีเหตุจำเป็นทางธุรกิจ หรือ 2. การอยู่ปฏิบัติงานเกี่ยวกับการลงทุนที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงทบวง กรม หรือ 3. อยู่เพื่อปฏิบัติงานในส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ หรือ 4. เพื่อการท่องเที่ยว หรือ 5. เพื่อการลงทุน หรือ 6. เพื่อเป็นครูหรืออาจารย์ หรือผู้เชี่ยวชาญในสถานศึกษาของรัฐ หรือ 7. เพื่อเป็นครูหรืออาจารย์ หรือผู้เชี่ยวชาญในสถานศึกษาของเอกชน หรือ 8. เพื่อศึกษาในสถานศึกษาของรัฐ หรือ 9. เพื่อศึกษาในสถานศึกษาของเอกชน หรือ 10. เพื่อฝึกสอนหรือค้นคว้าวิจัยในสถาบันอุดมศึกษาหรือสถาบันวิจัย หรือ 11. กรณีเป็นครอบครัวของคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ใน ราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อศึกษาในสถานศึกษาตามข้อ 8 หรือ 9 (เฉพาะบิดา มารดา คู่สมรส บุตร บุตรบุญธรรม หรือบุตรของคู่สมรส) หรือ 12. เพื่อปฏิบัติหน้าที่สื่อมวลชน หรือ 13. เพื่อศึกษาพระพุทธศาสนา หรือปฏิบัติ

ศาสนกิจ หรือ 14. เพื่อเผยแพร่ศาสนา หรือ 15. เพื่อเป็นช่างฝีมือหรือเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านการแพทย์ การพยาบาล หรือสาขาวิชาชีพต่างๆ เพื่อถ่ายทอดความรู้ให้กับคนไทย หรือ 16. เพื่อติดตั้งหรือ ซ่อมแซมเครื่องจักร อากาศยานหรือเรือเดินทะเล หรือ 17. เพื่อเป็นนักแสดง นักร้อง นักดนตรี ประจำโรงแรมหรือประจำบริษัทที่ประกอบธุรกิจบันเทิงในประเทศไทย หรือ 18. กรณีเป็น ครอบครัวของผู้มีสัญชาติไทย (เฉพาะบิดา มารดา คู่สมรส บุตร บุตรบุญธรรม หรือบุตรของคู่ สมรส) หรือ 19. กรณีเป็นครอบครัวของผู้มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร (เฉพาะบิดา มารดา คู่สมรส บุตร บุตรบุญธรรม หรือบุตรของคู่สมรส) หรือ 20. กรณีเป็นครอบครัวของคนต่างด้าวที่ได้รับ อนุญาตให้อยู่ใน ราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามข้อ 2, 3, 5, 6, 7, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 21, 22, 26, 29 หรือครอบครัวผู้ที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ๆ เพื่อการลงทุน หรือการอื่นที่เกี่ยวกับการลงทุน ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน (ม.34 (7)) (เฉพาะบิดา มารดา คู่สมรส บุตร บุตร บุญธรรมหรือบุตรของคู่สมรส) หรือ 21. เพื่อปฏิบัติงานในองค์การกุศลสาธารณะ องค์การเอกชน ต่างประเทศ มูลนิธิ สมาคมหอการค้าต่างประเทศ สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย หรือสภา อุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย หรือ 22. เพื่อใช้ชีวิตบั้นปลาย (อายุ 50 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป) หรือ 23. เพื่อ เยี่ยมญาติหรือกลับภูมิลานาเดิมของผู้เคยมีสัญชาติไทยหรือของผู้ที่มีบิดา มารดาเป็นบุคคลสัญชาติ ไทยหรือเคยมีสัญชาติไทย หรือ 24. เพื่อเยี่ยมคู่สมรสหรือเยี่ยมบุตรซึ่งมีสัญชาติไทย หรือ 25. เพื่อรับ การรักษาพยาบาล หรือการพักผ่อน หรือเพื่อดูแลผู้ป่วย หรือ 26. เพื่อการดำเนินคดี หรือดำเนิน กระบวนการพิจารณาอันเกี่ยวกับคดี หรือ 27. เพื่อปฏิบัติหน้าที่หรือภารกิจให้แก่ส่วนราชการ หรือ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ หรือสถานทูตหรือสถานกงสุล หรือองค์การระหว่างประเทศ หรือ 28. กรณีมีเหตุจำเป็น โดยสถานทูตหรือสถานกงสุลให้การรับรองและร้องขอเพื่อพิสูจน์สัญชาติ หรือ 29. เพื่อเป็นนักแสดง นักร้อง นักดนตรี ผู้ควบคุมการแสดงตลอดจนผู้มีหน้าที่เกี่ยวกับการ แสดงเพื่อการบันเทิงหรือมหรสพโดยมาเปิดแสดงเป็นครั้งคราว และ 30. กรณีเป็นผู้ควบคุมพาหนะ และคนประจำพาหนะที่เข้ามายังท่า สถานีหรือท้องที่ในราชอาณาจักรและยังไม่สามารถเดินทาง ออกนอกราชอาณาจักรได้

ส่วนประเภทการตรวจลงตรา (วีซ่า) และระยะเวลาการอนุญาตให้อยู่ต่อไปอีก ขึ้นอยู่กับ แต่ละเหตุผลความจำเป็น ตามคำสั่ง ตร. ที่ 777/2551 สั่ง ณ วันที่ 25 พ.ย. 2551 อย่างไรก็ตามการ กำหนดเหตุผลความจำเป็นนั้น ไม่สามารถกำหนดได้ครบทุกความจำเป็น แต่หากมีความจำเป็นที่ ไม่ได้กำหนดไว้พิจารณาว่ามีความจำเป็นจริงก็สามารถเสนอให้อธิบดีฯ พิจารณาเป็นกรณีๆ ไป ระยะเวลาการอนุญาตครั้งละไม่เกิน 1 ปี เมื่อคนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรต่อไป อีก พนักงานเจ้าหน้าที่จะประทับตราอนุญาตลงในหนังสือเดินทาง ซึ่งจะระบุวันที่ ที่อนุญาตให้อยู่ ในราชอาณาจักรถึงเมื่อใด ลงในตราประทับดังกล่าว พร้อมกับลงลายมือชื่อและวันที่ประทับกำกับ

ไว้ หากคนต่างชาติเดินทางออกนอกราชอาณาจักร การอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรดังกล่าวจะสิ้นสุดลง อันเป็นไปตามมาตรา 39 แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 เว้นแต่ แจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ว่าประสงค์จะยื่นคำร้องขอทำ Re-entry Permit เพื่อสงวนสิทธิในการเดินทางกลับเข้ามาอีก โดยพนักงานเจ้าหน้าที่จะทำ Re-entry Permit ลงในหนังสือเดินทางและสามารถกลับเข้ามาได้อีก โดยจะอนุญาตให้เข้ามาและอยู่ในราชอาณาจักรเท่าที่ระยะเวลาขออนุญาตนั้นเหลืออยู่

จะเห็นได้ว่าการขอยุ่ต่อในราชอาณาจักรเกินกำหนดเวลาเดิม เป็นเรื่องของการใช้ดุลยพินิจของพนักงานเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับกรณีคนต่างด้าว ซึ่งผู้ศึกษาได้ทำการศึกษาแนวความคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของชาติและความมั่นคงแห่งรัฐ พบได้ว่าบุคคลสัญชาติอื่นที่เข้ามาอยู่ในดินแดนของรัฐ ถ้าไม่มีสนธิสัญญาไว้ต่อกันแล้ว รัฐไม่จำเป็นต้องยอมรับให้คนสัญชาติต่างประเทศเข้าประเทศตน ซึ่งการจะรับหรือไม่รับเป็นสิทธิของรัฐ หรือรัฐอาจยอมรับคนต่างด้าวโดยวางข้อจำกัดก็ได้ การกีดกันการเข้าเมืองเป็นสิ่งที่มิใช่เสมอ เพราะรัฐย่อมไม่ต้องการให้คนมีสัญชาติต่างประเทศเข้ามาทำกินในดินแดนของตนเองมากเกินไป ความจริงที่ว่ารัฐใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนต่อบุคคลในดินแดน ทำให้รัฐต่างประเทศไม่มีสิทธิใช้อำนาจเหนือบุคคลของตนที่เข้าไปอยู่ในรัฐอื่นแล้ว คือดินแดนของรัฐเป็นที่ลี้ภัยของคนสัญชาติต่างประเทศได้ ดังนั้น เมื่อให้ความสำคัญต่อความมั่นคงแห่งรัฐ ผู้ปกครองรัฐจึงจำเป็นต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของรัฐ สำหรับประเทศไทยนั้นในอดีตที่ผ่านมารัฐบาลมักกำหนดนโยบายเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งรัฐ รัฐบาลจึงมีความจำเป็นต้องปรับกระบวนการคิดและกำหนดวิสัยทัศน์ในด้านความมั่นคงใหม่ให้มีความชัดเจนขึ้น โดยการศึกษาวิเคราะห์จากภาวะแวดล้อมรอบด้าน เพื่อเป็นรากฐานความคิดในการกำหนดเป้าหมายนโยบายความมั่นคงของชาติให้เชื่อมโยงกันและบังเกิดผลในทางปฏิบัติที่เป็นรูปธรรม และด้วยการเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์โลก ทำให้รัฐ/ประเทศต่างๆ แข่งชิงความได้เปรียบทางเศรษฐกิจกัน โดยใช้ยุทธวิธีในรูปแบบการรวมกลุ่มในภูมิภาค เพื่อกีดกันและปกป้องผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ สิ่งที่ต้องพิจารณาจากสถานการณ์ดังกล่าว คือประเด็นปัญหาคนข้ามชาติ ไม่ว่าจะเป็นอาชญากรรมการฟอกเงิน ยาเสพติด แรงงานต่างด้าวผิดกฎหมาย ผู้หลบหนีเข้าเมือง การก่อการร้ายสากล ตลอดจนการใช้ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีสารสนเทศเผยแพร่ข่าวสารในทางลบอันมีผลต่อสถานการณ์ความมั่นคง ทำให้ภาพพจน์ของประเทศชาติเสียหาย

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของคนต่างด้าวในส่วนที่เกี่ยวกับการส่งตัวคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองกับการกำหนดแนวนโยบายของรัฐบาลไทยนั้นจะเป็นอย่างไร ก็ขึ้นอยู่กับกำหนดยุทธศาสตร์โดยอาศัยหลักพื้นฐานว่าแนวนโยบายใดที่จะทำให้รัฐสามารถดำรงสภาพในความเป็นรัฐอยู่ได้ตลอดไป เพราะกรณีเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าวนั้นถือได้ว่าเป็นปัญหาที่สำคัญซึ่งรัฐจะต้องระมัดระวัง มิฉะนั้นแล้ว

คนต่างด้าวที่รัฐอนุญาตให้เข้ามาอยู่อาศัยหรือพำนักในดินแดนแห่งรัฐอาจกระทำการที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐได้

ในการกำหนดแนวนโยบายของรัฐที่เกี่ยวกับคนต่างด้าวนั้น จะพบว่ามิมีสถานการณ์ที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐในรูปแบบต่างๆ อันได้แก่ผลกระทบต่อความมั่นคงของอำนาจอธิปไตย ผลกระทบต่อความมั่นคงของดินแดนของรัฐ และผลกระทบต่อความมั่นคงของพลเมืองของรัฐ ก็จำเป็นต้องรักษาความสมดุลระหว่างความมั่นคงแห่งรัฐและหลักสิทธิมนุษยชนซึ่งการดำเนินการดังกล่าวนับได้ว่าเป็นเรื่องที่ยากยิ่ง ดังนั้น การประเมินและคาดการณ์เตรียมรับสถานการณ์ล่วงหน้า จึงเป็นหน้าที่ของทุกฝ่ายในสังคมที่จะมีส่วนร่วมในการจัดการให้คนในชาติและคนต่างด้าวมีความสามัคคี อยู่ร่วมกันอย่างสันติสุขบนพื้นฐานของความหลากหลายนั้น ทั้งวิถีคิด วิถีชีวิตและวัฒนธรรม มีเกียรติและศักดิ์ศรีในสังคม โดยในส่วนของที่เกี่ยวข้องกับนานาอารยประเทศก็ต้องเน้นความสัมพันธ์ในเชิงมิติทางวัฒนธรรม และมีความชัดเจนในแนวทางปฏิบัติต่อกันอันนำไปสู่ความไว้วางใจจากอารยประเทศ เพื่อให้ประเทศชาติดำรงอยู่อย่างมีเกียรติและศักดิ์ศรีในประชาคมระหว่างประเทศ

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

ดังนั้น ประเด็นเกี่ยวกับประสิทธิภาพในระบบการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของบุคคล โดยเฉพาะคนต่างด้าวนับได้ว่ามีปัญหายุ่งยากซับซ้อนยิ่ง เนื่องจากปัญหาข้อจำกัดในเรื่องอำนาจอธิปไตยของชาติและการแทรกแซงด้านมนุษยธรรมจากภายนอก การพิจารณาความขัดแย้งของแนวคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนนั้นควรถึงหลักการไม่เลือกปฏิบัติและ



ยืนยันทันทีในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสำคัญ และจำเป็นต้องหาจุดสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนกับอำนาจอธิปไตยและความมั่นคงของชาติให้ได้ โดยนัยแห่งหลักการนี้ จึงห้ามองค์กรฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองใดๆ ที่เห็นได้ชัดว่า เมื่อลงมือปฏิบัติตามคำสั่งนั้นแล้ว จะเกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมาก หรือไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับเอกชนผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งนั้น

หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมุ่งบังคับให้องค์กรฝ่ายปกครองออกคำสั่งที่มีประสิทธิภาพมากที่สุด เพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายตามที่กฎหมายซึ่งให้อำนาจนั้นกำหนดไว้ และในขณะเดียวกันต้องก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนหรือแก่รัฐ แล้วแต่กรณี น้อยที่สุด และ ห้ามองค์กรฝ่ายปกครองออกคำสั่งที่เมื่อปฏิบัติตามคำสั่งนั้นแล้ว จะเกิดประโยชน์น้อยมาก ไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับเอกชนหรือแก่รัฐ ซึ่งการขอยุ่ต่อในราชอาณาจักรเกินกำหนดเวลาเดิม ของคนต่างด้าว เจ้าหน้าที่ที่จะต้องนำหลักแห่งความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

#### 4.2 ปัญหาความรับผิดชอบของเจ้าของพาหนะหรือผู้ควบคุมพาหนะที่นำบุคคลต้องห้ามเข้ามาในราชอาณาจักร

การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานเป็นทั้งปัญหาด้านความมั่นคงของมนุษย์และความมั่นคงของชาติซึ่งส่งผลกระทบต่อพลเมือง สังคม และรัฐทั่วทั้งภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก เครือข่ายอาชญากรรมลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานก้าวข้ามและอยู่นอกเหนือภูมิภาค แต่จนถึงขณะนี้ยังไม่มี การบังคับใช้กฎหมายที่เข้มแข็งและรวดเร็วเท่าเทียมกันมารับมือการกระทำดังกล่าว พิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานนำเสนอแนวปฏิบัติเพื่อให้บรรลุความร่วมมือที่จำเป็น และปราบปรามการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานอย่างมีประสิทธิภาพ โดยประเทศไทยได้ลงนามเป็นประเทศภาคีของพิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ณ วันที่ 18 ธันวาคม พ.ศ. 2544 ซึ่งจากการศึกษาหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเข้าเมือง เรื่องพิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน (Understanding the Smuggling of Migrants Protocol) อยู่ภายใต้อนุสัญญา UNTOC อนุสัญญาองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ โดยพิธีสารดังกล่าวยืนยันว่า เป้าหมายของพิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน คือผู้ก่ออาชญากรรมข้ามชาติที่ลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานเพื่อผลประโยชน์ใด โดยมีได้มุ่งประสงค์ต่อผู้โยกย้ายถิ่นฐาน หรือผู้อำนวยความสะดวกในการเข้าเมืองโดยผิดกฎหมายด้วยเหตุผลอื่นใดนอกเหนือจากผลประโยชน์ทางการเงินหรือ วัตถุประสงค์อื่น ซึ่งในพิธีสารดังกล่าวกำหนดให้การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานเป็นความผิดอาญาในพิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ตามความในข้อ 6

ของพิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานจะต้องกำหนดการกระทำเหล่านี้เป็นความผิดอาญา โดยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ตามข้อ 3 หมายถึง “การจัดหาเพื่อที่จะได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางการเงินหรือวัตถุทั้งทางตรงและทางอ้อม ด้วยการนำบุคคลเข้ามายังรัฐภาคีโดยผิดกฎหมาย และบุคคลดังกล่าวมิได้ถือสัญชาติ หรือมีถิ่นที่อยู่ถาวรในรัฐภาคีนั้น”

การผลิต การจัดหา การให้หรือการครอบครอง เอกสารการเดินทางหรือ เอกสารประจำตัวปลอม เพื่อจูงใจในการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน (ข้อ 6(1) (b)) การดำเนินการเพื่อให้สามารถอยู่โดยผิดกฎหมาย แก่บุคคลซึ่งไม่มีสิทธิที่จะอยู่ในประเทศ โดยเป็นการกระทำในลักษณะข้ามชาติเพื่อให้ได้รับผลประโยชน์ทางการเงิน หรือวัตถุอื่นใด (ข้อ 6(1) (c)) หรือการจัดการสังหาร มีส่วนร่วม ในฐานะผู้สมคบหรือพยายามกระทำความผิด อย่างไม่อย่างหนึ่งตามข้างต้น (ข้อ 6(2)) ยิ่งกว่านั้น พิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานยังกำหนดให้รัฐสมาชิกนำกฎหมายและมาตรการอื่น (ตามระบบกฎหมายของตน) มาบังคับใช้ในสถานการณ์ที่รุนแรง ซึ่งเป็นอันตราย หรืออาจเป็นอันตรายต่อชีวิต หรือความปลอดภัยของผู้โยกย้ายถิ่นฐาน หรือเป็นการกระทำ โดยไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีโดยรวมถึงการแสวงหาประโยชน์ ด้วย (ข้อ 6(3)) โดยวัตถุประสงค์ของอาชญากรรมการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน คือ “ผลประโยชน์ทางการเงินหรือวัตถุอื่นใด” ซึ่งอาจหมายถึงผลประโยชน์หรือการได้มาซึ่งวัตถุใด ๆ ผู้ร่างพิธีสารได้รวมองค์ประกอบดังกล่าว เพื่อให้ครอบคลุมถึงกิจกรรมที่องค์กรอาชญากรรมดำเนินการเพื่อผลประโยชน์โดยไม่รวมถึงการกระทำของผู้ที่ช่วยเหลือผู้โยกย้ายถิ่นฐานด้วยเหตุผลทางมนุษยธรรม หรือเพราะมีความสัมพันธ์ทางครอบครัว

เมื่อศึกษาพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 พบว่า กรณีที่เจ้าของพาหนะหรือผู้ควบคุมพาหนะที่นำบุคคลต้องห้าม (ซึ่งมิใช่ต้องห้ามตามมาตรา 29 วรรคหนึ่ง) เข้ามาในราชอาณาจักรและพนักงานเจ้าหน้าที่ได้มีคำสั่งให้เจ้าของพาหนะหรือผู้ควบคุมพาหนะดังกล่าวควบคุมบุคคลต้องห้ามดังกล่าวไว้เพื่อตรวจสอบหรือให้ส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร หากบุคคลต้องห้ามดังกล่าวหลบหนีไปเพราะความประมาทเลินเล่อของเจ้าของพาหนะหรือผู้ควบคุมพาหนะ พนักงานเจ้าหน้าที่จะดำเนินการเพื่อลงโทษกับเจ้าของพาหนะหรือผู้ควบคุมพาหนะตามพระราชบัญญัตินี้ มาตรา 71 หรือบทกำหนดโทษอื่นๆ ได้หรือไม่ และหากไม่สามารถดำเนินการเพื่อลงโทษดังกล่าวได้เลย จะเป็นช่องว่างที่เจ้าของพาหนะหรือผู้ควบคุมพาหนะดังกล่าวใช้เป็นข้ออ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบหรือในบางครั้งอาจมีบุคคลที่เกี่ยวข้องในการควบคุมบุคคลต้องห้ามดังกล่าวใช้ช่องว่างดังกล่าวเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ที่มิชอบได้ จึงถือว่าเป็นช่องว่างของพระราชบัญญัติฉบับนี้ ที่ควรจะต้องมีการแก้ไขหรืออุดช่องว่างดังกล่าวต่อไป ซึ่งมีพิจารณากฎหมายคนเข้าเมือง ของสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) ได้กำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบของ

เจ้าของพาหนะหรือผู้ควบคุมพาหนะ เจ้าของหรือผู้ควบคุมพาหนะมีหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลือและห้ามนำผู้ที่ไม่ได้รับอนุญาตเข้าประเทศ อีกทั้งมีหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลือหรือความสะดวกแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ในการตรวจยานพาหนะนั้น และแจ้งบัญชีผู้โดยสารให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทราบล่วงหน้าก่อนนำยานพาหนะดังกล่าวนั้นเข้ามาจอดหรือเดินทางออกหากยานพาหนะใดนำบุคคลต่างด้าวซึ่งมีลักษณะเป็นบุคคลต้องห้ามจะต้องนำบุคคลดังกล่าวออกนอกประเทศโดยยานพาหนะนั้นในวันนั้นหรือโดยเร็วที่สุด ซึ่งมีลักษณะเหมือนกับประเทศไทย ส่วนกฎหมายคนเข้าเมือง ของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสิงคโปร์ ได้กำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบของเจ้าของพาหนะ หรือผู้ควบคุมพาหนะจะต้องนำบุคคลต้องห้ามเข้าประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสิงคโปร์ ออกไปนอกประเทศโดยยานพาหนะดังกล่าว โดยไม่มีเงื่อนไขใดๆ ทั้งสิ้น ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ดีที่ควรนำมาปรับใช้กับประเทศไทย

#### 4.3 ปัญหาบทกำหนดโทษของบุคคลต่างด้าวที่อยู่เกินกำหนดอนุญาต

จากการศึกษาหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเข้าเมือง เรื่องพิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน (Understanding the Smuggling of Migrants Protocol) อยู่ภายใต้อนุสัญญา UNTOC อนุสัญญาองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ โดยประเทศไทยได้ลงนามเป็นประเทศภาคีของพิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ณ วันที่ 18 ธันวาคม พ.ศ. 2544 พบโดยชัดเจนในข้อ 5 ว่า “ผู้โยกย้ายถิ่นฐานไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญาภายใต้พิธีสาร เนื่องจากตนเป็นผู้ถูกระทำจากการกระทำดังกล่าว” การไม่กำหนดให้ผู้โยกย้ายถิ่นฐานมีความผิดทางอาญาเพราะถูกลักลอบขน เป้าหมายในการสอบสวนและดำเนินคดีของพิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

ในขณะเดียวกัน พิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ก็มีได้ห้ามมิให้ดำเนินการตามมาตรการลงโทษการกระทำอื่น ซึ่งอาจเป็นการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายภายใน (ข้อ 6 (4)) ทั้งนี้หมายถึงว่า แม้ผู้โยกย้ายถิ่นฐานจะไม่ถูกลงโทษทางอาญาเนื่องจากการถูกลักลอบ ขนตามพิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน (ข้อ 5) แต่ก็ยังคงต้องรับผิดชอบในการกระทำความผิดอื่นใดตามกฎหมายภายใน รวมทั้งการเข้าเมืองและอยู่โดยผิดกฎหมาย (ข้อ 6(4)) ข้อเท็จจริงที่ว่า พิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ไม่ได้บัญญัติให้ต้องกำหนดให้ผู้โยกย้ายถิ่นฐานมีความผิดทางอาญาเนื่องจากการถูกลักลอบขน แต่ก็ไม่ได้ห้ามมิให้รัฐเอาผิดต่อผู้โยกย้ายถิ่นฐานในความผิดอื่นใดตามกฎหมายของตนนั้น มีการกล่าวไว้ในข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องการโยกย้ายถิ่นฐานที่ปลอดภัย เป็นระเบียบและปกติ(The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration) ว่า “เราถือเป็นพันธกรณีที่จะสร้างความมั่นใจ

ว่า ผู้โยกย้ายถิ่นฐานจะไม่ต้องรับผิดทางอาญาจากการตกเป็นผู้ถูกระงับในการ ลักลอบขน ถึงแม้ว่าอาจจะต้องรับผิดทางอาญาเนื่องจากกระทำความผิดกฎหมายภายในอื่น ๆ (วัตถุประสงค์ข้อ 9 ย่อหน้าที่ 25) พิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานมีความเป็นกลางในกรณีที่ว่าผู้โยกย้ายถิ่นฐานที่ย้ายถิ่นฐานแบบไม่ปกติจะถูกดำเนินคดีเพราะการกระทำผิดอย่างอื่นหรือไม่ ทั้งนี้รัฐอาจต้องการพิจารณาถึงผลกระทบที่เกิดจากการดำเนินการเอาผิดผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ต่อความพยายามในการป้องกันและปราบปรามกับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน อย่างไรก็ตาม การเอาผิดผู้ย้ายถิ่นฐานแบบไม่ปกติ (Irregular migrants) ดังกล่าวอาจเสี่ยงต่อความสามารถของรัฐในการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศในด้านต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ พันธกรณีในการดำเนินคดีอาจทำให้คดีเกี่ยวกับผู้ต้องสงสัยว่าเป็นผู้ลักลอบอ่อนแอลง ใน กรณีที่ผู้ถูกลักลอบอาจเป็นพยาน (ซึ่งการให้ปากคำมักเป็นหลักฐานสำคัญ) ถูกจับกุมหรือ เนรเทศ อันเป็นผลให้บุคคลดังกล่าวไม่สามารถให้ความร่วมมือในกระบวนการสอบสวน และการดำเนินคดีเพื่อเอาผิดผู้ลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน พันธกรณีในการป้องกัน ในกรณีที่ผู้โยกย้ายถิ่นฐานคือเป้าหมายของการดำเนินคดีอาญา ผู้ลักลอบอาจกระทำความผิดซ้ำ โดยการลักลอบนำผู้โยกย้ายถิ่นฐานคนอื่น ๆ เข้าเมืองอีก อีกทั้งยังได้รับประโยชน์และลดความเสี่ยงต่อการถูกสกัดกั้นเนื่องจากการที่เจ้าหน้าที่ให้ความสำคัญ กับการสืบสวนติดตามผู้โยกย้ายถิ่นฐาน พันธกรณีในการให้ความคุ้มครอง ในกรณีที่ผู้โยกย้ายถิ่นฐานที่ถูกลักลอบนำตัวเข้าเมือง ถูกจับและเนรเทศ อาจมีการ ไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีในการคุ้มครอง หากบุคคลที่อยู่ในกลุ่มผู้โยกย้ายถิ่นฐานเป็นผู้ที่ต้องได้รับความคุ้มครอง (รวมทั้งผู้แสวงหาที่ลี้ภัยและผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์) มิได้ถูกคัดแยกจากผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ของประเทศไทย มีการกำหนดโทษและไม่กำหนดโทษ ซึ่งใช้การผลักดันออกนอกประเทศ โดยตามที่มีคำสั่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย 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 อาจถูกจับกุมและดำเนินคดีตามกระบวนการของกฎหมาย เว้นแต่ เป็นกรณีผู้กระทำความผิดข้ามพรมแดนหรือมาตามหมายเรียกพนักงานเจ้าหน้าที่ที่สามารถทำการเปรียบเทียบปรับตามจำนวนวันที่คนต่างด้าวอยู่ในราชอาณาจักรเกินกำหนดอนุญาตได้วันละ 500 บาท ทั้งนี้รวมแล้วไม่เกิน 20,000 บาท เมื่อพิจารณาทบทกฎหมายดังกล่าว เปรียบเทียบกับแนวคิดและทฤษฎีการลงโทษทางอาญา ซึ่งจากทฤษฎีการลงโทษจะเห็นได้ว่า การลงโทษนั้นมีความสำคัญต่อการกำหนดพฤติกรรมของมนุษย์เป็นอย่างยิ่งทั้ง

ในประเด็นการยับยั้งไม่ให้กระทำผิด และการปรับเปลี่ยนนิสัยเพื่อให้เกิดความชัดเจน และการลงโทษยังส่งผลต่อประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย โดยการลงโทษจะต้องมีความเหมาะสม และสอดคล้องกับลักษณะของการกระทำผิดในสังคม ซึ่งจะ使人ในสังคมเกิดความเคารพและปฏิบัติตามกฎหมายนั้นๆ และเหตุในการลงโทษที่แตกต่างกันตามการเปลี่ยนแปลงทางสังคม ทำให้การลงโทษในสังคมนั้นไม่ได้มีกฎหรือแนวคิดที่ยึดถือตายตัวในการลงโทษ หรือยึดทฤษฎีหนึ่งเป็นหลัก เนื่องจากแต่ละทฤษฎีนั้นย่อมมีจุดอ่อนและจุดแข็งที่แตกต่างกันไป ดังนั้นการพิจารณาการลงโทษนั้นต้องพิจารณาจากพฤติการณ์ของการกระทำผิดแต่ละคดี และการลงโทษหนักเบาตามฐานความผิด แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นจะต้องเป็นการลงโทษตามมาตรา 18 ในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งมีโทษ 5 อย่างคือ โทษประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และ ริบทรัพย์สิน เท่านั้น การลงโทษนอกเหนือจากนั้นไม่ได้ แต่อย่างไรก็ตาม การลงโทษมิใช่ทางเดียวที่จะแก้ไขปัญหาคriminal ได้ เพราะปัจจัยที่บุคคลกระทำความผิด มิใช่เพราะความเกรงกลัวต่อกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียว หากยังมีปัจจัยอื่น เช่น ปัจจัยทางด้านสังคม วัฒนธรรม และศีลธรรมมาช่วยในการยับยั้งซึ่งใจไม่ให้กระทำความผิด แต่โทษดังกล่าวตามมาตรา 18 ในประมวลกฎหมายอาญานั้น ยังมีข้อเท็จจริงที่ทำให้ไม่เหมาะสมแก่การบังคับใช้กับการกระทำผิดที่รุนแรงหลายประการในประเทศไทย เพราะฉะนั้น น่าจะมีการเพิ่มบทลงโทษ หรือโทษอย่างอื่นให้มากกว่าโทษ 5 อย่างตามมาตรา 18 ในประมวลกฎหมายอาญา เพื่อให้เหมาะสมกับการกระทำผิดและสามารถป้องกันข่มขู่ยังยั้ง ไม่ให้มีผู้กระทำความผิด หรือกระทำความผิดซ้ำเพิ่มขึ้นในสังคม เช่น การมีโทษอย่างอื่นทางสังคมมาบังคับใช้กับการกระทำผิดบางประเภท และด้วยความล้าสมัยของกฎหมายพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 จะเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้และระเบียบไม่เกี่ยวกับคดีลักษณะที่ 34 ว่าด้วยการตรวจคนเข้าเมือง ได้บัญญัติมาตั้งแต่ พ.ศ.2522ซึ่งเป็นเวลานานถึง 43 ปี และในบางเรื่องไม่มีบทลงตัวเช่นตัวการในการรับจ้างขนแรงงานต่างด้าว ซึ่งเมื่อพิจารณาหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเข้าเมือง เรื่องพิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน (Understanding the Smuggling of Migrants Protocol) อยู่ภายใต้อนุสัญญา UNTOC อนุสัญญาองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ บัญญัติความรับผิดชอบไว้ดังที่กล่าวมาข้างต้น อีกทั้ง กรณีแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองโยกผิดกฎหมาย แต่ประเทศไทยกลับผ่อนผันให้แรงงานเหล่านั้น กับทำงานในประเทศไทยได้ เนื่องจากการขาดแรงงาน เห็นได้ว่ามีบทลงโทษที่เบาไป ไม่มีบทลงโทษ จนไม่เกิดความเกรงกลัวต่อกฎหมาย แม้ในปัจจุบันนี้ได้มีเครื่องมือในการตรวจสอบที่ทันสมัย ไม่ว่าจะเป็นเครื่องมือตรวจสอบหนังสือเดินทาง การตรวจสอบความถูกต้องหลักฐานทางเอกสารต่างๆ สามารถตรวจสอบได้อย่างรวดเร็วกว่าในอดีต อีกทั้งบทกำหนดโทษในอดีตไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบันเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดกฎหมายไม่เกรงกลัวกฎหมาย ไม่มีผลในเชิงปรามผู้จะกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เท่าที่ควร จึงมักจะมีผู้กระทำ

ความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นจำนวนมากอันเป็นเหตุให้ขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย เนื่องศึกษากฎหมายคนเข้าเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกา (Immigration and Nationality Act 1996) นั้น ได้มีการกำหนดรายละเอียดในเรื่องต่าง ๆ ไว้อย่างมากตลอดจนได้มีการปรับปรุงแก้ไขในเรื่องการกำหนดโทษของบุคคลต่างด้าวที่อยู่เกินกำหนดอนุญาตให้นักขึ้น เช่น กรณีบุคคลต่างด้าวอยู่เกินกำหนดอนุญาตจะไม่สามารถเดินทางกลับเข้าไปในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นเวลาอย่างน้อย 3 ปี แต่ถ้าอยู่เกินกำหนดอนุญาตเกิน 1 ปี ก็ไม่สามารถเดินทางกลับเข้าไปในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นเวลาถึง 10 ปี หรือได้มีการกำหนดลักษณะคนต่างด้าวที่มีลักษณะต้องห้ามทั้งหลายให้มีรายละเอียดมากขึ้น เช่น บุคคลต่างด้าวที่ถูกดำเนินคดีในคดีมียาเสพติดให้โทษประเภทกัญชามาแล้วเป็นเวลา 3 ปี ก็สามารถเดินทางกลับเข้าไปในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ เมื่อได้ศึกษาส่วนคุณลักษณะของบุคคลต่างด้าวที่เดินทางเข้าสหรัฐอเมริกานั้น แบ่งเป็น 2 ประเภท คือ

1) เป็นบุคคลต้องห้าม ณ ด้านตรวจคนเข้าเมืองขณะเดินทางเข้า เนื่องจากบุคคลดังกล่าวไม่มีหนังสือเดินทาง หรือเอกสารแทนหนังสือเดินทางที่ยังสมบูรณ์และถูกต้องอยู่ หรือไม่ได้รับการตรวจลงตรากรณีเป็นบุคคลของสัญชาติที่ต้องได้รับการตรวจลงตรา (VISA) มาจากสถานทูตสหรัฐอเมริกา ประจำประเทศของคนต่างด้าวนั้นก่อน

2) เป็นบุคคลต้องห้ามภายหลังเดินทางเข้าประเทศสหรัฐอเมริกา และได้กระทำความผิดกฎหมายของประเทศ หรือการอนุญาตให้อยู่ในสิ้นสุดลง บุคคลดังกล่าวจึงมีลักษณะต้องห้ามและจะต้องเดินทางออกนอกประเทศสหรัฐอเมริกา

แต่การส่งบุคคลต่างด้าวที่มีลักษณะต้องห้ามทั้ง 2 ประเภทดังกล่าวนี้ หากจะเป็นเหตุให้บุคคลต่างด้าวนั้นมีอันตรายต่อชีวิต เจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองจะต้องกักคนต่างด้าวไว้ในฐานะผู้อพยพ โดยมีหน่วยงานที่รับผิดชอบเกี่ยวกับผู้อพยพ (Asylum Office) มีหน้าที่รับคำร้องและพิจารณาคำร้องนั้น หากเจ้าหน้าที่ไม่อนุญาตก็สามารถอุทธรณ์คำสั่งไปยังคณะกรรมการอุทธรณ์ (B.I.A หรือ Broad of Immigration Appeal) และคำสั่งของคณะกรรมการดังกล่าวถือเป็นที่สุด

การเนรเทศหรือการส่งกลับของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น มี 2 ลักษณะ

1) โดยเสียค่าใช้จ่ายในการเดินทางออกเอง และมีนายประกันเป็นเงินหนึ่งหมื่นห้าพันเหรียญสหรัฐต่อคน ( จะได้รับคืนเมื่อบุคคลดังกล่าวเดินทางถึงประเทศตนแล้ว และบุคคลดังกล่าวนี้ จะไม่สามารถเดินทางกลับไปยังประเทศสหรัฐอเมริกาได้ในเวลา 5 ปี

2) โดยรัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกาเสียค่าใช้จ่ายให้ เมื่อมีคำสั่งถึงที่สุดให้เนรเทศหรือส่งกลับจะมีเจ้าหน้าที่ควบคุมบุคคลดังกล่าว เพื่อส่งตัวไปยังประเทศของตน และบุคคลดังกล่าวนี้ จะไม่สามารถเดินทางกลับเข้าไปยังประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นเวลา 15 ปี

โดยเมื่อพิจารณาประกอบเข้ากับทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันสังคมมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัย โดยวิธีแยกผู้กระทำผิดออกจากสังคมเพื่อตัดโอกาสไม่ให้ผู้กระทำผิดได้กระทำผิดขึ้นอีก สำหรับการลงโทษเพื่อคุ้มครองสังคมนั้น มีหลักการสำคัญคือ การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดและอบรมบ่มนิสัยมากกว่าการลงโทษ โดยเน้นการคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรมส่วนการลงโทษจะเน้นให้เหมาะสมกับผู้กระทำผิดความเป็นรายบุคคล เพื่อให้มีการปรับปรุงแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดให้เป็นคนดี โดยกำหนดหลักเกณฑ์ในการป้องกันควบคุม และการปรับปรุงแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดไว้ในกฎหมายอาญาด้วย เช่น การนำหลักเกณฑ์และวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้กับผู้กระทำผิดเป็นต้น วัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อคุ้มครองสังคมจึงเป็นมาตรการเสริมที่สำคัญ โดยอาจนำมาใช้ในกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดอัตราโทษไว้น้อยไปไม่เพียงพอต่อการปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำผิดบางประเภท จึงต้องนำมาตราการเสริมมาผนวกใช้ด้วย เช่น การนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้กับผู้กระทำผิดซ้ำซาก เป็นต้น โดยผู้ศึกษาเห็นว่าเป็นหลักการที่ดีที่ควรนำมาปรับใช้

ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีลักษณะพิเศษอย่างหนึ่ง คือ ถ้าเป็นการลักลอบบุคคลที่เป็นสมาชิกของครอบครัวที่มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น จะเนรเทศบุคคลดังกล่าวกลับไม่ได้ เนื่องจากรัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นกระทำการใดอันเป็นขัดขวางการรวมตัวกันของครอบครัวนั้น ไม่ได้โดยจะต้องอนุญาตให้บุคคลดังกล่าวทำงานในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ และจะต้องไปรายงานตัวต่อเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองภายในระยะเวลา 3 เดือน ถึง 6 เดือน

การตรวจอนุญาตออกจากประเทศสหรัฐอเมริกา ขณะเดินทางออกนั้นไม่มีการตรวจหนังสือเดินทาง โดยมอบหมายให้แต่ละสายการบินที่เป็นผู้นำผู้โดยสารออกนั้นบันทึกข้อมูลการเดินทางออกของบุคคลนั้นเข้าในระบบคอมพิวเตอร์ที่ควบคุมข้อมูลการเดินทาง-ออกประเทศ ซึ่งรัฐบาลของสหรัฐอเมริกานั้นเห็นว่าเป็นการเสี่ยงประมาณและบุคคลากร โดยเปล่าประโยชน์ เนื่องจากบุคคลดังกล่าวประสงค์จะเดินทางออกนอกประเทศอยู่แล้ว จึงไม่มีความจำเป็นแต่อย่างใดในการตรวจบุคคลดังกล่าวนั้น และในกรณีที่บุคคลดังกล่าวเป็นผู้ที่รัฐบาลหรือทางราชการต้องการตัวหรือต้องจับกุม ก็เป็นหน้าที่ของหน่วยงานที่มีอำนาจที่รับผิดชอบโดยตรงที่จะต้องทำการสืบสวนจับกุมบุคคลนั้นก่อนเดินทางออกนอกประเทศอยู่แล้ว ประเทศสหรัฐอเมริกานั้นถือว่าเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองนั้นเป็นผู้บังคับใช้เฉพาะกฎหมายคนเข้าเมืองและสัญชาติเท่านั้น

เมื่อพิจารณากฎหมายคนเข้าเมือง ของสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) คนต่างด้าวที่มีลักษณะต้องห้ามดังกล่าวข้างต้นนั้นจะมีกำหนดระยะเวลาการเป็นบุคคลต้องห้ามไว้ โดยพิจารณาจากความหนักเบาของความผิดเช่น กรณีแรงงานต่างด้าวที่ทำงานไม่ครบตามสัญญาแล้วหลบหนีไปอยู่ที่อื่น ที่มีใช้ที่ที่กำหนดไว้ในสัญญาและอยู่เกิน จะต้องเป็นบุคคลต้องห้ามเป็นเวลา 5 ปี นับแต่วันที่กระทำ

ความผิด และการเป็นบุคคลต้องห้ามนั้นสามารถยกเลิกเพิกถอนได้โดยกรมตำรวจนั้นจะตั้งคณะกรรมการเป็นผู้พิจารณา เช่น กรณีบุคคลต่างด้าวนั้นได้เป็นคู่สมรสโดยถูกต้องตามกฎหมายกับคนสัญชาติสาธารณรัฐจีน(ไต้หวัน)ในภายหลัง

จะเห็นได้ว่าจากการศึกษากฎหมายคนเข้าเมือง ของประเทศสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) มีบทลงโทษรุนแรงกว่ากฎหมายไทย โดยมีการกำหนดมาตรการห้ามกลับเข้ามาในประเทศของบุคคลเหล่านั้น ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าเป็นการดีที่จะกำหนดไว้ในกฎหมายไทย เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัว