

มาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ : แนวคิดมนุษยนิยมในการกำหนดฐานะและเงื่อนไขการอยู่ของคนต่างด้าวในประเทศไทย

โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร

เมื่อวันที่ ๒๘ กุมภาพันธ์ พ.ศ.๒๕๕๖

<http://www.gotoknow.org/posts/521085>

๑. บทนำ : “มาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่” คืออะไร ?

“มาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่” ก็คือ มาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๕๐๘ ซึ่งแก้ไขและเพิ่มเติม โดย พ.ร.บ.สัญชาติ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ.๒๕๓๕ และ พ.ร.บ.สัญชาติ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ.๒๕๕๑ ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้เกิดในราชอาณาจักรไทยซึ่งไม่ได้สัญชาติไทยตามวรรคหนึ่งจะอยู่ในราชอาณาจักรไทยในฐานะใด ภายใต้เงื่อนไขใด ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรและสิทธิมนุษยชนประกอบกัน ในระหว่างที่ยังไม่มีกฎกระทรวงดังกล่าว ให้ถือว่าผู้นั้นเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง”

ตั้งแต่วันที่ ๒๘ กุมภาพันธ์ พ.ศ.๒๕๕๑ เป็นต้นมา จนถึงปัจจุบัน “มาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่” เข้ามาแทนที่ “มาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ เก่า” ซึ่งก็คือ มาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๕๐๘ ซึ่งแก้ไขและเพิ่มเติม โดย พ.ร.บ.สัญชาติ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ.๒๕๓๕ ซึ่งบัญญัติว่า “ให้ถือว่าผู้เกิดในราชอาณาจักรไทย ซึ่งไม่ได้สัญชาติไทยตามวรรคหนึ่งเป็นผู้ที่เข้ามาอยู่ใน ราชอาณาจักรไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เว้นแต่จะมีการสั่งเป็นอย่างอื่น ตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น” ซึ่งมีผลตั้งแต่วันที่ ๒๖ กุมภาพันธ์ พ.ศ.๒๕๓๕ จนถึงวันที่ ๒๗ กุมภาพันธ์ พ.ศ.๒๕๕๑

ข้อแตกต่างของมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ เก่า และใหม่ ที่สำคัญก็คือ ของเก่ามีแนวคิดแบบมนุษยนิยมที่จะถือว่า คนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยเป็นคนต่างด้าวเข้าเมืองผิดกฎหมาย ทั้งที่คนดังกล่าวไม่เคยมีการกระทำผิดกฎหมายดังกล่าว ในขณะที่ของใหม่นั้น ไม่มีการถือเช่นนั้น ของใหม่ยอมรับว่า คนเกิดในประเทศไทยก็คือคนเกิดในประเทศไทย มิใช่คนเข้าเมือง เพียงแต่กฎหมายไทยกำหนดให้มีลักษณะการอาศัยอยู่ที่มีเงื่อนไข และเงื่อนไขข้อมเป็นไปบนสมดุลระหว่างสิทธิมนุษยชนและความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ของใหม่จึงเป็นไปภายใต้แนวคิดในเชิงมนุษยนิยม

๒. อะไรคือเจตนารมณ์ของ “มาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่” ?

ในประการแรก “มาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่” ก็ยังคงทำหน้าที่ของ “ข้อสันนิษฐานกฎหมาย” ที่กำหนดให้ “คนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทย” มีสิทธิอาศัยอันจำกัด อันส่งผลทำให้บุตรของคนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยไม่มีสิทธิในสัญชาติไทยโดยการเกิดโดยหลักดินแดนโดยผลของกฎหมาย เพราะบุพการีไม่มีลักษณะเข้าเมืองแบบถาวร แม้จะเกิดในประเทศไทย แต่หากไม่มีการกำหนดฐานะการอยู่ของคนดังกล่าว พวกเขาจะมีสิทธิอาศัยถาวร อันส่งผลต่อไปให้บุตรที่เกิดในประเทศไทยมีสิทธิในสัญชาติไทยโดยการเกิดโดยหลักดินแดนโดยผลของกฎหมาย เราจะเห็นว่า การสร้างข้อยกเว้นของการได้สัญชาติไทยโดยหลักดินแดนโดยผลของกฎหมายนั้นไม่มีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดให้คนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยตกเป็นคนเข้าเมืองผิดกฎหมาย เพียงแค่การกำหนดให้พวกเขาเป็นคนต่างด้าวที่มีลักษณะการอาศัยอยู่อย่างจำกัดก็อาจจะเพียงพอที่จะทำให้บุตรของเขาที่เกิดในประเทศไทยไม่มีสัญชาติไทยโดยหลักดินแดนโดยผลของกฎหมาย

ในประการที่สอง “มาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่” ยังมีหน้าที่ที่จะนำเข้า “แนวคิดสิทธิมนุษยชนและความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร” มาทำหน้าที่กรอบแห่งการบัญญัติ “กฎกระทรวงมหาดไทย” เพื่อกำหนด “ฐานะการอยู่” ของ “คนที่เกิดในประเทศไทย แต่ไม่ได้สัญชาติไทยตามมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๑ แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๕๐๘ ซึ่งแก้ไขและเพิ่มเติมโดย พ.ร.บ.สัญชาติ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ.๒๕๓๕ หรือที่เรียกกันง่าย ๆ ว่า “คนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทย” เราคงตระหนักได้ว่า การกำหนดให้คนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยตกเป็น “คนเข้าเมืองผิดกฎหมาย” ตามบทบัญญัติของ “มาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ เก่า” นั้น เป็นเรื่องที่ขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนอย่างแน่นอน โดยเฉพาะ “หลักการไม่อาจลงโทษบุคคลในการกระทำที่บุคคลมิได้กระทำผิด” ตามข้อ ๑๑ (๒)¹ แห่ง

¹ ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลใดจะถูกถือว่ามีความผิดอันมีโทษทางอาญาใดๆ ด้วยเหตุที่ตนได้กระทำหรือละเว้นการกระทำการใดๆ ซึ่งกฎหมายของประเทศหรือกฎหมายระหว่างประเทศ, ในขณะที่มีการกระทำนั้นมิได้ระบุว่าเป็นความผิดทางอาญามีได้และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่ใช้อยู่ในขณะที่การกระทำความผิดทางอาญานั้นเกิดขึ้นมิได้ (No one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence, under national

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. ๑๙๔๘/พ.ศ. ๒๔๙๑ และข้อ ๑๕ (๑)² แห่ง กติกาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิทางแพ่ง/พลเมืองและการเมือง ค.ศ. ๑๙๖๖/พ.ศ. ๒๕๐๙ เราจะเห็นว่าเมื่อคนเกิดในประเทศไทยไม่อาจเข้าเมืองผิดกฎหมาย ดังนั้น จะไปถือว่า คนเกิดในประเทศไทยเป็นคนเข้าเมืองผิดกฎหมาย ก็น่าจะเป็นการผลักให้ประเทศไทยตกเป็นผู้ละเมิดหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนดังกล่าว ซึ่งเป็นการกระทำที่มีได้ก่อให้เกิดประโยชน์อะไรต่อประเทศไทยเลย

ในสถานการณ์ที่ต้องการสร้างข้อยกเว้นการได้สัญชาติไทยโดยหลักดินแดนโดยผลของกฎหมายนั้น ก็เพียงกำหนดให้บุตรที่เกิดในประเทศไทยของคนต่างด้าวที่เข้าเมืองไม่ถาวรมีลักษณะการเข้าเมืองดั่งบุพการีในขณะที่ยังเป็นผู้เยาว์ ก็เพียงพอแล้วที่จะทำให้บุตรที่เกิดในประเทศไทยในรุ่นที่สามและต่อไป ไม่ได้สัญชาติไทยโดยหลักดินแดนโดยผลของกฎหมาย ไม่มีความจำเป็นที่จะผลักประเทศไทยสู่การละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศลายลักษณ์อักษรที่ผูกพันประเทศไทย

ในประการที่สาม “มาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่” น่าจะทำหน้าที่กลไกประสิทธิภาพในการจัดการประชากรต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยสำหรับกระทรวงมหาดไทยในยุคที่จะมีการข้ามชาติอย่างมากมายของคนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทย โดยธรรมชาติของเรื่อง คนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยย่อมมีความผูกพันกับประเทศไทยตั้งแต่เกิด ในขณะที่บุพการีซึ่งเป็นคนต่างด้าวที่เกิดนอกไทยก็ย่อมมีจุดเกาะเกี่ยวกับรัฐต่างประเทศโดยการเกิด การจัดการคนต่างด้าวทั้งสองกลุ่มย่อมต้องการแนวคิดและวิธีการที่แตกต่างกัน โปรดอย่าลืมว่า ในอนาคต พ.ร.บ.คนเข้าเมืองอาจจะไม่ถูกรักษาการต่อไปโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย แต่อาจถูกโอนไปให้อยู่ในความดูแลของสำนักนายกรัฐมนตรี ดังที่สำนักงานตำรวจแห่งชาติประสงค์ การจัดการประชากรต่างด้าวที่เกิดในไทยก็ยังคงอยู่ในความดูแลของกระทรวงมหาดไทย ในขณะที่การจัดการประชากรต่างด้าวที่มีได้เกิดในประเทศไทยก็ย่อมจะเป็นไปโดยการจัดการของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ซึ่งทำหน้าที่รักษาประตูเมือง ก็อาจจะเป็นอะไรที่เหมาะสม และพัฒนาการของกฎหมายการเข้าเมืองก็น่าจะเป็นไปในทางนั้น และในบริบทที่ ASEAN ปรากฏตัวอย่างเต็มรูปใน พ.ศ. ๒๕๕๘/ค.ศ. ๒๐๑๕ การจัดทำเพื่อรับมือกับประชากรข้ามชาติ ก็น่าจะเป็นเรื่องที่ควรทำ และทำในมาตรฐานสากลบนสมมติฐานของสิทธิมนุษยชนและความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร

ดังนั้น กฎกระทรวงมหาดไทยตามมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่จึงถูกคาดหวังโดยฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐไทยใน พ.ศ. ๒๕๕๑ ที่จะมาทำหน้าที่รักษาสมดุลระหว่างสิทธิมนุษยชนและความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หากกฎกระทรวงนี้จะต้องถูกคุมกำเนิดโดยมาตรา ๑๗ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ. ๒๕๕๒ ดังที่ฝ่ายกรมการปกครองเข้าใจ การปฏิรูปกฎหมายว่าด้วยแนวคิดในการจัดการประชากรโดยกฎหมายใหม่ใน พ.ศ. ๒๕๕๑ อันได้แก่ พ.ร.บ.สัญชาติ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๕๑ เพื่อมาแทนที่แนวคิดเก่าในกฎหมายเก่าเมื่อ พ.ศ. ๒๕๒๒ อันได้แก่ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ. ๒๕๒๒ จึงทำไม่ได้เลย

จึงอยากให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยและคณะรัฐมนตรีทบพันตนนี้ให้หนัก เพื่อดังรับบริบทของการข้ามชาติที่จะมากขึ้นเมื่อเปิดเสรีอาเซียนอย่างเต็มรูป กลไกประสิทธิภาพในการจัดการประชากรต่างด้าวมีความจำเป็นต้องปฏิรูปหรือไม่? การบัญญัติให้กฎกระทรวงนี้ทำหน้าที่ “กฎหมายการเข้าเมืองสำหรับคนต่างด้าวที่เกิดในไทย” ในลักษณะที่คุ้นเคยกับ “พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ. ๒๕๒๒” นั้น น่าจะเป็นนโยบายทางนิติบัญญัติที่เหมาะสมกับกระทรวงมหาดไทยหรือไม่?

เราคงต้องทบทวนให้ดีว่า การสันนิษฐานไว้ก่อนว่า “บุตรที่เกิดในประเทศไทยของคนต่างด้าวเป็นคนเข้าเมืองผิดกฎหมาย” จะทำให้คนเหล่านี้จงรักภักดีหรือเกลียดชังแผ่นดินไทยกันแน่?

เราคงต้องทบทวนให้ดีอีกว่า แนวคิดที่ว่า “ไม่ให้สัญชาติไทยโดยผลอัตโนมัติของกฎหมาย แต่ก็ไม่ถือว่าเป็นคนผิดกฎหมายคนเข้าเมือง และยังให้สิทธิอาศัยตามบุพการีในขณะที่เป็นผู้เยาว์” ก็น่าจะเป็น “สมดุลของสิทธิมนุษยชนและความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร” ที่ยอมรับได้ มิใช่หรือ?

๓. กฎกระทรวงตามมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ : ดันกำเนิด ?

or international law, at the time when it was committed Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed.)”

² ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลจะไม่ต้องรับผิดทางอาญา เพราะกระทำหรืองดเว้นกระทำการใด ถ้าไม่ถึงกับเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศในขณะที่กระทำการนั้น โทษที่จะลงก็จะต้องไม่หนักกว่าโทษที่มีอยู่ในขณะกระทำการอันเป็นความผิด หากภายหลังจากการทำความผิดนั้น ได้มีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดโทษน้อยลง ผู้กระทำผิดย่อมได้รับประโยชน์จากการนั้น (No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time when the criminal offence was committed. If, subsequent to the commission of the offence, provision is made by law for the imposition of a lighter penalty, the offender shall benefit thereby.)”

ต้นเกิดของกฎกระทรวงนี้ ก็คือ “มาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่” หรือมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๕๐๘ ซึ่งแก้ไขและเพิ่มเติม โดย พ.ร.บ.สัญชาติ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ.๒๕๓๕ และ พ.ร.บ.สัญชาติ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ.๒๕๕๑ ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้เกิดในราชอาณาจักรไทยซึ่งไม่ได้สัญชาติไทย ตามวรรคหนึ่งจะอยู่ในราชอาณาจักรไทยในฐานะใด ภายใต้เงื่อนไขใด ให้เป็นไปตามที่กำหนดใน กฎกระทรวง ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรและสิทธิมนุษยชนประกอบกัน ในระหว่างที่ ยังไม่มีกฎกระทรวงดังกล่าว ให้ถือว่าผู้นั้นเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตตาม กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง”

โดยที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้รักษาการตาม พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๕๐๘³ ดังนั้น รัฐมนตรีดังกล่าวจึงมี “หน้าที่” ในการผลักดันการร่างกฎกระทรวงนี้เพื่อกำหนด “ฐานะและเงื่อนไขใน การอาศัยอยู่ในประเทศไทย” สำหรับคนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทย

๔. กฎกระทรวงตามมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ : เป้าหมาย ?

“กฎกระทรวงมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่” ย่อมมีเป้าหมายในลักษณะเดียวกับ“มาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่” นั่นก็คือ การกำหนด “ฐานะและเงื่อนไขในการอาศัยอยู่ในประเทศไทย” ของ คนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทย ให้มีสิทธิอาศัยอันจำกัด อันส่งผลต่อไปทำให้บุตรของคนต่าง ด้าวที่เกิดในประเทศไทยไม่มีสิทธิในสัญชาติไทยโดยการเกิดโดยหลักดินแดนโดยผลของ กฎหมาย เพราะบุพการีไม่มีลักษณะเข้าเมืองแบบถาวร แม้จะเกิดในประเทศไทย เราจะเห็นว่า เมื่อคนเกิดในประเทศไทยมิใช่ “คนเข้าเมือง (Immigrant)” จึงไม่จำเป็นต้องกำหนด “สิทธิเข้าเมือง หรือเข้ามา (Right to entry)” มีความเป็นไปได้ที่บุพการีจะเป็นคนต่างด้าวที่เกิดนอกประเทศไทย แล้ว จึงเดินทางเข้ามาอาศัยในประเทศไทย โดยหลักการ จึงต้องการเพียงกฎกระทรวงเพื่อกำหนดสิทธิอาศัย ซึ่งมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่เรียกว่า “ฐานะและเงื่อนไขการอยู่ในประเทศไทย”

๕. กฎกระทรวงตามมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ : มายาคติ ?

เราพบว่า มีความสับสนที่มาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ บัญญัติตอนท้ายวรรคว่า “ในระหว่างที่ยัง ไม่มีกฎกระทรวงดังกล่าว ให้ถือว่า ผู้นั้นเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย ว่าด้วยคนเข้าเมือง” เราคงต้องตระหนักว่า วรรคท้ายนี้เกิดขึ้นจากความกังวลใจของสมาชิกส่วนหนึ่งของ สภานิติบัญญัติแห่งชาติใน พ.ศ.๒๕๕๐ ซึ่งเกรงว่า ความล่าช้าในการออกกฎหมายกระทรวงเพื่อกำหนด ฐานะและเงื่อนไขการอยู่ของคนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยจะทำให้เกิดการตีความว่า “ในระหว่างที่ยัง ไม่มีกฎกระทรวงดังกล่าว ให้ถือว่า คนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทย เป็น “ผู้นั้นเข้ามาอยู่ใน ราชอาณาจักรไทยโดยได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองให้เป็นคนที่มีสิทธิอาศัยถาวร” ดังที่ ศาลฎีกาตีความช่องว่างในการกำหนดฐานะการอยู่ของคนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยนับแต่ พ.ศ. ๒๕๒๔ จนถึง พ.ศ.๒๕๓๕ อันจะทำให้บุตรที่เกิดในประเทศไทยจากคนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทย ได้รับการยอมรับว่า มีสิทธิในสัญชาติไทยโดยหลักดินแดนโดยผลของกฎหมาย ทั้งนี้ เพราะบุพการีต่าง ด้าวมียุทธศาสตร์การเข้าเมืองไม่ถาวร โดยพิจารณาตามวรรคท้ายของมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ เราจึง อาจจะจำแนกการจัดการคนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยออกเป็น ๒ ช่วงเวลา กล่าวคือ การจัดการฐานะ การอยู่และเงื่อนไขทั้ง (๑) ในช่วงที่ยังไม่มีกฎกระทรวง ซึ่งเป็นไปตามวรรคท้ายของมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ และ (๒) ในช่วงที่มีกฎกระทรวงแล้ว ซึ่งเป็นไปตามวรรคต้นของมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่

ในช่วงเวลาแรกที่ยังไม่มีกฎกระทรวง วรรคท้ายของมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ กำหนดให้คน ต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยตกเป็น “ผู้นั้นเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตตาม กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง” หรือ “คนเข้าเมืองผิดกฎหมาย” ฐานะการอยู่และเงื่อนไขจึงมีข้อจำกัดตาม กฎหมายไทยว่าด้วยคนเข้าเมือง อันได้แก่ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ การหลุดจากสถานะคนเข้า เมืองผิดกฎหมาย ตลอดจนระยะเวลาอาศัยอยู่ ของคนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยจึงเป็นไปตาม บทบัญญัติแห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒

แต่ในช่วงเวลาที่สองที่มีกฎกระทรวง วรรคต้นของมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ กำหนดให้คนต่าง ด้าวที่เกิดในประเทศไทยมีฐานะการอยู่และเงื่อนไขตามที่กำหนดในกฎกระทรวงตามมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ โดยคำนึงถึงความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรและสิทธิมนุษยชนประกอบกัน เราคงสังเกตได้ว่า วรรคต้นของมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ มิได้เรียกร้องให้มีการกำหนดฐานะและเงื่อนไขการเข้าเมือง

³ มาตรา ๖ แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๕๐๘ ซึ่งแก้ไขและเพิ่มเติม โดย พ.ร.บ.สัญชาติ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ.๒๕๕๑

สำหรับคนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยในลักษณะเดียวกับมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ เก่า เพราะการทำเช่นนั้นย่อมนำประเทศไทยไปสู่การกระทำที่ขัดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

๖. กฎกระทรวงตามมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ : กรอบความคิด ?

เราคงสังเกตเห็นได้ว่า แนวคิดของวรรคท้ายของมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ มีลักษณะที่ขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชน ในขณะที่วรรคต้นของมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่กลับมีลักษณะเป็นมนุษยนิยมที่ประกาศยอมรับหลักสิทธิมนุษยชนเพื่อเป็นกรอบส่วนหนึ่งในการร่างกฎกระทรวงกำหนดฐานะและเงื่อนไขการอยู่ของคนที่เกิดในประเทศไทย เป็นสิ่งที่แน่นอนว่า การกำหนดให้คนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยตกเป็น "คนเข้าเมืองผิดกฎหมาย" ตามบทบัญญัติของ "มาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ เก่า" นั้น เป็นเรื่องที่ขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนอย่างแน่นอน โดยเฉพาะ "หลักการไม่อาจลงโทษบุคคลในการกระทำที่บุคคลมิได้กระทำมิได้" ตามข้อ ๑๑ (๒)⁴ แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.๑๙๔๘/พ.ศ.๒๕๙๑ และข้อ ๑๕ (๑)⁵ แห่ง กติกาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิทางแพ่ง/พลเมืองและทางการเมือง ค.ศ.๑๙๖๖/พ.ศ. ๒๕๐๙ เราจะเห็นว่า เมื่อคนเกิดในประเทศไทยไม่อาจเข้าเมืองผิดกฎหมาย ดังนั้น จะไปถึงว่า คนเกิดในประเทศไทยเป็นคนเข้าเมืองผิดกฎหมาย ก็น่าจะเป็นการผลักให้ประเทศไทยตกเป็นผู้ละเมิดหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนดังกล่าว ซึ่งเป็นการกระทำที่มีได้ก่อให้เกิดประโยชน์อะไรต่อประเทศไทยเลย

นอกจากนั้น การร่างกฎกระทรวงตามมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ในลักษณะที่ขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชน ก็น่าจะทำให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีการกระทำที่ขัดต่อวรรคต้นของมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่เอง อันหมายถึงรัฐมนตรีนี้ได้ทำให้ "กฎกระทรวงซึ่งเป็นกฎหมายแม่บท" สร้างความขัดแย้งต่อ "พระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายลำดับแม่บท" และทำให้รัฐมนตรีนี้มีการกระทำที่ขัดต่อมาตรา ๓ วรรค ๒ แห่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.๒๕๕๐ ซึ่งบัญญัติว่า "การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม" ซึ่งหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ก็คือ หลักธรรมะหรือความถูกต้องที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย เรื่องดังกล่าวนี้ ก็คือ เรื่องของทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ (The Separation of Power) เมื่อรัฐสภามีหน้าที่ร่างกฎหมาย ในขณะที่รัฐบาลมีหน้าที่บังคับการตามกฎหมายของรัฐสภา ดังนั้น เมื่อรัฐบาลใดเห็นชอบให้รัฐมนตรีคนใดในรัฐบาลออกกฎกระทรวงที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐสภา รัฐบาลนั้นก็ย่อมมีการทำที่ขัดต่อหลักรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) เช่นเดียวกับรัฐมนตรี ดังนั้น เมื่อตระหนักได้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐผู้ออก พ.ร.บ.สัญชาติ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ.๒๕๕๑ มีเจตนาที่จะให้กฎกระทรวงตามมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ เป็นไปอย่างสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน หากรัฐบาลใด ซึ่งเป็นฝ่ายบริหารของรัฐได้เห็นชอบต่อกฎกระทรวงดังกล่าวขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชน รัฐบาลดังกล่าวย่อมมีการกระทำที่ขัดต่อมาตรา ๓ วรรค ๒ แห่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.๒๕๕๐ อย่างแน่นอน

๗. กฎกระทรวงตามมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ : กรอบในการกำหนดเนื้อหา ? แนวคิดหลักในการกำหนด ?

ในคำถามที่ว่า เนื้อหาของกฎกระทรวงตามมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ ควรจะเป็นอย่างไร ? รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยยอมมีอำนาจดุลพินิจที่จะยกเว้นได้ตามอำเภอใจหรือไม่ ? มีการทํางานอย่างไร ? หรือไม่ ?

⁴ ซึ่งบัญญัติว่า "บุคคลใดจะถูกถือว่ามีผิดอันมิใช่ทางอาญาใดๆ ด้วยเหตุที่ตนได้กระทำหรือละเว้นการกระทำการใดๆ ซึ่งกฎหมายของประเทศหรือกฎหมายระหว่างประเทศ, ในขณะที่มีการกระทำนั้นมิได้ระบุว่าเป็นความผิดทางอาญามิได้และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่ใช้อยู่ในขณะที่การกระทำความผิดทางอาญานั้นเกิดขึ้นมิได้ (No one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence, under national or international law, at the time when it was committed Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed.)"

⁵ ซึ่งบัญญัติว่า "บุคคลจะไม่ต้องรับผิดทางอาญา เพราะกระทำหรือละเว้นการกระทำการใด ถ้าไม่ถึงกับเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศในขณะที่การกระทำนั้น โทษที่จะลงก็จะต้องไม่หนักกว่าโทษที่มีอยู่ในขณะกระทำการอันเป็นความผิด หากภายหลังการกระทำความผิดนั้น ได้มีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดโทษน้อยลง ผู้กระทำผิดย่อมได้รับประโยชน์จากการนั้น (No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time when the criminal offence was committed. If, subsequent to the commission of the offence, provision is made by law for the imposition of a lighter penalty, the offender shall benefit thereby.)"

คำตอบในประการแรก ก็คือ เนื้อหาของกฎกระทรวงย่อมจะต้องเป็นไปภายใต้กรอบความคิดที่กำหนดโดยวรรคต้นของมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ โดยกลไกเพื่อปฏิบัติตาม พ.ร.บ. สัญชาติ พ.ศ.๒๕๐๘ ซึ่งถูกเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ.๒๕๕๑ รัฐมนตรีดังกล่าวย่อมได้รับ “การเสนอแนะและให้ความเห็น” โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับสัญชาติ⁶ ซึ่งการเสนอแนะและให้ความเห็นของคณะกรรมการนี้ก็ย่อมเป็นไปตามกรอบที่กำหนดโดยมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ เช่นกัน กล่าวคือ (๑) เป้าหมายของกฎกระทรวงตามมาตรา ๗ ย่อมเป็นไปเพื่อกำหนดฐานะและเงื่อนไขการอยู่อาศัยของคนต่างที่เกิดในประเทศไทยแต่ไม่ได้สัญชาติไทยโดยผลอัตโนมัติของกฎหมายเพราะตกอยู่ภายใต้มาตรา ๗ ทวิ วรรค ๑ ตลอดจน (๒) เนื้อหาของกฎกระทรวงย่อมต้องไม่ขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชน และ (๓) ต้องไม่ขัดต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ดังนั้น หากคณะกรรมการนี้เสนอร่างกฎกระทรวงฯ ที่ขัดต่อเจตนารมณ์ของมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ รัฐมนตรีก็ไม่ควรเห็นชอบเพื่อเสนอต่อคณะรัฐมนตรี หรือหากคณะกรรมการนี้เสนอร่างกฎกระทรวงฯ บนสมมติของหลักสิทธิมนุษยชนและความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร รัฐมนตรีก็ไม่ควรเห็นชอบเพื่อเสนอต่อคณะรัฐมนตรี ทั้งนี้ ทั้งคณะกรรมการฯ และรัฐมนตรีฯ ก็ย่อมจะต้องเคารพเจตนารมณ์ของมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ ตลอดจน หลักนิติธรรมตามมาตรา ๓ วรรค ๒ แห่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.๒๕๕๐ และในท้ายที่สุด หลักสิทธิมนุษยชนในกฎหมายระหว่างประเทศลายลักษณ์อักษรที่ผูกพันประเทศไทย

คำตอบในประการที่สอง ก็คือ เนื้อหาของกฎกระทรวงย่อมเป็นไปตามหลักสิทธิมนุษยชนในเรื่องการอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัว (Principle of Family Unification) เราจะพบว่าแม้ไม่มีกฎกระทรวงตามมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ หลักสิทธิมนุษยชนดังกล่าวก็ได้รับความเคารพจากทางปฏิบัติของรัฐไทย หลักดังกล่าว ก็คือ บุตรผู้เยาว์ย่อมมีลักษณะการเข้าเมืองและการอาศัยอยู่ตามบุพการีที่มีอำนาจปกครองตน ดังนั้น บุตรต่างด้าวผู้เยาว์ที่เกิด “นอก” ประเทศไทยก็ย่อมมีสถานะบุคคลทั้งในสถานะ “คนเข้าเมือง” และ “คนอาศัยอยู่” ภายใต้กฎหมายการเข้าเมืองตามบุพการีที่มีอำนาจปกครอง แต่ในกรณีของบุตรต่างด้าวผู้เยาว์ที่เกิด “ใน” ประเทศไทยก็ย่อมมีสถานะบุคคลในสถานะ “คนอยู่” ตามกฎหมายคนเข้าเมืองตามบุพการีที่มีอำนาจปกครอง เนื่องจากบุตรที่เกิดในประเทศไทย มิได้เข้าเมืองมา จึงไม่จำเป็นต้องมีการกำหนดฐานะและเงื่อนไขของการเข้าเมือง มีความจำเป็นต้องกำหนดฐานะและเงื่อนไขการอยู่เท่านั้น

ในกรณีที่บุพการีต่างด้าวมีฐานะและเงื่อนไขการอยู่ในประเทศไทยที่ต่างกัน โดยหลักกฎหมายคุ้มครองเด็กที่ประเทศไทยยอมรับ⁸ ประเทศไทยก็มีทางปฏิบัติอยู่แล้วที่กำหนดให้บุตรผู้เยาว์มีฐานะและเงื่อนไขการอยู่ตามบุพการีที่มีลักษณะการอยู่ที่เป็นคนต่อบุตรมากที่สุด อาทิ หากบิดามีสิทธิอาศัยถาวรในขณะที่มารดาไม่มีสิทธิอาศัยแต่อย่างใด บุตรผู้เยาว์ก็ย่อมจะมีฐานะและเงื่อนไขการอยู่ตามบิดา ซึ่งมีลักษณะการอยู่ที่เป็นคนต่อบุตรมากที่สุด

แต่ในกรณีที่บุพการีต่างด้าวทั้งสองมีสถานะเป็นคนต่างด้าวที่เข้าเมืองผิดกฎหมายและไม่มีสิทธิอาศัยตามกฎหมายไทยว่าด้วยการเข้าเมืองแต่อย่างใด บุตรผู้เยาว์ก็ไม่อาจมีสิทธิอาศัยในประเทศไทยด้วยเช่นกัน แต่เฉพาะบุตรผู้เยาว์ที่เกิดนอกประเทศไทยเท่านั้นที่จะมีสถานะเป็นคนต่างด้าวที่เข้าเมืองผิดกฎหมายตามบุพการีและอาจได้รับโทษอาญาในลักษณะเดียวกับบุพการี แต่ในส่วนบุตรผู้เยาว์ที่เกิดใน

⁶ เป็นองค์กรที่ตั้งโดย มาตรา ๒๗ แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๕๐๘ ซึ่งถูกเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ.๒๕๕๑ ซึ่งบัญญัติว่า “คณะกรรมการมีหน้าที่เสนอแนะและให้ความเห็นต่อรัฐมนตรีในการใช้อำนาจตาม มาตรา ๗ ทวิ มาตรา ๙ มาตรา ๑๑ มาตรา ๑๒ มาตรา ๑๒/๑ มาตรา ๑๔ มาตรา ๑๕ มาตรา ๑๖ มาตรา ๑๗ มาตรา ๑๘ มาตรา ๑๙ และมาตรา ๒๔ และการออกกฎกระทรวงตามพระราชบัญญัตินี้ ในการใช้อำนาจและดำเนินการดังกล่าวให้รัฐมนตรีรับฟังข้อเสนอนแนะและให้ความเห็นของคณะกรรมการประกอบด้วย”

⁷ เป็นองค์กรที่ตั้งโดย มาตรา ๒๕ แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๕๐๘ ซึ่งถูกเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ.๒๕๕๑ ซึ่งบัญญัติว่า

“ให้มีคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับสัญชาติ ประกอบด้วย

(๑) ปลัดกระทรวงมหาดไทย เป็นประธานกรรมการ

(๒) ผู้แทนกระทรวงกลาโหม ผู้แทนกระทรวงการต่างประเทศ ผู้แทนกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ผู้แทนกระทรวงยุติธรรม ผู้แทนกระทรวงแรงงาน ผู้แทนสำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติ ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทนสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ผู้แทนสำนักข่าวกรองแห่งชาติ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด ผู้แทน กองอำนวยการรักษาความมั่นคงในราชอาณาจักร เป็นกรรมการโดยตำแหน่ง

(๓) ผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนไม่เกินหกคนซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งจากผู้ที่มีความรู้และประสบการณ์การทำงานด้านสัญชาติเป็นที่ประจักษ์เป็นกรรมการ

ให้อธิบดีกรมการปกครองเป็นกรรมการและเลขาธิการ และให้อธิบดีกรมการปกครองแต่งตั้งข้าราชการของกรมการปกครองอีกสองคนเป็นผู้ช่วยเลขาธิการ”

⁸ ทั้งนี้ เป็นไปตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.๑๙๘๙/พ.ศ.๒๕๓๒ ซึ่งประเทศไทยยอมรับผูกพันเป็นภาคี และมี พ.ร.บ.คุ้มครองเด็กแห่งชาติ พ.ศ.๒๕๔๖ เป็นกฎหมายหลักในการรองรับพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าว

ประเทศไทยนั้น ไม่อาจมีสถานะเป็นคนเข้าเมืองผิดกฎหมาย เพราะเขาเป็นคนเกิดในประเทศไทย จึงไม่อาจได้รับโทษทางอาญาตาม พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ แต่อย่างไรก็ตาม ในเรื่องฐานะและเงื่อนไขการอยู่ในประเทศไทยนั้น บุตรผู้เยาว์ดังกล่าวย่อมไม่มีสิทธิอาศัยแต่อย่างใด เมื่อบุพการีต้องถูกส่งกลับออกนอกประเทศไทย โดยหลัก บุตรผู้เยาว์ดังกล่าวก็มีหน้าที่ติดตามบุพการีออกไปจากประเทศไทยด้วย เว้นแต่จะมีเหตุผลพิเศษอื่นๆ⁹

การเรียกร้องให้บุตรผู้เยาว์ที่เกิดในประเทศไทยจากบุพการีต่างด้าวที่มีลักษณะการเข้าเมืองไม่ถาวรมีสิทธิอาศัยอยู่ในลักษณะถาวรนั้น ก็เป็นการขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนว่าด้วยการอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัว (Principle of Family Unification) และยังขัดต่อหลักความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรอย่างชัดเจน หากเราตระหนักว่า ความมั่นคงทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศไทยยังไม่เอื้อต่อความรับผิดชอบคนสัญชาติไทยจำนวนมากๆ ที่จะเกิดขึ้น แนวคิดที่ยอมรับให้สิทธิอาศัยถาวรให้แก่คนเกิดในประเทศไทยทุกคนย่อมจะทำให้บุตรที่เกิดในประเทศไทยของคนดังกล่าวมีสถานะเป็นคนสัญชาติไทยโดยผลของกฎหมาย ซึ่งสถานการณ์นี้ก็จะเป็สถานการณ์ภายใต้ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ ๓๓๗ ลงวันที่ ๑๓ ธันวาคม พ.ศ.๒๕๑๕ ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติของไทยทั้งใน พ.ศ.๒๕๓๕ และ พ.ศ.๒๕๕๑ ไม่ยอมรับเป็นแนวคิดในการกำหนดสิทธิในสัญชาติไทยโดยหลักดินแดนโดยผลอัตโนมัติของกฎหมาย การผลักดันความคิดในลักษณะสุดโต่งเช่นนี้จึงขัดต่อหลักความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรเช่นกัน

คำตอบในประการที่สาม ก็คือ เนื้อหาของกฎกระทรวงยอมเป็นไปตามหลักสิทธิมนุษยชนในเรื่องการคุ้มครองเด็กที่ขาดไร้พการีหรือพลัดพรากจากบุพการี (Principle of Child Protection) อีกด้วย โดยข้อเท็จจริงในทุกสังคม เด็กและเยาวชนต่างด้าวอาจประสบปัญหาความไร้บุพการีหรือพลัดพรากจากบุพการี ดังนั้น กฎกระทรวงตามมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ ย่อมจะต้องตอบคำถามดังกล่าวด้วยเพื่อคุ้มครองสิทธิเด็กในสถานการณ์นี้ ในลักษณะที่เด็กไม่อยู่ภายใต้การปกครองตามกฎหมายครอบครัวของบุพการีตามธรรมชาติ เด็กแม้เป็นคนต่างด้าวก็ควรมีสิทธิเข้าเมืองและอาศัยอยู่ตามบุพการีที่มีอำนาจปกครองตามกฎหมายแพ่งว่าด้วยครอบครัว ในสถานการณ์ที่พบเห็นในประเทศไทย เราพบเด็กที่ขาดไร้พการีตามธรรมชาติใน ๓ สถานการณ์ย่อย กล่าวคือ (๑) **เด็กในความดูแลของสถานสงเคราะห์ของรัฐภายใต้กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์** (๒) **เด็กในความดูแลของครอบครัวที่สถานสงเคราะห์ของรัฐให้ความเห็นชอบ** และ (๓) **เด็กในความดูแลของครอบครัวที่สถานสงเคราะห์ของรัฐยังมีได้ให้ความเห็นชอบ**

เมื่อย้อนกลับมาพิจารณาถึงฐานะและเงื่อนไขการอยู่ของเด็กและเยาวชนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยที่ควรกำหนดในกฎกระทรวงตามมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ นั้น ก็น่าจะเป็นไปตามหลักเดิมที่ปรังแต่งโดยกฎหมายบ้านเมือง กล่าวคือ เด็กและเยาวชนต่างด้าวก็ควรจะมีสิทธิอาศัยตามบุคคลที่มาทำหน้าที่แทนบุพการีตามธรรมชาติ ซึ่งคำตอบ ก็น่าจะเป็นไปดังนี้

ในสถานการณ์ที่เด็กและเยาวชนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยอยู่ในความดูแลของสถานสงเคราะห์ของรัฐภายใต้กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ พวกเขาควรมีสิทธิอาศัยในประเทศไทย ซึ่งนโยบายของรัฐไทยในช่วงที่ไม่มีกฎกระทรวงนี้ ก็เป็นไปในทิศทางนี้มาตั้งแต่ พ.ศ.๒๕๔๘ และนอกจาก กฎหมายสัญชาติไทยที่ปฏิรูปใน พ.ศ.๒๕๕๑ ยังกำหนดเป็นหน้าที่ของผู้ปกครองสถานสงเคราะห์ที่มีหน้าที่ที่จะผลักดันการแปลงสัญชาติเป็นไทยตามมาตรา ๑๒/๑ (๑)¹⁰ แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๕๐๘ ซึ่งเพิ่มเติมโดย พ.ร.บ.สัญชาติ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ.๒๕๕๑ ให้แก่เด็กที่อยู่ความดูแลของสถานสงเคราะห์มาแล้ว ๑๐ ปี

ในสถานการณ์ที่เด็กและเยาวชนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยอยู่ในความดูแลของครอบครัวที่สถานสงเคราะห์ของรัฐให้ความเห็นชอบ พวกเขาควรมีสิทธิอาศัยในประเทศไทย ในสถานการณ์นี้ ครอบครัวที่อุปการะเด็กอาจจะเป็นคนสัญชาติไทยหรือคนต่างด้าวก็ได้ และการอุปการะนั้นอาจจะไปถึงการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมหรือไม่ ก็ได้ โดยหลักกฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กในภาวะยากลำบากเช่นนี้ เด็กก็ควรมีสิทธิอาศัยตามบุพการีอุปถัมภ์หรือบุญธรรม นั่นก็คือ ถ้าครอบครัวดังกล่าวเป็นคนสัญชาติไทย เด็กก็ควรมีสิทธิอาศัยในประเทศไทยตราบเท่าที่ยังอยู่ในความดูแลของครอบครัวดังกล่าว หรือถ้าครอบครัวดังกล่าวเป็นคนต่างด้าว เด็กก็ควรมีสิทธิอาศัยในประเทศไทยตามบุพการีอุปถัมภ์หรือบุญธรรมนั้นๆ แต่ในสถานการณ์นี้ การปฏิรูปกฎหมายสัญชาติใน พ.ศ.๒๕๕๑ ยังกำหนดให้

⁹ อาทิ บุตรผู้เยาว์ดังกล่าวได้รับอนุญาตให้อาศัยอยู่เพื่อการศึกษาในประเทศไทย

¹⁰ ซึ่งบัญญัติว่า "ในการขอแปลงสัญชาติเป็นไทยตามมาตรา ๑๒ นั้น บุคคลอื่นอาจขอแปลงสัญชาติเป็นไทยให้แก่บุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทยที่มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทยได้ ในกรณีดังต่อไปนี้ (๒) ผู้ปกครองสถานสงเคราะห์ของรัฐตามที่รัฐมนตรีกำหนด เมื่อได้รับความยินยอมของผู้เยาว์แล้วอาจขอแปลงสัญชาติเป็นไทยให้แก่ผู้เยาว์ซึ่งอยู่ในความดูแลของสถานสงเคราะห์มาไม่น้อยกว่าสิบปี โดยให้ได้รับยกเว้นไม่ต้องมีคุณสมบัติตามมาตรา ๑๐ (๑) และ (๓)"

อำนาจแก่ผู้รับบุญธรรมสัญชาติไทยที่จะผลักดันการแปลงสัญชาติเป็นไทยตามมาตรา ๑๒/๑ (๓)¹¹ แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๕๐๘ ซึ่งเพิ่มเติมโดย พ.ร.บ.สัญชาติ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ.๒๕๕๑ ให้แก่บุตรบุญธรรม ผู้เยาว์เมื่อผ่านการรับบุตรบุญธรรมมาแล้วไม่น้อยกว่า ๕ ปี

ในสถานการณ์ที่เด็กและเยาวชนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยอยู่ในความดูแลของครอบครัวที่ในความดูแลของครอบครัวที่สถานสงเคราะห์ของรัฐยังมีได้ให้ความเห็นชอบ ในสถานการณ์นี้ แนวคิดในการจัดการที่ควรเป็นในกฎกระทรวงตามมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ ก็คือ การกำหนดให้ครอบครัวที่อุปการะเด็กและเยาวชนเข้าสู่กระบวนการให้ความเห็นชอบตามกฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกี่ยวข้อง และการยอมรับฐานะและเงื่อนไขการอยู่ในประเทศไทยก็ยอมเป็นไปตามสิทธิอาศัยในประเทศไทยที่ครอบครัวอุปถัมภ์หรือบุญธรรมที่สถานสงเคราะห์เห็นชอบแล้ว

คำตอบในประการที่สี่ ก็คือ เนื้อหาของกฎกระทรวงยอมเป็นไปตามหลักกฎหมายการเข้าเมืองสากลที่นานาอารยประเทศยอมรับอีกด้วย เมื่อคนเกิดในประเทศไทยบรรลุนิติภาวะแล้ว ฐานะและเงื่อนไขการอยู่ของคนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยนั้นก็ยอมเป็นไปตามธรรมชาติของตนเอง ไม่ขึ้นอยู่กับบุพการีตามธรรมชาติหรือบุพการีอุปถัมภ์หรือบุพการีบุญธรรมอีกต่อไป หลักปฏิบัติที่ยอมรับกันแม้ในช่วงที่ยังไม่มีกฎกระทรวงตามมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ ของรัฐไทย ก็เป็นไปในลักษณะที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายการเข้าเมืองสากล นั่นก็คือ (๑) ในกรณีที่คนเกิดในประเทศไทยในสถานการณ์ทั่วไป เงื่อนไขการอยู่ในประเทศไทยยอมเป็นไปตาม ๑๕ ลักษณะที่กำหนดในมาตรา ๓๔ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ ระยะเวลาที่อนุญาตให้อาศัยอยู่ก็จะเป็นไปตามมาตรา ๓๕ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ และ (๒) ในกรณีที่คนเกิดในประเทศไทยในสถานการณ์พิเศษเฉพาะเรื่อง เงื่อนไขและระยะเวลาการอยู่ในประเทศไทยยอมเป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรีที่เสนอ โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๑๗ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ จนถึงปัจจุบัน คณะรัฐมนตรียอมรับเหตุเฉพาะเรื่องที่น่าไปสู่การกำหนดสิทธิอาศัยในประเทศไทยใน ๖ ลักษณะย่อย กล่าวคือ (๑) การอนุญาตให้สิทธิอาศัยแก่ชนกลุ่มน้อยไร้รัฐไร้สัญชาติที่อพยพหนีภัยความตายเข้ามาจากประเทศเพื่อนบ้านนานแล้วจนมีความกลมกลืนทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมกับสังคมไทย (๒) การอนุญาตให้สิทธิอาศัยแก่บุคคลที่ประสบความสำเร็จไร้รัฐไร้สัญชาติที่ศึกษาในสถาบันการศึกษาไทย (๓) การอนุญาตให้สิทธิอาศัยแก่บุคคลที่ประสบความสำเร็จไร้รัฐไร้สัญชาติที่ทำความคุณประโยชน์ให้แก่ประเทศไทยอย่างชัดเจน (๔) การอนุญาตให้สิทธิอาศัยแก่บุคคลที่ประสบความสำเร็จไร้รัฐไร้สัญชาติเพราะตกเป็นคนไร้รากเหง้าทั้งแท้และเทียม (๕) การอนุญาตให้สิทธิอาศัยแก่บุคคลที่ประสบความสำเร็จไร้รัฐไร้สัญชาติที่อาสาเข้ามาทำงานไร้ฝีมือในสาขาอาชีพที่ประเทศไทยขาดแคลน และ (๖) การอนุญาตให้สิทธิอาศัยแก่บุคคลที่ประสบความสำเร็จไร้รัฐไร้สัญชาติหรือเสมือนไร้รัฐไร้สัญชาติที่มีสาเหตุอันไม่อาจกลับออกไปจากประเทศไทยได้ อาทิ คนหนีภัยความตายจากรัฐต้นทางของบุคคล

เมื่อย้อนกลับมาพิจารณาถึงท่าทีของกฎกระทรวงตามมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ในเรื่องนี้ การยอมรับสิทธิอาศัยในลักษณะเดียวกันแก่คนเกิดในประเทศไทยก็น่าจะเป็นจุดที่สมดุลระหว่างสิทธิมนุษยชนและความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร

๘. บทสรุป : ประเด็นที่จะต้องตัดสินใจเกี่ยวกับการจัดการสถานะบุคคลตามกฎหมายการเข้าเมืองของคนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยตามมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่

ประเด็นสำคัญเกี่ยวกับมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่¹² แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๕๐๘ ซึ่งถูกแก้ไขและเพิ่มเติม โดย พ.ร.บ.สัญชาติ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ.๒๕๓๕ และโดย พ.ร.บ.สัญชาติ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ.๒๕๕๑ น่าจะมี ๔ เรื่อง กล่าวคือ

ประเด็นแรก ก็คือ เมื่อมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ เป็นเรื่องของการปฏิรูปกฎหมายการเข้าเมือง (Immigration Law) สำหรับคนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทย ด้วยตระหนักในปัญหาที่มาตรา ๗

¹¹ ซึ่งบัญญัติว่า "ในการขอแปลงสัญชาติเป็นไทยตามมาตรา ๑๒ นั้น บุคคลอื่นอาจขอแปลงสัญชาติเป็นไทยให้แก่บุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทยที่มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทยได้ ในกรณีดังต่อไปนี้ (๓) ผู้รับบุตรบุญธรรมซึ่งเป็นผู้มีสัญชาติไทยอาจขอแปลงสัญชาติเป็นไทยให้แก่บุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะซึ่งได้จดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปี และมีหลักฐานแสดงให้เชื่อได้ว่าเป็นผู้เกิดในราชอาณาจักรไทย โดยให้ได้รับการยกเว้นไม่ต้องมีคุณสมบัติตามมาตรา ๑๐ (๑) และ (๓)"

¹² ซึ่งบัญญัติว่า "ผู้เกิดในราชอาณาจักรไทยซึ่งไม่ได้สัญชาติไทยตามวรรคหนึ่งจะอยู่ในราชอาณาจักรไทยในฐานะใด ภายใต้เงื่อนไขใด ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรและสิทธิมนุษยชนประกอบกัน ในระหว่างที่ยังไม่มีกฎกระทรวงดังกล่าว ให้ถือว่าผู้นั้นเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง"

ทวิ วรรค ๓ เก่า¹³ ทำให้ประเทศไทยมีการกระทำที่ขัดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ผู้ร่างมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ จึงกำหนดให้คณะกรรมการกฤษฎีกาและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีหน้าที่ (๑) ออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนดฐานะและเงื่อนไขการอยู่สำหรับคนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทย และ (๒) กฎกระทรวงที่ออกมาจะต้องมีเนื้อหาที่อยู่บนสมมติฐานระหว่างสิทธิมนุษยชนและความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ด้วยแนวคิดดังกล่าว ผลก็คือ ประเทศไทยย่อมไม่ตกเป็นผู้ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศและยังคงสามารถไม่ยอมรับให้สิทธิในสัญชาติไทยโดยหลักดินแดนโดยผลของกฎหมายทั้งบุตรและหลานของคนต่างด้าว ดังนั้น เราคงต้องชี้แล้วว่า เราเห็นด้วยกับ ผู้ร่างมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่หรือไม่ ? และเราเห็นด้วยกับ "กรอบการบัญญัติกฎกระทรวง ๒ ประการ" ตามบทบัญญัติของช่วงต้นของมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ หรือไม่ ?

ประเด็นที่สอง ก็คือ เมื่อร่างกฎกระทรวงที่เสนอโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยไปยังคณะรัฐมนตรี ซึ่ง คปก. พิจารณายูนิ ยังคงยืนยัน "หลักการที่จะกำหนดฐานะการเข้าเมืองผิดกฎหมาย" ให้แก่คนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทย" อย่างชัดเจน กล่าวคือ ร่างกฎกระทรวงนี้ยังยืนยันที่จะไม่ปฏิบัติตามช่วงต้นของมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ และยืนยันที่จะขยายผลช่วงท้ายของมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ ที่จะยังคงยืนยันกำหนดให้คนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยตกเป็น คนเข้าเมืองผิดกฎหมาย โดยไม่สนใจว่า ประเทศไทยจะตกเป็นผู้ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น เราก็คงต้องชี้แล้วว่า เห็นด้วยกับคณะกรรมการกฤษฎีกาและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย หรือเห็นด้วยกับผู้ร่างมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่

ประเด็นที่สาม ก็คือ เมื่อคณะกรรมการกฤษฎีกาและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยยืนยันที่จะเลือกยกร่างกฎกระทรวงเพื่อกำหนดให้คนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยตกเป็น "คนเข้าเมืองผิดกฎหมาย" เหมือนดังที่บัญญัติในมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ เก่า และไม่ยอมที่จะกำหนด "ฐานะและเงื่อนไขการอยู่ของคนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทย" ตามหน้าที่ที่มีตามมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ ผลที่ชัดเจนของเรื่อง ก็คือ กฎกระทรวงที่เป็นกฎหมายลูกบทที่จะออกมา จึงมีแนวคิดที่ขัดต่อมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ที่เป็นกฎหมายแม่บท ดังนั้น เราก็คงต้องชี้ต่อไปว่าการกระทำเช่นนั้นของคณะกรรมการกฤษฎีกาและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยลำดับศักดิ์ของกฎหมายหรือไม่ ?

ประเด็นที่สี่ ก็คือ เมื่อผู้แทนของกระทรวงมหาดไทยยืนยันในที่ประชุมเมื่อวันที่ ๑๘ กุมภาพันธ์ พ.ศ.๒๕๕๖ ณ คปก. อย่างชัดเจนว่า "เป็นไปไม่ได้" ที่มาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ ซึ่งเป็นเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติใน พ.ศ.๒๕๕๑ เพื่อปฏิรูปกฎหมายว่าด้วยการกำหนดฐานะและเงื่อนไขการอยู่ของคนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยให้แยกออกมาจากการกำหนดฐานะการเข้ามาและอาศัยอยู่ของคนต่างด้าวที่เกิดนอกไทยและเข้าเมืองไทยมา ซึ่งตกอยู่ภายใต้ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ และผู้แทนดังกล่าวยังยืนยันใน "โฆษณากรรม" ของกฎกระทรวงตามมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ที่ขัดต่อมาตรา ๑๗ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ นั้น หากเรายอมรับแนวคิดเช่นนี้ ผลก็คือ การปฏิรูปกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติใน พ.ศ.๒๕๕๑ จึงไม่อาจขัดต่อกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติใน พ.ศ.๒๕๒๒ ดังนั้น จึงเป็นภารกิจของเราอีกเช่นกันที่จะชี้ว่า เห็นด้วยกับข้อคิดของผู้แทนของกระทรวงมหาดไทยหรือไม่ ?

ในที่สุด ประเด็นที่จะต้องชี้ในเรื่องของร่างกฎกระทรวงนี้ ย่อมเป็นเรื่องของประเด็นการอาศัยอยู่ของคนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยตามหลักกฎหมายการเข้าเมืองที่นำมาบัญญัติในมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๕๐๘ แก้ไขใน พ.ศ.๒๕๕๑ มิใช่ประเด็นในเรื่องหลักกฎหมายสัญชาติแต่อย่างใด ในขั้นตอนของการบังคับใช้กฎกระทรวงนี้ เป็นขั้นตอนที่ฟังยุติแล้วว่า คนที่เกิดในประเทศไทยดังกล่าวไม่มีสัญชาติไทยแล้ว เป็นคนต่างด้าวแน่แล้ว ประเด็นในการกำหนดสิทธิในสัญชาติจึงไม่ควรยกขึ้นมาให้สับสนในการพิจารณาร่างกฎกระทรวงตามมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓

เมื่อตระหนักว่า มาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ มีผลมาเกือบจะ ๖ ปีแล้ว แต่การจัดการฐานะและเงื่อนไขการอยู่ของคนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยก็ยังทำไม่ได้ตามเจตนารมณ์ของมาตราดังกล่าว หากคำนึงถึงความจำเป็นที่จะสร้างความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายของรัฐสภาไทย จึงถึงเวลาแล้วละที่เราจะต้องชี้ว่า **เราเห็นด้วยกับการปฏิรูปแนวคิดในการจัดการฐานะและเงื่อนไขการอยู่ของคนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยตามแนวคิดมนุษยนิยมของผู้ร่างมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ ใหม่ ? หรือเราเห็นด้วยกับคณะกรรมการกฤษฎีกาและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ที่จะยืนยันไปยอมรับแนวคิดมนุษยนิยมที่ปรากฏในมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๓ เก่าในการจัดการฐานะและเงื่อนไขการอยู่ของคนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทย ?**

คงถึงเวลาแล้วละ ที่เราจะฟันธงกันเสียที !!!

¹³ "ให้ถือว่าผู้เกิดในราชอาณาจักรไทย ซึ่งไม่ได้สัญชาติไทยตามวรรคหนึ่งเป็นผู้ที่เข้ามาอยู่ใน ราชอาณาจักรไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เว้นแต่จะมีการสั่งเป็นอย่างอื่น ตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น"