

บทที่ 2

ทบทวนวรรณกรรมและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

เนื่องจากปัญหาที่นำสู่การวิจัยครั้งนี้เกิดจากการที่ประเทศไทยกำลังก้าวเข้าสู่การเป็นประชาคมอาเซียนปี พ.ศ. 2558 จะมีนักท่องเที่ยวและชาวต่างชาติจำนวนมากเดินทางเข้าออกประเทศไทยทำให้มีการเคลื่อนย้ายของประชากรได้อย่างเสรีไร้พรมแดน โดยเฉพาะคนเข้าเมืองซึ่งเป็นช่องทางหนึ่งที่เกิดปัญหาอาชญากรรมข้ามชาติได้และเป็นปัญหาสำคัญที่ประเทศไทยจำเป็นต้องหามาตรการป้องกันและปราบปรามอย่างจริงจังเป็นรูปแบบและแสวงหาความร่วมมือในการแก้ไขปัญหาภัยกับนานาชาติเนื่องจากอาชญากรรมข้ามชาติมีการดำเนินการที่เข้มแข็งและมีการเคลื่อนไหวในรูปของเครือข่ายโยงใยไปทั่วโลก มีการจัดตั้งเป็นองค์กรข้ามชาติและก่ออาชญากรรมในประเทศไทยมากขึ้น ประกอบกับกฎหมายคนเข้าเมืองปัจจุบันมีสภาพความล้าสมัยไม่ทันต่อการเปลี่ยนแปลงและไม่มีความชัดเจนในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่ทำการคัดกรองคนเข้าเมืองกับไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบันและสภาพของอาชญากรรมข้ามชาติที่มีความรุนแรงมากขึ้น ดังนั้นการศึกษาวิจัยในครั้งนี้จึงมีเป้าหมายที่จะศึกษาถึงแนวทางทางการคัดกรองบุคคลต่างด้าวที่จะเดินทางเข้าประเทศและรูปแบบในการปฏิบัติงานด้านการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติขององค์กรและเจ้าหน้าที่ผู้ที่เกี่ยวข้องในต่างประเทศมาปรับใช้กับประเทศไทยในอนาคตโดยศึกษาและวิเคราะห์กฎหมายระหว่างประเทศด้านอาชญากรรมข้ามชาติเพื่อการอนุวัติการกฎหมายไทย เพื่อจัดทำร่างปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 ให้เหมาะสมและทันต่อสภาพการณ์การกระทำผิดในรูปแบบของอาชญากรรมข้ามที่จะเกิดขึ้นในประเทศไทยในปัจจุบันและอนาคต

ดังนั้น การทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องจึงมีเป้าหมายเพื่อเป็นประโยชน์ต่อความชัดเจนของประเด็นปัญหาและใช้ประกอบการวิเคราะห์ต่อไปโดยมีที่บทวนดังนี้

2.1 หลักการและทฤษฎีทางกฎหมาย

หลักการทางกฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่เป็นหลักการพื้นฐาน (Fundamental Principles) เช่นเดียวกับหลักการพื้นฐานทางอาญาคือ ที่ หลักการที่ว่านี้ ได้แก่ “ไม่มีความผิด ถ้าไม่มีกฎหมาย(Nullumcrimensinelege)” หลักการนี้เป็นหลักกฎหมายอาญาบางครั้งก็ใช้ควบคู่ไปกับ

หลักการที่ว่า“ไม่มีบทลงโทษถ้าไม่มีกฎหมาย (Nullapoenasinelege)” หมายความว่าบุคคลจะถูกตัดสินว่าการกระทำผิดและถูกลงโทษสำหรับความผิดที่กฎหมายในขณะกระทำได้บัญญัติว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ซึ่งหลักการนี้พบว่า เมื่อนำมาใช้กับกฎหมายระหว่างประเทศจะพบว่ามีคามหมายได้ 2 นัยคือในความหมายอย่างแคบหมายถึง ความผิดอาญาที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญาว่ารัฐภาคีต้องถือความผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศ อีกนัยหนึ่ง เป็นความหมายอย่างกว้างหมายถึงความผิดอาญาที่มีองค์ประกอบต่างประเทศหรือข้ามชาติ(International or transnationalelement)คำว่า“ข้ามชาติ”ในที่นี้ Cassese ให้ความหมายว่าความผิดที่มีความคาบเกี่ยวกับอาณาเขตหรือเขตอำนาจของรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐซึ่ง (Cassese, 2005, p. 436)ผลของการที่ความผิดที่มีลักษณะดังกล่าวข้างต้นเป็นความผิดทางอาญาระหว่างประเทศ ก็คือ การดำเนินคดีย่อมมีผลย้อนหลังได้แม้ว่าความผิดดังกล่าวอาจจะมีได้มีกฎหมายบัญญัติห้ามว่าเป็นความผิดในขณะที่ลงมือกระทำก็ตาม หลักนี้เรียกว่าRetroactiveprosecution (Amstrong, n.d.) จากหลักการนี้การวิจัยจึงได้พบทวนถึงทฤษฎีว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในของรัฐ

2.1.1 ทฤษฎีว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในของรัฐ

ทฤษฎีสำคัญ 2 ทฤษฎีที่อธิบายถึงความสัมพันธ์ คือ ทฤษฎีเอกนิยม (Monism)และทฤษฎีทวินิยม (Dualism) (จุมพต สายสุนทร, 2554, หน้า 107-101; นพนิจ สุริยะ, 2552, หน้า 166-170;สมพงษ์ ชูมาก, 2548, หน้า 85-89)

2.1.1.1 ทฤษฎีเอกนิยม(Monism)

ตามแนวความคิดของนักกฎหมายที่สนับสนุนทฤษฎีเอกนิยมนั้นทั้งกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของรัฐเป็นกฎหมายระบบเดียวกันไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่ผูกพันรัฐหรือเป็นกฎหมายที่ผูกพันปัจเจกชนหรือเป็นกฎหมายที่ผูกพันองค์ภาวะ (Entities)อื่นใดนอกจากรัฐก็ตาม เมื่อกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของรัฐถือเป็นกฎหมายระบบเดียวกันการที่นักกฎหมายสนับสนุนทฤษฎีทวินิยม(Dualism)แยกระบบกฎหมายระหว่างประเทศออกจากระบบกฎหมายภายในของรัฐจึงเท่ากับเป็นการปฏิเสธว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายซึ่งนักกฎหมายที่สนับสนุนทฤษฎีเอกนิยมเห็นว่าเป็นการปฏิเสธความจริงที่มีและเป็นอยู่ดังนั้นจึงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าทั้งกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของรัฐมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันเพราะต่างก็เป็นระบบกฎหมายอันหนึ่งอันเดียวกัน (Starke, 1977, p. 83)

นักกฎหมายระหว่างประเทศ Kelsenเห็นว่าทั้งกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของรัฐซึ่งเป็นระบบกฎหมายเดียวกันนั้นหลักกฎหมายหนึ่งๆจะมีความสมบูรณ์ได้ก็จะต้องมีกฎหมายที่อยู่ในลำดับศักดิ์ที่สูงกว่าให้อำนาจไว้เช่นกฎกระทรวงต้องอาศัยอำนาจจาก

พระราชบัญญัติพระราชบัญญัติอาศัย์อำนาจจากกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นต้น (Starke, 1977, p. 83) Kelsenสรุปในที่สุดว่าเมื่อพิจารณาหลักกฎหมายเป็นลำดับๆ ไปก็จะพบแบบแผนพื้นฐาน (Fundamental Norm) ซึ่งจะเป็นบ่อเกิดและที่มาของกฎหมายทั้งปวง Kelsen (1966, pp. 553-588)

แนวความคิดทฤษฎีเอกนิยม เป็นทฤษฎีที่สนับสนุนว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้โดยตรงในระเบียบกฎหมายของรัฐต่างๆ ก็เพราะความสัมพันธ์ของกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในเป็นความสัมพันธ์ที่ต่างเกี่ยวพันกันและสามารถอยู่ในระบบกฎหมายเดียวกันซึ่งใช้กับบุคคลในบังคับของกฎหมาย คือปัจเจกชนได้ และมีบ่อเกิดกฎหมายในลักษณะที่เกิดจากระบบกฎหมายนั่นเอง ไม่ได้เกิดจากเจตจำนงของรัฐต่างๆ แต่เพียงอย่างเดียวโดยเหตุนี้จึงเป็นไปได้ที่กฎหมายระหว่างประเทศจะใช้บังคับกับปัจเจกบุคคลหรือบุคคลธรรมดาได้ โดยไม่จำเป็นต้องแปลงกฎหมายระหว่างประเทศมาเป็นกฎหมายภายในโดยผ่านกระบวนการขั้นตอนต่างๆ ตามกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ และเมื่อเกิดการขัดกันระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในเช่นนี้ก็ต้องมีกฎเกณฑ์ใดกฎเกณฑ์หนึ่งเหนือกว่าอีกกฎเกณฑ์หนึ่งดังนั้นสนธิสัญญาที่สมบูรณ์แล้ว รัฐจึงใช้บังคับได้โดยไม่ต้องออกพระราชบัญญัติอนุวัติการสนธิสัญญา หรือประกาศใช้ หรือประกาศ หรือลงพิมพ์สนธิสัญญาในหนังสือราชการ

2.1.1.2 ทฤษฎีทวินิยม(Dualism)

เป็นทฤษฎีทวินิยมที่ได้รับอิทธิพลจากปรัชญากฎหมายของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Positivism) ในช่วงศตวรรษที่19 และ20ซึ่งเน้นที่เจตจำนง (Will) ของรัฐ (Kelsen, 1966, p.553-588) ประกอบกับการเกิดรัฐสมัยใหม่ในช่วงดังกล่าวที่มีการจัดระบบการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐไม่ว่าจะเป็นอำนาจทางนิติบัญญัติบริหารหรือตุลาการจึงทำให้การใช้อำนาจของรัฐโดยเฉพาะด้านนิติบัญญัติมีลักษณะที่แตกต่างหากจากกฎหมายระหว่างประเทศโดยเป็นอิสระแก่กัน (Starke, 1977, p. 82)

นักกฎหมายระหว่างประเทศที่สนับสนุนทฤษฎีทวินิยมซึ่งได้รับอิทธิพลจากความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Positivism) ได้แก่ Triepel (1899) และ Anzilotti (1928, p. 43) ซึ่งเห็นว่ากฎหมายภายในของรัฐเป็นระบบกฎหมายที่แตกต่างหากจากระบบกฎหมายภายใน คือ ระหว่างประเทศโดย Triepel เห็นว่าความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายระหว่างประเทศและระบบกฎหมายภายใน ของรัฐมีสองประการ คือ (1) ผู้ทรงสิทธิ (Subjects) ของระบบกฎหมายภายในคือ “ปัจเจกชน” (Individuals) ในขณะที่ผู้ทรงสิทธิ (Subjects) ของระบบกฎหมายระหว่างประเทศคือ “รัฐ” และ (2) ที่มาหรือบ่อเกิดของระบบกฎหมายภายในก็คือ เจตจำนง (Will) ของรัฐในขณะที่บ่อเกิดหรือที่มา

ของระบบกฎหมายระหว่างประเทศ คือ เจตจำนงอันร่วมกัน (Common will หรือ Gemeinwille) ของรัฐต่างๆ

ส่วนนักกฎหมายระหว่างประเทศอีกท่านหนึ่งคือAnzilottiนั้นให้เหตุผลของความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายภายในของรัฐและระบบกฎหมายระหว่างประเทศแตกต่างไปจากเหตุผลของTirepelกล่าวคือAnzilottiเห็นว่าความแตกต่างของระบบกฎหมายภายในของรัฐและระบบกฎหมายระหว่างประเทศขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์พื้นฐานอันเป็นเงื่อนไขของแต่ละระบบกฎหมายโดยAnzilottiซึ่งเห็นว่าเงื่อนไขของระบบกฎหมายภายในของรัฐอยู่ที่หลักเกณฑ์พื้นฐานหรือแบบแผน(norm)ที่ฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐจะต้องเคารพเชื่อฟัง (Starke, 1977, p. 83)ในขณะที่เงื่อนไขของระบบกฎหมายระหว่างประเทศ ก็คือหลัก“สัญญาต้องเป็นสัญญา”(Pactasuntservanda) กล่าวคือความตกลงระหว่างรัฐจะต้องได้รับการเคารพ เมื่อหลักเกณฑ์พื้นฐานของระบบกฎหมายทั้งสองแตกต่างกันดังกล่าว Anzilottiจึงสรุปว่าระบบกฎหมายทั้งสองจึงแยกออกจากกันอย่างเด็ดขาด และไม่มีโอกาสที่จะขัดกันได้และถึงแม้จะมีการย้อนส่ง(Renvoi)กันได้บ้างแต่ก็ไม่อะไรมากไปกว่านั้น (Starke, 1977, p. 83)

ทฤษฎีวินนิยมนเป็นทฤษฎีที่สนับสนุนว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้โดยตรงในระเบียบกฎหมายของรัฐต่างๆ ก็เพราะความสัมพันธ์ของกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในนี้เป็นความสัมพันธ์ที่ต่างเกี่ยวพันกันและสามารถอยู่ในระบบกฎหมายเดียวกันซึ่งใช้กับบุคคลในบังคับของกฎหมาย คือปัจเจกชนได้ และมีบ่อเกิดกฎหมายในลักษณะที่เกิดจากระบบกฎหมายนั่นเอง ไม่ได้เกิดจากเจตจำนงของรัฐต่างๆ แต่เพียงอย่างเดียว โดยเหตุนี้จึงเป็นไปได้ที่กฎหมายระหว่างประเทศจะใช้บังคับกับปัจเจกบุคคลหรือนุคคลธรรมดาได้ โดยไม่จำเป็นต้องแปลงกฎหมายระหว่างประเทศมาเป็นกฎหมายภายในโดยผ่านกระบวนการขั้นตอนต่างๆ ตามกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ และเมื่อเกิดการขัดกันระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในเช่นนี้ก็จำเป็นต้องมีกฎเกณฑ์ใดกฎเกณฑ์หนึ่งเหนือกว่าอีกกฎเกณฑ์หนึ่ง ดังนั้นสนธิสัญญาที่สมบูรณ์แล้ว รัฐจึงใช้บังคับได้โดยไม่ต้องออกพระราชบัญญัติอนุวัติการสนธิสัญญาหรือประกาศใช้ หรือประกาศ หรือลงพิมพ์สนธิสัญญาในหนังสือราชการ

ทฤษฎีวินนิยมนอธิบายว่าทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศต่างก็เป็นกฎหมายด้วยกันทั้งคู่ แต่อยู่ต่างระบบกันมิได้ขึ้นต่อกัน ดังนั้นจึงไม่มีกฎหมายใดอยู่ในฐานะที่เหนือกว่า เมื่อมีการขัดกันจึงต้องถือว่าทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศที่ขัดกันนั้นต่างมีผลสมบูรณ์กล่าวคือ กฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่ใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐอธิปไตย ส่วนกฎหมายภายในใช้เป็นกฎหมายซึ่งอยู่ในรัฐ ดังนั้นกฎหมายดังกล่าวจึงสามารถใช้ได้ทั้งคู่อย่างไรก็ตามศาล รัฐสภา รัฐบาล และประชาชนของรัฐนั้นต้องใช้กฎหมายภายในของตนเป็น

สำคัญ แม้ว่ากฎหมายภายในนั้นจะขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม แต่ในขณะเดียวกันเมื่อ บังคับใช้กฎหมายภายในแล้ว แต่อาจก่อปัญหาให้รัฐนั้นต้องรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ ฉะนั้นหากผู้บริหารของรัฐนั้นไม่ประสงค์ให้รัฐตนต้องรับผิดชอบแก้ไข หรือยกเลิกกฎหมายภายใน ของตนนั้นเสีย เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ หรือหากจะให้กฎหมายใดของ กฎหมายระหว่างประเทศมีผลบังคับใช้ได้โดยตรงเหมือนกับกฎหมายภายในก็ต้องมีการแปลงรูป (Transformation) กฎเกณฑ์ระหว่างประเทศดังกล่าวมาเป็นกฎหมายภายในเสียก่อน (ประสิทธิ์เอก บุตร, 2553, หน้า 53) กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศนั้น จึงจะสามารถใช้บังคับภายในรัฐ ของตนได้นักกฎหมายทวินิยมจึงเห็นว่า กฎเกณฑ์แบบแผนของกฎหมายภายในกับกฎหมายแบบ แผนของกฎหมายระหว่างประเทศมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันและใช้กับความสัมพันธ์ทางสังคมที่ ต่างกัน รวมทั้งใช้กับบุคคลในบังคับของกฎหมาย (Subject of Law) ที่แตกต่างกันกล่าวคือ กฎหมาย ระหว่างประเทศย่อมไม่ใช้บังคับกับบุคคลธรรมดาที่อยู่ในกรอบของกฎหมายภายใน ยกเว้นจะเป็น เรื่องเฉพาะที่เป็นข้อยกเว้นของกฎหมายระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่าง ประเทศ จึงไม่มีผลบังคับกับบุคคลภายในประเทศและในทางกลับกันกฎเกณฑ์ของกฎหมายภายใน ก็ย่อมไม่มีผลใช้บังคับกับบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นการที่รัฐต่างๆ จะนำกฎเกณฑ์ ในกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับคนชาติของตนจึงต้องมีการแปลงรูป (Transformation) กฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายในตามกระบวนการนิติบัญญัติหรือตามกระบวนการที่มี กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของตนเสียก่อน (Brownlie, 2008, p32)

ในกรณีที่เกิดการขัดกันระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน แม้ว่านัก กฎหมายที่ยึดถือทฤษฎีทวินิยมจะยืนยันว่า กฎหมายภายในไม่ได้ขึ้นอยู่กับที่มา หรือบ่อเกิดต่างๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศ (Sources of International Law) อีกทั้งกฎหมายภายในกับกฎหมาย ระหว่างประเทศเป็นกฎหมายต่างระบบกัน ไม่มีกฎหมายใดอยู่ภายใต้กฎหมายใด และไม่มี ผลกระทบถึงความสมบูรณ์ของกฎหมายทั้งสองก็ตาม แต่เมื่อมีการโต้แย้งในศาลภายในของ ประเทศที่ยึดถือทฤษฎีทวินิยมว่ามีการขัดกันระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศ เกิดขึ้น ศาลของประเทศที่ยึดถือทฤษฎีทวินิยมก็จะพิพากษาคดีไปตามกฎหมายภายในของประเทศ ตน แม้จะเป็นผลทำให้เกิดการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศในประเทศที่ยึดถือทฤษฎีทวินิยม เช่น ประเทศอังกฤษและประเทศไทย สนธิสัญญาย่อมไม่อาจถือเป็นกฎหมายที่คู่ความหรือศาลจะ หยิบยกขึ้นมาใช้เป็นกฎหมายที่บังคับแก่กรณีได้จะต้องมีการแปลงรูป (Transformation) กฎเกณฑ์ ระหว่างประเทศมาเป็นกฎหมายภายในเสียก่อน ด้วยการตราเป็นพระราชบัญญัติจึงจะสามารถนำ กฎเกณฑ์นั้นมาบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในรัฐได้

ในทำนองเดียวกันกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของรัฐต่างก็มีผลใช้บังคับในขอบเขตแห่งปริณทลของตนดังนั้นกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในจึงไม่ขัดแย้งกันในฐานะที่เป็นระบบกฎหมายเหมือนกับที่ทฤษฎีทวินิยมและทฤษฎีเอกนิยม กล่าวถึงไว้แต่อาจมีความขัดแย้งกันเฉพาะในเรื่องของพันธกรณี(Obligations) กล่าวคือ การที่รัฐไม่สามารถกระทำการใดภายในรัฐของตนให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศได้ในกรณีเช่นว่านี้ ศาลของรัฐก็มีจำเป็นที่จะต้องใช้บังคับกฎหมายระหว่างประเทศแทนกฎหมายภายในของรัฐที่ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ศาลของรัฐจะทำเช่นนั้นได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของรัฐนั่นเองหรือขึ้นอยู่กับฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐจะจัดการกับปัญหาเช่นว่านั้นอย่างไร (Fitzmaurice, 1957, p. 68-94) อำนาจการใช้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีเช่นว่านี้ก็คือว่าหากรัฐดังกล่าวไม่กระทำการใดๆเพื่อแก้ไขปัญหาคการที่กฎหมายภายในของตนขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศก็ต้องถือว่ารัฐดังกล่าวฝ่าฝืนพันธกรณีแห่งกฎหมายระหว่างประเทศและจะต้องมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศเพื่อการนั้นและในกรณีเช่นว่านั้นรัฐมีอาจที่จะหยิบยกกฎหมายภายในของตนขึ้นปฏิเสธความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศเช่นว่า นั้นได้

ดังนั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศมิได้ก้าวเข้าไปควบคุมเนื้อหาของกฎหมายภายในซึ่งใช้บังคับอยู่ในรัฐ กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดเพียงว่าการใช้บังคับกฎหมายภายในของรัฐเช่นว่านั้นไม่ถูกต้องและไม่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศและเมื่อใดที่การใช้บังคับกฎหมายภายในประเทศเช่นว่านั้นขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศก็ถือว่ารัฐเช่นนั้นฝ่าฝืนพันธกรณีแห่งกฎหมายระหว่างประเทศและจะต้องมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศสำหรับการฝ่าฝืนพันธกรณีแห่งกฎหมายระหว่างประเทศเช่นว่านั้น (Fitzmaurice, 1957,p. 68-94)

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากประเทศไทยได้ไปลงนามและให้สัตยาบัน ไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศไว้หลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติ จึงจำเป็นต้องมีการปรับกฎหมายภายใน ก็คือ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศและถือเป็นพันธกรณีที่ประเทศไทยต้องปฏิบัติตาม ซึ่งสอดคล้องกับทฤษฎีกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งได้อธิบายความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของรัฐไว้อย่างชัดเจน

2.1.2 หลักการใช้เขตอำนาจของรัฐ(Jurisdiction)

หลักการใช้อำนาจของรัฐนั้น รัฐอาจใช้อำนาจเหนือบุคคลทรัพย์สินหรือเหตุการณ์โดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวบางประการที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรอง เช่น รัฐอาจออกกฎหมายและใช้บังคับกฎหมายแก่บุคคลทรัพย์สินและเหตุการณ์ที่อยู่หรือเกิดขึ้นในดินแดน (Territory) ของรัฐก็ได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าบุคคลนั้นจะมีสัญชาติใดหรือทรัพย์สินนั้นจะเป็นของผู้ใดเว้นแต่จะมีความตกลงระหว่างประเทศกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นหรือมีกฎหมายระหว่างประเทศห้ามไว้เช่น บุคคลซึ่งเป็น

ตัวแทนทางทูตหรือเจ้าพนักงานกงสุลหรือทรัพย์สินของบุคคลดังกล่าวที่อยู่ในรัฐนั้นจะไม่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเขตอำนาจทางบริหาร(Executive jurisdiction) และเขตอำนาจทางตุลาการ (Judicial jurisdiction)

นอกจากนี้กฎหมายระหว่างประเทศยังรับรองว่ารัฐอาจใช้เขตอำนาจของตนเหนือบุคคลหรือทรัพย์สินซึ่งมีสัญชาติของรัฐนั้นได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าบุคคลหรือทรัพย์สินนั้นจะอยู่ที่ใดหรืออยู่ในสถานะใดเช่นบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐนั้นซึ่งเป็นตัวแทนทางทูตหรือเจ้าพนักงานกงสุลและประจำการอยู่ในรัฐอื่นก็จะต้องตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐซึ่งบุคคลดังกล่าวมีสัญชาติเช่นตามมาตรา 9 ของประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยซึ่งบัญญัติให้เจ้าพนักงานของรัฐบาลไทยซึ่งกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ(มาตรา 147-166) นอกராชาอาณาจักรจะต้องรับโทษในราชอาณาจักรหรือกรณีตามมาตรา 8 ของประมวลกฎหมายอาญาซึ่งบัญญัติให้คนไทยซึ่งกระทำความผิดนอกราชอาณาจักรต้องรับโทษภายในราชอาณาจักร หากรัฐบาลแห่งประเทศที่ความผิดได้เกิดขึ้นหรือผู้เสียหายร้องขอให้ลงโทษถ้าความผิดนั้นเป็นความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา 80(1)-(13) เป็นต้นหรือรัฐอาจใช้เขตอำนาจเหนือบุคคล ทรัพย์สินหรือเหตุการณ์ได้หากการใช้เขตอำนาจดังกล่าวเป็นการใช้เพื่อปกป้องความมั่นคงของรัฐนั้น เช่นตามมาตรา 7 (1) (2) ของประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับความมั่นคง (มาตรา 107 ถึง 129) ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง(มาตรา 240 ถึง 249, 254, 256, 257 และ 266 (3) (4) เป็นต้น หรือรัฐอาจใช้เขตอำนาจเหนือบุคคล ทรัพย์สินหรือเหตุการณ์ได้หากกรณีดังกล่าวเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปตามกฎหมายระหว่างประเทศว่ารัฐทุกรัฐมีเขตอำนาจเช่นว่านั้นเช่นเขตอำนาจในการจับกุมลงโทษการกระทำอันเป็นโจรสลัด(Piracy) ในทะเลหลวงเช่นตามมาตรา 7(3) ของประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย เป็นต้นโดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้กระทำความผิดจะมีสัญชาติใดหรือรัฐอาจใช้เขตอำนาจเหนือบุคคลทรัพย์สินหรือเหตุการณ์ได้หากมีสนธิสัญญาระหว่างประเทศระบุไว้โดยเฉพาะ (ประสิทธิ์ เอกบุตร, 2554, หน้า 43-47; อภิญา เลื่อนฉวี, 2554, หน้า 76-98)

หลักการใช้เขตอำนาจของรัฐที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรองได้แก่

- 1) การใช้เขตอำนาจของรัฐโดยอาศัยหลักดินแดน (Territoriality Principle Jurisdiction) หรือ (Spatiality Principle Jurisdiction)
- 2) การใช้เขตอำนาจของรัฐโดยอาศัยหลักสัญชาติ (Nationality Principle Jurisdiction)
- 3) การใช้เขตอำนาจของรัฐโดยอาศัยหลักป้องกัน (Protective Principle Jurisdiction)
- 4) การใช้เขตอำนาจของรัฐโดยอาศัยหลักสากล (Universality Principle Jurisdiction)
- 5) การใช้เขตอำนาจของรัฐโดยอาศัยหลักสนธิสัญญา (Treaty Principle Jurisdiction)

2.1.2.1 การใช้เขตอำนาจของรัฐโดยอาศัยหลักดินแดน (Territorial Principle Jurisdiction) หรือหลักพื้นที่ (Spatiality Principle Jurisdiction)

เมื่อรัฐมีความเป็นรัฐครบถ้วนรัฐย่อมมีเขตอำนาจเหนือดินแดนของตนแต่เพียงผู้เดียว โดยเด็ดขาดและปราศจากเงื่อนไขในความเกี่ยวโยงสัมพันธ์ของบุคคลสิ่งของวัตถุหรือสถานการณ์กับดินแดนของรัฐโดยทำให้รัฐมีเขตอำนาจเพื่อใช้บังคับกับบุคคลและวัตถุต่างๆ ที่พบอยู่ในดินแดนของรัฐหรือซึ่งเข้ามาอยู่ในรัฐเขตอำนาจของรัฐจึงเป็นความสามารถที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรองให้กับรัฐในการบัญญัติกฎหมายทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับบุคคลทรัพย์สินเหตุการณ์ต่างๆ ที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายนั้นได้

ดินแดนของรัฐหมายถึงดินแดนส่วนที่เป็นแผ่นดินและส่วนที่เป็นทะเลที่เรียกว่า “ทะเลอาณาเขต” (Territorial Sea) และส่วนอื่นที่อยู่ติดไปจากทะเลอาณาเขตอันได้แก่ เขตต่อเนื่อง (Contiguous Zone) เขตเศรษฐกิจจำเพาะ (Exclusive Economic Zone) และไหล่ทวีป (Continental Shelf) ทั้งสามเขตดังกล่าวไม่ได้อยู่ภายใต้อธิปไตยของรัฐ เนื่องจากเป็นพื้นที่ส่วนหนึ่งของทะเลหลวง ราชอาณาจักรสามารถออกกฎหมายใช้บังคับแก่เขตดังกล่าวเป็นการเฉพาะได้ นอกจากนี้ห้วงอากาศ (Air Space) ที่อยู่เหนือดินแดนของรัฐทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นผืนแผ่นดินหรือผืนแผ่นน้ำก็ถือว่าเป็นส่วนของดินแดนของรัฐทั้งสิ้นดังนั้นรัฐจึงย่อมมีเขตอำนาจในการออกกฎหมายและใช้บังคับแก่บุคคลทรัพย์สินและเหตุการณ์ที่อยู่หรือเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐนั้นได้โดยไม่จำกัดว่าบุคคลนั้นจะมีสัญชาติของรัฐนั้นหรือไม่หรือไม่จำกัดว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นของชนชาติรัฐนั้นหรือไม่คนต่างด้าวที่เข้ามาในรัฐไม่ว่าจะเข้ามาพำนักรถเป็นการถาวรหรือชั่วคราวก็จะต้องอยู่ภายใต้ระเบียบกฎหมายและปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐนั้นทั้งสิ้นและจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนในความผิดใดๆ เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายของรัฐนั้น

หลักการที่ว่ารัฐมีอำนาจเหนือการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นภายในดินแดนของรัฐนั้น ปัญหาสำคัญที่จะต้องพิจารณาคือดินแดนของรัฐมีขอบเขตเพียงใดและเมื่อใดจึงจะถือว่ามี การกระทำความผิดเกิดขึ้นภายในดินแดนของรัฐทั้งนี้เพราะในบางครั้งการกระทำความผิดมิได้เกิดขึ้น และเสร็จสิ้นลงภายในดินแดนของรัฐใดรัฐหนึ่งเท่านั้นแต่การกระทำความผิดอาจเริ่มขึ้นภายใน ดินแดนของรัฐหนึ่งและไปเสร็จสิ้นภายในดินแดนของรัฐหนึ่ง การใช้เขตอำนาจของรัฐโดยอาศัย “หลักดินแดน” (Territoriality Principle) หรือ “หลักพื้นที่” (Spatiality Principle) นี้มิได้จำกัดอยู่แต่ เฉพาะการใช้เขตอำนาจของรัฐเหนือโดยอาศัย “หลักดินแดน” หรือ “หลักพื้นที่” ในที่นี้ยัง หมายความว่ารวมถึงการใช้เขตอำนาจของรัฐเหนือส่วนของทะเลที่รัฐสามารถใช้เขตอำนาจได้ตาม กฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วยและส่วนของทะเลเช่นว่านี้ก็ไม่ได้จำกัดเฉพาะส่วนของทะเลที่เรียกว่า “ทะเลอาณาเขต” (Territorial sea) ซึ่งรัฐมีอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) เท่านั้น แต่ยังรวมถึงอาณา

เขตทางทะเลส่วนอื่นที่อยู่ถัดจากทะเลอาณาเขตออกไปอีกด้วย เช่น เขตต่อเนื่อง (Contiguous zone) เขตเศรษฐกิจจำเพาะ (Exclusive economic zone) และไหล่ทวีป (Continental shelf) ซึ่งเป็นบริเวณที่รัฐไม่มีอำนาจอธิปไตยโดยแต่มีเขตบางประการที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรองเท่านั้นเช่นสิทธิอธิปไตย (Sovereign rights)เหนือทรัพยากรทั้งที่มีชีวิตและไม่มีชีวิตเขตอำนาจ (Jurisdiction)เหนือกิจกรรมบางอย่างเช่นการสร้างเกาะเทียมโครงสร้างและสิ่งติดตั้ง การสำรวจวิจัยวิทยาศาสตร์ทางทะเลและการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเลตลอดจนสิทธิ (Rights)เหนือการกระทำความผิดบางประเภท เช่น การกระทำความผิดเป็นโจรสลัด (Piracy) หรือการขนส่งทาส (Transport of Slaves) เป็นต้น

นอกจากนี้การใช้เขตอำนาจของรัฐใน“ห้วงอากาศ”(Airspace)เหนือดินแดนส่วนที่เป็นแผ่นดิน (Land)และเหนือทะเลอาณาเขต (Territorial sea) และการใช้เขตอำนาจของรัฐบนพื้นดินท้องทะเล (Sea-bed)และใต้ผิวดิน (Subsoil)ของทะเลอาณาเขตซึ่งรัฐมีอำนาจอธิปไตย (Sovereign rights)เขตอำนาจ (Jurisdiction)และสิทธิ (Rights)บางประการเท่านั้นที่อยู่ในความหมายของการใช้เขตอำนาจตาม“หลักดินแดน”หรือ“หลักพื้นที่”นี้ด้วยเช่นกันถึงแม้ว่าเขตอำนาจของรัฐในเขตต่างๆเหล่านี้จะแตกต่างกันไปก็ตามเช่นการใช้อำนาจของรัฐในเขตต่อเนื่องหรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะย่อมมีข้อจำกัดมากกว่าการใช้เขตอำนาจของรัฐในทะเลอาณาเขตหรือเหนือแผ่นดิน เป็นต้น (จุมพลสายสุนทร, 2554, หน้า 253-254)

อย่างไรก็ดีเนื่องจากคำว่า“หลักดินแดน”มีความหมายกว้างขวางเพราะรวมถึง“พื้นที่”ทางทะเลที่อยู่ถัดจากทะเลอาณาเขตออกไปด้วยดังนั้นคำว่า“หลักดินแดน”ในที่นี้มีความแตกต่างจากคำว่า “ดินแดน” หรือ “อาณาเขต”(Territory) ของรัฐ กล่าวคือ ส่วนที่เป็น “ดินแดน”หรือ “อาณาเขต” (Territory) ของรัฐได้แก่บริเวณแผ่นดิน (Land)และส่วนของทะเลที่เรียกว่า“ทะเลอาณาเขต”(Territorial sea)ตลอดทั้งพื้นดินท้องทะเล (Sea-bed)และดินใต้ผิวดิน (Subsoil)ของทะเลอาณาเขตรวมทั้งห้วงอากาศเหนือแผ่นดินและทะเลอื่นๆเช่นเขตเศรษฐกิจจำเพาะ (Exclusive economic zone)และไหล่ทวีป (Continental shelf)นั้นไม่ถือเป็น“ดินแดน”หรือ“อาณาเขต”ของรัฐเพราะมิใช่บริเวณที่รัฐมีอำนาจอธิปไตย (sovereignty)แต่ถือเป็นเขตทางทะเลที่รัฐชายฝั่งสามารถใช้เขตอำนาจบางประการได้โดยอาศัย“หลักดินแดน”(Territoriality Principle)ดังนั้นเพื่อหลีกเลี่ยงความสับสนของคำว่า“หลักดินแดน”กับคำว่า“ดินแดน”หรืออาณาเขต”นักกฎหมายระหว่างประเทศบางท่านจึงใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกว้างกว่า“หลักดินแดน”เพื่อให้ครอบคลุมถึงการใช้เขตอำนาจของรัฐในบริเวณทางทะเลที่อยู่ถัดจากทะเลอาณาเขตออกไปซึ่งมิได้เป็น“ดินแดน”หรือ“อาณาเขต”ของรัฐโดยจะเรียกว่าเป็นการใช้เขตอำนาจของรัฐโดยอาศัยหลักดินแดน (Territoriality Principle)

แต่เดิมนั้นคำว่า“หลักดินแดน”(Territoriality Principle) เป็นคำที่ถูกต้องตรงกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศในส่วนของการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐเพราะบริเวณที่เป็น“ดินแดน”ของรัฐจะหมายถึงส่วนที่เป็นแผ่นดิน(Land)ทะเลอาณาเขต(Territorial sea)ที่ประชิดติดกับแผ่นดิน ห้วงอากาศเหนือแผ่นดินและทะเลอาณาเขตและพื้นดินท้องทะเล(Sea-bed)ดินใต้ผิวดิน(Subsoil)ของทะเลอาณาเขตเท่านั้นพื้นที่ทางทะเลที่อยู่เลยออกไปจากทะเลอาณาเขตจะเป็นทะเลหลวง(High seas)ที่รัฐชายฝั่งไม่มีอำนาจใดๆเหนือบริเวณดังกล่าวนอกจากสิทธิและเสรีภาพในการใช้ทะเลหลวงเสมอเท่ากับสิทธิและเสรีภาพของรัฐอื่นๆทะเลหลวงจึงเป็นพื้นที่ทางทะเลที่รัฐทุกรัฐไม่ว่าจะเป็นรัฐชายฝั่ง(Coastal states) หรือรัฐไร้ชายฝั่ง (Land-locked states) ใช้ร่วมกันและถึงแม้รัฐชายฝั่งจะประกาศเขตต่อเนื่อง(Contiguous zone)ก็ตามเขตต่อเนื่องดังกล่าวก็เป็นส่วนหนึ่งของทะเลหลวงหาเขตทางทะเลที่แยกออกจากทะเลหลวงไม่ดังนั้นพื้นที่ทางทะเลที่เลยจากทะเลอาณาเขตของรัฐชายฝั่งออกไปจะมีสถานะทางกฎหมายระหว่างประเทศเป็นทะเลหลวง ซึ่งมีใช้“ดินแดน”ของรัฐชายฝั่ง

อนึ่ง เป็นส่วนที่น่าสังเกตว่าอนุสัญญาหลายฉบับใช้คำว่า“เขตอำนาจแห่งชาติ”(National jurisdiction)หรือ“พื้นที่ภายใต้เขตอำนาจแห่งชาติของรัฐ” (Area under the National jurisdiction of a state) เมื่อต้องการกล่าวถึงพื้นที่ทั้งหมดที่รัฐสามารถใช้เขตอำนาจโดยอาศัยหลักพื้นที่(Spatiality Principle) เช่นข้อ 1 บรรคหนึ่ง ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเลค.ศ. 1982 ข้อ 3 และข้อ 4 ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 และข้อ 2(9)ของอนุสัญญากรุงบาเซลว่าด้วยการควบคุมการเคลื่อนย้ายข้ามแดนซึ่งของเสียอันตรายและการกำจัด ค.ศ. 1989 เป็นต้น (จุมพลสายสุนทร, 2554, หน้า 255)

คำว่า“ดินแดน”หรือ“อาณาเขต”ดังกล่าวข้างต้นนี้หมายความว่าดินแดนทั้งหมดของรัฐซึ่งรวมถึงดินแดนอื่นใดที่รัฐนั้นมีความรับผิดชอบ(Responsibility)ในทางระหว่างประเทศหรือมีอำนาจอธิปไตย(Sovereignty)เหนือดินแดนดังกล่าวด้วยเช่นดินแดนที่เป็นอาณานิคม เป็นต้น

ดังนั้นในการใช้เขตอำนาจของรัฐตาม“หลักดินแดน”หรือ“หลักพื้นที่”ดังกล่าวรัฐย่อมมีเขตอำนาจที่จะออกกฎหมายใช้บังคับกฎหมายเหนือบุคคลทรัพย์สินและเหตุการณ์ที่อยู่หรือเกิดขึ้นในบริเวณดังกล่าวข้างต้นของตนได้โดยไม่จำกัดว่าบุคคลนั้นจะมีสัญชาติของรัฐนั้นหรือไม่ หรือโดยไม่จำกัดว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นของคนชาติหรือไม่ คนต่างด้าวที่เข้ามาในดินแดนของรัฐจะต้องอยู่ภายใต้และปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐนั้นและจะต้องรับผิดชอบเมื่อกระทำความผิดหรือฝ่าฝืนกฎหมายรัฐนั้นเช่นอาจถูกจับกุมเพื่อดำเนินคดีอาญาหากกระทำความผิดอาญาหรืออาจถูกฟ้องร้องดำเนินคดีทางแพ่งเมื่อผิดสัญญาหรือกระทำละเมิดและถูกบังคับคดีเกี่ยวกับทรัพย์สินของคนต่างด้าวนี้ได้

2.1.2.2 การใช้เขตอำนาจของรัฐโดยอาศัยหลักสัญชาติ (Nationality Principle Jurisdiction)

รัฐย่อมมีเขตอำนาจเหนือบุคคลที่ถือสัญชาติของรัฐไม่ว่าบุคคลนั้นจะอยู่ที่ใด อย่างไรก็ดีรัฐมีอำนาจหน้าที่ต่อผู้ที่อยู่ใต้บังคับของรัฐซึ่งหมายถึงคนชาติรัฐและผู้ที่อยู่ใต้บังคับของรัฐอื่นซึ่งหมายถึงคนต่างชาติหรือบุคคลอื่นซึ่งอยู่ในดินแดนของรัฐนั้น

สัญชาติเป็นจุดเกาะเกี่ยวอย่างหนึ่งที่ทำให้รัฐในฐานะที่เป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศสามารถใช้เขตอำนาจของตนเหนือบุคคลหรือทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศที่มีสัญชาติของรัฐนั้นได้ไม่ว่าบุคคลหรือทรัพย์สินนั้นจะอยู่ที่ใดก็ตาม“ผู้ทรงสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศ” หมายถึง บรรดาองค์การระหว่างประเทศที่มีความสามารถในการปกครองหรือใช้สิทธิหรือมีพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศส่วน“วัตถุแห่งสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศ”หมายถึง สิ่งใดๆซึ่งไม่สามารถครองหรือใช้สิทธิหรือมีพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ด้วยตนเอง

2.1.2.3 การใช้เขตอำนาจของรัฐโดยอาศัยหลักป้องกัน (Protective Principle Jurisdiction)

ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศรัฐย่อมมีเขตอำนาจในการป้องกันตนเองต่อการกระทำความผิดภายนอกดินแดนของรัฐที่มุ่งต่อความมั่นคงของรัฐรัฐบาลของรัฐหรือความมั่นคงทางเศรษฐกิจของรัฐทั้งนี้โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้กระทำความผิดดังกล่าวจะมีสัญชาติของรัฐนั้นหรือไม่เขตอำนาจของรัฐในการป้องกันตนเองความผิดร้ายแรงและเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐนั้นรัฐย่อมมีอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะออกกฎหมายภายในรัฐได้โดยกำหนดให้คดีเกี่ยวกับความผิดที่เป็นภัยร้ายแรงและกระทบต่อความมั่นคงของรัฐแม้จะเกิดขึ้นนอกดินแดนของรัฐก็สามารถลงโทษในดินแดนของรัฐได้ แต่ทั้งนี้ การใช้เขตอำนาจศาลจะแตกต่างจากการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติกล่าวคือหากไม่ปรากฏตัวจำเลยในศาลศาลก็จะไม่สามารถพิจารณาคดีจำเลยนั้นได้และศาลก็ไม่สามารถพิจารณาคดีโดยมีผลลงโทษจำเลยที่อยู่นอกราชอาณาจักรและอยู่ภายใต้ดินแดนของรัฐอื่นโดยไม่มาปรากฏตัวต่อหน้าศาลสำหรับประเทศไทยหลักการที่ว่าศาลจะไม่พิจารณาคดีหรือศาลจะไม่ใช้เขตอำนาจศาลในกรณีที่ปรากฏตัวจำเลยจะเห็นได้จากบทบัญญัติในมาตรา172แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งบัญญัติว่า “การพิจารณาและสืบพยานในศาลให้ทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลยเว้นแต่บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น....”

อย่างไรก็ดีรัฐมีสิทธิที่จะดำรงชาติของตนดังนั้นรัฐย่อมมีสิทธิที่จะระงับการกระทำตลอดจนลงโทษผู้ที่กระทำการอันเป็นอันตรายและกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของรัฐทางการเมือง เช่น การล้มล้างรัฐบาล การบ่อนทำลายความมั่นคงทางเศรษฐกิจของรัฐ เป็นต้นว่า การปลอมแปลงเงินตราแสดงมั่วเงินหนังสือเดินทางดังนั้นแม้การกระทำความผิดดังกล่าวจะเกิดนอก

เขตแดนของรัฐและผู้กระทำมิใช่คนสัญชาติของรัฐที่ได้รับความเสียหายรัฐที่เสียหายก็มีอำนาจที่จะลงโทษบุคคลเหล่านั้นได้ทั้งนี้รัฐที่เสียหายก็จะร้องขอต่อศาลของประเทศที่มีการกระทำผิดเกิดขึ้น เช่นเป็นสถานที่พินัยกรรมปลอมสั่งให้จำเลยยุติการกระทำนั้นเสีย

ตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น รัฐย่อมมีเขตอำนาจเหนือการกระทำความผิดบางประเภทซึ่งกระทำภายนอกดินแดนของรัฐนั้น แต่เป็นการกระทำความผิดที่มุ่งต่อความมั่นคงของรัฐนั้น หรือต่อรัฐบาลของรัฐนั้นหรือต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของรัฐนั้น ทั้งนี้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้กระทำความผิดดังกล่าวจะมีสัญชาติของรัฐนั้นหรือไม่

มาตรา 7 ของประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยได้บัญญัติถึงการกระทำความผิดบางประการซึ่งกระทำนอกราชอาณาจักรแต่ต้องรับโทษในราชอาณาจักรดังนี้

1)ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ซึ่งจำแนกออกเป็น

(1) ความผิดต่อองค์พระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาทและผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ (มาตรา 107-112)

(2) ความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายในราชอาณาจักร (มาตรา 113-118) เช่น การล้มล้างเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ การล้มล้างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารหรืออำนาจตุลาการแห่งรัฐธรรมนูญหรือการแบ่งแยกราชอาณาจักรหรือยึดอำนาจปกครองในส่วนหนึ่งส่วนใดแห่งราชอาณาจักรหรือกระทำการใดๆ ต่อธงหรือเครื่องหมายอื่นใดอันมีความหมายถึงรัฐเพื่อเหยียดหยามประเทศชาติ

(3) ความผิดต่อความมั่นคงภายนอกราชอาณาจักร (มาตรา 119-129) เช่น การกระทำการใดๆ เพื่อให้ราชอาณาจักรหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของราชอาณาจักรตกอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐต่างประเทศหรือเพื่อให้เอกราชของรัฐเสื่อมเสียไป หรือการคบคิดกับบุคคลซึ่งกระทำการเพื่อประโยชน์ของรัฐต่างประเทศด้วยความประสงค์ที่จะก่อให้เกิดการดำเนินการรบต่อรัฐหรือในทางอื่นที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐหรือคนไทยที่กระทำการรบต่อประเทศหรือทำให้ป้อมค่าย สนามบิน ขนรบ ขนพาหนะ ทางคมนาคม สิ่งที่ใช้ในการสื่อสาร ยุทโธปกรณ์ เเสบียงอาหาร อุเรือ อาคารหรือสิ่งใดที่ใช้เพื่อการสงครามใช้การไม่ได้หรือตกอยู่ในเงื้อมมือของข้าศึกหรือทำให้ผู้อื่นล่วงรู้เอกสารหรือได้ไปซึ่งข้อความ เอกสารหรือสิ่งใดๆ อันปกปิดไว้เป็นความลับสำหรับความปลอดภัยของประเทศเป็นต้น

กฎหมายภายในของรัฐบางรัฐบัญญัติไว้ชัดเจนถึงการใช้เขตอำนาจของรัฐโดยอาศัยหลักป้องกันตนเองเดียวกันกับประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย แต่มีข้อเสนอเพิ่มเติมว่าการกระทำนอกดินแดนของรัฐที่รัฐจะใช้เขตอำนาจลงโทษการกระทำเช่นว่านั้นได้นั้นต้องไม่ปรากฏว่า การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำที่กฎหมายของรัฐซึ่งการกระทำนั้นเกิดขึ้นรับรองว่าผู้นั้น

มีเสรีภาพที่จะกระทำได้ เช่น ในข้อ 7 ของ Harvard Research on International Law ในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้เขตอำนาจของรัฐเหนือการกระทำความผิดอาญา (Harvard Research on International Law, 1935)

กำหนดว่า รัฐมีเขตอำนาจเกี่ยวกับการกระทำความผิดอาญาใดๆ นอกอาณาเขต (Territory) ของตนโดยคนต่างด้าวต่อความมั่นคง (Security) บูรณภาพแห่งดินแดน (Territorial integrity) หรือเอกราชทางการเมือง (Political independence) ของรัฐนั้น ทั้งนี้การกระทำอันเป็นความผิดอาญานั้นต้องมิใช่เป็นการกระทำโดยเป็นการใช้เสรีภาพ (Liberty) ซึ่งกฎหมายแห่งสถานที่ที่การกระทำเช่นนั้นเกิดขึ้นได้ประกันรับรองไว้

อย่างไรก็ดีประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยมิได้มีบทบัญญัติเพิ่มเติม ยกเว้นการใช้เขตอำนาจทางอาญาของประเทศไทยเกี่ยวกับความผิดต่อความมั่นคงที่กระทำนอกราชอาณาจักรไทย ดังนั้น จึงต้องถือว่าประเทศไทยยังคงมีเขตอำนาจทางอาญาอยู่สำหรับการกระทำความผิดต่อความมั่นคงที่กระทำนอกราชอาณาจักรไทย ถึงแม้ตามกฎหมายภายในของรัฐที่บุคคลนั้นกระทำความผิดจะรับรองว่าบุคคลนั้นมีเสรีภาพที่จะกระทำการนั้นได้ก็ตาม

2.1.2.4 การใช้เขตอำนาจของรัฐโดยอาศัยหลักสากล (Universality Principle Jurisdiction)

กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศยอมรับว่า การกระทำอันเป็นโจรสลัด (Piracy) ในทะเลหลวงหรือสถานที่อื่นใดที่อยู่นอกเขตอำนาจของรัฐไม่ว่าจะกระทำโดยใช้เรือหรืออากาศยานก็ตามเป็นความผิดต่อรัฐทุกรัฐและจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองจากรัฐใดๆ รัฐทุกรัฐย่อมมีเขตอำนาจในการจับกุมผู้กระทำความผิดฐานกระทำการเป็นโจรสลัดและดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดเช่นนั้นได้โดยมิต้องคำนึงว่าผู้กระทำความผิดดังกล่าวจะมีสัญชาติใดรัฐใดที่จับกุมผู้กระทำความผิดฐานกระทำการเป็นโจรสลัดได้ก่อนย่อมมีเขตอำนาจก่อนรัฐอื่นใดที่ดำเนินการฟ้องร้องผู้กระทำความผิดดังกล่าวในรัฐของตนโดยมิจำเป็นต้องส่งตัวผู้กระทำความผิดดังกล่าวให้แก่รัฐอื่นซึ่งขอให้ส่งตัวผู้กระทำความผิดนั้นไปลงโทษ

ข้อ 15 ของอนุสัญญากรุงเจนีวาว่าด้วยทะเลหลวง ค.ศ. 1958 และ ข้อ 101 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ได้ให้คำจำกัดความของการกระทำอันเป็นโจรสลัด (Piracy) ไว้ดังนี้

การกระทำอันเป็นโจรสลัดประกอบด้วยการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

1) การกระทำใดๆ อันมิชอบด้วยกฎหมาย โดยการใช้กำลังหรือการกักขังหรือการกระทำใดๆ อันเป็นการปล้นสดมภ์กระทำเพื่อวัตถุประสงค์ส่วนตัวโดยลูกเรือหรือผู้โดยสารของเรือเอกชนหรืออากาศยานเอกชนและมุ่งกระทำ

(1) ในทะเลหลวง ต่อเรือหรืออากาศยานลำอื่นหรือต่อบุคคลหรือทรัพย์สินในเรือ หรืออากาศยานเช่นว่านั้น

(2) ต่อเรือ อากาศยาน บุคคลหรือทรัพย์สิน ในสถานที่ที่อยู่นอกเขตอำนาจของรัฐใดๆ

2) การกระทำอันเป็นการเข้าร่วมโดยสมัครใจในการปฏิบัติการของเรือหรือของอากาศยานโดยทราบถึงข้อเท็จจริงที่ทำให้เรือหรืออากาศยานนั้นเป็นโจรสลัด

3) การกระทำใดอันเป็นการยุยงหรืออำนวยความสะดวกโดยเจตนาต่อการกระทำที่ระบุไว้ในอนุวรรค 1) หรือ 2)

ตามคำจำกัดความข้างต้น การกระทำอันเป็นโจรสลัดนั้นเป็นการกระทำที่ประกอบด้วย ความผิดทางอาญาหลายลักษณะ เช่น ทำร้ายร่างกาย ความผิดต่อเสรีภาพ ชิงทรัพย์ และปล้นทรัพย์ ซึ่งผู้กระทำความผิดอาจเป็นลูกเรือหรือผู้โดยสารของเรือหรืออากาศยานเอกชนก็ได้ โดยบุคคลเหล่านั้นไม่ว่าจะเป็นตัวการด้วยกันหรือผู้สนับสนุนก็ตาม และความผิดดังกล่าวเกิดขึ้นในบริเวณ ทะเลหลวงหรือบริเวณซึ่งอยู่นอกเขตอำนาจของรัฐ เช่น น่านฟ้าสากลก็ได้เป็นต้น

2.1.2.5 การใช้เขตอำนาจของรัฐโดยอาศัยหลักสนธิสัญญา (Treaty Principle Jurisdiction)

การใช้เขตอำนาจของรัฐโดยอาศัยหลักสนธิสัญญาเป็นที่ยอมรับของกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐหนึ่งสามารถออกและใช้บังคับกฎหมายของตนในดินแดนของรัฐอีกรัฐหนึ่งได้หากรัฐ เช่นว่านั้นยินยอม ความยินยอมของรัฐเช่นว่านั้นมักจะอยู่ในรูปของสนธิสัญญา เช่น อนุสัญญา Hay-Parilla ค.ศ. 1903 (Hay-Parilla Convention, 1903) ระหว่างสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐปานามา โดยข้อ 3 ของสนธิสัญญาดังกล่าวบัญญัติให้สหรัฐอเมริกา สามารถใช้สิทธิ์ต่างๆ ของตนให้เสมือนเป็นองค์อธิปัตย์ (Sovereign) เหนือดินแดนส่วนที่เป็นที่ตั้งของเขตปกครองปานามา (Panama Canal Zone) โดยที่สาธารณรัฐปานามาจะไม่มีอำนาจที่จะใช้สิทธิ์หรืออำนาจใดๆ ในเขตดังกล่าวได้

นอกจากนี้ การใช้เขตอำนาจของรัฐโดยอาศัยสนธิสัญญาอาจมีได้ในกรณีที่ สนธิสัญญานั้นมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมหรือปราบปรามการกระทำบางอย่าง ซึ่งโดยปกติแล้ว จะมีรัฐเพียงรัฐเดียวที่มีเขตอำนาจ เช่น ในกรณีของการขนส่งทางเรือหรือการลักลอบการค้ายาเสพติด หรือสารที่ออกฤทธิ์ต่อจิตประสาทซึ่งกระทำโดยเรือ ซึ่งธงของเรือใดรัฐหนึ่ง ซึ่งอยู่ในทะเลหลวง หรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะของรัฐชายฝั่ง ในกรณีเช่นว่านี้โดยปกติแล้วเฉพาะรัฐเจ้าของธงเรือ เช่นว่านั้น เท่านั้นที่จะมีเขตอำนาจเหนือการกระทำความผิดและบุคคลที่กระทำความผิดดังกล่าว เพราะการขนส่งทางเรือและการลักลอบการค้ายาเสพติดหรือสารที่ออกฤทธิ์ต่อจิตประสาทนั้น ยังไม่ถือว่าเป็น ความผิดอันมีลักษณะสากลเหมือนกับการกระทำอันเป็นโจรสลัด แต่ถ้าหากรัฐต่างๆ เห็นว่าการขนส่งทางเรือหรือการลักลอบการค้ายาเสพติดหรือสารที่ออกฤทธิ์ต่อจิตประสาทดังกล่าว เป็นความผิดที่

รัฐทุกรัฐควรร่วมมือกันปราบปราม รัฐเหล่านั้น อาจจะเข้าทำสนธิสัญญาเพื่อร่วมมือกันปราบปราม การกระทำความผิดฐานข่มขืนหรือการลักลอบค้ายาเสพติดหรือสารที่ออกฤทธิ์ต่อจิตประสาทได้ โดยให้รัฐภาคีอื่นๆ แห่งสนธิสัญญาดังกล่าว นอกเหนือจากรัฐเจ้าของธง มีเขตอำนาจเหนือการกระทำความผิดเช่นนั้นได้

จากวรรณกรรมดังกล่าวแสดงว่าหลักการใช้เขตอำนาจรัฐ หมายถึงการที่รัฐอาจใช้อำนาจเหนือบุคคลทรัพย์สินหรือเหตุการณ์โดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวบางประการที่กฎหมายระหว่างประเทศมารับรอง ในการศึกษาเรื่องการพัฒนากฎหมายคนเข้าเมืองเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาตินั้น เน้นศึกษาการใช้เขตอำนาจ ของรัฐโดยอาศัยหลักสนธิสัญญา ซึ่งข้อตกลงระหว่างประเทศซึ่งมีผลผูกพันคู่สัญญา ที่นำมาสู่ การปรับปรุงกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ ที่ประเทศไทยได้ไปลงนามและให้สัตยาบันไว้ ที่เกี่ยวข้องกับการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติ

2.1.3 หลักการมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญา (Entry into Force of Treaties)

ข้อตกลงระหว่างประเทศซึ่งมีผลผูกพันคู่สัญญานอกจากจะเรียกว่าสนธิสัญญาหรือ Treaty ในอังกฤษแล้วในทางปฏิบัติอาจมีชื่อเรียกเป็นอย่างอื่นก็ได้ขึ้นอยู่กับลักษณะในการใช้และระดับความสำคัญของข้อตกลงนั้นๆ สนธิสัญญาจึงเป็นคำที่มีความหมายทั่วไปดังนั้นสนธิสัญญาจึงอาจมีชื่อเรียกที่แตกต่างกันไป อาทิ ความตกลง (Agreement) ข้อตกลง (Arrangement) บันทึกความเข้าใจ (Memorandum of understanding) บันทึกความตกลง (Memorandum of agreement) พิธีสาร (Protocol) อนุสัญญา (Convention) ฯลฯ อย่างไรก็ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไรก็ตามหากเข้าหลักเกณฑ์ตามกฎหมายก็ถือเป็นสนธิสัญญาทั้งสิ้น

การที่มีการเรียกชื่อสนธิสัญญาต่าง ๆ กันนี้มีเหตุผลหลายประการด้วยกันอาทิเป็นทางปฏิบัติของบางประเทศหรือกลุ่มประเทศที่จะแบ่งกลุ่มสนธิสัญญาตามความสำคัญหรือเพื่อที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาขั้นตอนการทำสนธิสัญญาในลักษณะที่แตกต่างกันตามกระบวนการกฎหมายภายในเช่นหากเรียกชื่อเป็นบันทึกความเข้าใจก็อาจไม่จำเป็นต้องเสนอต่อรัฐสภาแต่หากเรียกชื่อว่าสนธิสัญญาหรือความตกลงก็ต้องผ่านกระบวนการให้ความเห็นชอบของรัฐสภาเป็นต้น ทั้งนี้เหตุผลสำคัญน่าจะเป็นเรื่องความสะดวกหรือหลีกเลี่ยงปัญหาการอภิปรายทางการเมือง

สำหรับประเทศไทยนั้นจะไม่ยึดถือแนวปฏิบัติดังกล่าวข้างต้นแต่จะพิจารณาเนื้อหาสาระและพันธกรณีที่จะมีขึ้นเป็นสำคัญทั้งนี้มีข้อสังเกตว่าในการจัดทำบันทึกการหารือในรูปแบบของบันทึกเจรจา (Agreed Minutes) หรือบันทึกการหารือ (Record of the Decision) ปกติจะไม่ใช้สนธิสัญญาเนื่องจากยังไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีระหว่างกันภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศส่วนการจัดทำแถลงการณ์ร่วม (Joint Declaration) โดยทั่วไปจะเป็นถ้อยแถลงนโยบายซึ่งอาจก่อให้เกิดข้อ

ผูกพันทางการเมือง (Political Commitment) แต่ยังไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศจึงไม่ถือเป็นสนธิสัญญาเช่นกัน แต่เนื่องจากแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวมีนัยที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศจึงจำเป็นต้องเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรีพ.ศ. 2548 มาตรา 4 (7)

ประเภทต่างๆ ของสนธิสัญญาได้แก่ (ปรัชญา เวสารัตน์, 2552, หน้า 234-237; สมบูรณ์ เสี่ยมบุตร, 2554, หน้า 13-17; ประสิทธิ์ เอกบุตร, 2551, หน้า 51-54)

สนธิสัญญา (Treaty) ใช้สำหรับความตกลงระหว่างประเทศที่กระทำเต็มตามแบบพิธีและเป็นทางการอย่างเคร่งครัดมักใช้สำหรับการตกลงที่ถือว่ามีความสำคัญมากหรือข้อตกลงทางการเมือง เช่น สนธิสัญญาสถาปนาสัมพันธไมตรีระหว่างประเทศ สนธิสัญญาสันติภาพ เพื่อยุติสงคราม เป็นต้น นอกจากนี้ มักกระทำโดยประมุขของรัฐหรือรัฐบาลและนิยมทำกันระหว่างสองประเทศ

อนุสัญญา (Convention) ใช้สำหรับสนธิสัญญาพหุภาคีหรือความตกลงที่ร่างขึ้นโดยองค์การระหว่างประเทศ โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นหรือเป็นการสร้างประมวลกฎหมายโดยมากจะทำกันระหว่างหลายประเทศที่มาประชุมกันและจัดวางบทบัญญัติเป็นข้อผูกพันระหว่างภาคี

กติการะหว่างประเทศ (Covenant) ใช้สำหรับสนธิสัญญาพหุภาคีหรือความตกลงที่ร่างขึ้นโดยองค์การระหว่างประเทศ โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นหรือเป็นการสร้างประมวลกฎหมายโดยมากจะทำกันระหว่างหลายประเทศที่มาประชุมกันและจัดวางบทบัญญัติเป็นข้อผูกพันระหว่างภาคี

ความตกลง (Agreement) เป็นข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นทางการน้อยกว่าสนธิสัญญาหรืออนุสัญญา โดยทั่วไปมิได้กระทำโดยประมุขของรัฐแต่จะกระทำและลงนามโดยผู้แทนของรัฐบาลและไม่จำเป็นต้องให้สัตยาบัน

พิธีสาร (Protocol) ใช้เรียกความตกลงที่มีลักษณะเป็นการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติมหรือกำหนดรายละเอียดของสนธิสัญญาหรือความตกลงอื่น พิธีสารจะมี 2 ลักษณะดังนี้

1) เอกสารเสริมอนุสัญญาและร่าง โดยผู้ร่วมเจรจากลุ่มเดิมที่พิจารณาจัดทำอนุสัญญามักเป็นเอกสารภาคผนวก เช่น ติความข้อบัญญัติบางข้อความของสนธิสัญญาหรือบทบัญญัติแทรกเสริมสนธิสัญญา เป็นต้น การให้สัตยาบันสนธิสัญญาจะมีผลเป็นการให้สัตยาบันพิธีสารไปในตัวด้วย

2) เอกสารเสริมอนุสัญญาแต่มีลักษณะเป็นเอกสารและจะต้องให้สัตยาบันอีกครั้งหนึ่ง หลังจากที่ได้ให้สัตยาบันสนธิสัญญาแม่แล้ว ตัวอย่างเช่น พิธีสารกรุงเฮก ค.ศ. 1930 ว่าด้วยการไร้สัญชาติเป็นพิธีสารเสริมอนุสัญญากรุงเฮก ว่าด้วยการจำกัดกฎหมายสัญชาติ ค.ศ. 1930 ขยายเวลาให้

ล่าช้าออกไปหรือถ้ารัฐใดรัฐหนึ่งแข็งต่อรัฐอื่นที่สนธิสัญญามีผลใช้บังคับชั่วคราวให้ทราบถึงเจตนาของตนที่จะไม่เข้าเป็นภาคีสนธิสัญญานั้น

อนึ่งข้อกำหนดต่างๆ ที่เกี่ยวกับวิธีการหรือกระบวนการจัดทำสนธิสัญญามีผลบังคับก่อนการมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญาเสมอเนื่องจากเป็นความจำเป็นที่กระบวนการเหล่านี้ต้องมีผลเกิดขึ้นก่อนเพื่อให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับได้ ดังเช่นข้อ 24 วรรค 4 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสัญญาฉบับที่ 11 ว่า “บทบัญญัติของสนธิสัญญาที่วางหลักเกณฑ์ในเรื่องการยืนยันความถูกต้องแท้จริงของสนธิสัญญาการจัดทำความยินยอมของรัฐที่จะเข้าผูกพันตามสนธิสัญญารูปแบบหรือวันที่สนธิสัญญามีผลใช้บังคับข้อสงวนหน้าที่ของผู้รับฝากสนธิสัญญารวมทั้งเรื่องอื่นๆ ที่จำเป็นจะต้องเกิดขึ้นก่อนวันที่สนธิสัญญามีผลใช้บังคับ ต่างใช้ได้ตั้งแต่วันที่มีการรับสนธิสัญญาเป็นต้นไป”

ข้อกำหนดดังกล่าวมีผลทำให้รัฐที่เข้าทำสนธิสัญญามีพันธกรณีทางกฎหมายได้ก่อนที่สนธิสัญญามีผลใช้บังคับทั้งนี้โดยอาศัยพันธกรณีที่เกิดจากความยินยอมของรัฐที่ให้ไว้ในการรับสนธิสัญญานั้นเอง

วันที่มีผลใช้บังคับของสนธิสัญญาอาจมีได้หลายกรณี เช่น วันที่มีการแลกเปลี่ยนสัตยาบันสารวันที่มีการจดแจ้งการบังคับใช้สนธิสัญญาอย่างเป็นทางการตามรัฐธรรมนูญ หรือวันที่ให้ความยินยอม วันที่มีการลงลายมือชื่อ ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว สนธิสัญญาจะกำหนดวันที่ใช้บังคับตามกรณีใดกรณีหนึ่งที่กล่าวมานี้ไว้ ดังนั้น เมื่อสนธิสัญญามีผลใช้บังคับแล้วก็อาจจะมีระยะเวลาอยู่ช่วงหนึ่งก่อนที่สนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับตามกฎหมายภายใน ซึ่งปกติสนธิสัญญาจะมีผลใช้ได้ตามกฎหมายภายในก็จะต้องมีการตีพิมพ์เผยแพร่อย่างเป็นทางการก่อน อย่างไรก็ตาม การที่สนธิสัญญามีผลใช้บังคับล่าช้าตามกฎหมายภายใน ก็มีได้มีผลกระทบต่พันธกรณีและความสมบูรณ์ของสนธิสัญญาในแง่ของกฎหมายระหว่างประเทศ (Sinclair, 1973, pp. 27-36)

หลักการมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญาสนธิสัญญามีผลบังคับต่อรัฐภาคีดังนี้ (ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, 2555, หน้า 59-63; จุมพต สายสุนทร, 2554, หน้า 126-149; ประสิทธิ์ เอกบุตร 2551, หน้า 193-197)

1) ลักษณะความผูกพันของสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศมาตรา 26 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาบัญญัติไว้ว่า “สนธิสัญญาทุกฉบับที่มีผลบังคับใช้แล้วย่อมผูกพันภาคีของสนธิสัญญานั้นๆ และภาคีทั้งปวงต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้นๆ โดยสุจริต พันธกิจในการปฏิบัติตามสนธิสัญญาโดยสุจริตภายใต้มาตรา 26 ดังกล่าวนี้นี้ ให้หมายรวมถึงการงดเว้นหรือละเว้นที่จะกระทำการใดอันเป็นปฏิปักษ์หรือขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาทั้งนี้ เป็นไปตามหลัก Principle of Good Faith การที่สนธิสัญญามีผลบังคับผูกพันรัฐเป็นไปตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและทางปฏิบัติของรัฐที่ยอมรับกันว่าหากรัฐใดแสดงเจตนาผูกพันตนกับรัฐใดๆ ตามความตกลงในสนธิสัญญา รัฐนั้นย่อมต้องผูกพันตามที่ได้ตกลงกันนั้นตาม

หลักเกณฑ์พื้นฐานของหลักPacta Sunt Servandaอันทำให้สนธิสัญญามีผลบังคับนอกจากนี้การมีผลบังคับในตัวเองของสนธิสัญญาตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ว่าสนธิสัญญาต้องมีผลบังคับอันเป็นจารีตประเพณีที่ทุกรัฐยอมรับในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั้นก็คือหลักที่ว่าสนธิสัญญาย่อมผูกพันรัฐผู้กระทำหลักการดังกล่าวนี้สะท้อนให้เห็นความผูกพันในตัวรัฐเพราะไม่ว่าสนธิสัญญาจะทำโดยรัฐบาลชุดใดหรือบุคคลผู้มีอำนาจเต็มผู้ใดก็ตามสนธิสัญญาก็จะผูกพันรัฐนั้นมิใช่ผูกพันรัฐบาลหรือผู้มีอำนาจเต็ม ดังนั้นไม่ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงรัฐบาลหรือเปลี่ยนแปลงทางการเมืองก็ไม่มีผลกระทบใดต่อความสมบูรณ์ของสนธิสัญญาที่ทำไว้ก่อนนั้นและรัฐบาลชุดใหม่ก็จะต้องปฏิบัติตามความผูกพันหรือพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญานั้นเช่นเดียวกัน ตัวอย่างเช่น รัสเซียเคยอ้างว่าสนธิสัญญาที่ทำขึ้นในสมัยพระเจ้าซาร์ก่อนที่จะมีการปฏิวัติในปี ค.ศ. 1917 ย่อมเป็นอันสิ้นผลเนื่องจากการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองทางการเมืองและเปลี่ยนแปลงโครงสร้างรัฐเป็นสาธารณรัฐสังคมนิยมรัสเซียและสนธิสัญญาการกู้เงินที่ทำขึ้น ในสมัยพระเจ้าซาร์ตกเป็นโมฆะด้วย โดยอ้างว่าการเปลี่ยนแปลงชนชั้นการปกครองย่อมกระทบถึงสนธิสัญญาที่ทำโดยประชาชนซึ่งไม่ได้รับรู้ด้วยเมื่อเปลี่ยนแปลงการปกครองเจตจำนงของรัฐโดยประชาชนจึงไม่ต้องการผูกพันตามสนธิสัญญาที่ได้ทำไว้ก่อนหน้านี้เพราะไม่ใช่สนธิสัญญาที่ทำโดยรัฐบาลภายใต้การปกครองระบอบใหม่สนธิสัญญาย่อมสิ้นผลไปเนื่องจากสถานการณ์และสภาพแวดล้อมเปลี่ยนแปลงไปอย่างสำคัญตามหลักRebus sic stantibusอย่างไรก็ดีข้ออ้างของรัสเซียนี้ไม่เป็นที่ยอมรับเนื่องจากประเทศรัสเซียไม่ได้สูญเสียไปเพราะการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองภายในรัสเซียจึงยังคงต้องผูกพันตามสนธิสัญญาในฐานะรัฐส่วนผู้ใดเป็นผู้ทำสนธิสัญญาย่อมไม่กระทบต่อผลความผูกพันในสนธิสัญญานั้นๆ การไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบตามสนธิสัญญาและความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศและจะอ้างว่าฝ่ายนิติบัญญัติของตนไม่ถือปฏิบัติตามสนธิสัญญา รัฐจึงปฏิบัติตามสนธิสัญญาไม่ได้ดังนี้ย่อมอ้างไม่ได้ ความผูกพันตามสนธิสัญญาต่อรัฐนี้เป็นความผูกพันที่มีอยู่เหนือดินแดนทั้งหมดของรัฐทั้งนี้ขึ้นไปตามมาตรา29แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า“เว้นแต่เจตนารมณ์ที่ปรากฏในสนธิสัญญาหรือที่ตกลงกันไว้เป็นประการอื่นแล้วสนธิสัญญาย่อมผูกพันรัฐภาคีทั้งปวงเหนือดินแดนทั้งหมด” ดังนั้นสนธิสัญญาจึงมักจะกำหนดขอบเขตแห่งดินแดนในอาณานิคมที่สนธิสัญญานั้นจะมีผลบังคับใช้เหนือดินแดนในอดีตรัฐที่ทำสนธิสัญญาอาจมีดินแดนในอาณานิคมและประสงค์ให้ดินแดนในอาณานิคมนั้นอยู่ในบังคับของสนธิสัญญาด้วยหรือกรณีการทำสนธิสัญญากับประเทศที่มีมลรัฐหรือประเทศสหพันธรัฐสนธิสัญญาอาจกำหนดให้มลรัฐต้องให้ความยินยอมด้วยจึงจะผูกพันมลรัฐทั้งหมดได้การทำสนธิสัญญาในลักษณะเช่นนี้จึงต้องแจ้งแก่ภาคีถึงดินแดนทั้งปวงที่จะให้สนธิสัญญานั้นมีผลบังคับ

ตลอดทั้งเงื่อนไขของการบังคับใช้สนธิสัญญาดังกล่าวให้ทราบและกำหนดไว้โดยชัดแจ้งในสนธิสัญญา

หลักที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ หลักสนธิสัญญาไม่มีผลย้อนหลัง (Non-Retroactivity of Treaty) ซึ่งเป็นหลักการทั่วไปที่ใช้กับการกระทำกฎหมายระหว่างประเทศ (International-Juristic Act) ทุกประเภท มาตรา 28 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาได้บัญญัติไว้ว่า“เว้นแต่จะปรากฏเจตนาเป็นอย่างอื่นแตกต่างไปจากที่ปรากฏในสนธิสัญญาหรือปรากฏเป็นกรณีอย่างอื่น บทบัญญัติต่างๆของสนธิสัญญาข่มไม่ผูกพันภาคีของสนธิสัญญาในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนวันที่สนธิสัญญามีผลใช้บังคับต่อภาคีของสนธิสัญญานั้นหรือสถานการณ์ซึ่งได้สิ้นสุดลงก่อนวันที่สนธิสัญญามีผล” บทบัญญัตินี้ได้ยืนยันหลักการไม่มีผลย้อนหลังของการกระทำทางกฎหมายเนื่องจากการทำสนธิสัญญาเป็นเรื่องของความตกลงที่ทำขึ้นระหว่างรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศเพื่อการบังคับใช้ในอนาคตมิใช่ในอดีตที่ผ่านมาแล้วดังนั้น หากภาคีของสนธิสัญญาไม่ได้กำหนดไว้ให้สนธิสัญญามีผลย้อนหลังได้แล้ว สนธิสัญญาข่มมีผลนับตั้งแต่สนธิสัญญานั้นได้กระทำขึ้นแล้วและมีผลตามเงื่อนไขข้อกำหนดที่ให้สนธิสัญญาเริ่มบังคับเป็นต้นไป

2) ลักษณะความผูกพันของสนธิสัญญาในกฎหมายภายในเมื่อสนธิสัญญามีผลบังคับใช้แล้วรัฐภาคีจะต้องผูกพันตามบทบัญญัติของสนธิสัญญาแต่เนื่องจากการปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญานี้ครอบคลุมถึงองค์กรต่างๆของรัฐทั้งหมด ในฐานะที่องค์กรเหล่านี้ต้องทำหน้าที่บังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาด้วยไม่ว่าจะเป็นองค์กรฝ่ายบริหารนิติบัญญัติหรือตุลาการจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมิกฎหมายภายในมารองรับและบังคับการให้เป็นไปตามผลของสนธิสัญญาซึ่งเรียกวิธีการนี้ว่าการอนุวัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาอาจเป็นการกระทำหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดตามสนธิสัญญากำหนดซึ่งรัฐจะต้องอนุวัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญานั้นแต่รัฐภาคีอาจมีกฎหมายที่สอดคล้องตามสนธิสัญญาแล้วรัฐนั้นก็ไม่ต้องกระทำการใดๆอีกในทางตรงกันข้าม หากรัฐไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา รัฐก็ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศและไม่อาจกล่าวอ้างกฎหมายภายในของตนมาปฏิเสธความรับผิดชอบหรือปฏิเสธพันธกรณีตามสนธิสัญญาได้ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 27 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 กำหนดไว้ว่า“รัฐภาคีไม่อาจจะกล่าวอ้างบทบัญญัติของตนตามกฎหมายภายในมาเป็นข้ออ้างที่จะไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา”

สำหรับวิธีการอนุวัติการตามสนธิสัญญานี้แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศเช่นประเทศที่ยึดถือตามหลักทวินิยม (Dualism) ซึ่งถือว่ากฎหมายภายในแยกจากกฎหมายระหว่างประเทศสนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้ตามกฎหมายภายในได้ต้องแปลงมาเป็นกฎหมายภายในเสียก่อนเช่นกรณีของประเทศไทยต้องตราพระราชบัญญัติออกมารองรับสนธิสัญญานั้นก่อน

สนธิสัญญาจึงจะมีผลใช้บังคับตามกฎหมายภายในได้ส่วนประเทศที่ยึดหลักเอกนิยม (Monism) ถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันแต่ยังแยกเป็นหลายแนวคิดว่ากฎหมายใดเหนือกว่าเช่นในกรณีของประเทศฝรั่งเศสถือว่าสนธิสัญญาระหว่างประเทศอยู่เหนือกฎหมายภายในเมื่อรัฐทำสนธิสัญญาแล้วยอมผูกพันรัฐแต่ละภาคีของสนธิสัญญารัฐอื่นก็ต้องปฏิบัติตามในทำนองเดียวกันตามหลักต่างตอบแทน (Reciprocity) ด้วย

โดยปกติแล้วสนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้ในวันที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาหรือวันที่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาดกลงกันเช่นภายใน 30 วันนับแต่วันที่รัฐทั้งปวงซึ่งได้ลงนามส่งมอบตราสารการให้สัตยาบันตราสารการยอมรับหรือตราสารการให้ความเห็นชอบแก่เลขาธิการสหประชาชาติแล้ว แต่ถ้าไม่มีการกำหนดวันซึ่งสนธิสัญญาจะมีผลบังคับไว้ในสนธิสัญญาหรือรัฐ ภาคีแห่งสนธิสัญญามีได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นสนธิสัญญาก็มีผลบังคับใช้ทันทีที่รัฐทั้งหมดซึ่งเข้าร่วมในการเจรจาทำสนธิสัญญาให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา (Sinclair, 1973, pp. 27-36)

ในกรณีที่สนธิสัญญามีผลบังคับใช้แล้วและมีรัฐอื่นต้องการเข้าเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาดังกล่าวโดยการภาคยานุวัติหรือการยอมรับหรือการให้ความเห็นชอบอื่นใดหากสนธิสัญญาเช่นนั้นเปิดช่องให้รัฐอื่นเช่นนั้นเข้าเป็นภาคีได้สนธิสัญญาเช่นนั้นจะมีผลบังคับสำหรับรัฐเช่นนั้นในวันที่รัฐเช่นนั้นให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการภาคยานุวัติการยอมรับหรือการให้ความเห็นชอบเช่นนั้นเว้นแต่สนธิสัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น (Sinclair, 1973, pp. 27-36)

ปัญหามีอยู่ว่า ในขณะที่สนธิสัญญายังไม่มีผลบังคับใช้นั้นหลักเกณฑ์บางประการเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาเช่นการรับรองความถูกต้องแท้จริงของตัวบทแห่งสนธิสัญญาการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาการตั้งข้อสงวนการมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญาหน้าที่ของผู้ดูแลรักษาตราสารการให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาหรือหลักเกณฑ์อื่นๆ จะใช้บังคับกันในระหว่างรัฐซึ่งเจรจาทำสนธิสัญญาก่อนที่สนธิสัญญานั้นจะมีผลบังคับใช้ได้ อย่างไรก็ตามในกรณีเช่นว่านี้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้บัญญัติไว้ในข้อ 24(4)ว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นนี้ให้มีผลบังคับใช้ระหว่างรัฐซึ่งเข้าร่วมในการเจรจาทำสนธิสัญญา นับแต่เวลาซึ่งมีการยอมรับ (Adoption) ตัวบทแห่งสนธิสัญญา (Sinclair, 1973, pp. 27-36)

นอกจากการใช้บังคับหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นนับแต่เวลาที่ได้มีการยอมรับ (Adoption) ตัวบทแห่งสนธิสัญญาก่อนที่สนธิสัญญานั้นจะมีผลบังคับใช้แล้วก็อาจมีการกำหนดไว้ในสนธิสัญญาถึงการมีผลใช้บังคับชั่วคราวแห่งสนธิสัญญาบางข้อหรือทุกข้อเป็นการชั่วคราว (Provisional application) ก่อนที่สนธิสัญญานั้นจะมีผลใช้บังคับก็ได้เช่นในกรณีที่สนธิสัญญา

กำหนดระยะเวลาในการมีผลใช้บังคับไว้แน่นอนนับแต่วันที่รัฐสุดท้ายตามจำนวนที่กำหนดไว้ เช่น รัฐที่สามสิบห้าในกรณีของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้ให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาและก่อนที่จะสิ้นสุดระยะเวลาที่กำหนดไว้เช่นว่านั้นสนธิสัญญาได้กำหนดให้นับบทบัญญัติบางข้อหรือทุกข้อแห่งสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นการชั่วคราว (Provisional application) จนกว่าจะสิ้นสุดระยะเวลาที่กำหนดไว้ให้เพื่อสนธิสัญญามีผลใช้บังคับก็ได้หรือรัฐซึ่งเข้าร่วมในการเจรจาทำสัญญาคงตกลงกันให้มีการนำบทบัญญัติบางข้อหรือทุกข้อของสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นการชั่วคราวโดยมิได้ระบุไว้ชัดเจนในสนธิสัญญาก็ได้เช่นกัน (Sinclair, 1973, pp. 27-36)

ในกรณีที่มีการกำหนดไว้ในสนธิสัญญาหรือในกรณีที่รัฐซึ่งเข้าร่วมในการเจรจาทำสนธิสัญญากำหนดให้นำหลักเกณฑ์บางข้อหรือทุกข้อของสนธิสัญญามาใช้บังคับระหว่างกันเป็นการชั่วคราวก่อนที่จะถึงเวลาที่สนธิสัญญามีผลบังคับใช้จริงการบังคับใช้ชั่วคราว (Provisional application) เช่นว่านั้นสันผลบังคับสำหรับรัฐซึ่งเข้าร่วมเจรจาทำสนธิสัญญา รัฐใดรัฐหนึ่งที่รัฐนั้นบอกกล่าวไปยังรัฐที่เข้าร่วมเจรจาทำสนธิสัญญาอื่นๆ ว่าตนไม่มีเจตนาที่จะเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นแล้วแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในสนธิสัญญานั้นหรือเว้นแต่รัฐที่เข้าร่วมในการเจรจาทำสนธิสัญญานั้นจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น (Sinclair, 1973, pp. 27-36)

3) การเคารพ (Observance) สนธิสัญญา

หลักกฎหมายระหว่างประเทศการที่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาจะต้องให้ความเคารพต่อสนธิสัญญาตามหลัก “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (Pacta sunt servanda) เป็นหลักกฎหมายเดียวกันกับที่คู่สัญญาจะต้องเคารพสัญญา (Contract) ซึ่งตนทำขึ้นตามกฎหมายภายในของรัฐและคู่สัญญาเช่นว่านั้นก็จะต้องเคารพต่อสัญญานั้นตามหลัก “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (Pacta sunt servanda) เช่นกันและจะต้องปฏิบัติตามสัญญานั้นด้วยความสุจริต (Good faith) อีกด้วย

ในกรณีของสนธิสัญญานั้นหลัก “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (Pacta sunt servanda) และหลักสุจริต (Good faith) ต่างก็เป็นหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่ยอมรับของนานอารยประเทศตามข้อ 38 วรรค 1(c) ของรัฐธรรมนุญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในการเคารพและปฏิบัติตามสนธิสัญญาซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งส่วนเดียวกันไม่อาจแยกออกจากกันอย่างเด็ดขาดได้ดังที่คณะกรรมการระหว่างประเทศ (International Law Commission) ได้ให้ความเห็นในเรื่องการเคารพและปฏิบัติตามสนธิสัญญาไว้ว่าหลักสุจริต (Good faith) นั้นเป็นส่วนหนึ่งส่วนเดียวกันกับหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta sunt servanda) กล่าวคือในการเคารพต่อหลักสัญญาต้องเป็นสัญญานั้นรัฐจะต้องกระทำการหรือปฏิบัติตามสนธิสัญญาด้วยความสุจริตดังที่อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 จึงวางหลักในเรื่องของการเคารพและการปฏิบัติตามหลัก

สนธิสัญญาไว้ในข้อ 26 ว่าสนธิสัญญาที่มีผลใช้บังคับทุกฉบับย่อมผูกพันภาคีแห่งสนธิสัญญาและภาคีนั้นจะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้นด้วยความสุจริต

ในการที่รัฐจะต้องเคารพต้องสนธิสัญญาซึ่งผลใช้บังคับตามหลัก “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (Pacta sunt servanda) และต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาเช่นว่าด้วยความสุจริตนั้นรัฐจะหิบบกบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในของตนมาเป็นข้ออ้างในการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญามิได้ (Sinclair, 1973, pp. 27-36) เว้นแต่กฎหมายภายในซึ่งรัฐหิบบกขึ้นกล่าวอ้างนั้นจะเป็นกฎหมายภายในเกี่ยวกับเรื่องความสามารถของผู้แทนของรัฐในการให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาในกรณีเช่นว่านี้กฎหมายภายในที่จะหิบบกขึ้นกล่าวอ้างเช่นว่านั้นต้องเป็นกฎหมายภายในที่มีความสำคัญอย่างยิ่งและการฝ่าฝืนกฎหมายภายในเกี่ยวกับความสามารถในการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาเช่นว่านั้นเป็นการฝ่าฝืนที่ชัดเจน (Manifest) ตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 46 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969

4) การใช้บังคับ (Application) สนธิสัญญา

(1) การไม่มีผลย้อนหลังของสนธิสัญญา (Non-retroactivity of Treaties)

สนธิสัญญานั้นอาจมีผลใช้บังคับย้อนหลัง (Retroactive) ได้หากสนธิสัญญาเช่นว่านั้นได้กำหนดถึงการมีผลใช้บังคับย้อนหลังไว้อย่างชัดเจนหรือรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาได้ตกลงที่จะให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับย้อนหลังแต่ในกรณีที่ไม่มีการบัญญัติไว้ชัดเจนในสนธิสัญญาหรือรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญามิได้กำหนดไว้เช่นนั้นสนธิสัญญาจะไม่มีผลบังคับใช้ย้อนหลังเกี่ยวกับการกระทำหรือข้อเท็จจริงใดซึ่งเกิดขึ้นก่อนวันที่สนธิสัญญามีผลบังคับใช้หรือไม่ย้อนหลังไปใช้บังคับแก่สถานการณ์ซึ่งสิ้นสุดก่อนวันที่สนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้สำหรับรัฐภาคีนั้น (Sinclair, 1973, pp. 27-36)

(2) การใช้บังคับสนธิสัญญาแก่ดินแดนทั้งหมดของรัฐ

โดยทั่วไปแล้วสนธิสัญญาย่อมมีผลใช้บังคับแก่รัฐภาคีภายในดินแดนทั้งหมดของรัฐภาคีซึ่งรวมถึงดินแดนของรัฐในส่วนที่เป็นทะเลอาณาเขต (Territorial sea) และห้วงอากาศ (Airspace) เหนือทะเลอาณาเขตตลอดทั้งพื้นดินท้องทะเล (Sea-bed) กับดินใต้ผิวดิน (Subsoil) ของทะเลอาณาเขตเช่นว่านั้นด้วยซึ่งเป็นเขตที่รัฐทุกรัฐมีอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) เว้นแต่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาจะแสดงเจตนาไว้เป็นอย่างอื่นในสนธิสัญญานั้นเช่นมีการกำหนดไว้ในสนธิสัญญาว่าให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับเฉพาะดินแดนบางส่วนของรัฐและมีให้รวมถึงดินแดนที่เป็นอาณานิคม (Colonies) ของรัฐภาคีด้วย หรือให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับถึงเขตทางทะเลอื่นๆของรัฐ เช่น เขตเศรษฐกิจจำเพาะและไหล่ทวีปก็เป็นไปตามนั้น (Convention on Biological

Diversity, 1992) ในบางครั้งรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาจะกำหนดไว้ในสนธิสัญญาว่ารัฐภาคีอาจเลือกที่จะให้สนธิสัญญามีผลบังคับถึงดินแดนซึ่งเป็นอาณานิคมด้วยหรือไม่ก็ได้ (Akehurst, 1984, p. 129)

(3) การใช้บังคับสนธิสัญญาหลายฉบับที่ต่อเนื่องกันและเกี่ยวข้องกับเรื่องเดียวกัน

ในกรณีที่มีสนธิสัญญาหลายฉบับใช้บังคับต่อเนื่องกันและเป็นเรื่องเดียวกันการใช้บังคับสนธิสัญญาเหล่านั้นแก่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาดังกล่าวจะเป็นดังนี้

(3.1) ในกรณีที่สนธิสัญญาฉบับหนึ่งบัญญัติว่าสนธิสัญญาฉบับดังกล่าวอยู่ในบังคับหรือไม่ถือว่าขัดกับสนธิสัญญาฉบับก่อนหรือฉบับหลังก็ให้บทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาฉบับที่อ้างถึงนั้นบังคับ

(3.2) ในกรณีที่รัฐภาคีทั้งปวงซึ่งเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาฉบับก่อนต่างก็เป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาฉบับหลังโดยที่สนธิสัญญาฉบับก่อนนั้นยังไม่สิ้นผลบังคับหรือถูกระงับไปด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งตามข้อ 59 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ก็ให้สนธิสัญญาฉบับก่อนมีผลบังคับเพียงเท่าที่บทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาฉบับก่อนนั้นไม่ขัดกับบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาฉบับหลัง

(3.3) ในกรณีที่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาฉบับหลังไม่รวมถึงรัฐภาคีทั้งหมดแห่งสนธิสัญญาฉบับแรก

(3.3.1) ในระหว่างรัฐซึ่งเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาทั้งสองฉบับหลักเกณฑ์ในการใช้บังคับสนธิสัญญาทั้งสองฉบับจะเป็นตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในข้อ 3.2 ข้างต้น

(3.3.2) ในระหว่างรัฐซึ่งเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาทั้งสองฉบับและรัฐซึ่งเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาฉบับใดฉบับหนึ่งให้ใช้สนธิสัญญาซึ่งรัฐทั้งคู่นั้นเป็นภาคีบังคับแก่สิทธิหน้าที่ระหว่างกัน

หลักเกณฑ์ในข้อ (3) ข้างต้นนั้นไม่ห้ามการที่รัฐที่เกี่ยวข้องจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญาเหล่านั้นตามข้อ 41 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาตามข้อ 60 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Sinclair, 1973, pp. 27-36)

อย่างไรก็ดีการใช้บังคับสนธิสัญญาหลายฉบับที่ต่อเนื่องกันและเกี่ยวข้องกับเรื่องเดียวกันนั้นต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งข้อ 103 ของกฎบัตรสหประชาชาติกล่าวคือในกรณีที่มีการขัดแย้งระหว่างพันธกรณีของสมาชิกสหประชาชาติตามกฎหมายสหประชาชาติและพันธกรณีของสมาชิกของสหประชาชาติตามความตกลงระหว่างประเทศอื่นๆก็ให้สมาชิกลำดับปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ (Convention on Biological Diversity, 1992)

เป็นที่น่าสังเกตว่าการใช้บังคับสนธิสัญญาที่ต่อเนื่องกันหลายฉบับและเกี่ยวข้องกับเรื่องเดียวกันนี้ต้องเป็นสนธิสัญญาที่มีลักษณะเดียวกันกล่าวคืออาจเป็นสนธิสัญญาทั่วไปด้วยกัน

หรือสนธิสัญญาเฉพาะด้วยกันแต่หากเป็นสนธิสัญญาทั่วไปกับสนธิสัญญาเฉพาะหรือกลับกันที่ออกใช้บังคับเป็นลำดับย่อมมิใช่เรื่องของการใช้บังคับสนธิสัญญาหลายฉบับที่ต่อเนื่องกันตามนัยข้างต้นแต่อาจเป็นเรื่องของสนธิสัญญาทั่วไปกับสนธิสัญญาเฉพาะซึ่งการบังคับใช้สนธิสัญญาดังกล่าวจะเป็นเรื่องของการใช้บังคับสนธิสัญญาตามหลักที่ว่ากฎหมายเฉพาะมาก่อนกฎหมายทั่วไป(Lexspecialisderogategenerali)โดยไม่ต้องคำนึงว่ากฎหมายใดจะมีผลใช้บังคับก่อนกันและหลักที่ว่ากฎหมายทั่วไปและกฎหมายเฉพาะย่อมไม่ขัดกัน(GeneraliaSpecialibusNonDerogant)(Sinclair, 1973, pp. 66-69)

จากวรรณกรรมที่ทบทวนสรุปได้ว่าเมื่อประเทศไทยได้ไปลงนามและให้สัตยาบันไว้ในสนธิสัญญาหรือ กฎหมายระหว่างประเทศหรือเข้าไปเป็นรัฐภาคีและเมื่อสนธิสัญญานั้นมีผลบังคับใช้แล้วรัฐภาคีจะต้องผูกพันตามบทบัญญัติของสนธิสัญญาจึงมีความจำเป็นที่ประเทศไทยจะต้องมีกฎหมายภายในมารองรับ หรือปรับปรุงกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศและบังคับการให้เป็นไปตามผลของสนธิสัญญาซึ่งเรียกวิธีการนี้ว่าการอนุวัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญา ดังนั้นการศึกษาเรื่องการพัฒนากฎหมายคนเข้าเมืองเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติจึงต้องศึกษาหลักการและทฤษฎีทางกฎหมายระหว่างประเทศ หลักการและการบังคับใช้กฎหมายคนเข้าเมืองในต่างประเทศ เพื่อนำมาพัฒนาและปรับปรุงกฎหมายคนเข้าเมืองให้เป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศ ที่ประเทศไทยได้ไปลงนามและให้สัตยาบันไว้

2.1.4 หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)

หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) หรือ Le principedeproportionnalite ในภาษาฝรั่งเศส หรือ DerVerhaelthismaessigkeitegrundsatzในภาษาเยอรมันนั้นถือว่าเป็น“หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป” (บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์นิวตระกูล, 2552, หน้า 40-70)ที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายทั่วไปอย่างกว้างขวาง ทั้งในประเทศฝรั่งเศสเยอรมัน ออสเตรีย สวิตเซอร์แลนด์และประเทศอื่นๆอีกจำนวนมากนอกจากนี้ยังได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายในกฎหมายระหว่างประเทศเช่นการยอมรับจากสหภาพยุโรปตามสนธิสัญญาMaastrichtที่ได้กำหนดหลักการของหลักความได้สัดส่วนไว้อย่างชัดเจนเป็นต้น

หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่คำนึงถึงความยุติธรรมทั้งในส่วนของปัจเจกชนและความยุติธรรมต่อสังคมโดยรวมด้วยทั้งนี้เพราะการอาศัยอยู่ร่วมกันในสังคมนั้นผลประโยชน์ของปัจเจกชนก็ดี ผลประโยชน์ของกลุ่มบุคคลที่แตกต่างกันก็ดี รวมทั้งผลประโยชน์ของมหาชนก็ดี ย่อมมีผลกระทบต่อกันและกันเสมอการคลั่งความขัดแย้งในเชิงผลประโยชน์ดังกล่าวของประเทศตะวันตก ได้อาศัยหลักความได้สัดส่วนนี้เองเป็นหลักในการแก้ไขปัญหาคความขัดแย้ง

ดังกล่าวจึงส่งผลให้การแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งในเชิงผลประโยชน์ของกลุ่มบุคคลที่แตกต่างกัน เป็นไปอย่างสันติบนหลักการของกฎหมายที่คำนึงถึงความยุติธรรมของทุกฝ่าย การตรวจสอบดุลพินิจหรือการกระทำของฝ่ายปกครองก็ได้อาศัยหลักความได้สัดส่วนซึ่งถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาพิจารณาโดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับการกระทำของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิของปัจเจกบุคคลโดยมีหลักการที่เป็นข้อพิจารณา 3 ประการ คือ ข้อพิจารณาประการแรกเกี่ยวกับ “หลักความสัมฤทธิ์ผล”(Principle of Appropriateness) หรือ “หลักความเหมาะสม” (Principle of suitability-Principe d’opportunité-Geeignetheit) ข้อพิจารณาประการต่อมาเกี่ยวกับ “หลักความจำเป็น”(Principle of Necessity-Erforderlichkeit) และข้อพิจารณาประการสุดท้ายเกี่ยวกับ “หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ” (Principle of Proportionality-strict sensu) หรือ “หลักความสมดุล”(Theorie du bilan)

2.1.4.1 หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสอำนาจในการใช้ดุลพินิจ(Pouvoirs discretionnaires)ของฝ่ายปกครองมีบทบาทสำคัญอย่างมากเนื่องจากกฎหมายปกครองเป็นการศึกษาเกี่ยวกับอำนาจในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองและการจำกัดการใช้อำนาจดังกล่าวเป็นสำคัญทั้งนี้เพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนการควบคุมการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครองนั้นเป็นหนึ่งในปัญหาพื้นฐานต่างๆในทางปกครองของรัฐบาลสมัยใหม่ซึ่งประเทศฝรั่งเศสได้รับการยอมรับว่าเป็นประเทศที่ได้มีการพัฒนาในเรื่องนี้เป็นอย่างมากกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสจึงได้กำหนดความแตกต่างระหว่างปัญหาความชอบด้วยกฎหมาย(Legalité)และปัญหาความเหมาะสม(Opportunité) ไว้อย่างไรก็ตามการควบคุมทางศาลนั้นจะใช้บังคับกับปัญหาประการแรกเท่านั้นเพื่อรับรองว่าการใช้อำนาจของรัฐเป็นไปในกรอบที่กฎหมายกำหนดแต่ปัญหาความเหมาะสมในการใช้อำนาจของรัฐต่อข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ด้วยเหตุนี้ เมื่อมีการแทรกแซงในกรณีต่างๆจากองค์กรของรัฐจึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาบทบาทเหตุผลในการตัดสินใจของฝ่ายปกครองและเพิกถอนการตัดสินใจใดๆของฝ่ายปกครองที่ไม่เหมาะสมภาระหน้าที่ของศาลปกครองจึงได้แก่การพยายามที่จะทำให้เกิดความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะ (l’intérêt public) กับผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียของบุคคลผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งใดๆของฝ่ายปกครอง

นอกจากนี้มิใช่ว่าฝ่ายปกครองจะสามารถเข้าแทรกแซงในขอบเขตของปัจเจกบุคคลโดยกล่าวอ้างประโยชน์สาธารณะได้ทุกกรณีหากแต่การแทรกแซงดังกล่าวจะต้องมีความได้สัดส่วนระหว่างความจำเป็นในการดำเนินการใดๆเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในทางสังคมหรือทางเศรษฐกิจกับความจำเป็นในการจำกัดเสรีภาพของปัจเจกบุคคลดังนั้นมาตรการทางปกครองจะต้องถูกเพิกถอนหากมาตรการนั้นมีได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการเคารพต่อความสัมพันธดังกล่าว

ด้วยเหตุนี้ จึงได้มีการกำหนดหลักทั่วไปของกฎหมาย (Principles generaux de droit) ขึ้น โดยศาลจะทำหน้าที่ในการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองเพื่อให้เป็นไปตามหลักแห่งความชอบด้วยกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลจะควบคุม “ความผิดพลาดอย่างชัดเจนในการประเมินหรือการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง” (l’erreur manifeste d’appréciation) โดยกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองต้องแสดงเหตุผล (Motifs) ของการออกคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองและต้องเคารพต่อ “หลักการเปิดโอกาสในคู่กรณีชี้แจงและแสดงพยานหลักฐาน” (Principe de contradictoire) ของกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครอง

อย่างไรก็ตาม การดำเนินงานของศาลปกครอง ยังไม่เพียงพอที่จะควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับทางเศรษฐกิจ เช่น การปรับปรุงหรือพัฒนาที่ดินเป็นต้นสภาแห่งรัฐ (Conseil d’Etat) จึงได้กำหนดมาตรการรูปแบบใหม่ขึ้นคือ “หลักความได้สัดส่วน” เพื่อควบคุมการกระทำต่างๆ ของฝ่ายปกครองให้มีความเหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากขึ้น

หลักความได้สัดส่วน (Principe de proportionnalité) เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีได้มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายปกครองหากแต่เป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการปฏิบัติโดยทั่วไปโดยศาลปกครองโดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อวัตถุประสงค์ในการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของการพิจารณาความสัมพันธ์อันเหมาะสมระหว่างคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองวัตถุประสงค์ของการกระทำดังกล่าวของฝ่ายปกครองและสถานการณ์ ตามข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุแห่งการออกคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองนั้นกล่าวอีกนัยหนึ่งการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องไม่ก่อให้เกิดภาระมากเกินไปเมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่จะได้รับจากการกระทำนั้น (Bilan-coût-avantages) หรือหลักความสมเหตุสมผล (Theorie du bilan) จะเห็นได้ว่าหลักความได้สัดส่วนมิได้จำกัดอยู่แต่เพียงกรณีการออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลแต่เพียงอย่างเดียวแต่ยังรวมถึงคำสั่งใดๆ ที่มีวัตถุประสงค์ในทางสังคมและเศรษฐกิจด้วยด้วยเหตุนี้การกระทำใดๆ ของฝ่ายปกครองที่มีได้สัดส่วนในขอบเขตของเรื่องดังกล่าวจึงถือว่าขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งได้แก่หลักความได้สัดส่วนนั่นเอง (Braibant, 1974, pp. 297-298)

จะเห็นได้ว่าการนำเอาหลักความได้สัดส่วนมาใช้บังคับโดยเฉพาะเพื่อการควบคุมการกระทำทางปกครองจึงเป็นการประกันสิทธิ (Droits) และผลประโยชน์ (Interets) แก่ประชาชนทุกคนต่อการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะเมื่อการกระทำทางปกครองนั้นมีความเกี่ยวข้องกับสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนดังจะเห็นตัวอย่างได้จากคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในคดี Malbyet Bedouet และคดี Grassin ซึ่งข้อเท็จจริงในทั้งสองคดีนี้มีความคล้ายคลึงกันมากกล่าวคือเป็น

กรณีเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ให้เวนคืนที่ดินอันเป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชนเพื่อการสร้างท่าอากาศยานในหมู่บ้านแห่งหนึ่งที่มีพลเมืองประมาณ 4,000 คน โดยฝ่ายปกครองให้เหตุผลว่าเพื่อประโยชน์สาธารณะ (l'utilité publique) ซึ่งสภาแห่งรัฐได้สั่งให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวของฝ่ายปกครองในเวลาต่อมา โดยอาศัยหลักความได้สัดส่วนและการพิจารณาถึงความหมายอย่างแท้จริงของคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ”

ด้วยเหตุนี้อำนาจของศาลในการควบคุมการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองจึงขยายขอบเขตออกไปอย่างกว้างขวางศาลมิใช่แต่เพียงตรวจสอบเหตุในทางข้อเท็จจริง (Motifs du fait) เท่านั้น หากแต่ยังตรวจสอบด้วยว่ามาตรการทางปกครองนั้นมีเหตุผลอันสมควรหรือไม่เพื่อพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างสาเหตุและวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายของการกระทำนั้น (Situation, Decision, Finalité) (Braibant, 1974, p. 297) ดังนั้นจะสังเกตได้ว่า “หลักการควบคุมความผิดพลาดอย่างชัดเจนในการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง” และ “หลักความสมเหตุผล” มีความสัมพันธ์กันและมีวัตถุประสงค์ร่วมกันในการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองแต่อย่างไรก็ตามหลักการทั้งสองก็มีความแตกต่างกันบางประการเมื่อพิจารณาถึงกรณีที่จะนำเอาหลักการทั้งสองมาบังคับใช้ (Champ d'application) กล่าวคือหลักการควบคุมความผิดพลาดอย่างชัดเจนในการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นมาตรการในการตรวจสอบการประเมินข้อเท็จจริงของฝ่ายปกครองที่เป็นพื้นฐานในการตัดสินใจของฝ่ายปกครองในการใช้อำนาจใดของตน โดยเชื่อว่า “เงื่อนไขทางกฎหมาย” และ “เงื่อนไขทางข้อเท็จจริง” ครบถ้วนดังตัวอย่างเช่น ในกรณีที่หน่วยงานฝ่ายปกครองที่มีอำนาจประสงค์จะเนรเทศคนต่างด้าวคนหนึ่งหน่วยงานดังกล่าวจะต้องประเมินความประพฤติของคนต่างด้าวนั้นเพื่อให้แน่ใจว่าความประพฤติของคนต่างด้าวดังกล่าว ขัดต่อ ความสงบเรียบร้อยของประชาชนมิฉะนั้นย่อมถือได้ว่ามีความผิดพลาดอย่างเห็นได้ชัด ส่วนปัญหาที่ว่า การเนรเทศนั้นจะเป็นมาตรการที่เหมาะสมกับสถานการณ์ตามข้อเท็จจริงนั้นหรือไม่จำเป็นจะต้องนำเอาหลักความสมเหตุผลมาใช้บังคับ

ดังนั้นหลักการควบคุมความผิดพลาดอย่างชัดเจนของการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง จึงถือเป็นมาตรการขั้นต้นแห่งกระบวนการในการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง ว่าการใช้อำนาจดุลพินิจของตนมีเหตุผลอันสมควรหรือไม่แต่มิใช่มาตรการที่ใช้ในการคัดเลือกวิธีการที่เหมาะสมในการปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งเป็นกรณีของหลักความสมเหตุผลซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของการชั่งน้ำหนักระหว่างผลกระทบของวิธีการตามคำสั่งทางปกครอง (อันเกิดจากการใช้อำนาจดุลพินิจของตน) การบรรลุวัตถุประสงค์และประโยชน์ที่จะได้รับเพื่อตอบสนองประโยชน์สาธารณะ

2.1.4.2 หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย (วรณู วิจารณ์ันท์, 2548, หน้า69-79)

การนำแนวความคิดของหลักความได้สัดส่วนมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหากพิจารณาแล้วสามารถเห็นได้ว่าบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา29วรรคหนึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีหลักการและมีแนวความคิดเช่นเดียวกันกับมาตรา 19 ของรัฐธรรมนูญเยอรมันหรือกฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) ที่มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนเป็นหลักประการสำคัญ โดยทั้งมาตรา19ของรัฐธรรมนูญเยอรมันและมาตรา29วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญไทยได้กำหนดให้“การใช้อำนาจอธิปไตยในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องกระทำอย่างเท่าที่จำเป็น”ซึ่ง“หลักกระทำเท่าที่จำเป็น”ดังที่บัญญัติไว้ในบทบัญญัติดังกล่าวนี้เป็นการแสดงให้เห็นถึงการยอมรับในแนวความคิดของ “หลักความได้สัดส่วน”หรือ“หลักความพอสมควรเหตุ” ไว้ในรัฐธรรมนูญผลของการบัญญัติในลักษณะเช่นนี้จึงทำให้หลักความได้สัดส่วนได้รับการยอมรับว่าเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป”ในระดับรัฐธรรมนูญที่นำมาใช้เป็นข้อจำกัดการใช้ อำนาจอธิปไตยให้มีความได้สัดส่วนและพอสมควรเหตุอย่างชัดเจน

อย่างไรก็ดี แม้ว่าก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 จะไม่มีบทบัญญัติใดหรือมาตราใดของรัฐธรรมนูญที่ได้บัญญัติในลักษณะเป็นการทั่วไปถึงขอบเขตหรือข้อจำกัดการใช้ อำนาจอธิปไตยในลักษณะทั่วไปว่าจะต้องเป็นการใช้อำนาจอย่างเท่าที่จำเป็นหรือพอสมควรเหตุก็ตามก็มิได้หมายความว่าหลักความได้สัดส่วนจะเป็นหลักกฎหมายที่เพิ่งปรากฏตัวขึ้นภายหลังหรือพร้อมกับรัฐธรรมนูญฉบับปีพ.ศ. 2540แต่ในความเป็นจริงแล้วหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายที่มีอยู่และควบคู่มากระบบกฎหมายไทยมาเป็นระยะเวลานานแล้วเพียงแต่การที่รัฐธรรมนูญได้นำหลักความได้สัดส่วนมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในมาตรา29วรรคหนึ่งจึงมีผลทำให้สถานะความมีอยู่และความแน่นอนชัดเจนของหลักความได้สัดส่วนที่จากเดิมอาจจะมีสถานะเป็นเพียงหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายไทยได้รับการยอมรับอย่างชัดเจนมากขึ้นโดยมีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญที่มีภาระหน้าที่ประการสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนโดยการนำมาใช้ในฐานะที่เป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยให้มีความพอเหมาะพอประมาณ

ในส่วนของการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาคดีโดยองค์กรตุลาการของไทยแม้หลักความได้สัดส่วนจะได้รับการบัญญัติรับรองในระดับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกในปีพ.ศ.2540ในฐานะที่เป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยแต่จากการศึกษาจากคำพิพากษาของศาลแล้วพบว่าศาลได้ยอมรับเสมอมาว่าในการใช้อำนาจอธิปไตยจะต้องผูกพันและปฏิบัติให้สอดคล้อง

กับหลักความได้สัดส่วนโดยศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบการใช้อำนาจอรัฐให้มีความเหมาะสมพอประมาณและเกิดความเป็นธรรมเสมอมา

2.1.4.3 ความหมายและองค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย ด้วยเหตุที่หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญที่นำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบการกระทำของรัฐทั้งหลายอันมีผลสำคัญต่อความสมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐนั้นๆ และโดยที่หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายทั่วไปดังนั้นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทำความเข้าใจต่อความหมายและองค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วนเพื่อนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐได้อย่างถูกต้อง

1) ความหมายของหลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วน หรือหลักพอสมควรแก่เหตุ (วรธน วิจาระนันท์, 2548, หน้า 69-79) หรือหลักมิให้กระทำเกินกว่าเหตุหรือหลักแห่งความจำเป็น ไม่ว่าหลักดังกล่าวจะได้รับการเรียกโดยใช้อรรถาธิบายในลักษณะที่แตกต่างกันออกไปแต่สาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนนั้นเป็นหลักกฎหมายทั่วไประดับรัฐธรรมนูญที่มีพื้นฐานมาจากความยุติธรรมหรือความชอบธรรมตามธรรมชาติโดยทั่วไป (Fair justice) เป็นหลักการขั้นพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ที่ถูกอยู่ภายใต้อำนาจ โดยการบังคับให้ผู้ใช้อำนาจกระทำการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่ถูกอยู่ภายใต้อำนาจของตนอย่างเหมาะสมพอประมาณหรือกล่าวอีกนัยได้ว่าหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายที่ใช้เป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจอรัฐโดยบุคคลผู้ใช้อำนาจอรัฐทุกองค์การจะต้องใช้อำนาจที่ตนมีโดยผูกพันต่อหลักความได้สัดส่วนเสมอ กล่าวว่าการใช้อำนาจอรัฐซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วจะมีผลเป็นการก่อให้เกิดการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนรัฐจำเป็นต้องใช้อำนาจดังกล่าวอย่างเหมาะสมพอประมาณหรือใช้อำนาจให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดแต่ขณะเดียวกันก็ก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนมากที่สุดเท่าที่จะมากได้และแม้ว่ารัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยโดยส่วนใหญ่จะมีได้บัญญัติกำหนดหลักกฎหมายนี้ไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่ก็ถือกันว่าเป็นหลักรัฐธรรมนูญและมีค่าบังคับเสมอกันกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทุกประการ

2) องค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วน

การศึกษาถึงองค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทยสามารถศึกษาและค้นคว้าได้จากตำราและบทความทางกฎหมายประกอบกับแนวคำพิพากษาของศาลไทย โดยหลักความได้สัดส่วนมีสาระสำคัญประกอบด้วยหลักการย่อย 3 ประการ ได้แก่ หลักความเหมาะสมหลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบโดยมีสาระสำคัญสรุปได้ดังนี้

(1) หลักความเหมาะสม (Principle of suitability Principe d'opportunité-Geegnetheit) “หลักความเหมาะสม”(หลักความสัมฤทธิ์ผล)เป็นหลักการย่อยหนึ่งในสามหลักที่สำคัญของหลักความได้สัดส่วนกล่าวคือเป็นหลักที่บังคับไว้ในบรรดามาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรได้นั้นฝ่ายปกครองจำต้องใช้วิจารณญาณเลือกออกมาตรการที่สามารถทำให้เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้นมาตรการใดที่ไม่สามารถทำให้เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจปรากฏเป็นจริงขึ้นมาได้เลยย่อมเป็นมาตรการที่ขัดต่อหลักการดังกล่าวและดังนั้นจึงไม่มีผลใช้บังคับได้เช่นในการป้องกันการผูกขาดตัดตอนในทางเศรษฐกิจมาตรการนั้นก็จะต้องอยู่ในวิสัยที่จะขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันได้จริงๆหรือในกรณีที่กฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะตอบสนองความต้องการของส่วนรวมหรือของประชาชนในด้านใดด้านหนึ่งเช่นการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม อันดีของประชาชน มาตรการนั้นก็จะต้องอยู่ในวิสัยที่จะป้องกันมิให้เกิดจลาจล สงครามกลางเมืองหรือความเสื่อมทรามทางจิตใจของประชาชนได้จริงๆเป็นต้นโดยหากกฎหมายใดที่กำหนดมาตรการที่ไม่สามารถทำให้จุดประสงค์ที่ตั้งไว้เป็นจริงขึ้นมาได้เลยโดยแน่แท้หรือทำให้สถานการณ์เลวร้ายลงกว่าเดิมย่อมเป็นกฎหมายที่ไม่เหมาะสมและเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญซึ่งจะเห็นได้ว่าหลักดังกล่าวนี้ได้เรียกร่องความสัมพันธ์เชิงเหตุ(Cause)และผล(Effect)ระหว่างมาตรการต่างๆที่องค์กรของรัฐได้ใช้อำนาจออกมาบังคับกับสิ่งที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรของรัฐประสงค์จะให้เกิดขึ้นให้มีดุลยภาพกันดังนั้น“หลักความเหมาะสม”จึงเป็นสิ่งเดียวกับ“สามัญสำนึก”ของชนธรรมคาทั่วไปมาตรการใดที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรแล้ว ไม่ก่อให้เกิดผลตามที่ต้องการจะให้เกิดได้อย่างแน่แท้หรือมาตรการที่ก่อให้เกิดผลตรงกันข้ามกับที่ต้องการจะให้เกิดถือว่าเป็นมาตรการที่ไร้ความหมายของคนที่มติดัดบัญญัติเดิมนิรณ (วรพจน์วิศรุตพิชญ์, ม.ป.ป., หน้า 28) และเนื่องจากบุคคลที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่ทางปกครองล้วนแล้วแต่เป็นคนที่มีจิตไม่วิดกดังนั้นหากฝ่ายปกครองตัดสินใจออกมาตรการที่ไม่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ได้อย่างแน่แท้จึงต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าฝ่ายปกครองมีความมุ่งหมายภายในใจที่จะใช้มาตรการนั้นเป็นเครื่องมือดำเนินการให้เกิดผลอย่างอื่นนอกเหนือไปจากผลที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจประสงค์จะให้เกิดขึ้นจึงเข้าข่ายเป็น“การใช้อำนาจมิชอบ(Abuse of Power)

(2) หลักความจำเป็น (Principle of Necessity-Erforderlichkeit)

“หลักความจำเป็น”เป็นหนึ่งในองค์ประกอบที่สำคัญของหลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นหลักที่กำหนดว่าในบรรดามาตรการหลายๆมาตรการซึ่งล้วนแล้วแต่มีความเหมาะสมและเป็นมาตรการที่ล้วนทำให้การกระทำดังกล่าวสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ด้วยกันทั้งสิ้น

(EqualityEffective)มาตรการใดมีลักษณะเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายที่น้อยที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่จะได้รับมาตรการนั้นจึงถือว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นและรัฐจำต้องเลือกใช้มาตรการนั้นๆ โดยหลักความจำเป็นจะถูกนำมาใช้ต่อเมื่อเป็นกรณีที่มีมาตรการที่เหมาะสมหลายมาตรการและมาตรการเหล่านั้นล้วนเป็นมาตรการที่ทำให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ทางกฎหมายอย่างเดียวกันทั้งสิ้นหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าหากมีมาตรการที่สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้เพียงมาตรการเดียวจึงไม่เป็นการที่จำเป็นจะต้องพิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวมีลักษณะที่สอดคล้องหรือปฏิบัติตามหลักความจำเป็นหรือไม่ซึ่งฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจเลือกออกมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุดความคิดที่เป็นรากฐานของหลักการมีอยู่ว่า“ในระหว่างสิ่งที่เลวร้ายสองสิ่งที่จะต้องเลือกบุคคลควรเลือกสิ่งที่ดีที่สุด (วรพจน์วิศรุตพิชญ์, ม.ป.ป., หน้า 30) มาตรการที่ฝ่ายปกครองออกมาบังคับราษฎรถือเป็นสิ่งชั่วร้ายฝ่ายปกครองต้องเลือกสิ่งที่เหมาะสมต่อสิทธิเสรีภาพน้อยที่สุดฝ่ายปกครองจะมีอำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้เท่าที่จำเป็นตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพและราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามประสงค์ของกฎหมายเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ“หลักความจำเป็น” ได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 และ 2550 เจตนารมณ์ของมาตรานี้มุ่งใช้บังคับโดยตรงกับพระราชบัญญัติกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติขณะเดียวกันหลักนี้ก็ใช้บังคับกับการกระทำทางปกครองประเภทอื่นๆ อีกด้วยเพราะแม้แต่พระราชบัญญัติยังคงอยู่ในบังคับของหลักความจำเป็นการกระทำทางปกครองที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติก็ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของหลักนี้คำพิพากษาของศาลปกครองไทยในหลายคดีที่ได้ให้การยอมรับในหลักความจำเป็นและได้นำหลักดังกล่าวมาปรับใช้แก่กรณีต่างๆ อาทิเช่น กรณีการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่าแม้คำสั่งที่ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติงานประจำทำเทียบเรือรักษาจะเป็นไปตามเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่จะทำให้การกำกับดูแลการดำเนินงานเทียบเรือรักษาสำเร็จลุล่วงไปได้ก็ตามแต่การกำกับดูแลให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าวองค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ตไม่จำเป็นต้องให้ข้าราชการในสังกัดออกไปปฏิบัติงานเป็นการประจำอยู่ ณ สถานที่ดังกล่าวก็ได้เพียงตรวจสอบการดำเนินการตามสัญญาของผู้เช่าเป็นครั้งคราวตามความจำเป็นแก่กรณีประกอบกับปัจจุบันการติดต่อสื่อสารสามารถทำได้โดยสะดวกมาตรการดังกล่าวจึงมิใช่มาตรการที่จำเป็น

(3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality-strict sensu) มาตรการที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับกับประชาชนแม้จะสอดคล้องกับหลักความเหมาะสม คือ สามารถดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายฉบับที่ให้

อำนาจและหลักความจำเป็นคือมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดแล้วก็ตามแต่ในการออกมาตรการมาบังคับดังกล่าวย่อมจะก่อให้เกิดทั้งประโยชน์และโทษแก่ทุกฝ่ายที่เป็นผู้รับผลจากการออกมาตรการนั้นๆ

ดังนั้นหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบจึงเป็นหลักการที่ทำหน้าที่ในการเรียกร้องให้เกิดดุลยภาพขึ้นระหว่างความเสียหายอันจะเกิดแก่เอกชนและ/หรือแก่สังคมโดยรวมกับประโยชน์อันมหาชนจะพึงได้รับจากมาตรการใดมาตรการหนึ่งที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับโดยมาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจและกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดและขณะเดียวกันเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนหรือส่วนรวมมากที่สุดด้วย เช่นนั้นมาตรการดังกล่าวจึงเป็นมาตรการที่สอดคล้องต่อหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบอย่างไรก็ตามในบางครั้งแม้ว่ามาตรการต่างๆที่กฎหมายเปิดช่องและให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองถ้ามาตรการนั้นๆ มีผลเสียมากกว่าผลดีฝ่ายปกครองต้องละเว้นจากการใช้อำนาจกระทำการใดๆตามกฎหมายฉบับนั้น (วรพจน์วิศรุตพิชญ์, ม.ป.ป., หน้า 30)

ในบทบัญญัติของกฎหมายรัฐธรรมนูญสามารถพบแนวความคิดของหลักความได้สัดส่วนปรากฏในบทบัญญัติดังนี้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า“การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ”

หลักการตามมาตรา29วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช2550เป็นมาตราที่บัญญัติหลักที่กำหนดถึงขอบเขตของการใช้อำนาจรัฐว่าจะต้องกระทำเท่าที่จำเป็นอันเป็นบทบัญญัติที่มีแนวความคิดในลักษณะอย่างเดียวกันและสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช2550ถือว่าโดยหลักแล้วบุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำต่างๆได้ตามใจปรารถนาของตนการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเป็นข้อยกเว้นจากหลักทั่วไปขอบเขตของการใช้อำนาจรัฐที่เป็นไปในทางจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนรัฐจำต้องใช้อำนาจดังกล่าวเพียงเท่าที่จำเป็น พอสมควรแก่เหตุหรือเพียงพอเพราะให้บรรลุวัตถุประสงค์โดยมาตรการดังกล่าวนี้ได้ นำ“หลักความจำเป็น”อันเป็นองค์ประกอบย่อยหนึ่งในสามองค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วนมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในฐานะที่เป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจรัฐให้อยู่ในขอบเขตไม่ให้มีลักษณะที่เกินพอดีจากบทบัญญัติมาตรา29ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันอาจพิจารณาได้ว่าการบัญญัติมาตราดังกล่าวของ

คณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญที่ได้ใช้ถ้อยคำว่า “เท่าที่จำเป็น” ในกรณีนี้ เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นได้ว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้ยอมรับถึงแนวความคิดของ“หลักความได้สัดส่วน”อย่างชัดเจนและนำมาใช้ในการจำกัดการใช้อำนาจรัฐโดยมาตรานี้เป็นมาตราที่เป็นหัวใจสำคัญที่ได้กล่าวถึงขอบเขตของการใช้อำนาจรัฐไว้เป็นการทั่วไปซึ่งการบัญญัติมาตรา29ของรัฐธรรมนูญไทยคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้รับอิทธิพลโดยตรงมาจากมาตรา19ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน ซึ่งสอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ในข้อ 12 ที่ว่าการจำกัดสิทธิในการเดินทางของบุคคลไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดใดเว้นแต่เป็นข้อจำกัดทางกฎหมายและที่จำเป็นเพื่อรักษาความมั่นคงของชาติ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

สรุปสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนนั้นเป็นการแสดงมีความสัมพันธ์ระหว่างส่วนได้เสียของ“ประโยชน์สาธารณะ”กับ“ประโยชน์เอกชน”เมื่อองค์กรของรัฐจะใช้มาตรการใดมาตรการหนึ่งองค์กรของรัฐจะต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์วิธีการและผลกระทบที่เกิดจากมาตรการนั้น โดยมาตรการที่นำมาใช้จะสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนก็ต่อเมื่อมาตรการนั้นเป็นมาตรการที่มีความเหมาะสมตาม“หลักความสัมฤทธิ์ผล”หรือ“หลักความเหมาะสม”เป็นมาตรการที่จำเป็นจะต้องใช้ตาม“หลักความจำเป็น”และเป็นมาตรการที่มีความสมเหตุสมผลตาม“หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ”หรือ“หลักความสมดุล (วารสารกฎหมายปกครอง, 2553, หน้า 91-92)

มาตรการที่มีความเหมาะสมหมายความว่ามาตรการนั้นอาจบรรลุวัตถุประสงค์หรือสัมฤทธิ์ผลที่กำหนดไว้ได้อย่างแท้จริงมาตรการที่มีความจำเป็นหมายความว่ามาตรการจำเป็นที่ไม่อาจหามาตรการอื่นได้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวและมาตรการที่มีความสมเหตุสมผลหรือสมดุลหมายความว่าความสัมพันธ์ระหว่างผลเสียกับประโยชน์ที่ได้รับนั้นอยู่ในสัดส่วนที่สมดุลกัน

การปฏิเสธมิให้คนต่างด้าวที่เป็นคนร้ายหรือคนไม่ดีเข้าประเทศนั้น เป็นมาตรการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติ ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 และตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้นั้น มีข้อสังเกตว่า ถ้ามีเรื่องที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้และผู้มีอำนาจในเรื่องนั้นได้ออกคำสั่งไปทำให้มีผลกระทบกับสถานะของบุคคลทำให้เกิดความเสียหาย ถ้าเขาเห็นว่าเป็นการกระทำที่ไม่เป็นไปตามขั้นตอนของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองหรือใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบ คนต่างด้าวก็มีสิทธิที่จะไปขอความเป็นธรรมกับศาลปกครองได้ซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องพิสูจน์กันว่าการกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดีที่ อ.583-354/2549 และคดีแดงหมายเลขที่ อ.288-289/2552 ศาลวินิจฉัยว่าผู้ฟ้องคดีมีพฤติการณ์ทะเลาะวิวาทกับเจ้าของกิจการบริเวณ

ใกล้เคียงอยู่เป็นประจำร่วมกับคนไทยและชาวต่างชาติ ตั้งตัวเปิดกิจการบาร์เบียร์ภายในบริเวณดังกล่าว ในลักษณะเป็นผู้มีอิทธิพล เจ้าหน้าที่ได้จับกุม นางสาวพร ภรรยาของผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นเจ้าของบาร์ฟิ่งแพนเตอร์ในข้อหาเป็นผู้จัดให้มีการแสดงโชว์ลามกอนาจารโดยเปิดกิจการบาร์เบียร์บังหน้า โดยมีผู้ฟ้องคดีเป็นลูกจ้าง จากคำให้การของพยานบุคคลและข้อเท็จจริงดังกล่าว เชื่อได้ว่า พฤติการณ์ของผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคม หรือจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายต่อความสงบสุข หรือความปลอดภัยของประชาชน และมีพฤติการณ์ที่น่าเชื่อว่าเข้ามาเพื่อการค้าประเวณีหรือประกอบกิจการที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 12 วรรคหนึ่ง (7) และ (8) แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 ที่บัญญัติห้ามมิให้คนต่างด้าวซึ่งมีลักษณะดังกล่าวเข้ามาในราชอาณาจักร การที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษายกฟ้องของผู้ฟ้องคดีศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.288-287/2552 นายเบนนาม โมอาฟี (ผู้ฟ้องคดี))

ตามคำพิพากษาศาลปกครองกลางคดีหมายเลขดำที่ 779/2550 และคดีหมายเลขแดงที่ 50/2554 กรณีผู้ถูกฟ้องคดีอ้างว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลต้องห้ามไม่ให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามมาตรา 12 (7) แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 นั้น ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองมิได้อ้างข้อเท็จจริงใดที่แสดงว่าการกระทำของผู้ฟ้องคดีได้ส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจตลอดจนชื่อเสียงของประเทศ อันถือได้ว่าเป็นภัยอย่างหนึ่งของสังคมไทยโดยส่วนรวมแต่อย่างใด ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองให้การเพียงว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นคนต่างด้าวซึ่งได้ประกอบอาชีพเป็นพนักงานบริษัทโดยไม่ได้รับอนุญาตเท่านั้น นอกจากนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ใช้ดุลพินิจและมีคำสั่งว่าผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลซึ่งมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 12 (3) และ (7) แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 และให้บันทึกชื่อในระบบคอมพิวเตอร์นั้น ถือเป็นการสั่งห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรโดยมีผลของกฎหมายอยู่ในตัวเองและเป็นการโต้แย้งสิทธิของผู้ฟ้องคดีแล้ว เพราะการบันทึกชื่อบุคคลซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้มีคำสั่งว่ามีลักษณะต้องห้ามเข้ามาในราชอาณาจักรไว้ในฐานข้อมูลระบบคอมพิวเตอร์ที่เชื่อมโยงทุกด่านตรวจคนเข้าเมืองเพื่อตรวจสอบว่าบุคคลใดบ้างที่มีรายชื่อห้ามเข้ามาในราชอาณาจักร หากพบว่าบุคคลใดมีชื่ออยู่ในบัญชีบุคคลต้องห้ามก็จะถูกผลักดันออกไปจากราชอาณาจักรศาลปกครองกลางวินิจฉัยว่า การใช้ดุลพินิจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นการใช้มาตรการที่รุนแรงเกินความเหมาะสมและจำเป็น ขัดกับหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ ทั้งนี้เมื่อเทียบการกระทำของผู้ฟ้องคดีกับกรณีที่เหมือนกันหรือคล้ายคลึงกัน หรือกรณีการทำความผิดที่รุนแรงกว่าอาชญากรรมที่ได้พิเคราะห์มาข้างต้น จึงพิพากษาให้ยกฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เพิกถอนการบันทึกชื่อผู้ถูกฟ้องคดี กรณีเป็นบุคคลที่มีพฤติการณ์เข้าลักษณะตามมาตรา 12(7)

แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ภายใน 7 วัน นับแต่วันที่คำพิพากษาถึงที่สุด (คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ อ.1742/2554 นายนิลเดลาเย (ผู้ฟ้องคดี)

เมื่อพิจารณาทั้ง 2 คำพิพากษาของศาลปกครอง จะเห็นได้ว่า แนวคำพิพากษาของศาลปกครอง วินิจฉัยการห้ามบุคคลเดินทางเข้าประเทศตามมาตรา 12 (7) และ(8) ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 โดยคำนึงถึงความได้สัดส่วนในการลงโทษ ทั้งนี้เมื่อเทียบกับการกระทำของผู้ต้องหาที่กระทำที่เหมือนกันหรือคล้ายคลึงกันหรือกรณีการกระทำผิดที่รุนแรงกว่า และการตกเป็นบุคคลต้องห้ามตามมาตรา 12 (7) และ(8) ผู้ฟ้องคดีต้องมีพยานหลักฐาน และข้อเท็จจริงที่ชัดเจนว่า บุคคลนั้นเป็นบุคคลที่มีพฤติกรรมหรือการกระทำที่น่าเชื่อว่าเป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคมหรือจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายต่อความสงบสุขหรือความปลอดภัยของประชาชน หรือความมั่นคงของราชอาณาจักร และน่าเชื่อว่าเป็นบุคคลที่เข้ามาประกอบกิจการอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มิเช่นนั้นอาจถูกศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งได้

จากการทบทวนวรรณกรรมนั้นพบว่า มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาตามหลักสัดส่วนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 29วรรคหนึ่งบัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ” เมื่อองค์กรของรัฐจะใช้มาตรการใดมาตรการหนึ่งองค์กรของรัฐจะต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ วิธีการ และผลกระทบที่เกิดจากมาตรการนั้น โดยคำนึงถึงส่วนได้เสียของ “ประโยชน์สาธารณะ” กับ “ประโยชน์เอกชน” เป็นสำคัญ

2.1.5 หลักสิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชน หมายถึง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทย หรือตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม

สนธิสัญญาเป็นมาตรฐานในการปฏิบัติเพื่อส่งเสริมคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติซึ่งประเทศไทยได้เข้าร่วมลงนามและให้สัตยาบันกติการะหว่างประเทศและอนุสัญญาประกอบเป็นพันธกรณีที่จะต้องยึดถือปฏิบัติอยู่รวม 7 ฉบับด้วยกัน คือ

1) อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกประติบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบและพิธีสารเลือกรับ ค.ศ.1979 (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), Optional Protocol)

2) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.2009 (Convention on the Rights of the Child (CRC))

3)กติการะหว่างประเทศว่าด้วย สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1976 (UN International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR))

4)กติการะหว่างประเทศว่าด้วย สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ค.ศ. 1966(UN International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR))

5)อนุสัญญาว่าด้วย การจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ.1965 (Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD))

6)อนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ.1987 (Convention against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT))

7)อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ ค.ศ.2008 (Convention on the Right of Persons with Disabilities (CRPD))

พันธกรณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน

สนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนมีลักษณะเป็นสนธิสัญญาพหุภาค กล่าวคือ เป็นสนธิสัญญาที่มีรัฐมากกว่าสองรัฐขึ้นไปเข้าเป็นภาคีสถิตสนธิสัญญา ซึ่งกระบวนการในการทำสนธิสัญญามีหลายขั้นตอน นับตั้งแต่การเจรจา การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการลงนาม การให้สัตยาบันการภาคยานุวัติ รวมทั้งการที่บางรัฐอาจตั้งข้อสงวน

การเข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญาก่อให้เกิดพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามให้สอดคล้องกับสนธิสัญญา มิฉะนั้นอาจต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ ดังนั้น เมื่อประเทศไทยเข้าเป็นภาคีสถิตสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน ประเทศไทยก็ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาดังกล่าว

ในการศึกษาเรื่องการพัฒนากฎหมายคนเข้าเมือง เพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติ มีกฎหมายด้านสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องในเรื่องของการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลต่างด้าวในประเทศไทยได้ไปลงนามและให้สัตยาบันไว้ มีอยู่ 3 ฉบับ ได้แก่ 1)อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.2009 (Convention on the Rights of the Child (CRC) 2) กติการะหว่างประเทศว่าด้วย สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1976 (UN International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)) 3) อนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ.1987 (Convention against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT))

1) กติการะหว่างประเทศว่าด้วย สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1976 (International Covenant on Civil and Political Rights-ICCPR)

สาระสำคัญ

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ประกอบด้วย วรรคอารัมภบท และบทบัญญัติ 53 ข้อ ซึ่งแบ่งเป็น 6 ส่วน ดังนี้

วรรคอารัมภบท กล่าวถึงพันธกรณีของรัฐด้านสิทธิมนุษยชนตามกฎหมายระหว่างประเทศ รวมทั้งหน้าที่ของบุคคลที่จะส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และได้รับสิทธิทั้งด้านพลเมือง การเมือง เศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรมอย่างเท่าเทียมกัน

ส่วนที่ 1 (ข้อ 1) กล่าวถึงสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง (Right of self-determination)

ส่วนที่ 2 (ข้อ 2-5) กล่าวถึงพันธกรณีของรัฐภาคีที่รับรองจะเคารพและประกันสิทธิของบุคคล รวมถึงการห้ามการเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง สัญชาติ สถานะทางเศรษฐกิจ สังคม ถิ่นกำเนิด หรือสภาพอื่นใด โดยจะดำเนินการให้เกิดผลในทางปฏิบัติภายในประเทศ การประกันว่าบุคคลที่ถูกละเมิดจะได้รับการเยียวยาไม่ว่าบุรุษหรือสตรีจะได้รับสิทธิพลเมืองและการเมืองอย่างเท่าเทียมกัน การลดละสิทธิในสถานการณ์ฉุกเฉิน และการห้ามการตีความกติกาในอันที่จะไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพอื่นๆ ลง

ส่วนที่ 3 (ข้อ 6-27) กล่าวถึงสาระสิทธิในส่วนที่เป็นสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ได้แก่ สิทธิการมีชีวิตอยู่เสรีภาพจากการถูกทรมานการประติบัติต่อผู้ถูกลดละเสรีภาพอย่างมีมนุษยธรรม การห้ามบุคคลที่ถูกจำคุกด้วยเหตุที่ไม่สามารถชำระหนี้ตามสัญญาได้เสรีภาพในการโยกย้ายถิ่นฐาน ความเสมอภาคของบุคคลภายใต้กฎหมาย การห้ามมิให้มีการบังคับใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง สิทธิการได้รับรองเป็นบุคคลตามกฎหมาย การห้ามแทรกแซงความเป็นส่วนตัว การคุ้มครองเสรีภาพทางความคิด เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก การห้ามโฆษณาชวนเชื่อเพื่อการสงครามหรือก่อให้เกิดความเกลียดชังทางเชื้อชาติ สิทธิที่จะชุมนุมอย่างสันติการรวมกันเป็นสมาคม สิทธิของชายหญิงที่อยู่ในวัยที่เหมาะสมในการมีครอบครัว การคุ้มครองสิทธิเด็ก และการที่พลเมืองทุกคนมีสิทธิที่จะมีส่วนร่วมในกิจการสาธารณะ การรับรองว่าบุคคลทั้งปวงย่อมเสมอภาคกันตามกฎหมายและได้รับการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน การรับรองสิทธิของชนกลุ่มน้อยทางเผ่าพันธุ์ ศาสนา และภาษาภายในรัฐ

ส่วนที่ 4 (ข้อ 28-45) กล่าวถึงการจัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบในการตรวจสอบการประติบัติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในกติการวมถึงพันธกรณีในการเสนอรายงานของรัฐภาคีการยอมรับอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน และขั้นตอนการพิจารณาข้อร้องเรียน

ส่วนที่ 5 (ข้อ 46-47) ห้ามการตีความไปในทางขัดกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ รวมทั้งการมิให้ตีความในการที่จะลิดรอนสิทธิที่จะใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ส่วนที่ 6 (ข้อ 48-53) กล่าวถึงการเข้าเป็นภาคี และการแก้ไขเพิ่มเติมกติกา

ในการศึกษาเรื่อง การพัฒนากฎหมายคนเข้าเมืองเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาตินั้น หลักสิทธิมนุษยชนในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองที่นำมาศึกษา อยู่ในข้อ 12 คือ

(1)บุคคลทุกคนที่อยู่ในดินแดนของรัฐใด โดยชอบด้วยกฎหมายย่อมมีสิทธิในเสรีภาพในการโยกย้ายและเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐนั้น

(2)บุคคลทุกคนย่อมมีเสรีจะออกจากประเทศใดๆ รวมทั้งประเทศของตนได้

(3)สิทธิดังกล่าวข้างต้นไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดใดๆ เว้นแต่เป็นข้อจำกัดตามกฎหมายและที่จำเป็นเพื่อรักษาความมั่นคงของชาติ ความสงบเรียบร้อย การสาธารณสุข หรือศีลธรรมของประชาชนหรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น และข้อจำกัดนั้นสอดคล้องกับสิทธิอื่นๆ ที่รับรองไว้ในกติกา

(4)บุคคลจะถูกลิดรอนสิทธิในการเดินทางเข้าประเทศของตนโดยอำเภอใจมิได้

การปฏิเสธคนต่างด้าวเดินทางเข้าประเทศตามมาตรา 12 (7)(8)(10) แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 ได้แก่ บุคคลต่างด้าวที่มีพฤติการณ์เป็นที่น่าเชื่อว่าเป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคมหรือจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายต่อความสงบสุขหรือความปลอดภัยของประชาชนหรือความมั่นคงของราชอาณาจักรหรือบุคคลซึ่งเจ้าหน้าที่รัฐบาลต่างประเทศได้ออกหมายจับนั้นสอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วย สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองในข้อ 12

2)อนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือ ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ.1987 (Convention against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)

สาระสำคัญในเนื้อหาของอนุสัญญานี้มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ ในการระงับและยับยั้งการทรมานโดยในเนื้อหาของอนุสัญญาดังกล่าว ได้กำหนดความหมายของการทรมานว่าหมายถึงการกระทำใดก็ตามโดยเจตนาที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างสาหัสไม่ว่าทางกายหรือทางจิตใจต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งด้วยความมุ่งประสงค์เพื่อให้ข้อสนเทศหรือคำสารภาพจากบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามการลงโทษบุคคลนั้นสำหรับการกระทำซึ่งบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามกระทำหรือถูกสงสัยว่าได้กระทำรวมทั้งการบังคับขู่เข็ญ โดยมุ่งเน้นไปที่การกระทำหรือโดยความยินยอมของเจ้าหน้าที่รัฐหรือบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ

อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี ประกอบด้วยวรรคอารัมภบท และบทบัญญัติ 33 ข้อ ซึ่งแบ่งเป็น 3 ส่วน ดังนี้

ส่วนที่ 1 (ข้อบทที่ 1-16) กำหนดเกี่ยวกับคำนิยามของ “การทรมาน” บทบัญญัติ ว่าด้วยการกำหนดให้การทรมานเป็นความผิดที่ลงโทษได้ตามกฎหมายอาญา เขตอำนาจที่เป็นสากล เกี่ยวกับความผิดการทรมาน และหลักการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

ส่วนที่ 2 (ข้อบทที่ 17-24) กำหนดเกี่ยวกับการนำบทบัญญัติไปใช้โดยการจัดตั้ง คณะกรรมการต่อต้านการทรมานซึ่งเป็นองค์กรกำกับดูแลประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญอิสระ จำนวน 10 คน ที่แต่งตั้งโดยภาคีสมาชิกและปฏิบัติหน้าที่ในฐานะปัจเจกบุคคลตามความสามารถคำร้องเรียน ระหว่างรัฐ คำร้องเรียนของปัจเจกบุคคล อำนาจคณะกรรมการต่อต้านการทรมาน

ส่วนที่ 3 (ข้อบทที่ 25-33) กำหนดเกี่ยวกับกระบวนการเข้าเป็นภาคี ผลใช้บังคับการ แก้ไขอนุสัญญาโดยเฉพาะข้อสงวน การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของอนุสัญญาและการระงับข้อพิพาท

ในการศึกษาเรื่อง การพัฒนากฎหมายคนเข้าเมืองเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาตินั้น หลักสิทธิมนุษยชนตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือ ย่ำยีศักดิ์ศรีที่นำมาศึกษาอยู่ในข้อ 3 คือ

ข้อ 3

(1) รัฐภาคีต้องไม่ขับไล่ ส่งกลับ (ผลักดันกลับออกไป) หรือส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนไปยังอีกรัฐหนึ่ง เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะตกอยู่ภายใต้อันตรายที่จะถูกทรมาน

(2) เพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะวินิจฉัยว่ามีเหตุอันควรเชื่อเช่นนั้นหรือไม่ เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจต้องคำนึงถึงข้อพิจารณาทั้งปวงที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งการที่มีรูปแบบที่ต่อเนื่องของการละเมิดสิทธิมนุษยชนในรัฐนั้นอย่างร้ายแรง โดยซึ่งหน้าหรืออย่างกว้างขวางด้วย หากมี

ในการปฏิเสธรณการเดินทางเข้าประเทศของคนต่างด้าวที่มีพฤติการณ์ตามมาตรา 12 (7) (8) (10) พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ต้องคำนึงถึง อนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือ ย่ำยีศักดิ์ศรี ในข้อ 3 ที่กล่าวว่า รัฐภาคีต้องไม่ขับไล่ ส่งกลับ (ผลักดันกลับออกไป) หรือส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนไปยังอีกรัฐหนึ่ง เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะตกอยู่ภายใต้อันตรายที่จะถูกทรมาน โดยให้มีการปรับปรุงกฎหมายคนเข้าเมืองให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีที่ ประเทศไทยได้ไปลงนามและให้สัตยาบันไว้

3)อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.2009 (Convention on the Rights of the Child-CRC)

อนุสัญญาว่าด้วยเด็กประกอบด้วยบทบัญญัติ 54 ข้อ โดย 40 ข้อแรกเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับสิทธิของเด็กโดยตรง เน้นหลักพื้นฐาน 4 ประการ ซึ่งปรากฏในข้อ 2,3,6 และ 12 รวมทั้งเป็นแนวทางในการตีความอนุสัญญาทั้งฉบับ ได้แก่

(1) การห้ามเลือกปฏิบัติต่อเด็ก และการให้ความสำคัญแก่เด็กทุกคนอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างของเด็ก ในเรื่องเชื้อชาติสีผิว เพศภาษา ศาสนาความคิดเห็นทางการเมือง ชาติพันธุ์ หรือสังคม ทรัพย์สิน ความทุพพลภาพ การเกิด หรือ สถานะอื่นๆ ของเด็ก หรือบิดามารดา หรือ ผู้ปกครองทางกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อให้เด็กมีโอกาสที่เท่าเทียมกัน

(2) การกระทำหรือการดำเนินการทั้งหลายต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นอันดับแรก

(3) สิทธิในการมีชีวิตการอยู่รอด และการพัฒนาทางด้านจิตใจ อารมณ์ สังคม

(4)สิทธิในการแสดงความคิดเห็นของเด็ก และการให้ความสำคัญกับความคิดเหล่านั้น

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ที่นำมาศึกษาในงานวิจัยเรื่องนี้อยู่ในข้อ 9 ว่าด้วย การแยกเด็กออกจากบิดามารดาต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นอันดับแรก ข้อพิจารณาประกอบด้วย

(1) รัฐภาคีจะประกันว่า เด็กจะไม่ถูกแยกจากบิดามารดาโดยขัดกับความประสงค์ของบิดามารดาเว้นแต่ในกรณีที่หน่วยงานที่มีอำนาจซึ่งอาจถูกทบทวน โดยทางศาลจะกำหนดตามกฎหมายและวิธีพิจารณาที่ใช้บังคับอยู่ว่า การแยกเช่นนี้ จำเป็นเพื่อผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก การกำหนดเช่นนี้ อาจจำเป็นในกรณีเฉพาะ เช่น ในกรณีที่เด็กถูกระงับ โดยมิชอบ หรือถูกทอดทิ้งละเลยโดยบิดามารดา หรือในกรณีที่บิดามารดาอยู่แยกกันและต้องมีการตัดสินใจว่าเด็กจะพำนักที่ใด

(2) ในการดำเนินการใดๆ ตามวรรคหนึ่ง ของข้อนี้ จะให้โอกาสทุกฝ่าย ที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องมีส่วนร่วมในการดำเนินการดังกล่าว และแสดงความคิดเห็นของตนให้ประจักษ์

(3) รัฐภาคีจะเคารพต่อสิทธิของเด็กที่ถูกแยกจากบิดาหรือมารดาหรือจากทั้งคู่ในอันที่จะรักษาความสัมพันธ์ส่วนตัว และการติดต่อโดยตรงทั้งกับบิดาและมารดาอย่างสม่ำเสมอ เว้นแต่เป็นการขัดต่อผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก

(4) ในกรณีที่การแยกเช่นนี้ เป็นผลมาจากการกระทำใดๆ โดยรัฐภาคีต่อบิดาหรือมารดา หรือทั้งบิดาและมารดา หรือต่อเด็ก เช่น การกักขังการจำคุก การเนรเทศ การส่งตัวออกนอกประเทศ หรือการเสียชีวิต (รวมทั้งการเสียชีวิตอันเกิดจากสาเหตุใดๆ ที่เกิดขึ้นขณะที่ผู้นั้นอยู่

ในการควบคุมของรัฐ) หากมีการร้องขอ รัฐภาคนั้นจะต้องให้ข้อมูลข่าวสารที่จำเป็นเกี่ยวกับที่อยู่ของสมาชิกของครอบครัวที่หายไปแก่บิดามารดา เด็ก หรือในกรณีที่เหมาะสม แก่สมาชิกคนอื่นของครอบครัวเว้นแต่เนื้อหาของข้อมูลข่าวสารนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อความอยู่ดีของเด็ก อนึ่งรัฐภาคีจะให้การประกันต่อไปว่า การยื่นคำร้องขอเช่นนั้นจะไม่ก่อให้เกิดในลักษณะที่สอดคล้องกับระเบียบวิธีปฏิบัติตามกฎหมายภายใน

ในการปฏิเณรการเดินทางเข้าประเทศของคนต่างด้าวที่มีพฤติการณ์ตามมาตรา 12 (7) (8) (10) พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ต้องคำนึงถึง อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ในข้อ 9 ที่กล่าวว่า รัฐภาคีจะประกันว่า เด็กจะไม่ถูกแยกจากบิดามารดาโดยขัดกับความประสงค์ของบิดามารดาเว้นแต่ในกรณีที่หน่วยงานที่มีอำนาจซึ่งอาจถูกทบทวน โดยทางศาลจะกำหนดตามกฎหมายและวิธีพิจารณาที่ใช้บังคับอยู่ว่า การแยกเช่นนี้ จำเป็นเพื่อผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยให้มีการปรับปรุงกฎหมายคนเข้าเมืองให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ที่ประเทศไทยได้ไปลงนามและให้สัตยาบันไว้

2.1.6 หลักการตีความกฎหมาย (Interpretation Law)

ในการตีความกฎหมายตามถ้อยคำนั้น บุคคลทั่วไปที่ไม่ได้ศึกษามาในทางนิติศาสตร์มักจะเข้าใจว่าเมื่อกฎหมายได้รับการตราขึ้นเป็นภาษาไทย และเป็นภาษาไทยที่ใช้กันโดยทั่วไปเมื่อตนเป็นคนไทย ตนย่อมสามารถอ่านกฎหมายเข้าใจและตีความกฎหมายได้เหมือนอย่างบุคคลที่ศึกษามา ในทางนิติศาสตร์ความเข้าใจดังกล่าวนับว่าเป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน ถ้อยคำสามัญที่ใช้กันโดยทั่วไปนั้น ถึงแม้ว่าโดยหลักแล้วจะต้องตีความตามความเข้าใจทั่วไป ก็ไม่ได้หมายความว่าผลที่สุดแล้ว ความหมายของถ้อยคำที่กลายเป็นบทกฎหมายจะต้องเหมือนกับความหมายที่เข้าใจกันโดยทั่วไปเสมอไป

หากพิจารณาโครงสร้างของบทกฎหมายที่ประกอบด้วย “องค์ประกอบส่วนเหตุ” และ “ผลในทางกฎหมาย” แล้ว เราอาจแบ่งแยกถ้อยคำต่างๆ ออกได้เป็นหลายประเภท เช่น ถ้อยคำที่คลุมเครือ ถ้อยคำเชิงคุณค่า ถ้อยคำคาดคะเน หรือถ้อยคำเปรียบเทียบ เป็นต้น อย่างไรก็ตามพิเคราะห์ ถ้อยคำที่ปรากฏในโครงสร้างบทกฎหมายส่วนที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ ซึ่งเป็นส่วนที่มักจะเป็นวัตถุแห่งการตีความแล้ว เราอาจแยกถ้อยคำออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบ ทางกฎหมาย เชิงพรรณนาประเภทหนึ่ง และถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบทางกฎหมายเชิงบรรทัดฐาน อีกประเภทหนึ่ง

1) ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบทางกฎหมายเชิงพรรณนาและถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบทางกฎหมายเชิงบรรทัดฐาน

ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบทางกฎหมายเชิงพรรณนา คือ ถ้อยคำที่บ่งชี้ข้อเท็จจริงในโลกแห่งความเป็นจริง เช่น สัตว์ อาคาร รยยนต์ฯ ฯลฯ โดยทั่วไปแล้วถ้อยคำในลักษณะดังกล่าวนี้จะบ่งชี้สิ่งที่สามารถสัมผัสได้ในทางกายภาพ ยิ่งถ้อยคำดังกล่าวพรรณนาสิ่งที่สามารถสัมผัสได้มากเท่าไร ถ้อยคำดังกล่าวก็จะยิ่งชัดเจนและเข้าใจง่ายโดยทั่วไปมากขึ้นเท่านั้น อย่างไรก็ตามมีหลายกรณีที่เป็น ข้อยกเว้นของสิ่งที่กล่าวมา เช่น คำว่า “ปา” แม้เป็นถ้อยคำที่โดยทั่วไปแล้วดูเหมือนจะเข้าใจได้ อย่างชัดเจน(Ernst E. Kramer.1998,p44)

ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงบรรทัดฐาน คือ ถ้อยคำที่อ้างอิงหรือบ่งชี้สิ่งที่เป็นนามธรรมหรือคุณค่า ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงบรรทัดฐานจึงต่างจากถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงพรรณนา เพราะถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงพรรณนามุ่งชี้ข้อเท็จจริงในโลกของความเป็นจริงที่สัมผัสได้โดยประสาทสัมผัสทั้งห้า คือ ตา หู จมูก ลิ้น กาย

ในความหมายอย่างแคบ ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงบรรทัดฐาน คือ ถ้อยคำที่เป็นศัพท์เทคนิค (Terminustechnicus) ทางนิติศาสตร์ เช่น กรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง ส่วนควบ เครื่องอุปกรณ์ คำสั่งทางปกครอง ฯลฯ ในหลายกรณีความหมายของศัพท์เทคนิค ดังกล่าวนี้นี้ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมาย แม้กระนั้นก็ตามบทนิยามความหมายของศัพท์เทคนิคต่างๆก็ไม่ได้ชัดเจนแน่นอนเสียทั้งหมด ในหลายกรณีก็มีปัญหาที่ต้องตีความว่าสิ่งๆหนึ่งอยู่ในความหมายของบทนิยามหรือไม่

2) ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไป

ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไป คือ ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงบรรทัดฐานซึ่งอ้างอิงเชื่อมโยงกับคุณค่าทางสังคม แม้จะมีความหมายที่กว้างและคลุมเครือเป็นพิเศษ แต่ก็ยังเป็นถ้อยคำที่มีความสำคัญเพราะมีเนื้อหาในเชิงหลักการอันเป็นศูนย์กลางของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ตัวอย่างของถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไปและถือว่าเป็น “ราชาของหลักการทั่วไปในกฎหมายแพ่ง”คือ “หลักสุจริต” หรือ “หลักความเชื่อถือและไว้วางใจ” (True und Glauben) หรือ “หลักการห้ามใช้สิทธิที่มุ่งประสงค์ให้เกิดความเดือดร้อนแก่บุคคลอื่น” และถ้าสังเกต ต่อไปให้ดีแล้วจะพบว่าในกฎหมายปกครองก็ปรากฏหลักการดังกล่าวเช่นเดียวกัน คือ การคุ้มครองความเชื่อมั่นในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหากปรากฏว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองสุจริต และใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหมดสิ้นไปแล้ว แม้คำสั่งทางปกครองนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่สุจริตและไม่ปรากฏว่าประโยชน์สาธารณะมีน้ำหนักมากกว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ย่อมไม่อาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นได้(พระราชบัญญัติวิธี

ปฏิบัตินิติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 50 และมาตรา 51) อย่างไรก็ตามก็มีข้อสังเกตว่า ในทางกฎหมายมหาชนหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะจะต้องนำมาคำนึงประกอบด้วยเสมอ เป็นที่เห็นประจักษ์ชัดทั่วไปว่าการที่ผู้ร่างกฎหมายตัดสินใจใช้ถ้อยคำที่มีความหมาย ไม่เฉพาะเจาะจง อันมีลักษณะเป็นหลักการทั่วไปนั้นย่อมกระทบต่อหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของบุคคล ทั้งนี้เพราะเป็นการยากอย่างยิ่งที่บุคคลทั่วไปจะคาดหมายได้ว่าผู้พิพากษา จะวินิจฉัยชี้ขาดในลักษณะใด ความยุ่งยากในทางกฎหมายไม่ได้ปรากฏเฉพาะในชั้นของการพิจารณา พิพากษาคดีเท่านั้น แต่ในการอธิบายกฎหมาย ผู้อธิบายหรือผู้แต่งคำราก็ย่อมประสบความยุ่งยาก เช่นเดียวกัน โดยเหตุที่ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไปเป็นถ้อยคำที่เปิด ดังนั้นหากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับการปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เข้ากับถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไปแล้ว ย่อมคาดหมายได้ว่าการต่อสู้คดีจะยืดเยื้อยาวนาน และมักจะไปจบที่ศาลสูงสุด

ในทางกฎหมายมหาชน การที่ฝ่ายนิติบัญญัติใช้ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไป อาจถือได้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติกำลังปล่อยให้องค์กรผู้ใช้กฎหมายเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ที่แท้จริงขึ้นใช้บังคับการบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไปจึงมีปัญหา เพราะอาจมองได้ว่าองค์กรนิติบัญญัติ กำลังหนีจากความรับผิดชอบทางการเมืองโดยผลักรากิจดังกล่าวไปให้องค์กรอื่นกระทำแทน นอกจากนี้ การบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไปยังก่อให้เกิดความจำเป็นที่จะต้องอธิบายต่อไป อีกในทางกฎหมายปกครองว่าความสัมพันธ์ในเชิงอำนาจระหว่างองค์กรฝ่ายปกครองกับองค์กรตุลาการ จะอยู่ในลักษณะเช่นใด องค์กรตุลาการสามารถเข้ามาควบคุมตรวจสอบการตีความตลอดจนการ ปรับใช้กฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครองได้อย่างเต็มที่หรือไม่ หรือในกรณีดังกล่าวนี้ต้องถือว่าองค์กรนิติบัญญัติมุ่งประสงค์จะมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครอง ดังนั้น องค์กรตุลาการย่อมไม่สามารถเข้ามาตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายปกครองได้อย่างเต็มที่ ได้แต่ตรวจสอบว่าการปรับใช้ถ้อยคำ ที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงนั้นเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เท่านั้น

ถึงแม้ว่าการใช้ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไปจะมีปัญหาในเชิงหลักการดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นก็ตาม แต่โดยเหตุที่สภาพข้อเท็จจริงที่ปรากฏในโลกของความเป็นจริงมีความสลับซับซ้อนอย่างมากจึงจำเป็นอยู่เองที่ผู้ร่างกฎหมายจำเป็นต้องใช้ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไปในลักษณะเปิด (Open texture) ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไป เช่น “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี” “ความสุจริต” เป็นเสมือนช่องทางเชื่อมการบัญญัติกฎหมายกับคุณค่าต่างๆ ที่ดำรงอยู่ในสังคมเข้าด้วยกัน ทำให้กฎหมาย ไม่แข็งกระด้างทำให้ประสิทธิภาพของบทกฎหมายเพิ่มสูงขึ้น เพราะคนในสังคมจะยอมรับการตัดสินใจชี้ขาดอย่างสนใจขึ้น หากผู้ใช้กฎหมายปรับใช้บทกฎหมายที่เป็นหลักการอย่างถูกต้องเที่ยงธรรม ยิ่งไปกว่านั้นถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไปยังมีความยืดหยุ่นสามารถ

ปรับเปลี่ยนให้เข้ากับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปโดยเร็วได้โดยที่องค์กรนิติบัญญัติไม่จำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายหรือตรากฎหมาย ขึ้นใหม่อีกด้วย

โดยเหตุที่ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไป (รวมทั้งถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง) เป็นถ้อยคำที่มีลักษณะเปิด ผู้ใช้กฎหมายจึงมีดุลพินิจค่อนข้างกว้างขวางในอันที่จะตีความและปรับใช้ถ้อยคำที่เป็นหลักทั่วไปดังกล่าว และโดยที่ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงมีเขตแดนในทางนิติศาสตร์กว้าง การวินิจฉัยหรือปรับใช้กฎหมายขององค์กรผู้บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย หรือองค์กรผู้วินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยทั่วไปแล้วย่อมอยู่ในกรอบของถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไปนั้น (Intralegem) อย่างไรก็ตามเราอาจพิจารณาได้ในอีกมิติหนึ่งเช่นกันว่าการปรับใช้บทกฎหมายอันมีลักษณะเป็นถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไปนั้น แท้ที่จริงแล้วก็คือการอุดช่องว่างของกฎหมายอย่างหนึ่ง อันเป็นช่องว่างที่องค์กรนิติบัญญัติตั้งใจปล่อยไว้ให้องค์กรที่ใช้กฎหมายดำเนินการอุดเสีย

ประเด็นที่ต้องอาศัยการตีตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 คือ มาตรา 12 (7) “มีพฤติการณ์เป็นที่น่าเชื่อเป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคมหรือจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายต่อความสงบสุขหรือความปลอดภัยของประชาชนหรือความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือบุคคลซึ่งเจ้าหน้าที่รัฐบาลต่างประเทศได้ออกหมายจับ” เนื่องจาก พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 เป็นกฎหมายเพื่อความมั่นคงของประเทศและความสงบเรียบร้อยของประชาชน โดยส่วนรวม เพื่อให้การพิจารณาตามมาตรา 12 (7) เป็นไปโดยถูกต้องและเป็นธรรม ควรพิจารณาตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ตามที่สำนักงานอัยการสูงสุดเคยให้ความเห็นไว้ตามข้อหารือของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ดังนี้

คำว่า “มีพฤติการณ์เป็นที่น่าเชื่อถือเป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคม” ในกรณีนี้ สังคมตามพจนานุกรม หมายถึงคนจำนวนหนึ่งที่มีความสัมพันธ์ต่อเนื่องกัน ตามระเบียบกฎเกณฑ์โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญร่วมกัน วงการหรือสมาคมของคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง เช่น สังคมชั้นสูงที่เกี่ยวกับการพบปะสังสรรค์หรือชุมนุม เช่น วงสังคม งานสังคมถ้าเป็นภัยที่กระทบต่อคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ ก็จะไม่ถือว่าเป็นภัยสังคมหากมีการกระทำลักษณะเป็นนิสัยหรือกระทำต่อคนหลายคนอื่นหลายคน หรือมีพฤติการณ์เป็นแก๊ง ขบวนการ จึงจะถือว่าเป็นภัยต่อสังคมเป็นต้น

คำว่า “มีพฤติการณ์เป็นที่น่าเชื่อถือเป็นบุคคลที่จะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายต่อความสงบสุขหรือความปลอดภัยของประชาชนหรือความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร”ตามกรณีนี้ เพียงแค่มีพฤติการณ์ที่จะก่อเหตุร้ายก็เข้าลักษณะต้องห้ามแล้ว แม้แต่ยังไม่ได้มีการลงมือกระทำก็ตาม คำว่า “ประชาชน” ในที่นี้ให้รวมถึงประชาชนคนใดคนหนึ่งด้วย เช่น เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าจะเข้ามาเพื่อทำร้ายใครคนใดคนหนึ่ง ถือว่ามีพฤติการณ์ต้องห้ามดังกล่าวแล้ว

2.1.7 หลักการร่างกฎหมาย (Bill drafting)

กฎหมายเป็นเครื่องมือผลักดันให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และวัฒนธรรม และเป็นหลักประกันที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของประชาชน รวมทั้งกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐและพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งกระทำการในนามของรัฐ และเป็นที่มาแห่งอำนาจของการจัดเก็บรายได้หรือภาษีอากรอันเป็นรายได้ของรัฐ กฎหมายจึงเป็นวิธีการ (Means) ที่นำไปสู่ปลายทาง (End) และกฎหมายก็สะท้อนนโยบายสาธารณะของแต่ละยุคแต่ละสมัย

ร่างกฎหมายที่ดีจะช่วยให้การบริหารราชการแผ่นดินมีประสิทธิภาพ (อมร จันทรสมบูรณ์, 2529, หน้า 28-34) เนื่องจาก กฎหมายจะนำนโยบายของผู้กำหนดนโยบายไปออกแบบและเขียนเป็นบทบังคับด้วยภาษาของกฎหมาย อีกนัยหนึ่งในความหมายของการร่างกฎหมายจึงเป็นการนำแนวความคิดและนโยบาย ทางกฎหมายไปเขียนต่อด้วยภาษาซึ่งเป็นสัญลักษณ์ ให้มีความชัดเจน (Clear) โดยมีความกะทัดรัด (Concise) มีเหตุและผล (Logical) สอดคล้องกัน (Consistent) และใช้ได้สำหรับสังคม นั้น (Social useful) และที่สำคัญที่สุดต้องสอดคล้องกับหลัก ความยุติธรรม (Rule of Law) รวมทั้ง การเขียนกฎหมายนั้นเองก็ต้องสื่อสารให้เกิดการกระทำอันเป็นประโยชน์ต่อสังคมส่วนรวมได้ และประชาชนสามารถเข้าใจถึงสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของตนได้ คำว่า “กฎหมาย” ในที่นี้มีความหมายอย่างกว้าง หมายถึงไม่ว่ากฎหมายใน ระดับพระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ และประกาศ และใน ความหมายสมัยใหม่รวมไปถึงกฎระเบียบ (Regulation) ที่มีผลต่อการกระทำทุกประเภทไม่ว่าจะ เรียกชื่ออย่างไร

การร่างกฎหมายนั้นนอกจากต้องอาศัยความรู้ทางกฎหมายอันเป็นเนื้อหาสาระ (Content) ของกฎหมายนั่นเองแล้ว ผู้ร่างกฎหมายยังจะต้องเข้าใจหลักนิติธรรม ความเป็นธรรม ระบบกฎหมาย หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ หลักการบริหารราชการแผ่นดิน เข้าใจสภาพสังคมของตน เป็นผู้ที่มีความรู้ความชำนาญและประสบการณ์ในการวางโครงสร้างกฎหมาย และมี ความรู้ แนวโน้มของกฎหมายสากลหรือพันธะของความตกลงระหว่างประเทศที่จะส่งผลต่อกฎหมายภายในการกำหนดประโยชน์ของประเทศสามารถคาดการณ์ได้ถึงผลกระทบของร่างกฎหมายนั้นที่ จะมีขึ้นแก่สังคม การร่างกฎหมายจึงเป็นทั้งศาสตร์และศิลป์ไปพร้อมกัน(ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศักดิ์, 2531) และเป็นประสบการณ์ที่สะสมมาจากการทำงานของตัวผู้ร่างกฎหมายเอง

กฎหมายเป็นข้อบังคับหรือข้อกำหนดที่ตราขึ้นเพื่อบังคับให้บุคคลต้องปฏิบัติผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายจะได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในเรื่องต่างๆ ดังนั้นยังมีกฎหมายมากขึ้นเท่าใด สิทธิและเสรีภาพของบุคคลย่อมถูกจำกัดมากขึ้นเท่านั้น

ดังนั้น เรื่องที่จะร่างกฎหมายขึ้นใช้บังคับต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้ (สำนักงานคณะกรรมการ
กฤษฎีกา, 2551, หน้า 16-17)

1) เป็นกรณีที่มีความจำเป็นอย่างแท้จริงและรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดบัญญัติ
ให้กระทำได้

2) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามกฎหมายต้องเป็นไปเพียงเพื่อให้การ
ใช้บังคับกฎหมายนั้นประสบความสำเร็จ โดยจะกระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญของสิทธิและ
เสรีภาพนั้นมิได้

3) มาตรการตามกฎหมายต้องมีความเหมาะสมและสอดคล้องกับบริบทหรือสภาพของ
สังคมไทย

4) กลไกของรัฐมีความพร้อมที่จะบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายอย่างเคร่งครัดโดย
บุคลากรของรัฐที่ต้องเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายต้องมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับเจตนารมณ์ของ
กฎหมายและมาตรการต่างๆ ตามกฎหมายอย่างถ่องแท้มีสำนึกในการให้บริการมีบุคลากรเพียงพอ
และหน่วยงานของรัฐต้องมีงบประมาณเพียงพอเพื่อใช้ในการบังคับการตามกฎหมาย รวมทั้งมี
ความพร้อมด้านเครื่องมือเครื่องใช้ในการปฏิบัติหน้าที่มีฉะนั้นจะทำให้การให้เป็นตามกฎหมายขาด
ประสิทธิภาพ

5) ต้องมีการพิจารณาทบทวนความเหมาะสมของกลไกหรือมาตรการกฎหมายทุกกรอบ
ระยะเวลา เพื่อประโยชน์ในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน

6) ต้องมีการรับฟังความคิดเห็นของผู้ที่อาจจะได้รับผลกระทบจากการมีหรือปรับปรุง
กฎหมายนั้นด้วย เพื่อให้เนื้อหาสาระหรือกลไกของกฎหมายสอดคล้องกับความต้องการที่แท้จริง
ของสังคม

เมื่อได้พิจารณาตามลักษณะดังกล่าวแล้วและได้คำตอบว่า จำเป็นต้องตรากฎหมายบังคับ
ใช้ในเรื่องนั้นก็จะต้องมีการกำหนดรายละเอียดแห่งหลักการและสาระสำคัญที่ประสงค์จะให้
กฎหมายและเมื่อกำหนดได้แล้วจึงเป็นหน้าที่ของผู้ร่างกฎหมายที่ดำเนินการให้สำเร็จ มีร่าง
กฎหมายขึ้นแล้วดำเนินการเสนอและพิจารณา ร่างกฎหมายนั้นเพื่อจะได้ใช้บังคับต่อไป

ในการยกร่างกฎหมายนั้น เราจึงแยกประเภทของกฎหมายออกจากกัน เป็นสองระดับ คือ
กฎหมายระดับ พระราชบัญญัติ และกฎหมายลำดับรองกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติจะมี
หลักเกณฑ์วิธีการ ร่างและแบบของกฎหมายเป็นอย่างหนึ่ง ส่วนกฎหมายลำดับรองนั้นก็มีวิธีการ
รูปแบบ และ คติกาในการร่างอีกอย่างหนึ่ง และเพื่อความเข้าใจในระบบกฎหมายไทย เราจัดลำดับ
ศักดิ์ของกฎหมายเป็นดังนี้

กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ได้แก่

- พระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และพระราชกำหนด

กฎหมายลำดับรอง ได้แก่

- พระราชกฤษฎีกา
- กฎกระทรวง
- ระเบียบ ประกาศ ข้อบังคับ หรือคำสั่ง

ข้อควรพิจารณาเกี่ยวกับขอบเขตการออกกฎหมายลำดับรอง

การออกกฎหมายลำดับรองไม่อาจกระทำได้ทุกกรณีไป ในรายงานของ Committee on Ministers' Power (p. 31) แนะนำว่ากรณีดังต่อไปนี้ไม่ควรออกกฎหมายเป็น กฎหมายลำดับรอง

(1) กฎหมายลำดับรองที่มีผลเป็นการการขยายหลักการของตัวแม่บท รวมถึง การกำหนด ภาษีอากรหรือค่าธรรมเนียมซึ่งกฎหมายแม่บท (พระราชบัญญัติ) ไม่อนุญาตให้ กระทำได้

(2) การแก้ไขกฎหมายแม่บท (แนวทางข้อนี้สำหรับประเทศไทยแล้วจะมีข้อยกเว้นบาง ประการที่จะกล่าวต่อไป)

(3) กฎหมายลำดับรองที่ให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองอย่างกว้าง โดยไม่จำกัดขอบเขต

(4) กฎหมายลำดับรองที่ยกเว้นเขต อำนาจศาล (Jurisdiction of the courts)

รัฐธรรมนูญของบางประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสจะกำหนดไว้เลยว่า เรื่องใดต้องตราเป็นกฎหมาย (La loi) (มาตรา 34) เรื่องใดที่ถ้าไม่อยู่ในขอบเขตการตราเป็น กฎหมายที่รัฐธรรมนูญกำหนดแล้ว ให้อยู่ในขอบเขตของการออกกฎ (มาตรา 37) (บท Characterereglementaire) โดยต้นฉบับภาษาอังกฤษใช้คำว่า (Rule-making) ซึ่งเรื่องที่จะออกเป็น กฎหมายไม่ได้ ได้แก่ การกำหนดสิทธิความเป็นพลเมือง หลักประกันมูลฐาน ความสามารถทาง กฎหมายของบุคคล การกำหนดโทษอาญา ภาษีและการจัดเก็บภาษี เหตุผลที่อธิบายก็ เนื่องจากถือว่า รัฐธรรมนูญและหลักการทางจารีตประเพณีถือว่าเรื่องเหล่านี้กระทบต่อสถานะทาง กฎหมายของ ประชาชนมากเกินไปกว่าที่จะยินยอมให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจกำหนดขึ้นได้

เราอาจนำแนวทางของประเทศอังกฤษและสาธารณรัฐฝรั่งเศสมาใช้ได้ เพราะเป็นหลัก สากลที่เรื่องสำคัญๆ ที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องกำหนดโดยเป็นกฎหมาย ของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น

การนำเสนอแบบของพระราชบัญญัติจะลำดับตามโครงสร้างของพระราชบัญญัติ ดังต่อไปนี้ (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2550)

- การเขียนหลักการและเหตุผล

- ชื่อของร่างพระราชบัญญัติ
- แบบของคำปรารภ
- วันใช้บังคับของพระราชบัญญัติ
- บทนิยาม
- มาตรการผู้รักษาการตามกฎหมาย
- การยกเลิก การแก้ไข และการเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ
- การแก้ไขเปลี่ยนแปลง “คำ” หรือถ้อยคำในพระราชบัญญัติ
- การแบ่งหมวดหมู่ และโครงสร้างของพระราชบัญญัติ
- สภาพบังคับของกฎหมาย
- บทเฉพาะกาล
- บัญชีและตารางท้ายพระราชบัญญัติ

แบบของกฎกระทรวง

- ชื่อของกฎกระทรวง
- บทอาศัยอำนาจ
- วันใช้บังคับ
- การแบ่งหมวดหมู่
- การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติม
- การลงนามของรัฐมนตรีในกฎกระทรวง

สิ่งที่ควรคำนึงถึงในจัดทำร่างกฎหมายคนเข้าเมือง คือ ต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็นอย่างแท้จริงและรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดบัญญัติให้กระทำได้ และการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามกฎหมายต้องเป็นไปเพียงเพื่อให้การใช้บังคับกฎหมายนั้นประสบความสำเร็จ โดยจะกระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ ตลอดจนมาตรการตามกฎหมายต้องมีความเหมาะสมและสอดคล้องกับบริบทหรือสภาพของสังคมไทยผู้บังคับใช้กฎหมายต้องมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับเจตนารมณ์ของกฎหมายและมาตรการต่างๆ ตามกฎหมายอย่างถ่องแท้มีสำนึกในการให้บริการและต้องมีการรับฟังความคิดเห็นของผู้ที่อาจจะได้รับผลกระทบจากการมีหรือปรับปรุงกฎหมายนั้นด้วย เพื่อให้เนื้อหาสาระหรือกลไกของกฎหมายสอดคล้องกับความต้องการที่แท้จริงของสังคม

2.2 หลักการและแนวคิดเกี่ยวกับคนเข้าเมือง

ในการศึกษาเรื่องการพัฒนากฎหมายคนเข้าเมืองเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติของไทยนั้น จำเป็นต้องศึกษาแนวคิดและวิธีการพัฒนากฎหมายคนเข้าเมืองในประเทศอื่นๆ เช่น สหภาพยุโรป ที่มีการพัฒนากฎหมายคนเข้าเมืองมาก่อนแล้วเพื่อนำมาเป็นแบบอย่างและแนวทางในการพัฒนากฎหมายคนเข้าเมืองของไทย เนื่องจาก สหภาพยุโรปมีการศึกษาและพัฒนากฎหมายคนเข้าเมืองมาเป็นระยะเวลายาวนาน ตลอดจนมีมาตรการและแนวทางปฏิบัติ ในเรื่องการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่เป็นหลักสากล ในการจัดการกับปัญหาในเรื่องคนต่างชาติข้ามแดนที่เป็นภัยต่อความมั่นคง หรือ มีพฤติกรรมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี โดยวิธีการต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นข้อตกลงร่วมกัน การลงนามร่วมกัน ในสนธิสัญญาต่างๆ ความร่วมมือระหว่างองค์กรด้านกิจการยุติธรรมของแต่ละประเทศเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติ อันเกิดจากปัญหาคนข้ามแดน

2.2.1 แนวคิดด้านการบูรณาการทางกฎหมายคนเข้าเมืองของสหภาพยุโรป

หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหภาพยุโรปสะท้อนให้เห็นถึงหลักการทางรัฐธรรมนูญที่สหภาพยุโรปใช้ในการดำเนินงานตลอดจนการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสมาชิกและพลเมืองของรัฐสมาชิก หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหภาพยุโรปที่จะขอล่าวถึงมีดังต่อไปนี้

2.2.1.1 หลักความเป็นสูงสุดของกฎหมายสหภาพยุโรป (Supremacy of EU Law)

หลักความเป็นสูงสุดของกฎหมายสหภาพยุโรปไม่ได้บัญญัติไว้ในสนธิสัญญาประชาคมยุโรปหากแต่เกิดขึ้นโดยคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปหลักการดังกล่าวเป็นหนึ่งในหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญสหภาพยุโรปที่มีความสำคัญมากที่สุด เนื่องจากเป็นหลักการใหญ่ที่ครอบคลุมหลักการทางรัฐธรรมนูญต่างๆ ของสหภาพยุโรปรัฐสมาชิกได้ถ่ายโอนอำนาจอธิปไตยบางส่วนให้กับสหภาพยุโรปตามที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาระบบต่างๆ ของประชาคมยุโรป และสหภาพยุโรปดังนั้นกิจการใดที่รัฐสมาชิกได้โอนถ่ายอำนาจอธิปไตยไปให้สหภาพยุโรปแล้ว สหภาพยุโรปมีอำนาจในการออกกฎหมายและนโยบายที่มีผลบังคับผูกพันรัฐสมาชิกให้ปฏิบัติตามโดยไม่ต้องคำนึงถึงการอนุวัติการตามทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและระบบกฎหมายของรัฐ (วรลักษณ์สงวนแก้ว, 2550, หน้า 71-72)

กฎหมายของประชาคมยุโรปไม่ได้ขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกเนื่องจากกฎหมายสหภาพยุโรปเป็นกฎหมายสูงสุดในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญยุโรปนั่นเอง จากคำวินิจฉัยดังกล่าวเราสามารถกล่าวได้ว่ากฎหมายสหภาพยุโรปมีความแตกต่างจากกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไปโดยที่ประชาคมมีการสร้างระบบกฎหมายของตนเองซึ่งมีสภาพบังคับและได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายของรัฐสมาชิกดังนั้นองค์กรต่างๆ ของรัฐสมาชิก

จะต้องผูกพันในการใช้บังคับกฎหมายดังกล่าว และสภาพบังคับของกฎหมายประชาคมยุโรป ไม่สามารถที่จะเปลี่ยนแปลงโดยระบบกฎหมายภายในของรัฐนั้นในภายหลังและระบบกฎหมายภายในของรัฐที่บัญญัติในภายหลังนั้นจะต้องไม่ขัดต่อการบรรลุเป้าหมายตามวัตถุประสงค์ของ สนธิสัญญาของประชาคมยุโรป

จากที่กล่าวมาข้างต้นเราสามารถกล่าวได้ว่า หลักความเป็นสูงสุดของกฎหมายยุโรป หมายความว่าความเป็นเอกภาพไม่ถูกรบกวนโดยระบบกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกเนื่องจากกฎหมายสหภาพยุโรปมีสภาพบังคับและมีลักษณะเฉพาะและรัฐสมาชิกจะต้องไม่บัญญัติกฎหมายและ กำหนดมาตรการใดๆ ที่ขัดกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายสหภาพยุโรปยิ่งไปกว่านั้นหลักความเป็นสูงสุดของกฎหมายสหภาพยุโรปเป็นหลักการที่แสดงให้เห็นถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมาย สหภาพยุโรปที่มีฐานะสูงกว่ากฎหมายภายในของรัฐสมาชิกหากขัดกันระหว่างกฎหมายสหภาพ ยุโรปกับกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกในเรื่องที่มีกฎหมายสหภาพยุโรปบัญญัติไว้แล้วจะต้อง คำนึงถึงกฎหมายสหภาพยุโรปก่อนเป็นสำคัญและหากบทบัญญัติแห่งกฎหมายของรัฐสมาชิกใดที่ ขัดหรือแย้งกับกฎหมายสหภาพยุโรปกฎหมายของรัฐสมาชิกในบทนั้นก็จะ ไม่มีผลบังคับใช้ได้

นอกจากนี้ระบบศาลภายในของรัฐสมาชิกมีแนวโน้มในการยอมรับในหลักความเป็น สูงสุดของกฎหมายสหภาพยุโรปเช่นประเทศเบลเยียมเป็นประเทศที่สนับสนุนกระบวนการบูรณา การของสหภาพยุโรปมากที่สุดประเทศเยอรมนีและอิตาลีได้เคารพหลักความเป็นสูงสุดของ กฎหมายสหภาพยุโรปในด้านการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ประเทศอังกฤษได้เคารพหลักความเป็น สูงสุดของกฎหมายสหภาพยุโรปโดยการบัญญัติพระราชบัญญัติที่กำหนดสถานะทางกฎหมายของ สหภาพยุโรปว่ามีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายภายในของรัฐสมาชิก (วรลักษณ์ สงวนแก้ว, 2550, หน้า72-73)

2.2.1.2 หลักความมีผลบังคับโดยตรงของกฎหมายสหภาพยุโรป(Direct Effect)

หลักความมีผลบังคับโดยตรงหรือ Direct Effect ได้ก่อให้เกิดคุณค่าทางกฎหมายและ สร้างหลักเกณฑ์ให้กับระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญยุโรปดังที่ศาลแห่งประชาคมยุโรปได้เคยวินิจฉัย ไว้ว่าหลักความมีผลบังคับของกฎหมายสหภาพยุโรปคือหลักการที่กฎหมายสหภาพยุโรปมีผล บังคับใช้โดยตรงต่อรัฐสมาชิกและปัจเจกชนซึ่งเป็นพลเมืองของรัฐสมาชิกด้วยหลักการดังกล่าว เป็นหลักการพื้นฐานของการบูรณาการทางกฎหมายของสหภาพยุโรปซึ่งศาลสหภาพยุโรปได้ วินิจฉัยเรื่องดังกล่าวไว้ในคดี Onderneming van Gend & Loos V Netherlands Inland Revenue ซึ่ง สรุปสาระสำคัญได้ว่าสภาพบังคับของกฎหมายสหภาพยุโรปทำให้รัฐสมาชิกต้องถูกจำกัดอำนาจ อธิปไตยได้ภายในขอบเขตอันจำกัดทั้งนี้ไม่ใช่เรื่องการบังคับใช้กฎหมายเท่านั้นแต่รวมไปถึงการ ตรากฎหมายภายในรัฐสมาชิกด้วยนอกจากนี้กฎหมายสหภาพยุโรปไม่ได้มีผลเฉพาะรัฐสมาชิกและ

ประชาคมยุโรปเท่านั้น หากแต่ยังรวมถึงปัจเจกชนซึ่งสามารถกล่าวอ้างสิทธิต่างๆตามกฎหมายสหภาพยุโรปต่อองค์กรต่างๆภายในรัฐของตนได้เมื่อมีการบังคับใช้กฎหมายของสหภาพยุโรปในกรณีต่างๆทั้งนี้การที่ปัจเจกชนสามารถที่จะกล่าวอ้างหรือมีสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายประชาคมได้เพียงใดนั้น ยังจะต้องขึ้นอยู่กับว่าบ่อเกิดและลำดับชั้นของกฎหมายประชาคมนั้นๆ มาจากสนธิสัญญาหรือกฎหมายลำดับรองประเภทไหนด้วย

2.2.1.3 หลักความมีผลบังคับใช้ทันที(Direct Applicability)

ปัจจุบันนักนิติศาสตร์ชาวยุโรปได้ทำการวิเคราะห์ไว้ว่าหลักความมีผลบังคับใช้ทันที หรือ Direct Applicability ของกฎหมายสหภาพยุโรปนั้นได้ก่อให้เกิดคุณค่าทางกฎหมายและสร้างหลักเกณฑ์ให้กับระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญยุโรปดังที่ศาลแห่งประชาคมยุโรปได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า หลักความมีผลบังคับใช้ทันทีหรือ Direct Applicability เป็นมุมมองของรัฐสมาชิกที่จะใช้กฎหมายของประชาคมได้โดยทันทีโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการรับเข้ามาเป็นกฎหมายภายในหรือการอนุวัติการ ในคดีSimmenthal ศาลแห่งประชาคมยุโรปได้วินิจฉัยว่า กฎหมายประชาคมจะมีผลใช้บังคับเต็มที่และเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกนับแต่วันที่กฎหมายประชาคมนั้นมีผลใช้บังคับและจะมีผลตลอดไปหากบทบัญญัติของกฎหมายประชาคมนั้นยังใช้บังคับอยู่ บทบัญญัติของกฎหมายประชาคมทั้งหลายมีผลโดยตรงทำให้เกิดสิทธิและหน้าที่แก่รัฐสมาชิกและรวมไปถึงปัจเจกชนด้วย จากหลักกฎหมายประชาคมจะต้องมาก่อนนั้นอาจจะไม่สามารถปฏิบัติได้ทันทีหากบทบัญญัติของกฎหมายประชาคมขัดกับกฎหมายภายในรัฐสมาชิกซึ่งใช้บังคับอยู่แต่กฎหมายประชาคมทั้งหลายก็อาจจะผสานเป็นส่วนหนึ่งและจะต้องนำมาใช้ก่อนกฎหมายอื่นๆในดินแดนของแต่ละรัฐสมาชิก นอกจากนั้นยังเป็นการกีดกันการมีผลบังคับของกฎหมายใหม่ๆที่รัฐสมาชิกตราขึ้นในขอบเขตซึ่งขัดแย้งกับกฎหมายหรือบทบัญญัติต่างๆของประชาคมมิได้

กฎหมายรัฐธรรมนูญของสหภาพยุโรปประกอบไปแนวคิดทางรัฐธรรมนูญที่เป็นองค์ประกอบของการบูรณาการทางด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหภาพยุโรปซึ่งรัฐสมาชิกและสถาบันสหภาพยุโรปยอมรับและนำไปเป็นแนวทางในการปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของสหภาพยุโรปเช่นหลักประชาธิปไตยหลักนิติธรรมหลักสิทธิมนุษยชน เป็นต้น

นอกจากนี้จารีตประเพณีทางกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหภาพยุโรปได้วิวัฒนาการจนกลายเป็นส่วนหนึ่งของเอกลักษณ์และมรดกร่วมทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญของ สหภาพยุโรปไปแล้ว จารีตประเพณีทางกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหภาพยุโรปมีดังนี้

1)หลักนิติธรรม(Rule of Law)

หลักนิติธรรมเป็นหลักการปกครองโดยกฎหมายเพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมทั้งต่อปัจเจกชนและต่อประโยชน์ส่วนรวมของรัฐดังนั้นการดำเนินการของสถาบันและองค์กรต่างๆ

จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายพร้อมทั้งมีระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจและระบบการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอย่างมีระบบซึ่งหลักการดังกล่าวได้เป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆในทวีปยุโรปและผู้ร่างกฎหมายของสหภาพยุโรปได้นำหลักการดังกล่าวมาออกแบบโครงสร้างการจัดระเบียบทางการปกครองของสหภาพยุโรป

2) การเคารพสิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชนได้กลายเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีทางกฎหมายระหว่างประเทศที่รัฐต่างๆยอมรับและนำไปบังคับใช้กับกฎหมายและนโยบายภายในประเทศของตน หลักการเคารพสิทธิมนุษยชนของประเทศต่างๆในทวีปยุโรปนั้นมีที่มาจากคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศสเมื่อวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 ที่เกิดจากผลของการปฏิวัติฝรั่งเศส และได้วางรากฐานในการจัดตั้งกลไกการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆในทวีปยุโรป (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2546, หน้า 83) ต่อมาเมื่อมีการจัดตั้งกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับภูมิภาคของยุโรปในความร่วมมือของสภาแห่งยุโรป ระบบการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของยุโรปยังมีความชัดเจนยิ่งขึ้น ซึ่งกลไกดังกล่าวได้จัดตั้งสนธิสัญญาคุ้มครองสิทธิมนุษยชนยุโรปและศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปซึ่งศาลภายในของรัฐสมาชิกได้นำหลักการดังกล่าวไปตีความและวินิจฉัยคดีต่างๆ

3) หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

ประเทศต่างๆในทวีปยุโรปมักเลือกใช้การปกครองในรูปแบบประชาธิปไตยในการปกครองประเทศเนื่องจากมีความเชื่อว่าการปกครองในรูปแบบดังกล่าวสามารถสะท้อนให้เห็นถึงความต้องการของพลเมืองที่เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยมากที่สุด หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่กลายเป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆในทวีปยุโรป คือ กระบวนการมีส่วนร่วมทางการเมืองของพลเมืองทั้งทางตรงและทางอ้อม และหลักการดังกล่าวนี้เองได้วิวัฒนาการมาเป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญของสหภาพยุโรป ซึ่งเราจะเห็นได้ว่าหลักการดำเนินงานต่างๆของสถาบันสหภาพยุโรปก็ตั้งอยู่บนหลักการประชาธิปไตยทั้งสิ้น

กฎหมายของรัฐสมาชิก คือ บ่อเกิดของกฎหมายรัฐธรรมนูญยุโรป เนื่องจากกฎหมายสหภาพยุโรปมีสถานะทางกฎหมายสูงกว่ากฎหมายในรัฐสมาชิกและมีผลใช้บังคับโดยตรงกับรัฐสมาชิกและพลเมืองของสหภาพยุโรป กฎหมายของรัฐสมาชิกที่เป็นบ่อเกิดของรัฐธรรมนูญยุโรปที่สำคัญได้แก่กฎหมายรัฐธรรมนูญโดยทั่วไปแล้วรัฐธรรมนูญในทุกๆประเทศจะบัญญัติถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน รัฐธรรมนูญของรัฐสมาชิกจะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายสหภาพยุโรปและกฎหมายภายในของรัฐนั้นไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญเนื่องจากรัฐธรรมนูญ คือ ประตูด่านแรกที่จะกำหนดหลักเกณฑ์และ

วิธีการของการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในประเทศรัฐธรรมนูญยุโรปมีสถานะทางกฎหมายที่สูงกว่ารัฐธรรมนูญของชาติสมาชิกแต่จะไม่สามารถแทนที่รัฐธรรมนูญของชาติสมาชิกได้นอกจากนี้บ่อเกิดของกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกก็มีที่มาจากกฎหมายและกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่ออกโดยสถาบันของสหภาพยุโรป

ธรรมนูญเพื่อยุโรปถือเป็นก้าวสำคัญแห่งการบูรณาการของสหภาพยุโรป เนื่องจากได้มีการปฏิรูประบบการทำงานที่ครอบคลุมในหลายด้านอย่างที่ไม่เคยมีมาก่อน ทั้งยังเป็นการพิสูจน์ประสิทธิภาพในการทำงานของประเทศสมาชิกทั้ง 25 ประเทศด้วยว่าจะสามารถบริหารจัดการประเทศของตนต่อความท้าทายต่างๆ ในอนาคตได้หรือไม่ ทั้งนี้ การบูรณาการดังกล่าวจะตั้งอยู่บนรากฐานของหลักการประชาธิปไตยและการเคารพในกฎหมายอีกด้วย

นอกจากนี้ ธรรมนูญเพื่อยุโรปยังส่งเสริมให้ประชาชนในยุโรปมีความเข้าใจในบทบาท อำนาจหน้าที่ และความรับผิดชอบของสหภาพยุโรปมากยิ่งขึ้น สามารถจำแนกแยกแยะได้ว่าเรื่องใดเป็นภาระความรับผิดชอบของสถาบันร่วมของสหภาพยุโรป หรือเรื่องใดเป็นเรื่องของประเทศสมาชิก กระบวนการตัดสินใจได้ถูกปรับปรุงแก้ไขให้เหมาะสมกับสหภาพยุโรปที่ประกอบด้วยประเทศสมาชิก 25 ประเทศ รัฐมนตรีที่ได้รับการแต่งตั้งให้เข้ามาทำหน้าที่ในสหภาพยุโรปจะช่วยทำให้การทำงานมีความต่อเนื่องมากยิ่งขึ้น และเป็นการส่งเสริมความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปอีกด้วย

ธรรมนูญเพื่อยุโรปมิได้เข้ามาแทนที่รัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศสมาชิกซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ ธรรมนูญเพื่อยุโรปจะดำรงอยู่ควบคู่ไปกับรัฐธรรมนูญของชาติสมาชิก โดยจะมีขอบเขตอำนาจของตนเอง เนื้อหาของธรรมนูญจะบัญญัติถึงอำนาจหน้าที่ของสถาบันต่างๆ ของสหภาพยุโรป ไม่ว่าจะเป็นสภายุโรป คณะมนตรี สภารัฐมนตรี คณะกรรมาธิการ ศาลยุติธรรม รวมทั้งองค์กรอื่นๆ ด้วย

บทบัญญัติของธรรมนูญเพื่อยุโรปแบ่งออกเป็น 4 ส่วน ได้แก่

ส่วนที่ 1 กำหนดความหมาย วัตถุประสงค์ อำนาจหน้าที่ กระบวนการตัดสินใจ และสถาบันต่างๆ ของสหภาพยุโรป นอกจากนี้ยังกำหนดสัญลักษณ์ของสหภาพยุโรป ความเป็นพลเมือง วิถีชีวิตประชาธิปไตย และการเงินการคลังของสหภาพยุโรปด้วย

ส่วนที่ 2 บรรจุนโยบายเกี่ยวกับ “กฎบัตรสิทธิขั้นพื้นฐาน” (Charter of Fundamental Rights) ของพลเมืองยุโรป

ส่วนที่ 3 กล่าวถึงนโยบายเกี่ยวกับกิจการภายในและภายนอกของสหภาพยุโรป ตลอดจนกลไกการทำงานต่างๆ ของสหภาพยุโรป

ส่วนที่ 4 กรรมสารทั่วไปและกรรมสารสุดท้าย บัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการบังคับใช้และการแก้ไขธรรมนูญ

ธรรมนูญเพื่อยุโรปได้มอบสิ่งใหม่ๆ ให้แก่พลเมืองของสหภาพยุโรป ดังนี้

(1) หลักประกันการยอมรับนับถือในคุณค่าของความเป็นมนุษย์และการดำรงอยู่ในสังคม ได้แก่ การเคารพในศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ เสรีภาพ ประชาธิปไตย ความเสมอภาค หลักนิติธรรม และสิทธิมนุษยชน

สังคมจะตั้งอยู่บนหลักพหุนิยม หลักไม่เลือกปฏิบัติ ขันติ ความยุติธรรม ความมั่นคงและสิทธิที่เท่าเทียมกันของชายและหญิง ประเทศที่เคารพในคุณค่าดังกล่าวนี้จึงจะเป็นสมาชิกของสหภาพยุโรปได้ นอกจากนี้ มาตรการต่างๆ จะถูกนำมาใช้ทันทีเพื่อต่อต้านรัฐสมาชิกใดที่ไม่เคารพหลักประกันดังกล่าวข้างต้น

(2) เสรีภาพขั้นพื้นฐาน ได้แก่ การเคลื่อนย้ายเสรีของบุคคล สินค้า บริการ และเงินทุน เสรีภาพในการตั้งถิ่นฐาน การไม่เลือกปฏิบัติในเรื่องที่เกี่ยวกับสัญชาติ เสรีภาพทางการศึกษา เป็นต้น

การประชุม ณ กรุงลิสบอน ประเทศโปรตุเกส เมื่อเดือนมีนาคม ค.ศ.2000 นั้น ประมุขของรัฐและรัฐบาลของสหภาพยุโรป ได้กำหนดนโยบายในการดำเนินการให้สหภาพยุโรปมีเศรษฐกิจที่คล่องตัวที่สุดในโลก หนทางที่จะประสบผลสำเร็จได้นั้นจะต้องดำเนินการกระตุ้นการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ โดยการสร้างภูมิปัญญาและแหล่งความรู้ให้แก่พลเมืองของยุโรป ไม่ว่าจะเป็นนักศึกษา ครู อาจารย์ ผู้อบรม และนักวิจัย ซึ่งบุคคลเหล่านี้จะได้รับประโยชน์อย่างยิ่งจากความพยายามดังกล่าว ทั้งนี้ในระหว่างปี ค.ศ.1987-1999 ประชากรมากกว่า 1 ล้านคน ได้รับประโยชน์จากโครงการความร่วมมือทางการศึกษาผ่านทุนการศึกษาต่างๆ และความร่วมมือกันระหว่างโรงเรียนในประเทศต่างๆ นับพันโรงเรียน ตลอดจนมหาวิทยาลัย สถาบันฝึกอบรม และองค์กรภาคธุรกิจ

(3) ความเป็นพลเมืองของยุโรป (European Citizenship) พลเมืองในประเทศสมาชิกถือว่าเป็นพลเมืองของสหภาพยุโรปด้วย แนวความคิดนี้เริ่มต้นมาจากสนธิสัญญามาสทริกต์ ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “บุคคลทุกคนที่ถือสัญชาติรัฐสมาชิก จะได้รับความเป็นพลเมืองของสหภาพยุโรปด้วย” (Every person holding the nationality of a Member State shall be a citizen of the Union) สนธิสัญญาอัมสเตอร์ดัม ค.ศ.1997 ก็ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนถึงสัมพันธภาพระหว่างความเป็นพลเมืองของยุโรปและของประเทศสมาชิกว่า “ความเป็นพลเมืองของสหภาพยุโรป เป็นส่วนที่ได้รับเพิ่มเติมและไม่สามารถเข้าแทนที่ความเป็นพลเมืองของรัฐได้” (Citizenship of the Union shall complement and not replace national citizenship) พลเมืองของยุโรปจะได้รับสิทธิที่มากขึ้น

ซึ่งได้แก่ สิทธิในการเคลื่อนย้ายและพำนักราชได้โดยอิสระภายในอาณาเขตของสหภาพยุโรป สิทธิในการออกเสียงให้แก่ผู้สมัครรับเลือกตั้งและสิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภายุโรปและในการเลือกตั้งทุกระดับในประเทศของตนเอง เอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางทูตในประเทศนอกกลุ่มสมาชิก สิทธิในการเสนอเรื่องราวต่างๆ ต่อสหภาพยุโรป ผู้ตรวจการแห่งสหภาพยุโรป และสถาบันหลักต่างๆ ของสหภาพยุโรป ตลอดจนองค์กรผู้ให้คำปรึกษาต่างๆ ในภาษาใดภาษาหนึ่งที่ใช้ในสหภาพยุโรป และจะได้รับการตอบกลับในภาษาเดียวกัน

สหภาพยุโรปได้ให้เสรีภาพแก่พลเมืองของตนทั้ง 450 ล้านคน ในการพูดและใช้ภาษาของประเทศตนเอง เพื่อให้เป็นไปตามคำขวัญของสหภาพยุโรปที่ว่า “อยู่ร่วมกันในความแตกต่าง” (United in diversity) อย่างไรก็ดี สหภาพยุโรปก็ได้กระตุ้นให้พลเมืองของตนเรียนรู้ภาษาอื่นๆ ด้วย เพื่อใช้ในการประกอบอาชีพหรือเพื่อใช้ในการติดต่อสื่อสารแลกเปลี่ยนวัฒนธรรมซึ่งกันและกัน นอกจากนี้ ยังส่งเสริมให้มีการใช้ภาษาท้องถิ่นหรือภาษาของชนส่วนน้อย ซึ่งแม้จะไม่ใช่วิธีที่เป็นทางการก็ตาม แต่ก็มีประชากรที่ใช้ภาษานี้มากถึง 50 ล้านคน ซึ่งถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของมรดกทางวัฒนธรรม

สหภาพยุโรปมีภาษาที่ใช้เป็นทางการถึง 20 ภาษา ได้แก่ ภาษาเช็ก ภาษาเดนมาร์ก ภาษาดัตช์ ภาษาอังกฤษ ภาษาเอสโตเนีย ภาษาฟินนิช ภาษาฝรั่งเศส ภาษาเยอรมัน ภาษากรีก ภาษาฮังการี ภาษาอิตาลี ภาษาลัตเวีย ภาษาลิทัวเนีย ภาษามอลดีส ภาษาโปแลนด์ ภาษาโปรตุเกส ภาษาสโลวัก ภาษาสเปน และภาษาสวีเดน ทั้งนี้ ภาษาเยอรมันจะเป็นภาษาที่มีผู้ใช้มากที่สุดในสหภาพยุโรป คือประมาณ 90 ล้านคน รองลงมาคือ ภาษาฝรั่งเศส ภาษาอังกฤษ และภาษาอิตาลี มีผู้ใช้ภาษาละ 60 ล้านคน อย่างไรก็ดี ภาษาอังกฤษมีผู้ใช้นี้นี้ประมาณหนึ่งในสามของประชากรทั้งหมด ในฐานะที่เป็นภาษาต่างชาติภาษาแรก (The first foreign language) ทุกประเทศที่เข้าเป็นสมาชิกใหม่ของสหภาพยุโรปหวังที่จะให้ภาษาของตนเป็นภาษาทางการของสหภาพยุโรปด้วย ทั้งนี้ สหภาพยุโรปจึงกำหนดให้ภาษาประจำชาติของแต่ละประเทศสมาชิกเป็นภาษาทางการของสหภาพยุโรป

ดังนั้น พลเมืองของสหภาพยุโรปจึงสามารถใช้ภาษาของตนในการติดต่อกับสถาบันหลักต่างๆ ของสหภาพยุโรป กฎหมายของสหภาพยุโรปทุกฉบับจะถูกจัดทำขึ้นในภาษาประจำชาติของประเทศสมาชิก

(4) กฎบัตรว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน กฎบัตรดังกล่าวจะให้หลักประกันในการเคารพเกียรติศักดิ์และศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ สิทธิที่จะมีชีวิตอยู่ การห้ามการทรมานและการปฏิบัติใดๆ อันเป็นการทำลายและดูหมิ่นศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ สิทธิที่จะมีเสรีภาพและความมั่นคงแห่งตัวตน การเคารพในชีวิตความเป็นอยู่ส่วนตัว และความเป็นครอบครัว เสรีภาพทาง

ความคิดและสามัญสำนึก เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในการแสดงออกและการได้รับข้อมูลข่าวสาร สิทธิทางการศึกษา เสรีภาพในการประกอบธุรกิจ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ความเสมอภาคทางกฎหมาย การเคารพในความแตกต่างด้านวัฒนธรรม ศาสนาและภาษา ความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง การอยู่ร่วมกันของคนพิการในสังคม สิทธิที่จะเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม และการได้รับการพิจารณาตัดสินที่เป็นธรรม การได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ และสิทธิในการปกป้องและป้องกันตนเอง เป็นต้น

(5) ความแข็งแกร่ง หากรัฐสมาชิกใดต้องตกเป็นเหยื่อของการโจมตีของผู้ก่อการร้าย หรือภัยพิบัติทางธรรมชาติ หรือภัยพิบัติอันเกิดจากเจ็อมมีมนุษย์ สหภาพยุโรปและประเทศสมาชิกทั้งหลายจะผนึกกำลังกันต่อสู้ด้วยจิตวิญญาณร่วมกัน และหากจำเป็นอาจต้องใช้มาตรการทางทหารเพื่อเข้าช่วยเหลือประเทศสมาชิกดังกล่าว

(6) การปรับปรุงและพัฒนาวิถีชีวิตประชาธิปไตยภายในสหภาพยุโรป ข้อกำหนดใหม่ได้ถูกนำมาใช้แก่สถาบันต่างๆ ของสหภาพยุโรปในเรื่องเกี่ยวกับการเป็นองค์กรให้คำปรึกษาแก่ประชาชนชาวยุโรป ความโปร่งใส กระบวนการตัดสินใจที่เปิดเผย และการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารต่างๆ ได้

นอกจากนี้ ธรรมนูญฉบับนี้ยังมีบทบัญญัติเพิ่มสิทธิแก่พลเมืองชาวยุโรปในการเสนอข้อเรียกร้องต่างๆ ต่อคณะกรรมการการแห่งสหภาพยุโรปได้ แต่ทั้งนี้ จะต้องเป็นการรวมตัวกันของพลเมืองในประเทศใดประเทศหนึ่งอย่างน้อย 1 ล้านคน

(7) วัตถุประสงค์ร่วม การอยู่ร่วมกันโดยสันติ การมีเสรีภาพ ความมั่นคง และความยุติธรรม การรวมตัวกันเป็นตลาดเดียว การมีเสรีภาพในการแข่งขัน การพัฒนาอย่างยั่งยืน โดยการผสมผสานปัจจัยทางเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อมให้ดำเนินไปพร้อมๆ กัน การพัฒนาทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี การปกป้องความยุติธรรมในสังคม การปกป้องสิทธิเด็ก การประสานความแข็งแกร่งในหมู่ประเทศสมาชิกทางด้านเศรษฐกิจ สังคม และเขตแดน การจัดการความแตกต่างทางด้านวัฒนธรรมและภาษา การปกป้องรักษามรดกทางวัฒนธรรมของยุโรปร่วมกัน

นโยบายความร่วมมือตามธรรมนูญเกี่ยวกับการข้ามพรมแดน

ธรรมนูญเพื่อยุโรปได้ให้หลักประกันแก่ชาวยุโรปในเรื่องที่ว่า ยุโรปจะเป็นดินแดนแห่งเสรีภาพ ความมั่นคงปลอดภัย และความยุติธรรม กล่าวคือ (อภิญา เลื่อนฉวี, 2548, หน้า 39-40)

(1) จะไม่มีการตรวจตราการเข้าออกทางพรมแดนระหว่างกันของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป พลเมืองชาวยุโรปสามารถเดินทางเข้าออกไปมาได้อย่างเสรีระหว่างประเทศ

สมาชิกตาม ความตกลงเชงเก้น หรือที่เรียกว่า สมาชิกของเขตแดนเชงเก้น (Members of the “Schengen area”)

(2) จะมีการตรวจตราอย่างเข้มงวดทางพรมแดนภายนอกของสหภาพยุโรปต่อประเทศนอกกลุ่มสมาชิก ตัวอย่างเช่น ระหว่างประเทศสเปนและโมร็อกโก หรือระหว่างโปแลนด์กับยูเครน เป็นต้น นอกจากนี้ สนามบินนานาชาติและท่าเรือระหว่างประเทศของประเทศสมาชิกก็จะมี การตรวจตราอย่างเข้มงวดเช่นกัน ตัวอย่างเช่น เรือที่มาจากทวีปอเมริกาใต้ที่จะเข้ามายังท่าเรือรอตเตอร์ดัม หรือเครื่องบินที่บินมาจากทวีปเอเชียเพื่อลงจอดยังสนามบินบูคาเปสต์ เป็นต้น การตรวจตราอย่างเข้มงวดนี้ดำเนินไปร่วมกับนโยบายเกี่ยวกับการออกวีซ่า การอนุญาตให้อยู่อาศัยในระยะสั้นการควบคุมบุคคลเข้าออกผ่านชายแดน รวมตลอดไปถึงระบบการบริหารจัดการต่างๆ เพื่อควบคุมพรมแดนภายนอกสหภาพยุโรปด้วย

(3) นโยบายร่วมเกี่ยวกับการลี้ภัย กล่าวคือ จะมีการใช้มาตรการเดียวกันเกี่ยวกับการจัดการกับผู้ลี้ภัยที่จะเข้ามาในสหภาพยุโรป โดยใช้แก่ประชาชนของประเทศนอกกลุ่มสมาชิกที่จะขอลี้ภัยเข้ามา ทั้งนี้ นโยบายดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับอนุสัญญากรุงเจนีวาว่าด้วยผู้ลี้ภัยด้วย (Geneva Convention on Refugees)

(4) นโยบายร่วมเกี่ยวกับคนเข้าเมือง นโยบายนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะให้บริหารจัดการการไหลเวียนเข้าออกของประชาชนประเทศต่างๆ เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยให้หลักประกันว่าจะมีการปฏิบัติอย่างยุติธรรมต่อคนสัญชาติของประเทศที่สามที่พำนักอาศัยอย่างถูกกฎหมายในประเทศสมาชิก นอกจากนี้ นโยบายร่วมดังกล่าวยังเกี่ยวข้องกับการเสริมมาตรการให้เข้มแข็งเพื่อต่อสู้กับการอพยพเข้าเมืองอย่างผิดกฎหมายและการค้ามนุษย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับผู้หญิงและเด็ก สหภาพยุโรปอาจจัดทำข้อตกลงกับประเทศนอกกลุ่มในการส่งกลับคนสัญชาติของประเทศอื่นที่เข้ามาหลบอาศัยอย่างผิดกฎหมายในประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป

(5) การเสริมความร่วมมือทางศาลในคดีแพ่ง การเสริมความร่วมมือดังกล่าวเกี่ยวข้องกับการยอมรับซึ่งกันและกัน และการบังคับใช้คำวินิจฉัยของศาลของประเทศหนึ่งในอีกประเทศหนึ่ง ความร่วมมือในการส่งพยานหลักฐานต่างๆ และแนววิธีที่จะเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมได้ง่ายขึ้น

(6) การเสริมความร่วมมือทางกิจการตำรวจ และกิจการยุติธรรมในคดีอาญา การเสริมความร่วมมือดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เป็นการเฉพาะในการต่อสู้กับการก่อการร้าย การหาประโยชน์ทางเพศในผู้หญิงและเด็ก การค้ายาเสพติด การฟอกเงิน การคอร์รัปชัน และอาชญากรรมอื่นๆ

(7) การสร้างสำนักงานอัยการแห่งยุโรป ซึ่งจะช่วยให้การต่อสู้กับอาชญากรรมข้ามชาติมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

(8) การสร้างเสริมระบบตรวจสอบอย่างละเอียดของตำรวจสากลยุโรป (Europol) เจ้าหน้าที่ของสำนักงานตำรวจแห่งประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปจะร่วมมือกันภายใต้โครงสร้างที่เรียกว่า Europol ขอบข่ายงานของ Europol จะขยายครอบคลุมกว้างขวาง ทั้งในเรื่องการสอบสวนและการดำเนินการจับกุม ยิ่งไปกว่านั้น Europol ยังขยายขอบข่ายความร่วมมือไปถึงการตรวจสอบโดยสหภาพยุโรป สถานนิติบัญญัติแห่งชาติ และศาลยุติธรรมต่างๆ

ดังจะเห็นได้จาก นโยบายร่วมด้านกิจการยุติธรรมและกิจการภายใน (Justice and Home Affairs-JHA) ของสหภาพยุโรปที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเสริมสร้างความร่วมมือระหว่างเจ้าพนักงานของรัฐที่ปฏิบัติงานเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจและเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับอิสรภาพของพลเมือง ความมั่นคงปลอดภัยและความยุติธรรม โดยร่วมป้องกันและต่อสู้กับการก่อการร้าย การลักลอบเข้าเมืองอย่างผิดกฎหมาย การค้ายาเสพติดและอาวุธ การคอร์รัปชันและการฉ้อฉล การเหยียดสีผิว และการฟอกเงิน เป็นต้น นอกจากนี้ ยังร่วมมือกันจัดตั้งหน่วยงานที่เรียกว่า Europol มาตั้งแต่ปี ค.ศ.1998 (อภิญา เลื่อนฉวี, 2548, หน้า 39-40)

ความร่วมมือด้านกิจการยุติธรรมนั้นยังเกี่ยวข้องกับการอำนวยความสะดวกและการเร่งรัดให้เกิดความร่วมมือในกระบวนการออกกฎระเบียบต่างๆ และบังคับใช้กฎหมายแก่รัฐสมาชิก ตลอดจนการร่วมกันกำหนดเกณฑ์ขั้นต่ำของการกระทำที่ถือว่าเป็นการกระทำผิดทางอาญาและบทลงโทษสำหรับคดีอาญาร้ายแรง ได้แก่ การก่อการร้าย การค้ายาเสพติด เป็นต้น เช่นเดียวกับนโยบายร่วมด้านการต่างประเทศและความมั่นคง นโยบายร่วมด้านกิจการยุติธรรมและกิจการภายในนั้นจะอยู่นอกกระบวนการตัดสินใจของสหภาพยุโรป แต่อยู่บนรากฐานความร่วมมือประสานกันระหว่างประเทศสมาชิก

นอกจากนี้ นโยบายร่วมด้านกิจการยุติธรรมและกิจการภายในยังกำหนดให้มีความร่วมมือกันในการขยายขอบเขตความเป็นพลเมืองของสหภาพยุโรป โดยให้ความสะดวกในการเดินทางข้ามพรมแดนไปมาระหว่างประเทศสมาชิกโดยไม่มีการตรวจคนเข้าเมือง ทั้งนี้ประเทศสมาชิกได้ลงนามในข้อตกลงเชงเก้น (The Schengen Accords) เมื่อปี ค.ศ.1985 ณ หมู่บ้านที่มีชื่อว่า เชงเก้น (Schengen) อันเป็นจุดที่พรมแดนของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศสและลักเซมเบิร์กมาบรรจบกัน ประเทศทั้งสามรวมทั้งเบลเยียมและเนเธอร์แลนด์ได้ลงนามในข้อตกลงเพื่อยกเลิกการตรวจคนเข้าเมืองที่ผ่านเข้าออกระหว่างพรมแดนร่วมระหว่างประเทศต่างๆ ซึ่งลงนามในข้อตกลงนี้ร่วมกัน ต่อมาได้มีการลงนามในข้อตกลงอีกฉบับหนึ่งคือ “อนุสัญญาที่ทำให้ข้อตกลงเชงเก้น (The Schengen Accords) มีผลบังคับใช้” เมื่อวันที่ 14 มิถุนายน ค.ศ.1990ใน

อนุสัญญาดังกล่าวประเทศที่ลงนามได้ตกลงให้มีการใช้มาตรการด้านความปลอดภัยร่วมกัน นอกเหนือไปจาก การยกเลิกการตรวจคนเข้าเมืองดังกล่าว ดังนี้ (อภิญญา เกื่อนฉวี, 2548, หน้า 125-126)

(1)ระบบค้นหาข้อมูลร่วมแบบอัตโนมัติหรือระบบข้อมูลเชิงเกิน (The Schengen Information System-SIS) เป็นระบบที่เปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกเปิดและรักษาแฟ้มข้อมูลบุคคล และข้อมูลบางประเภทอื่นเกี่ยวกับบุคคล เช่น เอกสารประจำตัว หมายเลขบัญชีธนาคาร หมายเลขทะเบียนยานพาหนะ โดยวางหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้ เพื่อให้เจ้าพนักงานของประเทศสมาชิกสามารถเข้าถึงแฟ้มข้อมูลดังกล่าวได้เช่นเดียวกับเจ้าพนักงานสืบสวนสอบสวนของประเทศสมาชิก นอกจากนี้ ยังมีหน่วยงานสนับสนุนทางเทคนิคตั้งอยู่ ณ เมืองสตราสบูร์ก (Strasbourg) ทำหน้าที่ยืนยันความถูกต้องของแฟ้มข้อมูลดังกล่าว

(2)การตั้งด่านตรวจคนเข้าเมืองที่เข้มงวดตามพรมแดนระหว่างประเทศในกลุ่ม ข้อตกลงเชิงเกินกับประเทศนอกกลุ่ม ให้มีการดำเนินการที่เป็นแบบแผนเดียวกันทั้งหมดให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

(3)เพิ่มความร่วมมือระหว่างกำลังเจ้าหน้าที่ในภูมิภาคที่อยู่รายรอบพรมแดนของประเทศในกลุ่มข้อตกลงเชิงเกิน โดยการสร้างเครือข่ายสื่อสาร การปฏิบัติการร่วม การตรวจตรา การข้ามพรมแดน และการติดตามผู้หลบหนีข้ามแดน

(4)บังคับให้มีการมอบข้อมูลข่าวสารซึ่งอาจมีส่วนช่วยในการป้องกันอาชญากรรมให้แก่ประเทศสมาชิกภายในกลุ่ม

(5)เพิ่มความร่วมมือในการปราบปรามยาเสพติดและอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับยาเสพติด

(6)รวบรวมกฎหมายต่างๆ ที่มีอยู่เกี่ยวกับการครอบครองอาวุธปืนของประเทศสมาชิก

ข้อตกลงเชิงเกินเป็นโครงการนำร่องให้แก่การบูรณาการของสหภาพยุโรปในด้านกิจการยุติธรรมและกิจการภายใน ความร่วมมือต่างๆ ระหว่างหน่วยงานด้านความมั่นคงของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปเกิดขึ้นภายใต้กรอบของการประชุมอย่างไม่เป็นทางการซึ่งจัดโดยกลุ่ม “เทรวิ” (Trevi Group) อันประกอบด้วยรัฐมนตรีมหาดไทยและรัฐมนตรียุติธรรมของประเทศสมาชิก ต่อมาสนธิสัญญามาสทริคท์ ค.ศ.1992 ได้ก่อให้เกิดความก้าวหน้าครั้งสำคัญในการบูรณาการด้านกิจการยุติธรรมและกิจการภายในของสหภาพยุโรป กล่าวคือ ภายใต้บริบทของ “เสาหลักเสาแรก” ของสหภาพยุโรปนั้น ตลาดเดียวแห่งยุโรปซึ่งจะมีการสถาปนาในฐานะที่เป็น “พื้นที่ซึ่งปราศจากพรมแดนภายในอันจะทำให้เกิดการค้าประกำกับการเคลื่อนไหวโดยเสรีของสินค้าทุนและแรงงาน”

นอกจากนี้ นโยบายด้านกิจการยุติธรรมและกิจการภายในยังมีเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนโยบายให้ที่พักพิง (Asylum Policy) กฎระเบียบที่ควบคุมการข้ามผ่านพรมแดนภายนอกของสหภาพยุโรป นโยบายคนเข้าเมืองและนโยบายเกี่ยวกับพลเมืองของประเทศที่สาม ซึ่งล้วนจัดเป็นเรื่องที่มีผลประโยชน์ร่วมกันระดับสหภาพยุโรปทั้งสิ้น นอกจากนี้ ยังมีมาตรการต่อต้านการเข้าเมืองโดย ผิดกฎหมาย การเข้ามาพำนักอาศัยและการทำงานในสหภาพยุโรป การต่อต้านยาเสพติดและอาชญากรรมทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ ความร่วมมือทางศาลทั้งคดีแพ่งและคดีอาญา ความร่วมมือด้านศุลกากร และความร่วมมือระหว่างเจ้าพนักงานตำรวจ โดยมีเป้าหมายเพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติที่ร้ายแรง ทั้งนี้ ได้มีการจัดตั้งสำนักงานตำรวจแห่งสหภาพยุโรปขึ้นที่เรียกว่า “ยูโรโพล” (Europol) เพื่อทำหน้าที่ประสานความร่วมมือระหว่างประเทศสมาชิก (European Commission, 2004)

คณะกรรมการยุโรปมีบทบาทสำคัญภายในกรอบของเสาหลักเสาที่สามของสหภาพยุโรป โดยสหภาพยุโรปจะต้องได้รับแจ้งข้อมูลต่างๆ อย่างสม่ำเสมอจากประธานสภารัฐมนตรีแห่งสหภาพยุโรป (The Presidency) และคณะกรรมการยุโรปในเรื่องที่เกี่ยวกับกิจกรรมที่ได้ดำเนินการไปแล้ว นอกจากนี้ สหภาพยุโรปยังเป็นที่ปรึกษาให้แก่สถาบันและองค์กรต่างๆ ของสหภาพยุโรปในเรื่องสำคัญๆ อีกด้วย

วันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1993 สภารัฐมนตรีได้ลงมติจัดตั้งศูนย์สอดส่องยาเสพติดและการติดยาแห่งยุโรป (European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction) ซึ่งมีสำนักงานอยู่ ณ กรุงลิสบอน ประเทศโปรตุเกส และเริ่มดำเนินการตั้งแต่วันที่ ค.ศ.1994

ในปี ค.ศ.1994 เนื่องจากอัตราการใช้ยาเสพติดได้เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว สภารัฐมนตรีได้ประชุมกันที่เมืองเอสเซน (Essen) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และได้ประกาศให้การสนับสนุนมาตรการบังคับให้รถยนต์ใหม่ทุกคันมีเครื่องล็อกครด (Immobilizers) ต่อมาได้มีการบังคับให้รถยนต์รุ่นใหม่ต้องออกจำหน่ายตั้งแต่ปี ค.ศ.1997 จะต้องมีอุปกรณ์ล็อกครดเป็นอุปกรณ์สำคัญด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรปในด้านความยุติธรรมและกิจการภายในนั้นประสบความสำเร็จเป็นอันมาก ทั้งนี้ ได้มีการขยายความร่วมมือระหว่างรัฐบาลในการต่อสู้กับอาชญากรรมต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การค้ายาเสพติด การเข้าเมืองอย่างผิดกฎหมาย และปัญหาผู้ลี้ภัย อนึ่ง หน่วยงาน 2 แห่ง ซึ่งได้รับการจัดตั้งและดำเนินการตั้งแต่วันที่ ค.ศ.2002 คือ

(1) The European Institute for Security Studies-EISS) ตั้งอยู่ ณ กรุงปารีส สาธารณรัฐฝรั่งเศส

(2) The European Union Satellite Centre-EUSC) ตั้งอยู่ที่เมือง Torrejon de Ardoz ประเทศสเปน

นอกจากนี้ในกรอบความร่วมมือด้านตำรวจและกระบวนการยุติธรรมนั้น หน่วยงาน 2 แห่ง ซึ่งได้รับการจัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อต่อสู้กับอาชญากรรมต่างๆ ได้แก่ (European Commission, 2002)

(1) EUROPOL (The European Police Office) ตั้งอยู่ ณ กรุงเฮก (Hague) ประเทศ เนเธอร์แลนด์

(2) EUROJUST (The European Body for the Enhancement of Judicial Co-operation) ตั้งอยู่ ณ กรุงเฮก (Hague) ประเทศเนเธอร์แลนด์

(3) EUROPOL สำนักงานตำรวจแห่งยุโรป (The European Police Office)

(4) EUROPOL คือ สำนักงานตำรวจของสหภาพยุโรป ทำหน้าที่อย่างเต็มตัว ตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ.1999

สำนักงานตำรวจแห่งสหภาพยุโรป (EUROPOL) ได้รับการจัดตั้งขึ้นโดยสนธิสัญญา มาสทริกต์ ค.ศ.1992 ในเริ่มแรกของหน่วยงานนี้จะจำกัดอยู่เพียงคดีอาชญากรรมเท่านั้น ต่อมาในปี ค.ศ.1998 อนุสัญญา EUROPOL ได้รับการให้สัตยาบันโดยรัฐสมาชิกทั้งหมด และมีผลบังคับใช้ในเดือนตุลาคมปีเดียวกันนั้น (European Commission, 2002)

สำนักงานตำรวจแห่งสหภาพยุโรป (EUROPOL) มีจุดมุ่งหมายเพื่อสร้างประสิทธิภาพและความร่วมมือระหว่างเจ้าพนักงานตำรวจที่ปฏิบัติหน้าที่ในประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป ทุกประเทศ ในการป้องกันและต่อสู้กับอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ร้ายแรง หน้าที่ของ EUROPOL ก็คือ การให้การสนับสนุนกระบวนการต่างๆ ในการบังคับใช้กฎหมายของสหภาพยุโรปให้มีประสิทธิภาพเพื่อต่อสู้กับอาชญากรรม

สำนักงานตำรวจแห่งสหภาพยุโรป (EUROPOL) ไม่มีอำนาจในการบริหารจัดการ เป็นเพียงหน่วยงานสนับสนุนให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายในรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปเท่านั้น ดังนั้น EUROPOL จึงไม่มีเจ้าหน้าที่ประจำที่จะทำหน้าที่สืบสวนสอบสวนในประเทศสมาชิก หรือ จับกุม ผู้ต้องสงสัย EUROPOL จะทำหน้าที่แลกเปลี่ยนข้อมูล วิเคราะห์ข้อมูลข่าวสาร ฝึกฝนอบรม ผู้เชี่ยวชาญ วิธีเหล่านี้จะช่วยเหลือสนับสนุนการทำงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐสมาชิกเป็นอย่างมาก

สำนักงานตำรวจแห่งสหภาพยุโรป (EUROPOL) มีหน่วยงานย่อยมากมาย ซึ่งนอกจากจะประกอบด้วยเจ้าหน้าที่ตำรวจแล้วยังมีเจ้าหน้าที่ทำหน้าที่ในฝ่ายต่างๆ ซึ่งรัฐสมาชิก จัดส่งมาด้วย หน่วยงานย่อย ได้แก่ สุลกากร กองตรวจคนเข้าเมือง ตำรวจชายแดน เป็นต้น นอกจากนี้ EUROPOL ยังเป็นหน่วยงานประสานความร่วมมือระหว่างตำรวจนานาชาติอีกด้วย เพื่อจะจัดปัญหาความแตกต่างทางด้านภาษาระหว่างกัน ทั้งนี้ ประเทศสมาชิกทุกประเทศสามารถ

สอบถามหรือขอคำปรึกษาไปยัง EUROPOL ได้ด้วยภาษาของตนได้ และ EUROPOL ก็จะตอบกลับมาด้วยภาษานั้นเช่นกัน

ความร่วมมือใน สำนักงานตำรวจแห่งสหภาพยุโรป (EUROPOL) แบ่งออกเป็น 3 ระดับ คือ

ระดับแรก ความร่วมมือทางเทคนิค หมายถึง การจัดให้มีการอบรมต่างๆ

ระดับสอง ความร่วมมือทางยุทธวิธีต่างๆ โดยการแลกเปลี่ยนความรู้ระหว่างกันในวิธีการที่จะปราบปรามอาชญากรรม

ระดับสาม เป็นระดับของการแลกเปลี่ยนข้อมูลส่วนบุคคล การปกป้องข้อมูลและระบบความปลอดภัยของข้อมูล

ผู้อำนวยการสำนักงานตำรวจแห่งสหภาพยุโรป (EUROPOL) ได้รับการแต่งตั้งโดยมติเอกฉันท์ของคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป

EUROJUST หน่วยสนับสนุนความร่วมมือด้านยุติธรรมแห่งยุโรป (The European Body for the Enhancement of Judicial Co-operation)

EUROJUST เป็นหน่วยงานหนึ่งของสหภาพยุโรป ซึ่งประกอบด้วยพนักงานอัยการผู้พิพากษา เจ้าพนักงานตำรวจ ซึ่งถูกส่งมาจากรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรป การกิจของEUROPOL ก็คือ การทำให้พนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐสมาชิกประสบความสำเร็จในการสืบสวนสอบสวนและการดำเนินคดีอาชญากรรมข้ามชาติ

วันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ.2000 หน่วยงาน Pro-EUROJUST ได้รับการจัดตั้งขึ้นโดยคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป เพื่อปูทางความร่วมมือทางกระบวนการยุติธรรมระหว่างประเทศสมาชิก และพยายามหาทางให้รัฐสมาชิกยอมรับในองค์กร EUROJUST ซึ่งจะจัดตั้งขึ้นอย่างเป็นทางการในภายหลัง ซึ่งต่อมา EUROJUST ก็ได้รับการจัดตั้งในปี ค.ศ.2002

สนธิสัญญา EUROJUST กำหนดว่าผู้แทนระดับสูงของนโยบายการต่างประเทศและความมั่นคงร่วมกันก็คือ เลขาธิการแห่งสภารัฐมนตรี เลขาธิการจะทำหน้าที่จัดให้มีการเจรจาทางการเมืองกับประเทศนอกกลุ่มสมาชิกสหภาพยุโรป ผู้แทนระดับสูงของนโยบายร่วมการต่างประเทศและความมั่นคงคนปัจจุบัน คือ Javier Solance

อนึ่ง เพื่อเป็นการส่งเสริมให้เกิดความร่วมมือระหว่างประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปได้มีการจัดตั้งหน่วยงานอิสระต่างๆ ของสหภาพยุโรปขึ้น แยกออกจากสถาบันหลักและองค์กรต่างๆ ของสหภาพยุโรป หน่วยงานเหล่านี้ไม่ได้จัดตั้งขึ้นมาโดยสนธิสัญญาของสหภาพยุโรปแต่ได้รับการจัดตั้งขึ้นมาโดยกฎหมายลำดับรอง เพื่อให้ภารกิจต่างๆ ของสหภาพยุโรปสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ในปัจจุบันหน่วยงานอิสระอื่นของสหภาพยุโรปมีอยู่ 16 หน่วยงาน ได้แก่

- (1) The European Centre for the Development of Vocational Training CEDEFOP ตั้งอยู่ ณ เมืองเทซซาโลนีกี (Thessaloniki) ประเทศกรีซ
- (2) The European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions-EUROFOUND ตั้งอยู่ ณ เมืองดับลิน (Dublin) ประเทศไอร์แลนด์
- (3) The European Environment Agency-EEA ตั้งอยู่ ณ เมืองโคเปนเฮเกน (Copenhagen) ประเทศเดนมาร์ก
- (4) The European Training Foundation-ETF ตั้งอยู่ ณ เมืองตูริน (Turin) ประเทศอิตาลี
- (5) The European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction-EMCDDA ตั้งอยู่ ณ เมืองลิสบอน (Lisbon) ประเทศโปรตุเกส
- (6) The European Medicines Agency-EMA ตั้งอยู่ ณ กรุงลอนดอน (London) ประเทศอังกฤษ
- (7) The Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs)-OHIM ตั้งอยู่ ณ เมืองอาลิกันเต (Alicante) ประเทศสเปน
- (8) The European Agency for Safety and Health at Work-EU-OSHA ตั้งอยู่ ณ เมืองบิลบาโอ (Bilbao) ประเทศสเปน
- (9) The Community Plant Variety Office-CPVO ตั้งอยู่ ณ เมืององเชร์ (Angers) สาธารณรัฐฝรั่งเศส
- (10) The Translation Centre for the Bodies of the European Union-CdT ตั้งอยู่ ณ เมืองลักเซมเบิร์ก (Luxembourg) ประเทศลักเซมเบิร์ก
- (11) The European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia-EUMC ตั้งอยู่ ณ เมืองเวียนนา (Vienna) ประเทศออสเตรีย
- (12) The European Agency for Reconstruction-EAR ตั้งอยู่ ณ เมืองเทซซาโลนีกี (Thessaloniki) ประเทศกรีซ
- (13) The European Food Safety Authority-EFSA ตั้งอยู่ ณ เมืองปาร์มา (Parma) ประเทศอิตาลี
- (14) The European Maritime Safety Agency-EMSA ตั้งอยู่ ณ เมืองลิสบอน (Lisbon) ประเทศโปรตุเกส

(15) The European Aviation Safety Agency-EASA ตั้งอยู่ ณ เมืองโคโลญ (Cologne) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

(16) The European Network and Information Security Agency-ENISA ตั้งอยู่ ณ เมืองเฮรัคลีออน (Heraklion) ประเทศกรีซ

อนึ่ง องค์กรสำคัญ ที่ทำหน้าที่ประสานเสาหลักทั้งสามดังกล่าวนี้คือ คณะมนตรีแห่งยุโรป (The European Council) องค์กรนี้มีได้เป็นหนึ่งในองค์กรต่างๆ ของสหภาพยุโรปแต่เป็นที่ประชุมของผู้นำสหประชาชาติสมาชิกของสหภาพยุโรปทุกประเทศ การลงมติตัดสินใจจะใช้มติเอกฉันท์เป็นส่วนใหญ่ ที่ประชุมของคณะมนตรีแห่งยุโรปจะประชุมหารือในเรื่องการพัฒนาความร่วมมือต่อกันในอนาคต นโยบายในการสนับสนุนส่งเสริมให้ยุโรปมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันมากขึ้น แต่ขณะเดียวกัน รัฐบาลแห่งชาติสมาชิกก็ยังคงรักษาอำนาจอธิปไตยในการตัดสินใจในบางเรื่องของตนไว้(อภิญาเถื่อนฉวี, 2548, หน้า 130-132)

นโยบายร่วมด้านกิจการต่างประเทศและความมั่นคง และนโยบายด้านกิจการยุติธรรมและกิจการภายในนี้ ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความร่วมมือกันระหว่างรัฐบาลของประเทศสมาชิกการตัดสินใจต่างๆ จะต้องทำด้วยมติเอกฉันท์ การดำเนินการของนโยบายร่วมด้านกิจการต่างประเทศ

ความมั่นคงจะออกมาในรูปแบบของการประชุมอภิปรายในเรื่องกิจการต่างประเทศ การออกประกาศต่างๆ เพื่อใช้ร่วมกัน และการปฏิบัติการร่วมกันในด้านการพัฒนานโยบายความมั่นคงและการป้องกัน (Security and Defense)

จากการศึกษาแนวทางการพัฒนากฎหมายคนเข้าเมืองของสหภาพยุโรป มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องซึ่งสามารถสรุปได้เป็นสองประเด็นหลัก คือ

ประเด็นแรกการพัฒนาในด้านตัวบทกฎหมายและข้อตกลงร่วมกัน เช่น เมื่อปี ค.ศ.1985 ประเทศสมาชิกได้ลงนามในข้อตกลงเชงเก้น (The Schengen Agreement) โดยให้ความสะดวกในการเดินทางข้ามพรมแดนไปมาระหว่างประเทศสมาชิกโดยไม่มีการตรวจคนเข้าเมือง โดยแต่ละประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรปได้ไปปรับกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับกฎหมายและข้อตกลงร่วมกันของสหภาพยุโรป

ส่วนประเด็นที่สองในด้านความร่วมมือระหว่างองค์กรที่เกี่ยวข้องและแนวทางปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ สหภาพยุโรปมีนโยบายด้านกิจการยุติธรรมและกิจการภายในยังมีกฎระเบียบที่ควบคุมการข้ามผ่านพรมแดนภายนอกของสหภาพยุโรป นโยบายคนเข้าเมืองและนโยบายเกี่ยวกับพลเมืองของประเทศที่สามนอกจากนี้ ยังมีมาตรการต่อต้านการเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย การเข้ามาพำนักรอคักยและการทำงานในสหภาพยุโรป การต่อต้านยาเสพติด และ

อาชญากรรมทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ ระบบค้นหาข้อมูลร่วมแบบอัตโนมัติหรือระบบข้อมูล เชงเก้น (The Schengen Information System-SIS) เป็นระบบที่เปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกเปิด และรักษาแฟ้มข้อมูลบุคคลและข้อมูลบางประเภทอื่นเกี่ยวกับบุคคล เช่น เอกสารประจำตัว หมายเลขบัญชีธนาคาร หมายเลขทะเบียนยานพาหนะ โดยวางหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจน เพื่อเป็น แนวทางความร่วมมือของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงาน โดยมีหน่วยงาน สำนักงานตำรวจของสหภาพยุโรป EUROPOL ประสานความร่วมมือความร่วมมือในการทำงาน แบ่งออกเป็น 3 ระดับ คือ

ระดับแรก ความร่วมมือทางเทคนิค หมายถึง การจัดให้มีการอบรมต่างๆ

ระดับสอง ความร่วมมือทางยุทธวิธีต่างๆ โดยการแลกเปลี่ยนความรู้ระหว่างกัน ใน วิธีการที่จะปราบปรามอาชญากรรม

ระดับสาม เป็นระดับของการแลกเปลี่ยนข้อมูลส่วนบุคคล การปกป้องข้อมูลและ ระบบความปลอดภัยของข้อมูล ซึ่งนำไปสู่แนวทางการพัฒนากฎหมายคนเข้าเมืองของสหภาพ ยุโรปที่ประสบความสำเร็จเป็นอย่างดีในปัจจุบัน

ดังนั้นในการศึกษาวิจัยเรื่องนี้จึงจำเป็นต้องศึกษาทั้งประเด็นเรื่องการพัฒนาในด้าน ตัวบทกฎหมายและความร่วมมือระหว่างองค์กรที่เกี่ยวข้อง และแนวทางปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ ควบคู่กันไป

2.2.2 แนวคิดการเข้าเมืองของคนต่างด้าวในประเทศไทย

ในอดีตที่ผ่านมามีคนต่างด้าวจำนวนมากอพยพเข้ามาอาศัยอยู่ในประเทศไทยมาตั้งแต่ สมัยกรุงศรีอยุธยา (ศตวรรษที่ 17) โดยเฉพาะพวกคนจีน ประมาณการกันว่าตอนปลายของศตวรรษ ที่ 17 มีคนจีนประมาณ 3,000 คน ได้เข้ามาอาศัยอยู่ที่กรุงศรีอยุธยา และพอมายังกลางศตวรรษที่ 19 จำนวนคนจีนก็ทวีเพิ่มมากขึ้นไปอีก ดังสะท้อนจากคำกล่าวของ H.S Hallett ที่ว่า ชาวจีนที่อาศัย อยู่ในประเทศไทยนั้นดูเหมือนว่ามีอยู่ทั่วไปทุกหนทุกแห่ง ครั้งหนึ่งของประชากรที่อยู่ในกรุงเทพ เป็นคนจีนและมีน้อยมากที่จะไม่มีเชื้อสายเป็นคนจีน (พจนานุกรมสันติภาพ, 2553, หน้า 2)

ภายใต้กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง (Immigration Law) ของประเทศไทย คือ พระราชบัญญัติ คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 คนต่างด้าวจะเข้ามาและออกนอกราชอาณาจักรไทยได้นั้นจะต้องเดินทางเข้า มาหรือออกไปตามช่องทางที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งอาจเป็นด่านตรวจคนเข้าเมือง (Immigration check points) เขตท่า (Designated landings) สถานี (Stations) หรือท้องที่ (Areas) นอกจากนี้แล้ว การเข้าเมืองและออกนอกราชอาณาจักรไทยจะต้องเป็นไปตามกำหนดเวลาด้วย โดยจะต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อให้ประชาชนทราบ หน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบเรื่อง การเข้าเมืองโดยตรงคือสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง (สตม.)

โดยปกติทั่วไปแล้ว คนต่างด้าว อาจเข้าเมืองและออกนอกราชอาณาจักรได้ 3 วิธี คือ โดยทางอากาศ ทางทะเล และทางพื้นดิน

ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเป็นคตินิจหรืออำนาจอธิปไตยของรัฐโดยเด็ดขาดที่จะอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในดินแดนของอีกรัฐหนึ่ง (Coughlin, 1960, p. 14) และการห้ามมิให้คนต่างด้าวคนหนึ่งคนใดเข้ามาในราชอาณาจักรนี้ รัฐเจ้าของดินแดนไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลแก่รัฐเจ้าของสัญชาติ ที่คนต่างด้าวผู้นั้นถือสัญชาติอยู่ว่าทำไมจึงไม่อนุญาตให้เข้าประเทศ เนื่องจากการอนุญาตเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นอำนาจอธิปไตยโดยแท้ของรัฐ เพียงแต่ว่าการปฏิเสธไม่ให้คนต่างด้าวคนหนึ่งคนใดเข้ามาประเทศนั้นอาจส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้ (Sen, 1988, p. 340) ดังนั้นลักษณะกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองจึงเป็นกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครอง เพราะกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐดินแดนกับคนต่างด้าว ในลักษณะที่รัฐดินแดนอยู่ในฐานะเหนือกว่าคนต่างด้าว

2.2.2.1 ข้อห้ามมิให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักร

โดยปกติทั่วไป กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองของประเทศต่างๆ จะมีข้อห้ามมิให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรโดยคำนึงถึงเหตุผลหรือเงื่อนไขดังต่อไปนี้

1) เหตุผลด้านความมั่นคงของประเทศ

เนื่องจากคนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยอาจมีพฤติกรรมที่เป็นภัยอันตรายต่อความมั่นคงของประเทศได้ เช่น คนต่างด้าวอาจเข้ามาเพื่อก่อวินาศภัย (Sabotage) หรือทำจารกรรม (Espionage) ฯลฯ รัฐจึงมีมาตรการป้องกันมิให้คนต่างด้าวพวกนี้เข้ามาในราชอาณาจักร โดยเหตุผลที่ว่าเพื่อความมั่นคงของประเทศ ดังนั้นคนต่างด้าวคนใดก็ตามหากมีลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้ จะเข้ามาในประเทศไทยมิได้ คือ (พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522, มาตรา 12)

(1) มีพฤติกรรมเป็นที่น่าเชื่อว่าเป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคม

(2) คนต่างด้าวผู้นั้นจะก่อเหตุร้ายต่อความสงบสุขหรือความปลอดภัยของประชาชน หรือความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร

(3) คนต่างด้าวที่เจ้าหน้าที่ของรัฐบาลต่างประเทศได้ออกหมายจับ

นอกจากมีพฤติกรรมสามประการข้างต้นแล้ว หากคนต่างด้าวผู้ใดมีพฤติกรรมเป็นที่น่าเชื่อว่าเป็นภัยต่อการค้าประเวณี การค้าหญิงหรือเด็ก การค้ายาเสพติดให้โทษ การลักลอบหนีภาษีศุลกากรหรือเพื่อประกอบกิจการอื่นที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คนต่างด้าวผู้นั้นจะเข้ามาในประเทศไทยมิได้ ทั้งนี้เพื่อรักษาความมั่นคงของประเทศ

2) เหตุผลทางด้านอนามัย

การที่คนต่างด้าวซึ่งมีถิ่นที่อยู่ต่างๆ ทั่วโลกเดินทางเข้ามาในประเทศไทยอาจเป็นพาหะของเชื้อโรคได้ ดังนั้นเพื่อเป็นการป้องกันมิให้มีการแพร่เชื้อโรคติดต่อในประเทศไทย คนต่างด้าวคนใดที่ยังมิได้ปลูกฝีป้องกันไข้ทรพิษ หรือฉีดวัคซีนแล้ว จะเข้ามาในประเทศไทยไม่ได้

3) เหตุผลทางด้านเศรษฐกิจ

การเข้ามาในราชอาณาจักรของคนต่างด้าวนั้น อาจสร้างภาระทางเศรษฐกิจแก่รัฐบาลไทยได้ เช่น รัฐบาลไทยอาจต้องเสียงบประมาณหรือค่าใช้จ่ายในการดูแลคนต่างด้าวด้วยเข้าเหตุผลทางมนุษยธรรม ดังนั้นเพื่อป้องกันมิให้รัฐบาลแบกรับภาระในเรื่องนี้ คนต่างด้าวที่จะเข้ามาในประเทศไทยจึงต้องมีปัจจัยในการยังชีพตามสมควร หรือมีเงินติดตัว นอกจากนี้ เพื่อป้องกันมิให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานประเภทแรงงานไร้ฝีมือ (Unskilled labour) มากเกินไป (Turack, 1972, pp. 15-21) คนต่างด้าวผู้นั้นจะมาเพื่อประกอบอาชีพเป็นกรรมกร หรือรับจ้างทำงานด้วยกำลังกาย โดยมิได้อาศัยความรู้ หรือเข้ามาทำงานโดยฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าวมิได้เหตุผลทางมนุษยธรรม

นอกจากเหตุผลหลักๆ สามประการข้างต้นแล้ว คนต่างด้าวผู้ใดที่มีลักษณะดังต่อไปนี้ ก็จะเข้ามาในประเทศไทยไม่ได้เช่นเดียวกันคือ

(1) คนต่างด้าวที่ไม่มีหนังสือเดินทาง (Passport) หรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางอันถูกต้องและยังสมบูรณ์ หรือมีหนังสือเดินทางแต่ยังไม่ได้รับการตรวจลงตราในหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทาง

(2) คนต่างด้าวผู้นั้นเคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาของศาลไทยหรือคำสั่งที่ขอด้วยกฎหมายหรือคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ แต่หากเป็นความผิดลหุโทษคือความผิดที่จำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือเป็นความผิดอันเกิดจากการกระทำโดยประมาท หรือเป็นความผิดที่ยกเว้นไว้ในกฎกระทรวงก็อาจเข้ามาในประเทศไทยได้

นอกจากนี้ ประเทศไทยยังได้ทำข้อตกลงระหว่างประเทศกับประเทศอื่นๆ ประมาณ 57 ประเทศว่า หนังสือเดินทางที่เป็นหนังสือเดินทางแบบราชการ (Official passport) จะได้รับการยกเว้นไม่ต้องขอวีซ่า (Visa) ในหมู่ประเทศที่ได้มีข้อตกลงกันหรือความผาสุกของประชาชน

ตามมาตรา 16 เป็นที่น่าสังเกตว่า “อำนาจสั่งไม่อนุญาต” นี้เป็นอำนาจโดยแท้ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย หากได้เกี่ยวข้องกับคณะรัฐมนตรีหรือคณะกรรมการพิจารณา คนเข้าเมืองหรือสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองไม่ (พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง, 2522) คนต่างด้าวที่ต้องคำสั่งให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยว่าไม่อนุญาตให้เข้ามาในประเทศไทย

โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเห็นว่า หากคนต่างด้าวผู้นั้นเข้ามาในประเทศไทยและอาจมีผลเป็นการบ่อนทำลายหรือเป็นภัยอันตรายต่อความสงบเรียบร้อย วัฒนธรรมหรือ

(3) เป็นคนต่างด้าวที่ถูกรัฐบาลไทยหรือรัฐบาลต่างประเทศเนรเทศ หรือถูกเพิกถอนสิทธิการอยู่อาศัยในราชอาณาจักรหรือในต่างประเทศมาแล้ว หรือถูกพนักงานเจ้าหน้าที่ส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร เว้นแต่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้พิจารณาขกเว้นให้เป็นกรณีพิเศษเฉพาะราย

ปัจจุบันกระทรวงมหาดไทยได้มีหนังสือชี้แจงให้การห้ามบุคคลเดินทางเข้าประเทศอยู่ในอำนาจการดำเนินการของผู้บัญชาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 12 (7)(8) โดยไม่จำเป็นต้องรับความเห็นชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย

2.2.2.2 การอนุญาตให้เข้าเมืองและอยู่ในราชอาณาจักร

เมื่อคุณสมบัติของคนต่างด้าวไม่ต้องห้ามตามที่กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองบัญญัติไว้ คนต่างด้าวผู้นั้นก็อาจเข้ามาในราชอาณาจักรไทย โดยจะต้องผ่านขั้นตอนการตรวจหนังสือเดินทาง และตรวจลงตราหนังสือเดินทางที่คนต่างด้าวได้รับการตรวจลงตราจากสถานทูตหรือสถานกงสุลไทยในต่างประเทศดังกล่าวส่วนระยะเวลาที่คนต่างด้าวจะมีสิทธิพำนักอาศัยอยู่ในประเทศไทยได้ยาวนานเพียงไรขึ้นอยู่กับประเภทของหนังสือเดินทางว่าเข้ามาในราชอาณาจักรไทยในฐานะอะไร หรือมีวัตถุประสงค์อย่างใดในการเข้ามาในประเทศไทย กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองของไทยได้แบ่งประเภทคนเข้าเมืองไว้ดังนี้ (สุจินต์ชัยมงคลานนท์, 2517, หน้า 367)

1) ความหมายของคนเข้าเมือง (Immigrant)

คนต่างด้าวที่ได้รับการตรวจลงตราในฐานะที่เป็นคนเข้าเมือง (Immigrant visa) นี้ คือ คนต่างด้าวที่ประสงค์จะเข้ามาในประเทศไทยเพื่อมีถิ่นที่อยู่ถาวร และเมื่อได้รับอนุญาตแล้ว คนต่างด้าวผู้นั้นย่อมมีสิทธิอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่มีกำหนด

2) คนต่างด้าวประเภทที่ไม่นับว่าเป็นคนเข้าเมือง (Non-immigrant)

คนต่างด้าวพวกนี้มีวัตถุประสงค์เข้ามาในประเทศไทยเพื่อกิจธุระบางอย่าง เมื่อเสร็จกิจธุระแล้ว ก็จะกลับออกนอกประเทศไทย คนต่างด้าวประเภทนี้จึงอยู่ในประเทศไทย ตามที่กฎหมายคนเข้าเมืองกำหนดระยะเวลาไว้เท่านั้น เว้นแต่กรณีเกิดเหตุจำเป็นอาจขยายระยะเวลาออกไปได้ สถานะของคนต่างด้าวประเภทนี้ ไม่นับว่าเป็นคนเข้าเมืองแต่ถือว่าเป็นคนต่างด้าวที่เข้าเมืองชั่วคราว

2.2.2.3 การเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรไทยภายใต้กฎหมายอื่น

1) กฎหมายภายใน

ในกรณีพิเศษเฉพาะเรื่อง คนต่างด้าวอาจเข้ามาในประเทศไทยภายใต้เงื่อนไขใดๆ หรือจะยกเว้น ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองก็ได้ (พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง, 2522) เช่น กรณีที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อศึกษาสู่ทางการลงทุน หรือกระทำการอื่นใดที่จะเป็นประโยชน์ต่อการลงทุนได้ตามกำหนดระยะเวลาให้อยู่ในราชอาณาจักรเท่าที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเห็นสมควร (พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง, 2522) กรณีนี้จะเห็นได้ว่าการเข้ามาในประเทศไทยของนักธุรกิจที่เป็นคนต่างด้าวจะแตกต่างจาก คนต่างด้าวทั่วไป ดังนี้ ประการแรก การเข้ามาของนักธุรกิจหรือนักลงทุนที่เป็นคนต่างด้าวนั้น อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนไม่ใช่คณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมือง หรือสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ประการที่สอง ระยะเวลาที่อยู่ในประเทศไทยนั้น อาจนานกว่าระยะเวลาที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 และระยะเวลาที่อยู่ในประเทศไทยของนักลงทุนที่เป็นคนต่างด้าวนั้นอยู่ในดุลพินิจของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ประการที่สาม คนต่างด้าวที่เป็นผู้ได้รับการส่งเสริมได้รับอนุญาตนำคนต่างด้าวซึ่งเป็นคู่สมรสและบุคคลซึ่งอยู่ในอุปการะช่วงฝีมือและผู้ชำนาญการให้เข้ามาในราชอาณาจักรได้ตามจำนวนและกำหนดระยะเวลาที่อยู่ในประเทศนั้น โดยอยู่ในดุลพินิจของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนแม้ว่าระยะเวลาในการอยู่ในประเทศไทยจะเกินอัตราจำนวนหรือระยะเวลาตามกฎหมายว่าด้วย คนเข้าเมืองก็ตาม (พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง, 2522)

จากกรณีนี้เห็นได้ว่าการใช้กฎหมายข้างต้นเป็นไปตามหลักกฎหมายที่ว่า “กฎหมายเฉพาะยกเว้นกฎหมายทั่วไป” โดยกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองจัดว่าเป็นกฎหมายทั่วไป (Ius generale) ในขณะที่กฎหมายส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่นเป็นกฎหมายเฉพาะ (Ius speciale)

2) สนธิสัญญาทวิภาคี

คนต่างด้าวอาจเข้าเมืองและมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยได้ภายใต้ข้อตกลงระหว่างประเทศแบบทวิภาคี (Bilateral agreement) ซึ่งเรียกว่า “สนธิสัญญาทางไมตรี การพาณิชย์ และการเดินเรือ (Treaty of Friendship, Commerce and Navigation: FCN) แต่ในปัจจุบัน นานารัฐมักจะทำข้อตกลงเกี่ยวกับการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศที่เรียกว่า Bilateral Investment Treaties (BITs) โดยสนธิสัญญาดังกล่าวจะกำหนดถึงกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าเมือง การเดินทาง การมีถิ่นที่อยู่ รวมทั้งการให้หลักประกันและความคุ้มครองสิทธิของคนต่างด้าว

ในอดีตประเทศไทยทำสนธิสัญญาทางไมตรี พาณิชย์ และการเดินเรือกับต่างประเทศหลายประเทศ เช่น ประเทศพม่า สวิตเซอร์แลนด์ เบลเยียม เดนมาร์ก สวีเดน นอร์เวย์

พระราชอาณาจักรฯ แต่ปัจจุบันประเทศไทยได้บอกเลิกสนธิสัญญาเหล่านี้หมดแล้ว คงเหลือแต่เพียงสนธิสัญญาทางไมตรีและเศรษฐกิจระหว่างประเทศไทยกับประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้น โดยข้อบทที่ 1 (2) ของความตกลงนี้ บัญญัติว่า

ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายที่เกี่ยวกับการเข้ามาและการพำนักของคนต่างด้าวคนชาติของภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรของภาคีอีกฝ่ายหนึ่งให้เดินทางในอาณาเขตนั้นโดยเสรีและให้มีถิ่นที่อยู่ ณ ที่ที่ตนเลือก

กล่าวโดยสรุปแล้ว คนต่างด้าวอาจเข้ามาในราชอาณาจักรไทยภายใต้กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง กฎหมายภายในพิเศษอื่นๆ เช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ.2521 หรือสนธิสัญญาทางไมตรีพาณิชย์และการเดินเรือ

2.2.2.4 อำนาจในการกักตัวและส่งกลับของพนักงานเจ้าหน้าที่

กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเป็นกฎหมายมหาชน (กฎหมายปกครอง) เพราะกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชนในลักษณะที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจเหนือฝ่ายเดียวต่อเอกชนที่เป็นคนต่างด้าว ดังนั้น กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองจึงรับรองการใช้อำนาจปกครองบังคับเอาฝ่ายเดียวเหนือคนต่างด้าวได้ ในรูปของ “คำสั่งทางปกครอง” หรือ “กฎ” ยกตัวอย่าง ตามมาตรา 20 พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 ให้อำนาจเจ้าพนักงานที่จะใช้อำนาจดุลพินิจสั่งให้คนต่างด้าวคนหนึ่งคนใด “ไปพักอาศัยอยู่ ณ ที่ที่เห็นสมควร” เพื่อในการตรวจและพิจารณาว่าคนต่างด้าวผู้นั้นต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรหรือถ้าพนักงานเจ้าหน้าที่เห็นสมควรจะเรียกประกัน หรือเรียกทั้งประกันและหลักประกันก็ได้ และรวมถึงอำนาจในการกักตัวคนต่างด้าวไว้ ณ สถานที่ใดตามที่เห็นสมควร อย่างไรก็ตามอำนาจในการกักตัวคนต่างด้าวนี้มีเงื่อนไขอยู่สองประการคือ พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจกักตัวคนต่างด้าวผู้นั้นได้เท่าที่จำเป็นตามพฤติการณ์แห่งกรณี และกักตัวได้ห้ามเกิน 48 ชั่วโมงนับแต่เวลาที่ถูกกักตัวมาถึงที่ทำการของพนักงานเจ้าหน้าที่ เว้นแต่ในกรณีที่เกิดเหตุจำเป็นอาจยืดเวลากักตัวได้แต่ห้ามเกิน 7 วัน อย่างไรก็ตามหากเกิดเหตุจำเป็นต้องกักตัวคนต่างด้าวเกินกว่า 7 วัน พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องยื่นคำร้องต่อศาลและเป็นดุลพินิจของศาลว่าสมควรจะยืดเวลากักตัวหรือไม่ แต่ศาลอาจสั่งให้มีอำนาจกักตัวไว้เท่าที่จำเป็นครั้งละไม่เกิน 12 วัน

นอกจากอำนาจในการกักตัวคนต่างด้าวแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่ยังมีอำนาจสั่งให้คนต่างด้าวผู้นั้น “กลับออกไป” นอกราชอาณาจักรได้ หากตรวจพบว่าคนต่างด้าวมียุทธลักษณะต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 โดยคำสั่งดังกล่าวให้ทำเป็นหนังสือ อย่างไรก็ตาม คนต่างด้าวผู้นั้นอาจอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้

กล่าวโดยทั่วไปแล้ว กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองของนานาประเทศจะให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐมากเพราะรัฐเจ้าของดินแดนจำเป็นต้องมีมาตรการที่เข้มงวดที่จะรักษาความมั่นคงในกรณีที่คนต่างด้าวเดินทางเข้ามาในประเทศ กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองจึงเป็นด่านแรกที่จะตรวจสอบและสกัดกั้นมิให้คนต่างด้าวที่มีพฤติกรรมขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือถ้าหากเข้ามาแล้วจะสร้างภาระทางเศรษฐกิจและสังคมแก่รัฐเจ้าของดินแดน ดังนั้น รัฐจึงมีอำนาจอธิปไตยที่จะตรวจสอบรวมถึงลงโทษคนต่างด้าวได้ด้วย

2.2.2.5 คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว

1) วัตถุประสงค์ของการเข้ามาในราชอาณาจักร

กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองอนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถเข้ามาในประเทศไทยเป็นการชั่วคราวได้ แต่คนต่างด้าวจะต้องเข้ามาเพื่อการดังต่อไปนี้คือ การปฏิบัติหน้าที่ทางทูตหรือกงสุล การปฏิบัติหน้าที่ทางราชการ การท่องเที่ยว การศึกษา ฯลฯ (พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง, 2522) และเมื่ออนุญาตให้เข้ามาในประเทศไทยแล้ว คนต่างด้าวผู้นั้นสามารถอยู่ในประเทศไทยได้เพียงเท่าที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น เช่นอยู่ได้ไม่เกิน 30 วัน หากคนต่างด้าวเข้ามาเพื่อการเล่นกีฬาเดินทางผ่านราชอาณาจักรหรือคนต่างด้าวผู้นั้นเป็นผู้ควบคุมพาหนะหรือคนประจำพาหนะที่เข้ามายังท่า สถานี หรือท้องที่ในราชอาณาจักร อยู่ได้ไม่เกิน 90 วัน หากคนต่างด้าวเข้ามาเพื่อการท่องเที่ยว อยู่ได้ไม่เกิน 2 ปี หากคนต่างด้าวเข้ามาเพื่อการลงทุนที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวง ทบวง กรม ที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น (พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง, 2522) อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เกิดเหตุจำเป็นจะต้องอยู่ในประเทศไทยเกินกว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด เป็นอำนาจดุลพินิจของอธิบดีกรมตำรวจ ปัจจุบันคือผู้บังคับบัญชาสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่จะอนุญาตให้อยู่ต่อไปได้ครั้งละไม่เกิน 1 ปี และคนต่างด้าวที่อยู่ในราชอาณาจักรต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขต่างๆ ที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดอีกด้วย

ปัญหาที่สำคัญมากประการหนึ่งของการอยู่ชั่วคราวของคนต่างด้าวคือ “การอยู่เกินกำหนด” (Overstay) กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองของต่างประเทศมีแนวโน้มที่จะเพิ่มโทษสำหรับคนต่างด้าวที่พำนักอาศัยเกินกว่าเวลาที่อนุญาต เช่น ประเทศญี่ปุ่น รัฐสภาเพิ่งจะผ่านร่างกฎหมายสองฉบับเกี่ยวกับมาตรการควบคุมการเข้าเมืองของคนต่างด้าว

2) มาตรการควบคุมคนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักร

เนื่องจากการที่คนต่างด้าวเข้ามาในประเทศไทย อาจนำมาซึ่งภัยอันตรายต่อความมั่นคงของประเทศได้ กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองจึงรับรองว่ารัฐเจ้าของดินแดนมีอำนาจที่จะตราระเบียบข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับมาตรการความปลอดภัยได้ มาตรการแรกที่ฝ่ายปกครองใช้ควบคุมคนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรชั่วคราวคือ การเพิกถอนการอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักร

โดยมีเงื่อนไขว่า “หากมีพฤติกรรม” เกิดขึ้นแต่คนต่างด้าวที่สมควรเพิกถอนการอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักร เช่น คนต่างด้าวกำลังอยู่ระหว่างการจัดตั้งเป็นองค์กรที่จะกระทำอาชญากรรม (Organized crime) ก็เป็นอำนาจที่ฝ่ายปกครองจะเพิกถอนการอนุญาตได้ มาตรการต่อไป คือ การวางกฎระเบียบให้คนต่างด้าวต้องปฏิบัติตาม เช่น คนต่างด้าวผู้นั้นจะต้องไม่ประกอบอาชีพหรือรับจ้างทำงาน เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากฝ่ายปกครอง การพักอาศัยของคนต่างด้าวจะต้องพักอาศัยตามที่ได้แจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เพื่ออำนวยความสะดวกดูแล ในกรณีที่คนต่างด้าวผู้นั้นประสงค์เดินทางไปต่างจังหวัดและอยู่ในจังหวัดนั้นเกิน 24 ชั่วโมง ก็จะต้องแจ้งให้เจ้าพนักงานตำรวจทราบด้วย เป็นต้น (พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง, 2522)

2.2.2.6 การเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรของคนต่างด้าว

โดยหลักทั่วไปแล้ว คนต่างด้าวไม่อาจเข้ามามีถิ่นที่อยู่ (Residence) ในราชอาณาจักรได้ (พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง, 2522) เพราะว่าการเข้ามามีถิ่นที่อยู่ของคนต่างด้าวในประเทศไทย อาจมีผลกระทบทางด้านเศรษฐกิจ ความมั่นคง สังคมวัฒนธรรมได้ อย่างไรก็ตาม คนต่างด้าวอาจมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยได้ หากได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองและด้วยความเห็นชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย

1) การกำหนดจำนวนคนต่างด้าว

โดยปกติทั่วไปแล้ว จำนวนคนต่างด้าวซึ่งจะมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยต่อหนึ่งปีนั้น กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองกำหนดว่ามีให้เกินประเทศละ 100 คนต่อปี และในกรณีของคนไร้สัญชาติ (Stateless person) มีให้เกิน 50 คนต่อปี (พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง, 2522) อย่างไรก็ตาม หากคนต่างด้าวผู้นั้นเป็นนักธุรกิจ นักลงทุนที่นำเงินตราต่างประเทศเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเป็นจำนวนเงินไม่น้อยกว่า 10 ล้านบาท โดยความเห็นชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย คณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองจะอนุญาตให้คนต่างด้าวผู้นั้นมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยเกินกว่าจำนวนคนต่างด้าวตามกรณีปกติทั่วไปได้ แต่ในปีหนึ่งๆ จะเกินกว่าร้อยละห้าของจำนวนที่อนุญาตมิได้

2) ข้อห้ามมิให้คนต่างด้าวเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย

แม้คนต่างด้าวจะได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวได้ก็ตามแต่คนต่างด้าว ผู้นั้นอาจไม่มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรก็ได้ หากคนต่างด้าวผู้นั้นมีคุณสมบัติข้อหนึ่งข้อใดดังต่อไปนี้

(1) เป็นผู้เคยได้รับโทษจำคุก โดยคำพิพากษาของศาลไทย หรือคำสั่งที่ชอด้วยกฎหมายหรือคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเว้นแต่ความผิดนั้นเป็นความผิดลหุโทษ หรือความผิดที่เกิดจากการกระทำโดยประมาท

(2) เป็นผู้ที่ไม่สามารถประกอบการหาเลี้ยงชีพได้

3) การมีถิ่นที่อยู่ถาวรของคนต่างด้าว

การขออนุญาตมีถิ่นที่อยู่ได้แก่ การขอเป็นคนเข้าเมืองตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง (สุจินต์ ชัยมงคลานนท์, 2517, หน้า 379) คนต่างด้าวผู้ใดที่ไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อห้ามตามมาตรา 44 แล้วหากประสงค์จะมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยก็จะต้องยื่นคำขอต่อฝ่ายปกครองเพื่อให้ฝ่ายปกครองอนุญาต ซึ่งเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองว่าจะอนุญาตหรือไม่ก็ได้ และในกรณีที่ฝ่ายปกครองอนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยได้แล้ว คนต่างด้าวผู้นั้นจะต้องขอรับ “ใบสำคัญถิ่นที่อยู่” ภายในระยะเวลา 30 วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นลายลักษณ์อักษรและหากคนต่างด้าวไม่ยอมขอรับใบสำคัญถิ่นที่อยู่แล้ว คณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองอาจใช้อำนาจปกครองสั่งระงับการอนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรเสียได้

เมื่อคนต่างด้าวได้รับใบสำคัญถิ่นที่อยู่แล้ว กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง มาตรา 48 กำหนดว่าใบสำคัญถิ่นที่อยู่ให้ใช้ได้ตลอดไป แต่ถ้าผู้ถือใบสำคัญถิ่นที่อยู่ได้เดินทางออกไปนอกราชอาณาจักร ใบสำคัญถิ่นที่อยู่นั้นเป็นอันใช้ไม่ได้ต่อไป ซึ่งหมายความว่า หากคนต่างด้าวผู้นั้นประสงค์จะเดินทางเข้ามาและมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยอีกครั้งก็จะต้องปฏิบัติตามระเบียบของกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองตั้งแต่เริ่มแรก เว้นแต่ก่อนที่จะออกเดินทางจากประเทศไทย ผู้ถือใบสำคัญถิ่นที่อยู่ได้นำใบสำคัญถิ่นที่อยู่ไปให้พนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อทำหลักฐานการแจ้งออกไปนอกราชอาณาจักรเพื่อขอกลับเข้ามาอีก นอกจากนี้แล้ว คนต่างด้าวผู้นั้นจะต้องดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่ง “ใบสำคัญประจำตัวคนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการทะเบียนคนต่างด้าว พ.ศ.2493 อีกด้วย (สุจินต์ชัยมงคลานนท์, 2517, หน้า 382) เนื่องจากมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการทะเบียนคนต่างด้าวกำหนดว่าคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เป็นคนเข้าเมือง คือ เป็นผู้ซึ่งได้รับอนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรต้องไปขอใบสำคัญประจำตัวคนต่างด้าวภายใน 7 วันนับแต่วันที่ได้รับอนุญาตให้เป็นคนเข้าเมือง

อย่างไรก็ตาม เมื่อคนต่างด้าวเข้าเมืองโดยชอบด้วยกฎหมายภายใต้พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 แล้ว กฎหมายไทยก็รับรองว่าคนต่างด้าวผู้นั้นอาจมีภูมิลำเนาในประเทศไทยได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากมีองค์ประกอบครบตามมาตรา 37 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือถิ่นที่ตั้งสถานที่อยู่ในประเทศไทย (Factum) และมีเจตนาถือเอาเป็นแหล่งสำคัญ (Animus manendi) แต่ไม่ต้องถึงกับเป็นแหล่งที่อยู่ถาวรตลอดไป คือ ใช้เป็นสถานที่เพื่ออาศัยอยู่หรือประกอบกิจการงาน ทั้งนี้จะต้องตกอยู่ภายใต้มาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 กล่าวคือ คนต่างด้าวผู้นั้นจะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการและด้วยความเห็นชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยและได้รับใบสำคัญถิ่นที่อยู่ ดังนั้นคนต่างด้าวอาจ

มีถิ่นที่อยู่ (Residence) ในประเทศไทยภายใต้พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 แต่อาจไม่มีภูมิลำเนาในประเทศไทยก็ได้ เนื่องจากถิ่นที่อยู่และภูมิลำเนามีความหมายต่างกัน ดร.วิเชียร วัฒนคุณ เห็นว่าบุคคลซึ่งมีถิ่นที่อยู่ ณ ที่ใดที่หนึ่งไม่จำเป็นต้องมีภูมิลำเนาอยู่ด้วย ณ ที่นั้น และถิ่นที่อยู่มีประโยชน์ในทางกรปกครองเพื่อจะทราบว่าคุณคนอยู่ ณ ที่ใดมิได้มีผลทางกฎหมายอย่างภูมิลำเนา (วิเชียรวัฒนคุณ, 2505, หน้า 93)

4) หลักเกณฑ์การปฏิเสธบุคคลต่างด้าวเดินทางเข้าประเทศ

ตามคำสั่งของสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองลงวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ.2552 คนต่างด้าวที่ถูกบันทึกรายชื่อ คือ คนต่างด้าวซึ่งมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

บุคคลต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามมาตรา 12 (7), (8) โดยคนต่างด้าวผู้นั้นมีพฤติการณ์การกระทำความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาหรือกฎหมายอื่นดังนี้

(1) ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรและการก่อการร้ายความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชนความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประชาชนความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง ความผิดเกี่ยวกับเพศทุกลักษณะความผิด ความผิดต่อชีวิตและร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายแก่กายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย (ยกเว้นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท) ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียงเฉพาะความผิดต่อเสรีภาพความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินความผิดเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยยาเสพติดให้โทษและกฎหมายว่าด้วยวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาทในความผิดเกี่ยวกับการผลิตนำเข้าหรือส่งออกนอกราชอาณาจักรจำหน่ายหรือมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายไว้ในความครอบครองความผิดเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการค้ำมนุษย์ การค้าประเวณีการฟอกเงินการลักลอบนำพาคนเข้าหรือออกนอกราชอาณาจักรโดยผิดกฎหมาย ความผิดเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยศุลกากรความผิดทางอาญาอื่นๆ ที่มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่ 5 ปี ขึ้นไป เช่น ความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ การละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาอาชญากรรมคอมพิวเตอร์โจรสลัดการค้าอาวุธเป็นต้น

(2) มีพฤติกรรมน่าเชื่อว่าเป็นภัยต่อสังคมได้แก่คนต่างด้าวที่กระทำความผิดอาญาและพนักงานอัยการมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องหรือศาลพิพากษายกฟ้องแต่การกระทำของคนต่างด้าวตามที่ถูกล่าหามีพฤติการณ์น่าเชื่อว่าเป็นภัยต่อสังคมรวมทั้งคนต่างด้าวที่กระทำความผิดและมีพฤติการณ์น่าเชื่อว่าเป็นภัยต่อสังคม เช่น มั่วสุ่มยาเสพติด กระทำอนาจาร โบราณสถาน เป็นต้น

(3) มีพฤติการณ์เป็นภัยต่อสังคมหรือมีประวัติอาชญากรรม ซึ่งรัฐบาลต่างประเทศหรือหน่วยงานตำรวจของต่างประเทศที่คนต่างด้าวผู้นั้นเป็นคนชาติหรือองค์การตำรวจสากล หรือ

ส่วนราชการต่างๆ ได้ระบุชื่อและส่งข้อมูลเป็นหนังสือมายังสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองอย่างเป็นทางการว่าคนต่างด้าวนั้นเป็นผู้ที่มีลักษณะดังกล่าวและควรบันทึกรายชื่อเป็นคนต่างด้าวที่มีลักษณะต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักร

การบันทึกข้อมูลของคนต่างด้าวซึ่งมีลักษณะต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรเพิ่มเติม มีหลักเกณฑ์ดังนี้ (ในกรณีคนต่างด้าวมียุติการเปลี่ยนแปลงไป)

(1)คนต่างด้าวที่ถูกบันทึกรายชื่อเป็นคนต่างด้าวซึ่งมีลักษณะต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรตาม พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 12 (2) (3)(4)(5) ให้ผู้บัญชาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองเป็นผู้พิจารณาสั่งการ

(2)คนต่างด้าวที่ถูกบันทึกรายชื่อเป็นคนต่างด้าวซึ่งมีลักษณะต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรตาม พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 12 (6) (7) กรณีมีพฤติการณ์เป็นที่น่าเชื่อว่าเป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคมหรือจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายต่อความสงบสุขหรือความปลอดภัยของประชาชนหรือความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร และมาตรา 12 (8) แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 ให้คณะกรรมการพิจารณابันทึกและเปลี่ยนแปลงข้อมูลคนต่างด้าวที่มีพฤติการณ์สมควรห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นผู้พิจารณาก่อนเสนอให้ผู้บัญชาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองสั่งการ

(3)คนต่างด้าวที่อยู่ในหลักเกณฑ์การบันทึกข้อมูลเพิ่มเติมตามข้อ 1 และ 2 ต้องเป็นคนต่างด้าวที่ถูกบันทึกรายชื่อเป็นคนต่างด้าวที่มีลักษณะต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรแล้วเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 5 ปี นับแต่วันที่ผู้บัญชาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองสั่งการ

(4)คนต่างด้าวที่ถูกบันทึกรายชื่อเป็นคนต่างด้าวซึ่งมีลักษณะต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 12 (7) กรณีบุคคลซึ่งเจ้าหน้าที่รัฐบาลต่างประเทศได้ออกหมายจับและต่อมาได้มีหนังสือระบุข้อมูลเพิ่มเติมอย่างเป็นทางการจากรัฐบาลต่างประเทศ หรือหน่วยงานตำรวจของต่างประเทศที่คนต่างด้าวผู้นั้นเป็นคนชาติหรือองค์การตำรวจสากล หรือส่วนราชการต่างๆ ว่าคนต่างด้าวผู้นั้นได้ถูกจับกุมตามหมายจับดังกล่าวแล้วและไม่เป็นผู้ซึ่งมีลักษณะเป็นภัยต่อสังคมหรือมีประวัติอาชญากรรมอย่างอื่นให้ผู้บัญชาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองเป็นผู้พิจารณาสั่งการ

(5)คนต่างด้าวที่ถูกบันทึกรายชื่อเป็นคนต่างด้าวซึ่งมีลักษณะต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นระยะเวลาไม่ถึง 5 ปี นับแต่วันที่ผู้บัญชาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองสั่งการ หากผู้บัญชาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองเห็นสมควรจะสั่งการให้บันทึกข้อมูลเพิ่มเติม หรือให้คณะกรรมการพิจารณابันทึกและเปลี่ยนแปลงข้อมูลคนต่างด้าวที่มีพฤติการณ์สมควรห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรพิจารณาก่อนเสนอให้ผู้บัญชาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองสั่งการก็ได้

(6)คนต่างด้าวที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญา สำหรับความผิดที่ระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต จำคุกตั้งแต่สิบปีขึ้นไป ซึ่งมีลักษณะอุกฉกรรจ์ หรือความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษที่มีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย ผลิต นำเข้า ส่งออก ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย การค้ามนุษย์ หรือการลักลอบนำพาคนเข้าหรือออกนอกราชอาณาจักรโดยผิดกฎหมาย การฟอกเงิน การค้าอาวุธ อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ โจรสลัด เป็นความผิดที่ไม่อยู่ในหลักเกณฑ์การบันทึกข้อมูลเพิ่มเติม เว้นแต่ผู้บัญชาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองจะสั่งการเป็นอย่างอื่น

กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง (Immigration Law) ของประเทศไทย คือ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 โดยปกติทั่วไปแล้ว คนต่างด้าว อาจเข้าเมืองและออกนอกราชอาณาจักรได้ 3 วิธี คือโดยทางอากาศทางทะเลและทางพื้นดินตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเป็นดุลพินิจหรืออำนาจอธิปไตยของรัฐโดยเด็ดขาดที่จะอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในดินแดนของอีกรัฐหนึ่งและการห้ามมิให้คนต่างด้าวคนหนึ่งคนใดเข้ามาในราชอาณาจักรนี้ รัฐเจ้าของดินแดนไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลแก่รัฐเจ้าของสัญชาติ ที่คนต่างด้าวผู้นั้นถือสัญชาติอยู่ว่าทำไมจึงไม่อนุญาตให้เข้าประเทศ เนื่องจากการอนุญาตเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นอำนาจอธิปไตยโดยแท้ของรัฐเพียงแต่ว่าการปฏิเสธไม่ให้คนต่างด้าวคนหนึ่งคนใดเข้ามาประเทศนั้นอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล และความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้ดังนั้น ลักษณะกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองจึงเป็นกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครอง เพราะกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐดินแดนกับคนต่างด้าวในลักษณะที่รัฐดินแดนอยู่ในฐานะเหนือกว่าคนต่างด้าว

ดังนั้น การปฏิเสธคนต่างด้าวเดินทางเข้าประเทศตามมาตรา 12 (7)(8)(10) พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 จึงมีความจำเป็นต้องพิจารณาถึงผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล และความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ กับ ความมั่นคงของราชอาณาจักร ความสงบสุขหรือความปลอดภัยของประชาชน ด้วยการปรับปรุงกฎหมายคนเข้าเมือง ซึ่งได้บัญญัติ มาตั้งแต่ พ.ศ.2522 ให้มีความทันสมัยและเป็นปัจจุบัน โดยยึดหลักกฎหมายที่เป็นสากลและเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป และสร้างแนวทางการร่วมมือระหว่างองค์กรบังคับใช้กฎหมาย และแนวทางการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ให้มีความทันสมัยและถูกต้องตามหลักสากล

2.3แนวคิดเกี่ยวกับอาชญากรรมข้ามชาติ

อาชญากรรมข้ามชาติ เป็นภัยที่ร้ายแรงต่อนานาชาติอารยประเทศ ที่นับวันจะทวีความรุนแรงยิ่งขึ้น ซึ่งทุกประเทศต่างตระหนักดีถึงภัยร้ายนี้ ดังจะเห็นได้จากการที่สหประชาชาติได้ประกาศเตือนว่า อาชญากรรมข้ามชาติเป็นภัยคุกคามร้ายแรงประเภทหนึ่งในบรรดาภัยคุกคามร้ายแรง

ของมวลมนุษยชาติ หรือ “The Ten Threats” (พงษ์นคร นครสันติภาพ, 2549, หน้า 1) สำหรับในประเทศไทยมีกลุ่มอาชญากรรมข้ามชาติ เข้ามาเคลื่อนไหวในเมืองใหญ่ๆ ที่เป็นเมืองเศรษฐกิจ มีการเชื่อมโยงเป็นเครือข่าย ทั้งในกรุงเทพฯ และต่างจังหวัดที่เป็นหัวเมืองใหญ่ที่สำคัญ เครือข่ายอาชญากรรมข้ามชาติเหล่านี้ดำเนินธุรกิจผิดกฎหมายที่มีผลตอบแทนสูง เช่น การลักลอบค้ายาเสพติด การค้าอาวุธ การค้ามนุษย์ การปลอมแปลงเอกสารแสดงตน การปลอมแปลงบัตรเครดิต การโจรกรรมรถยนต์ การฟอกเงิน การฉ้อโกงข้ามชาติ ฯลฯ แม้ว่าจะมีหลายหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบโดยตรงในปัญหาที่เกิดขึ้น แต่ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา จะพบว่าทั้งภัยการก่อการร้าย และภัยร้ายจากอาชญากรรมข้ามชาติที่สร้างความเสียหายต่อประชาชน และประเทศชาติโดยตรง ส่งผลกระทบทางด้านเศรษฐกิจ สังคม อาชญากรรมข้ามชาติไม่ได้ลดจำนวนลง แต่กลับมีอัตราการเกิดเพิ่มสูงขึ้นทุกปี ทั้งนี้อาจสืบเนื่องจากขาดการประชาสัมพันธ์ และขาดความร่วมมือจากภาคประชาชนซึ่งอาจจะยังมองไม่เห็นวาทะภัยทั้งสองรูปแบบ นอกจากเป็นภัยที่ถูกความความมั่นคงของรัฐแล้ว ยังเป็นภัยที่ถูกความ และมีผลกระทบโดยตรงกับประชาชน ดังนั้น การที่จะป้องกันปราบปราม ภัยการก่อการร้าย และภัยจากอาชญากรรมข้ามชาติจำเป็นต้องได้รับความร่วมมือจากทุกฝ่าย ทั้งจากหน่วยงานของรัฐบาล องค์กรระหว่างประเทศ องค์กรภาคเอกชนและประชาชนในสังคมทุกสาขาอาชีพ

ปัจจัยสำคัญที่ทำให้กลุ่มอาชญากรข้ามชาติ สามารถเข้ามาในประเทศไทยได้ง่าย เนื่องจาก (พงษ์นครนครสันติภาพ, 2549, หน้า 2)

ประการแรก การที่ไทยดำเนินนโยบายแบบเปิดประเทศด้านการท่องเที่ยว ทำให้อาชญากรรมข้ามชาติสามารถแอบแฝงเข้ามาในประเทศไทยได้ในรูปของนักท่องเที่ยว ทำให้เจ้าหน้าที่ไม่สามารถกวาดค้นหรือดำเนินการตรวจสอบได้อย่างเข้มงวดมากนัก เพราะอาจทำให้เกิดความไม่สะดวกต่อการเดินทางเข้ามาในประเทศของนักท่องเที่ยวแท้จริงได้

ประการที่สองการที่ไทยเป็นศูนย์กลางของภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ มีความสะดวกในการเดินทางและการขนส่ง และสามารถเดินทางต่อไปในประเทศที่สามได้อย่างสะดวก

ประการที่สามการบังคับใช้กฎหมายและบทลงโทษของไทย ยังไม่มีความเข้มงวดและรุนแรงมากเพียงพอในเรื่องอาชญากรรมข้ามชาติ ทำให้อาชญากรรมข้ามชาติสามารถเข้ามาก่ออาชญากรรมได้อย่างสะดวก นอกจากนั้นโอกาสในการสร้าง และแผ่ขยายอำนาจสามารถกระทำได้ง่าย โดยการเสนอผลประโยชน์ตอบแทนต่างๆ ทั้งต่อตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือองค์กรเอกชนต่างๆ

ในช่วงเวลาที่ผ่านมา นั้น นิยามของอาชญากรรมข้ามชาติเป็นที่ถกเถียงกันมากกว่าควรจะเป็นอย่างไร ปัญหาที่ทำให้หาข้อสรุปไม่ได้ก็คือ แต่ละประเทศต่างประสบปัญหาอาชญากรรมข้ามชาติในลักษณะที่แตกต่างกัน จึงทำให้มุมมองเรื่องอาชญากรรมข้ามชาติแตกต่างกันไปด้วย ปัญหานี้

ทำให้แม้แต่สหประชาชาติ เมื่อครั้งที่ออกอนุสัญญาเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติก็ไม่กำหนดว่า อาชญากรรมข้ามชาติมีความผิดประเภทใดบ้าง เพราะหากกำหนดฐานความผิดเป็นที่ชัดเจน แล้ว วันเวลาผ่านไปอาจทำให้ความหมายหรือนิยามไม่ทันสมัยได้ เนื่องจากสถานการณ์ของโลก และรวมไปถึงอาชญากรรมมีความเป็นพลวัตรและเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา วันนี้ อาจบอกได้ว่าการลักลอบค้ายาเสพติด และการค้ามนุษย์มีลักษณะการกระทำผิดที่ข้ามชาติ แต่ในวันข้างหน้า อาจจะมีฐานความผิดใหม่ๆ ที่มีลักษณะข้ามชาติได้เช่นเดียวกัน อาชญากรรมข้ามชาติจึงไม่ได้จำกัดเฉพาะเพียงแค่การกระทำความผิดที่เรารู้จักเฉพาะในวันนี้เท่านั้น

2.3.1 ลักษณะของอาชญากรรมข้ามชาติ

ความหมายของ “อาชญากรรมข้ามชาติ” ในข้อ 3 ของอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กรซึ่งว่าด้วย “ขอบเขตการใช้บังคับ” ข้อความในส่วนนี้เขียนขึ้นเพื่อกำหนดว่าให้ใช้อนุสัญญานี้ในการป้องกัน การสอบสวน และการฟ้องร้องดำเนินคดีต่ออาชญากรรมข้ามชาติที่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรม ซึ่งในข้อ 2 ย่อยของส่วนนี้เขียนไว้ชัดเจน และกำหนดคำนิยามและความหมายของคำว่า “องค์กรอาชญากรรม” ไว้ว่า (United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2000)

“องค์กรอาชญากรรม ให้นำหมายถึง กลุ่มที่มีการจัดโครงสร้างประกอบด้วยบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไป โดยรวมกลุ่มกันในระยะเวลาหนึ่งและร่วมมือกันเพื่อการก่ออาชญากรรมร้ายแรง ตั้งแต่หนึ่งฐานความผิดขึ้นไปในประเภทที่ระบุไว้ในสัญญานี้ เพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางการเงินหรือทางวัตถุอย่างอื่น ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม”

อนุสัญญาฯ ได้ให้นิยาม “กลุ่มที่มีการจัดโครงสร้าง” ไว้ว่า “กลุ่มที่ไม่ได้รวมตัวกันโดยบังเอิญเพื่อกระทำความผิดโดยทันที แต่ไม่จำเป็นต้องกำหนดบทบาทของสมาชิกอย่างเป็นทางการและไม่จำเป็นต้องมีความต่อเนื่องของการเป็นสมาชิก ตลอดจนไม่จำเป็นต้องมีโครงสร้างของกลุ่มที่เป็นระบบ” ส่วนคำว่า “อาชญากรรมร้ายแรง” นั้น อนุสัญญาฯ ระบุว่า “การกระทำความผิดซึ่งสามารถลงโทษโดยการจำคุกหรือปรับซึ่งมีอัตราขั้นต่ำสูงเป็นเวลาอย่างน้อย 4 ปี หรือโดยโทษที่หนักกว่านั้น”

ความหมายของ “องค์กรอาชญากรรม” อีกความหมายหนึ่งซึ่งประกาศเป็นกฎหมายอย่างเป็นทางการแล้ว และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่เดือนมิถุนายน 2551 ได้แก่ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 ซึ่งกำหนดนิยามของ “องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ” ไว้ดังนี้

“องค์กรอาชญากรรม” หมายความว่า คณะบุคคลซึ่งมีการจัดโครงสร้างโดยสมคบกันตั้งแต่สามคนขึ้นไปไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราวระยะเวลาหนึ่ง และไม่ว่าจะเป็นโครงสร้างว่า

ลักษณะความผิดต่อไปนี ให้ถือว่าเป็นอาชญากรรมข้ามชาติ หาก (กิตติพงษ์กิตยารักษ์, ชาติชัยเดชสุริยา และ ญัฐมาจิตรไพฑูรย์, ม.ป.ป.)

- 1) ความผิดนั้นกระทำลงในประเทศมากกว่าหนึ่งประเทศ
- 2) ความผิดนั้นกระทำลงในประเทศหนึ่ง แต่ส่วนสำคัญของการเตรียมการการวางแผน การสั่งการ หรือการควบคุม ได้กระทำในอีกประเทศหนึ่ง
- 3) ความผิดนั้นกระทำลงในประเทศหนึ่ง แต่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางอาญาในอาณาเขตของประเทศมากกว่าหนึ่งประเทศ หรือ
- 4) ความผิดนั้นกระทำลงในประเทศหนึ่งแต่มีผลกระทบที่สำคัญเกิดขึ้นในอีกประเทศหนึ่ง

นอกจากนี้ “อาชญากรรมข้ามชาติ” ยังได้รับการบัญญัติขึ้น โดย United Nations Crime and Criminal Justice Branch ในปี ค.ศ. 1974 โดยให้ความหมายในเชิงอาชญาวิทยาตามแนวทางการอธิบายของ Mueller (1998) ซึ่งครอบคลุมกิจกรรม 5 ประการคือ (1) ชุรกิจอาชญากรรม องค์กรอาชญากรรมอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ และการคอร์รัปชัน (2) เป็นการกระทำความผิดที่ใช้ทักษะสูงและมีความสามารถมากกว่าอาชญากรรมในรูปทั่วไป (3) อาชญากรรมมีความเกี่ยวข้องกับการแก๊งค์และยาเสพติดโดยเฉพาะอย่างยิ่งการค้ายาเสพติด (4) เป็นการก่อความรุนแรงข้ามชาติและมีผลกระทบในทางระหว่างประเทศ และ(5) อาชญากรรมมักจะต้องเคลื่อนย้ายหลบหนีจากการติดตามจับกุม และศัตรู

“ข้ามชาติ” (Transnational) หมายถึง ลักษณะการกระทำความผิดที่เกิดขึ้น หรือมีการกระทำความผิดข้ามพรมแดนของประเทศ โดยบุคคล เช่น ผู้หลบหนีการจับกุมหรือการลงโทษ หรือการเดินทางเพื่อไปกระทำความผิด หรืออาจเป็นกรณีของผู้เสียหาย เช่น ในกรณีลักลอบค้ามนุษย์ หรือโดยการนำวัตถุสิ่งของเคลื่อนที่ข้ามพรมแดน เช่น ผู้ก่อการร้ายซ่อนอาวุธปืนบนเครื่องบิน การฟอกเงิน หรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการประกอบอาชญากรรม เช่น การขนยาเสพติด ที่ตัวผู้เดินทางหรือในกระเป๋าสัมภาระ หรือการฉ้อโกง โดยอาศัยเครือข่ายคอมพิวเตอร์จากประเทศหนึ่งส่งผ่านไปอีกประเทศหนึ่ง เป็นต้น

ส่วนพระราชบัญญัติการมีส่วนร่วมในการป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ มาตรา 3 กำหนดความหมายของ “องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ” ไว้ว่า “องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ” หมายความว่า กลุ่มจัดตั้งของบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไปที่รวมตัวกันในรูปแบบต่างๆ เป็นระยะเวลาหนึ่ง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกระทำความผิดร้ายแรงฐานใดฐานหนึ่งหรือหลายฐาน หรือเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ทางการเงินหรือทรัพย์สินอื่นใดหรือผลประโยชน์อย่างใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดร้ายแรงไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม และเป็นอาชญากรรมที่มีลักษณะใด

ลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้ (พระราชบัญญัติการมีส่วนร่วมในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติ, มาตรา 3)

1) เป็นการกระทำความผิดอาญาโดยลักษณะแห่งการกระทำเกิดขึ้นในเขตแดนของรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐ

2) เป็นการกระทำความผิดอาญาซึ่งในขั้นตอนที่สำคัญของการเตรียมการเพื่อกระทำความผิด หรือการวางแผน การสั่งการและการควบคุมการกระทำความผิดได้กระทำในอีกรัฐหนึ่ง

3) เป็นการกระทำความผิดอาญาที่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติโดยเข้าร่วมกิจกรรมที่ผิดกฎหมายที่มีการดำเนินการอยู่ในรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐ

4) เป็นการกระทำความผิดอาญาในรัฐหนึ่ง แต่ผลของการกระทำเกิดในอีกรัฐหนึ่ง ไม่ว่าผู้กระทำจะมีความประสงค์ให้ผลนั้นเกิดขึ้นในอาณาจักรของอีกรัฐหนึ่งไม่ก็ตาม

ส่วน “ความผิดร้ายแรง” นั้น ในพระราชบัญญัติฯ ฉบับนี้ ให้ความหมายรวมถึง “ความผิดอาญาที่กฎหมายกำหนดโทษจำคุกหรือมาตรการจำกัดเสรีภาพของบุคคลด้วยวิธีอื่นใดมิกำหนดระยะเวลาขึ้นสูงตั้งแต่ 4 ปีขึ้นไป

อนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ จะเน้นให้ความสำคัญไปที่องค์กรอาชญากรรมที่กระทำความผิดร้ายแรง โดยความผิดร้ายแรงนั้นเกิดขึ้นแล้ว ไม่ว่าจะข้ามชาติหรือไม่ข้ามชาติก็อยู่ในขอบเขตอำนาจของอนุสัญญาฯ ฉบับนี้ซึ่งเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมายสามารถใช้อนุสัญญาฯ ในการป้องกัน สืบสวน และสอบสวนได้สำหรับประเทศไทย ความหมายขององค์กรอาชญากรรมได้ถูกนิยามขึ้นอย่างเป็นทางการแล้ว โดยปรากฏในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ายมนุษย์ พ.ศ.2551 และพระราชบัญญัติการมีส่วนร่วมในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติและเพื่อให้ความร่วมมือนี้มีประสิทธิภาพและเป็นแนวทางเดียวกันสหประชาชาติ ได้ออกกฎหมายระหว่างประเทศที่เรียกว่า “อนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ” (United Nations Convention against Transnational Organized Crime) ขึ้นเมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน พ.ศ. 2547 และเดือนธันวาคมปีเดียวกันในเวลาต่อมา มีประเทศสมาชิกจำนวนถึง 125 ประเทศซึ่งรวมถึงประเทศไทย จากประเทศสมาชิกทั้งหมดขององค์การสหประชาชาติจำนวน 192 ประเทศให้การลงนามรับรองต่ออนุสัญญานี้

วัตถุประสงค์หลักของการออกอนุสัญญานี้ (อภิชาติศิริบุญญา, 2556) อนุสัญญานี้ฉบับดังกล่าวมีสภาพเหมือนกับธรรมนูญกฎหมายอาญาของประเทศสมาชิกทุกประเทศ หรืออาจเรียกว่าเป็นกฎหมายอาญาของโลก หมายความว่า เมื่อประเทศสมาชิกใดลงนามให้การรับรองหลักการต่ออนุสัญญานี้แล้ว ประเทศนั้นต้องกลับไปปรับแก้กฎหมายภายในของตัวเองให้สอดคล้องต่ออนุสัญญาและเมื่อพร้อมแล้ว ก็ประกาศให้สัตยาบันบังคับใช้อนุสัญญานี้ในประเทศ

นั้นต่อไป โดยสหประชาชาติเชื่อว่า หากประเทศสมาชิกทุกประเทศลงนามรับรอง แก้ไขกฎหมายภายในให้มีความสอดคล้อง และให้สัตยาบันประกาศใช้แล้ว จะทำให้กฎหมายอาญาหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติมีความหมายและมีโครงสร้างเดียวกันทั่วโลก และผลดีที่ตามมาก็คือ ความขัดแย้งในการตีความอาชญากรรมข้ามชาติและความหมายของคำอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องจะหมดไป ส่งผลให้การปฏิบัติเป็นแนวทางเดียวกันมากขึ้น ซึ่งในการนี้ประเทศไทยได้ลงนามและให้สัตยาบันรับหลักการต่ออนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กรไปแล้ว และได้ออกพระราชบัญญัติการมีส่วนร่วมในการป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติเพื่อรองรับไว้เรียบร้อยแล้ว

นอกจากในด้านมิติของกฎหมายแล้ว การดำเนินการเพื่อสร้างความร่วมมือและความสอดคล้องในมิติอื่นๆ ได้ถูกดำเนินการควบคู่กันไปด้วย เช่น การเชิญชวนให้ทุกประเทศสมาชิกจัดทำข้อตกลงระหว่างรัฐซึ่งกันและกันในด้านความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญา การส่งผู้ร้ายข้ามแดน และความร่วมมือในกิจการตำรวจ นอกจากนี้ในทุกๆ การประชุมขององค์กรระหว่างประเทศก็ยังสอดแทรกความร่วมมือในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติเป็นวาระหนึ่งในการประชุมอยู่ด้วยเสมอ การสร้างสภาพแวดล้อมให้ประเทศที่อยู่ในภูมิภาคเดียวกันหรือในภูมิศาสตร์ที่ใกล้เคียงกันเพื่อสร้างมาตรการในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติร่วมกันในระดับภูมิภาคก็เป็นอีกแนวทางหนึ่งที่ได้รับการรณรงค์

2.3.2 ประเภทของอาชญากรรมข้ามชาติ

ในประเทศไทยมีกลุ่มอาชญากรรมข้ามชาติ เข้ามาเคลื่อนไหวในเมืองใหญ่ๆ ที่เป็นเมืองเศรษฐกิจ มีการเชื่อมโยงเป็นเครือข่าย ทั้งในกรุงเทพฯ และต่างจังหวัดที่เป็นหัวเมืองใหญ่ที่สำคัญ เครือข่ายอาชญากรรมข้ามชาติเหล่านี้ดำเนินธุรกิจผิดกฎหมายที่มีผลตอบแทนสูง เช่น การลักลอบค้ายาเสพติด

การค้าอาวุธ การค้ามนุษย์ การปลอมแปลงเอกสารแสดงตน การปลอมแปลงบัตรเครดิต การโจรกรรมรถยนต์ การฟอกเงิน การฉ้อโกงข้ามชาติ ฯลฯ แม้ว่าจะมีหลายหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบโดยตรงในปัญหาที่เกิดขึ้น

องค์การสหประชาชาติ ได้แบ่งประเภทขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติออกเป็น 10 ลักษณะ คือ (วัชรพลประสารราชกิจ, 2543, หน้า 59-82)

- 1) การลักลอบค้ายาเสพติด (Illicit trafficking in Drugs)
- 2) การลักลอบขนคนเข้าเมือง (Smuggling of Illegal Migrants)
- 3) การค้าอาวุธ (Arms Trafficking)
- 4) การลักลอบค้าอาวุธ อนุปรณนิวเคลียร์ (Trafficking in Nuclear Material)

5) กลุ่มองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติและการก่อการร้าย(Transnational Criminal Organization and Terrorism)

6) การค้าหญิงและเด็ก (Trafficking in Women and Children)

7) การลักลอบค้าชิ้นส่วนมนุษย์ (Trafficking in Body Parts)

8) การโจรกรรมและลักลอบค้ายานพาหนะ (Theft and Smuggling of Vehicles)

9) การฟอกเงิน (Money Laundering)

10) การกระทำความผิดอื่นๆ (Other activities) ได้แก่ การโจรกรรมศิลปวัตถุ, การให้สินบนเจ้าหน้าที่ตำรวจ และข้าราชการอื่นๆ, อาชญากรรมคอมพิวเตอร์, อาชญากรรมสิ่งแวดล้อม, อาชญากรรมทรัพย์สินทางปัญญา และ การฉ้อโกงประกันภัยทางทะเล

2.3.3 ความร่วมมือระหว่างประเทศด้านอาชญากรรมข้ามชาติ

แนวทางหลักในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติในปัจจุบันเป็นการแสวงหาความร่วมมือกับประเทศเพื่อนบ้าน เพราะอาชญากรรมข้ามชาตินั้นไม่ได้เกิดขึ้นหรือมีผลกระทบเพียงประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น แต่ส่งผลกระทบต่อหลายประเทศ ดังนั้นการแสวงหาความร่วมมือกับต่างประเทศให้ได้มากที่สุดเพื่อให้ร่วมเป็นพันธมิตรในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติร่วมกันจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งยวด

2.3.3.1 ความร่วมมือในระดับสากล

สำนักงานตำรวจแห่งชาติเป็นสมาชิกขององค์การตำรวจสากล ซึ่งปัจจุบันองค์การนี้มีประเทศสมาชิกทั้งสิ้นจำนวน 184 ประเทศทั่วโลก โดยประเทศสมาชิกทั้งหมดสามารถติดต่อกันโดยตรงผ่านช่องทางการสื่อสารขององค์การตำรวจสากลที่เรียกว่า I 24-7 (Information 24 hours and 7 days) ซึ่งเป็นระบบอินเทอร์เน็ตที่มีความเร็วและความปลอดภัยสูง หน่วยงานภายในสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่ทำหน้าที่ติดต่อประสานงานกับองค์การตำรวจสากลและประเทศสมาชิกทั้งหมด ได้แก่ ฝ่ายการต่างประเทศ 1 (ตำรวจสากล) กองการต่างประเทศ ซึ่งจะมีการแลกเปลี่ยนข่าวสารเกี่ยวกับอาชญากรรมตลอดเวลา

ประเทศไทยได้เข้าเป็นสมาชิกองค์การตำรวจสากล (พงษ์ธรบุญอารี, 2540, หน้า 205) เมื่อปี ค.ศ. 1951 โดยเข้าเป็นสมาชิกลำดับที่ 135 และมีการจัดตั้งสำนักงานแห่งชาติขึ้นที่กองการต่างประเทศกรมตำรวจ เมื่อปี ค.ศ.1956 เพื่อเป็นหน่วยงานกลางในการประสานความร่วมมือกับนานาประเทศและกับสำนักงานใหญ่ขององค์การตำรวจสากล ความร่วมมือในทางอาญาขององค์การตำรวจสากลจัดอยู่ในระดับการบริหาร เพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสาร วิทยาการเทคนิควิธีในการจับกุมผู้ร้ายข้ามชาติ

ระบบฐานข้อมูล มีระบบตำรวจสากล หรือระบบ X-400 เป็นเครือข่ายหลักที่สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ใช้ในการติดต่อสื่อสารกับประเทศสมาชิกตำรวจสากลทั่วโลก ด้วยระบบคอมพิวเตอร์ออนไลน์ ผ่านทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) ทั้งงานคดีและเรื่องทั่วไป เช่น การแจ้งข่าวสาร การจัดประชุมระหว่างประเทศสมาชิก มีศักยภาพสามารถรับ – ส่งข้อความ กราฟ ตารางและรูปภาพ (ชนบัตรปลอม, ลายพิมพ์นิ้วมือ, รูปถ่าย) โดยการรับ – ส่งข้อมูลระบบ X-400 ดังกล่าว สามารถเข้ารหัสป้องกันการล่วงรู้จากบุคคล หรือหน่วยงานที่ไม่เกี่ยวข้องได้ (Encryption) จะติดตั้งที่สำนักงานกลางแห่งชาติ (National Central Bureau) ของแต่ละประเทศสมาชิก โดยมีสถานีภูมิภาค (Regional Station) จำนวน 7 สถานี ทำหน้าที่สนับสนุนการรับ-ส่งข้อมูล ทั้งนี้ ประเทศสมาชิกสามารถติดต่อกันเองได้โดยตรงในภูมิภาคนั้น และติดต่อผ่านทางสถานีภูมิภาคในกรณีที่ต้องการติดต่อกับประเทศในภูมิภาคอื่น หรือติดต่อกับสำนักงานเลขาธิการ สำหรับประเทศไทยอยู่ในภูมิภาคเอเชีย ซึ่งกรุงโตเกียว ประเทศญี่ปุ่นเป็นที่ตั้งของสถานีภูมิภาคเอเชีย

1) ระบบการแจ้งเวียนข้อมูลระหว่างประเทศไปยังประเทศสมาชิก ได้แก่ ข้อมูลคำนิรूपพรรณคนร้ายหรือบุคคลบางคน (Internation Notice) ข้อมูลเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ถูกโจรกรรม เช่น การโจรกรรมงานที่เกี่ยวกับศิลปะ และข้อมูลเกี่ยวกับแผนประทุษกรรมของคนร้าย (Modus Operandi) เป็นต้น

สำหรับการแจ้งข้อมูลคำนิรूपพรรณคนร้ายหรือบุคคลบางคน แบ่งออกเป็น 5 ประเภท คือ

(1) หมายเขียว (Green Notice) แจ้งถึงบุคคลที่เคยกระทำผิดมาแล้วและมีสันดานเป็นผู้ร้ายอันมีพฤติกรรมเป็นที่ไม่ว้าวางใจ

(2) หมายน้ำเงิน (Blue Notice) ขอทราบร่องรอย พฤติกรรมของบุคคลบางคน

(3) หมายดำ (Black Notice) แจ้งรूपพรรณศพไม่ทราบชื่อ เพื่อขอทราบว่าเป็นใครและมีประวัติอย่างไร

(4) หมายแดง (Red Notice) ขอให้จับบุคคลตามที่ได้ระบุเพื่อจะได้ดำเนินการตามวิธีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนต่อไป

(5) หมายเหลือง (Yellow Notice) แจ้งรूपพรรณคนหาย เพื่อขอให้ช่วยสืบหาติดตาม

2) การจัดการฝึกอบรม และประชุมสัมมนาหัวข้ออาชญากรรมต่างๆ สำนักงานเลขาธิการฯ ดำเนินการจัดการฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ตำรวจและเจ้าหน้าที่ทางเทคนิคที่เกี่ยวข้องอย่างสม่ำเสมอโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มพูนความรู้และศักยภาพของเจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องในประเทศสมาชิกให้สามารถปฏิบัติงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ นอกจากนี้ยังจัดการประชุมสัมมนา

ทั้งที่สำนักงานเลขาธิการฯ เมืองลีองสาธารณรัฐฝรั่งเศส หรือดำเนินการประสานงานจัด ณ ที่อื่นเกี่ยวกับหัวข้อ

อาชญากรรมที่สำคัญ ได้แก่ องค์กรอาชญากรรม ทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำผิด และการก่อการร้ายสากล เป็นต้น

3)สำนักงานเลขาธิการองค์การตำรวจสากล เป็นศูนย์กลางในการเก็บรวบรวมเอกสารอ้างอิง บทความที่เกี่ยวข้องกับกิจการของตำรวจ ตลอดจนเอกสารข้อมูลเทคโนโลยีด้านวิทยาการตำรวจ มีการจัดทำปฏิทินรายเดือน เพื่อแจ้งประเทศสมาชิกให้ทราบถึงพัฒนาการด้านต่างๆ ของงานกิจการตำรวจ จัดทำสถิติอาชญากรรมระหว่างประเทศประจำปี นอกจากนี้ จัดทำวารสารตำรวจสากล (International Criminal Police Review) ปีละ 6 ฉบับ เพื่อให้สมาชิกได้รับทราบข้อมูล เนื้อหาสาระด้านการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมทั้งในระดับประเทศและระหว่างประเทศ

2.3.3.2 ความร่วมมือในระดับภูมิภาคอาเซียน

นอกจากนี้ ในระดับภูมิภาค (ก้องเกียรติ อภัยวงศ์, 2549, หน้า 31-32) เป็นที่ทราบดีอยู่แล้วว่า ประเทศไทยเป็นสมาชิกของกลุ่มประเทศอาเซียน (Association of Southeast Asian Nation: ASEAN) ซึ่งมีประเทศสมาชิกจำนวน 10 ประเทศ ได้แก่ ไทย พม่า ลาว กัมพูชา มาเลเซีย สิงคโปร์ อินโดนีเซีย บรูไน เวียดนาม และฟิลิปปินส์ประเทศทั้งหมดเหล่านี้มีการประสานความร่วมมือกันอย่างใกล้ชิดทั้งทางด้านการมั่นคงและการเมือง ด้านเศรษฐกิจ และด้านสังคมวัฒนธรรม โดยมีสำนักงานเลขาธิการอาเซียนเป็นผู้ประสานงานกลางให้ความร่วมมือของภูมิภาคเกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมในด้านความร่วมมือด้านความมั่นคงที่กล่าวไปแล้วนั้นรวมไปถึงความร่วมมือในเรื่องการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติด้วย

ประเทศสมาชิกอาเซียนร่วมมือกันในการต่อสู้กับปัญหาอาชญากรรมข้ามชาติ ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1976 เพราะเห็นว่าผลร้ายอันเกิดจากอาชญากรรมดังกล่าวกระทบกับการเติบโตและการพัฒนาในภูมิภาคอาเซียน โดยเฉพาะกรณีการลักลอบค้ายาเสพติด แล้วขยายตัวและเพิ่มความหลากหลายของรูปแบบอาชญากรรมข้ามชาติ

ตามมติของที่ประชุมผู้นำอาเซียนที่ประชุมผู้นำอาเซียนอย่างเป็นทางการ ได้ย้ำถึงความจำเป็นที่จะต้องมีการร่วมมือกันระหว่างชาติสมาชิก และกับองค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องในการต่อสู้กับอาชญากรรมนี้ จึงได้มีมติในแถลงการณ์สมานฉันท์อาเซียน (Declaration of ASEAN Concord) เมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1976 ให้ประเทศสมาชิกร่วมมือกันอย่างแข็งขันกับองค์การระหว่างประเทศในการป้องกันและการขจัดยาเสพติด และการลักลอบค้ายาเสพติด และ

ในการประชุมผู้นำอาเซียนทุกครั้งที่ผ่านมา ที่ประชุมได้แสดงความห่วงใยต่อปัญหายาเสพติดในภูมิภาค มาโดยตลอด

ต่อมาเดือนพฤศจิกายน ค.ศ.1996 ในการประชุมผู้นำอาเซียนอย่างไม่เป็นทางการ ครั้งที่ 1 ที่กรุงจาการ์ตา ประเทศอินโดนีเซีย ที่ประชุมเรียกร้องให้องค์กรของอาเซียนที่เกี่ยวข้องศึกษาความเป็นไปได้ ในการมีความร่วมมือในระดับภูมิภาคในเรื่องอาชญากรรมรวมทั้งการส่งผู้ร้ายข้ามแดน และเมื่อวันที่ 15 ธันวาคม พ.ศ.2540 ในการประชุมผู้นำอาเซียนอย่างไม่เป็นทางการ ครั้งที่ 2 ที่กรุงกัวลาลัมเปอร์ ประเทศมาเลเซียที่ประชุมได้มีมติให้มีมาตรการที่แน่นอนและเข้มงวดในการต่อสู้กับอาชญากรรมข้ามชาติ อาทิเช่น การลักลอบค้ายาเสพติด การลักลอบค้าผู้หญิงและเด็ก รวมถึงอาชญากรรมข้ามชาติอื่นๆ

ที่ประชุมรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศอาเซียน ตระหนักถึงผลร้ายของอาชญากรรมข้ามชาติที่มีผลกระทบต่ออาเซียน จึงได้เรียกร้องให้มีการร่วมมือกันอย่างใกล้ชิด และมีการประสานการปฏิบัติระหว่างประเทศสมาชิก โดยในการประชุมรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศอาเซียน ครั้งที่ 29 ที่กรุงจาการ์ตา อินโดนีเซีย เมื่อเดือนกรกฎาคม พ.ศ.2539 ที่ประชุมได้เห็นพ้องกันถึงความจำเป็นที่จะสนใจร่วมกันในปัญหาอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับยาเสพติด อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ รวมทั้งการฟอกเงิน ปัญหาสิ่งแฉล้ม และการหลบหนีเข้าเมือง ซึ่งเป็นปัญหาข้ามพรมแดนของแต่ละประเทศสมาชิก มีผลกระทบต่อชีวิตของประชากรในภูมิภาคและตกลงให้มีการจัดการเกี่ยวกับปัญหาข้ามชาตินี้โดยเร่งด่วน เพื่อมิให้มีผลกระทบต่อการค้าอยู่ในระยะยาวของอาเซียน และของแต่ละประเทศสมาชิก จากนั้น ที่ประชุมรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศอาเซียน ครั้งที่ 30 ได้ย้ำอีกครั้งถึงความจำเป็นในการร่วมมือกันเกี่ยวกับปัญหาข้ามชาติ รวมทั้งการต่อต้านการก่อการร้าย การลักลอบส่งคนหลบหนีเข้าเมือง ยาเสพติด อาวุธ โจรสลัด และโรคระบาด

องค์กรของอาเซียนที่เกี่ยวข้องในความร่วมมือเกี่ยวกับอาชญากรรมข้ามชาติ เนื่องจากปัญหาอาชญากรรมข้ามชาติไม่ได้จำกัดอยู่เพียงส่วนใดส่วนหนึ่ง แต่เกี่ยวข้องกับหลายองค์กรของอาเซียนในการกำหนดนโยบายและการปฏิบัติการเพื่อต่อต้านการประกอบอาชญากรรมข้ามชาติ องค์กรของอาเซียนที่มีส่วนเกี่ยวข้อง ได้แก่

1) การประชุมอธิบดีกรมตำรวจอาเซียน (ASEAN Chiefs of National Police: ASEANAPOL) ดูแลเกี่ยวกับการป้องกันปราบปรามและการปฏิบัติในการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติ

2) คณะเจ้าหน้าที่อาวุโสอาเซียนด้านยาเสพติด (ASEAN Senior Officials on Drug Matter: ASOD) มีหน้าที่เช่นเดียวกัน แต่เน้นการปราบปรามและควบคุมยาเสพติดและกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกัน

การประชุมรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังอาเซียน (ASEAN Finance Ministers Meeting: AFMM) มีหน้าที่ในการติดตามและตรวจสอบปัญหาข้ามชาติในด้านการเงินและศุลกากร เช่นการลักลอบค้ายาเสพติด และสารกล่อมประสาท โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดนโยบาย กระบวนการ และกฎระเบียบในการต่อต้านการประกอบอาชญากรรมดังกล่าว

3) การประชุมรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยอาเซียน (Meeting of ASEAN Ministers of Interior/Home Affairs)

การประชุมอธิบดีกรมตำรวจอาเซียน (ASEAN Chiefs of National Police:ASEANPOL)การประชุมอธิบดีกรมตำรวจอาเซียนครั้งแรกจัดขึ้น ในเดือนตุลาคม ค.ศ. 1981 ที่ กรุงมนิลา ประเทศฟิลิปปินส์ โดยมีวัตถุประสงค์ 4 ประการได้แก่

(1) เพื่อสนับสนุนระเบียบและกฎหมายในประเทศสมาชิกอาเซียนด้วยการร่วมมือในระดับภูมิภาค

(2) เพื่อส่งเสริมการพัฒนาและดำเนินการที่เป็นระบบ (Professionalism) ในด้านการบังคับใช้กฎหมาย และการรักษาความสงบเรียบร้อย

(3) เพื่อส่งเสริมการพัฒนาวิธีการใหม่และที่สร้างสรรค์ รวมทั้งเทคนิคในการบริหารและ การจัดการกิจการตำรวจโดยเฉพาะในการป้องกันและควบคุมอาชญากรรม การรักษาความสงบเรียบร้อย และการอำนวยความสะดวกแก่ทั้งผู้เสียหายและผู้กระทำผิด

(4) เพื่อส่งเสริมความเข้าใจของประชาชน และความสนใจของชุมชนในนโยบาย และโครงการเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายและประเด็นต่างๆ ในระบบการพิจารณาความอาญา

(5) เพื่อส่งเสริมความร่วมมือระดับภูมิภาคที่ประชุมอธิบดีกรมตำรวจอาเซียน ได้ดำเนินการอย่างเข้มแข็งในด้านการแลกเปลี่ยนข่าวสาร การแลกเปลี่ยนการดูงานระหว่างเจ้าหน้าที่ระดับสูง การจัดตั้งเครือข่ายเชื่อมโยง การฝึกอบรมและการวิจัย และการจัดประชุมเป็นประจำ ทั้งในระดับสำคัญ และระดับเจ้าหน้าที่ ตลอดจนการร่วมมือกันในพื้นที่สนใจร่วมกัน และแลกเปลี่ยนความรู้และความชำนาญระหว่างกันในการกิจการตำรวจ การปราบปราม การพิจารณาความอาญา และ อาชญากรรมข้ามชาติและระหว่างประเทศ

สำหรับการดำเนินการต่อปัญหาข้ามชาติ ที่ประชุมอธิบดีกรมตำรวจอาเซียนจัดตั้ง คณะกรรมการเฉพาะกิจขึ้นมา 3 คณะกรรมการ ได้แก่ (ก้องเกียรติอภัยวงศ์, 2549, หน้า 31-38)

(1) คณะกรรมการ A รับผิดชอบในปัญหาการลักลอบค้ายาเสพติดและอาวุธ

(2) คณะกรรมการ B รับผิดชอบในปัญหาการปลอมแปลงอาชญากรรม ด้าน เศรษฐกิจและการเงิน และการปลอมแปลงบัตรเครดิต

(3) คณะกรรมการ C รับผิดชอบในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและการจัดการเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

นอกจากนี้ การประชุมอธิบดีกรมตำรวจอาเซียนได้ริเริ่มการดำเนินการในการต่อสู้กับรูปแบบใหม่ๆ ของขบวนการอาชญากรรมข้ามชาติ เช่น การปลอมแปลงเอกสารการเดินทาง การปลอมแปลงเอกสารขนส่งสินค้าทางเรือ (Phantomshipfrunds) การปลอมแปลงสินค้า และโจรสลัด รวมทั้งการร่วมมือกันอย่างแข็งขันในการช่วยเหลือซึ่งกันและกันในเรื่องทางอาญา การแลกเปลี่ยนการดำเนินงานระหว่างเจ้าหน้าที่ตำรวจและโครงการการจัดฝึกอบรมต่างๆ

ผลในทางปฏิบัติของตำรวจประเทศสมาชิกอาเซียน (ASEANPAOL)

ในช่วงประเทศไทยประสบปัญหาเศรษฐกิจอย่างรุนแรง (กึ่งภัยพิบัติภัยวงศ์, 2549, หน้า 32-33) รัฐบาลไม่สามารถให้การสนับสนุนด้านงบประมาณ กำลังพล ให้กับตำรวจได้อย่างเต็มที่แต่ตำรวจประเทศสมาชิกอาเซียนก็ได้ประสานความร่วมมือกันมาโดยตลอด อาทิเช่น

(1) ด้านการประสานงานคดีหรือเรื่องอื่นๆ เกี่ยวกับตำรวจทำได้ดีขึ้น เช่น ในปัจจุบันสถานเอกอัครราชทูตมาเลเซียในประเทศไทย มีเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมายต่างๆ ถูกส่งมาทำหน้าที่ประสานงาน ทำให้การติดต่อประสานงานได้รวดเร็ว

(2) มีโครงการแลกเปลี่ยนระหว่างตำรวจไทย-มาเลเซียและเวียดนาม เป็นการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสาร วิทยาการอันทันสมัย

แม้ว่าอาชญากรรมข้ามชาติจะเพิ่มจำนวนคดีมากขึ้นก็ตาม แต่ด้วยความร่วมมือของตำรวจประเทศสมาชิกอาเซียน เป็นกำลังสำคัญส่วนหนึ่งในการชะลอความเจริญเติบโตขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ

การประชุมระดับรัฐมนตรีอาเซียนด้านอาชญากรรมข้ามชาติ ครั้งที่ 1 จัดตั้งขึ้นที่กรุงมะนิลา ประเทศฟิลิปปินส์ เมื่อวันที่ 20 ธันวาคม ค.ศ.1997 โดยมีการประชุมคณะผู้เชี่ยวชาญอาเซียนด้านอาชญากรรมข้ามชาติ (ASEAN Experts Meeting on Translation Crime) ก่อน ระหว่างวันที่ 18-19 ธันวาคม ค.ศ.1997 ตามที่คณะเจ้าหน้าที่อาวุโสอาเซียนฯ เสนอปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยอาชญากรรมข้ามชาติ ซึ่งได้มีการลงนามในการประชุมฯ มีสาระสำคัญว่า ประเทศผู้ลงนามในการประชุมฯ มีสาระสำคัญว่า ประเทศผู้ลงนามจะร่วมมือกัน ดังนี้

(1) ส่งเสริมความมุ่งมั่นของประเทศสมาชิกในการร่วมมือในระดับภูมิภาคเพื่อการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติ

(2) จัดให้มีการประชุมระดับรัฐมนตรีอาเซียนว่าด้วยอาชญากรรมข้ามชาติ เพื่อประสานกิจกรรมขององค์กรอาเซียนที่เกี่ยวข้อง เช่น คณะเจ้าหน้าที่อาวุโสอาเซียนด้านยาเสพติด

(ASEAN Senior Officials on Drugs Matter:ASOD) และการประชุมอธิบดีกรมตำรวจอาเซียน (ASEAN Chiefs of National Police:ASEANAPOL)

(3) จัดให้มีการหารือเพื่อให้มีการลงนามในความตกลงช่วยเหลือด้านกฎหมาย ร่วมกันสนธิสัญญาทวิภาค บันทึบความเข้าใจ หรือ การดำเนินการอื่นๆ ระหว่างประเทศสมาชิก

(4) พิจารณาจัดตั้งศูนย์อาเซียนด้านอาชญากรรมข้ามชาติ (ASEAN Centre on Transnational Crime: ACOT) ซึ่งจะประสานความพยายามในระดับภูมิภาคในการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติ ด้วยการแลกเปลี่ยนข่าวสาร การปรับปรุงนโยบายให้สอดคล้องกัน และการประสานความร่วมมือระหว่างกัน

(5) จัดให้มีการประชุมคณะผู้เชี่ยวชาญระดับสูงเฉพาะกิจทุกปี โดยรับการสนับสนุนจากสำนักเลขาธิการอาเซียน เพื่อดำเนินการดังนี้

(5.1) จัดทำแผนปฏิบัติการอาเซียนด้านอาชญากรรมข้ามชาติ

(5.2) พิจารณาจัดกรอบการดำเนินงาน ขององค์กรการดำเนินความร่วมมือของอาเซียนด้านอาชญากรรมข้ามชาติและ

(5.3) ทำการศึกษาความเป็นไปได้ในการ จัดตั้งศูนย์อาเซียนด้านอาชญากรรมข้ามชาติ (ACOT)

(6) สนับสนุนประเทศสมาชิกในการพิจารณาแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ตำรวจประจำประเทศสมาชิก (Police Attache/Police Liaison Officer) เพื่ออำนวยความสะดวกในการร่วมมือกัน ในด้านการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติ

(7) สนับสนุนการมีเครือข่ายระหว่างหน่วยงานหรือองค์กรระดับชาติที่เกี่ยวข้อง ในระหว่างประเทศสมาชิก เพื่อดำเนินการเกี่ยวกับอาชญากรรมข้ามชาติเพื่อเพิ่มพูนการแลกเปลี่ยน ข่าวสาร และการกระจายข่าวสาร

(8) ขยายขอบข่ายความพยายามของประเทศสมาชิก ในการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติ เช่น การก่อการร้าย การลักลอบค้ายาเสพติด การลักลอบค้าอาวุธ การฟอกเงินโดยผิดกฎหมาย การลักลอบส่งคนเข้าเมืองและการกระทำเช่น โจรสลัด และร้องขอให้เลขาธิการอาเซียนให้รวม ขอบข่ายในเรื่องนี้อยู่ในกรอบการดำเนินการของสำนักเลขาธิการอาเซียน

(9) สำรวจหาช่องทางที่ประเทศสมาชิกสามารถทำงานร่วมกันอย่างใกล้ชิด กับ หน่วยงานและองค์กรที่เกี่ยวข้องในประเทศคู่เจรจา ประเทศอื่นๆ และองค์กรระหว่างประเทศ รวมทั้งองค์การสหประชาชาติ ทบวงการชำนัญพิเศษของสหประชาชาติ สำนักงานแผนโคลัมโบ องค์กรตำรวจสากล และหน่วยงานอื่นๆ เพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติ

(10)ร่วมมือและประสานงานกับองค์กรของอาเซียนที่เกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดมากยิ่งขึ้น เช่น การประชุมรัฐมนตรีอาเซียนด้านกฎหมาย และการประชุมอัยการสูงสุดอาเซียน การประชุมอธิบดีกรมตำรวจอาเซียน การประชุมรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังอาเซียน การประชุมผู้บัญชาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองอาเซียน และการประชุมอธิบดีกรมศุลกากรอาเซียน ในการสอบสวน การดำเนินคดี และการฟื้นฟูผู้ประกอบอาชญากรรมดังกล่าว

(11)ส่งเสริมงานพัฒนาสมรรถภาพของสำนักเลขาธิการอาเซียน ในการช่วยเหลือประเทศสมาชิกในการริเริ่ม การดำเนินการ การวางแผน และการประสานงานในการจัดกิจกรรม การกำหนดกลยุทธ์ การวางแผน และโครงการในการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติ

นับตั้งแต่มีการประชุมระดับรัฐมนตรีอาเซียนด้านอาชญากรรมข้ามชาติ ปี ค.ศ.1997 จนถึงปัจจุบันเป็นเวลาประมาณ 15 ปี (ก้องเกียรติภักย์วงศ์, 2549, หน้า 35-36) ความสัมพันธ์ระหว่างชาติสมาชิกได้ใกล้ชิดกันมากยิ่งขึ้น มีความร่วมมือกันในหลายๆ ด้าน เป็นประโยชน์ในการพัฒนาภูมิภาคให้มั่นคงและเจริญก้าวหน้า

ในส่วนของกิจการตำรวจสำนักงานตำรวจแห่งชาติของทั้ง 10 ประเทศสมาชิกยังได้รวมตัวกันจัดการประชุมหัวหน้าตำรวจอาเซียนขึ้นเป็นประจำทุกปี โดยสลับสับเปลี่ยนหมุนเวียนกันเป็นเจ้าภาพ ซึ่งวาระหลักของการประชุมได้แก่ การแสวงหาความร่วมมือในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติที่ส่งผลร้ายแรงต่อภูมิภาค อันได้แก่ การลักลอบค้ายาเสพติด การก่อการร้าย การลักลอบค้าอาวุธ การค้ามนุษย์ การฉ้อโกงทางทะเลอาชญากรรมเกี่ยวกับธนาคารพาณิชย์และบัตรเครดิตอาชญากรรมคอมพิวเตอร์การปลอมแปลงเอกสารการฉ้อโกงข้ามชาติประเภทของอาชญากรรมข้ามชาติเหล่านี้เองเป็นที่มาของกรอบและประเภทของอาชญากรรมข้ามชาติที่อาเซียนให้ความสนใจและเฝ้าระวัง

นอกจากนี้ยังมีความร่วมมือในการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกันผ่านฐานข้อมูลในระบบ E-ADS Database in e-ADS(ระบบฐานข้อมูลตำรวจอาเซียน) ประกอบด้วย ข้อมูลสำคัญที่เกี่ยวข้องคือรูปแบบการกระทำความผิดบุคคลที่เป็นผู้กระทำความผิดบุคคลสูญหายบุคคลตามหมายจับ เอกสารการเดินทางที่ถูกขโมย เอกสารการเดินทางที่สูญหายรถยนต์หรือรถจักรยานยนต์ที่ถูกโจรกรรมการกระทำผิดในรูปของขบวนการหรือองค์กร อาชญากรรมการกระทำผิดโดยยานพาหนะทางน้ำทรัพย์สินที่ถูกขโมย เป็นระบบที่เปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกเปิดและรักษาแฟ้มข้อมูลบุคคลและข้อมูลบางประเภทอันเกี่ยวกับบุคคล เช่น เอกสารประจำตัว หมายเลขบัญชีธนาคาร หมายเลขทะเบียนยานพาหนะ โดยวางหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจน เพื่อเป็นแนวทางความร่วมมือของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงาน โดยมีหน่วยงาน ศูนย์อาเซียนสำนักงานตำรวจแห่งชาติเป็นศูนย์กลางของอาเซียนในการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติเพื่อเป็นการรองรับการเข้าสู่ประชาคม

อาเซียน และเป็นการคัดกรองบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมข้ามชาติ บุคคลที่มีประวัติการกระทำความผิดในต่างประเทศ

ประเทศไทยนับได้ว่า มีส่วนสำคัญให้การริเริ่มให้ประเทศสมาชิกอาเซียนหันมาให้ความสำคัญมากยิ่งขึ้น กับการหามาตรการแก้ไขปัญหานั้นเนื่องจากผลกระทบทางลบจากการส่งเสริมความเชื่อมโยงในอาเซียน เช่น ความท้าทายจากอาชญากรรมข้ามชาติต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นปัญหายาเสพติด ซึ่งเป็นเรื่องที่อาเซียนให้ความสำคัญ และการค้ามนุษย์ และการฟอกเงิน ซึ่งเป็นประเด็นที่ไทยถูกโจมตีโดยสหรัฐ และ Financial Action Task Force (FATF) นอกจากนี้จะได้ตรากฎหมายเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ.2000 ในการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติ 8 ประเด็นสำคัญ ดังที่ได้กล่าวแล้ว ประเทศไทย ยังมีส่วนสำคัญในการผลักดันให้ประเทศสมาชิกในอาเซียนเพื่อทำความตกลงระหว่างในเรื่องการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติหลายฉบับ ทั้งที่เป็นความตกลงภายในประเทศกลุ่มอาเซียนเองและที่ได้ทำความตกลงกับประเทศและกลุ่มประเทศนอกกลุ่มฯ ได้แก่

(1) ASEAN Declaration on the Prevention and Control of Transnational Crime, Manila, Philippines, 20 December 1997

(2) Manila Declaration on the Prevention and Control of Transnational Crime (1998), Manila, Philippines, 25 March 1998

(3) ASEAN Declaration against Trafficking in Persons, particularly Women and Children, Vientiane, Lao PDR, 29 November 2004

(4) ASEAN Plan of Action to Combat Transnational Crime, Yangon Myanmar, 23 June 1999

(5) Joint Declaration of ASEAN and China on Cooperation in the Field of Non-Traditional Security Issues, Phnom Penh, Cambodia, 4 November 2002

(6) MOU between the Governments of Member Countries of the Association of Southeast Asian Nations and the Government of the People's Republic of China on Cooperation in the Field of Non-Traditional Issues, Bangkok, Thailand, 10 January 2004 Republic of the China on Cooperation in the Field of Non-Traditional Security Issues

สำหรับประเทศไทย ปัจจุบันสำนักงานตำรวจตรวจคนเข้าเมืองรับผิดชอบการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติทุกประเภททั้งหมดเป็นการเฉพาะ ทุกหน่วยปฏิบัติในสังกัดสำนักงานตำรวจแห่งชาติมีหน้าที่ป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติที่เกิดขึ้นภายในเขต

พื้นที่ของตัวเอง เช่น กองบัญชาการตำรวจภูธรต่างๆ หรือหน่วยงานที่รับผิดชอบด้านอาชญากรรมข้ามชาติ ตามประเภทของฐานความผิด เช่น กองบัญชาการตำรวจป้องกันและปราบปรามยาเสพติด รับผิดชอบอาชญากรรมด้านยาเสพติด กองบังคับการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับเด็ก เยาวชนและสตรี รับผิดชอบอาชญากรรมการค้ามนุษย์ กองบังคับการปราบปรามอาชญากรรมทางเศรษฐกิจและเทคโนโลยี รับผิดชอบอาชญากรรมทางเศรษฐกิจและเทคโนโลยี เป็นต้น

ในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาตินั้น เมื่อหน่วยงานปฏิบัติต่างๆ พบว่า อาชญากรรมที่ตัวเองสืบสวนสอบสวนมีลักษณะเป็นเครือข่ายข้ามชาติ และมีความจำเป็นจะต้องสอบสวนบุคคลใดบุคคลหนึ่งในต่างประเทศ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานในต่างประเทศ หรือต้องขอรับการสนับสนุนจากตำรวจต่างประเทศใดประเทศหนึ่งแล้ว หน่วยงานนั้นก็ขอที่จะขอรับการสนับสนุนจากกองการต่างประเทศ (ตท.) เพื่ออำนวยความสะดวกต่อความต้องการหรือความจำเป็นนั้น

หลังจากที่กองการต่างประเทศรับคำร้องขอจากหน่วยปฏิบัติต่างๆ ก็จะนำเรียนผู้บังคับบัญชาระดับสูงของสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่รับผิดชอบขออนุมัติส่งเรื่องให้สำนักงานอัยการสูงสุด ซึ่งจะเป็หน่วยพิจารณาและดำเนินการส่งประเด็นนั้นไปยังประเทศที่เกี่ยวข้องต่อไป ขั้นตอนกระบวนการทั้งหมดนี้เป็นไปตามพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญา พ.ศ.2535

การต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติ สหประชาชาติได้มีอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านองค์การอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร โดยมีประเทศที่เป็นสมาชิกทั่วโลก เมื่อประเทศสมาชิกใดลงนามให้การรับรองหลักการต่ออนุสัญญาฉบับนี้แล้ว ประเทศนั้นต้องกลับไปปรับแก้กฎหมายภายในของตัวเองให้สอดคล้องต่ออนุสัญญาและเมื่อพร้อมแล้ว ก็ประกาศให้สัตยาบันบังคับใช้อนุสัญญานี้ในประเทศนั้นต่อไป โดยสหประชาชาติเชื่อว่า หากประเทศสมาชิกทุกประเทศลงนามรับรอง แก้ไขกฎหมายภายในให้มีความสอดคล้อง และให้สัตยาบันประกาศใช้แล้ว จะทำให้กฎหมายอาญาหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติมีความหมายและมีโครงสร้างเดียวกันทั่วโลก ประเทศไทยได้ลงนามและให้สัตยาบันรับหลักการต่ออนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กรไปแล้ว และได้ขอพระราชบัญญัติการมีส่วนร่วมในการป้องกันและปราบปรามองค์การอาชญากรรมข้ามชาติเพื่อรองรับไว้แล้ว ดังนั้นในการศึกษาเรื่องการพัฒนากฎหมายคนเข้าเมืองเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติ จึงเป็นการนำอนุสัญญาฯ และพิธีสารอีก 2 ฉบับแนบท้ายอนุสัญญาฯ มาเป็นแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายคนเข้าเมืองของไทยให้สอดคล้องกับอนุสัญญา

2.4 กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

2.4.1 กฎหมายระหว่างประเทศ

2.4.1.1) อนุสัญญาสหประชาชาติต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ.2000 (United Nations Convention against Transnational Organized Crime) จัดทำขึ้นด้วยการตระหนักร่วมกันว่าการก่ออาชญากรรมข้ามชาติโดยองค์กรอาชญากรรมเป็นปัญหาที่ทุกประเทศจะต้องร่วมมือกันต่อต้านและแก้ไขและเพื่อเป็นการสนับสนุนส่งเสริมความร่วมมือซึ่งกันและกันในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติที่มีการจัดตั้งในลักษณะองค์กรได้อย่างมีประสิทธิภาพโดย

1) แก้ไขความแตกต่างระหว่างมาตรฐานในทางกฎหมายของประเทศต่างๆ อันเนื่องมาจากระบบกฎหมายที่แตกต่างกันและส่งเสริมการให้ความร่วมมือและช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางกฎหมายของประเทศต่างๆ อย่างมีประสิทธิภาพ

2) กำหนดมาตรฐานของกฎหมายภายในในการดำเนินการต่อต้านองค์กรอาชญากรรมอย่างมีประสิทธิภาพ โดยการกำหนดให้การเข้าร่วม หรือมีส่วนร่วมในกลุ่มองค์กรอาชญากรรม การฟอกเงิน การทุจริตคอร์รัปชัน และการกระทำความผิดอื่นเป็นการขัดขวางกระบวนการยุติธรรมให้เป็นความผิดอาญา

อนุสัญญาฯ ประกอบด้วยพิธีสารแนบท้ายอนุสัญญาฯ สามฉบับคือ พิธีสารเพื่อป้องกันปราบปรามและลงโทษการค้ามนุษย์ โดยเฉพาะการค้าสตรีและเด็ก ค.ศ.2000 (Protocol to Prevent, Suppress, and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children) พิธีสารต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางบก ทางทะเล และทางอากาศ ค.ศ.2000 (Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air) และ พิธีสารเพื่อต่อต้านการผลิตและลักลอบค้าอาวุธ ชิ้นส่วนและอุปกรณ์ และเครื่องกระสุนโดยผิดกฎหมาย ค.ศ.2000 (Protocol against the illicit manufacturing of and trafficking in firearms, their parts and component and ammunition) โดยประเทศไทยได้ลงนามและให้สัตยาบันแล้ว 2 ฉบับ ตามข้อ 2.4.1.2 และข้อ 2.4.1.3

2.4.1.2 พิธีสารเพื่อป้องกันปราบปรามและลงโทษการค้ามนุษย์โดยเฉพาะการค้าสตรีและเด็ก ค.ศ.2000 (Protocol to Prevent, Suppress, and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children) วัตถุประสงค์พื้นฐานของพิธีสารนี้โดยสาระสำคัญแล้วต้องการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ฯ และเสริมสร้างความร่วมมือระหว่างประเทศในการต่อต้านการค้ามนุษย์ พิธีสารจึงกำหนดให้การค้ามนุษย์เป็นการกระทำความผิดอาญา กำหนดให้มีการควบคุม และมาตรการความร่วมมือต่อต้านการค้ามนุษย์ กำหนดให้มีมาตรการบางประการในการคุ้มครองและช่วยเหลือ

เหยื่อของการค้ามนุษย์ อย่างไรก็ตาม “การค้ามนุษย์” ในพินิจสารนี้มีเจตนาให้หมายถึงบุคคลทุกคน และเน้นโดยเฉพาะเด็กและผู้หญิง และต้องมียุทธศาสตร์ประกอบข้ามชาติที่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรม

2.4.1.3 พินิจสารต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางบก ทางทะเล และทางอากาศ ค.ศ.2000 (Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air) พินิจสารฉบับนี้มีวัตถุประสงค์สำคัญ 3 ประการ คือ ประการแรกเพื่อปราบปรามการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานโดยใช้มาตรการป้องกัน การดำเนินการสืบสวนและการดำเนินคดีต่อการกระทำความผิด และการส่งเสริมสนับสนุนความร่วมมือระหว่างรัฐภาคี ประการที่สองเพื่อป้องกันสิทธิมนุษยชน และผลประโยชน์ประการอื่นของผู้โยกย้ายถิ่นโดยการสนับสนุนส่งเสริมความร่วมมือระหว่างประเทศในการหยุดยั้งการกระทำดังกล่าว และประการสุดท้ายเพื่อสนับสนุนการดำเนินการดังกล่าวเพื่อต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ถึงแม้ว่าไม่มีความเกี่ยวข้องกับกลุ่มองค์กรอาชญากรรมดังที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ ซึ่งรัฐภาคีจะต้องกำหนดให้การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายในของตนซึ่งรวมถึงการกระทำใดๆ เพื่อมุ่งประสงค์ให้มีเข้าเมืองที่ไม่ถูกกฎหมาย เพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางการเงิน หรือวัตถุอื่น ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม การผลิตเอกสารเดินทาง หรือเอกสารแสดงตนปลอม การล่อลวง การจัดหา หรือมีไว้ในครอบครอง หรือการผลิตเอกสารปลอมเช่นว่านั้นเพื่อประโยชน์ในการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานให้เป็นความผิดอาญา

2.4.1.4 อนุสัญญาว่าด้วยข้อตกลงเชงเก้น ค.ศ.1985 (Schengen Agreement) เป็นความตกลงระหว่างประเทศส่วนใหญ่ในทวีปยุโรปอันให้สัตยาบันเมื่อ พ.ศ. 2528 สารสำคัญเป็นการอนุญาตให้สมาชิกในกลุ่มสามารถเดินทางระหว่างกันโดยไม่ต้องถือหนังสือเดินทาง ข้อตกลงนี้มีผลต่อประชากร 4,000,000 คนใน 24 ประเทศ (21 ธันวาคม พ.ศ. 2550) ครอบคลุมเนื้อที่ 4,268,633 ตารางกิโลเมตร (1,648,128 ตารางไมล์) นอกจากนั้นยังให้การอนุญาตชั่วคราวกับผู้ถือใบอนุญาตเชงเก้น (Schengen Visa) มีสิทธิในการเดินทางได้ชั่วคราวในประเทศสมาชิกโดยถือใบอนุญาตใบเดียว ตามสนธิสัญญาอัมสเตอร์ดัม (Treaty of Amsterdam) ข้อตกลงและตัดสินใจทุกข้อของความตกลงเชงเก้นกลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายของสหภาพยุโรป ประเทศที่ลงนามในความตกลงฉบับนี้มีด้วยกัน 30 ประเทศ รวมทั้งประเทศในสหภาพยุโรปทุกประเทศ และประเทศนอกสหภาพอีก 3 ประเทศ คือ ประเทศไอซ์แลนด์ ประเทศนอร์เวย์ และประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ปัจจุบันมี 26 ประเทศที่ใช้ความตกลงนี้ สหราชอาณาจักร ยังมิได้ใช้กฎนี้ หลังจากที่มีการปฏิบัติข้อตกลงนี้ผ่านหรือป้อมตรวจคนเข้าเมืองของประเทศที่อยู่ในเครือเชงเก้นก็ถูกรื้อทิ้ง

2.4.1.5 ข้อบังคับว่าด้วยการเข้าเมืองของเขตเศรษฐกิจยุโรป(อังกฤษ) ค.ศ. 2006(The Immigration (Eu) Regulations 2006) บุคคลซึ่งเป็นคนชาติของประเทศในเขตเศรษฐกิจยุโรปซึ่งสหราชอาณาจักรมีเหตุผลในการยกเลิกการให้พำนักอยู่ (เป็นบุคคลต้องห้าม) อาศัยด้วยเหตุผลเกี่ยวกับนโยบายสาธารณะ ความมั่นคงสาธารณะ หรือการสาธารณสุข โดยเหตุผลด้านต่างๆ เหล่านี้จะต้องมีข้อกำหนดที่ชัดเจน และไม่ละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน และผู้ถูกจำกัดสิทธิ์สามารถที่จะอุทธรณ์ไปยังศาลตรวจคนเข้าเมืองและการลี้ภัย

2.4.1.6 กฎหมายคนเข้าเมืองของยุโรป ค.ศ. 2006 (Community Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code 2006)กฎหมายคนเข้าเมืองของยุโรป The Community Code พอสรุปได้ว่าระบุถึงกฎเกณฑ์ในการที่บุคคลเดินทางข้ามพรมแดน กำหนดเงื่อนไขในการเดินทางเข้าเขตประเทศในกลุ่มสมาชิก การถือหนังสือเดินทางและวีซ่าที่ยังมีอายุการใช้งาน (ในกรณีที่เป็นพลเมืองของประเทศที่สามซึ่งต้องมีวีซ่าในการเดินทางเข้าประเทศ) เป็นเงื่อนไขเพียงแค่สองข้อในการเดินทางเข้าประเทศ เงื่อนไขของการเดินทางเข้าประเทศจะได้รับการตรวจสอบในเบื้องต้นจากเจ้าหน้าที่กงสุลจากการยื่นขอวีซ่า การอนุมัติวีซ่าถือเป็นการที่เจ้าหน้าที่กงสุลพิจารณาจากการที่ผู้สมัครมีคุณสมบัติครบตามเงื่อนไขของการอนุมัติ ณ เวลานั้น เงื่อนไขของการเดินทางเข้าประเทศจะได้รับการพิจารณาเป็นครั้งที่สองเมื่อผู้เดินทางรายงานตัวที่ด่าน (ทางบก ทะเล หรือที่สนามบิน) ในกลุ่มประเทศสมาชิก หากเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ด่านพิจารณาว่าผู้เดินทางที่มีวีซ่ามีคุณสมบัติไม่ครบถ้วนตามข้อกำหนด ตลอดจน พิจารณาจากปัจจัยอื่นๆ เช่น ด้านสาธารณสุข นโยบายสาธารณะ และความมั่นคงของชาติ โดยปัจจัยเหล่านี้ต้องยึดหลักตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ โดยเจ้าหน้าที่จะปฏิเสธการอนุญาตเดินทางเข้าประเทศ แม้ว่าผู้นั้นจะมีวีซ่าในหนังสือเดินทางก็ตาม โดยพิจารณาตามหลักนโยบายสาธารณะด้านสาธารณสุขและความมั่นคงของชาติเป็นหลัก

2.4.1.7 อนุสัญญาต่อต้านการก่อการร้ายของสภายุโรป ค.ศ. 2006 (Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism 2006)การกระทำผิดฐานก่อการร้ายตามอนุสัญญาต่อต้านการก่อการร้ายของสภายุโรป 2005 การฝึกฝน การให้การสนับสนุนและการลงมือกระทำ มีผลบังคับให้เป็นความผิดทางอาญาทั้งนี้โดยเคารพต่อพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนโดยเฉพาะเสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพในการชุมนุม และเสรีภาพในการนับถือศาสนา ตามที่ได้ปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและการเมือง และพันธกรณีอื่นๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

2.4.1.8 อนุสัญญาอาเซียนว่าด้วยการต่อต้านการก่อการร้าย (Asian Convention on counter terrorism 2007) ตามอนุสัญญานี้ ประเทศในกลุ่มอาเซียนได้มีมาตรการเพื่อป้องกัน

การกระทำที่เป็นการก่อการร้าย โดยการป้องกันการเคลื่อนไหวของผู้ก่อการร้ายหรือกลุ่มก่อการร้าย โดยการควบคุมการผ่านแดน และการควบคุมการออกเอกสารแสดงตนและเอกสารเดินทางอย่างมีประสิทธิภาพ และโดยอาศัยมาตรการป้องกันการทำเอกสารปลอม การปลอมและการใช้อย่างฉ้อฉล ซึ่งเอกสารแสดงตนและเอกสารเดินทาง ตลอดจนส่งเสริมการสร้างขีดความสามารถ รวมถึง การฝึกอบรมและความร่วมมือทางวิชาการ และการจัดการประชุมระดับภูมิภาค

2.4.2 กฎหมายไทย

2.4.2.1 พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

มาตรการตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 ในเรื่องของการห้ามบุคคล เข้าประเทศ ตามมาตรา 12 นั้น ผู้กระทำความผิดในคดีที่มีโทษทางอาญา ไม่ว่าจะกระทำความผิดตาม ประมวลกฎหมายอาญา คนต่างด้าวกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง หรือกฎหมายอื่นใด หากถูก ดำเนินคดีในศาลและได้รับโทษจนคดีถึงที่สุดแล้ว โดยปกติพนักงานสอบสวนเจ้าของเรื่องจะต้อง ส่งตัวคนต่างด้าวผู้นั้นให้กับพนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองเพื่อดำเนินการส่งตัวกลับออกไป นอกราชอาณาจักร หรือหากเป็นกรณีที่พนักงานสอบสวนของสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองดำเนินคดีเอง เมื่อคดีถึงที่สุดแล้วก็จะส่งตัวคนต่างด้าวผู้นั้นให้กับพนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองผู้มีหน้าที่ ดำเนินการเกี่ยวกับการส่งตัวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรรับตัวไปดำเนินการ

แต่ก่อนที่จะส่งตัวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร พนักงานเจ้าหน้าที่ก็จะพิมพ์ ลายนิ้วมือ ถ่ายรูปทำประวัติรูปพรรณไว้ และพร้อมกันนั้นก็ตรวจสอบถึงข้อหาหรือฐานความผิด ที่ได้รับโทษ ตลอดจนพฤติการณ์ต่างๆว่าสมควรที่จะนำเสนอให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย สั่งให้ตกเป็นคนต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรหรือไม่ ซึ่งในทางปฏิบัติตามปกติแล้ว ถ้าหาก คนต่างด้าวผู้ใดถูกจำคุก พนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองก็จะเสนอให้ตกเป็นคนต้องห้ามเข้า ประเทศทุกรายไป แต่ว่าในบางกรณีที่ไม่ถูกคำพิพากษาให้จำคุก ก็อาจตกเป็นคนต้องห้ามมิให้เข้า ประเทศได้ เช่น คนต่างด้าวที่ได้ประกอบอาชีพในงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำตามกฎหมายว่าด้วยการ ทำงานของคนต่างด้าว เป็นต้น

บางกรณีคนต่างด้าวผู้นั้นไม่ได้ถูกดำเนินคดีเลย แต่ก็อาจถูกเสนอให้รัฐมนตรีสั่งให้เป็น คนต้องห้ามเข้าประเทศได้ เพียงแค่มีพฤติการณ์ที่พนักงานเจ้าหน้าที่มีความเห็นว่าไม่สมควรจะให้ เข้ามาในราชอาณาจักรเท่านั้น เช่น พนักงานเจ้าหน้าที่มีความเห็นว่าคนต่างด้าวผู้นั้นมีพฤติการณ์ที่ ประกอบอาชีพไม่สุจริต แต่ไม่พบหรือไม่มีหลักฐานใดๆที่จะไปดำเนินคดีกับเขาได้ ก็จะอ้างถึง พฤติการณ์ว่าไม่ใช้อย่างนั้นอย่างนี้ ไม่สมควรให้เข้ามาในราชอาณาจักร แล้วเสนอให้รัฐมนตรี สั่งห้ามเข้าประเทศ ซึ่งรัฐมนตรีก็ย่อมจะต้องสั่งการตามที่เสนอมานั้น

2.4.2.2 ประมวลกฎหมายอาญา

ศึกษาตามประมวลกฎหมายอาญา 135/1-4 ลักษณะ 1/1 ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย เป็นการกำหนดโทษผู้ที่ลงมือกระทำการก่อการร้ายและผู้สนับสนุนให้มีความผิดทางอาญา เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายและสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าไปเป็นรัฐภาคี

2.4.2.3 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556

เนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยมีปัญหาเกี่ยวกับการประกอบอาชญากรรมที่มีลักษณะเป็นองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ซึ่งส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของประเทศเป็นอย่างมาก และยังไม่มียกกฎหมายสารบัญญัติใดที่จะใช้ในการป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติได้ เนื่องจากกฎหมายสารบัญญัติส่วนใหญ่จะใช้บังคับกับการกระทำความผิดอาญาที่กระทำโดยปัจเจกบุคคลหรือบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปที่สมคบกันเท่านั้น กฎหมายสารบัญญัตินี้จึงไม่สามารถนำมาใช้บังคับกับการกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ หรือการกระทำความผิดอาญาที่มีลักษณะที่มีการเชื่อมโยงกันเป็นเครือข่ายหรือขบวนการได้ นอกจากนี้ กฎหมายวิธีสบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิดอาญาโดยทั่วไป เมื่อนำมาใช้บังคับกับการกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติแล้ว ก็ไม่สามารถใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานที่จะใช้มาตรการพิเศษในการสืบสวนสอบสวนรวบรวมพยานหลักฐาน รวมทั้งการแสวงหาความร่วมมือระหว่างประเทศในการสืบสวนและดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดและองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติได้ จึงจำเป็นต้องมีพระราชบัญญัตินี้เพื่อกำหนดลักษณะความผิดให้ครอบคลุมการกระทำความผิดดังกล่าว รวมทั้งกำหนดบทกำหนดโทษที่เหมาะสมแก่การกระทำความผิด ตลอดจนกำหนดวิธีการสืบสวนและสอบสวนการกระทำความผิดดังกล่าว เพื่อให้การป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล

2.4.2.4 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดการลงโทษกับผู้ประกอบอาชญากรรม ซึ่งการกระทำความผิดนั้นเป็นการกระทำในรูปแบบต่างๆ อันเป็นการฟอกเงิน เพื่อนำเงินหรือทรัพย์สินนั้นไปใช้ เป็นประโยชน์ในการกระทำความผิดต่อไปได้อีก ทำให้ยากแก่การปราบปรามการกระทำผิดกฎหมายเหล่านั้น และโดยที่กฎหมายที่มีอยู่ก็ไม่สามารถปราบปรามการฟอกเงินหรือดำเนินการกับเงินหรือทรัพย์สิน โดยไม่ให้นำไปใช้ เป็นประโยชน์ในการกระทำความผิดต่อไปได้อีก ดังนั้น

เพื่อเป็นการตัดวงจรการประกอบอาชญากรรมดังกล่าว จึงกำหนดมาตรการต่างๆ ให้สามารถดำเนินการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยตราเป็นพระราชบัญญัตินี้เพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมที่มีการพัฒนาขึ้นมารูปแบบของการฟอกเงิน ซึ่งมีการกระทำผิดเชื่อมโยงกันในหลายประเทศ

2.4.2.5 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย พ.ศ. 2556

ในปัจจุบันความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายได้ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศต่างๆ เป็นอย่างมาก ถึงแม้ประเทศไทยจะมีการกำหนดความผิดฐานก่อการร้ายไว้ในประมวลกฎหมายอาญา และกำหนดให้เป็นความผิดมูลฐานตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินแล้วก็ตาม แต่ยังคงไม่มีมาตรการป้องกันและปราบปรามการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายและการเข้าถึงเงินทุนของผู้ก่อการร้าย ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องกำหนดมาตรการในการป้องกันและปราบปรามเรื่องดังกล่าว โดยให้มีการจัดทำรายชื่อบุคคลที่ถูกกำหนดการระงับการดำเนินการกับทรัพย์สินของผู้มีชื่ออยู่ในรายชื่อบุคคลที่ถูกกำหนด การกำหนดให้ผู้มีหน้าที่รายงานการทำธุรกรรมตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินระงับการดำเนินการกับทรัพย์สินของผู้มีชื่ออยู่ในรายชื่อบุคคลที่ถูกกำหนด การกำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินให้สอดคล้องกับการปฏิบัติหน้าที่ในเรื่องดังกล่าวข้างต้น ตลอดจนการกำหนดโทษสำหรับการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ เพื่อให้การปฏิบัติงานเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพซึ่งสอดคล้องกับมาตรฐานสากลในการร่วมมือกันเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำใดที่เป็นการก่อการร้าย ซึ่งรวมถึงการสนับสนุนทางการเงิน ทรัพย์สิน หรือกรณีอื่นใดที่มีวัตถุประสงค์จะนำไปใช้ในการก่อการร้าย จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ เพื่อป้องกันและปราบปรามการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด

2.4.2.6 พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ.2535

พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ.2535 เป็นกรอบในการดำเนินความร่วมมือทางอาญาระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศ ประกอบด้วยวิธีการให้ความช่วยเหลือและการขอความช่วยเหลือ การสอบสวนและการสืบพยานหลักฐาน การจัดหาและการให้เอกสารหรือข่าวสารที่อยู่ในความครอบครองของหน่วยงานของรัฐ การจัดส่งเอกสาร การค้นและยึด การโอนบุคคลที่ถูกคุมขังเพื่อสืบพยาน การสืบหาบุคคล การรับหรือยึดทรัพย์สิน วิธีขอความช่วยเหลือ พระราชบัญญัตินี้กำหนดให้สำนักงานอัยการสูงสุดเป็น

ผู้ประสานงานกลาง ซึ่งมีอำนาจในการพิจารณาขอและให้ความร่วมมือทางอาญาระหว่างไทยกับประเทศต่างๆ

2.4.3 กฎหมายต่างประเทศ 3 ฉบับ

2.4.3.1 กฎหมายคนเข้าเมืองของสาธารณรัฐสิงคโปร์ ค.ศ.2008 (Immigration Act of Singapore 2008) กฎหมายคนเข้าเมืองของสาธารณรัฐสิงคโปร์เป็นประเทศในเอเชียที่มีการควบคุมคนเข้าเมืองโดยมีมาตรการที่ชัดเจนในการคัดกรองบุคคลต่างด้าวที่จะเดินทางเข้าประเทศ โดยมีการบัญญัติลักษณะของบุคคลต้องห้ามเดินทางเข้าประเทศไว้อย่างชัดเจนการกำหนดให้เป็นบุคคลต้องห้ามนั้น เป็นไปเพื่อผลประโยชน์ต่อความมั่นคงแห่งชาติ หรือเพื่อผลประโยชน์ในหลายๆด้าน อาทิเช่น เศรษฐกิจ อุตสาหกรรม สังคม ระบบการศึกษา และสิ่งแวดล้อมในสาธารณรัฐสิงคโปร์

2.4.3.2 กฎหมายคนเข้าเมืองของประเทศเกาหลี ค.ศ.2002 (Immigration Control Act (Republic of Korea 2002)) กฎหมายคนเข้าเมืองของประเทศเกาหลีเป็นประเทศในเอเชียที่มีการควบคุมคนเข้าเมืองโดยมีมาตรการที่ชัดเจนในการคัดกรองบุคคลต่างด้าวที่จะเดินทางเข้าประเทศ โดยมีการบัญญัติลักษณะของบุคคลต้องห้ามเดินทางเข้าประเทศไว้อย่างชัดเจน การกำหนดให้เป็นบุคคลต้องห้ามนั้น มีรายละเอียดชัดเจน โดยเน้นกระทำความผิดต่อผลประโยชน์สาธารณะ และให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองมีความเห็นว่าคนต่างชาติไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดต่างๆ ที่กำหนดไว้ตามกฎหมายอาญากฎกฏการเดินทางเข้ามาในประเทศได้

2.4.3.3 กฎหมายคนเข้าเมืองของประเทศญี่ปุ่น ค.ศ.2012 (Immigration Control and Refugee Recognition Act 2012) กฎหมายคนเข้าเมืองของประเทศญี่ปุ่น เป็นประเทศในเอเชียที่มีการควบคุมคนเข้าเมืองโดยมีมาตรการที่ชัดเจนในการคัดกรองบุคคลต่างด้าวที่จะเดินทางเข้าประเทศ โดยมีการบัญญัติลักษณะของบุคคลต้องห้ามเดินทางเข้าประเทศไว้อย่างชัดเจนการกำหนดให้เป็นบุคคลต้องห้ามนั้น มีรายละเอียดชัดเจน โดยหลักการสำคัญ เน้นบุคคลที่มีเหตุอันควรให้เชื่อได้ว่า อาจกระทำความอันตรายต่อผลประโยชน์หรือการป้องกันสาธารณะของประเทศญี่ปุ่น และบุคคลที่พยายาม หรือให้การสนับสนุนการล้มล้างรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น หรือรัฐบาลของประเทศญี่ปุ่น โดยใช้กำลังหรือความรุนแรง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมอาจปฏิเสธไม่ให้บุคคลนั้นเดินทางเข้ามาในประเทศ

2.4.4 ความร่วมมือทางอาญาระหว่างประเทศ

2.4.4.1 ข้อเสนอแนะพิเศษในเรื่องป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย FATF ค.ศ.2012 รัย (International Standards on Combating Money Laundering and The Financing of Terrorism & Proliferation the FATF Recommendations 2012)

ได้ขยายหน้าที่ซึ่งได้รับมอบหมายเพื่อดำเนินการกับประเด็นเรื่องการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย และได้ดำเนินก้าวย่างที่สำคัญในการออกข้อแนะนำพิเศษแปลข้อว่าด้วยการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย ข้อแนะนำเหล่านี้ประกอบด้วยมาตรการที่มุ่งจะต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายและองค์กรก่อการร้ายและเป็นส่วนเสริมของข้อแนะนำสี่สิบข้อ 2 องค์ประกอบที่สำคัญในการป้องกันปราบปรามการฟอกเงินและการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายก็คือความจำเป็นต้องตรวจสอบและประเมินผลระบบของประเทศต่างๆ ในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติตามมาตรฐานระหว่างประเทศเหล่านี้ การประเมินผลซึ่งดำเนินการโดย FATF และองค์กรภูมิภาคแบบ FATF ตลอดจนการประเมินผลซึ่งดำเนินการโดยกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) และธนาคารโลกเป็นกลไกที่สำคัญเพื่อให้หลักประกันว่าประเทศต่างๆ ได้นำข้อแนะนำของ FATF ไปปฏิบัติอย่างมีประสิทธิภาพ

2.4.4.2 สนธิสัญญาความช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางอาญาระหว่างประเทศในภูมิภาคอาเซียน ค.ศ.2004 (Treaty on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters 2004) สนธิสัญญาความช่วยเหลือซึ่งกันและกันทาง อาญาระหว่างประเทศในภูมิภาคอาเซียน เป็นการร่วมมือกันเพื่อป้องกันอาชญากรรมในยุคปัจจุบันเป็นอาชญากรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศ และในขณะเดียวกัน ก็เป็นอาชญากรรมข้ามชาติที่มีการกระทำให้เกิดขึ้นในพรมแดนของรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐ และผู้กระทำความผิดหรือเหยื่อของการกระทำความผิดเป็นพลเมืองของรัฐที่เข้ามาเกี่ยวข้องมากกว่าหนึ่งรัฐ โดยความช่วยเหลือที่อาจริ้องขอได้นั้น รวมถึงการสอบสวนและการสืบพยาน การส่งเอกสาร การค้น และยึด การโอนบุคคลที่ถูกคุมขังเพื่อสืบพยาน การรับหรือยึดทรัพย์สิน เป็นต้น

2.5 งานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

2.5.1 อาชญากรรมข้ามชาติ

ในปัจจุบันอาชญากรรมข้ามชาติได้แพร่หลายมากขึ้นด้านปริมาณและความรุนแรง ได้แก่ การลักลอบนำคนเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย (Smuggling of illegal Migrants) การฟอกเงิน (Money Laundering) การฉ้อโกงในบริษัทขนาดใหญ่ (Large-scale corporate fraud) และการลักลอบค้า ยาเสพติด (Illicit drugs trafficking) อาวุธปืน (Fire arms) การโจรกรรมรถยนต์ (Stolen motor vehicles) และอาชญากรรมเกี่ยวกับการค้าผู้หญิงและเด็ก (Trafficking of Women and Children) นอกจากนั้น การประกอบอาชญากรรมข้ามชาติเหล่านี้ดำเนินการโดยการปกปิด การรักษาความลับในองค์กรอาชญากรรม ทำให้เป็นการยากที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะสามารถดำเนินการสืบสวนสอบสวนและจับกุมได้อย่างมีประสิทธิภาพ

อาชญากรรมข้ามชาติสามารถคุกคามต่อสังคมในระดับต่างๆ ประการแรกเป็นการคุกคามต่อชีวิตและความสงบสุขของประชาชนที่ตกเป็นเหยื่อ ประการที่สอง บ่อนทำลายความมั่นคงของประเทศและความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย ซึ่งผลสุดท้ายอาจทำให้ประเทศชาติไร้เสถียรภาพได้

ปัจจุบันประเทศไทยได้เริ่มแก้ไขปัญหามองการณ์อาชญากรรมอย่างจริงจัง อย่างไรก็ตามแม้จะมีกฎหมายที่อาจใช้ในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติหลายฉบับเช่น กฎหมายป้องกันและปราบปรามยาเสพติด กฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินกฎหมายป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี กฎหมายป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก รวมทั้งกฎหมายคนเข้าเมือง เป็นต้น แต่กฎหมายเหล่านี้รวมทั้งกฎหมายที่มีอยู่เดิมเกือบทั้งหมดยังไม่สามารถป้องกันปราบปรามการค้ายาเสพติด และการกระทำขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติอย่างได้ผล ทั้งนี้เป็นเพราะมาตรการต่างๆ ได้บัญญัติไว้โดยมีพื้นฐานที่มุ่งใช้กฎหมายเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดของปัจเจกบุคคล ไม่ได้สร้างขึ้นเพื่อปราบปรามการกระทำผิดโดยองค์กรอาชญากรรม ซึ่งมีระบบและมีโครงสร้างการจัดการที่สลับซับซ้อน มีอิทธิพลและวิธีการปกปิดการทำความผิดอย่างมีประสิทธิภาพ การใช้กฎหมายที่มีอยู่โดยไม่มีกฎหมายเฉพาะทั้งกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติที่จะใช้กับองค์กรอาชญากรรม ทำให้การปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติไม่ได้ผล เพราะกลุ่มองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติสามารถอาศัยช่องว่างของกฎหมาย รวมทั้งการคอร์รัปชัน และใช้อิทธิพลหลบหลีกการถูกดำเนินคดีได้โดยไม่เกรงกลัวกฎหมาย

เพื่อแก้ปัญหาและขจัดอุปสรรคต่างๆดังกล่าว ประเทศต่างๆตระหนักเป็นอย่างดีว่าการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กรจำเป็นต้องอาศัยทั้งมาตรการทางกฎหมาย และมาตรการอย่างอื่นที่มีใช้มาตรการทางกฎหมาย ทั้งในระดับประเทศและระดับระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้เกิดอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร และพิธีสารอีก 3 ฉบับได้แก่ พิธีสารเพื่อป้องกันปราบปรามและการลงโทษการค้ามนุษย์ โดยเฉพาะผู้หญิงและเด็ก พิธีสารเพื่อต่อต้านการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นโดยทางบก ทางทะเลและอากาศ และพิธีสารเพื่อต่อต้านการผลิตและการค้าอาวุธ โดยผิดกฎหมาย

ในส่วนของประเทศไทย รัฐบาลไทยได้ลงนามในอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร เมื่อวันที่ 13 สิงหาคม พ.ศ. 2543 และลงนามในพิธีสารเพื่อป้องกัน ปราบปรามและลงโทษการค้ามนุษย์ โดยเฉพาะผู้หญิง และเด็กกับพิธีสารเพื่อต่อต้านการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นทางบก ทะเลและอากาศ เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม พ.ศ.2544 ทำให้ประเทศไทยมีภาระผูกพันที่จะต้องแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย เพื่อให้มีมาตรการที่สอดคล้องกับ

มาตรการต่างๆ ตามที่อนุสัญญาฯและพิธีสารฯทั้งสองฉบับกำหนดไว้ ส่วนพิธีสารเพื่อต่อต้านการผลิตและการค้าอาวุธโดยผิดกฎหมาย ประเทศไทยยังมิได้ลงนาม

ในเรื่องปัญหาการดำเนินคดีองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติในประเทศไทยนั้น คมกริช คุลยพิทักษ์ (2546) ได้ทำการศึกษาเรื่อง ปัญหาการดำเนินคดีองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติในประเทศไทยและได้ให้ข้อเสนอไว้ว่ากฎหมายที่ใช้ในการปราบปรามอาชญากรรมมีอยู่หลายฉบับ กฎหมายที่มีอยู่ดังกล่าวมาบังคับใช้ดำเนิน จึงมักจะไม่ค่อยสัมฤทธิ์ผลเท่าที่ควร ทั้งนี้ อาจแยกพิจารณาปัญหาในการดำเนินคดีแก่องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติในประเทศไทยให้เห็นได้อย่างชัดเจนได้ ดังนี้ การสืบสวนและการรวบรวมพยานหลักฐาน การดำเนินคดีในชั้นศาล การดำเนินคดีแก่ผู้อยู่เบื้องหลังองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติและนิติบุคคลขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ

ดังนั้น จึงจำเป็นที่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องจะต้องร่วมกันทุกวิถีทางที่จะดำเนินการป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ โดยการคิดค้นรูปแบบวิธีการสืบสวน สอบสวนให้ทันสมัย สามารถรวบรวมพยานหลักฐานได้อย่างมีประสิทธิภาพทั่วถึง และครอบคลุมเอาผิดกับผู้เกี่ยวข้องได้ทั้งหมดนอกจากนี้ ยังต้องปรับปรุงและพัฒนากฎหมายที่ใช้ในการดำเนินคดีแก่องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ โดยให้สามารถนำตัวผู้กระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นผู้อยู่เบื้องหน้า หรือตัวการใหญ่ที่อยู่เบื้องหลังมาลงโทษให้หมดทั้งเครือข่าย

ส่วนมาตรการทางกฎหมาย และมาตรการอย่างอื่นที่มีใช้มาตรการทางกฎหมาย ทั้งในระดับประเทศและระดับระหว่างประเทศ เพื่อให้มีมาตรการที่สอดคล้องกับมาตรการต่างๆ ตามที่อนุสัญญาฯและพิธีสารฯทั้งสองฉบับกำหนดไว้ ในการป้องกันองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ประธาน วัฒนวานิชย์(2547) ทำการศึกษาเรื่อง การป้องกันองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติภายใต้กรอบมาตรา 31 อนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งให้ลักษณะองค์กรฯ ได้ให้ข้อเสนอแนะไว้ดังนี้

1) แนวทางแก้ไขปัญหายังเป็นรูปธรรมที่ควรพิจารณา คือการจัดตั้งหน่วยงานของรัฐที่เป็นกลไกพิเศษ นอกเหนือจากกลไกตามปกติที่มีอยู่ขึ้น เพื่อทำหน้าที่ทั้งด้านการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเศรษฐกิจอย่างมีประสิทธิภาพ โดยอาศัยความรู้ความชำนาญและประสบการณ์ในวิชาชีพเฉพาะของภาคเอกชนเพื่อสามารถติดตามตรวจสอบ หามาตรการป้องกันอาชญากรรมทางเศรษฐกิจได้อย่างทันทั่วทั้งที่ หรือเท่าทันอาชญากร

2) สำหรับแนวทางในการควบคุมปัญหาอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ ควรเน้นการประชาสัมพันธ์ ซึ่งรวมทั้งการเผยแพร่ความรู้และแจ้งเตือนประชาชนให้ทราบและตระหนักถึงภัยอันตรายที่เกิดจากอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ เพื่อให้ประชาชนได้ทราบถึงวิธีการและพฤติการณ์ในการกระทำผิด ตลอดจนผลแห่งความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบุคคลและระบบเศรษฐกิจของประเทศ

3) การเร่งรัดแก้ไข ปรับปรุงกฎหมายต่างๆ ให้ทันต่อสถานการณ์ จัดให้มีการประสานงานอย่างใกล้ชิดระหว่างหน่วยงานที่ติดตามและรับผิดชอบการดำเนินการต่ออาชญากรรมทางเศรษฐกิจ โดยใช้มาตรการทางด้านการข่าวเข้าช่วยเสริม ตลอดจนขยายขอบเขตการประสานงานกับหน่วยงานของต่างประเทศ และให้นำอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยอาชญากรรมข้ามชาติมาบังคับใช้ด้วย

4) ในขณะเดียวกันต้องเร่งพัฒนาเจ้าหน้าที่ให้มีความรู้ความสามารถ และมีความเชี่ยวชาญในเทคโนโลยีสมัยใหม่ เพื่อให้รู้เท่าทันอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ

5) สำหรับการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบในภาครัฐและภาคเอกชน ซึ่งเป็นอาชญากรรมทางเศรษฐกิจด้วยนั้น ควรถือเป็นความจำเป็นเร่งด่วนที่จะต้องจัดให้หมดไป พร้อมกับหาทางดำเนินการให้เกิดความโปร่งใสของกระบวนการทำงานในโครงการต่างๆ รวมทั้งเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมและตรวจสอบได้อย่างกว้างขวางยิ่งขึ้น

การควบคุมองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ

โดยภาพรวมการแก้ปัญหาอาชญากรรมข้ามชาติ มีปัญหา และอุปสรรคต่างๆ หลายประการ เช่น เรื่องความล้าสมัยของกฎหมาย ทั้งกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ เรื่องความขาดแคลนงบประมาณในการจัดสรรบุคลากรและเครื่องมือต่างๆ เรื่องเขตอำนาจศาลและที่สำคัญคือ เรื่องการขาดความร่วมมือระหว่างประเทศ ซึ่งในเรื่องความร่วมมือระหว่างประเทศ ธรรมนูญคดีฉงตง (2547) ได้ทำการศึกษาเรื่อง “มาตรการส่งเสริมให้บุคคลให้ความช่วยเหลือหรือให้ข้อมูลแก่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย ตามโครงการพัฒนากฎหมายป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ระยะที่ 2 ได้เสนอว่าความร่วมมือด้านการบังคับใช้กฎหมายเพื่อควบคุมอาชญากรรมระหว่างประเทศจะต้องอาศัยช่องทางตามวิถีการทูต (Diploma Channel) และวิธีการผ่านผู้ประสานงานกลาง (Central Authority) ตามกฎหมายว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา (Mutual Legal Assistance in Criminal Matters) ซึ่งช่องทางดังกล่าวนี้เป็นการดำเนินการอยู่บนพื้นฐานของหลักถ้อยทีถ้อยปฏิบัติ (Reciprocity) ที่อาจมีความตกลงต่อกันหรือไม่ก็ได้ อันเป็นความร่วมมืออย่างเป็นทางการซึ่งอาจมีขอบเขตทั้งในด้านบริหาร และด้านตุลาการ ที่รวมถึงความร่วมมือในเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดน การโอนตัวนักโทษ

สำหรับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความร่วมมือด้านการบังคับใช้กฎหมายโดยตรง คือ กฎหมายว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา ประเทศไทยจะต้องดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความร่วมมือด้านการบังคับใช้กฎหมายตามข้อ 27 แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 ดังนี้

1) รัฐบาลโดยนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีต้องกำหนดนโยบายและแนวทางการปฏิบัติต่อความร่วมมือด้านการบังคับใช้กฎหมายตามอนุสัญญานี้ให้ชัดเจน รวมทั้งต้องกำหนดองค์กรกลางในการดำเนินการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องไว้ด้วย

2) รัฐบาลต้องผลักดันและสนับสนุนให้มีการตรากฎหมายออกมารับรองและเป็นเครื่องมือในการปฏิบัติตามความร่วมมือด้านการบังคับใช้กฎหมายเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร

3) รัฐบาลหรือหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายต้องจัดให้มีเจ้าหน้าที่การทูตทางกฎหมาย (Legal Attache) ซึ่งอาจพัฒนาไปสู่เจ้าหน้าที่ด้านการบังคับใช้กฎหมาย (Law Enforcement Attache) รวมถึงเจ้าหน้าที่ติดต่อประสานงาน (Liaison Officer) ไปประจำการในต่างประเทศ เพื่อเป็นเครื่องมือในการติดต่อประสานงาน และแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสาร ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับอาชญากรรมข้ามชาติ นอกจากนี้ยังต้องรณรงค์หรือประชาสัมพันธ์ให้ประชาชนเกิดความรู้ เพื่อความเข้าใจเกี่ยวกับอาชญากรรมข้ามชาติ และสร้างความตระหนักแก่สังคมในการให้ความร่วมมือเพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมดังกล่าว รวมถึงตลอดถึงการกำหนดช่องทางหรือวิธีการในความร่วมมือด้านการบังคับใช้กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของตนกับหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายต่างประเทศ

นอกจากมาตรการดังกล่าวแล้ว หน่วยงานของรัฐในกระบวนการยุติธรรมจำเป็นจะต้องมีระบบการประสานงานและความร่วมมือในระดับนโยบายและระดับปฏิบัติควบคู่กันไปด้วย โดยเฉพาะความร่วมมือระหว่างประเทศ ในเรื่องการแลกเปลี่ยนข้อมูลหรือข้อเสนอแนะต่างๆ ที่เกี่ยวกับอาชญากรรมข้ามชาติซึ่งในเรื่องนี้บุญญวิจักษ์กุลเหล่ากอทิ (2547) ได้ทำการศึกษาเรื่อง

“ระบบฐานข้อมูลอาชญากรรม: ข้อเสนอแนะตามข้อ 28 แห่งอนุสัญญาฯ สหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000” ได้นำเสนอผลการวิจัยไว้ว่า องค์กรสหประชาชาติได้เริ่มจัดทำระบบข้อมูลในระดับระหว่างประเทศขึ้นตั้งแต่ ค.ศ.1853 โดยเป็นการเก็บรวมสถิติของอาชญากรรมแต่ละชาติเรียกระบบนี้ว่าระบบการสำรวจแนวโน้มของอาชญากรรมและการปฏิบัติของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาแห่งสหประชาชาติ (United Nation Surveys of Crime Trends and Operation of Criminal Justice Systems: UNCJS) ซึ่งข้อมูลนี้จะถูกดำเนินการด้วยการสำรวจเหยื่ออาชญากรรมระหว่างประเทศ (International Crime Victims Survey: ICVS) ใน 60 ประเทศทั่วโลก ข้อมูลจากระบบดังกล่าวนี้นับว่าเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการป้องกันอาชญากรรมระหว่างประเทศที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร เนื่องจากองค์การสหประชาชาติได้เผยแพร่ข้อมูลนี้ให้แก่ประเทศสมาชิกเพื่อนำไปกำหนดยุทธศาสตร์การป้องกันอาชญากรรม รวมถึงเพื่อการคาดการณ์หรือวิเคราะห์แนวโน้มของอาชญากรรมที่จะเข้าสู่หรือมีผลกระทบต่อแต่ละประเทศ และ

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 (United Nations Conventions against Transnational Organized Crime 2000) ยังได้กำหนดให้ภาคีสมาชิกจะต้องดำเนินการเก็บรวบรวมข้อมูล การแลกเปลี่ยนและการวิเคราะห์ข้อสนเทศที่เกี่ยวกับลักษณะอาชญากรรมที่จัดตั้งในลักษณะองค์กรด้วย เพื่อประโยชน์ต่อการควบคุมอาชญากรรมดังกล่าว

ดังนั้น ประเทศไทยจึงจำเป็นต้องจัดทำระบบฐานข้อมูลอาชญากรรมขึ้นเพื่อเก็บรวบรวมข้อมูลหรือข้อสนเทศต่างๆ ที่เกี่ยวกับอาชญากรรมข้ามชาติ โดยเฉพาะที่มีการดำเนินการในลักษณะจัดตั้งเป็นองค์กร และเพื่อค้นหาและติดตามตัวผู้กระทำความผิด รวมถึงการแลกเปลี่ยนซึ่งข้อมูลอาชญากรรมซึ่งกันและกัน และการวิเคราะห์ข้อมูลดังกล่าวทั้งกับหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบภายในและกับภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญาที่ประเทศไทยได้ร่วมลงนามเพื่อกำหนดแนวโน้มหรือสถานการณ์ของอาชญากรรม และการกำหนดมาตรการหรือแนวทางควบคุม อันเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินงานป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม ทั้งที่เป็นอาชญากรรมภายในและอาชญากรรมระหว่างประเทศ หรือ ที่เรียกว่าอาชญากรรมข้ามชาติ

2.5.2 กฎหมายคนเข้าเมือง

พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 เป็นกฎหมายที่บังคับใช้มาเป็นระยะเวลานานและขาดความทันสมัย ไม่สอดคล้องกับสภาพปัญหาของอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในสังคมยุคปัจจุบันและในอนาคต ปี พ.ศ.2558 เมื่อเข้าสู่ประชาคมอาเซียน ในปัจจุบันประเทศไทยมีคนต่างด้าวเดินทางเข้ามาและอาศัยอยู่เป็นจำนวนมาก ระดับของการลักลอบเข้าเมืองและการลักลอบขน/นำพาคนเข้าเมืองดูเหมือนจะเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ ซึ่งการปรากฏตัวอยู่ในสังคมไทยทำให้รัฐมีอาชญากรรมที่จะปฏิเสธถึงการมีตัวตนของคนต่างด้าวนั้นๆ ได้ นอกจากนั้นแล้ว ในขบวนการลักลอบเข้าเมืองอาจมีการกระทำความผิดกฎหมายอื่นเกิดขึ้นด้วย เช่น การค้ามนุษย์ การปลอมแปลง การจัดหา และ/หรือใช้เอกสารปลอม การกระทำความผิดเหล่านี้อาจเกิดขึ้นในประเทศต้นทาง ประเทศทางผ่าน และ/หรือ ประเทศปลายทาง ความจำเป็นในการควบคุม จำกัดและดูแลให้คนต่างด้าวอาศัยอยู่ในประเทศอย่างเหมาะสมที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ จึงตกเป็นหน้าที่ของรัฐ เพื่อประโยชน์ต่อความมั่นคงของรัฐและความสงบเรียบร้อยของสังคม ประเทศไทย รัฐบาลไทยได้ลงนามในอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร เมื่อวันที่ 13 สิงหาคม พ.ศ. 2543 และลงนามในพิธีสารเพื่อป้องกัน ปราบปราม และลงโทษการค้ามนุษย์ โดยเฉพาะผู้หญิง และเด็กกับพิธีสารเพื่อต่อต้านการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นทางบก ทะเลและอากาศ เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม พ.ศ.2544 ทำให้ประเทศไทยมีภาระผูกพันที่จะต้องแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย เพื่อให้มีมาตรการที่สอดคล้องกับมาตรการต่างๆ ตามที่อนุสัญญาฯ และพิธีสารฯ ทั้งสองฉบับกำหนดไว้ ส่วนพิธีสารเพื่อต่อต้านการผลิตและการค้าอาวุธ โดยผิดกฎหมาย

ประเทศไทยยังมีได้ลงนาม พิศวัตสุคนธ์พันธุ์ (2547) ได้ทำการศึกษาเรื่อง มาตรการในการแก้ไข ปัญหาการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่น: ตามกฎหมายไทยและ พิธีสารต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้าย ถิ่น ทางบก ทะเลและอากาศ สรุปได้ว่า การลักลอบเข้าประเทศไทยมีบ่อยครั้ง ประเทศไทยมีปัจจัย ดึงดูดการเข้ามา กล่าวคือ การมีงานที่ให้ค่าตอบแทนที่สูงกว่าประเทศต้นทาง ในขณะที่มีปัจจัยผลัก อยู่ในประเทศต้นทาง เช่น ความยากจน และ/หรือ ปัญหาทางการเมือง ที่ผ่านมา การลักลอบเข้า เมืองบางส่วนเกิดขึ้นด้วยความช่วยเหลือจากบุคคลอื่นซึ่งอาจได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ก็ได้จาก การศึกษา มีคนจากประเทศไทย (คนไทยและคนชาติอื่นที่ใช้ ประเทศไทยเป็นทางผ่าน) ลักลอบ เข้าประเทศอื่นด้วย อย่างไรก็ตาม การที่จะตัดสินว่าปัญหาการลักลอบเข้าประเทศไทยร้ายแรง เพียงใดไม่ใช่เรื่องง่าย แต่พอจะกล่าวได้ว่า คงไม่ร้ายแรงเท่ากรณีของประเทศที่ฐานะทางเศรษฐกิจที่ดี อย่างเช่น สหรัฐอเมริกาและเครือรัฐออสเตรเลีย

ข้อเสนอแนะ เมื่อรัฐบาลไทยเข้าเป็นภาคีของพิธีสารนี้ ประเทศไทยต้องและควรแก้ไข/เพิ่มเติมกฎหมาย ดังนี้

1) การเพิ่มคำนิยามในประมวลกฎหมายอาญา

ควรพิจารณานิยามคำว่า “กลุ่มอาชญากรรมที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร/องค์การอาชญากรรม อาชญากรรมร้ายแรง และ ความผิดที่มีลักษณะข้ามชาติ

2) การแก้ไข/เพิ่มเติม พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522

(1) ในฐานะที่ประเทศไทยเป็นประเทศปลายทาง

ในมาตรา 63, 64 และ 65 พ.พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 ในส่วนของโทษ ผู้กระทำความผิดฐานลักลอบขนคนเข้าเมืองและผู้สนับสนุนการเพิ่มคำนิยามของคำว่า เอกสารเดินทาง ปลอมหรือเอกสารแสดงตนปลอม ในส่วนที่เกี่ยวกับการครอบครองเอกสารปลอม เนื่องจาก กฎหมายไทยไม่มีบทลงโทษการครอบครองเอกสารปลอม ฉะนั้น อาจต้องเพิ่มบทบัญญัติเพื่อดูแล ส่วนนี้ และเพิ่มมาตรการที่รัฐจะร่วมมือกันอย่างเต็มที่เท่าที่จะทำได้เพื่อป้องกันและปราบปรามการ ลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางทะเลตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยทะเล

จากที่กล่าวข้างต้นที่ว่า นอกจาก ดำรวจตรวจคนเข้าเมืองแล้ว ทหารเรือและตำรวจน้ำ ยังช่วยทำงานด้านการเข้าเมืองด้วย ด้วยเหตุนี้เอง เจ้าหน้าที่เหล่านี้จะอยู่ในฐานะที่ช่วยประเทศ ไทยสามารถทำหน้าที่ที่จะช่วยป้องกันและปราบปรามการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางทะเล ตามที่

กล่าวถึงในข้อ 7 แห่งพิธีสารฯ หากประเทศไทยเข้าเป็นภาคี อย่างไรก็ตาม อาจต้องมีการออกกฎหมายและมาตรการเพื่อให้อำนาจที่ชัดเจนตามกฎหมายแก่เจ้าหน้าที่ดังกล่าว กฎหมาย และมาตรการดังกล่าวจะเกี่ยวกับเรื่องนี้

ในปัญหาการลักลอบเข้าเมืองและการลักลอบขน/นำพาคนเข้าเมือง นำมาสู่ปัญหาการค้ามนุษย์ โดยเฉพาะสตรีและเด็กสรรพสิทธิ์คุ้มพ์ประพันธ์ (2547) ได้ทำการศึกษาเรื่อง “มาตรการในการแก้ไขปัญหาการค้ามนุษย์ โดยเฉพาะสตรีและเด็ก” (พิธีสารเพื่อป้องกันปราบปรามและลงโทษการค้ามนุษย์ โดยเฉพาะสตรีและเด็ก) ได้สรุปและให้ข้อเสนอแนะจากการวิจัยไว้ว่าการคุ้มครองดูแลผู้เสียหาย การบำบัดฟื้นฟู ดูแลสุขภาพ และดูแลพัฒนาการในกรณีที่เป็นเด็กรวมถึงพฤติกรรม นุคลิกภาพซึ่งเสียหายจากตกเป็นผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์ ในกรณีที่เป็นคนต่างด้าวอาจไม่สามารถทำงานเสร็จสิ้นก่อนส่งตัวกลับประเทศต้นทาง จึงจำเป็นที่จะต้องสร้างความมีส่วนร่วมของประเทศต้นทางเพื่อจะได้รับช่วง ความรับผิดชอบต่อไปโดยจะมีรายละเอียดในหมวดที่ 5 ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศต้องมีบทบัญญัติที่จะสร้างหลักประกันความปลอดภัยสำหรับผู้เสียหายและครอบครัวตามนัยของพิธีสารว่าด้วยการป้องกันปราบปรามและลงโทษการค้ามนุษย์โดยเฉพาะสตรีและเด็กไม่ว่าผู้เสียหายเหล่านี้จะให้การเป็นพยานหรือไม่ได้ให้การก็ตาม เพื่อสร้างแนวร่วมในการป้องกันปัญหาการค้ามนุษย์และเด็ก นอกจากนี้ จะต้องมีบทบัญญัติที่ขกเว้นความผิดที่ผู้เสียหายเหล่านี้กระทำ เพราะการค้ามนุษย์และเด็กเป็นสาเหตุ เช่น เข้าออกเมืองโดยผิดกฎหมาย ใช้เอกสารปลอมหรือครอบครองเอกสารปลอมเพื่อเดินทางเข้าเมืองหรือออกเมือง คำประเวณี รับจ้างทำงานโดยไม่ได้รับอนุญาต เป็นต้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากผู้เสียหายเป็นคนต่างด้าว พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายคนเข้าเมืองจะต้องอำนวยความสะดวก ละใช้ดีความกฎหมายคนเข้าเมือง ให้คุ้มครองสวัสดิภาพของผู้เสียหาย ตามที่พนักงานเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบคุ้มครองดูแลผู้เสียหายเหล่านี้เสนอแนะเช่นเดียวกับกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ประเทศเบลเยียม สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน

กรณีผู้เสียหายให้การเป็นพยานต้องมีบทบัญญัติทางกฎหมายที่จะให้ผู้เสียหายเป็นพยานได้รับการช่วยเหลือในการดำเนินชีวิตในช่วงที่ยังอยู่ในระหว่างพิจารณาคดี และในกรณีที่ไม่เป็นอันตรายมาก หากผู้เสียหายเป็นคนต่างด้าวและจำเป็นต้องอยู่ในประเทศไทยเพื่อให้การต่อพนักงานสอบสวนหรือต่อศาล ซึ่งก็อาจใช้ระยะเวลาานานจะต้องเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายซึ่งเป็นคนต่างด้าวเหล่านี้มีสิทธิ์ในการทำงานเป็นการชั่วคราวในระหว่างที่พำนักอยู่ในประเทศไทย

ส่วนการใช้กฎหมายคนเข้าเมืองเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาตินั้น มีอยู่ในเรื่องของการห้ามบุคคลเดินทางเข้าประเทศ เนื่องจากคนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยอาจมีพฤติกรรมที่เป็นภัยอันตรายต่อความมั่นคงของประเทศได้ เช่น คนต่างด้าวอาจเข้ามาเพื่อก่อวินาศภัย (sabotage) หรือทำจารกรรม (Espionage) ฯลฯ รัฐจึงมีมาตรการป้องกันมิให้คนต่างด้าวพวกนี้เข้ามาในราชอาณาจักร โดยเหตุผลที่ว่าเพื่อความมั่นคงของประเทศในเรื่องนี้ David Weissbrodt (1984) ได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายคนเข้าเมืองของสหรัฐอเมริกา โดยอธิบายว่า สหรัฐอเมริกา ได้มีการ

แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายคนเข้าเมืองและสัญชาติ (The Immigration and Nationality Act of 1996) ซึ่งถือได้ว่าเป็นกฎหมายคนเข้าเมืองฉบับปัจจุบันและบังคับใช้ทั่วทั้งสหรัฐอเมริกา เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายรัฐบาลกลาง โดยให้มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1997 กฎหมายคนเข้าเมืองฉบับนี้ได้มีการเปลี่ยนแปลงระบบการเข้าเมืองในหลายรูปแบบ และมีผลต่อการขอต่อวีซ่าและใบเขียว มีการเพิ่มประสิทธิภาพในการทำงานของกองตรวจคนเข้าเมือง มีการกำหนดลักษณะต้องห้ามมิให้คนต่างด้าวเข้าเมือง มีการเปลี่ยนแปลงจำกัดจำนวนการเข้าเมืองของคนต่างด้าวในแต่ละปี นอกจากนั้นยังได้เพิ่มเติมระบบการตรวจสอบคนเข้าเมืองที่มีลักษณะต้องห้ามก่อนเดินทางเข้าประเทศในระหว่างการขอรับการตรวจลงตรา (Visa) อีกด้วย

ในส่วนเกี่ยวกับการส่งคนต่างด้าวกลับออกนอกราชอาณาจักรตามกฎหมายคนเข้าเมืองและสัญชาติของสหรัฐอเมริกา ปี ค.ศ. 1996 นั้น ได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์เรื่องการเข้าเมืองไว้อย่างเข้มงวด มีวิธีการควบคุมคนต่างด้าวไว้อย่างละเอียดลออมาก โดยนำเอาแนวนโยบายและหลักการตรวจคนเข้าเมือง 2 หลักควบคู่กัน คือ หลักจำกัดจำนวนคนต่างด้าวเข้าเมือง อันเป็นการควบคุมอัตราคนเข้าเมือง และหลักจำกัดคุณสมบัติของคนต่างด้าวเข้าประเทศ มาใช้เป็นข้อจำกัดเพื่อการส่งตัวกลับคนต่างด้าวออกนอกประเทศสหรัฐอเมริกา

กรณีที่คนต่างด้าวผู้ใดอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาโดยผิดกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการอาศัยอยู่นานเกินกว่าที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ หรือการกระทำผิดกฎหมายการเข้าเมืองอย่างอื่นๆ หากทางหน่วยตรวจคนเข้าเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกาทราบหรือรู้เรื่อง คนต่างด้าวดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบในผลของการกระทำนั้น และอาจถูกขอให้ออกไปจากประเทศ ซึ่งเรียกว่า การส่งตัวกลับออกไปนอกประเทศ (Deportation) หรือการเนรเทศและเมื่อคนต่างด้าวดังกล่าวถูกส่งตัวกลับ จะมีผลกระทบที่ร้ายแรงตามมาและไม่เฉพาะในช่วงเวลาสั้นๆ เท่านั้น หากไปไกลถึงอนาคตด้วย

หากพิจารณาแล้วเห็นว่าคนต่างด้าวเดินทางเข้ามาในสหรัฐอเมริกา โดยไม่ถูกต้องสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองสหรัฐอเมริกา อาจพิจารณาให้บุคคลต่างด้าวกลับออกนอกประเทศโดยทันที โดยไม่ต้องมีการไต่สวนดำเนินคดีในชั้นศาล เช่น กรณีที่ผู้เดินทางเข้าเมืองโดยถือเอกสารเดินทางปลอม ไม่มีวีซ่าเข้าเมืองที่ถูกต้อง หรือพำนักอยู่ในประเทศเกินกำหนด หรือตั้งใจจะอยู่อาศัยในประเทศเป็นระยะเวลานาน เป็นต้น แต่หากในกรณีที่มีข้อมูลเชื่อได้ว่าผู้เดินทางเข้าเมืองมีส่วนเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมประเภทต่างๆ เช่น การค้ายาเสพติด โสเภณี การก่อการร้าย เป็นต้น สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองสหรัฐอเมริกา จะกักตัวบุคคลต่างด้าวนั้นไว้เพื่อการสอบสวนดำเนินคดีต่อไป

บุคคลต่างด้าวผู้ถูกส่งตัวกลับหรือถูกเนรเทศอาจไม่ได้รับอนุญาตให้เข้าสหรัฐอเมริกาอีกเป็นระยะเวลาหนึ่ง หรือไม่ได้รับอนุญาตให้เข้าประเทศอีกเลยตามแต่ศาลจะพิจารณา ซึ่งใน

ประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนนั้น สหรัฐอเมริกาไม่มีนโยบายใช้ความรุนแรงหรือทำร้ายทรมานผู้กระทำความผิดโดยเด็ดขาด หากบุคคลต่างด้าวกระทำความผิดกฎหมายของสหรัฐอเมริกา และถูกจับกุมหรือถูกคุมขัง จึงไม่ถือเป็นปัญหาด้านสิทธิมนุษยชน และศาลตรวจคนเข้าเมืองสหรัฐอเมริกาจะถือว่าเป็นการพิจารณาคดีประเภทที่มีโทษคืออาชญากรรม (Non-criminal case) ดังนั้น จะไม่มีการใช้ทนายในการว่าความให้ในศาล แต่จะมีล่ามแปลเพื่อช่วยสื่อสารภาษาให้บุคคลต่างด้าวนั้นเข้าใจ และพิจารณาคดีได้ราบรื่น เมื่อศาลตรวจคนเข้าเมืองสหรัฐอเมริกา พิจารณาให้เนรเทศออกนอกสหรัฐอเมริกาแล้ว หากบุคคลนั้นต้องการอุทธรณ์ จะสามารถยื่นอุทธรณ์ได้ต่อ Board of Immigration Appeal รวมทั้งต้องผ่านการพิจารณาของ Federal Court ด้วยดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

เนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยมีคนต่างด้าวเดินทางเข้ามาและอาศัยอยู่เป็นจำนวนมาก ซึ่งการปรากฏตัวอยู่ในสังคมไทยทำให้รัฐมีอาจที่จะปฏิเสธถึงการมีตัวตนของคนต่างด้าวนั้นๆ ได้ ความจำเป็นในการควบคุม จำกัดและดูแลให้คนต่างด้าวอาศัยอยู่ในประเทศอย่างเหมาะสมที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ จึงตกเป็นหน้าที่ของรัฐ เพื่อประโยชน์ต่อความมั่นคงของรัฐและความสงบเรียบร้อยของสังคม แต่ด้วยเหตุที่คนต่างด้าวเป็นมนุษย์มีสิทธิขั้นพื้นฐานของการเป็นมนุษย์อันจะต้องได้รับการคุ้มครองจากรัฐ ภาระหน้าที่ที่สำคัญในการดูแลสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยเฉพาะสิทธิมนุษยชนในด้านต่างๆ ของคนต่างด้าวจึงตกเป็นของรัฐอีกเช่นเดียวกัน Haluk KOÇ (2012, pp. 2-3) ได้ทำการศึกษาเรื่อง การจำกัดของเสรีภาพในการเคลื่อนไหวเพื่อเป็นการลงโทษที่เป็นประเด็นทางการเมืองในการศึกษาเรื่องนี้เสรีภาพในการเคลื่อนไหว ระหว่างพลเมืองยุโรปและประเทศสมาชิกเป็นประเด็นทั้งทางกฎหมายและปัญหาทางการเมือง หลักการภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศรัฐมีสิทธิอธิปไตยในการตัดสินใจที่จะอนุญาตให้เข้าพื้นที่ของประเทศตน แต่ตอนนี้สามารถถูก และถูกจำกัด โดยกฎหมายสนธิสัญญารวมทั้งข้อตกลงเชิงแก่น การปฏิเสธการเข้าเมืองด้วยเหตุผลทางการเมืองทางการเมืองเพียงอย่างเดียวไม่น่าจะถูกต้องและสอดคล้องกับข้อตกลง และ ยังอาจเป็นการเลือกปฏิบัติในความหมายของมาตรา 14 แห่งยุโรปอนุสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ย่ำว่าประเทศที่ยังเป็นสมาชิกของสหภาพยุโรปจะต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบที่เข้มงวดภายในกรอบของกฎหมายเพื่อยุโรปและโดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อตกลงเชิงแก่นวรพจน์พีซผล (2545, หน้า 230-233) ได้ทำการศึกษาเรื่อง การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 ได้วิเคราะห์ถึงสภาพปัญหา สาเหตุแห่งปัญหาตลอดจนการพิจารณาเสนอแนะให้มีการปรับปรุงแนวทางในการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนคนต่างด้าวที่ต้องถูกส่งตัวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรไว้ ไม่ว่าจะเป็นในแง่ข้อกำหนดและในแง่การปฏิบัติงานของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวกับการส่งตัวคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 เพื่อให้คนต่างด้าวได้รับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ

อย่างแท้จริง ในฐานะที่เป็นมนุษย์ผู้หนึ่งของสังคมและประเทศไทยจะได้ไม่ถูกกล่าวหาหรือถูกโจมตีว่าละเมิดสิทธิมนุษยชน

ในการศึกษาเรื่อง “การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522”

ผลการวิจัยสรุปว่า การที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนคนต่างด้าวต่อกรณีศึกษา จำต้องพิจารณาทบทวน แก่ไข พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 ในส่วนของบทบัญญัตินิยามความหมายของการกักตัว และผู้ต้องกัก กำหนดระยะเวลาในการกักตัวคนต่างด้าว ตลอดจนการแก้ไขเพิ่มเติม อำนาจหน้าที่ ข้อจำกัดในการใช้ดุลพินิจของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองของไทย ให้มีความชัดเจน และเหมาะสม อีกทั้งต้องให้ความสำคัญสำหรับการแก้ไขปัญหามิฉะนั้นส่วนของการปฏิบัติงานของพนักงานเจ้าหน้าที่ให้มากยิ่งขึ้นด้วย

จากการทบทวนวรรณกรรมจากทฤษฎีและงานวิจัยที่เกี่ยวข้องพบว่า แนวคิดทฤษฎีที่สามารถนำมาใช้กับการพัฒนากฎหมายคนเข้าเมืองของไทยมีดังนี้ คือ

1) ตามทฤษฎีกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดว่า การใช้บังคับกฎหมายภายในของรัฐ ไม่ถูกต้องและไม่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศและเมื่อใดที่ใช้บังคับกฎหมายภายในประเทศเช่นนั้นขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศก็ถือว่ารัฐเช่นนั้นฝ่าฝืนพันธกรณีแห่งกฎหมายระหว่างประเทศและจะต้องมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศสำหรับ การฝ่าฝืนพันธกรณีแห่งกฎหมายระหว่างประเทศเช่นนั้น (Fitzmaurice, 1957,p. 68-94)

2) ตามหลักความได้สัดส่วน สาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนนั้นเป็นการแสดงมีความสัมพันธ์ระหว่าง ส่วนได้เสียของ“ประโยชน์สาธารณะ”กับ“ประโยชน์เอกชน”เมื่อองค์กรของรัฐจะใช้มาตรการใดมาตรการหนึ่งองค์กรของรัฐจะต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์วิธีการและผลกระทบที่เกิดจากมาตรการนั้นโดยมาตรการที่นำมาใช้จะสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนก็ต่อเมื่อมาตรการนั้นเป็นมาตรการที่มีความเหมาะสมในการวิจัยเรื่องนี้ มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาตามหลักสัดส่วน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช2550มาตรา29วรรคหนึ่งบัญญัติว่า“การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ” เมื่อองค์กรของรัฐจะใช้มาตรการใดมาตรการหนึ่งองค์กรของรัฐจะต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์วิธีการและผลกระทบที่เกิดจากมาตรการนั้นโดยคำนึงถึง ส่วนได้เสียของ“ประโยชน์สาธารณะ”กับ“ประโยชน์เอกชน” เป็นสำคัญ

3) การตีความกฎหมาย เหตุที่ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไป (Open texture) ผู้ใช้กฎหมายจึงมีดุลพินิจค่อนข้างกว้างขวางในอันที่จะตีความและปรับใช้ถ้อยคำที่เป็นหลักทั่วไปดังกล่าว และโดยที่ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง

4) การร่างกฎหมาย สิ่งที่ควรคำนึงถึงในจัดทำร่างกฎหมายคนเข้าเมือง คือต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็นอย่างแท้จริงและรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดบัญญัติให้กระทำได้ และการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามกฎหมายต้องเป็นไปเพียงเพื่อให้การใช้บังคับกฎหมายนั้นประสบความสำเร็จ โดยจะกระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ ตลอดจนมาตรการตามกฎหมายต้องมีความเหมาะสมและสอดคล้องกับบริบทหรือสภาพของสังคมไทย ผู้บังคับใช้กฎหมายต้องมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับเจตนารมณ์ของกฎหมายและมาตรการต่างๆ ตามกฎหมายอย่างถ่องแท้สำนึกในการให้บริการและต้องมีการรับฟังความคิดเห็นของผู้ที่อาจจะได้รับผลกระทบจากการมีหรือปรับปรุงกฎหมายนั้นด้วย เพื่อให้เนื้อหาสาระหรือกลไกของกฎหมายสอดคล้องกับความต้องการที่แท้จริงของสังคม

5) การปฏิเสธคนต่างด้าวเดินทางเข้าประเทศ ตามมาตรา 12 (7)(8)(10) แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 ได้แก่ บุคคลต่างด้าวที่มีพฤติการณ์เป็นที่น่าเชื่อว่าเป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคมหรือจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายต่อความสงบสุขหรือความปลอดภัยของประชาชนหรือความมั่นคงของราชอาณาจักรหรือบุคคลซึ่งเจ้าหน้าที่รัฐบาลต่างประเทศได้ออกหมายจับนั้นสอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วย สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองในข้อ 12

6) ในการปฏิเสธการเดินทางเข้าประเทศของคนต่างด้าวที่มีพฤติการณ์ตามมาตรา 12 (7) (8) (10) พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ต้องคำนึงถึง อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือ ย่ำยีศักดิ์ศรี ในข้อ 3 ที่กล่าวว่า รัฐภาคีต้องไม่ขับไล่ ส่งกลับ (ผลักดันกลับออกไป) หรือส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนไปยังอิกรัฐหนึ่ง เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะตกอยู่ภายใต้อันตรายที่จะถูกทรมาน โดยให้มีการปรับปรุงกฎหมายคนเข้าเมืองให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีที่ ประเทศไทยได้ไปลงนามและให้สัตยาบันไว้

7) ในการปฏิเสธการเดินทางเข้าประเทศของคนต่างด้าวที่มีพฤติการณ์ตามมาตรา 12 (7) (8) (10) พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ต้องคำนึงถึง อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ในข้อ 9 ที่กล่าวว่า รัฐภาคีจะประกันว่า เด็กจะไม่ถูกแยกจากบิดามารดาโดยขัดกับความประสงค์ของบิดามารดาเว้นแต่ในกรณีที่หน่วยงานที่มีอำนาจซึ่งอาจถูกทบทวน โดยทางศาลจะกำหนดตามกฎหมาย และวิธีพิจารณาที่ใช้บังคับอยู่ว่า การแยกเช่นนี้ จำเป็นเพื่อผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยให้มี

การปรับปรุงกฎหมายคนเข้าเมืองให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ที่ประเทศไทยได้ไปลงนามและให้สัตยาบันไว้

8) พิจารณารับหลักการล้นบนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางบก ทางทะเล และทางอากาศ รัฐภาคีจกต้องกำหนดให้การล้นบนผู้โยกย้ายถิ่นฐานเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายในของตนซึ่งรวมถึงการกระทำใดๆ เพื่อมุ่งประสงค์ให้มิเข้าเมืองที่ไม่ถูกกฎหมาย เพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางการเงิน หรือวัตถุอื่น ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม การผลิตเอกสารเดินทาง หรือเอกสารแสดงตนปลอม การล่อนวง การจัดหา หรือมีไว้ในครอบครอง หรือการผลิตเอกสารปลอมเช่นนั้นเพื่อประโยชน์ในการล้นบนผู้โยกย้ายถิ่นฐานให้เป็นความผิดอาญา