

## บทที่ 2

### หลักเกณฑ์ว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

การส่งผู้ร้ายข้ามแดนมีลักษณะเป็นความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดอาญาอาศัยช่องว่างของกฎหมายในการหลบหนี การลงโทษ เนื่องจากรัฐต่างมีอำนาจอธิปไตยของตนซึ่งรัฐอื่นไม่อาจแทรกแซงได้ ซึ่งในกรณีที่รัฐใดรัฐหนึ่งมีเขตอำนาจในทางอาญาที่จะใช้บังคับกฎหมายเพื่อลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด แต่โดยที่ผู้กระทำความผิดมิได้อยู่ภายในดินแดนของรัฐนั้น จึงจำต้องอาศัยกลไกของกฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดนเพื่อขอให้รัฐที่ผู้กระทำความผิดปรากฏตัวอยู่ส่งตัวผู้กระทำความผิดข้ามแดนมาลงโทษในรัฐที่มีเขตอำนาจดังกล่าว

ก่อนการเกิดขึ้นของหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นกฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่มีความชัดเจนนั้น กระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่ใช้ในการนำส่งตัวผู้กระทำความผิดจากรัฐหนึ่งไปยังอีกรัฐหนึ่งเกิดขึ้นมานานแล้วในรูปแบบของความช่วยเหลือซึ่งกันและกันระหว่างรัฐ ซึ่งกระบวนการในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่รัฐต่างๆถือปฏิบัติมานับแต่อดีตจนถึงปัจจุบันยังคงไว้ซึ่งการยอมรับนับถือและมีหลักการที่ไม่เปลี่ยนแปลงไปมากนัก<sup>1</sup> หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ยังคงบังคับใช้กับอาชญากรรมทุกประเภทรวมถึงอาชญากรรมที่เกิดขึ้นใหม่ดังเช่นอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ด้วย ซึ่งก่อนที่ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาถึงปัญหาการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ ในบทนี้ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาถึงประวัติและพัฒนาการของการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เพื่อให้ทราบหลักเกณฑ์การส่งผู้ร้ายข้ามแดนมีที่มาอย่างไร จากนั้นจะได้ศึกษาถึงหลักเกณฑ์ว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนว่ามีหลักเกณฑ์อย่างไร เพื่อให้ทราบหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีข้อจำกัดในการบังคับใช้กับอาชญากรรมในยุคปัจจุบันอย่างไร

#### 2.1 ประวัติและพัฒนาการของการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

นับแต่อดีต ความช่วยเหลือกันและกันของรัฐในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไม่มีรูปแบบและ

---

<sup>1</sup> John T. Soma , Thomas F. Muther , Jr. and Heidi M.L. Brissette, " Transnational extradition for computer crime : Are new treaties and laws need ?," Harvard Journal on Legislation , 34 (March 1997): 322.

กฎเกณฑ์ที่เป็นทางการดังเช่นปัจจุบัน การส่งผู้ร้ายข้ามแดนใช้หลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติตอบแทนกันระหว่างประเทศ (Reciprocity) ตลอดจนหลักไมตรีจิต (Comity) เป็นหลักในการให้ความร่วมมือความตกลงระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในปี 1280 ก่อนคริสตกาล ซึ่งการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในยุคนั้นเป็นความตกลงเพื่อส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยไม่มีสนธิสัญญาระหว่างประเทศและเป็นความร่วมมือเฉพาะกิจโดยอาศัยความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศเพื่อนบ้าน ซึ่งหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติและหลักไมตรีจิตดังกล่าวก็กลายเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้สืบต่อกันมาจนถึงยุคปัจจุบัน<sup>2</sup>

ต่อมาความตกลงหรือสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนอย่างเป็นทางการถือกำเนิดขึ้นในศตวรรษที่ 18 ซึ่งมีความเจริญก้าวหน้าทางการคมนาคมและอุตสาหกรรม หลักการส่งผู้ร้ายข้ามแดนมีการพัฒนาและเพิ่มเติมฐานความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ให้ครอบคลุมถึงความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินและเงินตรา นอกจากนี้ แนวความคิดว่าด้วยสิทธิและความเท่าเทียมกันของบุคคลได้ถูกนำเข้ามาใช้ในการพิจารณาคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดน รวมถึงการที่ประเทศต่างๆ ในกลุ่มยุโรปนำหลักการดังกล่าวเข้าผนวกเป็นส่วนหนึ่งของสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดน นำมาซึ่งการเกิดขึ้นของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความผิดอาญาของทั้งสองประเทศ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่มีมาจนถึงปัจจุบัน<sup>3</sup> นอกจากนี้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับความผิดอาญาของทั้งสองประเทศแล้ว ยังมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความผิดที่จะสามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ระหว่างรัฐ ซึ่งในสมัยนั้นสนธิสัญญาระบุถึงความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้โดยจำกัดเพียงในความผิดฐานฆาตกรรมและความผิดเกี่ยวกับการปลอมแปลง ส่วนในความผิดฐานอื่นๆ นั้นไม่ถือว่ามี ความสำคัญเพียงพอในการนำส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน นอกจากนี้ ข้อยกเว้นเกี่ยวกับความผิดทางการเมืองซึ่งเป็นการประกันสิทธิของบุคคลในการมีความคิดเห็นทางการเมืองนั้นไม่ปรากฏในยุคนี้นี้ เนื่องจากถือเป็นเรื่องของผลประโยชน์แห่งรัฐ<sup>4</sup>

ข้อยกเว้นเกี่ยวกับความผิดทางการเมืองเริ่มมีบทบาทในปี ค.ศ.1843 โดยปรากฏในสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศฝรั่งเศส ในยุคที่เกิดการ

<sup>2</sup> Ibid., pp. 318-319.

<sup>3</sup> Jay Treaty of 1794, Article 27 อ้างถึงใน John T. Soma, Thomas F. Muther, Jr. and Heidi M.L. Brissette, " Transnational extradition for computer crime : Are new treaties and laws need ?," *Harvard Journal on Legislation*, 34 : 320.

<sup>4</sup> Ibid., p. 321.

ปฏิวัติฝรั่งเศส ซึ่งไม่เพียงแต่สนธิสัญญาจะเพิ่มฐานความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนกันได้ให้ รวมถึงความผิดเกี่ยวกับโจรสลัด การลอบวางเพลิง และการลักทรัพย์แล้ว สนธิสัญญานี้ยังเป็นสนธิสัญญาฉบับแรกที่กำหนดข้อยกเว้นเกี่ยวกับความผิดทางการเมือง นอกจากนี้ หลักเกณฑ์อื่นๆ เพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคล เช่น หลักการไม่ส่งคนชาติข้ามแดน และหลักการดำเนินคดีเฉพาะในความผิดที่มีการร้องขอ (The Rule of Speciality) ก็ได้รับการพัฒนาขึ้นในยุคนี้<sup>5</sup>

ในปลายศตวรรษที่ 18 เป็นยุคที่สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้รับความนิยมไปทั่วโลก จนกระทั่งในสมัยสงครามโลกครั้งที่สองได้มีความพยายามของนานาประเทศในการแสวงหาความร่วมมือระหว่างประเทศโดยการทำสนธิสัญญาพหุภาคี เพื่อสร้างมาตรฐานระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ความพยายามดังกล่าวทำให้เกิดสนธิสัญญาความร่วมมือในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในระดับภูมิภาคเกิดขึ้นอย่างมากมาย<sup>6</sup> ซึ่งเป็นผลให้หลักเกณฑ์ว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนมีความชัดเจนยิ่งขึ้นจวบจนถึงปัจจุบัน

## 2.2 วิธีการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

ความร่วมมือระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยทั่วไปแล้วจะสามารถกระทำได้โดยการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศระหว่างกัน หรือหากกรณีไม่มีความตกลงดังกล่าว รัฐอาจส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้โดยการบัญญัติกฎหมายภายในเพื่อให้อำนาจรัฐในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน หรือการใช้หลักถ้อยทีถ้อยปฏิบัติ (Reciprocity) เพื่อให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างรัฐก็ได้<sup>7</sup>

การส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยมีความตกลงหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศนั้น หมายถึง การที่รัฐที่เกี่ยวข้องได้มาตกลงกันว่า ต่างฝ่ายต่างมีหน้าที่ในการส่งบุคคลข้ามแดนเมื่ออีกรัฐหนึ่งมี

<sup>5</sup> Ibid., p. 322.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Satya Deva Bedi, *Extradition in international practice* (Rotterdam : Bronder-Offset, 1996) pp. 40-48, 53-60. อ้างถึงใน พรชัย ด้านวิวัฒน์, กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2544) หน้า 65-66.

