

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

กฎหมายปกครอง (Administrative Law) เป็นเครื่องมือสำคัญอย่างหนึ่งของรัฐ ในสถานะที่รัฐมีอำนาจเหนือพลเมือง อันเป็นไปตามหลักทฤษฎีอำนาจเหนือ (prerogatives) การใช้อำนาจของรัฐทุกกรณีต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ ซึ่งรวมถึงที่มาแห่งอำนาจ รูปแบบ ขั้นตอน และการควบคุมตรวจสอบให้พอเหมาะพอดี ดังนั้น เพื่อเป็นการบริหารที่ถูกต้องจึงต้องมีการบริหารโดยกฎหมาย หรือที่เรียกว่า “หลักนิติรัฐ” (L'Etat de Droit)

กฎหมายปกครอง มีรากฐานมาจากหลักกฎหมายโรมัน ประเทศในทวีปยุโรปส่วนใหญ่ นำหลักกฎหมายโรมันมาใช้และมีวิวัฒนาการเรื่อยมา ซึ่งหลักกฎหมายปกครองเกิดขึ้นจากสถานการณ์ที่มีความขัดแย้งทางปกครอง เพราะมีความแตกต่างของหลักการแนวคิดระหว่างกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน เนื่องจากตามหลักกฎหมายโรมันแบ่งระบบเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน หลักการของกฎหมายเอกชนจะตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค แต่หลักการของกฎหมายมหาชนจะตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า “รัฐมีเอกสิทธิเหนือเอกชน” เพราะรัฐมีหน้าที่กระทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) เมื่อกฎหมายมหาชนถือว่ารัฐมีเอกสิทธิเหนือเอกชน จึงจำเป็นจะต้องมีกฎหมายออกมาควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำของรัฐ¹

แต่เดิมการดำเนินงานของฝ่ายปกครองจะไม่คำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ทำให้ต้องมีการตราพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ขึ้นเป็นหลักกฎหมายกลาง เพื่อใช้บังคับกับหน่วยงานของรัฐสำหรับการกระทำกิจกรรมต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง เช่น การออกคำสั่งทางปกครอง สัญญาทางปกครอง การอุทธรณ์ การขอให้พิจารณาใหม่ รวมทั้งมาตรการบังคับทางปกครอง จึงทำให้ฝ่ายปกครองต้องตระหนักถึงความจำเป็นของการ

¹ สมยศ เลียงบำรุง. (2560). มาตรการบังคับทางปกครอง: การกำกับดูแลในมิตินิติศาสตร์. *วารสารวิชาการ กสทช. ประจำปี 2560*, หน้า 395.

ปกครองในรูปแบบรัฐสมัยใหม่ว่าลักษณะการกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เพราะมีการตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ได้แก่ ศาลปกครอง²

ในบรรดาการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง คำสั่งทางปกครอง (Administrative Order) คือเครื่องมือสำคัญที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Administrative Authority) ใช้ในทางปฏิบัติมากที่สุด³ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้ความหมายหรือลักษณะของคำสั่งทางปกครองไว้ว่า “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ (Create) เปลี่ยนแปลง (Modify) โอน (Transfer) สงวน (Preserve) ระงับ (Extinguish) หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล (Affect the Individual’s Status of Rights or Duties) ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว (Permanently or Temporarily) เช่น การสั่งการ (Giving an Order) การอนุญาต (Permission) การอนุมัติ (Approval) การวินิจฉัยอุทธรณ์ (Deciding an Appeal) การรับรอง (Certifying) และการรับจดทะเบียน (Registering) แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ (By-Law)⁴ ดังนั้น การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลไม่ว่าจะมีผลในทางให้ประโยชน์หรือเป็นโทษแก่ผู้รับคำสั่ง จึงล้วนแต่เป็นคำสั่งทางปกครองทั้งสิ้น⁵

จากความหมายหรือลักษณะของคำสั่งทางปกครองตามที่กล่าวไว้ข้างต้น จะเห็นได้ว่า คำสั่งทางปกครองต้องเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายของ “เจ้าหน้าที่” ดังนั้น จึงจำเป็นต้องทำความเข้าใจเสียก่อนว่าคำว่า “เจ้าหน้าที่” หมายถึงใครบ้าง เพราะหากคำสั่งดังกล่าวมิได้เกิดจากเจ้าหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติ ย่อมไม่อาจถือเป็นคำสั่งทางปกครองได้ ซึ่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้ความหมายของคำว่า “เจ้าหน้าที่” หมายความว่า “บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐ ในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 396

³ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2554). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: เอ.พี.กราฟิคดีไซน์และการพิมพ์. หน้า 73.

⁴ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 5.

⁵ นกสन्नทชณ ศรีปัญญาประดิษฐ์. (2562). *ปัญหาทางกฎหมายในการพิจารณาวินิจฉัยและการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 2.

รัฐวิสาหกิจหรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม”⁶ กล่าวคือ ต้องเป็นการใช้ “อำนาจทางปกครองของรัฐ” คือ ส่วนหนึ่งของอำนาจบริหารไม่รวมถึงอำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ได้ คือ ผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐนั้นอาจจะเป็นบุคลากรในภาครัฐหรือบุคลากรในภาคเอกชนก็ได้⁷

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 อันเป็นกฎหมายหลักในการกำกับ ดูแล คัดกรอง ตรวจสอบ คนต่างด้าว⁸ ที่เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรไทยนั้น มีบุคคล และคณะบุคคล ที่มีฐานะเป็น “เจ้าหน้าที่” ตามที่บัญญัติในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อันถือเป็นผู้ใช้อำนาจตามกฎหมายเพื่อออกคำสั่งทางปกครองตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 รวม 4 กลุ่ม ด้วยกัน คือ กลุ่มแรกเป็น “พนักงานเจ้าหน้าที่” อันหมายถึง “เจ้าพนักงาน ซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งเพื่อปฏิบัติราชการตามพระราชบัญญัตินี้”⁹ ซึ่งปัจจุบันพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 เป็นไปตามประกาศกระทรวงมหาดไทย 2 ฉบับ ฉบับแรกคือ ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง แต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 (ฉบับที่ 10) แต่งตั้งบุคคลต่อไปนี้เป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ คือ

(1) อธิบดีกรมตำรวจ รองอธิบดีกรมตำรวจ ผู้ช่วยอธิบดีกรมตำรวจ¹⁰ หรือข้าราชการตำรวจผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่า¹¹

(2) ข้าราชการตำรวจในสังกัดสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง

(3) แพทย์ตรวจคนเข้าเมือง

(4) พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจนอกจาก (1) ถึง (3) ซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้ง¹²

ส่วนอีกฉบับหนึ่งคือ ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง แต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 (ฉบับที่ 11) แต่งตั้งบุคคลต่อไปนี้เป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ คือ

⁶ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 5.

⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2566). *คำสั่งทางปกครอง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://web.krisdika.go.th/data/activity/act79.htm#_ftn1. [2566, 28 มีนาคม].

⁸ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522. มาตรา 4 ให้นิยามความหมายของ “คนต่างด้าว” ไว้ว่า “บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย”

⁹ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522. มาตรา 4.

¹⁰ ปัจจุบันคือตำแหน่งผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ รองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ ผู้ช่วยผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ

¹¹ เช่น ตำแหน่งเรตำรวจแห่งชาติ เทียบเท่ารองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ

¹² ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง แต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 (ฉบับที่ 10). ข้อ 2.

- (1) ผู้บังคับการตำรวจภูธรจังหวัดทุกจังหวัดหรือผู้รักษาราชการแทน
- (2) ผู้บังคับการตำรวจนครบาล 1 - 9 หรือผู้รักษาราชการแทน
- (3) ผู้กำกับการ หรือ รองผู้กำกับการหัวหน้าสถานีตำรวจนครบาลหรือภูธร หรือสารวัตร

หัวหน้าสถานีตำรวจภูธร หรือผู้รักษาราชการแทน¹³

อย่างไรก็ดี พนักงานเจ้าหน้าที่ตามประกาศกระทรวงมหาดไทยฉบับนี้ มิได้มีอำนาจทุกเรื่องดังเช่นพนักงานเจ้าหน้าที่ที่แต่งตั้งตามประกาศกระทรวงมหาดไทย ฉบับที่ 10 หากแต่กฎหมายให้มีอำนาจเฉพาะตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 เฉพาะที่เกี่ยวกับคนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมือง โดยผิดกฎหมาย สัญชาติพม่า ลาว และกัมพูชา หรือสัญชาติอื่นตามที่รัฐมนตรีจะได้ประกาศกำหนดเท่านั้น¹⁴ นี้คือ “เจ้าหน้าที่” ตามคำนิยามของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครอง โดยอาศัยอำนาจจากพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 กลุ่มแรก

กลุ่มที่สองคือ “อธิบดี” ซึ่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ให้นิยามไว้ว่าหมายความว่า “อธิบดีกรมตำรวจ”¹⁵ หรือตำแหน่งผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติในปัจจุบัน

กลุ่มที่สามคือ “รัฐมนตรี” ซึ่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ให้นิยามไว้ว่าหมายความว่า “รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้”¹⁶ แต่เดิมเมื่อครั้งประกาศใช้พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ครั้งแรก บัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นรัฐมนตรีผู้รักษาการเท่านั้น แต่ปัจจุบันมีการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเมื่อปี พ.ศ. 2557¹⁷ ทำให้รัฐมนตรีผู้รักษาการในปัจจุบันคือ นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย¹⁸

และกลุ่มที่สี่ อันถือเป็นกลุ่มสุดท้ายที่มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 คือ “คณะกรรมการ” ซึ่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ให้นิยามไว้ว่าหมายความว่า “คณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมือง”¹⁹ อันถือได้ว่าเป็น “เจ้าหน้าที่” เพียงกลุ่มเดียว

¹³ ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง แต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 (ฉบับที่ 11). ข้อ 1.

¹⁴ ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง แต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 (ฉบับที่ 11). ข้อ 2.

¹⁵ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522. มาตรา 4.

¹⁶ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522. มาตรา 4.

¹⁷ ประกาศคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 87/2557 เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมผู้รักษาการตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจ ลงวันที่ 10 กรกฎาคม พ.ศ. 2557.

