

บทที่ 3

สนธิสัญญาแม่แบบของสหประชาชาติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน กับการแก้ไขปัญหบางประการ

จากการศึกษาบริบทของสังคมโลก ในปัญหาบางประการเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ทั้งในมิติของสารบัญญัติ สบัญญัติ และองค์กร ในบทที่ 2 นั้น ในบทที่ 3 นี้ ผู้เขียนจะได้ศึกษา บทบัญญัติจากสนธิสัญญาแม่แบบของสหประชาชาติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ว่าจะมีความ เหมาะสมกับการแก้ไขปัญหาในการปฏิบัติเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้มากน้อยเพียงใด

เนื่องด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เป็นเรื่องละเอียดอ่อนที่ เกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตยของรัฐ ระบบกฎหมายภายใน และความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ¹ สหประชาชาติจึงได้พยายามกำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นสากล และสามารถนำไปพัฒนากรอบของ การส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้มีประสิทธิภาพ นอกจากนี้ยังพยายามเสริมสร้างความรู้ความเข้าใจให้แก่ รัฐภาคีเพื่อขจัดปัญหาและอุปสรรคของความร่วมมือระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน โดย ความพยายามของสหประชาชาติในการพัฒนากรอบของความร่วมมือระหว่างประเทศ ในเรื่องการ ส่งผู้ร้ายข้ามแดนอย่างเป็นรูปธรรม ได้ปรากฏขึ้นในการประชุมใหญ่สหประชาชาติว่าด้วยการ ป้องกันอาชญากรรม และการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดครั้งที่ 8 (The Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders) จัดขึ้นที่เมือง ฮาวานา (Havana) ประเทศคิวบา ในปี ค.ศ. 1990 โดยที่ประชุมดังกล่าวได้เสนอสนธิสัญญา แม่แบบว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน (The Model Treaty on Extradition) ซึ่งต่อมาที่ประชุมใหญ่ สมัชชาแห่งสหประชาชาติ (General Assembly) ได้มติที่ 45/116 เมื่อวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1990 ให้ความเห็นชอบ

สนธิสัญญาแม่แบบของสหประชาชาติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ได้รับการยอมรับว่า เป็นนวัตกรรมที่สำคัญทางด้านความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา ทั้งในส่วนของ เนื้อหาและโครงสร้าง เนื่องจากในการจัดทำสนธิสัญญานี้ขึ้นอยู่กับพื้นฐานของแนวโน้มในการ ส่งผู้ร้ายข้ามแดนยุคปัจจุบัน และมีประสบการณ์ที่มาจากสนธิสัญญาทวิภาคีและพหุภาคีที่มีอยู่

¹ อุทัย อาทิวา และศศิณ ศุขจรัส, ความร่วมมือระหว่างประเทศในการป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมและผู้มีอิทธิพล, สำนักงานอัยการสูงสุดพิมพ์, สิงหาคม 2547

หลายฉบับ นอกจากนี้ยังได้มีการพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบถึงความจำเป็นและความยากลำบากของประเทศต่าง ๆ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาสำหรับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน สนธิสัญญาฉบับนี้จึงได้วางกรอบที่ชัดเจนและกะทัดรัด แก่รัฐภาคีที่สนใจในการเจรจาทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างกัน โดยในขณะเดียวกันก็ให้ความคุ้มครองแก่รัฐผู้ร้องขอและผู้รับคำร้องขอด้วย²

1. หลักเกณฑ์ของสนธิสัญญาแม่แบบในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

1. กำหนดพันธกรณีแก่รัฐภาคีในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน โดยถือว่าเป็นหน้าที่ของรัฐภาคีในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ตามเงื่อนไขที่กำหนดในสนธิสัญญาสำหรับความผิดที่อาจมีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้³

2. กำหนดความผิดที่อาจมีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ Extraditable Offences ได้แก่ ความผิด ซึ่งตามกฎหมายแห่งรัฐภาคีทั้งสองกำหนดโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปี หรือ 2 ปี ขึ้นไป หรือยังเหลือโทษจำคุกอยู่ 4-6 เดือน⁴

3. กำหนดเงื่อนไขว่าความผิดที่ต้องส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ไม่จำเป็นจะต้องเป็นฐานความผิดตรงกันตามกฎหมายของประเทศผู้รับคำขอ และรัฐผู้รับคำร้องขอ แต่ให้ถือจากลักษณะภาพรวมของการกระทำ หรือละเว้นการกระทำที่เป็นความผิดนั้นทั้งหมด โดยไม่ต้องคำนึงว่ากฎหมายแห่งรัฐภาคี คู่สัญญาจะได้จัดหมวดหมู่ความผิดอาญาที่มีการกระทำผิดนั้นไว้ในหมวดหรือลักษณะเดียวกัน หรือใช้ถ้อยคำอย่างเดียวกันในการบัญญัติถึงความผิดในกฎหมายของรัฐภาคีนั้นเป็นต้นว่า ความผิดเกี่ยวกับภาษีอากร ภาษีศุลกากร แม้จะได้กำหนดองค์ประกอบความผิดไว้ต่างกันก็ตาม หรือจะมีการร้องขอให้ส่งข้ามแดนในความผิดหลายฐานความผิด ซึ่งบางฐานอาจไม่มีโทษจำคุก แต่มีฐานใดฐานหนึ่งสามารถให้รัฐผู้รับคำร้องขอสามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้⁵

² อุทัย อาทิวา และศศิณ ศุขจรัส, ความร่วมมือระหว่างประเทศในการป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมและผู้มีอิทธิพล, สำนักงานอัยการสูงสุดพิมพ์, สิงหาคม 2547

³ Article 1 of The Model Treaty on Extradition

⁴ Article 2(1) of The Model Treaty on Extradition

⁵ Article 2(2)-(4) of The Model Treaty on Extradition

4. กำหนดหลักเกณฑ์ในกรณีที่ไม่อาจมีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้โดยเด็ดขาด (Mandatory grounds for refusal) ได้แก่⁶

1. ความผิดที่มีการร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนมีลักษณะเป็นความผิดในทางการเมือง

2. คำร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า เพื่อจะดำเนินคดี หรือลงโทษผู้หนึ่งผู้ใดด้วยสาเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ กำเนิดเผ่าพันธุ์ ความคิดเห็นทางการเมือง เพศ หรือสถานะของบุคคล หรือเชื่อได้ว่าบุคคลที่ถูกขอให้ส่งข้ามแดนจะถูกดำเนินคดีโดย อคติ (Prejudice) ในความผิดอื่นที่มีได้แจ้งไว้ในคำขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน

3. ความผิดนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายทหาร และไม่ใช่ว่าความผิดตามกฎหมายอาญาธรรมดา

4. มีคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลแห่งรัฐผู้รับคำขอให้ลงโทษบุคคลผู้นั้น เนื่องจากการกระทำความผิดเดียวกันกับที่มีการขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน⁷

5. บุคคลซึ่งถูกขอให้ส่งตัวข้ามแดนเป็นผู้มีเอกสิทธิ์คุ้มกัน จากการถูกดำเนินคดีอาญา หรือการลงโทษไม่ว่าโดยเหตุใด ๆ รวมถึงในกรณีที่คดีขาดอายุความ หรือมีการอภัยโทษตามกฎหมายของรัฐผู้ร้องขอ หรือรัฐผู้รับคำร้องขอ

6. เชื่อได้ว่าบุคคลผู้นั้นจะถูกกระทำทรมาน หรือทารุณ หรือไม่ได้รับการปฏิบัติเยี่ยงมนุษย์ หรือไม่ได้รับหลักประกันในการถูกดำเนินคดีอาญาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในข้อ 14 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Convention on Civil and Political Rights)

