

บทที่ 4

ความผิดฐานค้ามนุษย์ตามอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่ จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000

4.1 ความจำเป็นของโลกที่จะต้องมีอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่
จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 และพิธีสารเพื่อป้องกัน ปรามปราม และการลงโทษการค้ามนุษย์
โดยเฉพาะผู้หญิงและเด็ก

สหประชาชาติประเมินว่าแต่ละปีทั่วโลกมีผู้ตกเป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์กว่าสี่ล้านคน¹
เนื่องจากปัจจัยต่างๆ อาทิ การขยายตัวของความไม่เท่าเทียมกัน การขาดโอกาสจะได้รับการจ้างงาน
การเข้าเมือง การใช้ความรุนแรง การเลือกปฏิบัติและความยากจน² ทำให้เกิดการย้ายถิ่นเพื่อ
แสวงหาสภาพความเป็นอยู่ที่ดีกว่า ทว่าแต่ละประเทศโดยเฉพาะประเทศที่มีสภาพเศรษฐกิจและ
สังคมที่ดีกว่ามักมีนโยบายเข้มงวด ทำให้ผู้ย้ายถิ่นต้องพึ่งพาท้องถิ่นอาชญากรรมจนตกเป็นเหยื่อ
ผู้อำนวยการสำนักงานควบคุมและปรามปรามยาเสพติดของสหประชาชาติได้ระบุไว้ในรายงานว่า
ช่วง 400 ปีที่ผ่านมา มีชาวแอฟริกัน 11.5 ล้านคนถูกขายเป็นทาส แต่ในช่วง 10 ปี ที่ผ่านมา มีหญิง
และเด็กมากกว่า 30 ล้านคน จากเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ได้ถูกขาย เพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศและใช้
แรงงาน³ การค้ามนุษย์ปัจจุบันไม่จำกัดเฉพาะการค้าประเวณี เด็กถูกค้าเพื่อเป็นแรงงานบังคับใน
โรงงานที่จ่ายค่าแรงต่ำแต่ชั่วโมงการทำงานนานและอยู่ในสภาพที่เลวร้าย (Sweatshop) ผู้ชายถูกค้า
เพื่อทำงานอย่างผิดกฎหมายในงานที่เรียกว่า 3D jobs คือ Dirty, Difficult และ Dangerous⁴

4.1.1 สภาพปัญหาและสถานการณ์การค้ามนุษย์ของโลก

ในปีพ.ศ. 2542 สำนักงานควบคุมยาเสพติดและป้องกันอาชญากรรมของ
สหประชาชาติ (UNODC) ระบุว่า มีโสเภณีอพยพผิดกฎหมายอยู่ในสหรัฐอเมริกาอย่างน้อย
100,000 คน ส่วนรายงานด้านอาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรมทั่วโลกของสหประชาชาติ ที่
พิมพ์เผยแพร่เมื่อไม่นานมานี้ ระบุว่า มีหญิงไทยประมาณ 40,000 ถึง 50,000 คน ทำงานผิดกฎหมาย
เป็นโสเภณีในญี่ปุ่น ส่วนจำนวนผู้ทำงานให้บริการทางเพศโดยผิดกฎหมายในสหภาพยุโรปมี

¹ Vanessa Von Struensee, "Globalized, wired, sex trafficking in woman and children," E Law-
Murdoch University Electronic Journal of Law Vol. 7 No. 2 (June 2000),
<http://www.murdoch.edu.au/elaw/issue>

² Organización Internacional para las Migraciones, "Trata de Migrantes," Boletín Trimestral Núm. 26-
Número especial (Septiembre de 2002), p. 3.

³ มูลนิธิวิถีทรรศน์, เช็กข้ามชาติ เช็กอินเตอร์เน็ต, (กรุงเทพฯ: โครงการวิถีทรรศน์, 2544), หน้า 152.

⁴ http://www.Undcp.org/odccp/trafficking_victim_consent.html, 30 มกราคม 2547

ประมาณ 200,000 ถึง 500,000 คน ซึ่งสองในสามมาจากยุโรปตะวันออก และตามรายงานฉบับข้างต้น การค้าผู้หญิงและเด็กจากประเทศในยุโรปกลางและยุโรปตะวันออกเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว ตั้งแต่มีการเปิดพรมแดนที่แบ่งแยกค่ายผู้ลี้ภัยสงครามเย็นในอดีตเมื่อประมาณ 10 ปีที่แล้ว การศึกษาครั้งสำคัญในปี พ.ศ. 2542 ขององค์การเพื่อการย้ายถิ่นระหว่างประเทศ หรือ IOM พบว่า การค้าจากภูมิภาคดังกล่าวซึ่งครั้งหนึ่งเคยมีน้อยที่สุดนั้น ในปัจจุบันมีใกล้เคียงกับภูมิภาคที่เป็นแหล่งการค้านี้มาแต่ดั้งเดิมเช่น เอเชีย แอฟริกา และคาริบเบียน

ผู้ลักลอบค้าหญิงทำเงินก้อนใหญ่จากเหยื่อของตน โสภณีชาวเอเชียในสหรัฐอเมริกา และญี่ปุ่นอาจขายได้เงินถึงประมาณ 20,000 ดอลลาร์สหรัฐต่อคน ส่วนในเบลเยียมมีรายงานว่านักค้ามนุษย์คนหนึ่งนำเข้าผู้หญิงจากแอฟริกาแล้วขายไปในราคาคนละ 8,000 ดอลลาร์สหรัฐ ธุรกิจค้าประเวณีก็เป็นธุรกิจใหญ่เช่นเดียวกัน มีรายงานว่าโสภณีชาวรัสเซียในเยอรมนีทำเงินได้ประมาณเดือนละ 7,500 ดอลลาร์สหรัฐ ในจำนวนนี้ถูกทางเจ้าของซ่องหักไปอย่างน้อย 7,000 ดอลลาร์สหรัฐ รายได้ของซ่องโสภณีและราคาของค่าตัวของโสภณีทำให้เกิดความต้องการบริการของพวกโสภณี อย่างสูงทั้งในประเทศอุตสาหกรรมและประเทศกำลังพัฒนา และในเอเชียความต้องการพุ่งสูงขึ้นพร้อมกับการขยายตัวของการท่องเที่ยวทางเพศ ผลประโยชน์มหาศาลทำให้องค์กรอาชญากรรมเข้ามามีส่วนร่วมมากขึ้น UNODC รายงานว่าองค์กรอาชญากรรมเอเชียควบคุมอุตสาหกรรมทางเพศในสหรัฐถึงร้อยละ 70⁶ ปราบปรามการที่อาจใช้บังคับความรุนแรงของปัญหาได้คือในช่วง 3 ถึง 5 ปีที่ผ่านมา มีการจัดตั้งองค์กรอิสระเพื่อดูแลปัญหานี้ขึ้นเป็นจำนวนมาก ในขณะที่องค์กรสหประชาชาติได้กำหนดให้ปี พ.ศ. 2547 เป็นปีแห่งการตระหนักถึงภัยจากการค้ามนุษย์

ปี พ.ศ. 2544 IOM ได้ทำการประเมินสถานการณ์การค้ามนุษย์ พร้อมทั้งตัวเลขต่างๆ ที่เกี่ยวข้องที่ได้เกิดขึ้นในโลก โดยแบ่งพื้นที่ออกตามภูมิภาคในหลายพื้นที่ของโลก ได้แก่ แอฟริกา เอเชีย ลาตินอเมริกา ยุโรปตะวันออกและเอเชียกลาง กลุ่มประเทศสหภาพโซเวียตเก่า รัสเซีย ยูเครน และกลุ่มประเทศแถบทะเลบอลติก กลุ่มประเทศแถบทะเลบอลข่านและยุโรปกลาง และยุโรปตะวันตก มีรายละเอียดดังต่อไปนี้⁷

1) แอฟริกา เดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2543 ไนจีเรียได้เป็นเจ้าภาพจัดการประชุมทั่วแอฟริกาเรื่องการค้ามนุษย์ ที่ประชุมรายงานว่าระหว่างเดือนมีนาคม 2542 ถึงเดือนธันวาคม 2543 มีผู้หญิงและเด็กชายไนจีเรียที่เชื่อว่าเป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์ถูกเนรเทศกลับประเทศ มากถึง 1,178

⁵ Ibid.

⁶ สำนักงานอัยการสูงสุด สถาบันกฎหมายอาญา, รายงานการวิจัยเรื่อง “การพัฒนากฎหมายป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ” (ระยะที่1), สถาบันกฎหมายอาญา 2544, หน้า 15.

⁷ International Organization for Migration, “New IOM Figures on the Global Scale of Trafficking”, *Trafficking in Migrants Quarterly Bulletin* No. 23 (April 2001)

คน ขณะที่ในประเทศกาน่าจำนวนนักค้ามนุษย์ระดับต้นซึ่งเป็นผู้จัดหาเหยื่อในท้องถิ่นเพิ่มขึ้นอย่างมาก และสถิติการข้ามพรมแดนโดยใช้วีซ่าและเอกสารการเดินทางปลอมก็เพิ่มมากขึ้น ฝ่ายตรวจคนเข้าเมืองกาน่าประเมินว่ามีผู้หญิง 3,582 คน ตกเป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์ ในช่วง ปี พ.ศ. 2542 ถึง 2543 และจำนวน 535 คนถูกส่งกลับเข้าประเทศช่วง พ.ศ. 2542 ถึง 2543 ผู้หญิงเหล่านี้ถูกค้าไปในจิเรีย โกตดิวัวร์ เลบานอน ลิเบีย สหรัฐอเมริกา อิตาลี เบลเยียม และเนเธอร์แลนด์

ในแอฟริกากลางและตะวันตก การค้ามนุษย์ไม่จำกัดอยู่เฉพาะผู้หญิงที่ถูกค้าจากมาลีเพื่อทำงานในครัวเรือนในประเทศซาอุดีอาระเบีย และคูเวต แต่รวมทั้งเด็กจากพื้นที่ต่างๆ ส่วนใหญ่มาจากมาลีและเบนิน ถูกนำไปทำงานในภาคเกษตรกรรม งานรับใช้ในครัวเรือน อุตสาหกรรมทางเพศ ในประเทศไนจีเรียโกตดิวัวร์และบูร์กินาฟาโซ ผู้หญิงจากเอธิโอเปียจำนวนมากอพยพไปทำงานในประเทศตะวันออกกลางและประเทศอ่าว ในปี พ.ศ. 2542 ประเมินว่ามีผู้หญิงเอธิโอเปียราว 12,000 ถึง 20,000 คน ทำงานในเลบานอน ซึ่งมีรายได้เฉลี่ยต่อเดือนประมาณ 100 ดอลลาร์สหรัฐ ส่วนใหญ่ทำงานรับใช้ในครัวเรือน จำนวนมากถูกทำร้ายและล่วงละเมิด ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2540 ถึง พ.ศ. 2542 ผู้หญิงเอธิโอเปีย 67 คน ถูกส่งตัวจากประเทศตะวันออกกลางและประเทศอ่าวกลับสู่เอธิโอเปีย นอกจากนี้ยังมีรายงานการทำร้ายร่างกาย การฆ่าตัวตาย และการทำทารุณ แสดงให้เห็นถึงสภาพการทำงานที่เลวร้ายและลักษณะการเอาคนลงเป็นทาส

2) เอเชีย แบ่งเป็นสองภูมิภาค ดังนี้

(1) เอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ผู้หญิงและเด็กไม่เพียงแต่ถูกค้าเพื่อวัตถุประสงค์ในอุตสาหกรรมทางเพศ แต่เพื่อบังคับใช้แรงงาน การแต่งงาน และเป็นขอทาน ปัจจุบันมีแนวโน้มการค้ามนุษย์ที่เกิดขึ้นใหม่ เป็นการค้าผู้หญิงจากยุโรปตะวันออกสู่เอเชีย เช่น ในปี พ.ศ. 2543 IOM ได้ให้การช่วยเหลือผู้หญิงชาวโรมาเนีย 5 คน และ โมดากเวีย 2 คนที่ถูกค้าสู่ประเทศกัมพูชา หลังจากนั้นไม่นานก็ได้ช่วยส่งตัวหญิงสาวชาวเปรู 3 คนจากเกาหลีใต้กลับสู่ประเทศบ้านเกิด หญิงสาวเหล่านี้ถูกนำตัวมาจากสถานที่ห่างไกลเข้ามาทำงานในประเทศที่ความเป็นผู้หญิงต่างชาติของพวกเธอเป็นสิ่งดึงดูดถูกค้าชาวเอเชีย จึงเป็นสินค้าที่สร้างกำไรมหาศาลให้กับนักค้ามนุษย์ จากรายงานของสำนักงาน IOM ในเอเชีย ตัวเลขเหล่านี้เป็นเพียงสิ่งบ่งชี้เล็กๆ ถึงจำนวนหญิงสาวตะวันตกที่ถูกค้าเข้ามาในเอเชีย และมีแนวโน้มที่จะยังคงเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ

(2) เอเชียใต้ ผู้หญิงจากเอเชียใต้มักจะถูกค้าสู่ประเทศแถบตะวันออกกลางและประเทศอ่าว เพื่อบังคับให้ทำงานรับใช้ในบ้านเรือน และเพื่อเป็นการป้องกันและแก้ไขปัญหาดังกล่าว รัฐบาลบังกลาเทศจึงห้ามผู้หญิงย้ายถิ่นเพื่อไปทำงานเป็นคนรับใช้ในบ้านเรือน การค้าเด็กในบังกลาเทศก็เป็นปัญหาใหญ่เช่นเดียวกัน ช่วงสิบปีที่ผ่านมา มีรายงานว่าเด็กชาวบังกลา 3,397 คน ถูกค้าออกจากประเทศ ในจำนวนนี้เป็นเด็กผู้ชาย 1,683 คน และเกือบทั้งหมดมีอายุต่ำกว่า 10 ปี เด็กผู้ชายซึ่งตัวเล็กและน้ำหนักเบาถูกค้าไปประเทศอ่าวเพื่อเป็นคนที่อุ้ม การค้ามนุษย์ในเอเชียใต้ยัง

เกิดขึ้นภายในภูมิภาคโดยปกติจากประเทศที่ยากจนที่สุดอย่างบังคลาเทศและเนปาลสู่ปากีสถานและอินเดีย โดยมีวัตถุประสงค์เบื้องต้นเพื่อทำงานในอุตสาหกรรมทางเพศ

3) ลาตินอเมริกา แต่ละปีมีผู้หญิงและเด็กจากลาตินอเมริกา และทะเลแคริบเบียนนับหมื่นคนเข้าสู่กระบวนการค้ามนุษย์ ส่วนใหญ่ถูกค้าสู่สหรัฐอเมริกา และยุโรปตะวันตก ขณะที่ประเทศอเมริกากลางและเม็กซิโกก็ถูกใช้เป็นทางผ่านในการขนเหยื่อ ส่วนภายในประเทศ ธุรกิจท่องเที่ยวทางเพศที่กำลังเติบโตขึ้นทุกทำให้ปัญหาทวีความรุนแรง ทั้งนี้ส่วนหนึ่งเนื่องจาก นโยบายที่เริ่มเข้มงวดต่อธุรกิจท่องเที่ยวทางเพศของประเทศในเอเชีย เช่น ศรีลังกา และไทย ทำให้กลุ่มถูกค้าจากยุโรป สหรัฐ และออสเตรเลียเปลี่ยนเป้าหมายไปที่ลาตินอเมริกา โดยเฉพาะประเทศบราซิล อาร์เจนตินา โคลอมเบีย เม็กซิโก ฮอนดูรัส คอสตาริกา ทรินิแดดและโตบาโก⁸ บราซิลได้ชื่อว่าเป็นประเทศหนึ่งของโลกที่มีปัญหาโสเภณีเด็กรุนแรงที่สุด ขณะที่โคลัมเบีย คาดว่าผู้หญิงถูกค้าออกนอกประเทศประมาณวันละ 10 คน และยังมีผู้หญิงและเด็กราวๆ 500,000 คน นอกประเทศ ตกเป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์ เพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศ หรือบังคับใช้แรงงาน จากปัญหาความขัดแย้งภายในประเทศที่ยังรุนแรงขึ้นทุกขณะ ทำให้ผู้คนจำนวนมากต้องการอพยพออกนอกประเทศ ทำให้นักค้ามนุษย์ฉวยโอกาสนี้ดำเนินกิจการนอกกฎหมาย ตำรวจสากล (Interpol) ประมาณว่ามีหญิงชาวโคลัมเบียกว่า 35,000คน ถูกค้าออกจากประเทศในแต่ละปี

4) ยุโรปตะวันออกและเอเชียกลาง ช่วงหลายปีที่ผ่านมามีรายงานจำนวนมากเกี่ยวกับผู้หญิงที่ถูกค้าจากยุโรปกลางและยุโรปตะวันออก ล่าสุด IOM ระบุว่ามีการค้ามนุษย์จากประเทศอดีตสหภาพโซเวียตที่อยู่ในเอเชียกลาง คือในประเทศคีร์กีสถานมีการประเมินในปี พ.ศ. 2542 ว่าผู้หญิง 4,000 คน ถูกค้าออกจากประเทศ ในจำนวนนี้ หนึ่งในสามถูกค้าไปยังประเทศอื่นๆ กลุ่มประเทศ CIS⁹ เอง และที่เหลือถูกค้าไปยังประเทศตะวันออกกลาง จีน และยุโรป ส่วนจากคีร์กีสถานตอนใต้ส่วนมากผู้หญิงจะถูกค้าไปยังสหรัฐอเมริกาหรับเอมิเรต ขณะที่ทางตอนเหนือของประเทศตามปกติจะถูกนำตัวไปรัสเซีย คาซัคสถานและยุโรป ในคาซัคสถานซึ่งเป็นประเทศทางผ่านหลักสำหรับผู้หญิงจากประเทศคีร์กีสถานสู่สหรัฐอเมริกาหรับเอมิเรต ประมาณว่ามีผู้หญิงตกเป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์อย่างน้อย 5,000 คน ต่อปี ในประเทศจอร์เจีย สำนักงาน IOM ได้ดำเนินการศึกษาถึงการค้ามนุษย์และการย้ายถิ่นในกรณีที่ไม่ปกติ ผลที่ได้รับในเบื้องต้นขอหนังสือพบมีการออกวีซ่าโดยสถานทูตและสถานกงสุลของประเทศตุรกีมาก 39,000 ฉบับ ในจำนวนนี้

⁸ Francis T. Miko, Trafficking in Women and Children: The U.S. and International Response (CRS Report for Congress) Updated July 10, 2003, p. 6.

⁹ ย่อมาจาก Commonwealth of Independent States เป็นสมาพันธ์รัฐอิสระแห่งอดีตสหภาพโซเวียต ตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1991 ประกอบด้วยประเทศสมาชิก คือ อาร์เมเนีย มอลโดวา เบลารุส คีร์กีซสถาน ทาจิกิสถาน เติร์กเมนิสถาน อุซเบกิสถาน คาซัคสถาน ยูเครน รัสเซีย อาเซอร์ไบจาน และจอร์เจีย

ประมาณ 31,200 ฉบับ ออกให้แก่ผู้หญิง ตัวเลขนี้ให้แสดงเห็นถึงการอพยพข้ามพรมแดนจำนวนมหาศาล ซึ่งอาจมีการค้ามนุษย์และการค้าประเวณีแฝงอยู่เบื้องหลัง จากสถิติของการออกวีซ่าจำนวนมากให้เฉพาะผู้หญิงสะท้อนให้เห็นถึงสถานการณ์การค้ามนุษย์ที่ไม่ยุติเท่าไรนัก

5) กลุ่มประเทศอดีตสหภาพโซเวียต รัสเซีย ยูเครน และกลุ่มประเทศแถบทะเลบอลติก ในปี พ.ศ. 2541 กระทรวงมหาดไทยยูเครนประมาณว่า ระยะเวลาสิบปีที่ผ่านมา มีผู้หญิงยูเครนถูกค้าถึง 400,000 คน แต่องค์กรเอกชนของยูเครนและนักวิจัยเชื่อว่าตัวเลขที่แท้จริงสูงกว่านั้น เฉพาะในเดือนตุลาคม พ.ศ. 2543 มีผู้หญิงยูเครนได้รับการช่วยเหลือจากหน่วยงานต่างๆ ให้เดินทางกลับถึง ณ กรุงเคียฟเป็นจำนวนถึง 185 คน และประมาณสองในสามของจำนวนนั้นมีอายุเฉลี่ยประมาณ 25 ปี ผู้หญิงเหล่านี้ถูกส่งตัวกลับจากประเทศตุรกี อิสราเอล และจากประเทศในทวีปยุโรปอื่น ซึ่งหลักๆ ได้แก่ เยอรมัน อิตาลี กรีซ และสวีตเซอร์แลนด์

ในปี พ.ศ. 2543 IOM ได้ช่วยเหลือผู้หญิงชาวยูเครน 81 คน ให้เดินทางกลับสู่ประเทศ มาจากบอสเนียเฮอเซโกวีนา 27 คน จากโคโซโว 9 คน จากเยอรมนี 18 คน จากบัลแกเรีย 11 คน และจากอิตาลี 8 คน ในขณะที่ La Stada องค์กรเอกชนของยูเครนช่วยเหลือชาวยูเครน 44 คน ให้เดินทางกลับสู่ประเทศในช่วงปี พ.ศ. 2542 ถึง พ.ศ. 2544 และในช่วงระยะเวลาเดียวกันนี้ หน่วยงานทางชายแดนของรัสเซียได้สกัดกั้นผู้หญิงชาวรัสเซียถึง 5,000 คน ที่พยายามเดินทางออกนอกประเทศโดยไม่มีเอกสารการเดินทางที่ถูกต้อง ส่วนมากต้องการเดินทางไปยังตุรกี อิตาลี เยอรมนี บัลแกเรีย และฟินแลนด์ ถึงแม้ว่าตัวเลขของการจับกุมดังกล่าวไม่ได้หมายความว่าถึงสถานการณ์การค้ามนุษย์ทั้งหมด แต่จากสถิติของสำนักงาน IOM ในกรุงบอนน์ ประเทศเยอรมนี ผู้หญิงรัสเซีย เป็นกลุ่มของผู้ถูกค้าที่ใหญ่เป็นอันดับสาม รองจากลิทัวเนียและยูเครน ในปี พ.ศ. 2542 ผู้หญิงรัสเซีย 11 คน ได้รับการช่วยเหลือให้เดินทางกลับสู่ประเทศ และจำนวนเพิ่มเป็น 15 คน ในปี พ.ศ. 2543 ในขณะที่มีเพียง 4 คน คงพักอยู่ที่เยอรมนี และปีเดียวกัน IOM ก็ได้ช่วยเหลือผู้หญิงรัสเซีย 7 คน จากประเทศแถบทะเลบอลข่านให้เดินทางกลับสู่รัสเซีย

ในกลุ่มประเทศแถบทะเลบอลติก จากสถิติการช่วยเหลือเรื่องการส่งกลับ ซึ่งได้มีการค้ามนุษย์จำนวนมากจากประเทศลิทัวเนีย ปี พ.ศ. 2543 หนึ่งในสี่ของผู้หญิงที่ตกเป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์และได้รับความช่วยเหลือจาก IOM แห่งกรุงบอนน์ให้เดินทางกลับประเทศมาจากลิทัวเนีย ขณะที่ผู้หญิงชาวมอลโดวา และโรมาเนีย เป็นเหยื่อส่วนใหญ่ของการค้าหญิงที่ได้รับการช่วยเหลือให้เดินทางกลับประเทศ จากดินแดนยุโรปตะวันตกและประเทศแถบทะเลบอลข่าน ตามมาด้วยผู้หญิงจากประเทศยูเครน ตัวเลขนี้แสดงให้เห็นถึงลักษณะของการค้ามนุษย์ภายในภูมิภาคยุโรปกลางและยุโรปตะวันออก ดังนี้ การค้ามนุษย์จึงมิได้เกิดขึ้นเพียงแต่จากตะวันออกสู่ตะวันตก แต่เกิดขึ้นจากทางเหนือสู่ทางใต้เช่นเดียวกัน จากสถิติเหล่านี้ทำให้ทราบว่ารูปแบบการค้ามนุษย์ไปสู่ประเทศยุโรปตะวันตกมีรูปแบบที่แตกต่างออกไป คือ พบว่าการค้ามนุษย์จากทั้งมอลโดวา และจาก

โรมาเนียมีมากในประเทศยุโรปตะวันตก ในขณะที่มีเพียงยูเครนประเทศเดียวที่เป็นประเทศต้นทางสำหรับการค้ามนุษย์ทั้งสู่ประเทศยุโรปตะวันตก และประเทศแถบทะเลบอลข่าน

6) กลุ่มประเทศแถบทะเลบอลข่านและยุโรปกลาง ในประเทศแถบทะเลบอลข่าน มอลโดวา โรมาเนียและยูเครนเป็นประเทศต้นทางที่มีอัตราส่วนการค้าผู้หญิงมากที่สุด โคอโซโว และบอสเนียเฮอร์เซโกวีนา เป็นประเทศปลายทางหลัก ขณะที่อัลบาเนียเป็นประเทศต้นทางหลักในการค้ามนุษย์ ซึ่งเหยื่อจะมีอายุน้อยกว่าและมีจำนวนเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ

ในมาเซโดเนีย เพียงช่วงครึ่งปีหลังของ พ.ศ. 2543 สำนักงาน IOM แห่งกรุงสโกเปีย ช่วยเหลือเหยื่อของการค้ามนุษย์ถึง 60 คน และในโรมาเนีย สำนักงาน IOM ในกรุงบูคาเรสต์ รายงานว่า เพียงแค่ในปี พ.ศ. 2543 ได้ช่วยเหลือผู้หญิงโรมาเนีย 205 คน ให้เดินทางกลับประเทศ ผู้หญิงทั้งหมดถูกค้าสู่ประเทศในแถบทะเลบอลข่าน โดยได้รับการสัญญาว่าจะจัดให้ทำงานเป็นพนักงานเสิร์ฟ แต่สุดท้ายถูกบังคับให้ค้าประเวณี มีการสำรวจโดย IOM สโกเปีย ประเทศมาเซโดเนีย โดยให้ผู้หญิงที่เป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์ตอบแบบสอบถาม ผลปรากฏว่าร้อยละ 66 มาจากเมืองที่เป็นเมืองหลวงหรือเมืองใหญ่ และจากที่ช่วยเหลือในคอโซโว ร้อยละ 48 ถูกนำเข้าสู่การค้ามนุษย์โดยผู้กระทำผิดที่เป็นผู้หญิง เหยื่อมากกว่าครึ่ง คือ จำนวนร้อยละ 63 เชื่อว่าจะได้ทำงานที่มีค่าตอบแทนอย่างงาม และประมาณร้อยละ 12 ถูกลักพาตัว และเช่นเดียวกันกลุ่มจาก IOM สโกเปีย ประมาณร้อยละ 79 ได้รับการสัญญาว่าจะได้ทำงานที่มีค่าจ้างสูง ส่วนในประเทศฮังการี ได้รับข้อมูลจากสถานกงสุลฮังการีในต่างประเทศว่า ช่วงปี พ.ศ. 2543 สถานกงสุลฮังการีในต่างประเทศแปดแห่งได้ร้องขอให้ IOM ให้การช่วยเหลือผู้หญิงชาวฮังการีที่ถูกค้า 97 คน จากตัวเลขนี้ ทำให้เห็นอัตราการขยายตัวของการค้าผู้หญิงฮังการีที่ชัดเจน ในปี พ.ศ. 2543 มีผู้หญิงที่ถูกค้าได้รับการช่วยเหลือในเม็กซิโกซิตี 33 คน มาดริด 32 คน บาร์เซโลนา 12 คน เบิร์น 9 คน และ 8 คน จากบอนน์ ประเทศเยอรมนี

7) ยุโรปตะวันตก ในยุโรปตะวันตกเหยื่อมีแหล่งที่มาหลากหลายจากประเทศต่างๆ ทั่วโลก ยกตัวอย่างเช่น ผู้หญิงไนจีเรียถูกค้าสู่ประเทศอิตาลี เบลเยียม และเนเธอร์แลนด์ ผู้หญิงไทยและบราซิลถูกค้าสู่ประเทศอังกฤษ ผู้หญิงยูเครนสู่กลุ่มประเทศแถบทะเลบอลข่านและเยอรมนี และยังมีผู้หญิงกลุ่มเล็กๆ ถูกค้าไปทั่วทั้งยุโรป สำนักงาน IOM กรุงโรมรายงานว่าในอิตาลี มีผู้หญิงที่ย้ายถิ่นประมาณ 20,000 ถึง 30,000 คน เข้าสู่อุตสาหกรรมทางเพศทุกปี ร้อยละ 10 ถึง 20 เป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์ ส่วนในประเทศกรีซมากกว่าครึ่งของผู้หญิงที่ถูกค้า มาจากยูเครนและรัสเซีย และหนึ่งในสามมาจากประเทศแถบทะเลบอลข่าน ในขณะที่บางส่วนมาจากเอเชียและแอฟริกา

ในเบลเยียมปี พ.ศ. 2542 สถิติจากศูนย์ให้การช่วยเหลือหนึ่งในสามแห่ง มีผู้ที่ถูกระบุว่าเป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์ 334 คน ส่วนใหญ่มาจากไนจีเรีย มีเหยื่อที่เป็นผู้ชายร้อยละ 20 และมีเหยื่อจากประเทศไทย 22 คน ในช่วงปีดังกล่าวจนถึงระยะเวลา 10 เดือนแรกของปีถัดมา IOM

บริสเซิล ได้ช่วยเหลือส่งกลับประเทศซึ่งผู้หญิงที่ถูกค้าจำนวน 19 คน การดำเนินนี้เป็นการส่งกลับไปยังประเทศต่างๆ รวมทั้ง ในจีเรีย ยูเครน ประเทศไทย และฟิลิปปินส์ ส่วนในเนเธอร์แลนด์จากข้อมูลของมูลนิธิต่อต้านการค้าหญิงของประเทศ คือ STV (Stichting tegen Vrouwenhandel) ผู้หญิงที่ตกเป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์ส่วนใหญ่มาจากยุโรปกลางและยุโรปตะวันออกมี 288 คน ในปี พ.ศ. 2542 และ 205 คน ในปี พ.ศ. 2541 และในเยอรมนี ปี พ.ศ. 2542 สำนักงาน IOM กรุงบอนน์ ช่วยเหลือเหยื่อของการค้ามนุษย์มากกว่า 100 ราย จากสามรัฐของประเทศเหยื่อของการค้ามนุษย์ 99 คนจาก 107 คน มาจาก กลุ่มประเทศอดีตสหภาพโซเวียต และยุโรปตะวันออก

4.1.3 พัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อต่อต้านการค้ามนุษย์

ช่วงปลายศตวรรษที่ 19 จนถึงต้นศตวรรษที่ 20 ประชาคมโลกได้ประสบกับปัญหาการค้ามนุษย์อีกวาระ แต่ในครั้งนี้เป็นผู้หญิงและเด็กผิวขาวจากยุโรป โดยเฉพาะหญิงสาวจากอังกฤษถูกนำมาค้าประเวณีในทวีปยุโรป สันนิบาตชาติในขณะนั้นได้ออกกฎหมายหลายฉบับกำหนดให้ประเทศสมาชิกดำเนินการเพื่อยุติปัญหาการค้าหญิงและเด็ก โดยเรียกการค้าหญิงและเด็กว่าเป็นการค้าทาสผิวขาว (white slave)¹⁰ ในปี ค.ศ. 1877 มีการประชุมโดยประเทศหลักๆ ในยุโรป ณ กรุงเจนีวาเพื่อพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับการค้าประเวณีที่ถูกกฎหมายและปัญหาเกี่ยวกับการค้าหญิงและเด็ก เกิดข้อตกลงว่าด้วยการปราบปรามการค้าทาสผิวขาว ค.ศ. 1904 และต่อมาก็ได้เกิดความตกลงระหว่างประเทศอีกมากมายเพื่อแก้ไขปัญหาการค้ามนุษย์ จนกระทั่งมาถึงพิธีสารเพื่อป้องกัน ปราบปราม และการลงโทษการค้ามนุษย์ โดยเฉพาะผู้หญิงและเด็กในปัจจุบัน ที่ผ่านมา ประชาคมโลกมีความตกลงระหว่างประเทศเพื่อต่อต้านการค้ามนุษย์ ดังนี้

1) ข้อตกลงว่าด้วยการปราบปรามการค้าทาสผิวขาว ค.ศ.1904 (The International Agreement for the Suppression of the White Slave Traffic of 1904) ลงนามกัน ณ กรุงปารีสในวันที่ 18 พฤษภาคม ค.ศ.1904 โดยข้อตกลงฉบับนี้มุ่งที่จะต่อสู้กับการจัดหา หรือการล่อลวง โดยวิธีการบังคับขู่เข็ญซึ่งผู้หญิงหรือเด็กหญิงไปยังต่างประเทศเพื่อวัตถุประสงค์ในทางที่ขัดต่อศีลธรรม เพราะฉะนั้นการจัดหาผู้หญิงหรือเด็กหญิงตามข้อตกลงฉบับนี้จึงไม่รวมถึงการค้ามนุษย์ที่กระทำกันภายในพรมแดนของประเทศหนึ่ง และการค้ามนุษย์ที่เหยื่อเป็นเด็กผู้ชาย

2) อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการปราบปรามการค้าทาสผิวขาว ค.ศ.1910 (The International Convention for the Suppression of the White Slave Traffic of 1910) ลงนาม ณ กรุงปารีสในวันที่ 4 พฤษภาคม ค.ศ.1910 อนุสัญญานี้ได้ขยายขอบเขตของการกระทำความผิดให้รวมถึงการจัดให้มีการค้าประเวณีภายในเขตแดนของประเทศหนึ่งๆ ด้วย

¹⁰ ศิริพร สะ โครบานาค, ณัฐยา บุญภักดี และชุติมา จันทวีโร, การค้าหญิง: ภาวะเสี่ยงของไทย (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ผู้หญิง, 2540), หน้า 13.

3) อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการปราบปรามการค้าผู้หญิงและเด็ก ค.ศ.

1921 (The International Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children of 1921) ลงนาม ณ กรุงเจนีวาในวันที่ 30 กันยายน ค.ศ.1921 และมีผลบังคับใช้ในวันที่ 15 มิถุนายน ค.ศ.1922 โดยบทบัญญัติของอนุสัญญานี้มีการเล็งที่จะใช้คำว่า “ความเป็นทาสสีขาว” (white slavery) และพยายามที่จะสร้างความคิดใหม่เข้าไปว่าการค้ามนุษย์หมายความรวมถึงการค้าเด็กทั้งชายและหญิง อนุสัญญากำหนดให้ประเทศสมาชิกกำหนดบทลงโทษบุคคลที่จัดหาหรือล่อลวง ชักนำ หรือชักพาผู้อื่นเพื่อการค้าประเวณีถึงแม้จะเป็นไปโดยความสมัครใจยินยอมก็ตาม การคุ้มครองนี้ยังรวมไปถึงเด็กชายด้วย¹¹

4) อนุสัญญาว่าด้วยความเป็นทาส ค.ศ. 1926 (The Slavery Convention of 1926)

เป็นอนุสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อขจัดการค้าทาส ถึงแม้จะไม่ได้เป็นเรื่องของการค้าหญิงและเด็กโดยตรง แต่จากนิยามคำว่า slavery¹² ทำให้เหื่อจากการค้ามนุษย์เพื่อการค้าประเวณีรวมอยู่ในความหมายดังกล่าวด้วย ภายใต้บทบัญญัติแห่งอนุสัญญานี้ ประเทศภาคีสมาชิกมีพันธะผูกพันในการป้องกันและปราบปรามการค้าทาสและดำเนินการต่างๆ เพื่อให้เกิดการยกเลิกความเป็นทาสในทุกรูปแบบ อย่างไรก็ตาม มีปัญหาในเรื่องขาดกลไกการบังคับใช้ตามบทบัญญัติในอนุสัญญา และยังไม่มีการตั้งคณะกรรมการหรือหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการตรวจสอบและดูแลให้เป็นไปตามบทบัญญัติอีกด้วย¹³

5) อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการปราบปรามการค้าผู้หญิงในวัยผู้ใหญ่ ค.ศ.

1933 (The International Convention for the Suppression of the Traffic in Women of Full Age of 1933) ผู้เชี่ยวชาญของสันนิบาตชาติขณะนั้นมีรายงานว่าปัญหาการค้ามนุษย์เกิดจากการอนุญาตให้ค้าประเวณีและจัดตั้งสถานค้าประเวณีอย่างถูกต้องตามกฎหมาย¹⁴ จึงเกิดอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการปราบปรามการค้าผู้หญิงในวัยผู้ใหญ่ ค.ศ. 1933 ซึ่งได้ให้ความคุ้มครองไปยังผู้หญิงทุกวัยทุกคน อนุสัญญาปี 1933 นี้เป็นความพยายามของประชาคมโลกที่จะเสริมสร้างความเข้มแข็งในการต่อสู้กับการค้ามนุษย์ ประเด็นเรื่องอายุของเหยื่อที่จะให้ความยินยอมถูกยกออกไปโดยเด็ดขาดรวมทั้งขยายวัตถุประสงค์ของการค้าหญิงออกไปให้รวมถึงวัตถุประสงค์ทางเพศ และวัตถุประสงค์

¹¹ กอบกุล ราชะนาคร, การศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการค้าประเวณีและการค้าหญิง (กรุงเทพฯ: โครงการวิจัยเชิงปฏิบัติการ เรื่องการค้าหญิง มุทนิธิผู้หญิง, 2538), หน้า 6.

¹² “The status or condition of person over whom any or all of the power attaching to the right of ownership are exercise”

¹³ Poravich Makornwatana, “Trafficking in Women and its Human Right Violation”, บทบัญญัติ เล่ม 55 ตอน 2 (มิถุนายน 2542): 140.

¹⁴ กอบกุล ราชะนาคร, การศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการค้าประเวณีและการค้าหญิง, หน้า 6.

ที่ขัดต่อศีลธรรมทุกรูปแบบ ไม่เพียงเฉพาะการค้าประเวณีเท่านั้น การบังคับขู่เข็ญไม่เป็นองค์ประกอบพื้นฐานของการค้าหญิง ซึ่งหมายความรวมถึงการล่อลวง การจัดหา และการชักจูงไปอีกต่อไป เช่นเดียวกับองค์ประกอบเรื่องการนำข้ามพรมแดนที่ไม่ได้นำมาบัญญัติเป็นข้อจำกัดไว้ในอนุสัญญา¹⁵ เป็นที่น่าสังเกตว่า ความตกลงระหว่างประเทศเท่าที่ผ่านมามีแนวโน้มไม่มีฉบับใดให้คำจำกัดความของ “การค้ามนุษย์” หรือกล่าวถึงสถานะในทางกฎหมายของการค้าประเวณี¹⁶

6) อนุสัญญาว่าด้วยการปราบปราม การค้าบุคคลและการแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณีของผู้อื่น ค.ศ. 1949 (The UN Convention for the Suppression of Trafficking in persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others of 1949) ได้รับความเห็นชอบจากสมัชชาแห่งใหญ่สหประชาชาติในวันที่ 2 ธันวาคม 1949 และมีผลบังคับใช้ในวันที่ 25 กรกฎาคม 1951 อนุสัญญานี้ มุ่งต่อสู้กับปัญหาการค้าหญิงและเด็กโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าประเวณี และได้ให้ความชัดเจนเป็นครั้งแรกในข้อตกลงระหว่างประเทศว่าการค้าประเวณี “ขัดกับศักดิ์ศรีและคุณค่าของมนุษย์ และเป็นอันตรายต่อความสงบสุขของปัจเจกบุคคล ครอบครัวและประชาคม” ตามอนุสัญญานี้ การค้าหญิงและเด็กจะถูกลงโทษแม้เหยื่อจะให้ความยินยอมของก็ตาม นอกจากนี้ยังได้ขยายฐานความคิดให้ครอบคลุมถึงการค้าหญิงและเด็กทั้งในประเทศและข้ามพรมแดน

อนุสัญญาปี 1949 ยังมุ่งปราบปรามผู้รับประโยชน์ฝ่ายที่สาม การป้องกันการค้าประเวณี การฟื้นฟูแก้ไขผู้ที่ตกเป็นเหยื่อ มีเจตจำนงที่จะยกเลิกการค้าประเวณีที่ถูกกฎหมาย ในมาตรา 6 กำหนดให้ประเทศภาคีแต่ละประเทศมามาตรเพื่อยกเลิกกฎหมายหรือบทบัญญัติใดๆที่กำหนดให้บุคคลที่ค้าประเวณีต้องจดทะเบียนหรือต้องครอบครองเอกสารพิเศษอื่นใด อาทิ บัตรสุขภาพเพื่อตรวจร่างกายตามกำหนด ดังนั้นอนุสัญญานี้จึงมีบทบัญญัติที่กำหนดให้รัฐภาคีมีบทลงโทษการกระทำใดๆ ที่เกี่ยวกับการค้าหญิงและเด็กและการแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณีของผู้อื่น อย่างไรก็ตาม อนุสัญญานี้ไม่ค่อยประสบความสำเร็จในการปราบปรามการค้ามนุษย์เท่าที่ควร เนื่องจากการปัญหาทางด้านการบังคับใช้ของตัวอนุสัญญาเอง¹⁷

ข้อบกพร่องประการของอนุสัญญานี้ คือบทบัญญัติในอนุสัญญาขัดแย้งกันเองเช่นมาตรา 12 กำหนดว่าอนุสัญญาไม่กระทบกระเทือนต่อการกำหนดคำนิยามของการกระทำความผิดต่างๆ ตามอนุสัญญา รวมถึงการฟ้องร้องคดี และการลงโทษตามกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 32.

¹⁶ Nina Lassen, “Slavery and Slavery-like Practices: United Nations Standards and Implementation,” 57 *Nordic Journal of International Law* (1988): 202.

¹⁷ Poravich Makornwatana, “Trafficking in Women and its Human Right Violation”, *บทบัญญัติ* เล่ม 55 ตอน 2 (มิถุนายน 2542): 140.

บทบัญญัตินี้ขัดแย้งกับข้อต่อสู้ของผู้กระทำผิดในเรื่องความยินยอมของเหยื่อในมาตรา 1¹⁸ กล่าวคือ มาตรา 1 ของอนุสัญญากำหนดอย่างชัดเจนให้รัฐภาคี มีบทลงโทษการกระทำใดๆ ที่เกี่ยวกับการค้า บุคคลและการแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณีของผู้อื่น โดยไม่ต้องคำนึงถึงความยินยอมของ บุคคลนั้น ส่วนในการฟ้องร้องการกระทำผิด มาตรา 5 กำหนดให้คนต่างด้าวได้รับสิทธิใน กระบวนการดำเนินคดีเช่นเดียวกับคนชาติ และเหยื่อจากการกระทำผิดที่ยังอยู่ระหว่างการรอ ส่งกลับถิ่นฐานเดิมต้องได้รับการช่วยเหลือและการดูแลอย่างเหมาะสม มาตรา 19 กำหนดให้รัฐที่ บุคคลผู้ที่ไม่สามารถจ่ายเงินในการเดินทางกลับประเทศและไม่มีบุคคลอื่นใดที่จะรับผิดชอบ ค่าใช้จ่ายแทนได้ อาศัยอยู่รับผิดชอบต่อค่าเดินทางถึงชายแดนที่ทำเรือ หรือสนามบินที่ใกล้ที่สุดที่ผู้ ถูกส่งกลับจะสามารถเดินทางกลับถิ่นฐานเดิมได้ และค่าใช้จ่ายต่อจากนั้นถือเป็นความรับผิดชอบ ของประเทศถิ่นฐานเดิม แต่กฎหมายและการปฏิบัติในหลายประเทศ ไม่ได้เป็นไปตามข้อกำหนด ของอนุสัญญาเสมอไป โดยเฉพาะการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว ประเทศส่วนใหญ่มีนโยบายเกี่ยวกับการค้าหญิงเกี่ยวพันใกล้ชิดกับกฎหมายคนเข้าเมือง เหยื่อจะตกเป็นผู้ต้องหาในความผิดฐานเข้าเมือง โดยผิดกฎหมายและถูกส่งตัวให้อยู่ในที่คุมขังเพื่อรอการส่งกลับ ดังนั้น สิทธิในการฟ้องร้องคดีตาม มาตรา 5 จะไม่มีความหมายหากไม่มีบทบัญญัติหรือข้อกำหนดกฎหมายภายในซึ่งสอดคล้องกับ อนุสัญญา¹⁹ อาทิ การกำหนดสถานภาพของเหยื่อให้แยกออกจากการเป็นผู้กระทำความผิดฐานเข้า เมืองโดยผิดกฎหมาย หรือการอนุญาตให้เหยื่อพำนักอยู่ในประเทศได้ชั่วคราว

นอกจากนั้น อนุสัญญาปี 1949 ได้ถูกวิพากษ์ว่ามีปัญหาหลายประการ คือ อนุสัญญาไม่มีการให้คำนิยามของคำว่า การค้าหญิงและเด็ก ไม่ได้นำวิธีการในทางสิทธิมนุษยชน มาใช้ คือไม่ได้ถือว่าผู้หญิงเป็นมนุษย์ผู้ทรงไว้ซึ่งสิทธิ แต่กลับมองว่าเป็นผู้ที่อ่อนแอที่ต้องการการ ปกป้องคุ้มครองจากการค้าประเวณีอันชั่วร้าย และขาดกลไกการบังคับใช้ที่เข้มแข็ง ถึงแม้ว่า อนุสัญญาจะกำหนดให้เป็นหน้าที่ของประเทศภาคีสมาชิกต้องรายงานต่อเลขาธิการสหประชาชาติ เกี่ยวกับการนำอนุสัญญามาใช้ในประเทศ แต่ไม่มีการตั้งหน่วยงานหรือคณะกรรมการติดตามการ ดำเนินการและการบังคับใช้อนุสัญญาของประเทศสมาชิก นอกจากนี้มีประเทศสมาชิกองค์การ สหประชาชาติเพียงไม่ถึงครึ่งที่ได้ให้สัตยาบันในอนุสัญญาปี 1949

7) อนุสัญญาเพื่อเพิ่มเติมอนุสัญญาว่าด้วยความเป็นทาส ค.ศ.1926 (The Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery of 1956) ปี ค.ศ. 1956 องค์การสหประชาชาติได้เพิ่มเติมเรื่องการ ปฏิบัติเยี่ยงทาสและผลักดันให้อนุสัญญาว่าด้วยความเป็นทาส ค.ศ.1926 เข้าสู่ระบบขององค์การ สหประชาชาติโดยกำหนดให้รัฐภาคีต้องกำหนดบทลงโทษทางอาญาต่อบุคคลใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับ

¹⁸ เรื่องเดียวกัน

¹⁹ กอบกุล ราชนาคร, การศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการค้าประเวณีและการค้าหญิง, หน้า 10.

การค้าผู้หญิง การแสวงหาประโยชน์จากการค้าเด็ก และการผูกพันด้วยภาระหนี้สิน²⁰ อย่างไรก็ตาม การบังคับตามอนุสัญญาฉบับนี้ยังคงไม่ประสบความสำเร็จมากไปกว่าอนุสัญญาว่าด้วยการปราบปรามการค้าบุคคลและการแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณีของผู้อื่น ค.ศ. 1949²¹

8) อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1979(The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women of 1979) มีที่มาจากปฏิญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี ค.ศ. 1967 ภายหลังจากประชุมระดับโลกว่าด้วยเรื่องสตรี ค.ศ. 1975 ณ ประเทศ เม็กซิโก อนุสัญญานี้ได้รับการรับรองจากสมาชิกแห่งสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม 1979 และมีผลบังคับใช้ในวันที่ 3 กันยายน 1981 ปัจจุบันมีประเทศที่ให้สัตยาบันหรือภาคยานุวัติอนุสัญญานี้แล้วมากกว่า 170 ประเทศ²² รวมทั้งประเทศไทย

อนุสัญญานี้มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อจัดการเลือกปฏิบัติทั้งหมดต่อสตรี โดยตระหนักถึงอิทธิพลทางวัฒนธรรมและประเพณีปฏิบัติที่มีต่อการจำกัดการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของสตรี ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการค้ามนุษย์ มาตรา 6 ของอนุสัญญาได้เรียกร้องให้มีการปราบปรามการค้าประเวณีและการค้าหญิงโดยกำหนดให้รัฐภาคีต้องมีมาตรการที่เหมาะสม รวมทั้งในการออกกฎหมายต่อปัญหาดังกล่าว ภายใต้อาณัติของระหว่างการค้าหญิงกับปัญหาการเลือกปฏิบัติที่ว่าความยากจนและการว่างงานจากการเลือกปฏิบัติ นอกจากจะเป็นปัจจัยที่เพิ่มโอกาสที่ก่อให้เกิดการค้าหญิงแล้วยังเป็นการบังคับให้ผู้หญิงจำต้องเข้าสู่กระบวนการค้าประเวณี²³ ตามมาตรา 6 รัฐภาคีมีพันธกรณีที่จะต้องนำมาใช้ซึ่งมาตรการต่างๆ เพื่อคุ้มครองผู้หญิงจากการล่วงละเมิดและการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ รวมทั้งในเรื่องของการค้าประเวณีและสื่อลามก²⁴ และสร้างความปลอดภัยในการป้องกันการค้าและการลักพาตัวเด็ก²⁵ ตลอดจนมีมาตรการที่เหมาะสมในการปฏิบัติต่อผู้ที่ตกเป็นเหยื่อในเรื่องการเฝ้าระวังรักษาและการกลับเข้าสู่สังคม อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาฉบับนี้ก็ยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ

²⁰ Poravich Mokornwatana, "Trafficking in Women and its Human Right Violation in Thailand," บทบัญญัติ เล่ม 55 ตอน 2 (มิถุนายน 2542): 142.

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 141.

²² พัชรีย์ มณีธรรมวงศ์, "อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบและความรุนแรงต่อสตรี: กรณีศึกษาการล่วงละเมิดทางเพศ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542) หน้า 10.

²³ Poravich Makornwatana, "Trafficking in Women and its Human Right Violation", บทบัญญัติ เล่ม 55 ตอน 2 (มิถุนายน 2542): 145.

²⁴ Article 34

²⁵ Article 35

4.1.4 อนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 และพิธีสารเพื่อป้องกัน ปราบปราม และการลงโทษการค้ามนุษย์โดยเฉพาะผู้หญิงและ เด็ก

4.1.4.1 ประวัติความเป็นมา แนวคิดในการร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ (Convention against Transnational Organized Crime) เกิดจากความริเริ่มของรัฐบาลโปแลนด์ได้เสนอร่างอนุสัญญาเพื่อให้สหประชาชาติเวียนให้ประเทศสมาชิกพิจารณา ต่อมาองค์การสหประชาชาติมีมติที่ 53/111 ลงวันที่ 9 ธันวาคม 2541 ให้จัดตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจระดับรัฐบาล (Intergovernmental Ad-Hoc Committee) ตามคำแนะนำของคณะกรรมการว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและความยุติธรรมทางอาญา ซึ่งได้เสนอผ่านคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม ซึ่งคณะกรรมการเฉพาะกิจระดับรัฐบาล (Intergovernmental Ad-Hoc Committee) ได้จัดให้มีการประชุมร่างอนุสัญญาเป็นที่เรียบร้อย และโดยที่การประชุมยกร่างอนุสัญญาในแต่ละครั้ง ประเทศต่างๆ ได้ส่งตัวแทนเข้าประชุม ร่วมแสดงความคิดเห็นและกำหนดทำให้อย่างกว้างขวาง จึงถือได้ว่าอนุสัญญานี้มีลักษณะเป็นสากล (Universal in character) สำหรับประเทศไทยได้ให้ความสำคัญในการยกร่างโดยการส่งผู้แทนเข้าติดตามผลการประชุมมาโดยตลอด ภายหลังจากที่จัดทำเสร็จ ประเทศไทยร่วมลงนามในอนุสัญญานี้ และในพิธีสารอีก 2 ฉบับ คือ พิธีสารป้องกัน ปราบปราม และการลงโทษการค้ามนุษย์ โดยเฉพาะผู้หญิงและเด็ก และพิธีสารเพื่อต่อต้านการลักลอบขนย้ายผู้ย้ายถิ่น โดยทางบก ทะเล และอากาศ

สำหรับพิธีสารเพื่อป้องกัน ปราบปราม และการลงโทษการค้ามนุษย์ฯ นานาประเทศได้ตระหนักว่าการดำเนินการต่อสู้กับปัญหาการค้ามนุษย์จะต้องมีมาตรการระหว่างประเทศที่ครบถ้วนทั้งในประเทศที่เป็นต้นทาง ทางผ่านและจุดหมายปลายทาง ซึ่งรวมถึงมาตรการที่จะป้องกันการค้ามนุษย์ดังกล่าวที่จะลงโทษผู้ค้ามนุษย์ และปกป้องผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์ แม้ปัจจุบันจะมีข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับเรื่องการค้ามนุษย์อยู่มากดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น แต่ก็ยังไม่มีข้อตกลงระหว่างประเทศใดที่ครอบคลุมปัญหาทุกด้านของการค้ามนุษย์ ทำให้เกิดมีแนวคิดที่จะจัดทำพิธีสารเพื่อป้องกัน ปราบปราม และลงโทษการค้ามนุษย์โดยเฉพาะผู้หญิงและเด็กขึ้น จากมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติมีมติที่ 53/111 ลงวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 1998 ทำให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจที่เป็กว้างระหว่างรัฐบาลขึ้นเพื่อพิจารณาอนุสัญญาระหว่างประเทศเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กรที่ครอบคลุม นอกจากนั้นยังรวมถึงการพิจารณาดราสารระหว่างประเทศว่าด้วยการค้าหญิงและเด็ก

4.1.4.2 สาระสำคัญของอนุสัญญาและพิธีสาร อนุสัญญาฯ มีสาระสำคัญสี่ประการหนึ่ง นิยามกลุ่มองค์กรอาชญากรรม ว่าเป็นกลุ่มที่มีการจัดโครงสร้างตั้งแต่สามคนขึ้นไปมีการดำรงอยู่เป็นระยะเวลาหนึ่ง มีเป้าหมายในการกระทำอาชญากรรมร้ายแรงหรือกระทำผิดตามอนุสัญญา

สองกำหนดความผิด คือ ประเทศต่างๆ ต้องบัญญัติกฎหมายภายในให้การกระทำต่างๆ เป็นความผิด เช่นการฟอกเงิน โดยองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ การทุจริตต่อราชการหรือคอร์รัปชัน การมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติทั้งของบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล และการขัดขวางกระบวนการยุติธรรม สามกำหนดมาตรการต่างๆ ในการต่อสู้กับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ เช่น มาตรการสำหรับธนาคารในการต่อต้านการฟอกเงิน มาตรการยึดและริบทรัพย์ที่ดิน การคุ้มครองพยานการช่วยเหลือผู้เสียหาย และที่ได้แก่ความร่วมมือระหว่างประเทศ ทั้งการส่งผู้ร้ายข้ามแดนความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญา การสืบสวนสอบสวนร่วม การสอบสวนพิเศษ การทำทะเบียนประวัติอาชญากรรม การเก็บข้อมูลอาชญากรรม ความร่วมมือด้านการบังคับใช้กฎหมาย ความช่วยเหลือในการฝึกอบรมและวิชาการ ส่วนมาตรการต่างๆ ที่กล่าวถึงในอนุสัญญานี้ ก็เพื่อสร้างมาตรฐานและประสิทธิภาพอย่างเดียวกันในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติของประเทศภาคีสมาชิก²⁶ สามารถพิจารณาได้เจ็ดประการ คือ

1) การกำหนดนิยามความหมาย (ข้อ 2)

2) การกำหนดความผิดมูลฐานตามอนุสัญญา ได้แก่

(1) ความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรม (ข้อ 5)

(2) ความผิดฐานฟอกเงิน (ข้อ 6)

(3) ความผิดฐานคอร์รัปชัน (ข้อ 8) และ

(4) ความผิดฐานขัดขวางกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ข้อ (23)

3) การกำหนดมาตรการทางกฎหมายของรัฐภาคีเพื่อปราบปรามกิจกรรมผิดกฎหมายขององค์กรอาชญากรรม หรือกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรม (Organized-crime-related activities) เช่น มาตรการปราบปรามการฟอกเงิน โดยการกำหนดให้ลูกค้าของธนาคารและสถาบันทางการเงินต้องแสดงตน หรือการห้ามเปิดบัญชีโดยใช้นามแฝงหรือชื่อปลอม ฯลฯ มาตรการปราบปรามการค้ามนุษย์ โดยควบคุมตรวจสอบการอนุญาตและการตรวจสอบความถูกต้องของหนังสือเดินทางและเอกสารอื่นๆ เป็นต้น

4) การกำหนดภาระหน้าที่สำหรับความร่วมมือระหว่างประเทศในการปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร อันเป็นมาตรการจำเป็นสำหรับการบังคับใช้กฎหมายและหน่วยงานที่ต้องปฏิบัติงานร่วมกันระหว่างรัฐภาคี เพื่อติดตามปราบปรามองค์กรอาชญากรรมอย่างได้ผล เช่น การส่งผู้ร้ายข้ามแดน ความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญา และมาตรการพิเศษอื่นๆ เช่น ความร่วมมือระหว่างเจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย การจัดเก็บและแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารระหว่างกัน

²⁶ อนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 ข้อ 2

5) การฝึกอบรมและการให้ความช่วยเหลือทางด้านเทคนิค เพื่อเป็นการกำหนดภาระหน้าที่แก่รัฐภาคีซึ่งเป็นประเทศที่พัฒนาแล้วในการให้ความช่วยเหลือแก่ประเทศภาคีที่กำลังพัฒนา ทางด้านเทคนิคและทรัพยากรที่จำเป็นอย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งสองประการ (อนุสัญญา ข้อ 30) เพื่อต่อสู้กับอาชญากรรมข้ามชาติ

6) การกำหนดมาตรการป้องกัน โดยเรียกร้องให้รัฐภาคีกำหนดให้มีมาตรการในทางกฎหมายเพื่อป้องกันการก่ออาชญากรรมข้ามชาติในรูปแบบต่างๆ ทั้งในปัจจุบันและอนาคต (อนุสัญญา ข้อ 31) เช่น การเก็บรวบรวมข้อมูลสถิติเกี่ยวกับอาชญากรรม และข้อมูลพิเศษที่บ่งชี้ว่าเป็นการก่ออาชญากรรม

7) มาตรการด้านทางเทคนิคและกระบวนการที่ทำให้อนุสัญญามีผลบังคับใช้ (อนุสัญญา ข้อ 36 (3) และ ข้อ 38)

มาตรการต่างๆ ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องต่างๆ ทั่วไป เช่น ความหมายคำศัพท์ที่สำคัญ ความร่วมมือระหว่างรัฐภาคี เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ การให้ความคุ้มครองพยานและผู้เสียหาย และความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญา เป็นต้น ในขณะที่พิธีสารแนบท้ายอนุสัญญาทั้งสามฉบับ เป็นการกำหนดสาระและวิธีพิเศษเพิ่มเติม นอกเหนือจากที่มีในอนุสัญญาเพื่อปรับใช้ในการแก้ปัญหาที่มีลักษณะเฉพาะเกี่ยวกับเรื่องนั้นๆ โดยตรง ได้แก่ การลงโทษการค้ามนุษย์โดยเฉพาะผู้หญิงและเด็ก การลักลอบขนย้ายผู้ย้ายถิ่น และการลักลอบผลิตและค้าอาวุธ ด้วยเหตุนี้อนุสัญญาและพิธีสารจึงมีความสอดคล้องความสัมพันธ์กัน

สำหรับพิธีสารเพื่อป้องกัน ปรามปราม และการลงโทษการค้ามนุษย์โดยเฉพาะผู้หญิงและเด็ก มีสาระสำคัญดังนี้²⁷

- 1) กำหนดคำนิยามที่ชัดเจนและครอบคลุมของ “การค้ามนุษย์”
- 2) ความยินยอมของผู้เสียหายไม่เป็นสาระสำคัญของความผิด
- 3) เด็ก หมายถึงบุคคลใดที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี
- 4) กำหนดให้รัฐภาคีต้องบัญญัติให้การค้ามนุษย์เป็นความผิดอาญา
- 5) กำหนดมาตรการปกป้องสิทธิมนุษยชนสำหรับผู้เสียหาย เช่น ให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย ให้ที่พักอาศัย และความช่วยเหลือทางการแพทย์ตามสมควรแก่กรณี
- 6) มาตรการให้ผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์สามารถอยู่ในดินแดนของรัฐภาคีได้ชั่วคราวหรือตลอดไปในกรณีที่เหมาะสม

²⁷ Vitit Muntarbhorn, “Combating Migrant Smuggling and Trafficking in person, especially Women: The Normative Framework Re-appraised,” paper prepared for the Berne Initiative 2002-The International Symposium on Migration, Geneva, 23-25 May 2002.

7) กำหนดหน้าที่สำหรับรัฐภาคีซึ่งผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์มีสัญชาติหรือมสทร ในการอยู่อาศัยอย่างถาวรในรัฐนั้น

8) กำหนดมาตรการป้องกันการค้ามนุษย์และส่งเสริมความร่วมมือ เช่น การรณรงค์ผ่านสื่อมวลชน การแลกเปลี่ยนข้อสนเทศและการฝึกอบรมมาตรการทางด้านชายแดน และความปลอดภัยและการควบคุมเอกสาร

9) ให้มีการเฝ้าติดตามการปฏิบัติตามพิธีสารตาม โดยอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ผ่านทางการประชุมของภาคีแห่งอนุสัญญาตาม ข้อ 32 ของอนุสัญญา

4.1.4.3 ความสัมพันธ์ระหว่างอนุสัญญาและพิธีสาร บทบัญญัติของอนุสัญญา ข้อ 30 กำหนดว่า รัฐที่ได้ลงนามในอนุสัญญา จะต้องให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาก่อน จึงจะสามารถเข้าร่วมเป็นภาคีในพิธีสารแนบทำอนุสัญญาได้ หมายความว่า ประเทศต่างๆ อาจเป็นสมาชิกในอนุสัญญาเท่านั้นก็ได้ แต่จะเป็นสมาชิกในพิธีสารแนบทำอนุสัญญาเพียงอย่างเดียวโดยไม่เป็นสมาชิกในอนุสัญญาไม่ได้ ดังนั้นพิธีสารแต่ละฉบับจะต้องได้รับการพิจารณาและปรับใช้อย่างประสานสอดคล้องกับอนุสัญญา คือ การตีความพิธีสารแนบทำจะต้องตีความร่วมกับอนุสัญญา โดยคำนึงถึงความมุ่งประสงค์ของพิธีสารนั้น

พิธีสารแนบทำอนุสัญญาทั้งสามฉบับรวมทั้งพิธีสารเพื่อป้องกัน ปราบปราม และการลงโทษการค้ามนุษย์โดยเฉพาะผู้หญิงและเด็ก มีวัตถุประสงค์อันเป็นหลักการพื้นฐานของพิธีสารเช่นเดียวกันกับอนุสัญญา คือ เพื่อสร้างความร่วมมือในการ “ป้องกันและปราบปราม” องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ดังนั้นมาตรการต่างๆ ที่มีการกำหนดไว้ในอนุสัญญา และพิธีสารจึงได้รับการกำหนดขึ้นให้สอดคล้องกัน โดยพิธีสารกำหนดให้การกระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ในพิธีสารแต่ละเรื่องเป็นความผิดอาญา²⁸ ที่จำเป็นต้องมีมาตรการในการควบคุมและร่วมมือกันในการปราบปราม และให้การคุ้มครองแก่พยานและผู้เสียหายในทำนองเดียวกันกับที่มีในอนุสัญญา หากแต่มีรายละเอียดและวิธีการเพิ่มเติมเป็นการเฉพาะ เช่น เพื่อเป็นการต่อต้านการค้ามนุษย์และลักลอบขนผู้ย้ายถิ่น พิธีสารได้กำหนดแนวทางอันเป็นมาตรฐานสำหรับผู้ให้อนุญาต การอนุญาต และการตรวจสอบความถูกต้องของหนังสือเดินทาง ตลอดจนเอกสารเดินทางอื่นๆ ซึ่งบางมาตรการเป็นภาระหน้าที่ของรัฐภาคีที่จะต้องดำเนินการ แต่บางมาตรการเป็นการกำหนดให้มีความยืดหยุ่นในการที่รัฐภาคีสามารถนำไปปฏิบัติได้ นอกจากนี้ พิธีสารแนบทำอนุสัญญายังได้กำหนดรูปแบบของวิธีการเฉพาะในการให้ความช่วยเหลือร่วมมือกัน ในลักษณะเป็นการร่วมมือเพิ่มเติมเฉพาะกรณีขึ้นอยู่กับเนื้อหาของพิธีสารแต่ละฉบับ

²⁸ พิธีสารเพื่อป้องกัน ปราบปราม และลงโทษการค้ามนุษย์ฯ ข้อ 5, พิธีสารเพื่อต่อต้านการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นฯ ข้อ 6, พิธีสารเพื่อต่อต้านการผลิตและลักลอบค้าอาวุธฯ ข้อ 5

อนุสัญญาจะมีขอบเขตการใช้บังคับกับการกระทำความผิดสี่ประเภทตามข้อ 5, 6, 8 และ 23 ของอนุสัญญา และใช้กับกรณีความผิดอาญาร้ายแรง (Serious crime) ตามที่ระบุในข้อ 2 เมื่อความผิดดังกล่าวมีลักษณะข้ามชาติและเกี่ยวข้องกับกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร และด้วยเหตุที่พิธีสารแต่ละฉบับจะต้องได้รับการพิจารณาให้สอดคล้องกับอนุสัญญา ทำให้ลักษณะข้ามชาติและองค์กรอาชญากรรมเป็นขอบเขตเบื้องต้นของพิธีสารเหล่านั้นด้วย สำหรับพิธีสารเพื่อป้องกันปราบปราม และลงโทษการค้ามนุษย์โดยเฉพาะผู้หญิงและเด็ก ในข้อ 1 และข้อ 2 กำหนดวัตถุประสงค์พื้นฐานของพิธีสารเพื่อป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ และเสริมสร้างความร่วมมือระหว่างประเทศในการต่อต้านการค้ามนุษย์ พิธีสารจึงกำหนดให้การค้ามนุษย์เป็นความผิดอาญา กำหนดให้มีการควบคุม และมีมาตรการความร่วมมือต่อต้านการค้ามนุษย์ และกำหนดให้มีมาตรการบางประการในการให้ความคุ้มครองและช่วยเหลือเหยื่อ พิธีสารนี้มีขอบเขตการใช้เช่นเดียวกับอนุสัญญาคือต้องมีองค์ประกอบข้ามชาติและมีความเกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรม

4.1.4.4 ประโยชน์ที่ประเทศไทยจะได้รับจากการเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญาและพิธีสาร โดยบทบัญญัติของอนุสัญญาจะทำให้ประเทศต่างๆ ที่เป็นภาคีสมาชิกสามารถป้องกันและต่อต้านภัยคุกคามจากการดำเนินกิจกรรมที่ผิดกฎหมายขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยเครื่องมือหรือมาตรการพิเศษในทางกฎหมายที่ได้กำหนดขึ้น ประกอบกับความร่วมมือระหว่างประเทศภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญา เพราะอนุสัญญาต้องการในนานาประเทศคว่าบาตรต่อการดำเนินกิจกรรมที่ผิดกฎหมายไม่ว่ารูปแบบใดๆ ขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ และกลุ่มองค์กรอาชญากรรม ไม่ว่าจะเป็นการขัดขวางกระบวนการยุติธรรม การฟอกเงิน การทุจริตคอร์รัปชันการสมคบกันกระทำความผิด

อนุสัญญานี้จะเป็นการขยายความสามารถของรัฐภาคี โดยความร่วมมือกับรัฐภาคีอื่นในการสืบสวนสอบสวน และดำเนินคดีกับองค์กรอาชญากรรม ซึ่งจะเป็เครื่องมือที่สำคัญยิ่งต่อประเทศไทย ในการปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับประเทศที่ประเทศไทยยังไม่มีข้อตกลงความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญาระหว่างกัน ด้วยว่าความร่วมมือกันตามอนุสัญญา ครอบคลุมถึงการยึดและอายัดทรัพย์สินที่ได้มาเนื่องจากการกระทำความผิด ความร่วมมือกันในการดำเนินการสืบสวนสอบสวน การให้ความช่วยเหลือในทางเทคนิค การสืบสวนสอบสวน และการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับองค์กรอาชญากรรมระหว่างกัน

เนื่องจากรัฐที่ได้ลงนามในอนุสัญญา จะต้องให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาก่อน จึงจะสามารถเข้าร่วมเป็นภาคีในพิธีสารแนบท้ายอนุสัญญาได้ ประเทศไทยจึงต้องดำเนินการแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในของประเทศไทยให้รับกับมาตรฐานเชิงบังคับที่ต้องปฏิบัติเสียก่อน จึงจะสามารถเข้าร่วมเป็นภาคีในพิธีสารเพื่อป้องกัน ปราบปราม และลงโทษการค้ามนุษย์โดยเฉพาะ

ผู้หญิงได้ และในการเข้าร่วมเป็นภาคีในพิธีสารประเทศไทยก็จำเป็นที่จะต้องมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องของการค้ามนุษย์โดยเฉพาะที่สอดคล้องกับพิธีสารเช่นกัน

เหตุผลที่ประเทศไทยควรให้สัตยาบันในพิธีสารเพื่อป้องกัน ปรามปราม และ
ลงโทษการค้ามนุษย์โดยเฉพาะผู้หญิงและเด็ก

พิธีสารได้เสนอแนวทางใหม่สำหรับปัญหาการค้ามนุษย์หลายประการ พิธีสารได้ให้คำจำกัดความที่ชัดเจนและครอบคลุมของ “การค้ามนุษย์” ซึ่งเป็นปัญหาที่ซับซ้อนและมีหลายแง่มุม โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้พิจารณาถึงความเกี่ยวข้องระหว่างปัญหาการค้ามนุษย์กับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ทั้งยังได้รวมเอามาตรการควบคุมอาชญากรรมสำหรับการสอบสวนและลงโทษผู้กระทำความผิดที่เข้าไว้ด้วยกันกับมาตรการปกป้องคุ้มครองผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์ การให้สัตยาบันในพิธีสารจะทำให้ประเทศไทยได้รับประโยชน์ดังต่อไปนี้

1) ความผูกพันในการป้องกันและปรามปรามการค้ามนุษย์ พิธีสารให้คำจำกัดความของการค้ามนุษย์ โดยอ้างคำถึงถ้อยคำ “การแสวงหาประโยชน์” (ข้อ 3 (a)) มีการขยายความของการแสวงหาประโยชน์ “อย่างน้อยที่สุดให้รวมถึงการแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณี หรือแสวงหาประโยชน์ทางเพศในรูปแบบอื่น การบังคับใช้แรงงานหรือบริการ การเอาคนลงเป็นทาสหรือการกระทำอื่นเสมือนการเอาคนลงเป็นทาส การให้ตกอยู่ได้บังคับ หรือการตัดอวัยวะออกจากร่างกาย” คำนิยามนี้มีเป้าหมายเพื่อให้รวมถึงกรณีผลกระทบที่เลวร้ายที่สุดจากการค้ามนุษย์ที่กระทำกันเป็นองค์กร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ผู้หญิงและเด็กเป็นผู้เสียหาย อนึ่ง ประเทศไทยกำลังถูกจับตามองจากประชาคมโลกถึงปัญหาการค้ามนุษย์โดยเฉพาะเพื่อแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณี และบ่อยครั้งที่เราถูกโจมตีจากสื่อต่างๆ ว่าเป็นศูนย์กลางการค้ามนุษย์ของภูมิภาคหรือเป็นประเทศที่เต็มไปด้วยการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากผู้หญิงและเด็ก ดังนั้น การให้สัตยาบันในพิธีสารเป็นการแสดงให้เห็นถึงความผูกพันของประเทศไทยในการปกป้องคุ้มครองผู้หญิงและเด็ก และยังเป็นการแสดงถึงความมุ่งมั่นของรัฐบาลไทยในการเผชิญหน้า และต่อสู้กับปัญหาที่เกิดขึ้น ซึ่งสร้างความเสียหายให้กับประชาคมโลกรวมทั้งประเทศไทยอย่างมหาศาล

2) ความร่วมมือระหว่างประเทศ ในการป้องกันและปรามปรามการค้ามนุษย์ การให้สัตยาบันในพิธีสารยังแสดงถึงความตั้งใจของประเทศไทยในการให้ความร่วมมือกับประชาคมโลกเพื่อต่อสู้กับการค้ามนุษย์ และป้องกันการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงโดยองค์กรอาชญากรรม และยังทำให้ประเทศไทยสามารถแบ่งปันข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการค้ามนุษย์จากประชาคมโลก นอกจากนั้น การให้สัตยาบันในพิธีสารยังส่งผลดีต่อความมั่นคงทางชายแดนประเทศไทยอีกด้วย

3) แสดงบทบาทผู้นำของภูมิภาคในการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์
การค้ามนุษย์โดยเฉพาะผู้หญิงในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ได้เติบโตมากขึ้นตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา ปัจจุบันเกือบทุกประเทศในภูมิภาคนี้มีสถานะเป็นทั้ง ประเทศต้นทาง ประเทศทางผ่าน และประเทศปลายทางของการค้ามนุษย์ทั้งสิ้น ประเทศไทยจัดได้ว่าเป็นหนึ่งในประเทศที่มีบทบาทสำคัญที่สุดของภูมิภาคในการต่อสู้กับการค้าหญิงและเด็ก การให้สัตยาบันในพิธีสาร จะเป็นการให้สัตยาบันจากรัฐบาลไทยแก่ประเทศอื่นๆ ในภูมิภาคถึงความผูกพันและความเอาใจจริงของประเทศไทยเพื่อปราบปรามธุรกิจนอกกฎหมาย และการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง รวมทั้งการแสวงหาประโยชน์ทางการเงินจากผู้ที่อยู่ในสถานะอ่อนแอต่อภัยอันตรายอย่างผู้หญิงและเด็ก การที่ประเทศไทยแสดงความผู้นำในเรื่องนี้จะก่อให้เกิดความตื่นตัว และกระตุ้นให้เกิดความร่วมมือของประเทศต่างๆ ในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เพื่อร่วมกันแก้ไขปัญหาดังกล่าว

4) มาตรฐานการปกป้องสิทธิมนุษยชน การให้สัตยาบันในพิธีสาร จะแสดงให้เห็นว่าไทยเป็นประเทศที่ให้ความเคารพและส่งเสริมสิทธิมนุษยชน และยังเป็นการให้ความมั่นใจว่าประเทศไทยมีมาตรฐานทางด้านสิทธิมนุษยชนไม่ด้อยไปกว่านานาประเทศที่ได้ให้สัตยาบัน ให้การยอมรับ หรือให้ความเห็นชอบในพิธีสารเพื่อป้องกัน ปราบปราม และการลงโทษการค้ามนุษย์ โดยเฉพาะผู้หญิงและเด็กแล้ว

4.2 การกำหนดค่านิยมของการค้ามนุษย์ตามพิธีสารเพื่อป้องกัน ปราบปราม และลงโทษการค้ามนุษย์โดยเฉพาะผู้หญิงและเด็ก

แม้ว่าประเด็นการค้าทาสยุคใหม่จะได้รับความสนใจจากชาวโลกตั้งแต่ช่วงปลายศตวรรษที่ 19 และคำว่า “การค้าหญิง” (traffic in women) ก็ปรากฏขึ้นเป็นครั้งแรกในช่วงเวลาเดียวกัน แต่ในตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา ก็ยังคงมีความสับสนและมีความไม่ลงรอยกันในความเห็นประชาคมโลกในการให้คำจำกัดความกับคำๆ นี้ซึ่งก็เป็นผลมาจากความละเอียดอ่อนของสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น

4.2.1 ความสับสนของการให้คำจำกัดความ

ค่านิยมของการค้ามนุษย์ทั้งหลายมีลักษณะร่วมกันสามประการ²⁹ ดังนี้

- มีการจัดหา และหรือการขนส่ง
- เพื่อทำงานหรือให้บริการ
- เพื่อผลประโยชน์ของผู้ค้ามนุษย์

²⁹ Eileen Skinnider, Marcia Kran and Robert Adamson, “Illegal Labor Movement and the Trafficking of Women: International Dimension in Era of Globalisation” in The 1997 Regional Conference on Trafficking in Women and Children (Bangkok: Office of The National Commission on Women’s affairs and Mekong Region Law Center, 1999), p. 145.

ปัญหาประการแรก ที่เป็นข้อถกเถียงกันมากที่สุด คือ เรื่องความยินยอมของเหยื่อ หมายความว่า การค้ามนุษย์จะต้องมีการบังคับหรือไม่ ถ้าผู้ที่ถูกค้ายินยอมจะถือว่าเป็นการค้ามนุษย์หรือไม่³⁰ ประการต่อมา คือ เรื่องการข้ามพรมแดน บางคำนิยามต้องมีการข้ามพรมแดนเป็นองค์ประกอบ บางคำนิยาม ถือว่าการข้ามพรมแดนต้องเป็นไปโดยผิดกฎหมาย หรือเป็นผู้อยู่อาศัยโดยผิดกฎหมาย ในขณะที่การกำหนดคำนิยามในประเทศตะวันตก และอเมริกาเหนือ กลายเป็นว่าการค้ามนุษย์เกิดขึ้นได้ไม่ว่าจะมีการข้ามพรมแดนโดยถูกกฎหมายหรือผิดกฎหมาย โดยที่ผู้หญิงจะอยู่ในประเทศอย่างผิดกฎหมายหรือได้รับอนุญาตหรือไม่อย่างไรก็ตาม³¹

การให้คำจำกัดความถูกต้องก่อให้เกิดความสับสนมากยิ่งขึ้นจากข้อเท็จจริงที่ว่า การค้ามนุษย์มักจะเกิดขึ้นพร้อมกับสถานการณ์เลวร้ายอื่น การค้ามนุษย์มีลักษณะใกล้เคียงกับการกระทำที่เป็นการแสวงหาประโยชน์ในรูปแบบต่างๆ เช่น การบังคับใช้แรงงาน และการปฏิบัติเยี่ยงทาส การค้ามนุษย์เป็นการจัดหาเพื่อนำตัวเหยื่อไปแสวงหาประโยชน์ ในรูปแบบของการทำงาน หรือการให้บริการ ซึ่งแตกต่างจากการทำงานและการให้บริการในตัวเอง คือ การค้าหญิง อาจหมายถึงการนำตัวบุคคลไปให้ตกอยู่ในสถานการณ์คล้ายทาส แต่การค้ามนุษย์อาจเกิดขึ้นได้โดยที่ไม่มีการเคลื่อนย้ายเหยื่อ ไปสิ้นสุดที่สถานการณ์การใช้แรงงานทาส ในทางกลับกันการปฏิบัติเยี่ยงทาสก็สามารถเกิดขึ้นได้โดยไม่ต้องเป็นส่วนหนึ่งการค้ามนุษย์³²

4.2.2 ประเด็นเรื่องความยินยอม

เหยื่อของการค้ามนุษย์ส่วนใหญ่จะเป็นผู้หญิง และวัตถุประสงค์ก็เพื่อนำตัวไปแสวงหาประโยชน์ทางเพศพาณิชย์ ทำให้เกิดมีข้อโต้แย้งกันว่าการแสวงหาประโยชน์จากบุคคลในการค้ามนุษย์ ควรจะหมายความถึงการค้าประเวณีทั้งหมด หรือหมายความรวมเฉพาะการบังคับค้าประเวณี ฝ่ายหนึ่งมีความเห็นว่า การค้าประเวณีโดยสมัครใจ ควรจะได้รับการอนุญาต เนื่องจากเป็นสิทธิของผู้หญิงในการกำหนดทางเลือกในทางเพศสำหรับตนเอง (sexual self-determination) ในขณะที่อีกฝ่ายเห็นว่า การค้าประเวณีไม่ว่าจะถูกบังคับหรือไม่ โดยตัวของมันเองแล้วถือว่าเป็น

³⁰ กรณีตัวอย่าง เช่น ในการประชุมแห่งยุโรปว่าด้วยการค้าผู้หญิง (The European Conference on Trafficking in Women) จัดขึ้น ณ กรุงเวียนนา เดือน มิถุนายน ค.ศ. 1996 ที่ประชุมไม่สามารถกำหนดคำนิยามร่วมกันของคำว่าการค้าผู้หญิง เนื่องจากผู้เข้าร่วมประชุมแต่ละฝ่ายไม่สามารถหาข้อสรุปในประเด็นความยินยอมและการบังคับได้

³¹ Eileen Skinnider, Marcia Kran and Robert Adamson, "Illegal Labor Movement and the Trafficking of Women: International Dimension in Era of Globalisation," in *The 1997 Regional Conference on Trafficking in Women and Children*, p. 146.

³² Ibid.

การลดศักดิ์ศรีความเป็นลูกผู้หญิง และถึงแม้จะประกอบด้วยความยินยอมก็ไม่ควรนำมาเป็นข้ออ้างที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดอาญา ข้อโต้แย้งของทั้งสองฝ่าย มีดังนี้

1) ฝ่ายที่เห็นว่าไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความยินยอม หลายฝ่ายเห็นว่า การให้คำนิยามของการค้ามนุษย์ จะต้องรวมถึงงานให้บริการทางเพศทุกอย่าง โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้หญิงที่ให้บริการมีความยินยอมหรือไม่ เนื่องจากมองว่าการค้าประเวณีเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยเนื้อหาในตัวเอง เพราะแม้ว่าการค้าประเวณีจะเกิดขึ้นด้วยความยินยอมแต่สิ่งทีผลักดันให้ผู้คนต้องเลือกเช่นนี้ก็ คือ ความยากจน ดังนั้น ฝ่ายนี้จึงโต้แย้งว่าไม่ควรนำปัญหาเรื่องความยินยอมของเหยื่อนำมาเกี่ยวข้อง ยิ่งไปกว่านั้น หากนำประเด็นความยินยอมมาเป็นองค์ประกอบของการค้ามนุษย์ด้วยแล้ว อาจทำให้เกิดช่องว่างที่กลายเป็นข้อต่อสู้ในทางกฎหมายของนักค้ามนุษย์ และเป็นการเพิ่มภาระการพิสูจน์ให้กับตัวเหยื่อว่าตนเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยที่ไม่ได้ให้ความยินยอมเช่นว่า³³ ความคิดเห็นฝ่ายนี้ถือว่าการค้าผู้หญิงเกิดขึ้นเนื่องจากความคิด หรือคตินิยมตั้งแต่โบราณกาลที่ถือว่าผู้หญิงบางคนจะต้องเป็นผู้ให้บริการแก่ผู้ชาย ซึ่งทำให้ผู้หญิงจะต้องถูกปฏิบัติเช่นเดียวกับสินค้าไปตลอด เป็นการสะท้อนให้เห็นถึงสถานะที่ต่ำต้อยของผู้หญิงในหลายๆ สังคม

2) ฝ่ายที่เห็นว่าต้องพิจารณาถึงความยินยอม ผู้สนับสนุนความเห็นฝ่ายนี้แย้งความคิดที่ว่า การสมัครใจค้าประเวณีก็ต้องถือว่าเป็นการค้ามนุษย์ และพยายามหาความแตกต่างที่ชัดเจนระหว่างความยินยอมและการถูกบังคับให้ค้าประเวณี มีเหตุผลคือผู้หญิงควรมีเสรีภาพในการเลือกว่าจะมีชีวิตอยู่อย่างไรรวมทั้งเลือกที่จะเข้าสู่การค้าประเวณีด้วย ยิ่งไปกว่านั้น การกำหนดให้การค้าประเวณีเป็นความผิดอาญาในทุกกรณีโดยไม่คำนึงถึงความยินยอม อาจยังเป็นการผลักดันการค้าประเวณีให้เข้าสู่ธุรกิจนอกกฎหมายอย่างเต็มตัว ทำให้ยากต่อการควบคุม และผลที่อาจเกิดขึ้นตามมาคือผู้หญิงอาจจะต้องตกอยู่ในสถานการณ์ที่เลวร้ายยิ่งกว่าเดิม

ในเรื่องความยินยอม ผู้เขียนมีความเห็นว่าการค้ามนุษย์กับการค้าประเวณีแม้จะมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันแต่ก็ไม่ได้เป็นสิ่งเดียวกัน เพราะฉะนั้นความยินยอมในกรณีค้ามนุษย์กับกรณีค้าประเวณีจึงเป็นประเด็นพิจารณาที่แยกจากกัน การโต้แย้งของสองฝ่ายข้างต้นเกิดจากความแตกต่างในแนวคิดเรื่องควรกำหนดให้การค้าประเวณีสามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และจะจะเป็นประเด็นเรื่องความยินยอมในการค้าประเวณีมากกว่า อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าการให้คำนิยามในเรื่องการค้ามนุษย์ ไม่ควรนำความยินยอมของเหยื่อมาเป็นเงื่อนไข ไม่ใช่เพราะความยินยอมนั้นเกิดจากความยากจน หรือเป็นการลดศักดิ์ศรีความเป็นผู้หญิง แต่ด้วยเหตุผลที่ว่า ไม่มีบุคคลใดสามารถในความยินยอมที่ทำให้ตนเองถูกแสวงหาประโยชน์จากการตกเป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์อันเป็นอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติได้ ผู้เขียนเห็นด้วยกับฝ่ายแรกว่าหากนำ

³³ Ibid., p. 147.

ประเด็นความยินยอมมาเป็นองค์ประกอบของการค้ามนุษย์ด้วย จะทำให้กลายเป็นข้อต่อสู้ในทางกฎหมายของผู้กระทำความผิด และเพิ่มภาระการพิสูจน์ให้แก่ฝ่ายโจทก์

4.2.3 ประเด็นเรื่องข้ามชาติ

แต่เดิม มีการแสดงข้อคิดเห็นในเรื่องการให้คำจำกัดความของการค้ามนุษย์ว่า จะต้องกระทำจากรัฐหนึ่ง ไปสู่อีกเขตอำนาจของรัฐอื่นหรือไม่ แต่ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปแล้วว่าการค้ามนุษย์อาจเกิดขึ้นได้ทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศ อนึ่ง การค้ามนุษย์ข้ามชาติอาจเกี่ยวข้องกับการเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย แต่ทั้งสองสถานการณ์เป็นปัญหาที่ต่างกัน การอพยพย้ายถิ่นข้ามพรมแดน โดยไม่มีเอกสารการเดินทางที่ถูกต้องไม่จำเป็นต้องมีการบังคับขู่เชื้อหรือการแสวงหาประโยชน์เข้ามาเกี่ยวข้อง ผู้คนจำนวนมากเลือกที่จะย้ายถิ่นจากประเทศหนึ่งสู่ประเทศอื่นโดยไม่ได้ถูกค้า แต่จากสถานภาพของผู้เข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย ทำให้บุคคลเหล่านี้ง่ายต่อการถูกนำไปแสวงหาประโยชน์

ความเข้าใจที่ถูกต้องตรงกันและค่านิยมที่ชัดเจนของการค้ามนุษย์ เป็นสิ่งจำเป็นในเบื้องต้นเพื่อกำหนดยุทธศาสตร์และนโยบายต่อสู้กับการค้ามนุษย์ การให้คำจำกัดความที่แตกต่างกัน นำไปซึ่งการกำหนดแนวทางแก้ปัญหาและนโยบายที่เกี่ยวข้องที่แตกต่างกันตามแต่ผลประโยชน์ได้เสียของแต่ละประเทศ ซึ่งอาจจะเป็นการมองปัญหาอย่างประเทศที่พัฒนาแล้ว และวางแนวทางแก้ปัญหาโดยการกำหนดนโยบายคนเข้าเมืองที่เข้มงวด ส่วนได้เสียของแต่ละประเทศนี้อาจรวมถึงปัญหาองค์กรอาชญากรรม หรือการควบคุมการค้าประเวณี ดังนั้นหากแต่ละประเทศ แต่ละองค์กรกำหนดค่านิยมของการค้ามนุษย์เอาเองตามแต่ผลประโยชน์ของตน การแก้ปัญหาการค้ามนุษย์ก็จะเป็นไปอย่างไร้ทิศทาง กลายเป็นสร้างปัญหาให้กับโลกแทนที่จะแก้ปัญหา สิทธิของเหยื่อก็ถูกกระทบกระเทือน การปราบปรามองค์กรอาชญากรรมก็ไม่ประสบผลสำเร็จ ด้วยเหตุนี้ประชาคมโลกจึงจำเป็นต้องมีค่านิยมกลางสำหรับทุกๆ ประเทศ ถ้าสูดมีค่านิยมของการค้ามนุษย์ตามพิธีสารเพื่อป้องกัน ปราบปราม และลงโทษการค้ามนุษย์โดยเฉพาะผู้หญิงและเด็ก

4.2.4 วิเคราะห์ค่านิยมของการค้ามนุษย์ตามพิธีสารเพื่อป้องกัน ปราบปราม และลงโทษการค้ามนุษย์โดยเฉพาะผู้หญิงและเด็ก

พิธีสารเพื่อป้องกัน ปราบปราม และลงโทษการค้ามนุษย์โดยเฉพาะผู้หญิงและเด็ก เป็นเครื่องมือที่สำคัญชิ้นใหม่ที่โลกจะใช้ต่อสู้กับปัญหาการค้ามนุษย์ โดยกำหนดค่านิยมของการค้ามนุษย์ที่ชัดเจนและครอบคลุมถึงการค้ามนุษย์ที่สลบซับซ้อน ไว้เป็นครั้งแรก นอกจากนั้นยังให้ความสำคัญของการป้องกันและปราบปรามปัญหาการค้ามนุษย์ควบคู่ไปกับการใช้มาตรการ

ในการปกป้องสิทธิมนุษยชนของผู้ที่ตกเป็นเหยื่อมากกว่าข้อตกลงระหว่างประเทศอื่นๆ ที่ผ่านมา³⁴ พิธีสารได้ให้คำนิยามการค้ามนุษย์ไว้ในข้อ 3 ว่า เพื่อความมุ่งประสงค์ของพิธีสารนี้

(a) “การค้ามนุษย์” หมายถึงการจัดหา การขนส่ง การส่งต่อ การจัดให้อยู่อาศัย หรือรับไว้ซึ่งบุคคล ด้วยวิธีการข่มขู่ หรือด้วยการใช้กำลัง หรือด้วยการบังคับในรูปแบบอื่นใด ด้วยการลักพาตัว ด้วยการฉ้อโกง ด้วยการหลอกลวง ด้วยการใช้อำนาจที่เหนือกว่า หรือด้วยการใช้สถานะความอ่อนแอต่อภัยของบุคคล หรือมีการให้หรือรับเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นเพื่อให้ได้ความยินยอมของบุคคลหนึ่งผู้มีอำนาจควบคุมอีกบุคคลหนึ่ง เพื่อความมุ่งประสงค์ในการแสวงหาประโยชน์ การแสวงหาประโยชน์อย่างน้อยที่สุดให้รวมถึงการแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณีหรือแสวงหาประโยชน์ทางเพศในรูปแบบอื่น การบังคับใช้แรงงานหรือบริการ การเอาคนลงเป็นทาสหรือการกระทำอื่นเสมือนการเอาคนลงเป็นทาส การให้ตกอยู่ใต้อำนาจบังคับ หรือการตัดอวัยวะออกจากร่างกาย”

(b) ความยินยอมของผู้เสียหายในการค้ามนุษย์ที่เกิดขึ้นกับการแสวงหาประโยชน์ โดยเจตนาตามที่ระบุไว้ในวรรค (a) ของข้อนี้ ให้ถือว่าไม่มีผลเกี่ยวข้องกัน ในกรณีที่มีการใช้วิธีการใดๆ ที่ระบุไว้ในวรรค (a)

(c) ให้ถือว่าการจัดหา การขนส่ง การส่งต่อ การจัดให้อยู่อาศัย หรือการรับไว้ซึ่งเด็ก เพื่อความมุ่งประสงค์ในการแสวงหาประโยชน์ เป็น “การค้ามนุษย์” แม้ว่าจะไม่มีการใช้วิธีการใดๆ ที่ระบุไว้ในวรรค (a) ของข้อนี้

(d) เด็ก หมายถึงบุคคลใดที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี

จากคำนิยาม สามารถแยก “การค้ามนุษย์” ออกด้วยองค์ประกอบ 3 ประการ คือ

1) การกระทำ ประกอบด้วยการจัดหา การขนส่ง การส่งต่อ การจัดให้อยู่อาศัย หรือรับไว้ซึ่งบุคคล

2) วิธีการ ข่มขู่ หรือด้วยการใช้กำลัง หรือด้วยการบังคับในรูปแบบอื่นใด ด้วยการลักพาตัว ด้วยการฉ้อโกง ด้วยการหลอกลวง ด้วยการใช้อำนาจที่เหนือกว่า หรือด้วยการใช้สถานะความอ่อนแอต่อภัยของบุคคล หรือมีการให้หรือรับเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นเพื่อให้ได้ความยินยอมของบุคคลหนึ่งผู้มีอำนาจควบคุมอีกบุคคลหนึ่ง

3) เพื่อความมุ่งประสงค์ ในการแสวงหาประโยชน์ การแสวงหาประโยชน์อย่างน้อยที่สุดให้รวมถึงการแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณีหรือแสวงหาประโยชน์ทางเพศใน

³⁴ Muireann O’Briain, “Contribution of The Protocol on Trafficking in Human Beings,”

รูปแบบอื่น การบังคับใช้แรงงานหรือบริการ การเอาคนลงเป็นทาสหรือการกระทำอื่นเสมือนการเอาคนลงเป็นทาส การทำให้ตกอยู่ใต้บังคับ หรือการตัดอวัยวะออกจากร่างกาย

ยกเว้นกรณีและผู้เสียหายเป็นเด็ก ก็ไม่จำเป็นต้องคำนึงว่ามีการใช้วิธีการต่างๆ ตามองค์ประกอบข้อสอง หรือไม่ นั่นก็คือ มีการกระทำ คือ การจัดหา การขนส่ง การส่งต่อ การจัดให้อยู่อาศัย หรือรับไว้ซึ่งบุคคล ประกอบกับ มีความมุ่งประสงค์ในการแสวงหาประโยชน์ ก็เป็นการค้ามนุษย์ตามพินิจนี้

