



ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของคู่กรณีในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณา  
ทางปกครอง: ศึกษากรณีการเนรเทศคนต่างด้าว

ปิ่นชนิชา อัครโรจน์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์  
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต  
ปีการศึกษา 2566

LEGAL PROBLEMS CONCERNING RIGHTS OF THE PARTY TO BE HEARD  
IN THE ADMINISTRATIVE PROCEDURAL PROCESS: A STUDY ON THE  
ALIEN EXPULSION

PANNICHA ASAWAROJ

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws Department of Law,  
Pridi Bhanomyong Faculty of Law  
Dhurakij Pundit University  
Academic Year 2023



### ใบรับรองวิทยานิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต  
ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์ ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของคู่กรณีในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณา  
ทางปกครอง : ศึกษากรณีการเนรเทศคนต่างด้าว  
เสนอโดย ปิ่นตนิษา อัครวจิณ  
สาขาวิชา นิติศาสตร์  
หมวดวิชา กฎหมายมหาชน  
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล

ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว

  
.....ประธานกรรมการ  
(ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ)

  
.....กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์  
(ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล)

  
.....กรรมการ  
(อาจารย์ ดร.จิรวุฒิ ลิปิพันธ์)

คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ รับรองแล้ว

  
..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์  
(อาจารย์ ดร.สุทธิพล ทวีชัยการ)

วันที่ 6 เดือน กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2567

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของคู่กรณีในการได้รับฟังใน กระบวนการพิจารณาทางปกครอง: ศึกษากรณีการเนรเทศคนต่างด้าว
ชื่อผู้เขียน	ปณิตินิชา อัครโวจน์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ศาสตราจารย์ ดร. ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล
หลักสูตร	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา	2566

### บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาว่า สิทธิของคู่กรณีในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการเนรเทศคนต่างด้าวนั้นมีหรือไม่ เนื่องจากหลักการรับฟังคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาคดีทางปกครองมีความสำคัญเพราะเป็นหลักประกันความยุติธรรมสำหรับประชาชนซึ่งเป็นคู่กรณีผู้จะได้รับผลกระทบจากการกระทำของฝ่ายปกครองสามารถใช้ปกป้องตนเองจากการใช้อำนาจออกคำสั่งวินิจฉัยสั่งการของฝ่ายปกครองที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิของตน

จากการศึกษาพบว่า ในประเทศไทยนั้นกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องมิได้ให้สิทธิแก่คนต่างด้าว ซึ่งจะถูกเนรเทศในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ก่อนออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวคือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 30 วรรคสอง (6) กำหนดให้สามารถออกกฎกระทรวงในเรื่องที่เจ้าหน้าที่ไม่จำเป็นต้องให้คู่กรณีมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนได้ และกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในวรรคสอง (6) กำหนดให้การสั่งให้เนรเทศเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคสอง (6) และกฎหมายที่เกี่ยวกับการเนรเทศ คือ พระราชบัญญัติเนรเทศ พ.ศ. 2499 และพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ก็ไม่มีบทบัญญัติให้มีการรับฟังคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศก่อนออกคำสั่งเนรเทศ

ด้วยเหตุที่กฎหมายของประเทศไทยมิได้ให้สิทธิคนต่างด้าวมิสิทธิเข้าร่วมในการต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการเนรเทศคนต่างด้าวก่อนมีการออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวจึงเป็นการขัดต่อหลักกฎหมายหรือแนวความคิดที่ยอมรับกันมานานอารยประเทศ ตลอดจนกฎหมายระหว่างประเทศ และดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ที่ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499 และพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 โดยให้มีบทบัญญัติคุ้มครองคนต่างด้าวโดยให้คนต่างด้าวซึ่งจะถูกเนรเทศได้รับสิทธิที่ได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ก่อนออกคำสั่งเนรเทศ

**คำสำคัญ:** สิทธิของคู่กรณีในการได้รับฟัง, สิทธิของคนต่างด้าวในการได้รับฟัง, กระบวนการพิจารณาทางปกครองในการเนรเทศคนต่างด้าว, การเนรเทศคนต่างด้าว

Thesis Title	LEGAL PROBLEMS CONCERNING RIGHTS OF THE PARTY TO BE HEARD IN THE ADMINISTRATIVE PROCEDURAL PROCESS: A STUDY ON THE ALIEN EXPULSION
Author	Pannicha Asawaroj
Thesis Advisor	Professor Phaisith Phipatanakul, Ph.D
Program	Master of Laws
Academic Year	2023

## ABSTRACT

The objective of this thesis is to investigate whether the Audi alteram partem right of parties in administrative proceedings exists in cases of expatriate deportation. This is because the Audi alteram partem rule in administrative proceedings is crucial as it serves as a guarantee of fairness for citizens who are parties to cases that may be impacted by the actions of the administration, allowing them to defend themselves against the administrative exercise of authority in decisions or orders that may affect their rights.

From the study, it is found that various laws in Thailand do not grant the Audi alteram partem rights to foreign individuals who are subject to deportation to be heard in the administrative proceedings of authorities before issuing deportation orders. Specifically, Section 30 Paragraph two (6) of the Administrative Procedure Act B.E. 2539 allows for ministerial regulations to be issued without affording the affected parties an opportunity to contest or present their evidence. Additionally, Ministerial Regulation No. 2 B.E. 2540, issued in accordance with Section 30 Paragraph two (6) of the aforementioned Act, mandates deportation orders as administrative orders. Furthermore, laws related to deportation, such as the Deportation Act B.E. 2499 and the Immigration Act B.E. 2522, do not contain provisions for hearing foreign individuals who are to be deported before issuing deportation orders.

Due to the fact that Thai law does not grant foreign individuals the right to participate in proceedings to contest their deportation by administrative authorities before deportation orders are issued, it contradicts longstanding legal principles or accepted norms in various international legal systems as well as inter-country laws. Therefore, this thesis suggests further amendments to Ministerial Regulation No. 2 (B.E. 2540) issued in accordance with the Administrative Procedure Act B.E. 2539, the Deportation Act B.E. 2499, and the

Immigration Act B.E. 2522 to provide protection for foreign individuals by granting them the Audi alteram partem right in the administrative proceedings before deportation orders are issued.

**Keywords:** Audi alteram right for parties, Audi alteram Right of foreign individuals, Administrative proceedings in expatriate deportation, Expatriate deportation

*Anobij Wulany*

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เรื่อง “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของคู่กรณีในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง: ศึกษากรณีการเนรเทศคนต่างด้าว ( Legal Problems Concerning Rights of the Party to be Heard in the Administrative Procedural Process: A Study on the Alien Expulsion) ” นี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี เพราะได้รับความเมตตากรุณาและอนุเคราะห์จากท่านอาจารย์ที่ปรึกษา ศาสตราจารย์ ดร. ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล ที่ได้สละเวลาอันทรงค่าให้คำแนะนำและความรู้แก่ผู้เขียน ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์เป็นอย่างสูง

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ ที่ได้ให้ความอนุเคราะห์เป็นประธานในการสอบวิทยานิพนธ์และได้ให้ความเมตตากรุณาสละเวลาอันทรงค่าในการให้คำแนะนำในการเขียนและการสอบจนวิทยานิพนธ์นี้สำเร็จสมบูรณ์ได้ด้วยดี

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ อาจารย์ ดร. จิรวุฒิ ลิปิพันธ์ ที่ได้ให้ความอนุเคราะห์มาเป็นกรรมการการสอบวิทยานิพนธ์และได้ให้ความเมตตากรุณาสละเวลาอันทรงค่าในการให้คำแนะนำในการเขียน การสอบ และตรวจทานเค้าโครงวิทยานิพนธ์ และวิทยานิพนธ์ จนวิทยานิพนธ์นี้เสร็จสิ้นไปได้ด้วยดี

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนหวังว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์สำหรับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและประชาชนที่สนใจศึกษาเรื่องนี้ต่อไป หากมีข้อผิดพลาดและบกพร่องประการใด ผู้เขียนขออภัยเป็นอย่างสูงไว้ ณ ที่นี้

ปัทมณีชา อัสวโรจน์

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ซ
สารบัญ.....	๗
สารบัญตาราง.....	ณ
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ในการวิจัย.....	9
1.3 ขอบเขตของการศึกษา.....	9
1.4 ระเบียบวิธีการวิจัย.....	10
1.5 สมมุติฐานการวิจัย.....	10
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	10
1.7 นิยามศัพท์.....	11
2. วิทยานิพนธ์ แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวกับสิทธิของคู่กรณีในการได้รับฟังใน.....	13
กระบวนการพิจารณาทางปกครองและการทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง	
2.1 วิทยานิพนธ์.....	13
2.2 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับสิทธิของคู่กรณีในการได้รับฟังในกระบวนการ.....	24
พิจารณาทางปกครองตามกฎหมายภายใน	
2.3 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิของคู่กรณีทางปกครองตามกฎหมายระหว่างประเทศ.....	34
2.4 การทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง.....	38
3. หลักการรับฟังคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการเนรเทศคนต่างด้าว.....	41
ตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย	
3.1 กฎหมายต่างประเทศ.....	42
3.2 กฎหมายระหว่างประเทศ.....	77
3.3 ประเทศไทย.....	82



สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4. บทวิเคราะห์ปัญหาสิทธิของคนต่างด้าวในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาเพื่อ.....	106
การเนรเทศคนต่างด้าว	
4.1 สิทธิของคู่กรณีซึ่งเป็นคนต่างด้าวในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาของ.....	106
เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อนการออกคำสั่งเนรเทศ	
4.2 สิทธิในการได้รับฟังของคนต่างด้าวในกระบวนการพิจารณาเพื่อการเนรเทศ.....	108
ของประเทศไทย	
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	127
5.1 ประเทศไทยกับประเทศไทยกับสิทธิของคนต่างด้าวในการได้รับฟังใน.....	127
กระบวนการพิจารณาเพื่อการเนรเทศ	
5.2 สิทธิของคนต่างด้าวในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาเพื่อการเนรเทศใน.....	129
ประเทศอื่น ๆ และกฎหมายขององค์การระหว่างประเทศ	
5.3 ข้อเสนอแนะ.....	132
บรรณานุกรม.....	135
ภาคผนวก.....	144
ก พระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499.....	145
ข พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522.....	150
ค กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติ วิธี.....	154
ปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539	
ง Draft Articles on the Expulsion of Aliens.....	156

## สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
4.1 ความแตกต่างระหว่างหลักสิทธิการรับฟังคนต่างด้าวในกระบวนการพิจารณาในการเนรเทศ.... คนต่างด้าวของประเทศไทยกับนานาประเทศและระหว่างประเทศ	125
4.2 บทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องขัดกับรัฐธรรมนูญ ขัดต่อแนวคิดทางกฎหมายแลกฎหมาย... ระหว่างประเทศ	126

## บทที่ 1 บทนำ

ในบทที่ 1 นี้จะนำเสนอความเป็นมาและสภาพปัญหาว่าในเรื่อง สิทธิของคู่กรณีในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง: ศึกษากรณีการเนรเทศคนต่างด้าว ว่ามีความเป็นมาและความสำคัญของปัญหาอย่างไร มีวัตถุประสงค์ในการวิจัยเพื่ออะไร การศึกษาจะมีขอบเขตน้อยเพียงใด สมมุติฐานของการศึกษาวิจัยเป็นอย่างไร มีวิธีการหรือระเบียบในการวิจัยอย่างไร ผู้วิจัยคาดว่าประโยชน์ที่จะได้รับจากการวิจัยน่าจะเป็นอย่างไร และคำนิยามศัพท์ที่เกี่ยวข้องกับหัวข้อและเนื้อหาของกรณีวิจัยมีอย่างไรบ้าง ซึ่งมีรายละเอียดดังจะกล่าวต่อไป

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การที่รัฐมีอำนาจอธิปไตยในการกำหนดกฎเกณฑ์และกฎหมายที่ควบคุมความประพฤติของบุคคลที่อาศัยอยู่ในดินแดนของรัฐทั้งบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐและคนต่างด้าวซึ่งไม่มีสัญชาติของรัฐแต่เข้ามาอยู่อาศัยในรัฐนั้น และรัฐก็มีภารกิจต่าง ๆ ที่กระทำซึ่งบางส่วนกระทำโดยฝ่ายปกครอง แต่การกระทำของฝ่ายปกครองนั้นอาจมีผลกระทบต่อบุคคลต่าง ๆ ที่อาศัยอยู่ในรัฐได้ จึงจำเป็นต้องมีการคุ้มครองบุคคลผู้ที่ได้รับผลกระทบโดยมีการบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเพื่อจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเพื่อให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวโดยให้ความเป็นธรรมต่อบุคคลที่จะได้รับผลกระทบ

อย่างไรก็ตามการจำกัดอำนาจฝ่ายปกครองโดยการให้สิทธิบุคคลที่เกี่ยวข้องและได้รับผลกระทบจากการกระทำของฝ่ายปกครองมีสิทธิบางประการ โดยเฉพาะสิทธิในการเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองก่อนฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองซึ่งเรียกว่าหลักการรับฟังคู่กรณีหรือหลักการฟังความทุกฝ่ายนั้นอาจทำให้เกิดปัญหากับส่วนรวมได้หากมีปัญหา ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐมีความจำเป็นเร่งด่วนหรือเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะเพราะเป็นเรื่องความมั่นคง หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนที่ไม่อาจรอการรับฟังพยานหลักฐานหรือความเห็นของบุคคลผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งได้

ในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานของบุคคลที่ต้องได้รับโอกาสในการเข้าสู่หรือมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ ตลอดจนกระบวนการพิจารณาในคดีทางปกครองด้วยนั้น รัฐต่าง ๆ รวมทั้งประเทศไทยมักอ้างข้อยกเว้นในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนหรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือความมั่นคงแห่งรัฐที่จะไม่ให้คู่กรณีผู้ได้รับผลกระทบเข้าสู่ในกระบวนการพิจารณาก่อนออกคำสั่งทางปกครองได้ และเรื่องหนึ่งที่บางประเทศรวมทั้งประเทศไทยมักใช้ข้อยกเว้นในการที่จะให้คู่กรณีผู้ได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองเข้าสู่ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองก่อนออกคำสั่งคือ การเนรเทศคนต่างด้าวออกจากประเทศของตนแม้มีหลักซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในนานาอารยประเทศว่า การที่บุคคลใดจะถูกทางการออกคำสั่งหรือคำพิพากษาใด ๆ ซึ่งมีผลกระทบต่อตนนั้นบุคคลนั้นต้องได้รับโอกาสใน

การชี้แจงหรือต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาของทางราชการที่จะออกคำสั่งหรือคำพิพากษาก่อนที่จะมีคำสั่งหรือคำพิพากษานั้นก็ตาม

ในเรื่องดังกล่าวนี้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights) และสนธิสัญญาต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ตลอดจนกฎหมายของนานาประเทศทั่วโลกก็ได้ยอมรับหลักการดังกล่าว

สำหรับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งประกาศใช้โดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ได้มีการลงมติยอมรับและประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 (พ.ศ. 2491) และประเทศไทยเป็นหนึ่งในประเทศที่ให้การรับรอง นั้นมีบทบัญญัติในข้อ 10 ซึ่งกำหนดว่า

“ทุกคนย่อมมีสิทธิในความเสมอภาคอย่างเต็มที่ในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมและเปิดเผยจากศาลที่อิสระและไม่ลำเอียงในการพิจารณากำหนดสิทธิและหน้าที่ของตนและข้อกล่าวหาอาญาใดต่อตน”<sup>1</sup>

ด้วยเหตุที่ประเทศไทยในฐานะบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ และเป็นภาคีปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน จึงมีพันธกรณีตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนดังกล่าว

นอกจากนั้น หลักการตามกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวนี้เป็นไปตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ยอมรับกันทั่วไปโดยหลักที่สำคัญประการหนึ่ง คือ ในกระบวนการพิจารณาต้องมีการประกันการตัดสินใจที่เป็นธรรมโดยการที่ให้ผู้ตัดสินชี้ขาด จะต้องให้ความเป็นธรรมในกระบวนการพิจารณาเพื่อคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนและส่งเสริมความเชื่อมั่นของสาธารณะในกระบวนการพิจารณา โดยต้องมีการรับฟัง กล่าวคือ บุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีที่ได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งหรือคำวินิจฉัยต้องได้รับโอกาสในการต่อสู้เพื่อแสดงความคิดเห็นเพื่อปกป้องตนเอง<sup>2</sup>

นอกจากสิทธิของบุคคลที่ต้องมีส่วนร่วมในการต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลแล้ว ในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ของหน่วยงานทางปกครองก็ต้องให้สิทธิคู่กรณีในการได้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาของฝ่ายปกครองโดยต้องมีการรับฟังคู่กรณี เช่นกัน และเป็นปัญหาที่สำคัญในกฎหมาย

---

<sup>1</sup> ‘Universal Declaration of Human Rights’ (United Nations) <<https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>> สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2566.

<sup>2</sup> ‘Principles of Natural Justice’ (National Academy of Customs, Indirect Taxes & Narcotics) <<https://nacin.gov.in/resources/file/e-books/Principles%20of%20natural%20justice.pdf>> สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2566.

วิธีพิจารณาคดีทางปกครองในประเทศต่าง ๆ รวมทั้งประเทศไทย เนื่องจากคู่กรณีผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำของฝ่ายปกครองย่อมมีความเห็นว่าตนควรมีสติสิทธิเสนอความเห็น พยานหลักฐานและโต้แย้งฝ่ายปกครองได้ เพราะเป็นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติที่คุ้มครองความเป็นธรรมให้กับคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองก่อนที่จะฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองเพื่อให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดทางกฎหมายกับคู่กรณีหรือผู้ตกอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง ในขณะที่หน่วยงานทางปกครองอาจเห็นว่าในบางกรณีไม่จำเป็นต้องรับฟังคู่กรณีหรือข้อโต้แย้งหรือพยานหลักฐานใด ๆ ของคู่กรณี เช่น ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐมีความจำเป็นเร่งด่วนหรือเป็นการกระทำการเพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะที่ไม่อาจรอการรับฟังพยานหลักฐานหรือความเห็นของบุคคลผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งตัดสินได้

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานของบุคคลที่ต้องได้รับโอกาสในการเข้าสู่หรือมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ ตลอดจนกระบวนการพิจารณาในคดีทางปกครองด้วยนั้น รัฐต่าง ๆ รวมทั้งประเทศไทยมักอ้างข้อยกเว้นในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนหรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือความมั่นคงแห่งรัฐที่จะไม่ให้คู่กรณีผู้ได้รับผลกระทบเข้าสู่กระบวนการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองได้

เรื่องหนึ่งที่บางประเทศรวมทั้งประเทศไทยมักใช้ข้อยกเว้นในการที่จะให้คู่กรณีผู้ได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองเข้าสู่กระบวนการพิจารณาทางปกครองก่อนออกคำสั่งคือ การเนรเทศคนต่างด้าวออกจากประเทศของตน

สำหรับคำว่าคำสั่งทางปกครองนั้นมีบัญญัติอยู่ใน มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งได้ให้คำนิยามว่า “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ....

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

การพิจารณาว่ากรณีใดเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่นั้นเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ กล่าวคือ หากคำสั่งของเจ้าหน้าที่ไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง เช่น การออกกฎ การแจ้งข่าวสาร หรือการแถลงการณ์ คำสั่งนั้นจะมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปมิได้กระทบต่อสิทธิของผู้รับคำสั่งเป็นการเฉพาะ แต่ถ้าเป็นคำสั่งทางปกครองแล้ว คำสั่งนั้นย่อมมีผลทางกฎหมายต่อผู้ที่ได้รับคำสั่งหลายประการ กล่าวคือ เมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองถูกกระทบสิทธิโดยผลของคำสั่งทางปกครองบุคคลนั้นก็จะต้องเข้ามาเป็นคู่กรณีตามมาตรา 5 (1) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ และมีสิทธิตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เช่น สิทธิได้รับแจ้งผลกระทบต่อสิทธิ (มาตรา 30)

คำสั่งทางปกครองนั้นอาจเกิดจากการที่มีระบุไว้โดยชัดแจ้งหรืออาจเกิดจากการกำหนดในกฎกระทรวง และสำหรับการสั่งเนรเทศคนต่างด้าวออกนอกประเทศนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่กำหนดโดยกฎกระทรวง เนื่องจากกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (ยกเว้นมาตรา 30 ไม่ต้องแจ้งสิทธิก่อนออกคำสั่งทางปกครอง) โดยให้คำสั่งทางปกครองในกรณีดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคสอง (6) ได้แก่ (6) การสั่งให้เนรเทศ

นอกจากนั้นอำนาจในการเนรเทศคนต่างด้าวเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร มิใช่เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายตุลาการ กล่าวคือ การเนรเทศนั้นจะทำอยู่ในรูปแบบของ “คำสั่งทางปกครอง” ที่ออกโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง

การเนรเทศ หมายความว่า การเคลื่อนย้ายคนต่างด้าวให้ออกจากประเทศโดยอาศัยมาตรการหรือคำสั่งจากฝ่ายปกครอง<sup>3</sup> ด้วยเหตุผลเพราะการพำนักอาศัยของคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศนั้นขัดต่อสันติภาพหรือความสงบสุข และความปลอดภัยของรัฐ<sup>4</sup> เพราะคนต่างด้าวผู้นั้นกระทำการใด ๆ ที่ขัดต่อความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยของรัฐ<sup>5</sup> โดยอาศัยกฎหมายเนรเทศ มิใช่กฎหมายคนเข้าเมือง เนื่องจากการให้คนต่างด้าวออกนอกราชอาณาจักรโดยอาศัยกฎหมายคนเข้าเมืองนั้นเกิดจากกรณีที่คนต่างด้าวผู้นั้นเข้าเมืองโดยผิดกฎหมายคือเป็นผู้ลักลอบหลบหนีเข้าเมืองซึ่งทำให้คนต่างด้าวผู้นั้นไม่มีสิทธิอยู่อาศัยในราชอาณาจักรมาตั้งแต่นั้น<sup>6</sup> อย่างไรก็ตามประเทศไทยต่างก็มีกฎหมายสองฉบับนี้ คือกฎหมายเนรเทศ และกฎหมายคนเข้าเมือง ซึ่งปกตินี้มีขึ้นเพื่อใช้ควบคุมการเข้าเมืองของคนต่างด้าว ซึ่งมักเน้นการเข้าเมืองต้องถูกกฎหมาย แต่ในทางปฏิบัติของประเทศไทยมีการใช้กฎหมายคนเข้าเมืองในการเพิกถอนสิทธิการอยู่อาศัยของคนต่างด้าวซึ่งเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน อันเป็นผลให้มีการเนรเทศคนต่างด้าวที่กระทำการเหล่านั้นได้

เนื่องจากการเนรเทศนั้นเป็นการลงโทษคนต่างด้าวที่เป็นภัยต่อสังคมให้ออกนอกประเทศ ซึ่งมีการใช้กันมาตั้งแต่สมัยโบราณ<sup>7</sup> ดังนั้น โดยหลัก ทุกประเทศมีสิทธิที่จะเนรเทศคนต่างด้าวโดยมิให้บุคคลดังกล่าวมีสิทธิในการพักอาศัยภายในประเทศของตนแม้ว่าบุคคลนั้นจะอยู่อาศัยในประเทศเป็นเวลานานหรือมีสิทธิอาศัยที่ค่อนข้างถาวร โดยเฉพาะคนต่างชาติซึ่งกระทำความผิดอาญาที่ร้ายแรง หรือเข้าประเทศโดยผิดกฎหมาย หรืออยู่

<sup>3</sup> Maurice Kamto, *Preliminary report on the expulsion of aliens* (UN General Assembly 2005) 6.

<sup>4</sup> A.N.Sinha, 'Law of Citizenship and Aliens in India' (July-September 1958) 3 *India Quarterly* 253.

<sup>5</sup> มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499 บัญญัติว่า เมื่อปรากฏว่ามีความจำเป็นเพื่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ให้รัฐมนตรีมีอำนาจออกคำสั่งให้เนรเทศคนต่างด้าวออกไปนอกราชอาณาจักร

<sup>6</sup> A.N.Sinha (เชิงอรรถ 4) 253.

<sup>7</sup> Maurice Kamto (เชิงอรรถ 3) 4.

ในประเทศเกินเวลาหรือกระทำผิดเงื่อนไขตามวีซ่า หรือสูญเสียสถานะทางกฎหมายที่จะอยู่ในประเทศโดยประการอื่นโดยคนต่างด้าวนั้นอาจถูกบังคับให้ออกนอกประเทศหรือถูกส่งกลับประเทศโดยฝ่ายปกครอง<sup>8</sup>

ตามปกติ การเนรเทศนั้นกระทำโดยหน่วยงานทางปกครองและอยู่ภายใต้บังคับของกระบวนการพิจารณาทางกฎหมายที่ไม่ค่อยซับซ้อนไม่มีรายละเอียดและในบางประเทศ คนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศไม่มีสิทธิในการเข้าไปร่วมในการพิจารณาหรือมีน้อยและไม่มีสิทธิที่จะมีตัวแทนเข้าช่วยเหลือในกระบวนการเนรเทศหรืออุทธรณ์คำสั่งเนรเทศ

อย่างไรก็ตามในระดับระหว่างประเทศนั้นมีการระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil, and Political Rights (ICCPR) ค.ศ. 1966) (2509 .ศ.พ) ซึ่งประกาศใช้โดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ได้มีการลงมติยอมรับ เมื่อวันที่ 1966 .ศ.ธันวาคม ค 16 และประเทศไทยเป็นภาคีนั้น มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการเนรเทศคนต่างด้าวอยู่ใน ข้อ 13 ดังนี้

“คนต่างด้าวผู้อยู่ในดินแดนของรัฐภาคีแห่งกติกานี้โดยชอบด้วยกฎหมายอาจถูกไล่ออกจากรัฐนั้นได้โดยคำวินิจฉัยอันได้มาตามกฎหมายเท่านั้น และผู้นั้นย่อมได้รับอนุญาตให้ชี้แจงแสดงเหตุผลคัดค้านการขับไล่ออกจากรัฐนั้นและขอให้มีการทบทวนเรื่องของตนโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ หรือบุคคล หรือคณะบุคคล ที่แต่งตั้งขึ้นเฉพาะกรณีนี้โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจโดยได้รับอนุญาตให้มีผู้แทนเพื่อวัตถุประสงค์ข้างต้นได้เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุผลจำเป็นเป็นอย่างอื่นด้านความมั่นคงแห่งชาติ”<sup>9</sup>

ในเรื่องสิทธิของบุคคลที่จะได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองที่ควรได้รับสิทธิในการเข้าร่วมและต่อสู้โต้แย้งในกระบวนการพิจารณาของฝ่ายปกครองก่อนเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งที่มีผลกระทบต่อตน ในประเทศไทยซึ่งในบางกรณีมีข้อยกเว้นหากเป็นเรื่องเร่งด่วนหรือกระทบต่อความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น เป็นเรื่องที่มีปัญหาและมีข้อถกเถียงได้ โดยเฉพาะกรณีการเนรเทศคนต่างด้าวออกจากประเทศไทย เนื่องจากมีบทบัญญัติ มาตรา 30 วรรคสอง (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่กำหนดให้สามารถออกกฎกระทรวงในเรื่องที่เจ้าหน้าที่ไม่จำเป็นต้องให้คู่กรณีมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนได้ และกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในวรรคสอง (6) กำหนดให้การสั่งให้เนรเทศเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคสอง (6) กล่าวคือ เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่จำเป็นต้องให้คู่กรณีมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน

สำหรับกฎหมายที่เกี่ยวกับการเนรเทศคนต่างด้าวโดยตรง คือ พระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499 ก็ไม่มีบทบัญญัติในการให้สิทธิใด ๆ รวมทั้งสิทธิในการเสนอพยานหลักฐานเพื่อโต้แย้งคำสั่งที่จะมีการ

<sup>8</sup> Jean-Marie Henckaerts, *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice* (Martinus Nijhoff Publishers 1995) 5.

<sup>9</sup> ‘International Covenant on Civil, and Political Rights’ (United Nations Treaty Collection) <<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf>> สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2566.

เนรเทศ มีเพียงบทบัญญัติในมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ที่กำหนดให้รัฐมนตรีมีอำนาจออกคำสั่งให้เนรเทศคนต่างด้าวออกไปนอกราชอาณาจักรและมีอำนาจเพิกถอนเมื่อพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และมาตรา 8 กำหนดให้ผู้ถูกสั่งเนรเทศมีสิทธิยื่นอุทธรณ์ต่อนายกรัฐมนตรีและหลักเกณฑ์ในการยื่นอุทธรณ์ต่อนายกรัฐมนตรีเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งเนรเทศ

นอกจากนั้นพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ซึ่งมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง ที่สำคัญในการเนรเทศคนต่างด้าวและได้รับการนำไปใช้ในการเนรเทศคนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรไทยโดยถูกกฎหมายด้วย โดย มาตรา 54 บัญญัติให้คนต่างด้าวที่มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรต่อมาภายหลังปรากฏว่าชาวต่างชาติกระทำความผิดในราชอาณาจักรไทย หรือทำให้มีเหตุอันควรในการเพิกถอนการอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักร คนต่างด้าวก็ถูกเนรเทศได้ เช่น มีพฤติการณ์เป็นที่น่าเชื่อว่าเป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคม หรือจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายต่อความสงบสุขหรือความปลอดภัยของประชาชนหรือความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือบุคคลซึ่งเจ้าหน้าที่รัฐบาลต่างประเทศได้ออกหมายจับ หรือมีพฤติการณ์เป็นที่น่าเชื่อว่าเป็นภัยต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและมาตรา 36 กำหนดให้คนต่างด้าวซึ่งถูกเพิกถอนการอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรมีสิทธิยื่นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการโดยยื่นต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ภายในสี่สิบแปดชั่วโมงนับแต่เวลาที่ได้ทราบคำสั่งของอธิบดีกรมตำรวจ (ผู้บัญชาการสำนักงานตำรวจแห่งชาติในปัจจุบัน) แต่ก็ไม่มีบทบัญญัติในการให้สิทธิใด ๆ รวมทั้งสิทธิในการเสนอพยานหลักฐานเพื่อโต้แย้งคำสั่งที่จะมีการเนรเทศเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499

การที่กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2540) (ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539) ในวรรคสอง (6) กำหนดให้การสั่งให้เนรเทศเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคสอง (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ไม่ต้องให้ออกาศุ่กรณี คือ คนต่างด้าวได้รับสิทธิในการเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองก่อนมีการออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าว อันทำให้คนต่างด้าวซึ่งถูกเนรเทศไม่มีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาทางปกครองก่อนออกคำสั่งเนรเทศตน และพระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499 ตลอดจนพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ต่างก็ไม่มีบทบัญญัติให้มีการรับฟังคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศก่อนออกคำสั่งแม้จะอ้างว่าเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ตาม แต่ก็เป็นการให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยที่กว้างมากเกินไป เพราะความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นมิได้จำกัดอยู่เฉพาะการกระทำความผิดอาญาที่ออกฉกรรจ์ก็อาจถูกเนรเทศได้ เช่น คนต่างด้าวซึ่งเป็นโรคติดต่อร้ายแรงก็อาจถือว่าจะทำให้เกิดการติดต่อของโรคและทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยของประชาชนไทยได้ จึงมีปัญหว่าการที่ไม่ให้คนต่างด้าวมีสิทธิในการเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในกระบวนการเนรเทศคนต่างด้าวก่อนมีการออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวนั้นขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติและสิทธิมนุษยชน ตลอดจนกฎหมายระหว่างประเทศและหลักหรือทฤษฎีทางกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องหรือไม่ และเรื่องนี้เป็นปัญหาในประเทศต่าง ๆ รวมทั้งระดับระหว่างประเทศซึ่งมีความพยายามแก้ไขปัญหานี้และให้ความคุ้มครองบุคคลจาก



การถูกเนรเทศให้ได้รับความเป็นธรรมโดยเฉพาะให้ผู้ที่จะถูกเนรเทศมีโอกาสต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองก่อนตัดสินว่าจะมีการเนรเทศหรือไม่

ในช่วงประมาณสิบกว่าปีที่ผ่านมาได้มีความเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับหลักกฎหมายการเนรเทศคนต่างด้าว ดังที่ปรากฏในคดี Diallo case ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการเนรเทศคนต่างด้าว

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีคำพิพากษาในคดี Ahmadou Sadio Diallo v. Democratic Republic of the Congo โดยศาลพบว่าในการดำเนินการจับกุม กักขังและเนรเทศ Mr. Diallo ในปี ค.ศ. 1995-1996 สาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโก ฝ่าฝืนสิทธิขั้นพื้นฐานตามสนธิสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่ใช้บังคับ คือ ข้อบทที่ 13 แห่งสนธิสัญญานี้ ซึ่งมีใจความว่าคนต่างด้าวที่เข้าไปโดยชอบด้วยกฎหมายในดินแดนของรัฐภาคีตามสนธิสัญญานี้อาจถูกขับออกจากประเทศได้ต่อเมื่อเป็นไปตามคำตัดสินที่เป็นไปตามกฎหมาย และต้องได้รับอนุญาตให้เสนอเหตุผลโต้แย้งการเนรเทศและได้รับการตรวจสอบโดยองค์กรที่มีอำนาจและมีตัวแทนเข้าช่วยเหลือในการนั้นต่อองค์กรที่มีอำนาจหรือบุคคลที่ตั้งขึ้นโดยเฉพาะโดยองค์กรที่มีอำนาจ เว้นแต่เมื่อมีเหตุผลที่จำเป็นเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งชาติ และ ข้อบทที่ 12 วรรคสี่ แห่งกฎบัตรอาฟริกา ซึ่งกำหนดว่าบุคคลที่ไม่มีสัญชาติของรัฐภาคีซึ่งได้รับการให้เข้าไปในดินแดนของรัฐภาคีตามกฎบัตรนี้อาจถูกขับออกจากดินแดนของรัฐภาคีได้โดยการตัดสินที่เป็นไปตามกฎหมาย<sup>10</sup>

นอกจากนั้นคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศของสหประชาชาติได้จัดทำร่างอนุสัญญาว่าด้วยการเนรเทศของคนต่างด้าว (Draft Articles on Expulsion of Aliens, 2014)<sup>11</sup> ซึ่งที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีข้อมติรับทราบ โดยสาระสำคัญของคำพิพากษาและร่างอนุสัญญาดังกล่าวได้ยืนยันหลักการที่ว่า การเนรเทศคนต่างด้าวจะต้องคำนึงหลักนิติรัฐ และเป็นไปตามกระบวนการ หรือขั้นตอนที่กฎหมายภายในบัญญัติไว้ ตลอดจนต้องมีการให้เหตุผลในคำสั่งเนรเทศ ทั้งนี้ โดยต้อง คำนึงถึงมาตรฐานสิทธิมนุษยชน และมีบทบัญญัติให้สิทธิแก่คนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศหลายประการรวมทั้งเสนอพยานหลักฐานและต่อสู้ในชั้นกระบวนการพิจารณาทางปกครองเพื่อไม่ให้มีการเนรเทศตน รวมทั้งมีหนายความเข้าช่วยเหลือในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองด้วย และในอนาคตก็จะเป็นอนุสัญญาที่มีผลใช้บังคับและประเทศไทยก็ควรจะเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวด้วยซึ่งทำให้ประเทศไทยจำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องหรือออกกฎหมายอนุวัติการอนุสัญญาดังกล่าว

<sup>10</sup>'Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)' (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE) <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/103/103-20101130-JUD-01-00-EN.pdf>> สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2566.

<sup>11</sup>'Draft articles on the expulsion of aliens, with commentaries 2014' (United Nations) <[https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_12\\_2014.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_12_2014.pdf)> สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2566.

ในปัจจุบันประเทศไทยเป็นภาคีสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน และการกระทำอื่น ๆ ที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment : CAT) ซึ่งมีข้อบทที่ 3 กำหนดว่า “รัฐภาคีต้องไม่ขับไล่ ส่งกลับ ผลักดันกลับออกไป หรือส่งเป็นผู้ร้ายข้ามแดน ไปยังอีกรัฐหนึ่ง เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะตกอยู่ภายใต้อันตรายที่จะถูกทรมาน” ในขณะที่พระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499 กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย มีอำนาจออกคำสั่งเนรเทศให้คนต่างด้าวออกไปนอกราชอาณาจักรไทย โดยไม่ได้กำหนดว่าห้าม เนรเทศไปยังรัฐที่คนต่างด้าวนั้นอาจได้รับการทรมาน อาจกล่าวได้ว่า โดยเหตุที่พระราชบัญญัติ การเนรเทศ พ.ศ. 2499 ของประเทศไทยประกาศใช้บังคับก่อนที่ประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีสัญญาต่อต้านการทรมานฯ และก่อนเวลาที่คดี Diallo case เกิดขึ้น ตลอดจนมีขึ้นก่อนการยกร่างอนุสัญญาของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศหลายทศวรรษ จึงทำให้กฎหมายว่าด้วยการเนรเทศของประเทศไทยยังไม่สอดคล้องกับหลักสากลหรือความเปลี่ยนแปลงของโลกในปัจจุบัน

อย่างไรก็ตามคนต่างด้าวในประเทศไทยซึ่งได้รับผลกระทบจากกฎหมายเนรเทศและการกระทำทางปกครองที่ไม่มีโอกาสได้เสนอพยานหลักฐานของตนและโต้แย้งเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการตรวจคนเข้าเมืองก่อนการตัดสินใจของบุคคลเหล่านั้นตลอดมา

สำหรับขั้นตอนของกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกเนรเทศนั้น ในอดีตประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่เกี่ยวกับการกำหนดขั้นตอนและวิธีปฏิบัติงานขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะเป็นประกันสิทธิของบุคคลซึ่งได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองซึ่งรวมถึงสิทธิของบุคคลที่จะเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเพื่อเสนอพยานหลักฐานและโต้แย้งการกล่าวอ้างของเจ้าหน้าที่ที่จะมีผลกระทบต่อตนก่อนมีการออกคำสั่งทางปกครอง

อย่างไรก็ตาม การกำหนดขั้นตอนและวิธีปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นมีปรากฏอยู่บ้างในกฎหมายฉบับต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง วิธีการและระยะเวลาในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง อย่างไรก็ตามกฎหมายเหล่านั้นไม่ได้บัญญัติ รายละเอียดเพียงพอที่จะช่วยให้การพิจารณาเรื่องทางปกครองเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและยุติธรรม ดังนั้น จึงได้มีการเสนอแนะให้จัดทำกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาตั้งแต่ พ.ศ. 2528 ส่วนในทางปฏิบัตินั้นสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พยายามผลักดันให้มีการวางระเบียบบางส่วน เกี่ยวกับการปฏิบัติราชการทางปกครองขึ้นใน พ.ศ. 2532 แต่ไม่ประสบความสำเร็จ แต่ได้มีความพยายามและมีการดำเนินการโดยรัฐบาลต่าง ๆ จนกระทั่งประสบความสำเร็จโดยมี พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าในเรื่องการเนรเทศคนต่างด้าวนั้น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ไม่ให้สิทธิคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศมีโอกาสดำเนินการโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน เนื่องจากในกระบวนการออกคำสั่งเนรเทศไม่มีกระบวนการพิจารณาให้คนต่างด้าวได้มีสิทธิในการเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องในการเนรเทศและไม่มีสิทธิได้รับการรับฟังก่อนการออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวแต่อย่างใด

นอกจากนั้น ในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499 และพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ก็มีแต่บทบัญญัติเรื่องการเนรเทศคนต่างด้าวโดยไม่มีบทบัญญัติให้คนต่างด้าวเข้าร่วมต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาก่อนมีการออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวเช่นกัน

การที่ประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิของคนต่างด้าวในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเพื่อการเนรเทศคนต่างด้าวก่อนมีการออกคำสั่งเนรเทศนั้นเป็นการไม่สอดคล้องต่อสภาพสังคมและกฎหมายภายในของนานาประเทศตลอดจนหลักกฎหมายระหว่างประเทศ นอกจากนั้นยังขัดต่อพันธกรณีตามสนธิสัญญาต่าง ๆ หลายฉบับที่ประเทศไทยเป็นภาคีอันอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศได้ด้วย

ดังนั้น ในหลายกรณีที่มีการเนรเทศคนต่างด้าวนั้นหน่วยงานราชการในประเทศไทยที่เกี่ยวข้องและประเทศไทยจึงได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ทั้งในระดับภายในประเทศและระหว่างประเทศซึ่งทำให้ประเทศไทยต้องเสียชื่อเสียงในด้านที่ไม่คุ้มครองและขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชน ถึงแม้ว่าทางการมีข้ออ้างเรื่องการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนในประเทศไทย แต่ก็มีปัญหาว่าการที่จะถ่วงดุลระหว่างการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนภายในประเทศกับที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่ต้องมีการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลซึ่งเป็นคนต่างด้าวนั้นควรอยู่ในจุดใด หรือเพียงไร

แม้ว่าตามแนวความคิดแบบเสรีประชาธิปไตยนั้นต้องมีการปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำในเรื่องสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนโดยเฉพาะหลักกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรมต่อบุคคลทุกคน รัฐหรือหน่วยงานของรัฐต้องจำกัดอำนาจของตนเองในเรื่องที่เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนรวมทั้งผู้ที่ไม่ใช่พลเมืองของตน คือคนต่างด้าว แต่อย่างไรก็ตามมีปัญหาในทางปฏิบัติในการถ่วงดุลที่เหมาะสมระหว่างเสรีภาพของบุคคล กระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม และการคุ้มครองบุคคลที่เท่าเทียมกัน หรือหลักความเสมอภาค กับความมั่นคง ส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์ในด้านเศรษฐกิจ สังคมของรัฐ เพราะทำได้ยาก

ด้วยเหตุดังกล่าว จึงควรมีการศึกษาเรื่องดังกล่าวนี้ในประเทศไทยและในต่างประเทศและตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเนื่องจากยังมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศว่ามีลักษณะอย่างไร เพื่ออาจนำมาใช้เสนอแนะและปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาทางปกครองและการเนรเทศคนต่างด้าวของประเทศไทยที่เป็นอยู่ให้เกิดความเป็นธรรมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลผู้ได้รับผลกระทบอันจะเป็นประโยชน์ต่อประเทศไทยโดยส่วนรวมด้วย

## 1.2 วัตถุประสงค์ในการวิจัย

(1) เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการได้รับฟังของคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองสำหรับกรณีการเนรเทศคนต่างด้าว

(2) เพื่อศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับฟังคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองสำหรับกรณีการเนรเทศคนต่างด้าวในต่างประเทศและประเทศไทย

(3) เพื่อศึกษา และวิเคราะห์ปัญหากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับฟังคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองสำหรับกรณีของการเนรเทศคนต่างด้าวในประเทศไทย

(4) เสนอแนวทางแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับฟังคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในกรณีการเนรเทศของคนต่างด้าวในประเทศไทย

### 1.3 ขอบเขตของการศึกษา

ในการศึกษาเรื่องนี้ จะทำการศึกษาเกี่ยวกับการรับฟังคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ในกรณีการเนรเทศคนต่างด้าวที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยจะศึกษาหลักการรับฟังคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2540) ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติการเนรเทศคนต่างด้าว พ.ศ. 2499 พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 และกฎหมายลำดับรองในประเทศไทย กฎหมายต่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ ที่เกี่ยวข้อง คำอธิบายกฎหมาย ความเห็นของนักวิชาการทั้งภายในประเทศและต่างประเทศ ตลอดจนคำพิพากษาของศาลภายในประเทศ ต่างประเทศ และกฎหมายระหว่างประเทศ

### 1.4 ระเบียบวิธีการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการศึกษาวิจัยเอกสาร (Documentary Research) จาก ตำรา หนังสือ บทความ บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง คำพิพากษาของศาล และเอกสารที่อยู่ในเว็บไซต์ (Web Sites) ต่าง ๆ ในอินเทอร์เน็ต (Internet) โดยการศึกษาเอกสารนั้นจะศึกษาทั้งของประเทศไทย ต่างประเทศ และระหว่างประเทศ

### 1.5 สมมุติฐานการวิจัย

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเกี่ยวกับการเนรเทศคนต่างด้าวของประเทศไทย คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติการเนรเทศคนต่างด้าว พ.ศ. 2499 และพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 นั้นมีความไม่เหมาะสม ไม่เป็นธรรม และไม่เพียงพอที่จะคุ้มครองคนต่างด้าวที่ถูกเนรเทศ ซึ่งขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนและกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องที่ประเทศไทยเป็นภาคี เนื่องจากคนต่างด้าวไม่ได้รับสิทธิในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาการเนรเทศคนต่างด้าว เพราะไม่มีสิทธิในการเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาเพื่อโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนก่อนที่เจ้าหน้าที่จะออกคำสั่งเนรเทศได้ จึงควรมีการแก้ไขกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องดังกล่าว

## 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- (1) ทำให้ทราบแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการได้รับฟังของคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองสำหรับกรณีการเนรเทศคนต่างด้าว
- (2) ทำให้ทราบหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับฟังคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองสำหรับกรณีการเนรเทศคนต่างด้าวในกฎหมายต่างประเทศกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายของประเทศไทย
- (3) ทำให้ทราบปัญหากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับฟังคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองสำหรับกรณีของการเนรเทศคนต่างด้าวในประเทศไทย
- (4) ทำให้ทราบแนวทางแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับฟังคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในกรณีการเนรเทศของคนต่างด้าวในประเทศไทย

## 1.7 นิยามศัพท์

ในการเขียนงานวิจัยนี้มีถ้อยคำที่เกี่ยวข้องซึ่งจำเป็นต้องอธิบายความหมาย ดังนี้

การรับฟัง หมายถึง การรับฟังบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการ เช่น การพิจารณาคดีหรือกระบวนการพิจารณาอย่างอื่น เพื่อให้มีการทราบข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับประเด็นที่มีปัญหาเพื่อใช้เป็นส่วนหนึ่งของพยานหลักฐานในการตัดสินใจในเรื่องที่เป็นปัญหานั้น

การรับฟังคู่กรณี หมายถึง การรับฟังคู่กรณีตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือตามที่กฎหมายเฉพาะกำหนดไว้ ซึ่งเป็นหลักการที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง โดยเจ้าหน้าที่จะต้องให้โอกาสแก่คู่กรณีได้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานเพื่อปกป้องสิทธิของตนเอง

สิทธิของคู่กรณีในการได้รับฟัง หมายถึง สิทธิของคู่กรณีที่จะได้รับโอกาสในการเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองและมีโอกาสโต้แย้งแสดงหลักฐานเพื่อปกป้องสิทธิของตนก่อนที่ฝ่ายปกครองจะมีคำสั่งที่จะมีผลกระทบต่อตน

คำสั่งทางปกครอง หมายถึง การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้ง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิและหน้าที่ของ บุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ และการอื่น ๆ ที่กำหนดในกฎหมายลำดับรอง เช่น กฎกระทรวง<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2562) 24-25.

กระบวนการพิจารณาทางปกครอง หมายถึง กระบวนการเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครองซึ่งในขั้นตอนการเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่นี้เป็นกระบวนการภายในของฝ่ายปกครองที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐยังไม่ได้ใช้อำนาจทางปกครอง เพียงแต่มีการดำเนินการเพื่อนำไปสู่การจัดให้มีคำสั่งทางปกครอง

คู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง หมายถึง เอกชน ซึ่งเกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาสำหรับการออกคำสั่งทางปกครอง โดยต้องติดต่อกับเจ้าหน้าที่ทางปกครองหรือหน่วยงานทางปกครอง กล่าวคือ ผู้ยื่นคำขอ หรือผู้คัดค้านคำขอ ผู้อยู่ในบังคับหรือจะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง และผู้ซึ่งได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง เนื่องจากสิทธิของผู้นั้นจะถูกกระทบกระเทือนจากผลของคำสั่งทางปกครองโดยคู่กรณีอาจเป็นผู้เริ่มก่อให้เกิดการพิจารณาเรื่องทางปกครองขึ้นหรืออาจจะเข้ามาในกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองภายหลังจากที่ได้มีการเริ่มกระบวนการพิจารณาฯไป แล้วก็ได้ หนึ่งคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น อาจเป็นคณะบุคคลหรือนิติบุคคลก็ได้

คนต่างด้าว นั่นคือ บุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทย ทั้งนี้เป็นไปตามพระราชบัญญัติเนรเทศ พ.ศ. 2499 มาตรา 4 “คนต่างด้าว” หมายความว่า ผู้ที่มีสัญชาติไทย และตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 มาตรา 5 หมายความว่า บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

ดังนั้น คนต่างด้าว จึงหมายถึง บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย ซึ่งเป็นประเทศที่บุคคลนั้นอยู่อาศัย

อย่างไรก็ตามคนซึ่งมีสัญชาติไทยนั้นหมายความว่าคนธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทยโดยการเกิดในประเทศไทยโดยหลักดินแดน หรือมีสัญชาติไทยโดยทางสายโลหิต คือ หลักสืบสายโลหิตจากบิดาหรือหลักสืบสายโลหิตจากมารดา หรือมีสัญชาติไทยโดยการสมรส หรือการแปลงสัญชาติ

ดังนั้น คนต่างด้าวในประเทศไทยจึงหมายถึงบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย ไม่ว่าจะโดยการเกิดหรือได้มาภายหลังการเกิดโดยการสมรสกับคนไทยหรือการแปลงสัญชาติเป็นไทย

สำหรับคำว่าเนรเทศนั้นไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใด แม้กระทั่ง พระราชบัญญัติเนรเทศ พ.ศ. 2499 ที่ให้คำนิยาม อย่างไรก็ตาม ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ให้คำนิยามว่า เนรเทศ หมายถึง บังคับให้ออกไปเสียจากประเทศหรือถิ่นที่อยู่ของตน หรือ ขับคนต่างด้าวให้ออกไปนอกราชอาณาจักร

ส่วนคำว่าเนรเทศนั้นไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดและไม่มีคำนิยามในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 อย่างไรก็ตาม การเนรเทศ หมายถึง การบังคับให้คนต่างด้าว ซึ่งเข้าในประเทศโดยชอบด้วยกฎหมายให้ออกจากประเทศอันเป็นการทำให้การอยู่อาศัยในประเทศนั้นสิ้นสุดลง เนื่องจากการพำนักอาศัยของคนต่างด้าวนั้นเป็นอันตรายต่อประเทศ เช่น ขัดต่อความปลอดภัย ความสงบสุข สันติภาพ และผลประโยชน์ของสาธารณะ

## บทที่ 2

### วิวัฒนาการ แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวกับสิทธิในการรับฟังของคู่กรณีในกระบวนการ พิจารณาทางปกครองและการทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

ในบทนี้จะกล่าวถึงประวัติและวิวัฒนาการ แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการได้รับฟังของคู่กรณีหรือหลักการรับฟังคู่กรณีผู้ได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเพื่อเสนอพยานหลักฐานและโต้แย้งพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่ก่อนที่เจ้าหน้าที่ทางปกครองจะออกคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากเรื่องต่าง ๆ ดังกล่าวเป็นเรื่องที่มีความสำคัญและเป็นพื้นฐานของที่ทำให้เข้าใจและสามารถใช้เป็นกรอบแนวคิดในการวิเคราะห์ปัญหาในการวิจัยและเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาวินิจฉัยได้และการทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง ซึ่งมีรายละเอียดดังจะกล่าวต่อไป

#### 2.1 วิวัฒนาการและสถานะของหลักการรับฟังคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง

เนื่องจากสิทธิของคู่กรณีในการได้รับในกระบวนการพิจารณาทางปกครองโดยเฉพาะในกรณีการเนรเทศคนต่างด้าวนั้นเป็นเรื่องที่มีวิวัฒนาการมาเป็นเวลานานทั้งในกรณีการเนรเทศคนต่างด้าวและในเรื่องหลักการรับฟังคู่กรณีตลอดจนสถานะของหลักการรับฟังคู่กรณีจึงจำเป็นต้องกล่าวถึงเรื่องต่าง ๆ ดังนี้

##### 2.1.1 วิวัฒนาการของหลักการรับฟังคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง

ในสมัยดั้งเดิมนั้นหลักการรับฟังคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือการที่คู่กรณีในกระบวนการพิจารณาจะมีสิทธิในการเสนอพยานหลักฐานให้ผู้ที่พิจารณาคดีทางปกครองได้รับฟังนั้นเริ่มมีพัฒนาการจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) แต่ก็มีจำกัดสิทธิโดยในเรื่องหนึ่งที่สำคัญ คือ เรื่องที่เกี่ยวกับคนต่างด้าว ซึ่งคือ คนที่ไม่มีสัญชาติของประเทศที่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาในกรณีการเนรเทศคนต่างด้าวจะไม่ได้สิทธิเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาหรือให้ผู้ออกคำสั่งได้รับฟังพยานหลักฐานหรือความเห็นของตนหรือไม่มีกระบวนการพิจารณาในการออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวเนื่องจากการเนรเทศคนต่างด้าวออกจากดินแดนของประเทศใดนั้นเป็นอำนาจเด็ดขาดของแต่ละประเทศหรือแต่ละรัฐซึ่งเป็นเจ้าของดินแดนเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ก่อนที่จะกล่าวถึงว่าคนต่างด้าวควรมีสิทธิเท่าเทียมหรือมีสิทธิแตกต่างจากบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐหรือประชาชนของแต่ละประเทศหรือไม่นั้นจำเป็นต้องกล่าวถึงสิทธิและสิทธิมนุษยชนก่อน

“สิทธิ” คือ อำนาจที่กฎหมายรับรองให้บุคคลสามารถเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการบางอย่างให้เกิดประโยชน์แก่ตนหรือให้ละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง<sup>13</sup>

<sup>13</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2543) 21.

“สิทธิมนุษยชน” คือ สิทธิตามธรรมชาติที่ติดตัวกับมนุษย์ทุกคนมาตั้งแต่เกิดและติดตัวไปตลอดชีวิต ซึ่งเป็นสิทธิเกี่ยวกับการตระหนักถึงคุณค่าในความเป็นมนุษย์อันเป็นสิทธิที่ไม่อาจถูกพรากไปได้ โดยเกี่ยวข้องกับควมมีศักดิ์ศรี ความยุติธรรม ความเท่าเทียม ความเคารพ และความเป็นอิสระ โดยกฎหมายไม่จำเป็นต้องสร้างสิทธินี้ขึ้นมาใหม่ เพียงแต่รับรองเพื่อให้เกิดความชัดเจนและเพื่อคุ้มครองให้สิทธินี้คงอยู่ตลอดไปเท่านั้น เช่น สิทธิในการเดินทาง การเลือกถิ่นที่อยู่ และสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันภายใต้ศาลและองค์กรอื่นในกระบวนการยุติธรรม<sup>14</sup>

อย่างไรก็ตาม สิทธิมนุษยชนอาจถูกจำกัดได้ในบางกรณี เช่น ถ้ามีกรณีที่บุคคลกระทำผิดกฎหมายหรือกระทำการที่อาจเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของประเทศ

สำหรับการเนรเทศบุคคลนั้นมีการใช้กันอย่างกว้างขวางในประวัติศาสตร์ตั้งแต่ยุคโบราณ ตั้งแต่ในอาณาจักรเมโสโปเตเมีย อาณาจักรอัสซีเรีย และอื่น ๆ เช่น โรมัน<sup>15</sup> และมักใช้เพื่อขับไล่บุคคลที่เป็นกบฏหรือเป็นอันตรายต่ออาณาจักรหรือกระทำความผิดอาชญากรรมที่ร้ายแรง<sup>16</sup>

ทางปฏิบัติของการเนรเทศในยุโรปเริ่มในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 15 เช่น ฝรั่งเศสใช้การเนรเทศในช่วงการปฏิวัติและได้มีการเนรเทศบุคคลจนกระทั่งปี ค.ศ. 1938<sup>17</sup>

ในการเนรเทศนั้นผู้ถูกเนรเทศไม่ว่าจะเป็นพลเมืองในรัฐนั้นหรือคนต่างด้าวต่างไม่มีสิทธิเข้าต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาก่อนออกคำสั่งเนรเทศแต่ประการใด เพราะเป็นสิทธิของผู้มีอำนาจที่จะออกคำสั่งเนรเทศ

บุคคลที่มีชื่อเสียงโด่งดังในทางวิชาการของโลกท่านหนึ่ง ก็ถูกเนรเทศ คือ Hugo Grotius (1583–1645) นักปรัชญาและนักกฎหมายคนสำคัญของเนเธอร์แลนด์ ถูกเนรเทศจากเนเธอร์แลนด์ไปปารีสและได้แต่งตำรากฎหมายชื่อ *Jure Belli ac Pacis* (On the Law of War and Peace เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยสงครามและสันติภาพ) โดยระบุว่า

“ชาวต่างชาติที่ถูกขับไล่ออกจากถิ่นฐานควรได้รับการช่วยเหลือเรื่องที่พักอาศัยหากพวกเขาร้องขอและยินดีที่จะปฏิบัติตามข้อกำหนดของรัฐเพื่อหลีกเลี่ยงความทุกข์ทรมานที่ไม่จำเป็น”<sup>18</sup>

การที่คนต่างด้าวไม่ได้รับสิทธิต่าง ๆ นั้นก็ไม่ใช่เรื่องแปลกเพราะในสมัยเดิมนั้นประชาชนก็ไม่มีสิทธิอะไรมากนักโดยเฉพาะหลักประกันสิทธิเสรีภาพ แม้กระทั่งในประเทศอังกฤษ ซึ่งได้ชื่อว่าเป็นแม่แบบของระบอบประชาธิปไตย

<sup>14</sup> ‘Universal-declaration-of-human-rights’ (United Nations) <<https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>> สืบค้นเมื่อ 22 มีนาคม 2566.

<sup>15</sup> เฟิงอ้าง.

<sup>16</sup>Shapur Shahbazi, Erich Kettenhofen and John R. Perry, “DEPORTATIONS,” *Encyclopædia Iranica* (1966) สืบค้นเมื่อ 22 มีนาคม 2566.

<sup>17</sup> เฟิงอ้าง.

<sup>18</sup> ‘คำว่า ‘ผู้ลี้ภัย’ มาจากไหน? ประวัติศาสตร์การลี้ภัยที่ย้อนไปไกลกว่าที่คิด’ ((icrc, 6 มิถุนายน 2561) <<https://blogs.icrc.org/th/2018/06/06/a-brief-history-of-hospitality/>> สืบค้นเมื่อ 22 มีนาคม 2566.



ในประเทศอังกฤษเพิ่งให้สิทธิกับประชาชนตั้งแต่เริ่มมีแมกนาร์คาตา (Magna Carta) ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างกลุ่มขุนนางและกษัตริย์ ที่ว่ากษัตริย์ และข้าราชการบริหารของพระองค์จะปกครองประเทศอย่างไรโดยร่างขึ้นเพื่อแก้วิกฤติระหว่างพระเจ้าจอห์นและขุนนางของพระองค์ เมื่อปี ค.ศ.1215 โดยคณะบาทหลวง ขุนนาง และพลเมืองชั้นนำ ต่อมาได้รับการแก้ไขในปี ค.ศ. 1216 และ ค.ศ.1225 และในปัจจุบันเนื้อหาส่วนมากได้ถูกแก้ไขใหม่แทบทั้งหมดแล้ว แต่ยังคงมีหลักการสำคัญบางประการที่คงอยู่จนถึงปัจจุบันนี้ โดยบทบัญญัติที่สำคัญ คือ หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน ในมาตรา 39 ที่กำหนดว่า

“เสรีชนจะถูกจับกุม หรือจองจำ หรือยึดทรัพย์หรือสิทธิ หรือกลายเป็นอาชญากร หรือถูกเนรเทศ หรือทำลายล้างไม่ว่าด้วยวิธีการใด ๆ มิได้ เว้นแต่โดยคำตัดสินของกลุ่มเพื่อน (คณะลูกขุน) หรือตามกฎหมายแห่งรัฐ”<sup>19</sup>

กฎบัตรนี้ได้กลายเป็นพื้นฐานทางวัฒนธรรมการเมืองและกฎหมายของสหราชอาณาจักร และประเทศอื่น ๆ หลายประเทศ โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการให้สิทธิและหลักประกันกับประชาชน แต่ก็ไม่ได้ให้สิทธิกับคนต่างด้าว เพราะเห็นว่าคนต่างด้าวไม่ใช่ประชาชนในประเทศของตน

การเนรเทศหรือขับไล่คนต่างด้าวออกจากดินแดนของประเทศต่าง ๆ นั้นในอดีตเห็นว่าเป็นเรื่องอำนาจอธิปไตยของแต่ละประเทศหรือแต่ละรัฐ เช่น มีการกระทำที่เป็นการกระทบต่อความมั่นคงภายในของรัฐ (national security) เช่น มีการก่อการร้าย (terrorism) หรือเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมขององค์กรอาชญากรรม (organized crimes)<sup>20</sup>

ดังนั้น ตามปกติรัฐมักอ้างสิทธิของรัฐในการขับไล่หรือเนรเทศคนต่างด้าว เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีคดีที่พิพากษาว่าการเนรเทศคนต่างชาติออกไปจากประเทศนั้นเป็นเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา โดยสิทธิในการใช้อำนาจดังกล่าวอยู่ในดุลพินิจของฝ่ายบริหารที่กระทำเพื่อประโยชน์ของประเทศ<sup>21</sup>

ในปี ค.ศ. 1930 และหลังจากนั้นซึ่งอยู่ในช่วงระหว่างที่เศรษฐกิจตกต่ำ รัฐบาลสหรัฐอเมริกาใช้บังคับกฎหมายคนเข้าเมืองอย่างเข้มงวดโดยฝ่ายบริหารที่มีการเนรเทศคนต่างด้าวที่เป็นชาวเม็กซิกันกลับประเทศเม็กซิโก<sup>22</sup>

<sup>19</sup> ‘The contents of Magna Carta’ (UK Parliament) <<https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/originsofparliament/birthofparliament/overview/magnacarta/magnacartaclauses/>> สืบค้นเมื่อ 22 มีนาคม 2566.

<sup>20</sup> Anne Marcelle Reneman, ‘E.U. Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy’ (Doctoral Thesis Leiden UniversityHart 2014) 294.

<sup>21</sup> Chinese Exclusion Case, 130 U.S. 581, 609 (1889).

<sup>22</sup> Gratton, Brian; Merchant, Emily, ‘Immigration, Repatriation, and Deportation: The Mexican-Origin Population in the United States, 1920-1950’ (December 2013) 4 The International Migration Review, 975.

ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1997 สหรัฐอเมริกาได้เนรเทศคนต่างด้าวจำนวนมากที่กระทำผิดกฎหมายอาญา เนื่องจากมีการออกกฎหมายโดยรัฐสภาในปี ค.ศ. 1996 คือ กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบและการปฏิรูปคนต่างด้าวที่ผิดกฎหมาย Illegal Immigration Reform and Responsibility Act, 1996 (IIRRA) ซึ่งทำให้มีการเนรเทศคนต่างด้าวที่กระทำผิดกฎหมายจำนวนมากและได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นการฝ่าฝืนสิทธิมนุษยชน<sup>23</sup>

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าในสมัยดั้งเดิมนั้นการเนรเทศไม่ได้ให้สิทธิคนต่างด้าวที่จะมีส่วนร่วมในกระบวนการเนรเทศก่อนการออกคำสั่งเนรเทศแต่อย่างใด เนื่องจากเห็นว่าเป็นอำนาจอย่างสมบูรณ์ของรัฐที่จะดำเนินการกับคนต่างด้าวซึ่งกระทำการที่เป็นภัยต่อประเทศของตน และในทางปฏิบัติ การเนรเทศกระทำโดยหน่วยงานบริหารของรัฐบาลและอยู่ภายใต้บังคับของกระบวนการกฎหมายที่ง่าย ๆ หรือไม่มี โดยคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศไม่มีสิทธิในการเข้าไปร่วมในการพิจารณาหรือน้อย และไม่มีสิทธิที่จะมีตัวแทนเข้าช่วยเหลือในกระบวนการเนรเทศหรืออุทธรณ์คำสั่งเนรเทศ

ประเทศไทยก็มีการเนรเทศคนต่างด้าวซึ่งเป็นภัยต่อสังคม ออกไปนอกประเทศไทยเช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ<sup>24</sup>

การเนรเทศของประเทศไทยในสมัยโบราณนั้นใช้กับประชาชนภายในประเทศด้วย หากเห็นว่าบุคคลที่จะถูกเนรเทศกระทำการที่เป็นภัยต่อประเทศหรือพระมหากษัตริย์ โดยมีการเนรเทศราชวงศ์ชั้นสูงในอาณาจักรล้านนา เนื่องจากผู้ที่ถูกเนรเทศนั้นเป็นภัยต่อความมั่นคงของเจ้าผู้ครองนคร หรือเมื่อมีการผลัดเปลี่ยนบัลลังก์ก็ใช้การเนรเทศผู้ที่เป็นศัตรูมากกว่าการประหาร<sup>25</sup>

การเนรเทศเจ้านายระดับสูงของอาณาจักรล้านนาสามารถแบ่งได้เป็นสองช่วง โดยช่วงแรก คือ ตั้งแต่สมัยพญามังราย ปฐมกษัตริย์แห่งอาณาจักรล้านนา มาจนถึงสมัยก่อนพระเจ้าติโลกราช และช่วงที่สอง คือ ตั้งแต่สมัยพระเจ้าติโลกราชลงมาจนถึงสมัยพระเจ้าเมกุเทวเรศวร ซึ่งอยู่ในช่วงปลายราชวงศ์มังราย

ในเรื่องที่เกี่ยวกับสถานที่เนรเทศนั้นไม่ได้เนรเทศออกไปยังต่างประเทศ แต่เป็นดินแดนปากตะวันตกของเชียงใหม่ ซึ่งเรียกกันว่า “หลังเมือง” หรือ ทิศตะวันตก อันเป็นเมืองในหุบเขาที่เป็นป่าดงแถบลุ่มแม่น้ำสาละวินที่มีประชาชนอยู่อาศัยเป็นจำนวนน้อย

<sup>23</sup> ‘US: 20 Years of Immigrant Abuses’ (Human Rights Watch, 25 เมษายน 2559)

<<https://www.hrw.org/news/2016/04/25/us-20-years-immigrant-abuses>> สืบค้นเมื่อ 22 มีนาคม 2566.

<sup>24</sup> มูลนิธิโครงการสารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน, ‘ประวัติการพิมพ์ไทยสมัยธนบุรีและต้นรัตนโกสินทร์’

สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน (เล่ม 18, สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน, มปป.)

<<https://www.saranukromthai.or.th/sub/book/book.php?book=18&chap=5&page=chap5.htm>> สืบค้นเมื่อ 22 มีนาคม 2566.

<sup>25</sup> เพ็ญสุภา สุขคตะ, “ล้านนาศึกษา” ใน “ไทยศึกษาครั้งที่ 13” (6) เมืองน้อย เมืองเนรเทศกษัตริย์ล้านนา The Romance of Three Kingdoms’ (มติชนสุดสัปดาห์, 16 พฤศจิกายน 2560)

<[https://www.matichonweekly.com/column/article\\_65109](https://www.matichonweekly.com/column/article_65109)> สืบค้นเมื่อ 22 มีนาคม 2566.

สำหรับการเนรเทศคนต่างด้าวในในอดีตของประเทศไทยในขณะที่ซื้อประเทศสยามเคย มีการเนรเทศชาวต่างชาติที่โด่งดังมาก คือ การเนรเทศพ่อค้าชาวอังกฤษในช่วงรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัว คือ นายโรเบิร์ต ฮันเตอร์ Robert Hunter)<sup>26</sup> ซึ่งเป็นพ่อค้าชาวอังกฤษเชื้อสายสก๊อตและเป็นชาวยุโรปคนแรกที่เข้ามาตั้งร้านค้าในประเทศไทยช่วงอาณาจักรรัตนโกสินทร์ เมื่อ พ.ศ. 2368 ต่อมาได้รับพระราชทานบรรดาศักดิ์เป็นหลวงอาวุธวิเศษประเทศพานิชในรัชกาลพระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัว และนายฮันเตอร์อยู่ในประเทศไทยทั้งหมด ปี 18 แต่นายฮันเตอร์มีพฤติกรรมที่ไม่ถูกต้องหลายอย่าง เช่น เคยเสนอขายพรมให้แก่ราชสำนัก โดยที่ไม่ได้สั่ง แต่ทางราชสำนักไม่ซื้อฮันเตอร์ก็ไม่พอใจ หรือมักลักลอบค้าฝิ่นจากประเทศอังกฤษโดยซ่อนมากับสินค้าประเภทอื่น ทั้งที่ในเวลานั้นการสูบฝิ่นเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายของประเทศไทย และเมื่อถูกพบว่ากระทำผิดกฎหมาย นายฮันเตอร์ก็มักอ้างความสัมพันธ์ระหว่างไทยและอังกฤษเพื่อให้ตนไม่ต้องรับผิด และขู่ว่าจะนำเรื่องไปฟ้องต่อทางการอังกฤษให้นำเรือรบมาปิดปากอ่าวไทย

นอกจากนั้น นายฮันเตอร์ ยังสนับสนุนพรรคพวกชาวต่างชาติให้กระทำการที่ไม่สมควร เช่น ยิงปืนในวัดและมีเรื่องพิพาทกับพระสงฆ์ไทยและพยายามแทรกแซงให้ลงโทษพระสงฆ์ขึ้นหนักถึงระดับประหารชีวิต

ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อทางประเทศไทยจะทำการรบกับโคราช (เวียดนาม) นายฮันเตอร์ได้เสนอขายปืนคาบศิลาจำนวน 200 กระบอก และต้องการให้ทางไทยซื้อให้หมด ทั้งที่ทางการไทยต้องการซื้อปืนเพียง 100 กระบอกเท่านั้น และยังพยายามขายเรือกลไฟที่ขึ้นสนิมลำหนึ่ง ที่ชื่อ เอ็กเพรส (Express) ในราคา 50,000 ดอลลาร์สหรัฐ แต่ไทยไม่ซื้อ และนายฮันเตอร์จึงได้ประกาศว่าจะนำไปขายให้โคราชซึ่งเป็นคนคู่กรณีของไทยแทน จึงได้มีการเนรเทศนายฮันเตอร์ให้ออกนอกราชอาณาจักรโดยพระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงมีรับสั่งให้ขังนายฮันเตอร์ พร้อมกับภรรยา ในปี พ.ศ. 2387 ให้ออกนอกราชอาณาจักรและห้ามกลับเข้ามาอีกตลอดชีวิต

หลังจากนั้นในปี พ.ศ. 2441 ก็มีคนต่างด้าวซึ่งมีสัญชาติอังกฤษชื่อนายเจ เจ ลิลลี่ บรรณาธิการของหนังสือพิมพ์ ชื่อสยามฟรีเพรส (Bangkok Free Press) ถูกเนรเทศจากประเทศไทยอีกโดยมีการประกาศกระแสพระบรมราชโองการ ลงวันที่ 16 มีนาคม ร.ศ.116 (พ.ศ. 2441) โดยอ้างว่า นายลิลลี่ซึ่งเป็นคนต่างประเทศ ได้เขียนข้อความหมิ่นประมาทรัฐบาลและประชาชนไทย ซึ่งกระทบต่อความมั่นคงของประเทศจึงให้เนรเทศออกไปนอกราชอาณาจักร<sup>27</sup>

ต่อมาหลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขก็มีการเนรเทศโดยทางปฏิบัติที่ผ่านมามีการดำเนินการโดยฝ่ายบริหาร คือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยซึ่งเคยมีคำสั่งให้เนรเทศคนต่างด้าวออกนอกราชอาณาจักรฐานเป็นบุคคลต่างด้าวอันไม่พึง

<sup>26</sup> ‘ชำระข้อมูล โรเบิร์ต ฮันเตอร์ นายห้างหันแตร์จอมหัว หัวชีวิตพลิกเพราะเรือกลไฟ’ (thepeople, 4 สิงหาคม 2565) <<https://www.thepeople.co/blogs/read/50200>> สืบค้นเมื่อ 23 มีนาคม 2566.

<sup>27</sup> หลวงวิเทศจรยารักษ์, *กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล* (โรงพิมพ์ บริษัท ณะช่างจำกัด 2495) 37.

ปรารถนาจนตลอดชีวิต เนื่องจากมีพฤติกรรมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น ในปี พ.ศ.2490 มีการเนรเทศหัวหน้ากรรมกรชาวจีนที่ก่อการประท้วงและนัดหยุดงานกลับไปยังประเทศจีน<sup>28</sup>

แม้กระทั่งในช่วงไม่นานมานี้ก็มีการเนรเทศคนต่างด้าวที่กระทำการที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครอง ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เช่น เมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน 2564 นายยัน มาร์ชัล (Yan Marshal) ชาวฝรั่งเศส ซึ่งอาศัยอยู่ในประเทศไทยเป็นเวลา 18 ปี ได้ถูกเจ้าหน้าที่สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองไม่ให้เข้าประเทศไทย หลังจากเดินทางกลับมาจากพักผ่อนที่บ้านเกิดในฝรั่งเศส เพราะเจ้าหน้าที่ตรวจพบข้อมูลในระบบคอมพิวเตอร์ และพบว่านายยันฯ ได้กระทำการอันเป็นภัยต่อความมั่นคง เนื่องจากได้ทำคลิปในโซเชียลมีเดีย ล้อเลียนการเมืองและพระมหากษัตริย์ไทย นายยันฯ จึงได้รับหนังสือคำสั่งแจ้งเป็นบุคคลห้ามเข้าในราชอาณาจักรไทย และถูกสั่งเนรเทศให้พ้นประเทศไทย เพราะมีพฤติกรรมเป็นภัยต่อความมั่นคง<sup>29</sup>

สำหรับขั้นตอนของกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของคนต่างด้าวซึ่งถูกเนรเทศนั้นก็ยังมีลักษณะเป็นเช่นเดียวกับเรื่องอื่น ๆ ในเรื่องการทำคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ ในอดีตประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดขั้นตอนและวิธีปฏิบัติงานขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะเป็นประกันสิทธิของบุคคลซึ่งได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองซึ่งรวมถึงสิทธิของบุคคลที่จะเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเพื่อเสนอพยานหลักฐานและโต้แย้งการกล่าวอ้างของเจ้าหน้าที่ที่จะมีผลกระทบต่อตนก่อนมีการออกคำสั่งทางปกครอง

อย่างไรก็ตาม การกำหนดขั้นตอนและวิธีปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นมีปรากฏอยู่บ้างในกฎหมายฉบับต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง วิธีการและระยะเวลาในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง อย่างไรก็ตามกฎหมายเหล่านั้นไม่ได้บัญญัติ รายละเอียดอย่างเพียงพอที่จะช่วยให้การพิจารณาเรื่องทางปกครองเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและยุติธรรม ดังนั้น จึงได้มีการเสนอแนะให้จัดทำกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาตั้งแต่ พ.ศ. 2528 ส่วนในทางปฏิบัตินั้นสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พยายามผลักดันให้มีการวางระเบียบบางส่วน เกี่ยวกับการปฏิบัติราชการทางปกครองขึ้นใน พ.ศ. 2532 แต่ไม่ประสบความสำเร็จ อย่างไรก็ตามได้มีความพยายามและมีการดำเนินการโดยรัฐบาลต่าง ๆ ต่อมาจนกระทั่งประสบความสำเร็จโดยมีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนี้<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> ‘ความรู้เกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าว’ (ระบบงานห้องสมุดกรมการจัดหางาน) <[http://lib.doe.go.th/ebookdoc/020400000359\\_1.pdf](http://lib.doe.go.th/ebookdoc/020400000359_1.pdf)> สืบค้นเมื่อ 24 มีนาคม 2566.

<sup>29</sup> ‘Yan Marchal ดาว TikTok ล้อการเมืองไทย บินกลับฝรั่งเศส หลังเจอเนรเทศ-เสียง ม. 112’ (sanook, 28 พฤศจิกายน 2564) <<https://www.sanook.com/news/8480606/>> สืบค้นเมื่อ 24 มีนาคม 2566.

<sup>30</sup> วรเจตน์ ภาคิรัตน์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 3, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2549) 79-80.

คณะรัฐมนตรีในสมัยพลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ ได้ออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติราชการเพื่อประชาชนของหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2532 กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติทั้งนี้โดยมีคณะกรรมการว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการเพื่อประชาชนของหน่วยงานของรัฐทำหน้าที่กำกับดูแลให้หน่วยงานของรัฐปฏิบัติตามระเบียบนี้ด้วย

หลังจากนั้นในสมัยรัฐบาลนายอานันท์ ปันยารชุน ได้มีคำสั่งแต่งตั้ง คณะกรรมการร่างกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาทางปกครองขึ้นตามข้อเสนอของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งคณะกรรมการชุดดังกล่าวได้อาศัยรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz, 1976) เป็นแนวทางในการร่าง และได้จัดทำร่างกฎหมายเสนอไปยังรัฐบาลเมื่อวันที่ 17 กันยายน 2534

อย่างไรก็ตามรัฐบาลมิได้เสนอร่างกฎหมายดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ จนกระทั่งรัฐบาลสิ้นสุดไป และต่อมาในสมัยรัฐบาลนายชวน หลีกภัย ได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการพัฒนาระบบบริหารราชการแผ่นดิน และคณะกรรมการดังกล่าวได้แต่งตั้งคณะอนุกรรมการร่างกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาทางปกครองเพื่อให้ทำหน้าที่พิจารณาเรื่องดังกล่าว คณะอนุกรรมการได้จัดทำร่างพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาทางปกครอง พ.ศ. .... เสนอคณะกรรมการฯ และคณะกรรมการได้นำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 5 ตุลาคม 2536 หลังจากที่ได้มีการพิจารณาและได้รับข้อสังเกตจากหน่วยงานต่าง ๆ แล้ว ก็ได้มีการปรับปรุงแก้ไขพร้อมทั้งเปลี่ยนชื่อกฎหมายเป็น “ร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ....” แต่ร่างกฎหมายดังกล่าวยังมีพันได้เข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร ก็มีการยุบสภาไปเสียก่อน และต่อมาในสมัยรัฐบาลนายบรรหาร ศิลปอาชา รัฐบาลได้หยิบยกร่างกฎหมายดังกล่าวขึ้นพิจารณาและได้เสนอร่างกฎหมายดังกล่าวต่อสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาและได้ประกาศใช้เป็นกฎหมาย คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 14 พฤษภาคม พ.ศ. 2540

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีบทบัญญัติที่ให้คู่กรณีซึ่งจะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองมีสิทธิเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่เพื่อเสนอพยานหลักฐานและโต้แย้งพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่ก่อนที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองได้ใน มาตรา 30 อย่างไรก็ตาม ในเรื่องนี้ก็มีข้อยกเว้น ในมาตรา 30 วรรคสอง (6) ที่กำหนดให้สามารถออกกฎกระทรวงในเรื่องที่เจ้าหน้าที่ไม่จำเป็นต้องให้คู่กรณีมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนได้ และกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในวรรคสอง (6) กำหนดให้คำสั่งทางปกครองหลายชนิดรวมทั้งการสั่งให้เนรเทศเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคสองที่ไม่ต้องให้สิทธิคู่กรณีที่ได้รับผลกระทบเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง โดยใน (6) กล่าวคือ กำหนดให้การออกคำสั่งเนรเทศเป็นคำสั่งทางปกครองสำหรับกรณีเจ้าหน้าที่ไม่จำเป็นต้องให้คู่กรณีมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน

สำหรับกฎหมายที่เกี่ยวกับการเนรเทศโดยเฉพาะนั้นในสมัยโบราณไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่กระทำโดยการประกาศพระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์ ซึ่งเป็นกฎหมายและใช้กับกรณีที่แตกต่างกันต่างเป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศโดยประกาศเป็นราย ๆ ไป โดยประเทศไทยมีกฎหมายเนรเทศฉบับแรกคือ พระราชบัญญัติเนรเทศ ร.ศ. 131 (พ.ศ. 2455) ซึ่งให้อำนาจแก่รัฐบาลในการเนรเทศคนต่างด้าวที่เป็นภัยต่อบ้านเมือง<sup>31</sup> และต่อมาก็มีพระราชบัญญัติเนรเทศ พ.ศ. 2499<sup>32</sup> ซึ่งมีการแก้ไขโดย พระราชบัญญัติการเนรเทศ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๐๗ และพระราชบัญญัติการเนรเทศ (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๒๑<sup>33</sup>

นอกจากนั้น ประเทศไทยมี พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ที่ใช้ควบคุมการเข้าเมืองของคนต่างด้าวซึ่งได้รับการนำมาใช้กับการเนรเทศคนต่างด้าวด้วย โดยใช้บทบัญญัติการเพิกถอนสิทธิการอยู่อาศัยของคนต่างด้าวซึ่งกระทำการใด ๆ ที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศไทย หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไทย

ในเรื่องสิทธิของคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศนั้นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเนรเทศของประเทศไทยมิได้มีบทบัญญัติให้คนต่างด้าวซึ่งจะถูกเนรเทศมีโอกาสร่วมในการพิจารณาของเจ้าหน้าที่เพื่อเสนอพยานหลักฐานหรือโต้แย้งหลักฐานของเจ้าหน้าที่ก่อนที่จะมีการออกคำสั่งเนรเทศตน

สำหรับในกฎหมายระหว่างประเทศนั้นก็เช่นกัน กล่าวคือ แต่เดิมนั้นก็ไม่มีข้อกำหนดรายละเอียดของกระบวนการเนรเทศ อย่างไรก็ตาม ต่อมาก็มีการกำหนดในกฎหมายระหว่างประเทศว่า อำนาจของรัฐที่เนรเทศนั้นก็ต้องมีกระบวนการทางวิธีพิจารณาที่จะใช้ในการเนรเทศคนต่างด้าวออกจากประเทศ อย่างน้อยก็ในเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน และการประกันในเรื่องกระบวนการพิจารณา คือ สิทธิในการได้รับฟังและเสนอพยานหลักฐาน การอุทธรณ์และสิ่งที่สำคัญที่สุด คือ สิทธิในการมีผู้แทนในการช่วยใน

#### 2.1.2 ลักษณะและสถานะของหลักการรับฟังคู่กรณีหรือหลักการฟังความทุกฝ่าย

สิทธิของคู่กรณีในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาหรือหลักการฟังความทุกฝ่าย ( The Principle of Bilateral Hearing หรือ Audi Alteram Partem) นี้มีวิวัฒนาการจากหลักกฎหมายโรมันที่มีความสำคัญและได้รับการยอมรับนำไปใช้ในกฎหมายของทุกระบบ โดยในระบบซีวิลลอว์ เช่น ฝรั่งเศส เรียกว่า "หลักโต้แย้งคัดค้านต่อสู้อคดี" (le Principe de la Contradiction) หรือหลักการรับฟังความอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งในกฎหมายปกครองเป็นการให้สิทธิแก่บุคคลที่จะปกป้องตนจากการใช้อำนาจออกคำวินิจฉัยสั่งการของฝ่ายปกครองที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิของตน<sup>34</sup> ซึ่งหลักการนี้ก็เป็นหลักทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาความในคดีทุกประเภท และเป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญหลักหนึ่งของกระบวนการพิจารณาไม่ว่ากระบวนการพิจารณาของ

<sup>31</sup> 'ความสัมพันธ์ระหว่างไทยกับจีนสมัยใหม่: การทูตชาตินิยม' <<http://www.satit.up.ac.th> > BBC07 > Around The World> สืบค้นเมื่อ 24 มีนาคม 2566.

<sup>32</sup> พระราชบัญญัติเนรเทศ พ.ศ. 2499..

<sup>33</sup> เพิ่งอ้าง.

<sup>34</sup> วรพจน์ วิศวรัตพิชญ์, 'หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง' (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2547) 179.

เจ้าหน้าที่ของรัฐและศาลที่จะทำคำสั่งตัดสินเรื่องใด ๆ หรือวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทหรือคดี และการที่จะดูว่ากระบวนการพิจารณาใดเป็นกระบวนการพิจารณาที่ได้มาตรฐานตามหลักสากลหรือไม่ กระบวนการพิจารณานั้นก็ต้องประกอบด้วยหลักนี้เป็นสำคัญ และแม้ในประเทศที่ใช้ระบบคอนมอนลอว์ ซึ่งเรียกสิทธิของคู่กรณีตามหลักนี้ว่า สิทธิที่จะได้รับฟัง (the right to be heard) เช่น ประเทศอังกฤษก็ถือว่าเป็นหลักสำคัญหลักหนึ่งในสองประการของหลักใหญ่ คือ หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ<sup>35</sup>

หลักการฟังความคู่กรณีทุกฝ่ายนี้เป็นแนวความคิดที่กำหนดว่า ศาลจะต้องรับฟังคู่ความทุกฝ่ายก่อนจะมีคำพิพากษา คำพิพากษาที่ดีจะต้องเกิดจากการที่คู่ความในคดีได้มีโอกาสเปิดเผยข้อเท็จจริงทั้งหมด กล่าวคือ คู่ความทุกฝ่ายมีโอกาสได้รับทราบข้ออ้างข้อต่อสู้ตลอดจนพยานหลักฐานต่าง ๆ ของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง และมีโอกาสเสนอข้อกล่าวอ้างหรือข้อต่อสู้ และนำพยานหลักฐานต่าง ๆ เข้านำเสนอสนับสนุนแก้ข้อกล่าวหาหรือข้อกล่าวอ้างของตน เพื่อใช้ได้แย้งคัดค้านในการต่อสู้คดีภายในระยะเวลาอันสมควร ซึ่งจะช่วยให้ศาลสามารถพิจารณาพิพากษาคดีได้อย่างถูกต้องเป็นธรรม<sup>36</sup>

หลักนี้มีแนวความคิดว่าไม่มีบุคคลใดควรถูกตัดสิทธิที่จะป้องกันตนเองและได้รับฟังการโต้แย้งและเสนอพยานหลักฐานในระหว่างกระบวนการพิพากษา เพราะเป็นหลักการพื้นฐานของกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรมที่ต้องมีการฟังความของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย

นอกจากสิทธิของคู่กรณีที่จะได้รับฟังหรือหลักการฟังคู่ความทุกฝ่ายมีความสำคัญสำหรับเอกชนในการใช้สิทธิของปัจเจกชนที่มีคดีในศาลแล้ว หลักการนี้ได้รับการนำไปใช้กับกระบวนการพิจารณาทางปกครองเพื่อเป็นเครื่องมือที่จะสร้างวิธีพิจารณาหรือกระบวนการทางปกครองที่เป็นธรรมโดยก่อนที่เจ้าหน้าที่ทางปกครองจะออกคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองที่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายก็ต่อเมื่อกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ก่อนออกคำสั่งทางปกครองได้ให้สิทธิแก่คู่กรณีผู้จะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่จะมีโอกาสต่อสู้โต้แย้งเพื่อปกป้องตนเอง และที่สำคัญคือการเปิดโอกาสให้คู่กรณีโต้แย้ง คัดค้านการนำเสนอหรือการกล่าวอ้างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง<sup>37</sup>

สำหรับลักษณะอันเป็นสาระสำคัญของหลักการฟังความทุกฝ่ายที่ได้รับการนำมาใช้กับกระบวนการพิจารณาทางปกครองด้วยนั้นมี ดังนี้<sup>38</sup>

(1) การบอกกล่าว

<sup>35</sup> วรรณชัย บุญบำรุง, *กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกับหลักนิติธรรม* (สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 2559) 15.

<sup>36</sup> ลักคนาวดี สายมิตร อรรถเชม, ‘ความทั่วไปเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีของศาลและการนำหลักวิธีพิจารณาความทั่วไปมาใช้ในวิธีพิจารณาดี’ (สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง 2562) 4.

<sup>37</sup> Law Corner, ‘Audi Alteram Partem – Meaning, Elements and Exemptions’ (lawcorner, 7 มิถุนายน 2564) <<https://lawcorner.in/audi-alteram-partem-meaning-elements-and-exemptions/>> สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2566.

<sup>38</sup> เห่งอ้าง.

ผู้ออกคำสั่งหรือคำพิพากษาจะทำคำสั่งหรือคำพิพากษามีได้หากไม่มีการบอกกล่าวหรือแจ้งเรื่องที่จะกล่าวหาหรือทำคำสั่งให้คู่พิพาททุกฝ่ายทราบโดยเฉพาะผู้ถูกกล่าวหาโดยต้องแจ้งถึงข้อมูลต่าง ๆ เช่น ข้อกล่าวหา วันเดือนปี กำหนดเวลา และสถานที่ ที่จะมีการพิจารณาเพื่อรับฟังพยานหลักฐาน โดยแจ้งล่วงหน้าก่อนเป็นเวลาพอสมควรก่อนถึงกำหนดเวลาที่ผู้ถูกกล่าวหาหรือคู่พิพาทจะต้องให้การหรือเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่หรือของศาลแล้วแต่กรณีเพื่อที่ผู้ถูกกล่าวหาหรือคู่พิพาทจะได้มีเวลาเตรียมตัวในการเข้าสู่หรือชี้แจงในกระบวนการที่ตนจะต้องเข้าร่วมกระบวนการพิจารณานั้น ๆ

## (2) กระบวนการพิจารณา

ในกระบวนการพิจารณานั้นต้องมีการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่ใช้ในการพิจารณาให้ผู้ถูกกล่าวหาหรือคู่พิพาททั้งสองฝ่ายทราบ

หลังจากนั้นในกระบวนการพิจารณาต้องมีการฟังคู่พิพาททุกฝ่ายก่อนที่จะมีคำสั่งหรือคำพิพากษา และเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการพิจารณาหรือศาลต้องผูกพันที่จะประกันว่า มีการให้โอกาสอย่างเป็นธรรมต่อคู่พิพาททุกฝ่ายที่จะปกป้องตนเอง กล่าวคือ ฝ่ายที่ถูกกล่าวหาไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องมีการเสนอพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาต่อหน้าผู้ที่ถูกกล่าวหาหรือต่อหน้าคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งและให้โอกาสฝ่ายที่ถูกกล่าวหาที่มีโอกาสเสนอพยานหลักฐานของตนเพื่อใช้ในการประกอบข้ออ้างหรือข้อโต้แย้งของตนและทำการซักค้านพยานและพยานหลักฐานของฝ่ายที่ถูกกล่าวหาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองหรือกระบวนการพิจารณาคดีของศาล

นอกจากนั้น คู่พิพาทหรือผู้ที่ถูกกล่าวหาสิทธิมีหมายหรือผู้ช่วยเหลือในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและต่อสู้ในชั้นพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและศาล

ด้วยเหตุดังกล่าว หลักฟังความทุกฝ่ายจึงเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานของกระบวนการยุติธรรมทั้งทางคดีแพ่งคดีอาญา และคดีปกครอง จึงถือได้ว่าเป็นหลักทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาความหรือแม้กระทั่งเป็นหลักทั่วไปตามรัฐธรรมนูญ ฉะนั้น แม้ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการทางปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ฝ่ายปกครองก็ไม่อาจใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจ ถ้าหากการกระทำนั้นจะมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่เป็นคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ฝ่ายปกครองจะต้องให้โอกาสแก่คู่กรณีผู้จะได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานเพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิของตน

ส่วนสถานะของหลักการรับฟังคู่กรณีหรือหลักฟังความทุกฝ่ายนั้นเป็นหลักทั่วไป ซึ่งหมายถึง หลักกฎหมายที่ยอมรับนับถือกันอยู่ทั่วไป ไม่เฉพาะในประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น<sup>39</sup> และด้วยเหตุดังกล่าวหลักกฎหมายทั่วไปจึงมีลักษณะกว้างกว่าหลักกฎหมายธรรมดา และกว้างกว่าบทบัญญัติกฎหมาย<sup>40</sup> นอกจากนั้น

<sup>39</sup> ไพจิตร บุญญพันธุ์, 'หลักกฎหมายทั่วไป' (กรกฎาคม-กันยายน 2540) 3 ตุลาคม, 177.

<sup>40</sup> มานิตย์ จุมปา, *ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 11, สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2555)



หลักกฎหมายทั่วไปมีบทบาทสำคัญมากในระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ รวมทั้งประเทศไทย เพราะหลักกฎหมายทั่วไปเป็นเครื่องมือที่ศาลใช้เพื่อพิทักษ์รักษาและเป็นหลักประกันในสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน โดยศาลใช้หลักกฎหมายทั่วไปเป็นพื้นฐานในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรด้วย

เนื่องจากความสำคัญของหลักการรับฟังคู่กรณีหรือหลักฟังความทุกฝ่ายที่สามารถให้ความเป็นธรรมแก่ประชาชนผู้ที่จะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองหรือคำพิพากษาของศาล หลักนี้จึงเป็นหลักทั่วไปที่ได้รับการยอมรับกันมานานในประเทศและระดับระหว่างประเทศว่าเป็นเป็นสิทธิตามความยุติธรรมตามธรรมชาติและเป็นสิทธิของมนุษยชนที่ต้องได้รับการรับฟังเมื่อตกเป็นคู่กรณีที่จะได้รับผลกระทบจากกระบวนการพิจารณาใด ๆ ต้องมีสิทธิได้รับการรับฟังในกระบวนการพิจารณาที่จะมีคำสั่งหรือการกระทำที่มีผลกระทบต่อตน ซึ่งกฎหมายธรรมชาติ หรือความยุติธรรมตามธรรมชาติ ซึ่งรวมทั้งลักษณะดังกล่าวนี้ในกฎหมายระหว่างประเทศเรียกว่าเป็นหลักกฎหมายบังคับเด็ดขาด (jus cogens) ซึ่งเป็นผลจากแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ และกฎเกณฑ์ที่มนุษย์หรือรัฐกำหนดขึ้นแม้กระทั่งสนธิสัญญาก็จะขัดกับกฎหมายบังคับเด็ดขาดซึ่งมีที่มาจากกฎหมายธรรมชาติได้<sup>41</sup> ซึ่งจะเห็นได้จากข้อบทที่ 53 ของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ซึ่งบัญญัติว่าสนธิสัญญาไม่สมบูรณ์เมื่อขัดแย้งกับปทัสถาน (norms) ของหลักกฎหมายบังคับเด็ดขาด

หลักกฎหมายบังคับเด็ดขาดในกฎหมายระหว่างประเทศหมายถึงความรวมถึงปทัสถานหรือมาตรฐานที่เกี่ยวข้องกับศีลธรรมหรือกฎหมายธรรมชาติ มากกว่าที่จะเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นจากมาตรฐานทางปฏิบัติของรัฐต่าง ๆ<sup>42</sup> และในช่วงหลัง ๆ นี้ไม่ได้จำกัดการใช้แค่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแต่มีบทบาทสำคัญในวงวิชาการโดยมีบทบาทสำคัญในระดับความเป็นกฎหมายรัฐธรรมนุษย์หรือกฎหมายสูงสุดของกฎหมายระหว่างประเทศ เช่นเดียวกับกฎหมายรัฐธรรมนุษย์ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎหมายภายในประเทศ<sup>43</sup>

นอกจากนั้น ในประเทศไทยก็มีการยอมรับหลักสิทธิมนุษยชนในส่วนที่เป็นเรื่องของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลโดยได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 4 วรรคหนึ่งว่า

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง”

ดังนั้น หากมีการกระทำของบุคคลหรือคณะบุคคลใดหรือกฎหมายใดที่จะจำกัดสิทธิหรือมีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลโดยไม่ให้สิทธิบุคคลซึ่งจะได้รับผลกระทบมีโอกาสได้รับฟังหรือเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ เพื่อโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนในการต่อสู้ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายธรรมชาติการกระทำหรือกฎหมายนั้นย่อมไม่ชอบและไม่อาจใช้บังคับได้เพราะขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นบทกฎหมายที่บังคับเด็ดขาด

<sup>41</sup> จุมพต, *กฎหมายระหว่างประเทศเล่ม 2* (พิมพ์ครั้งที่ 7, วิญญูชน 2552) 171-172.

<sup>42</sup> Erjona Ramaj, Binding international norms, jus cogens, *European Journal of Sustainable Development*, 318, 318 (2016).

<sup>43</sup> เพิ่งอ้าง 322.

## 2.2 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของคู่กรณีในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณา

### ทางปกครองตามกฎหมายภายใน

แนวความคิดนั้นมีความสำคัญสำหรับการวิจัยต่าง ๆ เนื่องจากเป็นความรู้ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งซึ่งใช้สำหรับเป็นแนวทางปฏิบัติสำหรับเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง

ส่วนทฤษฎีนั้นก็มีความสำคัญในการวิจัยเช่นกัน เนื่องจากเป็นความรู้ที่เกิดขึ้นจากการรวบรวมแนวความคิดและหลักการต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับข้อมูลในภาคปฏิบัติที่เกิดขึ้นสำหรับเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการทำวิจัย

แนวความคิดและทฤษฎีทางกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องนั้นสามารถนำมาใช้เพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดหรือวางรูปแบบ เนื้อหาสาระและหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อให้กฎหมายมีความเหมาะสม ถูกต้องและเป็นธรรมต่อบุคคลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องและส่วนรวมได้

ในเรื่องสิทธิของคู่กรณีในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการเนรเทศคนต่างด้าว นั้นมีแนวความคิดและทฤษฎีทางกฎหมายต่าง ๆ ที่แม้ไม่เกี่ยวข้องโดยตรงเช่นหลักการฟังความสองฝ่ายแต่ก็อาจนำมาใช้กับเรื่องดังกล่าวนี้ได้ซึ่งในส่วนนี้จะกล่าวถึงตามกฎหมายภายในของนานาประเทศ ดังจะกล่าวต่อไป

#### 2.2.1 หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ

หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติหรือทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (Principle of Natural Justice) ได้รับการพัฒนาพร้อมกับการเจริญเติบโตของอารยธรรม ในสมัยกรีกและโรมัน โดยมีต้นกำเนิดพร้อมกับประวัติศาสตร์ของมนุษยชาติ เพื่อที่จะปกป้องคุ้มครองมนุษย์จากการใช้อำนาจขององค์กรต่าง ๆ ที่มากเกินไป โดยมนุษย์มักร้องขอต่อสิ่งที่ตนนับถือ เช่น พระเจ้าและกฎหมายของพระเจ้า หรือกฎหมายธรรมชาติ อันหมายถึงความยุติธรรม ความมีเหตุผล ความเป็นธรรมและความเสมอภาคซึ่งมีลักษณะเป็นสากล ที่ใช้ได้ต่อมนุษย์ทุกคน ไม่มีขอบเขตจำกัด และอาจค้นพบได้โดยเหตุผลบริสุทธิ์ของมนุษย์ โดยไม่ได้เกิดจากความจำนงของผู้ใด อันมีลักษณะเหมือนกันในทุกหนแห่ง โดยเน้นว่ากฎเกณฑ์ต่าง ๆ มีระเบียบอยู่โดยธรรมชาติของมันเอง ไม่ขึ้นอยู่กับอำเภอใจของบุคคล มนุษย์เพียงแต่ใช้สติปัญญาไปค้นพบเท่านั้นและถือว่ากฎหมายธรรมชาติเป็นหลักเกณฑ์ในอุดมคติที่มีค่าบังคับสูงสุดกว่ากฎหมายที่มนุษย์บัญญัติขึ้นเอง ในแง่เหตุผลบริสุทธิ์ที่สัมพันธ์กับธรรมชาติ ลักษณะสมบูรณ์และมีความเป็นสากลของกฎหมายธรรมชาติ ดังนั้นกฎหมายใดที่มนุษย์บัญญัติขึ้นเองซึ่งขัดหรือแย้งต่อหลักกฎหมายธรรมชาติ ย่อมไม่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย

หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ไม่ได้มีที่มาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรใด ๆ หรือรัฐธรรมนูญ แต่เป็นสิ่งที่มาจากความสำนึกของบุคคลในสังคม และหลักศีลธรรมโดยหลักความยุติธรรมตามธรรมชาตินี้ เป็นสิ่งที่ยึดถือกันมานานอารยประเทศว่ามีความสำคัญสูงสุด โดยหลักความยุติธรรมตามธรรมชาตินั้นมีขอบเขตที่กว้างขวางซึ่งในบางส่วนเกี่ยวข้องกับความยุติธรรมในกระบวนการพิจารณาและเป็นการประกันการตัดสินที่

เป็นธรรมโดยการที่ให้ผู้ตัดสิน จะต้องให้ความเป็นธรรมในกระบวนการพิจารณาเพื่อคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนและส่งเสริมความเชื่อมั่นของสาธารณะในกระบวนการพิจารณา<sup>44</sup>

ความยุติธรรมตามธรรมชาติ ที่ในภาษาอังกฤษ คือ Natural Justice และในภาษาฝรั่งเศส คือ Justice Naturelle โดยมีรากฐานจาก “Jus Natural” ในกฎหมายโรมัน และหลักศีลธรรม ซึ่งหมายความว่า ความรู้สึกตามธรรมชาติว่าสิ่งใดถูกและสิ่งใดผิด หรือสิ่งใดเป็นความยุติธรรม ซึ่งมีความสำคัญสูงสุดและสำคัญมากกว่าสิ่งที่บัญญัติไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ในปัจจุบัน ความยุติธรรมตามธรรมชาติเป็นคำที่หมายความถึงสิทธิในวิธีพิจารณาในระบบกฎหมายอังกฤษ สำหรับหลักที่ต้องไม่มีความลำเอียง หรืออคติ (nemo iudex in causa sua) และสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรมและคล้ายคลึงกับแนวความคิดแบบอเมริกันในเรื่องกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม และวิธีพิจารณาที่เป็นธรรม (due process) คือ สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมทำให้ปัจเจกชนไม่ควรถูกลงโทษโดยคำตัดสินที่กระทบสิทธิหรือความคาดหมายโดยชอบไว้แต่จะได้รับการบอกกล่าวก่อนตัดสิน และมีโอกาสได้ต่อสู้คดีโดยได้เสนอพยานหลักฐานเพื่อประกอบข้ออ้างข้อต่อสู้ของตน

ในโลกปัจจุบันความสำคัญของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติได้รับการยอมรับและเป็นส่วนสำคัญของระบบความยุติธรรมใด ๆ แม้หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติไม่ได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร เป็นไปไม่ได้ที่จะให้คำนิยามที่ชัดเจนสำหรับคำว่าความยุติธรรมตามธรรมชาติ แต่ว่าก็เป็นระบบความยุติธรรมที่รู้สึกได้ร่วมกันของมนุษย์

หลักการพื้นฐานของความยุติธรรมตามธรรมชาติคือไม่มีบุคคลใดถูกประณามโดยไม่ได้รับการรับฟังจากบุคคลนั้น หรือคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องได้รับการรับฟังก่อนที่จะมีคำสั่งหรือคำพิพากษาใด ๆ มนุษย์ไม่สามารถสูญเสียทรัพย์สินหรือเสรีภาพสำหรับการกระทำผิดโดยการตัดสินด้วยกระบวนการพิจารณาไว้แต่จะได้รับการโอกาสที่เป็นธรรมในการต่อสู้คดีของตน กฎหมายหลายฉบับมีบทบัญญัติที่ให้หลักประกันว่าต้องมีการบอกกล่าวบุคคลที่จะได้รับคำสั่งก่อนมีการออกคำสั่ง แต่ก็มีบางกรณีที่เจ้าหน้าที่มีอำนาจที่จะออกคำสั่งที่กระทบต่อเสรีภาพหรือทรัพย์สินของปัจเจกชนแต่กฎหมายไม่มีบทบัญญัติที่ให้โอกาสบุคคลที่จะได้รับผลกระทบได้รับโอกาสต่อสู้ก่อนออกคำสั่ง

ความยุติธรรมตามธรรมชาติดูจากองค์ประกอบสองอย่างคือ การรับฟังหรือการพิจารณาคดีที่ไม่มีอคติ (nemo iudex in causa sua, หรือ “no man a judge in his own cause”) และสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมโดยฟังคู่พิพาททั้งสองฝ่าย (audi alteram partem หรือ “hear the other side”) เนื่องจากหลักพื้นฐานของความยุติธรรมตามธรรมชาติคือ ไม่มีบุคคลใดควรถูกประณามโดยไม่ได้รับฟังพยานหลักฐานหรือการโต้แย้งของบุคคลนั้น

<sup>44</sup> ‘Principles of Natural Justice’ (National Academy of Customs, Indirect Taxes & Narcotics)  
<<https://nacin.gov.in/resources/file/e-books/Principles%20of%20natural%20justice.pdf>> สืบค้นเมื่อ 24 มีนาคม 2566.

หากบุคคลใดถูกกล่าวหาหรือจะถูกสั่งให้กระทำการใด ๆ โดยคำสั่งของผู้มีอำนาจ บุคคลนั้นต้องได้รับโอกาสอย่างเพียงพอในการโต้แย้งและเสนอพยานหลักฐานเมื่อจะได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งนั้น

นอกจากนั้นหลักที่ว่าต้องมีการพิจารณาที่เป็นธรรมนั้นมีความหมายกว้างโดยรวมถึงผู้ที่ออกคำสั่งหรือพิจารณาคดีต้องไม่มีอคติในการพิจารณาด้วย

นอกจากความยุติธรรมตามธรรมชาติเป็นแนวความคิดที่สำคัญที่ต้องมีการทำให้คู่ความในศาลต้องมีสิทธิที่ได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรมแล้ว สิทธินี้ได้นำไปใช้ในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วย ซึ่งในกฎหมายปกครอง คำว่าความยุติธรรมตามธรรมชาติแสดงถึงหลักพื้นฐานของความยุติธรรมซึ่งมีอยู่สำหรับทุกคน เช่น คู่ความในการพิจารณาคดี หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติดีเหตุผลและเป็นเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน หลักการนี้ใช้หรือจำเป็นต้องมีในสถานการณ์ต่าง ๆ ทุกกรณี หลักการนี้ใช้กับการวินิจฉัยตัดสินของทุกองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐ คณะกรรมการต่าง ๆ และคำพิพากษาของทุกศาล ซึ่งเป็นการประกันการคุ้มครองที่เข้มแข็งต่อการกระทำของฝ่ายปกครองหรือตุลาการไม่ว่าจะเป็นคำสั่งหรือการกระทำใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิของปัจเจกชน

ในยุโรป นั้นประเทศต่าง ๆ ก็ยอมรับสิทธิตามความยุติธรรมตามธรรมชาติในเรื่องกระบวนการพิจารณาทางปกครองว่า เป็นสิทธิที่ได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรมได้รับการประกันโดย มาตรา 6 (1) แห่งอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

## 2.2.2 หลักนิติธรรม

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 ได้ให้คำแปลคำว่า “นิติธรรม” ไว้ว่า “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ที่บุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายอย่างเท่าเทียม กัน (rule of law)<sup>45</sup>

คณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรมของประเทศไทยได้ให้คำนิยามคำว่า หลักนิติธรรมว่า หมายถึงหลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ที่กฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ จะต้องไม่ฝ่าฝืน ขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม โดยหลักนิติธรรมหรือหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายนี้จะถูกล่วงละเมิดมิได้ หากกฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ ฝ่าฝืน ขัด หรือแย้งต่อหลักนิติธรรม ย่อมไม่มีผลใช้บังคับ<sup>46</sup>

คำนิยามดังกล่าวข้างต้นก็ยังไม่ชัดเจน อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์พิเศษ ธาณิชกร กวีเชียร ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “นิติธรรม” ว่า เป็นหลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายที่สำคัญในระบอบประชาธิปไตยที่เทิดทูนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิแห่งมนุษยชนทุกแง่มุมที่รัฐต้องให้ความอารักขาคุ้มครองมนุษยชน ให้พ้นจากลัทธิตหาราชาย์ หากมีข้อพิพาทใด ๆ เกิดขึ้นไม่ว่าระหว่างรัฐกับ

<sup>45</sup> ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 (ศิริวัฒนาอินเตอร์พริ้น 2556) 634.

<sup>46</sup> คณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรม, หลักนิติธรรม The Rule of Law ความหมาย สาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม (สำนักงานคณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ สำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรม 2557) 1.

เอกชน หรือระหว่างเอกชนกับเอกชน ศาลย่อมมีอำนาจอิสระในการตัดสินข้อพิพาทนั้นโดยเด็ดขาดและโดยยุติธรรม ตามกฎหมายบ้านเมืองที่ถูกต้องและเป็นธรรม”<sup>47</sup>

หลักนิติธรรม (Rule of Law) เป็นหลักการพื้นฐานในระบบกฎหมายอังกฤษ ซึ่งเป็นหลักความคิดที่ว่ามนุษย์ไม่ควรถูกปกครองโดยมนุษย์ แต่ควรจะต้องถูกปกครองโดยกฎหมายนั้น หลักนี้ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกในศตวรรษที่ 17 ในหนังสือชื่อ “The Common Wealth of Oceana” อันเป็นผลงานของ James Harrington ซึ่งเป็นผู้ที่นิยมระบอบสาธารณรัฐ<sup>48</sup> แต่เป็นเรื่องยากที่จะให้คำจำกัดความหรือนิยามซึ่งยอมรับกันเป็นยุติได้ การทำความเข้าใจความหมายของ rule of law จึงควรต้องทำความเข้าใจจากความเป็นมาทางประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของอังกฤษซึ่งให้กำเนิดแนวความคิดนี้

หลักนิติธรรมซึ่งมีกำเนิดในประเทศอังกฤษนั้นเริ่มต้นในยุคกลาง ในปี ค.ศ. 1215 ซึ่งเป็นปีที่พระเจ้าจอห์น (King John) กษัตริย์อังกฤษในขณะนั้นได้ทรงลงพระนามาภิไธยในเอกสารที่ชื่อว่า Magna Carta ซึ่งเป็นพันธสัญญาที่กษัตริย์อังกฤษให้ไว้แก่บรรดาขุนนางของพระองค์ในการที่จะจำกัดอำนาจของพระองค์ลงและทรงอยู่ภายใต้กฎหมายซึ่งนับได้ว่า Magna Carta เป็นก้าวสำคัญในประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของประเทศอังกฤษที่ขุนนางและประชาชนสามารถลดอำนาจของพระมหากษัตริย์ลง อันนำไปสู่การปกครองโดยกฎหมายเป็นใหญ่ในเวลาต่อมา เนื่องจากเอกสารฉบับนี้เป็นเอกสารทางกฎหมายฉบับแรกที่ทำให้หลักการปกครองโดยกฎหมายได้รับการบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และการประกันสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลมีความชัดเจน<sup>49</sup> เช่น มาตรา 39 ระบุว่า จะไม่มีอิสระชนใดที่จะถูกจับกุมหรือจำคุกหรือปลดสิทธิ หรือกรรมสิทธิ์หรือทำให้ไม่มีสิทธิตามกฎหมายหรือถูกเนรเทศ หรือเอาไปซึ่งตำแหน่งหน้าที่โดยประการอื่น เว้นแต่มีคำพิพากษาหรือกฎหมาย<sup>50</sup>

ต่อมามีนักกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษที่มีบทบาทมากที่สุดคนหนึ่งในการช่วยพัฒนาหลักนิติธรรม คือ A.V. Dicey ซึ่งได้เขียนตำรา ชื่อ ความรู้เบื้องต้นของกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Introduction to the Study of the Law of the Constitution) และได้กลายเป็นตำรามาตรฐาน โดย Dicey เห็นว่า หลักนิติธรรมจะต้องสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา และหลักนิติธรรมนั้นมีเนื้อหาสาระที่สำคัญ คือ บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย บุคคลไม่ว่าจะในชนชั้นใดย่อมต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายปกติธรรมดาของแผ่นดิน ซึ่งบรรดาศาลทั้งหลาย จะเป็นผู้รักษาไว้ซึ่งกฎหมายดังกล่าวและตามหลักนิติธรรมโดย

<sup>47</sup> ชานินทร์ กรัยวิเชียร, *หลักนิติธรรม* (ธนาเพรส 2552) 23.

<sup>48</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2557) 193.

<sup>49</sup> Nicholas Cowdery, ‘Magna Carta and the rule of law’ (lexisnexis, 5 มิถุนายน 2558) <<https://www.lexisnexis.com.au/en/insights-and-analysis/rule-of-law/2015/05jun2015-magna-carta-and-the-rule-of-law>> สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2566.

<sup>50</sup> ‘The contents of Magna Carta’ (UK Parliament) <<https://parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/originsofparliament/birthofparliament/overview/magnacarta/magnacartaclauses/>> สืบค้นเมื่อ 2566 มีนาคม 20.

เจ้าหน้าที่ทั้งหลายต้องเคารพกฎหมาย และบุคคลทั้งหลายไม่ต้องถูกลงโทษ หากไม่ได้กระทำการอันผิดกฎหมาย และไม่มีผู้ใดที่อยู่เหนือกฎหมาย<sup>51</sup>

องค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรมนั้น คือ ความคาดหมายได้ของการกระทำของรัฐ ความชัดเจนของกฎหมาย ความมั่นคงของกฎหมาย ความเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมาย ความเป็นอิสระของศาล การเคารพในหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ตลอดจนความสะดวกในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม และหลักการสำคัญของหลักนิติธรรม 3 ประการ คือ <sup>52</sup>

(1) ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจ ลงโทษบุคคลใดได้ตามอำเภอใจ เว้นเพียงใน กรณีที่มีการละเมิดกฎหมายโดยชัดแจ้ง และการลงโทษที่อาจกระทำได้นั้นจะต้องกระทำตามกระบวนการปกติของกฎหมายต่อหน้าศาลหรือผู้มีอำนาจพิจารณาและตัดสินปัญหา

(2) ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมาย ไม่ว่าเขาจะอยู่ในตำแหน่งหรือเงื่อนไข ประการใด ทุก ๆ คนล้วนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน และ

(3) หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเป็นผลจากคำวินิจฉัยของศาลหรือกฎหมายธรรมดา มิใช่เกิดขึ้นจากการรับรองคำประกันเป็นพิเศษโดยรัฐธรรมนูญ ดังกรณีของรัฐธรรมนูญประเทศอื่น

ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครองนั้น Dicey เห็นว่า บรรดาการกระทำทั้งหลายของรัฐบาลและฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย ต้องไม่ก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ไม่ทำตามอำเภอใจ และหากปรากฏว่ารัฐบาลหรือฝ่ายปกครองกระทำการอันใดที่ขัดต่อกฎหมาย การกระทำดังกล่าวย่อมถูกฟ้องคดียังศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดาได้ เพราะรัฐบาลหรือเจ้าหน้าที่ไม่มีสิทธิพิเศษใด ๆ เหนือกว่าประชาชน เนื่องจาก Dicey ไม่เห็นด้วยกับการมีศาลปกครอง จึงเห็นว่าสามารถฟ้องคดีในระบบศาลแบบอังกฤษที่มีอยู่คือระบบศาลเดี่ยว และคือฟ้องคดีต่าง ๆ ต่อศาลยุติธรรม

นอกจากนั้น หลักนิติธรรมได้ถูกนำไปใช้ เป็นแนวทางการสร้างความยุติธรรม และการตรวจสอบอำนาจรัฐ ตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ และได้มีการนำหลักนิติธรรมไปบัญญัติไว้ในกติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เพื่อวางหลักการให้รัฐสมาชิกนำไปเป็นแนวปฏิบัติสำหรับการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิของประชาชนในประเทศ

### 2.2.3 หลักนิติรัฐ

นิติรัฐ (Legal State) หรือ Rechtsstaat ในภาษาเยอรมันเป็นถ้อยคำที่ประกอบขึ้นจากสองคำคือ Recht ที่แปลว่ากฎหมาย และคำว่า Staat ที่แปลว่ารัฐ ซึ่งเกิดขึ้นในประเทศที่ใช้ภาษาเยอรมัน คือ ประเทศเยอรมนี ประเทศออสเตรีย และบางส่วนของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ โดยมีนักคิดชาวเยอรมันหลายท่าน ได้กล่าวถึงคำว่า “นิติรัฐ” ว่า หมายถึง รัฐแห่งความมีเหตุผล อันเป็นเป็นรัฐที่ปกครองตามเจตจำนงโดยรวมที่มีเหตุผลและมีวัตถุประสงค์เพื่อสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับสังคมเป็นการทั่วไป เพื่อให้การอาศัยอยู่ร่วมกันของ

<sup>51</sup> A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (Macmillan 1915).

<sup>52</sup> เห่งอ้าง 187-203.

มนุษย์เป็นไปด้วยความสงบสุขเนื่องจากรัฐต้องดำเนินการต่าง ๆ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม<sup>53</sup> โดยบุคคลทุกคนในรัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันไม่ว่าจะเป็นประชาชนธรรมดา เจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้บริหาร หรือผู้ปกครองของรัฐ และการกระทำใด ๆ อันเป็นการรุกรานสิทธิของประชาชนจะกระทำได้อีกเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น<sup>54</sup>

นิติรัฐ เป็นคำที่ใช้เรียกรัฐหรือระบอบการปกครองซึ่งเรียกร้องให้การใช้อำนาจของรัฐนั้นต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและความยุติธรรม โดยทั่วไปแล้วการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐในนิติรัฐจะมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ องค์กรของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐตลอดจนบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจรัฐต้องผูกพันตนกับกฎหมายทั้งทางกฎหมาย และรัฐประกันสิทธิขั้นพื้นฐานให้แก่พลเมืองของรัฐ<sup>55</sup>

หลักนิติรัฐมีพัฒนาการโดยเริ่มต้นขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 17 เนื่องจากเริ่มมีการต่อต้านอำนาจรัฐในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ โดยการปกป้องบุคคลจากการกระทำตามอำเภอใจของรัฐหรือผู้ปกครอง เพราะในยุโรปเริ่มมีความเชื่อที่มีมาตั้งแต่ยุคกลางว่าสันติสุขและความยุติธรรมจะเกิดขึ้นได้ย่อมต้องอาศัยกฎหมายอย่างไรก็ตามในวงวิชาการเยอรมัน ซึ่งเป็นแหล่งที่พัฒนาแนวคิดเรื่องนิติรัฐขึ้น จนถึงปัจจุบันก็ยังไม่เป็นที่ยุติว่าบุคคลใดเป็นผู้ที่ให้ความหมายของคำว่า Rechtsstaat อย่างชัดเจนเป็นคนแรก แต่ส่วนใหญ่เชื่อกันว่า Robert von Mohl เป็นผู้ที่น่าเอาความคิดว่าการดำรงอยู่ของรัฐไม่ควรจะขึ้นอยู่กับกำลังอำนาจ แต่ควรขึ้นอยู่กับเหตุผล และสอดคล้องกับแนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติที่เห็นว่า สิทธิตามธรรมชาติ คือสิทธิที่มนุษย์แต่ละคนมีติดตัวมาตามธรรมชาติ เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิในร่างกาย สิทธิดังกล่าวนี้มนุษย์แต่ละคนมีอยู่โดยไม่ขึ้นอยู่กับรัฐและไม่ขึ้นอยู่กับกฎหมายบ้านเมือง กล่าวคือ เป็นสิทธิที่มีอยู่ก่อนมีรัฐ สิทธิตามธรรมชาติที่กล่าวถึงนี้เองที่ต่อมาจะกลายเป็นองค์ประกอบสำคัญประการหนึ่งในทางเนื้อหาของหลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐนั้นได้รับการส่งเสริมในช่วงปลายศตวรรษที่ 18 ต่อเนื่องมาจนถึงต้นศตวรรษที่ 19 และประชาชนได้เรียกร้องให้รัฐปกป้องคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินตลอดจนเสรีภาพของประชาชนมากขึ้น และประชาชนต่างเห็นว่าการปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจะปรากฏเป็นจริงได้ก็ต่อเมื่อมีรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้อำนาจของรัฐต้องผูกพันอยู่กับกฎหมาย กฎหมายย่อมจะต้องเป็นกฎหมายที่กำหนดขอบเขตภารกิจของรัฐ โดยกฎหมายจะต้องสร้างกลไกในการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐ และกฎหมายจะต้องประกันสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล

ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในระบบกฎหมายเยอรมันว่า หลักนิติรัฐมีองค์ประกอบสำคัญสองส่วน คือ องค์ประกอบในทางรูปแบบ และองค์ประกอบในทางเนื้อหา ความเป็นนิติรัฐในทางรูปแบบ คือ การที่รัฐผูกพันตนเองไว้กับกฎหมายที่องค์กรของรัฐตราขึ้นตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้นหรือที่

<sup>53</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐาน สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2562) 23.

<sup>54</sup> ชาญชัย แสงวงศ์, *คำอธิบายกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2542) 33.

<sup>55</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2557) 159-190.

รัฐธรรมนูญมอบอำนาจไว้ ทั้งนี้เพื่อจำกัดอำนาจของรัฐลง เมื่อพิจารณาในทางรูปแบบแล้ว ย่อมจะเห็นได้ว่า หลักนิติรัฐมุ่งประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของบุคคล ส่วนความเป็นนิติรัฐในทางเนื้อหานั้น ก็คือ การที่รัฐประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎร โดยกำหนดให้บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ เรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการโดยยุติธรรมและถูกต้อง

พิจารณาในทางรูปแบบ หลักนิติรัฐประกอบไปด้วยหลักการย่อย ๆ หลายประการ ที่สำคัญได้แก่ หลักการแบ่งแยกอำนาจหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี ตลอดจนหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม<sup>56</sup>

หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่และศาลเรียกร้องให้รัฐต้องเปิดโอกาสให้ราษฎรได้ต่อสู้ป้องกันสิทธิของตนในกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ ของรัฐได้อย่างเต็มที่ ด้วยเหตุนี้ระบบกฎหมายของรัฐจึงกำหนดให้องค์กรของรัฐต้องรับฟังบุคคล เปิดโอกาสให้บุคคลนำพยานหลักฐานเข้าหักล้างข้อกล่าวหาต่าง ๆ ก่อนที่จะตัดสินใจกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เป็นผลร้ายแก่บุคคลนั้น ทั้งนี้กระบวนการพิจารณาที่ได้รับการออกแบบขึ้นจะต้องเป็นกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรมด้วย และในกรณีที่ราษฎรได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจมหาชนขององค์กรของรัฐ รัฐต้องเปิดโอกาสให้ราษฎรสามารถฟ้ององค์กรของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตนต่อศาลได้<sup>57</sup>

เนื่องจากหลักนิติรัฐ มีเจตนารมณ์ที่สำคัญประการหนึ่งคือ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎร โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากการกระทำขององค์กร เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งอาจก่อให้เกิดผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของราษฎร ดังนั้น จึงจำต้องมีการควบคุมตรวจสอบการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองว่าได้กระทำไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เพียงใด องค์กรที่จะทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบดังกล่าวจึงต้องมีความเป็นอิสระ โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องเป็นอิสระจากองค์กรฝ่ายบริหารหรือองค์กรฝ่ายปกครองเพราะมีส่วนได้เสียในการกระทำของตน องค์กรฝ่ายบริหารจึงไม่อยู่ในสถานะที่จะให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ และองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติก็ไม่อยู่ในฐานะที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองได้ทุกกรณี เพราะสามารถจะควบคุมได้แต่เพียงความรับผิดชอบในทางการเมืองของฝ่ายบริหารเท่านั้น ดังนั้น องค์กรตุลาการจึงได้รับการยอมรับและเชื่อถือเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลาง มีความเป็นอิสระปราศจากการแทรกแซงใด ๆ ของทั้งองค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ การวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง หรือข้อพิพาทระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับราษฎรหรือปัจเจกชนจึงต้องดำเนินการโดยองค์กรตุลาการ

#### 2.2.4 หลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วน (the Principle of Proportionality หรือ le principe de proportionnalité ในภาษาฝรั่งเศสหรือ der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeitในภาษาเยอรมัน) มี

<sup>56</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ (เชิงอรรถ 53) 24-34.

<sup>57</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 'หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม' (Public Law Net, 31 มกราคม 2553) <<http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=1431>> สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2566.



ต้นกำเนิดจากทฤษฎีหรือแนวความคิดของอริสโตเติลว่า ความยุติธรรม คือ ความได้สัดส่วนในเรื่องความเป็นธรรม กล่าวคือมีอัตราส่วนที่เป็นธรรมในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างหลักการเฉลี่ยความยุติธรรมและการได้ส่วนแบ่งที่เป็นธรรม<sup>58</sup> และความยุติธรรมในกฎหมายมหาชนเป็นเรื่องการแบ่งสรรปันส่วนที่เป็นธรรมที่รัฐต้องดำเนินการให้กับประชาชน

หลักความได้สัดส่วน มีที่มาจากประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ในทวีปยุโรป โดยในประเทศเยอรมนีและฝรั่งเศส หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่ไม่ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรแต่ได้รับการยอมรับกันอย่างกว้างขวางทั้งในประเทศต่าง ๆ ของทวีปยุโรปและในระดับกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งอาจมีคำอธิบายความหมายที่แตกต่างกันไป เช่น ในระบบของประเทศเยอรมนีได้อธิบายหลักดังกล่าวไว้ว่า รัฐต้องไม่กระทำการใดที่เกินขอบเขตขอบเขตแห่งความจำเป็น เพื่อที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐบาล โดยต้องมีการถ่วงดุลหรือชั่งน้ำหนักระหว่างความเสียหายต่อปัจเจกชนและผลที่ได้รับต่อรัฐหรือชุมชนจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ส่วนในระบบฝรั่งเศสได้นำหลักความได้สัดส่วนไปใช้เพื่อประกันสิทธิและประโยชน์ของประชาชนต่อการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองมิให้ฝ่ายปกครองทำตามอำเภอใจ เพราะต้องพิจารณาความได้สัดส่วนตามความสัมพันธ์อันเหมาะสมระหว่างคำสั่งหรือการกระทำทางปกครอง วัตถุประสงค์ของการกระทำดังกล่าวของฝ่ายปกครองและสถานการณ์ข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุแห่งการออกคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองนั้น<sup>59</sup>

อย่างไรก็ตามไม่ว่าจะตามความคิดของประเทศใด หลักความได้สัดส่วนก็เป็นหลักขั้นพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่าง ผู้ใช้อำนาจกับผู้ที่ถูกภายใต้อำนาจ โดยบังคับให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของตนอย่างพอเหมาะพอประมาณ<sup>60</sup> และถือว่าหลักความได้สัดส่วน เป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปและมีค่าบังคับเสมอกันกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทุกประการ ทั้งนี้หากต้องมีการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองก็ต้องพิจารณาความเหมาะสมกับกรณีแห่งข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณีๆ ไปด้วย<sup>61</sup>

นอกจากนั้น หลักความได้สัดส่วนไม่ว่าจะในประเทศใดนั้นเป็นหลักที่คำนึงถึงความยุติธรรมทั้งส่วนของปัจเจกบุคคลและความยุติธรรม คือ สังคมโดยส่วนรวมด้วย ทั้งนี้เพราะการอยู่อาศัยร่วมกันในสังคมนั้น ผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล ของกลุ่มบุคคลที่แตกต่างกัน และผลประโยชน์ของมหาชน ย่อมมีผลกระทบต่อ กันเสมอ<sup>62</sup>

<sup>58</sup> Eric Engle, 'The History of the General Principle of Proportionality: An Overview' (2012) 1 The Dartmouth Law Journal, 4.

<sup>59</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ สมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์, 'หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส' (พฤษภาคม-สิงหาคม 2542) 2 วารสารศาลรัฐธรรมนูญ 40, 46-47, 61.

<sup>60</sup> เพิ่งอ้าง 40.

<sup>61</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 'การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ' (2532) 8 วารสารกฎหมายปกครอง, 37-38.

<sup>62</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์ (เชิงอรรถ 59).

เมื่อนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้กับการกระทำทางปกครองนั้นตามปกติใช้เพื่อตรวจสอบการกระทำของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ทางปกครองเพื่อตรวจสอบการกระทำว่าสมบูรณ์หรือ ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หากฝ่ายปกครองจะใช้ อำนาจละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องใช้อำนาจเท่าที่จำเป็น การละเมิดสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชนจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากการละเมิดนั้นมีขนาดเกินสมควรเมื่อเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์ของ การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองและการใช้อำนาจนั้นต้องสัมพันธ์และได้สัดส่วนที่เหมาะสมระหว่างสถานการณ์ ที่เกิดขึ้น เป้าหมาย และการตัดสินใจ โดยต้องพิจารณาวิธีการ เป้าหมาย และข้อเท็จจริงที่เป็นพื้นฐานของนิติกรรมทางปกครองนั้น ๆ ดังนั้น หลักความได้สัดส่วน จึงเป็นหลักกฎหมายที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องนำ กฎเกณฑ์ที่ดีที่สุดมาใช้ บังคับกับเอกชน<sup>63</sup>

ดังนั้น หลักความได้สัดส่วน จึงเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญที่ประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐ โดยรัฐจะกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อประชาชนเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และต้องทำทุกอย่างตามกฎหมาย โดยมีองค์กรตุลาการมีอำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองว่ามีการใช้อำนาจถูกต้องตามกฎหมายเป็นไปตามวัตถุประสงค์ หรือ เจตนารมณ์ของกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นหรือไม่ แต่ในขณะเดียวกันก็ไม่ได้หมายความว่าประชาชนสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพของตนอย่างไร้ขอบเขต เพราะรัฐมีหน้าที่ในการธำรงรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ จึงมีอำนาจบังคับให้ประชาชนในรัฐกระทำการหรืองดเว้นกระทำการในบาง เรื่อง ภายใต้ข้อจำกัดว่ารัฐจะใช้อำนาจได้เท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะและเท่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้โดย ชัดแจ้งเท่านั้น

สำหรับสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วน 3 ประการ คือ หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ<sup>64</sup>

หลักความได้สัดส่วนมีสาระสำคัญประกอบด้วยหลักการย่อย ๆ ที่สำคัญ 3 ประการ คือ

- (1) หลักความเหมาะสม (Principle of suitability)
- (2) หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) และ
- (3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality strict sensu)

ในแต่ละหลักดังกล่าวมีสาระสำคัญที่สรุปได้ ดังนี้

(1) หลักความเหมาะสม (Principle of suitability หรือ Geeignetheit) หมายถึง มาตรการที่รัฐหรือฝ่ายปกครองเลือกนำมาใช้กับเอกชนต้องเป็นมาตรการที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หากมาตรการนั้นไม่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือการจะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์เป็นไปได้

<sup>63</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, 'หลักแห่งความได้สัดส่วน' (ธันวาคม 2533) 4 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 100-101.

<sup>64</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ (เชิงอรรถ 53) 282-289

ด้วยความยากลำบากย่อมเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสมและต้องสันนิษฐานว่าฝ่ายปกครองมีความมุ่งหมายที่จะใช้มาตรการนั้นเป็นเครื่องมือดำเนินการให้เกิดผลเป็นอย่างอื่นนอกเหนือไปจากผลที่กฎหมายที่ให้อำนาจประสงค์จะให้เกิดขึ้นและเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ

ดังนั้น “หลักความเหมาะสม” จึงคำนึงถึงความสัมพันธ์ที่ได้ดุลยภาพระหว่างวัตถุประสงค์ของใช้อำนาจ วิธีการที่รัฐนำมาใช้ต้องบรรลุวัตถุประสงค์ได้และกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครอง และหลักการสำคัญหลายประการอันจะทำให้เกิดผลตามหลักดังกล่าวนี้ ต้องสอดคล้องกับหลักคุณธรรม กล่าวคือ มาตรการที่รัฐนำมาใช้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามกฎหมายจะต้องเกิดจากการที่ผู้ใช้อำนาจได้ใช้อำนาจโดยสุจริต ตามหลักคุณธรรม ปราศจากอคติ ต้องสามารถทำให้บรรลุตามเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจ คือ เป็นกรณีผู้มีอำนาจใช้อำนาจโดยพิจารณาบนฐานข้อมูลหรือข้อเท็จจริงที่ชัดเจนและมีเหตุผล ความจำเป็นโดยสุจริตหรือไม่บิดเบือนการใช้อำนาจ แต่มุ่งที่จะใช้อำนาจเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามกฎหมายที่ให้อำนาจอย่างแท้จริง

(2) หลักความจำเป็น (Principle of Necessity หรือ Erforderlichkeit หรือ Notwendigkeit) หมายถึง มาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ซึ่งแม้ว่ารัฐหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะมีมาตรการในการใช้อำนาจเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจหลายแนวทาง แต่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ไม่อาจใช้อำนาจนั้นตามอำเภอใจได้แต่ต้องเลือกใช้มาตรการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนซึ่งก็คือการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนให้น้อยที่สุดหรือต้องไม่เลือกใช้มาตรการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนเกินกว่าความจำเป็นในอันที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจนั้น มิฉะนั้นจะเป็นสิ่งที่ไม่ชอบธรรม

(3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality strict sensu หรือ Verhaeltnismaessigkeit im engeren Sinne) หรือ ความสมเหตุสมผล (หรือ Zumutbarkeit) หมายความว่า มาตรการอันใดอันหนึ่งที่น่ามาใช้จะต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการกับวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจที่กฎหมายกำหนดไว้กล่าวคือ ต้องเกิดดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของส่วนรวมกับผลกระทบหรือความเสียหายต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนหรือสังคมโดยรวม หากประโยชน์สาธารณะที่ได้รับมีเพียงเล็กน้อยเมื่อเปรียบเทียบกับผลกระทบที่เกิดกับของเอกชนหรือสังคมโดยรวม กรณีย่อมถือว่าไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบจึงเป็นหลักการที่เรียกร้องให้เกิดดุลยภาพระหว่างความเสียหายของเอกชนหรือสังคมโดยรวมกับประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะจากมาตรการที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกดำเนินการอันเป็นหลักการที่รัฐและฝ่ายปกครองต้องชั่งน้ำหนักหาความสมดุลระหว่างสิทธิหรือส่วนได้เสียของเอกชนกับสิทธิหรือส่วนได้เสียของมหาชนว่า หากมีการกระทำหรือการใช้ดุลพินิจนั้นแล้วจะส่งผลเสียหายแก่เอกชนหรือมหาชนมากน้อยเพียงใด

เนื่องจากหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งสำคัญที่เข้ามามีบทบาทในการจำกัดวิธีการหรือมาตรการที่ฝ่ายปกครองจะใช้บังคับเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์อยู่ในขอบเขตที่เหมาะสมจำเป็น

กับสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะถูกระงับ โดยมีความมุ่งหมายให้การใช้อำนาจรัฐเป็นไปอย่างได้สัดส่วน เมื่อเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์ปลายทางกับมาตรการที่รัฐนำมาใช้ ดังนั้น หากมาตรการหรือวิธีการที่นำมาใช้ มีลักษณะเกินความจำเป็นไม่ได้สัดส่วน ผลก็คือการใช้อำนาจดังกล่าวเป็นการกระทำหรือการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่อาจมีผลใช้บังคับได้

### 2.3 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิของคู่กรณีทางปกครองตามกฎหมายระหว่างประเทศ

แม้สิทธิของคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองมักจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับรัฐหนึ่งรัฐใดที่ประชาชนเข้าไปเกี่ยวข้องแต่ก็อาจมีกรณีที่ประชาชนของรัฐหนึ่งต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาทางปกครองของอีกรัฐหนึ่งได้ ซึ่งประชาชนที่เป็นของอีกรัฐหนึ่งหรือที่เรียกกันว่าคนต่างด้าวนั้นจำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกับประชาชนในรัฐเจ้าของดินแดนเช่นกันและจำเป็นต้องมีกฎหมายระหว่างประเทศเข้าไปเกี่ยวข้องด้วย เพราะเป็น กฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นเพื่อใช้เป็นหลักในการจัดข้อปัญหาหรือความแตกต่างหรือข้อพิพาทระหว่างประเทศ ซึ่งแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิของคู่กรณีทางปกครองตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศนั้นเกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับหลักสิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชน (Human Rights) คือ สิทธิของความเป็นมนุษย์ที่จะมีชีวิตอยู่และมีสิทธิต่าง ๆ ในฐานะที่เป็นมนุษย์โดยเป็นสิทธิตามธรรมชาติในฐานะที่เกิดเป็นมนุษย์ โดยมนุษย์มีความชอบธรรมในด้านจริยธรรมที่จะรักษาชีวิตของตนเอง มีอิสระทางความคิด โดยเชื่อว่าไม่ว่าแต่ละคนจะมีความแตกต่างกันในด้านใด ทุกคนก็มีศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งหมายถึงคุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะและเป็นคุณค่าที่มีความผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ โดยเท่าเทียมกันซึ่งมนุษย์ทุกคนได้รับคุณค่าดังกล่าวโดยไม่จำต้องคำนึงถึงเพศ เชื้อชาติ ศาสนา วัย หรือคุณสมบัติอื่น ๆ ของบุคคล<sup>65</sup>

สิทธิมนุษยชนเป็นแนวคิดที่มีรากฐานมาจากความเชื่อ ปรัชญา คำสอนทางศาสนา ศีลธรรมและจริยธรรมของสังคมและวัฒนธรรมต่าง ๆ ในโลกที่เชื่อว่ามนุษย์ที่เกิดมาทุกคนมีสิทธิที่จะมีชีวิตและมีสิทธิพื้นฐานต่าง ๆ ของมนุษย์ ดังนั้น มนุษย์จึงมีสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่เป็นของมนุษย์ทุกคนไม่ว่าจะเป็นบุคคลใดหรืออยู่ที่ใดโดยไม่คำนึงถึง เชื้อชาติ สถานที่ ภาษา ศาสนา ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิดหรือสถานภาพอื่นใด ซึ่งใช้ได้ทุกที่ทุกเวลาในแง่ที่เป็นสากลและเหมือนกับสำหรับทุกคน และครอบคลุมสิทธิต่าง ๆ รวมทั้งสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีด้วยความเป็นธรรม และสอดคล้องกับหลักนิติธรรม ทั้งนี้ สิทธิมนุษยชนนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของคุณค่าความเป็นมนุษย์ เช่น ความมีศักดิ์ศรี ความยุติธรรม ความเท่าเทียม ความเคารพ และความ เป็นอิสระ

อย่างไรก็ตามแม้สิทธิมนุษยชนจะไม่สามารถถูกพรากไปได้ แต่บางครั้งสิทธิมนุษยชนอาจถูกจำกัดได้ เช่น หากบุคคลใดกระทำความผิดกฎหมายหรือกระทำการที่อาจเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของชาติ

ในปัจจุบันสิทธิมนุษยชนไม่ได้เป็นเพียงแค่แนวคิดที่เป็นนามธรรมเท่านั้น เพราะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศ โดยมีเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์รวมอยู่ด้วย ซึ่งมี

<sup>65</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ (เชิงอรรถ 53) 89.

กฎหมายระหว่างประเทศต่าง ๆ ทั้งที่บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนทั่วไป และเฉพาะด้านที่คุ้มครองคนต่างด้วยจากการถูกเนรเทศและอื่น ๆ ดังนี้

### 2.3.1 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน

ในกฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนมานานแล้วและต่อมาได้รับการรับรองโดยปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งมีมติโดยของสมาชิกประเทศต่าง ๆ ของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติและประกาศใช้ เพื่อเป็นหลักการสำคัญในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาคมโลก ณ กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส และถึงแม้ว่าปฏิญญาฉบับนี้จะไม่ใช่สนธิสัญญาระหว่างประเทศแต่ก็เป็นกฎหมายจารีตระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่สำคัญที่สุด ซึ่งประเทศต่าง ๆ จำต้องเคารพต่อหลักการสิทธิมนุษยชนที่ได้ตราไว้ในปฏิญญาฉบับนี้ โดยที่ปฏิญญาฉบับนี้ยังเป็นพื้นฐานสำคัญของสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ อีกหลายฉบับ รวมทั้งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966

ในคำปรารภของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้กล่าวถึงสิ่งต่าง ๆ รวมทั้งระบุว่า สิทธิมนุษยชนควรได้รับความคุ้มครองโดยหลักนิติธรรม โดยมี 30 ข้อบท แบ่งได้เป็น 4 ส่วนดังนี้<sup>66</sup>

ส่วนที่หนึ่ง เป็นเจตนารมณ์และหลักการ ที่ปรากฏตามคำปรารภ (Preamble) และข้อบทที่ 1-2 โดยเฉพาะในข้อบทที่ 1 ระบุรับรองศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ว่า “มนุษย์ทั้งปวงเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิ”

ส่วนที่สอง เป็นสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง เป็นสิทธิที่จำเป็นและสำคัญต่อการดำรงชีวิตของมนุษย์ ซึ่งเป็นสิทธิที่มีมาแต่ดั้งเดิม โดยปรากฏตามข้อบทที่ 3-21

สำหรับข้อบทที่มีส่วนสำคัญในการคุ้มครองประชาชนในการถูกจับกุมและการเนรเทศ นั้นอยู่ในข้อบทที่ 9 ซึ่งระบุว่า “บุคคลใดจะถูกจับกุม กักขัง หรือเนรเทศไปต่างถิ่นโดยพลการไม่ได้”

ส่วนสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองในกระบวนการพิจารณา คือ ข้อบทที่ 10 ส่วนสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองในกระบวนการพิจารณา คือ ข้อบทที่ 10 ซึ่งได้แก่การได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรม กล่าวคือ ทุกคนย่อมมีสิทธิในความเสมอภาคอย่างเต็มที่ในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมและเปิดเผยจากศาลที่อิสระและไม่ลำเอียงในการพิจารณากำหนดสิทธิและหน้าที่ของตนและข้อกล่าวหาอาญาใดที่ตนถูกกล่าวหา

ส่วนที่สาม เป็นสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม เป็นสิทธิที่ทำให้มนุษย์สะดวกสบายในการดำรงชีวิต ซึ่งเป็นสิทธิที่มีมาแต่ภายหลัง โดยปรากฏตามข้อบทที่ 22-27

ส่วนที่สี่เป็นข้อบังคับและการบังคับใช้โดยปรากฏตามข้อ 28-30

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อาจเป็นปัญหาในกรณีที่มีการกระทำหรือการใช้ดุลพินิจในทางปกครองได้ ในกรณีที่บุคคลผู้จะได้รับคำสั่งทางปกครองไม่มีโอกาสเข้าไปร่วมในกระบวนการพิจารณาและออกคำสั่งทางปกครอง ก็อาจเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลดังกล่าวได้

<sup>66</sup> ‘Universal Declaration of Human Rights’ (เชิงอรรถ 1)

เนื่องจาก ข้อบทที่ 9 และข้อบทที่ 10 บัญญัติไว้แม้ยังไม่ชัดเจนมากนัก แต่ในข้อบทที่ 9 จะระบุว่า บุคคลใดจะถูกเนรเทศไปต่างถิ่นโดยพลการไม่ได้ แม้มีได้กล่าวถึงสิทธิของคนต่างด้าวอย่างชัดเจน แต่คนต่างด้าวก็เป็นมนุษย์ และคำว่าพลการนั้นก็อาจหมายความรวมถึงการไม่ได้มีโอกาสเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาที่จะออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวได้ และแม้ในข้อบทที่ 10 จะระบุถึงการได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรม กล่าวคือ ทุกคนย่อมมีสิทธิในความเสมอภาคอย่างเต็มที่ในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมและเปิดเผยจากศาลที่อิสระและไม่ลำเอียงในการพิจารณากำหนดสิทธิและหน้าที่ของตน และแม้ไม่ได้กล่าวถึงสิทธิในกระบวนการพิจารณาทางปกครองแต่ก็อาจหมายความรวมถึงกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีลักษณะกึ่งตุลาการว่า รวมอยู่ในข้อบทที่ 10 นี้ได้

นอกจากนั้น สิทธิมนุษยชนยังได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและสิทธิพลเมือง ค.ศ. 1976<sup>67</sup> โดยมีการระบุถึงสิทธิของคนต่างด้าวที่ถูกเนรเทศตามข้อบทที่ 13 ดังนี้ “คนต่างด้าวผู้อยู่ในดินแดนของรัฐภาคีแห่งกติกานี้โดยชอบด้วยกฎหมายอาจถูกไล่ออกจากรัฐนั้นได้โดยคำวินิจฉัยอันได้มาตามกฎหมายเท่านั้นและผู้นั้นย่อมได้รับอนุญาตให้ชี้แจงแสดงเหตุผลคัดค้านการขับไล่ออกจากรัฐนั้นและขอให้มีการทบทวนเรื่องของตนโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ หรือบุคคล หรือคณะบุคคล ที่แต่งตั้งขึ้นเฉพาะการนี้โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจโดยได้รับอนุญาตให้มีผู้แทนเพื่อวัตถุประสงค์ข้างต้นได้เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุผลจำเป็นอย่างอื่นด้านความมั่นคงแห่งชาติ”

นอกจากนั้น ใน ข้อบทที่ 26 ระบุถึงการคุ้มครองทุกคนอย่างเสมอภาค

สำหรับกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของคนต่างด้าวและการเนรเทศคนต่างด้าว กลับออกไปนอกราชอาณาจักรตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศต่าง ๆ รวมทั้งประเทศไทยเป็นภาคี มีดังนี้

### 2.3.2 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

ในหลักกฎหมายระหว่างประเทศมีแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองของประชาชนในประเทศต่าง ๆ และได้มีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) ซึ่งมีที่มาจากแนวความคิดให้ประชาชนทั่วโลกมีสิทธิในฐานะเป็นพลเมืองของประเทศหนึ่งประเทศใดและต้องมีสิทธิทางการเมืองของประเทศที่เป็นตนเป็นพลเมืองด้วย และได้รับการยอมรับให้เป็นสนธิสัญญาพหุภาคี ซึ่งสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติรับรองเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม พ.ศ. 2509 และมีผลใช้บังคับเมื่อ 23 มีนาคม พ.ศ. 2519 โดยสนธิสัญญานี้ให้คำมั่นสัญญาว่าภาคีจะเคารพสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองของประชาชน เช่น บทไชยวัฒน์ จันทิลา และ ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล, ‘ปัญหาหลักการรับฟังคู่กรณีในการพิจารณาทางปกครอง’ (ส.ค.-พ.ย. 2557) 3, 1 วารสารบัณฑิตศึกษา มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตยับัญญัติต่าง ๆ ดังนี้

<sup>67</sup> ‘International Covenant on Civil and Political Rights’ (United Nations)

<<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>> สืบค้นเมื่อ 23 มีนาคม 2566.

ในข้อบทที่ 12 (1) บุคคลทุกคนที่อยู่ในดินแดนของรัฐใดโดยชอบด้วยกฎหมาย ย่อมมีสิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย และเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐนั้น

(2) บุคคลทุกคนย่อมมีเสรีที่จะออกจากประเทศใด ๆ รวมทั้งประเทศของตนได้

(3) สิทธิดังกล่าวข้างต้นไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดใด ๆ เว้นแต่เป็นข้อจำกัดตามกฎหมาย และที่จำเป็นเพื่อรักษาความมั่นคงของชาติความสงบเรียบร้อย การสาธารณสุข หรือศีลธรรมของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น และข้อจำกัดนั้นสอดคล้องกับสิทธิอื่น ๆ ที่รับรองไว้ในกติกา

(4) บุคคลจะถูกกีดรอนสิทธิในการเดินทางเข้าประเทศของตนโดยอำเภอใจมิได้

ข้อบทที่ 13: การคุ้มครองทางวิธีพิจารณาในการเนรเทศคนต่างด้าว

คนต่างด้าวผู้อยู่ในดินแดนของรัฐภาคีแห่งกติกานี้โดยชอบด้วยกฎหมายอาจถูกไล่ออกจากรัฐนั้นได้โดยคำวินิจฉัยอันได้มาตามกฎหมายเท่านั้น และผู้นั้นย่อมได้รับอนุญาตให้ชี้แจงแสดงเหตุผลคัดค้านการขับไล่ออกจากรัฐนั้นและขอให้มีการทบทวนเรื่องของตนโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ หรือบุคคลหรือคณะบุคคลที่แต่งตั้งขึ้นเฉพาะกรณีโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจโดยได้รับอนุญาตให้มิผู้แทนเพื่อวัตถุประสงค์ข้างต้นได้เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุผลจำเป็นอย่างอื่นด้านความมั่นคงแห่งชาติ

### 2.3.3 แนวคิดเรื่องการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ

นอกจากแนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนและการให้สิทธิแก่คนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศแล้ว ก็มีแนวคิดเรื่องการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ และได้รับการบัญญัติให้เป็นอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination, 1969 (พ.ศ. 2512): CERD)<sup>68</sup> ซึ่งแม้จะไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการเนรเทศคนต่างด้าวโดยตรง แต่ก็มีบทบัญญัติใน ข้อบทที่ 5 ของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบซึ่งสามารถนำไปใช้กับการเนรเทศคนต่างด้าวได้ด้วย ที่จะต้องได้รับโอกาสเข้าสู่กระบวนการพิจารณาเช่นเดียวกับคนที่มีสัญชาติของประเทศที่มีการดำเนินการพิจารณา ดังนี้

“...รัฐภาคีจะห้ามและจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบและจะประกันสิทธิของทุกคนให้มีความเสมอภาคกันตามกฎหมายโดยไม่จำแนกตามเชื้อชาติ สีผิว หรือชาติหรือเผ่าพันธุ์กำเนิดโดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้สิทธิดังต่อไปนี้

a) สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันในศาลและองค์กรทางปกครองอื่นที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานยุติธรรมทั้งหลาย”

<sup>68</sup> Gay McDougall ‘International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination’ (United Nations, 21 ธันวาคม 2508) <<https://legal.un.org/avl/ha/cerd/cerd.html>> สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2566.

## 2.4 การทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

วิทยานิพนธ์เรื่องปัญหาหลักการรับฟังคู่กรณีในการพิจารณาทางปกครอง โดย ไชยวัฒน์ จันทิลา ได้ศึกษาปัญหาหลักการรับฟังคู่กรณีในการพิจารณาทางปกครอง โดยศึกษา 3 ปัญหา คือ ปัญหาการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองกรณีไม่มีกฎหมายเฉพาะบัญญัติถึงการรับฟังคู่กรณีเอาไว้ โดยศึกษากรณีเรื่องการสอบสวนทางวินัยข้าราชการ ปัญหาข้อยกเว้นหลักการรับฟังคู่กรณีในการพิจารณาทางปกครอง และปัญหาการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องในการรับฟังคู่กรณี

จากการศึกษาวิจัยพบว่า พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 30 วรรคแรก บัญญัติถึงสิทธิการรับฟังคู่กรณีไว้เป็นการทั่วไปในการพิจารณาทางปกครองกรณีที่ไม่มีความหมายเฉพาะกำหนดขั้นตอนการรับฟังคู่กรณีไว้ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของกรอบของการกระทำทางปกครอง คือ มาตรา 30 วรรคแรก ที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องให้ออกาสคู่กรณีทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและให้คู่กรณีมีโอกาสโต้แย้งแสดงหลักฐาน แต่การให้ออกาสดังกล่าวไม่มีกระบวนการที่ชัดเจน การให้ออกาสคู่กรณีที่จะทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และให้คู่กรณีมีโอกาสโต้แย้งแสดงหลักฐานนั้นมีขั้นตอนกระบวนการอย่างไร แต่ไหนถ้าวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ให้ออกาสคู่กรณีที่จะทราบข้อเท็จจริงและโอกาสโต้แย้งแสดงหลักฐานที่เพียงพอ

สำหรับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองได้วินิจฉัยขั้นตอนการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ในการรับฟังคู่กรณีไว้ และข้อยกเว้นบางประการที่จำเป็น โดยให้ฝ่ายปกครองออกกฎกระทรวงกำหนดข้อยกเว้นหลักการรับฟังคู่กรณี ซึ่งเป็นการเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองออกข้อยกเว้นของหลักการรับฟังคู่กรณีที่อาจขัดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน และไม่สอดคล้องกับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ตลอดถึงการแก้ไขเยียวยาการรับฟังคู่กรณีที่ไม่สมบูรณ์ ตาม มาตรา 41 (3) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดขั้นตอนการเยียวยาที่มีมากเกินไป ไม่ทันต่อความเดือดร้อนที่จะแก้ไขเยียวยาได้อย่างเหมาะสม

ผู้เขียนวิทยานิพนธ์จึงได้เสนอให้ยกเลิกข้อยกเว้นหลักการรับฟังคู่กรณีตาม มาตรา 30 วรรคสอง (6) กรณีให้ออกกฎกระทรวงเพื่อยกเว้นหลักการรับฟังคู่กรณี และตัดขั้นตอนการเยียวยาตามมาตรา 41 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ออกไป

บทความ เรื่อง “รับฟังคู่กรณี” ในชั้นพิจารณาอุทธรณ์ แต่คู่กรณีไม่ดำเนินการ! ” โดย นางสาวนิตา บุญยรัตน์ ได้กล่าวถึงหลักการรับฟังคู่กรณี” ตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยกล่าวถึงความสำคัญของหลักการรับฟังคู่กรณีว่าเป็นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติที่คุ้มครองความเป็นธรรม ให้กับคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองก่อนที่ฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะใช้อำนาจออก “คำสั่งทางปกครอง” เพื่อให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดในทางกฎหมายกับ “คู่กรณี” หรือ ผู้ตกอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งนอกจากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ จะกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการปฏิบัติราชการทางปกครองเพื่อประกันความเป็นธรรมให้กับคู่กรณี ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองแล้ว ยังเป็นการประกันคุณภาพ



ของคำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายปกครอง ได้ใช้อำนาจตามกฎหมายอย่างถูกต้องไม่ได้เป็นไปโดยอำเภอใจหรือมีอคติลำเอียง ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่ปฏิบัติราชการภายใต้หลักเกณฑ์และวิธีการที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดไว้ และการรับฟังคู่กรณีถือเป็นรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ อันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบและเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) และมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม “หลักการรับฟังคู่กรณี” หากได้มีการรับฟังให้สมบูรณ์ในภายหลังก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ หรือกรณีที่กฎหมายเฉพาะไม่ได้กำหนดให้อุทธรณ์และได้มีการรับฟังให้สมบูรณ์ก่อนการนำคำสั่งทางปกครอง ไปฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ย่อมถือว่าได้ดำเนินการตามหลักการรับฟังคู่กรณี ทั้งนี้ ตามมาตรา 41วรรคหนึ่ง (3) และวรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์ (ถือว่าได้รับฟัง คู่กรณีแล้ว)

บทความนี้ได้ยกตัวอย่าง คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1174/2559 ซึ่งเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจได้ออกคำสั่งลงโทษทางวินัย โดยไม่ได้ให้โอกาสผู้ถูกกล่าวหา (คู่กรณี) ชี้แจงหรือนำสืบแก้ข้อกล่าวหาตามขั้นตอนและวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่ในชั้นอุทธรณ์ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ได้ให้โอกาสผู้ถูกกล่าวหาชี้แจงแก้ข้อกล่าวหา กรณีดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การออกคำสั่งลงโทษทางวินัยได้ดำเนินการ โดยถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ข้อพิพาทในคดีนี้ เกิดขึ้นในขณะที่บังคับใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 (ซึ่งกำหนดขั้นตอนและวิธีการดำเนินการทางวินัยไว้เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติระเบียบ ข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ที่ใช้บังคับในปัจจุบัน) โดยในการดำเนินการทางวินัยแก่ข้าราชการพลเรือน ไม่ว่าจะ เป็นกรณีที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรงหรือไม่ร้ายแรง จะต้องมีการสอบสวน เพื่อให้ได้ความจริงและยุติธรรม โดยจะต้องแจ้งข้อกล่าวหาและสรุปพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวหา เท่าที่มีเพื่อให้ผู้ถูกกล่าวหา มีโอกาสชี้แจงและนำสืบแก้ข้อกล่าวหา แต่ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า คณะกรรมการสืบสวนข้อเท็จจริงได้สอบปากคำผู้ถูกกล่าวหา ในฐานะพยาน หลังจากนั้น ผู้มีอำนาจได้มีคำสั่งลงโทษทางวินัยอย่างไม่ร้ายแรง โดยลงโทษตัดเงินเดือน 5% เป็นเวลา 1 เดือน กรณีมีพฤติกรรมการเป็นพยานเท็จให้ข้าราชการ กล่าวโทษข้าราชการด้วยกันและผู้บังคับบัญชา 2 เห็นว่าการมีคำสั่งลงโทษตัดเงินเดือน เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากในการสืบสวนข้อเท็จจริงไม่ได้รับการแจ้งข้อกล่าวหาและให้โอกาสชี้แจงแสดงพยานหลักฐาน แก่ข้อกล่าวหาก่อนมีคำสั่งลงโทษตัดเงินเดือน จึงอุทธรณ์คำสั่งต่อผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ในชั้นพิจารณาอุทธรณ์ ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ได้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยอย่างไม่ร้ายแรงคณะใหม่เพื่อสอบสวนข้อเท็จจริงเพิ่มเติม และให้เสนอเพื่อพิจารณาอุทธรณ์ต่อไป ซึ่งคณะกรรมการฯ ได้มีบันทึกการแจ้งข้อกล่าวหาพร้อมสรุปพยานหลักฐานโดยคู่กรณีได้รับบันทึกแล้ว และคู่กรณีขอขยายระยะเวลาทำคำชี้แจง 2 ครั้ง แต่ก็ไม่ได้ทำคำชี้แจงหรือแสดงพยานหลักฐานใด ๆ เพื่อแก้ข้อกล่าวหาภายในเวลาที่กำหนด แต่ได้ขอขยายเวลาโดยไม่มีกำหนดและไม่ได้รับอนุญาต ต่อมาผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ได้พิจารณารายงานของ

คณะกรรมการฯ รวมทั้งได้ฟัง คำแถลงการณ์ด้วยวาจาของคู่กรณีแล้ว มีมติยกอุทธรณ์ ปัญหาคือ ฝ่ายปกครอง ได้ปฏิบัติตามหลักการรับฟังคู่กรณี ตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้วหรือไม่ ศาลปกครองสูงสุดสุดวินิจฉัยว่า การสอบสวน ข้อเท็จจริง เป็นกระบวนการพิจารณาทาง ปกครองก่อนมีการออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสถานภาพ ของสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา และโดยที่ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2539 (ใช้บังคับ ขณะเกิดมูลคดีพิพาท) ไม่ได้บัญญัติวิธีการ สอบสวนข้อเท็จจริงกรณีนี้ผู้บังคับบัญชาจึงต้องปฏิบัติตาม หลักทั่วไปตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธี ปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในการแจ้ง ข้อกล่าวหาและสรุปพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวหา เพื่อให้ผู้นั้นได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และมีโอกาสโต้แย้งแก้ข้อกล่าวหา การที่ผู้มีอำนาจมีคำสั่ง ลงโทษทางวินัยอย่างไม่ร้ายแรง โดยไม่ได้แจ้งข้อกล่าวหาและให้โอกาส คู่กรณีชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาแต่ประการ ใด เป็นการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญของกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ กฎหมายกำหนด แต่แม้ว่ากระบวนการพิจารณาออกคำสั่งลงโทษในขั้นต้น ไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอน อันเป็น สาระสำคัญที่กฎหมายกำหนด แต่ได้มีการแก้ไขให้ถูกต้องในขั้นพิจารณาอุทธรณ์ โดยให้คู่กรณี มีโอกาสทราบ ข้อเท็จจริงและมีโอกาสชี้แจงแสดงพยานหลักฐานเพื่อแก้ข้อกล่าวหาแล้ว แต่คู่กรณีไม่ได้ทำคำชี้แจงหรือแสดง พยานหลักฐานใด ๆ เพื่อโต้แย้งข้อเท็จจริงที่สนับสนุนข้อกล่าวหา ดังนั้น จึงถือว่า การดำเนินการทางวินัยได้มีการดำเนินการโดยถูกต้องตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดแล้ว คำสั่งลงโทษ คู่กรณีจึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วย กฎหมาย

ผู้เขียนบทความนี้แสดงความเห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดได้วางบรรทัดฐานการปฏิบัติราชการที่ดีใน เรื่อง “หลักรับฟังคู่กรณี” ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการออกคำสั่งลงโทษทางวินัย ซึ่งมีสถานะ เป็น “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ก่อน ออกคำสั่งทางปกครอง โดยฝ่ายปกครองจะต้องให้โอกาสคู่กรณีได้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และมี โอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานเพื่อประกันความเป็นธรรมให้กับคู่กรณี แต่หากไม่ได้รับฟังคู่กรณี ในขั้น ก่อนที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองยังมีโอกาสแก้ไขโดยการรับฟังคู่กรณี ในขั้น อุทธรณ์ได้และหากให้โอกาสคู่กรณีดังกล่าวแล้ว คู่กรณีไม่ดำเนินการใด ๆ เพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิของตน ย่อมมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นชอบด้วยรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้ สำหรับการกระทำนั้น

### บทที่ 3

## หลักการรับฟังคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการเนรเทศคนต่างด้าวตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย

การรับฟังคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองนั้นเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่งที่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองต้องดำเนินการโดยให้สิทธิแก่ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากผลร้ายของคำสั่งทางปกครองได้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเพื่อเสนอพยานหลักฐานต่าง ๆ ในการคัดค้านโต้แย้งคำสั่งที่ตนถูกกล่าวหา ก่อนที่เจ้าหน้าที่ที่จะออกคำสั่งและหากผู้ที่ได้รับผลกระทบในทางร้ายจากผลของคำสั่งทางปกครองไม่มีโอกาสเช่นนั้นคำสั่งทางปกครองย่อมไม่ชอบและอาจถูกเพิกถอนได้

อย่างไรก็ตาม ในกรณีของคนต่างด้าวซึ่งจะถูกเนรเทศออกจากประเทศใด ๆ นั้น ควรมีสติในการเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาที่จะมีคำสั่งเนรเทศหรือไม่นั้นเป็นเรื่องที่มีความสำคัญในกฎหมายและทางปฏิบัติของนานาประเทศเพราะเกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้ที่ได้รับผลกระทบเกี่ยวกับการอยู่อาศัยซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของสิทธิมนุษยชนในเรื่องถิ่นที่อยู่ซึ่งได้รับการยอมรับในหลักกฎหมายของนานาประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ในบางประเทศก็ยังคงมีความแตกต่างกันไปบ้างในกฎหมายและแตกต่างจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากเห็นว่าเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐที่จะจัดการเรื่องภายในประเทศของตนเพราะประเทศต่าง ๆ จะเนรเทศคนต่างด้าวออกจากประเทศของตนเฉพาะคนต่างด้าวซึ่งกระทำการใด ๆ ที่เป็นภัยต่อความมั่นคงปลอดภัยสาธารณะและความสงบเรียบร้อยของประชาชน

การที่จำเป็นต้องศึกษาหลักกฎหมายต่างประเทศนั้นเป็นเพราะกฎหมายของประเทศไทยส่วนหนึ่ง โดยเฉพาะหลักกฎหมายปกครองได้รับอิทธิพลในการร่างจากกฎหมายต่างประเทศแต่กฎหมายต่างประเทศก็มีความเหมือนกันและแตกต่างกันไปบ้างจึงควรศึกษาเหตุผลของความเหมือนและความแตกต่างกันซึ่งสามารถนำมาใช้ในการวิเคราะห์ เปรียบเทียบ เพื่อจะนำมาใช้ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายของประเทศไทยให้เหมาะสมและสามารถแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นให้ดีขึ้นได้

นอกจากกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ แล้วจำเป็นต้องศึกษากฎหมายระหว่างประเทศด้วย เนื่องจากแม้แต่ละรัฐมีอำนาจอธิปไตยแต่ทุกรัฐในฐานะเป็นบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศก็จำเป็นต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศหรือกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นที่ยอมรับกันในนานาประเทศ

นอกจากนั้น มีความจำเป็นต้องศึกษาว่าหลักสิทธิการได้รับฟังของคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีอยู่ในกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศได้รับการนำมาใช้ในประเทศไทยหรือไม่ และอย่างไรเนื่องจากประเทศไทยเป็นสมาชิกของประชาคมโลกจึงจำเป็นต้องปฏิบัติตามหลักกฎหมายที่รับรองกันในนานาอารยประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีมี ฉะนั้นอาจมีความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศได้

ด้วยเหตุดังกล่าว ในบทนี้จะศึกษาหลักกฎหมายของต่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศ และบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง ซึ่งมีรายละเอียด ดังจะกล่าวต่อไป

### 3.1 กฎหมายต่างประเทศ

สำหรับกฎหมายต่างประเทศที่จะศึกษา คือ กฎหมายของประเทศ ฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี อังกฤษ สหรัฐอเมริกา และกฎหมายของสหภาพยุโรป ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

#### 3.1.1 ฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นประเทศที่เป็นผู้นำในเรื่องหลักกฎหมายปกครองโดยมีพัฒนาการของกฎหมายปกครองมายาวนานและเป็นต้นแบบที่สำคัญของกฎหมายปกครองของประเทศไทยนั้น ได้ยอมรับมานานแล้วว่าการใช้อำนาจรัฐของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการทำคำสั่งทางปกครองต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ เป็นไปตามกระบวนการ ขั้นตอน และรูปแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ และความชอบด้วยกฎหมายในส่วนของการพิจารณาทางปกครองก็เป็นองค์ประกอบสำคัญอย่างหนึ่งของความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการเพื่อให้คำสั่งทางปกครองนั้นมีผลบังคับใช้ได้อย่างสมบูรณ์เพราะเป็นการให้ความคุ้มครองประชาชนจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐ โดยให้ความคุ้มครองผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองที่จะมีสิทธิในการได้เข้าร่วมในกระบวนการทางปกครองที่จะออกคำสั่งทางปกครองและเสนอพยานหลักฐานเพื่อประกอบข้อโต้แย้งของตนในกระบวนการพิจารณาทางปกครองก่อนที่เจ้าหน้าที่จะออกคำสั่งทางปกครอง เพียงแต่สิทธิของคนต่างด้าวในกระบวนการพิจารณาเพื่อการเนรเทศนั้นเพิ่งมีพัฒนาการไม่นานนัก ซึ่งมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้<sup>69</sup>

##### 3.1.1.1 สิทธิของคู่กรณีในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง

ในหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้นการกระทำทางปกครองต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งหมายถึง การกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครองต้อง เคารพกฎหมายต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด และจะกระทำนอกเหนือขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ ผู้ใช้อำนาจทางปกครองมิได้มีอิสระในการที่จะดำเนินการใดได้โดยไม่คำนึงถึงอำนาจของตนตามกฎหมายที่บัญญัติไว้ โดยเฉพาะการดำเนินการที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพ หรือทรัพย์สินของบุคคลนั้น ผู้ใช้อำนาจทางปกครองจะต้องระมัดระวังมิให้การกระทำของตนเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ผู้ใช้อำนาจทางปกครองต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ หรือกระทำการนอกกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อมทำให้การกระทำของผู้ใช้อำนาจทางปกครองนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ถึงแม้เครื่องมือของฝ่ายปกครองที่มีหลากหลาย เช่น การออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง หรือการทำสัญญากับเอกชน นั้นเป็นการใช้ในการปฏิบัติภารกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ในการจัดการบริการ

<sup>69</sup> Richard L. Herrmann, 'Procedural Due Process in Administrative Law: Some Thoughts from the French Experience' (1968) 1 University of Michigan Journal of Law Reform, 47.

ของรัฐอาจมีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรม ของประชาชนได้ ฝ่ายปกครองจึงต้องให้สิทธิกับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่จะโต้แย้งเสนอพยานหลักฐานต่าง ๆ เพื่อปกป้องตนเอง เหตุที่ต้องให้ผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำของฝ่ายปกครองได้รับสิทธิดังกล่าวก็เพื่อมิให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจกระทำการใด ๆ ที่เป็นการขัดหรือแย้งต่อกฎหมายอันเป็นการคุ้มครองประชาชนผู้จะได้รับผลกระทบ

สำหรับหลักที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักประกันการคุ้มครองสิทธิของประชาชนนั้นได้แก่ หลักการให้สิทธิโต้แย้ง หรือ หลักการรับฟังคู่กรณี ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มาจากหลักการฟังความทุกฝ่าย หรือหลักสิทธิของคู่กรณีที่จะได้รับการรับฟังอันได้รับอิทธิพลมาจากหลักกฎหมายโรมัน ซึ่งกำหนดขึ้นด้วยเหตุผลที่ว่า แม้ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการทางปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ฝ่ายปกครอง ก็ไม่อาจใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจ หากการกระทำนั้นจะมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนที่เป็นคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง

ดังนั้น ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตาม หลักเกณฑ์และขั้นตอนที่เหมาะสมก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครองมาบังคับใช้กับประชาชนโดยให้ออกโอกาสคู่กรณีที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำของฝ่ายปกครองต้องได้รับรู้ข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้ง แสดงพยานหลักฐานของตนก่อนออกคำสั่งทางปกครอง โดยหน่วยงานทางปกครองของฝรั่งเศสมีหน้าที่ต้องติดต่อกับบุคคลซึ่งได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองเพื่อให้โอกาสบุคคลดังกล่าวที่จะโต้แย้งโดยมีกระบวนการพิจารณาในระบบไต่สวน ซึ่งในหลักการนี้มีบทบัญญัติของกฎหมายและหลักกฎหมายที่เกิดขึ้นจากพัฒนาการของคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ดังนี้

(1) กฎหมายลายลักษณ์อักษร

หลักการที่ผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำทางปกครองมีสิทธิได้รับรู้และโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนต่อทางการก่อนมีการออกคำสั่งทางปกครองนี้ได้รับการรับรองว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในประเทศฝรั่งเศสในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen หรือ the Declaration of the Rights of Man of 1789) ที่สภาร่างรัฐธรรมนูญแห่งชาติออกใน ค.ศ. 1789 ซึ่งเป็นเอกสารทางสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองจากสมัยการปฏิวัติฝรั่งเศส ซึ่งมีอยู่ในข้อความเบื้องต้น Preamble ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 อาร์มถบท (Preamble) ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 และการอุปมาจากหลักนิติศาสตร์ในทางแพ่งและอาญา (Analogies to civil and criminal jurisprudence)<sup>70</sup>

(2) หลักกฎหมายที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด

ถึงแม้จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครองบางเรื่องในกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่หลักวิธีพิจารณาส่วนใหญ่ของประเทศฝรั่งเศสได้รับการพัฒนาโดยศาลปกครองสูงสุด โดยเฉพาะในช่วงปี ค.ศ. 1970 เป็นต้นมาศาลปกครองสูงสุดเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการสร้างหลักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยผ่านแนวความคิดเรื่องหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งมักจะเป็นไปตามหลักประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 และหลักการในรัฐธรรมนูญที่ต้องการให้มีการพิจารณาก่อนมีคำสั่งหรือคำพิพากษาซึ่งเป็นสิทธิในการรับการพิจารณาที่มีกระบวนการพิจารณาโดยชอบและเป็นธรรม (Rights of Due Process) ซึ่งได้มาจากการ

<sup>70</sup> เฟิงอ้าง 62-63.

อุปมา (analogy) กฎหมายแพ่งและกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งด้วยนอกจากหลักการในรัฐธรรมนูญ และหลักการนี้ได้รับการยอมรับทั้งโดยศาลปกครองสูงสุดและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งมีผลกระทบต่อภาระการทำงานของฝ่ายปกครองและฝ่ายนิติบัญญัติที่ต้องร่างกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครอง<sup>71</sup>

อย่างไรก็ตาม หากมีความผิดพลาดหรือการฝ่าฝืนหลักในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครอง คู่กรณีมีทางดำเนินการแก้ไขได้โดยการขอเพิกถอนคำสั่งทางปกครองต่อศาลปกครอง

### 3.1.1.2 สิทธิของคู่กรณีในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาการเนรเทศคนต่างด้าว

สำหรับการเนรเทศคนต่างด้าวนั้นในอดีต เช่น ในระหว่างคริสต์ศตวรรษที่ 19 และก่อนหน้านั้นยังไม่มี การวางกฎเกณฑ์ในการเนรเทศคนต่างด้าวในประเทศฝรั่งเศส โดยเฉพาะสิทธิของคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศว่ามีอย่างไรรวมทั้งสิทธิในการเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาในการออกคำสั่งเนรเทศเพื่อแสดงพยานหลักฐานเพื่อต่อสู้หรือโต้แย้งผู้ที่จะออกคำสั่งเนรเทศก่อนมีการออกคำสั่งเนรเทศว่าต้องมีหรือไม่

หลังจากสงครามโลกครั้งที่สองนายพลเดอโกลประธานาธิบดีฝรั่งเศส ต้องการพัฒนาประเทศฝรั่งเศสให้ฟื้นตัวจึงออกพระราชกฤษฎีกาลงวันที่ 2 พฤศจิกายน ค.ศ. 1945 เพื่อตั้งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองแห่งชาติ เพื่อนำคนต่างชาติเข้าประเทศเพื่อประโยชน์ของกิจการต่าง ๆ เช่น เพื่อเป็นแรงงานต่างชาติ

อย่างไรก็ตาม เมื่อมีคนต่างด้าวเข้าไปอยู่ในประเทศเป็นจำนวนมากก็มีคนต่างด้าวบางส่วนที่กระทำการที่กระทบถึงความมั่นคงของประเทศจึงมีความจำเป็นต้องเนรเทศคนต่างด้าวที่กระทำการดังกล่าว เนื่องจากการเนรเทศเป็นมาตรการทางการบริหารหรือทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้คนต่างด้าวออกจากดินแดนของประเทศฝรั่งเศส ในกรณีที่มีสถานการณ์ที่ร้ายแรงเพื่อคุ้มครองความมั่นคงปลอดภัยสาธารณะหรือมีการฝ่าฝืนความมั่นคงของประเทศ เช่น การก่อการร้าย การค้ายาเสพติด และการปลุกกระดม โดยไม่จำเป็นต้องมีคำพิพากษาในคดีอาญาแต่อย่างใด และการเนรเทศคนต่างด้าวนั้นอยู่ในอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย เพราะเป็นเรื่องกิจการภายในของประเทศ<sup>72</sup>

#### (1) กฎหมายว่าด้วยการเนรเทศคนต่างด้าว

สำหรับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าวที่เกี่ยวข้องกับการเนรเทศคนต่างด้าว คือกฤษฎีกาว่าด้วยการเข้าเมืองและการอยู่อาศัยของคนต่างด้าวในฝรั่งเศส ค.ศ. 1945 (Ordinance on the entry and residence of foreigners in France, 1945) ซึ่งมี มาตรา 23 ที่บัญญัติว่า ชาวต่างชาติสามารถถูกให้ออกจากประเทศได้ด้วยสาเหตุที่เกี่ยวกับความมั่นคง ความสงบเรียบร้อยของประชาชน<sup>73</sup>

<sup>71</sup> John Bell and François Lichère, *Contemporary French Administrative Law* (Cambridge University Press 2022).

<sup>72</sup> ‘Legal aid’ (service-public) <<https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F18074?lang=en>> สืบค้นเมื่อ 26 มีนาคม 2566.

<sup>73</sup> ‘Ordinance on the entry and residence of foreigners in France’ (splashdatabase) <<https://splashdb.eu/policydocument/ordinance-on-the-entry-and-residence-of-foreigners-in-france-2/>> สืบค้นเมื่อ 26 มีนาคม 2566.

(2) วิธีพิจารณาในการเนรเทศและสิทธิของคนต่างด้าว

สำหรับวิธีพิจารณาหรือกระบวนการพิจารณานั้น เจ้าหน้าที่หรือรัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทยต้องเรียกคนต่างด้าวเข้าไปร่วมในการพิจารณาของคณะกรรมการก่อนมีคำสั่งเนรเทศ โดยคนต่างด้าวต้องได้รับการบอกกล่าวและเรียกให้เข้าไปในการพิจารณาเพื่อแสดงพยานหลักฐานในการโต้แย้งเหตุแห่งการเนรเทศก่อนออกคำสั่งเนรเทศต่อคณะกรรมการเนรเทศ (Expulsion Commission: Comex) เว้นแต่ในกรณีที่มีสถานการณ์ฉุกเฉิน<sup>74</sup>

การบอกกล่าวนั้นต้องกระทำอย่างน้อย 15 วันก่อนมีการประชุมของคณะกรรมการ โดยต้องมีการระบุสาเหตุในการเนรเทศ โดยคนต่างด้าวมีสิทธิเข้าร่วมในการพิจารณานั้นด้วยตนเองหรือโดยมีทนายความหรือที่ปรึกษาที่ช่วยเหลือและมีล่ามเพื่อช่วยเหลือในการแปลภาษาและสามารถขอความช่วยเหลือทางด้านกฎหมายได้ และต้องมีการให้ข้อมูลเกี่ยวกับสาเหตุที่ต้องมีการเนรเทศ คือ มีการกระทำที่เป็นเรื่องร้ายแรง เพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือมีการกระทำที่ฝ่าฝืนความมั่นคงของรัฐ

ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิของคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศในการเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาเพื่อการเนรเทศนั้นมีดังนี้

คนต่างด้าวมีสิทธิเข้าร่วมการพิจารณาตามลำพังหรือมีทนายความหรือผู้ช่วยเหลืออื่น ๆ ตามที่คนต่างด้าวประสงค์

สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายในการดำเนินกระบวนการพิจารณา

สิทธิได้รับการช่วยเหลือโดยมีล่ามเพื่อช่วยแปลในกระบวนการพิจารณาหากไม่รู้หรือไม่เข้าใจภาษาฝรั่งเศส

มีสิทธิที่จะติดต่อบุคคลต่าง ๆ ในการต่อสู้คดี

มีสิทธิได้รับการเยียวยาผลร้ายที่เกิดจากคำสั่งเนรเทศ

เมื่อคณะกรรมการพิจารณาแล้วต้องออกคำสั่งโดยติดต่อเจ้าหน้าที่หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยและเสนอความเห็นซึ่งไม่ผูกพันบุคคลเหล่านั้นว่า บุคคลเหล่านั้นจะเป็นผู้ออกคำสั่งเนรเทศหรือไม่ ซึ่งถ้ามีการออกคำสั่งเนรเทศ คนต่างด้าวจะถูกเนรเทศออกจากประเทศฝรั่งเศส เว้นแต่ศาลจะสั่งห้ามการเนรเทศ

อย่างไรก็ตาม คนต่างด้าวมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งเนรเทศภายในสี่เดือนนับแต่ได้รับคำสั่งเนรเทศของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยต่อผู้พิพากษาศาลปกครองเพื่อให้มีการยกเลิกคำสั่งเนรเทศ แต่ไม่ขัดขวางการดำเนินการเนรเทศ

<sup>74</sup> ‘Expulsion of a foreigner from France’ (service-public) <<https://www.service-public.fr/telechargerPdfv>> สืบค้นเมื่อ 26 มีนาคม 2566.

การอุทธรณ์คำสั่งเนรเทศนั้นทำโดยการอุทธรณ์ต่อผู้พิพากษาศาลปกครองเพื่อการเพิกถอนคำสั่งเนรเทศ และคนต่างด้าวนั้นมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมาย<sup>75</sup>

หากการอุทธรณ์ดังกล่าวถูกปฏิเสธโดยศาลดังกล่าวคนต่างด้าวนั้นมีสิทธิอุทธรณ์ต่อศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ได้ ภายในระยะเวลา 2 เดือนนับแต่มีการแจ้งผลของคำพิพากษา<sup>76</sup>

เมื่อเริ่มต้น พ.ศ. 2513 (ค.ศ. 1970) ฝรั่งเศสมีนโยบายการบูรณาการคนต่างชาติและความเสมอภาคในการมีสิทธิต่าง ๆ ที่เท่ากับคนฝรั่งเศส แต่ต่อมาก็มีปัญหาทางเศรษฐกิจ นโยบายดังกล่าวจึงลดความสำคัญลง และในช่วงหลัง ๆ เนื่องจากมีคนต่างชาติเข้าไปในประเทศฝรั่งเศสเพิ่มขึ้นมากโดยเฉพาะผู้ลี้ภัยต่าง ๆ จึงมีการแก้ไขกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการเข้าเมืองของคนต่างชาติรวมทั้งการเนรเทศคนต่างด้าวออกจากประเทศฝรั่งเศส

การเนรเทศโดยฝ่ายปกครอง (Administrative Expulsion)

เมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน ค.ศ. 2004 (พ.ศ. 2547) มีการออกกฎหมายคือ ประมวลการตรวจคนเข้าเมือง (The Immigration Code) ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยที่จะเนรเทศคนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยชอบด้วยกฎหมาย ด้วยสาเหตุว่าเป็นภัยอย่างร้ายแรงต่อความมั่นคงสาธารณะ (foreign residents on the grounds they pose a grave threat to public order (menace grave a l'ordre public).[40] CESEDA, art. L.521-1.

ประมวลการตรวจคนเข้าเมืองและอยู่อาศัยของชาวต่างชาติและสิทธิลี้ภัย ในภาษาฝรั่งเศส คือ (code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile" (CESEDA) คือ ประมวลกฎหมายที่รวบรวมกฎหมายฝรั่งเศสและระเบียบข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของชาวต่างชาติที่อยู่ในดินแดนของฝรั่งเศสที่มีขึ้นเมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน ค.ศ. 2004

ประมวลการตรวจคนเข้าเมืองฯ กำหนดมาตรฐานเดียวกันสำหรับชาวต่างชาติที่เป็นอาชญากรและการเนรเทศ อย่างไรก็ตามมีข้อยกเว้นในกรณีที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องปกป้องความมั่นคงปลอดภัยสาธารณะและในกรณีที่มีการกระทำที่เป็นอันตรายต่อผลประโยชน์ขั้นรากฐานของรัฐหรือเกี่ยวข้องกับการกระทำที่เป็นการก่อการร้าย หรือมีการกีดกันหรือรุนแรงต่อปัจเจกชนหรือกลุ่มชน การเนรเทศกระทำโดยคำสั่งของรัฐมนตรี และไม่ให้กลับไปยังฝรั่งเศสจนกว่าจะมีคำสั่งยกเลิก

คำสั่งเนรเทศโดยรัฐมนตรีในทางทฤษฎีสามารถอุทธรณ์ได้ต่อคณะกรรมการเนรเทศซึ่งประกอบด้วยผู้พิพากษาศาลยุติธรรมสองคนและผู้พิพากษาศาลปกครองหนึ่งคน ที่ทำหน้าที่พิจารณาซึ่งคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศสามารถเข้าร่วมในการพิจารณาพร้อมกับทนายความได้

<sup>75</sup>'Legal aid' (servicepublic) <<https://www.servicepublic.fr/particuliers/vosdroits/F18074?lang=en>> สืบค้นเมื่อ 26 มีนาคม 2566.

<sup>76</sup>'Appeal to the Administrative Court of Appeal (CAA)' (servicepublic) <<https://www.servicepublic.fr/particuliers/vosdroits/F2494?lang=en>> สืบค้นเมื่อ 26 มีนาคม 2566.



คณะกรรมการมีหน้าที่ในการพิจารณาว่ามีความจำเป็นในการเนรเทศและได้สัดส่วนหรือไม่ ระหว่างการกระทำของคนต่างด้าวนั้นกับการเนรเทศ ซึ่งขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของการกระทำนั้นต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน การอยู่อาศัยของบุคคลนั้นในสังคมฝรั่งเศสและความสัมพันธ์ของบุคคลนั้นและครอบครัวในฝรั่งเศส คณะกรรมการมีบทบาทที่ปรึกษาเท่านั้นความเห็นของคณะกรรมการไม่ผูกพัน

อย่างไรก็ตาม ประมวลการตรวจคนเข้าเมืองได้สร้างวิธีพิจารณาที่เร่งรัดด้วย โดยการข้ามไม่ต้องผ่านคณะกรรมการเนรเทศ แต่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยอาจออกคำสั่งเนรเทศโดยการอ้างเหตุเร่งด่วนที่สุด ให้ทางการมีอำนาจที่เนรเทศในทันที

เหตุผลสำคัญในการใช้การเนรเทศโดยมาตรการทางปกครอง

การเนรเทศโดยฝ่ายปกครองนั้นมักใช้กับปัจเจกชนที่รัฐบาลไม่สามารถหรือไม่เต็มใจที่จะฟ้องคดีคนต่างด้าวดังกล่าว ดูเหมือนว่านิยมใช้จัดการคนต่างชาติที่ถูกกล่าวหาว่ามีส่วนยุ่งทำให้มีการกีดกัน ทำให้เกิดความเกลียดชัง หรือทำให้เกิดความรุนแรง เพราะมาตรการตรวจคนเข้าเมืองอย่างเช่น การเนรเทศ ทำให้รัฐบาลสามารถงดการใช้การคุ้มครองทางวิธีพิจารณาที่สร้างขึ้นในระบบความยุติธรรมทางอาญา และในบางส่วนเพราะตามกฎหมายปัจจุบันนั้นการลงโทษสำหรับการยุ่งไม่อนุญาตให้มีคำสั่งเนรเทศทางอาญา (อาชญากร)

การเนรเทศทางปกครองได้ถูกนำไปใช้เพื่อจัดการผู้ต้องสงสัยจากทางการว่าเป็นผู้ก่อการร้ายเพราะเกรงว่าจะไม่สามารถประสบความสำเร็จในการฟ้องคดีบุคคลดังกล่าว

การอุทธรณ์ในกรณีการมีคำสั่งเนรเทศโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยอยู่ในระบบความยุติธรรมทางปกครอง ฝรั่งเศสมีระบบความยุติธรรมทางปกครองที่ได้รับการพัฒนาอย่างดี มีศาลปกครอง 28 ศาล (Tribunaux Administratifs, TA) ที่เป็นศาลชั้นต้น และมีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ 8 ศาล (Cours Administratifs d'Appel, CAA) และมีศาลสูงสุดในระบบความยุติธรรมทางปกครอง คือสภาแห่งรัฐ (the Council of State หรือ Conseil d'Etat, CE) ซึ่งเป็นศาลปกครองสูงสุด

วิธีพิจารณาที่เกี่ยวข้อง

ระบบความยุติธรรมทางปกครองนั้นมีมาตรฐานการนำสืบที่ต้องการที่จะให้มีการคงไว้ซึ่งคำสั่งเนรเทศของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยซึ่งไม่สูงถึงขนาดกระบวนการพิจารณาเพื่อพิพากษาคดีอาญา คือ ไม่ต้องถึงขนาดพิสูจน์ได้เพียงแต่น่าเชื่อถือก็พอแล้ว

ในหลักกฎหมายที่สร้างขึ้นโดยศาลปกครองสูงสุดนั้นคือคำสั่งเนรเทศจะต้องมีการระบุข้อเท็จจริงและหลักกฎหมายสำหรับการสั่งเนรเทศ ซึ่งมีการสรุปข้อเท็จจริงและหากมีการอุทธรณ์คำสั่งเนรเทศรัฐบาลต้องเสนอพยานหลักฐานอย่างเพียงพอเพื่อสนับสนุนว่ามีการกระทำที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ

อย่างไรก็ตาม ในปี พ.ศ. 2554 (ค.ศ. 2011) ได้มีออกกฎหมายใหม่อีกหนึ่งฉบับที่ว่าด้วยการเข้าเมือง บูรณาการและสัญชาติ (the law on immigration, integration and nationality of 16 July 2011 หรือ Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité)

ซึ่งเป็นกฎหมายที่ประกาศใช้เมื่อเดือนมิถุนายน 2554 ซึ่งบัญญัติถึงการเนรเทศคนต่างด้าว หากการพำนักอาศัยในฝรั่งเศสของคนต่างด้าวนั้นเป็นภัยต่อความสงบเรียบร้อยของประเทศฝรั่งเศส<sup>77</sup>

คนต่างด้าวซึ่งการอยู่อาศัยเป็นภัยต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนจะถูกส่งตัวกลับโดยวิธีที่เรียกว่า OQTF ซึ่งฝ่ายปกครองจะมีอำนาจสั่งการ คือ ให้ออกจากดินแดนฝรั่งเศสในเวลาที่กำหนด เช่น 30 วัน หรือ 60 วัน หรือกรณีเป็นภัยอย่างร้ายแรง คำสั่งเนรเทศอาจมีผลบังคับใช้ทันที ข้อสังเกตคือ วิธี OQTF นั้น มีผลแตกต่างจากการเนรเทศ (Expulsion) เนื่องจากคำสั่งให้ออกนอกดินแดนแบบ OQTF นั้นเป็นคำสั่งที่มีได้ห้ามการกลับเข้ามาในฝรั่งเศสอีกครั้ง หากคนต่างด้าวมิ่วซ่าเพื่อเดินทางเข้าฝรั่งเศสอย่างถูกต้องในอนาคต ในขณะที่การเนรเทศ (Expulsion) มีผลห้ามคนต่างด้าวนั้นกลับเข้ามาในดินแดนฝรั่งเศสตลอดกาล

กฎหมายนี้ได้เปิดโอกาสให้คนต่างด้าวที่โดนมาตรการ OQTF ให้เดินทางออกจากฝรั่งเศสภายในกำหนดระยะเวลา เช่น 30 วัน สามารถยื่นคำร้องต่อศาลปกครองภายในระยะเวลา 30 วันนับแต่ทราบคำสั่ง เพื่อให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว หรือคำสั่งห้ามกลับเข้าประเทศฝรั่งเศสเสีย (และให้ยื่นคำร้องภายใน 48 ชั่วโมง สำหรับคนต่างด้าวที่ได้รับคำสั่งให้เดินทางออกนอกประเทศซึ่งมีผลบังคับทันที)

สำหรับข้อต่อสู้ที่ต้องใช้อาจเป็นการต่อสู้ว่า การปฏิเสธไม่ต่ออายุโดยฝ่ายปกครองฝรั่งเศสซึ่งก็มีผลเป็นการเนรเทศเช่นกันนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นคำสั่งให้ออกจากดินแดนฝรั่งเศสย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยเช่นกัน

### 3.1.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งเป็นประเทศที่เป็นผู้นำในเรื่องหลักกฎหมายปกครอง เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศสนั้นมีพัฒนาการของกฎหมายปกครองมานานโดยเฉพาะหลังสงครามโลกครั้งที่สอง และเป็นต้นแบบที่สำคัญของกฎหมายปกครองของประเทศไทยเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส

ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีคือ รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG)<sup>78</sup> ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดกระบวนการและขั้นตอนการดำเนินงานเพื่อนำไปสู่การตัดสินใจขององค์กรฝ่ายปกครองนั้นมีบทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่มีความก้าวหน้ามากที่สุดฉบับหนึ่ง ซึ่งกำหนดให้คู่กรณีในกระบวนการพิจารณาที่มีข้อพิพาททางปกครองตามกฎหมายปกครองมีสิทธิตามกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาหลายประการ เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการพิจารณาเรื่องทางปกครองของเยอรมันได้มีการออกแบบที่ให้

<sup>77</sup> Nicole Atwill, 'France: Law on Immigration, Integration and Nationality' (Library of Congress) <<https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2011-07-01/france-law-on-immigration-integration-and-nationality/>> สืบค้นเมื่อ 26 มีนาคม 2566.

<sup>78</sup> 'Administrative Procedure Act' (federal ministry of the interior building and community) <<https://shorturl.asia/r8V1k>> สืบค้นเมื่อ 30 มีนาคม 2566.

ความสำคัญแก่คู่กรณีโดยมีฐานะเป็นประธานในกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองซึ่งหมายความถึงการเป็นผู้ทรงสิทธิ ไม่ใช่วัตถุแห่งการกระทำของหน่วยงานของรัฐ<sup>79</sup>

ด้วยเหตุดังกล่าว ในรัฐธรรมนูญเยอรมนีจึงบัญญัติถึงสิทธิต่าง ๆ ของประชาชนในกระบวนการพิจารณาข้อพิพาททางปกครอง นอกจากสิทธิทั่ว ๆ ไป เช่น สิทธิในความเสมอภาค สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครองในฐานะเป็นชนกลุ่มน้อย ฯลฯ แล้ว คู่กรณียังมีสิทธิที่เกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาอีกหลายประการ แต่สิทธิที่สำคัญที่สุดมีสองประการ คือ สิทธิที่จะได้รับการรับฟังและสิทธิที่จะได้ตรวจดูเอกสารเพียงแต่สิทธิของคนต่างด้าวในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการเนรเทศโดยเฉพาะสิทธิในการได้เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาและสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องยังมีพัฒนาการไม่มากนัก ดังจะกล่าวต่อไป

### 3.1.2.1 สิทธิของคู่กรณีในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง

สำหรับสิทธิของคู่กรณีซึ่งได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองในการที่จะได้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองก่อนที่เจ้าหน้าที่ทางปกครองจะออกคำสั่งที่มีผลกระทบต่อตนนั้นมี ดังนี้

#### 1. สิทธิที่จะได้รับการรับฟังในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง

สำหรับสิทธิของคู่กรณีในการจะได้รับการรับฟัง (Recht auf Gehör) ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองหรือสิทธิการเข้าไปร่วมในกระบวนการพิจารณาเพื่อเสนอพยานหลักฐานในการโต้แย้งการที่เจ้าหน้าที่ปกครองจะออกคำสั่งใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อตนนั้นเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มาจากหลักการฟังความทุกฝ่ายหรือหลักสิทธิของคู่กรณีที่จะได้รับการรับฟังอันได้รับอิทธิพลมาจากหลักกฎหมายโรมัน

สิทธิของคู่กรณีที่จะได้รับการรับฟัง (Right to be Heard หรือ Recht auf Gehör) ได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 28 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (พ.ศ. 2519)<sup>80</sup> ดังนี้

การรับฟังผู้มีส่วนได้เสีย

(1) ก่อนที่จะมีการออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อผู้มีส่วนได้เสีย ผู้มีส่วนได้เสียต้องได้รับโอกาสในการแสดงความคิดเห็นที่เกี่ยวข้องกับการออกคำสั่งนั้น

(2) การรับฟังดังกล่าวอาจดเว้นเสียได้หากมีสถานการณ์ดังนี้

(2.1) มีความจำเป็นที่จะต้องตัดสินใจมีคำสั่งโดยฉับพลันเพื่อประโยชน์สาธารณะ เพราะมีความเสี่ยงหากมีความชักช้า

(2.2) การรับฟังคู่กรณีจะทำให้ระยะเวลาในการตัดสินใจของหน่วยงานต้องล่าช้าออกไป

(2.3) กรณีที่คู่กรณีได้ให้ข้อเท็จจริงไว้ในคำขอหรือคำแถลง และหน่วยงานไม่ได้ใช้ข้อเท็จจริงนั้นไปในทางที่ทำให้คู่กรณีเสียประโยชน์

<sup>79</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เอกสารประกอบการบรรยาย: สรุปประเด็นสำคัญของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไทยและกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองเยอรมัน (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, มปป.) 26.

<sup>80</sup> 'Administrative Procedure Act' (เชิงอรรถ 78);

(2.4) หน่วยงานทางปกครอง คำสั่งทั่วไปทางปกครอง หรือคำสั่งทางปกครองอย่างเดียวกันจำนวนมาก หรือใช้เครื่องจักรกลอัตโนมัติช่วยในการออกคำสั่งทางปกครอง

(2.5) กรณีที่หน่วยงานจะใช้มาตรการตามกฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครอง

(3) จะไม่มีการรับฟังเมื่อมีความเสียหายร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ

ตามบทบัญญัติมาตราดังกล่าวในกรณีที่หน่วยงานใดจะออกคำสั่งทางปกครองที่กระทบถึงสิทธิของคู่กรณี หน่วยงานนั้นต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีที่จะได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองนั้นมีสิทธิชี้แจงแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่มีผลสำคัญต่อการตัดสินใจของหน่วยงานนั้น

อย่างไรก็ตามหากพิเคราะห์ถ้อยคำมาตรา 28 แล้วจะเห็นได้ว่าไม่ใช่คำสั่งทางปกครองทุกคำสั่งที่หากหน่วยงานจะทำขึ้นนั้น หน่วยงานทางปกครองจะต้องรับฟังคู่กรณี หน่วยงานดังกล่าวจะรับฟังคู่กรณีเฉพาะแต่คำสั่งทางปกครองที่กระทบถึงสิทธิของคู่กรณีคือเป็นผลร้ายต่อคู่กรณีเท่านั้น ส่วนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่คู่กรณีย่อมไม่ตกอยู่ในความหมายของคำสั่งทางปกครองที่กระทบถึงสิทธิ หน่วยงานจึงไม่จำเป็นต้องรับฟังคู่กรณีก่อนการออกคำสั่ง

นอกจากนี้มาตรา 66 ซึ่งบัญญัติอยู่ในส่วนบทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีพิจารณาแบบพิเศษ คือกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่เป็นแบบพิธีการซึ่งมีลักษณะคล้ายการพิจารณาคดีในศาล นั้นได้บัญญัติถึงภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่ต้องรับฟังผู้มีส่วนได้เสีย ดังนี้<sup>81</sup>

(1) ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่เป็นทางการ ผู้มีส่วนได้เสียต้องได้รับโอกาสที่จะทำคำแถลงการณ์ก่อนมีคำสั่งทางปกครอง

(2) ผู้มีส่วนได้เสียต้องได้รับโอกาสในการเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาในการรับฟังพยานบุคคลและพยานผู้เชี่ยวชาญและการตรวจตราสถานที่ที่เกี่ยวข้องและตั้งคำถามที่เกี่ยวข้อง ผู้มีส่วนได้เสียต้องได้รับสำเนาความเห็นใด ๆ ที่มีอยู่ที่เป็นหนังสือหรือในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์

ดังนั้น คู่กรณีมีสิทธิที่จะได้รับการรับฟังคำสั่งทางปกครองที่กระทบถึงสิทธิของคู่กรณี (ein Verwaltungsakt, der in Rechte eines Beteiligten Eingreift) ที่ยอมรับตรงกันเป็นยุติ คือ คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้คู่กรณีมีหน้าที่ต้องกระทำการ ละเว้นกระทำการ หรือยอมให้กระทำการหรือคำสั่งทางปกครองที่ตัดสิทธิหรือจำกัดสิทธิของคู่กรณี<sup>82</sup>

นอกจากนั้น แม้ว่าคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิของคู่กรณีมักจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่เกิดจากฝ่ายปกครองซึ่งมีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยสาธารณะ แต่คำสั่งยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์หรือคำสั่งทางปกครองที่เปลี่ยนแปลงสิทธิของคู่กรณีอื่นทำให้คู่กรณีตกอยู่ในฐานะที่แย่คือต่ำกว่ากว่าเดิมก็ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่หน่วยงานทางปกครองต้องรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งด้วยเช่นกัน

<sup>81</sup> เฟิงอ้าง.

<sup>82</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (เชิงอรรถ 79)

อย่างไรก็ตาม มีกรณีที่เป็นปัญหาซึ่งมีการถกเถียงกันอยู่มาก คือคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการปฏิเสธคำขอของคู่กรณีที่ร้องขอให้หน่วยงานออกคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ตนจะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทบถึงสิทธิของคู่กรณีที่จะทำหน่วยงานต้องรับฟังคู่กรณีก่อนการออกคำสั่งฯหรือไม่

ในเรื่องนี้ศาลปกครองแห่งสหพันธ์ และนักวิชาการส่วนหนึ่งเห็นว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ใช่คำสั่งที่กระทบถึงสิทธิของคู่กรณี ดังนั้น หน่วยงานจึงไม่ต้องรับฟังคู่กรณีก่อนการออกคำสั่ง แต่ตามความเห็นข้างมากในทางตำรานั้นคำสั่งทางปกครองในลักษณะดังกล่าว เป็นคำสั่งฯ ที่ก่อนหน่วยงานจะออกมาจะต้องรับฟังคู่กรณีเสียก่อน ทั้งนี้แม้ว่าการออกคำสั่งฯตามที่คุณขอจะร้องขอจะเป็นดุลพินิจของหน่วยงานก็ตาม<sup>83</sup>

สำหรับข้อเท็จจริงที่มีผลสำคัญต่อการตัดสินใจของหน่วยงาน ซึ่งได้แก่ข้อเท็จจริงที่คู่กรณีอื่น ๆ ในกระบวนการพิจารณาได้แถลงให้หน่วยงานทราบ รวมตลอดถึงผลของการพิจารณาและการรับฟังพยานหลักฐานต่าง ๆ มีลักษณะที่เกี่ยวข้องหรือจะมีผลกระทบกับคู่กรณีด้วย ดังนั้นหน่วยงานจึงมีหน้าที่แจ้งข้อมูล ผลการรับฟังคู่กรณี ผลการสอบสวนพยานหรือพยานผู้เชี่ยวชาญ ตลอดจนความเห็นเป็นลายลักษณ์อักษรของพยานหรือพยานผู้เชี่ยวชาญให้คู่กรณีทราบ

อย่างไรก็ตามคู่กรณีไม่มีสิทธิอยู่ในกระบวนการรับฟังพยานทั้งหมด (มาตรา 66 วรรคสอง) รัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ บัญญัติว่า สิทธิของคู่กรณีในการอยู่ร่วมรับฟังพยานนั้นปรากฏเฉพาะในกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ<sup>84</sup> แต่สำหรับข้อมูล ข้อเท็จจริงที่หน่วยงานต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบก่อน การออกคำสั่งทางปกครองเพื่อให้คู่กรณีได้มีโอกาสโต้แย้งแสดงความคิดเห็นนั้นหน่วยงานมีหน้าที่ต้องแจ้งเฉพาะผลของการรับฟังพยานหลักฐานเท่านั้น คู่กรณีไม่มีสิทธิเรียกร้องให้หน่วยงานต้องแจ้งข้อมูลทั้งหมดที่หน่วยงานได้มาหลังจากที่หน่วยงานได้แจ้งข้อเท็จจริงให้คู่กรณีทราบและได้ฟังความคิดเห็นของคู่กรณีที่มีต่อข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้ว หากต่อมาปรากฏข้อเท็จจริงที่มีผลสำคัญต่อการตัดสินใจของหน่วยงานใหม่ หน่วยงานย่อมต้องแจ้งข้อเท็จจริงดังกล่าวให้คู่กรณีทราบและฟังความคิดเห็นของคู่กรณี อย่างไรก็ตาม ถ้าข้อเท็จจริงที่ได้มาใหม่นั้นไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่มีผลสำคัญต่อการตัดสินใจของหน่วยงานหรือเป็นข้อเท็จจริงใหม่ที่คู่กรณีได้ให้แก่หน่วยงานเอง และหน่วยงานไม่จำเป็นต้องรับฟังคู่กรณีใหม่อีก เพราะสิทธิที่จะได้รับการรับฟังจำกัดเฉพาะการให้โอกาสคู่กรณีแสดงความคิดเห็นที่มีต่อข้อเท็จจริงที่มีผลสำคัญในการตัดสินใจของหน่วยงานเท่านั้น<sup>85</sup>

สิทธิในการได้รับฟังของคู่กรณีนั้นอาจถูกจำกัดได้หากเป็นความผิดของคู่กรณีเอง เนื่องจากคู่กรณีไม่มีสิทธิเรียกร้องให้หน่วยงานต้องเชิญตนไปสอบถามหรือให้ความเห็นเกี่ยวกับข้อกฎหมายในกรณีที่หน่วยงานได้ให้โอกาสแก่คู่กรณีในการแสดงความคิดเห็นแล้วแต่คู่กรณีไม่ใช้โอกาสนั้น หน่วยงานสามารถที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้โดยไม่ถือว่าฝ่าฝืนขั้นตอนการพิจารณาเรื่องทางปกครอง

<sup>83</sup> เฝิงอ่าง 28.

<sup>84</sup> 'Administrative Procedure Act' (เชิงอรรถ 78)

<sup>85</sup> วรเจตน์ ภาคีรัฐ (เชิงอรรถ 79) 28.

อย่างไรก็ตามในการให้โอกาสคู่กรณีแสดงความคิดเห็นนั้น หน่วยงานต้องใช้เวลาคู่กรณีพอสมควรในการที่คู่กรณีจะได้ศึกษาข้อเท็จจริงเพื่อที่จะโต้แย้งแสดงความคิดเห็นได้และจะต้องกำหนดสถานที่และเวลาที่จะรับฟังให้เหมาะสมด้วย

สำหรับรูปแบบของการรับฟังคู่กรณีนั้น เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดรูปแบบของการรับฟังไว้ ดังนั้น หน่วยงานอาจจะรับฟังคู่กรณีด้วยวาจาหรือให้คู่กรณีแถลงเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ดังนั้น การกำหนดรูปแบบการรับฟังคู่กรณีจึงถือเป็นดุลพินิจของหน่วยงาน และการรับฟังคู่กรณีอาจจะเกิดขึ้นพร้อมกับการให้คู่กรณีขอตรวจดูเอกสารก็ได้ ในกรณีที่หน่วยงานถือว่า การให้คู่กรณีขอตรวจดูเอกสารเป็นการรับฟังคู่กรณีไปพร้อมกัน หน่วยงานจะต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบอย่างชัดแจ้ง<sup>86</sup>

## 2. ข้อยกเว้นในการรับฟังคู่กรณี

ข้อยกเว้นในการรับฟังคู่กรณีได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 28 วรรคสอง และวรรคสาม แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาตรา 28 วรรคสอง เป็นกรณีที่หน่วยงานมีดุลพินิจที่จะไม่รับฟังคู่กรณีหากต้องด้วยเหตุที่กฎหมายกำหนด ส่วนมาตรา 28 วรรคสาม เป็นข้อห้ามมิให้หน่วยงานรับฟังคู่กรณี

กรณีที่หน่วยงานมีดุลพินิจที่จะไม่รับฟังคู่กรณี ตามมาตรา 28 วรรคสอง หน่วยงานอาจไม่ต้องรับฟังคู่กรณีได้ หากปรากฏเหตุดังต่อไปนี้<sup>87</sup>

(1) มีความจำเป็นที่จะต้องตัดสินใจโดยฉับพลันเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือมีความเสี่ยงหากมีความซักช้า ข้อยกเว้นในเรื่องนี้เป็นข้อยกเว้นที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดขึ้นโดยชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิที่จะได้รับการรับฟังของคู่กรณีและประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของหน่วยงานทางปกครอง

สำหรับปัญหาว่าการตัดสินใจในทันทีเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นความจำเป็นหรือไม่นั้น เป็นเรื่องที่หน่วยงานต้องวินิจฉัย หากหน่วยงานเห็นว่าข้อเท็จจริงที่ทำให้ตนมีอำนาจในการตัดสินใจดังกล่าวมีอยู่จริง หน่วยงานย่อมมีดุลพินิจในการตัดสินใจว่าสมควรที่จะรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่ แต่ถ้าหน่วยงานเห็นว่าไม่มีความจำเป็นต้องตัดสินใจโดยฉับพลันเพื่อประโยชน์สาธารณะหน่วยงานก็ต้องรับฟังคู่กรณี

(2) การรับฟังคู่กรณีจะทำให้ระยะเวลาในการตัดสินใจของหน่วยงานต้องล่าช้าออกไป(หน่วยงานไม่อาจรักษาไว้ซึ่งระยะเวลาที่กำหนดในการทำคำสั่งทางปกครองได้)

สำหรับข้อยกเว้นที่หน่วยงานไม่ต้องรับฟังคู่กรณีในกรณีนี้จะต้องเป็นเรื่องที่มีการกำหนดระยะเวลาในการตัดสินใจของหน่วยงานเอาไว้ระยะเวลาที่กำหนดไว้มีผู้จำเป็นที่จะต้องได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายหรือไม่นั้นยังเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกันอยู่

<sup>86</sup> มาตรา 24 วรรคหนึ่ง ประโยคที่สอง รัฐบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาให้สิทธิลี้ภัย บัญญัติให้หน่วยงานต้องรับฟังคู่กรณีเป็นการเฉพาะส่วนบุคคล ด้วยเหตุนี้หน่วยงานจึงไม่อาจรับฟังคู่กรณีเป็นลายลักษณ์อักษรได้ ได้แต่รับฟังด้วยวาจา

<sup>87</sup> 'Administrative Procedure Act' (เชิงอรรถ 78)

อย่างไรก็ตาม การอ้างกำหนดระยะเวลาเป็นเหตุที่จะไม่รับฟังคู่กรณีนี้จะต้องไม่ใช่เป็นกรณีหน่วยงานมีส่วนผิดในการไม่รักษากำหนดระยะเวลานั้น เช่น หน่วยงานทราบข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่จำเป็นในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองครบถ้วนแล้ว แต่เพิกเฉยไม่ดำเนินการสั่งการ เมื่อกำหนดระยะเวลาใกล้จะครบกำหนดที่หน่วยงานนั้นต้องออกคำสั่งฯ แต่ปรากฏว่าหน่วยงานดังกล่าวยังไม่ได้รับฟังคู่กรณี หน่วยงานนั้นจะออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่รับฟังคู่กรณีโดยอ้างเหตุว่าต้องรีบทำคำสั่งฯ เพราะมีฉันทันระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้จะล่าช้าออกไปนั้นไม่ได้

(3) กรณีที่คู่กรณีได้ให้ข้อเท็จจริงไว้ในคำขอหรือคำแถลง และหน่วยงานไม่ได้ใช้ข้อเท็จจริงนั้นไปในทางที่ไม่เป็นประโยชน์แก่คู่กรณีขอยกเว้นในเรื่องนี้มีขึ้นเพื่อความรวดเร็วในการพิจารณา เพราะหากคู่กรณีได้ให้ข้อเท็จจริงไว้และหน่วยงานก็ใช้ข้อเท็จจริงนั้นในกระบวนการพิจารณาในทางที่เป็นประโยชน์แก่คู่กรณีก็ไม่จำเป็นที่หน่วยงานจะต้องรับฟังคู่กรณีอีก

(4) กรณีที่หน่วยงานทางปกครองออก คำสั่งทั่วไปทางปกครอง หรือคำสั่งทางปกครองอย่างเดียวกันจำนวนมาก หรือใช้เครื่องจักรกลอัตโนมัติช่วยในการออกคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทั่วไปทางปกครอง หรือคำสั่งทางปกครองอย่างเดียวกันจำนวนมากเป็นกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองมีจำนวนมาก หรือไม่อาจระบุตัวให้ชัดเจนแน่นอนลงไปได้ การบังคับให้หน่วยงานต้องรับฟังคู่กรณีก่อนการออกคำสั่งเป็นเรื่องที่จะสร้างภาระแก่หน่วยงานอย่างมาก กฎหมายจึงกำหนดขอยกเว้นไว้ ส่วนกรณีที่หน่วยงานใช้เครื่องจักรกลอัตโนมัติช่วยในการออกคำสั่งทางปกครองนั้นมักจะเป็นกรณีที่หน่วยงานออกคำสั่งทางปกครองที่ใช้ฐานของข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายเหมือนกันกับบุคคลจำนวนมากโดยมีการตั้งโปรแกรมให้เครื่องจักรกล (เครื่องคอมพิวเตอร์) ช่วยในการคำนวณและออกคำสั่งฯ

(5) กรณีที่หน่วยงานใช้มาตรการตามกฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครอง มาตรการบังคับทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยบังคับทางปกครองอาจมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองได้ เช่น คำสั่งกำหนดค่าปรับบังคับการ ฯลฯ หากหน่วยงานจะใช้มาตรการดังกล่าว หน่วยงานย่อมมีดุลพินิจที่ไม่รับฟังคู่กรณีก่อนการออกคำสั่งทางปกครอง

นอกจากนั้น หน่วยงานทางปกครองจะไม่มี การรับฟังคู่กรณีเมื่อการรับฟังจะมีความเสียหายร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ

### 3. ผลของการฝ่าฝืนหลักการรับฟังคู่กรณีก่อนหน่วยงานทางปกครองออกคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยหน่วยงานทางปกครองไม่ได้รับฟังคู่กรณีผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองในกรณีที่หน่วยงานต้องรับฟังโดยไม่เข้ากรณียกเว้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องในแง่กระบวนการพิจารณาและไม่ชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ความบกพร่องดังกล่าวโดยทั่วไปแล้วไม่ถือว่าเป็นสิ่งที่รุนแรงและเห็นประจักษ์ถึงขนาดที่ทำให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวตกเป็นโมฆะ เพียงแต่คำสั่งทางปกครองที่หน่วยงานออกมาโดยไม่ได้รับฟังคู่กรณีเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งอาจถูกเพิกถอนได้<sup>88</sup>

<sup>88</sup> วรเจตน์ ภาคีรัฐ (เชิงอรรถ 79) 32.

นอกจากนั้น แม้การปฏิเสธไม่รับฟังคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาสำหรับคำสั่งที่กระทบถึงสิทธิของคู่กรณีโดยตรง คู่กรณีก็ไม่สามารถฟ้องคดีหน่วยงานนั้นได้ในทันที แต่คู่กรณีต้องรอให้กระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองยุติลงก่อนจึงจะสามารถฟ้องร้องโต้แย้งการปฏิเสธไม่รับฟังคู่กรณีได้โดยต้องโต้แย้งพร้อมกับคำสั่งทางปกครอง

สำหรับการพิจารณาชั้นศาลนั้น แม้คู่กรณีจะไม่ได้กล่าวอ้างว่าคำสั่งทางปกครองนั้นออกมาโดยไม่มีการรับฟังศาลก็ย่อมจะต้องพิจารณาในประเด็นดังกล่าว แต่โดยที่การไม่รับฟังคู่กรณีเป็นความบกพร่องในกระบวนการพิจารณาแบบสัมพัทธ์ไม่ใช่ความบกพร่องในกระบวนการพิจารณาแบบสัมบูรณ์ เพราะฉะนั้นศาลจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยไม่มีการรับฟังได้ก็ต่อเมื่อปรากฏว่าการรับฟังคู่กรณีจะมีผลต่อการทำคำสั่งทางปกครอง หากการรับฟังหรือไม่รับฟังคู่กรณีไม่มีผลอย่างใดต่อเนื้อหาคำสั่งทางปกครองแล้ว ความบกพร่องของหน่วยงานที่ไม่รับฟังคู่กรณี ย่อมเป็นความบกพร่องที่ไม่อาจใช้เป็นเหตุในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้<sup>89</sup>

อย่างไรก็ตาม อาจมีการเยียวยาความบกพร่องโดยการรับฟังภายหลัง ในอดีตหากหน่วยงานไม่ได้รับฟังคู่กรณี หน่วยงานอาจเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวได้โดยจัดให้มีการรับฟังในภายหลังซึ่งจะต้องกระทำก่อนที่จะมีการยื่นฟ้องคดี แต่ในปัจจุบันการเยียวยาความบกพร่องในการรับฟังคู่กรณีสามารถกระทำได้จนกระทั่งสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลที่มีอำนาจพิจารณาข้อเท็จจริง ทั้งนี้หากกระบวนการพิจารณาอยู่ในชั้นศาลแล้ว ศาลจะเป็นผู้ที่มีดุลพินิจว่าจะอนุญาตให้หน่วยงานเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวหรือไม่ก็ได้<sup>90</sup>

### 3.1.2.2 สิทธิของคู่กรณีในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาการเนรเทศคนต่างด้าว

สำหรับสิทธิของคนต่างด้าวในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในกรณีการเนรเทศตามกฎหมายของประเทศเยอรมันนั้นมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าและการอาศัยอยู่ของคนต่างด้าวในดินแดนของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1991 Act Concerning the Entry and Residence of Aliens in the Territory of the Federal Republic of Germany: Aliens Act, 1991)<sup>91</sup> ซึ่งมีบทบัญญัติในเรื่องการเนรเทศคนต่างด้าว ดังนี้

#### มาตรา 45 การเนรเทศ

- (1) คนต่างด้าวอาจถูกเนรเทศหากการอยู่อาศัยของเขามีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อความมั่นคงแห่งรัฐและความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือผลประโยชน์อื่นที่สำคัญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี
- (2) ในการตัดสินใจใด ๆ ที่เกี่ยวกับการเนรเทศต้องพิจารณาถึง

<sup>89</sup> มาตรา 46 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=289>, (เชิงอรรถ 78).

<sup>90</sup> มาตรา 46 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เพิ่งอ้าง.

<sup>91</sup> 'Germany: Act Concerning the Entry and Residence of Aliens in the Territory of the Federal Republic (Aliens Act)' (refworld) <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b55a0.html>> สืบค้นเมื่อ 30 มีนาคม 2566.



(2.1) ระยะเวลาในการอยู่อาศัยโดยชอบด้วยกฎหมายและความจำเป็นเพื่อคุ้มครองความสัมพันธ์ส่วนตัว ความสัมพันธ์ทางการเงินและความสัมพันธ์อื่นของคนต่างด้าวในดินแดนของสหพันธ์ฯ

(2.2) ผลของการเนรเทศที่มีต่อสมาชิกในครอบครัวของคนต่างด้าวซึ่งอยู่อาศัยโดยชอบด้วยกฎหมายในดินแดนของสหพันธ์ฯ และคนที่มีส่วนร่วมในการอยู่อาศัยในครอบครัวกับบุคคลดังกล่าว และ

(2.3) เหตุสำหรับการให้ความยินยอมชั่วคราวที่บัญญัติไว้ในมาตรา 55 วรรคสอง

คำสั่งทางปกครองสำหรับการเนรเทศในทุกกรณี หรือคนต่างด้าวบางประเภทซึ่งเป็นไปตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในวรรคหนึ่งและในมาตรา 46 จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทยของสหพันธ์ฯ

มาตรา 46 เหตุแห่งการเนรเทศ

คนต่างด้าวอาจถูกเนรเทศตาม มาตรา 45 วรรคหนึ่งหากบุคคลนั้นกระทำการต่าง ๆ เช่น กระทำการที่เป็นอันตรายต่อเสรีภาพเกี่ยวกับประชาธิปไตยขั้นพื้นฐานหรือความมั่นคงปลอดภัยของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือร่วมในการกระทำความรุนแรงโดยมีเป้าหมายทางการเมืองหรือสนับสนุนการกระทำรุนแรงต่อสาธารณะหรือข่มขู่ว่าจะใช้กำลังอาวุธ

มาตรา 47 การเนรเทศด้วยเหตุที่เกี่ยวกับการก่อให้เกิดความเสียหายเป็นพิเศษ เช่น ได้ถูกพิพากษาให้จำคุกตั้งแต่ห้าปีขึ้นไปหรือกระทำผิดอาญาหนึ่งกระทงหรือมากกว่านั้นหรือได้ถูกศาลพิพากษาในหลายคดีโดยมีโทษจำคุกรวมกันอย่างน้อยแปดปีสำหรับการกระทำผิดโดยเจตนา

มาตรา 49 การบังคับตามคำสั่งเนรเทศ

(1) คนต่างด้าวซึ่งต้องออกจากประเทศจะถูกเนรเทศหากมีการบังคับตามคำสั่งให้เนรเทศ หรือหากการออกจากประเทศนั้นเป็นเพราะเหตุที่เกี่ยวกับความมั่นคงสาธารณะและความสงบเรียบร้อยของประชาชน

มาตรา 50 การเตือนเรื่องเนรเทศ

(1) ต้องมีคำเตือนเรื่องการเนรเทศที่เป็นหนังสือและกำหนดเวลาที่ต้องออกจากประเทศ การเตือนนี้ต้องระบุรัฐที่คนต่างด้าวจะถูกขับ เว้นแต่คนต่างด้าวมีสัญชาติของรัฐนั้น และคำเตือนต้องระบุคำสั่งของฝ่ายปกครองที่คนต่างด้าวต้องออกจากประเทศไปตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง

(2) ในกรณีที่คนต่างด้าวถูกคุมขังไม่จำเป็นต้องมีการกำหนดเวลา คนต่างด้าวจะถูกให้ออกจากสถานที่คุมขังหรือกักขัง และการบอกกล่าวว่าจะมีการเนรเทศอย่างน้อยหนึ่งสัปดาห์

จากบทบัญญัติของกฎหมายเนรเทศไม่มีการระบุถึงสิทธิของคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศในกระบวนการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเนรเทศที่ชัดเจน อย่างไรก็ตาม เยอรมนีต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติทั้งหลายในสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของบุคคลที่จะถูกเนรเทศที่เยอรมนีเป็นภาคีด้วย เนื่องจากรัฐธรรมนูญของเยอรมนีมีบทบัญญัติว่าต้องปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนี้

มาตรา 25 (รัฐธรรมนูญ) หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายของสหพันธ์ กฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับสูงกว่ากฎหมายของสหพันธ์และก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่สำหรับพลเมืองในเขตแดนของสหพันธ์ฯ<sup>92</sup>

ดังนั้น หน่วยงานฝ่ายปกครองที่รับผิดชอบเกี่ยวกับคนต่างด้าวและการเนรเทศคนต่างด้าวในประเทศเยอรมนีก็ต้องปฏิบัติตามหลักเรื่องสิทธิในการรับฟังหรือการมีส่วนร่วมของคนต่างด้าวที่ถูกเนรเทศในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับการเนรเทศด้วยซึ่งมีอยู่หลายฉบับทั้งสนธิสัญญาของทวีปยุโรปที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน คือ อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 (The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950) และของสหประชาชาติ คือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (The International Covenant on Civil and Political Rights, 1966)

ด้วยเหตุดังกล่าวคนต่างด้าวซึ่งจะถูกเนรเทศต้องมีสิทธิได้รับการรับฟังหรือเข้าต่อสู้ในชั้นกระบวนการพิจารณาที่จะเนรเทศตน

### 3.1.3 ประเทศอังกฤษ

ถึงแม้ประเทศอังกฤษจะไม่มีอิทธิพลต่อประเทศไทยในด้านกฎหมายปกครองแต่ก็มีพัฒนาการของกฎหมายต่าง ๆ รวมทั้งกฎหมายปกครองมาก่อนประเทศไทยจึงควรนำหลักกฎหมายของอังกฤษมาศึกษาวิเคราะห์และเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของประเทศไทย เพื่อใช้ในการแก้ไขหากกฎหมายไทยยังมีความบกพร่องเพื่อให้กฎหมายไทยสามารถใช้อย่างเหมาะสม

กฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งได้รับการพัฒนาโดยศาลยุติธรรมเนื่องจากประเทศอังกฤษใช้ระบบศาลเดี่ยว และหลักกฎหมายปกครองก็มีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายอื่น ๆ ที่ได้รับอิทธิพลจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติและหลักนิติธรรม

บุคคลที่มีปัญหาโดยได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองมีสิทธิได้รับการคุ้มครองในกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ โดยอาศัยหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติและหลักนิติธรรม แต่ในอดีตนั้นสิทธิที่บุคคลจะได้รับการคุ้มครองโดยได้รับการรับฟังหรือมีสิทธิเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณานั้นได้รับการรับรองเฉพาะในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ต่อมาได้มีการวางหลักในคำพิพากษาของศาลอังกฤษ เนื่องจากระบบกฎหมายอังกฤษเป็นคอมมอนลอว์ที่หลักกฎหมายส่วนใหญ่โดยเฉพาะในอดีตสร้างขึ้นจากคำพิพากษาของศาล ซึ่งในเรื่องนี้คำพิพากษาของศาลอังกฤษวางหลักให้คู่กรณีผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองมีสิทธิในการเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาทางปกครอง หากคู่กรณีไม่ได้รับสิทธิเช่นนั้นคู่กรณีสามารถฟ้องคดีต่อศาลไฮคอร์ทซึ่งเป็นศาลชั้นต้นของอังกฤษที่มีระบบศาลเดี่ยวเพื่อคัดค้านคำสั่งของหน่วยงานทางปกครองหากตนมีส่วนได้

<sup>92</sup> สภาวิจัยแห่งชาติ, ‘รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน’ (เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, ผู้แปล)

<[https://library.parliament.go.th/sites/default/files/assets/files/give-take/content\\_cons57/NALT-con2557-basicalawofgermany.pdf](https://library.parliament.go.th/sites/default/files/assets/files/give-take/content_cons57/NALT-con2557-basicalawofgermany.pdf)> สืบค้นเมื่อ 31 มีนาคม 2566.

เสียภายในสามเดือนนับแต่ต้นเหตุที่จะฟ้องคดีนั้น และคำสั่งหรือการกระทำของหน่วยงานทางปกครองอาจถูกตรวจสอบทบทวนโดยศาลได้เว้นแต่การกระทำของรัฐสภา

สำหรับสิทธิของคนต่างด้าวที่ถูกเนรเทศนั้นประเทศอังกฤษก็เหมือนกับประเทศอื่น ๆ คือ เห็นว่าการเนรเทศคนต่างด้าวที่เป็นภัยต่อประเทศนั้นเป็นอำนาจเด็ดขาดของรัฐในอดีตจึงมักไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่คุ้มครองคนต่างด้าวในการเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาทางปกครองก่อนที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งนั้น แต่ในช่วงหลัง ๆ เนื่องจากประเทศอังกฤษเข้าเป็นภาคีสัญญาและสนธิสัญญาต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนซึ่งทำให้มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิคนต่างด้าวในเรื่องการเนรเทศมากขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับทางปฏิบัติของประเทศอื่น ๆ และหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ดังจะกล่าวต่อไป

### 3.3.3.1 สิทธิของคู่กรณีในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง

ในอดีตมีปัญหาว่าคู่กรณี คือ บุคคลที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองนั้นมีสิทธิในการเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาทางปกครองเพื่อเสนอพยานหลักฐานในการต่อสู้โต้แย้งข้อกล่าวหาในกระบวนการพิจารณานั้นได้หรือไม่

อย่างไรก็ตามมีแนวความคิดว่า คู่กรณีต้องมีสิทธิได้รับฟังคือมีสิทธิเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเช่นเดียวกับการเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาคดีของศาลโดยเป็นไปตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ

คู่กรณีต้องได้รับความยุติธรรมในระดับหนึ่ง ซึ่งใช้หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติสำหรับการตัดสินใจหรือทำคำสั่งที่กระทบถึงสิทธิหรือเอกสิทธิ์ หรือความคาดหมายที่ชอบด้วยกฎหมาย และที่สำคัญที่สุดคือหลักการได้รับฟังจากผู้ที่จะได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่ง ดังนั้น บุคคลที่จะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองต้องได้รับการบอกกล่าวถึงคำสั่งที่จะได้รับและสาเหตุหรือเหตุผลในการออกคำสั่งนั้น แต่ก็มีข้อยกเว้นในเรื่องการรับฟังคู่กรณีอยู่บ้างก็ตาม เช่น การออกกฎหมายของฝ่ายปกครอง

สำหรับความยุติธรรมตามธรรมชาติในเรื่องวิธีพิจารณาหรือกระบวนการพิจารณานั้นมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการ คือ <sup>93</sup>

หลักการรับฟัง ซึ่งหมายความว่าบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีที่ได้รับผลกระทบจากการตัดสินใจโดยคณะบุคคลต้องได้รับโอกาสแสดงความคิดเห็นเพื่อปกป้องตนเอง

หลักที่สอง คือ กลุ่มบุคคลที่ตัดสินนั้นต้องไม่มีอคติเมื่อต้องตัดสิน คือ เป็นอิสระและยุติธรรม

หลักที่สาม คือ คำตัดสินต้องระบุเหตุผลเมื่อออกคำสั่ง คำวินิจฉัย หรือคำพิพากษาของศาลหรือโดยองค์กรผู้มีอำนาจ

ด้วยเหตุดังกล่าว สิ่งที่สำคัญสำหรับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติในกระบวนการพิจารณา คือ บุคคลต้องได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมและปราศจากอคติก่อนมีการตัดสินที่จะมีผลกระทบต่อตน โดยมีสิ่งที่

<sup>93</sup> David Phillip Jones and Anne S. de Villars, *Principles of administrative law* (Carswell Thomson Professional 1999) 208–223.

จำเป็นบางประการที่สำคัญของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ คือ มีการบอกกล่าวล่วงหน้าอย่างเพียงพอ มีความยุติธรรมในการพิจารณาโดยบุคคลไม่มีอคติและผู้ที่จะได้รับคำสั่งต้องมีโอกาสในการเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาเพื่อปกป้องและโต้แย้งพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่ และคำตัดสินหรือคำสั่งต้องระบุเหตุผลแห่งการออกคำสั่งนั้น

ดังนั้น ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิของบุคคลในการได้รับฟังหรือเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองโดยเป็นสิทธิในการพิจารณาโดยชอบหรือที่เป็นธรรม (Due Process) คือ บุคคลผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองต้องได้รับความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองโดยต้องได้รับโอกาสในการโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนและตรวจพยานหลักฐานของอีกฝ่ายหนึ่ง คือ เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง รวมถึงโอกาสในการเตรียมคดีก่อนเข้าสู่การพิจารณาโดยเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองด้วย

ด้วยเหตุดังกล่าว หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติจึงเป็นหลักสำคัญและเป็นรากฐานแห่งเหตุผลในการรับฟังความเห็นของผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายก่อนที่ผู้ออกคำสั่งหรือผู้พิพากษาจะตัดสินคดี และหลักนี้ต้องนำไปใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอื่น ๆ รวมทั้งกระบวนการพิจารณาของฝ่ายปกครองก่อนที่จะมีคำสั่งใด ๆ ในหลักกฎหมายอังกฤษด้วย

ในปี ค.ศ. 1957 คณะกรรมการของแฟรงก์ (the Franks Committee) ในประเทศอังกฤษซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยลอร์ดชานเซลเลอร์ของอังกฤษ (the British lord chancellor) เพื่อศึกษาองค์กรทางปกครองและกระบวนการพิจารณาทางปกครองได้มีการทำคำแนะนำซึ่งได้รับการยอมรับโดยมีการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการสืบสวนและคณะกรรมการสืบสวน ค.ศ. 1958 (the Tribunals and Enquiries Act of 1958)<sup>94</sup>

คณะกรรมการดังกล่าวได้วางหลักเกณฑ์หรือระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับทางปฏิบัติในเรื่องสิทธิของคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาโดยอาศัยหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติไว้ ดังนี้

- (1) จะไม่มีบุคคลใดถูกดำเนินคดีโดยไม่ได้รับการรับฟังจากบุคคลนั้น
- (2) จะไม่มีบุคคลใดตัดสินเรื่องของตนเอง คือ คนตัดสินต้องไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้น
- (3) คู่กรณีต้องมีสิทธิที่จะรู้เหตุผลของคำตัดสิน
- (4) คู่กรณีต้องได้รับรายงานหรือคำตัดสินที่เกี่ยวกับตน

สำหรับทางปฏิบัติในอดีตนั้นการรับฟังคู่กรณีในกระบวนการพิจารณานั้นใช้เฉพาะกระบวนการพิจารณาคดีของศาลเท่านั้น โดยเฉพาะก่อนมีคำพิพากษาของศาลในคดี *Ridge v. Baldwin (1963)* นั้น

<sup>94</sup> H.W.R. Wade, 'The Tribunals and Enquiries Act of 1958' (พฤศจิกายน 2501) 2 The Cambridge Law Journal 129-134 <<https://www.britannica.com/topic/administrative-law/The-ombudsman#ref417502?>> สืบค้นเมื่อ 31 มีนาคม 2566.

ขอบเขตของสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมจำกัดอย่างเข้มงวดอยู่ในการพิจารณาคดีของศาล ส่วนในเรื่องสิทธิที่จะมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองนั้นไม่ได้รับการรับรองจากคำพิพากษาของศาล

สำหรับคดี *Ridge v Baldwin* [1964] AC 40<sup>95</sup> นั้นเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายแรงงานที่มีการพิจารณาในศาลสูง ในคดีนี้ขยายการใช้หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (ความยุติธรรมในกระบวนการพิจารณา) ให้ใช้กับการออกคำสั่งในกระบวนการพิจารณาทางปกครองด้วย ผลของคดีนี้ทำให้เป็นคดีหลักที่สำคัญที่เป็นคดีแรกที่เริ่มมีคำพิพากษาที่ศาลตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารในกฎหมายอังกฤษ โดยวางหลักว่าบุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการรับฟังและได้รับอนุญาตให้เสนอพยานหลักฐานเพื่อประกอบข้ออ้างหรือข้อต่อสู้ของตน ในคดีนี้หัวหน้าตำรวจประสบความสำเร็จในการทำให้คำสั่งไล่ออกตนนั้นเป็นโมฆะ เพราะตนไม่ได้รับโอกาสในการต่อสู้คดี

คำพิพากษาในคดีนี้วางหลักสำคัญในกฎหมายปกครองของอังกฤษเกี่ยวกับหลักการรับฟังคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองก่อนที่หน่วยงานทางปกครองจะมีคำสั่งที่มีผลกระทบต่อคู่กรณี ดังนี้

(1) บุคคลซึ่งทำหน้าที่ทางฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้บังคับของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติในการกระทำหน้าที่ของตนได้

สำหรับความยุติธรรมตามธรรมชาตินั้นในกระบวนการพิจารณาทางปกครองนั้นมีเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของคู่กรณี 3 ประการ คือ สิทธิที่จะได้รับการรับฟังโดยคณะผู้ตัดสินที่ไม่มีอคติ สิทธิที่จะได้รับการบอกกล่าวถึงข้อกล่าวหาว่ากระทำการที่มีขออย่างไร และสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยสามารถโต้แย้งข้อกล่าวหาได้

ในอีกคดีหนึ่งคือ *Chief Constable of the North Wales Police v Evans* (1982)<sup>96</sup>, นั้นหัวหน้าตำรวจสั่งให้ผู้คุมประพฤติตำรวจออกจากงานเนื่องจากมีข้อกล่าวหาเกี่ยวกับความประพฤติส่วนตัวโดยที่บุคคลดังกล่าวไม่ได้รับโอกาสที่เป็นธรรมในการปฏิเสธข้อกล่าวหา ศาลสูงสุดของอังกฤษตัดสินว่าการไล่ออกนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ผลของกระบวนการพิจารณาที่ไม่ชอบเป็นเหตุให้ฟ้องคดีได้ การฝ่าฝืนหลักความยุติธรรมตามธรรมชาตินำไปสู่ความไม่ชอบของคำสั่งทางปกครอง แต่ก็อาจมีทางแก้โดยให้แก้ไขข้อผิดพลาดสำหรับคำสั่งทางปกครองได้

### 3.3.3.2 สิทธิของคู่กรณีในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาการเนรเทศคนต่างด้าว

ในเรื่องการเนรเทศคนต่างด้าวของประเทศอังกฤษนั้นในสมัยโบราณก็เหมือนกับประเทศอื่น ๆ คือ เป็นอำนาจเด็ดขาดของรัฐที่จะเนรเทศคนต่างด้าวที่เป็นภัยต่อความมั่นคงหรือกระทำการใด ๆ ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน และหลังสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมาได้มีการอพยพของคนต่างด้าวเข้าไปในประเทศอังกฤษเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะในช่วงตั้งแต่ปี ค.ศ. 1960 เป็นต้นมาจึงได้มีการขยายการควบคุมคนต่างด้าวที่อาจเป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศมากขึ้น

<sup>95</sup> [1963] 2 All ER 66.

<sup>96</sup> [1982] 1 WLR 1155, (1982) 3 All ER 141, [1982] UKHL 10.

การเนรเทศคนต่างด้าวนั้นมีบทบัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติคนต่างด้าว ค.ศ. 1905 (Alien Act, 1905)<sup>97</sup> ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีดุลพินิจอย่างกว้างขวางที่จะจัดการกับคนต่างด้าวที่ไม่พึงปรารถนาโดยอ้างความมั่นคงที่จะป้องกันคนต่างด้าวเข้าประเทศ และเนรเทศคนต่างด้าวที่อยู่ในประเทศด้วยเหตุความมั่นคงของประเทศและความสงบเรียบร้อยของประชาชนและคนต่างด้าวเหล่านั้นไม่มีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งไม่ให้เข้าประเทศหรือคำสั่งเนรเทศ

มาตรา 3 ของพระราชบัญญัติคนต่างด้าวฯ บัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยอาจออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวให้ออกจากประเทศอังกฤษในเวลาที่กำหนดให้ได้ในหลายกรณี เช่น หากมีหนังสือรับรองจากศาลว่าบุคคลนั้นต้องคำพิพากษาว่ากระทำความผิดตามกฎหมายกำหนดไว้ หรือถูกพิพากษาโดยศาลต่างประเทศว่ากระทำความผิดเว้นแต่ความผิดทางการเมือง หลังจากที่ยกกฎหมายฉบับนี้แล้วและประเทศนั้นมีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับประเทศอังกฤษ<sup>98</sup>

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในพระราชบัญญัติคนต่างด้าว มาตรา 3 จะเห็นได้ว่ามิได้บัญญัติถึงสิทธิของคนต่างด้าวที่จะโต้แย้งคำสั่งเนรเทศตนแต่อย่างใดซึ่งอาจเป็นเพราะมีคำพิพากษาของศาลว่าคนต่างด้าวกระทำความผิดตามกฎหมายแล้วจึงเป็นการเนรเทศเพราะเหตุกระทำผิดกฎหมายซึ่งมีการพิสูจน์แล้วจากการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลจึงไม่จำเป็นต้องให้มีการพิสูจน์ใด ๆ อีก

หลังจากนั้นก็ยังมีกฎหมายหลายฉบับ เช่น กฎหมายจำกัดคนต่างด้าว ค.ศ. 1914 (Alien Restriction Act 1914) ซึ่งออกเมื่อวันที่ 5 สิงหาคม ค.ศ. 1914 ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศที่จะออกข้อบังคับคนต่างด้าวได้ตามที่เห็นว่าเหมาะสม เช่น มาตรา 1 เป็นกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนหรือฉุกเฉินเพื่อความมั่นคงของรัฐ

การควบคุมโดยใช้กฎหมายคนเข้าเมืองกับคนต่างด้าวโดยการปฏิเสธไม่เข้าประเทศหรือจำกัดสิทธิและการเนรเทศหากบุคคลดังกล่าวได้เข้ามาในประเทศแล้วและเป็นภัยต่อความมั่นคงอันทำให้เป็นบุคคลที่ไม่พึงปรารถนาไม่ว่าจะถูกสงสัยว่าเป็นสายลับให้ต่างชาติ ก่อวินาศกรรม ล้มล้างระบอบการปกครอง ปลุกปั่นหรือก่อการร้าย

ก่อนหน้าปี ค.ศ. 1905 นั้นมีการแบ่งแยกระหว่างคนต่างด้าวที่พึงปรารถนา (บุคคลที่เป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ) ซึ่งต้องการลี้ภัย และคนต่างด้าวที่ไม่พึงปรารถนา เช่น กระทำอาชญากรรม ผู้ก่อการร้าย หรือเป็นภัยต่อความมั่นคงและความสงบสุขกับประเทศ เนื่องจากมีสงครามและความกลัวการรุกรานทำให้เกิดพัฒนาการในการจำกัดสิทธิทางกฎหมายจำกัดการเข้าเมืองและมีการเนรเทศ

จนกระทั่งปี ค.ศ. 1905 เริ่มมีแนวความคิดเรื่องเสรีภาพในการเดินทางเคลื่อนย้ายของประชาชนและอังกฤษเริ่มให้คนต่างด้าวลี้ภัยทางการเมืองกับนักการเมือง แม้ว่าในบางช่วงจะมีการจำกัดสิทธิ เช่น ช่วงสงครามโลก

<sup>97</sup> 'Aliens Act, 1905.' (legislation)

<[https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1905/13/pdfs/ukpga\\_19050013\\_en.pdf](https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1905/13/pdfs/ukpga_19050013_en.pdf)> สืบค้นเมื่อ 31 มีนาคม 2566.

<sup>98</sup> เฝิงอ้าง.

ในช่วงปี ค.ศ. 1960 มีการขยายระบอบการตรวจคนเข้าเมือง เช่น ใช้สำหรับคนต่างด้าวไปยังคนที่อยู่ภายใต้บังคับของอังกฤษซึ่งไม่มีความสัมพันธ์ในทางบุคคล บิดามารดา หรือปู่ย่า ตายาย ที่มีความเชื่อมโยงกับอังกฤษ กฎหมายอังกฤษได้ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีอำนาจและดุลพินิจอย่างกว้างขวางในการจัดการกับคนต่างด้าวที่ไม่พึงปรารถนาในการมีอำนาจที่เกี่ยวกับความมั่นคงที่จะป้องกันคนต่างด้าวในการเข้าประเทศอังกฤษและทำให้สามารถเนรเทศคนต่างด้าวด้วยเหตุเพื่อความมั่นคงผาสุกของประเทศ

สำหรับกฎหมายปัจจุบัน คือ กฎหมายตรวจคนเข้าเมือง ค.ศ. 1971<sup>99</sup>วางหลักการควบคุมคนต่างด้าวและคนในบังคับอังกฤษที่ไม่ใช่คนอังกฤษ โดยมีการให้อำนาจฝ่ายปกครองที่จะดำเนินการเนรเทศและให้อำนาจศาลในการทบทวนมาตรการทางปกครองที่ดำเนินการเกี่ยวกับการก่อก่อการร้ายหรือมีการกระทำที่เป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ

สำหรับการเนรเทศบัญญัติอยู่ในมาตรา 3 ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปสำหรับกฎเกณฑ์และการควบคุมคนต่างด้าว โดยใน (5) บัญญัติว่า บุคคลซึ่งไม่ใช่เป็นพลเมืองของอังกฤษสามารถถูกเนรเทศจากอังกฤษได้หาก (a) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ (มหาดไทย กระทรวงมหาดไทย) เห็นว่าการเนรเทศเป็นสิ่งที่จำเป็นเพราะจะเป็นผลดีต่อส่วนรวมหรือสาธารณะ<sup>100</sup>

อย่างไรก็ตาม แม้อำนาจตรวจคนเข้าเมืองทุกฉบับไม่มีบทบัญญัติโดยตรงที่ให้คนต่างด้าวมีสิทธิได้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาในการเนรเทศคนต่างด้าวที่จะได้มีโอกาสเสนอพยานหลักฐานต่าง ๆ เพื่อโต้แย้งคัดค้านข้อกล่าวหา ก่อนมีการออกคำสั่งเนรเทศตน แต่คนต่างด้าวก็มีสิทธิได้รับโอกาสเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาดังกล่าวตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ หลักนิติธรรมและหลักสิทธิมนุษยชนและอังกฤษก็เป็นประเทศสมาชิกขององค์การระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่มีสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนที่ต้องผูกพันและปฏิบัติตามพันธกรณีที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญาเหล่านั้นรวมทั้งการให้สิทธิคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศได้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่จะมีการเนรเทศตน ซึ่งกระบวนการพิจารณาดังกล่าวก็ต้องมีองค์ประกอบของการพิจารณาที่เป็นธรรม ต้องมีการบอกกล่าวกำหนดการพิจารณา ต้องให้สิทธิคนต่างด้าวในการเข้าร่วมการพิจารณานั้น เช่น สิทธิในการเสนอพยานหลักฐานเพื่อโต้แย้งคัดค้านข้อกล่าวหา

### 3.1.4 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ถึงแม้ประเทศสหรัฐอเมริกามีได้เป็นประเทศที่มีอิทธิพลทางแนวความคิดต่อประเทศไทยในด้านกฎหมายปกครองแต่ก็เป็นประเทศที่มีแนวความคิดที่ก้าวหน้าในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในกระบวนการพิจารณาทั้งในศาลและกระบวนการพิจารณาทางปกครองมานานแล้วจึงควรนำมาพิจารณา

<sup>99</sup> 'Immigration Act 1971' (legislation) <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1971/77/section/3>> สืบค้นเมื่อ 1 เมษายน 2566.

<sup>100</sup> 'Undesirable Aiens' Immiration control and Deportation 103' (Law Explores, 30 ตุลาคม 2558) <<https://lawexplores.com/undesirable-aiens-immigration-control-and-deportation-103/>> สืบค้นเมื่อ 1 เมษายน 2566.

เปรียบเทียบกับหลักกฎหมายปกครองของประเทศไทยและอาจนำมาใช้ในการวิเคราะห์และเสนอแนะในการแก้ไขปัญหาของประเทศไทยได้

ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีการยอมรับหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นธรรม (Due Process of Law) ซึ่งหลักการได้รับฟังเป็นส่วนหนึ่งของหลักนี้โดยได้รับอิทธิพลจาก Magna Carta 1215 ของประเทศอังกฤษและได้มีคำพิพากษาของศาลซึ่งมีผลเป็นกฎหมายในคอมมอนลอว์ในคดี *Londoner v. Denver*<sup>101</sup> ที่ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาพิพากษาว่าสิทธิในการได้รับฟังกล่าวคือ การเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกานั้นใช้บังคับกับกระบวนการพิจารณาของฝ่ายปกครองที่ต้องมีการตัดสินหรือออกคำสั่งด้วย ดังนั้น ก่อนที่จะมีการประเมินภาษี ผู้ซึ่งเสียภาษีต้องได้รับการบอกกล่าวและมีโอกาสที่จะได้รับฟังในกระบวนการประเมินภาษีก่อนมีการคำนวณภาษี การที่ผู้เสียภาษีไม่มีโอกาสได้รับการรับฟังหรือเข้าร่วมในกระบวนการประเมินภาษีในการประชุมพิเศษของสภาแห่งเมืองเดนเวอร์ซึ่งเวลาและสถานที่ที่ไม่มีการประกาศให้รับรู้และดังนั้นผู้เสียภาษีจึงไม่ได้เข้าร่วมในการพิจารณาและไม่มีโอกาสเสนอพยานหลักฐานของตนเพื่อโต้แย้งในกระบวนการดังกล่าว<sup>102</sup> ดังนั้นการประเมินภาษีดังกล่าวจึงฝ่าฝืนหลักกระบวนการพิจารณาที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นธรรม อันทำให้การประเมินภาษีนั้นเสียไป<sup>103</sup>

สำหรับกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติถึงหลักกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีบทบัญญัติอยู่ในกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ. 1946 (The Administrative Procedure Act, 1946: A.P.A.) เป็นเช่นเดียวกับหลักกฎหมายวิธีพิจารณาทั่วไป คือ มีหลักกระบวนการพิจารณาที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นธรรม (Due Process of Law) ซึ่งได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 5 และครั้งที่ 14 (amendments V and XIV) อย่างไรก็ตามในการเนรเทศคนต่างด้าวนั้นก็ยังมีหลักการบางอย่างที่เป็นการประกันคนต่างด้าวเพียงแต่อาจไม่เท่าเทียมกับกรณีที่เป็นเรื่องกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เนื่องจากเห็นว่าการเนรเทศเป็นเรื่องทางแพ่งแต่ก็ให้ความคุ้มครองมากกว่าวิธีพิจารณาในทางแพ่ง

นอกจากนั้นมีการนำหลักกฎหมายที่ได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญมาใช้กับวิธีพิจารณาทางปกครองด้วย คือ รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 5 และครั้งที่ 14

สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 5 มีบทบัญญัติคุ้มครองการตัดสินคดีความ และการลงโทษ (Trial and Punishment) การชดเชยค่าเสียหาย (Compensation) ซึ่งมีเนื้อความ ดังนี้<sup>104</sup>

<sup>101</sup> 210 U.S. 373 (1908).

<sup>102</sup> 210 U.S. 373, 28 S. Ct. 708 (1908).

<sup>103</sup> เพิ่งอ้าง.

<sup>104</sup> 'The Fifth Amendments' (Cornell Law School)



บุคคลใดจะถูกพิจารณาในคดีอาญาที่มีโทษประหารชีวิตหรือคดีอาญาร้ายแรงอื่นใดไม่ได้ หากคณะลูกขุนใหญ่ (Grand Jury) ยังไม่ได้แจ้งหรือกล่าวโทษเป็นลายลักษณ์อักษร (presentment or indictment) เว้นแต่คดีที่ได้เกิดขึ้นเขตในเขตทหารหรือกองกำลังอาสาสมัคร ในยามเกิดสงครามหรือภัยสาธารณะ บุคคลใดจะถูกพิพากษาหรือลงโทษในความผิดอันเดียวกันซ้ำอีกไม่ได้ หรือจะถูกบังคับให้ให้การเป็นภัยแก่ตนเองในคดีอาญาไม่ได้ หรือจะถูกจำกัดสิทธิในชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สิน โดยไม่มีกระบวนการทางกฎหมาย หรือการจะนำทรัพย์สินของบุคคลไปใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะโดยไม่มีการจ่ายค่าชดเชยไม่ได้

สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 14 มีหลักการ คือให้หลักประกันแก่ประชาชนอเมริกันในการที่จะได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย ดังนี้<sup>105</sup>

มาตรา 1 บุคคลทุกคนที่เกิดหรือแปลงสัญชาติในสหรัฐอเมริกาและอยู่ในบังคับกฎหมายสหรัฐย่อมเป็นพลเมืองของสหรัฐและมลรัฐที่มีภูมิลำเนาอยู่

มลรัฐใดจะตราหรือมีการบังคับใช้กฎหมายอันเป็นการตัดทอนเอกสิทธิหรือความคุ้มกันที่พลเมืองสหรัฐจะพึงได้รับมิได้ หรือมลรัฐใดจะตัดรอนสิทธิในชีวิต เสรีภาพหรือทรัพย์สินของบุคคลโดยไม่ชอบด้วยวิถีทางที่ถูกต้องแห่งกฎหมายหรือจะปฏิเสธบุคคลในเขตอำนาจมิให้ได้รับความคุ้มครองแห่งกฎหมายโดยเท่าเทียมกันมิได้

สำหรับคนต่างด้าวที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาอาจถูกเนรเทศได้ แม้แต่บุคคลที่มีใบอนุญาตให้อยู่ในประเทศอย่างถูกกฎหมาย เช่น คนต่างด้าวซึ่งมีใบเขียวก็อาจถูกเนรเทศออกจากประเทศสหรัฐอเมริกาได้โดยสาเหตุต่าง ๆ หากบุคคลดังกล่าวกระทำอาชญากรรมบางประเภท เช่น ฝ่าฝืนเงื่อนไขตามที่ตรวจลงตรา (Visa) หรือตามบัตรคนต่างด้าวที่เรียกกันว่าใบเขียว (Green Card) หรือกระทำความผิดบางอย่างที่เป็นเรื่องร้ายแรงก่อนหรือระหว่างห้าปีนับจากวันที่เข้าประเทศสหรัฐอเมริกาได้ช่วยในการลักลอบนำคนต่างด้าวเข้าประเทศหรือช่วยผู้ที่พยายามลักลอบเข้าประเทศ กระทำอาชญากรรมที่เป็นเรื่องผิดศีลธรรมอย่างร้ายแรงภายในห้าปีหลังจบเขียวหากได้รับการยอมรับเข้าประเทศหรือสิบปีหากบุคคลนั้นได้รับใบเขียวและได้รับการพิพากษาให้จำคุกอย่างน้อยหนึ่งปี หรือได้รับการพิพากษาให้จำคุกในการกระทำอาชญากรรมตั้งแต่สองบทขึ้นไปซึ่งเกี่ยวกับการกระทำผิดศีลธรรมอย่างร้ายแรงในเวลาก่อนที่ได้รับการยอมรับให้เข้าประเทศ ได้รับการพิพากษาว่ากระทำความผิดอาชญากรรมที่ร้ายแรง ตาม มาตรา 1101 (a) (43) เช่น ฆาตกรรม ช่มชู้กระทำความชำเรา กระทำผิดทางเพศต่อผู้เยาว์ ค้ายาเสพติด ค้าอาวุธร้ายแรง<sup>106</sup> แต่ในเรื่องสิทธิของคนต่างด้าวที่ถูกเนรเทศจะมีสิทธิในกระบวนการพิจารณาของฝ่ายปกครองนั้นมีบางส่วนที่แตกต่างไปบ้างจากหลักทั่วไปของหลักกระบวนการพิจารณาที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นธรรม คือ ค่อนข้างจำกัดกว่าหลักที่ใช้ในกระบวนการพิจารณาในศาลโดยเฉพาะวิธีพิจารณาในคดีอาญา

สำหรับเรื่องสิทธิของคนต่างด้าวในการได้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาของการเนรเทศคนต่างด้าวนั้นเป็นเรื่องที่ได้รับการยอมรับไม่นานมานี้เนื่องจากในอดีตนั้นมีแนวความคิดเหมือนประเทศอื่น ๆ ที่เห็น

<sup>105</sup> The Fourteenth Amendments, เฟิงอ้าง.

<sup>106</sup> 8 USC § 1101(a)(43).

ว่าการเนรเทศคนต่างด้าวที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐหรือกระทำการใดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นเป็นอำนาจเด็ดขาดของรัฐเจ้าของดินแดนเนื่องจากเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารในการปกครองระบอบประชาธิปไตย ซึ่งมีรายละเอียด ดังจะกล่าวต่อไป

#### 3.1.4.1 สิทธิของคู่กรณีในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง

สำหรับกฎหมายปกครองนั้นมีกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. 1946 (Administrative Procedure Act: APA, 1946) ซึ่งเป็นการทำประมวลวิธีพิจารณาทางปกครองกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการต่าง ๆ ตามที่กำหนดและทำให้คู่กรณีผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองที่สามารถใช้สิทธิคัดค้านการกระทำทางปกครองต่อศาล โดยคู่กรณีต้องได้รับการบอกกล่าวถึงกำหนดเวลา สถานที่ และสภาพของการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ตนจะเข้าร่วมในการเสนอพยานหลักฐานเพื่อโต้แย้งข้อกล่าวหาของฝ่ายปกครอง<sup>107</sup> และได้มีการแก้ไขโดยรัฐสภาถึง 16 ครั้งโดยครั้งสุดท้ายในปี ค.ศ. 1996

อย่างไรก็ตามบทบัญญัติของกฎหมายปกครองดังกล่าวไม่มีรายละเอียดในเรื่องสิทธิของคู่กรณีในการเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาทางปกครอง จึงทำให้ศาลสูงของสหรัฐอเมริกามีบทบาทในการพัฒนาและสร้างหลักคอมมอนลอว์ที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกา

คำพิพากษาของศาลต่าง ๆ ในสหรัฐอเมริกาได้พิพากษาวางหลักเป็นคอมมอนลอว์ไว้ว่า ในการออกคำสั่งทางปกครองต้องกระทำโดยมีกระบวนการเช่นเดียวกับการพิจารณาและต้องมีการบันทึกหากมีกฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้น ในกรณีนี้ต้องมีการบอกกล่าวฝ่ายปกครองจะดำเนินการพิจารณาที่ต้องมีการออกคำสั่งหรือคำพิพากษา ต้องบอกกล่าวถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการออกคำสั่งทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย และต้องมีการพิจารณาเพื่อรับฟังพยานหลักฐานโดยผู้ออกคำสั่งที่เป็นอิสระภายในหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งตามปกติ คือ ผู้พิพากษาคดีปกครอง<sup>108</sup>

ในระหว่างการดำเนินการพิจารณา คู่กรณีที่เกี่ยวข้องต้องได้รับโอกาสที่จะแสดงความเห็นของตนและเสนอพยานหลักฐานเพื่อสนับสนุนข้อโต้แย้งของตนด้วย โดยอาจเสนอพยานบุคคลพร้อมทั้งทนายความของตน ในการรับฟังพยานหลักฐานนั้นต้องมีการบันทึกข้อมูลที่ปรากฏในกระบวนการพิจารณา รวมทั้งพยานเอกสารที่คัดค้านหรือคำสั่งของฝ่ายปกครองใช้อ้างในการทำคำสั่งนั้น และคำสั่งต้องระบุเหตุผลในการสั่ง<sup>109</sup>

<sup>107</sup> Christopher J. Walker, 'Modernizing the Administrative Procedure Act' (2017) 3 Administrative Law Review, 630.

<sup>108</sup> Hermann Pünder, 'German administrative procedure in a comparative perspective: Observations on the path to a transnational ius commune proceduralis in administrative law' (December 2013) 4 International Journal of Constitutional Law, 949.

<sup>109</sup> เพิ่งอ้าง.

ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของฝ่ายปกครองศาลของประเทศสหรัฐอเมริกา มักใช้หลักกระบวนการพิจารณาที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นธรรม แม้ไม่มีการบัญญัติถึงสิทธิของปัจเจกชนให้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ก็ตามแต่ศาลก็ให้สิทธิเอกชนที่ได้รับผลกระทบเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณานั้นจะถือว่ากระบวนการพิจารณาไม่ชอบและโดยเฉพาะศาลสูงของสหรัฐอเมริกา ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1970 เป็นต้นมามักใช้หลักกระบวนการพิจารณาที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นธรรมอย่างกว้างขวางขึ้นกว่าในอดีต<sup>110</sup>

### 3.1.4.2 สิทธิของคู่กรณีในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาการเนรเทศคนต่างด้าว

ในอดีต โดยเฉพาะในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 19 นั้นในประเทศสหรัฐอเมริกามีแนวความคิดว่าสิทธิในการเนรเทศคนต่างด้าวเป็นสิทธิที่สมบูรณ์ของรัฐ เช่น ในปี ค.ศ. 1893 ศาลสูงสหรัฐพิพากษาว่าสิทธิของรัฐที่จะเนรเทศหรือขับไล่ชาวต่างชาติเป็นสิทธิที่สมบูรณ์ เช่นเดียวกับสิทธิที่จะห้ามหรือป้องกันคนต่างด้าวที่จะเข้าประเทศได้ เพราะเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐ<sup>111</sup>

อย่างไรก็ตามแนวความคิดแบบดั้งเดิมในสหรัฐอเมริกานั้นได้เปลี่ยนแปลงไป โดยเฉพาะเมื่อมีแนวความคิดของสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเป็นองค์กรระหว่างประเทศที่ตั้งขึ้นในประเทศเบลเยียม ในปี ค.ศ. 1873 เพื่อสร้างหลักกฎหมาย ศีลธรรมและความซื่อสัตย์ของโลกที่เป็นอารยะได้สร้างหลักในเรื่องการเนรเทศคนต่างด้าวว่า การใช้สิทธิของรัฐในการเนรเทศคนต่างด้าวนั้นมีข้อจำกัดบางประการ รวมทั้งหลักว่าการเนรเทศต้องดำเนินการด้วยการคำนึงถึงและเป็นไปตามหลักสิทธิมนุษยชนและเคารพสิทธิของบุคคลด้วย

หลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลสูงในสหรัฐอเมริกานั้นได้แสดงให้เห็นว่า ถึงแม้โดยหลักคนต่างด้าวที่อยู่อาศัยในสหรัฐอเมริกาก็จะได้รับการคุ้มครองตามหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นธรรม แต่ขอบเขตของการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนั้นอาจขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงบางประการ เช่น คนต่างด้าวนั้นเข้าประเทศโดยถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่หรือได้มีความสัมพันธ์กับสหรัฐอเมริกา และคนต่างด้าวได้กระทำความผิดอาญาหรือไม่<sup>112</sup>

กฎหมายที่บัญญัติถึงการเนรเทศคนต่างด้าวของประเทศสหรัฐอเมริกา คือ กฎหมายคนเข้าเมืองและสัญชาติ (the Immigration and Nationality Act : "INA").<sup>113</sup> กฎหมายนี้แบ่งแยกคนต่างด้าวที่ไม่สามารถเข้าในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ และคนต่างด้าวที่ต้องถูกเนรเทศหลังจากที่เข้าประเทศแล้ว

อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 1996 ได้มีการออกกฎหมายว่าด้วยการปฏิรูปการเข้าเมืองโดยผิดกฎหมายและความรับผิดชอบในการตรวจคนเข้าเมือง ค.ศ. 1996 (Illegal Immigration Reform and Immigration Responsibility Act: IIRIRA) โดยกฎหมายนี้รวมกระบวนการเนรเทศคนเข้าเมืองทุกประเภท

<sup>110</sup> เฟิ่งอ่าง 952.

<sup>111</sup> Fong Yue Ting v. United States, 149 U.S. 698 (1893) 707.

<sup>112</sup> Stephen H. Legomsky, 'Aliens and the Supreme Court In Defense of the Alien' (1986) 9 In Defense of the Alien, 52-59.

<sup>113</sup> INA 101, 8 U. S.C. § 1101 (2006).

เข้าด้วยกัน ซึ่งก่อนหน้านั้น คนต่างด้าวจะถูกเนรเทศ (deportation proceedings) คือ คนต่างด้าวที่เข้าประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว ส่วนการกีดกันไม่ให้เข้าประเทศนั้น (exclusion proceedings) ใช้สำหรับคนต่างด้าวที่ยังไม่ได้เข้าประเทศ<sup>114</sup>

กระบวนการเนรเทศ นั้นได้มีการบัญญัติไว้ใน มาตรา 240 ของกฎหมายเข้าเมืองและสัญชาติฯ โดยกระบวนการพิจารณานั้นทำโดยมีคำร้องเมื่อสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองและศุลกากรของกระทรวงความมั่นคงแห่งมาตุภูมิ (the Department of Homeland Security) ยื่นคำฟ้องตามกฎหมายเข้าเมืองและสัญชาติฯ

การเนรเทศเริ่มต้นจากการส่งคำบอกกล่าวว่าจะมีการเนรเทศไปยังคนต่างด้าวโดยระบุสาเหตุแห่งการเนรเทศ กำหนดเวลาและสถานที่ เอกสารต่าง ๆ ที่ใช้และสภาพของกระบวนการพิจารณาในการเนรเทศ การกระทำที่กล่าวอ้างว่าผิดกฎหมายและข้อกล่าวหาคนต่างด้าวและบทบัญญัติของกฎหมายที่กล่าวหาว่าคนต่างด้าวกระทำผิด

คนต่างด้าวที่ถูกกล่าวหาและจะถูกเนรเทศจะต้องไปพบผู้พิพากษาที่รับผิดชอบการเข้าเมืองซึ่งจะทำการพิจารณาข้อกล่าวหาดังกล่าว สำหรับกระบวนการพิจารณาเพื่อการเนรเทศนั้นดำเนินการโดยผู้พิพากษาตรวจคนเข้าเมือง ที่อยู่ภายใต้การปฏิบัติงานของสำนักงานตรวจสอบการเข้าเมืองซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกระทรวงยุติธรรม

กฎหมายฉบับนี้กำหนดให้มีผู้พิพากษาตรวจคนเข้าเมืองในกระบวนการเนรเทศ ผู้พิพากษาในคดีคนเข้าเมืองต้องดำเนินการพิจารณาเพื่อที่จะตัดสินว่าจะรับคนต่างด้าวเข้าเมืองหรือจะขับคนต่างด้าวนั้นออกจากประเทศหรือไม่ โดยผู้พิพากษาดังกล่าวต้องดำเนินการให้มีการสอบสวน รับพยานหลักฐานและซักถาม สอบถาม และถามค้านคนต่างด้าว และพยานบุคคล นอกจากนั้นยังมีอำนาจออกหมายเรียกพยานและให้พยานส่งมอบพยานหลักฐานใด ๆ ได้ด้วย

คนต่างด้าวมีสสิทธิต่างที่จะได้รับโอกาสที่จะตรวจสอบพยานหลักฐานที่ใช้กล่าวหาตนว่ากระทำความผิด สิทธิที่จะเสนอพยานหลักฐานด้วยตนเองหรือให้บุคคลอื่นทำแทน มีสิทธิซักค้านพยานบุคคลซึ่งเสนอโดยเจ้าหน้าที่ปกครองของรัฐ

นอกจากนั้น คนต่างด้าวมีสสิทธิมีผู้แทนที่ปรึกษาหรือผู้ช่วยเหลือในกระบวนการพิจารณา แต่รัฐไม่ต้องออกค่าใช้จ่ายให้

หลังจากเสร็จสิ้นกระบวนการดังกล่าวแล้ว ศาลต้องพิพากษาว่าจะเนรเทศคนต่างด้าวออกไปจากประเทศสหรัฐอเมริกาหรือไม่ (มาตรา 240 (c)(1)(A))

การพิจารณาในเรื่องเนรเทศคนต่างด้าวต้องดำเนินการให้เสร็จสิ้นภายใน 90 วัน และคนต่างด้าวสามารถยื่นคำร้องขอให้พิจารณาอีกครั้งหนึ่งภายใน 30 วันหลังจากมีคำสั่งเนรเทศ หรือขอให้มีการเปิดการพิจารณาใหม่ภายใน 90 วันหลังจากที่มีคำสั่งเนรเทศได้

<sup>114</sup> 'Statutes: Federal Statutes' (womenslaw)

<<https://www.womenslaw.org/laws/federal/statutes/ina-ss-240a-8-usc-ss-1229b-cancellation-removal-adjustment-status>> สืบค้นเมื่อ 2 เมษายน 2566.

จากบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เกี่ยวข้องกับการเนรเทศคนต่างด้าวที่กล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่าในการเนรเทศคนต่างด้าวในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีหลักว่า แม้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยถูกกฎหมายก็อาจถูกเนรเทศได้หากมีเหตุตามกฎหมายที่จะถูกเนรเทศได้ แต่หน่วยงานของรัฐมีภาระการพิสูจน์ว่ามีเหตุที่จะเนรเทศได้ และต้องมีกระบวนการพิจารณาโดยชอบด้วยกฎหมายและเป็นธรรมที่จะเนรเทศคนต่างด้าว ซึ่งเป็นหลักประกันความยุติธรรม

คำพิพากษาต่าง ๆ ของศาลสูงสุดในสหรัฐอเมริกาได้พิพากษาว่ากระบวนการพิจารณาในเรื่องที่เกี่ยวกับการเข้าเมืองหรือคนต่างด้าวนั้นจะไม่ให้ความคุ้มครองเต็มที่ตามรัฐธรรมนูญแต่ต้องปฏิบัติตามกระบวนการพิจารณาที่ต้องมีตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 5 ได้กำหนดให้ประชาชนมีสิทธิที่จะไม่ให้การปรักปรำตนเอง (privilege against self-incrimination) และประชาชนที่จะถูกลงโทษต้องได้รับการพิจารณาในกระบวนการพิจารณาที่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนี้

“จะไม่มีบุคคลใดที่ต้องถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดที่มีโทษประหารชีวิตหรือกระทำอาชญากรรมที่น่าอับอายเว้นแต่ได้รับการพิจารณาจากคณะลูกขุนยกเว้นในกรณีที่เกิดขึ้นในดินแดนหรือกองกำลังทางเรือหรือในหน่วยทหารอาสาสมัครเมื่อเข้ารับราชการจริงในช่วงเวลาของสงครามหรือภัยสาธารณะ และบุคคลใดจะไม่ถูกพิจารณาพิพากษาในความผิดลักษณะเดียวกันที่จะต้องรับอันตรายถึงชีวิตหรือร่างกายถึงสองครั้ง และจะไม่ถูกบังคับให้เป็นพยานในคดีอาญาใด ๆ ที่ปรักปรำตนเองหรือถูกลดทอนชีวิตเสรีภาพหรือทรัพย์สินโดยปราศจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ชอบด้วยกฎหมาย และจะไม่ถูกนำทรัพย์สินส่วนตัวไปใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะโดยปราศจากการขดใช้ที่เป็นธรรม”<sup>115</sup>

ดังนั้น แม้รัฐบาลจะมีอำนาจอย่างกว้างขวางในเรื่องการเข้าเมืองหรือคนต่างด้าว ศาลสูงสหรัฐอเมริกาได้รับรองว่า คนต่างด้าวซึ่งได้เข้าไปอยู่ในดินแดนสหรัฐอเมริกานั้นต้องได้รับสิทธิและการคุ้มครองตามหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบที่ใช้บังคับกับบุคคลทุกคนในประเทศสหรัฐอเมริกา รวมทั้งคนต่างด้าวไม่ว่าจะเข้าประเทศโดยถูกต้องตามกฎหมายหรือผิดกฎหมาย ไม่ว่าจะเข้ามาอยู่ในประเทศเป็นการชั่วคราวหรือถาวร

การคุ้มครองโดยมีกระบวนการพิจารณาโดยชอบนี้โดยหลักรวมถึงสิทธิในการเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาและการได้รับโอกาสที่จำเป็นในการได้รับฟังก่อนที่จะได้รับคำสั่งที่เป็นการสูญเสียสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลที่ได้รับคำสั่ง

ในปี ค.ศ. 1903 ศาลสูงสหรัฐอเมริกาในคดี *Yamataya v. Fisher*,<sup>116</sup> ได้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการเนรเทศคนต่างด้าวสัญชาติญี่ปุ่นที่เดินทางเข้าสหรัฐอเมริกาโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยชี้ให้เห็นว่า คนต่างด้าวซึ่งเดินทางเข้าประเทศสหรัฐอเมริกาและเข้ามาอยู่ในเขตอำนาจของสหรัฐอเมริกาโดย

<sup>115</sup> ‘Removal of Aliens Who Have Entered the United’  
<[https://constitution.congress.gov/browse/essay/amdt5-5-2-3/ALDE\\_00013726/](https://constitution.congress.gov/browse/essay/amdt5-5-2-3/ALDE_00013726/)> สืบค้นเมื่อ 2 เมษายน 2566.

<sup>116</sup> 189 U.S. 86, 100-01 (1903).

เป็นส่วนหนึ่งของประชากรย่อมไม่ถูกเนรเทศโดยปราศจากโอกาสที่จะได้รับการรับฟังในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับสิทธิของตนที่จะอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลสูงสหรัฐอเมริกายังคงยึดมั่นแนวความคิดว่าเมื่อคนต่างด้าวเข้าประเทศโดยชอบด้วยกฎหมายและอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาแล้วย่อมได้รับสิทธิที่จะได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญที่ให้กับบุคคลทุกคนที่อยู่ในประเทศ

นอกจากนั้น ศาลสูงสหรัฐอเมริกาได้ขยายการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญไปยังคนต่างด้าวทุกคนที่เข้ามาในประเทศสหรัฐอเมริการวมทั้งผู้ที่เข้ามาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยโดยคนต่างด้าวจะถูกให้ออกจากประเทศเฉพาะได้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาที่มีมาตรฐานและได้รับความเป็นธรรมที่อยู่ในหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบ เนื่องจากการยอมรับว่าเป็นบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองตามกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายตามหลักรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาในการแก้ไขครั้งที่ 5 (Fifth Amendment) และที่ 14 (Fourteenth Amendment)<sup>117</sup> ดังนั้น ศาลจึงพิพากษาว่า แม้แต่บุคคลที่เข้ามาในประเทศโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่เต็มใจ หรือผ่านแดน ก็มีสิทธิได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุดังกล่าว โดยไม่คำนึงถึงอำนาจอย่างกว้างขวางของรัฐสภาที่จะวางกฎเกณฑ์ในเรื่องการเข้าเมือง แต่ก็ต้องมีการปฏิบัติตามกระบวนการพิจารณาโดยชอบที่เป็นรากฐานทำให้จำกัดอำนาจของรัฐสภาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในเขตอำนาจของสหรัฐอเมริกา

ในคดี *Wong Yang Sung v. McGrath*,<sup>118</sup> นายหว่อง ยาง ซุง ซึ่งเป็นคนสัญชาติจีน ถูกจับกุมและคุมขังเพราะเข้าประเทศสหรัฐอเมริกาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ได้ยื่นคำร้องขอให้ปล่อยตนโดยให้ออกหมายปล่อยตัว (Habeas Corpus) ด้วยเหตุผลว่าการพิจารณาต่อหน้าผู้ตรวจการเข้าเมืองไม่ปฏิบัติตามมาตรา 5 และ มาตรา 11 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครอง

ศาลชั้นต้นยกคำร้องโดยอ้างว่ากฎหมายดังกล่าวไม่ใช่บังคับกับการพิจารณาในการเนรเทศและศาลอุทธรณ์ยืนตาม ผู้ร้องจึงฎีกา ซึ่งศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาพิพากษาว่า ต้องมีการพิจารณาเพื่อเนรเทศเพื่อที่จะเข้าเกณฑ์ตามเงื่อนไขของการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบหรือโดยเป็นธรรม และศาลพิพากษาว่ามาตรา 5 ของกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครองซึ่งสร้างหลักการคุ้มครองหรือประกันความเป็นธรรมต้องใช้บังคับกับการพิจารณาที่กำหนดโดยกฎหมาย โดยมีข้อยกเว้นเฉพาะกระบวนการพิจารณาที่ดำเนินการโดยองค์กรทางปกครองที่กำหนดโดยกฎ ข้อบังคับ จาริตประเพณีหรือมีการกำหนดยกเว้นเป็นพิเศษ ไม่ใช่การพิจารณาที่เป็นการบังคับ และในมาตรา 7 ซึ่งให้สมาชิกขององค์กรมีคุณสมบัติเป็นประธานไม่ทำให้ผู้ร้องซึ่งจะถูกเนรเทศไม่ได้รับโอกาสในการใช้บังคับบทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครอง คือ การเข้าต่อสู้ในกระบวนการพิจารณา เพราะเจ้าหน้าที่ผู้เป็นประธานของการพิจารณาเพื่อการเนรเทศมีความรับผิดชอบที่ผสมกันระหว่างการฟ้องและการตัดสินออกคำสั่ง ด้วยเหตุดังกล่าว

<sup>117</sup> 'Legal Information Institute, 14th Amendment' (Cornell Law School)

<<https://www.law.cornell.edu/constitution/amendmentxiv#>> สืบค้นเมื่อ 2 เมษายน 2566

<sup>118</sup> 339 U.S. 33 (1950).

ศาลสูงสุดพิพากษากลับคำพิพากษาของทั้งสองศาลที่กล่าวมาแล้วที่ให้ยกคำร้องของผู้ร้องที่ขอให้ ออกหมายปล่อยและสั่งให้ปล่อยตัวผู้ร้องโดยพิพากษาว่า ถึงแม้กฎหมายคนเข้าเมืองจะไม่มีบทบัญญัติอย่าง ชัดเจนที่บังคับให้ต้องมีการพิจารณาในกระบวนการเนรเทศคนต่างด้าว แต่ การดำเนินกระบวนการพิจารณา หรือวิธีพิจารณาสำหรับการเนรเทศคนต่างชาตินั้นต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎหมายวิธี พิพิจารณาทางปกครอง (the Administrative Procedure Act) ซึ่งรวมทั้งสิทธิในการได้รับฟัง คือ เข้าต่อสู้คดี ในการพิจารณาตาม มาตรา 5

ในคดี *Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei*<sup>119</sup> ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาพิจารณา คดีของ Shaughnessy จำเลยซึ่งไม่ใช่คนสัญชาติอเมริกันแต่มีถิ่นที่อยู่ในสหรัฐอเมริกาเป็นเวลา 25 ปี ได้ เดินทางไปประเทศฮังการีและอยู่ในประเทศนั้นเป็นเวลา 19 เดือน และกลับไปสหรัฐอเมริกา ในขณะที่กลับไป สหรัฐอเมริกา อัยการสูงสุดซึ่งปฏิบัติหน้าที่ตามระเบียบคนเข้าเมืองได้สั่งให้จำเลยออกไปจากสหรัฐอเมริกาด้วย เหตุที่เกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศโดยไม่มีกระบวนการพิจารณาก่อนออกคำสั่ง และคำสั่งมีขึ้นโดยใช้ข้อมูล ที่เป็นความลับ ซึ่งการเปิดเผยข้อมูลจะเป็นการกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

ท่านผู้พิพากษาคลาร์ค (Justice Clark) ให้ความเห็นในคดีนี้ว่ารัฐสภามีอำนาจเต็มที่ที่จะวาง กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าเมืองซึ่งรับรองว่าอำนาจในการขับไล่หรือกีดกันคนต่างด้าวเป็นอำนาจอธิปไตยชั้น รากฐานที่ให้รัฐบาลใช้อำนาจได้และดังนั้นจึงไม่อยู่ในความควบคุมของฝ่ายตุลาการ

อย่างไรก็ตาม ศาลพิพากษาว่าคนต่างด้าวมีสสิทธิตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 5 แต่สิทธิที่จะ ได้รับกระบวนการพิจารณาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับสถานการณ์ของบุคคลเหล่านั้น โดย คนต่างด้าวที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศโดยชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่จะได้รับการคุ้มครองตาม กระบวนการพิจารณาโดยชอบด้วยกฎหมายและจะไม่ถูกเพิกถอนอย่างง่าย ๆ แม้ว่าจะไปจากประเทศ สหรัฐอเมริกาเป็นการชั่วคราวสิทธิในการได้รับการคุ้มครองในกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรมก็ยังคงมีอยู่ และคนต่างด้าวในสหรัฐอเมริกามีสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างเป็นธรรมโดยไม่คำนึงว่าจะ เข้าไปประเทศโดยถูกกฎหมายหรือผิดกฎหมาย

จำเลยได้เข้าประเทศตามระเบียบของคนเข้าเมืองการเข้าเมืองครั้งก่อนในสหรัฐอเมริกาแต่ต่อมา ได้ออกไปนอกประเทศและ มีความประสงค์จะกลับเข้าเมืองอีกนั้นก็เหมือนกับคนต่างด้าวที่ประสงค์จะเข้า ประเทศสหรัฐอเมริกาที่ไม่มีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญตามกระบวนการพิจารณาที่ชอบด้วย กฎหมาย

### 3.1.5 กฎหมายของสหภาพยุโรป

สหภาพยุโรป (European Union: EU) เป็นสหภาพทางเศรษฐกิจและการเมือง ที่ประกอบด้วยรัฐ สมาชิก 27 ประเทศซึ่งส่วนใหญ่ตั้งอยู่ในทวีปยุโรป โดยพยายามทำให้เศรษฐกิจเป็นตลาดเดียวและมีระบบ กฎหมายทำให้เป็นมาตรฐานซึ่งใช้บังคับในรัฐสมาชิกทุกประเทศ โดยมีนโยบายที่มุ่งประกันการเคลื่อนย้าย บุคคล สินค้า บริการและทุนอย่างเสรีในตลาดเดียว และมีการตรากฎหมายด้านยุติธรรมและกิจการในประเทศ

<sup>119</sup> 345 U.S. 206 (1953).

และอำนาจนโยบายร่วมกันด้านการค้า เศรษฐกรรมการประมงและการพัฒนาภูมิภาค และการควบคุมหนังสือเดินทางถูกเลิกภายในพื้นที่เชงเกน<sup>120</sup>

สหภาพยุโรปมีเจ็ดสถาบัน ได้แก่ ที่ประชุมยุโรป คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป รัฐสภายุโรป คณะกรรมาธิการยุโรป ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป ธนาคารกลางยุโรปและศาลผู้สอบบัญชียุโรป<sup>121</sup>

สิ่งสำคัญประการแรกของการรวมตัวกันเป็นสหภาพยุโรปคือหลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายสหภาพยุโรปซึ่งถือเป็นแกนหลักของการดำเนินงานคือการมีระบบกฎหมายและมาตรการทางกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะของตนเอง โดยเฉพาะระบบการให้กฎหมายสหภาพยุโรปมีอำนาจเหนือรัฐสมาชิก ซึ่งมีผลผูกพันรัฐสมาชิกให้ต้องเคารพและปฏิบัติตามโดยไม่สามารถที่จะตั้งข้อสงวนได้และไม่ต้องมีการคำนึงถึงการอนุวัติการตามทฤษฎีเอกนิยมหรือทวินิยมในทางกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อรัฐสมาชิกถ่ายโอนอำนาจอธิปไตยไปให้สหภาพยุโรปแล้ว รัฐสมาชิกก็จะต้องเคารพและปฏิบัติตาม ซึ่งต่างจากระบบกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป และมีช่องทางที่ให้ประชาชนสามารถดำเนินคดีกับรัฐสมาชิกต่อศาลยุติธรรมแห่งยุโรปได้ซึ่งแตกต่างจากการระงับข้อพิพาทในทางระหว่างประเทศ ที่ให้สิทธิแก่รัฐเท่านั้นที่จะเป็นคู่ความในข้อพิพาทระหว่างประเทศได้

เนื่องจากสิ่งสำคัญอีกประการหนึ่งในการบูรณาการทางกฎหมายร่วมกันของสหภาพยุโรปคือ การจัดทำกฎหมาย ภายในแต่ละรัฐสมาชิกให้เป็นอันหนึ่งเดียวกัน หรือการสร้างมาตรฐานทางกฎหมายของรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป หลักกฎหมายปกครองและหลักสิทธิมนุษยชนที่จะใช้บังคับกับประชาชนในประเทศของสมาชิกสหภาพยุโรป จึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญซึ่งควรนำมาศึกษาวิเคราะห์เพื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย เพราะอาจนำมาใช้เพื่อเสนอแนะในการปรับปรุงแก้ไขหลักกฎหมายปกครองในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิในการได้รับฟังคู่กรณีซึ่งเป็นคนต่างด้าวในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการเนรเทศคนต่างด้าวของประเทศไทย

#### 3.1.5.1 สิทธิของคู่กรณีในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง

สำหรับสิทธิของคู่กรณีที่จะได้รับการรับฟังหรือเข้าสู่ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองของประเทศต่าง ๆ ในสหภาพยุโรปนั้นได้เข้าไปมีบทบาทสำคัญอยู่ในสหภาพยุโรป ในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของระบบกฎหมายของประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป และเป็นไปตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ และหลักการรับฟังผู้มีส่วนได้เสียหรือคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองนี้ได้รับการรับรองจากคำพิพากษาของศาลของสหภาพยุโรปและประเทศสมาชิก<sup>122</sup> เนื่องจากหลักนี้ไม่สามารถตัดออกไปหรือจำกัดโดย

<sup>120</sup> 'The European Union and Countries in the EU' (schengenvisa)

<<https://www.schengenvisa.info/countries-in-europe/eu-countries/>> สืบค้นเมื่อ 2 เมษายน 2566.

<sup>121</sup> 'Types of institutions and bodies' (europeanunion) <[https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/types-institutions-and-bodies\\_en](https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/types-institutions-and-bodies_en)> สืบค้นเมื่อ 2 เมษายน 2566.

<sup>122</sup> Christina Eckes and Joana Mendes, 'The Right to Be Heard in Composite Administrative Procedures: Lost in between Protection?' (core)<<https://core.ac.uk/download/pdf/78371601.pdf>> สืบค้นเมื่อ 2 เมษายน 2566.



บทบัญญัติของกฎหมายใดและได้รับการรับรองว่าเป็นประกันสิทธิของประชาชนแม้ว่าไม่มีกฎหมายเฉพาะและในกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะก็ต้องมีหลักการนี้ในกฎหมายเฉพาะ

### 3.1.5.2 สิทธิของคู่กรณีในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาการเนรเทศคนต่างด้าว

สิทธิของคู่กรณีในการได้รับฟังหรือเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาการเนรเทศของคนต่างด้าวนั้นมีสนธิสัญญาต่าง ๆ ของยุโรป และคำพิพากษาของศาล ดังจะกล่าวต่อไป

#### 1. สนธิสัญญาว่าด้วยบทบาทหน้าที่ของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union-TFEU)

ถึงแม้คนซึ่งมีสัญชาติของประเทศต่าง ๆ ในสหภาพยุโรปจะถือว่าเป็นประชาชนของสหภาพยุโรป แต่รัฐต่าง ๆ ที่เป็นสมาชิกของสหภาพยุโรปยังคงมีสิทธิที่จะขับไล่หรือเนรเทศคนของสหภาพยุโรปออกจากประเทศของตนโดยเหตุที่บุคคลนั้นเป็นภัยอย่างร้ายแรงต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือความมั่นคงปลอดภัยสาธารณะซึ่งเป็นไปตามข้อกำหนดของสหภาพยุโรป 2004/38, 2004 (EC Directive 2004/38, 2004) ข้อบทที่ 28<sup>123</sup>

สำหรับบุคคลที่จะถูกเนรเทศนั้นต้องได้รับสิทธิในกระบวนการพิจารณาที่จะมีการออกคำสั่งเนรเทศ ตามข้อกำหนดของสหภาพยุโรป 2004/38, 2004 ข้อบทที่ 31 ดังนี้<sup>124</sup>

(1) บุคคลที่จะถูกเนรเทศต้องมีสิทธิเข้าถึงกระบวนการพิจารณาทางปกครองของรัฐภาคีที่จะออกคำสั่งเนรเทศและมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งเนรเทศแม้จะมีการอ้างเหตุเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน ความมั่นคงปลอดภัยสาธารณะ หรือสุขอนามัยสาธารณะก็ตาม

(2) เมื่อมีการอุทธรณ์หรือให้ทบทวนคำสั่งเนรเทศพร้อมกับการขอคุ้มครองชั่วคราวเพื่อให้หยุดการบังคับตามคำสั่งเนรเทศ ก็จะไม่มีการบังคับให้บุคคลที่ถูกคำสั่งเนรเทศออกจากประเทศ

(3) กระบวนการเยียวยานั้นต้องอนุญาตให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเนรเทศ รวมทั้งข้อเท็จจริงและสถานการณ์ที่มีการออกคำสั่งนั้น และต้องได้ความว่าคำสั่งนั้นไม่ได้สัดส่วนและไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของข้อบทที่ 28

(4) รัฐภาคีอาจให้บุคคลนั้นออกไปจากดินแดนของตนแม้จะมีการขอให้แก้ไขเยียวยาก็ตาม แต่ไม่ขัดขวางบุคคลดังกล่าวที่จะเสนอข้อโต้แย้ง เว้นแต่การคงอยู่ของบุคคลนั้นอาจก่อความยุ่งยากและเป็นภัยต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือความมั่นคงสาธารณะหรือเมื่อการอุทธรณ์หรือการขอให้ศาลทบทวนเกี่ยวข้องกับการปฏิเสธให้เข้ามาในดินแดนของรัฐนั้น

สำหรับกระบวนการที่ประกันสิทธิในการได้รับฟังของคู่กรณีสำหรับบุคคลที่จะถูกเนรเทศ เว้นแต่น่าจะมีการก่อปัญหาร้ายแรงต่อความมั่นคงสาธารณะหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งเป็นไปตามข้อ

<sup>123</sup> Council Directive 2004/38, 2004 O.J. (L 158) 1 (EC), Article 28 <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2004L0038:20040430:EN:PDF>> สืบค้นเมื่อ 2 เมษายน 2566.

<sup>124</sup> เพิ่งอ้าง.

บทที่ 31(4) อย่างไรก็ตามการที่ไม่ให้บุคคลที่จะถูกเนรเทศมีสิทธิที่จะได้รับการรับฟังนั้นต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนด้วยทั้งในขั้นต้นและขั้นทบทวนคำสั่ง<sup>125</sup>

ข้อกำหนดของสหภาพยุโรป 2004/38 มิได้บัญญัติรายละเอียดของกระบวนการพิจารณาทั้งในขั้นเบื้องต้นและขั้นทบทวน เงื่อนไขของการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ชอบและเป็นธรรม เช่น สิทธิในการมีที่ปรึกษา การได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมาย การมีล่ามเพื่อช่วยเหลือในการแปลภาษา นั้นไม่มีระบุถึง อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสมาชิกของสหภาพยุโรปเป็นภาคีของสภายุโรปซึ่งมีหลักการส่งเสริมสิทธิมนุษยชน ประชาธิปไตยและหลักนิติธรรม ซึ่งมีหลักการให้ความคุ้มครองบุคคลที่จะถูกเนรเทศที่จะต้องมีความแตกต่าง ๆ รวมทั้งการได้รับฟังและต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในเรื่องต่าง ๆ รวมทั้งการเนรเทศด้วย<sup>126</sup>

สำหรับคนต่างด้าวที่ไม่มีสัญชาติของรัฐสมาชิกประชาคมยุโรปนั้น มีข้อกำหนดว่าด้วยมาตรฐานร่วมกันในการส่งบุคคลที่มีสัญชาติที่สามที่กระทำผิดกฎหมายกลับประเทศ (Directive 2008/115-Common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals)

สำหรับข้อกำหนดนี้ค่อนข้างใหม่กว่าข้อกำหนดที่กล่าวมาก่อนหน้านี้ จึงมีการกำหนดที่ครอบคลุมถึงทุกด้านของกระบวนการพิจารณาที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นธรรม ดังนั้น รัฐสมาชิกต้องจัดให้มีกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรมและมีประสิทธิภาพสำหรับการพิจารณาข้อเรียกร้องเรื่องการลี้ภัย และหลีกเลี่ยงหลักเรื่องการไม่ส่งผู้ลี้ภัยไปยังดินแดนที่ชีวิตและเสรีภาพของบุคคลนั้นจะถูกคุกคาม บุคคลที่จะถูกเนรเทศต้องได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายหากคนต่างด้าวนั้นไม่สามารถที่จะจ่ายค่าใช้จ่ายทางกฎหมายได้ และต้องมีการเคารพหลักความได้สัดส่วน ต้องคำนึงถึงสิทธิของเด็กและครอบครัวของบุคคลนั้นด้วย<sup>127</sup>

ในการถ่วงดุลระหว่างสิทธิของคนต่างด้าวสำหรับการได้รับความคุ้มครองโดยมีสิทธิเข้าร่วมในกระบวนการเนรเทศคนต่างด้าวกับการคุ้มครองความปลอดภัยของสังคมนั้นต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนด้วยโดยต้องพิจารณาถึงความประพฤติดั้งเดิมของคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศประกอบด้วย และมาตรการที่มีขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชนต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนและต้องขึ้นอยู่กับการกระทำหรือความประพฤติดั้งเดิมของคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศนั้นเช่นกัน

การที่คนต่างด้าวเคยได้รับโทษทางอาญาไม่ถือเป็นสาเหตุที่จะใช้มาตรการนั้น (เพื่อรักษาความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน) ความประพฤติดั้งเดิมของคนต่างด้าวต้องเป็นเรื่องที่มีปัญหาอย่างแท้จริงอยู่ในปัจจุบันและมีความร้ายแรงเพียงพอที่จะมีผลกระทบต่อส่วนได้เสียขั้นพื้นฐานของสังคม

## 2. อนุสัญญาแห่งยุโรปสำหรับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

<sup>125</sup> Won Kidane, 'Procedural Due Process in the Expulsion of Aliens Under International, United States, and European Union Law: A Comparative Analysis' (2013) 1 Emory International Law Review, 311.

<sup>126</sup> เพิ่งอ้าง.

<sup>127</sup> เพิ่งอ้าง 312.

อนุสัญญาแห่งยุโรปสำหรับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950: ECHR) คุ้มครองบุคคลทุกคนไม่ว่าจะมีสัญชาติใดซึ่งเป็นภาคีของอนุสัญญาฯ ซึ่งในปัจจุบันมีประเทศที่เป็นภาคีของอนุสัญญาฯ อยู่ 47 ประเทศของทวีปยุโรป เช่น เนเธอร์แลนด์ เบลเยียม ลักเซมเบิร์ก เดนมาร์ก ฝรั่งเศส นอร์เวย์ สวีเดน สหราชอาณาจักร ไอร์แลนด์ อิตาลี กรีซ ไชล์แลนด์ ตุรกี เยอรมัน ออสเตรีย ไชปรัส สวิสเซอร์แลนด์ ปอร์ตุเกส สเปน ลิตเตนสไตน์ ซานมาริโน ฟินแลนด์ ฮังการี โปแลนด์ บัลแกเรีย เอสโตเนีย ลิทัวเนีย สโลเวเนีย สาธารณรัฐเช็ก สโลวาเกีย โรมาเนีย ยูเครน โครเอเชีย จอร์เจีย อาร์มีเนีย อาเซอร์ไบจาน บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา เซอร์เบีย โมนาโก เซกโกสลาเวีย เซอร์เบียและมอนเตเนโกร และรัสเซีย<sup>128</sup>

รัฐภาคีให้อำนาจประชาชนซึ่งเป็นปัจเจกชนมีสิทธิที่จะฟ้องคดีในศาลระหว่างประเทศและคำพิพากษาของศาลมีผลผูกพันทางกฎหมายได้<sup>129</sup>

วัตถุประสงค์ของอนุสัญญานี้มีลักษณะเช่นเดียวกับสนธิสัญญาที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนคือค่อนข้างคุ้มครองปัจเจกชนในประเทศภาคีสันธิสัญญาจากการกระทำที่ไม่ถูกต้องของรัฐของตนและในกรณีที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าวและการเนรเทศคนต่างด้าวนั้นมีบทบัญญัติที่คุ้มครองคนต่างด้าวที่จะมีสิทธิเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาที่จะมีคำสั่งเนรเทศโดยมีบทบัญญัติที่ใช้อยู่กับการเนรเทศคนต่างด้าวอยู่ใน ข้อบทที่ 1 ของ โปรโตคอล ฉบับที่ 7 ค.ศ. 1984 ของอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งได้รับอิทธิพลในการร่างจากข้อบทที่ 13 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 โดยบัญญัติถึงกระบวนการป้องกันที่เกี่ยวกับการเนรเทศคนต่างด้าว ดังนี้<sup>130</sup>

(1) คนต่างด้าวที่เป็นผู้อยู่อาศัยที่ชอบด้วยกฎหมายในดินแดนของรัฐต้องไม่ถูกขับออกจากดินแดนนั้น เว้นแต่โดยคำพิพากษาที่เป็นไปตามกฎหมายและต้องได้รับอนุญาตให้คนต่างด้าวเสนอเหตุผลข้อโต้แย้งการเนรเทศของตน มีสิทธิอุทธรณ์ และต้องได้รับสิทธิที่จะมีผู้แทนหรือผู้ช่วยเหลือในการเข้าร่วมในกระบวนการต่อองค์กรผู้มีอำนาจหรือบุคคลหรือคณะบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งโดยองค์กรที่มีอำนาจ

(2) คนต่างด้าวอาจถูกขับออกจากประเทศโดยมีสิทธิต่าง ๆ และต้องทำตามกระบวนการที่กล่าวมาแล้วเมื่อการเนรเทศเป็นสิ่งที่จำเป็นเพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือมีเหตุผลเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งชาติ

<sup>128</sup> 'Chart of signatures and ratifications of Treaty 005' (council of Europe)  
<<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=005>>  
สืบค้นเมื่อ 2 เมษายน 2566.

<sup>129</sup> David Harris, Michael O'Boyle, Ed Bates, and Carla Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights, Fourth Edition* (Oxford University Press 2018) 35.

<sup>130</sup> 'Guide to Article 1 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights- Procedural safeguards' (European Court of Human Rights)  
<[https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide\\_Art\\_1\\_Protocol\\_7\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_1_Protocol_7_ENG)> สืบค้นเมื่อ 2 เมษายน 2566.

ถึงแม้ว่าสิทธิของคนต่างด้าวที่จะเข้าประเทศหรืออยู่ในประเทศใดประเทศหนึ่งได้รับการประกันโดยอนุสัญญา และรัฐภาคีมีสิทธิที่จะควบคุมการเข้าประเทศของคนต่างด้าวในดินแดนของตน การขับบุคคลใดจากประเทศอาจไม่ฝ่าฝืนอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการเข้าประเทศ อยู่อาศัยและเนรเทศคนต่างด้าวจะไม่เกี่ยวกับการพิจารณาสิทธิทางพลเมืองหรือภาระหน้าที่หรือข้อกล่าวหาทางอาญาที่คนต่างด้าวได้รับ

การเข้าไปเกี่ยวข้องสามารถทำได้ตามข้อบทที่ 8 §2 ของอนุสัญญาฯ หากมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น ความมั่นคงแห่งรัฐ ความปลอดภัยสาธารณะ หรือความเป็นอยู่ที่ดีทางเศรษฐกิจของประเทศ เพื่อป้องกันความไม่สงบเรียบร้อยหรือการก่ออาชญากรรม สำหรับการคุ้มครองสุขอนามัย ศีลธรรมอันดี หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น

ข้อบทที่ 1 ของโปรโตคอล ฉบับที่ 7 ของอนุสัญญาฯ แจกแจงมาตรการทางด้านวิธีพิจารณาที่จะเนรเทศคนต่างด้าวที่เข้าเมืองและอยู่ในประเทศโดยชอบด้วยกฎหมายภายในรัฐสมาชิกของอนุสัญญาฯ คนต่างด้าวดังกล่าวจะถูกเนรเทศก็ต่อเมื่อมีคำสั่งที่ชอบกฎหมายและจะต้องได้รับโอกาสที่จะให้เหตุผลเพื่อโต้แย้งคำสั่งที่จะเนรเทศ ให้มีการทบทวนคำสั่งเนรเทศ และต้องได้รับสิทธิที่จะมีผู้แทนเพื่อต่อสู้ในกระบวนการเนรเทศ

อย่างไรก็ตาม มาตรการคุ้มครองทางวิธีพิจารณาดังกล่าวอาจไม่ใช่บังคับเมื่อการเนรเทศเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อประโยชน์เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือเพื่อความมั่นคงของรัฐ (ข้อบทที่ 1 § 2 ของโปรโตคอล)

### 3. คำพิพากษาของศาล

ในการใช้บทบัญญัติของอนุสัญญาฯ นี้ทำโดยการปรับใช้ในคดีที่ฟ้องกันในศาลระหว่างประเทศของสภายุโรป คือ ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปซึ่งเป็นหน่วยงานของสภายุโรป ซึ่งมีหน้าที่ตีความอนุสัญญาฯ โดยศาลจะรับฟังคำร้องที่กล่าวหาว่ารัฐผู้ทำสัญญาละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างน้อยหนึ่งรายการที่ระบุไว้ในอนุสัญญาหรือโปรโตคอลทางเลือกที่รัฐสมาชิกเป็นภาคี อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

ในการพิจารณาคดีนั้นศาลใช้การชั่งน้ำหนักเพื่อถ่วงดุลระหว่างอำนาจของประเทศเจ้าของดินแดนและสิทธิของคนต่างด้าวที่ถูกเนรเทศ เพราะถึงแม้สาเหตุเรื่องความมั่นคงแห่งรัฐและความสงบเรียบร้อยของประชาชนไม่ใช่เพียงเป็นเหตุในการปฏิเสธการเข้าเมืองและการอยู่อาศัยของรัฐแต่ยังใช้มาตรการที่คุ้มครองคนต่างด้าวในเรื่องเกี่ยวกับวิธีพิจารณาด้วย เช่น การที่คนต่างด้าวจะเข้าถึงแฟ้มคดีและสิทธิในการเสนอข้อโต้แย้งและเหตุผลเพื่อสนับสนุนตนในกระบวนการเนรเทศ

ศาล ฯ ได้วางหลักว่ามีสิทธิในการเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาซึ่งรวมทั้งการได้รับข้อมูลเกี่ยวกับความตั้งใจของฝ่ายปกครองที่จะกระทำการเช่น การออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องที่มีผลกระทบต่อคู่กรณีและศาลพิพากษาว่า คำสั่งทางปกครองต้องระบุเหตุผลในการออกคำสั่งนั้น

ศาลกลาง (General Court) ของสหภาพยุโรปในคดี *Organisation des Modjahedines du Peuple d'Iran (OMPI)* และในคดี *Sison* ซึ่งศาลได้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากศาลพบว่าสิทธิในการป้องกันตนเอง หน้าที่ที่ต้องระบุเหตุผลในมาตรา 253 ของสหภาพยุโรป (ปัจจุบัน คือ มาตรา 296 (2) ของ

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป (TFEU) และสิทธิในการได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมใช้บังคับกับการลงโทษปัจเจกชน และพิพากษาว่ากระบวนการพิจารณามีได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการคือ หน้าที่ต้องระบุเหตุผล (Duty to State Reasons) สิทธิในการโต้แย้งต่อสู้ (Rights of the Defence) สิทธิในการได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรม (Right to a Fair Trial) ดังนั้น การฝ่าฝืนหลักการดังกล่าว เช่น หลักที่คุ้มครองต้องมีสิทธิในการโต้แย้งกระบวนการพิจารณาทางปกครองหากผู้กรณีไม่มีสิทธิเช่นนั้นย่อมเป็นผลเท่ากับการเป็นการฝ่าฝืนการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้กรณี เนื่องจากศาลกลางเห็นว่า สิทธิในการโต้แย้งของบุคคลที่เกี่ยวข้องต้องได้รับการคุ้มครองและเป็นเรื่องที่มีความสำคัญมาก

ศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรปได้วางหลักว่ามีสิทธิในการเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาซึ่งรวมทั้งการได้รับข้อมูลเกี่ยวกับความตั้งใจของฝ่ายปกครองที่จะกระทำการเช่น การออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องที่มีผลกระทบต่อผู้กรณี และศาลพิพากษาว่า คำสั่งทางปกครองต้องระบุเหตุผลในการออกคำสั่งนั้น

ศาลอาญอนุญาตให้มีการแก้ไขความบกพร่องในกระบวนการพิจารณาในระหว่างมีการพิจารณานั้นได้เมื่อเป็นกรณีที่หน่วยงานของยุโรปบังคับตามกฎหมายของสหภาพยุโรปโดยตรงและไม่ใช่เรื่องที่เป็นรากฐานสำคัญ และสำหรับการบกพร่องในกระบวนการพิจารณาจะถือว่าเป็นเรื่องรากฐานสำคัญก็ต่อเมื่อการฝ่าฝืนทำให้เนื้อหาของคำสั่งนั้นเสียไป เช่น การฝ่าฝืนสิทธิที่จะได้รับแจ้งสาเหตุของการออกคำสั่ง และสิทธิในการได้รับฟังหรือเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณานั้นเป็นความผิดที่เป็นรากฐานสำคัญ

ในคดี *Lupsa v. Romania* ผู้ร้องไม่เคยได้รับการบอกกล่าวข้อเท็จจริงซึ่งเป็นสาเหตุของการเนรเทศตน ศาลสิทธิมนุษยชนใน สตราสบูร์ก พิพากษาว่าในกรณีที่มีการเนรเทศ นอกจากต้องมีการคุ้มครองตาม ข้อบทที่ 3 ข้อบทที่ 8 และข้อบทที่ 13 แห่งอนุสัญญาฯ แล้ว คนต่างด้าวต้องได้รับประโยชน์จากการคุ้มครองเป็นพิเศษที่บัญญัติไว้ในข้อบทที่ 1 ของโปรโตคอล ฉบับที่ 7 ด้วยเหตุดังกล่าว ถึงแม้ว่าคนต่างด้าวนั้นจะถูกส่งออกไปจากประเทศโดยเร่งด่วนด้วยสาเหตุความมั่นคงแห่งรัฐ ซึ่งทำได้ตาม ข้อบทที่ 1 วรรคสอง แต่คนต่างชาตินั้นมีสิทธิหลังจากถูกเนรเทศที่จะได้รับสิทธิที่บัญญัติไว้ในข้อบทที่ 1 วรรคหนึ่ง และหน่วยงานที่มีคำสั่งเนรเทศไม่ได้ให้ผู้ร้องทราบเหตุผลว่าตนกระทำผิดในความผิดอะไร

นอกจากการใช้บทบัญญัติของอนุสัญญาฯ แล้วศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เพื่อป้องกันความไม่สงบเรียบร้อยหรือการก่ออาชญากรรมนั้น โดยได้นำไปใช้ในคดี *Boultif v. Switzerland* ศาลสิทธิมนุษยชน อธิบายรายละเอียดของมาตรฐานที่เกี่ยวข้อง เช่น สภาพและความร้ายแรงของความผิดที่ผู้ร้องกระทำ ระยะเวลาที่ผู้ร้องอยู่ในประเทศก่อนที่จะมีการเนรเทศ กำหนดเวลาที่ผ่านไปจากการที่คณะกรรมการพิจารณาการกระทำผิดและความประพฤติของผู้ร้องในช่วงเวลานั้น สัญชาติของบุคคลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง สถานการณ์ในครอบครัวของผู้ร้อง ผู้ร้องมีบุตรธิดาหรือไม่ ความยุ่งยากที่คู่สมรสของผู้ร้องจะประสบในประเทศที่เป็นถิ่นกำเนิดหรือไม่หากถูกเนรเทศกลับไปยังประเทศนั้น โดยพิพากษาว่า มีการฝ่าฝืนข้อบทที่ 8 สิทธิในชีวิตครอบครัว

นอกจากนั้น ศาลประเทศต่าง ๆ ในสหภาพยุโรปได้พิพากษาในแนวทางเดียวกันว่าการปฏิบัติตามสิทธิในการที่จะได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาทุกประเภทที่จะมีคำสั่งหรือคำพิพากษาซึ่งมีผลกระทบต่อ

บุคคลเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายของสหภาพยุโรปซึ่งต้องได้รับการประกันถึงแม้ว่าจะไม่มีบทกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะในกฎหมายที่ใช้บังคับกับกระบวนการพิจารณาที่มีปัญหาก็ตาม<sup>131</sup>

### 3.2 กฎหมายระหว่างประเทศ

แม้ทฤษฎีและทางปฏิบัติเกี่ยวกับการเนรเทศคนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยถูกกฎหมายมีพัฒนาการมา มากกว่าหนึ่งศตวรรษแต่ก่อนสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สองนั้นยังไม่มีกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวนี้ในกฎหมายระหว่างประเทศมากนักและในทางปฏิบัติก็มีการกีดกันและปฏิบัติต่อคนต่างด้าวอย่างไม่เหมาะสม<sup>132</sup> เนื่องจากมองว่าการเนรเทศคนต่างด้าวเป็นเรื่องกิจการภายในและเป็นเรื่องอำนาจอธิปไตยของแต่ละรัฐ แต่หลังจากที่เริ่มมีอนุสัญญาแห่งยุโรปสำหรับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานก็เริ่มมีการยอมรับในระดับระหว่างประเทศว่าการเนรเทศคนต่างด้าวที่อยู่ในดินแดนโดยชอบด้วยกฎหมายให้ออกจากดินแดนของประเทศใด ๆ ก็ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขทางวิธีพิจารณาที่จำเป็น คือ ต้องมีกระบวนการเนรเทศที่ถูกต้องในเรื่องเหตุในการเนรเทศและวิธีพิจารณาของกระบวนการออกคำสั่งเนรเทศของฝ่ายปกครองเพื่อป้องกันการเนรเทศตามใจชอบซึ่งมีอยู่ทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศและทางปฏิบัติของรัฐและทำให้มีกฎหมายระหว่างประเทศของสหประชาชาติในเรื่องดังกล่าวเกิดขึ้นในภายหลัง<sup>133</sup>

ดังนั้น ในปัจจุบันนอกจากกฎหมายภายในของแต่ละประเทศและกฎหมายของสหภาพยุโรปซึ่งมีสภาพเป็นสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศในระดับภูมิภาคแล้ว กฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นสนธิสัญญาพหุภาคีในระดับโลกที่สร้างขึ้นโดยองค์การสหประชาชาติก็เป็นส่วนสำคัญ เนื่องจากมีความผูกพันรัฐสมาชิกจำนวนมากและเป็นกฎหมายที่มีผลต่อประเทศต่าง ๆ และประชาชนจำนวนมาก เนื่องจากรัฐมีพันธกรณีในการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกทุกคนในขอบเขตอำนาจของรัฐนั้น ๆ และใช้กับบุคคลทุกคนโดยไม่คำนึงถึงสัญชาติหรือความไร้รัฐ

อย่างไรก็ตาม การที่รัฐต่าง ๆ มีพันธกรณีที่ต้องให้สิทธิต่าง ๆ แก่คนต่างด้าวตามหลักสิทธิมนุษยชนรวมทั้งสิทธิในการได้รับฟังหรือเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาการเนรเทศจากหน่วยงานที่จะทำคำสั่งเนรเทศตนเนื่องจากการเป็นภาคีสนธิสัญญาซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิ

<sup>131</sup> Case 234/84, Belgium v Commission [1986] ECR 2263, paragraph 27; Case C- 135/92, Fiskano v Commission [1994] ECR I-2885, paragraph 39. More recently, Joined Cases T- 309/04, T-317/04, T-329/04, T-336/04, TV 2/Danmark A/S and others v Commission [2008] ECR II- 2935, paragraph 136 (though referring broadly to the “rights of the defence”); Case T-170/06, Alrosa Company Ltd v Commission [2007] ECR II- 2601, paragraph 91; Case T-189/02, Ente per le Ville Vesuviane v Commission [2007] ECR II-89, paragraph 88.

<sup>132</sup> Larae Larkin, *The Legitimacy in International Law of the Detention and Interment of Aliens and Minorities in the Interest of National Security* (Edwin Mellen Press 1992) 3.

<sup>133</sup> Nuala Mole, *Asylum and the European Convention on Human Rights* (4th edn, Council of Europe Publishing 2007) 12.

พลเมืองและสิทธิทางการเมือง และแนวคำพิพากษาของรัฐต่าง ๆ ก็บังคับใช้หลักกฎหมายเหล่านั้นเมื่อมีคดีขึ้นสู่ศาลซึ่งโดยหลักแล้วศาลก็จะอ้างความเห็นของคณะกรรมการซึ่งร่างกฎหมายระหว่างประเทศแต่ละฉบับ เช่น คณะกรรมาธิการว่าด้วยสิทธิมนุษยชนด้วย

สำหรับกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของคนต่างด้าวและการเนรเทศคนต่างด้าว กลับออกไปนอกราชอาณาจักรตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศต่าง ๆ รวมทั้งประเทศไทยเป็นภาคี เช่น

### 3.2.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights: UDHR)<sup>134</sup> ซึ่งมีหลักการที่สำคัญเกี่ยวกับการเนรเทศ ดังนี้

ข้อบทที่ 9 บุคคลใดจะถูกจับกุม กักขัง หรือเนรเทศตามอำเภอใจมิได้

ข้อบทที่ 10 มนุษย์ทุกคนต้องได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรม กล่าวคือ ทุกคนย่อมมีสิทธิในความเสมอภาคอย่างเต็มที่ในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมและเปิดเผยจากศาลที่อิสระและไม่ลำเอียง ในการพิจารณากำหนดสิทธิและหน้าที่ของตนและข้อกล่าวหาอาญาใดต่อตน

### 3.2.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR)<sup>135</sup> โดยสนธิสัญญานี้ให้คำมั่นสัญญาว่าภาคีจะเคารพสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองของประชาชน ซึ่งในกติการะหว่างประเทศนี้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการเนรเทศคนต่างด้าวและการคุ้มครองคนต่างด้าวโดยต้องมีการปฏิบัติตามวิธีพิจารณาหรือกระบวนการพิจารณาที่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนี้<sup>136</sup>

“ข้อบทที่ 12

(1) บุคคลทุกคนที่อยู่ในดินแดนของรัฐใดโดยชอบด้วยกฎหมาย ย่อมมีสิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย และเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐนั้น

(2) บุคคลทุกคนย่อมมีเสรีที่จะออกจากประเทศใด ๆ รวมทั้งประเทศของตนได้

(3) สิทธิดังกล่าวข้างต้นไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดใด ๆ เว้นแต่เป็นข้อจำกัดตามกฎหมาย และที่จำเป็นเพื่อรักษาความมั่นคงของชาติความสงบเรียบร้อย การสาธารณสุข หรือศีลธรรมของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น และข้อจำกัดนั้นสอดคล้องกับสิทธิอื่น ๆ ที่รับรองไว้ในกติกานี้

(4) บุคคลจะถูกไล่ออนสิทธิในการเดินทางเข้าประเทศของตนโดยอำเภอใจมิได้

ข้อบทที่ 13: การคุ้มครองทางวิธีพิจารณาในการเนรเทศคนต่างด้าว

<sup>134</sup> ‘Universal Declaration of Human Rights’ (เชิงอรรถ 66)

<sup>135</sup> ‘International Covenant on Civil and Political Rights’ (เชิงอรรถ 67)

<sup>136</sup> เพิ่งอ้าง.

คนต่างด้าวผู้อยู่ในดินแดนของรัฐภาคีแห่งกติกานี้โดยชอบด้วยกฎหมายอาจถูกไล่ออกจากรัฐนั้นได้ โดยคำวินิจฉัยอันได้มาตามกฎหมายเท่านั้น และผู้นั้นย่อมได้รับอนุญาตให้ชี้แจงแสดงเหตุผลคัดค้านการขับไล่ออกจากรัฐนั้นและขอให้มีการทบทวนเรื่องของตนโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ หรือบุคคลหรือคณะบุคคลที่แต่งตั้งขึ้นเฉพาะกรณีนี้โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจโดยได้รับอนุญาตให้มีผู้แทนเพื่อวัตถุประสงค์ข้างต้นได้เว้นแต่ในกรณีที่มิเหตุผลจำเป็นอย่างอื่นด้านความมั่นคงแห่งชาติ<sup>137</sup>

### 3.2.3 อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ

อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ 1969 (พ.ศ. 2512) มีบทบัญญัติใน ข้อบทที่ 5 ของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบซึ่งสามารถนำไปใช้กับการเนรเทศคนต่างด้าวได้ด้วย ที่จะต้องได้รับโอกาสเข้าสู่ในกระบวนการพิจารณาเช่นเดียวกับคนที่มีสัญชาติของประเทศที่มีการดำเนินการพิจารณา ดังนี้<sup>138</sup>

“...รัฐภาคีจะห้ามและจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบและจะประกันสิทธิของทุกคนให้มีความเสมอภาคกันตามกฎหมายโดยไม่จำแนกตามเชื้อชาติ สีผิว หรือชาติหรือเผ่าพันธุ์กำเนิดโดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้สิทธิดังต่อไปนี้

a) สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันในศาลและองค์กรทางปกครองอื่นที่เกี่ยวกับการบริหารงานยุติธรรมทั้งหลาย”

### 3.2.4 ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการเนรเทศคนต่างด้าว

เนื่องจากการเนรเทศคนต่างด้าวเป็นปัญหาสำคัญในระดับระหว่างประเทศเพราะเป็นเรื่องที่กระทบถึงสิทธิมนุษยชนและกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ ยังมีความแตกต่างกัน และยังไม่มียุติบัญญัติในกฎหมายระหว่างประเทศเฉพาะในเรื่องดังกล่าว คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศของสหประชาชาติจึงได้มีการประชุมกันและจัดทำร่างอนุสัญญาว่าด้วยการเนรเทศของคนต่างด้าว ในปี ค.ศ. 2014 (พ.ศ. 2557) (Draft Articles on Expulsion of Aliens, 2014) ซึ่งที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีข้อมติรับทราบและจะพิจารณาต่อไป โดยสาระสำคัญของร่างอนุสัญญาดังกล่าวได้ยืนยันหลักการที่ว่า การเนรเทศคนต่างด้าวจะต้องคำนึงหลักนิติรัฐ และเป็นไปตามกระบวนการหรือขั้นตอนที่กฎหมายภายในบัญญัติไว้ ตลอดจนต้องมีการให้เหตุผลในคำสั่งเนรเทศ ทั้งนี้ โดยต้องคำนึงถึงมาตรฐานสิทธิมนุษยชนด้วย

ร่างบทบัญญัติว่าด้วยการเนรเทศคนต่างด้าว (Draft articles on the expulsion of aliens) ซึ่งร่างขึ้นโดยคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) แห่งสหประชาชาติ

<sup>137</sup> เฟ็งอ้าง.

<sup>138</sup> ‘International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination’ (United Nations) <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial>> สืบค้นเมื่อ 2 เมษายน 2566.



นี้หากเป็นที่ยอมรับกันในนานาประเทศก็จะทำให้เกิดผลโดยเป็นอนุสัญญานั้นมีบทบัญญัติต่าง ๆ ที่สำคัญเกี่ยวกับการเนรเทศคนต่างด้าว ดังนี้<sup>139</sup>

ข้อบทที่ 3 สิทธิในการเนรเทศ คือ รัฐมีสิทธิที่จะเนรเทศคนต่างด้าวออกจากดินแดนของตน โดยการเนรเทศต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในร่างบทบัญญัตินี้และต้องไม่ขัดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องโดยเฉพาะหลักที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน

ข้อบทที่ 4 คนต่างด้าวอาจถูกเนรเทศเฉพาะเมื่อมีคำสั่งที่เป็นไปตามกฎหมาย

ข้อบทที่ 5 สาเหตุในการเนรเทศ

(1) คำสั่งเนรเทศต้องระบุเหตุผลในการเนรเทศ

(2) รัฐอาจเนรเทศคนต่างด้าวได้เฉพาะด้วยเหตุที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

(3) เหตุในการเนรเทศนั้นต้องมีการใช้ด้วยความสุจริตและมีเหตุผลตามสถานการณ์โดยพิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องและน้ำหนักความน่าเชื่อถือของข้อเท็จจริง การกระทำหรือความประพฤติของคนต่างด้าวที่มีปัญหาหรือสภาพของการที่คนต่างด้าวคงอยู่นั้นจะก่อปัญหาหรือไม่อย่างไร

(4) รัฐต้องไม่เนรเทศคนต่างด้าวด้วยสาเหตุที่ขัดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

สำหรับการคุ้มครองสิทธิของคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศมีอยู่ในข้อ 13 ดังนี้<sup>140</sup>

หน้าที่ต้องเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิมนุษยชนของคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศ

(1) คนต่างด้าวทุกคนที่จะถูกเนรเทศต้องได้รับการปฏิบัติในฐานะที่เป็นมนุษย์และเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในทุกขั้นตอนของกระบวนการเนรเทศ

(2) คนต่างด้าวมีสิทธิได้รับการเคารพตามหลักสิทธิมนุษยชนรวมทั้งที่กำหนดไว้ในร่างบทบัญญัติ

นี้

ข้อบทที่ 14 การห้ามกีดกัน<sup>141</sup>

รัฐที่เนรเทศคนต่างด้าวต้องเคารพสิทธิของคนต่างด้าวตามหลักการเนรเทศโดยไม่กีดกันด้วยสาเหตุใด ๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรือความคิดเห็นอื่น สัญชาติ ชาติพันธุ์ หรือถิ่นกำเนิด ทรัพย์สิน การเกิดหรือสถานะอื่น หรือสาเหตุอื่นที่ไม่อนุญาตได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

สำหรับหลักวิธีพิจารณาเฉพาะที่ใช้ในการเนรเทศซึ่งระบุสิทธิของคนต่างด้าวในการเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาโดยมีหลักการได้รับฟังและเข้าต่อสู้อนุญาตหลักฐานเพื่อประกอบข้อต่อสู้ของตนก่อนที่ฝ่ายปกครองที่พิจารณาก่อนออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าว ดังนี้

<sup>139</sup> 'Draft Articles on Expulsion of Aliens 2014' (International Law Commission)

<[https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/9\\_12\\_2014.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_12_2014.pdf)> สืบค้นเมื่อ 2 เมษายน 2566.

<sup>140</sup> เพิ่งอ้าง.

<sup>141</sup> เพิ่งอ้าง.

ข้อบทที่ 26<sup>142</sup>

สิทธิทางวิธีพิจารณาของคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศ

(1) คนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศมีสิทธิในวิธีพิจารณาดังต่อไปนี้

(a) สิทธิที่จะได้รับการบอกกล่าวคำสั่งเนรเทศ

(b) สิทธิที่จะโต้แย้งคำสั่งเนรเทศ เว้นแต่มีสาเหตุเกี่ยวกับความมั่นคงของชาติ

(c) สิทธิที่ได้รับการรับฟังโดยหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการเนรเทศ

(d) สิทธิเข้าถึงวิธีการที่มีประสิทธิภาพที่จะโต้แย้งคำสั่งเนรเทศ

(e) สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือในการต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการเนรเทศ

(f) สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายในการมีล่ามเพื่อแปลภาษาหากคนต่างด้าวไม่เข้าใจภาษาที่ใช้ในการพิจารณาของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการเนรเทศ

(2) สิทธิที่ระบุไว้ในวรรคหนึ่งนั้นจะไม่กระทบถึงสิทธิทางวิธีพิจารณาอื่นหรือที่ได้รับการคุ้มครองโดยบัญญัติไว้ในกฎหมาย

(3) คนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองทางการกงสุล การเนรเทศจะไม่ใช่เป็นการขัดขวางการใช้สิทธิหรือบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองทางการกงสุล

(4) สิทธิในวิธีพิจารณาที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้จะไม่กระทบถึงการใช้กฎหมายใด ๆ ของรัฐที่จะเนรเทศที่เกี่ยวกับการเนรเทศคนต่างด้าวซึ่งอยู่ในประเทศโดยผิดกฎหมายในระยะเวลาสั้นๆ

เมื่อพิจารณาร่าง ข้อบทที่ 26 แล้วจะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องสิทธิของคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศที่จะได้รับรวมทั้งสิทธิในการเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาและเสนอพยานหลักฐานประกอบข้อโต้แย้งเพื่อไม่ให้เกิดการเนรเทศตนออกจากประเทศที่มีคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวโดยในวรรคหนึ่งกำหนดสิทธิวิธีพิจารณาซึ่งคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศต้องได้รับประโยชน์ โดยไม่คำนึงว่าบุคคลดังกล่าวอยู่ภายในดินแดนของประเทศที่จะเนรเทศโดยถูกกฎหมายหรือไม่ แต่ก็มีข้อยกเว้นประการเดียวที่บัญญัติไว้ในวรรคสี่ของร่างมาตรานี้ คือ คนต่างด้าวซึ่งอยู่ในประเทศโดยไม่ถูกกฎหมายในช่วงสั้นๆ โดยมีรายละเอียดที่สรุปได้ ดังนี้

วรรคหนึ่ง (a) กำหนดสิทธิที่จะได้รับการบอกกล่าวคำสั่งเนรเทศ รัฐที่จะเนรเทศต้องปฏิบัติตามมาตรการเกี่ยวกับวิธีพิจารณาในการคุ้มครองคนต่างด้าว

วรรคหนึ่ง (b) กำหนดสิทธิที่จะโต้แย้งคำสั่งเนรเทศ ซึ่งเป็นสิทธิที่ได้รับการยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศ

วรรคหนึ่ง (c) กำหนดสิทธิที่คนต่างด้าวจะได้รับการรับฟังโดยหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจที่กำหนดไว้ ซึ่งเป็นส่วนสำคัญสำหรับการใช้สิทธิที่จะโต้แย้งคำสั่งเนรเทศซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของวรรคหนึ่ง (b)

อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติแล้ว คณะกรรมการตรวจคนเข้าเมืองและคนต่างด้าวส่วนใหญ่ของประเทศต่าง ๆ อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของรัฐบาล และอาจมีคำสั่งเนรเทศหรือปฏิเสธการให้เข้าเมืองหรือ

<sup>142</sup> เพิ่งอ้าง.

ปฏิเสธการให้ลี้ภัยโดยไม่ยอมให้คนต่างด้าวซึ่งได้รับผลกระทบได้รับการพิจารณาอย่างถูกต้อง แต่อย่างน้อยคนต่างด้าวก็ต้องได้รับโอกาสที่จะเข้าอธิบายเหตุที่ตนจะไม่ถูกเนรเทศต่อหน่วยงานที่มีอำนาจตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศคนต่างด้าวต้องมีโอกาสในการเสนอพยานหลักฐานโดยเสนอหนังสืออธิบายเหตุผลต่าง ๆ เพื่อโต้แย้งคำสั่งที่จะเนรเทศตน ตามที่บัญญัติไว้ใน วรรคหนึ่ง (d) ที่กำหนดสิทธิในการเข้าถึงการแก้ไขซึ่งมีประสิทธิภาพที่จะโต้แย้งคำสั่งเนรเทศตน

แม้ในขณะนี้ร่างบทบัญญัติว่าด้วยการเนรเทศคนต่างด้าวยังมิได้เป็นสนธิสัญญาแต่ในอนาคตก็คงจะได้รับการยอมรับจากนานาประเทศและหลีกเลี่ยงไม่พ้นที่จะกลายเป็นอนุสัญญาของสหประชาชาติว่าด้วยการเนรเทศคนต่างด้าวซึ่งมีผลผูกพันประเทศภาคีต่าง ๆ ที่ต้องปฏิบัติตาม

### 3.3 ประเทศไทย

การรับฟังคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองของประเทศไทยนั้นเป็นเรื่องหนึ่งที่มีความสำคัญมากในการออกคำสั่งทางปกครองตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศไทยเช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ จึงได้มีการนำหลักการรับฟังคู่กรณีไปบัญญัติไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายต่าง ๆ รวมทั้งกฎหมายวิธีพิจารณาคดีทางปกครองและมีการนำไปใช้ในชั้นการพิจารณาต่าง ๆ ทั้งของฝ่ายปกครองและการพิจารณาคดีในชั้นศาลโดยมีข้อยกเว้นบางประการ เช่น เมื่อมีกรณีฉุกเฉินเร่งด่วนหรือมีเหตุเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องของกระบวนการเนรเทศคนต่างด้าวที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศนั้น มีปัญหาที่สำคัญประการหนึ่ง คือ บุคคลเหล่านั้นจะได้รับการคุ้มครองโดยมีสิทธิในการรับฟังหรือสิทธิในการเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาก่อนเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งเนรเทศและมีโอกาสได้เสนอพยานหลักฐานให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งได้พิจารณาก่อนมีการออกคำสั่งเพื่อการเนรเทศหรือไม่ เนื่องจากคนต่างด้าวเป็นบุคคลที่ไม่ใช่ประชาชนไทยเพราะมิได้มีสัญชาติไทยและหากบุคคลนั้นกระทำการใดที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศไทย

#### 3.3.1 หลักการรับฟังคู่กรณีในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศไทย

ในประเทศไทยสมัยเดิมนั้นไม่มีหลักการรับฟังคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเพราะกฎหมายปกครองและหลักกฎหมายปกครองเพิ่งได้รับการพัฒนาไม่นานมานี้เมื่อจะมีการจัดตั้งศาลปกครองและจึงได้มีการบัญญัติหลักการนี้ไว้ในกฎหมายกลางหรือกฎหมายทั่วไปของประเทศไทย คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยมีมาตรา 3 กำหนดให้เป็นกฎหมายทั่วไปสำหรับการใช้อำนาจหน้าที่ในทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐเกี่ยวกับการออกคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือหากมีกฎหมายเฉพาะกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองไว้อย่างไรเจ้าหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติไปตามกฎหมายเฉพาะนั้น เว้นแต่กรณีที่ไม่มีความหมายเฉพาะกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการปฏิบัติงานไว้ หรือมีกฎหมายเฉพาะแต่หลักเกณฑ์ของกฎหมายเฉพาะมีลักษณะที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติที่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์หรือมาตรฐานที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ

ทางปกครอง พ.ศ. 2539 เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะใช้กฎหมายเฉพาะนั้นไม่ได้แต่ต้องใช้บทบัญญัติในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บังคับแก่กรณีนั้น ๆ

สำหรับเหตุผลในการตรา พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้นมี สามประการ คือ (1) เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนต่าง ๆ สำหรับการดำเนินงานทางปกครองอันทำให้การพิจารณาทางปกครองเกิดความรวดเร็ว โปร่งใส สามารถตรวจสอบได้ (2) เพื่อให้การดำเนินงานทางปกครองเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมายมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย และ(3) เพื่อให้สามารถรักษาประโยชน์สาธารณะ อำนวยความเป็นธรรมแก่ประชาชนและเพื่อป้องกันการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ

นอกจากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จะกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการปฏิบัติราชการทางปกครองเพื่อประกันความเป็นธรรมให้กับคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองแล้วก็เป็น การประกันคุณภาพของคำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจตามกฎหมายอย่างถูกต้องโดยไม่ได้เป็นไปโดยอำเภอใจหรือมีอคติลำเอียง ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่ปฏิบัติราชการภายใต้หลักเกณฑ์และวิธีการที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดไว้

ในการพิจารณาเรื่องทางปกครองของประเทศไทยนั้นอาจเริ่มต้นโดยเจ้าหน้าที่หรือคู่กรณี กล่าวคือเจ้าหน้าที่อาจเริ่มการพิจารณาเองได้ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้เป็นดุลพินิจหรือต้องเริ่มการพิจารณาในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติบังคับไว้ ซึ่งการเริ่มการพิจารณาได้เองของเจ้าหน้าที่ทางปกครองนี้เป็นลักษณะประการสำคัญที่ทำให้ฝ่ายปกครองแตกต่างจากฝ่ายตุลาการซึ่งจะเริ่มดำเนินการเองไม่ได้ แต่ก็มีบางกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองจะเริ่มดำเนินการได้ต่อเมื่อมีคำร้องของคู่กรณีโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่คู่กรณีจะได้รับประโยชน์โดยตรงจากการออกคำสั่งทางปกครอง

สำหรับกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครอง (ไม่ว่าจะเริ่มโดยฝ่ายปกครองหรือคู่กรณี) ในชั้นเจ้าหน้าที่นั้น โดยหลักจะมีความเป็นทางการน้อยกว่ากระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีในชั้นศาล แต่ก็มีใช้ว่าจะไม่มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา เพราะเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองจึงได้กำหนดหลักการต่าง ๆ ไว้หลายประการเพื่อให้เจ้าหน้าที่ยึดถือปฏิบัติเพื่อให้มีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการทางปกครองและเป็นการคุ้มครองคู่กรณีที่เป็นปัจเจกชน

ในส่วนเรื่องสิทธิของคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้นมีการบัญญัติถึงสิทธิต่าง ๆ ของคู่กรณีไว้โดยมิได้ระบุว่าคู่กรณีต้องเป็นบุคคลที่มีสัญชาติไทย เช่น สิทธิได้รับการพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตามกฎหมายและมีความเป็นกลาง การมีทนายความ ที่ปรึกษา หรือผู้ทำการแทน ได้รับคำแนะนำหรือแจ้งสิทธิและหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง รับทราบข้อเท็จจริง โต้แย้ง และแสดงพยานหลักฐานของคู่กรณี ได้รับการพิจารณาโดยเร็ว ได้รับทราบเหตุผลของคำสั่งทางปกครอง และได้รับแจ้งวิธีการอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง

หลักการสำคัญในการพิจารณาเรื่องทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ที่สำคัญประการหนึ่งที่มีเช่นเดียวกับกระบวนการพิจารณาคดีในศาล คือ หลักการรับฟังคู่กรณีในกระบวนการพิจารณา กล่าวคือ การให้สิทธิคู่กรณีผู้ที่จะได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่มีส่วนร่วมในกระบวนการวิธี

พิจารณา และสำหรับคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองก็มีสิทธิหลายประการ ซึ่งหนึ่งในสิทธิที่มีความสำคัญ คือ สิทธิในการที่จะได้รับทราบข้อกล่าวหาข้อเท็จจริงและการที่จะโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาของฝ่ายปกครอง เว้นแต่เป็นกรณีเร่งด่วนหรือมีเหตุจำเป็นอื่นเพื่อรักษาผลประโยชน์สาธารณะ เช่น เพื่อรักษาความมั่นคงของชาติ

ดังนั้น กระบวนการและขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นผลจากกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองทำให้องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองจึงไม่ได้มีหน้าที่เฉพาะการคำนึงถึงเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองเท่านั้น แต่ต้องเคารพและปฏิบัติตามกระบวนการและขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ในการออกคำสั่งทางปกครองด้วย โดยเฉพาะกระบวนการและขั้นตอนที่สำคัญที่องค์กรเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องคำนึงถึงในการออกคำสั่งทางปกครอง คือ การรับฟังคู่กรณีและการให้คู่กรณีมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานเพื่อประกอบข้ออ้างและข้อโต้แย้งของตน

สำหรับคำสั่งทางปกครองนั้นมีสองประเภทตาม มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คือ คำสั่งทางปกครองที่จะต้องวินิจฉัยในเนื้อหาตาม (1) คือการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว และคำสั่งตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงให้เป็นคำสั่งทางปกครอง (2) คือคำสั่งอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง คือ กฎกระทรวงและ ประกาศ ประกอบด้วย เช่น กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครอง พ.ศ. 2539 (ยกเว้นมาตรา 30 ไม่ต้องแจ้งสิทธิก่อนออกคำสั่งทางปกครอง) โดยให้คำสั่งบางเรื่องเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคสอง (6) เช่น การสั่งให้เนรเทศคนต่างด้าว

ในปัจจุบัน สิทธิของคู่กรณีในการได้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองก่อนเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองนั้นบัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 30 ดังนี้

มาตรา 30 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณีเจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน

ความในวรรคหนึ่งมิให้นำมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะเห็นสมควรปฏิบัติเป็นอย่างอื่น

- (1) เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วนหากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ
- (2) เมื่อจะมีผลทำให้ระยะเวลาที่กฎหมายหรือกฎหมายกำหนดไว้ในการทำคำสั่งทางปกครองต้องล่าช้าออกไป
- (3) เมื่อเป็นข้อเท็จจริงที่คู่กรณีนั้นเองได้ให้ไว้ในคำขอ คำให้การหรือคำแถลง
- (4) เมื่อโดยสภาพเห็นได้ชัดในตัวเองว่าการให้โอกาสดังกล่าวไม่อาจกระทำได้

(5) เมื่อเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง

(6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ให้โอกาสตามวรรคหนึ่ง ถ้าจะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ

มาตรา 30 วรรคหนึ่ง ซึ่งเป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน จึงเป็นหลักการรับฟังคู่กรณีซึ่งเป็นไปตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติหรือหลักกฎหมายธรรมชาติที่คุ้มครองและให้ความเป็นธรรมกับคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองก่อนที่จะฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองเพื่อให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดในทางกฎหมายกับคู่กรณีหรือผู้ซึ่งตกอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง

เนื่องจากหลักการรับฟังคู่กรณีตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบและเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) และมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หากคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบและทำให้คู่กรณีไม่ได้รับความเป็นธรรม การรับฟังคู่กรณีซึ่งศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ และสำหรับหลักการรับฟังคู่กรณี ตามมาตรา 30 วรรคหนึ่งนี้จึงได้มีการนำไปใช้ในทางปฏิบัติ ซึ่งได้รับการตรวจสอบเมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาล

อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษาโดยอธิบายว่า การใช้บังคับสำหรับคำสั่งทางปกครองที่ “อาจกระทบถึงสิทธิ” ของคู่กรณี มิได้หมายความว่า คำสั่งทางปกครองทุกประเภท ดังนั้น หากคำสั่งทางปกครองใดไม่ใช่คำสั่งที่อาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณีแล้ว เจ้าหน้าที่ย่อมมีอำนาจที่จะออกคำสั่งได้โดยไม่ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าว ซึ่งคำสั่งทางปกครองใดจะเป็นคำสั่งที่อาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาว่าเป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติรับรองหรือคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีไว้หรือไม่ หรือมีการรับรองสิทธิจากเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายหรือไม่ โดยหากออกคำสั่งทางปกครองแล้ว สิทธิที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามกฎหมายของคู่กรณีอาจได้รับความกระทบกระเทือน เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งจะต้องดำเนินการตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง เสียก่อน แต่หากผู้ที่จะรับคำสั่งทางปกครองไม่ได้มี “สิทธิ” ตามกฎหมายและเจ้าหน้าที่จำเป็นต้องออกคำสั่งบังคับกับผู้นั้น เจ้าหน้าที่ย่อมพิจารณาออกคำสั่งได้โดยไม่ต้องดำเนินการตามบทบัญญัติดังกล่าวแต่อย่างใด ซึ่งมีตัวอย่าง ดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 825/2560

ในกรณีที่มีการปลูกสร้างอาคารหรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในทะเลภายในน่านน้ำไทยโดยไม่ได้รับอนุญาต เจ้าท่าย่อมอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 118 ทวิ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 มีคำสั่งเป็นหนังสือแจ้งให้เจ้าของอาคารหรือสิ่งอื่นใดรื้อถอนหรือแก้ไขอาคารหรือสิ่งอื่นใดนั้นให้เสร็จสิ้นโดยถูกต้องภายในระยะเวลาที่กำหนดอันเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง

บังคับกับผู้ที่จะทำการฝ่าฝืนกฎหมายเพื่อให้กระทำการตามกฎหมายหรือละเว้นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย คู่กรณีจึงหาได้มี “สิทธิ” ที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามกฎหมายอันอาจถูกกระทบตามนัยของมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ไม่

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยฝ่าฝืนหรือไม่ได้ปฏิบัติตามหลักการ รับฟังคู่กรณี หากได้มีการรับฟังให้สมบูรณ์ในภายหลังก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ หรือกรณีที่ กฎหมายเฉพาะไม่ได้กำหนดให้อุทธรณ์และได้มีการรับฟังให้สมบูรณ์ก่อนการนำคำสั่งทางปกครองไปฟ้อง คดี ต่อศาลปกครองย่อมถือว่าได้ดำเนินการตามหลักการรับฟังคู่กรณี ทั้งนี้ ตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) และ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์ เพราะถือว่าได้รับฟัง คู่กรณีแล้ว

นอกจากนั้น คำสั่งทางปกครองในบางเรื่องไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 30 เนื่องจากคู่กรณีที่ได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองไม่มีสิทธิและ ไม่ได้รับการคุ้มครองต่าง ๆ เช่น ไม่มีสิทธิได้รับการแจ้งสิทธิที่เกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง ไม่มีสิทธิเข้าร่วมใน กระบวนการพิจารณาทางปกครองก่อนมีการออกคำสั่งทางปกครองที่ตนได้รับผลกระทบ ไม่มีสิทธิเสนอ พยานหลักฐานเพื่อโต้แย้งฝ่ายปกครองก่อนมีการออกคำสั่งทางปกครอง เพราะเป็นคำสั่งทางปกครองตาม มาตรา 30 วรรคสอง (1)-(5) ซึ่งบัญญัติไว้อย่างชัดเจน

สำหรับกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่ต้องให้สิทธิคู่กรณีในการรับฟังพยานหลักฐานและเข้าต่อสู้ใน กระบวนการพิจารณาทางปกครองนั้น นอกจากกรณีที่บัญญัติไว้ชัดเจนใน (1)-(5) แล้วก็มีกรณีอื่นที่กำหนดใน กฎกระทรวงตาม (6) ซึ่งได้มีการออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งยกเว้นมาตรา 30 กล่าวคือไม่ต้องแจ้งสิทธิก่อนออกคำสั่งทาง ปกครอง โดยให้คำสั่งทางปกครองในกรณี เป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคสอง (6) ดังนี้

(1) การบรรจุ การแต่งตั้ง การเลื่อนขั้นเงินเดือน การสั่งพักงาน หรือสั่งให้ออกจากงานไว้ก่อน หรือ การให้พ้นจากตำแหน่ง

(2) การแจ้งผลการสอบหรือการวัดผลความรู้หรือความสามารถของบุคคล

(3) การไม่ออกหนังสือเดินทางสำหรับการเดินทางไปต่างประเทศ

(4) การไม่ตรวจลงตราหนังสือเดินทางของคนต่างด้าว

(5) การไม่ออกใบอนุญาตหรือการไม่ต่ออายุใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าว

(6) การสั่งให้เนรเทศ

สำหรับเหตุผลในการประกาศใช้กฎกระทรวงฉบับนี้คือ โดยที่เป็นการสมควรกำหนดให้คำสั่งทาง ปกครองในบางกรณีซึ่งโดยสภาพไม่สามารถแจ้งหรือไม่สมควรแจ้งให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริง หรือให้คู่กรณี โต้แย้งก่อนการทำคำสั่งทางปกครอง เป็นคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ไม่ต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริง หรือโต้แย้งก่อนการทำคำสั่งทางปกครอง ประกอบกับมาตรา 30 วรรค สอง (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดให้การกำหนดคำสั่งทางปกครองดังกล่าวต้องกระทำโดย

กฎกระทรวงจึงจำเป็นต้องออกกฎกระทรวงนี้<sup>143</sup>(ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 114 ตอนที่17 ก ลงวันที่ 22 พฤษภาคม 2540)

### 3.3.2 การรับฟังคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศก่อนการออกคำสั่งเนรเทศในวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

การที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 30 วรรคหนึ่งบัญญัติให้ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน ซึ่งหลักการนี้เป็นหลักประกันในเชิงป้องกันในการพิจารณาทางปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครอง แต่ก็มีประเด็นปัญหาว่า หลักการให้สิทธิโต้แย้งจะใช้บังคับกับการพิจารณาทางปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครองทุกกรณีหรือไม่ และหากเป็นกรณีที่คู่กรณีกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายจะถือเป็นข้อยกเว้นของหลักการให้สิทธิโต้แย้งดังกล่าวหรือไม่เพียงใด และควรมีกรณีข้อยกเว้นหลักการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งการเนรเทศคนต่างด้าวหรือไม่

นอกจากนั้น คำสั่งทางปกครองบางอย่างซึ่งมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนด เช่น คำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวซึ่งเกิดขึ้นจากกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) (6) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองที่จำกัดสิทธิของคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศโดยกำหนดให้ยกเว้นว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ตาม มาตรา 30 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่เป็นข้อยกเว้นไม่ต้องให้สิทธิคู่กรณีซึ่งเป็นคนต่างด้าวในการมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองได้ เพราะเป็นคำสั่งที่ไม่ต้องมีการรับฟังคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศ

ดังนั้น หากพิจารณาเพียงกฎหมายภายในของประเทศไทยต่าง ๆ ที่กล่าวมาแล้วในกรณีที่หน่วยงานความมั่นคงออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวเพราะเหตุที่จะเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของประเทศตามกฎหมายย่อมทำได้ จึงเป็นกรณีไม่สมควรแจ้งให้คนต่างด้าวรู้ก่อนออกคำสั่งเนรเทศอันเป็นเหตุตามระบุไว้ในเหตุผลในการประกาศใช้กฎกระทรวงว่า “โดยที่เป็นการสมควรกำหนดให้คำสั่งทางปกครองในบางกรณีซึ่งโดยสภาพ...ไม่สมควรแจ้งให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริง หรือให้คู่กรณีโต้แย้งก่อนการทำคำสั่งทางปกครอง...” ซึ่งคงเนื่องจากคนต่างด้าวกระทำการใดที่เป็นภัยต่อความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไทย และเนื่องจากคนต่างด้าวไม่ได้รับการรับรองสิทธิให้กระทำได้ตามกฎหมาย เพราะเป็นกรณีที่ไม่มียกเว้นกฎหมายบัญญัติรับรองหรือคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีไว้ หรือไม่มีการรับรองสิทธิจากเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายเมื่อออกคำสั่งทางปกครองแล้ว ก็ไม่มีสิทธิที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามกฎหมายของคู่กรณีที่จะได้รับความกระทบกระเทือน

ด้วยเหตุดังกล่าว เมื่อเจ้าหน้าที่จำเป็นต้องออกคำสั่งบังคับกับคนต่างด้าวผู้นั้น เจ้าหน้าที่ย่อมพิจารณาออกคำสั่งได้โดยไม่ต้องดำเนินการตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้สิทธิแก่คู่กรณีในการเข้าร่วมการพิจารณาและมีสิทธิโต้แย้งคำสั่งของเจ้าหน้าที่แต่อย่างใด

การที่กฎหมายภายในของประเทศไทยไม่ได้ให้การรับรองสิทธิคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศได้มีโอกาสเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ก่อนออกคำสั่งเนรเทศตนนั้น เพราะใน

<sup>143</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 114 ตอนที่ 17 ก ลงวันที่ 22 พฤษภาคม 2540



ความเห็นของทางการในอดีตจนถึงปัจจุบันนั้นมิได้ให้สิทธิคนต่างด้าวเท่ากับคนสัญชาติไทยและไม่คุ้มครองคนต่างด้าวเท่ากับคนไทยเนื่องจากไม่ใช่ประชาชนของประเทศไทย ดังนั้น หากคนต่างด้าวกระทำการใดที่กระทบต่อความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไทยแล้ว บุคคลดังกล่าวอาจถูกเนรเทศได้โดยไม่จำเป็นต้องให้บุคคลดังกล่าวมีสิทธิเข้าต่อสู้อุปถัมภ์ของสถานทูตหรือสถานกงสุลเพื่อโต้แย้งทางการก่อนออกคำสั่งเนรเทศ

จึงเห็นได้ว่า ในกระบวนการเนรเทศคนต่างด้าวในกฎหมายภายในของประเทศไทยนั้นคนต่างด้าวไม่มีสิทธิได้รับการรับฟังหรือมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการเนรเทศ ที่จะมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานใด ๆ เพื่อประกอบข้ออ้างหรือข้อต่อสู้ของตน เนื่องจากทางรัฐหรือฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าการเนรเทศคนต่างด้าวเป็นเรื่องเกี่ยวกับความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยของประเทศไทย

การที่ในกฎหมายไทยไม่มีการคุ้มครองคนต่างด้าวดังกล่าวมาแล้วนั้นก็เป็นที่ไปตามหลักทั่วไปที่ประเทศไทยก็เหมือนกับประเทศอื่น ๆ คือ การที่คนต่างชาติหรือที่เรียกว่าคนต่างด้าวผู้ใดได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรหรือเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรได้หมายความว่าคนต่างด้าวผู้นั้นจะมีสิทธิอยู่อาศัยในประเทศได้ตลอดไป หากมีการกระทำผิดกฎหมายหรือกระทำการใด ๆ ที่เป็นอันตรายต่อความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว บุคคลนั้นอาจถูกเนรเทศได้และการเนรเทศนั้นเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นฝ่ายบริหารมิใช่ศาลซึ่งกระบวนการพิจารณาในการเนรเทศของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นมักไม่มีการคุ้มครองสิทธิของคนต่างด้าวโดยการให้เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาของฝ่ายปกครองก่อนออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าว

### 3.3.3 กฎหมายที่เกี่ยวกับการเนรเทศคนต่างด้าว

เนื่องจากคนต่างด้าว หมายถึง บุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทยนั้นสามารถแบ่งออกได้เป็นหลายประเภทหรือหลายลักษณะเช่น คนต่างด้าวที่ตั้งถิ่นฐานอยู่ในประเทศไทย คนต่างด้าวที่เดินทางเข้าประเทศไทยและอยู่ชั่วคราว และคนต่างด้าวที่หลบหนีเข้าเมือง ดังนั้นในการเนรเทศคนต่างด้าวจึงมีกฎหมายหลายเรื่องเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยกฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวกับการเนรเทศคนต่างด้าวในประเทศไทยนั้นมีอยู่สองส่วน หรือสองประเภทคือ การเนรเทศคนต่างด้าวตามกฎหมายเนรเทศ และการเพิกถอนสิทธิอยู่อาศัยของคนต่างด้าวตามกฎหมายคนเข้าเมืองซึ่งมีผลเป็นการเนรเทศคนต่างด้าวอย่างหนึ่ง ดังนั้นจึงมีการเนรเทศคนต่างด้าวตามกฎหมายเนรเทศและการเนรเทศคนต่างด้าวตามกฎหมายคนเข้าเมือง ที่กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการเพิกถอนการอนุญาตให้คนต่างด้าวมีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร และกลไกการส่งตัวคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรในกรณีที่คนต่างด้าวผู้นั้นเข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือการอนุญาตนั้นสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอน เพราะชาวต่างชาตินั้นกระทำความผิดในราชอาณาจักรไทยหรือทำให้มีเหตุอันควรในการเพิกถอนการอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักร

#### 3.3.1.1 กฎหมายเนรเทศ

ประเทศไทยมีกฎหมายเกี่ยวกับการเนรเทศคนต่างด้าวเป็นครั้งแรกในปี ร.ศ. 131 หรือพ.ศ. 2456 และต่อมาในปี พ.ศ. 2499 ซึ่งมีรายละเอียด ดังจะกล่าวต่อไป

1. พระราชบัญญัติว่าด้วยการเนรเทศ ร.ศ. 131

พระราชบัญญัติว่าด้วยการเนรเทศ ร.ศ. 131 เป็นกฎหมายฉบับแรกของประเทศไทยที่บัญญัติถึงการเนรเทศคนต่างด้าวหรือคนต่างประเทศที่อยู่ในประเทศไทยหรือขณะนั้นเรียกว่ากรุงสยาม เนื่องจากบุคคลนั้นทำให้เกิดความไม่ปลอดภัยหรือไม่มั่นคงต่อสาธารณชน โดยใช้คำว่า “ผู้ซึ่งอยู่ในกรุงสยามไปไม่เป็นความสุขหรือเป็นความเจริญแก่สาธารณชน” และควรมีข้อบังคับสำหรับการเนรเทศจึงได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าให้ตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้น โดยมาตรา 1 บัญญัติว่า

“ถ้าการปรากฏขึ้นเมื่อใดว่า มีการจำเป็นเพื่อความสุขเกษมหรือความเจริญของสาธารณชนที่จะต้องเนรเทศผู้ใดผู้หนึ่งซึ่งไม่ใช่คนในบังคับสยามตั้งแต่กำเนิดมาแล้วนั้นให้เสนาบดีผู้หนึ่งซึ่งได้รับอำนาจจัดการตามพระราชบัญญัตินี้ออกคำสั่งบังคับว่าให้เนรเทศเช่นกล่าวมานี้ออกไปจากกรุงสยามมีกำหนดเวลาแลอาการที่จะให้ทำตามเสนาบดีนั้นจะเห็นสมควรแก่การนั้น”

อย่างไรก็ตาม คนต่างด้าวซึ่งถูกเนรเทศมีสิทธิที่จะทูลเกล้าฯ ถวายฎีกาเพื่อร้องทุกข์ต่อองค์พระมหากษัตริย์ว่าการเนรเทศไม่ถูกต้องได้ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ว่า

“ผู้ซึ่งเนรเทศเช่นนี้มีอำนาจที่จะทำฎีกาทูลเกล้าฯ ถวายร้องทุกข์ว่าคำสั่งเนรเทศที่ได้รับนั้น เป็นผิดแลไม่ชอบด้วยเหตุการณ์อย่างใด ๆ ได้ด้วย”

สำหรับการดำเนินการเนรเทศนั้นได้มีพระราชกฤษฎีกามอบให้ปลัดกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้อนุวรรตนาการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเนรเทศแทนรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยในบางกรณี พุทธศักราช 2478 โดย มาตรา 3 บัญญัติระบุดังกล่าวการสั่งเนรเทศ การสั่งจับกุม และคุมขังผู้ต้องเนรเทศตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 และมาตรา 2 นั้นให้ปลัดกระทรวงมหาดไทยมีอำนาจและหน้าที่ทำการแทนในนามของรัฐมนตรี

สำหรับสิทธิของคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศประการอื่น ๆ โดยเฉพาะการได้เข้าร่วมต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเนรเทศของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยนั้นไม่มีการบัญญัติถึง ดังนั้น คนต่างด้าวจึงไม่มีสิทธิใด ๆ ในเรื่องดังกล่าว

สำหรับคำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องสิทธิของคนต่างด้าวในกระบวนการพิจารณาทางปกครองนั้นก็ไม่มีประเด็นดังกล่าวเพราะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้สิทธิคนต่างด้าว คงมีแต่เรื่องอื่น ๆ เช่น อำนาจในการสั่งเนรเทศคนต่างด้าวเป็นก็เป็นเช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ คือ เป็นเรื่องของฝ่ายบริหารไม่ใช่ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นเรื่องของฝ่ายบริหาร คือ กระทรวงมหาดไทย ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1011/2475

การสั่งเนรเทศหรือคนเนรเทศคนต่างประเทศไม่ใช่หน้าที่ศาล แต่เป็นหน้าที่ฝ่ายบริหาร

ดังนั้น ในคดีนี้จำเลย ซึ่งคือนายบาเอ. ซาติพม่า (บังคับอังกฤษ) เป็นคนที่ต้องเนรเทศให้ออกไปนอกพระราชอาณาเขตตลอดชีวิต แล้วหลบหนีเข้ามาอีก จึงมีปัญหาว่าเมื่อศาลตัดสินลงโทษจำเลยแล้วจะมีอำนาจ

สั่งให้เนรเทศหรืองดเนรเทศหรือไม่ ซึ่งศาลล่างทั้งสองตัดสินให้จำคุกจำเลย 3 ปี แล้วไม่ต้องเนรเทศอีก อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาพิพากษาว่า อำนาจเนรเทศนี้อยู่กับฝ่ายตุลาการ (ในปัจจุบันน่าจะหมายถึงฝ่ายปกครองหรือมหาดไทยไม่ใช่อำนาจของฝ่ายตุลาการ) และตาม ม. 7 แห่ง พ.ร.บ. ว่าด้วยการเนรเทศ ร.ศ. 131 นี้หาใช่ให้ศาลมีอำนาจสั่งว่าต้องให้เนรเทศหรืองดเนรเทศจำเลยไม่ จึงให้แก้คำตัดสินศาลล่างโดยตัดข้อที่ว่าไม่ต้องเนรเทศนั้นออกเสีย

คดีนี้ไม่ได้มีการต่อสู้เกี่ยวกับวิธีพิจารณาหรือกระบวนการพิจารณาในการเนรเทศคนต่างด้าวแต่อย่างใดและก็ไม่มีความพิพากษาใด ๆ ของศาลเกี่ยวกับเรื่องนี้ซึ่งอาจเป็นเพราะไม่เคยมีคดีในเรื่องการเนรเทศคนต่างด้าวที่มีการต่อสู้เรื่องกระบวนการพิจารณาของฝ่ายปกครองในการเนรเทศคนต่างด้าว เพราะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดที่บัญญัติในเรื่องนี้ไว้ และประชาชนไทยโดยรวมทั้งนักกฎหมายในสมัยก่อนไม่มีความรู้และความสนใจในเรื่องกฎหมายปกครอง เนื่องจากในสมัยเดิมประเทศไทยมีแต่ศาลยุติธรรมไม่มีศาลปกครอง นักกฎหมายไทยส่วนใหญ่จึงไม่มีความรู้เกี่ยวกับกฎหมายปกครอง

นอกจากนั้น แม้การให้สิทธิคนต่างด้าวในการได้เข้าต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการเนรเทศคนต่างด้าวเป็นเรื่องสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่งที่รัฐทั้งหลายต้องให้สิทธิแก่คนต่างด้าวด้วย แต่คนไทยและนักกฎหมายไทยโดยทั่วไปไม่มีความรู้เรื่องสิทธิมนุษยชนแม้ในสังคมไทยจะมีการกล่าวถึงสิทธิมนุษยชนกันบ้างแต่ก็มักเป็นเรื่องในหลักศาสนาต่าง ๆ ซึ่งก็ไม่ยึดผลตามกฎหมายให้ต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใด เพราะเป็นเพียงความเชื่อหรือหลักปฏิบัติทางศีลธรรมเท่านั้น

## 2. พระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499

พระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499 เป็นกฎหมายฉบับที่สองและฉบับปัจจุบัน<sup>144</sup>ที่บัญญัติถึงการเนรเทศคนต่างด้าวโดยมาตรา 3 บัญญัติ ให้ยกเลิกกฎหมายเนรเทศ ร.ศ.131 สำหรับเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องด้วยกฎหมายเนรเทศ ร.ศ. 131 เป็นกฎหมายเก่าล้าสมัยสมควรจะได้ปรับปรุงให้เหมาะสมกับสถานการณ์ของบ้านเมืองและได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติ การเนรเทศ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2507 และ พระราชบัญญัติการเนรเทศ (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2521 โดยตราขึ้นเพื่อให้รัฐมีอำนาจเนรเทศคนต่างด้าวที่อยู่ในประเทศไทย ซึ่งก่อความไม่สงบสุขแก่สาธารณชนให้ออกไปจากประเทศไทย รวมทั้งกำหนดกลไกการจับกุมและควบคุมผู้ซึ่งถูกสั่งเนรเทศ และกำหนดให้สิทธิการอุทธรณ์ของผู้ถูกเนรเทศ

สำหรับการเนรเทศนั้นจะทำได้เฉพาะคนต่างด้าวซึ่งเป็นไปตามหลักที่รับรองกันในนานาประเทศ และโดยเหตุผลเพื่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 ว่า

“เมื่อปรากฏว่ามีความจำเป็นเพื่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ให้รัฐมนตรีมีอำนาจออกคำสั่งให้เนรเทศคนต่างด้าวออกไปนอกราชอาณาจักรมีกำหนดเวลาตามที่เห็นสมควร อนึ่ง เมื่อพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป รัฐมนตรีจะเพิกถอนคำสั่งเนรเทศเสียก็ได้

ความในวรรคแรกมิให้ใช้บังคับแก่ผู้ที่เคยได้สัญชาติไทยโดยการเกิด”

<sup>144</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 74/ตอนที่ 11/หน้า 295/29 มกราคม 2500.

อย่างไรก็ตามอาจมีการอุทธรณ์คำสั่งเนรเทศของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยต่อ นายกรัฐมนตรีได้ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 7 และมาตรา 8 ดังนี้

“มาตรา 7 ห้ามมิให้ส่งตัวผู้ถูกสั่งเนรเทศออกไปนอกราชอาณาจักรก่อนครบกำหนดสิบห้าวันนับแต่วันแจ้งคำสั่งเนรเทศให้ผู้ซึ่งถูกสั่งเนรเทศนั้นทราบ ในกรณีที่มีการอุทธรณ์ตามความในมาตรา 8 ให้รอการเนรเทศไว้จนกว่านายกรัฐมนตรีจะได้มีคำสั่ง”

“มาตรา 8 ผู้ถูกสั่งเนรเทศมีสิทธิยื่นอุทธรณ์ต่อนายกรัฐมนตรีขอให้เพิกถอนคำสั่งเนรเทศ หรือขอให้ส่งตัวออกไปนอกราชอาณาจักรก็ได้ แต่ต้องยื่นอุทธรณ์ภายในเจ็ดวันนับแต่วันทราบคำสั่งเนรเทศ ให้ นายกรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งเพิกถอนคำสั่งเนรเทศส่งผ่อนผันโดยประการอื่นใดหรือสั่งให้ส่งไปประกอบอาชีพ ณ ที่แห่งใดแทนการเนรเทศตามที่เห็นสมควรได้ ทั้งนี้ โดยจะให้ทำทัณฑ์บนไว้ก็ได้”

สำหรับสิทธิของคนที่จะถูกเนรเทศนั้นจะอุทธรณ์ได้เฉพาะกรณีที่บุคคลนั้นมีใช้คนต่างด้าวแต่เป็นผู้มีสัญชาติไทยหรือเคยได้สัญชาติไทยโดยการเกิดซึ่งรัฐมนตรีจะเพิกถอนคำสั่งเนรเทศได้เพราะคนที่มีสัญชาติไทยจะถูกเนรเทศมิได้ แต่การพิจารณาพิสูจน์นั้นเป็นของผู้ที่จะถูกเนรเทศซึ่งเป็นคนไทยและจะอยู่ในชั้นอุทธรณ์คำสั่งเนรเทศนั้น ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 ว่า

“เมื่อมีปัญหาเกิดขึ้นเกี่ยวกับสัญชาติของผู้ที่จะต้องถูกพิจารณาเนรเทศ ผู้ที่จะต้องถูกพิจารณาเนรเทศนั้นจะต้องเป็นผู้นำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ว่า ตนเป็นผู้มีสัญชาติไทยหรือเคยได้สัญชาติโดยการเกิด”

สำหรับหลักเกณฑ์หรือองค์ประกอบในการเนรเทศคนต่างด้าว ตามมาตรา 5 มี ดังนี้

(1) คนต่างด้าว

คนที่ถูกเนรเทศต้องเป็นคนต่างด้าว คือ บุคคลที่ไม่มีสัญชาติไทย ไม่ว่าจะเป็นคนสัญชาติไทย โดยการเกิดหรือโดยการแปลงสัญชาติก็ตาม และไม่ว่าจะเข้ามาอยู่อาศัยในประเทศไทยโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือผิดกฎหมาย เว้นแต่คนต่างด้าวที่เคยมีสัญชาติไทยและถูกถอนสัญชาติ ส่วนคนไทยโดยการเกิดนั้นจะถูกเนรเทศมิได้ ซึ่งเป็นไปตามหลักที่ได้รับการยอมรับกันมานานว่าอารยประเทศที่จะไม่มีการเนรเทศคนชาติของตน

(2) มีความจำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องมีความเห็นว่ามีความจำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไทยที่ต้องมีการเนรเทศคนต่างด้าวนั้น เนื่องจากหากคนต่างด้าวนั้นยังคงอยู่ในประเทศไทยจะทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในสังคมไทย ซึ่งอาจเกิดจากสาเหตุใด ๆ ก็ได้ เช่น บุคคลนั้นกระทำความผิดอาญาร้ายแรง เป็นโรคติดต่ออย่างร้ายแรง หรือก่อให้เกิดความไม่สงบสุขในสังคมไทยอย่างร้ายแรง

(3) รัฐมนตรีมีอำนาจออกคำสั่งให้เนรเทศคนต่างด้าวออกไปนอกราชอาณาจักรโดยมีกำหนดเวลาตามที่เห็นสมควร

บุคคลที่มีอำนาจออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวให้ออกไปจากประเทศไทย คือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ทั้งนี้ในการเนรเทศอาจมีกำหนดเวลาได้ตามที่รัฐมนตรีจะเห็นสมควร

นอกจากนั้น หากมีสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปจากในขณะที่มีการเนรเทศคนต่างด้าว รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยจะเพิกถอนคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวนั้นเสียก็ได้

การที่มีกฎหมายเนรเทศนี้มีปัญหาที่เกิดขึ้นจากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499 โดยเฉพาะปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้น คือไม่มีการให้สิทธิแก่คนต่างด้าวซึ่งจะถูกเนรเทศในการเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาเพื่อแสดงพยานหลักฐานต่าง ๆ ว่าตนมิได้กระทำการตามที่ถูกล่าอ้างเช่น ไม่เป็นภัยต่อความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไทยซึ่งมีความแตกต่างจากกฎหมายของอารยประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี

สำหรับตัวอย่างจากคำพิพากษาศาลฎีกาในยุคนั้น ๆ นั้นไม่มีประเด็นพิจารณาในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิของคนต่างด้าวในการต่อสู้ในชั้นการพิจารณาก่อนออกคำสั่งเนรเทศเช่นเดียวกับคำพิพากษาศาลฎีกาตามพระราชบัญญัติเนรเทศ ร.ศ. 131 เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวที่ให้สิทธิคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศแต่อย่างใด คงมีแต่เรื่องอื่น ๆ ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 892/2539

จำเลย นายมะเตือ ทำสัญญาประกันผู้ถูกสั่งเนรเทศทั้งสิ้นสี่ คือ นายโกสน นายดอกบัว นายม่วง นายชงโค ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้ออกคำสั่งให้เนรเทศตามพระราชบัญญัติการสั่งเนรเทศฯ มาตรา 6 วรรคหนึ่งและอยู่ในความควบคุมของพนักงานสอบสวน กองกำกับการ 3 กองตำรวจสันติบาล โจทก์ จนกว่าจะได้ปฏิบัติตามคำสั่งให้เนรเทศโดยกำหนดความรับผิดชอบของจำเลยไว้ว่าหากไม่สามารถส่งตัวผู้ถูกสั่งเนรเทศทั้งสิ้นสี่ให้แก่โจทก์ตามกำหนดนัดได้จำเลยยอมให้ปรับตามสัญญาเป็นการกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งไว้สัญญาประกันจึงใช้บังคับได้

ในคดีนี้ไม่ใช่เรื่องการออกคำสั่งเนรเทศว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่และไม่เกี่ยวกับสิทธิของผู้ถูกเนรเทศในการเข้าร่วมในกระบวนการออกคำสั่งเนรเทศแต่อย่างใด

### 3.3.3.2 พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522

นอกจากกฎหมายเกี่ยวกับการเนรเทศโดยเฉพาะแล้วประเทศไทยมีกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่ได้รับการนำไปใช้สำหรับการเนรเทศได้ด้วย คือ การเพิกถอนการอนุญาตให้อยู่อาศัยของคนต่างด้าวในราชอาณาจักรนั้น ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522

ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฯ นั้นคนต่างด้าวที่มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรต่อมาภายหลังปรากฏว่าชาวต่างชาติกระทำความผิดในราชอาณาจักรไทย หรือทำให้มีเหตุอันควรในการเพิกถอนการอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักร คนต่างด้าวก็ถูกเนรเทศได้ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 53 ว่า

“คนต่างด้าวซึ่งเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรแล้วภายหลังปรากฏว่าเป็นบุคคลซึ่งมีพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 12 (7) หรือ (8) หรือเป็นบุคคลตามมาตรา 12 (10) หรือไม่ปฏิบัติตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนดตามมาตรา 43 วรรคสอง หรือเป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 44 หรือเป็นผู้ได้รับโทษตามมาตรา 63 หรือมาตรา 64 ให้อิทธิพลเสนอเรื่องไปยังคณะกรรมการ ถ้าคณะกรรมการเห็นว่าควรเพิกถอนการอนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร ก็ให้เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีเพื่อสั่งเพิกถอนการอนุญาตต่อไป”

1. เหตุในการเพิกถอนการมีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรของคนต่างด้าว

คนต่างด้าวซึ่งมีพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 12 (7) หรือ (8) หรือ (10) ดังนี้

(7) มีพฤติการณ์เป็นที่น่าเชื่อว่าเป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคม หรือจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายต่อความสงบสุขหรือความปลอดภัยของประชาชนหรือความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือบุคคลซึ่งเจ้าหน้าที่รัฐบาลต่างประเทศได้ออกหมายจับ

(8) มีพฤติการณ์เป็นที่น่าเชื่อว่าจะเข้ามาเพื่อการค้าประเวณี การค้าหญิง หรือเด็ก การค้ายาเสพติดให้โทษ การลักลอบหนีภาษีศุลกากร หรือเพื่อประกอบกิจการอื่นที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

(10) รัฐมนตรีไม่อนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามมาตรา 16

ส่วน มาตรา 16 นั้นบัญญัติว่า ในกรณีที่มีพฤติการณ์ซึ่งรัฐมนตรีเห็นว่า เพื่อประโยชน์แก่ประเทศหรือเพื่อความสงบเรียบร้อย วัฒนธรรมหรือศีลธรรมอันดี หรือความผาสุกของประชาชน ไม่สมควรอนุญาตให้คนต่างด้าวผู้ใดหรือจำพวกใดเข้ามาในราชอาณาจักร รัฐมนตรีมีอำนาจสั่งไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวผู้นั้นหรือจำพวกนั้นเข้ามาในราชอาณาจักรได้

นอกจากนั้น มาตรา 44 ห้ามมิให้คนต่างด้าวผู้ใดเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรถ้าปรากฏว่า

(1) เป็นผู้เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาของศาลไทยหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดลหุโทษหรือความผิดอันได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดที่ยกเว้นไว้ในกฎกระทรวง

บุคคลที่มีลักษณะความประพฤติเหล่านี้เป็นบุคคลต้องห้ามตาม พ.ร.บ.คนเข้าเมือง ซึ่งก็จะนำมาสู่เหตุในการเพิกถอนไม่ให้บุคคลนั้นอยู่ในราชอาณาจักรได้ และเมื่อไม่อนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักร ทางเจ้าหน้าที่มีอำนาจในการควบคุม และกักตัวบุคคลนั้นไว้ เพื่อรอการส่งกลับไปยังประเทศที่เขา มา หรือประเทศที่เขา มีสัญชาติ ซึ่งก็จะใช้วิธีเหล่านี้ในการส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร

บุคคลที่มีลักษณะความประพฤติดังกล่าวเป็นบุคคลต้องห้ามตาม พ.ร.บ.คนเข้าเมือง ฯ ซึ่งจะนำไปสู่เหตุในการเพิกถอนการอยู่อาศัยหรือไม่ให้บุคคลนั้นอยู่ในราชอาณาจักรได้ และเมื่อไม่อนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักร ทางเจ้าหน้าที่มีอำนาจในการควบคุมและกักตัวบุคคลนั้นไว้เพื่อรอการส่งกลับไปยังประเทศที่บุคคลดังกล่าวมา หรือประเทศที่คนต่างด้าวมีสัญชาติ ซึ่งก็จะใช้วิธีเหล่านี้ในการส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร

อย่างไรก็ตาม ในสมัยเดิมนั้นไม่ว่าคนต่างด้าวที่เข้าประเทศไทยโดยถูกกฎหมายหรือผิดกฎหมายนั้นหากจะมีการเนรเทศก็ใช้บทบัญญัติในพระราชบัญญัติเนรเทศ แต่หลังจากที่มีการใช้บังคับพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 แล้ว ในทางปฏิบัติของการเนรเทศนั้นทางราชการใช้บทบัญญัติของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ในส่วนที่เกี่ยวกับการเพิกถอนสิทธิอยู่อาศัยของคนต่างด้าวในการเนรเทศคนต่างด้าวโดยไม่ใช้บทบัญญัติของพระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499 เนื่องจากมีรายละเอียดน้อยกว่า

2. กระบวนการเพิกถอนการมีถิ่นที่อยู่ของคนต่างด้าว

ในกระบวนการเนรเทศคนต่างด้าวหรือที่เรียกตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ว่าการเพิกถอนการอนุญาตคนต่างด้าวให้มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรนั้นมีกระบวนการหรือขั้นตอนต่าง ๆ ดังนี้

(1) เจ้าหน้าที่สอบสวนกรณีที่คนต่างด้าวจะถูกเพิกถอนการอนุญาตให้อยู่อาศัย

เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเช่น เช่น สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ซึ่งสังกัดสำนักงานตำรวจแห่งชาติเป็นผู้ดำเนินการสอบสวนเพื่อพิจารณาว่าคนต่างด้าวที่มีปัญหานั้นจะต้องถูกเพิกถอนการอนุญาตให้อยู่อาศัยในประเทศไทยหรือไม่โดยสอบสวนตามหลักหัวข้อต่าง ๆ ซึ่งมีตัวอย่าง เช่น สัญชาติของผู้ถูกพิจารณาเนรเทศ หลักฐานอายุของผู้ต้องหา และหากบุคคลนั้นกระทำความผิดอาญาให้บันทึกไว้ให้ชัดเจนในรายงานการสอบสวนในสำนวนการสอบสวนคดีอาญาด้วยนอกจากนี้ยังสามารถขอเนรเทศเป็นอีกสำนวนหนึ่งด้วยแล้ว

นอกจากนั้น สำนวนที่พนักงานสอบสวนมีความเห็นควรพิจารณาเนรเทศคนต่างด้าวนั้นนอกจากพนักงานสอบสวนจะต้องสอบสวนไปตามความผิด แล้วให้รับเสนอสำนวนไปตามลำดับชั้นเพื่อเสนอต่อคณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมือง ซึ่งประกอบไปด้วยปลัดกระทรวงมหาดไทย ปลัดกระทรวงการต่างประเทศ อธิบดีกรมตำรวจ อธิบดีกรมแรงงาน อธิบดีกรมอัยการ เลขาธิการคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน เลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ ผู้อำนวยการองค์การส่งเสริมการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย เป็นกรรมการและมีผู้บังคับ การกองตรวจคนเข้าเมืองเป็นกรรมการและเลขานุการ

(2) คณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองพิจารณาพยานหลักฐานและทำความเข้าใจ

คณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองพิจารณาสำนวนและพยานหลักฐานที่เสนอให้แก่ตนและหากเห็นว่าควรเพิกถอนการอนุญาตของบุคคลต่างด้าวก็เสนอให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเพิกถอนการอยู่อาศัยของบุคคลต่างด้าวคณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการต่าง ๆ ตามพระราชบัญญัติ คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 เช่น เพิกถอนการอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวและพิจารณาอุทธรณ์ ตามมาตรา 36 และพิจารณาให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องคนเข้าเมือง ตามที่คณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีมอบหมาย (มาตรา 6 และมาตรา 7) ซึ่งรวมทั้งเสนอให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเพิกถอนการอยู่อาศัยของบุคคลต่างด้าว ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 7 (10) ต้องพิจารณาสำนวนและข้อเสนอของเจ้าหน้าที่ในการขอให้เพิกถอนการอยู่อาศัยของบุคคลต่างด้าวที่ถูกกล่าวอ้างว่ากระทำการที่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายและจำเป็นต้องเพิกถอนสิทธิการอยู่อาศัยของบุคคลนั้น และหากคณะกรรมการพิจารณาเห็นแล้วว่ามีเหตุอันควรเพิกถอนการอยู่อาศัยของบุคคลต่างด้าวตามที่เสนอให้ก็ให้ดำเนินการการส่งสำนวนในเรื่องการเพิกถอนสิทธิไปยังกระทรวงมหาดไทย โดยเสนอผ่าน สำนักงานตำรวจแห่งชาติ เพื่อผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ จะได้พิจารณาให้ความเห็นก่อนแล้วจะได้ออกกระทรวงมหาดไทยอีกชั้นหนึ่ง

(3) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยพิจารณาการเพิกถอนสิทธิอยู่อาศัยของบุคคลต่างด้าว

หลังจากนั้นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยก็จะพิจารณาสำนวนเรื่องการเพิกถอนสิทธิการอยู่อาศัยของบุคคลต่างด้าวและความเห็นของบุคคลต่าง ๆ ที่กล่าวมาแล้วและหากเห็นว่าคนต่างด้าวมิพฤติการณ์ที่กระทบถึงความมั่นคง หรือเพื่อความสงบเรียบร้อย วัฒนธรรมหรือศีลธรรมอันดี หรือความผาสุกของประชาชน

ไม่สมควรอนุญาต ให้คนต่างด้าวที่เป็นปัญหานั้นพักอาศัยต่อไปในราชอาณาจักร รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีอำนาจสั่งให้เพิกถอนการอนุญาตให้อยู่อาศัยของคนต่างด้าวนั้นได้

อย่างไรก็ตาม คนต่างด้าวซึ่งถูกเพิกถอนการอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรตามมาตรา 36 มีสิทธิยื่นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการโดยยื่นต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ภายในสี่สิบแปดชั่วโมงนับแต่เวลาที่ได้ทราบคำสั่งของผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติได้

จากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ที่กำหนดกระบวนการเพิกถอนสิทธิการอยู่อาศัยของคนต่างด้าวที่เป็นภัยต่อความมั่นคงหรือกระทำการใดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอันเป็นเหตุให้ต้องถูกเพิกถอนสิทธิการอยู่อาศัยในประเทศไทยนั้นเป็นสิ่งที่เจ้าหน้าที่ดำเนินการเองโดยไม่จำเป็นต้องสอบถามหรือให้โอกาสคนต่างด้าวซึ่งจะถูกเนรเทศได้มีโอกาสเข้าต่อสู้ชี้แจงแสดงเหตุผลหรือข้อโต้แย้งหรือพยานหลักฐานใด ๆ ต่อเจ้าหน้าที่ว่าตนไม่ใช่บุคคลต่างด้าวที่กระทำผิดกฎหมายหรือเป็นภัยต่อความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด และก็ไม่มีการเขียนข้อบังคับหรือหลักเกณฑ์ใด ๆ ที่กำหนดไว้ในเรื่องกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการพิจารณาเนรเทศคนต่างด้าวรวมทั้งสิทธิของคนต่างด้าวที่จะได้รับฟังหรือเข้าต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาดังกล่าวทั้งที่ตนเป็นบุคคลหรือคู่กรณีที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่เนรเทศคนต่างด้าวนั้น

เรื่องที่เกิดขึ้นในการเนรเทศคนต่างด้าวของประเทศไทยในสมัยใหม่และได้รับรู้ในสังคมไทยเนื่องจากมีข่าวปรากฏขึ้นในสื่อสารมวลชนนั้น มีอยู่หลายกรณี ซึ่งในบางกรณีก็เป็นคดีในศาลและมีการดำเนินคดีจนถึงชั้นศาลฎีกา ในขณะที่บางคดีสิ้นสุดในศาลชั้นต้น ซึ่งในทางปฏิบัติใช้พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 และในคำพิพากษาของศาลบางฉบับก็ได้มีการอ้างหลักสิทธิของคนต่างด้าวในการเข้าต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาในการเนรเทศคนต่างด้าว แต่คดีส่วนใหญ่ไม่ได้กล่าวถึงหลักการดังกล่าว ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2755/2545

คดีแรกนี้เกี่ยวข้องกับ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 30 ซึ่งกำหนดว่า ก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครองอันมีผลกระทบต่อสิทธิของคู่กรณี ผู้มีอำนาจออกคำสั่งจะต้องให้คู่กรณีได้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและได้มีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนเพื่อแก้ข้อกล่าวหาก่อน โดยเจ้าหน้าที่ในคดีนี้ได้ละเอียดขั้นตอนในเรื่องสิทธิการได้รับฟังของคู่กรณีซึ่งเป็นสาระสำคัญในการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า นายอูริก วัลส์ฟัก ซึ่งเป็นคนต่างด้าวสัญชาติเยอรมันที่ทำธุรกิจอยู่ที่พญาได้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอันเข้าลักษณะเป็นบุคคลต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักร ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยจึงได้ออกคำสั่งไม่อนุญาตให้โจทก์เข้ามาในราชอาณาจักร แต่โจทก์เห็นว่าเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากการเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ปฏิบัติตาม มาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ จึงฟ้องคดีขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว

ศาลฎีกาพิจารณาแล้วเห็นว่า เมื่อข้อเท็จจริง ปรากฏว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้ออกคำสั่งไม่อนุญาตให้โจทก์ซึ่งเป็นคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้พำนักอยู่ในประเทศไทยเข้ามาในราชอาณาจักรอีก



โดยไม่ได้ให้โอกาสโจทก์ได้รับทราบข้อเท็จจริงก่อนรวมทั้งไม่ให้โอกาสโจทก์โต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน เพื่อหักล้างข้อมูลที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยอาศัยเป็นเหตุในการออกคำสั่งดังกล่าวเสียก่อน การพิจารณาออกคำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยจึงไม่เป็นไปตามขั้นตอนของกฎหมายจึงพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว

ในคดีนี้มีการใช้ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 และศาลได้อ้างถึงหลักการรับฟังคู่กรณีซึ่งเป็นคนต่างด้าวก่อนการออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าว ซึ่งเป็นขั้นตอนของกฎหมายที่เป็นสาระสำคัญในการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลฎีกาซึ่งเป็นศาลยุติธรรมให้ความคุ้มครองแก่คนต่างด้าวโดยเท่าเทียมกับคนไทยตามหลักกฎหมายปกครองและกฎหมายสิทธิมนุษยชน

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 312/2549

ในคดีที่สองนี้ ผู้ฟ้อง คือ นายสติเฟน ลอร์เรนซ์ บิลลิงตัน คนต่างด้าวสัญชาติอเมริกัน ฟ้องสำนักงานตำรวจแห่งชาติ กับพวกรวม 2 คน เนื่องจากเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ นายสติเฟนฯ คนต่างด้าวสัญชาติอเมริกัน ได้ถูกภรรยาฟ้องหย่าต่อศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา และขอให้อำนาจปกครองบุตรทั้ง 4 คนเป็นของภรรยา ซึ่งศาลได้มีคำสั่งให้ภรรยามีอำนาจปกครองบุตรทั้ง 4 คนดังกล่าวโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นการชั่วคราว แต่ผู้ฟ้องคดีได้ลักลอบพาบุตร 2 คน หลบหนีเข้ามาอยู่ในประเทศไทย ภรรยาจึงได้ติดตามและขอให้เจ้าหน้าที่ตำรวจแจ้งคำสั่งศาลดังกล่าวให้ผู้ฟ้องคดีทราบ แต่ผู้ฟ้องคดีก็มิได้นำบุตรทั้งสองคนไปคืนจึงได้มีการร้องทุกข์ให้ดำเนินคดีกับผู้ฟ้องคดีฐานพรางผู้เยาว์ และได้มีการออกหมายจับผู้ฟ้องคดี

เจ้าหน้าที่ได้จับกุมนายสติเฟนฯ และได้ยึดเอกสารต่าง ๆ ที่มีข้อความหรือรูปภาพที่น่าจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอันเป็นความผิดตาม พ.ร.บ.การพิมพ์ พ.ศ. 2484 และน่าจะมีลักษณะหยาบคายหรือทำให้เสื่อมเสียศีลธรรมอันเป็นความผิดตามคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 42 และจึงได้มีการดำเนินการตามกฎหมายกับนายสติเฟนฯ ในความผิดฐานพรางผู้เยาว์ แต่พนักงานอัยการได้มีคำสั่งไม่ฟ้องผู้ฟ้องคดีเพราะพยานหลักฐานไม่เพียงพอ แต่โดยที่สำนักงานตำรวจแห่งชาติได้มีคำสั่งให้พนักงานสอบสวนถือปฏิบัติกรณีคนต่างด้าวซึ่งถูกจับกุมในข้อหาคดีอาญาว่าให้รายงานผลคดีถึงที่สุดและให้ส่งตัวผู้ต้องหาให้กองตรวจคนเข้าเมืองเพื่อทราบและดำเนินการตามมาตรา 54 แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ทุกสายโดยไม่ต้องสอบสวนเป็นคดีเนรเทศ เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงได้มีหนังสือส่งตัวผู้ฟ้องคดีพร้อมสำนวนสอบสวนไปยังกองตรวจคนเข้าเมืองและมีการส่งนายสติเฟนฯ ไปนอกประเทศไทย

จากนั้นอธิบดีกรมตำรวจได้มีหนังสือเสนอต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยว่า นายสติเฟนฯ เป็นผู้มิพฤติการณ์เข้าลักษณะเป็นบุคคลต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักร ตามมาตรา 12 (7) แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง ฯ เมื่อได้ส่งตัวออกไปแล้วเห็นควรห้ามมิให้เดินทางกลับเข้ามาในราชอาณาจักรอีก รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเห็นชอบจึงได้มีคำสั่งไม่อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรไม่ว่ากรณีใด ๆ ทั้งสิ้น

ต่อมา นายสติเฟणा ได้สมรสกับหญิงไทยโดยจดทะเบียนสมรสที่สถานเอกอัครราชทูตไทย ณ กรุงจาการ์ตา และได้เดินทางเข้ามาในประเทศไทยอีก แต่เจ้าหน้าที่ตำรวจได้แจ้งให้นายสติเฟणा ทราบว่า นายสติเฟणा เป็นบุคคลต้องห้ามเข้าประเทศไทย นายสติเฟणा จึงได้มีหนังสือถึงผู้บัญชาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองเพื่อขอทราบเหตุผลในการผลักดันให้ตนออกนอกราชอาณาจักร ซึ่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองได้มีหนังสือตอบนายสติเฟणा ถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้มีความเลื่อมใสในลัทธิบูชาของพระเจ้าซึ่งเป็นลัทธิอุบาทว์ เผยแพร่การสมสู่ทางเพศให้กับเด็กและเยาวชน

นายสติเฟणा เห็นว่า ในขณะที่มีการดำเนินคดีกับตนในข้อหาพรากผู้เยาว์นั้น สำนักงานตำรวจแห่งชาติมิได้กล่าวหาและดำเนินคดีกับตนฐานเป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศชาติตามข้ออ้างดังกล่าวแต่อย่างใด นายสติเฟणा จึงยื่นฟ้องสำนักงานตำรวจแห่งชาติและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย (ผู้ถูกฟ้องคดี ที่ 1 และที่ 2 ตามลำดับ) ต่อศาลปกครอง เพื่อขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งห้ามผู้ฟ้องคดี เดินทางเข้ามาในประเทศไทย

ศาลปกครองชั้นต้นได้รับฟังคำให้การของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองว่า ในการจับกุมตัวผู้ฟ้องคดีฐานพรากผู้เยาว์ เจ้าหน้าที่ตำรวจได้พบและยึดหลักฐานต่าง ๆ เกี่ยวกับการเผยแพร่ลัทธิบูชาของพระเจ้า รวมทั้งพบข้อความเชิญชวนให้บริจาคเงินเข้าชายเป็นการเรียกร้อยโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และมีพยานบุคคลยืนยันว่าผู้ฟ้องคดีเป็นสมาชิกลัทธิดังกล่าวจริง ศาลปกครองชั้นต้นจึงเห็นว่า คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่ไม่อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว

นายสติเฟणा ผู้ฟ้องคดียื่นอุทธรณ์ว่า การที่ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาจากคำให้การของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง โดยบุคคลดังกล่าวไม่มีหลักฐานมาแสดงต่อศาล เป็นกรณีที่ศาลปกครองชั้นต้น วินิจฉัยคดีโดยรับฟังพยานหลักฐานที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า ตามมาตรา 12 (7) แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง ฯ บัญญัติว่า ห้ามมิให้คนต่างด้าวซึ่งมีพฤติการณ์เป็นที่น่าเชื่อว่า เป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคมหรือจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายต่อความสงบสุขหรือความปลอดภัยของประชาชนหรือความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือบุคคลซึ่งเจ้าหน้าที่รัฐบาลต่างประเทศได้ออกหมายจับเข้ามาในราชอาณาจักร และมาตรา 16 บัญญัติว่า ในกรณีซึ่งมีพฤติการณ์ที่รัฐมนตรีเห็นว่า เพื่อประโยชน์แก่ประเทศหรือเพื่อความสงบเรียบร้อย วัฒนธรรม หรือศีลธรรมอันดี หรือความผาสุกของประชาชน ไม่สมควรอนุญาตให้คนต่างด้าวผู้ใดหรือจำพวกใดเข้ามาในราชอาณาจักร รัฐมนตรีมีอำนาจสั่งไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวผู้นั้นหรือจำพวกผู้นั้นเข้ามาในราชอาณาจักรได้ ซึ่งกฎหมายดังกล่าว อนุญาตให้รัฐมนตรีใช้ดุลพินิจวินิจฉัยว่าบุคคลต่างด้าวผู้ใดเพียงแต่มีพฤติการณ์ที่น่าเชื่อว่า จะเป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคมตามมาตรา 12 (7) ดังกล่าวก็เพียงพอที่จะถือว่าผู้นั้นเป็นบุคคลต่างด้าวที่ไม่สมควรอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักร รัฐมนตรีสามารถใช้อำนาจสั่งไม่อนุญาตให้บุคคลต่างด้าวผู้นั้นเข้ามาในราชอาณาจักรได้ โดยไม่จำเป็นต้องถึงขนาดมีประกาศขยายนามพื้นฐานแน่ชัดว่า บุคคลต่างด้าวผู้นั้นจะกระทำความผิดหรือได้กระทำความผิดสำเร็จแล้วแต่อย่างไร

การที่ศาลปกครองชั้นต้นได้นำคำให้การของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองและบันทึกถ้อยคำของภรรยาของผู้ฟ้องคดีมาประกอบการพิจารณา แม้จะเป็นพยานบอกเล่าโดยไม่มีเอกสารพยานหลักฐานใดมาแสดง แต่บันทึกคำให้การดังกล่าวเป็นเอกสารที่พนักงานสอบสวนได้จัดทำขึ้นในทางราชการจึงเป็นเอกสารหลักฐานที่มีความน่าเชื่อถือ ซึ่งศาลสามารถใช้ดุลพินิจรับฟังได้ตามที่เห็นเหมาะสม ประกอบกับข้อเท็จจริงตามคำสั่งศาลสูงแห่งตำบล เซอโรกี มลรัฐจอร์เจีย ก็ได้กล่าวถึงลัทธิบุตรของพระเจ้าว่า เป็นลัทธิพิธีกรรมที่จะทำให้วิถีชีวิตของเด็กด้วยวิธีการต่าง ๆ การรับฟังพยานหลักฐานของศาลปกครองชั้นต้นจึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว

การที่ศาลปกครองชั้นต้นวินิจฉัยว่า คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ไม่อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีเข้ามาในราชอาณาจักรไม่ว่ากรณีใด ๆ เป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ศาลปกครองสูงสุดเห็นฟ้องด้วย คำอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีฟังไม่ขึ้น

คดีนี้เป็นคดีที่มีการเนรเทศโดยใช้พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มิใช่ พระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499 เช่นเดียวกับตัวอย่างในคดีที่ 1 เพียงแต่ไม่ได้มีการกล่าวอ้างถึงสิทธิของคนต่างด้าวในการได้รับฟังพยานหลักฐานข้อต่อสู้ข้อโต้แย้งของตนในขั้นตอนของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง คือ สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง เนื่องจากสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ได้มีคำสั่งให้พนักงานสอบสวนถือปฏิบัติกรณีคนต่างด้าวซึ่งถูกจับกุมในข้อหาคดีอาญาว่าให้รายงานผลคดีถึงที่สุดและให้ส่งตัวผู้ต้องหาให้กองตรวจคนเข้าเมืองเพื่อทราบและดำเนินการตามมาตรา 54 แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ทุกฝ่ายโดยไม่ต้องสอบสวนเป็นคดีเนรเทศ เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงได้มีหนังสือส่งตัวผู้ฟ้องคดีพร้อมสำนวนสอบสวนไปยังกองตรวจคนเข้าเมืองและมีการส่งนายสติเฟนไปนอกประเทศไทย และหลังจากนั้นอธิบดีกรมตำรวจ (ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ) ได้มีหนังสือเสนอต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยว่า นายสติเฟนฯ เป็นผู้มีความผิดลักษณะเป็นบุคคลต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักร ตามมาตรา 12 (7) แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง ฯ เมื่อได้ส่งตัวออกไปแล้วเห็นควรห้ามมิให้เดินทางกลับเข้ามาในราชอาณาจักรอีก รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเห็นชอบจึงได้มีคำสั่งไม่อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรไม่ว่ากรณีใด ๆ ทั้งสิ้น ทั้งนี้เพราะบทบัญญัติของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ก็มีได้มีบทบัญญัติให้สิทธิคนต่างด้าวในการได้รับฟังหรือเข้าต่อสู้คดีในชั้นการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งขับออกนอกประเทศแต่อย่างใด ซึ่งก็มีลักษณะเช่นเดียวกับ พระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499

คดีที่สามเป็นกรณีนายสาธิต เซกัล คดีแพ่งหมายเลขดำ 984/2557 เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นจากการที่นายสาธิตได้เข้าร่วมชุมนุมทางการเมืองดังกล่าวจึงถูกดำเนินการทางกฎหมายโดยหน่วยงานกำกับดูแลสถานการณ์ฉุกเฉินของรัฐบาล คือ ศูนย์รักษาความสงบ โดยสั่งการให้สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง เนรเทศออกจากประเทศไทยโดยศาลอาญามีหมายจับแกนนำคณะกรรมการประชาชนเพื่อการเปลี่ยนแปลงปฏิรูปประเทศไทยให้เป็นประชาธิปไตยที่สมบูรณ์แบบอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (กปปส.) และมีความพยายามจะ

ล้อมจับนายสาธิต ๆ ซึ่งไม่สำเร็จและในที่สุดศาลแพ่งก็มีคำสั่งไม่ให้มีการเนรเทศ โดยพิพากษาว่ากระบวนการเพิกถอนถิ่นที่อยู่ไม่ถูกต้องตามขั้นตอนส่อเลือกปฏิบัติและฝ่าฝืนคำสั่งของศาล<sup>145</sup>

ในคดีนี้มีข้อเท็จจริงที่สรุปได้ว่า เนื่องจากนายสาธิต เซกัล เป็นโจทก์ยื่นฟ้อง น.ส.ยิ่งลักษณ์ ชินวัตร อดีตนายกรัฐมนตรี ร.ต.อ.เฉลิม อยู่บำรุง อดีตผู้อำนวยการศูนย์รักษาความสงบ (ศรส.) และคณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมือง เป็นจำเลยที่ 1-3 เรื่องละเมิดจากกรณีมีคำสั่ง ศรส.เมื่อเดือน กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2557 ให้เพิกถอนถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรของนายสาธิต ๆ เนื่องจากได้ร่วมชุมนุมกับกลุ่มคณะกรรมการประชาชนเพื่อการเปลี่ยนแปลงปฏิรูปประเทศไทยให้เป็นประชาธิปไตยที่สมบูรณ์แบบอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (กปปส.) ปิดสถานที่ราชการ และให้นายสาธิตออกนอกราชอาณาจักรโดยมิชอบ โจทก์จึงขอให้ศาลเพิกถอนมติหรือคำสั่งที่ ศรส.เพิกถอนถิ่นที่อยู่ดังกล่าว

ศาลแพ่งเห็นว่ามิประเด็นต้องวินิจฉัยว่า การกระทำของจำเลยเป็นการละเมิดต่อโจทก์หรือไม่ ซึ่งศาลเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 81/2556 และคำวินิจฉัยที่ 15/2557 ว่าการชุมนุมของกลุ่ม กปปส.เป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งผลสืบเนื่องมาจากการไม่พอใจการทำหน้าที่ของรัฐบาล และคัดค้านร่าง พระราชบัญญัตินิรโทษกรรม ซึ่งตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 216 วรรค 5 ให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเด็ดขาดต่อผูกพันรัฐบาล คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรของรัฐ ดังนั้น ศาลยุติธรรมจึงย่อมผูกพันกับคำสั่งดังกล่าว การชุมนุมของโจทก์และกปปส. จึงได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ อีกทั้งกระบวนการพิจารณาของคณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองซึ่งได้ความจากนายประภาส บุญยนิติ รองปลัดกระทรวงมหาดไทย ที่เป็นประธานว่า การพิจารณาครั้งแรกเกี่ยวกับพฤติกรรมการชุมนุม และการปราศรัยของนายสาธิต ๆ เมื่อวันที่ 10 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2557 เห็นว่าเนื้อหาในการปราศรัยเป็นการเทิดทูนสถาบันและสำนึกในพระมหากรุณาธิคุณของพระมหากษัตริย์ที่โจทก์ได้มาพำนักอยู่ในประเทศไทย ดังนั้น คณะกรรมการจึงมีมติเห็นว่าการปราศรัยของโจทก์ไม่เป็นภัยต่อความมั่นคง ขณะที่ทางนำสืบยังได้ความอีกว่าในเวลาต่อมาเมื่อวันที่ 17 ก.พ. 2557 ได้มีการนำเรื่องนี้มาพิจารณาใหม่โดยให้มีการลงมติลับเพื่อพิจารณาเพิกถอนถิ่นที่อยู่ของโจทก์และต่อมา พล.ท.ภราดร พัฒนถาบุตร เลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ (สมช.) ในขณะนั้นได้มีการทำบันทึกเสนอจำเลยที่ 2 ให้พิจารณาเพิกถอนถิ่นที่อยู่ของโจทก์ โดยในขั้นตอนของการพิจารณาดังกล่าวไม่ได้เปิดโอกาสให้โจทก์เข้าชี้แจงหรือทำการโต้แย้ง จนกระทั่งมีการออกคำสั่งเพิกถอนถิ่นที่อยู่โจทก์ กระบวนการพิจารณาดังกล่าวจึงไม่เป็นไปตามขั้นตอนของกฎหมายมีลักษณะส่อไปในทางเลือกปฏิบัติไม่สุจริต

นอกจากนั้นศาลแพ่งได้มีคำสั่งห้ามจำเลยนำประกาศและข้อกำหนด ซึ่งได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการเพิกถอนถิ่นที่อยู่ชาวต่างด้าวมาบังคับใช้ ดังนั้น การกระทำของจำเลยในการมีมติเพิกถอนถิ่นที่อยู่โจทก์ จึง

<sup>145</sup> ทีมข่าวอาชญากรรม, 'ศาลแพ่งมีคำสั่งไม่ให้เนรเทศ "สาธิต เซกัล" ชี้ส่อเลือกปฏิบัติ' (ผู้จัดการ ออนไลน์, 30 กันยายน 2557) <<https://mgronline.com/crime/detail/9570000112281>> สืบค้นเมื่อ 4 เมษายน 2566.

ไม่ถูกต้องตามขั้นตอนและและยังฝ่าฝืนคำพิพากษาศาลแพ่งดังกล่าวด้วย จึงไม่มีเหตุที่จะเพิกถอนถิ่นที่อยู่โจทก์ ตามพ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 12 (7) และจึงพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งของจำเลยดังกล่าว<sup>146</sup>

ตัวอย่างนี้นับเป็นเรื่องโชคดีสำหรับนายสาธิต เซกัล ที่มีได้ถูกเนรเทศแต่ได้รับความเป็นธรรมในการพิพากษาคดีของศาลแพ่งที่ได้พิพากษาว่าในคดีนี้มีข้อเท็จจริงส่วนหนึ่งซึ่งเป็นเรื่องการกระทำผิดขั้นตอนของเจ้าหน้าที่ที่ไม่ให้โอกาสโจทก์ ซึ่งเป็นคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศเข้าชี้แจงหรือทำการโต้แย้ง จนกระทั่งมีการออกคำสั่งเพิกถอนถิ่นที่อยู่โจทก์ โดยได้มีการใช้บทบัญญัติของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ด้วย (ซึ่งก็มีหลักการเช่นเดียวกับ พระราชบัญญัติเนรเทศ พ.ศ. 2499) กระบวนการพิจารณาดังกล่าวจึงไม่เป็นไปตามขั้นตอนของกฎหมายอันมีลักษณะส่อไปในทางเลือกปฏิบัติไม่สุจริต ซึ่งเป็นการแสดงความก้าวร้าวทางความคิดของท่านผู้พิพากษาที่ตัดสินคดีนี้ในด้านกระบวนการพิจารณาที่ชอบและเป็นธรรม (Due Process) และหลักสุจริต ซึ่งก็มีลักษณะเช่นเดียวกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2755/2545 แต่คำพิพากษาของศาลในคดีนี้เป็นคำพิพากษาศาลชั้นต้นเท่านั้น ไม่ใช่คำพิพากษาศาลฎีกา และไม่ปรากฏว่ามีการอุทธรณ์หรือฎีกาต่อไป แต่คนต่างด้าวคนอื่น ๆ อาจไม่โชคดีเช่นเดียวกับคนต่างด้าวในสองคดีนี้ก็ได้อีก

ตัวอย่างที่สี่ เป็นกรณีของนาย จอห์น เดวิด ยัง สัญชาติอังกฤษ ซึ่งได้ตั้งรกรากอยู่ในจังหวัดภูเก็ต โดยเปิดร้านอาหารร่วมกับเพื่อนชาวต่างชาติ และนายจอห์นมีภรรยาเป็นคนไทย กล่าวคือ ในปี พ.ศ. 2560 กลุ่มนักศึกษาชุมนุมชนได้ถกเถียงกันถึงกรณีชาวตะวันตกรายหนึ่งซึ่งได้พยายามต่อสู้เพื่อที่จะได้กลับมาอยู่เมืองไทยอีกครั้ง หลังได้มีบุคคลเข้าร้องเรียนว่าเขาถูกเนรเทศให้พ้นจากประเทศไทย เนื่องจากมีเหตุทะเลาะกับเพื่อนบ้าน ซึ่งถึงขั้นทำร้ายกัน และศาลพิพากษาว่าคนต่างด้าวนั้นมีความผิดฐาน บุกรุกยามวิกาลและทำร้ายร่างกาย จึงพิพากษาลงโทษจำคุก 1 ปี 6 เดือน แต่โทษนั้นให้รอลงอาญาไว้ 1 ปี

นายจอห์น ฯ อาศัยอยู่ในบ้านเช่าและใกล้กันก็มีบ้านอีกหลังซึ่งเจ้าของคือคุณกรณี เป็นคนไทยซึ่งมีสามีเป็นชาวต่างชาติ ซึ่งภรรยาของนายจอห์น ฯ และหญิงข้างบ้านมีการทะเลาะวิวาทกันบ่อยครั้งและวันหนึ่งซึ่งวันนั้นตรงกับวันฮาโลวีน (31 ตุลาคม พ.ศ.2552 เข้าวันที่ 1 พฤศจิกายน พ.ศ. 2552) เวลาประมาณ 02.30 น. นายจอห์น ฯ ได้เดินทางกลับมาที่บ้าน หลังได้ยินเสียงเพลงจากข้างบ้านเปิดเสียงดัง ซึ่งเข้าใจว่าเป็นการจัดงานเลี้ยง นายจอห์น ฯ เห็นว่าลูก ๆ ของตนเข้านอนแล้วจึงเข้าไปขอให้ลดเสียงเพลง และด้วยเหตุนี้จึงทำให้มีปากเสียงกระทั่งถึงขั้นทำร้ายกันและจากบันทึกของตำรวจและแพทย์ระบุว่า คุณกรณีซึ่งเป็นหญิงได้รับบาดเจ็บ โดยมีนิ้วก้อยมือขวาบวม เหยียดไม่สุด แพทย์ได้วินิจฉัยว่า เอ็นข้อมือนิ้วก้อยฉีกขาด ส่วนนายจอห์น ฯ แขนขวาหัก นอกจากนี้ก็มีแผลตามร่างกาย ฝ่ายคุณกรณีได้เข้าแจ้งความในข้อหาบุกรุกเคสสถานในเวลากลางคืน โดยไม่มีเหตุอันควร และทำร้ายร่างกาย และได้มีการฟ้องคดีนายจอห์น ฯ ซึ่งทำให้นายจอห์น ฯ ถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิด 2 ข้อหา คือ บุกรุกยามวิกาล และทำร้ายร่างกาย จึงมีความผิดข้อหาบุกรุก โทษจำคุก 2 ปี ปรับ 5,000 บาท ฐานทำร้ายร่างกาย จำคุก 1 ปี ปรับ 2,000 บาท แต่จำเลย รับผิดชอบเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา มีเหตุให้บรรเทาโทษให้กึ่งหนึ่ง จึงคงจำคุกจำเลย เป็นเวลา 1 ปี 6 เดือน ปรับ 3,500 บาท แต่เมื่อพิเคราะห์รายงานสืบเสาะแล้วเห็นว่านิสัยรวมทั้งความประพฤติของจำเลยไม่ปรากฏข้อ

<sup>146</sup> เฟิงอ้าง.

เสียหายร้ายแรง ประกอบอาชีพสุจริต เห็นควรให้โอกาสจำเลย และไม่ปรากฏว่าจำเลยได้รับโทษจำคุกมาก่อน จึงให้รอการลงโทษไว้ มีกำหนด 1 ปี ตามมาตรา 29 และมาตรา 30 คดีไม่มีการอุทธรณ์จึงถึงที่สุดแล้ว

อย่างไรก็ตามนายจอห์น ๆ ถูกเนรเทศ เนื่องจากเป็นบุคคลไม่พึงประสงค์ เพราะสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองได้มีคำสั่งเนรเทศและขึ้นบัญชีดำเป็นบุคคลห้ามเข้ามาในราชอาณาจักรไทยเป็นเวลา 5 ปี ด้วยเหตุดังกล่าว ทำให้ลูกชายและลูกสาวขาดคนเลี้ยงดู โดยมีปัญหาต่าง ๆ เกิดขึ้นมากมาย เช่น ลูกชายมีปัญหากับเด็กวัยรุ่นใกล้บ้านและถูกขู่จะฆ่าจึงหนีออกจากบ้านแต่ตำรวจไปพบจึงพาส่งกลับบ้าน ในขณะที่ลูกสาวก็อยู่กับป้าซึ่งสภาพแวดล้อมไม่ค่อยดี เนื่องจากอยู่ใกล้ผับบาร์ และมีอาการซึมเศร้า เกือบกอด ขณะที่แม่ของเด็กหญิงไปมีสามีใหม่และย้ายไปอยู่ที่พัทยา ดังนั้น หลังจากถูกเนรเทศ และนายจอห์น ๆ รู้ปัญหาที่เกิดขึ้นจึงได้พยายามที่จะกลับเข้ามาในประเทศไทยอีกครั้งเพราะเป็นห่วงลูกๆ ของตน

ในการเนรเทศนายจอห์น ๆ นั้น เป็นการเนรเทศชาวต่างชาติออกนอกราชอาณาจักรไทย ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ตาม มาตรา 53 ซึ่งเป็นกรณีที่คนต่างด้าวซึ่งเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยแล้วภายหลังปรากฏว่าเป็นบุคคลซึ่งมีพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 12 (7) คือ มีพฤติการณ์เป็นที่น่าเชื่อว่าเป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคม หรือจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายต่อความสงบสุขหรือความปลอดภัยของประชาชนหรือความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือบุคคลซึ่งเจ้าหน้าที่รัฐบาลต่างประเทศได้ออกหมายจับหรือ หรือเป็นบุคคลตามมาตรา 12 (10) คือ รัฐมนตรีไม่อนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามมาตรา 16 หรือไม่ปฏิบัติตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนด ตาม หรือเป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 44 คือ ห้ามมิให้คนต่างด้าวผู้ใดเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรถ้าปรากฏว่า (1) เป็นผู้เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาของศาลไทยหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดลหุโทษหรือความผิดอันได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดที่ยกเว้นไว้ในกฎกระทรวง ถ้าคณะกรรมการเห็นว่าควรเพิกถอนการอนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร ก็ให้เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีเพื่อสั่งเพิกถอนการอนุญาตต่อไป<sup>147</sup> หากชาวต่างชาติกระทำความผิดในราชอาณาจักรไทย หรือทำให้มีเหตุอันควรในการเพิกถอนการอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักร เช่น มีพฤติการณ์น่าเชื่อว่าจะเป็นภัยต่อสังคมหรือเป็นบุคคลที่รัฐบาลต่างประเทศได้ออกหมายจับ จะถือว่า บุคคลนี้เป็นบุคคลต้องห้ามตาม พ.ร.บ.คนเข้าเมือง มาตรา 12 และจะนำไปสู่เหตุในการเพิกถอนไม่ให้บุคคลนั้นอยู่ในราชอาณาจักรได้

อย่างไรก็ตาม นายจอห์น ๆ ได้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองโดยฟ้องสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองเป็นผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งเป็นการฟ้องโดยอาศัยบทบัญญัติของ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มิใช่ พระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499 เนื่องจากสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองผลักดันผู้ฟ้องคดีให้ออกนอกประเทศไทยโดยใช้บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคน

<sup>147</sup> ‘ส่งกลับบ้านเกิด! เปิดเกณฑ์เนรเทศต่างชาติ ไขวิธีปลดแบล็กลิสต์เข้าไทย’ (ไทยรัฐออนไลน์, 22 มีนาคม 2560) <<https://www.thairath.co.th/scoop/891847>> สืบค้นเมื่อ 4 เมษายน 2566.

เข้าเมืองฯ แต่มีได้ใช้พระราชบัญญัติการเนรเทศ ซึ่งได้มีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด คือ คดีหมายเลขแดงที่ อ. 696/2561

ผู้ฟ้องคดีระบุว่าตนเป็นคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรไทยตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ตั้งแต่ปีพ.ศ. 2543 เป็นต้นมาโดยประกอบอาชีพทำธุรกิจร้านอาหารในจังหวัดภูเก็ตมาโดยตลอดจนกระทั่งถูกดำเนินคดีอาญาในข้อหาบุกรุกและทำร้ายร่างกาย ซึ่งศาลจังหวัดภูเก็ตมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกผู้ฟ้องคดีในฐานความผิดดังกล่าวโดยที่ผู้ฟ้องคดีให้การรับสารภาพเป็นประโยชน์แก่การพิจารณาอันมีเหตุบรรเทาโทษจึงลดโทษให้กึ่งหนึ่ง คงจำคุกเพียง 1 ปี 6 เดือนและ ปรับ 3,500 บาท ซึ่งศาลได้พิพากษาให้รอการลงโทษจำคุกไว้มีกำหนด 1 ปี เนื่องจากผู้ฟ้องคดีมีนิสัยและความประพฤติที่ปรากฏข้อเสียหายร้ายแรง และเป็นผู้ประกอบอาชีพโดยสุจริตและไม่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้รับโทษจำคุกมาก่อน ภายหลังจากที่ศาลจังหวัดภูเก็ตมีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม 2556 ผู้บังคับการสืบสวนสอบสวน สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ได้มีคำสั่งลงวันที่ 29 สิงหาคม 2556 ให้บันทึกชื่อผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลซึ่งมีลักษณะต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามที่คณะกรรมการพิจารณาและเปลี่ยนแปลงข้อมูลคนต่างด้าวที่มีพฤติการณ์สมควรมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ในการประชุมเมื่อวันที่ 26 มิถุนายน 2552 เมื่อผู้ฟ้องคดีได้เดินทางออกจากประเทศไทยประมาณต้นเดือนกุมภาพันธ์ 2558 และเดินทางกลับเข้ามาประเทศไทยผ่านทางด่านตรวจคนเข้าเมืองสะเดาจังหวัดสงขลาจึงถูกแจ้งคำสั่งจากพนักงานเจ้าหน้าที่ของสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองให้ผู้ฟ้องคดีกลับออกไปนอกราชอาณาจักร โดยระบุว่าผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลต้องห้ามเข้ามาในราชอาณาจักรตามมาตรา 12 (6) และ (7) แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฯ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า คดีอาญาที่ผู้ฟ้องคดีต้องโทษจำคุกและปรับนั้น ศาลจังหวัดภูเก็ตให้รอการลงโทษจำคุกไว้มีกำหนด 1 ปีผู้ฟ้องคดีจึงยังไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาของศาลไทยจึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ต้องห้ามเข้ามาในราชอาณาจักรตามมาตรา 12 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฯ ส่วนกรณีต้องห้ามเข้ามาในราชอาณาจักรด้วยเหตุมีพฤติการณ์เป็นที่น่าเชื่อว่าเป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคมหรือจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายต่อความสงบสุขหรือความปลอดภัยของประชาชนหรือความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรตามมาตรา 12 วรรคหนึ่ง (7) นั้น ภายหลังจากที่ศาลจังหวัดภูเก็ตมีคำพิพากษาให้รอการลงโทษผู้ฟ้องคดีไว้มีกำหนด 1 ปีในความผิดอาญาฐานบุกรุกและทำร้ายร่างกายแล้ว ผู้บังคับการสืบสวนสอบสวน สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ในสังกัดผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้มีคำสั่งเมื่อวันที่ 29 สิงหาคม 2556 ให้บันทึกชื่อผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลซึ่งมีลักษณะต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักร กรณีย่อมต้องถือว่า สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองได้ทราบถึงข้อเท็จจริงที่ปรากฏตามคำพิพากษาดังกล่าว และหากเห็นว่าพฤติการณ์การกระทำความผิดของผู้ฟ้องคดีตามคำพิพากษาของศาลจังหวัดภูเก็ตมีลักษณะเป็นที่น่าเชื่อว่าเป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคมหรือจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายต่อความสงบสุขหรือความปลอดภัยของประชาชนหรือความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรก็ย่อมเป็นกรณีที่ไม้อาจอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นคนต่างด้าวเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรได้อีกต่อไป และมีเหตุที่ต้องดำเนินการตามกฎหมายเพื่อส่งผู้ฟ้องคดีกลับออกไปนอกราชอาณาจักร โดยสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองซึ่งเป็นหน่วยงานในสังกัดสำนักงานตำรวจแห่งชาติย่อมมีอำนาจที่จะรายงาน

พฤติการณ์ของผู้ฟ้องคดีดังกล่าวให้ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาทราบ เพื่อให้เสนอเรื่องไปยังคณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองเพื่อพิจารณาเสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเพื่อสั่งเพิกถอนการอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นคนต่างด้าวเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรต่อไป ทั้งนี้ ตามมาตรา 53 แห่ง พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง ฯ แต่ข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่าได้มีการดำเนินการในลักษณะดังกล่าวแต่ประการใด โดยผู้ฟ้องคดียังคงพักอาศัยอยู่ในประเทศไทยต่อมาในระหว่างที่ศาลจังหวัดภูเก็ตมีคำพิพากษาให้รื้อการลงโทษจำคุกผู้ฟ้องคดีไว้มีกำหนด 1 ปี โดยไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ฟ้องคดีได้กระทำความผิดอาญาซ้ำอีกหรือมีพฤติการณ์ในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งที่เข้าข่ายต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฯ อีกกรณีจึงเห็นได้ว่าในระหว่างที่ผู้ฟ้องคดีพำนักอยู่ในราชอาณาจักร ผู้ฟ้องคดีไม่ได้มีพฤติการณ์ในลักษณะเป็นที่น่าเชื่อได้ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคมหรือจะก่อเหตุร้ายให้เกิด อันตรายต่อความสงบสุขหรือความปลอดภัยของประชาชน หรือความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร อันจะเป็นเหตุให้ เป็นคนต่างด้าวซึ่งต้องห้ามเข้ามาในราชอาณาจักรตามมาตรา ๑๒ วรรคหนึ่ง (๗) แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฯ แต่อย่างใด

ดังนั้น การที่พนักงานเจ้าหน้าที่ของสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองได้มีคำสั่งปฏิเสธการเข้าเมืองและมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีกลับไปนอกราชอาณาจักรจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การปฏิบัติราชการที่ดีให้กับหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้อำนาจพิจารณาทางปกครองการออกคำสั่งในเรื่องใด ๆ ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลใด การพิจารณาทางปกครองจึงต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากการดำเนินการดังกล่าวของฝ่ายปกครองและการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปโดยความเหมาะสมหรือความสมเหตุสมผล เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ฟ้องคดียังคงพักอาศัยอยู่ในประเทศไทยต่อมาในระหว่างที่ศาลจังหวัดภูเก็ตมีคำพิพากษาให้รื้อการลงโทษจำคุกผู้ฟ้องคดีไว้มีกำหนด 1 ปีจนกระทั่งผู้ฟ้องคดีได้เดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทยเพื่อไปทำธุระที่ประเทศมาเลเซียเมื่อประมาณต้นเดือนกุมภาพันธ์ 2558 โดยไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ฟ้องคดีได้กระทำความผิดอาญาซ้ำอีกหรือมีพฤติการณ์ในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งที่เข้าข่ายต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 12 แห่ง พระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฯ ดังนั้น การที่พนักงานเจ้าหน้าที่ของสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองได้มีคำสั่งปฏิเสธการเข้าเมืองและมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีกลับไปนอกราชอาณาจักร และให้บันทึกชื่อผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลซึ่งมีลักษณะต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วางบรรทัดฐานการปฏิบัติราชการที่ดีให้กับหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้อำนาจพิจารณาทางปกครอง การออกคำสั่งในเรื่องใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลใด การพิจารณาทางปกครองนั้นต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากการดำเนินการดังกล่าวของฝ่ายปกครอง และการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปโดยความเหมาะสมหรือความสมเหตุสมผลเพราะข้อเท็จจริงของคดีปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นคนต่างด้าวเคยต้องโทษจำคุกและปรับในคดีอาญานั้น ศาลจังหวัดภูเก็ตให้รื้อการลงโทษไว้มีกำหนด 1 ปีถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีจึง



ยังไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาของศาลไทยจึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ต้องห้ามเข้ามาในราชอาณาจักรตามมาตรา 12 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ทั้งยังเห็นได้ว่าในระหว่างที่ผู้ฟ้องคดีพำนักอยู่ในราชอาณาจักร ผู้ฟ้องคดีไม่มีพฤติการณ์ในลักษณะเป็นที่น่าเชื่อได้ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคม หรือจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายต่อความสงบสุขหรือความปลอดภัยของประชาชน หรือความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร อันจะเป็นเหตุให้เป็นคนต่างด้าวซึ่งต้องห้ามเข้ามาในราชอาณาจักรตามมาตรา 12 วรรคหนึ่ง (7) แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 แต่อย่างไรก็ดี ดังนั้น การที่พนักงานเจ้าหน้าที่ของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ได้มีคำสั่งปฏิเสธการเข้าเมืองและมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีกลับออกไปนอกราชอาณาจักรและผู้บังคับการสืบสวนสอบสวน สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง (ผบก. สส. สตม.) ได้มีคำสั่งบันทึกชื่อผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลซึ่งมีลักษณะต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงพิพากษายืนตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นที่เพิกถอนคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่สั่งให้ผู้ฟ้องคดีกลับออกไปนอกราชอาณาจักร

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 29/2563

ในคดีตัวอย่างที่ห้านี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการเพิกถอนสิทธิที่อยู่อาศัยของคนต่างด้าวหรือการเนรเทศโดยที่ผู้ฟ้องคดีอ้างถึงสิทธิในการได้รับฟังหรือเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเพื่อใช้พยานหลักฐานในการต่อสู้หรือโต้แย้งในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ก่อนออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าว โดยผู้ฟ้องคดีเป็นหญิงต่างด้าวสัญชาติสาธารณรัฐเกาหลีซึ่งได้จดทะเบียนสมรสกับชายซึ่งมีสัญชาติไทย แต่ต่อมาถูกจับกุมและถูกฟ้องในข้อหาเป็นคนต่างด้าวอยู่ในราชอาณาจักรโดยการอนุญาตสิ้นสุดซึ่งศาลได้มีคำพิพากษาลงโทษผู้ฟ้องคดีให้จำคุก 2 เดือนปรับ 3,000 บาท โทษจำคุกให้รอไว้มีกำหนด 1 ปี ต่อมาเจ้าหน้าที่ของผู้บัญชาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองได้ออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีออกไปนอกราชอาณาจักรโดยอาศัยอำนาจตามคำสั่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยห้ามผู้ฟ้องคดีเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นเวลา 5 ปี นับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีเดินทางออกนอกราชอาณาจักร ผู้ฟ้องจึงฟ้องคดีผู้บัญชาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นคดีเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในคดีนี้มีปัญหาว่าคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ห้ามมิให้ผู้ฟ้องคดีเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นระยะเวลา 5 ปี และให้ผู้ฟ้องคดีออกไปนอกราชอาณาจักรเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งศาลปกครองชั้นต้นพิพากษายกฟ้อง ผู้ฟ้องคดีจึงอุทธรณ์โดยมีส่วนหนึ่งที่ยังอ้างถึงกรณีกระบวนการพิจารณาก่อนออกคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ของผู้บัญชาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองว่าไม่ได้มีการสอบสวนให้ได้ข้อเท็จจริงชัดเจนแจ้งก่อนออกคำสั่งตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 54 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 จึงเป็นการสอบสวนที่ไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และเป็นการใช้ดุลพินิจฟังข้อเท็จจริงที่ไม่เหมาะสม เนื่องจากไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อความมั่นคงหรือประกอบกิจการอื่นใดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและในคดีนี้มีการกล่าวอ้างถึงสิทธิของบุคคลที่ต้องได้รับการเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองก่อนเจ้าหน้าที่ออกคำสั่ง

ทางปกครองที่จะมีผลกระทบต่อตนว่าไม่ได้ให้สิทธิตนได้เข้าต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ก่อนออกคำสั่ง

ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิในการเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ว่า ศาลเห็นว่า พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 30 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน และวรรคสองบัญญัติว่า ความในวรรคหนึ่งมิให้นำมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้...(6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งกฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดว่าให้คำสั่งทางปกครองในกรณีดังต่อไปนี้เป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคสอง (6) ... (6) การสั่งให้เนรเทศทำให้กระบวนการสอบสวนเพื่อมีคำสั่งให้ส่งตัวผู้ฟ้องคดีกลับออกไปนอกราชอาณาจักรซึ่งก็คือการสั่งให้เนรเทศผู้ฟ้องคดีของพนักงานเจ้าหน้าที่ ของผู้ถูกฟ้องคดีตาม มาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 อยู่ในข้อยกเว้นไม่ต้องดำเนินการตามวรรคหนึ่งของ มาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องให้ผู้ฟ้องคดีมีโอกาสได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 30 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ประกอบ (6) ของกฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

จากบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการได้รับฟังของคนต่างด้าวในกรณีการเนรเทศคนต่างด้าว กล่าวคือ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 30 วรรคสอง (6) และ (6) ของกฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ไม่ให้สิทธิคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศได้มีสิทธิหรือโอกาสในการเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ก่อนออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าว ประกอบกับการที่พระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ไม่มีบทบัญญัติให้สิทธิแก่คนต่างด้าวในการเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่เพื่อใช้สิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานเพื่อปกป้องตนจากการถูกเนรเทศก่อนเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งเนรเทศ ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อตน คนต่างด้าวจึงไม่ได้รับสิทธิในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการเนรเทศคนต่างด้าวก่อนเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งเนรเทศ

ถึงแม้จะมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2755/2545 และคำพิพากษาของศาลแพ่งในคดีหมายเลขดำ 984/2557 ที่พิพากษาเพิกถอนคำสั่งการเพิกถอนถิ่นที่อยู่และเนรเทศคนต่างด้าว เนื่องจากในขั้นตอนการพิจารณาของทั้งสองกรณีดังกล่าวไม่ได้เปิดโอกาสให้คนต่างด้าวผู้ถูกเนรเทศได้เข้าชี้แจงหรือทำการโต้แย้งจนกระทั่งมีการออกคำสั่งเพิกถอนถิ่นที่อยู่ของคนต่างด้าว กระบวนการพิจารณาดังกล่าวนั้นจึงไม่เป็นไปตามขั้นตอนของกฎหมายเนื่องจากมีลักษณะส่อไปในทางเลือกปฏิบัติไม่สุจริต แต่ก็ในบางคดีศาลก็มีได้ยกหลักกฎหมายเรื่องสิทธิในการได้รับฟังของคนต่างด้าวที่จะได้เข้าต่อสู้ในชั้นการพิจารณาเพื่อเนรเทศคนต่างด้าวแต่

อย่างไร เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่รับรองสิทธิของคนต่างด้าวไว้อย่างชัดเจนและทั้งสองคดีเป็นคดีในศาลยุติธรรม คือ ศาลฎีกา และศาลแพ่ง

นอกจากนั้นในคดีของศาลปกครองสูงสุด คือ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 29/2563 ศาลปกครองสูงสุดพิพากษายืนตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นโดยพิพากษาว่าผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นคนต่างด้าวซึ่งถูกเพิกถอนสิทธิการอยู่อาศัยในประเทศไทย ซึ่งก็คือ การเนรเทศ ไม่มีสิทธิหรือมีโอกาสได้ทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการออกคำสั่งเนรเทศและไม่มีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ก่อนออกคำสั่งเนรเทศ เพราะเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 30 วรรคสอง (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบ (6) ของกฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ที่ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่ากฎหมายของประเทศไทยในเรื่องสิทธิในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาในการเนรเทศคนต่างด้าวก่อนมีการออกคำสั่งเนรเทศนั้นไม่มีการให้สิทธิคนต่างด้าวในกรณีดังกล่าวแต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของนานาอารยประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ

## บทที่ 4

### บทวิเคราะห์ปัญหาสิทธิของคนต่างด้าวในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาเพื่อการเนรเทศคนต่างด้าว

ในบทนี้จะกล่าวถึงหลักการรับฟังคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองของประเทศไทยในการเนรเทศคนต่างด้าวของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งรับผิดชอบกระบวนการเนรเทศก่อนออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวโดยการวิเคราะห์ถึงปัญหาและอุปสรรคสำหรับคนต่างด้าวซึ่งอยู่ในประเทศไทยและจะถูกเนรเทศในการไม่ได้รับสิทธิในการเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ก่อนมีการออกคำสั่งเนรเทศตนและเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของนานประเทศและระหว่างประเทศ

#### 4.1 สิทธิของคู่กรณีซึ่งเป็นคนต่างด้าวในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อนออกคำสั่งเนรเทศ

ในปัจจุบันกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ และสนธิสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ได้ยอมรับว่า จะไม่มีคนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยชอบด้วยกฎหมายถูกเนรเทศจากดินแดนของรัฐใดวันแต่มีเหตุผลอันสมควร และต้องเป็นไปตามกฎหมาย มีการห้ามการกีดกัน คำตัดสินต้องบอกกล่าวให้ผู้ที่จะถูกเนรเทศทราบและเหตุผลในการเนรเทศนั้น คนต่างด้าวต้องได้รับโอกาสในการโต้แย้งเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเนรเทศด้วยกระบวนการทางกฎหมายที่เหมาะสม และคำสั่งเนรเทศต้องทำเป็นหนังสือ แต่เนื่องจากกระบวนการเนรเทศไม่ใช่กระบวนการพิจารณาทางอาญา การคุ้มครองทางด้านวิธีพิจารณาจึงไม่มีมากเท่ากระบวนการพิจารณาทางอาญา แต่คนต่างด้าวซึ่งจะถูกเนรเทศต้องมีสิทธิที่จะเสนอเหตุผลและหลักฐานที่ใช้โต้แย้งการเนรเทศ สิทธิที่จะมีนายความหรือที่ปรึกษาผู้ช่วยเหลือในการเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเนรเทศ สิทธิที่จะอุทธรณ์คำสั่งเนรเทศ และสิทธิที่จะได้รับการแก้ไขเยียวยาหากคำสั่งเนรเทศนั้นไม่ชอบ

ดังนั้น จากกฎหมายและแนวคำพิพากษาของประเทศต่าง ๆ และกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการเนรเทศคนต่างด้าวที่ได้กล่าวมาในบทที่ 3 นั้นต่างให้สิทธิคนต่างด้าวในการได้รับฟังหรือเข้าต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาก่อนการออกคำสั่งเนรเทศของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยมีการกำหนดรายละเอียดของสิทธิในการได้รับฟังของคนต่างด้าวในกระบวนการพิจารณาสำหรับการเนรเทศคนต่างด้าว ดังนี้

- (1) สิทธิในการได้รับคำบอกกล่าวว่าคุณต่างด้าวกระทำการต่าง ๆ อันเป็นเหตุให้ถูกเนรเทศ

การให้คำบอกกล่าวเป็นกระบวนการที่จำเป็นต้องมีตามกฎหมาย โดยเฉพาะการให้ส่งกลับประเทศ เพราะคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศจะได้มีเวลาเตรียมตัวในการต่อสู้ว่าตนไม่ควรถูกเนรเทศด้วยเหตุผลอย่างไร ดังนั้นในคำบอกกล่าวจะต้องระบุข้อกล่าวหาที่ชัดเจนเพื่อเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวโต้แย้ง ข้อกล่าวหา และต้องระบุว่าคนต่างด้าวมีสิทธิที่จะมีผู้แทนเข้าช่วยเหลือในกระบวนการพิจารณาที่จะเนรเทศตน

(2) สิทธิในการโต้แย้งคำสั่งที่จะเนรเทศ

คนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศต้องมีสิทธิโต้แย้งคำสั่งที่จะเนรเทศนั้นว่าไม่ถูกต้องและไม่เป็นจริง เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงไม่มีสิทธิออกคำสั่งเนรเทศตนออกจากดินแดนหรือประเทศที่ตนอยู่อาศัยนั้น ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับเมื่อบุคคลใดถูกฟ้องคดีบุคคลนั้นย่อมมีสิทธิทำคำให้การว่าตนเองมิได้กระทำการต่าง ๆ ตามที่ถูกฟ้องในคดีนั้น

(3) สิทธิที่จะเข้าร่วมในการพิจารณา

เนื่องจากการเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาของฝ่ายปกครองหรือกระบวนการที่จะเนรเทศคนต่างด้าวที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำการใด ๆ ที่จะเป็นเหตุให้ถูกเนรเทศนั้นเป็นสิ่งที่มีความสำคัญมาก เพราะเป็นโอกาสที่ให้คู่กรณีคือคนต่างด้าวที่จะได้รับผลกระทบจากคำสั่งเนรเทศได้โต้แย้งแสดงพยานหลักฐานว่าตนมิได้กระทำความผิดตามที่มีการกล่าวอ้างหรือพยานหลักฐานของหน่วยงานที่กล่าวอ้างหรือของเจ้าหน้าที่ไม่ถูกต้องอย่างไรคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศต้องมีสิทธิเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือศาลที่เกี่ยวกับการเนรเทศคนต่างด้าวในบางประเทศ กล่าวคือ สหรัฐอเมริกา โดยได้มีโอกาสในการเสนอพยานหลักฐานเพื่อประกอบการโต้แย้งว่าตนมิได้กระทำความผิดตามที่ถูกกล่าวหาหรือตนมิได้กระทำการใดที่เป็นภัยต่อความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยของประเทศที่ตนอาศัยอยู่และจะถูกเนรเทศออกจากดินแดนนั้น ซึ่งมาจากแนวความคิดว่าคนต่างด้าวต้องมีโอกาสที่จะโต้แย้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายของคำสั่งเนรเทศ ต่อผู้ออกคำสั่งที่เป็นกลางและเป็นอิสระ เช่นเดียวกับการพิจารณาคดีในศาลซึ่งต้องได้รับการพิจารณาจากศาลที่เป็นกลางและเป็นอิสระ

(4) สิทธิที่จะมีทนายความหรือที่ปรึกษา

สิทธิที่จะมีทนายความหรือที่ปรึกษาเพื่อช่วยเหลือในกระบวนการพิจารณาทั้งหลายเป็นส่วนสำคัญของกระบวนการพิจารณาที่ขอด้วยกฎหมายในกระบวนการพิจารณาใด ๆ และกระบวนการพิจารณาในการเนรเทศนั้นมักมีกฎหมายที่ค่อนข้างซับซ้อนที่คนต่างด้าวไม่สามารถดำเนินการโดยไม่มีผู้ช่วยเหลือด้านกฎหมาย ซึ่งสิทธินี้ได้รับการรับรองทั้งในระดับระหว่างประเทศและสหภาพยุโรป

(5) สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือด้านกฎหมาย

ในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นบุคคลที่มีฐานะยากจนและไม่มีเงินเพียงพอที่จะจ้างทนายความหรือที่ปรึกษาทั้งหลาย บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือด้านกฎหมายเกี่ยวข้องโดยตรงกับการเข้าถึงการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพ แต่ว่าในบางประเทศจะไม่จ่ายค่าใช้จ่ายให้

(6) สิทธิที่จะมีล่ามเพื่อช่วยเหลือในการแปลภาษาให้

สำหรับคนต่างด้าวซึ่งไม่เข้าใจภาษาของประเทศที่ตนอาศัยอยู่อย่างลึกซึ้งและจะถูกเนรเทศนั้นในเรื่องการเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาในการเนรเทศนั้นในหลายประเทศมีกฎหมายที่กำหนดให้ต้องมีล่ามเพื่อช่วยเหลือคนต่างด้าวที่จะได้รับผลกระทบจากคำสั่งเนรเทศในการแปลภาษาให้ในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ดังนั้น คนต่างด้าวในคดีเนรเทศในปัจจุบันของหลายประเทศจึงได้รับการช่วยเหลือให้มีล่ามช่วยแปลภาษาให้ แต่เอกสารต่าง ๆ ที่ได้รับนอกห้องพิจารณานั้นอาจไม่ออกค่าใช้จ่ายในการแปลให้

(7) สิทธิในการเข้าถึงการแก้ไขเยียวยาที่มีประสิทธิผล

สิทธิที่จะอุทธรณ์คำสั่งเนรเทศ และสิทธิที่จะได้รับการแก้ไขเยียวยาหากคำสั่งเนรเทศนั้นไม่ชอบ

คนต่างด้าวซึ่งถูกเนรเทศต้องมีสิทธิเข้าถึงการแก้ไขเยียวยาโดยการอุทธรณ์คำสั่งที่ให้เนรเทศตน หากเห็นว่าคำสั่งนั้นไม่ถูกต้อง เพราะตนมีสิทธิจะได้รับการพิจารณาที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นธรรม และตนเห็นว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่เป็นธรรม

ในกรณีที่การอุทธรณ์นั้นได้ผล คนต่างด้าวต้องมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาที่มีประสิทธิผล โดยการแก้ไขเยียวยาอาจอยู่ในรูปแบบของการแก้ไขคำตัดสินที่ทำไปแล้วหรือสั่งให้หน่วยงานที่สั่งเนรเทศเพิกถอนคำสั่งเนรเทศ หรือมิให้ส่งตัวออกไปนอกประเทศ หรืออาจสั่งประการอื่น เช่น ให้ส่งไปประกอบอาชีพ ณ ที่แห่งใด แทนการเนรเทศตามที่เห็นสมควรได้ แต่ว่าการแก้ไขที่มีประสิทธิผลคือ ต้องพิจารณากระบวนการพิจารณาทั้งหมดว่าเป็นไปโดยชอบหรือไม่ คือ คนต่างด้าวได้รับสิทธิในการเข้าร่วมในการดำเนินการกระบวนการพิจารณาสำหรับการเนรเทศหรือไม่ ซึ่งต้องมีการตรวจสอบทบทวนทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่มีการออกคำสั่งให้เนรเทศ

อย่างไรก็ตาม ทั้งกฎหมายและในทางปฏิบัติต้องมีการถ่วงดุลระหว่างสิทธิของคนต่างด้าวในการที่จะได้รับความคุ้มครองโดยมีสิทธิเข้าร่วมในกระบวนการเนรเทศคนต่างด้าวกับการคุ้มครองความปลอดภัยของสังคมนั้น ซึ่งต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนด้วยโดยต้องพิจารณาถึงความประพฤติด่วนตัวของคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศประกอบด้วย

#### 4.2 สิทธิในการได้รับฟังของคนต่างด้าวในกระบวนการพิจารณาเพื่อการเนรเทศของประเทศไทย

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ว่า ประเทศไทยมิได้ให้สิทธิคนต่างด้าวซึ่งจะถูกเนรเทศมีสิทธิได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาสำหรับการเนรเทศคนต่างด้าวก่อนมีการออกคำสั่งเนรเทศแต่อย่างใด เนื่องจากมาตรา 30 วรรคสอง (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบ (6) แห่งกฎกระทรวงฉบับที่ 2 พ.ศ. 2540 ที่ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติยกเว้นว่าคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองชนิดหนึ่งนั้นไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับ มาตรา 30 วรรคหนึ่ง คือ เป็นคำสั่งทางปกครองที่คู่กรณีผู้ได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครอง คือ คนต่างด้าว ซึ่งจะถูกเนรเทศไม่มีสิทธิเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาเพื่อการเนรเทศก่อนเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาจะออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวแต่อย่างใด

สภาพหรือลักษณะของสิทธิของคนคนต่างด้าวในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาในการเนรเทศทั้งในด้านบทบัญญัติของกฎหมายและทางปฏิบัติของประเทศไทยซึ่งเป็นปัญหาและก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมนั้นจึงมีความแตกต่างและขัดแย้งกับกฎหมายไทยและกฎหมายระหว่างประเทศ ดังต่อไปนี้

#### 4.2.1 สิทธิตามรัฐธรรมนูญ

ในการพิจารณาสิทธิของบุคคลนั้นจำเป็นต้องพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายสูงสุดคือ กฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศไทยในปัจจุบัน คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นั้นเป็นที่เข้าใจกันว่าบัญญัติถึงสิทธิของบุคคลซึ่งเป็นประชาชนของประเทศไทยเท่านั้น ดังจะเห็นได้จากชื่อหมวด 3 ที่ระบุว่า เป็นสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย โดยไม่มีการบัญญัติถึงสิทธิของคนต่างชาติหรือคนต่างด้าว และนอกจากนั้นเมื่อพิจารณาบทบัญญัติต่าง ๆ ก็มักจะระบุว่า เป็นสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไทย เช่น มาตรา 25 ที่บัญญัติว่า

“สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะ ในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำกรานั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นว่านั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น”

การที่เป็นที่เข้าใจว่ารัฐธรรมนูญของประเทศไทยมีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิของประชาชนเฉพาะสิทธิของบุคคลที่เป็นพลเมืองนั้นก็มิใช่เรื่องแปลก เพราะตามหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป รัฐธรรมนูญย่อมกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับคนสัญชาติของรัฐนั่นเอง หากรัฐธรรมนูญประสงค์จะให้สิทธิและเสรีภาพแก่คนต่างด้าวไว้จะต้องมีบทบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ และในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้ว่าคนต่างด้าวจะมีสิทธิเพียงใด กรณีย่อมเป็นไปตามสนธิสัญญาและกฎหมายอื่นซึ่งมิใช่เรื่องของกฎหมายรัฐธรรมนูญ<sup>148</sup>

สำหรับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไทยฉบับปัจจุบันโดยเฉพาะในหมวด 3 เป็นการบัญญัติรายละเอียดของสิทธิเสรีภาพและข้อยกเว้น เช่น การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนไทย ดังนี้

“มาตรา 26 การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมิใช่บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง”

ในส่วนที่เกี่ยวกับการเนรเทศได้มีการบัญญัติว่าจะมีการเนรเทศคนสัญชาติไทยมิได้ ดังที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 39 ว่า

“การเนรเทศบุคคลสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักรหรือห้ามมิให้ผู้มีสัญชาติไทยเข้ามาในราชอาณาจักรจะกระทำมิได้ การถอนสัญชาติของบุคคลซึ่งมีสัญชาติไทยโดยการเกิดจะกระทำมิได้”

<sup>148</sup> หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2511) เรียงมาตราและคำอธิบายรัฐธรรมนูญทั่วไปโดยย่อ (กรุงเทพฯ: การพิมพ์ 2511) 130.

ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิของประชาชนในกระบวนการยุติธรรมนั้นมิได้มีการบัญญัติไว้ว่ามีสิทธิประการใดบ้างรวมทั้งสิทธิในการต่อสู้คดีในกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ คงบัญญัติถึงการบริหารงานในกระบวนการยุติธรรมซึ่งอยู่ในหมวด 6 แผนนโยบายแห่งรัฐโดยระบุว่า รัฐให้การสนับสนุนดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 68 ว่า

“รัฐพึงจัดระบบการบริหารงานในกระบวนการยุติธรรมทุกด้านให้มีประสิทธิภาพ เป็นธรรม และไม่เลือกปฏิบัติ และให้ประชาชนเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยสะดวก รวดเร็ว และไม่เสียค่าใช้จ่ายสูงเกินสมควร

รัฐพึงมีมาตรการคุ้มครองเจ้าหน้าที่ของรัฐในกระบวนการยุติธรรมให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้โดยเคร่งครัดปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำใด ๆ รัฐพึงให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายที่จำเป็นและเหมาะสมแก่ผู้ยากไร้หรือผู้ด้อยโอกาสในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมรวมถึงการจัดหาทนายความให้”

อย่างไรก็ตาม ในหมวด 1 ซึ่งเป็นบททั่วไปนั้นมิพบัญญัติที่คุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ที่มีได้ระบุว่าใช้กับประชาชนไทยเท่านั้น ดังที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 4 บรรคหนึ่งว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง ในขณะที่คนต่างด้าวนั้นจำเป็นต้องมีสิทธิในการได้รับความเป็นธรรมในกระบวนการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับความยุติธรรม ซึ่งรวมถึงกระบวนการพิจารณาในการเนรเทศคนต่างด้าวด้วยอันเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายธรรมชาติที่เป็นกฎหมายสูงสุดที่เหนือกว่ากฎหมายภายในของแต่ละประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ และมีแนวความคิดในช่วงปัจจุบันนี้ว่าการไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวมิสิทธิเข้าสู่ชั้นกระบวนการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวนั้นเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของคนต่างด้าวนั้น

นอกจากนั้น ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่า ในส่วนสถานะของหลักการรับฟังคู่กรณีหรือหลักฟังความทุกฝ่ายนั้นเป็นหลักทั่วไป ซึ่งหมายถึง หลักกฎหมายที่ยอมรับนับถือกันอยู่ทั่วไป ไม่เฉพาะในประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น และยอมรับกันในระดับระหว่างประเทศว่าเป็นเป็นสิทธิตามความยุติธรรมตามธรรมชาติและเป็นสิทธิของมนุษยชนที่ต้องได้รับการรับฟังเมื่อตกเป็นคู่กรณีที่จะได้รับผลกระทบจากกระบวนการพิจารณาใด ๆ ต้องมีสิทธิได้รับการรับฟังในกระบวนการพิจารณาที่จะมีคำสั่งหรือการกระทำที่มีผลกระทบต่อตน ซึ่งกฎหมายธรรมชาติ หรือความยุติธรรมตามธรรมชาติ ซึ่งรวมทั้งลักษณะดังกล่าวนี้ในกฎหมายระหว่างประเทศเรียกว่าเป็นหลักกฎหมายบังคับเด็ดขาด และในปัจจุบันได้รับการยอมรับในวงวิชาการว่ามีบทบาทสำคัญในระดับความเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดของกฎหมายระหว่างประเทศ เช่นเดียวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎหมายภายในประเทศ

ดังนั้น หากมีการกระทำของบุคคลหรือคณะบุคคลใดหรือกฎหมายใดที่จะจำกัดสิทธิหรือมีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลโดยไม่ให้สิทธิบุคคลซึ่งจะได้รับผลกระทบมีโอกาสได้รับฟังหรือเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ เพื่อโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนในการต่อสู้ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายธรรมชาติการกระทำหรือกฎหมายนั้นย่อมไม่ชอบและไม่อาจใช้บังคับได้เพราะขัดต่อกฎหมายทั่วไปอันเป็นบทกฎหมายที่บังคับเด็ดขาด



นอกจากนั้น หากประเทศไทยเป็นภาคีสถิติสัญญาใด ๆ ที่มีบทบัญญัติบังคับให้ประเทศภาคีต้องให้สิทธิประชาชนหรือบุคคลใดมีสิทธิในกระบวนการพิจารณาใด ๆ รวมทั้งกระบวนการพิจารณาหรือวิธีพิจารณาทางปกครอง ประเทศไทยก็ต้องผูกพันปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในสัญญาด้วย และในแนวนโยบายแห่งรัฐของประเทศไทยตามรัฐธรรมนูญนั้นก็บัญญัติกำหนดให้รัฐเคารพหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยส่งเสริมสัมพันธ์ไมตรีกับนานาประเทศและให้ความร่วมมือกับองค์การระหว่างประเทศด้วย ดังที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 66 ว่า

“รัฐพึงส่งเสริมสัมพันธ์ไมตรีกับนานาประเทศโดยถือหลักความเสมอภาค ในการปฏิบัติต่อกัน และไม่แทรกแซงกิจการภายในของกันและกัน ให้ความร่วมมือกับองค์การระหว่างประเทศ และคุ้มครองผลประโยชน์ของชาติและของคนไทยในต่างประเทศ”

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าประเทศไทยเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (พ.ศ. 2509) ตั้งแต่วันที่ 29 ตุลาคม ค.ศ. 1996 (พ.ศ. 2539) และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 29 มกราคม ค.ศ. 1997 (พ.ศ. 2540) ซึ่งมีข้อบทที่ 13: ที่กำหนดว่าคนต่างด้าวอาจถูกไล่ออกจากรัฐได้โดยคำวินิจฉัยตามกฎหมายเท่านั้น และผู้นั้นย่อมได้รับอนุญาตให้ชี้แจงแสดงเหตุผลคัดค้านการขับไล่ออกจากรัฐนั้น ประเทศไทยจึงจำเป็นต้องออกกฎหมายอนุวัติการให้เป็นไปตามพันธกรณีในสนธิสัญญานี้โดยการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวกับการเนรเทศคนต่างด้าวโดยให้สิทธิแก่คนต่างด้าวที่จะได้รับการรับฟัง คือ เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ที่จะมีการออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวเพื่อโต้แย้งหรือชี้แจงว่าตนไม่ได้กระทำตามที่มีการกล่าวหาและมีสิทธิอยู่อาศัยในประเทศไทยต่อไป

นอกจากนั้น หากในเรื่องใดมีบทบัญญัติของกฎหมายที่บกพร่องประเทศไทยก็จำเป็นต้องปฏิรูปหรือปรับปรุงกฎหมายในเรื่องนั้นด้วย โดยมีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่กำหนดเรื่องการบัญญัติกฎหมายของประเทศไทยให้รัฐจะบัญญัติกฎหมายเท่าที่จำเป็นและจะมีการปรับปรุงกฎหมายให้ทันสมัย ดังที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 77 ว่า

“รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมาย ที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นการกระทบแก่ประชาชนและดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับรัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็น และการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกชั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้วรัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่างๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่

ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจนและพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง”

มาตรา 258 ให้ดำเนินการปฏิรูปประเทศอย่างน้อยในด้านต่าง ๆ ให้เกิดผล ดังต่อไปนี้

“ค. ด้านกฎหมาย

(1) มีกลไกให้ดำเนินการปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับต่าง ๆ ที่ใช้บังคับอยู่ก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ให้สอดคล้องกับหลักการตามมาตรา 77 และพัฒนาให้สอดคล้องกับหลักสากล...”

ดังนั้น กฎหมายในเรื่องการเนรเทศคนต่างด้าวและสิทธิของคนต่างด้าวในกระบวนการเนรเทศนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 4 และมีความจำเป็นต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาประเทศไทยเป็นภาคีก็สามารถทำการแก้ไขกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อคุ้มครองคนต่างชาติที่จะถูกเนรเทศให้มีสิทธิต่าง ๆ ในกระบวนการพิจารณาเพื่อการเนรเทศได้ตามความเหมาะสม

4.2.2 สาเหตุที่กฎหมายไทยมิได้มีการบัญญัติให้มีการรับฟังคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศก่อนการออกคำสั่งเนรเทศ

การที่ในกฎหมายไทยไม่มีการคุ้มครองคนต่างด้าวดังกล่าวมาแล้วนั้นก็จะเป็นไปตามหลักทั่วไปที่ประเทศไทยก็เหมือนกับประเทศอื่น ๆ คือ การที่คนต่างชาติหรือที่เรียกว่าคนต่างด้าวผู้ใดได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรหรือเข้ามาถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรมิได้หมายความว่าคนต่างด้าวผู้นั้นจะมีสิทธิอยู่อาศัยในประเทศได้ตลอดไป หากมีการกระทำผิดกฎหมายหรือกระทำการใด ๆ ที่เป็นอันตรายต่อความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว บุคคลนั้นอาจถูกเนรเทศได้และการเนรเทศนั้นเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมิใช่ศาลซึ่งกระบวนการพิจารณาในการเนรเทศของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นมักไม่มีการคุ้มครองสิทธิของคนต่างด้าวโดยการให้เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาของฝ่ายปกครองก่อนออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าว

สำหรับเหตุผลในการไม่ให้คนต่างด้าวมีสิทธิเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจออกคำสั่งเนรเทศในกฎกระทรวงฉบับที่ 2 พ.ศ. 2540 (6) ที่ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่บัญญัติยกเว้นว่าคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองชนิดหนึ่งนั้นไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับ มาตรา 30 วรรคหนึ่ง คือ เป็นคำสั่งทางปกครองที่คู่กรณีผู้ได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครอง คือ คนต่างด้าว ซึ่งจะถูกละเลยสิทธิเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาเพื่อการเนรเทศก่อนเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาจะออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าว ในเรื่องนี้ผู้เขียนได้ค้นคว้าหาข้อมูลจากหน่วยงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องแล้ว ไม่พบข้อมูลเกี่ยวกับเหตุผลหรือสาเหตุของการร่างเรื่องกฎกระทรวงที่ไม่ให้สิทธิคนต่างด้าวเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาการเนรเทศคนต่างด้าวก่อนออกคำสั่งเนรเทศนอกจากหมายเหตุในกฎกระทรวงฉบับที่ 2 พ.ศ. 2540 ที่ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ระบุว่า... “สมควรกำหนดให้คำสั่งทางปกครองในบางกรณีที่ได้โดยสภาพ...ไม่สมควรแจ้งให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงหรือให้คู่กรณีโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครอง.... ” ซึ่งแสดงว่า การเนรเทศคน

ต่างด้าวเป็นเรื่องที่ไม่สมควรแจ้งให้คนต่างด้าวผู้จะถูกเนรเทศได้ทราบข้อเท็จจริงหรือโต้แย้งก่อนออกคำสั่งเนรเทศ

อย่างไรก็ตามผู้เขียนได้รับการอนุเคราะห์จากคุณศักดา คล่องดำเนินกิจ เจ้าหน้าที่สำนักงานศาลปกครอง ได้ให้ความกรุณาติดต่อสอบถามเจ้าหน้าที่กองกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในเรื่องสาเหตุที่กฎกระทรวงดังกล่าวยกเว้นไม่ให้สิทธิคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศได้โต้แย้งก่อนมีการออกคำสั่งเนรเทศ และทางเจ้าหน้าที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาอ้างว่า เคยมีประเด็นหารือข้อกฎหมายเกี่ยวกับการข้อยกเว้นไม่นำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับกับการดำเนินการตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ซึ่งอาจนำมาเทียบเคียงกับการสั่งให้เนรเทศ ได้ กล่าวคือ โดยทั่วไปคำสั่งทางปกครองที่กระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 30 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่มีข้อยกเว้นไม่นำมาใช้บังคับกับกรณีตามมาตรา 30 วรรคสอง โดยในมาตรา 30 วรรคสอง (6) สามารถกำหนดกรณีอื่นได้อีก นอกจากกรณี ตาม (1) ถึง (5) โดยการออกกฎกระทรวง ซึ่งต่อมาได้มีการออก กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดย ในกฎกระทรวง (6) กำหนดให้การสั่งให้เนรเทศเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ต้องดำเนินการตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง ซึ่งเมื่อได้พิจารณาความหมายของคำว่าเนรเทศ แล้ว ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2555 ให้ความหมายไว้ประการหนึ่งว่า ขับคนต่างด้าวให้ออกไปนอกราชอาณาจักร และเมื่อพิจารณาประกอบกับ พระราชบัญญัติเนรเทศ พ.ศ. 2599 ในมาตรา 4 กำหนดบทนิยาม คำว่า คนต่างด้าว หมายความว่า ผู้ที่มีได้มีสัญชาติไทย เนรเทศจึงหมายความว่า การขับคนที่มีได้มีสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักร โดยใน มาตรา 5 วรรคหนึ่ง กำหนดเหตุที่จะขับคนต่างด้าวออกนอกราชอาณาจักรไว้ว่า เมื่อปรากฏว่ามีเหตุความจำเป็นเพื่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ให้รัฐมนตรีมีอำนาจออกคำสั่งเนรเทศให้คนต่างด้าวออกไปนอกราชอาณาจักรมีกำหนดเวลาตามที่จะเห็นสมควรกรณี ตามที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า การเนรเทศจะนำมาใช้บังคับกับคนต่างด้าวโดยมีความมุ่งหมายเพื่อรักษาความมั่นคงของประเทศ ป้องกันมิให้คนต่างด้าวที่มีพฤติกรรมเป็นภัยต่อประเทศชาติเข้ามาในราชอาณาจักร ทั้งนี้ เพื่อความปลอดภัยและความสงบสุขของประชาชนชาวไทยประกอบกับในมาตรา 30 วรรคสาม ก็มีบทบัญญัติที่ยืนยันว่า ไม่จำเป็นต้องให้โอกาสคู่กรณีโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานไว้ด้วย ว่าห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ให้โอกาสตาม มาตรา 30 วรรคหนึ่ง ถ้าจะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ นอกจากนี้ เมื่อเทียบเคียงกับความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ในเรื่องเสรีจที่ 836/2546 ใน ประเด็นเกี่ยวกับการมีสิทธิอุทธรณ์ของคนต่างด้าว ตาม มาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ สรุปความได้ว่า การที่การที่พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มิได้บัญญัติเรื่องการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไว้ ก็เนื่องจากกฎหมายมีวัตถุประสงค์ที่จะไม่ให้คนต่างด้าวมีสิทธิอุทธรณ์เพราะถือว่าการให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักร หรือให้คนต่างด้าวคนต่างด้าวอยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว เป็นอำนาจอธิปไตยไปโดยของรัฐ บทบัญญัติใดของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง

ๆ ที่มีได้บัญญัติเรื่องการของพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองๆ ที่มีได้บัญญัติเรื่องการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไว้ ก็ย่อมหมายความว่ามิให้ให้คนต่างด้าวอุทธรณ์คำสั่งนั้นและกรณีนี้ก็ไม้อาจนำเรื่องการอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองๆ มาใช้บังคับได้

อย่างไรก็ตามจาก การค้นคว้าของผู้เขียนเกี่ยวกับ บันทึกร เรื่อง การขอยกเว้นไม่นำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้กับการดำเนินการตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 (เรื่องเสรีจที่ 836/2546)<sup>149</sup> ซึ่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติขอให้คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองพิจารณาตราพระราชกฤษฎีกายกเว้นไม่นำพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้กับพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 นั้นพบว่าทางสำนักงานตำรวจแห่งชาติได้ให้เหตุผลของการที่จะไม่ให้สิทธิคนต่างด้าวในการเข้าต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาเพื่อการเนรเทศหรือการส่งคนต่างด้าวออกไปนอกราชอาณาจักรแม้จะมีใช้ผู้มีส่วนร่างกฎกระทรวงดังกล่าวก็ตามแต่ก็เป็นความเห็นที่น่าวรับฟัง ดังนี้

พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มีเจตนารมณ์ในการรักษาความมั่นคงของประเทศและเพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นสำคัญ ดังจะเห็นได้จากมาตรา 12 บัญญัติถึงลักษณะของคนต่างชาติที่ต้องห้ามเข้ามาในราชอาณาจักรและควรมีการส่งตัวออกไปนอกราชอาณาจักรและสั่งห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรไทยให้เร็วที่สุดเพื่อป้องกันมิให้เกิดภัยร้ายแรงหรือความเสียหายเดือดร้อนแก่สาธารณชนโดยส่วนรวม ซึ่งหากเกิดขึ้นแล้วย่อมยากแก่การแก้ไขบรรเทาความเดือดร้อนเสียหาย หากต้องดำเนินการตามขั้นตอน มาตรา 30วรรคแรกแห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ย่อมไม่สอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะ และการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรเป็นเรื่องความมั่นคงและอธิปไตยของประเทศ ซึ่งเป็นธรรมเนียมปฏิบัติของนานาประเทศที่จะอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวผู้ใดเข้ามาในราชอาณาจักรได้<sup>150</sup>

ในเรื่องนี้จะเห็นได้ว่า คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองให้ความเห็นในเรื่องบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้นโดยมิได้อ้างถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายว่า ในเรื่องเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองต่าง ๆ เช่น การเนรเทศคนต่างด้าวนั้นพนักงานเจ้าหน้าที่ไม่ต้องให้สิทธิแก่คนต่างด้าวในการเข้าร่วมการพิจารณาก่อนออกคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด โดยมีเหตุผลดังนี้

คำสั่งทางปกครองที่ออกตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 เช่น คำสั่งไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวอยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวหรือคำสั่งไม่ขยายระยะเวลาอยู่ชั่วคราวตามมาตรา 35 ซึ่งได้มีการออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองๆ กำหนดให้คำสั่งต่าง ๆ ดังกล่าว ไม่จำเป็นต้องให้โอกาสแก่คนต่างด้าวทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและไม่ต้องให้มีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน ดังนั้น การดำเนินการต่าง ๆ ดังกล่าวสำนักงานตำรวจ

<sup>149</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 'เรื่องเสรีจที่ 836/2546 เรื่อง การขอยกเว้นไม่นำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้กับการดำเนินการตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522' <<https://www.krisdika.go.th>> file > 836\_2546PDF> สืบค้นเมื่อ 10 พฤศจิกายน 2566.

<sup>150</sup> เพิ่งอ้าง.

แห่งชาติยอมได้รับยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงเหตุผลของการที่กฎหมายต่าง ๆ มิได้บัญญัติให้คนต่างด้าวได้รับสิทธิในการเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาในการออกคำสั่งเนรเทศนั้น นอกจากมีเหตุผลเกี่ยวกับความมั่นคง การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไทย แล้วอาจเป็นเพราะคนต่างด้าวมิใช่คนไทยจึงไม่มีสิทธิที่เท่าเทียมกันคนไทย และคนต่างด้าวไม่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ เนื่องจากมีความเห็นกันทั่วไปว่า รัฐธรรมนูญของประเทศไทยนั้นใช้บังคับกับคนไทยเท่านั้นไม่ใช้กับคนต่างชาติ จึงมีบทบัญญัติที่คุ้มครองเฉพาะคนไทยดังที่ได้เคยกล่าวมาแล้ว เว้นแต่จะมีบทบัญญัติเป็นพิเศษ หรือได้รับการรับรองสิทธิตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องหรือกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น สนธิสัญญา

ถึงแม้แนวความคิดและวัฒนธรรมไทยจะต้อนรับและคุ้มครองคนต่างชาติดังจะเห็นได้จากการที่มีชาวต่างชาติเข้ามาค้าขายและอยู่อาศัยในประเทศไทยตั้งแต่ในอดีต เช่น ในช่วงกรุงศรีอยุธยา หรือ อาณาจักรอยุธยา เป็นอาณาจักรของชนชาติไทยสยาม ซึ่งเป็นไทยภาคกลางในกลุ่มแม่น้ำเจ้าพระยาในช่วง พ.ศ. 1894 ถึง พ.ศ. 2310 ได้มีความสัมพันธ์ทางการค้ากับหลายชาติ จนถือได้ว่าเป็นศูนย์กลางการค้าในระดับนานาชาติเช่น จีน เวียดนาม อินเดีย ญี่ปุ่น เปอร์เซีย รวมทั้งชาติตะวันตก เช่น โปรตุเกส สเปน เนเธอร์แลนด์ (ฮอลันดา) อังกฤษ และฝรั่งเศส อันทำให้คนไทยยินดีต้อนรับชาวต่างชาติแต่ก็เฉพาะคนต่างชาติที่ไม่เป็นภัยต่อประเทศและสังคมโดยรวม แต่คนต่างชาติที่กระทำการใด ๆ ที่เป็นอันตรายหรือเป็นภัยต่อสังคมไทยหรือความสงบเรียบร้อยของประเทศไทยนั้นเป็นบุคคลที่ไม่เป็นที่พึงปรารถนาในประเทศไทยและไม่ควรที่จะสนับสนุนให้อยู่ในประเทศไทยต่อไป แต่ก็ไม่มียกเว้นของกฎหมายที่เกี่ยวกับการเนรเทศคนต่างชาติ

ในช่วงรัตนโกสินทร์นั้นเริ่มมีการกระทำของคนต่างชาติที่เป็นปฏิปักษ์ต่อคนไทย เช่น ฝรั่งเศสชาติ และต่อมาก็มีคนเอเชีย โดยเฉพาะตั้งแต่ปี พ.ศ. 2470 มีคนต่างด้าวโดยเฉพาะชาวจีนอพยพเข้ามาอยู่ในประเทศไทยค่อนข้างมากและบางคนได้กระทำความผิดอาญาต่าง ๆ เช่น หลอกหลวงผู้หญิงและเด็กชาวจีนให้เข้ามาค้าประเวณีในประเทศไทยทำให้มีการแพร่โรคร้ายซึ่งกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประเทศไทย จึงได้เริ่มมีแนวความคิดที่จะจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวซึ่งกระทำการที่ก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเพราะเห็นว่าเป็นคนต่างด้าวดังกล่าวที่กระทำความผิดเป็นผู้อยู่อาศัยที่กระทำการเนรคุณ ดังจะเห็นได้จากทัศนคติและแนวความคิดของชาวไทย แม้กระทั่งเพลงไทยที่กล่าวถึงเรื่องดังกล่าว เช่น ในเพลงลูกทุ่งที่กล่าวถึงเรื่องนี้ในเพลง ชื่อ “สยามเมืองยิ้ม” ที่ประพันธ์โดย นายวิเชียร คำเจริญ ซึ่งมีเนื้อความบางส่วน ดังนี้

“...คนเอ็นใจชื่อได้ชื่อว่าไทย ร้อนมาจากไหน ชาติไทยไม่เคยหวงห้าม  
 ...ข้ามเขตข้ามโขงถิ่นน้ำขุ่น มาพึ่งใบบุญเมืองสยาม เรายอมรับตามที่ท่านต้องการ  
 ...เลื่องชื่อลือนาม สยามมีแต่น้ำใจ ขอเตือนท่านผู้อาศัย อย่าทำอะไรให้ไทยร้ายราน  
 ...คนไทยใจชื่อ เขาถือแต่โบราณกาล แค่เพียงชั่ววูบหนึ่งจวน ใครลืมนั่นเนรคุณ

...คนไทยรักชาติและศาสนา เทิดองค์เจ้าฟ้า ผู้ทรงเปี่ยมเมื่อนานาบุญ ถ้าท่านเคารพสิทธิ์ของไทย ท่านอยู่ต่อได้อีกนานคุณ สยามใจบุญ ยังยิ้มเสมอ...”

ดังนั้น การที่จะมีการเนรเทศคนต่างด้าวซึ่งกระทำการอันกระทบถึงความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของสังคมไทยนั้นจึงเป็นเรื่องที่ไม่มีบุคคลใดต่อต้านและจะต่อสู้เรื่องดังกล่าวให้คนต่างชาติแม้ชาวต่างชาติที่จะถูกเนรเทศจะไม่มีสิทธิมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่เพื่อเสนอพยานหลักฐานหรือโต้แย้งพยานหลักฐานของทางเจ้าหน้าที่ก่อนออกคำสั่งเนรเทศก็ตาม และนักกฎหมายส่วนใหญ่ก็มักจะไม่ได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับเรื่องเหล่านี้เช่นกัน

นอกจากนั้น ในช่วงก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พุทธศักราช 2475 แนวความคิดทางด้านสิทธิและเสรีภาพตามแนวคิดแบบตะวันตกนั้นยังไม่เป็นที่รู้จักแพร่หลายในประเทศไทยมากนัก ดังนั้น แม้แต่การใช้และการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไทยช่วงก่อนหน้านั้นจึงยังไม่ได้เป็นไปในลักษณะของการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน การดำเนินความสัมพันธ์ของบุคคลในสังคมหรือการปฏิบัติตนระหว่างผู้ปกครองและผู้อยู่ใต้ปกครองจะใช้หลักศาสนาและจารีตประเพณีเป็นสิ่งที่กำหนดจนกระทั่งเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พุทธศักราช 2475 และได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญถาวรฉบับแรกของประเทศไทยจึงได้นำหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมาบัญญัติไว้ เช่น บทบัญญัติในมาตรา 14 ซึ่งบัญญัติว่า “ภายในบังคับแห่งกฎหมาย บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในร่างกาย เคหสถาน ทรัพย์สิน การพูด การเขียน การโฆษณา การศึกษาอบรม การประชุมโดยเปิดเผย การตั้งสมาคม การอาชีพ”<sup>151</sup> และมาตรา 31 วรรค 2 ซึ่งบัญญัติว่า “การเนรเทศบุคคลผู้มีสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักรจะกระทำมิได้” และในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันก็บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 39 วรรคหนึ่งเช่นเดียวกัน

ดังนั้น ตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับแรกดังกล่าวนี้มาในการจัดทำรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับในภายหลัง ผู้ร่างรัฐธรรมนูญทุกฉบับล้วนคำนึงถึงหลักการคุ้มครอง สิทธิและเสรีภาพของประชาชนชาวไทยเป็นประการสำคัญเสมอ

อย่างไรก็ตาม สำหรับคนต่างด้าวนั้นเนื่องจากไม่ใช่คนไทยจึงไม่เป็นบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญไทย และในกฎหมายอื่น ๆ ก็ไม่มีการบัญญัติคุ้มครองแม้กระทั่งในเรื่องการเนรเทศคนต่างด้าวก็ไม่มีหลักการรับฟังคนต่างด้าวซึ่งเป็นคู่กรณีผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งเนรเทศ จึงไม่มีการคุ้มครองคนต่างด้าวโดยให้สิทธิในการเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาหรือสิทธิในการได้รับฟังพยานหลักฐานและข้อโต้แย้งของตนก่อนฝ่ายปกครองออกคำสั่งเนรเทศซึ่งเป็นเรื่องหลักของการรับฟังแต่อย่างใด

นอกจากนั้น ในเรื่องแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนโดยเฉพาะเรื่องการเนรเทศคนต่างด้าวและสิทธิของคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศในประเทศไทยนั้นมีความแตกต่างไปจากบุคคลสัญชาติไทยและประเทศอื่น ๆ โดยเฉพาะประเทศในซีกโลกตะวันตก คือ มีการพัฒนาช้ากว่าเพราะ ปัจจัยหลายด้าน เช่น ภูมิ

<sup>151</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 49 หน้า 536 วันที่ 10 ธันวาคม 2475.

หลังทางด้านประวัติศาสตร์ ระบบการเมือง การปกครอง สังคม วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียมประเพณี และความเชื่อทางศาสนาที่แตกต่างกัน

ประชาชน นักกฎหมาย และองค์กรต่าง ๆ เช่น ฝ่ายนิติบัญญัติ ตลอดจนฝ่ายบริหาร ของประเทศไทยยังเห็นว่ามีจำเป็นต้องให้สิทธิแก่คนชาติกับคนต่างด้าวไว้แตกต่างกัน โดยที่รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดมิได้บัญญัติถึงสิทธิของคนต่างด้าว และกฎหมายอื่น ๆ ก็ไม่ให้สิทธิคนต่างด้าวเท่ากับคนไทย เพราะรัฐจำเป็นต้องคำนึงถึงประโยชน์ของคนในชาติมากกว่าคนต่างด้าวและต้องคำนึงถึงสภาพเศรษฐกิจ สังคม ของประเทศและความมั่นคง ตลอดจนความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนไทยเป็นสำคัญ ซึ่งไม่ใช่เรื่องแปลกนักเพราะในหลายประเทศก็มีได้ให้ความคุ้มครองชาวต่างชาติเท่ากับคนที่มีสัญชาติในรัฐหรือประชาชนของรัฐตน

ดังนั้น กฎหมายที่เกี่ยวกับคนต่างด้าวไม่ว่าจะเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการเนรเทศ และกฎหมายคนเข้าเมือง ก็ต่างล้วนแต่มีวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายเพื่อรักษาความมั่นคงของชาติความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไทยเป็นสำคัญ

การอ้างหลักความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยของประชาชนในการไม่รับฟังคุ้มครองซึ่งเป็นคนต่างด้าวโดยไม่ให้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาของฝ่ายปกครองก่อนออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวนั้น เป็นสิ่งที่บางประเทศใช้อ้างโดยเหตุต่าง ๆ อย่างไรก็ดีตามก็ต้องมีการถ่วงดุลระหว่างอำนาจอธิปไตยของรัฐที่จะรักษาความมั่นคงปลอดภัยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนกับการคุ้มครองปัจเจกชนซึ่งเป็นคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศ แต่การถ่วงดุลย์ที่เป็นธรรมหรือความได้สัดส่วนระหว่างการจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวกับการคุ้มครองความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชนและความเป็นธรรมต่อคนต่างด้าวนั้นก็เป็นเรื่องที่ยุ้งยากเนื่องจากมีความคิดเห็นที่แตกต่างกันออกไปดังจะเห็นได้จากกรณีที่กฎหมายภายในเรื่องนี้ของประเทศต่าง ๆ ยังมีความแตกต่างกันอยู่ในการคุ้มครองสิทธิของคนต่างด้าวในกระบวนการพิจารณาทางปกครองก่อนออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ

อย่างไรก็ตาม แนวความคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนเริ่มมีขึ้นและได้รับการยอมรับว่ามีความสำคัญจากประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกหลังจากสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลง เพราะประชาคมโลกได้ตระหนักถึงความโหดร้ายทารุณจากการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในเยอรมัน และมีการกระทำที่โหดร้ายต่อสตรี เด็ก และคนชรา อันนำไปสู่การพัฒนากฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและประเทศไทยก็เริ่มรับแนวความคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนจากต่างประเทศเช่นกัน ซึ่งจะเห็นได้จากการที่ประเทศไทยเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) โดยการภาคยานุวัติในวันที่ 29 ตุลาคม พ.ศ. 2539 (ค.ศ. 1996) และมีผลบังคับ ตั้งแต่วันที่ 29 มกราคม พ.ศ. 2540 (ค.ศ. 1997)<sup>152</sup>

<sup>152</sup> 'International Covenant on Civil and Political Rights' (United Nations)

<<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>> สืบค้นเมื่อ 4 เมษายน 2566.

ในกติการะหว่างประเทศดังกล่าวนี้มีบทบัญญัติที่คุ้มครองคนต่างด้าวจากการถูกเนรเทศอยู่ในข้อบทที่ 13 แห่ง ICCPR บัญญัติว่า “คนต่างด้าวผู้อยู่ในดินแดนของรัฐภาคีแห่งกติกานี้โดยชอบด้วยกฎหมายอาจถูกไล่ออกจากรัฐนั้นได้โดยคำวินิจฉัยอันได้มาตามกฎหมายเท่านั้น และผู้นั้นย่อมได้รับอนุญาตให้ชี้แจงแสดงเหตุผลคัดค้านการขับไล่ออกจากรัฐนั้น และขอให้มีการทบทวนเรื่องของตนโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ หรือบุคคลหรือคณะบุคคล ที่แต่งตั้งขึ้นเฉพาะการนี้โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจที่ได้รับอนุญาตให้มีผู้แทนเพื่อวัตถุประสงค์ข้างต้นได้เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุผลจำเป็นอย่างอื่นด้านความมั่นคงแห่งชาติ”

สาระสำคัญของข้อบทนี้คือ การเนรเทศคนต่างด้าวนั้นสามารถกระทำได้เพราะเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐ อย่างไรก็ตาม การเนรเทศนั้นต้องชอบด้วยกฎหมายภายในทั้งในแง่ของกระบวนการ (procedural) และเนื้อหาสาระของคำสั่งเนรเทศ(substance)

การอ้างหลักความมั่นคงในการไม่รับฟังคู่กรณีซึ่งเป็นคนต่างด้าวโดยไม่ให้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาของฝ่ายปกครองก่อนออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวนั้น เป็นสิ่งที่บางประเทศใช้อ้างโดยเหตุต่าง ๆ อย่างไรก็ตามก็จะต้องมีการถ่วงดุลย์ระหว่างอำนาจอธิปไตยของรัฐที่จะรักษาความมั่นคงปลอดภัยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนกับการคุ้มครองปัจเจกชนซึ่งเป็นคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศ หรือการจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวต้องได้สัดส่วนกับการรักษาความเป็นธรรมและสิทธิของคู่กรณีซึ่งเป็นคนต่างด้าวด้วย แต่การถ่วงดุลย์ที่เป็นธรรมหรือความได้สัดส่วนนั้นก็เป็นเรื่องที่ยุ้งยากเนื่องจากมีความคิดเห็นที่แตกต่างกันออกไปดังจะเห็นได้จากการที่กฎหมายภายในเรื่องนี้ของประเทศต่าง ๆ ยังมีความแตกต่างกันอยู่ในการคุ้มครองสิทธิของคนต่างด้าวในกระบวนการพิจารณาทางปกครองก่อนออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ

ถึงแม้ว่าในสังคมนระหว่างประเทศมีการยอมรับความเป็นอิสระของแต่ละรัฐหรือประเทศว่าแต่ละประเทศมีอำนาจอธิปไตย แต่ก็มีควมจำเป็นที่แต่ละประเทศต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ หรือกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่ใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศ ในทำนองเดียวกับกฎหมายภายในที่ใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในประเทศนั้น

ประเทศไทยในฐานะที่เป็นรัฐก็เป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศและดังนั้นประเทศไทยก็จำเป็นต้องปฏิบัติตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศและหลักกฎหมายที่ยอมรับกันในนานาประเทศ เพราะกฎหมายระหว่างประเทศมีขึ้นเพื่อวางกฎเกณฑ์และข้อบังคับเพื่อควบคุมการกระทำของรัฐซึ่งประเทศไทยได้เป็นภาคีแห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) โดยการภาคยานุวัติตั้งที่ได้กล่าวมาแล้ว

นอกจากนั้นประเทศไทยได้มีการตราพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 ซึ่งระบุเหตุผลในการประกาศใช้กฎหมาย ดังนี้

โดยที่มาตรา 199 และมาตรา 200 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) บัญญัติให้มีคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติทำหน้าที่ตรวจสอบและรายงานการกระทำหรือการละเลย



การกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรืออันไม่เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเป็นภาคี และเสนอมาตรการการแก้ไขที่เหมาะสม รวมทั้งอำนาจหน้าที่ในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนไม่ว่าจะเป็นการเสนอแนะนโยบายต่อรัฐสภาและคณะรัฐมนตรี หรือการส่งเสริมการศึกษา การวิจัย ความร่วมมือและการประสานงานระหว่างหน่วยงานต่าง ๆ ตลอดจนการจัดทำรายงานประจำปี โดยได้กำหนดให้อำนาจหน้าที่อื่นของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตลอดจนคุณสมบัติ ลักษณะต้องห้าม การสรรหา การเลือก การถอดถอน และการกำหนดค่าตอบแทนกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ สมควรดำเนินการให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้<sup>153</sup>

ด้วยเหตุที่ประเทศไทยต้องปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเป็นภาคี คือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1996 ดังได้กล่าวมาแล้ว ประเทศไทยจึงต้องเคารพและปฏิบัติตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ซึ่งได้มีการวางหลักเกณฑ์ในเรื่องคนต่างด้าวซึ่งรวมทั้งการเนรเทศคนต่างด้าวและสิทธิของคนต่างด้าวในการได้รับฟังในกระบวนการเนรเทศคนต่างด้าวด้วย ซึ่งในกติการะหว่างประเทศนี้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการเนรเทศคนต่างด้าวและการคุ้มครองคนต่างด้าวโดยต้องมีการปฏิบัติตามวิธีพิจารณาหรือกระบวนการพิจารณาที่ชอบด้วยกฎหมาย ในข้อบทที่ 13 ดังที่ได้เคยกล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ว่า “คนต่างด้าวผู้อยู่ในดินแดนของรัฐภาคีแห่งกติกานี้โดยชอบด้วยกฎหมายอาจถูกไล่ออกจากรัฐนั้นได้โดยคำวินิจฉัยอันได้มาตามกฎหมายเท่านั้น และผู้นั้นย่อมได้รับอนุญาตให้ชี้แจงแสดงเหตุผลคัดค้านการขับไล่ออกจากรัฐนั้นและขอให้มีการทบทวนเรื่องของตนโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ หรือบุคคลหรือคณะบุคคลที่แต่งตั้งขึ้นเฉพาะการนี้...”

ในปัจจุบันประเทศไทยเป็นภาคีสันติสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนหลาย ฉบับ<sup>154</sup> และสันติสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของบุคคลในการอาศัยอยู่และการถูกขับหรือเนรเทศออกจากประเทศหนึ่งประเทศใด คือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights-ICCPR) อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination หรือ CERD

การที่ประเทศไทยมีพันธกรณีตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และการเป็นภาคีสันติสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนต่าง ๆ นั้นทำให้ประเทศไทยมีพันธผูกพันในการปฏิบัติตาม เช่นเดียวกับการเป็นภาคีสันติสัญญาอื่น ๆ โดยการออกกฎหมายอนุวัติการหรือแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายที่ขัดต่อบทบัญญัติของสันติสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีนั้นโดยเฉพาะเมื่อสันติสัญญามีผลผูกพันต่อประชาชน เช่น การที่คนต่างด้าวไม่ได้รับสิทธิในการได้รับฟังโดยเข้าสู่ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ก่อนออกคำสั่ง

<sup>153</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 116/ตอนที่ 118 ก/หน้า 1/วันที่ 25 พฤศจิกายน 2542.

<sup>154</sup> ‘สนธิสัญญาหลักด้านสิทธิมนุษยชน’ (humanrights)

<<https://humanrights.mfa.go.th/th/humanrights/obligation/international-human-rights-mechanism/>>  
สืบค้นเมื่อ 4 เมษายน 2566.

เนรเทศคนนั้นเป็นกรณีที่คนต่างด้าวได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกับคนที่มีสัญชาติไทย เพราะไม่มีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม เนื่องจากไม่ว่าคนไทยหรือคนต่างด้าวต้องมีสิทธิได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายและศาลโดยเท่าเทียมกันและได้รับการพิจารณาที่ยุติธรรมอย่างเสมอภาคเท่าเทียมโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ เนื่องจากสิทธิได้รับการปฏิบัติในกระบวนการยุติธรรมอย่างเท่าเทียมกันเป็นสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่งที่มีมนุษย์ทุกคนไม่ว่าจะเป็นพลเมืองของรัฐหรือคนต่างด้าวต่างต้องได้รับการคุ้มครองเหมือนกันหรือเท่าเทียมกัน ตามบทบัญญัติของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีโดยการภาคยานุวัติ มีบทบัญญัติในข้อ 5 ของอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบและดังนั้นสิทธิในการได้รับฟังจากกระบวนการพิจารณาทางปกครองก่อนออกคำสั่งของเจ้าหน้าที่ทางปกครองนั้น ทั้งคนในชาติและคนต่างด้าวต้องมีสิทธิได้รับอย่างเท่าเทียมกันเนื่องจากเป็นสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่ง

ดังนั้นการที่ประเทศไทยเป็นภาคีสถิติสนธิสัญญาเหล่านี้ ประเทศไทยจึงต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญานี้ที่ต้องบัญญัติรับรองสิทธิของคนต่างด้าวที่จะได้รับการคุ้มครองในการพิจารณาพิพากษาในศาลและองค์กรอื่น ๆ ในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งรวมถึงกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วยอย่างเท่าเทียมกับคนไทย เพราะประเทศไทยใช้ระบบทวินิยม (Dualism) กล่าวคือกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในแยกกัน และสนธิสัญญาย่อมก่อให้เกิดพันธกรณีระหว่างประเทศ (international obligations) ซึ่งหากไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาหรือละเมิดสนธิสัญญาแล้วย่อมจะส่งผลเสียหายต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้ เนื่องจากข้อบทที่ 27 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมาย สนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้ห้ามมิให้รัฐอ้างบทบัญญัติของกฎหมายภายในเพื่อเป็นข้อยกเว้นในการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญา<sup>155</sup> รัฐจึงไม่อาจอ้างการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศอันเนื่องมาจากกฎหมายภายในของตนในฐานะเป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบของรัฐได้ มิฉะนั้นย่อมนำมาสู่ความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ<sup>156</sup>

นอกจากนั้นในปัจจุบันได้มีร่างอนุสัญญาว่าด้วยการเนรเทศของคนต่างด้าว ค.ศ. 2014 ซึ่งมีบทบัญญัติเรื่องที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาในการเนรเทศคนต่างด้าวและกำหนดสิทธิของคนต่างด้าวในการได้เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาและมีสิทธิเสนอพยานหลักฐานในการโต้แย้งการที่ตนจะถูกเนรเทศ ในข้อบทที่ 26 ดังนี้

- สิทธิทางวิธีพิจารณาของคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศ
- (1) คนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศมีสิทธิในวิธีพิจารณาดังต่อไปนี้
    - (a) สิทธิที่จะได้รับการบอกกล่าวคำสั่งเนรเทศ
    - (b) สิทธิที่จะโต้แย้งคำสั่งเนรเทศ เว้นแต่มีสาเหตุเกี่ยวกับความมั่นคงของชาติ
    - (c) สิทธิที่ได้รับการรับฟังโดยหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการเนรเทศ

<sup>155</sup> 'The Vienna Convention on the Law of Treaties 1969' (United Nations)  
<[https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf)> สืบค้นเมื่อ 4 เมษายน 2566.

<sup>156</sup> ประสิทธิ เอกบุตตร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2551) 196-197.

(d) สิทธิเข้าถึงวิธีการที่มีประสิทธิภาพที่จะโต้แย้งคำสั่งเนรเทศ

(e) สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือในการต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการเนรเทศ

(f) สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายในการมีล่ามเพื่อแปลภาษาหากคนต่างด้าวไม่เข้าใจภาษาที่ใช้ในการพิจารณาของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการเนรเทศ

(2) สิทธิที่ระบุไว้ในวรรคหนึ่งนั้นจะไม่กระทบถึงสิทธิทางวิธีพิจารณาอื่นหรือที่ได้รับการคุ้มครองโดยบัญญัติไว้ในกฎหมาย

(3) คนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองทางการกงสุล การเนรเทศจะไม่เป็นการขัดขวางการใช้สิทธิหรือบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองทางการกงสุล

(4) สิทธิในวิธีพิจารณาที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้จะไม่กระทบถึงการใช้กฎหมายใด ๆ ของรัฐที่จะเนรเทศที่เกี่ยวกับการเนรเทศคนต่างด้าวซึ่งอยู่ในประเทศโดยผิดกฎหมายในระยะเวลาสั้นๆ

ร่างข้อบทที่ 26 ซึ่งเป็นเรื่องสิทธิของคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศที่จะได้รับรวมทั้งการเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาและเสนอพยานหลักฐานประกอบข้อโต้แย้งเพื่อไม่ให้มีการเนรเทศตนออกจากประเทศที่จะมีคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวโดยในวรรคหนึ่งกำหนดสิทธิวิธีพิจารณาซึ่งคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศต้องได้รับประโยชน์ โดยไม่คำนึงว่าบุคคลดังกล่าวอยู่ภายในดินแดนของประเทศที่จะเนรเทศโดยถูกกฎหมายหรือไม่ ข้อยกเว้นประการเดียวที่บัญญัติไว้ในวรรคสี่ของร่างมาตรานี้ คือ คนต่างด้าวซึ่งอยู่ในประเทศโดยไม่ถูกกฎหมายในช่วงสั้นๆ โดยมีรายละเอียดที่สรุปได้ ดังนี้

วรรคหนึ่ง (a) กำหนดสิทธิที่จะได้รับการบอกกล่าวคำสั่งเนรเทศ รัฐที่จะเนรเทศต้องปฏิบัติตามมาตรการเกี่ยวกับวิธีพิจารณาในการคุ้มครองคนต่างด้าว

วรรคหนึ่ง (b) กำหนดสิทธิที่จะโต้แย้งคำสั่งเนรเทศ ซึ่งเป็นสิทธิที่ได้รับการยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศ

วรรคหนึ่ง (c) กำหนดสิทธิที่คนต่างด้าวจะได้รับการรับฟังโดยหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจที่กำหนดไว้ ซึ่งเป็นส่วนสำคัญสำหรับการใช้สิทธิที่จะโต้แย้งคำสั่งเนรเทศซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของวรรคหนึ่ง(b)

อย่างไรก็ตาม อย่างน้อยคนต่างด้าวก็ต้องได้รับโอกาสที่จะเข้าอธิบายเหตุที่ตนจะไม่ถูกเนรเทศต่อหน่วยงานที่มีอำนาจซึ่งตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศคนต่างด้าวต้องมีโอกาสในการเสนอพยานหลักฐานโดยเสนอหนังสืออธิบายเหตุผลต่างๆ เพื่อโต้แย้งคำสั่งที่จะเนรเทศตน

การที่ประเทศไทยยังคงไม่ให้สิทธิคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศมีสิทธิเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเนรเทศตนและไม่มีสิทธิได้รับการรับฟังการที่ตนจะเสนอพยานหลักฐานเพื่อประกอบข้ออ้างและข้อโต้แย้งของตนต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยหรือเจ้าพนักงานซึ่งรัฐมนตรีมอบหมายให้เป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งเนรเทศก่อนมีการออกคำสั่งเนรเทศย่อมมีลักษณะที่ขัดแย้งหรือแตกต่างจากมาตรฐานสากลที่ได้รับการยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและกฎหมายของนานาชาติที่มีความ

เจริญทางด้านกฎหมายนอกจากหลักในกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศไทยที่ให้การเคารพหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ดังนั้น เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายระหว่างประเทศตามที่ประเทศไทยเป็นภาคีเกี่ยวกับการเนรเทศต่างตัวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรดังกล่าวข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่า การที่จะพิจารณาเนรเทศคนต่างตัวกลับออกไปจากนอกราชอาณาจักรได้นั้น กฎหมายกำหนดให้ต้องผ่านกระบวนการต่าง ๆ ในหลายขั้นตอน ทั้งการสอบสวน และการให้สิทธิในการอุทธรณ์ต่าง ๆ ที่บุคคลนั้นพึงจะได้ อีกทั้งแม้จะผ่านหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่เกี่ยวข้องภายในประเทศ กล่าวคือ พระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499 แล้ว ยังจะต้องพิจารณาในส่วนของพันธกรณีที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศฉบับต่าง ๆ ซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีซึ่งมีผลให้ประเทศไทยต้องปฏิบัติตามด้วย ไม่ว่าจะเป็นปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UDHR) หรือสนธิสัญญาต่าง ๆ เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) รวมถึงตลอดถึงความตกลงระหว่างประเทศอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องประกอบด้วย โดยรัฐบาลไทยจะต้องพิจารณาให้ละเอียดรอบคอบก่อนที่จะมีคำสั่งเนรเทศคนต่างตัวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ทั้งนี้เพื่อที่จะไม่ทำให้ประเทศไทยกระทำผิดพันธกรณีอันเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าผูกพันดังกล่าว

การที่กฎหมายไทยไม่ได้ให้สิทธิแก่คนต่างตัวในการได้สิทธิเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ก่อนออกคำสั่งเนรเทศคนนั้นขัดต่อหลักการแนวคิดและทฤษฎีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง คือขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติที่ต้องไม่มีความลำเอียง หรืออคติ และสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรม หลักนิติธรรมที่มีหลักการหนึ่งคือ ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจลงโทษบุคคลใดได้ตามอำเภอใจ เว้นเพียงในกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายโดยชัดแจ้ง และการลงโทษที่อาจกระทำได้นั้นจะต้องกระทำตามกระบวนการปกติของกฎหมายต่อหน้าศาลหรือผู้มีอำนาจพิจารณาและตัดสินปัญหา หลักนิติรัฐที่มีหลักการประการหนึ่ง คือ หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่และศาลโดยรัฐต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนได้ต่อสู้ป้องกันสิทธิของตนในกระบวนการพิจารณาต่างๆ โดยองค์กรของรัฐต้องรับฟังหรือให้โอกาสบุคคลนำพยานหลักฐานเข้าหักล้างข้อกล่าวหาต่างๆก่อนที่จะตัดสินใจกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เป็นผลร้ายแก่บุคคลนั้น หลักการฟังความทุกฝ่าย ซึ่งมีหลักสำคัญคือ คำสั่งหรือคำพิพากษาจะสมบูรณ์ตามกฎหมายก็เฉพาะแต่เมื่อกระบวนการพิจารณาได้ให้สิทธิแก่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายที่จะมีโอกาสต่อสู้โต้แย้งเพื่อปกป้องตนเอง และที่สำคัญคือการเปิดโอกาสให้คู่กรณีโต้แย้ง คัดค้านการนำเสนอหรือการกล่าวอ้างของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง หลักความได้สัดส่วน ซึ่ง มาตรการที่ฝ่ายปกครองจะใช้บังคับ คือ การเนรเทศนั้นต้องเหมาะสมจำเป็นกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะถูกระทบ คือ ต้องมีการให้โอกาสผู้ที่จะถูกเนรเทศได้เข้าต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาเพื่อการเนรเทศบุคคลนั้นจึงจะเป็นการใช้อำนาจรัฐเป็นไปอย่างได้สัดส่วนกับการที่คนต่างตัวจะถูกเนรเทศ ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ปลายทางกับมาตรการการเนรเทศที่รัฐนำมาใช้กับคนต่างตัว หากไม่เปิดโอกาสคนต่างตัวในการได้รับฟังหรือเข้าต่อสู้ในชั้นพิจารณาการพิจารณาดังกล่าวย่อมไม่ได้สัดส่วนกับการออกคำสั่งเนรเทศคนต่างตัวนั้น และขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชน ที่มีหลักการว่า บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอเทียมกันตามกฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ดังนั้น คน

ต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศต้องได้รับอนุญาตให้ชี้แจงแสดงเหตุผลคัดค้านการขับไล่ออกจากภูมิลำเนา และยังคงติดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เนื่องจากไม่ได้รับสิทธิขั้นพื้นฐานในการคุ้มครองที่ต้องได้ต่อสู้ในกระบวนการพิจารณา ก่อนมีการออกคำสั่งที่เกิดจากกระบวนการพิจารณานั้นซึ่งหลักนี้รัฐธรรมนูญของประเทศไทยก็ให้ความคุ้มครอง โดยมีได้ระบุว่าเป็นหลักที่คุ้มครองเฉพาะคนสัญชาติไทยเท่านั้น

นอกจากหลักกฎหมายของประเทศไทยจะมีความแตกต่างจากหลักกฎหมายของต่างประเทศและระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของคนต่างด้าวในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ก่อนออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวโดยในกฎหมายไทยคนต่างด้าวที่ได้รับผลกระทบไม่ได้รับสิทธิดังกล่าวแต่อย่างใด อันเป็นการขัดต่อแนวคิดและทฤษฎีกฎหมายต่าง ๆ ดังกล่าวมาแล้ว ซึ่งทำให้เห็นได้ว่าประเทศไทยมีมาตรฐานค่อนข้างแตกต่างจากนานาอารยประเทศ และหากยังไม่มีการปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้องกับหลักสากลหรือจุดเปลี่ยนแปลงของโลกปัจจุบัน ซึ่งแตกต่างไปจากหลักกฎหมายการเนรเทศคนต่างด้าวดังที่ปรากฏในคดี Diallo ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและร่างอนุสัญญาว่าด้วยการเนรเทศคนต่างด้าวซึ่งที่ประชุมของสมัชชาแห่งสหประชาชาติได้มีข้อมติรับทราบและดำเนินการต่อไป อันเป็นการยืนยันหลักการที่ว่า การเนรเทศคนต่างด้าวต้องคำนึงถึงหลักนิติรัฐและเป็นไปตามกระบวนการหรือขั้นตอนที่กฎหมายบัญญัติไว้ ทำให้กฎหมายว่าด้วยการเนรเทศคนต่างด้าวของประเทศไทยจึงยังไม่สอดคล้องกับหลักสากลหรือความเปลี่ยนแปลงของโลกในปัจจุบันที่จำเป็นต้องได้รับการแก้ไข<sup>157</sup>

สรุป

ในปัจจุบัน สิทธิของคนต่างด้าวในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาเพื่อการเนรเทศคนต่างด้าวหรือหลักการรับฟังคู่กรณีซึ่งเป็นคนต่างด้าวในกระบวนการเนรเทศก่อนเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งเนรเทศนั้นไม่มีอยู่ในกฎหมายของประเทศไทยทั้งในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เนื่องจากเป็นกรณียกเว้นตาม มาตรา 30 วรรคสอง (6) และ(6) ของกฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งยกเว้นมาตรา 30 วรรคแรก กล่าวคือไม่ต้องแจ้งสิทธิก่อนออกคำสั่งทางปกครองให้คนต่างด้าวรับรู้และเข้าต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาก่อนออกคำสั่งเนรเทศ นอกจากนั้น พระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499 และพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ก็ไม่มีบทบัญญัติให้คนต่างด้าวมีสิทธิเข้าร่วมในการพิจารณาและเสนอพยานหลักฐานในการพิจารณาก่อนมีการออกคำสั่งเนรเทศ ทั้งที่ประเทศไทยเป็นภาคีอนุสัญญาหลายฉบับที่มีบทบัญญัติให้สิทธิคนต่างด้าวได้มีโอกาสเข้าต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาในการเนรเทศก่อนมีการออกคำสั่งเนรเทศ

ถึงแม้หลักการรับฟังคู่กรณีผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองก่อนที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้รับอิทธิพลจากหลักกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสและเยอรมนี แต่ประเทศไทยก็มิได้นำหลักดังกล่าวไปใช้กับกรณีการเนรเทศคนต่างด้าว โดยถือ

<sup>157</sup> ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, 'แนวทางการพัฒนากฎหมายให้สอดคล้องกับหลักสากลตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ' (มี.ค.-เม.ย. 2562) 2 วารสารจตุลนิตี, 7-8.

ว่าการเนรเทศคนต่างด้าวเป็นข้อยกเว้นของหลักการรับฟังคู่กรณีเนื่องจากคนต่างด้าวที่ถูกเนรเทศเป็นผู้กระทำการที่กระทบต่อความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไทยในขณะที่ประเทศต่าง ๆ ทั้งฝรั่งเศส เยอรมนี นั้นให้สิทธิคนต่างด้าวผู้ถูกเนรเทศในการเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ก่อนออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าว เนื่องจากประเทศในยุโรป เป็นภาคีสันติสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน เช่น ข้อกำหนดของสหภาพยุโรป 2004/38, 2004 (EC Directive 2004/38, 2004) ข้อ 28 อนุสัญญาแห่งยุโรปสำหรับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950 มาตรา 1 (1) และ (2) ของโปรโตคอล ฉบับที่ 7 ค.ศ. 1984 ของอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน นอกจากนั้นทั้งสองประเทศก็เป็นภาคีของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ซึ่งมีข้อบทที่ 13 ให้สิทธิแก่คนต่างด้าวได้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาก่อนเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งเนรเทศ

ส่วนประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาต่างก็มีหลักกฎหมายที่คุ้มครองคนต่างด้าวผู้ถูกเนรเทศให้มีสิทธิเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ก่อนออกคำสั่งเนรเทศ โดยอังกฤษใช้หลักนิติธรรม หลักกฎหมายธรรมชาติ และการเป็นภาคีสันติสัญญาต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศสและเยอรมนี ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกาคุ้มครองคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศโดยให้ได้รับสิทธิในการเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาก่อนมีการออกคำสั่งเนรเทศตามหลักกระบวนการพิจารณาที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นธรรมโดยใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 5 มีบทบัญญัติคุ้มครองการตัดสินใจและการลงโทษฯ และบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 14 ที่มีหลักการ คือให้หลักประกันแก่ชาวอเมริกันในการที่จะได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันซึ่งได้มีคำพิพากษาของศาลที่เป็นคอมมอนลอว์ว่าได้นำไปใช้กับคนต่างด้าวด้วย

นอกจากนั้นบทบัญญัติของกฎหมายไทยก็มีความแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น สันติสัญญาต่าง ๆ ที่ประเทศไทยเป็นภาคีที่ให้สิทธิคนต่างด้าวในการที่จะได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาหรือวิธีปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่รับผิดชอบในการพิจารณาเพื่อการเนรเทศคนต่างด้าวก่อนที่จะมีการออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าว

ตารางที่ 4.1 ความแตกต่างระหว่างหลักสิทธิการรับฟังคนต่างด้าวในกระบวนการพิจารณาในการเนรเทศคนต่างด้าวของประเทศไทยกับนานาประเทศและระหว่างประเทศ

ฝรั่งเศส	ฝรั่งเศส	สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	อังกฤษ	สหรัฐอเมริกา	กฎหมายสหภาพยุโรป	กฎหมายระหว่างประเทศ
-คนต่างด้าวไม่มีสิทธิเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ก่อนออกคำสั่งเนรเทศ	-คนต่างด้าวมียสิทธิเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาการเนรเทศคนต่างด้าวก่อนมีคำสั่งเนรเทศเพื่อแสดงพยานหลักฐานในการโต้แย้งเหตุแห่งการเนรเทศก่อนออกคำสั่งเนรเทศ เว้นแต่ในกรณีที่มีสถานการณ์ฉุกเฉิน	-กฎหมายเนรเทศไม่มีกระบวนการถึงสิทธิของคนต่างด้าวที่จะร่วมในกระบวนการพิจารณาของคนต่างด้าว แต่เยอรมนีต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของบุคคลที่จะถูกเนรเทศที่เยอรมนีเป็นภาคีด้วย เนื่องจากรัฐธรรมนูญของเยอรมนีมีบทบัญญัติว่าต้องปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศ	-แม้ไม่มีบทบัญญัติที่ให้คนต่างด้าวมียสิทธิได้เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาในการเนรเทศ แต่คนต่างด้าวมียสิทธิตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติหลักนิติธรรมและหลักสิทธิมนุษยชนและอังกฤษก็เป็นประเทศภาคีสถิติสัญญาสิทธิมนุษยชนที่ต้องปฏิบัติตามผูกพันและพันธกรณีให้สิทธิคนต่างด้าวได้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาเพื่อการเนรเทศก่อนออกคำสั่งเนรเทศนั้น	-มาตรา 240 กฎหมายเข้าเมืองและสัญชาติฯคนต่างด้าวมียสิทธิที่จะได้รับโอกาสที่จะตรวจสอบที่ใช้กล่าวหาตนว่ากระทำ ความผิด สิทธิที่จะเสนอพยานหลักฐานด้วยตนเองหรือให้บุคคลอื่นทำแทน มีสิทธิชก้านพยานบุคคลซึ่งเสนอโดยเจ้าหน้าที่ปกครองของรัฐ มีสิทธิมีผู้แทนที่ปรึกษาหรือผู้ช่วยเหลือในกระบวนการพิจารณา แต่รัฐไม่ต้องออกค่าใช้จ่ายให้	กฎหมายสหภาพยุโรป-ข้อบทที่ 1 โปไรโตคอลลฉบับที่ 7 ค.ศ. 1984, อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนคนต่างด้าวต้องไม่ถูกเนรเทศ เว้นแต่โดยคำพิพากษาที่เป็นไปตามกฎหมายและต้องได้รับอนุญาตให้คนต่างด้าวเสนอเหตุผลข้อโต้แย้งการเนรเทศของตน	กฎหมายระหว่างประเทศ-กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองข้อบทที่ 13: คนต่างด้าวอาจถูกไล่ออกจากรัฐได้โดยคำวินิจฉัยตามกฎหมายเท่านั้น และผู้นั้นย่อมได้รับอนุญาตให้ชี้แจงแสดงเหตุผลคัดค้านการขับไล่ออกจากรัฐนั้น

ตารางที่ 4.2 บทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องขัดกับรัฐธรรมนูญ ขัดต่อแนวคิดทางกฎหมายแลกฎหมายระหว่างประเทศ

กฎหมายไทย	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560	กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง
<p>มาตรา 30 วรรคสอง (6) ประกอบ (6) แห่งกฎกระทรวงฉบับที่ 2 พ.ศ. 2540 ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539</p>	<p>มาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง</p>	<p>ข้อบทที่ 13: คนต่างด้าวผู้อยู่ในดินแดนของรัฐภาคีโดยชอบด้วยกฎหมายอาจถูกไล่ออกจากรัฐนั้นได้โดยคำวินิจฉัยอันได้มาตามกฎหมายเท่านั้น และผู้นั้นย่อมได้รับอนุญาตให้ชี้แจงแสดงเหตุผลคัดค้านการขับไล่ออกจากรัฐนั้น โดยได้รับอนุญาตให้มีผู้แทนเพื่อวัตถุประสงค์ข้างต้นได้เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุผลจำเป็นอย่างอื่นด้านความมั่นคงแห่งชาติ</p>



## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ในบทนี้จะกล่าวสรุปถึงปัญหาของหลักการรับฟังคู่กรณีซึ่งเป็นคนต่างด้าวในกระบวนการเนรเทศหรือสิทธิในการได้รับฟังหรือการเข้าสู่คดีของคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศในประเทศไทยตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499 กฎหมายภายในของนานาประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 ประเทศไทยกับสิทธิของคนต่างด้าวในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาเพื่อการเนรเทศ

ในโลกปัจจุบันประชาชนในประเทศต่าง ๆ ได้รับสิทธิและการคุ้มครองสิทธิที่เป็นสิทธิมนุษยชนเนื่องจากกฎหมายของประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะประเทศที่พัฒนาแล้วและกฎหมายระหว่างประเทศได้รับรองสิทธิมนุษยชนที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่จำเป็นของมนุษย์ทุกคน โดยเฉพาะสิทธิและเสรีภาพในการอยู่อาศัยในประเทศต่าง ๆ และการย้ายถิ่นที่อยู่โดยเสรี

อย่างไรก็ตามหากคนต่างด้าวซึ่งอยู่อาศัยในดินแดนของประเทศอื่น ซึ่งมีใช่ประเทศที่ตนมีสัญชาติและได้กระทำผิดกฎหมายหรือกระทำการใด ๆ อันเป็นอันตรายต่อความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนของประเทศที่ตนอาศัยอยู่ ประเทศนั้นย่อมมีอำนาจอธิปไตยในการเนรเทศคนต่างด้าวที่กระทำผิดออกจากดินแดนของตนได้ แต่ต้องมีหลักเรื่องการรับฟังคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศ ซึ่งได้แก่การให้สิทธิคนต่างด้าวในการได้รับฟังหรือมีสิทธิในการเข้าร่วมและเสนอพยานหลักฐานของตนเพื่อต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ที่จะดำเนินการเนรเทศก่อนออกคำสั่งเนรเทศว่าตนมิได้กระทำความผิดหรือไม่มีเหตุที่จะเนรเทศตน

ตามหลักเรื่องการรับฟังคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในประเทศไทยนั้นประชาชนมีสิทธิได้รับการรับฟังหรือต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 30 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณีเจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน”

อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นการปฏิบัติตามความในวรรคหนึ่ง คือ ไม่ต้องรับฟังผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง เพราะในวรรคสองมิให้นำมาใช้บังคับในกรณีที่ระบุไว้ในวรรคสอง เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะเห็นสมควรปฏิบัติเป็นอย่างอื่น ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วนหากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

(2) เมื่อจะมีผลทำให้ระยะเวลาที่กฎหมายหรือกฎหมายกำหนดไว้ในการทำคำสั่งทางปกครองต้องล่าช้าออกไป

- (3) เมื่อเป็นข้อเท็จจริงที่คู่กรณีนั้นเองได้ให้ไว้ในคำขอ คำให้การหรือคำแถลง
- (4) เมื่อโดยสภาพเห็นได้ชัดในตัวว่าการให้โอกาสดังกล่าวไม่อาจกระทำได้
- (5) เมื่อเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง
- (6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในกรณีของการเนรเทศคนต่างด้าวที่คนต่างด้าวซึ่งจะถูกเนรเทศไม่มีสิทธิได้เข้าต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองสำหรับการเนรเทศ เพราะบทบัญญัติ มาตรา 30 วรรคสอง (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่กำหนดให้สามารถออกกฎกระทรวงในเรื่องที่เจ้าหน้าที่ไม่จำเป็นต้องให้คู่กรณีมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนได้ และกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในวรรคสอง (6) กำหนดให้การสั่งให้เนรเทศเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคสอง (6) กล่าวคือ เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่จำเป็นต้องให้คนต่างด้าวซึ่งเป็นคู่กรณีมีโอกาสได้เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาเพื่อการเนรเทศและไม่มีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนว่าตนต้องไม่ถูกเนรเทศเพราะเหตุใด

นอกจากนั้นในพระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499 และพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ก็ไม่มีบทบัญญัติในการให้สิทธิใด ๆ รวมทั้งสิทธิในการเสนอพยานหลักฐานเพื่อโต้แย้งคำสั่งที่จะมีการเนรเทศ คงมีเพียงบทบัญญัติในมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ที่กำหนดให้รัฐมนตรีมีอำนาจออกคำสั่งให้เนรเทศคนต่างด้าวออกไปนอกราชอาณาจักรและมีอำนาจเพิกถอนเมื่อพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และมาตรา 8 กำหนดให้ผู้ถูกสั่งเนรเทศมีสิทธิยื่นอุทธรณ์ต่อนายกรัฐมนตรีและหลักเกณฑ์ในการยื่นอุทธรณ์ต่อนายกรัฐมนตรีเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งเนรเทศ

การที่กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2540) (ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539) ในวรรคสอง (6) กำหนดให้การสั่งให้เนรเทศเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคสอง (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ไม่ต้องให้โอกาสคู่กรณี คือ คนต่างด้าวได้รับสิทธิในการเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองก่อนมีการออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าว อันทำให้คนต่างด้าวซึ่งถูกเนรเทศไม่มีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาทางปกครองก่อนออกคำสั่งเนรเทศตน และพระราชบัญญัติเนรเทศตลอดจนพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง ๆ ก็ไม่มีบทบัญญัติให้มีการรับฟังคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศก่อนออกคำสั่งแม้จะอ้างว่าเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ตาม แต่ก็เป็นการให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยที่กว้างมากเกินไป เพราะความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นมิได้จำกัดอยู่เฉพาะการกระทำความผิดอาญาที่อุกฉกรรจ์ก็อาจถูกเนรเทศได้ เช่น คนต่างด้าวซึ่งเป็นโรคติดต่อร้ายแรงก็อาจถือว่าอาจทำให้เกิดการติดต่อของโรคและทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยของประชาชนไทยได้ จึงมีปัญหว่าการที่ไม่ให้คนต่างด้าวมีสิทธิในการเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในกระบวนการเนรเทศคนต่างด้าวก่อนมีการออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวนั้นขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติและสิทธิมนุษยชน ตลอดจนกฎหมายระหว่างประเทศและหลักหรือทฤษฎีทางกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องหรือไม่ และเรื่องนี้ก็เป็นปัญหาในประเทศต่าง ๆ รวมทั้งระดับระหว่าง

ประเทศซึ่งมีความพยายามแก้ไขปัญหามาแล้วแต่ยังไม่ประสบความสำเร็จและให้ความคุ้มครองบุคคลจากการถูกเนรเทศให้ได้รับความเป็นธรรม โดยเฉพาะให้ผู้ที่จะถูกเนรเทศมีโอกาสต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองก่อนตัดสินว่าจะมีการเนรเทศหรือไม่

## 5.2 สิทธิของคนต่างด้าวในการได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาเพื่อการเนรเทศในประเทศอื่น ๆ และกฎหมายขององค์การระหว่างประเทศ

สำหรับประเทศอื่น ๆ โดยเฉพาะประเทศที่พัฒนาแล้วได้ตระหนักว่า การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างมีประสิทธิภาพเป็นสิ่งสำคัญในอันที่จะก่อให้เกิดสันติภาพและความเจริญก้าวหน้าขึ้นในโลกซึ่งมีพัฒนาการมาตั้งแต่ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง โดยได้มีการก่อตั้งสหประชาชาติ และสมัชชาแห่งสหประชาชาติได้มีมติรับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ซึ่งคือสิทธิเสรีภาพที่จำเป็นขั้นพื้นฐานที่ประชาชนทุกคนพึงได้รับอย่างเสมอภาคและเป็นธรรมในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ ไม่ว่าจะมีความแตกต่างกันทางเชื้อชาติ ถิ่นกำเนิด ศาสนา วัฒนธรรม ภาษา วิถีชีวิต เพศ รูปลักษณ์ภายนอก อายุ และสติปัญญา หรือมีความไม่เท่าเทียมกันในฐานะทางเศรษฐกิจและสังคมมากน้อยเพียงใดก็ตามและก็ได้มีการพัฒนาหลักกฎหมายภายในของประเทศโดยให้การคุ้มครองชาวต่างชาติที่อยู่อาศัยในดินแดนของประเทศตนด้วยการรับหลักการรับฟังไปไว้ในกฎหมายภายในที่เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาและวิธีพิจารณาคดีทางปกครองด้วย ซึ่งสามารถสรุปได้ ดังนี้

### 5.2.1 ประเทศฝรั่งเศส

ของคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักว่า ฝ่ายปกครองต้องให้ออกาศคู่กรณีที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำของฝ่ายปกครองต้องได้รับรู้ข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้ง แสดงพยานหลักฐานของตนก่อนออกคำสั่งทางปกครอง

สำหรับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าวที่เกี่ยวข้องกับการเนรเทศคนต่างด้าว-กฤษฎีกาว่าด้วยการเข้าเมืองและการอยู่อาศัยของคนต่างด้าวในฝรั่งเศส ค.ศ. 1945 บัญญัติให้เจ้าหน้าที่หรือรัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทยต้องเรียกคนต่างด้าวเข้าไปร่วมในการพิจารณาของคณะกรรมการเนรเทศก่อนมีคำสั่งเนรเทศ โดยคนต่างด้าวต้องได้รับการบอกกล่าวและเรียกให้เข้าไปในการพิจารณาเพื่อแสดงพยานหลักฐานในการโต้แย้งเหตุแห่งการเนรเทศก่อนออกคำสั่งเนรเทศต่อคณะกรรมการเนรเทศ เว้นแต่ในกรณีที่มีสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยคนต่างด้าวมีสิทธิเข้าร่วมการพิจารณาตามลำพังหรือมีทนายความหรือผู้ช่วยเหลืออื่นๆตามที่คนต่างด้าวประสงค์ สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายในการดำเนินกระบวนการพิจารณา รวมทั้งการมีล่ามเพื่อช่วยแปลในกระบวนการพิจารณาหากไม่รู้ภาษาฝรั่งเศส

### 5.2.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 บัญญัติถึงสิทธิของคู่กรณีในการจะได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเพื่อเสนอพยานหลักฐานในการโต้แย้งการที่เจ้าหน้าที่ปกครองจะออกคำสั่งใดๆ ที่มีผลกระทบต่อตน

สำหรับสิทธิของคนต่างด้าวในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในกรณีการเนรเทศตามกฎหมายของประเทศเยอรมันนั้น กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าและการอาศัยอยู่ของคนต่างด้าวในดินแดนของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1991 ไม่มีการระบุถึงสิทธิของคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศในกระบวนการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเนรเทศที่ชัดเจน แต่รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติทั้งหลายในสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของบุคคลที่จะถูกเนรเทศที่เยอรมนีเป็นภาคีด้วย เนื่องจากรัฐธรรมนูญของเยอรมนีมีบทบัญญัติว่าต้องปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 25 ว่า หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายของสหพันธ์ กฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับสูงกว่ากฎหมายของสหพันธ์และก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่สำหรับพลเมืองในเขตแดนของสหพันธ์ฯ

ดังนั้น หน่วยงานฝ่ายปกครองที่รับผิดชอบเกี่ยวกับคนต่างด้าวและการเนรเทศคนต่างด้าวก็ต้องปฏิบัติตามหลักเรื่องสิทธิในการรับฟังหรือการมีส่วนร่วมของคนต่างด้าวที่ถูกเนรเทศตามสนธิสัญญาต่าง ๆ ทั้งของทวีปยุโรป และของสหประชาชาติ

### 5.2.3 ประเทศอังกฤษ

คู่กรณีต้องได้รับความยุติธรรมตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ และที่สำคัญที่สุดคือ หลักการได้รับฟังจากผู้ที่จะได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่ง ดังนั้น บุคคลที่จะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองต้องได้รับการบอกกล่าวถึงคำสั่งที่จะได้รับและสาเหตุหรือเหตุผลในการออกคำสั่งนั้น

ในเรื่องการเนรเทศคนต่างด้าวของประเทศอังกฤษนั้นพระราชบัญญัติคนต่างด้าว ค.ศ. 1905 นั้น แม้ไม่มีบทบัญญัติโดยตรงที่ให้คนต่างด้าวมีสิทธิได้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาในการเนรเทศคนต่างด้าว แต่คนต่างด้าวก็มีสิทธิได้รับโอกาสเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาดังกล่าวตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ หลักนิติธรรมและหลักสิทธิมนุษยชนและอังกฤษก็เป็นประเทศภาคีสัญญาสิทธิมนุษยชนที่ต้องผูกพันและปฏิบัติตามพันธกรณีที่ให้สิทธิคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศได้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่จะมีการเนรเทศตน

### 5.2.4 ประเทศสหรัฐอเมริกา

มีคำพิพากษาของศาลรับรองหลักการรับฟังผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองและมีกฎหมายลายลักษณ์อักษร กฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ. 1946 มีหลักกระบวนการพิจารณาที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นธรรม (Due Process of Law) ซึ่งได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 5 และครั้งที่ 14 (amendments V and XIV)

สำหรับคนต่างด้าวที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาอาจถูกเนรเทศได้ แต่ในเรื่องสิทธิของคนต่างด้าวที่ถูกเนรเทศจะมีสิทธิในกระบวนการพิจารณาของฝ่ายปกครองนั้นมีบางสิ่งที่แตกต่างไปบ้างจากหลักทั่วไปของหลักกระบวนการพิจารณาที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นธรรม คือ ค่อนข้างจำกัดกว่าหลักที่ใช้ในกระบวนการพิจารณาในศาลโดยเฉพาะวิธีพิจารณาในคดีอาญา

ในกฎหมายคนเข้าเมืองและสัญชาติมีกระบวนการเนรเทศ ที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 240 ของกฎหมายเข้าเมืองและสัญชาติฯ ที่บัญญัติให้คนต่างด้าวที่ถูกกล่าวหาและจะถูกเนรเทศจะต้องไปพบผู้พิพากษา

ที่รับผิดชอบการเข้าเมืองซึ่งจะทำการพิจารณาข้อกล่าวหาดังกล่าว สำหรับกระบวนการพิจารณาเพื่อการเนรเทศนั้นดำเนินการโดยผู้พิพากษาตรวจคนเข้าเมือง ที่อยู่ภายใต้การปฏิบัติงานของสำนักงานตรวจสอบการเข้าเมืองซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกระทรวงยุติธรรม และคนต่างด้าวมีสิทธิที่จะได้รับโอกาสที่จะตรวจสอบพยานหลักฐานที่ใช้กล่าวหาตนว่ากระทำความผิด สิทธิที่จะเสนอพยานหลักฐานด้วยตนเองหรือให้บุคคลอื่นทำแทน มีสิทธิชก้านพยานบุคคลซึ่งเสนอโดยเจ้าหน้าที่ปกครองของรัฐ มีสิทธิมีผู้แทนที่ปรึกษาหรือผู้ช่วยเหลือในกระบวนการพิจารณา แต่รัฐไม่ต้องออกค่าใช้จ่ายให้

#### 5.2.5 กฎหมายของสหภาพยุโรป

กฎหมายของสหภาพยุโรปบัญญัติให้บุคคลที่จะถูกเนรเทศต้องมีสิทธิเข้าถึงกระบวนการพิจารณาทางปกครองของรัฐภาคีที่จะออกคำสั่งเนรเทศโดยมีโอกาสเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาและเสนอพยานหลักฐานเพื่อโต้แย้งข้อกล่าวหา ก่อนมีการออกคำสั่งเนรเทศ

อย่างไรก็ตาม ในการถ่วงดุลระหว่างสิทธิของคนต่างด้าวในการที่จะได้รับความคุ้มครองโดยมีสิทธิเข้าร่วมในกระบวนการเนรเทศคนต่างด้าวกับการคุ้มครองความปลอดภัยของสังคมนั้นต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนด้วยโดยต้องพิจารณาถึงความประพฤติดังกล่าวของคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศประกอบด้วย

นอกจากนั้น คำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนสหภาพยุโรป และศาลของประเทศต่างๆ ในสหภาพยุโรปได้พิพากษาในแนวทางเดียวกันว่าการปฏิบัติตามสิทธิในการที่จะได้รับฟังในกระบวนการพิจารณาทุกประเภทที่จะมีคำสั่งหรือคำพิพากษาซึ่งมีผลกระทบต่อบุคคลเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายของสหภาพยุโรปซึ่งต้องได้รับการประกันถึงแม้ว่าจะไม่มีบทกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะในกฎหมายที่ใช้บังคับกับกระบวนการพิจารณาที่มีปัญหาก็ตาม

#### 5.2.6 กฎหมายขององค์การระหว่างประเทศ

กฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นสนธิสัญญาพหุภาคีในระดับโลกที่สร้างขึ้นโดยองค์การสหประชาชาติ เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 มีบทบัญญัติใน ข้อบทที่ 13: การคุ้มครองทางวิธีพิจารณาในการเนรเทศคนต่างด้าว ที่ให้สิทธิคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศต้องได้รับอนุญาตให้ชี้แจงแสดงเหตุผลโต้แย้งคัดค้านการถูกขับไล่ออกจากภูมิลำเนาและขอให้มีการทบทวนเรื่องของตนได้โดยได้รับอนุญาตให้มีผู้แทนเพื่อวัตถุประสงค์ข้างต้นได้เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุผลจำเป็นเป็นอย่างอื่นด้านความมั่นคงแห่งชาติ

นอกจากกฎหมายไทยจะแตกต่างจากกฎหมายของนานาอารยประเทศดังกล่าวมาแล้ว การที่ประเทศไทยไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีตามสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนย่อมทำให้ประเทศไทยมีความแตกต่างจากนานาประเทศและอาจไม่เป็นผลดีต่อประเทศไทยในการเป็นสมาชิกของประชาคมโลก จึงจำเป็นต้องมีการนำหลักเรื่องการรับฟังหรือให้สิทธิคนต่างด้าวได้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อนมีการออกคำสั่งเนรเทศโดยการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยนำหลักการรับฟังคู่กรณีที่ได้รับผลกระทบ คือ คนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศก่อนมีการออกคำสั่งเนรเทศไปบัญญัติไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวกับการ

เนรเทศจึงจำเป็นต้องมีกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาทั้งหลายที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือปรับแก้กฎหมายภายในประเทศ เพื่อให้สอดคล้องและรองรับกับพันธกรณีอนุสัญญาต่าง ๆ ดังกล่าว

นอกจากนี้การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 บัญญัติให้รัฐพึงยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์โดยไม่ชักช้า และตั้งนั้นหาก ในเรื่องการเนรเทศคนต่างด้าวและสิทธิของคนต่างด้าวในกระบวนการเนรเทศที่มีปัญหาหรือมีความจำเป็นต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาประเทศไทยก็สามารถทำการแก้ไขกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อคุ้มครองคนต่างชาติที่จะถูกเนรเทศให้มีสิทธิต่าง ๆ ในกระบวนการพิจารณาเพื่อการเนรเทศได้ตามความเหมาะสม

### 5.3 ข้อเสนอแนะ

ด้วยเหตุต่าง ๆ ดังกล่าวในการเนรเทศคนต่างด้าวจำเป็นที่คนต่างด้าวต้องได้รับสิทธิที่จะเข้าสู่ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจในการเนรเทศคนต่างด้าว หรือที่เรียกกันว่าสิทธิในการได้รับฟังจากเจ้าหน้าที่ก่อนมีการออกคำสั่งเนรเทศ โดยควรดำเนินการดังต่อไปนี้

(1) แก้ไขกฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 วรรคสอง

การที่จะให้สิทธิคู่กรณีซึ่งเป็นคนต่างด้าวได้มีสิทธิที่จะได้รับการรับฟังโดยการได้เข้าร่วมในการเสนอพยานหลักฐานของตนในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเพื่อการเนรเทศคนต่างด้าวนั้นจำเป็นต้องแก้ไขกฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 วรรคสอง โดยตัด (6) การสั่งให้เนรเทศ ออกจากข้อยกเว้นที่ให้เป็นคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 30 วรรคสอง ที่ไม่ต้องรับฟังคู่กรณี คือ คนต่างด้าวในการออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นการเนรเทศคนต่างด้าว อันจะทำให้การเนรเทศคนต่างด้าวนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป ที่ตกอยู่ภายใต้บังคับตาม มาตรา 30 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

(2) แก้ไขบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499

นอกจากจำเป็นต้องแก้ไขกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ระบุข้อยกเว้นว่าไม่ต้องรับฟังคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศก่อนมีการออกคำสั่งเนรเทศแล้ว ก็ควรแก้ไขบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499 ซึ่งใช้บังคับมานานมากแล้วและมีความล้าสมัย ตลอดจนไม่ยุติธรรมและขัดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยให้การรับรอง กล่าวคือ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ฯ และสนธิสัญญาต่าง ๆ ที่ประเทศไทยเป็นภาคี กล่าวคือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ฯ และอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1969 โดยเพิ่มบทบัญญัติในมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499 เป็นวรรคสาม ระบุให้คนต่างด้าวซึ่งจะถูกเนรเทศได้รับสิทธิที่ได้รับฟังจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในกระบวนการพิจารณาก่อนออกคำสั่งเนรเทศ ดังนี้

(ก) สิทธิที่จะได้รับการบอกกล่าวคำสั่งเนรเทศ

- (ข) สิทธิที่จะโต้แย้งคำสั่งเนรเทศ เว้นแต่มีสาเหตุเกี่ยวกับความมั่นคงของชาติ
  - (ค) สิทธิที่ได้รับการรับฟังโดยหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการเนรเทศ
  - (ง) สิทธิเข้าถึงวิธีการที่มีประสิทธิภาพที่จะโต้แย้งคำสั่งเนรเทศ
  - (จ) สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือในการต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการเนรเทศ
  - (ฉ) สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายในการมีล่ามเพื่อแปลภาษาหากคนต่างด้าวไม่เข้าใจภาษาที่ใช้ในการพิจารณาของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการเนรเทศ
  - (ช) สิทธิที่ระบุไว้ในวรรคหนึ่งนั้นจะไม่กระทบถึงสิทธิทางวิธีพิจารณาอื่นหรือที่ได้รับการคุ้มครองโดยบัญญัติไว้ในกฎหมาย
  - (ซ) คนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองทางการกงสุล การเนรเทศจะไม่ใช่เป็นการขัดขวางการใช้สิทธิหรือบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองทางการกงสุล
- (3) แก้ไขบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522
- นอกจากนั้น จำเป็นต้องแก้ไขพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ซึ่งบัญญัติมานานแล้วเช่นกัน และไม่มีบทบัญญัติให้สิทธิคนต่างด้าวที่จะถูกให้ออกจากประเทศไทยได้มีสิทธิที่จะได้รับการรับฟังหรือเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาเพื่อการให้คนต่างด้าวออกนอกราชอาณาจักรก่อนมีคำสั่งนั้น โดยให้มีความทำนองเดียวกับการแก้ไขพระราชบัญญัติการเนรเทศโดยเพิ่มบทบัญญัติให้มีกระบวนการพิจารณาในการส่งคนต่างด้าวกลับไปนอกราชอาณาจักร ใน หมวด 6 มาตรา 53 โดยเพิ่มวรรคสอง และมีข้อความระบุให้คนต่างด้าวซึ่งจะถูกเนรเทศได้รับสิทธิที่ได้รับฟังจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในกระบวนการพิจารณาก่อนออกคำสั่งเนรเทศ ดังนี้
- (ก) สิทธิที่จะได้รับการบอกกล่าวคำสั่งส่งคนต่างด้าวกลับไปนอกราชอาณาจักร
  - (ข) สิทธิที่จะโต้แย้งคำสั่งส่งคนต่างด้าวกลับไปนอกราชอาณาจักร เว้นแต่มีสาเหตุเกี่ยวกับความมั่นคงของชาติ
  - (ค) สิทธิที่ได้รับการรับฟังโดยหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการส่งคนต่างด้าวกลับไปนอกราชอาณาจักร
  - (ง) สิทธิเข้าถึงวิธีการที่มีประสิทธิภาพที่จะโต้แย้งคำสั่งส่งคนต่างด้าวกลับไปนอกราชอาณาจักร
  - (จ) สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือในการต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการส่งคนต่างด้าวกลับไปนอกราชอาณาจักร
  - (ฉ) สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายในการมีล่ามเพื่อแปลภาษาหากคนต่างด้าวไม่เข้าใจภาษาที่ใช้ในการพิจารณาของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการส่งคนต่างด้าวกลับไปนอกราชอาณาจักร
  - (ช) สิทธิที่ระบุไว้ในวรรคหนึ่งนั้นจะไม่กระทบถึงสิทธิทางวิธีพิจารณาอื่นหรือที่ได้รับการคุ้มครองโดยบัญญัติไว้ในกฎหมาย

(ช) คนต่างด้าวที่จะถูกส่งคนต่างด้าวกลับไปนอกราชอาณาจักรมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองทางการกงสุล การส่งคนต่างด้าวกลับไปนอกราชอาณาจักรจะไม่เป็นการขัดขวางการใช้สิทธิหรือบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองทางการกงสุล

หากมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการเนรเทศคนต่างด้าวโดยนำหลักการรับฟังคู่กรณีซึ่งเป็นคนต่างด้าวให้ได้รับสิทธิในการเข้าสู่คดีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการเนรเทศคนต่างด้าวก็จะเป็นการกระทำที่ถูกต้องและนอกจากจะสอดคล้องกับพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ก็ยังสอดคล้องกับหลักการแนวคิดและทฤษฎีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง คือเป็นไปตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ที่ต้องไม่มีความลำเอียง หรืออคติ และสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรม หลักนิติธรรมที่มีหลักว่า การลงโทษที่อาจกระทำได้นั้นจะต้องกระทำตามกระบวนการปกติของกฎหมายต่อหน้าศาลหรือผู้มีอำนาจพิจารณาและตัดสินปัญหา หลักนิติรัฐที่มี หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่และศาลโดยรัฐต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนได้ต่อสู้ป้องกันสิทธิของตนในกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ โดยองค์กรของรัฐต้องรับฟังหรือให้โอกาสบุคคลนำพยานหลักฐานเข้าหักล้างข้อกล่าวหาต่าง ๆ ก่อนที่จะตัดสินใจกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เป็นผลร้ายแก่บุคคลนั้น หลักการฟังความทุกฝ่าย โดยคำสั่งหรือคำพิพากษาจะสมบูรณ์ตามกฎหมายก็เฉพาะแต่เมื่อกระบวนการพิจารณาได้ให้สิทธิแก่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายที่จะมีโอกาสต่อสู้โต้แย้งเพื่อปกป้องตนเองโดยเปิดโอกาสให้คู่กรณีโต้แย้ง คัดค้านการนำเสนอหรือการกล่าวอ้างของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง หลักความได้สัดส่วน โดยมาตรการการเนรเทศที่ฝ่ายปกครองจะใช้บังคับต้องเหมาะสมจำเป็นกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะถูกกระทบเพราะให้โอกาสคนต่างด้าวซึ่งจะถูกเนรเทศได้เข้าต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาเพื่อการเนรเทศบุคคลนั้น และสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน ที่บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอเทียมกันตามกฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ เนื่องจากคนต่างด้าวที่จะถูกเนรเทศต้องได้รับอนุญาตให้ชี้แจงแสดงเหตุผลคัดค้านการขับไล่ออกจากรัฐนั้น



## บรรณานุกรม

## บรรณานุกรม

- ‘การสอบสวนพิจารณาเนรเทศคนต่างด้าว’ <<http://www.sobsuan.com/modules.php?name=Forums&file=viewtopic&t=5374>> สืบค้นเมื่อ 3 เมษายน 2566.
- กำพล จำปาพันธ์, ‘ชำระข้อมูล โรเบิร์ต ฮันเตอร์ นายห้างหันแตรจอมหัวว ชีวิตพลิกเพราะเรือกลไฟ’ (thepeople, 4 สิงหาคม 2565) <<https://www.thepeople.co/blogs/read/50200>> สืบค้นเมื่อ 23 มีนาคม 2566.
- ‘คำว่า ‘ผู้ลี้ภัย’ มาจากไหน? ประวัติศาสตร์การลี้ภัยที่ย้อนไปไกลกว่าที่คิด’ (icrc, 6 มิถุนายน 256) <<https://blogs.icrc.org/th/2018/06/06/a-brief-history-of-hospitality/>> สืบค้นเมื่อ 22 มีนาคม 2566.
- ‘ความรู้เกี่ยวกับงานคนต่างด้าว’ (ระบบงานห้องสมุด กรมการจัดหางาน) <[http://lib.doe.go.th/ebookdoc/020400000359\\_1.pdf](http://lib.doe.go.th/ebookdoc/020400000359_1.pdf)> สืบค้นเมื่อ 24 มีนาคม 2566.
- ‘ความรู้เรื่องคำสั่งทางปกครอง’ (สำนักการสอบสวนและนิติการ) <<https://multi.dopa.go.th/ilab/news/cate14/view105>> สืบค้นเมื่อ 3 เมษายน 2566.
- ‘ความสัมพันธ์ระหว่างไทยกับจีนสมัยใหม่: การทูตชาตินิยม’ <<http://www.satit.up.ac.th> > BBC07 Around The World> สืบค้นเมื่อ 24 มีนาคม 2566.
- คณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรม, *หลักนิติธรรม The Rule of Law ความหมาย สาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม* (สำนักงานคณะกรรมการอิสระว่าด้วยส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ สำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรม 2557).
- จิต เศรษฐบุตร, *คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1*, (โรงพิมพ์แสงทองการพิมพ์) 2512.
- ไชยวัฒน์ จันทิลา, ‘ปัญหาหลักการรับฟังคู่กรณีในการพิจารณาทางปกครอง’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2557).
- ไชยวัฒน์ จันทิลา และไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล, ‘ปัญหาหลักการรับฟังคู่กรณีในการพิจารณาทางปกครอง’ (2557) 1 วารสารบัณฑิตศึกษา มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์, *คำอธิบายกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2542).
- ทีมข่าวอาชญากรรม, ‘ศาลแพ่งมีคำสั่งไม่ให้เนรเทศ “สาธิต เซกัล” ชี้สื่อเลือกปฏิบัติ’ (ผู้จัดการออนไลน์, 30 กันยายน 2557) <<https://mgronline.com/crime/detail/9570000112281>> สืบค้นเมื่อ 4 เมษายน 2566.
- เทียนชัย เกษดา, ‘ความแตกต่างระหว่างการส่งกลับและการเนรเทศ’ (เดลินิวส์, 3 มีนาคม 2557) <<https://d.dailynews.co.th/article/219006/>> สืบค้นเมื่อ 3 เมษายน 2566.

## บรรณานุกรม

- ชานินทร์ กรัยวิเชียร, *หลักนิติธรรม* (ธนาเพรส 2552).
- บรรเจิด สิงคะเนติ, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน* (โครงการตำราและวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2547).
- บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์, 'หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส' (พฤษภาคม-สิงหาคม 2542) 2 *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*.
- \_\_\_\_\_, *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2561).
- \_\_\_\_\_, *หลักพื้นฐาน สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2562).
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, 'แนวทางการพัฒนากฎหมายให้สอดคล้องกับหลักสากลตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ' (มี.ค.-เม.ย. 2562) 2 *จุลนิตี*.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล*, (พิมพ์ครั้งที่ 6, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2566).
- ประสิทธิ์ เอกบุตร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2551).
- พระยาเทพวิฑูร, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1-240* (พิมพ์ครั้งที่ 2, โรงพิมพ์ไทยพิทยา 2509).
- เพ็ญสุภา สุขคตะ, 'ล้านนาศึกษา" ใน "ไทยศึกษาครั้งที่ 13" (6) เมืองน้อย เมืองนครเทศกษัตริย์ล้านนา The Romance of Three Kingdoms' (มติชนสุดสัปดาห์, 16 พฤศจิกายน 2560)  
<[https://www.matichonweekly.com/column/article\\_65109](https://www.matichonweekly.com/column/article_65109)> สืบค้นเมื่อ 22 มีนาคม 2566.
- มานิตย์ จุมปา, *คำอธิบายกฎหมายปกครองเล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1* (โครงการตำราและสื่อการสอน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2554).
- มูลนิธิโครงการสารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน, 'ประวัติการพิมพ์ไทยสมัยธนบุรีและต้นรัตนโกสินทร์' สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน (เล่ม 18, สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน มปป.)  
<<https://www.saranukromthai.or.th/sub/book/book.php?book=18&chap=5&page=chap5.htm>> สืบค้นเมื่อ 22 มีนาคม 2566.
- ราชบัณฑิตยสถาน, *พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554* (ศิริวัฒนาอินเตอร์พริ้น 2556).
- ลักคนาวดี สายมิตร อรรถเกษม, 'ความทั่วไปเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีของศาลและการนำหลักวิธีพิจารณาความทั่วไปมาใช้ในวิธีพิจารณาดี' (สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง 2562).

## บรรณานุกรม

‘ลูกชายถูกชู้ ลูกสาวไร้ที่พึ่ง พ่อฝรั่งทำผิดติดแบล็กลิสต์ ใช้ชีวิตเร่ร่อน’ (ไทยรัฐออนไลน์, 21 มีนาคม 2560)

<<https://www.thairath.co.th/scoop/890315>> สืบค้นเมื่อ 4 เมษายน 2566.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *เอกสารประกอบการบรรยาย: สรุปประเด็นสำคัญของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไทยและกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองเยอรมัน* (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มปป).

\_\_\_\_\_, *วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2548).

\_\_\_\_\_, *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*, (พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2549).

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ‘หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม’ (Public Law Net, 31 มกราคม 2553)

<<http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=1431>> สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2566.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2557).

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ‘การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ’ (2532) 8 วารสารกฎหมายปกครอง.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง* (โครงการตำราและเอกสาร ประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2538).

\_\_\_\_\_, *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540* (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2543).

\_\_\_\_\_, *หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง* (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2547).

\_\_\_\_\_, *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2562).

วรรณชัย บุญบำรุง, *กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกับหลักนิติธรรม* (เอกสารวิชาการส่วนบุคคล หลักสูตรนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 4 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 2559).

‘ส่งกลับบ้านเกิด! เปิดเกณฑ์เนรเทศต่างชาติ ไซวิธีปลดแบล็กลิสต์เข้าไทย’ (ไทยรัฐออนไลน์, 22 มีนาคม

2560) <<https://www.thairath.co.th/scoop/891847>> สืบค้นเมื่อ 4 เมษายน 2566.

‘สนธิสัญญาหลักด้านสิทธิมนุษยชน’ (humanrights)

<<https://humanrights.mfa.go.th/th/humanrights/obligation/international-human-rights-mechanism/>> สืบค้นเมื่อ 4 เมษายน 2566.

## บรรณานุกรม

- สภาวิจัยแห่งชาติ, ‘รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน’ (เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, ผู้แปล)  
<[https://library.parliament.go.th/sites/default/files/assets/files/give-take/content\\_cons57/NALT-con2557-basiclawofgermany.pdf](https://library.parliament.go.th/sites/default/files/assets/files/give-take/content_cons57/NALT-con2557-basiclawofgermany.pdf)> สืบค้นเมื่อ 31 มีนาคม 2566.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์, ‘หลักแห่งความได้สัดส่วน’ (ธันวาคม 2533) 4 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สมชัย วัฒนการุณ, ‘พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง’ (สำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตร)  
<[https://alro.go.th/uploads/org/legal\\_aff/article\\_attach/article\\_attach\\_201804101523336931.pdf](https://alro.go.th/uploads/org/legal_aff/article_attach/article_attach_201804101523336931.pdf)> สืบค้นเมื่อ 3 เมษายน 2566.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ‘เรื่องเสร็จที่ 836/2546 เรื่อง การขอยกเว้นไม่นำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้กับการดำเนินการตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522’  
<[https://www.krisdika.go.th/file/836\\_2546PDF](https://www.krisdika.go.th/file/836_2546PDF)>, สืบค้นเมื่อ 10 พฤศจิกายน 2566.
- เสถียร วิชัยลักษณ์, พระราชบัญญัติว่าด้วยการเนรเทศ ร.ศ. 131 พร้อมด้วยพระราชกฤษฎีกามอบให้  
ปลัดกระทรวงมหาดไทยอนุวรรตนาการตาม พ.ร.บ. ฉบับนี้ แทนรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยใน  
บางกรณี พุทธศักราช 2478 (โรงพิมพ์นิติเวช 2491).
- เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้, เล่ม 1 ภาค 1-2 (พิมพ์ครั้งที่ 3,  
สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ 2527).
- หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2511) เรียงมาตราและคำอธิบาย  
รัฐธรรมนูญทั่วไปโดยย่อ (กรุงสยามการพิมพ์ 2511).
- หลวงวิเทศจรรยารักษ์, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (โรงพิมพ์ บริษัท ณะช่างจำกัด 2495).
- อุกฤษ มงคลนาวิน, ‘ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน’ (2513) 1 บทบัญญัติ.
- ‘Yan Marchal ดาว TikTok ล้อการเมืองไทย บินกลับฝรั่งเศส หลังเจอเนรเทศ-เสี่ยง ม. 112’  
<<https://www.sanook.com/news/8480606/>> สืบค้นเมื่อ 24 มีนาคม 2566.
- ‘A Brief History of Human Rights: The Magna Carta (1215)’ (United For Human Rights)  
<<https://www.humanrights.com/what-are-human-rights/brief-history/magna-carta.html>> สืบค้นเมื่อ 24 มีนาคม 2566.
- ‘Administrative Procedure Act’ (federal ministry of the interior building and community)  
<<https://shorturl.asia/r8V1k>> สืบค้นเมื่อ 30 มีนาคม 2566.

### บรรณานุกรม

- ‘A Fundamental Principle of Natural Justice is That No man Should be Condemned Unheard’ (The Lawyers & Jurists) <<https://www.lawyersnjurists.com/article/a-fundamental-principle-of-natural-justice-is-that-no-man-should-be-condemned-unheard>> สืบค้นเมื่อ 30 มีนาคม 2566.
- A.N. SINHA, ‘Law of Citizenship and Aliens in India’ (July-September 1958) 3 India Quarterly.
- A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (Macmillan & Co. 1982).
- Brian Gratton and Merchant Emily, ‘Immigration, Repatriation, and Deportation: The Mexican-Origin Population in the United States 1920-1950’ (December 2013) 4 The International Migration Review.
- Christopher J. Walker, ‘Modernizing the Administrative Procedure Act’ (2017) 3 Administrative Law Review.
- Christina Eckes and Joana Mendes, ‘The Right to Be Heard in Composite Administrative Procedures: Lost in between Protection?’ (Core) <<https://core.ac.uk/download/pdf/78371601.pdf>> สืบค้นเมื่อ 2 เมษายน 2566.
- David P. Forsythe, *Encyclopedia of Human Rights* (Oxford University Press 1996).
- David Harris, Michael O’Boyle, Ed Bates, and Carla M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights* (4th edn, Oxford University Press 2018).
- David Phillip Jones and Anne S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (5th edn, Carswell 2009).
- ‘Draft Articles on Expulsion of Aliens 2014’ (International Law Commission) <[https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_12\\_2014.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_12_2014.pdf)> สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2566.
- Eric Engle, ‘The History of the General Principle of Proportionality: An Overview’ (2012) 1 The Dartmouth Law Journal.
- ‘Expulsion of a foreigner from France’ (service-public) <<https://www.service-public.fr/telechargerPdfv>> สืบค้นเมื่อ 26 มีนาคม 2566.

### บรรณานุกรม

- ‘France: Criticism of the law on immigration, integration and nationality of 16 July 2011’ (statewatch, 28 มีนาคม 2555) <<https://www.statewatch.org/news/2011/november/france-criticism-of-the-law-on-immigration-integration-and-nationality-of-16-july-2011/>> สืบค้นเมื่อ 26 มีนาคม 2566.
- ‘Germany: Act Concerning the Entry and Residence of Aliens in the Territory of the Federal Republic (Aliens Act)’ (refworld) <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b55a0.html>> สืบค้นเมื่อ 30 มีนาคม 2566.
- Henckaerts, Jean-Marie. *Mass expulsion in modern international law and practice* (Martinus Nijhoff Publishers 1995).
- Herrmann, Richard L, ‘Procedural Due Process in Administrative Law: Some Thoughts from the French Experience’ (1968) 1, 45 University of Michigan Journal of Law Reform.
- Hermann Pünder, ‘German administrative procedure in a comparative perspective: Observations on the path to a transnational ius commune proceduralis in administrative law’ (December 2013) 4 International Journal of Constitutional Law.
- ‘International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)’ (United Nations) <<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf>> สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2566.
- ‘International Covenant on Civil and Political Rights’ (United Nations) <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>> สืบค้นเมื่อ 23 มีนาคม 2566.
- ‘Immigration Act 1971’ (legislation) <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1971/77/section/3>> สืบค้นเมื่อ 1 เมษายน 2566.
- John Bell and François Lichère, *Contemporary French Administrative Law* (Cambridge University Press 2022).
- Larkin, Larae, *The Legitimacy in International Law of the Detention and Interment of Aliens and Minorities in the Interest of National Security* (Edwin Mellen Press 1992).
- Law Corner, ‘Audi Alteram Partem – Meaning, Elements and Exemptions’ (lawcorner, 7 มิถุนายน 2564) <<https://lawcorner.in/audi-alteram-partem-meaning-elements-and-exemptions/>> สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2566.

### บรรณานุกรม

- ‘Legal Information Institute, 14th Amendment’ (Cornell Law School)  
<<https://www.law.cornell.edu/constitution/amendmentxiv#>> สืบค้นเมื่อ 2 เมษายน 2566.
- Maurice Kamto, *Preliminary report on the expulsion of aliens* (UN General Assembly 2005).
- Mole, Nuala, *Asylum and the European Convention on Human Rights* (4th edn, Council of Europe Publishing 2007).
- Nicole Atwill, ‘France: Law on Immigration, Integration and Nationality’ (Library of Congress)  
<<https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2011-07-01/france-law-on-immigration-integration-and-nationality/>> สืบค้นเมื่อ 26 มีนาคม 2566
- Nicholas Cowdery, ‘Magna Carta and the rule of law’ (LexisNexis, 5 มิถุนายน 2558)  
<<https://www.lexisnexis.com.au/en/insights-and-analysis/rule-of-law/2015/05jun2015-magna-carta-and-the-rule-of-law>> สืบค้นเมื่อ 24 มีนาคม 2566.
- ‘Ordinance on the entry and residence of foreigners in France’ (splashdatabase)  
<<https://splash-db.eu/policydocument/ordinance-on-the-entry-and-residence-of-foreigners-in-france-2/>> สืบค้นเมื่อ 26 มีนาคม 2566.
- ‘Principles of Natural Justice’ (National Academy of Customs, Indirect Taxes & Narcotics)  
<<https://nacin.gov.in/resources/file/ebooks/Principles%20of%20natural%20justice.pdf>> สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2566.
- Reneman, Marcelle, *EU asylum procedures and the right to an effective remedy* (Bloomsbury Publishing 2014).
- ‘Removal of Aliens Who Have Entered the United’ (Constitution Annotated)  
<[https://constitution.congress.gov/browse/essay/amdt5-5-2-3/ALDE\\_00013726/](https://constitution.congress.gov/browse/essay/amdt5-5-2-3/ALDE_00013726/)> สืบค้นเมื่อ 2 เมษายน 2566.
- Shapur Shahbazi, Erich Kettenhofen and John R. Perry, “DEPORTATIONS,”  
Encyclopædia Iranica (1996).
- ‘The contents of Magna Carta’ (UK Parliament) <<https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/originsofparliament/birthofparliament/overview/magnacarta/magnacartaclauses/>> สืบค้นเมื่อ 22 มีนาคม 2566.



### บรรณานุกรม

- ‘The European Union and Countries in the EU’ (schengenvisa)  
<<https://www.schengenvisa.info/countries-in-europe/eu-countries/>>  
สืบค้นเมื่อ 2 เมษายน 2566.
- ‘Types of institutions and bodies’ (European Union) <[https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/types-institutions-and-bodies\\_en](https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/types-institutions-and-bodies_en)> สืบค้นเมื่อ 2 เมษายน 2566.
- ‘Undesirable ‘Aiens’: Immiration control and Deportation 103’ (Law Explores, 30 ตุลาคม 2558) <<https://lawexplores.com/undesirable-aliens-immigration-control-and-deportation-103/>> สืบค้นเมื่อ 1 เมษายน 2566.
- ‘Universal Declaration of Human Rights’ (United Nations) <<https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>> สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2566.
- ‘US: 20 Years of Immigrant Abuses’ (Human Rights Watch, 25 เมษายน 2559)  
<<https://www.hrw.org/news/2016/04/25/us-20-years-immigrant-abuses>> สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2566.
- Won Kidane, ‘Procedural Due Process in the Expulsion of Aliens Under International, United States, and European Union Law: A Comparative Analysis’ (2013) 1 Emory International Law Review.
- W.S.M. Knight, ‘Public Policy in English Law’ (1922) 38 Law Quarterly Review.

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก

พระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499

ภาคผนวก ก

พระราชบัญญัติ การเนรเทศ พ.ศ. 2499

ภูมิพลอดุลยเดช ป.ร.

ให้ไว้ ณ วันที่ 17 มกราคม พ.ศ. 2500

เป็นปีที่ 12 ในรัชกาลปัจจุบัน

พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มีพระบรมราชโองการ โปรดเกล้า ฯ ให้ประกาศ  
ว่า

โดยที่เป็นการสมควรปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการเนรเทศ

จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้า ฯ ให้ตราพระราชบัญญัติขึ้นไว้โดยคำแนะนำ และยินยอมของสภา  
ผู้แทนราษฎร ดังต่อไปนี้

มาตรา 1 พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า พระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499

มาตรา 2\* พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศใน ราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป  
\*[รก.2500/11/295/29 มกราคม 2500]

มาตรา 3 ให้ยกเลิกกฎหมายเนรเทศ ร.ศ.131

มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้ คนต่างด้าว หมายความว่า ผู้ที่มีได้มีสัญชาติไทย รัฐมนตรี หมายความว่า  
รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 5 เมื่อปรากฏว่ามีความจำเป็นเพื่อความสงบเรียบร้อยหรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน ให้  
รัฐมนตรีมีอำนาจออกคำสั่งให้เนรเทศคนต่างด้าว ออกไปนอกราชอาณาจักรมีกำหนดเวลาตามที่จะเห็นสมควร  
อนึ่ง เมื่อพฤติการณ์ เปลี่ยนแปลงไป รัฐมนตรีจะเพิกถอนคำสั่งเนรเทศเสียก็ได้ ความในวรรคแรกมิให้ใช้บังคับ  
แก่ผู้ที่เคยได้สัญชาติไทยโดยการเกิด

มาตรา 6\* เมื่อได้ออกคำสั่งให้เนรเทศผู้ใดแล้ว ให้รัฐมนตรีหรือ เจ้าพนักงานซึ่งรัฐมนตรีมอบหมาย  
สั่งให้จับกุมและควบคุมผู้นั้นไว้ในที่แห่งใด แห่งหนึ่งจนกว่าจะได้จัดการให้เป็นไปตามคำสั่งเนรเทศ ในขณะที่  
ดำเนินการขอรับคำสั่งรัฐมนตรีเพื่อเนรเทศผู้ใด พนักงาน ฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่จะจับกุมและ  
ควบคุมผู้นั้นไว้ก่อนก็ได้ในกรณี เช่นว่านี้ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ว่าด้วย  
การจับกุมและควบคุมมาใช้บังคับโดยอนุโลม ในระหว่างที่ผู้ถูกสั่งเนรเทศถูกควบคุมเพื่อรอการเนรเทศ  
เนื่องจาก ยังไม่สามารถส่งตัวผู้ถูกสั่งเนรเทศออกนอกราชอาณาจักรได้ หากผู้ถูกสั่ง เนรเทศนั้นร้องขอ ให้  
รัฐมนตรีมีอำนาจส่งผ่อนผันให้ส่งไปประกอบอาชีพ ณ ที่แห่งใดแทนการควบคุมเพื่อรอการเนรเทศตามที่  
เห็นสมควรได้ ทั้งนี้ โดยให้ ผู้ถูกสั่งเนรเทศนั้นมีประกัน หรือมีทั้งประกันและหลักประกันหรือทำทัณฑ์บนไว้  
และให้บุคคลดังกล่าวมารายงานตน ณ สถานที่และตามระยะเวลาที่รัฐมนตรี กำหนด แต่ระยะเวลาที่กำหนดให้  
รายงานตนต้องไม่ห่างกันเกินหกเดือนต่อครั้ง \*[แก้ไขโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2521]

มาตรา 7 ห้ามมิให้ส่งตัวผู้ถูกสั่งเนรเทศออกไปนอกราชอาณาจักร ก่อนครบกำหนดสิบห้าวันนับแต่วันแจ้งคำสั่งเนรเทศให้ผู้ซึ่งถูกสั่งเนรเทศนั้น ทราบ ในกรณีที่มีการอุทธรณ์ตามความในมาตรา 8 ให้รอการเนรเทศไว้ จนกว่านายกรัฐมนตรีจะได้มีคำสั่ง มาตรา 8 ผู้ถูกสั่งเนรเทศมีสิทธิยื่นอุทธรณ์ต่อนายกรัฐมนตรี ขอให้ เพิกถอนคำสั่งเนรเทศ หรือขอมิให้ส่งตัวออกไปนอกราชอาณาจักรก็ได้ แต่ต้องยื่นอุทธรณ์ภายในเจ็ดวัน นับแต่วันทราบคำสั่งเนรเทศ ให้นายกรัฐมนตรี มีอำนาจสั่งเพิกถอนคำสั่งเนรเทศ สั่งผ่อนผันโดยประการอื่นใด หรือสั่งให้ส่ง ไปประกอบอาชีพ ณ ที่แห่งใด แทนการเนรเทศตามที่เห็นสมควรได้ ทั้งนี้ โดยจะให้ทำทัณฑ์บนไว้ก็ได้

มาตรา 9 เมื่อมีปัญหาเกิดขึ้นเกี่ยวกับสัญชาติของผู้ที่จะต้องถูกพิจารณา เนรเทศ ผู้ที่จะต้องถูกพิจารณาเนรเทศนั้นจะต้องเป็นผู้นำพยานหลักฐานมา พิสูจน์ว่า ตนเป็นผู้มีสัญชาติไทยหรือเคยได้สัญชาติโดยการเกิด

มาตรา 9 ทวิ\* ผู้ใดหลบหนีไปในระหว่างที่ถูกควบคุมตามมาตรา 6 มีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ ถ้าความผิดดังกล่าวมาในวรรคแรก ได้กระทำความผิดที่ควบคุม โดยใช้กำลังประทุษร้าย หรือโดยขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย หรือโดย ร่วมกระทำความผิดด้วยกันตั้งแต่สามคนขึ้นไป ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ \*เพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2507]

มาตรา 9 ตริ\* ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใดให้ผู้ที่ถูกควบคุมตาม มาตรา 6 หลุดพ้นจากการควบคุมไป มีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน ห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ถ้าความผิดดังกล่าวมาในวรรคแรก ได้กระทำความผิดโดยใช้กำลังประทุษร้าย หรือโดยขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักกว่าโทษ ที่บัญญัติไว้ในวรรคแรกกึ่งหนึ่ง \*เพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2507]

มาตรา 9 จัตวา\* ผู้ใดให้พำนัก ซ่อนเร้น หรือช่วยด้วยประการใด ให้ผู้ที่หลบหนีจากการควบคุมตาม มาตรา 6 เพื่อไม่ให้ถูกจับกุม มีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ผู้ใดให้ผู้ที่หลบหนีจากการควบคุมตามมาตรา 6 เข้าพำนัก ให้สันนิษฐาน ไว้ก่อนว่า ผู้นั้นกระทำความผิดตามวรรคแรก เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนไม่รู้โดย ได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้ว ถ้าความผิดดังกล่าวมาในวรรคแรก เป็นการกระทำเพื่อช่วยบิดา มารดา บุตร สามี หรือภริยาของผู้กระทำความผิด ศาลจะไม่ลงโทษก็ได้ \*เพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2521]

มาตรา 9 เบญจ\* ผู้ใดเป็นเจ้าของพนักงานมีตำแหน่งหน้าที่ควบคุมดูแล ผู้ที่ถูกควบคุมตามมาตรา 6 กระทำความผิดด้วยประการใดให้ผู้ที่ถูกควบคุมนั้นหลุดพ้น จากการควบคุมไป มีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงเจ็ดปี และ ปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พันบาท ถ้าความผิดดังกล่าวมาในวรรคแรก เป็นการกระทำโดยประมาท ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าผู้กระทำความผิดดังกล่าวมาในวรรคสอง จัดให้ได้ตัวผู้ที่หลุดพ้น จากการควบคุมคืนมาภายในสามเดือน ให้งดการลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดนั้น \*เพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2507]

มาตรา 10 ผู้ใดถูกเนรเทศออกไปนอกราชอาณาจักรแล้วกลับเข้ามา ในราชอาณาจักรก่อนครบกำหนดเวลาที่กำหนดไว้ในคำสั่งเนรเทศ หรือก่อน รัฐมนตรีได้มีคำสั่งเพิกถอนการเนรเทศ มีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน หนึ่งปี แล้วให้ส่งตัวเนรเทศออกไปนอกราชอาณาจักรตามคำสั่งเดิม

มาตรา 10 ทวิ\* ผู้ใดได้รับการผ่อนผันตามคำสั่งของรัฐมนตรีที่ให้ส่ง ไปประกอบอาชีพ ณ ที่แห่งใด แทนการควบคุมเพื่อรอการเนรเทศตาม มาตรา 6 วรรคสาม แล้วไม่ไป หรือไม่อยู่ประกอบอาชีพ ณ ที่นั้นตามคำสั่ง มีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี แล้วให้ส่งตัวควบคุมเพื่อรอการเนรเทศตาม คำสั่งเดิม \* [เพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2521]

มาตรา 11 ผู้ใดได้รับการผ่อนผันตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรีที่ให้ส่ง ไปประกอบอาชีพ ณ ที่แห่งใด แทนการเนรเทศตามมาตรา 8 แล้ว ไม่ไปหรือ ไม่อยู่ประกอบอาชีพ ณ ที่นั้นตามคำสั่ง มีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน หนึ่งปี ในกรณีเช่นว่านี้ รัฐมนตรีจะสั่งเนรเทศด้วยก็ได้ มาตรา 12 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตาม พระราชบัญญัตินี้

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

จอมพล ป.พิบูลสงคราม

นายกรัฐมนตรี

หมายเหตุ:- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องด้วย กฎหมายเนรเทศ ร.ศ. 131 เป็นกฎหมายเก่าล้าสมัย สมควรจะได้ปรับปรุง ให้เหมาะสมกับสถานการณ์ของบ้านเมือง

พระราชบัญญัติการเนรเทศ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2507

หมายเหตุ:- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องจาก ผู้ที่หลบหนีไปจากการควบคุม หรือผู้ทำให้ผู้นั้นหลุดพ้นจากการควบคุม หรือ ให้พำนักซ่อนเร้นหรือช่วยเหลือเมื่อผู้นั้นหลบหนีไปจากการควบคุมตาม พระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499 ยังมีได้มีบทบัญญัติให้เป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวและประมวลกฎหมายอาญา ก็มีได้บัญญัติเป็นความผิดไว้ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา จึงสมควรที่จะบัญญัติให้การกระทำเช่นว่านั้นเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเนรเทศ [รก.2507/76/1พ/14 สิงหาคม 2507]

พระราชบัญญัติการเนรเทศ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2521

หมายเหตุ:- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องด้วย พระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499 และพระราชบัญญัติการเนรเทศ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2507 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันมีเหตุขัดข้อง ในทางปฏิบัติบางประการ เนื่องจากจำนวนผู้ถูกสั่งเนรเทศมีเพิ่มมากขึ้นและ บางกรณีไม่สามารถจะส่งตัวผู้ถูกสั่งเนรเทศออกไปนอกราชอาณาจักรได้ สมควรให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการสั่ง ผ่อนผันให้ส่งผู้ถูกสั่งเนรเทศในระหว่างที่ถูกคุมขังเพื่อรอการเนรเทศไป ประกอบ

อาชีพ ณ ที่แห่งใด แทนการควบคุมเพื่อรอกการเนรเทศตามที่เห็นสมควรได้ และปรับปรุงบทกำหนดโทษให้เหมาะสมยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้อง ตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้น

---

หมายเหตุ:- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องด้วย พระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499 และพระราชบัญญัติการเนรเทศ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2507 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันมีเหตุขัดข้องในทางปฏิบัติบางประการ เนื่องจากจำนวนผู้ถูกส่งเนรเทศมีเพิ่มมากขึ้นและ บางกรณีไม่สามารถจะส่งตัวผู้ถูกส่งเนรเทศออกไปนอกราชอาณาจักรได้ สมควรให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการส่ง ผ่อนผันให้ส่งผู้ถูกส่งเนรเทศในระหว่างที่ถูกคุมขังเพื่อรอกการเนรเทศไป ประกอบอาชีพ ณ ที่แห่งใด แทนการควบคุมเพื่อรอกการเนรเทศตามที่เห็นสมควรได้ และปรับปรุงบทกำหนดโทษให้เหมาะสมยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้อง ตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้น

พระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499,

<http://web.krisdika.go.th/data/law/law2/%A122/%A122-20-9999-update.pdf>, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 ธ.ค. 2566.

**ภาคผนวก ข**

พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522



ภาคผนวก ข

พระราชบัญญัติ

คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

ภูมิพลอดุลยเดช ภ.ป.ร.

ให้ไว้ ณ วันที่ 24 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2522

เป็นปีที่ 34 ในรัชกาลปัจจุบัน

พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ประกาศว่า โดยที่เป็นการสมควรปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติขึ้นไว้ โดยคำแนะนำและยินยอมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติทำหน้าทีรัฐสภาดังต่อไปนี้

มาตรา 1 พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

มาตรา 2(1) พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา 3 ให้ยกเลิก

(1) พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2493

(2) พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2497

บรรดาบทกฎหมาย กฎ และข้อบังคับอื่นในส่วนที่มีบัญญัติไว้แล้วในพระราชบัญญัตินี้หรือซึ่งขัดหรือแย้งกับบทแห่งพระราชบัญญัตินี้ ให้ใช้พระราชบัญญัตินี้แทน

มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

คนต่างด้าว หมายความว่า บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

....

คนเข้าเมือง หมายความว่า คนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักร

....

คณะกรรมการ หมายความว่า คณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมือง

พนักงานเจ้าหน้าที่ หมายความว่า เจ้าพนักงานซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

อธิบดี หมายความว่า อธิบดีกรมตำรวจ

รัฐมนตรี หมายความว่า รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 5 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่และออกกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมกับค่าทำการและค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ไม่เกินอัตราตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ และกำหนดกิจการอื่นเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

หมวด 1

คณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมือง

มาตรา 6 ให้มีคณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองคณะหนึ่งประกอบด้วยปลัดกระทรวงมหาดไทยเป็นประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงการต่างประเทศอธิบดีกรมตำรวจ อธิบดีกรมแรงงาน อธิบดีกรมอัยการ เลขาธิการคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน เลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ ผู้อำนวยการองค์การส่งเสริมการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย เป็นกรรมการ และผู้บังคับการกองตรวจคนเข้าเมือง เป็นกรรมการและเลขานุการ

มาตรา 7 ให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) เพิกถอนการอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามมาตรา 36 วรรคหนึ่ง

(2) พิจารณาอุทธรณ์ตามมาตรา 36 วรรคสอง

....

(10) พิจารณาการเพิกถอนการอนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรตามมาตรา 53

.....

มาตรา 12 ห้ามมิให้คนต่างด้าวซึ่งมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้เข้ามาในราชอาณาจักร

(1) ไม่มีหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางอันถูกต้องและยังสมบูรณ์อยู่ หรือมีแต่ไม่ได้รับการตรวจลงตราในหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางเช่นว่านั้นจากสถานทูตหรือสถานกงสุลไทยในต่างประเทศหรือจากกระทรวงการต่างประเทศ เว้นแต่กรณีที่ไม่ต้องมีการตรวจลงตราสำหรับคนต่างด้าวบางประเภทเป็นกรณีพิเศษ

....

(4) วิกลจริตหรือมีโรคอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

....

(6) เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาของศาลไทยหรือคำสั่งที่ชอด้วยกฎหมาย หรือคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดลหุโทษหรือความผิดอันได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดที่ยกเว้นไว้ในกฎกระทรวง

(7) มีพฤติการณ์เป็นที่น่าเชื่อว่าเป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคม หรือจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายต่อความสงบสุขหรือความปลอดภัยของประชาชนหรือความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือบุคคลซึ่งเจ้าหน้าที่รัฐบาลต่างประเทศได้ออกหมายจับ

(8) มีพฤติการณ์เป็นที่น่าเชื่อว่าจะเข้ามาเพื่อการค้าประเวณี การค้าหญิง หรือเด็ก การค้ายาเสพติดให้โทษ การลักลอบหนีภาษีศุลกากร หรือเพื่อประกอบกิจการอื่นที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

(10) รัฐมนตรีไม่อนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามมาตรา 16

(11) ถูกรัฐบาลไทยหรือรัฐบาลต่างประเทศเนรเทศ หรือถูกเพิกถอนสิทธิการอยู่อาศัยในราชอาณาจักรหรือในต่างประเทศมาแล้ว หรือถูกพนักงานเจ้าหน้าที่ส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร โดยรัฐบาลไทยเสียค่าใช้จ่าย ทั้งนี้ เว้นแต่รัฐมนตรีได้พิจารณาจนเห็นว่าไม่เป็นกรณีพิเศษเฉพาะราย

....

มาตรา 44 ห้ามมิให้คนต่างด้าวผู้ใดเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรถ้าปรากฏว่า

(1) เป็นผู้เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาของศาลไทยหรือคำสั่งที่ขอด้วยกฎหมาย หรือคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดลหุโทษหรือความผิดอันได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดที่ยกเว้นไว้ในกฎกระทรวง

(2) เป็นผู้ไม่สามารถประกอบการหาเลี้ยงชีพได้ เพราะกายพิการหรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือมีโรคอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ความใน (2) มิให้ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวผู้เป็นบิดา มารดา สามี ภริยา หรือบุตรของบุคคลซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักร และมีฐานะที่จะเลี้ยงดูซึ่งกันและกันได้

#### หมวด 6

#### การส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร

มาตรา 53 คนต่างด้าวซึ่งเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรแล้วภายหลังปรากฏว่าเป็นบุคคลซึ่งมีพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 12 (7) หรือ (8) หรือเป็นบุคคลตามมาตรา 12 (10) หรือไม่ปฏิบัติตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนดตามมาตรา 43 วรรคสอง หรือเป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 44 หรือเป็นผู้ได้รับโทษตามมาตรา 63 หรือมาตรา 64 ให้อธิบดีเสนอเรื่องไปยังคณะกรรมการ ถ้าคณะกรรมการเห็นว่าควรเพิกถอนการอนุญาตให้มามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร ก็ให้เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีเพื่อสั่งเพิกถอนการอนุญาตต่อไป

มาตรา 54 คนต่างด้าวผู้ใดเข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือการอนุญาตนั้นสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอนแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่จะส่งตัวคนต่างด้าวผู้นั้นกลับออกไปนอกราชอาณาจักรก็ได้ ถ้ามีกรณีต้องสอบสวนเพื่อส่งตัวกลับตามวรรคหนึ่ง ให้นำมาตรา 19 และมาตรา 20 มาใช้บังคับโดยอนุโลม ในกรณีที่มีคำสั่งให้ส่งตัวคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรแล้วในระหว่างรอการส่งกลับ พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจอนุญาตให้ไปพักอาศัยอยู่ ณ ที่ใด โดยคนต่างด้าวผู้นั้นต้องมาพบพนักงานเจ้าหน้าที่ตามวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนด โดยต้องมีประกัน หรือมีทั้งประกันและหลักประกันก็ได้ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่จะกักตัวคนต่างด้าวผู้นั้นไว้ ณ สถานที่ใดเป็นเวลานานเท่าใดตามความจำเป็นก็ได้ ค่าใช้จ่ายในการกักตัวนี้ให้คนต่างด้าวผู้นั้นเป็นผู้เสีย

พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

<<http://web.krisdika.go.th/data/law/law2/%A402/%A402-20-9999-update.pdf>>, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 ธ.ค. 2566.

**ภาคผนวก ค**

กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ  
ทางปกครอง พ.ศ. 2539

ภาคผนวก ค  
กฎกระทรวง  
ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540)  
ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง  
พ.ศ. 2539

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 6 และมาตรา 30 วรรคสอง (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นายกรัฐมนตรี โดยคำแนะนำของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ออกกฎกระทรวงไว้ ดังต่อไปนี้

ให้คำสั่งทางปกครองในกรณีดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคสอง (6)

(1) การบรรจุ การแต่งตั้ง การเลื่อนขั้นเงินเดือน การสั่งพักงาน หรือสั่งให้ออกจากงานไว้ก่อน หรือการให้พ้น จากตำแหน่ง

(2) การแจ้งผลการสอบหรือการวัดผลความรู้หรือความสามารถของบุคคล

(3) การไม่ออกหนังสือเดินทางสำหรับการเดินทางไปต่างประเทศ

(4) การไม่ตรวจลงตราหนังสือเดินทางของคนต่างด้าว

(5) การไม่ออกใบอนุญาตหรือการไม่ต่ออายุใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าว

(6) การสั่งให้เนรเทศ

ให้ไว้ ณ วันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2540

พลเอก ชวลิต ยงใจยุทธ

นายกรัฐมนตรี

**หมายเหตุ:-** เหตุผลในการประกาศใช้กฎกระทรวงฉบับนี้ คือ โดยที่เป็นการสมควรกำหนดให้คำสั่งทางปกครองใน บางกรณี ซึ่งโดยสภาพไม่สามารถแจ้งหรือไม่สมควรแจ้งให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงหรือให้คู่กรณีโต้แย้งก่อนการทำคำสั่ง ทางปกครอง เป็นคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ไม่ต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงหรือโต้แย้งก่อนการทำคำสั่งทาง ปกครอง ประกอบกับมาตรา 30 วรรคสอง (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ กำหนดให้การกำหนดคำสั่งทางปกครองดังกล่าวต้องกระทำโดยกฎกระทรวง จึงจำเป็นต้องออกกฎกระทรวงนี้

<https://www.krisdika.go.th/th/web/bureau-of-administrative-law/rule> สืบค้นเมื่อวันที่ 10 ธ.ค. 2566.

**ภาคผนวก ง**

Draft Articles on the Expulsion of Aliens

## ภาคผนวก ง

### Draft Articles on the Expulsion of Aliens

Date enacted: 2014-11-11

In force: -

Part one

General provisions

Article 1

Scope

1. The present draft articles apply to the expulsion by a State of aliens present in its territory.

2. The present draft articles do not apply to aliens enjoying privileges and immunities under international law.

Article 2

Use of terms

For the purposes of the present draft articles:

a. “expulsion” means a formal act or conduct attributable to a State, by which an alien is compelled to leave the territory of that State; it does not include extradition to another State, surrender to an international criminal court or tribunal, or the non-admission of an alien to a State;

b. “alien” means an individual who does not have the nationality of the State in whose territory that individual is present.

Article 3

Right of expulsion

A State has the right to expel an alien from its territory. Expulsion shall be in accordance with the present draft articles, without prejudice to other applicable rules of international law, in particular those relating to human rights.

Article 4

Requirement for conformity with law

An alien may be expelled only in pursuance of a decision reached in accordance with law.

Article 5

Grounds for expulsion

1. Any expulsion decision shall state the ground on which it is based.
2. A State may only expel an alien on a ground that is provided for by law.
3. The ground for expulsion shall be assessed in good faith and reasonably, in the light of all the circumstances, taking into account in particular, where relevant, the gravity of the facts, the conduct of the alien in question or the current nature of the threat to which the facts give rise.
4. A State shall not expel an alien on a ground that is contrary to its obligations under international law.

#### Part two - Cases of prohibited expulsion

##### Article 6

###### Rules relating to the expulsion of refugees

The present draft articles are without prejudice to the rules of international law relating to refugees, as well as to any more favourable rules or practice on refugee protection, and in particular to the following rules:

- a. a State shall not expel a refugee lawfully in its territory save on grounds of national security or public order;
- b. a State shall not expel or return (refouler) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where the person's life or freedom would be threatened on account of his or her race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, unless there are reasonable grounds for regarding the person as a danger to the security of the country in which he or she is, or if the person, having been convicted by a final judgement of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country.

##### Article 7

###### Rules relating to the expulsion of stateless persons

The present draft articles are without prejudice to the rules of international law relating to stateless persons, and in particular to the rule that a State shall not expel a stateless person lawfully in its territory save on grounds of national security or public order.

##### Article 8

###### Deprivation of nationality for the purpose of expulsion

A State shall not make its national an alien, by deprivation of nationality, for the sole purpose of expelling him or her.

##### Article 9



#### Prohibition of collective expulsion

1. For the purposes of the present draft article, collective expulsion means expulsion of aliens, as a group.

2. The collective expulsion of aliens is prohibited.

3. A State may expel concomitantly the members of a group of aliens, provided that the expulsion takes place after and on the basis of an assessment of the particular case of each individual member of the group in accordance with the present draft articles.

4. The present draft article is without prejudice to the rules of international law applicable to the expulsion of aliens in the event of an armed conflict involving the expelling State.

#### Article 10

##### Prohibition of disguised expulsion

1. Any form of disguised expulsion of an alien is prohibited.

2. For the purposes of the present draft article, disguised expulsion means the forcible departure of an alien from a State resulting indirectly from an action or an omission attributable to the State, including where the State supports or tolerates acts committed by its nationals or other persons, intended to provoke the departure of aliens from its territory other than in accordance with law.

#### Article 11

##### Prohibition of expulsion for the purpose of confiscation of assets

The expulsion of an alien for the purpose of confiscating his or her assets is prohibited.

#### Article 12

Prohibition of resort to expulsion in order to circumvent an ongoing extradition procedure

A State shall not resort to the expulsion of an alien in order to circumvent an ongoing extradition procedure.

#### Part three - Protection of the rights of aliens subject to expulsion

##### Chapter I - General provisions

#### Article 13

Obligation to respect the human dignity and human rights of aliens subject to expulsion

1. All aliens subject to expulsion shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person at all stages of the expulsion process.

2. They are entitled to respect for their human rights, including those set out in the present draft articles.

#### Article 14

##### Prohibition of discrimination

The expelling State shall respect the rights of the alien subject to expulsion without discrimination of any kind on grounds such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, birth or other status, or any other ground impermissible under international law.

#### Article 15

##### Vulnerable persons

1. Children, older persons, persons with disabilities, pregnant women and other vulnerable persons who are subject to expulsion shall be considered as such and treated and protected with due regard for their vulnerabilities.

2. In particular, in all actions concerning children who are subject to expulsion, the best interests of the child shall be a primary consideration.

#### Chapter II - Protection required in the expelling State

#### Article 16

##### Obligation to protect the right to life of an alien subject to expulsion

The expelling State shall protect the right to life of an alien subject to expulsion.

#### Article 17

##### Prohibition of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment

The expelling State shall not subject an alien subject to expulsion to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

#### Article 18

##### Obligation to respect the right to family life

The expelling State shall respect the right to family life of an alien subject to expulsion. It shall not interfere arbitrarily or unlawfully with the exercise of such right.

#### Article 19

##### Detention of an alien for the purpose of expulsion

1. (a) The detention of an alien for the purpose of expulsion shall not be arbitrary nor punitive in nature.

(b) An alien detained for the purpose of expulsion shall, save in exceptional circumstances, be separated from persons sentenced to penalties involving deprivation of liberty.

2. (a) The duration of the detention shall be limited to such period of time as is reasonably necessary for the expulsion to be carried out. All detention of excessive duration is prohibited.

(b) The extension of the duration of the detention may be decided upon only by a court or, subject to judicial review, by another competent authority.

3. (a) The detention of an alien subject to expulsion shall be reviewed at regular intervals on the basis of specific criteria established by law.

(b) Subject to paragraph 2, detention for the purpose of expulsion shall end when the expulsion cannot be carried out, except where the reasons are attributable to the alien concerned.

#### Article 20

##### Protection of the property of an alien subject to expulsion

The expelling State shall take appropriate measures to protect the property of an alien subject to expulsion, and shall, in accordance with the law, allow the alien to dispose freely of his or her property, even from abroad.

#### Chapter III - Protection in relation to the State of destination

#### Article 21

##### Departure to the State of destination

1. The expelling State shall take appropriate measures to facilitate the voluntary departure of an alien subject to expulsion.

2. In cases of forcible implementation of an expulsion decision, the expelling State shall take the necessary measures to ensure, as far as possible, the safe transportation to the State of destination of the alien subject to expulsion, in accordance with the rules of international law.

3. The expelling State shall give the alien subject to expulsion a reasonable period of time to prepare for his or her departure, having regard to all circumstances.

#### Article 22

#### State of destination of aliens subject to expulsion

1. An alien subject to expulsion shall be expelled to his or her State of nationality or any other State that has the obligation to receive the alien under international law, or to any State willing to accept him or her at the request of the expelling State or, where appropriate, of the alien in question.

2. Where the State of nationality or any other State that has the obligation to receive the alien under international law has not been identified and no other State is willing to accept the alien, that alien may be expelled to any State where he or she has a right of entry or stay or, where applicable, to the State from where he or she has entered the expelling State.

#### Article 23

##### Obligation not to expel an alien to a State where his or her life would be threatened

1. No alien shall be expelled to a State where his or her life would be threatened on grounds such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, birth or other status, or any other ground impermissible under international law.

2. A State that does not apply the death penalty shall not expel an alien to a State where the alien has been sentenced to the death penalty or where there is a real risk that he or she will be sentenced to death, unless it has previously obtained an assurance that the death penalty will not be imposed or, if already imposed, will not be carried out.

#### Article 24

##### Obligation not to expel an alien to a State where he or she may be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment

A State shall not expel an alien to a State where there are substantial grounds for believing that he or she would be in danger of being subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

#### Chapter IV - Protection in the transit State

#### Article 25

##### Protection in a transit State of the human rights of an alien subject to expulsion

A transit State shall protect the human rights of an alien subject to expulsion, in conformity with its obligations under international law.

#### Part four - Specific procedural rules

## Article 26

### Procedural rights of aliens subject to expulsion

1. An alien subject to expulsion enjoys the following procedural rights:
  - (a) the right to receive notice of the expulsion decision;
  - (b) the right to challenge the expulsion decision, except where compelling reasons of national security otherwise require;
  - (c) the right to be heard by a competent authority;
  - (d) the right of access to effective remedies to challenge the expulsion decision;
  - (e) the right to be represented before the competent authority; and
  - (f) the right to have the free assistance of an interpreter if he or she cannot understand or speak the language used by the competent authority.
2. The rights listed in paragraph 1 are without prejudice to other procedural rights or guarantees provided by law.
3. An alien subject to expulsion has the right to seek consular assistance. The expelling State shall not impede the exercise of this right or the provision of consular assistance.
4. The procedural rights provided for in this article are without prejudice to the application of any legislation of the expelling State concerning the expulsion of aliens who have been unlawfully present in its territory for a brief duration.

## Article 27

### Suspensive effect of an appeal against an expulsion decision

An appeal lodged by an alien subject to expulsion who is lawfully present in the territory of the expelling State shall have a suspensive effect on the expulsion decision when there is a real risk of serious irreversible harm.

## Article 28

### International procedures for individual recourse

An alien subject to expulsion shall have access to any available procedure involving individual recourse to a competent international body.

## Part five - Legal consequences of expulsion

## Article 29

### Readmission to the expelling State

1. An alien lawfully present in the territory of a State, who is expelled by that State, shall have the right to be readmitted to the expelling State if it is established by a competent

authority that the expulsion was unlawful, save where his or her return constitutes a threat to national security or public order, or where the alien otherwise no longer fulfils the conditions for admission under the law of the expelling State.

2. In no case may the earlier unlawful expulsion decision be used to prevent the alien from being readmitted.

#### Article 30

##### Responsibility of States in cases of unlawful expulsion

The expulsion of an alien in violation of the expelling State's obligations set forth in the present draft articles or in any other rule of international law entails the international responsibility of that State.

#### Article 31

##### Diplomatic protection

The State of nationality of an alien subject to expulsion may exercise diplomatic protection in respect of the alien in question.

<https://legal.un.org> › texts › instruments › English, accessed 2 April 2023.