

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

กฎหมายหลักในการกำกับดูแลคนต่างด้าวที่เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร นับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน คือ กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง สำหรับประเทศไทยมีกฎหมายนี้ฉบับแรก เริ่มตั้งแต่พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2470 ซึ่งตราขึ้นในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 11 กรกฎาคม 2470 เป็นต้นไป การเข้าเมืองก่อนวันที่พระราชบัญญัติดังกล่าวมีผลใช้บังคับ กฎหมายให้ถือว่าเป็นการเข้าเมืองที่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ไม่มีเอกสารแสดงการอนุญาต หรือไม่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดก็ตาม นอกจากนี้การเดินทางเข้าประเทศไทย หรือสยามในยุคนั้น คนต่างด้าวไม่ต้องได้รับความยินยอมจากรัฐเจ้าของดินแดนให้เข้าเมือง กล่าวคือ ไม่ต้องขออนุญาตเข้าเมือง ไม่ต้องมีการตรวจลงตราในหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทาง หรือไม่ต้องขอวีซ่า และถ้าเป็นบุคคลที่ไม่มีเอกสารพิสูจน์ตัวตน ประเทศไทยหรือสยามก็สามารถออกเอกสารพิสูจน์ตัวตนให้ด้วย คือ ใบสำคัญแสดงรูปพรรณ และแม้ไม่ขออนุญาตเข้าเมือง แต่หากมีคุณสมบัติอื่น ๆ ครบตามที่กฎหมายกำหนด หรือไม่มีลักษณะต้องห้าม ก็ยังเป็นคนเข้าเมืองถูกต้องตามกฎหมายภายใต้พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว ต่อมามีการปรับปรุงพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองอีกหลายครั้ง คือ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2480 ซึ่งมีผลให้ยกเลิกพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2470 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม จากนั้นมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2493 เพื่อปรับปรุง แก้ไข กฎหมายคนเข้าเมือง เป็นผลให้ยกเลิกพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2480 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติมเช่นกัน¹

ในปี 2522 มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 เป็นผลให้ยกเลิกพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2493 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายคนเข้าเมืองฉบับปัจจุบัน ที่บังคับใช้มานานมากกว่า 44 ปี และยังไม่มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายทั้งฉบับ ตามสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปในยุคโลกาภิวัตน์ที่มุ่งเน้นการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

¹ อมรพันธุ์ นิธิธีรานนท์. (2565). เมื่อโลกก้าวไกล กฎหมายต้องก้าวทัน: การแก้ไขกฎหมายคนเข้าเมืองของไทยให้ก้าวไกลทันโลกปัจจุบัน. *สุลพาท*, 1 (69), หน้า 112.

ของบุคคลโดยไม่จำกัดเชื้อชาติหรือสัญชาติ จะมีเพียงแต่การแก้ไขเป็นรายมาตราเท่านั้น ซึ่งล่าสุด แม้จะมีพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 พ.ศ. 2561² มาแก้ไข ข้อความในมาตรา 12 (3) และ มาตรา 37 (1) เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายว่าด้วยการประกอบ ธุรกิจของคนต่างด้าว และกฎหมายว่าด้วยการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว³ ก็ตาม แต่เป็นเพียงการแก้ไขข้อความในบทบัญญัติของกฎหมายให้ถูกต้องตรงกัน มิใช่การแก้ไขเนื้อหา แห่งกฎหมาย ซึ่งเป็นสาระสำคัญของการปฏิบัติงาน หรือการบังคับใช้กฎหมาย หากพิจารณาสภาพ สังคมขณะตรากฎหมายคนเข้าเมืองในปี พ.ศ. 2522 นั้น เป็นช่วงที่อยู่ระหว่างการแพร่ขยายของ ลัทธิคอมมิวนิสต์ในประเทศไทย จึงต้องมีการเข้มงวดกวดขันคนต่างด้าวที่เดินทางเข้ามาและ อยู่ในราชอาณาจักร อีกทั้งประเทศไทยยังมีได้เป็นภาคีในสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนซึ่งมีพันธกรณี ให้ต้องปฏิบัติตามดังเช่นปัจจุบัน นอกจากนี้เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายของหน่วยงานอื่น ๆ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการความมั่นคงชายแดน หรือควบคุมการเดินทางเข้าออก ประเทศไทย ที่บังคับใช้มาแล้วเป็นเวลานาน เช่น กรมศุลกากร กรมควบคุมโรค ฯลฯ พบว่ามีการ ปรับปรุงแก้ไขแล้วทั้งสิ้น กล่าวคือ กฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อ มีการแก้ไขเมื่อปี 2558⁴ กฎหมาย ว่าด้วยศุลกากร มีการแก้ไขเมื่อปี 2560⁵ คงมีเพียงกฎหมายคนเข้าเมืองเท่านั้น ที่บังคับใช้มาเป็น เวลานานและควรแก้ไขให้สอดคล้องกับหลักการสากลด้านสิทธิมนุษยชน ดังเช่นแนวปฏิบัติของ องค์การระหว่างประเทศ หรือกฎหมายของนานาอารยประเทศในปัจจุบัน

