

บทที่ 2

การต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานตามพิธีสารเพื่อการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางบก ทางทะเล และทางอากาศ ค.ศ. 2000เพิ่มเติมอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000

พิธีสารเพื่อการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางบก ทางทะเล และทางอากาศ ค.ศ. 2000 เพิ่มเติมอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 เป็นพิธีสาร ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อการต่อต้านและการป้องกันการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ในบทนี้จะนำเสนอความเป็นมาของพิธีสารเพื่อการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางบก ทะเล และทางอากาศ ค.ศ. 2000 ความสัมพันธ์ระหว่างอนุสัญญา และหลักการที่สำคัญที่ได้บัญญัติในพิธีสาร ดังกล่าว

2.1 ความเป็นมาของอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 และพิธีสารเพื่อการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางบก ทะเล และทางอากาศ ค.ศ. 2000

การดำเนินการของประชาคมระหว่างประเทศในกรอบสหประชาชาติ เพื่อแก้ปัญหาองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติเริ่มขึ้นเมื่อประมาณ 25 ปีที่แล้ว¹ โดยเริ่มจากการเป็นหัวข้อหารือของการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิด (United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders) และต่อมาในปี 2534 เมื่อได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (Commission on Crime Prevention and Criminal Justice) ปัญหาองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติก็เป็นระเบียบวาระการประชุมที่คณะกรรมการฯ ได้หารือกันตลอดมา ทั้งนี้ ในการประชุมครั้งที่ 1 ในปี 2535 นาย Giovanni Falcone หัวหน้าคณะผู้แทน

¹ เรียบเรียงจาก “The convention : A brief historical background” เอกสารเผยแพร่ระหว่างการประชุมทางการเมืองระดับสูง ณ เมืองปาเลร์โม อิตาลี ระหว่างวันที่ 12-15 ธันวาคม 2543

อิตาลีได้เสนอให้มีการจัดประชุมระหว่างประเทศเพื่อพิจารณาเรื่องความร่วมมือระหว่างประเทศ เพื่อแก้ปัญหานี้ แนวความคิดดังกล่าวปรากฏผลเป็นรูปธรรมต่อมาโดยได้มีการจัดประชุมระดับ รัฐมนตรีว่าด้วยองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ (World Ministerial Conference on Organized Transnational Crime) ที่เมืองเนเปิลส์ อิตาลี ระหว่างวันที่ 21-23 ธันวาคม 2537 ทั้งนี้ ที่ประชุม ได้รับเอาแถลงการณ์ทางการเมืองและแผนดำเนินการระดับโลกเพื่อต่อต้านองค์กรอาชญากรรม ข้ามชาติ (Naples Political Declaration and Global Action Plan against Organized Transnational Crime) ซึ่งสมัชชาสหประชาชาติได้ลงมติรับเอาในเดือนธันวาคมในปีเดียวกัน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า แนวโน้มแนวความคิดที่จะจัดทำความตกลงระหว่างประเทศเพื่อต่อต้าน องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติได้ก่อกำเนิดขึ้นอย่างเป็นทางการเป็นรูปเป็นร่าง

อย่างไรก็ดี ในระยะแรกแนวความคิดนี้ไม่ได้รับการยอมรับมากนักจากประเทศ พัฒนาแล้ว เพราะประเทศเหล่านั้นเห็นว่า ความตกลงที่จะเป็นที่ยอมรับได้ของกว่า 150 ประเทศที่ เข้าร่วมประชุมจะมีลักษณะเป็นความตกลงที่มีระดับพันธกรณีต่ำเกินไปกว่าจะป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ

ความสำคัญของปัญหาได้ย่อมมีประสิทธิภาพ แต่ทว่าแนวความคิดนี้ก็ได้รับความ สนับสนุนมากยิ่งขึ้นเรื่อย ๆ ด้วยการจัดประชุมระดับรัฐมนตรีในภูมิภาคต่าง ๆ กล่าวคือ ที่กรุงบูเอ โนสไอเรสในปี 2538 ที่กรุงดาการ์ในปี 2540 ที่กรุงมะนิลาในปี 2541 และที่กรุงโรมและกรุงเทพฯ ในปี 2543

ในปี 2539 ประธานาธิบดีโปแลนด์ได้เสนอร่างความตกลงเพื่อต่อต้านองค์กร อาชญากรรมต่อที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติ หลังจากนั้น การพิจารณาเรื่องดังกล่าวจึงมีความ จริงจังมากขึ้น เพราะเป็นการเปลี่ยนให้การพิจารณาเรื่องนี้เป็น การพิจารณาตัวประเด็นต่างๆ อาทิ คำนิยามขององค์กรอาชญากรรม แทนที่จะเป็นการอภิปรายทั่วไปอย่างกว้าง ๆ โดยไม่มีประเด็น ให้พิจารณาอย่างจริงจัง

การดำเนินการของประชาคมระหว่างประเทศเพื่อแก้ปัญหานี้ได้ก้าวไปอีกขั้นหนึ่งเมื่อ สมัชชาสหประชาชาติได้มีข้อมติที่ 53/111 ลงวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 1998 จัดตั้งคณะกรรมการ เฉพาะกิจระหว่างรัฐบาลเพื่อพิจารณายกร่างอนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่ กระทำโดยองค์กรอาชญากรรม (Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime) เพื่อพิจารณายกร่างอนุสัญญาฯ และพิธีสารที่ เกี่ยวข้องอีก 3 ฉบับเกี่ยวกับเรื่อง การค้ามนุษย์โดยเฉพาะสตรีและเด็ก (Trafficking in Persons

Especially Women and Children) เรื่องการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่น (Smuggling of Migrants) และเรื่องการค้า

ลักลอบผลิตและค้าอาวุธ (Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms)

คณะกรรมการเฉพาะกิจฯ ได้ดำเนินงานระหว่างปี 2542-2544 โดยได้เรียกประชุม ณ สำนักงานสหประชาชาติกรุงเวียนนา ประเทศออสเตรีย รวม 12 ครั้ง ดังนี้

ครั้งแรกระหว่างวันที่ 18-29 มกราคม 2542

ครั้งที่สองระหว่างวันที่ 8-12 มีนาคม 2542

ครั้งที่สาม ระหว่างวันที่ 28 เมษายน-3 พฤษภาคม 2542 (พร้อมกันกับการจัดประชุม

คณะกรรมการว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

(Commission on Crime Prevention and Criminal Justice) ครั้งที่ 8)

ครั้งที่สี่ ระหว่างวันที่ 28 มิถุนายน- 9 กรกฎาคม 2542

ครั้งที่ห้าระหว่างวันที่ 4-15 ตุลาคม 2542

ครั้งที่หกระหว่างวันที่ 6-17 ธันวาคม 2542

ครั้งที่เจ็ดระหว่าง วันที่ 17-28 มกราคม 2543

ครั้งที่แปดระหว่างวันที่ 21 กุมภาพันธ์ – 3 มีนาคม 2543

ครั้งที่เก้า ระหว่างวันที่ 5-16 มิถุนายน 2543

ครั้งที่สิบระหว่างวันที่ 17-28 กรกฎาคม 2543

ครั้งที่สิบเอ็ดระหว่างวันที่ 2-27 ตุลาคม 2543

และครั้งที่สิบสองระหว่างวันที่ 26 กุมภาพันธ์ – 2 มีนาคม 2544

โดยในการประชุมครั้งที่สิบ คณะกรรมการเฉพาะกิจฯ ได้จัดทำอนุสัญญา

สหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่กระทำโดยองค์กรอาชญากรรม (United Nations Convention against Transnational Organized Crime) แล้วเสร็จ และหลังจากนั้น ได้รายงานต่อที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติ สมัยสามัญที่ 55 ซึ่งได้มีการรับเอาอนุสัญญาดังกล่าวโดยข้อมติสมัชชาสหประชาชาติ ที่ 55/25 ลงวันที่ 15 พฤศจิกายน ค.ศ. 2000 ² และให้จัดการประชุมทางการเมืองระดับสูง ณ เมืองปาเลร์โม ประเทศอิตาลี ระหว่างวันที่ 12-15 ธันวาคม 2543 เพื่อการลงนามอนุสัญญาฯ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ทว่าแนวความคิดนี้ก็ได้รับความสนับสนุน

² U.N. Doc. A/RES/55/25 ลงวันที่ 8 มกราคม ค.ศ. 2001

มากยิ่งขึ้นเรื่อย ๆ ด้วยการจัดประชุมระดับรัฐมนตรีในภูมิภาคต่าง ๆ กล่าวคือ ที่กรุงบูเอโนสไอเรส ในปี 2538 ที่กรุงดาการ์ ในปี 2540 ที่กรุงมะนิลาในปี 2541 และที่กรุงโรมและกรุงเทพฯ ในปี 2543

นอกจากนั้น อนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งใน ลักษณะองค์กร มีพิธีสารแนบท้ายอีก 3 ฉบับ โดยมาตรการและกลไกต่างๆ ที่กำหนดไว้ใน อนุสัญญาฯ และพิธีสารแนบท้าย ๔ ทั้ง 3 ฉบับนั้น ถูกร่างขึ้นให้สอดคล้องกัน ซึ่งบทบัญญัติใน อนุสัญญาฯ เป็นการกำหนดบททั่วไปเกี่ยวกับเรื่องต่างๆ ในขณะที่พิธีสารแนบท้าย ๔ มีข้อกำหนด พิเศษเพิ่มเติมเพื่อปรับใช้ในการแก้ไขปัญหาที่มีลักษณะพิเศษ กล่าวคือ

1. พิธีสารเพื่อป้องกันปราบปรามและลงโทษการค้ามนุษย์ โดยเฉพาะการค้าหญิง และเด็ก (Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons especially Women and Children : TIP Protocol)

2. พิธีสารเพื่อต่อต้านการผลิตและลักลอบค้าอาวุธ ชิ้นส่วนและอุปกรณ์ และเครื่อง กระสุนโดยผิดกฎหมาย (Protocol against the illicit manufacturing and trafficking in firearms, their parts and component and ammunition)

3. พิธีสารต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางบก ทางทะเล และทางอากาศ (Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air : MSP)

โดยพิธีสารทั้ง 3 ฉบับเป็นการกล่าวถึงความผิดหรือการกระทำที่เป็นอาชญากรรม หลักของอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร โดยเป็นการกล่าวถึงความผิดทั้ง 3 ประการในรายละเอียดปลีกย่อยออกไป ซึ่งความผิดทั้ง 3 ประการตามพิธีสารดังกล่าวย่อมถือเป็น ความผิดทางอาญาด้วย

2.2 ความสัมพันธ์ระหว่างพิธีสารเพื่อการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางบก ทางทะเล และทางอากาศ ค.ศ. 2000 กับอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้าน อาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000

อนุสัญญาฯ ได้รับการพิจารณาโดยคณะกรรมการเฉพาะกิจเพื่อร่างอนุสัญญาฯ และ พิธีสารเสริมอนุสัญญาฯ รวม 3 ฉบับ กล่าวคือ พิธีสารเพื่อป้องกัน ปราบปราม และลงโทษการค้า มนุษย์ โดยเฉพาะผู้หญิงและเด็ก, พิธีสารเพื่อต่อต้านการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นโดยทางบก ทะเล และอากาศ และพิธีสารเพื่อต่อต้านการลักลอบผลิตและค้าอาวุธโดยผิดกฎหมาย โดยอนุสัญญาฯ กำหนดว่ารัฐที่ได้ลงนามในอนุสัญญาฯ จะต้องให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาฯ ก่อนจึงจะสามารถเข้า ร่วมเป็นภาคีในพิธีสารได้ ซึ่งหมายความว่าพิธีสารแต่ละฉบับจะต้องถูกพิจารณาและปรับใช้อย่าง

สอดคล้องกับอนุสัญญาฯ ทำให้ประเทศต่างๆ อาจจะเป็นภาคีสมาชิกในอนุสัญญาฯ เท่านั้นก็ได้ แต่จะเป็นสมาชิกในพิธีสารแนบท้ายอนุสัญญาฯ แต่เพียงอย่างเดียวโดยไม่เป็นสมาชิกในอนุสัญญาฯ ไม่ได้³

มาตรการต่าง ๆ ที่มีการกำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ และพิธีสารถูกร่างขึ้นให้สอดคล้องกัน กล่าวคือ อนุสัญญาฯ เป็นการกำหนดบททั่วไปเกี่ยวกับเรื่องต่าง ๆ เช่น การร่วมมือกัน การให้ความช่วยเหลือในทางเทคนิค และความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญา ในขณะที่ พิธีสารมีข้อกำหนดพิเศษเพิ่มเติมเพื่อปรับใช้ในการแก้ไขปัญหาที่มีลักษณะพิเศษเกี่ยวกับการค้ามนุษย์ การลักลอบขนผู้ย้ายถิ่น และการลักลอบผลิตและค้าอาวุธเป็นกรณีเฉพาะ

ประเทศสมาชิกที่เห็นด้วยกับกรณีใดกรณีหนึ่งในพิธีสารอาจจะอาศัยบทบัญญัติทั่วไปของอนุสัญญาฯ ภายใต้สถานการณ์ดังต่อไปนี้ :

(1) การกระทำความผิดอาญาที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ ซึ่งได้แก่

การมีส่วนร่วมในกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ซึ่งอนุสัญญาฯ กำหนดให้ การมีส่วนร่วมในกิจกรรมของกลุ่มอาชญากรที่มีการจัดตั้งในลักษณะองค์กรและการจัดการ การบงการ การช่วยเหลือ การสนับสนุน การส่งเสริมหรือให้คำปรึกษาแก่กลุ่มอาชญากรจัดตั้งที่ได้กระทำความผิดอาชญากรรมร้ายแรงให้เป็นการกระทำความผิดตามอนุสัญญาฯ นี้⁴

การฟอกเงิน ซึ่งอนุสัญญาฯ กำหนดให้กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการฟอกเงินให้เป็นการกระทำความผิดอาญา ซึ่งบทบัญญัตินี้ไม่ได้ใช้กับกรณีของเงินสดเท่านั้นแต่รวมไปถึงทรัพย์สินในรูปแบบอื่นซึ่งได้จากการกระทำความผิดและยังรวมถึงการถ่ายโอน เปลี่ยนแปลงทรัพย์สินดังกล่าวเพื่อปกปิดแหล่งที่มาที่แท้จริงไม่ว่าโดยรูปแบบใดซึ่งย่อมรวมถึงกรณีของการได้มาซึ่งสิทธิในทรัพย์สินหรือการครอบครองทรัพย์สินดังกล่าวด้วยหากว่าผู้ครอบครองรู้ว่าทรัพย์สินนั้นได้มาจากการกระทำความผิด⁵

การฉ้อราษฎร์บังหลวง ซึ่งอนุสัญญาฯ กำหนดให้การคอร์รัปชันเป็นการกระทำความผิดอาญาหากว่าเกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติซึ่งรวมไปถึงการเสนอให้ การให้การเรียกร้องและการยอมรับสินบนไม่ว่าในรูปแบบใด หรือผลประโยชน์ที่ไม่เหมาะสม หรือการจูง

³ UNTOC, Article 37.

⁴ UNTOC, Article 5.

⁵ UNTOC, Article 6.

ใจในรูปแบบอื่นเพื่อเสนอแก่ผู้รับซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐและวัตถุประสงค์ของการให้สินบนนั้น เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานผู้นั้น⁶

การขัดขวางความยุติธรรม ซึ่งอนุสัญญาฯ กำหนดให้รัฐภาคีสมาชิกกำหนดให้การ กระทำอันเป็นการขัดขวางกระบวนการยุติธรรมเป็นความผิดอาญา ซึ่งย่อมรวมถึงการคอร์รัปชัน และการให้สินบน หรือการใช้กำลังบังคับ เพื่อให้เกิดอิทธิพลแก่การให้การ หรือการเบิกความ หรือ พยานหลักฐานอื่นใด หรือการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการบังคับใช้กฎหมาย⁷ หรือเป็นความผิดร้ายแรงดังที่ได้นิยามไว้ในอนุสัญญาฯ และการกระทำความผิดนั้นมีลักษณะเป็น การข้ามชาติและเกี่ยวข้องกับกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร⁸

อาชญากรรมร้ายแรง อาชญากรรมมีมากมายหลายรูปแบบ เช่น การลักเล็กขโมย น้อย ลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ วางเพลิง ฆ่าคนตาย ฯลฯ ถึงแม้ว่าหากพิจารณาแล้วความแตกต่างของ รูปแบบอาชญากรรมต่างๆ จะสามารถพิจารณาได้ในหลายมิติ เช่น จำนวนความถี่ของการก่อ อาชญากรรม พื้นที่ ระยะเวลา เป็นต้น แต่สิ่งหนึ่งที่ทำให้อาชญากรรมเหล่านี้มีความแตกต่าง ค่อนข้างชัดเจน คือ ความร้ายแรงของอาชญากรรม แต่เดิมความร้ายแรงของอาชญากรรมเป็นการ พิจารณาลักษณะสำคัญของอาชญากรรมที่เกี่ยวกับวัตถุ ดังนั้น จึงไม่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป ของบุคคลที่อยู่ต่างสังคม หรือต่างวัฒนธรรม เพราะความร้ายแรงดังกล่าววัดได้จากแรงจูงใจของ คนบางกลุ่มเท่านั้น ดังนั้นอนุสัญญาฯ จึงได้กำหนดให้อาชญากรรมร้ายแรง หมายถึง การกระทำ การที่เป็นความผิดซึ่งสามารถลงโทษโดยการทำให้สูญเสียเสรีภาพขั้นสูงสุดเป็นเวลาอย่างน้อย 4 ปี หรือโดยโทษที่รุนแรงกว่าได้⁹

(2) การกระทำความผิดดังที่ได้ระบุไว้ในพิธีสารและเนื้อหาของพิธีสารกำหนดไว้เป็น การเฉพาะว่าให้นำข้อกำหนดบางข้อหรือทุกข้อในอนุสัญญาฯ มาใช้โดยอนุโลม

โดยอนุสัญญาฯ และพิธีสารแนบท้ายฯ ทั้ง 3 ฉบับ เป็นข้อตกลงร่วมกันตามกฎหมาย ระหว่างประเทศ ไม่ใช่เครื่องมือในทางกฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่งโดยเอกเทศ แต่เป็น เครื่องมือในทางกฎหมายระหว่างประเทศ อนุสัญญาฯ จึงมีผลบังคับต่อรัฐ มิใช่บังคับต่อคนชาติ

⁶ UNTOC, Article 8.

⁷ ประธาน วัฒนวาณิชย์, รายงานสรุปผลการวิจัยเรื่อง การใช้ถ้อยคำในอนุสัญญาฯ สหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กรและพิธีสารแนบท้าย, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันกฎหมายอาญาสำนักงานอัยการสูงสุด, 2548), น. 64-65.

⁸ UNTOC, Article 23.

⁹ UNTOC, Article 2 (b).

ของรัฐโดยตรง ดังนั้น รัฐภาคีที่จะให้สัตยาบันอนุสัญญาฯ ฉบับนี้ควรดำเนินการแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องรับกับมาตรการเชิงบังคับให้ต้องปฏิบัติ ดังที่ได้มีการกำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ เสียก่อน¹⁰

ความสัมพันธ์ระหว่างอนุสัญญาฯ กับพิธีสารฯ ได้บัญญัติไว้ในข้อ 37 ของอนุสัญญาฯ และข้อ 1 ของพิธีสารฯ ซึ่งถือเป็นพื้นฐานระหว่างอนุสัญญาฯ และพิธีสารฯ และเนื่องจากการที่พิธีสารฯ ไม่ได้กำหนดไว้เป็นอิสระจากอนุสัญญาแม่บท ดังนั้นการที่รัฐใดจะเข้าเป็นภาคีในพิธีสารฉบับใด รัฐนั้นจะต้องเป็นภาคีของอนุสัญญาแม่บทด้วย ดังที่ได้บัญญัติไว้ใน ข้อ 37 ของอนุสัญญา¹¹ เพื่อให้เป็นการแน่ใจว่ารัฐที่จะเข้าเป็นภาคีในพิธีสารฉบับใด ได้มีบทบัญญัติที่เตรียมพร้อมและนำมาใช้บังคับได้สำหรับอนุสัญญาฯ เสียก่อน ดังเช่น บทบัญญัติเฉพาะเจาะจงของอนุสัญญาฯ ที่ได้ร่างเป็นพื้นฐาน ได้รวบรวมความต้องการทั่วไปในความร่วมมือทางด้านการกฎหมายและความร่วมมือในรูปแบบอื่นๆ ในทางระหว่างประเทศ ตัวอย่างเช่น การให้ความร่วมมือในเรื่องการแสดงเอกสารการเดินทาง ที่บัญญัติไว้ในพิธีสารฯ

ในการตีความอนุสัญญาฯ และ พิธีสารฯ จะถูกตีร่วมกัน ดังที่ได้บัญญัติไว้ใน ข้อ 37 ของอนุสัญญา¹² โดยในการตีความสิ่งที่เกี่ยวข้องทั้งหมดควรจะถูกพิจารณาและบทบัญญัติใดที่ใช้ภาษาล้ำยคลึงกันหรือใกล้เคียงกันควรจะให้ความหมายที่ใกล้เคียงกัน ซึ่งสิ่งนี้จะให้ความหมายนั้นออกมาในนัยเดียวกัน ในการตีความพิธีสารฉบับใดฉบับหนึ่งนั้นวัตถุประสงค์ของพิธีสารนั้น จะตีความเพื่อวัตถุประสงค์ของพิธีสารดังกล่าว โดยสอดคล้องกับการตีความอนุสัญญาฯ

สำหรับประเทศไทยนั้น ในฐานะสมาชิกขององค์การสหประชาชาติและได้ร่วมลงนามในอนุสัญญาฯ เมื่อวันที่ 13 ธันวาคม 2543 และได้ลงนามใน พิธีสารฯ เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม 2544¹³ แล้ว และอาจให้สัตยาบันตราสารดังกล่าวในอนาคตอันใกล้

¹⁰ ประธาน วัฒนวาณิชย์, อ้างแล้ว เจริญพรที่ 7, น.12.

¹¹ UNTOC, Article 37, para. 2.

¹² UNTOC, Article 37, para.4.

¹³ สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มกราคม 2552 จาก

2.3 ความมุ่งหมายของพิธีสารฯ

พิธีสารฯ ถือเป็นส่วนหนึ่งของอนุสัญญาต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่มีรูปแบบเป็นองค์กร จึงต้องมีเจตนารมณ์และความมุ่งหมายที่เป็นไปในแนวทางเดียวกับอนุสัญญาฯ กล่าวคือ

1 ขจัดความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ อันเป็นอุปสรรคต่อการให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกัน

2 ยกกระดับมาตรฐานของกฎหมายภายใน เพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่มีรูปแบบเป็นองค์กรได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

เนื้อหาของพิธีสารฯ ให้ความสำคัญกับการเตรียมการด้านนิติบัญญัติที่เอื้อให้ประเทศต่างๆ สามารถให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในการป้องกันและปราบปรามการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานได้อย่างมีประสิทธิภาพ ปราศจากอุปสรรคที่มาจากความแตกต่างของระบบกฎหมายภายใน อันจะเป็นปัจจัยส่งเสริมมาตรการต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติได้อีกทางหนึ่ง

พิธีสารฉบับนี้มีวัตถุประสงค์สำคัญ 2 ประการ¹⁴ คือ

ประการแรก เพื่อปราบปรามการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่น โดยใช้มาตรการป้องกัน การดำเนินการสืบสวนและการดำเนินคดีต่อการกระทำความผิด และการส่งเสริมสนับสนุนความร่วมมือระหว่างรัฐภาคี

ประการที่สอง เพื่อป้องกันสิทธิมนุษยชน และผลประโยชน์ประการอื่นของผู้โยกย้ายถิ่นฐานโดยการสนับสนุนส่งเสริมความร่วมมือระหว่างประเทศในการหยุดยั้งการกระทำความผิด¹⁵

2.4 การตั้งข้อสงวนของประเทศภาคี

ข้อสงวน ตามข้อ 2 (d) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 นั้น ข้อสงวน (reservations) หมายถึง คำแถลงฝ่ายเดียว (unilateral statement) ไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไรก็ตาม เช่น เรียกว่า คำประกาศ (declaration) ซึ่งกระทำโดยรัฐเมื่อลงนาม ให้สัตยาบัน ยอมรับ เห็นชอบหรือเข้าภาคยานุวัติสนธิสัญญาโดยที่รัฐนั้นประสงค์ที่จะยกเว้นหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงผลในทางกฎหมายของข้อบทบางข้อแห่งสนธิสัญญาในการใช้บังคับข้อบท

¹⁴ ประธาน วัฒนวาณิชย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น. 18.

¹⁵ MPS, Article 2

เหล่านั้นแก้ต้น¹⁶

สำหรับสนธิสัญญาทวิภาคี (bilateral treaty) นั้น การตั้งข้อสงวนโดยรัฐใดรัฐหนึ่ง ย่อมมีผลเท่ากับเป็นการเสนอประเด็นขึ้นใหม่ ดังนั้น ข้อสงวนดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับได้หรือไม่จึง ขึ้นอยู่กับว่า รัฐคู่สนธิสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะยอมรับข้อสงวนดังกล่าวหรือไม่ หากรัฐคู่สนธิสัญญา อีกฝ่ายหนึ่งไม่ยอมรับและรัฐที่ขอตั้งข้อสงวนยังคงยืนยันตามข้อสงวนของตน ก็จะมีผลทำให้รัฐทั้งสองไม่อาจบรรลุผลข้อสงวนแห่งสนธิสัญญาระหว่างกันได้และจะมีผลทำให้รัฐทั้งสองไม่อาจบรรลุ ข้อตกลงทางสนธิสัญญาได้ในที่สุด ปัญหาที่เกิดกับการตั้งข้อสงวนส่วนใหญ่จะเป็นกรณีของการที่ รัฐหนึ่งหรือกว่านั้นขึ้นไปตั้งข้อสงวนเกี่ยวกับบทบัญญัติต่างๆ ของสนธิสัญญาพหุภาคี (multilateral treaty) การตั้งข้อสงวนเช่นนั้นจะกระทำได้หรือไม่และในขอบเขตเพียงใด¹⁷

การตั้งข้อสงวน อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้ วางเป็นหลักทั่วไปว่า รัฐสามารถตั้งข้อสงวนในสนธิสัญญาได้เมื่อรัฐลงนาม ให้สัตยาบัน ให้การ ยอมรับ ให้ความเห็นชอบหรือเข้าภาคยานุวัติสนธิสัญญาเว้นแต่ในกรณีต่อไปนี้

- 1 สนธิสัญญานั้นห้ามมิให้รัฐตั้งข้อสงวน
- 2 สนธิสัญญากำหนดว่า เฉพาะข้อสงวนเพียงบางเรื่องเท่านั้นที่รัฐสามารถทำได้ซึ่ง ไม่รวมถึงข้อสงวนที่รัฐจะขอตั้ง หรือ
- 3 ในกรณีนอกเหนือจากข้อ 1 และข้อ 2 ข้างต้น ปรากฏว่าข้อสงวนนั้นไม่สอดคล้อง กับวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของสนธิสัญญานั้น¹⁸

¹⁶ Article 2 of the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 Use of terms

“(d) “reservation” means a unilateral statement, however phrased or named, made by a State, when signing, ratifying, accepting, approving or acceding to a treaty, whereby it purports to exclude or to modify the legal effect of certain provisions of the treaty in their application to that State”

¹⁷ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น.244-245.

¹⁸ Article 19 of the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969

“Formulation of reservations

A State may, when signing, ratifying, accepting, approving or acceding to a treaty, formulate a reservation unless:

หลักเกณฑ์ในข้อ 3 เป็นหลักเกณฑ์ที่ไม่ใช้กับข้อสงวนซึ่งสนธิสัญญาได้ห้ามไว้ไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายตามข้อ 1 และไม่ใช่กับข้อสงวนซึ่งสนธิสัญญาอนุญาตไว้อย่างชัดแจ้งตามข้อ 2 เช่นกัน¹⁹

อย่างไรก็ดี อนุสัญญากรุงเวียนนาได้ตั้งกฎเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับการตั้งข้อสงวนเมื่อไม่มีการบอกแนวปฏิบัติไว้ในสนธิสัญญาดังต่อไปนี้

ก) เงื่อนไขเกี่ยวกับสาระสำคัญของสนธิสัญญา

เงื่อนไขเฉพาะเกี่ยวกับสนธิสัญญา 2 ประเภท

1 สนธิสัญญาก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศ ต้องได้รับการยอมรับจากองค์การที่มีอำนาจตัดสินใจองค์การระหว่างประเทศอาจบัญญัติกฎเกณฑ์อื่นๆ ขึ้นได้แต่ตามบทบัญญัติสนธิสัญญาก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศนั้นๆ

2 สนธิสัญญาพหุภาคีซึ่งประกอบด้วยรัฐภาคีจำนวนจำกัดและเป็นสนธิสัญญาที่เป้าหมายและสาระมีข้อบ่งชี้ให้ทราบว่าการยอมรับให้มีผลผูกพันนั้นถูกกำหนดขึ้นโดยการบังคับใช้สนธิสัญญาทั้งฉบับ ข้อสงวนต่อสนธิสัญญาประเภทนี้ต้องได้รับการยอมรับจากภาคีทุกฝ่ายในสนธิสัญญา

เงื่อนไขทั่วไป

ข้อสงวนต้องไม่ขัดต่อวัตถุประสงค์และเป้าหมายของสนธิสัญญา

ข) เงื่อนไขซึ่งเกี่ยวกับปฏิกริยาหรือท่าทีของรัฐอื่นๆ

การยอมรับ เมื่อรัฐเพียงรัฐเดียวยอมรับข้อสงวน รัฐที่ตั้งข้อสงวนก็สามารถเข้าเป็นภาคีฝ่ายในสนธิสัญญา คือ กับรัฐที่ยอมรับ การยอมรับอาจทำเป็นทางการอย่างชัดแจ้งหรืออาจทำโดยปริยาย โดยผลทางกฎหมายของการยอมรับก็คือ ข้อสงวนเปลี่ยนแปลงข้อบทบางอย่างของสนธิสัญญาระหว่างรัฐที่ตั้งข้อสงวนและรัฐที่ยอมรับ²⁰

(a) the reservation is prohibited by the treaty;

(b) the treaty provides that only specified reservations, which do not include the reservation in question, may be made; or

(c) in cases not falling under sub-paragraphs (a) and (b), the reservation is incompatible with the object and purpose of the treaty.”

¹⁹ จุมพต สายสุนทร, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 17*, น. 251-252.

²⁰ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 115-116.

สำหรับพิธีสารฯ มีข้อกำหนดเกี่ยวกับข้อสงวนในข้อ 20 ดังนี้

“1 ให้รัฐภาคีพยายามระงับข้อพิพาทต่างๆ ที่เกี่ยวกับการตีความหรือการใช้บังคับพิธีสารนี้โดยการเจรจา

2 ข้อพิพาทใดๆ ระหว่างรัฐภาคีสองรัฐขึ้นไปเกี่ยวกับการตีความหรือการใช้บังคับ พิธีสารนี้ซึ่งไม่สามารถระงับได้โดยการเจรจาภายในระยะเวลาอันควร ให้ส่งไปเพื่อการอนุญาโตตุลาการตามคำร้องขอของรัฐภาคีคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หากรัฐภาคีคู่พิพาทยังไม่สามารถตกลงกันได้ในการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหกเดือนหลังจากวันที่ร้องขอให้มีการอนุญาโตตุลาการ รัฐภาคีคู่พิพาทรัฐใดรัฐหนึ่งอาจส่งข้อพิพาทดังกล่าวต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยการร้องขอตามธรรมนูญของศาลฯ นั้น

3 ในเวลาที่มีการลงนาม การให้สัตยาบัน การยอมรับ หรือการให้ความเห็นชอบ หรือการภาคยานุวัติต่อพิธีสารนี้ รัฐภาคีแต่ละรัฐอาจประกาศว่าไม่ถือผูกพันกับวรรค 2 ของข้อนี้ รัฐภาคีอื่นๆ จะต้องไม่ผูกพันโดยวรรค 2 ของข้อนี้ในส่วนที่เกี่ยวกับรัฐภาคีที่ได้ทำข้อสงวน ดังกล่าว

4 รัฐภาคีใดซึ่งได้ตั้งข้อสงวนไว้ตามวรรค 3 ของข้อนี้ อาจถอนข้อสงวนนั้นเมื่อใดก็ได้ โดยการแจ้งไปยังเลขาธิการสหประชาชาติ”

จากบทบัญญัติในข้อ 20 ดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าพิธีสารฯ ได้กำหนดในเรื่องข้อสงวนไว้ล่วงหน้า จึงเห็นได้ว่าบทบัญญัติในพิธีสารฯ อนุญาตให้รัฐที่จะเข้าเป็นภาคีสามารถตั้งข้อสงวนได้

2.5 คำนิยามที่เกี่ยวข้องกับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

พิธีสารฯ ได้ให้คำนิยามของคำศัพท์ที่ถือได้ว่าเป็นสาระสำคัญของพิธีสารฯ ไว้ในข้อ 3 ของพิธีสารฯ ดังนี้

2.5.1 การเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย²¹

การเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย หมายถึง การข้ามแดนโดยไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดที่จำเป็นสำหรับการเข้าไปในรัฐผู้รับโดยชอบด้วยกฎหมาย

²¹ MPS, Article 3(b).

2.5.2 เอกสารการเดินทางปลอมหรือเอกสารแสดงตนปลอม²²

เอกสารการเดินทางปลอมหรือเอกสารแสดงตนปลอม หมายถึง เอกสารเดินทางหรือเอกสารแสดงตนใดๆ

- (1) ซึ่งถูกปลอมขึ้นหรือเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญโดยบุคคลใดบุคคลหนึ่ง นอกเหนือจากบุคคล หรือหน่วยงานซึ่งได้รับอนุญาตตามกฎหมายที่ผลิตหรือออกเอกสารเดินทางหรือเอกสารแสดงตนในนามของรัฐ หรือ
- (2) ซึ่งได้ออกให้โดยไม่ถูกต้องหรือได้รับโดยการแสดงข้อความเท็จ การฉ้อราษฎร์บังหลวงหรือการข่มขู่ หรือในลักษณะอื่นใดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือ
- (3) ซึ่งถูกนำไปใช้โดยบุคคลนอกเหนือจากผู้ถือซึ่งทรงสิทธิ

2.5.3 เรือ²³

เรือ หมายถึง พาหนะทางน้ำประเภทใดๆ รวมถึงพาหนะที่ลอยอยู่เหนือน้ำ และเครื่องบินทะเล ซึ่งใช้หรือสามารถนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการขนส่งทางน้ำ ยกเว้นเรือรบ เรือช่วยรบ หรือเรืออื่นที่รัฐบาลเป็นเจ้าของหรือดำเนินการและใช้ในขณะนั้นเฉพาะในราชการที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์

2.6 การกำหนดฐานความผิดตามพิธีสารฯ

บทบัญญัติของพิธีสารฯ อาจแบ่งได้เป็นมาตรการบังคับ (ที่รัฐต้องปฏิบัติตาม) และมาตรการที่ไม่บังคับ มาตรการบังคับน่าจะถือได้ว่าเป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่รัฐภาคีของพิธีสารฯ ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติข้างล่างนี้น่าจะถือได้ว่าเป็นมาตรการบังคับ

²² MPS, Article 3(c).

²³ MPS, Article 3(d).

ตารางที่ 2
มาตรการบังคับตามพิธีสาร

ลำดับที่	มาตรการบังคับ
1	การนำบทบัญญัติต่างๆ ของ UNTOC มาปรับกับ MSP โดยอนุโลม (วรรค 2 ของข้อ 1)
2	การใช้คำเฉพาะ (ข้อ 3)
3	การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของผู้โยกย้ายถิ่น (ข้อ 5)
4	การกำหนดให้การกระทำตามที่กำหนดไว้เป็นความอาญา (ข้อ 6)
5	การให้ความร่วมมือเพื่อป้องกันและปราบปรามการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นทางทะเล (ข้อ 7)
6	การใช้มาตรการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นทางทะเล (วรรค 1, 4 และ 6 ของข้อ 8)
7	การใช้บทบัญญัติเพื่อความปลอดภัย (ข้อ 9)
8	การให้ความร่วมมือด้านข้อมูลข่าวสาร (ข้อ 10)
9	การใช้มาตรการด้านชายแดน (วรรค 2 ของข้อ 11)
10	การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความสมบูรณ์ของเอกสาร (ข้อ 13)
11	การให้ความร่วมมือด้านการฝึกอบรมและวิชาการ (วรรค 1 และ 2 ของข้อ 14)
12	การใช้มาตรการป้องกันอื่นๆ (วรรค 1 และ 2 ของข้อ 15)
13	การใช้มาตรการคุ้มครองและช่วยเหลือต่างๆ (ข้อ 16)
14	การส่งผู้โยกย้ายถิ่นที่ถูกลักลอบเข้าเมืองคืน (วรรค 1, 2, 3, 4, 5, 7 และ 8 ของข้อ 18)
15	การใช้ข้อยกเว้น (ข้อ 19)

ที่มา: “รายงานสรุปผลการวิจัยเรื่อง มาตรการในการแก้ไขปัญหาการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่น(พิธีสารเพื่อการต่อต้านการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นฐานทางบก ทางทะเล และทางอากาศ)” โดย พิศวาท สุขธนพันธุ์, 2548, สถาบันกฎหมายอาญาสำนักงานอัยการสูงสุด, น. 56-57.

การกำหนดฐานความผิด

เนื่องจากพิธีสารดังกล่าวเป็นพิธีสารฯ เพิ่มเติมอนุสัญญาเพื่อการป้องกันและต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร โดยความผิดตามที่อนุสัญญาฯ และพิธีสารฯ มุ่ง

ป้องกันและต่อต้าน ได้แก่ ความผิดที่มีลักษณะข้ามชาติและเกี่ยวกับกลุ่มอาชญากรรมที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร²⁴

โดยความผิดที่มีลักษณะข้ามชาติตามอนุสัญญานั้น²⁵ หมายถึง

(1) ความผิดกระทำในรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐ

(2) ความผิดกระทำในรัฐหนึ่ง แต่มีส่วนที่สำคัญของการเตรียมการ การวางแผน การสั่งการ หรือการควบคุมเกิดขึ้นในอีกรัฐหนึ่ง

(3) ความผิดกระทำในรัฐหนึ่ง แต่เกี่ยวข้องกับกลุ่มอาชญากรรมที่จัดตั้งในลักษณะองค์กรซึ่งเกี่ยวข้องกับกิจกรรมที่เป็นความผิดอาญาในรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐ หรือ

(4) ความผิดกระทำในรัฐหนึ่งแต่มีผลกระทบสำคัญในอีกรัฐหนึ่ง

โดยตามอนุสัญญาฯ ได้ให้ความหมายของ องค์กรอาชญากรรม²⁶ หมายถึง กลุ่มที่มีการจัดโครงสร้าง ประกอบด้วยบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไปเพื่อดำรงอยู่เป็นระยะเวลาหนึ่งและที่มีการประสานการดำเนินงานระหว่างกันโดยมีเป้าหมายในการก่ออาชญากรรมร้ายแรงตั้งแต่หนึ่งฐานความผิดขึ้นไป ตามที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้ เพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์ทางวัตถุอย่างอื่นไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม

อาชญากรรมร้ายแรง²⁷ หมายถึง การกระทำที่เป็นความผิดซึ่งสามารถลงโทษ โดยการทำให้อายุสั้นลงหรือเสียชีวิตเป็นเวลานานอย่างน้อยสี่ปี หรือโดยโทษที่รุนแรงกว่า

การกำหนดให้เป็นความผิดอาญา ตามพิธีสารฯ ข้อ 6 คือ ให้รัฐภาคีกำหนดให้การกระทำความผิดต่อไปนี้เป็นความผิดอาญา²⁸ โดยให้ถือว่าเป็นความผิดที่ได้กำหนดขึ้นตามอนุสัญญาฯ²⁹

มาตรการบังคับตามพิธีสารฯ ถือเป็นมาตรฐานขั้นต่ำ โดยกฎหมายภายในอาจมีขอบเขตที่กว้างกว่าและมีความเข้มงวดกว่ามาตรการบังคับของพิธีสารฯ

จากบทบัญญัติของพิธีสารฯ ในข้อนี้สามารถกำหนดฐานความผิดตามพิธีสารฯ ได้ดังนี้

²⁴ UNTOC, Article 3, para 1.

²⁵ UNTOC, Article 3, para 2.

²⁶ UNTOC, Article 2 (a).

²⁷ *Ibid.*

²⁸ MPS, Article 6.

²⁹ MPS, Article 1, para 3.

2.6.1 การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน³⁰

พิธีสารฯ ข้อ 6 วรรค 1 (ก) ได้กำหนดให้การลักลอบการขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานเป็น ความผิดอาญา ซึ่งองค์ประกอบด้านจิตใจของความผิดฐานนี้ ได้แก่ เจตนา

ซึ่งการกระทำความผิดฐานการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานนั้น พิธีสารฯ ได้กำหนด ความหมายไว้ในข้อ 3 ของพิธีสารฯ ซึ่งหมายถึง การจัดให้มีการเข้าเมืองโดยผิดกฎหมายของ บุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งมิใช่คนชาติของ/หรือผู้มีถิ่นถาวรในรัฐที่เข้าไป

นอกจากนี้การกระทำความผิดฐานนี้ยังหมายความรวมถึง การเข้าเมืองโดยผิด กฎหมายที่ได้กำหนดไว้ในข้อ 3 ของพิธีสารฯ เช่นกัน ซึ่งหมายถึง การข้ามแดนโดยไม่ปฏิบัติตาม ข้อกำหนดที่จำเป็นสำหรับการเข้าไปในรัฐผู้รับโดยชอบด้วยกฎหมาย

โดยทั่วไปแล้วการกระทำความผิดฐานลักลอบเข้าเมืองนี้จะรวมกรณีการเข้าเมืองโดย มีเอกสารที่ถูกต้องตามกฎหมาย แต่การใช้เอกสารดังกล่าวไปในทางที่ผิดซึ่งจะได้กล่าวถึงในหัวข้อ ต่อไป ซึ่งเกี่ยวกับการผลิตเอกสารเดินทางหรือเอกสารแสดงตนปลอม

ในการกำหนดความผิดฐานนี้มุ่งเน้นลงโทษไปที่การกระทำของกลุ่มองค์กร อาชญากรรมที่ได้กระทำความผิดลง นอกจากนี้ความผิดฐานดังกล่าวต้องการเจตนาพิเศษหรือ มูลเหตุจูงใจ คือ ผู้กระทำได้กระทำความผิดไปเพื่อได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางการเงินหรือ ผลประโยชน์ทางวัตถุอื่น ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม³¹

2.6.2 ความผิดเกี่ยวกับเอกสาร³²

เพื่อเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการลงโทษ การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานและ การเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย พิธีสารฯ ได้มีการบัญญัติให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับเอกสารเป็น ความผิดแยกต่างหากอีกฐานหนึ่ง ซึ่งองค์ประกอบทางด้านจิตใจของความผิดฐานนี้ ได้แก่ เจตนา และมีเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจ เช่นเดียวกับการกระทำความผิดฐานลักลอบขนผู้โยกย้าย

³⁰ MPS, Article 6, para.1 (a).

³¹ United Nations (n.d.), Legislative guide for the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea, Retrieved November 20, 2007, from <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/legislative-guide.html>

³² MPS, Article 6, para 2 (b).

ถิ่นฐาน คือ กระทำความผิดเพื่อได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์ทางวัตถุอื่น ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม

นอกจากนี้แล้วการกระทำความผิดดังกล่าวมีองค์ประกอบในเรื่องมูลเหตุจูงใจอีกข้อหนึ่งนอกจากที่กล่าวข้างต้น คือ เพื่อความมุ่งประสงค์ในการก่อให้เกิดการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

เอกสารเดินทางตามความหมายในพิธีสารนี้ หมายถึง เอกสารทุกชนิดที่จำเป็นต้องใช้สำหรับการเข้าหรือออกรัฐใดๆ ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐนั้นๆ และยักรวมถึงเอกสารแสดงตนที่ออกโดยรัฐ ซึ่งเอกสารดังกล่าวนั้นมุ่งเน้นที่จะชี้เฉพาะถึงบุคคลของรัฐภายใต้กฎหมายหรือกระบวนการของรัฐนั้นๆ³³

ความผิดเกี่ยวกับเอกสารที่พิธีสารฯ ต้องการให้รัฐภาคีบัญญัติให้เป็นความผิดนั้นแบ่งออกได้เป็น 2 ส่วนความผิดดังนี้

- (1) การผลิตเอกสารเดินทางหรือเอกสารแสดงตนปลอม ตามพิธีสารฯ ข้อ 6 วรรค 2
- (2) การจัดหา การจัดให้ หรือการครอบครองเอกสารปลอม ตามพิธีสารฯ ข้อ 6 วรรค 2 (2)

ความหมายของเอกสารเดินทางปลอมหรือเอกสารแสดงตนปลอมเป็นไปตามความหมายที่กำหนดไว้ในพิธีสารฯ ข้อ 3 หมายความว่า เอกสารเดินทางหรือเอกสารแสดงตนใดๆ

(1) ซึ่งถูกปลอมขึ้นหรือเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญโดยบุคคลใดบุคคลหนึ่ง นอกเหนือจากบุคคล หรือหน่วยงานซึ่งได้รับอนุญาตตามกฎหมายที่ผลิตหรือออกเอกสารเดินทางหรือเอกสารแสดงตนในนามของรัฐ หรือ

(2) ซึ่งได้ออกให้โดยไม่ถูกต้องหรือได้รับโดยการแสดงข้อความเท็จ การฉ้อราษฎร์บังหลวงหรือการข่มขู่ หรือในลักษณะอื่นใดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือ

(3) ซึ่งถูกนำไปใช้โดยบุคคลนอกเหนือจากผู้ถือซึ่งทรงสิทธิ

เมื่อพิจารณาจากคำนิยามของเอกสารเดินทางปลอมหรือเอกสารแสดงตนปลอมแล้วจึงสามารถสรุปได้ว่าเอกสารปลอมนั้น หมายความว่า เอกสารที่ได้กระทำโดยกรณีดังต่อไปนี้

³³ United Nations (n.d.), Legislative guide for the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea, Retrieved November 20, 2007, from <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/legislative-guide.html>

เอกสารที่สร้างขึ้นโดยวิธีที่ไม่ถูกต้อง โดยไม่มีเอกสารต้นฉบับหรือมีเอกสารที่ถูกต้องเป็นต้นฉบับแต่เอกสารนั้นสร้างขึ้นโดยวิธีที่ไม่ถูกต้อง

เอกสารที่สร้างขึ้นโดยวิธีที่ไม่ถูกต้องนั้น รวมถึงเอกสารที่ปลอมแปลงขึ้นมา หรือเอกสารที่สร้างขึ้นโดยไม่มีต้นฉบับและเอกสารดังกล่าวประกอบด้วยรูปแบบเอกสารที่แท้จริง แต่ข้อมูลที่ใส่ลงในเอกสารนั้นเป็นข้อมูลที่ไม่ถูกต้อง เป็นข้อมูลที่ใส่โดยไม่ได้รับอนุญาต หรือเป็นการทำข้อมูลโดยบุคคลผู้ไม่มีอำนาจ

เอกสารจริงที่ถูกทำการเปลี่ยนแปลง ไม่ว่าจะโดยวิธีการใด เช่น การเปลี่ยนรูปผู้ถือเอกสาร การเปลี่ยนแปลงวันออกเอกสารหรือวันหมดอายุของเอกสาร ซึ่งเป็นการกระทำโดยบุคคลผู้ไม่มีอำนาจ

นอกจากนี้เอกสารปลอมนั้นยังหมายถึง เอกสารที่แท้จริง ที่ถูกสร้างขึ้นโดยการบิดเบือนข้อเท็จจริง การฉ้อราษฎร์บังหลวง หรือการข่มขู่ ซึ่งการกระทำดังที่กล่าวมานี้จะเป็นไปตามแต่ละกรณีที่กำหนดไว้เป็นความผิดของกฎหมายภายใน

ส่วนกรณีสุดท้าย คือ กรณีที่เอกสารดังกล่าวนี้เป็นเอกสารที่ออกมาถูกต้องแท้จริง แต่การนำไปใช้นั้นเป็นการไปใช้โดยบุคคลอื่นนอกเหนือจากเจ้าของเอกสารนั้น³⁴

2.6.3 การกระทำให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งมิใช่คนชาติหรือผู้มีถิ่นที่อยู่ถาวรสามารถยังคงอยู่ในรัฐ โดยไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดเพื่อการอยู่ต่อโดยชอบด้วยกฎหมาย.³⁵

พิธีสารฯ ข้อ 6 วรรค 1 (ค) ได้กำหนดให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งมิใช่คนชาติหรือผู้มีถิ่นที่อยู่ถาวรสามารถยังคงอยู่ในรัฐที่เกี่ยวข้องโดยไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดที่จำเป็นเพื่อการอยู่ต่อโดยชอบด้วยกฎหมายในรัฐนั้นโดยวิธีอื่นใดที่มีชอบด้วยกฎหมาย เมื่อได้กระทำความผิดนี้โดยเจตนา และเพื่อที่จะให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์ในทางวัตถุอื่น ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม

การกำหนดความผิดนอกเหนือจากที่ได้กล่าวมาแล้วอีกข้อหนึ่ง คือ การทำให้บุคคลสามารถอยู่ในรัฐได้ โดยปราศจากสถานะที่ถูกต้อง เช่น สัญชาติ สิทธิในการอาศัยอยู่ หรือ เอกสารที่ถูกต้อง เช่น เอกสารแสดงตนหรือเอกสารเดินทาง หรือ การอาศัยอยู่โดยผิดกฎหมาย ซึ่งความมุ่งหมายของการกำหนดความผิดฐานนี้รวมถึง การเข้าเมืองโดยวิธีที่ถูกต้องกฎหมาย เช่น การเข้ามาใน

³⁴ *Ibid.*

³⁵ MPS, Article 6, para 1 (c).

รูปแบบนักท่องเที่ยวมีเอกสารที่ถูกต้อง แต่ได้อาศัยอยู่เกินกว่าที่ได้รับอนุญาตจากเอกสารดังกล่าว นั้น องค์ประกอบด้านจิตใจของความผิดฐานนี้ ได้แก่ เจตนา นอกจากนี้ ในการกระทำความผิด ดังกล่าวผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาพิเศษ คือ กระทำความผิด เพื่อจะให้ได้อะไรซึ่งผลประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์ทางวัตถุอื่น ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม

2.6.4 การพยายามกระทำความผิด³⁶

ในพิธีสารฯ ข้อ 6 วรรค 2 ได้เรียกร้องให้รัฐภาคีแต่ละรัฐรับเอามาตรการทางนิติบัญญัติหรือมาตรการอื่นๆ ตามที่จำเป็นเพื่อกำหนดให้ การพยายามกระทำความผิดภายใต้ แนวความคิดพื้นฐานของระบบกฎหมายของรัฐภาคีนั้นตามที่กำหนดไว้ในวรรค 1 ของข้อนี้

จากบทบัญญัติตามพิธีสารฯ ข้อ 6 วรรค 2 (ก) รัฐภาคีจะต้องบัญญัติกฎหมาย ภายในของตนกำหนดให้การพยายามกระทำความผิดดังต่อไปนี้เป็นความผิด

(ก) การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

(ข) เมื่อได้กระทำไปเพื่อความมุ่งประสงค์ในการก่อให้เกิดการลักลอบขนผู้โยกย้าย
ถิ่นฐาน

(1) การผลิตเอกสารเดินทางหรือเอกสารแสดงตนปลอม

(2) การจัดหา การจัดให้ หรือการครอบครองซึ่งเอกสารปลอมเช่นว่า

(ค) การกระทำใ้บุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งมิใช่คนชาติหรือผู้มีถิ่นที่อยู่ถาวรสามารถ ยังคงอยู่ในรัฐที่เกี่ยวข้องโดยไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดที่จำเป็นเพื่อการอยู่ต่อโดยชอบด้วยกฎหมาย ในรัฐนั้นโดยวิธีสารอื่นใดที่มีชอบด้วยกฎหมาย

เพื่อเป็นการขยายความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิด พิธีสารฯ จึงได้กำหนดให้การ พยายามกระทำความผิดตามที่ระบุไว้ข้างต้นเป็นความผิด ซึ่งในการบัญญัติความผิดในเรื่องการ พยายามกระทำความผิดนั้นให้เป็นไปตามแนวความคิดพื้นฐานของระบบกฎหมายของแต่ละรัฐ เนื่องจากการที่รัฐจะบัญญัติให้การกระทำใดถือว่าเป็นการพยายามกระทำความผิดนั้น ส่วนใหญ่ แล้วต้องการขั้นตอนที่สำคัญในการตัดสินว่าการกระทำในขั้นใดแล้วนั้นถือว่ามี ความใกล้เคียงกับ การกระทำความผิดสำเร็จซึ่งเป็นเหตุผลที่แตกต่างกันไปในแต่ละระบบกฎหมาย ดังนั้นพิธีสารฯ จึง มิได้กำหนดในเรื่องการพยายามกระทำความผิดไว้ เพียงแต่กำหนดให้รัฐภาคีกำหนด การพยายาม กระทำความผิดตามแนวคิดพื้นฐานของแต่ละระบบกฎหมายของตน

³⁶ MPS, Article 6, para 2 (a).

2.6.5 การมีส่วนร่วมในฐานะผู้ร่วมกระทำความผิด³⁷

ในพิธีสารฯ ข้อ 6 วรรค 2 ได้บัญญัติให้รัฐภาคีแต่ละรัฐรับเอามาตรการทางนิติบัญญัติหรือมาตรการอื่นๆ ตามที่จำเป็นเพื่อกำหนดให้การมีส่วนร่วมในฐานะผู้ร่วมกระทำความผิดเป็นความผิด ในความผิดดังต่อไปนี้

(ก) การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

(ข) เมื่อได้กระทำไปเพื่อความมุ่งประสงค์ในการก่อให้เกิดการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

(1) การผลิตเอกสารเดินทางหรือเอกสารแสดงตนปลอม

(ค) การกระทำที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งมิใช่คนชาติหรือผู้มีถิ่นที่อยู่ถาวรสามารถยังคงอยู่ในรัฐที่เกี่ยวข้องโดยไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดที่จำเป็นเพื่อการอยู่ต่อโดยชอบด้วยกฎหมายในรัฐนั้นโดยวิธีสารอื่นใดที่มีชอบด้วยกฎหมาย

การมีส่วนร่วมในฐานะผู้ร่วมกระทำความผิดภายใต้แนวความคิดพื้นฐานของระบบกฎหมายของรัฐภาคีสำหรับความผิดดังต่อไปนี้

(ก) เมื่อได้กระทำไปเพื่อความมุ่งประสงค์ในการก่อให้เกิดการลักลอบขนผู้โยกย้าย

ถิ่นฐาน

(1) การจัดหา การจัดให้ หรือการครอบครองซึ่งเอกสารปลอมเช่นว่า

ซึ่งการกำหนดให้การมีส่วนร่วมในฐานะผู้ร่วมกระทำความผิด เป็นองค์ประกอบของการกระทำที่ปรากฏออกมาภายนอก ซึ่งตามที่พิธีสารฯ ได้กำหนดไว้เป็นความผิดนั้น เพื่อเป็นการขยายความรับผิดชอบของผู้ร่วมกระทำความผิดนั้นอีกฐานความผิดหนึ่ง ซึ่งรัฐภาคีจะต้องนำเอาความผิดฐานนี้มาบัญญัติเป็นความผิดตามกฎหมายภายในของตน

2.6.6 การจัดการ หรือการสั่งการให้บุคคลอื่นกระทำความผิด³⁸

พิธีสารฯ ข้อ 6 วรรค 2 ได้บัญญัติให้การจัดการ หรือสั่งการให้บุคคลกระทำความผิด โดยความผิดฐานนี้เป็นความผิดประกอบความผิดหลักในการประกอบอาชญากรรมดังที่ได้กำหนดไว้ในข้อ 6 ของพิธีสารฯ ซึ่งได้แก่ความผิดดังต่อไปนี้

³⁷ MPS, Article 6, para 2 (b).

³⁸ MPS, Article 6, para 2 (c).

(ก) การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

(ข) เมื่อได้กระทำไปเพื่อความมุ่งประสงค์ในการก่อให้เกิดการลักลอบขนผู้โยกย้าย

ถิ่นฐาน

(1) การผลิตเอกสารเดินทางหรือเอกสารแสดงตนปลอม

(2) การจัดหา การจัดให้ หรือการครอบครองซึ่งเอกสารปลอมเช่นว่า

(ค) การกระทำที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งมิใช่คนชาติหรือผู้มีถิ่นที่อยู่ถาวรสามารถยังคงอยู่ในรัฐที่เกี่ยวข้องโดยไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดที่จำเป็นเพื่อการอยู่ต่อโดยชอบด้วยกฎหมายในรัฐนั้นโดยวิธีอื่นใดที่มีชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับความผิดฐานนี้เป็นฐานความผิดประกอบความผิดหลักในการประกอบความผิดต่างๆ ที่กล่าวข้างต้น กล่าวคือ เป็นเรื่องการจัดการ สิ่งการในความผิดดังกล่าว ซึ่งรัฐภาคีจะต้องนำเอาความผิดฐานนี้มาบัญญัติเป็นความผิดตามกฎหมายภายในของตน

2.6.7 การกำหนดเหตุเพิ่มโทษ

พิธีสาร ข้อ 6 วรรค 3 ได้กำหนดเหตุเพิ่มโทษสำหรับความผิดต่างๆ³⁹ ที่ได้กล่าวมาแล้ว ภายใต้สถานการณ์ดังต่อไปนี้

(ก) ที่ก่อให้เกิดอันตราย หรือน่าจะก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตและความปลอดภัยของผู้โยกย้ายถิ่นฐานที่เกี่ยวข้อง หรือ

(ข) ที่นำมาซึ่งการปฏิบัติโดยไร้มนุษยธรรมหรือการย้ายยัดยัดผิดศีล รวมถึงการแสวงประโยชน์จากผู้โยกย้ายถิ่น

นอกเหนือจากความผิดต่างๆ ที่ถูกบัญญัติขึ้นตามพิธีสาร แล้วรัฐภาคีต้องบัญญัติให้มีการเพิ่มโทษสำหรับผู้กระทำความผิดที่ทำให้เกิดสถานการณ์ตามที่ได้อธิบายไว้ข้างต้นอย่างจริงจัง ซึ่งบทบัญญัติที่กล่าวมานั้นจะมีอำนาจเหนือความผิดที่ได้บัญญัติขึ้นมาทั้งหมดในข้อ 6 ของพิธีสาร ซึ่งได้ตกอยู่ในสถานการณ์ที่กำหนดไว้ ซึ่งการจะพิจารณาว่าสถานการณ์ใด ก่อให้เกิดอันตราย หรือน่าจะก่อให้เกิดอันตราย หรือเป็นการปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรมนั้น ให้การพิสูจน์เป็นไปตามาหลักการพิสูจน์พยานหลักฐานของรัฐภาคีนั้นๆ

³⁹ MPS, Article 6, para 3.

2.7 มาตรการต่อต้านตามพิธีสารฯ

โดยทั่วไป ขอบเขตของความร่วมมือภายใต้อนุสัญญาฯ และพิธีสารฯ ถูกควบคุมโดยอนุสัญญาฯ หลัก ซึ่งรูปแบบของความร่วมมือและการช่วยเหลือซึ่งกันและกันที่บัญญัติขึ้นมานั้น สำหรับการป้องกัน การสอบสวนและการฟ้องร้องดำเนินคดีเกี่ยวกับความผิดที่ถูกระบุในพิธีสารฯ ซึ่งเป็นความผิดที่มีลักษณะข้ามชาติและเกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรม

โดยมาตรการต่อต้านเหล่านี้ได้แบ่งออกเป็นดังนี้

2.7.1 มาตรการต่อต้านทางทะเล

ซึ่งได้กำหนดในข้อต่างๆ ของพิธีสารไว้ดังนี้

1 ให้รัฐภาคีทั้งหลายร่วมมือกันอย่างเต็มที่ในการป้องกันและปราบปรามการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางทะเล⁴⁰

2 เมื่อรัฐภาคีมีเหตุสงสัยเรือลำใดลำหนึ่งซึ่งได้ชักธงชาติของรัฐนั้น หรืออ้างว่าได้จดทะเบียนกับรัฐนั้น หรือเป็นเรือไร้สัญชาติ หรือชักธงต่างชาติ หรือปฏิเสธที่จะแสดงธง เป็นเรือที่ทำการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางทะเล รัฐภาคีนั้นอาจขอความช่วยเหลือจากรัฐภาคีอื่นในการปราบปรามเรือดังกล่าว โดยรัฐภาคีที่ได้รับคำร้องขอให้ความช่วยเหลือตามความสามารถของรัฐนั้น⁴¹

3 เมื่อรัฐภาคีมีเหตุสงสัยเรือลำใดลำหนึ่งซึ่งชักธงหรือแสดงเครื่องหมายการจดทะเบียนของรัฐภาคีอีกรัฐหนึ่งกระทำการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางทะเล อาจแจ้งเรื่องให้รัฐเจ้าของธงทราบและขอคำยืนยันการจดทะเบียน และขออำนาจในการดำเนินมาตรการต่อเรือดังกล่าว และรัฐเจ้าของธงอาจมอบอำนาจให้ดำเนินการดังต่อไปนี้ เพื่อขึ้นเรือดังกล่าว เพื่อค้นเรือดังกล่าว และเพื่อดำเนินมาตรการที่เหมาะสมต่อเรือดังกล่าวและบุคคลและสินค้าบนเรือ ตามที่ได้รับมอบอำนาจ หากพบหลักฐานการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางทะเล⁴²

⁴⁰ MPS, Article 7.

⁴¹ MPS, Article 8, para 1.

⁴² MPS, Article 8, para 2.

4 รัฐภาคีซึ่งได้ดำเนินมาตรการต่อเรือที่ต้องสงสัยในการทำการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางทะเล ให้แจ้งแก่รัฐที่เกี่ยวข้องโดยพลันถึงผลของมาตรการนั้น⁴³

5 ให้รัฐภาคีที่ได้รับคำร้องขอตอบคำขอร้องอำนาจในการดำเนินมาตรการต่อเรือต้องสงสัยอย่างรวดเร็ว และให้ตอบคำร้องขอเพื่อจะวินิจฉัยว่าเรือซึ่งอ้างว่าได้จดทะเบียนหรือชักธงของรัฐภาคีนั้นมีอำนาจในการกระทำหรือไม่⁴⁴

6 เพื่อการดำเนินการปราบปรามการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางทะเลรัฐเจ้าของธงกับรัฐที่ทำการร้องขอเพื่อดำเนินมาตรการต่างๆ อาจตกลงกันในการมอบอำนาจรวมทั้งเงื่อนไขที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบและขอบเขตของมาตรการที่มีประสิทธิภาพในการดำเนินการ โดยห้ามมิให้รัฐภาคีที่ร้องขอดำเนินมาตรการใดๆ โดยปราศจากการมอบอำนาจอย่างชัดแจ้งจากรัฐเจ้าของธง เว้นแต่เป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อบรรเทาอันตรายที่กำลังจะเกิดขึ้นต่อชีวิตของบุคคล หรือมาตรการที่มาจากการตกลงทวิภาคีหรือพหุภาคีที่เกี่ยวข้อง⁴⁵

7 เพื่อประสิทธิภาพในการตอบคำขอของรัฐภาคีอื่น คำขอยืนยันการจดทะเบียนหรือคำยืนยันสิทธิของเรือที่จะชักธงและคำขอในการดำเนินมาตรการที่เหมาะสมแก่เรือที่ต้องสงสัย ให้รัฐภาคีกำหนดหน่วยงาน และแจ้งหน่วยงานเช่นว่านั้นให้รัฐภาคีอื่นทราบผ่านเลขาธิการสหประชาชาติภายในกำหนดหนึ่งเดือนนับแต่การกำหนดหน่วยงานนั้น⁴⁶

8 ถ้าเรือที่ต้องสงสัยในการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางทะเลเป็นเรือไร้สัญชาติหรือถือเสมือนเป็นเรือไร้สัญชาติ รัฐที่พบเรื่อนั้นอาจขึ้นเรือและค้นเรือลำนั้นได้ โดยดำเนินมาตรการที่เหมาะสมต่อเรื่อนั้นทั้งตามกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ⁴⁷

มาตรการที่บัญญัติขึ้นตามพิธีสาร นั้นต้องการให้รัฐภาคีให้ความร่วมมือในการปราบปรามการลักลอบการขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางทะเล ซึ่งการให้เขตอำนาจแก่รัฐภาคีถือเป็นเงื่อนไขหลักในการทำให้มาตรการดังกล่าวดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยในเรื่องเขตอำนาจนั้นจะเป็นไปตามข้อ 15 ของอนุสัญญาฯ เรื่องเขตอำนาจในการดำเนินคดี ซึ่งกำหนดให้รัฐภาคีจัดให้มีมาตรการที่จำเป็นเพื่อกำหนดเขตอำนาจในการดำเนินคดีแก่ความผิดได้กระทำในเรือที่ชักธงของประเทศภาคีนั้น จากบทบัญญัติในเรื่องมาตรการต่อต้านทางทะเลทำให้การปราบปราม

⁴³ MPS, Article 8, para 3.

⁴⁴ MPS, Article 8, para 4.

⁴⁵ MPS, Article 8, para 5.

⁴⁶ MPS, Article 8, para 6.

⁴⁷ MPS, Article 8, para 7.

ความผิดที่เกี่ยวกับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางทะเลเป็นไปอย่างสะดวกยิ่งขึ้นเนื่องจากรัฐภาคีสามารถใช้มาตรการในการปราบปรามแก่เรือที่ชักธงของรัฐภาคีอื่นๆ ได้ในกรณีที่เป็น นอกจากนี้ในเรื่องการแลกเปลี่ยนข้อมูลเรือที่จดทะเบียนระหว่างรัฐภาคี อำนาจในการตรวจค้นเรือจับกุมและยึดทรัพย์ โดยเป็นไปตามความเหมาะสมและได้รับอำนาจจากรัฐเจ้าของธงดังกล่าว

ในส่วนที่เกี่ยวกับหน่วยงานที่จะตอบรับคำขอความช่วยเหลือจากรัฐภาคีอื่นในการขอข้อมูลเกี่ยวกับการจดทะเบียนของเรือ ตาม ข้อ 8 วรรค 6 นั้นพิธีสารฯ ต้องการที่จะให้รัฐภาคีต่างๆ มอบอำนาจในการตัดสินใจในเรื่องดังกล่าวให้แก่หน่วยงานนั้นๆ ด้วยเพื่อดำเนินมาตรการที่กำหนดไว้ได้ทันทีที่พบความผิดปกติบนเรือที่รัฐภาคีอื่นเข้าตรวจค้น

นอกจากมาตรการในการป้องกันและปราบปรามทางทะเล ที่ได้ให้อำนาจรัฐภาคีในการเข้าตรวจ และค้นเรือของรัฐภาคีอื่นๆ แล้ว พิธีสารฯ ยังได้กำหนด ข้อกำหนดว่าด้วยการพิทักษ์สิทธิ⁴⁸ไว้ ดังนี้

1 เมื่อรัฐภาคีได้ดำเนินมาตรการต่อเรือลำใดลำหนึ่งให้รัฐภาคีดังกล่าว

-ประกันความปลอดภัยและการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมต่อบุคคลบนเรือ

-ไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อความปลอดภัยของเรือหรือสินค้าบนเรือ

-ไม่ทำให้กระทบต่อผลประโยชน์ทางพาณิชย์หรือทางกฎหมายต่างๆ ของรัฐเจ้าของธงหรือรัฐที่มีผลประโยชน์อื่น

-กระทำมาตรการใดๆ โดยไม่กระทบต่อสิ่งแวดล้อม

2 ภายหลังเรือที่ได้รับมาตรการใดๆ ปรากฏเหตุไม่มีมูล เรือนั้นจะได้รับการชดเชยสำหรับความสูญเสียหรือความเสียหายที่ได้รับ หากเรือต้องสงสัยมิได้เป็นต้นเหตุให้ดำเนินมาตรการดังกล่าว

3 มาตรการที่ใช้ได้ดำเนินการ รับเอา หรือใช้บังคับ ต้องกระทำโดยความจำเป็นที่จะไม่แทรกแซงหรือกระทบต่อ

-สิทธิและหน้าที่ต่างๆ และการใช้เขตอำนาจของรัฐชายฝั่งตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยทะเล หรือ

-เขตอำนาจของรัฐเจ้าของธงและการควบคุมในเรื่องการปกครองทางเทคนิคและทางสังคมเกี่ยวกับเรือนั้น

⁴⁸ MPS, Article 9.

4 เรือหรืออากาศยานที่ได้ดำเนินมาตรการต่างๆ ทางทะเลทำได้แต่เพียงเรือรบหรืออากาศยานทางทหารหรือเรือหรืออากาศยานที่มีเครื่องหมายชัดแจ้งและบ่งชี้ว่าใช้งานของรัฐบาลและได้รับมอบอำนาจในการดำเนินการนั้น และการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการตรวจค้นเรือดังกล่าวด้วย นอกจากนี้ยังกำหนดให้มีการชดเชยค่าเสียหายแก่เรือถ้ามาตรการที่ได้ดำเนินไปนั้นไม่มีมูล

ในส่วนเรื่องเกี่ยวกับเรือหรืออากาศยานที่ใช้ในการดำเนินมาตรการนั้น พิธีสารฯ มิได้จำกัดสถานะของพาหนะดังกล่าว โดยเป็นการเปิดช่องให้รัฐภาคีกำหนดหน่วยงานที่จำเป็นต่อการปฏิบัติการดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม พาหนะที่ใช้ในการดำเนินมาตรการเช่นว่านี้จะต้องมีสัญลักษณ์ให้เห็นได้ว่าได้รับมอบอำนาจให้ดำเนินการจากทางการ

จากบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่า พิธีสารฯ ไม่เพียงแต่กำหนดมาตรการในการตรวจค้นเรือที่ต้องสงสัยว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกับการขนส่งผู้ลี้ภัยโดยกบฏโยกย้ายถิ่นฐานเท่านั้น แต่ยังกำหนดให้มีมาตรการในประกันความปลอดภัยและการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมต่อบุคคลบนเรือ ความปลอดภัยของเรือและสินค้าบนเรือดังกล่าว

2.7.2 มาตรการทางด้านชายแดน⁴⁹

พิธีสารฯ ได้กำหนดมาตรการต่อต้านทางด้านการชายแดนไว้ ดังนี้

1 ให้รัฐภาคีเสริมสร้างความแข็งแกร่งในด้านการควบคุมชายแดนเท่าที่จำเป็นเพื่อการป้องกันและการตรวจจับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

2 ให้รัฐภาคีรับเอามาตรการทางนิติบัญญัติและมาตรการด้านอื่นๆ เพื่อป้องกันมิให้วิธีการในการขนส่งที่ดำเนินการในเชิงพาณิชย์ถูกนำไปใช้ในการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

3 มาตรการทางนิติบัญญัติและมาตรการด้านอื่นๆ ที่กำหนดขึ้นโดยรัฐภาคีนั้นให้รวมถึงการกำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบการขนส่งเชิงพาณิชย์ รวมถึงบริษัทขนส่งหรือเจ้าของหรือผู้ดำเนินการขนส่งด้วยวิธีการใดๆ เพื่อให้แน่ใจว่าผู้โดยสารทั้งหมดที่อยู่ในพาหนะมีเอกสารเดินทางที่จำเป็นต้องใช้ในการเดินทางเข้าสู่รัฐหนึ่ง

4 ให้รัฐภาคีดำเนินมาตรการที่จำเป็นตามกฎหมายภายในของตนเพื่อให้มีการลงทะเบียนการฝ่าฝืนหน้าที่ของผู้ประกอบการขนส่งเชิงพาณิชย์ รวมถึงบริษัทขนส่งหรือเจ้าของหรือผู้ดำเนินการขนส่งด้วยวิธีการใดๆ

⁴⁹ MPS, Article 11.

5 ให้รัฐภาคีดำเนินมาตรการตามกฎหมายภายในของตนที่สามารถปฏิเสธการเข้าเมืองหรือยกเลิกการตรวจลงตราของบุคคลซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดตามที่ได้กำหนดไว้ในพิธีสารนี้

6 ให้รัฐภาคีเสริมสร้างความแข็งแกร่งของความร่วมมือระหว่างหน่วยงานที่ควบคุมชายแดน เช่น การจัดกำหนดและรักษาไว้ซึ่งช่องทางการติดต่อสื่อสารโดยตรงต่างๆ

นอกจากมาตรการต่อต้านทั้งทางทะเลและทางด้านชายแดนแล้ว พิธีสารฯ ได้กำหนดในเรื่องความปลอดภัยและการควบคุมเอกสาร⁵⁰ ไว้ดังนี้

ให้รัฐภาคีดำเนินมาตรการเท่าที่จำเป็น ตามวิธีการที่มีอยู่

1 เพื่อประกันคุณภาพเอกสารเดินทางหรือเอกสารแสดงตนที่ออกโดยรัฐนั้นมีคุณภาพเพียงพอ ที่จะทำให้เอกสารดังกล่าวไม่ถูกนำไปใช้ในทางที่ผิดได้โดยง่าย และไม่สามารถปลอมแปลงหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไข ทำซ้ำ หรือออกโดยมิชอบด้วยกฎหมายได้โดยง่าย และ

2 เพื่อประกันความถูกต้องและความมั่นคงปลอดภัยของเอกสารเดินทางหรือเอกสารแสดงตนที่ออกโดยรัฐ หรือในนามของรัฐนั้นและเพื่อป้องกันการผลิต การออก และการใช้เอกสารนั้น โดยมิชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับในเรื่องมาตรการทางด้านชายแดน พิธีสารฯ กำหนดให้รัฐภาคีทั้งหลายเพิ่มมาตรการทางด้านชายแดนเท่าที่จำเป็นเพื่อป้องกันการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน นอกจากนี้ยังกำหนดมาตรการสำหรับผู้ขนส่งในเชิงพาณิชย์ รัศมีตรวจคนเข้าเมืองโดยผู้โดยสารที่เดินทางว่ามีเอกสารที่จำเป็นเกี่ยวกับการเข้าเมืองที่ถูกต้องตามระเบียบ โดยมาตรการดังกล่าวนี้เป็นมาตรการที่ใช้ป้องกันการลักลอบการขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานควบคู่ไปกับมาตรการควบคุมความปลอดภัยของเอกสารด้วย ที่กำหนดให้รัฐภาคีดำเนินการภายใต้มาตรการอันเหมาะสมเพื่อประกันคุณภาพและความปลอดภัยของเอกสารแสดงตนหรือเอกสารเดินทางว่าจะไม่สามารถปลอมขึ้นได้โดยง่าย

⁵⁰ MPS, Article 12.

2.8 มาตรการการคุ้มครองและสงกลับตามพิธีสารฯ

2.8.1 มาตรการการคุ้มครองผู้ตกเป็นเหยื่อ⁵¹

พิธีสารฯ ได้กำหนดมาตรการในการคุ้มครอง ดังนี้

1 ให้อำนาจรัฐภาคีดำเนินการตามมาตรการต่างๆ โดยสอดคล้องกับพันธกรณีของตนตามกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงการออกกฎหมายในกรณีจำเป็น เพื่อปกป้องและคุ้มครองสิทธิของบุคคลต่างๆ ซึ่งตกเป็นผู้ถูกกระทำของความผิดที่กำหนดไว้ในพิธีสารฯ นี้ตามกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลใช้บังคับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในชีวิตและสิทธิที่จะไม่ตกอยู่ภายใต้การทรมานหรือการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือการลบหลู่

2 ให้อำนาจรัฐภาคีดำเนินการที่เหมาะสมแก่ผู้โยกย้ายถิ่นฐานให้ได้รับการคุ้มครองจากบุคคลหรือกลุ่มบุคคลต่างๆ ที่อาจกระทำความรุนแรงต่อผู้โยกย้ายถิ่นฐาน โดยเหตุที่บุคคลเหล่านั้นตกเป็นเหยื่อจากการกระทำความผิดดังกล่าว

3 ให้อำนาจรัฐภาคีให้ความช่วยเหลือที่เหมาะสมแก่ผู้โยกย้ายถิ่นฐานซึ่งตกอยู่ในอันตรายต่อชีวิตและความปลอดภัย โดยเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเหยื่อจากความผิดดังกล่าว

4 การดำเนินการมาตรการคุ้มครองและมาตรการให้ความช่วยเหลือนี้ ให้อำนาจรัฐภาคีคำนึงถึงสตรีและเด็กเป็นพิเศษ

5 กรณีการกักขังบุคคลผู้ตกเป็นเหยื่อจากการกระทำความผิดที่ระบุไว้ในพิธีสารฯ ให้อำนาจรัฐภาคีปฏิบัติตามพันธกรณีของตนภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลในกรณีใช้บังคับ รวมถึงการแจ้งให้บุคคลที่เกี่ยวข้องทราบโดยไม่ชักช้า

มาตรการของพิธีสารฯ ในการคุ้มครองผู้ตกเป็นเหยื่อจากการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานนั้น กำหนดให้อำนาจรัฐภาคีดำเนินการตามมาตรการต่างๆ เพื่อปกป้องผู้ตกเป็นเหยื่อจากความตาย ความทรมาน การลงโทษที่โหดร้าย โดยการดำเนินการตามพิธีสารฯ นี้คำนึงถึงผู้ตกเป็นเหยื่อที่เป็นเด็กและสตรีเป็นพิเศษ ซึ่งถือได้ว่ามาตรการในข้อนี้ถือเป็นความมุ่งหมายของพิธีสารฉบับนี้ที่ต้องการป้องกันและต่อต้านการลักลอบการขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานรวมทั้งการปกป้องผู้ตกเป็นเหยื่อจากการกระทำความผิดดังกล่าว

⁵¹ MPS, Article 16.

2.8.2 การส่งกลับผู้โยกย้ายถิ่นฐานที่ถูกลักลอบขน⁵²

พิธีสารฯ ได้กำหนดเรื่องการส่งกลับผู้โยกย้ายถิ่นฐานที่ถูกลักลอบขน ดังนี้

- 1 ให้อำนาจอธิบดีอำนวยการควบคุมและยอมรับโดยปราศจากความล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันควรในการส่งกลับบุคคลซึ่งตกเป็นผู้ถูกระทำจากความผิดที่กำหนดไว้ในพิธีสารฯ นี้ และเป็นบุคคลซึ่งเป็นคนชาติหรือบุคคลซึ่งมีสิทธิในการมีถิ่นพำนักถาวรในอาณาเขตของตนขณะส่งกลับ
 - 2 ให้อำนาจอธิบดีพิจารณาความเป็นไปได้ในการอำนวยความสะดวกและการยอมรับการส่งกลับบุคคลซึ่งตกเป็นผู้ถูกระทำจากความผิดที่กำหนดไว้ในพิธีสารฯ นี้ และเป็นบุคคลซึ่งมีสิทธิในการมีถิ่นพำนักถาวรในอาณาเขตของตน ในขณะที่เข้ามาในรัฐผู้รับตามกฎหมายภายในของตน
 - 3 ตามคำร้องขอจากรัฐภาคีผู้รับ ให้อำนาจอธิบดีที่ได้รับคำขอพิสูจน์ทราบโดยปราศจากความล่าช้าที่ไม่มีเหตุอันควรว่าบุคคลซึ่งตกเป็นผู้ถูกระทำจากความผิดที่กำหนดไว้ในพิธีสารฯ นี้ เป็นคนชาติของตนหรือมีสิทธิในการมีถิ่นพำนักถาวรในอาณาเขตของตนหรือไม่
 - 4 เพื่ออำนวยความสะดวกในการส่งกลับบุคคลผู้ซึ่งตกเป็นผู้ถูกระทำจากความผิดที่กำหนดไว้ในพิธีสารฯ นี้ และบุคคลดังกล่าวไม่มีเอกสารที่ถูกต้อง ให้อำนาจอธิบดีซึ่งบุคคลนั้นเป็นคนชาติหรือบุคคลนั้นมีสิทธิในการมีถิ่นพำนักถาวร ออกเอกสารเดินทางหรือหนังสืออนุญาตอื่นตามที่จำเป็น ตามคำร้องขอของรัฐผู้รับเพื่อให้บุคคลดังกล่าวสามารถเดินทางไปยังหรือเดินทางกลับเข้ามายังอาณาเขตของตนได้
 - 5 ให้อำนาจอธิบดีที่เกี่ยวข้องกับการส่งกลับบุคคลซึ่งตกเป็นผู้ถูกระทำจากความผิดที่กำหนดไว้ในพิธีสารฯ นี้ ดำเนินมาตรการที่เหมาะสมในการส่งกลับบุคคลโดยเป็นระเบียบและคำนึงถึงความปลอดภัยและศักดิ์ศรีของบุคคลนั้น
 - 6 รัฐภาคีอาจร่วมมือกับองค์การระหว่างประเทศต่างๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อการอนุวัติการการส่งผู้โยกย้ายถิ่นฐาน
- พิธีสารฯ ต้องการให้อำนาจอธิบดียอมรับการส่งกลับถิ่นเดิมของคนชาติหรือผู้มีถิ่นพำนักถาวรในอาณาเขตของตน ซึ่งให้รวมถึงการอำนวยความสะดวกในการออกเอกสารเดินทางหรือเอกสารจำเป็นอื่นๆ เพื่อเดินทางกลับเข้าอาณาเขตของรัฐนั้นๆ ได้ ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าพิธีสารฯ ได้กำหนดเพียงเงื่อนไขในการส่งผู้ซึ่งตกเป็นเหยื่อจากการกระทำความผิดให้รัฐเจ้าของสัญชาติหรือผู้มีถิ่นพำนักยอมรับการกลับคืนสู่ถิ่นเดิม แต่บทบัญญัตินั้นมิได้สร้างขั้นตอนหรือวิธีการในการดำเนินการขึ้นต่างๆ ของรัฐ เพียงแค่กำหนดมาตรการที่เป็นการคุ้มครองผู้ตกเป็น

⁵² MPS, Article 18.

เหยื่อที่จะได้รับความปลอดภัยและศักดิ์ศรีของบุคคลดังกล่าว นอกจากนี้พิธีสารฯ ยังได้กำหนดให้รัฐภาคีดำเนินมาตรการในการส่งกลับผู้โยกย้ายถิ่นฐานที่ถูกลักลอบขนภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ซึ่งกำหนดไว้ในข้อ 19 ของพิธีสารฯ⁵³ ดังนี้

1 ไม่มีความใดในพิธีสารนี้จะกระทบถึงสิทธิ พันธกรณีและความรับผิดชอบอื่นๆ ของรัฐและปัจเจกชน ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงกฎหมายว่าด้วยมนุษยธรรมระหว่างประเทศและกฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่สามารถใช้ได้ซึ่งอนุสัญญา ค.ศ. 1951 และพิธีสาร ค.ศ. 1967 ที่เกี่ยวกับสถานะของผู้โยกย้ายถิ่นฐาน และหลักที่ห้ามส่งกลับผู้โยกย้ายถิ่นฐานไปเผชิญภาวะอันตรายต่อชีวิตตามที่ระบุในอนุสัญญาและพิธีสารดังกล่าว

2 ให้ตีความและใช้บังคับมาตรการต่างๆ ที่กำหนดไว้ในพิธีสารนี้ในทางที่ไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุที่บุคคลเหล่านั้นตกเป็นผู้ถูกกระทำจากการกระทำตามที่ระบุไว้ในข้อ 6 แห่งพิธีสารฉบับนี้ให้การตีความและการใช้บังคับมาตรการต่างๆ ดังกล่าว สอดคล้องกับหลักการว่าด้วยการไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งเป็นที่ยอมรับจากนานาประเทศ

2.9 ความร่วมมือ

2.9.1 ความร่วมมือในการแลกเปลี่ยนข้อสนเทศ⁵⁴

พิธีสารฯ ได้กำหนดเรื่องความร่วมมือในการแลกเปลี่ยนข้อสนเทศซึ่งในเรื่องดังกล่าวนี้อยู่ภายใต้ข้อบังคับในเรื่องความร่วมมือระหว่างประเทศในด้านการบังคับใช้กฎหมายและการเก็บรวบรวม การแลกเปลี่ยน และการวิเคราะห์ข้อมูลเกี่ยวกับรูปแบบขององค์กรอาชญากรรมตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาข้อ 27 และข้อ 28 ซึ่งถือเป็นเรื่องที่รัฐภาคีของพิธีสารฯ ต้องปฏิบัติตามด้วยดังนี้

อนุสัญญาฯ ได้กำหนดเรื่องความร่วมมือระหว่างประเทศด้านการบังคับใช้กฎหมายไว้ในข้อ 27⁵⁵ ดังนี้ กำหนดให้รัฐภาคีร่วมมือซึ่งกันและกันอย่างใกล้ชิด โดยสอดคล้องต่อระบบ

⁵³ MPS, Article 19.

⁵⁴ MPS, Article 10.

⁵⁵ UNTOC, Article 27.

กฎหมายและการปกครองภายในของตนเพื่อขยายประสิทธิภาพของการดำเนินการใช้บังคับกฎหมายที่จะต่อสู้กับความผิดที่อนุสัญญาฯ นี้ครอบคลุมถึง และแต่ละรัฐจะรับเอามาตรการที่มีประสิทธิภาพโดยเฉพาะ

ก เพื่อจัดตั้งช่องทางของการติดต่อระหว่างหน่วยงานที่มีอำนาจ ตัวแทนและหน่วยงานให้บริการของตนเพื่ออำนวยความสะดวกให้มีการแลกเปลี่ยนอย่างปลอดภัยและรวดเร็วซึ่งข้อสนเทศที่เกี่ยวข้องทุกแง่มุมของความผิดที่ครอบคลุมภายใต้อนุสัญญาฯ นี้ รวมทั้งการเชื่อมโยงกับกิจกรรมที่เป็นความผิดอาญาอื่นๆ

ข เพื่อร่วมมือกับรัฐภาคีอื่นในการดำเนินการสอบสวนที่เกี่ยวกับความผิดต่างๆ ที่ครอบคลุมภายใต้อนุสัญญาฯ

ค เพื่อให้สิ่งของหรือปริมาณของวัตถุที่จำเป็นเพื่อความมุ่งประสงค์ในการวิเคราะห์หรือสืบสวน

ง เพื่ออำนวยความสะดวกในการประสานงานอย่างมีประสิทธิภาพระหว่างหน่วยงานที่มีอำนาจ ตัวแทน และหน่วยงานให้บริการของรัฐ และเพื่อส่งเสริมการแลกเปลี่ยนบุคลากรและผู้เชี่ยวชาญอื่นๆ รวมทั้งการส่งเจ้าหน้าที่ติดต่อประสานงานไปประจำการภายใต้ข้อบังคับของความตกลงทวิภาคีหรือข้อตกลงย่อยระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง

จ เพื่อแลกเปลี่ยนข้อสนเทศกับรัฐภาคีอื่นในเรื่องวิधिทางและวิธีการที่ใช้โดยกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้อง เส้นทางและยานพาหนะและการใช้หลักฐานแสดงตัวปลอม เอกสารที่แก้ไขหรือปลอมแปลง หรือวิधिทางอื่นในการปกปิดกิจกรรมของกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร

ฉ เพื่อแลกเปลี่ยนข้อสนเทศและประสานมาตรการด้านการปกครองและมาตรการอื่นที่ได้นำมาใช้ตามความเหมาะสมเพื่อความมุ่งประสงค์ของการชี้ความผิดที่อนุสัญญาฯ นี้ครอบคลุมถึง

นอกจากนี้ใน ข้อ 28 ของอนุสัญญาฯ⁵⁶ ได้กำหนดเรื่องการเก็บรวบรวม การแลกเปลี่ยน และการวิเคราะห์ข้อมูลเกี่ยวกับรูปแบบขององค์กรอาชญากรรมไว้ดังนี้

1 ให้ประเทศภาคีพิจารณาปรึกษาหารือกับวงการวิทยาศาสตร์และวงการวิชาการเพื่อวิเคราะห์แนวโน้มขององค์กรอาชญากรรมในอาณาเขตของประเทศนั้น พฤติการณ์ที่องค์กรอาชญากรรมได้กระทำการ รวมทั้งความเกี่ยวพันกับกลุ่มวิชาชีพและการใช้เทคโนโลยีนั้น

⁵⁶ UNTOC, Article 28.

2 ให้ประเทศภาคีพิจารณาร่วมกันโดยผ่านองค์การระหว่างประเทศหรือองค์การระดับภูมิภาคในการพัฒนาและร่วมกันใช้ความเชี่ยวชาญในเชิงวิเคราะห์เกี่ยวกับองค์กรอาชญากรรม โดยความมุ่งหมายดังกล่าวควรพัฒนาและนำคำนิยาม มาตรฐานและวิธีการโดยทั่วไปมาใช้ตามความเหมาะสม

3 ให้ประเทศภาคีพิจารณาติดตามการดำเนินตามนโยบายและมาตรการที่ได้ดำเนินการจริงของประเทศนั้นในการต่อสู้กับองค์กรอาชญากรรมและทำการประเมินประสิทธิภาพและประสิทธิผลของประเทศนั้น

ในเรื่องการแลกเปลี่ยนข้อสนเทศนั้นนอกจากที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ แล้ว พิธีสารฯ ยังได้กำหนดเพื่อเป็นมาตรการในการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารเพื่อการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานไว้เป็นการเฉพาะนอกเหนือจากที่กำหนดในเรื่องความร่วมมือด้านการบังคับใช้กฎหมายและการเก็บรวบรวม การแลกเปลี่ยน และการวิเคราะห์ข้อมูลเกี่ยวกับรูปแบบขององค์กรอาชญากรรม ของอนุสัญญาฯ เพื่อเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ซึ่งเป็นไปตามข้อ 10 ของพิธีสารฯ ดังนี้ 1 เพื่อความมุ่งประสงค์ของการบรรลุดัตุประสงค์ของพิธีสารนี้ให้รัฐภาคีต่างๆ โดยเฉพาะรัฐภาคีที่มีชายแดนร่วมกันหรือตั้งอยู่บนเส้นทางที่มีการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานแลกเปลี่ยนข้อสนเทศเกี่ยวกับเรื่องต่างๆ⁵⁷ ดังนี้

ก จุดลงเรือและจุดหมายปลายทาง รวมถึงเส้นทาง พาหนะและวิธีการขนส่งซึ่งรู้หรือสงสัยว่ากลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กรที่กระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในพิธีสารนี้ใช้

ข เอกลักษณะและวิธีการขององค์กรต่างๆ หรือของกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กรต่างๆ ที่ได้ทราบหรือต้องสงสัยว่ากระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในพิธีสารนี้

ค ความแท้จริงและรูปแบบที่ถูกต้องของเอกสารเดินทางต่างๆ ที่ออกให้โดยรัฐภาคีและการถูกขโมยหรือการใช้ในทางที่ผิดอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเอกสารเดินทางและเอกสารแสดงตนต่างๆ ที่ยังไม่ได้กรอกข้อมูลรายละเอียด

ง วิธีทางและวิธีการในการปกปิดและการขนส่งบุคคล การเปลี่ยนแปลงแก้ไข การผลิตขึ้นใหม่หรือการได้มาที่มีขอบด้วยกฎหมายหรือการใช้ในทางที่ผิดซึ่งเอกสารเดินทางหรือเอกสารแสดงตนต่างๆ ซึ่งใช้ในการกระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในพิธีสาร รวมทั้งแนวทางตรวจจับวิธีทางและวิธีสารดังกล่าว

⁵⁷ MPS, Article 10.

จ ประสพการณ์และทางปฏิบัติทางนิติบัญญัติและมาตรการต่างๆ ในการป้องกัน และต่อต้านการกระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในพิธีสารนี้ และ

ฉ ข้อเสนอแนะทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีที่เป็นประโยชน์ต่อการบังคับใช้กฎหมายเพื่อที่จะเสริมสร้างความสามารถซึ่งกันและกันในการป้องกัน ตรวจจับและสืบสวนการกระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในพิธีสารนี้และการฟ้องร้องดำเนินคดีผู้ที่เกี่ยวข้องเหล่านั้น

2.9.2 ความร่วมมือด้านการฝึกอบรมและวิชาการ⁵⁸

พิธีสารฯ ได้กำหนดในเรื่องดังกล่าว ดังนี้

1 ให้อำนาจรัฐภาคีจัดหาหรือเสริมสร้างความแข็งแกร่งของการฝึกอบรมเฉพาะด้านสำหรับเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองหรือเจ้าหน้าที่อื่นที่เกี่ยวข้อง ในการป้องกันการกระทำความผิดที่ระบุไว้ในพิธีสารนี้ และในการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมต่อผู้โยกย้ายถิ่นฐานซึ่งเป็นบุคคลผู้ถูกกระทำ และในขณะเดียวกันให้เคารพสิทธิต่างๆ ของผู้โยกย้ายถิ่นฐานตามที่ระบุในพิธีสารนี้

2 ให้อำนาจรัฐภาคีร่วมมือกันและร่วมมือกับองค์การระหว่างประเทศที่มีหน้าที่รับผิดชอบองค์กรที่มีใช้รัฐบาลและองค์กรที่เกี่ยวข้องอื่นๆ และเพื่อการฝึกอบรมบุคคลากรที่เพียงพอในอาณาเขตของรัฐภาคีนั้น เพื่อป้องกัน ต่อต้านและจัดการการกระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในพิธีสารนี้ และเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้โยกย้ายถิ่นฐานซึ่งเป็นบุคคลผู้ถูกกระทำในการกระทำดังกล่าว โดยการฝึกอบรมดังกล่าวให้รวมถึง

ก การปรับปรุงความปลอดภัยและคุณภาพของเอกสารเดินทาง

ข การรู้และการตรวจจับเอกสารเดินทางปลอมหรือเอกสารแสดงตนปลอม

ค การรวบรวมข่าวกรองด้านอาชญากรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เกี่ยวกับการพิสูจน์ทราบตัวกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ที่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องหรือต้องสงสัยว่ามีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ในพิธีสารนี้ วิธีการที่ใช้ในการขนส่งผู้โยกย้ายถิ่นฐานที่ลักลอบขน การใช้เอกสารหรือเอกสารแสดงตนต่างๆ ในทางที่ผิดเพื่อความมุ่งประสงค์ของการกระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในพิธีสาร และวิธีการปกปิดซ่อนเร้นซึ่งใช้ในการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

ง การปรับปรุงกระบวนการเพื่อการตรวจจับบุคคลที่ถูกลักลอบขน ณ จุดเข้าออกโดยปกติและจุดเข้าออกที่ไม่ใช่จุดปกติ และ

⁵⁸ MPS, Article 14.

๑ การปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมต่อผู้โยกย้ายถิ่นฐานและการคุ้มครองสิทธิต่างๆ ของผู้โยกย้ายถิ่นฐานตามที่ระบุในพิธีสารนี้

3 ให้อำนาจที่ให้ความช่วยเหลือด้านวิชาการแก่รัฐต่างๆ ซึ่งเป็นประเทศที่เป็นจุดเริ่มต้นหรือเป็นจุดผ่านของบุคคลที่เป็นผู้ถูกระทำความผิดที่กำหนดไว้ในพิธีสารนี้ โดยให้อำนาจพยายามทุกวิถีทางที่จะจัดให้มีทรัพยากรที่จำเป็น เช่น ยานพาหนะ ระบบคอมพิวเตอร์ และเครื่องมือในการอ่านเอกสารต่างๆ เพื่อที่จะทำการต่อต้านการกระทำความผิดที่กำหนดไว้ในพิธีสารนี้

พิธีสารฯ ได้กำหนดในเรื่องความร่วมมือในด้านการฝึกอบรมและวิชาการไว้โดยให้อำนาจภาคีสมาชิกต่างๆ เพิ่มการฝึกอบรมเฉพาะด้านสำหรับเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมือง เพื่อป้องกันการลักลอบการขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน แต่จากบทบัญญัติดังกล่าวเห็นได้ว่า พิธีสารฯ ไม่เพียงแต่กำหนดให้เป็นหน้าที่ของหน่วยงานราชการเท่านั้น ยังรวมถึงการให้ความร่วมมือระหว่างหน่วยงานที่มีไซของรัฐบาลและองค์กรอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

2.9.3 ความร่วมมือระดับทวิภาคีหรือระดับภูมิภาค⁵⁹

พิธีสารได้กำหนดเรื่องความร่วมมือระดับทวิภาคีหรือระดับภูมิภาคไว้ในเรื่องความตกลงและข้อตกลง ดังนี้

ให้อำนาจที่ทำความตกลงระดับทวิภาคีหรือระดับภูมิภาค หรือข้อตกลงด้านการปฏิบัติการหรือความเข้าใจต่างๆ ที่มุ่งถึง

1 มาตรการที่มีประสิทธิภาพและเหมาะสมเพื่อการป้องกันและต่อต้านความผิดตามที่ระบุไว้ในพิธีสารฯ นี้

2 ส่งเสริมบทบัญญัติของพิธีสารนี้ระหว่างรัฐภาคี

เมื่อพิจารณาจากตัวบทของพิธีสารในข้อนี้และความมุ่งประสงค์ของพิธีสารฉบับนี้ ที่ต้องการสร้างมาตรฐานขั้นพื้นฐานว่าด้วยเรื่องการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน การส่งกลับบุคคลผู้ตกเป็นเหยื่อ และในสวนอื่นๆ ที่เกี่ยวกับปัญหาดังกล่าว ซึ่งในการกำหนดมาตรฐานดังกล่าวนี้จะส่งผลต่อรัฐภาคีสมาชิกต่างๆ ให้พิจารณาเห็นความสำคัญของปัญหาดังกล่าว ซึ่งเป็น

⁵⁹ MPS, Article 17.

จุดเริ่มต้นในการทำความเข้าใจทั้งในระดับทวิภาคี ระดับภูมิภาค โดยใช้พิธีสารฯ ฉบับนี้เป็นพื้นฐานร่วมกัน

2.10 มาตรการยึดทรัพย์และริบทรัพย์สินตามอนุสัญญาฯ

เนื่องจากปัญหาในการปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กรเป็นอาชญากรรมที่มีรูปแบบโครงสร้างและการดำเนินการซับซ้อนและก่อให้เกิดผลประโยชน์จำนวนมาก ประกอบกับความก้าวหน้าในการคมนาคม การสื่อสาร ในปัจจุบันได้กลายมาเป็นปัจจัยสนับสนุนให้การประกอบอาชญากรรมดังกล่าวมีความสลับซับซ้อน ส่งผลกระทบในวงกว้าง และยากต่อการติดตามจับกุมหรือดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิด โดยเฉพาะบุคคลที่เป็นตัวการใหญ่ หรือในกรณีที่สามารถจับกุมและดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดได้

การลงโทษกระทำได้เพียงการทำให้สูญเสียเสรีภาพเท่านั้น แต่ผลประโยชน์จำนวนมากที่ได้จากการประกอบอาชญากรรมในลักษณะนี้ส่วนมากมักจะถูกโยกย้ายไปยังที่ต่างๆ หรือนำไปแปรสภาพเป็นทรัพย์สินอื่น หรือรายได้ที่ถูกต้องตามกฎหมาย และนำกลับมาเป็นทุนในการดำเนินการขององค์กรอาชญากรรมต่อไป อีกทั้งครอบครัว ญาติพี่น้อง และสมาชิกในองค์กรยังมีโอกาสได้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่ได้จากการประกอบอาชญากรรมเหล่านี้ มาตรการในการดำเนินการต่อทรัพย์สินดังกล่าวจึงสำคัญและจำเป็น การริบทรัพย์จึงเป็นมาตรการลงโทษที่ก่อให้เกิดผลในด้านการปราบปรามองค์กรอาชญากรรมซึ่งส่วนใหญ่เป็นไปเพื่อผลประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ การริบทรัพย์จึงเป็นการตัดแรงจูงใจในการกระทำความผิด เพราะทำให้ผู้กระทำความผิดไม่อาจใช้ผลประโยชน์ที่ได้จากการกระทำความผิดได้อีกต่อไป

มาตรการยึดและอายัดทรัพย์สินเป็นมาตรการลงโทษเพื่อปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ตามอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งขจัดผลประโยชน์ทางการเงิน ไม่ว่าผลประโยชน์นั้นจะถูกโยกย้าย หรือแปรสภาพเป็นทรัพย์สินหรือรายได้ใดๆ ก็ตาม อันเป็นการตัดมูลเหตุจูงใจที่สำคัญในการประกอบอาชญากรรมในรูปแบบดังกล่าว และส่งผลให้ผู้กระทำความผิดไม่สามารถนำผลประโยชน์ดังกล่าวกลับมาใช้เป็นทุนในการประกอบอาชญากรรมขององค์กรได้อีก ถือเป็นการตัดทอนอำนาจขององค์กร

ดังนั้น การริบทรัพย์จึงเป็นมาตรการที่จำเป็นอย่างยิ่งในกรณีที่ผลประโยชน์ดังกล่าวถูกโยกย้ายหรือแปรสภาพไปเก็บรักษาในต่างประเทศ ซึ่งเมื่อมีการดำเนินคดีโดยศาลของประเทศ

ที่มีเขตอำนาจเหนือความผิดดังกล่าวจนมีคำพิพากษาให้ริบทรัพย์สินนั้นแล้ว การดำเนินการริบทรัพย์สินจะกระทำได้อย่างหากประเทศต่างๆ ที่ทรัพย์สินที่ต้องริบนั้นตั้งอยู่ไม่ให้ความร่วมมือ อนุสัญญาฯ จึงได้นำเรื่องความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อความมุ่งประสงค์ในการริบทรัพย์สินมากำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ

Black's Law Dictionary ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า ริบทรัพย์สิน (Confiscation) ว่า การที่รัฐบาลบังคับเอาแก่ทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด โดยไม่มีค่าตอบแทน ซึ่งมาตรการริบทรัพย์สินทางอาญาสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1 การริบทรัพย์สิน อันทรัพย์สินที่จะถูกริบนั้นต้องมีความเกี่ยวพันกับการกระทำความผิดอาญา (Property Confiscation) เป็นวิธีการริบทรัพย์สินโดยเฉพาะเจาะจงที่ตัวทรัพย์สินที่สามารถเชื่อมโยงถึงการประกอบอาชญากรรม เช่น

ก. ทรัพย์สินที่เป็นความผิดอาญาด้วยตัวของทรัพย์สินนั่นเอง

ข. ทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิด

ค. ทรัพย์สินที่เป็นเครื่องมือหรือเพื่อใช้ในการกระทำความผิด

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การริบทรัพย์สินทั้งสามประการดังกล่าว ต้องมีลักษณะที่เหมือนกัน คือ ทรัพย์สินเหล่านั้นต้องมีที่มาหรือเข้าไปเกี่ยวข้องกับกระทำความผิดอาญาเสมอ เปรียบได้ดังว่าทรัพย์สินเหล่านั้นต้องมีความสกปรก(อาชญากรรม) ไม่ว่าจะเป็นส่วนของความสกปรกมากน้อยเพียงใดประกอบด้วยเสมอและไม่ว่าทรัพย์สินเหล่านั้นจะเปลี่ยนสภาพไปหรือมีการจำหน่ายจ่ายโอนเป็นเหตุให้ได้ทรัพย์สินอื่นมาก็ตาม ทรัพย์สินที่เปลี่ยนสภาพมานั้นก็ถือว่ามีความเกี่ยวข้องกับกระทำความผิดอาญาอยู่ด้วย ทรัพย์สินดังกล่าวจึงเป็นทรัพย์สินที่สกปรก⁶⁰

2 กระบวนการริบทรัพย์สินที่ขึ้นอยู่กับประโยชน์อันเป็นผลได้จากการกระทำความผิดอาญา (Value Confiscation) เป็นวิธีการริบทรัพย์สินที่ไม่ต้องอาศัยความเกี่ยวพันระหว่างทรัพย์สินกับอาชญากรรม แต่เป็นวิธีการที่กำหนดให้จำเลยหรือผู้กระทำความผิดต้องชำระเงินจำนวนหนึ่งเสมือนการชำระหนี้ให้รัฐหรือทดแทนให้แก่รัฐ เป็นจำนวนตามที่ศาลได้กำหนด โดยเงินจำนวนดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานของผลประโยชน์ที่จำเลยหรือผู้กระทำความผิดได้รับเนื่องจากการกระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นผลโดยตรงหรือโดยอ้อมก็ตาม และถ้าบุคคลซึ่งถูกคำสั่งให้ชำระเงินจำนวนดังกล่าวไม่สามารถชำระเงินตามจำนวนที่กำหนดไว้โดยบริบูรณ์ได้ รัฐมีสิทธิที่จะ

⁶⁰ สุทธิ กิตติศาสนาสรรชัย, “มาตรการริบทรัพย์สินทางแพ่งตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน: ศึกษาเฉพาะกรณีผลกระทบต่อฐานะความเป็นประธานแห่งคดี,” (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 55-56.

ดำเนินการริบทรัพย์สิน ของบุคคลนั้นทุกสิ่งไม่จำเป็นต้องจำกัดเฉพาะเจาะจงทรัพย์สินที่มีความเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดอาญาเท่านั้น คือ ไม่จำเป็นว่าทรัพย์สินที่จะทำการริบนั้นมีที่มาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม ก็สามารถริบได้ทั้งหมดเพียวเท่าจำนวนที่บุคคลนั้นจะต้องจ่ายไม่ว่าทั้งหมดหรือเพียงบางส่วน⁶¹

อนุสัญญาฯ กำหนดให้มีมาตรการริบทรัพย์สิน (Confiscation) ทั้งในทางอาญาและในทางแพ่ง และดำเนินการแก่ทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด หรือทรัพย์สินที่ใช้ในการกระทำความผิด ซึ่งยังมีการกำหนดให้มีการร่วมมือกันในทางระหว่างประเทศในกรณีของการดำเนินการริบและยึดทรัพย์สิน (Forfeiture)

การริบทรัพย์สินตามอนุสัญญาฯ จึงหมายความว่ารวมถึงการริบทรัพย์สิน (Forfeiture) หากสามารถที่จะดำเนินการได้⁶² การริบทรัพย์สิน หมายถึงการทำให้สูญเสียสิทธิในทรัพย์สินโดยคำสั่งศาล หรือเจ้าหน้าที่อื่น สามารถแยกองค์ประกอบได้ดังนี้

- 1) เป็นการทำให้สูญเสียสิทธิ หรือกรรมสิทธิในทรัพย์สินอย่างถาวร
- 2) โดยคำสั่งศาล หรือเจ้าหน้าที่อื่น
- 3) ให้หมายความว่ารวมถึงมาตรการริบทรัพย์สินในทางแพ่ง หากสามารถดำเนินการได้ในคดีอาญา

ในอนุสัญญาฯ นี้การริบซึ่งรวมถึงการสูญเสียด้วยในบางกรณีที่ใช้ได้ หมายถึงการทำให้สูญเสียทรัพย์สินอย่างถาวรโดยคำสั่งของศาลหรือโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจอื่น

ทรัพย์สินที่อาจถูกริบได้หมายถึง ทรัพย์สินหรือผลประโยชน์ทุกชนิดซึ่งอาจมีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างก็ได้ และรวมถึงเอกสารหรือตราสารที่เป็นหลักฐานแสดงกรรมสิทธิในทรัพย์สินดังกล่าว โดยจะต้องได้มาหรือได้รับจากการกระทำความผิดตามที่อนุสัญญานี้ครอบคลุมถึงไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมรวมทั้งทรัพย์สินที่มีมูลค่าเท่ากับทรัพย์สินที่ได้จากอาชญากรรมดังกล่าว⁶³

สำหรับทรัพย์สินที่อาจถูกริบได้ นอกจากที่กล่าวข้างต้นแล้ว ยังรวมถึงเครื่องมือหรือเครื่องใช้ที่ใช้หรือจะใช้ในการกระทำความผิดที่อนุสัญญานี้ครอบคลุมถึงด้วย⁶⁴

ทรัพย์สินที่อาจถูกริบได้ตามอนุสัญญาฯ ได้แก่

⁶¹ เฟ็งอ้าง, น. 56-57.

⁶² ประธาน วัฒนวาณิชย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น. 51.

⁶³ UNTOC, Article 12.

⁶⁴ UNTOC, Article 12, para 1.

1) ทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดภายใต้อนุสัญญาฯ นี้หรือทรัพย์สินที่มีมูลค่าเท่ากับทรัพย์สินดังกล่าว และ

2) ทรัพย์สิน อุปกรณ์ หรือเครื่องมือเครื่องใช้อื่น ที่ใช้หรือจะใช้ในการกระทำความผิดที่อนุสัญญาฯ นี้ครอบคลุมถึง

แนวความคิดเกี่ยวกับการลงโทษทรัพย์สิน เป็นการตัดโอกาสไม่ให้ผู้กระทำความผิดได้รับประโยชน์ในทรัพย์สิน ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์สำคัญของการกระทำความผิดอันจะเป็นการป้องกันสังคมตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกัน (Prevention Theory) โดยเฉพาะอย่างยิ่งความผิดประเภทที่มีผลตอบแทนสูง เช่นความผิดเกี่ยวกับการผลิตหรือการค้ายาเสพติด ซึ่งผู้กระทำความผิดและผู้ร่วมขบวนการได้รับผลประโยชน์ตอบแทนมหาศาล⁶⁵

การริบทรัพย์สินสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 แนวความคิด กล่าวคือ

แนวความคิดแรกถือว่า การริบทรัพย์สินเป็นโทษ ในระบบนี้จะไม่ริบทรัพย์สินที่ไม่ได้เป็นของจำเลย การที่จะริบทรัพย์สินตามแนวความคิดนี้ได้ จึงต้องมีการกระทำความผิดเสียก่อน และการลงโทษทรัพย์สินจะต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงแห่งการกระทำความผิด

แนวความคิดที่สองถือว่า การริบทรัพย์สินเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามแนวความคิดนี้จึงสามารถริบทรัพย์สินที่มีโทษของจำเลยได้ ซึ่งศาลจะใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยบังคับอย่างไร เพียงใดนั้น ต้องคำนึงถึงกาลข้างหน้าเพื่อความปลอดภัยของชุมชน ซึ่งมีความจำเป็นต้องมีมาตรการป้องกัน

การริบทรัพย์สิน หมายถึง การที่รัฐพรากเอาทรัพย์สินจากบุคคลใด โดยไม่มีค่าตอบแทนให้เนื่องจากบุคคลนั้นได้กระทำความผิด กล่าวได้ว่า การริบทรัพย์สินเป็นการบังคับเอาไปซึ่งทรัพย์สินเฉพาะอย่างอันมีความเกี่ยวพันกับการกระทำความผิด การริบทรัพย์สินด้วยวัตถุประสงค์เพื่อการลงโทษจึงเป็นการลงโทษ⁶⁶ แต่การริบทรัพย์สินมีวัตถุประสงค์กว้างกว่านั้น กล่าวคือ

(1) มุ่งหมายให้เป็นการลงโทษ เช่น การริบทรัพย์สินที่ได้ใช้ในการกระทำความผิดหรือได้มาจากการกระทำความผิด เป็นต้น

⁶⁵ ประธาน วัฒนวาณิชย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น. 52.

⁶⁶ กองกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “การริบทรัพย์สินประเภทที่ใช้ในการกระทำความผิด,” ใน หนังสืออนุสรณ์ในการพระราชทานเพลิงศพนายประสิทธิ์ ศรีนุ, (กรุงเทพมหานคร: วชิรนิติการพิมพ์, 2512), น. 62.

(2) มุ่งหมายเพื่อเป็นการป้องกันการกระทำความผิด เช่น การริบทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด เพื่อตัดโอกาสที่จะกระทำความผิด หรือทำให้ลดลง

(3) มุ่งหมายให้เป็นการควบคุมการมีอยู่ของทรัพย์สินบางประเภท กล่าวคือ เป็นการริบทรัพย์สินประเภทที่สร้างขึ้น หรือมีไว้เป็นความผิดตามกฎหมาย

มาตรการในการริบและยึดทรัพย์สินเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่สำคัญในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติ โดยอนุสัญญาฯ ได้กำหนดมาตรการริบและยึดทรัพย์สินไว้โดยเฉพาะแยกต่างหากจากมาตรการฟอกเงิน ดังนั้นจึงมิได้ถูกจำกัดไว้เฉพาะในส่วนของการฟอกเงินเท่านั้น แต่ครอบคลุมการใช้บังคับขยายไปถึงการกระทำความผิดอื่น ซึ่งบัญญัติให้เป็นความผิดตามอนุสัญญานี้ โดยมีขอบเขตการบังคับใช้ตามอนุสัญญาฯ ข้อ 3 ได้แก่

1 ความผิดตามอนุสัญญาฯ มี 4ฐาน คือ

ก. ความผิดฐานการเข้ามีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรม

ข. ความผิดฐานฟอกเงิน

ค. ความผิดฐานคอร์รัปชัน

ง. ความผิดฐานขัดขวางกระบวนการยุติธรรม

2 ความผิดตามที่กำหนดไว้ในพิธีสาร 3 ฉบับ

ก. พิธีสารว่าด้วยการป้องกันปราบปรามและลงโทษการค้ามนุษย์โดยเฉพาะผู้หญิงและเด็ก

ข. พิธีสารเพื่อต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางบก ทะเล และอากาศ

ค. พิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบผลิตและค้าอาวุธ

3 อาชญากรรมร้ายแรงตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ ข้อ 2 ซึ่งหมายถึงความผิดร้ายแรงที่มีโทษจำคุกขั้นสูงสุดเป็นเวลาอย่างน้อย 4 ปีหรือมากกว่า

ทั้งนี้เมื่อความผิดดังกล่าวมีลักษณะข้ามชาติและเกี่ยวข้องกับกลุ่มอาชญากรรมที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร⁶⁷

มาตรการริบและยึดทรัพย์สินตามอนุสัญญาฯ ได้กำหนดไว้มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

⁶⁷ วีรพงศ์ บุญญโกภาส, รายงานสรุปผลการวิจัยเรื่อง การกำหนดความผิดฐานฟอกเงินที่ผู้กระทำเป็นองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติและมาตรการ รวมทั้งความร่วมมือระหว่างประเทศในการปราบปรามการฟอกเงินและมาตรการยึด อาศัยและริบทรัพย์สิน, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันกฎหมายอาญาสำนักงานอัยการสูงสุด, 2548), น.201-202.

อนุสัญญา ข้อ 12 กำหนดให้ทรัพย์สินที่อยู่ในข่ายจะต้องถูกริบได้แก่ทรัพย์สินประเภทดังต่อไปนี้

1 ทรัพย์สินที่ได้มาจากการประกอบอาชญากรรม (Proceeds of crime) ซึ่งเป็นความผิดที่ครอบคลุมโดยตามอนุสัญญา นี้ หรือทรัพย์สิน (Property) ที่มีมูลค่าเทียบได้กับทรัพย์สินดังกล่าว⁶⁸

2 ทรัพย์สิน อุปกรณ์หรือเครื่องมือเครื่องใช้อื่นที่ใช้หรือจะใช้ในการกระทำความผิดซึ่งเป็นความผิดที่ครอบคลุมโดยอนุสัญญา นี้⁶⁹

3 กรณีที่ทรัพย์สินที่ได้มาจากการประกอบอาชญากรรมซึ่งเป็นความผิดที่ครอบคลุมโดยอนุสัญญา นี้ ได้ถูกเปลี่ยนรูปหรือแปรสภาพแต่บางส่วนหรือทั้งหมดเป็นทรัพย์สินอื่น ทรัพย์สินเช่นนั้นจะต้องกลายเป็นทรัพย์สินที่จะต้องถูกริบตามอนุสัญญา แทน⁷⁰ หรือหากทรัพย์สินที่ได้มาจากการประกอบอาชญากรรมถูกนำไปปะปนกับทรัพย์สินที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมาย ทรัพย์สินเช่นนั้นจะถูกริบไม่เกินมูลค่าที่ประเมินจากทรัพย์สินที่นำเข้าไปปะปน⁷¹

4 เงินได้หรือผลประโยชน์อื่นที่ได้รับมาจากทรัพย์สินที่ได้มาจากการประกอบอาชญากรรมซึ่งเป็นความผิดที่ครอบคลุมโดยอนุสัญญา นี้ หรือทรัพย์สินซึ่งเปลี่ยนรูป หรือแปรสภาพมาจากทรัพย์สินที่ได้มาจากการประกอบอาชญากรรม หรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการประกอบอาชญากรรมถูกนำไปปะปนด้วย⁷²

อนุสัญญา นี้ได้ให้ความหมายของคำว่า ทรัพย์สิน (Property) หมายถึงสินทรัพย์ทุกชนิด ไม่ว่ามีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่าง เคลื่อนย้ายได้หรือเคลื่อนย้ายไม่ได้ จับต้องได้หรือจับต้องไม่ได้ และหมายถึงเอกสารหรือตราสารทางกฎหมายที่เป็นหลักฐานกรรมสิทธิ์หรือผลประโยชน์ในทรัพย์สินดังกล่าว และให้ความหมายของคำว่า ทรัพย์สินที่ได้มาจากการประกอบอาชญากรรม (Proceeds of crime) โดยให้หมายถึงทรัพย์สินใดที่เกิดจากหรือได้รับไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมจากการกระทำความผิด⁷³

⁶⁸ UNTOC ,Article 12 para.1(a).

⁶⁹ UNTOC, Article 12 para.1(b).

⁷⁰ UNTOC, Article 12 para. 3.

⁷¹ UNTOC, Article 12 para. 4.

⁷² UNTOC, Article 12 para. 5.

⁷³ UNTOC, Article 2 (d).

จะเห็นได้ว่าอนุสัญญาฯ ฉบับนี้ได้กำหนดขยายขอบเขตของการริบทรัพย์สินให้ครอบคลุมเฉพาะกรณีที่ทรัพย์สินที่ได้มาจากการประกอบอาชญากรรม (Proceeds of crime) ได้ถูกเปลี่ยนรูป หรือแปรสภาพไป หรือถูกนำเข้าไปปะปนกับทรัพย์สินอื่น ดังนั้นหากเป็นทรัพย์สิน อุปกรณ์ หรือเครื่องมือเครื่องใช้อื่นที่ใช้หรือจะใช้ในการกระทำความผิดได้ถูกเปลี่ยนรูป หรือแปรสภาพ หรือถูกนำเข้าไปปะปนกับทรัพย์สินอื่น ทรัพย์สินนั้นก็ไม่นับอยู่ในข่ายที่จะต้องถูกริบตามอนุสัญญาฯ นี้