¹⁸ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522. มาตรา 5 วรรคหนึ่ง.

¹⁹ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522. มาตรา 4.

ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ที่อยู่ในรูป “คณะบุคคล” ตามที่อธิบายเกี่ยวกับความหมายของคำว่า เจ้าหน้าที่ไว้ข้างต้น

บุคคล และคณะบุคคลทั้งสี่กลุ่มนี้ มีบทบาทสำคัญในการทำคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้บังคับกับคนต่างด้าวและบุคคลอื่น ๆ ที่มีหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง โดยอาศัย บทบัญญัติต่าง ๆ ในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 เป็นฐานที่มาแห่งอำนาจในการออก คำสั่งทางปกครอง เช่น คำสั่งปฏิเสธการเข้าเมือง²⁰ คำสั่งอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักร²¹ คำสั่งอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวต่อไป²² คำสั่งกักตัวคนต่างด้าว²³ คำสั่งให้ ส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร²⁴ ฯลฯ

ในบรรดาคำสั่งทางปกครองที่อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ทั้ง 4 กลุ่ม ข้างต้น มีอำนาจออกคำสั่งต่าง ๆ ทั้งยังมีอำนาจใช้มาตรการบังคับ ทางปกครองเพื่อให้คำสั่งทางปกครองที่ออกมานั้นมีผลบังคับใช้ พบว่ามีคำสั่งที่เกิดปัญหา ทางกฎหมายและอาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามหลักการและแนวคิดด้านสิทธิมนุษยชน คือ คำสั่งกักตัวคนต่างด้าวที่ออกโดยพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง หรือ เจ้าหน้าที่กลุ่มแรกที่กล่าวถึงข้างต้น เนื่องจากเมื่อออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวและแจ้งให้คนต่างด้าว ทราบแล้วนั้น คนต่างด้าวจะถูกมาตรการบังคับทางปกครองโดยนำตัวไปยังสถานกักตัวคนต่างด้าว ของพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งนั้นทันที สำหรับคนต่างด้าวที่จะถูกกักตัว ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองนี้แบ่งออกเป็น 3 กรณี ได้แก่²⁵

1) การกักตัวเพื่อพิจารณาว่าจะอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรหรือไม่

เป็นการใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาเพื่อตรวจอนุญาต ที่หน้าด่าน ตรวจคนเข้าเมือง โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 19 ดังที่บัญญัติไว้ในตอนต้นของมาตราดังกล่าวไว้ว่า “ในการตรวจและพิจารณาว่าคนต่างด้าวผู้ใดต้องห้ามมิให้ เข้ามาในราชอาณาจักรหรือไม่...” ซึ่งการตรวจดังกล่าวเป็นการตรวจลักษณะต้องห้ามตามที่บัญญัติ ในมาตรา 12 วัตถุประสงค์ของการบัญญัติมาตรา 19 นี้ เนื่องจากเมื่อครั้งที่มีการตรากฎหมาย

²⁰ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522. มาตรา 12.

²¹ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522. มาตรา 18 ประกอบมาตรา 35 วรรคหนึ่ง.

²² พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522. มาตรา 35 วรรคสอง.

²³ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522. มาตรา 19 มาตรา 20 มาตรา 22 และมาตรา 54.

²⁴ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522. มาตรา 22 และมาตรา 54.

²⁵ อมรพันธุ์ นิตธีรารานนท์. (2566). *ตม.Story: บทความเล่าเรื่องกฎหมายคนเข้าเมืองและ ตม..* กรุงเทพฯ: กู้ดเฮด พรินต์ติ้ง แอนด์ แพคเกจจิ้ง กรุ๊ป. หน้า 177.

ว่าด้วยคนเข้าเมืองในปี พ.ศ. 2522 ยังไม่มีเทคโนโลยีที่ทันสมัยและระบบอินเทอร์เน็ตแบบปัจจุบัน ซึ่งส่วนมากคนต่างด้าวจะเดินทางเข้ามาทางเรือมากกว่าในช่องทางท่าอากาศยาน ดังนั้นการที่พนักงานเจ้าหน้าที่จะตรวจดูว่าคนต่างด้าวผู้ใดมีลักษณะต้องห้ามหรือไม่จำเป็นต้องใช้ระยะเวลาไม่สามารถตรวจสอบหมายจับ หรือประวัติการกระทำความผิดผ่านระบบออนไลน์เหมือนเช่นปัจจุบันได้ พนักงานเจ้าหน้าที่จึงมีอำนาจสั่งให้คนต่างด้าวไปพักอาศัยอยู่ ณ ที่ที่เห็นสมควร หรือกักตัวไว้ ก่อนมีคำสั่งว่าจะให้เข้ามาในราชอาณาจักรได้หรือไม่ ซึ่งระยะเวลากักตัวกรณีนี้ต้องพิจารณาตามมาตรา 20 กล่าวคือ กักตัวได้เท่าที่จำเป็นตามพฤติการณ์แห่งกรณี แต่ห้ามมิให้กักตัวไว้เกิน 48 ชั่วโมง นับแต่เวลาที่ผู้ถูกกักตัวมาถึงที่ทำการของพนักงานเจ้าหน้าที่ เว้นแต่มีเหตุจำเป็นสามารถขยายเวลาได้แต่ต้องไม่เกิน 7 วัน หากจำเป็นต้องกักตัวเกิน 7 วัน ต้องยื่นคำร้องขอต่อศาล และศาลมีอำนาจสั่งให้กักตัวไว้เท่าที่จำเป็นครั้งละไม่เกิน 12 วัน อันเป็นระยะเวลากักตัวเพื่อทำคำสั่งว่าจะอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรหรือไม่เท่านั้น ซึ่งเป็นการทำคำสั่งทางปกครองของพนักงานเจ้าหน้าที่ มิใช่การกักตัวเพราะถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญา

2) การกักตัวหลังจากปฏิเสธการเข้าเมืองแล้ว

เป็นกรณีต่อเนื่องจากกรณีที่ 1) ซึ่งในทางปฏิบัติพนักงานเจ้าหน้าที่แทบจะไม่เคยใช้อำนาจกักตัวตามกรณีที่ 1) เลย เนื่องจากสามารถตรวจสอบข้อมูลต่าง ๆ เกี่ยวกับคนต่างด้าวได้ทันทีที่หน้าด่านตรวจคนเข้าเมือง เมื่อตรวจสอบแล้วพบว่า คนต่างด้าวผู้นั้นเป็นบุคคลที่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 12 พนักงานเจ้าหน้าที่จะใช้อำนาจปฏิเสธการเข้าเมือง และกักตัวคนต่างด้าวผู้นั้นไว้ตามมาตรา 22 โดยไม่นำระยะเวลาตามมาตรา 20 มาใช้บังคับกับการกักตัวหลังจากปฏิเสธการเข้าเมืองแล้ว เนื่องจากการกักตัวตามมาตรา 22 นั้น เป็นการกักตัวด้วยเหตุผล 2 กรณีคือ 1) หากคนต่างด้าวอุทธรณ์คำสั่งปฏิเสธการเข้าเมือง ก็กักตัวไว้เพื่อรอผลการพิจารณาอุทธรณ์จากนายกรัฐมนตรีนครและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย และ 2) หากคนต่างด้าวไม่ได้ยื่นอุทธรณ์คัดค้านคำสั่งปฏิเสธการเข้าเมือง ก็เป็นการกักตัวไว้เพื่อรอการผลักดันออกไปนอกราชอาณาจักรเมื่อคนต่างด้าวพร้อมที่จะเดินทางออก ก็ต้องส่งตัวคนต่างด้าวออกไปทันที ไม่สามารถกักตัวไว้ได้อีกต่อไป จึงไม่เอาระยะเวลาตามมาตรา 20 มาใช้บังคับกับกรณีนี้ แต่ให้พิจารณาตามพฤติการณ์จริง ๆ ว่าพร้อมเดินทางออกเมื่อใด

การกักตัวทั้งสองกรณียดังกล่าวข้างต้นจึงไม่เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ และมีได้ชัดกับหลักสิทธิมนุษยชนแต่อย่างใด เนื่องจากการกักตัวเพื่อพิจารณาว่าจะให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรหรือไม่ อันเป็นการใช้อำนาจของรัฐเจ้าของอำนาจอธิปไตย และยังมีระยะเวลาการกักตัวที่แน่นอนสมเหตุผล แต่การกักตัวอันเป็นปัญหาในทางปฏิบัติและขัดกับหลักสิทธิมนุษยชน

คือการกักตัวกรณีที่ 3) ซึ่งเกิดขึ้นหลังจากที่คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรแล้ว อันเป็นที่มาของการศึกษาวิจัยครั้งนี้ โดยมีรายละเอียดของการกักตัวในกรณีดังกล่าวคือ

3) การกักตัวเพื่อรอการส่งกลับตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 54

