

ความหลากหลายแนวคิด เกี่ยวกับการส่งคนชาติ
ข้ามแดนในเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

องค์กรอาชญากรรมในปัจจุบันนอกจากจะประกอบอาชญากรรมภายในประเทศแล้ว ยังขยายขอบข่ายงานไปอย่างกว้างขวางครอบคลุมถึงอาชญากรรมระหว่างประเทศ โดยมีรูปแบบที่เรียกกันว่า "องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ" องค์กรอาชญากรรมในลักษณะเช่นนี้จะใช้ประโยชน์จากความสะดวกของการคมนาคมสื่อสารและช่องว่างของกฎหมายเข้าประกอบอาชญากรรมร้ายแรงอันมีผลต่อความมั่นคงของชาติ ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษ ความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ (Economic Crime) ความผิดฐานกระทำการเป็นสลัดอากาศ (Hijacking) และความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย (Terrorism) เป็นต้น

ประเทศต่าง ๆ ในโลกได้พยายามที่จะค้นหาวิธีการที่จะป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม เพราะทุกประเทศตระหนักดีว่าอาชญากรรมเป็นภัยอย่างร้ายแรงต่อการพัฒนาประเทศ รัฐบาลของทุก ๆ ประเทศมีภาระหน้าที่สำคัญที่จะต้องสร้างความผาสุกให้ประชาชน โดยการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมและทำให้ประชาชนมีความรู้สึกปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน ภาระดังกล่าวจึงเป็นภาระที่ลำบากยากยิ่งตามลำดับขั้นความรุนแรงของอาชญากรรม ยิ่งไปกว่านั้น อาชญากรรมในสมัยปัจจุบันนับวันยิ่งทวีความรุนแรงและความสลับซับซ้อนมากขึ้นเรื่อย ๆ ปัญหาอาชญากรรมในยุคปัจจุบันได้เปลี่ยนสภาพจากในอดีตที่มีผู้ประกอบการเพียงไม่กี่คน มาเป็นการประกอบอาชญากรรมในรูปองค์การอาชญากรรม (Organized Crime) มีการนำเอาเทคโนโลยีสมัยใหม่มาใช้ในการประกอบอาชญากรรม โดยฉวยโอกาสจากความสะดวกของระบบการโทรคมนาคมและระบบการสื่อสารสมัยปัจจุบัน ทำให้อาชญากรรมได้ขยายวงกว้างขึ้นอีกมาก

ปัจจัยที่ประเทศต่าง ๆ ใช้ในการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม ก็คือกฎหมาย อาญา และกระบวนการยุติธรรมทางอาญา อันประกอบด้วย ตำรวจ อัยการ ศาลและราชทัณฑ์ กระบวนการยุติธรรมของทุกประเทศมีภาระหน้าที่สำคัญในการบังคับกฎหมายอาญา กล่าวคือ ต้องสามารถดำเนินการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ และต้องสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้อย่างรวดเร็ว แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องให้โอกาสผู้กระทำความผิดในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ อย่างไรก็ตาม กระบวนการยุติธรรมของทุกประเทศ มีข้อจำกัดที่สำคัญในเรื่องอำนาจในการบังคับใช้กฎหมาย (Jurisdiction to enforce) ซึ่งโดยหลักทั่วไปรัฐจะมีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายภายในเขตดินแดนของประเทศของตนเองเท่านั้น (Territorial Jurisdiction) ทำให้รัฐไม่สามารถที่จะเข้าไปดำเนินการกับอาชญากรรมระหว่างประเทศได้อย่างเต็มที่บรรดาอาชญากรสำคัญเหล่านี้จึงรอดพ้นเงื้อมมือของกฎหมายไปได้ อยู่เนื่อง ๆ ¹

อำนาจอธิปไตยในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ หมายความว่า ความเป็นเอกราช ความเป็นเอกราชแสดงให้เห็นว่าสิทธิที่จะกระทำการใด ๆ ก็ได้แต่ผู้เดียวในดินแดนส่วนหนึ่ง ส่วนใดของโลกที่ตนครอบครองอยู่ โดยไม่จำเป็นต้องฟังการบังคับบัญชาจากรัฐอื่นใด เมื่อโลกประกอบไปด้วยรัฐต่าง ๆ มากมาย กฎหมายระหว่างประเทศก็บัญญัติถึงกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่มุ่งส่งเสริมป้องกันการละเมิดสิทธิเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยนั้น ๆ ขณะเดียวกัน เมื่อมีการละเมิดสิทธิต่าง ๆ กันอย่างอาชญากรรม กฎหมายระหว่างประเทศก็กำหนดกฎเกณฑ์ให้มีการใช้สิทธิโดยสอดคล้องกันเพื่อผลประโยชน์แก่รัฐทั้งหลายโดยส่วนรวม

¹ สุชาติ วัชรประสิทธิ์, ความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญากับความมั่นคงของชาติ งานวิจัยของวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2533, หน้า 1-2.

การที่รัฐจะยินยอมผูกพันสอดคล้องกับกฎหมายเพียงใด ก็เป็นเรื่องที่รัฐยอมจำกัด อำนาจของตนเอง ดังนั้นกฎหมายจึงวางหลักประกันให้รัฐสามารถใช้อำนาจอธิปไตยได้อย่างเต็มที่ โดยปราศจากข้อจำกัด รัฐย่อมมีความเป็นตัวของตัวเอง โดยสามารถที่จะปฏิเสธต่ออิทธิพลจากภายนอก และรัฐย่อมใช้อำนาจได้แต่ผู้เดียวในดินแดนของตน

การที่กล่าวว่า รัฐสามารถใช้อำนาจอย่างเต็มที่แต่ผู้เดียวนั้น เป็นการเน้นถึงหลัก อำนาจอธิปไตยของรัฐเป็นอย่างยิ่ง รัฐใช้อำนาจอย่างเต็มที่ในการออกกฎหมายบังคับ และมี ศาลที่จะดำเนินการตามที่กฎหมายระบุไว้ มีเจ้าพนักงานที่จะปฏิบัติการตามหน้าที่ รัฐมีอำนาจ โดยชอบธรรมที่จะใช้กำลังในการปราบปรามและจับกุมบุคคลใดก็ได้ จากการที่รัฐมีอำนาจ อธิปไตยอันถือว่าเป็นรากฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ ทำให้เกิดแนวคิดในมุมมองกลับว่า อำนาจ อธิปไตยก็เป็นอุปสรรคที่จะทำให้เกิดความร่วมมือหรือการพัฒนาสังคมระหว่างประเทศ เช่น เรื่องการปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศ เมื่อผู้กระทำความผิดได้หลบหนีจากประเทศหนึ่ง ซึ่งมูลความผิดได้เกิดขึ้น เข้าไปอาศัยอยู่ในอีกประเทศหนึ่ง แม้ว่าผู้กระทำความผิดจะเป็นภัยอย่าง ร้ายแรงต่อสังคมทั่วไป รัฐที่ความผิดได้ถูกกระทำความผิดขึ้นในดินแดนของตนก็ไม่สามารถจะมีอำนาจ ดำเนินการจับกุมได้ เพราะขัดต่อหลักการเคารพอธิปไตยในดินแดนของรัฐอื่น จึงต้องมีวิธีการ หรือหลักการเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน โดยรัฐหลาย ๆ รัฐ หรือรัฐตั้งแต่สองรัฐจะมาตกลง ยอมจำกัดอำนาจอธิปไตยในเรื่องนี้ เพื่อความร่วมมือในการป้องกันอาชญากรรมระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ดี เรื่องการส่งคนชาติข้ามแดนก็ยังคงมีแนวปฏิบัติของแต่ละประเทศที่แตกต่างกัน เพราะเกี่ยวกับเรื่องอำนาจอธิปไตยและหน้าที่คุ้มครองคนชาติ เป็นเรื่องที่ประเทศต่าง ๆ ล้วนแต่ยังหวงแหนในส่วนนี้เป็นอย่างมาก แต่ที่กล่าวไว้ อำนาจอธิปไตยอาจเป็นอุปสรรคที่จะเกิด ทำให้เกิดความร่วมมือหรือการพัฒนาสังคมระหว่างประเทศ ความยินยอมที่จะสละอำนาจอธิปไตย เพื่อที่จะได้รับผลประโยชน์ของชาติและความสงบสุขของโลก ก็เป็นเรื่องที่ควรพิจารณา โดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวโน้มของสังคมโลกที่เปลี่ยนแปลงไป ที่ยอมรับการส่งคนชาติเป็นผู้ร้ายข้าม แแดน ดังที่ปรากฏในสนธิสัญญาแม่แบบว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของสหประชาชาติและอนุสัญญา สหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ค.ศ. 1988

การส่งผู้ร้ายข้ามแดนก็เป็นวิธีการหนึ่งในการปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติ โดย การที่รัฐหนึ่งยอมมอบตัวผู้ถูกกล่าวหา หรือถูกพิพากษาแล้วว่าได้กระทำความผิดอาญาให้แก่อีก รัฐหนึ่งที่ร้องขอมา และที่มีอำนาจในการฟ้องและพิจารณาความผิดเช่นว่านั้น โดยหลักทั่วไปรัฐมี อำนาจเหนือบุคคลทั้งหลายที่อยู่ภายในอาณาเขต รวมทั้งอำนาจในการลงโทษผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย ด้วย แต่อำนาจนี้ย่อมจะใช้ไม่ได้เมื่อผู้กระทำความผิดได้หลบหนีออกไปนอกประเทศ กล่าวอีกนัย หนึ่งคือ รัฐมีอำนาจที่จะพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดกฎหมาย ก็ต่อเมื่อผู้ร้ายยังอยู่ในอาณา เขตของรัฐนั้น ถ้าผู้ร้ายได้หลบหนีเข้าไปอยู่ในอาณาเขตของรัฐอื่น อำนาจของรัฐนั้นก็ต้องหยุด ชะงักลงประกอบกับแต่ละรัฐก็หวงแหนอำนาจอธิปไตยของตน แต่การปล่อยให้ผู้ร้ายหลบหนีการ ลงโทษไปได้ก็เป็นการไม่สมควรอีกทั้งยังเป็นอันตรายต่อสังคมโลกในส่วนรวมอีกด้วย ฉะนั้น เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดกฎหมายหลีกเลี่ยงการลงโทษได้โดยอาศัยดินแดนของรัฐอื่น เป็นที่คุ้มกัน และเพื่อกำจัดอาชญากรรมและรักษากฎหมายรวมทั้งความสงบสุข รัฐต่าง ๆ จึง ร่วมมือกันโดยการส่งผู้ร้ายที่หลบหนีเข้ามาคืนไปยังรัฐที่ความผิดได้เกิดขึ้น กฎหมายเกี่ยวกับการ ส่งผู้ร้ายข้ามแดนจึงก่อตั้งขึ้นบนหลักแห่งการร่วมมือของรัฐต่อรัฐ ²

แต่ต่อมาก็ได้เกิดปัญหาตามมาก็คือ ความแตกต่างของแนวปฏิบัติของรัฐแต่ละรัฐที่มีอยู่ ว่า รัฐที่ได้รับคำร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะส่งคนที่มีสัญชาติของตนข้ามแดนไปให้รัฐร้องขอได้ หรือไม่ เช่น คนสัญชาติอังกฤษลักลอบค้ายาเสพติดอยู่ในเยอรมันเมื่อจะถูกดำเนินคดีจึงหลบหนี กลับมายังประเทศอังกฤษ หรือคนสัญชาติเยอรมันลักลอบค้ายาเสพติดอยู่ในประเทศอังกฤษ เมื่อจะถูกดำเนินคดีจึงหลบหนีเข้ามาอยู่ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ซึ่งในกรณีเช่นนี้ ในประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบ Common Law หรือ Anglo - Saxon เช่น อังกฤษหรือ สหรัฐอเมริกา ไม่ห้ามการส่งคนชาติข้ามแดน โดยถือหลักว่าผู้กระทำความผิดจะต้องถูกดำเนินคดี ณ สถานที่ที่กระทำความผิด

² สุวิทย์ แสงทอง, "การส่งผู้ร้ายข้ามแดน," วารสารอัยการ 12 (พฤษภาคม 2532) : 23.

ส่วนในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil Law เช่น ฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เบลเยียม ถือหลักว่าความคิดที่กระทำโดยคนสัญชาติตนไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด หากเป็นความคิดที่กระทำผิดตามกฎหมายของประเทศที่บุคคลนั้นมีสัญชาติ ก็ไม่จำเป็นต้องส่งคนชาติของตนไปขึ้นศาลประเทศอื่น ทั้งนี้ หากสนธิสัญญาหรือกฎหมายภายในบัญญัติไว้หากปฏิบัติแล้วไม่ส่งคนชาติข้ามแดนแล้ว รัฐนั้นมีพันธกรณีที่จะต้องดำเนินคดีผู้กระทำความผิดเอง

แต่ถ้าหากรัฐที่ได้รับการร้องขอไม่มีเขตอำนาจศาลเหนือความคิดที่กระทำขึ้น หรือมีพยานหลักฐานที่อยู่ในรัฐที่ได้รับการร้องขออน้อยเกินไป ก็อาจทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ได้รับการลงโทษทั้งในประเทศที่ร้องขอและประเทศที่ผู้นั้นมีสัญชาติโดยมีเหตุผลเพียงแต่เป็นเรื่องสัญชาติเท่านั้น

จากแนวปฏิบัติที่แตกต่างกันนี้ ทำให้เกิดช่องโหว่ของกฎหมายอันจะทำให้ผู้กระทำความผิดลอบหลบไปได้โดยไม่ต้องรับโทษ ซึ่งไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายการส่งผู้ร้ายข้ามแดน อันได้แก่ การให้ความร่วมมือในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศ ดังนั้น จึงควรมีการศึกษาถึงแนวคิดทฤษฎีและแนวปฏิบัติของข้อจำกัดทฤษฎีต่าง ๆ ตลอดจนแนวโน้มการปฏิบัติ เรื่องการส่งคนชาติข้ามแดนของนานาประเทศ ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้เป็น 5 ส่วน ดังต่อไปนี้

1. ทฤษฎีที่ไม่สนับสนุนการส่งคนชาติข้ามแดน
2. ทฤษฎีที่สนับสนุนการส่งคนชาติข้ามแดน
3. แนวปฏิบัติของรัฐที่ยึดถือระบบกฎหมายแบบ civil law
4. แนวปฏิบัติของรัฐที่ยึดถือระบบกฎหมายแบบ common law
5. แนวโน้มของนานาชาติเกี่ยวกับปฏิบัติการส่งคนชาติข้ามแดน