⁶ Article 3 of the Model Treaty on Extradition

⁷ Article 3 of The Model Treaty on Extradition

7. คำพิพากษาแห่งรัฐผู้ร้องขอได้กระทำโดยลับหลังจำเลย โดยผู้ถูกลงโทษไม่ได้รับแจ้งตามควรเกี่ยวกับการพิจารณา หรือไม่มีโอกาสในการเตรียมต่อสู้คดีหรือร้องขอให้รื้อฟื้นคดีขึ้นมาใหม่

5. กำหนดหลักเกณฑ์กรณีรัฐผู้รับคำร้องขออาจยกเป็นเหตุในการปฏิเสธการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน (Optional Grounds for Refusal) ได้แก่⁸

1. บุคคลที่ถูกขอให้ส่งตัวข้ามแดนเป็นชนชาติของรัฐผู้รับคำร้องขอ ซึ่งหากรัฐผู้รับคำร้องขอปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดน โดยอาศัยเหตุผลนี้ก็ให้แจ้งต่อรัฐผู้ร้องขอ ซึ่งรัฐผู้ร้องขอก็อาจจะขอให้รัฐผู้รับคำร้องขอดำเนินการตามกฎหมายกับบุคคลดังกล่าว ในความผิดที่ขอให้ส่งตัวข้ามแดนได้ ซึ่งถ้ารัฐผู้รับคำร้องขอเห็นว่าเหมาะสมก็จะดำเนินการตามกฎหมายกับผู้กระทำ ความผิด

2. เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐผู้รับคำร้องขอได้วินิจฉัยแล้วว่าที่จะไม่ดำเนินคดี หรือยุติการดำเนินคดีแก่บุคคลผู้ถูกขอให้ส่งตัวในความผิดเดียวกันกับที่มีการร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน

3. ความผิดเดียวกันกับที่ได้มีการร้องขอให้ส่งตัวข้ามแดนต่อบุคคลดังกล่าวนั้น อยู่ระหว่างการดำเนินคดีอาญาในรัฐผู้รับคำร้องขอ

4. ความผิดนั้นตามกฎหมายของรัฐผู้ร้องขอมีโทษถึงประหารชีวิต เว้นแต่ได้มีการยืนยันจากรัฐผู้ร้องขอว่าจะไม่มีการลงโทษประหารชีวิตบุคคลดังกล่าว หรือหากมีคำพิพากษาประหารชีวิต ก็จะต้องไม่ดำเนินการเช่นนั้น

5. ความผิดนั้นได้กระทำนอกเขตแดนของภาคีทั้งสองฝ่าย และรัฐผู้รับคำร้องขอไม่มีเขตอำนาจศาลเหนือความผิดที่ได้กระทำนอกราชอาณาจักรนั้นตามกฎหมายภายในของรัฐ ผู้รับคำร้องขอ

⁸ Article 4 of The Model Treaty on Extradition

6. ถ้าการกระทำคามผิดนั้นได้มีส่วนหนึ่งส่วนใด หรือทั้งหมดอยู่ในดินแดนของรัฐผู้รับคำร้องขอ เมื่อมีการปฏิเสธการส่งข้ามแดนด้วยเหตุผลนี้รัฐผู้ร้องขอก็อาจขอให้รัฐผู้รับคำร้องดำเนินการตามกฎหมายกับบุคคลดังกล่าวเองในความผิดที่ได้ขอให้ส่งข้ามแดนได้ ซึ่งถ้ารัฐผู้รับคำร้องขอเห็นว่าเหมาะสมก็จะดำเนินการตามกฎหมายกับผู้กระทำความผิดได้

7. ถ้าบุคคลที่ถูกร้องขอให้ส่งข้ามแดนนั้นได้กำลังถูกลงโทษ หรือจะถูกดำเนินคดี หรือพิพากษาลงโทษในรัฐผู้รับคำร้องขอโดยศาลพิเศษหรือศาลเฉพาะกิจ

8. การส่งผู้ร้ายข้ามแดนไม่สอดคล้องกับหลักการทางมนุษยธรรมเกี่ยวกับ อายุ สุขภาพ หรือพฤติการณ์ส่วนบุคคลของบุคคลนั้น

จากหลักเกณฑ์ของสนธิสัญญาแม่แบบข้างต้นจะเห็นได้ว่า จุดเด่นประการสำคัญของสนธิสัญญาแม่แบบของสหประชาชาติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนี้ คือ มีการบัญญัติถึงเหตุปฏิเสธในการไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยแบ่งเป็นสองระดับ คือ เหตุปฏิเสธชนิดบังคับ (Mandatory grounds for refusal) ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่มีความละเอียดอ่อน รัฐที่จะนำไปใช้จึงต้องมีการให้ความสำคัญต่อเงื่อนไขดังกล่าวอย่างมาก ส่วนระดับรองลงมาก็คือเหตุปฏิเสธชนิดให้เลือก (Optional grounds for refusal) ซึ่งเปิดโอกาสให้เป็นไปตามความสมัครใจของรัฐภาคีในการเจรจา หรือพิจารณาในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน นอกจากนั้นในมิติสารบัญญัติ สนธิสัญญา และองค์การก็มีประเด็นน่าสนใจ ซึ่งจะได้ศึกษาเฉพาะในส่วนที่สำคัญของแต่ละมิติต่อไป

1. ความเหมือน ความต่าง บททดสอบ และการเลือก

สำหรับแต่ละมาตราของสนธิสัญญาแม่แบบนี้ รัฐซึ่งนำไปใช้มีความจำเป็นต้องปรับปรุงให้สอดคล้องกับระบบกฎหมายของตน ซึ่งในทางอุดมคติการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ปราศรณาให้เป็นโครงสร้างที่เหมาะสมเพื่อกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนสามารถเกิดขึ้นได้ และสนธิสัญญาแม่แบบยังวางขอบเขตอย่างชัดเจนโดยยอมรับต่อความแตกต่างของอำนาจ เช่น ศาล ฝ่ายบริหาร และอธิปไตยของรัฐต่างประเทศ ซึ่งทุก ๆ บทบัญญัติควรปฏิบัติด้วยความระมัดระวัง เพื่อให้มั่นใจว่ามีความกว้างขวางและโครงข่ายมากพอที่จะสามารถเรียกร้องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ต่อทุก ๆ รัฐ และเพื่อยังให้แน่ใจว่าอำนาจนั้นไม่ได้มีเจตนาต่อการจำกัดสิทธิที่

จำเป็นต่อการปกป้องมนุษยชน⁹ ซึ่งในส่วนต่อไปนี้จะได้ศึกษาถึงหลักเกณฑ์สำคัญบางประการอันเกี่ยวข้องกับกรณีที่ได้ศึกษาไว้ในบทข้างต้นดังนี้

1.1 มิติสารบัญญัติ

1.1.1 คนชาติ

สนธิสัญญาแม่แบบว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน Article 4 บัญญัติถึงเหตุในการปฏิเสธคดีให้เลือก (Optional Grounds for refusal) ไว้ว่า “คำร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนอาจถูกปฏิเสธได้ในกรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้ a. หากบุคคลที่ถูกขอให้ส่งตัวข้ามแดนเป็นคนชาติของรัฐผู้รับคำร้องขอ”¹⁰ ซึ่งข้อยกเว้นนี้มีความมุ่งหมายเพื่อให้รัฐที่ถูกร้องขอสามารถปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนซึ่งเป็นคนชาติของตน แต่ก็ยังรวมถึงการมีพันธะต้องดำเนินคดีภายในรัฐของตนหากมีความต้องการอย่างนั้นจากรัฐผู้ร้องขอ

ตามแนวทางของสนธิสัญญาแม่แบบนี้ เห็นว่ารัฐทั้งหลายควรจะต้องมีความยืดหยุ่นภายใต้ระบบกฎหมายของตนเพื่อส่งคนชาติ หรือยอมรับในหนึ่งทางเลือกของการกระทำที่เหมาะสม ดังนั้นการบัญญัติกฎหมายก็ควรจะต้องบรรลุไปให้การบังคับใช้กฎหมายสามารถเป็นไปได้ในการพิจารณาคดีของคนชาติในความผิดที่มีพันธะกับรัฐต่างประเทศ หรือบังคับโทษที่ถูกกำหนดโดยรัฐต่างประเทศต่อคนเหล่านั้นได้ โดยทางเลือกอีกประการหนึ่งคือรัฐควรทำให้แน่ใจว่ากฎหมายภายในของตนมีเขตอำนาจเหนือการกระทำผิดในต่างประเทศ หากรัฐนั้นจะต้องดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดเสียเอง เพราะรัฐต้องการปฏิเสธในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนบนพื้นฐานเรื่องการอ้างความเป็นคนชาติ ดังนั้นเพื่อให้การปฏิบัติเรื่องคนชาติเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ รัฐที่ได้รับการร้องขอจึงควรเร่งศึกษาถึงโอกาสและความเป็นไปได้ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ซึ่งเป็นคนชาติ และการกำหนดความร่วมมือที่เป็นไปได้กับรัฐต่างประเทศหากการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไปดำเนินคดียังรัฐที่ร้องขอไม่อาจเป็นไปได้¹¹

⁹ Introduction of Revised Manual on the Model Treaty On Extradition No.1-No11

¹⁰ If the person whose extradition is requested is a national of the requested State;

¹¹ Revised Manual on the Model Treaty On Extradition No.67-No76

ซึ่งในบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการส่งคนชาตินี้ ในหลาย ๆ สนธิสัญญาที่มีการบัญญัติไว้ อาทิเช่น อนุสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของสหภาพยุโรป มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการส่งคนชาติ ในมาตรา 6 โดยให้สิทธิแก่รัฐที่จะปฏิเสธไม่ส่งคนชาติได้ ดังนั้นในทางกลับกันก็เท่ากับว่า โดยปกติแล้วภาคีแห่งสหภาพยุโรปก็ยินดีที่จะส่งคนชาติเป็นผู้ร้ายข้ามแดนได้นั่นเอง

ดังนั้นในส่วนนี้จึงเห็นได้ว่าในทฤษฎีเกี่ยวกับการส่งคนชาติ เป็นผู้ร้ายข้ามแดน สนธิสัญญาแม่แบบยังคงยอมรับต่อการที่รัฐจะคุ้มครองต่อคนชาติของตน จึงบัญญัติให้เป็นเหตุปฏิเสธชนิดให้เลือก แต่อย่างไรก็ดีตามแนวทางของคู่มือของสนธิสัญญาแม่แบบที่จัดทำโดยองค์การปราบปรามยาเสพติดและอาชญากรรมขององค์การสหประชาชาติ ก็เห็นว่ารัฐยังคงมีพันธะที่จะต้องดำเนินคดีต่อคนชาติที่ถูกร้องขอ นั้น หากการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนี้ถูกปฏิเสธบนพื้นฐานของการอ้างเหตุเรื่องคนชาติ ทำให้ทางเลือกของประเทศไทยที่บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องส่งคนชาติข้ามแดน ซึ่งตามพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ.2472 ยังไม่ชัดเจนนั้น ในการปรับปรุงกฎหมายหรือทำข้อตกลงเกี่ยวกับคนชาติ การจะเลือกใช้บทบัญญัติไม่ว่าในส่วนของสนธิสัญญาแม่แบบของสหประชาชาติ หรือแม้แต่ตามอนุสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของ สหภาพยุโรปก็จะไม่ให้ผลที่แตกต่างกันนัก ซึ่งรายละเอียดในเรื่องเกี่ยวกับประเทศไทยในการปรับปรุงกฎหมายและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนี้ ผู้เขียนได้กล่าวโดยละเอียดในบทที่ 4 แล้ว

1.1.2 โทษประหารชีวิต

สนธิสัญญาต้นแบบของสหประชาชาติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ข้อ 4 d.¹² หมวดเหตุปฏิเสธชนิดให้เลือก (Optional grounds for refusal) ได้บัญญัติไว้ว่า การส่งผู้ร้าย

¹² Article 6 – Extradition of nationals A Contracting Party shall have the right to refuse extradition of its nationals

ข้ามแดนอาจถูกปฏิเสธได้ ถ้าความผิดที่ร้องขอนั้นมีโทษประหารชีวิตภายใต้กฎหมายของรัฐที่ร้องขอ ซึ่งหมายความว่ารัฐที่ถูกร้องขอสามารถจะปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ หากความผิดที่รัฐภาคีร้องขอมีโทษประหารชีวิต ซึ่งในอนุสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของสหภาพยุโรป ก็มีบทบัญญัติเกี่ยวกับปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่มีโทษประหารชีวิตไว้ใน มาตรา 11^{*} โดยมีใจความสำคัญว่า ไม่ยินยอมให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดซึ่งมีโทษถึงขั้นประหารชีวิต เว้นแต่จะมีคำรับรองจนเป็นที่พอใจว่า รัฐผู้ร้องขอจะไม่ลงโทษประหารชีวิต ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ผนวกส่วนเพิ่มเข้ามา เนื่องจากประเทศในสหภาพยุโรปได้ยกเลิกโทษประหารชีวิตไปหมดแล้วจึงไม่ยินยอมที่จะส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่มีโทษถึงขั้นประหารชีวิต ทั้งที่การกระทำมีความผิดฐานเดียวกันนั้นในสหภาพยุโรปมีโทษไม่ถึงขั้นประหารชีวิต แต่อย่างไรก็ดีสหภาพยุโรปก็ไม่ปิดกั้นที่จะให้ความร่วมมือแก่ภาคีอื่น เพียงแต่ว่ารัฐคู่ภาคีนั้นต้องสามารถทำคำรับรองจนเป็นที่พอใจว่าผู้ที่ถูกส่งเป็นผู้ร้ายข้ามแดนจะไม่ถูกลงโทษประหารชีวิต

ตัวอย่างอีกกรณีหนึ่งได้แก่ สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกา กับประเทศแคนาดา Art.6 ได้บัญญัติว่า ถ้าความผิดตามคำร้องขอมีโทษประหารชีวิตภายใต้กฎหมายของรัฐที่ร้องขอ การส่งผู้ร้ายข้ามแดนอาจถูกปฏิเสธได้ เว้นแต่รัฐผู้ร้องขอได้ให้หลักประกันจนเป็นที่พอใจว่าจะไม่พิพากษาโทษประหารชีวิต หรือแม้จะมีคำพิพากษาประหารชีวิตก็จะไม่ถูกลงโทษเช่นนั้น ซึ่งก็เป็นไปในทางเดียวกันถึงแม้ว่าสหรัฐฯ และแคนาดาจะเป็นกลุ่มประเทศนอกยุโรปก็ตาม

ดังนั้นในการเลือกบทบัญญัติในส่วนนี้ ผู้เขียนเห็นว่าในขณะที่ประเทศไทยยังมีความจำเป็นต้องประสานความร่วมมือด้านการส่งผู้ร้ายข้ามแดน กับประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป

* Capital punishment : If the offence for which extradition is requested is punishable by death under the law of the requesting Party, and if in respect of such offence the death-penalty is not provided for by the law of the requested Party or is not normally carried out, extradition may be refused unless the requesting Party gives such assurance as the requested Party considers sufficient that the death-penalty will not be carried out

หรือประเทศอื่นที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับโทษประหารชีวิตในลักษณะเดียวกัน ประเทศไทยก็ควรเลือกการบัญญัติกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับแนวทางของอนุสัญญาแห่งสหภาพยุโรป ซึ่งมีส่วนต่อท้ายบัญญัติให้มีหน่วยงานที่สามารถทำคำรับรองได้ ก็จะทำให้เมื่อประเทศไทยต้องขอความร่วมมือกับประเทศในกลุ่มนี้ สนธิสัญญาหรือกฎหมายก็รองรับกับการที่จะสามารถทำคำรับรองได้อย่างถูกต้อง และมีผลบังคับได้ตามกฎหมาย

1.1.3 ความผิดทางการเมือง

สนธิสัญญาแม่แบบว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน Article 3 บัญญัติถึงเหตุปฏิเสธชนิดบังคับ (Mandatory grounds for refusal) ไว้ว่า “การส่งผู้ร้ายข้ามแดนไม่อาจกระทำได้ในกรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้ ..(a) หากความผิดซึ่งมีการร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนมีลักษณะเป็นความผิดทางการเมือง” ซึ่งข้อยกเว้นเรื่องความผิดทางการเมืองนี้ มีความมุ่งหมายเพื่อเป็นเครื่องป้องกันต่อการส่งผู้ร้ายข้ามแดนสำหรับความผิดอาญาที่กระทำภายใต้บริบททางการเมือง ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่รุนแรง และเป็นความผิดเกี่ยวกับเรื่องการเมืองโดยแท้ เช่น การถูกใส่ร้ายว่ากระทำความผิดทางอาญา โดยหัวหน้าผู้ปกครองรัฐซึ่งเป็นฝ่ายตรงข้ามกันทางการเมือง ดังนั้นการที่รัฐที่ถูกร้องขอเห็นคุณค่าของความใจกว้างทางการเมือง และการแสดงความคิดเห็นโดยอิสระของประชาชน สามารถที่จะไม่สมัครใจยอมรับต่อการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดนี้ได้ ซึ่งในทางสังคมนระหว่างประเทศก็เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าควรเคารพต่อการตัดสินใจ ที่จะปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในเรื่องเกี่ยวกับความผิดทางการเมือง เว้นแต่ว่าการกระทำในเรื่องที่ถูกร้องขอนั้นมีลักษณะที่รุนแรง

อนุสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของสหภาพยุโรป ในบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดทางการเมือง ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 3 ความว่า

Article 3 – Political offences

1. Extradition shall not be granted if the offence in respect of which it is requested is regarded by the requested Party as a political offence or as an offence connected with a political offence.

* Revised Manual on the Model Treaty On Extradition No.41-No46

2. The same rule shall apply if the requested Party has substantial grounds for believing that a request for extradition for an ordinary criminal offence has been made for the purpose of prosecuting or punishing a person on account of his race, religion, nationality or political opinion, or that that person's position may be prejudiced for any of these reasons.
3. The taking or attempted taking of the life of a Head of State or a member of his family shall not be deemed to be a political offence for the purposes of this Convention.
4. This article shall not affect any obligations which the Contracting Parties may have undertaken or may undertake under any other international convention of a multilateral character.

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า บทบัญญัตินี้ได้ให้ความสำคัญกับการไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดทางการเมือง ในขณะที่เดียวกันก็ตีกรอบคำจำกัดความของคำว่า “ความผิดทางการเมือง” ให้แคบลง เช่น ในการฆ่าผู้นำหรือครอบครัวของผู้นำแห่งรัฐ ไม่สามารถอ้างเป็นความผิดทางการเมืองได้ เป็นต้น ซึ่งทำให้สอดคล้องกับสถานะการณ์ในปัจจุบันที่ความหมายของ “ความผิดทางการเมือง” กำลังถูกจำกัดขอบเขตให้แคบลงไปเรื่อยๆ เพื่อมิให้ผู้ก่อการร้ายที่ทำลายชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนผู้บริสุทธิ์ จะยกขึ้นเป็นเหตุอ้างต่อสู้คดีสำหรับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน และเมื่อเราศึกษาจากอนุสัญญาต่างๆ ส่วนใหญ่ที่ยกวางขึ้นในกรอบของสหประชาชาติ มักจะมีบทบัญญัติโดยเฉพาะเจาะจงให้ความผิดบางลักษณะของการก่อการร้ายระหว่างประเทศเป็นความผิดที่ให้ผู้ร้ายข้ามแดนได้แก่ การจี้เครื่องบิน การกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายที่เป็นภัยต่อการเดินอากาศระหว่างประเทศ การกระทำอันมิชอบต่อบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองระหว่างประเทศและการจับบุคคลเป็นประกัน ตัวอย่างเช่น

อนุสัญญาระหว่างประเทศเพื่อการปราบปรามการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย ค.ศ. 1999 (International Convention on the Suppression of financing of Terrorism 1999) ข้อ 14 ก็บัญญัติห้ามมิให้ถือว่าความผิดที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายตามที่กำหนดไว้ในข้อ 2 เป็นความผิดทางการเมือง หรือความผิดที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางการเมือง หรือความผิดที่เกิดจากแรงจูงใจทางการเมือง ดังนั้น รัฐภาคีที่รับคำร้องขอจึงไม่สามารถปฏิเสธคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดน หรือการให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางกฎหมายด้วยเหตุผลดังกล่าวได้

อนุสัญญาแห่งอาเซียนว่าด้วยการต่อต้านการก่อการร้าย (Asean Convention on Counter Terrorism) Art.14 บัญญัติว่าความผิดต่าง ๆ ภายใต้อนุสัญญานี้ซึ่งทำเพื่อความมุ่งประสงค์แห่งการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ไม่อาจยกขึ้นเป็นข้ออ้างเรื่องความผิดทางการเมือง หรือเกี่ยวข้องกับความผิดทางการเมือง หรือมีแรงจูงใจทางการเมือง เพื่อจะปฏิเสธไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดน เป็นต้น

แต่ปัญหาสำคัญที่สุดของความผิดทางการเมืองก็คือว่า เราไม่สามารถให้คำจำกัดความของคำว่าความผิดทางการเมืองที่ชัดเจนได้ ซึ่งในปัจจุบันสิ่งที่ทำได้ก็เป็นเพียงการตีกรอบให้แคบลงมากที่สุดเท่าที่จะเป็นได้ ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าจากตัวอย่างของบทบัญญัติข้างต้นทั้งของ สหภาพยุโรป และของอาเซียน ก็จะทำให้ได้บทบัญญัติที่สมบูรณ์ขึ้นระดับหนึ่ง

1.1.4 ความผิดที่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้

ดังที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 2 ว่า ในบางประเทศ เช่น กลุ่มสหภาพยุโรป และกลุ่มประเทศนอร์ดิกส์ ได้ลดความสำคัญหรือไม่ให้ความสำคัญกับหลัก Double Criminality เลย ซึ่งในการประชุมเตรียมการระดับภูมิภาคลาตินอเมริกา และคาริบเบียนสำหรับการประชุมใหญ่สหประชาชาติ ว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและความยุติธรรมทางอาญา ครั้งที่ 11 ณ เมือง San Jose ประเทศคอสตาริกา นั้น ก็ได้เห็นสอดคล้องกันโดยที่ประชุมได้เสนอแนะว่า หลักการเรื่อง Dual criminality ไม่ควรสร้างอุปสรรคต่อการพัฒนามาตรการที่มีประสิทธิภาพ ของความร่วมมือระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน และก็ไม่ควรเป็นหลักเกณฑ์บังคับในการให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในทางอาญาคืบต่อไป¹³

