

บทที่ 2

บริบทของสังคมโลกในปัญหาบางประการเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

ในสังคมโลกเมื่อเราพิจารณาถึงวิธีการแก้ปัญหาด้วยกลไกทางกฎหมายใหม่ ๆ ที่เกิดขึ้น ย่อมสะท้อนให้เห็นได้ว่าในอดีตที่ผ่านมาเกิดปัญหาซึ่งกลไกอันมีอยู่เดิมเริ่มไม่เหมาะสม หรืออาจ ยังจะไม่มีกลไกใด ๆ อยู่เลย เช่น ครั้นเมื่อโลกเราเผชิญกับการแข่งขันสะสมอาวุธนิวเคลียร์จนอาจ ก่อให้เกิดความไม่มั่นคงปลอดภัย นานาประเทศก็สร้างข้อตกลงเกี่ยวกับการควบคุมหรือจำกัด อาวุธนิวเคลียร์ในรูปแบบต่าง ๆ หรือเมื่อโลกเผชิญกับปัญหาการก่อการร้ายที่มุ่งทำลายชีวิต และ ทรัพย์สินของผู้บริสุทธิ์เพื่อก่อให้เกิดความสะพรึงกลัวและทำลายเศรษฐกิจสังคม นานาประเทศก็ สร้างข้อตกลงเกี่ยวกับการต่อสู้หรือตัดทอนกำลังของผู้ก่อการร้ายในรูปแบบต่าง ๆ แม้แต่ใน ประเทศไทยเมื่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศฉบับเดิมไม่สามารถแก้ปัญหาที่ เกิดขึ้น เช่น การครอบงำองค์กรอิสระ, การทุจริตคอร์รัปชัน หรือขาดกลไกการแก้ปัญหาของชาติใน ภาวะวิกฤติ จึงต้องมีพลวัตในการปรับปรุงกฎหมายที่มีอยู่เดิม หรือสร้างกลไกใหม่ ๆ โดยเลือก วิธีการให้เหมาะสมกับวัฒนธรรมขององค์กรประเทศ ซึ่งจะต้องศึกษาทั้งจากประสบการณ์ของ ประเทศอื่น และประสบการณ์ของตนเอง ว่าทฤษฎีในเรื่องนั้น ๆ ในทางปฏิบัติก่อให้เกิดปัญหา และมีกรณีศึกษาอะไรบ้าง

สำหรับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนก็เช่นกันมีพลวัตมากกว่า 300 ปี ดังนั้นการได้ศึกษาในพลวัต และพัฒนาการในสังคมโลกก็จะก่อให้เกิดองค์ความรู้ ในการนำมาปรับปรุงทฤษฎี เพื่อเป็นพื้นฐาน ไปสู่การปฏิบัติที่ถูกต้องเหมาะสมได้ต่อไป

1. พลวัตและพัฒนาการว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในสังคมโลก

Hugo von Grotius บิดาแห่งกฎหมายระหว่างประเทศได้วางหลักกฎหมายระหว่าง ประเทศเกี่ยวกับเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนว่า "รัฐทุกรัฐมีหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ จะต้องลงโทษผู้กระทำความผิดอาญา หรือไม่ก็ต้องส่งตัวผู้กระทำความผิดข้ามแดนไปเพื่อลงโทษ" ซึ่งการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นเป็นเรื่องที่ปฏิบัติกันมาเป็นเวลานานแล้วตั้งแต่สมัยอียิปต์ โดยเป็น สนธิสัญญาระหว่างอียิปต์ กับฮิตทิตัส และมีการบันทึกสลักเป็นอักษรเฮียโรกริฟฟิคไว้ที่ผนังของ

วิหารอัมมอนแห่งคานัน อันถือเป็นจุดเริ่มต้นของสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน¹ ซึ่งนับแต่นั้นมาหากเราจะแบ่งยุคของการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและประเด็นที่สำคัญเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในยุคนั้น ๆ จะพบว่ามิพลวัตดังนี้

ยุคที่ 1 เป็นช่วงระหว่างตั้งแต่ ค.ศ.1700 – 1800 เป็นยุคของการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เกี่ยวข้องกับการเมืองและศาสนา

ยุคที่ 2 เป็นช่วงระหว่าง ค.ศ.1800 – 1833 เป็นยุคของการทำสนธิสัญญาเกี่ยวกับความผิดทางการทหาร

ยุคที่ 3 เป็นช่วงระหว่าง ค.ศ.1833 – 1948 เป็นยุคของการยับยั้งและปราบปรามอาชญากรรม

ยุคที่ 4 ตั้งแต่ ค.ศ.1948 เป็นต้นมา เป็นยุคของวิวัฒนาการที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนและกระบวนการอันมิชอบด้วยกฎหมายตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

โดยที่ความร่วมมือของรัฐในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในยุคแรก จะใช้หลักถ้อยทีถ้อยปฏิบัติ (Reciprocity) ตลอดจนหลักไมตรีจิต (Comity) โดยไม่มีสนธิสัญญาระหว่างประเทศและเป็นความร่วมมือเฉพาะกิจ โดยอาศัยความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศ ซึ่งหลักถ้อยทีถ้อยปฏิบัติ และหลักไมตรีจิตดังกล่าวก็เป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้สืบต่อกันมา² จนกระทั่งในสมัยสงครามโลกครั้งที่สองได้มีความพยายามของนานาประเทศ ในการแสวงหาความร่วมมือโดยมีการทำสนธิสัญญาพหุภาคีเพื่อสร้างมาตรฐานระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ความพยายามดังกล่าว ทำให้เกิดสนธิสัญญาความร่วมมือในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในระดับภูมิภาค

¹Bassiouni, M. Cherif. International extradition and world public order. Chicaco : Oceana Publication, 1974 : 1

² John T.Soma, Thomas F.Muther, Jr. and Heidi M.L.Brissette, Transnational extradition for computer crimes : Are new treaties and laws need?, Havard Journal on Legislation, 34 (March 1977)pp. 318-319

เกิดขึ้นอย่างมากมาย³ โดยหากจะพิจารณาแนวปฏิบัติของรัฐต่าง ๆ ก็สามารถแยกพิจารณาได้ตามระบบกฎหมายหลักสอง 2 ระบบ คือ

1.1 ประเทศในระบบกฎหมาย Common Law

ประเทศในกลุ่ม Common Law เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ มีแนวปฏิบัติโดยคำนึงถึงความผูกพันตามสนธิสัญญาในการกำหนดหน้าที่ของรัฐที่จะส่งตัวผู้กระทำความผิดข้ามแดนอย่างเคร่งครัด โดยจะไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนหากไม่มีสนธิสัญญา หรือแม้มีสนธิสัญญาแต่ไม่ครอบคลุมถึงความผิดที่ร้องขอ แต่ในระยะหลังแนวปฏิบัติดังกล่าวก็ผ่อนคลายลง โดยเปิดโอกาสให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถออกกฎหมาย อันเป็นการสร้างความยืดหยุ่นและเปิดช่องให้มีการส่งผู้กระทำความผิดข้ามแดน⁴ แม้ในกรณีที่ไม่มีสนธิสัญญาหรือสนธิสัญญาไม่ครอบคลุม ซึ่งบทบัญญัติที่อนุญาตให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้นี้ เป็นการขยายความร่วมมือในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยไม่ต้องมีการแก้ไขสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดน และไม่จำเป็นต้องมีสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือพิเศษในทางอาญาแต่อย่างใด ซึ่งแนวทางการแก้ปัญหาเช่นนี้มีประเทศในเครือจักรภพอังกฤษบางประเทศนำแนวทางดังกล่าวไปใช้เช่นกัน⁵

จากที่ได้ศึกษาข้างต้นจะเห็นได้ว่าแม้ประเทศในกลุ่ม Common Law จะสามารถบัญญัติกฎหมายภายในให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ก็ตาม ก็ไม่สามารถแก้ปัญหาในกรณีที่มีความผิดซึ่งร้องขอนั้นไม่เป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นความผิดอาญาของทั้งสองประเทศได้ เนื่องจากหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องความผิดอาญาของทั้งสองประเทศนี้ เป็นหลักที่ได้รับการยอมรับจนมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่รัฐจะต้องผูกพันและถือปฏิบัติตาม⁶

³ Ibid.

⁴ สุเทพ อัดถากร และสุฤษดีผล ชมไพศาล, คู่มือการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและคดีอาญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2516) หน้า 44-45

⁵ John T.Soma, Thomas F.Muther, Jr. and Heidi M.L.Brissette, Transnational extradition for computer crimes : Are new treaties and laws need?, *Havard Journal on Legislation*, 34 (March 1977)pp.

⁶ M.Akehrst, A modern introduction to international law, 5th ed., George Allen and Unwin, 1984 อ้างถึงในจุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลาคม, 2539) หน้า 108

เพราะเหตุว่าประเทศในกลุ่ม Common Law ถือว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายในของประเทศโดยอัตโนมัติ ดังนั้นในการใช้กฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาศาลก็จะตีความกฎหมายดังกล่าวไปในทางเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศด้วย⁷

1.2 ประเทศในระบบกฎหมาย Civil Law

แนวปฏิบัติของประเทศในระบบนี้ มีความยืดหยุ่นในการพิจารณาส่งผู้ร้ายข้ามแดน เนื่องจากกฎหมายภายในเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนมักกำหนดให้รัฐสามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้แก่รัฐอื่นได้⁸ แม้ไม่มีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนก็ตามโดยอาศัยหลักปฏิบัติต่างตอบแทนระหว่างกัน

ดังนั้นจากที่มีการแบ่งกลุ่มโดยจำแนกเป็นระบบกฎหมายหลักของโลก 2 ระบบ คือ Common Law และ Civil Law นั้น จะเห็นได้ว่าประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ซึ่งเปิดโอกาสให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้โดยไม่ต้องมีสนธิสัญญา จึงเป็นระบบกฎหมายที่เปิดกว้างกว่าระบบกฎหมายของประเทศที่กำหนดให้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนต้องมีสนธิสัญญาระหว่างกัน ซึ่งปัญหาอีกประการหนึ่งของระบบกฎหมายนอกจากแนวปฏิบัติที่มีต่อการส่งผู้ร้ายข้ามแดนแล้ว การที่ระบบกฎหมายหลักของโลกที่แบ่งออกเป็น 2 ขั้วใหญ่เช่นนี้ ยังทำให้เกิดปัญหาความเห็นที่แตกต่างทั้งในทฤษฎีและการปฏิบัติเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ประกอบกับยังมีกฎหมายภายในที่แตกต่างกัน เพราะเหตุว่าแต่ละประเทศต่างมีแนวคิดในการกำหนดประเภทของความผิด และรายละเอียดปลีกย่อยที่แตกต่างกันไป อันเป็นผลให้การใช้บังคับสนธิสัญญาไม่เป็นไปในแนวเดียวกัน ทำให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเกิดปัญหา และอุปสรรคทั้งในมิติของสารบัญญัติ สบัญญัติ และองค์กร ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนจะศึกษาเฉพาะทฤษฎี การปฏิบัติ ปัญหา และกรณีศึกษาที่สำคัญบางประเด็นของแต่ละมติดังต่อไปนี้

2.ทฤษฎี การปฏิบัติ ปัญหา และกรณีศึกษา ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างประเทศ

⁷เรื่องเดียวกัน, หน้า 110.

⁸I.A. Shearer, *Extradition in international law*, Manchester : Manchester Press, 1997 pp.31-32.

กฎหมายเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เป็นกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษ คือ มีทั้งในส่วนที่เป็นสารบัญญัติ สบัญญัติ อีกทั้งในทางปฏิบัติองค์กรผู้ที่เกี่ยวข้องในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนชั้นสุดท้ายก็มีความสำคัญไม่น้อย ดังนั้นในการวิจัยนี้ผู้เขียนจึงได้จำแนกเป็น 3 มิติ คือ มิติสารบัญญัติ มิติสบัญญัติ และมิติขององค์กร ดังนี้

2.1 มิติสารบัญญัติ

2.1.1 คนชาติ

ทฤษฎีเกี่ยวกับคนชาติ สามารถแบ่งได้เป็น 2 ทฤษฎี คือ 1.ทฤษฎีที่ไม่สนับสนุนการส่งคนชาติเป็นผู้ร้ายข้ามแดน และ 2.ทฤษฎีที่สนับสนุนการส่งคนชาติเป็นผู้ร้ายข้ามแดน

1.ทฤษฎีไม่สนับสนุนการส่งคนชาติเป็นผู้ร้ายข้ามแดน คือ ประเทศเจ้าของสัญชาติของผู้ที่ถูกขอให้ส่งตัว เห็นว่ามีหน้าที่ต้องปกป้องรักษาความปลอดภัยให้แก่พลเมืองของตน โดยตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศรัฐจะใช้อำนาจเหนือบุคคลในการที่บุคคลนั้นเดินทางออกนอกประเทศ และเมื่อได้รับความเสียหายจากรัฐอื่น รัฐจะต้องปกป้องคนชาติ เช่น การปกป้องทางการทูต (Diplomatic protection) ทำให้เมื่อคนชาติยังอยู่ในรัฐของตนรัฐก็จะต้องคุ้มครอง ดังนั้นหากคนชาติเข้ามาอยู่ในดินแดนของรัฐเจ้าของสัญชาติ รัฐก็จะไม่ส่งตัวกลับออกนอกประเทศ

แนวปฏิบัติของการไม่ส่งคนชาติข้ามแดนเกิดขึ้นในปี ค.ศ.1736 คือ มีนโยบายทางการเมืองกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างฝรั่งเศสกับ Low Countries¹ ว่าจะไม่ส่งคนชาติ โดยเป็นการสะท้อนให้เห็นสภาพบ้านเมืองในยุโรปสมัยก่อนที่มีความขัดแย้งทางศาสนา ระหว่างโรมันคาทอลิก กับโปรเตสแตนต์ โดยฝ่ายโรมันคาทอลิกมักจะไม่ได้รับความเป็นธรรมในศาลของฝ่ายโปรเตสแตนต์ และฝ่ายโปรเตสแตนต์ก็ไม่ได้รับความเป็นธรรมในศาลของฝ่ายคาทอลิกเช่นกัน จะเห็นได้ว่าเนื่องจากสมัยนั้นการส่งผู้ร้ายข้ามแดนมีปัญหาว่าจะไม่ค่อยได้รับความยุติธรรมในศาลของประเทศอื่น ยิ่งโดยเฉพาะในกรณีที่มีความแตกต่างกันทางเชื้อชาติ ศาสนา แต่ถ้าเป็นกรณีที่เชื้อชาติศาสนาเดียวกันก็ไม่เป็นปัญหา ตัวอย่างเช่น ฝรั่งเศส และสเปน ได้ทำสนธิสัญญาส่ง

¹ บริเวณที่ราบต่ำใกล้ทะเลเหนือ ได้แก่ เบลเยียม ลักเซมเบิร์ก และเนเธอร์แลนด์

ผู้ร้ายข้ามแดนในปี ค.ศ.1756¹ โดยในสนธิสัญญา ข้อ 3 บัญญัติไว้ว่ายินยอมให้ส่งคนชาติได้ เพราะเหตุว่าทั้งฝรั่งเศสและสเปน ล้วนเป็นประเทศที่นับถือศาสนาคริสต์นิกายคาทอลิกเช่นกัน หรือในอีกบางกรณีฝรั่งเศสก็ยังร่วมมือในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เป็นคนชาติให้แก่บางเขตการปกครองของสวิตเซอร์แลนด์ที่นับถือนิกายคอปทอลิก เป็นต้น ส่วนสนธิสัญญาที่มีข้อบัญญัติเรื่องการไม่ส่งคนชาตินั้น ทำขึ้นครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ.1834 ระหว่างประเทศฝรั่งเศส กับเบลเยียม และตั้งแต่ปี ค.ศ.1844 เป็นต้นมา สนธิสัญญาที่ฝรั่งเศสทำกับทุกประเทศก็จะมีบทบัญญัติเรื่องยกเว้นการส่งคนชาติทั้งสิ้น²

ดังนั้นจากทฤษฎีนี้เราจะเห็นได้ว่าที่มาของการไม่ส่งคนชาติเกิดจากการเลือกปฏิบัติระหว่างศาสนาในยุคแรก ซึ่งต่อมาจึงกลายเป็นปฏิบัติไปในที่สุด การที่รัฐยึดมั่นต่อทฤษฎีการไม่ส่งคนชาติเป็นผู้ร้ายข้ามแดน ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดก็เป็นสิทธิที่รัฐจะทำได้ แต่อย่างไรก็ดีหากรัฐเลือกใช้วิธีการที่จะไม่ส่งคนชาติเป็นผู้ร้ายข้ามแดน รัฐก็ควรหามาตรการเพื่อไม่ให้ผู้กระทำผิดลอยนวลโดยไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม ซึ่งวิธีการหนึ่งที่สามารถทำได้ก็คือการดำเนินคดีกับผู้กระทำ ความผิดเสียเอง แต่กระนั้นก็ตามหากรัฐจะเลือกใช้ทางแก้โดยวิธีการนี้ รัฐจะต้องมั่นใจเสียก่อนว่ากฎหมายภายในของรัฐนั้นมาสามารถมีเขตอำนาจศาลครอบคลุมต่อการกระทำ ความผิดของคนชาติตน ซึ่งไปกระทำความผิดนอกประเทศได้ทุกฐานความผิด

2. ทฤษฎีสนับสนุนการส่งคนชาติเป็นผู้ร้ายข้ามแดน

ทฤษฎีนี้มีรากฐานจากความเห็นของ The Royal Commission on Extradition ของประเทศอังกฤษในปี 1878 ที่ว่า “ความผิดนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายของประเทศที่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำในดินแดนนั้น คนที่ไปอยู่ในต่างประเทศย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องเชื่อฟัง และปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศนั้น เพื่อแลกกับความคุ้มครองที่รัฐนั้นให้แก่ตนโดยเท่าเทียมกับความคุ้มครองที่รัฐให้แก่คนชาติ ดังนั้นทำไมผู้ถูกกล่าวหาที่ถูกเรียกร้องให้มีการส่งมอบตัว จะอยู่

¹ สนธิสัญญาระหว่างประเทศฝรั่งเศสและสเปนระบุไว้ว่า สนธิสัญญานี้บังคับใช้กับคนชาติของคู่ภาคีเช่นเดียวกับบุคคลในรัฐอื่น

² จากการสำรวจสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนของประเทศฝรั่งเศส ใน United Nations Treaty Series Volumes 1 – 550 มีจำนวนทั้งสิ้น 163 ฉบับ 98 ฉบับ ห้ามการส่งคนชาติข้ามแดนอย่างเด็ดขาด ส่วนอีก 57 ฉบับ ให้อำนาจกับรัฐผู้ร้องขอในการใช้ดุลพินิจส่งคนชาติข้ามแดน และมีเพียง 8 ฉบับที่บัญญัติไว้ให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงสัญชาติของผู้ถูกกล่าวหา