1. ทฤษฎีที่ไม่สนับสนุนการส่งคนชาติข้ามแดน

ทฤษฎีที่ไม่สนับสนุนการส่งคนชาติข้ามแดนมีหลักการ คือ ประเทศเจ้าของสัญชาติผู้ที่ถูกขอให้ส่งตัวมีหน้าที่ต้องคุ้มครองปกป้องรักษาความปลอดภัยให้แก่พลเมืองของตน โดยตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐจะใช้อำนาจเหนือบุคคลในการที่บุคคลนั้นเดินทางออกนอกประเทศ และเมื่อได้รับความเสียหายจากรัฐอื่น รัฐจะต้องปกป้องคนชาติ โดยใช้การปกป้องทางการทูต (diplomatic protection) ในขณะที่เดียวกันรัฐก็ต้องคุ้มครองคนชาติเมื่อคนชาติตนข้ามแดนเข้ามาอยู่ในรัฐของตน รัฐมีอำนาจที่จะลงโทษคนชาติได้แม้ความผิดเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร (เช่น มาตรา 8 ประมวลกฎหมายอาญา) ดังนั้น หากคนชาติเข้ามาอยู่ในดินแดนของรัฐเจ้าของสัญชาติรัฐเจ้าของสัญชาติก็จะไม่ส่งตัวกลับออกนอกประเทศ หากส่งตัวไปก็อาจจะถือว่าฝ่าฝืนหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว เนื่องจากสาเหตุดังต่อไปนี้

- เกิดความหวงใยบุคคลสัญชาติของตนที่ถูกส่งตัวไปจะไม่ได้รับความยุติธรรมเท่าที่ควรจากศาลต่างประเทศ ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ประเทศผู้ร้องขอกับประเทศผู้รับคำขอ เป็นปฏิปักษ์หรือมีกรณีพิพาททางการเมืองระหว่างกัน เช่น รัฐบาลตุรกีร้องขอให้รัฐบาลกรีกส่งชาวกรีกไปพิจารณาในประเทศตุรกี เป็นต้น
- จะเป็นการขัดกับหลักการอันเป็นที่รับรองทั่วไปว่า พลเมืองของประเทศใดย่อมมีสิทธิที่จะอยู่ในประเทศของตนได้เสมอ จะถูกเนรเทศไม่ได้ ดังนั้นหากยอมส่งตัวให้ไปก็จะทำให้มีผลเสมือนการเนรเทศพลเมืองของตนโดยทางอ้อมหรือโดยปริยาย
- เท่ากับเป็นการยอมลดหรือสละอำนาจอธิปไตยของประเทศผู้รับคำขอ

แนวความคิดทฤษฎีที่ไม่สนับสนุนการส่งคนชาติข้ามแดนนั้น เริ่มต้นโดยมีรากฐานมาจาก สมัยกรีก³ และโรมัน⁴ ซึ่งถือว่าการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นเรื่องของมารยาท (Grace) มากกว่าที่จะเป็นเรื่องของพันธกรณีและการส่งคนชาติยังเป็นข้อยกเว้นในสนธิสัญญาต่าง ๆ ด้วย * โดยมีเหตุผลของการไม่ส่งคนชาติข้ามแดนในสมัยนั้น ดังต่อไปนี้

1. เป็นเรื่องศักดิ์ศรีของรัฐ
2. การส่งคนชาติข้ามแดนเท่ากับเป็นการเนรเทศอย่างถาวร
3. ความไม่แน่ใจในมาตรฐานของกระบวนการยุติธรรมของอีกรัฐหนึ่ง

จุดเริ่มต้นของแนวปฏิบัติแนวใหม่ของการไม่ส่งคนชาติเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1736⁵ กล่าวคือ มีนัยบายทางการเมืองกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างฝรั่งเศสกับ Low Countries ไว้ว่า ไม่ส่งคนชาติ และได้บัญญัติเป็นกฎหมายไว้ด้วย Billat ได้วางนัยบายการเมืองไว้ใน Brabantine Bull โดยตระหนักถึงหลักเกณฑ์ที่ว่าพลเมืองใน Low Countries จะอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลของตน โดยเป็นการสะท้อนให้เห็นสภาพบ้านเมืองในยุโรปในสมัยก่อน

³ Baltatzis, "La non - extradition des nationaux," The Extradition of Nationals (Harvard Research : Extradition, 1939), pp. 123-137.

⁴ Mommsem, Rionisches Starfrecht 1 (1899) ; Lewis, Foreign Jurisdiction and the Extradition of Criminals, 51 N. (1895).

* Baltatzis, อ้างถึงสนธิสัญญาระหว่าง Sardes และ Ephesus เรื่องยกเว้นการส่งคนชาติ.

⁵ Billot, Traite de l' extradition, 38,39 (1874) (Harvard Research : Extradition), pp. 123 - 137.

ที่มีความขัดแย้งทางศาสนา ระหว่างโรมันคาทอลิกกับโปรเตสแตนต์ โดยฝ่ายคาทอลิกมักจะไม่ได้ ได้รับความเป็นธรรมในศาลของฝ่ายโปรเตสแตนต์ และฝ่ายโปรเตสแตนต์ก็ไม่ได้ได้รับความ เป็นธรรมในด้านของฝ่ายคาทอลิกเช่นกัน⁶ คนชาติที่ถูกส่งข้ามแดนในสมัยนั้น มักจะมีชื่อเสียงเปรียบ เกี่ยวกับความยุติธรรมของศาลของประเทศอื่น แต่อย่างไรก็ดี เป็นที่น่าสังเกตว่าฝรั่งเศสและ สเปน ซึ่งเป็นประเทศที่นับถือศาสนาคริสต์นิกายคาทอลิกด้วยกันทั้งคู่ได้ทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้าม แดนขึ้นในปี ค.ศ. 1756 โดยสนธิสัญญานี้บัญญัติไว้ว่ายินยอมทั้งส่งคนชาติตนให้แก่กันได้⁷ และ ฝรั่งเศสยังมีการส่งคนชาติให้กับบางเขตการปกครองของสวีเดนและแลนด์ที่นับถือนิกายคาทอลิก อีกด้วย

สนธิสัญญาแรกที่ยกเว้นการส่งคนชาติข้ามแดน ได้ทำขึ้นเมื่อ ปี ค.ศ. 1834 ระหว่างฝรั่งเศสกับเบลเยียมและหลังจากปี ค.ศ. 1844 เป็นต้นมา สนธิสัญญาที่ฝรั่งเศสทำกับ ทุกประเทศจะมีบทบัญญัติยกเว้นการส่งคนชาติของรัฐผู้ได้รับคำร้องขอแทบทั้งสิ้น

จากที่กล่าวมาข้างต้น ทฤษฎีการไม่ส่งคนชาติข้ามแดน ซึ่งมีวิวัฒนาการมาจากอาณาจักร โรมันจึงมีอิทธิพลต่อประเทศในแถบยุโรปที่มีระบบกฎหมายแบบ civil law ประเทศเหล่านี้มี ทฤษฎีการใช้กฎหมายอาญาแบบการใช้อำนาจเหนือบุคคล กล่าวคือ ถือว่ารัฐมีอำนาจที่จะกระทำ การพิจารณาพิพากษาคดีที่คนในบังคับของตนไปกระทำความผิดนอกประเทศได้แต่ก็มีข้อจำกัด คือ หากศาลในรัฐนั้นไม่มีอำนาจเหนือคดีดังกล่าว เช่น ยังไม่มีบทบัญญัติในการกระทำนั้นมีความผิด หรือพยานหลักฐานมีไม่เพียงพอ รัฐนั้นก็ไม่สามารถนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้และก็จะไม่ ส่งตัวบุคคลที่มีสัญชาติข้ามแดน

⁶ A Concise History of the Law of Nations, 208 (1947). อ้างถึงใน IA Shearer Extradition in International Law, P.95.

⁷ Art. 3 Billot, Traite de l'extradition 42 (1874). (Harvard Reserch : Extradition), P 140.

2. ทฤษฎีที่สนับสนุนการส่งคนชาติข้ามแดน

ประวัติศาสตร์และการพัฒนาของแนวความคิดทฤษฎีที่สนับสนุนการส่งคนชาติข้ามแดน นั้นมีรากฐานจากความเห็นของ The Royal Commission on Extradition ของ ประเทศอังกฤษ ในปี 1878 ที่ว่า "ความคิดนั้นเป็นความคิดตามกฎหมายของประเทศที่ถูก กล่าวหาว่าได้กระทำในดินแดนนั้น คนที่ไปอยู่นต่างประเทศย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องเชื่อฟังและปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศนั้น เพื่อแลกกับความคุ้มครองที่รัฐนั้นให้แก่ตนโดยเท่าเทียมกับความ คุ้มครองที่รัฐให้แก่คนชาติ ดังนั้น ทนายผู้ถูกกล่าวหาที่ถูกเรียกร้องให้มีการส่งมอบตัว จะอยู่ในสถานะที่แตกต่างจากภาวะที่เขาจะได้รับการปฏิบัติเมื่ออยู่ในประเทศที่เขาหลบหนีมา" ⁸

กล่าวโดยสรุปได้ว่า แนวความคิดแนวนี้เชื่อว่า การที่ผู้กระทำความผิดหลบหนีออกจากดินแดนที่กระทำความผิดไปได้ ไม่น่าจะทำให้คน ๆ นั้น รอดพ้นจากการลงโทษไปได้ ควร ได้รับการส่งตัวกลับไปลงโทษได้

มีคดีตัวอย่างในอดีตเกี่ยวกับการนำช่องโหว่ของ กฎหมาย และสนธิสัญญา มาใช้ ประโยชน์ในการไม่ส่งคนชาติ คือ ในเดือนพฤศจิกายน 1887 จดหมายระหว่างประเทศถูก ปล้นจากรถไฟในประเทศเบลเยียมโดยได้มีการวางแผนปล้นในประเทศอังกฤษ เพื่อที่จะไม่ ต้องรับโทษและไม่ถูกดำเนินคดีในประเทศอังกฤษเพราะกระทำความผิดในต่างประเทศ ทำให้ รัฐบาลอังกฤษไม่สามารถส่งคนชาติเพื่อดำเนินคดีในต่างแดนได้แม้ว่าจะมีหลักฐานอย่างเพียงพอ ที่จะดำเนินคดี

⁸ I.A. Shearer, Extradition in International Law (Manchester : University Press, 1971), P. 119.

แนวความคิดของ Anglo - Saxon และ common law ได้รับแนวความคิดของการใช้กฎหมายอาญาแบบอำนาจเหนือดินแดน จากทฤษฎีที่ถือว่า รัฐหนึ่ง ๆ ย่อมมีหน้าที่แต่ผู้เดียวในการที่จะปกครองรักษาดินแดนของตนให้เป็นปรกติสุข หากมีการกระทำใด ๆ อันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายของรัฐ รัฐแต่ผู้เดียวเท่านั้นที่จะดำเนินการเอาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ ซึ่งหมายความว่า ความผิดเกิดในรัฐใด รัฐนั้นเมื่ออำนาจลงโทษ รัฐอื่นจะเข้ามาเกี่ยวข้องมิได้ จากที่กล่าวมาทฤษฎีนี้จึงถือว่า อำนาจศาลจำกัดอยู่ในขอบเขตแห่งที่การกระทำผิดได้เกิดขึ้น

เงื่อนไขและทฤษฎีอำนาจเหนือดินแดน

- ศาลอาญาของรัฐ มีอำนาจพิจารณาและพิพากษาคดีอาญาทุกประเภทที่เกิดขึ้นในดินแดน
- ศาลจะไม่คำนึงถึงสัญชาติของจำเลยว่าเป็นคนในบังคับของตนเอง (subject) หรือเป็นคนต่างด้าว (alien) กล่าวคือ ใช้นับกับแก่ทุกคนที่อยู่ในดินแดน
- ศาลจะไม่รับฟังข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่เกิดขึ้นนอกประเทศ กล่าวคือ แม้จำเลยจะถูกศาลต่างประเทศลงโทษมาแล้วในคดีเดียวกันศาลก็ไม่รับฟังข้อเท็จจริงเหล่านี้ ตัวอย่างประเทศต่าง ๆ ที่ยึดถือหลักทฤษฎีนี้ เช่น อังกฤษ สหรัฐอเมริกา สเปน บราซิล ชิลี และเอคิวอดอร์ เป็นต้น

ดังนั้น ประเทศในกลุ่ม common law ที่ใช้ทฤษฎีการใช้อำนาจเหนือดินแดนจึงไม่ห้ามการส่งคนชาติข้ามแดน โดยถือหลักว่าผู้กระทำความผิดที่ใด ย่อมจะถูกดำเนินคดี ณ สถานที่ที่กระทำความผิด

เมื่อศึกษาจากแนวศึกษาทฤษฎีที่สนับสนุนการส่งคนชาติข้ามแดน จะเห็นได้ว่าแนวความคิดนี้จะเอื้ออำนวยต่อการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติมากกว่าทฤษฎีที่ไม่สนับสนุนส่งคนชาติข้ามแดน โดยมีเหตุผลที่สามารถโต้แย้งทฤษฎีที่ไม่สนับสนุนการส่งคนชาติข้ามแดนได้ ดังนี้

1. จากหลักการที่ว่ารัฐมีหน้าที่ที่จะต้องปกป้องคุ้มครองปกป้องรักษาความปลอดภัยให้กับพลเมืองของตน หากมีการส่งตัวคนชาติข้ามแดนแล้วก็อาจจะถือได้ว่าเป็นการฝ่าฝืนละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว จากหลักการนี้ทำให้เกิดความเห็นว่าการที่รัฐจะต้องปกป้องพลเมืองจากอำนาจศาลของรัฐอื่นควรจะมีความยุติธรรม โดยไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลต่างชาตินิที่อาศัยอยู่ในรัฐนั้นอย่างถูกกฎหมายด้วย ดังนั้น จากเหตุผลที่ว่า เป็นหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะให้การปกป้องคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน จึงเป็นการไม่ยุติธรรมที่รัฐจะไม่ส่งผู้กระทำความผิดที่เป็นคนสัญชาติของตน แต่ส่งคนสัญชาติอื่น เป็นผู้ร้ายข้ามแดน

2. ด้วยเหตุผลที่ว่า การไม่ส่งคนชาติเพราะพลเมืองของประเทศย่อมมีสิทธิที่จะอยู่ในประเทศของตนเองได้เสมอและจะถูกเนรเทศไม่ได้ ดังนั้น หากยอมส่งตัวให้กับรัฐอื่นก็จะมีผลเหมือนกับการเนรเทศนั่นเอง จากหลักการนี้ทำให้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นไปอย่างไม่มีประสิทธิภาพเพราะเหตุนี้เรื่องการถือสัญชาติเท่านั้น แต่เมื่อพิจารณาถึงการสละอำนาจบางส่วนเพื่อที่จะปกป้องประชาชนจากอาชญากรรมข้ามชาติจึงเป็นเรื่องที่ควรคำนึงถึงความคุ้มค่าที่จะได้รับจากการสละอำนาจนี้

3. เหตุผลที่ว่าคนต่างชาติจะไม่ได้ได้รับความยุติธรรมตามกระบวนการยุติธรรมอย่างเท่าเทียมกับคนในชาตินั้น มิได้เป็นจริงเสมอไปในสังคมนระหว่างประเทศ เพราะเหตุว่าปัจจุบันรัฐต่าง ๆ สามารถใช้อำนาจตามวิธีการทูตและความร่วมมือของนานาประเทศเพื่อตรวจสอบการดำเนินการเหล่านั้นได้

ความเห็นโดยสรุป ทฤษฎีการไม่ส่งคนชาติข้ามแดนมีเหตุผลสนับสนุน 2 ส่วน คือ

1. เหตุผลทางการเมือง

2. เหตุผลทางกฎหมาย

ซึ่งหากพิจารณาถึงสถานการณ์ ปัจจุบันที่มีการเปลี่ยนแปลง เช่น ประเทศต่าง ๆ ล้วนมีมาตรฐานกระบวนการยุติธรรมที่ใกล้เคียงกัน ดังนั้นนานาชาติควรร่วมมือในการปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศมากยิ่งขึ้น

โดยที่นับวันอาชญากรรมจะมีความซับซ้อนเป็นระบบมากยิ่งขึ้นอันจะมีผลกระทบต่อคนหมู่มากและความมั่นคงของชาติ ดังนั้นเหตุผลทางการเมืองที่ชักจูงอย่างปฏิเสธการส่งคนของชาติตนที่ได้ถูกใช้มาเป็นเวลานานแล้ว จึงควรมีการพิจารณากำหนดนโยบายใหม่ เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงในปัจจุบัน โดยการนำกฎหมายอาญาเหนือบุคคลของประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบ civil law ที่ยังมีช่องโหว่ของกฎหมาย (legal gap) คือ หากศาลไม่มีอำนาจเหนือคดี หรือพยานหลักฐานมีไม่เพียงพอ ก็ไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิด จึงทำให้ผู้ร้ายลอยนวลโดยไม่ต้องรับโทษ จึงควรมีการปรับปรุงโดยนำข้อดีของแนวความคิดที่สนับสนุนการส่งคนของชาติตนมาปรับปรุงกฎหมายการส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยให้ส่งคนชาติตนข้ามแดนได้ เพื่อให้การปราบปรามอาชญากรรมจะได้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

ดังนั้น จากการศึกษาถึงแนวทฤษฎีทั้งสองจะเห็นได้ว่า เหตุผลของการไม่ส่งคนชาติข้ามแดนได้ถูกหักล้างโดยบรรยากาศความร่วมมือของสังคมโลกที่เปลี่ยนไป ทฤษฎีที่สนับสนุนการส่งคนชาติข้ามแดนจะเป็นประโยชน์และเอื้ออำนวยต่อการปราบปรามอาชญากรรมที่มีผลกระทบต่อสาธารณสุขมากกว่า เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลอย่างแน่นอน

3. แนวปฏิบัติของรัฐที่ยึดถือระบบกฎหมายแบบ Civil Law

ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบ civil law แนวความคิดและทฤษฎีต่าง ๆ ของรัฐที่ยึดถือระบบกฎหมาย civil law จึงมีผลต่อแนวคิดเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของประเทศไทย

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะนำเสนอแนวความคิดของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย civil law เกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ตลอดจนสนธิสัญญาที่ประเทศเหล่านั้นทำกับประเทศต่าง ๆ แนวปฏิบัติของประเทศที่เป็นแม่แบบและมีอิทธิพลต่อกฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดนของประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบ civil law ได้แก่ ประเทศดังต่อไปนี้

1. ฝรั่งเศส
2. เบลเยียม
3. สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

1. แนวปฏิบัติของประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศแม่แบบของแนวคิดการไม่ส่งคนชาติข้ามแดน ดังตามทีปรากฏใน The Brabantine Bull และตามแนวปฏิบัติระหว่างประเทศฝรั่งเศสกับเนเธอร์แลนด์ ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เกิดขึ้นเมื่อ ค.ศ. 1736 แต่การปฏิบัติดังกล่าวก็มีข้อโต้แย้งว่า ในการปฏิบัติไม่มีการห้ามอย่างเด็ดขาดไม่ส่งคนชาติข้ามแดน กล่าวคือ แนวปฏิบัติของประเทศไทยกับเนเธอร์แลนด์มิได้เป็นสนธิสัญญาแต่เป็นเพียงหลักต่างตอบแทน รัดขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของทั้งสองประเทศ ซึ่งมีองค์ประกอบในขณะนั้นที่จะต้องพิจารณาประกอบด้วย เช่น ศาสนา ประวัติศาสตร์ และสภาพทางภูมิศาสตร์

แนวปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่ประเทศฝรั่งเศสทำไว้กับประเทศต่าง ๆ ระหว่าง ค.ศ. 1765 ถึง ค.ศ. 1834 สะท้อนให้เห็นความยืดหยุ่นเกี่ยวกับการส่งคนชาติ โดยมีการพิจารณาถึงความเหมาะสมและนโยบายทางการเมืองด้วย ตัวอย่างเช่น ในปี ค.ศ. 1765 สนธิสัญญา ระหว่างประเทศฝรั่งเศสและประเทศสเปนได้ระบุว่า สนธิสัญญานี้บังคับใช้กับคนชาติของคู่ภาคี เช่นเดียวกับบุคคลในรัฐอื่น ซึ่งก็หมายความว่า ทั้งประเทศสเปนและฝรั่งเศสสามารถส่งคนชาติได้ และต่อมาในปี ค.ศ. 1777 ประเทศฝรั่งเศสกับ Helvetic League ตกลงว่าจะไม่ส่งคนชาติของตนให้แก่กันและกัน เว้นแต่อาชญากรรมที่คุกคามต่อสาธารณะ (grave et public)⁹

⁹ Harvard Research : Extradition 1939 อ้างถึงใน I.A. Shearer Extradition in International Law, P 103. Convention เมื่อ 29 กันยายน 1765 ; Billot. (1874).

ซึ่งก็ได้ระบุข้อความที่คล้ายกันนี้ในสนธิสัญญาที่มีกับ Basle ในปี ค.ศ. 1780¹⁰ ต่อมาได้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติของสนธิสัญญาระหว่างประเทศฝรั่งเศสกับ Basle ในปี ค.ศ. 1781 ๑ให้มีการส่งคนชาติในกรณีที่เป็นอาชญากรรมที่ไม่ร้ายแรงด้วย (minor crime) เช่น ความผิดฐานลักขโมย เป็นต้น และให้คู่ภาคีมีการบังคับตามคำพิพากษาของศาลที่ความผิดเกิดขึ้น (locus delitei)

ในปี ค.ศ. 1811 จักรพรรดินโปเลียนได้มีประกาศ (decree)¹¹ ว่าสามารถส่งคนชาติฝรั่งเศสในฐานะผู้ร้ายข้ามแดนไปยังประเทศอื่นได้ แต่อย่างไรก็ดี ไม่ได้มีการปฏิบัติตามประกาศนี้ ซึ่งทว่ายังมีข้อถกเถียงกันมาก โดยฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยให้เหตุผลว่าการส่งคนชาติที่มีชื่อห้ามอยู่ในกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศสในช่วงปี ค.ศ. 1788 แต่ต่อมาก็ได้มีการกล่าวถึงในรัฐสภาของปารีสใน ปี ค.ศ. 1814 ว่าสามารถส่งคนชาติได้แต่ในประเด็นนี้ก็ยังมีข้อโต้แย้งกันอยู่ จนกระทั่ง ค.ศ. 1841 กระทรวงยุติธรรมได้มีหนังสือเวียน¹² ห้ามรัฐบาลฝรั่งเศสส่งคนชาติฝรั่งเศสไปยังประเทศอื่น หลังจากนั้นเป็นต้นมารัฐบาลฝรั่งเศสได้มีการเจรจาจัดทำสนธิสัญญากับประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งแม้ว่าจะไม่มีการระบุเกี่ยวกับการ

¹⁰ Marten, อ้างถึงใน I.A. Shearer Extradition in International Law, P 103. Recueil de traites (2 ed.) 1, 3 10 art. XV.

¹¹ Harvard Research : Extradition 1939 อ้างถึงใน I.A. Shearer Extradition in International Law, P 104. art XI ได้มีการพิมพ์ใน Billot, (1874).

¹² Circulaire du Minister de Justice, 5 April 1841, para 1 ; 63 B.F.S.P. 1034 ; I.A. Shearer "Extradition in International law (Manchester : University Press, 1971) P.104.

ยกเว้นการส่งคนชาติ แต่ในทางปฏิบัติแล้ว รัฐบาลฝรั่งเศสก็ไม่ได้ส่งคนชาติของตนให้ประเทศอื่น ๆ เลย¹³

หลังจากปี ค.ศ. 1844 การปฏิบัติและการจัดทำสนธิสัญญาของฝรั่งเศสก็ยึดกับหลักการไม่ส่งคนชาติของตนข้ามแดนอย่างสม่ำเสมอ *

จากแนวคิดดังกล่าว อาจถือได้ว่าฝรั่งเศสเป็นผู้วางรากฐานแนวความคิดนี้ และมีอิทธิพลกับประเทศที่ยึดถือระบบประมวลกฎหมาย โดยพิจารณาได้จากสนธิสัญญาที่อยู่ใน United Nations Treaty Series Volumes 1-550 ซึ่งมีจำนวนทั้งสิ้น 163 ฉบับ โดยใน 98 ฉบับ ห้ามการส่งคนชาติข้ามแดนอย่างเด็ดขาดส่วนอีก 57 ฉบับ ให้อำนาจกับรัฐผู้ร้องขอในการใช้ดุลพินิจส่งคนชาติตนข้ามแดน มีเพียง 8 ฉบับที่บัญญัติว่าห้ามส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงสัญชาติของผู้ถูกกล่าวหา

¹³ Harvard Research : Extradition 1939 อ้างถึงใน I.A. Shearer Extradition in International Law, P 104. Billot, 73, (1874).

* อนุสัญญากับลักเซมเบิร์ก 26 กันยายน 1844 กับไซบีเรีย (1897) กับอังกฤษ (1908) สหรัฐอเมริกา (1909) จึงระบุไว้ว่าคู่ภาคีอาจปฏิเสธไม่ส่งคนชาติของตนข้ามแดนได้ แต่ก็ยังเปิดช่องไว้กับระบบกฎหมายของแองโกล อเมริกา ในการส่งคนชาติตนข้ามแดนได้ ในขณะที่เดียวกันก็ยังเป็นไปตามนโยบายของฝรั่งเศสกล่าวคือ ไม่ส่งคนชาติตนข้ามแดนส่งผู้ร้ายข้ามแดน ค.ศ. 1927 ขึ้นโดยใน article 3 (1) ได้วางหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนว่าคนสัญชาติฝรั่งเศสจะไม่ถูกดำเนินการส่งข้ามแดนในฐานะผู้ร้ายข้ามแดนอย่างเด็ดขาด

อย่างไรก็ดี ประเทศฝรั่งเศสมีระบบการใช้กฎหมายอาญาแบบอำนาจเหนือบุคคล (Personal Jurisdiction) ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศมีการยอมรับอำนาจของรัฐที่มีบุคคลต่างด้าวมากระทำผิดในดินแดน และยอมรับอำนาจพิเศษเหนือบุคคลที่มีสัญชาติกระทำผิดในต่างประเทศ เรื่องสัญชาติจึงเป็นรากฐานสำหรับการใช้อำนาจเหนือบุคคล ในคดีอาญามีการยอมรับในยุโรปและลาตินอเมริกา ทำให้ประเทศเหล่านี้สามารถฟ้องบุคคลที่มีสัญชาติตนในประเทศได้

แบบพิธีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของประเทศฝรั่งเศส

กรณีแบบฝรั่งเศส เป็นแบบพิธีการซึ่งไม่ยอมให้อำนาจทางตุลาการเข้ามาพัวพัน กล่าวคือ ศาลไม่มีสิทธิเข้ามามีส่วนในการพิจารณาคำร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน แนวปฏิบัติของฝรั่งเศส มีดังนี้

1. คำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดน ปกติจะกระทำผ่านรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศ โดยผู้แทนทางการทูต โดยเมื่อรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศรับคำขอ การพิจารณาของรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศนั้นก็พิจารณาว่าคำร้องนั้นว่าถูกต้องตามแบบหรือไม่ กล่าวคือ คำร้องนั้นได้กระทำตามกระบวนการต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในแบบพิธีการปฏิบัติทางทูตถูกต้องหรือไม่
2. หากรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศเห็นว่ากระบวนการยื่นคำร้องนั้นไม่ถูกต้องก็จะส่งคำร้องคืนไปยังประเทศผู้ร้องขอ โดยปฏิเสธไม่ยอมส่งผู้ร้ายข้ามแดน
3. หากคำร้องนั้นถูกต้องปฏิบัติตามแบบทุกอย่าง ก็จะส่งคำร้องไปยังรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรม ซึ่งจะพิจารณาเฉพาะปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น อันได้แก่ หลักฐานเกี่ยวกับหมายจับ พยานบุคคลต่าง ๆ ข้อหา อายุความ ข้อความต่าง ๆ ที่มีอยู่ในสนธิสัญญากฎหมายผู้ร้ายข้ามแดน และเป็นบุคคลผู้กระทำผิดจริงหรือไม่ เป็นต้น
4. การที่รัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมพิจารณาปัญหาข้อกฎหมายนี้ อาจจะทำให้พนักงานอัยการ (ในประเทศฝรั่งเศสพนักงานขึ้นอยู่กับกระทรวงยุติธรรม) พิจารณาว่าข้อกฎหมายเพียงพอหรือยังที่จะส่งบุคคลนั้นข้ามแดน

5. หากไม่มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับปัญหาข้อกฎหมายแล้ว รัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมก็รายงานไปยังรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศ เพื่อสั่งขังบุคคลผู้กระทำความผิดรอการส่งผู้ร้ายข้ามแดนต่อไป

6. รัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ดำเนินการใช้ดุลพินิจ ส่วนการออกคำสั่งให้ประธานาธิบดีลงนามนั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับระเบียบวิธีในการบริหารราชการแผ่นดิน แม้ว่ารัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมจะวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายถูกต้องทุกอย่างก็ตาม ไม่ได้หมายความว่ารัฐมนตรีต่างประเทศจะปฏิเสธไม่ได้ ดุลพินิจขั้นสุดท้ายนั้นอยู่กับรัฐมนตรีต่างประเทศเพราะถือว่าการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอย่างหนึ่ง ซึ่งอาศัยการดำเนินการนโยบายของแต่ละประเทศเป็นสำคัญ¹⁴

2. แนวปฏิบัติของประเทศเบลเยียม

ตามกฎหมายและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของประเทศเบลเยียม มีความชัดเจนและสม่ำเสมอโดยมีการบัญญัติกฎหมายตามหลักต่างตอบแทน ในสนธิสัญญาที่ทำกับประเทศฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1833 กฎหมายดังกล่าวใช้บังคับเฉพาะ "คนต่างชาตินั้น" และในกฎหมายอาญาได้บัญญัติเกี่ยวกับคนสัญชาติเบลเยียมที่กระทำความผิดในต่างประเทศว่า ศาลเบลเยียมมีอำนาจที่จะดำเนินคดีในประเทศเบลเยียมได้

¹⁴ สุพานิต มั่นสุข, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีอาญา, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), หน้า 181-182.

แบบพิธีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของเบลเยียม

1. เป็นการปฏิบัติในแนวแบบผสม การพิจารณาชั้นแรกและชั้นที่สองกระทำเช่นเดียวกับแบบของฝรั่งเศส โดยในบางกรณีอาจมีการส่งคำร้องคืน หากไม่ถูกต้องตามแบบแผนการปฏิบัติ แต่คำร้องถูกต้องก็ส่งไปยังศาล
2. ศาลไม่ได้มีอำนาจพิจารณาว่าจำเลยกระทำความผิดจริงหรือไม่ ศาลจึงมีอำนาจพิจารณาเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับหลักฐาน ข้อหา อายุความ สนธิสัญญา กฎหมาย บุคคลผู้กระทำความผิด สัญชาติ คือปัจจัยภายนอกเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเท่านั้น แต่ก็มีได้มีอำนาจที่จะเข้าไปพิจารณาว่าเป็นบุคคลผู้กระทำความผิดตามกฎหมายอาญาของประเทศหนึ่งประเทศใดหรือไม่
3. เมื่อศาลพิจารณาเรียบร้อยแล้วก็จะส่งความเห็นไปยังกระทรวงยุติธรรม เพื่อพิจารณาอีกชั้นหนึ่งว่าจะควรส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่¹⁵

3. แนวปฏิบัติของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

แนวปฏิบัติของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เกี่ยวกับการส่งคนสัญชาติสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันข้ามแดนในฐานะผู้ร้ายข้ามแดนมีหลักที่ชัดเจนว่าไม่ส่งคนชาติตนข้ามแดน โดยศาลสูงของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้มีคำตัดสินและแนวคิดว่า "รัฐไม่ควรให้ความช่วยเหลือกับรัฐอื่น ๆ ในการใช้อำนาจศาลของรัฐอื่น ๆ เหนือบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐตนเมื่อรัฐอื่นนั้นไม่สามารถจะใช้อำนาจศาลเหนือบุคคลดังกล่าวเองได้"¹⁶

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 183-184.

¹⁶ Extradition of German Nationals (Lase, 1954)

I.A. Shearer, Extraterritorial in International Law, P. 105.

กล่าวได้ว่าได้สะท้อนให้เห็นหลักกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Treupflicht) ว่ารัฐมีหน้าที่พิเศษที่จะต้องคุ้มครองบุคคลสัญชาติตน ซึ่งหลักการนี้นำมาใช้กับกฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดน ดังนั้นประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจึงไม่ส่งคนสัญชาติเยอรมันข้ามแดน¹⁷

หลักดังกล่าวได้บัญญัติไว้ในกฎหมายภายในของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันซึ่งเป็นการห้ามส่งคนชาติเยอรมันโดยเด็ดขาดโดยระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ (The Basis Law of Federal Republic)¹⁸ ซึ่งได้รับแนวคิดจาก The Beshluss Des Deatschen Bundes ค.ศ. 1854 ที่ยกเว้นการส่งคนชาติไว้ และในประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันให้ศาลมีอำนาจลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดในต่างประเทศ ซึ่งสามารถลงโทษได้โดยกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันและกฎหมายของประเทศที่การกระทำความผิดเกิดขึ้น¹⁹

เมื่อศึกษาถึงแนวปฏิบัติของรัฐที่ยึดถือระบบกฎหมายแบบ civil law แล้วปรากฏว่าแนวปฏิบัติของประเทศฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เบลเยียม และสวิตเซอร์แลนด์ จะไม่ส่งตัวคนสัญชาติของตนให้กับรัฐที่ร้องขอแต่ขอห้ามการส่งคนชาติของแต่ละประเทศ จะมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ในกรณีของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ฝรั่งเศส

¹⁷ Meyer, Die Enlieferung, 73 (1953) อ้างถึงใน I.A. Shearer, Extrational in International Law, P. 105. เป็นเรื่องที่แน่นอนเกี่ยวกับการไม่ส่งคนชาติของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเพราะหลักกฎหมายเก่าแก่อันเกี่ยวกับความรับผิดชอบและหน้าที่ของรัฐที่มีต่อคนสัญชาติตน ดังระบุไว้ใน Article i 6 II(1) ของรัฐธรรมนูญที่ว่ารัฐจะต้องมีหน้าที่ป้องกันคนชาติของตนโดยเฉพาะอย่างยิ่งการป้องกันทางกฎหมาย

¹⁸ Basis Law of Federal Republic of Germany, 1940, มาตรา 16 II.

¹⁹ มาตรา 3 (1) ของประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน อ้างถึงใน I.A. Shearer, Extrational in International Law, P. 106.

เบลเยียม จะบัญญัติอยู่ในกฎหมายและสนธิสัญญาที่ทำกับประเทศต่าง ๆ แต่ข้อห้ามการส่งคนชาติของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจะบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งข้อห้ามของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงยาก เพราะเป็นข้อห้ามที่อยู่ในรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ดีสำหรับประเทศที่ยึดถือระบบ civil law นั้น จะถือหลักการจำกัดกฎหมายอาญาที่เหมือนกันคือ หลักอำนาจเหนือบุคคล กล่าวคือ ประเทศเหล่านี้สามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้ เพราะถือหลักว่าบุคคลสัญชาติตนแม้จะอยู่ ณ ที่ใดหากการกระทำใดเป็นความผิดตามกฎหมายของประเทศที่บุคคลนั้นมีสัญชาติและรัฐนั้น จะสามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้

ส่วนแบบพิธีการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนนั้น การจำกัดพินิจในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของทุกประเทศจะเป็นของฝ่ายบริหาร โดยมีเหตุผลว่าเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่ในบางประเทศ ฝ่ายตุลาการจะเข้ามาเกี่ยวข้องก็เพียงแต่กลั่นกรองในเรื่องคำร้องขอเท่านั้น

4. แนวปฏิบัติของรัฐที่ยึดถือกับระบบกฎหมายแบบ Common Law

1. แนวปฏิบัติของประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษ มีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนฉบับแรกกับสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1794 ซึ่งสนธิสัญญาใช้บังคับกับคนทุกคนแม้กระทั่งคนสัญชาติอังกฤษก็ตาม ต่อมาอังกฤษได้ทำสนธิสัญญากับสหรัฐอเมริกาชั้นใหม่ (ค.ศ. 1842) และกับฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1843 ซึ่งฝรั่งเศสปรารถนาที่จะลงนามในสนธิสัญญาโดยไม่มีภาระบ่งถึงเรื่องการส่งคนชาติข้ามแดนไว้ โดยไม่ได้อธิบายถึงเหตุผลเกี่ยวกับเรื่องนี้แต่สนธิสัญญาฝรั่งเศสก็ไม่ถูกส่งข้ามแดนจากฝรั่งเศสไปประเทศอังกฤษภายใต้สนธิสัญญานี้เลย ในช่วงปี ค.ศ. 1843-1870 รัฐบาลอังกฤษมีการเจรจาจัดทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับประเทศต่าง ๆ ก็พบว่ายังมีอีกหลาย ๆ ประเทศที่ยึดถือหลักไม่ส่งคนชาติข้ามแดน เช่นกัน ในปี 1878 Lord Cockburn ซึ่งเป็นประธานของ Royal Commission ได้มีการทบทวนเกี่ยวกับการไม่ส่งคนชาติข้ามแดนที่ระบุไว้ในสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างอังกฤษกับสวีตเซอร์แลนด์ ไว้ว่า "เป็นการลดความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย"

เมื่อมีการเจรจาจัดทำสนธิสัญญาขึ้นใหม่กับสวีตเซอร์แลนด์ ในปี ค.ศ. 1880 รัฐบาลสวีตเซอร์แลนด์ยังยืนยันที่จะยกเว้นการส่งคนสัญชาติตนไปประเทศอังกฤษและยังเลือกที่จะยกเว้นหลักต่างตอบแทน (Waive Reciprocity) รัฐบาลอังกฤษก็ยินยอมตามที่รัฐบาลสวีตเซอร์แลนด์เสนอกว่าคือ อังกฤษสามารถส่งคนอังกฤษไปยังสวีตเซอร์แลนด์ได้ แต่สวีตเซอร์แลนด์ไม่จำเป็นต้องส่งคนชาติสวีตเซอร์ที่กระทำความผิดในประเทศอังกฤษจะไม่ถูกส่งตัวไปยังประเทศอังกฤษ และสนธิสัญญาในลักษณะนี้อังกฤษได้ทำกับประเทศสเปน และประเทศลักเซมเบิร์กอีกด้วย

เกี่ยวกับข้อทหเรื่องการส่งคนชาติข้ามแดนระหว่างประเทศอังกฤษกับสวีตเซอร์แลนด์ ค.ศ. 1880 ทำให้มีการวิพากษ์วิจารณ์จากส่วนราชการที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญาของประเทศว่า จะคงสิทธิในการปฏิเสธไม่ส่งคนชาติของอังกฤษ หากไม่ได้รับคำยืนยันและรับประกันว่าจะได้รับความยุติธรรมที่เหมาะสมชั้นพิจารณาคดี²⁰ อย่างไรก็ตาม การรับเอาข้อทหเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการส่งคนชาติข้ามแดน The Royal Commission ก็มีความเห็นว่า รัฐบาลอังกฤษก็ยังยึดถือหลักการในการส่งคนสัญชาติอังกฤษข้ามแดนได้อยู่ดี โดยข้อทหนี้ได้ระบุไว้ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศอังกฤษกับประเทศเม็กซิโก ค.ศ. 1886 ดังต่อไปนี้ "แต่ละรัฐอาจมีสิทธิที่จะใช้ดุลพินิจอย่างเต็มที่ในการส่งคนสัญชาติคนไปยังรัฐอื่น"

²⁰ British Digest 685-7. อ้างถึงใน I.A. Shearer Extradition in International Law. (Manchester : University Press, 1971), P. 99.

สนธิสัญญาที่ประเทศอังกฤษทำกับประเทศอื่น ๆ ในจำนวน 44 ฉบับ มี 27 ฉบับ * ที่ซ้ำแบบเดียวกันกับเม็กซิโกเพียงแต่มีการเปลี่ยนแปลงด้อยค่าเพียงเล็กน้อยเท่านั้น และในสนธิสัญญาระหว่างประเทศอังกฤษกับสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1931 และสนธิสัญญาระหว่างประเทศอังกฤษกับประเทศอิสราเอลไม่มีข้อบทใดระบุถึงสัญชาติของผู้กระทำคามผิดไว้เลย เป็นที่น่าสังเกตว่าศาลของประเทศอังกฤษก็ไม่เคยประสบปัญหาเกี่ยวกับข้อโต้แย้งในเรื่องการส่งคนชาติว่า จะกระทำไม่ได้ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือขัดต่อข้อบทของสนธิสัญญา ซึ่งต่อมาแนวทางในการปฏิบัติของประเทศอังกฤษและประเทศในเครือจักรภพ ** และอดีตเครือจักรภพก็ยังใช้กฎหมาย The Imperial Extradition Act 1870 อยู่หรือมีการตรากฎหมายขึ้นมาใหม่ แต่เนื้อหาของกฎหมายซึ่งก็คล้ายกับกฎหมายของประเทศอังกฤษอยู่ดี ยิ่งไปกว่านั้นประเทศเหล่านี้ *** ก็ยังสืบสิทธิสนธิสัญญาหรือมีสนธิสัญญาอยู่กับประเทศอังกฤษ ด้วยเหตุนี้กฎหมายภายในของแต่ละประเทศก็ไม่ปฏิเสธหลักการส่งคนสัญชาติของคนไปดำเนินคดีในประเทศอื่นเช่นกัน

* อัลบาเนีย (1926), อาร์เจนตินา (1892), ออสเตรีย (1963), เบลเยียม (1901), โบลิเวีย (1892), ชิลี (1897), โคลัมเบีย (1888), คิวบา (1904), เซเชลล์ (1924), ฝรั่งเศส (1809), ฮังการี (1873), อิรัก (1932), อิสราเอล (1960), อิตาลี (1892), เม็กซิโก (1888), นิการากัว (1891) เนเธอร์แลนด์ (1898), ปานามา (1906), ปารากวัย (1908), เปรู (1904), สเปน (1932), โรมานี (1893), สวีเดน (1963), ไทย (1911), ยูโกสลาเวีย (1901)

** ยกเว้นประเทศไอร์แลนด์ ซึ่ง The Irish Extradition Act, 1965 ได้บัญญัติไว้ว่า ให้นำส่งคนไอร์แลนด์ในฐานะผู้ร้ายข้ามแดน O' Higgins, the Irish Extradition Act, 1965, I 5 Int'l & Comp. L.Q. 396, 394 (1966).