เป็นการกักตัวเมื่อตรวจพบว่าคนต่างด้าวผู้ใด เข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือการอนุญาตสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอน 3 กรณีนี้เท่านั้น จึงจะใช้อำนาจการกักตัวตามมาตรา 54 ได้ โดยก่อนใช้อำนาจตามมาตรา 54 พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องมีคำสั่งให้คนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร แจ้งให้คนต่างด้าวทราบก่อนตามแบบฟอร์ม ตม.35 (ถือเป็นคำสั่งทางปกครองของเจ้าพนักงานตรวจคนเข้าเมือง) จากนั้นจึงใช้อำนาจตามมาตรา 54 วรรคสาม เพื่อกักตัวได้ตามความจำเป็น โดยไม่มีกำหนดระยะเวลา ส่วนการกักตัวไว้ระหว่างสอบสวนตามมาตรา 54 วรรคสองนั้น หมายถึงการสอบสวนเพื่อดูว่าเข้าเหตุใดเหตุหนึ่งใน 3 เหตุที่กล่าวไว้ข้างต้น คือ เข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือการอนุญาตสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอนแล้วหรือไม่เท่านั้น (กล่าวอีกนัยหนึ่งคือการสอบสวนเพื่อทำคำสั่งทางปกครอง คือ คำสั่งให้คนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร) มิใช่การสอบสวนเพื่อดำเนินคดีอาญาของพนักงานสอบสวน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา สาเหตุที่มีการบัญญัติมาตรา 54 วรรคสองเอาไว้ ก็ด้วยเหตุผลเดียวกันกับที่อธิบายไว้ในกรณีกักตัวกรณีที่ 1) กล่าวคือ ตอนที่มีการร่างพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฉบับปัจจุบัน เมื่อปี พ.ศ. 2522 นั้น ยังไม่มีระบบออนไลน์ ในการตรวจสอบข้อมูลเพื่อส่งกลับคนต่างด้าวจึงใช้เวลานาน กฎหมายจึงให้เอาระยะเวลาตามมาตรา 19 และมาตรา 20 มาใช้บังคับ สำหรับการสอบสวนเพื่อทำคำสั่งทางปกครอง (ทำนองเดียวกับคำสั่งอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักร หรือคำสั่งปฏิเสธการเข้าเมือง ก็ล้วนแต่เป็นคำสั่งทางปกครองทั้งสิ้น จึงใช้หลักการและแนวคิดเดียวกัน แต่ผู้บังคับใช้กฎหมายหลายท่านไปเข้าใจผิดเอาว่า คำว่า “สอบสวน” ตามมาตรา 54 นี้ หมายถึงการสอบสวนของพนักงานสอบสวน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาดูด้วยซึ่งเป็นความเข้าใจที่ไม่ถูกต้อง) แต่เมื่อใดก็ตามที่พนักงานเจ้าหน้าที่แจ้งคำสั่งทางปกครอง ตามแบบฟอร์ม ตม.35 แล้ว ย่อมหมายถึงพนักงานเจ้าหน้าที่มีหลักฐานชัดเจนแล้วว่าเข้าเหตุแห่งการส่งกลับ ในเหตุใดเหตุหนึ่ง และพร้อมที่จะส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร จึงไม่เข้าเงื่อนไขตามมาตรา 54 วรรคสอง การกักตัวหลังแจ้งคำสั่งทางปกครองแล้ว จึงต้องไปใช้บทบัญญัติตามมาตรา 54 วรรคสาม มิใช่วรรคสอง ตามที่ได้อธิบายไว้ข้างต้น ทำให้สามารถกักตัวได้โดยไม่มีกำหนดระยะเวลา แม้จะยังมีได้ส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรทันที ส่วนการฟ้องเพิกถอนคำสั่งให้คนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร อันถือเป็นคำสั่งทางปกครอง จึงต้องฟ้องเพิกถอนต่อศาลปกครองมิใช่ศาลยุติธรรม และหากมีการกักตัวคนต่างด้าวโดยไม่ชอบแล้ว อาจฎกร้องต่อศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญาเพื่อขอให้ปล่อย

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 90 ได้ แต่การร้องขอให้ปล่อยตามบทบัญญัติดังกล่าวยังมีข้อจำกัดเรื่องเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ที่ไม่อาจเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง อันเป็นฐานที่มาแห่งอำนาจของการกักตัวได้ นอกจากนี้เมื่อพิจารณาจากสถานกักตัวคนต่างด้าวในปัจจุบันแล้วพบว่า สถานกักตัวคนต่างด้าวของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง (Immigration Detention Center หรือ IDC) มีเพียง 22 แห่งทั่วประเทศไทย โดยมีศูนย์กลางอยู่ที่ซอยสวนพลูอันเป็นที่ตั้งเดิมของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง²⁶ จึงไม่เพียงพอต่อการกักตัวคนต่างด้าวเพื่อรอการส่งกลับ ทั้งยังก่อให้เกิดความแออัดมากขึ้นตามจำนวนคนต่างด้าวที่เพิ่มเติมในแต่ละวัน เกี่ยวกับเรื่องนี้คณะกรรมการการกักต้งหมาย การยุติธรรมและสิทธิมนุษยชนสภาผู้แทนราษฎร เคยตรวจเยี่ยมสถานกักตัวคนต่างด้าวสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ซอยสวนพลูแล้วพบข้อเท็จจริงว่า คนต่างด้าวที่ถูกกักตัวมีสภาพแออัด เนื่องจากพื้นที่แห่งนี้สามารถรับคนได้ประมาณ 425 คน แต่ขณะตรวจเยี่ยมเมื่อปี 2562 มีผู้ที่ถูกกักตัวอยู่ที่ศูนย์แห่งนี้ 925 คน ซึ่งในช่วงที่มีปริมาณสูงสุด สถานที่แห่งนี้มีคนต่างด้าวถูกกักตัวกว่า 1,600 คน หนึ่งในนั้นมีแม่และเด็กรวมอยู่ด้วยกว่า 20 คน นอกจากนี้ยังพบว่า บุคคลที่ถูกกักตัวบางรายอยู่นานนับสิบปี เนื่องจากสถานะทางกฎหมายไม่ชัดเจน โดยเฉพาะในแง่ที่ถูกปฏิเสธจากประเทศต้นทาง และประเทศที่สามก็ไม่ยินยอมรับตัวกลับ²⁷ การกักตัวโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 54 ที่กล่าวถึงนี้ จึงนำมาสู่ประเด็นปัญหาสำหรับการศึกษาวิจัยในประเด็นต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

