

บทที่ 4

พันธกรณีของประเทศไทยต่อการเข้าเป็นภาคีพิธีสารเพื่อการต่อต้านการลักลอบขน ผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางบก ทางทะเล และทางอากาศ ค.ศ. 2000 เพิ่มเติม อนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติ ที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000

จากการที่ประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีในพิธีสาร ทำให้ประเทศไทยมีพันธกรณีที่
จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติและวัตถุประสงค์ของพิธีสาร ซึ่งในบทนี้จะนำเสนอสถานภาพของ
พิธีสาร ปัญหาในการปฏิบัติตามพันธกรณีตามพิธีสาร พร้อมทั้งเสนอแนวทางแก้ไขในการ
ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายภายใน เพื่อเตรียมความพร้อมด้านกฎหมายให้สอดคล้องกับการปฏิบัติ
ตามพันธกรณีที่ตามมาจากการเข้าเป็นภาคีของพิธีสาร นี้

4.1 สถานภาพของพิธีสารเพื่อการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางบก ทางทะเล และทางอากาศ ในประเทศไทย

อนุสัญญา และพิธีสาร ได้เปิดให้มีการลงนามระหว่างวันที่ 12-15 ธันวาคม พ.ศ.
2543 ณ เมือง ปาเลโม ประเทศอิตาลี และหลังจากนั้นถึงวันที่ 12 ธันวาคม พ.ศ. 2545 เปิดให้ลง
นามที่สำนักงานใหญ่ขององค์การสหประชาชาติ(นิวยอร์ก)¹ โดยอนุสัญญามีผลใช้บังคับแล้ว
ตั้งแต่วันที่ 29 กันยายน พ.ศ. 2546 เป็นต้นไป เนื่องด้วยผลของบทบัญญัติข้อ 38 ของอนุสัญญา
ที่กำหนดไว้ดังนี้

1 อนุสัญญานี้มีผลใช้บังคับในวันที่เก้าสิบภายหลังจากวันที่มีการมอบสัตยาบันสาร
สารแสดงการยอมรับ หรือสารแสดงความเห็นชอบหรือภาคยานุวัติสาร ฉบับที่สี่สิบ เพื่อความมุ่ง
ประสงค์ของวรรคนี้ สารใดที่มอบโดยองค์การบูรณาการด้านเศรษฐกิจระดับภูมิภาคจะไม่นับเป็น
เพิ่มจากสารที่ได้มอบไว้แล้ว โดยรัฐสมาชิกขององค์การเห็นว่า

2 สำหรับรัฐแต่ละรัฐหรือองค์การบูรณาการด้านเศรษฐกิจระดับภูมิภาคแต่ละ
องค์การที่ให้สัตยาบัน ยอมรับ เห็นชอบหรือภาคยานุวัติอนุสัญญานี้หลังการมอบสารเห็นว่า ฉบับ

¹ สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มกราคม 2552, จาก

ที่สืบลับอนุสัญญา¹จะมีผลใช้บังคับในวันที่สามสิบหลังจากวันที่มอบสารที่เกี่ยวข้องของรัฐหรือองค์กร เช่นว่า

ส่วนพิธีสารฯ มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 28 มกราคม พ.ศ. 2547 และ ณ วันที่ 5 มีนาคม พ.ศ. 2551 มีภาคี 116 ประเทศ² เนื่องด้วยผลของบทบัญญัติข้อ 22 ของพิธีสารฯ ที่กำหนดไว้ดังนี้

1 พิธีสาร³นี้จะมีผลใช้บังคับในวันที่เก้าสิบภายหลังจากวันที่มีการมอบสัตยาบันสารแสดงการยอมรับ หรือสารแสดงความเห็นชอบหรือภาคยานุวัติสาร ฉบับที่สืบลับ เว้นแต่ว่าพิธีสาร³นี้จะไม่มีผลบังคับใช้ก่อนการมีผลบังคับใช้ของอนุสัญญา เพื่อความมุ่งประสงค์ของวรรคนี้ สารใดที่มอบโดยองค์การบูรณาการด้านเศรษฐกิจจะนับเป็นเพิ่มจากสารที่ได้มอบไว้แล้ว โดยรัฐสมาชิกขององค์กรเช่นว่า

2 สำหรับรัฐแต่ละรัฐหรือองค์การบูรณาการด้านเศรษฐกิจจะนับภูมิภาคแต่ละองค์กรที่ให้สัตยาบัน ยอมรับ เห็นชอบหรือภาคยานุวัติพิธีสาร³นี้หลังการมอบสารเช่นว่า ฉบับที่สืบลับ พิธีสาร³นี้จะมีผลใช้บังคับในวันที่สามสิบหลังจากวันที่มอบสารที่เกี่ยวข้องของรัฐหรือองค์กร เช่นว่า หรือในวันที่พิธีสาร³นี้มีผลบังคับใช้ตามวรรค 1 ของข้อนี้ แล้วแต่กรณีใดเกิดขึ้นภายหลัง

ประเทศไทยลงนามในอนุสัญญา เมื่อวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2543 และลงนามในพิธีสารฯ เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม พ.ศ. 2544 แล้ว และอาจให้สัตยาบันในอนาคต(การให้สัตยาบันหมายถึง การกระทำในทางระหว่างประเทศอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าวนั้นซึ่งแสดงว่ารัฐได้ให้ความยินยอมของตนเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา³) เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างพิธีสารและอนุสัญญาตามที่กำหนดไว้ในข้อที่ 37 ซึ่งกำหนดให้รัฐที่จะเข้าเป็นภาคีในพิธีสารนั้น จะต้องให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาก่อน ซึ่งหมายความว่าพิธีสารฉบับนี้จะไม่ผลใช้บังคับกับประเทศไทย จนกว่าประเทศไทยจะได้ให้สัตยาบันกับอนุสัญญา หลักเสียก่อน และให้สัตยาบันกับพิธีสารเช่นกัน พิธีสารจึงจะมีผลใช้บังคับกับประเทศไทย

ปัจจุบันสภามั่นคงแห่งชาติ ซึ่งมีนายกรัฐมนตรีเป็นประธานได้ให้ความเห็นชอบนโยบายความมั่นคงแห่งชาติ ในการป้องกันและแก้ไขปัญหอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร และได้นำเสนอคณะรัฐมนตรีทราบแล้วเมื่อวันที่ 7 พฤศจิกายน 2543 โดยนโยบายดังกล่าว มีวัตถุประสงค์ 2 ประการ คือ

² เพิ่งอ้าง.

³ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 4

(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น. 239.

1 เพื่อให้การดำเนินการแก้ไขปัญหาอาชญากรรมข้ามชาติที่มีกระทบต่อความมั่นคง เป็นไปอย่างเข้มแข็ง มีเอกภาพ และมีประสิทธิภาพ

2 เพื่อให้ทุกฝ่ายในชาติตระหนักถึงภัยและผลกระทบที่เกิดจากปัญหาอาชญากรรมข้ามชาติ และร่วมมือป้องกันแก้ไขปัญห และให้ประชาคมระหว่างประเทศให้ความสนับสนุนและร่วมมือ

เพื่อเป็นการอนุวัติการนโยบายดังกล่าว นายกรัฐมนตรีได้ลงนามในคำสั่งแต่งตั้ง คณะกรรมการอำนวยการป้องกันและแก้ไขปัญหาอาชญากรรม (กปอ.) และคำสั่งจัดตั้งสำนักงาน เลขาธิการคณะกรรมการอำนวยการป้องกันและแก้ไขปัญหาอาชญากรรมข้ามชาติ (สล. กปอ.) เพื่อทำหน้าที่เป็นฝ่ายเลขานุการให้กับคณะกรรมการอำนวยการป้องกันและแก้ไขปัญห อาชญากรรมข้ามชาติ⁴ นอกจากนี้คณะรัฐมนตรีได้มอบหมายให้สำนักงานอัยการสูงสุดเป็น หน่วยงานหลักในการตรวจสอบพันธกรณีของอนุสัญญาฯ และพิธีสารฯ เพื่อแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่ และยกร่างกฎหมายขึ้นใหม่เพื่อรองรับพันธกรณีต่างๆ ของไทยตามอนุสัญญาฯ และพิธีสารฯ โดย แบ่งการศึกษาวิจัยออกเป็น 2 ระยะ คือ

การศึกษาระยะที่ 1 ศึกษาสภาพปัญหาแนวทางและมาตรการที่กำหนดในอนุสัญญาฯ และพิธีสารฯ ทั้งสามฉบับทั้งที่เป็นมาตรการบังคับและไม่บังคับ โดยเทียบเคียงกับกฎหมายไทย

การศึกษาระยะที่ 2 แสวงหาคำตอบว่าหากประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีของ อนุสัญญาฯ และพิธีสารฯ ควรต้องแก้ไขหรือเพิ่มเติมกฎหมายหรือมาตรการใดบ้าง⁵

4.2 กระบวนการในการเข้าเป็นภาคีในพิธีสารฯของประเทศไทย

ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน หรือการนำ กฎหมายระหว่างประเทศไปใช้ในระบกกฏหมายภายใน ก็นับว่าเป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่า ระบบกฎหมายใดจะมีผลบังคับใช้เหนือระบบกฎหมายอีกระบบหนึ่ง (primacy of legal system)

⁴ รุ่งกานต์ วัชรปรีดา, “อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.101.

⁵ พิศวาท สุขธนพันธุ์, รายงานสรุปผลการวิจัยเรื่อง มาตรการในการแก้ไขปัญหาลักลอบขนผู้ย้ายถิ่น(พิธีสารเพื่อการต่อต้านการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นฐานทางบก ทางทะเล และทางอากาศ), (กรุงเทพมหานคร: สถาบันกฎหมายอาญาสำนักงานอัยการสูงสุด, 2548), น. 4-5.

ในกรณีที่ระบบกฎหมายทั้งสองขัดแย้งกัน จึงเกิดเป็นทฤษฎีที่แตกต่างกัน ได้แก่ ทฤษฎีเอกนิยม (monism) ที่ถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศมีค่าเหนือกฎหมายภายใน เพราะเป็นผลของการใช้อำนาจอธิปไตยในนามของรัฐ ย่อมมีค่าเหนือกฎหมายภายในซึ่งเป็นผลของการใช้อำนาจอธิปไตยบัญญัติอันเนื่องมาจากอำนาจอธิปไตยอีกทีหนึ่ง สนธิสัญญาจึงมีผลบังคับภายในประเทศภาคีโดยตรง โดยไม่จำเป็นต้องมีการยอมรับหรือการออกกฎหมายมารับรอง ส่วนอีกทฤษฎีหนึ่ง ได้แก่ ทฤษฎีทวินิยม (dualism) ที่ถือว่า กฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในเป็นกฎหมายคนละส่วนกัน ไม่มีฝ่ายใดมีค่าเหนือฝ่ายใด ดังนั้น สนธิสัญญาอันเป็นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศจะมีผลบังคับทางกฎหมายภายในก็จะต้องมีการยอมรับ (reception) โดยกฎหมายภายในออกมารับรองในรูปหนึ่งรูปใด⁶

สำหรับในประเทศไทยการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาปรับใช้เป็นกฎหมายภายในเพื่อให้มีผลใช้บังคับนั้น แนวปฏิบัติของประเทศไทยได้ยึดตามทฤษฎีทวินิยมตลอดมาตั้งแต่เห็นได้จากบทบัญญัติของธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มาตรา 36 และมาตรา 37 ที่ให้อำนาจทำสนธิสัญญาเป็นของคณะราษฎร และให้การให้สัตยาบันเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของกรรมการราษฎร

ส่วนหลักการในปัจจุบันจะเริ่มตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 มาตรา 54 โดยกำหนดให้สนธิสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตประเทศ หรือต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา ต้องขอความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งต่อมาได้มีการเพิ่มเติมสนธิสัญญาอีก 2 ประเภทที่ต้องขอความเห็นชอบต่อรัฐสภาปรากฏตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 195 วรรคสอง คือสนธิสัญญาที่เปลี่ยนแปลงเขตอธิปไตยแห่งชาติและสนธิสัญญาพันธมิตรทางทหาร และต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 178 วรรคสองกำหนดให้สนธิสัญญาบางประเภทต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาโดยเปลี่ยนจาก เขตอธิปไตยแห่งชาติ เป็นเขตอำนาจแห่งรัฐ ซึ่งหลักการดังกล่าวยังคงไว้อยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน แม้รัฐธรรมนูญของไทยจะมีได้ระบุอย่างชัดเจนไว้ก็ตาม แต่ก็สามารถอนุมานได้จากถ้อยคำในมาตรา 190⁷ วรรคสองของรัฐธรรมนูญฉบับ

⁶ อรุณ ภาณุพงศ์, “คำบรรยายลักษณะวิชาสนธิสัญญา” ชั้นปริญญาโททางการทูต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2506 หน้า พิเศษ 2 .(อัดสำเนา)

⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 190 วรรคสอง “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออก

ปัจจุบันได้ ในลักษณะที่สอดคล้องกับทางปฏิบัติว่า การปรับใช้สนธิสัญญาในประเทศไทยเป็นไปตามหลักทวินิยม กล่าวคือ ต้องผ่านการแปลงเป็นกฎหมายภายในเสียก่อน ในรูปของกฎหมายอนุวัติการ เพื่อให้กฎหมายภายในสอดคล้องกับพันธกรณีตามพิธีสาร และรัฐภาคีก็จะสามารถปฏิบัติตามข้อผูกพันในสนธิสัญญาได้⁸

ดังนั้นแล้วจึงต้องพิจารณาว่า พิธีสารฉบับนี้มีสถานะทางกฎหมายเป็นสนธิสัญญาหรือไม่ โดยพิจารณาจากคำนิยามของคำว่า สนธิสัญญา (Treaty) ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the law of Treaties , 1969) ที่ได้ให้คำนิยามของคำว่าสนธิสัญญาไว้ใน มาตรา 2(1) (a) ไว้ว่า สนธิสัญญา หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศระหว่างรัฐซึ่งจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรและอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะจัดทำอยู่ในตราสารฉบับเดียวหรือสองฉบับที่เกี่ยวข้องกัน และไม่จำเป็นต้องมีชื่อเฉพาะเช่นใด⁹

นอกจากนี้การพิจารณาว่า เอกสารใดจะมีสถานะเป็นสนธิสัญญาตามองค์ประกอบของสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่นั้น มีหลักการในการพิจารณาว่า จะต้องเป็นความตกลงระหว่างประเทศ (international agreement) ที่ทำขึ้นโดยผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ (subject of international law) แม้ว่าสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาจะระบุไว้เพียงว่า เป็นตราสารที่ทำขึ้นระหว่างรัฐ (states) โดยจำกัดให้การทำสนธิสัญญาของรัฐจะต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เท่านั้น

พระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศ อย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว”

⁸ Jathuron Thirawat, “Treaty-Making Law Process and Application of Treaties in the Practice of Thailand,” Post-Graduate Program of Law , Thammasat University, 1996, pp. 84-85.

⁹ Article 2 (1) (a) of the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969
 “Treaty means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation”

แต่อย่างไรก็ตาม สนธิสัญญาที่องค์การระหว่างประเทศ (international organization) ทำขึ้น ก็อยู่ในความหมายของคำว่า สนธิสัญญา เนื่องจากองค์การระหว่างประเทศ ก็มีความสามารถในการเข้าเป็นภาคีสนธิสัญญาได้เช่นกัน เพราะถือว่าเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ (subject of international law) เช่นเดียวกับรัฐ แต่การทำสนธิสัญญาขององค์การระหว่างประเทศจะเป็นไปตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐต่างๆ กับองค์การระหว่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศด้วยตนเอง ค.ศ. 1986 (Vienna Convention on the law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations ,21 March 1986) ตามมาตรา 2 วรรค 1(a) ที่ได้บัญญัติถึงคำนิยามของสนธิสัญญา ให้รวมถึงข้อตกลงระหว่างประเทศที่องค์การระหว่างประเทศทำขึ้นด้วย¹⁰

ส่วนสนธิสัญญานั้นอาจทำเป็นตราสารฉบับเดียวหรือสองฉบับหรือหลายฉบับเกี่ยวเนื่องกัน และอาจมีชื่อเฉพาะต่างๆ กัน เช่น สนธิสัญญา (Treaty) ความตกลง (Agreement) อนุสัญญา (Convention) กฎบัตร (Charter) ธรรมนูญ (Constitution) บันทึกความเข้าใจ (Memorandum of Understanding-MOU) พิธีสาร (Protocol) และหนังสือแลกเปลี่ยน (Exchange of Notes หรือ Exchange of Letters) สนธิสัญญาเหล่านี้มีผลผูกพันทางกฎหมายเท่าเทียมกัน แต่มีรูปแบบในการจัดทำแตกต่างกัน การพิจารณาว่าจะจัดทำเป็นสนธิสัญญารูปแบบหรือชื่อใดนั้น ขึ้นอยู่กับแนวปฏิบัติของรัฐในการจัดทำสนธิสัญญา นอกจากนี้ การพิจารณาสัญญาใดเป็นสนธิสัญญาหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากเนื้อหาสาระและถ้อยคำของสัญญานั้นว่าก่อให้เกิดข้อผูกพันทางกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ มิใช่พิจารณาจากชื่อของสัญญานั้น เช่น การจัดทำบันทึกการหารือในรูปแบบของ Agreed Minutes หรือ Record of Discussion อาจมีถ้อยคำที่ก่อให้เกิดข้อผูกพันทางกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเป็นสนธิสัญญา หรือการจัดทำ Declaration อาจมีถ้อยคำในลักษณะเป็นเพียงถ้อยแถลงทางนโยบาย (Statement of Policy) ซึ่งไม่ใช่สนธิสัญญาหรือมีถ้อยคำที่ก่อให้เกิดข้อผูกพันทางกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเป็นสนธิสัญญาก็ได้

ดังนั้นการพิจารณากำหนดว่าเอกสารใดมีฐานะเป็นสนธิสัญญา จะต้องวิเคราะห์ความครบถ้วนขององค์ประกอบตามที่ได้กล่าวมาแล้ว นอกจากนี้สนธิสัญญาจะต้องอยู่ภายใต้

¹⁰ ขวัญที่ ศรีสุขวัฒนา, “พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 1 และฉบับที่ 2 ค.ศ. 1977 และปัญหาการเข้าเป็นภาคีของประเทศไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น. 92.

บังคับแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ และที่สำคัญสนธิสัญญาต้องก่อให้เกิดสิทธิและพันธกรณีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ แม้จะเป็นข้อตกลงที่มีลักษณะไม่ต่างตอบแทนก็ตาม¹¹

ดังนั้นแล้วพิธีสารฉบับนี้ ซึ่งเป็นพิธีสารที่มาเพิ่มเติมอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 ซึ่งคำว่า พิธีสาร ก็เป็นชื่อของสนธิสัญญาเช่นกัน แต่เหตุที่ใช้เรียกสนธิสัญญาที่แตกต่างไป เนื่องจากคำว่าพิธีสาร มักจะใช้เรียกความตกลงที่มีลักษณะเป็นการเปลี่ยนแปลง แก้ไข เพิ่มเติม ต่อท้ายหรือกำหนดรายละเอียดของสนธิสัญญา หรือความตกลงอื่น¹² จะเห็นได้ว่าพิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางบก ทางทะเลและทางอากาศ ค.ศ. 2000 นั้นเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่สร้างขึ้นระหว่างรัฐภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 โดยเนื้อหาของพิธีสารเป็นการกำหนดฐานความผิดและความร่วมมือระหว่างรัฐภาคีในการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางบก ทางทะเลและทางอากาศ ซึ่งก่อให้เกิดสิทธิและพันธกรณีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น พิธีสารฯ ฉบับนี้จึงมีสถานะทางกฎหมายเป็นสนธิสัญญา ครบถ้วน ตามองค์ประกอบของสนธิสัญญาทุกประการ

ดังนั้นแล้ว หากประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีของพิธีสารจะต้องพิจารณาถึงพันธกรณีของพิธีสารในฐานะที่เป็นสนธิสัญญา ที่มีผลผูกพันทางกฎหมายคือ หากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีของพิธีสารแล้วจะมีผลให้ประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของพิธีสารต่อไป

เมื่อพิจารณาได้ว่าพิธีสารมีสถานะทางกฎหมายในฐานะสนธิสัญญา ซึ่งประเทศที่เข้าเป็นภาคีจะต้องผูกพันในฐานะที่เป็นรัฐภาคีแล้ว การพิจารณาในการเข้าเป็นภาคีและการอนุวัติการตามกฎหมายภายใน ก็จะต้องเป็นไปตามกระบวนการของการปรับใช้สนธิสัญญาตามที่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีปัญหาที่ต้องพิจารณาในเรื่องการให้ความเห็นชอบในกระบวนการนิติบัญญัติ และปัญหาในการปรับปรุงกฎหมายภายในเพื่อให้มีความสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ของพิธีสาร

การอนุวัติการสนธิสัญญาในประเทศไทยนั้น ต้องมีการออกกฎหมายอนุวัติการให้เป็นกฎหมายภายในเสียก่อน โดยหลักการนี้เป็นไปตามทฤษฎีทวินิยม (Dualism) ที่ถือว่าสนธิสัญญาเป็นคณละส่วน แยกออกจากกฎหมายภายใน โดยการทำสนธิสัญญา แม้จะมีการให้สัตยาบันแล้ว แต่ก็ผลเพียงในทางระหว่างประเทศ กฎเกณฑ์ในสนธิสัญญานั้นยังไม่มีผลต่อพลเมือง จนกว่าจะได้มีการประกาศของรัฐบาลให้ใช้เป็นกฎหมายภายในที่จะมีผลใช้แก่

¹¹ อรุณ ภาณุพงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น. 8-11.

¹² เฟื่องอ้าง, น. 9.

ประชาชนพลเมืองภายในประเทศได้¹³ เนื่องจากหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศได้ระบุไว้ในมาตรา 26 และ 29 สนธิสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ดังนี้

มาตรา 26 สนธิสัญญาทุกฉบับมีผลใช้บังคับย่อมผูกพันภาคีแห่งสนธิสัญญานั้น และภาคีจักต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาด้วยความสุจริต¹⁴

มาตรา 29 เว้นไว้แต่มีเจตนารมณ์เป็นอื่นโดยสนธิสัญญา หรือข้อกำหนดอื่น สนธิสัญญาจักมีผลผูกพันภายในอาณาเขตทั้งหมดของแต่ละภาคี¹⁵

ดังนั้นแล้วผลของการลงนามในพิธีสาร ดังกล่าวก็ทำให้ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องละเว้นการกระทำใดๆ อันเป็นการทำให้วัตถุประสงค์หรือความมุ่งประสงค์ของพิธีสาร นั้น เสื่อมเสียไป ซึ่งหากประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญาดังกล่าวแล้ว ก็มีความจำเป็นที่จะต้องออกกฎหมายอนุวัติการขึ้น ซึ่งอาจจะตราออกมาเป็นพระราชบัญญัติบังคับการให้เป็นไปตามพิธีสาร และอาจมีการออกประกาศ ระเบียบ ข้อบังคับหรือคำสั่งของฝ่ายบริหารเพิ่มเติมขึ้นมา เพื่อให้กฎหมายภายในมีความสอดคล้องกับพันธกรณีในพิธีสาร และประชาชนจะสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีของพิธีสารดังกล่าวได้

นานาประเทศรวมทั้งประเทศไทย มีกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทที่วางหลักการเกี่ยวกับการจัดทำสนธิสัญญาของแต่ละประเทศ ในหลายประเทศจะมีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการจัดทำสนธิสัญญาเพิ่มเติมจากกฎหมายรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม บางประเทศอาจกำหนดไว้เป็นเพียงแนวทาง (Guideline) ในการจัดทำสนธิสัญญาของประเทศ

สำหรับประเทศไทย กฎหมายรัฐธรรมนูญทุกฉบับ ล้วนแต่มีบทบัญญัติกำหนดหลักการจัดทำสนธิสัญญาของประเทศไว้ทั้งสิ้น โดยได้บัญญัติเรื่องการทำสนธิสัญญาไว้ในหมวด

¹³ วิชาญ เครื่องาม, การใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของไทย รายงานผลการวิจัย ศูนย์วิจัยรัชดาภิเษกสมโภช, (กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521), น. 119.

¹⁴ Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 “Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith”

¹⁵ Article 29 of the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 “Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, a treaty is binding upon each party in respect of its entire territory”

ที่ว่าด้วยอำนาจของฝ่ายบริหาร แต่ในการทำสนธิสัญญาบางประเภท ดังที่ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 190 วรรคสอง ที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาเสียก่อน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติในมาตรา 190 วรรคสอง ความว่า

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศไทยอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศ อย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา

ในการพิจารณาว่าพินิจดังกล่าวอยู่ในความหมายของ หนังสือสัญญา ที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ตามมาตรา 190 วรรคสองหรือไม่นั้น พิจารณาได้ดังนี้ รัฐธรรมนูญทุกฉบับใช้คำว่า หนังสือสัญญา (compact) โดยไม่เคยใช้คำว่า สนธิสัญญา (treaty) ที่เป็นเช่นนั้น เพราะคำว่า หนังสือสัญญา จะหมายรวมถึงความตกลงระหว่างประเทศทุกรูปแบบ เช่น สนธิสัญญา (treaty) อนุสัญญา (Convention) ความตกลง (Agreement) พิธีสาร (Protocol) เป็นต้น ในกรณีนี้ ความตกลงที่ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดในทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศจะเรียกว่า compact ซึ่งหมายถึง หนังสือสัญญา ตามที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ¹⁶

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า คำว่า หนังสือสัญญา แม้จะได้บัญญัติความหมายไว้ใน รัฐธรรมนูญ แต่ก็อาจกล่าวได้ว่า หนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ มีความหมายครอบคลุมถึงความตกลงทุกประเภทที่ประเทศไทยทำขึ้นกับนานาประเทศ หรือกับองค์การระหว่างประเทศ และ หนังสือสัญญาดังกล่าว ต้องมีลักษณะเป็นสัญญาที่ทำขึ้นเป็นหนังสือ และเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ

หลักเกณฑ์ของสนธิสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ได้แก่

1 สนธิสัญญาที่มีข้อบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย

2 สนธิสัญญาที่มีข้อบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย หรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญา หรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ

¹⁶ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “ปัญหาสถานะทางกฎหมายของหนังสือแจ้งความจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินที่รัฐบาลมีไปถึงกองทุนการเงินระหว่างประเทศ ตามมาตรา 224 แห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540”, *วารสารนิติศาสตร์*, ปีที่ 32, เล่มที่ 4, (ธันวาคม 2545), น. 910.

3 สนธิสัญญาที่จะต้องมีการออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา

4 สนธิสัญญาที่มีผลกระทบด้านความมั่นคงทางเศรษฐกิจ หรือสังคมของประเทศ
อย่างกว้างขวาง

5 สนธิสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่าง
มีนัยสำคัญ

นอกจากนี้ยังกำหนดให้รัฐต้องให้ข้อมูลแก่ประชาชนและจัดให้ประชาชนสามารถ
แสดงความคิดเห็นในเรื่องเกี่ยวกับหนังสือสัญญา รวมทั้งต้องชี้แจงและเสนอกรอบการเจรจาต่อ
รัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบ เพื่อที่จะได้นำข้อมูลมาประกอบการตัดสินใจก่อนเข้าทำหนังสือ
สัญญาต่อไป และรัฐต้องจัดให้ประชาชนเข้าตรวจสอบและขอดูรายละเอียดของหนังสือสัญญาได้
และแก้ไขเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาอย่างรวดเร็ว เหมาะสม และ
เป็นธรรมด้วย ซึ่งรวมถึงผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม เพราะเป็นผู้ประกอบการขนาด
เล็ก เพื่อเป็นหลักประกันมิให้รัฐทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อประเทศหรือทำให้ประชาชน
ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย¹⁷

หากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า หากประเทศไทยได้
เข้าเป็นภาคีของพิธีสารฉบับดังกล่าวอาจมีความจำเป็นที่จะต้องตรากฎหมายหรือกฎเกณฑ์ใดๆ
ขึ้นมาอนุวัติการตามพิธีสาร ซึ่งหากมีการตรากฎหมายออกมาในรูปของพระราชบัญญัติ ก็จะทำให้
การเข้าเป็นภาคีของพิธีสาร จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาเสียก่อน

4.3 การตั้งข้อสงวนและผลของการตั้งข้อสงวนของประเทศไทย

ผลในทางกฎหมายของการตั้งข้อสงวนตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมาย
สนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้กำหนดไว้ในข้อ 21¹⁸ ผลทางกฎหมายของข้อสงวนซึ่งอาจทำได้ ตลอด
ทั้งการยอมรับและการคัดค้านข้อสงวนดังกล่าว เป็นดังนี้

¹⁷ สำนักกรรมการ 3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ตารางความแตกต่าง
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กับ พุทธศักราช 2550, (กรุงเทพมหานคร:
สำนักพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2551), น.173.

¹⁸ Article 21 of the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 “1. A
reservation established with regard to another party in accordance with articles 19, 20
and 23:

1 กรณีที่ข้อสงวนสามารถทำได้ และได้รับการยอมรับถือว่าได้รับการยอมรับตามข้อ 19, 20 และ 23 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 จะมีผลดังนี้

ก เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาสำหรับรัฐที่ตั้งข้อสงวนในความสัมพันธ์ของตนที่มีอยู่ต่อภาคีอื่นนั้นในส่วนที่เกี่ยวกับข้อสงวนนั้นและภายในขอบเขตแห่งข้อสงวนดังกล่าวและ

ข เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาสำหรับภาคีอื่นนั้นในความสัมพันธ์ของตนที่มีอยู่ต่อรัฐที่ตั้งข้อสงวนภายในขอบเขตแห่งข้อสงวนเดียวกันนั้น

2 ข้อสงวนมิได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาสำหรับภาคีอื่นๆ ในระหว่างกันเอง

3 เมื่อรัฐซึ่งคัดค้านข้อสงวนมิได้คัดค้านการมีผลบังคับแห่งสนธิสัญญาระหว่างตนกับรัฐที่ตั้งข้อสงวน บทบัญญัติซึ่งเกี่ยวกับการตั้งข้อสงวนนั้นจะไม่ใช้บังคับระหว่างรัฐทั้งสองภายในขอบเขตของข้อสงวนนั้น¹⁹

จากบทบัญญัติในข้อ 20 วรรค 3 ของพิธีสารได้เปิดช่องให้ ในเวลาที่มีการลงนามการให้สัตยาบัน หรือการให้ความเห็นชอบ หรือการภาคยานุวัติต่อพิธีสาร รัฐภาคีอาจประกาศไม่ผูกพันกับ วรรค 2 ในเรื่องการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีสองรัฐในเรื่องการตีความหรือการใช้บังคับ พิธีสาร

ดังนี้ ในหากประเทศไทยได้ให้สัตยาบันต่อพิธีสารฯ แล้วมีการตั้งข้อสงวนในข้อ 20 วรรค 2 ของพิธีสารฯ ผลของการตั้งข้อสงวนในข้อนี้ จึงไม่ผูกพันประเทศไทยที่จะต้องปฏิบัติตามในเรื่องการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศไทยกับรัฐภาคีอื่น ในการระงับข้อพิพาทระหว่างกัน

(a) modifies for the reserving State in its relations with that other party the provisions of the treaty to which the reservation relates to the extent of the reservation; and

(b) modifies those provisions to the same extent for that other party in its relations with the reserving State.

2. The reservation does not modify the provisions of the treaty for the other parties to the treaty inter se.

3. When a State objecting to a reservation has not opposed the entry into force of the treaty between itself and the reserving State, the provisions to which the reservation relates do not apply as between the two States to the extent of the reservation”

¹⁹ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น.255-256.

เกี่ยวกับการตีความหรือการใช้บังคับพิธีสารนี้ ซึ่งไม่สามารถระงับได้ในระยะเวลาอันควร ซึ่งทั้งรัฐคู่กรณีและประเทศไทยไม่ผูกพันที่จะต้องส่งเรื่องดังกล่าวไปเพื่อการอนุญาตตุลาการ หรือส่งข้อพิพาทดังกล่าวต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศหากไม่สามารถตกลงกันได้ในการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ ในข้อพิพาทดังกล่าว ส่วนในบทบัญญัติอื่นๆ ของพิธีสารฯ ที่ไม่เปิดโอกาสให้ประเทศภาคีสมาชิกตั้งข้อสงวนได้นั้นน่าจะมีเหตุผลมาจากการปฏิบัติตามหลักการในพิธีสารฯ ได้นั้นต้องอาศัยความร่วมมือซึ่งกันและกันของประเทศภาคีสมาชิกซึ่งหากประเทศใดประเทศหนึ่งตั้งข้อสงวนแล้วก็จะเป็นอุปสรรคต่อความมุ่งหมายของพิธีสารฯ นี้ได้ พิธีสารฯ จึงมิได้เปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกสามารถตั้งข้อสงวนในข้ออื่นๆ ของพิธีสารฯ ได้

4.4 พันธกรณีของประเทศไทยเมื่อเข้าเป็นภาคีในพิธีสารฯ

ตามที่ได้กล่าวข้างต้น หากประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาฯ และพิธีสารฯ ประเทศไทยควรพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายใดบ้างเพื่อให้สอดคล้องกับการเข้าเป็นภาคีของพิธีสารฯ ดังนี้

4.4.1 การกำหนดคำนิยามต่างๆ ตามกฎหมายไทยให้สอดคล้องกับพิธีสารฯ

ดังที่ได้กล่าวแล้ว พิธีสารฯ นี้ มุ่งเน้นการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ว่าด้วยเรื่องการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ดังนั้นสิ่งแรกที่ควรพิจารณาคือ คำนิยามของ องค์การอาชญากรรม โดยความหมายที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญา ข้อ 2 (ก) ให้หมายถึง กลุ่มที่มีการจัดโครงสร้างประกอบด้วยบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไป โดยรวมกลุ่มกันในระยะเวลาหนึ่งและร่วมมือกันเพื่อการก่ออาชญากรรมร้ายแรงตั้งแต่หนึ่งฐานความผิดขึ้นไปในประเภทที่ระบุไว้ในอนุสัญญานี้ เพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางการเงินหรือทางวัตถุอย่างอื่น ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม เมื่อพิจารณาจากกฎหมายไทย ก็พบว่ามีการใช้ความหมายไว้ใน พรบ. ป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 4 ได้ให้ความหมายของ องค์การอาชญากรรม หมายความว่า คณะบุคคลซึ่งมีการจัดโครงสร้างโดยสมคบกันตั้งแต่สามคนขึ้นไปไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราวระยะเวลาหนึ่ง และไม่ว่าจะเป็นโครงสร้างที่ชัดเจน มีการกำหนดบทบาทของสมาชิกอย่างแน่นหนาหรือมีความต่อเนื่องของสมาชิกภาพหรือไม่ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่งหรือหลายฐานที่มีอัตราโทษจำคุกขั้นสูงตั้งแต่สี่ปีขึ้นไป หรือกระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ เพื่อแสวงหาผลประโยชน์ทางทรัพย์สินหรือ

ผลประโยชน์อื่นได้อันมิชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ซึ่งจะเห็นได้ว่า ความหมายที่ได้ให้ไว้นี้ สอดคล้องกับความหมายตามอนุสัญญาฯ

แต่ทั้งนี้เพื่อให้การลงโทษ การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน โดยองค์การอาชญากรรม เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ จึงน่าจะมีการเพิ่มคำนิยามของ องค์การอาชญากรรม ไว้ใน พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง ซึ่งถือเป็นกฎหมายที่ใช้ในการป้องกันและปราบปรามการลักลอบเข้า เมืองของไทย เพื่อให้การป้องกันและปราบปรามการกระทำโดยองค์การอาชญากรรมเป็นไปอย่างมี ประสิทธิภาพ

คำนิยามต่างๆ ที่กำหนดไว้ในข้อ 3 ของพิธีสารนั้น ถือเป็นมาตรการบังคับให้รัฐที่จะ เข้าเป็นภาคีต้องกำหนดไว้ ซึ่งได้แก่

(1) การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

คำนิยามดังกล่าวตามที่พิธีสารได้ให้ความหมายไว้ ได้มุ่งเน้นให้การลักลอบขนผู้ โยกย้ายถิ่นฐาน หมายถึง การลักลอบเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย ที่มีมูลเหตุชักจูงใจในการกระทำ ผิด คือ เพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์ทางวัตถุอื่นจากการกระทำ ดังกล่าวไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม

สำหรับคำนิยามดังกล่าวนี้ เมื่อพิจารณาจากความหมายของคำนิยามต่างๆ ตาม กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าเมืองของไทยแล้วจะเห็นได้ว่ามิได้มีการให้คำนิยามของคำดังกล่าวไว้ ซึ่งในทางปฏิบัติอาจมีการเพิ่มเติมคำนิยามดังกล่าวไว้ เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามพิธีสารฯ

(2) การเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย

คำนิยามดังกล่าวตามที่พิธีสารได้ให้ความหมายไว้ ได้มุ่งเน้นถึง การข้ามแดนโดย ไม่ได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดที่กำหนดไว้สำหรับการเข้าสู่รัฐหนึ่ง โดยชอบด้วยกฎหมาย

จากคำนิยามดังกล่าวนี้ เมื่อนำมาพิจารณาเปรียบเทียบกับคำนิยามต่างๆ ที่กำหนด ไว้ในกฎหมายไทยแล้วก็จะเห็นได้ว่ามิได้มีการให้คำนิยามเกี่ยวกับคำดังกล่าวไว้ เช่นเดียวกับคำว่า การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นเช่นกัน แต่จากการพิจารณาถึง กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการเข้าเมืองของไทยแล้วจะเห็นได้ว่าได้มีการให้คำนิยามคำอื่นๆ ที่ เกี่ยวข้องกับการเข้ามาในราชอาณาจักรไว้ เช่น คนต่างด้าว ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 4, พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 4, พระราชบัญญัติการทำงาน ของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 มาตรา 5 และพระราชบัญญัติการทะเบียนคนต่างด้าว พ.ศ. 2493 มาตรา 4 ซึ่งได้ให้ความหมายของคำว่า คนต่างด้าวไปในทำนองเดียวกัน หมายถึง บุคคลที่ไม่มี สัญชาติไทย

คนเข้าเมือง ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 4 ซึ่งได้ให้ความหมายของคำนี้ หมายถึง คนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักร

ดังนี้ จากการพิจารณาคำนิยามต่างๆ ของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการเข้าเมืองแล้วจะเห็นได้ว่า ตามกฎหมายไทยนั้นมิได้มีการบัญญัติ คำนิยามของคำว่า การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน และ การเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย ซึ่งในทางปฏิบัติอาจมีการเพิ่มเติมคำนิยามดังกล่าวเข้าไว้ในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ซึ่งถือเป็นกฎหมายภายในที่ใช้บังคับลงโทษเกี่ยวกับคดีการเข้าเมืองโดยผิดกฎหมายของไทยเพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามพิธีสาร

(3) เอกสารเดินทางปลอมหรือเอกสารแสดงตนปลอม

คำนิยามของพิธีสารฯ ของคำว่า เอกสารเดินทางปลอมหรือเอกสารแสดงตนปลอม จะครอบคลุมถึง เอกสารเดินทางหรือเอกสารแสดงตน 3 กรณีดังนี้

เอกสารซึ่งถูกปลอมหรือเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญ

เอกสารซึ่งออกโดยไม่ถูกต้อง หรือโดยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ การฉ้อราษฎร์บังหลวง หรือการข่มขู่ หรือในลักษณะอื่นๆ โดยมีขอบด้วยกฎหมาย

เอกสารที่ถูกนำไปใช้โดยบุคคลอื่น นอกเหนือจากบุคคลผู้ทรงสิทธิตามเอกสารนั้น

จากคำนิยามดังกล่าวนี้เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับคำนิยามที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายของไทยแล้ว จะเห็นได้ว่ามิได้มีการให้คำนิยามถึงคำดังกล่าวไว้ มีเพียงการให้คำนิยามของคำว่า หนังสือเดินทาง ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(15) ซึ่งให้ความหมายของคำว่าหนังสือเดินทางว่า หมายถึง เอกสารสำคัญประจำตัว เพื่อใช้ในการเดินทางระหว่างประเทศ ซึ่งความหมายดังกล่าวเหมือนกับความหมายตามพิธีสารฯ แต่ในกรณีของคำว่า เอกสารเดินทางปลอมหรือเอกสารแสดงตนปลอมนี้ ตามกฎหมายไทยมิได้มีการบัญญัติถึงคำนี้ไว้โดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งการจะพิจารณาว่าหนังสือเดินทางใดเป็นหนังสือเดินทางปลอมตามกฎหมายไทย ต้องพิจารณาจากความผิดที่ได้บัญญัติไว้เกี่ยวกับการปลอมหนังสือเดินทางตามประมวลกฎหมายอาญา ตามที่จะกล่าวถึงในหัวข้อ การผลิตเอกสารเดินทางหรือเอกสารแสดงตนปลอม

ดังนั้นแล้วเพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามพิธีสารฯ ควรมีการบัญญัติเพิ่มคำนิยามของเอกสารเดินทางปลอม หมายถึง เอกสารเดินทางซึ่งถูกปลอมหรือเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญ หรือเอกสารเดินทางซึ่งแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือเอกสารเดินทางที่ออกโดยการฉ้อราษฎร์บังหลวงหรือการข่มขู่ หรือเอกสารเดินทางที่ถูกนำไปใช้โดยบุคคลอื่นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามพิธีสารฯ เนื่องจากตามประมวลกฎหมายอาญา ได้ให้ความหมายของคำ

ว่า หนังสือเดินทางเท่านั้น แต่ไม่ได้ให้ความหมายของคำว่าเอกสารเดินทางปลอมที่ออกโดยการฉ้อราษฎร์บังหลวง ดังเช่นที่กำหนดในพิธีสาร

(4) เรือ

คำนิยามดังกล่าวตามที่พิธีสาร ได้ให้ความหมายไว้ หมายถึง พาหนะที่สามารถใช้หรือนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการขนส่งทางน้ำในเชิงพาณิชย์ ไม่ว่าจะเป็นพาหนะใดๆ ที่ลอยอยู่บนผิวน้ำ หรือเครื่องบินทะเล

เนื่องจากพิธีสาร มุ่งเน้นในการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน และมีบทบัญญัติโดยเฉพาะที่กล่าวถึงมาตรการต่อต้านทางทะเล และให้อำนาจของรัฐที่เป็นภาคีสามารถทำการขึ้นและค้นเรือที่ต้องสงสัยว่าได้กระทำความผิดตามพิธีสาร ได้จึงมีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติความหมายของเรือเป็นไปในความหมายเดียวกันระหว่างรัฐภาคี

จากคำนิยามดังกล่าวเมื่อนำมาเปรียบเทียบกับคำนิยามของคำว่าเรือที่ปรากฏในกฎหมายหลายๆ ฉบับของประเทศไทยได้แก่ พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ. 2456 มาตรา 3, พระราชบัญญัติเรือไทย พ.ศ. 2481 มาตรา 5, พระราชบัญญัติส่งเสริมการพาณิชย์นาวี พ.ศ. 2521, พระราชบัญญัติป้องกันเรือโดนกัน พ.ศ. 2522, พระราชบัญญัติการกักเรือ พ.ศ. 2534 มาตรา 3 และพระราชบัญญัติการจำนองเรือและนุริมสิทธิทางทะเล พ.ศ. 2537 มาตรา 4 ซึ่งความหมายของคำว่าเรือตามกฎหมายไทยโดยส่วนใหญ่เน้น หมายความว่า ยานพาหนะทางน้ำทุกชนิด ซึ่งใช้หรือสามารถใช้ในการขนส่งทางน้ำได้ โดยจะเห็นได้ว่า กฎหมายแต่ละฉบับให้คำนิยามที่ไม่เหมือนกัน โดยแตกต่างกันตามจุดมุ่งหมายในการใช้บังคับ

ดังนั้นแล้ว คำนิยามของคำว่าเรือตามกฎหมายไทยที่มีใช้บังคับอยู่จึงถือได้ว่าครอบคลุมตามความหมายของคำว่าเรือที่ปรากฏตามพิธีสาร

จากที่ได้กล่าวข้างต้น ในเรื่องการกำหนดคำนิยามของกฎหมายไทยตามพิธีสาร จะเห็นได้ว่า กฎหมายภายในนั้นมิได้มีการบัญญัติคำนิยามสอดคล้องกับคำนิยามที่ได้กำหนดไว้ในพิธีสาร ดังนั้นแล้วหากประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีของพิธีสาร น่าจะมีการบัญญัติคำนิยามตามที่ได้กำหนดไว้ในพิธีสาร ไว้ในกฎหมายภายในของไทยเพื่อเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีของพิธีสาร

4.4.2 การกำหนดฐานความผิด

การกำหนดฐานความผิดตามพิธีสาร นี้เป็นความผิดที่มุ่งเน้นใช้บังคับในการป้องกันการลักลอบขน สอดส่องและการฟ้อร้อง ต่อการกระทำที่มีลักษณะข้ามชาติและเกี่ยวข้องกับกลุ่ม

อาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร²⁰ และนอกจากนี้ยังให้ถือว่าความผิดที่กำหนดขึ้นตามพิธีสารนี้เป็นความผิดที่กำหนดขึ้นตามอนุสัญญา²¹ ซึ่งหมายความว่า ความผิดที่กำหนดขึ้นตามพิธีสารฯ นี้เป็น อาชญากรรมร้ายแรง²² ดังที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ หมายถึง การกระทำที่เป็นความผิดซึ่งสามารถลงโทษโดยการทำให้สูญเสีเสรีภาพขั้นสูงสุดเป็นเวลาอย่างน้อยสี่ปี หรือโดยโทษที่รุนแรงกว่า

โดยความผิดที่ได้กำหนดให้เป็นความผิดตามพิธีสารฯ มีดังนี้

(1) การกระทำความผิดฐานลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

พิธีสารฯ ข้อ 6 วรรค 1(ก) กำหนดให้รัฐภาคีต้องกำหนดให้ “การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน” เป็นความผิด ซึ่งตามพิธีสารฯ หมายถึง การจัดให้มีการเข้าเมืองโดยผิดกฎหมายของบุคคลซึ่งมิใช่คนชาติ หรือผู้มีถิ่นพำนักถาวร และยังรวมถึงการข้ามแดนโดยไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดที่จำเป็นสำหรับการเข้าไปในอีกรัฐหนึ่งโดยชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับในข้อนี้ ในส่วนของกฎหมายไทยตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 63 ได้บัญญัติให้ การนำ หรือพาบุคคลต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักร การกระทำความผิดใดๆ อันเป็นการอุปการะคนต่างด้าว การช่วยเหลือคนต่างด้าว หรือการให้ความสะดวกแก่คนต่างด้าวให้เข้ามาในราชอาณาจักร เป็นความผิด แต่เมื่อพิจารณาถึงความหมาย การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ตามพิธีสารฯ แล้ว หมายถึง การจัดให้มีการเข้าเมืองโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และรวมการข้ามแดนโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งแสดงให้เห็นว่า การกำหนดฐานความผิดของพิธีสารฯ นอกจากกำหนดให้การช่วยเหลือให้บุคคลต่างด้าวเข้าเมืองโดยผิดกฎหมายแล้ว ยังหมายความว่ารวมถึงการลักลอบออกนอกประเทศโดยมิชอบด้วยกฎหมายด้วย เมื่อพิจารณาจากคำว่า “การข้ามแดนโดยไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดที่จำเป็นสำหรับการเข้าไปในอีกรัฐหนึ่งโดยชอบด้วยกฎหมาย” ดังนี้แล้วจะเห็นได้ว่าเมื่อนำฐานความผิดนี้มาเปรียบเทียบกับฐานความผิดที่กำหนดไว้ตามกฎหมายไทยที่มุ่งเน้นในการป้องกันการช่วยเหลือ ให้ความสะดวกแก่คนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักร ซึ่งถือเป็นมาตรการการต่อต้านการลักลอบเข้าเมืองเท่านั้น ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดความผิดในการลักลอบขนคนออกนอกประเทศโดยมิชอบด้วยกฎหมายให้เป็นความผิดด้วย

²⁰ MPS, Article 4.

²¹ MPS, Article 1.

²² UNTOC, Article 1.

ดังนี้แล้ว จึงเห็นได้ว่าการบัญญัติความผิดดังกล่าวของกฎหมายไทยยังไม่สอดคล้องกับความผิดที่ได้บัญญัติไว้ตามพิธีสารฯ

(2) ความผิดเกี่ยวกับเอกสาร

พิธีสารฯ ข้อ 6 วรรค 1(ข) กำหนดให้รัฐภาคีต้องกำหนดให้ การกระทำความผิดเกี่ยวกับเอกสารเป็นความผิด โดยแบ่งเป็นความผิด 2 สถานความผิดดังนี้

1 การผลิตเอกสารเดินทางหรือเอกสารแสดงตนปลอม

ในความผิดฐานดังกล่าวตามพิธีสารฯ นี้ หมายถึง การทำเอกสารเดินทางหรือเอกสารแสดงตนขึ้นมาโดยวิธีที่ไม่ถูกต้อง ไม่ว่าเอกสารดังกล่าวจะมีต้นฉบับที่แท้จริงอยู่หรือไม่ หรือการออกเอกสาร การเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อมูลในเอกสารดังกล่าวโดยบุคคลหรือหน่วยงานที่ไม่มีอำนาจในการกระทำการดังกล่าว หรือการบิดเบือนข้อเท็จจริงในเอกสาร การทำเอกสารโดยการฉ้อราษฎร์บังหลวง หรือการข่มขู่

สำหรับในข้อนี้ ในส่วนของกฎหมายไทยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 269/8 ที่บัญญัติให้การปลอมหนังสือเดินทางเป็นความผิด ซึ่งองค์ประกอบของความผิดในส่วนของกระทำนั้น หมายถึง การทำหนังสือเดินทางปลอมทั้งฉบับหรือแต่ส่วนหนึ่งส่วนใด โดยไม่จำเป็นต้องมีหนังสือเดินทางที่แท้จริง และไม่ต้องทำให้เหมือนของจริง หรือการเพิ่มเติมตัดทอนข้อความในหนังสือเดินทางโดยไม่มีอำนาจ หรือการประทับตราปลอมหรือลงลายมือชื่อปลอมในหนังสือเดินทาง จะเห็นได้ว่าในความผิดฐานปลอมเอกสารตามที่ได้บัญญัติในประมวลกฎหมายอาญารอบคลุมการกระทำความผิดฐานผลิตเอกสารเดินทางหรือเอกสารแสดงตนปลอมตามพิธีสารฯ เนื่องจากความหมายตามพิธีสารฯ และตามกฎหมายไทย หมายถึง การทำปลอมหนังสือเดินทางขึ้น โดยวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่นเดียวกัน

สำหรับในเรื่องอัตราโทษตามกฎหมายไทยที่บัญญัติให้ ลงโทษจำคุกขั้นต่ำตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี ซึ่งในส่วนการกำหนดโทษผู้กระทำความผิดดังกล่าวเป็นไปตามดุลพินิจของศาลที่จะกำหนดโทษ โดยศาลอาจลงโทษสูงถึงสิบปีได้ ฉะนั้น อัตราโทษดังกล่าวจึงสอดคล้องกับคำนิยามของคำว่า “อาชญากรรมร้ายแรง” ตามข้อ 2 แห่งอนุสัญญาฯ ที่ระบุว่าให้ หมายถึง การกระทำที่เป็นความผิดซึ่งสามารถลงโทษโดยการทำให้สูญเสียเสรีภาพขั้นสูงสุดเป็นเวลาอย่างน้อยสี่ปี หรือโดยโทษที่รุนแรงกว่า

ดังนี้แล้ว จึงเห็นได้ว่าการบัญญัติความผิดดังกล่าวของกฎหมายไทยมีความสอดคล้องกับความผิดที่ได้บัญญัติไว้ตามพิธีสารฯ

2 การจัดหา การจัดให้ หรือการครอบครองเอกสารปลอม

นอกจากพิธีสารฯ ได้กำหนดให้ การผลิตเอกสารเดินทางหรือเอกสารแสดงตนปลอม เป็นความผิดแล้วยังได้กำหนดให้ การจัดหา การจัดให้ หรือการครอบครองเอกสารปลอมเป็น ความผิดอีกฐานหนึ่ง

สำหรับในข้อนี้ ในส่วนของกฎหมายไทยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 269/9 และมาตรา 269/11 ที่บัญญัติให้บุคคลผู้ใช้นั่งสือเดินทางปลอม ใช้นั่งสือเดินทางของผู้อื่นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และจัดหาหนังสือเดินทางปลอมให้ผู้อื่นใช้ ถือเป็นความผิด

ความผิดฐานนี้แบ่งออกได้เป็น การจัดหา จัดให้และการครอบครองเอกสารปลอม ซึ่งเมื่อนำมาเปรียบเทียบกับความผิดตามกฎหมายไทยแล้ว จะเห็นได้ว่าสำหรับในส่วนของการ จัดหา จัดให้ครอบครองซึ่งเอกสารปลอมตามพิธีสารฯ นี้สามารถเทียบเคียงได้กับความผิดตามมาตรา 296/11 วรรคสอง ที่กำหนดให้ ผู้ใดจัดหาหนังสือเดินทางให้ผู้อื่นใดใช้นั่งสือเดินทางของผู้อื่นโดยมิชอบเป็นความผิด ส่วนความผิดในเรื่องการครอบครองเอกสารปลอม สามารถเทียบเคียงได้กับความผิดตามมาตรา 269/9 ที่บัญญัติให้บุคคลผู้ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้ซึ่งหนังสือเดินทางปลอมเป็นความผิด แม้ในตัวของไทยจะคำว่า ใช้ หรือมีไว้เพื่อใช้ ซึ่งการกระทำดังกล่าวก็ถือว่าเป็นการครอบครองเอกสารปลอมเช่นกัน จะเห็นได้ว่าในความผิดฐานใช้นั่งสือเดินทางปลอม ใช้นั่งสือเดินทางของผู้อื่นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และจัดหาหนังสือเดินทางปลอมให้ผู้อื่นใช้ ตามที่ได้บัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาครอบคลุมการกระทำความผิดฐานการจัดหา การ จัดให้ หรือการครอบครองเอกสารเดินทางหรือเอกสารแสดงตนปลอมตามพิธีสารฯ

สำหรับในเรื่องอัตราโทษตามกฎหมายไทยที่บัญญัติให้ ลงโทษจำคุกขั้นต่ำตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี ซึ่งในส่วนการกำหนดโทษผู้กระทำความผิดดังกล่าวเป็นไปตามดุลพินิจของศาลที่จะกำหนดโทษ โดยศาลอาจลงโทษสูงถึงสิบปีได้ ฉะนั้นอัตราโทษดังกล่าวจึงสอดคล้องกับคำนิยามของคำว่า “อาชญากรรมร้ายแรง” ตามข้อ 2 แห่งอนุสัญญาฯ ที่ระบุว่าให้ หมายถึง การกระทำที่เป็นความผิดซึ่งสามารถลงโทษโดยการทำให้สูญเสียเสรีภาพขั้นสูงสุดเป็นเวลาอย่างน้อยสี่ปี หรือโดยโทษที่รุนแรงกว่า

(3) การกระทำบุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งมิใช่คนชาติหรือผู้มีถิ่นที่อยู่ถาวรสามารถยังคงอยู่ในรัฐ โดยไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดเพื่อการอยู่ต่อโดยชอบด้วยกฎหมาย

พิธีสารฯ ข้อ 6 วรรค 1(ค) กำหนดให้รัฐภาคีต้องกำหนดให้ “การกระทำที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งมิใช่คนชาติหรือผู้มีถิ่นที่อยู่ถาวรสามารถยังคงอยู่ในรัฐ โดยไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดเพื่อการอยู่ต่อโดยชอบด้วยกฎหมาย” เป็นความผิด ความผิดฐานนี้ตามพิธีสารฯ หมายถึง กรณีที่ทำให้บุคคลดังกล่าวผู้นั้นอยู่ในรัฐที่เกี่ยวข้องได้โดยมิได้ปฏิบัติตามวิธีที่ถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยการเข้าเมือง

สำหรับในข้อนี้ ในส่วนของกฎหมายไทยตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 64 มีบทบัญญัติที่สอดคล้องกับความผิดดังกล่าว ที่กำหนดให้ บุคคลที่รู้ว่าคนต่างด้าวเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย พักอาศัย ซ่อนเร้น หรือช่วยเหลือโดยประการใดๆ เพื่อให้พ้นจากการจับกุม ความผิดฐานดังกล่าวตามพิธีสารฯ กำหนดให้การให้คนต่างด้าวเข้ามาอยู่ในรัฐได้ โดยมีได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งตามกฎหมายไทยในส่วนนี้ เกี่ยวกับความช่วยเหลือให้ที่ พักพิงคนลักลอบเข้าเมืองผิดกฎหมาย ถือว่าครอบคลุมความผิดฐานดังกล่าวตามพิธีสารฯ

สำหรับในเรื่องอัตราโทษตามกฎหมายไทยที่บัญญัติให้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน ห้าปี ซึ่งในส่วนการกำหนดโทษผู้กระทำความผิดดังกล่าวเป็นไปตามดุลพินิจของศาลที่จะกำหนด โทษ โดยศาลอาจลงโทษสูงถึงห้าปีได้ ฉะนั้น อัตราโทษดังกล่าวจึงสอดคล้องกับค่านิยมของคำว่า “อาชญากรรมร้ายแรง” ตามข้อ 2 แห่งอนุสัญญาฯ ที่ระบุว่าให้ หมายถึง การกระทำที่เป็นความผิด ซึ่งสามารถลงโทษโดยการทำให้สูญเสียเสรีภาพขั้นสูงสุดเป็นเวลาอย่างน้อยสี่ปี หรือโดยโทษที่ รุนแรงกว่า

จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น เกี่ยวกับการกำหนดฐานความผิด เมื่อพิจารณาถึง ความมุ่งหมายของพิธีสารฯ ที่ได้มุ่งเน้นในการป้องกันและต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ซึ่งมุ่งลงโทษ การกระทำที่ได้กระทำโดยองค์การอาชญากรรม ดังนี้แล้วจึงควรมีการเพิ่มโทษสำหรับ การกระทำความผิดในฐานความผิดดังกล่าวข้างต้น ที่ได้กระทำโดยองค์การอาชญากรรมหรือสมาชิก ขององค์กรดังกล่าว ดังเช่นที่ได้มีการบัญญัติให้เพิ่มโทษตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าย พ.ศ. 2551 มาตรา 10²³ ที่บัญญัติให้ผู้กระทำความผิดฐานค้าย ถ้า ได้กระทำโดยร่วมกันตั้งแต่สามคนขึ้นไปหรือโดยสมาชิกขององค์กรอาชญากรรมต้องระวางโทษ หนักกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้กึ่งหนึ่ง

ด้วยเหตุข้างต้น น่าจะเสนอให้มีการเพิ่มโทษสำหรับความผิดที่กำหนดไว้ใน พระราชบัญญัติคนเข้าเมืองซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้ในการลงโทษการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้อง ถ้า

²³ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าย พ.ศ. 2551 มาตรา 10, “ถ้า การกระทำความผิดตามมาตรา 6 ได้กระทำโดยร่วมกันตั้งแต่สามคนขึ้นไปหรือโดยสมาชิกของ องค์กรอาชญากรรม ต้องระวางโทษหนักกว่าโทษที่กฎหมายบัญญัติไว้กึ่งหนึ่ง

ในกรณีที่สมาชิกขององค์กรอาชญากรรม ได้กระทำความผิดตามมาตรา 6 สมาชิก ขององค์กรอาชญากรรมทุกคนที่เป็นสมาชิกอยู่ในขณะกระทำความผิด และรู้เห็นหรือยินยอมกับ การกระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นแม้จะมีได้เป็นผู้กระทำ ความผิดนั้นเอง”

การกระทำความผิดได้กระทำไปโดยองค์การอาชญากรรม เพื่อให้การป้องกันและปราบปรามการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน โดยองค์การอาชญากรรมมีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับพันธกรณีตามพิธีสารฯ ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดต่างๆ โดยองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ

(4) การพยายามกระทำความผิด

พิธีสารฯ ข้อ 6 วรรค 2(ก) กำหนดให้รัฐภาคีต้องกำหนดให้ “การพยายามกระทำความผิด” ตามที่ได้กำหนดไว้ในพิธีสารฯ ข้อ 6 วรรค 1 เป็นความผิด โดยพิธีสารฯ ไม่ได้กำหนดว่าการกระทำขั้นตอนใดจึงจะถือว่าเป็นการพยายามกระทำความผิด เพียงแต่กำหนดให้รัฐภาคีบัญญัติให้การ พยายามกระทำความผิดเป็นความผิดตามระบบกฎหมายภายในของตน ซึ่งจะเห็นได้ว่า การพยายามกระทำความผิด เป็นฐานความผิดประกอบ ความผิดหลักตามที่ระบุไว้ในวรรค 1

สำหรับในเรื่องนี้ อาจเทียบเคียงได้กับ เรื่องการพยายามทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80-82 อันเป็นบทบัญญัติในภาค 1 ของประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ใช้แก่ความผิดทั่วไป โดยการพยายามกระทำความผิด หมายถึง การกระทำที่ไม่บรรลุผลตามที่ผู้กระทำมุ่งหวังไว้ การกระทำที่ความผิดไม่อาจสำเร็จได้เกิดขึ้นอย่างเด็ดขาดและเกิดเฉพาะจากปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำหรือวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ และการกระทำที่ความผิดไม่อาจสำเร็จได้จากการยับยั้งหรือกลับใจแก้ไข

จากที่กล่าวข้างต้น หลักกฎหมายภายในของไทยในเรื่องการพยายามกระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาคครอบคลุมฐานความผิดตาม พิธีสารฯ ข้อ 6 วรรค 2(ก) แล้ว และไม่มีปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้กับฐานความผิดตามที่ระบุในพิธีสารฯ ทั้งนี้ เนื่องจากว่าบทบัญญัติในเรื่องการพยายามกระทำความผิด เป็นบทบัญญัติทั่วไปที่สามารถใช้บังคับแก่ความผิดทางอาญาทั่วไป

(5) การมีส่วนร่วมในฐานะผู้ร่วมกระทำความผิด

พิธีสารฯ ข้อ 6 วรรค 2(ข) กำหนดให้รัฐภาคีต้องกำหนดให้ “การมีส่วนร่วมในฐานะผู้ร่วมกระทำความผิด” เป็นความผิด โดยกำหนดให้ รัฐภาคีบัญญัติให้การ การมีส่วนร่วมในฐานะผู้ร่วมกระทำความผิดเป็นความผิดตามระบบกฎหมายภายในของตน ซึ่งจะเห็นได้ว่า การมีส่วนร่วมในฐานะผู้ร่วมกระทำความผิด เป็นฐานความผิดประกอบ ของความผิดที่ได้กำหนดไว้

สำหรับในเรื่องนี้ อาจเทียบเคียงได้กับการเป็นตัวการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 อันเป็นบทบัญญัติในภาค 1 ของประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ใช้แก่ความผิดทั่วไป โดยการเป็นตัวการในการกระทำความผิด หมายถึง การร่วมกระทำส่วนหนึ่งของ

การกระทำความผิด การแบ่งหน้าที่กันในการกระทำความผิด ช่วยเหลือซึ่งกันได้ในขณะที่ในขณะกระทำความผิด และการอยู่ร่วมในที่เกิดเหตุขณะกระทำความผิด

จากที่กล่าวข้างต้น หลักกฎหมายภายในของไทยในเรื่องตัวการในการกระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญารอบคลุมฐานความผิดตาม พินิจสารฯ ข้อ 6 วรรค 2(ข) แล้ว และไม่มีปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้กับฐานความผิดตามที่ระบุในพินิจสารฯ ทั้งนี้ เนื่องจากว่าบทบัญญัติในเรื่องตัวการในการกระทำความผิด เป็นบทบัญญัติทั่วไปที่สามารถใช้บังคับแก่ความผิดทางอาญาทั่วไป

(6) การจัดการหรือการสั่งการให้บุคคลอื่นกระทำความผิด

พินิจสารฯ ข้อ 6 วรรค 2(ข) กำหนดให้รัฐภาคีต้องกำหนดให้ รัฐภาคีต้องบัญญัติให้ “การจัดการ หรือการสั่งการให้บุคคลอื่นกระทำความผิด” ที่บัญญัติไว้ในข้อ 6 วรรค 1 เป็นความผิด ซึ่งจะเห็นได้ว่า การจัดการ หรือการสั่งการให้กระทำความผิด เป็นความผิดประกอบความผิดหลักที่ได้บัญญัติไว้

ความผิดประกอบนี้ ได้แก่ ความผิดฐานจัดการ และความผิดฐานสั่งการ ให้กระทำความผิด อาจเทียบเคียงได้กับเรื่อง ผู้ใช้ ตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งพิจารณาได้ดังนี้

การจัดการและการสั่งการ สำหรับในเรื่องนี้ อาจเทียบเคียงได้กับการเป็นผู้ใช้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 84 อันเป็นบทบัญญัติในภาค 1 ของประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ใช้แก่ความผิดทั่วไป โดยผู้ใช้ หมายถึง การกระทำอันเป็นการก่อให้เกิดความผิด ไม่ว่าจะทำด้วยวิธีการใดๆ

จากที่กล่าวข้างต้น หลักกฎหมายภายในของไทยในเรื่องผู้ใช้ในการกระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญารอบคลุมฐานความผิดตาม พินิจสารฯ ข้อ 6 วรรค 2(ค) แล้ว และไม่มีปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้กับฐานความผิดตามที่ระบุในพินิจสารฯ ทั้งนี้เนื่องจากว่าบทบัญญัติในเรื่องผู้สนับสนุนและผู้ใช้ในการกระทำความผิด เป็นบทบัญญัติทั่วไปที่สามารถใช้บังคับแก่ความผิดทางอาญาทั่วไป

(7) การกำหนดเหตุเพิ่มโทษสำหรับความผิดที่กำหนดไว้

เมื่อพิจารณาความมุ่งประสงค์ของพินิจสารฯ นอกจากการป้องกันและต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานแล้ว พินิจสารฯ ดังกล่าวยังมุ่งเน้นในการให้ความคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้โยกย้ายถิ่นฐานที่ถูกลักลอบขน ด้วยเหตุผลดังกล่าว จึงได้กำหนดในข้อ 6 วรรค 3 แห่งพินิจสารฯ ให้รัฐภาคีต้องกำหนดเหตุเพิ่มโทษสำหรับความผิดที่กำหนดไว้ในสถานการณ์ ดังต่อไปนี้

1 ที่ก่อให้เกิดอันตราย หรือน่าจะก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตและความปลอดภัยของผู้โยกย้ายถิ่นฐาน หรือ

2 ที่นำมาซึ่งการปฏิบัติโดยไร้มนุษยธรรมหรือการย่ำยีศักดิ์ศรี รวมถึงการแสวงหาผลประโยชน์จากผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

สำหรับในเรื่องดังกล่าวนี้ตามกฎหมายไทยมิได้มีการบัญญัติเพิ่มโทษสำหรับการกระทำภายใต้สถานการณ์ดังกล่าว ด้วยเหตุข้างต้น น่าจะเสนอให้มีการเพิ่มโทษสำหรับความผิดที่กำหนดไว้ภายใต้สถานการณ์ดังกล่าวข้างต้น ดังเช่น กรณีของการให้เพิ่มโทษสำหรับความผิดที่กระทำลงโดยองค์การอาชญากรรมข้ามต้น เพื่อให้สอดคล้องตามความมุ่งประสงค์ของพิธีสารฯ ในการให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้โยกย้ายถิ่นฐานที่ถูกลักลอบขนด้วย

จากที่ได้กล่าวข้างต้นเกี่ยวกับการกำหนดฐานความผิดตามพิธีสารฯ ยังมีประเด็นความไม่ชัดเจนของพิธีสารฯ ในส่วนที่เกี่ยวกับการลงโทษ ผู้ถูกลักลอบขนเข้าเมืองว่าจะมีการลงโทษบุคคลเหล่านี้หรือไม่ เนื่องจากการที่พิธีสารฯ ข้อ 5 บัญญัติให้ผู้โยกย้ายถิ่นฐานไม่ต้องรับผิดจากการฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาตามพิธีสารฯ นี้เนื่องจากข้อเท็จจริงที่ตนเป็นผู้ถูกกระทำจากความผิดที่กำหนดไว้ในพิธีสารฯ²⁴ ในขณะที่ วรรค 4 ของข้อ 6 ระบุว่าไม่มีบทบัญญัติในพิธีสารฯ นี้ห้ามรัฐภาคีดำเนินมาตรการต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งหากการกระทำของบุคคลนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายภายในของรัฐนั้น²⁵

เนื่องจากพิธีสารฯ ไม่ได้กำหนดคำนิยามของ “บุคคลผู้ตกเป็นผู้ถูกกระทำตามความผิดที่กำหนดไว้ในพิธีสารฯ” ซึ่งบุคคลดังกล่าวอาจหมายถึงคนดังต่อไปนี้

- 1 ผู้ถูกลักลอบขนเข้าเมืองโดยสมัครใจ
- 2 บุคคลผู้ลักลอบเข้าเมืองซึ่งได้รับ ครอบครอง หรือใช้ เอกสารเดินทางหรือเอกสารแสดงตนปลอม โดยรู้ถึงสถานะที่แท้จริงของเอกสารนั้น
- 3 บุคคลผู้ลักลอบเข้าเมืองซึ่งได้รับ ครอบครอง หรือใช้ เอกสารเดินทางหรือเอกสารแสดงตนปลอม โดยไม่รู้ถึงสถานะที่แท้จริงของเอกสารนั้น
- 4 ผู้ถูกลักลอบขนเข้าเมือง ซึ่งถูกทำให้ตกอยู่ภายใต้สถานการณ์ที่ก่อให้เกิดอันตราย หรือน่าจะก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตและความปลอดภัย หรือปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรมหรือการย่ำยีศักดิ์ศรี รวมทั้งการแสวงหาประโยชน์จากบุคคลเหล่านี้²⁶

ซึ่งในเรื่องความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติดังกล่าวในพิธีสารฯ อาจทำให้เกิดความคิดเห็นในการลงโทษบุคคลดังกล่าวที่แตกแยกเป็นสองความคิด ดังนี้จึงขอพิจารณาจากแนวการ

²⁴ Article 5 of MPS.

²⁵ Article 5 of MPS.

²⁶ พิศวาท สุคนธ์พันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น. 61.

บัญญัติกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ซึ่งเป็นภาคีของ UNTOC และ MPS ซึ่งมีบทบัญญัติให้มีการลงโทษบุคคลผู้ถูกลักลอบนำพาเข้าเมืองได้ แม้ว่าในความเป็นจริง ประเทศนั้นอาจไม่ใช้บทลงโทษนั้นเลยก็ตาม

ในเรื่องดังกล่าวนี้ผู้เขียนมีความเห็นเกี่ยวกับบุคคลผู้ตกเป็นผู้ถูกกระทำตามความผิดที่กำหนดไว้ในพิธีสารฯ เป็นบุคคลที่สมควรถูกลงโทษตามกฎหมายภายในของประเทศ เนื่องจากเพื่อเป็นการไม่ส่งเสริมให้มีการลักลอบเข้าเมืองทั้งไม่ว่ากระทำการด้วยตนเอง หรือใช้บริการนำพาลักลอบเข้าเมือง แต่ในการกำหนดโทษบุคคลเหล่านี้ อาจมีความแตกต่างกันโดยการพิจารณาจากเจตนาและความร้ายแรงของการกระทำความผิด

4.4.3 มาตรการต่อต้านทางทะเล

ในพิธีสารฯ ได้กำหนดมาตรการต่อต้านทางทะเลไว้ 3 ข้อ ได้แก่

พิธีสารฯ ข้อ 7 กำหนดให้รัฐภาคีร่วมมือกันอย่างเต็มที่เพื่อป้องกันและปราบปรามการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางทะเล

พิธีสารฯ ข้อ 8 กำหนดมาตรการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ดังนี้ เนื่องจากการที่พิธีสารฯ มุ่งเน้นความร่วมมือในการป้องกันและปราบปรามการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางทะเลจึงกำหนดให้รัฐภาคีต่างๆ กำหนดหน่วยงาน เพื่อที่จะรับและตอบคำขอความช่วยเหลือ คำขอยืนยันการจดทะเบียนหรือคำยืนยันสิทธิของเรือที่ชักธงและคำขออำนาจการดำเนินมาตรการ ในการปราบปรามเรือที่ต้องสงสัยว่าทำการขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางทะเล และอาจขออำนาจของรัฐเจ้าของธงในการยืนยันการจดทะเบียนรวมถึงอำนาจในการ ขึ้นเรือดังกล่าวหรือค้นเรือดังกล่าวหรือดำเนินมาตรการที่เหมาะสมต่อบุคคลและสินค้าบนเรือที่ต้องสงสัยดังกล่าว หากพบหลักฐานว่าได้กระทำการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางทะเล ซึ่งรัฐที่ดำเนินมาตรการดังกล่าวต้องแจ้งให้รัฐเจ้าของธงทราบโดยพลัน โดยรัฐที่ได้รับคำร้องขอให้ตอบรับคำร้องขอโดยพลัน ซึ่งในการดำเนินการเกี่ยวกับเรือต้องสงสัย รัฐเจ้าของธงอาจกำหนดเงื่อนไขการมอบอำนาจเงื่อนไขเกี่ยวกับความรับผิดชอบและขอบเขตของมาตรการ โดยรัฐที่ได้รับมอบอำนาจห้ามดำเนินมาตรการเพิ่มเติมโดยปราศจากการมอบอำนาจโดยชัดแจ้งจากรัฐเจ้าของธง เว้นแต่มาตรการดังกล่าวเป็นการจำเป็นเพื่อบรรเทาอันตรายที่กำลังจะเกิดขึ้นต่อชีวิตของบุคคล หรือมาตรการที่มาจากข้อตกลงทวิภาคีหรือพหุภาคีที่เกี่ยวข้อง ซึ่งหน่วยงานที่ถูกกำหนดขึ้นให้แจ้งให้รัฐภาคีอื่นทราบโดยผ่านทางเลขาธิการสหประชาชาติภายในหนึ่งเดือนนับแต่การกำหนดหน่วยงานเช่นนั้น

นอกจากนี้พิธีสารยังได้กำหนดมาตรการต่อเรือไร้สัญชาติที่ต้องสงสัยว่ากระทำการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน โดยอาจจะขึ้นและค้นเรือลำดังกล่าวได้โดยเป็นการดำเนินมาตรการที่เหมาะสมตามกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ

พิธีสารฯ ข้อ 9 ซึ่งกำหนดในเรื่อง ข้อกำหนดว่าด้วยการพิทักษ์สิทธิ เป็นข้อกำหนดในการคุ้มครองสิทธิของเรือที่ถูกดำเนินมาตรการต่างๆ ที่กำหนดไว้ในข้อ 8 ของพิธีสารฯ นี้ ซึ่งกำหนดไว้ดังนี้ เมื่อรัฐใดรัฐหนึ่งได้ดำเนินมาตรการต่อเรือลำใดลำหนึ่งตามข้อ 8 ของพิธีสารฯ รัฐที่ดำเนินมาตรการ ประกันความปลอดภัยและการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมต่อบุคคลบนเรือ ไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อความปลอดภัยหรือสินค้าบนเรือ และคำนึงถึงการดำเนินมาตรการที่จะไม่ทำให้กระทบต่อผลประโยชน์ทางพาณิชย์หรือทางกฎหมายต่างๆ ของรัฐเจ้าของธงหรือรัฐที่มีผลประโยชน์อื่นๆ และการดำเนินมาตรการต่อเรือนั้นจะไม่กระทบต่อสิ่งแวดล้อม

เมื่อข้อต้องสงสัยที่เป็นเหตุให้มีการดำเนินมาตรการในข้อ 8 ต่อเรือลำใดลำหนึ่งไม่มีมูล เรือดังกล่าวจะได้รับการชดเชยสำหรับความสูญเสียหรือความเสียหายที่อาจได้รับ หากเรือลำดังกล่าวมิได้ก่อเหตุให้เกิดความต้องสงสัยนั้น

มาตรการที่ดำเนินการต่อเรือต้องคำนึงตามความจำเป็นที่จะต้องไม่กระทบหรือแทรกแซง สิทธิและหน้าที่ต่างๆ ของรัฐชายฝั่ง และการใช้เขตอำนาจของรัฐชายฝั่ง ตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องทะเล หรืออำนาจของรัฐเจ้าของธงในการควบคุมเรือดังกล่าว

มาตรการที่ดำเนินในทะเลเพื่อป้องกันและปราบปรามการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางทะเลกระทำได้แต่เพียงเรือรบ หรืออากาศยานทหารหรืออากาศยานอื่นซึ่งมีเครื่องหมายบ่งชี้ว่าใช้งานของรัฐบาลและได้รับมอบอำนาจในการกระทำการนั้น

สำหรับมาตรการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางทะเล เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยดังที่ได้กล่าวในบทที่ 3 ในเรื่องหลักเกณฑ์ทั่วไปในการเข้าออกราชอาณาจักร มาตรการควบคุมทางพหุและมาตรการลงโทษในกรณีที่มีการฝ่าฝืนของเจ้าของพาหนะจะเห็นได้ว่าในเรื่องดังกล่าวตามที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายไทยมิได้มีความสอดคล้องกับมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางทะเล

มาตรการต่อต้านทางทะเลของพิธีสารฯ ตามที่ได้กำหนดไว้ มุ่งเน้นการให้ความร่วมมือระหว่างรัฐภาคีด้วยกันในการให้ความช่วยเหลือ การตอบรับคำร้องขอคำยืนยันการจดทะเบียนเรือ ซึ่งในเรื่องดังกล่าว หากต้องการที่จะให้เกิดประสิทธิภาพในการให้ความช่วยเหลือต่างๆ ประเทศไทยจำเป็นต้องกำหนดหน่วยงาน เพื่อตอบรับคำช่วยเหลือ คำขอยืนยันการจดทะเบียนเรือหรือคำยืนยันสิทธิของเรือที่จะชักธงและคำขออำนาจที่จะดำเนินมาตรการที่เหมาะสม

ตามที่ได้กำหนดไว้ในพิธีสารฯ ซึ่งหน่วยงานที่น่าจะทำหน้าที่ดังกล่าวนี้ คือ กองทะเบียนเรือ กรมการขนส่งทางน้ำและพาณิชยนาวี (กรมเจ้าท่า) ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการเกี่ยวกับการจดทะเบียนเรือ การทำนิติกรรมเกี่ยวกับเรือ และการควบคุมหมายเลขทะเบียนเรือตามกฎหมายว่าด้วยเรือไทย ดำเนินการเกี่ยวกับการออกใบอนุญาตใช้เรือตามกฎหมายว่าด้วยการเดินเรือในน่านน้ำไทย ปฏิบัติงานร่วมกับหรือสนับสนุนการปฏิบัติงานของหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องหรือได้รับมอบหมาย²⁷

ซึ่งถือเป็นหน่วยงานที่เหมาะสมในการตอบคำขอการยืนยันเกี่ยวกับการจดทะเบียนเรือและคำยืนยันสิทธิของเรือที่จะชักธงได้

ในขณะที่หน่วยงานที่เหมาะสมในการดูแลเกี่ยวกับอำนาจที่จะดำเนินมาตรการที่เหมาะสม คือ สำนักงานอัยการสูงสุด เพราะอาจต้องขอคำสั่งหรืออำนาจจากศาล ตาม พ.ร.บ. ความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 อัยการสูงสุดหรือผู้ซึ่งอัยการสูงสุดมอบหมายเป็นผู้ประสานงานกลาง²⁸ ส่วนหน่วยงานที่เหมาะสมในการดำเนินมาตรการต่อต้านทางทะเล ได้แก่ กองทัพเรือ ซึ่งโดยปกติถือเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจในการปราบปรามการกระทำ ความผิดที่เกิดขึ้นบนเรือไทย ตามอำนาจที่ได้รับจาก พระราชบัญญัติเรือไทย มาตรา 55²⁹

²⁷ สืบค้นเมื่อวันที่ 22 ธันวาคม 2551, จาก

http://www.md.go.th/organization_hd/ship-registration.php

²⁸ พิศวาท สุขคนธพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น. 71.

²⁹ พระราชบัญญัติเรือไทย พ.ศ. 2481 มาตรา 55 “ในกรณีความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ หรือในกรณีความผิดที่เกิดขึ้น ในเรือไทย ให้ถือว่าเจ้าพนักงานต่อไปนี้เป็นพนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ตาม ความในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วย เมื่อปฏิบัติตาม มาตรา 78 และ มาตรา 92 แห่งประมวลกฎหมายนั้น

1. เจ้าท่า หรือผู้รักษาการแทนเจ้าท่า
2. นายทหารชั้นสัญญาบัตรผู้ทำ หน้าที่ดังต่อไปนี้ คือ ผู้บังคับบัญชาป้อม ผู้บังคับการเรือ หรือผู้บังคับการกองทหารแห่งราชนาวี
3. เจ้าพนักงานประมงหรือเจ้าพนักงานศุลกากรตั้งแต่ตำแหน่งประจำ แผนกขึ้นไป
4. เจ้าพนักงานอื่น ๆ ซึ่งรัฐมนตรีได้แต่งตั้งเพื่อการนี้

เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ เจ้าพนักงานประมงและเจ้าพนักงานศุลกากรต่ำกว่าตำแหน่งประจำ

ดังนั้นเมื่อได้พิจารณาจากหน่วยงานข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่า ความพร้อมของประเทศ ไทยในเรื่องหน่วยงานที่จะตอบรับให้ความช่วยเหลือแก่ประเทศภาคีมีอยู่ เพียงแต่ในเรื่องการ ประสานงานในทางระหว่างประเทศนั้นจะต้องมอบอำนาจให้อย่างชัดเจนและเพิ่มประสิทธิภาพ ของบุคลากรในหน่วยงานเพื่อกระทำการดังกล่าว ส่วนในเรื่องมาตรการดำเนินการเกี่ยวกับเรือต้อง สงสัยตามที่ได้กำหนดไว้ในพิธีสารฯ น่าจะมีการเสนอให้เพิ่มอำนาจแก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการ ป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดบนเรือ ซึ่งได้แก่ กองทัพเรือมีอำนาจในการกระทำ ดังกล่าวตามที่กำหนดไว้ในพิธีสารฯ แก่เรือของรัฐบาลภาคีอื่นที่ต้องสงสัยว่าได้กระทำความผิด เพื่อ เป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางทะเล นอกจากนี้จะกำหนดให้มีมาตรการในการป้องกันและปราบปรามแล้ว มาตรการในการเยียวยา ความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อบุคคล สินค้าบนเรือที่ถูกต้องสงสัย ก็จำเป็นต้องให้มีมาตรการในการ ชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย ดังที่พิธีสารฯ ได้กำหนดไว้ในข้อ 9 หากการดำเนินมาตรการ ดังกล่าวเป็นไปโดยไม่มีมูลและการต้องสงสัยนั้นมิได้เกิดขึ้นมาจากเรือดังกล่าว เพื่อให้ประเทศไทย สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีในการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางทะเลได้อย่างมี ประสิทธิภาพ

4.4.4 มาตรการทางด้านชายแดน

พิธีสารฯ ข้อ 11 ของกำหนดให้รัฐบาลคู่เสริมสร้างความแข็งแกร่งในด้านการควบคุม ชายแดนเท่าที่จำเป็นเพื่อการป้องกันและการตรวจจับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ซึ่ง มาตรการดังกล่าวนี้นอกจากกำหนดให้เพิ่มความแข็งแกร่งทางด้านชายแดนแล้ว ยังมุ่งเน้นการ ควบคุมการขนส่งเชิงพาณิชย์ โดยให้ป้องกันมิให้การขนส่งในเชิงพาณิชย์ถูกนำไปใช้ในการ ลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน รวมถึงการกำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบการขนส่งเชิงพาณิชย์ รวมถึง บริษัทขนส่งหรือเจ้าของหรือผู้ดำเนินการขนส่งไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ ให้แน่ใจว่าบุคคลที่เดินทางมาด้วย พาหนะดังกล่าวมีเอกสารที่จำเป็นสำหรับการเข้าไปยังอีกรัฐหนึ่ง และกำหนดบทลงโทษแก่ ผู้ประกอบการหากทำการฝ่าฝืนการกระทำเช่นว่ามานี้ นอกจากนี้รัฐภาคีต้องดำเนินการปฏิเสธ การเข้าเมืองหรือการเพิกถอนการตรวจลงตราของบุคคลซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด ตามที่กำหนดไว้ในพิธีสารฯ

นอกจากมาตรการทางด้านชายแดนแล้ว เพื่อให้การป้องกันและปราบปรามการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น พิธีสารฯ ได้กำหนดมาตรการเพื่อความปลอดภัยและการควบคุมเอกสารไว้ในข้อ 12 ซึ่งกำหนดให้ รัฐภาคีดำเนินมาตรการเท่าที่จำเป็น เพื่อประกันความถูกต้องและความมั่นคงปลอดภัยของเอกสารเดินทางหรือเอกสารแสดงตนที่ออกโดยรัฐนั้นว่ามีความมั่นคงพอ ที่จะไม่ถูกนำไปใช้ในทางที่ผิดได้โดยง่ายและทำปลอมเปลี่ยนแปลงแก้ไข ทำซ้ำ หรือออกโดยมิชอบได้โดยง่าย

สำหรับในเรื่องมาตรการต่อต้านทางด้านการค้ามนุษย์เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ที่กำหนดมาตรการต่างๆ ไว้แยกออกได้ดังนี้

การป้องกันทางด้านชายแดนเพื่อมิให้วิธีการขนส่งที่ดำเนินการโดยผู้ขนส่งเชิงพาณิชย์ถูกนำไปใช้ในการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน รวมถึงการกำหนดหน้าที่ของผู้ขนส่งทางพาณิชย์ รวมถึงบริษัทขนส่งใดๆ หรือเจ้าของหรือผู้ประกอบการขนส่งประเภทใด เพื่อให้แน่ใจว่าผู้โดยสารทั้งหมดมีเอกสารเดินทางที่จำเป็น เพื่อการเข้าสู่อีกรัฐหนึ่ง ซึ่งในเรื่องดังกล่าวเมื่อนำมาเปรียบเทียบกับ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 หมวด 3 เรื่อง พาหนะ ในมาตรา 23 มาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 และมาตรา 29 ซึ่งเป็นเรื่องในการกำหนดหน้าที่ของเจ้าของพาหนะ หรือผู้ควบคุมพาหนะ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดไว้อย่างกว้างๆ เช่น ต้องนำพาหนะเข้าออกราชอาณาจักรตามช่องทาง ด้านตรวจคนเข้าเมือง เขตท่าสถานีหรือท้องที่ ตามวันเวลาที่กำหนด แจ้งกำหนดวันและเวลาที่พาหนะนั้นมาถึงหรือจะออกจากเขตท่าสถานี ยื่นแบบตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงและผ่านการตรวจตามที่กำหนดไว้ ห้ามมิให้คนโดยสารไปจากพาหนะหรือสถานที่ซึ่งจัดไว้ ต้องยื่นบัญชีคนโดยสารและบัญชีคนประจำพาหนะ รวมทั้งผู้ควบคุมพาหนะ ในระหว่างที่อยู่ในราชอาณาจักร ให้ผู้ควบคุมพาหนะแจ้งแก่พนักงานเจ้าหน้าที่หากมีการเพิ่มหรือลดหรือเปลี่ยนคนประจำพาหนะ หรือกรณีการก่อความวุ่นวายของคนต่างด้าว เจ้าของหรือผู้ควบคุมพาหนะอาจขอพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจหรือจับกุมคนต่างด้าวไว้เพื่อดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้

ซึ่งจะเห็นได้ว่ามาตรการควบคุมพาหนะของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง แม้จะได้กำหนดเกี่ยวกับหน้าที่ของเจ้าของพาหนะหรือผู้ควบคุมพาหนะไว้ แต่จะเห็นได้ว่า หน้าที่ดังกล่าวเป็นไปเพื่อการตรวจตรา อำนาจความสะดวก ของเจ้าหน้าที่ในการที่ตรวจพาหนะ มิได้เป็นไปเพื่อป้องกันการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานดังที่ได้กำหนดไว้ในพิธีสารฯ

การลงทะเบียนผู้ประกอบการขนส่งเชิงพาณิชย์ รวมถึงบริษัทขนส่ง หรือเจ้าของหรือผู้ดำเนินการขนส่งด้วยวิธีการใดๆ ที่ฝ่าฝืนหน้าที่ดังที่ได้กำหนดไว้ในมาตรการป้องกันทางด้านชายแดน ซึ่งใน

เรื่องการกำหนดบทลงโทษต่อเจ้าของหรือผู้ควบคุมพาหนะนั้นได้มีการบัญญัติไว้ใน

พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 65 มาตรา 66 มาตรา 67 มาตรา 68 มาตรา 69 มาตรา 70 และมาตรา 71 ซึ่งบทกำหนดโทษดังกล่าว จะเป็นไปในทางที่สอดคล้องกับมาตรการควบคุมพาหนะดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น ซึ่งจะเป็นบทลงโทษแก่เจ้าของพาหนะหรือผู้ควบคุมพาหนะที่ไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ดังนี้ ไม่แจ้งกำหนดวันเวลาที่พาหนะจะเข้ามาถึงหรือออกจากเขตท่าสถานี หรือท้องที่ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ไม่ยื่นแบบตามที่กำหนดในกฎกระทรวงและผ่านการตรวจของเจ้าหน้าที่ การไปจากพาหนะของเจ้าของพาหนะหรือผู้ควบคุมพาหนะจากสถานที่ที่ได้จัดไว้โดยไม่ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ การไม่แจ้งจำนวนหรือการเปลี่ยนคนประจำพาหนะที่เข้ามาในหรือที่จะออกไปนอกราชอาณาจักร การไม่นำบุคคลที่เป็นคนต่างด้าวที่จะไม่กลับออกไปนอกราชอาณาจักรไปมอบแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ การไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งให้ควบคุมคนต่างด้าวเป็นเหตุให้คนต่างด้าวนั้นหลบหนี

ซึ่งมาตรการในการกำหนดบทลงโทษแก่เจ้าของพาหนะหรือผู้ควบคุมพาหนะ ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองก็เป็นไปอย่างสอดคล้องกับการกำหนดหน้าที่ของเจ้าของพาหนะซึ่งบัญญัติขึ้นเพื่อป้องกันมิให้การขนส่งเชิงพาณิชย์ถูกนำไปใช้ในการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานดังที่กำหนดไว้ใน พินีสสาร

การปฏิเสธการเข้าเมืองหรือการเพิกถอนการตรวจลงตราของบุคคลซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ในพินีสสาร ในส่วนนี้มีการบัญญัติไว้ใน พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 12 โดยเป็นบทบัญญัติห้ามบุคคลต่างด้าวที่มีลักษณะดังที่ได้กำหนดไว้ทั้ง 12 ประเภทเข้ามาในราชอาณาจักร แต่เมื่อพิจารณาจากข้อกำหนดตามพินีสสาร แล้วจะเห็นได้ว่ามุ่งเน้นในการปฏิเสธการเข้าเมืองและการเพิกถอนการตรวจลงตราหนังสือเดินทางของบุคคลซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ในพินีสสาร ซึ่งจะเห็นได้ว่า มาตรการตามกฎหมายไทยนั้นมุ่งเน้นการปฏิเสธการเข้าเมืองของคนต่างด้าวไว้อย่างกว้างๆ โดยมิได้มีการกำหนดฐานความผิดไว้อย่างชัดเจน เช่นกำหนดไว้ว่า เป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคม หรือจะก่อให้เกิดเหตุร้ายต่อความสงบสุข หรือความปลอดภัยของประชาชนหรือความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือเพื่อประกอบกิจการอื่นที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ส่วนในเรื่องการเพิกถอนการตรวจลงตราบุคคลต่างด้าวของบุคคลซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ในพินีสสาร นั้นจะเห็นได้ว่าตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ไม่ได้มีบทบัญญัติเรื่องการเพิกถอนการตรวจลงตราดังกล่าวไว้

ความปลอดภัยและการควบคุมเอกสาร เพื่อประกันว่าเอกสารเดินทาง หรือเอกสารแสดงตนที่ออกมีคุณภาพไม่สามารถนำไปใช้ในทางที่ผิดโดยง่าย ไม่สามารถปลอมเปลี่ยนแปลง ทำซ้ำหรือออกให้โดยผิดกฎหมายได้ง่าย ในเรื่องความปลอดภัยของเอกสารนี้เมื่อพิจารณากับกฎหมายไทยแล้วจะพบว่าไม่มีการบัญญัติในเรื่องดังกล่าวนี้ไว้แต่อย่างใด ดังนี้

มาตรการเพื่อความปลอดภัยของเอกสารน่าจะออกเป็นมาตรการเชิงป้องกันการปลอมแปลงเอกสาร ดังเช่นการกำหนดความผิดฐานปลอมแปลงเอกสารดังที่ได้กล่าวแล้ว

จากที่กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติในเรื่องมาตรการต่อต้านทางด้านชายแดน และมาตรการในการควบคุมความปลอดภัยเอกสารเดินทางหรือเอกสารแสดงตนของไทย ยังไม่เพียงพอต่อการปฏิบัติตามพันธกรณีของพิธีสารฯ ดังนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามพิธีสารฯ จึงน่าจะให้มีการบัญญัติในเรื่องต่างๆ ที่กล่าวมาแล้ว

4.4.5 การคุ้มครองผู้ตกเป็นเหยื่อและการส่งกลับ

ก่อนที่จะพิจารณาในการมาตรการคุ้มครองและส่งกลับบุคคลผู้ตกเป็นเหยื่อ จึงต้องพิจารณาคำว่า “บุคคลผู้ตกเป็นผู้ถูกระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ในพิธีสารฯ” ตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น

(1) การคุ้มครองผู้ตกเป็นเหยื่อ

พิธีสารฯ ข้อ 16 กำหนดให้รัฐภาคีดำเนินมาตรการต่างๆ เพื่อปกป้องและคุ้มครองสิทธิของบุคคลต่างๆ ที่ตกเป็นถูกระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ในพิธีสารฯ นี้ ซึ่งมุ่งเน้นในการคุ้มครองให้บุคคลดังกล่าวไม่ตกอยู่ภายใต้การทรมานหรือการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม ได้รับการคุ้มครองจากกลุ่มบุคคลต่างๆ ที่อาจกระทำความรุนแรงต่อผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

นอกจากที่ได้กล่าวข้างต้นแล้วพิธีสารฯ ได้มุ่งเน้นให้ความสำคัญคุ้มครองแก่เด็กและสตรีเป็นพิเศษในการใช้บทบัญญัติว่าด้วยการให้ความช่วยเหลือ

สำหรับในเรื่องดังกล่าวนี้ อาจเทียบเคียงกับกฎหมายไทยตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 19 ซึ่งจะเป็นในเรื่องการคุ้มครองสตรีหรือเด็ก กรณีที่ถูกต้องสงสัยว่าเข้ามาเพื่อการค้าหญิงและเด็ก หรือการประกอบกิจกรรมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยอื่นๆ

เนื่องจากพิธีสารมุ่งเน้นในการป้องกันและต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานรวมถึงมุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้โยกย้ายถิ่นฐานที่ถูกลักลอบขนด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาจากความมุ่งประสงค์ของพิธีสารฯ และมาตรการในการคุ้มครองและให้ความช่วยเหลือต่างๆ ของพิธีสารฯ

ข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่าพิธีสารน่าจะมุ่งเน้นคุ้มครองให้ความช่วยเหลือแก่บุคคลที่ตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดตามพิธีสาร ที่มีได้ยินยอมหรือรู้เห็นในการกระทำความผิดดังกล่าวด้วย

ดังนั้นหากพิจารณากฎหมายที่มุ่งเน้นให้ความคุ้มครองเพียงเด็กและสตรี ที่ต้องสงสัยว่าลักลอบเข้าเมืองมาเพื่อการค้าประเวณีแล้วจะเห็นได้ว่า มิได้มีความสอดคล้องกับพันธกรณีของพิธีสารฯ ที่มุ่งเน้นให้ความคุ้มครองบุคคลที่ตกเป็นผู้ถูกกระทำความผิดตามที่กำหนดในพิธีสาร ดังนั้นน่าจะมีการเสนอให้มีการดำเนินมาตรการต่างๆ ในการที่จะดำรงรักษาและคุ้มครองสิทธิของบุคคลต่างๆ ที่ตกเป็นผู้ถูกกระทำจากความผิดที่ระบุไว้ในพิธีสารฯ นี้ ตามที่พึงมีโดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในชีวิต และสิทธิที่จะไม่ตกอยู่ภายใต้การทรมานหรือการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้ายและไร้มนุษยธรรม โดยถือหลักดังกล่าวดังเช่นที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทย มาตรา 32³⁰ ซึ่งจะเห็นได้ว่าตามกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทยได้ให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลทุกคนที่อยู่ในประเทศไทย โดยไม่เลือกว่าบุคคลดังกล่าวจะมีสัญชาติไทยหรือไม่ ซึ่งบุคคลทุกคนจะได้รับการลงโทษด้วยวิธีการที่โหดร้ายหรือการทรมาน หรือไร้มนุษยธรรมมิได้ เว้นแต่เป็นไปโดยคำพิพากษาของศาลซึ่งถือเป็นหลักที่สอดคล้องกับการให้ความคุ้มครองบุคคลผู้โยกย้ายถิ่นฐานที่ถูกลักลอบขน ตามพิธีสารฯ

(2) การส่งกลับบุคคลผู้ตกเป็นเหยื่อ

ในเรื่องมาตรการส่งกลับตามพิธีสารฯ ได้กำหนดไว้ดังนี้

1 ให้อำนาจศาลพิจารณาคำขอและยอมรับโดยปราศจากความล่าช้าซึ่งไม่มีเหตุอันควรในการส่งกลับบุคคลผู้ซึ่งตกเป็นผู้ถูกกระทำ

2 การส่งกลับบุคคลซึ่งตกเป็นผู้ถูกกระทำ โดยดำเนินการตามมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวงในการส่งกลับบุคคลในลักษณะที่เป็นระเบียบและโดยคำนึงถึงความปลอดภัยและศักดิ์ศรีของบุคคลนั้น

สำหรับในเรื่องนี้อาจเทียบเคียงกับกฎหมายไทยตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 มาตรา 55 และมาตรา 56 ซึ่งเป็นการกำหนดแนวทางในการส่งกลับบุคคลต่างด้าวอย่างกว้างๆ เช่น กำหนดถึงวิธีการในการส่งคนต่างด้าวกลับโดยจะใช้พาหนะใด หรือใช้

³⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 32, “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม จะกระทำมิได้ แต่การลงโทษตามคำพิพากษาของศาลหรือตามที่กฎหมายบัญญัติไม่ถือว่าเป็นการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมตามความในวรรคนี้”

ช่องทางใดก็ได้ตามที่เจ้าหน้าที่เห็นสมควร การให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการสั่งกักตัวคนต่างด้าวในระหว่างรอการส่งกลับ และการให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในการสั่งให้เจ้าของพาหนะ ผู้ควบคุมพาหนะ หรือผู้ที่ออกตัวหรือเอกสารที่ใช้ในการเดินทางมิให้ยกเลิก คืน หรือเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญในตัวหรือเอกสารดังกล่าว

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า แม้ตามกฎหมายไทยจะมีการกำหนดในเรื่องการส่งกลับไว้ แต่บทบัญญัติดังกล่าวเมื่อนำมาเปรียบเทียบกับ บทบัญญัติตามพิธีสารฯ ที่มุ่งเน้นการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม และให้ดำเนินการส่งกลับโดยปราศจากความล่าช้าแล้ว จะเห็นได้ว่าตามกฎหมายไทยมิได้บัญญัติในเรื่องดังกล่าวไว้เลย หากประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีแล้ว การกำหนดในเรื่องดังกล่าวก็ควรได้รับการแก้ไข โดยมุ่งเน้นไปที่การส่งกลับอย่างรวดเร็วเป็นระเบียบ โดยคำนึงถึงความปลอดภัยและศักดิ์ศรีของบุคคลผู้ถูกส่งกลับนั้น

นอกจากนี้เพื่อเป็นการเน้นย้ำ การให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้โยกย้ายถิ่นฐานที่ถูกลักลอบขน พิธีสารฯ ข้อ 19 ได้กำหนดให้ บทบัญญัติในพิธีสารฯ จะไม่กระทบถึงสิทธิ พันธกรณี และความรับผิดชอบอื่นๆ ของรัฐและปัจเจกชน ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงกฎหมายว่าด้วยมนุษยธรรมระหว่างประเทศและกฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีที่สามารถใช้ได้ซึ่งอนุสัญญา ค.ศ. 1951 และพิธีสาร ค.ศ. 1967 นอกจากนั้นในการตีความและการใช้บังคับมาตรการต่างๆ ในพิธีสารฯ ต้องเป็นไปในทางที่ไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุที่บุคคลเหล่านั้นเป็นผู้โยกย้ายถิ่นฐานที่ถูกลักลอบขน

กฎหมายระหว่างประเทศได้มีการพัฒนาการกำหนดที่สำคัญในด้านมนุษยธรรมโดยพยายามที่จะทำให้มั่นใจว่ามนุษย์จะได้รับความคุ้มครองขั้นพื้นฐานทั้งในภาวะสงบและภาวะสงคราม โดยมีกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญสองสาขา คือ กฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่เป็นกลไกในการป้องกันและคุ้มครองพลเรือน ซึ่งให้การคุ้มครองในลักษณะที่เป็นการเสริมสร้างและเอื้อประโยชน์ซึ่งกันและกัน กฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมิได้ให้สิทธิโดยตรงต่อปัจเจกชน และได้กำหนดพันธกรณีแก่รัฐที่ร่วมลงนามให้รับรองสิทธิดังกล่าวแก่ปัจเจกชนแทน ซึ่งได้แก่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 เป็นตราสารระหว่างประเทศที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อสร้างหลักประกันแก่สันติภาพของโลก

ส่วนกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นกฎเกณฑ์ที่มีจุดมุ่งหมายหลักในการให้ความคุ้มครองปัจเจกชนจากการถูกคุกคามและได้รับผลกระทบจากการขัดกันทางกำลังทหารหรือจากการใช้ความรุนแรงของมนุษย์ เพื่อที่จะคุ้มครองบูรณภาพของบุคคลและสิ่งแวดล้อมของบุคคลด้วย นอกจากนี้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศยังได้วางหลักที่สำคัญในการให้ความ

เคารพต่อชีวิตและเกียรติยศ ศักดิ์ศรีของมนุษย์³¹ นอกจากนี้พิธีสารฯ ยังได้กล่าวถึงหลักที่ห้ามส่งกลับผู้โยกย้ายถิ่นฐานไปเผชิญภาวะอันตรายต่อชีวิต ตามที่ระบุไว้ใน อนุสัญญาเกี่ยวกับสถานภาพของผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 (The 1951 Convention relating to the status of Refugees) และพิธีสารว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1967 (The Protocol Relating to the status of Refugees of 1967)

โดยผู้ลี้ภัย ในความหมายของอนุสัญญาเกี่ยวกับสถานภาพของผู้ลี้ภัย หมายถึง บุคคลที่มีความหวาดกลัว ซึ่งมีมูลอันจะกล่าวอ้างได้ว่าจะได้รับการประหัตประหาร หรือกดขี่ข่มเหง ด้วยสาเหตุทางศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง หรือทางความคิดเห็นทางการเมือง โดยบุคคลดังกล่าวนี้ไม่สามารถหรือไม่สมควรใจที่จะได้รับความคุ้มครองจากรัฐของตน ซึ่งพันธกรณีระหว่างประเทศที่สำคัญและอาจถือได้ว่าเป็นหัวใจของอนุสัญญาเกี่ยวกับสถานภาพของผู้ลี้ภัย คือ หลัก ห้ามผลักดันผู้ลี้ภัย โดยหลักการดังกล่าวนี้หมายความว่า รัฐภาคีของอนุสัญญาดังกล่าวจะต้องไม่ผลักดัน หรือส่งกลับผู้ลี้ภัยกลับประเทศเดิมของตน หากปรากฏว่า การผลักดันกลับเช่นนั้นจะเป็นอันตรายต่อชีวิตของผู้คนนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องรับ ผู้ลี้ภัย เป็นการชั่วคราวก่อน จะผลักดันกลับทันทีไม่ได้ เพราะการผลักดันกลับเท่ากับส่งผู้ลี้ภัยไปตาย หรือชีวิตและเสรีภาพของผู้ลี้ภัยนั้นจะถูกคุกคาม³²

นักกฎหมายระหว่างประเทศส่วนใหญ่ รวมทั้ง UNHCR ถือว่าหลัก ห้ามผลักดันผู้ลี้ภัย มิได้มีสถานะเพียง กฎหมายในรูปของสนธิสัญญา ที่ผูกพันเฉพาะรัฐที่เป็นภาคีอนุสัญญาเท่านั้น แต่หลักดังกล่าว มีสถานะเป็นกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ จึงผูกพันให้ทุกรัฐต้องปฏิบัติตามด้วย แม้ว่ารัฐนั้นจะมิได้เป็นสมาชิกของอนุสัญญาเกี่ยวกับสถานภาพของผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 และพิธีสารว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1967 ก็ตาม ดังนั้น แม้ประเทศไทยได้ยืนยันมาโดยตลอดว่าจะไม่ลงนามในอนุสัญญาและพิธีสารดังกล่าวก็ตาม ดังนั้นในกรณีที่ ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีพิธีสารเพื่อการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน และมีการส่งกลับผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ซึ่งพิสูจน์ได้อย่างแน่ชัดว่า การส่งกลับถิ่นฐานเดิม จะเป็นอันตรายแก่ชีวิตอย่างแน่แท้แล้ว การผลักดันกลับดังกล่าวก็จะกระทำไม่ได้ ตามหลัก ห้ามผลักดันผู้ลี้ภัย ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมาย

³¹ นารี พีระวุฒิพงศ์, “การให้ความคุ้มครองผู้ลี้ภัยและผู้พลัดถิ่นตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในภาวะการขัดกันทางกำลังทหาร,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), น. 22-23.

³² ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “ปัญหาสถานะของคนไทย 131 คน มุมมองกฎหมายระหว่างประเทศ,” มติชนรายวัน, (4 ตุลาคม 2548): น. 7.

ระหว่างประเทศที่ผูกพันให้ทุกรัฐต้องปฏิบัติตาม แต่การปฏิบัติตามหลักดังกล่าว ก็มีได้หมายความว่าประเทศไทยได้ยอมรับสถานะของผู้ลี้ภัยตามอนุสัญญาเกี่ยวกับสถานะภาพของผู้ลี้ภัย ค.ศ.

1951 และพิธีสารว่าด้วยสถานะภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1967

นอกจากหลักดังกล่าวข้างต้นแล้ว พิธีสารข้อ 19 วรรค 2 ยังกำหนดให้การตีความและการใช้บังคับมาตรการต่างๆ ในพิธีสารสอดคล้องกับหลักการไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งหลักการไม่เลือกปฏิบัติก็ถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ที่มีสถานะเป็นหลักกฎหมายที่มีลักษณะเด็ดขาด(jus cogens) ผูกพันรัฐทุกรัฐให้ต้องปฏิบัติตามหลักการไม่เลือกปฏิบัติจึงใช้บังคับได้เป็นการทั่วไป³³ โดยหลักการพื้นฐานนี้ปรากฏอยู่ในกฎบัตรสหประชาชาติและปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ที่มีลักษณะผูกพันเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังนี้แล้ว ประเทศไทยจึงต้องปฏิบัติตามหลักการไม่เลือกปฏิบัติหากประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีในพิธีสารฯ เช่นเดียวกับการปฏิบัติตามหลัก ห้ามผลักดันผู้ลี้ภัย

นอกจากนี้กรณีของการส่งกลับที่ได้กล่าวข้างต้นแล้ว หากบุคคลที่ตกเป็นผู้ถูกกระทำ การลักลอบโยกย้ายถิ่นฐานนั้นเป็นบุคคลไร้สัญชาติแล้ว กรณีดังกล่าวนี้ประเทศไทยจะต้องจัดการกับปัญหาดังกล่าวนี้อย่างไร ก่อนอื่นจึงต้องพิจารณาความหมายของคำว่า คนไร้สัญชาติ ซึ่งหมายถึง บุคคลที่ไม่มีสัญชาติของรัฐใดรัฐหนึ่งเลย ซึ่งผลของการไร้สัญชาติย่อมทำให้บุคคลนั้นไม่ได้รับการคุ้มครองในฐานะที่เป็นพลเมืองของรัฐใดรัฐหนึ่งหากรัฐนั้นยอมรับให้สิทธิอาศัยแก่คนไร้สัญชาตินั้นๆ คนไร้สัญชาติในสถานการณ์เช่นนี้จึงเป็นคนไร้สัญชาติที่ไม่ไร้ภูมิลำเนา เพราะ ไม่มีรัฐใดรัฐหนึ่งยอมรับที่จะให้สิทธิอาศัยแก่ตน คนไร้สัญชาติในสถานการณ์นี้จึงมีสถานะเป็นคนต่างด้าวในทุกๆ รัฐ แต่สามารถอาศัยอยู่ในรัฐที่ยอมรับให้สิทธิอาศัยแก่ตนได้อย่างปกติสุขเหมือนบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐใดรัฐหนึ่ง แต่หากคนไร้สัญชาตินั้นๆ ไม่ได้รับการยอมรับจากรัฐใดรัฐหนึ่งให้มีสิทธิอาศัยอยู่ในรัฐใดรัฐหนึ่งแล้ว คนไร้สัญชาตินั้นนอกจากจะมีสถานะเป็นคนต่างด้าวสำหรับทุกรัฐแล้วเขายังมีสถานะเป็น คนไร้รัฐ อีกด้วย เพราะไม่มีทั้งรัฐเจ้าของสัญชาติและไม่มีรัฐเจ้าของภูมิลำเนา³⁴

ในปัจจุบัน ประเทศไทยต้องเผชิญกับปัญหาการส่งกลับคนต่างด้าวที่ไร้รัฐออกนอกประเทศ เพราะบุคคลดังกล่าวเข้าเมืองผิดกฎหมาย แต่ในการส่งกลับคนเหล่านี้ออกนอกประเทศเป็นสิ่งที่กระทำไม่ได้ในความเป็นจริง เนื่องจากปัญหาเศรษฐกิจที่ตกต่ำ ปัญหาการหนีภัยความ

³³ นารี พีระวุฒิพงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 31, น. 29.

³⁴ อัญชลี กิจธนไพบุลย์, “สิทธิในการอาศัยอยู่ในประเทศของคนไร้สัญชาติ,”

(วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.5.

ตายหรือการถูกกดขี่ข่มเหงจากรัฐที่ตนอาศัยอยู่ก่อน ซึ่งแม้ประเทศไทยได้ดำเนินการผลักดันคนต่างด้าวเหล่านี้ให้ออกนอกประเทศไทยแล้วก็ตาม แต่ก็ยังมีการลักลอบกลับเข้ามาของคนต่างด้าวกลุ่มนี้อีกเพื่อการมีสภาพชีวิตความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นหรือเพื่อแสวงหาความสงบสุขในชีวิต

การผ่อนผันให้อาศัยอยู่ในประเทศไทย จึงน่าจะเป็นทางออกสำหรับปัญหาดังกล่าว เหตุที่ต้องมีการผ่อนผันให้คนต่างด้าวเข้าเมืองผิดกฎหมายอาศัยอยู่ในประเทศไทยได้ชั่วคราวนั้น เนื่องจากการส่งกลับคนต่างด้าวเข้าเมืองผิดกฎหมายไม่สามารถกระทำได้ เพราะการส่งกลับไปนั้นอาจทำให้คนต่างด้าวเหล่านั้นเสี่ยงภัยความตาย ไม่ว่าจะเป็นภัยจากสงคราม หรือการกดขี่ข่มเหง หรือการรุกรานชนกลุ่มน้อย ซึ่งสิทธิในชีวิตเป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองทั้งจากกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน ได้แก่ ปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ข้อ 3 และ ข้อ 14³⁵ และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ข้อ 6(1) และ ข้อ 9(1)³⁶ และการได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ มาตรา 4³⁷ และมาตรา 32³⁸ ที่ให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล และบุคคลมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย จึงเห็นได้ว่าการให้สิทธิอาศัยแก่คนไร้สัญชาติจึงน่าจะเป็นทางออกสำหรับการจัดการปัญหาบุคคลไร้สัญชาติที่หลบหนีเข้าเมืองอย่างผิดกฎหมาย ซึ่งสิทธิที่

³⁵ Article 3 of The Universal Declaration of Human Rights 1948, “Everyone has the right to life, liberty and security of person”

Article 14 of The Universal Declaration of Human Rights 1948, “(1) Everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution”

³⁶ Article 6 (1) of International Covenant of Civil and Political Rights 1966, “Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life”

Article 9 (1) of International Covenant of Civil and Political Rights 1966, “Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law”

³⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 4, “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง”

³⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 32, “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย”

ได้รับการผ่อนผันให้อาศัยอยู่ในประเทศไทยเป็นไปตามมาตรา 17³⁹ แห่ง พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ซึ่งบัญญัติให้อำนาจอัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยอนุญาตให้คนต่างด้าวผู้ใดเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรได้ในกรณีพิเศษ ดังนั้นแม้คนต่างด้าวจะเข้าเมืองผิดกฎหมาย แต่หากได้รับอนุญาตหรือมีการผ่อนผันจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยให้อาศัยอยู่ในประเทศไทยแล้ว คนต่างด้าวนั้นย่อมมีสิทธิอาศัยอยู่ในประเทศไทยและไม่อาจถูกส่งออกนอกประเทศไทยได้ เนื่องจากการให้สิทธิอาศัยเป็นดุลพินิจของรัฐเจ้าของดินแดน แม้ตามกฎหมายระหว่างประเทศจะไม่ได้บัญญัติรองรับการให้สิทธิอาศัยของบุคคลไร้สัญชาติ แต่ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 และ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ต่างบัญญัติรองรับสิทธิในชีวิตและสิทธิในการก่อตั้งครอบครัว ซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนที่ทุกคนพึงได้รับจากรัฐแม้เป็นคนไร้สัญชาติ และประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะปฏิบัติตาม ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ที่มีลักษณะผูกพันเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และตาม กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ที่ประเทศไทยได้ลงนาม เมื่อ 29 ตุลาคม 1966 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 29 มกราคม 1997

ดังนั้นประเทศไทยจึงมีพันธกรณี ตามสนธิสัญญาในการให้ความคุ้มครองและส่งเสริมการได้รับสิทธิขั้นพื้นฐานบุคคลไร้สัญชาติ ในฐานะที่บุคคลเหล่านั้นเป็นมนุษย์คนหนึ่ง

4.4.6 ความร่วมมือ

(1) ความร่วมมือด้านการบังคับใช้กฎหมาย

อนุสัญญา ข้อ 27 กำหนดให้รัฐภาคีกำหนดให้รัฐภาคีร่วมมือซึ่งกันและกันอย่างใกล้ชิด โดยให้สอดคล้องต่อระบบกฎหมายและการปกครองภายในของตน กำหนดให้รัฐสมาชิกถือปฏิบัติด้วยการจัดตั้งช่องทางการติดต่อระหว่างหน่วยงานที่มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายเพื่อแลกเปลี่ยนข้อสนเทศเกี่ยวกับความผิด การสอบสวน การติดต่อประสานงานและแลกเปลี่ยนบุคลากร

³⁹ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 17, “ในกรณีพิเศษเฉพาะเรื่อง รัฐมนตรีโดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีจะอนุญาตให้คนต่างด้าวผู้ใดหรือจำพวกใดเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรภายใต้เงื่อนไขใดๆ หรือจะยกเว้นไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ในกรณีใดๆ ก็ได้”

จากข้อกำหนดดังกล่าวสามารถนำมาพิจารณาถึงความร่วมมือด้านการบังคับใช้กฎหมายไทยได้ ดังนี้

(1.1) พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2545

พระราชบัญญัตินี้ถือว่าเป็นกฎหมายที่มีความชัดเจนและสอดคล้องต่อการปฏิบัติเกี่ยวกับความร่วมมือด้านการบังคับใช้กฎหมายเพื่อการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดที่เป็นอาชญากรรมข้ามชาติ รวมทั้งเป็นหน่วยงานหลักในการติดต่อประสานงานระหว่างหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด ซึ่งเป็นไปตามความร่วมมือด้านการบังคับใช้กฎหมายที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ ซึ่งถือได้ว่าจะนำกฎหมายฉบับนี้มาปรับใช้การความผิดอื่นๆ ตามที่ได้กำหนดไว้ในพิธีสารฯ ฉบับนี้ เพื่อให้ความร่วมมือด้านการบังคับใช้กฎหมายของประเทศไทยใน ความผิดตามพิธีสารฯ สอดคล้องกับพันธกรณีที่บัญญัติไว้

(1.2) พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

พระราชบัญญัตินี้แม้จะมีได้บัญญัติในเรื่องความร่วมมือด้านการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับคนเข้าเมืองไว้โดยตรงก็ตาม แต่ในการปฏิบัติให้เป็นไปตามบทบัญญัติดังกล่าว จำต้องอาศัยความร่วมมือด้านการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศหรือหน่วยงานระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือในทางปฏิบัติ สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองสำนักงานตำรวจแห่งชาติ จะต้องติดต่อประสานงานกับหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายของประเทศต้นทางหรือประเทศของคนต่างด้าวเพื่อทราบรายละเอียดต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำมาประกอบการพิจารณาในการอ้างเหตุว่าผู้นั้นมีพฤติการณ์เป็นที่น่าเชื่อได้ว่าเป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคมหรือก่อเหตุร้ายต่อความสงบสุขหรือไม่หรือขอความร่วมมือเพื่อตรวจสอบว่าได้มีการออกหมายจับผู้นั้นหรือไม่ รายละเอียดข้อเท็จจริงต่างๆ ซึ่งเกี่ยวกับคนต่างด้าวนั้นๆ ไม่ว่าจะเป็นประวัติความประพฤติ สำหรับความร่วมมือด้านการบังคับใช้กฎหมายที่กล่าวมานั้น สำนักงานตำรวจแห่งชาติได้ใช้ทั้งวิธีที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการ ซึ่งหากจะดำเนินการในรูปแบบอย่างเป็นทางการ ก็จะดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญา หรือตามวิถีทางการทูต และหากเป็นความร่วมมืออย่างไม่เป็นทางการจะดำเนินการตามความตกลงที่มีต่อกัน หรืออาจดำเนินการผ่านหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการกับองค์การตำรวจสากล⁴⁰

⁴⁰ บุญวิจักษณ์ เหล่าก่อที, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง ความร่วมมือระหว่างประเทศด้านการบังคับใช้กฎหมายตามข้อ 27 แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้าน

ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงความร่วมมือด้านการบังคับใช้กฎหมายตามกฎหมายคนเข้าเมืองแล้วจะเห็นได้ว่า หลักในการใช้ความร่วมมือด้านการบังคับใช้กฎหมายตามพระราชบัญญัติดังกล่าว เป็นการดำเนินการโดยอาศัยวิถีทางการทูต และวิธีการตามกฎหมายว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญา ซึ่งถือว่าเป็นความร่วมมืออย่างเป็นทางการตามหลักทั่วไป ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการเข้าเมืองดังกล่าวมิได้มีบทบัญญัติถึงความร่วมมือด้านการการบังคับใช้กฎหมายโดยตรง จึงต้องอาศัยหลักทั่วไปของความร่วมมือระหว่างประเทศ ซึ่งถือได้ว่ามิได้เป็นไปตามพันธกรณีที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญา⁴¹

(2) ความร่วมมือในการแลกเปลี่ยนข้อสนเทศ

อนุสัญญาฯ ข้อ 28 กำหนดให้รัฐภาคีจะต้องดำเนินการเก็บรวบรวมข้อมูล การแลกเปลี่ยนและการวิเคราะห์ข้อสนเทศเกี่ยวกับลักษณะอาชญากรรมที่จัดตั้งในลักษณะองค์กรด้วย เพื่อประโยชน์ในการควบคุมอาชญากรรม โดยผ่านองค์การระหว่างประเทศหรือองค์การในระดับภูมิภาค

จากข้อกำหนดดังกล่าวสามารถนำมาพิจารณาถึงการแลกเปลี่ยนข้อสนเทศตามกฎหมายภายในของไทยได้ ดังนี้

(2.1) กฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด

จากบทบัญญัติในมาตรา 13 ที่กำหนดให้สำนักงาน ป.ป.ส. มีอำนาจหน้าที่สนับสนุนข้อมูลข่าวสารด้านการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดแก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ซึ่งถือได้ว่าเป็นบทบัญญัติเริ่มแรกของการจัดการระบบฐานข้อมูลอาชญากรรมยาเสพติดของไทย และสำนักงาน ป.ป.ส. ได้อาศัยอำนาจแห่งบทบัญญัตินี้กำหนดให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาดียาเสพติดมีหน้าที่ต้องรายงานรายละเอียด ข้อเท็จจริง หรือข้อมูลต่างๆ ในการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของหน่วยงานนั้นต่อสำนักงาน ป.ป.ส. เพื่อทราบถึงสภาพปัญหา อุปสรรค สถานการณ์และแนวโน้มของอาชญากรรมยาเสพติดในประเทศไทย ซึ่งสำนักงาน ป.ป.ส. ได้จัดทำระบบการเก็บรวบรวม การแลกเปลี่ยนและการวิเคราะห์ด้วยระบบคอมพิวเตอร์

ฐานข้อมูลอาชญากรรมยาเสพติดนี้นับเป็นฐานข้อมูลหรือข้อสนเทศทางอาชญากรรมข้ามชาติที่สำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อได้เชื่อมโยงกับระบบฐานข้อมูลคนเข้าเมืองและระบบของมูลทางคดีของสำนักงานตำรวจแห่งชาติด้วยแล้ว ย่อมเกิดประสิทธิภาพและ

อาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 , (กรุงเทพมหานคร: สถาบันกฎหมายอาญาสำนักงานอัยการสูงสุด, 2548), น.30.

⁴¹ เฟิงอ๋าง, น. 43-44.

ประสิทธิผลอย่างสูงต่อการควบคุมอาชญากรรมยาเสพติดทั้งระดับภายในและระดับระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตามฐานข้อมูลอาชญากรรมยาเสพติดนี้ก็เป็นเพียงส่วนหนึ่งของระบบฐานข้อมูลอาชญากรรม เนื่องจากมีเนื้อหาหรือสาระในรายละเอียดเกี่ยวกับยาเสพติดอย่างเดียวเท่านั้น แต่กระนั้นก็ยังถือว่ามีความสอดคล้องกับอนุสัญญาฯ มากทั้งนี้ เพราะมีความชัดเจนในทางกฎหมายและทางปฏิบัติ⁴²

(2.2) พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

จากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 10, มาตรา 12, มาตรา 18, มาตรา 26, มาตรา 27, มาตรา 44 และมาตรา 45 จะเห็นได้ว่ามิได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อโดยตรงต่อการเก็บรวบรวม การแลกเปลี่ยนและการวิเคราะห์ข้อมูลอาชญากรรม แต่ในการสัมฤทธิ์ผลตามความมุ่งหมายของกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองจำเป็นต้องอาศัยข้อมูลข้อเท็จจริงหรือข้อสนเทศในเรื่องต่างๆ ประกอบการดำเนินการหรือการใช้ดุลพินิจเพื่อปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ โดยสำนักงานตำรวจตรวจคนเข้าเมืองในสำนักงานตำรวจแห่งชาติจะมีบทบาทหน้าที่ในการเก็บรวบรวม การแลกเปลี่ยนและการวิเคราะห์ข้อสนเทศที่เกี่ยวกับคนเข้าเมือง ซึ่งจะมีระบบเชื่อมโยงข้อมูลกับสถานที่ต่างๆ ที่เป็นช่องทางในการเข้าออกนอกราชอาณาจักร โดยข้อมูลดังกล่าวนี้นับว่ามีประโยชน์ต่อการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติได้ดี เนื่องจากเป็นข้อมูลเบื้องต้นที่นำไปใช้ในการสืบสวน สอบสวนการกระทำความผิดและประโยชน์ที่เห็นได้อย่างชัดเจนคือ ระบบการเฝ้าระวัง (Watch List) ในระบบฐานข้อมูลคนเข้าเมืองซึ่งจะใช้ควบคู่กับความร่วมมือด้านการบังคับใช้กฎหมายระหว่างหน่วยงานตรวจคนเข้าเมืองหรือบังคับใช้กฎหมายของต่างประเทศ และสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองหรือหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายอื่นๆ ของไทย ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงฐานข้อมูลคนเข้าเมืองซึ่งก่อกำเนิดขึ้นโดยการบริหารจัดการภายในของสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่เป็นหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายคนเข้าเมืองย่อมจะเห็นได้ว่ามีความสอดคล้องต่อ ข้อ 28 ของอนุสัญญาฯ เพียงบางส่วน ในฐานะเป็นระบบฐานข้อมูลเบื้องต้นของระบบ

⁴² บุญวิจิตร เหล่าก่อที่ ,รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่อง ระบบฐานข้อมูลอาชญากรรม : ข้อเสนอแนะตามข้อ 28 แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 , (กรุงเทพมหานคร: สถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุด, 2548), น. 52-53.

ฐานข้อมูลอาชญากรรมโดยรวม โดยมีได้ครอบคลุมถึงข้อสนเทศเกี่ยวกับลักษณะหรือกิจกรรมของอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร⁴³

จากที่ได้กล่าวข้างต้น ในเรื่องความร่วมมือระหว่างประเทศในด้านการบังคับใช้กฎหมายและการแลกเปลี่ยนข้อสนเทศตามอนุสัญญาฯ แต่เนื่องจากพิธีสารฯ มีความมุ่งหมายในการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานเป็นการเพิ่มเติมจากอนุสัญญาฯ ดังนั้น ข้อกำหนดดังกล่าวในพิธีสารฯ จึงมีการเพิ่มเติมการแลกเปลี่ยนข้อสนเทศ ตามข้อ 10 ของพิธีสารฯ โดยไม่กระทบกระเทือนต่อความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญาและการแลกเปลี่ยนข้อสนเทศ ตามอนุสัญญาฯ จึงเพิ่มเติมให้รัฐภาคี ที่มีชายแดนร่วมกันแลกเปลี่ยนข้อสนเทศ เกี่ยวกับเรื่องดังต่อไปนี้ จุดลงเรือและจุดหมายปลายทาง และเส้นทาง ผู้ขนส่ง และวิธีการขนส่ง ซึ่งได้รู้หรือสงสัยว่าใช้โดยกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กรซึ่งเกี่ยวกับการกระทำความผิดที่ได้กำหนดไว้ในพิธีสารฯ หรือลักษณะเฉพาะและวิธีการขององค์กรต่างๆ หรือกลุ่มอาชญากรจัดตั้งต่างๆ ซึ่งได้รู้หรือสงสัยว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดที่ได้กำหนดไว้ในพิธีสารฯ หรือความจริงแท้และรูปแบบที่ถูกต้องของเอกสารการเดินทางต่างๆ ที่ออกให้โดยรัฐภาคี และการถูกขโมย หรือการใช้เอกสารในทางที่ผิดอื่นๆ ซึ่งเอกสารแสดงตนหรือเอกสารเดินทางที่ยังไม่ได้กรอกข้อมูล

เมื่อนำมาพิจารณากับกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องแล้ว พบว่าไม่มีมาตรการที่สอดคล้องตามที่กำหนดไว้ในพิธีสารฯ ดังนั้นแล้วเพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีดังกล่าว น่าจะนำแบบอย่างของสำนักงาน ป.ป.ส. ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดมาเป็นแบบอย่าง ในการสืบสนุนข้อมูล ข่าวสาร วิชาการ ตลอดจนพัฒนาบุคลากรของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้งภาครัฐและภาคเอกชนในประเทศและต่างประเทศ รวมทั้งประสานความร่วมมือกับต่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศ ซึ่งถือเป็นแบบอย่างในการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศในด้านการบังคับใช้กฎหมายและการแลกเปลี่ยนข้อสนเทศที่ดี ดังนั้น ถ้าได้นำแบบอย่างดังกล่าวมาปรับใช้กับสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ซึ่งถือว่าเป็นหน่วยงานที่ดูแลรับผิดชอบการเข้าออกราชอาณาจักร เป็นหน่วยงานที่เก็บรวบรวมข้อมูล สถิติ เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว ถ้ากำหนดหน่วยงานดังเช่นสำนักงาน ป.ป.ส. ให้มีหน้าที่ดูแลโดยเฉพาะและทำการแลกเปลี่ยนข้อสนเทศระหว่างประเทศ จะทำให้การป้องกันและปราบปรามการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

⁴³ เฟิงอ้าง, น. 53.

(3) ความร่วมมือด้านการฝึกอบรมและวิชาการ

พิธีสารฯ ข้อ 14 ของพิธีสารฯ กำหนดให้รัฐภาคี เสริมสร้างความแข็งแกร่งของการฝึกอบรมของเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมือง ร่วมมือกับรัฐภาคีอื่นๆ และร่วมมือกับองค์การระหว่างประเทศและองค์กรอื่นๆ เพื่อให้มีการฝึกอบรมบุคลากรที่เพียงพอเพื่อป้องกันการกระทำความผิดตามที่ได้กำหนดไว้ในพิธีสารฯ

ในเรื่องดังกล่าวพิธีสารฯ บัญญัติขึ้นเพื่อให้รัฐภาคีต่างๆ นำไปปฏิบัติในรูปแบบของนโยบายเพื่อการปฏิบัติงานของหน่วยงาน ซึ่งในเรื่องดังกล่าวนี้ประเทศไทยได้มีการเข้าร่วมกับสถาบันฝึกอบรมระหว่างประเทศว่าด้วยการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย(International Law Enforcement Academy:ILEA) ซึ่งเป็นสถาบันฝึกอบรมระหว่างประเทศว่าด้วยการดำเนินงานให้เป็นไปตามกฎหมาย มุ่งเน้นในการเพิ่มประสิทธิภาพของความร่วมมือในระดับภูมิภาคในการต่อต้านภัยคุกคามของอาชญากรรมที่สำคัญในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้-การลักลอบขนยาเสพติด อาชญากรรม การเงิน การลักลอบนำคนต่างด้าวเข้าเมือง โดยหลักสูตรการฝึกอบรมเชิงเทคนิค และการบริหารจัดการ สำหรับพนักงานสืบสวนอาชญากรรมระดับหัวหน้าและผู้บังคับบัญชาในกระบวนการบริหารงานยุติธรรมอื่นๆ ดังนี้แล้วการที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมในการฝึกอบรมระหว่างประเทศจะทำให้บุคลากรมีการพัฒนาเพื่อการต่อต้านการลักลอบการขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

(4) ความร่วมมือระดับทวิภาคีหรือระดับภูมิภาค

พิธีสารฯ ข้อ 17 บัญญัติให้รัฐภาคีทำความตกลงระดับทวิภาคีหรือระดับภูมิภาค ซึ่งมุ่งถึง การจัดให้มีมาตรการที่มีประสิทธิภาพและเหมาะสมเพื่อป้องกันและต่อต้านการกระทำความผิดที่กำหนดไว้ในพิธีสารฯ

ในเรื่องดังกล่าวนี้ในทางปฏิบัติของประเทศไทยที่มีการจัดทำแถลงการณ์ร่วมว่าด้วยความร่วมมือในการต่อต้านการเข้าเมืองโดยผิดกฎหมายและการลักลอบค้ามนุษย์ ตลอดจนการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นระหว่างไทยกับออสเตรเลีย และการเข้าร่วมในขบวนการบาห์ลี ซึ่งทั้งสองหน่วยงานนี้มีความมุ่งประสงค์ในการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ดังนี้แล้วจะเห็นได้ว่าประเทศไทยได้ตระหนักถึงความสำคัญของปัญหาดังกล่าวและมีความมุ่งมั่นที่จะป้องกันและปราบปรามการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทั้งในระดับทวิภาคีและระดับภูมิภาค

4.4.7 มาตรการยึดและริบทรัพย์

อนุสัญญาฯ ข้อ 12 กำหนดให้ ทรัพย์สินที่อยู่ในข่ายที่จะต้องถูกริบ ได้แก่ ทรัพย์สินที่ได้มาจากการประกอบอาชญากรรม ซึ่งเป็นความผิดที่ครอบคลุมตามอนุสัญญาฯ หรือทรัพย์สินที่

มีมูลค่าเทียบได้กับทรัพย์สินดังกล่าว ทรัพย์สินหรืออุปกรณ์หรือเครื่องมือเครื่องใช้อื่นที่ใช้หรือจะใช้ในการกระทำความผิดซึ่งเป็นความผิดที่ครอบคลุมโดยอนุสัญญาฯ ทรัพย์สินที่ได้มาจากการประกอบอาชญากรรมซึ่งเป็นความผิดที่ครอบคลุมโดยอนุสัญญาฯ นี้ ได้ถูกเปลี่ยนรูปหรือแปรสภาพแต่บางส่วนหรือทั้งหมดเป็นทรัพย์สินอื่น เงินได้หรือผลประโยชน์อื่นที่ได้รับมาจากทรัพย์สินที่ได้มาจากการประกอบอาชญากรรมซึ่งเป็นความผิดที่ครอบคลุมตามอนุสัญญาฯ

(1) ประมวลกฎหมายอาญา

โทษริบทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติไว้ในลักษณะเป็นหลักทั่วไปสามารถนำไปใช้กับความผิดอาญาต่างๆ ทั้งในประมวลกฎหมายอาญาหรือตามพระราชบัญญัติอันมีโทษทางอาญาอื่นๆ ที่มีได้กำหนดโทษริบทรัพย์สินไว้โดยเฉพาะเจาะจง แต่โทษริบทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญายังมีข้อจำกัดในการบังคับใช้ว่าทรัพย์สินที่จะต้องถูกริบนั้นต้องเป็นทรัพย์สินที่ใช้หรือได้มาจากการกระทำความผิดโดยตรง ทำให้เกิดปัญหาในการดำเนินการริบทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ เนื่องจากองค์กรอาชญากรรมมักจะแปรสภาพทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดให้เป็นทรัพย์สินประเภทอื่นอย่างรวดเร็ว ซึ่งเมื่อทรัพย์สินได้ผ่านการแปรสภาพไปแล้ว ศาลมีอาจมีคำพิพากษาหรือคำสั่งริบทรัพย์สินให้ตกเป็นของแผ่นดินได้ ซึ่งทรัพย์สินดังกล่าวก็จะถูกนำไปใช้ในการดำเนินงานขององค์กรอาชญากรรมต่อไป

(2) พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534

การริบทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 จะเห็นได้ว่ามาตรการริบทรัพย์สินดังกล่าวเป็นการริบทรัพย์สินด้วยกระบวนการทางอาญา ซึ่งการพิจารณาริบทรัพย์สินจะเป็นคดีอุปกรณ์ของคดีอาญาในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดซึ่งเป็นคดีหลัก กล่าวคือ ต้องมีการดำเนินคดีเกี่ยวกับความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดก่อน จึงจะดำเนินการในเรื่องของการริบทรัพย์สินได้ และหากไม่มีการดำเนินคดีหรือมีการดำเนินคดีแต่ในที่สุดแล้วศาลยกฟ้อง การดำเนินการริบทรัพย์สินก็จะกระทำไม่ได้ ต้องคืนทรัพย์สินให้แก่ผู้เป็นเจ้าของต่อไป แม้ผู้ที่เป็นจำเลยหรือเจ้าของทรัพย์สินจะพิสูจน์ถึงที่มาของตัวทรัพย์สินไม่ได้ก็ตาม หรืออาจกล่าวได้ว่าการริบทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติฉบับนี้จะเริ่มต้นจากตัวผู้ต้องหาที่กระทำความผิดไปหาตัวทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องเนื่องจากการกระทำความผิด

แต่การริบทรัพย์สินเช่นนี้ไม่ได้ผลเท่าที่ควรเนื่องจาก การริบทรัพย์สินจะกระทำได้เฉพาะกรณีเป็นเงิน หรือทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเท่านั้น ไม่อาจนำมาใช้กับการกระทำความผิดอื่นได้ ซึ่งการดำเนินการขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติมิได้

จำกัดเฉพาะความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเท่านั้น แต่ยังมีกระทำความผิดกฎหมายอื่นๆ อีกเป็นจำนวนมาก

(3) พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542

การริบทรัพย์ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ในส่วนพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดขอบเขตของทรัพย์สินที่อาจถูกริบได้ให้ครอบคลุมถึงทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดซึ่งเป็นความผิด 9 มูลฐานความผิดที่ได้กำหนดไว้ โดยกำหนดให้ริบทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด ทั้งนี้ไม่ว่าทรัพย์สินดังกล่าวจะมีการจำหน่ายจ่ายโอน หรือเปลี่ยนสภาพไปกี่ครั้งและไม่ว่าจะอยู่ในความครอบครองของบุคคลใด จะเห็นได้ว่าประเภทของทรัพย์สินที่อาจถูกริบได้ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้มีความสอดคล้องกับอนุสัญญาฯ แต่การริบทรัพย์สินตามพระราชบัญญัตินี้จะกระทำได้อย่างจำกัด คือ จะดำเนินการริบทรัพย์สินได้ก็ต่อเมื่อเป็นเงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่งใน 9 ความผิดมูลฐานที่กำหนดไว้เท่านั้น หากมาจากการกระทำความผิดอื่นที่กำหนดไว้ ก็จะไม่อยู่บังคับของพระราชบัญญัตินี้

จะเห็นได้ว่า มาตรการในการริบทรัพย์สินที่มีอยู่ของประเทศไทยยังไม่เพียงพอต่อการปฏิบัติตามพันธกรณีตามอนุสัญญาฯ เนื่องจากมาตรการการริบทรัพย์สินตามอนุสัญญาฯ มุ่งเน้นการริบทรัพย์สินที่มาจากกระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ ความผิดตามพิธีสารฯ และความผิดที่เกิดจากการประกอบอาชญากรรมร้ายแรง แต่บทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวตามกฎหมายไทยมิได้บัญญัติให้มีการริบทรัพย์สินของการกระทำความผิดดังกล่าวตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ

นอกจากที่ได้กล่าวข้างต้นในเรื่องการริบทรัพย์สินทั้งตามอนุสัญญาฯ และตามที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายไทยแล้วจะเห็นได้ว่า มาตรการริบทรัพย์สินที่กำหนดขึ้นนั้น มุ่งเน้นการริบทรัพย์สินที่มีความเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดอาญาเท่านั้น ซึ่งมาตรการดังกล่าวไม่สามารถดำเนินการได้อย่างสัมฤทธิ์ผล ในการปราบปรามทำลายองค์กรอาชญากรรม ซึ่งมาตรการในการริบทรัพย์สินที่น่าจะเป็นมาตรการที่เหมาะสมสำหรับเรื่องดังกล่าว คือ กระบวนการริบทรัพย์สินที่ขึ้นอยู่กับการโยกย้ายอันเป็นผลได้จากการกระทำความผิดอาญา (Value Confiscation) ซึ่งเป็นมาตรการปราบปรามที่นำมาใช้อย่างแพร่หลายในประเทศภาคพื้นยุโรป⁴⁴ ซึ่งกระบวนการริบทรัพย์สิน

⁴⁴ สุธี กิตติทัศนาศรัย, “มาตรการริบทรัพย์สินทางแพ่งตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน: ศึกษาเฉพาะกรณีผลกระทบต่อฐานะความเป็นประธานแห่งคดี,” (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 105.

ดังกล่าวเป็นวิธีการริบทรัพย์สินที่ไม่ต้องอาศัยความเกี่ยวพันระหว่างทรัพย์สินกับอาชญากรรม แต่เป็นวิธีการที่กำหนดให้จำเลยหรือผู้กระทำความผิดต้องชำระเงินจำนวนหนึ่งเสมือนการชำระหนี้ให้รัฐหรือเป็นการทดแทนให้แก่รัฐเป็นจำนวนตามที่ศาลได้กำหนด โดยจำนวนเงินดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานของผลประโยชน์ที่จำเลยหรือผู้กระทำความผิดได้รับเนื่องจากการกระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นผลโดยตรงหรือโดยอ้อมก็ตาม และถ้าบุคคลซึ่งถูกคำสั่งให้ชำระเงินจำนวนดังกล่าวไม่สามารถชำระเงินตามจำนวนที่กำหนดไว้โดยบริบูรณ์ รัฐมีสิทธิที่จะดำเนินการริบทรัพย์สินของบุคคลนั้นทุกสิ่งไม่จำเป็นต้องจำกัดเฉพาะเจาะจงทรัพย์สินที่มีความเกี่ยวพันกับการกระทำความผิดอาญาเท่านั้น คือไม่คำนึงว่าทรัพย์สินดังกล่าวมีที่มาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม ก็สามารถริบได้ทั้งหมด เพียงเท่าจำนวนเงินที่บุคคลนั้นจะต้องจ่าย ซึ่งมาตรการดังกล่าวจะนำมาใช้ก็ต่อเมื่อวิธีการริบทรัพย์สินกับทรัพย์สินที่จะถูกริบนั้นต้องมีความเกี่ยวพันกับการกระทำความผิดอาญา (Property Confiscation) ซึ่งเป็นโทษหรือเป็นมาตรการริบทรัพย์สินหลักอันเป็นพื้นฐานตามระบบกฎหมายอาญา ไม่สามารถดำเนินการได้อย่างสัมฤทธิ์ผล กล่าวคือ หากไม่สามารถติดตามทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องหรือมีความสัมพันธ์กับการกระทำความผิด และหมายรวมถึงกรณีที่ไม่สามารถระบุทรัพย์สินโดยเฉพาะเจาะจงว่าของผู้กระทำความผิดว่าทรัพย์สินสิ่งใดเป็นทรัพย์สินที่มีความสัมพันธ์กับการกระทำความผิด วิธีการริบทรัพย์สินที่ขึ้นอยู่กับประโยชน์อันเป็นผลได้จากการกระทำความผิดอาญา ก็จะนำมาประกอบใช้กับวิธีการริบทรัพย์สินอื่นที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดอาญา ด้วยความสอดคล้องกันเสมือนเป็นมาตรการเสริมประสิทธิภาพของกันและกัน เพื่อให้ผู้กระทำความผิดสูญเสียทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิด ทั้งยังเป็นการคุ้มครองป้องกันมิให้ทรัพย์สินเหล่านั้นเป็นแหล่งเงินทุนสนับสนุนการกระทำความผิดหรือนำกลับมาใช้ในการกระทำความผิดอีก

ซึ่งจะเห็นได้ว่า การริบทรัพย์สินของกฎหมายทั้ง 3 ฉบับ ทรัพย์สินที่ต้องถูกริบต้องเป็นทรัพย์สินที่มีส่วนหรือมีที่มาจากจากการกระทำความผิดอาญา แม้ต่อมาจะมีการเปลี่ยนแปลงสภาพของทรัพย์สินหรือจำหน่ายจ่ายแจกได้ทรัพย์สินอื่นมาก็ดี แต่การริบทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันและปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 อยู่บนพื้นฐานของการริบทรัพย์สินเมื่อศาลมีคำสั่งว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดอาญา ส่วนการริบทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ศาลสามารถมีคำสั่งให้ริบทรัพย์สินอื่นที่ไม่ได้เป็นความผิดโดยสภาพของทรัพย์สินนั่นเอง หรือไม่ได้เป็นทรัพย์สินที่เป็นอันตราวยในสภาวะเฉพาะกรณี ให้ตกเป็นของแผ่นดินโดยไม่ต้องมีการ

พิจารณาว่าความผิดมูลฐานว่าได้เกิดขึ้นจริงจากการกระทำของบุคคลใดและศาลได้มีคำพิพากษาว่าเป็นผู้กระทำความผิดในความผิดมูลฐานหรือไม่

กรณีทรัพย์สินที่จะถูกริบนั้น ตามประมวลกฎหมายอาญาและแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาได้ว่าแนวบรรทัดฐานว่า ทรัพย์สินเหล่านั้นต้องเป็นทรัพย์สินที่ได้มาหรือเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดโดยตรง แต่ตามพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันและปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ได้กำหนดขอย้ายทรัพย์สินที่จะถูกริบ โดยให้ศาลสามารถมีคำพิพากษาริบทรัพย์สินที่เปลี่ยนแปลงไปจากทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดโดยตรงไม่ว่าจะเปลี่ยนแปลงไปอีกกี่ทอดก็ตาม

ดังนั้นเพื่อเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการริบทรัพย์สินที่ได้จากการประกอบอาชญากรรมจึงควรเพิ่มมาตรการริบทรัพย์สินที่ขึ้นอยู่กับการประโยชน์อันเป็นผลได้จากการกระทำความผิดอาญา (Value Confiscation) เพื่อเป็นฐานในการริบทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดอาญาให้ชัดใช้เงินแก่รัฐตามที่ศาลได้กำหนด โดยขึ้นอยู่กับผลประโยชน์ที่ได้รับมาจากการกระทำความผิดอาญา