โดยที่พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 เป็นฐานที่มาแห่งอำนาจให้พนักงาน เจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมือง มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองเพื่อบังคับกับคนต่างด้าว หรือบุคคล อื่นใดที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับนี้ เช่น คำสั่งปฏิเสธการเข้าเมือง คำสั่งอนุญาตให้เข้ามา ในราชอาณาจักร คำสั่งอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวต่อไป คำสั่งกักตัว คนต่างด้าว คำสั่งให้ส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ฯลฯ ในบรรดาคำสั่งทางปกครอง ต่าง ๆ เหล่านี้ พบว่ามีคำสั่งที่เกิดปัญหาทางกฎหมายและในทางปฏิบัติจากประสบการณ์การทำงาน

² พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 พ.ศ. 2561. (2561, 27 มีนาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 135 (ตอนที่ 19 ก), หน้า 57.

³ เหตุผลท้ายพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 พ.ศ. 2561.

⁴ พระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ.2558. (2558, 8 กันยายน). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 132 (ตอนที่ 86 ก), หน้า 26. และมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ให้ยกเลิกพระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. 2523.

⁵ พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560. (2560, 17 พฤษภาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 134 (ตอนที่ 53 ก), หน้า 26. และมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ให้ยกเลิกพระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2469 และฉบับแก้ไข เพิ่มเติมทั้งหมด.

ของผู้วิจัยซึ่งเคยเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมือง และผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาและทำคำพิพากษาหรือคำสั่งอันเกี่ยวเนื่องกับคำสั่งทางปกครองนี้ ทั้งยังเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามหลักการและแนวคิดด้านสิทธิมนุษยชน คือ คำสั่งกักตัวคนต่างด้าว ซึ่งก่อให้เกิดการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวผู้ถูกบังคับตามคำสั่งนี้

การกักตัวคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 แบ่งเป็น 3 กรณี คือ 1) การกักตัวเพื่อพิจารณาว่าจะตรวจอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรหรือไม่ เป็นการใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ ช่องทางอนุญาต ตามที่บัญญัติในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 19 วรรคหนึ่ง เพื่อตรวจสอบว่ามีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 12 หรือไม่ การกักตัวกรณีนี้มีระยะเวลาการกักตัว ตามมาตรา 20 คือกักตัวได้เท่าที่จำเป็นตามพฤติการณ์แห่งกรณี แต่ห้ามมิให้กักตัวไว้เกิน 48 ชั่วโมง นับแต่เวลาที่ผู้ถูกกักตัวมาถึงที่ทำการของพนักงานเจ้าหน้าที่ เว้นแต่มีเหตุจำเป็นสามารถขยายเวลาได้แต่ต้องไม่เกิน 7 วัน หากจำเป็นต้องกักตัวเกิน 7 วัน ต้องยื่นคำร้องขอต่อศาล และศาลมีอำนาจสั่งให้กักตัวไว้เท่าที่จำเป็นครั้งละไม่เกิน 12 วัน ระยะเวลาการกักตัวในกรณีนี้เป็นกรณีกักตัวเพื่อพิจารณาทำคำสั่งว่าจะอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรหรือไม่เท่านั้น 2) การกักตัวหลังจากปฏิเสธการเข้าเมือง อันเป็นการต่อเนื่องจากกรณีแรกที่เกิดขึ้นก่อนคนต่างด้าวจะได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักร เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจสอบแล้วพบว่า คนต่างด้าวผู้นั้นเป็นบุคคลที่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 12 พนักงานเจ้าหน้าที่จะใช้อำนาจปฏิเสธการเข้าเมือง และกักตัวคนต่างด้าวผู้นั้นไว้ตามมาตรา 22 โดยไม่นำระยะเวลาตามมาตรา 20 มาใช้บังคับกับการกักตัวหลังจากปฏิเสธการเข้าเมืองแล้ว เนื่องจากการกักตัวตามมาตรา 22 เป็นการกักตัวด้วยเหตุผลสองประการ ประการแรกหากคนต่างด้าวอุทธรณ์คำสั่งปฏิเสธการเข้าเมือง ก็กักตัวไว้เพื่อรอผลการพิจารณาอุทธรณ์ แต่ถ้านายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมิได้มีคำสั่งภายใน 7 วัน นับแต่วันยื่นอุทธรณ์ กฎหมายให้ถือว่านายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย มีคำสั่งว่าคนต่างด้าวผู้นั้นไม่เป็นผู้ต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักร อันเป็นผลให้ระยะเวลาการกักตัวสิ้นสุด เพราะพนักงานเจ้าหน้าที่ต้องตรวจอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักร และประการที่สองหากคนต่างด้าวไม่ได้ยื่นอุทธรณ์คัดค้านคำสั่งปฏิเสธการเข้าเมือง ก็เป็นการกักตัวไว้เพื่อรอการผลักดันออกไปนอกราชอาณาจักร และ 3) การกักตัวเพื่อรอการส่งกลับตามมาตรา 54 ซึ่งจะแตกต่างจากสองกรณีแรก เพราะสองกรณีแรกคนต่างด้าวยังไม่ได้เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักร แต่การกักตัวกรณีนี้คนต่างด้าวได้เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรแล้ว ต่อมาภายหลังปรากฏข้อเท็จจริงว่าคนต่างด้าวผู้นั้นเข้ามาในราชอาณาจักร โดยไม่ได้รับอนุญาต หรือการอนุญาตสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอน แล้วพนักงานเจ้าหน้าที่มีคำสั่งให้คนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร และแจ้งคำสั่งให้คนต่างด้าวทราบแล้ว จึงใช้

อำนาจตามมาตรา 54 วรรคสาม เพื่อกักตัวได้ตามความจำเป็น โดยไม่มีกำหนดระยะเวลา ส่วนการกักตัวไว้ระหว่างสอบสวนตามมาตรา 54 วรรคสองนั้น หมายถึงการสอบสวนเพื่อพิจารณาทำคำสั่งทางปกครอง คือคำสั่งให้คนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ว่าเข้าเหตุใดเหตุหนึ่งที่จะส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรหรือไม่ในสามกรณีข้างต้น ได้แก่ เข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือการอนุญาตสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอนแล้วหรือไม่เท่านั้น มิใช่การสอบสวนดำเนินคดีอาญาของพนักงานสอบสวน ตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

ปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันคือการกักตัวกรณี 3) อันเป็นการกักตัวเพื่อรอการส่งกลับตามมาตรา 54 ซึ่งพบว่าเกิดปัญหาเรื่องการกักตัวโดยไม่มีกำหนดระยะเวลา ไม่มีสถานที่ที่เหมาะสมในการกักตัว และไม่มีมาตรการทางเลือกแทนการกักตัวที่เพียงพอในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 แม้สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองจะวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกันคนต่างด้าวที่ถูกกักตัวเอาไว้ แต่การจะพิจารณาอนุญาตหรือไม่เป็นดุลพินิจของพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ ซึ่งหากไม่อนุญาตแล้วไม่สามารถอุทธรณ์หรือคัดค้านไปยังศาลได้โดยทันที ดังเช่นคำร้องขอปล่อยชั่วคราวในคดีอาญาที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเช่นเดียวกัน กฎหมายกำหนดว่าเมื่อได้รับคำร้องให้ปล่อยชั่วคราว ให้เจ้าพนักงานหรือศาลรีบสั่งอย่างรวดเร็ว และเมื่อศาลมีคำสั่งให้ปล่อยชั่วคราวให้ผู้เกี่ยวข้องดำเนินการตามคำสั่งดังกล่าวโดยทันที นอกจากนี้ในกรณีที่ศาลสั่งไม่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราว ผู้ร้องขอมิสิทธิยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งนั้นต่อศาลสูงได้โดยทันที และกฎหมายยังกำหนดให้ศาลชั้นต้นที่รับคำร้องอุทธรณ์คำสั่ง รีบส่งคำร้องดังกล่าวพร้อมด้วยสำนวนความ หรือสำเนาสำนวนความเท่าที่จำเป็นไปยังศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกา แล้วแต่กรณี เพื่อพิจารณาและมีคำสั่งโดยเร็ว ทำให้การพิจารณาเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นไปด้วยความรวดเร็ว แต่กรณีการไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกันจากสถานกักตัว แม้จะเป็นเรื่องจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเช่นเดียวกัน แต่คำสั่งดังกล่าวถือเป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งจะต้องยื่นอุทธรณ์คำสั่งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเสียก่อน หากพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ จึงจะส่งไปยังผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์เพื่อพิจารณา ซึ่งเป็นระยะเวลาที่ยาวนานกว่าคนต่างด้าวหรือนายประกันจะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้พิจารณาคำสั่งไม่อนุญาตให้ประกันคนต่างด้าวจากสถานกักตัว ทั้งเมื่อฟ้องคดีต่อศาลปกครองแล้วก็ต้องรอดำเนินกระบวนการพิจารณาดังเช่นคดีฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองคดีอื่น ๆ มิได้มีกระบวนการพิจารณาที่เร่งรัดเป็นพิเศษ ดังเช่นการพิจารณาคดีเกี่ยวกับคำสั่งปล่อยชั่วคราวในคดีอาญาตามที่กล่าวถึงข้างต้น อันเป็นปัญหาในทางปฏิบัติที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของคนต่างด้าวผู้ถูกกักตัว