(1) ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาการกักตัวคนต่างด้าว

พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 วรรคสาม บัญญัติว่า “ในกรณีที่มิคำสั่งให้ส่งตัวคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรแล้ว ในระหว่างรอการส่งกลับ พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจอนุญาตให้ไปพักอาศัยอยู่ ณ ที่ใด โดยคนต่างด้าวผู้นั้นต้องมาพบพนักงานเจ้าหน้าที่ตามวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนด โดยต้องมีประกัน หรือมีทั้งประกันและหลักประกันก็ได้ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่จะกักตัวคนต่างด้าวผู้นั้นไว้ ณ สถานที่ใดเป็นเวลานานเท่าใดตามความจำเป็นก็ได้ ค่าใช้จ่ายในการกักตัวนี้ให้คนต่างด้าวผู้นั้นเป็นผู้เสีย”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าหากเข้ากรณีการกักตัวตามมาตรา 54 วรรคสาม พนักงานเจ้าหน้าที่ย่อมมีอำนาจกักตัวโดยไม่มีกำหนดระยะเวลา อันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินสมควร และอาจขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ไทยเข้าเป็นภาคีอีกด้วย

²⁶ Jasmine Chia. (2018). *Detention centres stuck in past century*. (Online). Available: <https://www.bangkokpost.com/thailand/special-reports/1414047/thailands-detention-centres-stuck-in-past-century>. [2023, May 5].

²⁷ วอยซ์ทีวี. (2562). *ขบวนการ'นำ 'กมธ. กฎหมาย' เข้กศูนย์กลางกักตัวต่างด้าว พบแออัดคิดหลักสากล*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://voicetv.co.th/read/mx23kCGjA>. [2566, 3 มิถุนายน].

เกี่ยวกับเรื่องนี้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2379/2542 วินิจฉัยไว้ว่า “ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 วรรคสาม บัญญัติให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ที่จะกักตัวคนต่างด้าวผู้นั้นไว้ ณ สถานที่ใดเป็นเวลานานเท่าใดตามความจำเป็นก็ได้ ฉะนั้นแม้ผู้ร้องมีกำหนดเดินทางออกนอกราชอาณาจักรวันที่ 25 กันยายน 2541 แต่เมื่อผู้ร้องเป็นคนต่างด้าวเข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต พนักงานเจ้าหน้าที่ย่อมมีอำนาจที่จะกักตัวผู้ร้อง เพื่อรอการส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักรตามบทกฎหมายดังกล่าวได้”²⁸ อันเป็นการวินิจฉัยที่ยืนยันหลักการการกักตัว “โดยไม่มีกำหนดระยะเวลา”

อย่างไรก็ดี ท่านอาจารย์ทวี ประจวบลาภ ได้ให้ความเห็นไว้ในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว โดยมีประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับเรื่องระยะเวลาการกักตัวไว้ว่า “ผู้เขียน(หมายถึงท่านอาจารย์ทวี) ทราบว่า คณะอนุกรรมการทบทวนกฎหมายเพื่ออนุรักษ์ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและอนุสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนในคณะกรรมการทดลองครบรอบ 50 ปี ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ ได้ยกร่างพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... แก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 โดยกำหนดระยะเวลาในการกักตัวคนต่างด้าวในระหว่างรอการส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร เนื่องจากกฎหมายปัจจุบัน พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 หมวด 6 ที่ว่าด้วยการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถกักตัวคนต่างด้าวผู้เข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตไว้ โดยไม่มีกำหนดเวลาที่แน่นอน ทำให้บุคคลดังกล่าวต้องสูญเสียสิทธิเสรีภาพในร่างกายเป็นการเนิ่นนานโดยไม่รู้กำหนดเวลาว่าจะถูกกักตัวไว้นานเท่าใด อันเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 29 และมาตรา 31 ขณะนี้ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวยังไม่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภา”²⁹ อันเป็นความเห็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับประเด็นด้านสิทธิมนุษยชน แต่กระทั่งจนถึงปัจจุบันก็ยังไม่มีการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเกี่ยวกับระยะเวลาการกักตัวในคำสั่งกักตัวคนต่างด้าว จึงเห็นควรศึกษา วิเคราะห์ เพื่อนำมาแก้ไขกฎหมายในหลักการดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักการสากลด้านสิทธิมนุษยชน

(2) ปัญหาเกี่ยวกับสถานที่กักตัวคนต่างด้าว

ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 19 วรรคหนึ่ง บัญญัติถึงสถานที่ที่เหมาะสมในการกักตัวคนต่างด้าวไว้ว่า “ในการตรวจและพิจารณาว่าคนต่างด้าวผู้ใดต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรหรือไม่ พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวผู้นั้นไปพักอาศัยอยู่ ณ ที่ที่เห็นสมควร โดยให้คำรับรองว่าจะมาพบพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อรับทราบคำสั่ง

²⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2379/2542.

²⁹ หมายเหตุ ท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2379/2542 ข้อ 6.

ตามวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนดก็ได้ หรือถ้าพนักงานเจ้าหน้าที่เห็นสมควรจะเรียกประกันหรือเรียกทั้งประกันและหลักประกันก็ได้ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่จะกักตัวผู้นั้นไว้ ณ สถานที่ใดตามที่เห็นเหมาะสมเพื่อดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ได้³⁰

ในการสอบสวนเพื่อส่งกลับตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 วรรคสอง ให้นำบทบัญญัติมาตรา 19 และมาตรา 20 มาใช้บังคับโดยอนุโลม จึงต้องนำเรื่องการกักตัวในสถานที่ที่เหมาะสมมาใช้บังคับด้วย เกี่ยวกับเรื่องนี้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1181/2564 วินิจฉัยในประเด็นสถานที่กักตัวไว้ว่า “พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 19 วรรคหนึ่ง กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองกักตัวคนต่างด้าวไว้ ณ สถานที่ใดตามที่เห็นเหมาะสม แต่การที่สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองไม่มีห้องกักตัวที่เหมาะสมเป็นของตนเอง แล้วนำผู้ร้องซึ่งเป็นคนต่างด้าวไปกักตัวไว้ในห้องคุมตัวหรือควบคุมผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาของสถานีตำรวจ จึงมิใช่เป็นการกักตัวผู้ร้องไว้ ณ สถานที่ที่เหมาะสม”³¹

ซึ่งในปัจจุบันพบว่ามีการผิดที่ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัดหลายท้องที่ ที่ไม่มีสถานกักตัวคนต่างด้าวของตนเอง แล้วนำตัวคนต่างด้าวไปกักตัวไว้ ณ สถานีตำรวจ หรือแม้แต่สถานกักตัวคนต่างด้าวของสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองเองก็มีความแออัด และอาจไม่เป็นไปตามมาตรฐานสากลด้านสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะการกักตัวคนต่างด้าวที่เป็นเด็ก จึงเห็นควรมีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับสถานที่กักตัวคนต่างด้าว ให้เป็นไปตามหลักสิทธิมนุษยชน หรือกำหนดให้ชุมชนเป็นผู้ช่วยควบคุมดูแล แทนการนำมากักตัวไว้ในสถานที่ที่จำกัด

(3) ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางเลือกแทนการกักตัว

พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มีมาตรการทางเลือกแทนการกักตัวคนต่างด้าวเพียงวิธีการเดียวคือการทำสัญญาประกัน ซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกันและการพิจารณาคำสั่งอนุญาตให้ประกันคนต่างด้าวที่ถูกบังคับใช้คำสั่งกักตัวนั้นมิได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 หากแต่เป็นไปตามคำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ที่มีการปรับปรุง แก้ไข และเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา ต่างจากการพิจารณาสัญญาประกันในคดีอาญา ที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในการทำคำสั่งปล่อยชั่วคราวในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อันเป็นกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ที่ผ่านการพิจารณาจากผู้แทนของประชาชน และไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ง่าย เช่นเดียวกับคำสั่งประกันคนต่างด้าวของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ทั้งที่เป็นคำสั่งที่ใช้พิจารณาเรื่องกรจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเช่นเดียวกัน และในบางกรณีที่คนต่างด้าวถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญา ได้รับอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวในคดีอาญาไม่ว่าในชั้น

³⁰ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522. มาตรา 19 วรรคหนึ่ง.

³¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1181/2564.

สอบสวนหรือชั้นพิจารณาของศาล แต่กลับถูกพนักงานเจ้าหน้าที่นำตัวมากักไว้ตามคำสั่งกักตัว อันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ซ้ำซ้อนกัน ดังที่ศาลอาญากรุงเทพใต้ได้วินิจฉัยไว้ในคำสั่งคดีหมายเลขแดงที่ คข 4/2566 เกี่ยวกับประเด็นที่คนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวในคดีอาญาแล้วถูกพนักงานเจ้าหน้าที่นำมากักตัวไว้เพื่อรอคดีอาญาเสร็จสิ้นที่สถานกักตัวคนต่างด้าวไว้ว่า “ข้ออ้างที่ว่ากักตัวไว้เพื่อรอคดีอาญาเสร็จสิ้นนั้นมิใช่ความจำเป็นที่เกี่ยวข้องกับการส่งกลับตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้ อันแสดงให้เห็นว่าพนักงานเจ้าหน้าที่มิได้มีเจตนาที่จะส่งตัวผู้ร้องกลับออกไปนอกราชอาณาจักรอย่างแท้จริงในทันที เนื่องจากผู้ร้องยังอยู่ระหว่างการสอบสวนในคดีอาญาขอมไม่อาจส่งกลับได้อยู่ในตัว แต่พนักงานเจ้าหน้าที่กลับรีบด่วนเพิกถอนการอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรของผู้ร้อง เพื่อให้เข้าเงื่อนไขของการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร แล้วนำมากักตัวไว้ทั้งที่ผู้ร้องได้รับอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวในคดีอาญาแล้ว อันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ซ้ำซ้อนกัน โดยที่คดีอาญายังไม่ถึงที่สุด และยังไม่แน่ว่าจะส่งตัวผู้ร้องกลับออกไปนอกราชอาณาจักรได้เมื่อใด”³²

นอกจากนี้คำสั่งไม่อนุญาตให้ประกันคนต่างด้าวในระหว่างการกักตัว มิใช่คำสั่งในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา หากแต่เป็นคำสั่งทางปกครอง จึงต้องนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครอง ซึ่งค่อนข้างใช้ระยะเวลานาน โดยกำหนดระยะเวลาขั้นต่ำในศาลปกครองชั้นต้นคือ 2 ปี 6 เดือน อันเป็นระยะเวลาในการดำเนินคดีปกติของศาลปกครองชั้นต้น ที่ตุลาการมีคดีอยู่ในความครอบครองไม่เกิน 48 คดี หากมีคดีอยู่ในความครอบครองเกินกว่า 48 คดีให้เพิ่มระยะเวลาในแต่ละขั้นตอนออกไปอีก 0.25 เท่า ทุกจำนวน 24 คดี³³ ทำให้คนต่างด้าวที่ไม่ได้รับอนุญาตให้ประกันจากสถานกักตัวคนต่างด้าว อาจถูกกักตัวไปอีกเป็นระยะเวลานานกว่าจะเสร็จสิ้นกระบวนการพิจารณาของศาลปกครอง จึงเห็นควรกำหนดมาตรการทางเลือกแทนการกักตัวไว้ในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 ตามกฎหมายเกี่ยวกับการกักตัวคนต่างด้าวของต่างประเทศที่ทำการศึกษาค้นคว้าในครั้งนี้ เพื่อเป็นทางเลือกในการควบคุมคนต่างด้าวที่ต้องถูกบังคับตามคำสั่งกักตัวคนต่างด้าวให้เป็นไปตามหลักสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนต่อไป และยากแก่การแก้ไขดังเช่นคำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง เนื่องจากเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ ที่ต้องผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา

จากสภาพปัญหาที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น ในการศึกษาครั้งนี้จึงมุ่งเน้นศึกษาปัญหาทางกฎหมายในคำสั่งทางปกครองของคำสั่งกักตัวคนต่างด้าวโดยศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และ

³² คำสั่งศาลอาญากรุงเทพใต้ คดีหมายเลขแดงที่ คข 4/2566.

³³ ประกาศศาลปกครอง เรื่อง กำหนดระยะเวลาดำเนินงานคดีในศาลปกครองสูงสุด พ.ศ. 2566 ลงวันที่ 23 มกราคม พ.ศ. 2566

หลักกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงหลักกฎหมายของต่างประเทศเป็นแนวทาง เพื่อนำไปสู่การแก้ไขกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ส่วนที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งกักตัวคนต่างด้าว ให้เป็นไปตามหลักการสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง และการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากการจำกัดเสรีภาพ
2. เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากคำสั่งกักตัวคนต่างด้าวของต่างประเทศเปรียบเทียบกับราชอาณาจักรไทย
3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากคำสั่งกักตัวคนต่างด้าว
4. เพื่อเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหามหาหมายเกี่ยวกับคำสั่งกักตัวคนต่างด้าวของพนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมือง

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ในปัจจุบันบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ของราชอาณาจักรไทย ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของคนต่างด้าวที่ถูกกักตัวอย่างเพียงพอ เช่น ระยะเวลา สถานที่ หรือมาตรการทางเลือกแทนการกักตัว ส่งผลให้คนต่างด้าวถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพเกินความจำเป็น และไม่สอดคล้องกับหลักการสิทธิมนุษยชนสากลของนานอารยประเทศ ดังนั้น เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของบุคคลทุกสัญชาติเป็นไปตามหลักสากล หลักความเสมอภาค และหลักการมีส่วนร่วม จึงเห็นควรกำหนดให้มีการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองส่วนที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งกักตัวคนต่างด้าวต่อไป

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

สารนิพนธ์นี้ทำการศึกษาค้นคว้าหลักเกณฑ์ แนวคิด ทฤษฎี รวมถึงปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งกักตัวคนต่างด้าว ซึ่งมีกฎหมายที่เกี่ยวข้อง คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา รวมถึงอนุบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายเหล่านี้ ทั้งนี้ ได้มีการศึกษากฎหมายของราชอาณาจักรไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายของ

ต่างประเทศในเรื่องเดียวกัน เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากคำสั่งกักตัวคนต่างด้าว

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

สารนิพนธ์นี้ใช้วิธีวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาจากรัฐธรรมนูญ ประมวลกฎหมาย พระราชบัญญัติ ประกอบกับการค้นคว้าข้อมูลจากเอกสารและสารสนเทศต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ ในรูปแบบของ ตั๋วบทกฎหมาย ตำรา บทความวารสาร รายงานการวิจัย วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์ รวมถึงการสืบค้นข้อมูล และเอกสารที่เกี่ยวข้องทางอินเทอร์เน็ต (Internet) เพื่อนำมาวิเคราะห์ให้ได้ซึ่งข้อสรุปและแนวการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากคำสั่งกักตัวคนต่างด้าวได้อย่างถูกต้องและเหมาะสม

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง และการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากการจำกัดเสรีภาพ
2. ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากคำสั่งกักตัวคนต่างด้าวของต่างประเทศเปรียบเทียบกับราชอาณาจักรไทย
3. ทำให้ทราบถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากคำสั่งกักตัวคนต่างด้าว
4. ทำให้ทราบถึงแนวทางในการแก้ไขปัญหากฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งกักตัวคนต่างด้าวของพนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมือง