

แนวนโยบาย ในการกำหนดให้การลักลอบขน ผู้โยกย้ายถิ่นฐานเป็นความผิดอาญา



The Bali Process

on People Smuggling, Trafficking in Persons and Related Transnational Crime

แนวปฏิบัติเบื้องต้นสำหรับผู้วาง
นโยบายและผู้ปฏิบัติงานตามพันธ
ทางกฎหมายระหว่างประเทศในการ
กำหนดให้การลักลอบขนผู้โยกย้าย
ถิ่นฐานเป็นอาชญากรรมในระดับ
ภายในประเทศ

แนวนโยบายฉบับนี้ อาจนำมาใช้โดยประเทศที่เข้าร่วมในกระบวนการบาหลิ
ทุกประเทศ รวมทั้งประเทศที่ยังไม่ได้ลงนาม และ/หรือ ให้สัตยาบันใน
อนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมระหว่างประเทศที่จัดตั้งขึ้น
ในลักษณะองค์กร(อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร)
และพิธีสารเพิ่มเติมอีกสองฉบับ ได้แก่ พิธีสารเพื่อต่อต้านการลักลอบขน
ผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางบก ทะเล และอากาศ และพิธีสารเพื่อป้องกัน
ปราบปราม และลงโทษการค้ามนุษย์ โดยเฉพาะสตรีและเด็ก ถ้อยคำที่ใช้ใน
แนวนโยบายนี้จะสอดคล้องกับตราสารระหว่างประเทศทั้งสามฉบับเท่าที่
เป็นไปได้ อย่างไรก็ตาม เพื่อจุดมุ่งหมายในการแปล การแปลอนุสัญญาและ
พิธีสารอย่างเป็นทางการนี้ ควรนำไปใช้ในสถานะที่เป็นข้ออ้างอิงอย่างเป็นทางการ
สำหรับการสำหรับคำศัพท์ที่ใช้ในแนวนโยบายนี้

The Bali Process

กระบวนการบาหลิ ว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน
การค้ามนุษย์ และอาชญากรรมข้ามชาติที่เกี่ยวข้อง(กระบวนการบาหลิ)
ก่อตั้งขึ้นใน พ.ศ. 2545 และเป็นกระบวนการให้คำปรึกษาระดับภูมิภาค
โดยสมัครใจและไม่มีผลผูกพัน ซึ่งมีประธานร่วมกันคือรัฐบาลของ
ประเทศออสเตรเลียและอินโดนีเซีย กระบวนการบาหลิประกอบด้วย
ประเทศสมาชิกกว่า 45 ประเทศ และองค์กรต่างๆ

หากมีคำถามเกี่ยวกับแนวนโยบายนี้ กรุณาส่งมายังสำนักงานสนับสนุน
ส่วนภูมิภาค (RSO) ประจำกระบวนการบาหลิ ที่ :

อีเมลล์: info@rso.baliprocess.net

RSOเว็บไซต์:

<http://www.baliprocess.net/regional-support-office>

จัดพิมพ์เมื่อเดือนสิงหาคม พ.ศ. 2557

ออกแบบโดย สำนักงานอัยการสูงสุดแห่งรัฐบาลออสเตรเลีย

ขอขอบคุณ

แนวนโยบายนี้ สมาชิกของกระบวนการบาหลิ (Bali Process) ได้พัฒนาขึ้นมาโดยได้รับการสนับสนุนจากสำนักงานสนับสนุนระดับภูมิภาค (Regional Support Office) ตามแนวทางของ คณะกรรมการร่างแนวนโยบายของกระบวนการบาหลิ (Bali Process Policy Guides Drafting Committee) ซึ่งประกอบด้วยสมาชิกดังต่อไปนี้:



ดานันธิ กาลาพิเทจ (Dananthi Galapitage)
เจ้าหน้าที่กฎหมายอาวุโส
ฝ่ายความร่วมมือด้านอาชญากรรมระหว่างประเทศ
สำนักงานอัยการสูงสุดออสเตรเลีย
(ประธานร่วม)



ชัชชม อรรถภิญญ์ (Chatchom Akapin)
อัยการพิเศษฝ่ายกิจการต่างประเทศ
สำนักงานต่างประเทศ (ฝ่าย 1)
สำนักงานอัยการสูงสุด ประเทศไทย
(ประธานร่วม)



อันธิกา กฤษณายุทธันโท (Andhika Chrisnayudhanto)
รักษาการรองผู้อำนวยการ
ฝ่ายสนธิสัญญาด้านความมั่นคงและการเมือง
กระทรวงการต่างประเทศ อินโดนีเซีย



รีเบ็คก้า มิลเลอร์ (Rebecca Miller)
ผู้ประสานงานโครงการกระบวนการบาหลิ
กองตรวจคนเข้าเมือง นิวซีแลนด์
กระทรวงธุรกิจ นวัตกรรมและการจ้างงาน นิวซีแลนด์



อนุชา อเบวิกกรม-มุนาสิงห์ (Anusha Abeywickrama-Munasinghe)
ผู้ช่วยเลขาธิการอาวุโส
ฝ่ายกฎหมาย กระทรวงยุติธรรม
ศรีลังกา



เซบาสเตียน โบมีสเตอร์ (Sebastian Baumeister)
ผู้ประสานงานโครงการ UNODC
สำนักงานภูมิภาคเพื่อเอเชียตะวันออกเฉียงใต้และแปซิฟิก



ความสนับสนุนเพิ่มเติมแก่คณะกรรมการร่างนโยบาย จาก:
โซฟี นอนเนินเมเชอร์ (Sophie Nonnenmacher),
ตัวแทน IOM ประจำสำนักงานสนับสนุนระดับภูมิภาค



The Bali **Process**

คำนำ

ตั้งแต่เริ่มต้นใน พ.ศ. 2545 กระบวนการบาทลิวาด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน การค้ามนุษย์ และอาชญากรรมข้ามชาติที่เกี่ยวข้อง (กระบวนการบาทลิวา- Bali Process) ทำให้เกิดการตระหนักรู้ถึงผลของการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน การค้ามนุษย์ และอาชญากรรมข้ามชาติที่เกี่ยวข้อง ทั้งยังได้พัฒนาและนำกลยุทธ์และความร่วมมือในเชิงปฏิบัติต่างๆมาใช้เพื่อตอบโต้อาชญากรรมเหล่านี้ ประเทศสมาชิกกว่า 45 ประเทศและองค์กรระหว่างประเทศ รวมทั้งประเทศผู้สังเกตการณ์และหน่วยงานระหว่างประเทศต่างๆจำนวนหนึ่ง ได้เข้าร่วมในเวทีอาสาสมัครนี้

ในการประชุมรัฐมนตรีระดับภูมิภาคของกระบวนการบาทลิวาครั้งที่ห้าซึ่งจัดขึ้นในเดือนเมษายน พ.ศ. 2556 ที่ประชุมเห็นชอบให้มีการพัฒนาแนวนโยบายขึ้นมาเพื่อช่วยผู้วางนโยบายและผู้ปฏิบัติงานในการกำหนดให้การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานและการค้ามนุษย์เป็นคดีอาญา โดยคณะรัฐมนตรีกำหนดให้สำนักงานสนับสนุนระดับภูมิภาค (Regional Support Office-RSO) รับผิดชอบจากสมาชิกที่สนใจในการพัฒนาแนวปฏิบัติสำหรับรัฐต่างๆเพื่อช่วยให้หน่วยงานภายในประเทศสามารถส่งเสริมให้เกิดความเข้าใจอย่างคงเส้นคงวาถึงพันธะกรณีทางกฎหมายระหว่างประเทศและเพื่อช่วยพัฒนาการออกกฎหมายภายในประเทศอย่างมีประสิทธิภาพ จากคำสั่งดังกล่าว RSO จึงได้ก่อตั้งคณะกรรมการร่างแนวนโยบายซึ่งประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญจากรัฐสมาชิกของกระบวนการบาทลิวาและองค์กรระหว่างประเทศต่างๆเพื่อพัฒนาแนวนโยบายนี้

แนวนโยบายนี้เป็นแนวนโยบายเชิงสมัครใจ ไม่มีผลผูกมัด และมุ่งที่จะให้นำมาใช้เป็นเครื่องมืออ้างอิงโดยหน่วยงานภายในประเทศจำนวนหนึ่งในรัฐภาคีของกระบวนการบาทลิวา เพื่อที่จะให้แนวปฏิบัติที่กระชับ เหมาะแก่การปฏิบัติ และเป็นมิตรกับผู้ใช้ แนวนโยบายนี้จึงเน้นที่การกำหนดให้การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานและการค้ามนุษย์เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายในประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยได้กล่าวถึงกระบวนการคุ้มครองและให้ความช่วยเหลือแก่ผู้เสียหายจากการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานและการค้ามนุษย์ในขอบเขตที่เป็นเนื้อหาหลักของแนวปฏิบัตินี้ แต่คาดว่าแนวนโยบายฉบับต่อไปจะสามารถครอบคลุมถึงประเด็นดังกล่าวอย่างครบถ้วนมากขึ้น ทั้งนี้ แนวนโยบายนี้ สอดคล้องกับข้อเสนอแนะของที่ประชุมคณะรัฐมนตรีครั้งที่ห้าซึ่งจัดขึ้นในเดือนเมษายน พ.ศ. 2556 โดยเป็นแนวนโยบายชุดแรกของกระบวนการบาทลิวาซึ่งอยู่ในขอบเขตเนื้อหาหลักของกระบวนการบาทลิวาและเกี่ยวกับประเด็นซึ่งประเทศสมาชิกกระบวนการบาทลิวามีความหวังเป็นพิเศษ



เกร็ก เคลลี
ผู้จัดการร่วมของ RSO(ออสเตรเลีย)



บีบีบี เอ. เค. เอ็น. ดันจูนัน
ผู้จัดการร่วมของ RSO(อินโดนีเซีย)



ชื่อย่อและคำย่อ

ASEAN	สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้
Bali Process (กระบวนการบาหลี)	คณะทำงานเฉพาะกิจเพื่อดำเนินการทางการเงินเกี่ยวกับการฟอกเงิน
FATF	องค์การแรงงานโลก
IOM	องค์การระหว่างประเทศเพื่อการโยกย้ายถิ่นฐาน
MLA	ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางอาญา
Organized Crime Convention (อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้น ในลักษณะองค์กร)	อนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้าน อาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร
RSO	สำนักงานสนับสนุนส่วนภูมิภาค
Smuggling of Migrants Protocol (พิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้าย ถิ่นฐาน)	พิธีสารเพื่อต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ทางบก ทะเล และอากาศ เพื่อเสริมอนุสัญญาสหประชาชาติ เพื่อต่อต้าน อาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร
UN	องค์การสหประชาชาติ
UNCAC	อนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านการฉ้อราษฎร์บังหลวง
UNODC	สำนักงานว่าด้วยยาเสพติดและอาชญากรรม แห่งสหประชาชาติ

สารบัญ

บทสรุปสำหรับผู้บริหาร	2
ตอนที่ 1 : บทนำสู่การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานและเค้าโครงระหว่างประเทศที่นำมาใช้	3
1.1. การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน:ความท้าทายของอาชญากรรม	3
1.2. ตราสารทางกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญ	4
1.3. คำจำกัดความของการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานและการกำหนดให้เป็นความผิดอาญา	9
1.3.1. ความหมายของ‘การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน’	9
1.3.2. ความผิดในการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน–การจัดให้มีการเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย	5
1.3.3. ความผิดในการช่วยให้อยู่อาศัยโดยผิดกฎหมาย	5
1.3.4. ความผิดด้านเอกสาร	5
1.3.5. การขยายความรับผิดชอบทางอาญา	7
1.3.6. สถานการณ์ที่รุนแรง	8
1.4. บทลงโทษ	9
1.5. ความแตกต่างระหว่างการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานกับการค้ามนุษย์	9
1.6. เขตอำนาจรัฐ – รวมถึงเขตอำนาจรัฐนอกดินแดน	11
ตอนที่ 2 : พันธกรณีสำคัญซึ่งกำหนดโดยอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร	13
2.1. แนวทางแบบบูรณาการในการกำหนดให้การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานเป็นคดีอาญาอย่างมีประสิทธิภาพ	13
2.2. ‘การติดตามเงิน’ : กลยุทธ์สำคัญในการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน	13
2.2.1. ความผิดฐานฟอกเงินและมาตรการอื่นๆ	
2.2.2. การริบทรัพย์ของอาชญากร	15
2.3. ข้อกำหนดด้านความร่วมมือระหว่างประเทศภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร	16
2.3.1. การส่งผู้ร้ายข้ามแดน	16
2.3.2. ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางอาญา	17
2.4. การกำหนดให้การฉ้อราษฎร์บังหลวงเป็นความผิดอาญา	19
ตอนที่ 3 : บทสรุปคำแนะนำสำหรับการออกกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ	20

บทสรุปสำหรับผู้บริหาร

การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน – หรือที่เรียกว่า การขนคนเข้าเมือง หรือลักลอบนำผู้ย้ายถิ่นเข้าเมือง – คือการเคลื่อนไหวอย่างผิดปกติที่มีการอำนวยความสะดวกในการนำคนข้ามเขตแดนเพื่อผลประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์ด้านอื่นๆ

รัฐจำเป็นต้องมีกฎหมายที่เข้มแข็งเพื่อต่อสู้กับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานและเพื่อปกป้องผู้ย้ายถิ่นที่ถูกลักลอบนำเข้าเมือง มีตราสารระหว่างประเทศที่สำคัญสองฉบับ ซึ่งวางกรอบทางกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานไว้ ได้แก่ พิธีสารเพื่อต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางบก ทะเล และอากาศ (พิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน) ซึ่งเสริมอนุสัญญาขององค์การสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่ก่อตั้งในลักษณะองค์กรซึ่งมีขอบเขตกว้างขวาง การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานนั้นแตกต่างจากการค้ามนุษย์ ซึ่งครอบคลุมโดยพิธีสารอีกฉบับหนึ่งซึ่งอยู่ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่ก่อตั้งในลักษณะองค์กร

พิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานนั้น กำหนดให้รัฐสมาชิกต้องถือว่าความผิดต่อไปนี้เป็นอาชญากรรม :

- การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน-ซึ่งหมายถึงการหาทางให้บุคคลเข้าประเทศโดยผิดกฎหมาย
- การช่วยให้บุคคลอาศัยอยู่ในประเทศโดยผิดกฎหมาย – หมายถึงการทำให้บุคคลหนึ่งอาศัยอยู่ในประเทศโดยผิดกฎหมายถึงแม้บุคคลนั้นจะเข้าประเทศโดยถูกต้องตามกฎหมายก็ตาม และ
- ความผิดด้านเอกสารเกี่ยวกับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน- เช่น การจัดทำเอกสารเดินทางปลอม เช่น วีซ่า และเอกสารแสดงตัวตน

พิธีสารฉบับนี้ ยังกำหนดให้รัฐต่างๆ ทำให้ **ความพยายาม** ที่จะกระทำความผิดข้างต้นนั้นเป็นอาชญากรรม ซึ่งรวมทั้งการให้ความร่วมมือในฐานะผู้สมรู้ร่วมคิดเกี่ยวกับความผิดนั้น และ**การจัดการหรือการสั่งการ**ให้บุคคลหนึ่งหรือมากกว่านั้นกระทำความผิดดังกล่าว รัฐควรตรวจสอบให้แน่ใจว่าความผิดนั้นจะต้องได้รับการลงโทษในระดับที่สูงขึ้นในคดีที่เกิดเหตุ**การณ์รุนแรง** เช่น ในกรณีที่ผู้ย้ายถิ่นต้องเสี่ยงต่อชีวิต

การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานนั้นมีลักษณะที่เป็นการกระทำข้ามชาติอยู่แล้ว และจากคำจำกัดความ จำเป็นต้องมีการข้ามขอบแดนเข้าสู่ประเทศโดยผิดกฎหมาย ดังนั้น จึงจำเป็นที่รัฐต่างๆจะต้องมั่นใจว่าเขตอำนาจรัฐนอกดินแดน – หรือความสามารถทางกฎหมายที่จะใช้อำนาจนอกเหนือจากขอบเขตของดินแดนตามปกตินั้น สามารถใช้ไปกับกฎหมายเกี่ยวกับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานของรัฐนั้น อำนาจดังกล่าว ช่วยให้รัฐมุ่งเป้าหมายที่ผู้ลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานและผู้อำนวยความสะดวกซึ่งประกอบกิจกรรมที่เป็นอาชญากรรมข้ามประเทศ

เงินคือท่อน้ำเลี้ยงของอาชญากรรมที่ก่อตั้งในลักษณะองค์กร รวมทั้งการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน เพื่อช่วยให้หน่วยงานบังคับใช้กฎหมายสามารถตัดทอนหน่วยงานอาชญากรรมที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินที่มาจากอาชญากรรมเหล่านี้ได้ รัฐจำเป็นต้องมี**กฎหมายต่อต้านการฟอกเงินและการริบทรัพย์สิน**ที่เข้มแข็งและแยกออกมาต่างหาก นอกจากนี้รัฐยังจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับความร่วมมือในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เข้มแข็ง รวมทั้ง**กฎหมายเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย** กฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่มีประสิทธิภาพนั้น ช่วยให้หน่วยงานบังคับใช้กฎหมายสามารถนำผู้กระทำความผิดไปดำเนินคดีตามเขตอำนาจรัฐที่เหมาะสมได้ ส่วนความช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางกฎหมายที่เข้มแข็งนั้นช่วยให้เจ้าหน้าที่สืบสวนสามารถได้รับและแลกเปลี่ยนพยานหลักฐานระหว่างประเทศ เช่น บันทึกของธนาคาร บันทึกการโทรศัพท์และคำให้การของพยาน

เนื่องจากกลุ่มอาชญากรรมที่ก่อตั้งในลักษณะองค์กรมีวิวัฒนาการอยู่ตลอดเวลา จึงจำเป็นที่ชุมชนระหว่างประเทศจะต้องทำงานร่วมกันเพื่อสร้างความมั่นใจว่ากฎหมายนั้นมีความสอดคล้องอย่างมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ เพื่อที่จะป้องกันมิให้อาชญากรรมตกผลประโยชน์จากช่องว่างในกรอบของกฎหมาย

ตอนที่ 1

บทนำสู่การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานและกรอบระหว่างประเทศที่สามารถนำมาใช้ได้

1.1. การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน : ความท้าทายทางอาชญากรรม

การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน (การช่วยให้บุคคลเข้าไปสู่ประเทศหนึ่งได้โดยผิดกฎหมายเพื่อประโยชน์ทางการเงินหรือประโยชน์ด้านอื่นๆ) เกิดขึ้นในทุกภูมิภาคของโลก ไม่มีสถิติระดับโลกที่น่าเชื่อถือเกี่ยวกับจำนวนผู้ย้ายถิ่นที่ถูกลักลอบนำเข้าเมือง เนื่องจากความท้าทายต่างๆ เช่น ลักษณะอันเป็นที่ซ่อนเร้นของปัญหานี้ และการขาดระบบบันทึกข้อมูลที่จัดตั้งไว้

แล้วเรารู้อะไรบ้าง?

- การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานเป็นธุรกิจที่อันตรายอย่างยิ่ง ผู้คนหลายพันคนต้องตกอยู่ในสถานการณ์ที่โหดร้ายและคุกคามต่อชีวิต ทั้งยังต้องสูญเสียชีวิตเนื่องจากการกระทำอันป่าเถื่อนและเป็นอันตรายของผู้ลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน
- การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานเป็นธุรกิจที่มีกำไรสูง ในขณะที่อาชญากรรมมีความเสี่ยงต่อการถูกตรวจพบและการลงโทษต่ำมาก ดังนั้น อาชญากรรมนี้จึงมีความดึงดูดมากขึ้น และผู้ลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานมีการจัดตั้งอย่างเป็นระบบมากยิ่งขึ้น
- ผู้ลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานจะเปลี่ยนแปลงเส้นทางและวิธีการเพื่อตอบสนองต่อการควบคุมชายแดนและสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งมักจะต้องแลกกับความปลอดภัยของผู้ย้ายถิ่นที่ถูกลักลอบนำเข้าเมือง
- อาชญากรให้บริการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานเพิ่มขึ้นแก่ผู้ย้ายถิ่นที่มีได้เดินทางเข้ามาโดยปกติ เพื่อหลีกเลี่ยงด้านตรวจคนเข้าเมือง กฎระเบียบในการตรวจคนเข้าเมือง และข้อกำหนดเกี่ยวกับวีซ่า ยิ่งนโยบายในการตรวจคนเข้าเมืองตามระเบียบนั้นมีความเข้มงวดมากขึ้นเพียงใด ผู้ย้ายถิ่นก็จะให้ความสนใจในบริการของผู้ลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานมากขึ้น ผู้ลี้ภัยที่แสวงหาความปลอดภัยและการคุ้มครอง อาจเลือกที่จะพึ่งพารายการของผู้ลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานได้
- ผู้ลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานบั่นทอนศักยภาพของรัฐในการที่จะควบคุมชายแดนและพิทักษ์อำนาจอธิปไตยของตน
- การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานส่งผลเสียต่อรัฐ การควบคุมชายแดนและการกักกัน ปฏิบัติการเพื่อค้นหาและช่วยชีวิต และการส่งบุคคลออกนอกประเทศ ล้วนต้องใช้งบประมาณมาก
- การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานและความเสี่ยงที่เกิดขึ้น อาจเป็นปัจจัยสำคัญที่กระตุ้นให้เกิดการค้ำมนุษย์ทั่วทั้งภูมิภาคของกระบวนการบาทลี้

เพื่อที่รัฐต่างๆจะสามารถยุติกิจกรรมการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานได้อย่างมีประสิทธิภาพ จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องกำหนดให้การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานเป็นอาชญากรรมตามกฎหมายภายในประเทศ โดยสอดคล้องกับพันธกรณีทางกฎหมายระหว่างประเทศ

1.2. ตราสารทางกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญ

สนธิสัญญาระหว่างประเทศที่สำคัญสองฉบับซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงกับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ได้แก่ :

พิธีสารเพื่อต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางบก ทะเล และอากาศ ซึ่งเพิ่มเติมจากสนธิสัญญาองค์การสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร (พิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน)¹

¹ พิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน มิได้เป็นตราสารที่เป็นเอกเทศ พิธีสารฉบับนี้ เป็นเรื่องเกี่ยวกับประเด็นเฉพาะในการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของกรอบที่กว้างกว่าซึ่งกำหนดโดยอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่มีลักษณะเป็นองค์กร ภูมิภาคในพิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน จะต้องเป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่ก่อตั้งในลักษณะองค์กร ดังนั้น ตอนที่ 2 ของแนวนโยบายฉบับนี้ จึงต้องระบุถึงพันธะเพิ่มเติมภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่ก่อตั้งในลักษณะองค์กร

พิธีสารฉบับนี้ คือตราสารระหว่างประเทศขั้นต้นและมีอิทธิพลมากที่สุดเกี่ยวกับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ซึ่งเริ่มมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 28 มกราคม พ.ศ. 2548 ²

พิธีสารฉบับนี้ เรียกร้องให้รัฐต่างๆกำหนดให้การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานเป็นความผิดอาญาตามที่ได้รับไว้ในตราสาร

อนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมระหว่างประเทศที่จัดตั้งขึ้นเป็นองค์กร (อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมซึ่งจัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร)

อนุสัญญานี้คือตราสารระหว่างประเทศฉบับสำคัญเพื่อต่อต้านอาชญากรรมที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ซึ่งได้บังคับใช้ในวันที่ 29 กันยายน พ.ศ. 2546 ³

เพื่อที่จะเข้าเป็นภาคีในพิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน รัฐจะต้องเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่ก่อตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร (Organized Crime Convention)

1.3. คำจำกัดความของการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานและการกำหนดให้ความผิดดังกล่าวเป็นอาชญากรรม

1.3.1. ความหมายของ‘การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน (การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน)’

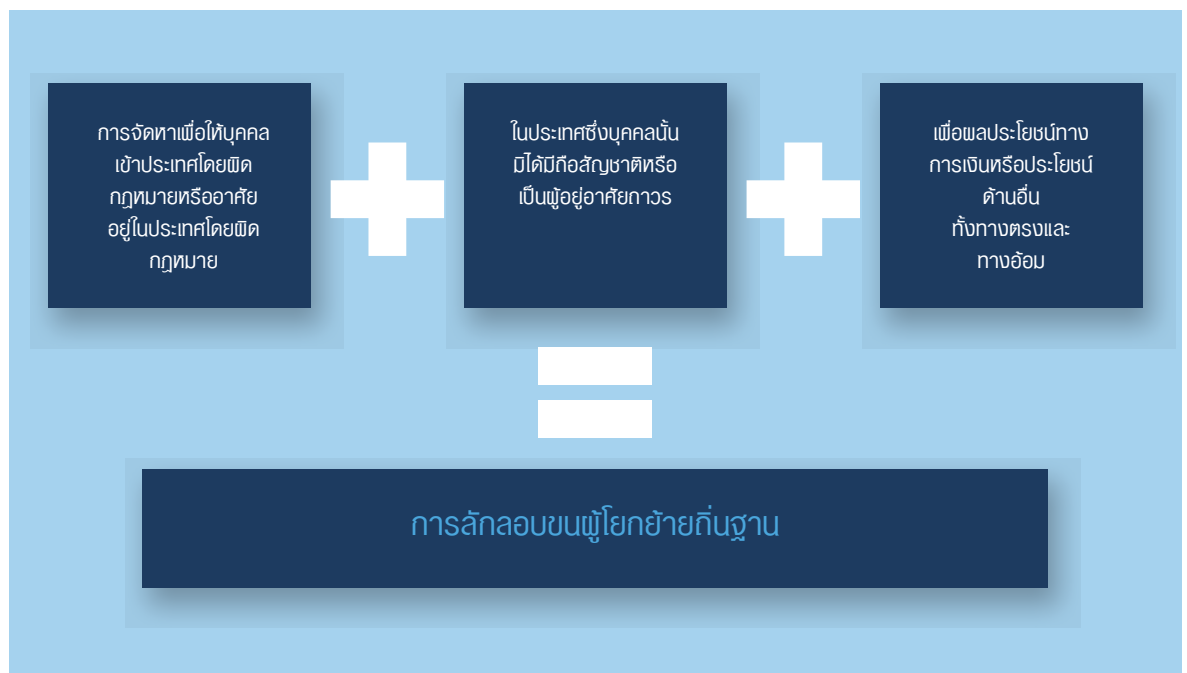
คำว่า ‘การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน’ นั้นได้กำหนดไว้ในข้อที่ 3 (ก) และ (ข) ของพิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ดังนี้ :

“การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน” หมายถึงการจัดหา เพื่อที่จะได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางการเงินหรือวัตถุทั้งทางตรงและทางอ้อม ด้วยการนำบุคคลเข้ามายังรัฐภาคีโดยผิดกฎหมาย และบุคคลดังกล่าวมิได้ถือสัญชาติหรือมีถิ่นที่อยู่ถาวรในรัฐภาคีนั้น

“การเข้าประเทศโดยผิดกฎหมาย” หมายถึงการข้ามเขตแดนโดยมิได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดที่จำเป็นสำหรับการเข้ามาสู่รัฐนั้นอย่างถูกต้องตามกฎหมาย

ภาพ 1 ต่อไปนี้ แสดงให้เห็นถึงองค์ประกอบต่างๆที่ต้องมีอยู่ในการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

ภาพ1: องค์ประกอบหลักของคำจำกัดความของคำว่า‘การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานตามกฎหมายระหว่างประเทศ’



² เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2557 ประเทศต่างๆจำนวน 138 ประเทศ ได้ลงสัตยาบันในพิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน หากท่านต้องการดูรายชื่อผู้ลงนามและประเทศภาคีที่ปรับให้ทันสมัยแล้ว โปรดเข้าไปที่ <http://www.unodc.org/unodc/treaties/CTOC/>

³ เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2557 ประเทศต่างๆจำนวน 179 ประเทศ ได้ลงสัตยาบันในอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร (Organized Crime Convention) หากท่านต้องการดูรายชื่อผู้ลงนามและประเทศภาคีที่ปรับให้ทันสมัยแล้ว โปรดเข้าไปที่ <http://www.unodc.org/unodc/treaties/CTOC/>

องค์ประกอบทั้งสามในภาพ 1 เมื่อรวมกันแล้ว ทำให้เกิดอาชญากรรมในการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานโดยตั้งใจ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม เรียกว่า ผู้ลักลอบนำบุคคลเข้าเมือง บุคคลที่ได้รับความช่วยเหลือโดยผู้ลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน เพื่อให้เข้าประเทศได้โดยผิดกฎหมาย เรียกว่า ผู้ถูกลักลอบนำตัวเข้าประเทศ ถึงแม้ว่า ผู้ลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานและผู้ย้ายถิ่นนั้นจะได้ตกลงกันเพื่อให้มีการลักลอบนำตัวเข้าประเทศ แต่เป้าหมายของพิธีสารนี้มีได้มุ่งไปที่การย้ายถิ่นในหนทางที่ผิดปกติ แต่มุ่งที่จะต่อต้านอาชญากรรมที่จัดตั้งในลักษณะองค์กรเพื่อลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

1.3.2. ความผิดฐานลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน- การจัดหาเพื่อการเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย

จากคำจำกัดความในข้อ 3 ของพิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ความผิดในการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานจะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบข้างต้น และที่สำคัญคือ จุดสำคัญของความผิดในการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานนั้นอยู่ที่การจัดหา (การอำนวยความสะดวก) เพื่อให้เข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย มิได้อยู่ที่การเข้าเมืองโดยผิดกฎหมายด้วยตนเอง

ข้อ 3 (ข) ของพิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ให้คำจำกัดความถึงการเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย ว่าเป็น ‘การข้ามเขตแดนโดยมิได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดที่จำเป็นในการเข้าเมืองโดยถูกต้องตามกฎหมาย’ เช่น อาจรวมถึงการอำนวยความสะดวกให้แก่บุคคลหนึ่งในการเข้าประเทศ หากบุคคลนั้นไม่มีวีซ่าที่ใช้การได้สำหรับประเทศที่ต้องใช้วีซ่า หรือไม่มีเอกสารเข้าเมืองอื่นใดที่ออกโดยรัฐและที่ใช้การได้

องค์ประกอบของคำว่า ‘ผลประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์ทางวัตถุอื่นๆ’ นั้น ได้มีการตีความกันอย่างกว้างขวาง เช่น ผลประโยชน์ อาจรวมถึงสิ่งจูงใจที่มีใช้การเงิน (เช่น ความได้เปรียบ ลิทธิพิเศษ บริการทางเพศ หรือบริการอื่นๆ) ซึ่งเกิดจากการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

1.3.3. ความผิดฐานให้ความช่วยเหลือเพื่อให้อยู่อาศัยโดยผิดกฎหมาย

ความผิดฐานลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานที่กล่าวไว้ข้างต้นนั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับการหาทางเพื่อให้เข้าสู่ประเทศโดยผิดกฎหมาย ส่วนความผิดข้อนี้ เกี่ยวกับการหาทางให้อยู่อาศัยในประเทศโดยผิดกฎหมาย พิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานกำหนดให้รัฐต่างๆต้องกำหนดให้การกระทำที่ช่วยให้อยู่อาศัยในประเทศโดยผิดกฎหมายเพื่อผลประโยชน์นั้นเป็นอาชญากรรม (ข้อ 6.1 (ค))

ความผิดในการ ‘ช่วยให้อยู่อาศัยโดยผิดกฎหมาย’ มีองค์ประกอบดังต่อไปนี้ :

- ช่วยให้นักลอบอยู่ในรัฐหนึ่งได้
- โดยที่บุคคลนั้นมิได้เป็นพลเมืองหรือมีที่อยู่ถาวรในรัฐนั้น และโดยที่บุคคลนั้นมิได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดเพื่อให้อยู่อาศัยในรัฐนั้นได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย
- เพื่อที่จะได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์ทางวัตถุอื่นๆ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม และ
- เมื่อได้กระทำโดยตั้งใจ

ความผิดในการช่วยให้บุคคลอาศัยอยู่ในประเทศโดยผิดกฎหมายนั้น รวมถึงสถานการณ์ซึ่งแผนการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานได้ช่วยให้ผู้ย้ายถิ่นได้เข้าประเทศอย่างถูกต้องตามกฎหมาย แต่ได้ใช้วิธีการที่ผิดกฎหมายเพื่อช่วยให้บุคคลนั้นคงอาศัยอยู่ในประเทศ เช่น ผู้ลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานได้จัดหาวีซ่าธุรกิจชั่วคราวซึ่งใช้การได้และให้บริการที่เกี่ยวข้องแก่ผู้ย้ายถิ่น แต่อยู่บนพื้นฐานของความหลอกลวง โดยรู้ว่า ผู้ย้ายถิ่นนั้นต้องการที่จะอยู่อย่างถาวรในประเทศปลายทาง ผู้ลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานทำกำไรอย่างมหาศาลด้วยการคิดค่าใช้จ่ายจากผู้ย้ายถิ่นสำหรับบริการดังกล่าว

1.3.4. ความผิดเกี่ยวกับการจัดทำเอกสาร

พิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน กำหนดให้รัฐต่างๆออกกฎหมายเกี่ยวกับความผิดทางเอกสารบางประการ (ข้อ 6.1 (ข)) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รัฐจะต้องกำหนดให้การผลิต การจัดหา การให้ หรือการเป็นเจ้าของ เอกสารเดินทางหรือเอกสารประจำตัวปลอมเพื่อจุดมุ่งหมายในการช่วยลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

ความผิดด้านเอกสารนั้น มีความจำเป็นในการต่อต้านการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นฐานเนื่องจากช่วยให้มีการดำเนินคดีต่อบุคคลที่มีบทบาทสำคัญในกลุ่มที่ปฏิบัติการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน แต่ไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงในการกระทำเชิงกายภาพเพื่อขนส่งผู้โยกย้ายถิ่นฐานข้ามเขตแดนของประเทศโดยผิดกฎหมาย

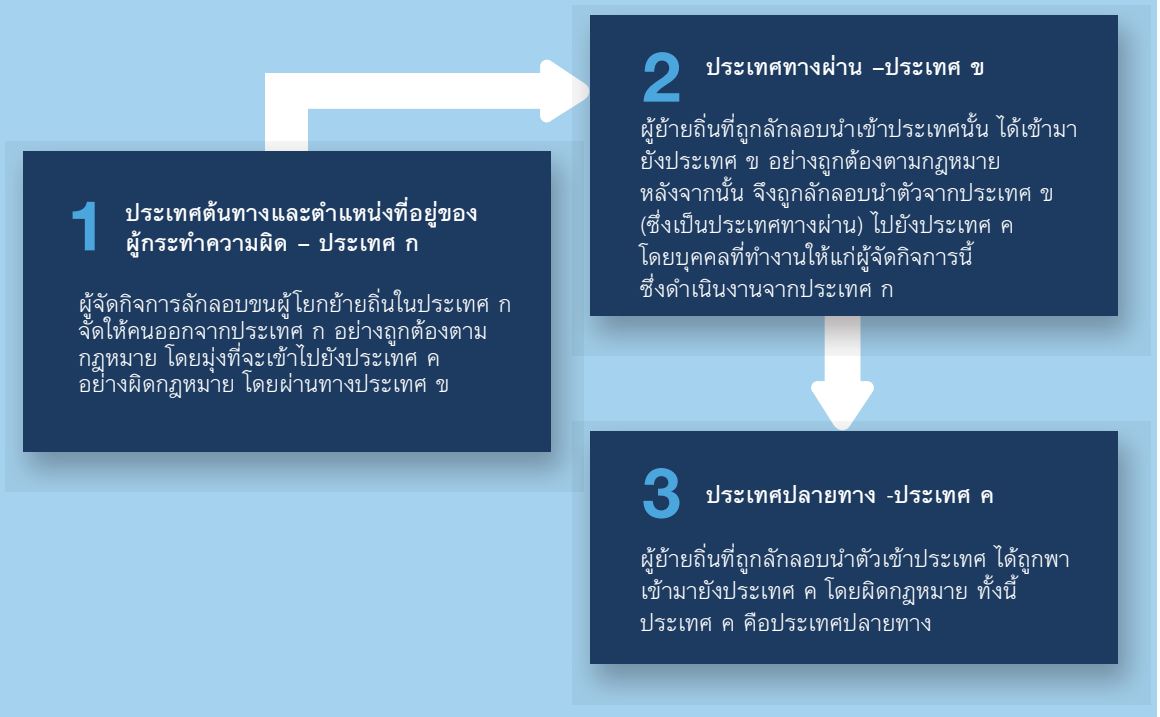
คำว่า ‘เอกสารเดินทางหรือเอกสารประจำตัวปลอม’ รวมถึงเอกสารทุกชนิดที่ออกโดยรัฐ เช่น หนังสือเดินทาง วีซ่า และบัตรประชาชน โดยคำนี้ ได้รับการจำกัดความอย่างกว้างๆและรวมถึงเอกสารต่างๆซึ่งทำปลอมแปลงขึ้น เช่นเดียวกับเอกสารจริงที่ถูกเปลี่ยนแปลงโดยวิธีการใดก็ตาม เอกสารปลอมนี้ ยังรวมถึงเอกสารจริง แต่ออกมาอย่างไม่ถูกต้อง หรือได้รับมาด้วยการนำเสนอมองผิดๆ การฉ้อโกง หรือ ช่มชู้

คำแนะนำ: กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองแบบมาตรฐานนั้นไม่เพียงพอ

กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองตามมาตรฐาน ซึ่งจัดการเพียงเรื่องของการเข้าประเทศหรือออกประเทศอย่างผิดกฎหมายเท่านั้นยังไม่เพียงพอที่จะกำหนดให้การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานเป็นอาชญากรรม ประเทศต่างๆ จึงจำเป็นต้องกำหนดความผิดเกี่ยวกับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานแยกออกมาโดยสมบูรณ์ เพื่อมุ่งเป้าไปยังกิจกรรมที่เกิดขึ้นภายนอกประเทศด้วย

ความผิดเกี่ยวกับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานอย่างครบวงจรนั้น จะช่วยให้สามารถดำเนินคดีกับผู้จัดการให้มีการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานในกรณีตัวอย่างเช่น ภาพ 2 ได้ ผู้จัดการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานได้จัดการให้ผู้ย้ายถิ่นออกจากประเทศหนึ่ง (ประเทศ ก) ได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย และผ่านอีกประเทศหนึ่ง (ประเทศ ข) อย่างถูกต้องตามกำหนด เพื่อย้ายเข้าไปยังประเทศที่สาม (ประเทศ ค) โดยผิดกฎหมาย โปรดสังเกตว่า กรณีตัวอย่างนี้ เกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐที่สามารถกระทำได้ที่อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร (ดังจะอธิบายต่อไปในตอนนี้)

ภาพ 2: ความจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดความผิดว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานอย่างครบวงจร



ถ้าประเทศ ก มีกฎหมายเกี่ยวกับการคนเข้าเมืองตามมาตรฐานเพียงเท่านั้น ในกรณีนี้ จะไม่มีการละเมิดกฎหมายใดๆ เนื่องจากการออกจากประเทศนั้นเป็นไปอย่างถูกต้องตามกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ถ้าประเทศ ก มีกฎหมายเกี่ยวกับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานอย่างครบวงจร ประเทศนี้จะสามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดสำหรับการก่ออาชญากรรมในประเทศ ก ได้ โปรดสังเกตว่า สำหรับกิจการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานในบางกรณี ประเทศทางผ่านหลายประเทศจะมีส่วนเกี่ยวข้องด้วย

นี่คือสาเหตุที่กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองตามมาตรฐานไม่เพียงพอที่จะใช้เพื่อมุ่งไปยังปฏิบัติการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานที่มีความซับซ้อนเช่นนี้ ประเทศต่างๆ จำเป็นต้องกำหนดความผิดเกี่ยวกับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานอย่างครบวงจรเพื่อมุ่งไปที่การจัดการเพื่อให้เข้าประเทศอย่างผิดกฎหมาย แทนที่จะกำหนดให้การเข้าประเทศโดยผิดกฎหมายนั้นเป็นความผิดอาญาโดยสมบูรณ์ด้วยตนเองเท่านั้น

1.3.5. การขยายขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญา

ข้อ 6(2)ของพิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ยังกำหนดให้ขยายความรับผิดชอบทางอาญาเพื่อให้ครอบคลุมถึง:

- ความพยายามที่จะทำความผิดในการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน (เป็นไปตามระบบกฎหมายภายในรัฐนั้น)
- การมีส่วนร่วมในฐานะผู้ร่วมกระทำความผิดในความผิดฐานลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน และ
- จัดการ หรือสั่งการให้ผู้อื่นกระทำความผิดฐานลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

ข้อ5(1)(ก)ของอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร ยังกำหนดให้รัฐต้องทำให้การเข้ามีส่วนร่วมในกลุ่มอาชญากรรมนั้นเป็นอาชญากรรมเช่นกัน ประเทศต่างๆอาจนำไปใช้ได้ด้วยการกำหนดความผิดในฐานะร่วมกระทำความผิดหรือด้วยการกำหนดความผิดซึ่งห้ามมิให้เข้าร่วมกลุ่มและมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรม

ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กรนั้น อาจหาทางซ่อนอยู่เบื้องหลังบุคคลที่ถูกต้องตามกฎหมาย เช่น บริษัท องค์กรการกุศล หรือสมาคมอื่นๆ ดังนั้น ข้อ 10 ของอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร จึงกำหนดให้รัฐต่างๆต้องตรวจสอบให้แน่ใจว่าบุคคลที่ถูกต้องตามกฎหมายจะต้องรับผิดชอบต่อการมีส่วนร่วมในอาชญากรรมที่ร้ายแรงที่เกี่ยวกับกลุ่มอาชญากรรมที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร และสำหรับความผิดบางประการภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กรเกี่ยวกับการดำเนินการฟอกเงินที่มาจากอาชญากรรม การฉ้อโกง และการขัดขวางกระบวนการยุติธรรม ทั้งนี้ไม่จำเป็นที่จะต้องกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา สำหรับบุคคลที่ถูกต้องตามกฎหมาย ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร อย่างไรก็ตาม รัฐจะต้องกำหนดรูปแบบของความรับผิดชอบบางประการสำหรับนิติบุคคล เช่น ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายปกครอง

การขยายขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับทุกคนที่มีบทบาทในกิจกรรมการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานนั้นมีความสำคัญเป็นพิเศษ เนื่องจากกลุ่มผู้ดำเนินการลักลอบขนย้ายผู้โยกย้ายถิ่นฐานที่เข้าของนั้นดำเนินงานด้วยการมอบหมายหน้าที่ให้แก่บุคคลต่างๆ ซึ่งมักจะอาศัยอยู่ในเขตอำนาจรัฐที่ต่างกันไป การขยายความรับผิดชอบทางอาญานั้น ยังสร้างความมั่นใจได้ว่าจะสามารถดำเนินคดีต่อความพยายามที่จะลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานที่ล้มเหลวได้ด้วย เช่น ประเทศหนึ่งอาจใช้ความผิดฐานพยายาม จัดการ/กำกับ และร่วมกระทำความผิด โดยผ่านข้อกำหนดของกฎหมายต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานโดยเฉพาะ หรือด้วยการกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยข้อกำหนดทั่วไปของความรับผิดชอบทางอาญา ซึ่งสามารถใช้ได้กับความผิดทุกประการในประเทศนั้น

⁴ การไม่ส่งกลับ (Non-refoulement) คือหลักการสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งกังวลถึงการคุ้มครองบุคคลจากการถูกส่งกลับไปยังอีกเขตแดนหนึ่งในลักษณะใดก็ตามที่จะเป็นการคุกคามต่อชีวิตและเสรีภาพของบุคคลนั้น

⁵ ข้อ31 ของอนุสัญญาว่าด้วยผู้ลี้ภัย ระบุว่า :“รัฐภาคีผู้ทำสัญญาย่อมไม่ลงโทษทางอาญา ด้วยเหตุแห่งการเข้าเมืองหรือการปรากฏตัวโดยผิดกฎหมายแก่ผู้ลี้ภัยซึ่งเดินทางโดยตรงมาจากดินแดนซึ่งชีวิตหรือเสรีภาพถูกคุกคามเข้ามาหรือปรากฏตัวในอาณาเขตโดยมิได้รับอนุญาต ทั้งนี้ ถ้าหากว่าผู้ลี้ภัยได้รายงานตัวต่อเจ้าหน้าที่และแสดงเหตุอันควรเชื่อถือได้ในการเข้าเมืองหรือการปรากฏตัวโดยผิดกฎหมายนั้นโดยทันที”

คำแนะนำ: การไม่กำหนดให้ความผิดฐานการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานเป็นความผิดอาญาสำหรับผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

มาตราที่ 5 ของพิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ระบุว่า ผู้โยกย้ายถิ่นฐานไม่ต้องรับผิดชอบจากการฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาเนื่องจากข้อเท็จจริงที่ว่าตนเป็นผู้เสียหายจากการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานนี้ มาตรา 19 ระบุว่า ไม่มีความใดในพิธีสารนี้จะกระทบถึงสิทธิ พันธกรณีและความรับผิดชอบอื่นๆของรัฐและปัจเจกชน ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

จุดประสงค์ของพิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานนั้น มิใช่เพื่อกำหนดให้การโยกย้ายถิ่นฐานเป็นความผิดทางอาญา อย่างไรก็ตาม พิธีสารนี้ มิได้ป้องกันรัฐต่างๆจากการใช้มาตรการเพื่อต่อต้านบุคคลที่มีการกระทำประกอบกันเป็นความผิดภายใต้กฎหมายของประเทศ (มาตรา ๖(4) ของพิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน) มาตรการเหล่านี้จะต้องสอดคล้องกับสิทธิ พันธกรณี และความรับผิดชอบของรัฐและปัจเจกชน ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ รวมทั้งกฎหมายว่าด้วยมนุษยธรรมระหว่างประเทศและกฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่สามารถใช้ได้ซึ่งอนุสัญญาและพิธีสารที่เกี่ยวข้องกับสถานะของผู้โยกย้ายถิ่นฐานและหลักการห้ามส่งกลับผู้โยกย้ายถิ่นฐาน⁴(โปรดดู มาตรา 19 ของพิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน)⁵ เช่น การเข้าประเทศโดยผิดกฎหมาย ไม่มีผลกระทบต่อสิทธิในการแสวงหาที่ลี้ภัย

ประเด็นสำคัญในการพัฒนาหลักนิติบัญญัติภายในประเทศได้แก่ การมุ่งให้ความสำคัญแก่พิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานนั้น คือเพื่อต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน มิใช่เพื่อกำหนดให้ผู้โยกย้ายถิ่นฐานมีความผิดทางอาญาจากการที่ตกเป็นเหยื่อของการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

คำแนะนำ: การคุ้มครองพยานในคดีเกี่ยวกับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

ภายใต้มาตราที่ 24 ของอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องจัดทำมาตรการที่เหมาะสมภายในขอบเขตของตนเพื่อให้การคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพจากการขู่แค้นหรือการคุกคามที่อาจเกิดขึ้นต่อพยานในการดำเนินคดีอาญา ซึ่งได้ให้การเกี่ยวกับความผิดต่างๆที่ครอบคลุมภายใต้อนุสัญญานี้และสำหรับญาติและบุคคลใกล้ชิดอื่นๆตามความเหมาะสม (จะอธิบายต่อไปในบทนี้)

1.3.6. สถานการณ์รุนแรง

พิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานกำหนดให้รัฐภาคีจัดการกับสถานการณ์อันรุนแรงจากความผิดในการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานและความผิดอื่นที่เกี่ยวข้องในการส่งเสริมให้บุคคลอยู่อาศัยโดยผิดกฎหมายและความผิดเกี่ยวกับเอกสาร (มาตรา 6 (3))

สถานการณ์รุนแรง คือสถานการณ์ซึ่งการกระทำของผู้ลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานนั้นเป็นอันตรายหรือมีที่ท่าว่าจะเป็นอันตรายต่อชีวิตหรือความปลอดภัยของผู้โยกย้ายถิ่นฐานที่ตกเป็นเหยื่อ หรือเป็นการกระทำที่ไร้มนุษยธรรมหรือโหดร้ายทารุณ รวมทั้งการแสวงผลประโยชน์ ในกรณีที่สอดคล้องกับกฎหมายภายในประเทศ สถานการณ์รุนแรงควรจะใช้ได้กับการมีส่วนร่วมกระทำผิดและการจัดการหรือกำกับให้มีการกระทำผิดในการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ปัจจัยสำคัญต่อพันธกรณีในด้านสถานการณ์รุนแรงนี้ คือรัฐจะต้องสร้างความมั่นใจว่า ผู้ลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานจะต้องได้รับโทษสูงขึ้นในกรณีที่เกิดสถานการณ์รุนแรง

1.4. บทลงโทษ

การลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นฐาน อาจทำให้คนที่มีความเสี่ยงต้องตกอยู่ในสถานการณ์ที่คุกคามต่อชีวิตและทำให้ต้องเผชิญกับสถานการณ์ที่ไร้มนุษยธรรม เพื่อที่จะต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานได้อย่างมีประสิทธิภาพ รัฐจำเป็นต้องสร้างความมั่นใจว่าความผิดนี้จะต้องมีบทลงโทษที่สะท้อนถึงความรุนแรงของความผิดดังกล่าว ดังที่ได้ระบุไว้ในมาตราที่ 11 ของอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร

เช่น บางรัฐอาจกำหนดโทษสูงสุดไว้ที่การจำคุกเป็นเวลา 10 ปี สำหรับความผิดในคดีลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ในขณะที่ความผิดในคดีลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานที่มีความรุนแรงนั้น จะต้องได้รับโทษจำคุกสูงสุด 20 ปี

คำแนะนำ: สถานการณ์รุนแรงควรจะได้รับบทลงโทษ

ประเทศต่างๆจัดการกับสถานการณ์รุนแรงในความผิดของการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานด้วยสองวิธีหลักวิธีแรก คือ กำหนดความผิดว่าด้วยสถานการณ์ที่รุนแรงโดยเฉพาะ นั่นคือ กำหนดความผิดเกี่ยวกับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ซึ่งรวมถึงองค์ประกอบที่กำหนดให้มีสถานการณ์รุนแรงในการกระทำ ความผิดนั้น ความผิดเกี่ยวกับสถานการณ์รุนแรงที่แยกออกมา นี้จะทำให้ได้รับโทษสูงกว่าความผิดในการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นฐานเบื้องต้นซึ่งไม่มีสถานการณ์รุนแรงเกิดขึ้น

อีกทางเลือกหนึ่งคือจัดให้มีข้อกำหนดต่างหากซึ่งประกอบไปด้วยสถานการณ์รุนแรงต่างๆ ซึ่งเมื่อได้รับการพิสูจน์แล้ว จำเป็นต้องนำมาพิจารณาในกระบวนการตัดสินเกี่ยวกับความผิดขั้นต้นในการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

ทั้งสองวิธีนี้สร้างความมั่นใจได้ว่า เมื่อใดที่การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานนั้นมีสถานการณ์รุนแรงเข้ามาเกี่ยวข้อง การกระทำที่รุนแรงนี้จะต้องได้รับการเพิ่มโทษ

1.5. ความแตกต่างระหว่างการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานกับการค้ามนุษย์

การค้ามนุษย์แตกต่างจากการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นตามที่อธิบายไว้ในตารางที่ 1 ต่อไปนี้ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องตรวจสอบให้แน่ใจว่า คำจำกัดความของ ‘การค้ามนุษย์’ และ ‘การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน’ นั้นจะเป็นที่เข้าใจและได้ให้คำจำกัดความไว้อย่างดีในกฎหมายภายในประเทศ

ตารางที่ 1: ความแตกต่างที่สำคัญระหว่างการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานกับการค้ามนุษย์

	การค้ามนุษย์	การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน
จุดมุ่งหมายของอาชญากรรม	จุดมุ่งหมายของการค้ามนุษย์คือการแสวงผลประโยชน์เสมอ การแสวงผลประโยชน์อาจเกิดขึ้นในช่วงเวลาที่ไม่มีที่สิ้นสุด	จุดมุ่งหมายของการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน คือการได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์ทางวัตถุอื่นๆ โดยการอำนวยความสะดวกมีการเข้าประเทศโดยผิดกฎหมายหรืออยู่อาศัยในอีกประเทศหนึ่งโดยผิดกฎหมาย
ความยินยอมและการทำให้ตกเป็นเหยื่อ	ความยินยอมของเหยื่อจากการค้ามนุษย์นั้นไม่เกี่ยวกับอาชญากรรมนี้ อันเนื่องมาจากการกระทำที่เป็นการบีบบังคับ การหลอกลวง หรือการขู่ข่มขู่ของนักค้ามนุษย์	โดยทั่วไปแล้วผู้โยกย้ายถิ่นฐานมักยินยอมที่จะถูกลักลอบนำเข้าเมือง ⁶ ดังนั้น พวกเขาจึงไม่ถือว่าเป็น ‘เหยื่อของการลักลอบขนคนเข้าเมือง’ อย่างไรก็ตาม ผู้โยกย้ายถิ่นฐานที่ถูกลักลอบนำเข้าเมืองนั้นอาจกลายเป็นเหยื่อของอาชญากรรมอื่นๆ ในระหว่างที่ถูกลักลอบนำเข้าเมือง เช่น อาจมีการใช้ความรุนแรงกับผู้โยกย้ายถิ่นฐานหรือชีวิตของผู้โยกย้ายถิ่นฐานอาจตกอยู่ในอันตรายภายในเงื้อมมือของผู้ลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ⁷
ลักษณะของการข้ามชาติ	ทั้งข้ามเขตแดนและภายในเขตแดน	ข้ามเขตแดน
ที่มาของกำไร	ด้วยการแสวงผลประโยชน์จากผู้ตกเป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์	ด้วยการได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์ทางวัตถุอื่นๆ จากการอำนวยความสะดวกให้บุคคลเดินทางเข้าหรืออาศัยอยู่ในอีกรัฐหนึ่ง

ในทางปฏิบัติ อาจยากที่จะแยกแยะระหว่างการค้ามนุษย์กับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน เช่น ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์อาจเริ่มต้นการเดินทางของตนในฐานะที่เป็นบุคคลที่ถูกลักลอบนำเข้าเมือง เขาหรือเธออาจอ้างว่าจ้างบุคคลหรือกลุ่มบุคคลเพื่อช่วยในการเคลื่อนไหวอย่างผิดกฎหมายโดยแลกกับเงิน อย่างไรก็ตาม ผู้โยกย้ายถิ่นฐานที่ถูกลักลอบนำเข้าเมืองอาจถูกผลักดัน (โดยการบีบบังคับ ขู่ข่มขู่ หรือหลอกลวง) ให้เข้าสู่ภาวะหนี้สินเพื่อจ่าย ‘ต้นทุน’ (ทางการเงินหรืออื่นใด) ซึ่งถูกอ้างว่าเป็นหนี้ หรือตกอยู่ในสภาพถูกบังคับใช้แรงงานอันเนื่องมาจากสถานะอันผิดกฎหมายของผู้โยกย้ายถิ่นฐานในประเทศปลายทาง ดังนั้น ผู้โยกย้ายถิ่นฐานที่ถูกลักลอบนำเข้าเมืองจึงอาจต้องตกเป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์⁸

6 ถึงแม้ว่าผู้เชี่ยวชาญและผู้ปฏิบัติจะมองว่า ‘ความยินยอม’ เป็นความแตกต่างระหว่างการค้ามนุษย์และการลักลอบขนคนเข้าเมือง จำเป็นที่ต้องสังเกตว่า คำจำกัดความของพิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานไม่ได้กล่าวถึงความยินยอม การลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นฐาน คือ การอำนวยความสะดวกในการข้ามเขตแดนโดยผิดกฎหมายหรือการอยู่อาศัยโดยผิดกฎหมายในอีกประเทศหนึ่ง ด้วยเป้าหมายที่จะทำกำไรทางการเงินหรือทางวัตถุอื่นๆ

7 UNODCกฎหมายต้นแบบเพื่อต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน พ.ศ. 2553, โปรดดูที่ http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Model_Law_Smuggling_of_Migrants_10-52715_Ebook.pdf.

8 คู่มือของ ASEAN ว่าด้วยความร่วมมือทางกฎหมายระหว่างประเทศในคดีค้ามนุษย์, พ.ศ. 2553, โปรดดูที่ http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/ASEAN_Handbook_on_International_Legal_Cooperation_in_TIP_Cases.pdf.

คำแนะนำ: ความผิดที่แยกจากกันสำหรับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานและการค้ามนุษย์

จำเป็นอย่างยิ่งที่ประเทศต่างๆจะต้องกำหนดความผิดที่แยกจากกันสำหรับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานและการค้ามนุษย์ตามลำดับ เนื่องจากความผิดทั้งสองประการนั้นมีองค์ประกอบที่แตกต่างกัน ซึ่งจำเป็นต้องนำมาพิจารณาเมื่อสอบสวนอาชญากรรม ซึ่งตัวผู้ตกเป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์หรือการละเมิดสิทธิมนุษยชนอื่นๆ และเมื่อดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด ความผิดที่แยกออกจากกันนี้ มีความสำคัญเป็นพิเศษ ในกรณีที่เกี่ยวข้องความร่วมมือระหว่างประเทศ (ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางอาญาและการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน) เพื่อช่วยให้ประเทศอื่นๆหาพยานหลักฐานหรือผู้ต้องสงสัย/ผู้กระทำความผิด ซึ่งอาศัยอยู่ในอีกประเทศหนึ่งซึ่งเกี่ยวกับอาชญากรรมเฉพาะนั้น (โปรดดู ตอนที่ 2)

1.6. เขตอำนาจรัฐ – รวมถึงเขตอำนาจรัฐนอกดินแดน

มาตรา 15 ของอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ได้กำหนดเค้าโครงของเขตอำนาจรัฐ (หรืออำนาจทางกฎหมาย) ซึ่งรัฐต่างๆสามารถกำหนดขึ้นเกี่ยวกับอาชญากรรมที่ระบุไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร และพิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งในลักษณะองค์กรนั้น จำเป็นที่รัฐจะต้องใช้เขตอำนาจรัฐในอาณาเขตตนต่อความผิดต่างๆที่กำหนดไว้ โดยสอดคล้องกับพิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน หลักการของเขตอำนาจรัฐภายในดินแดน (territorial jurisdiction) กำหนดไว้ว่า รัฐสามารถออกและบังคับใช้กฎหมายในกรณีที่มีการกระทำซึ่งประกอบกันเป็นความผิดนั้นเกิดขึ้นภายในอาณาเขตทางกายภาพของรัฐนั้น นอกจากนี้ เขตอำนาจรัฐภายในดินแดน ยังขยายไปถึงเรือที่ชักธงของรัฐนั้น หรืออากาศยานที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้ภายใต้กฎหมายของรัฐนั้น

อย่างไรก็ตาม เขตอำนาจรัฐภายในดินแดนนั้นมักจะไม่เพียงพอ เพื่อที่รัฐจะสามารถต่อสู้กับอาชญากรรมข้ามชาติเช่นการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานได้อย่างมีประสิทธิภาพ รัฐควรจะพิจารณาถึงการสร้างความมั่นใจว่าจะมีเขตอำนาจรัฐนอกดินแดน (extra territorial jurisdiction) สำหรับความผิดเกี่ยวกับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน นี่คือจุดที่เขตอำนาจรัฐขยายออกไปนอกเหนืออาณาเขตของรัฐ มิฉะนั้น กลุ่มอาชญากรรมที่ก่อตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร อาจฉกฉวยประโยชน์จากช่องว่างของกฎหมายระหว่างรัฐต่างๆเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงการถูกดำเนินคดี

เพื่อสร้างความมั่นใจถึงประสิทธิภาพสูงสุดของกฎหมายต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติ รัฐอาจกำหนดเขตอำนาจรัฐนอกดินแดนในกรณีที่มีการกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้นโดย:

- เป็นการกระทำความผิดต่อคนที่ถือสัญชาติของรัฐนั้น – มาตรา 15(2)(ก)
- เป็นการกระทำโดยคนที่ถือสัญชาติของรัฐนั้น หรือโดยบุคคลไร้รัฐ ซึ่งพักอาศัยอยู่ในรัฐนั้น – มาตราที่ 15(2)(ข) หรือ
- เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นนอกอาณาเขตของรัฐนั้น โดยมีจุดหมายเพื่อให้เกิดอาชญากรรมที่ร้ายแรงภายในอาณาเขตของรัฐนั้น – มาตราที่ 15(2)(ค)

ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร (มาตราที่ 15) รัฐจะต้องกำหนดเขตอำนาจในกรณีที่ผู้กระทำความผิดถือสัญชาติของรัฐนั้นและปรากฏตัวในอาณาเขตของรัฐนั้น แต่รัฐปฏิเสธที่จะส่งผู้กระทำความผิดข้ามแดน (ส่งตัว) ไปยังอีกประเทศหนึ่งเพื่อรับข้อกล่าวหาเพียงเพราะบุคคลดังกล่าวถือสัญชาติของรัฐนั้นเท่านั้น พันธกรณีที่มีต่อรัฐในการที่จะกำหนดเขตอำนาจนี้จะนำมาใช้ได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าความผิดนั้นจะเกิดขึ้นที่ใด

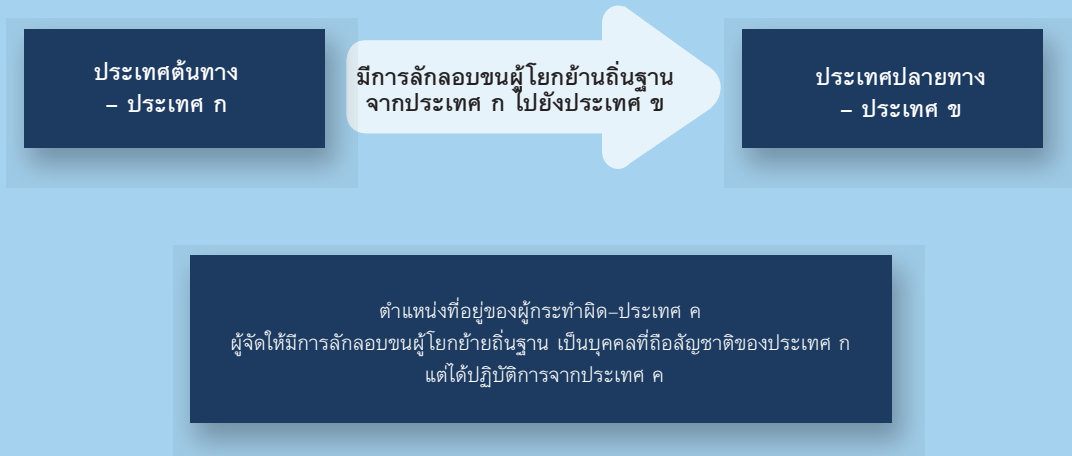
นอกจากนี้ อนุสัญญาดังกล่าวยังกำหนดว่า รัฐอาจกำหนดเขตอำนาจในกรณีที่ผู้กระทำความผิดปรากฏตัวในเขตแดนของรัฐนั้น และรัฐปฏิเสธที่จะส่งตัวผู้กระทำความผิดด้วยเหตุอื่นใดก็ตาม (เช่น ไม่ได้เป็นไปตามหลักของการถือสัญชาติ)

ข้อกำหนดเกี่ยวกับเขตอำนาจรัฐนอกดินแดนเหล่านี้ ส่งเสริม (แต่ไม่ได้บังคับ) ให้รัฐดำเนินการต่อคนที่ถือสัญชาติของรัฐนั้นในกรณีที่คนเหล่านั้นกระทำความผิดฐานลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานในอีกประเทศหนึ่ง นอกจากนี้ ยังช่วยให้รัฐสามารถใช้เขตอำนาจเหนือบุคคลที่ปฏิบัติการภายนอกอาณาเขตของรัฐเพื่อลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานเข้ามาในอาณาเขตของรัฐนั้น

คำแนะนำ: เขตอำนาจรัฐนอกดินแดนในกฎหมายเกี่ยวกับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

เช่นเดียวกับอาชญากรรมข้ามชาติทุกชนิด จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องสร้างความมั่นใจว่า กฎหมายเกี่ยวกับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานนั้นจะต้องกำหนดให้มีเขตอำนาจรัฐนอกดินแดน นี่เป็นสิ่งสำคัญ เนื่องจากผู้ที่จัดให้มีปฏิบัติการเพื่อลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานอาจอาศัยอยู่ในหลายประเทศ ตั้งแต่ประเทศต้นทาง ประเทศทางผ่าน ประเทศปลายทาง หรือประเทศอื่นๆ ดังนั้น ความจำเป็นที่จะต้องให้เขตอำนาจรัฐนอกดินแดนจึงได้กำหนดไว้ในภาพที่ 3 ต่อไปนี้

ภาพ 3: ความจำเป็นที่จะต้องให้เขตอำนาจรัฐนอกดินแดน



ถ้ากฎหมายต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานของประเทศ ก สามารถใช้ได้นอกอาณาเขต ประเทศ ก ก็จะสามารถใช้เขตอำนาจรัฐนอกดินแดนต่อผู้กระทำความผิดที่อาศัยอยู่ใน ประเทศ ค ได้

แนะนำ: อาจเสริมความแข็งแกร่งให้แก่มาตรฐานขั้นต่ำสุดในพิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานได้

พิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสุด ซึ่งประเทศต่างๆ จะต้องนำมาใช้ อย่างไรก็ตาม ประเทศต่างๆสามารถเสริมมาตรฐานขั้นต่ำสุดนี้ เพื่อปรับปรุงศักยภาพของตนในการป้องกันและต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานได้

ตอนที่ 2

พันธกรณีเพิ่มเติมที่สำคัญซึ่งได้กำหนดไว้โดยอนุสัญญาว่าด้วย อาชญากรรมที่ก่อตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร

2.1. แนวทางแบบบูรณาการเพื่อกำหนดให้การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน เป็นความผิดอาญาได้อย่างมีประสิทธิภาพ

รัฐต่างๆพบว่าจำเป็นต้องใช้แนวทางแบบบูรณาการเพื่อกำหนดให้การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานเป็นความผิดอาญาได้อย่างมีประสิทธิภาพ และดังนั้น รัฐเหล่านี้จึงต้องสร้างความมั่นใจว่าจะสามารถติดตาม ดำเนินคดี ลงโทษ และป้องกันมิให้กลุ่มอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กรเข้ามีส่วนเกี่ยวข้องในปฏิบัติการเพื่อลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานอีก แนวทางแบบบูรณาการเพื่อจะพัฒนากฎหมายที่มีประสิทธิภาพเพื่อกำหนดให้การกระทำในการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานเป็นอาชญากรรมนั้น รวมถึงองค์ประกอบดังต่อไปนี้ :

- รัฐจำเป็นต้องกำหนดให้กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานเป็นความผิดอาญาได้อย่างมีประสิทธิภาพตามที่กำหนดไว้ในมาตราที่ 6 ของพิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน
- รัฐจำเป็นต้องรื้อถอนผลประโยชน์ที่องค์กรอาชญากรรมที่ก่ออาชญากรรมเหล่านี้ได้มาจากการกระทำ ความผิดโดยอาศัยกฎหมายต่อต้านการฟอกเงินและกฎหมายในการริบทรัพย์สินที่เข้มแข็ง เนื่องจากอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร ซึ่งรวมถึงการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นฐานนี้ ได้รับการขับเคลื่อนด้วยผลกำไร
- รัฐจำเป็นต้องมีกลไกความร่วมมือระหว่างประเทศที่เข้มแข็ง—รวมทั้งกฎหมายและข้อตกลงต่างๆว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและการให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางอาญาเพื่อให้ความช่วยเหลือและสร้างความมั่นใจว่าจะมีการให้พยานหลักฐานได้อย่างมีประสิทธิภาพระหว่างสองรัฐบาลเพื่อการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน และ
- องค์กรต่างๆ (รวมทั้งหน่วยงานของรัฐ ภาคประชาสังคมและอุตสาหกรรม)จำเป็นต้องมีการประสานงานกันในระดับภายในประเทศและระหว่างประเทศ เพื่อให้สามารถนำกฎหมายมาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาถึงพันธกรณีเสริมเหล่านี้ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร เนื่องจากในการที่จะเป็นรัฐภาคีของพิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน รัฐจะต้องเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร และจะต้องมีกรอบของกฎหมายที่สอดคล้องกับทั้งอนุสัญญาและพิธีสารฉบับนี้

2.2. ‘จงติดตามเงิน’—กลยุทธ์สำคัญเพื่อต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้าย ถิ่นฐาน

ดังที่ได้เน้นไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร แรงจูงใจสำคัญของกลุ่มอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กรนั้น คือการได้มาทั้งทางตรงและทางอ้อมซึ่งผลประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์ทางวัตถุอื่นๆ ดังนั้น จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่หน่วยงานบังคับใช้กฎหมายจะต้องสามารถที่จะขัดขวางมิให้กลุ่มอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กรนั้นได้รับผลประโยชน์เหล่านั้น นอกจากนี้ ยังจำเป็นที่หน่วยงานบังคับใช้กฎหมายจะต้องมุ่งไปที่ผลกำไรและการเงินของกลุ่มอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร เพื่อที่จะลดแรงจูงใจในการดำเนินการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน โดยสรุปแล้ว หน่วยงานเหล่านี้จะต้องสามารถ “ติดตามเงิน” จากปฏิบัติการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน การทำเช่นนี้ จะช่วยให้สามารถดำเนินคดีกับ ‘หัวหน้า’ ขององค์กรอาชญากรรม ซึ่งมักจะเป็นผู้จัดการกับผลกำไรจากกิจกรรมลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานโดยผิดกฎหมายมากกว่าที่จะเป็นผู้ปฏิบัติการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานด้วยตนเอง

2.2.1. ความผิดฐานฟอกเงินและมาตรการอื่นๆ

การฟอกเงินหมายถึงการซ่อนตัวตน แหล่งที่มา หรือจุดหมายปลายทางของ หรือการครอบครองหรือการใช้เงินที่ได้มาโดยผิดกฎหมาย หรืออาจกล่าวได้ว่า การฟอกเงินนั้นเป็นเรื่องของการดำเนินการก่ออาชญากรรม อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร บัญญัติไว้ว่ารัฐภาคีกำหนดให้การฟอกเงินจากการประกอบอาชญากรรมเป็นความผิดทางอาญา ดังที่ได้ระบุไว้ในมาตราที่ 6(1) (ก) และ (ข) ข้อกำหนดที่สำคัญ คือเพื่อให้การผันหรือการโอนทรัพย์สิน การปิดบังหรือปลอมแปลงลักษณะอันแท้จริง และการได้มา การครอบครอง หรือการใช้ทรัพย์สินเหล่านั้น โดยรู้ว่าทรัพย์สินนั้นเป็นผลมาจากอาชญากรรม เป็นความผิดอาญา นอกเหนือจากอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กรแล้ว ยังมีตราสารระหว่างประเทศอีกจำนวนหนึ่ง ซึ่งระบุให้รัฐภาคีกำหนดให้การฟอกเงินเป็นความผิดอาญาและให้ป้องกันมิให้มีการฟอกเงิน⁹



อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร ยังได้สร้างพันธกรณีให้รัฐภาคีกำหนดให้การเข้ามีส่วนร่วม การสมาคมกับ หรือการสมรู้ร่วมคิดในการกระทำความผิด ในการพยายามที่จะกระทำความผิด และในการให้ความช่วยเหลือ สนับสนุน อำนวยความสะดวก และให้คำปรึกษาในการกระทำความผิดเกี่ยวกับการฟอกเงินเป็น ความผิดอาญาเช่นกัน

อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กรกำหนดไว้ว่า ความผิดในการฟอกเงินนั้น ใช้ได้กับความผิด ต่างๆอย่างกว้างขวางอันอาจนำไปสู่การประกอบอาชญากรรม – ดังที่เรียกกันว่า ‘ความผิดมูลฐาน’ (predicate offences)¹⁰ ในกรณีนี้ การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ควรจะรวมไว้ในฐานะความผิดมูลฐานในกฎหมายต่อต้านการ ฟอกเงินของรัฐ ทั้งนี้ ความผิดมูลฐาน (เช่น ความผิดฐานลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน) เป็นต้องเกิดขึ้นภายใน อาณาเขตของรัฐเพื่อที่รัฐจะสามารถดำเนินคดีกับบุคคลในข้อหาฟอกเงินได้

คำแนะนำ: สร้างความมั่นใจว่าความผิดฐานฟอกเงินและความผิด มูลฐานนั้นสามารถดำเนินคดีแยกกันได้

การกำหนดให้ตัดสินลงโทษความผิดมูลฐาน (เช่น ความผิดฐานลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน) อาจทำให้ไม่สามารถตัดสินลงโทษการฟอกเงินได้ในกรณีที่การตัดสินลงโทษนั้นไม่สามารถรับประกันถึงความผิดมูลฐานได้ (เช่น ในกรณีที่ผู้ต้องสงสัยออกจากเขตอำนาจ หรือในกรณีที่ความผิด มูลฐานนั้นเกิดขึ้นในอีกเขตอำนาจหนึ่ง) แต่มีพยานหลักฐานที่ชัดเจนถึงความผิดในการฟอกเงิน ดังนั้นจึงจำเป็นที่เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายจะต้องสามารถมุ่งเป้าไปที่ความผิดในการฟอกเงิน โดยแยกออกมาจากความผิดมูลฐาน (การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน)

นอกจากนี้ อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร ยังให้มาตรการเพิ่มเติมแก่รัฐภาคี (ทั้งโดย บังคับและไม่บังคับ) โดยมุ่งที่การป้องกันการฟอกเงิน รวมทั้งการให้ความช่วยเหลือแก่สถาบันการเงิน เพื่อป้องกัน มิให้กองทุนอาชญากรรมเข้ามาสู่ระบบการเงิน รวมทั้งเพื่อตรวจหาและติดตามทรัพย์สินที่ผิดกฎหมาย

มาตรา 7 ของอนุสัญญากำหนดว่ารัฐภาคีจะต้อง :

- สร้างระบบในเชิงกฎหมายและการควบคุมสำหรับธนาคารและสถาบันการเงินที่ไม่ใช่ธนาคาร
- สร้างขีดความสามารถเพื่อให้ความร่วมมือและแลกเปลี่ยนข้อมูลในกลุ่มผู้บังคับใช้กฎหมายและผู้มีส่วนได้ ส่วนเสียที่เกี่ยวข้อง
- พิจารณาถึงการสร้างขีดความสามารถที่จะตรวจหาและตรวจติดตามการเคลื่อนไหวของเงินสดข้ามเขตแดน ตามที่ทำได้ รวมทั้งใช้องค์กรต่อต้านการฟอกเงินในระดับภูมิภาค ระหว่างภูมิภาค และระดับพหุภาคีตามที่ เกี่ยวข้อง และ
- ส่งเสริมความร่วมมือระหว่างประเทศในหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายและหน่วยงานควบคุมกฎระเบียบ ทางการเงิน

⁹ เช่น อนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านการค้ายาเสพติดและสารที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท อนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านการฉ้อราษฎร์ บังหลวง และอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ดังที่ได้อภิปรายไว้ ณ ที่นี้ ได้กำหนดพันธกรณีสำหรับรัฐภาคี ที่จะกำหนดให้ การฟอกเงินเป็นความผิดอาญาและป้องกันการฟอกเงิน นอกจากนี้ ยังควรทบทวนถึงข้อเสนอนี้ 40 ประการ ของกองกำลังปฏิบัติการด้านการเงิน (Financial Action Task Force (FATF)) ซึ่งได้กำหนดมาตรฐานอย่างครบวงจรเพื่อให้รัฐภาคีได้นำระบบต่อต้านการฟอกเงินที่เข้มแข็งมาใช้ อนุสัญญา เหล่านี้ พบได้ในบทรมสนธิสัญญาขององค์กรสหประชาชาติ ที่ <https://treaties.un.org/>

¹⁰ อาชญากรรมจะสร้างกำไรจากอาชญากรรมที่รุนแรงและจัดตั้งขึ้นอย่างเป็นระบบในลักษณะองค์กร เช่น การค้ำมนุษย์ การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน การค้ายาเสพติด การค้าอาวุธ การก่อการร้าย การฉ้อโกง และการหลอกลวงภาษี อาชญากรรมเหล่านี้ เรียกว่าความผิดมูลฐานในกฎหมายต่อต้าน การฟอกเงิน

2.2.2. การริบทรัพย์ของอาชญากร

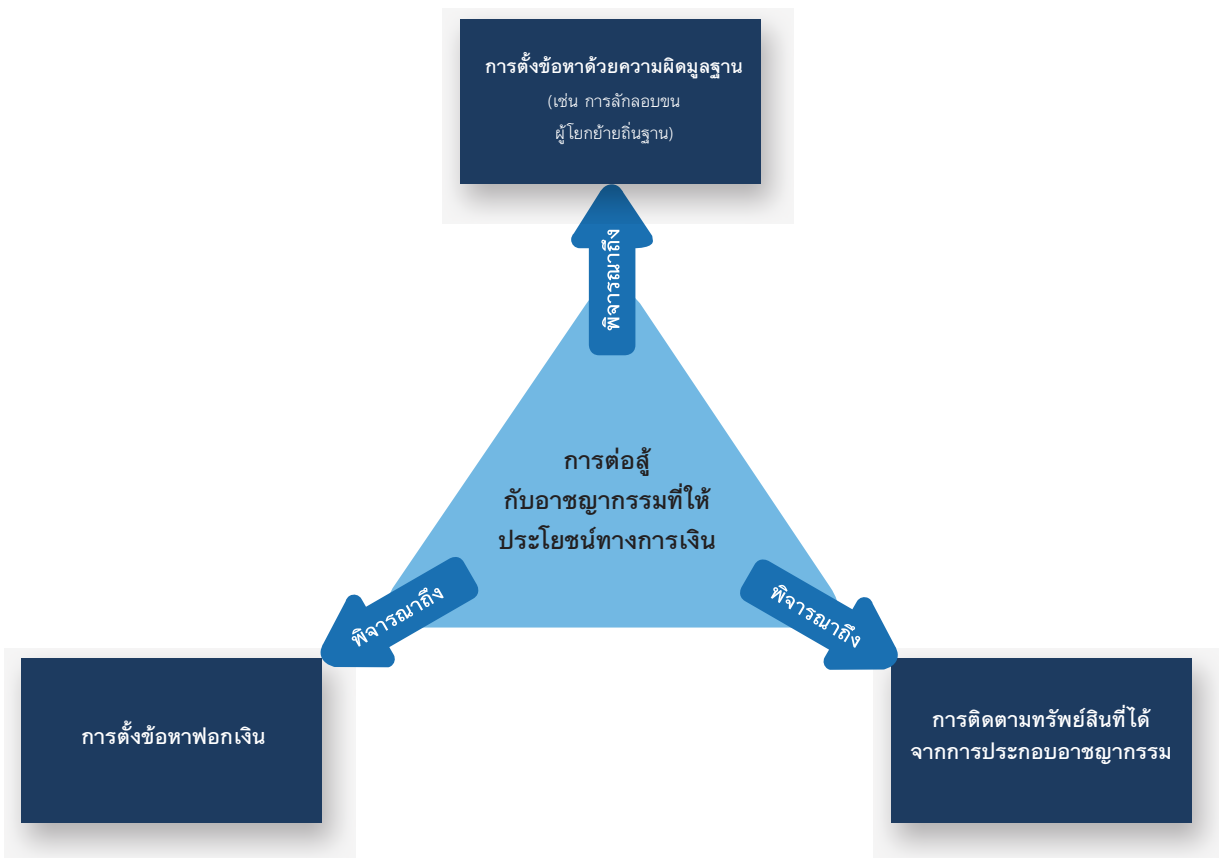
การริบทรัพย์ของอาชญากร อาจเรียกได้ว่า การยึดทรัพย์ การเรียกคืนทรัพย์สิน หรือทรัพย์สินที่ได้จากอาชญากรรม นอกจากจะสร้างระบบต่อต้านการฟอกเงินที่แข็งแกร่งแล้ว รัฐภาคีควรจะมีอำนาจที่จะบ่งชี้ ตรวจสอบ ติดตาม และยึดทรัพย์ที่ได้จากอาชญากรรม เพื่อจุดมุ่งหมายในการริบทรัพย์ในขั้นสุดท้าย¹¹ โดยอาจจะทำได้ทางข้อกำหนดด้วย การริบทรัพย์ในกฎหมายอาญาของรัฐ ในกฎหมายที่เกี่ยวกับการฟอกเงิน หรือกฎหมายเฉพาะว่าด้วยทรัพย์สินที่ได้มาจากการก่ออาชญากรรม

โดยทั่วไปแล้ว รัฐสามารถยึดทรัพย์สินที่ได้มาจากลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานได้สองวิธี ได้แก่ :

- เมื่อได้รับประกันถึงการตัดสินลงโทษทางอาญาแล้ว (กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินที่ได้มาจากอาชญากรรมซึ่งอิงตามค่าตัดสิน) หรือ
- หากไม่มีการตัดสินลงโทษทางอาญา ในกรณีที่ไปไม่ได้ที่จะพิสูจน์ว่า ทรัพย์สินนั้นได้มาจากการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน (กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินที่ได้มาจากการประกอบอาชญากรรมโดยไม่มีการตัดสินลงโทษ – ซึ่งเรียกกันว่า การยึดทรัพย์ของพลเรือน)

วิธีหลังนี้เป็นทางเลือกที่จำเป็นสำหรับรัฐที่จะมุ่งเป้าหมายไปที่อาชญากรในกรณีที่ไม่สามารถรับประกันถึงการตัดสินลงโทษสำหรับความผิดในคดีลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานพันธกรณีทางกฎหมายที่สำคัญคือ รัฐจะต้องสร้างอำนาจที่จะช่วยให้มีการจับและริบทรัพย์สินที่ได้มาจากการประกอบอาชญากรรม รวมทั้งทรัพย์สินที่ได้มาจากการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน นอกจากนี้ กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินที่ได้มาจากการประกอบอาชญากรรม ยังอนุญาตให้เจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมายมุ่งไปที่ทรัพย์สินที่ได้มาจากกิจกรรมในการประกอบอาชญากรรมทั้งหมด ไม่เพียงแต่กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับความผิดในการฟอกเงินเท่านั้น โดยสรุปแล้ว เจ้าหน้าที่ที่บังคับใช้กฎหมายจำเป็นต้องสืบสวนถึงทุกแง่มุมของอาชญากรรมที่นำมาซึ่งเงินตราดังที่ได้แสดงไว้ในภาพ 4 ต่อไปนี้

ภาพ 4: การปฏิบัติหลากหลายในการต่อสู้กับอาชญากรรมที่ให้ผลประโยชน์ทางการเงิน



¹¹ 'ทรัพย์สินที่ได้มาจากอาชญากรรม' หมายถึงทรัพย์สินใดๆที่เกิดจากหรือได้มาจากการประกอบอาชญากรรมทั้งทางตรงหรือทางอ้อม (มาตราที่ 2(จ) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร)

'ทรัพย์สิน' หมายถึงทรัพย์สินทุกชนิด ไม่ว่าจะมามีรูปหรือไม่มีรูป เป็นสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ จับต้องได้หรือจับต้องไม่ได้ และเอกสารทางกฎหมายหรือตราสารซึ่งแสดงถึงความเป็นเจ้าของหรือการมีผลประโยชน์ในทรัพย์สินนั้น (มาตราที่ 2 (ง) อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร) 'การอายัด'หรือ'การยึดทรัพย์'หมายถึงการห้ามโอน เปลี่ยน ทำลาย หรือ เคลื่อนย้ายทรัพย์สินเป็นการชั่วคราว หรือถือสิทธิ์ในการดูแลหรือควบคุมทรัพย์สินชั่วคราวตามคำสั่งศาล หรือหน่วยงานที่มีอำนาจอื่นๆ (มาตรา 2(ฉ) อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร)

'การริบทรัพย์'หมายถึงการยึดเอาทรัพย์สินอย่างถาวรตามคำสั่งศาลหรือหน่วยงานที่มีอำนาจอื่นๆ (มาตรา 2 (ซ) อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร)

2.3. ข้อกำหนดเกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างประเทศภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร

รัฐจำเป็นต้องมีเครื่องมือด้านความร่วมมือทางอาชญากรรมระหว่างประเทศที่มีประสิทธิผลเพื่อใช้ในการต่อต้านการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ทั้งนี้ ความช่วยเหลือทางอาญาซึ่งกันและกันและกฎหมายเกี่ยวกับการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน รวมทั้งข้อตกลงและการจัดการที่มีประสิทธิผลนั้น จะช่วยให้เกิดความร่วมมืออย่างราบรื่นและทันเวลากับเขตอำนาจรัฐต่างประเทศ ในการดำเนินคดีอาญาข้ามชาตินั้น รัฐต้องอาศัยกฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่มีประสิทธิภาพเพื่อให้สามารถนำผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดีในเขตอำนาจของตน นอกจากนี้ รัฐยังต้องการความช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางอาญา เพื่อที่จะเก็บพยานหลักฐานจากประเทศอื่นๆ เช่น บันทึกของธนาคาร บันทึกการโทรศัพท์ และคำให้การของพยาน ความร่วมมือระหว่างประเทศในรูปแบบอื่น ยังได้แก่การส่งตัวนักโทษที่ถูกตัดสินแล้ว ความร่วมมือในการริบทรัพย์ความร่วมมือในการใช้เทคนิคการสืบสวนพิเศษและการสืบสวนร่วมกัน

ความร่วมมือระหว่างประเทศในการต่อสู้อาชญากรรมนั้นอาจกระทำได้ทั้งในรูปแบบที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการ¹² ความร่วมมืออย่างเป็นทางการในการสืบสวนและการดำเนินคดีอาญาจำเป็นต้องอาศัยความช่วยเหลือทางอาญาซึ่งกันและกัน นอกจากนี้ ความช่วยเหลืออย่างไม่เป็นทางการระหว่างกองกำลังตำรวจหรือหน่วยงานอื่นๆ ยังอาจนำมาใช้เพื่อเก็บข้อมูลจากต่างประเทศก่อนที่จะยื่นคำขอความช่วยเหลือทางอาญาซึ่งกันและกันอย่างไรก็ตาม ความร่วมมือระหว่างประเทศทั้งสองรูปแบบนี้กลับพบอุปสรรคด้วยปัญหาต่างๆ เช่น ความแตกต่างของระบบกฎหมายและโครงสร้างในการบังคับใช้กฎหมาย หรือวิธีการสื่อสารข้อมูลพื้นฐานและข่าวกรองทางอาญาที่ไม่เพียงพอ ความท้าทายทางวัฒนธรรมและภาษา และการขาดความเชื่อถือ ดังนั้น พี่ระลึกไว้ว่า หน่วยงานต่างๆ จำเป็นต้องมีการติดต่ออย่างไม่เป็นทางการในเรื่องต่างๆ ที่ต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศโดยตรงตั้งแต่เริ่มแรก

อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นเป็นองค์กรและพิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน ได้กำหนดแนวทางโดยละเอียดสำหรับความร่วมมือทั้งอย่างเป็นทางการและไม่เป็นทางการ โดยทั่วไปแล้ว รัฐอาจใช้ อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร ซึ่งมีพิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานเสริมอยู่ เช่นเดียวกับกฎหมายภายในประเทศ เพื่อเป็นพื้นฐานทางกฎหมายสำหรับความร่วมมือระหว่างประเทศในการที่จะดำเนินการยื่นคำขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนและขอความช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางอาญา

2.3.1. การส่งผู้ร้ายข้ามแดน (Extradition)

การส่งผู้ร้ายข้ามแดน คือกระบวนการอย่างเป็นทางการซึ่งรัฐหนึ่ง (รัฐที่ *ได้รับคำขอ*) จะส่งตัวบุคคลให้ตามคำขอของอีกรัฐหนึ่ง (รัฐที่เป็นผู้ขอ) โดยบุคคลดังกล่าวถูกกล่าวหา หรือได้รับการตัดสินลงโทษจากการก่ออาชญากรรมภายในเขตอำนาจรัฐนั้น – รวมถึงภายใต้เขตอำนาจรัฐนอกดินแดน – ของรัฐที่เป็นผู้ขอ โดยรัฐหนึ่งอาจขอให้มีการส่งตัวบุคคลข้ามแดน เพื่อที่บุคคลนั้นจะได้มาเผชิญกับการดำเนินคดีอาญาในรัฐดังกล่าว หรือมารับโทษอาญาในรัฐที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้

รัฐอาจขอหรือให้การส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนอันเกี่ยวเนื่องกับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานได้โดยวิธีการจัดการหลายชนิด รวมทั้งการจัดการที่อิงตามสนธิสัญญาระดับทวิภาคีหรือพหุภาคี รวมทั้งการจัดการที่อิงกฎหมายภายในประเทศโดยไม่มีพื้นฐานจากสนธิสัญญาใดๆ ความผิดที่จะต้องขอให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดน คือความผิดในกฎหมายภายในประเทศทั้งของรัฐที่เป็นผู้ขอและรัฐที่รับคำขอ จึงอาจเรียกว่า **ความผิดทางอาญาที่สามารถลงโทษได้ในสองประเทศ** (double criminality) สำหรับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน หรือบางครั้งเรียกว่า ความผิดอาญาสองประเทศ (dual-criminality)

อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร (มาตราที่ 16(1)) และพิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน (มาตราที่ 1(3)) ซึ่งทำให้ความผิดฐานลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานต้องเป็นไปตามอนุสัญญา) คือตัวอย่างของสนธิสัญญาระดับพหุภาคีที่ได้รวมถึงการจัดการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไว้ด้วย มาตราที่ 16(1) ของสนธิสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กรได้กำหนดขอบเขตของพันธกรณีที่มีต่อการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกฎหมายภายในประเทศ รัฐจะต้องสร้างความมั่นใจว่าความผิดต่างๆ ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กรและความผิดในพิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานนั้น เป็นความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ คำขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนควรจะต้องสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศที่นำมาใช้

¹² ความร่วมมืออย่างเป็นทางการและไม่เป็นทางการจะเสริมซึ่งกันและกัน ในบางกรณี ความร่วมมืออย่างไม่เป็นทางการจะกลายเป็นความร่วมมืออย่างเป็นทางการ แต่เมื่อความร่วมมือนั้นเป็นทางการเมื่อใด ความร่วมมืออย่างไม่เป็นทางการก็ยังคงดำเนินต่อไปได้ เช่น ในระยะแรกของการสืบสวน ความร่วมมือในการบังคับใช้กฎหมายอย่างไม่เป็นทางการอาจเป็นประโยชน์เพื่อช่วยให้ได้รับเบาะแสในการสืบสวนอย่างมีประสิทธิภาพในขณะที่ยังคงมีข้อจำกัดเรื่องเวลาอยู่ ส่วนในระยะหลัง อาจจะต้องหาข้อมูลที่ได้รับมาอย่างไม่เป็นทางการใหม่อีกครั้งหนึ่งด้วยวิธีการที่เป็นทางการ เพื่อสร้างความมั่นใจว่าข้อมูลนั้นจะเป็นที่ยอมรับในศาล (UNODC พ.ศ. 2554 คู่มือการฝึกอบรมโดยละเอียดเกี่ยวกับการสืบสวนและดำเนินคดีการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน หน้า 3 โปรดดูที่ http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Migrant-Smuggling/In-Depth_Training_Manual_SOM_en_wide_use.pdf)

คำแนะนำ: สร้างความมั่นใจว่า กฎหมายภายในประเทศเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะช่วยสนับสนุนกฎหมายว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

รัฐอาจใช้อุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กรเพื่อเป็นฐานทางกฎหมายโดยตรงในการขอและอนุญาตให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดน อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่รัฐไม่ยอมรับที่จะใช้อุสัญญาเพื่อจุดมุ่งหมายดังกล่าว และต้องการใช้ฐานทางกฎหมายฉบับอื่นเพื่อการส่งผู้ร้ายข้ามแดน (เช่น กฎหมายภายในประเทศ หรือสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยเฉพาะ) รัฐควรจะสร้างความมั่นใจว่าการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานนั้นได้รวมอยู่ในกฎหมายนั้นในฐานะที่เป็นความผิดที่สามารถมีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ เช่น ถ้ารัฐหนึ่ง มี ‘รายการ’ของความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ในกฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดนของรัฐนั้นทางรัฐจะต้องตรวจสอบให้แน่ใจว่าความผิดฐานลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานนั้นได้รวมอยู่ในรายการนั้นด้วย การทำเช่นนี้ จะช่วยให้มั่นใจว่าได้ดำเนินการโดยสอดคล้องกับพันธกรณีด้านความร่วมมือทางอาญาระหว่างประเทศในอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร ซึ่งนำมาใช้ได้กับความผิดในพิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

2.3.2. ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางอาญา

ความช่วยเหลือซึ่งกันและกัน ทางอาญา (Mutual legal assistance - MLA) คือกระบวนการซึ่งรัฐจะต้องแสวงหาและให้ความช่วยเหลือระหว่างรัฐบาลต่อรัฐบาลอย่างเป็นทางการในการสืบสวนคดีอาญา การดำเนินคดี และการดำเนินการทางกระบวนการยุติธรรมที่เกี่ยวข้อง ประเภทของความช่วยเหลือที่จะให้ทาง MLA นั้น ขึ้นอยู่กับสนธิสัญญาที่มีผลบังคับใช้และกฎหมายภายในประเทศ ทั้งนี้ อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร ได้กำหนดชนิดของ MLA ที่อาจได้รับคำขอไว้ดังนี้ :

- การหาพยานหลักฐานหรือคำให้การจากบุคคล
- การให้บริการเอกสารด้านกระบวนการยุติธรรม
- ดำเนินการค้นและการยึดทรัพย์ รวมทั้งการอายัดทรัพย์สิน
- การตรวจสอบวัตถุและสถานที่
- การให้ข้อมูล รายการที่เป็นพยานหลักฐานและการประเมินของผู้เชี่ยวชาญ
- การให้สำเนาต้นฉบับหรือสำเนารับรองของเอกสารและบันทึกที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งบันทึกของรัฐบาล ธนาคาร สถาบันการเงิน องค์กร หรือธุรกิจ
- บังคับ หรือแกะรอยทรัพย์สินที่ได้มาจากอาชญากรรม ทรัพย์สิน เครื่องมือ หรือสิ่งอื่นๆ เพื่อจุดมุ่งหมายในการใช้เป็นพยานหลักฐาน และ
- อำนวยความสะดวกในการปรากฏตัวของบุคคลโดยสมัครใจในรัฐภาคีที่ยื่นคำขอ

ภาพ5: บทสรุปของกระบวนการขอความช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางอาญา



คำแนะนำ: ตรวจสอบให้แน่ใจว่ามาตรการในการให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางอาญานั้นสนับสนุนการดำเนินคดีต่อความผิดเกี่ยวกับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

มาตราที่ 18(1) ของอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร ได้กำหนดระบบให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายระหว่างประเทศไว้อย่างครบวงจร โดยกระตุ้นให้รัฐให้ความร่วมมือและใช้มาตรการที่กว้างที่สุดในการให้ความช่วยเหลือทางอาญาซึ่งกันและกัน ทั้งในการสืบสวน การดำเนินคดี และกระบวนการด้านตุลาการเกี่ยวกับความผิดที่ครอบคลุมโดยอนุสัญญานี้และในพิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

เช่น ถึงแม้ว่า จะมีการดำเนินคดีลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นในประเทศปลายทาง แต่หลักฐานสำคัญอาจอยู่ในประเทศต้นกำเนิดของเหยื่อ ดังนั้น การสร้างความมั่นใจว่า ทั้งตำรวจ อัยการ และศาล สามารถให้ความร่วมมือกันทั้งภายในและข้ามเขตแดน – ทั้งอย่างเป็นทางการและไม่เป็นทางการ - จึงมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อความสำเร็จในการดำเนินคดีต่อความผิดเกี่ยวกับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นและการฟอกเงิน

2.4. การกำหนดให้การฉ้อราษฎร์บังหลวงเป็นความผิดอาญา

การกำหนดให้การฉ้อราษฎร์บังหลวงเป็นความผิดอาญานั้น คือพันธกรณีเสริมที่สำคัญของอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร ซึ่งอาจช่วยให้สามารถป้องกันการกระทำหรือความผิดที่เกี่ยวข้องกับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน เช่น อาชญากรรมเกี่ยวกับการปลอมแปลงเอกสารการเดินทางด้วยการติดสินบนเจ้าหน้าที่ชายแดน อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร ได้กำหนดเค้าโครงทางกฎหมายที่สำคัญสำหรับความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อต่อต้านการฉ้อราษฎร์บังหลวง¹³ โดยมาตราที่ 8 บัญญัติว่ารัฐต้องกำหนดให้การฉ้อราษฎร์บังหลวงเป็นความผิดอาญา

สำหรับแนวปฏิบัติต่อไป อนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านการฉ้อราษฎร์บังหลวง (United Nations Convention against Corruption(UNCAC))¹⁴ ได้กำหนดเค้าโครงทางกฎหมายระหว่างประเทศอย่างครบวงจรเพื่อต่อต้านการฉ้อราษฎร์บังหลวง และตั้งข้อสังเกตถึงความเชื่อมโยงระหว่างการฉ้อราษฎร์บังหลวงกับอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กรและอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ ซึ่งรวมถึงการฟอกเงิน¹⁵

¹³ ข้อมติของที่ประชุมใหญ่สหประชาชาติ 55/25 สำหรับอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กร เมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน พ.ศ. 2543

¹⁴ UNCACเอง ได้ขยายขอบเขตจากอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กรและบัญญัติกรอบระหว่างประเทศอย่างครบถ้วนเพื่อจัดการกับปัญหาการฉ้อราษฎร์บังหลวง

¹⁵ อารัมภบท, อนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านการฉ้อราษฎร์บังหลวง



ตอนที่ 3

สรุปคำแนะนำเพื่อการบัญญัติกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ

สรุปคำแนะนำในการบัญญัติกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพเพื่อกำหนดให้การลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานเป็นความผิดอาญา:

- ✓ กำหนดความผิดในการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานอย่างครบวงจรให้เป็นพันธกรณีระหว่างประเทศซึ่งจำเป็นต้องมีกฎหมายที่มีรายละเอียดมากกว่ากฎหมายเกี่ยวกับคนเข้าเมืองมาตรฐาน ซึ่งเน้นที่การเข้าประเทศโดยผิดกฎหมายเท่านั้น
- ✓ สร้างความมั่นใจว่าผู้โยกย้ายถิ่นฐานไม่มีความผิดอาญาสำหรับข้อเท็จจริงที่ว่าพวกเขาถูกลักลอบนำเข้าเมือง จงตระหนักว่า พิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานนั้น ได้กำหนดให้มีการคุ้มครองสิทธิของผู้โยกย้ายถิ่นฐานที่ถูกลักลอบนำเข้าเมือง โดยสอดคล้องกับพันธกรณีของภูมิภาคภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ (ในทางตรงกันข้าม พิธีสารนี้ กำหนดให้มีการลงโทษผู้ที่จัดการให้มีการดำเนินงานเพื่อลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน) ภูมิภาค ควรพิจารณาถึงความต้องการเป็นพิเศษของสตรีและเด็ก
- ✓ สร้างความมั่นใจว่าจะมีการคุ้มครองพยานในคดีลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน
- ✓ สร้างความมั่นใจว่าการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ร้ายแรงจะต้องได้รับการลงโทษในระดับสูงชัน
- ✓ กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดที่แยกออกมาโดยเฉพาะสำหรับการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานและการค้ามนุษย์ เนื่องจากองค์ประกอบของความผิดสองประเภทนี้แตกต่างกัน
- ✓ กำหนดเขตอำนาจรัฐนอกดินแดน เพื่อที่ผู้จัดให้มีการดำเนินการเพื่อลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานไม่สามารถใช้ประโยชน์จากช่องว่างในกฎหมายของประเทศต่างๆได้
- ✓ พึงตระหนักว่าพิธีสารว่าด้วยการลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐานได้กำหนดมาตรฐานไว้ในขั้นต่ำสุดซึ่งสามารถเสริมให้เข้มแข็งได้ในกฎหมายภายในประเทศ
- ✓ มีบทบัญญัติอย่างชัดเจนในกฎหมายต่อต้านการฟอกเงิน ว่าการตัดสินใจลงโทษสำหรับความผิดมูลฐาน (เช่น ความผิดฐานลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน)นั้นไม่จำเป็นเพื่อที่จะดำเนินการกับความผิดในการฟอกเงิน
- ✓ ตรวจสอบให้แน่ใจว่ากฎหมายเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นสามารถนำมาใช้ได้กับความผิดฐานลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่น
- ✓ ตรวจสอบให้แน่ใจว่ามาตรการในการให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางอาญานั้น จะสนับสนุนการดำเนินคดีต่อความผิดฐานลักลอบขนผู้โยกย้ายถิ่นฐาน

The Bali Process



REGIONAL SUPPORT OFFICE
THE BALI PROCESS

ติดต่อได้ที่

สำนักงานสนับสนุนส่วนภูมิภาค - กระบวนการบาหลี่
ชั้น 27 อาคารรจนาการ
3 ถนนสาทรใต้ สาทร กรุงเทพฯ 10120 ประเทศไทย
โทรศัพท์: +6623439477 โทรสาร: +6626767337
info@rso.baliprocess.net



The Bali Process

on People Smuggling, Trafficking in Persons and Related Transnational Crime