*** เช่น ออสเตรเลีย, พม่า, แคนาดา, ชิลอน, แคมเบีย, กานา, อินเดีย, อิสราเอล, จาไมกา, เคนยา มาเลเซีย, มอลตา, นิวซีแลนด์, เวียดนาม, ปากีสถาน, รัสเซีย, แอฟริกาใต้, แทนซาเนีย, ตรินิแดด, โทบาโก, อุกันดา, แคมเบีย

แบบพิธีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของอังกฤษ

1. มีหลักเบื้องต้นว่า บุคคลใดก็ตามจะไม่ถูกสันนิษฐานว่ากระทำผิด การจับกุมซึ่งบุคคลใดก็ตาม สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาด้วยความยุติธรรมนั้นถือว่าเป็นสิทธิของมนุษยชนอย่างหนึ่ง ซึ่งควรจะต้องได้รับการเคารพเป็นอย่างยิ่ง การส่งผู้ร้ายข้ามแดนก็เช่นเดียวกัน สิทธิของบุคคลที่เข้ามาอยู่ในดินแดนนั้นก็ย่อมได้รับความเคารพด้วยเป็นต้น
2. เมื่อมีคำขอผ่านมายังรัฐมนตรีต่างประเทศ รัฐมนตรีต่างประเทศนั้นจะผ่านคำขอนั้นไปยังศาลทันที
3. ศาลมีอำนาจที่จะพิจารณาว่าจำเลยกระทำผิดจริงหรือไม่ ซึ่งโดยปกติแล้วศาลไม่มีอำนาจตามกฎหมายการส่งผู้ร้ายข้ามแดนทั่วไปจะพิจารณาว่าจำเลยกระทำผิดจริงหรือไม่ อำนาจของศาลมีเพียงแต่จะพิจารณาว่าความผิดนั้นอยู่ในลักษณะจะส่งผู้ร้ายข้ามแดนกันหรือไม่เท่านั้น หรือความผิดเหล่านั้นไม่ใช่ความผิดทางการเมืองหรืออัตราโทษขั้นต่ำตรงตามที่กำหนดกันหรือไม่ โดยพิธีการแบบนี้ ศาลมีอำนาจที่จะพิจารณาว่าจำเลยผิดจริงหรือไม่ ถ้าหากว่ากระทำผิดจริงก็จึงรอกการส่งผู้ร้ายข้ามแดนต่อไป แต่ถ้าหากว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ศาลจะปล่อยตัวจำเลยไปและปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น รัฐบาลมักจะปฏิบัติตามความเห็นของศาล ในการพิจารณาดังกล่าวต้องมีทั้งโจทก์และจำเลยในคดี โดยผู้ร้องขอก็เป็นโจทก์ผ่านทางอัยการพร้อมทั้งพยานหลักฐานต่าง ๆ เช่น สำเนาหมายจับ เป็นต้น ส่วนผู้ต้องหาจะต่อสู้ว่าไม่ได้กระทำผิดจริง ต่อสู้เกี่ยวกับกฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดนว่าคำขอไม่ถูกต้องขัดต่อสู้ต่าง ๆ ศาลย่อมรับฟังทั้งสิ้น 21
4. รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจะเป็นผู้ชี้ขาดว่าจะส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่ ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วมักจะปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาล

21 สุพานิต มั่นสุข, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีอาญา, หน้า 182-183.

2. แนวปฏิบัติของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกา มีแนวปฏิบัติเช่นเดียวกับสหราชอาณาจักรที่คัดค้านการยกเว้นที่จะไม่ส่งคนชาติเพื่อการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ในความเห็นของสหรัฐอเมริกา แม้แต่การที่คู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่งไม่ถือหลักต่างตอบแทนคือไม่ยอมส่งคนชาติให้ ก็ไม่ถือเอาการปฏิเสธนั้นเป็นข้ออ้างที่จะปฏิเสธการส่งคนชาติสหรัฐอเมริกาเพื่อการข้ามแดน

ศาลสูงของสหรัฐอเมริกา ได้เคยตัดสินว่า คำว่า "บุคคล" (persons) ในสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนรวมหมายถึง "พลเมืองผู้ถือสัญชาติ" (citizens) ด้วยและในกฎหมายระหว่างประเทศไม่มีกฎใด ๆ ที่บอกว่าพลเมืองจะได้รับยกเว้นจากการส่งตัวข้ามแดน นอกเสียจากจะมีระบุไว้ในสนธิสัญญาในระหว่างศตวรรษที่ 19 สหรัฐอเมริกาได้ยกเลิกการเจรจาทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนหลายครั้งแล้ว เนื่องจากคู่เจรจาก็อีกฝ่ายหนึ่งยืนยันที่จะไม่ให้มีประโยคที่ว่า "ขอยกเว้นไม่ส่งคนชาติ" ในทางปฏิบัติ เท่าที่ผ่านมาจะเห็นว่าสหรัฐอเมริกาไม่เคยเป็นภาคีในสนธิสัญญาที่มีการห้ามส่งคนชาติไว้อย่างชัดเจน

นอกจากสนธิสัญญาที่ทำกับสหราชอาณาจักรแล้ว หนังสือสัญญาอื่น ๆ ที่สหรัฐอเมริกาทำกับชาติอื่น ๆ ระหว่าง ค.ศ. 1843-1872 ก็ใช้กับบุคคลทุกคนโดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ ในขณะที่ฝรั่งเศสและอิตาลีมีความเห็นและแนวทางปฏิบัติที่แตกต่างกับสหรัฐอเมริกา และตีความสนธิสัญญาดังกล่าวแตกต่างไปจากสหรัฐอเมริกา ด้วย ส่วนสวิตเซอร์แลนด์เห็นว่า สนธิสัญญาดังกล่าวบังคับให้สวิตเซอร์แลนด์ต้องส่งคนสัญชาติสวิตเซอร์แลนด์ข้ามแดนทั้ง ๆ ที่เป็นสิ่งที่ตรงข้ามกับทางปฏิบัติปกติของสวิตเซอร์แลนด์ ²²

²² Moore, Digest, iv, pp. 290-298. อ้างถึงใน I.A. Shearer Extradition in International Law, P. 111.

ได้มีการถกเถียงเกี่ยวกับประโยคที่ห้ามการนำผู้ลี้ภัยมาเป็นเวลาช้านาน จนกระทั่งถึงปี ค.ศ. 1936 จึงสิ้นสุดการถกเถียงโดยคำตัดสินของศาลสูงสหรัฐอเมริกา โดยที่ก่อนหน้านี้ได้มีการถกเถียงกันว่าถ้อยคำในสนธิสัญญาที่ว่า "ประเทศภาคีจะไม่ถูกบังคับให้ต้องส่งคนชาติข้ามแดน" นั้น จะให้อำนาจฝ่ายบริหารพิจารณาได้หรือไม่ว่าจะส่งตัวคนชาติหรือไม่ส่ง ในประวัติศาสตร์ช่วงต้น ๆ ของสหรัฐอเมริกา มีแนวโน้มที่มองสนับสนุนความคิดที่ว่าฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจนำผู้ลี้ภัยที่จะส่งตัว โดยเห็นตัวอย่างได้จากสนธิสัญญาที่ทำกับ Prussia ในปี ค.ศ. 1852 ซึ่งตีความอย่างแคบว่าฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจนำผู้ลี้ภัยที่จะส่งตัวคนชาติสหรัฐอเมริกา เนื่องจากสนธิสัญญาเขียนไว้ชัดเจนว่าประเทศภาคีจะไม่ถูกบังคับให้ส่งคนชาติข้ามแดน

ต่อมาในสนธิสัญญาที่สหรัฐอเมริกาทำกับเม็กซิโกในปี ค.ศ. 1861 ก็มีการเขียนถ้อยคำที่ตนเองเดียวกันนี้และมีการตีความเคร่งครัดที่ไม่ให้อำนาจฝ่ายบริหารส่งตัว เช่นเดียวกัน จนต่อมาในปี ค.ศ. 1899 ได้มีการทำสนธิสัญญาเพิ่มเติมระหว่างสหรัฐอเมริกากับเม็กซิโก ซึ่งได้มีการแก้ไขโดยเติมข้อความว่า "ฝ่ายบริหารของทั้งสองประเทศมีอำนาจที่จะส่งตัวคนชาติข้ามชาติ หากในดุลยพินิจของฝ่ายบริหารเห็นว่าเป็นการสมควรที่จะทำเช่นนั้น" ²³

ความคิดเห็นเกี่ยวกับการว่าจะส่งตัวคนชาติข้ามแดนได้หรือไม่ ได้มีการตัดสินเป็นบรรทัดฐานโดยศาลสูงของสหรัฐอเมริกา ในปี ค.ศ. 1936 ในคดีระหว่างสหรัฐอเมริกากับ Valentine excel Neideeker ซึ่งศาลสูงได้พิจารณาถ้อยคำความหมายของประโยคยกเว้นไม่ส่งคนชาติที่มีปรากฏอยู่ในสนธิสัญญา 1909 กับฝรั่งเศสและถ้อยคำที่ตนเองเดียวกันในสนธิสัญญา 1861 กับเม็กซิโกว่าถ้อยคำที่ถูกเพิ่มเติมขึ้นในสนธิสัญญา 1899 (กับเม็กซิโก) นั้น มีความสำคัญเป็นอย่างมาก บกตีหากพิจารณาและตีความสนธิสัญญาอย่างเคร่งครัด ศาลจะมีความเห็นว่าสหรัฐอเมริกา ไม่มีอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่จะส่งคนชาติ ภายใต้บังคับของสนธิ

²³ I.A. Shearer Extradition in International Law, P. 112.

สัญญาที่เขียนไว้ว่า ไม่ถูกบังคับให้ต้องส่งคนชาติแต่การที่มีเขียนข้อความเพิ่มเติมมานสนธิสัญญาให้อำนาจฝ่ายบริหารใช้อำนาจดุลพินิจได้นั้น เห็นได้ชัดว่าเป็นการจงใจมอบอำนาจการใช้อดุลพินิจให้ฝ่ายบริหาร ซึ่งประโยคเพิ่มเติมดังกล่าวก็ได้มีการใช้สนธิสัญญาที่สหรัฐอเมริกา ทำกับประเทศอื่น ๆ ในอีกหลาย ๆ ปีต่อมา

หลังจากคดีดังกล่าวจนถึงปี ค.ศ. 1961 สหรัฐอเมริกาก็ได้ทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่สำคัญ ๆ อีก 6 ฉบับ ในสนธิสัญญาที่ทำกับ Liberia (1937) เขียนไว้เพียงว่าคู่สัญญาไม่ถูกบังคับให้ต้องส่งคนชาติ ในสนธิสัญญาที่ทำกับ South Africa (1947) ไม่มีการกล่าวถึงคนชาติ ดังนั้นจึงเท่ากับเป็นการเปิดกว้างให้สนธิสัญญามีผลบังคับกับบุคคลทุกคนในสัญญากับ Israel (1961) เขียนไว้เฉพาะเจาะจงว่าคู่ภาคีที่ถูกร้องขอจะปฏิเสธไม่ส่งบุคคลซึ่งมีสัญชาติของตนไม่ได้และในสัญญาที่ทำกับ Sweden และ Brazil ในปี ค.ศ. 1961 มีเขียนไว้ชัดถึงการให้อำนาจการใช้อดุลพินิจแก่ฝ่ายบริหารว่าภาคีที่ถูกร้องขอไม่ถูกบังคับให้ต้องส่งคนชาติของคนแต่ฝ่ายบริหารมีอำนาจภายใต้กฎหมายที่เหมาะสมของฝ่ายของตน ที่จะส่งมอบคนชาติข้ามแดน หากฝ่ายบริหารมีดุลพินิจเห็นว่าเป็นการสมควรที่จะทำเช่นนั้น

แบบพิธีปฏิบัติการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามกฎหมายของสหรัฐ

1. รัฐต่างประเทศที่ประสงค์จะขอตัวผู้ร้ายข้ามแดนจากสหรัฐฯ สามารถยื่นคำร้องขอได้ต่อศาลของรัฐบาลกลาง หรือศาลประจำรัฐที่มีเขตอำนาจเหนือบุคคลผู้นั้น
2. ผู้พิพากษาที่ได้รับคำร้องขอ หลังจากพิจารณาขั้นต้นแล้วสามารถออกหมายเรียกให้หน้าตัวบุคคลนั้นสมควรถูกกักตัวเพื่อการส่งตัวข้ามแดนหรือไม่ถ้าศาลมีความเห็นว่าบุคคลนั้นควรถูกส่งตัวข้ามแดนศาลต้องแจ้งแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศสหรัฐอเมริกา และออกหมายเรียกบุคคลผู้นั้น ทั้งนี้โดยเพื่อรอคำสั่งตัดสินชี้ขาดจากรัฐมนตรีว่าการฯ
3. เมื่อได้รับใบรับรองเพื่อการส่งตัวข้ามแดนจากศาล รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศอาจออกหมายส่งตัวบุคคลผู้นั้นให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ร้องขอ หรือในกรณีที่เหมาะสมอาจปฏิเสธการส่งตัวและสั่งให้ปล่อยตัวบุคคลผู้นั้นก็ได้

ในทางปฏิบัติเกี่ยวกับวิธีการร้องขอ โดยปกติรัฐร้องขอจะยื่นคำร้องผ่านช่องทางทางการทูตมายังกระทรวงการต่างประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อกระทรวงการต่างประเทศพิจารณาว่าคำร้องขอเป็นไปตามสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้อง ก็ให้ส่งเรื่องต่อไปยังกระทรวงยุติธรรม ซึ่งถ้ากระทรวงยุติธรรมเห็นว่า เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ก็จะส่งเรื่องไปยังสำนักงานอัยการของรัฐที่มีอำนาจเหนือบุคคลนั้น นอกจากนี้ การร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน อาจกระทำได้ด้วยเจ้าหน้าที่สถานทูต หรือสถานกงสุลของประเทศผู้ร้องขอยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาล แต่วิธีนี้ไม่ค่อยเป็นที่นิยมปฏิบัติเท่าไรแล้ว เนื่องจากเป็นเรื่องระหว่างรัฐจึงสมควรกระทำผ่านเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลกลาง

การตัดสินเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

พยานเอกสาร หมายถึงและเอกสารอื่นใด ที่ใช้เป็นหลักฐานในคดีที่เกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในรัฐของผู้ร้องขอได้ ก็สามารถใช้เป็นหลักฐานต่อศาลสหรัฐอเมริกาได้เช่นกัน ถ้าเอกสารเหล่านั้นได้รับการรับรองอย่างถูกต้องพยานอ้างอิงจากการได้ยินได้ฟังมา และพยานหลักฐานอื่น ๆ ที่อาจถูกปฏิเสธไม่รับฟังสำหรับคดีอาญาทั่วไปในศาลสหรัฐอเมริกาหรือในศาลของประเทศผู้ร้องขอ รวมทั้งหลักฐานจากการสารภาพโดยปกติแล้วจะใช้อ้างอิงในคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ เพียงแต่ศาลอาจจะให้ความสำคัญแก่พยานหลักฐานชิ้นนั้น ๆ น้อยลงไป

บุคคลผู้ถูกร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนมีสิทธิที่จะให้การหรือมีผู้แทนจะให้การได้ เมื่อเรื่องมาถึงรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศแล้ว รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจะพิจารณาข้อวินิจฉัยของผู้พิพากษาและเอกสารประกอบอื่น ๆ โดยไม่มีข้อผูกมัดว่าจะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงความเพียงพอของหลักฐาน หรือโดยการตีความสนธิสัญญา

อย่างไรก็ดี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศอาจจะต้องการเจรจาการส่งตัวข้ามแดนโดยตั้งเงื่อนไขกับประเทศผู้ขอว่า ผู้ถูกส่งตัวจะได้รับหลักประกันว่าจะได้รับการพิจารณาคดีในศาลธรรมดา และจะถูกพิจารณาเฉพาะในข้อหาที่ถูกกล่าวหา และจะได้รับความคุ้มครองสิทธิเท่าที่จะพึงมี

กรณีที่สหรัฐอเมริการ้องขอการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจากประเทศอื่น

หน่วยงานที่มีอำนาจร้องขอ ได้แก่ กระทรวงการต่างประเทศเท่านั้น ถ้าฐานความผิดที่ถูกกล่าวหาหรือถูกตัดสินเป็นความผิดภายใต้กฎหมายสหพันธ์ ผู้มีอำนาจยื่นคำขอส่งผู้ร้ายข้ามแดน ได้แก่ อัยการประจำกระทรวงยุติธรรม ซึ่งจะพิจารณาเอกสารต่าง ๆ และถ้าเห็นว่ามีหลักฐานเพียงพอ ก็จะส่งเรื่องต่อไปยังกระทรวงการต่างประเทศเพื่อดำเนินการต่อไป แต่ถ้าฐานความผิดที่กล่าวหาเป็นความผิดตามกฎหมายของรัฐ คำร้องจะต้องยื่นโดยผู้ว่าการรัฐ หรือจะต้องได้รับการรับรองจากผู้ว่าการรัฐก่อนที่จะส่งต่อไปสู่การพิจารณาของกระทรวงยุติธรรมและกระทรวงการต่างประเทศต่อไป เมื่อเป็นที่ยอมรับว่าจะมีการส่งผู้ร้ายข้ามแดน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจะออกหมายแต่งตั้งเจ้าหน้าที่จากรัฐบาลกลาง หรือเจ้าหน้าที่ของแต่ละรัฐ เพื่อให้เป็นตัวแทนของสหรัฐอเมริกาในการควบคุมตัวบุคคลนั้นในประเทศที่ถูกร้องขอ *

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า แนวปฏิบัติของประเทศที่มีระบบกฎหมาย common law จะมีความคล้ายคลึงกัน คือ จะไม่ห้ามการส่งคนชาติตนข้ามแดน โดยยึดถือหลักกฎหมายอาญาที่ใช้ อำนาจรัฐเหนือดินแดน กล่าวคือ ผู้ใดกระทำความผิดจะต้องถูกดำเนินคดี ณ สถานที่ที่กระทำความผิด ส่วนแบบพิธีการในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของระบบนี้ จะให้อำนาจฝ่ายตุลาการที่จะพิจารณาว่า จำเลยผิดจริงหรือไม่ หากว่ากระทำผิดจริง ก็ขังรอการส่งผู้ร้ายข้ามแดน หากว่าจำเลยไม่กระทำความผิด ศาลก็จะปล่อยตัวจำเลยไป ส่วนแนวปฏิบัติของรัฐที่ยึดถือระบบ civil law จะให้อำนาจฝ่ายตุลาการพิจารณาว่าความผิดนั้นจะอยู่ในลักษณะจะส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้แก่กันได้หรือไม่เท่านั้น ระบบของ common law จึงสะท้อนให้เห็นว่า การจับกุมคุมขัง

* United States Codes (18 U.S.C.) Section 3181, 3184, 3186, 3188-3195.

บุคคลใดก็ตามสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาด้วยความยุติธรรม ถือว่าเป็นสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่งซึ่งควรจะต้องได้รับการเคารพ การส่งผู้ร้ายข้ามแดนก็เช่นเดียวกัน สิทธิของบุคคลที่เข้ามาอยู่ในดินแดนก็ย่อมได้รับความเคารพด้วยเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตาม อำนาจการใช้ดุลพินิจในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนขั้นสุดท้ายก็ยังเป็นของฝ่ายบริหาร โดยมีเหตุผลจำเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่ในทางปฏิบัติแล้ว ฝ่ายบริหารมักจะปฏิบัติตามที่ฝ่ายตุลาการเสนอความเห็นอยู่เสมอ

5. แนวโน้มของนานาชาติเกี่ยวกับปฏิบัติการส่งคนชาติข้ามแดน

1. แนวของประเทศในแถบยุโรป

สภายุโรป (the council of Europe) ได้ยกร่าง the European Extradition Convention ค.ศ. 1957 โดยมีประเทศจำนวนทั้งสิ้น 12 ประเทศได้ลงนามในอนุสัญญานี้ * ณ กรุงปารีส เมื่อ 13 ธันวาคม ค.ศ. 1957 โดยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการส่งคนชาติข้ามแดนไว้ใน Article 6 ของอนุสัญญาดังกล่าวดังนี้

1. (a) ภาคี่คู่สัญญาที่มีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่ส่งคนชาติของตนข้ามแดน
- (b) ภาคี่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายอาจจัดทำคำแถลงเมื่อลงนาม หรือเมื่อจัดส่งสัตยาบันสารหรือภาคยานุวัติสารเพื่อนิยามเกี่ยวกับ "คนชาติ" ในความหมายของอนุสัญญานี้

* Europe Treaty Series, No.24 ใน Council of Europe, มีรายชื่อประเทศที่ลงนามดังนี้ ออสเตรีย เบลเยียม เดนมาร์ก ฝรั่งเศส เยอรมนี กรีซ อิตาลี ลักเซมเบิร์ก เนเธอร์แลนด์ นอร์เวย์ สวีเดน ตุรกี

(c) . . .

2. ถ้าภาคีฝ่ายที่ได้รับการร้องขอไม่ส่งคนชาติของตนข้ามแดนเมื่อภาคีฝ่ายได้ร้องขอมา ภาคีฝ่ายนั้นจะต้องเสนอคดีนั้นให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของตนเพื่อฟ้องร้องต่อไป เพื่อความมุ่งประสงค์นี้ ภาคีที่ร้องขอจะต้องส่งคำแปลสำนวน ข้อสนเทศและพยานเอกสารหรือพยานวัตถุที่เกี่ยวข้องกับความผิดนั้นให้แก่ภาคีฝ่ายที่ได้รับการร้องขอโดยไม่คิดค่าใช้จ่ายตามที่ระบุไว้ในข้อ 12 วรรค 1 ภาคีฝ่ายที่ได้รับการร้องขอจะต้องแจ้งผลของการดำเนินการตามคำร้องให้ทราบด้วย 24

²⁴ Article 6 Extradition of Nationals

1. (a) A Contracting Party shall have the right to refuse extradition of its nationals.

(b) Each Contracting Party may, by a declaration made at the time of signature or of deposit of its instrument of ratification or accession, define so far as it is concerned the term "nationals" within the meaning of this Convention.

(c) Nationality shall be determined as at the time of the decision concerning extradition. If, however, the person claimed is first recognized as a national of the requested Party during the period between the time of the decision and the decision and the time contemplated for the surrender, the requested Party may avail itself of the provision contained in subparagraph (a) of this article.

24 (ต่อ)

2. If the requested Party does not extradite its national, it shall at the request of the requesting Party submit the case to its competent authorities in order that proceedings may be taken if they are considered appropriate. For this purpose, the files, information and extradite relating to the offence shall be transmitted without charge by the means provided for in Article 12, paragraph I. The requesting Party shall be informed of the result of its request.

ในการร่างเกี่ยวกับข้อบทเรื่องการส่งคนชาติข้ามแดนในวรรคแรก ได้มีการเจรจาข้อความที่แตกต่างจากข้อความที่ปรากฏในอนุสัญญาที่ได้ลงนามไว้โดยมีการเสนอให้ข้อความดังต่อไปนี้²⁵

"ภาคีฝ่ายที่ได้รับการร้องขออาจส่งคนชาติของตนข้ามแดนได้หากกฎหมายภายในของรัฐภาคีอนุญาต"²⁶

จะเห็นได้ว่า ข้อบทที่เสนอครั้งแรกการส่งคนชาติจะต้องเป็นไปตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศที่ลงนามไว้ หากกฎหมายภายในอนุญาตให้ส่งคนชาติได้ก็สามารถส่งคนชาติได้ แต่ในร่างที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1957 ในข้อความที่ว่า ภาคีสัญญามีสิทธิที่จะปฏิเสธนั้นหมายความว่า ได้มีการยอมรับการส่งคนชาติเป็นหลักปฏิบัติทั่วไปแต่ก็ยังอนุญาตให้ปฏิเสธการส่งคนชาติได้ อันเป็นการสะท้อนให้เป็นแนวคิดเหนือชาติ (a spirit of supranationalism) มากยิ่งขึ้น

ส่วนในวรรคที่ 2 ของข้อบทนี้ได้เปิดโอกาสให้แต่ละรัฐแก้ไขความยุ่งยากในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนบุคคลที่อาศัยอยู่ในรัฐนั้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งการส่งผู้อพยพโดยจัดทำเป็นคานถลง *

²⁵ Council of Europe, Consultative Assembly. Document 3-4 Eight Session, 1956, Doc. 556 De Frcitas, A European extradition convention 4 I Tramsact, Grot, Soc'y 25, 37-9 (1955).

²⁶ The requested party may grant extradition of its nationals if its law so permits

* คานถลงของประเทศนอร์เวย์ "As far as Norway is concerned, the term of national shall include both nationals and residents of Norway, The term shall also include nationals and residents of Denmark, Finland, Iceland and Sweden, if extradition is requested by state other than those mentioned"

ซึ่งรัฐบาลสวีเดนได้จัดทำคำแถลงตามข้อบทนี้โดยคำว่า "คนชาติ" ของสวีเดนให้รวมถึง คนสวีเดน คนต่างด้าวที่มีภูมิลำเนาอยู่ในสวีเดนและรวมถึงคนสัญชาติเดนมาร์ก ฟินแลนด์ ไอซ์แลนด์ และนอร์เวย์ รวมถึงคนต่างด้าวที่อาศัยในประเทศเหล่านี้ *

2. แนวโน้มของสหประชาชาติ

จากการจัดสัมมนาประชุมภายในกรอบขององค์การสหประชาชาติ ECOSOC ได้สนับสนุนการจัดประชุมเกี่ยวกับการป้องกันอาชญากรรม มีการประชุมระดับรัฐมนตรีเกี่ยวกับอาชญากรรมข้ามชาติ ที่เนเปิล อิตาลี เมื่อเดือนพฤศจิกายน 1994 ผู้เข้าร่วมการประชุมส่วนมากเห็นพ้องกันว่า การส่งผู้ร้ายข้ามแดน และมาตรการความร่วมมืออื่น ๆ เพื่อการปราบอาชญากรรม เป็นการส่งเสริมให้เกิดความสำเร็จอย่างมีประสิทธิภาพในการร่วมกันปราบอาชญากรรม และเป็นการเอื้ออำนวยต่อสนธิสัญญาแม่แบบที่สำคัญ ๆ ของสหประชาชาติ และยังมีความเห็นว่าการอุปสรรคต่อการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เช่น เรื่องการไม่ส่งคนชาติควรได้รับการแก้ไข

การส่งผู้ร้ายข้ามแดนอาจนับได้ว่าเป็นการยินยอมอย่างเป็นทางการที่จะส่งตัวผู้กระทำความผิดไปยังอำนาจของรัฐอื่น เพื่อวัตถุประสงค์ในการปฏิบัติตามคำพิพากษาไม่ว่าบุคคลผู้นั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม การส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนในทุกกรณีถือเป็นความตกลงเฉพาะรายภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าประเทศคู่ภาคีจะทำความตกลงโดยข้อตกลงโดยข้อตกลงทวิภาคีหรือพหุภาคี

* คำแถลงของประเทศสวีเดน "Within the meaning of this Convention the term of "national" shall in addition to Swedish nationals, alien domiciled in Sweden, nationals of Denmark, Finland, Iceland and Norway as well as alien domiciled in these States.

จุดเริ่มต้นของความร่วมมือระหว่างประเทศในการปราบอาชญากรรมมีมาตั้งแต่เริ่มความสัมพันธ์ทางการทูตอย่างเป็นทางการ ในสมัยช่วงกลางของศตวรรษที่ 18 การส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นเรื่องของผู้ลี้ภัยทางการเมืองมากกว่าผู้กระทำผิดตามกฎหมายจริง ๆ ต่อมาในยุคหลังของศตวรรษที่ 18 มีความเคลื่อนไหวไปมาหาสู่ของประชากรระหว่างรัฐมากขึ้น และมีปัญหาเกี่ยวกับการจับสับบนเส้นทาง พวกขุมโจรมืดและพวกหนีทหารมากขึ้น การส่งผู้ร้ายข้ามแดนจึงขยายขอบเขตออกไป

กฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไปมิได้บังคับให้เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน แต่ปล่อยให้ไปเป็นไปตามสัญญาข้อตกลงที่กำหนดกันไว้ ขณะเดียวกันกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไปก็มิได้กำหนดขอบเขตของเสรีภาพของแต่ละประเทศที่จะส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนเบื้องต้น ในกรณีที่ไม่มีความสนธิสัญญาการส่งผู้ร้ายข้ามแดนก็จะไปเป็นไปตามกฎหมายภายใน

อุปสรรคที่สำคัญและเห็นได้ชัดของความร่วมมือระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ได้แก่ การขาดกฎหมายภายในหรือหลักปฏิบัติระหว่างประเทศที่จะนำมาใช้ได้ ซึ่งจะก่อให้เกิดพื้นฐานทางกฎหมายในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เกิดการยินยอมพร้อมใจให้แก่ประเทศผู้ขอ ดังนั้นทางเลือกอื่นที่นิยมปฏิบัติกันคือการใช้ข้อพิจารณาของแต่ละประเทศ เช่น การเนรเทศ การจับไปปล่อยจากประเทศ หรือการตกลงเฉพาะกิจ รวมทั้งการสละสิทธิ์ของการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

การยอมรับถึงความสำคัญของหลักกฎหมาย ทำให้เกิดความนิยมกันว่าการส่งผู้ร้ายข้ามแดนแบบบังคับควรต้องมีพื้นฐานจากกฎหมายภายในที่เป็นที่ยอมรับกันทั่วไป เช่น การกำหนดว่าประเทศผู้ขอต้องปฏิบัติต่างตอบแทนในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เป็นต้น

การเจรจาเพื่อหาปสู่ความร่วมมือในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

ในทางทฤษฎี การเจรจาจัดทำความร่วมมือในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระดับภูมิภาคจะปฏิบัติได้ง่ายกว่า เช่น European Convention on Extradition and its additional protocols เพราะเป็นการรวมกลุ่มของประเทศที่มีความคล้ายกันทางการเมือง ทางภูมิศาสตร์ ตลอดจนวัฒนธรรมจะมีปัญหาที่เป็นอุปสรรคอยู่่างก็เช่น ปัญหาในการเตรียมคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนและข้อกำหนดรายชื่อฐานความผิดที่ส่งตัวข้ามแดนได้ และเรื่องข้อกำหนดให้ฐานความผิดที่จะส่งตัวได้ ต้องเป็นความผิดตามกฎหมายของทั้งประเทศผู้ร้องขอและประเทศผู้ถูกร้องขอซึ่งปัจจุบันมีแนวโน้มที่เปลี่ยนไปว่าจะไม่ต้องกำหนดชื่อฐานความผิดลงไป เนื่องจากมีปัญหาเกี่ยวกับระบบยุติธรรมที่แตกต่างกันหรือการใช้ภาษาสื่อเรียกที่ต่างกัน ขณะนี้จึงมักเขียนกำหนดไว้อย่างกว้างในข้อตกลงทวิภาคีหรือในสนธิสัญญาแม่แบบเพื่อการส่งผู้ร้ายข้ามแดนว่าเป็นความผิดที่ลงโทษได้ภายใต้กฎหมายของทั้งสองประเทศเป็นกำหนดระยะเวลา เช่นอย่างน้อย 2 ปี เป็นต้น

ในการกำหนดว่าฐานความผิดใดเป็นความผิดที่ลงโทษได้ภายใต้กฎหมายของทั้งสองประเทศนั้น องค์ประกอบที่จะไม่นำมาเป็นเงื่อนไขคือ ไม่ว่ากฎหมายของทั้งสองประเทศจะกำหนดการกระทำนั้น ๆ ไว้ในหมวดหมู่เดียวกันหรือไม่ หรือว่าจะให้คำจำกัดความที่เหมือนกันหรือไม่

เกี่ยวกับเรื่องการส่งคนชาติในสนธิสัญญาแม่แบบว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของสหประชาชาติได้ระบุไว้ใน Article 4²⁷ ดังนี้

เหตุผลในการปฏิเสธการส่งตัวข้ามแดนภายใต้กฎหมายแม่แบบของสหประชาชาติ เรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนอาจทำได้ในกรณีต่อไปนี้

1. ถ้าบุคคลนั้นเป็นคนชาติของรัฐที่ถูกร้องขอ ในกรณีเช่นนี้รัฐที่ร้องขออาจขอให้รัฐที่ถูกร้องขอยื่นเรื่องไปยังเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจเพื่อหามาตรการที่เหมาะสมเพื่อปฏิบัติต่อบุคคลผู้นั้นต่อไป
2. เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศที่ถูกร้องขอ ตัดสินที่จะไม่ดำเนินเรื่องต่อไป หรือที่จะสิ้นสุดวิธีการที่จะดำเนินเรื่องต่อบุคคลผู้นั้น
3. เมื่อการพิจารณาฐานความผิดที่ถูกร้องขออยู่ระหว่างการพักการพิจารณาในประเทศที่ถูกร้องขอ

²⁷ Article 4 Optional grounds for refusal

Extradition may be refused in any of the following circumstances :

- a) If the person whose extradition is requested is a national of the requested State., where extradition is refused on this ground, the requested State shall, if the other state so requests, submit the case to its competent authorities with a view to taking appropriate action against the person in respect of the offence for which extradition had been requested.

4. ถ้าฐานความคิดที่ถูกร้องขอมีโทษถึงแก่ชีวิตภายใต้กฎหมายของรัฐที่ร้องขอนอกจากว่ารัฐนั้นให้มาตรการแสดงความมั่นใจต่อรัฐที่ถูกร้องขอว่าโทษถึงแก่ชีวิตนั้นจะไม่นำมาใช้บังคับ หรือถึงแม้ถูกใช้บังคับก็ว่าจะไม่ถูกนำไปปฏิบัติ ถ้าความคิดที่ถูกร้องขอได้กระทำนอกอาณาเขตของทั้งสองประเทศ และกฎหมายของรัฐที่ถูกร้องขอก็มีได้ให้เขตอำนาจศาลเหนือความคิดนั้น หากกระทำนอกอาณาเขตภายใต้สถานการณ์เช่นเดียวกัน

5. ถ้าภายใต้กฎหมายของรัฐที่ถูกร้องขอถือว่าความคิดนั้นได้กระทำทั้งหมด หรือบางส่วนในประเทศที่ถูกร้องขอนั้น ในกรณีเช่นนี้ รัฐที่ร้องขอให้รัฐที่ถูกร้องขอยื่นเรื่องต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเพื่อหามาตรการที่เหมาะสมที่จะจัดการกับบุคคลต่อไป

6. ถ้าบุคคลที่ถูกร้องขอ ถูกตัดสินหรือผูกมัดที่จะถูกพิจารณาคดีหรือตัดสินในประเทศที่ร้องขอโดยศาลพิเศษหรือศาลชั่วคราว

มาตรานี้ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อชี้แจงกรณีที่มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนถูกปฏิเสธเพื่อให้ประเทศที่ถูกร้องขอมีเหตุผลพื้นฐานที่จะปฏิเสธ เพื่อปกป้องสิทธิของผู้ร้องหาและเพื่อรักษาอธิปไตยของประเทศที่ถูกร้องขอ

รัฐอาจจะนำบทบัญญัติของเหตุผลที่จะปฏิเสธการส่งตัวไปสำรวจในกฎหมายภายในก็ได้

ในส่วนของการส่งคนชาติหรือไม่นั้น ประเทศที่ใช้หลัก common law ส่วนใหญ่ไม่ได้จำกัดเรื่องการส่งคนชาติคือไม่ได้ถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญแต่จะเน้นหลักดินแดนเป็นหลักใหญ่ ว่ามีเขตอำนาจเหนือความคิดนั้น ๆ หรือไม่

ในขณะที่ประเทศที่ใช้ระบบ civil law ส่วนใหญ่ใช้หลักการมีอำนาจเหนือคนชาติคือ อาจปฏิเสธไม่ส่งตัวคนชาติ ดังนั้น ประเทศเหล่านี้จึงมักคาดการณ์ได้ว่าจะต้องพิจารณาลงโทษคนที่ถูกขอส่งตัว ภายใต้กฎหมายของตนสำหรับความคิดที่กระทำในประเทศอื่น หากได้รับการร้องขอ

ประเทศที่ใช้หลักระบบ common law จะไม่มีข้อบททั่วไปในกฎหมายของตนที่จะให้พิจารณาลงโทษคนชาติของตนสำหรับความคิดที่กระชานอกรัฐหรือรับเอาคำพิพากษาของต่างชาติมาบังคับคนชาติของตน ประเทศเหล่านี้มักเขียนไว้อย่างชัดเจนในสนธิสัญญา ที่ตนจะหาว่าจะกระทำเช่นนั้นได้ ต่อเมื่อกฎหมายของประเทศที่ถูกร้องขอกำหนดไว้เช่นนั้น บางประเทศอาจจะยืนยันให้เขียนเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญของตนที่จะไม่ส่งตัวคนชาติไว้ในสนธิสัญญา

แต่อย่างไรก็ดี บทบัญญัติในเรื่องการส่งคนสัญชาติข้ามแดนที่ได้ถูกบัญญัติไว้ในข้อบทเหตุผลที่จะปฏิเสธในการส่งตัว ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นการยอมรับหลักในการส่งคนชาติข้ามแดนในระดับหนึ่ง กล่าวคือ รัฐที่ได้รับการร้องขอมียุติปัจจัยที่จะส่งหรือไม่ส่งก็ได้ ดังนั้น หากสนธิสัญญาแม่แบบไม่ยอมรับหลักเรื่องการส่งคนชาติแล้ว บทบัญญัติเรื่องคนชาติก็ควรบัญญัติอยู่ในข้อบทการยกเว้นการส่งผู้ร้ายข้ามแดนมากกว่า จากการประชุมคณะกรรมการว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและความยุติธรรมทางอาญาของสหประชาชาติ สมัยที่ 4 ที่กรุงเวียนนา ระหว่างวันที่ 30 พฤษภาคม ถึงวันที่ 9 มิถุนายน 2538 มีการประชุมย่อยของ working group เกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ในที่ประชุมได้สนับสนุนให้มีการส่งคนชาติข้ามแดน โดยมีเหตุผลว่า จะทำให้การปราบปรามอาชญากรรมเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

คณะกรรมการว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมระหว่างประเทศก่อตั้งโดยคณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติ (Economic and Social Council) ในปี ค.ศ. 1992 เพื่อแทนที่คณะกรรมการว่าด้วยการป้องกันและควบคุมอาชญากรรม (Committee on Crime Prevention and Control) ซึ่งถูกยกเลิกไปแล้ว คณะกรรมการฯ ดังกล่าวประกอบด้วยสมาชิก 40 ประเทศ และเป็นองค์กรที่มีลักษณะ functional ที่มีความสำคัญขององค์การสหประชาชาติ หน้าที่สำคัญคือ การให้แนวทางด้านนโยบายในเรื่องการป้องกันอาชญากรรมและความยุติธรรมทางอาญา ดังนั้น ผลของแนวความคิดเห็นของที่ประชุมคณะกรรมการว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและยุติธรรมระหว่างประเทศจะต้องรายงานให้คณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคม (Ecosoc) ทราบและพิจารณาเพื่อเสนอให้สมัชชาสหประชาชาติพิจารณาเป็นมติของสมัชชาสหประชาชาติต่อไป ดังนั้นแนวโน้มในเรื่องการส่งคนชาติข้ามแดน

จึงเป็นเรื่องควรจะพิจารณากันโดยเจเฉพาะในยุคที่กระแสของความเหนือชาติ (a spirit of supra nations) มีมากยิ่งขึ้น แนวคิดและแนวปฏิบัติของประเทศที่ยึดถือหลักไม่ส่งคนชาติออกไปเปลี่ยนไป เนื่องจากบรรยากาศความร่วมมือของโลกมีมากยิ่งขึ้นก็ได้

3. อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ค.ศ. 1988

คณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติ (ECOSOC) ได้จัดการประชุมในเดือนกุมภาพันธ์ 1985 เพื่อเตรียมร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติด²⁸ และจากการร่วมพิจารณาแก้ไขของคณะกรรมการแก้ไขกฎหมายยาเสพติดและรัฐบาลของแต่ละประเทศ การประชุมได้จัดให้มีขึ้นที่ New Hofburg กรุงเวียนนา ประเทศออสเตรีย²⁹ ในวันที่ 25 พฤศจิกายน 1988 เพื่อลงนามรับรองอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ค.ศ. 1988 การประชุมดังกล่าวประกอบด้วยผู้แทนจากประเทศต่าง ๆ รวม 106 ประเทศ ได้พิจารณาสร้างอนุสัญญาฯ 1988 โดยฉันทามติ เมื่อวันที่ 19 ธันวาคม 1988 และได้เปิดให้ลงนามที่สำนักงานใหญ่สหประชาชาติ นครนิวยอร์ก สหรัฐอเมริกา ตั้งแต่วันที่ 20 ธันวาคม 1988 ถึงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 1989 จนถึงวันสุดท้ายให้ลงนามมีประเทศต่าง ๆ รวมทั้งสิ้น 71 ประเทศ ประเทศไทยได้เข้าร่วมการประชุมดังกล่าวด้วย โดยหัวหน้าคณะผู้แทนไทย (เอกอัครราชทูต ณ กรุงเวียนนา) มิได้ร่วมลงนามอนุสัญญาฯ แต่ลงนามเฉพาะในกรมสาร

²⁸ ข้อมติที่ 1988/8 ของคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของสหประชาชาติ

²⁹ United Nations Conference for the Adoption of A Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances. Vienna, Austria, 25 November - 20 December 1988 (E/CONF. 82/14)

สุดท้าย อนุสัญญานี้มีผลบังคับใช้ในวันที่ 11 พฤศจิกายน 1990 จวบจนถึงวันที่ 10 มกราคม 1992 มีรัฐเข้าร่วมเป็นภาคีแล้ว 55 รัฐ รวมทั้งกลุ่มประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (The European Economic Community) ³⁰ ด้วย

จากการศึกษาอนุสัญญาเดี่ยว 1961 พบว่ามีความประสงค์เพื่อจำกัดการบำรุง การผลิต การค้า การนำเข้าและส่งออก การจำหน่ายแจกและการใช้ยาเสพติดให้เป็นไปเฉพาะ เพื่อวัตถุประสงค์ในทางการแพทย์และทางวิทยาศาสตร์ และเพื่อต่อต้านยาเสพติดด้วย ส่วนอนุสัญญาว่าด้วยวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท ค.ศ. 1971 มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมยาเสพติดรวมถึงการจำกัดการใช้ยาในทางที่ผิด ตลอดทั้งในการผลิตสารวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตประสาทซึ่งสามารถนำไปใช้ในด้านการแพทย์ ให้ภาคีประเทศสมาชิกร่วมมือในการกำหนดประเภทของสารวัตถุออกฤทธิ์และมาตรการในการควบคุม โดยออกเป็นกฎหมายเพื่อบังคับใช้ด้านการผลิตการนำเข้า เป็นสินค้าออกหรือสินค้าเข้า ตลอดจนกำหนดวิธีการใช้สารประเภทนี้ในด้านการแพทย์ซึ่งได้รับใบอนุญาตจากรัฐบาลของประเทศต่าง ๆ เท่านั้น ส่วนอนุสัญญาฯ 1988 นี้ สรุปได้ว่ามีวัตถุประสงค์ 3 ประการ ได้แก่

1. เพื่อควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์
2. เพื่อเสริมความร่วมมือระหว่างประเทศ
3. เพื่อขยายความรับผิดชอบ

ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียด ดังต่อไปนี้

³⁰ Implementation of the International Drug Control Treaties, Report of the International Narcotics Control Board of substances for possible inclusion of the Table of the 1988 Convention, 10 February 1992, P. 4. (E/CN.7/1992/2).

