บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากคำสั่งกักตัวคนต่างด้าว

ประเทศไทยให้สัตยาบันต่อปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน(Universal Declaration of Human Rights) และเข้าเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม 2539 โดยมีผลใช้บังคับกับประเทศไทยเมื่อวันที่ 29 มกราคม 2540[1] ในการเข้าเป็นภาคีรัฐบาลไทยจึงมีพันธกรณีที่จะต้องส่งรายงานต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Council) ฉบับแรกภายใน 1 ปี นับแต่วันที่กติการะหว่างประเทศมีผลใช้บังคับกับประเทศไทย โดยรายงานต้องระบุถึงสถานการณ์ความก้าวหน้าในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิด้านต่าง ๆ ที่รับรองในกติการะหว่างประเทศ รวมทั้งปัญหาและอุปสรรคที่ปรากฏ นอกจากนี้ยังมีผลให้ประเทศไทยต้องปรับปรุงรัฐธรรมนูญ กฎหมาย กฎ ระเบียบ คำสั่งในหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐ ให้สอดคล้องกับพันธกรณีต่าง ๆ ซึ่งปัจจุบันนอกเหนือจากกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองแล้ว ประเทศไทยยังเข้าเป็นภาคีสนธิสัญญาหลักด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศภายใต้สหประชาชาติฉบับอื่นอีก รวมทั้งหมด 7 ฉบับ จาก 9 ฉบับ และมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายภายในประเทศให้สอดคล้องกับสนธิสัญญาเหล่านี้อยู่เสมอ ดังเช่นล่าสุดมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 ซึ่งเริ่มมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2566 ที่ผ่านมา (ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 25 ตุลาคม 2565 และมีผลบังคับใช้หลังพ้นกำหนด 120 วัน นับแต่วันประกาศ)[2] อันเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี[3] แม้ว่าประเทศไทยจะปรับปรุงแก้ไขกฎหมายภายในประเทศให้เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนอยู่เสมอก็ตาม แต่มีบทบัญญัติบางประการในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

---

[1] ภัทรวดี ชินชนะ. (2566). ***วิเคราะห์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ว่าด้วยเรื่องคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ.*** (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=177. [2566, 4 พฤษภาคม]

[2] พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565. มาตรา 2.

[3] หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565.

อันเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นและบังคับใช้ก่อนประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีในสนธิสัญญาต่าง ๆ เหล่านี้ซึ่งไม่เป็นไปตามหลักการสากลด้านสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะการจำกัดสิทธิเสรีภาพจากคำสั่งกักตัวคนต่างด้าว โดยไม่มีมาตรการทางเลือกอื่นแทนการกักตัวคนต่างด้าวที่เพียงพอในกฎหมายฉบับดังกล่าว จึงเป็นที่มาของการศึกษาวิเคราะห์ในครั้งนี้ เพื่อนำไปสู่แนวทางในการแก้ไขปัญหาต่อไป ซึ่งมีรายละเอียดในแต่ละประเด็นปัญหาดังต่อไปนี้

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาการกักตัวคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

จากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 วรรคสาม บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีคำสั่งให้ส่งตัวคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรแล้ว ในระหว่างรอการส่งกลับพนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจอนุญาตให้ไปพักอาศัยอยู่ ณ ที่ใด โดยคนต่างด้าวผู้นั้นต้องมาพบพนักงานเจ้าหน้าที่ตามวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนด โดยต้องมีประกัน หรือมีทั้งประกันและหลักประกันก็ได้ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่จะกักตัวคนต่างด้าวผู้นั้นไว้ ณ สถานที่ใดเป็นเวลานานเท่าใดตามความจำเป็นก็ได้ ค่าใช้จ่ายในการกักตัวนี้ให้คนต่างด้าวผู้นั้นเป็นผู้เสีย”

บทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นได้ว่าการกักตัวคนต่างด้าวตามมาตรา 54 วรรคสาม ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากภายหลังพนักงานเจ้าหน้าที่มีคำสั่งให้ส่งตัวคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรแล้ว ในระหว่างนี้ย่อมมีอำนาจกักตัวคนต่างด้าวไว้ โดยไม่มีกำหนดระยะเวลา อันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินสมควร และขัดกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนซึ่งจะกล่าวถึงในลำดับต่อไป

การกักตัวคนต่างด้าวโดยอาศัยอำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 วรรคสาม เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2379/2542 วินิจฉัยรับรองไว้ว่า “ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 วรรคสาม บัญญัติให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ที่จะกักตัวคนต่างด้าวผู้นั้นไว้ ณ สถานที่ใดเป็นเวลานานเท่าใดตามความจำเป็นก็ได้ ฉะนั้นแม้ผู้ร้องมีกำหนดเดินทางออกนอกราชอาณาจักรวันที่ 25 กันยายน 2541 แต่เมื่อผู้ร้องเป็นคนต่างด้าวเข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต พนักงานเจ้าหน้าที่ย่อมมีอำนาจที่จะกักตัวผู้ร้อง เพื่อรอการส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักรตามบทกฎหมายดังกล่าวได้” อันเป็นการวินิจฉัยที่ยืนยันหลักการกักตัว “โดยไม่มีกำหนดระยะเวลา” แต่อย่างไรก็ตามหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว มีประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับเรื่องระยะเวลาการกักตัวซึ่งเขียนโดยท่านอาจารย์ทวี ประจวบลาภ ไว้ว่า “ผู้เขียนทราบว่า คณะอนุกรรมการทบทวนกฎหมายเพื่ออนุวัตตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและอนุสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนในคณะกรรมการฉลอง

ครบรอบ 50 ปี ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ ได้ยกร่างพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... แก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 โดยกำหนดระยะเวลาในการกักตัวคนต่างด้าวในระหว่างรอการส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร เนื่องจากกฎหมายปัจจุบัน พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 หมวด 6 ที่ว่าด้วยการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถกักตัวคนต่างด้าวผู้เข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตไว้ โดยไม่มีกำหนดเวลาที่แน่นอน ทำให้บุคคลดังกล่าวต้องสูญเสียสิทธิเสรีภาพในร่างกายเป็นการเนิ่นนาน โดยไม่รู้กำหนดเวลาว่าจะถูกกักตัวไว้นานเท่าใด อันเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 29 และมาตรา 31[4] ขณะนี้ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวยังไม่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภา” ซึ่งเป็นความเห็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับประเด็นด้านสิทธิมนุษยชน แต่กระทั่งถึงปัจจุบันก็ยังไม่มีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับระยะเวลาการกักตัวตามความเห็นดังกล่าว

นอกจากนี้ เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 วรรคสาม มีขึ้นเพื่อใช้กักตัวคนต่างด้าวเพื่อรอการส่งกลับในทันที โดยไม่จำต้องมีกรณีอื่นใดที่ต้องดำเนินการเกี่ยวกับตัวคนต่างด้าวผู้นั้นอีก แต่ในทางปฏิบัติมักจะพบว่าพนักงานเจ้าหน้าที่จะอาศัยอำนาจในการออกคำสั่งให้ส่งตัวคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรก่อน เพื่อให้เข้าเงื่อนไขที่จะสามารถกักตัวคนต่างด้าวต่อไปได้โดยไม่มีกำหนดระยะเวลา ทั้งที่ยังไม่มีเจตนาจะส่งกลับคนต่างด้าวออกไปทันที เช่น กรณีคนต่างด้าวถูกดำเนินคดีอาญา แม้จะได้รับการปล่อยชั่วคราวจากศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญา แต่พนักงานเจ้าหน้าที่จะนำตัวคนต่างด้าวมากักตัวไว้โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายนี้ ซึ่งศาลอาญากรุงเทพใต้ เคยมีคำวินิจฉัยในคำสั่งศาลอาญากรุงเทพใต้ คดีหมายเลขแดงที่ คข 4/2566 ในประเด็นนี้ว่า “แม้อำนาจการกักตัวตามมาตรานี้จะมิได้กำหนดระยะเวลาเอาไว้ แต่ก็มิใช่ว่าพนักงานเจ้าหน้าที่จะกักตัวคนต่างด้าวไว้นานเท่าใดตามอำเภอใจก็ได้ อันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพและขัดกับหลักสิทธิมนุษยชน เพราะเจตนารมณ์ของการกักตัวตามมาตรา 54 วรรคสาม มีขึ้นเพื่อส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรเท่านั้น มิใช่การอ้างอิงหรืออาศัยอำนาจตามกฎหมายมาตรานี้เพื่อกักตัวคนต่างด้าวไว้ด้วยวัตถุประสงค์อื่น ที่ผู้คุมขังเบิกความตอบทนายผู้ร้องถามค้านว่า ระยะเวลาการกักตัวขึ้นอยู่กับว่าในคดีอาญาจะเสร็จสิ้นเมื่อไหร่ และสถานีตำรวจนครบาลทุ่งมหาเมฆจะมีหนังสือยกเลิกการชะลอการส่งตัวเมื่อใดนั้น จึงมิใช่ข้ออ้างตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายและไม่อาจรับฟังเป็นเหตุผลในการกักตัวโดยอาศัยข้ออ้างดังกล่าวได้ เพราะแม้มาตรา 54 วรรคสาม จะบัญญัติให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่กักตัวคนต่างด้าว เพื่อรอการส่งกลับเป็นเวลานานเท่าใดตามความจำเป็นก็ได้ แต่การกักตัวตามความจำเป็นในมาตรานี้หมายถึง ความจำเป็นที่ไม่อาจ

[4] ขณะมีคำพิพากษาศาลฎีกาในคดีนี้คือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540.

ส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรได้ด้วยเหตุผลของการส่งกลับ เช่น ไม่มีช่องทางพาหนะ ค่าใช้จ่ายในการส่งกลับ หรือเหตุอื่นที่เกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงกัน อาทิ คนต่างด้าวยังไม่ประสงค์เดินทางออก ข้ออ้างที่ว่ากักตัวไว้เพื่อรอคดีอาญาเสร็จสิ้นนั้นมิใช่ความจำเป็นที่เกี่ยวเนื่องกับการส่งกลับ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้ อันแสดงให้เห็นว่าพนักงานเจ้าหน้าที่มิได้มีเจตนาที่จะส่งตัวผู้ร้องกลับออกไปนอกราชอาณาจักรอย่างแท้จริงในทันที เนื่องจากผู้ร้องยังอยู่ระหว่างการสอบสวนในคดีอาญาย่อมไม่อาจส่งกลับได้อยู่ในตัว แต่พนักงานเจ้าหน้าที่กลับรีบด่วนเพิกถอนการอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรของผู้ร้อง เพื่อให้เข้าเงื่อนไขของการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร แล้วนำมากักตัวไว้ทั้งที่ผู้ร้องได้รับอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวในคดีอาญาแล้ว อันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ซ้ำซ้อนกันโดยที่คดีอาญายังไม่ถึงที่สุด และยังไม่แน่ว่าจะส่งตัวผู้ร้องกลับออกไปนอกราชอาณาจักรได้เมื่อใด”

แต่ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการกักตัวโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาและโดยที่ยังไม่มีเจตนาจะส่งกลับคนต่างด้าวโดยทันทียังติดขัดในเรื่องข้อกฎหมายที่ควรได้รับการแก้ไข เนื่องจากสถานะของคำสั่งกักตัว และคำสั่งให้ส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับใช้จนกว่าจะถูกยกเลิกหรือเพิกถอน และต้องฟ้องคดีต่อศาลปกครองซึ่งมีกระบวนพิจารณาที่ใช้เวลานาน แม้คนต่างด้าวจะเห็นว่าการกักตัวนั้นเป็นเหตุให้เกิดการคุมขังโดยมิชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 90 ซึ่งมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญาหรือศาลยุติธรรม ให้ไต่สวนคำร้องนั้นโดยด่วนได้ทันที แต่เมื่อเหตุอันเป็นที่มาแห่งการคุมขังเกิดจากอำนาจของฝ่ายปกครอง ศาลยุติธรรมจึงไม่อาจไปก้าวล่วงหรือวินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นได้ ดังที่ศาลอาญากรุงเทพใต้ เคยมีคำวินิจฉัยในคดีหมายเลขแดงที่ คข 4/2566 ไว้ว่า “คำสั่งเพิกถอนการอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักร ตามเอกสารหมาย ค.4 และคำสั่งให้ส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ตามเอกสารหมาย ค.6 เป็นคำสั่งซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 36 และมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว จึงมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 หากผู้ร้องเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ถูกต้องด้วยกระบวนการ ขั้นตอนในการออกคำสั่ง หรือเป็นการใช้ดุลยพินิจที่ไม่ชอบอย่างไร ก็ชอบที่จะว่ากล่าวให้ยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวเป็นอีกคดีหนึ่ง นอกเหนือจากประเด็นที่ศาลจะวินิจฉัยเกี่ยวกับการคุมขังในคดีนี้ อันเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น

หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ซึ่งเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ซึ่งศาลนี้ไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาไปถึงความชอบของคำสั่งทางปกครอง ตามเอกสารหมาย ค.4 และ ค.6 เมื่อคำสั่งดังกล่าวยังมิได้ถูกยกเลิกหรือเพิกถอน จึงต้องถือว่ายังมีผลผูกพันตามกฎหมายให้ผู้ร้องต้องปฏิบัติตาม ดังบัญญัติในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 42 วรรคสอง ผู้ถูกร้องจึงมีอำนาจกักตัวผู้ร้องไว้เพื่อรอการส่งกลับตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 วรรคสาม ได้ ภายหลังแจ้งคำสั่งให้ส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรตามเอกสารหมาย ค.6 แก่ผู้ร้องทราบแล้ว”

จากการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายของต่างประเทศตลอดจนแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาข้อนี้พบว่า การที่พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 วรรคสาม บัญญัติให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจกักตัวคนต่างด้าวไว้เพื่อรอการส่งกลับโดยไม่มีกำหนดระยะเวลา ย่อมขัดกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights หรือ ICCPR) ข้อ 9 1. ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลจะถูกจับกุมหรือควบคุมตัวโดยอำเภอใจมิได้ บุคคลจะถูกลิดรอนเสรีภาพของตนมิได้” อันเป็นไปตามแนวคำวินิจฉัยของศาลอาญากรุงเทพใต้ข้างต้น ที่กล่าวถึงการกักตัวคนต่างด้าว ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 วรรคสาม ไว้ว่า “แม้อำนาจการกักตัวตามมาตรานี้จะมิได้กำหนดระยะเวลาเอาไว้ แต่ก็มิใช่ว่าพนักงานเจ้าหน้าที่จะกักตัวคนต่างด้าวไว้นานเท่าใดตามอำเภอใจก็ได้” คำวินิจฉัยดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่เป็นไปตาม “หลักนิติรัฐ” (Legal State) อันเป็นกรณีที่หากมีช่องว่างของกฎหมาย หรือไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ หากฝ่ายปกครองไปถือหลักที่ว่า “เมื่อไม่มีกฎหมายห้ามไว้ฝ่ายปกครองจะกระทำอะไรก็ได้เพราะเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครอง และในขณะเดียวกันถ้ามีกฎหมายให้อำนาจไว้ฝ่ายปกครองยิ่งจะกระทำอย่างไรก็ได้” การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองแทบจะทำไม่ได้เลย ไม่ว่าจะตรวจสอบการใช้อำนาจผูกพันหรืออำนาจดุลพินิจ และอาจทำให้เส้นแบ่งระหว่างดุลพินิจกับอำเภอใจ บางลงจนแทบจะแยกกันไม่ออกว่าแตกต่างกันอย่างไร อันไม่เป็นผลดีแก่ประชาชนเพราะจะทำให้อยู่ในฐานะผู้ถูกกระทำ หรือเป็นกรรมของผู้ใช้อำนาจทางปกครอง มิใช่อยู่ในฐานะเป็นประธานหรือเป็นเจ้าของสิทธิ์อีกต่อไป

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

นอกจากนี้ในแนวปฏิบัติสำหรับกฎเกณฑ์และมาตรฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตัวผู้ขอลี้ภัยและทางเลือกอื่น ๆ แทนการควบคุมตัว (Guidelines on the Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum-seekers and Alternatives to Detention) ของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (Office of the United Nations High Commissioner for Refugees หรือ UNHCR) ยังกล่าวถึงการควบคุมตัวโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาไว้ในข้อ 6. ว่า “การควบคุมตัวโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและควรมีกฎหมายกำหนดกรอบระยะเวลาสูงสุดในการควบคุมตัว ระยะเวลาของการควบคุมตัวที่ไม่เหมาะสมอาจทำให้คำสั่งควบคุมตัวที่ถูกต้องตามกฎหมายกลายเป็นการควบคุมตัวที่ไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน และเป็นการควบคุมตัวโดยพลการ การควบคุมตัวโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาอันเนื่องมาจากความผิดเกี่ยวกับการเข้าเมืองถือเป็นการกระทำโดยพลการ ซึ่งขัดต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ดังนั้นควรมีการกำหนดระยะเวลาการควบคุมตัวสูงสุดไว้ในกฎหมายของประเทศนั้น ๆ เพื่อไม่ให้มีการควบคุมที่ยาวนานออกไปเรื่อย ๆ หรือไม่มีกำหนด (Indefinite Detention)” ซึ่งแนวปฏิบัติข้อนี้เป็นไปตามทฤษฎีหลักมาตรการบังคับทางปกครองต้องพอสมควรแก่เหตุ โดยเฉพาะหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in The Narrow Sense) ซึ่งฝ่ายปกครองต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ที่เสียไป หรือภาระที่บุคคลผู้อยู่ภายใต้บังคับของมาตรการจะต้องแบกรับ

เมื่อพิเคราะห์จากกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายของต่างประเทศตลอดจนแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องตามที่กล่าวถึงข้างต้น ในปัจจุบันประเทศไทยยังขาดการกำหนดระยะเวลาที่แน่นอนในการกักตัวคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 วรรคสาม

และการตรวจสอบความจำเป็นในการกักตัวเป็นระยะ ๆ จนกว่าจะปล่อยตัว ดังเช่นในประเทศแคนาดา ดังนั้น ในเรื่องปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาการกักตัวคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 จึงควรมีการแก้ไขกฎหมายโดยการกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งกักตัวคนต่างด้าว ยื่นคำร้องต่อศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญา เพื่อตรวจสอบเหตุผลและความจำเป็นในการกักตัวคนต่างด้าวภายใน 7 วัน นับแต่เริ่มกักตัวและต่อมาทุก 30 วัน จนกว่าจะมีการปล่อยตัว ตามแนวทางของประเทศแคนาดา และแนวปฏิบัติสำหรับกฎเกณฑ์และมาตรฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตัวผู้ขอลี้ภัยและทางเลือกอื่น ๆ แทนการควบคุมตัว ของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ ในทำนองเดียวกับการยื่นคำร้องขอฝากขังต่อศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยให้ศาลตรวจสอบเหตุผลและความจำเป็นที่ต้องกักตัวคนต่างด้าว หากศาลเห็นว่าไม่มีเหตุผลหรือความจำเป็นที่เพียงพอให้ศาลมีคำสั่งปล่อยตัวได้ทันที และให้ถือว่าคำสั่งทางปกครองที่ให้กักตัวคนต่างด้าวถูกยกเลิกหรือเพิกถอนไปในตัว โดยไม่จำต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครองอีกครั้ง แต่หากคนต่างด้าวที่ศาลจะสั่งให้ปล่อยไม่มีสิทธิอยู่ในประเทศไทย ให้ใช้มาตรการทางเลือกแทนการกักตัว ซึ่งผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์เรื่องมาตรการทางเลือกแทนการกักตัวในประเด็นปัญหาข้อ 4.3 ต่อไป แต่ทั้งนี้ควรต้องกำหนดระยะเวลาการกักตัวสูงสุดที่ศาลมีอำนาจอนุญาตให้กักตัวคนต่างด้าว จนกว่าจะถูกส่งตัวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรต้องไม่เกิน 90 วัน นับแต่วันเริ่มกักตัว หากเกินกำหนดดังกล่าวให้ศาลมีคำสั่งปล่อยตัว หรือเลือกใช้มาตรการทางเลือกแทนการกักตัวแล้วแต่กรณี ทั้งนี้ก็เพื่อให้เป็นไปตามหลักการสากลด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีในสนธิสัญญาต่าง ๆ รวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศที่ยกขึ้นอ้างอิงข้างต้นด้วย

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดสถานที่ที่เหมาะสมในการกักตัวคนต่างด้าว

จากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 19 วรรคหนึ่ง บัญญัติถึงสถานที่ที่เหมาะสมในการกักตัวคนต่างด้าวไว้ว่า “ในการตรวจและพิจารณาว่าคนต่างด้าวผู้ใดต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรหรือไม่ พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวผู้นั้นไปพักอาศัยอยู่ ณ ที่ที่เห็นสมควร โดยให้คำรับรองว่าจะมาพบพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อรับทราบคำสั่งตามวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนดก็ได้ หรือถ้าพนักงานเจ้าหน้าที่เห็นสมควรจะเรียกประกันหรือเรียกทั้งประกันและหลักประกันก็ได้ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่จะกักตัวผู้นั้นไว้ ณ สถานที่ใดตามที่เห็นเหมาะสมเพื่อดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ก็ได้”

นอกจากนี้ในการสอบสวนเพื่อส่งกลับตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 วรรคสอง ให้นำบทบัญญัติมาตรา 19 และมาตรา 20 มาใช้บังคับโดยอนุโลม จึงต้องนำเรื่องการกักตัวในสถานที่ที่เหมาะสมมาใช้บังคับด้วย เกี่ยวกับเรื่องนี้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกา

ที่ 1181/2564 วินิจฉัยในประเด็นสถานที่กักตัวไว้ว่า “พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 19 วรรคหนึ่ง กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองกักตัวคนต่างด้าวไว้ ณ สถานที่ใดตามที่เห็นเหมาะสม แต่การที่สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองไม่มีห้องกักตัวที่เหมาะสมเป็นของตัวเองแล้วนำผู้ร้องซึ่งเป็นคนต่างด้าวไปกักตัวไว้ในห้องคุมตัวหรือควบคุมผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาของสถานีตำรวจ จึงมิใช่เป็นการกักตัวผู้ร้องไว้ ณ สถานที่เหมาะสม”

ในปัจจุบันพบว่ามีตรวจคนเข้าเมืองจังหวัดหลายท้องที่ ที่ไม่มีสถานกักตัวคนต่างด้าวของตนเอง แล้วนำตัวคนต่างด้าวไปกักตัวไว้ ณ สถานีตำรวจ นอกจากนี้ในเรื่องสถานที่กักตัวที่เหมาะสมไม่ได้กำหนดนิยามหรือลักษณะของสถานที่เอาไว้ในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ แต่สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองได้ออกคำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 89/2562 เรื่อง กำหนดแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการรับตัว การควบคุมตัว และดูแลคนต่างด้าว สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองเอาไว้ โดยในคำสั่งดังกล่าวกำหนดว่าในกรณีที่ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัด หรือด่านตรวจคนเข้าเมือง มีความจำเป็นต้องกักตัวคนต่างด้าวนั้นไว้ แต่ไม่มีสถานที่กักตัวคนต่างด้าว ให้ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัดหรือด่านตรวจคนเข้าเมือง นำฝากการกักตัวคนต่างด้าวต่อสถานีตำรวจท้องที่หรือสถานกักตัวคนต่างด้าวสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ใกล้ที่สุด ซึ่งในทางปฏิบัติพนักงานเจ้าหน้าที่มักจะนำไปฝากกักตัวไว้ที่สถานีตำรวจ จนกระทั่งเกิดเป็นคดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่กล่าวถึงข้างต้น ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้แล้วว่ากรณีดังกล่าวไม่ใช่สถานที่ที่เหมาะสม แต่ในปัจจุบันก็ยังไม่มีการแก้ไขคำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองเกี่ยวกับสถานที่ที่เหมาะสมในการกักตัว นอกจากนี้เมื่อพิจารณาจากแนวปฏิบัติสำหรับกฎเกณฑ์และมาตรฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตัวผู้ขอลี้ภัยและทางเลือกอื่น ๆ แทนการควบคุมตัว (Guidelines on the Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum-seekers and Alternatives to Detention) ของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (Office of the United Nations High Commissioner for Refugees หรือ UNHCR) ในข้อ 8.1 ของแนวปฏิบัติดังกล่าวยังระบุว่า “การถูกควบคุมในสถานที่ซึ่งได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการว่า เป็นสถานที่สำหรับควบคุมตัว การควบคุมตัวในห้องขังของสถานีตำรวจถือเป็นการควบคุมตัวที่ไม่เหมาะสม”หรือแม้แต่สถานกักตัวคนต่างด้าวของสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองเองก็มีความแออัด และอาจไม่เป็นไปตามมาตรฐานสากลด้านสิทธิมนุษยชน ซึ่งสถานกักตัวคนต่างด้าวของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง (Immigration Detention Center หรือ IDC) มีเพียง 22 แห่งทั่วประเทศไทย โดยมีศูนย์กลางอยู่ที่ซอยสวนพลูอันเป็นที่ตั้งเดิมของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง[5] จึงไม่เพียงพอต่อการกักตัวคนต่างด้าว

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

เพื่อรอการส่งกลับทั้งยังก่อให้เกิดความแออัดมากขึ้นตามจำนวนคนต่างด้าวที่เพิ่มเติมในแต่ละวัน ในจำนวนนี้ยังมีคนต่างด้าวที่เป็นเด็กซึ่งเดินทางโดยลำพังหรือเดินทางมากับครอบครัวแล้วต้องถูกกักตัวไว้ อันไม่เป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และยังไม่สอดคล้องกับแนวปฏิบัติของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติที่กล่าวถึงข้างต้น ในข้อ 9.2 ซึ่งกำหนดไว้ว่า “โดยหลักแล้วเด็กไม่สมควรถูกควบคุมตัว ซึ่งเป็นไปตามอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิเด็ก และยังส่งผลกระทบในทางลบต่อสภาพความเป็นอยู่ของเด็กรวมทั้งพัฒนาการด้านร่างกายและจิตใจ ในกรณีที่มีการควบคุมตัวเด็ก เด็กจะต้องได้รับการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานให้เหมาะสมกับความต้องการเฉพาะของเด็ก เช่น การจัดหาผู้ดูแลและให้คำปรึกษาทางกฎหมาย การได้รับการศึกษา กิจกรรมนันทนาการ รวมทั้งเปิดโอกาสให้ทำกิจกรรมกับเด็กคนอื่น ๆ”

นอกจากกฎหมายระหว่างประเทศที่ผู้วิจัยกล่าวถึงข้างต้นแล้ว จากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศตลอดจนแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาข้อนี้พบว่า แม้พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 19 และ มาตรา 54 จะบัญญัติให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งให้คนต่างด้าวไปพักอาศัย ณ สถานที่อื่นแทนการกักตัว แต่ในพระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้ระบุว่าสถานที่อื่นที่เห็นเหมาะสมคือสถานที่ใด มีลักษณะอย่างไร และกรณีใดบ้างที่ควรอนุญาตให้ไปพักอาศัย ณ สถานที่เหล่านี้แทนการกักตัว นอกจากนี้สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองยังออกคำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 89/2562 โดยกำหนดให้กรณีที่ไม่มีสถานกักตัวให้นำไปฝากกักตัวไว้กับสถานีตำรวจตามที่กล่าวถึงข้างต้น ทำให้ในทางปฏิบัติพนักงานเจ้าหน้าที่ไม่เลือกใช้การมีคำสั่งให้ไปพักอาศัย ณ สถานที่อื่นแทนการกักตัว แต่เลือกใช้การนำไปฝากกักตัวที่สถานีตำรวจ กระทั่งเกิดเป็นคดีและศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าไม่ใช่สถานที่ที่เหมาะสมในการกักตัวตามที่กล่าวไว้ข้างต้น จากหลักปฏิบัติของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการตีความกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ กระทั่งการออกคำสั่งภายในของฝ่ายปกครองเพื่อกำหนดแนวทางปฏิบัติในการกักตัวคนต่างด้าวนี้ย่อมไม่เป็นไปตามหลักการสากลด้านสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะในหลักการตรวจสอบได้และยึดถือหลักนิติธรรม (Accountability and The Rule of Law) ซึ่งการบังคับใช้และตีความกฎหมายต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม กล่าวคือ ต้องบังคับใช้ให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้อยู่ภายใต้กฎหมาย โดยไม่ออกกฎเกณฑ์นอกเหนือไปจากที่กฎหมายอันเป็นฐานที่มาแห่งอำนาจกำหนด ทั้งต้องไม่เป็นการสร้างภาระแก่ประชาชนผู้ต้องถูกบังคับใช้ในกฎเกณฑ์นั้นเกินสมควร นอกจากนี้ ภายใต้หลักนิติธรรม (the rule of law) จะทำหน้าที่ในเชิงหลักการและหลักคิดเพื่อเป็นกรอบไปสู่หลักปฏิบัติที่ว่า “บุคคลย่อมเสมอภาคกัน เมื่ออยู่เบื้องหน้ากฎหมาย” ซึ่งในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้ยอมรับหลักนิติธรรม ทั้งยังยืนยันไว้ในข้อ 7. ว่า “All are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law.” อันแปลความได้ว่า “ทุกคนย่อม

เสมอภาคกันตามกฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของกฎหมายเท่าเทียมกัน” เมื่อกลับมาพิจารณาในคำสั่งของสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองในปัจจุบันแล้วจะเห็นได้ว่า ไม่มีการกำหนดสถานที่อื่นให้คนต่างด้าวพักอาศัยแทนการกักตัว หากจะยื่นประกันก็ต้องมีเงินประกันเป็นหลักทรัพย์ ต่างกับกรณีของคนประจำพาหนะเรือตามคำสั่งกองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง 2 ที่ 107/2563 เรื่อง กำหนดวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการประกันคนประจำพาหนะเรือที่เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร ทางด่านตรวจคนเข้าเมืองท่าอากาศยานในสังกัดกองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง 2 ที่สามารถใช้หนังสือสัญญาค้ำประกันของธนาคาร ที่บริษัทตัวแทนเรือนำมาวางแทนเงินสดได้

เมื่อพิจารณากฎหมายของประเทศแคนาดา ราชอาณาจักรเบลเยียม และสหพันธรัฐมาเลเซียแล้ว พบว่าทั้งสามประเทศมีการกำหนดสถานที่ที่เหมาะสมในการควบคุมคนต่างด้าวแทนสถานกักตัว โดยประเทศแคนาดามีโครงการประกันที่ชื่อว่า “Toronto Bail Program” (TBP) ซึ่งดำเนินการโดย Canada Border Services Agency หรือ CBSA ภายใต้โครงการนี้ผู้ต้องกักสามารถได้รับการปล่อยตัวโดยใช้การประกันตัว โดย TBP จะทำหน้าที่เป็นผู้ค้ำประกัน (Bondsperson) กรณีที่ไม่มีญาติหรือไม่มีผู้ค้ำประกัน และในกรณีที่ TBP เป็นผู้ค้ำประกันก็ไม่ต้องมีการวางเงินประกัน ทำให้ไม่เกิดการเลือกปฏิบัติด้านการเงินต่อคนที่ไม่มีเงินประกัน อีกทั้ง TBP จะทำการสัมภาษณ์เพื่อการประเมินระดับการควบคุมดูแลโดยจะกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ เช่น การต้องมารายตัวตามนัดหมาย การแจ้งการเปลี่ยนที่อยู่ การต้องมาเข้าร่วมกิจกรรม (การศึกษา การฝึกอบรมทักษะอาชีพ) ทั้งนี้ความถี่ในการรายงานตัวจะมีการปรับให้น้อยลงได้ หากผู้ที่ได้รับการประกันตัวมารายงานตัวตามกำหนด แต่หากไม่มารายงานตัวก็จะแจ้งเจ้าหน้าที่รัฐให้ออกหมายจับ หรืออาจต้องถูกส่งตัวกลับไปกักตัว การไปตรวจสอบสถานที่พักอาศัยโดยไม่ได้นัดหมาย ซึ่งหากคนต่างด้าวที่เป็นผู้ต้องกักดำเนินการตามข้อกำหนดเหล่านี้ ก็สามารถไปพักอาศัยในชุมชนระหว่างรอการเดินทางออกนอกประเทศเพื่อส่งกลับได้ โดยไม่จำเป็นต้องไปพักอาศัย ณ สถานกักตัว

สำหรับราชอาณาจักรเบลเยียมมีการใช้มาตรการการบริหารจัดการรายกรณี และการใช้โครงการนำร่องเปิดศูนย์พักอาศัยสำหรับครอบครัวแบบเปิด (open family housing unit) สำหรับเด็กที่อายุต่ำกว่า 18 ปี และครอบครัวที่อยู่ในระหว่างการขอลี้ภัยบริเวณชายแดน หรือที่อยู่ในระหว่างการรอส่งกลับประเทศ (families in a return procedure) ซึ่งมีลักษณะเป็นบ้านพัก ตึกแถว และอพาร์ทเม้นท์ ผู้พักอาศัยมีอิสระในการเคลื่อนไหว เพราะไม่มีการล็อกประตูทางเข้าออก ศูนย์ที่พักนี้อยู่ภายใต้การบริหารจัดการของสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองและมีบริการด้านต่าง ๆ ในศูนย์ เช่น การจัดให้มีผู้ดูแลหรือผู้จัดการรายกรณีสำหรับแต่ละครอบครัว ที่มีหน้าที่ช่วยหาวิธีการต่าง ๆ ในการอยู่ในประเทศได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย การช่วยประสานงาน ให้คำปรึกษาด้านกฎหมาย และช่วยเตรียมความพร้อมให้กับครอบครัว กรณีการเดินทางกลับ อีกทั้งมีการจัดที่พักอาศัยเฉพาะ

สำหรับครอบครัวนั้น ๆ การแจกคูปองอาหารรายสัปดาห์เพื่อไปซื้ออาหารจากตลาดมาทำอาหารสำหรับครอบครัว การให้ความช่วยเหลือด้านกฎหมายโดยเครือข่ายนักกฎหมาย การจัดการศึกษาสำหรับเด็กที่โรงเรียนในท้องถิ่น การตรวจเยี่ยมโดยแพทย์ ฯลฯ แต่อย่างไรก็ตามผู้ต้องกักจะต้องนอนพักในศูนย์เท่านั้น (สามารถเดินทางออกนอกศูนย์ในระหว่างเวลา 9.00 น. - 21.00 น.) และต้องมีสมาชิก ในครอบครัวอย่างน้อยหนึ่งคนอยู่ ณ ที่พักตลอดเวลา (ยกเว้น กรณีพิเศษที่ขึ้นอยู่กับการพิจารณาของผู้ดูแล/ผู้จัดการรายกรณี)

ส่วนสหพันธรัฐมาเลเซียปัจจุบันมีโครงการนำร่องการจัดบ้านพักที่ดำเนินงานโดยองค์กรพัฒนาเอกชน เพื่อให้บริการกับเด็กที่เดินทางโดยลำพังหรือแยกจากผู้ปกครอง (Unaccompanied & Separated Children: UASC) โครงการนี้ได้รับเงินสนับสนุนจากองค์กรพัฒนาเอกชนและองค์กร UN ในด้านที่พักและบริการต่าง ๆ เพื่อส่งเสริมสวัสดิภาพของเด็ก (เช่น อาหาร การศึกษา สุขภาพ) รวมทั้งมีการบริหารจัดการรายกรณีสำหรับเด็กแต่ละคน (เช่น การตามหาพ่อแม่เด็ก การประเมินความต้องการเฉพาะของเด็ก การเยี่ยมบ้านเพื่อประเมินผลและติดตาม) โดยเด็กที่ถูกควบคุมตัวจะได้รับการคัดกรอง และนำตัวไปพักในบ้านพักชั่วคราวแทนการกักตัว โครงการนำร่องนี้อาจมีการเพิ่มจำนวนการรับเด็กให้มากขึ้นและขยายไปยังกลุ่มเด็กและครอบครัวของเด็ก และเด็กที่ถูกจับกุมได้ ณ บริเวณชายแดน

เมื่อพิเคราะห์จากกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายของต่างประเทศตลอดจนแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องตามที่กล่าวถึงข้างต้น ในปัจจุบันประเทศไทยยังขาดการกำหนดนิยามความหมายของสถานที่ที่เหมาะสมในการให้คนต่างด้าวไปพักอาศัยแทนการกักตัว รวมถึงการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสถานที่ที่เหมาะสมไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่ออกโดยอาศัยอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่กลับไปกำหนดแนวทางปฏิบัติที่ขัดกับหลักสิทธิมนุษยชนไว้ในคำสั่งของหน่วยงานทางปกครองผู้บังคับใช้กฎหมาย โดยการกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่นำไปฝากกักตัวไว้ที่สถานีตำรวจ จึงควรแก้ไขพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 โดยการกำหนดนิยามความหมายของสถานที่ที่เหมาะสมแทนสถานกักตัว และหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการให้คนต่างด้าวไปพักอาศัย ณ สถานที่ดังกล่าวแทนการกักตัว เช่น การให้ชุมชนช่วยดูแล ในทำนองเดียวกับการตั้งผู้กำกับดูแลของศาลยุติธรรมในการปล่อยชั่วคราวของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา การกำหนดให้วางหนังสือค้ำประกันโดยไม่ต้องวางเงินสดตามแนวทางของประเทศแคนาดา เพื่อลดภาระของผู้ต้องกัก โดยอาจให้ภาคเอกชนหรือองค์กรการกุศล องค์กรระหว่างประเทศ ฯลฯ เข้ามามีส่วนร่วมในการรับรองเพื่อให้ไปพักอาศัย ณ สถานที่อื่นแทนการกักตัว และกำหนดเงื่อนไขในการมารายงานตัว หรือตรวจเยี่ยมโดยไม่แจ้งล่วงหน้า และอาจให้ภาคเอกชน ภาคประชาสังคมมีส่วนร่วมในการสร้างที่พักอาศัยชั่วคราวตามแนวทางของราชอาณาจักรเบลเยียม โดยไม่ต้องมีการปิดล็อก

ประตู แต่ให้พักอาศัยตามเวลาและเงื่อนไขที่กำหนด และในระหว่างนี้อาจหางานให้คนต่างด้าวกลุ่มนี้ทำตามเงื่อนไขและการกำกับดูแลของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการพักอาศัยของตนเองในระหว่างรอการส่งกลับ อันจะเป็นการลดภาระด้านงบประมาณของรัฐบาลที่ต้องใช้เพื่อดูแลคนต่างด้าวในสถานกักตัว สำหรับการกักตัวเด็กควรใช้แนวทางของสหพันธรัฐมาเลเซียที่มีการบริหารจัดการรายกรณี ส่งเสริมสวัสดิภาพของเด็ก และนำเด็กไปพักอาศัย ณ ที่อื่นแทนสถานกักตัว ก็จะทำให้การควบคุมดูแลคนต่างด้าวในระหว่างรอการส่งกลับเป็นไปตามหลักสิทธิมนุษยชน ลดความแออัดในสถานกักตัวของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง และลดภาระด้านงบประมาณของรัฐบาลเกี่ยวกับกรณีนี้ได้อีกทางหนึ่ง

4.3 ปัญหาเกี่ยวกับการใช้มาตรการทางเลือกแทนการกักตัวคนต่างด้าว

จากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มีมาตรการทางเลือกแทนการกักตัวคนต่างด้าวเพียงวิธีการเดียวคือการทำสัญญาประกัน ซึ่งเกิดขึ้นภายหลังจากพนักงานเจ้าหน้าที่มีคำสั่งให้กักตัวคนต่างด้าวแล้ว ส่วนมาตรการอื่นที่กฎหมายกำหนดให้นำมาใช้ก่อนออกคำสั่งกักตัวคนต่างด้าวไว้ในสถานกักตัว มีเพียงการให้ไปพักอาศัย ณ สถานที่อื่น ซึ่งในทางปฏิบัติคงมีเพียงการฝากกักตัวไว้ที่สถานีตำรวจ ไม่มีการให้ไปพักอาศัย ณ สถานที่อื่นอย่างแท้จริง ดังที่วิเคราะห์ไว้ในประเด็นปัญหาข้อ 4.2 นอกจากนี้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกันและการพิจารณาคำสั่งอนุญาตให้ประกันคนต่างด้าวก็มิได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 หากแต่เป็นไปตามคำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ที่มีการปรับปรุง แก้ไข และเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา ต่างจากการพิจารณาสัญญาประกันในคดีอาญา ที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในการทำคำสั่งปล่อยชั่วคราวในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อันเป็นกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ที่ผ่านการพิจารณาจากผู้แทนของประชาชน และไม่อาจแก้ไข เปลี่ยนแปลงได้ง่าย เช่นเดียวกับคำสั่งประกันคนต่างด้าวของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ทั้งที่เป็นคำสั่งที่ใช้พิจารณาเรื่องการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเช่นเดียวกัน และในบางกรณีที่คนต่างด้าวถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญา ได้รับอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวในคดีอาญาแล้ว แต่กลับถูกพนักงานเจ้าหน้าที่นำตัวมากักไว้ตามคำสั่งกักตัว อันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ซ้ำซ้อนกัน ดังที่ศาลอาญากรุงเทพใต้วินิจฉัยไว้ในคำสั่งคดีหมายเลขแดงที่ คข 4/2566 ซึ่งวิเคราะห์ไว้แล้วในประเด็นปัญหาข้อ 4.1

แม้การกักตัวคนต่างด้าวอาจนำไปสู่การร้องขอให้ปล่อยจากการคุมขังโดยมิชอบ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 90 และศาลที่รับคำร้องอาจไต่สวนผู้ร้องฝ่ายเดียวแล้วมีหมายสั่งให้ส่งตัวผู้ถูกคุมขังมาศาลได้ ตามหลัก Habeas Corpus ที่ออกตาม Habeas Corpus Act ของประเทศอังกฤษ โดยหลักการนี้ผู้พิพากษาที่ได้รับคำร้องจะออกหมายเรียกที่มีชื่อว่า “Habeas

Corpus ad subjicidum" เพื่อเรียกบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าคุมขังผู้อื่นไว้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายมาศาล และให้นำตัวผู้ถูกคุมขังมาศาลด้วย ซึ่งถูกรับรองไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยก็ตาม แต่หากฐานที่มาแห่งอำนาจเกิดจากการใช้อำนาจทางปกครอง ศาลที่รับคำร้องซึ่งเป็นศาลยุติธรรมย่อมไม่อาจพิจารณาพิพากษาไปถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดอำนาจกักตัวคนต่างด้าวได้ อันเป็นปัญหาสำคัญในทางปฏิบัติที่วิเคราะห์ไว้ในข้อ 4.1 และหากศาลที่รับคำร้อง จะพิจารณาไปถึงคำสั่งไม่อนุญาตให้ประกันคนต่างด้าวในระหว่างการกักตัว ก็มิใช่คำสั่งในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา หากแต่เป็นคำสั่งทางปกครอง จึงต้องนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครอง ซึ่งค่อนข้างใช้ระยะเวลานาน โดยกำหนดระยะเวลาขั้นต่ำในศาลปกครองชั้นต้นคือ 2 ปี 6 เดือน อันเป็นระยะเวลาในการดำเนินคดีปกติของศาลปกครองชั้นต้นที่ตุลาการมีคดีอยู่ในความครอบครองไม่เกิน 48 คดี หากมีคดีอยู่ในความครอบครองเกินกว่า 48 คดี ให้เพิ่มระยะเวลาในแต่ละขั้นตอนออกไปอีก 0.25 เท่า ทุกจำนวน 24 คดี[6] ทำให้คนต่างด้าวที่ไม่ได้รับอนุญาตให้ประกันจากสถานกักตัวคนต่างด้าว อาจถูกกักตัวอีกเป็นระยะเวลานานกว่าจะเสร็จสิ้นกระบวนการพิจารณาของศาลปกครอง การใช้มาตรการทางเลือกแทนการกักตัวจึงเป็นทางออกที่เหมาะสมสำหรับปัญหานี้ อันนำไปสู่การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยไม่เลือกปฏิบัติ ด้วยเหตุจากเชื้อชาติ หรือสัญชาติ สอดคล้องกับทฤษฎีด้านสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคและห้ามเลือกปฏิบัติ

จากการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายของต่างประเทศตลอดจนแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาข้อนี้พบว่า ในประเทศแคนาดามีการใช้มาตรการทางเลือกแทนการกักตัว ประกอบด้วย 1) การทบทวนคำตัดสินการกักตัวเป็นระยะ 2) การประกันตัว โดยเงินทุนที่มาจากรัฐ (และไม่ต้องวางหลักทรัพย์) 3) การรายงานตัว และมีการปรับลดความถี่การรายงานตัว 4) การควบคุมดูแลในชุมชน เช่น การต้องพักอาศัยในสถานที่ที่แจ้งไว้ การแจ้งเปลี่ยนสถานที่พักอาศัย การตรวจสอบที่พักโดยไม่ได้แจ้งให้ทราบ การให้เข้าร่วมกิจกรรมที่กำหนด 5) การบริหารจัดการรายกรณี และ 6) การสนับสนุนด้านบริการต่าง ๆ ในชุมชน เช่น การศึกษา การทำงาน สุขภาพ ฯลฯ ส่วนราชอาณาจักรเบลเยียม มีการใช้มาตรการทางเลือกแทนการกักตัว คือ 1) จัดให้มีศูนย์พักอาศัยสำหรับเด็กและครอบครัว ที่กำหนดกฎที่ผู้พักอาศัยต้องปฏิบัติตาม และการบริการจัดการรายกรณีภายในศูนย์ และ 2) ศูนย์รับเด็กที่เดินทางโดยลำพังหรือแยกจากผู้ปกครอง สำหรับสหพันธรัฐมาเลเซีย ซึ่งเป็นประเทศเพื่อนบ้านที่มีอาณาเขตติดต่อกับประเทศไทย และกฎหมายภายในของสหพันธรัฐมาเลเซีย ก็มิได้ยอมรับสถานะของผู้เข้าเมืองโดยผิดกฎหมายหรือ

---

[6] ประกาศศาลปกครอง เรื่อง กำหนดระยะเวลาดำเนินงานคดีในศาลปกครองสูงสุด พ.ศ. 2566 ลงวันที่ 23 มกราคม พ.ศ. 2566.

ผู้ขอลี้ภัยเช่นเดียวกับประเทศไทย แต่มาเลเซียยังมีมาตรการทางเลือกอื่นแทนการกักตัวคนต่างด้าว กล่าวคือ รัฐบาลมาเลเซียจะไม่จับกุมผู้แสวงหาที่ลี้ภัย หรือผู้ลี้ภัยที่ถือบัตรแสดงสถานะที่ออกโดย UNHCR โดยจะมี Bar Code ปรากฏอยู่ด้านหลังบัตร UNHCR ทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถสแกน Bar Code เพื่อตรวจสอบว่าเป็นผู้แสวงหาที่ลี้ภัยและผู้ลี้ภัยจริงหรือไม่ หากเป็นผู้แสวงหาที่ลี้ภัยและผู้ลี้ภัยก็จะไม่มีการจับกุมตัวแต่อย่างใด นอกจากนี้ สหพันธรัฐมาเลเซียยังมีความร่วมมือสามฝ่ายระหว่างภาคประชาสังคม ภาครัฐ (เจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมือง) และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติของสหพันธรัฐมาเลเซีย (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)

เมื่อพิจารณากฎหมายต่างประเทศของทั้งสามประเทศข้างต้น จะเห็นได้ว่ามีการดำเนินการที่เป็นรูปธรรมเกี่ยวกับมาตรการทางเลือกแทนการกักตัว ซึ่งมาตรการหลายส่วนสอดคล้องกับ UNHCR Detention Guideline โดยสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (Office of the United Nations High Commissioner for Refugees หรือ UNHCR) ได้กำหนดแนวปฏิบัติในการควบคุมตัว 10 ข้อ ไว้ในแนวปฏิบัติสำหรับกฎเกณฑ์และมาตรฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตัวผู้ขอลี้ภัยและทางเลือกอื่น ๆ แทนการควบคุมตัว (Guidelines on the Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum-seekers and Alternatives to Detention) โดยมีสาระสำคัญที่กล่าวถึงเรื่องต่าง ๆ ในการควบคุมตัวในแต่ละข้อ คือ 1) การเคารพสิทธิในการแสวงหาที่ลี้ภัยของบุคคล 2) สิทธิเสรีภาพและสวัสดิภาพของบุคคลและสิทธิในการมีเสรีภาพในการเคลื่อนที่ของผู้ขอลี้ภัย 3) การควบคุมตัวต้องมีกฎหมายอนุญาตและเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด 4) การควบคุมตัวจะต้องไม่กระทำโดยพลการและคำสั่งควบคุมตัวบุคคลต้องมีการพิจารณาสถานการณ์แวดล้อมตามแต่กรณีของแต่ละบุคคล 5) การควบคุมตัวต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ 6) การควบคุมตัวโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและควรมีกฎหมายกำหนดกรอบระยะเวลาสูงสุดในการควบคุมตัว 7) การออกคำสั่งควบคุมตัวหรือการขยายระยะเวลาการควบคุมตัวต้องเคารพสิทธิขั้นพื้นฐานในเชิงกระบวนการ 8) การควบคุมตัวจะต้องคำนึงถึงหลักมนุษยธรรมและเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ 9) การควบคุมตัวต้องมีการพิจารณา

สถานการณ์แวดล้อมและความต้องการเฉพาะด้าน และ 10) การควบคุมตัวต้องสามารถสอดส่องดูแลและตรวจสอบได้อย่างเป็นอิสระ

นอกจากนี้ ในองค์กรระหว่างประเทศยังมี องค์กร International Detention Coalition ซึ่งก่อตั้งขึ้นจากเครือข่ายองค์กร กลุ่มบุคคล และตัวแทนของชุมชน ที่ได้รับผลกระทบจากการกักตัวผู้อพยพซึ่งมีฐานอยู่ในกว่า 75 ประเทศทั่วโลก และเป็นองค์กรที่มีความเชี่ยวชาญหลากหลายเกี่ยวกับการกักตัวคนต่างด้าว รวมถึงทางเลือกอื่นนอกเหนือจากการกักตัว ได้เสนอการใช้มาตรการชุมชนเป็นทางเลือกแทนการกักตัว และจัดทำเครื่องมือในการพิจารณาทางเลือกแทนการกักตัวที่เรียกว่า “โมเดลการประเมินและการจัดหาสถานที่พักอาศัยในชุมชน” (Community Assessment and Placement หรือ CAP model) อันเป็นโมเดลที่ยึดหลักการของเสรีภาพ (Liberty) และมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum standards) รวมทั้งมีกระบวนการในการพิจารณาใช้มาตรการชุมชนเป็นทางเลือกแทนการกักตัว โดยหลักการของ CAP model จะกล่าวถึงหลักการของเสรีภาพ เป็นการตั้งสันนิษฐานไว้ว่าไม่ควรต้องใช้มาตรการกักตัว เพราะการกักตัวเป็นการจำกัดเสรีภาพ ซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน และหลักการมาตรฐานขั้นต่ำ ได้แก่ การเคารพสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน การตอบสนองความต้องการขั้นพื้นฐาน สถานะทางกฎหมายและการได้รับเอกสารประจำตัวบุคคลที่อนุญาตให้อยู่ในประเทศได้ และการได้รับบริการให้คำปรึกษาด้านกฎหมายและล่ามแปลภาษา การปิดคดี (case resolution) อย่างยุติธรรมและในระยะเวลาที่เหมาะสม และการทบทวนคำตัดสินด้านสถานที่พักอาศัยเป็นระยะ โดยใช้กระบวนการด้านชุมชน ในการตรวจสอบ คัดกรอง จัดหาที่พักอาศัย และบริหารจัดการรายกรณี ซึ่งเป็นหลักการที่ประเทศแคนาดา ราชอาณาจักรเบลเยียม และสหพันธรัฐมาเลเซีย นำมาใช้เป็นมาตรการทางเลือกแทนการกักตัวตามที่กล่าวไว้ข้างต้นเช่นกัน

เมื่อพิเคราะห์จากกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายของต่างประเทศตลอดจนแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องตามที่กล่าวถึงข้างต้น ในปัจจุบันประเทศไทยยังขาดการกำหนดมาตรการทางเลือกแทนการกักตัวไว้ในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 จึงเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าว โดยเพิ่มหมวด 6/1 มาตรการทางเลือกแทนการกักตัว ต่อจากหมวด 6 ในฉบับปัจจุบัน ซึ่งเป็นเรื่องการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร เพื่อให้เนื้อหาต่อเนื่องเชื่อมโยงกัน และเป็นการนำแนวทางแก้ไขปัญหาที่วิเคราะห์ไว้ในข้อ 4.1 เรื่องระยะเวลาการกักตัว และข้อ 4.2 เรื่องสถานที่ที่เหมาะสมในการกักตัว มาขยายความต่อในหมวดนี้ โดยหากพนักงานเจ้าหน้าที่ไม่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามที่วิเคราะห์ในปัญหาข้อ 4.1 และ ข้อ 4.2 ได้ หรือเมื่อพ้นระยะเวลาที่กำหนดไว้ในปัญหาข้อ 4.1 แล้ว ยังมีเหตุจำเป็นที่ไม่อาจส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรได้ พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องมาใช้มาตร การทางเลือกแทนการกักตัวในหมวดนี้แทน

เนื้อหาในหมวด 6/1 ที่เกี่ยวข้องกับมาตรการทางเลือกแทนการกักตัว ซึ่งควรบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 นี้ ควรกำหนดนิยามเกี่ยวกับมาตรการทางเลือกแทนการกักตัวว่ามีมาตรการใดบ้างให้ชัดเจน โดยอาจนำหลักการที่กำหนดไว้ในแนวปฏิบัติสำหรับกฎเกณฑ์และมาตรฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตัวผู้ขอลี้ภัยและทางเลือกอื่น ๆ แทนการควบคุมตัวทั้ง 10 ข้อ และหลักการในโมเดลการประเมินและการจัดหาสถานที่พักอาศัยในชุมชน (Community Assessment and Placement หรือ CAP model) ที่กล่าวถึงข้างต้นมากำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรให้ชัดเจนในหมวดนี้ พร้อมทั้งอธิบายวิธีการที่นำไปสู่การปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรมโดยแยกออกมาเป็นเรื่องละมาตราซึ่งอาจกำหนดเงื่อนไขของการสิ้นสุดมาตรการนั้น ๆ ไว้ด้วย เช่น กรณีคนต่างด้าวฝ่าฝืนไม่กระทำตามเงื่อนไขที่กำหนด เช่น การรายงานตัว หรือการแจ้งเปลี่ยนที่พักอาศัย ตามแนวทางของประเทศแคนาดา นอกจากนี้ควรกำหนดให้มีคณะกรรมการร่วมด้านมาตรการทางเลือกแทนการกักตัวคนต่างด้าว โดยให้อำนาจคณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการร่วมจากตัวแทนภาคประชาชน (เอกชน หรือองค์กรระหว่างประเทศที่ปฏิบัติงานในประเทศไทยเกี่ยวกับคนต่างด้าว) ภาครัฐ (สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง) และผู้แทนจากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตามแนวทางของสหพันธรัฐมาเลเซีย โดยให้คณะกรรมการร่วมนี้มีอำนาจตรวจสอบ ติดตาม และประเมินผลมาตรการทางเลือกแทนการกักตัวที่กำหนดในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 พร้อมเสนอแนะต่อรัฐสภาเพื่อปรับปรุงมาตรการดังกล่าวให้เป็นไปตามหลักการสิทธิมนุษยชนสากล และให้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์กรณีพนักงานเจ้าหน้าที่มีคำสั่งยกเลิกมาตรการ เนื่องจากคนต่างด้าวกระทำผิดเงื่อนไขที่กำหนดตามที่กล่าวไว้ข้างต้น นอกจากนี้ควรกำหนดให้คณะกรรมการร่วมมีอำนาจกำหนดมาตรการอื่นนอกเหนือจากที่ระบุในหมวด 6/1 ที่จะเพิ่มเติมขึ้นมาใหม่นี้ เพื่อใช้เป็นมาตรการแทนการกักตัวคนต่างด้าวตามสภาวการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป และให้บังคับใช้ได้เมื่อมาตรการดังกล่าวได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองและประกาศในราชกิจจานุเบกษา ก็จะทำให้การปรับเปลี่ยนมาตรการทางเลือกแทนการกักตัวเป็นไปด้วยความรวดเร็ว ทันสมัย เหมาะสมกับสถานการณ์โลกที่เปลี่ยนแปลงไป โดยคำนึงถึงสภาวะทางเศรษฐกิจและความมั่นคงของประเทศ และการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนประกอบกัน อันเป็นไปตามทฤษฎีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยกำหนดให้คณะกรรมการร่วมนี้เป็นองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง (คือสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง) ที่มีอำนาจตรวจสอบติดตาม ประเมินผล การบังคับใช้มาตรการทางเลือกแทนการกักตัวของพนักงานเจ้าหน้าที่ ตลอดจนการพิจารณาอุทธรณ์ของคนต่างด้าวเกี่ยวกับการยกเลิกมาตรการ และเพื่อให้เป็นไปตามแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนอันว่าด้วยหลักความเป็นสากลและไม่สามารถถ่ายโอนกันได้

กล่าวคือ สิทธิมนุษยชนนั้นเป็นของคนทุกคน ไม่มีพรมแดนกีดกั้น ไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใดในโลก ไม่ว่าจะมีเชื้อชาติ สัญชาติ หรือเหล่ากำเนิดใดก็ตาม มนุษย์ย่อมมีสิทธิมนุษยชนประจำตัวทุกคนไป จึงเรียกได้ว่าสิทธิมนุษยชนเป็นของคนทุกคน และแต่ละคนย่อมไม่สามารถมอบอำนาจ หรือถ่ายโอนสิทธิมนุษยชนนั้นของตนให้แก่ผู้ใดได้ และไม่อาจมีการครอบครองสิทธิมนุษยชนแทนกันได้ การใช้มาตรการทางเลือกแทนการกักตัวนี้จึงเป็นทางออกในปัญหาที่เกิดขึ้นจากทางปฏิบัติของคำสั่งกักตัวคนต่างด้าว โดยอยู่บนพื้นฐานของหลักความเสมอภาคและห้ามเลือกปฏิบัติในอีกนัยหนึ่งด้วยเช่นกัน ซึ่งจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการพัฒนากฎหมายภายในของประเทศไทย ให้เป็นไปตามหลักสิทธิมนุษยชนสากลดังเช่นที่ประเทศอื่นได้กำหนดแนวทางไว้ ตามที่ได้ศึกษาวิจัยครั้งนี้