ดังนั้น เพื่อให้เกิดการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของคนต่างด้าวที่อยู่ในบังคับคำสั่งกักตัวของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ตรวจคนเข้าเมือง และเพื่อให้เป็นไปตามพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนของสนธิสัญญาต่าง ๆ ที่ประเทศไทยเป็นภาคี ตลอดจนแนวปฏิบัติในกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายของต่างประเทศที่ผู้วิจัยได้ทำการศึกษากฎหมายของประเทศแคนาดา ราชอาณาจักรเบลเยียม และสหพันธรัฐมาเลเซีย จึงเห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 พร้อมทั้งให้มีการตั้งคณะกรรมการร่วมด้านมาตรการทางเลือกแทนการกักตัวคนต่างด้าว เพื่อให้กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองของไทยเป็นที่ยอมรับและสอดคล้องกับหลักการสากลด้านสิทธิมนุษยชน ซึ่งจะกล่าวต่อไปในข้อเสนอแนะ

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากที่ได้มีการทบทวนงานวรรณกรรมในบทที่ 2 และบทที่ 3 และ วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาการกักตัวคนต่างด้าว ปัญหาเกี่ยวกับสถานที่กักตัวคนต่างด้าว และ ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางเลือกแทนการกักตัว ในบทที่ 4 ทำให้ได้มาซึ่งแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังนี้

1) ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาการกักตัวคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 วรรคสาม บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีคำสั่งให้ส่งตัวคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรแล้ว ในระหว่างรอการส่งกลับ พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจอนุญาตให้ไปพักอาศัยอยู่ ณ ที่ใด โดยคนต่างด้าวผู้นั้นต้องมาพบพนักงานเจ้าหน้าที่ตามวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนด โดยต้องมีประกัน หรือมีทั้งประกันและหลักประกันก็ได้ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่จะกักตัวคนต่างด้าวผู้นั้นไว้ ณ สถานที่ใดเป็นเวลานานเท่าใดตามความจำเป็นก็ได้ ค่าใช้จ่ายในการกักตัวนี้ให้คนต่างด้าวผู้นั้นเป็นผู้เสีย” บทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นได้ว่าการกักตัวคนต่างด้าวตามมาตรา 54 วรรคสาม สามารถกระทำได้โดยไม่มีกำหนดระยะเวลา ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2379/2542 อันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินสมควร และขัดกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน

ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าในเรื่องระยะเวลาการกักตัวคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 นั้น จึงควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 54 วรรคสาม โดยกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งกักตัวคนต่างด้าว ยื่นคำร้องต่อศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญา เพื่อตรวจสอบเหตุผลและความจำเป็นในการกักตัวคนต่างด้าวภายใน 7 วัน นับแต่เริ่มกักตัวและต่อมาทุก 30 วัน จนกว่าจะมีการปล่อยตัว ในทำนองเดียวกับการยื่นคำร้องขอฝากขังต่อศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยให้ศาลตรวจสอบเหตุผลและความจำเป็นที่ต้อง

กักตัวคนต่างด้าว หากศาลเห็นว่าไม่มีเหตุผลหรือความจำเป็นที่เพียงพอให้ศาลมีคำสั่งปล่อยตัวได้ทันที และให้ถือว่าคำสั่งทางปกครองที่ให้กักตัวคนต่างด้าวถูกยกเลิกหรือเพิกถอนไปในตัวโดยไม่ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครองอีกครั้ง แต่หากคนต่างด้าวที่ศาลจะสั่งให้ปล่อยไม่มีสิทธิอยู่ในประเทศไทย ให้ใช้มาตรการทางเลือกแทนการกักตัว และกำหนดระยะเวลาการกักตัวสูงสุดที่ศาลมีอำนาจอนุญาตให้กักตัวคนต่างด้าว จนกว่าจะถูกส่งตัวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรต้องไม่เกิน 90 วัน นับแต่วันเริ่มกักตัว หากเกินกำหนดดังกล่าวให้ศาลมีคำสั่งปล่อยตัว หรือเลือกใช้มาตรการทางเลือกแทนการกักตัวแล้วแต่กรณี

2) ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดสถานที่ที่เหมาะสมในการกักตัวคนต่างด้าว

พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 19 วรรคหนึ่ง บัญญัติถึงสถานที่ที่เหมาะสมในการกักตัวคนต่างด้าวไว้ว่า “ในการตรวจและพิจารณาว่าคนต่างด้าวผู้ใดต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรหรือไม่ พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวผู้นั้นไปพักอาศัยอยู่ ณ ที่ที่เห็นสมควร โดยให้คำรับรองว่าจะมาพบพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อรับทราบคำสั่งตามวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนดก็ได้ หรือถ้าพนักงานเจ้าหน้าที่เห็นสมควรจะเรียกประกันหรือเรียกทั้งประกันและหลักประกันก็ได้ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่จะกักตัวผู้นั้นไว้ ณ สถานที่ใดตามที่เห็นเหมาะสมเพื่อดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ก็ได้” และการสอบสวนเพื่อส่งกลับตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 วรรคสอง ให้นำบทบัญญัติมาตรา 19 และมาตรา 20 มาใช้บังคับโดยอนุโลม จึงต้องนำเรื่องการกักตัวในสถานที่ที่เหมาะสมมาใช้บังคับด้วย ปัจจุบันคำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 89/2562 กำหนดว่ากรณีที่ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง มีความจำเป็นต้องกักตัวคนต่างด้าว แต่ไม่มีสถานที่กักตัว ให้นำฝากการกักตัวคนต่างด้าวต่อสถานีตำรวจท้องที่หรือสถานกักตัวคนต่างด้าวสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ใกล้ที่สุด ซึ่งในทางปฏิบัติพนักงานเจ้าหน้าที่มักจะนำไปฝากกักตัวไว้ที่สถานีตำรวจ จนกระทั่งเกิดเป็นคดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1181/2564 ซึ่งวินิจฉัยในประเด็นสถานที่กักตัวไว้ว่า “การที่สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองไม่มีห้องกักตัวที่เหมาะสมเป็นของตนเอง แล้วนำผู้ร้องซึ่งเป็นคนต่างด้าวไปกักตัวไว้ในห้องคุมตัวหรือควบคุมผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาของสถานีตำรวจ จึงมิใช่เป็นการกักตัวผู้ร้องไว้ ณ สถานที่เหมาะสม”

ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า ในประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดสถานที่ที่เหมาะสมในการกักตัวคนต่างด้าว จึงเห็นควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 โดยการกำหนดนิยามความหมายของสถานที่ที่เหมาะสมแทนสถานกักตัว ไว้ในบทนิยามมาตรา 4 ซึ่งอาจเป็นบ้านพัก ศูนย์พักอาศัย หรือสถานที่อื่นที่มีลักษณะใกล้เคียงกันซึ่งไม่ใช่ห้องควบคุมผู้ต้องหาของสถานีตำรวจหรือสถานที่อื่นที่มีลักษณะใกล้เคียงกับห้องควบคุมผู้ต้องหา และนำบทนิยามนี้

ไปใช้ในมาตรา 19 และมาตรา 54 นอกจากนี้ควรกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการให้คนต่างด้าวไปพักอาศัย ณ สถานที่ดังกล่าวแทนการกักตัว ไว้ในมาตรา 19 และมาตรา 54 ด้วย เช่น การให้ชุมชนช่วยเหลือ ในทำนองเดียวกับการตั้งผู้กำกับดูแลของศาลยุติธรรมในการปล่อยชั่วคราวของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา การกำหนดให้วางหนังสือค้ำประกัน โดยไม่ต้องวางเงินสด โดยอาจให้ภาคเอกชนหรือองค์กรการกุศล องค์กรระหว่างประเทศ ฯลฯ เข้ามามีส่วนร่วมในการรับรอง เพื่อให้ไปพักอาศัย ณ สถานที่อื่นแทนการกักตัว และกำหนดเงื่อนไขในการมารายงานตัว หรือตรวจเยี่ยมโดยไม่แจ้งล่วงหน้า และอาจให้ภาคเอกชน ภาคประชาสังคมมีส่วนร่วมในการสร้างที่พักอาศัยชั่วคราวโดยไม่ต้องมีการปิดล็อกประตู แต่ให้พักอาศัยตามเวลาและเงื่อนไขที่กำหนด และในระหว่างที่พักอาศัยในสถานที่เหล่านี้ ให้คนต่างด้าวกลุ่มนี้มีสิทธิทำงานตามเงื่อนไขและการกำกับดูแลของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง เพื่อให้สามารถหารายได้จากการทำงานมาชำระเป็นค่าที่พักอาศัยแทนการกักตัว

3) ปัญหาเกี่ยวกับการใช้มาตรการทางเลือกแทนการกักตัวคนต่างด้าว

พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มีมาตรการทางเลือกแทนการกักตัวคนต่างด้าวเพียงวิธีการเดียวคือการทำสัญญาประกัน ซึ่งเกิดขึ้นภายหลังจากพนักงานเจ้าหน้าที่มีคำสั่งให้กักตัวคนต่างด้าวแล้ว ส่วนมาตรการอื่นที่กฎหมายกำหนดให้นำมาใช้ก่อนออกคำสั่งกักตัวคนต่างด้าวไว้ในสถานกักตัว มีเพียงการให้ไปพักอาศัย ณ สถานที่อื่น ซึ่งในทางปฏิบัติคงมีเพียงการฝากกักตัวไว้ที่สถานีตำรวจ ไม่มีการให้ไปพักอาศัย ณ สถานที่อื่นอย่างแท้จริง นอกจากนี้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกันและการพิจารณาคำสั่งอนุญาตให้ประกันคนต่างด้าวก็ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 หากแต่เป็นไปตามคำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ที่มีการปรับปรุง แก้ไข และเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา ต่างจากการพิจารณาสัญญาประกันในคดีอาญา ที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในการทำคำสั่งปล่อยชั่วคราวในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อันเป็นกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ที่ผ่านการพิจารณาจากผู้แทนของประชาชน และไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ง่าย เช่นเดียวกับคำสั่งประกันคนต่างด้าวของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ทั้งที่เป็นคำสั่งที่ใช้พิจารณาเรื่องการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเช่นเดียวกัน และในบางกรณีที่คนต่างด้าวถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญา ได้รับอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวในคดีอาญาแล้ว แต่กลับถูกพนักงานเจ้าหน้าที่นำตัวมากักไว้ตามคำสั่งกักตัว อันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ซ้ำซ้อนกัน

ดังนั้นผู้วิจัยเห็นว่า ในประเด็นเกี่ยวกับการใช้มาตรการทางเลือกแทนการกักตัวคนต่างด้าว จึงเห็นควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 โดยเพิ่มหมวด 6/1 มาตรการทางเลือกแทนการกักตัว ต่อจากหมวด 6 ในฉบับปัจจุบัน ซึ่งเป็นเรื่องการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร เพื่อให้เนื้อหาต่อเนื่องเชื่อมโยงกัน และเป็นการนำแนวทางแก้ไข

ปัญหาเรื่องระยะเวลาการกักตัว และเรื่องสถานที่ที่เหมาะสมในการกักตัว มาขยายความต่อในหมวดนี้ โดยกำหนดไว้ในกฎหมายว่าหากพนักงานเจ้าหน้าที่ไม่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามที่กำหนดเรื่องสถานที่ที่เหมาะสมในการกักตัว หรือเมื่อพ้นระยะเวลาสูงสุดที่กำหนดให้กักตัวได้ (ตามที่เสนอแนะคือ 90 วัน) และยังมีเหตุจำเป็นที่ไม่อาจส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรได้ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ใช้มาตรการทางเลือกแทนการกักตัวตามที่กำหนดในหมวดนี้แทน

เนื้อหาในหมวด 6/1 ซึ่งควรบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 นี้ ควรกำหนดนิยามเกี่ยวกับมาตรการทางเลือกแทนการกักตัวว่ามีมาตรการใดบ้างให้ชัดเจน โดยอาจนำหลักการที่กำหนดไว้ในแนวปฏิบัติสำหรับกฎเกณฑ์และมาตรฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตัวผู้ขอลี้ภัยและทางเลือกอื่น ๆ แทนการควบคุมตัวทั้ง 10 ข้อ คือ 1) การเคารพสิทธิในการแสวงหาที่ลี้ภัยของบุคคล 2) สิทธิเสรีภาพและสวัสดิภาพของบุคคลและสิทธิในการมีเสรีภาพในการเคลื่อนที่ของผู้ขอลี้ภัย 3) การควบคุมตัวต้องมีกฎหมายอนุญาตและเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด 4) การควบคุมตัวจะต้องไม่กระทำโดยพลการและคำสั่งควบคุมตัวบุคคลต้องมีการพิจารณาสถานการณ์แวดล้อมตามแต่กรณีของแต่ละบุคคล 5) การควบคุมตัวต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ 6) การควบคุมตัวโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและควรมีกฎหมายกำหนดกรอบระยะเวลาสูงสุดในการควบคุมตัว 7) การออกคำสั่งควบคุมตัวหรือการขยายระยะเวลาการควบคุมตัวต้องเคารพสิทธิขั้นพื้นฐานในเชิงกระบวนการ 8) การควบคุมตัวจะต้องคำนึงถึงหลักมนุษยธรรมและเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ 9) การควบคุมตัวต้องมีการพิจารณาสถานการณ์แวดล้อมและความต้องการเฉพาะด้าน และ 10) การควบคุมตัวต้องสามารถสอดส่องดูแลและตรวจสอบได้อย่างเป็นอิสระ รวมถึงหลักการในโมเดลการประเมินและการจัดหาสถานที่พักอาศัยในชุมชน (Community Assessment and Placement หรือ CAP Model) คือ หลักการของเสรีภาพ หลักการมาตรฐานขั้นต่ำ และกระบวนการด้านชุมชน มากำหนดไว้ในหมวดนี้ พร้อมทั้งอธิบายวิธีการที่นำไปสู่การปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรม รวมถึงกำหนดเงื่อนไขของการสิ้นสุดมาตรการนั้น ๆ ไว้ด้วย เช่น กรณีคนต่างด้าวฝ่าฝืนไม่กระทำตามเงื่อนไขที่กำหนด เช่น การรายงานตัว หรือการแจ้งเปลี่ยนที่พักอาศัย นอกจากนี้ควรกำหนดให้มีคณะกรรมการร่วมด้านมาตรการทางเลือกแทนการกักตัวคนต่างด้าว โดยให้อำนาจคณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมือง ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการร่วมจากตัวแทนภาคประชาชน (เอกชน หรือองค์กรระหว่างประเทศที่ปฏิบัติงานในประเทศไทยเกี่ยวกับคนต่างด้าว) ภาครัฐ (สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง) และผู้แทนจากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ โดยให้คณะกรรมการร่วมนี้มีอำนาจตรวจสอบ ติดตาม และประเมินผลมาตรการทางเลือกแทนการกักตัวที่กำหนดใน

พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 พร้อมเสนอแนะต่อรัฐสภาเพื่อปรับปรุงมาตรการดังกล่าวให้
เป็นไปตามหลักการสิทธิมนุษยชนสากล และให้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์กรณีพนักงานเจ้าหน้าที่มี
คำสั่งยกเลิกมาตรการ เนื่องจากคนต่างด้าวกระทำผิดเงื่อนไขที่กำหนด และให้คณะกรรมการร่วม
มีอำนาจกำหนดมาตรการอื่นนอกเหนือจากที่ระบุในหมวด 6/1 เพื่อใช้เป็นมาตรการแทนการกักตัว
คนต่างด้าวตามสภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป และให้บังคับใช้ได้เมื่อมาตรการดังกล่าวได้รับความ
เห็นชอบจากคณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองและประกาศในราชกิจจานุเบกษา