



การกำหนดความผิดและโทษที่เหมาะสม : ศึกษากรณีคนต่างด้าวเข้ามาและ
พำนักรในราชอาณาจักรฝ่าฝืน พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

โดย

ร้อยตำรวจเอก ธนกฤต แทนบุญ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายอาญา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2559

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

การกำหนดความผิดและโทษที่เหมาะสม : ศึกษากรณีคนต่างด้าวเข้ามาและ
พำนักในราชอาณาจักรฝ่าฝืน พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

โดย

ร้อยตำรวจเอก ธนกฤต แทนบุญ



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายอาญา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2559

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

THE APPROPRIATE OF CRIMINALIZATION AND PUNISHMENT:
STUDY FOR THE ALIEN 'S IMMIGRANT TO KINGDOM
IN CASE OF THE ILLEGAL IMMIGRATION
ACT B.E. 2522

BY

POLICE CAPTAIN TANAGRIT TANBUN

A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS
FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS

CRIMINAL LAW

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2016

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

ร้อยตำรวจเอกธนภุต แทนบุญ

เรื่อง

การกำหนดความผิดและโทษที่เหมาะสม :

ศึกษากรณีคนต่างด้าวเข้ามาและพำนักในราชอาณาจักรฝ่าฝืน พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 15 สิงหาคม พ.ศ. 2560

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

(ศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

(รองศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนิท)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

(อาจารย์ ดร. สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์)

คณบดี

(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การกำหนดความผิดและโทษที่เหมาะสม : ศึกษากรณี คนต่างด้าวเข้ามาและพำนักในราชอาณาจักรฝ่าฝืน พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522
ชื่อผู้เขียน	ร้อยตำรวจเอก ธนกฤต แทนบุญ
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต
ปีการศึกษา	2559

บทคัดย่อ

พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 เป็นกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคง กรณีคนต่างด้าวฝ่าฝืน มาตรการด้านความมั่นคงในการเข้ามา(Entry)และพำนัก(Stay)ในราชอาณาจักร เช่น ฝ่าฝืน วัตถุประสงค์ หรือโดยการหลอกลวง(fraud) หรือโดยการฝ่าฝืนเงื่อนไข(Breach of a Condition) ของเจ้าพนักงานตรวจคนเข้าเมืองซึ่งเป็นพฤติกรรมอันตราย(Harm)ไม่มีการกำหนดเป็นความผิดทาง อาญา(Criminalization) และไม่มีการกำหนดให้มีการนำมาตรการพิเศษในกฎหมายคนเข้าเมืองหรือ มาตรการทางปกครอง เช่น การขึ้นบัญชีดำ(Black list) การเพิกถอน ส่งกลับ และโทษทางอาญา บังคับใช้ให้เป็นไปตามลำดับและได้สัดส่วนตามความร้ายแรง ระหว่างความผิดหลบหนีเข้าเมืองและ ความผิดอยู่เกินกำหนดอนุญาต และมีบทบัญญัติที่ละเมิดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ขาดความ เหมาะสม จากการศึกษากฎหมายคนเข้าเมืองของประเทศไทย อังกฤษ สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐสิงคโปร์ สาธารณรัฐจีน(ไต้หวัน) ประเทศญี่ปุ่น เขตการปกครองพิเศษฮ่องกง พบว่า มีมาตรการในการควบคุม คนต่างด้าวที่หลากหลาย กฎหมายของต่างประเทศมีการกำหนดความผิดที่มีการขยายขอบเขตของ ความผิดฐานหลบหนีเข้าเมืองและขยายขอบเขตความผิดฐานพำนักโดยไม่ได้รับอนุญาต กล่าวคือ แม้ คนต่างด้าวจะได้รับอนุญาตให้เข้ามาและพำนักได้ แต่หากเกิดจากการหลอกลวง การอำพราง โดย วิธีการต่างๆ นอกจากกฎหมายจะให้ผลไม่สมบูรณ์และยังมีการกำหนดความผิดและโทษคนต่างด้าวที่ กระทำลักษณะดังกล่าว มีความผิดฐานต่างๆที่น่าสนใจ ได้แก่ ความผิดฐานหลอกลวงในการเข้าเมือง (Entry by Deception) ความผิดฐานเข้าเมืองลักษณะไม่เหมาะสม(Improper Entry) ความผิดฐาน เข้าเมือง

โดยใช้เอกสารเทียม (Entry by Document Fraud) ความผิดฐานเข้าเมืองอีกหลังจากถูกปฏิเสธ (Illegal Re-Entry) การพำนักผิดเงื่อนไขหรือฝ่าฝืนเงื่อนไขในการพำนัก (Breach of Condition) และการใช้มาตรการอื่น(มิใช่โทษ)แทนโทษในความผิดอยู่เกินกำหนดหรือ การกำหนดโทษในความผิดฐานอยู่เกินกำหนด(Overstay)ตามสัดส่วนตามจำนวนวันที่อยู่เกินกำหนด

ดังนั้น แนวทางในการเพิ่มประสิทธิภาพ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง จำเป็นต้องมีการกำหนดความผิดเพิ่มเติมและแก้ไขให้เหมาะสม โดยการกำหนดความผิดและโทษ กรณีคนต่างด้าวเข้าเมืองและพำนักโดยไม่เปิดเผยข้อมูลโรคติดต่อร้ายแรง การฝ่าฝืนคำสั่ง Black List การฝ่าฝืนเงื่อนไข การพำนักโดยหลอกลวง หรือการสมรสเทียมหรือจัดตั้งบริษัทเทียมหรือรูปแบบอื่นๆซึ่งมีลักษณะอันตราย (Harm)จากการฝ่าฝืนมาตรา 12 มาตรา 34 มาตรา 35 และแก้ไข ปรับปรุง ตลอดจนยกเลิกความผิดตามมาตรา 81 ความผิดฐาน“อยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต”ความผิดฐาน“ถูกเพิกถอนการอนุญาต”ซึ่งขัดต่อประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 และหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แก้ไขปรับปรุงการกำหนดโทษในความผิดฐานหลบหนีเข้าเมือง ความผิดฐานอยู่เกินกำหนด บังคับการใช้ Black List ในความผิดฐานหลบหนีเข้าเมือง ให้มีการนำใช้มาตรการพิเศษ มาตรการทางปกครอง และลงโทษกรณีคนต่างด้าวที่ฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมือง ต้องพิจารณาจากสัดส่วนการลงโทษกรณีฝ่าฝืนคุณธรรมทางกฎหมายในการกระทำผิดคดีอาญาอื่นๆประกอบด้วย

คำสำคัญ : การกำหนดความผิด, กำหนดโทษ, คนเข้าเมือง, คนต่างด้าว, การเข้าเมือง
อาชญากรรมคนเข้าเมือง, การพำนักในราชอาณาจักร, พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง

Thesis Title	THE APPROPRIATE OF CRIMINALIZATION AND PUNISHMENT : STUDY FOR THE ALIEN 'S IMMIGRANT TO KINGDOM IN CASE OF THE ILLEGAL IMMIGRATION ACT B.E. 2522
Author	Police Captain Tanagrit Tanbun
Degree	Master of Laws
Department/Faculty/University	Criminal Law Faculty of Law Thammasat University
Thesis Advisor	Professor Dr.Udom Rathamarit
Academic Years	2016

ABSTRACT

Immigration Act B.E. 2522 is the security law. In case of the alien violates the security measure in entry and stay in the Kingdom such as wrong purpose of entry or fraud or violate the condition of the immigration officer which can be the harm. There is no criminalization as crime or use the special measure in the immigration law or administration such as add into black list, repeal, deportation, criminal penalty which use by order and by proportion of severity in the offence of illegal entry and overstay. There is the legislation which violate the doctrine of Human Dignity and inappropriate. It has found in the immigration law of England, United State of America, Singapore, Taiwan, Japan and Hong Kong that there are various measures to control the aliens. The foreign law has defined the scope of offence for illegal migrants and overstay. Although, the alien has been permitted to enter and stay in the Kingdom. However, if the alien swindles in any ways, there is not only the law will be failed but also they are subject to be punished as offenders. There are some interesting offences such as entry by deception, inappropriate entry, entry by document fraud, illegal re-entry after denied and breach of condition of

permission to stay in the Kingdom. In addition, there are some other measures which is not an offence but relevant to, in case of overstay or it can be determined as penalty by proportion of the period of overstay.

In the summary, to increase the effectiveness of the Immigration Act, It need to criminalization the additional offences and revised as appropriate such as criminalization of penalty and punishment for the aliens who enter and stay in the Kingdom without declaration of virulent communicable disease, violate of black list order, violate the condition of stay by deception, counterfeit of marriage, counterfeit of company registration and/or any other actions which can be identified as harm due to violate the section 12, 34 and 35. The offence in section 81 should be cancelled; offence of stay in the Kingdom without permission, offence of revoked permission which against the section 2 of Criminal Code and the Doctrine of Human Dignity. Moreover, the determination of penalty in illegal entry and overstay, the enforcement of black list should be revised or updated. In case of the illegal entry should use the special measure and administrative measure. The aliens who violate the Immigration Law should be punished and considered to punish by proportion of violation the morality of law in any criminal cases.

Keywords : Criminalization, Punishment, Migration, Alien, Entry
Immigration Crime, Stay in the Kingdom, Immigration Act

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เริ่มจัดทำได้ก็ด้วยวิชาความรู้ ซึ่งครูบาอาจารย์ทุกท่านได้ประสิทธิประสาทความรู้ให้กับผู้วิจัยเป็นพื้นฐานก่อนชั้นปริญญาตรีก็ดี ชั้นปริญญาตรีก็ดี ชั้นเนติบัณฑิตก็ดี วิชาพื้นฐานความรู้ในระดับชั้นปริญญาโทก็ดี ครูพี่เลี้ยงขณะฝึกหัดงานสอบสวนก็ดี โดยทุกท่านได้ให้คำแนะนำ อบรม สั่งสอนจนอ่านออกเขียนได้ ทำงานเป็น ผู้วิจัยรู้สึกในความเสียสละอดทนของทุกท่าน ขอบูชาครูบาอาจารย์ และทุกท่านด้วยความเคารพ

วิทยานิพนธ์นี้สำเร็จลุล่วงเพราะความเมตตาของจากอาจารย์ทั้ง 4 ท่าน มีท่าน ศ.ดร.อุดม รัฐอมฤต ได้กรุณารับเป็นรับอาจารย์ที่ปรึกษา แม้ภารกิจท่านมากมาย ท่าน ศ.ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล นอกจากท่านกรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบในครั้งนี้ ท่านได้กรุณาแนะนำหัวข้อการวิจัยเกี่ยวกับคนเข้าเมืองอีกหลายหัวข้อ เช่น ปัญหาการส่งกลับ(Deportation)คนต่างด้าว วิทยานิพนธ์นี้แนวคิดดังกล่าวค้นคว้าเพิ่มเติม จึงได้พบบทความเกี่ยวกับการกำหนดความผิดในต่างประเทศ จึงเป็นจุดเบี่ยงเบนความสนใจมาสู่ปัญหาวิจัยในหัวข้อนี้ และนำปัญหาเรื่องการส่งกลับมาเป็นส่วนหนึ่งในการวิจัยครั้งนี้ ท่าน รศ.ดร.ปกป้อง ศรีสนิท ซึ่งท่านได้ให้คำแนะนำในการเปรียบเทียบมาตรการในความผิดหลบหนีเข้าเมืองและความผิดฐานอยู่เกิน ในระหว่างการนำเสนอหัวข้อในวิชาบัณฑิตศึกษา จึงได้พัฒนาต่อออกมาเป็นวิทยานิพนธ์ ในการกำหนดบทวิเคราะห์ จึงได้นำแนวคิดที่ท่านได้แนะนำมากำหนดเป็นประเด็นวิเคราะห์หลายประเด็น ท่าน อ.ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ท่านได้เสียสละเวลาอันมีค่าจากหน้าที่ตุลาการ รับเป็นกรรมการ ท่านได้ให้คำแนะนำในการเพิ่มเติมประเด็นต่างๆ หลายประเด็น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสิ้น สมบูรณ์ในระดับดี น่าจะเป็นประโยชน์ต่อสังคม นอกจากคุณความดีของท่านที่กล่าวมา ทุกท่านยังเป็นอาจารย์ของผู้วิจัยตั้งแต่ชั้นปริญญาตรี รวมทั้งเป็นผู้เขียนตำราที่ผู้วิจัยใช้เป็นพื้นฐานในการศึกษาค้นคว้า จึงมีอาภรณ์พรณาความดีของท่านได้หมด ผู้วิจัยจึงขอกราบขอบพระคุณทุกท่านเป็นอย่างสูง

การวิจัยครั้งนี้ สืบเนื่องมาจากปัญหาที่พบจากการปฏิบัติงานเกี่ยวกับคนเข้าเมือง หากมิได้มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ งานวิจัยนี้ไม่อาจมีขึ้นได้ ซึ่งผู้วิจัยขอขอบพระคุณผู้บังคับบัญชาทุกท่านที่ให้การสนับสนุนมาปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ขอขอบพระคุณ พล.ต.ต.นิทัศน์ ลิ้มศิริพันธ์ พ.ต.อ.กล้าหาญ โชคพิพัฒน์ไพบูลย์ ซึ่งท่านยังเป็นผู้บังคับบัญชาที่เป็นตัวอย่างถึงความเสียสละเมตตาต่อผู้ใต้บังคับบัญชา เป็นแบบอย่างของข้าราชการตำรวจ จึงขอยกย่องและขอบพระคุณท่าน

ผู้วิจัยได้มีโอกาสศึกษาปัญหากฎหมายคนเข้าเมืองจากการปฏิบัติงานจริง เนื่องจากผู้บังคับบัญชาหลายๆ ท่าน มอบหมายงานให้ปฏิบัติหรือให้โอกาสติดตามท่านร่วมรับฟังการประชุมในโอกาสต่างๆ หรือเปิดโอกาสให้ใช้เวลาไปศึกษาค้นคว้าเพิ่มเติม ซึ่งได้รับความเมตตาจาก ผู้บังคับบัญชา

หลายท่านมี พล.ต.ต.พรชัย ชันดี พล.ต.ต.พิชัมพร แก้วขาว พ.ต.อ.ปิติ นิธินนทเศรษฐ์ พ.ต.อ. ภาณุวัฒน์ ร่วมรักษ พ.ต.อ.นรินทร์ คำแก่น พ.ต.อ.หญิง ปุณณดา ตันติยานนท์ พ.ต.อ.อโนทัย แสงเฟื่อง พ.ต.อ.หญิง พรรณวสี บุรณากาญจน์ พ.ต.ท.หญิง อังศุวรรณ รัตนานนท์ พ.ต.ท.หญิง ทิพวรรณ โยมา พ.ต.ท.สุทิน จันทน์แดง พ.ต.ท.ธีรวัฒน์ ทิพย์ธนาวิวัฒน์ พ.ต.ท.หญิง ภรณ์ คุริยประสิทธิ์ พ.ต.ท.วัชพล สว่างแผ้ว พ.ต.ท.ครองพล หิรัญพรรณ พ.ต.ท.หญิง ธนภรณ์ มีผล พ.ต.ท.นเรศ สนอ่วม พ.ต.ต.สมบัติ สินชัย เป็นต้น การได้รับโอกาสในการค้นคว้าเพิ่มเติมจึงเรียนรู้งาน ตรวจคนเข้าเมืองได้อย่างรวดเร็ว และจัดวิทยานิพนธ์นี้สำเร็จภายในกำหนด 2 ปี ผู้วิจัย ขอขอบพระคุณผู้บังคับบัญชาทุกท่าน

ขอขอบคุณเพื่อนร่วมงานและกัลยาณมิตรทุกท่านทั้ง บก.ตม.1 และ บก.ตม.2

ขอขอบคุณเจ้าหน้าที่และบุคลากรของมหาวิทยาลัยทุกท่าน

ขอขอบคุณเจ้าหน้าที่ของท้องที่หรือองค์กรระหว่างประเทศ มูลนิธิ สมาคม โรงเรียน นานาชาติ สถานทูต องค์กรต่างๆ และทุกท่านที่ได้แนะนำความรู้ภาษาอังกฤษและแนะนำเอกสาร ทางกฎหมายโดยเฉพาะบทกฎหมายต่างประเทศและแลกเปลี่ยนความรู้การตรวจคนเข้าเมืองของ ต่างประเทศให้ผู้วิจัยอย่างต่อเนื่อง

ขอขอบคุณพี่ๆ เพื่อนๆ น้องๆ ร่วมรุ่น และทุกคนที่ได้ช่วยเหลือ แนะนำในการ สนับสนุนและให้คำแนะนำในด้านการเรียน ภาษา ตลอดจนเรื่องต่างๆ จนผ่านขั้นตอนต่างๆ มาได้ ด้วยดี

ขอขอบคุณเจ้าของตำรา หนังสือ และงานวิจัยที่ผู้วิจัยได้อ้างผลงานของท่าน ซึ่งท่านได้ เสียสละในการศึกษาค้นคว้า

ขอบคุณแม่และครอบครัวที่อดทน อย่างยาวนานเพื่อรอคอยความสำเร็จของวันนี้

อนึ่ง หากวิทยานิพนธ์นี้มีข้อบกพร่องประการใด ผู้วิจัยขอน้อมรับไว้แต่ผู้เดียว หากวิทยานิพนธ์มีประโยชน์และคุณความดีแก่สังคมบ้าง ผู้วิจัยขอมอบความดีให้ทุกท่านที่เกี่ยวข้อง และให้เป็นอันสงฆ์แก่บรรพชนชาวไทยที่ได้ปกป้องรักษาชาติ ให้ผู้วิจัยได้มีที่อยู่อาศัยในวันนี้

ร้อยตำรวจเอก ธนฤต แทนบุญ

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(5)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์	8
1.3 สมมุติฐานการศึกษา	9
1.4 วิธีการศึกษา	9
1.5 ขอบเขตของการศึกษา	10
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	10
บทที่ 2 ลักษณะทั่วไป แนวคิด ทฤษฎีในการกำหนดความผิดและโทษ	11
2.1 หลักการ ความจำเป็นในการควบคุมคนต่างด้าวและอาชญากรรมคนเข้าเมือง	11
2.1.1 หลักการ ความจำเป็นในการควบคุมคนต่างด้าวและอาชญากรรมคนเข้าเมือง	11
2.1.1.1 การเข้าเมือง(Migration)	11
2.1.1.2 คนต่างด้าว(Alien)	13
2.1.2 หลักการและความจำเป็นต้องพิจารณาในการควบคุมคนเข้าเมือง	15
2.1.2.1 ประโยชน์ส่วนบุคคล(Individual Interest)	16
(1) สิทธิมนุษยชน(Human Rights)	16
(2) สิทธิพลเมือง(Civil Rights)	18
2.1.2.2 ประโยชน์ของชาติ(Nation Interest)	19
(1) ประโยชน์ด้านสังคม การเมือง	20

(2) ประโยชน์ด้านสาธารณสุข	21
(3) ประโยชน์ด้านเศรษฐกิจ	21
2.1.2.3 ประโยชน์สากล(Global Interest)	21
2.1.3 อาชญากรรมคนเข้าเมือง(Immigration Crime)	22
2.1.3.1 ความหมาย “อาชญากรรม” และ “อาชญากรรมคนเข้าเมือง”	22
(1) อาชญากรรม(Crime)	22
(2) อาชญากรรมคนเข้าเมือง(Immigration Crime)	27
2.1.3.2 สำนักความคิดและทฤษฎีอาชญากรรม	28
2.1.3.3 ความสัมพันธ์ระหว่างคนต่างด้าวกับอาชญากรรม	31
(1) คนต่างด้าวกับอาชญากรรมคนเข้าเมือง	32
(2) คนต่างด้าวกับอาชญากรรมท้องถิ่น	32
(3) คนต่างด้าวกับอาชญากรรมอื่นๆ	33
2.2 รูปแบบและมาตรการที่หลากหลายในการควบคุมคนต่างด้าว	34
2.2.1 รูปแบบและมาตรการดั้งเดิม	35
2.2.1.1 การกำหนดนโยบาย(Policy)	35
2.2.1.2 มาตรการชายแดน(Border Control)	37
2.2.1.3 การตรวจสอบเอกสาร(Document Control)	38
(1) หนังสือเดินทาง(Passport)	38
(2) การตรวจลงตรา(Visa)	40
2.2.1.4 การกำหนดเงื่อนไขเวลาและเงื่อนไข(Time Limited and Condition)	41
2.2.1.5 การเพิกถอน(Revoke) กักตัว(Detention)	42
ส่งกลับ(Deportation)	
2.2.1.6 มาตรการทางปกครองและ	44
ความผิดทางปกครอง(Administrative Control and Offence)	
2.2.2 รูปแบบและมาตรการสมัยใหม่	44
2.2.2.1 การใช้เทคโนโลยี(Technology Control)	45
2.2.2.2 มาตรการพิเศษ(Immigration Control)	46
2.2.2.3 การกำหนดความผิดอาชญากรรมคนเข้าเมือง	47
(Immigration Criminalization)	
2.3 แนวคิด ทฤษฎีในการกำหนดความผิดอาญาและโทษเพื่อควบคุมคนต่างด้าว	51

2.3.1 แนวคิด ทฤษฎีในการกำหนดความผิดอาญา	52
2.3.1.1 ความหมาย ประเภท และวัตถุประสงค์กฎหมายอาญา	52
2.3.1.2 เอกลักษณะ การใช้ การตีความกฎหมายอาญา	55
2.3.1.3 หลักเกณฑ์และข้อพิจารณาในการกำหนดความผิดอาญา	56
(1) แนวคิดของ Herbert L. Packer	56
(2) แนวคิดของ Nigel walker	57
(3) แนวคิดของ Lon Fuller	61
(4) แนวคิดของนักปราชญ์และสำนักความคิดอื่นๆ	61
2.3.2 แนวคิด ทฤษฎีในการกำหนดโทษ	63
2.3.2.1 ความหมาย ลักษณะและประเภทของโทษ	63
2.3.2.2 วัตถุประสงค์การลงโทษ	65
(1) เพื่อแก้แค้น ทดแทน	66
(2) เพื่อการข่มขู่ ยับยั้ง	66
(3) เพื่อตัดผู้กระทำผิดออกจากสังคม	67
(4) เพื่อฟื้นฟูผู้กระทำผิด	67
2.3.2.3 หลักเกณฑ์การกำหนดโทษและสัดส่วนการลงโทษ	67
(1) พิจารณาจากการฝ่าฝืนคุณธรรมทางกฎหมาย	68
(2) พิจารณาจากหลักอาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา	68
(3) พิจารณาจากหลักนิติเศรษฐศาสตร์	70
(4) พิจารณาจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศ	71
บทที่ 3 การกำหนดความผิดและโทษในกฎหมายคนเข้าเมืองของต่างประเทศ และของไทย	73
3.1 การกำหนดความผิดและโทษในกฎหมายคนเข้าเมืองของต่างประเทศ	73
3.1.1 ประเทศอังกฤษ	74
3.1.1.1 โครงสร้างและลักษณะทั่วไป	74
3.1.1.2 ลักษณะความผิดและโทษ	74
3.1.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา	76
3.1.2.1 โครงสร้างและลักษณะทั่วไป	76

3.1.2.2 ลักษณะความผิดและโทษ	77
3.1.3 สาธารณรัฐสิงคโปร์	79
3.1.3.1 โครงสร้างและลักษณะทั่วไป	79
3.1.3.2 ลักษณะความผิดและโทษ	80
3.1.4 สาธารณรัฐจีน(ไต้หวัน)	81
3.1.4.1 โครงสร้างและลักษณะทั่วไป	81
3.1.4.2 ลักษณะความผิดและโทษ	81
3.1.5 ประเทศญี่ปุ่น	82
3.1.5.1 โครงสร้างและลักษณะทั่วไป	82
3.1.5.2 ลักษณะความผิดและโทษ	84
3.1.6 เขตการปกครองพิเศษฮ่องกง	85
3.1.6.1 โครงสร้างและลักษณะทั่วไป	85
3.1.6.2 ลักษณะความผิดและโทษ	86
3.2 การกำหนดความผิดและโทษในกฎหมายคนเข้าเมืองของไทย	87
3.2.1 ประวัติความเป็นมาการควบคุมคนเข้าเมืองของไทย	88
3.2.1.1 ก่อนตราเป็นพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง	88
(1) สมัยโบราณ - สุโขทัย	88
(2) สมัยอยุธยา - สมัยรัตนโกสินทร์ตอนปลาย(ก่อน พ.ศ.2470)	90
3.2.1.2 ภายหลังตราเป็นพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง(พ.ศ.2470)	95
(1) ความเป็นมา พ.ร.บ.คนเข้าเมือง	95
พ.ศ.2470 - 2522	
(2) หลักการสำคัญ และรูปแบบในควบคุมคนเข้าเมือง	99
ตาม พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522	
3.2.2 ปัญหาการเข้าเมืองและพำนักราชอาณาจักร พ.ร.บ.คนเข้าเมือง และ	107
ปัญหาการกำหนดความผิดและโทษ	
3.2.2.1 ปัญหาการเข้าเมืองและพำนักราชอาณาจักร พ.ร.บ.คนเข้าเมือง	107
พ.ศ.2522 (ไม่มีการกำหนดความผิดและโทษ)	
(1) ปัญหากรณีขาดคุณสมบัติตามมาตรา 12	107
(2) ปัญหาการฝ่าฝืนวัตถุประสงค์ตามมาตรา 34	109
(3) ปัญหาการฝ่าฝืนเงื่อนไขตามมาตรา 35	110

	(11)
(4) ปัญหาการเข้ามาและพำนักโดยหลอกลวง	111
3.2.2.2 ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดความผิด	112
(1) ปัญหาความผิดฐาน “การอยู่โดยไม่ได้รับอนุญาต” กับ หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์(Human Dignity)	112
(2) ปัญหาความผิดฐาน “ถูกเพิกถอนการอนุญาต” กับ หลักประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2	112
3.2.2.3 ปัญหาเกี่ยวกับโทษ	113
(1) ปัญหา“สัดส่วนโทษ”ในความผิดฐานหลบหนีเข้าเมือง กับความผิดฐานอยู่เกินกำหนด”	113
(2) ปัญหา“โทษจำคุก”ในความผิดอยู่เกินกำหนด	113
(3) ปัญหา“ลำดับ”การใช้มาตรการพิเศษ มาตรการทางปกครอง และโทษ	115
(4) ปัญหา“โทษ” กรณีฝ่าฝืนกฎหมายเข้าเมืองและ กระทำความผิดอื่น ๆ ด้วย	116
(5) ปัญหาการลงโทษหลายกรรมในความผิดหลบหนีเข้าเมือง	117
(6) ปัญหาอายุความลงโทษความผิดหลบหนีเข้าเมือง	117
(7) ปัญหาการใช้นโยบายนิรโทษกรรมในความผิดหลบหนีเข้าเมือง	118
บทที่4 วิเคราะห์ “การกำหนดความผิด”และ “โทษ”ที่เหมาะสม	121
4.1 วิเคราะห์แนวทางตามกฎหมายของต่างประเทศที่ควรนำมาปรับใช้ในกฎหมายไทย	121
4.1.1 แนวทางเกี่ยวกับการกำหนดความผิดที่ควรนำมาปรับใช้ในกฎหมายไทย	121
4.1.1.1 แนวทางกรณีฝ่าฝืนในขั้นตอนการเข้าเมือง(Illegal Entry)	121
(1) ความผิดฐานเข้าเมืองลักษณะไม่เหมาะสม(Improper Entry)	122
(2) ความผิดฐานหลอกลวงในการเข้าเมือง (Entry by Deception)	123
(3) ความผิดฐานเข้าเมืองโดยการใช้เอกสารเทียม (Entry by Document Fraud)	123
(4) ความผิดฐานเข้าเมืองอีกหลังจากถูกปฏิเสธ (Illegal Re - Entry)	124
4.1.1.2 แนวทางกรณีฝ่าฝืนในขั้นตอนการพำนัก (Illegal Stay)	124
(1) ความผิดฐานพำนักฝ่าฝืนเงื่อนไข (Breach of Condition)	124

(2) ความผิดเกี่ยวกับหนังสือเดินทางหมดอายุ	125
4.1.2 แนวทางเกี่ยวกับโทษที่ควรนำมาปรับใช้ในกฎหมายไทย	125
4.1.2.1 แนวทางกรณีฝ่าฝืนในขั้นตอนการเข้าเมือง(Illegal Entry)	125
(1) การกำหนดโทษแปรผันตามโทษหรือความผิดอื่น	125
(2) การแก้ปัญหายุทธศาสตร์ความผิดหลบหนีเข้าเมือง	126
4.1.2.2 แนวทางกรณีฝ่าฝืนในขั้นตอนการพำนัก (Illegal Stay)	126
(1) การใช้มาตรอื่น(มิใช่โทษ) กรณีอยู่เกินกำหนด(Overstay)	126
(2) การกำหนดโทษตามสัดส่วนวันที่อยู่เกินกำหนด(Overstay)	127
4.2 วิเคราะห์แนวทาง“การกำหนดความผิด”ให้เหมาะสม	128
4.2.1 วิเคราะห์แนวทางกรณีความเป็นอันตราย(Harm)จากกรณีฝ่าฝืนมาตรา 12 แต่ไม่มีการกำหนดความผิด	128
4.2.1.1 กรณีศึกษา	128
(1) การไม่เปิดเผยข้อมูลโรคติดต่อร้ายแรง(ระบบสาธารณสุข)	128
(2) การฝ่าฝืนคำสั่ง Black List (ความเดือดร้อนอาณาจรัฐ)	134
4.2.1.2 แนวทางที่เหมาะสม	136
4.2.2 วิเคราะห์แนวทางกรณีความเป็นอันตราย(Harm)จากกรณีฝ่าฝืนเงื่อนไข (ความเดือดร้อนอาณาจรัฐ)	136
4.2.2.1 กรณีศึกษา	136
(1) เงื่อนไขเกี่ยวกับการทำงาน	137
(2) เงื่อนไขเกี่ยวกับการศึกษาและเงื่อนไขอื่นๆ	141
4.2.2.2 แนวทางที่เหมาะสม	142
4.2.3 วิเคราะห์แนวทางกรณีความเป็นอันตราย((Harm)จากกรณีหลอกลวง เพื่อเข้าเมืองและพำนัก(ความถูกต้องและบริสุทธิ์ของอาณาจรัฐ)	142
4.2.3.1 กรณีศึกษา	142
(1) การหลอกลวงโดยสมรสเทียม	142
(2) การหลอกลวงโดยบริษัทเทียม	148
(3) การหลอกลวงโดยรูปแบบอื่น	154
4.2.3.2 แนวทางที่เหมาะสม	155
4.2.4 วิเคราะห์แนวทางกรณีมาตรา 81 ขัดต่อประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2	156
4.2.4.1 กรณีศึกษา	156

(1) ความผิดฐาน“อยู่โดยไม่ได้รับอนุญาต”	156
(2) ความผิดฐาน“ถูกเพิกถอนการอนุญาต”	158
4.2.4.2 แนวทางที่เหมาะสม	161
4.3 วิเคราะห์แนวทางการกำหนด“โทษ”ให้เหมาะสม	161
4.3.1 วิเคราะห์แนวทางกรณีโทษความผิดอยู่เกินกำหนดหนักกว่า โทษความผิดหลบหนีเข้าเมือง	161
4.3.1.1 กรณีศึกษา	161
(1) โทษจำคุกความผิดฐานหลบหนีเข้าเมือง และฐานอยู่เกินกำหนด	161
(2) การใช้ Black List ความผิดฐานหลบหนีเข้าเมือง และฐานอยู่เกินกำหนด	163
4.3.1.2 แนวทางที่เหมาะสม	165
4.3.2 วิเคราะห์แนวคำพิพากษาฎีกาในการลงโทษความผิดหลบหนีเข้าเมือง	165
4.3.2.1 วิเคราะห์กรณีการลงโทษหลายกรรม กรณีหลบหนีเข้าเมืองกับและพำนักรโดยไม่ได้รับอนุญาต	165
4.3.2.2 แนวทางที่เหมาะสม	167
4.3.3 วิเคราะห์แนวทางกรณีการใช้มาตรการพิเศษ มาตรการทางปกครองและโทษ	167
4.3.3.1 วิเคราะห์ความจำเป็นในการใช้มาตรการพิเศษ มาตรการทางปกครอง และโทษ	167
4.3.3.2 วิเคราะห์แนวทางในการจัด “ลำดับ”	169
4.3.3.3 แนวทางที่เหมาะสม	172
4.3.4 วิเคราะห์แนวทางกรณีการฝ่าฝืนกฎหมายเข้าเมืองและ กระทำความผิดคดีอาญาอื่นๆ	172
4.3.4.1 กรณีศึกษาเจตนาฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองและ กระทำความผิดคดีอาญาอื่นๆ	173
4.3.4.2 แนวทางที่เหมาะสม	174
4.3.5 วิเคราะห์แนวทางการนิรโทษกรรม	174
4.3.5.1 กรณีศึกษาการนิรโทษกรรมในความผิดหลบหนีเข้าเมือง	174
4.3.5.2 แนวทางที่เหมาะสม	177

บทที่ 5 สรุปและเสนอแนะ	178
5.1 สรุป	178
5.2 เสนอแนะ	179
บรรณานุกรม	185
ประวัติผู้เขียน	197



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความสำคัญของปัญหา

พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 เป็นกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงมีภารกิจในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ โดยกำหนดคุณสมบัติ เงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับการเข้าออกในราชอาณาจักรของคนต่างด้าว เป็นกฎหมายสารบัญญัติในทางปกครอง เป็นกฎหมายที่มีโทษทางอาญา และมีลักษณะเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความ โดยบัญญัติวิธีการให้พนักงานเจ้าหน้าที่ยุติคดี ส่งกลับและการใช้วิธีการต่างๆในการจัดการกับคนต่างด้าวซึ่งละเมิดต่อบทกฎหมายดังกล่าว และเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินเกี่ยวกับการจัดการควบคุมดูแลคนต่างด้าว โดยเครื่องมือในการจัดการควบคุมคนต่างด้าวตามกฎหมายฉบับนี้มีหลายประการ ทั้งมาตรการทางปกครอง มาตรการทางอาญา มาตรการพิเศษบางประการที่ใช้บังคับกับเฉพาะกับคนต่างด้าวเท่านั้น ที่ผ่านมารัฐนำมาตรการทั้งหมดมาบังคับใช้เพื่อป้องกันและปราบปรามการฝ่าฝืนการเข้าเมือง แต่ยังคงพบว่าคนต่างด้าวยังคงเข้ามาและพำนักในราชอาณาจักรโดยหลบเลี่ยงและฝ่าฝืนกฎหมายฉบับนี้จำนวนมาก โดยไม่เกรงกลัวต่อมาตรการต่างๆของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นผลักดัน ส่งกลับ ดำเนินคดีอาญาโดยเฉพาะการฝ่าฝืนระบบอนุญาต(หลบหนีเข้าเมือง)เป็นจำนวนมาก แม้ความผิดนี้มีอัตราโทษจำคุก ไม่อาจยับยั้งการฝ่าฝืนความผิดดังกล่าวได้¹ รัฐจำเป็นต้องใช้นโยบายนิรโทษกรรมและผ่อนปรนหลายๆครั้ง เนื่องจากไม่อาจใช้วิธีการจับกุมดำเนินคดีได้ทั้งหมดเพราะเป็นภาระต่อระบบงานยุติธรรม ผู้วิจัยในฐานะสมาชิกส่วนหนึ่งของสังคมพอรับทราบเหมือนกับอีกหลายคนรับรู้ได้ว่าคนต่างด้าวเข้ามาทำงาน ประกอบอาชีพต้องห้ามมีจำนวนมาก

¹ คนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมืองจำนวนตัวเลขที่แน่นอนไม่ปรากฏเนื่องจากตามสภาพของการเข้ามาอยู่นอกเหนือการควบคุมของรัฐ แต่หากจะพิจารณาจากการขอรับนโยบายผ่อนผันในการทำงานจากประกาศ คสช.ฉบับที่ 70/2557 ซึ่งเฉพาะกลุ่มคนต่างด้าวสัญชาติเพื่อนบ้านมีกว่า 1.5 ล้านคนที่มาขอแสดงสิทธิว่าเป็นคนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมืองและขอผ่อนผันในการทำงาน, สืบค้นเมื่อวันที่ 28 พ.ค.2560, จาก https://www.doe.go.th/prd/assets/upload/files/alien_th/cea979ea00fbb2f2ad2b6d5e53d5dde8.pdf

ในช่วงต้นปี 2558 ซึ่งผู้วิจัยได้รับมอบหมายให้มีหน้าที่หลักเกี่ยวกับการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวพำนักในราชอาณาจักรหรือกรณีคนต่างด้าว “ขออยู่ต่อ (Extension Permit to Stay)”² นอกจากนี้มีหน้าที่เพิ่มเติมเกี่ยวกับการประชาสัมพันธ์ให้เจ้าของเคสสถานซึ่งรับคนต่างด้าวเข้าพักที่อาศัยต้องแจ้งข้อมูลให้สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองทราบ³ และบังคับใช้มาตรการทางอาญากรณีคนต่างด้าวอยู่เกินกำหนด(Overstay)⁴ ได้มีโอกาสรับทราบปัญหาการบังคับใช้มาตรการทางอาญาในความผิดอยู่เกินกำหนดหลายประการ เช่น คนต่างด้าวอยู่เกินกำหนดเพราะหลงลืมวันอนุญาต เอกสารการเข้าเมืองหลักฐานในการอยู่ในราชอาณาจักรมีหลายฉบับ เช่น คนต่างด้าวจะสับสนระหว่างวันหมดอายุวีซ่า(Visa) กับวันหมดอายุของการขอพำนัก(Stay) และหลักฐานการรายงานตัวที่ต้องกระทำทุกๆ 90 วัน (90 Days Report) จะสับสนกับวันหมดอายุของการขอพำนัก

² “การขออยู่ต่อ” คือ กรณีคนต่างด้าวที่ต้องการขอขยายระยะเวลาพำนักจากที่เคยได้รับในครั้งแรก โดยมีขั้นตอนการยื่นคำขอต้องยื่นคำขอ(แบบฟอร์ม ตม.7) แนบเอกสารประกอบตามความจำเป็น ต้องยื่นตัวตนเอง จ่ายค่าธรรมเนียมโดยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว ได้แก่ มาตรา 35 วรรคสาม และมาตรา 17 แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 ประกอบคำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่ 237/2557 คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 138/2557และคำสั่งอื่นๆ สาเหตุที่ต้องขออยู่ต่อเพราะระบบกฎหมายคนเข้าเมืองกำหนดขั้นตอนการอนุญาตเข้าเมืองกับการอนุญาตพำนักออกจากกัน กล่าวคือ หากคนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้เข้าเมืองครั้งแรกที่เดินทางเข้ามาเจ้าพนักงานจะกำหนดจำนวนวันที่จะพำนักให้ด้วย ในการเดินทางเข้ามาครั้งแรกคนต่างด้าวจึงได้รับตราประทับขาเข้า(Entry Stamp)และถูกกำหนดด้วยจำนวนวันได้รับอนุญาตให้พำนักถึงวันใด ระยะเวลาพำนักในครั้งแรกนี้เป็นระยะสั้นตามประเภทวีซ่าหรือการผ่อนผันให้เข้ามาในราชอาณาจักร เช่น 15 วัน 30 วัน 90 วัน และหากคนต่างด้าวมีเหตุจำเป็นหากต้องการพำนักระยะยาวขึ้นต้องมาขออนุญาตขออยู่ต่อ

³ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 38 บัญญัติว่า “เจ้าบ้าน เจ้าของหรือผู้ครอบครองเคสสถาน หรือผู้จัดการโรงแรมซึ่งรับคนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเข้าพักอาศัย จะต้องแจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ ที่ทำการตรวจคนเข้าเมืองซึ่งตั้งอยู่ในท้องที่ที่บ้าน เคสสถาน หรือโรงแรมนั้นตั้งอยู่ภายในยี่สิบสี่ชั่วโมงนับแต่เวลาที่คนต่างด้าวเข้าพักอาศัย”

⁴ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 81 บัญญัติว่า “คนต่างด้าวผู้ใดอยู่ในราชอาณาจักรโดย...การอนุญาตสิ้นสุด... ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” โดยการอยู่เกินกำหนดและอยู่โดยการอนุญาตสิ้นสุดมีความหมายเดียวกันโดยมีนัยว่าอยู่เกินกำหนดตอนอนุญาต

(Stay) และพบว่าบังคับใช้โทษทางอาญาในความผิดอยู่เกินกำหนด โดยปราศจากนโยบายในการผ่อนผันเมื่อเปรียบเทียบกับความผิดหลบหนีเข้าเมือง ฝ่ายบริหารออกมาตรการอื่นๆ อย่างต่อเนื่องเพื่อลดหย่อน ผ่อนปรน ผู้วิจัยประเมินว่ามาตรการต่างๆ ในการควบคุมคนต่างด้าวและการป้องกันการก่อการร้ายน่าจะเพียงพอในการสกัดกั้นการก่อการร้าย เพราะยังมีมาตรการทางอาญาอื่นๆ เช่น ความผิดก่อการร้าย ความผิดเกี่ยวกับหนังสือเดินทาง ซึ่งเป็นมาตรการที่ได้ออกมาบังคับใช้แล้วก่อนหน้านี้ ประกอบกับประเทศไทยไม่ใช่เป้าหมายในความขัดแย้งที่จะมีการก่อการร้ายข้ามชาติ จากการประเมินมาตรการและนโยบายต่างๆ แล้วการก่อการร้ายไม่น่าจะเกิดการขึ้นได้ น่าจะปลอดภัยจากการก่อการร้ายแน่นอน แต่ความรู้สึกปลอดภัยจากคนต่างด้าวได้ถูกทำลายลง หลังจากนั้นอีกไม่นาน (17 ส.ค.2558)⁵ เมื่อปรากฏว่าชาวแพร่หลายว่าคนต่างด้าวลงมือก่อการร้ายวางระเบิดหน้าศาลท้าวมหาพรหมและท่าเรือสาทร ลักษณะต่อเนื่องกัน ผลของเหตุการณ์นั้นสร้างความเสียหายเป็นวงกว้าง

การก่อการร้ายหน้าศาลท้าวมหาพรหมครั้งนั้น เกิดขึ้นก่อนหน้าจะมีการเปิดพรหมแดนในการค้าการลงทุนในประชาคมอาเซียนต้นปี 2559 ดังนั้น ผู้วิจัยเริ่มเห็นภาพแห่งความขัดแย้งของสถานการณ์คนต่างด้าวกับอาชญากรรมปรากฏภาพเด่นชัดขึ้น จึงเริ่มต้นมีข้อสงสัยเกี่ยวกับมาตรการต่างๆ ในกฎหมายคนเข้าเมืองกับการป้องกันอาชญากรรม ซึ่งหากย้อนเหตุการณ์ก่อการร้ายถนนราชประสงค์น่าจะมีลักษณะเดียวกับเหตุการณ์ 9/11 ในสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นอุทahren ในการปรับปรุงมาตรการต่างๆ ในกฎหมายคนเข้าเมืองเพื่อต่อต้านการก่อการร้ายข้ามชาติในประเทศต่างๆ รวมทั้งในประเทศไทยได้พัฒนากฎหมายอื่นๆ (เฉพาะเรื่อง) แต่ยังไม่ได้ปรับปรุงกฎหมายคนเข้าเมืองให้มีมาตรการใหม่ๆ เพื่อป้องกันเหตุลักษณะดังกล่าว จึงเป็นปัญหาที่ผู้วิจัยเริ่มสนใจมากขึ้นกับปัญหาการใช้เครื่องมือทางกฎหมายในการจัดควบคุมคนต่างด้าว และในระหว่างที่ผู้วิจัยศึกษาวิชาการบริหารความเสี่ยงได้รับฟังอาจารย์มานพ นาคทัต⁶ ได้กล่าวถึงหลักการจัดการความเสี่ยงที่ดีที่สุดประการหนึ่ง หากไม่สามารถหลีกเลี่ยงความเสี่ยงได้ โดย “การลดความเสี่ยง” ซึ่งสอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน ประเทศไทยไม่อาจเลี่ยงและปฏิเสธการเข้าเมืองคนของต่างด้าวได้ และสอดคล้องกับหลักอาชญาวิทยาในแง่ของการลดโอกาสในการกระทำผิดของคนต่างด้าว จุดใดเป็นโอกาสของอาชญากร จุดนั้นเป็นความเสี่ยงในการเกิดอาชญากรรม ดังนั้น เมื่อวิเคราะห์ความเสี่ยง(Risk)สูงสุดของการเกิด

⁵ ไทยรัฐออนไลน์ “ด่วน! วางระเบิดแยกราชประสงค์ เจ็บกว่า 70 ตายเพียบ” เมื่อวันที่ 20 เม.ย.2560, จาก <http://www.thairath.co.th/content/518902>

⁶ อาจารย์ผู้บรรยายวิชาประกันภัยและการบริหารความเสี่ยงชั้นสูง ชั้นปริญญาโท มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

อาชญากรรมทุกประเภทจากคนต่างด้าว ผู้วิจัยพบว่าการความเสี่ยงสูงสุดของการก่อการอาชญากรรมจากคนต่างด้าวในราชอาณาจักร น่าจะเริ่มต้นจากก้าวแรกของคนต่างด้าวซึ่งอยู่บนแผ่นดินนี้ คือ การผ่านประตูเมืองของประเทศเข้ามา และก้าวต่อมาคือการเข้ามาอาศัยพำนักในราชอาณาจักร ดังนั้น การลดความเสี่ยง(ลดโอกาส) คือ การควบคุมป้องกันให้การเข้ามาและพำนักในราชอาณาจักร คนต่างด้าวจะต้องมีคุณสมบัติครบถ้วน ปฏิบัติตามเงื่อนไข ข้อกำหนด เจตนารมณ์ และไม่มีการอำพรางข้อมูลข้อเท็จจริงในการเข้ามาและพำนักอันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติในกฎหมายคนเข้าเมืองมาตรา 11 มาตรา 12 มาตรา 34 มาตรา 35 และมาตราอื่นๆ

ความเป็นอันตรายจากคนต่างด้าวต่อความมั่นคงของรัฐน่าจะมีจำนวนสองกลุ่ม โดยกลุ่มแรกได้แก่ กลุ่มคนต่างด้าวที่หลบหนีเข้าเมือง(Illegal Entry) คนต่างด้าวกลุ่มนี้อาศัยสภาพภูมิศาสตร์เข้ามาตามช่องธรรมชาติได้แก่ ทะเล ภูเขา และแนวเขตรอยต่อของประเทศ หลบเลี่ยงการตรวจสอบควบคุมของรัฐ เสมือนหนึ่งประเทศไทยเป็นบ้านใหญ่ไม่มีรั้วรอบขอบชิด ประตูหน้าต่างเปิด แต่พนักงานรักษาความปลอดภัยมีน้อย นโยบายสกัดกั้นควบคุมตามชายแดน(Border Control) ยังมีข้อจำกัดหลายประการ ปริมาณปัญหาที่เกิดจากคนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมืองมีนับล้านคนต่อปี ในจำนวนนี้เข้ามาทำงานผิดกฎหมาย(Illegal Worker) ก่ออาชญากรรมต่างๆ แม้ตัวเลขอาจไม่มีแน่นอน แต่ประเมินจากนโยบายของรัฐในการจัดการปัญหาคนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมืองนั้นปริมาณมากถึงขนาดที่มีอิทธิพลต่อโครงสร้างเศรษฐกิจของไทย รัฐบาลจำเป็นต้องแก้ไขโดยการออกแนวทางการยกเว้นการดำเนินคดีอาญาในความผิดฐานหลบหนีเข้าเมืองและใช้นโยบายการขึ้นทะเบียนและผ่อนผันให้พำนักในราชอาณาจักรและรับรองสิทธิในการทำงานเสมือนเป็นคนเข้าเมืองถูกต้องตามกฎหมาย โดยรัฐลี้มไปว่าวัตถุประสงค์ในการกำหนดความผิดอาญาในภารกิจในการข่มขู่ยังคนต่างด้าวรายอื่นๆ คนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมืองเป็นอาชญากรรมคนเข้าเมืองที่สร้างความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจ สังคม การเมืองการปกครองในหลายมิติ แต่รัฐได้ยกเว้นโทษให้โดยง่าย⁷ เสมือนเป็นรางวัลแก่ผู้กระทำผิด ผลของนโยบายดังกล่าวเป็นการเชิญชวนเปิดช่องทางให้คนต่างด้าวซึ่งอยู่ในระบบหรือยังไม่เข้ามาในราชอาณาจักร ทั้งหนังสือเดินทาง ทั้งใบอนุญาตทำงานหรือเข้ามาในราชอาณาจักรเพิ่มขึ้นเพื่อแสดงตนเป็นคนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมืองเพื่อร่วมรับรางวัล ในนโยบายนิรโทษกรรม

⁷ วิธีการออกกฎหมายผ่อนผันการพำนักของคนต่างด้าวเพื่อรอการส่งกลับและให้มีการขึ้นทะเบียนแรงงาน มีผลทางกฎหมายคือการไม่ดำเนินการกับความผิดที่หลบหนีเข้าเมืองเป็นการกฎหมายนิรโทษกรรมในความผิดหลบหนีเข้าเมืองและทำงานผิดกฎหมาย

กฎเกณฑ์การเข้าเมือง แต่ความจริงอำพรางข้อมูลโดยอาศัย ระเบียบกฎเกณฑ์ที่เอื้ออำนวย อาศัยช่องโอกาสจากนโยบายต้อนรับคนต่างด้าวเพื่อส่งเสริมการท่องเที่ยว การลงทุน โดยการผ่อนผันการออกวีซ่า นโยบายอำนวยความสะดวก และลดขั้นตอนการเข้าเมืองของคนต่างด้าว จึงปรากฏว่าคนต่างด้าวหลายๆชาติเข้ามาในราชอาณาจักรโดยผิดวัตถุประสงค์ ผ่าฝืนเงื่อนไข เช่น ขออนุญาตเข้ามาเพื่อการท่องเที่ยว แต่กิจกรรมที่ทำเป็นการ ขอด่าน แรงงานผิดกฎหมาย อาชญากรรมเกี่ยวกับทรัพย์สิน ความผิดเกี่ยวกับสัตว์ป่าและทรัพยากรธรรมชาติ ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ซึ่งฝ่าฝืนต่อกฎหมายคนเข้าเมือง นอกจากนี้หลังจากเข้ามาพำนักแล้วอาศัยช่องว่างกฎหมายในการพำนักระยะยาว โดยอ้างเหตุผลด้านมนุษยธรรม ขอลี้ภัย รอไปประเทศที่สาม กระทบกระเทือนต่อคุณธรรมในการเข้ามาและพำนักในราชอาณาจักรและฝ่าฝืนต่อเจตนารมณ์กฎหมายคนเข้าเมืองหลายประการ ในงานวิจัยทางสังคมพบว่าประเทศไทยอาจจะตกเป็นเมืองขึ้น ของคนต่างด้าวไปโดยปริยายเนื่องจากเจ้าของธุรกิจเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ ลูกจ้าง นายจ้างหลายๆกิจการคนไทยถือครองแทน(นอมินี)¹¹คนต่างด้าวความเป็นอยู่ของคนไทยต้องพึ่งต่างด้าวในทุกๆกิจกรรม พฤติกรรมคนต่างด้าวฝ่าฝืนการพำนักโดยประการต่างๆ มีลักษณะอันตราย(Harm)สร้างความเสียหายให้กับสังคมยากแก่การแก้ไข เพิกถอนควบคุมเป็นรายกรณี และสร้างความเสียหายแก่ประเทศไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าการหลบหนีเข้าเมือง

ตัวอย่าง ปัญหากรณีคนต่างด้าวฝ่าฝืนเงื่อนไขและเจตนารมณ์กฎหมายคนเข้าเมือง(มาตรา 34 มาตรา 35 วรรคสาม) แต่ไม่มีกฎหมายกำหนดเป็นความผิด คือ เหตุการณ์ 17/7 (ก่อการร้ายฉกฉวยราชประสงค์)¹² ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการพำนัก(Stay Permit)ของคนร้าย ปรากฏว่าคนร้ายแสดงเจตนาและได้รับอนุญาตให้พำนักในราชอาณาจักรเพื่อทำงาน¹³ และเหตุการณ์ปล้นปืน

¹¹ ศูนย์บริการข้อมูลธุรกิจระหว่างประเทศ กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, “รัฐเปิดฉากรุกต่างด้าวใช้ นอมินี แฝงประโยชน์ ” สืบค้นเมื่อวันที่ 20 เม.ย.2560, จาก <http://www.mfa.go.th/business/th/news/84/65477>.

¹²ไทยรัฐออนไลน์ “ด่วน! วาระเปิดแยกราชประสงค์ เจ็บกว่า 70 ตายเพียบ” สืบค้นเมื่อวันที่ 20 เม.ย.2560, จาก <http://www.thairath.co.th/home>.

¹³ ข้อมูลจากรายงานข่าวรายการเรื่องเล่าเช้านี้ “แกะรอย 'ยูซุฟู' เคยซื้อสารประกอบระเบิดทางเน็ต-ทำงานย่านบางรัก” สืบค้นเมื่อวันที่ 20 เม.ย.2560, จาก <http://morning-news.bectero.com/social-crime/04-Sep-2015/53162>.

ย่านวังบูรพาคนร้ายได้คนร้ายแสดงเจตนาและได้รับอนุญาตให้พำนักในราชอาณาจักรเพื่อท่องเที่ยว¹⁴ ทั้งสองเหตุการณ์คนต่างด้าวเป็นผู้ต้องสงสัยและถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้ลงมือหรือร่วมกระทำผิด ผลของอาชญากรรมทั้งสองเหตุการณ์ แม้ได้ตัวคนร้ายมาพิจารณาลงโทษในความผิดอื่นๆ แต่ในกฎหมายคนเข้าเมืองใช้มาตรการรุนแรงที่สุดได้เพียงการเพิกถอนการอนุญาตการพำนักในราชอาณาจักร¹⁵ พฤติกรรมของคนร้ายในขณะนั้น มีแนวโน้มเป็นการก่อการร้ายและอาชญากรรมต่อเนื่อง การอำพรางข้อมูลของคนร้าย จึงยากยิ่งในการได้ตัวอาชญากรเพื่อหยุดยั้งความเสียหายอื่นๆ ส่วนในคดีปล้นปืนกลางกรุงย่านวังบูรพาผู้ร่วมก่อเหตุลงมือกลางวัน ซึ่งเป็นอีกปรากฏการณ์หนึ่งที่คนร้ายต่างด้าว ก่ออาชญากรรมเหมือนอาชญากรที่เป็นคนท้องถิ่น ซึ่งหากปล้นอาวุธปืนสำเร็จยังสร้างความไม่ปลอดภัยให้กับสังคม ข้อเท็จจริงทั้งสองเหตุการณ์เบื้องต้นปรากฏว่าคนร้ายต่างด้าวกลุ่มนี้ เข้ามาในราชอาณาจักรผ่านการตรวจอนุญาต(มิได้หลบหนีเข้าเมือง)จากพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง คนร้ายต่างด้าวกลุ่มนี้มีได้เข้ามาก่อเหตุร้ายในทันที แต่ได้พำนักในราชอาณาจักรชั่วระยะเวลาหนึ่งก่อนเพื่อหาโอกาสช่องทาง และวางแผนก่อเหตุร้าย ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการได้สิทธิในการพำนักในราชอาณาจักรเป็นความเสี่ยงหนึ่งและเป็นโอกาสให้คนร้ายในการก่ออาชญากรรม เชื่อว่าพฤติกรรมทั้งหลายคนต่างด้าวเข้ามาลอบวางระเบิดถนนราชประสงค์ ปล้นปืนมิใช่เหตุที่ชาวต่างด้าวจะมาคบคิดขณะพำนักในราชอาณาจักร แต่แผนการทั้งหมดน่าจะได้มีมาก่อนเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร ดังนั้น ขณะได้รับอนุญาตให้“เข้ามา(Entry Permit)” หรือ“พำนัก(Stay Permit)” ในราชอาณาจักรคนร้ายมีเจตนาชั่วร้ายแล้ว และมีลักษณะเป็นอันตรายต่อความมั่นคงตั้งแต่เริ่มที่ก้าวแรกเข้ามาแล้ว เพราะฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองซึ่งเป็นกฎหมายความมั่นคง¹⁶ จำเป็นต้องหามาตรการในการควบคุมให้มีประสิทธิภาพควบคุมยับยั้ง ตั้งแต่ขั้นตอนในการเข้าและการพำนัก หากพบข้อมูลคนต่างด้าวเหล่านี้หรือเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองมีข้อมูล หรือต้องสงสัยว่าจะเป็นคนร้าย มีอำนาจปฏิเสธการเข้าเมืองได้ แต่ที่พนักงานเจ้าหน้าที่อนุญาตให้เข้ามาได้แสดงว่าไม่ปรากฏข้อเท็จจริงกับพนักงานเจ้าหน้าที่ขณะตรวจอนุญาตให้เข้ามา เพราะคนต่างด้าวปกปิด นิ่งเสีย หรือแสดงข้อมูลหลอกลวงพนักงานเจ้าหน้าที่ ต่อมาเมื่อทราบตัวคนร้ายคดีรอบวางระเบิด คดีปล้น

¹⁴ สำนักข่าวไทย “แก๊งต่างชาติบุกปล้นปืนย่านวังบูรพา” สืบค้นเมื่อวันที่ 20 เม.ย.2560, จาก <http://ostatic.tnamcot.com/content/417431>.

¹⁵ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง มาตรา 36 และไม่อาจใช้มาตรการอื่นๆได้เพราะไม่ใช่กรณีหลบหนีเข้าเมือง ไม่ใช่กรณีอยู่เกินกำหนดอนุญาต จึงไม่มีมาตรการทางอาญาควบคุมในขั้นตอนนี้

¹⁶ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 12(5),มาตรา 36 รัฐเพิกถอนส่งกลับได้

ปรากฏข้อมูลสำคัญว่าคนต่างด้าวจำนวนเหล่านั้น ได้รับอนุญาตให้เข้ามาและพำนักในราชอาณาจักรในฐานะทำงาน และนักท่องเที่ยว อย่างถูกต้องตามขั้นตอนของการตรวจอนุญาต การแสดงหลักฐานสัญญาการจ้างทำงานธุรกิจก็ดี แสดงตนเป็นนักท่องเที่ยวก็ดี เป็นเพียงหลักฐานและเจตนาของของคนต่างด้าวที่ได้นำไปแสดงในการขอเข้าเมืองหรือพำนักในราชอาณาจักรเท่านั้น

การอำพรางหรือลวงข้อเท็จจริงประการ เช่น ตั้งบริษัทเทียม สมรสเทียม การพำนักผิดเงื่อนไขในการเข้ามาและพำนักในราชอาณาจักร เป็นพฤติกรรมซึ่งในกฎหมายคนเข้าเมืองของต่างประเทศถือว่าพฤติกรรมที่เกิดความเสี่ยง(Risk)ที่จะเกิดอาชญากรรมขนาดใหญ่ขึ้นและเป็นอันตราย(Harm)ต่อความมั่นคงของรัฐอีกรูปแบบหนึ่ง ซึ่งในกฎหมายคนเข้าเมืองสหรัฐอเมริกา มีการศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับอาชญากรรมคนเข้าเมือง(Immigration Crime) และกำหนดความผิดและโทษคนต่างด้าวในกฎหมายคนเข้าเมืองที่ก่ออาชญากรรมเกี่ยวกับการหลอกลวงในการเข้าเมืองมีอัตราโทษสูงกว่าความผิดหลบหนีเข้าเมือง หรือกฎหมายประเทศอังกฤษบัญญัติพฤติกรรมคนต่างด้าวการทำผิดเงื่อนไขในการเข้าเมืองกำหนดเป็นความผิดหรือกำหนดโทษสูงเท่ากับความผิดหลบหนีเข้าเมืองเพื่อยับยั้งและป้องกันอาชญากรรมอื่นๆ “ก่อน” ที่คนต่างด้าวจะได้กระทำความผิดอื่นๆ แต่ความผิดลักษณะดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติลักษณะใน พ.ร.บ.คนเข้าเมืองฯ

ปัญหาทั้งหมด จึงเป็นแรงจูงใจในการทบทวนถึงความเหมาะสม ในการกำหนดความผิดและโทษในกฎหมายคนเข้าเมือง เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการควบคุมคนต่างด้าว (Crime Control) และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพคนต่างด้าว(Due Process) เพื่อสนับสนุนให้มีการแก้ไข ปรับปรุง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง ให้มีประสิทธิภาพและมีความเหมาะสม ซึ่งปัญหาดังกล่าวเป็นที่มาในการศึกษาวิจัยครั้งนี้

1.2 วัตถุประสงค์

1.2.1 เพื่อทราบสภาพปัญหา ภัย และอันตราย(Harm)ที่เกิดจากคนต่างด้าวฝ่าฝืนกฎ คำสั่ง มาตรการ เงื่อนไข และข้อกำหนดของเจ้าพนักงานในควบคุมคนต่างด้าวในขั้นตอนการเข้าเมืองและการพำนักอาศัยในราชอาณาจักร

1.2.2 เพื่อทราบแนวทางที่เหมาะสมในการควบคุมพฤติกรรมของคนต่างด้าวโดยการกำหนดความผิดในกรณีคนต่างด้าวฝ่าฝืนกฎ คำสั่ง มาตรการ เงื่อนไข และข้อกำหนดของเจ้าพนักงานในขั้นตอนการเข้าเมืองและการพำนักอาศัยในราชอาณาจักร

1.2.3 เพื่อทราบและเปรียบเทียบลักษณะของมาตรการ เครื่องมือและโทษในการควบคุมคนต่างด้าวกรณีคนต่างด้าวฝ่าฝืนกฎ คำสั่ง มาตรการ เงื่อนไข และข้อกำหนดของเจ้าพนักงานในขั้นตอนการเข้าเมืองและการพำนักอาศัยในราชอาณาจักรพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522

1.2.4 เพื่อทราบแนวทางที่เหมาะสมในกำหนดมาตรการและโทษในกรณีคนต่างด้าวฝ่าฝืนกฎ คำสั่ง มาตรการ เงื่อนไข และข้อกำหนดของเจ้าพนักงานในขั้นตอนการเข้าเมืองและการพำนักอาศัยในราชอาณาจักร

1.3 สมมุติฐานการศึกษา

พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มีบทบัญญัติการกำหนดความผิดและโทษคนต่างด้าว แต่ยังไม่ครอบคลุมพฤติกรรมของคนต่างด้าวซึ่งเข้ามา(Entry) และพำนัก(Stay)ในราชอาณาจักรโดยเจตนาเข้ามาแพร่โรคระบาดอย่างร้ายแรง จดทะเบียนสมรสหรือตั้งบริษัทเทียมเพื่อเข้าเมือง กลับเข้ามาอีกแม้จะมีคำสั่งห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรหรือพฤติกรรมอื่นๆ ซึ่งเป็นพฤติกรรมฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองและมีลักษณะเป็นอันตราย(Harm) หากมีการกำหนดเป็นความผิดอาญาตามแนวทางของต่างประเทศ จะสามารถสร้างประสิทธิภาพในการควบคุมคนเข้าเมือง ส่วนโทษในกฎหมายคนเข้าเมืองยังไม่มีกำหนดให้เหมาะสมกับสัดส่วนของความผิด หากมีการกำหนดให้มีการใช้มาตรการพิเศษ เช่น การขึ้นบัญชีดำ การเพิกถอน ส่งกลับ มาตรการทางปกครอง โทษปรับ และจำคุก ให้เป็นไปตามลำดับตามความร้ายแรงและกำหนดให้ได้สัดส่วนกับความผิดอื่นๆ โดยเฉพาะในความผิดฐานหลบหนีเข้าเมืองและความผิดอยู่เกินกำหนด มีการแก้ไขและยกเลิกความผิดฐานเพิกถอนการอนุญาต ซึ่งละเมิดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จะเกิดความเหมาะสม และสามารถเพิ่มประสิทธิภาพ พระราชบัญญัติ คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 ได้

1.4 วิธีการศึกษา

การศึกษาและวิจัยนี้จะได้ค้นคว้าจากเอกสาร(Documentary Research) โดยศึกษาจากตำรา หนังสือ บทความ วารสาร งานวิจัย ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ตลอดจนกฎระเบียบ คำวินิจฉัยของศาล แนวทางปฏิบัติ พร้อมความเห็นของบุคคลและหน่วยงานของที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งค้นคว้าและสืบค้นจากข้อมูลออนไลน์(Online) สื่ออินเทอร์เน็ต(Internet) และสื่ออิเล็กทรอนิกส์

1.5 ขอบเขตของการศึกษา

1.5.1 ศึกษาสภาพปัญหา ภัย และอันตราย(Harm)ที่เกิดจากคนต่างด้าวฝ่าฝืนกฎ คำสั่ง มาตรการ เงื่อนไข และข้อกำหนดของเจ้าพนักงานในการควบคุมคนต่างด้าวในขั้นตอนการเข้าเมืองและการพำนักอาศัยในราชอาณาจักร

1.5.2 ศึกษาแนวทางที่เหมาะสมในการควบคุมพฤติกรรมของคนต่างด้าวโดยการ กำหนดความผิดในกรณีคนต่างด้าวฝ่าฝืนกฎ คำสั่ง มาตรการ เงื่อนไข และข้อกำหนดของเจ้าพนักงาน ในขั้นตอนการเข้าเมืองและการพำนักอาศัยในราชอาณาจักร

1.5.3 ศึกษาลักษณะของมาตรการ เครื่องมือในการควบคุมคนเข้าเมืองและโทษในการ ควบคุมคนต่างด้าวกรณีคนต่างด้าวฝ่าฝืนกฎ คำสั่ง มาตรการ เงื่อนไข และข้อกำหนดของเจ้า พนักงานในขั้นตอนการเข้าเมืองและการพำนักอาศัยในราชอาณาจักรพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522

1.5.4 ศึกษาแนวทางที่เหมาะสมในกำหนดมาตรการและโทษในกรณีคนต่างด้าว ฝ่าฝืนกฎ คำสั่ง มาตรการ เงื่อนไข และข้อกำหนดของเจ้าพนักงานในขั้นตอนการเข้าเมืองและการ พำนักอาศัยในราชอาณาจักร

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทราบสภาพปัญหา ภัย และอันตราย(Harm)ที่เกิดจากคนต่างด้าวฝ่าฝืนกฎ คำสั่ง มาตรการ เงื่อนไข และข้อกำหนดของเจ้าพนักงานในควบคุมคนต่างด้าวในขั้นตอนการเข้าเมือง และการพำนักอาศัยในราชอาณาจักร

1.6.2 ทราบแนวทางที่เหมาะสมในการควบคุมพฤติกรรมของคนต่างด้าวโดยการ กำหนดความผิดในกรณีคนต่างด้าวฝ่าฝืนกฎ คำสั่ง มาตรการ เงื่อนไข และข้อกำหนดของเจ้าพนักงาน ในขั้นตอนการเข้าเมืองและการพำนักอาศัยในราชอาณาจักร

1.6.3 ทราบและเปรียบเทียบลักษณะของมาตรการ เครื่องมือและโทษในการ ควบคุมคนต่างด้าวกรณีคนต่างด้าวฝ่าฝืนกฎ คำสั่ง มาตรการ เงื่อนไข และข้อกำหนดของเจ้าพนักงาน ในขั้นตอนการเข้าเมืองและการพำนักอาศัยในราชอาณาจักรพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522

1.6.4 ทราบแนวทางที่เหมาะสมในกำหนดมาตรการและโทษในกรณีคนต่างด้าว ฝ่าฝืนกฎ คำสั่ง มาตรการ เงื่อนไข และข้อกำหนดของเจ้าพนักงานในขั้นตอนการเข้าเมืองและการ พำนักอาศัยในราชอาณาจักร

บทที่ 2

ลักษณะทั่วไป แนวคิด ทฤษฎี ในการกำหนดความผิดและโทษ

การกำหนดความผิดและโทษกับคนต่างด้าวที่ฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองซึ่งได้บัญญัติแล้ว และที่จะเสนอแนะต่อไป เป็นวิธีการที่จำเป็นและเหมาะสมหรือไม่ และพฤติกรรมใดของคนต่างด้าวฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองลักษณะอย่างไรหรือการกระทำอย่างไรที่ถือเป็นอันตราย (Harm) ที่จำเป็นและเหมาะสมจะกำหนดเป็นความผิดและโทษ จำเป็นต้องศึกษาหลักการและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องการควบคุมคนเข้าเมืองส่วนหนึ่งและอีกส่วนหนึ่งเกี่ยวข้องกับแนวคิด ทฤษฎีในการกำหนดความผิดและโทษ ในบทนี้จะศึกษาเกี่ยวกับหลักการ ความจำเป็นในการควบคุมคนต่างด้าวอาชญากรรมคนเข้าเมือง รูปแบบและมาตรการที่ใช้ในการควบคุมคนเข้าเมือง ตลอดจนศึกษาแนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวกับการกำหนดความผิดอาญาและโทษ เพื่อนำไปเป็นเครื่องมือวิเคราะห์ต่อไป

2.1 หลักการ ความจำเป็นในการควบคุมคนต่างด้าวและอาชญากรรมคนเข้าเมือง

2.1.1 ความหมายของ “การเข้าเมือง” และ “คนต่างด้าว”

งานวิจัยนี้เกี่ยวข้องกับการเข้าเมืองและคนต่างด้าวจำเป็นต้องพิจารณาความหมายของทั้งสองคำดังนี้

2.1.1.1 การเข้าเมือง(Migration)

ความหมายของคำว่า “การเข้าเมือง” ปรากฏความหมายจาก Black law Dictionary หมายถึง เป็นการเคลื่อนตัวของคนจากประเทศหนึ่งหรือภูมิภาคหนึ่งไปยังยังประเทศหรือภูมิภาคอื่น¹

พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 4 “คนเข้าเมือง” หมายความว่า คนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักร

หากพิจารณาจากสภาพกฎหมายในปัจจุบันของประเทศต่างๆพบว่า การเข้าเมืองมีองค์ประกอบสำคัญสองประการ

ประการแรก ต้องมีการเคลื่อนย้ายที่พำนักข้ามดินแดน ข้ามภูมิภาค

¹ Black law Dictionary, 9 ed. P.1082.

ประการที่สอง ต้องเป็นการเคลื่อนย้ายของคนต่างถิ่น

หากขาดลักษณะประการใดประการหนึ่ง ไม่เป็นการเข้าเมืองในกฎหมายคนเข้าเมือง ในกฎหมายไทยเคยบัญญัติว่าการเข้ามาเพียงชั่วคราวไม่นับว่าเป็นคนเข้าเมือง การเข้าเมืองนี้ไม่พบว่ามี ความหมายหรือบทบัญญัติที่เป็นสากล อย่างไรก็ตามแม้ไม่มีนิยามอย่างเป็นทางการเกี่ยวกับการเข้าเมือง แต่จำเป็นต้องนำมากล่าวไว้เนื่องจากจำเป็นต้องพิจารณาว่ามีสถานะเป็นคนเข้าเมืองหรือไม่ ในปัจจุบันมีความสำคัญอย่างยิ่งเพราะการเข้าเมืองจะมีผลต่อการได้รับหรือไม่ได้รับสิทธิบางประการ เช่น สถานะเกี่ยวกับสัญชาติ การเข้าเมืองเป็นความหมายรวมๆ ของคนจำนวนหนึ่งที่มีการอพยพย้ายถิ่น การลี้ภัย ซึ่งเป็นในการเข้าไปหรือพำนักอีกรัฐหนึ่ง แม้จะชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม นอกจากนี้กฎหมายภายในของแต่ละรัฐได้กำหนดสิทธิหน้าที่ของคนต่างด้าวตามแรงจูงใจในการเข้าเมืองหรือการเคลื่อนตัว(Movement)ของคนต่างด้าว เป็นที่รู้จักกันในถ้อยคำว่า “การผู้อพยพ(Asylum)”และ “การผู้ลี้ภัย(Refugee)”ซึ่งเป็นการแสวงหาที่พักพิงในดินแดนต่างประเทศ คนต่างด้าวทั้งสองประเภทนี้จะตกอยู่ในภาวะความเกรงกลัวการที่ตนจะถูกประหัตประหารในประเทศของตน จึงไม่สามารถเดินทางกลับไป หรือเพราะเกรงกลัวภัยต่างๆในกฎหมายแต่ละประเทศมีรายละเอียดแตกต่างกันไป ในประเทศไทยพยายามจัดกลุ่มคนดังกล่าวให้เป็นระบบแต่ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะเจาะจงเกี่ยวกับผู้ลี้ภัยและผู้อพยพ

มูลเหตุจูงใจในการเข้าเมืองมีผลต่อการจัดสถานะความเป็นคนต่างด้าว ในการเข้าเมืองของคนต่างด้าวในลักษณะการอพยพ(Asylum)และการผู้ลี้ภัย(Refugee)ในกฎหมายคนเข้าเมืองของแต่ละประเทศในปัจจุบันพยายามในการจัดกลุ่มตามเป้าหมายและสาเหตุของการเข้าเมือง ในประเทศไทยพบว่ามีชนชาติอื่นๆเข้ามาจำนวนมากในอดีต เช่น เวียดนาม มอญ จีน โดยได้รับพระมหากรุณาธิคุณจากพระมหากษัตริย์ไทย และมีการให้สัญชาติไทย จนมีการหลั่งไหลจำนวนมาก จึงเกิดความคิดรักชาติ ในประเทศไทยมีการแสวงหาสถานที่ลี้ภัยแบ่งได้เป็น2 ช่วง ก่อนและหลังปี 2518 คือ ก่อนและหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ในปัจจุบันมีบุคคลหลายกลุ่มจัดว่าเป็นผู้ลี้ภัย⁴ภายใต้

² นิยามดังกล่าวเป็นตัวอย่งการให้ความหมายของทั้งคำว่า การผู้อพยพ(Asylum)และการผู้ลี้ภัย(Refugee) ซึ่งเป็นบทกฎหมายและเงื่อนไขภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา สืบค้นเมื่อวันที่ 28 พ.ค.2560, จาก <https://www.uscis.gov/ilink/docView/SLB/HTML/SLB/0-0-0-1/0-0-0-29/0-0-0-101/0-0-0-195.html>

³วิฑิต มันทาภรณ์. “ผู้ลี้ภัย : กฎหมายและนโยบายแห่งรัฐว่าด้วยผู้อพยพและผู้หลบหนีเข้าเมืองในประเทศไทย,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 1, ปีที่15, น.170 (มีนาคม 2528).

อนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย 1951 ซึ่งรัฐภาคีต้องให้สิทธิต่างๆตามข้อตกลงแก่ผู้ลี้ภัย และเป็นองค์ประกอบประการหนึ่งของรัฐนำไปพิจารณาให้สิทธิในการเข้าไปและพำนักในรัฐซึ่งได้ยอมรับอนุสัญญานี้ เช่น สิทธิเคลื่อนย้ายถิ่นที่อยู่ในเขตดินแดน⁵ และมีสิทธิในการแสวงหาที่พักในประเทศอื่นๆ⁶

พ.ร.บ.คนเข้าเมืองฉบับปัจจุบันมีบทกำหนดโทษ ในความผิดฐานการเข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 11,62 โดยไม่มีข้อยกเว้นในกลุ่มคนต่างด้าวกลุ่มนี้(ผู้ลี้ภัยและผู้อพยพ) รวมทั้งบัญญัติกำหนดความผิดคนต่างด้าวที่อยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งก็กระทบต่อคนต่างด้าวประเภทหนึ่งที่เกิดมาในราชอาณาจักร แต่กฎหมายสัญญาดีไม่รองรับสถานะและให้ถือเป็นคนต่างด้าวที่อยู่ในราชอาณาจักรไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตซึ่งคนต่างด้าวกลุ่มหลัง ซึ่งเกิดในดินแดนไทย หรือเคลื่อนย้ายถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร ไม่ใช่การเข้าเมืองในลักษณะการเข้าเมืองแต่อย่างใด ซึ่งจะได้อธิบายต่อไป⁷

2.1.1.2 คนต่างด้าว(Alien)

ตั้งแต่โบราณมนุษย์พยายามรวมกันอยู่เป็นกลุ่มๆ จึงเป็นความพยายามในการกล่าวถึงคนกลุ่มหรือพวกอื่นให้แตกต่างไปจากกลุ่มดั้งเดิม กล่าวโดยทั่วไป “คนต่างด้าว” หมายถึง บุคคลซึ่งมิใช่พลเมืองของประเทศที่ตนเข้าไปพำนักอยู่ หากแต่เป็นพลเมืองของรัฐต่างประเทศซึ่งเป็นฐานะชาวต่างประเทศ มีสิทธิและหน้าที่ตลอดจนความจงรักภักดีแห่งดินแดนที่ตนอาศัยอยู่แตกต่างกันไปจากพลเมือง อื่นๆ คำว่า “คนต่างด้าว” ตรงกับภาษาอังกฤษว่า “Alien” ซึ่งมีรากศัพท์มาจากภาษาละตินว่า “Alienus” ซึ่งหมายถึง สภาวะของบุคคลที่มาจากดินแดนแห่งรัฐต่างประเทศและอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของประเทศ⁸ การให้ความหมายและนิยามของโดยทั่วไป “คนต่างด้าว” (Alien) เพื่อเป็นการจะเป็นการบ่งบอกพลเมืองหรือคนชาติของรัฐใดรัฐหนึ่งในกฎหมายคน

⁴ ตราสารระหว่างประเทศเกี่ยวกับผู้ลี้ภัย,สำนักงานข้าหลวงใหญ่แห่งสหประชาชาติ ประจำประเทศไทย

⁵ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 13

⁶ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 14

⁷ หัวข้อ 3.2.2.2 ,4.2.4.1

⁸ สุจินต์ ชัยมงคลานนท์, “สิทธิของคนต่างด้าวในประเทศไทย”, (วิทยานิติศาสตรมหาบัณฑิต แผนกวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2517), น.2-3.

เข้าเมืองหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าว ในรัฐสมัยใหม่จะผูกความเป็นพลเมืองและต่างด้าวอยู่กับหลักสัญชาติ ซึ่งรัฐที่มีอำนาจอธิปไตยเท่านั้นที่จะให้สัญชาติได้⁹

ตัวอย่างความหมาย “คนต่างด้าว” ในต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ ได้นิยามความหมายคนต่างด้าวในกฎหมายสัญชาติและสถานะของคนต่างด้าวในกฎหมายสัญชาติของประเทศอังกฤษ(The British Nationality and Status of Aliens Act) นิยามความหมายของคำว่า Alien ว่า คือคนที่มีเชื้อคนบังคับอังกฤษ¹⁰ ในประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายคนเข้าเมืองของสหรัฐอเมริกาให้ความหมายคนต่างด้าว Alien คือ บุคคลที่มีเชื้อพลเมืองหรือคนชาติของอเมริกา¹¹ สำหรับประเทศไทยคนต่างด้าวเป็นที่รู้จักตั้งแต่ก่อนสมัยกรุงสุโขทัย คนต่างด้าวในกฎหมายไทย มีถ้อยคำหลากหลายคำในภาษาไทยที่หมายถึงคนต่างด้าว เช่น นานาประเทศ ชาวต่างชาติ แยก ฝรั่งเศส¹² รายละเอียดกฎหมายไทย จะศึกษาในบทที่ 3 อีกครั้ง¹³

แม้ว่าคนต่างด้าวจะมีเชื้อพลเมืองของรัฐนั้น ตามหลักการทั่วไปเกี่ยวกับสัญชาติ อย่างไรก็ตามการให้สัญชาติหรือไม่ เป็นนโยบายที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของรัฐ การให้สัญชาติจึงมีความเข้มงวดมากกว่าให้สิทธิประการอื่นเพราะสัญชาติย่อมนำมาซึ่งสิทธิหน้าที่ ประโยชน์ของบุคคลหลายๆประการ ในประเทศต่างๆ แม้ไม่ยอมให้สัญชาติแม้บุคคลนั้นจะมีความผูกพันเกาะเกี่ยวที่ดินแดนของรัฐนั้น แต่ในกฎหมายเข้าเมืองจะเปิดช่องทางสร้างจุดเกาะเกี่ยวให้คนต่างด้าวได้สิทธิในการพำนักด้วยเหตุผลต่างๆ กลุ่มคนที่มีสถานะที่ไม่ชัดเจนในแต่ละประเทศมีจำนวนมาก และไม่อาจปฏิเสธความมีอยู่ของคนกลุ่มเหล่านั้นได้ จึงได้มีการขยายขอบเขตของคนต่างด้าวเป็นกลุ่มพิเศษต่างๆ เพื่อประโยชน์ในการให้สถานะรองจากสถานะพลเมือง ในงานวิจัยนี้จำเป็นต้องกล่าวถึงพอสังเขป โดยเฉพาะกลุ่มบุคคลบางประเภทที่ยากจะกำหนดสถานะ เช่น ผู้ลี้ภัย ผู้อพยพ ผู้พลัดถิ่น แม้จะมี

⁹ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.3-7.

¹⁰ เทพย์ ธีรจันทร์นันทน์, “วิเคราะห์วิธีการและปัญหาการควบคุมคนต่างด้าวในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญารัฐศาสตรมหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2514), น.5

¹¹ เพิ่งอ้าง, น.5

¹² สุจินต์ ชัยมงคลานนท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8, น.3

¹³ โปรดดู บทที่ 3 หัวข้อที่ 3.2.1

สถานะใดแต่เมื่อไม่ได้มีสัญชาติไทยถือว่าเป็นคนต่างด้าว¹⁴ ซึ่งคนกลุ่มนี้เป็นประธานแห่งสิทธิโดยเป็นบุคคลเป้าหมาย ที่จะถูกกำหนดหรือยกเลิกความผิดในงานวิจัย ความเป็นคนต่างด้าวในกฎหมายคนเข้าเมืองมิใช่จะเพราะการมาจากต่างประเทศเสมอไป การควบคุมคนต่างด้าวผูกพันอยู่กับกฎหมายของแต่ละประเทศในการให้สิทธิและสถานะบุคคล ในการควบคุมคนต่างด้าวมักมีกฎหมายเกี่ยวข้องหลายฉบับทั้งกฎหมายเกี่ยวกับสัญชาติ กฎหมายเกี่ยวกับทะเบียนคนต่างด้าว กฎหมายอื่นๆ

คนต่างด้าวในกฎหมายไทยได้บัญญัตินิยาม ความหมายไว้เหมือนกันอย่างมีเอกภาพ¹⁵ โดยบัญญัตินิยามคนต่างด้าว หมายถึง บุคคลที่ไม่ได้มีสัญชาติไทย ปรากฏครั้งแรกใน พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2470 ทำนองเดียวกับกฎหมายคนเข้าเมืองของประเทศอื่น เช่นกันบัญญัติความหมายของคนต่างด้าวในเชิงปฏิเสธคือคนที่ไม่ใช่คนสัญชาตินั้น ในประเทศต่างๆได้มีการจัดการควบคุมคนต่างด้าวโดยมาตรการต่างๆ โดยมีพื้นฐานปรัชญาในทางการเมืองการปกครองและความจำเป็นที่แตกต่างกันไป ซึ่งจะได้พิจารณาในหัวข้อถัดไป

2.1.2 หลักการและความจำเป็นต้องพิจารณาในการควบคุมคนต่างด้าว

การดำรงอยู่ของรัฐต้องประกอบด้วยอำนาจอธิปไตย ในขอบเขตอำนาจอธิปไตยคืออำนาจในการตรากฎหมายมาดัดลิดรอน สร้างสวัสดิการให้พลเมืองของรัฐ รัฐมีลักษณะพิเศษในกฎหมายระหว่างประเทศมีอำนาจในการสร้างกฎเกณฑ์ภายในต่างๆ¹⁶ ส่วนพลเมืองจากรัฐอื่นยังต้องมีมาตรการควบคุมตรวจสอบ อย่างไรก็ตาม การอพยพย้ายถิ่นของมนุษยชาติเป็นเสรีภาพและเป็นไปในลักษณะเอื้อประโยชน์ซึ่งกันและกัน มิได้มีรัฐใดรัฐหนึ่งจะดำรงอยู่ปราศจากคนต่างชาติต่างศาสนา ยิ่งรัฐใดเปิดโอกาสให้คนชาติอื่นเข้าไปมากอาจนำมาซึ่งความเจริญรุ่งเรืองและความเสื่อม ทั้งนี้เพราะประโยชน์ต่างๆจะถูกจัดสรรแบ่งปันให้กับคนต่างชาติ แตกต่างกับในสมัยโบราณแผ่นดินแผ่นน้ำกว้างใหญ่ นอกจากนี้ยังมีความจำเป็นในด้านอื่นๆอีกในการควบคุม แม้อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุดในกฎหมายระหว่างประเทศแต่อำนาจในการควบคุมหรือจำกัดสิทธิของบุคคลตามกฎหมายระหว่าง

¹⁴พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 4 บัญญัติว่า “คนต่างด้าว” หมายความว่า บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

¹⁵พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, “คำว่า “คนต่างด้าว” และการจำแนกประเภทคนต่างด้าวภายใต้กฎหมายไทย,” อุลพาห, เล่ม 4, ปีที่ 43, น.150,153 (ต.ค.-ธ.ค. 2539)

¹⁶จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2558), น.208.

ประเทศและกฎหมายภายในจะต้องไม่ขัดแย้งกัน หรือละเมิดต่อหลักการสากล การควบคุมคนต่างด้าวจะต้องพิจารณาทั้งประโยชน์ของบุคคล ประโยชน์ของชาติ และประโยชน์สากล มีหลักการต้องคำนึง 3 ประการ

2.1.2.1 ประโยชน์ส่วนบุคคล(Individual Interest)

สิทธิและเสรีภาพของมนุษย์ย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครอง ดังนั้น การจะกำหนดกฎหมายให้ขัดกับหลักการดังกล่าวย่อมเป็นไปไม่ได้ คำว่าประโยชน์หรือสิทธิมีความหมายทำนองเดียวกัน ความหมายของ “สิทธิ” คือ อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการหรือเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น เป็นอำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการบางอย่างให้เกิดประโยชน์แก่ตน¹⁷ แนวคิดในเรื่องการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยรัฐเป็นแนวคิดที่คลาสสิก การรับรองสิทธิเสรีภาพเป็นลายลักษณ์อักษร แสดงให้เห็นว่าประเทศนั้นๆมีความเจริญ¹⁸

(1) สิทธิมนุษยชน (Human Rights)

สิทธิมนุษยชน (Human Rights)สถานะของคนต่างด้าว แม้จะมีใช้พลเมืองของรัฐนั้น เนื่องจากความเป็นพลเมืองเป็นแต่เพียงข้อจำกัดทางกฎหมายเท่านั้น การได้แบ่งแยกมนุษย์ด้วยหลักสัญชาติเป็นแต่สิ่งสมมุติเท่านั้น กฎหมายก็เป็นสิ่งสมมุติเช่นกัน¹⁹แต่ความเป็นมนุษย์ซึ่งเป็นฐานะในทางธรรมชาติที่จริง แม้จะอยู่ในสังคมที่แตกต่างกันแต่เพียงเชื้อชาติ ศาสนา แต่ความเป็นมนุษย์ย่อมมีฐานะเสมอกัน การไปอยู่ยังถิ่นฐานอื่นเขาเหล่านั้นมิได้สละซึ่งความเป็นมนุษย์ซึ่งสิทธิดังกล่าวนี้ทุกปราชญ์เมธีทั้งหลายตั้งแต่ศตวรรษที่ 17 เป็นต้นมา ได้ยืนยันเกี่ยวกับสิทธิตามธรรมชาติ เช่น อริสโตเติล ยืนยันว่ากฎหมายต้องไม่ขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ หรือสิทธิเหล่านี้เรียกว่าสิทธิทางศีลธรรม ความยุติธรรมตามธรรมชาติผูกพันถึงมนุษย์ทั้งมวล²⁰ การกำหนดสิทธิหน้าที่และควบคุมคนต่างด้าวจำเป็นต้องคำนึงหลักกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งเป็นกฎหมายในระดับ

¹⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 , (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2551), น.45

¹⁸เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน ,2547), น.11

¹⁹พระพรหมคุณาภรณ์(ป.อ.ปยุตโต), นิติศาสตร์แนวพุทธ, พิมพ์ครั้งที่ 15, (กรุงเทพมหานคร : พระพุทธศาสนาของธรรมสภา, 2555), น.17

²⁰ สุจินต์ ชัยมงคลานนท์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 8, น.49-52

สูงสุด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งหากกฎหมายของรัฐขัดกับกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายธรรมชาติดีเยี่ยมมีอำนาจเหนือกว่า²¹ เนื่องจากสิทธิตามกฎหมายธรรมชาติเป็นสิทธิผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิด เป็นสิทธิของความเป็นมนุษย์ที่ไม่อาจพรากไปได้ โดยติดตัวเราไปตลอดชีวิต เป็นสิทธิที่มีอยู่แต่เดิมแล้ว ไม่ต้องสร้างสิทธิใหม่เพียงแต่กฎหมายรับรองเท่านั้น²² รัฐมีหน้าที่งดเว้นไม่กระทำการใดขัด หรือกระทบต่อสิทธิในความเป็นมนุษย์ เป็นสิทธิได้เสมอ²³ สิทธิเสรีภาพที่เกิดขึ้นเองมีอยู่เองตามธรรมชาติของมนุษย์ มีมาก่อนที่จะมีกฎหมายบ้านเมือง สิทธิเสรีภาพเหล่านั้นเรียกอีกนัยหนึ่งว่า “สิทธิมนุษยชน(Human Rights)” เป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์(Fundamental right and liberties)²⁴

สิทธิมนุษยชนหากแปลตรงตัว หมายถึง อำนาจอันชอบธรรมเป็นสิทธิของมนุษย์²⁵ ในสมัยก่อนมีการรับรองสิทธิมนุษยชนอย่างเป็นทางการ การละเมิดสิทธิดังกล่าวปรากฏให้เห็น เช่น การเลือกปฏิบัติต่อคนผิวสีที่แตกต่างกันในบางประเทศ ในการปกครองที่รัฐต้องคุ้มครองสิทธิของความเป็นมนุษย์ และหลักการปกครองที่จะให้ความรับรองคุ้มครองมนุษย์ได้ฝ่ายบริหารต้องไม่ใช่อำนาจตามอำเภอใจ บุคคลจะต้องไม่ถูกลงโทษโดยปราศจากกฎหมาย บุคคลจะมีความผิดต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติและจะต้องได้รับการพิจารณาดีจากศาลยุติธรรม ทั้งนี้การจับกุมและคุมขังผู้ต้องหาตามกฎหมายต้องสันนิษฐานว่าบริสุทธิ์ หลักการดังกล่าวเรียกว่า “หลักนิติธรรม(The Rule of Law)”²⁶

ในปัจจุบันรูปแบบและมาตรการที่รัฐออกมาควบคุมคนต่างด้าวมีจำนวนมาก และหลายหน่วยงานใช้มาตรการต่างๆในการควบคุมคนต่างด้าว โดยเฉพาะ ในการควบคุมคนต่างด้าวโดยมาตรการทางอาญา จำเป็นที่รัฐต้องคำนึงถึงหลักการเรื่องสิทธิมนุษยชน แม้รัฐจะมีอำนาจอธิปไตย

²¹ เฟิงอว้าง, น.52

²² สุชาติ เวโรจน์, “การคุ้มครองคนต่างด้าวในคดีปกครอง,” วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน, ปีที่ 1, ฉบับที่ 1, น.25, (มกราคม-มีนาคม. 2551).

²³ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น.45

²⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 18, น.12-13

²⁵ นพนิธิ สุริยะ, สิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2537), น.9-11

²⁶ วิชา มหาคุณ, “ผลกระทบกระเทือนของกฎหมายที่ไม่เป็นธรรมต่อสิทธิในการดำเนินคดีทางกระบวนการยุติธรรม,” บทบัญญัติ, เล่มที่ 37 ,ตอน 3, น.386,387 (ธันวาคม 2523).

และในกฎหมายระหว่างประเทศจะยอมรับว่าเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ แต่ในกฎหมายระหว่างประเทศรัฐต้องไม่เลือกปฏิบัติเกี่ยวกับหลักการที่รับรองเรื่องสิทธิมนุษยชน การรับรองดังกล่าวจึงผูกพันรัฐต่างๆต้องไม่เลือกปฏิบัติระหว่างคนต่างด้าวและคนชาติ²⁷

การกำหนดความผิดหรือบัญญัติหน้าที่ให้คนต่างด้าวต้องปฏิบัติหรือละเว้น การปฏิบัติที่เป็นการละเมิดต่อสิทธิความเป็นมนุษย์รัฐจะกระทำมิได้ เช่น สิทธิในการจดทะเบียนสมรสที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย แม้รัฐจะมีอำนาจอธิปไตยมากเพียงใด แต่การควบคุมคนต่างด้าวได้รับการรับรองและคุ้มครองในฐานะมนุษย์ รัฐจึงมีหน้าที่ตามข้อตกลงระหว่างประเทศ อิทธิพลของทฤษฎีที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในองค์การระหว่างประเทศ 16-17 ได้มีการส่งเสริมโดยปรัชญาสมัยกลางอีกครั้งเพื่อเป็นเครื่องมือลดอำนาจของผู้ปกครองแห่งรัฐที่ไม่เป็นธรรม²⁸

หลักสิทธิมนุษยชนประการหนึ่งที่รัฐ ที่ถือเป็น “นิติรัฐ” คือ หลักความชอบด้วยกฎหมายโดยเฉพาะในกฎหมายอาญาสมัยใหม่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องบัญญัติกฎหมายให้มีความแน่นอนทั้งในส่วนของความผิดและโทษ²⁹

(2) สิทธิพลเมือง (Civil Rights)

สิทธิพลเมือง (Civil Rights) ซึ่งเป็นสิทธิที่ก่อตั้งขึ้นเพราะฐานะที่บุคคลนั้นเป็นพลเมืองของรัฐเท่านั้น พึงมีได้ในฐานะสมาชิกของรัฐ เช่น สิทธิทางการเมือง สิทธิในการตั้งพรรคการเมือง เป็นที่ยอมรับกันว่าสิทธิพลเมืองเป็นสิทธิในการมีส่วนร่วมในทางการเมืองการปกครอง และสิทธิที่จะประกอบอาชีพ ผู้ทรงสิทธิสงวนไว้เฉพาะผู้มีสัญชาติของรัฐนั้นเท่านั้น โดยเฉพาะสิทธิทางการเมืองไม่มีรัฐใดในโลกที่ยอมรับคนต่างด้าวที่จะให้สิทธิและเสรีภาพทางการเมืองแก่คนต่างด้าว³⁰ ปัญหาในการในการควบคุมคนต่างด้าว จึงเป็นความขัดแย้งระหว่างสมดุลในการรับรองสิทธิคนต่างด้าวในฐานะเป็นมนุษย์ แม้คนต่างด้าวไม่ใช่พลเมืองของรัฐ เป็นสิทธิของรัฐที่มีอำนาจอธิปไตยที่จะให้สิทธิตามกฎหมายหรือบัญญัติกฎหมายก่อตั้งให้แก่คนต่างด้าวในฐานะเป็นคนที่มีความเกี่ยวข้องกับดินแดนของตน แต่เป็นสิทธิที่ให้การรับรองไม่เสมอกับคนชาติ³¹ สิทธิของคนต่างด้าวใน

²⁷ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 15*, น.150

²⁸ สุจินต์ ชัยมั่งคณานนท์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น.49-52

²⁹ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, *หลักความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญา*, รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์นิติ ดิศกุลทิพย์, (2536) น.12-16

³⁰ สุชาติ เวโรจน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 22*, น.25,29

³¹ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น.45

ฐานะที่เข้ามาผูกพันกับดินแดนนั้น จะได้สิทธิเสมอหรือไม่เสมอกับพลเมืองเป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายภายใน สิทธิของคนต่างด้าวอาจจะได้รับการสิทธิดีกว่าพลเมืองในบางกรณี เช่น สิทธิทางการทูต

สิทธิในการทำงานเป็นสิทธิสำคัญเป็นแรงจูงใจในการเดินทางข้ามดินแดนไปแสวงหาโอกาสทางเศรษฐกิจ อย่างไรก็ตามสิทธิการเข้าสู่อาชีพของคนต่างด้าวเป็นสิทธิพลเมืองที่อยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศ มีอาจจะบังคับให้รัฐต้องยอมรับนับถือและให้โอกาสแก่คนต่างชาติเสมอเหมือนคนชาติไม่ ตรงกันข้ามสิทธิในการทำงานเป็นการเปิดโอกาสเพียงกิจกรรมทางแรงงานที่ไม่กระทบต่อโครงสร้างเศรษฐกิจของประเทศเท่านั้น

การกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของคนต่างด้าวจึงต้องพิจารณาถึงสิทธิทั้งสองประการด้วย

2.1.2.2 ประโยชน์ของชาติ(Nation Interest)

แม้สิทธิของคนต่างด้าวตามกฎหมายธรรมชาติจะได้รับการยอมรับ เห็นอกกฎหมายของรัฐ แต่กฎหมายทั้งสองมีความสัมพันธ์ในเชิงประจักษ์ว่า เป็นผลประโยชน์ที่ขัดกันในเรื่อง การรักษาและคุ้มครองพลเมืองและคนต่างด้าวภายในรัฐจำเป็นที่รัฐต้องมีระเบียบกฎเกณฑ์ภายในควบคุมคนชาติและคนต่างชาติ โดยนักกฎหมายระหว่างประเทศมิได้ปฏิเสธอำนาจรัฐในการออกกฎหมายในการควบคุมคนต่างด้าว และยอมรับให้กระทำเช่นนั้นได้ ปัญหาในการประสานประโยชน์โดยหาขอบเขตหรือเขตแดนระหว่างผลประโยชน์ของรัฐกับผลประโยชน์ของคนต่างด้าวยังคงถกเถียงในเรื่องขอบเขตอย่างกว้างขวาง³² กฎหมายธรรมชาติจะอยู่เหนือกฎหมายของรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศ แม้จะยอมรับความเป็นชาติว่ามีเอกลักษณ์วัฒนธรรม ทรัพยากรธรรมชาติ การสร้างรัฐเพื่อให้ความคุ้มครองสมาชิก และระแวดระวังการฉกฉวยจากคนกลุ่มอื่น การผ่อนคลายเป็นให้คนต่างด้าวเข้ามาพำนัก อาศัย ทำงานและแสวงหาโอกาสในการตั้งถิ่นฐานได้แต่ไม่เกินหรือขัดกับประโยชน์ของชาติ

รัฐอธิปไตยเริ่มก่อตั้งครั้งแรก ในโครงสร้างการปกครองระบอบศักดินาของชาวนอร์มันดีในศตวรรษที่ 10 และ 11 และปรากฏต่อมาในชาติตะวันตกซึ่งอุบัติขึ้นการสถาปนาองค์การปกครองส่วนกลาง ประกอบด้วยเจ้าหน้าที่โดยกษัตริย์มีอำนาจสูงสุดที่จะปกครองทั่วราชอาณาจักร

³² สุจินต์ ชัยมงคลานนท์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น.49-52

และเจ้าผู้ครองนครมีความเป็นอิสระที่จะไม่ตกอยู่ในอำนาจภายนอกราชอาณาจักร³³ ประโยชน์ของรัฐแต่ละรัฐกับคนต่างด้าวอาจแตกต่างกันไป คนต่างด้าวในสังคมหนึ่งอาจให้ประโยชน์ในฐานะแรงงานและกำลังในการนำพาและพัฒนาประเทศ แต่ในบางประเทศแรงงานต่างชาติเป็นเพียงทรัพยากรเสริมเท่านั้น ความมั่นคงยังยืนขึ้นอยู่กับกำลังคนในชาติเป็นหลัก

แม้การอพยพย้ายถิ่นมีมาช้านาน แต่เมื่อรัฐปรากฏขึ้นอย่างเป็นทางการ มีการรวบรวมเอาดินแดนจำนวนหนึ่ง คนจำนวนหนึ่ง และสถาปนาอำนาจอิสระอีกส่วนหนึ่ง การอพยพเข้าสู่ดินแดนนั้นย่อมถูกกำหนดและควบคุม ความเข้มงวดมากน้อยย่อมเป็นไปตามสภาพสังคมการเมือง เศรษฐกิจ การเกิดขึ้นของรัฐจึงเป็นการสกัดกั้นการอพยพอย่างเสรี กฎหมายระหว่างประเทศมิได้บังคับให้รัฐมีหน้าที่ต้องรับหรืออนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในประเทศของตน ดังนั้น รัฐมีอำนาจอย่างสมบูรณ์ที่จะอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรได้ เมื่อเข้ามาแล้วมีอำนาจควบคุมอย่างเต็มที่³⁴ อย่างไรก็ตามรัฐแต่ละรัฐไม่อาจปฏิเสธการอพยพเข้ามาของคนต่างด้าวได้

ประโยชน์ของชาติซึ่งรัฐต่างๆ ต้องการออกกฎหมายควบคุมคนต่างด้าวโดยหลักมีขอบเขตเพื่อวัตถุประสงค์มาตั้งแต่ดั้งเดิม คือ เรื่องความมั่นคงในด้านสังคมการเมืองเป็นลำดับต้น หลังจากนั้นป้องกันโรคร้ายที่จะมากับคนต่างถิ่นหรือเดินทางมาจากต่างถิ่น และประการสุดท้ายจึงเป็นเรื่องความมั่นคงทางเศรษฐกิจ ทั้งสามเหตุผลดังกล่าวรัฐต่างๆ จำเป็นต้องนำมาเป็นหลักในการแก้ไขกฎหมายคนเข้าเมือง หรือสกัดกั้นคนเข้าเมือง ประโยชน์ที่รัฐต้องปกป้องคุ้มครองด้านหลักๆ ดังนี้

(1) ประโยชน์ด้านสังคม การเมือง

ชนชาติต่างๆ หวงกันดินแดนและวัฒนธรรม การเข้ามาของคนต่างด้าวจึงเป็นสิ่งที่น่ากลัวเพราะมนุษย์ย่อมมีความรักและผูกพันกับดินแดนและวัฒนธรรมของตน การเข้ามาของคนกลุ่มอื่นจึงเป็นเรื่องที่สังคมจะต้องระมัดระวัง ในการนำวัฒนธรรมอื่นเข้ามาเผยแพร่ ปลุกฝัง แม้แต่ในปัจจุบันเรื่องวัฒนธรรมในสังคมหลายเหตุการณ์ ปรากฏให้เห็นว่ามีอิทธิพลต่อพฤติกรรมของคนในสังคมเหนือกฎหมายบ้านเมือง ดังนั้น การเพิ่มขนาดชุมชนคนต่างด้าวส่งผลความเป็นไปและเสถียรภาพต่อสังคมอย่างแน่นอน ประโยชน์ของชาติต้องการปกป้องประการแรก คือ การต้องการ

³³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ และ จตุรนต์ ธีระวัฒน์. “อำนาจอธิปไตยกับกฎหมายระหว่างประเทศ,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 4, ปีที่ 16, น. 170-173 (ธันวาคม 2529)

³⁴ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 45

ปกป้องศีลธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวม ปกป้องภัยจากการเปลี่ยนลัทธิ ความเชื่อ ระบบการปกครอง เพื่อการสืบทอดความเป็นชาติความเป็นรัฐ

(2) ประโยชน์ด้านสาธารณสุข

โรคระบาดเกิดขึ้นในพื้นที่ร้อนหนาวและขยายแพร่เชื้อติดต่อจากคนสู่คน เห็นได้ชัดในปัจจุบัน เกิดขึ้นโรคซาร์ส ไวรัสเมอร์ โรคเหล่านี้เข้ามาพร้อมกับคนเข้าเมือง กล่าวคือมาจากดินแดนหนึ่งไปยังอีกดินแดนหนึ่ง ผลกระทบโดยตรง นอกจากนี้การเจ็บป่วยเป็นธรรมชาติของมนุษย์ การรักษาจึงเป็นเรื่องจำเป็น การอพยพเข้ามาจำนวนมากย่อมส่งผลต่อการแบ่งปันการใช้เครื่องมือ อุปกรณ์และบุคลากรทางด้านสาธารณสุข

(3) ประโยชน์ด้านเศรษฐกิจ

ปัญหาการแย่งอาชีพของคนท้องถิ่น คนท้องถิ่นตกงานสร้างความไม่มั่นคงในการพัฒนาคน เป็นห่วงโซ่แห่งความยากจน เกิดปัญหาในระบบการเงินการคลัง ผลประโยชน์ของชาติจะขัดแย้งกับผลประโยชน์ส่วนบุคคลบ้างตามหลักอำนาจอธิปไตย

มิได้มีประเทศหนึ่งประเทศใด ปราศจากคนต่างด้าว แต่การควบคุมคนต่างด้าวเพื่อให้เกิดประโยชน์ของประเทศมากที่สุดจึงเป็นหนทางและวิธีการที่ทุกประเทศ ได้สร้างกลไกเงื่อนไขและมาตรการในการจัดสรรประโยชน์คนต่างด้าวคนต่างด้าวนำมาซึ่ง นโยบายในการปรับปรุงระเบียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าว

2.1.2.3 ประโยชน์สากล(Global Interest)

ประโยชน์สากลเป็นนามธรรมแทบจับต้องไม่ได้ แต่เป็นความจำเป็นต้องคำนึงถึงประการแรก ว่ามนุษย์ทุกหมู่เหล่าต่างพึ่งพาซึ่งกันและกัน การเดินทาง การเลือกถิ่นที่อยู่จึงได้รับการรับรองและคุ้มครอง ดังนั้น การปฏิบัติต่อคนต่างชาติต่างศาสนา คนชาติต่างๆไปมาหากันและมีผลประโยชน์ต่อกัน หลักการนี้พิจารณาว่ารัฐเป็นสมาชิกของโลกสังคมโลก มีความสัมพันธ์ของคนทั้งโลก ทั้งในแง่การเมือง สังคม เศรษฐกิจ ต้องพึ่งพาอาศัยกัน³⁵ ผลประโยชน์ของชาติใดกับผลประโยชน์สากลมักจะขัดแย้งกัน จึงมีหลักต่างตอบแทนระหว่างผลประโยชน์ของรัฐ หลักเรื่องประโยชน์สากลจะเข้าไปปกป้องผลประโยชน์ของบุคคล แม้ไม่มีการต่างตอบแทน

³⁵สืบค้นเมื่อวันที่ 11 ธันวาคม 2559, จาก http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/arzjl46&div=43&g_sent=1&collection=journals

การวางหลักการเรื่องประโยชน์สากลในการควบคุมคนเข้าเมืองเป็นการประนีประนอมหรือหาความสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของคนต่างด้าวและผลประโยชน์ของชาติ รวมถึงการระงับหรือหาทางออกของความขัดแย้งในการรักษาผลประโยชน์ระหว่างรัฐ ผลประโยชน์สากลปรากฏตัวออกมาในรูปของกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าเป็นการตกลงระหว่างรัฐกับรัฐ หรือระหว่างภูมิภาคผ่านกลไกหน่วยงานต่างๆ ในสังกัดหรือคณะกรรมการภายใต้สหประชาชาติ³⁶หรือเป็นข้อตกลงจัดตั้งหน่วยงานกลางระหว่างประเทศเพื่อควบคุมการกำหนดสิทธิหรือมาตรการต่อคนต่างด้าวที่เป็นสากล ทั้งนี้เพื่อสร้างความสงบเรียบร้อยขจัดความขัดแย้งในเรื่องขอบเขตผลประโยชน์ของคนต่างด้าวและรัฐแต่ละรัฐ หลักการนี้จะได้มีอิทธิพลในการเสริมสร้างหลักเกณฑ์ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศให้กว้างขวางขึ้น เพื่อหาความเหมาะสมของอำนาจอธิปไตยกับสิทธิของคนต่างด้าว³⁷ ซึ่งจะส่งเสริมและห้ามปรามรวมทั้งให้ความคุ้มครองคนต่างด้าวมิให้รัฐผู้รับออกกฎหมาย ข้อกำหนดกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมนานาชาติ

2.1.3 อาชญากรรมคนเข้าเมือง (Immigration Crime)

การควบคุมคนต่างด้าวจำเป็นต้องทราบพฤติกรรมเป็นอันตรายของคนต่างด้าว พฤติกรรมอย่างไรไม่พึงปรารถนา เป็นภัย หรือเป็นอันตรายและถึงขั้นเรียกได้ว่าเป็นอาชญากรรมคนเข้าเมืองหรืออาชญากรรมคนเข้าเมืองจำเป็นต้องทราบความหมายของอาชญากรรมในความหมายทั่วไป และความหมายเฉพาะเจาะจง รวมทั้งแนวความคิดของนักอาชญวิทยาลำสำนักความคิดต่างๆ

2.1.3.1 ความหมาย “อาชญากรรม” และ “อาชญากรรมคนเข้าเมือง”

(1) อาชญากรรม(Crime)

นักอาชญวิทยาและสำนักความคิดต่างๆจะให้คำนิยามไว้หลากหลายยากที่จะหาความสมบูรณ์ในทฤษฎีใดๆหรือสำนักใดสำนักหนึ่ง การนำหลายแง่มุมของสำนักความคิดต่างๆ

³⁶ รายละเอียดหน่วยงานคุ้มครองสิทธิมนุษยชนระดับระหว่างประเทศ โปรดดูเพิ่มเติมได้จาก จรัญ โฆษณานันท์, สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน, พิมพ์ครั้งที่ 2. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2556), น.421-455.

³⁷ สุจินต์ ชัยมงคลานนท์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 8, น.96-104

ประกอบกันให้เห็นลักษณะกฎเกณฑ์บางประการของความหมายนี้ โดยผู้วิจัยนำความหมายของแนวทางนักอาชญวิทยาและนักปราชญ์มาศึกษา ดังนี้

(1.1) ศาสตราจารย์เอ็ดวิน ซัทเทอร์แลนด์(Edwin Suntherland) ได้ให้ความหมายของอาชญากรรม เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมายอาญา การกระทำอื่นๆ ที่ละเมิดต่อศีลธรรมหรือเลวทรามมากแค่ไหน ไม่ถือเป็นอาชญากรรม ถ้าไม่มีบทบัญญัติกฎหมายห้าม³⁸เป็นการอธิบายกฎหมายอาญาแยกออกจากศีลธรรมหรือความรู้สึกผิดชอบชั่วดี อย่างไรก็ตามในอดีตพฤติกรรมที่เบี่ยงเบนในอดีตมักจะอยู่ภายใต้อิทธิพลของศาสนา ดังนั้น ศีลธรรมจึงเป็นส่วนสำคัญในการกำหนดให้การกระทำเป็นความผิดอาญา พฤติกรรมที่เบี่ยงเบนประเภทนี้เรียกว่า Mala in se³⁹ ความผิดอีกประเภทที่ทางกฎหมายถือว่าเป็นความผิดหรืออาชญากรรมที่จำเป็นต้องลงโทษ คือ การกำหนดความผิดโดยไม่ได้อาศัยมาตรฐานทางศีลธรรมของสังคมหรือเรียกว่าความผิดประเภท Mala prohibita เป็นไปตามภาวะความจำเป็นและเงื่อนไขของรัฐเพื่อประโยชน์ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งไม่เกี่ยวข้องกับศีลธรรมหรือประเพณี⁴⁰

(1.2) พอล แท็ปเพน(Paul Tappan) ได้ให้ความหมาย อาชญากรรมคือการกระทำโดยมีเจตนาละเมิดกฎหมายอาญาหรือมีเจตนาละเว้นไม่กระทำการในสิ่งที่กฎหมายอาญาบังคับให้กระทำโดยไม่มีข้อแก้ตัวที่สมเหตุสมผลทำให้รัฐต้องดำเนินการลงโทษในฐานะที่เป็นความผิดออกฉกรรจ์หรือความผิดลหุโทษ⁴¹

(1.3) คอน แอน แมคคอคเคิล(Korn & Mc Corkle) ให้คำนิยามของอาชญากรรมว่า “อาชญากรรม คือ การกระทำหรือละเว้นกระทำใด อันพึงสันนิษฐานได้ว่าบุคคลนั้นจะต้องถูกสั่งลงโทษจากผู้มีอำนาจในการควบคุมทางการเมืองที่ต่อเนื่องกับอาณาเขตที่ผู้นั้นอยู่”⁴²

³⁸ E.H.Suttherland and D.R.Cressy, Principle of Criminology, 7th ed., Philandephia : J.B. Lippincott., 1966, p.4 อ้างใน อุทัย อาทิวา, ทฤษฎีอาชญาวิทยากับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด วิ.เจ.พรินติ้ง, 2558), น.15

³⁹ อุทัย อาทิวา, เพ็ญอ้าง, น.17

⁴⁰ เพ็ญอ้าง, น.26

⁴¹Paul Tanppan, Crime, Justice and Conrrection, N.Y. :MaGraw-Hill, 1966, p.10
อ้างใน อุทัย อาทิวา, เพ็ญอ้าง, น.27

⁴²ไทพีศรีนิติ ภัคดีกุญ, อาชญาวิทยา, มปป,มปป., น. 12

(1.4) แมคคาเรวิคซ์(J. Makarewicz) นิยามอาชญากรรม คือ การกระทำของสมาชิกในกลุ่มสังคมซึ่งทำให้สมาชิกอื่นๆของชนกลุ่มนั้นถือว่าเป็นอันตราย หรือผู้กระทำความผิดที่มีทัศนคติต่อต้านการกระทำนั้นซึ่งต้องทำให้ชุมชนจำต้องแสดงออกโดยเปิดเผยร่วมกันเพื่อเพิกถอนสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งของบุคคลนั้นเสีย⁴³ เป็นการให้คำนิยามในลักษณะของพฤติกรรมเกี่ยวกับความประพฤติ

(1.5) ประชัย เปี่ยมสมบูรณ์ อธิบายคำว่า “อาชญากรรม” หมายถึง การกระทำผิดอาญา ซึ่งประกอบด้วยคำว่า “อาชญา” แปลว่าอำนาจหรือโทษ ส่วนคำว่า “กรรม” การกระทำ อาชญากรรมเป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นควบคู่ไปกับสังคมมนุษย์ ตั้งแต่โบราณกาลอธิบายสาเหตุและแสวงหาแนวทางแก้ไข ในยุคก่อนคริสตกาลอาชญากรรมเป็นเรื่องของเอกชน รัฐไม่เข้ามาแทรกแซงแก้ปัญหาในการแก้แค้นไม่รู้จักจบสิ้น⁴⁴ ก่อนมีการก่อตั้งสำนักอาชญาวิทยาดังเดิม เป็นยุคในส่วนความหมายของอาชญากรรมมีหลายความหมาย อาจพิจารณาในแง่ของกฎหมาย แง่ของรัฐศาสตร์ แง่ของสังคม แง่ของจิตวิทยา เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมมนุษย์ซึ่งเป็นพฤติกรรมที่สังคมไม่พึงปรารถนา⁴⁵

(1.6) ความหมายอาชญากรรมเชิงกฎหมายและพฤติกรรม (โดยสรุป) สามารถสรุปได้ตามเกณฑ์ในการนิยามเป็นสองหลักเกณฑ์โดยพิจารณาในแง่กฎหมายที่เป็นทางการหรือกระบวนการทางกฎหมายทางกฎหมายและพิจารณาจากหลักเกณฑ์ไม่เป็นทางการที่เป็นที่ยอมรับหรือมติของสังคม⁴⁶

(1.6.1) ความหมายเชิงกฎหมาย (Legal Approach)

⁴³ Thorsten Sellin, “The Meaning of Criminology,” in Sociology of Crime and Delinquency, 2nd ed., p.9 ; and Graham Hughes, “Crime : Concept of Crime in Encyclopedia of Crime and Justice, vol.1 ed. Sanford H. Kadish. New York : The Free Press, 1983” อ้างใน ประธาน วัฒนาพาณิชย์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2546), น.14-25

⁴⁴ ประชัย เปี่ยมสมบูรณ์, อาชญาวิทยา : สหวิทยาการว่าด้วยปัญหาอาชญากรรม, (นครปฐม : โครงการตำราโรงเรียนนายร้อยตำรวจ, 2531), น.3

⁴⁵ อัมณพ ชูบำรุง และ อุนิษา เลิศโตมรสกุล, อาชญากรรมและอาชญาวิทยา, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555), น.3

⁴⁶ ไทพีศรีนิติ ภัคดีกุล, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 42, น.13

เป็นการกระทำอันฝ่าฝืนหรือขัดต่อกฎหมายที่บัญญัติไว้และ ผู้กระทำได้รับโทษในแง่จะเป็นอาชญากรรมต้องมีกฎหมายบัญญัติ⁴⁷ การแยกอาชญากรรมหนักเบาตามอัตราโทษ โดยจัดอาชญากรรมที่มีระดับโทษเดียวกันไว้พวกหนึ่ง ไม่ว่าสภาพอาชญากรรมนั้นจะแตกต่างกันอย่างไร หากพิจารณาลงไปในรายละเอียดของการให้คำนิยามอาชญากรรมในแง่กฎหมาย สามารถแบ่งได้เป็น ดังนี้ อาชญากรรม(Crime) การกระทำผิดหรือขัดแย้งต่อกฎหมาย ไม่รวมรวมทั้งที่ผู้กระทำเป็นเด็กและเยาวชน⁴⁸ และ การกระทำผิด(Delinquency) การกระทำผิดหรือขัดแย้งต่อกฎหมาย ไม่รวมรวมทั้งที่ผู้กระทำเป็นเด็กและเยาวชน ส่วนการกระทำที่ไม่มีโทษแต่เป็นการกำหนดหน้าที่สำหรับผู้ฝ่าฝืนเป็นความรับผิดชอบระหว่างบุคคลเป็นความรับผิดชอบทางแพ่งไม่ถือเป็นอาชญากรรม⁴⁹ อาชญากรรมตามกฎหมายในบางประเทศให้ความหมายอาชญากรรมกว้างรวมถึงความผิดไม่ร้ายแรง(Misdemeanors) ความผิดอุกฉกรรจ์(Felony) ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ(Treason)⁵⁰

(1.6.2) ความหมายเชิงสังคม (Sociological Approach)

อาชญากรรม คือ พฤติกรรมของบุคคลซึ่งเป็นความขัดแย้งระหว่างบุคคลกับสังคมเป็นหลักและพิจารณาว่าการกระทำที่ฝ่าฝืนหรือขัดแย้งนั้นเกิดขึ้นได้อย่างไร อะไรเป็นปัจจัยที่มีส่วนทำให้บุคคลนั้น ไม่สามารถปรับปรุงหรือปฏิบัติตนให้สอดคล้องกับกฎหมายหรือเป็นมาตรฐานส่วนหนึ่งของสังคม อาชญากรรมเป็นสิ่งที่มิได้อยู่เป็นประจำในสังคม ตั้งแต่โบราณ อาชญากรรมคืออาการที่แสดงถึงความไม่สมบูรณ์(Imperfection) และความบกพร่อง

⁴⁷ นักคิดที่ให้คำอธิบายในลักษณะนี้ ได้แก่ ความคิดของ Sutherland และ Cressey นักอาชญาวิทยาชาวอเมริกันได้ให้คำจำกัดความความหมายของอาชญากรรมว่า “อาชญากรรม คือ พฤติกรรม ละเมิดกฎหมายอาญา ” โปรดดู Edwin H. Sutherland and Donal R. Cressey, Principles of Criminology, (New York : J.B. Lippincott Company, 1966), PP.4, 12-16. อ้างใน อรรถพร ชูบำรุง, อาชญาวิทยาและอาชญากรรม, มปป, ภาควิชารัฐศาสตร์และรัฐประศาสนศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2532

⁴⁸ ชาย เสวีกุล, อาชญาวิทยาและ ทัณฑวิทยา, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), น. 13

⁴⁹ เพิ่งอ้าง, น.13

⁵⁰ ประธาน วัฒนาวาณิชย์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ประกายพริก, 2546), น.16-17

(Deficiencies)ของระเบียบสังคม⁵¹ ในการพิจารณาตามแนวทางนี้มีมองว่าเมื่อสังคมเจริญขึ้นและมีขนาดใหญ่ขึ้น ความสับสนและความบกพร่องของระเบียบสังคมบางอย่างขัดขวางมิให้ความต้องการของมนุษย์ได้ถูกจำกัดและอนุโลมไปตามระเบียบของสังคมได้ สาเหตุความบกพร่องของสังคมได้แก่ความสับสนของที่มาของระเบียบสังคม (Confusion in Historical Precedents)⁵² เนื่องจากสังคมเริ่มต้นจากขนาดเล็ก ครอบครัว ชุมชน สมาชิกในสังคมมีการวางระเบียบกฎเกณฑ์ปฏิบัติยึดถือกันมา เมื่อสังคมมีการขยายตัวเริ่มมีคนใหม่เข้ามา กลุ่มขยายขึ้นการปฏิบัติตามระเบียบเดิมหรือของใหม่ อาจเป็นการติดยึดรูปแบบเดิมๆ จึงมีการละเมิดฝ่าฝืนละเมิดและอาจวางกฎเกณฑ์ใหม่ใหม่ตามเพื่อให้สอดคล้องเหมาะสม และสถาบันต่างๆในสังคมเดียวกันก้าวก่ายกัน(Institutions with Overlapping Function) ทุกสังคมย่อมมีสถาบันเป็นจำนวนมาก สถาบันเหล่านั้นล้วนมีหน้าที่และอิทธิพลเหนือความประพฤติ ตลอดจนความต้องการและความนึกคิดของประชาชนผู้อยู่บนสถาบันนั้น หากมีความคิดสอดคล้องกันจะทำให้สังคมเป็นระเบียบ แต่หากสถาบันเหล่านั้นวางกรอบหรือระเบียบขัดกันหรือตึงหรือหย่อนก็จะทำให้เกิดการขัดกันขึ้น⁵³ หรือความไม่สมบูรณ์ของสถาบันสังคม คือ สถาบันไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ซึ่งจะทำให้สถาบันสังคมได้รับความพอใจหรือขาดสถาบันที่มีหน้าที่ที่จะบำบัดความต้องการของสมาชิก⁵⁴ หรือความขัดกันของวัฒนธรรม(Conflict of Cultures) ในทุกสังคมหากมีคนต่างด้าวต่างถิ่นต่างวัฒนธรรม ขนบธรรมเนียมไปอาศัยอยู่ร่วมกัน คนกลุ่มหนึ่งเข้าไปอยู่ในอีกกลุ่มหนึ่ง ย่อมนำเอาวัฒนธรรมเดิมของตนเข้าไปด้วย ผสมกับวัฒนธรรมใหม่ เกิดความขัดแย้งจะกลายเป็นปัญหาสังคม⁵⁵ อาชญากรรมจึงอาจเกิดขึ้นก่อนและกฎหมายจึงเกิดขึ้นภายหลัง กล่าวคือ พฤติกรรมขัดแย้งมาก่อนจึงมีการวางระเบียบกฎเกณฑ์ภายหลัง⁵⁶

⁵¹ ชาย เสวิกุล, *อ้างแล้ว* เจริญที่ 48, น.1

⁵² *เพ็งอ้าง*, น.2

⁵³ *เพ็งอ้าง*

⁵⁴ *เพ็งอ้าง*, น.3

⁵⁵ *เพ็งอ้าง*

⁵⁶ นักคิดที่ให้คำอธิบายในลักษณะนี้ได้แก่ ความคิดของ Verter และ Silverman นักอาชญาวิทยา มหาวิทยาลัย South Florida ได้ให้ทัศนะเกี่ยวกับอาชญากรรมว่า“เป็นพฤติกรรมที่เบี่ยงเบนไปจากสังคมส่วนรวมพฤติกรรมที่เบี่ยงเบนที่เป็นอันตรายต่อสังคมเกิดขึ้นก่อนกฎหมาย มิใช่กฎหมายเกิดขึ้นก่อนพฤติกรรม”โปรดดู Harold. J.Vett and Ira J.Silverman, *Criminology*, (New York : Harper & Row, Publishers, 1986), PP.6-8. อ้างใน อรรถ ฤกษ์ พ ชูบำรุง, *อาชญาวิทยาและ*

การค้นหาคำหมายของอาชญากรรมเพื่อหาอาชญากรให้พบเพื่อหา วิธีการจัดการกับอาชญากรและอาชญากรอาจทำได้โดยการแก้การลงโทษ(Punishment) การแก้ไข รักษา (Treatment) การป้องกัน(Prevention)⁵⁷ ดังนั้น จำเป็นต้องกล่าวถึงอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับการเข้าเมืองและคนต่างด้าว

(2) อาชญากรรมคนเข้าเมือง(Immigration Crime)

(2.1) ความหมายอาชญากรรมคนเข้าเมือง

ปัญหาสำคัญประการหนึ่งในการควบคุมคนต่างด้าวในทุกสังคม คือ ความจำเป็นในการควบคุมพฤติกรรมของคนต่างด้าวเฉพาะเป็นภัยต่อสังคม หรือต้องการควบคุมภัยอันตรายที่มีสาเหตุมาจากคนต่างด้าวหรือการอพยพเข้าเมือง คำว่า “อาชญากรรมคนเข้าเมือง” มีความพยายามให้นิยามความหมาย โดยนำความหมายของคำว่าคำว่า “อาชญากรรม” และ “คนเข้าเมือง” มารวมกัน อย่างไรก็ตามหากให้ความหมายลักษณะดังกล่าวอาจจะไม่มีความสมบูรณ์มากนัก เนื่องจากความหมายของอาชญากรรมนั้นมีลักษณะแตกต่างกันไป คำว่าอาชญากรรมคนเข้าเมืองนี้ ศาสตราจารย์จูเลียต สตัม(Professor Juriet Stumpt) ใช้ว่าคำว่า “Crimmigration” การศึกษากฎหมายอาญา(Criminal Law) ที่คาบเกี่ยวกับกฎหมายคนเข้าเมือง(Immigration Law) หรือในแง่ของการควบคุม หมายถึง มาตรการทางอาญา(Criminal) ที่คาบเกี่ยวกับการเข้าเมือง(Immigration) หมายถึง อาชญากรรมที่นำไปสู่ปัญหาการเข้าเมืองหรือการจัดการคนเข้าเมือง⁵⁸

(2.2) ประโยชน์ในการให้ความหมายอาชญากรรมคนเข้าเมือง

นักวิชาการด้านอาชญาวิทยาและนักกฎหมายอาญาในตะวันตก ในสมัยใหม่ได้พยายามจัดกลุ่มเนื้อหาของอาชญากรรมคนเข้าเมืองเพื่อจัดทำมาตรการที่เหมาะสมในการควบคุมคนต่างด้าวและการให้หลักประกันสิทธิในการดำเนินการ สิ่งที่นักวิชาการพยายามค้นหาหากเป็นอาชญากรรมที่เป็นเนื้อหาไปกระทบสิทธิเสรีภาพของคนต่างด้าว หลักการที่ต้องคำนึงคือการประกันสิทธิเสรีภาพ(Due Process)

อาชญากรรม”, (ม.ป.พ. ภาควิชารัฐศาสตร์และรัฐประศาสนศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2532)

⁵⁷ ไทพีศรีนิติ ภัคดีคุณ, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 42, น.2

⁵⁸ สืบค้นเมื่อวันที่ 13 สิงหาคม 2560 ,จาก <http://crimmigration.com/2015/09/17/defining-crimmigration-law-part-1/>

ปัญหาพบว่าประเทศไทยซึ่งไม่มีการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับอาชญากรรมคนเข้าเมือง กับมาตรการต่างๆที่เรียกชื่อต่างออกไปจากวิธีพิจารณาคดีปกติ เช่น การกักตัวเพื่อรอการส่งกลับ ซึ่งแน่นอนในแง่เสรีภาพถูกจำกัด ดังนั้น กระบวนการคุ้มครองคนต่างด้าวในฐานะดังกล่าวอาจแตกต่างไปจากกระบวนการในกฎหมายวิธีพิจารณาความ⁵⁹

2.1.3.2 สำนักความคิดและทฤษฎีอาชญากรรม

ปรากฏการณ์ที่เรียกว่าอาชญากรรม นักอาชญาวิทยาสมัยใหม่ได้อธิบายผ่านสำนักความคิดในทางอาชญาวิทยา และในทางตำราอธิบายผ่านทฤษฎีซึ่งอยู่ภายใต้สำนักความคิดดังกล่าว เพื่อให้เห็นมิติของอาชญากรรมผ่านสำนักความคิดและทฤษฎีผู้วิจัยแบ่งขอบเขตของทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

(1) สำนักความคิดเกี่ยวกับอาชญากรรม

(1.1) สำนักความคิดดั้งเดิม

แนวคิดในการอธิบายเรื่องอาชญากรรมตั้งแต่โบราณมาเริ่มด้วยการอธิบายความผิดถูกขึ้นอยู่กับสิ่งเร้าและความคิดดีเลวของสิ่งต่างๆ อย่างไรก็ตามการเคารพในความคิดและนำปรัชญาของนักคิดมาอธิบายปรากฏการณ์ที่เรียกว่าอาชญากรรมซึ่งนักอาชญาวิทยาได้ให้การยอมรับเริ่มต้นตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 18 สำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิม(Classical School) มีบทบาทในการอธิบายความหมายของอาชญากรรมผ่านนักปราชญ์ โดยสำนักนี้ได้ถือกำเนิดและพัฒนาขึ้นในประเทศอังกฤษ ในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 18 แล้วได้แผ่ขยายไปสู่ประเทศภาคพื้นยุโรป และสหรัฐอเมริกา ปรัชญาพื้นฐานของสำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิมได้รับอิทธิพลจากความคิดของรูสโซ(Rousseau) มอนเตสกีเอร์(Montesquieu) และวอลแตร์(Voltaire) แนวคิดเห็นว่ามนุษย์มีจิตจำนงอิสระ มีความเห็นว่ามนุษย์มักจะแสวงหาความสุขและหลีกเลี่ยงความเจ็บปวด⁶⁰ ดังนั้น การลงโทษเพื่อตอบแทนการกระทำนั้นๆ ตามที่ตนเลือกกระทำถือให้ได้สัดส่วนเป็นความชอบธรรม⁶¹ ยังมีนักคิดคนสำคัญขยายแนวคิดดังกล่าว มี เจอร์รามี เบนธัม(Jeremy Bentham) มีส่วนขยายแนวคิด

⁵⁹ ประเด็นเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกักตัวในกฎหมายคนเข้าเมือง เป็นประเด็นที่น่าสนใจที่ควรจะมีการศึกษาเพิ่มเติม แต่ในงานวิจัยนี้ไม่ได้มุ่งศึกษาความแตกต่างระหว่างกระบวนการในกฎหมายคนเข้าเมืองที่กระทบสิทธิและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

⁶⁰ ประเสริฐ เมฆมณี, หลักทฤษฎีอาชญากรรม, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท บพิธการพิมพ์ จำกัด, 2523), น.83-84

⁶¹ เฟื่องอ้าง, น.84

ดังกล่าวเสนอทฤษฎีที่สำคัญได้แก่ “ทฤษฎีแฟลซิฟิกแคลคูลัส” มีสาระสำคัญว่ามนุษย์เป็นสัตว์โลกที่มีเหตุผลผู้ซึ่งจะระมัดระวังในการแสวงหาความเพ็ดเพลินและหลีกเลี่ยงความเจ็บปวด มีความสำคัญต่อการบัญญัติกฎหมายซึ่งการลงโทษอาชญากรรมแต่ละประเภทจะต้องก่อให้เกิดความเจ็บปวดจากการลงทัณฑ์มากกว่าความเพ็ดเพลินจากการประกอบอาชญากรรม ทั้งนี้เพื่อก่อให้เกิดความกลัวจำเป็นสำหรับผู้กระทำผิด ก่อให้เกิดคติพจน์ที่ว่า “จงบัญญัติกฎหมายที่กำหนดบทลงโทษที่เหมาะสมกับอาชญากรรม” การลงโทษจัดเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อข่มขู่การกระทำผิด เพื่อป้องกันการกระทำผิดซ้ำ⁶² ปรัชญาพื้นฐานของสำนักอาชญาดั้งเดิม คือ การสร้างหลักนิติธรรม(due process of law) การป้องกันสิทธิเสรีภาพให้ปลอดภัยจากการถูกเอารัดเอาเปรียบ การใช้อำนาจเกินขอบเขต⁶³ ได้เสนอหลักสัดส่วนแห่งความเสียหายที่เกิดจากอาชญากรรมนั้น ก่อให้เกิดการเจ็บปวดที่เพียงพอต่อการข่มขู่ การใช้มาตรการทางกฎหมายพิจารณาจากหลักความเป็นจริงที่สามารถพิสูจน์ให้เห็นว่าเป็นการกระทำผิดอย่างแน่ชัด⁶⁴

นักคิดที่สำคัญคือ ซีซาร์ เบคคาเรีย(Cesare Beccaria) ความคิดเกี่ยวกับอาชญากรรมปรากฏในหนังสือเรื่อง “อาชญากรรมและการลงโทษ” กล่าวว่าอุดมการณ์ในการลงโทษผู้กระทำผิดต้องอยู่บนหลักนิติธรรม หลักมนุษยธรรมเสมอ การลงโทษผู้กระทำผิดควรคำนึงถึงความหนักเบาและความรุนแรงความผิดที่ได้กระทำไปแล้ว ให้ความสำคัญกับการป้องกันอาชญากรรมมากกว่าการปราบปราม และที่สำคัญการบังคับใช้กฎหมายต้องชัดเจน เสมอภาค การบังคับใช้กฎหมายแบบเพื่อเลือกห้ามเด็ดขาด⁶⁵

(1.2) สำนักอาชญาวิทยาก้าวหน้า(Positive School)

มีนักอาชญาวิทยายุคนี้ได้แก่ ซีซาร์ ลอมโบรโซ(Cesare Lombroso) ออดอล์ฟ ควอเต็ต(Adolphe Quetelet) ทศนะของนักอาชญาวิทยานักนี้ การลงทัณฑ์ต้องกำหนดให้เหมาะสมกับผู้กระทำผิด โดยสนใจตัวของอาชญากร เนื่องจากถ้าไม่มีอาชญากรไม่มีอาชญากรรมและการกำหนดโทษทางอาญาหมดความจำเป็น⁶⁶ ลอมโบรโซ ได้เสนอแนวคิด

⁶² ประชัย เปี่ยมสมบูรณ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 44*, น.20

⁶³ *เพ็งอ้าว*, น.20

⁶⁴ ประเสริฐ เมฆมนณี, *หลักทฤษฎีอาชญา*, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท บพิตรการพิมพ์ จำกัด, 2523), น.86-87

⁶⁵ *เพ็งอ้าว*, น.86

⁶⁶ ประชัย เปี่ยมสมบูรณ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 44*, น.45-46

จำแนกลักษณะของอาชญากร แนวความคิดที่น่าสนใจคือ จำแนกอาชญากรตามโอกาส อาจเป็นเพราะสภาพแวดล้อมบังคับ ซึ่งเป็นอาชญากรรมเทียม ส่วนอาชญากรรมที่แท้จริงลักษณะคล้ายอาชญากรรมโดยกำเนิด และปัจจัยทางการเมือง เศรษฐกิจ และความเปลี่ยนแปลงทางสังคมมีผลต่ออาชญากรรม ลักษณะของอาชญากรที่มั่งคั่ง จะใช้วิธีแบบยลในการประกอบอาชญากรรม⁶⁷

(2) ทฤษฎีเกี่ยวกับสาเหตุอาชญากรรม

ทฤษฎีนี้ศึกษาสาเหตุอาชญากรรมเป็นรากฐานในการนำมาซึ่งแนวทางในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการฝ่าฝืนกฎหมายในการเข้าเมืองต่อไป ในงานวิจัยนี้จะนำเป็นตัวอย่าง 3 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

(2.1) สาเหตุจากความบกพร่องทางชาติพันธุ์

ระยะหลังศตวรรษที่ 19 เป็นระยะที่มีความรู้สึกชาตินิยมในยุโรปมีความพยายามกีดกันผู้ที่ชาติพันธุ์ต่ำ ความรู้สึกเช่นนี้ได้ขยายตัวเต็มที่ในยุโรปเมื่อต้นศตวรรษที่ 20 ในสหรัฐอเมริกาที่พลอยมีความรู้สึกกีดกันคนเข้าเมืองมากขึ้น ซึ่งแต่เดิมถือหลักไม่กีดกัน กล่าวคือ เริ่มกีดกันคนเข้าเมืองที่เป็นชาวยุโรปภาคใต้และภาคตะวันออกเฉียงใต้ แต่สนับสนุนการเข้าเมืองของชาวยุโรปภาคเหนือเพราะเห็นว่าชาวยุโรปสองพวกแรกมีผู้กระทำผิดสูง โดยมีวัฒนธรรมต่ำกว่ามาตรฐานของคนพื้นเมืองสหรัฐอเมริกา⁶⁸ ปัญหาในการแยกคนอเมริกันที่เกิดต่างด้าวกับ คนอเมริกันพื้นเมืองมีความพยายามในการเก็บข้อมูลในการเปรียบเทียบการกระทำผิด กล่าวคือมีความพยายามจะอธิบายสาเหตุการเกิดอาชญากรรมในแง่ของชาติพันธุ์ โดยไม่ได้มองสิ่งแวดล้อมที่คนต่างด้าวเข้าไปเผชิญหรือในแง่ของวัฒนธรรม นักมานุษยวิทยาได้แยกมนุษย์ออกเป็น 3 ประเภท คือ Mongoloid Negroid และ Causasoid ตัวอย่างของกลุ่มประชากร 3 พันธุ์ดังกล่าว คือ คนจีน คนนิโกร และคนผิวขาว ในสหรัฐมีคนนิโกรทำผิดมาก ยิ่งยากที่จะเชื่อว่าคนนิโกรไม่ดีเพราะชาติพันธุ์ การอธิบายสาเหตุอาชญากรรมที่เกิดจากสภาพแวดล้อม จะมีน้ำหนักมากกว่า เนื่องจากคนนิโกร ตกอยู่ในภาวะเศรษฐกิจและสังคมต่ำกว่าคนผิวขาว ไม่ว่าจะดูในแง่รายได้ การอาชีพ หรือการศึกษา⁶⁹

⁶⁷ ประเสริฐ เมฆมนั, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 60*, น.90-91

⁶⁸ สง่า ลินะสมิต, *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยาพิสดาร*, ม.ป.พ., 2513, น.67

⁶⁹ *เพ็ญอ้าง*, น.68,69

(2.2) สาเหตุจากความขัดแย้งทางวัฒนธรรม เกิดขึ้นได้เมื่อวัฒนธรรมของกลุ่มอยู่ใกล้ชิดกัน หรือเมื่อกฎหมายของกลุ่มหนึ่งเข้าไปครอบงำอีกกลุ่มหนึ่งหรือเมื่อสมาชิกกลุ่มหนึ่งอพยพเข้าไปในอีกกลุ่มหนึ่ง⁷⁰

(2.3) สาเหตุความยากจน

อาชญากรรม ซึ่งคนทั่วไปอาจเข้าใจว่าความยากจนเป็นสาเหตุสำคัญ คนจนเมื่อหิวโหย ต้องประกอบอาชญากรรม ซึ่งไม่เป็นความจริง คนที่ร่ำรวยมีความสุขแต่ยังประกอบอาชญากรรม นอกจากนี้ยังมีความคิดของคนยากจนพยายามที่จะกระเสือกกระสนทำงานสุจริต เคารพกฎหมายบ้านเมือง คนมั่งมีไม่ตกเป็นอาชญากรเพราะมีกรรมวิธีในการบริหาร (Administrative Process) โดยมีผู้ช่วยเหลือผู้ที่มีมากกว่าการช่วยคนจน เหตุผลต่อมากฎหมายที่มีโทษทางอาญามักจะถูกบัญญัติขึ้นด้วยความมุ่งหมายเบื้องต้นที่จะบังคับใช้แก่บุคคลซึ่งอยู่ในฐานะต่ำจะประกอบขึ้น⁷¹คนเข้าเมืองมีสาเหตุสำคัญมาจากประสงค์แสวงหาโอกาสทางเศรษฐกิจที่ดีกว่า แต่มีจำนวนไม่น้อยเป็นการแสวงหาโอกาสให้พ้นความยากจน เพื่อให้พ้นความขาดแคลน หิวโหย แต่ความขาดแคลนหรือหิวโหยตัวของมันเองแล้วมิได้เป็นสาเหตุที่จะให้คนเราประกอบอาชญากรรมขึ้น แต่ความยากจนนี้ทำให้เกิดภาวะอันเหมาะสมแก่การที่อาชญากรรมจะเกิดขึ้นได้ง่ายกว่าธรรมดาเท่านั้น⁷²

2.1.3.3 ความสัมพันธ์ระหว่างคนต่างด้าวกับอาชญากรรม

การศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างคนต่างด้าวกับอาชญากรรม จะสามารถสร้างองค์ความรู้ที่ชัดเจนและเฉพาะเจาะจงเกี่ยวกับกลุ่มและสาเหตุของอาชญากรรม ทั้งนี้จะนำไปสู่ความรู้ที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไข ป้องกันปราบปราม ทั้งนี้คนต่างด้าวเข้าเมืองมีพฤติกรรมที่สามารถจัดกลุ่มในการก่ออาชญากรรมได้เช่นกัน ในหัวข้อนี้จะอธิบายเกี่ยวกับ คนต่างด้าวกับอาชญากรรมสามกลุ่มกว้างๆ ได้แก่ คนต่างด้าวกับอาชญากรรมคนเข้าเมือง คนต่างด้าวกับอาชญากรรมท้องถิ่น คนต่างด้าวกับอาชญากรรมอื่นๆ

⁷⁰ อัมณพ ชูบำรุง และ อุนิษา เลิศโตมรสกุล, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 45*, น.235

⁷¹ ชาย เสวิกุล, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 48*, น.95

⁷² เฟิงอ้าง, น.97

(1) คนต่างด้าวกับอาชญากรรมคนเข้าเมือง

กฎหมายคนเข้าเมือง คือ บทกฎหมายที่ว่าด้วยกฎเกณฑ์ในการเข้าพำนัก ออกไปของคนต่างด้าว กฎหมายลักษณะดังกล่าวมีชื่อเรียกต่าง ๆ กัน เช่น กฎหมายคนเข้าเมือง กฎหมายสัญชาติ กฎหมายผู้ลี้ภัยหรือกฎหมายว่าด้วยการเรียกร้องสถานะของการพำนัก พลเมืองของผู้อพยพย้ายถิ่นซึ่งจะมีเนื้อหากำหนดหลักเกณฑ์และการละเมิดต่อกฎเกณฑ์การเข้าเมืองในประการต่างๆ การฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ต่างๆ กำหนดเป็นความผิดและโทษ มีความผิดที่เกี่ยวข้อง เช่น การกำหนดความผิดฐานหลบหนีเข้าเมือง การกำหนดความผิดในกฎหมายคนเข้าเมืองเป็นกฎหมายเทคนิคและรัฐเป็นผู้เสียหายหรือความผิดต่อรัฐ Mala Prohibita ความผิดในกฎหมายคนเข้าเมืองเป็นความผิดไม่มีผู้เสียหาย

(2) คนต่างด้าวกับอาชญากรรมท้องถิ่น

อาชญากรรมท้องถิ่น หมายถึง อาชญากรรมทั่วไปผู้กระทำจะเป็นต่างด้าวหรือไม่ ไม่สำคัญและเกิดขึ้นในที่สาธารณะ(Street crime) ดั้งเดิมไม่ค่อยปรากฏให้เห็นว่าเกิดจากคนต่างด้าว คนต่างด้าวมักประกอบอาชญากรรมที่เร้นลับ ซบซ้อนไม่ค่อยเผชิญหน้ากับเหยื่อ อาชญากรรมที่เกี่ยวกับรัฐเป็นผู้เสียหายต่อทรัพย์สิน ร่างกาย ชีวิตของผู้อื่นเป็นอาชญากรรมพื้นฐานมีชั้นแรกเริ่มตั้งแต่มีสังคมมนุษย์ และเป็นอาชญากรรมที่ปรากฏขึ้นทั่วไปในทุกสังคม กล่าวได้ว่าไม่มีสังคมใดไม่มีอาชญากรรม ทุกสังคมมีอาชญากรรมพื้นฐานก็มีทั้งประกอบอาชญากรรมเพื่อดำรงชีพในลักษณะรูปแบบต่างๆ อาชญากรรมผู้ประกอบอาชญากรรมพื้นฐานมีทั้งประกอบอาชญากรรมเป็นอาชีพและกลุ่มไม่เป็นอาชีพ เช่น นักล้วงกระเป๋า⁷³ คนต่างด้าวมักจะประกอบอาชญากรรมน้อยกว่าคนท้องถิ่น

การเพิ่มขึ้นของจำนวนคนต่างด้าวเป็นการเพิ่มขึ้นของเหยื่อของอาชญากรรมเพราะคนต่างด้าวมีลักษณะด้อย สร้างโอกาสให้กับอาชญากร เช่น ไม่เข้าใจคำเตือนเมื่อเป็นเหยื่อ รัฐมีหน้าที่ในการปกป้องคุ้มครอง เป็นอาชญากรรมในแง่ของสังคม ขณะเดียวกันหากการเวลาผ่านไปและมีโอกาสเหมาะสม คนต่างด้าวเหล่านี้จะไปประกอบอาชญากรรมท้องถิ่น คนต่างด้าวกลายเป็นส่วนหนึ่งในสังคม

⁷³ พรภัทร ลีลาเกรียงศักดิ์, “ความผิดฐานก่อการร้ายศึกษาเปรียบเทียบกับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ : โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับประเทศไทย,” (สารนิพนธ์ มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น.1

(3) คนต่างด้าวกับอาชญากรรมอื่นๆ

ในยุคแห่งการเดินทางไร้พรมแดนคนต่างด้าว นอกจากจะฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองโดยตรง หรือก่ออาชญากรรมเช่นเดียวกับคนท้องถิ่นแล้ว ยังมีอาชญากรรมอีกกลุ่มที่มักมีคนต่างด้าวเป็นส่วนหนึ่งของความผิด ได้แก่ การมีส่วนร่วมในอาชญากรรมข้ามชาติ หรือก่ออาชญากรรมข้ามชาติ เป็นการอำพรางตัวตนเพื่อไปแสวงหาข้อมูล สร้างเครือข่าย ให้ความคุ้มครอง ฟอกเงิน อาชญากรรมเหล่านี้จะเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมอื่นๆ การสร้างนอมินี ติดสินบน ค่าของผิดกฎหมาย เป็นภัยที่น่ากลัวเพราะมีขนาดของความเสียหายมาก ปัจจัยทางด้านเศรษฐกิจเป็นจุดอ่อนที่ทำให้หลายๆประเทศ จำเป็นต้องอำนวยความสะดวกแก่การเดินทางข้ามประเทศ เพื่อหวังผลจากการลงทุน และรายได้จากการท่องเที่ยว โดยประเทศต่างๆ ได้ผ่อนปรนการเข้มงวดในการตรวจตราคนต่างด้าวเข้าประเทศ โดยจะอำนวยความสะดวกแก่การเดินทางข้ามดินแดนในการค้าการลงทุน พร้อมกับการเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวในการร่วมก่ออาชญากรรม(Crime) ในลักษณะต่างๆกันซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของอาชญากรรมเดิมๆ เปลี่ยนแปลงไปจากการกระทำโดยบุคคลเดียวหรือกลุ่มบุคคลเป็นผู้ลงมือกระทำผิด เป็นการกระทำผิดโดยองค์กรหรือกลุ่มบุคคลที่ได้มีการจัดตั้งเป็นระบบ สอดคล้องกับสภาพแวดล้อมของอาชญากรรมในเขตแดนมากกว่าหนึ่งรัฐ เรียกว่า “องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ”⁷⁴ ในส่วนของอาชญากรรมมีขนาดความเสียหายในระดับนานาชาติ หรือระหว่างประเทศ ได้แก่ อาชญากรรมข้ามชาติ ซึ่งเป็นองค์กรอาชญากรรมที่มีการปฏิบัติการข้ามพรมแดนของรัฐ ลักษณะการกระทำมีขอบเขตกว้าง ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของทุกชาติ การก่อการร้ายข้ามชาติอาชญากรรมขยายตัวของกระแสโลกาภิวัตน์ขยายตัวการท่องเที่ยว การค้า การทำธุรกรรมผ่านระบบสื่อสาร⁷⁵

ยังมีอาชญากรรมเกี่ยวกับทรัพย์สิน แม้ไม่เกี่ยวกับชีวิต แต่เป็นอันตรายต่อระบบกฎหมายและสร้างความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจสร้างความเสียหายจำนวนมากพฤติกรรมของความผิด ดังกล่าวคนต่างด้าวมักจะเป็นคนที่มีสัญชาติเดียวกับเหยื่อโดยจะหลอกลวง โดยตรงไปยังประเทศของตนเอง แต่คนเข้าเมืองจะใช้ประเทศที่มีกฎหมายในการควบคุมคนเข้าเมืองประกอบอาชญากรรมบางประเภท การเล่นเกมพนันออนไลน์ซึ่งผู้เสียหายและเหยื่ออยู่อีกดินแดน หรือหลอกลวง ฉ้อโกงทางอินเทอร์เน็ต เป็นต้น แม้ผู้เสียหายมิใช่คนในประเทศนั้น แต่ในแง่กฎหมายรัฐต้องควบคุมอาชญากรรมทุกประเภท โดยคนต่างด้าวที่เข้าเมืองไปในประเทศหนึ่งๆ เพื่อเป็นอำนาจ

⁷⁴ พรภัทร ลีลาเกรียงศักดิ์, *เพ็ญอ้วง*, น.1

⁷⁵ พันตำรวจโท พงษ์นคร นครสันติภาพ บรรณาธิการ, คู่มือป้องกันปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติ, พิมพ์ครั้งที่ 1 : กรุงเทพมหานคร, น. 1-2

ความสะดวกในการลงมือกระทำความผิด เช่น การพนันออนไลน์ข้ามประเทศ⁷⁶การตั้งตัวแทนอำพราง (นอมินี)ในธุรกิจต่างๆ⁷⁷

อาชญากรรมคนเข้าเมืองและอาชญากรรมอื่น เป็นพฤติกรรมที่เบี่ยงเบนจากสังคมและเป็นวิชาการที่น่าจะมีการจัดการองค์ความรู้เกี่ยวกับสังเคราะห์อาชญากรรมระหว่างคนเข้าเมืองกับอาชญากรรมทั่วไป โดยเฉพาะแนวทางในการจัดการควบคุมอาชญากรรม⁷⁸ อาชญากรรมคนเข้าเมืองมีลักษณะของอันตราย(Harm) ที่เกิดจากสังคมข้ามดินแดน การควบคุมคนข้ามดินแดนโดยกฎหมายมาภายหลังจากมนุษย์หลุดล่าอาณานิคม โดยในสมัยล่าอาณานิคมน่าจะเป็นการใช้กำลังทางอาวุธหรือทหารมิได้ใช้มาตรการทางกฎหมาย เพราะแรกเริ่มของสังคมมนุษย์การเดินทางข้ามดินแดนเป็นเรื่องยากลำบากและดินแดนมิใช่สิ่งที่สงวนแต่เป็นการแสวงหา โดยเฉพาะเพื่อค้นพบสถานที่ใหม่ ดังนั้น การเข้าเมืองไปในดินแดนอื่นมิใช่เรื่องที่ต้องห้าม แต่เป็นการนำมาซึ่งความเจริญก้าวหน้า กฎหมายเพิ่งกลับมาเข้มงวดกวดขันในภายหลัง

ในสถานการณ์ปัจจุบันประเทศต่างๆได้ให้ความสำคัญกับการแนวคิดในการควบคุมคนต่างด้าวโดยใช้มาตรการทางอาญา ได้พยายามในการเพิ่มมาตรการต่างๆโดยเฉพาะ มาตรการทางอาญา การจำแนกพฤติกรรมที่สมควรเป็นความผิดอาญาหรือมาตรการทางกฎหมายคนเข้าเมือง เพื่อควบคุมพฤติกรรมคนต่างด้าว มีความหลากหลายมากขึ้นซึ่งจะกล่าวในหัวข้อถัดไป

2.2 รูปแบบและมาตรการที่หลากหลายในการควบคุมคนต่างด้าว

การเริ่มต้นควบคุมและรูปแบบแรกในการควบคุมคนต่างชาติ ว่าเริ่มต้นเมื่อใดจะเป็นเรื่องยากในการแสวงหาคำตอบ แต่น่าจะพอสันนิษฐานว่าการควบคุมคนต่างด้าวน่ามีจุดเริ่มต้นและพัฒนาหลังจากมีการรับรองสิทธิในการเข้าเมืองของคนต่างด้าว การกำหนดมาตรการในปฏิบัติต่อ

⁷⁶ สืบค้นเมื่อวันที่ 16 เมษายน 2560, จาก <http://www.nationtv.tv/main/content/crime/378463800/>.

⁷⁷ สืบค้นเมื่อวันที่ 16 เมษายน 2560, จาก <http://www.mfa.go.th/business/th/news/84/65477>.

⁷⁸ งานวิจัยนี้ ศึกษาเพียงส่วนหนึ่งของอาชญากรรมคนเข้าเมือง กล่าวคือ ศึกษาในส่วนที่เป็นความผิดอาญาที่สมควรกำหนดหรือไม่กำหนดความผิดคนต่างด้าวในบางพฤติกรรมเท่านั้น

คนต่างด้าว ซึ่งมีได้มีฐานะเป็นพลเมืองน่าจะมีความชำนาญ และพัฒนารูปแบบการควบคุมตามสภาพสังคมในงานวิจัยนี้จะได้นำถึงรูปแบบดั้งเดิม และรูปแบบสมัยใหม่

2.2.1 รูปแบบและมาตรการดั้งเดิม

รูปแบบดั้งเดิมในการควบคุมคนเข้าเมือง น่าจะเริ่มมาจากการติดต่อระหว่างดินแดน เป็นสำคัญการเข้าไปในเมืองใดเมืองหนึ่งโดยเฉพาะการติดต่อของสังคม คือ รูปแบบภายหลังที่มีการสถาปนาเป็นรัฐ ต้องผ่านความเห็นชอบของผู้แทนรัฐหรือเจ้าเมืองนั้นๆก่อน การควบคุมที่ปรากฏเป็นรูปร่างด้วยการเจริญความสัมพันธ์กับต่างประเทศ ได้แก่ กำหนดนโยบาย(Policy)ในด้านการต่างประเทศจึงมีบทบาทสำคัญในการควบคุมคนต่างด้าว ซึ่งกลไกดังกล่าวอาจเป็นทางการทูต(Diplomatic)หรือความร่วมมือระหว่างประเทศ โดยผู้ทรงอำนาจทางการเมืองระดับรัฐ นอกจากนี้ยังมีรูปแบบที่ปรากฏในอดีตมีทั้งรูปแบบกำหนดนโยบายสำหรับคนต่างด้าว มาตรการชายแดน(Border Control) การตรวจสอบเอกสาร(Documentary control) การกำหนดเงื่อนไข เงื่อนไขเวลา การกำหนดความผิดทางปกครอง

2.2.1.1 การกำหนดนโยบาย(Policy)

การกำหนดรูปแบบนโยบาย(Policy) มี 2 ลักษณะ ก่อนที่จะเป็นกฎหมาย และหลังเป็นกฎหมาย สำหรับคนต่างด้าวมีทั้งปรากฏในรูปแบบที่เป็นและไม่เป็นทางการ เช่น การกีดกันคนต่างด้าวทางใดทางหนึ่งด้วยเหตุผลพิเศษ(Immigration Reason)เหตุผลดังกล่าว คือ เหตุผลที่ระแวงว่าจะเกิดภัยหรือผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐตามหลักรัฐมีอำนาจสูงสุดการรักษาความมั่นคงควบคุมคนต่างด้าวโดยกำหนดนโยบายของรัฐในการควบคุมคนต่างด้าวไม่ว่านโยบายด้านการต่างประเทศหรือนโยบายภายในประเทศ มีผลต่อการเข้าออกของคนต่างด้าว สำหรับนโยบายสำหรับคนต่างด้าวมีหลายรูปแบบทั้งที่กำหนดสัดส่วนเชื้อชาติ สัญชาติในการเข้าออกประเทศ ในกฎหมายเข้าเมืองเรียกว่าการกำหนดโควตา(Quota)⁷⁹ ในการเข้ามาพำนักระยะยาวโดยกำหนดในการเข้าประเทศหรือพำนักระยะยาว⁸⁰ ซึ่งเป็นที่ทราบกันอย่างกว้างขวางคือนโยบายด้านการต่างประเทศ

⁷⁹ โปรดดูตัวอย่างบทบัญญัติในการให้โควตาคนต่างด้าวในการเข้ามามีถิ่นพำนักในราชอาณาจักรมาตรา 41 แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522

⁸⁰ ตัวอย่างกฎหมายในเรื่องนี้ ได้แก่ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 หมวด 5 เป็นการกำหนดนโยบายเกี่ยวกับสัดส่วนคนต่างด้าวในการเข้ามามีถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักรสัดส่วน(โควตา)สัญชาติ

โดยเฉพาะด้านการทูตซึ่งเป็นการส่งเสริมหรือสกัดกั้นการเดินทางเข้าออกต่างประเทศซึ่งมีอิทธิพลในการเดินทางเข้าออกประเทศของคนต่างด้าว ในสมัยดั้งเดิมเช่น การค้าขายเป็นจุดเริ่มต้นของความสำคัญในการเดินทางข้ามดินแดน ตั้งแต่เดิมมาการเข้าออกของคนต่างด้าวทุกประเทศจำนวนมากน้อย ขึ้นอยู่กับนโยบายด้านการต่างประเทศของประเทศนั้นเป็นสำคัญ นโยบายด้านการต่างประเทศนับเป็นมาตรการสำคัญในการควบคุมคนต่างด้าว นโยบายด้านการต่างประเทศจะมีส่วนสัมพันธ์กับอาชญากรรมภายในของแต่ละรัฐ โดยนโยบายด้านการต่างประเทศ นับเป็นวิธีการควบคุมคนเข้าเมืองที่มีมาช้านาน ผ่านทางการทูตการเปิดนโยบายส่งเสริมการค้าการลงทุน การให้ความร่วมมือในหรือแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างประเทศ และเป็นการควบคุมคนต่างด้าวในภาพรวม

นอกจากนโยบายด้านการต่างประเทศ นโยบายภายในที่เกี่ยวกับคนท้องถิ่นหรือชนกลุ่มน้อยมีส่วนสำคัญในการผลักดันหรือส่งเสริมให้มีการเข้าออกของคนต่างด้าวหรือการส่งเสริมทักษะหรือฝีมือสำหรับคนท้องถิ่นให้มีความชำนาญโดยไม่ต้องพึ่งพิงคนต่างด้าว เป็นมาตรการหนึ่งในการควบคุมคนต่างด้าวโดยอ้อม⁸¹ นโยบายภายในสำหรับคนต่างด้าวหรือคนท้องถิ่นมีส่วนสำคัญในการควบคุมคนเข้าเมืองและอาชญากรรม นโยบายในการให้สวัสดิการหรือกำหนดสัดส่วนหรือกำหนดกิจกรรมหรือจัดการกับที่พักที่อาศัยหรือโซน (Zone) กำหนดขอบเขตพื้นที่พักอาศัย โดยเฉพาะระหว่างชนกลุ่มน้อย คนต่างด้าว และคนท้องถิ่น ทั้งนี้การกำหนดขอบเขตดังกล่าวจะมีความสัมพันธ์กับเสรีภาพตามกฎหมายระหว่างประเทศ การกำหนดนโยบายด้านๆ ส่งผลต่อมูลเหตุจูงใจในการเข้าเมืองของคนต่างด้าว

นโยบายของรัฐเกี่ยวกับคนต่างด้าวจะถูกจำกัดด้วยข้อตกลงระหว่างประเทศหรือกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน การใช้นโยบายในการควบคุมคนต่างด้าวจึงมีลักษณะจำกัดและอยู่ในลักษณะต่างตอบแทน

การกำหนดนโยบายผ่อนปรนหรือผ่อนผันเกี่ยวกับการเข้าเมือง การใช้นโยบายดังกล่าวในการจัดการคนต่างด้าวซึ่งมีขนาดจำนวนมากและมีผลต่อความมั่นคงในภาพรวม เช่น นโยบายการนิรโทษกรรม นโยบายในการกำหนดสัดส่วนการเข้าเมืองของคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งส่งผลต่อโครงสร้างทางสังคมภายในประเทศ เช่น ในประเทศญี่ปุ่น แม้จำเป็นต้องพึ่งพาแรงงานต่าง

⁸¹ ตัวอย่าง รัฐส่งเสริมให้คนชาติมีทักษะด้านใดด้านหนึ่งที่เทียบเท่ากับต่างชาติ กิจกรรมดังกล่าวไม่ต้องพึ่งพิงคนต่างชาติ โดยเฉพาะกิจกรรมจากแรงงานในบางอาชีพ การเข้ามาของคนต่างด้าวเพื่อกิจกรรมนั้นไม่มีความจำเป็น ไม่เป็นปัญหาแรงงานต่างด้าวในระบบหรือนอกระบบอีกต่อไป

ตัว แต่พยายามไม่ใช้นโยบายในการนิรโทษกรรมให้กับแรงงานต่างด้าวเพราะอาจส่งผลกระทบต่ออุตสาหกรรม โดยผู้ประกอบการจะไม่พัฒนาเทคโนโลยี โดยคอยแต่พึ่งพาแรงงานต่างด้าว⁸²

การควบคุมคนต่างด้าวโดยใช้นโยบาย ยังเป็นที่นิยมจนมาถึงสมัยปัจจุบัน โดยฝ่ายบริหารจะนำมาใช้ประกอบเหตุผลในการปฏิเสธการออกวีซ่า(Visa)หรือปฏิเสธการเข้าเมืองของคนต่างด้าวโดยเหตุผลเกี่ยวกับความมั่นคงในประเทศไทยและต่างประเทศ⁸³การให้เหตุผลในการปฏิเสธอาจมีความเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหากให้เหตุใดขัดแย้ง⁸⁴จึงหลีกเลี่ยงในการปฏิเสธโดยการให้เหตุผลที่ไม่เป็นรูปธรรม ในการปฏิเสธคนเข้าเมืองโดยการใช้นโยบายการต่างประเทศเพื่อความมั่นคงหลายประเทศยอมรับว่าฝ่ายบริหารมีอำนาจเด็ดขาด ในต่างประเทศนโยบายการเข้าเมืองอาจละเมิดต่อสิทธิคนต่างด้าวอาจถูกฝ่ายตุลาการยับยั้งได้⁸⁵ การกำหนดนโยบายควบคุมคนต่างด้าวจะนำไปใช้ร่วมมาตรการทางปกครองและมาตรการทางอาญา

2.2.1.2 มาตรการชายแดน(Border Control)

องค์ประกอบหนึ่งของความเป็นรัฐ คือ ดินแดนอันแน่นอนและภายในดินแดนต้องมีอำนาจอธิปไตยในการปกป้องคุ้มครองคนชาติ มาตรการทางชาติแดนเป็นมาตรการดั้งเดิมในการควบคุมป้องกันคนต่างด้าวจากการรุกรานเข้ามาตามชายแดน(Border control) มาตรการชายแดนเป็นมาตรการหนึ่งของรัฐในการควบคุมคนต่างด้าวในลักษณะของการใช้กำลังทางทหาร ในการลาดตระเวน หรือแสดงกำลังข่มขู่ ร่วมกับการบูรณาการกับพลเรือนในการบังคับใช้กฎหมายในชายแดน ตามเขตรอยต่อของประเทศ หรือน่านน้ำ ซึ่งรัฐมีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายรวมทั้งอาณาเขตในทางทะเลในการป้องกันตามชายแดนรวมถึงการกำหนดวิธีการ ช่องทาง ท่า เพื่อบังคับให้มีการแสดงตนของคนจะเข้าหรือออกในลักษณะของการอนุญาต(Entry or Exit Permit) เป็นการจัดระเบียบข้อมูลของคนเข้าออก รวมทั้งการจัดระเบียบพาหนะและสินค้า บางประเทศใช้กำแพงหรือสิ่ง

⁸² นคร ศิลปอาชา, “นโยบายการจ้างคนต่างด้าวทำงานในประเทศญี่ปุ่น,” เมื่อวันที่ 10 เม.ย.2560, จาก http://elib.coj.go.th/Article/c13_12_1.pdf.

⁸³ Mthai News, “แอฟริกาไม่ออกวีซ่าให้ ทะเลาะ มะ หวั่นกระทบความสัมพันธ์จีน”, สืบค้นเมื่อวันที่ 23 เมษายน 2560, จาก <https://news.mthai.com/world-news/379918.html>

⁸⁴ ในทางปฏิบัติเรียกเหตุผลที่ไม่ขัดแย้งเหล่านี้ “เหตุผลของ ตม.(Immigration Reasons)”

⁸⁵ BBC ไทย, “ศาลระงับคำสั่งห้ามพลเมือง 6 ประเทศเข้าสหรัฐฯ”, สืบค้นเมื่อวันที่ 23 เม.ย. 2560, จาก <http://www.bbc.com/thai/international-39288335>

กีดขวางทำให้เกิดอุปสรรคในการข้ามดินแดนซึ่งเป็นวิธีการหนึ่งที่ยังคงเป็นรูปแบบสำคัญในการควบคุมคนเข้าเมือง แต่ต้องใช้ต้นทุนงบประมาณบุคลากรสูงในการบริหารจัดการและตรวจสอบให้ครอบคลุมทุกเขตตารางนิ้วของดินแดน

สภาพภูมิประเทศของแต่ละประเภทในการกำหนดมาตรการรูปแบบการควบคุมคนต่างด้าวอาจพิจารณาได้ 2 ลักษณะ คือ กรณีมีอาณาเขตติดต่อกับประเทศอื่นๆ การอพยพเคลื่อนย้ายของคนต่างด้าวยากแก่การควบคุม จึงจำเป็นต้องผ่อนผันให้มีการเข้ามาได้ง่ายเพื่อป้องกันการหลบหนีเข้าเมือง แต่จะรักษาสมดุลในการเข้าเมืองเน้นมาตรการในการพำนักโดยปล่อยให้มีการเข้าหรือออกในลักษณะผ่อนปรน แต่จะให้ความสำคัญและเข้มงวดในการพำนัก(Stay) กรณีประเทศนั้นมีได้มีอาณาเขตติดต่อกับประเทศอื่น เช่นมีเกาะจำนวนมาก เน้นควบคุมการเข้าออกเป็นสำคัญ⁸⁶ การควบคุมทางด้านชายแดนเป็นการใช้มาตรการผสมระหว่างนโยบายด้านชายแดนกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และการใช้กำลังลาดตระเวน ควบคู่ไปกับการกวดขันทางชายแดน และมาตรการทางกฎหมายอื่นๆ ความบกพร่องของมาตรการทางชายแดนจะอยู่ในรูปของการลักลอบขนแรงงานต่างด้าว หลบหนีเข้าเมือง ทรัพยากรธรรมชาติ และอาวุธสงคราม มาตรการนี้รวมทั้งการสร้างสิ่งกีดกั้นการอพยพด้วย และรัฐต่างก็นิยมใช้มาตรการลักษณะนี้ เพราะการสร้างกำแพงเป็นการลดการใช้กำลังทางทหารและการปะทะของการอพยพ⁸⁷

2.2.1.3 การตรวจสอบเอกสาร(Documentary Control)

การตรวจสอบเอกสารมีเป้าหมายเพื่อยืนยันข้อมูลและทราบข้อมูลบุคคลสิ่งของและพาหนะซึ่งมีการตรวจสอบเอกสารหลายรูปแบบในการเข้าเมือง รูปแบบเอกสารที่สำคัญที่สุดคือหนังสือเดินทาง และวีซ่า(Visa) การยืนยันข้อมูลผู้โดยสาร เอกสารยืนยันพาหนะ แต่ในงานวิจัยนี้ขอยกตัวอย่างการตรวจสอบหนังสือเดินทางและวีซ่าเท่านั้น

(1) หนังสือเดินทาง(Passport)

การตรวจสอบเอกสาร(Documentary control) เป็นการแนะนำตัวปรากฏในรูปแบบหนังสือเดินทางการตรวจสอบความถูกต้องของเอกสารยืนยันตัวตน ยืนยันความเป็นคนชาติ

⁸⁶ นคร ศิลปอาชา, “นโยบายการจ้างคนต่างด้าวทำงาน,” สืบค้นจาก http://elib.coj.go.th/Article/c13_12_1.pdf เมื่อวันที่ 10 เม.ย.2560,

⁸⁷ โพสต์ทูเดย์, “ชมภาพชายแดนสหรัฐ-เม็กซิโกปัจจุบัน ก่อนกำแพงจะเริ่มสร้างขึ้น” สืบค้นเมื่อวันที่ 23 เม.ย.2560, จาก <http://www.posttoday.com/world/news/477760>

เป็นวิธีการหนึ่งในการควบคุมคนเดินทางข้ามดินแดน เอกสารใช้ในการยืนยันตัวตนในการเดินทางระหว่างประเทศ ทั้งที่เป็นหนังสือเดินทาง เอกสารใช้แทนหนังสือเดินทาง ใบเกิด หรือเอกสารใดเพื่อประกอบการผ่านแดน บัตรประจำตัว เพื่อเป็นการเก็บข้อมูลของบุคคลหรือในรูปแบบอื่นที่ได้พัฒนาขึ้นเป็นข้อมูลเข้าเมือง รวมทั้งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ และข้อมูลทางชีวภาพ

หนังสือเดินทาง(Passport) เดิมของไทยจัดทำเป็นกระดาษและเป็นรูปสมุดเล่มขนาดเล็ก โดยจะออกให้กับคนชาติหรือคนในสังกัดโดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับตัวบุคคล ในสยามประเทศปรากฏครั้งแรกสมัยรัชกาลที่ 7 เพื่อให้สามารถควบคุมการให้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตหรือสัญชาติแก่ครอบครัวของคนต่างด้าวรายนั้น ซึ่งเป็นหลักการควบคุมโดยเอกสาร(Documentary Control) ในการตรวจสอบคนต่างด้าวเนื่องจากคนต่างด้าวส่วนหนึ่ง ใช้การเดินทางข้ามระหว่างประเทศจะต้องมาขออนุญาตพำนัก ดังนั้น ในการตรวจสอบคนต่างด้าวจะสามารถทำได้ก็ต่อเมื่อสามารถบังคับให้คนควบคุมพำนักต้องควบคุมให้อยู่ในพำนัก กล่าวคือ การห้ามมิให้คนโดยสารออกไปจากยานพาหนะ การตรวจสอบหนังสือเดินทาง⁸⁸ ในปัจจุบันมีผู้โดยสารจำนวนมากเดินทางจะมีข้อจำกัดด้านระยะเวลา และประสิทธิภาพ และการนำเทคโนโลยีใช้ในการตรวจเอกสารเดินทางที่เป็นมาตรฐานเดียวกันทั่วโลกยังมีข้อจำกัด ยังมีการใช้ปลอมเอกสาร ใบหน้าเป็นหรือข้อมูลอื่นๆและยังเป็นปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายในปัจจุบันอีกปัญหาหนึ่ง

ความผิดที่กระทำต่อหนังสือเดินทางยากแก่การพิสูจน์ลงโทษ ในหลายคดีมีการให้ข้อมูลเพื่อช่วยเหลือคนชาติของตนยืนยันว่าเป็นเอกสารจริงทั้งที่เป็นการปลอมหนังสือเดินทาง การใช้หนังสือเดินทางเป็นการควบคุมคนต่างด้าวเพื่อกำหนดแยกแยะสัญชาติ การยืนยันตัวตนของคนต่างด้าวและการจัดทำข้อมูลประวัติในหนังสือเดินทาง หนังสือเดินทางเป็นเครื่องมือสำคัญที่สำคัญที่สุดที่รัฐต่างๆ นำมาเป็นรูปแบบในการควบคุมคนต่างด้าว อย่างไรก็ตามมีข้อจำกัดหลายประการในการตรวจสอบควบคุมคนต่างด้าวซึ่งใช้เอกสารเดินทางของรัฐหนึ่งและให้เจ้าหน้าที่ของอีกรัฐหนึ่งตรวจสอบ การใช้หนังสือเดินทางปัจจุบัน ประเทศต่างๆได้พัฒนารูปแบบและมาตรฐานที่เป็นสากลและแม้จะมีกฎหมายกำหนดความผิดสำหรับการกระทำผิดต่อหนังสือเดินทางและใช้เอกสารเดินทางมิชอบเป็นความผิดอาญา แต่การกำหนดความผิดอาญาในเรื่องดังกล่าวยังพบว่ามี ความผิดเกี่ยวกับหนังสือเดินทางจำนวนมาก เช่น ปลอมแปลงหนังสือเดินทางแต่ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดต่อเอกสารหรือเอกสารราชการ แต่ไม่ได้กำหนดรวมไปถึงการฝ่าฝืนคุณธรรมทางกฎหมายเกี่ยวกับการ

⁸⁸ พ.ร.บ.คนเข้าเมืองมาตรา 12

เข้าเมือง⁸⁹ รูปแบบของหนังสือเดินทางในสมัยปัจจุบันพัฒนาพร้อมการนำเทคโนโลยีเกี่ยวกับการเชื่อมโยงข้อมูลส่วนบุคคลเข้ากับหนังสือเดินทาง การใช้หนังสือเดินทางเป็นมาตรการเบื้องต้นในการป้องกันอาชญากรรมเท่านั้น และคดีก่อการร้ายอาชญากรรมจะลงเอยด้วยการเข้าเมืองและการพักอาศัยโดยอาศัยหนังสือเดินทางหลายสัญชาติ(หลายเล่ม) เปลี่ยนแปลงข้อมูลบุคคล เป็นต้น การควบคุมคนต่างด้าวโดยใช้หลักการนี้จึงไม่ได้ผล ทั้งหนังสือเดินทางกลับเป็นเครื่องอำนวยความสะดวกในการก่อการใช้เป็นช่องทางผ่านเข้ามาและพำนักในราชอาณาจักรหลบเลี่ยงการตรวจสอบ เสมือนที่หลบภัยในรัฐใดรัฐหนึ่ง⁹⁰

(2) การตรวจลงตรา(Visa)

การตรวจลงตรา(Visa)เป็นการใช้วิธีการหนึ่งในการควบคุมคนต่างด้าวที่จะเข้ามาให้ผ่านการกลั่นกรองข้อมูลเบื้องต้น โดยคนต่างด้าวต้องขอรับหลักฐานการตรวจสอบเบื้องต้นก่อนเดินทางเข้าไปในประเทศนั้นๆ การให้สิทธิในการเดินทางข้ามระหว่างดินแดน โดยมีเงื่อนไขในการต้องขอรับความยินยอมหรือได้รับการรับรู้ก่อนผ่านเข้ามายังดินแดน หลักการนี้เป็นการนำเอาความยินยอมของรัฐผ่านตัวแทนทางการทูตหรือเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมือง ความยินยอมของรัฐใดรัฐหนึ่งในการให้ความยินยอมในเบื้องต้นว่าคนต่างด้าวนั้นได้มาแสดงความจำนงในการเดินทางไปยังดินแดนใดดินแดนหนึ่ง วัตถุประสงค์ของการตรวจลงตราเพื่อให้รัฐผู้รับได้มีโอกาสในการกลั่นกรองตัวบุคคลในการจะเดินทางเข้ามายังรัฐผู้รับ มาตรการนี้เรียกโดยทั่วไปว่าวีซ่า(Visa) โดยบัญญัติในกฎหมายไทยใช้คำว่า “ตรวจลงตรา” มาตรการด้านการตรวจลงตราใช้มาช้านานโดยเป็นการผสมผสานข้อมูลเกี่ยวกับความมั่นคงในการติดตามควบคุมคนต่างด้าวก่อนเข้ามาในประเทศ ทั้งมาตรการป้องกันโรค ภัยด้านความมั่นคงอื่นๆ

⁸⁹ เช่น ปลอมหนังสือเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรมีความผิดฐานปลอมและฐานใช้หนังสือเดินทางปลอมซึ่งไม่ต่างไปจากนำหนังสือเดินทางปลอมไปประกอบการยื่นสมัครงานราชการเป็นความผิดต่อเอกสารเท่านั้น แต่การใช้หนังสือเดินทางปลอมและแสดงต่อเจ้าพนักงานเข้ามาในดินแดนหรือข้ามมาในดินแดนเป็นอีกคุณธรรมทางกฎหมายหนึ่งซึ่งน่าจะมีการบัญญัติกฎหมายอาญาคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะ เพราะเป็นอันตราย(Harm)อีกประการหนึ่ง

⁹⁰ หนังสือเดินทางบางประเภท บางสถานะหรือของบางหน่วยงานมีสถานะพิเศษในการเข้าออกประเทศและการพำนักในประเทศและได้รับการอำนวยความสะดวกเป็นพิเศษ รวมทั้งครอบครัวและผู้ติดตามบุคคลดังกล่าว อาจเป็นช่องทางในการแสดงสิทธิพิเศษจะลดประสิทธิภาพในการควบคุมตรวจสอบของเจ้าหน้าที่ในการตรวจสอบการเข้าเมือง

2.2.1.4 การกำหนดเงื่อนไขและเงื่อนไข(Time Limited and Condition)

การควบคุมลักษณะนี้ เป็นการประยุกต์มาตรการทางปกครองในการอนุญาต โดยมีข้อจำกัด วิธีการกำหนดเงื่อนไขเป็นข้อผูกมัดคนต่างด้าวให้อยู่ในภาวะจำต้องยึดถือปฏิบัติตาม มาตรการที่รัฐกำหนด แม้รัฐต่างๆจะยินยอมให้คนต่างด้าวเข้ามาก็ตาม แต่การเข้ามาของคนต่างด้าว มักจะถูกจำกัดโดยเงื่อนไขในหลายประการด้วยการให้สิทธิคนต่างด้าวในการเข้ามาเป็นสิทธิพลเมือง การให้พำนักยาวนานเพียงใด⁹¹ ให้ทำกิจกรรมใดเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับโดยแท้ ซึ่งอาจมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับทฤษฎีในเรื่องสิทธิมนุษยชนบ้าง แต่นานาประเทศยอมรับหลักการนี้ว่าให้เข้าเมืองได้ แต่มีเงื่อนไข มีข้อจำกัด หากฝ่าฝืนต้องมีการจัดการรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง เงื่อนไขที่นิยมนำมาเป็นข้อจำกัดในการเข้าหรืออยู่ในรัฐใดรัฐหนึ่งเกี่ยวกับการทำงาน การได้รับสิทธิทางสัญชาติ การจำกัดขอบเขตที่พักอาศัย การกำหนดกรอบให้พำนักตามช่วงเวลาที่เป็นหรือเฉพาะที่ดำรงสถานะความสัมพันธ์ใดสัมพันธ์หนึ่งเท่านั้น⁹²

เงื่อนไข(Condition Control) เป็นมาตรการหนึ่ง ในการประนีประนอมระหว่างการอนุญาตให้เข้าการเข้ามาของคนต่างชาติต่างศาสนากับข้อกำหนดกิจกรรม โดยมีได้ให้คนต่างด้าวมีเสรีภาพไปทุกเรื่องแต่จะถูกจำกัดด้วยเงื่อนไข เงื่อนไขอาจจะเป็นเรื่องเดียวหรือหลายเรื่องก็ได้ คล้ายๆกับวิธีการเพื่อความปลอดภัย แต่เป็นการให้สิทธิในการเข้ามาและพำนัก แต่กำหนดเงื่อนไขให้ต้องมีการแจ้งและรายงานข้อมูล การพำนักตามกรอบระยะเวลาที่กำหนด รวมทั้งการกำหนดกิจกรรม(Activity Control) การกำหนดให้ทำกิจกรรมตามที่ระบุหรือห้ามทำกิจกรรม เว้นแต่ได้รับอนุญาตส่วนเป็น

⁹¹ ตัวอย่าง คนต่างด้าวและคนสัญชาติไทยสมรสกันและพำนักในราชอาณาจักรไทยร่วม 30 ปี อยู่ในราชอาณาจักรไทยด้วยการพำนักเพราะมีคู่สมรสเป็นคนไทยสามารถพำนักได้ครั้งละ 1 ปี หากคู่สมรสตาย ในปีถัดไปไม่สามารถอยู่ในราชอาณาจักรไทยได้อีกต่อไป เงื่อนไขในการพำนักคือการดำรงสถานะสมรส

⁹² ตัวอย่าง คนต่างด้าวและคนสัญชาติไทยสมรสกันและพำนักในราชอาณาจักรไทยร่วม 30 ปี อยู่ในราชอาณาจักรไทยด้วยการพำนักเพราะมีคู่สมรสเป็นคนไทยสามารถพำนักได้ครั้งละ 1 ปี หากคู่สมรสตาย ในปีถัดไปไม่สามารถอยู่ในราชอาณาจักรไทยได้อีกต่อไป เงื่อนไขในการพำนักคือการดำรงสถานะสมรส

กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการประกอบอาชีพวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองคนชาติเกี่ยวกับระบบเศรษฐกิจหรือกำหนดลักษณะอาชีพและลักษณะงานต้องห้าม มาตรการทางภาษี⁹³

แม้วิธีการนี้ มีปรากฏขึ้นมาตั้งแต่เริ่มแรกในการควบคุมคนเข้าเมือง พร้อมกับหนังสือเดินทางและการตรวจลงตรา วิธีการนี้ปัจจุบันมีความสำคัญมากในการควบคุมคนต่างด้าว แต่เป็นมาตรการที่สร้างภาระให้กับรัฐจำนวนมาก เช่น อนุญาตให้คนต่างด้าวพำนักปัจจุบันจำนวนคนต่างด้าวมีสัดส่วนจำนวนล้านคนต่อปี ตัวอย่างเช่น ในการกำหนดเงื่อนไขคนต่างด้าวคนจำนวนสามเงื่อนไขต่อคนต่างด้าวหนึ่งคน เช่น เงื่อนไขที่พัก เงื่อนไขการทำงาน เงื่อนไขเวลาในการตรวจสอบในการติดตามการปฏิบัติตามเงื่อนไข การฝ่าฝืนเงื่อนไขมีผลถูกเพิกถอนสิทธิและถูกดำเนินคดีอาญา⁹⁴ ในกฎหมายคนเข้าเมืองของต่างประเทศ เนื้อหาส่วนใหญ่จะกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเงื่อนไขและ เงื่อนไขเวลาในการพำนักของคนต่างด้าว กฎหมายลักษณะนี้เป็นกฎหมายเทคนิคที่มีความสำคัญของแต่ละประเทศ ในหลายประเทศไม่ได้กำหนดให้การฝ่าฝืนเงื่อนไขเป็นความผิด แต่หลายประเทศก็กำหนดให้เฉพาะการฝ่าฝืนเงื่อนไขเวลาเป็นความผิด⁹⁵

2.2.1.5 การเพิกถอน(Revoke) กักตัว(Detention)

ส่งกลับ(Deportation)

(1) การเพิกถอน(Revoke) คือ มาตรการในการควบคุมคนเข้าเมืองที่เกี่ยวข้องกับการเพิกถอนสิทธิในการพำนัก ส่วนการส่งกลับ(Deportation) การเนรเทศ เป็นมาตรการทางปกครองเป็นการกระทบทสิทธิของคนต่างด้าว การกระทำความผิดของรัฐเป็นการกระทำภายหลังจากคนต่างด้าวได้สถานะอย่างใดอย่างหนึ่งแล้ว ส่งผู้ร้ายข้ามแดน และเสียสิทธิในการดำเนินชีวิตตามปกติในรัฐที่ดำรงชีพอยู่

(2) การกักตัว(Detention) คนต่างด้าวเป็นมาตรการหนึ่งคล้ายๆ โทษในกฎหมายคนเข้าเมือง ในกฎหมายไทยปรากฏตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองมาตรา 54 ออกนอกราชอาณาจักร⁹⁶ การกักตัวระหว่างรอส่งกลับมิใช่รูปแบบการลงโทษ ผู้ต้องกักมีสิทธิที่จะร้องขอให้ส่ง

⁹³ การกำหนดกิจกรรมหรือเงื่อนไขของคนต่างด้าว เช่น พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว จะมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวจะกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ

⁹⁴ โปรดดูหัวข้อที่ 3.2.2.1, 4.1.1.2

⁹⁵ โปรดดูหัวข้อที่ 3.2.2.3

⁹⁶ สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง, *Statistics Review*, (ม.ป.ท. : ม.ป.พ.,2548), น.17

ตนกลับออกไปนอกราชอาณาจักรเมื่อใดก็ได้ ในทันทีที่ตนมีความพร้อม กล่าวคือ มีเอกสารเดินทาง มีตัวเครื่องบิน และไม่มีคำร้องอย่างเป็นทางการจากหน่วยงานของรัฐให้ยับยั้งการเดินทางออก⁹⁷

มาตรการคล้ายโทษ(Detention) ในสมัยเดิม การใช้มาตรการนี้เป็นผลมาจากรัฐมิได้อนุญาตให้เข้ามาแต่พื้นที่ที่คนต่างด้าวอยู่คือในดินแดนนั้นแล้ว จำเป็นต้องควบคุมไว้เพื่อรอการส่งกลับ และส่งกลับเป็นมาตรการที่รัฐจำกัดคนต่างด้าวที่ไม่พึงปรารถนา ต่อมาการส่งต่างด้าวกลับประเทศต้นทาง รัฐมีค่าใช้จ่ายจำนวนมากและมีอุปสรรคในการเคลื่อนย้ายคนต่างด้าวไปยังต้นทางหรือคนต่างด้าวจำนวนหนึ่งที่ไม่สามารถส่งกลับไปยังประเทศต้นทางได้ทันทีจำเป็นต้องความพร้อมในการส่งกลับ มาตรการนี้เป็นมาตรการหนึ่งเรียกว่า มาตรการคล้ายโทษมาใช้บังคับ เป็นอำนาจที่รัฐต่างๆพึงมีและเป็นที่ยอมรับกันทั่วโลก รัฐมีอำนาจในการกักตัว(Detention)คนต่างด้าว หรือสงสัยว่าเป็นคนต่างด้าวเข้าเมืองหรือพำนักระเบียบกฎหมายมีอำนาจในส่งกลับ(Deportation)

การกักตัว ในระบบกฎหมายไทยน่าจะเห็นได้จากกฎหมายหลัก คือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง อย่างไรก็ตามการกักตัว มีความหมายแคบกว่าอย่างไร เป็นข้อถกเถียงในทางวิชาการในระดับหนึ่ง⁹⁸โดยบัญญัติให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ในการกักตัวคนต่างด้าว ส่วนเหตุในการกักตัว เป็นการบัญญัติโดยนำเหตุที่คนต่างด้าว ฝ่าฝืนกฎหมายหมายคนเข้าเมืองมีโทษทางอาญา การดำเนินการกักตัวและดำเนินคดีอาญาคนต่างด้าวถูกระงับกระเทือนสิทธิสองครั้ง การดำเนินคดีกับคนต่างด้าวที่ฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองและมีโทษทางอาญาด้วยสถานะของคนต่างด้าวในทางคดี จึงเป็นทั้งผู้ต้องขังและผู้ต้องกักให้อำนาจเข้าข้อนเพราะคนต่างด้าวที่การกักตัวตามมาตรา 54 พ.ร.บ.คนเข้าเมืองมิใช่ผู้ต้องโทษ แต่เป็นผู้ต้องกัก ผู้ต้องกักมีสิทธิที่จะร้องขอให้ส่งตนกลับออกไปนอกราชอาณาจักรเมื่อใดก็ได้ ในทันทีที่ตามความพร้อม⁹⁹

(3) การส่งกลับ(Deportation) อีกคำหนึ่งเป็นการส่งกลับเช่นกัน คือ การเนรเทศ (Expulsion) และแม้สองคำนี้จะใช้แตกต่างกันในกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งให้การเนรเทศหมายความว่า การเคลื่อนย้ายคนต่างด้าวให้ออกไปจากประเทศโดยเหตุผลเพราะว่าการพำนักของ

⁹⁷ สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง, *เพ็ญอ่าว*, น.17

⁹⁸ โปรดดู ข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับการ “กักตัว”คนต่างด้าว ตาม พ.ร.บ.คนเข้าเมือง ฯ โปรดดูใน ภาษา บุญสิทธิ์. “การควบคุมตัวตาม พ.ร.บ.คนเข้าเมือง,” *วารสารตุลพาท* เล่ม6,ปีที่ 20,น.47-50 (พฤศจิกายน-ธันวาคม 2516) และ วิชัย ชื่นชมพูนุช. “การควบคุมตัวผู้ต้องหาที่กระทำผิดต่อ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง,” *วารสารตุลพาท* เล่ม2, ปีที่21, น.51-56 (มีนาคม-เมษายน 2517)

⁹⁹ สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง, *อ่าวแล้ว เจริญธรรม*ที่ 96, น.17

คนต่างด้าวขัดต่อความสงบสุข ความปลอดภัย โดยอาศัยกฎหมายเนรเทศ¹⁰⁰ ส่วนการส่งกลับ (Deportation) หมายถึง การเคลื่อนย้ายบุคคลให้ออกไปนอกราชอาณาจักรเนื่องจากคนต่างด้าวเข้าเมืองผิดกฎหมาย ตามกฎหมายคนเข้าเมือง แต่จุดร่วมกันคือการส่งออกไป หรือให้กลับออกไป

2.2.1.6 มาตรการทางปกครองและความผิดทางปกครอง

(Administrative Control and Offence)

กฎหมายคนเข้าเมืองของนานาประเทศมีลักษณะเป็นระเบียบปฏิบัติบังคับคนต่างด้าวจะเข้าไปหรือพำนักในประเทศนั้นๆ การฝ่าฝืนจะกำหนดผลร้ายที่คนต่างด้าวพึงได้รับ การกำหนดความผิดทางปกครองเป็นมาตรการหนึ่งที่รัฐกำหนดหน้าที่ของคนต่างด้าวในลักษณะเป็นข้อห้าม ข้อกำหนดให้ต้องปฏิบัติ เช่น มาตรการที่กำหนด คือการให้ส่งมอบรายงานการเดินทางเข้าออก บัญชีคนโดยสาร ส่งมอบรายละเอียดพาหนะ

2.2.2 รูปแบบและมาตรการสมัยใหม่

มาตรการสมัยใหม่ที่จะกล่าวถึงในงานวิจัยนี้ เป็นมาตรการที่พัฒนาขึ้นพร้อมกับเทคโนโลยี และพัฒนาการของอาชญากรรมที่เกิดจากคนต่างด้าว อันตรายของคนต่างด้าวกับการเข้าเมือง แม้มาตรการทางอาญาจะมีมานาน แต่ความคิดเกี่ยวกับรูปแบบการกำหนดมาตรการที่รุนแรงขึ้นจากการที่คนต่างด้าวฝ่าฝืนมาตรการต่างๆของรัฐ ซึ่งมีทั้งมาตรการที่กระทบสิทธิและกระทบต่อสิทธิของคนต่างด้าว จำนวนประชากรโลกเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว การเคลื่อนตัวของคนข้ามดินแดนมีจำนวนมาก ดังนั้น เครื่องมือที่สำคัญในการจัดการควบคุมคนต่างด้าวสมัยใหม่ จึงอาศัยเทคโนโลยีในการตรวจคัดกรองบุคคลมาจากสังคมอื่น การจำกัดควบคุมคนต่างด้าวจึงเป็นนโยบายเพื่อการรักษาสมดุลของการเข้าเมือง¹⁰¹ กับการในการควบคุมคนเข้าเมือง แต่การคัดกรองจำเป็นต้องอาศัยเครื่องมือซึ่งมีหลากหลายรูปแบบและมีมาตรการที่หลากหลายเนื่องจากต่างสังคมต่างพฤติกรรมในการเข้าเมืองต่างปัญหา อย่างไรก็ตามรูปแบบหนึ่งในการควบคุมคนเข้าเมืองที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัยนี้ คือ การพัฒนากฎหมายอาญา ซึ่งในการกำหนดมาตรการทางอาญาที่จะควบคุมคนต่างด้าวในงานวิชาการ ต่างเริ่มปรากฏให้เห็นมากขึ้นภายหลังจากการก่อการร้ายข้ามชาติและจากความคิด

¹⁰⁰ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น.81

¹⁰¹ สุจินต์ชัย มังคลานนท์, “สิทธิของคนต่างด้าวในประเทศไทย,” (นิติศาสตรมหาบัณฑิต แผนกวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2517), น.92

ความเห็นของของนักวิชาการต่างประเทศ¹⁰² การเคลื่อนของคนต่างด้าวมีมาพร้อมกับการสืบเผ่าพันธุ์มนุษย์และเสรีภาพในครอบครัว นอกจากนี้การพัฒนารูปแบบควบคุมคนต่างด้าวสมัยใหม่ มีทั้งพัฒนาการที่กระทบสิทธิและไม่กระทบสิทธิต่อคนต่างด้าว ซึ่งนับว่าเป็นมาตรการเฉพาะหรือพิเศษ หมายถึงมาตรการที่มีขอบเขตจำกัดเฉพาะกับคนต่างด้าวเท่านั้น อำนาจอธิปไตยของรัฐเป็นอำนาจสูงสุดในการให้ความคุ้มครองปกป้องภัยอันตรายคนชาติของรัฐนั้นมิให้ถูกรุกรานจากภายนอก นอกจากนี้มีอำนาจหนึ่งของอำนาจอธิปไตยยอมรับกัน คือ อำนาจในออกออกกฎหมายบังคับกับผู้ฝ่าฝืนและพฤติกรรมของสังคม อำนาจในการออกกฎหมายไม่มีรัฐใดจะออกกฎหมายเพื่อขับไล่คนชาติของตนไปเป็นคนชาติอื่น หรือปฏิเสธในการเข้าเมืองของคนชาติตนเอง แต่มีอำนาจบางประการเป็นอำนาจที่มีเหนือคนรัฐอื่น คือ การทั้งที่ไม่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพละกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของคนต่างด้าว

2.2.2.1 การใช้เทคโนโลยี(Technology Control)

แนวโน้มและความคาดหวังของหน่วยงานความมั่นคงของแต่ละรัฐ ได้พัฒนาเครื่องมือที่ทันสมัยในการคัดกรองควบคุมคนต่างด้าวผ่านระบบอัตโนมัติต่างๆ¹⁰³ การประยุกต์ข้อมูลอาชญากรรมกับข้อมูลการเดินทางการนำระบบข้อมูลชีวภาพเพื่อยืนยันตัวบุคคลเอกสารเดินทาง แนวโน้มการนำเทคโนโลยีมาใช้ในการควบคุมคนเข้าเมืองเป็นกลไกที่ควบคู่ไปกับการสร้างความร่วมมือในการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกัน แต่ฐานข้อมูลคนทั้งโลกในการเดินทางติดต่อระหว่างกันทั้งเพิ่มปริมาณมากขึ้นทุกวัน อาชญากรรมมีเทคนิคมากมายในการเข้าเมืองจึงเป็นปัญหาที่เป็นข้อจำกัดในการใช้เทคโนโลยี¹⁰⁴ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้อาจจะไม่มีประโยชน์เลย หากระบบเทคโนโลยีไม่มีข้อกั

¹⁰² Juliet Stumpt, “The Crimmigration Crisis : Immigrant ,Crime,and Sovereign Power” Retrieved from http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/view_content.cgi?article=1274&context=aulr . Accessed April 23rd,2017.

¹⁰³ ตัวอย่าง ระบบการตรวจเข้าออกคนต่างด้าวในระบบอัตโนมัติในประเทศญี่ปุ่น สืบค้นเมื่อวันที่ 24 พ.ค.2560, จาก <http://www.immi-moj.go.jp/tp2/en/index.html> ในประเทศไทยมีใช้ระบบดังกล่าวเช่นกันเรียกว่าระบบ Automatic channel แต่เมื่อเงื่อนไขการใช้เฉพาะคนไทยและคนต่างชาติภายใต้เงื่อนไขบางประการ

¹⁰⁴ มีการปลอมม่านตา,ปลอมลายนิ้วมือ เป็นต้น

ปัจจุบันสามารถตรวจสอบบุคคลตามหมายจับและแจ้งเตือนอาชญากร แม้รัฐจะพัฒนาเทคโนโลยีควบคุมคนต่างด้าว อาชญากรก็พัฒนาได้เช่นกัน¹⁰⁵

2.2.2.2 มาตรการพิเศษ(Immigration Control)

มาตรการพิเศษ คือ จัดทำบัญชีข้อมูลคนต่างด้าว ได้แก่ บัญชีดำ(Black list) และคัดกรองผู้โดยสารล่วงหน้า(ระบบ Apps)¹⁰⁶ การจัดทำบัญชีรายชื่อกลุ่มบุคคลหรือบุคคลตามสถานะที่เป็นความปลอดภัยมั่นคงของรัฐ ตัวอย่างการจัดทำบัญชีคนเข้าเมืองในประเทศต่างๆ ได้แก่ บัญชีต่างๆ ดำ(Black list) บัญชีเฝ้าดู(Watch List) บัญชีโปร่งใส(White List) สำหรับบุคคลที่มีความปลอดภัยไม่ต้องการควบคุม ในทางปฏิบัติในการตรวจคนเข้าเมือง น่าจะเป็นการจัดทำข้อมูลบุคคลซึ่งต้องเฝ้าระวัง ติดตามตัวเพื่อการอย่างใดอย่างหนึ่ง ข้อมูลดังกล่าวเป็นการให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องได้เพิ่มความเข้มงวดในการติดตามหรืออาศัยอำนาจตามกฎหมายที่มีระงับ ยับยั้งการเข้ามาหรือออกไป การขึ้นบัญชีดำเป็นอำนาจรัฐของรัฐเจ้าของประเทศ ซึ่งมักกระทำโดยปกปิด การขึ้นบัญชีดำตามแนวทางของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง การขึ้นบัญชีดำสืบเนื่องมาจากการยอมรับหลักเรื่องอำนาจอธิปไตย รัฐใดจะห้ามคนรัฐอื่นเข้ามาหรือพำนักเป็นอำนาจฝ่ายบริหารโดยสิ้นเชิง

การบันทึกเป็นรายชื่อเฝ้าดู(Watch list) การบันทึกในบัญชีดำ(Black list) เป็นบุคคลต้องห้ามเข้าประเทศ อย่างไรก็ตามหากบุคคลต่างด้าวมีความผูกพันกับดินแดนที่ถูกขึ้น(Black list) และถูกปฏิเสธการเข้าเมืองย่อมมีผลต่อความผูกพันและกิจกรรมซึ่งต้องดำเนินการภายในของรัฐ ถูกปฏิเสธ การกำหนดให้การกลับไปยังประเทศต้นทางในการตรวจลงตราและกลับเข้ามาใหม่ การเพิ่มมาตรการในการคัดกรองก่อนเข้ามาในระบบตรวจลงตรา(VISA) การกำหนดมาตรการด้านสาธารณสุข การเงินปัจจัยยังชีพก่อนเดินทางเข้ามา หรือมาตรการในการกำหนดความผิดต่อเจ้าของพาหนะในการนำคนต่างด้าวที่มีลักษณะต้องห้ามเข้ามาในราชอาณาจักร การกีดกันโดยกำหนดอาชีพหรือวิชาชีพแลกเปลี่ยนในระหว่างกลุ่มประเทศ มีลักษณะเป็นการรวมตัวของสมาคมประชาชาติ ซึ่งนำไปสู่การแลกเปลี่ยนแรงงานต่างด้าว

¹⁰⁵ ระบบเทคโนโลยีมีข้อจำกัดหลายประการ โดยซึ่งระบบต่างๆมักจะเชื่อมโยงกับกระแสไฟฟ้าและระบบสื่อสารสัญญาณต่างๆ และปรากฏว่ามีปัญหาต่อการนำเทคโนโลยีมาใช้บ่อยๆครั้ง สืบค้นเมื่อวันที่ 24 พ.ค.2560, จาก <http://www.thairath.co.th/content/702025>

¹⁰⁶ โปรดดูตัวอย่าง ในข้อบังคับของคณะกรรมการการบินพลเรือน ฉบับที่ 87 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 130 ตอนพิเศษ 3 ง (9 ม.ค.2556)

การกำหนดข้อห้ามต่างๆ จำกัดประโยชน์ต่างๆที่คนต่างด้าวทั่วไปพึงได้รับการกำหนดข้อห้าม และการให้สถานะในการสมรส เพื่อตัดโอกาสในการเป็นสมาชิกภาพในสังคมเทียบเท่าเสมอพลเมือง หรือการกำหนดสิทธิภายหลังการสมรส เช่น สิทธิในที่ดิน อสังหาริมทรัพย์¹⁰⁷ การลดยกเลิกสิทธิพิเศษต่างๆ การกำหนดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าว โดยแต่ละประเทศจะกำหนดสิทธิในที่ดินที่คนต่างด้าวจะสามารถเข้าใช้ประโยชน์หรือถือครองได้ในระบบกฎหมายไทยปรากฏในรูปแบบมาตรการกำหนดสัดส่วนการถือครองที่ดิน¹⁰⁸ ตลอดจนมาตรการในการกำหนดเขตที่ดินระยะเวลาถือครอง เป็นต้น เพื่อลดหรือเพิ่มแรงจูงใจในการเข้ามาพำนักอาศัยของคนต่างด้าว

มาตรการทางปกครอง มาตรการทางอาญา และมาตรการคล้ายโทษซึ่งมีปรากฏในกฎหมายคนเข้าเมืองสมัยของประเทศไทย เป็นมาตรการที่ประเทศต่างๆพยายามจะจัดกลุ่มบุคคลที่มีลักษณะเป็นภัยอันตราย(Harm) เพื่อคัดแยกตัวบุคคลเฉพาะเจาะจงและสร้างมาตรการป้องกันทั่วไปในการควบคุมคนเมืองให้เข้าไปโดยในประเทศและพำนักปราศจากการอำพรางข้อมูล พฤติกรรมลักษณะนี้เป็นอันตรายที่แฝงมากับการเข้าเมือง ข้อจำกัดในหลายประการของรัฐในการสกัดกั้นและกลั่นกรองคนเข้าประเทศไม่อาจทำได้สมบูรณ์แบบไม่ว่าข้อจำกัดตรวจควบคุมทางชายแดน การตรวจสอบหนังสือเดินทาง การสร้างเงื่อนไขต่างๆในการเข้าประเทศ แต่มาตรการเหล่านั้นยังพบอุปสรรคมากมาย หลายประเทศนำมามาตรการทางปกครอง และมาตรการทางอาญามาผนวกเข้ากันเพื่อหาลักษณะอันตรายที่จำเป็นต้องใช้มาตรการเด็ดขาดเหมาะสม มาตรการที่พบในกฎหมายคนเข้าเมืองในประเทศต่างเป็นการผสมผสานระหว่างมาตรการทางปกครอง อาญา และมาตรการคล้ายโทษ

2.2.2.3 การกำหนดความผิดอาชญากรรมเข้าเมือง (Immigration Criminalization)

ตัวอย่างการกำหนดความผิด ประเภทนี้ความผิดชนิดนี้ที่เป็นที่รู้จักแพร่หลาย เช่น ความผิดหลบหนีเข้าเมืองในทุกๆประเทศมีความผิดฐานนี้ ความผิดฐานนี้มีพื้นฐานมาจากการเข้าเมืองต้องผ่านระบบอนุญาตซึ่งเป็นมาตรการทางปกครอง และรัฐต้องการจัดระเบียบและจัดเก็บข้อมูลควบคุมคนต่างด้าวเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐการละเมิดต่อคุณค่า

¹⁰⁷ วัฒนศิริ ชำนาญเวช, “การสมรสกับคนต่างด้าว,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่26, ฉบับที่ 2 น.221 (มิถุนายน 2539).

¹⁰⁸ จเร จารุวงศ์สันติ, “การกำหนดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าว,” วารสารบัณฑิตศึกษา นิติศาสตร์, ปีที่2, ฉบับที่ 1, น.369 (กรกฎาคม 2551).

พื้นฐานดังกล่าวรัฐต่างๆ จึงบัญญัติความผิดฐานหลบหนีเข้าเมือง อย่างไรก็ตามการละเมิดต่อมาตรการทางปกครองและละเมิดต่อคุณค่าพื้นฐานของการควบคุมการเข้าเมืองทำนองเดียวกับความผิดฐานหลบหนีเข้าเมือง ยังมีพฤติกรรมอื่นๆอีก ซึ่งประเทศต่างๆได้นำมากำหนดเป็นความผิดและกำหนดโทษ

ในกฎหมายอาญามีปรากฏความผิดอาชญากรรมคนเข้าเมือง เช่นกัน ได้แก่ ความผิดที่กระทำต่อหนังสือเดินทางหรือตราประทับที่ใช้ในการเดินทางระหว่างประเทศ การใช้กฎหมายอาญาในการควบคุมคนเข้าเมืองเป็นเรื่องใหม่ เพราะแต่เดิมแนวคิดในการควบคุมคนต่างด้าวโดยมาตรการทางอาญาไม่มี คนต่างด้าวฝ่าฝืนคำสั่งของรัฐใช้มาตรการผลักดัน ส่งกลับมาตรการที่ใช้เป็นลักษณะคล้ายๆมาตรการทางปกครอง แต่ในแนวคิดการควบคุมคนต่างด้าวจะนำมาตรการทางอาญาเป็นมาตรการในการป้องกันมากขึ้นเป็นลำดับ ที่ปรากฏให้เห็นชัดเจนปรากฏในกฎหมายเฉพาะเรื่องการออกกฎหมายที่มีโทษทางอาญาเกี่ยวกับการก่อการร้าย ความผิดการปลอมแปลงหนังสือเดินทาง กฎหมายหมายคำมนุษย์ ส่วนหนึ่งเพื่อป้องกันการกระทำผิดของคนต่างด้าวหรือป้องกันคนต่างด้าวเข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำผิดหรือป้องกันการกระทำผิดที่เป็นการข้ามดินแดน(Trans Nation)อันเป็นลักษณะของอาชญากรรมข้ามชาติซึ่งจะมีขนาดความเสียหายในสังคมเป็นจำนวนมาก¹⁰⁹

แม้ไม่มีข้อสันนิษฐานใดว่าคนต่างด้าว(Alien)จะมีอันตรายต่อคนพื้นเมือง(Native)หรือไม่ ในอดีต คนต่างด้าวอาจจะเข้าไปในดินแดนใดแล้วอาจมีความรักความผูกพันกับดินแดนซึ่งเข้าไปอาศัยไม่น้อยกว่าคนพื้นเมืองก็ได้ ในฐานะดินแดนนั้นให้เสรีภาพ ให้ชีวิตใหม่ ลักษณะนี้คนต่างด้าวนอกจากจะไม่มีสภาพเป็นภัย(Peril) ดังนั้น ในอดีตการประเค้นการอพยพเข้าเมืองกับภัยต่อสังคมนั้นปรากฏไม่เด่นชัด¹¹⁰ แต่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนต่อสังคมในปัจจุบัน คนต่างด้าวที่เข้าไปในดินแดนหนึ่งนั้นมีความรักผูกพันต่อดินแดนเพื่อเก็บเกี่ยวประโยชน์ หากหมดประโยชน์หรือประโยชน์น้อยลงหรือเปลี่ยนแปลงไปคนต่างด้าวจะอพยพไปพำนักที่อื่นและขาดความผูกพันกับดินแดนที่ไปอาศัย แตกต่างจากอดีต จำเป็นที่สังคมนั้นจะต้องควบคุมดูแล ลงโทษขัดขวาง ในสถานการณ์ปัจจุบันพฤติกรรมคนเข้าเมืองที่กฎหมายคนเข้าเมืองของประเทศต่างนำมาเป็นแนวทาง

¹⁰⁹ สักกรินทร์ นิยมศิลป์, “อาชญากรรมข้ามชาติ : ภัยคุกคามไทยและอาเซียน” สืบค้นเมื่อวันที่ 25 เมษายน 2560, จาก http://www.ms.ipsr.mahidol.ac.th/Conference XI/Download/Presentation/2558-15_Sakkarin.pdf.

¹¹⁰ William Dudley, book editor, Immigration : opposing viewpoints, (San Diego, Calif : Greenhaven Press, c1990.), p.17-19

ในการกำหนดความผิด ได้แก่ พฤติกรรมและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าวในลักษณะเบี่ยงเบนในลักษณะใดลักษณะหนึ่งหรือฝ่าฝืนคุณธรรมทางกฎหมาย มีสภาพเป็นอันตราย(Harm) ต่อสังคม ระบบเศรษฐกิจ การเมืองการปกครองในรูปแบบต่างๆ กัน อันตรายจากการเข้าเมืองมีหลายประการ สามารถจัดกลุ่มอันตรายจากการเข้าเมืองได้ ดังนี้

(1) อันตราย(Harm)จากการฝ่าฝืนคุณธรรมทางกฎหมาย เกี่ยวกับความเดือดร้อนของอำนาจรัฐ โดยการละเมิดต่อกฎหมาย ระเบียบปฏิบัติในการเข้าเมือง การไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไข คำสั่งของรัฐเกี่ยวกับการเข้าออกการพำนักในประเทศ ความผิดเกี่ยวกับเรื่องนี้ ได้แก่ การหลบหนีเข้าเมือง อยู่เกินกำหนดอนุญาต หลบเลี่ยงคำสั่งเจ้าพนักงาน ไม่แสดงตนหรือรายงานตนเมื่อมีการเข้าหรือพำนัก รัฐไม่อาจเก็บข้อมูลและจัดระเบียบในการเข้าออกของคนต่างด้าว ฐานข้อมูลคนต่างด้าวมีความสำคัญต่อระบบสาธารณสุขและกระบวนการยุติธรรม ระบบเศรษฐกิจ การเมืองการปกครองเศรษฐกิจในทางสังคมการเมือง

(2) อันตราย(Harm)จากให้ความช่วยเหลือ ซ่อนเร้นในพาหนะ ยานพาหนะ รัฐยากแก่การควบคุมคนต่างด้าว ความผิดเกี่ยวกับเรื่องนี้ ได้แก่ การกำหนดความแก่เจ้าของบ้าน เเคหสถาน เจ้าของพาหนะในการพำนักคนต่างด้าวเข้ามา ให้พำนัก ความผิดเหล่านี้ได้แก่การนำพาคนต่างด้าวรัฐต้องใช้กำลังพล งบประมาณจำนวนมากในการติดตามควบคุม สืบสวน การให้ที่พักพิงที่ผิดเป็นการยากแก่การบังคับใช้กฎหมาย

(3) อันตราย(Harm)จากการนำพาโรคระบาด เชื้อโรค โรคต่างถิ่นความเกี่ยวกับเรื่องนี้ได้แก่ การนำพาโรค ไม่แสดงแจ้ง ینگเสียเกี่ยวกับการมีโรคซึ่ง เป็นปัญหาในระบบสาธารณสุขโดยเฉพาะโรคระบาดสามารถทำอันตรายต่อชีวิตได้ในทันทีและปริมาณความเสียหายสูง

(4) อันตราย(Harm)จากการปลอมแปลงข้อมูล อำพรางข้อมูลในการเข้า การอยู่เป็นข้อมูลที่ไม่มีความจริง หลอกลวงกระทบต่อการใช้อำนาจรัฐ กระทบต่อความบริสุทธิ์และน่าเชื่อถือในเอกสาร เป็นปัญหาต่อระบบงานยุติธรรม สังคม โดยเฉพาะอันตราย(Harm)การสมยอมให้มีการจดทะเบียนสมรส บริษัทโดยมิชอบ การหลอกลวงเจ้าพนักงาน การฉ้อฉลโดยมีเจตนา นำเอกสารหรือใช้เอกสารเป็นข้อมูลในการสนับสนุนการเข้าเมืองหรือการได้สิทธิสถานะในกฎหมายคนเข้าเมืองหรือเกี่ยวกับสัญชาติ

รูปแบบการควบคุมคนต่างด้าวสมัยใหม่ แก้ปัญหาข้อจำกัดและพัฒนาขึ้น โดยนำความเป็นอันตราย(Harm)เป็นแนวคิดสมัยใหม่ เนื่องจากนักวิชาการทางด้านอาชญากรรมคน

เข้าเมืองได้อธิบายจุดร่วมประการสำคัญเกี่ยวกับความผิดอาญาและคนเข้าเมือง เนื่องจากการแก้ปัญหาคนเข้าเมืองเนื่องจากมีข้อจำกัดหลายประการของรัฐที่ไม่อาจนำมาตรการอื่นๆ¹¹¹มาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพในพฤติกรรมของต่างด้าวในบางสถานการณ์ ประกอบกับภัยคุกคามจากคนต่างด้าวเพิ่มขนาดและขยายขอบเขตจนสร้างความเสียหายและเป็นอันตราย(Harm)ต่อรัฐและสังคมมาก แนวคิดสมัยเดิมการควบคุมคนต่างด้าวเป็นเพียงการเพิกถอน ผลักดัน ส่งกลับ แม้มาตรการดังกล่าวจะยังคงใช้อย่างได้ผล แต่สำหรับคนต่างด้าวบางจำพวกและมีพฤติกรรมเบี่ยงเบนเป็นอันตรายต่อสังคม ในกฎหมายคนเข้าเมืองมีลักษณะร่วมสำคัญบางประการ ที่สามารถจัดกลุ่มพฤติกรรมที่ประเทศต่าง ๆ นำมากำหนดเป็นความผิด และกำหนดโทษ โดยกำหนดความผิดแบ่งตามเกณฑ์ผู้กระทำ และเกณฑ์ ลักษณะของการกระทำ ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักการในการกำหนดความผิดและโทษในเบื้องต้น แบ่งตามลักษณะ “ผู้กระทำ” ซึ่งกฎหมายคนเข้าเมืองใช้เกณฑ์เรื่องสัญชาติเป็นหลัก ในการรูปแบบการควบคุมคนต่างด้าวโดยกำหนดหน้าที่ของคนต่างด้าวในการปฏิบัติตามกฎหมายคนเข้าเมือง ว่าผู้กระทำเป็นคนต่างด้าว คนต่างด้าวแยกเป็นหลายกลุ่ม อาจมีสถานะแตกต่างกัน คนต่างด้าวในฐานะทูต เจ้าหน้าที่องค์กร หากมีสถานะคนต่างด้าว ต้องกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ อาจเป็นคนต่างด้าวที่เข้ามาเพียงชั่วคราวหรือถาวร แต่มีปัญหาถกเถียงจำนวนมากในกลุ่มคนต่างด้าวที่เกิดในประเทศและไม่ได้สัญชาติไทยเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายโดยเฉพาะบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต¹¹²หรือคนต่างด้าวที่ได้รับการผ่อนผันให้พำนักในราชอาณาจักรในสถานการณ์พิเศษ เช่น หลบหนีภัยสงคราม¹¹³

ผู้กระทำผิดในกฎหมายคนเข้าเมือง ในบางประเทศการกำหนดความผิดคำนึงหลักความเป็นคนชาติแต่มีลักษณะใกล้ชิดเป็นพิเศษ เช่น เคยเป็นอาณานิคมความผิดของบุคคลนั้นจะแตกต่างไป ผู้กระทำมีสถานะใดส่วนหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าว เช่น เป็นเจ้าของพาหนะ หรือผู้ครอบครองพาหนะ เพราะการเคลื่อนย้ายคนเกี่ยวข้องกับการขนส่ง ให้เจ้าของ ผู้ควบคุมต้องมีหน้าที่และ รวมทั้งการบังคับให้ยานพาหนะต้องไปในสถานที่ต่างๆ ผู้กระทำเป็นเจ้าของบ้าน เจ้าของที่ดิน

¹¹¹ เช่น คนต่างด้าวถูกส่งกลับไปแล้ว ให้กลับออกไปและห้ามเข้ามาอีก แต่คนต่างด้าวเปลี่ยนข้อมูลของตนเองบางประการเพื่อหลบเลี่ยงการตรวจสอบตัวตนที่แท้จริงของคนต่างด้าวรายนั้น

¹¹² พ.ร.บ.คนเข้าเมือง ฯ มาตรา 81

¹¹³ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, “ปฏิภาวิเคราะห์สถานะภาพทางกฎหมายของคนต่างด้าวที่มีได้รับอนุญาตให้ให้เข้ามาในราชอาณาจักรไทยแต่ได้รับการผ่อนผันให้อยู่อาศัยได้,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่28, ฉบับที่4(ธันวาคม 2541),น.793

เป็นมาตรการที่มุ่งหมายให้เจ้าของพาหนะต้องแจ้งหรือเปิดเผยข้อมูลการนำพาหนะเดินทางเข้าออกรวมทั้งผู้โดยสาร ความผิดลักษณะนี้เจ้าของพาหนะผิดเมื่อเดินทางที่ดังกล่าว ความผิดที่มุ่งหมายให้เจ้าของพาหนะมีอำนาจจัดการพาหนะ ระมัดระวังในการนำพา ขนส่งคนต่างด้าวที่มีลักษณะต้องห้าม ผู้ให้ความช่วยเหลือ สนับสนุน บัญญัติให้มีการแจ้งการมีการรับคนต่างด้าวเข้าพักอาศัย ทำงานเพื่อติดตามควบคุม รวมทั้งมาตรการทางเศรษฐกิจ

อย่างไรก็ตามในการควบคุมคนเข้าเมืองในสมัยใหม่รูปแบบในทางกฎหมายในการควบคุมคนเข้าเมืองนอกเหนือจากโทษปรับ จำคุก หรือมาตรการอื่นๆ แล้วยังมีมาตรการที่นิยมนำมาบังคับใช้กับคนต่างด้าวและปรากฏในการควบคุมคนเข้าเมืองได้แก่ การขึ้นบัญชีดำ การส่งกลับ การกักตัวซึ่งเป็นมาตรการที่นิยมใช้แทนการใช้โทษทางอาญาหรือควบคุมกับโทษทางอาญา ในงานวิจัยนี้ขอนำมาตรการเหล่านี้มาเป็นหัวข้อในการศึกษา ส่วนโทษปรับและจำคุกเป็นวิธีการลงโทษอย่างหนึ่งในการฝ่าฝืนกฎหมายอาญา ผู้วิจัยจะได้อธิบายแนวคิดในการกำหนดความผิดและโทษในหัวข้อต่อไป

2.3 แนวคิด ทฤษฎีในการกำหนดความผิดอาญาและโทษเพื่อควบคุมคนต่างด้าว

การกำหนดความผิดและโทษ เป็นมาตรการหนึ่งในการควบคุมพฤติกรรมคนเข้าเมืองให้อยู่ในอาณัติและเกิดความสงบเรียบร้อยเพื่อให้ชุมชน รัฐมีความมั่นคง ปัญหาการควบคุมคนต่างด้าวแม้จะมีหลายวิธีและรัฐมีอำนาจเด็ดขาดในการปฏิเสธการเข้ามาของคนต่างด้าว อย่างไรก็ตามในสถานการณ์ปัจจุบัน สังคมโลกจำเป็นต้องพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน โดยต่างมีภาระในการรักษาความมั่นคงของรัฐและส่วนรวม แนวคิดในการกำหนดความผิดและโทษจึงเป็นมาตรการสำคัญในสมัยใหม่ที่ประเทศต่างๆได้พยายามแสวงหาเครื่องมือวิธีการในการควบคุมคนต่างด้าว พฤติการณ์อย่างไรจึงสมควรกำหนดความผิดและควรเพื่อกำหนดโทษ

จำเป็นต้องศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว เพื่อให้ทราบพฤติกรรมใดสมควรกำหนดความผิด เพื่อมิให้เป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพื่อมิให้เป็นทางเลือกปฏิบัติระหว่างคนต่างด้าวและคนชาติ ในข้อนี้จะได้กล่าวถึงทฤษฎีในการกำหนดความผิดและโทษเพื่อเป็นเครื่องมือข้อมูลในการวิเคราะห์ถึงอันตรายและความจำเป็นในการกำหนดความผิดหรือยกเลิกความผิดในส่วนของการวิเคราะห์ในบทที่ 4

2.3.1 แนวคิด ทฤษฎีในการกำหนดความผิดอาญา

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายหรือข้อข้อบังคับที่เกี่ยวกับความประพฤติของบุคคลที่เป็นอาชญากร หรือเกี่ยวกับความประพฤติที่ฝ่าฝืนต่อข้อบังคับในการรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยในสังคม¹¹⁴กฎหมายอาญานั้นได้มีผู้ให้ความหมายไว้หลายความหมาย เช่น ความหมายกฎหมายอาญา คือบรรดากฎหมายทั้งหลายที่ระบุถึงความผิดอาญา โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัยและมาตรการบังคับทางอาญาอื่น และเป็นกฎหมายที่กำหนดให้ความผิดอาญาเป็นเงื่อนไขของการใช้โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัย และมาตรการบังคับทางอาญาอื่นนั้น¹¹⁵

2.3.1.1 ความหมาย ประเภท และวัตถุประสงค์กฎหมายอาญา

(1) ความหมายกฎหมายอาญา

ในทางตำราของกฎหมายอาญา ได้อธิบายกล่าวถึงความหมายของกฎหมายอาญา ข้อสาระสำคัญมีรายละเอียดแตกต่างกัน ทั้งได้นำความมุ่งหมายของกฎหมายและหลักเกณฑ์ในการอธิบายซึ่ง โดยการให้ความหมายของกฎหมายอาญา โดยให้คำนิยามต่างๆ กัน ดังนี้กฎหมายอาญา คือ ที่รวมแห่งข้อบังคับที่รวมซึ่งบัญญัติถึงความผิดและซึ่งกำหนดโทษอันจะพึงใช้ลงแก่บุคคลที่กระทำความผิดนั้นๆ ในที่เป็น “ความผิด” ได้แก่อันตรายนอันใดอันหนึ่งซึ่งกฎหมายห้าม โดยถือว่าเป็นการขัดกับประโยชน์ของชุมชนอาจกระทบกระเทือนต่อส่วนรวมทั้งหมดหรือต่อชีวิต ทรัพย์สินของเอกชน ในแง่ความผิดไม่ใช่แต่เพียงการที่ฝ่าฝืนกฎหมายอย่างเดียวเท่านั้น ส่วนมูลเหตุแห่งการกระทำความผิดมีหลายสาเหตุเหตุแห่งความผิดมาประกอบ ในส่วนองค์ประกอบในส่วนของโทษเป็นวิธีการป้องกันสังคม เป็นการขัดขวางการขยายตัวของตนเหตุแห่งความผิดตามสุภาษิต “กันดีกว่าแก้”¹¹⁶

กฎหมายอาญา คือบรรดากฎหมายทั้งหลายที่บัญญัติถึงความผิดและกำหนดโทษไว้ ซึ่งรัฐจะเป็นผู้ลงไว้ในกรณีที่มีการกระทำความผิดนั้น ๆ¹¹⁷ หรือที่เป็นกฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำ หรือไม่กระทำ การอย่างใดเป็นความผิดและกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้

¹¹⁴ อุททิศ แสนโกศิก, กฎหมายอาญาภาค 1, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2528), น.2.

¹¹⁵ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น. 26.

¹¹⁶ เภกุต, คำอธิบายกฎหมายอาชญา, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง พ.ศ.2477 , (จังหวัดพระนคร : ร้านกาญจนพิมพ์ดีด, ม.ป.พ.), น. 2-7

¹¹⁷ อุททิศ แสนโกศิก, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 114, น.2.

ด้วย¹¹⁸กฎหมายอาญา ได้แก่ การกระทำ หรืองดเว้นการกระทำ ที่จักต้องกระทำ เพื่อป้องกันผลในสิ่ง ที่กฎหมายบัญญัติห้ามหรือให้กระทำ เพื่อรักษาความสงบของชุมชนหรือรักษาศีลธรรม¹¹⁹ หรือเป็น กฎหมายซึ่งมีความมุ่งหมายในอันที่จะป้องกันความเสียหายต่อสังคมโดยบัญญัติว่าการกระทำใดเป็น ความผิดและกำหนดโทษที่จะลงแก่การกระทำนั้น¹²⁰กฎหมายอาญา เป็นกฎข้อบังคับต่าง ๆ ที่ กำหนดเกี่ยวกับความประพฤติของมนุษย์ซึ่งประกาศใช้บังคับโดยผู้มีอำนาจในทางการเมือง และใช้ บังคับแก่บุคคลทุกคนทุกชนชั้นโดยเสมอกัน และการบังคับนั้นกระทำ โดยการลงโทษโดยรัฐ¹²¹ และ หมายถึง กฎหมายหมายที่บัญญัติว่าการกระทำ หรือไม่กระทำอย่างใด เป็นความผิดและกำหนดโทษที่ จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ด้วยหรือกำหนดวิธีการเพื่อความปลอดภัย¹²²

(2) ประเภทกฎหมายอาญา

นักกฎหมายได้พยายามในการค้นหาความหมายและลักษณะสำคัญของ กฎหมายอาญาเพื่อเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกจากมาตรการอื่นๆในสังคม จากความหมายของ กฎหมายอาญาในทัศนะของนักกฎหมายตามที่กล่าวข้างต้นแล้ว ลักษณะสำคัญของกฎหมายอาญามี ลักษณะแตกต่างจากกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับอื่นๆ มีลักษณะพื้นฐานสำคัญ คือ ต้องเป็นข้อบังคับของ รัฐที่แน่นอน ใช้บังคับกับทุกคน และมีบทลงโทษ¹²³ ประเภทความผิดอาญา การแบ่งประเภทความผิด อาญาแบ่งหลายหลักเกณฑ์ ทั้งเกณฑ์คุณธรรมทางกฎหมายมาเป็นเกณฑ์ การระงับคดี ความผิดที่

¹¹⁸ เกียรติจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 7.

(กรุงเทพมหานคร :มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), น. 1.

¹¹⁹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ์, กฎหมายอาญาหลัก และปัญหา, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร :สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540), น.3-4.

¹²⁰ Wayne R. Lafave & Austin W Scott. Jr., Criminal Law, (St. Paul Minn. : West Publishing co, 1992), p 5.

¹²¹ Edwin Sutherland and Donald Cressey, Principle of Criminology, 7th., (New York : JB Lippincott, 1966), p. 4.

¹²² เกียรติจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : พลสยามพริ้นติ้ง, 2551), น.1

¹²³ ประธาน วัฒนาวณิชย์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ประกายพริก, 2546), น.46-48

ต้องการผลหรือไม่ต้องการผล โดยจัดแบ่งได้หลายหลักเกณฑ์¹²⁴ (1) ความผิดอาญาแผ่นดินและความผิดยอมความได้ ความผิดโดยยอมความได้หรือไม่ เป็นเกณฑ์ของกฎหมายประการหนึ่ง โดยในกฎหมายคนเข้าเมือง มีคุณธรรมในทางกฎหมายมุ่งคุ้มครองการจัดระเบียบการเข้าออกของคนต่างด้าวไม่มีตัวผู้เสียหายที่เป็นเอกชน ในกฎหมายเข้าเมืองบทบัญญัติที่เป็นความผิดจึงเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ส่วนใหญ่เป็นความผิดที่มีการฝ่าฝืนระเบียบ ใน พ.ร.บ.คนเข้าเมืองฯ ความผิดที่เป็นการผิดระเบียบแม้ไม่ได้กำหนดให้ยอมความได้ แต่ให้จับคดีได้ด้วยการเปรียบเทียบปรับ¹²⁵ (2) ความผิดที่มีสภาพจบสิ้นและความผิดที่มีสภาพต่อเนื่อง “ความผิดที่มีสภาพจบสิ้น” คือ ความผิดที่จบลงด้วยสภาพของการกระทำที่เป็นความผิด เช่น ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์เมื่อกระทำต่อทรัพย์เป็นความผิดทันที ส่วน “ความผิดต่อเนื่อง” ความผิดนั้นคงอยู่จนกว่าสภาพของการกระทำนั้นจะหมดสิ้น เช่น ความผิดต่อเสรีภาพตาม ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 310¹²⁶

ความผิดตาม พ.ร.บ.คนเข้าเมืองฯ มีความผิดทั้งสองส่วน คือ ความผิดที่มีสภาพจบสิ้นเมื่อเข้าเมืองโดยไม่ได้รับอนุญาต¹²⁷ ความผิดเกิดขึ้นตอนเข้ามาและสิ้นสุดลงในเรื่องนี้ เป็นปัญหาในการดำเนินคดีความผิดฐานหลบหนีเข้าเมือง หากเข้ามาเป็นระยะเวลานานเกินกว่าอายุความ แต่ความผิดฐานพำนักอยู่โดยไม่ได้รับอนุญาต¹²⁸เป็นความผิดต่อเนื่อง

(3) วัตถุประสงค์กฎหมายอาญา

กฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์(ภารกิจของกฎหมายอาญา)¹²⁹ 3 ประการ วัตถุประสงค์ประการแรก เพื่อคุ้มครองสังคม เนื่องจากว่าทุกสังคมในการอยู่ร่วมกันอาจมีการละเมิดต่อระเบียบของสังคมและระเบียบของสังคมอาจไม่เพียงพอในการควบคุมสังคมให้เป็นระเบียบกฎหมายอาญาจึงเป็นมาเพื่อเสริมแต่ต้องมีเท่าที่จำเป็น¹³⁰ วัตถุประสงค์ประการที่สอง คือ การ

¹²⁴ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน ,2556), น.163-108.

¹²⁵ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 84

¹²⁶ คณิต ฌ นคร, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 124, น.166

¹²⁷ พ.ร.บ.คนเข้าเมืองฯ มาตรา 11,62

¹²⁸ พ.ร.บ.คนเข้าเมืองฯ มาตรา 81

¹²⁹ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน ,2547), น. 40.

¹³⁰ เพ็งอ้าว, น.41

ป้องกันมิให้การกระทำเช่นนั้นเกิดขึ้นอีกในอนาคตเป็นการป้องกันโดยอ้อมสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษอันเป็นการป้องกันทั่วไป(General Prevention)¹³¹ วัตถุประสงค์ข้อสุดท้ายของกฎหมายอาญา ได้แก่ การคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย คือ การคุ้มครองคุณค่าพื้นฐานของสังคม โดยศาสตราจารย์ ดร.คณิต นคร ได้ให้ความหมายคุณค่าดังกล่าวว่าเป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย” และกฎหมายอาญาควรจำกัดเฉพาะคุ้มครองคุณค่าพื้นฐานของระเบียบสังคมเท่านั้น¹³²

2.3.1.2 เอกลักษณ์ การใช้ การตีความกฎหมายอาญา

เนื่องจากกฎหมายอาญามีผลกระทบกระเทือนต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สินของบุคคลจึงจำเป็นต้องมีบัญญัติเอกลักษณ์เฉพาะ¹³³ หลักการดังกล่าวปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2¹³⁴ หลักการในมาตรานี้เป็นที่ยอมรับกันมานานอารยประเทศว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ หากไม่มีกฎหมาย” มาจากภาษาละตินว่า “Nullum Crimen nulla poena sine lege” และเรียกหลักการดังกล่าวในภาษาอังกฤษว่า “Principle of Legality”¹³⁵ หลักการข้างต้นมีผลต่อการตีความกฎหมายอาญา ให้มีลักษณะเฉพาะมีต้องเคร่งครัด¹³⁶ หลักการดังกล่าวเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา กล่าวคือ บุคคลจะต้องรับโทษเมื่อมีกฎหมายบัญญัติและต้องกระทำการกฎหมายบัญญัติ การลงโทษเป็นวิธีการที่รุนแรงที่รัฐใช้กับประชาชนต้องมีกฎหมายชัดเจน นอกจากนี้หลักประกันในทางอาญา คือห้ามใช้กฎหมายประเพณี¹³⁷

แม้รัฐมีอำนาจจะมีอำนาจกำหนดให้พฤติกรรมใดสมควรได้รับโทษ แต่การกระทำใดการกระทำหนึ่งที่มีบัญญัติเป็นความผิดในการบังคับใช้ต้องคำนึงถึงอาณาเขตของรัฐและสัญชาติของผู้กระทำผิด ปัจจุบันได้พิจารณาจากหลักต่างๆ ได้แก่ หลักดินแดน หลักธงชาติ¹³⁸ หลัก

¹³¹ เฟิ่งอ้วง, น.42

¹³² คณิต ณ นคร, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 129, น.43

¹³³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 122, น.17

¹³⁴ มาตรา 2 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลจะต้องได้รับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติในกฎหมาย”

¹³⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 122, น.16-17

¹³⁶ เฟิ่งอ้วง, น.24

¹³⁷ คณิต ณ นคร, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 124, น.84

¹³⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคสอง

บุคคล หลักคุ้มครองตน หลักอำนาจลงโทษสากล หลักกระบวนการยุติธรรมแทน ได้ใช้หลักหลาย หลักการใช้กฎหมายอาญาลงโทษ¹³⁹

2.3.1.3 หลักเกณฑ์และข้อพิจารณาในการกำหนดความผิดอาญา

ในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎีเพื่อให้ทราบถึงปรัชญาและ พัฒนาการในการกำหนดความผิดทางอาญา ซึ่งหากคำนึงถึงการป้องกันทั่วไป การกำหนดความผิดทางอาญาเป็นเพียงมาตรการหนึ่งเท่านั้นในการควบคุมคนเข้าเมือง การกำหนดความผิดทางอาญามีได้เป็นผลดีในแง่ของรัฐเพราะต้องมึงงบประมาณ บุคลากรเพื่อดำเนินการต่างๆ ทั้งนี้ เพื่อให้ทราบถึงความจำเป็นในการกำหนดแนวคิดทั่วไปและแนวคิดเฉพาะเรื่องนี้ การกำหนดความผิดทางอาญาต้องพิจารณาองค์ประกอบของกฎหมายอาญาต้องมึงองค์ประกอบในส่วนเหตุและองค์ประกอบส่วนผล

(1) แนวคิดของ Herbert L. Packer

เฮอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ ได้อธิบายในหนังสือเรื่อง “The Limits of the Criminal Sanction” ได้ให้หลักไว้ 6 ข้อควรจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ดังนี้¹⁴⁰

หลักเกณฑ์ข้อที่ 1 การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่ชนส่วนมากกว่า เป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่ชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำนั้น

หลักเกณฑ์ข้อที่ 2 ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่างๆ

หลักเกณฑ์ข้อที่ 3 การปราบปรามการกระทำเช่นนั้น กล่าวคือการถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญาจะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป

หลักเกณฑ์ข้อที่ 4 หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน ทั้งนี้ ต้องคำนึงถึงประสิทธิภาพในการสืบหาและจับกุมผู้กระทำผิดเป็นสำคัญ

¹³⁹ คณิต ณ นคร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 124*, น.101-102

¹⁴⁰ Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*.(California : Stanford University Press, 1968), p.296 อ้างใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์,*อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 122*, น.4-5

หลักเกณฑ์ข้อที่ 5 การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งด้านคุณภาพและปริมาณ

หลักเกณฑ์ข้อที่ 6 ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่นๆ แล้วนอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น

จะเห็นได้ว่า สำหรับความผิดอาญาร้ายแรง ต่างๆ เช่น ฆ่าคนตาย ชิงทรัพย์ ได้ผ่านหลักเกณฑ์ทั้ง 6 ประการ ของเพ็กเกอร์¹⁴¹ ทั้งสิ้น ในส่วนความผิดที่เกี่ยวข้องกับการเข้าเมือง จะได้นำหลักเกณฑ์ของเพ็กเกอร์เป็นเกณฑ์ในการวิเคราะห์ต่อไป

(2) นิเกล วอกเกอร์ Nigel Walker

นิเกล วอกเกอร์ (Nigel Walker) ได้วางหลักไว้ในบทความเรื่อง “ขอบเขตของกฎหมายอาญา” (The Scope of Criminal Law) ในหนังสือเรื่อง Sentencing in a Rational Society ดังนี้¹⁴²

“สมมุติว่าประเทศหนึ่งได้เริ่มมีพฤติกรรมชนิดใหม่เกิดขึ้น ขอเรียกการกระทำ ก. (ที่ยกตัวอย่างเช่นนี้เพราะผู้อ่านจะได้ไม่เกิดอารมณ์คล้อยตาม) ประชาชนของประเทศนั้นบางคนตื่นเต้นตกใจการกระทำ ก. มาก และได้ไปห้อมล้อมบ้านช่องของผู้ที่สงสัยว่าได้กระทำการ ก. บางครั้งผู้กระทำการ ก. และผู้ที่ต่อต้านการกระทำการ ก. ได้ทะเลาะวิวาทกัน ถึงขั้นเลือดตกยางออก นับว่าเป็นโชคดีที่ผู้ร่วมทะเลาะวิวาทกันนั้นเป็นเพียงบุคคลส่วนน้อย และยังมีบุคคลที่เป็นกลางผู้ไม่เดือนร้อนต่อการต่อการประกอบกรรม ก. อยู่อีกมากมาย บุคคลที่เป็นกลางเหล่านี้มีอิสระที่จะตัดสินใจว่าควรทำอย่างไร เพื่อป้องกันมิให้เกิดความไม่สงบและความทารุณโหดร้ายขึ้นอีกในภายหน้า สิ่งที่บุคคลส่วนใหญ่ในเรื่องสมมุตินี้ต้องตัดสินใจคือ จะฟ้องผู้ต่อต้านการกระทำ ก. ในฐานทำร้ายร่างกาย หรือออกกฎหมายบังคับมิให้การกระทำ ก. เกิดขึ้นอีกต่อไป

ได้มีการค้นคว้าวิจัยซึ่งอาจเชื่อถือได้บ้างว่า การกระทำ ก. นั้น สามารถควบคุมได้ การกระทำ ก. นั้นเป็นเพียงแต่ก่อให้เกิดความพึงพอใจแก่ผู้กระทำการ ก. ผู้กระทำการ ก. สามารถหยุดการกระทำดังกล่าวได้ถ้าจำเป็น การกระทำ ก. มิได้ทำให้ผู้กระทำไร้สมรรถภาพในการทำงาน หรือขาดความรับผิดชอบต่อครอบครัวแต่อย่างใด แต่มีอยู่รายหนึ่งที่คุณสมรสต้องหย่าขาด

¹⁴¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 122, น.5

¹⁴² แพลและเรียบเรียงโดย อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ และ พรทิพย์ เพ็ชรศิริ, “ขอบเขตของกฎหมายอาญา,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่3, ปีที่9(2521), น.116-119

จากกันเพราะฝ่ายหนึ่งทนต่อการกระทำ ก. ของอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ พุดตามความจริงแล้วไม่เหมาะสมที่จะไปไหนมาไหนด้วย เพราะผู้กระทำการ ก. มักใช้เวลาว่างกระทำการ ก. เลียทั้งหมด และไม่มีใครพุดถึงเรื่องอื่นนอกจากการกระทำการ ก. ถ้าห้ามมิให้กระทำการ ก. ผู้กระทำการ ก. จะกลายเป็นคนเชื่องซึมและกล่าวว่าชีวิตไม่น่าอภิรมย์อีกต่อไป แต่มิได้รับความทุกข์ทรมานอย่างเหลือล้นแต่อย่างใด ทางด้านกายภาพ การกระทำการ ก. นั้น มิได้ประสบความสำเร็จทุกรายร่างกายแต่อย่างใด แม้ตามสถิติผู้กระทำการ ก. ที่เป็นพี่ชาย มีโอกาสที่จะเกิด คอโรนารีทรอมโบซิส(Coronary Tharombosis) ในช่วงหกสิบปีขึ้นไป มากกว่าผู้ที่ไม่กระทำการ ก. เล็กน้อย นอกเหนือจากความรำคาญที่เกิดต่อตัวผู้ต่อต้านการต่อต้านการกระทำ ก แล้ว การกระทำ ก นั้นมิได้ก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้อื่น แต่การประกอบการ ก นั้น ค่อนข้างจะทำให้เกิดเสียงดัง ดังนั้นเมื่อมีการกระทำ ก เกิดขึ้น บุคคลอื่นก็จะรู้ได้ทันที

ได้มีการค้นคว้าวิจัย ถึงผู้ต่อต้านการกระทำ ก. สรุปได้ว่า การต่อต้านการกระทำ ก. นั้นเป็นการแสดงเจตนาตอบโต้ ที่มิได้เกิดขึ้นโดยสมัครใจ การแสดงกริยาโต้ตอบเช่นนี้ อาจเกิดขึ้นแก่บุคคลโดยไม่จำกัดเพศ ชนชั้นของสังคม ระดับสติปัญญา ความเชื่อทางศาสนา และแบบของการศึกษาที่ได้รับ ผู้ต่อต้านการกระทำ ก. นั้น ได้รับความเดือดร้อนจากการประกอบกรรม ก. ซึ่งหน้าตาดูและนอกไปจากนั้น เมื่อใดที่มีความเชื่อว่ามีมีการประกอบการ ก. ขึ้นในละแวกบ้านของตนแล้ว ผู้ต่อต้านการกระทำ ก. จะมีความเดือดร้อนเช่นกัน ผู้ต่อต้านการกระทำ ก. เป็นจำนวนมาก เชื่อว่าการกระทำ ก. เป็นนิสัยติดตัว อันอาจเกิดขึ้นเพราะการชักชวน และเอาเยี่ยงอย่างผู้กระทำการ ก. เป็นนิสัยติดตัว ในละแวกบ้านนั้น และยังเชื่ออีกว่าการกระทำ ก. นั้น จะเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ เป็นอันตรายต่อสุขภาพและศีลธรรม (ถ้าตั้งคำถามให้แน่ชัดลงไปว่าผิดศีลธรรมอย่างไร คำถามก็คือ เพราะผู้กระทำการ ก. นั้น ได้รับความเพลิดเพลิน จนกระทั่งไม่มีเวลาเหลือเลย) เก้าสิบเก้าในร้อยของผู้ต่อต้านการกระทำ ก. เห็นควรให้ถือว่า การกระทำ ก. เป็น ผิดกฎหมาย และมีโทษถึงขั้นจำคุก

บุคคลส่วนใหญ่ที่เป็นกลาง และต้องการความสงบ อาจคิดหาเหตุผลในการตัดสินใจได้หลายทาง ในด้านศีลธรรม ผู้เป็นกลางอาจอ้างได้ว่า เมื่อการกระทำ ก. มิได้ก่อให้เกิดอันตรายอื่นใด นอกเหนือไปจากความรำคาญ อันเกิดต่อผู้ต่อต้านการกระทำ ก. ซึ่งเป็นบุคคลส่วนน้อย ผู้ต่อต้านการกระทำ ก. จึงไม่สมควรใช้กำลังประทุษร้ายและควรได้รับโทษจากการกระทำของตน ในด้านศีลธรรมอีกด้านหนึ่ง ซึ่งถือได้ว่ามีน้ำหนักเท่าเทียมกันผู้เป็นกลางอาจอ้างได้เช่นกันว่า เมื่อผู้กระทำการ ก. ก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้อื่น คือ ผู้ต่อต้านการกระทำ ก. ควรดเว้นการกระทำนั้นเสีย และถ้ามีความจำเป็น จะต้องลงโทษผู้กระทำการ ก. เมื่อพิจารณาเหตุผลโดยทั่วไปของทั้งสองฝ่ายแล้ว เราอาจเห็นได้ว่าข้อโต้แย้งดังกล่าว มีน้ำหนักเท่าเทียมกัน ถ้าเราจะเลือกฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เราอาจประสบความสำเร็จยากลำบาก ในการหาเหตุผลมาหักล้างอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ถ้าเราต้องการหาเหตุผลโดย

วิธีการอันเป็นอิสระ จากการให้เหตุทางศีลธรรมแล้ว เราอาจเริ่มต้นถามตนเอง และผู้ชำนาญการ บังคับใช้กฎหมายว่าการฟ้องคดีฐานกระทำการ ก.หรือการฟ้องบุคคลผู้ทำร้ายกระทำการ ก ประการ ไหนจะป้องกันมิให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยได้ โดยสิ้นเปลืองน้อยที่สุด คำว่า “สิ้นเปลือง” หมายความว่าถึง จำนวนของผู้ที่จะถูกลงโทษ และการใช้บุคลากรในการบังคับใช้กฎหมายอาญา คำถาม เช่นนี้เป็นคำถามที่ไม่ยากเกินที่จะตอบอย่างชัดเจนเป็นแน่

ไม่ว่ากรณีใด บุคคลที่เป็นกลางและรักสงบไม่ควรมองข้ามไปว่า อาจมี วิธีการอื่นนอกเหนือไปจากการใช้กฎหมายอาญา ที่ลดจำนวนการกระทำ ก. ลงได้อย่างได้ผล ถ้ามี วิธีการอื่น บุคคลที่เป็นกลางจะตั้งคำถามว่า วิธีการอื่นนั้นจะทำให้เกิดความทุกข์เวทนาและชุ่นเคือง น้อยลงหรือไม่ และถ้าวิธีการอื่นทำให้เกิดความทุกข์เวทนาและชุ่นเคืองน้อยลง จะมีผลพลอยได้อื่น หรือไม่ (ตัวอย่าง มีการผลิตยาที่มีประสิทธิภาพทำให้ผู้กระทำการ ก. มีความสุข มากกว่าการกระทำ ก. และวางขายในท้องตลาด การใช้วิธีการเช่นนี้มีผลต่อผู้เสพและครอบครัวของเขาอย่างไรหรือไม่) และถ้าคำตอบยังเป็นที่น่าพอใจอยู่ ต้องตั้งคำถามต่อไปว่า วิธีการเช่นนี้จะสิ้นเปลืองมากกว่าการใช้ บังคับด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยพิจารณาจากทุนทรัพย์ และกำลังคนที่ต้องใช้ในการนี้ แม้ว่าวิธีการนี้ จะสิ้นเปลืองกว่า แต่ถ้าไม่มากกว่าจนเกินไปแล้ว บุคคลที่เป็นกลางและรักสงบอาจตัดสินใจเลือก วิธีการดังกล่าวก็ได้”¹⁴³

หลักเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญาดังกล่าวจะช่วย แก้ปัญหาการเกิดกฎหมายอาญาเพื่อ(Over Criminalization)ขึ้นได้¹⁴⁴ เพราะหากรัฐมุ่งแต่จะควบคุม ไม่พิจารณาพิจารณาประสิทธิภาพและความสามารถกลไกในการบังคับใช้กฎหมายอาญาแล้ว กฎหมายก็ จะไร้ความหมายขาดความศักดิ์สิทธิ์ เปิดโอกาสให้เจ้าพนักงานของรัฐประพฤติมิชอบแสวงหา ประโยชน์จากกฎหมายเหล่านั้น และผู้ถูกบังคับใช้จะเกิดปฏิกิริยาเพราะถือว่าถูกเลือกปฏิบัติ¹⁴⁵ปัญหา ในแต่สังคมที่เกิดขึ้นย่อมแตกต่างกันไป การควบคุมพฤติกรรมของสมาชิกในสังคม การควบคุมสมาชิก ในสังคมหนึ่งย่อมแตกต่างกันออกไปจากอีกสังคมหนึ่ง ทั้งในด้านวิธีการและวัตถุประสงค์ วิธีการ ควบคุมโดยกฎหมายอาญาเป็นวิธีการหนึ่ง แต่มีปัญหว่า พฤติการณ์ชนิดใดสมควรถูกควบคุมโดย กฎหมายอาญา ซึ่งพฤติกรรมเช่นใดได้ให้คำตอบไว้ข้างต้น ซึ่งเป็นคำถามเสียใหม่ว่ากฎหมายอาญา

¹⁴³ เฟิ่งอ๋าง, น.116-119

¹⁴⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 122, น.7

¹⁴⁵ เฟิ่งอ๋าง, น.7

ควรมีขอบเขตอย่างไร¹⁴⁶ นอกจากนี้ นิเกล วอกเกอร์ ได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาหลายประการเป็นต้นว่า ต้องการคุ้มครองป้องกันซึ่งตัวบุคคล(และในบางครั้งคุ้มครองสัตว์ด้วย)จากการกระทำโดยเจตนา อันเป็นการโหดเหี้ยมทารุณหรือการประกอบกรรมทางเพศคุ้มครองป้องกันบุคคลจากภัยบางประการ อันเกิดจากการกระทำโดยไม่เจตนา(ตัวอย่างเช่น ภัยบนท้องถนน ภัยจากพิษ หรือโรคระบาดเป็นต้น) คุ้มครองป้องกัน กลุ่มคนที่อาจชักจูงให้หลงผิดได้โดยง่าย(นั่นคือ ผู้เยาว์หรือบุคคลผู้มีจิตใจไม่สมประกอบ) จากการทำร้าย กดขี่ เพื่อบังคับให้เกิดความเมตตากรุณาที่จำเป็น(เช่น ไม่ส่งเด็กไปโรงเรียนเมื่ออยู่ในวัยบังคับเรียน ไม่ช่วยเหลือผู้ที่อยู่ในภยันตราย) เพื่อป้องกันรักษาไว้ซึ่งสถาบันทางสังคม(เช่น พระมหากษัตริย์ ศาสนา) เพื่อบังคับใช้วิธีการต่างๆ ที่จะให้วัตถุประสงค์ทั้งหลายเหล่านี้บรรลุผล เช่น การขัดคำสั่งเจ้าพนักงาน การให้การเท็จ เป็นต้น¹⁴⁷

หลักเกณฑ์ข้างต้นมีลักษณะกว้างเกินไปจึงได้พยายามก่อตั้งหลักเกณฑ์ต่างๆให้ชัดเจนขึ้นอีก คือเป็นหลักเกณฑ์ว่าด้วยข้อจำกัด โดยไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้เพื่อวัตถุประสงค์บางประการหรือในสถานการณ์บางประเภท¹⁴⁸ ดังนี้

ข้อจำกัดประการที่ 1 กฎหมายอาญาไม่ควรรวมเอาไว้ซึ่งข้อห้าม ที่มีจุดประสงค์เพียงเพื่อให้บุคคลเชื่อฟัง และผลของการไม่เชื่อฟังคือผลร้ายในทางแก้แค้นตอบแทนเท่านั้น หลักเกณฑ์นี้มีผู้นำ คือ เบคคาเรีย ในหนังสือ อาชญากรรมและการลงโทษ ค.ศ.1764¹⁴⁹

ข้อจำกัดประการที่ 2 ข้อจำกัดประการที่สอง กฎหมายไม่ควรนำไปใช้เพื่อลงโทษพฤติกรรมที่ปราศจากพิษภัย

ข้อจำกัดประการที่ 3 ไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อนำไปสู่จุดประสงค์ที่จะสามารถทำให้บรรลุถึงจุดมุ่งหมายเดียวกันนั้น ด้วยวิธีการอื่นที่ทำให้เกิดความทุกข์เวทนาน้อยกว่า

ข้อจำกัดประการที่ 4 ไม่ควรนำกฎหมายอาญาไปใช้ ถ้ามีวิธีการอื่นที่สามารถลดจำนวนครั้งของการกระทำนั้น ลงมาได้เท่าเทียมหรือเกือบเท่าเทียมกับ การใช้กฎหมายอาญา แต่ก่อให้เกิดความทุกข์เวทนาน้อยกว่าการใช้กฎหมายอาญา

¹⁴⁶ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ และ พรทิพย์ เพ็ชรศิริ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 133*, น.102-103

¹⁴⁷ แปลและเรียบเรียงโดย อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ และพรทิพย์ เพ็ชรศิริ, “ขอบเขตของกฎหมายอาญา,” น.102-103 ฉบับที่ 3 ปีที่9(2521)

¹⁴⁸ *เพ็ชรอ้าง*, น.105

¹⁴⁹ Beccaria, On Crimes and Punishments 1764 อ้างใน อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ และพรทิพย์ เพ็ชรศิริ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 146*, น.105.

ข้อจำกัดประการที่ 5 ไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้ เมื่อผลร้ายที่เกิดจากการกระทำผิดนั้นน้อยกว่าผลร้ายที่เกิดจากการถูกลงโทษ

(3) แนวคิดของ Lon Fuller

ลอน ฟูลเลอร์(Lon Fuller) เห็นว่า กฎหมายและศีลธรรมมีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกัน ศีลธรรมเป็นเหตุผลที่แฝงอยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมาย ดังนั้น Lon Fuller จึงได้เสนอหลักเกณฑ์ในการบัญญัติกฎหมายอาญา ที่เหมาะสมไว้ 8 ประการ คือ¹⁵⁰

หลักเกณฑ์ข้อที่ 1 ต้องมีการวางเกณฑ์บังคับ เพื่อให้เกิดความแน่นอนชัดเจนในสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะควบคุม

หลักเกณฑ์ข้อที่ 2 เกณฑ์ดังกล่าวจะต้องเป็นการใช้ไปในอนาคต ไม่ใช่มุ่งย้อนไปในอดีต เพราะหากมีผลย้อนหลังเท่ากับบุคคลจะต้องถูกลงโทษสำหรับการกระทำในอดีต ในขณะที่การกระทำในขณะนั้นไม่เป็นความผิด

หลักเกณฑ์ข้อที่ 3 เกณฑ์ในการควบคุมต้องมีการเผยแพร่ให้ทราบทั่วกัน เพื่อให้ประชาชนทราบว่าการกระทำใดของตนที่จะถูกควบคุมหรือถูกบังคับตามกฎหมายดังกล่าว

หลักเกณฑ์ข้อที่ 4 เกณฑ์การควบคุมต้องมีลักษณะความรัดกุมเหมาะสม

หลักเกณฑ์ข้อที่ 5 เกณฑ์ควบคุมต้องไม่มีลักษณะขัดแย้งกับกฎหมายอื่นๆ เพื่อมิให้ประชาชนเกิดความสับสน

หลักเกณฑ์ข้อที่ 6 การปฏิบัติตามกฎหมายควบคุมดังกล่าวต้องสามารถปฏิบัติได้จริง เพราะเกณฑ์ที่ไม่สามารถปฏิบัติได้ย่อมทำให้การควบคุมไร้ประโยชน์

หลักเกณฑ์ข้อที่ 7 เกณฑ์การควบคุมนั้น ต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา เพราะความแน่นอนชัดเจนส่งผลให้เกิดการปฏิบัติตามได้

หลักเกณฑ์ข้อที่ 8 เกณฑ์การควบคุมที่เผยแพร่ให้ทราบทั่วกันนั้นต้องสอดคล้องกับแนวทางการปฏิบัติในการควบคุมของเจ้าหน้าที่ซึ่งรับผิดชอบดูแลและบังคับใช้เกณฑ์ดังกล่าว เพื่อให้ประชาชนเห็นผลที่เกิดขึ้นชัดเจนว่าจะเกิดผลอย่างไรกับตนเองหากละเลยเพิกเฉย

(4) แนวคิดของนักปราชญ์และสำนักความคิดอื่นๆ

¹⁵⁰ Austin M. Chingengo, Essential Jurisprudence, London : Cavendish Publishing Limited, 1995, p.68 อ้างใน วิภาพร เนติจิโรชิตี, การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป : ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา,(นิติศาสตรมหาบัณฑิต : บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต,2548). น.47-48

นอกเหนือจากนักคิดทั้งสามท่านแล้ว สำนักคิดและความคิดในการกำหนดความผิดและขอบเขตของกฎหมายอาญาที่ควรจะได้กล่าวถึง ได้แก่ หลักความเป็นอันตราย(Harm Principle) เจ้าของหลักการ คือ John Stuart Mill วางหลักการเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ว่า การจำกัดเสรีภาพเป็นเรื่องไม่ดี เราควรจะจำกัดเสรีภาพเมื่อจำเป็นเพื่อป้องกันผลร้าย(Harm) ที่จะเกิดกับผู้อื่นเท่านั้น¹⁵¹ แนวคิดนี้ได้นำมายืนยันอีกครั้งโดยศาสตราจารย์เอช แอล เอ ฮาร์ท(H.L.A Hart) แห่งมหาวิทยาลัยออกฟอร์ด ได้นำแนวคิดของ จอห์น สจวต มิลล์ (John Stuart Mill) ที่เขียนในหนังสือ On Liberty มาอธิบายโดยศาสตราจารย์ฮาร์ท ได้หยิบยกคำกล่าวของมิลล์มากล่าวอ้างในหนังสือของตนชื่อ law, Liberty and Morality ไว้ดังนี้

“...เหตุผลในการใช้อำนาจเหนือบุคคลในสังคมที่เจริญแล้วมีอยู่เพียงประการเดียวเท่านั้น คือ เพื่อป้องกันอันตรายที่จะเกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น...”¹⁵²

แนวคิดสมัยใหม่ ได้นำหลักความสงบเรียบร้อยของคนในสังคมเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการกระทำใดสมควรมีความรับผิดชอบทางอาญา(Community Welfare Approach) แต่ยังมีข้อจำกัดในเรื่องผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ในสังคมหนึ่ง อาจไม่เป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของอีกสังคมหนึ่ง สรุปแนวความคิดใหม่ นำเอาความสงบเรียบร้อยของสังคมเป็นไปกำหนดความรับผิดชอบของผู้กระทำ องค์ประกอบในส่วน นั้นมีผลแนวคิดดั้งเดิม ผลทางกฎหมายหรือบทลงโทษยังปะปนกันทางแพ่ง อาญาและทางปกครอง การลงโทษสมัยดั้งเดิมมุ่งที่การแก้แค้นให้สาสม มีความรุนแรง ไม่คำนึงถึงหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มุ่งตัดขาด แยกให้ผู้กระทำผิดออกจากสังคมอย่างเด็ดขาด โดยแนวคิดสมัยใหม่ มีการพัฒนาแนวคิดในการลงโทษโดยแบ่งผลทางกฎหมายหรือบทลงโทษทางแพ่ง อาญาและทางปกครองให้ชัดเจน การลงโทษอาญาสมัยใหม่คำนึงถึงหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ปรับปรุง แก้ไขพฤติกรรมเพื่อให้กลับคืนสู่สังคม

ในการกำหนดความผิดสำหรับคนต่างด้าวที่ฝ่าฝืนมาตรการของรัฐในการเข้าเมืองและจำเป็นต้องกำหนดผลร้ายในทางที่เป็นโทษโดยพฤติกรรมที่ฝ่าฝืน คือ การฝ่าฝืนคำสั่ง คำ

¹⁵¹ สืบค้นเมื่อวันที่ 13 สิงหาคม 2560, จาก <http://documents.routledge-interactive.s3.amazonaws.com /9781138793934/A2/Mill/MillHarm.pdf>.

¹⁵² H.L.A. Hart, Law, Liberty and Morality, (California : Stanford University Press, reprinted 1965), p.4 อ้างใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 122, น.3

บังคับของรัฐในการจัดระเบียบซึ่งเป็นเทคนิคที่ปรากฏในพระราชบัญญัติที่มีโทษในทางอาญา¹⁵³ ซึ่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองเป็นกฎหมายฉบับหนึ่งที่มีโทษทางอาญาที่เกิดจากการฝ่าฝืนคำสั่งของเจ้าพนักงานเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งแนวคิดในการกำหนดความผิดทางปกครองให้มีโทษในทางปกครอง นักวิชาการเรียกความผิดเหล่านี้ว่า “การแปรรูปความผิดทางอาญา”¹⁵⁴

หลักการกำหนดความผิดและโทษในระบบกฎหมายไทยจำเป็นต้องยึดถือหลักนิติธรรมเป็นหลัก นอกเหนือจากหลักการต่างที่กล่าวมาต้องเปิดรับแนวคิดและประโยชน์ของศาสตร์ต่างๆมาใช้ในการพัฒนารูปแบบของกฎหมายรูปแบบในการกำหนดความผิดควรคำนึงถึงปัจจัยต่าง 3 ประการ¹⁵⁵ ปัจจัยประการแรก ความเสียหายหรือผลกระทบของการกระทำนั้นๆ(Harm)หรือระดับความอันตรายต่อสังคม(The Degree of Danger) ปัจจัยประการที่สอง ลักษณะของความรุนแรงของการกระทำหรือความก้าวร้าว(Aggressive) ของการกระทำ(Gravity of the Offence) ประการที่สาม ปฏิกริยาตอบสนองหรือความหวาดกลัวของคนในสังคมส่วนใหญ่(Social Response)

2.3.2 แนวคิด ทฤษฎีการกำหนดลงโทษ

2.3.2.1 ความหมาย ลักษณะ และประเภทของโทษ

(1) ความหมาย

“โทษ”เป็นวิธีการจัดการกับผู้ฝ่าฝืนระเบียบแบบแผนของสังคมทั้งที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการ โทษเป็นสิ่งที่จำเป็นที่มีมา ตั้งแต่มนุษย์อยู่รวมกันเป็นสังคม หลังจากสังคมมีขนาดใหญ่ขึ้นการลงโทษมีพัฒนาการและกฎเกณฑ์มากขึ้น นับถึงปัจจุบันวิธีการลงโทษมีลักษณะหลากหลายไม่ว่าวิธีการลงโทษ หน่วยงานองค์กรในการจัดการโทษ การลงโทษเป็นสิ่งที่จำเป็นเพื่อให้สังคมอยู่อย่างเป็นระเบียบเรียบร้อย ในตำราความหมายของ “โทษทางอาญา”เป็นผลร้ายที่รัฐนำมาใช้แก่ผู้กระทำความผิด การลงโทษเป็นการแสดงออกของสังคมในการดำเนินผู้กระทำความผิดอยู่ในตัว โดยพิจารณาจากการใช้ ลักษณะของความเจ็บปวดที่ได้รับ หรือผลร้ายของการกระทำความผิด ที่จัดว่าเป็นโทษ

¹⁵³ ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง : อาชญากรรม ความรับผิด และโทษ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), น.33

¹⁵⁴ เพ็งอ้าง, น.33

¹⁵⁵ สกล นิสารัตน์, “กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม : แนวความคิดทางด้านปรัชญาและความยุติธรรมทางสังคม,”(วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น.49-50

ในความหมายอย่างกว้าง มีโทษทางอาญา วิธีการเพื่อความปลอดภัย การดำเนินของสังคม อย่างไรก็ตาม ความหมายดังกล่าวมีนักวิชาการได้ให้ความหมายและความเห็นที่แตกต่างกันหลากหลาย¹⁵⁶

(2) ลักษณะของโทษ

ในการควบคุมคนเข้าเมืองการกำหนดโทษมีลักษณะสำคัญสองประการ ประการแรกเป็นโทษในความหมายของโทษที่ใช้ในกฎหมายอาญาทั่วไป กล่าวคือ มีความร้ายแรงซึ่งกระทบต่อร่างกายและทรัพย์สินของผู้ต้องโทษ ลักษณะของโทษในทางอาญาจึงต้องมีความชัดเจน มิฉะนั้นอาจมีผู้นำโทษที่มีลักษณะทางอาญาไปบัญญัติเรียกชื่ออย่างอื่น ทำให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนถูกลิดรอนไปได้โดยง่าย¹⁵⁷ ต้องเป็นไปตามกฎหมาย นอกจากโทษตามนัยกฎหมายอาญาแล้วมาตรการอื่นมีลักษณะคล้ายโทษหรือมาตรการเสริมในการควบคุมคนเข้าเมืองเป็นวิธีการในการในการจัดการและควบคุมต่างด้าวเช่นกัน

(3) ประเภทของโทษ

เป็นสภาพบังคับในทางอาญาจะเป็นความผิดอาญาที่สมบูรณ์ต้องมีมาตรการบังคับ¹⁵⁸วิธีการลงโทษจะมีประวัติการลงโทษเริ่มมาตั้งแต่เมื่อใดยังไม่ปรากฏ นำสันนิษฐานว่าเป็นประเพณีของชนบางหมู่เหล่าในสมัยโบราณปฏิบัติสืบเนื่องกันมา ความรุนแรงร้ายแรงเป็นไปตามกาลสมัยและความเจริญของมนุษย์ในยุคหนึ่งๆ โดยมีความเกี่ยวข้องกับลัทธิความเชื่อศาสนา ตลอดจนการถือผีสางเทวดา และสิ่งที่เชื่อว่ามีศักดิ์สิทธิ์ มีอำนาจดลบันดาลทั้งในทางดีและทางชั่วได้ พอจะสรุปได้ข้อใหญ่ๆ ได้ 4 ประการ¹⁵⁹

ประการแรก ลงโทษให้ได้รับการทรมานทางกาย เช่น ตัดมือตัดเท้า เขียน ฯลฯ เดิมนั้นเลิกใช้ในหลายประเทศ เพราะถือว่าไม่ได้ผลในการปราบปราม แม้จะทำให้ผู้ต้องรับโทษ

¹⁵⁶ สหชน รัตนไพจิตร, “ความประสงค์ของการลงโทษทางอาญา : ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), น.4-10

¹⁵⁷ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), น.207-208.

¹⁵⁸ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, ทฤษฎีอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2556), น.73

¹⁵⁹ ไชยเจริญ สันติศิริ, คำบรรยายอาชญาวิทยาและพัฒนาวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 3, (พระนคร : โรงพิมพ์ไทยพิทยา, 2506), น.9

เกรงกลัว แต่ก็ทำให้ความประพฤติเลวลงไป ส่วนโทษเขียนมีผลในการปราบปรามแต่ไม่เป็นผลในการอบรมสั่งสอน โทษเขียนดีในสมัยโบราณใช้คำว่าโบย ตีด้วยหวายหรือไม่ไฟ

ประการที่สอง ลงโทษโดยวิธีลดฐานะในทางสังคม เช่น การเยาะเย้ย มัดประจาน ประกาศความผิดให้เกิดความอับอาย วิธีนี้เห็นว่าจะจะเป็นวิธีการควบคุมสังคมได้ผลดีกว่าทางกฎหมาย

ประการที่สาม ลงโทษโดยตัดออกจากหมู่คณะ(Banishment) ซึ่งอาจเป็นการเนรเทศหรือประหารชีวิตก็ได้ วิธีการนี้กำจัดผู้กระทำผิดให้พ้นไปจากสังคม ส่วนมากเป็นความผิดที่ละเมิดต่อข้อห้ามในทางศาสนา(Taboos) ที่ไม่สู้จะร้ายแรงนัก วิธีเนรเทศ เป็นการหาทางกำจัดผู้กระทำผิดให้พ้นไปจากสังคม มีมาตั้งแต่สมัยดึกดำบรรพ์ พวกกรีซนำมาใช้กำจัดนักการเมืองฝ่ายตรงข้าม¹⁶⁰

ประการที่สี่ ลงโทษในทางทรัพย์สิน เช่น การริบทรัพย์สิน

2.3.2.2 วัตถุประสงค์การลงโทษ(Objective of Punishment)

การลงโทษ(Punishment)เป็นการทำให้เจ็บปวดให้ได้รับความยากลำบากเป็นผลของการกระทำผิดที่ถูกกำหนดขึ้น¹⁶¹ โดยวัตถุประสงค์การลงโทษหรือความมุ่งหมายของการลงโทษเป็นกระบวนการใช้มาตรการทางกฎหมายควบคุมสังคม (Law as a Form of Social Control) เพื่อจำกัดขอบเขตความประพฤติของแต่ละบุคคล ในอันที่จะรักษาไว้ซึ่งความปลอดภัย ความเป็นระเบียบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดีและเสถียรภาพทางสังคม วัตถุประสงค์ของการลงโทษมี 6 ประการ¹⁶² ดังนี้

(1) เพื่อการแก้แค้น ทดแทน(Retribution)

การแก้แค้นทดแทน(Retribution) เป็นการลงโทษมีวัตถุประสงค์เพื่อให้สังคมได้พอใจกับพฤติกรรมไม่สมควรให้สาสมกับพฤติกรรม ทฤษฎีนี้ถือว่าการลงโทษเป็นการชดใช้(Expiation) ให้แก่สังคม ในความผิดที่ผู้กระทำผิดได้กระทำลงไป โดยนำสิ่งที่ตนเอาไปจากสังคม กลับคืนไปให้สังคมดังเดิม ผู้กระทำผิดได้ก่อให้เกิดความไม่สงบสุขในสังคมก็จำเป็นต้องแก้แค้น

¹⁶⁰ไชยเจริญ สันติศิริ, เพิ่งอ้าง, น. 15-16

¹⁶¹ Herbert L. Packer, *The Limits of The Criminal Sanction*, (California : Stanford University Press, 1968), p. 21. อ้างใน สกล นิสารัตน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 155*, น. 63

¹⁶² อรรถพร ชูบำรุง และ อุนิษา เลิศโตมรสกุล, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 45*, น. 264

(Revenge) ตอบแทนด้วยการลงโทษ¹⁶³ การลงโทษเพื่อชดเชยหรือแก้แค้นความผิดเป็นรูปแบบที่เก่าแก่ที่สุด¹⁶⁴ เป็นหลักการลงโทษจากหลักความรู้สึกของชุมชน อาชญากรรมเป็นหนี้กรรมต้องชดใช้

(2) เพื่อการข่มขู่ ยับยั้ง(Deterrence)

การลงโทษเพื่อข่มขู่ มีความหมายเดียวกับความประสงค์ คือการป้องกันเน้นที่ปริมาณโทษเพื่อให้คนกลัวและยับยั้งไม่กล้ากระทำความผิดอีก¹⁶⁵ เพื่อยับยั้งเป็นการทั่วไป(General Deterrence)เป็นการทำให้สมาชิกในสังคมไม่กล้าฝ่าฝืนกฎหมายโดยการลงโทษผู้กระทำความผิดให้ประจักษ์แก่คนอื่น ๆ โดยมีความเชื่อว่าการลงโทษผู้กระทำความผิดหนึ่งจะยับยั้งไม่ให้คนอื่นกระผิดเช่นนั้น ส่วนการยับยั้งตัวบุคคล(Specific Deterrence) ทำให้บุคคลนั้นเกรงกลัวต่อกฎหมาย ไม่กล้าทำผิดอีก¹⁶⁶ โดยการลงโทษเพื่อข่มขู่ได้วิวัฒนาการในตอนปลายศตวรรษที่ 18 ซึ่ง เบนธัม(Bentham) และ เบคคาเรีย มีความเห็นพ้องกันว่า การลงโทษที่สมเหตุสมผลมิใช่เป็นการทรมานแก่ผู้กระทำความผิด แต่การลงโทษมีผลพอเพียงต่อการข่มขู่ มิให้ผู้กระทำความผิดอื่นกระทำความผิดเช่นนั้นอีก¹⁶⁷ ปัญหาในการบังคับใช้ พ.ร.บ.คนเข้าเมืองฯ ไม่สอดคล้องกับทฤษฎีนี้หลายประการ คือ รัฐจะให้รางวัลโดยยกเว้นความผิดกับคนทำผิดที่ฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองที่เป็นที่การหลบหนีเข้าเมืองบ่อยครั้ง ความผิดฐานหลบหนีเข้าเมืองจึงเพิ่มมากขึ้นๆ

การลงโทษข่มขู่ให้มีประสิทธิภาพ นักอาชญาวิทยาให้ความเห็นว่าจำเป็นต้องพิจารณาจากโครงสร้างและค่านิยมของสังคมและประวัติศาสตร์ที่แตกต่างกัน ดังนั้น ต้องคำนึงถึงสภาพการณ์ทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม การลงโทษในอีกประเทศหนึ่งอาจประสบความสำเร็จในประเทศหนึ่ง ประการที่สองจำเป็นต้องคำนึง คือ ลักษณะของอาชญากรรม โจอาเนส แอนเดเนส

¹⁶³ ประสบสุข บุญเดช, “ลักษณะความผิดและดุลพินิจในการกำหนดโทษ”, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์, ไม่ปรากฏสำนักพิมพ์, หน้า 1

¹⁶⁴ ประเสริฐ เมฆมณี, หลักทัณฑ์วิทยา, (กรุงเทพมหานคร : บจ.บพิตรการพิมพ์, 2523), น.65

¹⁶⁵ สหอน รัตนไพจิตร, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 156, น.48

¹⁶⁶ ศักดิ์ชัย เลิศพานิชพันธุ์ และคณะ, รายงานผลฉบับสมบูรณ์ การศึกษาแนวทางและความเป็นไปได้ในการนำมาตรการลงโทษระดับกลางมาใช้เพื่อมาตรการทางเลือกในการลงโทษผู้กระทำความผิดในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทย, (กรุงเทพมหานคร : ม.ป.พ., 2551), น.15

¹⁶⁷ ประเสริฐ เมฆมณี, หลักทัณฑ์วิทยา, (กรุงเทพมหานคร : บจ.บพิตรการพิมพ์, 2523), น.

ได้ศึกษาผลแห่งการลงโทษผู้กระทำความผิดอัตราส่วนในการข่มขู่มีผลลัพธ์ต่างกันระหว่างอาชญากรประเภทฆาตกรรม ลักทรัพย์¹⁶⁸

(3) เพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม(Incapacity)

เป็นวัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสกลับมากระทำความผิดอีก เช่น การประหารชีวิต การควบคุมตัว ในการจัดการกับคนต่างชาตวิธีหนึ่งนำมาใช้แพร่หลายและมีมาตั้งแต่สมัยดั้งเดิมในกฎหมายคนเข้าเมือง คือ การเนรเทศ ให้พ้นไปจากสังคม โดยเฉพาะให้ไปอยู่ในที่ห่างไกล ข้ามน้ำข้ามทะเลยากที่คนต่างด้าวจะกลับเข้ามาสร้างความเดือดร้อนให้กับสังคมได้อีก

(4) เพื่อฟื้นฟูผู้กระทำความผิด(Rehabilitation)

วัตถุประสงค์การลงโทษลักษณะนี้เพื่อเปลี่ยนแปลงพฤติกรรม มีวัตถุประสงค์ในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด ความผิดเกี่ยวกับการฝ่าฝืนเป็นมาตรการทางปกครองที่รัฐเอาโทษกับผู้กระทำความผิด เป็นความผิดรู้ตัวผิด พื้นฐานความผิดผู้กระทำความผิดมิได้มีจิตใจชั่วร้าย ดังนั้นการฟื้นฟูอาจไม่มีประโยชน์อะไร การฟื้นฟูรัฐมีต้นทุนเพิ่มขึ้น และการฟื้นฟูเพื่อให้ผู้ถูกลงโทษกลับมาอยู่ร่วมในสังคมได้อีก ในกฎหมายคนเข้าเมืองมีการสร้างมาตรการที่เป็นการให้โอกาสน้อยกว่ากฎหมายที่มีโทษทางอาญาอื่นๆ น่าจะเป็นเพราะรัฐได้ให้ความสนใจแก่พลเมืองมากกว่าการจะให้ความคุ้มครองคนต่างด้าว การจะฟื้นฟูคนต่างด้าวที่ทำผิดไม่มีประโยชน์ต่อสังคม แต่ในแง่ของสิทธิมนุษยชนหากเป็นความผิดไม่ร้ายแรง แนวคิดการฟื้นฟูผู้กระทำความผิดได้รับการยอมรับมากขึ้นตามลำดับ

วัตถุประสงค์ของการลงโทษผู้กระทำความผิดทั้ง 4 ประการนี้ ศาลยุติธรรมไทยได้นำหลักการทั้งสี่ประการ ปรับใช้สลับกันไปตามความเหมาะสมกับจำเลยแต่ละคน(Individualization) โดยคำนึงถึงมาตรการป้องกัน(Preventive Measure) และมาตรการแก้ไข(Rehabilitative) จำเลยแต่ละคนด้วยการลงโทษเพื่อแก้แค้นให้เกิดความกลัวไม่กล้ากระทำความผิด¹⁶⁹ อย่างไรก็ตามการให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายตุลาการและฝ่ายบริหารในการบังคับใช้โทษที่ไม่แน่นอนและหลากหลายจะเกิดสถานการณ์ในการเลือกปฏิบัติและจะทำให้ไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของการลงโทษ

2.3.2.3 หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษและสัดส่วนการลงโทษ

¹⁶⁸ เพิ่งอ้าง, น.61

¹⁶⁹ ประสพสุข บุญเดช, ลักษณะความผิดและดุลพินิจในการกำหนดโทษ, (ม.ป.ท. : ,ม.ป.พ. ,ม.ป.ป.), น.2

การฝ่าฝืนกฎหมายและกระทำการที่ควรบ่งชี้ประกอบความผิดแล้ว ปัญหาว่าควรจะนำโทษอย่างไร ลักษณะไหนมาใช้ การกำหนดโทษที่ไม่เหมาะสมกับพฤติกรรมมีผลต่อหลักการควบคุมและมีผลต่อหลักการคุ้มครองเสรีภาพของบุคคล(Due Process)มีข้อพิจารณาในการกำหนดโทษเพื่อควบคุมคนเข้าเมือง ดังนี้

(1) พิจารณาจากการฝ่าฝืนคุณธรรมทางกฎหมาย

การกำหนดโทษจำเป็นต้องได้สัดส่วนกับการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย ประกอบด้วย เช่น ในความผิดมุ่งคุ้มครองต่อชีวิต การละเมิดต่อชีวิตผู้อื่น สัดส่วนจำเป็นต้องเทียบเท่า หรือ ในความผิดในกฎหมายคนเข้าเมืองเป็นความผิด Mala Prohibita โทษควรพิจารณาจากความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมายใกล้เคียงกัน ซึ่งเป็นการเปรียบเทียบระหว่างความร้ายแรงของความผิดกับโทษ การละเลยต่อหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายคนเข้าเมือง หากนำโทษที่เป็นความผิดในตัวเอง(Mala in se)มากำหนดจะไม่เป็นไปตามสัดส่วน

ในประเทศต่างๆการกำหนดโทษในกฎหมายอาจจัดกลุ่มความผิดตามขนาดความรุนแรงของความผิด ตัวอย่างการกำหนดความผิดในต่างประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศสยุคแรกแบ่งเป็นอาชญากรใหญ่และอาชญากรเล็กโดยพิจารณาจากความเสียหายที่อาชญากรก่อขึ้นและการกระทบกระเทือนต่อรัฐ¹⁷⁰ นอกจากนี้ยังมีการกำหนดความผิดที่เป็นความผิดเล็กน้อย ผู้กระทำความผิดเล็กน้อยไม่เรียกว่าเป็นอาชญากรเพราะเป็นการกระทำฝ่าฝืนกฎระเบียบของสังคมเท่านั้น¹⁷¹

ในกฎหมายไทยกล่าวถึงสัดส่วนการลงโทษตามพระอัยการกบฏศึก ได้สะท้อนการกำหนดความผิดแก่คนต่างด้าวกล่าวถึงความเป็นโจร แม้ก่อความเดือดร้อนก็ไม่กระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยของบ้านเมือง มีการลดหย่อนผ่อนโทษให้ได้¹⁷² แต่ถ้ากระทบกระเทือนอาจทำให้บ้านเมืองแตกดับเสียแก่อธิราชศัตรูกฎหมายจะปราณีต่อผู้คิดร้ายต่อแผ่นดินไม่ได้

(2) พิจารณาจากหลักอาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา

อาชญาวิทยาเป็นวิชาการที่เกี่ยวกับสาเหตุอาชญากรรม การเกิดและการควบคุมอาชญากรรมซึ่งเป็นการอธิบายเนื้อหาของวิชาอาชญาวิทยาและในเนื้อหาอาจให้ความหมาย

¹⁷⁰ ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 153*, น.169

¹⁷¹ เพิ่งอ้าง, น.170

¹⁷² ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, *กฎหมายสมัยอยุธยา*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559), น.138

แตกต่างกันบ้างแต่เกี่ยวข้องกับกฎหมายและสังคม¹⁷³ซึ่งเกี่ยวข้องกับมนุษย์ที่รวมอยู่กันเป็นสังคม คนต่างด้าวทำผิดเกิดจากสาเหตุแรงหนุนทั้งปัจจัยหลายด้านสถานการณ์การเมืองภายในประเทศ สภาพสังคมเศรษฐกิจภายในประเทศและสาเหตุอื่นๆ อาชญากรรมคนเข้าเมืองเกี่ยวกับการทำงานผิดกฎหมายและการหลบหนีเข้าเมืองสาเหตุส่วนใหญ่ใหญ่มาจากปัจจัยทางสังคม การกำหนดโทษจำเป็นต้องพิจารณาจากบุคลิกภาพ(Personality)¹⁷⁴ โดยเฉพาะผู้กระทำความผิดโดยบังเอิญหรือเป็นความผิดติดนิสัย แก้ไขได้หรือไม่ แม้ในพฤติการณ์และความจำเป็นที่แตกต่างกันการกำหนดความผิดแก่คนต่างด้าว จะต้องพิจารณาหรือหลักดังกล่าวด้วย

ทัณฑวิทยา(Penology) หมายถึง วิชาที่ศึกษาเกี่ยวกับการลงโทษ และและการแก้ไขผู้กระทำความผิด¹⁷⁵การลงโทษจำเป็นต้องให้เหมาะสมกับความผิดแต่ละคน¹⁷⁶ หลักการนี้หมายถึงกรณีที่มีการสร้างความเสียหายให้กับสังคมเท่ากัน การลงโทษให้แตกต่างกันเพราะแม้โทษลักษณะเดียวกันขนาดการลงโทษเท่ากันมีผลในการป้องกัน ยับยั้งและแก้ไขไม่เท่ากันในผู้กระทำความผิดแต่ละราย และโทษลักษณะเดียวกันอาจไม่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดทุกคน จำเป็นต้องพิจารณาจากตัวบุคคล เนื่องจากโทษไม่มีผลเป็นการข่มขู่บุคคลให้กลัวกระทำความผิดเท่ากันทุกคน¹⁷⁷ การฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองมีการกำหนดมาตรการต่อผู้ฝ่าฝืนหลากหลายรูปแบบ ตั้งแต่วิธีการเป็นผลร้ายต่อเสรีภาพ ทรัพย์สินหรือเสรีภาพในการดำรงชีพกับครอบครัว ผลร้ายประการหนึ่งในกฎหมายคนเข้าเมืองประเทศต่างๆ กำหนดวิธีการลงโทษคนต่างด้าวฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมือง คือ การส่งหรือเนรเทศออกไปจากประเทศที่พักอาศัย หากความผิดดังกล่าวเป็นความผิดเล็กน้อยแต่ลงโทษถึงขั้นเนรเทศสำหรับคนต่างด้าวที่มีถิ่นฐานอย่างมั่นคงในประเทศใดประเทศหนึ่งแล้ว การเนรเทศอาจไม่เหมาะสม วิธีการลงโทษไม่เหมาะสมไม่อาจบรรลุเป้าหมายของการลงโทษและการลงโทษเป็นตราบาปในการใช้ชีวิตปกติของมนุษย์ การกำหนดโทษในกรณีคนต่างด้าวฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองหรือการกำหนดความผิดและโทษคนต่างด้าวในการฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมือง หากจะให้เกิดความเรียบร้อยในสังคมรัฐต้องไม่ออก

¹⁷³ อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), น.26-27

¹⁷⁴ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 20 (กรุงเทพมหานคร : สำนักมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.247

¹⁷⁵ อัจฉริยา ชูตินันท์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 173, น.129

¹⁷⁶ ปกป้อง ศรีสนิท, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 153, น.175

¹⁷⁷ สหณ รัตนไพจิตร, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 156, น.54

กฎหมายเพื่อให้ฝ่ายบริหารในการเลือกจัดการกับคนต่างด้าวได้หลายวิธีในพฤติกรรมเดียวกันเพราะการทำหน้าที่ของฝ่ายบริหารไม่มีหลักประกันที่ผ่านความยินยอมหรือเห็นชอบจากประชาชน

ในการพิจารณาลงโทษคนต่างด้าวโดยพิจารณาหลักการทางอาญาวิทยา และทัณฑวิทยา มีหลักการที่ลงโทษซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่าการลงโทษต้องสอดคล้องและให้สมประโยชน์ของวัตถุประสงค์แห่งการลงโทษตามแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับลงโทษเพื่อการแก้แค้น ช่มชู้ ยับยั้ง เพื่อป้องกันและตัดโอกาสในการทำผิด และการแก้ไขฟื้นฟู และการลงโทษต้องเหมาะสมกับตัวผู้กระทำผิด¹⁷⁸

(3) พิจารณาจากหลักนิติเศรษฐศาสตร์

การนำหลักนิติเศรษฐศาสตร์ มาใช้กับการพิจารณาโทษทางอาญานั้น Gary Becker ได้เสนอแนวคิดเรื่อง “เศรษฐศาสตร์อาชญากรรม”(Economic of Crime) โดยเสนอว่าอาชญากรทุกคนมีเหตุผลในการกระทำผิด โดยการตัดสินใจกระทำผิดของอาชญากรขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์ระหว่างประโยชน์คาดหวัง(Expected Gain) ที่อาชญากรคาดหวังว่าจะได้รับ กับ การลงโทษคาดหวัง(Expected Punishment) ที่อาชญากรคาดว่าจะได้รับในลักษณะเดียวกับหลักการวิเคราะห์ต้นทุนและผลประโยชน์ทางเศรษฐศาสตร์¹⁷⁹ หรือกล่าวอีกแง่หนึ่งอาชญากรจะคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดที่ตนจะได้รับจากการประกอบอาชญากรรมว่ามีความคุ้มค่ามากน้อยเพียงใด ในลักษณะที่การประกอบอาชญากรรมที่ตนจะได้รับจากการประกอบอาชญากรรมมีการคุ้มค่ามากน้อยเพียงใด ในลักษณะที่การประกอบอาชญากรรมเป็นการลงทุนอย่างหนึ่งนั่นเอง ด้วยแนวคิดดังกล่าว หากรัฐไม่ต้องการให้เกิดอาชญากรรมในสังคม รัฐสามารถทำได้สองประการ

ประการแรก คือ เพิ่มต้นทุนของอาชญากร ในการประกอบอาชญากรรม ได้แก่การเพิ่มโทษให้สูงขึ้น หรือเพิ่มโอกาสในการจับกุมผู้กระทำผิด โดยรูปแบบทางเศรษฐศาสตร์ของอาชญากรรมนั้น อาจกำหนดเป็นสมการได้ว่า “ต้นทุนของผู้กระทำผิด = ขนาดของบทลงโทษ X โอกาสในการถูกจับกุม”¹⁸⁰ การเพิ่มโอกาสในการจับกุมผู้กระทำผิดนั้น อาจกล่าวได้ว่ากลับเป็นการสร้างต้นทุนให้กับสังคม เช่น ต้องเพิ่มปริมาณตำรวจ หากแต่ต้องกำหนดให้สอดคล้องกันทั้งระบบ

¹⁷⁸ Norval Morris and Calin Howard,(1964), Study in Criminal Law, p.159. อ้างใน อัจฉริยา ชูตินันท์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 173, น.135

¹⁷⁹ ปกป้อง ศรีสนิท, “การวิเคราะห์โทษด้วยหลักนิติเศรษฐศาสตร์,” วารสารนิติศาสตร์, เล่ม 3, ปีที่ 39, น.514 (กันยายน 2553)

¹⁸⁰ เพ็งอ้าว, น.516

มีฉะนั้นอาจนำมาซึ่งความล้มเหลวของโทษทางอาญาได้ การกำหนดโทษอาญาที่ดีนั้นต้องมีลักษณะ “ป้องปรามส่วนเพิ่ม(Marginal Deterrence)” ได้ด้วย ต้องมีการกำหนดโทษตามขนาดความร้ายแรงของอาชญากรรม¹⁸¹

ประการที่สอง คือ การลดผลประโยชน์ที่อาชญากรจะได้รับ เช่น ตัดโอกาสที่อาชญากรจะได้รับจากการประกอบอาชญากรรม โดยในทางอาญามาตรการในการฟอกเงิน หรือริบทรัพย์ซึ่งได้มาจากการกระทำความผิดอันเป็นการตัดเงินหมุนเวียนของอาชญากร โดยผลประโยชน์ที่อาชญากรอาจได้รับกำหนดเป็นสมการว่า “ผลประโยชน์ของผู้กระทำผิด = มูลค่าทรัพย์สินที่ผู้กระทำผิดได้รับ x โอกาสหลบหนีจากกระบวนการยุติธรรม” ต้นทุนของอาชญากรในความผิดเกี่ยวกับการเข้าเมือง หากการกำหนดความผิดและโทษในกฎหมายคนเข้าเมือง เป็นความผิดที่ไม่มีผู้เสียหาย (Victimless Crime)¹⁸² เป็นความผิดที่รัฐเท่านั้นเป็นผู้เสียหาย เช่น ความผิดเกี่ยวกับการหลบหนีเข้าเมือง อยู่เกินกำหนดอนุญาต ความผิดดังกล่าวจะเริ่มดำเนินคดีได้รัฐเท่านั้นที่จะเริ่มต้นคดีได้ นอกจากนี้ความผิดเกี่ยวกับการเข้าเมืองต้องถือว่าเป็นความผิดที่ซับซ้อน (Complex Crime)¹⁸³ คือ ความผิดที่สืบหาตัวผู้กระทำผิดและพิสูจน์ได้ยากเพราะไม่ปรากฏหลักฐาน¹⁸⁴ โอกาสที่ผู้ถูกกระทำผิดก็น้อย ดังนั้น การชดเชยต้นทุนที่ลดลงของอาชญากรคือการเพิ่มโทษให้หนักขึ้นในความผิดเหล่านั้น¹⁸⁵

(4) พิจารณาจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

การลงโทษจำเป็นต้องพิจารณาจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1949 กำหนดห้ามการลงโทษที่โหดร้ายหรือหนัก

¹⁸¹ เมธินี สารสุวรรณ, “ความเหมาะสมของโทษประหารชีวิตในความผิดตามกฎหมายอาญา”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น.15

¹⁸² ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, สังคมกับกฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2552), น.107

¹⁸³ ปกป้อง ศรีสนิท, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 153, น.96

¹⁸⁴ ตัวอย่างความผิดที่ซับซ้อนเพราะพยานหลักฐานไม่ปรากฏ ได้แก่ การหลบหนีเข้าเมือง พยานหลักฐานคนต่างด้าวที่หลบหนีเข้าเมืองทราบ เจ้าหน้าที่รัฐไม่ทราบ การบรรยายฟ้องและการดำเนินคดีที่ต้องกระทำภายในอายุความ

¹⁸⁵ ปกป้อง ศรีสนิท, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 153, น.96

อย่างหยาบเข้าทารุณ¹⁸⁶ และในกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งบุคคลต่างด้าวมีสถานะทางการทูตและกงสุลหรือปฏิบัติงานในฐานะหน่วยงานกลางของรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศได้ยกเว้นจากมาตรการเกี่ยวกับโทษหรือได้รับเอกสิทธิ์ซึ่งกฎหมายภายในไม่อาจบังคับกับคนกลุ่มนี้ได้ การลงโทษมีข้อยกเว้นตามกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่¹⁸⁷ ประมุขของรัฐต่างประเทศ ทูต และบุคคลในคณะทูตตลอดจนครอบครัว เจ้าหน้าที่หรือพนักงานองค์การระหว่างประเทศซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศให้เอกสิทธิ์และความคุ้มกันไว้

ในกฎหมายคนเข้าเมืองของไทยมีบัญญัติรองรับหลักกฎหมายระหว่างประเทศในการลงโทษคนต่างด้าวที่มีสถานะทางการทูตเช่นกัน คือการยกเว้นการปฏิบัติหน้าที่บางประการกรณีนี้ไม่ต้องมีหน้าที่ต้องปฏิบัติเช่นนั้น เช่น บุคคลที่มีฐานะทางการทูตไม่ต้องมีหน้าที่รายงานตัวต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ทุกๆ 90 วัน¹⁸⁸ แต่ในส่วนของความรับผิดชอบที่เกิดจากการฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมือง เช่น อยู่เกินกำหนดอนุญาต(Overstay) จะสามารถเปรียบเทียบคดีได้หรือไม่ หากบุคคลต่างด้าวรายนั้นมีฐานะพิเศษที่กฎหมายระหว่างประเทศยอมรับ ในทางปฏิบัติแนวทางของกระทรวงการต่างประเทศเสนอแนะให้สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองทำการเปรียบเทียบปรับได้แม้จะมีฐานะทางการทูต

¹⁸⁶ อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), น.134-135

¹⁸⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, หลักกฎหมาย กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 13. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556) น.28

¹⁸⁸ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 15,37,38

บทที่ 3

การกำหนดความผิดและโทษในกฎหมายคนเข้าเมืองของต่างประเทศและของไทย

การกำหนดความผิดและโทษคนต่างด้าวในประเทศต่างๆ มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับ แต่การกำหนดความผิดและโทษเกี่ยวกับการเข้าเมืองของแต่ละประเทศจะมีกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองเป็นกฎหมายหลักในการปฏิบัติเกี่ยวกับการเข้าและออกของคนต่างด้าว ในกฎหมายคนเข้าเมืองจะมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับเรื่องอื่นๆ ด้วย เช่น เกี่ยวกับสัญชาติ การทำงาน การเรียกร้องสถานะผู้ลี้ภัย การถือครองทรัพย์สินของคนต่างด้าว มาตรการทางภาษีสำหรับการเข้าออกประเทศ เป็นต้น ในวิทยานิพนธ์นี้ นำกฎหมายคนเข้าเมืองที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมคนต่างด้าวเข้าและออกจากประเทศโดยตรงมาทำการศึกษา ในส่วนการควบคุมคนต่างด้าวที่ปรากฏเป็นเอกสารทางกฎหมายฉบับอื่นๆ อีก เช่น กฎหมายต่อต้านการก่อการร้ายและจะนำกฎหมายคนเข้าเมืองที่ยังคงปรากฏว่าใช้บังคับในปัจจุบัน โดยการศึกษาเน้นประเด็นเกี่ยวกับบทบัญญัติในการกำหนดความผิดและโทษในกฎหมายคนเข้าเมืองของต่างประเทศ ในขั้นตอนเกี่ยวกับการเข้ามา(Entry)และขั้นตอนพำนัก(Stay)เป็นสำคัญ ส่วนมาตรการอื่นๆ ไม่ได้อยู่ในขอบเขตของการวิจัยครั้งนี้ เว้นแต่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดและโทษ (หัวข้อที่ 3.1) ในส่วนกฎหมายคนเข้าเมืองของไทย จะศึกษาช่วงก่อนมีการตราเป็นพระราชบัญญัติมาจนถึงกฎหมายฉบับปัจจุบัน (หัวข้อที่ 3.2) ส่วนที่สามเกี่ยวกับปัญหาการเข้าเมืองและฝ่าฝืนพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง ตลอดจนปัญหาในการกำหนดความผิดและโทษ(หัวข้อที่ 3.3)

3.1 การกำหนดความผิดและโทษในกฎหมายคนเข้าเมืองของต่างประเทศ¹

ผู้วิจัยเลือกกฎหมายคนเข้าเมืองประเทศต่างๆ ที่มีบทบัญญัติกำหนดความผิดและโทษของประเทศต่างมาศึกษา จำนวน 6 ฉบับหรือประเทศ ได้แก่ กฎหมายคนเข้าเมืองของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สิงคโปร์ สาธารณรัฐจีน(ไต้หวัน) ญี่ปุ่น และเขตการปกครองพิเศษ

¹ วิทยานิพนธ์นี้ มุ่งอธิบายเนื้อหาทางกฎหมายของกฎหมายในต่างประเทศแต่ละฉบับเท่านั้น มิได้มีเป้าหมายในการวิเคราะห์สถานะความเป็นรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศ การกล่าวถึงประเทศและกฎหมายคนเข้าเมืองของแต่ละประเทศจึงมุ่งหมายอธิบายถึงกฎเกณฑ์กฎหมายที่ปรากฏของรัฐหรือดินแดนนั้นๆ เท่านั้น เนื่องจากบางดินแดนอาจจะมีข้อถกเถียงเกี่ยวกับสถานะความเป็นรัฐ

ฮ่องกง ซึ่งแต่ละประเทศแต่ละฉบับมีการกำหนดความผิดและโทษหลากหลาย และจะนำบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความผิดและโทษในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเข้ามาและพำนักมาศึกษา โดยเป็นบทกฎหมายฉบับที่กำลังบังคับใช้เป็นหลักเพื่อเป็นแนวทางในการวิเคราะห์ปัญหาการควบคุมคนเข้าเมืองของไทยต่อไป

3.1.1 ประเทศอังกฤษ

ผู้วิจัยเลือกกฎหมายคนเข้าเมืองประเทศอังกฤษมาเป็นแนวทางในการศึกษา เนื่องจากในเบื้องต้นพบว่าปัญหาการควบคุมคนเข้าเมืองของไทยประการหนึ่งการที่คนต่างด้าวฝ่าฝืนเงื่อนไข(Breach of Condition)จำนวนมาก พบว่าประเทศอังกฤษมีบทกฎหมายทางอาญาในการแก้ปัญหาเรื่องดังกล่าวและจากต้นร่างกฎหมายคนเข้าเมืองของไทย²น่าจะนำแนวคิดตามกฎหมายคนเข้าเมืองของประเทศไทยมาเป็นแนวทางในการยกร่างบางส่วน

3.1.1.1 โครงสร้างและลักษณะทั่วไป

กฎหมายคนเข้าเมืองของประเทศไทยมีบทบัญญัติในโครงสร้างคล้ายๆ กับพ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 กฎหมายคนเข้าเมืองประเทศอังกฤษมีชื่อเรียกว่า “Immigration Act 1971” ในบททั่วไปได้วางหลักการทั่วไปถึงสิทธิในการเข้าอาศัยในประเทศไทยว่าสามารถเข้าได้อย่างไม่มีข้อจำกัดเว้นแต่จะถูกจำกัดด้วยกฎหมายนี้ สำหรับความผิดและโทษ ปรากฏส่วนที่ 3 ของกฎหมายฉบับดังกล่าว³

3.1.1.2 ลักษณะความผิดและโทษ⁴

(1) กรณีฝ่าฝืนขั้นตอนการเข้าเมือง(Illegal Entry)

(1.1) ความผิดฐานหลบหนีเข้าเมือง หมายถึง ความผิดฐานเข้ามาโดยไม่ได้รับอนุญาตจะต้องได้รับโทษปรับไม่เกินระดับ 5 ของมาตรฐานโทษหรือจำคุก ไม่เกิน 6 เดือน⁵ มาตรการนี้ของกฎหมายอังกฤษในความผิดหลบหนีเข้าเมืองไม่มีการบังคับโทษจำคุกสามารถเลือกใช้โทษ

² หมายถึงร่าง พ.ร.บ.เข้าเมือง พ.ศ.2470

³ สืบค้นเมื่อวันที่ 28 เมษายน 2560, จาก http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1971/77/pdfs/ukpga_19710077_en.pdf.

⁴ สืบค้นเมื่อวันที่ 28 เมษายน 2560, จาก https://www.cps.gov.uk/legal/h_to_k/immigration/#entering.

⁵ Immigration act 1971 Section 24 (a)

ปรับได้ แต่ในกฎหมายไทยมีโทษจำคุกและปรับ⁶ ความผิดฐานนี้เป็นความผิดสำเร็จเมื่อมีการเข้ามา และไม่เป็นความผิดต่อเนื่อง⁷

(1.2) ความผิดเสมือนความผิดฐานหลบหนีเข้าเมือง

(1.2.1) องค์ประกอบความผิดฐานนี้ คือ การไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการอนุญาต(Breach of Condition)ในการเข้าเมืองจะต้องได้รับโทษปรับไม่เกินระดับ 5 ของมาตรฐานโทษหรือจำคุกไม่เกินไม่เกิน 6 เดือน⁸

(1.2.2) การเข้าเมืองโดยรู้ว่าฝ่าฝืนเงื่อนไขการส่งกลับ (Deportation)มีความผิดจะต้องได้รับโทษปรับไม่เกินระดับ 5 ของมาตรฐานโทษหรือจำคุกไม่เกิน 6 เดือน⁹

(1.2.3) การยื่นใบสมัครขอเข้าเมืองโดยหลอกลวง(Illegal Entry by Deception)¹⁰

ในกฎหมายคนเข้าเมืองของประเทศอังกฤษขอบเขตของความผิดฐานหลบหนีเข้าเมืองกว้างกว่าการเข้าออกโดยไม่ได้รับอนุญาต รวมถึงการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการเข้าเมืองด้วย

(2) กรณีฝ่าฝืนขั้นตอนการพำนัก(Illegal Stay)

(2.1) ความผิดฐานอยู่เกินกำหนด(Overstaying) ถ้าได้รับอนุญาตให้เข้ามามีการจำกัดระยะเวลาหรือยังคงอยู่ในประเทศอังกฤษโดยรู้ว่าพ้นระยะเวลาที่กำหนดมีอัตราโทษเท่ากับความผิดหลบหนีเข้าเมือง¹¹ การยกเว้นการอยู่เกินกำหนดหากการอนุญาตสิ้นสุดภายใน

⁶ ความผิดนี้เทียบเคียงตาม พ.ร.บ.คนเข้าเมืองฐานหลบหนีเข้าเมืองมาตรา 11,62 มีโทษจำคุกและโทษปรับ

⁷ สืบค้นเมื่อวันที่ 29 เมษายน 2560, จาก http://www.cps.gov.uk/legal/h_to_k/immigration/#entering.

⁸ Immigration act 1971 Section 24(1) (b)(ii)

⁹ Immigration act 1971 Section 24 (a)

¹⁰ สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มิถุนายน 2560, จาก https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/257389/illegalentry.pdf.

¹¹ Immigration act 1971 Section 24 (b)(i)

ช่วงเวลาที่ได้ยื่นขอขยายระยะเวลาหรือมีเหตุผลเพียงพอ¹²ในการพิสูจน์ความผิดฐานอยู่เกินกำหนด ต้องดูหลักฐานจากการอนุญาตของเจ้าหน้าที่ส่วนใหญ่คือตราประทับในหนังสือเดินทาง¹³

(2.2) ความผิดเกี่ยวกับการให้ความสะดวกช่วยเหลือคนต่างด้าวโดยรู้ หรือควรจะรู้เกี่ยวกับการแสวงหาถิ่นพำนักในฐานะผู้อพยพ¹⁴

3.1.2 สหรัฐอเมริกา

3.1.2.1 โครงสร้างและลักษณะทั่วไป

กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมคนเข้าเมืองของสหรัฐอเมริกามีการแก้ไข หลายครั้ง ซึ่งในงานวิจัยนี้จะเรียกรวมๆ ว่ากฎหมายคนเข้าเมืองของสหรัฐอเมริกา การควบคุมคนเข้า เมืองมาจากปัญหาการอพยพของคนต่างชาติเข้าไปในสหรัฐจำนวนมากช่วงปี ค.ศ.1882-1924 มีการ ออกกฎหมายจำกัดโควตา(Quota)คนต่างชาติที่จะเดินทางเข้าไปยังสหรัฐอเมริกา ในปี ค.ศ.1952 สภาองเกรสได้ออกกฎหมายเรียกว่า “กฎหมายคนเข้าเมืองและสัญชาติ” การควบคุมคนเข้าเมืองใน กฎหมายฉบับดังกล่าวมีหลักการสำคัญหลายประการ การกีดกันคนต่างด้าวทำงาน การกำหนด คุณสมบัติคนต่างด้าวเข้าประเทศ การคัดกรองบุคคลไม่พึงประสงค์มิให้เข้าประเทศ(Inadmissible)¹⁵ นอกจากหลักการควบคุมคนเข้าเมืองแล้ว สหรัฐอเมริกามีการผ่อนผันหรือยกยอโทษให้กับแรงงานต่าง ด้าวลักลอบทำงานเพื่อแก้ปัญหาห่วงโซ่อุปทานกรรมอื่นๆ มาตรการสำคัญอื่นๆ เช่น การจัดกลุ่มคน ต่างด้าวที่จะเข้าเมืองถาวร ชั่วคราว หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการจัดการควบคุมคนเข้าเมือง ได้แก่ กองตรวจคนเข้าเมือง สังกัดกระทรวงยุติธรรม¹⁶ ในงานวิจัยนี้นำลักษณะการกำหนดความผิดและโทษ ที่มีลักษณะน่าใจตามกฎหมายคนเข้าเมืองของสหรัฐมาศึกษาเพียงบางส่วนเฉพาะความผิดและโทษใน

¹² สืบค้นเมื่อวันที่ 13 ธันวาคม 2560, จาก<https://www.gov.uk/guidance/immigration-rules/immigration-rules-part-1-leave-to-enter-or-stay-in-the-uk>.

¹³ สืบค้นเมื่อวันที่ 29 เมษายน 2560, จาก http://www.cps.gov.uk/legal/h_to_k/immigration/#entering.

¹⁴ Immigration act 1971 Section 25

¹⁵ รุจิรัตน์ สัตว์รานนท์ โททาร์, วิชาท่องเที่ยว วิชานักเรียนและสิทธิพิเศษ ขุดวิซ่าไปอเมริกา, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543), น.3-5

¹⁶ เพ็งอ้วน, น.15

ขั้นตอนการฝ่าฝืนการเข้าเมือง การพำนักเป็นสำคัญ ภายใต้กฎหมายคนเข้าเมืองและสัญชาติ (Immigration and Nation Act) หรือกฎหมายฉบับที่ 8 United States Code(8 U.S.C.)¹⁷

3.1.2.2 ลักษณะความผิดและโทษ

(1) กรณีการฝ่าฝืนขั้นตอนการเข้าเมือง (Illegal Entry)

(1.1) ความผิดฐานหลบหนีเข้าเมือง เป็นการกำหนดความผิดสำหรับคนต่างด้าวซึ่งเข้าไปหรือพยายามจะเข้าไปในสหรัฐอเมริกาในเวลาใดๆหรือสถานที่นอกเหนือจากที่กำหนดโดยเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมือง การฝ่าฝืนมีโทษจำคุกหรือปรับ¹⁸ กฎหมายมาตรานี้ มีองค์ประกอบความผิดเทียบเคียงได้กับความผิดฐานหลบหนีเข้าเมืองฉบับปัจจุบัน¹⁹ แต่โทษความผิดฐานนี้ความผิดหลบหนีเข้าเมืองของสหรัฐมีโทษปรับหรือจำคุก ไม่มีบทบัญญัติบังคับโทษจำคุก²⁰ แต่การหลบหนีเข้าเมืองตามมาตรา 11,62 มีอัตราโทษจำคุกและปรับ ซึ่งมีการกำหนดโทษจำคุกด้วย²¹

(1.2) ความผิดฐานอำพรางข้อมูลแล้วเข้าเมือง²²ความผิดนี้มีผลใช้บังคับเมื่อปี 2555 เป็นการกำหนดความผิดคนต่างด้าวมีความผิดสำคัญสามลักษณะประกอบด้วย มาตรา 1325 วรรคแรก(เอ)²³บัญญัติให้คนต่างด้าวที่มีการเข้าเมืองหรือพยายามเข้าเมืองได้หลบเลี่ยงจากการตรวจสอบของเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมือง หรือพยายามที่จะเข้า หรือยังคงเข้าในสหรัฐอเมริกาโดย

¹⁷ ในวิทยานิพนธ์นี้อ้างอิงกฎหมายคนเข้าเมืองของสหรัฐอเมริกาโดยใช้คำย่อลักษณะ ดังนี้ ตัวอย่างว่า “8 U.S.C. § 1325” หมายถึง กฎหมายคนเข้าเมืองของสหรัฐอเมริกา “8 United States Code มาตรา 1325”

¹⁸ 8 U.S.C. § 1325(a)

¹⁹ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 11,62

²⁰ เทียบเคียงได้กับ พ.ร.บ.คนเข้าเมืองฯ มาตรา 11,62 ประกอบ ป.อ.มาตรา 80

²¹ การกำหนดโทษจำคุก รัฐมีภาระมากในกระบวนการยุติธรรมมาก

²² สืบค้นเมื่อวันที่ 19 เมษายน 2560, จาก <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title8/pdf/USCODE-2011-title8-chap12-subchapII-partVIII-sec1325.pdf>.

²³ 8 U.S.C. 1325(a)

เจตนาไม่ถูกต้องหรือให้ข้อมูลที่ไม่ถูกต้อง(แสดงข้อความเท็จ)หรือมีเจตนาปกปิดข้อมูลบางอย่าง เป็นความผิดมีอัตราโทษปรับหรือจำคุก²⁴

ความผิดตามวรรคสาม(8 U.S.C. 1325(c))²⁵ความผิดกรณีคนเข้าเมืองฐานการเข้าเมืองเพื่อจดทะเบียนสมรสเทียม คือ การสมรสเทียม(Marriage Fraud) เข้าเมืองโดยรู้ว่าเข้าไปสมรสเพื่อวัตถุประสงค์หลบเลี่ยงกฎหมายคนเข้าเมืองมีอัตราโทษจำคุกและโทษปรับ คือ เป็นการสมรสระหว่างคนสัญชาติอเมริกันและคนต่างด้าว เพื่อให้คนต่างด้าวได้รับสถานะถิ่นพำนักถาวร โดยทั้งคู่ไม่ได้มีเจตนาอาศัยอยู่อย่างสามีมรรยา²⁶

ความผิดตามวรรคสี่(ดี)²⁷ บัญญัติความผิดตั้งธุรกิจการค้าเทียมเพื่อหลบเลี่ยงเพื่อวัตถุประสงค์หลบเลี่ยงกฎหมายคนเข้าเมืองมีอัตราโทษจำคุกและโทษปรับ

(1.3) ความผิดฐานกลับเข้ามาในราชอาณาจักรอีก²⁸(Illegal Re-entry) เป็นการกำหนดความผิดคนต่างด้าวซึ่งเคยถูกปฏิเสธการเข้าเมืองไม่ให้เข้าหรือถูกส่งกลับและหลังจากนั้นเข้าหรือพยายามเข้ามาอีก มีการแก้ไขกฎหมายและมีผลใช้บังคับเมื่อปี 2559²⁹ มีบทบัญญัติเป็นสาระสำคัญสามวรรค ได้แก่ มาตรา 1326 วรรคแรก³⁰ บัญญัติว่าคนต่างด้าวซึ่งเคยถูกปฏิเสธการเข้าเมืองและคำสั่งปฏิเสธการเข้าเมืองและคำสั่งการปฏิเสธการเข้าเมืองยังคงมีผลบังคับ

²⁴ แม้คนต่างด้าวจะเข้าเมืองตามช่องทางที่กำหนด แต่มีการอำพรางข้อมูลเพื่อเข้าเมืองเป็นความผิด เท่ากับความผิดนี้เป็นการกำหนดความผิดมีความหมายกว้างกว่าการไม่เข้าตามช่องทางอนุญาต

²⁵ 8 U.S.C. 1325(c)

²⁶ สืบค้นเมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน 2559, จาก <https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-1948-marriage-fraud-8-usc-1325c-and-18-usc-1546>.

²⁷ 8 U.S.C. 1325(c)

²⁸ 8 U.S. Code § 1326 - Reentry of removed aliens

²⁹ สืบค้นเมื่อวันที่ 8 ธันวาคม 2559, จาก <https://www.gpo.gov/fdsys/granule/USCODE-2015-title8/USCODE-2015-title8-chap12-subchapII-partVIII-sec1326/content-detail.html>.

³⁰ 8 U.S. Code § 1326(a)

ใช้³¹และภายหลังจากนั้นยังคงพบตัวคนต่างด้าวรายนั้นในสหรัฐอเมริกามีความผิด แต่ไม่รวมถึงการยื่นใบสมัครเพื่อเข้าประเทศ การฝ่าฝืนมีอัตราโทษปรับหรือจำคุกไม่เกินกำหนด 2 ปี³²

วรรคสอง³³ บัญญัติให้คนต่างด้าวเคยถูกปฏิเสธการเข้าเมืองและคำสั่งปฏิเสธการเข้าเมืองยังมีผลบังคับอยู่และภายหลังจากนั้นผู้ซึ่งถูกปฏิเสธนั้นกระทำความผิดเล็กน้อยเกี่ยวกับยาเสพติดจำนวนสามครั้งหรือมากกว่าสามครั้ง หรือกระทำความผิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกาย หรือความผิดอาญาอุกฉกรรจ์(Felony) ความผิดนี้มีอัตราโทษปรับและจำคุกไม่เกิน 10 ปี³⁴การบัญญัติลักษณะนี้กฎหมายสหรัฐอเมริกากำหนดโทษคนต่างด้าวสูงขึ้นตามสัดส่วนของอาชญากรรมซึ่งกระทำภายหลังการฝ่าฝืนคำสั่งปฏิเสธการเข้าเมือง

(2) การฝ่าฝืนขั้นตอนการพำนัก(Illegal Stay)

ความผิดฐานอยู่เกินกำหนด(Overstay)³⁵ เป็นกรณีที่ระยะเวลาซึ่งเจ้าพนักงานอนุญาต ในวีซ่าคนอยู่ชั่วคราว(Non Immigrant Visa) จะถูกยกเลิกหลังจากพ้นกำหนดระยะเวลานั้นจะขาดคุณสมบัติที่จะกลับไปยังสหรัฐอเมริกาอีก³⁶ ไม่มีบทบัญญัติโทษในทางอาญาและใช้มาตรการอื่นแทน

3.1.3 สาธารณรัฐสิงคโปร์

3.1.3.1 โครงสร้างและลักษณะทั่วไป

กฎหมายคนเข้าเมืองของประเทศสิงคโปร์ เป็นไปตามรัฐบัญญัติ ฉบับที่ 133 (Chapter 133 Immigration Act) มี 8 หมวด มาตรการสำคัญในการควบคุมคนเข้าเมือง มี

³¹ คำสั่งปฏิเสธการเข้าเมืองมีกำหนดระยะเวลาและเป็นการเข้ามาขณะที่คำสั่งห้ามเข้าเมืองยังคงมีผลบังคับใช้

³² เป็นข้อยกเว้นการกลับเข้ามาอีก ถ้าเป็นกรณียื่นเฉพาะเอกสารเข้ามาแต่ตัวคนต่างด้าวมิได้เข้ามา

³³ 8 U.S. Code § 1326(b)

³⁴ เป็นข้อยกเว้นการกลับเข้ามาอีก ถ้าเป็นกรณียื่นเฉพาะเอกสารเข้ามาแต่ตัวคนต่างด้าวมิได้เข้ามา

³⁵ 8 U.S. Code § 1202(g)

³⁶ สืบค้นเมื่อวันที่ 19 เมษายน 2560, จาก<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2015-title8/pdf/USCODE-2015-title8-chap12-subchapII-partIII-sec1202.pdf>.

บทบัญญัติบังคับให้มีการส่งข้อมูลผู้โดยสารล่วงหน้าก่อนจะเดินทางไปยังสิงคโปร์(Advance Passenger Information) และการบันทึกข้อมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ การนิยามการเข้าเมือง นอกจากลักษณะเหมือนการเข้าเมืองในความหมายทั่วไปยังรวมถึงไม่ได้มีการเข้าเมืองแต่เกิดในสิงคโปร์ด้วย³⁷

3.1.3.2 ลักษณะความผิดและโทษ

(1) กรณีการฝ่าฝืนขั้นตอนการเข้าเมือง (Illegal Entry)

(1.1) ความผิดฐานหลบหนีเข้าเมือง มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการเข้าเมืองมีสาระสำคัญ ดังนี้ บุคคลที่ฝ่าฝืนการเข้า(Illegal entry)และออกจากสิงคโปร์จะต้องปรับหรือจำคุก³⁸ กรณีคนต่างด้าวที่มีเชื้อชาติสิงคโปร์ผ่านการอนุญาตเจ้าหน้าที่ในการเข้าเมือง ต้องมีหนังสือเดินทาง และต้องผ่านการตรวจลงตรา(Visa) ³⁹ หากเป็นเด็กเกิดในสิงคโปร์เป็นหน้าที่ของบิดามารดาจะต้องขอหนังสือเดินทางพิเศษและต้องไม่ให้หนังสือเดินทางดังกล่าวหมดอายุหรือการหมดอายุของการพำนัก⁴⁰

(1.2) ความผิดฐานทำเอกสารเทียม หมายถึง การเข้ามาสมรสเพื่อจุดมุ่งหมายการเข้าเมืองมีโทษปรับหรือจำคุกสูงถึง 10 ปี⁴¹ ผู้กระทำจะเป็นต่างชาติหรือคนสิงคโปร์ก็ได้⁴²รวมทั้งป้องกันตัวแทนนายหน้าในการชักจูงให้มีการสมรสเทียม

(2) กรณีการฝ่าฝืนขั้นตอนการพำนัก(Illegal stay)

การกำหนดความผิดฐานการอยู่เกินกำหนด(Overstay) หมายถึง แบ่งหน่วยจำนวนวันฝ่าฝืนไม่เกิน 90 วันมีโทษปรับหรือจำคุก แต่ถ้าอยู่เกินกำหนดมากกว่า 90 วันมีโทษจำคุก และผิดกฎหมายอาญามีการลงโทษโดยไม่น้อยกว่า 3 ครั้งด้วย⁴³

³⁷ PART I, The Immigration Act(Singapore) และสืบค้นเมื่อวันที่ 29 เมษายน 2560, จาก <http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p?page=0;query>

³⁸ มาตรา 5A(3) Cap.133, The Immigration Act(Singapore)

³⁹ มาตรา 5A(1) Cap.133, The Immigration Act(Singapore)

⁴⁰ มาตรา 6A(5) Cap.133, The Immigration Act(Singapore)

⁴¹ มาตรา 57 C Cap.133

⁴² สืบค้นเมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน 2559, จาก <http://news.asiaone.com/News/AsiaOne+News /Crime/Story/A1Story 20130523 -424817.html> “Couple' in marriage of convenience jailed”

3.1.4 สาธารณรัฐจีน(ไต้หวัน)

3.1.4.1 โครงสร้างและลักษณะทั่วไป

กฎหมายเข้าเมืองของสาธารณรัฐจีน(ไต้หวัน) ชื่อ Immigration Act อยู่ใต้การบังคับใช้ของสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองแห่งชาติ(National Immigration Agency) เรียกโดยย่อว่า “The NIA” กระทรวงมหาดไทย(Ministry of the Interior) กฎหมายฉบับดังกล่าวบัญญัติโครงสร้างการควบคุมการเข้าเมือง รวมทั้งมีบทบัญญัติรองรับเกี่ยวสิทธิมนุษยชน⁴⁴ ไต้หวันมีมาตรการควบคุมคนเข้าเมืองหลายวิธีในบทกฎหมายดังกล่าวได้จำแนกคนต่างด้าวที่เข้าไปไต้หวันระยะสั้นและระยะยาว การเข้าและออกจากไต้หวันต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในหมวด 10 ซึ่งมีข้อห้ามและคุณสมบัติเกี่ยวกับการเข้าเมืองหลายประการ และกำหนดระยะเวลาห้ามเข้า(Ban)ไต้หวันในบทบัญญัติ มาตรา 18⁴⁵ บทกำหนดความผิดและโทษอยู่ในบทบัญญัติหมวดที่ 11

3.1.4.2 ลักษณะความผิดและโทษ

(1) กรณีการฝ่าฝืนขั้นตอนการเข้าเมือง (Illegal Entry)

(1.1) ความผิดฐานหลบหนีเข้าเมือง องค์ประกอบความผิดฐานนี้ คือ บุคคลเข้าหรือออกจากไต้หวันไม่ได้ เว้นแต่ต้องได้รับอนุญาตหรือเข้าโดยฝ่าฝืนคำสั่งห้ามออก(Breaks an Exit Ban) มีความผิดมีอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี ถูกกักตัว(Detention) และหรือถูกปรับ⁴⁶ การกักตัวเหมือนโทษหลักในกฎหมายคนเข้าเมืองของไต้หวันซึ่งเป็นมาตรการสำหรับบัญญัติผลของการฝ่าฝืนการเข้าเมือง นอกจากนี้ยังมีโทษห้ามเข้าไต้หวัน(Ban) มีการกำหนดระยะเวลาแน่ชัดในการฝ่าฝืนมาตรการในการตรวจสอบคนเข้าเมือง⁴⁷ เช่น ไม่แสดงหนังสือเดินทางให้ตรวจสอบห้ามเข้าไต้หวัน 3 ปี การฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมของสังคมห้ามเข้าไต้หวัน 3 - 5 ปี⁴⁸

⁴³ มาตรา 15(3) Cap.133

⁴⁴ สืบค้นเมื่อวันที่ 28 เมษายน 2560, จาก <http://law.moj.gov.tw/Eng/LawClass/LawAll.aspx?PCode=D0080132>.

⁴⁵ Article 18 Chapter 4 Immigration Act (Taiwan Immigration Act)

⁴⁶ Article 74 Chapter 11 Immigration Act (Taiwan Immigration Act)

⁴⁷ Article 18 Chapter 4 Immigration Act (Taiwan Immigration Act)

⁴⁸ สืบค้นเมื่อวันที่ 28 เมษายน 2560, จาก http://www.moi.gov.tw/english/english_law/law_detail.aspx?sn=287.

(1.2) ความผิดเกี่ยวกับการว่าจ้างแต่งงาน โดยองค์ประกอบความผิดคือการห้ามบริษัทหรือบุคคลรับว่าจ้างแต่งงานข้ามชาติโดยฝ่าฝืนต่อบทกฎหมายคนเข้าเมืองนี้เป็นการผิดและมีอัตราโทษจำคุก⁴⁹ บทบัญญัตินี้น่าจะลงโทษแม้มิใช่คนต่างด้าวด้วย

(2) การฝ่าฝืนขั้นตอนการพำนักรก(Illegal stay)

(2.1) ความผิดฐานอยู่เกินกำหนด มีองค์ประกอบความผิด การอยู่เกินกำหนดอนุญาตกฎหมายคนเข้าเมืองของสาธารณรัฐจีน(ไต้หวัน) ไม่ได้กำหนดเป็นความผิดแต่มีอัตราโทษสูงสุดโทษปรับ ไม่มีอัตราโทษจำคุก การกำหนดอัตราค่าปรับขึ้นอยู่กับจำนวนวันที่อยู่เกินกำหนด⁵⁰

(2.2) โทษกรณีอยู่เกินกำหนด

(2.2.1) โทษปรับ หากเกินกำหนด 1- 10 วัน ปรับไม่เกิน \$2,000 หากอยู่เกินกำหนด 1- 30 วัน ปรับไม่เกิน \$4,000 หากอยู่เกินกำหนด 31- 60 วัน ปรับไม่เกิน \$6,000 หากอยู่เกินกำหนด 61- 90 วัน ปรับไม่เกิน \$8,000 และหากอยู่เกินกำหนด 90 วัน ปรับไม่เกิน \$10,000

(2.2.2) โทษห้ามเข้า(Ban) ซึ่งกำหนดระยะเวลาห้ามเข้าตามสัดส่วนโทษเท่ากับจำนวนระยะเวลาที่อยู่เกินกำหนดทั้งนี้ไม่เกิน 3 ปี⁵¹

3.1.5 ประเทศญี่ปุ่น

3.1.5.1 โครงสร้างและลักษณะทั่วไป

กฎหมายเข้าเมืองของประเทศญี่ปุ่น อยู่ใต้การบังคับใช้ของสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองแห่งชาติ(Immigration Bureau of Japan) สังกัดกระทรวงยุติธรรม(The Ministry of Justice) สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองในภูมิภาคมี 8 แห่ง เป็นสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองเขตต่างๆ

⁴⁹ Article 76 Chapter 11 Immigration Act (Taiwan Immigration Act)

⁵⁰ สืบค้นเมื่อวันที่ 5 ธันวาคม 2559 ,จาก <https://www.immigration.gov.tw/ct.asp?xItem=1090240&ctNode=30085&mp=2>.

⁵¹ สืบค้นเมื่อวันที่ 5 ธันวาคม 2559 ,จาก <https://www.immigration.gov.tw/ct.asp?xItem=1252514&ctNode=30026&mp=2>.

ย่อยตามภูมิภาคอีก 7 เขต⁵²กฎหมายและระเบียบเกี่ยวกับการตรวจคนเข้าเมืองชื่อพระราชบัญญัติควบคุมการเข้าเมืองและผู้อพยพ(Immigration Control and Refugee Recognition Act)⁵³ ต่อไปในงานวิจัยนี้เรียกโดยย่อว่า “ICRRA”และกฎหมายอื่นๆ เช่น กฎหมายการจดทะเบียนคนต่างด้าวและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการบริการตรวจคนเข้าเมือง⁵⁴หรือ ICRRA มีเนื้อหาเพื่อควบคุมการเข้าเมืองและการออกไปของทุกคน เป็นการพิจารณาสถานะของผู้อพยพ(Refugee Status)⁵⁵ได้ให้การนิยาม “คนต่างด้าว(Foreign Nation)” หมายถึง บุคคลที่ไม่มีสัญชาติญี่ปุ่น และได้บัญญัติรับรองให้คนต่างด้าวจะเรียกร้องสถานะผู้อพยพในกฎหมายฉบับดังกล่าวได้ด้วย การเข้าเมืองของคนต่างด้าวกำหนดลักษณะต้องห้ามในการเข้าเมืองต้องครอบครองหนังสือเดินทางที่ยังคงมีอายุใช้งานได้⁵⁶คนต่างด้าวที่อาจเป็นภาระในด้านสาธารณสุข สังคม หรือบุคคลที่เคยกระทำความผิดกฎหมายของญี่ปุ่นหรือกฎหมายประเทศอื่นเป็นลักษณะต้องห้ามจะถูกปฏิเสธการเข้าเมือง เช่น กรณีมีความบกพร่องกายแก่การเข้าเมือง⁵⁷ในประเทศญี่ปุ่นคนต่างด้าวหลากหลายศาสนาจะก่ออันตรายต่อสังคม อาจเป็นเพราะคนท้องถิ่นเองเป็นผู้สมรู้ร่วมคิดด้วย⁵⁸ ปัญหาการเข้าเมืองโดยผิดกฎหมายจำนวนมากมัก

⁵² สืบค้นเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2559 ,จาก <http://www.immi-moj.go.jp/english/soshiki/index.html>.

⁵³ สืบค้นเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2559 ,จาก <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2647&vm=&re=>.

⁵⁴ สืบค้นเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2559 ,จาก http://www.immi-moj.go.jp/english/hourei/index.html#sec_01.

⁵⁵ สืบค้นเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2559 ,จาก <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2647&vm=&re=>.

⁵⁶ ICRRA Article 3(1)

⁵⁷ ICRRA Article 5

⁵⁸Saki Hirama, “Immigrants and Crime in Japan,” Accessed April 5, 2017, <https://japansociology.com/2012/11/13/immigrants-and-crime-in-japan/>.

มาจากประเทศจีนและประเทศเกาหลี⁵⁹ อาชญากรรมที่เกิดจากการเข้าเมืองผิดกฎหมายมีหลาย ๆ เช่น โสเภณี การแต่งงานปลอม การค้ามนุษย์⁶⁰

3.1.5.2 ลักษณะความผิดและโทษ

(1) กรณีการฝ่าฝืนขั้นตอนการเข้าเมือง (Illegal Entry)

บทบัญญัติความผิดและโทษปรากฏอยู่ในบทที่ 9 ว่าด้วยความผิดอาญา มีลักษณะความผิดและโทษสำคัญ

(1.1) ความผิดฐานหลบหนีเข้าเมือง หมายถึง บุคคลกระทำความผิดลักลอบเข้าเมืองโดยไม่ผ่านการตรวจสอบ มีบทกำหนดโทษจำคุกและมีโทษห้ามทำงาน 1 ปี หรือปรับไม่เกินสามล้าน แต่ถ้าไปกระทำความผิดอาญาและมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้รับประโยชน์ จำคุกและห้ามทำงานไม่น้อยกว่า 1 ปี แต่ไม่เกิน 10 ปีและปรับไม่เกิน 10 ล้านบาท⁶¹

(1.2) บุคคลเข้าเมืองโดยหนังสือเดินทางหมดอายุหรือไม่ได้รับอนุญาต⁶²หรือถูกเพิกถอนการได้รับสิทธิอาศัยและยังคงอาศัยอยู่หรืออยู่เกินกำหนดที่ได้รับอนุญาต(Overstay) หรือบุคคลมีคำสั่งให้ออกไปและยังอยู่เกินกำหนดเวลานั้น⁶³บทกำหนดโทษจำคุกหรือห้ามทำงานไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกินสามล้านบาทหรือทั้งสามประการ

(2) การฝ่าฝืนขั้นตอนการพำนัก(Illegal stay)

(2.1) ความผิดฐานไม่รายงานตัว หมายถึงคนต่างด้าวไม่รายงานที่พักอาศัยหรือที่พักอาศัยใหม่ถูกปรับไม่เกิน สองแสนบาท⁶⁴

⁵⁹Shoki Fujimoto, “Illegal Immigrants in Japan,” Accessed April 7, 2017, <https://japansociology.com/2013/06/29/illegal-immigrants-in-japan-2/>.

⁶⁰Jeffrey Hays, “Foreigners in Japan,” Accessed April 7, 2017, <http://factsanddetails.com/japan/cat18/sub119/item633.html>.

⁶¹ ICRRA Article 74

⁶² ICRRA Article 70(1), Article 3(i)(ii)

⁶³ ICRRA Article 70(1), Article 3(i)(iii)

⁶⁴ ICRRA Article 71-3

(2.2) หลบหนีจากการถูกควบคุมระหว่างมีคำสั่งส่งกลับบทกำหนดโทษจำคุก หรือห้ามทำงานไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 2 แสนบาทหรือทั้งสามประการ⁶⁵

3.1.6 เขตการปกครองพิเศษฮ่องกง

3.1.6.1 โครงสร้างและลักษณะทั่วไป

กฎหมายเข้าเมืองของเขตการปกครองพิเศษฮ่องกง อยู่ใต้การบังคับใช้ของ สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง(The Immigration Department)ของเขตการปกครองพิเศษฮ่องกง (Hong Kong Special Administrative Region) หรือ HKSAR⁶⁶ เกี่ยวกับการตรวจคนเข้าเมืองอยู่ ภายใต้พระราชบัญญัติเข้าเมือง(Immigration Ordinance)⁶⁷การควบคุมคนต่างด้าวในฮ่องกง ยังคงให้ความสำคัญกับการควบคุมโดยเอกสารเดินทางและการตรวจลงตราและในการเข้าเมืองของคนต่างด้าวมีการผ่อนผันเกี่ยวกับวีซ่าและการเดินทางเข้าเขตการปกครองพิเศษฮ่องกง กับคนที่มีความสัมพันธ์เป็นพิเศษ เช่น คนจีนแผ่นดินใหญ่ ชาวไต้หวัน พลเมืองของมาเก๊า ในกรณีถือหนังสือเดินทางโปรตุเกส⁶⁸นโยบายในการเข้าเมืองให้ความสำคัญเพื่อให้ฮ่องกงเป็นศูนย์กลางการค้าการเงิน การลงทุน⁶⁹การควบคุมคนเข้าเมืองให้ความสำคัญทั้งทางบกทางน้ำและทางอากาศให้ความสำคัญกับนโยบายในการตรวจสอบการเข้าและออกจากฮ่องกง โดยเน้นการสืบสวน เนรเทศส่งกลับ⁷⁰และให้

⁶⁵ ICRR Article 72

⁶⁶ สืบค้นเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2559, จาก <http://www.immd.gov.hk/eng/about-us/welcome.html>.

⁶⁷ สืบค้นเมื่อวันที่ 27 เมษายน 2560, จาก <http://www.hkllii.org/eng/hk/legis/ord/115/>.

⁶⁸ สืบค้นเมื่อวันที่ 27 เมษายน 2560, จาก <http://www.chinaembassy.or.th/th/zxxx/t571129.htm>.

⁶⁹ สืบค้นเมื่อวันที่ 27 เมษายน 2560, จาก <http://www.immd.gov.hk/eng/about-us/welcome.html>.

⁷⁰ สืบค้นเมื่อวันที่ 27 เมษายน 2560, จาก <http://www.immd.gov.hk/eng/about-us/organisation/index.html>.

ความสำคัญกับการศูนย์ควบคุมและส่งกลับปากอ่าวปราสาท(CIC)⁷¹ นอกจากนี้กฎหมายฉบับนี้ยังให้ความสำคัญคุ้มครองและให้ความสำคัญการโต้แย้งคำสั่งของส่งกลับและมีการโต้แย้งคำสั่งคณะผู้ตัดสินเกี่ยวกับคำสั่งส่งกลับได้⁷² อาชญากรรมคนเข้าเมืองในฮ่องกงมีหลายประเภท เช่น การเข้าเมืองผิดกฎหมาย⁷³ ความผิดเกี่ยวกับการเข้าเมืองมีหลายฐานความผิดและเป็นความผิดที่รุนแรงจะกล่าวในหัวข้อถัดไป

3.1.6.2 ลักษณะความผิดและโทษ

(1) กรณีการฝ่าฝืนขั้นตอนการเข้าเมือง (Illegal Entry)

ความผิดฐานให้ข้อมูลเท็จเพื่อเข้าเมือง หมายถึง การให้ข้อมูลเท็จการทำเอกสารเท็จให้กับสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้ได้รับเอกสารเดินทาง ได้รับอนุญาตให้เข้าพำนักหรือสนับสนุนคำขอพำนักหรือการได้รับอนุญาตให้ทำงานภายใต้มาตรา 42⁷⁴ มีอัตราโทษปรับและจำคุกถึง 14 ปี⁷⁵

(2) การฝ่าฝืนขั้นตอนการพำนัก(Illegal stay)

⁷¹ “CIC” เป็นชื่อย่อของศูนย์ส่งกลับเรียกว่า “The Castle Peak Bay Immigration Centre” สืบค้นเมื่อวันที่ 27 เมษายน 2560, จาก http://www.csd.gov.hk/english/news/news_pr/news_pr_20100415.html.

⁷² สืบค้นเมื่อวันที่ 27 เมษายน 2560, จาก <http://www.sb.gov.hk/eng/links/it/it.html>.

⁷³ Yonden Lhatoo, “Why are Indians being targeted in Hong Kong’s crackdown on illegal immigration?” สืบค้นเมื่อวันที่ 27 เมษายน 2560, จาก <http://www.scmp.com/comment/insight-opinion/article/1909323/why-are-indians-being-targeted-hong-kongs-crackdown-illegal>.

⁷⁴ Section 42 Chapter 115 Immigration Ordinance

⁷⁵ Community Legal Information Center, “Making false statements” สืบค้นเมื่อวันที่ 27 เมษายน 2560, จาก http://www.clc.org.hk/en/topics/immigration/immigration_offences/.

(2.1) ความผิดฐานการอยู่เกินกำหนด(Overstaying) หมายถึง การไม่ออกจากฮ่องกงก่อนวันที่ที่ได้ประทับในเอกสารเดินทางของนักท่องเที่ยวหรือผู้รับจ้างต่างชาติ เป็นการฝ่าฝืนเงื่อนไขการพำนักและผู้กระทำความผิดจะต้องถูกขับไล่ออกไป⁷⁶

(2.2) ความผิดฐานพำนักโดยผิดเงื่อนไข(Breach of Condition of Stay) หมายถึง บุคคลใดฝ่าฝืนเงื่อนไขการพำนักซึ่งบุคคลนั้นจะต้องถือปฏิบัติจะต้องรับผิดโทษปรับในระดับ 5 จำคุก 2 ปี⁷⁷ ตัวอย่างการฝ่าฝืนเงื่อนไขการพำนัก เช่น การทำงานโดยไม่ได้รับอนุญาตจากสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองในกรณีที่ต้องมีการอนุญาต การฝ่าฝืนมีอัตราโทษปรับและไม่จำคุก 2 ปี⁷⁸

(2.3) ความผิดฐานฝ่าฝืนคำสั่งส่งกลับ(Breach of Deportation Order) หมายถึง การฝ่าฝืนคำสั่งรัฐบาลในการออกคำสั่งให้กลับออกไป(Deportation Order) มีอัตราโทษจำคุก 3 - 7 ปี⁷⁹ อำนาจในการออกคำสั่งส่งกลับมีจากหลายมูลเหตุ เช่น การพบว่าคนต่างด้าวนั้นเคยกระทำความผิดอาญาที่มีอัตราโทษไม่น้อยกว่า 2 ปี ในฮ่องกง⁸⁰

3.2 การกำหนดความผิดและโทษในกฎหมายคนเข้าเมืองของไทย

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตนของคนต่างด้าว ตลอดจนการกำหนดสิทธิ หน้าที่ และข้อห้ามการเดินทางเข้าออกของคนต่างด้าว การพำนักตลอดจนหน้าที่ของคนต่างด้าวอาจมีอยู่

⁷⁶ สืบค้นเมื่อวันที่ 27 เมษายน 2560, จาก http://www.clc.org.hk/en/topics/immigration/immigration_offences/.

⁷⁷ แปลมาจากมาตรา 41 หมวด 115 กฎหมายคนเข้าเมืองฮ่องกง(Section 41 Chapter 115 Immigration Ordinance) และสืบค้นเมื่อวันที่ 27 เมษายน 2560, จาก <http://www.hkii.org/eng/hk/legis/ord/115/s41.html>.

⁷⁸ Community Legal Information Center, “Breach of conditions of stay” สืบค้นเมื่อวันที่ 27 เมษายน 2560, จาก http://www.clc.org.hk/en/topics/immigration/immigration_offences/.

⁷⁹ Section 43 Chapter 115 Immigration Ordinance

⁸⁰ Section 20 Chapter 115 Immigration Ordinance

เป็นจำนวนมากหลายฉบับ⁸¹ แต่กฎหมายที่บัญญัติโดยตรงเกี่ยวกับอนุญาตให้เข้าออกและพำนักในราชอาณาจักรซึ่งนักกฎหมายเรียกกฎหมายฉบับดังกล่าวว่า “กฎหมายคนเข้าเมือง” ซึ่งตรงตามชื่อกฎหมายในฉบับปัจจุบัน⁸² อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติฉบับปัจจุบัน มีการแก้ไขและเพิ่มเติมจากรากฐานในการควบคุมคนเข้าเมืองฉบับก่อนๆ ประกอบกับวิธีการควบคุมคนต่างด้าวในอดีตก่อนมีกฎหมายคนเข้าเมืองฉบับแรก⁸³ เป็นแนวทางที่น่าในสนใจเช่นกัน ดังนั้น หัวข้อในการศึกษาครั้งนี้ แบ่งเป็นสองหัวข้อ ได้แก่ ประวัติความเป็นมาการควบคุมคนเข้าเมืองของไทย(หัวข้อ 3.2.1) และปัญหาการเข้าเมืองและพำนักโดยฝ่าฝืนพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองและปัญหาการกำหนดความผิดละโทษ(หัวข้อ 3.2.2) ซึ่งมีการกำหนดความผิดและโทษแล้วแต่ยังมีปัญหาบางประการเกี่ยวกับความเหมาะสม

3.2.1 ประวัติความเป็นมาการควบคุมคนเข้าเมืองของไทย

การควบคุมคนเข้าเมืองมีความสัมพันธ์กับสถานการณ์การเปลี่ยนแปลงของการเมืองโลกโดยเฉพาะผลของสงครามโลกครั้งที่1 หลังจากนั้นซึ่งมีการอพยพย้ายถิ่นของประชากรจำนวนมาก การควบคุมคนเข้าเมืองในสยามประเทศมีที่ปรากฏชัดเป็นลายลักษณ์อักษรมีขึ้นในแผ่นดินของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว(รัชกาลที่ 7) ก่อนหน้านั้นมีการควบคุมคนต่างด้าวเช่นกัน แต่ไม่ปรากฏหลักการควบคุมเข้าเมืองอย่างเป็นทางการเป็นกิจจะลักษณะแต่อย่างใด งานวิจัยนี้จึงขออธิบายการควบคุมคนต่างด้าวเป็นสองช่วงเวลา คือ ก่อนและหลังตราเป็นพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง ฉบับปี 2470

3.2.1.1 ก่อนตราเป็น พ.ร.บ.คนเข้าเมือง

(1) สมัยโบราณ - สมัยสุโขทัย

ในหลักฐานทางประวัติศาสตร์ในประวัติศาสตร์ชาติไทย พบว่ามีการติดต่อกับต่างชาติมานานแล้ว ส่วนมากคนต่างชาติที่เข้ามาในยุคแรกเป็นชาวจีนและพบว่าพระเจ้ารามคำแหงเสด็จไปประเทศจีนถึงสองครั้งและได้นำช่างฝีมือทำถ้วยชามจากประเทศจีนเข้ามายังกรุง

⁸¹ เช่น พระราชบัญญัติการทะเบียนคนต่างด้าว พ.ศ.2493,พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ.พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2551

⁸² พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522

⁸³ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2470

สุโขทัยด้วย⁸⁴ นอกจากประเทศจีนแล้ว ยังพบว่ามี การติดต่อทางการค้ากับลังกาเกี่ยวกับกิจการ ทางด้านทางศาสนา⁸⁵ แม้ในสมัยเดิมการเข้ามาของคนต่างด้าวจะไม่มีข้อห้าม แต่ในเรื่องความรู้สึกต่อ ความปลอดภัยถือว่าคนต่างด้าวเป็นอริราชศัตรู อย่างก็ตามแม้ความรู้สึกจะเป็นเช่นนั้น แต่ พระมหากษัตริย์ไทยให้ความอนุเคราะห์คนต่างชาติในการเข้ามาติดต่อค้าขาย เผยแพร่ศาสนา แลกเปลี่ยนความรู้เป็นที่รู้จักเป็นการเข้ามา “พึ่งพระบรมโพธิสมภาร”⁸⁶ ส่งผลมาถึงกฎหมายปัจจุบันใน การกำหนดสิทธิของคนต่างด้าวที่จะเข้ามาเป็นแขกของพระมหากษัตริย์โดยกำหนดวีซ่าประเภทหนึ่ง ขึ้นเรียกว่า “การตรวจลงตราประเภทอภัยอาศัยไมตรี Courtesy Visa”⁸⁷

นอกจากสองกลุ่มข้างต้น ลักษณะของคนต่างด้าวในสมัยสุโขทัยไม่ปรากฏ หลักฐานชัดเจนว่ามีการแบ่งกลุ่มเป็นพวก เหล่าก่อก่ออย่างไร หรือคนกลุ่มไหนคือคนต่างด้าวในสมัย ดังกล่าว แต่หลักฐานที่ปรากฏในศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหงและประวัติศาสตร์เกี่ยวกับพ่อขุน รามคำแหงปรากฏว่าได้ขึ้นครองเมืองสุโขทัย รับชนชนสามชนเจ้าเมืองฉอด มีการเจริญทางพระราช ไมตรีกับจีนในสมัยพระเจ้าคูโบลข่าน ในศิลาจารึกมีมคธ ภาษามอญ ภาษาเขมร ภาษา⁸⁸ เป็นการ ยืนยันการเข้ามาของวัฒนธรรมของชาติอื่น ในสมัยนั้น หรือมีอยู่แต่เดิม แต่ในสมัยนั้นพยายาม แบ่งแยกเป็นกลุ่มหรือเหล่าใหม่ ที่เรียกว่าไทยในปัจจุบัน อาจจะเป็นไปได้ในทางประวัติศาสตร์ นอกจากนี้หลักฐานเกี่ยวกับอาณาเขตของสุโขทัยไม่ชัดเจนแน่นอน แต่พอประมาณได้ว่ากว้างใหญ่ เพียงใดแต่พอประมาณได้ตามความรู้ตามความเป็นจริงในสมัยดังกล่าวโดยเทียบว่าสมัยสุโขทัยเป็น

⁸⁴ สุจินต์ ชัยมงคลานนท์, “สิทธิของคนต่างด้าวในประเทศไทย”, (นิติศาสตรมหาบัณฑิต แผนกวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2517), น.291

⁸⁵ สมัยปัจจุบันเหตุผลหนึ่ง ในการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาพำนักในราชอาณาจักร คือ การพำนักด้วยเหตุผลเพื่อเผยแพร่ศาสนา โปรดดู มาตรา 34(12) พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522

⁸⁶ ชลิตา โตสิตรระกุล,สิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย “ศึกษาระบบการ ในการเข้าสู่สิทธิในการทำงานในประเทศไทย”,วิทยานิพนธ์ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2548,น.9

⁸⁷ กระทรวงการต่างประเทศ, “ประเภทและหลักเกณฑ์การตรวจลงตราประเภทต่างๆ”, สืบค้นเมื่อวันที่ 29 เมษายน 2560, จาก <http://www.consular.go.th/main/th/services/1287/19765>.

⁸⁸ เสนีย์ ปราโมทย์, ศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหง, (ม.ป.ท.,ม.ป.พ.,ม.ป.ป.): น.4-18

“เมืองกว้างข้างหลาย”⁸⁹ จะมีขอบเขตเพียงใด หากได้มีหลักฐานแน่นอนไม่ อาจประมาณได้เพียงแต่ทิศต่างๆจดหัวเมืองใดเท่านั้น

ความเป็นคนต่างด้าวสมัยดังกล่าว จึงน่าจะเป็นกลุ่มคนที่มิใช่ชนเผ่าหรือคนพื้นเมืองสุโขทัย แต่เป็นพวกเขมรหรือขอมอีกพวกหนึ่งซึ่งปะปนอยู่แล้ว หรือกลุ่มอาณาเขตติดต่อเช่นจีน หรือเมืองอื่นๆ ที่มาจากรายรอบแต่ยังมิได้เป็นเมืองขึ้นกับสุโขทัย หรืออีกกลุ่มคือคนป่าที่มีได้แสดงตัวตนที่ชัดเจน การควบคุมคนต่างด้าวกลุ่มต่างเหล่านี้ ไม่ปรากฏชัดว่ามีการควบคุมโดยวิธีใดชัดเจน แต่พอจะแสดงให้เห็นว่าหากเป็นต่างด้าวต่างกลุ่มที่กำลังจะเข้ามาบูรกรานเป็นการใช้กำลังป้องกันเป็นการใช้กำลังทางทหาร หากได้มีกฎเกณฑ์แต่อย่างใดไม่ ส่วนการแอบแฝงตัวหรือลักลอบเข้ามาไม่ปรากฏว่าจะเป็นการต้องห้ามหรือจัดการควบคุมลักษณะใด แต่ต่อมากการแฝงตัวเข้ามามีการกำหนดเป็นความผิดและโทษ⁹⁰

การควบคุมคนต่างด้าวที่ไม่ปรากฏเป็นกิจจะลักษณะ น่าจะสอดคล้องกับสภาพภูมิศาสตร์สังคมการเมืองการปกครองในขณะนั้น ในสมัยโบราณการเข้ามาของคนต่างชาติต่างศาสนา เข้ามาเพื่อแสวงหาทรัพยากรและมารูปแบบของการบูรกราน มิได้เข้ามาในฐานะคนเข้าเมืองอย่างปัจจุบัน ส่วนใหญ่เป็นชาติตะวันตกที่มีความสามารถในการเดินทางเรือ การค้าขายและเทคโนโลยี⁹¹ กฎเกณฑ์ในการเข้าเมืองจึงไม่ปรากฏหลักฐานในรูปแบบของกฎหมายควบคุมคนเข้าเมือง แต่มีลักษณะเป็นนโยบายของเจ้าเมืองในการผ่อนปรนและ ประนีประนอมเพื่อแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ลดความกดดันจากการล่าอาณานิคม หลักฐานเกี่ยวกับการควบคุมคนต่างด้าวไม่ปรากฏชัดในสมัยโบราณว่าด้วยวิธีการใดเป็นการเฉพาะเจาะจง แต่สามารถพึงเข้าใจได้ว่าการให้สิทธิคนต่างด้าวอย่างจำกัดไม่เสมอเหมือนคนพื้นเมือง การให้สิทธิแก่คนต่างด้าวอย่างจำกัดเช่นพอถือได้ว่าเป็นการควบคุมคนต่างด้าวประการหนึ่ง

(2) สมัยอยุธยา-สมัยรัตนโกสินทร์ตอนปลาย(ก่อน พ.ศ.2470)

ในสมัยพระเจ้าอู่ทองได้ตั้งเมืองหลวงใหม่ที่กรุงศรีอยุธยาเมื่อปี พ.ศ.1893 มีการติดต่อกับประเทศใกล้เคียงมากขึ้นกว่าสมัยสุโขทัย ในสมัยต้นอยุธยาการติดต่อกับต่างชาติชนชาติต่างชาติดีมีรูปร่างและวัฒนธรรมที่ใกล้เคียงกันมากกับสมัยสุโขทัย แต่ในตอนปลายอยุธยามีการเข้า

⁸⁹ เสนีย์ ปราโมทย์, *เพ็ญอ่าว*, น.19

⁹⁰ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2470 มาตรา 14

⁹¹ สุจินต์ ชัยมงคลานนท์, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 84*, น.290

มาของชาติตะวันตก ความแตกต่างทางภาษาและวัฒนธรรมมีมากขึ้น⁹² การควบคุมคนต่างชาติปรากฏชัดขึ้นเนื่องจากการกำหนดสิทธิหน้าที่ตามสนธิสัญญา⁹³ การติดต่อค้าขายในสมัยนี้มีความสัมพันธ์กับประเทศยุโรปหลายประเทศ กิจกรรมบ้านเมืองมักเกี่ยวข้องกับอิทธิพลของชาติที่เข้ามาติดต่อค้าขายและทำสนธิสัญญาระหว่างกัน บทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าวน่าจะมีมากแต่เนื่องจากสมัยกรุงศรีอยุธยาได้ถูกเผาทำลายเมื่อครั้งเสียกรุงเสียหายนเป็นส่วนมากและรวบรวมใหม่ต้นกรุงรัตนโกสินทร์⁹⁴

ส่วนหนึ่งกฎหมายเก่า คือ กฎหมายตราสามดวงซึ่งเป็นการจัดหมวดหมู่กฎหมายเก่าตั้งแต่สมัยอยุธยา การควบคุมคนต่างด้าวไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายเป็นหมวดหมู่แต่อย่างใด ฐานะคนต่างด้าวเข้ามาแล้ว หากอยู่ในเขตชั้นเทศาภิบาลก็ทรงรับปกครองให้ร่มเย็นมีการจำแนกการดูแลควบคุมคนต่างด้าวเป็น 5 กรณีใหญ่ คือ การให้ความคุ้มครอง การควบคุมการเข้าเมืองและการค้าต่างประเทศ การใช้กฎหมายจารีตประเพณีกับคนต่างด้าว การห้ามหญิงสมรสกับคนต่างด้าว การควบคุมคนต่างด้าวเพื่อความปลอดภัยของรัฐ⁹⁵

การให้พระบรมโอรสาธิสมภารแก่คนต่างด้าว เป็นการรับรองคุ้มครองห้ามมิให้คนไทยข่มเหงรังแก หากข่มเหงรังแก เสมือนหนึ่งเป็นผู้ทรยศต่อบ้านเมือง⁹⁶ ในสมัยนี้มีจีนและยุโรปเข้ามาติดต่อค้าขายเป็นจำนวนมากความจำเป็นในการควบคุมและตรวจตราในการเดินทางเข้ามาของคนต่างด้าวมีมากขึ้นมีบทบัญญัติในกฎหมายตราสามดวงเพียงสองบท คือใน พระไอยการอาชาหลวงวรรคตอนที่ 37 บทหนึ่ง และในพระไอยการเบตเสจร(พระอัยการเบ็ดเสร็จ) วรรคตอนที่ 37 บทที่หนึ่ง ในสมัยกรุงศรีอยุธยา มีการตรวจตราโดยเจ้าพนักงานตรวจคนเข้าเมือง “พระทวารด่าน”⁹⁷ เป็น

⁹² ความแตกต่างทางวัฒนธรรม อาจมีผลต่อความเสื่อมทางสังคมในกฎหมายคนเข้าเมืองที่บัญญัติมีปรัชญาแนวคิดในการคุ้มครองวัฒนธรรมของชาติที่มีต้องการให้วัฒนธรรมอื่นมาปะปน เช่น คำสั่งกระทรวงมหาดไทยที่ 375/2523 ห้ามมิให้คนต่างด้าวที่มีลักษณะเป็นฮิปปีเข้ามาในราชอาณาจักร อย่างไรก็ตามในยุคสมัยเปลี่ยนไปข้อห้ามดังกล่าวกลับเป็นที่นิยมในปัจจุบัน

⁹³ สุจินต์ ชัยมงคลานนท์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 84*, น.296

⁹⁴ *เพ็ญอ้าว*, น.306

⁹⁵ *เพ็ญอ้าว*, น.307-308

⁹⁶ *เพ็ญอ้าว*, น.308

⁹⁷ รูปแบบและมาตรการนี้ได้พัฒนามาเป็นมาตรการทางชายแดน(Border Control)ในปัจจุบันเป็นท่าหรือด่านตรวจคนเข้าเมืองซึ่งควบคุมสินค้าและการเข้าออกของบุคคล

ผู้ตรวจค้นเกี่ยวกับอาวุธ ในระหว่างพำนักมิให้ซื้อสินค้าต้องห้ามและเมื่อคนต่างด้าวจะเดินทางกลับออกไปกฎหมายวางโทษแก่คนต่างด้าวที่ชนของต้องห้าม หากเจ้าหน้าที่ละเลยในการตรวจตราดังกล่าวต้องถูกลงโทษ⁹⁸ในพระไอยการอาชาหลวง วรรคตอนที่ 37 ให้ชาวทวารด่านตรวจตราชาวต่างชาติแขก พราหมณ์ ยวน ฝรั่ง อังกฤษ จีนที่เข้ามาว่าเป็นคนดีหรือคนร้ายเก็บอาวุธและป้องกันการเอาสิ่งของต้องห้ามออกไป⁹⁹ หากเปรียบเทียบในสมัยนี้ต้องเป็นการตรวจสอบสิ่งของเข้าออกของศุลกากร หากฝ่าฝืนคนต่างชาติมีโทษตั้งโจร นอกจากนี้มีข้อจำกัดสำหรับคนต่างชาติในการค้าขายในการค้าขายสินค้าบางประเภท เช่น ฝาง ดีบุก

การใช้กฎหมายจารีตประเพณีแก่คนต่างด้าว มีกฎหมายห้ามคนต่างด้าวที่เป็นห้ามมิให้มอญ ลาวลักลอบไปช่องเสมณด้วยแขก ฝรั่ง อังกฤษให้ลงโทษฝ่ายมิตราทิดฐิรวมทั้งพ่อแม่ ส่วนกฎหมายอื่น เช่น กฎมณเฑียรบาลห้ามเจ้าคนต่างด้าวเข้าทำยสนม และพระไอยการลักภาลูเมียผู้คนท่าน และลขณโจร ห้ามคนไทยขายและคนต่างด้าวซื้อไพร่ฟ้าข้าคนท่าน

การกำหนดโทษแก่ผู้สมรสกับคนต่างด้าวเพื่อป้องกันลูกที่เกิดมาแล้วจะถือสัญชาติตามพ่อซึ่งเป็นคนต่างชาติ

“มาตราหนึ่ง ราษฎรข้าแผ่นดินชายหญิงไทยมอญ บมียาบมิกลัว
พระราชอาษาพระราชกำหนดกฎหมาย เหนพักคุด เข้าของเงินทอง
ของมณณาทิดฐิอันมาค้าขายแต่นานาประเทศนอกด่านต่างแดน แลยก
ลูกสาว ยกหลานสาวให้เป็นเมียฝรั่งอังกฤษ วิลันดา ฉะวา มลายู
อันต่างศาสนา และให้เข้ารีตถืออย่างมณณาทิดฐินอกพระศาสนาผู้นั้น
เป็นเลี่ยนหนามในแผ่นดิน”

บทบัญญัติข้างต้น แม้มิได้เป็นการลงโทษคนต่างชาติ แต่เป็นการควบคุมต่างชาติโดยอ้อมที่จะเข้ามาแทรกซึมกับครอบครัวคนไทย¹⁰⁰ซึ่งอาจเก็บล้างข้อมูลได้อย่างลึกซึ้งและฝังตัวระยะยาวรวมไปถึงรุ่นลูก จึงกำหนดโทษแก่ผู้ที่ยกลูกสาวหลานสาวให้เป็นเมียคนต่างด้าวด้วย

⁹⁸ สุจินต์ ชัยมงคลานนท์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 84*, น.308

⁹⁹ ซึ่งน่าจะหมายถึงเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองและศุลกากรในสมัยนั้น

¹⁰⁰ ปัจจุบันการจดทะเบียนสมรสกับชาวต่างชาติ นอกจากมิได้เป็นข้อห้ามแล้ว ยังได้สิทธิและสถานะในการพำนักในราชอาณาจักรด้วยตามข้อ 2.18 คำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่ 138/2557 ลงวันที่ 7 กรกฎาคม 2557 ,สืบค้นเมื่อวันที่ 30 เมษายน 2560 จาก http://www.immigration.go.th/nov2004/2notice/138_2557.pdf.

กฎหมายโบราณ วรรคตอนที่ 20 “...ถ้ามิได้ห้ามปรามเกาะกุมเอามาถึงศาลาให้แก่เจ้าหน้าเจ้าท่า แลให้นานาประเทศไปมาในท้ายสนมได้โทษเจ้าพนักงานถึงตาย” เป็นบทบัญญัติควบคุมคนต่างด้าวให้เจ้าหน้าที่ตรวจตราห้ามเข้าไปในท้ายสนม¹⁰¹

พระไอยการลักกา ลูเมีย ผู้คนท่าน วรรคตอนที่ 25 และลักษณโจร วรรคตอนที่ 59¹⁰² บัญญัติเหมือนกันว่า “...ผู้ใดลักไพร่ฟ้าข้าคนท่านชายแก่ต่างประเทศ...ส่วนต่างประเทศนั้นให้เกาะจำไว้” เป็นบทบัญญัติควบคุมและกำหนดโทษแก่คนต่างด้าวซึ่งซื้อหาทรัพย์สินที่เป็นไพร่ฟ้าอันเป็นทรัพย์สินต้องห้าม

นอกจากการควบคุมคนต่างด้าวในกรณีทั่วไป คนต่างด้าวบางกลุ่มมีสิทธิพิเศษ การควบคุมได้รับสิทธิไม่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุม ไม่ต้องขึ้นทะเบียนศักดินามูลนาย การยกเว้นให้ทุกเชื้อชาติอาจจะมาจากหน้าที่ในการป้องกันประเทศ เป็นหน้าที่ของคนชาวไทย แต่ไม่จำกัดสิทธิในการเป็นทหารต่างด้าวเพราะในกองทัพสมัยกรุงศรีอยุธยาทั้งญี่ปุ่นและฝรั่งเศส ส่วนคนไทยขึ้นทะเบียนเป็นไพร่ เสียโอกาสในการทำงานประกอบอาชีพ

ปี พ.ศ.2041-2054 พบว่ามีฝรั่งเศสโปรตุเกสเข้ามาค้าขายเป็นชาวยุโรป พวกแรกที่เข้ามาตั้งอยู่สมัยนั้น การควบคุมสมัยนั้นไม่ปรากฏว่ามีการควบคุมแต่กลับพบว่าการสนับสนุนในการเข้ามาตั้งถิ่นฐานและเผยแพร่ศาสนา¹⁰³และช่วยอาสาสมเด็จพระเจ้าไชยราชาธิราชรบกับพม่าจนมีชัยชนะกลับมาจากการรบมีพระราชทานที่ดินและอนุญาตให้สร้างวัด¹⁰⁴ ศาสนาคริสต์ซึ่งปรากฏหลักฐานจนถึงปัจจุบัน แสดงว่าในสมัยนั้นภัยโดยตรงคือข้าศึกที่แท้จริงในการยึดครองแผ่นดินคืออาณาจักรที่อยู่รายรอบมีพม่าเป็นต้น ส่วนฝรั่งน่าจะเพียงแต่มุ่งหมายเข้ามาค้าขายหรือล่าเมืองขึ้นเท่านั้น หลังจากโปรตุเกสเข้ามาค้าขายปรากฏมีชาวตะวันตกเริ่มเข้ามาบ้างได้แก่ฮอลันดาและอังกฤษ เห็นว่าจากหลักฐานในทางประวัติศาสตร์การเข้าเมืองสมัยนี้มาแสดงตัวชัดเจนเพื่อการค้าและศาสนา แต่มีหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าการมีน้ำใจไมตรีของชาตินิโปลและค้าขายในสมัยนั้นมีเจตนาแอบแฝง

¹⁰¹ สุจินต์ ชัยมงคลานนท์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 84*, น.313

¹⁰² ที่เกี่ยวข้องมีกฎหมาย ๒ ฉบับ พระไอยการลักกา ลูเมีย ผู้คนท่าน บัญญัติขึ้นในปี พ.ศ. 1899 และ ลักษณโจร บัญญัติขึ้นในปี พ.ศ.1903 ตรงกับสมัยแผ่นดินพระรามาธิบดีที่ 1

¹⁰³ ส. ปลายน้อย, *ชาวต่างชาติในประวัติศาสตร์ไทย*, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์อักษรบริการ, 2505), น.363-364

¹⁰⁴ *เพ็ญอ้าว*, น.363

มีใช้น้อย ทั้งเพื่อเผยแพร่ศาสนาและขยายอาณานิคมนั่นเอง สะท้อนให้เห็นว่าแม้เวลาผ่านไปเนิ่นนาน กิจกรรมของคนต่างด้าวยังมีการแอบแฝงซ่อนเร้นมาจนถึงปัจจุบัน

สมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น บทบาทของคนต่างชาติ¹⁰⁵มีอิทธิพลและบทบาทในสังคมไทยมากโดยเฉพาะการเข้ามาของนโยบายจักรวรรดินิยมในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธเลิศหล้านภาลัย เป็นการเข้ามาลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือแผ่อิทธิพล ปรากฏว่าการเข้ามาของคนต่างชาติดึงเน้นในการขออนุญาตให้พาหนะผ่านเข้ามาเมื่อผ่านเข้ามาได้คนที่อยู่ในเรือจึงขึ้นเรือได้ การอนุญาตให้พาหนะเข้ามาปรากฏในกฎหมายคนเข้าเมือง¹⁰⁶ จำเป็นต้องตกลงทำการค้าและสนธิสัญญาเพื่อความอยู่รอดในการรักษาเอกราชและมีความเปลี่ยนแปลงมากเมื่อมีการเริ่มสนธิสัญญาสภาพนอกอาณาเขตในรัชสมัยรัชกาลที่ 4 นอกจากไทยแล้วฝรั่งแผ่อิทธิพลยังตะวันออก รวมทั้งจีน ต้องยอมยกเกาะฮ่องกงให้อังกฤษ ในประเทศไทยถือว่าสนธิสัญญาและต้องให้สิทธิทางการศาลและทางทรัพย์สินหลายประการ

การเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรของคนต่างด้าว มีหลักฐานปรากฏก่อนสมัยรัชกาลที่ 5 แต่ในทางประวัติศาสตร์ยังไม่พบหลักฐานใดชัดเจนว่าเริ่มต้นมาตั้งแต่เมื่อใด หลักฐานการควบคุมคนต่างด้าวสมัยนี้ มีการตรวจตราชายฝั่ง ในการเดินทางเข้ามาของชาวต่างชาติในสมัยนี้ไม่ปรากฏเอกสารที่เกี่ยวกับการเดินทาง แต่มีหลักฐานว่าการเข้ามาของชนชั้นสูงหรือผู้มีบทบาทหน้าที่สำคัญจะผ่านการนำหนังสือหรือจดหมายแนะนำมาพร้อมกับเรือและอาวุธประจำเรือ เมื่อขึ้นเมืองท่าใดน่าจะเป็นหน้าที่นายด่านนายท่าต้องรายงานเจ้าเมืองหรือผู้ครองหัวเมืองการตรวจตราจะทำ ณ ชายฝั่งปากแม่น้ำเป็นต้น¹⁰⁷ ซึ่งการตรวจหลักฐานการเดินทาง¹⁰⁸ แต่ในส่วนหลักฐานในการ

¹⁰⁵ ในส่วนที่เป็นเนื้อหาสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้นถึงตอนปลายนี้ ผู้วิจัยใช้คำว่าต่างชาติ แทนคำว่าคนต่างด้าวซึ่งจะตรงกับภาษาในยุคสมัยนั้นมากกว่า

¹⁰⁶ การอนุญาตลักษณะนี้ปรากฏในกฎหมายคนเข้าเมือง ฉบับปัจจุบันตาม พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 หมวด 3

¹⁰⁷ ส. ปลายน้อย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 103*, น.79

¹⁰⁸ รูปแบบการควบคุมคนต่างด้าวโดยตรวจสอบเอกสารเดินทาง(Document Control) เป็นรูปแบบและมาตรการที่มีมาดั้งเดิม โปรดดูหัวข้อ 2.2.1.3

ควบคุมคนต่างด้าวที่เดินทางออกไปนอกราชอาณาจักรต้องมีเอกสารสำคัญแสดงตัวซึ่งตรงกับสมัยราชกาลที่ 5¹⁰⁹

3.2.1.2 ภายหลังตราเป็น พ.ร.บ.คนเข้าเมือง(พ.ศ.2470)

ในสมัยรัชกาลที่ 7 มีการร่างพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง ตั้งแต่ปี 2468 และมาสำเร็จในปี 2470 เดิมทีเคยใช้ชื่อว่า “ร่างกฎหมายว่าด้วยการเข้าออกประเทศสยาม...” แต่ชื่อเรียกดังกล่าวไม่ติดปากชาวบ้านขณะนั้น ครั้นในชั้นพิจารณามีการถกเถียงกฎหมายในหลายประเด็น แต่ตอนประกาศใช้จึงเหลือชื่อเป็น “พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง” ที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร ตั้งแต่มีกฎหมายฉบับแรก 2470 มีการแก้ไขเพิ่มเติมจนมาถึงปัจจุบันครั้งๆ สำคัญได้แก่ ฉบับปี 2480,2493,2522

(1) ความเป็นมา พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2470 - 2522

มีหลักการในทางเนื้อหาทางกฎหมายผสมผสานทั้งเป็นกฎหมายในทางปกครองมุ่งก่อนนิติสัมพันธ์ ระหว่างรัฐกับคนต่างด้าวและคนชาติ¹¹⁰ เป็นกฎหมายระหว่างประเทศโดยกำหนดยกเว้นหน้าที่สถานะของบุคคลต่างด้าวบางสถานะได้รับการรับรอง เอกสิทธิและความคุ้มครองหลักกฎหมายระหว่างประเทศ¹¹¹ เป็นกฎหมายบริหารราชการแผ่นดินมีบทบัญญัติให้อำนาจฝ่ายบริหารโดยเฉพาะนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีอำนาจในการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาออกไปหรืออยู่ในราชอาณาจักรในลักษณะอย่างใดก็ได้¹¹² เป็นกฎหมายอาญาเนื่องจากมีบทบัญญัติว่าการกำหนดความผิดและโทษ¹¹³ เป็นกฎหมายเกี่ยวข้องกับความมั่นคงและถือ

¹⁰⁹ พงษ์นคร นครสันติภาพ, ระบบจัดการคนเข้าเมืองของประเทศไทยและแนวทางการปรับปรุง”เอกสารประกอบการประชุมทางวิชาการ เรื่อง “ธรรมาภิบาลในการจัดระบบแรงงานต่างด้าว, (ม.ป.ท. : ศูนย์วิจัยการย้ายถิ่นแห่งเอเชีย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ,2552), น.1

¹¹⁰ ตัวอย่างปรากฏตาม พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 11 บัญญัติว่า บุคคลซึ่งเดินทางเข้ามาในหรือออกไปนอกราชอาณาจักรจะต้องเดินทางเข้ามาหรือออกไปตามช่องทาง ด่านตรวจคนเข้าเมือง หรือ มาตรา 18 พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตรวจบุคคลซึ่งเดินทางเข้ามาในหรือออกไปนอกราชอาณาจักร

¹¹¹ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 15

¹¹² พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 17

¹¹³ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 หมวด 8

เป็นกฎหมายกลาง¹¹⁴ที่เกี่ยวข้องกับคนต่างชาติว่าการเข้าออก พำนักในราชอาณาจักร โดยกฎหมายแต่ละฉบับมีสาระสำคัญ ดังนี้

(1.1) พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2470¹¹⁵

(1.1.1) การกำหนดความผิด

กฎหมายฉบับนี้มีแนวคิดในการควบคุมบุคคลไม่มีสัญชาติไทย การจำแนกคนสัญชาติและคนต่างด้าวอาศัยเกณฑ์ตามกฎหมายสัญชาติ¹¹⁶ พระราชบัญญัติฉบับนี้ถือได้ว่ากฎหมายคนเข้าเมืองฉบับแรก และเป็นรากฐานในการร่างพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฉบับหลังๆ ต่อมามาตรการทางอาญามีใช้มาตรการหลักในการควบคุมคนเข้าเมือง เนื้อหาทางกฎหมายเป็นระเบียบปฏิบัติระหว่างรัฐกับคนต่างด้าวให้อำนาจฝ่ายบริหารกำหนดมาตรการพิเศษ มาตรการทางปกครอง และความผิดอาญาที่มีพื้นฐานมาจากการฝ่าฝืนคำสั่งทางปกครองมีหลักการควบคุมคนเข้าเมืองโดยให้เจ้าพนักงานมีอำนาจตรวจตราคนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรสยาม¹¹⁷ แม้ในสมัยดังกล่าวจะมีการเดินทางออกไปนอกราชอาณาจักร แต่การเดินทางออกไปไม่ได้บังคับให้ต้องตรวจตรา ทั้งนี้ การได้เดินทางไปต่างประเทศ นับว่าเป็นเรื่องดี เจริญ มีโชเรื่องจะกระทบต่อความมั่นคง

กำหนดความผิดแก่เจ้าของผู้ครอบครองพาหนะ พฤติกรรมคือการฉ้อโกงต่อหน้าที่ในการจัดการคนต่างด้าวหรือการยื่นรายชื่อคนโดยสาร¹¹⁸ กำหนดความผิดแก่คนต่างด้าวซึ่งหลบหนีซ่อนตัวเข้ามา¹¹⁹ และกำหนดความผิดแก่บุคคลใดที่ให้การช่วยเหลือคนต่างด้าวจะทำให้ยากแก่การควบคุม¹²⁰

(1.1.2) มาตรการและโทษ

¹¹⁴ กฎหมายเกี่ยวข้องกับสิทธิ สถานะ ในการควบคุมคนต่างชาติมีกฎหมายอื่นๆ อีกหลายฉบับ เช่น พ.ร.บ.สัญชาติ, พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว ฯลฯ

¹¹⁵ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 44 หน้า 80 (17 ก.ค. 2470)

¹¹⁶ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2470 มาตรา 3(1) และ พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.2456

¹¹⁷ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2478 มาตรา 4

¹¹⁸ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2470 มาตรา 13

¹¹⁹ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2470 มาตรา 14

¹²⁰ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2470 มาตรา 15

นอกจากโทษปรับและจำคุกแก่ความผิดที่กล่าวมาข้างต้น ในกฎหมายฉบับนี้มีการกำหนดมาตรการพิเศษและโทษ โดยให้เจ้าพนักงานมีอำนาจในการไต่สวน กักตัว¹²¹ และเนรเทศคนต่างด้าวด้วย

(1.2) พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2480¹²²

(1.2.1) การกำหนดความผิด

มีหลักการเพิ่มเติมจากกฎหมายฉบับก่อนโดยได้มีการเพิ่มเติม นอกเหนือการตรวจบุคคล ให้ความสำคัญกับการกำหนดระยะเวลาในการเข้าในราชอาณาจักร การตรวจพาหนะซึ่งจะเดินทางเข้าออกราชอาณาจักรสยาม¹²³ มีหลักการควบคุมคนต่างด้าว โดยจัดกลุ่มคนต่างด้าว จะเข้ามาพำนักระยะสั้นเพียงชั่วคราวและเข้ามามีถิ่นที่อยู่ต้องรับใบสำคัญถิ่นที่อยู่โดยนำหลักการควบคุมคนต่างด้าวโดยกรอบระยะเวลาเข้ามาควบคุมคนต่างด้าว ได้แก่ การกำหนดความผิดคนต่างด้าวคนใดเข้ามาในราชอาณาจักรโดยฝ่าฝืนหรือเลียงพระราชบัญญัตินี้หรือขัดคำสั่งเกี่ยวกับการรายงานตน¹²⁴ การกำหนดความผิดกับบุคคลใดๆฝ่าฝืนไม่ให้ความร่วมมือในการเข้าตรวจสอบยานพาหนะ¹²⁵

(1.2.2) มาตรการและโทษ ได้แก่ มาตรการทางแพ่งมาใช้บังคับ กล่าวคือรัฐพลักภาระค่าใช้จ่ายในการกักตัวคนต่างด้าวให้กับเจ้าของพาหนะให้เอกชนที่รับตัวคนต่างด้าวที่มีลักษณะต้องห้ามเข้ามาในราชอาณาจักร¹²⁶การนำมาตรการทางปกครองใช้บังคับคนต่างด้าว เช่น การให้รายงานและกำหนดการฝ่าฝืนมีโทษทางอาญา¹²⁷ ทั้งนี้ ได้นำหลักกฎหมายพยานหลักฐานเกี่ยวกับข้อสันนิษฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับการเป็นคนต่างด้าวให้ผู้กล่าวอ้างต้องพิสูจน์ และปรากฏ มาตรการทางปกครองเกี่ยวกับการกำหนดให้คนต่างด้าวเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรได้เงื่อนไข (Condition)ใดๆก็ได้¹²⁸

¹²¹ วิธีการ “กัก”ไม่เคยมีนิยามในกฎหมายคนเข้าเมือง

¹²² ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 20 ก.ย.2480 เล่ม 54 หน้า 1101

¹²³ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2480 มาตรา 5

¹²⁴ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2480 มาตรา 45,46

¹²⁵ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2480 มาตรา 15

¹²⁶ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2480 มาตรา 45

¹²⁷ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2480 มาตรา 19,44

¹²⁸ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2480 มาตรา 30

(1.3) พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2493¹²⁹

(1.3.1) การกำหนดความผิด

มีหลักการเพิ่มเติมกำหนดมาตรการเกี่ยวกับการตรวจลงตรา (Visa) การควบคุมคนต่างด้าวโดยกำหนดกรอบระยะเวลาตามเหตุผลความจำเป็น¹³⁰ โดยการกำหนดความผิดและโทษนอกเหนือจากฉบับก่อน ๆ ดังนี้ ได้แก่ กฎหมายฉบับนี้เน้นการกำหนดหน้าที่เจ้าของพาหนะหรือผู้ควบคุมพาหนะให้มีหน้าที่หลายประการ เช่น การแจ้งกำหนดวันเวลาเข้าออกของพาหนะ ยื่นข้อมูลผู้โดยสาร คนประจำพาหนะ แจ้งการเพิ่มลดจำนวนคนประจำพาหนะ มีหน้าที่ในการใช้อำนาจรัฐบางประการโดยการให้ควบคุมคนต่างด้าวไว้ในพาหนะเพื่อรอการตรวจการฝ่าฝืนมีความผิดและโทษ¹³¹

(1.3.2) มาตรการและโทษ ได้แก่ การนำมาตรการทางปกครองใช้บังคับคนต่างด้าวไปพักอาศัย เปลี่ยนที่พำนักต้องแจ้งรายงานต่อเจ้าหน้าที่และกำหนดโทษทางอาญา(ปรับ)¹³²

(1.4) พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522¹³³

หลักการในการควบคุมคนเข้าเมือง ในกฎหมายฉบับนี้ เป็นการผสมผสานมาตรการต่างๆที่ปรากฏในกฎหมายฉบับก่อนทั้งหมดในการควบคุมคนเข้าเมือง เหตุผลในการตรากฎหมายนี้ เนื่องจากกฎหมายคนเข้าเมืองฉบับก่อน(2493) บังคับใช้มาช้านานนับถึงปีที่มีการร่าง(2521) ใช้มาแล้วผ่านไป 27 ปี หากนับเวลาตั้งแต่ 2493 – 2560 เป็นเวลาเกือบ 70 ปี ที่ปรากฏแนวคิดในกฎหมายคนเข้าเมืองฉบับปัจจุบัน กาลเวลาล่วงไปดังกล่าวสภาพภูมิศาสตร์สังคมเปลี่ยนแปลงไปมากและเป็นปัจจัยหนึ่งในการศึกษาทบทวนความเหมาะสมของมาตรการต่างๆในการศึกษาครั้งนี้ ซึ่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522

แม้กฎหมายฉบับนี้จะตั้งชื่อกฎหมายเกี่ยวกับการตรวจคนเข้าเมือง แต่ยังมี การควบคุมพาหนะที่นำคนต่างด้าวมาเป็นสำคัญเช่นกัน การตรวจตราพาหนะ การจัดการควบคุมและกำหนดมาตรการรวมทั้งโทษแก่คนอื่นที่ใช้คนต่างด้าวเป็นกลไกในการควบคุมคนต่างด้าวโดย

¹²⁹ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 67 ตอนที่ 71 หน้า 1208 เมื่อวันที่ 20 ก.ย.2480

¹³⁰ เช่น ให้อนุญาตพำนักได้ 30 วัน สำหรับคนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อธุรกิจหรือเป็นนักเรียนนักศึกษา ตามพ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2493 มาตรา 18,19

¹³¹ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2493 มาตรา 8,9,10,54

¹³² พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2480 มาตรา 20,64

¹³³ ร.จ.เล่ม 96 ตอนที่ 28 หน้า 45(ฉบับพิเศษ) (1 มีนาคม 2522)

ทางอ้อมเช่นกัน แต่หลักการควบคุมคนเข้าเมืองมีสาระสำคัญในการควบคุมคนเข้าเมืองที่มีพัฒนาการต่อเนื่องกันมา¹³⁴ ผู้วิจัยสรุปหลักการควบคุมคนเข้าเมืองตั้งแต่ฉบับแรกจนถึงปัจจุบันในลักษณะที่เป็นภาพรวมของกฎหมายคนเข้าเมืองที่ตราขึ้นเป็นพระราชบัญญัติทั้งหมด(พ.ศ.2470 - 2522) ในส่วนการควบคุมคนเข้าเมืองในปัจจุบันซึ่งอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 ซึ่งมีปัญหาความเหมาะสมซึ่งผู้วิจัยตั้งสมมติฐานในการวิจัยไว้ นั้น จะได้อธิบายปัญหาโดยละเอียดอีกครั้ง¹³⁵

(2) หลักการสำคัญ และรูปแบบในควบคุมคนเข้าเมือง

ตาม พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522

กฎหมายฉบับนี้ มีเนื้อหาทางกฎหมายหลากหลาย ทั้งเป็นกฎหมายสารบัญญัติวิธีวิธีบัญญัติ เป็นกฎหมายกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายปกครอง กฎหมายบริหาร ราชการแผ่นดิน กฎหมายอาญาการควบคุมคนเข้าเมือง โดยมีรูปแบบและใช้หลายๆมาตรการจัดการควบคุมคนต่างด้าวแบบผสมผสาน จนยากที่จะหาลักษณะเฉพาะ มีเป้าประสงค์หลักคือ การจัดการควบคุมคนเข้าเมืองเพื่อความมั่นคงของชาติ(Nation Security) ซึ่งหากได้พิจารณาเนื้อหาทั้งหมดของกฎหมายฉบับนี้พบหลักการสำคัญและรูปแบบควบคุมคนเข้าเมือง 8 หลักการหรือรูปแบบที่สำคัญ นี้

(2.1) การกำหนดนโยบาย(Policy)

ตั้งแต่เริ่มต้นในการบัญญัติกฎหมายฉบับนี้(ปี 2522) และหลังจากนั้นสถานการณ์ของประเทศยังคงมีแนวโน้มของการอพยพย้ายถิ่นของคนต่างด้าว และมีการคาดว่าการสถานการณ์ในการเข้าเมืองต้องเปลี่ยนแปลงไปอีกมาก จึงบัญญัติกฎหมายในลักษณะกฎหมายบริหาร ราชการแผ่นดินและเป็นระเบียบปฏิบัติสำหรับคนต่างด้าว โดยฝ่ายนิติบัญญัติมอบภารกิจในการจัดการหลายปัญหาให้กับฝ่ายบริหารในการควบคุมคนต่างด้าวทั้งจำนวนปริมาณที่จะเข้ามาได้ ช่องทางในการเข้าออก เอกสารเงื่อนไขในการเข้าออกเมือง โดยอำนาจหน้าที่จะอยู่ที่รัฐมนตรีว่าการ

¹³⁴ ในปี 2470,2480,2493,2522 ซึ่งนับถึงปัจจุบันมีกฎหมายคนเข้าเมืองบังคับใช้มาแล้วเกือบ 100 ปี แม้จะมีการเปลี่ยนแปลงอย่างมากของสภาพสังคมโดยเฉพาะเกี่ยวกับคนต่างด้าวในประเทศไทย แต่การมีการแก้ไขกฎหมายไม่กี่ฉบับในห้วงเวลายาวนานมานี้ น่าจะเป็นเพราะการแก้ไขเปลี่ยนนโยบายในการควบคุมคนต่างด้าว หากเปลี่ยนแปลงบ่อยครั้งจะส่งผลกระทบต่อกิจการภายในและระหว่างประเทศอย่างมากและฝ่ายบริหารอาจนำเครื่องมือของฝ่ายบริหารจัดการควบคุมได้อีกทางหนึ่งแล้ว

¹³⁵ ดูหัวข้อ 3.2.2

กระทรวงมหาดไทยในการออกกฎต่างๆ¹³⁶ หรือให้อำนาจอธิบดีกรมตำรวจในการออกคำสั่งกำหนดเงื่อนไขการเข้าออกราชอาณาจักร¹³⁷ เป็นต้น

ในการกำหนดนโยบายสำหรับคนต่างด้าวพบว่า มีสองลักษณะ ลักษณะหนึ่งนโยบายเป็นการควบคุม ได้แก่ กำหนดสัดส่วน วิธีการ เงื่อนไข รูปแบบ ระเบียบปฏิบัติ สำหรับคนต่างด้าวและผลของการหลบเลี่ยงในการปฏิบัติตามข้อกำหนดดังกล่าวมา กฎหมายบัญญัติผู้ฝ่าฝืนมาตรการของฝ่ายบริหารมีโทษ¹³⁸ อีกด้านหนึ่งเป็นนโยบายเชิญชวน ได้แก่ การให้คนต่างด้าวเข้ามาเพื่อการเพิ่มรายรับจากการท่องเที่ยว การขยายการลงทุนและเป็นสถานการณ์การทั่วโลกได้ใช้มาตรการนี้ในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจของประเทศ รัฐบาลจึงส่งเสริมด้วยวิธีการต่างๆ เช่น การตั้งศูนย์บริการวีซ่าเพื่อการลงทุน(BOI) ส่งเสริมการศึกษาในการจัดตั้งสถานศึกษานานาชาติ เพิ่มศักยภาพในการดึงดูดผู้สูงอายุที่มีศักยภาพในการใช้จ่ายเข้าประเทศกระทรวงการท่องเที่ยว¹³⁹ หรือการเชิญชวนเพิ่มศักยภาพเชิญชวนผู้มีรายได้มากมาย ในกลุ่มอาหรับเข้ามาในการบริการสาธารณสุข กระทรวงสาธารณสุข¹⁴⁰ นโยบายเหล่านี้ให้สิทธิพำนักรยาวนานขึ้นเป็นการลดขั้นตอนและผ่อนปรนการเข้าและพำนักเป็นช่องว่างของนโยบายและหลบเลี่ยงการกลับไปเป็นช่องทางในการเข้ามาพำนักระยะยาวเป็นการใช้วิชาผิดประเภท

การใช้อำนาจบริหารออกกฎลำดับรองเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่คนต่างด้าวจะไม่ทราบและมีการฝ่าฝืนบ่อยครั้งจึงเป็นปัญหาอีกประการหนึ่ง

(2.2) มาตรการทางชายแดน

สภาพภูมิศาสตร์ชาติไทย มีช่องทางธรรมชาติง่ายต่อการเข้ามา โดยเฉพาะการเข้ามาทางทะเลปะปนมากับสินค้าหรือเรือประมง หรือการเดินทางผ่านดินแดนประเทศที่มีอาณาเขตติดต่อกันในการเข้ามา การควบคุมโดยด่านตรวจคนเข้าเมืองจึงเป็นมาตรการสมัครงเท่านั้น หากไม่สมัครงผ่านด่านตรวจคนเข้าเมือง รัฐต้องปิดช่องทางธรรมชาติให้ได้มากขึ้น ซึ่ง

¹³⁶ มาตรา 11,14,16

¹³⁷ มาตรา 35

¹³⁸ มาตรา 82

¹³⁹ ไทยรัฐออนไลน์, “กรม.ให้วีซ่า ต่างชาติอายุ 50 อัพ มีเงินฝาก 3 ล้าน อยู่ไทยนาน 10 ปี” สืบค้นเมื่อวันที่ 6 พฤษภาคม 2560, จาก <http://www.thairath.co.th/content/790847>.

¹⁴⁰ ปกรณ์ รัตนทรัพย์ศิริ, “ไฟเขียววีซ่า 6 ประเทศอยู่พำนักรักษาได้ถึง 90 วัน” สืบค้นเมื่อวันที่ 6 พฤษภาคม 2560, จาก <http://news.voicetv.co.th/thailand/63825.html>.

สถานการณ์นี้บางประเทศใช้นโยบายสร้างกำแพงเพื่อเป็นการควบคุมคนต่างด้าว แต่สำหรับประเทศไทยยากที่สกัดกั้นตามหลักการนี้อย่างแน่นอน เหมือนๆ นานาประเทศที่มีลักษณะทางภูมิศาสตร์เช่นนี้

กฎหมายฉบับนี้กำหนดให้คนต่างด้าวเดินทางผ่านด่านตรวจคนเข้าเมือง หากฝ่าฝืนมีโทษ¹⁴¹ และการตรวจคนเข้าเมืองมาตรการด่านให้คนต่างด้าวเข้าแบบสมัครใจและเลือกเข้าบางครั้งในทางปฏิบัติเรียกว่าด่านลอย คนร้ายจึงไม่เลือกเขาไปพบเจ้าหน้าที่ ใช้มาตรการกองกำลังสกัดกั้น บังคับให้เข้าตามช่องทางอนุญาตให้ผ่านการตรวจ แต่ข้อจำกัดของการควบคุมชายแดนมีปัญหในตัวองเกี่ยวกับสภาพทางภูมิศาสตร์ ยังมีข้อจำกัดการละเว้นใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในการแสวงหาประโยชน์จากการเข้าเมือง การทะเลาะของคนต่างด้าวจำนวนไม่น้อยมาจากการทะเลาะและละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ หรือสมยอมในการเปิดช่องทางโดยไม่มีการตรวจคัดกรอง กิจการชายแดนนับเป็นยุทธศาสตร์ของชาติจะตั้งหรือหย่อนมีผลต่อเศรษฐกิจและปัญหาภายใน โดยเฉพาะตามแนวเขตติดต่อกับประเทศเพื่อนบ้าน ซึ่งมีการนำการบริหารชายแดนเพื่อเพิ่มศักยภาพในการค้าการลงทุน มีมาตรการในการผ่อนปรน การเดินทางเข้า-ออกระหว่างกัน เป็นระยะเวลาสั้น¹⁴² แต่เป็นการเปิดช่องทางให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อกิจการ ไปเข้า-เย็นกลับ หรือเข้ามาค้าขาย แล้วกลับออกไปตามการผ่อนผันในการค้าขาย แต่มีคนต่างด้าวจำนวนมากใช้ช่องทางหรือโอกาสเช่นนี้เดินทางเข้าสู่เมืองหลวงหรือหัวเมืองใหญ่ เข้ามาทำงานผิดกฎหมาย(Illegal worker) หรือคนต่างด้าวเหล่านี้ผ่านเข้ามาโดยได้รับอนุญาตเพียงชั่วคราว เป็นช่องทางในการเดินทางอย่างสะดวกไม่ต้องเดินมาตามป่าเขา ช่องทางธรรมชาติอีกต่อไป¹⁴³ ซึ่งมีบทบัญญัติหลายมาตรการที่เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารในการจัดการตามกฎหมายลำดับรอง¹⁴⁴

ในรูปนโยบายระหว่างประเทศ เพียงจำกัดกลุ่มได้เท่านั้น การเปิดประชาคมอาเซียนหรือนโยบายการค้าเสรีเปิดเสรีเป็นการเปิดพรมแดนและขยายช่องทางในการค้าการลงทุน ทั้งความจำเป็นของรัฐ และถูกบีบรัดด้วยสภาพเศรษฐกิจสังคม การเปิดการค้าด้าน

¹⁴¹ มาตรา 11,62

¹⁴² มาตรา 13

¹⁴³ ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายกับคนต่างด้าวกลุ่มนี้ คือ การเข้ามาตามช่องทางอนุญาตไม่มีความผิดฐานหลบหนีเข้าเมือง แต่การไม่กลับออกไปไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด

¹⁴⁴ เช่น พ.ร.บ.คนเข้าเมือง มาตรา 17 บัญญัติว่า “ในกรณีพิเศษเฉพาะเรื่องรัฐมนตรีโดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีจะอนุญาตให้คนต่างด้าวผู้ใดหรือจำพวกใดเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรภายใต้เงื่อนไขใด ๆ หรือจะยกเว้นไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ในกรณีใด ๆ ก็ได้”

ชายแดนผ่อนผันให้คนชาติของประเทศที่มีอาณาเขตติดต่อด้านทางข้ามพรมแดนไปมาชั่วคราว¹⁴⁵ ด้าน จุดตรวจ จุดสกัด เป็นมาตรการตามชายแดนแบบสมัครใจ จึงหลีกเลี่ยงการตรวจสอบหรือติดสินบนเจ้าหน้าที่รัฐ ลดหย่อนการเข้มงวดตรวจสอบ แม้มีมาตรการทางวินัยกับทางอาญา แต่ปัญหาดังกล่าวเป็นความผิดไม่มีผู้เสียหาย ประเทศไทยมีอาณาเขตและภูมิศาสตร์ติดกับช่องทางธรรมชาติที่ยาวหลายตารางกิโลเมตรและติดประเทศเพื่อนบ้าน การระวังป้องกันการข้ามดินแดน มีอุปสรรคหลายประการ กองกำลังทหาร ตำรวจ และฝ่ายความมั่นคงตามแนวชายแดน ยังมีข้อจำกัดในการควบคุมคนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมือง นอกจากการกีดกันทางทหารโดยใช้กองกำลัง มีการสกัดกั้นและควบคุมปริมาณโดยการกำหนดเงื่อนไขการอนุญาตให้เข้ามาได้ มาตรการป้องกันด้านชายแดนเดิมให้ความสำคัญกับการใช้กำลังทางทหารในการข่มขู่ แต่สภาพเศรษฐกิจสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปสภาพกิจกรรมตามแนวชายแดนเต็มไปด้วยยุทธศาสตร์ด้านเศรษฐกิจเป็นหลัก และสร้างมูลค่ามหาศาลให้กับประเทศไทยและเพื่อนบ้าน การควบคุมคนต่างด้าวตามแนวชายแดนมักได้รับการผ่อนผันให้เข้ามาได้เพียงชั่วระยะเวลาสั้นๆ มีประกาศและกฎหมายลำดับรองจำนวนมากอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรไทยได้

มาตรการในการควบคุมชายแดนมีความสำคัญที่สุดมาตรการหนึ่ง เพราะมีข้อจำกัดหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นงบประมาณ บุคลากร และโดยเฉพาะมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการสมยอมในการอนุญาตให้เข้าหรือออกนอกประเทศโดยมิชอบเพราะว่าความผิดที่ปราศจากผู้เสียหาย ไร้การควบคุมที่เข้มข้น จึงเป็นช่องว่างประการสำคัญในการควบคุมทางด้านชายแดน ซึ่งเป็นปัญหาที่ผู้วิจัยกำหนดประเด็นการศึกษาไว้แล้วและจะมีแนวทางในการแก้ไขมาตรการทางด้านชายแดน โดยเฉพาะการบัญญัติสัดส่วนความผิดหลบหนีเข้าเมืองและอยู่เกินกำหนดให้ได้สัดส่วนที่เหมาะสม เพื่อแก้ปัญหาคนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมือง

(2.3) การควบคุมโดยเอกสาร(Document Control)

การควบคุมเอกสารเป็นการกำหนดเงื่อนไขในการเข้าประเทศโดยความยินยอมของรัฐ ต้องมีหนังสือเดินทาง(Passport) ตรวจลงตรา(Visa)¹⁴⁶ เป็นการกำหนดให้มีการตรวจสอบสิทธิคนต่างด้าวที่จะเข้าเมืองในการควบคุมคนต่างด้าวนำมาตรการทางเอกสารให้เจ้าหน้าที่ตรวจสอบบันทึกเก็บข้อมูลจำนวนมากในการตรวจสอบ เช่น มาตรการตรวจสอบหนังสือเดินทาง การ

¹⁴⁵ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง มาตรา 13(2)

¹⁴⁶ มาตรา 12

ตรวจลงตรา การยื่นบัญชีผู้โดยสาร คนประจำเรือ เอกสารประกอบการเข้า¹⁴⁷ การยื่นเอกสาร ประกอบเหตุผลพยานกระยะยาว¹⁴⁸ เป็นเอกสารจำนวนมากคนต่างด้าวยื่นคำขอจำนวนมาก¹⁴⁹ เป็นการ พิจารณาจากลักษณะเอกสารหากครบถ้วนจะพิจารณาอนุญาตเป็นหลักปัญหานี้จึงพบว่ามี การใช้ เอกสารปลอมและจับกุมดำเนินคดีจำนวนมาก นอกจากนี้ยังมีปัญหาการใช้เอกสารเทียม และการอำ พรางข้อมูลในการเข้าเมือง¹⁵⁰ แต่ไม่มีการลงโทษกำหนดความผิด¹⁵¹

(2.4) การกำหนดเวลาและเงื่อนไข(Time limited and Condition)

พ.ร.บ.คนเข้าเมืองให้อำนาจฝ่ายบริหารในการกำหนดเงื่อนไขคนต่างด้าว ที่จะเข้ามาหรือจะพำนักภายใต้เงื่อนไขใดก็ได้¹⁵² เงื่อนไขและเงื่อนไขรวมทั้งการเข้ามาและการพำนัก ในทางปฏิบัติและหลักเกณฑ์ของฝ่ายบริหารเงื่อนไขซึ่งกำหนดของฝ่ายบริหารเป็นการรับรู้สำหรับ เจ้าหน้าที่ ไม่มีการตราเป็นกฎ ออกประกาศเป็นกฎหมาย เช่น แบบฟอร์มกำหนดเงื่อนไขตามแบบ

¹⁴⁷ มาตรา 27

¹⁴⁸ มาตรา 35 วรรคสอง ประกอบคำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่ 327/2557 , คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ที่ 138/2557

¹⁴⁹ Matichon Online, “สตรม. แกล้งรวบมือปลอม “พาสปอร์ต-วีซ่า” ระดับตำนาน ถูกจับถึง 6 ครั้งไม่เชิด!” สืบค้นเมื่อวันที่ 7 พฤษภาคม 2560, จาก http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1377512955.

¹⁵⁰ คนต่างด้าวเข้ามาและพำนักในราชอาณาจักรต้องยื่นเอกสารและแสดงข้อมูลแก่เจ้าหน้าที่ จำนวนจำนวนมากมายื่นนอกเหนือจากหนังสือเดินทาง เช่น บัตร ตม. 6 มีข้อสังเกตว่าการขอข้อมูล จำนวนมากมายจากคนต่างด้าว ไม่สามารถนำข้อมูลดังกล่าวมาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพและแม้ข้อมูลไม่ ตรงกับความจริงยากที่จะดำเนินคดีกับคนต่างชาติดังนั้นเกี่ยวกับหนังสือเดินทางปลอม แต่การให้ ข้อมูลไม่ตรงกับข้อเท็จจริงอื่นๆไม่มีความผิดอาญาเพราะเป็นเพียงการให้ข้อมูลที่เป็นการคาดการณ์ เท่านั้น เช่น จะไปพักที่ใด เมื่อถึงกำหนดวันเวลาที่มีการเปลี่ยนแปลงข้อมูลที่รัฐรับมาครั้งแรกกลายเป็น ข้อมูลล้าสมัยและไม่อาจได้ว่าเป็นเท็จเพราะอาจมีปัจจัยอื่นๆที่ทำให้เปลี่ยนสถานที่พัก

¹⁵¹ คม ชัด ลึก, “ตม. จ่อถอนวีซ่าต่างชาติ 193 ราย ” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2560 จาก <http://www.komchadluek.net/news/crime/195920>.

¹⁵² พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 35 วรรคแรก

สทม.2¹⁵³ จึงมีการฝ่าฝืนจำนวนมากและไม่มีผลในทางอาญาหากมีการฝ่าฝืน รัฐจึงมีภาระในการติดตามตรวจสอบการฝ่าฝืนเงื่อนไขและเงื่อนไขเวลา ปัญหานี้จะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไป¹⁵⁴

(2.5) การใช้เทคโนโลยี

ในการตรวจคนเข้าเมืองปัจจุบันได้นำเทคโนโลยีช่วยในการคัดกรองตรวจสอบคัดแยกบุคคลได้อย่างรวดเร็ว แต่ในกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้บัญญัติมาตรการในการควบคุมคนเข้าเมืองด้วยระบบเทคโนโลยี อย่างไรก็ตามทางปฏิบัติจะมีการนำเทคโนโลยีมาใช้ในการควบคุมการเข้าเมือง เช่น การใช้หนังสือเดินทางและผ่านเข้าออกโดยระบบอัตโนมัติ(Automatic Channel) หรือมาตรการรายงานตัวผ่าน Internet การกำหนดเงื่อนไขการเข้าใช้ การแสดงตน การฝ่าฝืนเงื่อนไขต่างๆไม่มีบัญญัติเป็นความผิด การนำเทคโนโลยีมาใช้อาศัยอำนาจตามกฎหมายลำดับรองและมีข้อจำกัดเกี่ยวกับการฝ่าฝืนเงื่อนไขต่างๆที่ถูกกำหนดโดยมาตรการทางเทคโนโลยี

(2.6) มาตรการพิเศษ(Immigration Control)

มาตรการพิเศษนี้เป็น มาตรการหนึ่งลักษณะคล้ายๆกับมาตรการทางปกครอง ในกฎหมายไทยน่าจะถือเป็นส่วนหนึ่งกฎหมายปกครอง อย่างไรก็ตามในการอธิบายกฎหมายคนเข้าเมืองของหลายประเทศได้พยายามแยกมาตรการควบคุมที่มีลักษณะเฉพาะในการควบคุมคนต่างด้าวเป็นมาตรการพิเศษ และสามารถที่แยกออกจากมาตรการทางปกครองได้ ซึ่งเป็นข้อถกเถียงในการใช้อำนาจในระหว่างอำนาจบริหารในการปฏิเสธการเข้าเมืองกับอำนาจตุลาการในการตรวจสอบดุลพินิจในการปฏิเสธการเข้าเมือง เพราะมาตรการทางปกครองจะถูกตรวจสอบโดยศาลปกครองแน่นอน แต่มาตรการพิเศษในกฎหมายคนเข้าเมืองเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยอีกรูปแบบที่มีลักษณะพิเศษ เช่น เจ้าพนักงานตรวจคนเข้าเมืองปฏิเสธคนต่างด้าวด้วยเหตุผลว่าอาจเป็นภัยต่อความมั่นคง แม้เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายคนเข้าเมืองออกคำสั่งให้คนต่างด้าวไม่ให้เข้ามาและไม่อนุญาตให้เข้ามาจะเป็นการใช้อำนาจเหนือคนต่างด้าวที่มีลักษณะพิเศษ ไม่อยู่ในการตรวจสอบของฝ่ายปกครองในเชิงเนื้อหา¹⁵⁵ ลักษณะของมาตรการพิเศษ เช่น กรณีเหล่านี้

¹⁵³สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2560, จาก http://www.immigration.go.th/nov2004/download/form_acknow_con2_stay.pdf.

¹⁵⁴ ปัญหาการการฝ่าฝืนเงื่อนไขโปรดดูหัวข้อ 3.2.2.1 หัวข้อ “การฝ่าฝืนเงื่อนไข มาตรา 35”

¹⁵⁵ ในประเด็นนี้ผู้วิจัย เห็นว่า ไม่ใช่คำสั่งทางปกครองเพราะเป็นการรักษาอำนาจอธิปไตย ในการสกัดกั้นคนต่างชาติ แม้จะเป็นไปโดยไม่มีเหตุผล ศาลปกครองไม่อาจก้าวล่วงอำนาจฝ่ายบริหารได้ อย่างไรก็ตามรัฐบาลอาจถูกตอบโต้ทางการทูต

(2.6.1) การขึ้นบัญชีต้องห้าม(Ban list)

ในทางปฏิบัติและกฎหมายยังมีปัญหาหลายประการในการจัดทำบัญชีประเภทต่างๆ ในทางปฏิบัติบัญชีต้องห้ามเด็ดขาดซึ่งเรียกว่าบัญชีดำ(Black list)¹⁵⁶ เป็นอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยในการปฏิเสธคนต่างด้าวที่ขาดคุณสมบัติในการเข้าเมืองขาดคุณสมบัติอื่นๆนอกเหนือจากบัญชีดำซึ่งเป็นบัญชีเฝ้าดู(Watch list)¹⁵⁷ ซึ่งแม้จะมีการเชื่อมโยงข้อมูลบุคคลเพื่อในการออกคำสั่งปฏิเสธการเข้าเมืองและส่งกลับ ซึ่งสภาพมาตรการทางกฎหมายปัจจุบันยังขาดความเหมาะสมซึ่งจะได้วิเคราะห์ต่อไป

(2.6.2) ส่งกลับ(Deportation)

ในกฎหมายคนเข้าเมืองคนต่างด้าวที่มีลักษณะต้องห้ามในการเข้าเมืองเจ้าพนักงานมีอำนาจส่งกลับประเทศต้นทางได้ แต่ศัพท์ที่ใช้การส่งกลับจะมีที่ใช้ปะปนกันไประหว่างการเนรเทศและส่งกลับซึ่งทำได้เฉพาะกับคนต่างด้าวเท่านั้น การส่งกลับ เนรเทศมีลักษณะประการหนึ่งคล้ายๆโทษเช่นกันเนื่องจากว่าต้องสูญเสียสิทธิบางประการ โดยเฉพาะคนต่างด้าวที่เคยได้รับอนุญาตให้อยู่พำนักในราชอาณาจักรไทยมาแล้วนานๆการส่งกลับและเนรเทศ ไม่ต่างไปจากโทษเพราะขาดเสรีภาพในการอยู่และพำนักในราชอาณาจักร¹⁵⁸

(2.6.3) มาตรการคล้ายโทษ (Detention)

แม้มาตรการนี้จะไม่เรียกว่าโทษโดยตรง แต่ไม่ต่างอะไรไปจากโทษในความหมายอย่างกว้างเนื่องจากการใช้การกักตัวเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคล แต่มิได้ถูกกักตัวในฐานะที่เป็นผู้กระทำผิดอาญาและมีการพิพากษา อำนาจในการกักตัวคนต่างด้าว ในกฎหมายฉบับนี้มี 2 ลักษณะ กรณีแรกเพื่อตรวจสอบว่าเป็นคนต่างด้าวมียุทธศาสตร์ต้องห้ามหรือไม่ ซึ่งสามารถ

¹⁵⁶ มาตรา 16

¹⁵⁷ มาตรา 12

¹⁵⁸ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “ข้อพิจารณาทางกฎหมายระหว่างประเทศกรณีการเนรเทศคุณ สาธิต เซกัล” สืบค้นเมื่อวันที่ 7 พ.ค.2560 , จาก <https://prachatai.com/journal/2014 /03 /52267> .

กักตัวได้แต่มีระยะเวลาจำกัด¹⁵⁹อีกกรณีการกักตัวระหว่างรอการส่งกลับ¹⁶⁰ซึ่งสามารถกักตัวได้ตามความจำเป็นไม่จำกัดระยะเวลา¹⁶¹

(2.7) มาตรการทางปกครอง การกำหนดความผิดทางปกครอง

กฎหมายฉบับนี้มีเนื้อหาเกือบทั้งหมดเป็นความสัมพันธ์ระหว่างคนต่างด้าวกับรัฐไทยในการเข้าและออกราชอาณาจักรเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนเป็นกฎหมายปกครอง เป็นนิติสัมพันธ์ที่รัฐมีอำนาจตามกฎหมายมีอำนาจเหนือกว่าในดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งกับคนต่างด้าว เช่น การกำหนดกรอบระยะเวลาในการเข้าเป็นระยะสั้นหรือระยะยาว¹⁶²การกำหนดจำนวน(โควตา) การกำหนดกิจกรรม¹⁶³และการเพิกถอนสิทธิในการพำนักการอยู่ในราชอาณาจักร¹⁶⁴ ตลอดจนกำหนดความผิดที่ฝ่าฝืนคำสั่ง เงื่อนไขทางปกครอง โดยโทษเป็นการปรับ เป็นความผิดที่มีพื้นฐานความผิดมาจากการฝ่าฝืนมาตรการทางปกครอง

(2.8) โทษ

เป็นมาตรการหนึ่งสืบเนื่องมาจากผลการฝ่าฝืนคำสั่งทางปกครองและมาตรการบังคับในบางเรื่อง โดยผลการกำหนดความผิดพฤติกรรมคนต่างด้าวฝ่าฝืนหรือละเลยหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือระเบียบปฏิบัติในการจัดเก็บข้อมูลคนต่างด้าวของรัฐเป็นความผิด Mala Prohibita โทษมีอัตราโทษทั้งกระทบต่อเสรีภาพและทรัพย์สิน(จำคุกและปรับ) สำหรับโทษปรับสามารถระงับคดีได้ในชั้นเจ้าพนักงาน มีการนำมาตรการทางปกครองมาใช้เป็นมาตรการคู่ขนานกับมาตรการทางอาญา และการกำหนดโทษปรับรายวัน(Day Fine)สำหรับการฝ่าฝืนและการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขการพำนัก เช่น การไม่รายงานตัวทุกๆ 90 วัน ต้องระวางโทษปรับรายวันจนกว่าจะปฏิบัติตาม

¹⁵⁹ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 20

¹⁶⁰ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 54

¹⁶¹ ปัญหานี้น่าจะเป็นอีกปัญหาที่น่าสนใจในการศึกษาเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจควบคุมตัวคนต่างด้าวที่มีลักษณะคล้ายโทษ

¹⁶² การเข้ามาระยะสั้น ในที่นี้หมายถึงการเข้าเพียงวัตถุประสงค์ใดประสงค์หนึ่ง และประสงค์จะกลับออกไป(คนอยู่ชั่วคราว) ส่วนการเจตนาถาวร(ถิ่นฐานเข้ามาและได้รับสิทธินั้นแล้วเป็นการเข้ามาถาวร(ถิ่นที่อยู่)

¹⁶³ พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว

¹⁶⁴ มาตรา 36

ให้ถูกต้อง¹⁶⁵ นับว่าเป็นการลงโทษที่ทันสมัย ในกฎหมายฉบับนี้มีการผสมผสานเป็นลักษณะเด่นในการกำหนดสัดส่วนโทษ

3.2.2 ปัญหาการเข้าเมืองและพำนักราชการ พ.ร.บ.คนเข้าเมืองและปัญหาการกำหนดความผิดและโทษ

ในหัวข้อนี้จะได้กล่าวถึงปัญหาในสองปัญหาหลักในการควบคุมคนเข้าเมือง ปัญหาประการแรก คือ การเข้าเมืองและพำนักราชการ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 การไม่ปฏิบัติตามหรือการหลบเลี่ยงหรือการละเลยซึ่งมาตรการต่างๆ ในสถานการณ์ปัจจุบัน อันมีสภาพเป็นอันตราย (Harm) แต่ไม่มีการกำหนดความผิดและโทษจะศึกษาในหัวข้อที่ 3.2.2.1 และ ปัญหาประการที่สอง แม้จะมีการกำหนดความผิดและโทษในกรณีฝ่าฝืนการเข้าเมืองและพำนักราชการ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 ในบางพฤติกรรมจะมีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดและโทษแต่มีปัญหาทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ

3.2.2.1 ปัญหาการเข้าเมืองและพำนักราชการ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 (ไม่มีการกำหนดเป็นความผิดและโทษ)

ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี มิใช่แต่อำนวยความสะดวกแก่รัฐในการควบคุมคนต่างด้าวเท่านั้น แต่เป็นกลับเป็นโอกาสของอาชญากรเช่นกัน ในการควบคุมคนต่างด้าวภายใต้ พ.ร.บ.คนเข้าเมืองฯ ยังมีปัญหา 5 ด้านใหญ่ในการนำบทกฎหมายบังคับใช้ ได้แก่ (1) ปัญหากรณีขาดคุณสมบัติตามมาตรา 12 (2) ปัญหาการฝ่าฝืนวัตถุประสงค์ (3) ปัญหาการฝ่าฝืนเงื่อนไข ตามมาตรา 35 (4) ปัญหาการเข้ามาและพำนักโดยหลอกลวง

(1) ปัญหากรณีขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 12

คนต่างด้าวจะเข้ามาในราชอาณาจักรต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามซึ่งตามมาตรา 12 มีหลายประการในส่วนที่เป็นปัญหาใหญ่ในปัจจุบันและอนาคต คือ การฝ่าฝืนมาตรา 12(1) (4)(5) และ (10)

คุณสมบัติประการแรก คนต่างด้าวต้องมีหนังสือเดินทาง (มาตรา 12(1))¹⁶⁶ ปัญหา คือ กรณีคนต่างด้าวใช้หนังสือเดินทางปลอมหรือของคนอื่นโดยมิชอบในการเข้าเมือง แม้จะมี

¹⁶⁵ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 37(5),มาตรา76

บทบัญญัติความผิดเฉพาะแต่การเข้าเมืองโดยมีหนังสือเดินทางปลอมและได้รับอนุญาตให้เข้าเมือง การมีหนังสือเดินทางปลอมจะถือได้หรือไม่ว่ามีคุณสมบัติครบถ้วน หรือหนังสือเดินทางที่ถูกยกเลิกไปแล้ว แต่นำมาใช้ ในการดำเนินคดีความผิดฐานใช้หนังสือเดินทางปลอมเข้าเมือง ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายอาญาในการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายเกี่ยวกับการเข้าเมือง ปัญหาเรื่องการเข้าเมือง โดยเอกสารปลอมและเอกสารเทียมหรือโดยการหลอกลวงเป็นปัญหาประการหนึ่งที่กล่าวต่อไป

คุณสมบัติประการที่สอง คนต่างด้าวต้องผ่านตรวจคัดกรองด้านสาธารณสุข เหตุผลด้านอนามัย(มาตรา 12(4)(5)¹⁶⁷ ปัญหา คือ กรณีคนต่างด้าวปกปิดข้อมูลที่ต้องจะต้องเปิดเผย และบางรายจงใจเข้ามาแพร่เชื้อโรคและเป็นโรคที่อันตรายต่อชีวิต มาตรการในปัจจุบันมีมาตรการทางปกครองในการให้เจ้าหน้าที่ด้านควบคุมโรค โดยวิธีสุ่มตรวจตามช่องทางอนุญาตและคัดกรองโดยบุคคล ปัญหาที่ผู้วิจัยสนใจ คือ กรณีที่คนต่างด้าวเจตนาที่รู้ว่าเป็นโรคต้องห้ามและยังเข้ามาในราชอาณาจักร และทราบดีว่าโรคนี้ เมื่อเข้ามาแล้วสาธารณสุขชนจะต้องเจ็บป่วยหรืออาจเสียชีวิตได้ และในห้วงสถานการณ์นั้น โรคนี้ยังไม่เป็นที่แพร่หลายที่รัฐจะใช้มาตรการใดๆควบคุมเป็นพิเศษ การจงใจที่จะฝ่าฝืนระบบคัดกรองโดยมีเจตนาเช่นนี้ ควรจะใช้มาตรการทางอาญามาควบคุมได้หรือไม่ ในปัจจุบันที่ประเทศไทยประสบปัญหาที่ผ่านมาโรคที่น่ากลัวได้แก่โรคเมอร์ส โรคซาร์ หากโรคดังกล่าวรัฐได้ประกาศเป็นโรคต้องห้ามแล้ว และยังคงฝ่าฝืนกล่าวคือเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 12(4)(5) การอนุญาตให้คนต่างด้าวที่มีลักษณะต้องห้ามในการป้องกันภัยด้านสาธารณสุขควรที่จะกำหนดความผิดหรือไม่ เพราะไม่มีมาตรอื่น แต่เดิมการเข้าเมืองต้องให้แพทย์ตรวจคนเข้าเมืองคัดกรองก่อนผ่านเข้ามา แต่ในโลกปัจจุบันการเดินทางผ่านแดนนั้นวันละหลายหมื่นคน การคัดกรองโดยวิธีสุ่มตรวจขาดประสิทธิภาพ

¹⁶⁶ มาตรา 12(1) บัญญัติว่า ห้ามมิให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักร “...ไม่มีหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางอันถูกต้องและยังสมบูรณ์อยู่...”

¹⁶⁷ มาตรา 12 (4) ห้ามมิให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักร “วิกลจริตหรือมีโรคอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดในกฎกระทรวง” และ (5) “ยังมิได้ปลูกฝีป้องกันไข้ทรพิษ หรือฉีควัคซีน หรือปฏิบัติการอย่างอื่นตามวิชาการแพทย์เพื่อป้องกันโรคติดต่อตามที่กฎหมาย บัญญัติและไม่ยอมให้แพทย์ตรวจคนเข้าเมืองกระทำการเช่นนั้น”

คุณสมบัติประการที่สาม คนต่างด้าวต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามที่รัฐมนตรีกำหนด 12(10)¹⁶⁸ ปัญหา คือ มาตรฐานนี้ในทางปฏิบัติเรียกว่าคนต่างรัฐมนตรีกำหนดเป็นบุคคลต้องห้ามว่ามี Black list การมีการบันทึกชื่อเป็นบุคคลต้องห้าม ทำให้คนต่างด้าวบุคคลนั้น ไม่อาจเข้ามาในราชอาณาจักรไทยได้อีก หรือช่วงหนึ่ง ปัญหาคนต่างด้าวจำนวนหนึ่งเมื่อรู้ว่ามีขึ้น Black list จะเข้ามาอีกครั้งโดยการเปลี่ยนหนังสือเดินทางหรือมีการเปลี่ยนแปลงข้อมูลของตนบางประการเพื่อไม่ให้มีการตรวจสอบผ่านระบบเทคโนโลยี หรือเข้าตามช่องทางที่ระบบเทคโนโลยีถูกจำกัด การพัฒนาเทคโนโลยีก็มีข้อจำกัด ข้อจำกัดประการแรกเทคโนโลยีหรือระบบคอมพิวเตอร์ถูกรบกวนด้วยโปรแกรมไวรัส อาชญากรกลุ่มนี้เข้ามาอีกแม้รัฐจะมีข้อกำหนดห้ามเข้าแล้วก็ตาม หากมีการตรวจพบมีการเพิกถอนและส่งกลับ เป็นมาตรการทางปกครอง มาตรการทางอาญาที่เป็นการฝ่าฝืนคำสั่งห้ามเข้า Black list ไม่ใช่การขัดคำสั่งเจ้าพนักงานเพราะ Black list เป็นข้อมูลที่รัฐจัดทำขึ้นเพื่อเป็นคู่มือให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจปฏิเสธคนต่างด้าว เท่านั้น

ในส่วนการฝ่าฝืนมาตรการ 12 กรณีอื่นๆ เห็นว่ายังมีมาตรการอื่นที่ยังไม่จำเป็นต้องกำหนดมาตรการทางอาญาหรือมาตรการทางอาญาเพิ่มเติมเช่น กรณี คนต่างด้าวต้องมีปัจจัยในการดำรงชีพ (มาตรา 12(2))¹⁶⁹ ปัญหา คือ กรณีคนต่างด้าวไม่มีปัจจัยในการดำรงชีพ ในทางปฏิบัติและระเบียบให้เจ้าพนักงานตรวจดูเงินสดและเอกสารแทนเงินสด คนต่างด้าวกลุ่มหนึ่ง ไม่มีปัจจัยในการดำรงชีพ แต่มีการนำเงินหมุนเวียนในการแสดงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ปัญหาอาจแก้ปัญหามาตรการอื่นและไม่เป็นอันตรายต่อกระทบต่อสาธารณสุขโดยตรงผู้วิจัยไม่นำมาเป็นประเด็นในการศึกษาโดยตรง คนต่างด้าวที่ไม่มีปัจจัยในการดำรงชีพ จะละเมิดต่อคุณธรรมในการคุ้มครองอาชีพเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายการทำงานของคนต่างด้าวมีกฎหมายคุ้มครองปัญหานี้โดยเฉพาะ

ผลของการฝ่าฝืนมาตรา 12 มีมาตรการบังคับเพียงการเพิกถอนการอนุญาตเท่านั้นยังไม่มีกำหนดเป็นความผิดและโทษ

(2) ปัญหาการฝ่าฝืนวัตถุประสงค์ตามมาตรา 34

¹⁶⁸ มาตรา 12 (10) ห้ามมิให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักร “รัฐมนตรีไม่อนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามมาตรา 16”

¹⁶⁹ มาตรา 12(2) บัญญัติว่า ห้ามมิให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักร “...ไม่มีปัจจัยในการยังชีพตามควรแก่กรณีที่เข้ามาในราชอาณาจักร...”

พ.ร.บ.คนเข้าเมืองฯ กำหนดวัตถุประสงค์(มาตรา 34)ในการเดินทางเข้าเมือง ในราชอาณาจักรจะต้องเป็นไปในทางสร้างสรรค์ ดังาม เช่น เพื่อปฏิบัติราชการ ท่องเที่ยว ลงทุน ศึกษา¹⁷⁰ แต่การฝ่าฝืนวัตถุประสงค์ การเข้ามาในราชอาณาจักรถูกกำหนดวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการเก็บข้อมูลในทางสถิติเป็นหลัก มิได้นำวัตถุประสงค์ในการเข้าเมืองตามมาตรา 34 มากำหนดให้เป็นเงื่อนไขในการเข้าเมือง และกำหนดผลของการผิดเงื่อนไขให้มีผลในทางกฎหมาย ลักษณะของวัตถุประสงค์ในการเข้าเมืองและเงื่อนไขในการเข้าเมืองจะแยกจากกัน ซึ่งอาจนำมาประกอบเป็นเรื่องเดียวกันได้ เรื่องเงื่อนไขจะได้อธิบายในหัวข้อถัดไป

คนต่างด้าวหลบเลียง กลไกของรัฐในการตรวจอนุญาตให้เข้ามาและพำนัก เนื่องจากการเข้ามาโดยวัตถุประสงค์ที่หากเปิดเผยแล้วจะกลายเป็นบุคคลต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักร คนต่างด้าวกลุ่มนี้จะใช้วิธีการปกปิด ซ่อนเร้นเจตนาที่แท้จริงและเข้ามาพำนักฝ่าฝืนการอนุญาต การหลบหลีกการตรวจสอบของเจ้าหน้าที่ภายหลังจากเข้ามาได้แล้ว โดยเฉพาะการเลือกทำกิจกรรมที่ยากแก่การตรวจสอบของเจ้าหน้าที่รัฐ เช่น การทำงานบ้าน การค้าขาย พนันออนไลน์ ส่วนการเข้ามาเป็นแรงงานที่ต้องทำงาน หรือต้องเผชิญหน้ากับเจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างเปิดเผย จะใช้วิธีการในการติดสินบนหรืออยู่ในสังกัดคนมีสิทธิหรือเจ้าหน้าที่รัฐให้ความคุ้มครองในลักษณะของมาเฟีย เป็นต้น

(3) ปัญหาการฝ่าฝืนเงื่อนไข ตามมาตรา 35

พ.ร.บ.คนเข้าเมืองฯ ให้อำนาจผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติในกฎหมายคนเข้าเมืองปรากฏตามมาตรา 35 วรรคแรก เป็นผู้มีอำนาจในการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรและให้อำนาจในการกำหนด “เงื่อนไข” คือ ข้อกำหนดในอนาคตที่ไม่แน่นอน เงื่อนไขในการควบคุมคนต่างด้าวเงื่อนไขเกี่ยวกับการประกอบอาชีพ สถานที่ทำงาน ที่พักอาศัย การศึกษา หรือสถานภาพในครอบครัวหากมีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเงื่อนไขสิ้นสุดลง มีผลให้การอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาก็ดี พำนักก็ดี สิ้นผลลง การกำหนดเงื่อนไขสามารถกำหนดให้มีลักษณะทั่วไปหรือเฉพาะรายกับคนต่างด้าวคนใดคนหนึ่งก็ได้¹⁷¹ ในการเข้ามาในราชอาณาจักรสิ้นสุด การกำหนดเงื่อนไขเพื่อให้การทำงานของเจ้าหน้าที่ได้คล่องตัวและเหมาะสมกับสภาพจำนวนคนต่างด้าวเป็นจำนวนมาก ในการเข้าออกราชอาณาจักร ไม่อาจติดตามควบคุมอย่างใกล้ชิดได้ทุกราย

(4) ปัญหาการเข้ามาและพำนักโดยการหลอกลวง

¹⁷⁰ มาตรา 34

¹⁷¹ มาตรา 17,15

ปัญหาในการเข้าเมืองในกรณีนี้ คือ การใช้หนังสือเดินทางปลอม วีซ่าปลอม การใช้หนังสือเดินทางปลอมและวีซ่าปลอม เจ้าหน้าที่อาจผิดหลงอนุญาตให้เข้าและพำนักโดยตรวจสอบไม่พบความปลอมของหนังสือเดินทาง ทำให้มีการได้สิทธิในการเข้าเมืองและการพำนัก การได้สิทธิดังกล่าวมา หากพิจารณาจากมาตรา 12(1) คนต่างด้าวต้องมีหนังสือเดินทางอันถูกต้องและสมบูรณ์ ดังนั้น หนังสือเดินทางปลอมจึงไม่ถือว่าสมบูรณ์ ผลในทางปกครองเจ้าหน้าที่เพิกถอนการพำนักของคนต่างด้าว การใช้หนังสือเดินทางปลอมเป็นความผิด ไม่ว่าจะใช้ในรูปแบบใด เช่น ใช้หนังสือเดินทางประกอบการสมัครงานเป็นความผิดต่อเอกสารเดินทาง แต่หากได้สิทธิพำนักด้วยไม่มีมาตรการเฉพาะแต่อย่างใด การนำเอกสารปลอมไปยื่นเพื่อขอรับสิทธิสถานะในการพำนักในราชอาณาจักรเป็นการหลอกลวงประการหนึ่ง อย่างไรก็ตามการปลอมหนังสือเดินทางและเอกสารเดินทางมีบทกำหนดโทษสูง ดังนั้นรูปแบบในการเข้าเมืองและการพำนักได้ปรับเปลี่ยนจากรูปแบบการปลอมมาเป็นการสมมุติเหตุการณ์เสมือนจริง แต่ไม่มีเจตนาผูกพันกันจริง ตัวอย่าง นายเอ(คนต่างด้าว) ว่าจ้างนางแดง(สัญชาติไทย) จดทะเบียนสมรสเพื่อยื่นประกอบขอยุ่ต่อในราชอาณาจักร¹⁷² ทะเบียนสมรสไม่ใช่เอกสารปลอมเพราะเจ้าพนักงานทำตามหน้าที่ ทะเบียนสมรสที่มีได้เพิกถอนหรือบอกล้างยังเป็นทะเบียนสมรสตามกฎหมายจึงเป็นเพียงเอกสารไม่สมบูรณ์ในงานวิจัยนี้เรียกว่า “เอกสารเทียม”

นอกจากนี้การหลอกลวงอาจมีวิธีการอื่นๆ ตัวอย่าง นายเอ(คนต่างด้าว) ต้องการพำนักในราชอาณาจักร แต่ไม่มีเหตุผลจำเป็นใดจะขอพำนักในราชอาณาจักรได้อีก จึงขอสมัครเรียนเพื่อให้มีสถานะนักศึกษาและนำหลักฐานการเป็นนักศึกษายื่นประกอบขอยุ่ต่อในราชอาณาจักร¹⁷³ ขณะยื่นคำขอแสดงความประสงค์ขอยุ่ต่อเพื่อศึกษาในราชอาณาจักรและนายเอ(คนต่างด้าว) มีเจตนาจะไม่ศึกษาหลังจากได้รับอนุญาตให้พำนักซึ่งการอนุญาตให้พำนักอนุญาตให้มีกำหนดระยะเวลากระยะสั้น 3 เดือน 6 เดือน หรือ 1 ปี ปัญหาในงานวิจัยนี้ ตามตัวอย่างข้างต้น การแสดงหลอกลวงยังไม่เป็นครบองค์ประกอบความผิดฐานแจ้งความเท็จ เพราะเป็นเรื่องอนาคต แต่การตกลงว่าหลังจากได้รับอนุญาตแล้วไม่ไปเรียนจึงไม่เป็นความเท็จ เพราะความเท็จต้องเรื่องในอดีต แม้ข้อเท็จจริงจะฟังว่าเป็นเท็จแต่การนำสืบเจตนาว่ามีเจตนาจะไม่เรียนตั้งแต่วันที่ยื่นขอยุ่ต่อ

¹⁷² “ทะเบียนสมรส”เป็นเอกสารประกอบคำขอยุ่ต่อในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อการพำนักกับครอบครัวไทยตามคำสั่ง ตร. ที่ 138/2557

¹⁷³ “หลักฐานการศึกษา”เป็นเอกสารประกอบคำขอยุ่ต่อในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อการศึกษาตามคำสั่ง ตร. ที่ 138/2557

น่าจะดำเนินคดีความผิดฐานแจ้งความเท็จได้ยาก เจ้าพนักงานพบมีการเพิกถอนการอนุญาต และยังไม่มีกฎหมายกำหนดความผิดและโทษ

3.2.2.2 ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดความผิด

(1) ความผิดฐาน “อยู่โดยไม่ได้รับอนุญาต” กับ หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity)

ความผิดฐานอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต¹⁷⁴ การอยู่ต้องได้รับอนุญาตจึงจะครบองค์ประกอบความผิดตามมาตรานี้ การพำนักในราชอาณาจักรต้องมีการขออนุญาต และอาจถูกปฏิเสธการอนุญาตได้หลายกรณี

อย่างไรก็ตามคนต่างด้าวที่อยู่ในราชอาณาจักรไทยการไม่ได้รับอนุญาตหลายกรณี ไปยื่นคำขอเจ้าพนักงานไม่อนุญาต แต่อยู่ต่อไปถ้ายื่นก่อนกำหนดการอนุญาตเดิมจะหมดหรือยื่นหลังจากการอนุญาตเดิมสิ้นสุด เจ้าพนักงานไม่อนุญาต หรือกรณีเกิดในราชอาณาจักรไทย ไม่มีเอกสารใดๆ เลยและตกเป็นคนต่างด้าวอยู่โดยไม่ได้รับอนุญาต หากพิจารณาจากองค์ประกอบความผิดมาตรา 81 “อยู่โดยไม่ได้รับอนุญาต” ซึ่งการไม่อนุญาตเป็นการกระทำของเจ้าพนักงาน มิใช่การกระทำของคนต่างด้าว แต่กฎหมายบัญญัติให้คนต่างด้าวต้องรับผิดชอบ

(2) ปัญหาความผิดฐานการเพิกถอนการอนุญาต กับ หลัก ป.อ.มาตรา 2

การเพิกถอนการอนุญาตหากมีพฤติการณ์ที่สมควรเพิกถอนการอนุญาตให้อยู่ใน ราชอาณาจักร¹⁷⁵ ผลการเพิกถอนการอนุญาตสิ้นสุดลงแต่การเพิกถอนมีผลครบองค์ประกอบความผิดมาตรา ตามมาตรา 81 องค์ประกอบความผิดในส่วนการกระทำ “ถูกเพิกถอน” การเพิกถอนเป็นการกระทำของเจ้าพนักงาน ความผิดในมาตรานี้จึงมีแนวทางการใช้การตีความที่ผ่านมาเป็น 2 แนวทาง ดังนี้

¹⁷⁴ มาตรา 81 คนต่างด้าวผู้ใดอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือการอนุญาตสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

¹⁷⁵ มาตรา 36 คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว หากมีพฤติการณ์ที่สมควรเพิกถอนการอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักร ให้อธิบดีหรือคณะกรรมการมีอำนาจเพิกถอนการอนุญาตที่ได้อนุญาตไว้นั้นได้ ไม่ว่าอธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมายเป็นผู้อนุญาต

แนวทางแรก เป็นความรับผิดชอบหนึ่งข้อสันนิษฐานเด็ดขาด ว่าถ้าถูกเพิกถอนต้องมีความผิดด้วยเพราะเหตุเพิกถอนมาจากความบกพร่องประการใดประการหนึ่งของการอนุญาตซึ่งคนต่างด้าวอาจมีส่วนต้องรับผิดชอบ การแปลความเช่นนี้มีปัญหาหลักการตีความในคดีอาญา

แนวทางที่สอง บทบัญญัติส่วนนี้บัญญัติขาดความสมบูรณ์ หลังจากถูกเพิกถอนแล้วยังคงพำนักต่อไป หลังจากนั้นจึงจะเป็นความผิด

3.2.2.3 ปัญหาเกี่ยวกับโทษ

(1) ปัญหา “สัดส่วนโทษ” ความผิดฐานหลบหนีเข้าเมือง กับ อยู่เกินกำหนด

ความผิดหลบหนีเข้าเมือง คือ การฝ่าฝืนระบบตรวจอนุญาตพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฯ ตั้งแต่ฉบับแรกใช้ระบบอนุญาต¹⁷⁶ กล่าวคือ คนต่างด้าวจะเข้ามาในราชอาณาจักรต้องผ่านการตรวจอนุญาตให้เข้ามา การเข้ามาต้องแสดงหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทาง หากฝ่าฝืนการอนุญาตเป็นความผิด “หลบหนีเข้าเมือง”¹⁷⁷ การกำหนดให้ผ่านการตรวจอนุญาตมีประโยชน์หลายประการทั้งเป็นการคัดกรองตัวบุคคลต่างด้าว คัดกรองโรคที่อาจติดมากับคนต่างด้าวการเดินทางข้ามดินแดนคนต่างด้าวที่จะเข้ามาผ่านการตรวจโรค หรือต้องไม่เป็นโรคติดต่อโรคต้องห้ามหากเจ้าหน้าที่ตรวจพบมีลักษณะต้องห้ามจะปฏิเสธการเข้าเมือง ปัจจุบันพบปัญหาคนต่างด้าวจำนวนมากเดินทางข้ามดินแดนมาพร้อมกับโรคระบาด แต่การลงโทษความผิดฐานหลบหนีเข้าเมืองไม่มีการบังคับ Black List ส่วนอยู่เกินกำหนดมีการบังคับมาตรการดังกล่าว นอกจากนี้ความผิดฐานหลบหนีเข้าเมืองยังใช้มาตรการส่งกลับ มีการนิรโทษกรรม แต่การอยู่เกินกำหนดไม่มีมารนิรโทษกรรมให้

(2) ปัญหา “โทษจำคุก” ในความผิดฐานการอยู่เกินกำหนด(Overstay)

¹⁷⁶ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 11

¹⁷⁷ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 62

ความผิดฐานอยู่เกินกำหนดมีอัตราโทษสูงสุดจำคุกไม่เกินสองปี¹⁷⁸ ปัจจุบันสถานการณ์คนต่างด้าวอยู่เกินกำหนดจำนวนนับแสนรายต่อปี¹⁷⁹ คนต่างด้าวในจำนวนนี้แม้อยู่เกินกำหนดวันเดียว อาจถูกบังคับโทษอัตราโทษสูงสุดจำคุกไม่เกิน 2 ปี ความผิดสำเร็จในความผิดฐานนี้คือการอยู่เกินกำหนด(แม้วันเดียว) ความผิดฐานนี้เป็นความผิดที่รัฐห้าม(Mala Prohibita)ความผิดสำเร็จเมื่ออยู่เกินกำหนดอนุญาต ความผิดเจ้าพนักงานตรวจพบทุกวัน คล้ายกับการฝ่าฝืนกฎจราจรบนท้องถนน การอยู่เกินกำหนดอาจมีมาจากหลากหลายสาเหตุ ปัจจัยภายนอกที่เกี่ยวข้องกับอุปสรรคในการเดินทางกลับ การจัดเตรียมเอกสารในการขยายสิทธิในการพำนัก หรือเกิดจากปัจจัยที่เป็นการหลงลืมหรือสับสนในข้อมูลเกี่ยวกับการอนุญาตและระบบการขอยุ่ต่อหรือปัญหาอื่น ในคนต่างด้าวกลุ่มนี้ขาดความรอบคอบในการตรวจสอบวันอนุญาต ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่ได้เกิดจากเจตนาหรือประมาทเจตนาไม่กลับออกไป กล่าวคือ รู้ว่าอยู่เกินกำหนดแต่มีเหตุจำเป็นซึ่งกฎหมายคนเข้าเมืองไม่ได้เปิดช่องให้อ้างข้อแก้ตัวควรได้ ดังนั้น คนต่างด้าวที่อยู่เกินกำหนดทุกประเภทจะต้องมีมาตรการโทษจำคุก ซึ่งรัฐอาจบังคับใช้ภายหลังพบการกระทำผิดในทุกสถานการณ์ ปริมาณคดีอยู่เกินกำหนดจำนวนมาก เป็นปัญหาต่อระบบงานยุติธรรม โดยเฉพาะในชั้นก่อนฟ้องของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง และภายหลังฟ้องและขั้นตอนการบังคับโทษในคดีอาญาเรียบร้อยแล้ว มีกระบวนการในการกักตัวเพื่อรอการส่งกลับอีกหลายขั้นตอน สร้างภาระให้กับรัฐ โทษสูงจึงมีการละเว้นหน้าที่ต่างๆที่จะไม่ดำเนินคดีในความผิดฐานนี้

แม้มาตรานี้มีอัตราโทษประการอื่น แต่เป็นเพียงทางเลือกของเจ้าหน้าที่ ซึ่งเจ้าหน้าที่ไม่มีกฎเกณฑ์ในการใช้วิธีการจำคุกหรือปรับ เพราะมาตรานี้เจ้าหน้าที่มีดุลพินิจในการใช้มาตรการอื่น เช่น การเปรียบเทียบปรับ แต่หากเจ้าพนักงานจับกุม ส่งพนักงานอัยการดำเนินคดี การจับกุมจำนวนมากกระทบต่อปริมาณคดีอื่นที่มีความสำคัญกว่า และเป็นภาระของรัฐในการดูแลผู้ต้องถูกใช้มาตรการเกี่ยวกับโทษหรือมาตรการคล้ายโทษทดแทน สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองนโยบายขึ้นบัญชีต้องห้ามในความผิดฐานอยู่เกินกำหนด แต่มีใช้มาตรการทดแทนแต่เป็นการเพิ่มเติมมาตรการ

¹⁷⁸ มาตรา 81 คนต่างด้าวผู้ใดอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือการอนุญาตสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

¹⁷⁹ สืบค้นเมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม 2560, จาก http://www.thaitribune.org/contents/detail/304?content_id=17455&rand=1475785930.

ขึ้นบัญชีดำ(Black list) เพิ่มเติมจากการกำหนดโทษจำคุก ความผิดฐานอยู่เกินกำหนด มีการเพิ่มเติมโทษโดยฝ่ายบริหารอีกสถานหนึ่ง¹⁸⁰

(3) ปัญหา“ลำดับ”การใช้มาตรการพิเศษ มาตรการทางปกครอง และโทษ

ตาม พ.ร.บ. คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มีมาตรการและโทษในกฎหมายหลายประการ แต่พอสรุปได้จำนวน 3 ประเภท

ประเภที่แรก คือ อำนาจในการ “ปฏิเสธคนเข้าเมือง”ไม่ว่าด้วยเหตุผลใด ทั้งที่มีเหตุผลเป็นรูปธรรม เช่น เคยมีประวัติในความผิดที่ร้ายแรงและระบบบันทึกข้อมูลดังกล่าวไว้ หรือและเหตุผลที่ไม่เป็นรูปธรรมโดยน่าจะมาก่อนเหตุร้ายหรือกระทำการใดที่อาจกระทบต่อความมั่นคงของรัฐมีอำนาจในการปฏิเสธโดยอาศัยเครื่องมือดังกล่าวได้¹⁸¹ อำนาจพิเศษดังกล่าวแม้ด้วยบทกฎหมายจะได้เขียนอย่างชัดเจน แต่เป็นที่ทราบในว่าเป็นการใช้อำนาจส่วนฝ่ายของบริหารที่ต้องรับผิดชอบต่อประชาชนและการเมืองผ่านเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหาร อำนาจในการปฏิเสธจะนำมาตรการอื่นเพื่อเป็นการช่วยให้เจ้าพนักงานมีข้อมูลในการตัดสินใจในการปฏิเสธได้แก่การใช้เทคโนโลยีจัดเก็บข้อมูล หรือ การบันทึกในระบับัญชีดำ(Black list) ปัจจุบันมาตรการนี้เป็นมาตรการเสริมโดยฝ่ายบริหารมีใช้มาตรการบังคับที่บัญญัติในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ การกระทำผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่งแม้ขัดต่อศีลธรรมด้วย และได้รับโทษจำคุกอาจจะมีได้ถูกขึ้นบัญชีดำก็ได้ เพราะการขึ้น Black list มีใช้มาตรการที่ถูกกำหนดในกฎหมายคนเข้าเมืองแต่ถูกกำหนดในกฎหมายลำดับรองเฉพาะบางกรณีเท่านั้น คนต่างด้าวที่ฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองโดยหลบหนีเข้าเมืองมีอัตราโทษจำคุก แต่ไม่มีมาตรการบังคับใช้การขึ้นบัญชีดำ หรือคนต่างด้าวเจตนาอยู่เกินกำหนดหากจำนวนวันที่อยู่เกินกำหนดไม่เกิน 90 วัน หรืออยู่เกินกำหนดเพียงวันเดียวโดยเจ้าพนักงานจับกุมดำเนินคดีจะถูกมาตรการ Black list ดังนั้น การปฏิเสธการเข้าเมืองและการใช้มาตรการพิเศษ Black list ยังมีความสับสนในระบบกฎหมายว่าควรจะใช้ในกรณีใด และกรณีใดไม่ควรใช้ และใช้เสริมร่วมหรือแทนโทษปรับหรือจำคุก

ประเภที่สอง คือ มาตรการทางปกครอง เป็นอำนาจในการกำหนดเงื่อนไขข้อจำกัด รวมทั้งเพิกถอนสิทธิการพำนัถ มาตรการทางปกครองในกฎหมายคนเข้าเมืองมีหลายประการ และมีการบังคับใช้จำนวนมากการเพิกถอนการอนุญาต และผลของการเพิกถอนการอนุญาต

¹⁸⁰ คำสั่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยที่ 1/2558 ลง 27 พ.ย. 2558 รจ.เล่ม 132 ตอนพิเศษ 335 ง (ลง 21 ธ.ค.2558)

¹⁸¹ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 12

กฎหมายบัญญัติมีโทษทางอาญา ซึ่งมีได้เป็นการกระทำของคนต่างด้าวจะได้วิเคราะหต่อไป แต่การใช้มาตรการทางปกครอง และมีการนำมาตรการส่งกลับ(Deportation) ซึ่งการส่งกลับและการเนรเทศคนต่างด้าวถูกตัดออกไปจากสังคมเรียบร้อยแล้ว ในมาตรา 54 ให้เจ้าพนักงานมีอำนาจในการกักตัวส่งกลับได้¹⁸²

ประเภทที่สาม คือ โทษ หากพิจารณาตามกฎหมายอาญาโทษมี 2 ประการที่ใช้ในกฎหมายคนเข้าเมืองได้แก่โทษปรับและจำคุก โทษจำคุกศาลเท่านั้นมีอำนาจลงโทษ

ตัวอย่างปัญหา ความผิดฐานอยู่เกินกำหนด อาจได้รับโทษหรือใช้มาตรการดังต่อไปนี้ จำคุก ปรับ ขึ้นบัญชีต้องห้าม(Black list) กัก ส่งกลับ ทุกมาตรการหรือบางมาตรการทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสถานการณ์และเจ้าพนักงานมีอำนาจเลือกบังคับใช้วิธีการใดๆตามที่กล่าวมา ขาดความแน่นอน ความหลากหลายของมาตรการดังกล่าวขาดการจัดลำดับที่เหมาะสม มีปัญหาการเลือกปฏิบัติและการลงโทษไม่ได้สัดส่วนกับความผิด ซึ่งมาตรการที่กล่าวมาสามารถจัดกลุ่มมาตรการที่รุนแรงน้อยกับรุนแรงมากได้

(4) ปัญหา“โทษ”กรณีฝ่าฝืนกฎหมายเข้าเมืองและกระทำความผิดอื่นๆ

ด้วย

คนต่างด้าวถูกดำเนินคดีอาญาจะมีโทษต่างๆ ในกฎหมายกำหนดไม่แตกต่างจากคนไทยเพราะกฎหมายที่มีโทษในทางอาญาส่วนมากขึ้นต้นด้วย “ผู้ใด” แม้คนต่างด้าวจะมีฐานะเป็นผู้ใดในกฎหมายอาญาต่างๆ แต่หากพิจารณาจากปัญหาในปัจจุบันคนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรมีการกระทำความผิดอาญาจำนวนมาก โดยเฉพาะความผิดที่เป็นความผิด Mala in se ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ชีวิตร่างกายและความผิดต่อรัฐ ซึ่งหากเกิดจากเจตนาที่จะกระทำความผิดอาญา แต่การติดตามให้ได้ตัวคนต่างด้าวซึ่งเป็นคนร้ายมาสอบสวนฟ้องร้อง รวมทั้งดำเนินการส่งกลับรัฐมีต้นทุนที่สูงกว่าคนไทยกระทำความผิด โอกาสที่คนต่างด้าวมีมากกว่าในการก่ออาชญากรรม ภาระของรัฐที่

¹⁸² มาตรา 54 บัญญัติว่า คนต่างด้าวผู้ใดเข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือการอนุญาตนั้นสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอนแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่จะส่งตัวคนต่างด้าวผู้นั้นกลับออกไปนอกราชอาณาจักรก็ได้ และ มาตรา 81 บัญญัติว่า คนต่างด้าวผู้ใดอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือการอนุญาตสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มีสูงกว่าในการป้องกันปราบปราม ภัยต่อระบบ ต้นทุนที่ต่ำกว่าเช่นนี้จึงเป็นการเปิดช่องให้คนต่างด้าว ก่ออาชญากรรมอื่นๆ จำนวนมาก

ตัวอย่างปัญหาที่เห็นชัดว่าควรพิจารณาโทษคนต่างด้าวเป็นกรณีพิเศษ คือ ในความผิดต่อส่วนตัว คนต่างด้าวกระทำผิดหลายๆ ครั้ง แต่แต่ละครั้งมีการถอนฟ้องยอมความ โดยเฉพาะความผิดที่เกี่ยวกับการฉ้อโกง คนต่างด้าวอาศัยลักษณะพิเศษบางประการเป็นโอกาส เช่นเหยื่อที่เป็นคนชาติเดียวกัน หรือภาษาวัฒนธรรมหลอกลวงเหยื่อเป็นความผิดฐานฉ้อโกง รัฐต้องมีภาระในการบริการในระบบงานยุติธรรม แต่คนต่างด้าวกลุ่มนี้เพิ่มภาระให้รัฐมากกว่าคนต่างด้าวกลุ่มอื่นๆ ที่เข้าเมืองและพำนักอย่างเคร่งครัดต่อกฎหมาย การลงโทษ การฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองในหลายพฤติกรรมที่เป็นการฝ่าฝืนคุณธรรมในกฎหมายคนเข้าเมืองโดยตรงแล้วยังพบว่าการฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองยังมีพฤติกรรมภัยประการอื่นตามมาด้วย การลงโทษที่แตกต่างจึงน่าพิจารณาว่า จะเป็นการเพิ่มต้นทุนให้อาชญากรต่างด้าว

(5) ปัญหาการลงโทษหลายกรรมในความผิดหลบหนีเข้าเมือง

คนต่างด้าวที่หลบหนีเข้าเมืองนอกจากมีการกำหนดความผิดและโทษ¹⁸³ การหลบหนีเข้ามามีเจตนาเพื่อการเข้ามาพำนักหรืออยู่ในราชอาณาจักรนั่นเอง กฎหมายอาญาในส่วนที่คุ้มครองคุณธรรมในการเข้า(Entry) ประการหนึ่ง นอกจากนี้การพำนักโดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งมีภารกิจคุ้มครองการพำนัก(Stay) อีกกรณีหนึ่ง การกระทำที่คนต่างด้าวหลบหนีเข้ามาก็เพื่อพำนักมีการฝ่าฝืนบทกฎหมายทั้งสองประการคือฝ่าฝืนในเรื่องการเข้าและการพำนักอีกกรรมหนึ่ง แต่หากพิจารณาจากเจตนาของผู้กระทำมีวัตถุประสงค์เพื่อการเข้ามาพำนัก บทบัญญัติในกฎหมายอาญาลักษณะเดียวกันนี้มีปัญหาเกี่ยวกับการลงโทษ ในความผิดสองกรรมโดยผู้ปลอมและใช้เอกสารปลอมให้ลงโทษเพียงกระทงเดียว¹⁸⁴ การลงโทษคนต่างด้าวซึ่งมีพฤติกรรมอันเดียวและมีเจตนาเดียวเพื่อเข้ามาพำนักในราชอาณาจักร เพียงแต่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดการเข้ามากรมหนึ่ง และการพำนักโดยไม่ได้รับอนุญาตอีกกรรมหนึ่ง เป็นสองกรรมสองกระทง ศาลก็ลงโทษสองกระทงตามบทกฎหมาย ลักษณะการหลบหนีเข้าเมืองก็คือการผ่านเข้ามาโดยไม่ได้รับอนุญาต

(6) ปัญหาอายุความลงโทษกรณีหลบหนีเข้าเมือง

¹⁸³ มาตรา 11,62

¹⁸⁴ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 268 วรรคสอง

องค์ประกอบความผิดในความผิดฐานนี้คือเมื่อ “ผ่านเข้ามาโดยไม่ได้รับอนุญาต”¹⁸⁵ เป็นความผิดสำเร็จเมื่อเข้ามาโดยไม่ได้รับอนุญาต มิได้เป็นความผิดต่อเนื่องอายุความในการกระทำความผิดเริ่มแต่วันกระทำความผิด

ปัญหาการหลบหนีเข้าเมืองจุดเริ่มต้นอายุความคนที่ทราบคนต่างด้าวที่หลบหนีเข้ามา หลักฐานอื่นรัฐไม่มีเพราะมิได้มาตามช่องทางปกติ มีเพียงข้อสันนิษฐาน¹⁸⁶ว่ามีการฝ่าฝืน ซึ่งบทบัญญัตินี้จะช่วยรัฐในการพิสูจน์ว่าเป็นการเข้ามาโดยไม่ได้รับอนุญาต แต่หากมีการต่อสู้เรื่องอายุความว่ามีการเข้ามาโดยหลบหนีและขาดอายุความแล้ว รัฐจะพิสูจน์อย่างไรในความผิดฐานหลบหนีเข้าเมืองพยานหลักฐานอยู่ที่การรู้เห็นของผู้กระทำผิดหรือพวกของผู้กระทำผิด ประสิทธิภาพในการดำเนินคดีกรณีจำเลยยกอายุความขึ้นต่อสู้ การจะบัญญัติให้อายุความยืดออกไปต้องมีการแก้ไของค์ประกอบความผิดหรือเพิ่มเติมองค์ประกอบความผิดให้เป็นความผิดอยู่ตลอดเวลาในกรณีหลบหนีเข้าเมือง

แม้ที่ผ่านมายังไม่ปรากฏว่ามีการยกอายุความขึ้นต่อสู้คดีในชั้นศาล แต่บทกฎหมายดังกล่าวยังมีปัญหา หากจะมีการลงโทษหรือมีการยกข้อต่อสู้เรื่องอายุความ

(7) ปัญหาการใช้นโยบายนิรโทษกรรมในความผิดหลบหนีเข้าเมือง

ในการแก้ปัญหาสถานการณ์ที่คนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมืองเป็นจำนวนมาก หลายรัฐบาลหยิบยกหลักการในการนิรโทษกรรมมาแก้ปัญหาสถานการณ์ดังกล่าวเรื่อยมา โดยหลักการในการจะนิรโทษกรรมเป็นข้อยกเว้นในการระงับหรือยกเลิกการกระทำที่เป็นความผิด เปรียบเสมือนการทำลายหลักนิติรัฐ (Legal State) จำเป็นจะต้องมีการพิจารณาอย่างรอบคอบในการ

¹⁸⁵ มาตรา 62 บัญญัติว่า ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 11 หรือมาตรา 18 วรรคสอง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี และปรับไม่เกินสองหมื่นบาท และมาตรา 11 บุคคลซึ่งเดินทางเข้ามาในหรือออกไปนอกราชอาณาจักรจะต้องเดินทางเข้ามาหรือออกไปตามช่องทาง ด่านตรวจคนเข้าเมือง เขตท่า สถานี หรือท้องที่และตามกำหนดเวลา ทั้งนี้ ตามที่รัฐมนตรีจะได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

¹⁸⁶ มาตรา 58 คนต่างด้าวผู้ใดไม่มีหลักฐานการเข้ามาในราชอาณาจักรโดยถูกต้องตามมาตรา 12 (1) หรือไม่มีใบสำคัญถิ่นที่อยู่ตามพระราชบัญญัตินี้และทั้งไม่มีใบสำคัญประจำตัวตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนคนต่างด้าว ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าคนต่างด้าวผู้นั้นเข้ามาในราชอาณาจักรโดยฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้

ให้ความกรุณาแก่ผู้กระทำผิด¹⁸⁷มีอยู่สองลักษณะ คือ การอภัยโทษ(Pardon) และการนิรโทษกรรม (Amnesty) หากจะมีการนิรโทษกรรมเป็นการทั่วไปต้องทำโดยฝ่ายนิติบัญญัติ อาจจะเพื่อแก้ปัญหา โครงสร้างทางสังคม¹⁸⁸เกี่ยวกับคนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมืองและใช้แรงงานอย่างผิดกฎหมาย¹⁸⁹ ประเทศไทยใช้การนิรโทษกรรมให้ผู้ต่างด้าวที่หลบหนีเข้าเมืองจำนวนหลายครั้ง แม้การนิรโทษกรรม จะแก้ปัญหาโดยยอมทำลายหลักการทางกฎหมายที่ผู้กระทำผิดต้องรับโทษ อย่างไรก็ตามในแง่ของ นโยบายของรัฐ จำเป็นต้องพิจารณาผลประโยชน์ของประเทศในภาพรวมจึงออกมาตรการนิรโทษ กรรม แต่ปัญหาที่น่าสนใจคือ การนิรโทษกรรมให้คนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมืองทำติดต่อกันมาหลาย ๆ ครั้ง การนิรโทษกรรมซ้ำๆ แสดงว่ามีการหลบหนีเข้าเมืองไม่น้อยลงกว่าเดิม และยังใช้วิธีการดังกล่าว แก้ปัญหาคนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมือง เกิดปัญหาในการแก้ไขจัดการกับผู้กระทำผิดหลบหนีเข้าเมือง การใช้นโยบายนิรโทษกรรมจึงเป็นดาบสองคม ที่ควรจะต้องได้รับการพิจารณาจากตัวแทนประชาชนผ่าน รัฐสภา

การนิรโทษกรรมในการจัดการให้คนต่างด้าวเป็นบุคคลรอการส่งกลับโดย อำนาจฝ่ายบริหาร ไม่ได้รับฟังประชาชนเหมือนอย่างกับการออกกฎหมายในรูปพระราชบัญญัติ เงื่อนไขสำคัญการออกกฎหมายนิรโทษกรรมผู้ได้รับประโยชน์โดยตรง คือ คนต่างด้าวที่กระทำผิด หลบหนีเข้าเมืองและนายจ้างซึ่งจ้างแรงงานผิดกฎหมาย ส่วนประชาชนทั่วไปในสังคมเป็นแต่เพียง เครื่องมือ โดยอ้างเหตุผลของรัฐในการนิรโทษกรรม ในแง่ของรัฐอาจมีปัญหามากมายด้านการแก้ไข จัดการควบคุม จึงมีการแก้ปัญหาลักษณะดังกล่าวเสมอๆ

การนิรโทษกรรมในกฎหมายคนเข้าเมือง ใช้อำนาจฝ่ายบริหาร ประกอบกับ พระราชบัญญัติคนเข้าเมืองให้คนต่างด้าวมีสถานะรอการส่งกลับ

¹⁸⁷ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, “หลักนิติรัฐกับการตรากฎหมายนิรโทษกรรม,” จุลนิติ, ฉบับที่ 6, ปีที่ 6 (พ.ย.-ธ.ค. 2552), น. 5-6

¹⁸⁸ เพ็งฮ้าง, น. 5

¹⁸⁹ สถานการณ์แรงงานต่างด้าวจำนวนมากหลบหนีเข้ามาใช้แรงงานในเรือประมงและถูก นายจ้างเอารัดเอาเปรียบจนกลายเป็นแรงงานทาสและพฤติกรรมนายจ้าง ผู้นำพาซึ่งจัดหากันเป็น ขบวนการรูปแบบขบวนการค้ามนุษย์ซึ่งไทยเจอสถานการณ์ดังกล่าวบ่อยครั้งจนนำไปสู่มาตรการของ รัฐอีกหลายมาตรการในการแก้ปัญหาการค้ามนุษย์

การนิรโทษกรรมสำหรับคนต่างด้าวที่อยู่ในราชอาณาจักรไม่ชอบด้วยกฎหมาย กลุ่มที่อยู่โดยผิดเงื่อนไข อยู่เกินกำหนด จะไม่ปรากฏว่ามีการออกกฎหมายนิรโทษกรรม

ปัญหาคนต่างด้าวที่มีสถานะเข้าเมืองถูกต้องและประสงค์จะทำงานยอมสละหนังสือเดินทางภาษาทั่วไปในทางปฏิบัติเรียกว่า “ทิ้งหนังสือเดินทาง” เพื่อให้มีฐานะเป็นคนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมือง เพื่อรอรับผลของนโยบายดังกล่าว เป็นลักษณะคล้ายการจะอ้างความชอบธรรมเกี่ยวกับอำนาจกระทำได้ เพื่อสร้างเงื่อนไขให้รัฐต้องนิรโทษกรรมให้กลุ่มคนที่เข้าเมืองถูกต้องและอยู่เกินกำหนด การเข้ามาทำงานโดยถูกต้องโดยหลักการต้องมีการอนุญาตให้ทำงานได้ซึ่งมีต้นทุนในการเข้ามาของคนต่างด้าว

การหลบหนีเข้าเมืองสามารถทำงานโดยการหลบเลี่ยงกฎหมาย การได้รับการยกเว้นโทษความผิดหลบหนีเข้าเมืองเสมือนหนึ่งการยกเว้นความผิดให้กับการทำงานโดยไม่ได้รับอนุญาต เช่นกัน

ในต่างประเทศการหลบหนีเข้าเมืองนำมาแก้ปัญหาการขาดแคลนแรงงาน คนหลบหนีเข้าเมือง เช่น สหรัฐอเมริกา แต่บางประเทศเช่น รัฐบาลญี่ปุ่นไม่มีนโยบายในการนิรโทษกรรมให้คนต่างด้าวผู้ลักลอบหลบหนีเข้าเมืองเพราะเห็นว่าไม่ใช่แนวทางการแก้ปัญหา¹⁹⁰

การนำหลักการนิรโทษกรรม ประยุกต์ใช้กับมาตรา 54 เป็นทำนองเดียวกับการใช้นิรโทษกรรมในกฎหมายเข้าเมืองของสหรัฐอเมริกา ในภายหลังพบว่าในสหรัฐนำหลักการดังกล่าวไปใช้อย่างไม่ถูกต้อง¹⁹¹ในการแก้ปัญหาคนหลบหนีเข้าเมือง

¹⁹⁰ นคร ศิลปอาชา, “นโยบายการจ้างคนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยญี่ปุ่น,” สืบค้นจากเมื่อวันที่ 10 เมษายน 2560, จาก http://elib.coj.go.th/Article/c13_12_1.pdf

¹⁹¹ ไพรยา ทศนสกุล, “การนิรโทษกรรม(Amnesty)” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, เล่มที่ 27, ปีที่ 9 (ก.ย.-ธ.ค., 2550), น.1471-159

บทที่ 4

วิเคราะห์ “การกำหนดความผิด” และ “โทษ” ที่เหมาะสม

ในการแก้ปัญหาการกระทำและพฤติกรรมคนต่างด้าวที่ฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมือง จำเป็นต้องศึกษาวิเคราะห์ทั้งของไทยและของต่างประเทศ ในบทนี้ผู้วิจัยแยกวิเคราะห์เนื้อหาเป็น 3 ส่วน โดยส่วนแรก(หัวข้อที่ 4.1) เป็นการวิเคราะห์แนวทางการกำหนดความผิดและโทษของกฎหมายต่างประเทศที่ควรนำมาปรับใช้ในกฎหมายไทย เนื่องกฎหมายคนเข้าเมืองฉบับที่บังคับใช้มาช้านาน¹ โดยไม่มีการเปลี่ยนแปลงหลักการควบคุมคนต่างด้าวในสาระสำคัญให้ทันกับสถานการณ์ปริมาณคนเข้าเมืองและความซับซ้อนในการเข้าเมืองซึ่งมีการอำพรางข้อมูลในรูปแบบต่างๆ และปัญหาอื่นๆซึ่งในกฎหมายในต่างประเทศน่าจะเป็นแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายของไทยได้ และเนื้อหาในส่วนที่สองและสาม(หัวข้อที่ 4.2 และ 4.3)วิเคราะห์แนวทางการกำหนดความผิดและโทษซึ่งเป็นอุปสรรคและข้อจำกัดในการควบคุมคนเข้าเมืองในสถานการณ์ปัจจุบัน ทั้งนี้การวิเคราะห์นอกจากจะนำปัญหาทางทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดความผิดและโทษมาวิเคราะห์แล้วผู้วิจัยนำปัญหาในทางปฏิบัติมาประกอบในการวิเคราะห์ด้วย เพื่อให้สามารถสะท้อนภาพปัญหาในการฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมือง และเห็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขเกี่ยวกับการกำหนดความผิดและโทษได้อย่างชัดเจนมากขึ้น

4.1 วิเคราะห์แนวทางตามกฎหมายของต่างประเทศที่ควรนำมาปรับใช้ในกฎหมายไทย

จากการศึกษาวิจัยกฎหมายคนเข้าเมืองของต่างประเทศ พบว่ามีแนวทางของต่างประเทศในกำหนดความผิดและโทษที่น่าสนใจนำมาปรับในกฎหมายไทย ซึ่งมีทั้งแนวทางที่เป็นการกำหนดความผิดส่วนหนึ่ง และอีกส่วนหนึ่งเป็นผลของการฝ่าฝืนมาตรการต่างๆในกฎหมายเข้าเมือง ในงานวิจัยหัวข้อนี้ จึงแยกประเด็นที่ควรนำมาปรับใช้ ส่วนแรกเป็นแนวทางเกี่ยวกับการกำหนดความผิด (Criminalization) และอีกหัวข้อเป็นแนวทางเกี่ยวกับโทษ(Punishment)

4.1.1 แนวทางเกี่ยวกับการกำหนดความผิดที่ควรนำมาปรับใช้ในกฎหมายไทย

4.1.1.1 ฝ่าฝืนขั้นตอนการเข้าเมือง(Illegal Entry)

¹ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522

(1) ความผิดฐานเข้าเมืองในลักษณะไม่เหมาะสม(Improper Entry)²

ตามบทบัญญัติในกฎหมายคนเข้าเมือง(8 U.S. Code § 1325) ของสหรัฐอเมริกา ความไม่เหมาะสม หมายความว่า ไม่ได้เข้ามาตามช่องทางและเวลาที่กำหนด บทบัญญัติในส่วนนี้ ทำนองเดียวกับมาตรา 11 ในความผิดฐานหลบหนีเข้าเมือง³ แต่บทบัญญัติในการเข้าเมืองไม่เหมาะสม รวมถึงการหลบเลี่ยงการตรวจสอบหรือการบิดเบือนหรือปกปิดข้อเท็จจริง ในความผิดฐานนี้ หากนำมาปรับใช้ในกฎหมายไทยสามารถที่จะกำหนดความผิดในกรณีปกปิดข้อเท็จจริงบางประการในการเข้าเมือง ซึ่งมีลักษณะอันตราย(Harm) ซึ่งกฎหมายคนเข้าเมืองบัญญัติลักษณะต้องห้ามของคนต่างด้าวต้องไม่เป็นโรคต้องห้าม⁴ จึงจะเข้ามาในราชอาณาจักรได้ แต่ไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้คนต่างด้าวต้องเปิดเผยโรคต้องห้าม ถ้าหากนำแนวทางนี้มาปรับใช้ กำหนดหน้าที่และขยายขอบเขตของความผิดฐานหลบหนีเข้าเมือง ให้มีขอบเขตถึงการมีหน้าที่กระทำการ(เปิดเผย) ข้อเท็จจริงบางประการเกี่ยวกับโรคต้องห้าม ซึ่งรัฐจะสามารถรับรู้จากคนต่างด้าวได้โดยใช้มาตรการทางอาญาบังคับ เพื่อเป็นเครื่องมือในทางอาญาบังคับให้มีการเปิดเผยข้อมูลที่สำคัญ โดยจะนำไปวิเคราะห์แนวทางการกำหนดความผิดกรณีฝ่าฝืนมาตรา 12 หัวข้อที่ 4.2.1.1 กรณีไม่เปิดเผยข้อมูลโรคติดต่อร้ายแรง⁵

² 8 U.S. Code § 1325 (a)

³ มาตรา 11 บุคคลซึ่งเดินทางเข้ามาในหรือออกไปนอกราชอาณาจักรจะต้องเดินทางเข้ามาหรือออกไปตามช่องทาง ด้านตรวจคนเข้าเมือง เขตท่า สถานี หรือท้องที่และตามกำหนดเวลา ทั้งนี้ตามที่รัฐมนตรีจะได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

⁴ มาตรา 12(4),(5)

⁵ ตัวอย่างปัญหาในกฎหมายไทย ถ้ามีข้อเท็จจริงว่า นายเอ(คนต่างด้าว) เป็นโรคติดต่อร้ายแรงและเล็งเห็นว่าหากมาถึงประเทศไทยโรคจะมาเผยแพร่ได้ทันทีและก่อความเสียหายให้กับประเทศไทยอย่างมากด้านสาธารณสุข โดยก่อนขึ้นเครื่องจะเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร เจ้าหน้าที่สายการบินสงสัยว่านายเอจะเป็นโรคติดต่อร้ายแรงและเป็นโรคต้องห้ามเข้ามาในราชอาณาจักรได้สอบถามแต่นายเอให้ข้อมูลเท็จเจ้าหน้าที่สายการบิน และรับคนต่างด้าวคนดังกล่าวเข้ามาในราชอาณาจักร เจ้าหน้าที่ในราชอาณาจักรตรวจพบก่อนก็ดี ภายหลังก็ดี มาตรการทางอาญาปัจจุบันที่จะจัดการกับคนต่างด้าวรายนี้ไม่มี(ไม่มีกำหนดเป็นความผิด) เจ้าพนักงานปฏิเสธการเข้าเมืองหรือเพิกถอนการอนุญาตให้แต่อันตรายที่เกิดขึ้นขาดมาตรการที่จะป้องกันเพราะการให้การเท็จต่อเอกชนเจ้าหน้าที่สายการบินไม่มีความผิด

(2) ความผิดฐานหลอกลวงในการเข้าเมือง(Illegal Entry by Deception)

กฎหมายคนเข้าเมืองของประเทศอังกฤษ⁶ ได้กำหนดความผิดและโทษเกี่ยวกับการเข้าเมืองโดยการหลอกลวง(Illegal Entry by Deception) กำหนดผิดและโทษในพฤติกรรมคนต่างด้าวเข้าเมืองไม่ถูกต้องตามกฎหมายดังกล่าว คนต่างด้าวมักหลอกลวงให้ยังสามารถอยู่ในประเทศอังกฤษได้ต่อไป ความผิดนี้เป็นการป้องกันคนต่างด้าวที่ได้รับคำสั่งส่งกลับแต่หลีกเลี่ยงหลบเลี่ยงการส่งกลับ การหลอกลวงอาจกระทำได้หลายวิธี เช่น การหลอกลวงด้วยวัตถุพยานหลักฐาน หรือให้บุคคลที่สามหลอกลวง ความผิดเกี่ยวกับการหลอกลวงมีอัตราโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน⁷ ซึ่งการหลอกลวงตามกฎหมายอาญาต้องการหลอกลวงเพื่อประสงค์ต่อทรัพย์สินจึงจะเป็นความผิดฐานฉ้อโกง แต่การหลอกลวงเพื่อให้ได้สิทธิในการเข้าเมืองหรือได้รับการอนุญาตให้เข้าเมืองไม่เป็นความผิดตาม พ.ร.บ.คนเข้าเมืองฯ ในส่วนการให้ข้อมูลเท็จในปัจจุบันต่อเจ้าพนักงานจึงเป็นความผิด แต่การหลอกลวงถึงเหตุการณ์ในอนาคตไม่ผิดความผิดฐานแจ้งความเท็จ การกำหนดความผิดเกี่ยวกับการหลอกลวงเพื่อเข้าเมืองเป็นมาตรการในการควบคุมคนเข้าเมืองโดยไม่ถูกต้องเป็นการขยายขอบเขตข้อจำกัดการเข้าเมืองไม่ถูกต้อง ซึ่งมาตรการเดิมๆเป็นการลงโทษกับคนต่างด้าวที่หลบหนีเข้าเมืองไม่ได้เข้าตามช่องทางอนุญาต แต่การเข้าเมืองตามช่องทางอนุญาต แต่มีการหลอกลวงไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด

(3) การเข้าเมืองโดยใช้เอกสารเทียม(Entry by Document Fraud)

ความผิดฐานใช้เอกสารเทียมเป็นการหลอกลวงอีกประการหนึ่ง แต่เพิ่มวิธีการหรืออุปกรณ์ในการหลอกลวง โดยใช้เอกสารเป็นการหลอกลวงมิได้มีการลงโทษโดยคำพูดกฎหมายคนเข้าเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกาบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการหลอกลวงเป็นความผิดเช่นกัน แต่จะกำหนดความผิดในพฤติกรรมที่คนต่างด้าวแสดงข้อความเท็จหรือมีเจตนาปกปิดข้อมูลบางอย่าง เป็นความผิดมีอัตราโทษปรับหรือจำคุกเป็นส่วนหนึ่งการเข้าเมืองผิดกฎหมายและมีความผิดและโทษ หากคนต่างด้าวเข้าเมืองโดยมีการจดทะเบียนสมรสเทียม คือ เข้าเมืองโดยรู้ว่าเข้าไปสมรสเพื่อวัตถุประสงค์หลบเลี่ยงกฎหมายคนเข้าเมืองมีอัตราโทษจำคุกและโทษปรับ⁸ การ

⁶สืบค้นเมื่อวันที่ 18 เมษายน, จาก https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/597368/chapter3.pdf.

⁷ สืบค้นเมื่อวันที่ 18 เม.ย.2560,จาก http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1971/77/pdfs/ukpga_19710077_en.pdf.

⁸ 8 U.S.C. 1325 (c)

สมรสเทียม(Marriage Fraud) ได้รับการแก้ไขแก้ไขเมื่อปี 1986 กรณีเป็นการสมรสระหว่างคนสัญชาติอเมริกันและคนต่างด้าว เพื่อให้คนต่างด้าวได้รับสถานะถิ่นพำนักถาวร โดยทั้งคู่ไม่ได้มีเจตนาอาศัยอยู่อย่างสามีภรรยา⁹ หรือคนต่างด้าวเข้าเมืองตั้งธุรกิจการค้าเทียม คือ ตั้งขึ้นเพื่อหลบเลี่ยงวัตถุประสงค์ของกฎหมายคนเข้าเมือง มีอัตราโทษจำคุกและโทษปรับ¹⁰ ความผิดเกี่ยวกับการเข้าเมืองไม่ถูกต้อง ความผิดนี้เป็นการขยายขอบเขตการหลบหนีเข้าเมือง รวมไปถึงแม้เข้ามาถูกต้องได้รับอนุญาต แต่เกิดจากการหลอกลวงมีความผิดเกี่ยวกับการเข้าเมือง

ตามกฎหมายคนเข้าเมืองปัจจุบัน หากคนต่างด้าวมีพฤติกรรมการหลอกลวงหรือลวงเจ้าพนักงานโดยใช้เอกสารเทียม แล้วได้ไปซึ่งสิทธิในการเข้าเมืองคนต่างด้าว แม้ถูกเพิกถอนภายหลัง ไม่มีความผิด เป็นพฤติกรรมอันเป็นอันตราย(Harm)ต่อการเข้าเมือง ไม่มีการกำหนดเป็นความผิดและโทษ

(4) ความผิดฐานเข้าเมืองอีกหลังถูกปฏิเสธ(Illegal Re – entry)¹¹

ความผิดฐานนี้เป็นการกำหนดความผิดที่เกิดจากการฝ่าฝืนเครื่องมือของเจ้าพนักงานในการควบคุมคนเข้าเมือง หรือฝ่าฝืนมาตรการทางปกครองในการควบคุมคนต่างด้าว เครื่องมือที่กล่าวคือวิธีการปฏิเสธมิให้เข้าเมือง(Denied) หรือ ส่งกลับ(Deported) และยังคงมีการเข้ามาอีกหลังจากได้ใช้เครื่องมือต่างๆในกฎหมายเข้าเมือง การฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าวในกฎหมายไทยมิได้กำหนดเป็นความผิด การปรับบทกฎหมายหากเป็นบุคคลที่มีลักษณะต้องห้ามเช่นให้กลับออกไปหรือปฏิเสธการเข้าเมืองและคำสั่งยังคงมีผลบังคับใช้ การฝ่าฝืนเข้ามาเป็นมาตรการที่คนต่างด้าวที่ขาดคุณสมบัติ และไม่เป็นความผิดฐานแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงานในการกลับเข้ามาใหม่เพราะการเข้าเมือง ไม่จำเป็นต้องตอบคำถามเจ้าหน้าที่และการห้ามคนต่างด้าวเข้ามาจะเป็นความผิดฐานขัดคำสั่งเจ้าพนักงานต่อเมื่อเจ้าพนักงานแจ้งให้ทำตามคำสั่งโดยตรงถึงจะเป็นความผิด การกำหนดความผิดลักษณะนี้หากคนต่างด้าวเข้าเงื่อนไขดังกล่าวจะเป็นความผิดโดยไม่ต้องแจ้งให้คนต่างด้าวทราบ

4.1.1.2 ฝ่าฝืนในขั้นตอนการพำนัก (Illegal Stay)

(1) ฝ่าฝืนเงื่อนไขในการพำนัก (Breach of Condition)

⁹ สืบค้นเมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน 2559, จาก <https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-1948-marriage-fraud-8-usc-1325c-and-18-usc-1546>.

¹⁰ 8 U.S.C. 1325(d)

กฎหมายคนเข้าเมืองของประเทศอังกฤษมีความผิดฐานพำนักผิดเงื่อนไขหรือฝ่าฝืนเงื่อนไขในการพำนัก (Breach of Condition)¹² ได้แก่ การฝ่าฝืนเงื่อนไขการพำนักซึ่งบังคับโดยตรงกับคนนั้นมีความผิดต้องโทษปรับในระดับ 5 และจำคุก 2 ปี¹³ ความผิดฐานนี้น่าจะเป็นรากฐานและแนวทางสำคัญในการเพิ่มเติมกฎหมายคนเข้าเมืองในอนาคต เนื่องจากบทบัญญัติเกี่ยวกับการฝ่าฝืนเงื่อนไขมีมาตรการที่เบาและไม่มีประสิทธิภาพ รุนแรงกว่าการอยู่เกินกำหนด ในประเทศอังกฤษออกกฎหมายบัญญัติให้พฤติกรรมแบบนี้เป็นความผิด

(2) ความผิดหนังสือเดินทางหมดอายุ

ความผิดฐานนี้ ปรากฏในกฎหมายคนเข้าเมืองประเทศญี่ปุ่นบุคคลเข้าเมืองโดยหนังสือเดินทางหมดอายุหรือไม่ได้รับอนุญาตหรือถูกเพิกถอนการได้รับสิทธิอาศัยและยังคงอาศัยอยู่หรืออยู่เกินกำหนดที่ได้รับอนุญาต(Overstay) หรือบุคคลมีคำสั่งให้ออกไปและยังอยู่เกินกำหนดเวลานั้นบทกำหนดโทษจำคุกหรือห้ามทำงานไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกินสามล้านเยนหรือทั้งสามประการ ตามมาตรา 12 กฎหมายคนเข้าเมืองหนังสือเดินทางที่หมดอายุเป็นหนังสือเดินทางไม่สมบูรณ์ และเจ้าหน้าที่ปฏิเสธการเข้าเมือง ในประเทศไทยมีกรณีปัญหาหนังสือเดินทางหมดอายุจะก่อปัญหากับคนต่างด้าวกรณีที่พักในราชอาณาจักรระยะยาว ที่มีเงื่อนไขท่องเที่ยว การอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเมื่อคนต่างด้าวหนังสือเดินทางหมดอายุ จะเป็นช่องว่างในการบังคับใช้กฎหมายคนเข้าเมือง ช่องทางดังกล่าวเกิดจากเมื่อหนังสือเดินทางหมดอายุคนต่างด้าวจะส่งหนังสือเดินทางไปทำฉบับใหม่และส่งเล่มเก่าไปด้วย ปัญหาเจ้าพนักงานไม่อาจตรวจสอบตัวบุคคล ไม่อาจตรวจสอบรอยตราประทับในหนังสือเดินทางได้ ในปัจจุบันสร้างปัญหาต่อระบบการจัดการข้อมูลคนต่างด้าวหนังสือเดินทางหมดอายุ รวมทั้งปัญหาการพำนักเกินระยะเวลาเนื่องจากไม่มีหนังสือเดินทาง มีการโต้แย้งเกี่ยวกับปัญหาการอยู่เกินกำหนดเพราะมีการทำและส่งเล่มออกหนังสือเดินทางใหม่จึงสร้างภาระแก่รัฐในการตรวจสอบควบคุม คนต่างด้าวควรมีหน้าที่ต้องรักษาความสมบูรณ์ของหนังสือเดินทาง

4.1.2 แนวทางเกี่ยวกับโทษที่ควรนำมาใช้ในกฎหมายไทย

4.1.2.1 การฝ่าฝืนขั้นตอนการเข้าเมือง(illegal Entry)

(1) การกำหนดโทษแปรผันตามโทษหรือความผิดอื่น

¹² สืบค้นเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2559, จาก <http://www.hkii.hk/eng/hk/legis/ord/115/s41.html>.

¹³ Chapter 115 Section 41

กฎหมายคนเข้าเมืองของสหรัฐอเมริกาในบางฐานความผิดจะกำหนดโทษคนต่างด้าวในกรณีฝ่าฝืนกฎเกณฑ์การเข้าเมือง โดยกำหนดโทษให้สัมพันธ์กับความผิดอาญาอื่นๆ เช่น ฝ่าฝืนถูกส่งกลับเข้าเมืองผิดกฎหมาย อัตราโทษขึ้นอยู่กับฝ่าฝืนกฎหมายอื่น เช่น บทบัญญัติใน 8 U.S. Code § 1326 - Reentry of removed aliens “...whose removal was subsequent to a conviction for commission of three or more misdemeanors involving drugs, crimes against the person, or both, or a felony (other than an aggravated felony)...” เป็นวิธีการกำหนดโทษความสัมพันธ์ระหว่างอาชญากรรมคนเข้าเมือง มีส่วนเกี่ยวพันกันกับอาชญากรรมอื่น จะทำให้การป้องกันอาชญากรรมอื่นๆและบังคับใช้มาตรการทางอาญาในกฎหมายคนเข้าเมืองมีประสิทธิภาพสามารถทราบมูลเหตุแรงจูงใจและแนวทางในการแก้ปัญหา

(2) การแก้ปัญหาอายุความความผิดหลบหนีเข้าเมือง

ลักษณะของความผิดฐานความผิดหลบหนี คือ การปกปิดหรือวิธีการที่ปกปิดการเข้าเมือง องค์ประกอบความผิดการเข้ามาไม่ได้รับอนุญาต ดังนั้น ความผิดสำเร็จเมื่อมีการเข้ามา ปัญหาการหลบหนีเข้าเมืองพยานหลักฐานทั้งหมดอยู่ที่คนต่างด้าวที่ตกเป็นผู้ต้องหา คำรับสารภาพของผู้ต้องหาฟังไม่ได้ ดังนั้น การพิสูจน์ความผิด กฎหมายคนเข้าเมืองของสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติเทคนิคในการแก้ปัญหาอายุความ กรณีคนต่างด้าวเข้าเมืองไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การกลับเข้ามาอีกครั้ง หลบหนีเข้าเมืองหรือการกลับเข้ามาอีกยังคงพบตัวอยู่¹⁴ การบัญญัติว่า “พบตัว (Found in)” เป็นองค์ประกอบความผิดในความผิดฐานหลบหนีเข้าเมือง หากยังไม่พบตัวคนต่างด้าวอยู่ทราบใด แสดงว่าไม่เป็นการขาดอายุความ

4.1.2.2 การฝ่าฝืนขั้นตอนการเข้าเมือง(Illegal Stay)

(1) การใช้มาตรการอื่น(มิใช่โทษ) กรณีอยู่เกินกำหนด(Overstay)

จากการศึกษาพบว่ากฎหมายคนเข้าเมืองของสหรัฐอเมริกา ไม่มีการบัญญัติกำหนดความผิดกับคนต่างด้าวที่อยู่เกินกำหนด (Overstay) แต่จะใช้มาตรการอื่นๆแทนการ

¹⁴ 8 U.S. Code § 1326(b)(4) (4) who was removed from the United States pursuant to section 1231(a)(4)(B) of this title who thereafter, without the permission of the Attorney General, enters, attempts to enter, or is at any time found in, the United States (unless the Attorney General has expressly consented to such alien's reentry) shall be fined under title 18, imprisoned for not more than 10 years, or both.

บังคับใช้โทษ โดยกำหนดให้กลับไปเริ่มต้นขอวีซ่ากลับเข้ามาใหม่ยังประเทศเจ้าของสัญชาติ ซึ่งเป็นมาตรการอื่น ซึ่งยากที่จะระบุเจาะจงว่าเป็นมาตรการทางปกครองหรือเป็นมาตรการพิเศษในกฎหมายคนเข้าเมือง มาตรการอย่างอื่นเป็นลักษณะเป็นการบังคับให้คนต่างด้าวเดินทางออกจากสหรัฐอเมริกา ไม่อาจจะขอวีซ่าจากประเทศรอบๆ โกลัสสหรัฐอเมริกาได้ เป็นการบังคับเดินทางออกไปไกลเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยอยู่ในตัว ไปห่างจากสังคมชุมชนที่เคยอยู่ นอกจากนี้การเดินทางกลับประเทศของคนต่างด้าวจะต้องมีภาระค่าใช้จ่ายในการเดินทางและมีความเสี่ยงที่จะถูกปฏิเสธการอนุญาตให้กลับเข้าไปอีกครั้งแม้กลับมายังประเทศต้นทาง มาตรการเหล่านี้เป็นการข่มขู่คนต่างด้าวไปได้เช่นเดียวกัน และการไม่กำหนดให้การอยู่เกินกำหนดอนุญาตน่าจะสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของ Herbert L Packer เพราะไม่ใช่วิธีทางสุดท้าย ที่จะจัดการกับคนต่างด้าวที่อยู่เกินกำหนด นอกจากนี้สหรัฐอเมริกาใช้มาตรการห้ามเข้าสหรัฐอเมริกาอีกมีกำหนดเวลา(Ban)

(2) การกำหนดโทษตามสัดส่วนตามจำนวนวันที่อยู่เกินกำหนด(Overstay)

กฎหมายคนเข้าเมืองสิงคโปร์กำหนดโทษในความผิดฐานการอยู่เกินกำหนด(Overstay) หมายถึง แบ่งหน่วยจำนวนวันฝ่าฝืนไม่เกิน 90 วันมีโทษปรับหรือจำคุก แต่ถ้าอยู่เกินกำหนดมากกว่า 90 วันมีโทษจำคุกและผิดกฎหมายอาญามีการลงโทษโดยไม่น้อยกว่า 3 ครั้งด้วย

กฎหมายคนเข้าเมืองของสาธารณรัฐจีน(ไต้หวัน) ไม่ได้กำหนดเป็นความผิดแต่มีอัตราโทษสูงสุดเป็นโทษปรับ ไม่มีอัตราโทษจำคุก การกำหนดอัตราค่าปรับขึ้นอยู่กับจำนวนวันที่อยู่เกินกำหนดโทษกรณีอยู่เกินกำหนด โทษปรับ หากเกินกำหนด 1- 10 วัน ปรับไม่เกิน \$2,000 หากอยู่เกินกำหนด 1- 30 วัน ปรับไม่เกิน \$4,000 หากอยู่เกินกำหนด 31- 60 วัน ปรับไม่เกิน \$6,000 หากอยู่เกินกำหนด 61- 90 วัน ปรับไม่เกิน \$8,000 และหากอยู่เกินกำหนด 90 วัน ปรับไม่เกิน \$10,000

แม้อยู่เกินกำหนดเพียงวันเดียว เป็นความผิดอาญาในกฎหมายไทย ผู้วิจัยตั้งคำถามตั้งแต่ก่อนเริ่มงานวิจัยหลายครั้ง ซึ่งในการปฏิบัติงานพบสถิติอย่างไม่เป็นทางการคนต่างด้าวอยู่เกินกำหนดปีหนึ่งกว่านับแสนราย แม้จะมีได้บังคับโทษจำคุกทั้งหมด แต่การอยู่เกินกำหนดบัญญัติอัตราโทษจำคุก จากการศึกษาบทกฎหมายต่างประเทศ มีบทบัญญัติที่น่าสนใจและบัญญัติให้ในความผิดอยู่เกินกำหนด (Overstay) ในกฎหมายคนเข้าเมืองของสาธารณรัฐสิงคโปร์ กำหนดอัตราโทษปรับกรณีอยู่เกินเล็กน้อย ตามสัดส่วนของจำนวนวันที่อยู่เกินกำหนด จึงน่าจะเป็นกฎหมายที่มีลักษณะผ่อนคลายการกระทำที่ไม่มีลักษณะเป็นอันตรายต่อสังคมและรัฐมากนัก

4.2 วิเคราะห์แนวทาง“การกำหนดความผิด”ให้เหมาะสม

มีพฤติกรรมของคนต่างด้าวจะวิเคราะห์ต่อไปนี้ ซึ่งฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองในสถานการณ์ต่างๆ ทั้งที่มีและไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดอาญา ในหัวข้อนี้จะได้ยกกรณีศึกษาในบางปัญหาที่มีปัญหาต่อการควบคุมเข้าเมืองและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของคนต่างด้าว พฤติกรรมที่จะวิเคราะห์ต่อไปน่าปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคม มาวิเคราะห์กับทฤษฎีกฎหมายที่เกี่ยวข้องในปัญหาเกี่ยวกับการไม่เปิดเผยโรคติดต่อร้ายแรง การฝ่าฝืนคำสั่ง Black list การฝ่าฝืนเงื่อนไขการทำงาน เงื่อนไขการศึกษา เงื่อนไขสถานะทางครอบครัว การหลอกลวงเพื่อให้ได้สิทธิในการพำนัก และวิเคราะห์การกำหนดความผิดการที่คนต่างด้าวอยู่และพำนักโดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งเป็นเพียงกลุ่มตัวอย่างปัญหาในการแก้ปัญหาในการควบคุมคนเข้าเมือง

4.2.1 วิเคราะห์แนวทางกรณีความเป็นอันตราย(Harm) จากการฝ่าฝืนมาตรา 12 แต่ไม่มีการกำหนดความผิด

เกี่ยวกับคุณสมบัติของคนต่างด้าวที่จะเข้ามาในราชอาณาจักรในสมัยเดิมปัญหาโรคติดต่อพบว่าเป็นกลุ่มไข้ทรพิษ สร้างความเสียหายต่อระบบสาธารณสุข ในสถานการณ์ปัจจุบันปรากฏว่ามีโรคติดต่ออีกมากที่มีได้บัญญัติเป็นคุณสมบัติต้องห้ามในการเข้าเมือง¹⁵ นอกจากโรคภัยติดต่อง่ายมีบุคคลที่รัฐเคยส่งกลับและปฏิเสธในการเข้าเมือง แต่ยังคงฝ่าฝืนเข้ามาอีก¹⁶ จึงจำเป็นต้องวิเคราะห์หาแนวทางที่เหมาะสมกับกรณีดังกล่าว

4.2.1.1 กรณีศึกษา

(1) การไม่เปิดเผยข้อมูลโรคติดต่อร้ายแรง(ระบบสาธารณสุข)

ลักษณะของโรคที่ผู้วิจัยนำมาเป็นตัวอย่างศึกษา คือ กรณี โรคเมอร์ส (MERS)¹⁷หรือโรคซาร์ส(SARS) ทั้งสองโรคดังกล่าวเคยพบปัญหาจากการเดินทางข้ามถิ่นของโรคผ่านคนเข้าเมือง ปัญหากรณีคนต่างด้าวจงใจให้เกิดการติดต่อแพร่เชื้อโรค ทั้งที่สามารถป้องกันได้และแต่

¹⁵ มาตรา 12(5)

¹⁶ มาตรา 12(10)

¹⁷ โรคนี้มิได้เกิดขึ้นในประเทศไทยเป็นโรคมาจากต่างถิ่นการติดต่อผ่านการสัมผัสและลมหายใจมีรายงานผู้เสียชีวิตจากโรคนี้กว่า 1,000 คน ,Retrieved from file:///C:/Users/User/Downloads/talking_point_mers_korea__14_june_15_1434610984.pdf

รัฐต้องมีข้อมูลในการสกัดกั้นโรค ปัญหาที่จะสร้างหลักเกณฑ์ในการควบคุมโรคคนต่างด้าวที่มีพฤติกรรมดังกล่าวอย่างไร เพื่อป้องกันอันตรายต่อบุคคล

ตัวอย่างกรณีศึกษา ลักษณะของโรคมีลักษณะ ดังนี้ “นายเอ(คนต่างด้าว)เป็นโรคติดต่อซึ่งผู้วิจัยขอเรียกโรค “โรค H” โรคนี้สามารถติดต่อร้ายแรงแพร่ไปยังคนทั่วไปได้ง่ายเพียงการสัมผัสหรือจากลมหายใจ หากปรากฏโรคนี้ที่ใดรัฐและประชาชนต้องได้รับอันตรายแก่กายหรือชีวิตหรืออยู่ในภาวะที่ประชาชนต้องตื่นตกใจกลัว และเป็นโรคต้องห้ามในการเข้าเมืองหรือหากจะเข้าเมืองได้ต้องผ่านการตรวจจากเจ้าหน้าที่ นายเอทราบว่าตนเป็นโรค H และทราบกฎเกณฑ์ในการต้องห้ามเข้าเมืองหากเป็นโรค H และจงใจปกปิด นิ่งเสีย ข้อมูลของโรคและเจตนาก่อให้เกิดอันตรายกับบุคคลและหากเปิดเผยเจ้าหน้าที่รัฐทราบจะต้องปฏิเสธการเข้าเมือง¹⁸

เพื่อให้ทราบว่าปัญหาตามตัวอย่างนี้ จำเป็นต้องกำหนดความผิดและโทษหรือไม่ อย่างไร จำเป็นต้องวิเคราะห์ในประเด็นต่างดังกล่าว ดังนี้

ประเด็นแรก พฤติกรรมของนายเอ(คนต่างด้าว) เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองในเรื่องใดหรือไม่ ซึ่งในการป้องกันโรคต่างๆในการติดต่อมากับคนเข้าเมืองหรือคนต่างถิ่นมีหลายมาตรการในด้านแรกของคนต่างด้าว กฎหมายคนเข้าเมืองเป็นโรคต้องห้ามในการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามากฎหมายกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้าม¹⁹แต่ยังคงเข้ามาในราชอาณาจักร เป็นการฝ่าฝืนมาตรการในกฎหมายคนเข้าเมืองมาตรา 12 หากนายเอเปิดเผยข้อมูลให้กับเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองต้องมีมาตรการในการสกัดกั้นและปฏิเสธการเข้าเมือง

ปัญหาว่าการเข้ามาของนายเอ จะมีอันตราย(Harm) ต่อบุคคลอื่นหรือไม่อย่างไร ในประเด็นนี้ จากตัวอย่างเห็นว่า ความเป็นอันตรายต่อสาธารณชน และความปลอดภัยด้านสาธารณสุข ตัวอย่างโรคที่เป็นปัญหาเมื่อไม่นานมานี้ กรณีของโรคซาร์ส มีรายงานจากองค์การอนามัยโลกว่ามีผู้เสียชีวิตนับพันราย²⁰ ในส่วนโรคเมอร์สมีรายงานว่าเจ็บป่วยจำนวนกว่าพันรายเช่นกัน²¹ซึ่งทั้งสองโรคมีลักษณะของโรคที่กล่าวถึงข้างต้น รัฐต้องสูญเสียงบประมาณจำนวนมากในการติดตามเฝ้าระวัง ตรวจสอบคนต่างด้าวในการเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร กรณีที่มีการฝ่าฝืน

¹⁸ มาตรา 12(5)

¹⁹ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 12(4),(5)

²⁰ สืบค้นเมื่อวันที่ 2 มิ.ย.2560, จาก <http://www.ku.ac.th/sars/a10.html>

²¹ สืบค้นเมื่อวันที่ 2 มิ.ย.2560, จาก <http://www.thairath.co.th/content/677522>

มาตรการในการคัดกรองโรคเสียหายต่อระบบงานสาธารณสุข อย่างไรก็ตามแม้มีบทบัญญัติมาตรา 12 ให้อำนาจในการปฏิเสธการเข้าเมืองปรากฏว่ามีการฝ่าฝืนจำนวนมาก

ประเด็นที่ 2 พฤติกรรมของคนต่างด้าวข้างต้นตามประเด็นแรก ดังกล่าวครบหลักเกณฑ์ ควรกำหนดความผิดทางอาญาหรือไม่ โดยวิเคราะห์ตามหลักเกณฑ์ 6 ข้อ ของ Herbert²²

หลักเกณฑ์ข้อที่ 1 Herbert เสนอว่า การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดใน หมู่ชนส่วนมากว่า เป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่ชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การ กระทำนั้น จากกรณีศึกษาพบว่า โรคระบาดและโรคที่ถูกกำหนดเป็นโรคต้องห้ามเป็นอันตรายที่เกิด จากการเป็นสิ่งที่ประชาชนมองไม่เห็น ไม่อาจเลี่ยงได้จากการมองเห็น และโรคมีลักษณะอันตรายต่อ ร่างกาย ต่อชีวิตมนุษย์ ในสถานการณ์ที่ปรากฏว่าคนต่างด้าวมาจากถิ่น ที่เป็นพาหะของโรคและ ปะปนเข้ามา เมื่อเดินทางผ่านไปต่างๆยิ่งก่ออันตรายต่อสาธารณสุขและเกิดจากกรณีคนต่างด้าว ทราบว่าเป็นโรคแต่ยังฝ่าฝืนที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อสังคม ผู้วิจัยจึงเห็นว่า ข้อเท็จจริงลักษณะนี้ใน สังคมไทยยากที่จะให้อภัยแก่กัน

หลักเกณฑ์ข้อที่ 2 Herbert เสนอว่า ถ้าการกระทำได้กล่าวเป็น ความผิดอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่างๆ จากการศึกษาพบว่า หากมีการลงโทษนายเอ จะทำให้คนต่างด้าวคนอื่น ไม่กล้าที่จะกระทำเช่นนั้นอีก ไม่ขัดแย้งกับ วัตถุประสงค์ของการลงโทษมี 4 ประการในการแก้แค้น ช่มชู้หรือวัตถุประสงค์การลงโทษข้ออื่นๆ

หลักเกณฑ์ข้อที่ 3 Herbert เสนอว่า การปราบปรามการกระทำ เช่นนั้น กล่าวคือ การถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญา จะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่ สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป ผู้วิจัยเห็นว่า หากกำหนดเป็นความผิดและโทษ ย่อมมีผลดีต่อรัฐใน การป้องกันโรคระบาดต่างๆ ไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป

หลักเกณฑ์ข้อที่ 4 Herbert เสนอว่า หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะ มีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเทียมกัน เมื่อการกระทำผิดอาญาแล้วจะสามารถบังคับใช้ กฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียม ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงประสิทธิภาพในการสืบหาและจับกุมผู้กระทำ ผิดเป็นสำคัญ จากการศึกษาพบว่า หากกำหนดเป็นความผิดคนต่างด้าวมีพฤติกรรมที่เกิดจากเจตนา ไม่กระทบต่อคนต่างด้าวที่พลั้งเผลอหรือไม่ทราบว่าตนเองมีโรคต้องห้าม

²² ดูหัวข้อ 2.3.1.3

หลักเกณฑ์ข้อที่ 5 Herbert เสนอว่า การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งด้านคุณภาพและปริมาณ จากการศึกษาพบว่า การพิสูจน์ว่าคนต่างด้าวผู้ใดเป็นโรคต้องห้ามและมีเจตนาที่จะฝ่าฝืนไม่น่าจะเป็นภาระแก่กระบวนการยุติธรรม เช่น กรณีที่คนต่างด้าวเข้ารับการรักษาตัวในต่างประเทศและทราบข้อมูลการเป็นโรคตั้งแต่ต้นทางก่อนเดินทางเข้ามาและยังฝ่าฝืนเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร การพิสูจน์เจตนาไม่เกินภาระแก่ระบบงานยุติธรรม

หลักเกณฑ์ข้อที่ 6 Herbert เสนอว่า ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่นๆ แล้วนอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น จากการศึกษาพบว่า ปัจจุบันมีวิธีการมีแต่ไม่อาจจะยับยั้งได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนี้

วิธีที่ 1 มาตรการให้เจ้าหน้าที่ตรวจคัดกรองเพื่อทราบข้อมูลและปฏิเสธ²³ การเข้าเมืองหากตรวจพบ หรือกักตัวคนต้องสงสัย วิธีการนี้มีข้อบกพร่องหลายประการ ประการแรกเจ้าหน้าที่ไม่อาจตรวจสอบได้ทุกคน คนต่างด้าวที่มีพฤติกรรมดังกล่าวหลบเลี่ยงการตรวจสอบเมื่อตรวจสอบไม่พบอนุญาตให้เข้าเมือง การบังคับให้เปิดเผยข้อมูลโรคติดต่อ จะเป็นมาตรการสกัดกั้น ยับยั้งอันตรายต่อสังคม อาจจะทำให้กำหนดเป็นความอาญา ซึ่งการจะกำหนดเป็นความผิดต้องแก้กฎหมาย หรือมาตรการอื่น เช่น ให้กรอกข้อมูลเกี่ยวกับโรคขณะเดินทางเข้ามา หากปกปิดจะเป็นความผิดฐานแจ้งความเท็จฝ่ายบริหารกำหนดเงื่อนไขให้กรอกข้อมูลก่อนเดินทางเข้ามามีข้อมูลเกี่ยวกับโรคไปด้วย แต่วิธีการแบบหลังจะขัดแย้งกับหลักการในการอำนวยความสะดวกแก่การเดินทาง การเก็บข้อมูลปัจจุบันเน้นที่การเก็บข้อมูลที่พกอาศัย เพิ่มปริมาณข้อมูลต่างๆมากขึ้น

นับตั้งแต่รัฐมีนโยบายให้เข้าประเทศอย่างเสรี(ไม่ต้องขอรับการตรวจลงตรา) ให้คนชาติของประเทศต่างๆเดินทางเข้ามาโดยแสดงเพียงหนังสือเดินทางจะได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักร เป็นการยกเว้นมาตรการทั่วไป การขอรับการตรวจลงตราก่อนเดินทางเข้าเป็นการคัดกรองคนต่างด้าวที่จะเข้ามาในระดับหนึ่ง แต่เมื่อมีข้อยกเว้นการตรวจลงตราการเดินทางเข้ามาไม่ต้องผ่านการตรวจสอบเรื่องโรคติดต่อมาตรการทั่วไปตามกฎหมายเกี่ยวกับกฎหมายควบคุมโรคติดต่อและอนุบัญญัติทั้งหลายเป็นมาตรการสุ่มตรวจเท่านั้น ยังไม่มีมาตรการเข้มงวดเป็นการทั่วไป ซึ่งเป็นช่องว่างมากขึ้น และสภาพการเดินทางเข้าออกในราชอาณาจักรวันละหลายหมื่นคนต่อวัน รวมทั้งการหลบหนีเข้าเมืองซึ่งไม่ต้องผ่านทุกมาตรการของรัฐ การกำหนดเพียงมาตรการให้เจ้าพนักงานปฏิเสธการเข้าเมืองจึงยังไม่อาจป้องกันอันตรายจากการแพร่โรคได้

²³ มาตรา 12(5)

มาตรการที่ควรกำหนดหน้าที่ให้คนต่างด้าวต้องกระทำเมื่อมีสถานการณ์เช่นนั้น โดยคนที่รู้ข้อเท็จจริงดีที่สุดคือผู้เป็นโรค หากผู้เป็นโรคได้แจ้งเปิดเผยข้อมูลสำคัญเกี่ยวกับโรคก็จะเป็นการหมดหน้าที่การกำหนดหน้าที่ให้คนต่างด้าวกระทำ มีปรากฏในกฎหมายไทยหลายมาตรา เช่น ความผิดอาญาที่เกิดจากการละเว้นไม่ช่วยเมื่อเห็นผู้อื่นตกอยู่ในภัยอันตรายอาจช่วยได้แต่ไม่ช่วย หรือการไม่สำแดงในกรณีที่มีสิ่งของต้องสำแดงตามกฎหมายศุลกากร ดังนั้นควรกำหนดเป็นความผิด ในส่วนของอัตราโทษน่าจะเป็นระดับเดียวกับความผิดที่ฝ่าฝืนคุณธรรมเกี่ยวกับความไม่คำนึงถึงความปลอดภัยของบุคคลหรือสังคมหรือความผิดเกี่ยวกับการละเลยต่อหน้าที่พึงมีตามที่รัฐกำหนด ระดับโทษที่เหมาะสมเป็นอัตราโทษเท่ากับความผิดอยู่เกินกำหนดและไม่เกินกำหนดความผิดเกี่ยวกับการหลบหนีเข้าเมือง

วิธีที่ 2 หากเจ้าหน้าที่ตรวจพบภายหลังใช้มาตรการทางปกครองในการเพิกถอนการอนุญาตและส่งคนต่างด้าวออกนอกราชอาณาจักร ปัญหาเพิ่มขึ้นมาอีกหากคนต่างด้าวนั้นรักษาตัวไม่หายรัฐต้องควบคุมโรครักษาตัวจนหายถึงจะส่งกลับได้²⁴ เมื่อรัฐทราบว่ามีโรค H และเข้ามากับคนต่างด้าวรัฐออกมาตรการให้เจ้าหน้าที่สาธารณสุขไปคัดกรองโรคและเฝ้าระวังบุคคลต่างด้าวที่เดินทางมาจากแหล่งแพร่เชื้อ คัดกรองแบบสุ่มตรวจ ซึ่งเป็นมาตรการหนึ่งที่สามารถคัดกรองได้ รัฐทุ่มเงินจำนวนมหาศาลในการคัดกรอง กักตัว สกักกันโรค

วิธีการปฏิเสธการเข้าเมืองและส่งกลับคนต่างด้าวที่มีลักษณะต้องห้ามตามวิธีการที่ 1-2 นั้น น่าจะเหมาะสมหากคนต่างด้าวไม่ทราบว่าเขาเป็นคนที่มียโรค H

แต่หากเป็นข้อเท็จจริงที่ว่าคนต่างด้าวเจตนาสร้างความเสียหายให้เกิดขึ้นโดยมีเจตนาชั่วร้าย จะจัดการอย่างไรถึงจะเหมาะสม เพราะหากไม่มีมาตรการที่เหมาะสมในการควบคุมคนต่างด้าวที่มีพฤติกรรมเช่นนี้ มีโอกาสที่รัฐจะต้องเผชิญกับโรค H การประกาศเป็นโรคต้องห้ามที่จะเดินทางเข้าราชอาณาจักรอาจล่าช้า โรค H อาจเข้ามาก่อนโดยไม่มีมาตรการควบคุม ในสมัยดั้งเดิมการคมนาคมขนส่งไม่ได้รวดเร็ว ปริมาณคนต่างด้าวมียจำนวนไม่มากการคัดกรองของแพทย์และเจ้าพนักงานเป็นการสุ่มตรวจ และออกประกาศห้ามในการให้คนต่างด้าวบางจำพวกต้องผ่านการคัดกรองพิเศษ แต่ในทศวรรษที่ผ่านมาการอุบัติใหม่ของโรคติดต่อร้ายแรงขึ้นแพร่ระบาดเร็วและเป็นอันตรายถึงชีวิต สร้างความหวาดกลัวให้กับสังคม แม้พบเพียงผู้ต้องสงสัย โรคติดต่อไม่มีการของโรคแสดงให้เห็นยากที่จะได้รับการคัดกรอง คนเป็นโรคติดต่อพยายามที่จะป้องกันและรักษาตนเอง และให้ความร่วมมือกับรัฐ แต่พบว่าคนต่างด้าวจำนวนหนึ่งไม่ให้ความร่วมมือกับรัฐ รวมทั้ง

²⁴ มาตรา 36,54

หลบเลี่ยงการตรวจสอบไม่ชี้แจง สถานที่ที่เดินทางไปใกล้แหล่งเชื้อโรค และคนต่างด้าวบางคนขณะเดินทางเข้ามาทราบว่าเป็นโรคติดต่อ ผู้วิจัยยังไม่พบตัวอย่างของปัญหาที่คนต่างด้าวเข้ามาจงใจนำโรคระบาดมาแพร่ระบาดในประเทศ

ผู้วิจัยเห็นว่า หากมีคนต่างด้าวรายหนึ่ง รู้ว่าตนเองเป็นโรคติดต่อร้ายแรงและสามารถแพร่ระบาดและพักรักษาตัวในโรงพยาบาลแพทย์ห้ามออกไปจากโรงพยาบาล แต่ผู้ป่วยรายนั้นหนีออกจากโรงพยาบาลแล้วเดินทางเข้าในราชอาณาจักรไทย จะมีมาตรการใดควบคุมในช่วงมีไวรัสเมอร์ส โรคซาร์ แพร่ระบาดในต่างประเทศ เมื่อมีคนต่างด้าวต้องสงสัยเข้ามารัฐคนหาตัวคนต่างด้าวนั้น เพื่อควบคุมกักตัว หากคนต่างด้าวยุติใจแพร่โรคระบาดเพื่อทำลายล้าง หรือให้เกิดความเสียหายต่อระบบสาธารณสุข มาตรการทางอาญาคืออาญาทั่วไปไม่สามารถปรับเข้ากับการทำร้ายร่างกาย อันตรายต่อชีวิต โรคติดต่อซึ่งผู้ที่ทราบข้อมูล คือ ตัวผู้ป่วยเอง โดยเฉพาะผู้ป่วยที่ได้รับการยืนยันจากแพทย์เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ ที่กล่าวมา สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดและโทษตามแนวทางของ Herbert ทั้ง 6 ข้อ

ประเด็นที่ 3 เมื่อผ่านหลักเกณฑ์ตามประเด็นที่ 1,2 จะกำหนดเป็นความผิดและโทษอย่างไร จึงจะมีความเหมาะสม

จากการศึกษาพบว่าในการกำหนดความผิดและโทษให้เหมาะสม ควรพิจารณาองค์ประกอบในสาเหตุ และองค์ประกอบทางกฎหมายส่วนผล และโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญามาประกอบด้วย ดังนี้

องค์ประกอบความผิด ซึ่งในส่วนองค์ประกอบ(ภายนอก) ของความผิด ในส่วนผู้กระทำ ได้แก่ “คนต่างด้าว” การกระทำ ได้แก่ “เป็นโรคมีลักษณะต้องห้ามฝ่าฝืน มาตรา 12(4)(5)” เพื่อคุ้มครองระบบการตรวจคนเข้าเมืองในขั้นตอนที่สำคัญ คือ การเข้าเมือง ซึ่งอาจเริ่มต้นตั้งแต่การขอวีซ่า และการขอผ่านการตรวจคนเข้าเมือง ส่วนองค์ประกอบ(ภายใน)ความผิดฐานนี้เป็น “เจตนาธรรมดา” ลักษณะความผิดมาตามาตรานี้เป็นความผิด Mala prohibita และ Mala in se เพราะคนต่างด้าวควรต้องคำนึงถึงความปลอดภัยของชีวิต ร่างกายมนุษย์คนอื่นๆ ที่ไม่ควรจะได้รับอันตรายจากคนต่างด้าวรายที่เป็นโรคในการร่วมเดินทาง ในการร่วมสถานที่ๆใด อันเป็นสถานที่อันอาจแพร่เชื้อโรคได้ เป็นการคุ้มครองความบริสุทธิ์ของอำนาจรัฐในการตรวจอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรมาตรา 12(4)(5)

ในส่วนของผล(โทษ) ของการกระทำผิด เห็นว่า น่าจะเทียบเคียงคุณธรรมทางกฎหมายในส่วนของการทำร้ายร่างกายเพราะผลอาจเป็นทำร้ายร่างกาย ส่วนเหตุเพราะไม่เชื่อฟังคำสั่งในความผิดฐานขัดคำสั่งของเจ้าพนักงาน เจ้าพนักงานในที่กล่าวมา คือ ประกาศของทางราชการเกี่ยวกับโรคต้องห้าม

(2) การฝ่าฝืนคำสั่ง Black list (ความเด็ดขาดอำนาจรัฐ)

ตัวอย่างกรณีศึกษา “นายเอ(คนต่างด้าว)มีลักษณะเป็นภัยต่อความมั่นคง และมีการกระทำความผิดอาญา เมื่อพ้นโทษเจ้าพนักงานตรวจคนเข้าเมืองรายงานต่อรัฐมนตรีให้ประกาศ และแจ้งให้นายเอ(คนต่างด้าว)ห้ามเข้ามาในราชอาณาจักร ภายในกำหนด 10ปี(Black list) แต่ก่อนครบกำหนดนั้น นายเอได้ฝ่าฝืนเข้ามาอีก²⁵

ปัญหาตามตัวอย่างนี้ เพื่อจะให้ทราบว่าจำเป็นต้องกำหนดความผิดและโทษหรือไม่ อย่างไร จำเป็นต้องวิเคราะห์ในประเด็นต่างดังกล่าว ดังนี้

ประเด็นแรก พฤติกรรมของนายเอ(คนต่างด้าว) เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองโดยชัดแจ้ง มาตรา 12(10) ห้ามเจ้าพนักงานอนุญาตให้คนต่างด้าวที่รัฐมนตรีกำหนดเข้า นายเออยู่ในเงื่อนไขดังกล่าว นายเอเปลี่ยนแปลงข้อมูลส่วนตัวเพื่อหลบเลี่ยงการตรวจพบของระบบเทคโนโลยีหรือใช้วิธีการหลบหนีเข้าเมืองเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรอีกครั้งภายในกำหนดห้าม

ปัญหาว่าการไม่เคารพเชื่อฟังต่อคำสั่งของรัฐมนตรี โดยฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าวมีอันตราย(Harm) ต่อบุคคลอื่นหรือไม่ อย่างไร ในประเด็นนี้ เห็นว่ามาตรการ Black list เป็นเครื่องมือสำคัญประการหนึ่งรัฐได้นำมาตรการสกัดกั้นคนต่างด้าวที่อาจเป็นภัยมิให้เข้ามาในราชอาณาจักร การฝ่าฝืนคำสั่งรัฐมนตรีที่กำหนดมาตรการพิเศษไว้ ขาดประสิทธิภาพ มีลักษณะไม่เด็ดขาด มีต่างด้าวรายหนึ่งถูกขึ้นบัญชีดำแล้ว ฝ่าฝืนเข้ามามาตรการซึ่งจัดการได้อีกคือการผลักดันกลับอีก²⁶รัฐต้องมีภาระซ้ำแล้วซ้ำอีก ขาดความเด็ดขาดในการใช้อำนาจรัฐ พฤติกรรมเช่นนี้เป็นความผิดฐานกลับเข้ามาอีกในกรณีมีลักษณะต้องห้าม(Illegal Re-entry)

ประเด็นที่ 2 พฤติกรรมของคนต่างด้าวข้างต้นตามประเด็นที่หนึ่ง ดังกล่าวครบหลักเกณฑ์ ควรกำหนดความผิดทางอาญาหรือไม่ โดยวิเคราะห์ตามหลักเกณฑ์ 6 ข้อ ของ Herbert²⁷

หลักเกณฑ์ข้อที่ 1 Herbert เสนอว่า การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่ชนส่วนมากว่า เป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่ชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำนั้น จากกรณีศึกษาพบว่า หากคนต่างด้าวที่รัฐพิจารณาเป็นคนที่สมควรเข้ามาในราชอาณาจักร

²⁵ มาตรา 12(10)

²⁶Retrieved from <http://www.manager.co.th /QOL/ViewNews.aspx?NewsID=9590000111015> , 2 มิถุนายน 2560

²⁷ ดูหัวข้อ 2.3.1.3

เป็นการผลักดันคนต่างด้าวเพื่อให้ห่างไกลจากคนต่างด้าวคนนั้น เป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยซึ่งสะดวกรวดเร็ว และไม่มีภาระแก่รัฐ แต่การไม่เคารพคำสั่งรัฐมนตรีที่มีคำสั่งห้ามเข้า หากไม่จัดการที่รุนแรงขึ้น จะสร้างความเสียหายกระทบกระเทือนแก่สังคม

หลักเกณฑ์ข้อที่ 2 Herbert เสนอว่า ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่างๆ จากการศึกษาพบว่า หากมีการลงโทษนายเอ จะทำให้คนต่างด้าวคนอื่น ไม่กล้าที่จะฝ่าฝืน Black list อีก ไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษมี 4 ประการในการแก้แค้น ช่มชู้ตหรือวัตถุประสงค์การลงโทษข้ออื่นๆ

หลักเกณฑ์ข้อที่ 3 Herbert เสนอว่า การปราบปรามการกระทำเช่นนั้น กล่าวคือ การถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญา จะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป ผู้วิจัยเห็นว่า หากกำหนดเป็นความผิดและโทษ ยังมีผลดีต่อรัฐในการป้องกันบุคคลที่ไม่พึงปรารถนาจากการบังคับมาตรการ Black list ไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป

หลักเกณฑ์ข้อที่ 4 Herbert เสนอว่า หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเทียมกัน จะสามารถบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียม ทั้งนี้ ต้องคำนึงถึงประสิทธิภาพในการสืบหาและจับกุมผู้กระทำผิดเป็นสำคัญ จากการศึกษาพบว่า หากกำหนดเป็นความผิดคนต่างด้าวมีพฤติกรรมที่เกิดจากเจตนา ไม่กระทบต่อคนต่างด้าวที่พลั้งเผลอและไม่ทราบว่ามี Black list

หลักเกณฑ์ข้อที่ 5 Herbert เสนอว่า การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าว จะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งด้านคุณภาพและปริมาณ จากการศึกษาพบว่า กระบวนการบังคับไม่เกินขีดความสามารถเพราะการเป็นบุคคลต้องห้าม Black list ปัจจุบันระบบตรวจ รูปแบบของเทคโนโลยีและการยืนยันตัวบุคคลได้ระบบข้อมูลชีวภาพ

หลักเกณฑ์ข้อที่ 6 Herbert เสนอว่า ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่นๆ แล้วนอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น จากการศึกษาพบว่า ปัจจุบันมีวิธีการควบคุม แต่ไม่อาจจะยับยั้งได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนี้

วิธีที่ 1 เพิ่มจำนวนระยะเวลาที่ถูกกำหนดห้ามเข้าเช่น ครั้งแรก ห้าม 10 ปี กลับเข้ามาอีกต้องกำหนดจำนวนเพิ่มขึ้นตามอัตราส่วน

วิธีที่ 2 การฝ่าฝืนการเดินทางเข้ามามีกฎหมายปรับใช้ได้ 2 ฐานความผิดขัดคำสั่งของเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา กับ ตามมาตรา 82 เป็นการหลบเลี่ยง

คำสั่งของเจ้าพนักงาน ผู้วิจัยยังไม่พบว่ามีคำพิพากษาฎีกา หรือการดำเนินคดีในชั้นเจ้าพนักงานในข้อเท็จจริงดังกล่าว แต่หากวิเคราะห์ตามเจตนารมณ์มาตรา 82 การหลบเลี่ยงคือการไม่ปฏิบัติตาม และการไม่ปฏิบัติตามคือการขัดคำสั่งของรัฐมนตรีที่ห้ามเดินทางเข้ามานั่นเอง ดังนั้น มาตรา 82 จึงเป็นบทกฎหมายเฉพาะต้องปรับใช้ตามมาตรา 82 การฝ่าฝืนลักษณะนี้พอเทียบได้กับการละเมิดต่อความเด็ดขาดของอำนาจรัฐ การฝ่าฝืน Black list การจะบังคับใช้ให้ได้ผลผู้ฝ่าฝืนกระทำผิดมีลักษณะอันตรายต่อสังคมทางข้อเท็จจริงและคุณธรรมทางกฎหมายที่ละเมิด ความผิดฝ่าฝืน Black list ความผิดหลุโทษยังไม่เหมาะสมกับสภาพความผิด

4.2.1.2 แนวทางที่เหมาะสม

การกำหนดให้การฝ่าฝืนคำสั่ง Black list ซึ่งกระทบต่อความเด็ดขาดอำนาจรัฐและความบริสุทธิ์ของอำนาจรัฐ ให้เป็นความผิดและกำหนดโทษรุนแรงหนักขึ้น

4.2.2 วิเคราะห์แนวทางกรณีความเป็นอันตราย(Harm)จากการฝ่าฝืนเงื่อนไข

(Condition)

ในการศึกษาวิเคราะห์ปัญหานี้สืบเนื่องมาจากผู้วิจัย พบว่ารัฐมีนโยบาย(Policy) ในการจัดการกับคนต่างด้าวที่เข้ามาและพำนักในราชอาณาจักรโดย “ผิดเงื่อนไข” ซึ่งตามบทบัญญัติมาตรา 35 วรรคหนึ่งและมาตรา 35 วรรคสาม ประกอบข้อกำหนดของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ได้กำหนดให้คนต่างด้าวต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขในการเข้ามาในราชอาณาจักร และผลของการผิดเงื่อนไขถือว่า “การอนุญาตสิ้นสุดทันที”

เนื่องจากคนต่างด้าวอยู่ในราชอาณาจักรฝ่าฝืนเงื่อนไขจำนวนมากและรัฐไม่อาจควบคุมโดยมาตรการอื่นได้อย่างมีประสิทธิภาพ รัฐจึงกำหนดแนวทางของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง (แบบ สตม.2)²⁸ ให้คนต่างด้าวรับทราบเงื่อนไขการอยู่ในราชอาณาจักร ในลักษณะของกฎหมายปิด

²⁸ แบบ สตม.2 คือ แบบรับทราบหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการอยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว มิได้ออกมาตามบทบัญญัติของกฎหมาย แต่เป็นแนวทางข้อกำหนดของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ที่มีได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บท มีลักษณะเหมือนการให้ความยินยอมจะปฏิบัติตามข้อตกลงที่ให้ หากฝ่าฝืนเงื่อนไขให้ถือว่าอนุญาตสิ้นสุดทันที “...การอนุญาตให้คนต่างด้าวอยู่ในราชอาณาจักรจะสิ้นสุดลงทันทีเมื่อ 1.เปลี่ยนแปลงเหตุผลในการขออยู่ต่อในราชอาณาจักรแตกต่างไปจากเดิมที่ร้องขอ 2.เงื่อนไขในการอนุญาตให้อยู่ต่อตามเหตุผลที่ร้องขอเปลี่ยนแปลงไปหรือสิ้นสุด

ปาก และให้ถือเสมือนกับการผิดเงื่อนไขให้ถือว่าการอนุญาตให้คนต่างด้าวอยู่ในราชอาณาจักรสิ้นสุดผลทันที และเป็นการกระทำที่ครบองค์ความผิดในความผิดฐานอยู่เกินกำหนด(Overstay) โดยที่บทบัญญัติของกฎหมาย(พระราชบัญญัติ) มิได้บัญญัติเช่นนั้น กรณีนี้อาจเป็นการขยายความบทบัญญัติที่มีโทษในทางอาญาโดยฝ่ายบริหารซึ่งขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายซึ่งรับรองในรัฐธรรมนูญ²⁹ จึงเป็นที่มาของการวิเคราะห์ในประเด็นนี้

นโยบายเกี่ยวกับการเข้าเมืองในยุคสมัยใหม่ จะกำหนดเงื่อนไขในการเข้าเมืองเป็นมาตรการหนึ่งในการเข้าเมืองและการสิ้นสุดการเข้าเมือง แต่เงื่อนไขมีอย่างไรบ้างขึ้นอยู่กับนโยบายของฝ่ายบริหารในแต่ละสถานการณ์ อย่างไรก็ตามการจะกำหนดว่าการฝ่าฝืนเงื่อนไข ควรต้องกำหนดเป็นความผิดหรือไม่ ผู้วิจัยจะนำหลักการกำหนดความผิดอาญาของนักคิดต่างๆ และนโยบายของรัฐ มาวิเคราะห์ โดยขอยกตัวอย่างศึกษาเฉพาะเงื่อนไขเกี่ยวกับการทำงาน และเงื่อนไขในการศึกษาเท่านั้น ส่วนเงื่อนไขอื่นๆ มีลักษณะเดียวกัน ดังนี้

4.2.2.1 กรณีศึกษา

(1) เงื่อนไขเกี่ยวกับการทำงาน

ตัวอย่าง “นายซีพนักงานในบริษัทนายแดง ตั้งอยู่ในพื้นที่กรุงเทพมหานครได้รับอนุญาตให้พำนัก ให้พำนักในราชอาณาจักร 1 ปี เมื่อวันที่ 1 มิ.ย.2559 จนถึงวันที่ 1 มิ.ย.2560 นายซีได้รับทราบเงื่อนไขการพำนักตามเงื่อนไข แบบรับทราบเงื่อนไขในแบบ สดม. 2 หลังจากได้รับอนุญาตให้พำนักได้เพียง 3 วัน(4 มิ.ย.2559) นายซี หนีออกไปจากบริษัท และไม่เคยไปทำงานอีกเลยเป็นกรณีมิได้เจตนาหลอกลวงบริษัทมาตั้งแต่ต้น อาจเป็นสาเหตุจากสภาพการจ้าง โดยนายซียังคงอยู่ในราชอาณาจักร ตั้งแต่วันที่ 4 มิ.ย.2559 – 31 ธ.ค.2559 ท่องเที่ยวไปที่ต่างๆ ไปรับจ้างทำงานกับนายดำในจังหวัดอื่นตั้งแต่วันที่ 1 ม.ค. 2560 และเดินทางออกนอกราชอาณาจักรในวันที่ 31 พ.ค.2560 ก่อนครบกำหนดอนุญาตจะสิ้นสุด”

ลงด้วยประการใด ...ข้าพเจ้าจะปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขโดยเคร่งครัดจงลงชื่อต่อหน้าเจ้าหน้าที่เป็นหลักฐาน...”

²⁹ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 10. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์พลสยามพริ้นติ้ง, 2544), น.16-17 และ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, “หลักความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญา” , รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทิย์,(2536) น.12-16

เพื่อให้ได้คำตอบที่ชัดเจนว่า “การกระทำของนายซีคนต่างด้าวมีการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนเงื่อนไขในการเข้ามาและพำนักในราชอาณาจักร” เหมาะสมที่จะกำหนดความผิดและโทษหรือไม่ อย่างไร ผู้วิจัยจำเป็นต้องวิเคราะห์ในประเด็นต่างๆ ดังนี้

ประเด็นที่ 1 พฤติกรรมของนายซี(คนต่างด้าว) ไม่ใช่การหลอกลวงเพื่อให้มีการได้รับในการเข้าเมืองหรือพำนักในราชอาณาจักร แต่เป็นการละเลยต่อหน้าที่ที่ถูกกำหนดขึ้นตามเงื่อนไขในการอนุญาตให้เข้าเมืองหรือพำนักในราชอาณาจักรตามมาตรา 34,35 และนโยบายตามแบบ สตม.2 ซึ่งเป็นนโยบายในการควบคุมคนต่างด้าวให้พำนักอาศัยตามเหตุที่ร้องขอพำนักในราชอาณาจักร เพื่อการควบคุมในทะเบียนคนต่างด้าวในการนำข้อมูลไปบริหารจัดการต่างๆ และควบคุมป้องกันการละเมิดต่อหลักเกณฑ์ในการทำงานของคนต่างด้าว ข้อเท็จจริงตามกรณีศึกษานายซีทราบดีว่ามีเงื่อนไขในการทำงานเพราะลงนามรับทราบเงื่อนไขในการได้รับอนุญาตให้พำนักชัดเจน อนุญาตสิ้นสุดลงทันที เมื่อพำนักที่ ตั้งแต่วันที่ 4 มิ.ย.2559(พำนักที่)³⁰หรือเปลี่ยนแปลงนายจ้าง การอยู่ในราชอาณาจักรของนายซีเป็นฝ่าฝืนมาตรา35 วรรคสาม ประกอบนโยบายของ สตม.(ตามแบบเงื่อนไข สตม.2)

ปัญหาว่ากรณีดังกล่าว จะมีอันตราย(Harm) ต่อบุคคลอื่นอย่างไร ในประเด็นนี้ผู้วิจัยพบว่า รัฐจำเป็นต้องควบคุมทั้งกิจกรรม เงื่อนไข เงื่อนไขเวลาในการเข้ามาในราชอาณาจักรของคนต่างด้าว โดย “เงื่อนไข” มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดหากอยู่เกินกำหนด³¹ การทำงานผิดท้องที่นายจ้างมีกฎหมายเฉพาะกำหนดความผิดและโทษ³² แต่การได้สิทธิระยะเวลาพำนักจำนวน 1 ปี แต่ไม่อยู่ตามเงื่อนไขที่กำหนด ไม่แจ้งให้เจ้าพนักงานทราบ เป็นการละเลยต่อหน้าที่ที่ทำข้อตกลงข้อกำหนด รัฐต้องดำเนินการตรวจสอบการปฏิบัติตามเงื่อนไขข้อกำหนด มีปัญหาในระบบการตรวจสอบควบคุม สร้างภาระแก่รัฐ ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่ามีความเป็นอันตรายต่อการควบคุมคนต่างด้าว จึงควรที่จะวิเคราะห์ต่อไปว่าควรกำหนดเป็นความผิดและโทษหรือไม่อย่างไร

ประเด็นที่ 2 พฤติกรรมของคนต่างด้าวข้างต้นตามประเด็นที่แรก ดังกล่าวครบหลักเกณฑ์ ควรกำหนดความผิดทางอาญาหรือไม่ โดยวิเคราะห์โดยนำแนวคิดต่างๆ โดยตามหลักเกณฑ์ 6 ข้อ ของ Herbert³³

³⁰ การไม่ทำงานหรือ ลาออกจากงานเรียกว่า “การพำนักที่”

³¹ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 81

³² พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2551 มาตรา 7,9

³³ ดูหัวข้อ 2.3.1.3

หลักเกณฑ์ข้อที่ 1 Herbert เสนอว่า การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่ชนส่วนมากว่า เป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่ชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำนั้น จากการศึกษาพบว่า การกำหนดนโยบายให้คนต่างด้าวต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขในแบบฟอร์ม สดม 2. เนื่องจาก คนต่างด้าวเมื่อได้รับอนุญาตให้พำนักระยะยาวด้วยเหตุผลใดๆแล้ว ก็จะมีการเปลี่ยนแปลงสภาพการอยู่ในราชอาณาจักรตามอิสระขาดหลักการควบคุม การฝ่าฝืนเงื่อนไขต่างรัฐและสาธารณชนยากที่จะตรวจสอบควบคุม

หลักเกณฑ์ข้อที่ 2 Herbert เสนอว่า ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่างๆ จากการศึกษาพบว่า หากมีการลงโทษนายซีคนต่างด้าวโดยโทษทางอาญาแล้ว จะทำให้คนต่างด้าวทั้งรายนั้นและคนอื่น ไม่กล้าที่จะกระทำเช่นนั้นอีก

หลักเกณฑ์ข้อที่ 3 Herbert เสนอว่า การปราบปรามการกระทำเช่นนั้น กล่าวคือ การถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญา จะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป ผู้วิจัยเห็นว่า หากกำหนดเงื่อนไขเป็นความผิดจะไม่มีผลเป็นการเพิ่มคนต่างด้าวที่ฝ่าฝืนเงื่อนไข หรือการกระทำที่ถูกต้องให้น้อยลงไป

หลักเกณฑ์ข้อที่ 4 Herbert เสนอว่า หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียม ทั้งนี้ ต้องคำนึงถึงประสิทธิภาพในการสืบหาและจับกุมผู้กระทำผิดเป็นสำคัญ จากการศึกษาพบว่า คนต่างด้าวทำงาน 1 คน เข้ามาพำนักในราชอาณาจักรอาจถูกกำหนดเงื่อนไขด้วยอย่างน้อย คนละ 3 เงื่อนไข เช่น นายจ้าง พื้นที่ทำงาน ตำแหน่งงาน หากเข้ามาทำงานจำนวน 1 คน ล้วนคน นั้น คือรัฐ ต้องรับผิดชอบต้องตรวจสอบการอยู่ของคนต่างด้าวจำนวน 3 ล้านเงื่อนไข ต่อคนต่อการอนุญาต 1 ครั้ง ในประเด็นนี้จะมีภาระแก่รัฐจำนวนมากเช่นกัน ประสิทธิภาพถูกจำกัด แต่น่าจะดีกว่ารัฐปล่อยให้มีการละเมิดเงื่อนไขโดยไม่มีการควบคุม

หลักเกณฑ์ข้อที่ 5 Herbert เสนอว่า การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งด้านคุณภาพและปริมาณ จากการศึกษาพบว่า แม้จะมีเงื่อนไขจำนวนมากแต่ในยุคเทคโนโลยีและข้อมูลข่าวสารที่ทันสมัย รัฐสามารถกำหนดเงื่อนไขต่างๆได้ไม่ยาก และ ในหลักเกณฑ์ข้อนี้ควรพิจารณาจากการกำหนดโทษประกอบด้วยเพราะหากมีการกำหนดโทษทางอาญากระทบกระเทือนต่อระบบงานยุติธรรม เว้นแต่มีการกำหนดโทษในลักษณะโทษทางปกครองหรือความผิดที่อาจผันคดีได้ด้วยวิธีการต่างๆ

หลักเกณฑ์ข้อที่ 6 Herbert เสนอว่า ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่นๆ แล้วนอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น จากการศึกษาพบว่า การฝ่าฝืนเงื่อนไขนั้น อาจใช้วิธีการต่างๆ เช่น หากพบว่าละเมิดต่อเงื่อนไขกำหนดให้บุคคลต้องห้ามเข้ามาในราชอาณาจักร(Black list)³⁴ และมีหลายมาตรการที่จะจัดการมิให้คนต่างด้าวรายนั้นได้รับสิทธิประโยชน์จากการฝ่าฝืนเงื่อนไข

ผู้วิจัยเห็นว่า เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ ที่กล่าวมา สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดและโทษตามแนวทางของ Herbert ทั้ง 6 ข้อ นั้น ปรากฏว่าไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามข้อที่ 5,6 ของ Herbert การที่กฎหมายไม่ได้กำหนดเป็นความผิดขณะร่างกฎหมายฉบับนี้จึงเหมาะสมแล้ว

อย่างไรก็ตาม หากนำข้อบกพร่องในการกำหนดความผิด และนำมาแก้ไขในประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดเงื่อนไขให้ชัดเจน เป็นกฎหมายของรัฐ(มิใช่เป็นเพียงนโยบาย) เช่น ออกเป็นกฎกระทรวงกำหนดหน้าที่และเงื่อนไขคนต่างด้าวว่าเงื่อนไขใดหมายถึงอย่างไร สิ้นสุดเมื่อใดให้ชัดเจน มีการเผยแพร่ให้ทราบทั่วกัน สอดคล้องกับแนวทางของเจ้าหน้าที่ตามแนวคิดของ ลอนฟูเลอร์³⁵ ประกอบกับนโยบายของรัฐที่จำเป็นต้องกำหนดความผิดทางปกครองเพื่อความเด็ดขาดในอำนาจรัฐ ซึ่งมีรากฐานในการกำหนดความผิดทางอาญาในกฎหมายไทยมาแต่เดิม ผู้วิจัยเห็นว่าสมควรกำหนดความผิดว่าด้วยการผิดเงื่อนไขให้มีความผิดทางอาญา ในส่วนของสภาพบังคับ (Sanction) ควรมีสภาพดังจะกล่าวต่อไป

ประเด็นที่ 3 ควรจะกำหนดสภาพบังคับอย่างไร จึงจะมีความเหมาะสม

จากการศึกษาพบว่าในการกำหนดความผิดและโทษให้เหมาะสม ควรพิจารณาองค์ประกอบในส่วนเหตุ และองค์ประกอบทางกฎหมายส่วนผล และโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญามาประกอบด้วย ดังนี้

³⁴ คนต่างด้าวที่อยู่เกินในราชอาณาจักรผิดเงื่อนไข ผู้วิจัยเห็นว่าไม่อยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะต้องถูก Black list ตามมาตรา 12(10) และคำสั่ง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยที่ 1/2558 เพราะว่าเงื่อนไขการขึ้น Black list ต้องอยู่เกินกำหนดจำนวนวันเป็นเกณฑ์ กล่าวคือ เฉพาะฝ่าฝืนเงื่อนไขเท่านั้น ซึ่งความเห็นของผู้วิจัยจะขัดกับแนวทางปฏิบัติซึ่งยึดถือว่ารวมทั้งผิดเงื่อนไขด้วย

³⁵ ดูแนวคิดข้อเสนอหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญา ของ ลอน ฟูลเลอร์ หัวข้อที่ 2.3.1.3

องค์ประกอบความผิด ซึ่งในส่วนองค์ประกอบ(ภายนอก) ของความผิด ในส่วนผู้กระทำ ได้แก่ “คนต่างด้าว” การกระทำ ได้แก่ “การฝ่าฝืนเงื่อนไขการเข้ามาและพำนักในราชอาณาจักรตามที่ประกาศตามที่รัฐมนตรีหรือเจ้าพนักงานประกาศกำหนด ” การกำหนดเงื่อนไขต้องมีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ กำหนดกรอบเงื่อนไข ในการออกประกาศกำหนด ส่วนองค์ประกอบ(ภายใน)ความผิดฐานนี้เป็น ความผิดฐานนี้ควรเป็นความผิดเด็ดขาด(Stick liability) ลักษณะความผิดมาตรานี้ เป็นความผิด Mala Prohibita เป็นการคุ้มครองความเด็ดขาดของอำนาจรัฐเนื่องจากฝ่าฝืน ข้อกำหนดเงื่อนไขตามมาตรา 35 วรรคหนึ่ง และ วรรคสาม

ในส่วนของผล(โทษ) ของการกระทำผิด เห็นว่า แนวทางของต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษในความผิดฐานฝ่าฝืนเงื่อนไขการเข้าเมือง³⁶ กำหนดโทษเสมือนหลบหนีเข้าเมือง กรณีฝ่าฝืนเงื่อนไขการเข้าเมือง หรือกฎหมายฮ่องกงบัญญัติการฝ่าฝืนเงื่อนไขในการพำนักรับโทษเหมือนอยู่เกินกำหนด³⁷ ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า ในการกำหนดโทษกรณีฝ่าฝืนเงื่อนไขความกำหนดโทษที่ไม่เกินความผิดหลบหนีเข้าเมืองหรือเกินกำหนดอนุญาตมาเป็นเกณฑ์อย่างสูงสำหรับโทษ และเห็นว่า การกำหนดโทษสถานหนักที่ประกอบด้วยโทษจำคุกอาจไม่เหมาะสมเพราะจะเป็นภาระแก่ระบบงานยุติธรรมเพราะการฝ่าฝืนเงื่อนไขเป็นความผิดโดยเคร่งครัดคาดหมายได้ว่าอาจมีการฝ่าฝืนจำนวนมาก มาตรการเริ่มต้น นอกจากการเพิกถอนและ ส่งกลับแล้วควรมีมาตรการพิเศษในการกำหนด Black list และโทษปรับโดยกำหนดสัดส่วนการปรับให้มีความเหมาะสมกับสภาพการฝ่าฝืน และกำหนดให้มีการผันคดี(Diversion) ผ่าน พ.ร.บ.คนเข้าเมือง มาตรา 84

ดังนั้น โดยทฤษฎีการกำหนดความผิด กรณีที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขและการนำมาตรการโดยกำหนดให้คนต่างด้าว ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไข และมีผลต้องรับโทษทางอาญา ให้มีโทษทางอาญาไม่สอดคล้องกับทฤษฎีต่างๆที่กล่าวมาแล้ว อย่างไรก็ตามจำเป็นต้องกำหนดความผิด แต่ควรมีเงื่อนไขเกี่ยวกับสภาพบังคับข้างต้น เน้นการใช้มาตรการที่มีโทษทางอาญาก่อน

(2) เงื่อนไขเกี่ยวกับการศึกษาและเงื่อนไขอื่นๆ

ในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจะวิเคราะห์ให้เห็นว่าเงื่อนไขอื่นๆ ในการกำหนดกับการเข้าเมืองและการพำนักสามารถกำหนดได้อย่างไรบ้าง

³⁶ หัวข้อที่ 3.1.1.2

³⁷ หัวข้อที่ 3.1.6.2

การเข้าเมืองและการพำนักเพื่อเกี่ยวกับการศึกษา เกี่ยวกับเงื่อนไข สามารถกำหนดให้การได้สิทธิเข้ามาและพำนักขึ้นอยู่กับสถานศึกษา หรือท้องที่ที่ทำการศึกษา ระดับของการศึกษา ประเภทของสถานศึกษา เช่น หากเปลี่ยนสถานศึกษา ระดับการศึกษา เปลี่ยนประเภทของสถานศึกษาจากรัฐเอกชน ถือว่าผิดเงื่อนไข

การเข้าเมืองและการพำนักเพื่อติดตามครอบครัว สามารถกำหนดให้การได้สิทธิเข้ามาและพำนักขึ้นอยู่กับสิ้นสุดของความเป็นครอบครัว เช่น เมื่อมีการหย่า หรือเลิกรับบุตรบุญธรรม หรือเมื่ออายุครบเกณฑ์ใดเกณฑ์หนึ่ง

การเข้าเมืองและการพำนักเพื่อการท่องเที่ยว สามารถกำหนดให้การกำหนดให้การได้สิทธิเข้ามาและพำนักขึ้นอยู่กับสิ้นสุดกับกิจกรรมที่ทำ สถานที่ห้ามไป สถานที่ห้ามเข้า หรือผลของการต้องหาถูกดำเนินคดีอาญา เป็นต้น

“การกำหนดเงื่อนไขใดๆ” ที่จะเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมือง ที่จะกำหนดเป็นความผิดไม่ว่าจะเป็นรูปแบบเงื่อนไขใดๆ อย่างน้อยเงื่อนไขดังกล่าวต้องมีการตราเป็นกฎหมายเป็นเงื่อนไขทั่วไป มิใช่การกำหนดเงื่อนไขเฉพาะราย หากเป็นการกำหนดเงื่อนไขเฉพาะรายรัฐ ควรนำมาตราทางปกครองมาใช้โดยตรงกับคนนั้นๆ การกำหนดให้การฝ่าฝืนเงื่อนไขเป็นความผิดและกำหนดโทษต้องเป็นเงื่อนไขทั่วไป ลักษณะเช่นเดียวกับการบัญญัติว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าวมาตรา 7 มาตรา 9 โดยมีต้องให้คนต่างด้าวรับทราบและลงชื่อต่อหน้าเจ้าพนักงานเป็นโดยผลของกฎหมาย อนึ่งในส่วนการกำหนดความผิดและโทษผู้วิจัยเห็นว่า การฝ่าฝืนเงื่อนไขในการเข้ามาหรือพำนักย่อมมีอันตรายและและควรกำหนดโทษ เช่นเดียวกับที่ได้วิเคราะห์ปัญหาของการฝ่าฝืนเงื่อนไขการทำงานข้างต้น

4.2.2.2 แนวทางที่เหมาะสม

ในส่วนการกำหนดความผิดและโทษผู้วิจัยเห็นว่า การฝ่าฝืนเงื่อนไขในการเข้ามาหรือพำนักย่อมมีอันตรายและและควรกำหนดโทษ เช่นเดียวกับที่ได้วิเคราะห์ปัญหาของการฝ่าฝืนเงื่อนไขการทำงานข้างต้น การกำหนดความผิดควรพิจารณาโทษที่เหมาะสมเป็นไปตามแนวทางเดียวกับการฝ่าฝืนเงื่อนไขการทำงาน

4.2.3 วิเคราะห์แนวทางกรณีความเป็นอันตราย(Harm) จากกรณีหลอกลวงเพื่อเข้าเมืองและพำนัก(ความถูกต้องและบริสุทธิ์ของอำนาจรัฐ)

4.2.3.1 กรณีศึกษา

(1) การหลอกลวงโดยสมรสเทียม(Marriage Fraud)

ตัวอย่างกรณีศึกษา “นายเอ(คนต่างด้าว) จดทะเบียนสมรสแล้วกับนางบี(คนต่างด้าว)คนสัญชาติเดียวกัน ทั้งคู่สมรสในต่างประเทศ และทั้งคู่ประสงค์จะเข้ามาพำนักในราชอาณาจักรไทย แต่ไม่มีวิธีการอื่นใดจะเข้ามามีเหตุผลในการเข้ามาพำนักได้ยกเว้นการมีคู่สมรสสัญชาติไทยเท่านั้น ดังนั้น ทั้งคู่จึงตกลงวางแผนหย่ากันและจะสมรสกับคนสัญชาติไทยเพื่อให้ได้สิทธิเข้ามาในราชอาณาจักร นายเอ(คนต่างด้าว) ว่าจ้างนางสาวแดงนักศึกษา(ทะเบียนสมรสนายเอเป็นเอกสารเทียม) ส่วนนางบีว่าจ้างนายทะเบียนทำการจดทะเบียนสมรสระหว่างนางบีและนายดำโดยทั้งคู่ไม่เคยไปจดทะเบียนต่อหน้านายทะเบียนเพียงแต่ยินยอมให้นายทะเบียนนำชื่อของตนไปจดทะเบียนสมรส(ทะเบียนสมรสนางบีเป็นทะเบียนสมรสเทียม) ทั้งนายเอ(คนต่างด้าว) และนางบี(คนต่างด้าว)นำทะเบียนสมรสใช้เป็นเอกสารคำขอเพื่อขอวีซ่าขอเข้ามาหรือประกอบคำขออนุญาตขยายระยะเวลาพำนักในราชอาณาจักร หลังจากได้สิทธินายเอและนางบีมาอยู่กันด้วยกันเป็นครอบครัวในราชอาณาจักร” จากวิเคราะห์

ประเด็นที่ 1 พฤติกรรมของนายเอ(คนต่างด้าว)และนางบี(คนต่างด้าว) และทะเบียนสมรสของนายเอ(คนต่างด้าว)และนางบี(คนต่างด้าว) ไม่ใช่เอกสารปลอม แต่เป็นเอกสารเทียม การสมรสกับคนสัญชาติไทยเพื่อต้องให้เข้ามาในราชอาณาจักรไทย เพราะหากเป็นการขอเข้ามาโดยไม่มีจุดเกาะเกี่ยวกับประเทศไทย ตามบัญญัติไว้ต้องมีวัตถุประสงค์ในการเข้ามาเพื่อกิจการตามที่กำหนดใน มาตรา 34 มิฉะนั้นจะถูกปฏิเสธการเข้าเมือง(กรณีขอเข้าเมือง) นายเอและนางบีสร้างจุดสร้างจุดเกาะเกี่ยวเพื่อให้เข้าเงื่อนไขตามมาตรา 34(15) ประกอบกฎกระทรวงฉบับที่ 6 โดยบัญญัติเหตุที่จะเข้ามาในราชอาณาจักรได้เพื่อ “...ให้ความอุปการะแก่หรือรับการอุปการะจากบุคคลสัญชาติไทยโดยเป็น...คู่สมรส...”³⁸ ข้อเท็จจริง ตามกรณีศึกษานายเอและนางบีคนต่างด้าวไม่มีเจตนาจะสมรสเพื่ออุปการะจากนางแดงหรือนายดำเลย ทะเบียนสมรสที่เกิดจากความไม่สมัครใจเป็นคู่สมรสกันตามกฎหมายเป็นการสมรสที่ขาดความยินยอมเพื่อเป็นสามีภรรยา กัน หรือไม่ไปแสดงความยินยอมต่อหน้านายทะเบียนเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายแพ่งและฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมือง หากนำไปใช้เพื่อการจะเข้าเมือง(Entry Permit) ฝ่าฝืนมาตรา 34(15) หรือหากจะนำไปใช้เพื่อการพำนัก(Stay Permit) ฝ่าฝืนมาตรา 35 วรรคสาม ประกอบคำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 138/2557 ข้อ

³⁸ กฎกระทรวงฉบับที่ 6(2523) ออกตามความในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522

2.18 “...หลักฐานการสมรส...” ทะเบียนสมรสที่เกิดขึ้นลักษณะนี้เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมือง ซึ่งผู้วิจัยพบว่าอาชญากรรมลักษณะนี้เกิดขึ้นจำนวนมากขึ้นอย่างต่อเนื่อง³⁹

ปัญหาว่ากรณีดังกล่าว จะมีอันตราย(Harm) ต่อบุคคลอื่นอย่างไร ในประเด็นนี้ผู้วิจัยพบว่า การไม่ยับยั้งป้องกัน เมื่อมีการทำและใช้ทะเบียนสมรสเทียมมากขึ้น ระบบทะเบียนเทียมยังสร้างปัญหาในการจัดการทรัพยากรสินระหว่างคู่สมรสหรือมรดกภายหลัง คดีเหล่านี้มีจำนวนมาก โดยเฉพาะตามแหล่งหัวเมืองใหญ่ ประกอบธุรกิจจัดการในลักษณะนอมินี เป็นโอกาสและสนับสนุนเป็นอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ เพิ่มภาระแก่รัฐในขั้นตอนตรวจสอบการรับจดทะเบียนสมรสของคนต่างด้าวกับคนที่มิใช่ชาวไทยหรือขั้นตอนการขออนุญาตเข้ามาและพำนักในราชอาณาจักร เพิ่มภาระแก่รัฐในขั้นตอนการเพิกถอนทะเบียนสมรสหรือเพิกถอนการอนุญาตให้เข้ามาและพำนักในราชอาณาจักร ทำลายความน่าเชื่อถือของระบบทะเบียนสมรส คนต่างด้าวอาศัยความไม่สมบูรณ์ของเอกสารในระบบกฎหมายแพ่ง หลอกลวงให้เจ้าพนักงานหลงเชื่อและได้สิทธิสถานะในการเข้าหรือพำนักในราชอาณาจักร เป็นการทำลายความบริสุทธิ์และน่าเชื่อถือของอำนาจรัฐเกี่ยวกับระบบอนุญาตให้เข้าเมืองและการอนุญาตให้พำนักในราชอาณาจักร การสมรสเป็นสัญญา ณ วันที่มีการจดทะเบียนต่อหน้าเจ้าหน้าที่เป็นข้อตกลงต่อกันระหว่างคู่สมรสว่าจะไปอยู่กินฉันสามีภรรยา เป็นการโกหกฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดีของสังคม⁴⁰ ดังนั้น การสมรสเทียมด้วยเจตนาดังกล่าวจึงเป็นอันตราย(Harm) ต่อบุคคลอื่น(สังคม) ศาลในสหรัฐอเมริกาเคยตัดสินว่าการใช้ทะเบียนสมรสเทียม ขณะใช้หากเจ้าหน้าที่รัฐยังไม่เพิกถอนการสมรสยังถือว่าคงมีสถานะเป็นคู่สมรส⁴¹ จึงมีการบัญญัติกฎหมายแก้ไข ปัญหา การใช้ทะเบียนสมรสซึ่งเป็นจุดเกาะเกี่ยวในการเข้าเมืองเทียม(Fraud)

ประเด็นที่ 2 พฤติกรรมของคนต่างด้าวข้างต้นตามประเด็นแรก ดังกล่าวครบหลักเกณฑ์ ควรกำหนดความผิดทางอาญาหรือไม่ โดยวิเคราะห์ตามหลักเกณฑ์ 6 ข้อ ของ Herbert⁴²

³⁹ สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มิถุนายน 2560, จาก <http://thaipublica.org/2015/07/illegal-immigration-1/>.

⁴⁰ มาตรา 16

⁴¹ สืบค้นเมื่อวันที่ 9 พฤษภาคม 2560, จาก <https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-1948-marriage-fraud-8-usc-1325c-and-18-usc-1546>.

⁴² ดูหัวข้อ 2.3.1.3

หลักเกณฑ์ข้อที่ 1 Herbert เสนอว่า การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่ชนส่วนมากว่า เป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่ชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำนั้น จากการศึกษาพบว่า การสมรสเทียม กรณีไม่ยินยอมเป็นสามีภรรยาอันสัญญาสมรสโมฆะตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายให้มีผลเป็นโมฆะ การกระทำหรือการแสดงเจตนาหรือกิจกรรมนั้นเป็นแสดงให้เห็นว่าขัดต่อกฎหมายบ้านเมือง ขัดต่อศีลธรรมอันดีของสังคม การได้มาซึ่งทะเบียนสมรสเพื่อนำมาหลอกลวงเจ้าหน้าที่ว่ามีการอยู่กินกันจริง กฎหมายแพ่งต้องการส่งเสริมระบบทะเบียนและมีเป้าหมายการรักษาสถาบันครอบครัวและเพื่อสืบเผ่าพันธุ์มนุษย์โดยไม่ขัดต่อศีลธรรม⁴³ ผู้วิจัยจึงเห็นว่า ข้อเท็จจริงลักษณะนี้ในสังคมไทยยากที่จะให้อภัยแก่กัน

หลักเกณฑ์ข้อที่ 2 Herbert เสนอว่า ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่างๆ จากการศึกษาพบว่า หากมีการลงโทษนายเอ นางบีคนต่างด้าวโดยโทษทางอาญาแล้ว จะทำให้คนต่างด้าวทั้งสองรายและคนอื่น ไม่กล้าที่จะกระทำเช่นนั้นอีก ไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษมี 4 ประการในการแก้แค้น ช่มชู้ หรือวัตถุประสงค์การลงโทษข้ออื่นๆ

หลักเกณฑ์ข้อที่ 3 Herbert เสนอว่า การปราบปรามการกระทำเช่นนั้น กล่าวคือ การถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญา จะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป จากการศึกษาพบว่า มีคนต่างด้าวจำนวนที่มีการจดทะเบียนสมรสเทียม(กรณีรับจ้างจดทะเบียนสมรส) เมื่อเจ้าพนักงานตรวจสอบพบว่าทะเบียนสมรสเทียม ขาดเจตนาจะอยู่กินฉันสามีภรรยา ทะเบียนสมรสฉบับนั้นถูกเพิกถอน โดยใช้มาตรการทางปกครอง ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ภายหลังทะเบียนสมรสถูกทำลายก็ใช้วิธีการแบบเดิมแสดงเจตนาจดทะเบียนสมรสใหม่อีก หากไม่มีการปราบปรามการสมรสวิธีนี้เป็นช่องทางในการเข้ามาและพำนักในราชอาณาจักร ดังนั้น การปราบปรามคนต่างด้าวจดทะเบียนสมรสเทียม จะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป

หลักเกณฑ์ข้อที่ 4 Herbert เสนอว่า หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาค เท่าเทียม ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงประสิทธิภาพในการสืบหาและจับกุม

⁴³ คำพิพากษาฎีกาที่ 1067/2545 จดทะเบียนสมรสกับ ช. โดยมีได้มีเจตนาที่จะเป็นสามีภริยากันมาแต่แรกเพื่อให้มีสิทธิรับเงินบำเหน็จตกทอดเท่านั้น การสมรสของจำเลยจึงฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1458 ตกเป็นโมฆะตามมาตรา 1495

ผู้กระทำผิดเป็นสำคัญ จากการศึกษาพบว่า หากคนต่างด้าวมีพฤติกรรมจดทะเบียนสมรสเทียม เพื่อการเข้ามาหรือพำนักใช้ทะเบียนสมรสเป็นเครื่องมือ สามารถการตรวจสอบสืบสวนจับกุมสามารถทำได้ ในหลายคดีปรากฏจากหลักฐานต่างๆ ไม่ทำให้เกิดปัญหาแก่กระบวนการยุติธรรม คดีในศาลไทย ไม่ต่างจากการสืบพยานเรื่องการสมรสตกเป็นโมฆะเพราะจดทะเบียนสมรสเพื่อหวังบำเหน็จบำนาญ

หลักเกณฑ์ข้อที่ 5 Herbert เสนอว่า การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งด้านคุณภาพและปริมาณ จากการศึกษาพบว่า การพิสูจน์สถานะคนต่างด้าวซึ่งมีการจดทะเบียนสมรสเทียมอาจทำได้หลายวิธี เช่น การไม่อยู่กินไม่มีความสัมพันธ์ในฐานะสามีภรรยา หลักฐานการติดต่อการพักอาศัย การจ่ายเงินตอบแทน และการใช้ทะเบียนสมรสเพื่อการเข้ามาและพำนักในราชอาณาจักร ไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งด้านคุณภาพและปริมาณ

หลักเกณฑ์ข้อที่ 6 Herbert เสนอว่า ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่นๆ แล้วนอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น จากการศึกษาพบว่า แม้มีวิธีการสัมภาษณ์ การตรวจสอบหลักฐานภาพถ่าย การเป็นอยู่ลักษณะครอบครัว ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ออกสืบสวนติดตาม เผ่าสังเกต มีปัญหาเนื่องจากการขออยู่ต่อประเภทนี้ยื่นปีนับหมื่นๆ รายต่อปี ต้องใช้งบประมาณ บุคคลกรจำนวนมากในการติดตามตรวจสอบ การจดทะเบียนสมรสเทียมเป็นการแสดงเจตนาสมรสโดยยินยอมที่จะไปจดทะเบียน ยินยอมที่จะแสดงออกว่าเป็นสามีภรรยากันต่อหน้านายทะเบียน การยินยอมเช่นนี้ครอบคลุมประกอบตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย แต่เจตนาในอนาคตที่ไม่อยู่กินด้วยกันเป็นเรื่องที่แสดงข้อความเท็จ แต่เป็นความเท็จในอนาคตซึ่งไม่มีความผิดฐานแจ้งความเท็จเมื่อไม่เป็นความผิดฐานแจ้งความเท็จไม่มีมาตรการทางอาญาจัดการกับผู้ฝ่าฝืน การเพิกถอนการจดทะเบียน การเพิกถอนสิทธิการพำนักเป็นมาตรการที่ภายหลังจากที่คนต่างด้าวนั้นเข้ามาและพำนักในราชอาณาจักรเรียบร้อยแล้ว เพิกถอนการอนุญาตทะเบียนสมรส รัฐต้องพิสูจน์เจตนาของคู่สมรส มาตรการทางปกครองโดยการเพิกถอน มิแต่ไม่อาจจะยับยั้งได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ผู้วิจัยเห็นว่า เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ ที่กล่าวมา สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดและโทษตามแนวทางของ Herbert ทั้ง 6 ข้อ

ประเด็นที่ 3 เมื่อผ่านหลักเกณฑ์ตามประเด็นที่ 1,2 จะกำหนดเป็นความผิดและโทษอย่างไร จึงจะมีความเหมาะสม

จากการศึกษาพบว่าในการกำหนดความผิดและโทษให้เหมาะสม ควรพิจารณาองค์ประกอบในส่วนเหตุ และองค์ประกอบทางกฎหมายส่วนผล และโครงสร้างความรับผิดทางอาญามาประกอบด้วย ดังนี้

องค์ประกอบความผิด ซึ่งในส่วนองค์ประกอบ(ภายนอก) ของความผิด ในส่วนผู้กระทำ ได้แก่ “คนต่างด้าว” การกระทำ ได้แก่ “การจดทะเบียนสมรสเทียม(Fraud)เพื่อนำไปใช้ในการเข้าหรือพำนักในราชอาณาจักร” เพื่อคุ้มครองระบบการตรวจคนเข้าเมืองในขั้นตอนที่สำคัญ คือ การเข้าเมือง ซึ่งอาจเริ่มต้นตั้งแต่การขอวีซ่า และการขออนุญาตเข้าเมือง เมื่อมาถึงในราชอาณาจักรหรือขั้นตอนในการขอเปลี่ยนประเภทการตรวจลงตรา(เปลี่ยนวีซ่า) หรือขอขยายระยะเวลาพำนัก ส่วนองค์ประกอบ(ภายใน)ความผิดฐานนี้เป็น “เจตนาธรรมดา และเจตนาพิเศษ” ลักษณะความผิดมาตรานี้ เป็นความผิดที่เรียกว่าเป็นความผิดในตัวเอง หรือ ความผิด Mala in se การกำหนดให้มีองค์ประกอบภายในมีเจตนาพิเศษ เพื่อให้สามารถคุ้มครองป้องกันตั้งแต่เริ่มต้นของการทำเอกสารดังกล่าว โดยยังไม่ต้องถึงขั้นตอนการนำไปใช้ ความผิดฐานนี้ เป็นการกำหนดความผิดอาญาที่นำคุณธรรมทางกฎหมายคนเข้าเมืองมากำหนดความผิด เป็นการคุ้มครองความบริสุทธิ์ของอำนาจรัฐในการตรวจอนุญาตให้เข้ามาและการพำนักในราชอาณาจักรมาตรา 34(15) ,35 วรรคสาม ลดภาระและขั้นตอนของรัฐในการตรวจสอบทะเบียนสมรสในการเข้าเมือง ซึ่งแต่ละปีการขอเข้าเมืองและพำนักโดยการใช้ทะเบียนสมรสระหว่างคนไทยและคนต่างชาตินับจำนวนมาก มาตรการนี้ยังเพิ่มประสิทธิภาพในการใช้ทะเบียนสมรสเทียม แม้ไม่ใช่ทะเบียนสมรสระหว่างกับคนต่างชาติดกับคนสัญชาติไทยก็ตามก็สามารถที่จะยับยั้งพฤติกรรมลักษณะนี้ได้ เพราะในกฎหมายคนเข้าเมืองยังรับรองจุดเกาะเกี่ยวบัญญัติรองรับกรณีคนต่างด้าวซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิหลักได้รับอนุญาตให้เข้ามาหรือพำนักในราชอาณาจักรคู่สมรสสามารถติดตามใช้สิทธิดังกล่าวได้โดยเป็นคู่สมรสของคนต่างด้าว⁴⁴ ระบบทะเบียนสมรสเทียมสามารถเกิดขึ้นโดยการจดทะเบียนระหว่างคนต่างด้าวด้วยกัน ทั้งที่จดทะเบียนกันในราชอาณาจักรและต่างประเทศ

ในส่วนของผล(โทษ) ของการกระทำผิด เห็นว่า ในความผิดในการหลอกลวงเป็นการปกปิดข้อเท็จจริงให้บุคคลอื่นหลงเชื่อ จึงมีคุณธรรมในกฎหมายคล้ายๆกับการฉ้อโกงเพียง แต่หวังผลในทางสิทธิมิใช่ทรัพย์สิน และเป็นความผิดเสมือนการแจ้งข้อมูลเท็จต่อเจ้าหน้าที่ ในส่วนอัตราโทษจำคุกหรือปรับเห็นว่าในระดับเดียวกับความผิดฐานฉ้อโกงหรือความผิดฐานแจ้งความเท็จหรืออัตราโทษในระดับเดียวกับการหลบหนีเข้าเมืองเนื่องจากกรณีนี้ เป็นการเข้าเมืองไม่ถูกต้องประการหนึ่ง ที่

⁴⁴ โปรดดู กฎกระทรวงฉบับที่ 6(2523)ออกตามความใน พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 ข้อ 11(1)

แม้เข้ามาผ่านการอนุญาต แต่ข้อมูลที่ให้กับรัฐไม่ใช่ข้อมูลที่แท้จริง แนวทางนี้มีบัญญัติในกฎหมายสหรัฐอเมริกา มาตรา 8 u.s.c.1325(C)⁴⁵ ในกฎหมายสิงคโปร์ มาตรา 57 C Cap.133⁴⁶

(2) การหลอกลวงโดยบริษัทเทียม(Company Fraud)

“นายเอ็น(คนต่างด้าว) ทำสัญญาและจัดตั้งบริษัทเอ็นจำกัดประสงค์จะนำเอกสารทางทะเบียนซึ่งเป็นนิติบุคคล ใช้เป็นเอกสารคำขอเพื่อขอวีซ่าขอเข้ามาหรือประกอบคำขออนุญาตขยายระยะเวลาพำนักในราชอาณาจักรเท่านั้น หลังจากได้สิทธินายเอ็น(คนต่างด้าว) ประกอบธุรกิจแบบอำพรางเพื่อให้ได้มาซึ่งหลักฐานอื่นๆ เช่น ภาษี ประกันสังคม ให้มีลักษณะสมจริง ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการค้าขายเพื่อนำกำไรมาแบ่งกันตามกฎหมายหุ้นส่วนบริษัท” จากการวิเคราะห์

ประเด็นที่ 1 พฤติกรรมของคนต่างด้าวที่มีลักษณะการกระทำโดยมีองค์ประกอบความผิดในส่วนเหตุปรากฏว่า “นายเอ็นคนต่างด้าวจดทะเบียนบริษัทเทียม เพื่อให้ได้สิทธิการเข้ามาเมืองและพำนักในราชอาณาจักร” มีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนต่อ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 หรือไม่ อย่างไร และการฝ่าฝืนดังกล่าวมีลักษณะเป็นอันตราย(Harm)ต่อบุคคลใดและสังคมหรือไม่ อย่างไร⁴⁷ ในประเด็นนี้ผู้วิจัยเห็นว่า_ทะเบียนบริษัทไม่ใช่เอกสารปลอม แต่เป็นเอกสารเทียม เพราะนายเอ็นขอเข้ามาโดยไม่มีจุดเกาะเกี่ยวกับประเทศไทยตามบัญญัติไว้ต้องมีวัตถุประสงค์ในการเข้ามาเพื่อกิจการตามที่กำหนดใน มาตรา 34 มิฉะนั้นจะถูกปฏิเสธการเข้าเมือง(กรณีขอเข้าเมือง) หรือเพื่อขอพำนักในราชอาณาจักรตามมาตรา 34(5) โดยบัญญัติเหตุที่จะเข้ามาในราชอาณาจักรได้เพื่อ “...ธุรกิจ...”⁴⁸ ข้อเท็จจริงตามกรณีศึกษานายเอ็นไม่มีเจตนาจะประกอบกิจการตามวัตถุประสงค์ตามกฎหมายแพ่งว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท ฝ่าฝืนกฎหมายแพ่งและฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมือง หากนำไปใช้เพื่อการจะเข้าเมือง(Entry Permit) ฝ่าฝืนมาตรา 34(5) หรือหากจะนำไปใช้เพื่อการพำนัก(Stay Permit) ฝ่าฝืนมาตรา35 วรรคสาม ประกอบคำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 138/2557 ข้อ 2.1 “...หนังสือรับรองการจดทะเบียน...” ทะเบียนบริษัทที่เกิดขึ้นลักษณะนี้เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมือง ซึ่งผู้วิจัยพบว่าอาชญากรรมลักษณะนี้นำไปสู่เหตุการณ์ก่อการร้ายถนนวนราชประสงค์ โดย

⁴⁵ โปรดดูข้อที่3.1.2.2

⁴⁶ โปรดดูข้อที่3.1.3.2

⁴⁷ วิเคราะห์ตามแนวคิดทฤษฎี “Harm Principle” ของ John Stuart Mill และ H.L.A. Hart ดูหัวข้อ 2.3.1.3

⁴⁸ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 34(5)

ปรากฏข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวผู้ต้องสงสัยซึ่งเป็นคนต่างด้าวในคดีดังกล่าวมีการเปิดบริษัทบังหน้าเพื่อขอยุในราชอาณาจักร

ปัญหาว่ากรณีดังกล่าว จะมีอันตราย(Harm) ต่อบุคคลอื่นอย่างไร ในประเด็นนี้ผู้วิจัยพบว่า การตั้งบริษัทเทียม สร้างปัญหาในระบบความน่าเชื่อถือของเอกสารจัดตั้ง คดีเหล่านี้มีจำนวนมากนอกจากนำเอกสารไปรับรองคนต่างด้าวเข้ามาและพำนักแล้ว จะนำเอกสารไปสร้างความน่าเชื่อถือเข้าเป็นคู่สัญญาต่างๆ อาชญากรที่จะเข้ามาก่ออาชญากรรมที่สลับซับซ้อน สร้างความน่าเชื่อถือของบริษัทให้สูง เช่น การกำหนดจำนวนทุนที่สูง เป็นโอกาสและสนับสนุนเป็นอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ เพิ่มภาระแก่รัฐในขั้นตอนตรวจสอบการถือหุ้นหรือขั้นตอนการขออนุญาตเข้ามาและพำนักในราชอาณาจักรโดยเอกสารบริษัทเพิ่มภาระแก่รัฐในขั้นตอนการเพิกถอนทะเบียนบริษัททำลายความน่าเชื่อถือของระบบทะเบียนของบริษัท คนต่างด้าวอาศัยความไม่สมบูรณ์ของเอกสารในระบบกฎหมายแพ่ง หลอกลวงให้เจ้าพนักงานหลงเชื่อและได้สิทธิสถานะในการเข้าหรือพำนักในราชอาณาจักร เป็นการทำลายความบริสุทธิ์และน่าเชื่อถือของอำนาจรัฐเกี่ยวกับระบบอนุญาตให้เข้าเมืองและการอนุญาตให้พำนักในราชอาณาจักร ดังนั้น การตั้งบริษัทเทียมด้วยเจตนาดังกล่าวจึงเป็นอันตราย(Harm) ต่อบุคคลอื่น(สังคม) ความเป็นอันตรายจากการหลอกลวงกรณีนี้มีตัวอย่างที่เป็นคดีสำคัญ แต่ในงานวิจัยนี้ถูกจำกัดด้วยการเข้าถึงข้อมูล คือ คดีของนายอิซานและยูซูฟูซึ่งเป็นผู้ถูกกล่าวหาในคดีก่อร้ายที่ถนนราชประสงค์ ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับนายยูซูฟูในประเทศไทย พบว่า(ข้อมูลที่ไม่อาจเปิดเผยได้)ผู้วิจัยจึงขอเสนอข้อมูลที่ปรากฏตามสื่อออนไลน์⁴⁹ เป็นพนักงานบริษัทแห่งหนึ่งเพื่ออำพรางและใช้ประกอบเหตุผลในการขอยุต่อ ซึ่งภายหลังเกิดเหตุต้องใช้เวลายาวนานในการตรวจสอบข้อมูลติดตามผู้กระทำความผิดและยับยั้งอันตรายที่จะเกิดขึ้นอีกอย่างต่อเนื่อง ตัวอย่างก่อการร้ายคดีนี้มีเหตุการณ์น่าเชื่อว่ามีมาจากกลุ่มเดียวกันเหตุการณ์แรก คือคดีระเบิดหน้าท่าวมหาพรหมและอีกหนึ่งระเบิดท่าเรือสาทร การก่อการร้ายครั้งนั้นเป้าหมายแรกของฝ่ายความมั่นคงคือหยุดการก่อการร้าย แต่ความยากลำบากในการแสวงหาข้อมูลเบื้องต้น เพราะข้อมูลถูกอำพรางมาตั้งแต่ต้นเกี่ยวกับสถานะที่แท้จริงของผู้ถูกกล่าวหาทั้งสอง ภัยเงียบที่เกิดจากการใช้เอกสารเทียมข้างต้น คืออันตรายต่อความมั่นคง ซึ่งเหตุผลสำคัญที่ทำให้ผู้วิจัยเลือกค้นคว้าทำวิทยานิพนธ์ในปัญหานี้ เพื่อหาแนวทางในการสกัดกั้นการเกิดอาชญากรรมอื่นๆ อย่างไรก็ตามการแก้ปัญหาลักษณะนี้ในปัญหาซึ่งสอดคล้องกับมาตรการทางอาญาในกฎหมายคนเข้าเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้บัญญัติกฎหมายกำหนดความผิดอาญามาก่อนแล้วในกฎหมายคนเข้าเมืองสหรัฐอเมริกา(8 U.S.C.

⁴⁹ <https://pali2you.blogspot.com/>

1325(d))⁵⁰ ความเป็นอันตรายนี้นี้รวมไปถึง ข้อเท็จจริงที่เป็นนิติบุคคลประเภทอื่น เช่น มูลนิธิ โรงเรียน มหาวิทยาลัย ในการจัดตั้งเป็นหน่วยงานเทียมเพื่อวัตถุประสงค์แอบแฝง หรือกรณีบริษัทนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าพฤติการณ์ในการหลอกลวงวิธีเดียวกัน รวมถึงกิจการเหล่านั้นมีกิจการจริงๆ แต่ได้นำหลักฐานที่ประกอบกิจการจริงรับรองคนต่างด้าวเป็นเท็จ หรือการประกอบกิจการจริง แต่มีการนำหนังสือรับรองบริษัทไปใช้ในลักษณะการรับรองฐานะของคนต่างด้าวเพื่อสร้างสถานะความสัมพันธ์ที่กฎหมายให้สามารถเข้ามาและพำนักในราชอาณาจักร เช่น รับรองการเป็นพนักงาน⁵¹

ประเด็นที่ 2 พฤติกรรมของคนต่างด้าวข้างต้นตามประเด็นแรก ครบหลักเกณฑ์ควรกำหนดความผิดทางอาญาหรือไม่ โดยวิเคราะห์ตามหลักเกณฑ์ 6 ข้อของ Herbert

หลักเกณฑ์ข้อที่ 1 Herbert เสนอว่า การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่ชนส่วนมากว่า เป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่ชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำนั้น จากการศึกษาพบว่าการใช้ทะเบียนบริษัทเทียมเป็นที่เห็นได้ชัดว่าไม่มีเจตนาจะมีข้อตกลงผูกพันตามกฎหมายตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายแพ่งเกี่ยวกับบริษัทต้องการให้มีการลงทุนในการพัฒนามีการจ้างมีรายรับจ่ายอันเป็นทางธรรมดาในธุรกิจ กิจการที่หลอกลวงจึงไม่มีการซื้อการขายการทำกิจกรรมในการลงทุน การตั้งบริษัทอนินิหรือลงทุนด้วยตนเองแต่ไม่มีเจตนาประกอบกิจการ แม้จะมีการขาดทุนหรือกำไรเป็นทางธรรมดาค่าแต่การนำหนังสือรับการเป็นนิติบุคคลใช้รับรองหรือแสดงฐานะให้ได้เข้ามาและพำนักในราชอาณาจักร เป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมายในกฎหมายคนเข้าเมือง พฤติกรรมที่มีลักษณะแผนการเป็นอาชญากรรมของผู้มีฐานะมีความสามารถในการประกอบอาชญากรรม อาชญากรรูปแบบนี้รัฐมีต้นทุนสูงในการตรวจสอบควบคุม ผู้วิจัยจึงเห็นว่าข้อเท็จจริงลักษณะนี้ในสังคมไทยยากที่จะให้อภัยแก่กัน

หลักเกณฑ์ข้อที่ 2 Herbert เสนอว่า ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่างๆ จากการศึกษาพบว่า การ

⁵⁰ 8 U.S.C. 1325(d) “Immigration-related entrepreneurship fraud” สืบค้นเมื่อวันที่ 9 พฤษภาคม 2560, จาก <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title8/pdf/USCODE-2011-title8-chap12-subchapII-partVIII-sec1325.pdf>.

⁵¹ ปัญหาการออกหนังสือรับรองที่ตรงกับสถานะ เช่น คนต่างด้าวต้องการพำนักในประเทศไทยระยะยาวไม่มีเหตุผลประการอื่นที่จะพำนักในประเทศไทยได้ จึงสมัครเป็นพนักงานแห่งหนึ่งและตกลงทำสัญญาต่างๆลงทั้งหมดตั้งแต่การจ่ายเงินเดือน ภาษี ประกันสังคม แต่ไม่ได้ทำงานอย่างคนทำงานทั่วไป

กำหนดความผิดและโทษแก่คนต่างด้าวกรณีจดทะเบียนนิติบุคคลเทียมไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ หากมีการลงโทษนายเ็นคนต่างด้าวโดยโทษทางอาญาแล้ว จะทำให้คนต่างด้าวรายอื่นๆ ไม่กล้าที่จะกระทำเช่นนั้นอีกไม่ขัดกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษมี 4 ประการในการแก้แค้น ช่มชู้ หรือวัตถุประสงค์การลงโทษข้ออื่นๆ

หลักเกณฑ์ข้อที่ 3 Herbert เสนอว่า การปราบปรามการกระทำเช่นนั้น กล่าวคือ การถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญา จะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป จากการศึกษพบว่า การปราบปรามการจดทะเบียนจดทะเบียนนิติบุคคลเทียม ยังมีผลดีต่อการควบคุมคนต่างด้าวให้พำนักราชอาณาจักรโดยถูกต้อง ไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป หากไม่มีการปราบปรามพฤติกรรมดังกล่าวยิ่งเป็นการทำลายสังคม ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการตั้งบริษัทเทียมเป็นโอกาสในการก่ออาชญากรรมในระดับความรุนแรงสูง ดังนั้น การปราบปรามคนต่างด้าวจดทะเบียนบริษัทเทียม จะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป

หลักเกณฑ์ข้อที่ 4 Herbert เสนอว่า หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะสามารถบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียม ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงประสิทธิภาพในการสืบหาและจับกุมผู้กระทำผิดเป็นสำคัญ จากการศึกษพบว่า การกำหนดให้การจดทะเบียนบริษัทเทียม ไม่แตกต่างไปจากองค์ประกอบในความผิดอาญาอื่น และมีลักษณะไม่ต่างจากความผิดฐานแจ้งความเท็จฉ้อโกง ดังนั้นไม่กระทบต่อการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเทียมกัน

หลักเกณฑ์ข้อที่ 5 Herbert เสนอว่า การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งด้านคุณภาพและปริมาณ จากการศึกษพบว่า การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งด้านคุณภาพและปริมาณ ทั้งนี้ การพิสูจน์เจตนาคนต่างด้าวมีการจดทะเบียนบริษัทเทียมอาจทำได้หลายวิธี เช่น การไม่ประกอบกิจการจริง ไม่มีการติดต่อค้าขายตามวัตถุประสงค์ สภาพกิจการและพฤติกรรมทั้งปวง มิได้เกินขีดความสามารถในการจัดการ

หลักเกณฑ์ข้อที่ 6 Herbert เสนอว่า ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่นๆ แล้วนอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น จากการศึกษพบว่า แม้มีวิธีการสัมภาษณ์ การตรวจสอบหลักฐานภาพถ่าย ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ออกสืบสวนติดตาม เผ่าสังเกต มีปัญหาเนื่องจากการขออยู่ต่อประเภทนี้ยื่นปีนับหมื่นๆ รายต่อปี ต้องใช้งบประมาณ บุคลากรจำนวนมากในการติดตามตรวจสอบ การจดทะเบียนนิติบุคคลเทียมเป็นการแสดงเจตนาสมยอมที่จะไปจดทะเบียน

เพื่อให้ครบองค์ประกอบตามเงื่อนไขของกฎหมาย แต่เจตนาในอนาคตที่ไม่ประกอบกิจการจริง เป็นการแสดงข้อความเท็จในอนาคต ซึ่งไม่มีความผิดฐานแจ้งความเท็จ เมื่อไม่มีความผิดฐานแจ้งความเท็จ ไม่มีมาตรการทางอาญาจัดการ การเพิกถอนการจดทะเบียน การเพิกถอนสิทธิการพำนักเป็น มาตรการที่ภายหลังจากที่คนต่างด้าวนั้นเข้ามาและพำนักในราชอาณาจักรเรียบร้อยแล้ว ไม่มี มาตรการควบคุมแบบวิธีการเพิกถอนการอนุญาตอย่างสมเหตุสมผลอื่นๆ แล้วนอกจากการใช้ กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น กรณีนี้ไม่ผิดฐานปลอมเอกสาร เพราะความผิดฐานปลอมเอกสารต้อง เป็นการทำโดยไม่มีอำนาจ⁵²แต่การจะจดทะเบียนเทียมเป็นการดำเนินการตามขั้นตอนในกฎหมาย เพียงแต่เจตนาภายในที่ไม่บริสุทธิ์ในการขอจดทะเบียนบริษัท⁵³การออกหนังสือรับรองบริษัทหนังสือ รับรองการจดทะเบียนกระทำขึ้นโดยเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจ ไม่มีความผิดฐานแจ้งความเท็จ เพราะ ขณะยื่นคำขอตามกฎหมายในการประกอบธุรกิจในรูปแบบบริษัทเป็นสัญญาชนิดหนึ่งที่ต้อง ดำเนินการตามแบบในขั้นตอน ซึ่งขณะนั้นมีการทำข้อตกลงต่างๆ มีการจัดประชุมตามขั้นตอน แม้ การกระทำดังกล่าวจะไม่ใช่เจตนาที่แท้จริง แต่การนำหลักฐานซึ่งทำขึ้นจริงเช่นหนังสือบริคณห์ที่ จัดทำขึ้นจริงไปจดทะเบียนหรือสัญญาตั้งบริษัทจดทะเบียน ข้อเท็จจริงลักษณะนี้ไม่ปรากฏว่าจะเข้า องค์ประกอบความผิดฐานแจ้งความเท็จและแม้จะเป็นเท็จ แต่ประสิทธิภาพในการดำเนินคดีอาจไม่มี ประสิทธิภาพเพราะหากจำเลยต่อสู้ว่ามีเจตนาประกอบธุรกิจจริง แต่ติดขัดอย่างใดอย่างหนึ่งภายหลัง จากนั้นไม่ดำเนินธุรกิจต่อไป ดังนั้น การจดทะเบียนบริษัทเทียมจึงไม่พบว่ามีเจตนาผิดฐานแจ้ง ความเท็จ ไม่มีความผิดฐานฉ้อโกง เนื่องจากการหลอกลวงมิได้ประสงค์ต่อทรัพย์ เป็นเพียงให้ได้สิทธิ เกี่ยวกับระยะเวลาในการพำนัก โดยหลอกให้เจ้าพนักงานสำคัญผิดในข้อเท็จจริงแล้วออกเอกสาร รับรองการพำนักในราชอาณาจักร

ผู้วิจัยเห็นว่า เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ ที่กล่าวมา สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ใน การกำหนดความผิดและโทษตามแนวทางของ Herbert ทั้ง 6 ข้อ

ประเด็นที่ 3 เมื่อผ่านหลักเกณฑ์ตามประเด็นที่ 1,2 จะกำหนดเป็น ความผิดและโทษอย่างไร จึงจะมีความเหมาะสม

⁵² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 409/2509

⁵³ เอกสารเทียม ความหมาย เอกสารที่จัดทำขึ้นโดยถูกต้องตามหลักเกณฑ์ทั่วไปของการ จัดทำเอกสารนั้น แต่เจตนาทำเอกสารนั้นไม่ประสงค์ให้ผู้พัวพันกันจริง ตามเนื้อหาในเอกสารนั้น เช่น ทะเบียนสมรสที่เกิดจากการว่าจ้างให้มีการจดทะเบียน

จากการศึกษาพบว่าในการกำหนดความผิดและโทษให้เหมาะสม ควรพิจารณาองค์ประกอบในส่วนเหตุ และองค์ประกอบทางกฎหมายส่วนผล และโครงสร้างความรับผิดทางอาญาประกอบด้วย ดังนี้

องค์ประกอบความผิด ซึ่งในส่วนองค์ประกอบ(ภายนอก) ของความผิด ในส่วนผู้กระทำ ได้แก่ “คนต่างด้าว” การกระทำ ได้แก่ “การจดทะเบียนนิติบุคคลบริษัท องค์กร หรือ หน่วยงาน(Fraud)เพื่อนำเอกสารทางทะเบียนไปใช้ในการเข้าหรือพำนักในราชอาณาจักร” เพื่อคุ้มครองระบบการตรวจคนเข้าเมืองในขั้นตอนที่สำคัญ คือ การเข้าเมือง ซึ่งอาจเริ่มต้นตั้งแต่การขอวีซ่า และการขอผ่านการตรวจคนเข้าเมืองเมื่อมาถึงในราชอาณาจักร หรือขั้นตอนในการขอเปลี่ยนประเภทการตรวจลงตรา(เปลี่ยนวีซ่า) หรือขอขยายระยะเวลาพำนัก ส่วนองค์ประกอบ(ภายใน) ความผิดฐานนี้เป็น “เจตนาธรรมดา และเจตนาพิเศษ” ลักษณะความผิดตามมาตรานี้เป็นความผิดที่เรียกว่าเป็นความผิดในตัวเอง หรือ ความผิด Mala in se การกำหนดให้มืองค์ประกอบภายในมีเจตนาพิเศษเพื่อให้สามารถคุ้มครองป้องกันตั้งแต่เริ่มต้นของการทำเอกสารดังกล่าว โดยยังไม่ต้องถึงขั้นตอนการพำนักใช้ ความผิดฐานนี้ เป็นการกำหนดความผิดอาญาที่นำคุณธรรมทางกฎหมายคนเข้าเมืองมากำหนดความผิด เป็นการคุ้มครองความบริสุทธิ์ของอำนาจรัฐในการตรวจอนุญาตให้เข้ามาพำนักในราชอาณาจักรตามมาตรา 34(5) ,35 วรรคสาม ลดภาระและขั้นตอนของรัฐในการตรวจสอบทะเบียนบริษัทในการเข้าเมือง ซึ่งแต่ละปีการขอเข้าเมืองและพำนักโดยใช้ทะเบียนนิติบุคคลจำนวนมาก มาตรการนี้ยังเพิ่มประสิทธิภาพในการใช้ทะเบียนเยี่ยม

ในส่วนของผล(โทษ) ของการกระทำผิด เห็นว่า ในความผิดในการหลอกลวง เป็นการปกปิดข้อเท็จจริงให้บุคคลอื่นหลงเชื่อจึงมีคุณธรรมในกฎหมายคล้ายๆกับการฉ้อโกงเพียง แต่หวังผลในทางสิทธิมิใช่ทรัพย์สิน และเป็นความผิดเสมือนการแจ้งข้อมูลเท็จต่อเจ้าหน้าที่ ในส่วนอัตราโทษจำคุกหรือปรับเห็นว่าในระดับเดียวกับความผิดฐานฉ้อโกงหรือความผิดฐานแจ้งความเท็จหรืออัตราโทษในระดับเดียวกับการหลบหนีเข้าเมืองเนื่องจากกรณีนี้เป็นการเข้าเมืองไม่ถูกต้องประการหนึ่ง ที่แม้เข้ามาผ่านการอนุญาต แต่ข้อมูลที่ให้กับรัฐไม่ใช่ข้อมูลที่แท้จริง แนวทางนี้มีบัญญัติในกฎหมายสหรัฐอเมริกา มาตรา 8 u.s.c.1325(d)⁵⁴

⁵⁴ โปรดดูข้อที่3.1.2.2

(3) การหลอกลวงโดยรูปแบบอื่น

รูปแบบอื่น ได้แก่ รูปแบบอื่นในการหลอกลวง จะมีลักษณะสัมพันธ์กับการหลีกเลี่ยงกฎหมายของฝ่ายบริหารซึ่งกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการแสดงพยานหลักฐานหรือแสดงความสัมพันธ์ตามจุดเกาะเกี่ยวในการอนุญาตให้เข้ามาและพำนักในราชอาณาจักร ตัวอย่างการหลอกลวงโดยสร้างหลักฐานการเงินว่ามีเงินจริง มีความเจ็บป่วยและการรักษาพยาบาลจริง มีหลักฐานการศึกษา หลักฐานการประกอบวิชาชีพ และหลักฐานอื่นๆ ทั้งนี้เพื่อให้เข้าเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ในการเข้ามาและพำนักในราชอาณาจักร ส่วนใหญ่เป็นการแสดงหลักฐานปลอม เท็จ หรือหลอกลวงด้วยวิธีการต่างๆ

รูปแบบการหลอกลวงของอาชญากรจะปรับเปลี่ยนคู่ขนานไปกับมาตรการของรัฐ เช่น คนต่างด้าวจำนวนหนึ่งต้องพำนักในราชอาณาจักรเพื่อเป็นพยานหรือผู้เสียหายในการดำเนินคดี⁵⁵ คนต่างด้าวต้อง “แสดงหลักฐานว่ามีฐานะเป็นผู้เสียหาย” นำหลักฐานการเป็นผู้เสียหายมาขออยู่ต่อในราชอาณาจักร การหลอกลวงโดยการอาจแก้งให้ตนเป็นผู้เสียหายในคดีใดคดีหนึ่งและนำหลักฐานมาขออยู่ต่อในราชอาณาจักร วิธีการหลอกลวงของอาชญากรเพื่อการเข้ามาและพำนักไม่อาจจะกล่าวถึงวิธีการทั้งหมดได้ แต่พอสรุปได้ว่ามีทั้งรูปแบบการหลอกลวงโดยเอกสารหรือโดยการกระทำอื่น ซึ่งการหลอกลวงบางกรณี อาจเป็นความผิดฐานอาญาใดฐานหนึ่ง หรือไม่ครบองค์ประกอบความผิดทางอาญาฐานใดฐานหนึ่ง ดังนั้น การหลอกลวงทำให้รัฐ ทำให้เกิดความเสียหาย แต่บางกรณีไม่ใช่การหลอกลวงรัฐ เช่น การไปสมัครเรียนกับโรงเรียนเอกชน จะเป็นความผิดอาญาต่อเมื่อเอกสารนั้นเป็นเอกสารปลอม และทำเท็จขึ้น หมายถึงไม่ได้เป็นนักเรียนแต่มีการรับรองว่าเป็นนักเรียน แต่ในปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการหลอกลวงคนต่างด้าวจะสร้างจุดเกาะเกี่ยวในฐานะเช่นนั้นจริง ๆ เช่น เป็นนักศึกษาจริง แต่หลังจากลงทะเบียนเรียนได้รับวิชาเข้ามาหรือพำนักกิจกรรมที่ทำคือ การแอบแฝงในการประกอบอาชีพ หลังจากที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาและพำนักแล้ว ปัจจุบันกลายเป็นหน้าที่ของรัฐในการติดตามตรวจสอบ ผู้วิจัยเห็นว่า วิธีการหลอกลวงรูปแบบใดก็ตามย่อมมีอันตราย(Harm) ต่ออำนาจรัฐอันบริสุทธิ์ในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักร ซึ่งมีลักษณะและอันตรายไม่ต่างไปจากการสมรสหรือตั้งบริษัทเทียม และหากจะวิเคราะห์ตามแนวคิดของ Herbert ไม่ต่างไปจากได้วิเคราะห์แล้วในปัญหาเกี่ยวกับการสมรสหรือตั้งบริษัทเทียม ดังนั้น ลักษณะการกำหนดความผิดและจึงเป็นการละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมายในลักษณะเดียวกัน ความผิดการเข้าเมืองโดย

⁵⁵ คำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่ 327/2557 ข้อ 2.26

การหลอกลวง(Illegal Entry by Deception)⁵⁶ต่อเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองผู้กระทำ พบมากในกลุ่มผู้ลี้ภัย⁵⁷

4.2.3.2 แนวทางที่เหมาะสม

การหลอกลวงเพื่อเข้าเมืองหรือพำนักในราชอาณาจักรไม่มีกฎหมายกำหนดเป็นความผิด แต่มีอันตรายหลายหลายประการและไม่ขัดต่อหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดและโทษ ผู้วิจัยเห็นว่า จำเป็นต้องกำหนดความผิดเพิ่มเติม องค์ประกอบส่วนเหตุ มีองค์ประกอบความผิด (ภายนอก) ผู้กระทำได้แก่ คนต่างด้าวผู้ใดจะเข้ามาใน(Entry) ในราชอาณาจักร หรือคนต่างด้าวจะพำนักในราชอาณาจักร องค์ประกอบในส่วนการกระทำ ได้แก่ การหลอกลวงหรืออำพรางข้อมูลด้วยวิธีการใด โดยการทำให้หรือใช้เอกสารปลอมหรือเอกสารเทียม(Fraud) และองค์ประกอบ(ภายใน) ได้แก่ การเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 และเจตนาพิเศษเพื่อให้ได้สิทธิเข้ามา(Entry Permit)ในราชอาณาจักร

ในส่วนองค์ประกอบส่วนผลทางกฎหมาย(Sanction) เห็นว่า หากการกระทำนั้นไปละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมายประการอื่นด้วย การกำหนดโทษต้องไม่ต่ำกว่าอัตราโทษในความผิดเฉพาะ เช่น โทษที่จะกำหนดความผิดฐานใช้หนังสือเดินทางปลอมหลอกลวงในการเข้าเมือง ต้องระวางโทษสูงกว่าการใช้หนังสือเดินทางปลอมทั่วไป เพราะการกำหนดความผิดในส่วนนี้ต้องการกำหนดโทษเพื่อป้องกันการเข้าเมืองและพำนักโดยผิดกฎหมาย หากไม่ครบองค์ประกอบความผิดความผิดเฉพาะบทใดบทหนึ่งโทษในการหลอกลวงการเข้าเมืองและพำนักต้องถือว่าเป็นการเข้าเมืองไม่ถูกต้องเหมาะสม หรือพำนักโดยไม่ได้รับอนุญาต สัดส่วนโทษน่าจะเทียบเคียงในความผิดหลบหนีเข้าเมืองและอยู่เกินกำหนด หรือกรณีมีการกระทำใดที่ต้องด้วยบทกฎหมายเฉพาะ เช่น ใช้เอกสารปลอมด้วยให้กำหนดเหตุเพิ่มโทษหรือรับโทษหนักขึ้นและให้โทษเท่ากับหรือสูงกว่าความผิดในความผิดฐานใช้เอกสารปลอม แล้วแต่กรณี” โดยเทียบเคียงแม่แบบ(Model) ของสหรัฐอเมริกา (8 u.s.c.1325(b)(c))

⁵⁶สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มิ.ย.2560, จาก https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/257389/illegalentry.pdf.

⁵⁷ Obtaining Leave by Deception - section 24A (1) Immigration Act 1971 สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มิถุนายน 2560 จาก http://www.cps.gov.uk/legal/h_to_k/immigration/#obtain.

4.2.4 ปัญหาบทบัญญัติมาตรา 81 ขัดต่อ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2

มาตรา 81 บัญญัติว่า คนต่างด้าวผู้ใดอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือการอนุญาตสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจะวิเคราะห์ใน 2 ประเด็น ประเด็นแรก “อยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต” ขัดกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือไม่ ควรจะต้องยกเลิกหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ประเด็นที่สอง “อยู่ในราชอาณาจักรโดยถูกเพิกถอนการอนุญาต...” ขัดต่อประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 หรือไม่ ควรจะต้องยกเลิกหรือไม่ อย่างไร

4.2.4.1 กรณีศึกษา

(1) ความผิดฐาน “อยู่โดยไม่ได้รับอนุญาต”

ตัวอย่างที่ นายเอ(คนต่างด้าว) เกิดในราชอาณาจักรไทยและไม่ได้สัญชาติไทย⁵⁸ นายเอ(คนต่างด้าว) การเกิดมาของนายเอครบองค์ประกอบความผิดฐานนี้ บทบัญญัตินี้ละเมิดต่อหลักการที่ปรากฏในมาตรา 2 และหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนี้

ประการแรก หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

แม้เป็นคนต่างด้าวที่อยู่ในราชอาณาจักรไทยโดยไม่ได้รับอนุญาต ตามตัวอย่าง ปรากฏตัวของคนต่างด้าวเกิดมาในราชอาณาจักร มีความผิดทันทีที่รัฐกำหนดโทษโดยไม่มีการกระทำใด แม้ช่วยเหลือตัวเองไม่ได้ การเป็นคนต่างด้าวหรือไม่ ถูกกำหนดสมมุติขึ้นเพื่อแบ่งแยกมนุษย์เหล่านี้นั้น การกำเนิดมาแล้วไม่ได้สัญชาติไทย กฎหมายคนเข้าเมืองให้นิยามความหมายว่าคนต่างด้าว คือ บุคคลไม่มีสัญชาติไทย และการพิสูจน์ความเป็นคนไทยเป็นหน้าที่ผู้ที่กล่าวอ้างมิฉะนั้นถูกสันนิษฐานว่าเป็นคนต่างด้าว⁵⁹ เป็นบทบัญญัติในทางเทคนิคที่กำหนดเพื่อประโยชน์ในการเมืองการปกครอง แต่บทบัญญัติที่ว่าคนต่างด้าวผู้ใดอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต ต้องมีโทษ คนต่างด้าวที่ไม่ได้สัญชาติไทยมีลักษณะครบองค์ประกอบความผิดมาตรานี้ สังคมไทยปรากฏว่ามีคนซึ่งมิได้มีสัญชาติไทยจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นคนที่เกิดในราชอาณาจักรไทยโดยเหตุต่างๆ และไม่ได้สัญชาติไทย หรือคนต่างด้าวที่เกิดสถานที่อื่นแต่ยังมิได้มีการรองรับสถานะโดยให้สัญชาติไทยคนเหล่านั้น จะมี

⁵⁸ การไม่ได้สัญชาติไทยอาจมีหลายเหตุผล ไม่ว่าจะเป็นเพราะบิดามารดาหรือเพราะเหตุอื่นๆ

⁵⁹ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 57

ฐานะเป็นคนต่างด้าวตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย คนต่างด้าวที่ปรากฏตัวในประเทศจะอยู่อาศัยในประเทศตามความเป็นจริง บิดามารดามาตลอดในราชอาณาจักร คนอพยพหนีภัยธรรมชาติหรือการเมืองเข้ามาในราชอาณาจักรไทย กลุ่มคนต่างด้าวเหล่านี้ไม่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาหรือพำนักอาศัยตามกฎหมายคนเข้าเมือง แต่เป็นการให้การพำนักหรือผ่อนผันตามหลักมนุษยธรรมบ้าง ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศบ้างหรือนโยบายของรัฐบาลบ้าง กลุ่มคนต่างด้าวทั้งหลายย่อมอยู่ในฐานะอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต ล้วนแต่อยู่โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามกฎหมาย สามารถพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมาย คนต่างด้าวจะอยู่ในราชอาณาจักรได้อยู่ในราชอาณาจักรของคนต่างด้าวในทางปฏิบัติและหลักกฎหมายเป็นที่เข้าใจใน มาตรา 81 บัญญัติว่า “คนต่างด้าวผู้ใดอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต... ต้องระวางโทษ” การเป็นคนต่างด้าวมีนิยามสอดคล้องกับกฎหมายสัญชาติ คือ คนที่ไม่มีสัญชาติไทย การเป็นคนต่างด้าวนอกจากจะมีข้อสันนิษฐานตามกฎหมายสัญชาติ ในทางกฎหมายปกครองไม่ได้สถานะเป็นคนสัญชาติไทยยังถูกสันนิษฐานตามกฎหมายให้เป็นคนต่างด้าวที่เข้าเมืองผิดกฎหมาย และอยู่ในราชอาณาจักรโดยผิดกฎหมาย

ประการที่สอง ขัดต่อหลักมาตรา 2 ในเรื่องความแน่นอนชัดเจน

ผู้วิจัยไม่พบเหตุผลว่าเหตุใด ในกฎหมายฉบับนี้บัญญัติโดยตรงว่าคนต่างด้าวอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตจึงบัญญัติเป็นความผิด แต่เห็นว่าผู้ร่างน่าจะได้มุ่งหมายที่จะบังคับใช้กับคนต่างด้าวที่เข้ามาและได้รับอนุญาต เพราะเดิมที่เดียวระบบการตรวจคนเข้าเมืองต้องให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรก่อน จึงมาขออนุญาตอยู่หรือพำนัก ดังนั้น การอยู่โดยไม่ได้รับอนุญาตจึงเป็นผลของคนต่างด้าวที่ “เข้ามา” และภายหลังจากเข้ามาแล้วไม่ไปขออนุญาตพำนัก เป็นการงดเว้นหน้าที่ในการต้องไปรายงานตัวและขออนุญาต อย่างไรก็ตามเมื่อนำบทกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้ในสถานการณ์ปัจจุบัน เนื่องจากรัฐมีมาตรการต่างในการปฏิเสธการพำนักของคนต่างด้าวและสร้างระบบอนุญาตในการพำนักตามเงื่อนไขใน พ.ร.บ.คนเข้าเมืองมาตรา 17 มาตรา 35 วรรคสาม คนต่างด้าวที่จะได้รับอนุญาตต้องมีเงื่อนไขหลายประการ เช่น ต้องมีหนังสือเดินทาง ต้องมีการเดินทางเข้ามา จึงจะเริ่มต้นการขออนุญาตพำนักในราชอาณาจักรได้ เพราะหากไม่มีสิ่งเช่นนั้น ไม่ครบเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ในการอนุญาต คนต่างด้าวที่รัฐจะไม่อนุญาตแน่นอนคนที่หลบหนีเข้าเมือง คนต่างด้าวเอกสารไม่ครบ คนต่างด้าวที่ไม่ปรากฏหลักฐานในการเดินทางเข้ามา นอกจากนั้นคนต่างด้าวที่มีลักษณะต้องห้ามบางประการพนักงานเจ้าหน้าที่จะไม่อนุญาตให้อยู่ในประเทศไทย แต่ให้จัดการให้พักอยู่ในที่ใดก็ได้⁶⁰ หรือเป็นกรณีคนต่างด้าวมีการขออนุญาตแต่ขาดคุณสมบัติในแง่ของกฎหมายวิธี

⁶⁰ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 19

ปฏิบัติราชการทางปกครอง จึงไม่อนุญาต ซึ่งรัฐสามารถจัดการควบคุมคนต่างด้าวเหล่านี้ได้โดยวิธีการอื่นๆ แต่รัฐกำหนดความผิดโดยรัฐไม่มีเครื่องมือพื้นฐานในการจัดการให้คนต่างด้าวสามารถเข้าถึงบริการที่เกี่ยวกับการอนุญาต เช่น กำหนดให้บิดามารดาเด็กที่เกิดในราชอาณาจักรต้องดำเนินการเกี่ยวกับหน้าที่ของคนต่างด้าวเข้าสู่ระบบทะเบียนคนต่างด้าว ซึ่งเมื่อรัฐไม่กำหนดวิธีการในการอนุญาตแต่บัญญัติกฎหมายกำหนดความผิดว่าอยู่โดยไม่ได้รับอนุญาตเป็นความผิด บทบัญญัติในส่วนนี้ขัดต่อหลักศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ เกิดมาเสรีภาพเท่ากันทุกคน แต่กฎหมายไปจำกัดเสรีภาพตั้งแต่เมื่อเกิดมา

ปัญหานี้จะพบว่าเจ้าหน้าที่รัฐจะเริ่มดำเนินการตรวจสอบกับคนต่างด้าวที่อยู่ในเงื่อนไขความรับผิด เด็กโตๆ เช่น อายุ 20 ปี ผู้วิจัยเคยพบว่าเด็กที่เกิดในราชอาณาจักรแล้วไม่ได้สัญชาติไทย มีเป็นจำนวนมากและใช้ชีวิตอย่างคนไทยและไม่เคยเดินทางออกนอกราชอาณาจักร ซึ่งในระบบกฎหมายคนเข้าเมืองไม่อาจจะอนุญาตให้พำนักในราชอาณาจักรได้เนื่องจากการอนุญาตให้พำนักในราชอาณาจักรต้องมีเงื่อนไขต่างๆเกี่ยวกับการเดินทางออกไปและเข้ามาด้วยการตรวจลงตราชนิดใดชนิดหนึ่ง คนต่างด้าวได้แสวงหาช่องทางตามกฎหมายของรัฐที่จะพำนักให้ถูกต้อง แต่มีข้อจำกัดในเรื่องระบบกฎหมาย คนต่างด้าวในจำนวนนี้เสมือนคนไทยและมีความผูกพันกับแผ่นดินนี้ แต่เพราะเรื่องถูกสมมุติว่าเป็นคนต่างด้าวตามกฎหมายบ้านเมือง และมีกฎหมายกำหนดความผิด จึงอยู่อย่างลำบากในการต้องใช้วิธีการนอกเหนือกฎหมายให้สามารถหลบภัยจากเงื้อมมือในการบังคับใช้บทบัญญัติในส่วนนี้ บทบัญญัติในส่วนนี้จึงควรที่ยกเลิกหรือกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมเพื่อให้กระทบต่อคนต่างด้าวหลายๆกลุ่มที่ได้มีสภาพเป็นอันตรายและไม่ขัดต่อหลักศักดิ์ศรีของมนุษย์

(2) ความผิดฐาน“ถูกเพิกถอนการอนุญาต”

มาตรา 81 บัญญัติว่า “คนต่างด้าวผู้ใดอยู่ในราชอาณาจักรโดย....ถูกเพิกถอนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ความผิดฐานเป็นคนต่างด้าวอยู่(พำนัก)ในราชอาณาจักรโดยถูกเพิกถอน ในที่นี้จะหมายถึงการเพิกถอนการอนุญาต เนื่องจากตัวบทบัญญัติไว้ถ้อยคำไม่ชัดเจนว่าเพิกถอนกรณีใด แต่น่าจะหมายถึงการเพิกถอนการอนุญาต อย่างไรก็ตามการอยู่โดยถูกถอนการอนุญาตมีปัญหาความชอบด้วยกฎหมาย บทบัญญัตินี้ขัดต่อประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 และขัดต่อทฤษฎีการกำหนดความผิดทางอาญาหลายประการ ผู้วิจัยขอยกตัวอย่าง คนต่างด้าวถูกเพิกถอนการอนุญาตได้ด้วยเหตุต่างๆ ดังนี้

ประการแรก ขัดต่อหลักความแน่นอนชัดเจน

กรณีที่ 1 “คนต่างด้าวถูกเพิกถอนการอนุญาต” เพราะเหตุผลการเมืองการปกครองและนโยบายของรัฐ โดยคนต่างด้าวไม่มีการกระทำใดๆเลย การเพิกถอนเป็นองค์ประกอบความผิดฐานนี้ และเป็นความผิดสำเร็จเมื่อมีการเพิกถอนการอนุญาต ไม่ว่าพฤติการณ์ใดตามที่ฝ่ายบริหารเห็นสมควร⁶¹ พฤติการณ์ใดที่ฝ่ายบริหารเห็นว่าไม่สมควร เป็นสิ่งที่ขาดความชัดเจนแน่นอน องค์ประกอบความผิดและเงื่อนไขในการกระทำที่จะครบองค์ประกอบความผิดเป็นอำนาจฝ่ายบริหารที่ไม่ได้ประกาศล่วงหน้า มีผลเป็นการให้การกระทำที่ผ่านแล้วกลายเป็นความผิดย้อนไปในอดีต ซึ่งขัดกับหลักประกันความรับผิดชอบทางอาญา ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร อธิบายว่า

“ความผิดอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน(*nullum crimen sine lege certa*)การที่เรียกร้องให้ต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ให้ชัดเจนแน่นอนเพราะว่า การลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับประชาชนในรัฐ”⁶² ซึ่งเป็นหลักประกันในทางเนื้อหาตามมาตรา 2

กรณีที่ 2 “คนต่างด้าวถูกเพิกถอนการอนุญาต” เป็นความบกพร่องของกระบวนการออกคำสั่งหรือมีเหตุตามกฎหมายในการเพิกถอนการอนุญาตเพราะเป็นกระบวนการทางปกครองซึ่งสามารถยกเลิกเพิกถอนคำสั่งได้⁶³ คนต่างด้าวจึงอาจต้องรับผิดชอบความไม่แน่นอน ขัดกับหลักมาตรา 2 ตามที่กล่าวมาแล้ว

ประการที่ 2 การกำหนดความผิดอาญาไม่อยู่บนหลักความเป็นหลักอันตราย (Harm)

คนต่างด้าวที่ต้องถูกเพิกถอนการอนุญาต มี 2 ประเภท ประเภทแรกคือบุคคลที่มีลักษณะอันตรายเป็นความผิดทางอาญา รัฐใช้มาตรการหลักในการจับกุม ควบคุมตัวตามกฎหมายวิธีความปกติ แต่กรณีคนต่างด้าวที่รัฐเกรงว่าจะก่ออันตรายรัฐใช้อำนาจในการเพิกถอนการอนุญาต อันเป็นมาตรการทางปกครอง และส่งกลับประเทศต้นทาง คนต่างด้าวเมื่อถูกเพิกถอนการอนุญาตจะครบองค์ประกอบภายนอกของความผิด ทันทีที่มีการเพิกถอนและคนต่างด้าวยังคงอยู่ในราชอาณาจักรความผิดในส่วนนี้ ซึ่งประเด็นนี้คนต่างด้าว คือ ส่วนใหญ่ที่มีการเพิกถอนเพราะเหตุ

⁶¹ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 36

⁶² คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2547), น.65-66

⁶³ พ.ร.บ.วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 49- 53

เป็นอันตรายเพียงแค่วางสงสัยในพฤติกรรม ยังคงพำนักอยู่ในราชอาณาจักรอีกระยะหนึ่งเพื่อการเตรียมการเดินทางออกไป และหากจะมีอันตรายรัฐใช้มาตรการกักตัวส่งกลับได้⁶⁴ การกำหนดเป็นความผิดทางอาญากรณีถูกเพิกถอนการอนุญาต ยังไม่มีสภาพเป็นอันตรายต่อบุคคลใด หากคนต่างด้าวยินยอมจะเดินทางออกหลังจากถูกเพิกถอนการอนุญาต ผู้วิจัยเห็นว่า อันตรายจะเกิด(Harm) โดยคนต่างด้าวที่ถูกเพิกถอนการอนุญาต คือ การขัดคำสั่งไม่ปฏิบัติตามคำสั่งโดยไม่มีเหตุอันควร ในบทบัญญัติเรื่องนี้การเพิกถอนและยังคงอยู่ในราชอาณาจักรเป็นความผิดทันที จึงขัดต่อหลักการกำหนดความผิดอาญาเรื่องดังกล่าว

ประการที่ 3 การกำหนดความผิดอาญาต้องเป็นวิธีทางสุดท้าย⁶⁵

การเพิกถอนการอนุญาต คือ การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองการที่เจ้าพนักงานเพิกถอนคำสั่งทางปกครองผู้ถูกเพิกถอนคำสั่งจะรับผลทางกฎหมาย คือ การปฏิบัติตามเงื่อนไขหลังเพิกถอน เช่น ยังคงอยู่ต่อไปหลังจากถูกเพิกถอนหรือขัดขึ้นเมื่อทราบคำสั่งดังกล่าวแล้วไม่ปฏิบัติตามอันเป็นอันตราย(Harm) ประการหนึ่งในการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่รัฐ ซึ่งเมื่อออกคำสั่งแล้วต้องการความเด็ดขาดของอำนาจรัฐ ในต่างประเทศเมื่อคนต่างด้าวถูกเพิกถอนการอนุญาตมีการบัญญัติมาตรการทางอาญา เพื่อเอาผิดกับผู้ฝ่าฝืนเช่นกัน แต่องค์ประกอบความผิดจะเพิ่มเติมหลังจากที่ทราบหรือรู้แล้วยังไม่มีการออกไปโดยไม่มีข้อแก้ตัวอันควร คำว่า “ข้อแก้ตัวอันควร” ซึ่งเป็นองค์ประกอบความผิดที่เพิ่มเข้าไป เพื่อให้เห็นว่าการลงโทษคนต่างด้าวนั้น นอกจากจะทราบว่าจะถูกเพิกถอนแล้วต้องมีลักษณะที่คนต่างด้าวที่ขัดขึ้นต่ออำนาจรัฐ หากคนต่างด้าวไม่มีพฤติกรรมลักษณะดังกล่าว คนต่างด้าวนั้นปราศจากอันตรายต่อสังคม การบัญญัติให้เป็นความผิด ยังขัดต่อทฤษฎีการกำหนดความรับผิดทางอาญา

หากรัฐจำเป็นต้องความเด็ดขาดของอำนาจ รัฐจำเป็นต้องควบคุมคนต่างด้าวที่ถูกเพิกถอนการอนุญาต สามารถแก้ไขเพิ่มเติมให้บทบัญญัติลักษณะนี้ ไม่ขัดต่อกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 โดยเติมเงื่อนไขบางประการเข้าไป เช่น “ภายหลัง” เพราะหากรัฐกำหนดเหตุที่สมควรแล้ว ยังมีการฝ่าฝืนเครื่องมือในการใช้อำนาจรัฐ ในการเพิกถอน ส่งกลับ ยังคงฝ่าฝืนถือว่าคนต่างด้าวนั้นมีพฤติกรรมอันตรายจนเห็นหน้าที่ต้องเดินทางออกไป มีความผิด การจะมีความผิดฐานนี้ให้สมบูรณ์เป็นว่าเดิม มาตรา 81บัญญัติว่า “คนต่างด้าวผู้ใดอยู่ในราชอาณาจักรภายหลังถูกเพิกถอนการอนุญาต ต้องระวางโทษ...”การเพิ่มเติมคำว่า “ภายหลัง” เสมือนหนึ่งเป็น

⁶⁴ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 54

⁶⁵ หลักเกณฑ์การกำหนดความผิดอาญา ข้อที่ 6 ดูหัวข้อ 2.3.1.3

องค์ประกอบที่เป็นการกระทำของคนต่างด้าวคือการงดเว้นหน้าที่หลังจากถูกเพิกถอนการอนุญาต หากไม่มีข้อความดังกล่าวจะเป็นบทบัญญัติที่ขัดกับความรับผิดชอบของบุคคลตามมาตรา 2 ดังที่กล่าวแล้ว

4.2.4.2 แนวทางที่เหมาะสม

(1) แนวทางที่เหมาะสมสำหรับกรณีความผิดอยู่โดยไม่ได้รับอนุญาต สมควรยกเลิกบทบัญญัตินี้ดังกล่าว หากจะบัญญัติเพื่อป้องกันอยู่โดยไม่ได้รับอนุญาตต้องจำกัดเฉพาะกลุ่มหรือข้อยกเว้นให้กับกลุ่มคนต่างด้าวที่มีได้เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร

(2) กรณีความผิดฐาน “ถูกเพิกถอนการอนุญาต” แนวทางที่เหมาะสมแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 81 เป็น “คนต่างด้าวผู้ใดอยู่ในราชอาณาจักรภายหลังถูกเพิกถอนการอนุญาต ต้องระวางโทษ...”

4.3 วิเคราะห์แนวทางการกำหนด “โทษ” ให้เหมาะสม

ในกฎหมายคนเข้าเมืองมีการบัญญัติลักษณะและสัดส่วนโทษที่หลากหลาย แต่ยังคงขาดความเหมาะสม ซึ่งมีปัญหาที่ต้องวิเคราะห์ ได้แก่ สัดส่วนโทษในความผิดหลบหนีเข้าเมือง อยู่เกินกำหนด การจัดลำดับการใช้มาตรการพิเศษ มาตรการทางปกครอง โทษ การนิรโทษกรรมและการลงโทษในความผิดบางลักษณะที่มีเจตนาเดียว (หัวข้อที่ 4.3.1 – 4.3.5)

4.3.1 วิเคราะห์แนวทางกรณีโทษการอยู่เกินกำหนด(Overstay) โทษหนักกว่า หลบหนีเข้าเมือง(Illegal entry)

4.3.1.1 กรณีศึกษา

- (1) โทษจำคุกความผิดฐานหลบหนีเข้าเมือง(Illegal Entry)
และอยู่เกินกำหนด(Overstay)

แม้ว่าความผิดหลบหนีเข้าเมือง⁶⁶(Illegal entry) และความผิดอยู่เกินกำหนด(Overstay) มีอัตราโทษสูงสุดเท่ากับอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี แต่หากพิจารณาจากผลอันตรายและผลร้ายจากความผิดทั้งสองความผิด ในประเด็น ดังนี้

(1.1) พิจารณาสภาพความผิด จะเห็นได้ว่าการเข้าเมืองผิดกฎหมาย การเข้าเมืองผิดกฎหมายมีหลายลักษณะ รัฐไม่มีฐานข้อมูลอาชญากร อาชญากรหลบหนีเข้าเมืองไม่ผ่านการควบคุมโรค อาชญากรกลุ่มนี้มักแฝงตัวมาก่ออาชญากรรมอื่น ๆ ร่วมด้วย การหลบหนีเข้าเมืองเกิดจากเจตนาฝ่าฝืนนโยบายเกี่ยวกับความมั่นคงด้านอำนาจอธิปไตย ระบบการคุมด่านชายแดน(Border Control) แต่คนต่างด้าวที่อยู่เกินกำหนด อาจเป็นการฝ่าฝืนนโยบายเกี่ยวกับการตรวจสอบสถานะการขอข้อมูลเพิ่มเติมและหลักการเกี่ยวกับการเพิ่มและเรียกเก็บค่าธรรมเนียมเพื่อเพิ่มความมั่นคงปลอดภัยในการอยู่ร่วมกัน คนต่างด้าวกลุ่มหลังรัฐมีฐานข้อมูลในการติดตามตรวจสอบโดยมาตรการอื่นๆ ดังนั้น เป็นอันตราย(Harm)ปัญหาระบบเศรษฐกิจ สังคม การก่ออาชญากรรมต่างๆ ที่รัฐจะได้ตัวมาสอบสวนฟ้องร้องลงโทษคนหลบหนีเข้าเมืองจะน้อยกว่าอันตรายที่เกิดจากการหลบหนีเข้าเมืองมากกว่า

(1.2) พิจารณาจากมาตรการเสริม

การลงโทษความผิดหลบหนีเข้าเมือง รัฐมีนโยบายในการผ่อนผันให้บ่อยครั้งโดยเฉพาะการนิรโทษกรรม ส่วนความผิดฐานอยู่เกินกำหนดแม้เล็กน้อยมักถูกมองข้ามจัดการลงโทษอย่างหนักเต็มพิกัดตามกฎหมายกำหนด โดยเฉพาะมาตรการพิเศษตามคำสั่งมหาดไทยที่ 1/2558 ให้ ขึ้น Black list โดยไม่มีข้อยกเว้น ดังนั้นคนต่างด้าวที่มีลักษณะพิเศษจะแจ้งข้อมูลกับเจ้าหน้าที่หลังตรวจว่าอยู่เกินกำหนด โดยไม่แสดงฐานะที่แท้จริงและรับสารภาพในความผิดหลบหนีเข้าเมือง ซึ่งอาจไม่ถูกบันทึกชื่อเป็นบุคคล(เจ้าหน้าที่มีดุลพินิจ) แต่กรณีของการอยู่เกินกำหนดมีกฎหมายบังคับ จึงไม่อาจหลบเลี่ยงมาตรการขึ้น Black list

หากเปรียบเทียบบทลงโทษประกอบมาตรการเสริมในการจัดการกับคนต่างด้าวที่อยู่เกินกำหนดและหลบหนีเข้าเมืองตาม มาตรา 62 ,81 เห็นว่า ความผิดอยู่เกินกำหนดมี

⁶⁶ มาตรา 11 บุคคลซึ่งเดินทางเข้ามาในหรือออกไปนอกราชอาณาจักรจะต้องเดินทางเข้ามาหรือออกไปตามช่องทาง ด่านตรวจคนเข้าเมือง เขตท่า สถานี หรือท้องที่และตามกำหนดเวลา ทั้งนี้ตามที่รัฐมนตรีจะได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

มาตรา 62 ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 11 หรือมาตรา 18 วรรคสอง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี และปรับไม่เกินสองหมื่นบาท

อันตรายน้อยกว่าจะถูกบังคับทั้งมาตรการทางเสรีภาพ มาตรการพิเศษในกฎหมายคนเข้าเมือง และมีหน้าที่เพิ่มเติมอื่นๆ⁶⁷ เช่น ตามมาตรา 37 เป็นการจูงใจให้คนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมือง ดังนั้นคนเข้าเมืองถูกกฎหมายแต่ฝ่าฝืนลักษณะอื่นๆ รัฐต้องมีมาตรการโทษจำคุกให้น้อยกว่าหลบหนีเข้าเมืองหรือยกเลิกโทษจำคุกในความผิดฐานอยู่เกินกำหนด ทางกฎหมายในการลงโทษคนต่างด้าวที่หลบหนีเข้าเมืองให้รุนแรงกว่าคนต่างด้าวที่อยู่เกินกำหนด จากการศึกษาพบว่าในสหรัฐอเมริกาไม่มีโทษจำคุกและปรับเลยสำหรับความผิดฐานอยู่เกินกำหนด และในประเทศอื่นกำหนดความผิดฐานอยู่เกินกำหนดเมื่อการอยู่เกินกำหนดนั้นๆผ่านไปหลายวัน⁶⁸

(2) การใช้ Black list ความผิดฐานหลบหนีเข้าเมืองและอยู่เกินกำหนด

(2.1) ต้องบังคับใช้มาตรการที่เรียกว่า Black list กับความผิดหลบหนีเข้าเมือง

ปัจจุบันในกฎหมายคนเข้าเมือง การใช้ Black list ไม่มีลักษณะเป็นโทษโดยตรง เพียงแต่มีการจัดทำข้อมูลเพื่อให้เจ้าหน้าที่เป็นการตัดสินใจในการปฏิเสธการเข้าเมืองต่างจากกฎหมายของประเทศ โทษห้ามเข้าได้หวั่น(Ban) การกำหนดระยะเวลาแน่ชัดในการฝ่าฝืนมาตรการในการตรวจสอบคนเข้าเมือง⁶⁹ เช่น ไม่แสดงหนังสือเดินทางให้ตรวจสอบห้ามเข้าได้หวั่น 3 ปี การฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมของสังคมห้ามเข้าได้หวั่น 3 - 5 ปี ตามที่รัฐมนตรีสั่งการ⁷⁰ มีลักษณะไม่ได้สัมพันธ์กับการป้องกันเป็นลักษณะตรงกันข้าม กล่าวคือการฝ่าฝืนกฎหมายเล็กน้อย ขาดเจตนาหรือไม่ได้ฝ่าฝืนอาชญากรรมสำคัญฝ่ายบริหารออกคำสั่งให้ขึ้นเป็นบัญชีต้องห้ามทุกกรณี⁷¹ เช่น อาชญากรรมต้องให้ศาลใช้ได้ด้วยเพื่อออกมาใช้แทนโทษ ส่งกลับไป ไม่ใช่ให้ดุลพินิจฝ่ายบริหารทั้งหมด เพราะถ้ามีคดีเกี่ยวข้องกับคดีอาญา ปัญหาปัจจุบันศาลรอลงอาญา ส่งกลับไม่ได้ ฝ่ายบริหารไม่ส่งกลับเนื่องจากมิใช่บทบังคับและรอพันกำหนดการลงโทษของศาลหรือคุมประพฤติ สภาพ

⁶⁷ เช่น ตามมาตรา 37

⁶⁸ กฎหมายคนเข้าเมืองของประเทศสิงคโปร์และจีน(ไต้หวัน) ดูหัวข้อ 3.1.3.2, 3.1.4.2

⁶⁹ Article 18 Chapter 4 Immigration Act (Taiwan Immigration Act)

⁷⁰ มาตรา 12(10)

⁷¹ คำสั่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยที่1/2558 เป็นการขึ้นบัญชีต้องห้ามคนต่างด้าวที่อยู่เกินกำหนดทุกกรณีไม่มีข้อยกเว้น แม้เป็นทูต นักเรียน นักศึกษา นักลงทุน แต่หากคนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมืองหรืออาชญากรรมอื่นๆ ฝ่ายบริหารจะมีดุลพินิจในการจัดทำเป็นบัญชีต้องห้ามอีกครั้ง

กฎหมายลักษณะนี้เป็นช่องทางสมยอมในการมาเป็นคดีความและพยานในราชอาณาจักรโดยเฉพาะคนต่างด้าวที่ต้องการอยู่ในประเทศไทย

การขึ้นบัญชีต้องห้ามน่าจะกำหนดมาตรการให้เป็นการทั่วไปสำหรับคนต่างด้าวที่ต้องคดีอาญาลักษณะที่เป็นอันตราย เช่น ได้รับโทษจำคุกหรือถูกศาลพิพากษาให้มีความชัดเจน ไม่น่าจะให้ฝ่ายบริหารไปใช้ดุลพินิจอีก โดยฝ่ายนิติบัญญัติต้องวางกรอบในการขึ้นบัญชีต้องห้ามให้สัมพันธ์กับอาชญากรรมอื่นๆที่คนต่างด้าวกระทำหรือโทษในคดีอื่นที่คนต่างด้าวได้รับ

(2.2) ไม่บังคับใช้ Black list กับความผิดอยู่เกินกำหนดปราศจาก

อันตราย

คนกลุ่มนี้ได้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาพำนักในราชอาณาจักร แต่ปราศจากความชั่ว แต่ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์การเข้าเมืองเล็กน้อย เช่น การอยู่เกินกำหนด 1 วัน หรือมากกว่านี้แต่ด้วยความจำเป็นหรือติดขัดประการอื่นไม่อาจที่จะดำเนินการขออนุญาตพำนักได้ตามที่กำหนด ในแนวทางปฏิบัติของสำนักตรวจคนเข้าเมืองในความผิดตามมาตรา 81 ฐานอยู่เกินกำหนด ถือว่าเป็นความผิดที่ไม่ต้องอาศัยเจตนาเพราะเห็นได้ชัดว่าหากเกินระยะเวลาเป็นความผิดสำเร็จทันที แม้ความผิดนี้อาจยกเรื่องเจตนาหรือไม่ถึงเป็นความผิด แต่ทางปฏิบัติการอ้างว่าไม่เจตนาไม่ปรากฏว่าเจ้าพนักงานจะรับฟังเป็นข้อแก้ตัวว่าไม่ได้กระทำผิด ส่วนการสู้คดีไปถึงศาลสูงยิ่งลำบากมากสำหรับคนต่างด้าวในความผิดฐานอยู่เกินกำหนด ผลของการใช้มาตรการ Black list ทุกกรณีกับความผิดฐานอยู่เกินกำหนดจึงมีปัญหาความเหมาะสมของมาตรการนี้เพราะในทางปฏิบัติพบว่ามีคนต่างด้าวที่สับสนกับระบบการอนุญาตและการตรวจคนเข้าเมืองของประเทศแต่ถึงขึ้น Black list ตัวอย่างนายเอ(คนต่างด้าว) ได้รับการตรวจลงตราจำนวน 1 ปี สามารถเข้าออกราชอาณาจักรภายใน 1 ปี แต่เมื่อเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรเจ้าพนักงานประทับตราให้พำนักเพียง 30 วัน และพำนักต่อไปจนครบปี ทำงานในหน่วยงานที่มีสถานะน่าเชื่อถือไม่มีความเป็นอันตรายใด แต่เข้าใจผิดเกี่ยวกับออกวีซ่าและการอนุญาตให้พำนัก กฎระเบียบภายในเหล่านี้หากจัดการโดยเคร่งครัดกับคนที่อยู่เกินกำหนดเป็นกฎหมายที่รุนแรง เกินสัดส่วนกับอันตรายที่จะเกิดขึ้นย่อมสร้างความไม่เป็นธรรมในคดีนี้คนต่างด้าวถูกห้ามเข้าประเทศจำนวน 10 ปี แท้จริงแล้วคนต่างด้าวรายนี้คือนักลงทุนคนสำคัญของประเทศ ปัญหานี้ฝ่ายบริหารอาจนำไปพิจารณาแก้ไขมาตรการดังกล่าวได้ โดยไม่ต้องแก้ไขกฎหมาย อย่างไรก็ตามหลักประกันที่ดีที่สุด คือการบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนเกี่ยวกับการใช้มาตรการ Black list

4.3.1.2 แนวทางที่เหมาะสม

(1) การใช้ Black list ความผิดฐานหลบหนีเข้าเมืองทุกกรณี และการใช้ Black list ความผิดฐานอยู่เกินกำหนด ศาลสามารถกำหนดเงื่อนไขลงในคำพิพากษาห้ามกลับเข้ามาในประเทศอีก ทั้งนี้เพื่อมาตรการที่ศาลจะกำหนดโทษจำคุกและยกเลิกโทษจำคุกในความผิดฐานอยู่เกินกำหนดที่เป็นความจำเป็น กรณีคนต่างด้าวกระทำผิด

(2) กรณีการควบคุมคนเข้าเมืองโดยใช้บัญชีต้องห้าม(Black list) ต้องเป็นมาตรการบังคับสำหรับคนต่างด้าวที่มีการกระทำผิดอาญาที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมคนเข้าเมืองในลักษณะบังคับโดยเฉพาะความผิดหลบหนีเข้าเมือง ส่วนความผิดอาญฐานอื่นหรือฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองที่เกิดจากความประมาทหรือขาดเจตนาร้ายควรนำมาตรการ การขึ้นบัญชีต้องห้ามที่กำหนดให้มีการใช้ดุลพินิจได้ เช่น การอยู่เกินกำหนด เป็นต้น

4.3.2 วิเคราะห์แนวคำพิพากษากฎในการลงโทษความผิดหลบหนีเข้าเมือง

4.3.2.1 วิเคราะห์กรณีการลงโทษหลายกรรมกรณีหลบหนีเข้าเมืองและ

พำนักรโดยไม่ได้รับอนุญาตซึ่งเป็นเจตนาเดียว

การหลบหนีเข้าเมืองมีเจตนาเดียวกับการฝ่าฝืนการขออนุญาตพำนักรในราชอาณาจักร ในกฎหมายคนเข้าเมืองไทยได้บัญญัติความหมายของการหลบหนีเข้าเมือง แต่คำนี้เป็นที่ยุติในหมู่นักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง คือ การกล่าวถึงคนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาโดยไม่ได้รับอนุญาต คือ การฝ่าฝืนมาตรา 11 นั้นเอง อย่างไรก็ตามเมื่อเริ่มเหยียบแผ่นดินไทย⁷²แล้วแม้จะไม่นานนับเป็นชั่วโมงหรือวันก็ถือการพำนักรตนเอง ในกฎหมายมิได้นิยามการพำนักรไว้ แต่โดยสภาพการหลบหนีเข้าเมืองมักจะนับเป็นวัน เป็นเดือนเป็นอย่างน้อยเพราะการเดินทางเข้ามาโดยวิธีหลบหนีเข้ามาเป็นการยากลำบากในการผ่านช่องทางธรรมชาติ เป็นการฝ่าฝืนการเข้าเมืองมีอัตราโทษตามมาตรา 11 ประกอบมาตรา 62 ในขณะที่เข้าเมืองฝ่าฝืนมาตรา 11 เข้ามาโดยมีความผิดการอยู่หลังจากเข้ามาแล้ว จึงเป็นการพำนักรฝ่าฝืนมาตรา 81 การพำนักรโดยไม่ได้รับอนุญาต ในประเด็นนี้ศาลฎีกามีคำพิพากษาทำนองว่ารับรองการกระทำผิดฐานหลบหนีเข้าเมืองและพำนักรโดยไม่ได้รับอนุญาตเป็นความผิด 2 กรรม

⁷² มาตรา 11,61

ข้อเท็จจริงในคดีนี้⁷³ โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยทั้งสามตาม พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 4, 5, 7, 11, 12(1), 13, 17, 18, 62, 72, 81 จำเลยที่ 2 และที่ 3 ให้การรับสารภาพฐานเป็นคนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตและฐานเป็นคนต่างด้าวอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต ศาลชั้นต้นพิพากษาว่า จำเลยที่ 2 และที่ 3 มีความผิดตาม พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 11 ประกอบมาตรา 62, 81 จำคุกจำเลยที่ 2 และที่ 3 ฐานเป็นคนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตมีกำหนดคนละ 6 เดือน และฐานเป็นคนต่างด้าวอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตมีกำหนดคนละ 6 เดือน จำเลยที่ 2 และที่ 3 ให้การรับสารภาพในชั้นสอบสวน เป็นประโยชน์แก่การพิจารณาอยู่บ้าง มีเหตุบรรเทาโทษ ลดโทษตาม ป.อ. มาตรา 78 คนละหนึ่งในสาม คง จำคุกจำเลยที่ 2 และที่ 3 ฐานเป็นคนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตมีกำหนด คนละ 3 เดือน ฐานเป็นคนต่างด้าวอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตมีกำหนดคนละ 3 เดือน จำเลยที่ 2 และที่ 3 ฎีกา ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “สำหรับความผิดของจำเลยทั้งสามตาม พ.ร.บ.คนเข้าเมืองฯ ยุติไปตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น ซึ่งในคดีศาลฎีกามีได้ยกข้อกฎหมายใดแก้ไขในประเด็นความผิดกรรมเดียวหรือหลายกรรมในความผิดหลบหนีเข้าเมืองและอยู่ไม่ได้รับอนุญาต

คำพิพากษาของศาลฎีกานั้น ผู้วิจัยเห็นว่า หากพิจารณาเกี่ยวกับความผิดกรรมเดียวหรือหลายกรรมต้องพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายที่กฎหมายบัญญัติไว้ ปัญหาลักษณะนี้ทำให้จำเลยต้องถูกลงโทษ 2 กระทั่งในเจตนาที่จะเข้ามาพำนักในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต อย่างไรก็ตามมีกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการทำปลอมและใช้เอกสารปลอมโดยผู้ปลอมเป็นผู้ใช้เองให้ลงโทษแต่เพียงกระทางเดียว⁷⁴

เหตุสำคัญประการหนึ่งที่ต้องแก้ไขให้ความผิดฐานนี้ควรที่ต้องลงโทษเพียงกระทางเดียวเนื่องจากองค์ประกอบความผิดฐานหลบหนีเข้าเมือง “...เข้ามา...โดยไม่ได้รับอนุญาต...”⁷⁵เป็นความผิดสำเร็จในความผิดฐานหลบหนีเข้าเมืองในขณะที่เข้ามานั้นเป็นการ“...อยู่...โดยไม่ได้

⁷³คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1778/2553 ผู้วิจัยสรุปเฉพาะความผิดเกี่ยวกับคนเข้าเมือง

⁷⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 268 วรรคสอง

⁷⁵ มาตรา 11 บุคคลซึ่งเดินทางเข้ามาในหรือออกไปนอกราชอาณาจักรจะต้องเดินทางเข้ามาหรือออกไปตามช่องทาง ด่านตรวจคนเข้าเมือง เขตท่า สถานี หรือท้องที่และตามกำหนดเวลา

รับอนุญาต...”⁷⁶ การเข้ามามีเจตนาเพื่ออยู่นั่นเอง ทำนองเดียวกับการปลอมเอกสารเพื่อใช้มาตรา 268 วรรคสอง

4.3.2.2 แนวทางที่เหมาะสม

แก้ไขเพิ่มเติมในส่วนที่เป็นการรับโทษของคนต่างด้าวโดยกำหนดโทษคนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมืองและอยู่เกินกำหนดให้ลงโทษเพียงหลบหนีเข้าเมือง

4.3.3 วิเคราะห์แนวทางการใช้มาตรการพิเศษ

มาตรการทางปกครองและโทษ

4.3.3.1 วิเคราะห์ความจำเป็นในการใช้มาตรการพิเศษ มาตรการทางปกครอง

และโทษ

(1) จำเป็นต้องใช้มาตรการที่หลากหลายโดยเฉพาะมาตรการพิเศษ มาตรการทางปกครอง

หลักสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการลงโทษต้องไม่เกินสัดส่วนแห่งการกระทำ ต้องไม่ละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ คนต่างด้าวที่ฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองมีหลายเหตุผลทั้งที่อาจเป็นภัยต่อความมั่นคงและการหนีอาชญากรรมที่หลบภัยจากดินแดนที่โหดร้าย การฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองของคนต่างด้าวเข้ามาในประเทศไทย เช่น พวกยวนอพยพ จินอพยพซึ่งมีฐานะเป็นบรรพบุรุษของคนไทยรุ่นปัจจุบันทั้งร่วมกันพัฒนาสร้างบ้านสร้างเมืองอยู่ร่วมกันมา อย่างไรก็ตามทุกสังคมย่อมมีกฎหมาย⁷⁷การไม่ลงโทษเลยจึงยากแก่การควบคุม แต่การปกครองที่มีเหตุการณ์ควบคุมต้องมีกฎหมายที่จัดการกับผู้ฝ่าฝืนได้อย่างเหมาะสม วิธีการจัดการที่หลากหลายในการควบคุมคนต่างด้าวจึงจำเป็นและมีวิธีการที่หลากหลาย ในกฎหมายฉบับปัจจุบันมีมาตรการที่สำคัญ 3 ประการ

⁷⁶ มาตรา 81 คนต่างด้าวผู้ใดอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือการอนุญาตสิ้นสุด หรือถูกเพิกถอน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁷⁷ สุภาษิตภาษาลาตินกล่าวว่า “Ubi Societas Ibi Jus”

มาตรการพิเศษ คือ มาตรการที่นอกเหนือจากมาตรการทางปกครอง และมาตรการทางอาญา มาตรการแรกเป็นในการจัดการควบคุมคนเข้าเมือง มาตรการนี้ เช่น การปฏิเสธการเข้าเมือง⁷⁸ การให้ตรวจลงตรา⁷⁹ การจัดทำบัญชีต้องห้าม⁸⁰ ส่งกลับ⁸¹ มาตรการนี้ผู้วิจัยเรียกว่ามาตรการพิเศษเพราะมีคุณลักษณะสำคัญที่แตกต่างจากมาตรการทางอาญาหรือทางปกครอง โดยทั่วไป คือ ประการแรก มาตรการนี้จะได้รับความคุ้มครองจากอำนาจตุลาการ ว่ามีลักษณะบางประการที่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยผ่านฝ่ายบริหารและดุลพินิจ ของฝ่ายบริหารไม่อยู่ในการถูกควบคุมอำนาจตุลาการ⁸²อย่างไรก็ตามมีบางมาตรการที่กฎหมายให้มีการตรวจสอบทบทวนการใช้ อำนาจของฝ่ายบริหารโดยอำนาจฝ่ายตุลาการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจได้ เช่น การปฏิเสธการเข้า เมืองตามมาตรา 22,35 ประการที่สอง มาตรการนี้จะใช้บังคับกับคนต่างด้าวได้เท่านั้น มาตรการนี้ เป็นการยอมรับเป็นหลักสากลในการปกป้องรัฐให้มีความมั่นคงปลอดภัยโดยอำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นอำนาจอิสระ(Sovereignty)

มาตรการทางปกครอง ในกฎหมายฉบับนี้มีหลายมาตรการที่ได้ยึด หลักการในการบังคับควบคุมคนต่างด้าวโดยอาศัยมาตรการทางปกครอง เช่น การกำหนดให้มีการ รายงานตัวของคนต่างด้าว แจ้งข้อมูลการรับคนต่างด้าวเข้าพัก⁸³ การอนุญาตหากมีการละเลยละเมิด ต่อหลักการดังกล่าวเจ้าพนักงานตรวจคนเข้าเมืองในฐานะเจ้าหน้าที่ในกฎหมายหมายปกครองไม่ อนุญาตให้พำนักต่อไป เพิกถอนการพำนักได้⁸⁴

โทษ คือ การจัดการคนต่างด้าวที่มีพฤติกรรมที่ต้องจัดการโดยวิธีการ มาตรการพิเศษ และมาตรการทางปกครองแล้วยังไม่ได้ผลหรือไม่อาจจะยับยั้งป้องกันได้จึงนำ มาตรการที่เป็นโทษมาบังคับใช้ในการควบคุมคนเข้าเมือง

มาตรการทั้งสามประการจำเป็นต้องมีหลากหลายในการจัดการควบคุมคน เข้าเมือง แต่ในกฎหมายคนเข้าเมืองฉบับนี้ยังไม่เหมาะสมหลายประการ ซึ่งเป็นปัญหานำมาสู่การ

⁷⁸ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง มาตรา 12 วรรคแรก

⁷⁹ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง มาตรา 12 วรรคสอง

⁸⁰ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง มาตรา 12(10)

⁸¹ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง มาตรา 36

⁸² ตัวอย่างการใช้อำนาจบริหารในการปฏิเสธการออกวีซ่าให้แก่คนต่างด้าว

⁸³ มาตรา 37,38

⁸⁴ มาตรา 36

วิจัยครั้งนี้ ปัญหาบางประการอาจจัดการโดยวิธีละมุนละม่อมและมีประสิทธิภาพ แต่กลับนำมาตรการอื่นมาใช้บังคับ เช่น การละเลยอยู่เกินกำหนดระยะสั้นๆ มีอัตราโทษจำคุก 2 ปี ซึ่งในหลายประเทศไม่นำมาตรการทางอาญามาใช้กับพฤติกรรมลักษณะนี้ ปัญหาในการใช้มาตรการกับคนต่างด้าวจำเป็นต้องให้ได้สัดส่วนกับความผิดหรือคุณธรรมทางกฎหมายที่คนต่างด้าวละเมิด ดังนั้น การจัดลำดับการลงโทษจึงมีความสำคัญในการควบคุมคนต่างด้าวในการบัญญัติกฎหมายจึงต้องหลีกเลี่ยงให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจ ฝ่ายนิติบัญญัติต้องบัญญัติกฎหมายที่เหมาะสมในกฎหมาย หากให้มีการใช้ดุลพินิจอาจเลือกมาตรการที่ขาดความเหมาะสมได้ อย่างไรก็ตามพฤติกรรมอย่างไร ควรใช้มาตรการใด หากมีหลากหลายมาตรการที่เหมาะสมเหมือนกันแต่อาจเลือกปฏิบัติกับบุคคลที่แตกต่างกันตามหลักการทฤษฎีทาง รัฐจำเป็นต้องจัดลำดับมาตรการที่เหมาะสมให้ฝ่ายบริหารจัดการเลือกใช้ (ดูในหัวข้อถัดไป)

4.3.3.2 วิเคราะห์แนวทางในการจัด “ลำดับ”

ปัญหาการกำหนดมาตรการทางเลือกในการจัดการคนต่างด้าวที่ขาดการจัดลำดับของมาตรการ⁸⁵ กล่าวโดย คือ มาตรการในปัจจุบันมีการเลือกใช้ไม่เหมาะสม ดังนี้

(1) มาตรการกับคนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมืองอย่างน้อย 3 มาตรการ ไม่เป็นไปตามลำดับ ดังนี้

(1.1) ใช้มาตรการส่งกลับ(มาตรการพิเศษ)⁸⁶เป็นมาตรการหลัก โดยไม่ต้องใช้มาตรการอาญา แม้มีอัตราโทษจำคุก(โทษอาญา) และไม่ขึ้นบัญชีต้องห้าม(ดุลพินิจ)

(1.2) ใช้มาตรการดำเนินคดีอาญา(มีอัตราโทษจำคุก)เป็นมาตรการหลัก จากนั้นส่งกลับ ไม่ขึ้นบัญชีบุคคลต้องห้าม

(1.3) ใช้ทั้งสองมาตรการ โดยใช้มาตรการดำเนินคดีอาญา(มีอัตราโทษจำคุก) และส่งกลับ ขึ้นบัญชีบุคคลต้องห้าม

ในการศึกษากฎหมายของต่างประเทศพบว่ามาตรการทางอาญานำมาใช้กับพฤติกรรมคนต่างด้าวที่ฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองโดยเฉพาะกำหนดมาตราที่เป็น

⁸⁵ เป้าหมายสำคัญในการให้มาตรการทางเลือกที่หลากหลายแก่ฝ่ายบริหารเพื่อความเหมาะสมในการจัดการกับแต่ละสถานการณ์ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่ามีคามจำเป็น แต่การขาดหลักการในการจัดลำดับในการใช้มาตรการจะนำมาซึ่งปัญหาในการควบคุมคนเข้าเมือง

⁸⁶ มาตรา 54 บัญญัติว่า “คนต่างด้าวผู้ใดเข้ามาโดยไม่ได้รับอนุญาต... พนักงานเจ้าหน้าที่จะส่งตัวคนต่างด้าวผู้นั้นกลับออกไปนอกราชอาณาจักรก็ได้”

ห้ามเข้าประเทศในความผิดหลบหนีเข้าเมืองต้องบังคับใช้มาตรการพิเศษ ลักษณะการหลบหนีเข้าเมืองและใช้มาตรการอื่นที่เป็นมาตรการพิเศษด้วยเสมอในกฎหมายคนเข้าเมืองของไต้หวัน⁸⁷ โดยกำหนดการขึ้นบัญชีต้องไม่ได้ให้ดุลพินิจที่จะใช้มาตรการพิเศษห้ามคนต่างด้วยในคดีที่มีการหลบหนีเข้าเมือง แต่ในกฎหมายไทยความผิดหลบหนีเข้าเมืองมิได้เป็นความผิดที่ถูกบังคับให้ต้องใช้มาตรการพิเศษ(Black list) และโดยผลการกำหนดให้ส่งกลับคนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยไม่ได้รับอนุญาตเป็นการนิรโทษกรรมในความผิดฐานหลบหนีเข้าเมืองไปนั่นเอง

(2) มาตรการกับคนต่างด้าวอยู่เกินกำหนด(Overstay) อย่างน้อย 4 มาตรการไม่เป็นไปตามลำดับ ดังนี้

(2.1) มาตรการทางอาญา(จำคุก)⁸⁸และมาตรการพิเศษ เช่น Black list (มาตรการนี้มาตรการบังคับกับคนต่างด้าวอยู่เกินกำหนด แต่ในส่วนความผิดหลบหนีเข้าเมืองไม่ได้เป็นมาตรการบังคับดังได้กล่าวไว้หัวข้อข้างต้น

(2.2) มาตรการทางอาญา(ปรับ)⁸⁹และมาตรการพิเศษ เช่น Black list (มาตรการนี้มาตรการบังคับสำหรับคนต่างด้าวที่อยู่เกินกำหนด 90 วัน⁹⁰

(2.3) ส่งกลับ(มาตรการพิเศษ) ยกเว้นโทษตามมาตรา 54 ไม่ต้องดำเนินคดีอาญา

(2.4) มาตรการทางอาญา ส่งกลับ และ Black list

มีข้อน่าพิจารณาว่า การบังคับใช้โทษต้นทุนสูง แต่ประสิทธิภาพน้อย ความผิดในกฎหมายคนเข้าเมือง โทษกับมาตรการพิเศษในการควบคุมคนเข้าเมือง มีวัตถุประสงค์เดียวกัน ต้องการให้คนต่างด้าวที่มีลักษณะไม่พึงปรารถนาออกไป ตัดสิทธิ ตัดโอกาสในการเข้ามาอีก เป็นการห้ามตัวบุคคลผู้ฝ่าฝืนเป็นการข่มขู่ด้วยในตัว ในกฎหมายคนเข้าเมืองควรต้องนำมาตรการพิเศษในการควบคุมต่างด้าวมาใช้เป็นลำดับต้น ก่อนการบังคับใช้โทษ ยกเว้นการฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองที่เป็นความผิดในตัวเอง(Mala in se) ควรจะบังคับใช้โทษเป็นลำดับต้น คนต่างด้าวฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองมีหลายพฤติกรรมที่ พ.ร.บ.คนเข้าเมืองบัญญัติเป็นความผิด⁹¹ เช่น หลบหนีเข้า

⁸⁷ ดูหัวข้อ 3.1.4.2

⁸⁸ มาตรา 81

⁸⁹ มาตรา 81

⁹⁰ คำสั่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ที่ 1/2558

⁹¹ เช่น พ.ร.บ.คนเข้าเมืองฯ มาตรา 11,12,81

เมือง(เข้ามาโดยไม่ได้รับอนุญาต) อยู่เกินกำหนด(อยู่โดยการอนุญาตสิ้นสุด) ให้อำนาจฝ่ายบริหาร ส่งกลับ⁹²(ไม่ต้องดำเนินคดีอาญาก็ได้)ปัญหาไม่มีลำดับการบังคับใช้โทษ หรือมาตรการพิเศษก่อนหลัง ในกฎหมาย

ในการสัมมนาและอบรมข้าราชการตำรวจในสังกัดสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง เอกสารคู่มือการปฏิบัติงานได้อธิบายภาพรวมของ พ.ร.บ.คนเข้าเมืองฯ ว่ามีหลักการสามประการ คือ “ไม่ให้มา ไม่อยู่ และส่งกลับ” หมายความว่าหากปฏิเสธได้ไม่ให้มาโดยสกัดกั้นตั้งแต่ประเทศต้นทาง เช่น การไม่ออกวีซ่าให้ เมื่อมาถึงด่านตรวจคนเข้าเมืองมีสิทธิปฏิเสธไม่ให้อยู่หรือหากให้อยู่สามารถ กำหนดกรอบระยะเวลาได้ หากมีพฤติกรรมไม่สมควรส่งกลับ ซึ่งผู้วิจัยเห็นด้วยกับหลักการดังกล่าว แต่หลักการดังกล่าว มีปัญหาที่เกี่ยวข้องกับมาตรการทางอาญา หากคนต่างด้าวฝ่าฝืนมาตรการต่างๆ ที่มีโทษทางอาญา เช่น อยู่เกินกำหนด กฎหมายให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ในการดำเนินการ หลากหลาย จนมีปัญหาเรื่องความหนักเบาของโทษ จนกระทบต่อวัตถุประสงค์ในการควบคุมคนเข้า เมือง ผู้วิจัยขอยกตัวอย่าง สถานการณ์ดังนี้

นายเอ(คนต่างด้าว)มีอาชีพเป็นครูอยู่เกินกำหนด 80 วัน พนักงาน เจ้าหน้าที่ตรวจพบอยู่เกินกำหนด ไม่ต้องดำเนินคดีใช้มาตรา 54 ส่งกลับ ส่วนนายบี(คนต่างด้าว) นักศึกษาอยู่เกินกำหนด 3 วัน พนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจพบจับกุม ส่งพนักงานสอบสวนดำเนินคดี มาตรา 81 และส่งกลับตามมาตรา 54 และมีนายซี(คนต่างด้าว) เป็นคนป่วยอยู่เกินกำหนด 40 วัน พนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจพบยินยอมชำระค่าปรับ คดีอาญาระงับไม่ส่งกลับ

กฎหมายคนเข้าเมืองไม่ได้บัญญัติ “ลำดับ”ของมาตรการไว้ให้เป็นไป ตามลำดับ ความจริงอยู่เกินกำหนดมานานายเอ สมควรที่จะถูกดำเนินคดี กลับไม่ถูกดำเนินคดี ส่วน ของนายบีน่าจะได้รับการผ่อนผันกลับถูกดำเนินคดีมีอัตราโทษจำคุกและถูกส่งกลับด้วย ส่วนนายซีไม่ ต้องถูกส่งกลับ หากพิจารณาจำนวนวันที่อยู่เกินกำหนด นายเอควรต้องถูกดำเนินคดีอาญามากกว่า นายบี การดำเนินคดีที่ดี การส่งกลับที่ดี หากไม่บัญญัติให้เป็นลำดับตามความร้ายแรง การบังคับใช้ พ.ร.บ.จะเป็นการเปิดโอกาสให้พนักงานเจ้าหน้าที่ใช้มาตรการและขาดความเหมาะสม และมีโอกาสที่ จะใช้ดุลพินิจที่เกินขอบเขต กระบวนการตรวจสอบโดยศาลเป็นไปได้ยาก โอกาสคนต่างชาติจะนำคดี เหล่านี้ขึ้นสู่ศาลมีน้อย การไม่กำหนดลำดับมาตรการหรือโทษให้ชัดเจน จึงเป็นปัญหาหลายประการ

⁹² มาตรา 54 คนต่างด้าวผู้ใดเข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือการ อนุญาตนั้นสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอนแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่จะส่งตัวคนต่างด้าวผู้นั้นกลับออกไปนอก ราชอาณาจักรก็ได้

ในการบังคับใช้ พ.ร.บ.คนเข้าเมืองฯ การจัดการคนต่างด้าวฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองซึ่งมีทั้งความผิดอาญาที่รัฐจับกุมและดำเนินคดีอาญา หรือเลือกทางใดทางหนึ่งคือการใช้อำนาจตามมาตรา 54 ส่งกลับ หรือการดำเนินคดีปกติ เมื่อกฎหมายมิได้กำหนดพฤติกรรมหรือสถานการณ์ใดใช้มาตรา 54 สถานการณ์ใดต้องดำเนินคดี การใช้ดุลพินิจของฝ่ายบริหารไม่มีกฎหมาย การจัดลำดับตามความรุนแรงของการฝ่าฝืนกฎหมายเข้าเมืองลงโทษ ลักษณะจัดลำดับการลงโทษตาม ป.อาญามาตรา 18 จะทำให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจเหมาะสมมากขึ้น

4.3.3.3 แนวทางที่เหมาะสม

(1) การกำหนดมาตรการสำหรับคนต่างด้าวที่ฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมือง ต้องเลือกให้เหมาะสมได้สัดส่วนกับความผิดโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์การควบคุมคนต่างด้าวเป็นสำคัญ หากฝ่าฝืนคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญต้องนำมาตราการที่รุนแรง(โทษ)มาใช้ ส่วนการฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองที่ไม่เป็นอันตราย(Harm) ต้องนำมาตราการอื่นมิใช่โทษมาใช้ จำเป็นต้องการแก้ไขโทษในความผิดฐานอยู่เกินกำหนดเล็กน้อย และใช้มาตรการอื่น เช่น มาตรการทางปกครอง(ห้ามอนุญาตครั้งต่อไป) หรือมาตรการพิเศษ เช่น ส่งกลับและขึ้น Black list⁹³

(2) หากฝ่าฝืน Black list ส่งกลับและมีพฤติกรรมฝ่าฝืนใช้พหุบัญญัติในส่วนโทษ และต้องมีการนำพฤติกรรมที่เคยฝ่าฝืนและให้โอกาสมาแล้วในการส่งกลับมาเป็นเงื่อนไขในการลงโทษในครั้งหลังด้วย

4.3.4 วิเคราะห์แนวทางกรณีการฝ่าฝืนกฎหมายเข้าเมืองและกระทำผิดคดีอาญาอื่นๆ

4.3.4.1 กรณีศึกษาเจตนาฝ่าฝืนกฎหมายเข้าเมืองและกระทำผิดคดีอาญาอื่นๆ

⁹³ การฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองมาตราใดและมีพฤติกรรมอย่างไรจึงจะเหมาะสมที่สุดในงานวิจัยนี้ไม่ได้ศึกษา แต่มีบางส่วนที่ได้เสนอไว้แล้ว เช่น การกำหนดความผิดอาญาสำหรับการใช้เอกสารเทียม ดูหัวข้อ 4.2.3

คนต่างด้าวที่เข้ามาพำนักในราชอาณาจักรเป็นคนที่ร่วมสังคม อาจมีการพลาดพลั้ง ในการฝ่าฝืนกฎหมายของชุมชนสังคมได้บ้างเช่นเดียวกับคนชาติ ในความผิดที่เกี่ยวกับประมาท และเจตนา ซึ่งสถิติคนต่างชาติกระทำผิด หน่วยงานด้านความมั่นคงและการจัดระบบควบคุมอาชญากรรมได้ให้ความสำคัญกับคนต่างด้าวในฐานะที่เป็นผู้เสียหาย เนื่องจากเป็นผลต่อการบริการในระบบงานยุติธรรม อย่างไรก็ตามอาชญากรรมจำนวนหนึ่ง ที่มีความเกี่ยวข้องกับการฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมือง และความผิดอาญาอื่น เป็นอันตรายต่อสังคมและเกิดจากพฤติกรรมที่ถือได้ว่ามีความชั่วร้ายนั้น ขาดหายจากความสนใจของหน่วยงานความมั่นคงและระบบงานยุติธรรมไทย ปัญหาที่กล่าวมาคืออาชญากรรมคนเข้าเมือง(Immigration Crime) ตัวอย่างที่พบเห็นในสังคมและมีการดำเนินคดีเรื่อยมา ดังนี้

ตัวอย่างนายเอ(คนต่างด้าว)หลบหนีเข้ามาในราชอาณาจักรและขนยาเสพติดมาจำหน่ายในราชอาณาจักร ในการหลบหนีเข้ามาและขายยาเสพติด โดยเจตนาฝ่าฝืนกฎหมายทั้งสองประการกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายอีกเรื่องหนึ่งคือความมั่นคงปลอดภัยจากคนต่างด้าวในการก่ออาชญากรรม ไม่อาจแยกคุณธรรมทางกฎหมายได้ว่าเป็นเรื่องหลบหนีเข้าเมืองประการหนึ่ง และการค้ายาเสพติดอีกประการหนึ่ง กรณีเป็นคนต่างด้าวมีเจตนาฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองตั้งแต่แรกเริ่มต้น เช่น หลบหนีเข้าเมืองส่งยาเสพติด ความผิดหลบหนีเข้าเมืองอาจได้รับการพิจารณาส่งกลับ หรือดำเนินคดีและดำเนินคดีในความผิดยาเสพติด หากพิจารณาแต่คุณธรรมจะเห็นว่าในการฝ่าฝืนต่อคุณธรรมในการเข้าเมืองไม่เฉพาะแต่การฝ่าฝืนระบบอนุญาตเท่านั้น แต่การเข้ามานำมาซึ่งอันตรายต่อสังคมเห็นได้ประจักษ์ หากแยกดำเนินคดีหรือการพิจารณาในความผิดต่อการเข้าเมืองก็ดี การพิจารณาความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดก็ดี ยังไม่เห็นถึงความเป็นอันตรายต่อการเข้าเมืองฝ่าฝืนคุณธรรมสำคัญในการเข้าเมือง แนวทางของไทยจะดำเนินคดีอาญา มีการดำเนินคดีอาญาพร้อมกันในความผิดหลบหนีเข้าเมือง และความผิดหลบหนีเข้าเมืองอาจจะแยกดำเนินคดี เพราะไม่ใช่ความผิดเกี่ยวเนื่องกัน และเป็นความผิดคนละเจตนา ทางปฏิบัติมีการฟ้องคดีขอหาหลบหนีเข้าเมือง ส่วนตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยหลังจากนั้น มีการอายัดตัวดำเนินคดีข้อหาหลัก(คดียาเสพติด) การฝ่าฝืนคุณธรรมในกฎหมายเข้าเมืองและค้ายาเสพติดไม่อาจแยกคุณธรรมทางกฎหมายได้

อาชญากรรมลักษณะนี้เจตนากระทำความผิดอาญาอื่น ภายหลังฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองหากเข้ามาเจตนาฝ่าฝืน และกระทำความผิดอื่นๆในภายหลังแยกส่วนจากเจตนาแรกที่ฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมือง เหล่านี้เป็นปัญหาในกระบวนการยุติธรรม การดำเนินคดีไม่เป็นเอกภาพ แยกฟ้องแยกตัดสิน ศาลไม่เห็นอันตรายของการฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมือง ไม่เห็นภัยที่แฝงมากับการพำนักไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ตัวอย่างปัญหาการหลบหนีเข้าเมืองและคนต่างด้าวมากระทำความผิดต่อส่วนตัวเกี่ยวกับทรัพย์สิน ยักยอก ฉ้อโกงแล้วหลบหนีออกไป หากผู้เสียหายร้องทุกข์รัฐมี

ภาระในกระบวนการติดตามและควบคุมลักษณะนี้เห็นได้ชัดว่าความเสียหายมิใช่แต่ความผิดฐานฉ้อโกงเท่านั้น แต่รัฐได้รับความเสียหาย ในสหรัฐอเมริกาได้กำหนดความผิดของคนต่างด้าวที่ไม่พึงปรารถนา เช่น ถูกปฏิเสธหรือห้ามเข้าเมืองแล้ว ยังมีการกระทำความผิดอื่น ๆ ร่วมด้วยการกำหนดโทษต้องมากน้อยตามสัดส่วนในความผิดอื่น ๆ ด้วย (8 U.S.C. 1326) การกำหนดโทษในความผิดโดยมีที่ฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองและความผิดอาญาอื่น ๆ น่าจะกำหนดให้มีสัดส่วนการรับโทษที่เพิ่มขึ้นให้สัมพันธ์กับอาชญากรรมอื่น ๆ ทำนองเดียวกับของสหรัฐอเมริกา หากมีความผิดที่เกี่ยวข้องกันนี้จะสามารถจัดการเป็นอาชญากรรมอีกกลุ่มหนึ่งและเป็นการป้องกันได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่าการกำหนดความผิดและโทษที่แยกการดำเนินคดี ในประเทศอังกฤษการกำหนดความผิดคนต่างด้าวมีการศึกษาและรายงานสถิติแนวโน้มที่กำหนดความผิดคนเข้าเมืองกับอาชญากรรมอื่น⁹⁴ เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ซึ่งกระทำโดยคนต่างด้าว จะเพิ่มประสิทธิภาพในการควบคุมอาชญากรรม

4.3.4.2 แนวทางที่เหมาะสม

ควรใช้แนวทางการกำหนดความผิดและโทษ ให้ได้สัดส่วนกับอาชญากรรมอื่น ด้วย (8 U.S.C. 1326) ส่วนการกำหนดโทษอย่างไร สมควรที่จะศึกษาต่อไป⁹⁵

4.3.5 วิเคราะห์แนวทางการนิรโทษกรรม

4.3.5.1 กรณีศึกษาการนิรโทษกรรมในความผิดหลบหนีเข้าเมือง

การฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองและการกระทำความผิดอาญาอื่น ๆ ของคนต่างด้าวพบว่าในส่วนความผิดฐานหลบหนีเข้าเมืองจะมีการกระทำผิดรวมกับการประกอบอาชีพโดยไม่ได้รับอนุญาต คนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมืองมีสภาพเป็นอันตราย (Harm) จึงมีบทกำหนดโทษถึงจำคุก⁹⁶ แต่รัฐมีเหตุผลความจำเป็นในการลดปริมาณการดำเนินคดีอาญากับคนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมืองและยกฐานะให้เป็นคนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมาย จึงมีนโยบายในการนิรโทษกรรมและภายหลังจากการ

⁹⁴ สืบค้นเมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม 2560, จาก <http://www.migrationobservatory.ox.ac.uk/resources/briefings/immigration-offences-trends-in-legislation-and-criminal-and-civil-enforcement/>.

⁹⁵ การวิจัยครั้งนี้ศึกษาพบว่าอาชญากรรมคนเข้าเมืองและอาชญากรรมอื่น มีความเกี่ยวข้องกันที่ไม่อาจแยกคุณธรรมทางกฎหมายได้ จึงนำศึกษาเพิ่มเติมต่อไป

⁹⁶ มาตรา 11,62

ออกนโยบายนิรโทษกรรม คนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมืองกลับเพิ่มจำนวน หรือไม่ลดปริมาณลง และผลของการนิรโทษกรรมคนต่างด้าวในความผิดฐานหลบหนีเข้าเมือง ความผิดอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องจะได้รับการนิรโทษกรรมไปโดยปริยาย ในหัวข้อนี้ จึงขอวิเคราะห์ผลกระทบต่อการใช้นโยบายนิรโทษกรรมให้กับคนต่างด้าวในความผิดฐานหลบหนีเข้าเมือง

(1) การนิรโทษกรรมเป็นการเพิ่มจำนวนคนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมือง

งานวิจัยของร้อยตำรวจโทนิธ ซึ่งศึกษาเกี่ยวกับการหลบหนีเข้าเมืองของแรงงานต่างด้าวพบว่าแรงจูงใจการหลบหนีเข้าเมืองของคนต่างด้าวเพราะรัฐผ่อนผันการเข้าเมืองให้คนต่างด้าวและอนุญาตให้ทำงานคนต่างด้าวจำนวนหนึ่งจึงหลบหนีเข้ามาเพื่อร่วมรับนโยบายดังกล่าว⁹⁷ ผลการวิจัยดังกล่าวสอดคล้องกับหลักนิติเศรษฐศาสตร์ เมื่อเปรียบเทียบต้นทุนในการกระทำผิดกับโอกาสถูกจับกุม ซึ่งการนิรโทษกรรมเป็นการยกเว้นความรับผิด และภาระหน้าที่ให้คนต่างด้าวและเป็นการลดความเสี่ยงในการถูกดำเนินคดีฐานหลบหนีเข้าเมือง โดยเฉพาะเมื่อคนต่างด้าวหลบหนีเข้ามาจำนวนมาก รัฐไม่อาจจัดการควบคุมได้ กระบวนการในการชักชวนคนต่างด้าวที่อยู่ภายนอกราชอาณาจักร เข้ามาจึงเป็นกระบวนการเพื่อสร้างความไม่คงให้กับรัฐในการเป็นแรงงานในภาคเศรษฐกิจ และสร้างอำนาจต่อรองขึ้นกับรัฐ จึงจำเป็นต้องนำมาตรากฎหมายมาตรการเรียกว่าผ่อนผัน ยกโทษให้คนต่างด้าวที่หลบหนีเข้าเมือง การหลบหนีอาจเริ่มจากคนเดียว ต่อมาครอบครัว และชุมชนที่หลบหนีเข้ามา คนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมือง รัฐไม่ดำเนินคดีอาญาในความผิดหลบหนีเข้าเมือง เมื่อไม่ดำเนินคดีคนต่างด้าวที่มีคดีอื่นๆ ไม่ต้องถูกบวกโทษเพิ่มโทษ ได้ทำงานโดยไม่ต้องมีภาระด้านค่าธรรมเนียมเกี่ยวกับการอนุญาตให้ทำงาน หรือแม้รัฐจะให้ทำงานได้หลังจากยกเว้นโทษในความผิดหลบหนีเข้าเมืองแล้ว ในขณะที่คนต่างด้าวที่ทำงานอยู่อย่างถูกต้องสำหรับการทำงานของคนต่างด้าวต้องมีขั้นตอนในการเข้าเมือง การขออนุญาตทำงาน การแจ้งข้อมูลให้รัฐและมีการใช้จ่ายจำนวนมาก การให้รางวัลแก่กลุ่มหลบหนีเข้าเมืองโดยไม่ได้พิจารณาจากความผิดฐานอื่นประกอบ ทำให้กลุ่มคนต่างด้าวในระบบ(เข้ามาถูกต้อง) จะหลีกเลี่ยงการเข้าเมืองโดยถูกต้องตามกฎหมายและเลือกวิธีการหลบหนีเข้าเมือง⁹⁸

⁹⁷ นิธ ฉัตรแก้วบุญเรือง, “การหลบหนีเข้าเมืองของแรงงานต่างด้าว : กรณีศึกษาภาคตะวันออกเฉียงเหนือ”, (วิทยานิพนธ์ : หลักสูตรศิลปศาสตรมหาบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์, 2556) น.100

⁹⁸ คนต่างด้าวที่กล่าวถึงที่รัฐใช้นโยบายนิรโทษกรรม คือกลุ่มแรงงานเพื่อบ้านซึ่งรัฐจำเป็นต้องพึ่งพิงในด้านแรงงาน

มีคนต่างด้าวรายหนึ่ง มีสถานะเป็นนักเรียนของโรงเรียนสอนภาษา⁹⁹เล่าให้ผู้วิจัยฟังว่า นายจ้างให้ลงทะเบียนเรียนภาษาเพื่อให้ได้สิทธิพำนัก ต้องไปเรียนและจ่ายค่าเล่าเรียนซึ่งมีราคาสูงและมีกระบวนการตรวจสอบ ควบคุม จำนวนหลายขั้นตอน เพิ่มภาระในประการต่างๆ¹⁰⁰ คนต่างด้าวรายนี้ คิดหาช่องทางในการที่จะแสดงตัวเป็นคนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมืองอีกฐานะหนึ่ง เพื่อร่วมนโยบายดังกล่าว เช่น การไม่แสดงหนังสือเดินทาง ทั้ง หรือเดินทางออกไปและกลับมาในฐานะผู้หลบหนีเข้าเมือง ดังนั้น การนิรโทษกรรมหรือยกเว้นความรับผิดชอบให้คนต่างด้าว ซึ่งหลบหนีเข้าเมือง ไม่เหมาะสม การนิรโทษกรรมน่าจะกระทำในความผิดที่เบากว่า เช่น ในความผิดฐานเบากว่าความผิดหลบหนีเข้าเมือง เช่น ความผิดฐานอยู่เกินกำหนด หรือการสนับสนุนให้คนต่างด้าวฝ่าฝืนหลักเกณฑ์เล็กน้อยได้รับการผ่อนผันโทษและขึ้นทะเบียนแรงงาน ส่วนการจะจัดการให้คนต่างด้าวที่หลบหนีเข้าเมืองพำนักเพื่อทำงาน อันเป็นการแก้ปัญหาเพราะคนต่างด้าวที่ผ่านกระบวนการตัดสินใจโทษแล้ว เช่น ชำระค่าปรับ ยอมรับผิดชอบศาลตัดสินโทษ รอการลงโทษหลังจากนั้นระหว่างรอการลงโทษ หากไม่เดินทางกลับ จึงให้ทำงานและควบคุมการทำงาน ซึ่งหากคนต่างด้าวรายนี้ทำผิดอีกภายในกำหนดสามารถนำมาตราการเพิ่มโทษ บวกโทษมาใช้บังคับได้ และไม่เป็นการสร้างแรงจูงใจให้มีการเข้ามาจำนวนมาก

(2) การส่งกลับตามมาตรา 54 เป็นการนิรโทษกรรมความผิดอาญาอื่นๆ

เนื่องจากกฎหมายเกี่ยวกับส่งกลับคนต่างด้าว ไม่มีกฎหมายกำหนดรายละเอียดบุคคลที่ต้องถูกส่งกลับ อย่างน้อยการส่งกลับไม่สามารถดำเนินคดีอาญาในความผิดฐานหลบหนีเข้าเมือง ในประการต่อมาเมื่อส่งกลับคนต่างด้าว หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าคนต่างด้าวมิได้เกิดขึ้นก่อนที่จะส่งกลับ ในการดำเนินคดีอื่นๆ จะไม่สามารถนำเนินคดีได้เนื่องจากผู้ต้องหาไม่อยู่ในเขตอำนาจศาล พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องถูกส่งไปหมด โอกาสที่จะถูกพิพากษาลงโทษในความผิด

⁹⁹ คนต่างด้าวรายนี้ มีสัญชาติติดกับราชอาณาจักรไทยและอยู่ในเงื่อนไขที่รัฐจะผ่อนผันการดำเนินคดีหากหลบหนีเข้าเมือง

¹⁰⁰ เช่น ต้องรายงานตัวกับเจ้าหน้าที่ทุกๆ 90 วัน ระหว่างพำนักในราชอาณาจักร(มาตรา 38) เจ้าบ้านที่รับคนต่างด้าวถูกกฎหมาย ต้องแจ้งรายงานการเข้าพักของคนต่างด้าวภายใน 24 ชั่วโมง ต้องเดินทางไปเรียน ไปสอบทดสอบกับส่วนราชการ(สำนักงานคณะกรรมการศึกษาเอกชน) และสุดท้ายการจะพำนักในราชอาณาจักรได้ต้องจ่ายค่าธรรมเนียมต้องผ่านการอนุญาตจากสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองอีกครั้ง การพำนักได้ระยะสั้นๆเพียงไม่เกินครั้งละ 90 วัน ซึ่งน้อยกว่าคนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมือง ที่รัฐผ่อนผันให้พำนักและทำงานจำนวน 2 – 5 ปี

ฐานอื่นน้อย โอกาสถูกดำเนินคดีน้อยเช่นนี้ เป็นการลดความเสี่ยงในการก่ออาชญากรรมอื่น การส่งกลับตามมาตรา 54 ไม่มีโอกาสให้หน่วยงานอื่นมีโอกาสในการคัดค้านการส่งกลับ การส่งกลับเป็นอำนาจเด็ดขาดแก่ฝ่ายเจ้าหน้าที่

4.3.5.2 แนวทางที่เหมาะสม

การเลือกนิรโทษกรรมในความผิดอื่น ที่กระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายน้อยกว่าในการนิรโทษกรรมในความผิดหลบหนีเข้าเมือง การนิรโทษกรรมต้องให้ประชาชนมีโอกาสได้คัดค้านและแจ้งข้อมูลอื่นๆ



บทที่ 5

ข้อสรุปและเสนอแนะ

5.1 ข้อสรุป

ปัญหาในหัวข้อวิจัย เป็นปัญหาที่เกิดมาจากระหว่างการปฏิบัติหน้าที่พบว่าวิธีการต่างๆในการควบคุมคนต่างด้าวยังไม่มีประสิทธิภาพและพบว่ามีปัญหาความเหมาะสมของบทบัญญัติปัจจุบันตามทฤษฎีการกำหนดความผิดและโทษโดยพบว่าจำนวนคนต่างด้าวที่การฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองจำนวนมากและมีปริมาณเพิ่มขึ้น แม้กฎหมายคนเข้าเมือง มีสภาพบังคับทั้งทางปกครอง ทางอาญา และมาตรการพิเศษที่เจ้าพนักงานสามารถนำมาใช้ควบคุมคนต่างด้าวได้หลากหลาย ผู้วิจัยเลือกศึกษาถึงความเป็นอันตรายที่เกิดจากคนต่างด้าวซึ่งเข้ามา(Entry)และพำนัก(Stay)ในราชอาณาจักรโดยฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองในประการต่างๆ เช่น การฝ่าฝืนวัตถุประสงค์ในการเข้าเมือง หรือการเข้าเมืองหรือพำนักโดยการหลอกลวง หรือโดยการฝ่าฝืนเงื่อนไขของเจ้าพนักงานตรวจคนเข้าเมือง ซึ่งน่าจะเป็นพฤติกรรมอันตราย(Harm) และควรกำหนดให้มีการนำมาตรการพิเศษในกฎหมายคนเข้าเมืองหรือมาตรการทางปกครอง เช่น การขึ้นบัญชีดำ(Black list) การเพิกถอน ส่งกลับ และศึกษาแนวทางการแก้ไขหรือยกเลิกความผิดที่ละเมิดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพื่อหาความเหมาะสมในสถานการณ์ปัจจุบัน

ในการศึกษาหัวข้อข้างต้นผู้วิจัยได้นำหลักการและทฤษฎีที่เกี่ยวกับการกำหนดความผิดและโทษเพื่อควบคุมคนต่างด้าวมีหลายทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดทางอาญาของ Herbert L. Packer Nigel walker Lon Fuller และท่านอื่นๆ ในส่วนของโทษได้นำหลักการและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ เพื่อแก้แค้น ทดแทน เพื่อการข่มขู่ ยับยั้ง เพื่อตัดผู้กระทำผิดออกจากสังคม เพื่อฟื้นฟูผู้กระทำผิด และหลักการเกี่ยวข้องกับการกำหนดโทษโดยเฉพาะการกำหนดโทษต้องพิจารณาจากการฝ่าฝืนคุณธรรมทางกฎหมาย หลักอาชญาวิทยา หลักนิติเศรษฐศาสตร์และหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

จากการศึกษากฎหมายคนเข้าเมืองของประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐสิงคโปร์ สาธารณรัฐจีน(ไต้หวัน) ประเทศญี่ปุ่น เขตการปกครองพิเศษฮ่องกง พบว่า มีมาตรการในการควบคุมคนต่างด้าวที่หลากหลายเช่นกัน ผู้วิจัยนำบทบัญญัติที่กำหนดความผิดและโทษบางประการที่เกี่ยวข้องกับการเข้าเมืองและการพำนักมาเป็นแนวทางในการวิเคราะห์กฎหมายไทย และมีกฎหมายของต่างประเทศมีการกำหนดความผิดที่มีการขยายขอบเขตของความผิดฐานหลบหนีเข้าเมืองและขยายขอบเขตความผิดฐานพำนักโดยไม่ได้รับอนุญาต กล่าวคือ แม้คนต่างด้าวจะได้รับอนุญาตให้เข้ามาและพำนักได้ แต่หากเกิดจากการหลอกลวงอำพราง โดยวิธีการต่างๆนอกจากกฎ

หมายจะให้ผลไม่สมบูรณ์และยังมีการกำหนดความผิดและโทษคนต่างด้าวที่กระทำลักษณะดังกล่าว
 ด้าว มีความผิดฐานต่างๆที่น่าสนใจ ได้แก่ ความผิดฐานหลอกลวงในการเข้าเมือง (Entry by
 Deception) ความผิดฐานเข้าเมืองลักษณะไม่เหมาะสม(Improper Entry) ความผิดฐานเข้าเมือง
 โดยการใช้เอกสารเทียม(Entry by Document Fraud) ความผิดฐานเข้าเมืองอีกหลังจากถูกปฏิเสธ
 (Illegal Re - Entry) การเข้าเมืองโดยการหลอกลวง(Illegal Entry by Deception) การพำนักผิด
 เงื่อนไขหรือฝ่าฝืนเงื่อนไขในการพำนัก (Breach of Condition)การใช้มาตรการอื่น(มิใช่โทษ) แทน
 โทษ การกำหนดโทษตามสัดส่วนตามจำนวนวันที่อยู่เกินกำหนด

จากการวิเคราะห์ปัญหา พบว่า แนวทางการกำหนดความผิดและโทษที่เหมาะสม
 ต้องมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายคนเข้าเมืองเกี่ยวข้องในประเด็นต่างๆ ดังนี้

(1) การกำหนดความผิดคนต่างด้าวการเข้าเมืองและพำนักใน กรณีการไม่เปิดเผย
 ข้อมูลโรคติดต่อร้ายแรง กรณีฝ่าฝืนคำสั่ง Black List กรณีฝ่าฝืนเงื่อนไข กรณีพำนักโดยหลอกลวงโดย
 สมรสเทียมหรือโดยบริษัทเทียมหรือรูปแบบอื่นๆ ซึ่งมีลักษณะเป็นอันตราย(Harm)จากการฝ่าฝืน
 มาตรา 12 มาตรา 34 มาตรา 35

(2) แก้ไข ปรับปรุง ยกเลิกความผิดตาม มาตรา 81 ในความผิดฐาน“...อยู่โดย
 ไม่ได้รับอนุญาต...”ความผิดฐาน“ถูกเพิกถอนการอนุญาต”ซึ่งขัดต่อประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2
 และหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

(3) แก้ไขปรับปรุงกำหนดโทษ ในความผิดความผิดฐานหลบหนีเข้าเมืองความผิด
 และฐานอยู่เกินกำหนด บังคับการใช้ Black List ความผิดฐานหลบหนีเข้าเมืองในลักษณะเป็น
 มาตรการบังคับและเลือกใช้ Black List กรณีอยู่เกินกำหนดตามสัดส่วนวันที่อยู่เกินกำหนด ให้ลงโทษ
 ความผิดหลบหนีเข้าเมืองเพียงกระทงเดียวหากมีการพำนักโดยไม่ได้รับอนุญาตด้วย และให้มีการ
 กำหนดและใช้ใช้มาตรการพิเศษ มาตรการทางปกครอง และโทษในกฎหมายคนเข้าเมืองให้เป็นไป
 ตามลำดับความหนักเบาของความผิด

(4) การกำหนดโทษหรือลงโทษคนต่างด้าวที่ฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองต้อง
 พิจารณาจากการฝ่าฝืนคุณธรรมทางกฎหมายในการกระทำผิดคดีอาญาอื่นๆ ประกอบด้วย

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากผลการศึกษาผู้วิจัย เห็นว่า แนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดความผิดและโทษกรณี
 คนต่างด้าวเข้ามาและพำนักในราชอาณาจักรโดยฝ่าฝืน พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 จำเป็นต้องม
 การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นเรื่องๆ และในภาพรวม ดังนี้

5.2.1 ข้อเสนอแนะทางนิติบัญญัติ

(1) เสนอกำหนดความผิดเพิ่มเติม(คุ้มครองชั้นการเข้ามาในราชอาณาจักร)

(1.1) กำหนดความผิดฐานหลอกลวงหรืออำพรางข้อมูล

ให้กำหนดความผิดฐานหลอกลวงหรืออำพรางข้อมูลในการเข้าเมือง (Entry) โดยกำหนดความผิดในมาตราเดียวกับมาตรา 62 เพิ่มเติมวรรคใดวรรคหนึ่งเพราะการกระทำลักษณะนี้เกี่ยวข้องการอนุญาตให้เข้ามาเพราะตามมาตรา 11 ประกอบมาตรา 62 ซึ่งเป็นความผิดฐานหลบหนีเข้าเมือง กรณีความผิดฐานที่จะบัญญัติใหม่นี้ไม่ได้เป็นการหลบหนีเข้าเมือง แต่เหมือน การหลบหนีเข้าเมืองเพราะขณะเข้ามามีการอำพรางข้อมูลโดยวิธีการต่างๆ เช่น การทำและใช้เอกสารปลอม เอกสารเทียม การหลอกลวงวิธีการใดหรืออำพรางโดยประการใดๆ ซึ่งการอำพรางข้อมูลเป็น กรณีคนต่างด้าวกระทำการเป็นการฝ่าฝืนระบบอนุญาตตาม พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 11,34,35 วรรคสาม การอำพรางข้อมูลทำให้การพิจารณาอนุญาตไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของ กฎหมาย ดังนั้น จำเป็นต้องการกำหนดความผิดและโทษเพื่อคุ้มครองระบบอนุญาตในขั้นตอนการ พิจารณาอนุญาตให้เข้ามา(Entry)ในราชอาณาจักร(คุ้มครองคุณค่าพื้นฐานของความบริสุทธิ์ในการใช้ อำนาจรัฐ) เห็นว่า ควรกำหนดความผิดและโทษโดยเพิ่มเติมความผิดฐานอำพรางข้อมูลในการเข้า เมือง(Entry) และมืองค์ประกอบความผิดและโทษ ดังนี้ ให้องค์ประกอบส่วนเหตุ มืองค์ประกอบ ความผิด(ภายนอก) ได้แก่ “คนต่างด้าวผู้ใดเข้าใน(Entry) ในราชอาณาจักรโดยการอำพรางข้อมูล โดย การทำหรือใช้เอกสารปลอมหรือเอกสารเทียม(Fraud) หรือโดยหลอกลวงหรือโดยประการใดเพื่อให้ได้ สิทธิเข้ามา(Entry)ในราชอาณาจักรต้องระวางโทษ” และองค์ประกอบ(ภายใน) ได้แก่ “การเจตนา ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 และเจตนาพิเศษเพื่อให้ได้สิทธิเข้ามา(Entry Permit)ใน ราชอาณาจักร”และองค์ประกอบส่วนผลทางกฎหมาย(Sanction) “กำหนดโทษให้เท่ากับความผิด ฐานหลบหนีเข้าเมือง” เพราะเปรียบเสมือนการหลบหนีเข้าเมือง อนึ่ง หากมีการกระทำใดที่ต้องด้วย บทกฎหมายเฉพาะ เช่น ใช้เอกสารปลอมด้วยให้กำหนดเหตุเพิ่มโทษหรือรับโทษหนักขึ้นและให้โทษ เท่ากับหรือสูงกว่าความผิดในความผิดฐานใช้เอกสารปลอม แล้วแต่กรณี” โดยเทียบเคียงแม่แบบ (Model) ของสหรัฐอเมริกา(8 u.s.c.1325(b)(c))

(1.2) กำหนดความผิดฐานละเมิดคุณสมบัติ เงื่อนไข

ให้กำหนดความผิดฐานละเมิดคุณสมบัติ เงื่อนไขเครื่องมือในการควบคุม ในการเข้าเมือง(Entry) โดยกำหนดความผิดต่อจากมาตรา 62 เป็นมาตรา 62/1 เพราะการฝ่าฝืน มาตรา 10 เป็นความผิดตามมาตรา 61 การฝ่าฝืนมาตรา 11 เป็นความผิดมาตรา 62 เดิมการฝ่าฝืน มาตรา 12 ไม่เป็นความผิด ดังนั้น เมื่อจะกำหนดความผิดกรณีฝ่าฝืนมาตรา 12 การบัญญัติบท กำหนดโทษต่อจากมาตรา 62 กรณีความผิดฐานนี้ไม่ได้บัญญัติเป็นความผิด โดยคนต่างด้าวการ กระทำหรือละเว้นกระทำการตามซึ่งหน้าที่ต้องกระทำอันเป็นการละเมิดต่อคุณสมบัติ เงื่อนไข

เครื่องมือในการควบคุมคนต่างด้าวซึ่งมีไว้เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะตาม พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 12,34,35 วรรคแรก) เพื่อให้คุ้มครองความศักดิ์สิทธิ์และความเด็ดขาดของอำนาจรัฐโดย เห็นว่า ควรกำหนดความผิดและโทษโดยเพิ่มเติมในการเข้าเมือง(Entry) และมืองค์ประกอบความผิดและโทษ ดังนี้

องค์ประกอบส่วนเหตุ มืองค์ประกอบความผิด(ภายนอก) ได้แก่ “คนต่างด้าวผู้ใดเข้าใน(Entry)ในราชอาณาจักรโดยละเมิดคุณสมบัติ(มาตรา12(7)(โรคติดต่อ), (10)(Blacklist) เงื่อนไข (มาตรา 35 วรรคแรก มาตรา54(ส่งกลับ) ต้องระวางโทษ ” และองค์ประกอบ(ภายใน) ได้แก่ “การเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59”และองค์ประกอบส่วนผลทางกฎหมาย(Sanction) “กำหนดโทษให้เท่ากับความผิดฐานขัดคำสั่งเจ้าพนักงาน ” เพราะเปรียบเสมือนกำหนดหน้าที่ให้มีหน้าที่ให้คนต่างด้าวต้องทำ แต่ไม่ทำหรือดเว้นหน้าที่ที่ต้องกระทำ

(2) เสนอกำหนดความผิดเพิ่มเติม(คุ้มครองชั้นการเข้ามาในราชอาณาจักร)

(2.1) เสนอความผิดฐานอำพรางข้อมูลในขออนุญาตอยู่ต่อ(Stay Permit)

เสนอความผิดฐานอำพรางข้อมูลในขออนุญาตอยู่ต่อ(Stay Permit) เพราะการกระทำลักษณะนี้เกี่ยวข้องการอนุญาตให้พำนักในราชอาณาจักรตามมาตรา 35 วรรคสาม การอนุญาตให้พำนักได้เงื่อนไขการอนุญาตอยู่ที่อำนาจผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ แต่การอนุญาตไม่สมบูรณ์เสมือนไม่ได้อนุญาตให้ขยายระยะเวลาพำนักเพราะขณะยื่นขอขยายระยะเวลาพำนักมีการอำพรางข้อมูลโดยวิธีการต่างๆ เช่น การทำและใช้เอกสารปลอม เอกสารเทียม การหลอกลวงวิธีการใดหรืออำพรางโดยประการใดๆ ซึ่งการอำพรางข้อมูลเป็นกรณีคนต่างด้าวกระทำการเป็นการฝ่าฝืนระบบอนุญาตตาม พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 34,35 วรรคสาม การอำพรางข้อมูลทำให้การพิจารณาอนุญาตไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ดังนั้น จำเป็นต้องการกำหนดความผิดและโทษเพื่อคุ้มครองระบบอนุญาตในขั้นตอนการพิจารณาอนุญาตให้พำนัก(Stay)ในราชอาณาจักร(คุ้มครองคุณค่าพื้นฐานของความบริสุทธิ์ในการใช้อำนาจรัฐ) เห็นว่า ควรกำหนดความผิดและโทษโดยเพิ่มเติมความผิดฐานอำพรางข้อมูลในการเข้าเมือง(Entry) และมืองค์ประกอบความผิดและโทษ ดังนี้ องค์ประกอบส่วนเหตุ มืองค์ประกอบความผิด(ภายนอก) ได้แก่ “คนต่างด้าวผู้ใดอยู่(Stay) ในราชอาณาจักรโดยการอำพรางข้อมูล โดยการทำหรือใช้เอกสารปลอมหรือเอกสารเทียม(Fraud) หรือโดยหลอกลวงหรือโดยประการใดเพื่อให้ได้สิทธิเข้ามา(Stay Permit)ในราชอาณาจักรต้องระวางโทษ” และองค์ประกอบ(ภายใน) ได้แก่ “การเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 และเจตนาพิเศษเพื่อให้ได้สิทธิพำนัก(Stay Permit)ในราชอาณาจักร” องค์ประกอบส่วนผลทางกฎหมาย(Sanction) “กำหนดโทษให้เท่ากับความผิดฐานอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับ

อนุญาตตามมาตรา 81” เพราะเปรียบเสมือนที่ได้รับอนุญาตมาไม่ถูกต้องเสมือนหนึ่งไม่มีการอนุญาต
อนึ่ง หากมีการกระทำใดที่ต้องด้วยบทกฎหมายเฉพาะ เช่น ใช้เอกสารปลอมด้วยให้กำหนดเหตุเพิ่ม
โทษหรือรับโทษหนักขึ้นและให้โทษเท่ากับหรือสูงกว่าความผิดในความผิดฐานใช้เอกสารปลอม
แล้วแต่กรณี” โดยเทียบเคียงแม่แบบ(Model) ของสหรัฐอเมริกา(8 u.s.c.1325(b)(c)

(2.2) เสนอกำหนดความผิดเพิ่มเติม(คุ้มครองชั้นการพำนักในราชอาณาจักร)
ความผิดฐานละเมิดเงื่อนไขในการพำนัก(Stay) โดยกำหนดความผิดต่อจากมาตรา 74 เพราะการฝ่า
ฝืนมาตรา 32 เป็นความผิดตามมาตรา 74 ซึ่งกรณีการกำหนดความผิดเพิ่มนี้เป็นการละเมิด
เงื่อนไขในการขอยุ่ต่อตามมาตรา 35 วรรคสาม ดังนั้น เมื่อจะกำหนดความผิดควรจะกำหนด
เพิ่มเติมเป็นความผิดในมาตรา 74/1 กรณีความผิดฐานนี้เดิมไม่ได้บัญญัติเป็นความผิด มีเพียง
มาตรการทางปกครองโดยละเมิดต่อเงื่อนไขซึ่งมีไว้เพื่อควบคุมคนต่างด้าวตาม พ.ร.บ.คนเข้าเมือง
พ.ศ.2522 มาตรา มาตรา 35 วรรคสาม) เห็นว่า ควรกำหนดความผิดและโทษโดยเพิ่มเติมในการ
พำนัก(Stay) และมีองค์ประกอบความผิดและโทษ ดังนี้ องค์ประกอบส่วนเหตุ มีองค์ประกอบ
ความผิด(ภายนอก) ได้แก่ “คนต่างด้าวผู้ใดพำนัก(Stay)ในราชอาณาจักรโดยละเมิดเงื่อนไข(มาตรา35
วรรคสาม) ต้องระวางโทษ” และองค์ประกอบ(ภายใน) ได้แก่ “การเจตนาตามประมวลกฎหมาย
อาญามาตรา 59”องค์ประกอบส่วนผลทางกฎหมาย(Sanction) “กำหนดโทษให้เท่ากับความผิดฐาน
ขัดคำสั่งเจ้าพนักงาน” เพราะเปรียบเสมือนกฎหมายกำหนดหน้าที่ให้มีหน้าที่ต้องกระทำการ
บางอย่าง หน้าที่ดังกล่าวคือการงดเว้นตามเงื่อนไขที่กำหนดให้คนต่างด้าวต้องไม่ต้องกระทำ แต่ไม่ทำ
หรืองดเว้นหน้าที่ที่ต้องกระทำ

(3) เสนอแก้ไขเพิ่มเติม

(3.1) เสนอแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 81 (ประเด็นความผิดฐานถูกเพิกถอนการ
อนุญาต) บทบัญญัติมาตรา 81 เฉพาะประเด็นถูกเพิกถอนการอนุญาต เดิมบัญญัติมีองค์ประกอบ
ความผิดว่า “คนต่างด้าวถูกเพิกถอนการอนุญาตจำคุก ไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 20,000 บาท”
โดยบทบัญญัติในส่วนนี้ขัดกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา มาตรา 2 เสนอแนะแก้ไขและเพิ่มเติม
เป็น ดังนี้

“คนต่างด้าวอยู่ในราชอาณาจักรหลังถูกเพิกถอนการอนุญาต จำคุกไม่เกิน 2
ปี หรือปรับไม่เกิน 20,000 บาท” ให้โดยเพิ่มเติมถ้อยคำที่บ่งบอกระยะเวลา “หลัง(After)”

เมื่อประกอบกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 การกระทำของคนต่าง
ด้าวคือมีหน้าที่ต้องออกไปนอกราชอาณาจักรหลังจากรู้ว่าถูกเพิกถอนการอนุญาตหน้าที่ดังกล่าว
เพราะมีหน้าที่ต้องกระทำการ แม้การเพิกถอนเป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานแต่ความรับผิดชอบ
คนต่างด้าวเกิดจากการงดเว้นหน้าที่กฎหมายบัญญัติ ในส่วนอัตราโทษให้พิจารณาในประเด็นถัดไป

(3.2) เสนอแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 81 (ประเด็นโทษอยู่เกินกำหนด)

การกำหนดโทษเพื่อให้ได้สัดส่วน กับความผิดฐานอยู่เกินกำหนด เสนอแนะให้นำหน่วยความผิดเป็นวันที่อยู่เกินกำหนดมาเป็นเกณฑ์ ให้กำหนดจำนวนวันอนุญาตสิ้นสุด(Overstay)จะเป็นความผิดอยู่เกินกำหนดมากกว่า 40 วัน ...จำคุกไม่เกิน 2 ปี”¹ หรือกรณีอยู่เกินกำหนดน้อยกว่าปรับไม่ 40 วัน ไม่ต้องมีโทษจำคุก ให้ปรับไม่เกิน 20,000 บาท ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางการเปรียบเทียบปรับ

(3.2) แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 11,62 (ความผิดหลบหนีเข้าเมือง)

ประเด็นการแก้ปัญหาอายุความ เสนอแก้ไขเพิ่มเติมความผิดในความผิดหลบหนีเข้าเมืองเป็นจากเดิม ความผิดเกิดขึ้นเมื่อเข้าเป็นความผิดยังคงมีอยู่กรณีพบว่าหลบหนีเข้ามา แก้ไขมาตรา 62 บัญญัติว่าฝ่าฝืนมาตรา 11 เป็น “ฝ่าฝืนมาตรา 11 ...คนต่างด้าวฝ่าฝืนมาตรา 11และพบตัว ต้องระวางโทษ...” เมื่อเพิ่มเติมองค์ประกอบความผิดฝ่าฝืนมาตรา 11 และพบตัว จะทำให้ความผิดสำเร็จเมื่อพบตัว มิใช่เพียงเข้ามาโดยไม่ได้รับอนุญาต ดังนั้นทราบได้ที่ยังไม่พบตัวยังไม่ครบองค์ประกอบความผิดฐานนี้ อายุความไม่เริ่มนับ หากพบตัวเมื่อใดยังคงดำเนินคดีและลงโทษได้

(4) เสนอให้เพิ่มเติมบทบัญญัติหมวด 1 ของพระราชบัญญัติ

ให้มีการแก้ไขบทบัญญัติ หมวด 1 ของพระราชบัญญัติ กำหนดโทษหรือมาตรการในการจัดการคนต่างด้าวตามความหนักเบา ประเด็นเรื่องการจัดลำดับในการใช้มาตรการพิเศษ ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมให้บัญญัติในส่วนของโทษที่จะจัดการกับคนต่างด้าว ให้มีลักษณะไล่ลำดับความหนักเบาเหมือนลักษณะเหมือนโทษตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 และมีมาตรการที่หลากหลาย ตามลำดับ เริ่มจาก (1) มาตรการพิเศษ เช่น Black list เพิกถอนสิทธิ การห้ามประกอบอาชีพ ห้ามเข้ามามีถิ่นพำนัก ห้ามจดทะเบียนธุรกิจ ห้ามขยายระยะเวลาพำนัก ฯลฯ (2) มาตรการทางปกครอง เช่น ส่งกลับ กักตัว และ (3) โทษ อนุโลมตาม ประมวลกฎหมายอาญา

กรณีคนต่างด้าวฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมือง ต้องมีการจัดการตามลำดับตาม มาตรการที่กำหนดข้างต้น อาจใช้มาตรการใดมาตรหนึ่งเพียงมาตรการเดียวหรือหลายมาตรการ แต่

¹ เดิม - “...พำนักโดยวันอนุญาตสิ้นสุด/ถูกเพิกถอนการอนุญาต/อยู่โดยไม่ได้รับอนุญาต... จำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 20,000 บาท”กรณีอยู่เกินกำหนด 1 - 40 วัน ไม่มีโทษจำคุก คงเหลือเฉพาะโทษปรับ

ต้องมีลักษณะเป็นไปตามลำดับความหนักเบา มิใช่ในสถานการณ์เดียวกัน จะเลือกใช้อย่างใดอย่างหนึ่งหรือใช้ทุกอย่างไม่มีเอกภาพ

(5) ในการกำหนดความผิดอาญาหรือยกเลิกความผิดตามที่ได้วิเคราะห์ตาม (1) – (4) เห็นว่า ปัจจุบันมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 77 ได้บัญญัติให้การกำหนดความผิดอาญาต้องที่ร้ายแรงเท่านั้น ความผิดได้วิเคราะห์มา เห็นว่า สอดคล้องกับบทบัญญัติดังกล่าวอย่างชัดเจน คือ การกำหนดความผิดที่เกี่ยวกับการอำพรางหรือลวงเพื่อให้มีการเข้าหรือพำนักในราชอาณาจักร ตามข้อเสนอข้างต้นมีลักษณะเป็นความผิด Mala in se ในส่วนการกำหนดความผิดกรณีขาดคุณสมบัติหรือผิดเงื่อนไขเป็นความผิด Mala prohibita จะมีวิธีทางอื่นในการควบคุม(ไม่ใช่วิธีทางสุดท้าย) แต่การควบคุมโดยวิธีทางอื่น จะทำให้รัฐมีภาระมากขึ้น ทำให้การควบคุมคนต่างด้าวของรัฐอ่อนแอ สุ่มเสี่ยงต่อปัญหาความมั่นคง จึงไม่ขัดแย้งกับมาตรา 77แต่อย่างใด

5.2.2 ข้อเสนอแนะประเด็นที่น่าใจที่ควรศึกษาเพิ่มเติม

(1) ความผิดในกฎหมายอาญาทั้งหลายที่ผู้กระทำให้เป็นผู้ใด ในพฤติกรรมใดบ้างที่ควรกำหนดโทษเป็นบทเฉพาะหรือการกระทำของคนต่างด้าวควรจะเป็นฉกรรจ์ ควรจะต้องเพิ่มโทษเพราะเป็นคนต่างด้าวได้หรือไม่ และความผิดฐานใดบ้างที่ควรเพิ่มโทษ เพียงใดเพราะสถานะของบุคคลที่มีใช้พลเมืองของรัฐ (คนต่างด้าว) เช่น ความผิดคนต่างด้าวลักทรัพย์ควรกำหนดเป็นความผิดที่เป็นเหตุฉกรรจ์เหมาะสมหรือไม่ อย่างไร เพราะกฎหมายอาญาหลายมาตราให้บุคคลรับผิดหนักขึ้นเพราะมีฐานะบางฐานะ (แม้ไม่ฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมือง)

(2) ความผิดที่เป็นความผิด Ma la prohibita ซึ่งการกำหนดความผิดและโทษ คนต่างด้าวมักจะมีการฝ่าฝืนโดยปราศจากเจตนา แต่ความผิดเหล่านี้เป็นความผิดโดยเทคนิคของกฎหมาย และเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด รัฐควรกำหนดมาตรการในกฎหมายอย่างไร ให้คนต่างด้าวที่มีเหตุอันสมควร ได้มีข้อแก้ตัวได้บ้างในบางความผิด

(3) เครื่องมือหรือมาตรการที่จะให้ศาลและเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมรับทราบและรับรู้ในการฝ่าฝืนมาตรการในการเข้าเมืองของคนต่างด้าว เพื่อเป็นเครื่องมือในการควบคุมคนต่างด้าวในฐานะผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา หรือเป็นเครื่องมือในการในการรับฟังข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการถูกลงโทษ หรือข้อมูลการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยหรือวิธีการอื่นใดจากสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองเพื่อเป็นข้อมูลให้ศาลและเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมใช้ประกอบในการพิจารณาสั่งการทางคดี เช่น การปล่อยชั่วคราว

บรรณานุกรม

หนังสือและบทความในหนังสือ

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร :

พลสยามพริ้นติ้ง, 2544.

คณิต ณ นคร. พื้นฐานความรู้กฎหมายอาญา. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2553.

_____. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2547.

_____. กฎหมายอาญาความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2553.

จรัญ โฆษณานันท์. สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติ

ธรรม, 2556.

จิตติ ดิงศกทิพย์. กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา,

2548.

จตุรนต์ ธีระวัฒน์. กฎหมายระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 4.

ไทพีศรีนิติ ภัคดีกุล. อาชญาวิทยา. มปท. มปป. มปป.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. หลักกฎหมาย กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพมหานคร :

วิญญูชน, 2556.

_____. กฎหมายอาญา หลักและปัญหา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2540.

_____. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร :

สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2553,

_____. ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง. พิมพ์ครั้งที่ 37. กรุงเทพมหานคร :

สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2560,

ปกป้อง ศรีสนิท. กฎหมายอาญาขั้นสูง. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559.

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. กรุงเทพมหานคร :

สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

ประธาน วัฒนวาณิชย์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา. กรุงเทพมหานคร :

สำนักพิมพ์ประกายประกาย, 2546.

พระพรหมคุณาภรณ์(ป.อ.ปยุตฺโต). นิติศาสตร์แนวพุทธ. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพมหานคร :

พระพุทธศาสนาของธรรมสภา, 2555.

รุจิรัตน์ สัตว์วานนท์ โททาทิ. วีซ่าท่องเที่ยว วีซ่านักเรียนและสิทธิพิเศษ ชุดวีซ่าไปอเมริกา.

กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543.

พัทยา เรือนแก้ว สุภางค์ จันทวานิช และ ฉันทนา บรรพศิริโชติ หวันแก้ว. ไทยต่างด้าว

ทำวต่างแดน : สังคมวิทยาของชีวิตข้ามพรมแดน. กรุงเทพมหานคร :

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559.

พงษ์นคร นครสันติภาพ. คำอธิบายกฎหมายเข้าเมือง. กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,

2552.

พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร. รวมบทบัญญัติแห่งกฎหมายไทยและเอกสารสำคัญว่าด้วยคน

ต่างด้าวในประเทศไทย. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน. 2555.

เสนีย์ ปราโมช,ม.ร.ว.. กฎหมายสมัยอยุธยา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559.

ส. พลายน้อย. ชาวต่างชาติในประวัติศาสตร์ไทย. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์อักษรบริการ, 2505.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับการปลอมและแปลงตามประมวลกฎหมายอาญา.

กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2555.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 20. กรุงเทพมหานคร :

สำนักมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

_____. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพมหานคร :

สำนักพิมพ์ประกายประกาย, 2545.

อุททิศ แสนโกศิก. กฎหมายอาญาภาค 1. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2528.

อุทัย อาทิวา. ทฤษฎีอาชญาวิทยากับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 2.

กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด วี.เจ.พรินต์, 2558.

อภิรัตน์ เพชรศิริ. ทฤษฎีอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.

อัมณพ ชูบำรุง และ อุนิษา เลิศโตมรสกุล. อาชญากรรมและอาชญาวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 1.

กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555.

เอกราต์. คำบรรยายกฎหมายอาญา. จังหวัดพระนครศรีอยุธยา : ร้านกาญจนาพิมพ์ดีด.

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2477

วิทยานิพนธ์

เกรียงไกร โพธิ์แก้ว. “ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกับคำสั่งทั่วไปทางปกครอง(คำสั่งทางปกครองทั่วไป)”. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

ชลิดา โตสินตระกูล. “สิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย : ศึกษากระบวนการในการเข้าสู่สิทธิในการทำงานในประเทศไทย”. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

คณศ เต็งสุวรรณ. “ปัญหาการจัดระบบกฎหมายที่กำหนดความผิดอาญาในประเทศไทย”. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.

เทพย์ ชีรจันทรานนท์. “วิเคราะห์วิธีการและปัญหาการควบคุมคนต่างด้าวในประเทศไทย”. วิทยานิพนธ์หลักสูตรรัฐศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2515.

นิโรธ ฉัตรแก้วบุญเรือง, “การหลบหนีเข้าเมืองของแรงงานต่างด้าว กรณีศึกษาภาคตะวันออกเฉียงเหนือ”. วิทยานิพนธ์หลักสูตรศิลปศาสตรมหาบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

ปัทมาภรณ์ กฤษณายุทธ. “ความผิดฉ้อโกง : ศึกษากรณีการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ต”. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

ภรณันท์ ขวัญทอง. “วิเคราะห์ความผิดเกี่ยวกับหนังสือเดินทาง”. วิทยานิพนธ์ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

เมธินี สารสุวรรณ. “ความเหมาะสมของโทษประหารชีวิตในความผิดตามกฎหมายอาญา”. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

ผดุง ฉันทยางกูร, “สิทธิของคนต่างด้าวตามสนธิสัญญา”. วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญาโท ภาค 2 ทางการทูตมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ม.ป.พ.

วิษซ์ จีระแพทย์. “สิทธิของคนเข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ได้สัญชาติไทย”. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

วัชรพล สว่างแผ้ว. “ปัญหาและอุปสรรคของการบังคับใช้ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522”.

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2545.

วิภาพร เนติจิรโชติ. “การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป : ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา”. วิทยานิพนธ์ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2548.

วาทีน หนูเกื้อ. “มาตรการเสริมในทางอาญา”. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.

วัชรพันธุ์ จันทรวงศ์. “อิทธิพลองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติในพื้นที่อำเภอเกาะสมุยจังหวัดสุราษฎร์ธานี”. สารนิพนธ์ หลักสูตรศิลปศาสตรมหาบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

สุจินต์ ชัยมงคลานนท์. “สิทธิของคนต่างด้าวในประเทศไทย”. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตร์ มหาบัณฑิตแผนกวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2517.

สกล นิสารัตน์. “กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม : แนวความคิดทางด้านปรัชญาและความยุติธรรมทางสังคม”. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.

สหธน รัตนไพจิตร. “ความประสงค์ของการลงโทษทางอาญา : ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา”. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527.

สุชุม ทองศิริ. “การเปรียบเทียบคดี : ศึกษาเฉพาะปัญหาเกี่ยวกับเกณฑ์ในการกำหนดความผิดที่อาจเปรียบเทียบได้ตามกฎหมายไทย”. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.

อรรถสิทธิ์ กันมล. “ปัญหาการนำโทษทางปกครองมาใช้ควบคู่กับโทษทางอาญา”. วิทยานิพนธ์ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

อัมพวา บัวเย็น. “การนำมาตรการเสริมอื่นมาใช้แทนการดำเนินคดีอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดมาตรา 62 วรรคหนึ่ง และมาตรา 81 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522”. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2553.

องค์อาสน์ เจริญสุข. “เกณฑ์การแบ่งแยกความผิดทางอาญาและความผิดทางปกครอง”. วิทยานิพนธ์ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

อมรวิทย์ ภัคดี. “ความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวในประเทศไทย”.

วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

อุดมศรี ฉายาลักษณ์. “การป้องกันอาชญากรรมข้ามชาติโดยมาตรการตรวจคนเข้าเมือง ศึกษาเฉพาะกรณีเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองท่าอากาศยานกรุงเทพ”. วิทยานิพนธ์หลักสูตรศิลปศาสตรมหาบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.

ภัทรพร ภัทรพงศ์สินธุ์. “การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองกับคนต่างด้าวที่เดินทางเข้าราชอาณาจักรไทยศึกษากรณี ด้านตรวจคนเข้าเมืองท่าอากาศยานสุวรรณภูมิ”. วิทยานิพนธ์หลักสูตรศิลปศาสตรมหาบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

บทความในวารสารกฎหมาย

จักรกริช ตันอารีย์. “นิรโทษกรรม : ปัญหาการใช้การตีความ”. วารสารบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์. 2554

กิตสุรณ สังขสุวรรณ. “สิทธิมนุษยชนและการค้ามนุษย์.” วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ปีที่33. ฉบับที่ 2, (กันยายน 2558) : 83-85

จเร จารุวงศ์สันติ. “การกำหนดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าว.” วารสารบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์. ปีที่2. ฉบับที่ 1.(กรกฎาคม 2551) : 369-376

ณัฐภัทร ถวัลย์โพธิ. “การกำหนดให้ความผิดเกี่ยวกับหนังสือเดินทางเป็นความผิดมูลฐานตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน.” วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ปีที่26. ฉบับที่ 1. (กันยายน 2558) : 83-85

ธนา ยศตระกูล. “อาชญากรรมข้ามแดน Cross-Border Crime”. จุลสารความมั่นคงศึกษา. ฉบับที่ 48 ต.ค.2551

ปภาศรี บัวสุวรรณค์. “มาตรการทางกฎหมายด้านแรงงานต่างด้าวกรณีเปิดเสรีอาเซียน.” บทบัญญัติ, เล่มที่ 70.ตอนที่4. (ธันวาคม 2557) : 19

ประธาน วัฒนพาณิชย์, “อนุสัญญาขององค์การสหประชาชาติในการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์”, จุลสารความมั่นคงศึกษา. ฉบับที่ 5,(พ.ค. 2549)

ประสงค์ รัตนันท์, “คนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมือง”, วารสารกฎหมายธุรกิจบัณฑิต, ปีที่ 2

ฉบับที่ 1 (ม.ค.-มิ.ย., 2545).

ปกรณ นิลประพันธ์, “ร่างกฎหมายปรับปรุงกฎหมายคนเข้าเมืองของสหรัฐอเมริกา”. กฤษฎีกาสาร. ปี

ที่ 1 ฉบับที่ 2. (ธ.ค. 2548 -มิ.ย., 2549).

พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร. “คำว่า “คนต่างด้าว” และการจำแนกประเภทคนต่างด้าว

ภายใต้กฎหมายไทย.” จุลพาฬ, เล่ม 4. ปีที่ 43. (ต.ค.-ธ.ค. 2539) : 150-151

พงษ์นคร นครสันติภาพ บรรณาธิการ, “คู่มือป้องกันปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติ”,

จัดทำโดยกองบังคับการสืบสวน สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง. พ.ย. 2554

วิมลศิริ ชำนาญเวช. “การสมรสกับคนต่างด้าว.” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 26. ฉบับที่ 2. (มิถุนายน

2539) : 221

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ และ จตุรนต์ ธีระวัฒน์. “อำนาจอธิปไตยกับกฎหมายระหว่างประเทศ.” วารสาร

นิติศาสตร์. ฉบับที่ 4. ปีที่ 16. (ธันวาคม 2529) : 170-173

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. หลักความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญา. รวมบทความทางวิชาการ

เนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์จิติ ดิสงฆ์, (2536) น. 12-16

สุรชาติ บำรุงสุข, “ความมั่นคง VS ประชาธิปไตย”. จุลสารความมั่นคงศึกษา. ฉบับที่ 5 พ.ค. 2549

อมรพันธุ์ นิมาพันธ์, “ปัญหาเกี่ยวกับผู้อพยพและผู้หลบหนีเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย”,

วารสารอัยการ, ปีที่ 14 ฉบับที่ 156, ก.พ. 2534.

อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ และ พรทิพย์ เพ็ชรศิริ. “ขอบเขตของกฎหมาย.” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 9. ฉบับที่

3. (2521) : 116-119

เอกสารงานวิจัย

วิสนุ ปราสาททองโอสถ พล.ต.ต.. “การแก้ไขพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 เพื่อพัฒนางาน

ตรวจคนเข้าเมืองศึกษาเฉพาะกรณี : งานตรวจผู้โดยสารเดินทางเข้าและออกด่าน

ตรวจคนเข้าเมืองท่าอากาศยานสุวรรณภูมิ”. เอกสารวิชาการส่วนบุคคล หลักสูตร

ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูงรุ่นที่ 16 วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาล

ยุติธรรม, 2555.

เอกสารอื่นๆ

กฤตยา อาชวนิจกุล บรรณาธิการ, “สถานการณ์ “คนข้ามชาติ” ของประเทศไทย : นโยบายและทิศทางการวิจัย”, รายงานจากการถอดเทปการสัมมนา สถาบันวิจัยประชากรและสังคมมหาวิทยาลัยมหิดล, 2537.

การกำหนดชั้นโทษและนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา. n.p. : สถาบันฯ, 2551

สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง. Statistics Review. (ม.ป.ท. : ม.ป.พ., 2548).

ศรุตี สุกุลรัตน์ และ วิจารณ์วิทย์ พงศ์กุลธร. อาชญากรรมข้ามชาติกับผลกระทบทางเศรษฐกิจและสังคมในเขตเมืองพัทยา : รายงานการวิจัย. n.p. (ชลบุรี) : ศูนย์ (2552)

ศักดิ์ชัย เลิศพานิชพันธุ์ และคณะ. การศึกษาแนวทางและความเป็นไปได้ ในการนำมาตราการลงโทษระดับกลางมาใช้เพื่อมาตรการทางเลือกในการลงโทษผู้กระทำ ความผิดในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทย : รายงานการวิจัย กระทรวงยุติธรรม (2551)

Book and Book Article

Bender 's . Immigration and Nationality act. Pamphlet. 2011 ed. San francico. LexisNexis, 2011.

David Jackson. Immigration Law and Practice .London.Sweet & Maxwell.1996.

Chaloka Beyani. Human rights standards and the movement of people within states.Oxford : Oxford University Press. 2000.

David Feldman. Civil liberties and human rights in England and Wales. 2rd ed. Oxford University, 2002.

Margaret Phelan, James Gillespie. Immigration Law Handbook. 5th ed. Oxford. Oxford University, 2007.

Phillip Cole. Philosophies of exclusion liberal political theory and immigration. Edinburgh university press, 2000.

Immigration act of 1990. West publishing. Minnesota. 1991.

T.Alexander Aleinikoff, David A. Martin. Immigration and nationality laws of the united states. West publishing. Minnesota. 1990.

Wayne R. Lafave & Austin W Scott. Jr. Criminal Law. St. Paul Minn. : West Publishing co, 1992, p 5

Beyani,Chaloka. Human rights standards and the movement of people within states /
Chaloka Beyani. - Oxford : Oxford University Press, 2000. - xvi, 159 p. -
Oxford monographs in international law

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

www.lawreform.go.th

<http://crimmigration.com/2015/09/17/defining-crimmigration-law-part-1/>

https://www.doe.go.th/prd/assets/upload/files/alien_th/cea979ea00fbb2f2ad2b6d5e53d5dde8.pdf, 28 พฤษภาคม 2560.

http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/arzjl46&div=43&g_sent=1&collection=journals, 11 ธันวาคม 2559.

<http://www.thairath.co.th/content/518902>, 20 เมษายน 2560.

<http://www.mfa.go.th/business/th/news/84/65477>, 20 เมษายน 2560.

<http://morning-news.bectero.com/social-crime/04-Sep-2015/53162>, 20 เมษายน 2560.

<http://ostatic.tnamcot.com/content/417431>, 20 เมษายน 2560.

<https://www.uscis.gov/ilink/docView/SLB/HTML/SLB/0-0-0-1/0-0-0-29/0-0-0-101/0-0-0-195.html>, 28 พฤษภาคม 2560.

http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/arzjl46&div=43&g_sent=1&collection=journals, 11 ธันวาคม 2559

<http://crimmigration.com/2015/09/17/defining-crimmigration-law-part-1/>

<http://www.nationtv.tv/main/content/crime/378463800/>, 16 เมษายน 2560.

<http://www.mfa.go.th/business/th/news/84/65477>, 16 เมษายน 2560.

http://elib.coj.go.th/Article/c13_12_1.pdf, 10 เมษายน 2560.

<http://news.mthai.com/world-news/379918.html>, 23 เมษายน 2560.

<http://www.bbc.com/thai/international-39288335>, 23 เม.ย.2560.

http://elib.coj.go.th/Article/c13_12_1.pdf, 10 เมษายน.2560.

<http://www.posttoday.com/world/news/477760>, 23 เมษายน 2560.

<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1274&context=aulr> . Accessed April 23rd,2017.

<http://www.immi-moj.go.jp/tp2/en/index.html>, 24 พฤษภาคม 2560.

<http://www.thairath.co.th/content/702025>, 24 พฤษภาคม 2560.

http://www.ms.ipsr.mahidol.ac.th/ConferenceXI/Download/Presentation/2558-15_Sakkarin.pdf. เมื่อวันที่ 25 เมษายน 2560

<http://documents.routledgeinteractive.s3.amazonaws.com/9781138793934/A2/Mill/MillHarm.pdf>

http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1971/77/pdfs/ukpga_19710077_en.pdf, 28 เมษายน 2560.

https://www.cps.gov.uk/legal/h_to_k/immigration/#entering, 28 เมษายน 2560.

http://www.cps.gov.uk/legal/h_to_k/immigration/#entering, 29 เมษายน 2560.

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/257389/illegalentry.pdf สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มิ.ย.2560

<https://www.gov.uk/guidance/immigration-rules/immigration-rules-part-1-leave-to-enter-or-stay-in-the-uk> สืบค้นเมื่อวันที่ 13 ธันวาคม 2559.

http://www.cps.gov.uk/legal/h_to_k/immigration/#entering, 29 เมษายน 2560.

<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title8/pdf/USCODE-2011-title8-chap12-subchapII-partVIII-sec1325.pdf>, 19 เมษายน 2560.

<https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-1948-marriage-fraud-8-usc-1325c-and-18-usc-1546>, 22 พฤศจิกายน 2559.

<https://www.gpo.gov/fdsys/granule/USCODE-2015-title8/USCODE-2015-title8-chap12-subchapII-partVIII-sec1326/content-detail.html> สืบค้นเมื่อ 8 ธ.ค.2559

<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2015-title8/pdf/USCODE-2015-title8-chap12-subchapII-partIII-sec1202.pdf>, 19 เมษายน 2560

<http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p?page=0;query=DocId%3A%22d0fd4d9d-0e2f-462f-a0df-0df7ecdc86d1%22%20Status%3Ainforce%20Depth%3A0;rec=0> , 29 เมษายน 2560

<http://news.asiaone.com/News/AsiaOne+News/Crime/Story/A1Story20130523-424817.html> “Couple' in marriage of convenience jailed”

<http://law.moj.gov.tw/Eng/LawClass/LawAll.aspx?PCode=D0080132>, 28 เมษายน 2560.

http://www.moi.gov.tw/english/english_law/law_detail.aspx?sn=287, 28 เมษายน 2560.

<https://www.immigration.gov.tw/ct.asp?xItem=1090240&ctNode=30085&mp=2,5>

ธันวาคม 2559.

<https://www.immigration.gov.tw/ct.asp?xItem=1252514&ctNode=30026&mp=2,>

5 ธันวาคม 2559

<http://www.immi-moj.go.jp/english/soshiki/index.html> , 10 ธันวาคม 2555

<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2647&vm=&re=> , 10 ธันวาคม

2559

http://www.immi-moj.go.jp/english/hourei/index.html#sec_01, 10 ธันวาคม 2555.

<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2647&vm=&re=>, 10 ธันวาคม

2555.

<https://japansociology.com/2012/11/13/immigrants-and-crime-in-japan/>.

<https://japansociology.com/2013/06/29/illegal-immigrants-in-japan-2/>.

<http://factsanddetails.com/japan/cat18/sub119/item633.html>. Accessed April 7, 2017,

<http://www.immd.gov.hk/eng/about-us/welcome.html>, 10 ธันวาคม 2559.

<http://www.hkii.org/eng/hk/legis/ord/115/> , 27 เม.ย.2560.

<http://www.chinaembassy.or.th/th/zxxx/t571129.htm>,

27 เมษายน 2560.

<http://www.immd.gov.hk/eng/about-us/organisation/index.html> , 27 เมษายน 2560.

http://www.csd.gov.hk/english/news/news_pr/news_pr_20100415.html, 27 เมษายน

2560.

<http://www.sb.gov.hk/eng/links/it/it.html>, 27 เมษายน 2560.

[http://www.scmp.com/comment/insight-opinion/article/1909323/why-are-indians-](http://www.scmp.com/comment/insight-opinion/article/1909323/why-are-indians-being-targeted-hong-kongs-crackdown-illegal)

[being-targeted-hong-kongs-crackdown-illegal](http://www.scmp.com/comment/insight-opinion/article/1909323/why-are-indians-being-targeted-hong-kongs-crackdown-illegal), 27 เมษายน 2560.

http://www.clc.org.hk/en/topics/immigration/immigration_offences/, 27 เมษายน 2560.

http://www.clc.org.hk/en/topics/immigration/immigration_offences/, 27 เมษายน 2560.

<http://www.hkii.org/eng/hk/legis/ord/115/s41.html>, 27 เมษายน 2560.

http://www.clc.org.hk/en/topics/immigration/immigration_offences/ , 27 เมษายน 2560.

<http://www.consular.go.th/main/th/services/1287/19765>., 29 เมษายน 2560.

http://www.immigration.go.th/nov2004/2notice/138_2557.pdf, 30 เมษายน 2560
<http://www.thairath.co.th/content/790847>, 6 พฤษภาคม 2560.
<http://news.voicetv.co.th/thailand/63825.html>, 6 พฤษภาคม 2560.
http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1377512955, 7 พฤษภาคม 2560.
<http://www.komchadluek.net/news/crime/195920>, 1 พฤษภาคม 2560.
http://www.immigration.go.th/nov2004/download/form_acknow_con2stay.pdf,
 1 พฤษภาคม 2560
<https://prachatai.com/journal/2014/03/52267>, 7 พฤษภาคม 2560.
http://www.thaitribune.org/contents/detail/304?content_id=17455&rand=1475785930
 ,25 พฤษภาคม 2560.
http://elib.coj.go.th/Article/c13_12_1.pdf.
[https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/597368/chapter3.pdf)
[file/597368/chapter3.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/597368/chapter3.pdf), 18 เมษายน 2560.
http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1971/77/pdfs/ukpga_19710077_en.pdf, 18
 เมษายน 2560.
[https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-1948-marriage-fraud-8-usc-](https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-1948-marriage-fraud-8-usc-1325c-and-18-usc-1546)
[1325c-and-18-usc-1546](https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-1948-marriage-fraud-8-usc-1325c-and-18-usc-1546), 22 พฤศจิกายน 2559.
<http://www.hkii.hk/eng/hk/legis/ord/115/s41.html> 10 ธันวาคม 2559.
<http://www.ku.ac.th/sars/a10.html> สืบค้นเมื่อวันที่ 2 มิถุนายน 2560.
<http://www.thairath.co.th/content/677522> สืบค้นเมื่อวันที่ 2 มิถุนายน 2560
<http://www.manager.co.th/QOL/ViewNews.aspx?NewsID=9590000111015>, 2 มิถุนายน
 2560.
<http://thaipublica.org/2015/07/illegal-immigration-1/>, 1 มิถุนายน 2560.
[https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-1948-marriage-fraud-8-usc-](https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-1948-marriage-fraud-8-usc-1325c-and-18-usc-1546)
[1325c-and-18-usc-1546](https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-1948-marriage-fraud-8-usc-1325c-and-18-usc-1546), 9 พฤษภาคม 2560.
<https://pali2you.blogspot.com/>
[https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title8/pdf/USCODE-2011-title8-chap12-](https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title8/pdf/USCODE-2011-title8-chap12-subchapII-partVIII-sec1325.pdf)
[subchapII-partVIII-sec1325.pdf](https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title8/pdf/USCODE-2011-title8-chap12-subchapII-partVIII-sec1325.pdf), 9 พฤษภาคม 2560.
[https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/2573](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/257389/illegalentry.pdf)
[89/illegalentry.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/257389/illegalentry.pdf), 1 มิถุนายน 2560.

http://www.cps.gov.uk/legal/h_to_k/immigration/#obtain, 1 มิถุนายน 2560.

<http://www.migrationobservatory.ox.ac.uk/resources/briefings/immigration-offences-trends-in-legislation-and-criminal-and-civil-enforcement/>, 11 พฤษภาคม 2560.



ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	ร้อยตำรวจเอก ธนกฤต แทนบุญ
วันเดือนปีเกิด	18 มิถุนายน 2522
ตำแหน่ง	รองสารวัตรฝ่ายอำนวยการ กองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง 2
ประวัติการศึกษา/อบรม	2544 : นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2544 : ประกาศนียบัตรวิชาว่าความ(รุ่น 18) 2545 : เนติบัณฑิตไทย(สมัยที่ 55) 2551 : ประกาศนียบัตรวิชาชีพสอบสวน 2556 : ประกาศนียบัตรหลักสูตรพนักงานสอบสวน ผู้ชำนาญการ(รุ่น 32)

ผลงานทางวิชาการ

ธนกฤต แทนบุญ. “การกำหนดความผิดและโทษที่เหมาะสม : ศึกษากรณีคนต่างด้าวเข้ามาและพำนัก
ในราชอาณาจักรฝ่าฝืน พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต
(กฎหมายอาญา) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.