บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน จากคำสั่งกักตัวคนต่างด้าวของต่างประเทศและราชอาณาจักรไทย

สถานการณ์โลกในปัจจุบันให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมากขึ้นเป็นลำดับ สอดรับกับการดำเนินงานของประเทศไทยที่มีการจัดทำแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ซึ่งล่าสุดเมื่อวันที่ 6 มีนาคม 2566 กระทรวงยุติธรรม โดยกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ประกาศใช้แผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2566 - 2570)[1] เนื้อหาสาระในแผนสิทธิมนุษยชนฉบับดังกล่าวอันเป็นแผนฉบับปัจจุบันขณะศึกษาข้อมูลของงานวิจัยนี้ กล่าวถึงการกักตัวคนต่างด้าวของสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองไว้ในตอนหนึ่งว่า ในช่วงสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ส่งผลกระทบต่อกระบวนการรับรองสถานะของผู้ลี้ภัยด้วยข้อจำกัดที่เกิดจากการแพร่ระบาด ทำให้การเข้าถึงค่ายผู้ลี้ภัยในช่วงดังกล่าวเป็นไปอย่างจำกัด รัฐได้ชะลอการดำเนินงานตามกลไกคัดกรองระดับชาติสำหรับผู้ลี้ภัยและผู้ขอลี้ภัย ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่เดือนมิถุนายน 2563 ส่งผลให้ผู้อพยพและผู้ลี้ภัยยังคงถูกควบคุมตัวโดยพลการ และไม่มีกำหนดเวลาในสถานกักตัวที่แออัด ซึ่งเพิ่มความเสี่ยงต่อการติดเชื้อเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 อาทิ ชาวอุยกูร์กว่า 50 คน ยังคงถูกกักตัวโดยไม่มีกำหนดเวลาในสถานกักกันคนต่างด้าว ระหว่างรอการพิสูจน์สัญชาติจากตุรกีและจีน ที่มีสภาพแออัดและเสื่อมโทรม และในช่วงระหว่าง ปีพ.ศ. 2559-2562 รัฐบาลไทยมีการประสานกับทางการเมียนมาร์เพื่อส่งผู้ที่สมัครใจกลับประเทศ ผู้ลี้ภัยกว่า 1,039 คน ได้สมัครใจเดินทางกลับประเทศ แต่ในช่วงสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 พรมแดนประเทศถูกปิดส่งผลให้ไม่มีการดำเนินโครงการดังกล่าว[2] แม้ข้อมูลในแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติฉบับดังกล่าวจะกล่าวถึงเฉพาะปัญหาของผู้ลี้ภัย แต่ได้สะท้อนความจริงให้เห็นว่าการกักตัวคนต่างด้าวของไทยตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองปัจจุบัน มีสถานกักตัว

---

[1] กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม. (2566). ***งานประกาศใช้แผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2566 - 2570).*** (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.djop.go.th/news/ข่าวส่วนกลาง/งานประกาศใช้แผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ-ฉบับที่5-%28พ.ศ.-2566---2570%29. [2566, 15 เมษายน].

[2] กองคุ้มครองสวัสดิภาพและเสริมสร้างคุณภาพชีวิต. (2566). ***แผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2566 - 2570).*** กรุงเทพฯ: กรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการ กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์. หน้า 130.

คนต่างด้าวที่แออัดและไม่มีกำหนดระยะเวลาการกักตัว อันเป็นหนึ่งในปัญหาสำคัญของการศึกษาวิจัยครั้งนี้ ในบทนี้ผู้วิจัยจึงได้ศึกษากฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายของประเทศแคนาดา ราชอาณาจักรเบลเยียม และสหพันธรัฐมาเลเซีย เพื่อเปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมายของราชอาณาจักรไทยในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ตามวัตถุประสงค์ของงานวิจัย โดยมีรายละเอียดในแต่ละส่วนดังต่อไปนี้

3.1 มาตรการทางกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากคำสั่งกักตัวคนต่างด้าว

3.1.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights)

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights หรือ UDHR) คือเอกสารที่ทั่วโลกตกลงใช้ร่วมกันเป็นแนวทางไปสู่เสรีภาพและความเท่าเทียม โดยการปกป้องสิทธิมนุษยชนของทุกคนในทุกแห่งหน นับเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ที่นานาประเทศ เห็นพ้องต้องกันว่าสิทธิและเสรีภาพเป็นสิ่งที่ต้องได้รับการปกป้องเพื่อให้มนุษย์สามารถมีชีวิตอยู่ได้อย่างเสรี เท่าเทียม และมีศักดิ์ศรี[3]

ปฏิญญานี้ถูกตอบรับในวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 โดยสหประชาชาติที่เพิ่งจะก่อตั้งได้ไม่นาน หลังจากชาวโลกต้องเผชิญกับ “การกระทำอย่างโหดร้ายป่าเถื่อน...ที่สร้างความเกรี้ยวกราดต่อจิตสำนึกของมวลมนุษยชาติ” อันเกิดขึ้นในสงครามโลกครั้งที่สอง การรับรองปฏิญญาในครั้งนั้นได้กลายเป็นรากฐานไปสู่อิสรภาพ ความยุติธรรม และความสงบสุข

ปฏิญญานี้เริ่มการร่างตั้งแต่ปี ค.ศ. 1946 ในช่วงแรกอาศัยคณะกรรมการที่มาจากหลากหลายประเทศ รวมถึงสหรัฐอเมริกา เลบานอน และจีน ต่อมาคณะร่างปฏิญญาเริ่มขยายใหญ่ขึ้นโดยรวมผู้แทนจากออสเตรเลีย ชิลี ฝรั่งเศส สหภาพโซเวียต และสหราชอาณาจักร เพื่อให้เอกสารนี้เกิดจากการมีส่วนร่วมจากผู้คนในทุกมุมโลก รวมไปถึงความหลากหลายของวัฒนธรรม ศาสนา และการเมือง ปฏิญญานี้ได้ผ่านการเห็นชอบจากคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนและสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติในที่สุดเมื่อปี ค.ศ. 1948

เนื้อหาสาระของปฏิญญาได้อธิบายสิทธิและเสรีภาพ 30 อย่างที่มนุษย์ทุกคนต้องมีและไม่มีใครพรากมันไปได้ สิทธิเหล่านี้เป็นรากฐานสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศด้าน

---

[3] Amnesty International Thailand. (2566). ***ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน.*** (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.amnesty.or.th/our-work/hre/what-udhr/. [2566, 15 เมษายน].

สิทธิมนุษยชน แม้แต่ในปัจจุบันเอกสารนี้ก็ยังคงบังคับใช้ และเป็นเอกสารที่ได้รับการแปลภาษามากที่สุดในโลก โดยมีรายละเอียดแต่ละข้อดังต่อไปนี้[4]

คำปรารภ

ด้วยเหตุที่การยอมรับศักดิ์ศรีแต่กำเนิด และสิทธิซึ่งเสมอกันและไม่อาจโอนแก่กันได้ของสมาชิกทั้งปวงแห่งครอบครัวมนุษยชาติ อันเป็นรากฐานของเสรีภาพ ความยุติธรรม และสันติภาพในโลก

ด้วยเหตุที่การเมินเฉย และดูหมิ่นเหยียดหยามสิทธิมนุษยชนได้ก่อให้เกิดการอันป่าเถื่อนโหดร้ายทารุณ ซึ่งเป็นการละเมิดมโนธรรมของมนุษยชาติอย่างร้ายแรง และโดยเหตุที่ได้มีการประกาศปณิธานอันสูงสุดโดยสามัญชน ว่าถึงวาระแห่งโลกแล้วที่มนุษย์จะมีเสรีภาพในการพูดและในความเชื่อถือ รวมทั้งมีเสรีภาพจากความกลัวและความต้องการ

ด้วยเหตุที่เป็นสิ่งจำเป็น สิทธิมนุษยชนควรได้รับความคุ้มครองโดยหลักนิติธรรม ถ้าไม่พึงประสงค์ให้มนุษย์ต้องถูกบีบบังคับให้หาทางออก โดยการกบฏต่อทรราชและการกดขี่อันเป็นที่พึ่งแห่งสุดท้าย

ด้วยเหตุที่ประดาประชาชนแห่งสหประชาชาติได้ยืนยันไว้ในกฎบัตรถึงความเชื่อมั่นในสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ในศักดิ์ศรีและคุณค่าของตัวบุคคล และในความเสมอกันแห่งสิทธิของทั้งชายและหญิง และได้ตัดสินใจที่จะส่งเสริมความก้าวหน้าทางสังคมตลอดจนมาตรฐานแห่งชาติให้ ดีขึ้น ได้มีเสรีภาพมากขึ้น

ด้วยเหตุที่รัฐสมาชิกได้ปฏิญาณที่จะให้ได้มา โดยร่วมมือกับสหประชาชาติ ซึ่งการส่งเสริมการเคารพและการถือปฏิบัติโดยสากลต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพ ขั้นพื้นฐาน

ด้วยเหตุที่ความเข้าใจตรงกันในเรื่องสิทธิและเสรีภาพมีความสำคัญยิ่งเพื่อให้ปฏิญาณนี้เกิดสัมฤทธิ์ผลอย่างเต็มเปี่ยม

ดังนั้น บัดนี้ สมัชชาจึงประกาศให้

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนี้เป็นมาตรฐานร่วมกันแห่งความสำเร็จ สำหรับประชาชนทั้งมวลและประชาชาติทั้งหลาย เพื่อจุดมุ่งหมายที่ว่าปัจเจกบุคคลทุกคน และทุกส่วนของสังคม โดยการคำนึงถึงปฏิญญานี้เป็นเนืองนิตย์ จะมุ่งมั่นส่งเสริมการเคารพสิทธิ และอิสรภาพเหล่านี้ด้วยการสอนและการศึกษา และให้มีการยอมรับและยึดถือโดยสากลอย่างมีประสิทธิผล ด้วยมาตรการอันก้าวหน้าในประเทศและระหว่างประเทศ ทั้งในบรรดาประชาชนของรัฐสมาชิกด้วยกันเอง และในบรรดาประชาชนของดินแดนที่อยู่ใต้เขตอำนาจแห่งรัฐนั้นทุกคนเกิดมาเท่าเทียม

---

[4] Amnesty International Thailand. (2566). ***ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน.*** (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.amnesty.or.th/our-work/hre/what-udhr/. [2566, 15 เมษายน].

ข้อ 1 มนุษย์ทั้งปวงเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรี และสิทธิ ต่างในตนมีเหตุผลและมโนธรรม และควรปฏิบัติต่อกันด้วยจิตวิญญาณแห่งภราดรภาพ

ข้อ 2 ทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพทั้งปวงตามที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้ โดยปราศจากการแบ่งแยกไม่ว่าชนิดใด อาทิ เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น พื้นเพทางชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิดหรือสถานะอื่น นอกเหนือจากนี้ จะไม่มีการแบ่งแยกใดบนพื้นฐานของสถานะทางการเมือง ทางกฎหมาย หรือทางการระหว่างประเทศของประเทศหรือดินแดนที่บุคคลสังกัด ไม่ว่าดินแดนนี้จะเป็นเอกราช อยู่ในความพิทักษ์ มิได้ปกครองตนเองหรืออยู่ภายใต้การจำกัดอธิปไตยอื่นใด

ข้อ 3 ทุกคนมีสิทธิในการมีชีวิต เสรีภาพ และความมั่นคงแห่งบุคคล

ข้อ 4 บุคคลใดจะตกอยู่ในความเป็นทาสหรือสภาวะจำยอมไม่ได้ ทั้งนี้ห้ามความเป็นทาสและการค้าทาสทุกรูปแบบ

ข้อ 5 บุคคลใดจะถูกกระทำการทรมาน หรือการปฏิบัติ หรือการลงโทษที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีไม่ได้

ข้อ 6 ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการยอมรับทุกแห่งหน ว่าเป็นบุคคลตามกฎหมาย

ข้อ 7 ทุกคนเสมอภาคกันตามกฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันจากการเลือกปฏิบัติใด อันเป็นการล่วงละเมิดปฏิญญานี้ และจากการยุยงให้มีการเลือกปฏิบัติดังกล่าว

ข้อ 8 ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาอันมีประสิทธิผลจากศาลที่มีอำนาจแห่งรัฐ ต่อการกระทำอันล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งตนได้รับตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย

ข้อ 9 บุคคลใดจะถูกจับกุม กักขัง หรือเนรเทศตามอำเภอใจไม่ได้

ข้อ 10 ทุกคนย่อมมีสิทธิในความเสมอภาคอย่างเต็มที่ในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมและเปิดเผยจากศาลที่อิสระและไม่ลำเอียง ในการพิจารณากำหนดสิทธิและหน้าที่ของตนและข้อกล่าวหาอาญาใดต่อตน

ข้อ 11

(1) ทุกคนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดทางอาญา มีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่ามีความผิดตามกฎหมาย ในการพิจารณาคดีที่เปิดเผย ซึ่งตนได้รับหลักประกันที่จำเป็นทั้งปวงสำหรับการต่อสู้คดี

(2) บุคคลใดจะถูกตัดสินว่ามีความผิดทางอาญาใด อันเนื่องจากการกระทำหรือละเว้นใดอันมิได้ถือว่าเป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายแห่งชาติหรือกฎหมายระหว่างประเทศ ในขณะที่ได้

กระทำการนั้นไม่ได้ และจะกำหนดโทษหนักกว่าที่บังคับใช้ในขณะที่ได้กระทำความผิดทางอาญานั้นไม่ได้

ข้อ 12 บุคคลใดจะถูกแทรกแซงตามอำเภอใจในความเป็นส่วนตัว ครอบครัว ที่อยู่อาศัยหรือการสื่อสาร หรือจะถูกลบหลู่เกียรติยศ และชื่อเสียงไม่ได้ ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองของกฎหมายจากการแทรกแซงสิทธิหรือการลบหลู่ดังกล่าวนั้น

ข้อ 13

(1) ทุกคนมีสิทธิในอิสรภาพแห่งการเคลื่อนย้ายและการอยู่อาศัยภายในพรมแดนของแต่ละรัฐ

(2) ทุกคนมีสิทธิที่จะออกนอกประเทศใด รวมทั้งประเทศของตนเองด้วย และสิทธิที่จะกลับสู่ประเทศตน

ข้อ 14

(1) ทุกคนมีสิทธิที่จะแสวงหาและได้ที่ลี้ภัยในประเทศอื่นจากการประหัตประหาร

(2) สิทธินี้จะยกขึ้นกล่าวอ้างกับกรณีที่การดำเนินคดีที่เกิดขึ้นโดยแท้ จากความผิดที่มิใช่ทางการเมืองหรือจากการกระทำอันขัดต่อวัตถุประสงค์และหลักการของสหประชาชาติไม่ได้

ข้อ 15

(1) ทุกคนมีสิทธิในสัญชาติหนึ่ง

(2) บุคคลใดจะถูกเพิกถอนสัญชาติของตนตามอำเภอใจ หรือถูกปฏิเสธสิทธิที่จะเปลี่ยนสัญชาติของตนไม่ได้

ข้อ 16

(1) บรรดาชายและหญิงที่มีอายุครบบริบูรณ์แล้ว มีสิทธิที่จะทำการสมรสและก่อร่างสร้างครอบครัว โดยปราศจากการจำกัดใด อันเนื่องจากเชื้อชาติ สัญชาติหรือศาสนา ต่างย่อมมีสิทธิเท่าเทียมกันในการสมรส ระหว่างการสมรสและขาดจากการสมรส

(2) การสมรสจะกระทำกันโดยความยินยอมอย่างอิสระ และเต็มที่ของผู้ที่จะเป็นคู่สมรสเท่านั้น

(3) ครอบครัวเป็นหน่วยธรรมชาติและพื้นฐานของสังคม และย่อมมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองจากสังคมและรัฐ

ข้อ 17

(1) ทุกคนมีสิทธิที่จะเป็นเจ้าของทรัพย์สินโดยตนเอง และโดยร่วมกับผู้อื่น

(2) บุคคลใดจะถูกเอาทรัพย์สินไปจากตนตามอำเภอใจไม่ได้

ข้อ 18 ทุกคนมีสิทธิในอิสรภาพแห่งความคิด มโนธรรม และศาสนา ทั้งนี้ สิทธินี้รวมถึงอิสรภาพในการเปลี่ยนศาสนาหรือความเชื่อ และอิสรภาพในการแสดงออกทางศาสนาหรือความเชื่อถือของตนในการสอน การปฏิบัติ การสักการบูชา และการประกอบพิธีกรรม ไม่ว่าจะโดยลำพัง หรือในชุมชนร่วมกับผู้อื่น และในที่สาธารณะหรือส่วนบุคคล

ข้อ 19 ทุกคนมีสิทธิในอิสรภาพแห่งความเห็นและการแสดงออก รวมทั้งอิสรภาพในอันที่จะถือเอาความเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง แสวงหา รับ และส่งข้อมูลข่าวสาร ตลอดจนข้อคิดผ่านสื่อใด โดยไม่คำนึงถึงพรมแดน

ข้อ 20

(1) ทุกคนมีสิทธิในอิสรภาพแห่งการชุมนุม ร่วมประชุมและการตั้งสมาคมโดยสันติ

(2) บุคคลใดไม่อาจถูกบังคับให้สังกัดสมาคมหนึ่งได้

ข้อ 21

(1) ทุกคนมีสิทธิที่จะมีส่วนร่วมในการปกครองประเทศตนโดยตรงหรือผ่านทางผู้แทนซึ่งได้เลือกตั้งโดยอิสระ

(2) ทุกคนมีสิทธิที่จะเข้าถึงบริการสาธารณะในประเทศตนโดยเสมอภาค

(3) เจตจำนงของประชาชนจะต้องเป็นพื้นฐานแห่งอำนาจการปกครอง ทั้งนี้ เจตจำนงนี้จะต้องแสดงออกทางการเลือกตั้งตามกำหนดเวลาและอย่างแท้จริง ซึ่งต้องเป็นการออกเสียงอย่างทั่วถึงและเสมอภาค และต้องเป็นการลงคะแนนลับ หรือวิธีการลงคะแนนโดยอิสระในทำนองเดียวกัน

ข้อ 22 ทุกคนในฐานะที่เป็นสมาชิกของสังคมมีสิทธิในหลักประกันทางสังคม สิทธิในการบรรลุถึงซึ่งสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม อันจำเป็นยิ่งสำหรับศักดิ์ศรีของตน และการพัฒนาบุคลิกภาพของตนอย่างอิสระ ผ่านความพยายามแห่งชาติและความร่วมมือระหว่างประเทศและตามการจัดการและทรัพยากรของแต่ละรัฐ

ข้อ 23

(1) ทุกคนมีสิทธิในการงาน ในการเลือกงานโดยอิสระในเงื่อนไขที่ยุติธรรมและเอื้ออำนวยต่อการทำงาน และในการคุ้มครองต่อการว่างงาน

(2) ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับเงินค่าจ้างที่เท่าเทียมกันสำหรับงานที่เท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด

(3) ทุกคนที่ทำงานมีสิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนที่ยุติธรรม และเอื้ออำนวยต่อการประกันความเป็นอยู่อันควรค่าแก่ศักดิ์ศรีของมนุษย์สำหรับตนเองและครอบครัว และหากจำเป็นก็จะได้รับการคุ้มครองทางสังคมในรูปแบบอื่นเพิ่มเติมด้วย

(4) ทุกคนมีสิทธิที่จะจัดตั้งและเข้าร่วมสหภาพแรงงานเพื่อความคุ้มครองแห่งผลประโยชน์ของตน

ข้อ 24 ทุกคนมีสิทธิในการพักผ่อนและการผ่อนคลายยามว่าง รวมทั้งจำกัดเวลาทำงานตามสมควรและวันหยุดเป็นครั้งคราว โดยได้รับค่าจ้าง

ข้อ 25

(1) ทุกคนมีสิทธิในมาตรฐานการครองชีพอันเพียงพอสำหรับสุขภาพและความเป็นอยู่ที่ดีของตนและครอบครัว รวมทั้ง อาหาร เครื่องนุ่งห่ม ที่อยู่อาศัยการดูแลรักษาทางแพทย์ และบริการทางสังคมที่จำเป็น และมีสิทธิในหลักประกัน ยามว่างงาน เจ็บป่วย พิการ หม้าย วัยชรา หรือปราศจากการดำรงชีพอื่น ในสภาวะแวดล้อมนอกเหนือการควบคุมของตน

(2) มารดาและเด็กย่อมมีสิทธิที่จะรับการดูแลรักษาและการช่วยเหลือเป็นพิเศษ เด็กทั้งปวงไม่ว่าจะเกิดในหรือนอกสมรส จะต้องได้รับการคุ้มครองทางสังคมเช่นเดียวกัน

ข้อ 26

(1) ทุกคนมีสิทธิในการศึกษา การศึกษาจะต้องให้เปล่าอย่างน้อยในชั้นประถมศึกษาและขั้นพื้นฐาน การประถมศึกษาจะต้องเป็นการบังคับ การศึกษาทางเทคนิคและวิชาอาชีพจะต้องเป็นการทั่วไป และการศึกษาระดับที่สูงขึ้นไปจะต้องเข้าถึงได้อย่างเสมอภาค สำหรับทุกคนบนพื้นฐานของคุณสมบัติความเหมาะสม

(2) การศึกษาจะต้องมุ่งไปสู่การพัฒนาบุคลิกภาพของมนุษย์อย่างเต็มที่ และการเสริมสร้างความเคารพต่อสิทธิมนุษยชนและอิสรภาพขั้นพื้นฐาน การศึกษาจะต้องส่งเสริมความเข้าใจ ขันติธรรมและมิตรภาพระหว่างประชาชาติ กลุ่มเชื้อชาติหรือศาสนาทั้งมวล และจะต้องส่งเสริมกิจกรรมของสหประชาชาติเพื่อการธำรงไว้ซึ่งสันติภาพ

(3) ผู้ปกครองย่อมมีสิทธิเบื้องแรกที่จะเลือกประเภทการศึกษาให้แก่บุตรของตน

ข้อ 27

(1) ทุกคนมีสิทธิที่จะเข้าร่วมโดยอิสระในชีวิตทางวัฒนธรรมของชุมชนที่จะเพลิดเพลินกับศิลปะและมีส่วนในความรุดหน้าและคุณประโยชน์ทางวิทยาศาสตร์

(2) ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองผลประโยชน์ทางศีลธรรมและทางวัตถุ อันเป็นผลจากประดิษฐกรรมใดทางวิทยาศาสตร์ วรรณกรรม และศิลปกรรมซึ่งตนเป็นผู้สร้าง

ข้อ 28 ทุกคนย่อมมีสิทธิในระเบียบทางสังคมและระหว่างประเทศ ซึ่งจะเป็นกรอบให้บรรลุสิทธิและอิสรภาพที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้อย่างเต็มที่

ข้อ 29

(1) ทุกคนมีหน้าที่ต่อชุมชน ซึ่งการพัฒนาบุคลิกภาพของตนโดยอิสระและเต็มที่จะกระทำได้ก็แต่ในชุมชนเท่านั้น

(2) ในการใช้สิทธิและอิสรภาพแห่งตน ทุกคนต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดเพียงเท่าที่มีกำหนดไว้ตามกฎหมายเท่านั้น เพื่อวัตถุประสงค์ของการได้มาซึ่งการยอมรับและการเคารพสิทธิและอิสรภาพอันควรของผู้อื่น และเพื่อให้สอดรับกับความต้องการอันสมควรทางด้านศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของประชาชน และสวัสดิการทั่วไปในสังคมประชาธิปไตย

(3) สิทธิและอิสรภาพเหล่านี้ ไม่อาจใช้ขัดต่อวัตถุประสงค์และหลักการของสหประชาชาติไม่ว่ากรณีใด ๆ

ข้อ 30 ไม่มีบทใดในปฏิญญานี้ที่อาจตีความได้ว่า เป็นการให้สิทธิใดแก่รัฐ กลุ่มคน หรือบุคคลใดในการดำเนินกิจกรรมใด หรือการกระทำใด อันมุ่งต่อการทำลายสิทธิและอิสรภาพใดที่กำหนดไว้ ณ ที่นี้

อย่างไรก็ดีแม้ว่าปฏิญญาฉบับนี้จะไม่ใช่สนธิสัญญาระหว่างประเทศ และไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมายให้ประเทศสมาชิกขององค์การสหประชาชาติที่ลงมติรับรองต้องอนุวัติการกฎหมายภายในประเทศให้เป็นไปตามปฏิญญาฉบับนี้ ดังเช่นสนธิสัญญาระหว่างประเทศฉบับอื่น ๆ ที่รัฐภาคีมีพันธกรณีให้ต้องปฏิบัติตาม แต่ปฏิญญานี้จัดเป็นเอกสารทางกฎหมายจารีตระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่สำคัญที่สุด ซึ่งประเทศต่าง ๆ จำต้องเคารพต่อหลักการสิทธิมนุษยชนที่ได้ตราไว้ในปฏิญญาฉบับนี้ โดยที่ปฏิญญาฉบับนี้ยังเป็นพื้นฐานสำคัญของสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ อีกหลายฉบับ รวมทั้งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรม อันถือเป็นสิทธิมนุษยชนทั้งสองส่วนที่แยกออกจากกันมิได้ นอกจากนี้ปฏิญญายังเป็นพื้นฐานและแหล่งที่มาของหลักการสิทธิมนุษยชนสากล อันเป็นสิทธิธรรมชาติที่ติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิดโดยไม่จำต้องมีกฎหมายรองรับเป็นลายลักษณ์อักษร ผู้วิจัยจึงนำหลักการตามปฏิญญาฉบับนี้มาผนวกเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาวิจัยเพื่อใช้วิเคราะห์กฎหมายต่าง ๆ ทั้งกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในประเทศของรัฐต่าง ๆ รวมถึงราชอาณาจักรไทย ว่าเป็นไปตามหลักการสากลด้านสิทธิมนุษยชนที่เหล่าประเทศสมาชิกแห่งองค์การสหประชาชาติได้รับรองความเป็นสากลนี้ไว้ในปฏิญญาฉบับนี้หรือไม่ เพราะถึงอย่างไรก็ตามแม้ปฏิญญาฉบับนี้จะมิใช่กฎหมายระหว่างประเทศ แต่ได้เป็นต้นกำเนิดแห่งสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน 9 ฉบับ ได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights หรือ ICCPR) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on

Economic, Social and Cultural Rights หรือ ICESCR) อนุสัญญาว่าด้วยการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women หรือ CEDAW) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child หรือ CRC) อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกประติบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination หรือ CERD) อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน และการกระทำอื่นๆ ที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment หรือ CAT) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities หรือ CRPD) อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance หรือ CED) และ อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของแรงงานโยกย้ายถิ่นฐานและสมาชิกในครอบครัว (Convention on the Protection of the Rights of Migrants Workers and Member of their Families หรือ CMW) ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยเข้าเป็นภาคีสนธิสัญญาระหว่างประเทศเหล่านี้แล้วทั้งสิ้น 7 ฉบับ โดยยังไม่ได้เข้าเป็นภาคี อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ และอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของแรงงานโยกย้ายถิ่นฐานและสมาชิกในครอบครัว[5] นอกจากนี้ไทยยังได้เข้าเป็นภาคีพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาฉบับต่าง ๆ ได้แก่ พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญา CEDAW ว่าด้วยการรับข้อร้องเรียน และอนุสัญญา CRC 3 ฉบับคือ พิธีสารเลือกรับเรื่องการขายเด็ก การค้าประเวณีและสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก (Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography) พิธีสารเลือกรับเรื่องความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยอาวุธ (Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict) และพิธีสารเลือกรับเรื่องกระบวนการติดต่อร้องเรียน (Optional Protocol to the Convention on a communications procedure)

3.1.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights)

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights หรือ ICCPR) มีข้อสาระสำคัญ ดังนี้[6]

---

[5] กระทรวงการต่างประเทศ. (2566). ***สนธิสัญญาหลักด้านสิทธิมนุษยชน.*** (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://humanrights.mfa.go.th/th/humanrights/obligation/international-human-rights-mechanism/. [2566, 3 มิถุนายน].

[6] อัคคกร ไชยพงษ์. (2565). ***หลักสิทธิมนุษยชนกับการบูรณาการในงานยุติธรรมทางอาญา.*** สุราษฎร์ธานี: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี. หน้า 41-44.

1) ความเป็นมา

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) เป็นสนธิสัญญาพหุภาคี ซึ่งสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติให้การรับรองเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ. 1966 (พ.ศ. 2509) และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 1976 (พ.ศ. 2519)

2) เจตนารมณ์

สนธิสัญญาฉบับนี้ ให้คำมั่นสัญญาว่าภาคี จะเคารพสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองของบุคคล ซึ่งหมายความรวมถึงสิทธิในชีวิต เสรีภาพในศาสนา เสรีภาพในการพูด เสรีภาพในการชุมนุม สิทธิเลือกตั้ง และสิทธิในการได้รับการพิจารณาความอย่างยุติธรรม สิทธิในกระบวนการยุติธรรม

3) การอำนวยการและกำกับติดตาม

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) อำนวยการและกำกับติดตามโดย “คณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee)” ซึ่งตั้งขึ้นอย่างถาวร ดำรงฐานะเป็นคณะกรรมาธิการประจำกติการะหว่างประเทศ ประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญจำนวน 18 คน ดำรงวาระครั้งละ 4 ปี มีหน้าที่บทบาทสำคัญ 4 ประการ ได้แก่

(1) พิจารณารายงานการอนุวัติการและการปฏิบัติที่ส่งเข้ามาโดยรัฐภาคีตามข้อตกลงในสนธิสัญญาภายใต้กรอบระยะเวลาที่กำหนด

(2) การให้ข้อวินิจฉัยต่าง ๆ (general comment) ในประเด็นที่สัมพันธ์เกี่ยวข้องกับสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

(3) รับข้อร้องเรียนจากรัฐภาคีต่าง ๆ เมื่อถูกละเมิดจากรัฐภาคีอื่น

(4) การรับข้อร้องเรียนจากบุคคล (individual) เมื่อผู้นั้นถูกละเมิดสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองอย่างใด ๆ

4) การเข้าเป็นภาคีของประเทศไทย

ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญาฉบับนี้ โดยการภาคยานุวัติ (accession) เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม พ.ศ. 2539 (ค.ศ. 1996) และมีผลบังคับใช้กับไทยเมื่อวันที่ 29 มกราคม พ.ศ. 2540 (ค.ศ. 1997) จนกระทั่งปัจจุบัน

5) การรับรองความคุ้มครองด้านสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) นับเป็นบททุติยภูมิของหลักการตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 ที่ได้ขยายภาพของสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองขึ้นเป็นการเฉพาะ อันเป็นเอกสารอีกฉบับหนึ่งต่างหาก ซึ่งได้อนุวัติการเพื่อการรับรองถึงศักดิ์ศรีแต่กำเนิดในความเป็นมนุษย์และบรรดาสิทธิที่เท่าเทียมกัน

อันไม่อาจเพิกถอนได้ของบุคคลไว้ในสนธิสัญญาฉบับนี้ โดยสิทธิดังกล่าวเหล่านั้นถือเป็นรากฐานของเสรีภาพ ความยุติธรรมและสันติธรรมในโลก (หลักการนี้กล่าวรับรองไว้ในบทอารัมบทของสนธิสัญญา)[7]

สำหรับในมิติของการรับรองความคุ้มครองด้านสิทธิในกระบวนการยุติธรรมนั้น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ได้ให้การรับรองไว้ในหลากหลายประเด็น อาทิ

(1) มนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะมีชีวิตมาแต่กำเนิด สิทธินี้ต้องได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย บุคคลจะต้องไม่ถูกทำให้เสียวชีวิตโดยอำเภอใจ (ข้อ 6 1.)

(2) ในประเทศที่ยังมิได้ยกเลิกโทษประหารชีวิต การลงโทษประหารชีวิตอาจกระทำได้เฉพาะคดีอุกฉกรรจ์ที่สุดตามกฎหมายที่ใช้บังคับในขณะกระทำความผิด และการลงโทษเช่นว่านี้จะกระทำได้ก็แต่โดยคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลที่มีอำนาจ (ข้อ 6 2.)

(3) บุคคลใดต้องคำพิพากษาประหารชีวิต ย่อมมีสิทธิขออภัยโทษหรือลดหย่อนผ่อนโทษตามคำพิพากษา การนิรโทษกรรม การอภัยโทษ หรือการลดหย่อนผ่อนโทษ (ข้อ 6 4.)

(4) จะลงโทษประหารชีวิตบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี ที่กระทำความผิดมิได้ และจะดำเนินการประหารชีวิตสตรีขณะมีครรภ์มิได้เช่นกัน (ข้อ 6 5.)

(5) บุคคลจะถูกจับกุมหรือควบคุมตัวโดยอำเภอใจมิได้ บุคคลจะถูกลิดรอนเสรีภาพของตนมิได้ เว้นแต่ โดยเหตุตามกฎหมายและโดยเป็นไปตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย (ข้อ 9 1)

(6) ในขณะจับกุม บุคคลที่ถูกจับกุมจะต้องได้รับแจ้งถึงเหตุผลในการจับกุม และจะต้องได้รับแจ้งถึงข้อหาที่ถูกจับกุมโดยพลัน (ข้อ 9 2.) โดยบุคคลใดที่ถูกจับกุมหรือควบคุมตัวในข้อหาทางอาญา จะต้องถูกนำตัวไปยังศาลหรือเจ้าหน้าที่อื่นที่มีอำนาจตามกฎหมายในวาระแรก และจะต้องมีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีภายในเวลาอันสมควร หรือได้รับการปล่อยตัวไปเป็นการชั่วคราว (ข้อ 9 3.) ทั้งนี้ บุคคลใดที่ถูกจับกุมหรือถูกควบคุมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนจากการนั้น (ข้อ 9 5.)[8]

(7) ผู้ต้องหาต้องได้รับการจำแนกออกจากผู้ต้องโทษ และต้องได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างออกไปให้เหมาะสมกับสถานะที่ไม่ใช่ผู้ต้องโทษ (ข้อ 10 2.(a)) นอกจากนั้นแล้วจะต้องแยกผู้ต้องหาที่เป็นเด็กและเยาวชนออกจากผู้ต้องหาที่เป็นผู้ใหญ่ โดยให้นำตัวบุคคลนั้นขึ้นพิจารณาพิพากษาคดีให้เร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้ (ข้อ 10 2.(b))

---

[7] International Covenant on Civil and Political Rights. Preamble.

[8] International Covenant on Civil and Political Rights. ข้อ 9.

(8) ไม่อาจลงโทษจำคุกบุคคล เพียงเพราะเหตุว่าไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาได้ (ข้อ 11)

(9) บุคคลทุกคนซึ่งต้องหาว่ากระทำผิดอาญา ต้องมีสิทธิได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ตามกฎหมายได้ว่ามีความผิด (ข้อ 14 2.) และบุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการพิจารณาอย่างเปิดเผยและเป็นธรรม โดยคณะตุลาการซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย ซึ่งมีความเป็นอิสระและเป็นกลาง (ข้อ 14 1.)

(10) บุคคลซึ่งต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา ย่อมได้รับการปฏิบัติภายใต้หลักประกันสิทธิขั้นต่ำ ได้แก่ ก) สิทธิที่จะได้รับแจ้งโดยพลันซึ่งรายละเอียดเกี่ยวกับสภาพและเหตุแห่งความผิดที่ถูกกล่าวหา ข) สิทธิที่จะมีเวลาและได้รับความสะดวกเพียงพอแก่การเตรียมการเพื่อต่อสู้คดี และติดต่อกับทนายความที่ตนเลือกได้ ค) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยไม่ชักช้าเกินความจำเป็น ง) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาต่อหน้าโดยเปิดเผย และสิทธิที่จะต่อสู้คดีด้วยตนเองหรือโดยผ่านผู้ช่วยเหลือทางกฎหมายที่ตนเลือก จ) สิทธิที่จะซักถามพยาน ฉ) สิทธิที่จะมีล่าม และ ช) สิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปรปักษ์ต่อตนเอง (ข้อ 10 3.)

(11) สิทธิที่จะอุทธรณ์หรือฎีกาคดีโดยศาลสูงกว่า (ข้อ 10 4.)

(12) บุคคลย่อมไม่ถูกพิจารณาหรือลงโทษซ้ำ ในความผิดซึ่งบุคคลนั้นต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษ หรือให้ปล่อยตัวแล้ว (ข้อ 10 7.)

(13) บุคคลย่อมไม่ต้องรับผิดทางอาญา เพราะกระทำหรืองดเว้นกระทำการใดซึ่งในขณะที่กระทำไม่เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศ และจะลงโทษให้หนักกว่าโทษที่มีอยู่ในขณะที่ได้กระทำความผิดอาญาไม่ได้ (ข้อ 15 1.) เป็นต้น

ทั้งนี้ สนธิสัญญา ICCPR ได้รับรองให้รัฐภาคีต้องอนุวัติการด้านนิติบัญญัติ เพื่อให้มีมาตรการกฎหมายภายใน ที่จะดำเนินการตามขั้นตอนที่จำเป็นของสิทธิทั้งหลาย (รวมถึงสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา) ที่ได้รับรองไว้ในกติกานี้ ให้เกิดผลเป็นรูปธรรม (ข้อ 2 2.)[9]

จากบทบัญญัติที่มีการรับรองไว้ในสนธิสัญญา ICCPR เหล่านี้ จะเห็นได้ว่า สิทธิในกระบวนการยุติธรรมโดยเฉพาะกระบวนการยุติธรรมทางอาญา มีการรับรองไว้อย่างกว้างขวางและเป็นระบบ ซึ่งความสำคัญในทางบูรณาการไปสู่การปฏิบัตินั้น รัฐภาคีจะต้องให้ความสำคัญอยู่ในระดับสูง ซึ่งหมายความว่า จะต้องถือเป็นหลักการทั่วไปเพื่อการปฏิบัติ โดยการอนุวัติการซึ่งวิธีการนั้น จะนิยมกระทำไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือกฎหมายวิธีพิจารณาความที่มีโทษทางอาญาต่าง ๆ เช่น กฎหมายวิธีพิจารณาคดียาเสพติด ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กฎหมายวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน ฯลฯ

---

[9] International Covenant on Civil and Political Rights. ข้อ 2.

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง หรือ ICCPR ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการผลักดันคนต่างด้าวออกจากรัฐภาคีของกติการะหว่างประเทศ อันเป็นฐานที่มาแห่งการออกคำสั่งทางปกครองให้คนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรและคำสั่งกักตัวคนต่างด้าวของพนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 ซึ่งเป็นประเด็นสำคัญของการศึกษาวิจัยครั้งนี้ พบว่าในข้อ 13. ของ ICCPR บัญญัติว่า “An alien lawfully in the territory of a State Party to the present Covenant may be expelled therefrom only in pursuance of a decision reached in accordance with law and shall, except where compelling reasons of national security otherwise require, be allowed to submit the reasons against his expulsion and to have his case reviewed by, and be represented for the purpose before, the competent authority or a person or persons especially designated by the competent authority.” อันมีความหมายว่า “คนต่างด้าวผู้อยู่ในดินแดนของรัฐภาคีแห่งกติกานี้โดยชอบด้วยกฎหมายอาจถูกไล่ออกจากรัฐนั้นได้ โดยคำวินิจฉัยอันได้มาตามกฎหมายเท่านั้นและผู้นั้นย่อมได้รับอนุญาตให้ชี้แจงแสดงเหตุผลคัดค้านการขับไล่ออกจากรัฐนั้น และขอให้มีการทบทวนเรื่องของตนโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ หรือบุคคล หรือคณะบุคคล ที่แต่งตั้งขึ้นเฉพาะการนี้โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ โดยได้รับอนุญาตให้มีผู้แทนเพื่อวัตถุประสงค์ข้างต้นได้ เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุผลจำเป็นอย่างอื่นด้านความมั่นคงแห่งชาติ”[10] จากบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่าคนต่างด้าวที่จะได้รับการคุ้มครองให้ชี้แจงแสดงเหตุผลของการผลักดันออกนอกรัฐภาคีของกติกานี้ ซึ่งรวมถึงราชอาณาจักรไทยที่เข้าเป็นภาคีด้วยนั้น จะต้องเข้ามาในรัฐและมีสิทธิอยู่โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 54 คนต่างด้าวที่ต้องถูกผลักดันออกนอกราชอาณาจักร แบ่งออกเป็นสามกลุ่มคือ เข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต การอนุญาตสิ้นสุด หรือถูกเพิกถอนการอนุญาต อันเป็นผลให้สิทธิของการอยู่ในราชอาณาจักรของคนต่างด้าวทั้งสามกลุ่มนี้เป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อคนต่างด้าวเหล่านี้ไม่มีสิทธิอยู่ในราชอาณาจักรจึงไม่อาจได้รับการคุ้มครองตามที่บัญญัติใน ICCPR ข้อ 13. ข้างต้น ดังนั้นคำสั่งให้ส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร จึงมิได้ขัดต่อหลักการสากลด้านสิทธิมนุษยชนตามที่บัญญัติไว้ใน ICCPR ที่ไทยเข้าร่วมเป็นภาคีแต่อย่างใด แต่คำสั่งทางปกครองที่ขัดกับหลักการสากลด้านสิทธิมนุษยชนนี้ คือคำสั่งที่เป็นผลสืบเนื่องมาจากคำสั่งให้ส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรนั่นคือคำสั่งกักตัวคนต่างด้าว ซึ่งตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองของไทยให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมือง มีอำนาจกักตัวคนต่างด้าวไว้ได้โดยไม่มีกำหนดระยะเวลา ภายหลังมีการแจ้งคำสั่งให้ส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรแล้ว อันทำให้คนต่างด้าวถูกจำกัดสิทธิ

[10] International Covenant on Civil and Political Rights. ข้อ 13.

เสรีภาพเกินความจำเป็นและเป็นระยะเวลายาวนานอย่างไม่มีกำหนด เนื่องจากโดยหลักการพื้นฐานและเจตนารมณ์ของการผลักดันคนต่างด้าวให้ออกไปจากดินแดนของแต่ละรัฐนั้น ย่อมเป็นอำนาจเด็ดขาดของรัฐเจ้าของอำนาจอธิปไตย ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศไม่อาจเข้าไปแทรกแซงได้ แต่สำหรับกรณีที่เป็นประเด็นปัญหาตามการศึกษาวิจัยครั้งนี้มิใช่กรณีของการผลักดัน แต่เป็นการที่พนักงานเจ้าหน้าที่มีคำสั่งให้ผลักดันแล้ว แต่กลับไม่รีบส่งตัวคนต่างด้าวให้กลับออกไปโดยทันทีสมดังเจตนารมณ์ของการผลักดัน ในทางตรงกันข้ามกลับนำตัวมากักขังไว้ในสถานที่ซึ่งมีสภาพแออัดตามที่ผู้วิจัยกล่าวไว้ในบทที่ 1 ถึงสภาพของสถานกักตัวคนต่างด้าวของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง และปัญหาของการกักตัวโดยไม่มีกำหนดระยะเวลา โดยไม่เร่งรีบที่จะให้คนต่างด้าวผู้ถูกกักตัวได้ออกไปนอกราชอาณาจักรโดยพลัน หรือมีมาตรการอื่นที่เหมาะสมนอกเหนือไปจากการกักตัว แต่ยังอยู่ในความควบคุมดูแลของรัฐ และไม่จำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกกักตัวเกินความจำเป็น

3.1.3 อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)

อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment หรือ CAT) มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการระงับและยับยั้งการทรมานต่อมนุษย์เป็นนัยสำคัญ ซึ่งภายใต้เนื้อหาของอนุสัญญาดังกล่าว ได้กำหนดความหมายของ “การทรมาน (torture)” หมายถึง การกระทำใดก็ตามโดยเจตนาที่จะทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างสาหัส ไม่ว่าทางกายภาพหรือทางจิตใจต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งด้วยความมุ่งประสงค์ เพื่อให้ข้อสนเทศหรือคำสารภาพจากบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สาม การลงโทษบุคคลนั้นสำหรับการกระทำซึ่งบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามกระทำ หรือถูกสงสัยว่าได้กระทำ รวมทั้งการบังคับขู่เข็ญ โดยมุ่งเน้นไปที่การกระทำหรือโดยความยินยอมของเจ้าหน้าที่รัฐหรือบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ[11] ด้วยเหตุนี้ ภายใต้คำจำกัดความตามอนุสัญญาดังกล่าว “การทรมาน” จึงประกอบด้วยองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการ กล่าวคือ (1) การกระทำโดยเจตนาที่ทำให้เกิดความเจ็บปวด หรือความทุกข์ทรมานอย่างสาหัส ไม่ว่าทางกายหรือทางจิตใจ (2) โดยที่เจ้าพนักงานของรัฐมีความเกี่ยวข้องไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม และ (3) เพื่อความมุ่งประสงค์เฉพาะ

---

[11] สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. (2566). ***ความรู้ด้านสิทธิมนุษยชน.*** (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.nhrc.or.th/Human-Rights-Knowledge/International-Human-Rights-Affairs/International-Law-of-human-rights.aspx#crpd. [2566, 15 เมษายน].

(For a specific purpose) ที่จะให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศหรือคำสารภาพจากบุคคลนั้นหรือจากบุคคลที่สาม[12]

1) ความเป็นมา

อนุสัญญา CAT ได้ผ่านการรับรองโดยข้อมติสมัชชาสหประชาชาติที่ 39/46 เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1984 (พ.ศ. 2527) และมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 1987 (พ.ศ. 2530)

2) เจตนารมณ์

อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่น ที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี มีเจตนารมณ์ที่สำคัญเพื่อระงับและยับยั้งการกระทำการทรมานและทารุณกรรมในทุกรูปแบบและทุกสถานการณ์ โดยให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการต่อต้านการทรมานขึ้น เพื่อดูแลไม่ให้มีการกระทำการทรมานในรัฐภาคี และให้รัฐภาคีตรามาตรการทางกฎหมายหรือมาตรการต่าง ๆ เป็นการภายในที่จำเป็นเพื่อป้องกันไม่ให้มีการกระทำการทรมานในประเทศตนเป็นสำคัญ

3) การอำนวยการและกำกับติดตาม

อนุสัญญา CAT มี “คณะกรรมการต่อต้านการทรมาน (Committee on against Torture)” เป็นผู้รับผิดชอบกำกับติดตาม ประกอบขึ้นด้วยผู้เชี่ยวชาญ จำนวน 10 คน มีวาระในการดำรงตำแหน่งครั้งละ 2 ปี

4) การเข้าเป็นภาคีของประเทศไทย

ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ โดยการภาคยานุวัติเมื่อวันที่ 2 ตุลาคม พ.ศ. 2550 (ค.ศ. 2007) และมีผลบังคับใช้กับประเทศไทยตั้งแต่วันที่ 1 พฤศจิกายน พ.ศ. 2550 เป็นต้นมา ในการนี้ ประเทศไทยได้แสดงเจตนาทำคำแถลงตีความ (Interpretive Declaration) และตั้งข้อสงวน (Reservation) ในการเข้าร่วมเป็นภาคีภายใต้อนุสัญญา CAT ใน 2 กลุ่มประเด็น ดังนี้[13]

กลุ่มทำคำแถลงตีความ ประกอบด้วย 3 ประเด็น ดังนี้

(1) ประเด็นที่ 1 ทำคำแถลงตีความ ข้อบทที่ 1 เรื่องคำนิยามของคำว่า “การทรมาน” เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยที่บังคับใช้ในปัจจุบัน ไม่มีบทบัญญัตินิยามจำกัดความของ “การทรมาน” ไว้โดยเฉพาะ ประเทศไทยจึงจำเป็นต้องตีความความหมายของคำดังกล่าวตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ใช้บังคับในปัจจุบันเป็นสำคัญ

---

[12] ไพบูลย์ วราหะไพฑูรย์. (2556). ***แนวทางการอนุวัติการกฎหมายภายในตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานเพื่อคุ้มครองเสรีภาพของประชาชน.*** เอกสารวิชาการส่วนบุคคล หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 1 วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 2.

[13] เรื่องเดียวกัน, หน้า 59.

(2) ประเด็นที่ 2 ทำคำแถลงตีความ ข้อบทที่ 4 เรื่องการกำหนดให้การทรมานทั้งปวงเป็นความผิดที่ลงโทษได้ตามกฎหมายอาญา และนำหลักการดังกล่าวนี้ไปใช้กับการพยายามกระทำความผิด การสมรู้ร่วมคิด และการมีส่วนร่วมในการทรมาน ซึ่งประเทศไทยจะทำการตีความข้อกฎหมายในกรณีดังกล่าวตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ใช้บังคับในปัจจุบันเป็นสำคัญ

(3) ประเด็นที่ 3 ทำคำแถลงตีความ ข้อบทที่ 5 เรื่องให้รัฐภาคีดำเนินมาตรการต่าง ๆ ที่อาจจำเป็นเพื่อให้ตนมีเขตอำนาจเหนือความผิดที่อ้างถึงตามข้อบทที่ 4 ของอนุสัญญาฯ โดยประเทศไทยขอสงวนการตีความว่า เขตอำนาจเหนือความผิดดังกล่าวเป็นไปตามนัยประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ใช้บังคับในปัจจุบัน

กลุ่มตั้งข้อสงวน จำนวน 1 ประเด็น ดังนี้

ประเทศไทยตั้งข้อสงวนในข้อที่ 30 แห่งอนุสัญญา โดยประเทศไทยไม่รับอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice: ICJ) เป็นการล่วงหน้า เว้นเสียแต่จะพิจารณาเห็นสมควรเป็นกรณีไป[14]

5) การรับรองความคุ้มครองด้านสิทธิ

อนุสัญญา CAT ได้รับรองความคุ้มครองในมิติของการต่อต้านและปกป้องการทรมานไว้ในสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้[15]

(1) กำหนดให้การทรมานเป็นสิ่งต้องห้าม แม้ว่าการประกาศภาวะฉุกเฉิน ภาวะสงคราม หรือปัจจัยคุกคามภายนอก รวมทั้งค่าสั่งการของเจ้าหน้าที่ระดับสูงก็ไม่เป็นข้อยกเว้นให้มีการทรมานได้ (ข้อ 2)

(2) ห้ามการส่งผู้ลี้ภัย และบุคคลอื่น ๆ กลับประเทศในฐานะผู้ร้ายข้ามแดน หากมีเหตุอันควรเชื่อว่าเขาผู้นั้นจะต้องถูกส่งกลับไปทรมาน และให้รัฐผู้ส่งนำข้อมูลด้านสิทธิมนุษยชนของรัฐผู้ร้องขอมาประกอบการตัดสินใจในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนด้วย (ข้อ 3)

(3) กำหนดให้รัฐภาคีบัญญัติให้การกระทำการทรมานเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาและมีการลงโทษที่เหมาะสม (ข้อ 4) รวมทั้งให้รัฐภาคีมีเขตอำนาจศาลในการดำเนินคดีฐานการทรมาน ทั้งในเรื่องการสอบสวนและฟ้องร้องดำเนินคดี รวมทั้งให้มีการส่งเป็น

---

[14] Rainbow Sky Association of Thailand. (2566). ***สาระสำคัญอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี.*** (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.rsat.info/attachments/view/?attach_id=233154. [2566, 15 เมษายน].

[15] United Nations. (2023). ***Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.*** (Online). Available: https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading. [2023, April 15].

ผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีได้รับการร้องขอ และให้มีความร่วมมือในการสืบคดี ทั้งในกระบวนการทางอาญาและทางแพ่ง (ข้อ 8)

(4) กำหนดให้รัฐภาคีมีพันธกรณีในการฝึกอบรมและให้ความรู้แก่เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายและเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร เพื่อป้องกันการกระทำทรมาน และติดตามตรวจสอบการจับกุม คุมขังต่าง ๆ ซึ่งเกิดขึ้นในเขตอำนาจ เพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำทรมานเกิดขึ้น (ข้อ 10)

(5) กำหนดให้มีการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหาย ซึ่งเป็นผู้ถูกทรมานให้มีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดี โดยรัฐจะต้องเร่งให้มีการสอบสวนและดำเนินคดีดังกล่าว และหากพิสูจน์ได้ว่าเป็นความจริง ผู้เสียหายย่อมได้รับค่าชดเชยอย่างเต็มที่ (ข้อ 13)

(6) ห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการกระทำทรมาน และห้ามการกระทำซึ่งแม้จะไม่ถือว่าเป็นการทรมาน แต่ถือเป็นการลงโทษอื่น ๆ ที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (ข้อ 15)

(7) กำหนดให้รัฐภาคีแต่ละรัฐประกันในระบบกฎหมายของตนว่า ผู้ถูกทำร้ายจากการกระทำการทรมานได้รับการชดใช้ทดแทนและมีสิทธิซึ่งสามารถบังคับคดีได้ ที่จะได้รับสินไหมทดแทนที่เป็นธรรมและเพียงพอ รวมทั้งวิถีทางที่จะได้รับการบำบัดฟื้นฟูอย่างเต็มรูปแบบที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ในกรณีที่ผู้ถูกทำร้ายเสียชีวิต อันเป็นผลจากการกระทำการทรมาน ให้ผู้อยู่ในอุปการะของบุคคลนั้น มีสิทธิที่จะได้รับสินไหมทดแทน (ข้อ 14)

ปัจจุบันมีการตราพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 ซึ่งเริ่มมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2566 ที่ผ่านมา เพื่ออนุวัติการกฎหมายภายในประเทศให้สอดคล้องกับอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ซึ่งที่ผ่านมาประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายกำหนดความผิดทางอาญาในกรณีการทรมานและการบังคับให้บุคคลสูญหายไว้เป็นการเฉพาะ โดยการกระทำที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงแก่ร่างกายหรือจิตใจต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใดเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือคำสารภาพจากบุคคลนั้น เป็นเพียงความผิดอาญาฐานทำร้ายร่างกาย และการบังคับบุคคลให้สูญหายหรืออุ้มหายจะมีเพียงความผิดฐานกักขัง หน่วงเหนี่ยวเท่านั้น ดังนั้น จึงมีการปรับปรุงกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับหลักการของอนุสัญญานี้ รวมทั้งพันธกรณีต่าง ๆ ที่ประเทศไทยต้องปฏิบัติภายหลังจากเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาการต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี โดยจัดทำเป็นกฎหมายฉบับใหม่แยกออกมาต่างหากเป็นการเฉพาะจากประมวลกฎหมาย

อาญา[16] อย่างไรก็ดีเนื่องจากกฎหมายดังกล่าวเพิ่งเริ่มมีผลบังคับใช้ จึงยังไม่มีกรณีที่ศาลไทยเคยวินิจฉัยว่าการกระทำลักษณะใดเข้าลักษณะของการกระทำทรมาน เนื่องจากขณะจัดทำงานวิจัยฉบับนี้ยังไม่มีคดีเกี่ยวกับการกระทำทรมานขึ้นสู่การพิจารณาของศาลไทย แต่ผู้วิจัยได้ศึกษาเพิ่มเติมจากแนวคำวินิจฉัยของศาลต่างประเทศพบว่า มีกรณีที่ศาลเคยวินิจฉัยว่าเข้าลักษณะของการกระทำทรมาน ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 มาตรา 5[17] เช่น

(1) Palestinian hanging (strappado) : จับเปลือยเอาแขนมาด้านหลัง ใช้เชือกมัดเข้าไว้ด้วยกันที่ข้อมือ และห้อยลงมาจากเพดาน ให้ข้อต่อไหล่รับน้ำหนักตัว ใช้เชือกห้อยตัวลงมาต่อเนื่องกว่า 35 นาที จนแขนเป็นอัมพฤกษ์ชั่วคราว[18]

(2) การบังคับให้อดนอนต่อเนื่อง 8 วัน เป็นการทรมานเพราะกระทำให้เกิดความเจ็บปวดทุกข์ทรมานต่อจิตใจอย่างร้ายแรง[19] และข่มขู่ว่าจะฆ่า ข่มขืน ทรมาน หรือจะฆ่าลูกและพ่อแม่

(3) ทุบตีหลายครั้ง บังคับให้เปลือยกาย เอาอุปกรณ์สวนทวาร ล่ามตรวนเอาผ้าคลุมศีรษะ ปิดตา และฉีดยากล่อมประสาท[20]

(4) บังคับให้นักโทษที่อดอาหารประท้วงกินข้าวด้วยการมัดมือ ใช้อุปกรณ์งัดปาก และเอาท่อต่อเข้าไปในคอเพื่อใส่อาหารเข้าไปโดยยังไม่มีความจำเป็นทางการแพทย์บ่งชี้ ถ้าขัดขืนก็ทุบตี[21]

---

[16] สำนักงานศาลยุติธรรม. (2566). ***ข้อพิจารณาเกี่ยวกับพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 (ฉบับปรับปรุง).*** กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลยุติธรรม. หน้า 1.

[17] พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565. มาตรา 5 บัญญัติว่า “มาตรา 5 ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำด้วยประการใดให้ผู้อื่นเกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงแก่ร่างกายหรือจิตใจ เพื่อวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) ให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือคำรับสารภาพจากผู้ถูกกระทำหรือบุคคลที่สาม

(2) ลงโทษผู้ถูกกระทำเพราะเหตุอันเกิดจากการกระทำหรือสงสัยว่ากระทำของผู้นั้นหรือบุคคลที่สาม

(3) ข่มขู่หรือขู่เข็ญผู้ถูกกระทำหรือบุคคลที่สาม

(4) เลือกปฏิบัติไม่ว่ารูปแบบใด

ผู้นั้นกระทำความผิดฐานกระทำทรมาน

[18] คดีระหว่าง Aksoy V. Turkey (1997).

[19] คดีระหว่าง Maritza Urrutia V. Guatemala (2003).

[20] คดีระหว่าง El-Masri V. The Former Yugoslav Republic of Macedonia (2012).

[21] คดีระหว่าง Nevmerzhitsky V. Ukraine (2005).

(5) ถูกขังระหว่างรอโทษประหารชีวิตเป็นเวลา 8 ปี โดยเป็นการขังเดี่ยวห้ามติดต่อกับนักโทษคนอื่นหรือบุคคลภายนอก ไม่มีเครื่องทำความร้อน ไม่มีแสงธรรมชาติ ไม่มีช่องระบายอากาศ ได้อาบน้ำหลายเดือนต่อครั้ง ไม่ได้พบแพทย์ อาหารผิดหลักโภชนาการ ถ้าทำผิดจะถูกลงโทษงดอาหาร[22]

ตัวอย่างข้างต้นเหล่านี้เป็นกรณีที่ศาลต่างประเทศเคยวินิจฉัยไว้เกี่ยวกับการกระทำทรมาน ซึ่งต้องติดตามต่อไปถึงแนวคำวินิจฉัยของศาลไทยเกี่ยวกับกรณีดังกล่าว หากในอนาคตมีคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลไทย ส่วนการกักตัวนี้แม้มิได้บัญญัติไว้โดยแจ้งชัดในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 ว่าเข้าลักษณะของการกระทำทรมานหรือไม่ แต่การกักตัวเด็กอาจเข้าลักษณะของการทารุณกรรม ตามที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ได้ให้นิยามของคำว่า “ทารุณกรรม” เอาไว้ว่าหมายความถึง “การกระทำหรือละเว้นการกระทำด้วยประการใด ๆ จนเป็นเหตุให้เด็กเสื่อมเสียเสรีภาพหรือเกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจ การกระทำผิดทางเพศต่อเด็ก การใช้เด็กให้กระทำหรือประพฤติในลักษณะที่น่าจะเป็นอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจหรือขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี ทั้งนี้ ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม”[23] เนื่องจากการกักตัวทำให้เด็กเสื่อมเสียเสรีภาพ ซึ่งผู้วิจัยจะกล่าวถึงกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กในหัวข้อถัดไป

3.1.4 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child)

การจัดกลุ่มความคุ้มครองด้านสิทธิมนุษยชน นอกเหนือจากการจัดกลุ่มโดยอาศัยการจัดแบ่งตามเพศ ยังมีการจัดกลุ่มความคุ้มครองไปที่เด็กและเยาวชนอยู่ด้วย โดยการให้ความสำคัญต่อสิทธิมนุษยชนในกลุ่มของเด็กและเยาวชนนี้ เกิดขึ้นครั้งแรกโดย “ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1924” หรือที่เรียกว่า “ปฏิญญาเจนีวา (The Declaration of Geneva 1924)” ซึ่งองค์การสันนิบาตชาติได้ประกาศไว้ในปี ค.ศ. 1924 (พ.ศ. 2467)[24] ถัดมาในยุคการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติ การให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในเด็กและเยาวชนนั้น ได้ถูกอนุวัติการไว้ผ่านเอกสารสำคัญ 2 ฉบับ ได้แก่ “ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (The United Nation Declaration on the Rights of the Child, 1959)” แต่เอกสารฉบับดังกล่าวนี้ไม่มีผลผูกพันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ คงมีลักษณะเช่นเดียวกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 นั้นคือ เป็นข้อเสนอแนะหรือแนวทางปฏิบัติเท่านั้น จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1989 (พ.ศ. 2532) องค์การสหประชาชาติได้อนุวัติการคุ้มครอง

---

[22] คดีระหว่าง Kopylov V. Russia (2010).

[23] พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546. มาตรา 4.

[24] แอมเนสตี้ อินเตอร์เนชั่นแนล. (2566). ***สิทธิเด็ก.*** (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.amnesty.or.th/our-work/childrights/. [2566, 15 เมษายน].

สิทธิมนุษยชนของเด็กและเยาวชนให้อยู่ในสถานะของกฎหมายระหว่างประเทศในเอกสารอีกฉบับหนึ่ง เรียกว่า “อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child, 1989: CRC)”

อนุสัญญา CRC ประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ ดังนี้

1) ความเป็นมา

อนุสัญญา CRC ได้รับการรับรองจากมติที่ประชุมใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน ค.ศ. 1989 (พ.ศ. 2532) โดยมีผลบังคับใช้ในวันที่ 2 กันยายน ค.ศ. 1990 (พ.ศ. 2533)[25]

2) เจตนารมณ์

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (CRC) มุ่งคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กและเยาวชนโดยการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองและรับรองสิทธิให้แก่เด็กและเยาวชน ในทางห้ามเลือกประติบัติ เพื่อให้รัฐภาคีสร้างกฎหมายและมาตรการรับรองขึ้นเป็นการภายใน

อนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดนิยามคำว่า “เด็ก (Child)” ไว้ว่า มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี บริบูรณ์ เว้นแต่จะได้บรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นด้วยเหตุตามที่กฎหมายกำหนด[26] โดยให้รัฐภาคีต้องเคารพและคุ้มครองสิทธิเด็กทุกคนที่อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบ ไม่ว่าจะเป็นคนสัญชาติของรัฐนั้นหรือไม่ โดยเด็กและเยาวชนเหล่านั้นต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติในทุกรูปแบบ ไม่ว่าจะโดยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง แหล่งกำเนิดทางชาติพันธุ์หรือสังคม ทรัพย์สิน ความทุพพลภาพ การเกิดหรือสถานะอื่น ๆ ของเด็ก หรือสถานะของบิดามารดา หรือผู้ปกครอง

สำหรับในมิติของการอนุวัติการโดยอนุสัญญา CRC เพื่อการกำหนดพันธกรณีให้รัฐภาคี ต้องคุ้มครองบรรดาสิทธิพื้นฐานอันสำคัญของเด็กนั้น ได้กำหนดพันธกรณีใน 4 กลุ่มสิทธิ ดังนี้[27]

กลุ่มสิทธิในชีวิตและการอยู่รอด กล่าวคือ อนุสัญญา CRC กำหนดว่ารัฐภาคีต้องให้การรับรองว่าเด็กทุกคนมีสิทธิติดตัวมาตั้งแต่กำเนิดที่จะมีชีวิตและต้องประกันอย่างเต็มที่เท่าที่จะทำได้

---

[25] คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. (2551). ***อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก.*** กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. หน้า 12.

[26] Convention on the Rights of the Child, 1989. Article 1 For the purposes of the present Convention, a child means every human being below the age of eighteen years unless, under the law applicable to the child, majority is attained earlier. อ้างถึงใน คณะกรรมาธิการด้านสิทธิมนุษยชน องค์การสหประชาชาติ. (2555). ***อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาสิทธิเด็ก.*** กรุงเทพฯ : สำนักส่งเสริมและพิทักษ์เด็ก. หน้า 23.

[27] อัคคกร ไชยพงษ์. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5. หน้า 51.

ให้เด็กสามารถอยู่รอดปลอดภัยและมีการพัฒนาของเด็ก และเด็กมีสิทธิที่จะได้รับการเลี้ยงดู ไม่ว่าโดยบิดา มารดา ญาติพี่น้องหรือรัฐ เพื่อให้อยู่รอดและเจริญเติบโตและมีมาตรฐานความเป็นอยู่ที่ดีเพียงพอ ซึ่งหากครอบครัวใดไม่สามารถจะดำเนินการได้ตามมาตรฐานขั้นต่ำเหล่านี้ รัฐต้องเข้าไปให้ความช่วยเหลือสนับสนุนในการนี้

กลุ่มสิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง กล่าวคือ เด็กและเยาวชนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองในทุกรูปแบบ (ทุกมิติ) ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองจากการถูกทำร้ายทางร่างกาย จิตใจ และทางเพศ ซึ่งรวมถึงการล่วงละเมิดทางเพศหรือการแสวงหาประโยชน์ในรูปแบบต่าง ๆ จากเด็กและเยาวชน

สิทธิในการพัฒนา กล่าวคือ มุ่งเน้นการเลี้ยงดูเด็กโดยบิดามารดาหรือในบางกรณีโดยรัฐ ซึ่งเด็กมีสิทธิที่จะมีมาตรฐานความเป็นอยู่ที่เพียงพอต่อการพัฒนา และพัฒนาการของเด็กทั้งทางร่างกาย จิตใจ สติปัญญา ศีลธรรม และทางสังคม อีกทั้งยังเน้นว่าเด็กมีสิทธิที่จะได้รับการศึกษาเพื่อให้เด็กได้พัฒนาบุคลิกภาพ ความสามารถพิเศษและความสามารถทางร่างกายและจิตใจของเด็กให้เต็มศักยภาพของเด็กแต่ละคน

สิทธิในการมีส่วนร่วม กล่าวคือ มุ่งเน้นการรับรองสิทธิของเด็กและเยาวชน ในการแสดงความคิดเห็นในทุกมิติที่มีผลกระทบต่อสิทธิของเขา รวมถึงอิสระในการแสวงหา ได้รับหรือส่งต่อข้อมูลและความคิดในทุกรูปแบบ และในสื่อทุกประเภท เด็กมีสิทธิที่จะมีเสรีภาพทางความคิด มโนธรรมและศาสนา สิทธิในการมีส่วนร่วมนี้หมายรวมไปถึงสิทธิของเด็กในการชุมนุมการสมาคมโดยสงบ

3) การอำนวยการและกำกับติดตาม

การอำนวยการและกำกับติดตามในการขับเคลื่อนพันธกรณีของอนุสัญญา CRC ตกอยู่ในความรับผิดชอบของ “คณะกรรมการสิทธิเด็ก (Committee on the Rights of the Child)” ดำรงฐานะเป็นคณะกรรมการประจำของอนุสัญญา CRC ประกอบขึ้นด้วยผู้เชี่ยวชาญจำนวน 10 คน มีวาระในการดำรงตำแหน่งครั้งละ 4 ปี

4) การเข้าเป็นภาคีของประเทศไทย

ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีโดยการภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 27 มีนาคม พ.ศ. 2535 (ค.ศ. 1992) โดยมีผลเป็นการบังคับใช้เมื่อวันที่ 26 เมษายน ในปีเดียวกัน ทั้งนี้ ประเทศไทยได้ตั้งข้อสงวนสิทธิไว้ใน 3 ประเด็น ได้แก่

ประเด็นของการจดทะเบียนการเกิดและการให้สัญชาติแก่เด็กผู้ลี้ภัย หรือผู้อพยพที่เกิดขึ้นในประเทศไทย (ข้อ 7)

ประเด็นของสถานะของเด็กผู้ลี้ภัย (ข้อ 22)

ประเด็นของสิทธิด้านการศึกษาของชนกลุ่มต่าง ๆ ที่จะสามารถดำรงและรักษาเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรม ภาษาและค่านิยมของตน (ข้อ 29 (c)) (ปัจจุบันข้อสงวนในประเด็นนี้ประเทศไทยได้แสดงเจตนาถอนข้อสงวนดังกล่าวแล้ว)[28]

5) การรับรองความคุ้มครองด้านสิทธิทางแพ่งและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

อนุสัญญา CRC มีข้อกำหนดทั้งสิ้น 54 ข้อ แบ่งออกเป็น 3 ส่วน ซึ่งโดยหลักการโดยรวมแล้ว จะมุ่งสร้างหลักประกันด้านคุณภาพชีวิตและสวัสดิภาพของเด็ก (รวมไปถึงเด็กผู้ด้อยโอกาสและเด็กผู้พิการ) ด้านการศึกษาและด้านการแสดงออกทางความคิดเห็นเป็นสาระสำคัญ อย่างไรก็ตาม ในมิติของสิทธิทางแพ่งและสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา อนุสัญญา CRC ได้รับรองในทางหลักประกันไว้เช่นเดียวกัน

กรณีสิทธิทางแพ่ง กล่าวคือ มุ่งคุ้มครองให้เด็กได้รับสิทธิในฐานะพลเมืองของรัฐที่มีชื่อ มีสัญชาติ สามารถติดต่อกับครอบครัวมีภูมิลำเนาหรืออยู่อาศัยร่วมกับบิดามารดา ได้รับอุปการะเลี้ยงดูจากบิดามารดาหรือผู้ปกครอง โดยมีรัฐช่วยสนับสนุนและให้หลักประกัน มีสาระสำคัญรับรองอยู่ในข้อ 7, 8, 9, 10 และ 27 ตามลำดับ

กรณีสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา กล่าวคือ มุ่งคุ้มครองให้เด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางอาญาได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างไปจากผู้ต้องหาที่เป็นผู้ใหญ่ โดยให้ได้รับผลกระทบจากการต้องถูกดำเนินคดีและควบคุมตัวน้อยที่สุด สำหรับเด็กที่มีปัญหาความประพฤติหรือกระทำความผิดทางอาญา คุ้มครองให้ได้รับโอกาสแก้ไขเยียวยาให้สามารถเติบโตเป็นพลเมืองดีของสังคม โดยมีสมมติฐานว่าเด็กกระทำการใด ๆ เพราะขาดวุฒิภาวะและสิ่งแวดล้อมมีอิทธิพลผลักดันต่อความประพฤติของเด็ก นอกจากนั้นยังมีหลักประกันมิให้เด็กต้องรับโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือประหารชีวิต มีสาระสำคัญอยู่ในข้อ 37 และ 40 ตามลำดับ

นอกจากนี้ภายใต้อนุสัญญา CRC องค์การสหประชาชาติยังได้ตรา “พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child)” ไว้ในการนี้ด้วย กล่าวคือ คือ พิธีสารเลือกรับ (Optional Protocol) เป็นข้อตกลงเสริมของข้อตกลงที่มีอยู่แล้วของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งเปิดโอกาสให้ทุกประเทศทั้งที่เป็นและไม่เป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก สามารถลงนามเข้าเป็นภาคีได้ โดยพิธีสารเลือกรับภายในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (CRC) นี้ ประกอบด้วยอนุพิธีสารจำนวน 3 ฉบับ[29] ได้แก่

---

[28] คณะกรรมาธิการด้านสิทธิมนุษยชน องค์การสหประชาชาติ. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 16. หน้า 13-14.

[29] ปัจจุบันประเทศไทยให้การรับรองพิธีสารเลือกรับทั้งสามฉบับ.

ฉบับที่หนึ่ง พิธีสารเลือกรับ เรื่อง การขายเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก กล่าวคือ พิธีสารฉบับนี้ เป็นพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 32, 34 และ 35 ซึ่งว่าด้วยการแสวงประโยชน์จากเด็กทางเศรษฐกิจและทางเพศ มีสาระประกอบด้วยข้อบท 17 ข้อ โดยมีหลักการที่มุ่งการคุ้มครองเด็กจากการแสวงประโยชน์ทางเศรษฐกิจ ทางเพศ และพัฒนาการทางร่างกายและจิตวิญญาณของเด็กเป็นสำคัญ

ฉบับที่สอง พิธีสารเลือกรับ เรื่อง ความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยอาวุธ กล่าวคือ พิธีสารฉบับนี้ เป็นพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กข้อ 38 คือ ห้ามเกณฑ์เด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี เป็นทหารในภาวะสงคราม ซึ่งเป็นจุดอ่อนของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก มีสาระสำคัญประกอบด้วยข้อบท 13 ข้อ โดยมีหลักการให้รัฐภาคีรับรองสิทธิและประกันว่าบุคคลที่มีอายุไม่ถึง 18 ปี จะไม่มีส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบและไม่ถูกบังคับให้เข้าร่วมในกองทัพ

ฉบับที่สาม พิธีสารเลือกรับ เรื่อง กระบวนการติดต่อร้องเรียน กล่าวคือ พิธีสารฉบับนี้เป็นข้อตกลงเสริมของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเช่นเดียวกับพิธีสารเลือกรับ 2 ฉบับก่อนหน้านี้ ซึ่งว่าด้วยการเปิดโอกาสให้เด็กหรือผู้แทนเด็ก ได้มีส่วนร่วมในการส่งเสริมการคุ้มครองสิทธิเด็กอย่างเป็นธรรมและคำนึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก ประกอบด้วยข้อบท 24 ข้อ โดยมีหลักการคุ้มครองเด็กจากการถูกละเมิดสิทธิตามที่ระบุไว้ในอนุสัญญาและพิธีสารเลือกรับ ด้วยการเชื่อมโยงกระบวนการร้องเรียนภายในประเทศกับกลไกของสหประชาชาติ ซึ่งเด็กหรือผู้แทนเด็กสามารถขอให้คณะกรรมการสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติช่วยเหลือดูแล กรณีที่ถูกละเมิดสิทธิและการเยียวยาภายในประเทศล่าช้าโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือไม่น่าจะนำไปสู่การบรรเทาอย่างมีประสิทธิผลได้

จากเจตนารมณ์ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (CRC) ดังกล่าวเหล่านี้ จะเห็นได้ว่าสิทธิมนุษยชนแม้โดยหลักการแล้วจะไม่สามารถแบ่งแยกออกจากกันได้ก็ตาม แต่กระนั้นก็ยังสามารถจำแนกจัดกลุ่มการรับรองสิทธิมนุษยชนในเชิงการบริหารจัดการได้ ทั้งนี้ ก็เพื่อให้การอำนวยการด้านสิทธิมนุษยชนเกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผลที่ดีควบคู่ไปพร้อมกัน ดังปรากฏเป็นการรับรองสิทธิมนุษยชนของสตรีและของเด็ก เป็นต้น

3.1.5 แนวปฏิบัติสำหรับกฎเกณฑ์และมาตรฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตัวผู้ขอลี้ภัยและทางเลือกอื่น ๆ แทนการควบคุมตัว (Guidelines on the Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum-seekers and Alternatives to Detention)

สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (Office of the United Nations High Commissioner for Refugees หรือ UNHCR) กำหนดแนวปฏิบัติในการควบคุมตัว 10 ข้อไว้ในแนวปฏิบัติสำหรับกฎเกณฑ์และมาตรฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตัวผู้ขอลี้ภัยและ

ทางเลือกอื่น ๆ แทนการควบคุมตัว (Guidelines on the Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum-seekers and Alternatives to Detention) โดยมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้[30]

ข้อ 1. การเคารพสิทธิในการแสวงหาที่ลี้ภัยของบุคคล

อนุสัญญาว่าด้วยผู้ลี้ภัยกำหนดว่าผู้ขอลี้ภัยจะไม่ต้องรับโทษจากการเข้าเมือง และการพักอาศัยโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย หากบุคคลนั้นได้รายงานตัวกับทางการโดยไม่ชักช้าและได้ชี้แจ้งถึงเหตุผลอันสมควรในการเข้าเมือง หรือการอยู่อาศัยโดยผิดกฎหมาย เพราะผู้ขอลี้ภัยอาจถูกสถานการณ์บังคับใช้ต้องเดินทางไปถึงเขตแดนหรือเข้าเมืองโดยที่ยังไม่ได้รับอนุญาต ดังนั้นผู้ขอลี้ภัยจึงมีสถานะแตกต่างจากผู้อพยพย้ายถิ่นทั่วไป

ข้อ 2. สิทธิเสรีภาพและสวัสดิภาพของบุคคลและสิทธิในการมีเสรีภาพในการเคลื่อนที่ของผู้ขอลี้ภัย

สิทธิขั้นพื้นฐานในเสรีภาพและความมั่นคงของบุคคลและเสรีภาพในการเคลื่อนที่เป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองตามบทบัญญัติด้านสิทธิมนุษยชน การจำกัดเสรีภาพนั้นจะกระทำได้ในกรณีที่มีความจำเป็น เช่น จนกว่าที่ผู้ขอลี้ภัยจะได้รับรองสถานภาพตามกฎหมายหรือได้รับการอนุญาตให้เดินทางไปยังประเทศอื่นเท่านั้น

ข้อ 3. การควบคุมตัวต้องมีกฎหมายอนุญาตและเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด

การควบคุมตัวหรือพรากเสรีภาพของบุคคลจะต้องดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือมีกฎหมายรับรองการควบคุมตัวนั้น อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากฎหมายภายในให้อำนาจในการควบคุมตัว ก็มิใช่องค์ประกอบที่ชี้ขาดความถูกต้องเหมาะสมของการพรากไปซึ่งเสรีภาพ ดังนั้นควรต้องมีการพิจารณาวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของข้อกฎหมายนั้นด้วย เพื่อป้องกันมิให้บุคคลถูกพรากเอาเสรีภาพไปโดยพลการ นอกจากนี้ กฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุมตัวจะต้องยึดหลักความแน่นอนของกฎหมาย (legal certainty) กล่าวคือ ผลที่เกิดขึ้นมาจากการใช้กฎหมายนั้นสามารถคาดเห็นและคาดการณ์ได้

ข้อ 4. การควบคุมตัวจะต้องไม่กระทำโดยพลการและคำสั่งควบคุมตัวบุคคลต้องมีการพิจารณาสถานการณ์แวดล้อมตามแต่กรณีของแต่ละบุคคล

การควบคุมตัวโดยพลการมีความหมายที่กว้างไปกว่าการชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่ยังรวมถึงความไม่เหมาะสม ไม่ยุติธรรม แลไม่สามารถคาดการณ์ได้ ทั้งนี้ เพื่อมิให้การควบคุมตัวเป็นไปโดยพลการ ผู้เกี่ยวข้องจะต้องพิจารณาดังต่อไปนี้ 1. ความจำเป็นตามแต่กรณีของแต่ละบุคคล (necessity of detention in individual cases) 2. ความสมเหตุสมผลกับสถานการณ์แวดล้อม

---

[30] Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. (2023). ***Detention Guidelines.*** (Online). Available: https://www.unhcr.org/505b10ee9.pdf. [2023, April 16].

(reasonableness in all circumstances) 3. ความได้สัดส่วนเหมาะสมกับวัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมาย (proportionality to a legitimate purpose) และ 4. การพิจารณาวิธีการอื่น ๆ ที่บังคับหรือจำกัดสิทธิน้อยกว่าการควบคุมตัว (other measures with less restrictive or coercive means) ทั้งนี้ คำสั่งควบคุมตัวบุคคลจะต้องเกิดจากการพิจารณาอย่างละเอียดและเป็นรายกรณี ว่าควบคุมตัวนั้นมีความจำเป็นตามวัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ จึงต้องมีแนวทางการพิจารณาหรือการคัดกรองที่เหมาะสม โดยแนวทางการพิจารณาควรประกอบด้วยข้อพิจารณา ได้แก่ 1. สถานการณ์และความต้องการเฉพาะด้านของผู้ขอลี้ภัยบางกลุ่ม 2. ระยะที่บุคคลนั้น ๆ อยู่ในกระบวนการขอลี้ภัย 3. จุดหมายปลายทางสุดท้ายของบุคคลนั้น 4. ความเชื่อมโยงกับครอบครัวและชุมชน 5. พฤติกรรมที่ผ่านมาในด้านการให้ความร่วมมือกับรัฐและลักษณะนิสัย 6. ความเสี่ยงในการหลบหนีหรือการแสดงออกอย่างชัดแจ้งถึงความเต็มใจและความเข้าใจที่จะปฏิบัติตามกฎระเบียบ

ข้อ 4.1 การควบคุมตัวเป็นมาตรการพิเศษและต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการควบคุมตัวที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

การควบคุมตัวเป็นมาตรการที่ใช้ในกรณีเฉพาะเท่านั้น และเพื่อวัตถุประสงค์ที่ถูกต้องตามกฎหมาย หากปราศจากวัตถุประสงค์ดังกล่าวจะถือว่าการควบคุมตัวนั้นเป็นการกระทำโดยพลการแม้ว่าบุคคลจะเข้าเมืองผิดกฎหมายก็ตาม กฎหมายระหว่างประเทศยอมให้มีการควบคุมตัวบุคคลเพื่อวัตถุประสงค์ 3 ประการ ดังนี้

4.1.1 เพื่อการคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสาธารณะ (public order) ได้แก่ การป้องกันการหลบหนี (และ/หรือกรณีที่มีแนวโน้มจะเกิดการไม่ให้ความร่วมมือกับทางการ นอกจากนี้ การควบคุมตัวระยะสั้น ๆ ที่มีกำหนดระยะเวลาที่แน่นอนนั้นอาจกระทำได้เพื่อการตรวจสอบอัตลักษณ์ของบุคคลในเบื้องต้นและ/หรือการตรวจสอบความปลอดภัย หรือเพื่อการบันทึกการสัมภาษณ์เบื้องต้น เกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันเป็นที่มาของเหตุผลในการขอความคุ้มครองระหว่างประเทศ ซึ่งไม่อาจได้มาโดยปราศจากการควบคุมตัว

4.1.2 เพื่อการคุ้มครองสุขอนามัยส่วนรวม (public health) ซึ่งการควบคุมตัวเพื่อวัตถุประสงค์นี้ต้องมีเหตุผลตามสมควรแก่กรณี เช่น การตรวจสุขภาพและรักษาโรค เพื่อการป้องกันโรคติดต่อหรือโรคระบาดในบริบทของการอพยพย้ายถิ่น ในกรณีนี้การขยายระยะเวลาการควบคุมตัวหรือจำกัดการเคลื่อนที่ของบุคคลด้วยเหตุนี้ จะกระทำได้เมื่อมีความจำเป็นในการรักษาตามความเห็นของบุคลากรทางการแพทย์ที่เหมาะสม และการออกคำสั่งควบคุมตัวนั้นต้องถูกตรวจสอบได้ตามกระบวนการยุติธรรม

4.1.3 เพื่อการคุ้มครองความมั่นคงของชาติ (national security) แม้ว่ารัฐบาลจะเป็นผู้กำหนดว่าสิ่งใดเป็นภัยต่อความมั่นคงของชาติ แต่การควบคุมตัว จะต้องมีความจำเป็นและได้สัดส่วนเหมาะสมกับระดับของภัยความมั่นคง ไม่เลือกปฏิบัติ และสามารถตรวจสอบได้ตามกระบวนการยุติธรรม

ข้อ 4.2 การควบคุมตัวจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อได้รับการพิจารณาแล้วว่ามีความจำเป็น มีเหตุผลตามควรแก่พฤติการณ์ ได้สัดส่วนและเป็นไปตามวัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมาย โดยการพิจารณาความจำเป็นในการควบคุมตัวในแต่ละกรณี จะต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ในการควบคุมตัว (ตามข้อ 4.1) ความสมเหตุสมผล ต้องมีการประเมินความต้องการเฉพาะด้านหรือพิจารณาเป็นรายบุคคล (ตาม ข้อ 9.) และความได้สัดส่วนจะต้องมีความสมดุลระหว่างการเคารพสิทธิในเสรีภาพ ความมั่นคงของมนุษย์ และเสรีภาพในการเคลื่อนที่ และเป้าหมายในเชิงนโยบายสาธารณะที่ทำให้ต้องจำกัดหรือปฏิเสธสิทธิเหล่านี้ การพิจารณาความจำเป็นและความได้สัดส่วนยังต้องมีมาตรการควบคุมแบบอื่นหรือไม่ ที่มีข้อจำกัดหรือความเข้มข้นน้อยกว่า

ข้อ 4.3 มาตรการอื่น ๆ ที่ควรนำมาพิจารณาแทนการควบคุมตัว เป็นส่วนหนึ่งของการประเมินความจำเป็น ความสมเหตุสมผล และความได้สัดส่วนของการควบคุมตัว เพื่อให้แน่ใจได้ว่าเมื่อพิจารณาจากสถานการณ์แวดล้อมของผู้ขอลี้ภัยตามแต่กรณีแล้ว ไม่มีวิธีการอื่นใดที่มีข้อจำกัดหรือความเข้มข้นน้อยกว่าเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์เดียวกันนี้ได้ โดยการควบคุมตัวผู้ขอลี้ภัยจะเป็นมาตรการสุดท้ายที่จะใช้ การใช้มาตรการทางเลือกอื่นแทนการกักตัวจะต้องมีลักษณะดังนี้

- เป็นไปตามกฎหมายและกฎระเบียบ เพื่อหลีกเลี่ยงการจำกัดเสรีภาพหรืออิสรภาพในการเคลื่อนที่โดยพลการ และเพื่อให้สอดคล้องกับหลักความแน่นอนทางกฎหมาย ดังนั้น ข้อบังคับทางกฎหมายควรกำหนดและอธิบายเกี่ยวกับทางเลือกอื่น ๆ ที่มีอยู่ รวมทั้งหลักเกณฑ์การใช้ทางเลือก และบุคคล/หน่วยงานที่มีอำนาจในการปฏิบัติตามกฎหมายและบังคับใช้กฎระเบียบต่าง ๆ นอกจากนี้มาตรการทางเลือกแทนการควบคุมตัวต้อง

- เป็นไปตามมาตรฐานสิทธิมนุษยชน

- ต้องไม่ถูกนำไปใช้เป็นรูปแบบหนึ่งในการควบคุมตัวและไม่ควรกลายเป็นมาตรการแทนการปล่อยตัว

- เป็นวิธีการที่ส่งผลกระทบต่อบุคคลน้อยที่สุด และต้องคำนึงถึงสถานการณ์เฉพาะของกลุ่มบุคคลที่มีความเปราะบาง เช่น เด็ก หญิงมีครรภ์ ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือผู้ที่เผชิญกับเหตุการณ์สะเทือนใจ

ทั้งนี้ จากการนำมาตรการทางเลือกอื่นนอกเหนือจากการควบคุมตัวไปใช้ พบว่าการใช้มาตรการอื่นแทนการควบคุมตัวอาจมีประสิทธิภาพและเหมาะสมกว่าเมื่อผู้ขอลี้ภัย:

- ได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม และเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตลอดกระบวนการขอลี้ภัย

- ได้รับแจ้งอย่างชัดเจนตั้งแต่ต้นถึงสิทธิและหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับมาตรการอื่นที่นอกเหนือจากการควบคุมตัว รวมถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นหากไม่ปฏิบัติตาม

- ได้รับโอกาสที่จะได้รับคำปรึกษาทางกฎหมายตลอดกระบวนการขอลี้ภัย

- ได้รับการสนับสนุนทางวัตถุที่จำเป็น ที่อยู่อาศัย และปัจจัยอื่น ๆ ที่เพียงพอ รวมถึงความช่วยเหลืออื่น ๆ ที่จำเป็นต่อการแรกรับ (reception conditions) ได้รับโอกาสในการยังชีพ (สิทธิในการทำงาน)

- ได้รับประโยชน์จากการบริการจัดการเป็นรายกรณี (case management services) ในเรื่องการขอลี้ภัย

ข้อ 5. การควบคุมตัวต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ

กฎหมายระหว่างประเทศห้ามมิให้ควบคุมตัวหรือจำกัดเสรีภาพในการเคลื่อนที่ของบุคคลด้วยเหตุทางเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นด้านอื่น ๆ ประเทศหรือสังคมต้นกำเนิด ทรัพย์สิน สถานภาพการเกิดหรือสถานภาพอื่น ๆ

ข้อ 6. การควบคุมตัวโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและควรมีกฎหมายกำหนดกรอบระยะเวลาสูงสุดในการควบคุมตัว

ระยะเวลาของการควบคุมตัวที่ไม่เหมาะสม อาจทำให้คำสั่งควบคุมตัวที่ถูกต้องตามกฎหมายกลายเป็นการควบคุมตัวที่ไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน และเป็นการควบคุมตัวโดยพลการ การควบคุมตัวโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาอันเนื่องมาจากความผิดเกี่ยวกับการเข้าเมืองถือเป็นการกระทำโดยพลการ ซึ่งขัดต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ดังนั้นควรมีการกำหนดระยะเวลาการควบคุมตัวสูงสุดไว้ในกฎหมายของประเทศนั้น ๆ เพื่อไม่ให้มีการควบคุมที่ยาวนานออกไปเรื่อย ๆ หรือไม่มีกำหนด (indefinite detention)

ข้อ 7. การออกคำสั่งควบคุมตัวหรือการขยายระยะเวลาการควบคุมตัวต้องเคารพสิทธิขั้นพื้นฐานในเชิงกระบวนการ (Procedural safeguards) ของผู้ขอลี้ภัย

ผู้ขอลี้ภัยที่กำลังจะถูกควบคุมตัวหรือระหว่างที่ถูกควบคุมตัว ผู้ขอลี้ภัยมีสิทธิขั้นพื้นฐานในเชิงกระบวนการ เช่น ได้รับแจ้งเหตุผลในการควบคุมตัว รวมทั้งสิทธิต่าง ๆ ในการโต้แย้งคำสั่งและกระบวนการพิจารณาทบทวนคำสั่งควบคุมตัว การได้รับคำปรึกษาทางกฎหมายโดยไม่มีค่าใช้จ่าย การเข้าถึงกระบวนการขอลี้ภัย การสามารถติดต่อหรือได้รับการติดต่อจาก UNHCR และองค์กรอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

ข้อ 8. การควบคุมตัวจะต้องคำนึงถึงหลักมนุษยธรรมและเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ขอลี้ภัย

ในกรณีที่มีการควบคุมตัว ผู้ขอลี้ภัยมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติตามมาตรฐานเป็นอย่างน้อย เช่น

8.1 การถูกควบคุมในสถานที่ซึ่งได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการว่า เป็นสถานที่สำหรับควบคุมตัว การควบคุมตัวในห้องขังของสถานีตำรวจถือเป็นการควบคุมตัวที่ไม่เหมาะสม

8.2 การได้รับการปฏิบัติอย่างเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสอดคล้องกับมาตรฐานในทางระหว่างประเทศ

8.3 การควบคุมตัวผู้ขอลี้ภัยด้วยเหตุผลที่เกี่ยวกับการเข้าเมือง ต้องไม่มีลักษณะเป็นการลงโทษ เช่น การควบคุมตัวในเรือนจำ นอกจากนี้การนำมาตรการทางอาญามาใช้ถือว่าเป็นการไม่เหมาะสม เช่น การล่ามโซ่ตรวน

8.4 สถานที่ควบคุมตัวควรมีการแบ่งแยกชายหญิง และควรมีการจัดหาที่พักสำหรับครอบครัว

8.5 การดูแลทางการแพทย์อย่างเหมาะสมเมื่อมีความจำเป็น รวมถึงการให้คำปรึกษาทางจิตเวช เช่น การตรวจสุขภาพร่างกายและจิตใจในช่วงการรับตัว การตรวจประเมินสุขภาพระหว่างการควบคุมตัวเป็นระยะ การได้รับการรักษาดูแล รวมทั้งการพิจารณาปล่อยตัว

8.6 ต้องสามารถติดต่อและได้รับอนุญาตให้เข้าเยี่ยมจากญาติ คนรู้จักและองค์กรศาสนา องค์กรระหว่างประเทศ/หรือองค์กรที่ไม่แสวงหากำไรได้อย่างสม่ำเสมอ

8.7 การมีกิจกรรมส่งเสริมสุขภาพ

8.8 การปฏิบัติกิจทางศาสนา

8.9 การได้รับสิ่งจำเป็นพื้นฐาน เช่น เตียง ฟูกนอน สถานที่อาบน้ำ เสื้อผ้า

8.10 การได้รับอาหารที่มีคุณค่าทางโภชนาการ

8.11 การเข้าถึงการศึกษาและ/หรือการฝึกอบรมวิชาชีพ ซึ่งเหมาะสมกับระยะเวลาที่จะถูกควบคุมตัว

8.12 มีกลไกการร้องทุกข์

8.13 การจดทะเบียนการเกิดและออกสูติบัตรให้เด็กที่เกิดในระหว่างการถูกควบคุมตัว

ข้อ 9. การควบคุมตัวต้องมีการพิจารณาสถานการณ์แวดล้อมและความต้องการเฉพาะด้านของผู้ขอลี้ภัย

ข้อ 9.1 เหยื่อที่ตกอยู่ในสภาวะบอบช้ำทางจิตใจหรือถูกทรมาน โดยทั่วไปแล้วจะต้องไม่ถูกควบคุมตัว เพราะการควบคุมตัวทำให้ความเจ็บป่วยและอาการต่าง ๆ ของผู้ถูกควบคุมตัว

ทรุดหนักลง หากมีการควบคุมตัวก็ต้องได้รับการตรวจสุขภาพร่างกายและจิตใจโดยแพทย์ หรือผู้เชี่ยวชาญอย่างเหมาะสม และได้รับการรักษาเยียวยาที่เหมาะสม

ข้อ 9.2 เด็ก โดยหลักแล้วเด็กไม่สมควรถูกควบคุมตัว ซึ่งเป็นไปตามอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิเด็ก และยังส่งผลกระทบในทางลบต่อสภาพความเป็นอยู่ของเด็ก รวมทั้งพัฒนาการด้านร่างกายและจิตใจ ในกรณีที่มีการควบคุมตัวเด็ก เด็กจะต้องได้รับการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานให้เหมาะสมกับความต้องการเฉพาะของเด็ก เช่น การจัดหาผู้ดูแลและให้คำปรึกษาทางกฎหมาย การได้รับการศึกษา กิจกรรมนันทนาการ รวมทั้งเปิดโอกาสให้ทำกิจกรรมกับเด็กคนอื่น ๆ

ข้อ 9.3 ผู้หญิง โดยหลักการแล้วผู้หญิงมีครรภ์และผู้หญิงที่กำลังให้นมบุตร เป็นกลุ่มที่มีความต้องการพิเศษ และไม่ควรถูกควบคุมตัว จึงควรใช้มาตรการอื่นแทนการควบคุมตัว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ไม่มีสถานที่ควบคุมตัวที่แยกออกมาเป็นสัดส่วนสำหรับผู้หญิงและ/หรือครอบครัว และควรมีมาตรการป้องกันภัยจากความรุนแรงทางเพศหรือเกี่ยวกับเพศสภาพและการถูกแสวงหาประโยชน์ กรณีไม่สามารถหลีกเลี่ยงการควบคุมตัวผู้หญิงที่ขอลี้ภัยได้ ก็ควรจัดสถานที่และสิ่งอำนวยความสะดวกและสิ่งของต่าง ๆ ที่จำเป็นต่อสุขอนามัยและความปลอดภัยของผู้หญิง หากถูกทำร้ายผู้หญิงที่ถูกควบคุมตัวต้องได้รับความคุ้มครอง ความช่วยเหลือและคำปรึกษา และมีการสอบสวนคำร้องเรียนโดยองค์กรอิสระ

ข้อ 9.4 เหยื่อหรือผู้ที่มีโอกาสตกเป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์ อาจมีความจำเป็นที่จะต้องใช้ทางเลือกอื่นแทนการควบคุมตัว เช่น บ้านพักฉุกเฉิน

ข้อ 9.5 ผู้ที่ทุพพลภาพ (ผู้พิการ) อาจร้องขอให้รัฐจัดหาที่พักที่เหมาะสม หรือเปลี่ยนแปลงแนวปฏิบัติในการควบคุมตัวให้เหมาะสมกับความจำเป็นและความต้องการเฉพาะของบุคคลเหล่านี้ การจัดหาทางเลือกอื่น ๆ แทนการควบคุมตัว อาจต้องมีการปรับเปลี่ยนให้สอดคล้องกับความต้องการพิเศษของบุคคลเหล่านี้ เช่น การรายงานตัวทางโทรศัพท์ ผู้ขอลี้ภัยที่มีความพิการระยะยาวด้านร่างกาย จิตใจ สมอง และประสาทสัมผัสไม่ควรถูกควบคุมตัว

ข้อ 9.6 ผู้สูงอายุ จำเป็นต้องมีการดูแลช่วยเหลือเป็นพิเศษ เนื่องจากมีความเปราะบางและความคล่องแคล่วที่ลดลง รวมทั้งสุขภาพทางร่างกายและจิตใจ

ข้อ 9.7 ผู้ที่เป็นหญิงรักร่วมเพศ ชายรักร่วมเพศ ผู้ที่รักร่วมสองเพศ ผู้ที่ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศ และผู้ที่มีทั้งสองเพศ การควบคุมตัวกลุ่มคนเหล่านี้จะต้องกำหนดมาตรการคุ้มครองบุคคลเหล่านี้ จากการถูกกระทำรุนแรง การถูกทำร้ายร่างกายและจิตใจ และการล่วงละเมิดทางเพศ อย่างไรก็ตาม การขังเดี่ยวไม่ใช่วิธีการจัดการที่เหมาะสม

ข้อ 10. การควบคุมตัวต้องสามารถสอดส่องดูแลและตรวจสอบได้อย่างเป็นอิสระ เช่น การตรวจสอบสถานควบคุมตัวของหน่วยงานตรวจคนเข้าเมืองโดยสถาบันและองค์กรอิสระ การอนุญาตให้สามารถเยี่ยมผู้ถูกควบคุมตัวได้เป็นประจำ

อย่างไรก็ตามผู้วิจัยตระหนักดีว่าคนต่างด้าวที่ถูกกักตัวเพื่อรอการส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 มิใช่ผู้ลี้ภัย ตามความหมายที่กำหนดในอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย (Convention Relating to The Status of Refugees) ซึ่งให้นิยามความหมายไว้ว่า ผู้ลี้ภัยหมายถึงผู้ที่ (1) ได้รับการพิจารณาแล้วว่าเป็นผู้ลี้ภัยภายใต้ข้อตกลง ลงวันที่ 12 พฤษภาคม ค.ศ. 1926 และ 30 มิถุนายน ค.ศ. 1928 หรือ ภายใต้อนุสัญญา ลงวันที่ 28 ตุลาคม ค.ศ. 1933 และ 10 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1938 พิธีสารลงวันที่ 14 กันยายน ค.ศ. 1939 หรือ ธรรมนูญขององค์การผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศ และในกรณีที่บุคคลใดได้รับการวินิจฉัยจากองค์การผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศในห้วงที่องค์การฯ ยังปฏิบัติหน้าที่อยู่นั้นว่าขาดคุณสมบัติ คำวินิจฉัยดังกล่าวไม่อาจกีดกันบุคคลนั้นจากการได้รับสถานภาพผู้ลี้ภัย หากบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ที่เข้าเงื่อนไขตามวรรคสองของข้อกำหนดนี้ และ (2) ด้วยผลจากเหตุการณ์ก่อนวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1951 และด้วยความหวาดกลัวซึ่งมีมูลอันจะกล่าวอ้างได้ว่าจะได้รับการประหัตประหารด้วยสาเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งทางสังคม หรือความคิดเห็นทางการเมือง เป็นบุคคลที่อยู่นอกอาณาเขตรัฐแห่งสัญชาติตน และไม่สามารถหรือไม่สมัครใจที่จะได้รับความคุ้มครองจากรัฐแห่งสัญชาติตน เนื่องจากความหวาดกลัวดังกล่าว หรือนอกจากนี้ เป็นบุคคลไร้สัญชาติซึ่งอยู่นอกอาณาเขตรัฐเดิมที่ตนมีถิ่นฐานพำนักประจำแต่ไม่สามารถ หรือไม่สมัครใจที่จะกลับไปเพื่อพำนักในรัฐดังกล่าว ด้วยเหตุแห่งความหวาดกลัวข้างต้น ในกรณีของบุคคลที่มีหลายสัญชาติ คำว่ารัฐแห่งสัญชาติตน หมายถึง ทุกรัฐที่บุคคลนั้นมีสัญชาติและไม่อาจถือได้ว่าบุคคลนั้นขาดความคุ้มครองของรัฐแห่งสัญชาติตนหากว่าบุคคลนั้นเมินเฉยต่อการใช้สิทธิสืบเนื่องจากความคุ้มครองของรัฐใดรัฐหนึ่งที่ตนมีสัญชาติ ทั้งนี้ยกเว้นกรณีที่การเมินเฉยเช่นนั้นมีเหตุจากความหวาดกลัวอันมีมูลจะกล่าวอ้างได้[31] เนื่องจากคนต่างด้าวที่ถูกกักตัวเพื่อรอการส่งกลับเป็นผู้ที่เข้ามาโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือการอนุญาตสิ้นสุด หรือถูกเพิกถอน อันถือไม่ได้ว่าได้รับสถานะเป็นผู้ลี้ภัย และนอกจากนี้ประเทศไทยก็มิได้เป็นภาคีในอนุสัญญาผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 ดังกล่าว ทั้งยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยผู้ลี้ภัยอย่างเป็นทางการ แต่เหตุที่ผู้วิจัยได้นำแนวปฏิบัติสำหรับกฎเกณฑ์และมาตรฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตัวผู้ขอลี้ภัยและทางเลือกอื่น ๆ แทนการควบคุมตัว ของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติมาประกอบการศึกษาวิจัยครั้งนี้ เพราะเป็นแนวปฏิบัติที่ใช้สำหรับการกักตัวคนต่างด้าวเช่นเดียวกัน โดยไม่จำต้องพิจารณาว่าผู้ที่

[31] Convention Relating to The Status of Refugees. ข้อ A.

ถูกกักตัวนั้นเป็นผู้ลี้ภัยหรือไม่ และทั้งสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ ก็ได้มาปฏิบัติงานในประเทศไทยตั้งแต่ปี พ.ศ.2518 อย่างต่อเนื่องถึงปัจจุบันตามคำเชิญของรัฐบาลไทย นอกจากนี้ในเดือนมกราคม พ.ศ. 2562 ที่ผ่านมา รัฐบาลไทยร่วมลงนามในข้อตกลงทางเลือกในการกักกันเด็ก ซึ่งนับเป็นก้าวสำคัญของการหาทางเลือกในการกักตัวโดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับแม่และเด็ก สอดคล้องกับคำมั่นของรัฐบาลไทยที่ให้ไว้ในการประชุมระดับโลกครั้งแรกว่าด้วยเรื่องผู้ลี้ภัย ที่นครเจนีวา ในเดือนธันวาคม พ.ศ. 2562 ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความมุ่งมั่นในการทำงานตามปฏิญาณที่สามารถปฏิบัติได้จริง การวางนโยบายระยะยาว รวมถึงการเปลี่ยนแปลงแนวทางปฏิบัติในการพัฒนาชีวิตผู้ลี้ภัย ตลอดจนชุมชนที่มอบที่พักพิงให้แก่ผู้ลี้ภัยทั่วโลกที่สามารถเกิดขึ้นได้ด้วยความร่วมมือจากนานาชาติ[32] ดังนั้นแนวทางปฏิบัตินี้จึงอาจนำมาใช้ในการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองของไทยที่เกี่ยวข้องกับการกักตัวคนต่างด้าว โดยที่ผู้ถูกกักตัวอาจจะไม่ใช่ผู้ลี้ภัยด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น แต่ก็เพื่อให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันกับกฎหมายภายในของนานาอารยประเทศที่จะกล่าวถึงในหัวข้อถัดไปเกี่ยวกับการกักตัวคนต่างด้าว และเมื่อพิจารณาเนื้อหาของแนวทางปฏิบัติในการควบคุมตัวข้างต้น ก็มิได้บังคับให้รัฐห้ามทำการควบคุมตัว หรือกักตัวบุคคลอย่างเด็ดขาดในทุกกรณี เพียงแต่ชี้ให้เห็นว่าถึงแม้รัฐที่ไม่ได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยผู้ลี้ภัย เช่นกรณีของประเทศไทย ก็ควรต้องมีหลักในการตัดสินใจ (decision-making criteria) ที่จะควบคุมตัวหรือกักตัวบุคคล ซึ่งการควบคุมตัวบุคคลใดบุคคลหนึ่ง รัฐจะต้องทำการคัดแยกบุคคลและประเมินรายบุคคล โดยใช้หลักในการตัดสินใจ ได้แก่ 1.ความจำเป็นเป็นรายกรณี (มิใช่การเหมารวมในทุกกรณี) เพื่อพิจารณาสถานการณ์แวดล้อมและความต้องการเฉพาะด้านของบุคคล 2.ความได้สัดส่วนตามวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย 3.ความสมเหตุสมผล 4. การไม่เลือกปฏิบัติ และ 5.การพิจารณามาตรการอื่น ๆ แทนการควบคุมตัวบุคคลนั้น ๆ เพื่อให้แน่ใจว่าไม่มีวิธีการอื่น ๆ ที่เข้มงวดหรือจำกัดเสรีภาพของบุคคลน้อยกว่านี้ได้ และการใช้มาตรการการควบคุมตัวจะถูกใช้เป็นวิธีการสุดท้าย[33]

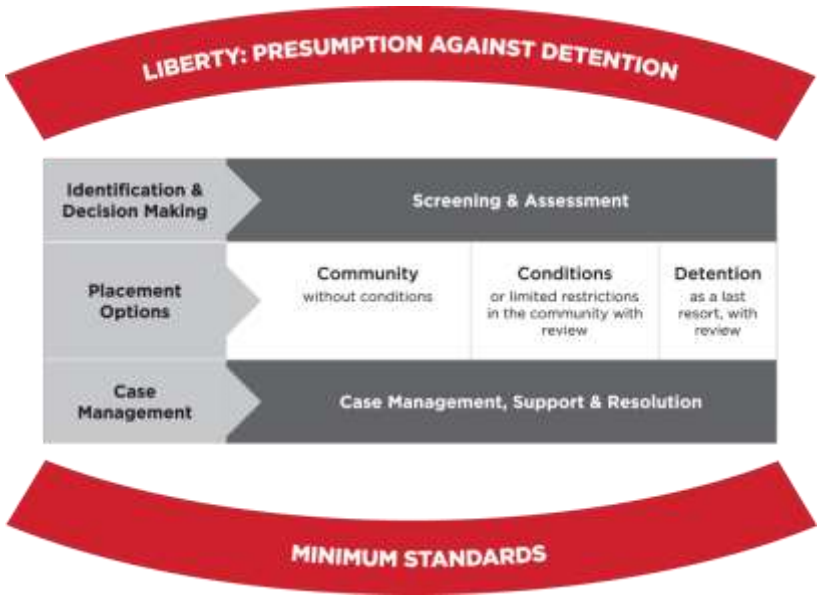
---

[32] UNHCR ประเทศไทย. (2566). ***UNHCR ในประเทศไทย.*** (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.unhcr.org/th/unhcr-in-thailand. [2566, 3 มิถุนายน].

[33] กนกนิษก์ ตัณฑ์กุลรัตน์ และสุเทพ จันทร์อาพร. (2560). ***มาตรการทางเลือกแทนการกักตัวผู้แสวงหาที่ลี้ภัยและผู้ลี้ภัยในเขตเมืองในประเทศไทย.*** รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ภายใต้โครงการ “การปรับปรุงกลไกการคุ้มครองผู้ลี้ภัยในเขตเมืองในประเทศไทย” เครือข่ายสิทธิผู้ลี้ภัยและคนไร้รัฐ. หน้า 58.

3.1.6 โมเดลการประเมินและการจัดหาสถานที่พักอาศัยในชุมชน (Community Assessment and Placement หรือ CAP model)

องค์กร International Detention Coalition ซึ่งก่อตั้งขึ้นจากเครือข่ายองค์กร กลุ่มบุคคล และตัวแทนของชุมชน ที่ได้รับผลกระทบจากการกักตัวผู้อพยพซึ่งมีฐานอยู่ในกว่า 75 ประเทศทั่วโลก และเป็นองค์กรที่มีความเชี่ยวชาญหลากหลายเกี่ยวกับการกักตัวคนต่างด้าว รวมถึงทางเลือกอื่นนอกเหนือจากการกักตัว โดยมีเจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานในระดับประเทศและระดับภูมิภาคทั้งในแอฟริกา อเมริกา เอเชียแปซิฟิก ยุโรป ตะวันออกกลาง และแอฟริกาเหนือ รวมถึงในระดับโลก โดยมีการศึกษาวิจัยและสร้างความร่วมมือระดับชาติ ระดับภูมิภาค และระดับโลก เพื่อลดการกักตัวคนต่างด้าวและศึกษาทางเลือกอื่น ๆ แทนการกักตัว ได้เสนอการใช้มาตรการชุมชนเป็นทางเลือกแทนการกักตัว และจัดทำเครื่องมือในการพิจารณาทางเลือกแทนการกักตัวที่เรียกว่า “โมเดลการประเมินและการจัดหาสถานที่พักอาศัยในชุมชน” (Community Assessment and Placement หรือ CAP model) อันเป็นโมเดลที่ยึดหลักการของเสรีภาพ (Liberty) และมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum standards) มีกระบวนการใช้มาตรการชุมชนเป็นทางเลือก ดังที่แสดงในภาพด้านล่างนี้



ภาพประกอบที่ 3.1 Community Assessment and Placement หรือ CAP model[34]

[34] International Detention Coalition. (2023). ***Community Assessment & Placement (CAP) Model.*** (Online). Available: https://idcoalition.org/cap/. [2023, April 16]

หลักการของ CAP model สามารถสรุปเนื้อหาสาระสำคัญได้ดังนี้:

1) หลักการของเสรีภาพ เป็นการตั้งสันนิษฐานไว้ว่าไม่ควรต้องใช้มาตรการกักตัว เพราะการกักตัวเป็นการจำกัดเสรีภาพ ซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน

2) หลักการมาตรฐานขั้นต่ำ ได้แก่ การเคารพสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน การตอบสนองความต้องการขั้นพื้นฐาน สถานะทางกฎหมายและการได้รับเอกสารประจำตัวบุคคลที่อนุญาตให้อยู่ในประเทศได้ และการได้รับบริการให้คำปรึกษาด้านกฎหมายและล่ามแปลภาษา การปิดคดี (case resolution) อย่างยุติธรรมและในระยะเวลาที่เหมาะสม และการทบทวนคำตัดสินด้านสถานที่พักอาศัยเป็นระยะ

3) กระบวนการใช้มาตรการชุมชน[35]

(1) การระบุอัตลักษณ์บุคคลและการตัดสินใจ (Identification & decision making) ซึ่งจะต้องมีการคัดแยกและประเมินรายบุคคล (screening and assessment) เพื่อนำข้อมูลที่ได้มาใช้ในการตัดสินใจในการจัดการกับบุคคลนั้น ๆ

(1.1) การคัดแยก คือ กระบวนการการเก็บข้อมูลพื้นฐานและคุณลักษณะของบุคคลเช่น อัตลักษณ์บุคคล สัญชาติ สถานะทางกฎหมาย สถานะด้านสุขภาพ ข้อบ่งชี้ด้านความมั่นคง ความเปราะบาง ประวัติการปฏิบัติตามระเบียบ/ข้อกำหนด

(1.2) การประเมิน ในที่นี้หมายถึง การประเมินเชิงลึกเกี่ยวกับสถานการณ์ของบุคคลนั้น ๆ ความเปราะบาง และ/หรือปัจจัยเสี่ยง ซึ่งจะทำให้สามารถประเมินความต้องการเฉพาะของแต่ละบุคคล และตัดสินใจว่าควรดำเนินการอย่างไรต่อไปกับบุคคลนั้น การประเมินอาจทำไปควบคู่กับการคัดแยก หรืออาจทำหลังจากการคัดแยก โดยผู้ประเมินอาจเป็นคนเดียวกันหรือคนละคนกับผู้คัดแยกก็ได้ ทั้งนี้ การประเมินรายบุคคลมี 5 องค์ประกอบการประเมิน ได้แก่

1. พันธะหน้าที่ตามกฎหมายภายในหรือระหว่างประเทศ (Legal obligations) เช่น ประเทศนั้น ๆ มีกฎหมายรับรองที่จะห้ามมิให้มีการกักตัวผู้ที่ความเปราะบางอย่างใดอย่างหนึ่ง (เช่น เด็ก) หรือมีกฎหมาย หรือนโยบายที่รองรับการใช้มาตรการแทนการกักตัว (เช่น การไม่อนุญาตให้กักตัวเกินกว่าระยะกักตัวสุดสูง หรือการไม่กักตัวกรณีที่ไม่สามารถให้การดูแลผู้ต้องกักได้อย่างเหมาะสมหรือตามมาตรฐานขั้นต่ำ)

2. การตรวจสอบด้านสุขภาพ อัตลักษณ์บุคคล และความปลอดภัยที่อาจเป็นภัยต่อความสงบเรียบร้อย/ความมั่นคงของชาติ (Health, identity and security checks)

---

[35] กนกนิษก์ ตัณฑ์กุลรัตน์ และสุเทพ จันทร์อาพร. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 33. หน้า 62.

3. ความเปราะบางของบุคคล (Vulnerability) เช่น อายุ เพศ/ความหลากหลายทางเพศ สุขภาพ (เช่น อาการป่วยทางร่างกายและจิตใจ) และความต้องการได้รับการคุ้มครอง (เช่น ผู้แสวงหาที่ลี้ภัย ผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์ หรือผู้ที่เคยถูกทรมานหรือความรุนแรงทางเพศ)

4. ปัจจัยรายกรณีของบุคคล (Individual case factors) เช่น ระยะที่บุคคลนั้นอยู่ในกระบวนการย้ายถิ่น (เช่น อยู่ในระหว่างการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย) ระยะเวลาที่คาดว่าจะต้องปิดคดี (เช่น ระยะเวลาที่ต้องรอการพิจารณาสถานะหรือส่งตัวกลับ) ประเทศปลายทางที่บุคคลมีความมุ่งหมาย/เจตนาที่จะเดินทางไป ความเชื่อมโยงเครือข่ายครอบครัวหรือชุมชน ลักษณะนิสัยหรือพฤติการณ์ที่ผ่านมาที่แสดงออกถึงการปฏิบัติตามข้อกำหนดหรือเงื่อนไข หรือให้ความร่วมมือกับภาครัฐ

5. บริบทด้านชุมชน (Community context) เป็นการประเมินทางเลือกโดยพิจารณาปัจจัยเกื้อหนุนว่าชุมชนสามารถที่จะสนับสนุนบุคคลนั้นได้หรือไม่ อย่างไร เช่น ที่พักและบริการ

(2) ทางเลือกด้านสถานที่พักอาศัย (Placement options)

ทางเลือกด้านสถานที่พักอาศัยในชุมชนอาจไม่มีเงื่อนไข หรือมีเงื่อนไขที่ต้องปฏิบัติตามก็ได้ เช่น การให้มาลงทะเบียนกับเจ้าหน้าที่ การแจ้งที่อยู่ที่สามารถติดต่อหรือติดตามตัวได้ การกำหนดสถานที่พักอาศัยที่ใดที่หนึ่งหรือบริเวณใดบริเวณหนึ่ง การยึดเอกสารประจำตัว การนัดให้มารายงานตัวเป็นระยะ การควบคุมดูแลโดยรัฐหรือองค์กร/บุคคลที่รัฐมอบหมาย (เช่น การโทรศัพท์ การเยี่ยมบ้าน) การมีผู้ค้ำประกันหรือเงินประกัน/หลักประกันเพื่อลงโทษหากไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือข้อกำหนด

ตัวอย่างสถานที่พักอาศัย สามารถแบ่งได้เป็น 3 ลักษณะ คือ 1. ที่พักส่วนตัวในชุมชน (เช่น หอพักหรือบ้านเช่า) 2. บ้านพัก/ศูนย์รับรอง/ค่ายพักพิง 3. ศูนย์/บ้านพักสำหรับบุคคลที่ต้องการการดูแลเป็นพิเศษ โดยที่พักดังกล่าวอาจจัดให้โดยองค์กรเอกชน/การกุศล หรือหน่วยงานรัฐ หรือ ครอบครัว/ญาติ/เพื่อน หรือคนในท้องถิ่นก็ได้

(3) การบริหารจัดการรายกรณี (Case management)

การบริหารจัดการรายกรณีเป็นมาตรการแทนการกักตัวที่ประสบความสำเร็จในแง่ที่ทำให้บุคคลปฏิบัติตามเงื่อนไขและข้อกำหนดในขณะที่พักอาศัยอยู่ในชุมชน และทำให้บุคคลมีสุขภาพและความเป็นอยู่ที่ดี เพราะมาตรการนี้เน้นการมีส่วนร่วมของบุคคลในการหาทางออกร่วมกันกับอุปสรรคหรือข้อท้าทายที่แต่ละบุคคลเผชิญอยู่ การจัดการรายกรณีจะตอบสนองต่อความต้องการของบุคคล และนำเอาศักยภาพที่บุคคลนั้น ๆ มีอยู่มาใช้ กระบวนการการบริหารจัดการรายกรณีมีทั้งหมด 5. ขั้นตอน ได้แก่ 1. การคัดกรอง 2. การประเมิน 3. การวางแผนจัดการ

รายกรณี 4. การดำเนินงานตามแผนจัดการรายกรณี รวมทั้งทำการประเมินสถานการณ์และความต้องการของบุคคลเป็นระยะ 5. การปิดเคส ตัวอย่างเช่น บุคคลได้เดินทางออกไปนอกประเทศหรือ ได้รับอนุญาตให้อยู่ในประเทศ การบริหารจัดการรายกรณีจะมีการหาผลลัพธ์ของการโยกย้ายถิ่นฐาน (Migration outcome) หรือเรียกว่าการปิดเคส (Case closure) เช่น การเตรียมความพร้อมหรือการให้คำปรึกษา ค่าเดินทาง การให้เงินประกอบอาชีพ การช่วยประสานงานกับญาติที่ประเทศต้นทาง สำหรับบุคคลที่ยินยอมเดินทางกลับประเทศต้นทาง

3.2 มาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากคำสั่งกักตัวคนต่างด้าว

3.2.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากคำสั่งกักตัวคนต่างด้าวของแคนาดา[36]

ในปี พ.ศ. 2559 รัฐบาลแคนาดาประกาศให้มีการทบทวนการแก้ไขกรอบระดับชาติด้านการกักตัวคนเข้าเมือง (National Immigration Detention Framework) ให้ระบบการกักตัวคนเข้าเมืองมีความเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น และเน้นเรื่องการปฏิบัติต่อบุคคลอย่างมีมนุษยธรรมและคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แต่ยังคงไว้ซึ่งความปลอดภัยสาธารณะ เช่น การห้ามกักตัวเด็กและการใช้มาตรการทางเลือกแทนการกักตัว

Canada Border Services Agency (CBSA) เป็นหน่วยงานที่ไม่แสวงหากำไร ที่ได้รับการสนับสนุนด้านงบประมาณจากรัฐบาลแคนาดา CBSA ที่รับผิดชอบในการบังคับใช้พระราชบัญญัติคนเข้าเมืองและการคุ้มครองผู้ลี้ภัย (Immigration and Refugee Protection Act) มีหน้าที่ออกคำสั่งการกักตัวหรือปล่อยตัวผู้ต้องกัก (โดยมีหรือไม่มีเงื่อนไขก็ได้) ภายใน 48 ชั่วโมง ที่มีการกักตัว แต่หากไม่มีคำสั่งให้ปล่อยตัว แผนกการเข้าเมืองที่อยู่ภายใต้คณะกรรมการด้านการเข้าเมืองและผู้ลี้ภัย (Immigration Division of the Immigration and Refugee Board) ซึ่งเป็นหน่วยงานอิสระจะทบทวนคำตัดสินการกักตัวของ CBSA ภายใน 48 ชั่วโมง ที่ถูกกักตัวหรือเร็วที่สุดที่เป็นไปได้ และแผนกการเข้าเมืองจะมีการพิจารณาการทบทวนคำตัดสินการกักตัวภายใน 7 วัน หลังจากที่มีการทบทวนครั้งแรก และต่อมาทุก 30 วัน จนกว่าจะมีการปล่อยตัว เพื่อให้แน่ใจว่าไม่มีการกักตัวบุคคลโดยปราศจากเหตุผลที่เพียงพอ

มาตรการทางเลือกแทนการกักตัวที่มีประสบความสำเร็จในแคนาดา คือ โครงการประกันที่ชื่อว่า “Toronto Bail Program” (TBP) ดำเนินการโดย CBSA ภายใต้โครงการนี้ผู้ต้องกักรวมถึง

---

[36] กนกนิษก์ ตัณฑ์กุลรัตน์ และสุเทพ จันทร์อาพร. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 33. หน้า 64-66.

ผู้แสวงหาที่ลี้ภัย และผู้ที่ได้รับการปฏิเสธสถานะผู้ลี้ภัยซึ่งอยู่ในระหว่างการประเมินความเสี่ยงการถูกประหัตประหารหรือไม่ปลอดภัยหากถูกส่งตัวกลับออกไปนอกประเทศ (Pre-removal risk assessment) สามารถได้รับการปล่อยตัวโดยใช้การประกันตัว โดย TBP จะทำหน้าที่เป็นผู้ค้ำประกัน (Bondsperson) กรณีที่ไม่มีญาติหรือไม่มีผู้ค้ำประกัน และในกรณีที่ TBP เป็นผู้ค้ำประกันก็ไม่ต้องมีการวางเงินประกัน ทำให้ไม่เกิดการเลือกปฏิบัติด้านการเงินต่อคนที่ไม่มีเงินประกัน อีกทั้ง TBP จะทำการสัมภาษณ์เพื่อการประเมินระดับการควบคุมดูแลโดยจะกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ เช่น การต้องมารายตัวตามนัดหมาย การแจ้งการเปลี่ยนที่อยู่ การต้องมาเข้าร่วมกิจกรรม (การศึกษา การฝึกอบรมทักษะอาชีพ) ทั้งนี้ ความถี่ในการรายงานตัวจะมีการปรับให้น้อยลงได้ หากผู้ที่ได้รับการประกันตัวมารายงานตัวตามกำหนด แต่หากไม่มารายงานตัวก็จะแจ้งเจ้าหน้าที่รัฐให้ออกหมายจับ หรืออาจต้องถูกส่งตัวกลับไปกักตัว การไปตรวจสอบสถานที่พักอาศัยโดยไม่ได้นัดหมาย นอกจากนี้ TBP มีการใช้มาตรการบริหารจัดการรายกรณี เช่น การให้คำปรึกษาด้านการขอลี้ภัย การช่วยหาที่พัก การให้ข้อมูลการเข้าถึงบริการด้านกฎหมาย จิตสังคม บริการสุขภาพ[37] และการยื่นขออนุญาตทำงานกับกระทรวงตรวจคนเข้าเมือง ผู้ลี้ภัย และสัญชาติ (Immigration, Refugees and Citizenship Canada: IRCC) อย่างไรก็ตาม มิใช่ว่าคนต่างด้าวทุกคนจะได้รับอนุญาตให้ทำงานแต่มีเงื่อนไขที่กำหนดไว้ เช่น ต้องพิสูจน์ได้ว่าจำเป็นต้องทำงานเพื่อการยังชีพ ต้องมีผลการตรวจสุขภาพ และมีเงื่อนไขอื่น ๆ เช่น อนุญาตให้ผู้ที่ได้รับสถานะผู้ลี้ภัย หรือผู้ที่ไม่สามารถผลักดันออกประเทศได้ เนื่องมาจากไม่มีประเทศใดรับเข้าประเทศ จึงจะสามารถทำงานได้ หรือ ผู้ยื่นขอสถานะผู้ลี้ภัยบางสัญชาติจะต้องยื่นคำร้องขอลี้ภัยไปแล้ว 180 วัน จึงจะสามารถยื่นขออนุญาตทำงานได้

สรุปมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากคำสั่งกักตัวคนต่างด้าวของแคนาดา:

1) การทบทวนคำตัดสินการกักตัวเป็นระยะ

2) การประกันตัว โดยเงินทุนที่มาจากรัฐ

3) การรายงานตัว และมีการปรับลดความถี่การรายงานตัว

4) การควบคุมดูแลในชุมชน เช่น การต้องพักอาศัยในสถานที่ที่แจ้งไว้ การแจ้งเปลี่ยนสถานที่พักอาศัย การตรวจสอบที่พักโดยไม่ได้แจ้งให้ทราบ การให้เข้าร่วมกิจกรรมที่กำหนด

5) การบริหารจัดการรายกรณี

6) การสนับสนุนด้านบริการต่าง ๆ ในชุมชน เช่น การศึกษา การทำงาน สุขภาพ

---

[37] Government of Canada. (2023). ***Interim Federal Health Program.*** (Online). Available: https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/services/refugees/help-within-canada/health-care/interim-federal-health-program/eligibility.html. [2023, April 16]

3.2.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากคำสั่งกักตัวคนต่างด้าวของราชอาณาจักรเบลเยียม

ราชอาณาจักรเบลเยียมเคยมีการกักตัวเด็ก ต่อมาในปี พ.ศ. 2549 รัฐบาลได้ทำการศึกษาความเป็นไปได้ในการใช้มาตรการทางเลือกแทนการกักตัวและนำเสนอต่อรัฐสภา ซึ่งนำไปสู่การใช้มาตรการการบริหารจัดการรายกรณี และการใช้โครงการนำร่องเปิดศูนย์พักอาศัยสำหรับครอบครัวแบบเปิด (open family housing unit) สำหรับเด็กที่อายุต่ำกว่า 18 ปี และครอบครัวที่อยู่ในระหว่างการขอลี้ภัยบริเวณชายแดน หรือที่อยู่ในระหว่างการรอส่งกลับประเทศ (families in a return procedure) ทำให้บางครั้งถูกเรียกว่า “บ้านพักสำหรับผู้ที่จะเดินทางกลับประเทศ (return house)” ศูนย์พักอาศัยจะมีลักษณะทั้งที่เป็นบ้านพัก ตึกแถว และอพาร์ทเม้นท์ ผู้พักอาศัยมีอิสระในการเคลื่อนไหว เพราะไม่มีการล็อกประตูทางเข้าออกของที่พัก ศูนย์ที่พักนี้อยู่ภายใต้การบริหารจัดการของสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองและมีบริการด้านต่าง ๆ ในศูนย์ เช่น การจัดให้มีผู้ดูแลหรือผู้จัดการรายกรณีสำหรับแต่ละครอบครัวที่มีหน้าที่ช่วยหาวิธีการต่าง ๆ ในการอยู่ในประเทศได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย การช่วยประสานงาน ให้คำปรึกษาด้านกฎหมายและช่วยเตรียมความพร้อมให้กับครอบครัว กรณีการเดินทางกลับ อีกทั้งมีการจัดที่พักอาศัยเฉพาะสำหรับครอบครัวนั้น ๆ การแจกคูปองอาหารรายสัปดาห์เพื่อไปซื้ออาหารจากตลาดมาทำอาหารสำหรับครอบครัว การให้ความช่วยเหลือด้านกฎหมายโดยเครือข่ายนักกฎหมาย การจัดการศึกษาสำหรับเด็กที่โรงเรียนในท้องถิ่น การตรวจเยี่ยมโดยแพทย์ ฯลฯ[38]

อย่างไรก็ตาม ผู้พักอาศัยจะต้องปฏิบัติตามกฎของศูนย์พักอาศัย เช่น จะต้องนอนพักในศูนย์เท่านั้น (สามารถเดินทางออกนอกศูนย์ในระหว่างเวลา 9.00 น. - 21.00 น.) และต้องมีสมาชิก ในครอบครัวอย่างน้อยหนึ่งคนอยู่ ณ ที่พักตลอดเวลา (ยกเว้น กรณีพิเศษที่ขึ้นอยู่กับการพิจารณาของผู้ดูแล/ ผู้จัดการรายกรณี เช่น แม่เลี้ยงเดี่ยวต้องพาลูกไปโรงเรียน หรือสมาชิกทั้งครอบครัวต้องเดินทางไปทำธุระเรื่องการขอลี้ภัย หรือการเข้าร่วมพิธีทางศาสนา) และหากไม่ปฏิบัติตามกฎก็อาจจะถูกส่งตัวไปศูนย์กักตัว หากเจ้าหน้าที่ไม่สามารถใช้มาตรการทางเลือกอื่นแทนการกักตัวได้ เช่น กรณีความรุนแรงในครอบครัว หรือ การข่มขู่ผู้ดูแล ก็อาจทำให้พ่อหรือแม่คนใดคนหนึ่งต้องถูกส่งตัวไปศูนย์กักตัว แต่สำหรับเด็กที่เดินทางโดยลำพังหรือแยกจากผู้ปกครอง (Unaccompanied and separated children: UASC) ไม่ว่าจะมีสถานะเป็นผู้ขอลี้ภัยหรือผู้อพยพย้ายถิ่นจะถูกส่งตัวไปอยู่สถานแรกรับที่มีชื่อว่าศูนย์ปฐมนิเทศและสังเกตการณ์ (Orientation and

[38] กนกนิษก์ ตัณฑ์กุลรัตน์ และสุเทพ จันทร์อาพร. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 33. หน้า 67.

Observation Centre: OOC) ประมาณ 2-4 สัปดาห์ ที่ดำเนินการโดยองค์กรสาธารณประโยชน์ที่อยู่ภายใต้การกำกับของรัฐที่เรียกว่า Federal Agency for the Reception of Asylum-seekers (Fedasil)[39]

สรุปมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากคำสั่งกักตัวคนต่างด้าวของราชอาณาจักรเบลเยียม:

1) ศูนย์พักอาศัยสำหรับเด็กและครอบครัว ที่กำหนดกฎที่ผู้พักอาศัยต้องปฏิบัติตามและการบริการจัดการรายกรณีในศูนย์

2) ศูนย์รับเด็กที่เดินทางโดยลำพังหรือแยกจากผู้ปกครอง

3.2.3 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากคำสั่งกักตัวคนต่างด้าวของสหพันธรัฐมาเลเซีย

ถึงแม้ว่ากฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองของมาเลเซียจะมิได้มีการรับรองสถานะของผู้ลี้ภัย ทำให้ผู้แสวงหาที่ลี้ภัยและผู้ลี้ภัยมีสถานะการเข้าเมืองที่ผิดกฎหมาย แต่มาเลเซียก็นับได้ว่ามีความก้าวหน้าอย่างมากในการไม่จับกุมผู้แสวงหาที่ลี้ภัย หรือผู้ลี้ภัยที่ถือบัตรแสดงสถานะที่ออกโดย UNHCR โดยจะมี Bar Code ปรากฏอยู่ด้านหลังบัตร UNHCR ทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถสแกน Bar Code เพื่อตรวจสอบว่าเป็นผู้แสวงหาที่ลี้ภัยและผู้ลี้ภัยจริงหรือไม่ หากเป็นผู้แสวงหาที่ลี้ภัยและผู้ลี้ภัยก็จะไม่มีการจับกุมตัวแต่อย่างใด

สำหรับมาตรการทางเลือกแทนการกักตัวที่เป็นรูปธรรมชัดเจน คือ ความร่วมมือสามฝ่ายระหว่างภาคประชาสังคม ภาครัฐ (เจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมือง) และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติของมาเลเซีย (หรือที่เรียกว่า SUHAKAM) ในรูปแบบของคณะทำงานร่วมด้านทางเลือกแทนการกักตัวเด็ก (ATD Working Group) โดยจัดตั้งขึ้นเมื่อ พ.ศ. 2556 ต่อมาส่งผลให้เกิดเป็นโครงการนำร่องการจัดบ้านพักที่ดำเนินงานโดยองค์กรพัฒนาเอกชน เพื่อให้บริการกับเด็กที่เดินทางโดยลำพังหรือแยกจากผู้ปกครอง (Unaccompanied & Separated Children: UASC) ซึ่งครอบคลุมถึงเด็กที่เป็นผู้แสวงหาที่ลี้ภัยและผู้ลี้ภัยด้วย โครงการนี้ได้รับเงินสนับสนุนจากองค์กรพัฒนาเอกชนและองค์กร UN ในด้านที่พักและบริการต่าง ๆ เพื่อส่งเสริมสวัสดิภาพของเด็ก (เช่น อาหาร การศึกษา สุขภาพ) รวมทั้ง มีการบริหารจัดการรายกรณีสำหรับเด็กแต่ละคน (เช่น การตามหาพ่อแม่เด็ก การประเมินความต้องการเฉพาะของเด็ก การเยี่ยมบ้านเพื่อประเมินผลและติดตาม) โดยเด็กที่ถูกควบคุมตัวในสถานกักตัวจำนวน 25 คน จะได้รับการคัดกรองด้านความเปราะบางและอายุเพื่อนำเด็กที่เป็นกลุ่มเปราะบางมากที่สุดออกจากสถานกักตัวเป็นลำดับแรก จากนั้นเด็กจะได้ไปอยู่ในบ้านพักชั่วคราวแทนการกักตัว ในระหว่างที่รอการติดตามหาครอบครัวของเด็ก เพื่อส่งตัวเด็ก

---

[39] Federal Agency for the Reception of Asylum-seekers. (2023). ***Asylum procedure.*** (Online). Available: https://www.fedasil.be/en/asylum-belgium/asylum-procedure. [2023, April 16]

กลับสู่ครอบครัวของพวกเขา หรือการหาและประเมินครอบครัวอุปถัมภ์ที่เป็นคนจากชาติพันธุ์หรือมีสัญชาติเดียวกันกับเด็ก โครงการนำร่องนี้อาจมีการเพิ่มจำนวนการรับเด็กให้มากขึ้นและขยายไปยังกลุ่มเด็กและครอบครัวของเด็ก และเด็กที่ถูกจับกุมได้ ณ บริเวณชายแดน[40]

สรุปมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากคำสั่งกักตัวคนต่างด้าวของสหพันธรัฐมาเลเซีย:

1) การใช้บัตร UNHCR เพื่อยืนยันสถานการณ์ขอลี้ภัยหรือสถานภาพผู้ลี้ภัย และปล่อยให้อยู่ในชุมชนได้

2) การจัดบ้านพักชั่วคราวสำหรับเด็ก UASC

3.3 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากคำสั่งกักตัวคนต่างด้าวของราชอาณาจักรไทย

3.3.1 พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 เป็นกฎหมายหลักในการให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองทำคำสั่งทางปกครองกรณีคำสั่งกักตัวคนต่างด้าว โดยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการกักตัวคนต่างด้าวไว้ 3 กรณี[41] กล่าวคือ กรณีแรกเป็นการกักตัวเพื่อพิจารณาว่าจะตรวจอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรหรือไม่ อันเป็นการใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ ช่องทางอนุญาตให้คนต่างด้าวเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 19 วรรคหนึ่ง ความว่า “ในการตรวจและพิจารณาว่าคนต่างด้าวผู้ใดต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรหรือไม่ พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวผู้นั้นไปพักอาศัยอยู่ ณ ที่ที่เห็นสมควร โดยให้คำรับรองว่าจะมาพบพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อรับทราบคำสั่งตามวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนดก็ได้ หรือถ้าพนักงานเจ้าหน้าที่เห็นสมควรจะเรียกประกันหรือเรียกทั้งประกันและหลักประกันก็ได้ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่จะกักตัวผู้นั้นไว้ ณ สถานที่ใดตามที่เห็นเหมาะสมเพื่อดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ก็ได้” บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่กักตัวคนต่างด้าวไว้เพื่อตรวจสอบว่ามีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 12 หรือไม่ ก่อนตรวจอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักร ตามมาตรา 18 ประกอบมาตรา 35 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน การกักตัวในกรณีแรกนี้มีระยะเวลาการกักตัว

---

[40] SUHAKAM. (2023). ***Roundtable on Alternatives to Immigration Detention.*** (Online). Available: http://www.suhakam.org.my/wp-content/uploads/2013/12/Report-on-Roundtable-on-ATD-Malaysia.pdf. [2023, April 17]

[41] คำสั่งศาลอาญากรุงเทพใต้ คดีหมายเลขแดงที่ คข 4/2566.

กำหนดไว้ในมาตรา 20 คือกักตัวได้เท่าที่จำเป็นตามพฤติการณ์แห่งกรณี แต่ห้ามมิให้กักตัวไว้เกิน 48 ชั่วโมง นับแต่เวลาที่ผู้ถูกกักตัวมาถึงที่ทำการของพนักงานเจ้าหน้าที่ เว้นแต่มีเหตุจำเป็นสามารถขยายเวลาได้แต่ต้องไม่เกิน 7 วัน หากจำเป็นต้องกักตัวเกิน 7 วัน ต้องยื่นคำร้องขอต่อศาล และศาลมีอำนาจสั่งให้กักตัวไว้เท่าที่จำเป็นครั้งละไม่เกิน 12 วัน ระยะเวลากักตัวในกรณีนี้เป็นการกักตัวเพื่อพิจารณาทำคำสั่งว่าจะอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรหรือไม่เท่านั้น อันเป็นการทำคำสั่งทางปกครองของพนักงานเจ้าหน้าที่

ส่วนการกักตัวกรณีที่สองนั้นเป็นการกักตัวหลังจากปฏิเสธการเข้าเมืองแล้ว อันเป็นการต่อเนื่องจากกรณีแรกที่เกิดขึ้นก่อนคนต่างด้าวจะได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามมาตรา 18 ประกอบมาตรา 35 เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจสอบแล้วพบว่า คนต่างด้าวผู้นั้นเป็นบุคคลที่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 12 พนักงานเจ้าหน้าที่จะใช้อำนาจปฏิเสธการเข้าเมือง และกักตัวคนต่างด้าวนั้นไว้ตามมาตรา 22 โดยไม่นำระยะเวลาตามมาตรา 20 มาใช้บังคับกับการกักตัวหลังจากปฏิเสธการเข้าเมืองแล้ว เนื่องจากการกักตัวตามมาตรา 22 นั้น เป็นการกักตัวด้วยเหตุผลสองประการ ประการแรกหากคนต่างด้าวอุทธรณ์คำสั่งปฏิเสธการเข้าเมือง ก็กักตัวไว้เพื่อรอผลการพิจารณาอุทธรณ์จากนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย แต่ถ้านายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมิได้มีคำสั่งภายในเจ็ดวันนับแต่วันยื่นอุทธรณ์ กฎหมายให้ถือว่านายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีคำสั่งว่าคนต่างด้าวผู้นั้นไม่เป็นผู้ต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามมาตรา 12 อันเป็นผลให้ระยะเวลาการกักตัวสิ้นสุดลงเช่นกัน เพราะพนักงานเจ้าหน้าที่ต้องตรวจอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรด้วยผลของบทบัญญัติดังกล่าว และประการที่สองหากคนต่างด้าวไม่ได้ยื่นอุทธรณ์คัดค้านคำสั่งปฏิเสธการเข้าเมือง ก็เป็นการกักตัวไว้เพื่อรอการผลักดันออกไปนอกราชอาณาจักร เมื่อคนต่างด้าวพร้อมที่จะเดินทางออกก็ต้องส่งตัวคนต่างด้าวออกไปทันที ไม่สามารถกักตัวไว้ได้อีกต่อไป จึงไม่เอาระยะเวลาตามมาตรา 20 มาใช้บังคับกับการกักตัวกรณีนี้ แต่ให้ถือตามพฤติการณ์จริง ๆ

และการกักตัวกรณีที่สามอันเป็นกรณีสุดท้ายที่กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองให้อำนาจกักตัวได้ คือการกักตัวเพื่อรอการส่งกลับตามมาตรา 54 ซึ่งจะแตกต่างจากสองกรณีแรก เพราะสองกรณีแรกคนต่างด้าวยังไม่ได้เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักร แต่การกักตัวกรณีนี้คนต่างด้าวได้เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรแล้ว ต่อมาภายหลังปรากฏข้อเท็จจริงว่าคนต่างด้าวผู้นั้นเข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือการอนุญาตสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอน กรณีใดกรณีหนึ่งในสามกรณีนี้เท่านั้น ที่พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถใช้อำนาจการกักตัวตามมาตรา 54 ได้ โดยก่อนใช้อำนาจตามมาตรานี้ ต้องมีข้อเท็จจริงอันเป็นที่ยุติว่าคนต่างด้าวผู้นั้นเข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือการอนุญาตสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอน แล้วพนักงานเจ้าหน้าที่มีคำสั่งให้คนต่างด้าวกลับ

ออกไปนอกราชอาณาจักร และแจ้งคำสั่งให้คนต่างด้าวทราบแล้ว จึงใช้อำนาจตามมาตรา 54 วรรคสาม เพื่อกักตัวได้ตามความจำเป็น โดยไม่มีกำหนดระยะเวลา การพิจารณาว่าจะกักตัวได้ถึงเมื่อใดนั้น จะเหมือนกับการกักตัวเพื่อผลักดันภายหลังปฏิเสธการเข้าเมืองในกรณีที่สอง กล่าวคือ ถ้าคนต่างด้าวพร้อมที่จะเดินทางกลับออกไปนอกราชอาณาจักร จะต้องส่งตัวคนต่างด้าวกลับออกไปทันที ไม่สามารถกักตัวได้อีกต่อไป ส่วนการกักตัวไว้ระหว่างสอบสวนตามมาตรา 54 วรรคสองนั้น หมายถึงการสอบสวนเพื่อพิจารณาทำคำสั่งทางปกครอง คือคำสั่งให้คนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ว่าเข้าเหตุใดเหตุหนึ่งที่จะส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรหรือไม่ในสามกรณีข้างต้น ได้แก่ เข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือการอนุญาตสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอนแล้วหรือไม่เท่านั้น มิใช่การสอบสวนดำเนินคดีอาญาของพนักงานสอบสวน ตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

จากแนวคำวินิจฉัยของคำสั่งศาลอาญากรุงเทพใต้ คดีหมายเลขแดงที่ คข 4/2566 ที่วินิจฉัยถึงอำนาจการกักตัวของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองทั้ง 3 กรณีข้างต้น มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสถานที่กักตัวคนต่างด้าวไว้สองมาตราด้วยกัน คือ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 19 และมาตรา 54 ซึ่งในมาตรา 19 วรรคหนึ่ง กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวผู้นั้นไปพักอาศัยอยู่ ณ ที่ที่เห็นสมควร โดยให้คำรับรองว่าจะมาพบพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อรับทราบคำสั่งตามวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนดก็ได้ หรือถ้าพนักงานเจ้าหน้าที่เห็นสมควรจะเรียกประกันหรือเรียกทั้งประกันและหลักประกันก็ได้ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่จะกักตัวผู้นั้นไว้ ณ สถานที่ใดตามที่เห็นเหมาะสมก็ได้[42]

ส่วนมาตรา 54 ซึ่งเป็นอำนาจการกักตัวภายหลังจากมีคำสั่งให้ส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรแล้วนั้น กำหนดให้ในระหว่างรอการส่งกลับ พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจอนุญาตให้คนต่างด้าวไปพักอาศัยอยู่ ณ ที่ใด โดยคนต่างด้าวผู้นั้นต้องมาพบพนักงานเจ้าหน้าที่ตามวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนด โดยต้องมีประกันหรือมีทั้งประกันและหลักประกันก็ได้ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่จะกักตัวคนต่างด้าวผู้นั้นไว้ ณ สถานที่ใดเป็นเวลานานเท่าใดตามความจำเป็นก็ได้[43]

การกักตัวคนต่างด้าวโดยอาศัยอำนาจทั้งสองมาตรานี้ กำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายนอกเหนือจากการกักตัวไว้ในสถานกักตัวคนต่างด้าวของสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองหรือการฝากกักตัวไว้ที่สถานีตำรวจแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่อาจมีคำสั่งให้ไปพักอาศัย ณ ที่อื่นนอกจากสถานกักตัวก็ได้ แต่ในทางปฏิบัติไม่เคยใช้มาตรการนี้แทนการกักตัวในสถานกักตัวตามคำสั่งของ

---

[42] พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522. มาตรา 19.

[43] พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522. มาตรา 54.

พนักงานเจ้าหน้าที่ คงใช้มาตรการอีกกรณีหนึ่งที่กฎหมายรับรองให้นั่นคือการทำสัญญาประกันและให้วางหลักทรัพย์เป็นประกัน แต่ก็มิใช่ว่าคนต่างด้าวทุกคนที่ยื่นขอประกันจะได้รับการพิจารณาอนุญาตเสมอไป หลายกรณีที่มีการยื่นคำร้องขอประกันจากการออกคำสั่งกักตัวคนต่างด้าวแล้วไม่ได้รับการพิจารณาอนุญาตให้ประกัน จึงมายื่นคำร้องขอให้ปล่อยจากการคุมขังโดยมิชอบ[44] ซึ่งเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม อย่างไรก็ดีหากมูลเหตุอันเป็นที่มาแห่งการคุมขังนั้นเป็นการคุมขังในกรณีอื่นใดนอกเหนือไปจากคดีอาญาแล้ว ศาลยุติธรรมย่อมมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเฉพาะกรณีที่เกิดจากการกระทำที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ผู้คุมขังมีอำนาจกระทำได้ หากมีกฎหมายบัญญัติให้มีอำนาจกระ ทำได้แต่เป็นการกระทำทางปกครอง มิใช่การกระทำที่อ้างความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา การตรวจสอบการกระทำทางปกครองดังกล่าว ย่อมอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญและกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง[45]

3.3.2 คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ที่ 85/2565

สำหรับการขอประกันคนต่างด้าวที่ถูกกักตัว ปัจจุบันสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาไว้ในคำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ที่ 85/2565 เรื่อง มอบหมายการพิจารณาเกี่ยวกับการประกันคนต่างด้าวที่รอการส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 และหลักเกณฑ์การประกันตัว โดยมีสาระสำคัญในคำสั่งฉบับดังกล่าว ดังนี้

1) ผู้มีอำนาจพิจารณาให้ประกันคนต่างด้าว

ผู้บังคับการสืบสวนสอบสวน สำนักตรวจคนเข้าเมือง เป็นผู้พิจารณา “อนุญาตหรือไม่อนุญาต” การให้ประกันตัวคนต่างด้าวที่รอการส่งตัวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ที่อยู่ในความรับผิดชอบของกองกำกับการ 3 กองบังคับการสืบสวนสอบสวน สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ตามเหตุผลความจำเป็นที่ระบุในคำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ที่ 85/2565 ข้อ 2.5.1 - 2.5.4 ตลอดจนอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ต่อสัญญาประกันการริบ หรือการคืนหลักประกัน[46]

ผู้บังคับการตรวจคนเข้าเมือง 2 เป็นผู้พิจารณา “อนุญาตหรือไม่อนุญาต” การให้ประกันตัวต่างด้าวที่รอการส่งตัวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ที่อยู่ในความรับผิดชอบของด่านตรวจคนเข้าเมืองในสังกัดกองบังคับการ

---

[44] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. มาตรา 90.

[45] คำสั่งศาลอาญากรุงเทพใต้ คดีหมายเลขแดงที่ คข 4/2566.

[46] คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ที่ 85/2565 ลงวันที่ 22 เมษายน พ.ศ. 2565. ข้อ 2.1.

ตรวจคนเข้าเมือง 2 ตามเหตุผลความจำเป็นที่ระบุในคำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ที่ 85/2565 ข้อ 2.5.1 - 2.5.4 ตลอดจนการอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ต่อสัญญาประกัน การริบ หรือการคืนหลักประกัน[47]

ผู้บังคับการตรวจคนเข้าเมือง 3 - 6 เป็นผู้พิจารณา “อนุญาตหรือไม่อนุญาต” การให้ประกันตัวต่างด้าวที่รอการส่งตัวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ที่อยู่ในความรับผิดชอบของตรวจคนเข้าเมืองจังหวัดในสังกัดกองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง 3 – 6 หรือด่านตรวจคนเข้าเมืองซึ่งเป็นหน่วยงานที่ขึ้นการบังคับบัญชาต่อกองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง 3 – 6 โดยตรง แล้วแต่กรณี ตามเหตุผลความจำเป็นที่ระบุในคำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ที่ 85/2565 ข้อ 2.5.1 - 2.5.4 ตลอดจนการอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ต่อสัญญาประกัน การริบ หรือการคืนหลักประกัน[48]

นอกจากนี้ในคำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ที่ 85/2565 ยังกำหนดให้การปฏิบัติเกี่ยวกับการประกัน ให้ถือปฏิบัติตามระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดีลักษณะที่ 34 บทที่ 5 ซึ่งในระเบียบดังกล่าวกำหนดวงเงินประกันไว้สำหรับคนต่างด้าวที่เป็นบุคคลต้องห้าม ซึ่งจะต้องจัดให้มีการประกันตามมาตรา 19 และคนต่างด้าวที่เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรในฐานะคนประจำพาหนะโดยใช้เอกสารการเดินทางที่ถูกต้อง ในเมื่อมีการลด เพิ่ม หรือสับเปลี่ยนคนประจำพาหนะตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ให้เรียกค่าประกันไม่น้อยกว่า 20,000 บาท ส่วนกรณีคนต่างด้าวที่เป็นบุคคลต้องห้ามเพื่อรอการส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักรที่ต้องมีการประกันตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ให้เรียกค่าประกันไม่น้อยกว่า 50,000 บาท[49] โดยให้สารวัตรผู้มีหน้าที่รับผิดชอบเป็นผู้ลงนามในฐานะเป็นคู่สัญญากับนายประกันในสัญญาประกัน รวมทั้งมีหน้าที่ในการตรวจสอบ ควบคุม และกำกับดูแลนายประกันให้ปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญาประกันอย่างเคร่งครัด[50]

---

[47] คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ที่ 85/2565 ลงวันที่ 22 เมษายน พ.ศ. 2565. ข้อ 2.2.

[48] คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ที่ 85/2565 ลงวันที่ 22 เมษายน พ.ศ. 2565. ข้อ 2.3.

[49] ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ 34 บทที่ 5. ข้อ 1 และ ข้อ 5.

[50] คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ที่ 85/2565 ลงวันที่ 22 เมษายน พ.ศ. 2565. ข้อ 2.4.

2) หลักเกณฑ์การพิจารณาให้ประกันคนต่างด้าวจากสถานกักตัว

คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ที่ 85/2565 กำหนดให้ผู้มีอำนาจพิจารณาคำร้องขอประกัน ให้พิจารณาตามเหตุผลความจำเป็น ตามที่ระบุไว้ในข้อ 2.5.1 - 2.5.4 ของคำสั่งดังกล่าว ซึ่งเหตุผลและความจำเป็นดังกล่าวแยกพิจารณาได้เป็น 4 กรณี ดังต่อไปนี้[51]

กรณีที่ 1 การขอประกันตัวเพื่อไปติดต่อทำหนังสือเดินทาง หรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางที่สถานเอกอัครราชทูต หรือสถานกงสุล หรือกระทรวงการต่างประเทศ

กรณีที่ 2 การขอประกันตัวกรณีคนต่างด้าวที่รอการส่งกลับเป็นผู้ที่ได้รับสถานภาพเป็นผู้ลี้ภัยแล้ว และอยู่ระหว่างรอการส่งตัวไปยังประเทศที่สาม หรือกรณียังไม่ได้สถานภาพเป็นผู้ลี้ภัย แต่อยู่ระหว่างขั้นตอนการดำเนินการเพื่อขอลี้ภัยไปประเทศที่สาม โดยมีเอกสารรับรองจากหน่วยงานหรือองค์การที่เกี่ยวข้อง เช่น หนังสือรับรองของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (UNHCR) สำนักงานคาทอลิกสงเคราะห์ผู้ประสบภัยและผู้ลี้ภัย (COERR) ฯลฯ

กรณีที่ 3 การขอประกันตัวเนื่องจากเจ็บป่วยและต้องอยู่ในความดูแลของแพทย์อย่างใกล้ชิดหรือต้องรักษาตัวอย่างต่อเนื่อง หรือขอประกันตัวเนื่องจากเจ็บป่วยและเกรงว่าจะอันตรายถึงแก่ชีวิต สุขอนามัย หรือสภาพจิตใจขั้นรุนแรง เช่น เจ็บป่วยอาการทรุดหนัก มีครรภ์หรือวิกลจริต เป็นต้น โดยแพทย์ประจำโรงพยาบาลของทางราชการมีความเห็นเป็นลายลักษณ์อักษรแล้วแต่กรณี ว่าคนต่างด้าวต้องได้รับการรักษาตัวในโรงพยาบาลในฐานะผู้ป่วยในเนื่องมาจากสาเหตุการเจ็บป่วยข้างต้น หรือจำเป็นต้องอยู่ในความดูแลของแพทย์อย่างใกล้ชิด หรือจำเป็นต้องรักษาตัวอย่างต่อเนื่อง หรือเห็นว่าหากคนต่างด้าวไม่ได้รับการรักษาตัวอย่างถูกต้องตามวิธีทางการแพทย์อาจจะอันตรายถึงแก่ชีวิต สุขอนามัย หรือสภาพจิตใจขั้นรุนแรง ทั้งนี้ อาการเจ็บป่วยดังกล่าวต้องเป็นอุปสรรคต่อการเดินทาง และต้องมิใช่โรคติดต่อร้ายแรง ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อประชาชนทั่วไป

และกรณีที่ 4 การขอประกันตัวเนื่องจากมีพฤติการณ์พิเศษหรือเหตุจำเป็นอื่น หรือมีเหตุสุดวิสัยจนทำให้ไม่สามารถส่งตัวคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรได้ เช่น มีคำสั่งศาลหรือคำสั่งเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจตามกฎหมายกำหนดเงื่อนไขห้ามเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไว้ในระหว่างดำเนินคดีตามกระบวนการยุติธรรม หรือมีเหตุจลาจล ภัยสงคราม หรือภัยพิบัติต่าง ๆ ฯลฯ สำหรับกรณีมีคำสั่งศาลหรือคำสั่งเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจตามกฎหมายกำหนดเงื่อนไขห้ามเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไว้ ในระหว่างดำเนินคดีตามกระบวนการยุติธรรม หากเป็นคดีอุกฉกรรจ์สะเทือนขวัญ หรือเป็นคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกิน 3 ปี หรือเป็นคดีที่อยู่ใน

---

[51] คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ที่ 85/2565 ลงวันที่ 22 เมษายน พ.ศ. 2565. ข้อ 2.5.1 - 2.5.4.

ความสนใจของประชาชน ให้กำหนดวงเงินประกันไม่น้อยกว่า 100,000 บาท โดยให้นำพฤติการณ์การกระทำความผิด และความเสียหายที่เกิดขึ้นมาประกอบการพิจารณากำหนดวงเงินประกัน

3) กรอบระยะเวลาการอนุญาตหรือเงื่อนไขการประกันตัวคนต่างด้าว

ในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติมิได้กำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขในการอนุญาตให้ประกันคนต่างด้าวจากสถานกักตัวเอาไว้ แต่ในคำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ที่ 85/2565 ซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ตราขึ้นโดยสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองซึ่งเป็นฝ่ายปกครองเอง ได้กำหนดระยะเวลาการอนุญาตและเงื่อนไขไว้ ดังต่อไปนี้[52]

1. การอนุญาตให้ประกันตามเหตุผลในกรณีที่ 1 ข้างต้น ให้พิจารณาตามเหตุผลความจำเป็น เป็นกรณีเฉพาะราย โดยให้อนุญาตได้ครั้งเดียวไม่เกิน 15 วัน หากมีเหตุผลความจำเป็นต้องดำเนินการต่อเนื่องให้พิจารณาเป็นคราว ๆ ไป

2. การอนุญาตให้ประกันตามเหตุผลในกรณีที่ 2 ข้างต้น ให้พิจารณาตามเหตุผลความจำเป็น ประกอบเอกสารหลักฐานจากหน่วยงานหรือองค์กรที่เกี่ยวข้อง โดยอนุญาตได้ไม่เกินครั้งละ 15 วัน

3. การอนุญาตให้ประกันตามเหตุผลในกรณีที่ 3 ข้างต้น หากเป็นกรณีเจ็บป่วยและต้องอยู่ในความดูแลของแพทย์อย่างใกล้ชิดหรือต้องรักษาตัวอย่างต่อเนื่อง ให้พิจารณาตามความเห็นที่เป็นลายลักษณ์อักษรของแพทย์ประจำโรงพยาบาลของทางราชการ ผู้ซึ่งวินิจฉัยในครั้งแรกว่าคนต่างด้าวผู้นั้นต้องได้รับการรักษาตัวในโรงพยาบาล หรืออยู่ในความดูแลของแพทย์เป็นเวลาเท่าใด หรือจำเป็นต้องรักษาตัวต่อเนื่องเพราะเหตุใด หากเป็นกรณีเจ็บป่วยและเกรงว่าจะอันตรายถึงแก่ชีวิต สุขอนามัย หรือสภาพจิตใจขั้นรุนแรง ให้พิจารณาตามความเห็นที่เป็นลายลักษณ์อักษรของแพทย์ประจำโรงพยาบาลของทางราชการ ผู้ตรวจและวินิจฉัยอาการคนต่างด้าวนั้นว่า หากไม่ได้รับการรักษาตัวอย่างถูกต้องตามวิธีการทางการแพทย์จะทำให้อันตรายถึงแก่ชีวิต สุขอนามัย หรือสภาพจิตใจอย่างรุนแรงเพราะเหตุใด อย่างไร แต่ทั้งนี้ให้อนุญาตได้ไม่เกินครั้งละ 30 วัน

4. การอนุญาตให้ประกันตามเหตุผลในกรณีที่ 4 ข้างต้นให้พิจารณาตามเหตุผลความจำเป็นแห่งพฤติการณ์พิเศษหรือเหตุผลความจำเป็นอื่น หรือเหตุสุดวิสัยที่ทำให้ไม่สามารถส่งตัวคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรได้ โดยให้อนุญาตได้ไม่เกินครั้งละ 30 วัน แต่ทั้งนี้ต้องไม่ใช่กรณีที่คนต่างด้าวใช้เป็นช่องทางที่จะประวิงเวลาไม่กลับออกไปนอกราชอาณาจักร

---

[52] คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ที่ 85/2565 ลงวันที่ 22 เมษายน พ.ศ. 2565. ข้อ 2.6.

5. การอนุญาตให้ประกันด้วยเหตุผลอื่นนอกเหนือจาก 4 กรณีข้างต้น รวมถึงการอนุญาตให้ประกันด้วยเหตุผลใน 4 กรณีข้างต้นนั้น ซึ่งกำหนดระยะเวลาอนุญาตเกินกว่าครั้งละ 15 วัน หรือ 30 วัน แล้วแต่กรณี ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาให้ประกันคนต่างด้าว เสนอเรื่องตามลำดับชั้นถึงรองผู้บัญชาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ที่ได้รับมอบหมายให้รับผิดชอบกำกับบริหารราชการกองบังคับการสืบสวนสอบสวน หรือกองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง 2 - 6 แล้วแต่กรณี เป็นผู้พิจารณาสั่งการแทนผู้บัญชาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ทั้งนี้ จะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงผลที่อาจจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ประกอบกับข้อมูลและเหตุผลความจำเป็นตามที่อ้างขอประกันตัวเพื่อพิจารณาเป็นกรณีพิเศษเฉพาะราย โดยคำสั่งรองผู้บัญชาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองข้างต้นให้เป็นที่สุด

6. กรณีคนต่างด้าวผู้ขอรับการประกันตัวเป็นผู้เคยได้รับโทษตามคำพิพากษาของศาลไทยตามกฎหมายว่าด้วยยาเสพติดให้โทษ กฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดอื่นใดที่เป็นที่สนใจของประชาชน หรือเป็นผู้ต้องกักสำคัญ ผู้ต้องกักที่ถูกอายัดตัว ไม่อยู่ในหลักเกณฑ์การพิจารณาอนุญาตให้ประกันตามคำสั่งนี้

7. การอนุญาตให้ประกันคนต่างด้าว ให้กำหนดเงื่อนไขดังนี้

(1) คนต่างด้าวยินยอมมอบหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางให้พนักงานเจ้าหน้าที่เก็บรักษาไว้ พร้อมทั้งแจ้งหมายเลขโทรศัพท์ ที่อยู่ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-mail address) และชื่อบัญชีแอปพลิเคชันไลน์ (Line ID) (ถ้ามี)

(2) มารายงานตัวกับพนักงานเจ้าหน้าที่คู่สัญญาทุกระยะเวลา 15 วัน ตามวันและเวลาที่พนักงานเจ้าหน้าที่กำหนด ณ ที่ทำการของกองกำกับการ 3 กองบังคับการสืบสวนสอบสวน สำนักตรวจคนเข้าเมือง หรือที่ทำการของด่านตรวจคนเข้าเมืองในสังกัดกองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง 2 หรือที่ทำการของตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมืองในสังกัดกองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง 3 - 6 ที่คนต่างด้าวยื่นเรื่องขอประกันตัวเท่านั้น

(3) ต้องพักอาศัยอยู่ ณ สถานที่ตามที่ได้แจ้งไว้และพนักงานเจ้าหน้าที่อนุญาตตามที่ระบุในสัญญาประกันเท่านั้น เนื่องจากคนต่างด้าวผู้ได้รับการประกันตัวไม่มีสิทธิอยู่ในราชอาณาจักร การได้รับอนุญาตให้ประกันจะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมตามอำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ เพื่อส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักรตามมาตรา 54 และมาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

(4) หากจะเดินทางออกไปนอกราชอาณาจักร จะต้องมารายงานตัวต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เพื่อให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร

(5) คนต่างด้าวต้องทำสัญญาข้อตกลงและเงื่อนไขการประกันตัวตามผนวก ก แนบท้ายคำสั่งนี้

ทั้งนี้ให้แจ้งคำสั่งพิจารณาคำร้องขอประกัน และเงื่อนไขการอนุญาตให้ประกันตามผนวก ข แนบท้ายคำสั่งนี้ ให้คนต่างด้าวผู้ได้รับการประกัน และนายประกันลงลายมือชื่อรับทราบแล้วแนบเอกสารตามผนวก ก และผนวก ข ไว้ในสัญญาประกัน

หากไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไข ตาม (2) (3) หรือ (4) ถือว่าผิดสัญญาประกันและถือว่าคนต่างด้าวผู้ได้รับการประกันหลบหนีจากการการควบคุมตามอำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่มีความผิดตามมาตรา 72[53] แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 เนื่องจากคนต่างด้าวที่ได้รับประกันตัวมีสถานะเป็นผู้ต้องกัก เพื่อรอการส่งกลับออกนอกราชอาณาจักร ตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 และริบหลักทรัพย์การประกันตัว นอกจากนี้การผิดสัญญาประกัน ให้รวมถึงกรณีนายประกันหรือคนต่างด้าวไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญาประกันข้อใดข้อหนึ่งด้วย

นอกจากนี้คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ที่ 85/2565 ยังระบุถึงกรณีคนต่างด้าวที่ได้รับการประกันไม่พักอาศัยตามที่อยู่ที่ได้แจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามที่ระบุในสัญญาประกัน หรือไม่สามารถเดินทางมารายงานตัวต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกำหนดนัด จะอนุโลมผ่อนผันให้เฉพาะกรณีคนต่างด้าวนั้นเจ็บป่วยจนต้องเข้ารับการรักษาตัวเป็นผู้ป่วยในของโรงพยาบาล โดยคนต่างด้าวต้องให้นายประกันหรือผู้แทนนำใบรับรองของแพทย์ ซึ่งยืนยันว่าได้รับตัวคนต่างด้าวนั้นเพื่อให้การรักษาพยาบาล หรือคนต่างด้าวยังคงรักษาตัวอยู่ในโรงพยาบาลจริง มาแสดงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่คู่สัญญาในวันกำหนดนัดรายงานตัว หรือหากเป็นกรณีขอต่อสัญญาประกัน ให้นำมาแสดงตัวก่อนวันครบกำหนดในสัญญาประกันอย่างน้อย 3 วันทำการของราชการแล้วแต่กรณี[54]

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่า แม้สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองจะวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกันคนต่างด้าวเอาไว้ แต่การจะพิจารณาอนุญาตหรือไม่เป็นดุลพินิจของพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามที่กล่าวถึงข้างต้น ซึ่งหากไม่อนุญาตแล้วไม่สามารถอุทธรณ์หรือคัดค้านไปยังศาลได้โดยทันที ดังเช่นคำร้องขอปล่อยชั่วคราวในคดีอาญาที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล

---

[53] พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522. มาตรา 72 บัญญัติว่า “คนต่างด้าวผู้ใดหลบหนีไปจากพาหนะหรือหลบหนีไปในระหว่างส่งตัวไปยังสถานที่ใด ๆ ที่พนักงานเจ้าหน้าที่ได้สั่งให้เจ้าของพาหนะหรือผู้ควบคุมพาหนะควบคุมตัวไว้ หรือให้ส่งตัวไปตามมาตรา 29 หรือหลบหนีไปในระหว่างที่ถูกกักตัวหรือควบคุมตามอำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

[54] คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ที่ 85/2565 ลงวันที่ 22 เมษายน พ.ศ. 2565. ข้อ 2.7.

เช่นเดียวกัน กฎหมายกำหนดว่าเมื่อได้รับคำร้องให้ปล่อยชั่วคราว ให้เจ้าพนักงานหรือศาลรีบสั่งอย่างรวดเร็ว[55] และเมื่อศาลมีคำสั่งให้ปล่อยชั่วคราวให้ผู้เกี่ยวข้องดำเนินการตามคำสั่งดังกล่าวโดยทันที[56] นอกจากนี้ในกรณีที่ศาลสั่งไม่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราว ผู้ร้องขอมีสิทธิยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งนั้นต่อศาลสูงได้โดยทันที[57] และกฎหมายยังกำหนดให้ศาลชั้นต้นที่รับคำร้องอุทธรณ์คำสั่งรีบส่งคำร้องดังกล่าวพร้อมด้วยสำนวนความ หรือสำเนาสำนวนความเท่าที่จำเป็นไปยังศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกา แล้วแต่กรณี เพื่อพิจารณาและมีคำสั่งโดยเร็ว[58] ทำให้การพิจารณาเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นไปด้วยความรวดเร็ว แต่กรณีการไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกันจากสถานกักตัว แม้จะเป็นเรื่องที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเช่นเดียวกัน แต่คำสั่งดังกล่าวถือเป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งจะต้องยื่นอุทธรณ์คำสั่งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่คนต่างด้าวหรือนายประกันได้รับแจ้งคำสั่ง[59] เนื่องจากในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นฐานที่มาแห่งอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองนี้ไม่ได้ระบุเรื่องการยื่นอุทธรณ์ไว้โดยเฉพาะ เมื่อยื่นอุทธรณ์คำสั่งไม่อนุญาตให้ประกันแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งจะพิจารณาคำอุทธรณ์และแจ้งผู้อุทธรณ์โดยไม่ชักช้า แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์[60] หากพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ก็ให้เร่งรายงานความเห็นพร้อมเหตุผลไปยังผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ภายในกำหนดเวลาดังกล่าว จากนั้นผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์จึงจะพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ตนได้รับรายงาน ถ้ามีเหตุจำเป็นไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าว ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์มีหนังสือแจ้งให้ผู้อุทธรณ์ทราบก่อนครบกำหนดเวลาดังกล่าว และสามารถขยายระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ออกไปได้ไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ครบกำหนดเวลาดังกล่าว[61] ซึ่งเป็นระยะเวลาที่ยาวนานมาก กว่าคนต่างด้าวหรือนายประกันจะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้พิจารณาคำสั่งไม่อนุญาตให้ประกันคนต่างด้าวจากสถานกักตัว อันเป็นปัญหาในทางปฏิบัติที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของคนต่างด้าวผู้ถูกกักตัว ทั้งเมื่อคดีขึ้นสู่ศาลปกครองก็ต้องพิจารณาอย่างคดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองคดี

---

[55] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. มาตรา 107 วรรคหนึ่ง.

[56] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. มาตรา 107 วรรคสอง.

[57] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. มาตรา 119 ทวิ วรรคหนึ่ง.

[58] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. มาตรา 119 ทวิ วรรคสอง.

[59] พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 44.

[60] พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 45 วรรคหนึ่ง.

[61] พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 45 วรรคสอง.

อื่น ๆ ซึ่งมีระยะเวลาค่อนข้างนานตามที่กล่าวไว้ในบทที่ 1 ของสารนิพนธ์ฉบับนี้ อันเป็นปัญหาสำคัญเรื่องหนึ่งที่นำมาสู่การศึกษาวิจัยครั้งนี้

3.3.3 คำสั่งกองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง 2 ที่ 107/2563

ผู้วิจัยได้ศึกษาค้นคว้าเพิ่มเติมพบว่า หลักเกณฑ์การประกันคนต่างด้าวนอกจากที่ระบุไว้ในคำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ที่ 85/2565 ลงวันที่ 22 เมษายน พ.ศ. 2565 แล้ว ยังมีหลักเกณฑ์การประกันคนประจำพาหนะเรือที่เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร ตามคำสั่งกองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง 2 ที่ 107/2563 เรื่อง กำหนดวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการประกันคนประจำพาหนะเรือที่เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร ทางด่านตรวจคนเข้าเมืองท่าอากาศยานในสังกัดกองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง 2 โดยมีรายละเอียดที่เป็นสาระสำคัญดังต่อไปนี้

1) เอกสารหลักฐานในการยื่นขอประกัน

คำสั่งกองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง 2 ที่ 107/2563 กำหนดให้ใช้เอกสารเหล่านี้ในการขอประกัน คือ

(1) หนังสือบริษัทตัวแทนเรือ ขอประกันคนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อเป็นคนประจำพาหนะเรือ

(2) บันทึกข้อความ เรื่อง ตรวจสอบหลักทรัพย์

(3) สัญญาประกันติดอากรแสตมป์ 10 บาท (แบบ ตม.21ข.)

(4) หนังสือเรื่อง จำหน่ายสัญญาประกันหรือคืนหลักทรัพย์ (แบบ ตม.32)

(5) หลักทรัพย์ค้ำประกัน (หนังสือสัญญาค้ำประกันของธนาคาร หรือเงินสด)

(6) หนังสือมอบอำนาจ (อายุ 1 ปี) ติดอากรแสตมป์ 30 บาท ผู้มอบอำนาจ ผู้รับมอบอำนาจและพยานลงนามพร้อมแนบสำเนาบัตรประจำตัวประชาชน และหลักฐานอื่น ๆ ได้แก่ หลักฐานการจดทะเบียนนิติบุคคลบริคณห์สนธิ (นายทะเบียนรับรองไม่เกิน 6 เดือน), สำเนา ภ.ง.ด. 50 ปีล่าสุดพร้อมสำเนาใบเสร็จ, สำเนาแบบ ภ.พ.20 และกรณีกรรมการต่างชาติที่เป็นผู้มีอำนาจลงนามของบริษัทตัวแทนเรือ ต้องมีสำเนาเอกสารหนังสือเดินทาง (Passport), การตรวจลงตรา (Visa) และใบอนุญาตทำงาน (Work permit)

(7) บันทึกสั่งตรวจคนประจำพาหนะเรือเดินทางออกนอกราชอาณาจักรพร้อมสำเนา[62]

2) การตรวจสอบเอกสารหลักฐานและหลักทรัพย์ค้ำประกัน

คำสั่งกองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง 2 ที่ 107/2563 กำหนดให้ฝ่ายพิธีการเข้าเมืองด่านตรวจคนเข้าเมืองท่าอากาศยานสุวรรณภูมิ หรืองานพิธีการเข้าเมืองของด่านตรวจคนเข้าเมืองท่าอากาศยานในสังกัดกองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง 2 ทำการตรวจสอบเอกสารหลักฐานการยื่น

---

[62] คำสั่งกองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง 2 ที่ 107/2563 ลงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2563. ข้อ 2.1.

ขอประกันให้ครบถ้วนถูกต้องโดยละเอียดและรอบคอบ ในกรณีที่มีปัญหาให้รายงานผู้บังคับบัญชาตามลำดับชั้นโดยเร็ว สำหรับหลักทรัพย์ค้ำประกันให้ทำการตรวจสอบ ดังนี้

(1) กรณีประกันโดยใช้หนังสือสัญญาค้ำประกันของธนาคารที่ระบุชื่อลูกประกันซึ่งใช้ได้เฉพาะราย (กำหนดอายุ 1 ปี) ให้ทำการตรวจสอบทางโทรศัพท์กับธนาคารที่ออกหนังสือสัญญาค้ำประกัน ว่าได้ออกหนังสือสัญญาค้ำประกันให้แก่บริษัทตัวแทนเรือดังกล่าวจริงหรือไม่ โดยให้บันทึกชื่อเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจสอบกับชื่อเจ้าหน้าที่ของธนาคารให้อ่านออก และบันทึกผลการตรวจสอบไว้ด้านหลังหนังสือสัญญาค้ำประกันเพื่อไว้เป็นหลักฐาน

(2) กรณีประกันโดยใช้หนังสือสัญญาค้ำประกันของธนาคารที่ไม่ระบุชื่อลูกประกันและมีวงเงินค้ำประกันเป็นจำนวนมาก สามารถใช้ค้ำประกันได้หลายครั้ง (กำหนดอายุ 3 ปี) ให้ทำหนังสือสอบถามเป็นลายลักษณ์อักษรไปยังธนาคารที่ออกหนังสือสัญญาค้ำประกัน ว่าได้ออกหนังสือสัญญาค้ำประกันให้แก่บริษัทตัวแทนเรือดังกล่าวจริงหรือไม่ เมื่อได้รับหนังสือตอบยืนยันจากธนาคารแล้ว ให้เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบประมวลเรื่องเสนอผู้กำกับการฝ่ายพิธีการเข้าเมืองหรือหัวหน้าด่านตรวจคนเข้าเมืองท่าอากาศยานในสังกัดกองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง 2 แล้วแต่กรณี เพื่อพิจารณาอนุมัติให้บริษัทตัวแทนเรือวางหนังสือสัญญาค้ำประกันของธนาคารดังกล่าวสำหรับใช้เป็นหลักทรัพย์ค้ำประกันได้หลายครั้งตามวงเงิน ทั้งนี้ ให้มอบหมายเจ้าหน้าที่รับผิดชอบบัญชีควบคุมหลักทรัพย์และคนประจำพาหนะเรือที่ขอประกันเพื่อหักลบยอดเงินคงเหลือแต่ละราย และเก็บไว้เป็นหลักฐานในการตรวจสอบและดำเนินการครั้งต่อไป

(3) กรณีประกันโดยใช้เงินสด ให้สารวัตรฝ่ายพิธีการเข้าเมือง, สารวัตร, รองสารวัตรผู้รับผิดชอบงานพิธีการเข้าเมืองของด่านตรวจคนเข้าเมืองท่าอากาศยานในสังกัดกองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง 2 แล้วแต่กรณี ออกใบเสร็จรับเงินให้นายประกัน แล้วทำบันทึกนำส่งเงินสดพร้อมสำเนาใบเสร็จรับเงิน (สีชมพู) ส่งให้ฝ่ายอำนวยการ (งานการเงิน) กองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง 2 หรือตรวจคนเข้าเมืองจังหวัดที่อากาศยานตั้งอยู่ แล้วแต่กรณี ภายในวันที่ได้รับเงินก่อนเวลา 15.30 นาฬิกา ของวันทำการซึ่งเป็นเวลาปิดบัญชี หากนำส่งไม่ทันเวลาปิดบัญชีดังกล่าวให้นำฝากเข้าบัญชีธนาคารที่ฝ่ายอำนวยการ (งานการเงิน) กองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง 2 หรือตรวจคนเข้าเมืองจังหวัดที่ท่าอากาศยานตั้งอยู่ได้กำหนดไว้ แล้วทำบันทึกนำส่งเงินสดพร้อมสำเนาใบเสร็จรับเงิน (สีชมพู) ส่งในวันถัดไป

เมื่อฝ่ายพิธีการเข้าเมือง หรืองานพิธีการเข้าเมือง ของด่านตรวจคนเข้าเมืองท่าอากาศยานในสังกัดกองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง 2 อนุมัติให้บริษัทตัวแทนเรือวางหนังสือสัญญาค้ำประกันหรือประกันโดยใช้เงินสดแล้ว ให้เก็บรักษาหนังสือสัญญาค้ำประกันต้นฉบับไว้สำหรับเอกสารที่เกี่ยวข้อง ให้ส่งฝ่ายพิธีการเข้าเมือง หรืองานพิธีการเข้าเมืองของด่านตรวจคน

เข้าเมืองท่าอากาศยานในสังกัดกองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง 2 แล้วแต่กรณี เพื่อดำเนินการตรวจคนประจำพาหนะเรือที่เดินทางเข้ามาต่อไป[63]

3) วิธีการตรวจคนประจำพาหนะเรือ

คำสั่งกองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง 2 ที่ 107/2563 ระบุว่าเมื่อคนประจำพาหนะเรือเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรทางด่านตรวจคนเข้าเมืองท่าอากาศยานในสังกัดกองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง 2 ให้สารวัตรฝ่ายพิธีการเข้าเมือง, สารวัตรหรือรองสารวัตรผู้รับผิดชอบงานพิธีการเข้าเมืองของด่านตรวจคนเข้าเมืองท่าอากาศยาน ในสังกัดกองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง 2 แล้วแต่กรณี ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในวันที่คนประจำพาหนะเรือที่เดินทางเข้ามานั้น ดำเนินการดังนี้

(1) ตรวจสอบความถูกต้องของเอกสาร SEAMAN'S DISCHARGE BOOK กับเอกสารที่บริษัทหรือตัวแทนเรือได้ยื่นไว้ล่วงหน้าตามข้อ 2.1 เมื่อเห็นว่าถูกต้องสมควรให้ประกันก็อนุญาตประกันและดำเนินการตรวจอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักร ดังนี้

(1.1) ประทับตราอนุญาตและหมายเหตุเที่ยวบิน พร้อมลงลายมือชื่อกำกับการตรวจไว้ในเอกสาร 3 รายการ ดังนี้

(1.1.1) หนังสือเดินทาง (PASSPORT)

(1.1.2) บัตร ตม.6 ขาเข้า

(1.1.3) บันทึกสั่งตรวจคนประจำพาหนะเรือเดินทางออกนอกราชอาณาจักร พร้อมสำเนา

(1.2) การประทับตราอนุญาตคนประจำพาหนะเรือที่ได้รับประกันให้อยู่ในราชอาณาจักรกรณีสัญชาติจีนอนุญาตให้อยู่ 48 ชั่วโมง สำหรับสัญชาติอื่น ๆ อนุญาตให้อยู่ 15 วัน โดยสัญชาติจีนต้องไปรายงานตัวเพื่อเพิ่มเป็นคนประจำพาหนะเรือภายใน 48 ชั่วโมง และสัญชาติอื่น ๆ ภายใน 7 วัน

(1.3) ให้คนประจำพาหนะเรือลงลายมือชื่อในบันทึกสั่งตรวจและสำเนาตามข้อ (1.1.3) ในช่องต้นทาง

(1.4) ให้หมายเหตุจำนวนคนประจำพาหนะเรือกับลงลายมือชื่อเจ้าหน้าที่กำกับไว้ในบันทึกสั่งตรวจในช่องลำดับรายการสุดท้าย

(1.5) ให้เย็บบัตร ตม.6 ขาออก ไว้ในเอกสารหนังสือเดินทาง (PASSPORT)[64]

แม้คำสั่งกองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง 2 ที่ 107/2563 ที่กล่าวถึงข้างต้นจะเกี่ยวข้องกับการวางหลักประกันของคนต่างด้าว แต่ผู้วิจัยมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า คำสั่งนี้ใช้เฉพาะกับ

---

[63] คำสั่งกองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง 2 ที่ 107/2563 ลงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2563. ข้อ 2.2.

[64] คำสั่งกองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง 2 ที่ 107/2563 ลงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2563. ข้อ 3.1.

คนประจำพาหนะเรือ (ผู้ที่จะเดินทางเข้ามาเป็นลูกเรือ) เท่านั้น ไม่รวมถึงคนต่างด้าวที่ตกเป็นผู้ต้องกักเพื่อรอส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 ที่มีสิทธิเพียงถูกกักตัวหรือยื่นประกันตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในคำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 85/2565 ที่กล่าวไว้แล้วข้างต้นเท่านั้น มิได้มีสิทธิที่จะยื่นประกันโดยวางหลักทรัพย์เป็นหนังสือค้ำประกันดังเช่นของคนประจำพาหนะเรือ นอกจากนี้คำสั่งกองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง 2 ที่ 107/2563 ยังใช้บังคับเฉพาะภายในด่านตรวจคนเข้าเมืองที่สังกัดกองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง 2 ซึ่งปัจจุบันขณะที่กำลังศึกษาวิจัยเรื่องนี้ มีด่านตรวจคนเข้าเมืองในสังกัดคือท่าอากาศยานนานาชาติหลัก ๆ ของประเทศไทย ได้แก่ ท่าอากาศยานสุวรรณภูมิ ท่าอากาศยานดอนเมือง ท่าอากาศยานภูเก็ต ท่าอากาศยานเชียงใหม่ และท่าอากาศยานหาดใหญ่ เท่านั้น มิได้ใช้บังคับกับด่านตรวจคนเข้าเมืองทั้งประเทศ โดยการประกันคนประจำพาหนะเรือที่เป็นคนต่างด้าวนี้ เกี่ยวข้องกับเรื่องการเพิ่ม ลด หรือเปลี่ยนคนประจำพาหนะ ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ในกรณีที่คนประจำพาหนะจะไม่กลับออกไปนอกราชอาณาจักรเป็นคนต่างด้าว (เช่นคนประจำพาหนะเรือที่เข้ามาทางท่าอากาศยานแต่กลับออกไปทางเรือ) ให้เจ้าของพาหนะหรือผู้ควบคุมพาหนะ นำบุคคลผู้นั้นไปมอบแก่พนักงานเจ้าหน้าที่โดยมิชักช้า[65] จึงต้องมีการกำหนดให้วางประกันเพื่อป้องกันการไม่กลับออกไปนอกราชอาณาจักร เนื่องจากเดิมสิทธิของการอยู่ในราชอาณาจักรของคนต่างด้าวกลุ่มนี้ผูกติดกับพาหนะที่เข้ามา เมื่อพาหนะกลับออกไปจึงต้องออกไปพร้อมพาหนะ หากจะออกไปพร้อมกับพาหนะอื่นจึงต้องมีหลักประกันว่าจะออกไปจริง ทำให้สิทธิของคนต่างด้าวกลุ่มนี้ได้รับการพิจารณาให้ประกันแทบทุกราย ต่างจากคนต่างด้าวที่เป็นผู้ต้องกักที่อาจไม่ได้รับการพิจารณาให้ประกัน แม้จะมีวัตถุประสงค์ของกฎหมายเช่นเดียวกันคือเพื่อให้คนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร แต่การปฏิบัติกลับแตกต่างจนนำมาสู่การร้องขอให้ปล่อยจากการคุมขังโดยมิชอบ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 90 ซึ่งจะกล่าวถึงในลำดับถัดไป

3.3.4 คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 89/2562

หลักเกณฑ์ที่กล่าวถึงในคำสั่งทั้งสองฉบับข้างต้น เป็นหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตให้ประกันคนต่างด้าว ซึ่งหากไม่ได้รับอนุญาตให้ประกันแล้วคนต่างด้าวต้องถูกนำตัวไปกักตัว ณ สถานกักตัวคนต่างด้าว ซึ่งปัจจุบันขณะศึกษาวิจัยและจัดทำสารนิพนธ์ฉบับนี้มีคำสั่งที่เกี่ยวข้องคือ คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 89/2562 เรื่อง กำหนดแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการรับตัว การควบคุมตัว และดูแลคนต่างด้าว สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง โดยมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

---

[65] พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522. มาตรา 28.

1) คำนิยามในคำสั่งนี้[66]

คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 89/2562 กำหนดคำนิยามเพื่อความสะดวกในการบริหารจัดการผู้ต้องกัก และตีความคำสั่ง โดยแบ่งคำนิยามไว้ คือ :

คนต่างด้าว หมายความถึง คนต่างด้าวดังต่อไปนี้

(1) คนต่างด้าวที่เข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือการอนุญาตนั้นสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอนแล้ว ซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่ได้กักตัวไว้ เพื่อรอการส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

(2) คนต่างด้าวที่มีลักษณะต้องห้าม ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

(3) คนต่างด้าวที่อยู่ระหว่างการพิจารณา ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

(4) คนต่างด้าวที่อพยพเข้ามาในประเทศไทยและอาศัยอยู่เป็นเวลานาน ไม่มีสถานะทางทะเบียนแต่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นกรณีพิเศษตามประกาศกระทรวงมหาดไทย เช่น เวียดนามอพยพ ลาวอพยพ ผู้อพยพเชื้อสายไทยจากจังหวัดเกาะกง กัมพูชา ผู้พลัดถิ่นสัญชาติพม่าเชื้อสายไทย จีนฮ่อคนบนพื้นที่สูง เป็นต้น

ผู้ต้องกัก หมายความถึง คนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือการอนุญาตนั้นสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอนแล้ว ซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่ได้กักตัวไว้ เพื่อรอการส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

เด็ก หมายถึง บุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี

สถานกักตัวคนต่างด้าว หมายถึง สถานที่ที่จัดไว้สำหรับกักตัวผู้ต้องกักในความรับผิดชอบของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง

พนักงานเจ้าหน้าที่ หมายถึง เจ้าหน้าที่ตำรวจที่ดำรงตำแหน่งในสังกัดสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง และหมายความรวมถึงผู้ซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งเพื่อปฏิบัติการตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง

2) แนวทางการรับตัวและการปฏิบัติเกี่ยวกับคนต่างด้าว[67]

1. คนต่างด้าว ตามคำนิยาม (1)

(1.1) ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ ที่รับตัวคนต่างด้าว ตรวจสอบชื่อ ชื่อสกุล อายุ สัญชาติ ของคนต่างด้าวกับหนังสือนำส่ง และหนังสือเดินทางหรือสำเนาหนังสือเดินทาง (ถ้ามี) และเอกสารอื่น เพื่อยันยันบุคคลให้ถูกต้องตรงกันทุกรายทุกครั้งก่อนรับตัว

---

[66] คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 89/2562 ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2562. ข้อ ก.

[67] คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 89/2562 ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2562. ข้อ ข.

(1.2) ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ ที่รับตัวคนต่างด้าว ตรวจสอบสถานภาพการอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรของคนต่างด้าว ดังนี้

(1.2.1) คนต่างด้าวเดินทางเข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือการอนุญาตสิ้นสุด ถ้ายังไม่ถูกดำเนินคดีในความผิดดังกล่าวให้หน่วยงานที่ส่งตัวคนต่างด้าวดำเนินคดีกับคนต่างด้าวในความผิดนั้น ๆ ให้เสร็จสิ้นก่อน แล้วจึงรับคนต่างด้าวนั้นในฐานะผู้ต้องกักเพื่อรอการส่งกลับออกนอกราชอาณาจักร

(1.2.2) กรณีคนต่างด้าวที่การอนุญาตสิ้นสุดในระหว่างการถูกควบคุมตัว ถูกคุมขัง ถูกกักขัง ซึ่งมิใช่เป็นความผิดของคนต่างด้าว ให้รับคนต่างด้าวนั้นในฐานะผู้ต้องกักเพื่อรอการส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร

(1.2.3) กรณีคนต่างด้าวสัญชาติเมียนมา ลาว หรือกัมพูชา ซึ่งกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ฐาน “เป็นคนต่างด้าวเดินทางเข้ามาและอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต” ให้ดำเนินการผลักดันออกนอกราชอาณาจักรโดยไม่ต้องดำเนินคดี ตามหนังสือสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่ 0022.122/1670 ลงวันที่ 11 ธันวาคม 2541 ซึ่งออกตามประกาศกระทรวงมหาดไทย (ฉบับที่ 11) ลงวันที่ 2 มิถุนายน 2562 ให้รับคนต่างด้าวนั้นในฐานะผู้ต้องกักเพื่อรอการส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร

(1.2.4) คนต่างด้าวเดินทางเข้ามาและอยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวและการอนุญาตยังไม่สิ้นสุด ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ ที่รับตัวคนต่างด้าวพิจารณาว่าเป็นกรณีที่เข้าลักษณะต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักร หรือสมควรเพิกถอนการอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรหรือไม่ ถ้าเข้าลักษณะต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักร หรือพฤติการณ์สมควรเพิกถอนการอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง ให้ประมวลเรื่องเสนอเพิกถอนการอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรต่อผู้บังคับบัญชาโดยด่วน และให้คนต่างด้าวลงลายมือชื่อรับทราบคำสั่งในหนังสือแจ้งการเพิกถอนการอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักร (แบบ ตม. 83) ให้เรียบร้อยพร้อมลงประจำวันไว้เป็นหลักฐาน แต่หากการอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรของคนต่างด้าวยังไม่สิ้นสุด และไม่เข้าลักษณะต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักร หรือสมควรเพิกถอนการอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักร ให้ประมวลเรื่องขอปล่อยตัวตามสิทธิเสนอผู้บังคับบัญชาพิจารณาโดยด่วน

(1.2.5) คนต่างด้าวเดินทางเข้ามาและอยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวและการอนุญาตถูกเพิกถอน ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ ที่รับตัวคนต่างด้าว ตรวจสอบชื่อ ชื่อสกุล อายุ สัญชาติ ของคนต่างด้าว ในหนังสือนำส่ง หนังสือเดินทางหรือสำเนาหนังสือเดินทาง (ถ้ามี) และ

เอกสารอื่น เพื่อยืนยันบุคคลให้ถูกต้องตรงกัน รวมถึงหนังสือแจ้งการเพิกถอนการอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักร (แบบ ตม.83) ให้เรียบร้อย

(1.3) ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ ที่รับตัวคนต่างด้าว พิจารณาว่าคนต่างด้าวตามคำนิยาม (1) เป็นผู้ต้องกักเพื่อรอการส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

2. คนต่างด้าว ตามคำนิยาม (2)

(2.1) ให้ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง ที่ตรวจพบคนต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักร สั่งให้คนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรโดยรับทราบคำสั่งตามแบบหนังสือแจ้งคำสั่งให้คนต่างด้าวเข้าเมืองทราบ (แบบ ตม.35) พร้อมพิจารณาให้คนต่างด้าวผู้นั้นไปพักอาศัยอยู่ ณ ที่ที่เห็นสมควรโดยให้รับรองว่าจะมาพบพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อรับทราบคำสั่งตามวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนดก็ได้ หรือถ้าพนักงานเจ้าหน้าที่เห็นสมควรจะเรียกประกันหรือเรียกทั้งประกันและหลักหลักประกันก็ได้ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่จะกักตัวผู้นั้นไว้ ณ สถานที่ใดตามที่เห็นเหมาะสม

(2.2) ในกรณีที่ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง มีความจำเป็นต้องกักตัวคนต่างด้าวนั้นไว้ แต่ไม่มีสถานที่กักตัวคนต่างด้าว ให้ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัดหรือด่านตรวจคนเข้าเมือง นำฝากการกักตัวคนต่างด้าวต่อสถานีตำรวจท้องที่หรือสถานกักตัวคนต่างด้าวสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ใกล้ที่สุด

(2.3) ให้ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง จัดการส่งคนต่างด้าวผู้นั้นกลับออกไปนอกราชอาณาจักรโดยเร็ว เว้นแต่คนต่างด้าวยื่นอุทธรณ์ตามตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองแล้ว ให้รอการส่งตัวคนต่างด้าวผู้นั้นไว้จนกว่าจะได้มีคำสั่งของรัฐมนตรีในกรณีนั้น[68]

3. คนต่างด้าว ตามคำนิยาม (3)

(3.1) ให้ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง ที่ทำการตรวจและพิจารณาว่าคนต่างด้าวผู้ใดต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรหรือไม่ พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจ

---

[68] พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522. มาตรา 22 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในกรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจพบว่าคนต่างด้าวซึ่งมีลักษณะต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามมาตรา 12 เข้ามาในราชอาณาจักร ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งให้คนต่างด้าวผู้นั้นกลับออกไปนอกราชอาณาจักรได้ โดยมีคำสั่งเป็นหนังสือ ถ้าคนต่างด้าวผู้นั้นไม่พอใจในคำสั่ง อาจอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีได้ เว้นแต่กรณีตามมาตรา 12 (1) หรือ (10) ห้ามมิให้อุทธรณ์ คำสั่งของรัฐมนตรีให้เป็นที่สุด แต่ถ้ารัฐมนตรีมิได้มีคำสั่งภายในเจ็ดวันนับแต่วันยื่นอุทธรณ์ ให้ถือว่ารัฐมนตรีมีคำสั่งว่าคนต่างด้าวผู้นั้นไม่เป็นผู้ต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามมาตรา 12”.

พิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวผู้นั้นไปพักอาศัยอยู่ ณ ที่ที่เห็นสมควร โดยให้คำรับรองว่าจะมาพบพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อรับทราบคำสั่งตามวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนดก็ได้ หรือถ้าพนักงานเจ้าหน้าที่เห็นสมควรจะเรียกประกัน หรือเรียกทั้งประกันและหลักประกันก็ได้ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่จะกักตัวผู้นั้นไว้ ณ สถานที่ใดตามที่เห็นเหมาะสม แต่ห้ามมิให้กักตัวไว้เกินสี่สิบแปดชั่วโมงนับแต่เวลาที่ผู้ถูกกักตัวมาถึงที่ทำการของพนักงานเจ้าหน้าที่ ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นจะยืดเวลาเกินสี่สิบแปดชั่วโมงก็ได้ แต่มิให้เกินเจ็ดวันและให้พนักงานเจ้าหน้าที่บันทึกเหตุจำเป็นที่ต้องยืดเวลาให้ปรากฏด้วย

(3.2) ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นต้องกักตัวคนต่างด้าวผู้ใดไว้เกินกำหนดเวลาตามวรรคหนึ่ง ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ยื่นคำร้องต่อศาลขอให้มีอำนาจกักตัวไว้เท่าที่จำเป็นครั้งละไม่เกินสิบสองวัน แต่ถ้าศาลเห็นสมควรจะสั่งให้ปล่อยตัวไปชั่วคราวโดยเรียกประกันหรือเรียกทั้งประกันและหลักประกันก็ได้

(3.3) ในกรณีที่ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง มีความจำเป็นต้องกักตัวคนต่างด้าวนั้นไว้แต่ไม่มีสถานที่กักตัวคนต่างด้าว ให้ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัดหรือด่านตรวจคนเข้าเมือง นำฝากการกักตัวคนต่างด้าวต่อสถานีตำรวจท้องที่ หรือสถานกักตัวคนต่างด้าวสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ใกล้ที่สุด

4. คนต่างด้าว ตามคำนิยาม (4)

ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่ทำการรับตัว ตรวจสอบบัตรประจำตัว หรือเอกสารที่ทางราชการออกให้และการอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรของคนต่างด้าว ดังนี้

(4.1) เอกสารถูกต้องและการอนุญาตยังไม่สิ้นสุด ให้ลงประจำวันไว้เป็นหลักฐาน แล้วให้หัวหน้าหน่วยหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายซึ่งไม่ต่ำกว่าระดับสารวัตร อนุญาตให้ปล่อยตัว

(4.2) เอกสารไม่ถูกต้อง ให้ตรวจสอบว่ามีการปลอมหรือใช้เอกสารปลอม หรือมีการกระทำผิดอาญาอื่นใดหรือไม่ แล้วให้ดำเนินการตามอำนาจหน้าที่

(4.3) การอนุญาตสิ้นสุด ให้ควบคุมตัวและดำเนินการส่งตัวคนต่างด้าวนั้นให้นายทะเบียนท้องที่ที่ออกบัตร เพื่อดำเนินการตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

3) มาตรฐานสถานกักตัวคนต่างด้าว สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง[69]

1. แนวทางการรับตัวคนต่างด้าวในฐานะผู้ต้องกัก การฝากกักตัวคนต่างด้าวตามคำนิยาม (2) (3) ของตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง และการฝากควบคุมตัวคนต่างด้าว ของกลุ่มงานสอบสวน สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง[70]

---

[69] คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 89/2562 ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2562. ข้อ ค.

(1.1) ในการรับส่งตัวคนต่างด้าวที่ต้องหาคดีอาญา ตามหนังสือสั่งการสำนักงานตำรวจแห่งชาติเกี่ยวกับแนวปฏิบัติกรณีคนต่างด้าวตกเป็นผู้ต้องหาคดีอาญา ให้มีเอกสารดังนี้

(1.1.1) หนังสือนำส่งให้ปรากฏ ชื่อ ชื่อสกุล (ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ) อายุ สัญชาติ เชื้อชาติ เพศ

(1.1.2) หนังสือแจ้งผลคดี หมายเลขคดีดำ หมายเลขคดีแดง วันเดือนปีที่พิพากษา ฐานความผิดที่ศาลลงโทษ และรับโทษอย่างไร หรือสำเนาคำพิพากษา (ถ้ามี) หรือสำเนาคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการ (ถ้ามี)

(1.1.3) สำเนาหมายปล่อย สำเนาใบเสร็จค่าปรับชั้นศาลหรือพนักงานสอบสวน แล้วแต่กรณี

(1.1.4) หนังสือเดินทางหรือสำเนาหนังสือเดินทาง (ถ้ามี)

(1.1.5) สำเนาบันทึกจับกุม สำเนาบันทึกการมอบตัวฝรายงานตัว หรือสำเนาบันทึกการแจ้งข้อหา

(1.1.6) แบบพิมพ์ลายนิ้วมือคนต่างด้าว (แบบ พลม.25-ต.539) หรือผลการตรวจสอบอาชญากรจากกองประวัติอาชญากร (ถ้ามี)

(1.1.7) หนังสือการอนุมัติเพิกถอนการอนุญาต หรือหนังสือการแจ้งคำสั่งเพิกถอนการอนุญาต (แบบ ตม.83) พร้อมเอกสารที่เกี่ยวข้อง

(1.1.8) ในกรณีที่หน่วยงานผู้นำส่งคนต่างด้าวยังไม่มีเอกสารตามข้อ 1.1.1 - 1.1.7 ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่รับตัวคนต่างด้าวแจ้งเร่งรัดให้นำส่งเอกสารภายใน 7 วัน นับแต่วันรับตัวคนต่างด้าว

(1.1.9) เอกสารตามข้อ 1.1.1 - 1.1.7 หากเป็นสำเนาเอกสารต้องมีข้าราชการตำรวจชั้นสัญญาบัตร รับรองสำเนาถูกต้องทุกฉบับ

(1.2) กรณีตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง ฝากกักตัวคนต่างด้าวตามคำนิยาม (2) (3) ต่อสถานกักตัวคนต่างด้าว ให้มีเอกสารดังนี้

(1.2.1) หนังสือนำส่งให้ปรากฏชื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบ วัน เวลา เดือน ปี ที่เริ่มกักตัวคนต่างด้าว มูลเหตุ และอำนาจในการกักตัวคนต่างด้าว

(1.2.2) สำเนารายงานประจำวัน ในวันที่เริ่มกักตัวคนต่างด้าว

(1.2.3) เอกสารแสดงเหตุผลความจำเป็นในการกักตัวคนต่างด้าว และคำร้องต่อศาลขอกักตัวคนต่างด้าว แล้วแต่กรณี

---

[70] คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 89/2562 ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2562. ข้อ ค 1.

(1.3) กรณีกลุ่มงานสอบสวน สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ฝากควบคุมตัวไว้ระหว่างรอการสอบสวนดำเนินคดี การรับตัวคนต่างด้าวที่คดียังไม่ถึงที่สุด ให้มีเอกสารนำส่งดังนี้

(1.3.1) หนังสือนำส่ง ชื่อพนักงานสอบสวนเจ้าของคดี วันเดือนปีฐานความผิด เวลารับคดี หมายเลขคดีในรายงานประจำวัน

(1.3.2) สำเนารายงานประจำวันที่รับคดี

(1.3.3) สำเนาบันทึกจับกุม

2. แนวทางการปฏิบัติกับคนต่างด้าวในฐานะผู้ต้องกักขังของสถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง[71]

(2.1) ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ ลงประจำวันการรับตัวผู้ต้องกัก จัดทำบัญชีรายชื่อคนต่างด้าวในสมุดคุม พร้อมกำหนดหมายเลขประจำตัว และบัตรประจำตัวแก่ผู้ต้องกัก

(2.2) ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ ตรวจค้นตัวผู้ต้องกักและสัมภาระที่ติดตัวมาอย่างละเอียด ถ้าเป็นผู้ต้องกักเพศหญิงให้พนักงานเจ้าหน้าที่หญิงเป็นผู้ตรวจค้น อย่าให้มีการนำสิ่งของผิดกฎหมายหรือสิ่งของต้องห้ามเข้าไปในห้องกักเด็ดขาด

(2.3) กรณีไม่ต้องมีการสอบสวนแล้ว ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ แจ้งหนังสือแจ้งคำสั่งให้คนต่างด้าวเข้าเมืองทราบ (แบบ ตม.35) จำนวน 2 ฉบับ ให้คนต่างด้าวลงลายมือชื่อรับทราบ หากคนต่างด้าวไม่ยอมลงลายมือชื่อรับทราบ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่บันทึกไว้เป็นหลักฐาน หนังสือแจ้งคำสั่งฉบับแรกมอบให้คนต่างด้าว สำหรับหนังสือแจ้งคำสั่งฉบับที่สอง ให้พนักงานเจ้าหน้าที่จัดแฟ้มเก็บรวบรวมไว้

(2.4) ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ จัดทำประวัติย่อตำหนิรูปพรรณ (แบบ ตม.41) ถ่ายภาพติดบัตรประจำตัวผู้ต้องกัก พิมพ์ลายนิ้วมือผู้ต้องกัก ดำเนินการกรอกข้อมูลรายละเอียดต่าง ๆ ลงในระบบคอมพิวเตอร์ (E – FINGERPRINT) ให้ถูกต้องครบถ้วนทุกครั้ง

(2.5) ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ แจ้งสิทธิตามกฎหมายและขั้นตอนการปฏิบัติระหว่างที่คนต่างด้าวถูกกักตัวอยู่ภายในสถานกักตัวคนต่างด้าว ให้ผู้ต้องกักทราบ หากไม่เข้าใจภาษาไทยให้จัดหาล่ามแปลความหมายให้เข้าใจ

(2.6) ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ แจ้งให้ผู้ต้องกักทราบเรื่องสิ่งของที่ทางสถานกักตัวคนต่างด้าว ห้ามมิให้นำเข้ามาภายในสถานกักตัวคนต่างด้าว และการรับฝากสิ่งของ หรือทรัพย์สินที่มีค่า พร้อมทั้งจัดทำสมุดควบคุมการรับฝากสิ่งของหรือทรัพย์สินที่มีค่า หากผู้ต้องกักไม่เข้าใจภาษาไทย ให้จัดหาล่ามแปลให้เข้าใจ

---

[71] คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 89/2562 ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2562. ข้อ ค 2.

(2.7) กรณีคนต่างด้าวที่ถูกส่งมาเป็นบุคคลที่ทางการไทยและต่างประเทศต้องการตัว อันได้แก่ บุคคลที่ศาลไทยออกหมายจับ บุคคลที่หน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการสอบสวนคดีอาญาของไทยขออายัดตัวเพื่อเป็นผู้ต้องหาในคดี บุคคลที่รัฐบาลต่างประเทศได้ออกหมายจับ บุคคลที่องค์กรตำรวจสากลได้ออกหมายจับหรือต้องการตัวไปดำเนินคดี ให้รายงานหัวหน้าหน่วยงานทราบ เพื่อดำเนินการตามหนังสือสำนักงานตำรวจแห่งชาติ เกี่ยวกับแนวทางการปฏิบัติกรณีคนต่างด้าวตกเป็นผู้ต้องหาคดีอาญาฯ โดยด่วน

(2.8) ให้ผู้กำกับการ 3 กองบังคับการสืบสวนสอบสวน สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง หรือหัวหน้าตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือหัวหน้าด่านตรวจคนเข้าเมือง ที่รับตัวผู้ต้องกักมาทำการกักตัวในสถานกักตัวคนต่างด้าว มีหนังสือแจ้งสถานเอกอัครราชทูต/สถานทูต-สถานกงสุลเจ้าของสัญชาติของผู้ต้องกัก ทราบโดยเร็ว

3. การจำแนกประเภทผู้ต้องกัก[72]

(3.1) การจำแนกเพศของผู้ต้องกัก โดยสถานกักตัวคนต่างด้าวให้จำแนกผู้ต้องกักตามเพศ ห้ามมิให้นำผู้ต้องกักเพศหญิงและเพศชายมากักรวมกันโดยเด็ดขาด

(3.2) การจำแนกฐานความผิด ความหนักเบาของข้อกล่าวหา และประวัติการต้องโทษของผู้ต้องกัก ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง ทำการจำแนกผู้ต้องกักตามฐานความผิด ความหนักเบาของข้อกล่าวหา และประวัติการต้องโทษ โดยให้แยกผู้ต้องกักที่เคยกระทำความผิดในคดีอุกฉกรรจ์ หรือมีพฤติการณ์ที่ก้าวร้าวรุนแรง หรือพฤติการณ์ที่จะหลบหนีจากการควบคุม ออกจากผู้ต้องกักทั่วไป

(3.3) การจำแนกสัญชาติ ศาสนา วัฒนธรรม ของผู้ต้องกัก ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง ทำการจำแนกผู้ต้องกักตามสัญชาติ ศาสนา วัฒนธรรม และภาษา เพื่อป้องกันเหตุการณ์ความรุนแรงที่จะเกิดขึ้นอันเนื่องจากเชื้อชาติหรือความเห็นที่ไม่ตรงกันด้านศาสนาหรือวัฒนธรรม

(3.4) การจำแนกผู้ป่วยทางกาย ทางจิต และอาการของโรค รวมทั้งสภาวะการแพร่ระบาด ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง ทำการจำแนกผู้ต้องกักที่มีอาการป่วยทางกาย ทางจิต รวมทั้งอาการของโรคที่อยู่ในสภาวะแพร่ระบาด โดยแยกกักตัวไว้เพื่อป้องกันอันตรายจากการแพร่ระบาดไปสู่ผู้ต้องกักรายอื่น

(3.5) การจำแนกเด็ก ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง ทำการจำแนก ตามขั้นตอนการปฏิบัติงานที่เป็นมาตรฐาน (Standard

---

[72] คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 89/2562 ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2562. ข้อ ค 3.

Operating Procedure – SOP) ภายใต้บันทึกความเข้าใจ เรื่อง การกำหนดมาตรการและแนวทางแทนการกักตัวเด็กไว้ในสถานกักตัวคนต่างด้าวเพื่อรอการส่งกลับ พ.ศ. 2562

4. การจัดทำคู่มือผู้ต้องกัก[73]

(4.1) ภายหลังการรับตัวคนต่างด้าวเป็นผู้ต้องกักแล้ว ให้สถานกักคนต่างด้าวจัดให้มีการปฐมนิเทศผู้ต้องกักใหม่ทุกราย

(4.2) ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว แจ้งสิทธิ กฎหมาย กฎระเบียบ และตารางการปฏิบัติประจำวันให้ผู้ต้องกักทราบทุกครั้งภายหลังการรับตัว

(4.3) ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ทำการแจกคู่มือสำหรับผู้ต้องกัก และให้มีเจ้าหน้าที่ล่ามแปลความหมายให้ ในกรณีที่ผู้ต้องกักไม่สามารถอ่าน หรือเข้าใจภาษา

(4.4) สำหรับหนังสือคู่มือผู้ต้องกักให้ปรากฏเนื้อหาในเรื่องสิทธิตามกฎหมายและแนวทางการปฏิบัติตน พร้อมทั้งช่องทางการร้องทุกข์ต่าง ๆ

5. การรักษาสุขอนามัย[74]

(5.1) ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง จัดให้มีระบบกำจัดน้ำเสีย สิ่งปฏิกูล ภายในบริเวณที่ใช้กักตัวผู้ต้องกัก

(5.2) ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง จัดให้มีระบบการคัดแยกขยะ และกำจัดขยะทุกวัน โดยในพื้นที่กรุงเทพมหานครให้ประสานกับทางสำนักงานเขต สำหรับต่างจังหวัดให้ทำการประสานกับเทศบาล หรือหน่วยงานอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องมาดำเนินการในเรื่องดังกล่าว

(5.3) ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง จัดให้มีระบบระบายอากาศภายในห้องควบคุมตัวผู้ต้องกัก

(5.4) ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง ดำเนินการประสานหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อพ่นยาฆ่าเชื้อโรค ภายในห้องควบคุมตัวผู้ต้องกัก หรือสถานที่อื่นภายในบริเวณเป็นประจำเพื่อป้องกันโรคระบาด

(5.5) ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง ดำเนินการประสานกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อฉีดพ่นสารเคมีกำจัดยุง แมลง หรือพาหะนำเชื้อโรค เป็นประจำเพื่อป้องกันการเกิดโรคระบาดกับผู้ต้องกัก

---

[73] คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 89/2562 ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2562. ข้อ ค 6.

[74] คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 89/2562 ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2562. ข้อ ค 10.

6. โภชนาการ[75]

(6.1) ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง ดำเนินการจัดอาหารให้แก่ผู้ต้องกัก วันละ 3 มื้อ ทุกวัน พร้อมน้ำดื่มอย่างเพียงพอ

(6.2) ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง จัดให้มีเจ้าหน้าที่รับผิดชอบในการตรวจสอบความสะอาด และคุณค่าทางโภชนาการทุกมื้อที่มีการจัดอาหารให้แก่ผู้ต้องกัก

(6.3) ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง จัดอาหารตามศาสนาให้แก่ผู้ต้องกักเมื่อได้รับการร้องขอ

(6.4) ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง พิจารณาอนุญาตให้ญาติ หรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับผู้ต้องกัก สามารถนำอาหารมาเยี่ยมผู้ต้องกักได้ ทั้งนี้ให้คำนึงถึงความสะอาด ความปลอดภัยและปริมาณที่เหมาะสม และตามเวลาที่กำหนด

7. การร้องทุกข์[76]

(7.1) ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง แจ้งให้ผู้ต้องกักทราบถึงช่องทางการร้องทุกข์ โดยผู้ต้องกักสามารถเข้าพบผู้บังคับบัญชาระดับหัวหน้าหน่วยหรือเจ้าหน้าที่ได้โดยตรงเพื่อร้องทุกข์

(7.2) การร้องทุกข์กับทางพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น ผู้ต้องกักสามารถร้องทุกข์ด้วย วาจา จดหมาย หรือผ่านทางทนายความ หรือผู้แทนก็ได้

(7.3) เมื่อทางเจ้าหน้าที่รับเรื่องร้องทุกข์ ให้ดำเนินการตามระเบียบที่เกี่ยวข้องและแจ้งผลการดำเนินการให้ผู้ต้องกักทราบทุกครั้ง พร้อมทั้งแจ้งผู้ต้องกักทราบด้วยว่า หากไม่พอใจผลการดำเนินการ สามารถร้องทุกข์ต่อผู้บังคับบัญชาระดับสูงขึ้นไปได้

8. พื้นที่แรกรับผู้ต้องกัก[77]

(8.1) ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง จัดให้มีพื้นที่แรกรับ สำหรับการดำเนินการในขั้นตอนการรับตัว และจัดทำประวัติผู้ต้องกัก รวมทั้งเป็นสถานกักตัวชั่วคราว สำหรับผู้ต้องกักที่รอการส่งกลับภายในระยะเวลาไม่เกิน 24 ชั่วโมง นับจากเวลาที่พนักงานเจ้าหน้าที่ได้รับตัวผู้ต้องกักไว้

---

[75] คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 89/2562 ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2562. ข้อ ค 11.

[76] คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 89/2562 ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2562. ข้อ ค 13.

[77] คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 89/2562 ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2562. ข้อ ค 14.

(8.2) ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง จัดให้มีพื้นที่แรกรับ สำหรับควบคุมผู้ต้องกักที่มีอาการเจ็บป่วย ผู้ต้องกักที่มีผู้ติดตามเป็นเด็ก หรือเด็ก

9. การควบคุม[78]

(9.1) ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง ทำการแบ่งพื้นที่ควบคุมผู้ต้องกัก ออกเป็น 3 ชั้น ได้แก่ ชั้นนอก ชั้นกลาง ชั้นใน

(9.2) ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง กำหนดพื้นที่ชั้นนอก อันได้แก่ พื้นที่ด้านนอกรั้วอาคารที่ใช้กักตัวผู้ต้องกัก และดำเนินการให้อยู่ในสภาพที่มั่นคงแข็งแรงเพื่อป้องกันการหลบหนีจากการควบคุม

(9.3) ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง กำหนดพื้นที่ชั้นกลาง อันได้แก่ พื้นที่ภายในรั้วอาคารที่ใช้กักตัวผู้ต้องกัก รวมถึงสถานที่ทำงานของพนักงานเจ้าหน้าที่และดำเนินการให้อยู่ในสภาพที่มั่นคงแข็งแรง เพื่อป้องกันการหลบหนีจากผู้ควบคุม

(9.4) ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง กำหนดพื้นที่ชั้นใน อันได้แก่ ภายในห้องควบคุมผู้ต้องกัก และดำเนินการให้อยู่ในสภาพที่มั่นคงแข็งแรง เพื่อป้องกันการหลบหนีจากการควบคุม

10. การคุ้มครองสิทธิ[79]

(10.1) ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง อนุญาตให้ผู้แทนสถานเอกอัครราชทูต หรือสถานกงสุลต่าง ๆ รวมทั้งเจ้าหน้าที่จากองค์กรเอกชนต่าง ๆ เข้ามาเยี่ยมดูแลผู้ต้องกักได้ตามห้วงเวลาที่กำหนด หรือตามที่ผู้บังคับบัญชาจะเห็นสมควรอนุญาต

(10.2) ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง ให้ความร่วมมือกับคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เมื่อได้รับการร้องขอในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง

---

[78] คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 89/2562 ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2562. ข้อ ค 15.

[79] คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 89/2562 ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2562. ข้อ ค 17.

11. การชำระร่างกาย และการซักล้าง[80]

(11.1) ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง จัดหาเครื่องแต่งกายสำหรับผู้ต้องกักตามที่ได้รับการร้องขอ หรืออนุญาตให้ผู้ต้องกักใช้เครื่องแต่งกายส่วนตัวได้ในขณะถูกควบคุมตัว

(11.2) ให้ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง จัดให้มีสถานที่สำหรับซักเสื้อผ้าของผู้ต้องกัก

(11.3) ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง จัดให้มีห้องอาบน้ำ และห้องสุขาที่ถูกสุขลักษณะ สำหรับผู้ต้องกักโดยแยกเพศชาย และเพศหญิง

(11.4) ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง จัดให้มีช่างตัดผม สำหรับผู้ต้องกัก เป็นประจำทุกเดือน

12. การป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศ[81]

(12.1) ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง แยกห้องควบคุมตัวผู้ต้องกักเพศชาย เพศหญิง

(12.2) ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง ติดตั้งระบบกล้องโทรทัศน์วงจรปิดในพื้นที่อับ หรือพื้นที่ล่อแหลมเพื่อป้องกันเหตุ

(12.3) ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง จัดให้มีเจ้าหน้าที่หรืออาสาสมัคร รับผิดชอบในเรื่องการให้ความรู้ด้านการป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศแก่ผู้ต้องกัก

13. การรักษาพยาบาล[82]

(13.1) ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง จัดให้มียานพาหนะ และเจ้าหน้าที่ตำรวจรับผิดชอบในการนำผู้ต้องกักที่มีอาการเจ็บป่วยส่งไปรักษาตัวที่โรงพยาบาลหรือสถานพยาบาลอื่น ๆ โดยพื้นที่กรุงเทพมหานคร ให้ส่งไปรักษาอาการเจ็บป่วยที่โรงพยาบาลตำรวจ ในส่วนภูมิภาคให้ส่งไปรักษาตัวที่โรงพยาบาลประจำจังหวัดหรือสถานพยาบาลที่ตั้งอยู่ในบริเวณใกล้เคียง

(13.2) ให้สถานกักตัวคนต่างด้าว ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง ประสานกับโรงพยาบาล หรือสถานพยาบาลในพื้นที่ที่มีการส่งตัวผู้ต้องกักไปรักษา

---

[80] คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 89/2562 ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2562. ข้อ ค 19.

[81] คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 89/2562 ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2562. ข้อ ค 23.

[82] คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 89/2562 ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2562. ข้อ ค 28.

โดยจัดให้มีสถานที่เฉพาะสำหรับผู้ต้องกักที่เจ็บป่วย เพื่อสะดวกต่อการควบคุม พร้อมทั้งจัดเจ้าหน้าที่คอยควบคุมดูแลอย่างใกล้ชิด

รายละเอียดข้างต้นเป็นสาระสำคัญจากคำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 89/2562 ที่กล่าวถึงมาตรฐานสถานกักตัวคนต่างด้าว ซึ่งเป็นสถานที่ควบคุมคนต่างด้าวเพื่อรอการส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร โดยที่ตามกฎหมายของประเทศไทยยังไม่มีมาตรการทางเลือกอื่นแทนการกักตัวนอกเหนือไปจากการยื่นขอประกันตามหลักเกณฑ์ที่กล่าวถึงไว้แล้วข้างต้น ซึ่งบางครั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจไม่อนุญาตให้ประกันตัว และอาจนำมาสู่การยื่นคำร้องขอให้ปล่อยจากการคุมขังโดยมิชอบ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 90

3.3.5 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

เกี่ยวกับกรณีการยื่นคำร้องขอให้ปล่อยจากการคุมขังโดยมิชอบ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 90 เคยมีหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2379/2542 โดยท่านอาจารย์ทวี ประจวบลาภ ได้กล่าวถึงการยื่นคำร้องกรณีคนต่างด้าวถูกกักตัวโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ไว้ โดยมีสาระสำคัญที่น่าสนใจ ดังนี้

1) คดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2379/2542 เมื่อผู้ร้องยื่นคำร้องต่อศาลที่พิจารณาคดีอาญาเพื่อขอให้ปล่อยตัวผู้ถูกคุมขัง ศาลได้สั่งให้มีการไต่สวนพยานผู้ร้องทันทีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ มาตรา 240 ที่ให้ไต่สวนฝ่ายเดียวโดยด่วน[83] และศาลเห็นว่าคำร้องมีมูลจึงได้มีหมายเรียกผู้บัญชาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองหรือผู้แทนในฐานะผู้คุมขังนำตัวผู้ถูกคุมขังมาศาล โดยได้ส่งสำเนาคำร้องของผู้ร้องไปให้ทราบด้วยเมื่อสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองนำตัวผู้ถูกคุมขังมาศาล ก็มิได้ยื่นคำคัดค้านคำร้องดังกล่าวอย่างใด และศาลได้ไต่สวนพยานของผู้คุมขังจนจบและมีคำสั่งยกคำร้อง ผู้ร้องได้ยื่นอุทธรณ์ศาลอุทธรณ์ได้มีคำพิพากษายืน ผู้ร้องฎีกาศาลฎีกาได้มีคำพิพากษา แต่ตอนที่ผู้ร้องยื่นอุทธรณ์ฎีกานั้น ศาลชั้นต้นได้สั่งรับอุทธรณ์ฎีกาและให้รีบส่งสำนวนไปศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาเพื่อพิจารณาตามลำดับต่อไปทันที โดยไม่ได้สั่งให้ส่งสำเนาอุทธรณ์และสำเนาฎีกาให้แก่ฝ่ายใดเพื่อแก้อุทธรณ์หรือฎีกา เพราะถือว่าคดีนี้จำเป็นต้องทำการพิจารณาเป็นการด่วนตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและเป็นคำร้องฝ่ายเดียว จึงไม่มีคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งรวมระยะเวลาตั้งแต่ที่ศาลชั้นต้นรับคำร้องของผู้ร้อง จนกระทั่งถึงวันอ่านคำพิพากษาศาลฎีกาใช้เวลาเพียง 4 เดือน 13 วัน เท่านั้น เป็นการรวดเร็วสมเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญทุกประการ หากสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองยื่นคำคัดค้านเข้ามา ศาลคงต้องสั่งให้ส่งสำเนาอุทธรณ์หรือฎีกาให้ผู้คัดค้านเพื่อแก้อุทธรณ์หรือแก้ฎีกาก่อนที่จะส่งสำนวนไปให้ศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาพิจารณาต่อไป

---

[83] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. มาตรา 240.

2) อย่างไรจะถือว่า “คำร้องมีมูล” ตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 240 ให้ดูแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 466/2541[84] ในหนังสือคำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ. 2541 เล่มที่ 1 ของสำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ หน้า 107 เป็นตัวอย่าง

3) สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองมีอำนาจกักตัวผู้ถูกคุมขัง ตามที่พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 บัญญัติให้อำนาจไว้ว่า “คนต่างด้าวผู้ใดเข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือการอนุญาตนั้นสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอนแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่จะส่งตัวคนต่างด้าวผู้นั้นกลับออกไปนอกราชอาณาจักรก็ได้ ถ้ามีกรณีต้องสอบสวนเพื่อส่งตัวกลับตาม

---

[84] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 466/2541 เป็นคดีที่ผู้เสียหายแจ้งความต่อพนักงานสอบสวนว่า ระหว่างวันที่ 2 ตุลาคม 2540 ถึงวันที่ 12 พฤศจิกายน 2540 ว.กับพวก คือ พ. ส. และ น.ได้ร่วมกันบุกรุกในเวลากลางคืน ทำให้เสียทรัพย์และลักทรัพย์ เจ้าพนักงานตำรวจจับกุม อ. เมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน 2540 จากนั้นพนักงานสอบสวนได้ควบคุมตัว อ. ตลอดมา จนถึงวันที่ 26 พฤศจิกายน 2540 จึงขอฝากขังครั้งที่ 1 ศาลชั้นต้นอนุญาต ต่อมาวันที่ 28 พฤศจิกายน 2540 ผู้ร้องซึ่งเป็นทนายความของ อ. ยื่นคำร้องอ้างว่าการจับและคุมขังระหว่างสอบสวนดังกล่าวมิชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่ปรากฏว่ามีการออกหมายจับ อ. และตามรายงานประจำวันเกี่ยวกับคดี ก็ปรากฏข้อมูลเบื้องต้นเพียงว่าผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดมีเพียง 4 คน ไม่ปรากฏชัดว่ามีเหตุตามสมควรว่าควรนำตัว อ. มาสอบสวนดำเนินคดีด้วยอย่างใดหรือไม่ ไม่ปรากฏว่า อ. ตกเป็นผู้ต้องหาซึ่งถูกสงสัยโดยมีเหตุอันสมควรที่จะออกหมายจับได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 66 (2) ไม่ปรากฏว่าการจับ อ. เป็นการจับเพราะกระทำความผิดซึ่งหน้าหรือพบ อ. กำลังพยายามกระทำความผิด หรือพบ อ. โดยมีพฤติการณ์อันควรสงสัยว่า อ.จะกระทำความผิดโดยมีเครื่องมือ อาวุธ หรือวัตถุอย่างอื่นอันสามารถใช้ในการกระทำความผิด หรือมีเหตุอันควรสงสัยว่า อ.ได้กระทำความผิดมาแล้วและจะหลบหนี จึงไม่ใช่กรณีที่เจ้าพนักงานตำรวจดังกล่าวจะจับได้โดยไม่ต้องมีหมายจับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 78 (1) (2) และ (3) ส่วนที่ระบุในรายงานประจำวันเกี่ยวกับคดีว่าผู้เสียหายแจ้งให้จับโดยได้มีการร้องทุกข์ไว้แล้ว ก็ปรากฏว่าผู้เสียหายไม่ได้ร้องทุกข์ว่า อ.ร่วมกับ ว. กระทำความผิดดังกล่าวแล้ว พฤติการณ์ดังกล่าวมามีข้อน่าสงสัยตามสมควรว่าเจ้าพนักงานตำรวจได้ปฏิบัติในการจับและควบคุม อ.ผู้ถูกจับโดยถูกต้องตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ ทั้งหากการจับ อ.ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว พนักงานสอบสวนก็ไม่มีอำนาจที่จะควบคุมตัว อ. ต่อเนื่องจากการจับที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือยื่นคำร้องขอให้ศาลออกหมายขังในระหว่างสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 87 ได้ ซึ่งหากศาลสั่งให้ผู้คุมขังหรือผู้ก่อให้เกิดการคุมขังนำตัว อ. มาเพื่อให้บุคคลดังกล่าวแสดงข้อมูลหรือพยานหลักฐาน จะทำให้ปรากฏแน่ชัดว่ามีการจับหรือคุมขังโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และศาลก็สามารถพิจารณาถึงเหตุในการจับและคุมขังตลอดจนพฤติการณ์และขั้นตอนในการคุมขังให้ถูกต้อง ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้อย่างสมบูรณ์ สมตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลดังกล่าวแล้ว ตามพฤติการณ์แห่งคดีถือได้ว่าคำร้องของผู้ร้องมีมูลที่ศาลจะดำเนินการต่อไปตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 240 เมื่อคำร้องของผู้ร้องมีมูลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 240 จึงชอบที่ศาลชั้นต้นจะต้องดำเนินการต่อไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ หากได้ความว่ายังมีการคุมขังผู้ใดอยู่ และผู้คุมขังแสดงให้เป็นที่พอใจศาลชั้นต้นไม่ได้ว่าการคุมขังนั้นเป็นการชอบด้วยกฎหมาย ก็ให้ศาลชั้นต้นสั่งปล่อยผู้ถูกคุมขังไปทันที.

วรรคหนึ่ง ให้นำมาตรา 19 และมาตรา 20 มาใช้บังคับโดยอนุโลม ในกรณีที่มีคำสั่งให้ส่งตัวคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรแล้วในระหว่างรอการส่งกลับ พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจอนุญาตให้ไปพักอาศัยอยู่ ณ ที่ใด โดยคนต่างด้าวผู้นั้นต้องมาพบพนักงานเจ้าหน้าที่ตามวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนด โดยต้องมีผู้ประกันหรือมีทั้งประกันและหลักประกันก็ได้ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่จะกักตัวคนต่างด้าวผู้นั้นไว้ ณ สถานที่ใดเป็นเวลานานเท่าใด ตามความจำเป็นก็ได้ ค่าใช้จ่ายในการกักตัวนี้ให้คนต่างด้าวผู้นั้นเป็นผู้เสีย” ดังนั้นที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “มาตรา 54 วรรคสาม ซึ่งให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ที่จะสั่งได้หลายกรณี” ก็หมายถึง การสั่งให้คนต่างด้าวไปพักอาศัย ณ ที่ใดโดยมีประกันหรือหลักประกัน หรือพนักงานเจ้าหน้าที่จะกักคนต่างด้าวไว้เสียเองก็ได้นั่นเอง การใช้อำนาจกักตัวคนต่างด้าวดังกล่าว เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารไม่เป็นการขัดแย้งกับอำนาจของศาลซึ่งเป็นฝ่ายตุลาการ

4) ในการพิจารณาคดีตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 240 ถ้าศาลเห็นว่าผู้คุมขังแสดงให้เป็นที่พอใจของศาลไม่ได้ว่าการคุมขังเป็นการชอบด้วยกฎหมาย ศาลจะมีคำสั่งให้ปล่อยตัวผู้ถูกคุมขัง โดยศาลต้องแจ้งคำสั่งศาลให้ผู้คุมขังได้ทราบเพื่อให้ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต่อไป แต่ไม่ต้องออกหมายปล่อย เพราะไม่ใช่กรณีต้องออกหมายปล่อยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 72 ทั้งการคุมขังก็ไม่ใช่เป็นการคุมขังตามอำนาจศาลด้วย ในกรณีนี้ผู้คุมขังสามารถยื่นอุทธรณ์ฎีกาคัดค้านคำสั่งหรือคำพิพากษาดังกล่าวต่อศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาตามลำดับได้ ไม่ว่าผู้คุมขังจะได้ยื่นคำคัดค้านคำร้องของผู้ร้องไว้หรือไม่ก็ตาม เนื่องจากคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลชั้นต้นที่ให้ปล่อยตัวผู้ถูกคุมขัง ทำให้ผู้คุมขังได้รับความเสียหายนั่นเอง และศาลต้องส่งสำเนาอุทธรณ์หรือสำเนาฎีกาให้ผู้ร้องแก้ตามลำดับต่อไป จากนั้นจึงรวบรวมสำนวนไปให้ศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาพิจารณาคดีต่อไป

5) บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 240 แตกต่างกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 90 ในหลายประการ[85] แต่ที่เหมือนกันคือเป็นการขอให้ปล่อยตัวผู้ถูกคุมขัง เพราะการคุมขังเป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นหากมีการยื่นคำร้องขอให้ปล่อยตัวผู้ถูกคุมขังไม่ว่ากรณีใด ๆ ต่อศาล ท่านอาจารย์ทวี ประจวบลาภ เห็นว่า ศาลต้องถือบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญฯ

---

[85] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. มาตรา 240 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีการคุมขังตัวบุคคลในคดีอาญาหรือในกรณีอื่นใด ผู้ถูกคุมขังเอง พนักงานอัยการ หรือบุคคลอื่นใดเพื่อประโยชน์ของผู้ถูกคุมขัง มีสิทธิร้องต่อศาลท้องที่ที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญาว่าการคุมขังเป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย เมื่อมีคำร้องเช่นว่านี้ ให้ศาลดำเนินการไต่สวนฝ่ายเดียวโดยด่วน ถ้าเห็นว่าคำร้องนั้นมีมูล ศาลมีอำนาจสั่งผู้คุมขังให้นำตัวผู้ถูกคุมขังมาศาลโดยพลัน และถ้าผู้คุมขังแสดงให้เป็นที่พอใจของศาลไม่ได้ว่าการคุมขังเป็นการชอบด้วยกฎหมาย ให้ศาลสั่งปล่อยตัวผู้ถูกคุมขังไปทันที”

เป็นหลักและต้องดำเนินคดีให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฯ โดยไม่จำต้องพิจารณาบทบัญญัติตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 90 แต่อย่างใด เนื่องจากรัฐธรรมนูญฯ เป็นกฎหมายสูงสุด ซึ่งบัญญัติให้คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในเรื่องนี้กว้างขวางยิ่งกว่าจึงไม่มีเหตุที่จะต้องบังคับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 90 อีกต่อไป เพราะกฎหมายอื่นจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญฯ มิได้นั่นเอง[86]

6) ท่านอาจารย์ทวี ประจวบลาภ ยังให้ความเห็นเพิ่มเติมไว้ว่า คณะอนุกรรมการทบทวนกฎหมายเพื่ออนุวัติการตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและอนุสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนในคณะกรรมการฉลองครบรอบ 50 ปี ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติได้ยกร่างพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง (ฉบับที่...) พ.ศ. .... แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 โดยกำหนดระยะเวลาในการกักตัวคนต่างด้าวในระหว่างรอการส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร เนื่องจากกฎหมายปัจจุบัน พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 หมวด 6 ที่ว่าด้วยการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถกักตัวคนต่างด้าวผู้เข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตไว้ โดยไม่มีกำหนดเวลาที่แน่นอนทำให้บุคคลดังกล่าวต้องสูญเสียสิทธิเสรีภาพในร่างกายเป็นการเนิ่นนาน โดยไม่รู้กำหนดเวลาว่าจะถูกกักตัวไว้นานเท่าใด อันเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญฯ (ฉบับปี พ.ศ. 2540) มาตรา 29 และมาตรา 31 ขณะนี้ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวยังไม่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภา[87]

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากคำสั่งกักตัวคนต่างด้าวของประเทศแคนาดา ราชอาณาจักรเบลเยียม และสหพันธรัฐมาเลเซียในบทนี้เมื่อเปรียบเทียบกับราชอาณาจักรไทยแล้วพบว่า ทั้งสามประเทศมีมาตรการทางเลือกแทนการกักตัวที่หลากหลาย สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนและด้านการกักตัวคนต่างด้าว อันสามารถนำไปใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายของคำสั่งกักตัวคนต่างด้าวตามประเด็นที่ได้ศึกษาคนคว้าในงานวิจัยครั้งนี้ ซึ่งรายละเอียดของแต่ละประเทศสามารถสรุปได้ดังตารางต่อไปนี้

---

[86] รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ขณะทำการศึกษาวิจัยไม่ได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้โดยเฉพาะ ในปัจจุบันจึงต้องกลับไปพิจารณาและบังคับตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. มาตรา 90.

[87] หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2379/2542.

ตารางที่ 3.1 ตารางสรุปผลการศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากคำสั่งกักตัวคนต่างด้าวของต่างประเทศเปรียบเทียบกับราชอาณาจักรไทย

	ประเทศแคนาดา	ราชอาณาจักรเบลเยียม	สหพันธรัฐมาเลเซีย	ราชอาณาจักรไทย
กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกักตัวคนต่างด้าว	1. National Immigration Detention Framework 2. Immigration and Refugee Protection Act 2002 3. โครงการ Toronto Bail Program	1. Reception Act 2007 2. โครงการ open family housing unit	1. Human Rights Commission of Malaysia Act 1999 2. โครงการ UASC	1. พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 2. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา 3. คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ที่ 85/2565 4. คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 89/2562 5. คำสั่งกองบังคับ การตรวจคนเข้าเมือง 2 ที่ 107/2563
ระยะเวลาการกักตัวคนต่างด้าว	CBSA มีหน้าที่ออกคำสั่งการกักตัวหรือปล่อยตัว ภายใน 48 ชั่วโมง ที่มีการกักตัวแต่หากไม่มีคำสั่งให้ปล่อยตัว แผนกการเข้าเมืองซึ่งเป็นหน่วยงานอิสระจะทบทวนคำสั่งของ CBSA ภายใน 48 ชั่วโมง	ไม่มีการกักตัว แต่จะให้พักอาศัยในศูนย์ที่ไม่ปิดล็อกประตูและสามารถเดินทางออกได้ในระหว่างเวลา 9 - 21 นาฬิกา แต่ต้องมีสมาชิก ในครอบครัวอย่างน้อยหนึ่งคนอยู่ ณ ที่พัก	ไม่มีการกักตัวเด็ก โดยนำตัวไปพักในบ้านพักชั่วคราวแทนการกักตัว	การกักตัวเพื่อรอการส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร สามารถกักตัวได้โดยไม่มีกำหนดระยะเวลา

	ประเทศแคนาดา	ราชอาณาจักรเบลเยียม	สหพันธรัฐมาเลเซีย	ราชอาณาจักรไทย
	ที่ถูกกักตัวหรือเร็วที่สุด และจะมีการทบทวนคำสั่งการกักตัวภายใน 7 วันหลังจากที่มีการทบทวนครั้งแรก และต่อมาทุก30วันจนกว่าจะปล่อยตัว	(ยกเว้น กรณีพิเศษที่ขึ้นอยู่กับการพิจารณาของผู้ดูแล/ผู้จัดการรายกรณี)		
สถานที่กักตัวคนต่างด้าว	มีสถานกักตัวของรัฐ แต่หาก TBP ทำหน้าที่เป็นผู้ค้ำประกันจากสถานกักตัว จะไม่ต้องวางหลักทรัพย์ สามารถไปพักอาศัยกับชุมชนแทนได้ โดยมารายงานตัว หากไม่มาจะถูกออกหมายจับนำมากักตัวอีกครั้ง	มีศูนย์พักอาศัยสำหรับครอบครัวแบบเปิด (open family housing unit) ที่ไม่ปิดล็อกประตู มีบริการให้คำปรึกษาด้านกฎหมาย ด้านการเดินทางกลับและอื่น ๆ ในศูนย์ มีคูปองอาหารรายสัปดาห์	เด็กที่ถูกควบคุมตัวจะได้รับการคัดกรอง และนำตัวไปพัก ในบ้านพักชั่วคราวแทนการกักตัว	มีสถานกักตัวคนต่างด้าวของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง 22 แห่ง หากท้องที่ใดไม่มีให้ฝากกักตัวไว้ที่สถานีตำรวจ

	ประเทศแคนาดา	ราชอาณาจักรเบลเยียม	สหพันธรัฐมาเลเซีย	ราชอาณาจักรไทย
มาตรการทางเลือกแทนการกักตัว	1) การทบทวนคำสั่งกักตัวเป็นระยะ 2) การประกันโดยเงินทุนที่มาจากรัฐ 3) การรายงานตัว และการปรับลดความถี่การรายงานตัว 4) การควบคุมดูแลในชุมชน 5) การบริหารจัดการรายกรณี 6) การสนับสนุนบริการต่าง ๆ ในชุมชน เช่น การศึกษา การทำงาน สุขภาพ	1) ศูนย์พักอาศัยสำหรับเด็กและครอบครัวที่กำหนดกฎที่ผู้พักอาศัยต้องปฏิบัติตามและการบริการจัดการรายกรณีในศูนย์ 2) ศูนย์รับเด็กที่เดินทางโดยลำพังหรือแยกจากผู้ปกครอง	1) การใช้บัตร UNHCR เพื่อยืนยันสถานการณ์ขอลี้ภัยหรือสถานภาพผู้ลี้ภัยและปล่อยให้อยู่ในชุมชนได้ 2) การจัดบ้านพักชั่วคราวสำหรับเด็ก UASC	1) การขอประกันจากสถานกักตัว หลังมีคำสั่งให้กักตัวแล้ว