คำร้องขอ<sup>8</sup> การทำเป็นข้อตกลงเพื่อส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นเพื่อประโยชน์ในเรื่องของความชัดเจนแน่นอนของการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เนื่องจากผลของสนธิสัญญาจะผูกพันรัฐคู่กรณีที่ต้องให้ความร่วมมือในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเมื่ออีกรัฐหนึ่งร้องขอ นอกจากนี้ การทำเป็นข้อตกลงหรือสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น ยังมีเหตุผลสืบเนื่องมาจากความเห็นทางกฎหมายของนักกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น Pufendorf ซึ่งมีความเห็นว่า การส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นหน้าที่ที่เกิดขึ้นเฉพาะในกรณีที่มีข้อตกลงพิเศษระหว่างประเทศเท่านั้น<sup>9</sup> ดังนั้น ประเทศในกลุ่ม Common Law โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา จะส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้ก็ต่อเมื่อปรากฏว่ามีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนต่อกันเท่านั้น<sup>10</sup>

นอกจากวิธีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยการทำเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาแล้ว รัฐอาจส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้โดยอาศัยหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติ คือการที่รัฐหนึ่งยินยอมส่งตัวผู้กระทำความผิดข้ามแดนให้แก่อีกรัฐหนึ่ง ตราบใดที่อีกรัฐหนึ่งยินยอมที่จะปฏิบัติเช่นเดียวกันนี้ตอบแทนเมื่อรัฐมีคำร้องขอ หลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติถือเป็นหลักการพื้นฐานในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เพื่ออำนวยความสะดวกแก่รัฐผู้ร้องขอในการดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิด ทั้งยังเป็นการปลดเปลื้องภาระของรัฐผู้รับคำขอที่จะไม่ต้องให้ที่อาศัยแก่อาชญากรของรัฐอื่น ด้วยเหตุนี้ หลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติจึงเป็นหลักที่มักจะถูกนำมาพิจารณาเพื่อส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีที่ไม่มีความตกลงว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนแก่กัน<sup>11</sup> อย่างไรก็ตามดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ในบางประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศในกลุ่ม Common Law จะไม่มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยปราศจากสนธิสัญญา ซึ่งหมายถึงจะไม่มีการนำหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติมาพิจารณาเพื่อส่งผู้ร้ายข้ามแดนด้วยเช่นกัน

การใช้ดุลพินิจของรัฐในการส่งหรือไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนจำเป็นต้องพิจารณาถึงกฎหมายภายในของรัฐด้วย ซึ่งกฎหมายภายในของรัฐอาจกำหนดให้อำนาจรัฐในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนแก่รัฐอื่นได้ แม้จะไม่มีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างกัน และในกรณีที่รัฐหนึ่งส่งผู้ร้ายข้ามแดน

<sup>8</sup> สุผานิต มั่นสุข, "เขตอำนาจศาลในคดีอาญา," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2517), หน้า 124.

<sup>9</sup> I.A. Shearer, *Extradition in international law* (Manchester: Oceana Publication Inc., 1971), p.24.

<sup>10</sup> Ibid., p.28.

<sup>11</sup> Ibid.

ให้แก่อีกรัฐหนึ่งโดยไม่มีสนธิสัญญาแต่อาศัยกฎหมายภายในของตน รัฐที่ร้องขอผู้ร้ายข้ามแดน มาและได้รับตัวผู้กระทำความผิดไปย่อมมีพันธะด้วยหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติตามกฎหมายระหว่าง ประเทศดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ที่จะต้องส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนให้กับรัฐที่ได้ปฏิบัติต่อตนมาก่อนเป็น การตอบแทนด้วย<sup>12</sup>

## 2.3 หลักเกณฑ์ในการพิจารณาส่งผู้ร้ายข้ามแดน

จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่า การส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นจะต้องกระทำโดยมีความตกลง ระหว่างประเทศ หรือมีกฎหมายภายในบัญญัติไว้ ดังนั้น หลักเกณฑ์ที่รัฐต่างๆใช้ในการพิจารณา ส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น สามารถพิจารณาได้จากความตกลงหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศ และ กฎหมายภายในของรัฐ ซึ่งหลักเกณฑ์การส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่ได้รับการยอมรับและถือปฏิบัติกัน เป็นสากลจะเป็นดังต่อไปนี้

### 2.3.1 หลักความผิดอาญาของทั้งสองประเทศ

หลักความผิดอาญาของทั้งสองประเทศในสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยทั่วไป หมายถึง การที่รัฐผู้รับคำร้องขอจะดำเนินการส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้แก่รัฐผู้ร้องขอเฉพาะในกรณีที่ ความผิดที่ร้องขอ เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายในของทั้งสองรัฐ เนื่องจากการดำเนินการ ในทางอาญาเป็นเรื่องที่กระทบกระเทือนถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคล หลักนี้จึงเป็นการปกป้องสิทธิ ของจำเลยตามหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nulla poena sine lege) และเป็นการประกันว่า เสรีภาพของจำเลยจะไม่ถูกจำกัดโดยผลของการกระทำที่ไม่เป็นความผิดตามกฎหมายของรัฐผู้ รับคำขอ<sup>13</sup> ในปัจจุบัน หลักความผิดอาญาของทั้งสองประเทศถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณี ระหว่างประเทศเนื่องจากหลักดังกล่าวเป็นหลักการพื้นฐานที่ปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้าม แแดนเกือบทุกฉบับ นอกจากนี้ ในทางปฏิบัติในทางระหว่างประเทศหลักดังกล่าวยังถูกใช้เป็น เงื่อนไขในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยปริยายในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีที่ไม่มีสนธิสัญญา ระหว่างสองฝ่าย<sup>14</sup> ซึ่งแสดงถึงการยอมรับบังคับใช้หลักการดังกล่าวเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ ยิ่งไปกว่านั้น การที่สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนสมัยใหม่กำหนดความผิดที่สามารถส่งข้ามแดนได้

<sup>12</sup> สุผานิต มั่นสุข, "เขตอำนาจศาลในคดีอาญา," หน้า 124.

<sup>13</sup> Ibid., p.137.

<sup>14</sup> Geoff Gilbert, *Aspect of extradition law* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1991), p.47.

เป็นความผิดที่ลงโทษตามกฎหมายของรัฐภาคีโดยมีอัตราโทษจำคุกขั้นต่ำที่กำหนดไว้ (Double Extradibility) ทำให้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับความผิดที่ส่งข้ามแดนได้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกับหลักความผิดอาญาของทั้งสองประเทศ (Double Criminality) มากขึ้น<sup>15</sup>

แม้ว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะมีความสำคัญและเป็นที่ยอมรับอย่างแพร่หลายแต่ไม่อาจปฏิเสธได้ว่า หลักดังกล่าวสร้างข้อจำกัดและปัญหาในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเช่นกัน เนื่องจากหลักความผิดอาญาของทั้งสองประเทศทำให้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนขึ้นอยู่กับการพิจารณากฎหมายอาญาภายในของรัฐผู้ร้องขอและรัฐผู้รับคำร้องขอเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม ในการทำสนธิสัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกาในบางกรณีได้มีการนำข้อสัญญาพิเศษ (Specific Clause) มาผสมกับหลักความผิดอาญาของทั้งสองประเทศ ทำให้ในฐานความผิดที่เจาะจงบางประเภทถือเป็นความผิดที่มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ นอกจากนี้ ในคดี Factor V. Laubenheimer ศาลสหรัฐอเมริกาปรับใช้หลัก Expression unius est exclusio alterius หรือหลักการระบุโดยชัดแจ้งถึงสิ่งใดสิ่งหนึ่งย่อมเป็นข้อยกเว้นของสิ่งอื่นๆ<sup>16</sup> ดังนั้น หากสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระบุไว้อย่างชัดเจนแล้วว่าความผิดที่มีการร้องขอสามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าเป็นความผิดตามกฎหมายภายในของรัฐภาคีอีก เนื่องจากข้อกำหนดในสนธิสัญญาเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาของรัฐทั้งสองอย่างชัดเจนแล้วว่า ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ตามกฎหมายของตน

อย่างไรก็ตาม หลักดังกล่าวถือเป็นหลักที่ศาลสหรัฐอเมริกาปรับใช้เพื่อการตีความสนธิสัญญา แต่หากในกรณีที่สนธิสัญญาไม่มีข้อสัญญาพิเศษดังกล่าว ก็จำเป็นต้องพิจารณากฎหมายภายในของทั้งสองประเทศ ซึ่งกฎหมายอาญาของแต่ละประเทศก็ถูกกำหนดขึ้นตามความจำเป็นของแต่ละประเทศ ซึ่งทำให้กฎหมายอาญาของแต่ละประเทศมีหลักการและรายละเอียดที่แตกต่างกันออกไป ความแตกต่างกันของบทบัญญัติกฎหมายจึงเป็นข้อจำกัดในการให้ความร่วมมือและทำให้ผู้กระทำความผิดใช้เป็นช่องทางในการหลบหนีความผิดได้<sup>17</sup> ความเคร่งครัดของหลักดังกล่าวในสนธิสัญญาระหว่างประเทศบางฉบับกำหนดยกเว้นหลักการดังกล่าวไว้ เช่น สนธิสัญญาส่ง

<sup>15</sup> I.A. Shearer, *Extradition in international law*, p.138.

<sup>16</sup> ชัยเกษม นิตสิริ, "ความร่วมมือระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน," *บทบัญญัติ* 52,4 (ธันวาคม 2539): 190.

<sup>17</sup> เรื่องเดียวกัน.

ผู้ร้ายข้ามแดนของกลุ่ม Nordic States<sup>18</sup> ซึ่งกำหนดให้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนสามารถดำเนินไปได้ หากปรากฏว่าความผิดที่ร้องขอเป็นความผิดที่ลงโทษได้ตามกฎหมายภายในของรัฐที่ร้องขอ โดยไม่จำเป็นต้องเป็นความผิดตามกฎหมายภายในของรัฐที่ได้รับคำร้องขอ<sup>19</sup> นอกจากนี้ ในความร่วมมือทางอาญาสมัยใหม่ซึ่งเดิมมีการใช้หลักความผิดอาญาของทั้งสองประเทศเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการให้ความร่วมมือทางอาญานั้น ก็เริ่มมีการยกเว้นหลักความผิดอาญาของทั้งสองประเทศ เพื่อผ่อนหลายหลักเกณฑ์ที่มีความเคร่งครัดดังกล่าว อันอาจเป็นอุปสรรคในการให้ความร่วมมือ<sup>20</sup> แต่หลักการดังกล่าวนี้ขึ้นอยู่กับความตกลงระหว่างประเทศภาคีแห่งอนุสัญญา ซึ่งโดยทั่วไปแล้วข้อยกเว้นดังกล่าวเกิดขึ้นค่อนข้างน้อย หลักความผิดอาญาของทั้งสองประเทศจึงยังคงเป็นหลักการสำคัญในการพิจารณาคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดน

หลักความผิดอาญาของทั้งสองประเทศจึงกลายเป็นภาระของรัฐในการต้องพิจารณา และตรวจสอบว่าความผิดที่มีการร้องขอนั้น เป็นความผิดตามกฎหมายภายในของตนและของรัฐผู้ร้องขอหรือไม่ ซึ่งความยากลำบากในการพิจารณา ทำให้ศาลของบางประเทศจะไม่เคร่งครัดในการตรวจสอบและเปรียบเทียบถึงความแตกต่างในรายละเอียดของกฎหมายสองประเทศ<sup>21</sup> ซึ่งเป็นการพิจารณาข้อเท็จจริงรวมของการกระทำความผิดว่าเข้าข่ายเป็นความผิดอาญาของรัฐทั้งสองหรือไม่ โดยไม่จำเป็นต้องมีชื่อและองค์ประกอบความผิดเหมือนกันทุกประการ<sup>22</sup> ในขณะที่บางประเทศมีความเคร่งครัดในการพิจารณาและตีความตามถ้อยคำของสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดน ทำให้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนมีความยากลำบากยิ่งขึ้น

<sup>18</sup> The Nordic Extradition Treaty of 1962 (ประกอบด้วยประเทศ เดนมาร์ก ฟินแลนด์ ไอซ์แลนด์ นอร์เวย์และสวีเดน) อ้างถึงใน I.A. Shearer, Extradition in international law, pp.63-64.

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> สนธิสัญญาความร่วมมือทางอาญาระหว่างประเทศไทยและสหรัฐอเมริกา ข้อ 1(3)

<sup>21</sup> John T. Soma , Thomas F. Muther , Jr. and Heidi M.L. Brissette, " Transnational extradition for computer crimes : Are new treaties and laws need ?," Harvard Journal on Legislation , 34 : 326.

<sup>22</sup> ชัยเกษม นิตสิริ, "ความร่วมมือระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน," บทบัญญัติ, 52,4 : 177-222.

ในหลายกรณีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจึงประสบความสำเร็จอันเนื่องมาจากการกระทำที่ร้องขอไม่เป็นความผิดตามกฎหมายภายในของอีกรัฐหนึ่ง เช่นในกรณีที่รัฐบาลประเทศสวิสเซอร์แลนด์ไม่สามารถส่งตัวนักการเงินชาวสวิสให้แก่ประเทศสหรัฐอเมริกา ในความผิดเกี่ยวกับองค์กรอาชญากรรม (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act หรือ RICO) เนื่องจากทางการสวิสเซอร์แลนด์ตีความว่าการกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิดตามกฎหมายภายในของสวิสเซอร์แลนด์ ปัญหาดังกล่าวอาจเกิดขึ้นกับกรณีความผิดที่เกิดขึ้นใหม่ดังเช่นในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ เนื่องจากประเทศต่างๆย่อมประสบปัญหาการตีความและการค้นหากฎหมายภายในเพื่อปรับใช้กับอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ ประกอบกับมาตรฐานและความเคร่งครัดในการพิจารณาและตีความหลักความผิดอาญาของทั้งสองประเทศของศาลของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน ทำให้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนในคดีเช่นนี้อาจประสบปัญหาในทางปฏิบัติ ดังเช่นคดีการร้องขอส่งอาชญากรคอมพิวเตอร์ข้ามแดน ในความผิดฐานการส่งไวรัสคอมพิวเตอร์เพื่อทำลายระบบคอมพิวเตอร์และเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริการ้องขอให้ประเทศฟิลิปปินส์ส่งตัวผู้กระทำความผิดในคดีไวรัส Love Bug แต่ทางการฟิลิปปินส์ปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเนื่องจากเห็นว่าการกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายฟิลิปปินส์<sup>23</sup>

จากคดีที่เกิดขึ้นดังกล่าวนี้ จะเห็นได้ว่าแม้หลักความผิดอาญาของทั้งสองประเทศจะเป็นหลักที่เป็นการประกันสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลย อันเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล แต่หลักดังกล่าวก็กลายเป็นอุปสรรคในการให้ความร่วมมือในการปราบปรามอาชญากรรมสมัยใหม่ที่มีลักษณะระหว่างประเทศในปัจจุบัน ความไม่ทันสมัยของหลักเกณฑ์ดังกล่าวต่อสภาพการณ์ของสังคมที่เปลี่ยนไป ทำให้เกิดข้อสงสัยว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีความเหมาะสมกับอาชญากรรมในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศเพียงใด ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ถึงปัญหาการส่งผู้ร้ายข้ามแดนอันเนื่องมาจากหลักความผิดอาญาของทั้งสองประเทศ ในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ โดยละเอียดในบทที่ 3 ต่อไป

<sup>23</sup> Seth Mydans, "Filipino suspect in love bug virus released," *New York Times News Service*[Online],(5 October 2000), Available from : <http://www.nctimes.com/news/051000/gg.html> [2003, June 8]



### 2.3.2 ความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้

ความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ คือความผิดที่สนธิสัญญาระหว่างประเทศนั้นได้กำหนดไว้ว่าเป็นความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนกันได้ระหว่างรัฐภาคี ซึ่งการกำหนดความผิดที่จะส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ถูกกำหนดให้เป็นเงื่อนไขสำคัญประการหนึ่งของสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนมาตั้งแต่อดีต จนอาจกล่าวได้ว่าหลักเกณฑ์เกี่ยวกับประเภทของความผิดที่จะส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้นี้กลายเป็นหลักสากลที่ถือเป็นแนวปฏิบัติกับแทบทุกประเทศ<sup>24</sup> ไม่ว่าจะเป็นการระบุประเภทหรือรายชื่อความผิดโดยเฉพาะเจาะจง (Enumerative Approach) หรือการระบุอัตราโทษขั้นต่ำที่จะส่งผู้ร้ายข้ามแดน (Eliminative Approach)<sup>25</sup> ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลว่า พิธีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นยุ่งยาก สิ้นเปลืองและเสียเวลา โดยส่วนใหญ่จึงนิยมส่งเฉพาะในประเภทความผิดอาญาร้ายแรงหรืออุกฉกรรจ์เท่านั้น เพราะถือเป็นความผิดสากลที่นานาประเทศควรร่วมมือกันปราบปราม การกำหนดความผิดที่จะส่งผู้ร้ายข้ามแดนกันได้จึงเท่ากับเป็นการระบุเพื่อจำกัดว่าความผิดประเภทใดที่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาตกลงว่าจะส่งให้แก่กัน ดังนั้น ในความผิดลักษณะหรือประเภทที่ไม่ปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาและไม่มีกฎหมายภายในของรัฐบัญญัติยกเว้นเป็นอย่างอื่นแล้ว รัฐก็ไม่มีหน้าที่หรือพันธกรณีใดๆ ต้องส่งตัวข้ามแดน รวมถึงเป็นการป้องกันมิให้รัฐผู้รับคำร้องขอส่งตัวผู้กระทำความผิดข้ามแดนโดยอาศัยนโยบายทางการเมืองในกรณีที่มีการกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายของรัฐนั้นๆ<sup>26</sup> เหตุผลดังกล่าวจึงสอดคล้องกับหลัก Nulla poena sine lege หรือหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย<sup>27</sup>

<sup>24</sup> คณิง ภาไชย, "กฎหมายและวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน," พิมพ์เป็นอนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพนายทวี มนูญปิฎ (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดสินทวี, 2516), หน้า 97.

<sup>25</sup> John T. Soma , Thomas F. Muther , Jr. and Heidi M.L. Brissette, " Transnational extradition for computer crimes : Are new treaties and laws need ?," Harvard Journal on Legislation , 34 : 324-325.

<sup>26</sup> Bassiouni M. Cherif, International extradition and world public order (New York : Oceana Publication Inc., 1974), p.319.

<sup>27</sup> Ibid., p.321.

รูปแบบของการกำหนดความผิดที่จะสามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ตามสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนในปัจจุบันมีให้อยู่ใน 2 รูปแบบ กล่าวคือ การกำหนดประเภทหรือรายชื่อความผิด โดยเฉพาะเจาะจงกับการกำหนดอัตราโทษขั้นต่ำ

### 1) สนธิสัญญาประเภทระบุรายชื่อความผิด

การกำหนดประเภทหรือรายชื่อความผิดโดยเฉพาะเจาะจงนั้นเคยได้รับความนิยมในอดีต โดยมักกำหนดฐานความผิดที่มีความร้ายแรงจริงๆ เท่านั้น สนธิสัญญาประเภทนี้เคยได้รับความนิยมในอดีตโดยกลายเป็นแบบมาตรฐานในการทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนในปลายศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่มีการทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนกันแพร่หลายที่สุด<sup>28</sup> เช่น สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างประเทศในเครือจักรภพอังกฤษหรือระหว่างประเทศอังกฤษกับประเทศอื่นๆ ซึ่งมีการกำหนดความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้เพียง 2 ฐานความผิด คือ ความผิดเกี่ยวกับการฆาตกรรมและความผิดเกี่ยวกับการปลอมแปลง<sup>29</sup> จากการจำกัดความผิดที่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้เพียง 2 ฐานในยุคเริ่มแรก ทำให้สนธิสัญญาในระยะเวลาคู่ต่อมาได้มีการเพิ่มฐานความผิดให้มากขึ้น

ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ แม้ว่าจะมีการเพิ่มเติมฐานความผิดเพียงไร เมื่อมีการเกิดขึ้นของอาชญากรรมใหม่ๆ สนธิสัญญาที่มีอยู่เดิมก็จะไม่เพียงพอและไม่ครอบคลุมถึงความผิดที่เกิดขึ้นใหม่อยู่เรื่อยๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความผิดที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมข้ามชาติหรืออาชญากรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศ เช่นอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ ที่มักจะไม่สามารถตีความสนธิสัญญาที่ระบุเพียงความผิดอาญาทั่วไปให้ครอบคลุมถึงความผิดเช่นนั้นได้ การแก้ไขปัญหาดังกล่าวจะต้องกระทำโดยการแก้ไขสนธิสัญญาอย่างเป็นทางการ<sup>30</sup> ซึ่งมักจะไม่สามารถกระทำได้ง่ายเพราะการแก้ไขสนธิสัญญาความยุ่งยากและใช้เวลานานในการเจรจา<sup>31</sup> แต่หากไม่มีการแก้ไข

<sup>28</sup> I.A. Shearer, *Extradition in international law*, p.133.

<sup>29</sup> Jay Treaty of 1794. Article 27 อ้างถึงใน John T. Soma , Thomas F. Muther , Jr. and Heidi M.L. Brissette, " Transnational extradition for computer crimes : Are new treaties and laws need ?," *Harvard Journal on Legislation*, 34 : 324.

<sup>30</sup> I.A. Shearer, *Extradition in international law*, p.134.

<sup>31</sup> ชัยเกษม นิตสิริ, "ความร่วมมือระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน," *บทบัญญัติ* 52,4 : 177-222.

สนธิสัญญาที่จะล้าสมัยไม่สามารถพัฒนาทันต่อความผิดใหม่ที่เกิดขึ้นจากความก้าวหน้าของสังคมและกฎหมาย ช่องว่างในสนธิสัญญาที่ไม่ได้กำหนดความผิดให้ครอบคลุมถึงความผิดใหม่นั้น ทำให้เป็นสิทธิอันชอบธรรมของรัฐผู้รับคำร้องขอที่จะปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ภายใต้หลักที่ว่ารัฐไม่ผูกพันที่จะต้องส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้รัฐอื่น ในกรณีที่ไม่มีความตกลงระหว่างประเทศ หรือไม่มีกฎหมายภายในบัญญัติไว้<sup>32</sup>

## 2) สนธิสัญญาประเภทระบุดัตราโทษขั้นต่ำ

ความยุ่งยากในการแก้ไขสนธิสัญญาและข้อจำกัดหลายๆประการของสนธิสัญญาที่กำหนดประเภทหรือรายชื่อความผิดโดยเฉพาะเจาะจงทำให้การทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนเริ่มเปลี่ยนรูปแบบมาเป็นการกำหนดอัตราโทษขั้นต่ำแทนการกำหนดฐานความผิด หลักการดังกล่าวปรากฏในสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนพหุภาคีหลายฉบับ เช่น สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกลุ่มประเทศอาหรับ เบนลักซ์ สหภาพยุโรป<sup>33</sup> และล่าสุดได้แก่สนธิสัญญาแม่แบบแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน<sup>34</sup> เป็นต้น ข้อดีของสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนประเภทนี้คือมีความยืดหยุ่น และทำให้เกิดความสะดวกแก่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาไม่ต้องแก้ไขสนธิสัญญาให้เกิดความยุ่งยากในกรณีที่เกิดความผิดอาญารูปแบบใหม่ๆ และการกำหนดอัตราโทษขั้นต่ำก็ขึ้นอยู่กับความตกลงของรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญา ซึ่งโดยทั่วไปแล้วจะกำหนดความผิดที่ส่งข้ามแดนได้เป็นความผิดที่ลงโทษได้ตามกฎหมายของรัฐภาคีที่มีอัตราโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 1 ปี หรือโทษอื่นที่หนักกว่า อย่างไรก็ตาม สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนของบางประเทศอาจกำหนดเงื่อนไขที่แตกต่างกันออกไป เช่นสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกลุ่มเบนลักซ์ (The Benelux Extradition Convention) ซึ่งประกอบด้วยประเทศเบลเยียม, เนเธอร์แลนด์ และลักเซมเบิร์ก กำหนดเงื่อนไขของความผิดที่สามารถส่งข้ามแดนได้เป็นความผิดที่ลงโทษได้ตามกฎหมายหมายของรัฐภาคีที่มีอัตราโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 6 เดือน หรือสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างประเทศอิตาลีกับประเทศตูนิเซียกำหนดอัตราโทษขั้นต่ำไว้สูงถึง 2 ปี นอกจากนี้ยังมีสนธิสัญญา

<sup>32</sup> John T. Soma , Thomas F. Muther , Jr. and Heidi M.L. Brissette, " Transnational extradition for computer crimes : Are new treaties and laws need ?," Harvard Journal on Legislation, 34 : 325.

<sup>33</sup> I.A. Shearer, Extradition in international law, pp.52-53.

<sup>34</sup> United Nations Model Treaty on Extradition 1990, Article 2.

บางฉบับที่อาจไม่กำหนดอัตราโทษขั้นต่ำไว้เลยก็ได้เช่นกัน<sup>35</sup> ซึ่งการกำหนดอัตราโทษที่ยังต่ำเพียงไรก็วยังช่วยลดอุปสรรคในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนมากขึ้นเท่านั้น อย่างไรก็ตาม การจะกำหนดเงื่อนไขในสนธิสัญญาอย่างไรก็เป็นไปตามนโยบายทางการเมืองและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศระหว่างรัฐภาคีผู้ทำสนธิสัญญา

แม้สนธิสัญญาประเภทนี้ จะเป็นแนวทางที่ดีในการแก้ปัญหาข้อจำกัดของสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนแบบเก่า และน่าจะมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนมากกว่า แต่สนธิสัญญาประเภทนี้ ก็ก่อให้เกิดปัญหาในการตีความสนธิสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อลักษณะของสนธิสัญญาประเภทนี้จะต้องอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายภายในของสองประเทศ กล่าวคือ การส่งผู้ร้ายข้ามแดนจำเป็นต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ถูกกำหนดไว้โดยกฎหมายภายใน ซึ่งกลายเป็นภาระที่จะต้องพิจารณากฎหมายภายในของประเทศอื่นในประเด็นว่า การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายในของประเทศนั้นหรือไม่ และความผิดดังกล่าวมีอัตราโทษที่กฎหมายกำหนดสำหรับความผิดดังกล่าวเป็นโทษที่มีความรุนแรงตามข้อกำหนดของสนธิสัญญาหรือไม่ สนธิสัญญาประเภทนี้จึงมีความเกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดกับหลักความผิดอาญาของทั้งสองประเทศ ซึ่งหลักดังกล่าวก็สร้างข้อจำกัดในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดฐานใหม่ๆเกี่ยวกับอาชญากรรมคอมพิวเตอร์เช่นกัน ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

### 2.3.3 การดำเนินคดีเฉพาะในความผิดที่ได้ระบุในคำร้องขอ

หลักการดำเนินคดีเฉพาะในความผิดที่ได้ระบุในคำร้องขอ หรือที่เรียกว่า The Rule of Speciality นั้น มีหลักกว่ารัฐผู้ร้องขอไม่อาจดำเนินคดีในความผิดอื่นแก่บุคคลผู้ต้องการตัวได้ หากไม่ใช่ความผิดที่ได้กล่าวอ้างมาในคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดน<sup>36</sup> หลักนี้เป็นหลักที่ได้รับการยอมรับจากรัฐต่างๆว่าเป็นหลักการสำคัญหลักหนึ่งในการพิจารณาส่งผู้ร้ายข้ามแดน อันเนื่องมาจากเหตุผลที่ว่า หากปราศจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้แล้ว ก็จะเป็นผลทำให้หลักเกณฑ์ว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนข้ออื่นๆ เช่น หลักความผิดอาญาของทั้งสองประเทศ และหลักความผิดที่สามารถส่งข้ามแดนได้นั้น ไม่ได้รับการเคารพจากประเทศผู้ร้องขอผู้ร้ายข้ามแดน นอกจากนี้หลักการดำเนินคดีเฉพาะในความผิดที่ได้ระบุในคำร้องขอนี้ ยังเป็นหลักที่เป็นประกันสิทธิของผู้ต้องหาหรือผู้ต้องการตัวจากการดำเนินคดีในความผิดที่ไม่อาจคาดหมายได้ หรือไม่ได้แจ้งให้

<sup>35</sup> I.A. Shearer, *Extradition in international law*, p.135.

<sup>36</sup> ชัยเกษม นิตสิริ, "ความร่วมมือระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน," บทบัญญัติ 52,4 : 191.

ทราบก่อนในรัฐผู้ร้องขอ ซึ่งเท่ากับเป็นการละเมิดในกระบวนการยุติธรรมของรัฐผู้รับคำร้องขอด้วยอีกทางหนึ่ง<sup>37</sup>

อย่างไรก็ตาม คุณธรรมทางกฎหมายภายใต้หลักการดำเนินคดีเฉพาะในความผิดที่ได้ระบุในคำร้องขอที่มุ่งประสงค์จะคุ้มครองผู้ต้องหาในปัจจุบันนั้น เกิดข้อสงสัยว่าเป็นไปเพียงใด เนื่องจากสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนในระยะหลังนั้น มักกำหนดให้สิทธิรัฐผู้ร้องขอในการดำเนินคดีและลงโทษผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดอื่นนอกเหนือจากความผิดที่ได้ระบุในคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ หากรัฐผู้รับคำร้องขอได้ให้ความยินยอมโดยชัดแจ้ง<sup>38</sup> นอกจากนี้ ในทางปฏิบัติของรัฐในปัจจุบันส่วนใหญ่ มีการดำเนินคดีและลงโทษผู้ต้องหาที่ได้ส่งข้ามแดนในความผิดอื่นนอกเหนือจากที่ได้ระบุในคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนเสมอ ทำให้หลักการดำเนินคดีเฉพาะในความผิดที่ร้องขอนั้น ไม่ได้เป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาอีกต่อไป แต่กลับกลายเป็นเครื่องมือของรัฐเพื่อสร้างความสัมพันธ์อันดีต่อกันระหว่างรัฐ เนื่องจากมักปรากฏว่ารัฐผู้รับคำร้องขอและได้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้ นั้น มักจะยินยอมให้มีการดำเนินคดีและลงโทษผู้ต้องหา นอกเหนือจากความผิดที่ร้องขอได้ หากว่าความผิดที่นอกเหนือจากคำร้องนั้น ยังคงเป็นความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนกันได้ตามสนธิสัญญา และเป็นความผิดตามกฎหมายภายในของรัฐผู้รับคำร้องขอ<sup>39</sup>

การปรับใช้หลักการดำเนินคดีเฉพาะในความผิดที่ได้ระบุในคำร้องขออย่างกว้างขวางและยืดหยุ่นเพื่อความสะดวกในทางปฏิบัติของรัฐเช่นนี้ อาจก่อให้เกิดคำถามว่า กรณีจะเป็นอย่างไรหากรัฐผู้ร้องขอระบุความผิดที่ขอส่งข้ามแดนเป็นความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ตามสนธิสัญญาและเป็นความผิดตามกฎหมายภายในของรัฐผู้รับคำร้องขอ แต่กลับดำเนินคดีและลงโทษผู้ต้องหาในความผิดอื่นนอกเหนือสนธิสัญญาและไม่เป็นความผิดตามกฎหมายของรัฐผู้ร้องขอ<sup>40</sup> ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่รัฐผู้รับคำขอไม่มีกฎหมายในความผิดหรืออาชญากรรมที่เกิดขึ้นใหม่ อย่างไรก็ตาม เมื่อทางปฏิบัติของรัฐมีการละเว้นการปฏิบัติตาม

<sup>37</sup> Bassiouni M. Cherif, *International extradition and world public order*, p.354.

<sup>38</sup> The U.S.-Argentina Extradition Treaty 2000, Article 14

<sup>39</sup> John T. Soma , Thomas F. Muther , Jr. and Heidi M.L. Brissette, " Transnational extradition for computer crime : Are new treaties and laws need ?," *Harvard Journal on Legislation*, 34 : 328.

<sup>40</sup> Ibid.

หลักการดำเนินคดีเฉพาะในความผิดที่ร้องขออยู่เสมอ ผู้เขียนเห็นว่าการกระทำของรัฐดังกล่าว ย่อมอาจทำให้รัฐไม่อาจยกข้ออ้างให้อีกรัฐหนึ่งปฏิบัติตามหลักดังกล่าวอย่างเคร่งครัดได้เช่นกัน จึง อาจกล่าวได้ว่า ทางปฏิบัติของรัฐในการละเมิดหลักการดำเนินคดีเฉพาะความผิดที่ร้องขอดังกล่าว ทำให้สิทธิของผู้ต้องหาในปัจจุบันไม่ได้รับความคุ้มครองเท่าที่ควร

#### 2.3.4 เขตอำนาจศาล

เขตอำนาจศาลเหนือความผิดที่มีการร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนของรัฐผู้ร้องขอ กลายเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งในการพิจารณาเพื่อส่งผู้ร้ายข้ามแดน เนื่องจากสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนบางฉบับระบุให้ความผิดที่มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ต้องอยู่ในอำนาจของศาลของรัฐผู้ร้องขอด้วย<sup>41</sup> เขตอำนาจศาลจึงกลายเป็นหลักการที่เข้าไปเกี่ยวข้องกับหลักความผิดอาญาของทั้งสองประเทศ เพราะนอกจากความผิดดังกล่าวจะต้องเป็นความผิดตามกฎหมายของรัฐผู้ร้องขอแล้ว รัฐผู้ร้องขอจะต้องมีความสามารถในการดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดภายในเขตอำนาจของตนหากมีการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนได้ด้วย<sup>42</sup> ตามแนวความคิดนี้จึงทำให้เขตอำนาจศาลเหนือคดีที่ร้องขอจึงกลายเป็นส่วนประกอบหนึ่งของหลักความผิดอาญาของทั้งสองประเทศอยู่ในตัว

อย่างไรก็ดี การอ้างเขตอำนาจเหนือคดีที่ร้องขอ ต้องได้รับการยอมรับจากรัฐผู้รับคำขอด้วยว่ารัฐผู้ร้องขอมีเขตอำนาจเหนือคดี จึงจะถือว่าเป็นไปตามเงื่อนไขที่จะส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้ ประเด็นนี้ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติอันเนื่องมาจากการที่รัฐต่างๆ ถือหลักในการพิจารณาเรื่องเขตอำนาจศาลที่แตกต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระหว่างกลุ่มประเทศ Common Law และกลุ่มประเทศ Civil Law

หลักการใช้เขตอำนาจศาลของกลุ่มประเทศ Common Law ซึ่งถือหลักว่าเขตอำนาจศาลของรัฐจำกัดอยู่เพียงกรณีที่ความผิดเกิดขึ้นในรัฐของตนหรือเขตอำนาจศาลเหนือดินแดนเท่านั้น ทำให้ประเทศในกลุ่ม Common Law ไม่ยอมรับเขตอำนาจศาลเหนือคดีด้วยความเกี่ยวพันอย่างอื่น ในขณะที่ประเทศในกลุ่ม Civil Law บังคับใช้เขตอำนาจศาลเหนือคดีอย่างกว้าง กล่าวคือ นอกจากเขตอำนาจศาลในคดีอาญาเหนือดินแดนแล้ว ศาล Civil Law ยังยอมรับเขต

<sup>41</sup> ชัยเกษม นิตสิริ, "ความร่วมมือระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน," บทบัญญัติ 52,4 : 196.

<sup>42</sup> I.A. Shearer, Extradition in international law, p.39.

อำนาจศาลเหนือบุคคลแม้การกระทำความผิดเกิดนอกราชอาณาจักร ความแตกต่างในแนวความคิดเรื่องเขตอำนาจศาลในคดีอาญาดังกล่าว เป็นผลให้การพิจารณาคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดนมีความยากลำบาก เนื่องจากประเทศในกลุ่ม Common Law จะไม่ยอมรับการอ้างเขตอำนาจศาลในรูปแบบอื่น ๆ นอกเหนือจากหลักดินแดน ซึ่งจะถือว่ารัฐผู้รับคำขอไม่มีเขตอำนาจในการลงโทษผู้กระทำความผิดได้<sup>43</sup> แม้ว่าจะระยะหลัง ประเทศในกลุ่ม Common Law บางประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา จะได้ยกเลิกข้อจำกัดต่างๆ เกี่ยวกับเขตอำนาจศาลทั้งหมด หากเป็นไปตามหลักความผิดอาญาของทั้งสองประเทศ<sup>44</sup> แต่ในการพิจารณาคำขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนของบางประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ ยังคงยึดถือหลักการเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลเหนือคดีอย่างเคร่งครัด ซึ่งบ่อยครั้งที่หลักดังกล่าวทำให้ไม่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้<sup>45</sup>

นอกจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะก่อให้เกิดปัญหาในการพิจารณาคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดนในคดีทั่วไปซึ่งเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นมานานแล้ว ในปัจจุบันที่เกิดความผิดฐานใหม่ๆ ที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ก็อาจจะเกิดปัญหาในเรื่องการยอมรับในเขตอำนาจศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในอาชญากรรมที่ไม่มีการกระทำบนดินแดน เช่น อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งลักษณะของอาชญากรรมอาจทำให้เกิดความยากลำบากในการระบุถึงสถานที่ที่การกระทำความผิดเกิด ย่อมมีผลทำให้หลักการเรื่องเขตอำนาจศาลที่มีผลต่อการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่ประสบปัญหายุ่งยากอยู่แล้วแต่เดิม ยิ่งประสบปัญหามากขึ้นไปอีกเนื่องจากความไม่ชัดเจนของเขตอำนาจศาลเนื่องด้วยลักษณะของอาชญากรรมชนิดนี้

### 2.3.5 ความผิดทางการเมือง

ความผิดทางการเมือง เป็นการกระทำความผิดอาญาที่เกิดขึ้นจากบุคคลที่ไม่เห็นด้วยกับการดำเนินการปกครอง หรือการดำเนินนโยบายของรัฐในการปกครองประเทศ โดยการกระทำดังกล่าวกระทำขึ้นเพื่อแสดงการคัดค้านหรือบีบบังคับให้มีการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง<sup>46</sup> ซึ่ง

<sup>43</sup> Ibid., p 53.

<sup>44</sup> ชัยเกษม นิตสิริ, "ความร่วมมือระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน," บทบัญญัติ 52,4 : 196.

<sup>45</sup> Ibid.

<sup>46</sup> วิชญา ลิ้มวงศ์, "ความผิดทางการเมืองในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน," (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), หน้า 23.

วัตถุประสงค์ของข้อยกเว้นการส่งผู้ร้ายข้ามแดนอันเนื่องมาจากความผิดทางการเมืองนี้ มาจากความต้องการที่จะคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาในการมีความคิดเห็นทางการเมืองที่แตกต่าง กับความไม่ต้องการเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ทางการเมืองของผู้ต้องหาดังกล่าว ซึ่งถือเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการเมืองภายในของรัฐผู้ร้องขอ<sup>47</sup>

แม้โดยทั่วไปความผิดทางการเมืองจะเป็นข้อยกเว้นในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนก็ตาม แต่ในบางฐานความผิดที่มีความร้ายแรงอย่างมาก และไม่ควรปล่อยให้ผู้กระทำความผิดหลุดพ้นจากการลงโทษเนื่องจากข้ออ้างเรื่องความผิดทางการเมือง ซึ่งความผิดเหล่านี้จะมีสนธิสัญญาระหว่างประเทศกำหนดเป็นความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้และไม่เป็นความผิดทางการเมือง เช่น ความผิดฐานฆาตกรรมประมุขของรัฐ หรือผู้นำรัฐบาล, การก่อการร้ายระหว่างประเทศ, การรุกราน, อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ, อาชญากรรมสงคราม, โจรสลัด, การจี้เครื่องบิน, การเอาคนลงเป็นทาส, การกีดกันสีผิว และความผิดเกี่ยวกับการปลอมแปลง<sup>48</sup> เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในความผิดฐานอื่นๆ นอกเหนือจากที่มีกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้โดยเฉพาะ การวินิจฉัยว่าความผิดที่มีการร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นเป็นความผิดทางการเมืองหรือไม่ ย่อมเป็นดุลพินิจโดยเด็ดขาดของรัฐผู้รับคำขอ ซึ่งหลักการพิจารณานั้นมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ซึ่งมีแนววินิจฉัยของศาลที่สำคัญ ได้แก่

1) The United Kingdom Approach เป็นหลักที่ศาลอังกฤษวางไว้ในคดี *In Re Castioni*<sup>49</sup> โดยมีหลักว่า ความผิดที่มีการร้องขอนั้นจะต้องเป็นส่วนหนึ่งของเหตุการณ์การจลาจลหรือการลุกฮือขึ้นทางการเมือง<sup>50</sup> จากหลักที่ศาลอังกฤษวางไว้ใน *Schtraks* กล่าวว่า การจลาจลหรือการลุกฮือทางการเมืองดังกล่าว ยังต้องมีความพยายามที่เป็นไปได้ในการเปลี่ยนแปลงรัฐบาลหรือวิถีการปกครองประเทศด้วย<sup>51</sup>

<sup>47</sup> Bassiouni M. Cherif, *International extradition and world public order*, pp. 370-371.

<sup>48</sup> วิษญา ลิ้มวงศ์, "ความผิดทางการเมืองในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน," หน้า 18-19.

<sup>49</sup> Great Britain, Queen's Bench Division, 1890, 1 Q.B. 149.

<sup>50</sup> Geoff Gilbert, *Aspect of extradition law*, p.121.

<sup>51</sup> Ibid.



2) The French Approach หลักนี้มีที่มาจากคำวินิจฉัยของศาลฝรั่งเศส ในคดี *Re Giovaani Gatti*<sup>52</sup> โดยวางหลักในการตีความอย่างเคร่งครัดว่า ต้องเป็นการกระทำความผิดอาญาที่มุ่งให้เกิดผลโดยตรงต่อความมั่นคงของรัฐและอำนาจอธิปไตยเท่านั้น โดยไม่มีการก่อให้เกิดอันตรายแก่ประชาชน<sup>53</sup> หลักที่ศาลวางไว้นี้ถือได้ว่าเป็นหลักการที่วินิจฉัยถึงเนื้อหาของการกระทำโดยแท้โดยไม่พิจารณาถึงมูลเหตุจูงใจ

3) The Swiss Approach หลักนี้มีที่มาจากคำวินิจฉัยของศาลสวิสเซอร์แลนด์ ในคดี *In Re Nappi*<sup>54</sup> คดีดังกล่าวเป็นการวินิจฉัยโดยการนำหลักการวินิจฉัยของศาลอังกฤษมาขยายความซึ่งวางหลักว่า มูลเหตุจูงใจในทางการเมืองต้องอยู่เหนือและมีความเกี่ยวเนื่องกันโดยตรงกับกระทำความผิดอาญาสามัญ ซึ่งเท่ากับว่าการกระทำความผิดทางการเมืองนั้นจะเป็นความผิดที่มุ่งกระทำต่อรัฐมากกว่าเอกชน เพียงแต่การกระทำนั้นเป็นความผิดที่มีความผิดอาญาธรรมดาปนอยู่ด้วย ดังนั้น ถ้าหากการกระทำความผิดอาญามีความห่างไกลวัตถุประสงค์ในทางการเมือง ก็ถือได้ว่าการกระทำนั้นมีได้กระทำโดยมีเจตนาทางการเมือง<sup>55</sup>

อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะในปัจจุบันแนวคิดของแต่ละประเทศในการตีความความผิดทางการเมืองจะเป็นอย่างไรก็ตาม แนวโน้มในปัจจุบันก็เริ่มมีแนวความคิดในการไม่นำเอาหลักเกี่ยวกับความผิดทางการเมืองมาใช้ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนอีกต่อไป เนื่องจากเกิดปัญหาในการอ้างเรื่องความผิดทางการเมืองเป็นข้ออ้างในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเสมอ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายระหว่างประเทศและความผิดเกี่ยวกับการเหยียดเชื้อชาติ ซึ่งแนวความคิดเช่นว่านี้ ได้รับการสนับสนุนจากประเทศในภูมิภาคยุโรป เนื่องจากเห็นว่าการกระทำ ความผิดทางอาญานั้นไม่จำเป็นต้องมีความเกี่ยวพันหรือมีผลกระทบต่อความเปลี่ยนแปลงทางการเมืองในรัฐเสมอไป<sup>56</sup> แนวคิดดังกล่าวนี้สะท้อนให้เห็นถึงช่องว่างของข้อยกเว้นทางกฎหมาย

<sup>52</sup> [1947] Ann.Dig.145 (Case No.70) at 145-6.

<sup>53</sup> Geoff Gilbert, *Aspect of extradition law*, p.127.

<sup>54</sup> 19 INT'L L REP.375 at 376(1952). Cf. Lord Diplock

<sup>55</sup> Geoff Gilbert, *Aspect of extradition law*, p.128.

<sup>56</sup> John T. Soma , Thomas F. Muther , Jr. and Heidi M.L. Brissette, " Transnational extradition for computer crime : Are new treaties and laws need ?," *Harvard Journal on Legislation*, 34 : 327.

เกี่ยวกับความผิดทางการเมืองได้ประการหนึ่งว่า การที่ประเทศต่างๆ มีแนวความคิดหรือหลักการวินิจฉัยความเป็นความผิดทางการเมืองที่แตกต่างกันนั้น ทำให้การให้คำนิยามความผิดทางการเมืองที่ชัดเจนไม่สามารถกระทำได้ และให้ผลในทางพิจารณาที่แตกต่างกัน ซึ่งเป็นผลทำให้อาชญากรหลุดพ้นจากการถูกลงโทษได้เสมอ นอกจากนี้ข้อจำกัดของหลักเกี่ยวกับความผิดทางการเมืองนี้ได้กล่าวมาแล้ว การพิจารณาประเด็นเรื่องความผิดทางการเมืองจะยิ่งประสบปัญหาในการพิจารณามากขึ้น หากเกิดการกระทำผิดรูปแบบใหม่ ซึ่งจะทำให้การวินิจฉัยการกระทำอันเป็นความผิดทางการเมืองประสบปัญหามากขึ้น เนื่องจากไม่สามารถปรับใช้นิยามเรื่องความผิดทางการเมืองในรูปแบบเก่ากับอาชญากรรมรูปแบบใหม่ได้อย่างเหมาะสม ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์โดยละเอียดในบทที่ 3 ต่อไป

## 2.4 แบบพิธีในการพิจารณาการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนซึ่งจะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้น โดยหลักปฏิบัติแล้วผู้มีอำนาจในการพิจารณาหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ได้แก่รัฐบาลไม่ว่าจะเป็นรัฐบาลของรัฐผู้ร้องขอหรือรัฐผู้รับคำร้องขอ อย่างไรก็ตาม การพิจารณาส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่นั้นเป็นสิทธิเด็ดขาดของรัฐผู้รับคำร้องขอแต่เพียงผู้เดียว ซึ่งในแต่ละรัฐก็มีแบบพิธีในการพิจารณาคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่แตกต่างกันไป โดยในบางประเทศให้อำนาจตุลาการเข้ามามีส่วนในการพิจารณาด้วย ซึ่งในปัจจุบันแบบพิธีที่ใช้ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่มีใช้ในประเทศต่างๆ มีดังต่อไปนี้<sup>57</sup>

กรณีแรก คือกรณีที่มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ โดยไม่ให้ตุลาการเข้ามามีส่วนในการพิจารณาเลย แบบพิธีเช่นนี้มีใช้ในประเทศฝรั่งเศส โดยการพิจารณาคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนกระทำโดยการยื่นคำร้องผ่านกระทรวงการต่างประเทศโดยช่องทางทางการทูต ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศจะทำการพิจารณาแบบของคำร้อง ซึ่งหากคำร้องไม่ถูกต้องตามแบบที่กำหนดก็ไม่ต้องส่งคนแก่ประเทศผู้ร้องขอ โดยถือเป็นการปฏิเสธไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดน หากถูกต้องก็จะส่งคำร้องนั้นไปยังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ซึ่งจะเป็นขั้นตอนของการพิจารณาข้อกฎหมายว่าเป็นไปตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตาม

<sup>57</sup> สุเทพ อัดถากร และสฤษดีผล ชมไพศาล, คู่มือการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคลและคดีอาญา (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2516) หน้า 64-66.

สนธิสัญญาระหว่างประเทศหรือตามกฎหมายภายในว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่ อย่างไรก็ตาม การพิจารณาในข้อกฎหมายของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมนั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศสามารถมีดุลพินิจในการพิจารณาขั้นเด็ดขาดในขั้นสุดท้าย เนื่องจากการส่งผู้ร้ายข้ามแดนถือเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับการดำเนินนโยบายของรัฐ

กรณีที่สอง คือกรณีที่ศาลเข้ามามีบทบาทในการค้นหาความจริงและพิจารณาคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดน กรณีนี้มีใช้ในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีหลักในการพิจารณาคดีอาญาว่า บุคคลจะไม่ถูกสันนิษฐานว่ามีกระทำความผิดเว้นแต่จะได้พิสูจน์ได้ว่ากระทำความผิด ซึ่งในคดีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น เมื่อมีคำขอผ่านช่องทางทางการทูตผ่านกระทรวงต่างประเทศ คำขอนั้นจะถูกส่งเข้ามาสู่การพิจารณาของศาล โดยศาลจะมีอำนาจไม่เพียงแต่การพิจารณาว่าเป็นความผิดที่ส่งข้ามแดนได้หรือไม่ หากแต่มีอำนาจในการพิจารณาว่าจำเลยกระทำความผิดจริงหรือไม่ โดยพิธีการนี้ หากศาลพิจารณาว่าการกระทำของจำเลยเป็นความผิดอาญา ศาลจะพิจารณาส่งตัวจำเลยข้ามแดนต่อไป แต่หากทางพิจารณาได้ความว่าจำเลยไม่มีความผิดศาลจะปล่อยจำเลยไปและปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดน อย่างไรก็ตาม แม้ว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศจะมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจพิจารณาเป็นอย่างอื่น แต่โดยส่วนใหญ่รัฐบาลจะปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาล พิธีการเช่นนี้เป็นการพิจารณาแบบเข้มงวดเนื่องจากการพิจารณาโดยองค์การยุติธรรม ซึ่งเป็นการป้องกันสิทธิของจำเลยได้เป็นอย่างดี

กรณีที่สาม คือแบบผสม ซึ่งเป็นแบบของประเทศเบลเยียมและเนเธอร์แลนด์ โดยมีพิธีการพิจารณาในขั้นตอนแรกเช่นเดียวกับกรณีแรก คือในขั้นตอนการพิจารณาแบบของคำร้อง หากคำร้องถูกต้องจะส่งให้ศาลเป็นผู้พิจารณาเช่นเดียวกับกรณีที่สอง แต่ความแตกต่างในทางพิจารณาของศาลคือ ในกรณีนี้ศาลจะไม่มีอำนาจพิจารณาก้าวล่วงไปถึงในประเด็นว่า ผู้ต้องหา นั้นได้กระทำความผิดตามกฎหมายของประเทศใดหรือไม่ การพิจารณาจึงจำกัดเพียงว่า กรณีเป็นไปตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามสนธิสัญญาหรือกฎหมายภายในหรือไม่ เท่านั้น เมื่อศาลพิจารณาเป็นอย่างไรแล้ว รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมจะมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจอีกชั้นหนึ่ง

สำหรับในกรณีของประเทศไทยนั้น มีวิธีการที่คล้ายคลึงกับแบบของประเทศเบลเยียมและเนเธอร์แลนด์ กล่าวคือ ศาลเป็นผู้วินิจฉัยให้ได้ความเพียงพอว่าจำเลยเป็นบุคคลที่ต้องถูกส่งข้ามแดนหรือไม่เท่านั้น<sup>58</sup> โดยศาลไม่จำเป็นต้องมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งให้ส่งตัวจำเลยข้ามแดน เนื่องจากฝ่ายบริหารจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยเพื่อส่งหรือปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนต่อไป<sup>59</sup> ดังนั้น โดยหลักแล้วการพิจารณาส่งผู้ร้ายข้ามแดนในขั้นตอนสุดท้ายของประเทศไทยก็เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารเช่นกัน

ระบียบวิธีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่ได้กล่าวมาทั้งหมดนี้ แสดงให้เห็นถึงว่าทั้งสามระบบมีความคล้ายคลึงกันตรงที่การใช้ดุลพินิจขั้นเด็ดขาดเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารทั้งสิ้น แม้ในทางปฏิบัติ จะไม่มีกรณีที่ฝ่ายบริหารมีดุลพินิจขัดหรือแย้งกับคำวินิจฉัยของศาลในการพิจารณาส่งผู้ร้ายข้ามแดนเกิดขึ้นบ่อยนัก แต่เนื่องจากกระบวนการที่กำหนดให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในขั้นตอนสุดท้ายนั้น ทำให้กระบวนการพิจารณาทางศาลที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิของจำเลยอย่างสูงนั้น อาจถูกเปลี่ยนแปลงได้โดยเหตุผลทางด้านการเมืองและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้<sup>60</sup>

จากการศึกษาในบทนี้ ทำให้ทราบว่าหลักเกณฑ์ว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่รัฐต่างๆถือปฏิบัติมานับแต่อดีตจนถึงปัจจุบันนั้นมีข้อจำกัดในการบังคับใช้มากมาย ข้อจำกัดเหล่านี้เป็นที่เข้าใจได้อย่างชัดเจนว่าเกิดจากโครงสร้างของหลักเกณฑ์ว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เริ่มมีความไม่เหมาะสมกับสภาพทางสังคมระหว่างประเทศที่มีการเปลี่ยนแปลงไป จนทำให้หลักเกณฑ์ดังกล่าวกลายเป็นภาระในการบังคับใช้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในความผิดที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมข้ามชาติ เป็นผลทำให้รัฐต่างๆ จำต้องหาวิธีการให้ความร่วมมือในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่แตกต่างจากหลักการเดิมออกไป<sup>61</sup> เพื่อให้การให้ความร่วมมือในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนดังกล่าวสามารถบังคับใช้กับสภาพอาชญากรรมในยุคปัจจุบันได้อย่างมีประสิทธิภาพ

<sup>58</sup> พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ.2472 มาตรา 15

<sup>59</sup> บันทึกการแปลความตามพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ.2472 มาตรา 15 (ข่าวศาลฉบับลงวันที่ 15 มีนาคม 2475)

<sup>60</sup> John T. Soma , Thomas F. Muther , Jr. and Heidi M.L. Brissette, " Transnational extradition for computer crime : Are new treaties and laws need ?," Harvard Journal on Legislation, 34 : 332.

<sup>61</sup> Ibid., p 319.

หลักเกณฑ์ว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไม่เพียงแต่จะมีข้อจำกัดในตัวเองดังที่ได้กล่าวมาแล้ว เมื่อปัจจุบันอาชญากรรมที่เกิดขึ้นเป็นความผิดฐานใหม่และมีลักษณะของการกระทำ ความผิดที่พิเศษแตกต่างจากการกระทำความผิดอาญาดั้งเดิมดังเช่นอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ ยิ่งทำให้เกิดปัญหาในการปรับใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวเพื่อส่งผู้ร้ายข้ามแดน เนื่องจากไม่อาจสนองรับกับลักษณะของอาชญากรรมประเภทใหม่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งผู้เขียนจะได้ศึกษาถึง ปัญหาการปรับใช้หลักเกณฑ์ว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์โดยละเอียดในบทที่ 3 ต่อไป