ดังนั้นจึงเป็นไปได้ที่แนวโน้มของทฤษฎี Double Criminality กำลังจะหมดบทบาทสำหรับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในพัฒนาการลำดับต่อ ๆ ไป แต่อย่างไรก็ตาม ในสนธิสัญญาแม่แบบว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ก็ยังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลัก Double Criminality อยู่ใน Article 2 โดยบัญญัติถึงความผิดอาญาที่อาจส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ (Extraditable offences) ไว้ว่า

¹³ A/CONF.203/RPM.2/1 หน้า 6

“ความผิดอาญาที่อาจส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ได้แก่ ความผิดซึ่งตามกฎหมายแห่งรัฐภาคีทั้งสอง กำหนดโทษจำคุกหรือคุมขังอย่างตั้งแต่ 1 หรือ 2 ปีขึ้นไป หรือโทษหนักกว่านั้น ถ้าคำขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นกรณีเพื่อให้บุคคลที่ถูกต้องการตัวมารับโทษตามคำพิพากษา การส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะกระทำได้อต่อเมื่อโทษจำคุกหรือคุมขังนั้นคงเหลืออยู่ไม่น้อยกว่า 4/6 เดือน”

จะเห็นได้ว่าแนวทางของสนธิสัญญาดังกล่าว ได้สนับสนุนต่อการใช้วิธีกำหนดอัตราโทษขั้นต่ำ ในการให้คำจำกัดความของความผิดที่ส่งผู้ร้ายข้ามแดน แทนวิธีการกำหนดรายการของความผิดเฉพาะเจาะจงเป็นรายความผิด โดยการให้คำจำกัดความในลักษณะนี้เป็นไปในลักษณะเพื่อป้องกันสิ่งที่ไม่จำเป็นในการจะต้องกลับมาเจรจาต่อรอง เกี่ยวกับความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ตามสนธิสัญญากันอีก หรือต้องเพิ่มหรือแทรกรายการความผิดต่าง ๆ เพิ่มเติมหากมีการออกกฎหมายสำหรับอาชญากรรมในรูปแบบใหม่ ๆ ซึ่งสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนของสหภาพยุโรปก็มีบทบัญญัติที่คล้ายคลึงกันโดยบัญญัติไว้ในมาตรา 2 ว่า การส่งผู้ร้ายข้ามแดนยอมให้ได้ในความผิดซึ่งตามกฎหมายของรัฐผู้ร้องขอ และรัฐผู้ถูกร้องมีโทษจำกัดเสรีภาพ อย่างน้อย 1 ปี หรือกว่านั้น ถ้าคำร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นกรณีเพื่อให้บุคคลที่ถูกต้องการตัวมารับโทษตามคำพิพากษา การส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะกระทำได้อต่อเมื่อโทษจำคุก หรือคุมขังนั้นเหลืออยู่ไม่น้อยกว่า 4 เดือน เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ดีในอนุสัญญาต่อต้านการก่อการร้ายของอาเซียน กลับได้บัญญัติถึงพันธกรณีที่จะส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ได้แก่ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญาอื่น ๆ ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 2 ดังนี้

1. Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, signed at The Hague on 16 December 1970
2. Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation, concluded at Montreal on 23 September 1971
3. Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Internationally Protected Persons, Including Diplomatic Agents, adopted in New York on 14 December 1973

4. International Convention Against the Taking of Hostages, adopted in New York on 17 December 1979
5. Convention on the Physical Protection of Nuclear Material, adopted in Vienna on 26 October 1979
6. Protocol for the Suppression of Unlawful Acts of Violence at Airports Serving International Civil Aviation, supplementary to the Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation, done at Montreal on 24 February 1988
7. Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation, done at Rome on 10 March 1988
8. Protocol for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf, done at Rome on 10 March 1988
9. International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, adopted in New York on 15 December 1997
10. International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, adopted in New York on 9 December 1999
11. International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism, adopted in New York on 13 April 2005
12. Amendment to the Convention on the Physical Protection of Nuclear Material, done at Vienna on 8 July 2005
13. Protocol of 2005 to the Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation, done at London on 14 October 2005

14. Protocol of 2005 to the Protocol for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf, done at London on 14 October 2005

ทั้งนี้อาจเป็นเพราะเหตุว่า ความมุ่งหมายแห่งอนุสัญญาเกี่ยวกับการต่อต้านการก่อการร้ายของอาเซียนนี้ต้องการให้เอาความผิดต่าง ๆ ที่มีความร้ายแรงตามสนธิสัญญาต่าง ๆ ข้างต้น เป็นความผิดตามพันธกรณีของอนุสัญญา แทนที่จะต้องมาเจรจาตกลงกำหนดความผิดเป็นรายความผิดไป

จากที่ได้ศึกษาข้างต้นจะเห็นได้ว่าในสนธิสัญญาแม่แบบ ว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ สนับสนุนต่อการกำหนดความผิดอาญาที่อาจส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ เป็นไปในลักษณะของการกำหนดอัตราโทษขั้นต่ำ ซึ่งจะสะดวกและลดภาระในการเจรจาต่อรองเพิ่มเติมในภายหลังเมื่อมีความผิดอาญารูปแบบใหม่ ๆ เกิดขึ้น อีกทั้งยังมีแนวปฏิบัติให้รัฐสามารถวินิจฉัยเรื่องหลักความผิดอาญาตามกฎหมายของทั้งสองรัฐ โดยพิจารณาในพื้นฐานของความผิดมากกว่าจะมาพิจารณาที่รายละเอียดของความผิด เช่น ชื่อ หรือถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายเป็นต้น

1.1.5 การดำเนินคดีซ้ำ

สนธิสัญญาแม่แบบว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน Article 3 บัญญัติถึงเหตุปฏิเสธชนิดบังคับ (Mandatory grounds for refusal) ไว้ว่า "การส่งผู้ร้ายข้ามแดนไม่อาจกระทำได้ในกรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้ d. หากมีคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลแห่งผู้รับคำขอให้ลงโทษบุคคลผู้นั้น เนื่องจากการกระทำผิดเดียวกันกับที่มีคำขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน" ซึ่งในอนุสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของสหภาพยุโรป ก็มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนเพื่อดำเนินคดีซ้ำไว้ในมาตรา 9^{*} ว่า การส่งผู้ร้ายข้ามแดนไม่อาจกระทำได้หากมีคำพิพากษาถึงที่สุด

* Article 9 – *Non bis in idem* : Extradition shall not be granted if final judgment has been passed by the competent authorities of the requested Party upon the person claimed in respect of the offence or offences for which extradition is requested. Extradition may be refused if the competent authorities of the requested Party have decided either not to institute or to terminate proceedings in respect of the same offence or offences.

ของศาลแห่งรัฐผู้รับคำขอให้ลงโทษบุคคลผู้นั้น เนื่องจากการกระทำความผิดเดียวกันกับที่มีคำขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน นอกจากนี้ยังมีบัญญัติไว้ใน Inter-American Convention on Extradition มาตรา 4 (3) โดยมีเนื้อความทำนองเดียวกัน จึงอาจกล่าวได้ว่าหลักการนี้ก็เป็นหลักการที่ทั่วโลกยอมรับด้วยเหตุว่า เป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาที่จะไม่ถูกดำเนินคดีซ้ำสอง

ดังนั้นในการบัญญัติกฎหมายภายในรัฐควรที่จะกำหนดบรรทัดฐานที่เหมาะสม ในเรื่องพยานหลักฐาน และข้อมูลที่เป็นจำเป็นซึ่งจะทำให้เห็นว่าการดำเนินคดีที่สองใช้พยานหลักฐาน และข้อมูลสำหรับความผิดเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีที่มีองค์ประกอบความผิดต่อเนื่องกัน ตัวอย่างเช่น กลุ่มอาชญากรรมที่จะต้องอาศัยกิจกรรมต่าง ๆ ที่ปฏิบัติให้ลุล่วงไป โดยเกินกว่าที่จะเกิดในรัฐใดรัฐหนึ่ง (as part of an overall enterprise)¹

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของทั้ง 3 สนธิสัญญาแล้ว ก็เห็นได้ว่ามีความคล้ายคลึงกัน คือเป็นบทบัญญัติที่ได้คุ้มครองต่อบุคคลไม่ให้ต้องถูกดำเนินคดีซ้ำในความผิดเดียวกันนั้นอีก แต่อย่างไรก็ดีสนธิสัญญานี้เหล่านี้ไม่ได้วางแนวทางในการป้องกันในกรณีที่มีการดำเนินคดีนั้น เป็นไปในลักษณะที่เป็นการช่วยเหลือผู้กระทำความผิดให้ได้รับประโยชน์ในการไม่ต้องตกเป็นผู้ร้ายข้ามแดนจากข้อยกเว้นนี้ดังเช่นธรรมนูญกรุงโรมที่ได้กล่าวถึงในบทที่ 2

1.2 มติสนธิสัญญา

1.2.1 กระบวนการ

แบบพิธีในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน นอกจากจะสามารถทำได้ตามวิธีปกติ ดังที่ได้ศึกษามาแล้วนั้น ในสนธิสัญญาแม่แบบว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ยังได้บัญญัติ วิธีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนแบบย่อ ซึ่งเป็นการส่งผู้ร้ายข้ามแดนแบบพิเศษ โดย Article 6 บัญญัติไว้ว่า "รัฐผู้รับคำร้องขออาจยินยอมส่งผู้ร้ายข้ามแดนหลังจากได้รับคำขอให้จับกุมชั่วคราว หากบุคคลผู้ถูกต้องการให้ส่งตัวข้ามแดนแสดงความยินยอม โดยชัดแจ้งต่อหน้าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ" ซึ่งความหมายก็คือเป็นการที่บุคคลซึ่งทางการของประเทศผู้ร้องขอต้องการตัวสละสิทธิของตน ในอันที่จะได้รับการพิจารณาคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดน รวมทั้งข้อกำหนดต่าง ๆ หรือสิทธิต่าง ๆ ที่ตนพึงมีตามกฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือตามสนธิสัญญา ดังนั้นประเทศผู้รับคำร้องขอจึงอาจอนุญาตให้มีการส่งบุคคล

¹ Revised Manual on the Model Treaty On Extradition No.50-No52

ที่ต้องการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนได้หลังจากได้รับคำร้องขอจับกุมชั่วคราว และเมื่อบุคคลดังกล่าวให้ความยินยอมโดยชัดแจ้งต่อหน้าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเพื่อถูกส่งเป็นผู้ร้ายข้ามแดน¹⁴ จึงไม่มีความจำเป็นต้องตรวจสอบเต็มตามรูปแบบของการส่งผู้ร้ายข้ามแดน แต่อย่างไรก็ดีรัฐควรวางเงื่อนไขในการบัญญัติกฎหมายว่า การยินยอมนั้นจำเป็นต้องทำด้วยความสมัครใจ และบุคคลที่ถูกระบุความต้องการตัวนั้นจำเป็นต้องเข้าใจต่อผลที่จะเกิดขึ้นตามมา เช่น จะทำให้บุคคลนั้นไม่ได้รับการคุ้มครองอีกต่อไปภายใต้กฎหมายพิเศษนี้ ซึ่งในประเด็นนี้อาจกำหนดให้เจ้าหน้าที่ทางการยุติธรรมต้องอธิบาย และให้สิทธิแก่บุคคลที่ถูกระบุความต้องการตัวสามารถได้รับคำปรึกษาโดยนักกฎหมายก่อนจะให้ความยินยอมแก่กระบวนการดังกล่าว¹⁵

สำหรับสนธิสัญญาอื่นที่ยินยอมให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ในลักษณะไม่เต็มตามรูปแบบหรือที่เรียกว่าแบบย่อนี้ ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างออสเตรเลีย กับ นิวซีแลนด์¹⁶ ก็มีข้อตกลงที่ลดขั้นตอนปกติของการส่งผู้ร้ายข้ามแดน แต่มีความพิเศษว่าการส่งผู้ร้ายข้ามแดนแบบย่อตามสนธิสัญญาของสหประชาชาติ ด้วยเหตุผลที่ว่า

1. มีความสะดวกสบายในการเดินทางระหว่างออสเตรเลียและนิวซีแลนด์
2. ทั้งสองประเทศมีความใกล้ชิดกันในทางเศรษฐกิจและความสัมพันธ์ทางการเมือง
3. ทั้งสองประเทศมีการแลกเปลี่ยนระบบกฎหมาย และวัฒนธรรมทางการเมืองระหว่างกัน

ด้วยปัจจัยที่ใกล้ชิดกันอย่างยิ่งดังกล่าว ทำให้มีกฎหมายที่พิเศษแตกต่างจากกระบวนการของประเทศอื่น ๆ คือ

1. กระบวนการเป็นอิสระจากรัฐมนตรี (รัฐมนตรี เพียงแต่เข้ามาในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อพิจารณาคำสั่งของหมายส่งตัวชั่วคราว)

¹⁴ มาตรา 6 สนธิสัญญาต้นแบบว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

¹⁵ Revised Manual on the Model Treaty On Extradition No.116-No120

¹⁶ Joint stranding committee on treaties inquiry into Australia's extradition law, policy and practice submission by the Attorney-General department

2. ไม่ต้องมีคำร้องขออย่างเป็นทางการ เพียงใช้หมายจับของนิวซีแลนด์ และสลักหลังโดยศาล และทำใบคำขอของเจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นคำรับรองที่เป็นลายลักษณ์อักษรว่า บุคคลนั้นเป็นผู้ต้องสงสัยว่าหลบหนีอยู่ในออสเตรเลีย

3. ผู้หลบหนีจะถูกจับ และหลังจากการพิงพยานหลักฐานศาลจะต้องสั่งให้ผู้หลบหนีถูกส่งตัวไปนิวซีแลนด์ โดยไม่ต้องทำให้เป็นที่พอใจว่าผู้ถูกส่งตัวจะได้รับความไม่ยุติธรรม ถูกกดขี่หรือถูกลงโทษหนักเกินไป

อย่างไรก็ดีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ เป็นความตกลงที่เกิดจากมีปัจจัยพิเศษเฉพาะกรณี ดังนั้นในการนำไปเป็นแบบอย่างเพื่อทำข้อตกลง จึงไม่อาจเกิดขึ้นได้ง่าย

จากการศึกษาในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่ากระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนแบบย่อ จะสามารถช่วยลดขั้นตอนของกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนแบบปกติได้เป็นอย่างดี ซึ่งกระบวนการตามสนธิสัญญาแม่แบบของสหประชาชาติ แม้อาจดำเนินการได้ไม่โดยง่ายดังเช่นกรณีตัวอย่างของออสเตรเลีย กับนิวซีแลนด์ก็ตาม แต่เมื่อเทียบกับกระบวนการแบบปกติก็สามารถประหยัดทั้งค่าใช้จ่ายและระยะเวลา ได้เป็นอย่างมาก

1.2.2 ผู้ติดต่อประสานงาน

ในการประชุมสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ ครั้งที่ 70 เมื่อวันที่ 12 ธันวาคม 1997 (A/RES/52/88) สมัชชาใหญ่ได้ชักชวนให้ชาติสมาชิก จัดตั้งผู้ประสานงานกลางเพื่อเป็นผู้ดำเนินการกระบวนการร้องขอเพื่อการส่งผู้ร้ายข้ามแดน และต่อมาในการประชุมเตรียมการระดับภูมิภาคสำหรับเตรียมการประชุมใหญ่สหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรม และความยุติธรรมทางอาญา ครั้งที่ 11 ซึ่งจัดขึ้นระหว่างเดือนมีนาคมและเมษายน 2547 ที่ประชุมก็ยังได้เสนอแนะให้แต่ละประเทศจัดตั้งเจ้าหน้าที่ผู้ประสานงานกลางขึ้นทำนองเดียวกับ อนุสัญญาการให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในเรื่องทางอาญา

สำหรับในอาเซียนอนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการก่อการร้าย ก็มีบทบัญญัติเพื่อสนับสนุนให้มีการจัดตั้งผู้ประสานงานกลางไว้ในมาตรา 15 เช่นกัน โดยบัญญัติว่า “แต่ละรัฐภาคีควรจะจัดตั้ง ผู้ประสานงานกลาง หรือหน่วยงานความร่วมมือ เพื่อเพิ่มความร่วมมือภายใต้ อนุสัญญา”

ดังนั้นหากประเทศไทยสามารถจัดให้มีผู้ประสานโดยบัญญัติไว้ในกฎหมาย เพื่อรับผิดชอบเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ก็จะก่อให้เกิดความสะดวก และมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ส่วนการที่จะมอบหมายให้ใครเป็นผู้ประสานงานกลางนั้น ก็ขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของแต่ละ ประเทศ บางประเทศอาจจะบุให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม หรือศาลเป็นผู้ประสานงาน กลาง บางประเทศอาจจะบุให้สำนักงานอัยการสูงสุด หรืออัยการสูงสุดเป็นผู้ประสานงานกลาง ก็ เป็นได้

1.3 มิติองค์กร

เกี่ยวกับอำนาจขององค์กรในการพิจารณาตัดสินว่า จะส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่ นั้น ใน สนธิสัญญาแม่แบบของสหประชาชาติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน หรือในอนุสัญญา ของสหภาพยุโรป ก็ไม่ได้มีบทบัญญัติกล่าวถึงกรณีดังกล่าวไว้ ทั้งนี้เนื่องจากเป็นที่ทราบดีว่า อำนาจในการพิจารณาการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นสิทธิขาดของรัฐผู้ถูกร้องขอ ซึ่งการใช้อำนาจจะ เป็นขององค์กรใดนั้น ก็ขึ้นอยู่กับบทบัญญัติของกฎหมายภายใน หรือตามรัฐธรรมนูญของแต่ละ ประเทศเป็นสำคัญ

เพื่อประโยชน์ในการที่จะเห็นประเด็นต่าง ๆ ที่ศึกษาในบทนี้ได้ชัดเจนยิ่งขึ้นผู้เขียนจึงได้ จัดทำตารางเปรียบเทียบบทบัญญัติเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนบางประการ ระหว่าง สนธิสัญญาแม่แบบของสหประชาชาติ กับบทบัญญัติในกฎหมายและสนธิสัญญาอื่น ๆ ดังที่ได้ ศึกษามาแล้วข้างต้นเป็นตารางดังต่อไปนี้

ตารางเปรียบเทียบบทบัญญัติเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนบางประการระหว่าง
สนธิสัญญาแม่แบบของสหประชาชาติ กับบทบัญญัติในกฎหมายและสนธิสัญญาอื่น ๆ

มิตสารบัญญัติ	
คนชาติ	บทบัญญัติมีความสำคัญว่า
UN Model Treaty on Extradition	การส่งผู้ร้ายข้ามแดนอาจจะถูกปฏิเสธได้ ถ้าบุคคลนั้นเป็นคนชาติ (Art.4)
European Convention on Extradition	รัฐภาคีมีสิทธิปฏิเสธการส่งคนชาติเป็นผู้ร้ายข้ามแดนได้ (Article.6)
โทษประหารชีวิต	บทบัญญัติมีความสำคัญว่า
UN Model Treaty on Extradition	การส่งผู้ร้ายข้ามแดนอาจจะถูกปฏิเสธได้ ถ้าความผิดนั้นมีโทษประหารชีวิตในรัฐที่ร้องขอ
European Convention on Extradition	ถ้าความผิดตามคำร้องขอ มีโทษประหารชีวิตภายใต้กฎหมายของรัฐที่ร้องขอ การส่งผู้ร้ายข้ามแดนอาจจะถูกปฏิเสธได้ เว้นแต่รัฐผู้ร้องขอได้ให้หลักประกันจนเป็นที่พอใจว่าโทษประหารชีวิตนั้นจะไม่ถูกลงโทษ
Treaty on Extradition US - Canada	ถ้าความผิดตามคำร้องขอมีโทษประหารชีวิตภายใต้กฎหมายของรัฐที่ร้องขอ การส่งผู้ร้ายข้ามแดนอาจจะถูกปฏิเสธได้ เว้นแต่รัฐผู้ร้องขอได้ให้หลักประกันจนเป็นที่พอใจว่าจะไม่พิพากษาโทษประหารชีวิต หรือแม้จะมีคำพิพากษาประหารชีวิตก็ จะไม่ถูกลงโทษเช่นนั้น (Art.6)
ความผิดทางการเมือง	บทบัญญัติมีความสำคัญว่า
UN Model Treaty on Extradition	การส่งผู้ร้ายข้ามแดนไม่อาจยอมได้ หากความผิดนั้นเป็นความผิดทางการเมือง
European Convention on Extradition	การส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะไม่อาจยอมได้ ถ้าความผิดนั้นตามคำร้องขอเป็นความผิดทางการเมืองหรือเกี่ยวข้องกับ ความผิดทางการเมือง
Asean Convention on Counter Terrorism	ความผิดต่าง ๆ ภายใต้สนธิสัญญานี้เพื่อความมุ่งประสงค์ แห่งการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ไม่อาจยกขึ้นเป็นข้ออ้างเรื่องความผิดทางการเมือง หรือเกี่ยวข้องกับ ความผิดทางการเมือง หรือมีแรงจูงใจทางการเมือง เพื่อปฏิเสธไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดน

International Convention on the Suppression of financing of Terrorism 1999	ห้ามมิให้ถือว่าความผิดที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายตามที่กำหนดไว้ในข้อ 2 เป็นความผิดทางการเมือง หรือความผิดที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางการเมือง หรือความผิดที่เกิดจากแรงจูงใจทางการเมือง ข้อ 14
Treaty on Extradition US - Canada	การส่งผู้ร้ายข้ามแดนไม่อาจยอมได้ หากความผิดที่ร้องขอนั้นเป็นความผิดทางการเมือง
ความผิดที่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้	บทบัญญัติมีใจความสำคัญว่า
UN Model Treaty on Extradition	ความผิดอาญาที่อาจส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ได้แก่ความผิดซึ่งตามกฎหมายแห่งรัฐภาคีทั้งสองกำหนดโทษจำคุกหรือคุมขังอย่างสูงตั้งแต่ 1 หรือ 2 ปี หรือโทษหนักกว่านั้น ถ้าคำร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นกรณีเพื่อให้บุคคลที่ถูกต้องการตัวมารับโทษตามคำพิพากษา การส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะกระทำต่อเมื่อโทษจำคุก หรือคุมขังนั้นเหลืออยู่ไม่น้อยกว่า 4-6 เดือน (มาตรา 2)
European Convention on Extradition	การส่งผู้ร้ายข้ามแดนยอมให้ได้ในความผิดซึ่งตามกฎหมายของรัฐผู้ร้องขอ และรัฐผู้ถูกร้องมีโทษจำกัดเสรีภาพอย่างน้อย 1 ปี หรือกว่านั้น. ถ้าคำร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นกรณีเพื่อให้บุคคลที่ถูกต้องการตัวมารับโทษตามคำพิพากษา การส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะกระทำต่อเมื่อโทษจำคุก หรือคุมขังนั้นเหลืออยู่ไม่น้อยกว่า 4 เดือน (มาตรา 2)
Asean Convention on Counter Terrorism	<p>ตามความมุ่งหมายแห่งอนุสัญญานี้ "ความผิด" หมายถึงความผิดซึ่งอยู่ภายใต้กรอบหรือคำจำกัดความในสนธิสัญญาต่อไปนี้</p> <p>1.Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft,signed at The Hague on 16 December 1970</p> <p>2.Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation, concluded at Montreal on 23 September 1971</p>

3. Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Internationally Protected Persons, Including Diplomatic Agents, adopted in New York on 14 December 1973

4. International Convention Against the Taking of Hostages, adopted in New York on 17 December 1979

5. Convention on the Physical Protection of Nuclear Material, adopted in Vienna on 26 October 1979

6. Protocol for the Suppression of Unlawful Acts of Violence at Airports Serving International Civil Aviation, supplementary to the Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation, done at Montreal on 24 February 1988

7. Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation, done at Rome on 10 March 1988

8. Protocol for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf, done at Rome on 10 March 1988

9. International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, adopted in New York on 15 December 1997

10. International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, adopted in New York on 9 December 1999

	<p>11. International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism, adopted in New York on 13 April 2005</p> <p>12. Amendment to the Convention on the Physical Protection of Nuclear Material, done at Vienna on 8 July 2005</p> <p>13. Protocol of 2005 to the Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation, done at London on 14 October 2005</p> <p>14. Protocol of 2005 to the Protocol for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf, done at London on 14 October 2005</p>
Treaty on Extradition US - Canada	บุคคลที่จะถูกส่งเป็นผู้ร้ายข้ามแดนตามบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญานี้ ต้องกระทำความผิดตามรายการที่บัญญัติอยู่ในภาคผนวกของสนธิสัญญานี้ หรือเป็นความผิดที่มีโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 1 ปี
การดำเนินคดีซ้ำ	บทบัญญัติมีใจความสำคัญว่า
UN Model Treaty on Extradition	การส่งผู้ร้ายข้ามแดนไม่อาจกระทำได้ หากมีคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลแห่งรัฐผู้รับคำขอให้ลงโทษบุคคลผู้นั้น เนื่องจากการกระทำความผิดเดียวกันกับที่มีคำขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน
European Convention on Extradition	การส่งผู้ร้ายข้ามแดนไม่อาจกระทำได้หากมีคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลแห่งรัฐผู้รับคำขอให้ลงโทษบุคคลผู้นั้น เนื่องจากการกระทำความผิดเดียวกันกับที่มีคำขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน
Treaty on Extradition US - Canada	การส่งผู้ร้ายข้ามแดนไม่อาจยอมได้ หากบุคคลที่ถูกขอให้ส่งตัวกำลังถูกดำเนินคดี หรือได้เคยถูกดำเนินคดีหรือได้รับการลงโทษแล้วในดินแดนของรัฐที่ร้องขอ สำหรับการกระทำความผิด

	เดียวกันกับที่ถูกร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน
มติสหประชาชาติ	
พิธีในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนแบบย่อ	บทบัญญัติมีใจความสำคัญว่า
UN Model Treaty on Extradition	รัฐผู้รับคำขออาจยินยอมส่งผู้ร้ายข้ามแดนหลังจากได้รับคำขอให้จับกุมชั่วคราว หากบุคคลผู้ถูกต้องการให้ส่งข้ามแดนแสดงความยินยอม โดยชัดแจ้งต่อหน้าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ
ผู้ประสานงานกลาง	บทบัญญัติมีใจความสำคัญว่า
Asean Convention on Counter Terrorism	แต่ละรัฐภาคีควรจัดตั้ง ผู้ประสานงานกลาง หรือหน่วยงานความร่วมมือ เพื่อเพิ่มความร่วมมือภายใต้อนุสัญญา

จากการศึกษาในบทนี้จะเห็นได้ว่าสนธิสัญญาแม่แบบในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ขององค์การสหประชาชาตินั้น มีข้อกำหนดอันมีลักษณะเป็นการยืดหยุ่น และเป็นการวางกรอบ ซึ่งกว้างกว่าสนธิสัญญาการส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยทั่วไป ทั้งนี้เพื่อที่จะลดความขัดแย้งและขจัดปัญหาระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน แม้ว่านานาประเทศจะไม่ได้ทำสนธิสัญญาตามแม่แบบดังกล่าวทั้งหมดในทุกมาตราหรือทุกประเด็น แต่ก็สามารถนำมาเป็นข้อพิจารณาในการปรับปรุงกฎหมาย หรือทำสนธิสัญญา เพราะเหตุว่าสนธิสัญญาแม่แบบได้กำหนดหลักเกณฑ์โดยทั่วไปที่ประเทศต่าง ๆ ให้การยอมรับและถือปฏิบัติกันหลายประการ เช่น หลักเกณฑ์ในเรื่องความผิดที่จะส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ (Extraditable Offences) โดยการกำหนดโทษขั้นต่ำของความผิดที่จะผูกพันตามพันธกรณี และยังได้วางหลักในการวินิจฉัยความผิดที่มีโทษตามกฎหมายของรัฐภาคีนั้นว่าไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงการใช้ถ้อยคำ หรือองค์ประกอบความผิด แต่พึงพิจารณาจากลักษณะของการกระทำผิดโดยรวม และยังเปิดโอกาสให้รัฐผู้รับคำร้องขอเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจว่าจะส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้หรือไม่ เช่น การใช้ดุลยพินิจในการปฏิเสธคำขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน (Optional grounds for refusal) ซึ่งหลักการดังกล่าวได้ปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศหลายฉบับในเวลาต่อมา แต่อย่างไรก็ตามสนธิสัญญาแม่แบบฉบับนี้ยังไม่สามารถอธิบายว่า ความผิดลักษณะใดเป็นความผิดทางการเมือง หรือได้วางคำนิยามเกี่ยวกับความผิดทางการเมืองไว้ เพียงแต่ได้วางหลักเอาไว้ว่าห้ามส่งผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดทางการเมืองเท่านั้น ซึ่งถือเป็นปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้นในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

นอกจากนี้แล้วสนธิสัญญาแม่แบบฉบับนี้ ยังได้วางแนวปฏิบัติเกี่ยวกับกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดน หรือขั้นตอนในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเอาไว้ด้วย เช่น วิธีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนแบบย่อ (Simplified Extradition Procedure) ซึ่งก็คือกระบวนการหนึ่งในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเพื่อประโยชน์ในการประหยัดเวลา และค่าใช้จ่าย โดยไม่ต้องผ่านขั้นตอนที่ยุ่งยาก ซึ่งรัฐผู้รับคำขอยาจยินยอมส่งผู้ร้ายข้ามแดนหากบุคคลผู้ถูกต้องการให้ส่งตัวข้ามแดนแสดงความยินยอมโดยชัดแจ้งต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ

ในบทต่อไปผู้เขียนจะได้ศึกษาถึงกรณีประเทศไทยกับการปรับปรุงกฎหมาย และแนวปฏิบัติ เพื่อแก้ไขปัญหาบางประการเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามแนวทางของสนธิสัญญาแม่แบบ ว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของสหประชาชาติว่าจะสามารถแก้ไขปัญหาให้กับประเทศไทยได้หรือไม่เพียงไร