

กระบวนการคัดกรองผู้ลี้ภัยของประเทศไทย: การริเริ่มให้ความคุ้มครองแก่
ประชากรพลัดถิ่นในรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีต่ออนุสัญญาผู้ลี้ภัย*
Thailand's National Screening Mechanism: Initiating 'Asylum'
Procedures in a Non-Signatory to the 1951 Refugee Convention

พริมา สุขมานพ
Prima Sukmanop

นักวิชาการอิสระ
ถนนสีพระยา แขวงมหาพฤฒาราม เขตบางรัก กรุงเทพฯ 10500
Independent Scholar
Si Phraya Road, Maha Phruttharam, Bang Rak, Bangkok 10500
Corresponding author Email: prima.sukmanop@gmail.com
(Received: April 24, 2024; Revised: June 17, 2024; Accepted: November 20, 2024)

บทคัดย่อ

ประเทศไทยมิได้มีกฎหมายภายในประเทศที่รับรองคุ้มครองสิทธิในการแสวงหาที่ลี้ภัยจากการ
ประหัตประหาร (Right to Seek Asylum from Persecution) ของผู้พลัดถิ่น (Forcibly Displaced
Persons) ซึ่งรวมถึงผู้ลี้ภัย (Refugees) เป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ เมื่อเดือนกันยายน พ.ศ. 2566 สำนักงาน
ตรวจคนเข้าเมืองได้เริ่มคัดกรอง “ผู้ได้รับการคุ้มครอง” ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการ
คัดกรองคนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรและไม่สามารถเดินทางกลับประเทศอันเป็นภูมิลำเนาได้
พ.ศ. 2562 หรือที่รู้จักกันในนาม National Screening Mechanism (NSM) โดยคนต่างด้าวที่ผ่านการ
คัดกรองจะได้รับการคุ้มครองจากการถูกบังคับส่งกลับไปยังประเทศต้นทางที่อาจมีภัยอันตราย (Protection
Against Refoulement) แม้ประเทศไทยจะมิได้เป็นภาคีต่ออนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951
และพิธีสารที่เกี่ยวข้องก็ตาม แต่กระบวนการคัดกรอง NSM ปรากฏลักษณะสำคัญที่คล้ายคลึงกับ
กระบวนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย (Refugee Status Determination: RSD) ซึ่งสำนักงานข้าหลวง
ใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (UNHCR) ได้ดำเนินการในประเทศไทยมาหลายทศวรรษ อย่างไรก็ตาม

* ผู้เขียนจบการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) จากจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และมีประสบการณ์ทำงาน
ในองค์กรไม่แสวงหาผลกำไรที่ให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่กลุ่มประชากรผู้พลัดถิ่นในพื้นที่เขตเมืองของประเทศไทยผ่านการเป็น
ผู้แทนทางกฎหมายให้แก่ผู้แสวงหาที่ลี้ภัย (Asylum Seekers) ภายใต้กระบวนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย (Refugee Status
Determination: RSD) ซึ่งดำเนินการโดยสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (UNHCR) ในประเทศไทย และให้คำปรึกษา
ทางกฎหมายแก่ผู้พลัดถิ่นในกระบวนการคัดกรองภายใต้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการคัดกรองคนต่างด้าวที่เดินทางเข้ามาใน
ราชอาณาจักรและไม่สามารถเดินทางกลับประเทศอันเป็นภูมิลำเนาได้ พ.ศ. 2562 ซึ่งดำเนินการโดยสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง
ความคิดเห็นในบทความนี้เป็นของผู้เขียน และอาจมิได้สะท้อนแนวคิดขององค์กรใด ๆ ซึ่งผู้เขียนอาจมีความเกี่ยวข้องด้วย

เมื่อกระบวนการคัดกรอง NSM ถูกดำเนินงานโดยหน่วยงานภาครัฐ อีกทั้งเป็นกระบวนการภายใต้กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองซึ่งยึดโยงกับความมั่นคงของชาติและผลประโยชน์ทางการเมืองในระดับภูมิภาค จึงอาจมีข้อพิจารณาอื่นนอกเหนือไปจากความเสี่ยงต่อการประหัตประหาร แตกต่างไปจากบริบทความคุ้มครองระหว่างประเทศ อันเป็นเจตนารมณ์ของกระบวนการคัดกรองผู้ลี้ภัยโดยทั่วไป ดังนั้น จึงเกิดข้อถกเถียงว่ากระบวนการคัดกรอง NSM อาจมิใช่กระบวนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยในระดับชาติตามความคาดหวังของประชาคมโลก แต่เป็นเพียงข้อโต้แย้งภายใต้กระบวนการตรวจคนเข้าเมืองที่ยังคงปรากฏข้อจำกัดแก่การเข้าถึงสิทธิขั้นพื้นฐาน และอาจยังมีวิธีการแก้ไขปัญหาลี้ภัยอย่างยั่งยืน

คำสำคัญ: ผู้ลี้ภัย, คัดกรอง, คนต่างด้าว, ประเทศไทย, สหประชาชาติ

Abstract

Thailand does not have a domestic legal framework that specifically recognizes the right of forcibly displaced individuals to seek asylum from persecution. Nonetheless, in September 2023, Thailand's Immigration Bureau has implemented an immigration procedure to screen and provide domestic legal protection against refoulement for those granted "Protected Person" status under the Regulation of the Office of the Prime Minister on the Screening of Aliens Who Enter into the Kingdom and are Unable to Return to the Country of Origin B.E. 2562, nicknamed the National Screening Mechanism (NSM). Despite being a non-signatory to the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and relevant protocols, various aspects of Thailand's NSM resemble the Refugee Status Determination (RSD) procedure that has been operated by the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR)'s in Thailand within the last few decades. However, Thailand's NSM is part of the state-run immigration process, which is closely linked with its national security as well as political interests within the Southeast Asian region. As such, the screening mechanism may consider criteria other than an individual's risk of harm from persecution, and thus may differ from the general context of international protection that lies essence to most refugee screening mechanisms. Therefore, a debate arises as to whether Thailand's recent screening mechanism is a national asylum system as anticipated by the international community, or whether the promised legal protection is rather a technical argument to minimize deportation within a larger yet problematic legal framework – the latter of which still presents various restrictions to fulfillment of fundamental human rights and may not constitute a durable solution for forcibly displaced individuals.

Keywords: Refugee, Screening, NSM, Thailand, United Nations

1. บทนำ

เมื่อวันที่ 25 ธันวาคม พ.ศ. 2562 ประเทศไทยได้ประกาศใช้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการคัดกรองคนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรและไม่สามารถเดินทางกลับประเทศอันเป็นภูมิลำเนาได้ พ.ศ. 2562 (“ระเบียบสำนักนายกฯ”) หรือที่รู้จักกันในนาม National Screening Mechanism (NSM) แต่กระบวนการคัดกรองคนต่างด้าวภายใต้ระเบียบดังกล่าวได้มีการเลื่อนการบังคับใช้ออกไป จนกระทั่งในเดือนกันยายน พ.ศ. 2566 ที่ผ่านมา กองกำกับการ 4 กองบังคับการสืบสวนสอบสวน สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองได้เริ่มปฏิบัติงานคัดกรองคนต่างด้าวซึ่งรวมถึงผู้ลี้ภัยในเขตเมือง (Urban Refugees) ของกรุงเทพมหานครจำนวนไม่น้อย โดยบุคคลที่ผ่านการคัดกรองจะได้รับสถานะ “ผู้ได้รับการคุ้มครอง” และจะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายจากการถูกส่งกลับไปยังประเทศต้นทางที่บุคคลดังกล่าวอาจถูกประหัตประหาร (Protection Against Refoulement) ตามหลักการไม่ผลักดันกลับ (Non-Refoulement) อันมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ดี ภูมิทัศน์ทางกฎหมายของประเทศไทยทั้งในอดีตและปัจจุบันอาจมิได้สอดคล้องกับบริบททั่วไปของกฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศ (International Refugee Law) ที่ประชาคมโลกอาจคุ้นเคยกันดี เนื่องจากประเทศไทยมิได้เป็นภาคีต่ออนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 และพิธีสารที่เกี่ยวข้อง อีกทั้งมิได้มีกฎหมายภายในประเทศในระดับพระราชบัญญัติที่รับรองคุ้มครองสิทธิของผู้พลัดถิ่น (Forcibly Displaced Persons) ในการแสวงหาที่ลี้ภัยจากการประหัตประหาร (Right to Seek Asylum from Persecution) เป็นการเฉพาะ ที่ผ่านมา กรอบกฎหมายและช่องว่างทางกฎหมายนำไปสู่การกำหนดโทษทางอาญาให้แก่การโยกย้ายถิ่นฐานแบบไม่ปกติ (Criminalization of Irregular Migration) ซึ่งเป็นต้นเหตุของการละเมิดสิทธิมนุษยชนและจำกัดการเข้าถึงสิทธิขั้นพื้นฐานหลายประการของประชากรพลัดถิ่น เช่น ปัญหาการกักขังแบบไม่มีกำหนด (Indefinite Detention) ในสถานกักกันคนต่างด้าว

ในปัจจุบัน กรอบกฎหมายใหม่ประกอบไปด้วยทั้งระเบียบสำนักนายกฯ และกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองยังคงเป็นกระบวนการที่เป็นพลวัตและมีข้อสังเกตที่น่าสนใจหลายประการ ทั้งในเชิงวิชาการและเชิงปฏิบัติ เช่น ในบทบัญญัติและการใช้ถ้อยคำ ลำดับศักดิ์ของกฎหมาย แนวทางการตีความของผู้บังคับใช้กฎหมาย ความสอดคล้องกับบริบทระหว่างประเทศ และแนวทางสู่วิธีการแก้ไขปัญหาอย่างยั่งยืน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อกระบวนการคัดกรอง NSM อยู่ภายใต้บริบทของกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองซึ่งยึดโยงกับความมั่นคงของชาติหลายประการ ดังนั้น เมื่อวิเคราะห์ในเชิงเปรียบเทียบ แม้กระบวนการคัดกรอง NSM ของสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองจะมีความคล้ายคลึงกับกระบวนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย (Refugee Status Determination: RSD) ของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (United Nations High Commissioner for Refugees: UNHCR) แต่ทั้งสองยังคงเป็นกระบวนการที่แยกต่างหากจากกัน และอาจเหมาะสมกับผู้สมัครที่มีจุดมุ่งหมายแตกต่างกันไป

พัฒนาการของกฎหมายไทยในปัจจุบันสะท้อนถึงแนวโน้มการริเริ่มให้ความคุ้มครองแก่ผู้ลี้ภัยโดยรัฐที่มีได้ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ จึงทำให้ประเทศไทยกลายเป็นหนึ่งในกรณีศึกษาที่น่าจับตามองในสายตาของประชาคมโลก อาทิว่า แนวโน้มนี้จะนำไปสู่การแปรเปลี่ยนกระบวนทัศน์ ในระดับมหภาคของบริบทการโยกย้ายถิ่นฐานในระดับภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้หรือไม่

2. บริบท “กฎหมายผู้ลี้ภัย” และการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองในประเทศไทย

2.1 การขัดกันของหลักการสากลและกรอบกฎหมายภายในของประเทศไทย

หลักกฎหมายระหว่างประเทศให้นิยามแก่ “ผู้ลี้ภัย” ไว้ดังที่ปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 ด้วยองค์ประกอบดังต่อไปนี้¹

1. เป็นบุคคลที่อยู่นอกอาณาเขตรัฐแห่งสัญชาติตน (Country of Nationality) หรือในกรณีเป็นบุคคลไร้สัญชาติ อยู่นอกอาณาเขตรัฐเดิมที่ตนมีถิ่นฐานพำนักประจำ (Country of Habitual Residence)
2. เป็นบุคคลที่ไม่สามารถ (Unable) หรือไม่สมัครใจ (Unwilling) ที่จะเดินทางกลับรัฐต้นทางข้างต้น เนื่องจากความหวาดกลัวซึ่งมีมูลอันจะกล่าวอ้างได้ว่าจะได้รับการประหัตประหาร (Well-Founded Fear of Persecution) ด้วยสาเหตุใดอย่างน้อยสาเหตุหนึ่งดังต่อไปนี้
 - เชื้อชาติ (Ethnicity)
 - ศาสนา (Religion)
 - สัญชาติ (Nationality)
 - สมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งทางสังคม (Membership of a Particular Social Group)
 - ความคิดเห็นทางการเมือง (Political Opinion)

¹ United Nations General Assembly, “Convention Relating to the Status of Refugees: United Nations, Treaty Series, vol. 189, p. 137 (28 July 1951),” p.152 [online] Available from : <https://www.refworld.org/legal/agreements/unga/1951/en/39821> [23 April 2024] (“อนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ”), Article 1(A)(2): “owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.”

ดูเพิ่มเติม สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (UNHCR), “คำแปลภาษาไทยฉบับ พฤษภาคม ค.ศ. 2020” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.unhcr.org/th/wp-content/uploads/sites/91/2020/07/THAI-translation-of-1951-Convention-1MAY2020.pdf> [23 เมษายน 2567] “ด้วยความหวาดกลัวซึ่งมีมูลอันจะกล่าวอ้างได้ว่าจะได้รับการประหัตประหารด้วยสาเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งทางสังคม หรือความคิดเห็นทางการเมือง เป็นบุคคลที่อยู่นอกอาณาเขตรัฐแห่งสัญชาติตน และไม่สามารถหรือไม่สมัครใจที่จะได้รับความคุ้มครองจากรัฐแห่งสัญชาติตนเนื่องจากความหวาดกลัวดังกล่าว หรือนอกจากนี้ เป็นบุคคลไร้สัญชาติซึ่งอยู่นอกอาณาเขตรัฐเดิมที่ตนมีถิ่นฐานพำนักประจำแต่ไม่สามารถ หรือไม่สมัครใจที่จะกลับไปเพื่อพำนักในรัฐดังกล่าว ด้วยเหตุแห่งความหวาดกลัวข้างต้น”

3. เป็นบุคคลที่ไม่สามารถ (Unable) หรือไม่สมัครใจ (Unwilling) ที่จะได้รับความคุ้มครองจากรัฐดังกล่าว (Avail State Protection)

ทั้งนี้ เนื่องจากประเทศไทยมิได้เป็นรัฐภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 หรือพิธีสารว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1967 และมีได้มีกฎหมายภายในประเทศในระดับพระราชบัญญัติที่รับรองสถานะของผู้พลัดถิ่น หรือคุ้มครองสิทธิในการแสวงหาที่ลี้ภัยจากการประหัตประหาร² ด้วยเหตุดังกล่าว หลักการภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการแสวงหาที่ลี้ภัยและการปฏิบัติต่อผู้ลี้ภัยหลายประการ เช่น หลักการไม่ผลักดันกลับ จึงมิได้ปรากฏอย่างชัดเจนภายใต้ระบบกฎหมาย นโยบายของภาครัฐ และแนวปฏิบัติของหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายต่าง ๆ ของประเทศไทยในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมา

หลักการไม่ผลักดันกลับ มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ³ และเป็นหัวใจของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยผู้ลี้ภัย ซึ่งศาลภายในของนานาประเทศและกลไกคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับสากลได้ปรับใช้หลักการดังกล่าวแก่การละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงในหลายกรณี เช่น การถูกกระทำความผิด การถูกกระทำการที่

² United Nations General Assembly, “The Universal Declaration of Human Rights: General Assembly Resolution 217 A (20 December 1948),” [online] Available from : <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights> [23 April 2024], Article 14: “(1) Everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution. (2) This right may not be invoked in the case of prosecutions genuinely arising from non-political crimes or from acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.”

³ UNHCR Executive Committee 33rd Session, “General Conclusion on International Protection No. 25 (XXXIII) – 1982,” [online] Available from : <https://www.unhcr.org/publications/general-conclusion-international-protection-17> [23 May 2024], Para. (b) “Reaffirmed the importance of the basic principles of international protection and in particular the principle of non-refoulement which was progressively acquiring the character of a peremptory rule of international law;” 1951 Refugee Convention, Article 33(1): “No Contracting State shall expel or return (“refouler”) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion;” Asian-African Legal Consultative Organization (AALCO), “Bangkok Principles on the Status and Treatment of Refugees,” [online] Available from : <https://www.refworld.org/legal/resolution/aalco/1966/en/18604> [23 May 2024], Article III(3): “No-one seeking asylum in accordance with these Principles should, except for over-riding reasons of national security or safeguarding the population, be subjected to measures such as rejection at the frontier, return or expulsion which would result in compelling him to return to or remain in a territory if there is a well-founded fear of persecution endangering his life, physical integrity or liberty in that territory;” UN General Assembly, “Declaration on Territorial Asylum: A/RES/2312(XXII) (14 December 1967),” [online] Available from : <https://www.refworld.org/legal/resolution/unga/1967/en/10415> [23 May 2024], Article 3(1): “No person referred to in Article 1, paragraph 1, shall be subjected to measures such as rejection at the frontier or, if he has already entered the territory in which he seeks asylum, expulsion or compulsory return to any State where he may be subjected to persecution.”

โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การปฏิเสธสิทธิในการได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรม ความเสี่ยงของการละเมิดสิทธิในชีวิตและ/หรือเสรีภาพของบุคคล ความรุนแรงทางเพศที่ร้ายแรง โทษประหารชีวิต การขลิบอวัยวะเพศหญิง หรือการกักขังเดี่ยวเป็นเวลานาน อีกทั้งมีการตีความให้รวมถึง การละเมิดสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมที่นำไปสู่การละเมิดสิทธิในชีวิตหรือเสรีภาพที่ร้ายแรง เช่น สภาพความเป็นอยู่ที่ไม่เอื้ออำนวย การขาดแคลนการรักษาพยาบาล หรือภาวะป่วยทางจิต⁴

เมื่อประเทศไทยมิได้มีกฎหมายเฉพาะที่ใช้บังคับแก่ผู้พลัดถิ่น ผู้แสวงหาที่ลี้ภัย (Asylum Seeker) และผู้ลี้ภัย (Refugee)⁵ ที่เดินทางเข้ามาในเขตเมือง (Urban Area) ของประเทศไทยจึงอยู่ใต้บังคับของ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ “คนต่างด้าว” โดยทั่วไปอย่าง เหมารวม กล่าวคือ บุคคลใด ๆ ที่มีได้มีสัญชาติไทยและเดินทางเข้ามาในประเทศไทย ล้วนมีสิทธิหน้าที่ ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว

พระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฯ มีบทบัญญัติที่กำหนดโทษทางอาญาให้แก่ “คนต่างด้าว” ที่ “เข้ามา” หรือ “อยู่ใน” ประเทศไทยโดยไม่ได้รับอนุญาต อีกทั้งยังให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองใน การส่งตัวคนต่างด้าวนั้นออกไปนอกราชอาณาจักรไทย⁶ โดยมีได้มีการกำหนดข้อยกเว้นการบังคับใช้

⁴ OHCHR, “Technical note: The principle of non-refoulement under international human rights law (2018),” Para. 4 [online] Available from : <https://www.ohchr.org/en/documents/tools-and-resources/technical-note-principle-non-refoulement-under-international-human> [23 May 2024]

⁵ ผู้ลี้ภัย (Refugee) ได้แก่ บุคคลที่เข้าลักษณะตามนิยามของผู้ลี้ภัยภายใต้อนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ โดยเป็นผู้ที่ได้รับรองสถานะ เป็นผู้ลี้ภัย (Recognized Refugee Status) ผ่านกระบวนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย (Refugee Status Determination: RSD) ของหน่วยงานที่รับผิดชอบในรัฐที่บุคคลนั้นแสวงหาที่ลี้ภัย (Country of Asylum) ซึ่งอาจดำเนินการโดยหน่วยงานภาครัฐหรือสำนักงาน ข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (UNHCR)

ผู้แสวงหาที่ลี้ภัย (Asylum Seeker) ได้แก่ ผู้ที่เดินทางออกนอกประเทศของตนเพื่อแสวงหาความคุ้มครองจากการถูกประหัตประหารหรือการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง โดยอาจอยู่ในขั้นตอนกระบวนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย แต่ยังไม่ได้รับสถานะ ผู้ลี้ภัยภายใต้กระบวนการดังกล่าว กล่าวคือ เบื้องต้นบุคคลหนึ่งจะมีสถานะเป็นผู้แสวงหาที่ลี้ภัย (Asylum Seeker) จนกว่าจะได้รับรอง สถานภาพเป็น “ผู้ลี้ภัย” (Recognized Refugee)

⁶ มาตรา 54 พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2522 “คนต่างด้าวผู้ใดเข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับ อนุญาตหรือการอนุญาตนั้นสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอนแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่จะส่งตัวคนต่างด้าวนั้นกลับออกไปนอกราชอาณาจักรก็ได้ ถ้ามีกรณีต้องสอบสวนเพื่อส่งตัวกลับตามวรรคหนึ่ง ให้นำมาตรา 19 และมาตรา 20 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในกรณีที่มีคำสั่งให้ส่งตัวคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรแล้วในระหว่างรอการส่งกลับ พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจ อนุญาตให้ไปพักอาศัยอยู่ ณ ที่ใด โดยคนต่างด้าวนั้นต้องมาพบพนักงานเจ้าหน้าที่ตามวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนด โดยต้องมีประกัน หรือมีทั้งประกันและหลักประกันก็ได้ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่จะกักตัวคนต่างด้าวนั้นไว้ ณ สถานที่ใดเป็นเวลานานเท่าใดตาม ความจำเป็นก็ได้ ค่าใช้จ่ายในการกักตัวนี้ให้คนต่างด้าวนั้นเป็นผู้เสีย

บทบัญญัติในมาตรานี้มิให้ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวซึ่งเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรก่อนวันที่พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2480 ใช้บังคับ”

มาตรา 58 พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2522 “คนต่างด้าวผู้ใดไม่มีหลักฐานการเข้ามาในราชอาณาจักรโดย ถูกต้องตามมาตรา 12 (1) หรือไม่มีใบสำคัญถิ่นที่อยู่ตามพระราชบัญญัตินี้และทั้งไม่มีใบสำคัญประจำตัวตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียน คนต่างด้าวให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าคนต่างด้าวนั้นเข้ามาในราชอาณาจักรโดยฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้”

มาตรา 81 พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2522 “คนต่างด้าวผู้ใดอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือ การอนุญาตสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรการทางอาญาและมาตรการส่งกลับแก่บุคคลที่มีความจำเป็นที่จะต้องเดินทางเข้ามาในประเทศไทย ด้วยเหตุผลทางมนุษยธรรมต่าง ๆ เช่น เพื่อขอลี้ภัยจากเหตุประหัตประหาร

ในทางปฏิบัติ บทบัญญัติอันกำหนดโทษทางกฎหมายดังกล่าวทำให้ผู้ลี้ภัยจำนวนหนึ่งที่ไม่มีเอกสารแสดงตน (Undocumented) หรือที่เดินทางเข้าสู่ประเทศไทยผ่านช่องทางธรรมชาติ มีสถานะเป็นบุคคลที่ “เข้ามา” ในประเทศไทยโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ในทางกลับกัน โทษตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองนั้นยังคงทำให้ผู้ลี้ภัยที่อาจเดินทางเข้าสู่ประเทศไทยโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วแต่ไม่สามารถเดินทางกลับประเทศต้นทางของตนได้เนื่องจากความหวาดกลัวหรือเหตุอันตรายบางประการ จึงพำนักอยู่ในประเทศไทยเกินระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตตามวีซ่า⁷ มีสถานะเป็นผู้ที่ “อยู่ใน” ประเทศไทยโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งผู้ลี้ภัยในทั้งสองกรณีดังกล่าวอาจถูกจับกุมโดยเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมือง ดำเนินคดีทางอาญาภายใต้ศาลไทย กักกันในสถานกักกันคนต่างด้าวของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง และถูกส่งกลับไปยังประเทศต้นทางได้ ถึงแม้ว่าผู้ลี้ภัยจะมีสถานภาพผู้ลี้ภัยแล้วก็ตาม⁸ จะเห็นได้ว่าปรากฏการณ์ข้างต้นเข้าลักษณะเป็นการกำหนดโทษทางอาญาให้แก่การโยกย้ายถิ่นฐานแบบไม่ปกติ เป็นกรณีที่เกิดขึ้นจริงในประเทศไทย⁹ โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อประชากรพลัดถิ่นในกรุงเทพมหานคร ยิ่งไปกว่านั้น นอกเหนือไปจากความเสี่ยงต่อการถูกส่งกลับไปยังประเทศต้นทางที่อาจเป็นอันตรายต่อชีวิตหรือสิทธิขั้นพื้นฐานของตนแล้ว การไม่มีสถานะทางกฎหมายยังจำกัดการเข้าถึงสิทธิต่าง ๆ ที่ผู้ลี้ภัยพึงได้รับ เช่น การเข้าถึงระบบสาธารณสุข

⁷ สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง, “การตรวจลงตรา” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.immigration.go.th/?page_id=2763 [21 พฤษภาคม 2567], “1. คนต่างชาตินี้ประสงค์จะเดินทางเข้าประเทศไทยจะต้องขอรับการตรวจลงตราหรือขอวีซ่าจากสถานเอกอัครราชทูตหรือสถานกงสุลใหญ่ของไทยซึ่งตั้งอยู่ในประเทศที่ตนมีถิ่นพำนัก หรือจากสถานเอกอัครราชทูตไทยที่ได้รับมอบหมายให้ดูแลประเทศที่คนต่างชาติดังกล่าวมีถิ่นพำนัก ...

2. คนต่างชาติบางสัญชาติสามารถเดินทางเข้าประเทศไทยได้โดยไม่ต้องมีวีซ่า หากเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ ซึ่งมี 2 กลุ่มดังนี้

(1) ประเทศที่ได้รับยกเว้นการตรวจลงตราเพื่อการท่องเที่ยว และสามารถพำนักอยู่ในไทยได้ไม่เกิน 30 วัน ...

(2) ประเทศที่มีความตกลงยกเว้นการตรวจลงตรากับประเทศไทย ...

3. คนต่างชาติบางสัญชาติสามารถมาขอรับการตรวจลงตราที่ด่านตรวจคนเข้าเมืองของไทยบางแห่งที่กำหนดไว้ เมื่อเดินทางมาถึงประเทศไทยได้ (Visa on Arrival) ...”

⁸ อ่านต่อที่บทที่ 4.2 และ 4.3

⁹ Caleb Quinley, “Life in the shadows: Thailand’s urban refugees,” [online] Available from : <https://www.thenewhumanitarian.org/news/2019/09/11/Thailand-refugee-policies-asylum-seekers-immigration-detention> [21 May 2024]; UNHCR in Thailand, “Detention & Deportation,” [online] Available from : <https://help.unhcr.org/thailand/protection/detention-deportation/> [21 May 2024]

และประกันสุขภาพ¹⁰ การศึกษา¹¹ เสรีภาพในการเดินทาง¹² การทำงาน¹³ การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม สิทธิในทรัพย์สิน อีกทั้งยังมีความเสี่ยงต่อการค้ามนุษย์ การบังคับบุคคลให้สูญหาย¹⁴ และการละเมิดสิทธิมนุษยชนประการอื่น ๆ

สำนักงานข้าหลวงใหญ่เพื่อสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights: OHCHR) ได้ให้ความเห็นแก่ปัญหาการกำหนดโทษทางอาญา ให้แก่การโยกย้ายถิ่นฐานแบบไม่ปกติไว้ดังนี้

“เจตนารมณ์ของกฎหมายอาญา ได้แก่ การกำหนดโทษให้แก่บุคคลที่ก่อให้เกิดอันตรายแก่บุคคลอื่นหรือสังคมโดยรวม การเข้าเมืองหรือการพำนักในประเทศโดยมิชอบด้วยกฎหมายไม่ใช่อาชญากรรมโดยแท้ต่อบุคคล ทรัพย์สิน หรือความมั่นคงของรัฐ และไม่ควรถูกปฏิบัติเสมือนเป็นอาชญากรรมเช่นนั้น ภายใต้กฎหมายมนุษยชนระหว่างประเทศ การกำหนดโทษทางอาญาให้แก่การโยกย้ายถิ่นฐานแบบไม่ปกติเป็นการกระทำเกินกว่าผลประโยชน์อันชอบธรรมของรัฐในการปกป้องคุ้มครองดินแดนและในการควบคุมการย้ายถิ่นฐาน”¹⁵

¹⁰ Rapeepong Suphanchaimat et al, “A cross sectional study of unmet need for health services amongst urban refugees and asylum seekers in Thailand in comparison with Thai population, 2019”, in **International Journal for Equity in Health**, 19, 205 (2020), p.2; Asia Pacific Refugee Rights Network et al, “Refugee Rights Network in Thailand: Joint Submission Universal Periodic Review of Thailand, Thailand Cycle 3, 39th Sessions,” [online] Available from : <https://asylumaccess.org/refugee-rights-network-in-thailand/> [21 May 2024]

¹¹ Asia Pacific Refugee Rights Network et al, “Refugee Rights Network in Thailand: Joint Submission Universal Periodic Review of Thailand, Thailand Cycle 3, 39th Sessions,” [online] Available from : <https://asylumaccess.org/refugee-rights-network-in-thailand/> [21 May 2024]; Sheraz Akhtar. **Urban Refugees and Education in the Contemporary World: A Case Study of Pakistani Christian Refugees in Bangkok, Thailand**. Doctoral dissertation of Philosophy, University of Auckland, 2020 ; p.95-97.

¹² Ana Salva, “The reality of life for a refugee family hiding in Bangkok,” [online] Available from : <https://www.bangkokpost.com/thailand/special-reports/690748/the-reality-of-life-for-a-refugee-family-hiding-in-bangkok> [21 May 2024]

¹³ Ibid; Asia Pacific Refugee Rights Network et al, “Refugee Rights Network in Thailand: Joint Submission Universal Periodic Review of Thailand, Thailand Cycle 3, 39th Sessions,” [online] Available from : <https://asylumaccess.org/refugee-rights-network-in-thailand/> [21 May 2024]

¹⁴ Caleb Quinley, “We Thought We Were Safe: Repression and Forced Return of Refugees in Thailand,” [online] Available from : <https://www.hrw.org/feature/2024/05/16/we-thought-we-were-safe/repression-and-forced-return-of-refugees-in-thailand> [21 May 2024]

¹⁵ OHCHR, “Technical note related to issues contained in the Global Compact for Migration: Criminalisation of irregular immigration,” [online] Available from : <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/GlobalCompactMigration/CriminalisationIrregularImmigration.pdf> [23 April 2024], “Criminal law is designed to punish individuals who harm other individuals or society at large. Irregular entry and stay by migrants should not be treated as a criminal offence, because the mere fact of crossing a border or staying in a country irregularly is not a crime per se against persons, property or national security and should not be treated as such (A/HRC/20/24, Para. 13; WGAD, Deliberation No. 5). Under international human rights law, the

“สิทธิมนุษยชนเป็นสิ่งที่มิได้อยู่แต่กำเนิตต่อมนุษย์ทั้งปวง ที่สำคัญ สิทธิดังกล่าวไม่ได้ยึดโยงกับความเป็นพลเมืองหรือสัญชาติของบุคคล การปรากฏของผู้ย้ายถิ่นในเขตอำนาจของรัฐ ไม่ว่าด้วยสถานะที่ชอบหรือมิชอบด้วยกฎหมาย กำหนดพันธกรณีแก่รัฐนั้นในการรับรองการมีอยู่ และอนุญาตให้ผู้ย้ายถิ่นนั้นกล่าวอ้างสิทธิมนุษยชนของตนได้ ... โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รัฐมีพันธกรณีในการเคารพ ปกป้อง และเติมเต็มซึ่งสิทธิมนุษยชนของผู้อพยพทั้งปวงในดินแดนของรัฐหรือดินแดนภายใต้การควบคุมของรัฐ ซึ่งรวมถึงผู้ย้ายถิ่นฐานแบบไม่ปกติ”¹⁶

2.2 ปัญหาการกักขังผู้ลี้ภัยแบบไม่มีกำหนด (Indefinite Detention) ในสถานกักกันคนต่างด้าว

ปัญหาการกักขังแบบไม่มีกำหนดเป็นหนึ่งในผลกระทบที่สืบเนื่องมาจากการกำหนดโทษทางอาญาให้แก่การโยกย้ายถิ่นฐานแบบไม่ปกติในประเทศไทย กล่าวคือ ผู้ลี้ภัยมักถูกดำเนินคดีทางอาญาดำเนินการโดยข้อหาที่เกี่ยวข้องกับการเดินทางเข้าราชอาณาจักรโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (Illegal Entry) หรือการอยู่อาศัยในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต (Illegal Stay) จนกระทั่งได้รับคำสั่งให้ส่งตัวคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร (Deportation Order) และภายหลังกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ผู้ลี้ภัยจะถูกส่งตัวไปยังสถานกักกันคนต่างด้าวเป็นการ “ชั่วคราว” เพื่อรอการส่งกลับไปยังประเทศต้นทางหรือเพื่อรอการเดินทางไปยังประเทศที่สาม ตามมาตรา 54 วรรคสามของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง¹⁷

อย่างไรก็ดี ผู้ลี้ภัยจำนวนไม่น้อยมักพบเจอกับสถานะหนีเสือปะจระเข้ภายหลังกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ทำให้ต้องใช้ชีวิตในสถานกักกันคนต่างด้าวเป็นเวลานานอย่างไม่มีการกำหนด และส่งผลให้สถานกักกันคนต่างด้าวในหลายพื้นที่มีสภาพความเป็นอยู่แออัด ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

criminalization of irregular migration exceeds the legitimate interests of States in protecting their territories and regulating migration (A/HRC/13/30, Para. 58)."

¹⁶ Ibid: "Human rights are inherent to all human beings. Importantly, these rights are not tied to one's citizenship or nationality. The very presence of migrants within a State's jurisdiction—whether in a regular or irregular status—imposes obligations on the State to acknowledge their presence, and allow them to claim their human rights. ... More specifically, States are obliged to respect, protect and fulfil the human rights of all migrants on their territory or under their effective control, including irregular migrants."

¹⁷ มาตรา 54 พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2522 “คนต่างด้าวผู้ใดเข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือการอนุญาตนั้นสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอนแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่จะส่งตัวคนต่างด้าวผู้นั้นกลับออกไปนอกราชอาณาจักรก็ได้ ถ้ามีกรณีต้องสอบสวนเพื่อส่งตัวกลับตามวรรคหนึ่ง ให้นำมาตรา 19 และมาตรา 20 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในกรณีที่มิได้สั่งให้ส่งตัวคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรแล้วในระหว่างรอการส่งกลับ พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจอนุญาตให้ไปพักอาศัยอยู่ ณ ที่ใด โดยคนต่างด้าวผู้นั้นต้องมาพบพนักงานเจ้าหน้าที่ตามวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนด โดยต้องมีประกัน หรือมีทั้งประกันและหลักประกันก็ได้ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่จะกักตัวคนต่างด้าวผู้นั้นไว้ ณ สถานที่ใดเป็นเวลานานเท่าใดตามความจำเป็นก็ได้ ค่าใช้จ่ายในการกักตัวนี้ให้คนต่างด้าวผู้นั้นเป็นผู้เสีย

บทบัญญัติในมาตรานี้มิให้ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวซึ่งเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรก่อนวันที่พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2480 ใช้บังคับ”

1. ผู้ลี้ภัยไม่อาจเดินทางกลับไปยังประเทศต้นทางได้เนื่องด้วยความเสี่ยงต่อการประหัตประหารโดยหากหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายของรัฐผู้รับ (Host Country) เช่น ประเทศไทย ส่งผู้ลี้ภัยกลับไปยังประเทศต้นทางก็อาจเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยขัดต่อหลักการไม่ผลักดันกลับ ซึ่งผูกพันต่อรัฐในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จึงอาจเกิดความรับผิดชอบของรัฐขึ้นได้¹⁸
2. เจ้าหน้าที่รัฐ (เช่น เจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมือง) ที่ส่งผู้ลี้ภัยกลับไปยังประเทศต้นทาง อาจมีความผิดตามมาตรา 13 ของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นุญคนสูญหาย พ.ศ. 2565¹⁹ ซึ่งวางหลักมิให้เจ้าหน้าที่ส่งบุคคลไปยังอีกรัฐหนึ่ง หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะไปตกอยู่ในอันตรายที่จะถูกกระทำทรมาน ถูกกระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือถูกกระทำให้สูญหาย²⁰
3. โอกาสการเดินทางไปตั้งถิ่นฐานในประเทศที่สาม (Resettlement) ของผู้ลี้ภัยค่อนข้างจำกัดด้วยเหตุผลหลายประการ เช่น นโยบายการต่างประเทศของประเทศปลายทางที่อาจแปรเปลี่ยนไปตามแต่ละรัฐบาล²¹ ซึ่งเป็นปัจจัยที่นอกเหนือการควบคุมของปัจเจกบุคคลหรือองค์กรให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย โดยจากสถิติของ UNHCR ในปี ค.ศ. 2019 รายงานว่าจากจำนวนผู้ลี้ภัยทั่วโลกจำนวน 19.9 ล้านคน มีผู้ลี้ภัยจำนวนน้อยกว่าร้อยละ 1 เท่านั้นที่ได้รับโอกาสดังกล่าว²²

¹⁸ International Law Commission, “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts” Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-third session, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1 (November 2001). See Article 1: “Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State;” and Article 3: “The characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law.”

¹⁹ Patrick Phongsathorn, “Thailand’s anti-torture bill could finally end refugee push-backs,” [online] Available from: <https://southeastasiaglobe.com/thailands-anti-torture-bill-could-finally-end-refugee-push-backs/> [21 May 2024]

²⁰ มาตรา 13 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นุญคนสูญหาย พุทธศักราช 2565 “ห้ามมิให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐขับไล่ ส่งกลับ หรือส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนไปยังอีกรัฐหนึ่ง หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะไปตกอยู่ในอันตรายที่จะถูกกระทำทรมาน ถูกกระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือถูกกระทำให้สูญหาย”

²¹ Benedicta Solf and Katherine Rehberg, “The Resettlement Gap: A Record Number of Global Refugees, but Few Are Resettled,” [online] Available from : <https://www.migrationpolicy.org/article/refugee-resettlement-gap> [21 May 2024], “Increased politicization of immigration in major immigrant-destination countries over the last decade has also hampered resettlement programs. The United States — historically the global leader in refugee resettlement — reduced its refugee allotments to record lows during the Trump administration. Although President Joe Biden pledged to reverse course amid considerable pressure from his Democratic Party, the fewer than 11,500 refugees resettled in fiscal year (FY) 2021 were the lowest since the country’s resettlement program formally began in 1980. Many other countries have had similar challenges sustaining resettlement programs.”

²² UNHCR, “Briefing Notes: Less than 5 per cent of global refugee resettlement needs met last year,”

นอกจากนี้ ผู้ต้องกัก ณ สถานกักกันคนต่างด้าวของสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองถูกไล่ออกจากสิทธิมนุษยชนในหลายประการ อาทิ ข้อจำกัดในการเข้าถึงสถานทูต หน่วยงาน บริการทางการแพทย์ อาหาร และน้ำสะอาด สภาพความเป็นอยู่แออัดและไม่ถูกสุขลักษณะ และความรุนแรงระหว่างผู้ต้องกัก²³ อีกทั้งสภาพความเป็นอยู่ภายในสถานกักกันดังกล่าวอาจเข้าลักษณะเป็นการกระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามอนุสัญญาระหว่างประเทศ²⁴ และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นुकคลสูญหาย พ.ศ. 2565

จึงอาจตั้งข้อสังเกตได้ว่า การขัดกันระหว่างหลักการสากลว่าด้วยหลักสิทธิมนุษยชนและกรอบกฎหมายภายในของประเทศไทย ช่องว่างในระบบกฎหมายไทย รวมถึงแนวทางการบังคับใช้กฎหมายที่อาจไม่สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและบริบทของโลกปัจจุบัน เป็นที่ปรากฏอยู่อย่างชัดเจนในบริบทการอพยพย้ายถิ่นโดยถูกบังคับ (Forced Migration) ของประเทศไทย จนเป็นกรอบความคิดที่นำไปสู่การประกาศใช้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการคัดกรองคนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรและไม่สามารถเดินทางกลับประเทศอันเป็นภูมิลำเนาได้ พ.ศ. 2562 หรือที่รู้จักกันในนาม National Screening Mechanism (NSM)

3. กระบวนการคัดกรอง “ผู้ลี้ภัย” ของประเทศไทย

ในเดือนกันยายน พ.ศ. 2566 ประเทศไทยได้เริ่มบังคับใช้ “ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการคัดกรองคนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรและไม่สามารถเดินทางกลับประเทศอันเป็นภูมิลำเนาได้ พ.ศ. 2562” หรือ National Screening Mechanism (NSM) โดยคนต่างด้าวที่ผ่านกระบวนการพิจารณา

[online] Available from: <https://www.unhcr.org/news/briefing-notes/less-5-cent-global-refugee-resettlement-needs-met-last-year> [23 April 2024]

²³ United Nations Human Rights Council Working Group on the Universal Period Review, Thirty-ninth session (1-12 November 2021), “National report submitted in accordance with paragraph 5 of the annex to Human Rights Council resolution 16/21: Thailand” (A/HRC/WG.6/39/THA/1), 17 August 2021, Para. 68: “The Human Rights Committee expressed concern about reports indicating that undocumented migrants, asylum seekers and refugees were detained for long periods and without contact with their embassies, counsel or civil society organizations. It was also concerned about reports of overcrowded cells, lack of adequate health services, poor sanitation facilities, inadequate food and water and incidents of violence in immigration detention centres. It further expressed concern about reports of children being detained and separated from their relatives without access to school and placed in cells with adult detainees.”

²⁴ Human Rights Law Centre et al, “Torture and cruel treatment in Australia’s refugee protection and immigration detention regimes: Submission to the UN Committee Against Torture’s sixth periodic review of Australia, 75th Session, 2022 – NGO response to State party report (3 October 2022),” [online] Available from : <https://static1.squarespace.com/static/580025f66b8f5b2dabbe4291/t/634915e41772a348045b5d13/1665734118238/20221003+HRLC%2C+ROA%2C+Kaldor+Centre++Submission+to+the+Committee+Against+Torture.pdf> [21 May 2024]

คัดกรองจะได้รับสถานะเป็น “ผู้ได้รับการคุ้มครอง”²⁵ (Protected Person) ซึ่งจะได้รับคุ้มครองจากการถูกส่งกลับไปยังประเทศต้นทางที่อาจมีภัยอันตรายต่อการประหัตประหาร²⁶ และสามารถเข้าถึงสิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ได้บางประการ

UNHCR ได้ให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการคัดกรอง NSM ในกระบวนการทบทวนสถานการณ์สิทธิมนุษยชน (Universal Periodic Review) สมัยที่ 39 โดยอธิบายว่ากระบวนการคัดกรองดังกล่าวมิใช่กฎหมายว่าด้วยการแสวงหาที่ลี้ภัยตามอนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ แต่เป็นกรอบการกำกับดูแลเพื่อให้รัฐบาลไทยจำแนกบุคคลที่ต้องการความคุ้มครองระหว่างประเทศออกจากผู้อพยพด้วยเหตุผลทางเศรษฐกิจ²⁷

3.1 สิทธิของผู้ได้รับการคุ้มครอง

“ผู้ได้รับการคุ้มครอง” จะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองของประเทศไทย และสามารถเข้าถึงสิทธิต่าง ๆ ตามระเบียบสำนักนายกฯ อันรวมถึงการคุ้มครองจากการถูกส่งกลับไปยังประเทศต้นทาง การได้รับเอกสารแสดงตน การเข้าถึงการศึกษา และการเข้าถึงการสาธารณสุข ดังนี้

²⁵ ข้อ 3 ระเบียบสำนักนายกฯ: “ผู้ได้รับการคุ้มครอง” หมายความว่า คนต่างด้าวที่เข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักร และไม่สามารถหรือไม่สมัครใจที่จะเดินทางกลับไปยังประเทศอันเป็นภูมิลำเนาของตน เนื่องจากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าจะได้รับอันตรายจากการถูกประหัตประหารตามที่คณะกรรมการกำหนด และได้รับสถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครองตามระเบียบนี้”

²⁶ ข้อ 25 ระเบียบสำนักนายกฯ: “เมื่อคนต่างด้าวรายใดได้รับสถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครองแล้ว ให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการกับผู้ได้รับการคุ้มครอง ดังต่อไปนี้

(1) ไม่ส่งตัวผู้ได้รับการคุ้มครองกลับไปยังประเทศอันเป็นภูมิลำเนา เว้นแต่เป็นกรณีที่มีผู้ได้รับการคุ้มครองนั้นประสงค์จะกลับไปออกนอกราชอาณาจักรด้วยความสมัครใจ หรือมีเหตุที่จะกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ

(2) ให้ความช่วยเหลือในการกลับไปยังประเทศอันเป็นภูมิลำเนาตามความสมัครใจเมื่อเหตุแห่งการที่ไม่สามารถเดินทางกลับได้สิ้นสุดลง หรือพิจารณาให้ความช่วยเหลือในการติดต่อประสานงานเพื่อให้ผู้ได้รับการคุ้มครองสามารถเดินทางไปประเทศที่จะพำนักต่อไปได้

(3) ให้ผู้ได้รับการคุ้มครองอยู่ในราชอาณาจักรได้เป็นกรณีพิเศษ หรืออนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว แล้วส่งให้ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองต่อไป ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงผลของการคัดกรองตามระเบียบนี้

(4) ดำเนินการตามสมควรเกี่ยวกับการให้การศึกษาแก่ผู้ได้รับการคุ้มครองที่เป็นเด็ก และการสาธารณสุข ทั้งนี้ ตามกฎหมายพันธกรณีระหว่างประเทศ มติคณะรัฐมนตรี และนโยบายของรัฐบาลที่เกี่ยวข้อง”

²⁷ UNHCR, “Submission by the United Nations High Commissioner for Refugees For the Office of the High Commissioner for Human Rights’ Compilation Report Universal Periodic Review: 3rd Cycle, 39th Session: Thailand,” [online] Available from : <https://www.refworld.org/policy/upr/unhcr/2021/en/123963> [24 May 2024], “While not a conventional asylum law, the Regulation provides a regulatory framework for the RTG to differentiate individuals in need of protection from economic migrants through the development of a National Screening Mechanism (NSM). The Regulation also provides for those screened in as Protected Persons, i.e. those unable or unwilling to return to his/her country of origin due to a reasonable ground that they would suffer danger due to persecution, to be permitted to stay in the Kingdom temporarily, under special circumstances and in conformity with the Immigration Act. Further, the Regulation provides for additional rights for Protected Persons, including inter alia, the right to education and healthcare, in conformity with existing laws and policies. Once implemented, the Regulation will hopefully regularize and enhance the protection space for persons in need of international protection.”

สิทธิ	ข้อสังเกต
1. การคุ้มครองจากการถูกส่งกลับ (Protection Against Refoulement)	- มีการกำหนดข้อยกเว้นสำหรับการคุ้มครองให้แก่ความมั่นคงของประเทศ (ระเบียบสำนักนายกฯ ข้อ 25(1))²⁸ - ยังคงต้องเข้าทำสัญญาประกันและวางหลักประกันต่อสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง หากผู้ได้รับการคุ้มครองต้องการอยู่อาศัยนอกสถานกักกันคนต่างด้าว²⁹
2. เอกสารแสดงตน (Documentation)	- เอกสารแสดงสถานะผู้ได้รับการคุ้มครอง (คค.) มีอายุ 5 ปี³⁰ - เอกสารแสดงสถานะผู้อยู่ระหว่างคัดกรองสถานะ (คค.6) มีอายุ 1 ปี³¹ - สามารถต่ออายุเอกสารแสดงตนได้ โดยสถานะทางกฎหมายยังคงมีอยู่จนกว่าเหตุแห่งการที่ไม่สามารถเดินทางกลับประเทศอันเป็นภูมิลำเนาจะสิ้นสุดลง หรือเมื่อสถานะดังกล่าวถูกเพิกถอน
3. เข้าถึงการสาธารณสุข (Access to Healthcare)	ขึ้นอยู่กับนโยบายของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เช่น กระทรวงสาธารณสุข (ระเบียบสำนักนายกฯ ข้อ 25(4))
4. เข้าถึงการศึกษา (Access to Education)	- สำหรับผู้ได้รับการคุ้มครองที่เป็นเด็ก - ขึ้นอยู่กับนโยบายของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เช่น กระทรวงศึกษาธิการ (ระเบียบสำนักนายกฯ ข้อ 25(4))

²⁸ อ่านต่อที่บทที่ 4.5²⁹ อ่านต่อที่บทที่ 4.2³⁰ “ประกาศคณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง เรื่อง กำหนดแบบเอกสารแสดงสถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 140 ตอนพิเศษ 166 ง, วันที่ 11 กรกฎาคม 2566, หน้า 35. [แหล่งที่มา : <https://ratchakitcha.soc.go.th/documents/140D166S0000000003500.pdf>]³¹ “ประกาศคณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง เรื่อง กำหนดเอกสารแสดงสถานะเป็นผู้อยู่ระหว่างคัดกรองสถานะ แบบการพิจารณาให้สถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง และแบบพิมพ์ลายนิ้วมือ,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 140 ตอนพิเศษ 166 ง, วันที่ 11 กรกฎาคม 2566, หน้า 34. [แหล่งที่มา : <https://ratchakitcha.soc.go.th/documents/140D166S0000000003400.pdf>]

3.2 ภาพรวมกระบวนการคัดกรอง

ระเบียบสำนักนายกฯ และกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกำหนดขั้นตอนการคัดกรองคนต่างด้าวไว้ 2 ขั้นตอน ดังต่อไปนี้

ในขั้นตอนแรก คนต่างด้าวที่ประสงค์ขอรับความคุ้มครองภายใต้กระบวนการ NSM จะต้องยื่น “คำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง (คก.1)” เพื่อเข้าสู่กระบวนการประเมินคุณสมบัติเบื้องต้น (Pre-Screening)³² โดยกระบวนการดังกล่าวจะรวมถึงการสัมภาษณ์รายบุคคลกับเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองเพื่อตรวจสอบว่าผู้สมัครคุณสมบัติต้องห้ามตามที่กำหนดหรือไม่ และพิจารณามูลเหตุในการขอรับความคุ้มครองเบื้องต้น

ในขั้นตอนที่สอง หากเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองพิจารณาว่าคนต่างด้าวนั้นมีคุณสมบัติครบถ้วน และมีมูลเหตุที่เหมาะสม คนต่างด้าวจะได้รับสิทธิในการยื่น “คำขอเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง (คก.5)” และจะต้องยื่นคำขอดังกล่าวภายใน 60 วัน โดยผู้สมัครจะต้องอธิบายถึงเหตุผลในการขอรับความคุ้มครองเป็นลายลักษณ์อักษรให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ พร้อมให้รายละเอียดอย่างครบถ้วนในการสัมภาษณ์อีกครั้งหนึ่งกับเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมือง (Full Screening) อีกทั้งยังสามารถส่งหลักฐานและข้อมูลประเทศต้นทาง (Country of Origin Information) ที่เกี่ยวข้องเพิ่มเติมได้

อนึ่ง แม้เจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองจะเป็นผู้สัมภาษณ์คนต่างด้าว ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาให้สถานะตามคำขอฯ ได้แก่ คณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง โดยอ้างอิงข้อมูลที่เจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองผู้สัมภาษณ์ได้ให้ไว้ใน “แบบการพิจารณาให้สถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง (คก.7)” และเอกสารอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

ภายใต้ระเบียบสำนักนายกฯ ผู้สมัครมีสิทธิในการเข้าถึงล่ามแปลภาษา ความช่วยเหลือทางกฎหมาย และผู้แทนทางกฎหมาย³³ อย่างไรก็ดี เนื่องจากองค์กรที่ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ลี้ภัยในปัจจุบันส่วนมากมักเป็นองค์กรไม่แสวงหาผลกำไรจากภาคประชาสังคม การเข้าถึงสิทธิดังกล่าวจึงยังคงมีข้อจำกัดในทางปฏิบัติเป็นอย่างมากเนื่องด้วยข้อจำกัดด้านทรัพยากร ความเข้าใจในกระบวนการ ข้อจำกัดด้านภาษา และนโยบายภายในของแต่ละองค์กร

³² ข้อ 16-18 ระเบียบสำนักนายกฯ

³³ “ข้อ 4 ประกาศคณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการพิจารณาคัดกรองคำขอเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 140 ตอนพิเศษ 72 ง, วันที่ 27 มีนาคม 2566, หน้า 35. [แหล่งที่มา : https://drive.google.com/file/d/18R23BSEIfpxF18avDNRH2GY_6dpufik/view], “ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ร่วมกับสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติประจำประเทศไทย องค์การระหว่างประเทศเพื่อการโยกย้ายถิ่นฐานประจำประเทศไทย และภาคเอกชนที่เกี่ยวข้อง ให้การสนับสนุนและความช่วยเหลือที่จำเป็นให้ผู้ยื่นคำร้องขอรับสิทธิสามารถเข้าใจและเข้าสู่กระบวนการยื่นคำร้องขอได้ในภาษาต่าง ๆ รวมถึงการเข้าถึงความช่วยเหลือทางกฎหมายและการมีผู้แทนทางกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ผู้ยื่นคำร้องขอเป็นผู้เยาว์ที่อยู่โดยลำพังตลอดจนความช่วยเหลือพิเศษแก่ผู้ยื่นคำร้องขอที่มีความต้องการเฉพาะ เช่น ผู้เยาว์ที่อยู่โดยลำพัง ผู้ไม่รู้หนังสือ ผู้พิการ หรือผู้เจ็บป่วย”

1. คำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง

วัตถุประสงค์: เพื่อตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครและมูลเหตุแห่งการร้องขอ

- คนต่างด้าวยื่นแบบคำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง (คก.1) (Eligibility Application Form for Person Seeking Protection: KG.1)³⁴ ต่อเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองเพื่อลงทะเบียนเข้าสู่กระบวนการคัดกรอง
- เจ้าหน้าที่จะสัมภาษณ์ผู้สมัครรายบุคคลเบื้องต้นและพิจารณาคำร้องฯ ภายใน 30 วันนับแต่วันที่รับคำร้อง
- หากได้รับสิทธิตามคำร้องฯ - คนต่างด้าวจะมีสิทธิยื่นคำขอเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง ภายใน 60 วัน
- หากถูกปฏิเสธตามคำร้องฯ - คนต่างด้าวจะมีสิทธิอุทธรณ์ภายใน 15 วันนับแต่วันที่รับแจ้งผลการพิจารณา

2. คำขอเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง

วัตถุประสงค์: เพื่อพิจารณาเหตุประหัตประหารและการคุ้มครอง

- คนต่างด้าวยื่นแบบคำขอเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง (คก.5) (Application Form for Person Seeking Protection: KG.5)³⁵ ต่อคณะกรรมการฯ ภายใน 60 วันนับแต่วันที่รับแจ้งผลคำร้องฯ
- เจ้าหน้าที่จะสัมภาษณ์ผู้สมัครรายบุคคลโดยลงรายละเอียดตามหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง บันทึกข้อมูลในแบบการพิจารณาให้สถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง (คก.7) (Assessment Form for Person Seeking Protection: KG.7)³⁶ และนำเสนอแบบการพิจารณาดังกล่าวให้แก่คณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง³⁷
- คนต่างด้าวอาจพิจารณานำส่งข้อมูล เอกสารหรือหลักฐานอื่นตามที่คณะกรรมการกำหนด
- ขณะพิจารณาคำขอฯ - คนต่างด้าวมีสถานะเป็นผู้อยู่ระหว่างคัดกรองสถานะ (Person Under Screening)
- หากได้รับสิทธิตามคำขอฯ - คนต่างด้าวมีสถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง (Protected Person)

³⁴ “ประกาศคณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง เรื่อง กำหนดแบบคำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 140 ตอนพิเศษ 166 ง, วันที่ 11 กรกฎาคม 2566, หน้า 30. [แหล่งที่มา : <https://ratchakitcha.soc.go.th/documents/140D166S0000000003000.pdf>]

³⁵ “ประกาศคณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง เรื่อง กำหนดแบบคำขอเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 140 ตอนพิเศษ 166 ง, วันที่ 11 กรกฎาคม 2566, หน้า 33. [แหล่งที่มา : <https://ratchakitcha.soc.go.th/documents/140D166S0000000003300.pdf>]

³⁶ “ประกาศคณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง เรื่อง กำหนดเอกสารแสดงสถานะเป็นผู้อยู่ระหว่างคัดกรองสถานะ แบบการพิจารณาให้สถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง และแบบพิมพ์ลายนิ้วมือ,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 140 ตอนพิเศษ 166 ง, วันที่ 11 กรกฎาคม 2566, หน้า 34. [แหล่งที่มา : <https://ratchakitcha.soc.go.th/documents/140D166S0000000003400.pdf>]

³⁷ อ่านต่อที่บทที่ 3.3.2

3.3 หลักเกณฑ์การพิจารณาคำร้องและคำขอเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง

3.3.1 คำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง

เมื่อคนต่างด้าวยื่นคำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง เจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองที่มีอำนาจจะสัมภาษณ์ผู้สมัครรายบุคคลเบื้องต้น โดยกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกำหนดองค์ประกอบดังต่อไปนี้แก่เจ้าหน้าที่เพื่อพิจารณาคำร้องดังกล่าว³⁸

องค์ประกอบ	รายละเอียด
1. ไม่เป็นคนต่างด้าวที่กระทรวงมหาดไทยมีมาตรการหรือกระบวนการดำเนินการรองรับเป็นการเฉพาะ	ในทางปฏิบัติ อาจรวมถึงประชากรดังต่อไปนี้ ● ผู้หนีภัยการสู้รบในพื้นที่พิกังชั๋วคราวระหว่างพรมแดนไทย-เมียนมา จำนวน 9 แห่งในจังหวัดตาก แม่ฮ่องสอน กาญจนบุรี และราชบุรี³⁹ ● ผู้หนีภัยความไม่สงบชาวเมียนมาในพื้นที่ปลอดภัยชั่วคราวจำนวน 5 แห่งในจังหวัดแม่ฮ่องสอน
2. ไม่เป็นแรงงานต่างด้าวสัญชาติเมียนมา ลาว กัมพูชา และเวียดนาม ที่คณะรัฐมนตรีมีมติกำหนดมาตรการหรือกระบวนการดำเนินการรองรับเป็นการเฉพาะ หรือที่คณะรัฐมนตรีมีมติกำหนดเพิ่มเติม	ในทางปฏิบัติ อาจรวมถึงประชากรแรงงานข้ามชาติ (Migrant Worker) ที่อยู่อาศัยและทำงานในประเทศไทย ยกตัวอย่างเช่น ● แรงงานข้ามชาติจากประเทศเมียนมา ลาว กัมพูชา และเวียดนาม ภายใต้บันทึกความเข้าใจ (Memorandum of Understanding: MOU) ระหว่างรัฐบาลไทยและประเทศต้นทางว่าด้วยความร่วมมือด้านแรงงาน ● แรงงานข้ามชาติที่ได้รับอนุญาตให้ทำงานตามมติคณะรัฐมนตรี รวมถึงแรงงานข้ามชาติซึ่งได้รับการผ่อนผันให้อยู่และทำงานในประเทศไทยได้ชั่วคราวตามมติคณะรัฐมนตรี

³⁸ ข้อ 16-17 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการพิจารณาคัดกรองคำขอเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง, ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 140 ตอนพิเศษ 72 ง, วันที่ 27 มีนาคม 2566, หน้า 35-37. [แหล่งที่มา : <https://ratchakitcha.soc.go.th/documents/140D072S0000000003500.pdf>]

³⁹ UNHCR, “UNHCR ในประเทศไทย” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.unhcr.org/th/unhcr-in-thailand> [27 พฤษภาคม 2567], “ในปี พ.ศ. 2541 รัฐบาลไทยได้ร้องขอให้ UNHCR เข้ามาให้ความช่วยเหลือในการมอบความคุ้มครองแก่ผู้ลี้ภัยจากเมียนมา ในพื้นที่ชายแดนไทย-เมียนมา ปัจจุบัน ประเทศไทยให้ที่พักพิงที่ปลอดภัยแก่ผู้ลี้ภัยจากประเทศเมียนมา 90,337 คน (อยู่ระหว่างการตรวจสอบ ข้อมูล ณ เดือนมิถุนายน พ.ศ. 2566) ในพื้นที่พิกังชั๋วคราวซึ่งดำเนินการโดยรัฐบาลไทยจำนวน 9 แห่งบริเวณแนวชายแดนไทย-เมียนมา นอกจากนี้ ยังมีผู้ลี้ภัยและผู้ขอลี้ภัยในเขตเมืองประมาณ 5,000 คนจาก 40 ประเทศทั่วโลก และบุคคลไร้รัฐไร้สัญชาติที่ได้ขึ้นทะเบียนกับรัฐบาลไทยอีกราว 480,000 คน”

องค์ประกอบ	รายละเอียด
3. แบบคำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง (คก.1)	เจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองจะพิจารณาว่าเหตุที่กล่าวอ้างในแบบคำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง (คก.1) มีความชัดเจนเพียงพอหรือไม่ โดยยังไม่พิจารณาหรือตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงในเนื้อหาของเหตุที่กล่าวอ้าง ⁴⁰

3.3.2 คำขอเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง

หากคนต่างด้าวผ่านขั้นตอนคำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง จะมีสถานะเป็นผู้อยู่ระหว่างคัดกรองสถานะ (Person Under Screening) ซึ่งต้องยื่นคำขอเป็นผู้ได้รับการคุ้มครองภายใน 60 วัน และสัมภาษณ์กับเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองรายบุคคลโดยลงรายละเอียดเกี่ยวกับเหตุผลที่เดินทางออกจากประเทศต้นทาง การประหัตประหาร และความหวาดกลัวต่อการเดินทางกลับประเทศต้นทาง โดย “คณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง” เป็นผู้มีอำนาจหน้าที่พิจารณาให้สถานะผู้ได้รับการคุ้มครอง (Protected Person) ภายใต้กฎหมายที่เกี่ยวข้องซึ่งกำหนดองค์ประกอบไว้ดังต่อไปนี้⁴¹

องค์ประกอบ	รายละเอียด
1. อยู่นอกประเทศต้นทาง	• กรณีมีสัญชาติ อยู่นอกอาณาเขตรัฐแห่งสัญชาติตน • กรณีเป็นบุคคลไร้รัฐ อยู่นอกรัฐที่มีถิ่นพำนักประจำ
2. ไม่สามารถหรือไม่สมัครใจที่จะเดินทางกลับประเทศต้นทาง	• กรณีมีสัญชาติ ไม่สามารถหรือไม่สมัครใจที่จะเดินทางกลับรัฐแห่งสัญชาติ และไม่สามารถหรือไม่สมัครใจที่จะได้รับการคุ้มครองจากรัฐแห่งสัญชาติ

⁴⁰ “ข้อ 2 วรรคสอง ประกาศคณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการพิจารณาคัดกรองคำขอเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 140 ตอนพิเศษ 72 ง, วันที่ 27 มีนาคม 2566, หน้า 35. [แหล่งที่มา : <https://ratchakitcha.soc.go.th/documents/140D072S0000000003500.pdf>] “การพิจารณาคำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง ให้พนักงานเจ้าหน้าที่พิจารณาจากเหตุที่กล่าวอ้างในคำร้องขอว่ามีความชัดเจนเพียงพอที่ผู้ยื่นคำร้องขอจะได้รับสิทธิเช่นนั้นหรือไม่ โดยยังไม่ต้องพิจารณาหรือตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงในเนื้อหาของเหตุที่กล่าวอ้างนั้น”

⁴¹ ข้อ 6 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี, “ประกาศคณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง เรื่อง กำหนดเอกสารแสดงสถานะเป็นผู้อยู่ระหว่างคัดกรองสถานะ แบบการพิจารณาให้สถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง และแบบพิมพ์ลายนิ้วมือ,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 140 ตอนพิเศษ 166 ง, วันที่ 11 กรกฎาคม 2566, หน้า 34. [แหล่งที่มา : <https://ratchakitcha.soc.go.th/documents/140D166S0000000003400.pdf>]; “ข้อกำหนดคณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง เรื่อง เหตุอันควรเชื่อได้ว่าจะได้รับอันตรายจากการถูกประหัตประหาร,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 140 ตอนพิเศษ 166 ง, วันที่ 11 กรกฎาคม 2566, หน้า 42. [แหล่งที่มา : <https://ratchakitcha.soc.go.th/documents/140D166S0000000004200.pdf>]

องค์ประกอบ	รายละเอียด
	• กรณีเป็นบุคคลไร้รัฐ ไม่สามารถหรือไม่สนใจที่จะเดินทางกลับรัฐที่มีถิ่นพำนักประจำ • ไม่เป็นผู้มีสิทธิและหน้าที่ในประเทศอื่นและสามารถใช้ชีวิตอยู่ในประเทศอื่นนั้นได้อยู่แล้ว ➤ ในทางปฏิบัติ อาจหมายถึงผู้สามารถเข้าถึงวิธีการแก้ไขปัญหายั่งยืน (Durable Solution) อย่างใดอย่างหนึ่ง⁴² ➤ แนวทางตีความในปัจจุบันรวมถึงผู้มีสิทธิอาศัยในประเทศไทย กล่าวคือ ผู้ที่ยื่นคำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครองจะต้องเป็นคนต่างด้าวที่มีสถานะเข้าเมืองหรืออยู่อาศัยโดยมิชอบด้วยกฎหมายและผ่านการดำเนินคดีทางอาญาแล้ว⁴³
3. มีความหวาดกลัวจากการประหัตประหาร	• มีความหวาดกลัวอันมีข้อเท็จจริงปรากฏหรือมีเหตุการณ์เกิดขึ้นอันทำให้เชื่อได้ว่ามีโอกาสอย่างแท้จริงที่คนต่างด้าวนั้นจะได้รับอันตรายจากการประหัตประหาร การคุกคามชีวิตหรือเสรีภาพ การทรมาน การกระทำให้สูญหาย หรือการละเมิดสิทธิมนุษยชนในรูปแบบอื่นอย่างร้ายแรง • พิจารณาเหตุอันควรเชื่อได้ว่าจะได้รับอันตรายจากการถูกประหัตประหารโดยคำนึงถึงข้อเท็จจริงและบริบททั้งปวงที่เกี่ยวข้องในประเทศต้นทางประกอบด้วย เช่น ➤ การมีรูปแบบที่ต่อเนื่องของการละเมิดสิทธิมนุษยชนในรัฐนั้นอย่างร้ายแรง โดยซึ่งหน้าหรืออย่างกว้างขวาง ➤ การรุกรานจากรัฐอื่น การยึดครองดินแดน การถูกยึดอำนาจโดยต่างชาติ ➤ เหตุการณ์ที่ส่งผลให้เกิดความไม่สงบอย่างรุนแรงไม่ว่าในพื้นที่ทั้งหมดหรือบางส่วนของรัฐ

⁴² อ่านต่อที่บทที่ 4.4⁴³ อ่านต่อที่บทที่ 4.2

องค์ประกอบ	รายละเอียด
4. การประหัตประหารมีสาเหตุมาจากฐานทางกฎหมายที่กำหนด	การประหัตประหาร มาจากอย่างน้อยหนึ่งสาเหตุดังต่อไปนี้ ➤ เชื้อชาติ (Ethnicity) ➤ ศาสนา (Religion) ➤ สัญชาติ (Nationality) ➤ ความคิดเห็นทางการเมือง (Political opinion) ➤ สมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งทางสังคม (Membership of a Particular Social Group) ➤ สถานการณ์รุนแรงที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน คุณค่าต่อชีวิต ร่างกาย และเสรีภาพอย่างร้ายแรง และอย่างไม่เจาะจง (Violent Situation Affecting Public Order or Serious and Indiscriminate Threats to Life, Physical or Freedom) ➤ อื่น ๆ ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด
5. ความเป็นไปได้ในการย้ายถิ่นฐานภายในประเทศต้นทาง	ไม่สามารถย้ายถิ่นฐานไปที่อื่นภายในประเทศโดยจะไม่ถูกประหัตประหาร (Reasonable Live Without Fear of Persecution) หรือมีความลำบากยากแค้นเกินควร (Undue Hardship)
6. ไม่เป็นผู้มีเหตุอันไม่ควรได้รับการคุ้มครอง	• ไม่มีส่วนร่วมในอาชญากรรมต่อสันติภาพ (Crime Against Peace) อาชญากรรมสงคราม (War Crime) หรือ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crime Against Humanity) ตามที่ได้บัญญัติไว้ในพิธีสารระหว่างประเทศ • ไม่ได้ประกอบอาชญากรรมร้ายแรงซึ่งมิใช่อาชญากรรมการเมือง (Serious, Non-Political Crime) ก่อนเดินทางเข้าราชอาณาจักร

องค์ประกอบ	รายละเอียด
7. ผ่านการตรวจสอบพื้นหลังด้านความมั่นคง	- ผ่านการตรวจสอบประวัติอาชญากรรมจากกองทะเบียนประวัติอาชญากร สำนักงานตำรวจแห่งชาติ - ผ่านการตรวจสอบพฤติการณ์บุคคลและทางการเมืองจากกองบัญชาการตำรวจสันติบาล - ผ่านการตรวจสอบพฤติการณ์เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติจากสำนักงานข่าวกรองแห่งชาติ - ผ่านการตรวจสอบหมายจับจากกองการต่างประเทศ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ
8. ผ่านการตรวจสอบสุขภาพ	มีใบรับรองแพทย์เพื่อแสดงว่าไม่มีโรคอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดในกฎกระทรวงกำหนดโรคต้องห้ามสำหรับคนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรหรือเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร พ.ศ. 2563
9. เอกสารที่ใช้ประกอบการพิจารณา	- แบบคำขอเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง (คก.5) - แบบการพิจารณาให้สถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง (คก.7) - ข้อมูล เอกสาร หรือหลักฐานอื่นตามที่คณะกรรมการกำหนด เช่น บันทึกจากการสัมภาษณ์

4. บทวิเคราะห์

ในบริบทสากลทั่วไปในประเทศที่ได้ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ ระบบคัดกรองคนต่างด้าวที่พิจารณาเหตุประหัตประหารเป็นสำคัญ เช่น กระบวนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย ที่ดำเนินงานโดยหน่วยงานภาครัฐหรือโดย UNHCR มักมีพื้นฐานมาจากกฎหมายมนุษยธรรมและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ อย่างไรก็ดี ภายใต้บริบทปัจจุบันของประเทศไทย ซึ่งมีได้ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ และได้มีกฎหมายภายในที่รับรองสิทธิในการแสวงหาที่ลี้ภัย กระบวนการคัดกรอง NSM มีรากฐานโดยตรงมาจากกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองและดำเนินการโดยกองกำกับการ 4 กองบังคับการสืบสวนสอบสวน สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง

เมื่ออยู่ในบริบทของกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองซึ่งยึดโยงกับความมั่นคงของชาติในหลายประการ กระบวนการคัดกรอง NSM จึงมีข้อพิจารณาอื่นที่นอกเหนือไปจากเหตุผลด้านความเสี่ยงต่อการประหัตประหาร ซึ่งแตกต่างไปจากบริบทของความคุ้มครองระหว่างประเทศ ที่เป็นเจตนารมณ์หลักของกระบวนการคัดกรองผู้ลี้ภัยโดยทั่วไป

ผู้เขียนในฐานะผู้มีประสบการณ์เป็นผู้แทนทางกฎหมายแก่ผู้ลี้ภัยซึ่งเป็นผู้แสวงหาที่ลี้ภัยภายใต้กระบวนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย ที่ UNHCR ได้ดำเนินการในประเทศไทยมานานหลายทศวรรษ และผู้ให้คำปรึกษาทางกฎหมายแก่ผู้ลี้ภัยซึ่งเป็นผู้ลี้ภัยภายใต้กระบวนการคัดกรอง NSM ของสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่เป็นกระบวนการใหม่ จะวิเคราะห์ถึงแก่นสารของทั้งสองกระบวนการข้อท้าทายทั้งในเชิงนโยบายและเชิงปฏิบัติ รวมถึงข้อถกเถียงว่ากระบวนการคัดกรอง NSM อาจมิใช่กระบวนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยในระดับชาติ ตามความคาดหวังของประชาคมโลกก็เป็นได้

4.1 หลักเกณฑ์การพิจารณาที่เปิดกว้างสำหรับสถานะ “ผู้ได้รับความคุ้มครอง”

ในบริบทสากลทั่วไป ผู้ลี้ภัย ได้แก่ บุคคลที่เข้าลักษณะตามนิยามของผู้ลี้ภัยภายใต้อนุสัญญาผู้ลี้ภัย⁴⁴ และกฎเกณฑ์อื่นที่เกี่ยวข้อง⁴⁴ โดยเป็นผู้ที่ผ่านการรับรองสถานภาพเป็นผู้ลี้ภัย ผ่านกระบวนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยของหน่วยงานที่รับผิดชอบในรัฐที่บุคคลนั้นแสวงหาที่ลี้ภัย ซึ่งอาจดำเนินการโดย UNHCR หรือหน่วยงานภาครัฐ อนึ่ง ในประเทศไทย UNHCR เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบในการดำเนินการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย⁴⁵

กระบวนการคัดกรอง NSM เป็นกระบวนการภายใต้กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองของประเทศไทย ซึ่งมีใช้กระบวนการคัดกรองผู้ลี้ภัยในระดับชาติ แต่เป็นเพียงการคัดกรองเพื่อพิจารณาให้ความคุ้มครองผู้พลัดถิ่นจากการถูกส่งกลับไปยังประเทศต้นทางตามหลักไม่ผลักดันกลับ อันเป็นพันธกรณีภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ กล่าวคือ การที่ประเทศไทยเริ่มกระบวนการคัดกรอง NSM เป็นการพัฒนากฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองให้สอดคล้องกับหลักไม่ผลักดันกลับ แต่ยังมีใช้การปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาผู้ลี้ภัย⁴⁵ เนื่องจากประเทศไทยยังมิได้ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาดังกล่าว

ดังนั้น เมื่อประเทศไทยมีกระบวนการคัดกรองผู้ลี้ภัย แต่มิได้เป็นภาคีต่ออนุสัญญาผู้ลี้ภัย⁴⁵ ประเทศไทยจึงมิได้มีพันธกรณีอย่างชัดเจนในการกำหนดนิยามและหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะ “ผู้ได้รับการคุ้มครอง” ให้เสมือนหนึ่งไปกับอนุสัญญาผู้ลี้ภัย⁴⁵ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่านิยามและหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะผู้ได้รับการคุ้มครองมีความเปิดกว้างและยืดหยุ่นไปกว่าองค์ประกอบ “ความหวาดกลัวซึ่งมีมูลอันจะกล่าวอ้างได้ว่าจะถูกประหัตประหาร” ตามนิยามของอนุสัญญาผู้ลี้ภัย⁴⁵

⁴⁴ นอกเหนือไปจากอนุสัญญาผู้ลี้ภัย⁴⁵ อาจมีกฎเกณฑ์อื่นที่เกี่ยวข้องสำหรับการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย ซึ่งกฎเกณฑ์อื่นนี้อาจแปรเปลี่ยนไปตามบริบทของกฎหมายภายใน ตราสารในระดับภูมิภาค (Regional Instruments) และพันธกรณีระหว่างประเทศของแต่ละรัฐผู้รับ (Country of Asylum) นั้น รวมถึงอาณัติ (Mandate) ของ UNHCR หรือหน่วยงานอื่นที่ดำเนินการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย

⁴⁵ อ่านต่อที่บทที่ 4.3; UNHCR เริ่มทำงานในประเทศไทยในปี พ.ศ. 2518 ผ่านบันทึกความเข้าใจ (MOU) กับรัฐบาลไทย โดยริเริ่มทำงานด้านมนุษยธรรมในช่วงวิกฤตผู้ลี้ภัยโดยทางเรือจากสงครามอินโดจีน ดูเพิ่มเติม UNHCR and Government of the Kingdom of Thailand, “Agreement between the United Nations High Commissioner for Refugees and the Government of the Kingdom of Thailand,” [online] Available from : <https://www.refworld.org/legal/agreements/unhcr/1975/en/13339> [27 May 2024]

กล่าวคือ กระบวนการคัดกรอง NSM นั้น นอกจากจะเป็นการคัดกรองเพื่อพิจารณาให้ความคุ้มครองแก่ผู้พลัดถิ่นจากการบังคับส่งกลับแล้ว ยังเป็นการบูรณาการพันธกรณีระหว่างประเทศของประเทศไทย ภายใต้พิธีสารอื่น ๆ อีกด้วย

กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องวางองค์ประกอบของสถานะผู้ได้รับการคุ้มครองไว้ว่าเป็นบุคคลที่ “มีความหวาดกลัวอันมีข้อเท็จจริงปรากฏหรือมีเหตุการณ์เกิดขึ้นอันทำให้เชื่อได้ว่ามีโอกาสอย่างแท้จริงที่คนต่างด้าวนั้นจะได้รับอันตรายจากการประหัตประหาร การคุกคามชีวิตหรือเสรีภาพ การทรมาน การกระทำให้สูญหาย หรือการละเมิดสิทธิมนุษยชนในรูปแบบอื่นอย่างร้ายแรง”⁴⁶ เมื่อพิจารณาถึงถ้อยคำดังกล่าว อาจเข้าใจได้ว่ากระบวนการคัดกรอง NSM มิได้พิจารณาครอบคลุมการประหัตประหารแต่เพียงอย่างเดียว แต่ครอบคลุมไปถึงการสิทธิในชีวิต ร่างกาย และเสรีภาพตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) รวมถึงการทรมาน และการกระทำให้สูญหายตามอนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน และการกระทำอื่น ๆ ที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) และอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance) ตามพันธกรณีภายใต้ตราสารระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่ผูกพันประเทศไทย⁴⁷

นอกเหนือไปจากการประหัตประหาร “ด้วยสาเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งทางสังคม หรือความคิดเห็นทางการเมือง”⁴⁸ ที่สอดคล้องกับฐานทางกฎหมาย 5 ประการตามอนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ แล้ว กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องยังกำหนดให้คณะกรรมการคัดกรองผู้ได้รับความคุ้มครอง “พิจารณาเหตุอันควรเชื่อได้ว่าจะได้รับอันตรายจากการถูกประหัตประหารโดยคำนึงถึงข้อเท็จจริงและบริบททั้งปวงที่เกี่ยวข้องในประเทศต้นทางประกอบด้วย”⁴⁹ โดยกล่าวถึงตัวอย่างเช่น “การมีรูปแบบที่ต่อเนื่องของการละเมิดสิทธิมนุษยชนในรัฐนั้นอย่างร้ายแรง โดยซึ่งหน้าหรืออย่างกว้างขวาง การรุกราน

⁴⁶ ข้อ 2 ข้อกำหนดคณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง เรื่อง เหตุอันควรเชื่อได้ว่าจะได้รับอันตรายจากการถูกประหัตประหาร,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 140 ตอนพิเศษ 166 ง, วันที่ 11 กรกฎาคม 2566, หน้า 42. [แหล่งที่มา : <https://ratchakitcha.soc.go.th/documents/140D166S0000000004200.pdf>]

⁴⁷ Zsombor Peter, “Rights Groups, Refugees Wary of Thailand’s New Asylum Program,” [online] Available from : <https://www.voanews.com/a/rights-groups-refugees-wary-of-thailand-s-new-asylum-program/7276358.html> [27 May 2024]

⁴⁸ “ข้อ 2 ข้อกำหนดคณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง เรื่อง เหตุอันควรเชื่อได้ว่าจะได้รับอันตรายจากการถูกประหัตประหาร,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 140 ตอนพิเศษ 166 ง, วันที่ 11 กรกฎาคม 2566, หน้า 42. [แหล่งที่มา : <https://ratchakitcha.soc.go.th/documents/140D166S0000000004200.pdf>]

⁴⁹ “วรรคสาม ข้อกำหนดคณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง เรื่อง เหตุอันควรเชื่อได้ว่าจะได้รับอันตรายจากการถูกประหัตประหาร,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 140 ตอนพิเศษ 166 ง, วันที่ 11 กรกฎาคม 2566, หน้า 42. [แหล่งที่มา : <https://ratchakitcha.soc.go.th/documents/140D166S0000000004200.pdf>]

จากรัฐอื่น การยึดครองดินแดน การถูกยึดอำนาจโดยต่างชาติ เหตุการณ์ที่ส่งผลให้เกิดความไม่สงบอย่างรุนแรงไม่ว่าในพื้นที่ทั้งหมดหรือบางส่วนของรัฐ”⁵⁰ ซึ่งสอดคล้องกับองค์ประกอบเพิ่มเติมของนิยามผู้ลี้ภัย⁵¹ ที่พิจารณาความรุนแรงที่เกิดขึ้นแก่ประชาชนโดยทั่วไป ดังที่ปรากฏในทวีปแอฟริกา⁵² และในภูมิภาคละตินอเมริกา⁵³

ในทวีปแอฟริกาและภูมิภาคละตินอเมริกา ผู้พลัดถิ่นอาจอ้างถึงเหตุผลในการพลัดถิ่นจากประเทศต้นทางที่เปิดกว้างไปกว่าฐานทางกฎหมายตามอนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ โดยอาจรวมถึงความขัดแย้งทางดินแดน เช่น การแทรกแซงทางการทหารของกองทัพประเทศเคนยาในดินแดนประเทศโซมาเลีย ความขัดแย้งเรื่องเขตแดนระหว่างซูดานและซูดานใต้ การยึดครองดินแดนทางตะวันตกเฉียงเหนือของทวีปแอฟริกาโดยกองทัพประเทศโมร็อกโก⁵⁴ ความรุนแรงที่เกิดขึ้นแก่ประชาชนโดยทั่วไป เช่น สงครามกลางเมืองในประเทศแองโกลา ประเทศโกตดิวัวร์ สาธารณรัฐแอฟริกากลาง สาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโก ประเทศ

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน

⁵¹ Cathryn Costello, Michelle Foster, and Jane McAdam, *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, (Oxford University Press, 2021), p.625-626: “The most widely recognized regional refugee definitions are found in Africa and Latin America, where multilateral arrangements between regional State groupings have extended refugee protection beyond those with a well-founded fear of being persecuted to people fleeing other, more widespread situations and harms, such as generalized violence, massive human rights violations and serious disturbances to public order.”

⁵² Organisation of African Unity (OAU), “Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa: United Nations, Treaty Series, No. 14691 (20 June 1974),” [online] Available from : <https://www.refworld.org/legal/agreements/oau/1969/en/13572> [23 April 2024], Article I(1)-(2): “(1) For the purposes of this Convention, the term “refugee” shall mean every person who, owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country, or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it. (2) The term “refugee” shall also apply to every person who, owing to external aggression, occupation, foreign domination or events seriously disturbing public order in either part or the whole of his country of origin or nationality, is compelled to leave his place of habitual residence in order to seek refuge in another place outside his country of origin or nationality.”

⁵³ Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama, “Cartagena Declaration on Refugees,” [online] Available from : <https://www.refworld.org/legal/resolution/rri/1984/en/64184> [23 April 2024], Conclusion III(3) “...the definition or concept of a refugee to be recommended for use in the region is one which, in addition to containing the elements of the 1951 Convention and the 1967 Protocol, includes among refugees persons who have fled their country because their lives, safety or freedom have been threatened by generalized violence, foreign aggression, internal conflicts, massive violation of human rights or other circumstances which have seriously disturbed public order.”

⁵⁴ Cathryn Costello, Michelle Foster, and Jane McAdam, *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, p.631.

โซมาเลีย และการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในประเทศรวันดา⁵⁵ อีกทั้งมีความเห็นว่าอาชกรรมถึงความยากจน การถดถอยทางเศรษฐกิจ เงินเฟ้อ ความรุนแรง โรคระบาด ความไม่มั่นคงทางอาหาร ภาวะทุพโภชนาการ และการพลัดถิ่น⁵⁶

จึงอาจเข้าใจได้ว่า หลักเกณฑ์การพิจารณาภายใต้กระบวนการคัดกรอง NSM มีความเปิดกว้าง และยืดหยุ่นไปกว่านิยามผู้ลี้ภัยสากล ภายใต้อนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ เนื่องจากเป็นการรับรองพันธกรณีระหว่างประเทศทางสิทธิมนุษยชนของประเทศไทยภายใต้ตราสารหลายฉบับ อีกทั้งมีการอ้างอิงแนวคิดดังที่ปรากฏในตราสารภูมิภาคอื่น ๆ ด้วย ดังนั้น คณะกรรมการคัดกรองผู้ได้รับความคุ้มครองควรพิจารณาให้สถานะ “ผู้ได้รับความคุ้มครอง” ได้โดยการประเมินเหตุผลการพลัดถิ่นที่รวมถึงทั้งอัตลักษณ์เฉพาะตัวบุคคลและเหตุการณ์ความไม่สงบต่าง ๆ ในประเทศต้นทาง เพื่อความสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศในเชิงปฏิบัติและพันธกรณีระหว่างประเทศทั้งหลายของประเทศไทย

4.2 ลำดับศักดิ์ของกฎหมายและการดำเนินคดีตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฯ

ข้อ 25(3) ของระเบียบสำนักนายกฯ วางหลักให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการ “ให้ผู้ได้รับการคุ้มครองอยู่ในราชอาณาจักรได้เป็นกรณีพิเศษ หรืออนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว แล้วส่งให้ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองต่อไป”

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติข้างต้นแล้ว อาจเข้าใจได้ว่าคนต่างด้าวที่ยื่นคำร้องและคำขอ ภายใต้กระบวนการคัดกรอง NSM จะยังไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการตรวจคนเข้าเมืองและมีสิทธิพำนักในราชอาณาจักรไทยเป็นการชั่วคราว ขณะพิจารณาสถานะ และเมื่อได้รับสถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครองแล้ว จะมีสิทธิพำนักต่อไปได้จนกว่าเหตุประเทศต้นทางจะปลอดภัยหรือจนกว่าจะมีโอกาสเดินทางไปยังประเทศที่สามเพื่อตั้งถิ่นฐาน อย่างไรก็ตาม แนวทางการตีความนั้นได้แปรเปลี่ยนไปเมื่อมีการบังคับใช้ระเบียบสำนักนายกฯ ข้างเคียงไปกับกรอบกฎหมายอื่นที่มีอยู่

ระเบียบสำนักนายกฯ มิใช่กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติแต่เป็นกฎหมายลำดับรอง ฉะนั้นแล้ว พระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฯ จึงยังคงเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าและใช้บังคับแก่คนต่างด้าวทั้งหลาย เป็นการทั่วไปแบบเหมารวม ซึ่งรวมถึงผู้ลี้ภัยในเขตเมืองของประเทศไทยด้วย กล่าวคือ ในทางปฏิบัติแล้ว คนต่างด้าวที่ประสงค์จะยื่นคำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง จะต้องผ่านกระบวนการที่เกี่ยวข้อง ภายใต้พระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฯ ก่อน จึงจะสามารถเข้าสู่กระบวนการคัดกรอง NSM เพื่อขอรับการคุ้มครองภายใต้ระเบียบสำนักนายกฯ ได้

สืบเนื่องจากเหตุผลข้างต้น และอ้างอิงจากการสังเกตการณ์แนวปฏิบัติว่าด้วยการตรวจคนเข้าเมือง ของประเทศไทยโดยองค์กรจากภาคประชาสังคมที่ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ลี้ภัยในกรุงเทพมหานคร

⁵⁵ Ibid., p. 632.

⁵⁶ Ibid., p. 635.

ภายในระยะที่ผ่านมานั้น เจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองยังกำหนดให้คนต่างด้าวส่วนมากที่ประสงค์จะสมัครขอรับการคุ้มครองภายใต้กระบวนการคัดกรอง NSM อาจต้องเป็นเป็นคนต่างด้าวที่มีสถานะเข้าเมืองโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฯ ผ่านการดำเนินคดีทางอาญาจนถึงที่สุด ได้รับโทษทางอาญาโดยการชำระค่าปรับหรือได้กักขังแทนค่าปรับจนครบถ้วนแล้ว และกำลังอยู่ในขั้นตอนดำเนินการตามคำสั่งส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ตามมาตรา 54 ของพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฯ จึงจะสามารถใช้สิทธิโต้แย้งการดำเนินการส่งกลับนั้นได้โดยอ้างเหตุประหัตประหารและยินยอมเข้าสู่กระบวนการคัดกรอง NSM⁵⁷

ฉะนั้น ภายใต้แนวทางการตีความปัจจุบัน ผู้ยื่นคำร้องภายใต้กระบวนการคัดกรอง NSM จะต้องเป็นคนต่างด้าวที่มีสถานะเข้าเมืองหรืออยู่อาศัยโดยมิชอบด้วยกฎหมายและผ่านการดำเนินคดีทางอาญาแล้ว โดยอาจหมายรวมถึงผู้ที่เดินทางเข้าราชอาณาจักรโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ผู้ที่ไม่มีหนังสือเดินทาง ผู้ที่หนังสือเดินทางหมดอายุแล้วและไม่สามารถติดต่อสถานทูตเพื่อขอทำหนังสือเดินทางใหม่ได้ หรือผู้ที่พำนักในราชอาณาจักรหลังจากที่วีซ่าของตนได้หมดอายุแล้ว ในทางกลับกัน จากการสังเกตการณ์แนวปฏิบัติว่าด้วยการตรวจคนเข้าเมืองของประเทศไทย ยังพบว่าคนต่างด้าวใดที่ยังมีสถานะที่มิชอบด้วยกฎหมายใด ๆ ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เช่น วีซ่าท่องเที่ยว (อาทิ กรณีได้รับ Visa on Arrival) วีซ่าเพื่อการศึกษา เป็นแรงงานข้ามชาติ หรือมีใบอนุญาตทำงาน แม้โดยข้อเท็จจริงจะเป็นผู้ที่เดินทางเข้าสู่ประเทศไทยเพื่อแสวงหาที่พักพิงจากการประหัตประหาร ก็ยังคงเป็นผู้ที่ขาดคุณสมบัติในการยื่นคำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง เนื่องจากมิได้มีสถานะผิดกฎหมายตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฯ และยังไม่ได้ผ่านการดำเนินคดี กล่าวคือ ผู้ลี้ภัยที่อาศัยอยู่ในเขตเมืองที่ยังไม่เคยถูกจับกุมหรือดำเนินคดีจะยังคงขาดคุณสมบัติที่จำเป็นในการยื่นคำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง⁵⁸

⁵⁷ Asylum Access Thailand et al., “Joint Letter to Prime Minister Srettha Thavisin Re: Implementation of the National Screening Mechanism,” [online] Available from : <https://www.hrw.org/news/2023/12/13/letter-prime-minister-srettha-thavisin-re-implementation-national-screening> [23 April 2024], “Although Clause 15 of the NSM Regulation defers the repatriation of individuals claiming protected person status, the regulation does not exempt NSM applicants from other actions taken under the Immigration Act. Moreover, given the legally subordinate nature of the NSM Regulation compared to the Immigration Act, in the current situation the majority of NSM applicants would face arrest, detention, and prosecution under the Immigration Act prior to even being considered under the NSM process. This situation not only goes against the stated aims and intentions of the NSM, but also discourages and disincentivizes potential NSM applicants, and places an unnecessary burden on Thailand’s courts and system of immigration detention to cope with NSM applicants.”

⁵⁸ ประชากรพลัดถิ่นในเขตเมืองของประเทศไทยอาจมีสถานะทางกฎหมายที่หลากหลายและเข้าลักษณะเป็นบริบทการโยกย้ายถิ่นฐานแบบผสม (Mixed Migration) กล่าวคือ ด้วยข้อจำกัดทางกฎหมายคนเข้าเมืองของประเทศไทย ผู้ลี้ภัยและผู้แสวงหาผู้ลี้ภัยที่มีทุนทรัพย์เพียงพออาจเลือกที่จะเดินทางเข้ามาในประเทศไทยโดยชอบด้วยกฎหมายผ่านวีซ่านานาประเภท เช่น วีซ่าท่องเที่ยว หรือวีซ่าเพื่อการศึกษา เนื่องจากประเทศไทยไม่ได้มีวีซ่าเพื่อวัตถุประสงค์ในการแสวงหาที่ลี้ภัย (Asylum Visa) เป็นการเฉพาะ ดังนั้นข้อกำหนดให้ผู้สมัครทุกคนต้องผ่านการดำเนินคดีนั้นอาจเป็นการบังคับทางอ้อมให้ผู้สมัครทุกคนต้องจงใจฝ่าฝืนกฎหมายเพื่อขอรับการคุ้มครองตามกฎหมายในภายหลัง

หากคนต่างด้าวที่ต้องการยื่นคำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครองยังมีได้ผ่านกระบวนการยุติธรรมทางอาญา จะมีความเสี่ยงสูงต่อการถูกจับกุมและดำเนินคดีตามกฎหมายคนเข้าเมือง⁵⁹ เนื่องจากการติดต่อเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองเพื่อแสดงความประสงค์เข้าสู่กระบวนการคัดกรองอาจเสมือนเป็นการรายงานตัวต่อเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมือง และเมื่อสิ้นสุดกระบวนการยุติธรรมทางอาญาแล้วก็มีความเสี่ยงสูงต่อการถูกส่งตัวไปที่สถานกักกันคนต่างด้าว

ปัจจุบัน คนต่างด้าวที่อยู่ในขั้นตอนดำเนินการตามคำสั่งส่งกลับตามมาตรา 54 (ซึ่งมีคุณสมบัติยื่นคำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง) ส่วนมากจะเป็นผู้ต้องกัก ณ สถานกักกันคนต่างด้าวของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง หรือในบางกรณีผู้ต้องกักอาจเข้าทำสัญญาประกันเพื่ออยู่อาศัย ณ สถานที่อื่นในเขตเมืองได้โดยการวางเงินเป็นหลักประกัน อนึ่ง ผู้เขียนมีความเห็นว่าผู้สมัครบุคคลในทั้งสองกรณีควรมีโอกาสเลือกที่จะยื่นคำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครองเพื่อเข้าสู่กระบวนการคัดกรอง NSM ได้โดยความสมัครใจจากทั้งภายในสถานกักกันคนต่างด้าวหรือโดยติดต่อกองกำกับการ 4 โดยตรงหลังได้สิทธิอยู่อาศัยนอกสถานกักกันได้ผ่านการทำสัญญาประกัน (ณ เดือนมีนาคม พ.ศ. 2567 จำนวนวงเงินประกันกำหนดไว้ที่ไม่น้อยกว่า 20,000 บาท⁶⁰ ซึ่งเป็นจำนวนเงินที่สูงมากเมื่อคำนึงว่าผู้ลี้ภัยไม่มีสิทธิในการทำงานอย่างถูกต้องตามกฎหมาย)

นอกจากนี้ เมื่อเทียบกับกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง แนวปฏิบัติในปัจจุบันยังมีความไม่แน่ชัดเกี่ยวกับสิทธิพำนักในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว ของผู้ได้รับการคุ้มครอง เนื่องจากแนวทางปฏิบัติในปัจจุบันยังคงกำหนดถึงกรณีผู้ต้องกักเข้าสู่กระบวนการคัดกรองและได้รับสถานะเป็นผู้ได้รับความคุ้มครองขณะอยู่ในสถานกักกันคนต่างด้าว หากประสงค์ที่จะอยู่อาศัยในประเทศไทยนอกสถานกักกันคนต่างด้าวก็ยังคงจำเป็นต้องเข้าทำสัญญาประกันและวางเงินเป็นหลักประกันแก่สถานกักกันคนต่างด้าวเช่นกัน

ดังนั้น ในภาพรวม แม้ประเทศไทยมีการดำเนินการตามกระบวนการคัดกรอง NSM แล้ว ระบบกฎหมายและแนวปฏิบัติว่าด้วยการตรวจคนเข้าเมืองของประเทศไทยจึงยังคงเป็นการบังคับใช้มาตรการทางอาญาแบบเหมารวมและกำหนดให้โทษทางอาญาแก่ผู้หนีภัยประหัตประหารที่ต้องการความคุ้มครองด้วยการกำหนดให้ผู้ลี้ภัยต้องถูกดำเนินคดีเสียก่อนจึงจะขอรับความคุ้มครองได้ และต้องเข้าทำสัญญาประกันพร้อมวางหลักประกันเป็นเงินจำนวนมากเพื่ออาศัยอยู่ในประเทศไทยนอกสถานกักกันคนต่างด้าว ซึ่งสร้างความหวาดกลัวและไม่ไว้วางใจต่อประชากรผู้ลี้ภัยจำนวนมาก อีกทั้งเป็นการสร้างมุมมองสาธารณะในเชิงลบแก่ประชากรผู้ลี้ภัยว่าเป็นผู้กระทำความผิดทางอาญาหรือเป็นภัยต่อสังคม

⁵⁹ Waritsara Rungthong and Caroline Stover, “Thailand’s National Screening Mechanism: Key Issues,” [online] Available from : <https://opiniojuris.org/2020/01/28/thailands-national-screening-mechanism-key-issues/> [23 April 2024] (“Rungthong and Stover”), “The regulation further fails to rule out detention. Those seeking protected person status may be permitted to stay in a location as determined by immigration authorities, but this seems hardly different from Thailand’s current system of bail and detention, which is granted on a discretionary basis and has often been denied.”

⁶⁰ คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 45/2567 เรื่อง มอบหมายการพิจารณาเกี่ยวกับการประกันตัวคนต่างด้าวที่รอการส่งกลับไปนอกราชอาณาจักรตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2522 และหลักเกณฑ์การประกันตัว

เนื่องจากต้นเหตุปัญหาการให้โทษทางอาญานั้นมาจากลำดับศักดิ์ของกฎหมาย แนวทางการแก้ไขปัญหายังยืดยาวมากที่สุดอาจเป็นการออกกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่รับรองสิทธิในการแสวงหาที่ลี้ภัย และยกเว้นการดำเนินคดีทางอาญาแก่ผู้พลัดถิ่น อันรวมถึงผู้แสวงหาที่ลี้ภัย ผู้ลี้ภัย ผู้อยู่ในระหว่างการคัดกรองสถานะ และผู้ได้รับการคุ้มครอง

ทั้งนี้ เนื่องจากกระบวนการนิติบัญญัติสำหรับพระราชบัญญัติฉบับใหม่อาจใช้ระยะเวลานาน แนวทางการแก้ไขปัญหายังยืดยาวในระยะเบื้องต้นอาจเป็นการอนุญาตให้ผู้พลัดถิ่นที่อยู่ภายใต้กระบวนการพิจารณาสถานะภาพผู้ลี้ภัย (RSD) และกระบวนการคัดกรอง NSM มีสิทธิพำนักในประเทศไทยได้เป็นการชั่วคราวตามมาตรา 17 ของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง⁶¹

4.3 การบังคับใช้สิทธิและการอยู่ร่วมกันของกระบวนการคัดกรองสองระบบ

ปัจจุบัน กระบวนการคัดกรองคนต่างด้าวซึ่งเป็นผู้พลัดถิ่น ในเขตเมืองของประเทศไทยแบ่งออกได้เป็น 2 กระบวนการหลัก ได้แก่ 1) กระบวนการพิจารณาสถานะภาพผู้ลี้ภัย ที่ดำเนินการในประเทศไทยมานานหลายทศวรรษภายใต้กฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศและอาณัติของ UNHCR ในประเทศไทย และ 2) กระบวนการคัดกรอง NSM ภายใต้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการคัดกรองคนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรและไม่สามารถเดินทางกลับประเทศอันเป็นภูมิลำเนาได้ พ.ศ. 2562 ซึ่งเริ่มดำเนินการเมื่อเดือนกันยายน พ.ศ. 2566 โดยทั้งสองกระบวนการดำเนินการแยกต่างหากจากกัน และคนต่างด้าวสามารถเลือกขอรับความคุ้มครองจากเพียงกระบวนการใดกระบวนการหนึ่งหรือทั้งสองกระบวนการก็ได้

ทั้งสองกระบวนการคัดกรองมีสาระสำคัญที่คล้ายคลึงกัน ได้แก่ เจตนารมณ์ที่มุ่งคุ้มครองผู้พลัดถิ่นที่ไม่สามารถเดินทางกลับประเทศต้นทางได้เพราะมีความหวาดกลัวต่อการประหัตประหาร โดยหลักการสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้กำหนดให้รัฐมีหน้าที่คุ้มครองผู้พลัดถิ่นโดยการไม่บังคับส่งกลับบุคคลนั้นไปยังประเทศต้นทางที่มีความเสี่ยงต่อการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ซึ่งสะท้อนมาจากหลักการไม่ผลักดันกลับ อันเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จึงผูกพันต่อรัฐทั้งปวงรวมถึงรัฐที่มีได้เป็นภาคีต่ออนุสัญญาผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951

ทั้งสองกระบวนการมีความแตกต่างกันที่การบังคับใช้โดยหน่วยงานภาครัฐและการบังคับใช้ในบริบทระหว่างประเทศ ดังนี้

สถานะภาพผู้ลี้ภัย

สถานะภาพผู้ลี้ภัย จาก UNHCR ในประเทศไทยเป็นสถานะภายใต้กฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศ ผู้ลี้ภัยสามารถอ้างอิงสถานะดังกล่าวเพื่ออ้างสิทธิต่อรัฐทั้งหลายที่รับรองสถานะทางกฎหมายของ

⁶¹ มาตรา 17 พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2522 “ในกรณีพิเศษเฉพาะเรื่อง รัฐมนตรีโดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีจะอนุญาตให้คนต่างด้าวผู้ใดหรือจำพวกใดเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรภายใต้เงื่อนไขใด ๆ หรือจะยกเว้นไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ในกรณีใด ๆ ก็ได้”

ผู้ลี้ภัย เช่น รัฐที่เป็นภาคีต่ออนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ หรือรัฐที่มีกฎหมายภายในคุ้มครองสิทธิในการแสวงหาที่ลี้ภัย อาทิ สถานภาพผู้ลี้ภัยอาจให้ประโยชน์ในการสมัครเข้าร่วมโครงการตั้งถิ่นฐานในประเทศที่สาม ผ่านองค์การระหว่างประเทศ หรือทางเลือกข้างเคียงอื่น ๆ (Complementary Pathways) เช่น โครงการวีซ่ามนุษยธรรม (Humanitarian Visa) โครงการอุปถัมภ์ (Private Sponsorship) หรือโครงการเพื่อการอยู่ร่วมกันแบบครอบครัว (Family Reunification) แล้วแต่ข้อกำหนดของแต่ละประเทศปลายทาง

อย่างไรก็ดี เนื่องจากสถานภาพผู้ลี้ภัยเป็นสถานะภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ จึงมีความซับซ้อนในการบังคับใช้โดยตรงต่อหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายของประเทศไทย และได้ให้ความคุ้มครองจากการถูกดำเนินคดีทางอาญาตามกฎหมายคนเข้าเมืองของประเทศไทย กล่าวคือ หากคนต่างด้าวที่ได้รับสถานภาพผู้ลี้ภัยจาก UNHCR นั้นเป็นผู้ที่เดินทางเข้าประเทศไทยโดยมีขอบด้วยกฎหมายคนเข้าเมือง จะยังคงมีความเสี่ยงต่อการจับกุมโดยเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองและดำเนินคดีทางอาญา รวมถึงความเสี่ยงต่อการถูกส่งกลับไปยังประเทศต้นทางภายหลังกระบวนการยุติธรรมทางอาญา อีกทั้งเมื่อกระบวนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยและกระบวนการตั้งถิ่นฐานในประเทศที่สามอาจใช้เวลาทั้งสิ้นประมาณ 5 ถึง 10 ปี จึงอาจอนุมานได้ว่าผู้ลี้ภัยส่วนมากจะเข้าลักษณะเป็นผู้ที่อาศัยอยู่ในประเทศไทยโดยมีขอบด้วยกฎหมายคนเข้าเมือง เนื่องจากเป็นผู้พำนักในราชอาณาจักรเกินระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตจากวีซ่าจึงมีความเสี่ยงในลักษณะคล้ายคลึงกันกับผู้เดินทางเข้าประเทศไทยโดยมีขอบด้วยกฎหมาย

สถานะผู้ได้รับการคุ้มครอง

สถานะผู้ได้รับการคุ้มครองภายใต้กระบวนการคัดกรอง NSM เป็นสถานะที่ได้รับตามกฎหมายคนเข้าเมืองไทย จึงสามารถบังคับใช้ได้โดยตรงต่อหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายของประเทศไทย กล่าวคือ ผู้ได้รับการคุ้มครองจะมีความเสี่ยงที่น้อยลงต่อการถูกเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองส่งกลับไปยังประเทศต้นทาง (เว้นแต่มีพฤติการณ์ที่อาจกระทบต่อความมั่นคงของชาติหรือมีการเพิกถอนสถานะ) อีกทั้งเนื่องจากผู้สมัครแต่ละรายจะต้องผ่านการดำเนินคดีก่อนทางอาญาตามกฎหมายคนเข้าเมืองก่อนเข้าสู่กระบวนการคัดกรอง ผู้ได้รับการคุ้มครองจะมีอาจถูกดำเนินคดีซ้ำได้อีกตามหลักห้ามดำเนินคดีซ้ำ (Double Jeopardy)

อนึ่ง แนวทางปฏิบัติในปัจจุบันยังคงมีได้กเว้นการดำเนินคดีทางอาญาให้แก่ผู้ที่เดินทางเข้ามายังประเทศไทยเพื่อแสวงหาความคุ้มครองภายใต้ทั้งกระบวนการ NSM หรือ RSD ฉะนั้นแล้วในทางปฏิบัติผู้แสวงหาที่ลี้ภัยที่เดินทางเข้ามาในประเทศไทย ไม่ว่าจะเข้าสู่กระบวนการ NSM หรือ RSD นั้นล้วนมีความเสี่ยงต่อการจับกุม กักกัน และการรับโทษทางอาญาทั้งสิ้น

ทั้งนี้ สถานะผู้ได้รับการคุ้มครองเป็นสถานะที่แตกต่างหากและมิได้เทียบเท่ากับจากสถานภาพผู้ลี้ภัยในระดับกฎหมายระหว่างประเทศ คนต่างด้าวจึงไม่อาจอ้างสิทธิตามสถานะผู้ได้รับการคุ้มครองภายใต้กระบวนการคัดกรอง NSM ต่อองค์การระหว่างประเทศหรือรัฐบาลต่างประเทศ เช่น เพื่อสมัครเข้าร่วมโครงการตั้งถิ่นฐานต่าง ๆ ที่กำหนดคุณสมบัติให้ผู้สมัครต้องเป็นผู้มีสถานภาพผู้ลี้ภัยตามกระบวนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย (RSD) ได้

4.4 ความคุ้มครองชั่วคราวและวิธีการแก้ไขปัญหายั่งยืน (Durable Solution)

ด้วยเหตุผลที่จะกล่าวถึงถัดไป ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่าสถานะผู้ได้รับการคุ้มครองอาจมีใช้หนึ่งในวิธีการแก้ไขปัญหายั่งยืน แก่การพลัดถิ่นของผู้ลี้ภัย ตามที่ UNHCR ได้กำหนดไว้ 3 ประการ ดังนี้⁶²

1. การสมัครใจเดินทางกลับรัฐต้นทาง (Voluntary Repatriation) อย่างปลอดภัยและมีศักดิ์ศรี โดยได้รับความคุ้มครองจากรัฐต้นทาง
2. การตั้งถิ่นฐานในประเทศผู้รับ (Local Integration) โดยผู้ลี้ภัยสามารถเป็นหนึ่งเดียวกันกับบริบททางกฎหมาย เศรษฐกิจ และสังคมในประเทศผู้รับ และได้รับความคุ้มครองจากรัฐผู้รับ
3. การตั้งถิ่นฐานในประเทศที่สาม (Resettlement)

หากมองโดยเบื้องต้น กระบวนการคัดกรอง NSM อาจเสมือนเป็นการ “ให้สถานะทางกฎหมาย” แก่ประชากรพลัดถิ่นในประเทศไทย อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนการตั้งข้อสังเกตว่าสถานะ “ผู้ได้รับการคุ้มครอง” ภายใต้ระเบียบสำนักนายกฯ นั้นเป็นเพียงแนวทางการแก้ปัญหาชั่วคราวที่ยังมิได้ให้การคุ้มครองที่เด็ดขาดหรือยั่งยืนแก่ผู้พลัดถิ่น⁶³ และไม่อาจเข้าลักษณะเป็นการตั้งถิ่นฐานในประเทศไทยอันเป็นผู้รับได้ เนื่องจากสถานะผู้ได้รับการคุ้มครองมิได้นำไปสู่พัฒนาการด้านสถานะทางกฎหมายที่ถาวร เช่น การเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ถาวร หรือการได้มาซึ่งสัญชาติ และยังเป็นเพียงสถานะทางกฎหมายอย่างชั่วคราวซึ่งสามารถสิ้นสุดลงได้เนื่องจากสถานะดังกล่าวเป็นการอ้างอิงกับสถานการณ์อันเป็นเหตุประหัตประหารในประเทศต้นทาง⁶⁴

⁶² UNHCR, “UNHCR Resettlement Handbook,” [online] Available from : <https://www.unhcr.org/in/sites/en-in/files/legacy-pdf/46f7c0ee2.pdf> [23 April 2024], “The three durable solutions are:

- Voluntary repatriation, in which refugees return in safety and with dignity to their country of origin and re-avail themselves of national protection;
- Local integration, in which refugees legally, economically and socially integrate in the host country, availing themselves of the national protection of the host government;
- Resettlement, in which refugees are selected and transferred from the country of refuge to a third State which has agreed to admit them as refugees with permanent residence status.”

⁶³ Rungthong and Stover: “With increased attention on “complementary pathways” during the drafting of the Global Compact on Refugees, attempts to create new legal pathways for refugees are viewed with heightened anticipation. However, recognizing the screening mechanism as a refugee screening mechanism would be premature. There is no current indication that the regulation conforms to the robust definition of a “refugee” that has been developed and implemented for decades by states around the globe, and the concomitant rights.”

⁶⁴ ข้อ 27 ระเบียบสำนักนายกฯ “หากกระทรวงการต่างประเทศ กระทรวงมหาดไทย สำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติ หรือสำนักงานตำรวจแห่งชาติ เห็นว่าเหตุแห่งการที่ไม่สามารถเดินทางกลับประเทศอันเป็นภูมิลำเนาของผู้ได้รับการคุ้มครองรายใดหรือกลุ่มใดสิ้นสุดลง หรือเห็นสมควรส่งคนต่างด้าวรายใดหรือกลุ่มใดไปยังประเทศที่สาม ให้ประสานกับสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองเพื่อเสนอเรื่องต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณาส่งกลับประเทศอันเป็นภูมิลำเนา หรือส่งไปยังประเทศที่สาม หรือดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งกับผู้ได้รับการคุ้มครองรายนั้นหรือกลุ่มนั้นตามที่คณะกรรมการเห็นสมควร ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศและนโยบายตามมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง”; “ข้อ 3(5)-(6) ข้อกำหนดคณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง เรื่อง เงื่อนไขและการดำเนิน

แม้บทบัญญัติของ NSM กำหนดถึงสิทธิในการเข้าถึงการศึกษาและการสาธารณสุข ยังคงมีอุปสรรคทั้งทางนโยบายและทางปฏิบัติที่จำกัดผู้ได้รับการคุ้มครองจากการเข้าถึงสิทธิดังกล่าวได้ในความเป็นจริง เช่น การเข้าเรียนในโรงเรียนรัฐบาลหรือการเข้ารับการรักษาในสถานพยาบาลของภาครัฐ เนื่องจากยังมิได้มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ ผู้ได้รับความคุ้มครองยังไม่สามารถเข้าถึงสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม การเมือง และมาตรฐานการครองชีพในลักษณะเดียวกับพลเมืองสัญชาติไทย หรือคนต่างด้าวประเภทอื่นในประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อสิทธิของผู้ได้รับการคุ้มครองภายใต้กลไกปัจจุบันมิได้รวมถึงสิทธิในการทำงาน ประชากรส่วนมากจึงยังคงมีความยากลำบากในการใช้ชีวิตเนื่องจากขาดแหล่งรายได้ที่ยั่งยืน และยังคงต้องพึ่งพาการสนับสนุนด้านความต้องการพื้นฐานจากองค์กรภาคประชาสังคมซึ่งมีความสามารถในการช่วยเหลือที่ค่อนข้างจำกัด

ฉะนั้นแล้ว ประชากรผู้พลัดถิ่นที่ได้รับสถานะผู้ได้รับความคุ้มครองจึงยังคงมีความต้องการสำหรับการเข้าถึงวิธีการแก้ไขปัญหาย่างยั่งยืน รวมถึงยังคงเป็นบุคคลที่ต้องการความคุ้มครองในระดับระหว่างประเทศ

4.5 ช่องว่างของการใช้ดุลพินิจและบทเรียนจากคดีซูเรซ (Suresh) ประเทศแคนาดา

เมื่อกระบวนการคัดกรอง NSM เกิดขึ้นภายใต้บริบทของกฎหมายคนเข้าเมืองซึ่งยึดโยงกับความมั่นคงของชาติ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี และกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องก็ได้กำหนด “แนวทางอุดช่องว่าง” ผ่านข้อยกเว้นเพื่อเหตุความมั่นคงของชาติใน 3 ระดับภายใต้กระบวนการคัดกรอง NSM ได้แก่ 1) ขณะพิจารณาให้สถานะผู้ได้รับความคุ้มครอง 2) ขณะพิจารณาส่งกลับผู้ได้รับความคุ้มครองไปยังประเทศต้นทางเมื่อมีเหตุผลด้านความมั่นคง และ 3) เพื่อเพิกถอนสถานะผู้ได้รับความคุ้มครอง ดังนี้

ประการแรก เมื่อคณะกรรมการคัดกรองฯ พิจารณาให้สถานะผู้ได้รับการคุ้มครอง ข้อ 9 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ได้วางหลักไว้ว่า “คนต่างด้าวรายใดแม้มีลักษณะครบถ้วนตามหลักเกณฑ์การพิจารณาให้สถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครองตามข้อ 5 แต่ถ้าคณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่าการให้สถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครองแก่คนต่างด้าวยุคนั้นอาจเป็นเหตุที่จะกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ คณะกรรมการอาจมีมติไม่ให้สถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครองแก่ผู้อยู่ระหว่างคัดกรองสถานะได้”

การเพิกถอนสถานะผู้อยู่ระหว่างคัดกรองสถานะหรือผู้ได้รับการคุ้มครอง,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 140 ตอนพิเศษ 166 ง, วันที่ 11 กรกฎาคม 2566, หน้า 45. [แหล่งที่มา : <https://ratchakitcha.soc.go.th/documents/140D166S0000000004500.pdf>], “... (5) ไม่อาจปฏิเสธที่จะใช้สิทธิลี้ภัยเนื่องจากความคุ้มครองจากรัฐแห่งสัญชาติตน เนื่องจากสถานการณ์ที่ทำให้ถือได้ว่าบุคคลนั้นเป็นผู้อยู่ระหว่างคัดกรองสถานะหรือผู้ได้รับการคุ้มครองได้สิ้นสุดลงแล้ว เว้นแต่สามารถอ้างเหตุจำเป็นตามที่เคยมีการประหัตประหารมาก่อนหน้านั้นเพื่อปฏิเสธที่จะใช้สิทธิลี้ภัยเนื่องจากความคุ้มครองจากรัฐแห่งสัญชาติตน (6) เป็นบุคคลไร้สัญชาติซึ่งสามารถกลับสู่รัฐเดิมที่ตนมีถิ่นพำนักประจำได้ เนื่องจากสถานการณ์ที่ทำให้ถือว่าบุคคลนั้นเป็นผู้อยู่ระหว่างคัดกรองสถานะหรือผู้ได้รับการคุ้มครองแล้ว เว้นแต่สามารถอ้างเหตุจำเป็นตามที่เคยมีการประหัตประหารมาก่อนหน้านั้นเพื่อปฏิเสธที่จะใช้สิทธิลี้ภัยเนื่องจากความคุ้มครองจากรัฐเดิมที่ตนมีถิ่นพำนักเป็นประจำ ...”

ประการที่สอง เมื่อบุคคลใดได้รับสถานะผู้ได้รับการคุ้มครองแล้ว แม้จะได้รับความคุ้มครองจากการถูกส่งกลับไปยังประเทศต้นทางที่มีเหตุประหัตประหาร ข้อ 25(1) ของระเบียบสำนักนายกฯ ก็ได้กำหนดข้อยกเว้นสำหรับความคุ้มครองไว้เมื่อผู้ได้รับการคุ้มครองประสงค์จะกลับออกไปนอกราชอาณาจักรด้วยความสมัครใจของตนเอง และเมื่อมีเหตุที่จะกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ⁶⁵

ประการที่สาม แม้บุคคลใดได้รับสถานะผู้ได้รับการคุ้มครองแล้ว สถานะดังกล่าวอาจถูกเพิกถอนได้ในบางกรณี ซึ่งรวมถึงในกรณีที่ “มีพฤติการณ์เป็นที่น่าเชื่อว่าเป็นภัยต่อความมั่นคงหรือขัดต่อผลประโยชน์แห่งราชอาณาจักรหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหลังจากที่ได้รับสถานะผู้ได้รับการคุ้มครอง”⁶⁶

ทั้งระเบียบสำนักนายกฯ และพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฯ มิได้กำหนดนิยามสำหรับ “ความมั่นคงของประเทศ” ไว้อย่างชัดเจนสำหรับในบริบทของการโยกย้ายถิ่นฐาน จึงอาจเข้าใจได้ว่าหน่วยงานที่เกี่ยวข้องอาจมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจอย่างกว้างเพื่อพิจารณาพฤติการณ์ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศตามความเหมาะสมตามความเสี่ยงรายบุคคล

นอกจากนี้ ข้อกำหนดของระเบียบสำนักนายกฯ กำหนดให้คณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครองประกอบไปด้วยผู้แทนจากทั้งหน่วยงานราชการและผู้ทรงคุณวุฒิจากหน่วยงานอิสระ อนึ่ง ยังคงมีการกำหนดสัดส่วนให้แก่หน่วยงานรัฐซึ่งรวมถึงหน่วยงานด้านความมั่นคงเป็นส่วนมาก⁶⁷

⁶⁵ ข้อ 25 ระเบียบสำนักนายกฯ “เมื่อคนต่างด้าวรายใดได้รับสถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครองแล้ว ให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการกับผู้ได้รับการคุ้มครอง ดังต่อไปนี้

(1) ไม่ส่งตัวผู้ได้รับการคุ้มครองกลับไปยังประเทศอันเป็นภูมิลำเนา เว้นแต่เป็นกรณีที่ผู้ได้รับการคุ้มครองนั้นประสงค์จะกลับออกไปนอกราชอาณาจักรด้วยความสมัครใจ หรือมีเหตุที่จะกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ

(2) ให้ความช่วยเหลือในการกลับไปยังประเทศอันเป็นภูมิลำเนาตามความสมัครใจเมื่อเหตุแห่งการที่ไม่สามารถเดินทางกลับได้สิ้นสุดลง หรือพิจารณาให้ความช่วยเหลือในการติดต่อประสานงานเพื่อให้ผู้ได้รับการคุ้มครองสามารถเดินทางไปประเทศที่จะทำนุต่อไปได้

(3) ให้ผู้ได้รับการคุ้มครองอยู่ในราชอาณาจักรได้เป็นกรณีพิเศษ หรืออนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว แล้วส่งให้ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองต่อไป ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงผลของการคัดกรองตามระเบียบนี้

(4) ดำเนินการตามสมควรเกี่ยวกับการให้การศึกษาแก่ผู้ได้รับการคุ้มครองที่เป็นเด็ก และการสาธารณสุข ทั้งนี้ ตามกฎหมายพันธกรณีระหว่างประเทศ มติคณะรัฐมนตรี และนโยบายของรัฐบาลที่เกี่ยวข้อง”

⁶⁶ ข้อ 1 ข้อกำหนดคณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง เรื่อง เงื่อนไขและการดำเนินการเพิกถอนสถานะผู้อยู่ระหว่างคัดกรองสถานะหรือผู้ได้รับการคุ้มครอง “ข้อมูลเกี่ยวกับเหตุที่จะกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ ซึ่งเป็นเหตุควรยกเว้นการไม่ส่งตัวผู้ได้รับการคุ้มครองกลับไปยังประเทศอันเป็นภูมิลำเนา ตามข้อ 25 (1) ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ”

⁶⁷ ข้อ 5 ระเบียบสำนักนายกฯ “ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง” ประกอบด้วย

(1) ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติที่ได้รับมอบหมายเป็นประธานกรรมการ
(2) รองปลัดกระทรวงมหาดไทยที่ปลัดกระทรวงมหาดไทยมอบหมาย เป็นรองประธานกรรมการ
(3) ผู้แทนกระทรวงการต่างประเทศ ผู้แทนกระทรวงการพัฒนาลังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ผู้แทนกระทรวงมหาดไทย ผู้แทนกระทรวงยุติธรรม ผู้แทนกระทรวงแรงงาน ผู้แทนสำนักข่าวกรองแห่งชาติ ผู้แทนสำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติ ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด และผู้บัญชาการตำรวจสันติบาลเป็นกรรมการ
(4) ผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวนไม่เกินสี่คน ซึ่งผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติแต่งตั้งจากผู้ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญและประสบการณ์

ในมุมมองของการปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ช่องว่างที่เปิดกว้างสำหรับการตีความดังกล่าว อาจถูกบังคับใช้โดยเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมแก่ประชากรบางกลุ่มได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งแก่บุคคลที่มา จากประเทศต้นทางซึ่งประเทศไทยมีความสัมพันธ์ทางการทูตที่แน่นแฟ้น บุคคลที่อยู่ในกระแสสังคม หรือนักเคลื่อนไหวทางการเมือง⁶⁸ ซึ่งนอกจากจะรวมถึงบุคคลที่เป็นนักเคลื่อนไหวทางการเมืองอย่างแท้จริง แล้ว อาจครอบคลุมไปถึงบุคคลที่อาจถูกกล่าวหาว่ามีความคิดเห็นทางการเมือง (Imputed Political Opinion) เช่น กลุ่มชาติพันธุ์หรือชนกลุ่มน้อยจากบางประเทศด้วย⁶⁹

ข้อยกเว้นเพื่อเหตุความมั่นคงของชาติในประการข้างต้นอาจได้รับอิทธิพลมาจากมาตรา 33 ของ อนุสัญญาผู้ลี้ภัย⁷⁰ ซึ่งยกเว้นหน้าที่ไม่ผลักดันกลับของรัฐไว้แก่ “ผู้ลี้ภัยที่มีเหตุอันสมควรเชื่อได้ว่าเป็นภัย

ด้านสิทธิมนุษยชนหรือด้านอื่นที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการซึ่งต้องไม่เป็นข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือน ประจำ พนักงานหรือลูกจ้างของส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เว้นแต่เป็นผู้สอนในสถาบัน อุดมศึกษาของรัฐ เป็นกรรมการให้ปัญญาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองเป็นกรรมการและเลขานุการ และให้คณะกรรมการแต่งตั้ง ผู้ช่วยเลขานุการจำนวนไม่เกินสองคนจากข้าราชการของกระทรวงมหาดไทย สำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ หรือของส่วนราชการอื่นที่เกี่ยวข้อง”

⁶⁸ Rungthong and Stover: “Refugees, particularly those from countries in the region including Cambodia, Vietnam, and China, have feared for their safety while in Thailand after recent abductions and assaults by agents of their country of origin operating in Thailand. There have been allegations of Thai cooperation, or at least acquiescence, in these abuses. In this context, the regulation raises questions as to whether a Committee that is staffed by members from the National Intelligence Agency, National Security Council, and Special Branch Bureau, among others, will protect refugee rights over other interests, including political ones, on a nondiscriminatory basis.” See also Bangkok Post, “Refugee screening ‘ripe for abuse’,” [online] Available from : <https://www.bangkokpost.com/thailand/general/2643905/refugee-screening-ripe-for-abuse> [23 April 2024]; Zsombor Peter, “Thailand Sets Long-Awaited Rules for Vetting Asylum Seekers,” [online] Available from : <https://www.voanews.com/a/thailand-sets-long-awaited-rules-for-vetting-asylum-seekers/6801600.html> [23 April 2024]

⁶⁹ Rungthong and Stover: “The Royal Thai Government has also at times prevented the registration of certain ethnicities or nationalities for protection in Thailand, a worrying precedent now that it’s poised to take over responsibility for identifying those in need. Indeed, the drafting history of the regulation envisages that those that the Royal Thai Government deems has “special security issues” and may seriously impact “international relationships” including “people fleeing fighting from Myanmar, Rohingya, Uighur, and North Koreans,” could be excluded.”

⁷⁰ 1951 Refugee Convention, Article 33: “1. No Contracting State shall expel or return (‘refouler’) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.

2. The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country.”

ดูเพิ่มเติม คำแปลภาษาไทย “1. รัฐภาคีไม่สามารถขับไล่ หรือส่งตัวผู้ลี้ภัยกลับ (ผลักดันกลับ) ไม่ว่าด้วยวิธีใดก็ตาม ไปยัง พรหมแดนแห่งอาณาเขตที่ชีวิต หรือเสรีภาพของผู้ลี้ภัยจะตกอยู่ภายใต้ภัยคุกคาม เพราะเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพ ของกลุ่มทาง สังคม หรือความคิดเห็นทางการเมือง

ต่อความความมั่นคงของรัฐที่ผู้ลี้ภัยนั้นพำนักอยู่” ทั้งนี้ ผู้มีอำนาจภายใต้กระบวนการคัดกรอง NSM ควรคำนึงถึงกฎหมายภายในประเทศและพันธกรณีระหว่างประเทศอื่น ๆ ด้วย กล่าวคือ เจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทรมาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมาตรา 13 ของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 ได้วางหลัก “ห้ามมิให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐขับไล่ ส่งกลับ หรือส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนไปยังอีกรัฐหนึ่ง หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะไปตกอยู่ในอันตรายที่จะถูกกระทำการทรมาน ถูกกระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือถูกกระทำให้สูญหาย” ซึ่งสอดคล้องกับอนุสัญญาาระหว่างประเทศในประเด็นเดียวกัน⁷¹ และความเห็นของคณะกรรมการสหประชาชาติประจำอนุสัญญาทรมาน⁷²

ผู้มีอำนาจภายใต้กระบวนการคัดกรอง NSM ควรคำนึงว่าการใช้อำนาจภายใต้ข้อยกเว้นเพื่อเหตุความมั่นคงของชาติที่อนุโลมให้รัฐผลักดันคนต่างด้าวกลับไปยังประเทศต้นทางนั้น อาจเป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายได้หากการใช้อำนาจดังกล่าวทำให้คนต่างด้าวนั้นมีความเสี่ยงต่อการถูกกระทำการทรมาน กล่าวคือ แม้รัฐอาจมีอำนาจในการส่งคนต่างด้าวที่เป็นภัยต่อความมั่นคงกลับไปยังประเทศต้นทางภายใต้บริบทของกฎหมายคนเข้าเมือง หากการส่งกลับนั้นทำให้คนต่างด้าวดังกล่าวมีความเสี่ยงต่อการถูกกระทำการทรมาน ก็จะเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทรมาน ซึ่งผูกพันประเทศไทยทั้งในฐานะกฎหมายภายในประเทศและอนุสัญญาาระหว่างประเทศ

2. ผลประโยชน์ของบทบัญญัติข้อนี้ ไม่สามารถใช้อ้างโดยผู้ลี้ภัยที่มีเหตุอันสมควรเชื่อได้ว่าเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐที่ผู้ลี้ภัยนั้นพำนักอยู่ หรือ ผู้ที่ได้รับการตัดสินเป็นที่สุดว่าได้ก่ออาชญากรรมร้ายแรงที่เป็นภัยต่อประชาคมแห่งรัฐนั้น”

⁷¹ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Article 3: “1. No State Party shall expel, return (“refouler”) or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture.

2. For the purpose of determining whether there are such grounds, the competent authorities shall take into account all relevant considerations including, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights.”

ดูเพิ่มเติม คำแปลภาษาไทยโดยกระทรวงการต่างประเทศ อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมานและการกระทำอื่น ๆ ที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ข้อ 3: “1. รัฐภาคีต้องไม่ขับไล่ ส่งกลับ (ผลักดันกลับออกไป) หรือส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนไปยังอีกรัฐหนึ่ง เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะไปตกอยู่ภายใต้อันตรายที่จะถูกทรมาน

2. เพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะวินิจฉัยว่ามีเหตุอันควรเชื่อเช่นนั้นหรือไม่ เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจต้องคำนึงถึงข้อพิจารณาทั้งปวงที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งการที่มีรูปแบบที่ต่อเนื่องของการละเมิดสิทธิมนุษยชนในรัฐนั้นอย่างร้ายแรง โดยซึ่งหน้า หรืออย่างกว้างขวางด้วยหากมี”

⁷² United Nations Committee Against Torture (CAT), “General Comment No. 1 (2017) on the implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22 – Draft prepared by the Committee” CAT/C/60/R.2 (2 February 2017) Para. 8: “The principle of “non-refoulement” of persons in danger of being tortured in the State to which they are to be expelled, returned or extradited is similarly absolute.” See also Para. 12: “Any person found to be at risk of torture if deported to a given State should be allowed to remain in the territory under the jurisdiction or factual control and authority of the State party concerned so long as the risk persists. Furthermore, he or she should never be deported to another State where he/she would face deportation to a third State in which he/she would be subjected to torture.”

ศาลของประเทศไทยยังมิได้มีโอกาสวินิจฉัยและวางบรรทัดฐานแก่หลักการไม่ผลักดันกลับที่ปรากฏภายใต้มาตรา 13 ทั้งนี้ อาจพิจารณาเทียบเคียงประสบการณ์ของสมาชิกประชาคมโลกจำนวนหนึ่งที่เคยพิจารณาการขังนักโทษระหว่างความเสี่ยงต่อการถูกกระทำทรมานและความเสี่ยงต่อความมั่นคงของชาติภายใต้บริบทของผู้ลี้ภัยที่ได้รับคำสั่งส่งกลับ จากศาลภายในประเทศที่สามที่ผู้ลี้ภัยนั้นได้ไปตั้งถิ่นฐาน ได้แก่ ในคดีซูเรช (Suresh) จากประเทศแคนาดา⁷³ และอีกหลายคดีที่สืบเนื่อง

คดีซูเรชถือเป็นคดีสำคัญที่ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากโดยนักวิชาการจากทั่วโลก⁷⁴ เนื่องจากโจทก์ซึ่งเป็นผู้ลี้ภัยจากประเทศศรีลังกาได้สู้คดีจนมีการพิพากษากลับในชั้นศาลฎีกา (Supreme Court) ของประเทศแคนาดา โดยศาลฎีกาวินิจฉัยว่าแม้มาตรา 33 ของอนุสัญญาผู้ลี้ภัยได้กำหนดยกเว้นเหตุความมั่นคงของชาติไว้สำหรับหลักการทั่วไปว่าด้วยการไปส่งบุคคลกลับไปยังประเทศที่อาจเกิดการทรมาน หลักการห้ามกระทำการทรมานมีสถานะเป็นหลักกฎหมายบังคับเด็ดขาด (Peremptory Norm)⁷⁵ ที่มีอำนาจบังคับสูงกว่าในระดับสากล (Prevailing International Norm)⁷⁶ ดังที่คณะกรรมการภายใต้กติกาสากลว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) เคยได้ให้ความเห็นไว้⁷⁷ อีกทั้งอนุสัญญาผู้ลี้ภัยไม่ควรนำมาใช้เพื่อปฏิเสธสิทธิที่พิรุธทางกฎหมายอื่นได้วางหลักไว้ให้แก่ประชาชนทั้งปวง⁷⁸ จึงห้ามการส่งบุคคลกลับไปยังความเสี่ยงต่อการทรมานแม้ในกรณีที่มีความมั่นคงของชาติเป็นเดิมพัน⁷⁹

⁷³ *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, 1 S.C.R. 3 (“**Suresh Decision**”).

⁷⁴ Obiora Chinedu Okafor and Pius Lekwuwa Okoronkwo, “Re-Configuring Non-Refoulement? The Suresh Decision, ‘Security Relativism’, and the International Human Rights Imperative”, in **International Journal of Refugee Law**, 15, 1 (2003), p.30-67; David Jenkins, “Rethinking Suresh: Refoulement to Torture under Canada’s Charter of Rights and Freedoms”, in **Alberta Law Review**, 47, 1 (2009), p.125-160. (“**Jenkins**”).

⁷⁵ Para. 62-64 of Suresh Decision

⁷⁶ Para. 72 of Suresh Decision: “In our view, the prohibition in the ICCPR and the CAT on returning a refugee to face a risk of torture reflects the prevailing international norm. Article 33 of the Refugee Convention protects, in a limited way, refugees from threats to life and freedom from all sources. By contrast, the CAT protects everyone, without derogation, from state-sponsored torture. Moreover, the Refugee Convention itself expresses a “profound concern for refugees” and its principal purpose is to “assure refugees the widest possible exercise of . . . fundamental rights and freedoms” (Preamble). This negates the suggestion that the provisions of the Refugee Convention should be used to deny rights that other legal instruments make universally available to everyone.”

⁷⁷ United Nations Human Rights Committee (HRC), “CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment),” [online] Available from : <https://www.refworld.org/legal/general/hrc/1992/en/11086> [25 May 2024]

⁷⁸ Para. 72 of Suresh Decision

⁷⁹ David Jenkins, “Rethinking Suresh: Refoulement to Torture under Canada’s Charter of Rights and Freedoms”, in **Alberta Law Review**, p.130-131.

ทั้งนี้ ศาลฎีกาของประเทศแคนาดาก็ได้กล่าวถึงความเป็นไปได้ในการส่งกลับผู้ลี้ภัยไปยังประเทศต้นทาง หากมีพฤติการณ์พิเศษ (Exceptional Circumstances)⁸⁰ แต่ก็มิได้ให้คำอธิบายว่าเหตุการณ์ใดจะเข้าลักษณะเป็นพฤติการณ์พิเศษดังกล่าว ซึ่งความไม่ชัดเจนของศาลฎีกาของแคนาดานั้นทำให้หน่วยงานรัฐของแคนาดาอ้างเหตุที่กว้างเกินไปกว่าเจตนารมณ์ของหลักการเดิมเพื่อพยายามส่งกลับผู้ลี้ภัย⁸¹ จนอาจเข้าลักษณะเป็นการเปิดช่องว่างให้กับการใช้อำนาจโดยมิชอบได้ อนึ่ง เมื่อคดีความอื่นได้ขึ้นสู่ชั้นศาลในภายหลัง ศาลแคนาดาเองก็ได้ตั้งข้อสังเกตว่าพฤติการณ์พิเศษดังที่เคียอ้างอิงไว้ในคดีซูเรชนั้นอาจขัดต่อรัฐธรรมนูญ⁸² และไม่สามารถยกเว้นหน้าที่ภายใต้หลักการไม่ผลักดันกลับและการป้องกันและปราบปรามการทรมานได้อย่างแท้จริง

⁸⁰ Para. 129 of Suresh Decision: “We conclude that generally to deport a refugee, where there are grounds to believe that this would subject the refugee to a substantial risk of torture, would unconstitutionally violate the Charter’s s.7 guarantee of life, liberty and security of the person. This said, we leave open the possibility that in an exceptional case such a deportation might be justified either in the balancing approach under ss. 7 or 1 of the Charter.” See also at Para. 78: “We do not exclude the possibility that in exceptional circumstances, deportation to face torture might be justified, either as a consequence of the balancing process mandated by s. 7 of the Charter or under s. 1.”

⁸¹ *Dadar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1381, 42 Imm. L.R. (3d) 260; David Jenkins, “Rethinking Suresh: Refoulement to Torture under Canada’s Charter of Rights and Freedoms”, in **Alberta Law Review**, p.133: “...the *Dadar* (Can. F.C.) case highlights concerns that the Suresh exception might be widened beyond a truly extraordinary case of national security to include “ordinary” criminal cases.”

Abdulaziz Al-Kafage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2007 FC 815, 63 Imm. L.R. (3d) 234; *Al-Kafage with Krishnan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 846, 63 Imm. L.R. (3d) 38; David Jenkins, “Rethinking Suresh: Refoulement to Torture under Canada’s Charter of Rights and Freedoms”, in **Alberta Law Review**, p.133: “In another case, *Al-Kafage*, the Federal Court seemed to leave open the possibility that, should a reviewing court indeed find a serious risk of torture upon return, it might still engage in the s. 7 balancing test even where an individual is declared inadmissible on grounds of serious criminality (such as sexual assault), rather than national security.”

Sogi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2005 FC 262, [2005] 3 F.C.R. 530; David Jenkins, “Rethinking Suresh: Refoulement to Torture under Canada’s Charter of Rights and Freedoms”, in **Alberta Law Review**, p.133: “The case of *Sogi* shows how the Canadian government might be tempted to underestimate or downplay a risk of torture in light of pressing national security concerns, and therefore attempt to avoid the Suresh balancing test altogether.”

⁸² *Mahjoub v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 156, [2005] 3 F.C.R. 334, Para. 64: “There are ... powerful indicia that deportation to face torture is conduct fundamentally unacceptable; conduct that shocks the Canadian conscience and therefore violates fundamental justice in a manner that cannot be justified under section 1 of the Charter.” *Re Jaballah*, 2006 FC 1230, 58 Imm. L.R. (3d) 267; David Jenkins, “Rethinking Suresh: Refoulement to Torture under Canada’s Charter of Rights and Freedoms”, in **Alberta Law Review**, p.135: “It [The Court in *Jaballah*] emphasized the truly extraordinary nature of the Suresh exception, and recognized the countervailing principle of non-refoulement in both international and Canadian law. The Court not only signalled a restrictive approach to the scope of any exception, but, as in *Mahjoub*, took a skeptical view of whether such an exception was constitutionally acceptable in the first place.”

ในลักษณะเดียวกัน สหราชอาณาจักรเคยได้กล่าวอ้างถึงการชั่งน้ำหนักระหว่างความมั่นคงของชาติและความเสี่ยงต่อการถูกกระทำทรมานเพื่อส่งกลับคนต่างด้าวในศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป⁸³ แต่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปก็ได้ยืนยันบรรทัดฐานเดิมที่เคยวางไว้ถึงความคุ้มครองแบบเด็ดขาด (Absolute Protection) จากการผลักดันคนต่างด้าวกลับไปยังการถูกกระทำทรมาน⁸⁴ จึงมีคำพิพากษาวิจารณ์อย่างมากว่าการกำหนด “พฤติการณ์พิเศษ” โดยคลุมเครือในคดีซูเรชนั้นเป็นข้อบกพร่องประการหนึ่งของศาลฎีกาแคนาดา อีกทั้งยังเป็นตัวอย่างที่ไม่ดีต่อประชาคมโลก⁸⁵

ดังนั้น แม้กระบวนการคัดกรอง NSM อาจกำหนดช่องว่างที่กว้างสำหรับการใช้ดุลพินิจ หากคณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครองหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องมีมติไม่ให้สถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง เพิกถอนการคุ้มครองจากการส่งกลับ หรือเพิกถอนสถานะผู้ได้รับการคุ้มครอง อันเป็นเหตุให้คนต่างด้าวรายใดรายหนึ่งอาจต้องถูกส่งกลับไปยังประเทศต้นทางภายใต้กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองนั้น หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง (อาทิ สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง) ก็ยังมีอาจส่งคนต่างด้าวผู้นั้นกลับไปยังประเทศต้นทางได้อยู่ดี หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าคนต่างด้าวผู้นั้นจะตกอยู่ในอันตรายที่จะ 1) ถูกกระทำทรมาน 2) ถูกกระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือ 3) ถูกกระทำให้สูญหาย เนื่องจากการดำเนินการดังกล่าวแม้ถูกอนุโลมโดยกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองก็ยังคงขัดต่อกฎหมายไทยและอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทรมาน

⁸³ *Saadi v. Italy*, (2008), 49 E.H.R.R. 30; *Ramzy v. The Netherlands*, No. 25424/05 (dec.) (24 May 2005).

⁸⁴ David Jenkins, “Rethinking Suresh: Refoulement to Torture under Canada’s Charter of Rights and Freedoms”, in *Alberta Law Review*, p.126: “In both *Saadi* and *Ramzy*, the U.K. argued that the Court should overturn *Chahal* and permit Council of Europe member states to balance the risk of torture to the individual against national security considerations. In exceptional circumstances, the U.K. submitted, those security concerns could outweigh a serious risk that an individual might be tortured by authorities in the receiving third country.⁶ However, in *Saadi*, the Eur. Ct. H.R. unanimously reaffirmed *Chahal* and art. 3’s absolute prohibition on refoulement to torture, thereby categorically rejecting British arguments for a balancing test.”

⁸⁵ David Jenkins, “Rethinking Suresh: Refoulement to Torture under Canada’s Charter of Rights and Freedoms”, in *Alberta Law Review*, p.133.