ในสภาวะที่แตกต่างจากภาวะที่เราจะได้รับการปฏิบัติเมื่ออยู่ในประเทศที่เราหลบหนีมา⁹ ดังนั้น ทฤษฎีนี้จึงเชื่อว่าการที่ผู้กระทำความผิดหลบหนีออกจากดินแดนที่กระทำความผิดไปได้ ก็ไม่น่าจะ ทำให้คน ๆ นั้น รอดพ้นจากการลงโทษไปได้ แต่ควรได้รับการส่งตัวกลับไปลงโทษได้ ซึ่งมี กรณีศึกษาเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากการมีข้อบัญญัติการไม่ส่งคนชาติจนทำให้เกิดของไหวใน แห่งของการบังคับใช้กฎหมาย คือ ในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ.1887 มีผู้ปล้นตู้รถไฟในประเทศเบลเยียม ทำให้มีจดหมายระหว่างประเทศบางส่วนถูกปล้นไป แต่ในกรณีดังกล่าวปรากฏว่าผู้วางแผน เป็นคนสัญชาติอังกฤษ และได้วางแผนปล้นในประเทศอังกฤษเพื่อที่จะไม่ต้องรับโทษและไม่ถูก ดำเนินคดีในประเทศอังกฤษ ซึ่งผลที่เกิดขึ้นก็คือการกระทำความผิดดังกล่าว เป็นการกระทำความผิดในต่างประเทศทำให้รัฐบาลอังกฤษไม่สามารถส่งคนชาติเพื่อไปดำเนินคดีในต่างแดนได้ แม้ว่าจะมีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะดำเนินคดีก็ตาม นอกจากนี้อีกทฤษฎีหนึ่งที่สนับสนุนการ ส่งคนชาติเป็นผู้ร้ายข้ามแดน ก็คือทฤษฎีอำนาจเหนือดินแดน โดยเห็นว่าศาลอาญาของรัฐมี อำนาจพิจารณาและพิพากษาคดีอาญาทุกประเภทที่เกิดขึ้นในดินแดน ศาลจะไม่คำนึงถึงสัญชาติ ของจำเลยว่าเป็นคนในบังคับของตน หรือเป็นคนต่างด้าว คือ ใช้บังคับกับทุกคนที่อยู่ในดินแดน โดยประเทศที่ใช้ทฤษฎีนี้ได้แก่ประเทศอังกฤษ สเปน บราซิล ชิลี และเอกวาดอร์ เป็นต้น ซึ่ง ประเทศเหล่านี้ส่วนใหญ่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law จึงไม่ห้ามการส่งคนชาติเป็นผู้ร้ายข้าม แดนเพราะยึดหลักว่าผู้กระทำความผิดที่ใด ย่อมจะถูกดำเนินคดี ณ สถานที่ที่กระทำความผิด

การปฏิบัติเกี่ยวกับทฤษฎีสนับสนุนต่อการส่งคนชาติข้ามแดนนี้ ผู้เขียนขอยก กรณีศึกษาของประเทศซึ่งถือได้ว่ามีอิทธิพลต่อกลุ่มประเทศ Common Law ที่สุดประเทศหนึ่ง ได้แก่ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนี้

การปฏิบัติของประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษมีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนฉบับแรกกับสหรัฐอเมริกา ในปี ค.ศ.1794^{*} ซึ่งสนธิสัญญานี้ใช้บังคับกับทุกคนแม้กระทั่งคนสัญชาติอังกฤษ ต่อมาอังกฤษได้ ทำสนธิสัญญากับฝรั่งเศสในปี ค.ศ.1843 ซึ่งในบทบัญญัติดังกล่าวไม่มีการระบุถึงเรื่องการส่งคน

⁹ I.A. Shearer, *Extradition in international law*, Manchester : Manchester Press, 1997 pp. 119

^{*} ต่อมาอังกฤษได้ทำสนธิสัญญากับสหรัฐอเมริกาขึ้นใหม่ ค.ศ.1842

ชาติข้ามแดน โดยในทางปฏิบัติคนสัญชาติฝรั่งเศสก็ไม่เคยถูกส่งเป็นผู้ร้ายข้ามแดนไปยังประเทศอังกฤษเลย และในช่วงปี ค.ศ.1843-1870 รัฐบาลอังกฤษได้เจรจาจัดทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับประเทศต่าง ๆ อีกหลายประเทศซึ่งเป็นประเทศที่ยึดถือหลักไม่ส่งคนชาติข้ามแดน จึงเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์ของนักกฎหมายอังกฤษ¹ แต่ถึงอย่างไรก็ตามแม้ต่อมาในปี ค.ศ.1880 อังกฤษมีการทำสนธิสัญญาขึ้นใหม่กับสวิตเซอร์แลนด์ รัฐบาลสวิตเซอร์แลนด์ก็ยังยืนยันที่จะยกเว้นการส่งคนสัญชาติตนเป็นผู้ร้ายข้ามแดน และยังมีข้อสงวนต่อหลักปฏิบัติต่างตอบแทน (Waive Reciprocity) คือ รัฐบาลอังกฤษสามารถส่งคนสัญชาติอังกฤษไปยังสวิตเซอร์แลนด์ได้ แต่สวิตเซอร์แลนด์ไม่จำเป็นต้องส่งคนสัญชาติสวิตเซอร์แลนด์ที่กระทำความผิดไปอังกฤษ² ดังนั้นจะเห็นได้ว่าประเทศอังกฤษสนับสนุนต่อทฤษฎีส่งคนชาติเป็นผู้ร้ายข้ามแดนอย่างหนักแน่น โดยเห็นได้จากศาลของอังกฤษก็ไม่เคยประสบปัญหาเกี่ยวกับข้อโต้แย้งเรื่องการส่งคนชาติว่าจะกระทำไม่ได้ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือขัดต่อบทบัญญัติตามสนธิสัญญาเลย ซึ่งต่อมาประเทศอังกฤษและประเทศในเครือจักรภพ และอดีตเครือจักรภพก็ยังใช้กฎหมาย The Imperial Extradition Act 1870 อยู่ หรือบางประเทศอาจมีการปรับปรุงเพียงเล็กน้อย ด้วยเหตุนี้ทำให้กฎหมายภายในของแต่ละประเทศที่สืบสิทธิจากอังกฤษก็ไม่ปฏิเสธหลักการส่งคนชาติเป็นผู้ร้ายข้ามแดนไปดำเนินคดีในประเทศอื่นเช่นกัน

การปฏิบัติของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกามีแนวปฏิบัติเช่นเดียวกับประเทศสหราชอาณาจักร โดยคัดค้านการยกเว้นไม่ส่งคนชาติเพื่อการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ดังนั้นแม้คู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามหลักต่างตอบแทนในเรื่องการส่งคนชาติ สหรัฐก็จะไม่ถือเอาการปฏิเสธนั้นเป็นข้ออ้างที่จะไม่ส่งคนสัญชาติสหรัฐ³ เป็นผู้ร้ายข้ามแดน ซึ่งศาลสูงสหรัฐอเมริกาเคยมีคำพิพากษาว่า “บุคคล” ในสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดน รวมหมายถึง “พลเมืองผู้ถือสัญชาติ” ด้วย และในกฎหมายระหว่างประเทศไม่มีกฎหมายใด ๆ ที่บอกว่าพลเมืองจะได้รับการยกเว้นจากการส่งผู้ร้ายข้ามแดน นอกเสียจาก

¹ Lord Cockburn ประธานของ Royal Commission ได้วิจารณ์เกี่ยวกับการไม่ส่งคนชาติข้ามแดนในสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างอังกฤษกับสวิตเซอร์แลนด์ไว้ว่า “เป็นการลดความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย”

² อังกฤษยังได้ทำสนธิสัญญาลักษณะนี้กับประเทศสเปน และลักเซมเบิร์กด้วย

จะมีระบุไว้ในสนธิสัญญา¹ ซึ่งในกรณีที่มีบทบัญญัติอยู่ในสนธิสัญญานี้เคยมีกรณีศึกษาเกิดขึ้นในปี ค.ศ.1936 เป็นคดีระหว่าง รัฐบาลสหรัฐอเมริกา กับ Valentine Excel Neideeker ซึ่งศาลสูงได้พิจารณาด้วยคำความหมายของประโยค “ยกเว้นไม่ส่งคนชาติ” ที่มีปรากฏอยู่ในสนธิสัญญา ค.ศ. 1909 กับประเทศฝรั่งเศส และในสนธิสัญญา ค.ศ.1861 กับเม็กซิโกว่า ถ้อยคำที่ถูกเพิ่มเติมขึ้นในสนธิสัญญา ค.ศ.1899 กับเม็กซิโก นั้น ซึ่งปกติหากพิจารณาและตีความสนธิสัญญาอย่างเคร่งครัด ศาลจะมีความเห็นว่าสหรัฐอเมริกาไม่มีอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่จะส่งคนชาติภายใต้บังคับของสนธิสัญญาที่เขียนไว้ว่าไม่ถูกบังคับให้ต้องส่งคนชาติ แต่การที่มีการเขียนข้อความเพิ่มเติมในสนธิสัญญาให้อำนาจฝ่ายบริหารใช้ดุลพินิจได้นั้น เห็นได้ชัดว่าเป็นการจงใจมอบอำนาจการใช้ดุลพินิจให้ฝ่ายบริหาร ซึ่งประโยคเพิ่มเติมดังกล่าวก็ได้มีการใช้ในสนธิสัญญาที่สหรัฐอเมริกาทำกับประเทศอื่น ๆ โดยหลังจากคำพิพากษาดังกล่าวสหรัฐอเมริกาก็ได้ทำสนธิสัญญาอีกหลายฉบับ เช่นสนธิสัญญาที่ทำกับ Liberia (ค.ศ.1937) บัญญัติไว้เพียงว่า “ไม่ถูกบังคับให้ต้องส่งคนชาติ” สนธิสัญญาที่ทำกับ South Africa (ค.ศ.1947) ไม่มีบทบัญญัติกล่าวถึงคนชาติ จึงเท่ากับว่าเป็นการเปิดกว้างให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับกับบุคคลทุกคน ในสนธิสัญญาที่ทำกับ Israel (ค.ศ.1961) บัญญัติไว้ว่า “คู่ภาคีที่ถูกร้องขอจะปฏิเสธไม่ส่งบุคคลซึ่งมีสัญชาติของตนไม่ได้” และในสนธิสัญญาที่ทำกับ Sweden และ Brazil (ค.ศ.1961) ก็บัญญัติไว้ชัดถึงการให้อำนาจฝ่ายบริหารว่า “ภาคีที่ถูกร้องขอไม่ถูกบังคับให้ต้องส่งคนชาติของตน แต่ฝ่ายบริหารมีอำนาจภายใต้กฎหมายที่เหมาะสมของฝ่ายตนที่จะส่งมอบคนชาติข้ามแดน หากฝ่ายบริหารมีดุลพินิจเห็นว่าเป็นการสมควรที่จะทำเช่นนั้น”

นอกจากนี้ในปัจจุบันแนวโน้มของนานาชาติ ในการปฏิบัติเกี่ยวกับการส่งคนชาติข้ามแดน เช่น ในประเทศกลุ่มสหภาพยุโรป (The Council Of Europe) ได้ยกวาง The European Extradition Convention ค.ศ.1957 โดยมีสมาชิกจำนวน 12 ประเทศลงนามในอนุสัญญานี้ ซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการส่งคนชาติเป็นผู้ร้ายข้ามแดนอยู่ในมาตรา 6 ว่า

“1.a. ภาคีคู่สัญญามีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่ส่งคนชาติของตนข้ามแดน

¹ ในระหว่างศตวรรษที่ 19 สหรัฐอเมริกาได้ยกเลิกการเจรจาเพื่อทำสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนหลายครั้ง เนื่องจากคู่กรณีอีกฝ่ายยืนยันที่จะให้มีประโยคที่ว่า “ยกเว้นไม่ส่งคนชาติ”

b.ภาคีสัญญาแต่ละฝ่ายอาจจัดทำคำแถลงเมื่อลงนาม หรือเมื่อจัดส่งสัตยาบันสาร หรือภาคยานุวัติสารเพื่อนิยามเกี่ยวกับ "คนชาติ" ในความหมายของอนุสัญญานี้

2.ถ้าภาคีฝ่ายที่ได้รับการร้องขอไม่ส่งคนชาติของตนข้ามแดน เมื่อภาคีฝ่ายร้องขอได้ร้องขอมา ภาคีฝ่ายนั้นจะต้องเสนอคดีนั้นให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของตนเพื่อฟ้องร้องต่อไป เพื่อความมุ่งประสงค์นี้ ภาคีที่ร้องขอจะต้องส่งคำแปลสำนวน ข้อสนเทศ และพยานเอกสารหรือพยานวัตถุที่เกี่ยวกับความผิดนั้นให้แก่ภาคีฝ่ายที่ได้รับการร้องขอโดยไม่คิดค่าใช้จ่ายตามที่ระบุไว้ใน ข้อ 12 วรรค 1 ภาคีฝ่ายที่ได้รับการร้องขอจะต้องแจ้งผลของการดำเนินการตามคำร้องให้ทราบด้วย"

ซึ่งในการยกวางเกี่ยวกับข้อบทเรื่องการส่งคนชาติข้ามแดนในวรรคแรก ได้มีการเจรจาข้อความที่แตกต่างจากข้อความที่ปรากฏในอนุสัญญาที่ได้ลงนามไว้ โดยเสนอให้ใช้ข้อความดังต่อไปนี้ "ภาคีฝ่ายที่ได้รับการร้องขออาจส่งคนชาติของตนข้ามแดนได้ หากกฎหมายภายในของรัฐภาคีอนุญาต" ทำให้เราเห็นได้ว่าข้อบทที่ว่า การส่งคนชาติจะต้องเป็นไปตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศที่ลงนามไว้ หากกฎหมายภายในอนุญาตให้ส่งคนชาติได้ ก็สามารถส่งคนชาติได้ แต่ในร่างที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาฯ ค.ศ.1957 ในข้อความว่า "ภาคีสัญญามีสิทธิที่จะปฏิเสธ" จึงหมายความว่า ได้มีการยอมรับการส่งคนชาติเป็นหลักปฏิบัติทั่วไป แต่ก็อนุญาตให้ปฏิเสธการส่งคนชาติได้อันเป็นการสะท้อนให้เห็นแนวคิดเหนือชาติ(A Spirit Of Supranationalism) ยิ่งขึ้น

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าแนวปฏิบัติของประเทศสหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักร ซึ่งถือเป็นตัวอย่างที่ดีของประเทศในกลุ่ม Common Law ได้ให้ความสำคัญกับความร่วมมือในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนมากกว่าจะยกเอาเรื่องคนสัญชาติของตนมาเป็นข้อกีดกัน ซึ่งก็สอดคล้องกับบทบัญญัติของสหภาพยุโรปที่ยอมรับให้การส่งคนชาติเป็นหลักปฏิบัติที่ทำได้โดยทั่วไป แต่การไม่ส่งคนชาติเป็นเพียงข้อยกเว้นที่รัฐสามารถจะทำได้เท่านั้น

จากการที่ได้ศึกษาทฤษฎี และการปฏิบัติของประเทศต่าง ๆ ทั้งสองทฤษฎีข้างต้นแล้ว จะพบว่าทฤษฎีที่สนับสนุนในการส่งคนชาติเป็นผู้ร้ายข้ามแดนเป็นทฤษฎีที่เอื้ออำนวยต่อการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติ มากกว่าทฤษฎีที่ไม่สนับสนุนให้ส่งคนชาติเป็นผู้ร้ายข้ามแดน และหากพิจารณาถึงสถานการณ์ปัจจุบัน ประเทศต่าง ๆ ก็มีมาตรฐานกระบวนการ

* Council of Europe , 1955

ยุติธรรมที่สามารถยอมรับได้ ดังนั้นบุคคลผู้กระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นชาติใดหากได้รับหลักประกันที่เพียงพอ นานาชาติก็ควรให้ความร่วมมือส่งคนชาติของตนไปดำเนินคดีในประเทศที่ความผิดได้เกิดขึ้น เพื่อการปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศให้สัมฤทธิ์ผลต่อไป

2.1.2 โทษประหารชีวิต

ทฤษฎีเรื่องการไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีที่มีโทษประหารชีวิตนั้น เนื่องมาจากว่าโทษประหารชีวิต เป็นโทษที่ร้ายแรงที่สุดในบรรดาโทษทางอาญาที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด แต่ด้วยหลักการทางมนุษยธรรมที่ว่า “ประเทศผู้รับคำขอไม่สมควรที่จะส่งตัวบุคคลที่เข้ามาพึ่งอำนาจของประเทศนั้นเพื่อให้ประเทศอื่นนำไปประหารชีวิต”¹⁰ จึงทำให้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนเพื่อต่อสู้กับอาชญากรรมระหว่างประเทศที่สำคัญพบกับอุปสรรคอย่างน่าเสียดาย ตัวอย่างเช่น

“ในเดือนกรกฎาคม 2001 ประเทศรัสเซียแสดงจุดยืนว่าจะไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีการก่อการร้าย ไปยังสหรัฐอเมริกา ถ้าผู้ก่อการร้ายเหล่านั้นจะต้องพบกับโทษประหารชีวิต”^{*}

“รายงานประจำวันที่ 23 พฤศจิกายน 2001 มีใจความว่า สเปนจะไม่ส่งตัว 8 ผู้ต้องสงสัยว่าเป็นสมาชิกของกลุ่ม อัลไควดา (Al-Qaeda) ไปยังสหรัฐฯ หากยังเห็นว่ามีความเสี่ยงที่พวกเขาเหล่านั้น จะต้องรับโทษประหารชีวิต หรือถูกดำเนินคดีในศาลทหาร”^{*}

¹⁰ประสพสุข บุญเดช, การส่งผู้ร้ายข้ามแดน, การส่งผู้ร้ายข้ามแดน ทฤษฎีและแนวปฏิบัติ, ศาลอุทธรณ์พิมพ์, 2548 หน้า 40

^{*}Radio Free Europe, 14 July 2001

^{*}Spain rules out extradition of terror suspects to US: report. AFP, 23 November 2001, and Spain sets hurdle for extraditions. New York Times, 24 November 2001. Amnesty International has called for the Military Order, signed by President Bush on 13 November and allowing for the trial by special military commissions of non-US citizens suspected of involvement in "international terrorism", to be revoked. The tribunals, which could be set up anywhere, would have the power to pass death sentences without the right of appeal. Presidential order on military tribunals threatens fundamental principles of justice (AMR 51/165/2001, 15 November 2001). Amnesty International would oppose

ประกอบกับในปัจจุบันก็มีหลายประเทศได้ยกเลิกโทษประหารชีวิตไปแล้ว ดังที่ปรากฏในประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป เป็นต้น ทำให้ปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติที่เป็นอุปสรรคสำหรับความร่วมมือในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนก็คือ ความแตกต่างสำหรับโทษในการกระทำความผิดร้ายแรงเดียวกันแต่มีการกำหนดโทษในแต่ละประเทศไม่เท่ากัน ซึ่งความผิดที่พบบ่อยได้แก่ความผิดที่เกี่ยวกับการค้ายาเสพติด อันเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้รัฐผู้รับคำร้องขออาจปฏิเสธไม่ให้ความร่วมมือในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ เพราะบทบัญญัติในสนธิสัญญาเกี่ยวกับความร่วมมือในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนส่วนใหญ่จะมีข้อยกเว้นในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่มีความผิดถึงขั้นประหารชีวิต เช่น

อนุสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน INTER-AMERICAN Article 9 มีบทบัญญัติในหมวด Penalties Excluded ที่จะไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดที่มีประหารชีวิต โดยบัญญัติว่า "The States Parties shall not grant extradition when the offense in question is punishable in the requesting State by the death penalty, by life imprisonment, or by degrading punishment, unless the requested State has previously obtained from the requesting State, through the diplomatic channel, sufficient assurances that none of the above-mentioned penalties will be imposed on the person sought or that, if such penalties are imposed, they will not be enforced."

กฎบัตรว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหภาพยุโรป article 19(2) มีบทบัญญัติที่จะไม่ให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดน โดยบัญญัติว่า "No one may be removed, expelled or extradited to a State where there is a serious risk that he or she would be subjected to the death penalty, torture or other inhuman or degrading treatment or punishment" :

อนุสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของสหภาพยุโรป ค.ศ.1957 ภายได้ ข้อ 11 มีบทบัญญัติไม่อนุญาตส่งผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดที่มีโทษประหารชีวิต โดยบัญญัติว่า "countries which are abolitionist in law or in practice may obtain sufficient assurances

the extradition or deportation of anyone to face these military commissions, regardless of whether the defendant would face the death penalty.

In 1983, the Council of Europe created Protocol No. 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR), which states: "The death penalty shall be abolished. No one shall be condemned to such penalty or executed."

that the death penalty will not be carried out before permitting extradition for an offence which is punishable by death in the requesting state”

แต่แนวโน้มในปัจจุบันได้ผ่อนคลายลง ไปในทางที่ว่าทั้งรัฐผู้รับคำร้องและรัฐผู้ร้องขอต่างยอมรับถึงความจำเป็นแห่งการมีอยู่ของโทษประหารชีวิตในอีกประเทศหนึ่ง แต่เพื่อให้ความร่วมมือในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนยังเกิดขึ้นได้แม้จะเป็นความผิดที่มีโทษประหารชีวิต จึงมีการบัญญัติข้อความเพื่อให้รัฐผู้ร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดที่มีโทษประหารชีวิต ต้องยอมรับโดยการบัญญัติกฎหมายในลักษณะที่เป็นหลักประกันว่า หากมีความร่วมมือโดยรัฐผู้ถูกร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้ รัฐผู้ร้องขอก็จะมีคำพิพากษาลงโทษประหารชีวิต หรือแม้จะมีคำพิพากษาดังกล่าวก็就不用การลงโทษเช่นนั้น ซึ่งมีหลายข้อตกลงที่มีบทบัญญัติคล้ายคลึงกัน ดังตัวอย่างของสนธิสัญญาต่อไปนี้

สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างสหรัฐ, ปารากวัย และอาฟริกาใต้ ซึ่งบังคับใช้ในเดือนมีนาคม และมิถุนายน ค.ศ.2001 มีบทบัญญัติให้ปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในคดีที่มีความผิดถึงขั้นประหารชีวิต หากปราศจากการรับรองว่าจะไม่ลงโทษประหารชีวิต¹

ข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 14 บัญญัติมีใจความสำคัญว่า เหตุปฏิเสธชนิดให้เลือก รวมถึงความผิดที่มีโทษประหารชีวิต เว้นแต่รัฐที่ร้องขอจะให้หลักประกันที่เพียงพอว่าจะไม่พิพากษาประหารชีวิต หรือแม้มีคำพิพากษาเช่นนั้นก็จะไม่ลงโทษเช่นนั้น²

¹ In March 1976, Canada and the United States ratified a new extradition treaty which included a clause on optional assurances against the death penalty

² “allow both these abolitionist countries to refuse extradition to the USA without assurances against the death penalty”

³ The International Covenant on Civil and Political Rights, article 14.” Optional grounds for refusal include: “If the offence for which extradition is requested carries the death penalty under the law of the requesting State, unless that State gives such assurance as the requested State considers sufficient that the death penalty will not be imposed or, if imposed, will not be carried out.”

กฎหมายอาเซอร์ไบจาน หลังจากยกเลิกความผิดที่มีโทษประหารชีวิต ในปี 1998 ประเทศอาเซอร์ไบจาน ได้บัญญัติกฎหมายในเดือน พฤษภาคม ค.ศ.2001 โดยไม่ยอมให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดน หากปราศจากคำรับรองว่าโทษประหารชีวิตจะไม่ถูกนำมาใช้กับบุคคลที่ถูกส่งเป็นผู้ร้ายข้ามแดน

กฎหมายการส่งผู้ร้ายข้ามแดนออสเตรเลีย (Australia's Extradition Act) มีบทบัญญัติใน Art.17 ซึ่งมีใจความสำคัญว่า ทางเดียวที่คำร้องจะสามารถปฏิบัติตามได้ก็คือ อัยการสูงสุดได้รับคำรับรองจนเป็นที่พอใจว่าโทษประหารชีวิต จะไม่ถูกกำหนดหรือถูกลงโทษเช่นนั้น

กฎหมายประเทศปานามา (Panamanian law states) บทบัญญัติมีใจความสำคัญว่า การส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นจะไม่สามารถยอมให้มีได้ หากความผิดที่ร้องขอเป็นโทษประหารชีวิตในรัฐผู้ร้องขอ นอกจากจะได้รับความรับรองอย่างเป็นทางการว่าจะไม่มีการลงโทษเช่นนั้นกับบุคคลดังกล่าว เป็นต้น

ซึ่งในกรณีศึกษาจากแนวปฏิบัติของประเทศต่าง ๆ ในการร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนของซึ่งมีโทษประหารชีวิตในรัฐที่ร้องขอ มีดังต่อไปนี้

ในปี ค.ศ.1985 รัฐบาลแคนาดาได้ส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดฐานร่วมกับผู้อื่นในการฆ่าคนจำนวน 13 คน ให้แก่สหรัฐอเมริกา เนื่องจากเจ้าหน้าที่สหรัฐอเมริกาได้รับรองว่าจะไม่ร้องขอให้ลงโทษประหารชีวิตแก่บุคคลดังกล่าว จึงมีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้

11

ในปี ค.ศ.1989 ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (The European Court of Human Rights) ได้ตัดสินว่า รัฐบาลอังกฤษไม่สามารถที่จะส่งชาวเยอรมันไปให้สหรัฐอเมริกา ดำเนินคดีในศาลแห่งรัฐเวอร์จิเนียในข้อหาฆ่าคนตาย โดยไม่มีคำมั่นจากการสหรัฐหรือศาลแห่งเวอร์จิเนียว่าจะไม่มีการลงโทษประหารชีวิตหรือตัดสินลงโทษประหารชีวิต ซึ่งรัฐบาลอังกฤษก็ได้ปฏิบัติตามโดยส่งตัวผู้กระทำผิดไปดำเนินคดีเฉพาะในข้อหาที่มีโทษไม่

¹¹Ethan Nadelman, John F. Burns. With death at issue, can Canada wash its hands? New York Times. (Nov. 1, 1988) p. A4

ร้ายแรงถึงขั้นประหารชีวิต และได้มีคดีในลักษณะเดียวกัน ซึ่งรัฐบาลแห่งเนเธอร์แลนด์ได้ปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้สหรัฐอเมริกา โดยถือตามคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปโดยศาลพิพากษาว่าพันธกรณีในเรื่องสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้บดบังพันธกรณีตามสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดน ซึ่งในคดีหลังนี้เจ้าหน้าที่ของสหรัฐอเมริกาได้ให้คำมั่นว่าจะไม่ให้มีการลงโทษประหารชีวิต จึงได้มีการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนไป¹²

จากที่ได้ศึกษามาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่าหากรัฐโดยยังมีโทษประหารชีวิตอยู่ แต่ไม่มีกฎหมายภายในที่บัญญัติให้อำนาจฝ่ายบริหารหรือผู้ที่ได้รับมอบหมาย ให้สามารถทำคำรับรองเรื่องยกเว้นการลงโทษประหารชีวิตในกรณีผู้ร้ายที่ถูกร้องขอให้ส่งข้ามแดน รัฐผู้ถูกร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนก็อาจจะปฏิเสธคำร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้แม้จะมีสนธิสัญญา หรือมีพันธกรณีที่จะปฏิบัติต่างตอบแทนตามคำมั่นที่ให้ไว้ก็ตาม ผู้เขียนจึงเห็นว่าฐานความผิดที่มีโทษประหารชีวิตแท้จริงแล้วยังไม่ใช่อุปสรรคที่ต้องขจัดโดยเร่งด่วน เพราะหากเราต้องการให้มีความร่วมมือในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยยกเลิกโทษประหารชีวิตทั้งหมดในความผิดอาญาทุกฐานก็อาจไม่ใช่คำตอบที่ถูกต้อง เพราะการยกเลิกโทษประหารชีวิตดังกล่าวจำเป็นต้องพิจารณาจากหลายปัจจัย อาทิเช่น ปัจจัยในด้านสังคมว่ามีความพร้อม และการยกเลิกโทษประหารชีวิตดังกล่าวจะทำให้ผู้ที่กำลังคิดว่าจะกระทำความผิดไม่เกรงกลัวต่อกฎหมายหรือไม่ แต่รัฐสมควรที่จะเลือกการมีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจในการทำคำรับรองของเจ้าหน้าที่ว่าจะปฏิบัติตามพันธกรณี¹³ เพื่อเป็นช่องทางให้ความร่วมมือในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน สามารถดำเนินต่อไปได้

2.1.3 ความผิดทางการเมือง

ทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองความผิดทางการเมือง ในกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญได้แก่ 1.ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Right) ในข้อที่ 19 ที่บัญญัติเอาไว้ว่า “คนทุกคนย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก ซึ่งรวมถึงการปราศจากการแทรกแซงในเรื่องดังกล่าวด้วย ตลอดจนทั้งรับและส่งข่าวสารความคิดเห็นไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ โดยไม่คำนึงถึงเขตแดน” และ 2.กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและ

¹² Ibid., citing Soering v. United Kingdom (161 Eur. Ct. H.H., ser AO(1989)).

¹³ อุตัย อาทิเวช, การดำเนินคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดนของพนักงานอัยการ : ปัญหาและอุปสรรคเกี่ยวกับโทษประหารชีวิตและข้อเสนอนแนะ, “การส่งผู้ร้ายข้ามแดน ทฤษฎีและแนวปฏิบัติ”, ศาลอุทธรณ์พิมพ์, 2548 หน้า 230-236

สิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966 (International Convention on Civil and Political Rights, 1966) ซึ่งได้ระบุถึงสิทธิที่จะมีส่วนร่วมทางการเมือง ให้สิทธิประชาชนที่จะมีส่วนร่วมในการทำงานของรัฐ โดยตรงหรือผ่านผู้แทนราษฎร สิทธิออกเสียงและสมัครรับเลือกตั้ง รวมตลอดถึงสิทธิที่จะชุมนุม โดยสงบเป็นสิทธิทางการเมือง

ซึ่งจากหลักการดังกล่าวทั้งสองนี้ ทำให้ไม่นิยมที่จะให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนใน ความผิดทางการเมือง จึงเกิดกรณีที่รัฐหนึ่งยอมให้บุคคลลี้ภัยทางการเมืองขึ้น (Political Asylum) ข้ออ้างของความผิดในทางการเมืองจึงมักจะเป็นข้อต่อสู้ของผู้กระทำความผิดเมื่อถูกขอให้ส่งตัว ข้ามแดน แต่กระนั้นก็ตามผู้ที่ได้กระทำความผิดในอาชญากรรมที่มีความร้ายแรงและกล่าวอ้างว่า มีสาเหตุทางการเมือง ก็ได้มีคำพิพากษาเป็นกรณีศึกษา เช่น ศาลอุทธรณ์กรุงปารีส ได้มีคำ พิพากษาในคดี Colman ซึ่งกระทำความผิดในคดีอาชญากรรมสงคราม (war crimes) เมื่อปี ค.ศ. 1947 ว่า ความผิดที่ผู้ลี้ภัยได้กระทำและมีการใช้กำลังด้วยอาวุธต่อต้านเบลเยียมนั้น เป็นความผิด ที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้โดยปกติ และไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดทางการเมือง

แม้พลวัตในระยะแรกของการส่งผู้ร้ายข้ามแดนมักเป็นการส่งผู้ร้าย ในความผิด ทางการเมือง¹⁴ แต่ปัจจุบันแนวปฏิบัติในเรื่องนี้หลาย ๆ ประเทศกลับถือว่าความผิดทางการเมือง เป็นความผิดที่เป็นข้อยกเว้นสำคัญของการส่งผู้ร้ายข้ามแดน โดยจะไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนใน ความผิดชนิดนี้ แต่ด้วยเหตุที่ความผิดทางการเมืองนี้ยังไม่มีคำนิยามที่แน่ชัด หลายประเทศจึงมี

ในปี ค.ศ. 1946 สมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้มีมติข้อ 3(1) สนับสนุนให้รัฐทุกรัฐจับกุม อาชญากรสงคราม และส่งบุคคลเหล่านี้กลับประเทศที่เขาได้ก่ออาชญากรรม และมีมติสมัชชาใหญ่ สหประชาชาติที่ 3074 (XXVIII) (1973) ได้ลงมติว่าสมัชชาใหญ่สนับสนุนให้มีการให้ความร่วมมือ ระหว่างประเทศ ในการปราบปรามอาชญากรสงครามรวมถึงการส่งตัวบุคคลดังกล่าวข้าม แแดน และอีกกรณีหนึ่งคืออาชญากรรมการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ในอนุสัญญาว่าด้วยการทำลาย ล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ (The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1948) ข้อ 7 บัญญัติว่า "การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่ใช่ความผิดทางการเมือง จึง สามารถส่งข้ามแดนได้"

¹⁴Gernard Von Glahn, *An Introduction to Public International Law*, 5th ed. (New York: Co Macmillan Publishes, 1986) p.389 And Jordan J. Paust, M. Cherif Bassiouni, Sharon A. Williams, Micheal Scharf, Jimmy Gurate and Bruce Zagaris, *International Criminal Law, Case and Materials*, p.258

ความเห็นที่แตกต่างกัน ทำให้เป็นอุปสรรคแก่การให้ความร่วมมือระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ดี แม้ยังไม่มีคำนิยามที่ชัดเจนใช้เป็นสากล แต่ก็สามารถแบ่งความผิดทางการเมืองออกได้เป็น 2 ประเภทดังต่อไปนี้¹⁵

1. ความผิดทางการเมืองโดยแท้ (Pure or Directly Political Offense) คือ ความผิดที่ผู้กระทำความผิดกระทำต่อรัฐโดยตรง ซึ่งมีได้ทั้งการใช้และไม่ใช้ความรุนแรง เช่น การกบฏ รัฐประหาร การชุมนุมโดยสงบ

2. ความผิดที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางการเมือง (Relative or Incidentally Political Offense) คือ ความผิดทางการเมืองได้ขยายหลักเกณฑ์ออกไปรวมถึงความผิดที่เกี่ยวข้องกับความผิดในทางการเมืองด้วย¹⁶

อย่างไรก็ดีได้มีหลักในการวินิจฉัยว่า อย่างไรคือความผิดในทางการเมืองโดยแบ่งแนวคิดไว้กว้าง ๆ ดังต่อไปนี้¹⁷

ก. โดยหลักฐานเหตุจูงใจทางการเมือง

ทฤษฎีนี้ถือเอามูลเหตุจูงใจทางการเมือง โดยถือว่าการกระทำที่ปรากฏ แม้จะเป็นการกระทำความผิดอาญาธรรมดา เช่นการฆ่าคนตาย แต่ถ้ามีมูลเหตุจูงใจทางการเมือง การกระทำนั้นเป็นความผิดทางการเมือง ประเทศที่ใช้หลักการนี้ก็เช่น ประเทศชิลี

¹⁵ เชิดพันธุ์ วิลาวรรณ, หลักในการพิจารณาและแบบพิธีในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ.2533, "ตุลพาร์" 42 (ตุลาคม 2538) : 74

¹⁶ Jordan J. Paust, M. Cherif Bassiouni, Sharon A. Williams, Micheal Scharf, Jimmy Gurate and Bruce Zagaris, International Criminal Law, Case and Materials, p.p.268-269

¹⁷ เชิดพันธุ์ วิลาวรรณ, หลักในการพิจารณาและแบบพิธีในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ.2533, "ตุลพาร์" 42 (ตุลาคม 2538) : 74

ข. โดยหลักมูลเหตุจูงใจทางการเมืองประกอบวัตถุประสงค์ทางการเมือง

ทฤษฎีนี้ถือว่า ความผิดในทางการเมือง คือการกระทำที่มีมูลเหตุจูงใจในทางการเมือง และมีวัตถุประสงค์ในทางการเมืองประกอบกับ จะขาดอย่างใดอย่างหนึ่งไปไม่ได้ เช่น ในประเทศเยอรมัน เมื่อปี ค.ศ.1921 ศาลได้พิพากษาให้ส่งตัวผู้ต้องหาสองคนไปให้รัฐบาลสเปน ในข้อหาสมคบกันฆ่านายกรัฐมนตรีของสเปน แม้สนธิสัญญาระหว่างเยอรมันกับสเปนจะบัญญัติว่า ห้ามส่งผู้ต้องหาในคดีการเมืองก็ตาม โดยศาลให้เหตุผลว่าการฆ่านั้นเป็นการกระทำเพื่อแก้แค้น แม้อาจจะมิได้มีผลกรณีสืบเนื่องมาจากเรื่องการเมืองเป็นต้นเหตุ แต่ไม่ถึงกับจะถือได้ว่าเป็นการฆ่า โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะให้ได้ผลในทางการเมือง จึงต้องถือว่าเป็นการฆ่าคนตายอย่างธรรมดา

ค. โดยหลักว่าด้วยการกระทำที่กระทบกระเทือนต่ออำนาจอธิปไตยของประเทศ

ทฤษฎีนี้คือความผิดที่ได้ทำต่อองค์การทางการเมือง ซึ่งมีผลกระทบโดยตรงต่อรัฐธรรมนูญ และอำนาจอธิปไตยของประเทศ โดยจะไม่คำนึงถึงมูลเหตุจูงใจในการทำความผิด แต่จะคำนึงถึงสาระสำคัญแห่งการกระทำ กล่าวคือ ถ้าเป็นการกระทำต่อธรรมนูญการปกครองและรัฐบาล โดยมุ่งหมายที่จะเปลี่ยนแปลงหรือล้มล้างหลักการปกครองของประเทศเป็นหลักใหญ่ คือ อำนาจอธิปไตย (นิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ) ก็ถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดในทางการเมือง ซึ่งประเทศที่ใช้หลักการนี้ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส

ง. โดยหลักว่าด้วยการทำความผิดในขณะที่มีความไม่สงบทางการเมืองระหว่างคณะบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป

ทฤษฎีนี้คำนึงว่าการทำความผิดนั้น เกิดขึ้นขณะที่มีความไม่สงบในทางการเมืองระหว่างคณะบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยต่างฝ่ายต่างพยายามที่จะบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งยอมรับระบบการปกครองตามที่ฝ่ายตนต้องการ ดังนั้นการกระทำของพวกเขาถือว่าการร้าย

* ลักษณะของความผิดในทางการเมืองตามความหมายของฝรั่งเศสนี้ก็จะมีความหมายที่แคบ ซึ่งเน้นเฉพาะการกระทำที่มีผลกระทบต่อรัฐเท่านั้น ไม่รวมถึงการกระทำที่กระทบต่อเอกชนด้วย

(Terrorist) ที่เป็นการก่อความไม่สงบต่อการปกครองของประเทศ หรือการกระทำของพวกอนาธิปไตย (Anarchists) ซึ่งยึดถือลัทธิที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐบาลไม่ว่าในแบบใด จะไม่ถือว่าเป็นความผิดในทางการเมือง เพราะว่าผู้กระทำไม่มีความมุ่งหมายที่จะให้มีการปกครอง ไม่ว่าในรูปแบบใดเลย ประเทศที่ใช้ระบบนี้ก็คือประเทศอังกฤษ โดยมีกรณีศึกษาซึ่งศาลอังกฤษได้วินิจฉัยไว้ในคดี Meunier¹⁸ และคดี Castioni¹⁹ ดังนี้

ในกรณี Meunier Case ศาลอังกฤษได้วินิจฉัยเอาไว้ในปี ค.ศ. 1894 ใจความว่าจำเลยชื่อ Meunier ได้ก่อความเสียหายขึ้นในประเทศฝรั่งเศสแล้วหลบหนีเข้าไปในประเทศอังกฤษ ต่อมารัฐบาลฝรั่งเศสขอให้รัฐบาลอังกฤษส่งนาย Meunier เพื่อนำตัวกลับมาดำเนินคดียังศาลในประเทศฝรั่งเศส โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้พบว่านาย Meunier ได้ขว้างลูกระเบิดสองลูก ลูกแรกได้ขว้างที่ Café Very ในกรุงปารีส ทำให้คนตายสองคน และอีกลูกขว้างที่ค่ายทหาร ศาลอังกฤษวินิจฉัยว่าการที่จะถือว่าเป็นความผิดในทางการเมืองนั้นจะต้องมีพรรคการเมืองสองพรรคหรือมากกว่าในหนึ่งประเทศ และแต่ละพรรคพยายามจะจัดตั้งรัฐบาลตามความเห็นชอบของตน หากมีการกระทำความผิดโดยพรรคใดพรรคหนึ่งเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวแล้วก็ย่อมจะถือว่าเป็นความผิดในทางการเมือง แต่ในคดีนี้ไม่ปรากฏว่ามีพรรคสองพรรคดังกล่าว ดังนั้นจำเลยจึงไม่มีความมุ่งหมายกระทำต่อรัฐบาลแต่มุ่งกระทำต่อเอกชน การกระทำของจำเลยจึงไม่ใช่ความผิดทางการเมือง พิพากษาให้ส่งตัวนาย Meunier แก่รัฐบาลฝรั่งเศสตามที่ร้องขอมา

ในกรณี Castioni Case จำเลยชื่อ Castioni เป็นคนสวิส ยิงนายรอสซี่ ตำรวจสวิสเสียชีวิตในการปฏิบัติหน้าที่ป้องกันกลุ่มผู้บงกช และได้หลบหนีไปอังกฤษ ศาลอังกฤษได้ตัดสินโดยให้เหตุผลเอาไว้ว่า ความผิดในทางการเมืองจะต้องเกิดขึ้นในระหว่างที่มีความไม่สงบในทางการเมือง ระหว่างคณะบุคคลตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไป โดยต่างฝ่ายต่างพยายามที่จะบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งยอมรับระบบการปกครองตามที่ฝ่ายตนต้องการ ซึ่งในกรณีนี้นาย Castioni ไม่รู้จักกับนายรอสซี่เป็นการส่วนตัว จึงถือได้ว่าการกระทำความผิดอาญาของเขามาจากสาเหตุทางการเมือง

¹⁸In Re Muenier, Great Britain, High Court of Justice, Queen's Bench Division, 1894 (L.R.1894) 2 Q.B.415

¹⁹In Re Castioni, Great Britain, Queen's Bench Division, 1890 (1891) 1 Q.B.149

ซึ่งทั้งสองคดีนี้จะเห็นได้ว่าศาลได้ตีความตามหลักทฤษฎีดังกล่าวตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัด ซึ่งดูจากสภาพแวดล้อมที่ว่าจะต้องเกิดขึ้นในระหว่างมีความไม่สงบของคณะบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยไม่คำนึงถึงมูลเหตุจูงใจของผู้กระทำความผิดแต่อย่างใด

จ. โดยหลักสมมูลในทางการเมือง และอาชญากรรมพื้นฐาน

ทฤษฎีนี้ถือว่ามีพัฒนาการมากที่สุด โดยมีหลักในการพิจารณาจากเหตุจูงใจในทางการเมือง หรือการมีอำนาจ โดยพิจารณาว่าความผิดทางการเมือง คือ การต้องการมีอำนาจเป็นเป้าหมายสุดท้ายถ้าได้มีการกระทำความผิดนั้น ซึ่งต้องมีการกระทำเกิดขึ้นจริงโดยเป็นวิธีการที่จะนำไปสู่เป้าหมาย หรือเป็นการกระทำขึ้นบางส่วน หรือเป็นการกระทำที่มีการเคลื่อนไหวในทางการเมืองซึ่งกระทำโดยพรรคการเมือง

ฉ. โดยอาศัยสนธิสัญญา และคำพิพากษา

บางประเทศไม่มีหลักเกณฑ์แน่นอน แต่จะสามารถพบบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดทางการเมืองได้จากสนธิสัญญาที่ทำกับประเทศต่าง ๆ เช่น สนธิสัญญาการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างสหรัฐอเมริกา และประเทศอิสราเอล ในปี ค.ศ. 1962²⁰ กำหนดเอาไว้ว่า “จะไม่มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีดังต่อไปนี้... เมื่อเป็นความผิดที่ประเทศผู้รับคำร้องขอ ถือว่ามีลักษณะในทางการเมืองหรือผู้ที่ถูกกล่าวหาพิสูจน์ได้ว่า คำร้องขอให้ส่งตัวเขานั้น ก็เพื่อที่จะนำไปพิจารณาหรือลงโทษในความผิดที่มีลักษณะในทางการเมือง”

¹⁹ International'LL REP. 375 at 376 (1962) ทฤษฎีนี้ประเทศสวีเดนและแลนด์เป็นผู้วางหลักไว้

“The Political character of an offence is predominant only if the offence is indirect relation to the end sought. In order that such a relation may exist, this offence must be a really efficacious method of achieving the end or constitute and integral part of acts leading there to, or represent and incident in a general political movement in which the parties have recourse to such methods”.

²⁰ In T.LEG. MAT 186 (1963).

นอกจากนี้ในสนธิสัญญาระหว่างสหรัฐอเมริกากับเม็กซิโก ปี ค.ศ. 1978 ยังได้กำหนดเอาไว้ใน มาตรา 5(1) ว่า "รัฐควรปฏิบัติดังนี้ คือ จะไม่มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เมื่อรัฐผู้รับคำร้องขอเห็นว่าเป็นความผิดในทางการเมือง หรือมีลักษณะในทางการเมือง"²¹

ส่วนการศึกษาจากคำพิพากษา ได้มีคำพิพากษาเกี่ยวกับการใช้หลัก Incident Test ในการดูความวุ่นวายทางการเมือง โดยผู้กระทำได้ทำต่อเป้าหมายซึ่งมิได้เป็นพลเรือน ตัวอย่างเช่น ประเทศไอร์แลนด์ มีแนวความคิดในความผิดทางการเมืองซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่ไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยศาลตัดสินว่า "ความผิดที่ได้กำหนดไว้ในสองประการ... อันไม่สามารถที่จะถือได้ว่าเป็นความผิดในทางการเมือง คือผู้กระทำนั้นได้มีการไตร่ตรอง และสองไม่แยกแยะถึงความรุนแรง ซึ่งแสดงถึงลักษณะของการก่อการร้าย"

โดยการที่มีได้มีคำนิยามของความผิดทางการเมืองที่เป็นที่ยอมรับ จึงเป็นปัญหาที่ทำให้เกิดความแตกต่างและไม่สอดคล้องกัน ซึ่งโดยทั่วไปผู้ที่มีหน้าที่จะวินิจฉัยว่าความผิดตามคำร้องขอนั้นเป็นความผิดทางการเมืองหรือไม่ เป็นอำนาจของศาลแห่งประเทศผู้รับคำขอ ตัวอย่างเช่น

ศาลฝรั่งเศสถือหลักว่าถ้าเป็นการกระทำกระทบต่อรัฐธรรมนูญ และรัฐบาล โดยมุ่งหมายที่จะเปลี่ยนแปลงหรือล้มล้างอำนาจอธิปไตย ก็ถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางการเมือง เช่น ในกรณี Giovaani Gatti Case²² ว่า ต้องเป็นการกระทำความผิดอาญาที่มุ่งให้เกิดผลโดยตรงต่อความมั่นคงของรัฐ และอำนาจอธิปไตยเท่านั้น โดยไม่มีการก่อให้เกิดอันตรายแก่ประชาชน²³

²¹17 In T.LEG.MAT 1058 (1978).

Article 5(1) Simply States "Extradition shall not be granted when the offence for which it is requested is political of a political character"

²²In Re Giovanni Gatti เป็นเรื่องที่ว่า ประเทศซานมารีโนขอให้ฝรั่งเศสส่ง Gatti เป็นผู้ร้ายข้ามแดนในข้อหา พยายามฆ่าสมาชิกพรรคคอมมิวนิสต์ Gatti อ้างว่าเป็นความผิดทางการเมือง เพราะเขาไม่ชอบพรรคสังคมนิยม ศาลอุทธรณ์ฝรั่งเศสตัดสินในปี 1947 ว่า "คดีนี้ไม่ใช่ความผิดทางการเมือง ความผิดทางการเมืองต้องกระทำต่อองค์กรทางการเมือง ซึ่งกระทำโดยตรงต่อรัฐธรรมนูญของรัฐและอำนาจอธิปไตย"

²³ Geoff Gilbert, *Aspect of extradition law*, Netherlands : Martinus Nijhoff, 1991

ศาลสวิสเซอร์แลนด์วางหลักไว้ในกรณี Nappi Case²⁴ ว่า มูลเหตุจูงใจในทางการเมืองต้องอยู่เหนือ และมีความเกี่ยวเนื่องกันโดยตรงกับการกระทำความผิดอาญาสามัญ ก็เท่ากับว่าการกระทำความผิดทางการเมืองเป็นความผิดที่มุ่งกระทำต่อรัฐมากกว่าเอกชน เพียงแต่การกระทำนั้นเป็นความผิดที่มีความผิดอาญาธรรมดาปนอยู่ด้วย ดังนั้นถ้าหากการกระทำความผิดอาญามีความห่างไกลวัตถุประสงค์ในทางการเมือง ก็ถือได้ว่าการกระทำนั้นมีได้กระทำโดยมีเจตนาทางการเมือง²⁵ เป็นต้น

นอกจากนี้ประเทศฝรั่งเศสยังมีการใช้หลัก The Injured Rights โดยถือหลักว่าจะไม่มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดน หากพฤติการณ์แวดล้อมแสดงให้เห็นว่าเป็นการกระทำที่มีผลโดยตรงต่อความมั่นคง และอธิปไตยของรัฐ ก่อให้เกิดการแทรกแซงการใช้อำนาจอภายใน ซึ่งเป็นการพิจารณารูปแบบของการกระทำในด้านเนื้อหาโดยไม่พิจารณามูลเหตุจูงใจ

ดังนั้นจากการที่ได้ศึกษาทั้งโดยหลักการวินิจฉัย และจากแนวทางปฏิบัติของประเทศต่าง ๆ ที่ได้ศึกษาเรื่องความผิดทางการเมืองนั้น ส่วนใหญ่มีการพิจารณาองค์ประกอบในเรื่องรูปแบบการกระทำเป็นส่วนใหญ่ อันจะต้องมีความชัดเจนว่า เป็นการกระทำเพื่อก่อผลทางการเมือง เช่น การจลาจล เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดีในบางฐานความผิดที่มีความร้ายแรง และไม่ควรปล่อยให้ผู้กระทำผิดหลุดพ้นจากการลงโทษจากข้ออ้างเรื่องความผิดทางการเมือง ความผิดเหล่านี้ก็จะมีสนธิสัญญาระหว่างประเทศกำหนดเป็นความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ และไม่มีความผิดทางการเมือง เช่น ความผิดฐานฆาตกรรมประมุขของรัฐ หรือผู้นำรัฐบาล, การก่อการร้ายระหว่างประเทศ, การรุกราน, อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ, อาชญากรรมสงคราม, โจรสลัด, การจี้เครื่องบิน, การเอาคนลงเป็นทาส, การกีดกันสีผิว และความผิดเกี่ยวกับการปลอมแปลง เป็นต้น²⁶

²⁴ เป็นจุดเริ่มต้นของหลักการวินิจฉัยความผิดทางการเมืองที่เรียกว่า Pure And Relative Political Offense ซึ่งจะคำนึงถึงสภาวะแวดล้อมของอาชญากรรม, วัตถุประสงค์ของการกระทำ และวัตถุประสงค์สุดท้ายทางการเมือง มาซึ่งน้ำหนักกว่าอะไรจะมีน้ำหนักกว่ากัน

²⁵ Geoff Gilbert, *Aspect of extradition law*, Netherlands : Martinus Nijhoff, 1991 :128

²⁶ วิษญา ลิ้มวงศ์, ความผิดทางการเมืองในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (2541) หน้า 18-19

ทำให้สถานะในปัจจุบันนี้กรอบของข้อยกเว้นจากความหมายของ “ความผิดทางการเมือง” กำลังขยายออกไป โดยรวมถึงการกระทำความผิดต่อความมั่นคงของรัฐแม้การกระทำนั้นจะได้กระทำโดยบุคคลเพียงคนเดียวก็ตาม นอกจากนี้ยังรวมถึงการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำของคณะบุคคลที่มีจุดมุ่งหมายต่อความมั่นคงของระบบการบริหารราชการแผ่นดินด้วย อาทิเช่น ศาลสวีตเซอร์แลนด์ได้วินิจฉัยว่าการที่ชาวยูโกสลาเวีย 3 คน ซึ่งจับบังคับเครื่องบินโดยสารภายในประเทศให้บินออกนอกเส้นทางไปลงในประเทศสวีตเซอร์แลนด์นั้นเป็นการกระทำ ความผิดทางการเมือง จึงไม่อาจส่งผู้ร้ายข้ามแดน หรือศาลอังกฤษได้วินิจฉัยว่าการที่ลูกเรือประมงชาวโปแลนด์ 7 คน ชมขู่บังคับกับตันเรือ และลูกเรือคนอื่น ๆ ทำร้ายเจ้าหน้าที่ทางการเมืองที่อยู่บนเรือ โดยเกรงว่าตนจะถูกกล่าวหาว่ามีความคิดเห็นต่อต้านระบบคอมมิวนิสต์ และจะถูกดำเนินคดีเมื่อกลับไปประเทศของตน จึงบังคับให้นำเรือไปจอดในประเทศอังกฤษนั้นเป็นการกระทำ ความผิดทางการเมือง และได้รับอนุญาตให้อยู่ในประเทศอังกฤษต่อไป เป็นต้น²⁷ ซึ่งไม่ว่าแนวคิดของแต่ละประเทศในการตีความความผิดทางการเมืองจะเป็นอย่างไร แต่พลวัตในปัจจุบันก็เริ่มมีแนวความ ไม่ยอมให้นำเอาหลักข้อยกเว้น เกี่ยวกับความผิดทางการเมืองมาใช้ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เนื่องจากมักเกิดปัญหาในการยกเรื่องความผิดทางการเมืองเป็นข้ออ้างในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเสมอ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายระหว่างประเทศ และความผิดเกี่ยวกับการเหยียดเชื้อชาติ ซึ่งแนวคิดเช่นนี้ได้รับการสนับสนุนจากประเทศในภูมิภาคยุโรป เนื่องจากเห็นว่า การกระทำความผิดทางอาญานั้นไม่จำเป็นต้องมีความเกี่ยวพัน หรือมีผลกระทบ ต่อความเปลี่ยนแปลงทางการเมืองในรัฐเสมอไป²⁸ จึงสะท้อนให้เห็นถึงช่องว่างของข้อยกเว้นทางกฎหมายเกี่ยวกับความผิดทางการเมืองได้ประการหนึ่งว่า การที่ประเทศต่าง ๆ มีแนวความคิดหรือ หลักการวินิจฉัยความเป็นความผิดทางการเมืองที่แตกต่างกัน ทำให้การนิยามความผิดทางการเมืองที่ชัดเจนไม่สามารถกระทำได้ และให้ผลในทางพิจารณาที่แตกต่างกัน ซึ่งทำให้อาชญากร

²⁷ ประสพสุข บุญเดช, การส่งผู้ร้ายข้ามแดน, การส่งผู้ร้ายข้ามแดน ทฤษฎีและแนวปฏิบัติ, ศาลอุทธรณ์พิมพ์, 2548 : 40 -50

²⁸ John T.Soma, Thomas F.Muther, Jr. and Heidi M.L.Brissette, Transnational extradition for computer crimes : Are new treaties and laws need?, Havard Journal on Legislation, 34 (March 1977) :327.

สิ่งอื่น ๆ³³ ดังนั้นหากสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระบุไว้อย่างชัดเจนแล้วว่า ความผิดที่มีการร้องขอสามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าเป็นความผิดตามกฎหมายภายในของรัฐภาคีอีก เนื่องจากข้อกำหนดในสนธิสัญญา เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาของรัฐทั้งสองอย่างชัดเจนแล้วว่าความผิดดังกล่าวเป็นความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ตามกฎหมายของตน

แต่อย่างไรก็ตามหลักดังกล่าวนี้ เป็นหลักที่ศาลสหรัฐอเมริกาปรับใช้เพื่อการตีความสนธิสัญญา ดังนั้นหากในสนธิสัญญาไม่มีข้อสัญญาพิเศษดังกล่าวก็จะต้องพิจารณาจากกฎหมายภายในของทั้งสองประเทศ

พลวัตล่าสุดที่เร่งผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลัก Double Criminality ก็คือ ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศบางฉบับได้มีข้อกำหนดยกเว้นหลักการดังกล่าวไว้ โดยชัดเจน เช่น สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนของกลุ่ม Nordic States³⁴ ซึ่งกำหนดให้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนสามารถดำเนินไปได้ หากปรากฏว่าความผิดที่ร้องขอเป็นความผิดที่ลงโทษได้ตามกฎหมายภายในของรัฐที่ร้องขอ โดยไม่จำเป็นต้องเป็นความผิดตามกฎหมายภายในของรัฐที่ได้รับคำร้องขอ³⁵

อีกทั้งในความร่วมมือทางอาญาสมัยใหม่ ซึ่งเดิมมีการใช้หลักความผิดอาญาของทั้งสองประเทศเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาให้ความร่วมมือทางอาญานั้น ก็เริ่มมีการยกเว้นหลักความผิดอาญาของทั้งสองประเทศ เช่น สำหรับสหภาพยุโรปได้มีอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างรัฐภาคีของสหภาพยุโรป ค.ศ. 1996 (Convention relating to extradition between the member States of the European Union) ข้อ 3 ยกเว้นหลักการเรื่อง Double criminality ในความผิดฐานสมคบหรือซ่อนใจซึ่งเกี่ยวข้องกับความผิดฐานการก่อการร้ายหรือความผิดที่มีโทษจำคุกเสรีภาพหรือกักขังอย่างสูงตั้งแต่ 12 เดือน ซึ่งเกี่ยวกับการค้ายาเสพติดและรูปแบบอื่นๆ ขององค์กรอาชญากรรม หรือการกระทำความผิดรุนแรงต่อชีวิต ร่างกาย หรือเสรีภาพของบุคคล หรือก่อให้เกิดอันตรายโดยส่วนรวมต่อบุคคลทั้งหลาย ดังนั้น แม้การกระทำ

³³ ชัยเกษม นิตสิริ, ความร่วมมือระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน, บทบัณฑิตย 52,4 (ธันวาคม 2539) : 190

³⁴ The Nordic Extradition Treaty of 1962 (ประกอบด้วยประเทศ เดนมาร์ก ฟินแลนด์ ไอซ์แลนด์ นอร์เวย์ และสวีเดน) อ้างถึงใน I.A.Shearer, Extradition in international law, Manchester : Manchester Press, 1997 : 63

³⁵ Ibid.

ความผิดที่ร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนดังกล่าวจะไม่ใช่ความผิดของรัฐภาคีผู้รับคำร้องขอ รัฐภาคีผู้รับคำร้องขอจะยกเหตุดังกล่าวขึ้นมาปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไม่ได้

แต่หลักการดังกล่าวเป็นความตกลงระหว่างภาคีแห่งอนุสัญญา ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว ข้อยกเว้นดังกล่าวเกิดขึ้นค่อนข้างน้อย หลักความผิดอาญาของทั้งสองประเทศ จึงยังคงเป็นหลักการสำคัญในการพิจารณาคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดน รัฐจึงยังคงต้องตรวจสอบว่าความผิดที่มีการร้องขอนั้น เป็นความผิดตามกฎหมายภายในของตน และของรัฐผู้ร้องขอหรือไม่ ซึ่งความยากลำบากในการพิจารณา ทำให้ศาลของบางประเทศจะไม่เคร่งครัดในการตรวจสอบ และเปรียบเทียบถึงความแตกต่างในรายละเอียดของกฎหมายสองประเทศ³⁶ ซึ่งเป็นการพิจารณาจากข้อเท็จจริงรวมของการกระทำความผิด³⁷ ในขณะที่บางประเทศมีความเคร่งครัดในการพิจารณา และตีความตามถ้อยคำของสนธิสัญญา ทำให้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนมีความยากลำบากยิ่งขึ้นในหลายกรณีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจึงประสบความสำเร็จน้อย อันเนื่องมาจากการกระทำที่ร้องขอไม่เป็นความผิดตามกฎหมายภายในของอีกรัฐหนึ่ง เช่น

กรณีรัฐบาลประเทศสวิสเซอร์แลนด์ ไม่สามารถส่งตัวนักการเงินชาวสวิส ให้แก่ประเทศสหรัฐอเมริกา ในความผิดเกี่ยวกับองค์การอาชญากรรม เนื่องจากทางการสวิสเซอร์แลนด์ตีความว่า การกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิดตามกฎหมายภายในของสวิสเซอร์แลนด์

ดังนั้นจากการวิจัย ในหลักทฤษฎีความผิดตามกฎหมายของทั้งสองประเทศนั้น จะยังคงเห็นได้ว่าทฤษฎีความผิดตามกฎหมายของทั้งสองประเทศนั้น แม้ว่าจะดูผ่อนคลายลงหรือในบางความตกลงได้ยกเลิกไปแล้วก็ตาม แต่ก็ถือได้ว่าเป็นเพียงส่วนน้อย ทำให้หลักดังกล่าวยังคงบทบาทสำคัญ ซึ่งปัญหาที่เกิดจากการใช้หลักดังกล่าวมากที่สุดก็คือการวินิจฉัยว่าการกระทำ ความผิดดังกล่าวนั้นเป็นความผิดที่ตรงกับฐานความผิดใดในอีกรัฐภาคีหนึ่ง และจะวินิจฉัย

³⁶ 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 (March 1997) : 326

³⁷ ชัยเกษม นิตสิริ, " ความร่วมมือระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ", บทบัญญัติ, 52, 4 (ธันวาคม 2539) : 177-222.

อย่างไร ซึ่งแนวโน้มที่ดีก็คือว่าในสนธิสัญญาบางฉบับได้วางหลักในการวินิจฉัยไว้ให้ โดยให้ยึดเอาจากภาพรวมของการกระทำความผิด มากกว่าการที่จะตีความตามตัวอักษร

ทฤษฎีการบัญญัติความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้

รูปแบบของการกำหนดความผิดที่จะสามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ในการทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนในปัจจุบันมีใช้อยู่ใน 2 รูปแบบ คือ การกำหนดประเภทหรือรายชื่อความผิดโดยเฉพาะเจาะจง กับการกำหนดอัตราโทษขั้นต่ำ ดังรายละเอียดต่อไปนี้

1. การกำหนดประเภทหรือความผิดแบบเฉพาะเจาะจง

คือ การกำหนดประเภทหรือรายชื่อความผิดโดยเฉพาะเจาะจงโดยมักกำหนดฐานความผิดที่มีความร้ายแรงเท่านั้น สนธิสัญญาประเภทนี้เคยได้รับความนิยมในอดีต โดยกลายเป็นแบบมาตรฐานในการทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนในปลายศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่มีการทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนกันแพร่หลายที่สุด³⁸ เช่นสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างประเทศในเครือจักรภพอังกฤษ หรือระหว่างประเทศอังกฤษกับประเทศอื่น ๆ ซึ่งมีการกำหนดความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้เพียง 2 ฐานความผิด คือ ความผิดเกี่ยวกับการฆาตกรรม และความผิดเกี่ยวกับการปลอมแปลง³⁹ จากการจำกัดความผิดที่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้เพียง 2 ฐานในยุคเริ่มแรก แต่ต่อมาสนธิสัญญาในระยะเวลาหลังมีการเพิ่มฐานความผิดให้มากขึ้น ปัญหาที่เกิดขึ้น คือ แม้ว่าจะมีการเพิ่มเติมฐานความผิดเพียงไร เมื่อมีการเกิดขึ้นของอาชญากรรมใหม่ ๆ สนธิสัญญาที่มีอยู่เดิมก็จะไม่เพียงพอและไม่ครอบคลุมถึงความผิดที่เกิดขึ้นใหม่อยู่เรื่อย ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความผิดที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมข้ามชาติ หรืออาชญากรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ที่มักจะไม่สามารถตีความสนธิสัญญาที่ระบุเพียงความผิดอาญาทั่วไปให้ครอบคลุมถึงความผิดเช่นนั้นได้ การแก้ไขปัญหาดังกล่าว จะต้องกระทำโดยการแก้ไข

³⁸ I.A. Shearer, Extradition in international law, Manchester : Manchester Press, (1997) p.133

³⁹ 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

สนธิสัญญาอย่างเป็นทางการ⁴⁰ ซึ่งมักจะไม่สามารถกระทำได้โดยง่าย เพราะการแก้ไขสนธิสัญญา มีความยุ่งยาก และใช้เวลานานในการเจรจา⁴¹ แต่หากไม่มีการแก้ไขสนธิสัญญาก็จะล้าสมัยไม่สามารถพัฒนาทันต่อความผิดใหม่ ๆ ที่เกิดขึ้นจากความก้าวหน้าของสังคมและกฎหมาย ซึ่งช่องว่างในสนธิสัญญาที่ไม่ได้กำหนดความผิดให้ครอบคลุมถึงความผิดใหม่ ๆ นั้นทำให้เป็นสิทธิอันชอบธรรมของรัฐผู้รับคำร้องขอ ที่จะปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ภายใต้หลักที่ว่ารัฐไม่ผูกพันที่จะต้องส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้รัฐอื่น ในกรณีที่ไม่มีความตกลงระหว่างประเทศ หรือไม่มีความหมายภายในบัญญัติไว้⁴²

2. การกำหนดอัตราโทษขั้นต่ำ

ความยุ่งยากในการแก้ไขสนธิสัญญาและข้อจำกัดหลาย ๆ ประการของสนธิสัญญาที่กำหนดประเภท หรือรายชื่อความผิดโดยเฉพาะเจาะจง ทำให้การทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนเริ่มเปลี่ยนรูปแบบมาเป็นการกำหนดอัตราโทษขั้นต่ำ แทนการกำหนดฐานความผิด หลักการดังกล่าวปรากฏในสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนพหุภาคีหลายฉบับ เช่น สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกลุ่มประเทศอาหรับ เบเนลักซ์ สหภาพยุโรป⁴³ และล่าสุดได้แก่ สนธิสัญญาแม่แบบแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน⁴⁴ เป็นต้น ข้อดีของสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนประเภทนี้คือมีความยืดหยุ่น และทำให้เกิดความสะดวกแก่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญา ไม่ต้องแก้ไขสนธิสัญญาให้เกิดความยุ่งยากในกรณีที่เกิดความผิดอาญาฐานใหม่ ๆ และการกำหนดอัตราโทษขั้นต่ำก็ขึ้นอยู่กับความตกลงของรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญา ซึ่งโดยทั่วไปแล้วจะกำหนดความผิดที่ส่งข้ามแดนได้เป็นความผิดที่ลงโทษได้ตามกฎหมายของรัฐภาคี ที่มีอัตราโทษจำคุกไม่

⁴⁰ I.A. Shearer, *Extradition in international law*, Manchester : Manchester Press, (1997) p.134

⁴¹ ชัยเกษม นิตสิริม "ความร่วมมือระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน". *บทบัญญัติ* 52, 4 (ธันวาคม 2539) : 177-222

⁴² 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(March 1997) : 325

⁴³ I.A. Shearer, *Extradition in international law*, Manchester : Manchester Press, (1997) pp.52-53.

⁴⁴ United Nations Model Treaty on Extradition 1990, Article 2.

ต่ำกว่า 1 ปี หรือโทษอื่นที่หนักกว่า อย่างไรก็ตามสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนของบางประเทศ อาจกำหนดเงื่อนไขที่แตกต่างกันออกไป เช่น สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกลุ่ม เบนลักซ์ (The Benelux Extradition Convention) ซึ่งประกอบด้วยประเทศ เบลเยียม, เนเธอร์แลนด์ และ ลักเซมเบิร์ก กำหนดเงื่อนไขของความผิดที่สามารถส่งข้ามแดนได้ เป็นความผิดที่ลงโทษได้ตาม กฎหมายของรัฐภาคีที่มีอัตราโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 6 เดือน หรือสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดน ระหว่างประเทศอิตาลีกับประเทศตูนิเซีย กำหนดอัตราโทษขั้นต่ำไว้สูงถึง 2 ปี นอกจากนี้ยังมี สนธิสัญญาบางฉบับก็อาจไม่กำหนดอัตราโทษขั้นต่ำไว้เลยก็ได้เช่นกัน⁴⁵ ซึ่งการกำหนดอัตราโทษที่ ยิ่งต่ำเพียงไร ก็จะช่วยลดอุปสรรคในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนมากขึ้นเท่านั้น อย่างไรก็ตามการจะ กำหนดเงื่อนไขในสนธิสัญญาได้อย่างไร ก็เป็นไปตามนโยบายทางการเมืองและความสัมพันธ์ ระหว่างประเทศระหว่างรัฐภาคีผู้ทำสนธิสัญญา ซึ่งแม้สนธิสัญญาประเภทนี้จะเป็แนวทางที่ดีใน การแก้ปัญหาข้อจำกัดของสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนแบบเก่า และน่าจะมีประสิทธิภาพในการ บังคับใช้ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนมากกว่า แต่สนธิสัญญาประเภทนี้ก็ก่อให้เกิดปัญหาในการ ตีความสนธิสัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อลักษณะของสนธิสัญญาประเภทนี้จะต้องอาศัย บทบัญญัติของกฎหมายภายใน ของสองประเทศ กล่าวคือการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจำเป็นต้องอยู่ภายใต้ เงื่อนไขที่ถูกกำหนดไว้โดยกฎหมายภายใน ซึ่งกลายเป็นภาระที่จะต้องพิจารณากฎหมายภายใน ของประเทศนั้นว่าเป็นความผิดตรงตามฐานความผิดเดียวกันกับอีกประเทศหนึ่ง และความผิด ดังกล่าวมีอัตราโทษที่กฎหมายกำหนดสำหรับความผิดดังกล่าว เป็นโทษที่มีความรุนแรงตาม ข้อกำหนดของสนธิสัญญาหรือไม่ สนธิสัญญาประเภทนี้จึงมีความเกี่ยวพันอย่างใกล้ชิด กับหลัก ความผิดอาญาของทั้งสองประเทศ ซึ่งหลักดังกล่าวก็สร้างข้อจำกัดในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับ ความผิดฐานใหม่ ๆ ได้เช่นกัน

จากข้อมูลวิจัยข้างต้นทั้งในทฤษฎี การปฏิบัติ และปัญหาเกี่ยวกับหลัก Double Criminality ในการกำหนดความผิดที่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ในสนธิสัญญา ผู้เขียนเห็นว่า หากเราจะ แก้ปัญหาโดยใช้วิธีบัญญัติข้อสัญญาพิเศษ (Specific Clause) มาใช้แก้ปัญหาดังที่ปรากฏใน สนธิสัญญาของสหรัฐอเมริกาบางฉบับ ก็จะกลายเป็นการทำให้สนธิสัญญามีความเทอะทะ รายละเอียดมาก และเป็นภาระในการทบทวนแก้ไข เหมือนสนธิสัญญาที่ระบุรายชื่อฐานความผิด ในยุคก่อน แต่หากเราแก้ปัญหาโดยนำแนวทางของกลุ่มสหภาพยุโรป โดยยกเว้นบทบัญญัติเรื่อง

⁴⁵ I.A. Shearer, *Extradition in international law*, Manchester : Manchester Press, (1997) :135.

ความผิดอาญาตามกฎหมายทั้งสองประเทศ ก็น่าจะเป็นทางแก้ปัญหที่ดีกว่าหากรัฐภาคีมีความพร้อมด้วยกันทั้งสองฝ่าย

2.1.5 การดำเนินคดีซ้ำ

ทฤษฎีเกี่ยวกับการไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนเพื่อไปดำเนินคดีอาญาซ้ำ ในการกระทำหรือความผิดเดียวกันนี้ เป็นหลักกฎหมายอาญาทั่วไปซึ่งได้รับการยอมรับในกฎหมายภายในของทุกประเทศ ส่วนในระดับระหว่างประเทศหลักการนี้ได้รับการรับรองไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนหลายฉบับ⁴⁶ ซึ่งถือว่าหลักกฎหมายดังกล่าวได้รับการยอมรับให้เป็นหลักเกณฑ์สำคัญประการหนึ่ง การอ้างว่าถูกดำเนินคดีซ้ำ หรือ หลัก ne bis in idem เป็นข้อยกเว้นที่ยอมรับว่าในกรณีที่มีบุคคลเคยถูกดำเนินคดีอาญามาจนศาลได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ยกฟ้อง หรือให้ลงโทษแล้ว และได้มีการลงโทษครบถ้วน หรือได้มีการอภัยโทษแล้ว บุคคลนั้นจะไม่ถูกดำเนินคดีอาญาซ้ำจากข้อเท็จจริงในการกระทำความผิดเดียวกันอีก รัฐที่ถูกร้องขอจึงชอบที่จะปฏิเสธ ไม่ส่งตัวผู้นั้นข้ามแดนให้ตามคำร้องขอของรัฐอื่นได้ หลักการนี้ได้รับการรับรองในอนุสัญญาแห่งยุโรปเกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา เช่น อนุสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน และอนุสัญญาแห่งยุโรปเกี่ยวกับการโอนกระบวนการพิจารณาคดีอาญาโดยรัฐภาคีอาจยกเป็นเหตุในการปฏิเสธการให้ความร่วมมือก็ได้ เช่น อาจไม่ส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนให้รัฐต่างประเทศไปดำเนินคดีอีก

แต่อย่างไรก็ตามหลักอันเป็นข้อยกเว้นของหลักการไม่ดำเนินคดีซ้ำในการกระทำหรือความผิดเดียวกันตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และทางปฏิบัติของนานารัฐนั้นถือว่าความผิดอันเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ จะไม่อยู่ภายใต้หลักการไม่ดำเนินคดีซ้ำ โดยรัฐที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำผิด สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดซ้ำอีกในความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงที่ได้กระทำต่อรัฐนั้นได้ แม้ว่าผู้กระทำความผิดจะได้รับการลงโทษในการกระทำนั้น

⁴⁶ Arab League Extradition Agreement 1952, Article 5

The European Extradition Convention 1957, Article 9

The Afro-Asian Convention 1960, Article 11

The Benelux Extradition Convention 1954, Article 8

The UN Model Treaty on Extradition 1990, Article 3(d), 4 (b)

มาแล้วก็ตาม ดังเช่นที่ปรากฏในมาตรา 10 ประมวลกฎหมายอาญาของไทย⁴⁷ ซึ่งได้บัญญัติห้ามมิให้ศาลลงโทษซ้ำในการกระทำความผิดซึ่งได้มีคำพิพากษาของศาลถึงที่สุดให้ปล่อยตัว หรือลงโทษผู้กระทำความผิดในศาลต่างประเทศแล้ว อย่างไรก็ตาม ในความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงและการกระทำที่เป็นภัยต่อราชอาณาจักรตามมาตรา 7(1) นั้น มาตรา 10 มิได้บัญญัติห้ามมิให้ศาลลงโทษซ้ำ ดังนั้นศาลไทยก็มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาลงโทษจำเลยได้อีก⁴⁸ เป็นต้น

อีกข้อยกเว้นหนึ่งของหลักการไม่ดำเนินคดีซ้ำในกฎหมายอื่นที่น่าสนใจ และการส่งผู้ร้ายข้ามแดนสามารถนำมาปรับใช้ได้แก่ ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ⁴⁹ ได้มีข้อยกเว้นของหลักการไม่ดำเนินคดีซ้ำหากการกระทำความผิดดังกล่าวถูกพิจารณาโดยศาลแล้ว ว่า หากการตัดสินนั้นเป็นไปโดยวัตถุประสงค์ที่จะปกป้องบุคคลนั้น ไม่ให้ถูกรับโทษทางอาญาโดยศาลอื่นอีก แม้ว่าบุคคลนั้นได้กระทำความผิดจริง หรือมีเจตนาที่จะตัดสินพิจารณาโดยไม่เป็นไปตามหลักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับในระดับระหว่างประเทศโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บุคคลนั้นไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมอื่นอีก กรณีเช่นนี้ก็จะเข้าข้อยกเว้นให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีอำนาจเข้ามาพิจารณาคดีได้ หากคดีนั้นมีความรุนแรงเพียงพอที่ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจที่จะพิจารณาคดี⁵⁰ ดังนั้นศาลอาญาระหว่างประเทศก็ย่อมสามารถร้องขอให้ส่งผู้กระทำความผิดไปดำเนินคดีได้

⁴⁷ มาตรา 10 “ผู้ใดกระทำการนอกราชอาณาจักร ซึ่งเป็นความผิดตามมาตราต่าง ๆ ที่ระบุไว้ในมาตรา 7(2) และ(3) มาตรา 8 และมาตรา 9 ห้ามมิให้ลงโทษผู้นั้นในราชอาณาจักรเพราะการกระทำนั้นอีก ถ้า

- (1) ได้มีคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศอันถึงที่สุดให้ปล่อยตัวผู้นั้น หรือ
- (2) ศาลในต่างประเทศพิพากษาลงโทษและผู้นั้นได้พ้นโทษแล้ว

ถ้าผู้ต้องคำพิพากษาได้รับโทษสำหรับการกระทำนั้นตามคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศมาแล้ว แต่ยังไม่พ้นโทษ ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ หรือจะไม่ลงโทษเลยก็ได้ ทั้งนี้โดยคำนึงถึงโทษที่ผู้นั้นได้รับมาแล้ว”

⁴⁸ สุมานิต มั่นสุข, เขตอำนาจศาลในคดีอาญา, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2517 : 239

⁴⁹ John R. W.D. Jones, Steven Powles , *Interantional criminal practice*, Transnational Publishers, Inc. Ardsley, NY, USA Oxford University press, p.395

⁵⁰ Article 20 of Rome Statute of International Criminal Court

ดังนั้นจากทฤษฎีข้างต้นจะเห็นได้ว่า ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดเดียวกัน อันมีลักษณะจะเป็นการดำเนินคดีซ้ำ ย่อมไม่สามารถกระทำได้เว้นแต่เป็นคดีเกี่ยวกับความมั่นคง แต่หากว่าการกระทำผิดดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายหลายรัฐ แล้วมีรัฐใดรัฐหนึ่งได้ดำเนินคดีแล้ว โดยหลักย่อมส่งผลให้รัฐอื่นๆ ไม่สามารถลงโทษในความผิดเดียวกันได้อีก ทำให้รัฐที่ผู้กระทำความผิดอาศัยอยู่สามารถใช้เหตุดังกล่าวเป็นข้ออ้างในการปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ หรือในอีกกรณีหนึ่งคือการที่รัฐผู้กระทำความผิดอาศัยอยู่ได้ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด อันมีลักษณะเป็นการช่วยเหลือเพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดถูกส่งตัวไปดำเนินคดีในอีกรัฐหนึ่งตามพันธกรณีนั้น ก็จะทำให้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนประสบกับอุปสรรคได้

2.2 มิติสนับญัตติ

2.2.1 กระบวนการ

กระบวนการหรือแบบพิธีในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ในกรณีที่มีการทำความตกลงระหว่างประเทศ แบบพิธีก็จะเป็นไปตามที่ได้กำหนดไว้ในข้อตกลง แต่ถ้าไม่มีข้อตกลงก็ให้ใช้หลักปฏิบัติตามกฎหมายภายใน ซึ่งหลักโดยทั่วไปรัฐที่ร้องขอจะต้องจัดทำคำร้องขอ และจัดทำเอกสารหลักฐานประกอบการพิจารณาของศาล เพื่อให้ศาลเห็นว่าผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดนั้น เป็นผู้กระทำความผิดจริง โดยส่งคำร้องขอนั้นผ่านวิธีการทางการทูตของรัฐที่ร้องขอ หรือสถานกงสุล หรือส่งไปยังกระทรวงการต่างประเทศของรัฐที่ต้องการขอให้ส่งตัวบุคคล ซึ่งโดยทั่วไปหากศาลพิจารณาแล้วว่าเป็นไปตามพันธกรณีที่ให้ส่งได้ ฝ่ายบริหารก็จะตัดสินใจมีคำสั่งให้ส่งตัวบุคคลที่ถูกต้องการตัวนั้นเป็นผู้ร้ายข้ามแดนไปยังรัฐที่ร้องขอ ภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด มิฉะนั้นก็จะต้องปล่อยตัวบุคคลนั้นไป หากไม่มีเหตุอันควร ซึ่งแนวปฏิบัติของประเทศต่าง ๆ ทั้งในระบบกฎหมาย Common Law และ Civil Law ก็จะมี ความคล้ายคลึงกัน แตกต่างบ้างเพียงเล็กน้อย ดังตัวอย่างวิธีปฏิบัติของประเทศต่าง ๆ ที่จะได้ศึกษาดังต่อไปนี้

การปฏิบัติของประเทศฝรั่งเศส⁵¹

1. คำร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน ปกติจะกระทำผ่านรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศ โดยผู้แทนทางการทูต โดยเมื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศรับคำขอ

⁵¹ สุมานิต มั่นสุข, 2523 : 181-182

การพิจารณาของรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศก็จะพิจารณาว่าคำร้องขอนั้นถูกต้องตามแบบหรือไม่ กล่าวคือคำร้องร้องได้กระทำตามกระบวนการต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในแบบพิธีการปฏิบัติทางการทูตถูกต้องหรือไม่

2. หากรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศเห็นว่ากระบวนการยื่นคำร้องขอนั้นไม่ถูกต้อง ก็จะส่งคำร้องคืนไปยังประเทศผู้ร้องขอ โดยปฏิเสธไม่ยอมส่งผู้ร้ายข้ามแดน

3. หากคำร้องขอนั้นถูกต้องปฏิบัติตามแบบทุกอย่าง ก็จะส่งคำร้องไปยังรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมซึ่งจะพิจารณาเฉพาะปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น อันได้แก่ หลักฐานเกี่ยวกับหมายจับ พยานบุคคลต่าง ๆ ข้อหา อายุความ ข้อความต่าง ๆ ที่มีอยู่ในสนธิสัญญากฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดน และเป็นบุคคลผู้กระทำผิดจริงหรือไม่ เป็นต้น

4. การที่รัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมพิจารณาปัญหาข้อกฎหมายนี้ อาจจะให้พนักงานอัยการ (ในประเทศฝรั่งเศสพนักงานอัยการสังกัดกระทรวงยุติธรรม) พิจารณาว่าข้อกฎหมายเพียงพอหรือยังที่จะส่งบุคคลนั้นข้ามแดน

5. หากไม่มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับปัญหาข้อกฎหมายแล้ว รัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมก็รายงานไปยังรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศ เพื่อสั่งขังบุคคลผู้กระทำผิดรอการส่งผู้ร้ายข้ามแดนต่อไป

6. รัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ดำเนินการใช้ดุลพินิจ ส่วนการออกคำสั่งให้ประธานาธิบดีลงนามนั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับระเบียบวิธีในการบริหารราชการแผ่นดิน แม้ว่ารัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมจะวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายถูกต้องทุกอย่างก็ตาม ไม่ได้หมายความว่ารัฐมนตรีต่างประเทศจะปฏิเสธไม่ได้ ดุลพินิจขั้นสุดท้ายนั้นอยู่กับรัฐมนตรีต่างประเทศเพราะถือว่าการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอย่างหนึ่ง ซึ่งอาศัยการดำเนินนโยบายของแต่ละประเทศเป็นสำคัญ

การปฏิบัติของประเทศเบลเยียม⁵²

⁵² สุผานิต มั่นสุข, 2523 : 181-182

1. เป็นการปฏิบัติแนวแบบผสม การพิจารณาชั้นแรกและชั้นที่สองกระทำ เช่นเดียวกับแบบของฝรั่งเศส โดยในบางกรณีอาจมีการส่งคำร้องคืน หากไม่ถูกต้องตามแบบ แผนการปฏิบัติ แต่ถ้าคำร้องถูกต้องก็ส่งไปศาล

2. ศาลไม่ได้มีอำนาจพิจารณาว่าจำเลยกระทำความผิดจริงหรือไม่ ศาล จึงมีอำนาจพิจารณาเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับหลักฐาน ข้อหา อายุความ สนธิสัญญา กฎหมาย บุคคล ผู้กระทำผิด สัญชาติ คือปัจจัยภายนอกเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเท่านั้น แต่ก็มี ได้มีอำนาจที่จะเข้าไปพิจารณาว่า เป็นบุคคลผู้กระทำความผิดตามกฎหมายอาญาของประเทศ หนึ่งประเทศใดหรือไม่

3. เมื่อศาลพิจารณาเรียบร้อยแล้วก็จะส่งความเห็นไปยังกระทรวงยุติธรรม เพื่อพิจารณาอีกชั้นหนึ่งว่าควรส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่

การปฏิบัติของประเทศอังกฤษ⁵³

1. มีหลักเบื้องต้นว่าบุคคลใดก็ตามจะไม่ถูกสันนิษฐานว่ากระทำผิด การ จับกุมซึ่งบุคคลใดก็ตามสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาด้วยความยุติธรรมนั้นถือว่าเป็นสิทธิของ มนุษย์คนหนึ่ง ซึ่งควรจะต้องได้รับการเคารพเป็นอย่างยิ่ง การส่งผู้ร้ายข้ามแดนก็เช่นเดียวกัน สิทธิของบุคคลที่เข้ามาอยู่ในดินแดนนั้นก็ย่อมได้รับความเคารพด้วยเป็นต้น

2. เมื่อมีคำขอผ่านมายังรัฐมนตรีต่างประเทศ รัฐมนตรีต่างประเทศนั้นจะ ผ่านคำขอนั้นไปยังศาลทันที

3. ศาลมีอำนาจที่จะพิจารณาว่าจำเลยกระทำความผิดจริงหรือไม่ ซึ่งโดยปกติ แล้วศาลไม่มีอำนาจตามกฎหมายการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในการจะพิจารณาว่า จำเลยกระทำ ความผิดหรือไม่ อำนาจของศาลมีเพียงแต่จะพิจารณาว่าความผิดนั้น อยู่ในลักษณะจะส่งผู้ร้าย ข้ามแดนกันหรือไม่เท่านั้น หรือความผิดเหล่านั้นไม่ใช่ความผิดทางการเมือง หรืออัตราโทษขั้นต่ำ ตรงตามที่กำหนดกันหรือไม่ โดยพิธีการแบบนี้ศาลมีอำนาจที่จะพิจารณาว่าจำเลยผิดจริงหรือไม่ ถ้าหากว่ากระทำความผิดจริงก็ขังรอการส่งผู้ร้ายข้ามแดนต่อไป แต่ถ้าหากว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ศาลจะ

⁵³ สุฉานิต มั่นสุข, 2523 : 181-182

ปล่อยตัวจำเลยไป และปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น รัฐบาลมักจะปฏิบัติตามความเห็นของศาล ในการพิจารณาดังกล่าวต้องมีทั้งโจทก์และจำเลยในคดี โดยผู้ร้องขอก็เป็นโจทก์ผ่านทางอัยการ พร้อมทั้งพยานหลักฐานต่าง ๆ เช่น สำเนาหมายจับ เป็นต้น ส่วนผู้ต้องหาจะต่อสู้ว่าไม่ได้กระทำความผิดจริง ต่อสู้เกี่ยวกับกฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดนว่าคำขอไม่ถูกต้อง ข้อต่อสู้ต่าง ๆ ย่อมรับฟังได้ทั้งสิ้น

4. รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ จะเป็นผู้ชี้ขาดว่าจะส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่ ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วมักจะปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาล

การปฏิบัติของประเทศสหรัฐอเมริกา⁵⁴

1. รัฐต่างประเทศที่ประสงค์จะขอตัวผู้ร้ายข้ามแดนจากสหรัฐฯ สามารถยื่นคำร้องขอได้ต่อศาลของรัฐบาลกลาง หรือศาลประจำรัฐที่มีเขตอำนาจเหนือบุคคลผู้นั้น

2. ผู้พิพากษาที่ได้รับคำร้องขอ หลังจากพิจารณาขั้นต้นแล้วสามารถออกหมายเรียกให้นำตัวบุคคลนั้นเพื่อพิจารณาว่า สมควรถูกกันตัวเพื่อการส่งตัวข้ามแดนหรือไม่ ถ้าศาลมีความเห็นว่าบุคคลนั้นควรถูกส่งตัวข้ามแดน ศาลต้องแจ้งแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศสหรัฐอเมริกา และออกหมายเรียกบุคคลผู้นั้น ทั้งนี้ เพื่อรอคำตัดสินชี้ขาดจากรัฐมนตรีว่าการฯ

3. เมื่อได้รับใบรับรองเพื่อการส่งตัวข้ามแดนจากศาล รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศอาจออกหมายส่งตัวบุคคลนั้นให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ร้องขอ หรือในกรณีที่เหมาะสมอาจปฏิเสธการส่งตัวและสั่งให้ปล่อยตัวบุคคลผู้นั้นก็ได้

ในทางปฏิบัติเกี่ยวกับวิธีร้องขอ โดยปกติรัฐผู้ร้องขอจะยื่นคำร้องขอผ่านช่องทางทูตมายังกระทรวงการต่างประเทศสหรัฐฯ เมื่อกระทรวงการต่างประเทศพิจารณาแล้วว่าคำร้องขอเป็นไปตามสนธิสัญญาที่ใช้อยู่ ก็ให้ส่งเรื่องต่อไปยังกระทรวงยุติธรรม ซึ่งถ้ากระทรวงยุติธรรมเห็นว่าเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ก็จะส่งเรื่องไปยังสำนักงานอัยการของรัฐที่มีอำนาจเหนือบุคคลนั้น นอกจากนี้การร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนอาจกระทำได้โดย

⁵⁴ สุพานิต มั่นสุข, 2523 : 181-182

เจ้าหน้าที่สถานทูต หรือสถานกงสุลของประเทศผู้ร้องขอ ยื่นคำร้องขอโดยตรงต่อศาล แต่วิธีนี้ไม่ค่อยเป็นที่นิยมปฏิบัติเท่าไรแล้ว เนื่องจากเป็นเรื่องระหว่างรัฐจึงสมควรกระทำผ่านเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลกลาง

จากการที่ได้ศึกษาเกี่ยวกับการปฏิบัติในแบบพิธี หรือกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของประเทศต่าง ๆ ข้างต้น ผู้เขียนมีความประสงค์เพียงต้องการสะท้อนให้เห็นว่ากรณีศึกษาเกี่ยวกับกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของประเทศที่สำคัญ อันเป็นตัวแทนของระบบกฎหมายทั้ง Common Law และ Civil Law ได้เป็นอย่างดี ส่วนใหญ่ก็มีความคล้ายคลึงกัน และโดยทั่วไปก็จะไม่ให้นำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ว่าจำเลยมีความผิดหรือบริสุทธิ์ ตามข้อกล่าวหา ดังนั้นกรณีการปฏิบัติของประเทศอังกฤษจึงมีความพิเศษ และมีความแตกต่างอย่างเห็นได้ชัด ที่เปิดโอกาสให้มีการนำพยานหลักฐานเข้าพิสูจน์ความผิดหรือบริสุทธิ์ได้ข้างต้น แต่ก็ถือได้ว่าเป็นการสร้างภาระที่เพิ่มขึ้นแก่ประเทศผู้ร้องขอไม่น้อยทีเดียว

2.2.3 ผู้ประสานงานกลาง

ทฤษฎีในการกำหนดให้มีเจ้าหน้าที่ผู้ประสานงานกลาง ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เพื่อช่วยให้การดำเนินการตามคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดน เป็นไปโดยรวดเร็ว และมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น เนื่องจากสามารถลดขั้นตอนการติดต่อโดยผ่านวิถีทางการทูต และช่วยขจัดความสับสนระหว่างเจ้าหน้าที่ ในการดำเนินการให้ความช่วยเหลือตามคำร้องขอของประเทศผู้ร้องขอได้เป็นอย่างดี นอกจากนี้ ผู้ประสานงานกลางยังอยู่ในฐานะของที่ปรึกษาซึ่งสามารถให้คำแนะนำต่างๆ ในเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนแก่ประเทศผู้ร้องขอได้โดยตรง

แนวคิดดังกล่าวเกิดขึ้นในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ค.ศ. 1988 (The United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances 1988 – The 1988 Drug Convention) ข้อ 7 วรรค 8 ซึ่งกำหนดให้รัฐภาคีจัดตั้งองค์กรกลางขึ้น เพื่อทำหน้าที่ให้ความช่วยเหลือหรือจัดส่งความช่วยเหลือเพื่อการให้ความช่วยเหลือในเรื่องทางอาญาสามารถดำเนินการได้รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น⁵⁵

⁵⁵ อุทัย อาทิวา และศศิณ ศุขจรัส, ความร่วมมือระหว่างประเทศในการป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมและผู้มีอิทธิพล, สำนักงานอัยการสูงสุดพิมพ์, สิงหาคม 2547

ซึ่งต่อมาในการประชุมเตรียมการระดับภูมิภาค สำหรับเตรียมการประชุมใหญ่ สหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและความยุติธรรมทางอาญา ครั้งที่ 11 ซึ่งจัดขึ้นระหว่างเดือนมีนาคมและเมษายน 2547 ที่ประชุมได้เสนอแนะให้แต่ละประเทศจัดตั้งเจ้าหน้าที่ผู้ประสานงานกลางขึ้นทำนองเดียวกับ ความร่วมมือในการให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในเรื่องทางอาญา ส่วนการจะมอบหมายให้ใครเป็นผู้ประสานงานกลางนั้น ขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของแต่ละประเทศ บางประเทศอาจจะระบุให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม หรือศาลเป็นผู้ประสานงานกลาง บางประเทศอาจจะระบุให้สำนักงานอัยการสูงสุดหรืออัยการสูงสุดเป็นผู้ประสานงานกลาง

ดังนั้นหากเรากำหนดให้มีเจ้าหน้าที่ผู้ประสานงานกลาง ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ก็จะช่วยให้การดำเนินการตามคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดน เป็นไปโดยรวดเร็ว และมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น เนื่องจากสามารถลดขั้นตอนการติดต่อโดยผ่านวิถีทางการทูต และช่วยขจัดความสับสนระหว่างเจ้าหน้าที่ ในการดำเนินการให้ความช่วยเหลือตามคำร้องขอของประเทศผู้ร้องขอได้เป็นอย่างดี

2.3 มิติองค์กร

ทฤษฎีอำนาจในการวินิจฉัยว่า สมควรจะให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่นั้น แต่ละประเทศจะมอบหมายให้เป็นดุลพินิจของฝ่ายใดบ้างนั้นจะพิจารณาจากพลวัตได้ดังนี้

ในระยะเริ่มแรกที่มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ฝ่ายบริหารจะมีอำนาจควบคุมในเรื่องนี้ทั้งหมดแต่เพียงฝ่ายเดียว จะมีการจับตัวผู้กระทำความผิดภายใต้ขอบทของสนธิสัญญาโดยไม่ให้ศาลเข้ามามีอำนาจในการพิจารณาคดีเลย จนกระทั่งถึง ค.ศ.1842 ศาลจึงเริ่มเข้ามามีบทบาทในประเทศ สหรัฐอเมริกา อังกฤษ และฝรั่งเศส แต่ประเทศเบลเยียมจะเป็นประเทศที่นำเอาศาลมามีส่วนเกี่ยวข้องในการควบคุมมาตรการการส่งผู้ร้ายข้ามแดนด้วย โดยศาลจะมีอำนาจเพียงแต่ควบคุมเท่านั้น ศาลไม่มีอำนาจเด็ดขาดในการพิจารณาว่าจะส่งหรือไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดน ฝ่ายบริหารยังคงมีอำนาจในการตัดสินใจว่ากรณีนี้ที่ร้องขอมานี้สมควรที่จะส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่ และเมื่อศาลไม่มีอำนาจในการพิจารณาแล้ว จึงมีผลทำให้ผู้ร้องขอไม่สามารถอุทธรณ์คำตัดสินของฝ่ายบริหารไปยังศาลได้เลย

ในระยะปัจจุบันสามารถแยกวิธีการได้สามกรณี คือ

กรณีแรก จะต้องส่งคำร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนไปยังกระทรวงการต่างประเทศ โดยผ่านวิธีทางการทูต เมื่อรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศได้รับคำขอแล้ว ก็จะพิจารณาจากคำขอดังกล่าวว่าได้กระทำถูกต้องตามวิธีการที่ได้กำหนดไว้ในทางปฏิบัติทางการทูตหรือไม่ ถ้าปฏิบัติไม่ถูกต้องก็จะส่งคำร้องคืนประเทศที่ร้องขอ และจะไม่มี การส่งผู้ร้ายข้ามแดน แต่ถ้าคำร้องนั้นถูกต้องแล้วจึงจัดส่งคำร้องไปยังรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรม ซึ่งจะพิจารณาในเรื่องข้อกฎหมายต่าง ๆ ในเรื่องที่จะขอให้ส่งข้ามแดนว่าเป็นไปตามที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของประเทศตนหรือไม่ ถ้าถูกต้องตามกฎหมายจึงจะส่งเรื่องต่อไปยังพนักงานอัยการเพื่อให้พิจารณาว่าความผิดดังกล่าวเพียงพอจะส่งข้ามแดนหรือไม่ ถ้าไม่มีเหตุบกพร่องในเรื่องต่าง ๆ แล้ว ก็ให้แจ้งเรื่องไปยังกระทรวงการต่างประเทศ เพื่อนำตัวบุคคลที่กระทำ ความผิดส่งให้กับประเทศที่ร้องขอมาต่อไป โดยประเทศที่ใช้วิธีในการพิจารณาแบบนี้ได้แก่ประเทศฝรั่งเศส

กรณีที่สอง เมื่อคำขอถูกส่งมายังรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศแล้ว ก็จะส่งคำขอนั้นไปให้ศาลพิจารณาทันที โดยให้ศาลเป็นผู้พิจารณาว่า ผู้ถูกร้องขอมานั้นเป็นผู้กระทำผิดจริงหรือไม่ ถ้าหากเป็นผู้กระทำความผิดจริง จึงจะให้ผู้ส่งตัวข้ามแดนให้กับประเทศที่ร้องขอ ซึ่งประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกาจะใช้วิธีการเช่นนี้ ทั้งนี้เพราะทั้งสองประเทศจะใช้หลักเบื้องต้นที่สันนิษฐานไว้ว่าผู้ถูกกล่าวหาบริสุทธิ์จนกว่าจะได้พิสูจน์ว่าทำผิดจริง

กรณีที่สาม จะเป็นแบบผสมระหว่างกรณีแรกและกรณีที่สอง เพราะเมื่อกระทรวงการต่างประเทศได้รับคำขอแล้วก็จะส่งคำขอให้ศาลพิจารณา แต่ศาลมีอำนาจที่จะพิจารณาเพียงว่า ผู้กระทำผิดได้ทำผิดตามที่ร้องขอมาจริงหรือไม่ ส่วนอำนาจการตัดสินใจว่าสมควรส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่ จะต้องส่งให้กระทรวงยุติธรรมพิจารณาอีกครั้ง ประเทศที่ใช้วิธีการนี้ ได้แก่ ฮอลันดา และเบลเยียม

จากการสำรวจเกี่ยวกับองค์ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการตัดสินใจว่าจะส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่ มีกรณีตัวอย่างของประเทศต่าง ๆ ดังนี้

1. ประเทศฝรั่งเศส (Civil Law) ใช้แบบพิธีการซึ่งไม่ยอมให้อำนาจทางตุลาการเข้ามาพัวพัน กล่าวคือ ศาลไม่มีสิทธิเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาคำร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน

2. ประเทศเบลเยียม (Civil Law) ใช้พิธีการแบบผสม โดยศาลมีอำนาจพิจารณาเพียงว่า ผู้กระทำผิดได้ทำผิดตามที่ร้องขอมາจริงหรือไม่ ส่วนอำนาจการตัดสินใจว่าสมควรส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่จะต้องส่งให้กระทรวงยุติธรรมพิจารณาอีกครั้ง

3. ประเทศเยอรมัน (Civil Law) ใช้แบบพิธีแบบผสมโดยฝ่ายบริหารเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจ ส่วนฝ่ายตุลาการจะเข้ามาเกี่ยวข้องก็เพียงแต่กลั่นกรองในเรื่องคำร้องขอเท่านั้น

4. ประเทศอังกฤษ (Common Law) ศาลจะเป็นผู้พิจารณาว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำความผิดจริงหรือไม่ และความผิดนั้นอยู่ในลักษณะที่จะส่งเป็นผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่ ซึ่งเมื่อศาลตัดสินอย่างไร ฝ่ายบริหารโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจะเป็นผู้ชี้ขาด โดยในทางปฏิบัติแล้วมักจะปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาล

ดังนั้นจากการศึกษาในกรณีตัวอย่างข้างต้นจะเห็นว่า ไม่ว่าจะประเทศในระบบกฎหมาย Civil Law และระบบ Common Law อำนาจในการตัดสินขั้นสุดท้ายในการพิจารณาว่าจะส่งเป็นผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่ ล้วนเป็นของฝ่ายบริหารทั้งสิ้น แม้ในอังกฤษส่วนใหญ่ฝ่ายบริหารจะตัดสินตามคำพิพากษาของศาล แต่ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแล้วผู้ตัดสินก็ยังคงเป็นฝ่ายบริหารอยู่นั่นเอง

จากการที่ได้ศึกษาเกี่ยวกับทฤษฎี การปฏิบัติ ปัญหา และกรณีศึกษาในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างประเทศทั้งในมิติสารบัญญัติ มิติสบัญญัติ และมิติขององค์กรในหัวข้อสองที่ผ่านมาแล้วนั้น จะเห็นได้ว่าแต่ละมิตินี้มีทฤษฎี มีแนวปฏิบัติ มีวิธีการแก้ปัญหา และกรณีศึกษาที่หลากหลาย และเพื่อประโยชน์ในการที่จะเห็นประเด็นต่าง ๆ ได้ชัดเจนยิ่งขึ้นผู้เขียนจึงได้สรุปปัญหาดังที่กล่าวข้างต้นเป็นตารางดังต่อไปนี้

ตารางสำรวจบริบทของสังคมโลกในปัญหาเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

มติสารบัญญัติ	
คนชาติ	
ทฤษฎี	การส่งคนชาติอาจถูกปฏิเสธได้
ปัญหาที่สำคัญ	บางประเทศไม่ยอมส่งคนชาติ
แนวปฏิบัติที่น่าสนใจของประเทศต่าง ๆ	<p>ประเทศฝรั่งเศส : ส่วนใหญ่จะมีบทบัญญัติยกเว้นเรื่องการส่งคนชาติ</p> <p>The European Extradition Convention ค.ศ.1957 ภาควิชาสัญญาที่มีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่ส่งคนชาติของตนข้ามแดน แต่ต้องดำเนินคดีกับบุคคลนั้น (ข้อ 6.)</p> <p>ประเทศอังกฤษ : สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนใช้บังคับกับทุกคนรวมถึงคนชาติด้วย</p> <p>ประเทศสหรัฐอเมริกา :</p> <p>สนธิสัญญาสหรัฐ-ไลบีเลีย (ค.ศ.1937) บัญญัติไว้ว่า "ไม่ถูกบังคับให้ต้องส่งคนชาติ"</p> <p>สนธิสัญญาสหรัฐ-South Africa (ค.ศ.1947) ไม่มีบทบัญญัติกล่าวถึงคนชาติ จึงเท่ากับว่าเป็นการเปิดกว้างให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับกับบุคคลทุกคน</p> <p>สนธิสัญญาสหรัฐ-อิสราเอล (ค.ศ.1961) บัญญัติว่า "คู่ภาคีที่ถูกร้องขอจะปฏิเสธไม่ส่งบุคคลซึ่งมีสัญชาติของตนไม่ได้"</p> <p>สนธิสัญญาสหรัฐ-Sweden และ Brazil (ค.ศ. 1961) บัญญัติให้อำนาจฝ่ายบริหารว่าภาคีที่ถูกร้องขอไม่ถูกบังคับให้ต้องส่งคนชาติของตน แต่ฝ่ายบริหารมีอำนาจภายใต้กฎหมายที่เหมาะสมของฝ่ายตนที่จะส่งมอบคนชาติข้ามแดน หากฝ่ายบริหารมีดุลพินิจเห็นว่าเป็นการสมควรที่</p>

	จะทำเช่นนั้น
กรณีศึกษาที่น่าสนใจของประเทศต่าง ๆ	ในปี ค.ศ.1936 คดีระหว่าง รัฐบาลสหรัฐอเมริกา กับ Valentine Excel Neideeker ซึ่งศาลสูงได้พิจารณาถ้อยคำความหมายของประโยค "ยกเว้นไม่ส่งคนชาติ" ที่มีปรากฏอยู่ในสนธิสัญญา ค.ศ.1909 กับประเทศฝรั่งเศส และในสนธิสัญญา ค.ศ. 1861 กับเม็กซิโกว่า ถ้อยคำที่ถูกเพิ่มเติมขึ้นภายใต้บังคับของสนธิสัญญาที่เขียนไว้ว่าไม่ถูกบังคับให้ต้องส่งคนชาติ แต่การที่มีการเขียนข้อความเพิ่มเติมในสนธิสัญญาให้อำนาจฝ่ายบริหารใช้ดุลพินิจได้นั้น เห็นได้ชัดว่าเป็นการจงใจมอบอำนาจการใช้ดุลพินิจให้ฝ่ายบริหาร
บทสรุป	หากรัฐเลือกใช้วิธีการที่จะไม่ส่งคนชาติเป็น ผู้ร้ายข้ามแดน รัฐก็ควรหามาตรการเพื่อไม่ให้ผู้กระทำผิดลอยนวลโดยไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม ซึ่งวิธีการหนึ่งที่สามารถทำได้ก็คือการดำเนินคดีกับผู้กระทำ ความผิดเสียเอง แต่กระนั้นก็ตามหากรัฐจะเลือกใช้ทางแก้โดยวิธีการนี้ รัฐจะต้องมั่นใจเสียก่อนว่า กฎหมายภายในของรัฐนั้นมาสามารถมีเขตอำนาจศาลครอบคลุมต่อการกระทำ ความผิดของคนชาติตน ซึ่งไปกระทำความผิดนอกประเทศได้ทุกฐานความผิด
โทษประหารชีวิต	
ทฤษฎี	การส่งผู้ร้ายข้ามแดนอาจถูกปฏิเสธได้หากเป็นโทษประหาร
ปัญหาที่สำคัญ	หลายประเทศมีบทบัญญัติให้รัฐผู้ร้องขอต้องทำ คำรับรองว่าจะไม่ลงโทษประหารชีวิต หากไม่มีก็ไม่สามารถส่งให้ได้
แนวปฏิบัติที่น่าสนใจของประเทศต่าง ๆ	สนธิสัญญาระหว่างสหรัฐ, ปารากวัย และแอฟริกาใต้ บัญญัติให้ปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในคดีที่มีความผิดถึงขั้นประหารชีวิต หากปราศจาก

	<p>การรับรองว่าจะไม่ลงโทษประหารชีวิต</p> <p>ข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองบัญญัติว่าเหตุปฏิเสธชนิดให้เลือก รวมถึงความผิดที่มีโทษประหารชีวิต เว้นแต่รัฐที่ร้องขอจะให้หลักประกันที่เพียงพอว่าจะไม่พิพากษาประหารชีวิต หรือแม้มีคำพิพากษาเช่นนั้นก็จะไม่ลงโทษเช่นนั้น</p> <p>กฎหมายอาเซอร์ไบจัน ไม่ยอมให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดน หากปราศจากคำรับรองว่าโทษประหารชีวิตจะไม่ถูกนำมาใช้กับบุคคลที่ถูกส่งเป็นผู้ร้ายข้ามแดน</p> <p>กฎหมายการส่งผู้ร้ายข้ามแดนออสเตรเลียมีบทบัญญัติว่า ทางเดียวที่คำร้องจะสามารถปฏิบัติตามได้ก็คืออัยการสูงสุดได้รับคำรับรองจนเป็นที่พอใจว่าโทษประหารชีวิต จะไม่ถูกกำหนดหรือถูกลงโทษเช่นนั้น</p> <p>กฎหมายประเทศปานามา มีใจความสำคัญว่าการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นจะไม่สามารถยอมให้มีได้ หากความผิดที่ร้องขอนั้นเป็นโทษประหารชีวิต ในรัฐผู้ร้องขอ นอกจากจะได้รับความรับรองอย่างเป็นทางการว่าจะไม่มีการลงโทษเช่นนั้นกับบุคคลดังกล่าว</p>
<p>กรณีศึกษาที่น่าสนใจของประเทศต่าง ๆ</p>	<p>ในปี ค.ศ.1985 รัฐบาลแคนาดาได้ส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดฐานร่วมกับผู้อื่นในการฆ่าคนจำนวน 13 คน ให้แก่สหรัฐอเมริกา เนื่องจากเจ้าหน้าที่สหรัฐอเมริกาได้รับรองว่าจะไม่ร้องขอให้ลงโทษประหารชีวิตแก่บุคคลดังกล่าว</p> <p>ในปี ค.ศ.1989 ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ได้ตัดสินว่า รัฐบาลอังกฤษไม่สามารถที่จะส่งชาวเยอรมัน</p>

	ไปให้สหรัฐอเมริกาดำเนินคดีในศาลแห่งรัฐเวอร์จิเนียในข้อหาฆ่าคนตาย โดยไม่มีคำมั่นจากการสหรัฐหรือศาลแห่งเวอร์จิเนียว่าจะไม่มีการลงโทษประหารชีวิตหรือตัดสินลงโทษประหารชีวิต
บทสรุป	หากรัฐใดยังมีโทษประหารชีวิตอยู่ ควรมีกฎหมายภายในที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารหรือผู้ที่ได้รับมอบหมาย ให้สามารถทำคำรับรองเรื่องยกเว้นการลงโทษประหารชีวิตในกรณีผู้ร้ายที่ถูกร้องขอให้ส่งข้ามแดน
ความผิดทางการเมือง	
ทฤษฎี	ความผิดทางการเมืองเป็นเหตุปฏิเสธชนิดบังคับไม่ให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน
ปัญหาที่สำคัญ	คำว่า"ความผิดทางการเมือง" ขาดนิยามที่ชัดเจนและเป็นที่ยอมรับโดยนานาประเทศ
แนวปฏิบัติที่น่าสนใจของประเทศต่าง ๆ	สนธิสัญญาสหรัฐ-เม็กซิโก ค.ศ. 1978 กำหนดว่า จะไม่มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เมื่อรัฐผู้รับคำร้องขอ เห็นว่าเป็นความผิดในทางการเมือง หรือมีลักษณะในทางการเมือง สนธิสัญญาสหรัฐอเมริกา -ประเทศอิสราเอล ค.ศ. 1962 กำหนดว่า จะไม่มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ในกรณี เมื่อเป็นความผิดที่ประเทศผู้รับคำร้องขอ ถือว่ามีลักษณะในทางการเมืองหรือผู้ที่ถูกกล่าวหาพิสูจน์ได้ว่า คำร้องขอให้ส่งตัวเขานั้น ก็เพื่อที่จะนำไปพิจารณาหรือลงโทษในความผิดที่มีลักษณะในทางการเมือง ศาลสวิสเซอร์แลนด์วางหลักไว้ว่า มูลเหตุจูงใจในทางการเมืองต้องอยู่เหนือ และมีความเกี่ยวเนื่องกัน โดยตรงกับการกระทำความผิดอาญาดังนั้นถ้าหากการกระทำความผิดอาญามีความห่างไกลวัตถุประสงค์ในทางการเมือง ก็ถือว่า

	<p>การกระทำนั้นมิได้กระทำโดยมีเจตนาทางการเมือง</p> <p>ศาลฝรั่งเศสถือหลักว่าถ้าเป็นการกระทำกระทบต่อรัฐธรรมนูญ และรัฐบาล โดยมุ่งหมายที่จะเปลี่ยนแปลงหรือล้มล้างอำนาจอธิปไตย ก็ถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางการเมือง</p>
กรณีศึกษาที่น่าสนใจของประเทศต่าง ๆ	<p>ศาลอังกฤษได้วินิจฉัยว่าการที่ลูกเรือประมงชาวโปแลนด์ 7 คน ชมชู้บังคับกับตันเรือ และลูกเรือคนอื่น ๆ ทำร้ายเจ้าหน้าที่ทางการเมืองที่อยู่บนเรือ โดยเกรงว่าตนจะถูกกล่าวหาว่ามีความคิดเห็นต่อต้านระบบคอมมิวนิสต์ และจะถูกดำเนินคดีเมื่อกลับไปประเทศของตน จึงบังคับให้นำเรือไปจอดในประเทศอังกฤษนั้นเป็นการกระทำความผิดทางการเมือง</p> <p>ศาลอุทธรณ์กรุงปารีส มีคำพิพากษาคดี Colman เกี่ยวกับอาชญากรรมสงคราม เมื่อ ค.ศ. 1947 ว่า ความผิดที่ผู้ลี้ภัยได้กระทำ และมีการใช้กำลังด้วยอาวุธต่อต้าน เบลเยียมนั้น เป็นความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้โดยปกติ และไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดทางการเมือง</p>
บทสรุป	<p>การที่ประเทศต่าง ๆ มีแนวความคิดหรือหลักการวินิจฉัยความเป็นความผิดทางการเมืองที่แตกต่างกัน ทำให้การให้คำนิยามความผิดทางการเมืองที่ชัดเจนไม่สามารถกระทำได้ และให้ผลในทางพิจารณาที่แตกต่างกัน</p>
ความผิดที่ส่งข้ามแดนได้	
ทฤษฎี	<p>ความผิดที่สามารถส่งข้ามแดนได้ต้องเป็นความผิดตามหลักความผิดอาญาของทั้งสองประเทศ (Double Criminality)</p>

<p>ปัญหาที่สำคัญ</p>	<p>หลักความผิดอาญาของทั้งสองประเทศทำให้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนขึ้นอยู่กับ การพิจารณากฎหมายอาญาภายในของรัฐผู้ร้องขอ และรัฐผู้รับคำร้องขอเป็นสำคัญ ว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดฐานเดียวกันหรือไม่</p>
<p>แนวปฏิบัติที่น่าสนใจของประเทศต่าง ๆ</p>	<p>สนธิสัญญาของสหรัฐอเมริกาบางฉบับได้กำหนดข้อสัญญาพิเศษ (Specific Clause) มาบัญญัติไว้ในสนธิสัญญา ทำให้ในฐานความผิดที่เจาะจงในสนธิสัญญา เป็นความผิดที่มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้</p> <p>สนธิสัญญาของกลุ่ม Nordic States ซึ่งกำหนดให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ หากปรากฏว่าความผิดที่ร้องขอเป็นความผิดที่ลงโทษได้ตามกฎหมายภายในของรัฐที่ร้องขอ โดยไม่จำเป็นต้องเป็นความผิดตามกฎหมายภายในของรัฐที่ได้รับคำร้องขอ</p> <p>อนุสัญญาเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างรัฐภาคีของสหภาพยุโรป ค.ศ. 1996 ข้อ 3 ยกเว้นหลักการเรื่อง Double criminality ในความผิดบางฐานไว้เฉพาะเจาะจง</p>
<p>กรณีศึกษาที่น่าสนใจของประเทศต่าง ๆ</p>	<p>กรณี Factor V. Laubenheimer ศาลสหรัฐอเมริกา ปรับใช้หลัก Expression unius est exclusion alterius หรือหลักการระบุโดยชัดแจ้งถึงสิ่งหนึ่งสิ่งใดย่อมเป็นข้อยกเว้นของสิ่งอื่น ๆ</p> <p>กรณีประเทศสวีเดนไม่ส่งตัวนักการเงินชาวสวิสฯ ให้แก่ประเทศสหรัฐอเมริกา ในความผิดเกี่ยวกับองค์กรอาชญากรรม เนื่องจากทางการสวีเดนตีความว่า การกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิดตามกฎหมายภายในของสวีเดน</p>

บทสรุป	การวินิจฉัยว่าการกระทำความผิดดังกล่าวนี้เป็นความผิดที่ตรงกับฐานความผิดใดในอีกรัฐภาตินั้น ในสนธิสัญญาบางฉบับได้วางหลักในการวินิจฉัย โดยให้วิเคราะห์จากภาพรวมของการกระทำ ความผิด มากกว่าการที่จะตีความตามตัวอักษร
การดำเนินคดีซ้ำ	
ทฤษฎี	การถูกส่งเพื่อไปดำเนินคดีซ้ำในการกระทำเดียวกัน สามารถเป็นเหตุปฏิเสธไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้
ปัญหาที่สำคัญ	การกระทำบางอย่างก่อให้เกิดความเสียหายแก่หลายรัฐ รัฐที่ได้รับความเสียหายบางแห่งจึงไม่อาจขอให้ส่งตัวได้ รัฐบางรัฐดำเนินคดีในลักษณะช่วยเหลือผู้กระทำความผิด โดยอาศัยข้อยกเว้นการถูกดำเนินคดีซ้ำ
แนวปฏิบัติที่น่าสนใจของประเทศต่าง ๆ	อนุสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน และอนุสัญญาแห่งยุโรปเกี่ยวกับการโอนกระบวนการพิจารณา คดีอาญาโดยรัฐภาคีอาจยกเป็นเหตุในการปฏิเสธการให้ความร่วมมือก็ได้ นานารัฐนั้นถือว่าความผิดอันเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ จะไม่อยู่ภายใต้หลักการไม่ดำเนินคดีซ้ำ โดยรัฐที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำ ความผิด สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดซ้ำอีกในความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงที่ได้กระทำต่อรัฐนั้นได้ ประเทศไทยบัญญัติห้ามมิให้ศาลลงโทษซ้ำในการกระทำความผิดซึ่งได้มีคำพิพากษาของศาลถึงที่สุดให้ปล่อยตัว หรือลงโทษผู้กระทำความผิดในศาลต่างประเทศแล้ว
กรณีศึกษาที่น่าสนใจของประเทศต่าง ๆ	ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนด ข้อยกเว้นของหลักการไม่ดำเนินคดีซ้ำ ว่า หากการ

	ตัดสินนั้นเป็นไปโดยวัตถุประสงค์ที่จะปกป้องบุคคลนั้นไม่ให้ถูกรับโทษทางอาญาโดยศาลอื่นอีก หรือมีเจตนาที่จะตัดสินพิจารณาโดยไม่เป็นไปตามหลักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับในระดับระหว่างประเทศโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บุคคลนั้นไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมอื่นอีก กรณีเช่นนี้ก็จะเข้าช้อยกเว้นให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีอำนาจเข้ามาพิจารณาคดีได้
บทสรุป	การส่งผู้ร้ายข้ามแดนอันมีลักษณะเป็นการดำเนินคดีช้า ย่อมไม่สามารถกระทำได้เว้นแต่เป็นคดีเกี่ยวกับความมั่นคง และรัฐภาคีควรกำหนดมาตรการแก้ไขในกรณีที่รัฐผู้กระทำความผิดอาศัยอยู่ได้ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด อันมีลักษณะเป็นการช่วยเหลือเพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดถูกส่งตัวไปดำเนินคดีในอีกรัฐหนึ่งตามพันธะกรณี
	มติสหบัญญัติ
	กระบวนการ
ทฤษฎี	กระบวนการหรือแบบพิธีในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ในกรณีที่มีการทำความตกลงระหว่างประเทศ แบบพิธีก็จะเป็นไปตามที่ได้กำหนดไว้ในข้อตกลง แต่ถ้าไม่มีข้อตกลงก็ให้ใช้หลักปฏิบัติตามกฎหมายภายใน
ปัญหาที่สำคัญ	ใช้ขั้นตอนและระยะเวลา มาก
แนวปฏิบัติที่น่าสนใจของประเทศต่าง ๆ	ทั้งประเทศในระบบ Common Law และ Civil Law มีแบบพิธีที่คล้ายคลึงกัน โดยกระบวนการในศาลเป็นเพียงการกลั่นกรอง และฝ่ายบริหารเป็นผู้ตัดสินใจสุดท้าย
กรณีศึกษาที่น่าสนใจของประเทศต่าง ๆ	กระบวนการในศาลของอังกฤษ มีความพิเศษ โดยศาลมีอำนาจที่จะพิจารณาว่าจำเลยผิดจริงหรือไม่ ถ้าหากว่ากระทำความผิดจริงก็ขังรอการส่งผู้ร้ายข้ามแดนต่อไป แต่ถ้าหากว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ศาลจะปล่อยตัวจำเลยไป และปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น

<p>บทสรุป</p>	<p>กฎหมายทั้ง Common Law และ Civil Law ส่วนใหญ่มีความคล้ายคลึงกัน โดยทั่วไปก็จะไม่ให้นำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ว่าจำเลยมีความผิดหรือบริสุทธิ์ตามข้อกล่าวหา ดังนั้นกรณีการปฏิบัติของประเทศอังกฤษจึงมีความพิเศษ และมีความแตกต่างอย่างเห็นได้ชัด</p>
<p>ผู้ประสานงานกลาง</p>	
<p>ทฤษฎี</p>	<p>เพื่อช่วยให้การดำเนินการตามคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดน เป็นไปโดยรวดเร็ว และมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น</p>
<p>ปัญหาที่สำคัญ</p>	<p>บางประเทศยังไม่มีการกำหนด</p>
<p>แนวปฏิบัติที่น่าสนใจของประเทศต่าง ๆ</p>	<p>การจะมอบหมายให้ใครเป็นผู้ประสานงานกลางนั้น ขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของแต่ละประเทศ บางประเทศระบุให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมหรือศาลเป็นผู้ประสานงานกลาง บางประเทศอาจจะระบุให้สำนักงานอัยการสูงสุดหรืออัยการสูงสุดเป็นผู้ประสานงานกลาง</p>
<p>กรณีศึกษาที่น่าสนใจของประเทศต่าง ๆ</p>	<p>การประชุมใหญ่สหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและความยุติธรรมทางอาญา ครั้งที่ 11 ที่ประชุมได้เสนอแนะให้แต่ละประเทศจัดตั้งเจ้าหน้าที่ผู้ประสานงานกลางขึ้นทำนองเดียวกับ ความร่วมมือในการให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในเรื่องทางอาญา</p> <p>อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ค.ศ. 1988 กำหนดให้รัฐภาคีจัดตั้งองค์การกลางขึ้น เพื่อทำหน้าที่ให้ความช่วยเหลือหรือจัดส่งความช่วยเหลือเพื่อการให้ความช่วยเหลือในเรื่องทางอาญาสามารถดำเนินการได้รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น</p>

<p>บทสรุป</p>	<p>เจ้าหน้าที่ผู้ประสานงานกลาง ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะช่วยให้การดำเนินการตามคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดน เป็นไปโดยรวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ เนื่องจากสามารถลดขั้นตอนการติดต่อโดยผ่านวิถีทางการทูต และช่วยขจัดความสับสนระหว่างเจ้าหน้าที่ ในการดำเนินการให้ความช่วยเหลือตามคำร้องขอของประเทศผู้ร้องขอได้</p>
<p>มิต้องค์กร</p>	
<p>ทฤษฎี</p>	<p>อำนาจในการวินิจฉัยว่า สมควรจะให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่ นั้น แต่ละประเทศจะมอบหมายให้เป็นดุลพินิจของฝ่ายใดขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละประเทศ</p>
<p>ปัญหาที่สำคัญ</p>	<p>การตัดสินใจที่ไม่สอดคล้องระหว่างฝ่ายตุลาการกับฝ่ายบริหารก่อให้เกิดความสับสน</p>
<p>แนวปฏิบัติที่น่าสนใจของประเทศต่าง ๆ</p>	<p>ประเทศฝรั่งเศส ศาลไม่มีสิทธิเข้ามามีส่วนในการพิจารณาคำร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน ประเทศเบลเยียม ศาลมีอำนาจพิจารณาเพียงว่าผู้กระทำผิดได้ทำผิดตามที่ร้องขอมาจริงหรือไม่ ส่วนอำนาจการตัดสินใจว่าสมควรส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่จะต้องส่งให้กระทรวงยุติธรรมพิจารณาอีกครั้ง</p> <p>ประเทศเยอรมัน ฝ่ายบริหารเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจ ส่วนฝ่ายตุลาการจะเข้ามาเกี่ยวข้องก็เพียงแต่กลั่นกรองในเรื่องคำร้องขอ</p>
<p>กรณีศึกษาที่น่าสนใจของประเทศต่าง ๆ</p>	<p>ประเทศอังกฤษ ศาลจะเป็นผู้พิจารณาว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำความผิดจริงหรือไม่ และความผิดนั้นอยู่ในลักษณะที่จะส่งเป็นผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่ ซึ่งเมื่อศาลตัดสินอย่างไร ฝ่ายบริหารโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจะเป็นผู้ชี้ขาด แต่มักจะสอดคล้องกับศาล</p>

บทสรุป	ประเทศทั้งในระบบกฎหมาย Civil Law และระบบ Common Law อำนาจในการตัดสินขั้นสุดท้ายในการพิจารณารว่าจะส่งเป็นผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่ ล้วนเป็นของฝ่ายบริหารทั้งสิ้น
--------	---

3.สหประชาชาติกับข้อท้าทายใหม่

จากเหตุการณ์ก่อการร้าย เมื่อวันที่ 11 กันยายน 2544 ณ ประเทศสหรัฐอเมริกา สะท้อนให้เราเห็นถึงการขาดมาตรการที่มีประสิทธิภาพในการต่อสู้กับอาชญากรรม⁵⁶ แม้จากการศึกษาในบริบทของสังคมโลกเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่ผ่านมา จะพบว่าเรามีสนธิสัญญาเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในหลายรูปแบบ ทั้งทวิภาคี และพหุภาคี หรือแม้เกิดจากความร่วมมือโดยไม่มีสนธิสัญญาต่อกันก็ตาม แต่การก่อการร้ายในหลายกรณีก็มีลักษณะคาบถุกคาบคอกว่าจะเป็นความผิดซึ่งมีลักษณะบางประการอันทำให้สามารถใช้เป็นข้อยกเว้นในการไม่ส่งเป็นผู้ร้ายข้ามแดนได้ ดังนั้นในความตกลงต่าง ๆ จึงเริ่มมีบทบัญญัติโดยเฉพาะเจาะจงเกี่ยวกับการกระทำความผิดใด ๆ ตามข้อตกลงนั้นว่า เป็นการกระทำความผิดซึ่งสามารถส่งเป็นผู้ร้ายข้ามแดนได้ ตัวอย่างเช่น

International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings 1998 ซึ่งเป็นอนุสัญญาเกี่ยวกับการปราบปรามผู้ก่อการร้าย โดยใช้ระเบิด โดยบัญญัติว่าความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 ของอนุสัญญา เป็นความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้

เหตุการณ์วินาศกรรมวันที่ 11 กันยายน พ.ศ.2544 เกิดขึ้นประเทศสหรัฐอเมริกา โดยผู้ก่อการร้ายได้จี้เครื่องบินจำนวน 4 ลำเพื่อใช้ในการก่อการร้าย โดยทำลายอาคารทั้งของรัฐบาลและของเอกชน ได้แก่ ตึกเวิลด์เทรด เซ็นเตอร์ กระทรวงกลาโหมสหรัฐฯ และตึกหนึ่งลำโดยไม่ได้พุ่งชนอาคาร โดยคาดว่าเกิดจากการขั้ตขึ้นจากลูกเรือ และผู้โดยสารในเครื่องบินจนตก ลงในทุ่งนาบริเวณเมืองชอมเมอร์เซ็ต, ซึ่งจากเหตุการณ์ดังกล่าวมีผู้เสียชีวิตทั้งสิ้น 2,973 คน จำแนกเป็นบนเครื่องบิน 246 คน, ในอาคารและถนนของนครนิวยอร์ก 2,602 คน ในอาคารกระทรวงกลาโหมสหรัฐฯ 125 คน, นักผจญเพลิงนครนิวยอร์ก 343 คน, ตำรวจนครนิวยอร์ก 23 คน, ตำรวจการทำเรือของนิวยอร์กและนิวเจอร์ซีย์ 37 คน และผู้สูญหายอีก 24 คน

⁵⁶Clair de Than, Edwin Short, International criminal law and human rights, London, Sweet & Maxwell, 2003 p.232

Art.2 states that :

Any person commits an offence within the meaning of this Convention if that person unlawfully and intentionally delivers, places, discharges or detonates an explosive for other lethal device in, onto or against a place of public use, a State or government facility, a public transportation system or and infrastructure facility :

With the intent to cause death or serious bodily injury ; or

The European Convention for the Suppression of Terrorism 1977 ซึ่งเป็นอนุสัญญาสำหรับปราบปรามการก่อการร้ายของสหภาพยุโรป ซึ่งเกือบจะทั้งหมดของสมาชิกจะให้สัตยาบัน โดยการถือว่าการกระทำความผิดที่บัญญัติในมาตรา 1 ไม่อาจถือว่าเป็นความผิดทางการเมือง ซึ่งจะปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้⁵⁷ เป็นต้น

และความตกลงต่าง ๆ นั้น ยังได้ถือว่าการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นมาตรการสำคัญอันหนึ่งที่รัฐควรปรับปรุงกฎหมายของตนจนสามารถเชื่อมั่นได้ว่า ผู้ก่อการร้ายนั้นจะไม่หลุดรอดจากการถูกดำเนินคดีหรือหลุดรอดจากการถูกส่งเป็นผู้ร้ายข้ามแดนได้ ดังเช่นที่ปรากฏในอนุสัญญาดังต่อไปนี้

International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism 2005 ซึ่งเป็นอนุสัญญาเกี่ยวกับการปราบปรามการก่อการร้ายโดยใช้อาวุธกัมมันตภาพรังสี ได้บัญญัติไว้ใน ข้อ 10 ย่อหน้า 2 ว่า ให้ภาคีสมาชิกหามาตรการในกฎหมายภายในของตนเพื่อให้แน่ใจว่าผู้กระทำความผิดนี้จะไม่หลุดพ้นจากการพิจารณาคดีหรือการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

INTERNATIONAL CONVENTION FOR THE SUPPRESSION OF THE FINANCING

With the intent to cause extensive destruction of such a place, facility or system,
Where such destruction results in or is likely to result in major economic loss.

* Art.1 states that, for the purpose of extradition, the signatory countries agree that they will not consider the following to be "political offences" : kidnapping; hijacking; hostage-taking; attacks upon diplomats; endangering life by bombing or the use of automatic weapons.

⁵⁷ Clair de Than, Edwin Short, International criminal law and human rights, London, Sweet & Maxwell, 2003 p.240

* Article 10

2. Upon being satisfied that the circumstances so warrant, the State Party in whose territory the offender or alleged offender is present shall take the appropriate measures under its national law so as to ensure that person's presence for the purpose of prosecution or extradition.

OF TERRORISM 1999 ซึ่งเป็นอนุสัญญาเพื่อการปราบปรามทางการเงินของผู้ก่อการร้าย ได้บัญญัติไว้ในข้อ 9 วรรค 2 ว่าให้ภาคีสมาชิกกำหนดมาตรการในกฎหมายภายในของตนเพื่อให้แน่ใจว่าผู้กระทำความผิดนี้จะไม่หลุดพ้นจากการพิจารณาคดีหรือการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เช่นกัน

ดังนั้นจึงเป็นความจำเป็นอย่างยิ่งของนานาประเทศซึ่งได้ตระหนักถึงปัญหาภัยก่อการร้ายแล้ว จะต้องบัญญัติหรือกำหนดมาตรการทางกฎหมายของตนทั้งภายในประเทศ ระดับทวิภาคี และระดับพหุภาคีให้สอดคล้องและครอบคลุม ซึ่งสหประชาชาติก็ได้มีความพยายามในการพัฒนากรอบของความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนอย่างเป็นรูปธรรม จากการประชุมใหญ่สหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด ครั้งที่ 8 ที่ประชุมดังกล่าวได้เสนอสนธิสัญญาแม่แบบว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ซึ่งประเทศต่างๆ รวมทั้งประเทศไทย ต่างได้นำเอากรอบที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาดังกล่าวมาเป็นเกณฑ์ในการปรับปรุงกฎหมาย และจัดทำสนธิสัญญาทวิภาคี โดยเชื่อว่าแม่แบบของการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนี้จะสามารถเป็นกลไกที่สำคัญในการปราบปรามการก่อการร้าย ดังที่อนุสัญญาต่าง ๆ ข้างต้นให้ความสำคัญไว้ ซึ่งในบทต่อไปจะเห็นได้ว่าทฤษฎี และบทบัญญัติต่าง ๆ ที่ปรากฏในสนธิสัญญาแม่แบบของสหประชาชาติว่าด้วยการการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น ก็ไม่ได้เกิดจากสุญญากาศ แต่เกิดจากพลวัติของการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เราได้ศึกษากันมาแล้วข้างต้น ดังนั้นหากเราสามารถเลือกใช้ทฤษฎี หรือกระบวนการต่าง ๆ ในสนธิสัญญาแม่แบบได้สอดคล้องเหมาะสมก็จะสามารถนำไปสู่การแก้ปัญหาของประเทศไทยได้เป็นอย่างดี

จากการศึกษาในบทนี้ ทำให้ทราบว่าบริบทของสังคมโลกในปัญหาบางประการเกี่ยวกับส่งผู้ร้ายข้ามแดนมีพัฒนาการมาเป็นลำดับ แม้ว่าที่ผ่านมามีทฤษฎี และแนวปฏิบัติ จะเกิดอุปสรรคขึ้นบ้างในแต่ละมิติ ทั้งนี้อาจเกิดจากปัญหาสำคัญก็คือการมีระบบกฎหมายที่แตกต่างกันทำให้การบัญญัติกฎหมายภายใน หรือการตีความไม่สอดคล้องกัน และปัญหาที่เป็นได้ชัดจากบริบทดังกล่าวอีกกรณีหนึ่งก็คือ ความแตกต่างทางด้านลัทธิการเมือง เชื้อชาติ และศาสนา จนบางครั้ง

* Article 9

2. Upon being satisfied that the circumstances so warrant, the State Party in whose territory the offender or alleged offender is present shall take the appropriate measures under its domestic law so as to ensure that person's presence for the purpose of prosecution or extradition.

ถูกหยิบยกขึ้นมาเป็นอุปสรรคต่อการให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกัน แต่อย่างไรก็ดีในปัจจุบัน สังคมโลกกำลังเผชิญกับความท้าทายกับอาชญากรรมที่มีลักษณะน่าสะพรึงกลัว สามารถสร้างความเสียหายให้กับประเทศที่เป็นเป้าหมายได้อย่างต่อเนื่องยาวนานซึ่งก็คือการก่อการร้าย ดังนั้น การส่งผู้ร้ายข้ามแดนจึงเป็นกลไกที่มีประสิทธิภาพกลไกหนึ่ง ที่รัฐควรผสมผสานความร่วมมือเพื่อ ป้องกันและจะสามารถปราบปรามการก่อการร้ายได้เป็นอย่างดี