ข้อสังเกตจากคำนิยาม การให้คำนิยามตามข้อ 3 ของพินิจนี้มีข้อสังเกตดังนี้

1) การค้ามนุษย์ เป็นการกระทำที่สามารถเกิดขึ้นได้กับบุคคลทุกคนรวมทั้งผู้ชายอย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุการค้ามนุษย์ส่วนใหญ่เกิดขึ้นกับผู้หญิงและเด็ก ซึ่งจำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองอย่างมาก ทำให้พินิจนี้มุ่งเน้นถึงกรณีการค้ามนุษย์ที่เกิดขึ้นกับผู้หญิงและเด็ก ปรากฏในการใช้ถ้อยคำในชื่อของพินิจว่า “พินิจเพื่อป้องกัน ปราบปราม และลงโทษการค้ามนุษย์ โดยเฉพาะผู้หญิงและเด็ก”

2) คำนิยามนี้มีความรัดกุมเพียงพอที่ผู้กระทำความผิดจะไม่สามารถหาช่องว่างเพื่อเป็นข้อต่อสู้ได้ ทำให้โอกาสที่ศาลจะตัดสินลงโทษจำเลยที่ถูกฟ้องตามความผิดฐานนี้มีสูง คือ ตัดภาระการพิสูจน์ในเรื่องการข่มขู่ การบังคับ การฉ้อ โกง ฯลฯ ที่ได้ใช้ในการเคลื่อนย้ายบุคคลให้ตกอยู่ในสถานการณ์การค้ามนุษย์ กล่าวคือ “วิธีการ” ที่ได้ใช้ในการเคลื่อนย้ายบุคคลให้ตกอยู่ในสถานการณ์การค้ามนุษย์ไม่ใช่องค์ประกอบที่สำคัญ แต่สิ่งที่สำคัญในการกระทำความผิด คือ มีการดำเนินการเคลื่อนย้ายบุคคลจากสถานที่หนึ่งไปที่อื่นเพื่อนำตัวไปบังคับใช้แรงงานหรือบริการ หรือเอาคนลงเป็นทาส นอกจากนั้นคำนิยามนี้ยังได้ตัดถ้อยคำที่ไม่ชัดเจนและกำกวมทั้งหมดออก และบัญญัติถ้อยคำที่เป็นคำนิยามในทางกฎหมายอาญา ซึ่งมีการกำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ และในกฎหมายภายในของหลายๆ ประเทศ ดังนั้น คำนิยามนี้จึงกว้างพอที่จะครอบคลุมถึงการค้ามนุษย์ในทุกๆ รูปแบบ ตั้งแต่การค้ามนุษย์เพื่อบังคับให้ขอทาน หรือทำงานรับใช้ภายในบ้านเรือนจนถึงการค้ามนุษย์เพื่อบังคับค้าประเวณีและบังคับใช้แรงงานในภาคเกษตรและอุตสาหกรรม

3) จากการใช้ถ้อยคำ “...ด้วยการใช้สถานะความอ่อนแอต่อภัยของบุคคล...” ในข้อ 3 (a) ทำให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าการค้ามนุษย์อาจเกิดขึ้นได้โดยไม่จำเป็นต้องมีการบังคับ การใช้ถ้อยคำในส่วนนี้เป็นภาพที่สะท้อนให้เห็นว่า ผู้คนจำนวนมากถูกสั่ง หรือบอกกล่าว หรือแนะนำให้กระทำการบางอย่างโดยบุคคลใกล้ชิด เช่น พ่อแม่ผู้ปกครอง คู่สมรส หรือผู้นำในท้องถิ่น บุคคลในสถานการณ์เช่นนี้อาจไม่สามารถโต้แย้งคัดค้าน หรือหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามได้ ทั้งนี้เนื่องด้วย

เหตุผลทางด้านวัฒนธรรม จารีตประเพณี หรือสถานภาพทางกฎหมาย ทำให้ต้องยอมรับในสถานการณ์เช่นว่า ถึงกระนั้น บุคคลเหล่านี้ก็ยังคงเป็นผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์³⁵

4) จากถ้อยคำ “...การแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณีหรือแสวงหาประโยชน์ทางเพศในรูปแบบอื่น...” เป็นการใช้ถ้อยคำที่ไม่ชัดเจน ซึ่งเกิดขึ้นจากการโต้แย้งทางความเห็นและไม่สามารถตกลงกันได้ของประเทศต่างๆ ในเรื่องการค้าประเวณี เนื่องจากแต่ละประเทศต่างมีกฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับการค้าประเวณีที่ต่างกัน หากการลงนามในพิธีสารนี้ทำให้ต้องแก้ไขกฎหมายดังกล่าว ย่อมทำให้หลายประเทศลังเลที่จะเข้าเป็นภาคีสมาชิก เพราะมีหลายประเทศเรียกร้องว่าการค้ามนุษย์ต้องรวมถึงการค้าประเวณีและการให้บริการทางเพศในรูปแบบอื่นๆ ด้วย แต่แนวความคิดส่วนใหญ่แล้วเห็นว่า ในการค้ามนุษย์ไม่ควรรวมถึงการค้าประเวณีและการประกอบอาชีพทางเพศในรูปแบบอื่น ตลอดทั้งการทำงานในรูปแบบอื่นๆ หากไม่มีการบังคับ แต่การค้าประเวณีและการประกอบอาชีพทางเพศในรูปแบบอื่น อาจถูกบุคคลอื่นแสวงหาประโยชน์ได้และกลายเป็นการค้ามนุษย์ หากการแสวงหาประโยชน์เช่นนี้มีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนในการบังคับใช้แรงงาน หรือบริการ หรือเอาคนลงเป็นทาส

สุดท้ายจึงมีการตกลงกันให้ใช้ถ้อยคำกลางๆ คือ คำว่า “การแสวงหาประโยชน์ทางเพศ” (sexual exploitation) เนื่องจากคำดังกล่าวยังไม่เคยมีการให้คำนิยามในทางระหว่างประเทศไว้ จึงถือว่าเป็นการตั้งใจใช้ถ้อยคำที่ไม่ชัดเจน เพื่อเปิดโอกาสในทุกประเทศสามารถนำไปขยายความตามแนวคิดทฤษฎีและกฎหมายภายในของตนว่า การกระทำอย่างไรจึงถือว่าเป็น “การแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณี” หรือ “แสวงหาประโยชน์ทางเพศ” และเป็นการแสดงจุดยืนว่าพิธีสารไม่มีความคิดเห็นเรื่องการประกอบอาชีพทางเพศที่ไม่มีการ³⁶ ด้วยเหตุนี้ พิธีสารจึงใช้คำว่า “การแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณี” แทนคำว่า “การค้าประเวณี”

5) คำว่า “การบังคับใช้แรงงาน” (forced labour) มีนิยามใน ข้อ 2 แห่งอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศเกี่ยวกับการบังคับใช้แรงงาน หมายเลข 2916 (the International Labor Organization Convention Concerning Forced Labour No. 2916) ดังนี้ “...งานหรือการบริการซึ่งถูกขู่เจ็ญเอาจากผู้ใด ภายใต้การข่มขู่ด้วยการลงโทษ และเพื่อ ซึ่งบุคคลเช่นว่าไม่ได้เสนอตัวเองให้โดยสมัครใจ” และ “การเอาคนลงเป็นทาส” (slavery) มีนิยามใน ข้อ 1.1 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่า ด้วยความเป็นทาส และ “การกระทำเสมือนการเอาคนลงเป็นทาส” (Practices similar to slavery) ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาเพื่อเพิ่มเติมอนุสัญญาว่าด้วยความเป็นทาส ค.ศ.1926 ข้อ

³⁵ Ann D. Jordan, *La Guía Anotada del Protocolo Completo Contra Trata de Personas* (Washington DC: Iniciativa Contra la Trata de Personas International Human Rights Law Group, 2002), p. 10.

³⁶ Ibid., p. 11.

1 คำว่า “การทำให้อาศัยอยู่ได้บังคับ” (Servitude) ไม่มีการให้คำนิยามไว้แต่สามารถเข้าใจได้ว่าการกระทำทั้งหมดข้างต้นเป็นรูปแบบต่างๆ ของการทำให้อาศัยอยู่ได้บังคับ ขณะที่การค้ำนุษย์เพื่อเอาอวัยวะของร่างกายคนตามพิธีสารนี้เกิดขึ้นได้เฉพาะเมื่อมีการเคลื่อนย้ายบุคคลเพื่อความมุ่งประสงค์ในการตัดอวัยวะออกจากร่างกายเท่านั้น ไม่รวมถึงการค้า หรือการขนส่งอวัยวะเพียงอย่างเดียว

6) ประเด็นเรื่องความยินยอมตามพิธีสาร ตามหลักกฎหมายและตามหลักเหตุผลทั่วไป เป็นที่เข้าใจได้ว่าบุคคลไม่ได้ให้ความยินยอมในกรณี “การบังคับ การขู่เข็ญ การลักพาตัว การหลอกลวง การใช้อำนาจที่เหนือกว่า หรือการกระทำในขณะที่บุคคลอยู่ในสถานะความอ่อนแอ ต่อภัยตราย หรือขณะที่ผู้หนึ่งตกอยู่ภายใต้การควบคุมของบุคคลอื่น” จากการใช้ถ้อยคำในข้อ 3 (b) ของพิธีสารแสดงว่าจำเลยในคดีค้ำนุษย์ยังมีสิทธิในการต่อสู้คดี แต่ถ้าความผิดฐานค้ำนุษย์ได้รับการพิสูจน์ครบถ้วนตามองค์ประกอบ 3 ประการที่ได้กล่าวไป ก็ไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเรื่องความยินยอมของผู้เสียหาย ความยินยอมที่แท้จริงสามารถให้ได้โดยถูกต้องตามกฎหมาย ก็ต่อเมื่อรู้ถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องทั้งหมด และบุคคลมีอิสรภาพที่จะให้ความยินยอมนั้นหรือไม่ก็ได้

จำเลยยังมีสิทธิยกข้อต่อสู้ตามปกติทุกประการ แม้แต่พยานหลักฐานที่แสดงว่าเหยื่อให้ความยินยอมในการย้ายถิ่น มีและใช้เอกสารการเดินทางอันเป็นเท็จ และทำงานอย่างผิดกฎหมายในต่างประเทศ แต่จำเลยไม่อาจยกข้อต่อสู้ที่ว่าเหยื่อให้ความยินยอมในการทำงานในสถานภาพแรงงานที่ถูกบังคับ การเอาคนลงเป็นทาส หรือการทำให้อาศัยอยู่ได้บังคับ จากคำนิยามตามพิธีสารนี้ หมายถึง ไม่สามารถมีการให้ความยินยอมในการกระทำให้ความผิดทั้งสามได้ เช่น ผู้หญิงคนหนึ่งสามารถให้ความยินยอมที่จะย้ายถิ่นเพื่อค้าประเวณี ณ เมืองๆ หนึ่งภายในช่อง โสภณี ปกติเพื่อแลกกับเงิน แต่ถ้าผู้กระทำผิดมีเจตนาที่แท้จริงในการหน่วงเหนี่ยวตัวหญิงผู้นั้นไว้เพื่อบังคับ หรือขู่เข็ญให้ทำงานทางเพศ ดังนี้ไม่มีการให้ความยินยอม เพราะข้อความที่ผู้หญิงได้รับจากผู้กระทำผิดเป็นความเท็จ ไม่มีผู้ใดสามารถให้ความยินยอมในการถูก โกหกหลอกลวงได้ ถึงแม้ว่าบุคคลจะยินยอมที่จะทำงานภายใต้สภาวะการณ์ที่เลวร้าย เพื่อแลกกับเงินจำนวนน้อยแต่ต้องถูกจำกัดเสรีภาพมาก ก็ยังต้องถือว่าบุคคลผู้นั้นเป็นเหยื่อของการค้ำนุษย์ถ้าผู้กระทำผิดมีเจตนาหน่วงเหนี่ยวบุคคลนั้นไว้โดยไม่สมัครใจ ด้วยการผูกพันด้วยภาระหนี้สิน หรือสภาวะจำยอม

7) บทบัญญัติเรื่องเด็ก ตามข้อ 3 (c) แห่งพิธีสารนี้ หมายความว่าในความผิดฐานค้ำนุษย์ที่มีเด็กเป็นเหยื่อ ไม่จำเป็นต้องมีการใช้กำลังบังคับ ขู่เข็ญ หรือหลอกลวง หรือใช้วิธีการอื่นใดเพื่อนำตัวเด็กไปแสวงหาประโยชน์ อย่างไรก็ตาม มีความคิดเห็นว่าการใช้ถ้อยคำในข้อนี้ไม่ชัดเจน และไม่ครอบคลุม ซึ่งการใช้ถ้อยคำที่เหมาะสมควรจะเป็น “ให้ถือว่าการจัดหา การขนส่ง การส่งต่อ การจัดให้อยู่อาศัย หรือรับไว้ซึ่งเด็ก เพื่อความมุ่งประสงค์ ในการค้าประเวณี หรือสื่อ

ลามก เป็นการค้ำมนุษย์” การใช้ถ้อยคำในลักษณะนี้จึงจะสร้างความมั่นใจว่า ไม่ว่าในพฤติการณ์เช่นไร กฎหมายจะไม่ปล่อยให้เด็กเข้าไปพัวพันกับการค้าประเวณีและสื่อลามกโดยเด็ดขาด³⁷

4.3 การค้ำมนุษย์กับการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่น

ปัจจุบันสื่อต่างๆ ของโลกรายงานข่าวอย่างแพร่หลายเกี่ยวกับสถานการณ์การค้ำมนุษย์ (Human trafficking) การลักลอบขนผู้ย้ายถิ่น (People smuggling) การเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย (Illegal migration) และการแสวงหาที่ลี้ภัย (Asylum-seeking) แต่ก็ไม่มีความเข้าใจที่ถูกต้องชัดเจน ทำให้ถ้อยคำเหล่านี้ถูกใช้ในความหมายเดียวกัน การจำแนกความแตกต่างระหว่างสถานการณ์เป็นสิ่งสำคัญเพราะจะส่งผลกระทบต่อทัศนคติและการปฏิบัติต่อทั้งผู้กระทำความผิดและผู้ที่ถูกเป็นเหยื่อ จึงจำเป็นต้องพิจารณาเพื่อแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างแนวคิดในการจำแนกว่ากรณีใดถือว่าเป็นเหยื่อของการค้ำมนุษย์ หรือผู้การแสวงหาที่ลี้ภัย หรือเป็นผู้เข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย

4.3.1 คำนิยามในทางกฎหมาย

1) การค้ำมนุษย์ (Human trafficking) มีการให้คำนิยามว่า “การจัดหา การขนส่ง การส่งต่อ การจัดให้อยู่อาศัยหรือรับไว้ ซึ่งบุคคล ด้วยวิธีการข่มขู่ หรือด้วยการใช้กำลัง หรือด้วยการบังคับในรูปแบบอื่นใด ด้วยการลักพาตัว ด้วยการฉ้อโกง ด้วยการหลอกลวง ด้วยการใช้อำนาจที่เหนือกว่า หรือด้วยการใช้สถานะความอ่อนแอต่อกับของบุคคล หรือมีการให้หรือรับเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นเพื่อให้ได้รับความยินยอมของบุคคลหนึ่งผู้มีอำนาจควบคุมอีกบุคคลหนึ่ง เพื่อความมุ่งประสงค์ในการแสวงหาประโยชน์...”³⁸

2) การลักลอบขนผู้ย้ายถิ่น (People smuggling) คือ “การจัดหาให้เข้าไปในรัฐภาคีโดยผิดกฎหมาย ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งไม่ใช่คนชาติหรือผู้อยู่อาศัยโดยถาวรของรัฐนั้น เพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์ทางวัตถุอื่น ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม”³⁹

ส่วนถ้อยคำ “ผู้แสวงหาที่ลี้ภัย” และ “ผู้เข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย” มักจะปรากฏอยู่ในบริบททำนองเดียวกับการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่น และการค้ำมนุษย์ ทั้งยังมีการสลับใช้ถ้อยคำต่างๆ เหล่านี้เพิ่มขึ้น ดังนั้น การทำความเข้าใจในเรื่อง “ผู้แสวงหาที่ลี้ภัย” และ “ผู้เข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย” จึงเป็นเรื่องสำคัญที่ต้องกระทำควบคู่ไปด้วย ความแตกต่างที่ชัดเจนที่สุดคือ การแสวงหาที่ลี้ภัย ไม่เป็นความผิดอาญา ผู้แสวงหาที่ลี้ภัย เป็นบุคคลที่มีเกณฑ์การพิจารณาสำหรับสถานะเป็นผู้ลี้ภัย (Refugee) ครอบคลุมทั้งองค์การสหประชาชาติกำหนด และได้เริ่มกระบวนการในการยอมรับไว้

³⁷ Ibid., p. 14.

³⁸ พิธีสารเพื่อป้องกัน ปราบปราม และการลงโทษการค้ามนุษย์โดยเฉพาะผู้หญิงและเด็ก, ข้อ 3

³⁹ พิธีสารเพื่อต่อต้านการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นทางบก ทางทะเล และอากาศ, ข้อ 3 (a)

เป็นผู้ลี้ภัยโดยรัฐที่รับผู้ลี้ภัยแล้ว เพื่อที่จะได้รับความคุ้มครองและสิทธิต่างๆ ที่ผู้ลี้ภัยมีสิทธิได้รับ อาทิ สิทธิในการได้รับความคุ้มครอง การได้รับการพิจารณาให้ไปตั้งถิ่นฐานในประเทศที่สาม การทำงานและการได้รับการศึกษา เป็นต้น

3) ผู้ลี้ภัย (Refugee) เป็นบุคคล “ผู้ซึ่งอยู่นอกประเทศของตน และมีความหวาดกลัวอันพิศุจน์ได้ว่าจะถูกการประหัตประหาร ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ หรือการเป็นสมาชิกของกลุ่มสังคมใดกลุ่มหนึ่ง หรือกลุ่มการเมืองใดกลุ่มหนึ่ง อีกทั้งไม่สามารถที่จะได้รับการคุ้มครองในประเทศของตน และไม่สามารถกลับไปด้วยเหตุแห่งความหวาดกลัวนั้น”⁴⁰

และคำว่า “ผู้ย้ายถิ่น” มีความหมายว่า เป็นบุคคลผู้เคลื่อนย้ายสู่ประเทศอื่น และกลายเป็นผู้อยู่อาศัยในประเทศนั้น อย่างไรก็ตาม มีการนำเอาคำว่าผู้ย้ายถิ่นมาใช้ในความหมายของผู้เข้าเมืองโดยผิดกฎหมายด้วย

4) การเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย (Illegal migration) มีการให้คำนิยามว่า “การข้ามแดนโดยปราศจากการกระทำการตามกฎหมายที่จำต้องกระทำเพื่อการเข้าเมืองโดยชอบด้วยกฎหมายของรัฐผู้รับ”⁴¹ ดังนั้น ผู้เข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย จึงหมายความว่า ผู้เดินทางข้ามพรมแดนเข้าไปในประเทศหนึ่งที่ดินไม่ได้เป็นพลเมืองอยู่ โดยปราศจากการกระทำการที่จำเป็นในทางกฎหมายสำหรับการพักอาศัยเป็นการถาวรหรือชั่วคราว ด้วยเหตุนี้ผู้เข้าเมืองโดยผิดกฎหมายจึงไม่ได้รับสิทธิประโยชน์ใดที่ผู้ย้ายถิ่นพึงได้รับ และไม่มีเหตุที่จะอ้างได้โดยชอบด้วยกฎหมายในอันที่จะอยู่ต่อไปในเขตอำนาจรัฐนั้น จึงต้องถูกผลักดันออกนอกประเทศ และอาจถูกตั้งข้อกล่าวหาเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองของประเทศนั้นๆ อีกด้วย

คำว่า ผู้เข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย มักจะถูกนำไปใช้รวมถึงบุคคลทุกประเภทที่อยู่ในรัฐหนึ่งโดยผิดกฎหมาย ปกติเป็นการกล่าวถึง โดยแฝงไว้ด้วยอคติมากกว่าความเห็นอกเห็นใจ บุคคลผู้เข้าเมืองโดยผิดกฎหมายและบุคคลประเภทต่างๆ ที่ต้องเกี่ยวข้องกับเคลื่อนย้ายข้ามพรมแดนที่ได้กล่าวมา มักถูกพลเมืองในประเทศนั้นมองด้วยความรังเกียจเคียดจัญท์หรือกังวลในสวัสดิภาพในชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินที่อาจเกิดจากการกระทำของบุคคลเหล่านั้น แต่แท้จริงแล้วคนเหล่านี้จำนวนมากเป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์ เป็นผู้แสวงหาที่ลี้ภัย เป็นผู้เข้ามาโดยการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นหรือเข้ามาเนื่องจากถูกจัดหาด้วยวิธีการที่ผิดกฎหมายอื่นๆ

จากที่กล่าวไปทั้งหมด ถ้อยคำที่มักจะทำให้เกิดความสับสนมากที่สุด คือ การค้ามนุษย์ และการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่น ทั้งสองคำนี้ถูกนำมาใช้ในสถานการณ์ปัจจุบันอย่างกว้างขวาง จึง

⁴⁰ อนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951

⁴¹ พิธีสารเพื่อต่อต้านการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นทางบก ทางทะเล และอากาศ, ข้อ 3 (b)

จำเป็นต้องแสดงให้เห็นความแตกต่างของทั้งสองอย่างชัดเจน เนื่องจากกรณีทั้งสองเป็นสถานการณ์ที่แตกต่างกันอย่างมาก แต่บ่อยครั้งถูกนำมาใช้อย่างสับสนปนเปกัน

4.3.2 ความแตกต่างระหว่างการค้ามนุษย์และการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่น

ทั้งสองกรณีเป็นความคิดที่ตามปกติถูกกระทำลง โดยองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ความคิดทั้งสองประเภทเหมือนกันที่การเคลื่อนย้ายบุคคลข้ามพรมแดน โดยผิดกฎหมายคนเข้าเมือง มีผู้กระทำความผิดที่เคลื่อนย้ายคน และมีบุคคลที่ถูกเคลื่อนย้าย ด้วยความเหมือนกันในข้อหลักๆ นี้ ที่ทำให้เกิดความสับสนระหว่างกระทำผิดทั้งสอง อันที่จริงแล้วทั้งสองกรณีมีข้อแตกต่างในลักษณะของการกระทำอยู่มาก ซึ่งการจำแนกความแตกต่างอาจทำได้โดยพิจารณาจากปัจจัยต่อไปนี้⁴²

4.3.2.1 ผู้เสียหายจากการกระทำความผิด ในความผิดฐานค้ามนุษย์ สามารถระบุตัวผู้เสียหายได้แน่นอน คือบุคคลที่ถูกนำมาแสวงหาประโยชน์ ปัจจุบันเห็นพ้องกันในทางระหว่างประเทศว่าบุคคลที่ถูกนำมาแสวงหาประโยชน์ในลักษณะใดคือผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์ คือ “...อย่างน้อยที่สุดให้รวมถึงการแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณีหรือแสวงหาประโยชน์ทางเพศในรูปแบบอื่น การบังคับใช้แรงงานหรือบริการ การเอาคนลงเป็นทาสหรือการกระทำอื่นเสมือนการเอาคนลงเป็นทาส การให้ตกอยู่ได้บังคับ หรือการตัดอวัยวะออกจากร่างกาย”⁴³ สาระสำคัญข้อนี้คือการค้ามนุษย์ เป็นความผิดอาญาที่กระทำลงต่อปัจเจกบุคคลโดยตรง จึงมีบุคคลผู้ที่ตกเป็นเหยื่ออย่างชัดเจน

การลักลอบขนผู้ย้ายถิ่น ตามปกติไม่ถือว่ามีผู้เสียหาย ผู้ลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นจะได้รับเงินค่าตอบแทน หรือมีการสัญญาว่าจะจ่ายเงิน โดยบุคคลที่ต้องการจะเดินทางจากประเทศหนึ่งเข้าสู่อีกประเทศ ซึ่งผู้ลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นจะจัดการอำนวยความสะดวกเพื่อการนั้น ดังนั้นบุคคลที่จะเดินทางจึงอยู่ในฐานะลูกค้า แต่สถานการณ์การลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นก็มีหลายระดับหรือหลายรูปแบบ เช่น ผู้ลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นอาจถือโอกาสเอาเปรียบบุคคลที่เดินทางนั้นด้วยการเรียกเงินค่าจ้างมากขึ้น หรือไม่อำนวยความสะดวกในการเดินทางเป็นไปด้วยความปลอดภัย หรือไม่จัดส่งให้ถึงสถานที่ที่ตกลงกันไว้ อย่างไรก็ตาม ผู้ลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นและผู้ต้องการย้ายถิ่นต่างมีข้อตกลงที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายต่อกัน เป็นความผิดอาญาที่กระทำต่อรัฐ รัฐจึงเป็นผู้เสียหาย

4.3.2.2 ปัญหาในเรื่องความยินยอม การค้ามนุษย์ในบางกรณี ดูเหมือนว่าเหยื่อยินยอม แต่ในความเป็นจริงไม่เป็นความยินยอมอย่างแท้จริงในเบื้องต้นผู้ที่ถูกค้ามักจะทำให้ความ

⁴² Brian Iselin and Melanie Adams, Distinguishing between Human Trafficking and People Smuggling (Bangkok: UN Office on Drugs and Crime, Regional Center for East Asia and the Pacific, 10 April 2003), pp. 5-8.

⁴³ โปรคตุ พิธีสารเพื่อป้องกัน ปราบปราม และการลงโทษการค้ามนุษย์ โดยเฉพาะผู้หญิงและเด็ก ข้อ 3

ตารางที่ 1 เปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างการค้ามนุษย์และการลักลอบขนผู้ขายน

ประเด็นพิจารณา	การค้ามนุษย์ (Human trafficking)	การลักลอบขนผู้ขายน (People smuggling)
1. คำนินยามในทางกฎหมาย	“การจัดหา การขนส่ง การส่งต่อ การจัดให้อยู่อาศัยหรือรับไว้ซึ่งบุคคล ด้วยวิธีการข่มขู่ หรือด้วยการใช้กำลัง หรือด้วยการบังคับในรูปแบบอื่นใด ด้วยการลักพาตัว ด้วยการล่อลวง ด้วยการใช้อำนาจที่เหนือกว่า หรือด้วยการใช้สถานะความอ่อนแอต่อภัยของบุคคล หรือมีการให้หรือรับเงินหรือผลประโยชน์อื่นเพื่อให้ได้ความยินยอมของบุคคลหนึ่งผู้มีอำนาจควบคุมอีกบุคคลหนึ่ง เพื่อความมุ่งประสงค์ในการแสวงหาประโยชน์...”	“การจัดหาให้ซึ่งการเข้าในรัฐภาคีโดยผิดกฎหมาย ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งไม่ใช่นิติบุคคลหรือผู้อยู่อาศัยโดยถาวรของรัฐนั้น เพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์ทางวัตถุอื่น ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม”
2. ผู้เสียหายจากการกระทำผิด	มีปัจเจกบุคคลเป็นผู้เสียหายโดยตรง	รัฐเป็นผู้เสียหาย
3. ปัญหาในเรื่องความยินยอม	ปราศจากความยินยอม	มีความยินยอมของผู้ต้องการย้ายถิ่น
4. เจตนาในการเคลื่อนย้าย	มีเจตนาพิเศษในการเคลื่อนย้ายเพื่อการแสวงหาประโยชน์จากเชื้อ	มีเจตนาเพียงแต่พาบุคคลข้ามพรมแดน
5. จุดหมายปลายทาง	เกิดขึ้นทั้งในระดับข้ามชาติ และภายในอาณาเขตของประเทศใดประเทศหนึ่ง มีจุดหมายปลายทางกำหนดไว้เป็นสถานที่แน่นอนสำหรับใช้ในการแสวงหาประโยชน์จากเชื้อ	เกิดขึ้นได้ในระดับข้ามชาติเท่านั้น มีจุดหมายปลายทางอย่างกว้างๆ คือประเทศที่ผู้ต้องการย้ายถิ่นมีความประสงค์จะลักลอบเข้าไป
6. การจัดหาและการล่อลวง	ต้องมีการจัดหา โดยใช้วิธีการต่างๆ เพื่อให้เหยื่อหลงเชื่อ	ไม่มีความจำเป็นต้องจัดหาหรือชักจูงบุคคล
7. ความสัมพันธ์ในทางการจ้าง	เหยื่ออยู่ในฐานะเหมือนสินค้า ไม่มีความสัมพันธ์ในทางการจ้างกับผู้ค้ามนุษย์	ผู้ต้องการย้ายถิ่นอยู่ในฐานะลูกค้า มีความสัมพันธ์ในทางการจ้างกับผู้กระทำความผิด
8. ลักษณะของบุคคลที่ถูกเคลื่อนย้าย	มีคุณสมบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็นที่ต้องการของนักค้ามนุษย์	เป็นผู้ต้องการย้ายถิ่นทั่วไป
9. ความรู้ถึงข้อเท็จจริงและการควบคุมตัว	นักค้ามนุษย์เป็นผู้ควบคุมวิธีการและกระบวนการเคลื่อนย้ายรวมทั้งมีอำนาจเหนือตัวเหยื่อ	ผู้ต้องการย้ายถิ่นรู้ถึงข้อเท็จจริงต่างๆ และสามารถตัดสินใจในสิ่งที่เกิดขึ้นกับตนได้
10. ผลกำไรจากการดำเนินการ	เกิดจากการแสวงหาประโยชน์ในทางใดทางหนึ่งจากตัวเหยื่อ	ได้รับผลประโยชน์โดยตรงจากเงินของผู้อยู่ที่ต้องการย้ายถิ่น
11. การใช้ความรุนแรง	มักใช้ความรุนแรงในการดำเนินการ	ตามปกติจะไม่ใช้ความรุนแรง
12. ถึงที่เกิดขึ้นเมื่อถึงที่หมาย	เหยื่อถูกยึดหนังสือเดินทางและถูกควบคุมตัวทันที	ผู้ลักลอบเข้าเมืองไม่ถูกควบคุมตัว โดยผู้ลักลอบขนผู้ขายน

ยินยอมในการย้ายถิ่นไปยังสถานที่ที่ได้รับการสัญญาว่าจะจัดให้ทำงาน แต่กลับถูกนำตัวไปแสวงหาประโยชน์ การแสดงความยินยอมดังกล่าวต้องถือว่าเป็นโมฆะ เพราะเจตจำนงในการเคลื่อนย้ายไม่ได้มีขึ้นเพื่อให้ตนถูกใช้แสวงหาประโยชน์ แต่เป็นการย้ายถิ่นเพื่อทำงาน หมายความว่า เมื่อบุคคลใดทำยที่สุดแล้วต้องตกอยู่ในสถานการณ์การแสวงหาประโยชน์จากการค้ามนุษย์ การให้ความยินยอมที่เกิดขึ้นในขณะที่ย้ายถิ่นย่อมเสียไปโดยการทำกลฉ้อฉล หรือด้วยการใช้วิธีต่างๆ ดังที่ได้กล่าวไว้ในพิธีสารเพื่อป้องกันปราบปราม และการลงโทษการค้ามนุษย์ฯ ข้อ 3 (a) แต่การลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นเกือบทุกกรณีเกิดขึ้นพร้อมกับความยินยอมของบุคคล เป็นความสมัครใจของผู้ต้องการย้ายถิ่นเพื่อให้ได้รับความสะดวกในการลักลอบเข้าประเทศ เช่น ในกรณีที่มีการตกลงกันเพื่อจัดให้มีการลักลอบพาผู้ต้องการย้ายถิ่นข้ามพรมแดน หมายความว่า ผู้ต้องการย้ายถิ่นนั้นยอมให้ความยินยอมในอันที่จะยังให้ตนถูกพาข้ามพรมแดน โดยวิธีการที่ตกลงกัน

4.3.2.3 วัตถุประสงค์ของการเคลื่อนย้าย ทั้งสองกรณีต่างเกี่ยวข้องกับการเคลื่อนย้ายคนแต่มีวัตถุประสงค์ต่างกัน ในการค้ามนุษย์วัตถุประสงค์ในการเคลื่อนย้ายคนมีเจตนาพิเศษเพื่อการแสวงหาประโยชน์ เจตนาพิเศษนี้มีมาตั้งแต่เริ่มแรกและเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์ คือ เพื่อใช้ประโยชน์จากบุคคลและรับไว้ซึ่งผลกำไรหรือผลประโยชน์จากการใช้ประโยชน์นั้น ดังนั้น การค้ามนุษย์จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาประโยชน์ แต่การลักลอบขนผู้ย้ายถิ่น วัตถุประสงค์ของการเคลื่อนย้ายคนเป็นไปตามข้อตกลงของผู้ต้องการย้ายถิ่นกับผู้รับจ้างขนผู้ย้ายถิ่น ซึ่งปกติเป็นการลักลอบพาข้ามพรมแดนระหว่างประเทศ ดังนั้นเจตนาที่มีมาตั้งแต่ต้นจึงไม่ใช่เจตนาพิเศษเพื่อการควบคุมผู้ย้ายถิ่น หรือการข่มขู่ หรือการแสวงหาประโยชน์โดยประการใดๆ แต่เป็นเจตนาธรรมดาในการขนย้ายคนเพื่อพาข้ามพรมแดนเท่านั้น

4.3.2.4 จุดหมายปลายทาง การค้ามนุษย์อาจเกิดขึ้นได้ทั้งในระดับสากล และระดับประเทศ และหลังจากมีการเคลื่อนย้ายแล้วเหยื่อจะถูกควบคุมตัวต่อไปยังสถานที่ที่แน่นอนสำหรับใช้แสวงหาประโยชน์จากบุคคลเหล่านั้น เช่น ช่องโสเภณี บาร์เหล้า โรงงานเหมืองแร่ เป็นต้น แต่การลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นเกิดขึ้นได้กรณีเดียว คือในระดับสากล โดยมีวัตถุประสงค์เดียว คือพาผู้ต้องการย้ายถิ่นเข้าไปยังรัฐอื่นซึ่งบุคคลเหล่านั้นไม่มีสิทธิโดยชอบที่จะอยู่อาศัย ดังนั้นหน้าที่ของผู้รับจ้างขนผู้ย้ายถิ่นตามปกติจึงมีเพียงแต่การพาข้ามพรมแดน หลังจากนั้นก็เป็นเรื่องของผู้ต้องการย้ายถิ่นในการคืนรนแสวงหาจุดหมายปลายทางสุดท้ายที่ต้องการด้วยตัวเอง จึงกล่าวได้ว่าจุดหมายปลายทางในการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่น คือ ประเทศที่ผู้ต้องการย้ายถิ่นมีความประสงค์จะเข้าไป

4.3.2.5 การจัดหาและการล่อลวง ผู้จัดหาในการค้ามนุษย์ (Recruiter) เป็นคนที่ติดต่อเบื้องต้นเพื่อแสวงหาตัวบุคคลที่ตรงตามวัตถุประสงค์การใช้งาน เช่น เด็กพิการเพื่อนำตัวไปขอกทาน หรือหญิงสาวเพื่อส่งช่องโสเภณี ผู้จัดหามักเป็นผู้เริ่มต้นติดต่อโดยมีเจตนาหลอกลวง หรือบังคับขู่เข็ญให้บุคคลเหล่านี้เคลื่อนย้ายไปยังจุดหมายเพื่อนำไปแสวงหาประโยชน์ แต่การลักลอบ

คนผู้ย้ายถิ่นมักอยู่ในลักษณะของผู้ดำเนินการมากกว่าที่จะเป็นผู้จัดหา การดำเนินงานเป็นการ โฆษณาการให้บริการ หรือชักชวนให้ทำข้อตกลง ซึ่งเป็นจุดที่แตกต่างอย่างมากจากการค้ามนุษย์ ที่ต้องแสวงหาเหยื่อตามที่ต้องการและล่อลวงบุคคลเหล่านั้นไป ผู้ลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นเพียงแค่อให้ ผู้ต้องการย้ายถิ่นเข้ามาติดต่อกขอใช้บริการเอง เช่น ขบวนการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นของจีน ที่เรียกกัน ว่า “Snakehead” เป็นที่รู้จักกันว่ามีความสามารถพาตัวบุคคลเข้าสู่จุดหมายปลายทางได้สำเร็จและ ปลอดภัย Snakehead กลายเป็นที่รู้จักในระดับท้องถิ่นและแทบจะไม่มีใครจำเป็นต้องชักจูง บุคคลใดมาเพื่อให้ย้ายถิ่น ในทางปฏิบัติการกระทำเช่นนี้อาจส่งผลกระทบต่อธุรกิจมากกว่าที่จะเป็น ผลดี ด้วยเหตุนี้ ผู้ลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นจึงมักจะเป็นฝ่ายที่ได้รับการติดต่อให้ดำเนินการมากกว่า

4.3.2.6 ความสัมพันธ์ในทางการจ้าง ในการค้ามนุษย์ ความสัมพันธ์ในทางการจ้าง เกิดขึ้นระหว่างผู้จัดหา นายหน้า หรือนักค้ามนุษย์ กับผู้ต้องการแสวงหาประโยชน์จากเหยื่อของ การค้ามนุษย์ อาทิ เจ้าของช่องหรือเจ้าของโรงงาน จนถึงเจ้าของบ้านที่ต้องการใช้แรงงานใน คราวเรือน เหยื่ออยู่ในฐานะสินค้าและไม่ถือว่าเป็นส่วนในความสัมพันธ์นี้ ส่วนในการลักลอบขนผู้ย้าย ถิ่นเป็นการขายและซื้อบริการเพื่อลักลอบพาข้ามพรมแดน งานของผู้ลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นคือการ จัดการให้บุคคลข้ามพรมแดน และบุคคลที่ประสงค์จะลักลอบข้ามพรมแดนนั้นตกลงที่จะจ่ายเงิน เพื่อการนั้น ด้วยเหตุนี้ ผู้ประสงค์จะย้ายถิ่นนี้จึงอยู่ในฐานะลูกค้า หรือผู้ว่าจ้างของผู้ลักลอบขนผู้ย้าย ถิ่น จึงสามารถสรุปได้ว่า ความสัมพันธ์ในทางการจ้างเกิดขึ้นระหว่างผู้ลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นและผู้ ประสงค์จะย้ายถิ่น บุคคลที่จะถูกพาเคลื่อนย้ายข้ามพรมแดนจึงเป็นส่วนหนึ่งของความสัมพันธ์นี้

4.3.2.7 ลักษณะของบุคคลผู้ถูกพาเคลื่อนย้าย บุคคลที่ใช้บริการของผู้ลักลอบขนผู้ ย้ายถิ่นอาจกำลังหลบหนีจากการถูกดำเนินคดี หรืออาจมีเจตนาขอผู้ลี้ภัย หรืออาจเป็นผู้ย้ายถิ่น โดยมี จุดประสงค์ในการทำงาน ตามปกติผู้ลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นจะจัดให้มีการเคลื่อนย้ายคนตามที่ได้รับ ว่าจ้าง และไม่สนใจในรูปพรรณของบุคคลเหล่านั้น ในขณะที่เหยื่อของการค้ามนุษย์มักมีคุณสมบัติ เป็นที่ต้องการของนักค้ามนุษย์ ที่จะนำไปใช้แสวงหาประโยชน์ เช่น เป็นผู้หญิงหรือเด็กที่มีหน้าตาดี เป็นผู้ชายมีร่างกายแข็งแรง หรืออยู่ในช่วงอายุที่สามารถทำงานหนักได้ แต่ทั้งนี้เหยื่อก็มักจะมี ลักษณะบางประการที่ทำให้ถูกล่อลวงได้ง่าย อาจจะเป็นความยากจนหรือความเขลาเบาปัญญา ดังนั้น ในการค้ามนุษย์ลักษณะรูปพรรณสัณฐานของเหยื่อจึงมีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรง

4.3.2.8 ความรู้ถึงข้อเท็จจริงและการควบคุมตัว นักค้ามนุษย์เป็นผู้ที่ทราบถึง วิธีการและกระบวนการเคลื่อนย้ายรวมทั้งมีอำนาจควบคุมตัวเหยื่อ หลังจากที่ได้เดินทางไปกับนัก ค้ามนุษย์แล้วเหยื่อจะพบว่าตนเองปราศจากอำนาจตัดสินใจ และไม่มีอำนาจต่อรองใดๆ แต่กรณี การลักลอบขนผู้ย้ายถิ่น ผู้ต้องการย้ายถิ่นรู้ถึงข้อเท็จจริงต่างๆ และสามารถตัดสินใจในสิ่งที่เกิดขึ้น กับตนได้ ตามปกติผู้ต้องการย้ายถิ่นจะมีจุดหมายปลายทางอยู่แล้ว หลังจากนั้นจึงเจรจาต่อรอง กับผู้ให้บริการ หลังจากที่ได้ข้อตกลงกัน ผู้ต้องการย้ายถิ่นก็ยังสามารถเปลี่ยนแปลงการตัดสินใจ

ของตนได้ตลอดเวลา แม้ว่าผู้ให้บริการจะไม่คืนเงินที่ได้จ่ายไปแล้ว ตรงกันข้ามกับกรณีการค้ามนุษย์ ผู้ต้องการเข้าเมืองมักจะเป็นผู้เลือกและตัดสินใจในเรื่องต่างๆ เองหลังจากที่ลักลอบเข้าประเทศแล้ว ผู้ลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นเองก็ไม่มีเจตนาในการควบคุมตัวผู้ต้องการย้ายถิ่น เวลาเดียวที่จะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมคือ ขั้นตอนการลักลอบขนย้ายข้ามพรมแดน

4.3.2.9 ผลกำไรจากการดำเนินการ การค้ามนุษย์ สร้างผลกำไรตลอดกระบวนการ ในขั้นผู้จัดหาและนายหน้าระดับต้น รายได้เกิดขึ้นโดยตรงจากการขายผู้ที่ตกเป็นเหยื่อ แต่สิ่งที่สร้างผลกำไรมากที่สุดในการค้ามนุษย์ คือ การแสวงหาประโยชน์จากเหยื่อ รายได้ส่วนนี้กระตุ้นให้เกิดการจัดหาเหยื่อจากการค้ามนุษย์ขึ้น ต่อมาผู้ค้ามนุษย์รายหลังก็จะเก็บเกี่ยวผลประโยชน์ให้คุ้มค่าที่สุดจากเงินที่ได้ลงทุนไป เช่น ในการบังคับค้าประเวณี เหยื่อจะไม่ได้เงินจากลูกค้าที่มาซื้อบริการ และหากเกิดค่าใช้จ่ายอื่นๆ ขึ้น เช่น ค่าใช้จ่ายในการทำแท้ง หรือทำศัลยกรรม จะถูกคำนวณรวมเข้าไว้เป็นต้นทุนในการจัดหาซึ่งเหยื่อก็คงต้องแบกรับภาระนี้ แต่รายได้ในการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นได้มาจากเงินที่ผู้ต้องการย้ายถิ่นจ่ายให้ ปริมาณผลกำไรขึ้นอยู่กับความตัดสินใจของผู้ลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นจากการตกลงกัน ในการกำหนดราคาค่าบริการ ผู้ลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นจะบวกค่าใช้จ่ายสำหรับการขนส่ง การตัดสินใจบนเจ้าหน้าที่ การปลอมแปลงเอกสาร รวมทั้งส่วนต่างๆ ที่เป็นผลกำไร

4.3.2.10 การใช้ความรุนแรง การค้ามนุษย์เป็นอาชญากรรมที่ใช้ความรุนแรง ส่วนการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นเป็นเพียงความผิดเกี่ยวกับคนเข้าเมือง ความรุนแรงเป็นส่วนสำคัญอย่างยิ่งในกระบวนการค้ามนุษย์ เนื่องจากจำเป็นต้องควบคุมให้เหยื่อยอมจำนน การใช้ความรุนแรงรวมถึงการริดรอนเสรีภาพ ทำให้ทั้งโลกมองว่าการค้ามนุษย์เป็นอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติร้ายแรงที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างรุนแรงมากที่สุดประเภทหนึ่ง ในขณะที่การลักลอบขนผู้ย้ายถิ่น แทบจะไม่มีการใช้ความรุนแรงเลย ผู้กระทำผิดได้เงินจากการจ้างให้ขนย้ายข้ามพรมแดน จึงไม่มีเหตุผลใดที่จะทำร้ายผู้ต้องการย้ายถิ่น เว้นแต่กรณีที่ไม่จ่ายเงินตามที่ตกลงกันไว้ ด้วยเหตุนี้ การลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นจึงไม่อาจจัดว่าเป็นอาชญากรรมที่ใช้ความรุนแรง และไม่เกี่ยวกับการรอนเสรีภาพของบุคคล

4.3.2.11 สิ่งที่เกิดขึ้นเมื่อถึงที่หมาย เมื่อถึงปลายทางเหยื่อของการค้ามนุษย์จะถูกขายต่อหรือนำตัวไปใช้แรงงานในโรงงานอุตสาหกรรมและถูกควบคุมตัวต่อโดยนักค้ามนุษย์ในลำดับต่อไป เหยื่อไม่สามารถควบคุมสถานการณ์หรือกำหนดสถานที่ที่ไปต่อได้ ทุกอย่างถูกจำกัดโดยเด็ดขาด ตามปกติเหยื่อจะถูกจำกัดบริเวณเฉพาะในสถานที่ทำงาน และถูกขีดเอกสารการเดินทางไว้ แต่ผู้ใช้บริการการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นเป็นอิสระทันทีที่เดินทางถึงที่หมายและเป็นผู้กำหนดที่หมายต่อไปด้วยตนเอง ผู้จัดการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นอาจจัดให้มีการบริการอย่างอื่นด้วย เช่น จัดหาที่พัก หรือสถานที่ทำงาน แต่หลังจากที่ได้ชำระเงินค่าพาข้ามพรมแดนมาแล้ว ผู้ย้ายถิ่นก็ไม่มีพันธะใดๆ ต่อผู้ลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นอีก และหากต้องการใช้บริการเรื่องที่พัก หรือสถานที่ทำงาน ก็จะต้องจ่ายเงินเพิ่มจากปกติ แต่ตามปกติผู้ย้ายถิ่นมักมีที่หมายอยู่แล้ว ส่วนใหญ่จะแฝงตัว

กลมกลืนไปกับประชากรในประเทศนั้น ดังนั้นเมื่อถึงที่หมายปลายทาง จะถูกจำกัดโดยสถานะของผู้เข้าเมือง โดยผิดกฎหมายของคนเท่านั้น

4.3.3 ความเกี่ยวพันระหว่างพิธีสารเพื่อป้องกัน ปราบปราม และลงโทษการค้ามนุษย์ โดยเฉพาะผู้หญิงและเด็ก และพิธีสารเพื่อต่อต้านการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นทางบก ทะเล และอากาศ

ความมุ่งประสงค์ของพิธีสารเพื่อต่อต้านการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นทางบก ทะเล และอากาศ คือเพื่อป้องกันและต่อต้านการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่น รวมทั้งส่งเสริมความร่วมมือระหว่างรัฐภาคี และมุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้ย้ายถิ่นที่ถูกลักลอบขนด้วย⁴⁴ โครงสร้างของพิธีสารนี้คล้ายคลึงกับพิธีสารเพื่อป้องกัน ปราบปราม และลงโทษการค้ามนุษย์ แต่มีขอบเขตการบังคับใช้จำกัดอยู่ในความผิดฐานลักลอบขนผู้ย้ายถิ่น ที่มีลักษณะข้ามชาติและเกี่ยวข้องกับองค์การอาชญากรรม⁴⁵ รัฐภาคีจะต้องออกมาตรการทางกฎหมายเพื่อให้การลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นและความผิดอื่นที่เกี่ยวข้อง คือ การทำปลอม การให้ได้มา การจัดหาให้ หรือการครอบครองซึ่งเอกสารการเดินทางหรือเอกสารแสดงตนเป็นความผิดอาญา⁴⁶ พิธีสารยังได้รวมเอารายละเอียดการป้องกันและปราบปรามการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นทางทะเลตามกฎหมายทะเลระหว่างประเทศ ให้อำนาจรัฐภาคีดำเนินมาตรการที่เหมาะสมต่อเรือที่ลักลอบหรือเกี่ยวข้องกับการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่น⁴⁷ สิ่งสำคัญคือรัฐภาคีดังกล่าวจะต้องแน่ใจในความปลอดภัยและการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมต่อบุคคลบนเรือ⁴⁸

ตรงกันข้ามกับพิธีสารเพื่อป้องกัน ปราบปราม และลงโทษการค้ามนุษย์ รัฐภาคีของพิธีสารเพื่อต่อต้านการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่น ไม่จำเป็นต้องพิจารณารับเอามาตรการทางกฎหมายหรือมาตรการอื่นใด ที่อนุญาตให้ผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์อยู่ในดินแดนของตนได้ชั่วคราวหรือตลอดไป รัฐภาคีจะต้องอำนวยความสะดวกและยอมรับ โดยปราศจากความล่าช้าซึ่งไม่มีเหตุอันควรในการส่งผู้ย้ายถิ่นที่ถูกลักลอบขนกลับคืน ซึ่งบุคคลเช่นว่านั้นเป็นคนชาติหรือซึ่งมีสิทธิในการอยู่อาศัยอย่างถาวรในดินแดนของตนในขณะคืนตัว⁴⁹ ทันททีที่ความเป็นคนชาติหรือสิทธิในการอยู่อาศัยอย่างถาวรนั้นได้รับการพิสูจน์

พิธีสารนี้ไม่มีข้อกำหนดสำหรับทั้งรัฐภาคีที่เป็นต้นทาง และรัฐภาคีผู้รับที่จะต้องรับผิดชอบเรื่องความปลอดภัยของผู้ย้ายถิ่นที่ถูกลักลอบขนในการส่งบุคคลเหล่านั้นกลับคืน ทั้งที่

⁴⁴ พิธีสารเพื่อต่อต้านการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นทางบก ทะเล และทางอากาศ, ข้อ 2

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 4

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 6

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 7 ถึงข้อ 9

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 9 วรรคแรก (a)

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 18 วรรคแรก

เรื่องนี้เป็นเรื่องที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรม ทำให้ผู้ที่ถูกส่งกลับคืนเสี่ยงที่จะได้รับอันตรายจากอาชญากร เช่น การฆ่าปิดปาก มีข้อสังเกตว่า ถึงแม้ในข้อ 18 วรรคห้าจะกำหนดให้รัฐภาคีแต่ละรัฐที่เกี่ยวข้องกับการส่งคืนบุคคลจะต้องดำเนินมาตรการต่างๆ ที่เหมาะสมในการส่งคืนบุคคลในลักษณะที่เป็นระบบและโดยคำนึงอย่างยิ่งถึงความปลอดภัยและเกียรติภูมิของบุคคล แต่ “ความปลอดภัยและเกียรติภูมิ” ตามบทบัญญัติในข้อนี้หมายถึงเฉพาะในขั้นตอนต่างๆ ของกระบวนการส่งกลับคืนเท่านั้น ไม่รวมถึงชะตากรรมที่บุคคลจะต้องเผชิญหลังจากนั้น⁵⁰ นอกจากนั้นยังไม่มียกเว้นที่กำหนดให้รัฐภาคีจะต้องจัดให้ผู้ย้ายถิ่นที่ถูกลักลอบขนได้รับได้รับการปกป้องเป็นพิเศษในเรื่องความปลอดภัยส่วนบุคคล และการดูแลทั้งทางร่างกายและจิตใจ รวมทั้งไม่มีการกล่าวถึงการดำเนินกระบวนการต่อผู้กระทำผิด ถึงแม้ว่าตามอนุสัญญาปี 2000 จะแยกแนวคิดในเรื่องการค้ามนุษย์และการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นออกเป็นพิธีสารฉบับต่างหากจากกัน แต่ก็ยังคงมีความยากลำบากและข้อโต้แย้งกันอยู่ในประเด็นทั้งสองตามพิธีสารดังกล่าว ปัญหาที่เกิดขึ้น⁵¹ ได้แก่

1) จากเนื้อหาสาระของพิธีสารทั้งสอง ประเด็นเรื่องการค้ามนุษย์มีค่าใช้จ่ายในการดำเนินการที่สูงกว่าทั้งยังมีการกำหนดหน้าที่ของรัฐภาคีไว้มากกว่าเรื่องการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นมาก เป็นเหตุให้ประเทศต่างๆ อาจเลือกที่จะให้สัตยาบันในพิธีสารเพียงฉบับเดียวมากกว่า และเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองหรือรัฐเจ้าหน้าที่บริเวณชายแดนที่เกี่ยวข้องมักจะระบุว่าผู้ที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย เป็นผู้ย้ายถิ่นที่ถูกลักลอบขนมากกว่าที่จะระบุว่าคนเหล่านั้นเป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์

2) การให้คำนิยามของการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นในลักษณะกว้าง ทำให้สามารถตีความรวมถึงทุกกรณีที่บุคคล ได้รับการจัดให้เข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย และการเข้าเมืองในทำนองเช่นว่านี้เป็นลักษณะของทั้งการค้ามนุษย์ และการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่น เหยื่อของการค้ามนุษย์จำนวนมากถูกตั้งข้อสันนิษฐานไว้ก่อนโดยเจ้าหน้าที่รัฐว่าเป็นผู้ลักลอบเข้าเมือง ทั้งที่ในขณะที่ข้ามพรมแดนมานั้นมีการดำเนินการที่ถูกต้องตามกฎหมาย ถึงแม้ข้อพิจารณาอะไรคือการค้ามนุษย์ และอะไรคือการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นบางอย่างจะชัดเจน เช่น ความรุนแรง หรือการนำไปแสวงหาประโยชน์ แต่กระนั้น หลายๆ กรณีเป็นเรื่องยากในการพิสูจน์โดยปราศจากการสอบสวนในเชิงรุก

3) มีหลายกรณีที่ผู้ย้ายถิ่นเริ่มต้นเดินทางข้ามพรมแดนมาโดยการใช้บริการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่น ดังนี้ บุคคลนั้นมีสถานภาพเป็นผู้ย้ายถิ่นที่ถูกลักลอบขน จากนั้นบุคคลเดียวกันนี้จึงตกอยู่ในสถานการณ์ของการค้ามนุษย์ในภายหลังจากการพาข้ามพรมแดนสำเร็จ สถานภาพของตัว

⁵⁰ Asia Pacific Forum of National Human Rights Institution, “Consideration of the issue of trafficking-background paper,” New Delhi, 11-12 November 2002, p. 57.

⁵¹ Ibid, pp. 57- 58

บุคคลอาจไม่ชัดเจน และพิธีสารทั้งสองไม่มีบทบัญญัติใด ที่สร้างความกระจ่างในประเด็นความ เกี่ยวข้องระหว่างการค้ามนุษย์และการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นนี้ได้ ภายใต้หลักเกณฑ์ของพิธีสาร ทั้ง สองฉบับรัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องมีมาตรการควบคุมกระบวนการกำหนดสถานะของผู้ย้ายถิ่น เพื่อ เชื้อ ของการค้ามนุษย์จะได้รับการปฏิบัติ และปกป้องคุ้มครองดีกว่าผู้ย้ายถิ่นที่ถูกลักลอบขน แต่รัฐภาคี ที่เป็นประเทศปลายทางเท่านั้นสามารถตัดสินใจว่าใครคือเหยื่อของการค้ามนุษย์ และใครคือผู้ย้ายถิ่น ที่ถูกลักลอบขน ในขณะที่รัฐภาคีแต่ละรัฐมีอำนาจเต็มที่ในการตัดสินใจ เช่นว่า การให้ความปกป้อง คุ้มครองต่อบุคคลในฐานะผู้ย้ายถิ่นที่ถูกลักลอบขนจึงดูเหมือนจะถูกจำกัดอยู่มากในทางปฏิบัติ

4.4 การกำหนดค่านิยมขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติตามอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้าน อาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000

การอยู่ร่วมกันของกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร มักมีลักษณะเป็นขบวนการมี การจัดการเป็นระบบ บ่อยครั้งพบว่าองค์กรอาชญากรรมมีการดำเนินกิจการที่ถูกต้องตามกฎหมาย บังหน้าควบคุมไปด้วยโดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่ออำนวยความสะดวกและสนับสนุนกิจการใต้ดิน มี การบริหารงานโดยผู้ที่มีความรู้ความสามารถ ทำให้องค์กรอาชญากรรมสามารถพัฒนารูปแบบของ การประกอบอาชญากรรมได้มีประสิทธิภาพ จนกระทั่งมีการขยายการดำเนินงานสู่ระดับสากล มี การติดต่อและประสานงานระหว่างองค์กรอาชญากรรมตลอดจนแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารและ ความต้องการทางตลาด คือ องค์กรอาชญากรรมได้พัฒนาจนมีลักษณะข้ามชาตินั้นเอง

4.4.1 ความหมายขององค์กรอาชญากรรม

ก่อนปี ค.ศ. 2000 มีการให้ความหมาย ว่าองค์กรอาชญากรรมไว้มากมายทั้งคำ นิยามตามกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ และค่านิยมที่ใช้ในการปฏิบัติงานของหน่วยงานทั้ง ในประเทศและสากล คำนิยามที่แตกต่างกันทำให้เกิดความสับสนและความไม่เข้าใจที่ตรงกันใน วงการผู้บังคับใช้กฎหมาย ก่อให้เกิดเป็นอุปสรรคในการปราบปรามองค์กรอาชญากรรม โดยเฉพาะ ในด้านความร่วมมือระหว่างประเทศ นักวิชาการหน่วยงานต่างๆ ตลอดจนองค์กรที่เกี่ยวข้องได้ให้ ความหมายขององค์กรอาชญากรรมไว้หลากหลายตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันดังต่อไปนี้

1) การให้ความหมายขององค์กรอาชญากรรมในประเทศสหรัฐอเมริกา

(1) *Alfred R. Lindesmith* องค์กรอาชญากรรม หมายความว่า อาชญากรรมที่ เกี่ยวข้องกับความร่วมมือกันระหว่างบุคคลที่แตกต่างกันหลายคนหรือหลายกลุ่มเพื่อประสบ ความสำเร็จในการปฏิบัติงาน โดยปกติจะเป็นอาชญากรรมโดยอาชีพ ในความหมายอย่างกว้างโลก ของอาชญากรทั้งหมดอาจเรียกได้โดยรวมว่าเป็นองค์กรๆ หนึ่งซึ่งจะแยกตัวออกจากสังคม ปกติ มีมาตรฐาน ทศนคติและองค์ความคิดของสมาชิกโดยรวมเป็นของตนเอง มีการปฏิบัติที่ไม่

รูปแบบแน่นอน แต่ทรงประสิทธิภาพและต้องการความร่วมมือจากสังคมปกติทั้งในทางการกระทำ และงดเว้นการกระทำ เพื่อดำเนินกิจการที่ผิดกฎหมาย เช่น การให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจ⁵²

(2) *Jay Albanese* ได้ชี้ให้เห็นว่าในงานเขียนต่างๆ ที่กล่าวถึงอาชญากรรม ผู้ประพันธ์ต่างมีความเห็นร่วมกันว่า องค์กรอาชญากรรมมีการทำงานในลักษณะของการ ประกอบกิจการต่อเนื่อง เพื่อให้เกิดผลกำไรโดยวิธีการที่ผิดกฎหมาย มีการใช้กำลังบังคับหรือขู่ เชื้อตลอดจนการตัดสินใจสินบนเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อเป็นการประกันการดำรงอยู่ขององค์กร นอกจากนี้ยังมีความเห็นร่วมกันอีกว่า องค์กรอาชญากรรมมีแนวโน้มที่จะจำกัดอยู่ในวงการ ให้บริการหรือสินค้าที่ผิดกฎหมาย ซึ่งเป็นความต้องการของผู้คนในสังคม *Albanese* สรุปคำจำกัด ความขององค์กรอาชญากรรม ตามความเห็นต่างๆ ในรอบ 15 ปี ว่า “องค์กรอาชญากรรมเป็นกิจการ ที่มีการดำเนินการอย่างต่อเนื่อง มีการแบ่งงานกันทำเพื่อให้เกิดกำไรจากการประกอบกิจการที่ผิด กฎหมาย ซึ่งจะเกี่ยวข้องกับความต้องการของสาธารณชน องค์กรอาชญากรรมสามารถดำรงอยู่ได้ โดยการใช้กำลัง ความรุนแรง การข่มขู่ และหรือการตัดสินใจสินบนเจ้าหน้าที่ของรัฐ”⁵³

(3) *Howard Abadinsky* องค์กรอาชญากรรม เป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับบุคคล จำนวนมากในวงสังคมที่จำกัด ได้รับการจัดตั้งในลักษณะองค์กร โดยการแบ่งลำดับชั้นบังคับบัญชา อย่างน้อย 3 ระดับ เพื่อวัตถุประสงค์ในการได้มาซึ่งผลกำไรและอำนาจโดยกิจการที่ผิดกฎหมาย และไม่ผิดกฎหมาย มักจะมีการจัดตำแหน่งในสายบังคับบัญชาโดยพื้นฐานของระบบเครือข่ายหรือ มิตรภาพ หรืออาจจะมอบหมายให้โดยคำนึงถึงความสามารถและความชำนาญหากเป็นตำแหน่งที่ เกี่ยวกับงานเฉพาะด้าน ตำแหน่งต่างๆ มักจะไม่ติดตัวบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยตลอด ผู้ที่ดำรง ตำแหน่งที่สำคัญและอยู่ในตำแหน่งอย่างถาวรมักจะได้แก่สมาชิกที่มีความจงรักภักดีต่อองค์กร อย่างมาก องค์กรอาชญากรรมจะไม่ปฏิบัติตามการแข่งขันในเชิงธุรกิจ แต่จะพยายามเข้าผูกขาดใน พื้นฐานการผลิตและกิจการต่างๆ และจะใช้ความรุนแรงและหรือการตัดสินใจสินบนเพื่อบรรลุเป้าหมาย และรักษาระเบียบบนวินัยของกลุ่ม ผู้ที่เป็นสมาชิกจริงๆ จะมีจำนวนจำกัด แต่อาจมีผู้ที่ไม่ใช่สมาชิกเข้า มามีส่วนเกี่ยวข้องได้ และอาจกลายเป็นสมาชิกขององค์กรในที่สุด องค์กรอาชญากรรมมี กฎระเบียบที่เคร่งครัดชัดเจนทั้งทางวาจาและที่เป็นลายลักษณ์อักษร มีการบังคับใช้กฎเหล่านั้น ตลอดจนมีการลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนกฎสูงสุดถึงขั้นประหารชีวิต⁵⁴

(4) *Finckenauer and Voronin* อาชญากรรมที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร คือ อาชญากรรมที่กระทำโดยองค์กรอาชญากรรม ที่การดำรงอยู่ขององค์กรมีความต่อเนื่องทั้งในด้าน

⁵² Alfred R. Lindesmith, “Organized Crime”, *The Annals of The American Academy of Political and Social Science* Vol. 217 (September 1941): 119.

⁵³ Jay Albanese, *Organized Crime in America* 2nd ed. (Cincinnati, Ohio, 1989), pp 4-5.

⁵⁴ Abadinsky, Howard, *Organized Crime* 4th ed. (Chicago, 1994), p. 6.

เวลาและการประกอบอาชญากรรม และใช้ความรุนแรงอย่างเป็นระบบและการทุจริตของเจ้าหน้าที่รัฐเพื่ออำนวยความสะดวกในการประกอบกิจกรรมที่ผิดกฎหมาย องค์การอาชญากรรมเหล่านี้สามารถก่อให้เกิดความเสียหายแก่ระบบเศรษฐกิจและสังคมโดยรวม และแก้ไขตัว ร่างกาย จิตใจ และทรัพย์สินของปัจเจกบุคคล⁵⁵

(5) *U.S. Attorney General 1959* ให้คำจำกัดความของ Syndicate Crime ว่าเป็นกลุ่มที่มีลักษณะส่วนใหญ่⁵⁶ ดังต่อไปนี้

- (ก) มีสมาชิกจำนวนมาก
- (ข) มีผลประโยชน์ตอบแทนจากการดำเนินการสูง
- (ค) ดำเนินการระหว่างมลรัฐเกี่ยวข้องกับภูมิภาคส่วนใหญ่ของประเทศ
- (ง) ดำเนินการในแนวตั้งหลายระดับ เช่น มีผู้จัดหา ผู้ผลิต ผู้ขายส่งและผู้ขายปลีก และสมาชิกในระดับต่างๆที่ไม่ได้มีการประสานงานติดต่อกัน มักจะไม่รู้จักสมาชิกในระดับอื่นๆ
- (จ) ผลประโยชน์และการบริหารจัดการส่วนใหญ่ แบ่งออกจากการปฏิบัติการโดยมีหัวหน้าระดับสูงเป็นผู้บริหารอยู่เบื้องหลังในฐานะเป็นผู้สมคบ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน
- (ฉ) สมาชิกขององค์กรมักจะเกี่ยวข้องกับกิจกรรมผิดกฎหมายมากกว่าหนึ่งอย่าง
- (ช) สมาชิกขององค์กรมักจะเกี่ยวข้องกับการประกอบอาชญากรรมอย่างเดียวกันหรือคล้ายๆ กันและถือว่าเป็นแหล่งรายได้หลัก

(6) *California Control of Profits of Organized Crime Act* องค์การอาชญากรรมหมายถึง อาชญากรรมที่มีลักษณะของการสมรู้ร่วมคิด การจัดตั้งในลักษณะขององค์กรซึ่งจัดหาสินค้าและบริการที่ผิดกฎหมาย เช่น ยาเสพติด การค้าประเวณี การให้กู้ยืมเงินนอกระบบ การพนัน และสื่อลามกต่างๆ หรือโดยการวางแผนหรือความร่วมมือของปัจเจกบุคคล เพื่อดำเนินกิจการที่ผิดกฎหมายทั้งการวางเพลิงเพื่อผลประโยชน์ การจี๋เครื่องบิน การฉ้อโกงประกันภัย การลักลอบนำเข้าสินค้า ขโมยชิ้นส่วนรถยนต์ และการฉ้อโกงเจ้าหน้าที่⁵⁷

2) การให้ความหมายขององค์การอาชญากรรมในประเทศอื่น

(1) *ออสเตรเลีย: Queensland Crime Commission and Queensland Police Service* พระราชบัญญัติว่าด้วยอำนาจและความรับผิดชอบของตำรวจ ค.ศ.1997 (Police Power and

⁵⁵ James O. Finckenauer and Yuri A. Voronin, *The Threat of Russian Organized Crime* (Washington D.C.: National Institute of Justice, 2001), p. 2.

⁵⁶ Earl Johnson, "Organized Crime: Challenge to the American Legal System," *Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science* Vol. 53 (4) (December 1962): 401.

⁵⁷ California Control of Profits of Organized Crime Act 1982, Penal Code Part 1, Title 7, 21; 186.

Responsibilities Act 1997) ได้ให้คำจำกัดความของ องค์การอาชญากรรมไว้ดังนี้ “กิจการที่ผิดกฎหมาย มีการดำเนินการอย่างเป็นระบบเพื่อกระทำความผิดอุกฉกรรจ์ และมีบุคคลจำนวนมากเข้ามาเกี่ยวข้อง รวมทั้งมีแผนงานที่แน่นอนและการจัดการในลักษณะขององค์กร” Crime Commission Act อธิบายลักษณะขององค์การอาชญากรรมไว้ว่าเป็นอาชญากรรม เกี่ยวข้องกับคดีความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ที่มีบทลงโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 7 ปี มีการกระทำความผิดของบุคคลสองคนขึ้นไป มีการวางแผนงานที่แน่นอนและมีการดำเนินกิจกรรมเป็นระบบหรือเป็นองค์กรอย่างต่อเนื่อง เพื่อวัตถุประสงค์ในการได้รับผลกำไร อำนาจหรืออิทธิพล⁵⁸

(3) เยอรมนี: *Bundeskriminalamt (Federal Criminal Investigation Office)* อาชญากรรมที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร คือ การกระทำความผิดทางอาญา ที่มีความมุ่งหมายในการดำเนินการเพื่อผลประโยชน์และอำนาจ ที่มีผู้เกี่ยวข้องสำคัญในการกระทำผิดไม่ว่าโดยทางตรงหรือไม่ก็ตาม มากกว่า 2 คนขึ้นไป มีการดำเนินการในลักษณะแบ่งงานกันทำ มีระยะเวลาการดำเนินการนานหรือมีระยะเวลาที่แน่นอน ทั้งนี้โดย

- ก) ใช้โครงสร้างองค์กรเหมือนหรือคล้ายกับ องค์กรธุรกิจ หรือการพาณิชย์
- ข) ใช้กำลังความรุนแรง หรือการข่มขู่คุกคามอย่างอื่น หรือ
- ค) ใช้อิทธิพลแทรกซึมในทางการเมือง ทางสื่อ ทางการบริหารสาธารณะ ทางเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม หรือทางภาคธุรกิจ⁵⁹

(3) สหราชอาณาจักร: *Home office/NCIS (early 1990s)* องค์การอาชญากรรม ประกอบขึ้นด้วยกิจการใดๆ หรือกลุ่ม หรือบุคคล เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจกรรมที่ผิดกฎหมายซึ่งมีวัตถุประสงค์เบื้องต้นเพื่อให้เกิดกำไรโดยไม่จำกัดคำนึงถึงเรื่องของเขตแดนของประเทศ⁶⁰

3) การให้ความหมายขององค์การอาชญากรรมโดยองค์การระหว่างประเทศ

(1) *สภาแห่งยุโรป (Council of Europe)* องค์การอาชญากรรม หมายความว่า กิจกรรมผิดกฎหมายใดๆ ที่กระทำลงโดยกลุ่ม โครงสร้างของบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไป มีการดำรงอยู่ในระยะเวลายาวนาน และมีจุดประสงค์ในการกระทำความผิดอาญาร้ายแรง โดยจะใช้วิธีการ

⁵⁸ Queensland Crime Commission and Queensland Police Service (1999), Project KRYSTAL: A Strategic Assessment of Crime in Queensland, Milton/Brisbane. (Queensland Crime Commission and Queensland Police Service, 1999:7)

⁵⁹ Bundeskriminalamt, *Organised Crime Situation Report 2003 Federal Republic of Germany: Summary* (Wiesbaden: Bundeskriminalamt, 2004), p. 15.

⁶⁰ Huber, Barbara, “England”, in: Walter Gropp and Barbara Huber (eds.), *Rechtliche Initiativen gegen organisierte Kriminalität* (Freiburg: Edition Iuscrim, 2001), p. 216.

ต่อไปนี้จะกระทำร่วมกัน ได้แก่ การข่มขู่ ความรุนแรง การทุจริต หรือ วิธีการอื่นใด เพื่อให้ได้รับ ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม ซึ่งผลประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์ในรูปแบบอื่น⁶¹

(2) ตำรวจสากล (Interpol) กลุ่มใดๆ ที่มีโครงสร้างอย่างบริษัท มีวัตถุประสงค์เบื้องต้นในการแสวงหารายได้จากกิจกรรมนอกกฎหมาย โดยมักจะใช้วิธีการก่อให้เกิดความกลัวและการทุจริตในการดำเนินการ⁶²

สรุป จากคำนิยามทั้งหมด องค์การอาชญากรรมมีลักษณะร่วมกันดังนี้ เป็นกลุ่มบุคคลที่ร่วมกันประกอบกิจการที่ผิดกฎหมายอย่างเป็นระบบเพื่อให้เกิดผลกำไร มีการแบ่งงานกันทำและดำเนินการโดยใช้ความรุนแรง ใช้กำลังบังคับ คุกคามข่มขู่หรือขู่เข็ญ ใช้วิธีติดสินบนเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อความสะดวกในการประกอบกิจการที่ผิดกฎหมาย และมีความต่อเนื่องทั้งในระยะเวลาของการกระทำความผิดและการดำเนินกิจกรรม

4.4.2 วิเคราะห์คำนิยามขององค์การอาชญากรรมข้ามชาติตามอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000

อนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านองค์การอาชญากรรมข้ามชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 ข้อ 2 บัญญัติว่า เพื่อความมุ่งประสงค์แห่งอนุสัญญานี้

(a) “กลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร” (Organized criminal group) หมายถึง กลุ่มที่มีการจัดโครงสร้างของบุคคลสามคนหรือมากกว่า ที่ดำรงอยู่เป็นระยะเวลาหนึ่งและที่มีการประสานการดำเนินงานระหว่างกัน โดยมีเป้าหมายในการกระทำความผิดอาชญากรรมร้ายแรงหนึ่งอย่างหรือมากกว่า หรือในการกระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้ เพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์ทางวัตถุอย่างอื่นไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม

(b) “อาชญากรรมร้ายแรง” (Serious crime) หมายถึงการกระทำที่เป็นความผิดซึ่งสามารถลงโทษโดยการทำให้สูญเสียเสรีภาพขั้นสูงสุดเป็นเวลาอย่างน้อยสี่ปีหรือรุนแรงกว่าได้

(c) “กลุ่มที่มีการจัดโครงสร้าง” (Structured group) หมายถึงกลุ่มที่ไม่ได้จัดตั้งขึ้นโดยความบังเอิญเพื่อกระทำความผิดทันที และไม่จำเป็นต้องมีการกำหนดบทบาทของสมาชิกอย่างเป็นทางการ ไม่จำเป็นต้องมีความต่อเนื่องของการเป็นสมาชิก หรือมีโครงสร้างที่พัฒนาแล้ว

และในข้อ 3 ของอนุสัญญา เรื่องขอบเขตการบังคับใช้ บัญญัติว่า

⁶¹ Council of Europe, “Crime Analysis: Organised crime” (Best practice survey no. 4, Strasbourg, France), p. 6.

⁶² Paul Nesbitt, “Head of Organized Crime Group,” cit. in, Fenton Bresler, Interpol (London, 1993), p. 319.

1. เว้นแต่ที่ระบุไว้เป็นอย่างอื่นในอนุสัญญานี้ อนุสัญญานี้จะใช้บังคับในการป้องกัน การสืบสวนสอบสวน และการฟ้องร้องดำเนินคดี ใน

(a) ความผิดที่กำหนดไว้ในข้อ 5 ข้อ 6 ข้อ 8 และข้อ 23 ของอนุสัญญา และ

(b) อาชญากรรมร้ายแรงตามที่ระบุในข้อ 2 ของอนุสัญญา เมื่อความผิดดังกล่าวมีลักษณะข้ามชาติและเกี่ยวข้องกับกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร

2. เพื่อความมุ่งประสงค์ของวรรคหนึ่งของข้อนี้ ความผิดมีลักษณะข้ามชาติ หาก

(a) ความผิดกระทำในรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐ

(b) ความผิดกระทำในรัฐหนึ่ง แต่มีส่วนที่สำคัญของการเตรียมการ การวางแผน การตั้งการ หรือการควบคุมเกิดขึ้นในอีกรัฐหนึ่ง

(c) ความผิดกระทำในรัฐหนึ่งแต่เกี่ยวข้องกับกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กรซึ่งเกี่ยวข้องกับกิจการที่เป็นความผิดอาญาในรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐ หรือ

(d) ความผิดกระทำในรัฐหนึ่งแต่มีผลกระทบอย่างสำคัญในอีกรัฐหนึ่ง

ส่วนในเรื่องลักษณะข้ามชาติ ที่ประชุมระดับรัฐมนตรีว่าด้วยเรื่องอาชญากรรมข้ามชาติของสหประชาชาติและสังคมขององค์การสหประชาชาติ (World Ministerial Conference on Organized Transnational Crime of the UN Economic and Social Council) ณ เมือง เนเปิลส์ ประเทศอิตาลี เมื่อวันที่ 21-23 พฤศจิกายน 1994 ได้ให้ความหมายของคำว่า “ข้ามชาติ” (Transnational) ว่าหมายถึง การเคลื่อนไหวของข้อมูลข่าวสาร เงิน วัตถุ คน หรือสิ่งอื่นใดทั้งที่สัมผัสได้และสัมผัสไม่ได้ข้ามพรมแดนของรัฐ อย่างน้อยที่สุดเมื่อฝ่ายที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับฝ่ายหนึ่งในการเคลื่อนไหวไม่ใช่รัฐบาล⁶³

องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติตามอนุสัญญาจึงประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ ดังนี้

1) เป็นกลุ่มบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไปรวมกัน

2) เป็นกลุ่มที่มีการจัดโครงสร้าง คือ เป็นกลุ่มที่มีได้รวมกันเป็นครั้งคราวเพื่อกระทำความผิดอันใดอันหนึ่งและไม่จำเป็นต้องมีการกำหนดบทบาทอย่างเป็นทางการสำหรับสมาชิกของกลุ่ม ไม่จำเป็นต้องมีความต่อเนื่องของการเป็นสมาชิก หรือไม่จำเป็นต้องมีรูปแบบที่พัฒนาเป็นองค์กรอย่างเป็นระบบ

3) มีการดำรงอยู่เป็นระยะเวลาหนึ่ง

4) มีการประสานการดำเนินงานระหว่างกันเพื่อกระทำความผิดดังต่อไปนี้

⁶³ วัชรพล ประสารราชกิจ, การดำเนินการแก้ไขปัญหาอาชญากรรมข้ามชาติของประเทศในกลุ่มอาเซียน (กรุงเทพฯ : สถาบันศึกษาความมั่นคงและนานาชาติ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 2.

(1) กระทำความคิดร้ายแรง (Serious crime) ได้แก่ความคิดซึ่งสามารถลงโทษ โดยการทำให้สูญเสียเสรีภาพขั้นสูงสุดเป็นเวลาอย่างน้อยสี่ปีหรือรุนแรงกว่าได้ หรือ

(2) ความคิดที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญานี้ ในข้อ 5 (การมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรม), ข้อ 6 (การฟอกทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำอาชญากรรม), ข้อ 8 (การฉ้อราษฎร์บังหลวง), และข้อ 23 (การขัดขวางความยุติธรรม)

(3) เพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางการเงินหรือทรัพย์สินอื่นทั้งทางตรงและทางอ้อม

(4) การกระทำความผิดนี้โดยสภาพมีลักษณะข้ามชาติ คือการเคลื่อนไหวของข้อมูลข่าวสาร เงิน วัตถุ คน หรือสิ่งอื่นใดทั้งที่สัมผัสได้และสัมผัสไม่ได้ข้ามพรมแดนของรัฐ อย่างน้อยที่สุดเมื่อฝ่ายที่มีส่วนเกี่ยวข้องฝ่ายหนึ่งในการเคลื่อนไหวไม่ใช่รัฐบาล หรือเป็นกรณีที่อนุสัญญานี้ให้ถือว่าเป็นการข้ามชาติ คือ

(ก) ความผิดกระทำในรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐ

(ข) ความผิดกระทำในรัฐหนึ่งแต่มีส่วนที่สำคัญของการเตรียมการ การวางแผน การสั่งการ หรือการควบคุมเกิดขึ้นในอีกรัฐหนึ่ง

(ค) ความผิดกระทำในรัฐหนึ่งแต่เกี่ยวข้องกับกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กรซึ่งเกี่ยวข้องกับกิจการที่เป็นความผิดอาญาในรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐ หรือ

(ง) ความผิดกระทำในรัฐหนึ่งแต่มีผลกระทบอย่างสำคัญในอีกรัฐหนึ่ง

คำนิยามนี้เป็นคำนิยามที่เป็นสากล เนื่องจากอนุสัญญาสหประชาชาติดังกล่าวมีฐานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกจำเป็นต้องนำเอาคำนิยามและมาตรการต่างๆ ไปปรับใช้เป็นกฎหมายภายในของแต่ละรัฐเพื่อให้สามารถปฏิบัติการได้ตามพันธกรณีในอนุสัญญา ปัจจุบันมีประเทศที่ร่วมลงนามมากกว่า 140 ประเทศทั่วโลก รวมทั้งประเทศไทย ดังนั้นจึงเป็นคำนิยามที่เป็นสากลที่มีความชัดเจนและกำหนดขึ้นโดยกฎหมายระหว่างประเทศ ในการนี้ องค์การสหประชาชาติได้งานแนกประเภทของอาชญากรรมข้ามชาติออกเป็น 10 ลักษณะ คือ

1) การลักลอบค้ายาเสพติด (The Drug Trafficking Industry)

2) การลักลอบขนคนเข้าเมือง (Smuggling of Illegal Migrants)

3) การลักลอบค้าอาวุธ (Arms Trafficking)

4) การลักลอบค้าอุปกรณ์นิวเคลียร์ (Trafficking in Nuclear Material)

5) องค์กรอาชญากรรม และการก่อการร้าย (Transnational Criminal Organizations and Terrorism)

6) การลักลอบค้าหญิงและเด็ก (Trafficking in Women and Children)

7) การลักลอบค้าชิ้นส่วนของร่างกาย (Trafficking in Body Parts)

8) การโจรกรรม และลักลอบค้ายานพาหนะ (Theft and Smuggling of Vehicles)

9) การฟอกเงิน (Money-Laundering)

10) อื่น ๆ (Other Activities) ได้แก่การโจรกรรมศิลปวัตถุ การให้สินบนรัฐ อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ อาชญากรรมสิ่งแวดล้อม อาชญากรรมทรัพย์สินทางปัญญา การฉ้อโกง ประกันภัยทางทะเล และการแทรกซึมเพื่อเข้าครอบงำธุรกิจที่ถูกกฎหมาย

ข้อสังเกตจากคำนิยาม องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติตามความหมายนี้ไม่รวมถึง ความผิดฐานค้ามนุษย์ที่กระทำลงโดยบุคคลคนเดียวหรือสองคน หรือกระทำลงในประเทศโดยปราศจากลักษณะข้ามชาติ เช่น กรณีการค้ามนุษย์เพื่อใช้แรงงานในครัวเรือน ผู้กระทำผิดมักจะเป็น คู่สามีภรรยา ที่นำตัวเหยื่อมาจากประเทศกำลังพัฒนา และบังคับให้ทำงานในต่างประเทศโดยได้รับ ค่าจ้างเพียงน้อยและจำกัดอิสรภาพ การให้คำนิยามตาม ข้อ 2 (a) ย่อมไม่ครอบคลุม เพราะอนุสัญญาฉบับนี้มุ่งใช้กับการกระทำความผิดที่มีลักษณะข้ามชาติโดยองค์กรอาชญากรรม จึงเป็นเรื่องของกฎหมายภายในแต่ละประเทศที่ต้องปิดช่องว่างนี้ ด้วยการกำหนดบทลงโทษให้ครอบคลุมไปถึงกรณีผู้กระทำผิดที่เป็นปัจเจกบุคคลและไม่มีลักษณะข้ามชาติด้วย⁶⁴ เพราะการลงโทษผู้ค้ามนุษย์และปกป้องคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายไม่ควรจะให้ความสำคัญกับจำนวนผู้กระทำความผิดและลักษณะข้ามชาติ ในทำนองเดียวกับข้อ 34 วรรคสอง ของอนุสัญญาเรื่องการปฏิบัติตามอนุสัญญาที่ว่า “จะต้องกำหนดความผิดตามที่กำหนดไว้ในข้อ 5 ข้อ 6 ข้อ 6 และข้อ 23 ของอนุสัญญานี้ไว้ในกฎหมายภายในของรัฐภาคีแต่ละรัฐ โดยไม่ต้องมีลักษณะข้ามชาติหรือความเกี่ยวข้องของกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กรตามที่ระบุไว้ในข้อ 3 วรรคแรก ของอนุสัญญานี้เว้นแต่ในกรณีที่ข้อ 5 ของอนุสัญญานี้กำหนดให้ต้องมีความเกี่ยวข้องของกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร” บทบัญญัตินี้ อาจสามารถปรับใช้กับกรณีความผิดฐานค้ามนุษย์เช่นกันได้ เพื่อให้แน่ใจว่านักค้ามนุษย์ทุกคนจะถูกฟ้องได้ภายใต้กฎหมายภายในของแต่ละประเทศ

ผู้เขียนมีความเห็นว่าตามบทบัญญัติข้อ 1 แห่งพิธีสารเพื่อป้องกันและปราบปราม และลงโทษการค้ามนุษย์โดยเฉพาะผู้หญิงและเด็ก พิธีสารและอนุสัญญาจะต้องตีความควบคู่กันไป และบทบัญญัติของอนุสัญญาจะต้องนำมาใช้กับพิธีสาร โดยอนุ โลม เว้นแต่จะระบุไว้เป็นอย่างอื่น ในพิธีสาร ด้วยเหตุนี้ ข้อ 34 วรรคสอง เป็นเรื่องนี้เป็นบทบัญญัติของอนุสัญญา และไม่มีภาระระบุเรื่องนี้ไว้เป็นอย่างอื่นในพิธีสาร จึงต้องนำมาใช้กับพิธีสาร โดยอนุ โลมเช่นกัน เพราะฉะนั้นรัฐภาคีแต่ละรัฐมีพันธกรณีตามพิธีสารที่จะต้องบัญญัติในกฎหมายภายในให้การค้ามนุษย์เป็นความผิดอาญาโดยไม่ต้องมีลักษณะข้ามชาติหรือความเกี่ยวข้องของกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร

⁶⁴ Ann D. Jordan, *La Guía Anotada del Protocolo Completo Contra Trata de Personas*, p. 16.

4.5 วิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับความผิดฐานค้ำมนุษย์ในอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000

4.5.1 การกำหนดให้การมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมเป็นความผิดอาญา

การมีส่วนร่วมในกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ตามข้อ 5 แห่งอนุสัญญา หมายถึงการกระทำต่อไปนี้

(1) การตกลงกันกับบุคคลหนึ่งหรือมากกว่าเพื่อกระทำอาชญากรรมร้ายแรง เพื่อความมุ่งประสงค์ซึ่งเกี่ยวข้องกับโดยตรงหรือโดยอ้อมกับการได้รับผลประโยชน์ทางการเงินหรือทางวัตถุอย่างอื่นและการตกลงกันดังกล่าวต้องประกอบด้วยการมีส่วนร่วมเกี่ยวข้องกับการกระทำตามที่ได้ตกลงกันโดยหนึ่งในบุคคลที่มีส่วนร่วมให้การตกลงนั้นเป็นผลสืบหน้าไป หรือประกอบกับการมีส่วนร่วมเกี่ยวข้องกันกับองค์กรอาชญากรรม

(2) โดยรู้ถึงเป้าหมายและกิจกรรมทั่วไปที่เป็นความผิดอาญาของกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร หรือโดยรู้ถึงเจตนาของกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กรที่จะกระทำอาชญากรรมดังกล่าว การดำเนินการของบุคคลผู้มีส่วนร่วมกระทำการใน

- a. กิจกรรมที่เป็นความผิดอาญาของกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร
- b. กิจกรรมอื่นของกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร โดยรู้ว่าการเข้ามีส่วนร่วมของบุคคลนั้นจะช่วยให้บรรลุเป้าหมายในการกระทำความผิดอาญาที่กล่าวถึงข้างต้น

นอกจากนี้อนุสัญญา ข้อ 5 (b) ยังบัญญัติให้รัฐภาคีจะต้องกำหนดให้การจัดการ การสั่งการ การช่วยเหลือ การยุยง การอำนวยความสะดวกหรือการให้คำปรึกษาในการกระทำอาชญากรรมร้ายแรงที่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมเป็นความผิดอาญาคด้วย แต่กฎหมายไทยยังไม่มิตบทบัญญัติในเรื่องนี้ กฎหมายที่มีอยู่มีข้อจำกัดเฉพาะความผิดบางฐาน ได้แก่ความผิดฐานสมคบกันเป็นกบฏ ส่วนความผิดฐานสมคบกันเป็นอั้งยี่และช่องโจรก็มีข้อจำกัดในการดำเนินคดีมาก โดยเฉพาะการนำสืบพิสูจน์ความผิดให้ศาลลงโทษจำเลย จึงควรบัญญัติให้การมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมเป็นความผิดทางอาญาโดยตรง โดยต้องกำหนดองค์ประกอบภายนอกในส่วนของการกระทำที่เป็นความผิดไว้ ได้แก่ “การตกลงกับบุคคลตั้งแต่หนึ่งคนขึ้นไปเพื่อกระทำอาชญากรรมร้ายแรง” หรือ “การดำเนินการของบุคคลผู้มีส่วนร่วมกระทำการในกิจกรรมที่เป็นความผิดอาญาขององค์กรอาชญากรรม หรือกิจกรรมอื่นๆ ของกลุ่มอาชญากร โดยรู้ว่าการเข้ามีส่วนร่วมของบุคคลนั้นจะช่วยให้บรรลุเป้าหมายในการกระทำความผิดอาญา” หรือ “การจัดการ การสั่งการ การช่วยเหลือ การยุยง การอำนวยความสะดวกหรือการให้คำปรึกษาในการประกอบอาชญากรรมร้ายแรงที่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรม”

การที่ต้องกำหนดองค์ประกอบการกระทำดังกล่าวให้เป็นความผิดนั้นเพื่อที่จะให้

ตารางที่ 2

เปรียบเทียบหลักการและมาตรการทางกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับความผิดฐานค้ำมนุษย์ในอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 และพิธีสารเพื่อป้องกันปราบปราม และลงโทษการค้ำมนุษย์โดยเฉพาะผู้หญิงและเด็ก กับกฎหมายไทย

อนุสัญญาและพิธีสาร	กฎหมายไทย
เกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิด	
1. กำหนดคำนิยามของ “การค้ำมนุษย์” ไว้ในพิธีสารข้อ 3	ไม่มีคำนิยามในทางกฎหมาย
2. พิธีสารข้อ 5 กำหนดให้การค้ำมนุษย์เป็นความผิดอาญา	ไม่มีความผิดฐานค้ำมนุษย์โดยตรง ใช้ประมวลกฎหมายอาญา กฎหมายป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี และกฎหมายมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็กเป็นหลักตามแต่กรณี
3. อนุสัญญาข้อ 5 กำหนดให้การมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมเป็นความผิดอาญา	ไม่มีบทบัญญัติให้การมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมเป็นความผิดทางอาญาโดยตรง ใช้ประมวลกฎหมายอาญาเรื่องความผิดฐานสมคบกันเป็นอั้งยี่และช่องโจร
4. อนุสัญญาข้อ 10 บทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของนิติบุคคลในการมีส่วนร่วมในอาชญากรรมร้ายแรงที่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ	ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของนิติบุคคลในการมีส่วนร่วมในอาชญากรรมร้ายแรงที่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติโดยตรง นิติบุคคลมีความรับผิดชอบทางอาญาแต่ลงโทษได้เพียงเท่าที่ลักษณะแห่งความผิดจะเปิดช่องให้ลง และผู้แทนที่กระทำการภายในขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลไม่ต้องรับผิดชอบ
5. อนุสัญญาข้อ 23 กำหนดให้การขัดขวางความยุติธรรมเป็นความผิดอาญา	ไม่มีการกำหนดความผิดฐานขัดขวางความยุติธรรมโดยตรง ใช้ประมวลกฎหมายอาญาเป็นหลักตามแต่กรณี
6. อนุสัญญาข้อ 20 กำหนดเรื่องเทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ	ไม่มีกฎหมายเฉพาะให้อำนาจเจ้าหน้าที่ใช้เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ ในคดีเกี่ยวกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ แต่มีกฎหมายฟอกเงิน กฎหมายป้องกันและปราบปรามยาเสพติด และกฎหมายการสอบสวนคดีพิเศษ ให้อำนาจในการดักฟังการสนทนาตามแต่กรณี โดยยื่นคำขอต่อศาล

ตารางที่ 2 (ต่อ)

เปรียบเทียบหลักการและมาตรการทางกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับความผิดฐานค้ามนุษย์ในอนุสัญญาสหประชาชาติ
เพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 และพิธีสารเพื่อป้องกัน ปราบปราม และ
ลงโทษการค้ามนุษย์โดยเฉพาะผู้หญิงและเด็ก กับกฎหมายไทย

เกี่ยวกับผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์และพยานในคดี	
1. พิธีสารข้อ 6 มุ่งช่วยเหลือและคุ้มครองรวมทั้งการจัดให้ซึ่งความปลอดภัยของผู้เสียหาย แก่ผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์โดยคำนึงถึงอายุ เพศ และความจำเป็น	รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองสิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญาให้ได้รับความคุ้มครองและการปฏิบัติที่เหมาะสมจากรัฐ ส่วนการให้ความช่วยเหลือในการดำเนินคดี และการฟื้นฟูสภาพร่างกายและจิตใจ เป็นไปตามกฎหมายป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี กฎหมายมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา การฟ้องเรียกค่าเสียหายทางแพ่งเป็นไปตามบทบัญญัติเรื่องละเมิด แต่การคุ้มครองความเป็นส่วนตัวและการระบุตัวบุคคลของผู้เสียหาย และดำเนินคดีความผิดฐานค้ามนุษย์อย่างเป็นทางการตามกฎหมายไทยยังไม่ชัดเจน
2. พิธีสารข้อ 7 กำหนดให้รัฐภาคีต้องมีมาตรการที่เหมาะสมในการอนุญาตให้ผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์สามารถอยู่ในดินแดนของตนได้เป็นการชั่วคราวหรือตลอดไปในกรณีที่เหมาะสม	มีบันทึกข้อตกลงเรื่องแนวทางและคู่มือการปฏิบัติงานร่วมกันระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการดำเนินการกรณีการค้าหญิงและเด็ก พ.ศ. 2546 แต่ไม่มีมาตรการทางกฎหมายรองรับให้ผู้เสียหายที่เป็นคนต่างด้าวสามารถอาศัยอยู่ในประเทศไทยได้ตลอดไป
3. พิธีสารข้อ 7 กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการส่งกลับซึ่งผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์	การส่งผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์กลับประเทศภูมิดำเนา เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมายมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก มาตรา 11 และมาตรา 12 กฎหมายสัญชาติ กฎหมายคนเข้าเมือง หมวด 6 ว่าด้วยการส่งคนต่างด้าวออกไปนอกราชอาณาจักร และ บันทึกข้อตกลงเรื่องแนวทางและคู่มือการปฏิบัติงานร่วมกันระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการดำเนินการกรณีการค้าหญิงและเด็ก พ.ศ. 2546 ส่วนการรับตัวผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์ที่มีสัญชาติไทยกลับประเทศไทย เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 36 แต่กรณีบุคคลไร้สัญชาติที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยยังไม่ชัดเจน

ตารางที่ 2 (ต่อ)

เปรียบเทียบหลักการและมาตรการทางกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับความผิดฐานค้ำมนุษย์ในอนุสัญญาสหประชาชาติ เพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 และพิธีสารเพื่อป้องกัน ปราบปราม และ ลงโทษการค้ำมนุษย์โดยเฉพาะผู้หญิงและเด็ก กับกฎหมายไทย

4. อนุสัญญาข้อ 24 กำหนดให้รัฐภาคีสมาชิกตรา กฎหมาย หรือมาตรการในการให้การคุ้มครองพยาน จากการคุกคามและการแก้แค้น รวมถึงการคุ้มครอง ทางด้านร่างกาย การย้ายถิ่นที่อยู่ใหม่ และการปกปิด รูปพรรณสัณฐาน เป็นต้น	มีพระราชบัญญัติคุ้มครองพยานบุคคลในคดีอาญา พ.ศ. 2546 มีมาตรการคุ้มครองพยานโดยทั่วไป และ มาตรการพิเศษในการคุ้มครองพยานสำหรับความผิด บางประเภท
เกี่ยวกับเงินได้หรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด	
1. อนุสัญญาข้อ 6 วรรค กำหนดให้การฟอกทรัพย์สินที่ ได้จากการกระทำอาชญากรรมเป็นความผิดอาญา	มีพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542
2. อนุสัญญาข้อ 12 กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการริบและ การยึดทรัพย์สิน เป็นมาตรการริบทรัพย์สินทั้งทางอาญา (forfeiture) และทางแพ่ง (confiscation) มีขอบเขตรวม ไปถึงการกระทำความผิดทุกฐานตามอนุสัญญาที่ กระทำโดยองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ	มีการริบทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญามี ลักษณะเป็นมาตรการทางอาญาซึ่งจะต้องมีการพิสูจน์ ความผิดจึงบังคับ โทษได้ และทรัพย์สินที่จะถูกริบต้อง เป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวข้อง โดยตรงกับการกระทำความผิด ส่วนมาตรการริบทรัพย์สินทางแพ่ง มีพระราชบัญญัติ ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 แต่ จำกัดเฉพาะ ในคดีที่เกี่ยวกับการฟอกเงิน

บุคคลที่มีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมเป็นความผิดฐานหนึ่งต่างหากจากความผิดที่ผู้ประกอบ อาชญากรรมมุ่งประสงค์จะลงมือกระทำหรือความผิดที่สมาชิกขององค์กรได้ลงมือกระทำ โดยไม่ ต้องคำนึงว่าสมาชิกขององค์กรอาชญากรรมนั้นได้มีการประกอบอาชญากรรมร้ายแรงใดๆ ตาม ความมุ่งหมายนั้นๆ จนเป็นผลสำเร็จหรือไม่ อย่างไรก็ตาม การที่จะพิสูจน์ถึง “การตกลงกัน” หรือ “การเข้ามีส่วนร่วมด้วยวิธีการต่างๆ” กระทำได้ยาก เพราะมีลักษณะเป็นเรื่องลับที่รู้จักเฉพาะในหมู่ ผู้ที่เข้าตกลงหรือเข้ามีส่วนร่วมเท่านั้น ดังนั้น บทบัญญัติดังกล่าวยังต้องมีการกำหนดให้นำ “พฤติการณ์ของข้อเท็จจริงที่เป็นภาวะวิสัย” (objective factual circumstances) มาใช้ในการพิสูจน์ ความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรม เพื่อให้สามารถพิสูจน์ได้ว่าการตกลงกันจริงหรือผู้ มีส่วนร่วมด้วยวิธีการต่างๆ ได้รู้ถึงความมุ่งหมายในกิจกรรมที่เป็นความผิดทางอาญาขององค์กร อาชญากรรม ทั้งนี้ เป็นการพิสูจน์ให้เห็นถึงเจตนาที่อยู่ภายในจิตใจของผู้กระทำความผิดโดยการ

เปรียบเทียบจากพฤติการณ์ที่ปรากฏออกมาภายนอก⁶⁵ คำว่า “พฤติการณ์ของข้อเท็จจริงที่เป็นภาวะวิสัย” ของอนุสัญญา คล้ายคลึงกับ “การกระทำซึ่งปรากฏภายนอก” (overt act) ที่ใช้อยู่ในสหรัฐอเมริกา ความพยายามที่จะนำเอาหลักความผิดฐานสมคบมาใช้โดยให้มีลักษณะที่เป็น “การกระทำ” ชัดเจนขึ้น โดยกำหนดให้มี “การกระทำซึ่งปรากฏภายนอก” เพิ่มเติมขึ้นจาก “การตกลงกัน” จึงจะสามารถลงโทษได้ เช่น ก. ข. และ ค. สมคบกันเพื่อไปปล้นธนาคารการที่ ก. ไปซื้อหน้ากากย้อมถือเป็น “การกระทำซึ่งปรากฏภายนอก” อันเป็นเหตุให้สามารถลงโทษฐานสมคบได้⁶⁶ หากมีการบัญญัติให้การมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมเป็นความผิด โดยมีการกำหนดให้นำ “พฤติการณ์ของข้อเท็จจริงที่เป็นภาวะวิสัย” มาใช้ในการพิสูจน์ความผิดแล้วจะทำให้การดำเนินคดีแก่องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติสัมฤทธิ์ผลมากยิ่งขึ้น⁶⁷

4.5.2 กำหนดให้การฟอกทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำอาชญากรรมเป็นความผิดอาญา

การกระทำที่เป็นความผิดตามข้อ 6 วรรค 1 แห่งอนุสัญญามี 2 กรณี ได้แก่

1) การแปรสภาพ หรือ โอนทรัพย์สิน โดยรู้ว่า ทรัพย์สินดังกล่าวเป็นทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำอาชญากรรม เพื่อความมุ่งประสงค์ในการปกปิด หรืออำพรางแหล่งกำเนิด ซึ่งผิดกฎหมายของทรัพย์สิน หรือเพื่อช่วยเหลือบุคคลใดๆ ซึ่งเกี่ยวข้องกับการกระทำผิดมูลฐาน เพื่อหลบเลี่ยงผลตามกฎหมายอันเกิดจากการกระทำของตน

2) การปกปิด หรืออำพรางลักษณะอันแท้จริง แหล่งที่มา สถานที่ตั้ง การจำหน่าย การเคลื่อนย้าย หรือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน หรือสิทธิที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน โดยรู้ว่าทรัพย์สินดังกล่าวเป็นทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำอาชญากรรม

มาตรการป้องกันการฟอกเงินกำหนดขึ้นเพื่อทำลายอิทธิพลทางเศรษฐกิจขององค์กรอาชญากรรมเป็นหลัก จากความคิดพื้นฐานที่ว่าเงินจำนวนมหาศาลนั้นจะไม่มีประโยชน์ใดๆ ถ้าไม่สามารถใช้ประโยชน์จากเงินนั้น จากความคิดพื้นฐานนี้ได้พัฒนาไปสู่เทคนิคการปราบปรามการฟอกเงิน คือการจับจุดการโอนเงินสกปรกมาเป็นจุดเริ่มต้น เพื่อสืบสวนสอบสวนค้นหาเส้นทางการโอนเงินเรื่อยไปจนถึงต้นตอของเงินเหล่านั้น ด้วยวิธีการเช่นนี้ทำให้อาชญากรไม่สามารถใช้ประโยชน์จากเงินสกปรกนั้นได้ และสามารถค้นหรือสืบพบส่วนประกอบต่างๆ ขององค์กร

⁶⁵ สำนักงานอัยการสูงสุด สถาบันกฎหมายอาญา, รายงานการวิจัยเรื่อง “การพัฒนากฎหมายป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ” (ระยะที่1), สถาบันกฎหมายอาญา 2544, หน้า 49-50.

⁶⁶ กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, “การนำหลักความผิดฐานสมคบมาใช้ในประเทศไทย,” บทบัญญัติ เล่มที่ 50 ตอน 2 (มิถุนายน 2537): 109.

⁶⁷ <http://www.ago.go.th/bods/bod2.html>, 4 ธันวาคม 2547

อาชญากรรมนั้นได้⁶⁸ ประเทศไทยมี พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ซึ่งมี มาตรการทางกฎหมายที่สอดคล้องกับมาตรการตามที่อนุสัญญาได้กำหนดให้เป็นมาตรการบังคับ เพื่อต่อต้านการฟอกเงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการประกอบอาชญากรรม

4.5.3 กำหนดหลักการเรื่องความรับผิดชอบของนิติบุคคล

อนุสัญญาข้อ 10 กำหนดให้รัฐภาคีต้องกำหนดความรับผิดชอบของนิติบุคคลสำหรับการมีส่วนร่วมในอาชญากรรมร้ายแรงที่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ โดยอาจเป็นความ รับผิดชอบทางอาญาทางแพ่งหรือทางปกครอง แต่ต้องไม่กระทบกระเทือนความรับผิดชอบทางอาญาของ บุคคลธรรมดาซึ่งกระทำความผิดดังกล่าว และอนุสัญญายังได้กำหนดย้ำว่านิติบุคคลซึ่งมีความรับ ผิดนี้จะต้องถูกลงโทษไม่ว่าจะเป็นโทษทางอาญาหรือไม่ รวมทั้งบทลงโทษทางการเงินที่มี ประสิทธิภาพได้สัดส่วนและปราบปรามการกระทำผิดได้ ทั้งนี้เพราะองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติที่ สร้างความเสียหายมากมักดำเนินกิจกรรมผิดกฎหมายภายใต้องค์กรที่มีโครงสร้างสลับซับซ้อน เชื่อมโยงกันเป็นเครือข่ายและอาจมีสภาพเป็นนิติบุคคล โดยมีบุคคลที่มีอำนาจอิทธิพลกว้างขวาง เป็นหัวหน้า มักประกอบธุรกิจที่ถูกกฎหมายไว้บังหน้าโดยมีสมาชิกขององค์กรในระดับรองลงมา เป็นผู้ดำเนินธุรกิจนอกกฎหมายและประกอบอาชญากรรมภายใต้การสั่งการหรือความเห็นชอบจาก หัวหน้าองค์กรอย่างลับๆ ดังนั้น แม้จะมีการประกอบธุรกิจที่ผิดกฎหมายหรือมีการประกอบ อาชญากรรมโดยสมาชิกของกลุ่มองค์กรอาชญากรรมดังกล่าว แต่การกระทำของหัวหน้าองค์กรที่ อยู่เบื้องหลังการประกอบอาชญากรรมนั้นกลับไม่เป็นความผิดหรือไม่ถูกนำตัวมาดำเนินคดี จึงมี แนวคิดเรื่องการกำหนดความรับผิดชอบของนิติบุคคลและผู้ที่มีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรม

ประเทศไทยปัจจุบันมีกฎหมายบัญญัติความผิดสำหรับการมีส่วนร่วมในการ กระทำความผิดเฉพาะในบางฐานความผิดเท่านั้น เช่น ความผิดฐานสมคบกันเป็นกบฏตามประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 114 ความผิดฐานเป็นอั้งยี่และฐานช่องโจรตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 209 และ 210 ซึ่งความผิดฐานเป็นอั้งยี่และช่องโจรนั้นมีข้อจำกัดอยู่มาก กล่าวคือความผิด ฐานเป็นอั้งยี่นั้นได้กำหนดไว้ว่า สมาชิกหรือหัวหน้าหรือผู้ที่มีตำแหน่งในคณะบุคคลซึ่งปกปิด วิธีดำเนินการนั้นจะต้องมีความมุ่งหมายเพื่อการอันมิชอบด้วยกฎหมาย แต่มิได้ระบุว่าเรื่องใด ทำให้ ขอบเขตของความผิดฐานนี้กว้างมากเกินไปและหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความผิดได้ยาก ในทาง ปฏิบัติจึงมีการฟ้องคดีน้อยมาก ส่วนความผิดฐานช่องโจรนั้นกำหนดองค์ประกอบความผิดแคบ เกินไป กล่าวคือต้องมีการสมคบกันตั้งแต่ห้าคนขึ้นไปและเพื่อกระทำความผิดเฉพาะที่บัญญัติไว้ใน ภาค 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่มีกำหนดโทษจำคุกอย่างสูงไว้ตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไปด้วย จึงไม่อาจ

⁶⁸ สำนักงานอัยการสูงสุด สถาบันกฎหมายอาญา, รายงานการวิจัยเรื่อง "การพัฒนากฎหมายป้องกันและ ปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ" (ระยะที่1), สถาบันกฎหมายอาญา 2544, หน้า 54.

นำมาใช้บังคับแก่การดำเนินคดีกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติซึ่งมีการประกอบอาชญากรรมอย่างกว้างขวางในหลายความผิดทั้งในประมวลกฎหมายอาญาและตามกฎหมายอื่นด้วย

นอกจากนี้ในกรณีการจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นมาเพื่อดำเนินธุรกิจตามกฎหมายบังหน้า แต่ประกอบธุรกิจนอกกฎหมายอยู่เบื้องหลัง แม้ว่าแนวคิดของนักกฎหมายไทยและแนวคำพิพากษาศาลฎีกาจะเห็นพ้องกันว่า นิติบุคคลมีความรับผิดชอบทางอาญาได้ แต่โทษที่จะลงแก่นิติบุคคลนั้นจะลงได้เพียงเท่าที่ลักษณะแห่งความผิดจะเปิดช่องให้ลงได้ ซึ่งต้องพิจารณาตามลักษณะความผิด พฤติการณ์แห่งการกระทำ และอำนาจหน้าที่ของผู้แทนนิติบุคคลประกอบกับวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลเป็นรายๆ ไป ตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 787-788/2506 ประชุมใหญ่ ซึ่งมีเพียงโทษปรับและริบทรัพย์สินเท่านั้นที่จะนำมาลงแก่นิติบุคคลได้ มีกฎหมายบางฉบับได้บัญญัติบทลงโทษแก่นิติบุคคลโดยเฉพาะโดยผู้จัดการหรือผู้แทนอื่นที่กระทำการภายในขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้นไม่ต้องรับผิดเป็นการส่วนตัว⁶⁹ จึงเป็นช่องทางให้องค์กรอาชญากรรมถือโอกาสจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นมาประกอบธุรกิจบังหน้า เมื่อถูกจับได้จะถูกลงโทษปรับหรือริบทรัพย์สิน ส่วนตัวผู้ประกอบอาชญากรรมข้ามชาติซึ่งเป็นผู้แทนนิติบุคคลนั้นหลุดพ้นความรับผิด⁷⁰

4.5.4 การริบทรัพย์สินและการยึดทรัพย์

มาตรการริบทรัพย์เป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่สำคัญที่ใช้ตัดเส้นทางทางการเงินขององค์กรอาชญากร อนุสัญญากำหนดมาตรการริบทรัพย์ไว้โดยเฉพาะในข้อ 12 เรื่อง “การริบทรัพย์และยึดทรัพย์สิน” (Confiscation and seizure) โดยไม่ได้บัญญัติรวมอยู่ในหมวดของการการฟอกเงินโดยตรง ดังนั้น มาตรการริบทรัพย์ตามอนุสัญญา จึงมิได้ถูกจำกัดเฉพาะการฟอกเงินเท่านั้น แต่มีกรอบที่ขยายกว้างรวมไปถึงการกระทำตามอนุสัญญาอื่นๆ ที่กระทำโดยองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติด้วย⁷¹ การริบทรัพย์ตามอนุสัญญาใช้คำภาษาอังกฤษว่า “Confiscation” โดยทางทฤษฎีแล้วถือเป็นการริบทรัพย์ในทางอาญา แต่โดยที่อนุสัญญาได้ให้คำจำกัดความของ “Confiscation” ขยายรวมไปถึง Forfeiture ซึ่งกินความรวมไปถึงการริบทรัพย์ในทางแพ่งหากสามารถดำเนินการได้ด้วย ดังนั้น จึงถือได้ว่ามาตรการริบทรัพย์ตามอนุสัญญา เป็นมาตรการริบทรัพย์สินทั้งทางอาญาและทางแพ่งหากสามารถดำเนินการได้⁷² สำหรับทรัพย์สินที่อยู่ในข่ายต้องถูกริบตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ค.ศ. 2000 มีดังนี้

⁶⁹ เช่น พระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ.2497

⁷⁰ <http://www.ago.go.th/bods/bod2.html>, 4 ธันวาคม 2547

⁷¹ ชัยรัตน์ ศักดิ์โกศล, “การฟอกเงิน: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับอนุสัญญาต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ค.ศ. 2000,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542) หน้า 128.

⁷² เรื่องเดียวกัน, หน้า 129.

1) ทรัพย์สินที่ได้มาจากการประกอบอาชญากรรม ซึ่งเป็นความผิดตามอนุสัญญาฯ นี้ โดยให้รวมถึงทรัพย์สินที่มีมูลค่าเท่ากับทรัพย์สิน

2) กรณีทรัพย์สินที่ได้มาจากการประกอบอาชญากรรมซึ่งเป็นความผิดตามอนุสัญญาฯ นี้ แต่ถูกแปรสภาพไป ทรัพย์สินนั้นก็กลายเป็นทรัพย์สินที่จะต้องถูกริบตามอนุสัญญาฯ นี้ แทน โดยหากทรัพย์สินที่ได้มาจากการประกอบอาชญากรรมถูกนำไปรวมเข้ากับทรัพย์สินที่ได้มา โดยชอบด้วยกฎหมาย ก็จะถูกริบเฉพาะที่เท่ากับมูลค่าประเมินของทรัพย์สินที่นำไปรวมเข้า

3) เงินได้หรือผลประโยชน์ที่ได้รับจากทรัพย์สินที่ได้มาจากการประกอบอาชญากรรม ซึ่งเป็นความผิดตามอนุสัญญาฯ นี้ หรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการประกอบอาชญากรรม และถูกเปลี่ยนหรือแปรสภาพหรือที่ถูกนำไปรวมเข้าด้วย

4) ทรัพย์สิน อุปกรณ์ เครื่องมือเครื่องใช้ที่ใช้หรือจะใช้ (destined for use) ในการกระทำความผิดตามอนุสัญญาฯ นี้

มาตรการริบทรัพย์สินตามอนุสัญญาระบุขอบข่ายของทรัพย์สินที่จะต้องถูกริบเพียงว่าเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการประกอบอาชญากรรมซึ่งเป็นความผิดตามอนุสัญญาฯ นี้เท่านั้น โดยไม่มีกรอบบังคับว่าจะต้องเป็นการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องหรือเกี่ยวพันกับองค์การอาชญากรรม หรือต้องมีการกระทำในลักษณะที่ข้ามชาติหรือไม่ และจากบทบัญญัติข้อ 1 ของพิธีสารเพื่อป้องกันและปราบปรามและลงโทษการค้ามนุษย์โดยเฉพาะผู้หญิงและเด็ก ให้ถือว่าความผิดฐานค้ามนุษย์ตามพิธีสารเป็นความผิดที่เกิดขึ้นตามอนุสัญญา ดังนั้นบทบัญญัติในเรื่องการริบทรัพย์สินที่ได้กล่าวมาแล้วจะต้องนำไปใช้กับกรณีความผิดฐานค้ามนุษย์ด้วย

การริบทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญาไทย เป็นมาตรการทางอาญาซึ่งต้องพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำก่อนจึงจะบังคับโทษได้ และทรัพย์สินที่จะถูกริบจะต้องเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำความผิด หากทรัพย์สินนั้นถูกแปรสภาพไปแล้วศาลจะไม่พิพากษาริบ จึงไม่อาจนำบทบัญญัติเรื่องการริบทรัพย์สินในประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับแก่ทรัพย์สินขององค์การอาชญากรรมข้ามชาติอย่างได้ผล ดังนั้น จึงควรมีมาตรการริบทรัพย์สินทางแพ่ง หรือที่เรียกในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ว่า “กระบวนการพิจารณาคดีต่อทรัพย์สิน” (In Rem Proceeding)⁷³ มาใช้โดยรัฐมีภาระที่จะต้องแสดงให้เห็นถึงเหตุอันควรสงสัยว่าทรัพย์สินนั้นเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด และเจ้าของทรัพย์สินต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์ที่มาของทรัพย์สินของตนเอง ถ้าไม่สามารถพิสูจน์ได้ศาลจะพิพากษาให้ทรัพย์สินนั้นตกเป็นของแผ่นดิน

⁷³ วีระพงษ์ บุญโญภาส, “อาชญากรรมค้าหญิง ค้าเด็ก กับกฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน,” บทบัญญัติ เล่มที่ 56 ตอน 2 (มิถุนายน 2543): 215-216.

ปัจจุบันประเทศไทยมี พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ซึ่ง มาตรา 3 (2) กำหนดให้ความผิดเกี่ยวข้องกับการค้าหญิงค้าเด็กเป็นความผิดมูลฐานสามารถริบ ทรัพย์สินทางแพ่งได้ แต่จากการนำไปเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอก เงิน ทำให้มาตรการริบทรัพย์สินทางแพ่งตามกฎหมายไทย ถูกจำกัดไว้เฉพาะความผิดฐานฟอกเงิน ซึ่ง หากจะนำไปใช้กับกรณีอื่นก็ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดมูลฐาน ในขณะที่ตามอนุสัญญา จะนำไปใช้โดยตรงกับความผิดอื่นๆ ที่กระทำโดยองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติด้วย

4.5.5 เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ

อนุสัญญาข้อ 20 เรื่องเทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ กำหนดให้ประเทศภาคี สมาชิกใช้มาตรการต่างๆ ที่จำเป็นในการสืบสวนสอบสวนพิเศษ เช่น การควบคุมการนำส่ง การดัก ฟังโดยอาศัยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ และการปฏิบัติการของสายลับภายในเขตอำนาจของรัฐนั้น โดยมี วัตถุประสงค์เพื่อปราบปรามองค์กรอาชญากรรมอย่างมีประสิทธิภาพ นอกจากนี้ อนุสัญญายัง ส่งเสริมให้ประเทศภาคีสมาชิกจัดทำข้อตกลง ทวิภาคีหรือพหุภาคี หรือกำหนดหลักการใดๆ ที่ใช้ สำหรับการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีพิเศษ ภายใต้ความร่วมมือในระดับระหว่างประเทศ ในกรณีที่มี ได้มีข้อตกลงหรือข้อกำหนดในเรื่องการใช้วิธีการสอบสวนพิเศษในระดับระหว่างประเทศ ให้ ประเทศภาคีสมาชิกร่วมมือกันบนพื้นฐานของการพิจารณาเป็นราย ๆ ไป (case-by-case basis) ทั้งนี้ โดยพิจารณาตามความจำเป็นทางด้านการเงิน ความเข้าใจร่วมกันและเขตอำนาจอธิปไตยของรัฐ

การควบคุมการนำส่ง (controlled delivery) ในระดับระหว่างประเทศ จะต้อง กระทำโดยความยินยอมของรัฐที่เกี่ยวข้องรวมทั้งการใช้วิธีสกัดกั้นและยินยอมให้สินค้าผ่านแดน หรือเคลื่อนย้าย หรือเปลี่ยนสินค้าทั้งหมดหรือบางส่วน (อนุสัญญา ข้อ 20 วรรคสาม)

“การควบคุมการนำส่ง” หมายถึงวิธีการอนุญาตให้สิ่งผิดกฎหมาย หรือ สิ่งของที่ ต้องส่งผ่านออกไปจาก ผ่านหรือเข้าไปสู่เขตแดนของรัฐหนึ่งหรือมากกว่ารัฐหนึ่งโดยการรับรู้ และอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเพื่อการสืบสวนการกระทำ ความผิดและเพื่อ เป็นการระงับตัวผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด สามารถแยกองค์ประกอบได้ดังนี้

- การอนุญาตให้สิ่งผิดกฎหมาย หรือต้องสงสัย
- เดินทางผ่านเข้า ออกไปยังประเทศหนึ่ง หรือประเทศอื่น
- ภายใต้การรับรู้และกำกับดูแลของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ⁷⁴

⁷⁴ สำนักงานอัยการสูงสุด สถาบันกฎหมายอาญา, รายงานการวิจัยเรื่อง "การพัฒนากฎหมายป้องกันและ ปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ" (ระยะที่1), สถาบันกฎหมายอาญา 2544, หน้า 92-93.

วิธีการสืบสวนสอบสวนพิเศษอื่นที่อนุญาตอย่างถึงเป็นตัวอย่าง ได้แก่ การใช้การติดตามบุคคลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ และการใช้สายลับในการปฏิบัติการ ในประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะให้อำนาจเจ้าหน้าที่ใช้เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ ทำให้การรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อดำเนินคดีแก่องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติไม่ค่อยประสบผลสำเร็จ อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายให้อำนาจในการดักฟังการสนทนา แต่มีข้อจำกัดที่ฐานความผิดที่ใช้ได้เฉพาะกรณีเกี่ยวกับการฟอกเงินตาม พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542⁷⁵ คดียาเสพติดตาม พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 (แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4) พ.ศ. 2545⁷⁶ และคดีพิเศษตาม พ.ร.บ. การสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547⁷⁷

4.5.6 กำหนดให้การขัดขวางความยุติธรรมเป็นความผิดอาญา

บทบัญญัติตามอนุสัญญาข้อ 23 เป็นมาตรการที่เป็นบทบังคับ ซึ่งรัฐภาคีแต่ละรัฐมีพันธกรณีในการกำหนดให้การขัดขวางความยุติธรรมคั่งระบุนใน (a) และ (b) เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายในของแต่ละรัฐภาคี มีความมุ่งหมายเพื่อให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาและการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐในส่วนที่เกี่ยวกับความผิดตามอนุสัญญาเป็นไปอย่างถูกต้องชอบธรรม การขัดขวางความยุติธรรมไม่จำกัดเฉพาะในขั้นตอนกระบวนการพิจารณาของศาลเท่านั้น แต่รวมถึงกระบวนการพิจารณาชั้นสอบสวนและชั้นพนักงานอัยการ ทั้งยังรวมถึงการปฏิบัติตามหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดตามอนุสัญญาด้วย การกำหนดความผิดตามข้อ 23 ของอนุสัญญามี 2 ส่วน คือ (a) และ (b) มีองค์ประกอบแตกต่างกัน ดังนี้

ข้อ 23 (a) การใช้กำลังทางกายภาพ การข่มขู่ การทำให้กลัว หรือการให้สัญญา ยื่นข้อเสนอหรือให้ประโยชน์ที่มิควรได้เพื่อจูงใจให้ให้การเท็จ หรือเพื่อแทรกแซงการให้การ หรือการเสนอพยานหลักฐานในการดำเนินคดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดที่อนุสัญญานี้ครอบคลุมถึง เมื่อเทียบเคียงกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 309 ซึ่งเป็นความผิดต่อเสรีภาพ การข่มขืนใจให้ผู้อื่นกระทำการใด ไม่กระทำการใด หรือจำยอมต่อสิ่งใดอันเป็นความผิดตามมาตรา 309 นี้ ผลจะต้องเกิดขึ้น คือผู้ถูกข่มขืนใจต้องกระทำ ไม่กระทำ หรือจำยอมต่อสิ่งใดตามที่ได้ข่มขืนใจ จึงจะเป็นความผิดสำเร็จ แต่ตามข้อ 23 (a) จะเป็นความผิดเมื่อมีการใช้กำลังทางกาย ข่มขู่ หรือทำให้กลัว เพื่อจูงใจให้ให้การเท็จ หรือเพื่อแทรกแซงการให้การ หรือการแสดงพยานหลักฐาน ส่วนจะมีการกระทำตามที่ได้ข่มขืนใจหรือไม่สำคัญ นอกจากนี้ หากไม่มีการข่มขืนใจแต่ใช้วิธีให้สัญญาเสนอหรือให้ประโยชน์ที่มิควรได้เพื่อจูงใจให้ให้การเท็จ หรือเพื่อแทรกแซงการให้การ หรือการ

⁷⁵ มาตรา 46

⁷⁶ มาตรา 14 จัตวา

⁷⁷ มาตรา 25

เสนอพยานหลักฐานในการดำเนินคดี กฎหมายไทยยังไม่มีบัญญัติให้ผู้ถูกกล่าวหาที่มีความผิดทางอาญา แต่จะเป็นความผิดก็เฉพาะผู้ที่ให้การเท็จ ซึ่งเป็นความผิดตาม มาตรา 177 หรือผู้ที่แสดงพยานหลักฐานเท็จ ตามมาตรา 180 แต่ทั้งนี้ผู้ที่สัญญา เสนอหรือให้ประโยชน์ที่สมควรได้เพื่อจูงใจดังกล่าว อาจมีความผิดโดยเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิดในฐานะความผิดนั้นๆ ได้

ข้อ 23 (b) การใช้กำลังทางกายภาพ การข่มขู่ หรือการทำให้กลัวเพื่อแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในงานยุติธรรม หรือเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดที่อนุสัญญาคุ้มครองคลุมถึง ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกำหนดความผิดฐานขัดขวางความยุติธรรมไว้เฉพาะทั้งในประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายพิเศษ ประมวลกฎหมายอาญามีหลายฐานความผิดที่สามารถลงโทษการกระทำที่เป็นการขัดขวางความยุติธรรมได้ แต่ก็มีได้เป็นการบัญญัติกฎหมายเพื่อเอาผิดกับการขัดขวางความยุติธรรม โดยตรง ดังนี้

- ลักษณะ 2 ความผิดเกี่ยวกับการปกครอง
หมวด 1 ความผิดต่อเจ้าพนักงาน มาตรา 138-140
- ลักษณะ 3 ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม
หมวด 1 ความผิดต่อเจ้าพนักงานในการยุติธรรม มาตรา 198
- ลักษณะ 11 ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง
หมวด 1 ความผิดต่อเสรีภาพ มาตรา 309

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 138 ผู้กระทำจะมีความผิดต่อเมื่อต่อสู้ หรือขัดขวางเจ้าพนักงานในการปฏิบัติกรตามหน้าที่ คำว่า “ต่อสู้” หมายรวมถึงการใช้กำลังขัดขืน¹¹⁹ และ “ขัดขวาง” หมายถึงกระทำให้เกิดอุปสรรคแก่การกระทำของเจ้าพนักงานในการปฏิบัติกรตามหน้าที่¹²⁰ มาตรา 138 มีองค์ประกอบด้านการกระทำใกล้เคียงกับอนุสัญญาข้อ 23 (b) โดยการใช้กำลังทางกายภาพเทียบได้กับการ “ต่อสู้” และการข่มขู่ หรือทำให้กลัวเทียบได้กับการ “ขัดขวาง” และเป็นการกระทำต่อเจ้าพนักงาน ซึ่งตามมาตรา 138 หมายรวมถึงข้าราชการตุลาการด้วย ดังนั้น คำว่า “เจ้าพนักงาน” ตามประมวลกฎหมายอาญาจึงเทียบได้กับเจ้าหน้าที่งานยุติธรรมและเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมาย ส่วนมาตรา 139 มีองค์ประกอบภายนอกเกี่ยวกับการกระทำต่างจากมาตรา 138 กล่าวคือ มิได้จำกัดเฉพาะการต่อสู้ขัดขวาง แต่ใช้ถ้อยคำกว้างว่า “ข่มขืนใจ” ซึ่งค่อนข้างสอดคล้องกับบทบัญญัติของข้อ 23 (b) ที่ใช้คำว่าทำให้กลัว ทั้งนี้ตามมาตรา 139 จะเป็นความผิดต่อเมื่อมีการข่มขืนใจเพื่อให้เจ้าพนักงานปฏิบัติการอันมิชอบด้วยหน้าที่ หรือละเว้นการปฏิบัติการ

¹¹⁹ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 46.

¹²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 46-47.

ตามหน้าที่ โดยแม้ว่าจะไม่เกิดผลตามคำบังคับก็จะเป็นความผิดสำเร็จแล้ว อีกทั้งหากเป็นการต่อสู้ขัดขวางก็จะเป็นความผิดตามมาตรา 138 ด้วย

สำหรับการกระทำที่กระทำต่อเจ้าหน้าที่งานยุติธรรม ตามประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติไว้ในลักษณะ 3 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม บทบัญญัติที่ใกล้เคียงกับองค์ประกอบข้อ 23 (b) คือมาตรา 198 ความผิดฐานขัดขวางการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ซึ่งประกอบด้วย 2 ความผิด คือ (1) การดูหมิ่นศาลในการพิจารณาและพิพากษา และ (2) การกระทำการขัดขวางการพิจารณาหรือพิพากษาของศาล ซึ่งการกระทำตาม (2) หมายถึงการกระทำใดๆ อันเป็นการทำให้ศาลไม่สามารถพิจารณาหรือพิพากษาคดีได้โดยเรียบร้อย อาจกระทำในหรือนอกศาลก็ได้ ดังนั้น จึงสอดคล้องกับข้อ 23 (b) หากมีการกระทำโดยใช้กำลังทางกายภาพ ช่มชู้ หรือทำให้กลัว

4.5.7 การให้ความคุ้มครองแก่พยาน ญาติและบุคคลใกล้ชิด

โดยลักษณะของอาชญากรรมข้ามชาติทำให้การให้ความคุ้มครองและความช่วยเหลือแก่ผู้เสียหายและพยานในคดีมีความสำคัญมากขึ้น ดังนั้น ข้อ 24 แห่งอนุสัญญาจึงเรียกร้องให้รัฐภาคีตรากฎหมายให้การคุ้มครองพยานจากการคุกคามแก่คน รวมถึงการคุ้มครองทางด้านร่างกาย การย้ายถิ่นที่อยู่ใหม่ และการปกป้องรูปพรรณสัณฐาน เป็นต้น ซึ่งประเทศต่างๆ ต้องการให้มีการย้ายถิ่นที่อยู่ใหม่แก่พยานในคดีระหว่างประเทศในกรณีที่น่าเป็น นอกจากนั้นแล้วรัฐภาคีสมาชิกต้องสนับสนุนการพัฒนาเทคนิคและโครงการซึ่งจะช่วยให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมหันมาร่วมมือกับฝ่ายเจ้าหน้าที่รัฐ ประเทศไทยมี พ.ร.บ. คุ้มครองพยานบุคคลในคดีอาญา พ.ศ. 2546 ถือได้ว่าเป็นกฎหมายฉบับแรกที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองพยานในคดีอาญาเป็นการเฉพาะ⁷⁸ ซึ่งสามารถรองรับและสอดคล้องกับบทบัญญัติของอนุสัญญาฯ ข้อ 24 และ 25

4.6 วิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายที่สำคัญในพิธีสารเพื่อป้องกัน ปราบปราม และลงโทษการค้ามนุษย์โดยเฉพาะผู้หญิงและเด็ก

4.6.1 การกำหนดให้การค้ามนุษย์เป็นความผิดอาญา

บทบัญญัติข้อ 5 แห่งพิธีสารกำหนดให้การค้ามนุษย์เป็นความผิดอาญา ดังนี้

- 1) รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องรับเอามาตรการทางกฎหมายและมาตรการอื่นตามที่จำเป็นเพื่อกำหนดให้การกระทำที่ระบุไว้ในข้อ 3 แห่งพิธีสารนี้เป็นความผิดอาญาเมื่อได้กระทำโดยเจตนา
- 2) รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องรับเอามาตรการทางกฎหมายและมาตรการอื่นตามที่จำเป็นเพื่อกำหนดให้การกระทำต่อไปนี้เป็นความผิดอาญา

⁷⁸ โปรดดู บทที่ 3 ข้อ 3.7 พระราชบัญญัติคุ้มครองพยานบุคคลในคดีอาญา พ.ศ. 2546

(a) ภายใต้แนวคิดพื้นฐานของระบบกฎหมายของรัฐภาคนั้น การพยายามกระทำ ความผิดที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่งของข้อนี้

(b) การมีส่วนร่วมโดยเป็นผู้มีส่วนในการกระทำความผิดที่กำหนดไว้ตามวรรค หนึ่งของข้อนี้

(c) การจัดหรือการใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิดที่กำหนดไว้ตามวรรคหนึ่งของข้อนี้

รัฐภาคีมีพันธกรณีตามพิธีสารข้อ 5 ที่จะต้องกำหนดให้การค้ามนุษย์ข้อ 3 ของพิธี สาร เป็นความผิดอาญาเมื่อผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนา อีกทั้งต้องกำหนดให้การพยายามกระทำ การค้ามนุษย์ การมีส่วนร่วม และการจัดหรือการใช้ให้ผู้อื่นกระทำการค้ามนุษย์ เป็นความผิดอาญาด้วย จากบทบัญญัติดังกล่าวมีกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

1) ประมวลกฎหมายอาญา ความผิดที่เกี่ยวข้องกับการค้ามนุษย์ ตามประมวล กฎหมายอาญามีสองส่วน คือ กรณีความผิดเกี่ยวกับเพศตามบทบัญญัติในลักษณะ 9 และกรณี ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียงตามที่บัญญัติไว้ในลักษณะ 11

ในกรณีความผิดเกี่ยวกับเพศมี มาตรา 282 และมาตรา 283 ซึ่งเป็นการกำหนด ความผิดแก่ผู้เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือชักพาไปซึ่งชายหรือหญิง เพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น โดยมีเหตุเพิ่มโทษหากกระทำแก่เด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ถ้าผู้ถูกกระทำยินยอมจะเป็นความผิดตามมาตรา 282 แต่ถ้าได้กระทำโดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชื้อ มีการใช้กำลังประทุษร้าย หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วย ประการใดจะเป็นความผิดตามมาตรา 283 นอกจากนี้ ทั้งสองมาตรายังกำหนดความผิดแก่ผู้ที่รับตัว บุคคลที่จัดหา ล่อไปหรือชักพาไป รวมทั้งผู้สนับสนุนในการกระทำความผิด

มาตรา 283 ทวิและ 284 เป็นการพาไปเพื่อการอนาจาร ถ้าผู้เสียหายมีอายุไม่เกิน 18 ปี แม้จะยินยอมผู้กระทำก็มีความผิดตามมาตรา 283 ทวิ แต่หากกระทำแก่บุคคลอายุเกินกว่า 18 ปี จะต้องมีการใช้วิธีการหลอกลวง ชูเชื้อ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือ ข่มขืนใจด้วยวิธีการใด จึงจะเป็นความผิดตามมาตรา 284 บทบัญญัติทั้งสองนอกจากเอาผิดแก่ผู้พา ไปแล้ว ยังเอาผิดแก่ผู้ซ่อนเร้นบุคคลที่ถูกพาไปหากทราบว่าบุคคลนั้นถูกพาไปเพื่อการอนาจาร

ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาที่ได้กล่าวมานั้น ไม่ได้จำกัดเฉพาะการค้า มนุษย์เพื่อการค้าประเวณี แต่ยังครอบคลุมถึงการแสวงหาประโยชน์ทางเพศในทุกรูปแบบ อย่างไรก็ตาม มูลเหตุชักจูงใจของการกระทำผิดเพื่อการค้าประเวณีหรือแสวงหาประโยชน์ทางเพศเป็น ข้อจำกัดทำให้บทบัญญัติไม่ครอบคลุม เพราะการค้ามนุษย์ตามพิธีสารได้กำหนดความมุ่งประสงค์ ของการกระทำผิดเอาไว้มากกว่าเพื่อการค้าประเวณีหรือแสวงหาประโยชน์ทางเพศในรูปแบบอื่น

ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียงมี มาตรา 312 และ 312 ทวิ กำหนดความผิด แก่ผู้นำเข้าในหรือส่งออกไปในนอกราชอาณาจักร พามาจากที่ใด ชื่อ ชาย จำหน่าย รับ หรือหน่วง

เหนือซึ่งบุคคลหนึ่งบุคคลใด โดยมีเจตนาพิเศษเพื่อเอาบุคคลดังกล่าวลงเป็นทาส หรือให้มีฐานะคล้ายทาส “ทาส” หมายถึง บุคคลที่ตกอยู่ใต้อำนาจของบุคคลอื่นโดยสิ้นเชิงและต้องทำงานให้บุคคลอื่นนั้น⁷⁹ และหากความผิดได้กระทำลงแก่เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี จะเป็นเหตุเพิ่มโทษตามมาตรา 312 ทวิ อีกทั้งยังเกี่ยวเนื่องกับความรับผิดชอบของนายจ้างตามมาตรา 44 แห่ง พ.ร.บ. คู่คุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 กล่าวคือ ในกรณีที่นายจ้างจ้างเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปีไว้ทำงาน นายจ้างมีความผิดตามกฎหมายคู่คุ้มครองแรงงาน และหากการใช้แรงงานเด็กมีลักษณะทารุณโหดร้าย เช่น บังคับให้เด็กทำงานติดต่อกันทั้งกลางวันและกลางคืน โดยไม่มีเวลาพักผ่อนเลย เป็นต้น นายจ้างอาจต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 312 ทวิ ด้วย ดังนั้น มาตรา 312 และ 312 ทวิ เป็นการกำหนดความผิดที่มีมูลเหตุจูงใจไว้โดยเฉพาะ คือ เพื่อเอาคนลงเป็นทาส หรือให้มีฐานะคล้ายทาส ซึ่งเป็นการบังคับให้ทำงานหรือบังคับใช้แรงงาน ดังนั้น จึงสอดคล้องกับการแสวงหาประโยชน์ในเรื่องการบังคับใช้แรงงานหรือบริการ และการเอาคนลงเป็นทาสตามข้อ 3 ของพิธีสาร

ต่อมามีมาตรา 312 ตรี เอาผิดผู้รับไว้ จำหน่าย เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปโดยทุจริตซึ่งบุคคลอายุไม่เกิน 15 ปี แต่ยังไม่เกิน 18 ปี แม้ผู้นั้นยินยอม มาตรานี้คุ้มครองเฉพาะเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี เพื่อให้ไม่ให้เกิดแสวงหาประโยชน์ไม่ว่ารูปแบบใด มาตรา 312 ตรี มีมูลเหตุจูงใจ คือ โดยทุจริต ซึ่งหมายถึงเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ซึ่งมีขอบเขตกว้างขวางครอบคลุมประโยชน์ใดๆ ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายทุกรูปแบบ รวมถึงการตัดอวัยวะออกจากร่างกายที่ถึงแม้จะได้รับความยินยอมจากผู้ถูกระทำก็ตาม แต่หากกรณีมีค่าตอบแทนซึ่งถือว่าเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็อยู่ในขอบเขตของการแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน⁸⁰ อย่างไรก็ตาม มาตรานี้มีข้อจำกัดคือ จะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 18 ปีเท่านั้น

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 320 เป็นการพาหรือส่งคนออกไปนอกราชอาณาจักร โดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้าย หรือใช้วิธีการใดๆ อันเป็นการข่มขืนใจ ดังนั้น หากมีการให้ค่าตอบแทนเป็นเงินหรือประโยชน์อย่างอื่นแก่บุคคลผู้ถูกพาหรือส่งออกไปนอกราชอาณาจักร โดยความยินยอม ผู้พาหรือส่งออกไปจะไม่มีผิดตามมาตรานี้ ข้อสังเกต คือ วิธีการต่างๆ ที่ใช้ตามมาตรา 320 ได้แก่ การใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้าย หรือใช้วิธีการใดๆ อันเป็นการข่มขืนใจเพื่อพาคนออกนอกราชอาณาจักร แต่การค้ามนุษย์ในขั้นตอนของการพาออกนอกประเทศ นักค้ามนุษย์อาจไม่ต้องใช้วิธีการเหล่านี้เลยก็ได้

⁷⁹ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 227.

⁸⁰ สำนักงานอัยการสูงสุด สถาบันกฎหมายอาญา, รายงานการวิจัยเรื่อง "การพัฒนากฎหมายป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ" (ระยะที่ 1), สถาบันกฎหมายอาญา 2544, หน้า 243.

ส่วนเรื่องการพยายาม การมีส่วนร่วมหรือเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิด และการจัดหรือใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิด ประเทศไทยมีประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80, 81, 82, 83, 84 และ 86

2) พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 มีมาตรา 9 ว่าด้วยการกำหนดความผิดแก่บุคคลเป็นธุระจัดหาผู้ค้าประเวณี ซึ่งจะคล้ายคลึงกับความผิดที่กำหนดในประมวลกฎหมายอาญาดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น แต่มาตรา 9 ของ พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 จะเน้นเฉพาะการค้าประเวณี ซึ่งผู้ถูกกระทำตามมาตรา 9 อาจเป็นได้ทั้งชายหรือหญิง และเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี นอกจากนี้ในมาตรา 9 ยังกำหนดความผิดแก่ผู้รับตัวบุคคลที่ถูกพาไป และผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าว ส่วนในมาตรา 10 เป็นบทลงโทษแก่บิดามารดาหรือผู้ปกครองของเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ที่รู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดตามมาตรา 9 และมาตรา 12 เป็นบทกำหนดโทษแก่ผู้ที่ข่มขืนใจให้ผู้อื่นค้าประเวณี ดังนั้น จะเห็นว่าการกำหนดฐานความผิดตาม พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 มีมูลเหตุชักจูงใจในการกระทำเพื่อนำเอาผู้ถูกกระทำไปค้าประเวณีหรือแสวงหาประโยชน์ทางเพศเท่านั้น ยังไม่ครอบคลุมไปถึงการแสวงหาประโยชน์ที่มีขอบรูปแบบอื่นที่พิรุธข้อ 3 กำหนดไว้

3) พระราชบัญญัติมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก พ.ศ. 2540 มาตรา 5 ไม่เป็นการกำหนดฐานความผิดและโทษ ส่วนมาตรา 6 และมาตรา 7 เป็นมาตรการเสริมในส่วนที่กฎหมายหลักไม่ได้บัญญัติไว้ ได้แก่ เรื่องการเตรียมการตามมาตรา 6 กำหนดโทษแก่ผู้เตรียมเพื่อกระทำความผิดตามมาตรา 5 ให้ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับการพยายามกระทำความผิดนั้นๆ ส่วนการสมคบตามมาตรา 7 กฎหมายกำหนดโทษแก่ผู้สมคบกันตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปเพื่อกระทำความผิดตามมาตรา 5 อย่างไรก็ตามมาตรา 6 และ 7 จะนำมาใช้กับกรณีความผิดตามมาตรา 5 เมื่อผู้เสียหายหรือผู้ถูกกระทำเป็นหญิง หรือเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีเท่านั้น ดังนั้น ควรแก้กฎหมายให้ครอบคลุมคุ้มครองไปถึงบุคคลทุกเพศทุกวัย เพื่อให้สามารถนำมาตรการต่างๆ มาใช้ป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ได้อย่างทั่วถึงและเป็นการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของพิธีสารเพื่อต่อต้านการค้ามนุษย์ด้วย

4) พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ตามมาตรา 63 ผู้กระทำความผิดอาจเป็นได้ทั้งผู้กระทำความผิดฐานค้ามนุษย์ ผู้สนับสนุนหรือสมคบ หากผู้นั้นได้นำพาหรือให้ความสะดวกแก่คนต่างด้าวให้เข้ามาในราชอาณาจักรโดยฝ่าฝืน พ.ร.บ. คนเข้าเมือง ก็จะมีผิดตามมาตรา 63 นี้ด้วย มาตรา 63 จะเป็นความผิดต่อเมื่อนำพาคนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรโดยฝ่าฝืนกฎหมายนี้เท่านั้น ไม่ใช้บทบัญญัติที่กำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับการค้ามนุษย์โดยตรง

4.6.2 การให้ความช่วยเหลือและคุ้มครองผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์

มาตรการข้อ 6 ของพิธีสารมุ่งช่วยเหลือและคุ้มครองผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์ เป็นสำคัญ โดยคำนึงถึงอายุ เพศ และความจำเป็นของผู้เสียหาย รวมทั้งการจัดให้ซึ่งความปลอดภัยของผู้เสียหายตลอดช่วงเวลาที่อยู่ในดินแดนของตน มีสาระสำคัญดังนี้

- 1) ควรจะมีการคุ้มครองคุ้มครองความเป็นส่วนตัวและการระบุตัวบุคคลของผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์ และดำเนินคดีความผิดฐานค้ามนุษย์อย่างเป็นความลับ
- 2) ควรมีมาตรการที่เอื้ออำนวยต่อการดำเนินคดีและช่วยเหลือในการดำเนินคดีของผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์
- 3) ควรจัดแนวทางปฏิบัติต่อผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์อย่างเหมาะสม เพื่อช่วยเยียวยาฟื้นฟูสภาพร่างกายและจิตใจและช่วยให้ผู้เสียหายสามารถกลับคืนสู่สังคมอย่างปกติสุข
- 4) ในการนำทบัญญัติทั้งหลายในข้อนี้ไปใช้บังคับ รัฐบาลแต่ละรัฐต้องคำนึงถึงอายุ เพศ และความจำเป็นพิเศษของผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์ โดยเฉพาะความจำเป็นพิเศษของเด็ก ซึ่งรวมถึงที่พักอาศัย การศึกษาและการดูแลอย่างเหมาะสม
- 5) รัฐบาลแต่ละรัฐต้องพยายามจัดให้ซึ่งความปลอดภัยทางร่างกายของผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์ในขณะที่ผู้เสียหายนั้นอยู่ในดินแดนของรัฐตน
- 6) รัฐบาลแต่ละรัฐต้องประกันว่าระบบกฎหมายของตนมีมาตรการที่ให้ความเป็นไปได้ในการเรียกร้องค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์

สำหรับประเทศไทยในการให้ความช่วยเหลือแก่ผู้เสียหายรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 รับรองสิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญาให้ได้รับความคุ้มครองและการปฏิบัติที่เหมาะสมจากรัฐ ส่วนการให้ความคุ้มครองช่วยเหลือในการดำเนินคดีและการฟื้นฟูสภาพร่างกายจิตใจจะเป็นไปตาม พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 พ.ร.บ. มาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก พ.ศ. 2540 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 และ พ.ร.บ. มาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก พ.ศ. 2540 มาตรา 11 กำหนดให้มีการให้ความช่วยเหลือตามความเหมาะสมในเรื่องอาหาร ที่พัก การส่งกลับ และในการดำเนินคดี รวมถึงการส่งตัวผู้เสียหายมาอยู่ในความดูแลของสถานแรกรับ และส่งไปยังสถานคุ้มครองและพัฒนาอาชีพเพื่อวัตถุประสงค์ในการฟื้นฟูสภาพร่างกายจิตใจและการฝึกอาชีพ นอกจากกฎหมายทั้งสองฉบับที่เกี่ยวข้องแล้ว การช่วยเหลือและคุ้มครองผู้เสียหายโดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้องยังเป็นไปตามบันทึกข้อตกลงเรื่องแนวทางและคู่มือการปฏิบัติงานร่วมกันระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการดำเนินการกรณีการค้าหญิงและเด็ก พ.ศ. 2546 เพื่อเป็นแนวทางการดำเนินการร่วมกันระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้งภาครัฐและเอกชน เพื่อจัดความแตกต่างในรายละเอียดให้ทุกฝ่ายสามารถร่วมกันทำงานได้อย่างราบรื่น แต่บันทึกข้อตกลงนี้ก็มิได้มีสถานะเป็นกฎหมายแต่อย่างใด

ส่วนมาตรการรองรับให้ผู้เสียหายสามารถเรียกร้องค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นตามมาวรรค 6 ของพิธีสาร ตามกฎหมายไทยผู้เสียหายสามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 เนื่องจากการค้ามนุษย์ถือเป็นละเมิด แต่กระบวนการฟ้องร้องเรียกค่าทดแทนความเสียหายตามกฎหมายของประเทศไทยค่อนข้างยุ่งยากและไม่เอื้อให้ผู้เสียหายดำเนินการฟ้องร้องด้วยตนเองได้ เนื่องจากต้องรอผลคำพิพากษาของคดีอาญาก่อน ทำให้ใช้ระยะเวลาในการดำเนินคดียาวนาน จึงควรมีหน่วยงานของรัฐช่วยดำเนินคดีทางแพ่ง และควรแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 43 เรื่องการฟ้องคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาให้รวมถึงคดีความผิดเกี่ยวกับการค้ามนุษย์ด้วย เพื่อให้สามารถเรียกร้องค่าทดแทนความเสียหายเพื่อละเมิดได้ทันทีในคดีอาญา โดยไม่ต้องดำเนินคดีทางแพ่งอีกเรื่องหนึ่งต่างหาก

การคุ้มครองความเป็นส่วนตัวและการระบุตัวบุคคลของผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์ และดำเนินคดีความผิดฐานค้ามนุษย์อย่างเป็นทางการลับ มีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 177 และ 178 เรื่องการดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นการลับ และในกรณีที่ผู้เสียหายเป็นเด็กมี มาตรา 133 ทวิ เรื่องการสอบปากคำเด็ก และมาตรา 155, 171 และ 172 ตรี เรื่องการสืบพยานเด็ก⁸¹ อย่างไรก็ตามบทบัญญัติดังกล่าวมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อไม่ให้เด็กเกิดความวิตกกังวลในการให้การและเบิกความ และหลีกเลี่ยงการเผชิญหน้ากับจำเลย นอกจากนั้นยังมี พ.ร.บ. คุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 27⁸² ที่คุ้มครองเด็กจากการโฆษณาผ่านสื่อต่างๆ ในทางที่เป็นภัยต่ออนาคตเด็ก หรือน่าจะทำให้เกิดความเสียหายแก่ชื่อเสียงเกียรติคุณ ผู้ฝ่าฝืนมีโทษตามมาตรา 79 แต่มาตรา 27 นี้มีองค์ประกอบในส่วนมูลเหตุจูงใจ คือ “โดยเจตนาที่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่จิตใจ ชื่อเสียง เกียรติคุณ หรือสิทธิประโยชน์อื่นใดของเด็ก” และ “เพื่อแสวงหาประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ” ดังนี้ การรายงานข่าวของสื่อมวลชนเกี่ยวกับเหยื่อของการค้ามนุษย์ หากเป็นการกระทำตามหน้าที่โดยปราศจากเจตนาพิเศษดังกล่าว ก็ไม่ถือว่าเป็นความผิดตามมาตรา

4.6.3 การกำหนดสถานะของผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์ในรัฐผู้รับการค้ามนุษย์

พิธีสารข้อ 7 กำหนดให้รัฐภาคีต้องมีมาตรการที่เหมาะสมในการอนุญาตให้ผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์สามารถอยู่ในดินแดนของตนได้เป็นการชั่วคราวหรือตลอดไปในกรณีที่เหมาะสม (ข้อ 7 วรรคหนึ่ง) โดยรัฐภาคีจะต้องให้การพิจารณาที่เหมาะสมแก่ปัจจัยด้านมนุษยธรรม และการเอื้ออาทรแก่ผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์ (ข้อ 7 วรรคสอง) ประเทศไทยมีบันทึกข้อตกลงเรื่องแนวทางและคู่มือการปฏิบัติงานร่วมกันระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการดำเนินการกรณี

⁸¹ โปรดดู บทที่ 3 ข้อ 3.2 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

⁸² มาตรา 27 ห้ามมิให้ผู้ใด โฆษณาหรือเผยแพร่ทางสื่อมวลชนหรือสื่อสารสนเทศประเภทใด ซึ่งข้อมูลเกี่ยวกับตัวเด็กหรือผู้ปกครอง โดยเจตนาที่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่จิตใจ ชื่อเสียง เกียรติคุณ หรือสิทธิประโยชน์อื่นใดของเด็ก หรือเพื่อแสวงหาประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ

การค้าหญิงและเด็ก พ.ศ. 2546 เป็นแนวทางปฏิบัติกรณีเด็กและหญิงต่างด้าวที่เข้าประเทศไทยแล้ว ตกเป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์ รวมทั้งกรณีเด็กและหญิงต่างด้าวที่ได้มีสัญชาติไทยแต่อาศัยอยู่ในประเทศไทยและตกเป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์ไว้โดยเฉพาะ แต่ประเทศไทยขณะนี้ยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายรองรับให้ผู้เสียหายที่เป็นคนต่างด้าวสามารถอาศัยอยู่ในประเทศไทยได้ตลอดไป

4.6.4 การส่งกลับซึ่งผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์

พิธีสารเพื่อป้องกัน ปราบปราม และลงโทษการค้ามนุษย์ฯ ข้อ 8 มีดังต่อไปนี้

1. รัฐภาคีซึ่งผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์มีสัญชาติหรือมีสิทธิในการอยู่อาศัยอย่างถาวรในรัฐนั้นในเวลาที่ผ่านเข้าไปในดินแดนของรัฐภาคีผู้รับการค้านมนุษย์จะต้องอำนวยความสะดวกและยอมรับให้บุคคลนั้นกลับคืนเข้าไป โดยคำนึงถึงความปลอดภัยของบุคคลดังกล่าว โดยปราศจากการล่าช้าอันไม่สมควรหรือไม่สมเหตุผล
2. เมื่อรัฐภาคีหนึ่งส่งคืนผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์กลับไปยังรัฐภาคีที่บุคคลนั้นมีสัญชาติหรือมีสิทธิในการอยู่อาศัยอย่างถาวรอยู่ในเวลาที่ผ่านเข้าไปในดินแดนของรัฐภาคีผู้รับการค้านมนุษย์ การส่งตัวกลับนั้นต้องทำอย่างคำนึงถึงความปลอดภัยของบุคคลดังกล่าว และคำนึงถึงสถานะในการดำเนินกระบวนการทางกฎหมายซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่ว่าบุคคลนั้นเป็นผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์ และควรเป็นไปด้วยความสมัครใจของบุคคลดังกล่าว
3. เมื่อมีการร้องขอจากรัฐภาคีผู้รับการค้านมนุษย์ รัฐภาคีที่ถูกร้องขอต้องแจ้งรับรองโดยปราศจากการล่าช้าอันไม่สมควรหรือไม่สมเหตุผลว่าบุคคลผู้เป็นผู้เสียหายจากการค้านมนุษย์มีสัญชาติของรัฐตนหรือมีสิทธิในการอยู่อาศัยอย่างถาวรในดินแดนของตนในเวลาที่ผ่านเข้าไปในดินแดนของรัฐภาคีผู้รับการค้านมนุษย์หรือไม่
4. เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกในการกลับของผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์ซึ่งไม่มีเอกสารสำคัญที่ถูกต้อง เมื่อรัฐภาคีผู้รับการค้านมนุษย์ร้องขอ รัฐภาคีซึ่งบุคคลดังกล่าวมีสัญชาติหรือมีสิทธิในการอยู่อาศัยอย่างถาวรในเวลาที่ผ่านเข้าไปในรัฐภาคีผู้รับการค้านมนุษย์ ต้องขอมอบเอกสารการเดินทางและการอนุญาตอื่นๆ ที่จำเป็นเพื่อให้บุคคลดังกล่าวสามารถเดินทางและกลับเข้าไปในดินแดนของตนได้
5. ความในข้อนี้ไม่กระทบถึงสิทธิใดๆ ที่ผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์ได้รับจากกฎหมายภายในของรัฐภาคีผู้รับการค้านมนุษย์
6. ความในข้อนี้ไม่กระทบถึงความตกลงหรือข้อตกลงทวิภาคีหรือพหุภาคีใดที่ใช้บังคับอยู่ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ในการกลับของผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์

พิธีสารข้อ 8 สามารถแบ่งออกได้เป็นสองประเด็น คือ การส่งผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์กลับไปยังประเทศที่บุคคลนั้นมีสัญชาติหรือมีสิทธิในการอยู่อาศัยอย่างถาวรเรื่องหนึ่ง และการเฝ้าอำนาจและรับผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์ที่มีสัญชาติหรือมีสิทธิในการอยู่อาศัยอย่างถาวรในประเทศตนคืนกลับไปอีกเรื่องหนึ่ง สำหรับประเทศไทย การส่งหญิงหรือเด็กต่างด้าวที่ตกเป็นผู้เสียหายของการค้ามนุษย์กลับไปยังประเทศภูมิลำเนาเป็นไปตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังต่อไปนี้

- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 36
- พ.ร.บ. มาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก พ.ศ. 2540 มาตรา 11 และมาตรา 12
- พ.ร.บ. สัญชาติ พ.ศ. 2508 ฉบับที่ 2, 3 (พ.ศ. 2535)
- พ.ร.บ. คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 หมวด 6 ว่าด้วยการส่งคนต่างด้าวออกไปนอกราชอาณาจักร และคำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 35/2541 เรื่องการกำหนดระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับการส่งคนต่างด้าวออกนอกราชอาณาจักร

ปัจจุบันมีบันทึกข้อตกลงเรื่องแนวทางและคู่มือการปฏิบัติงานร่วมกันระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการดำเนินการ กรณีการค้าหญิงและเด็ก พ.ศ. 2546 ให้สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองหรือด่านตรวจคนเข้าเมืองชายแดน กรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการ กระทรวงการต่างประเทศ และองค์กรเอกชน ประสานงานกันในการส่งกลับเด็กและหญิงต่างด้าวไปยังประเทศภูมิลำเนา โดยให้ประสานสถานทูต ด่านตรวจคนเข้าเมือง หน่วยงานภาครัฐและภาคเอกชนของประเทศต้นทางให้มารับตัว และให้ข้อมูลรายละเอียดที่จะเป็นประเด็นนำสืบไปให้ด้วย คู่มือปฏิบัติงานดังกล่าวใน ข้อ 8 ถึง 15 กำหนดขั้นตอนและแนวปฏิบัติเรื่องการคุ้มครองผู้เสียหายและส่งตัวกลับภูมิลำเนาไว้อย่างละเอียด รวมทั้งการประสานงานกันของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะเป็นหลักประกันว่าเหยื่อจะไม่ถูกทอดทิ้ง อีกทั้งการสืบพยานไว้ก่อนโดยที่ยังไม่ได้ตัวผู้ต้องหา ดำเนินคดี ตามมาตรา 12 พ.ร.บ. มาตรการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 ก็เป็นการอำนวยความสะดวกต่อการดำเนินคดีประการหนึ่ง ทำให้สามารถส่งตัวผู้เสียหายกลับประเทศภูมิลำเนาได้ทันที⁸³ ส่วนการรับตัวผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์กลับประเทศ รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 36 วรรคสามได้บัญญัติรับรองไว้แล้วว่า การเนรเทศบุคคลผู้มีสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักรหรือห้ามมิให้บุคคลผู้มีสัญชาติไทยเข้ามาในราชอาณาจักร จะกระทำมิได้⁸⁴

⁸³ สำนักงานอัยการสูงสุด สถาบันกฎหมายอาญา, รายงานการวิจัยเรื่อง "การพัฒนากฎหมายป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ" (ระยะที่1), สถาบันกฎหมายอาญา 2544, หน้า 240.

⁸⁴ เรื่องเดียวกัน