1. อนุสัญญาฯ 1988 ออกมาเพื่อควบคุมพฤติกรรมมนุษย์

องค์การสหประชาชาติยอมรับว่าการลักลอบค้ายาเสพติดเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ กระทำโดยองค์การอาชญากรรมข้ามชาติสร้างความเสื่อมเสียบั่นทอนโครงสร้างของรัฐบาล ธุรกิจการค้าและการเงินอันชอบด้วยกฎหมายรวมทั้งสังคมในทุกระดับชั้น สหประชาชาติจึงบัญญัติมาตรการปราบปรามต่าง ๆ เช่น การริบทรัพย์สินเพื่อขจัดแรงจูงใจในการกระทำผิด เนื่องจากผู้ลักลอบค้ายาเสพติดหวังผลกำไรมหาศาลจากการค้ายาเสพติด เมื่อได้รับเงินและทรัพย์สินโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และได้ทำการโอนเงินผ่านธนาคารข้ามชาติ พร้อมทั้งแปรสภาพทรัพย์สินที่ได้มานี้ไปเป็นอย่างอื่น ซึ่งมาตรการริบทรัพย์สินในมาตรา 5 ของอนุสัญญานี้ให้ริบทรัพย์สินที่ได้รับมาและที่ใช้ในการกระทำผิดทั้งหมดได้ ส่วนมาตรการควบคุมการมอบส่ง (Controlled Delivery) ในมาตรา 11 เป็นการขจัดต้นตอของผู้กระทำผิดที่อยู่ในรูปขององค์การอาชญากรรม โดยมีผู้เป็นหัวหน้าใหญ่คอยบงการอยู่เบื้องหลังมาตรการนี้จะมีประโยชน์มากโดยประเทศภาคีสมาชิกให้ความร่วมมือซึ่งกันและกัน หรือมาตรการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ในกรณีที่มีการกระทำผิดในประเทศหนึ่งและหลบหนีไปนั้น ให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ โดยดำเนินการตามระเบียบวิธีของมาตรา 6 อนุสัญญานี้

จากการกระทำผิดของมนุษย์โดยอาศัยความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีและรูปแบบขององค์การอาชญากรรมในการกระทำผิด, การลักลอบขนยาเสพติดข้ามประเทศทางพื้นดิน ทางทะเล ทางเส้นทางคมนาคมทางอากาศ การโอนเงินผิดกฎหมายผ่านธนาคารประเทศต่าง ๆ การแปรสภาพทรัพย์สิน การใช้วิทยาศาสตร์เคมีผลิตสารสังเคราะห์เสพติดชิ้นใหม่เหล่านี้ ล้วนต้องการมาตรการพิเศษเพื่อมาปราบปรามให้หมดสิ้นจึงนับได้ว่าอนุสัญญาฯ 1988 ฉบับนี้เป็นการออกมาเพื่อควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์

2. อนุสัญญาฯ 1988 เป็นเรื่องของการเสริมความร่วมมือระหว่างประเทศ

สหประชาชาติและประเทศภาคีสมาชิกต่างตระหนักดีว่าการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่มีภัยร้ายแรงไม่สามารถ

ดำเนินการปราบปรามได้เพียงประเทศใดประเทศหนึ่ง หากแต่จะต้องให้ความร่วมมือช่วยเหลือซึ่งกันและกัน หลักการในอนุสัญญาฯ 1988 ที่แสดงให้เห็นถึงความมุ่งมั่นที่จะปรับปรุงความร่วมมือระหว่างประเทศ คือ หลักการเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เมื่อผู้กระทำความผิดได้หลบหนีไปอาศัยอยู่ในประเทศอื่น วัตถุประสงค์ที่แท้จริงได้ร้องขอให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้ ในกรณีนี้จะต้องใช้ความร่วมมือระหว่างประเทศจากรัฐที่ถูกร้องขอมาตราบการในมาตรา 7 ของอนุสัญญาฯ นี้ เกี่ยวกับความช่วยเหลือทางกฎหมายซึ่งกันและกันในการสอบสวน, การฟ้องร้องและเอกสารเกี่ยวกับการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมมาตราบการในมาตรา 11 เรื่องการส่งมอบยาเสพติดภายใต้การควบคุม จำเป็นต้องได้รับความร่วมมือจากรัฐปลายทางหากเป็นการควบคุมการส่งมอบที่มีการลักลอบค้ายาเสพติดข้ามประเทศ โดยเฉพาะความร่วมมือจากเจ้าหน้าที่ตำรวจและเจ้าหน้าที่ตรวจตราคนเข้าเมือง มาตราบการในมาตรา 9 เกี่ยวกับความร่วมมือในรูปแบบอื่นและการฝึกอบรม ขยายไปถึงความร่วมมือระหว่างรัฐในภูมิภาคเดียวกัน มาตราบการในมาตรา 10 ความร่วมมือและความช่วยเหลือระหว่างประเทศสำหรับรัฐผ่านแดน, มาตราบการในมาตรา 17 การปราบปรามการลักลอบค้ายาเสพติดทางทะเล กรณีที่รัฐภาคีที่สงสัยว่าเรือที่ชักธงชาติอื่นลักลอบค้ายาเสพติดก็ต้องขอความช่วยเหลือ หรือขออนุญาตจากภาคีเจ้าของธงเสียก่อนจึงจะดำเนินการปราบปรามได้ ซึ่งอนุสัญญาฉบับก่อน ๆ เช่น ในอนุสัญญาเดี่ยว 1961 เป็นเรื่องของความร่วมมือในการจำกัดการนำเข้าและการส่งออกยาเสพติด และอนุสัญญาฯ 1971 เป็นเรื่องของการควบคุมวัตถุที่มีฤทธิ์ต่อจิตและประสาท และเมื่อพิจารณาข้อความในมาตรา 6 ข้อ 11, มาตรา 7 ข้อ 20, มาตรา 10 ข้อ 3 ได้กำหนดให้ภาคีอาจจัดทำความตกลงหรือข้อตกลงทั้งในลักษณะทวิภาคีหรือพหุภาคี เพื่อเพิ่มพูนประสิทธิผลของความร่วมมือระหว่างประเทศ ตามข้อนี้ ซึ่งหากภาคีปฏิบัติตามข้อกำหนดนี้แล้วจะก่อให้เกิดสนธิสัญญาทวิภาคีและพหุภาคีเกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างประเทศ เฉพาะเรื่องของมาตรการต่าง ๆ ในอนุสัญญานี้ขึ้นอีกหลายฉบับและมาตรา 14 (1) เป็นการบัญญัติขึ้นเพื่อเสริมมาตรการความรุนแรงและเข้มงวดในการทำลายการลักลอบเพาะปลูกพืชสารยาเสพติด เพิ่มขึ้นกว่าบทบัญญัติตามอนุสัญญาเดี่ยว ค.ศ. 1961 อนุสัญญา ค.ศ. 1961 ที่แก้ไข และอนุสัญญา ค.ศ. 1971 ดังนั้นมาตรการต่าง ๆ ในอนุสัญญาฯ 1988 ที่กล่าวมาแล้วข้างต้นในหัวข้อนี้จึงเป็นเรื่องของการเสริมความร่วมมือระหว่างประเทศ และด้วยวัตถุประสงค์ของอนุสัญญานี้เองในมาตรา 2 ข้อ 1 ได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์ของอนุสัญญานี้ว่าเป็นการเสริมความร่วมมือระหว่างภาคีด้วย

3. อนุสัญญาฯ 1988 เป็นเรื่องของการขยายความรับผิดชอบ

จากการที่ได้วิเคราะห์มาแล้วว่า อนุสัญญาฯ 1988 นี้ได้ออกมาเพื่อควบคุมพฤติกรรมมนุษย์ และเป็นเรื่องของการเสริมความร่วมมือต่าง ๆ ต่อไปจะได้พิจารณาในลักษณะที่อนุสัญญานี้ได้ออกมามาตรการที่เป็นเรื่องของการขยายความรับผิดชอบในอนุสัญญาเดี่ยว 1961 เป็นเรื่องของการจำกัดการบำรุงการผลิต การค้า การนำเข้า ส่งออก การจำหน่ายแจกและการประชาสัมพันธ์ให้เป็นไปเฉพาะเพื่อวัตถุประสงค์ในทางการแพทย์และทางวิทยาศาสตร์และเพื่อต่อต้านยาเสพติดด้วย ในอนุสัญญาฯ 1971 เป็นเรื่องของการให้ประเทศภาคีสมาชิกร่วมมือในการกำหนดประเภทของสารวัตถุออกฤทธิ์ และมีมาตรการในด้านการควบคุมสารประเภทนี้ โดยออกเป็นกฎหมายเพื่อบังคับใช้ในด้านการผลิตการนำเข้าเป็นสินค้าออก หรือสินค้าเข้า ตลอดจนกำหนดวิธีการใช้สารประเภทนี้ในทางการแพทย์ ซึ่งได้รับใบอนุญาตจากรัฐบาลของประเทศต่าง ๆ เท่านั้น แต่ในอนุสัญญาฯ 1988 ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ในลักษณะที่เป็นองค์การอาชญากรรม นั่นคือ มีมาตรการปราบปรามผู้กระทำความผิดในขั้นต้น ผู้ที่จัดให้มีจัดการหรือให้เงินสนับสนุนการกระทำความผิด ๆ ในมาตรา 3 (1) (2) (3) (4) ก็ต้องรับผิดชอบทั้งสามารถโยงใยไปถึงผู้ที่ชักนำอยู่เบื้องหลัง โดยใช้เทคนิคควบคุมการส่งมอบ (Controlled Delivery) ที่กำหนดในมาตรา 11 และอนุสัญญาฯ 1988 ได้ขยายความผิดไปถึงวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาทซึ่งไม่ได้รวมอยู่ในบัญชี 1 หรือบัญชี 2 แต่ถ้าเคยมีการใช้ในการลักลอบค้ายาเสพติด หรือวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาทบ่อย ๆ และภาคีเห็นว่ามีความสำคัญขอให้แจ้งแก่คณะกรรมการทราบเป็นการขยายความรับผิดชอบไปถึงการใช้สารที่ยังไม่ได้กำหนดไว้ในบัญชี 1 หรือบัญชี 2 ซึ่งอาจจะมิเกิดขึ้นในอนาคตได้ ในเรื่องความรับผิดชอบและบทลงโทษในข้อ 3 ของอนุสัญญาได้ขยายความรับผิดชอบซึ่งในอนุสัญญาเดี่ยว 1961 และอนุสัญญา 1971 กำหนดเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดชอบนี้เฉพาะเป็นเรื่องการควบคุมการนำเข้า การส่งออก การผลิตยาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท แต่ในอนุสัญญาฯ 1988 ได้กำหนดความรับผิดชอบจากการผลิตการนำเข้า การส่งออกจำหน่ายครอบครอง ครอบครองเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติดหรือวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท การเสนอให้ การเสนอขาย เป็นนายหน้า จัดส่ง ขนส่ง ซึ่งยาเสพติด

หรือวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท การผลิต ขนส่ง ซึ่งยาเสพติดหรือวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท การผลิต ขนส่ง การจำหน่ายจ่ายแจก ครอบครองอุปกรณ์ วัสดุ หรือสารที่ระบุไว้ใน บัญชี 1 หรือ บัญชี 2 ถือเป็นเรื่องการขยายความรับผิดชอบ ซึ่งเดิมอนุสัญญาฉบับก่อน ๆ ไม่ได้ กำหนดไว้

การโอนแปรสภาพ บกบิต อาพราง ครอบครอง หรือใช้ทรัพย์สินที่ได้มาจากการ กระทำความคิดเกี่ยวกับยาเสพติด ถือเป็นเรื่องที่ต้องรับผิดชอบ โดยนํามาตรการริบทรัพย์สินใน มาตรา 5 มาใช้ ริบทรัพย์สินที่เป็นผลตอบแทนมาจากการกระทำความคิดและทรัพย์สินที่ใช้ใน การกระทำความคิดได้ด้วยลักษณะเช่นนี้ถือเป็นเรื่องการขยายความรับผิดชอบ

ในเรื่องการกำหนดอายุความในคดีลักลอบค้ายาเสพติด โดยกำหนดให้มีอายุความที่ ยาวนานพอสำหรับเริ่มดำเนินคดี การกระทำความคิดใด และหากผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดได้ หลบหนีกระบวนยุติธรรมก็ให้กำหนดอายุความที่ยาวนานกว่า ลักษณะนี้ถือเป็นเรื่องการขยาย ความรับผิดชอบ

หลักการและมาตรการเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในอนุสัญญาฯ 1988

การกระทำความคิดเกี่ยวกับการลักลอบค้ายาเสพติดระหว่างประเทศที่ได้ดำเนินการ โดยองค์กรอาชญากรรม ซึ่งส่วนมากแล้วอาชญากรรมประเภทนี้ จะเกิดขึ้นในประเทศหนึ่ง ในขณะที่ตัวอาชญากรรมจะหลบหนีหรือพำนักอยู่อีกประเทศหนึ่ง ทำให้ไม่สามารถนำตัวผู้กระทำ ความผิดมาลงโทษได้ ซึ่งเป็นปัญหาหนึ่งของการปราบปรามยาเสพติดที่สหประชาชาติได้พยายาม หาทางแก้ไขนับตั้งแต่ต้นสนธิสัญญา 1936 ซึ่งได้มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ดังจะ ได้กล่าวต่อไป เพื่อให้ทราบถึงหลักการของการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีความคิดเกี่ยวกับการลัก ลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ในเรื่องเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน อนุสัญญาฯ 1988 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 6 โดยมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1. ประเภทของความผิดในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

หลักในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนกำหนดให้ประเภทของความผิดที่จะส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้นั้น ต้องมีลักษณะเป็น double criminality นั่นคือ การกระทำนั้นนอกจากจะเป็นความผิดในประเทศที่ร้องขอแล้วยังต้องเป็นการกระทำอันเป็นความผิดในประเทศที่รับคำขออีกด้วย ซึ่งอนุสัญญาได้กำหนดให้ความผิดตามมาตรา 3 วรรค 1 เป็นความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ วนสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนทุกฉบับที่ได้จัดขึ้นระหว่างภาคีของอนุสัญญาฯ 1988 นี้จึงถือว่าความผิดเกี่ยวกับการลักลอบค้ายาเสพติดเป็นความผิดที่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้

2. ทางปฏิบัติในกฎหมายระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

การส่งผู้ร้ายข้ามแดนกระทำโดยอาศัยการสนธิสัญญา หรือโดยวิธีปฏิบัติต่างตอบแทนหรืออาศัยถ้อยที่ถ้อยอาศัยระหว่างประเทศ (Reciprocity)³¹ อนุสัญญาฯ 1988 ได้กำหนดไว้ว่า กรณีภาคีใดจะส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้โดยอาศัยสนธิสัญญา หากภาคีผู้ร้องขอไม่ได้ทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนต่อกันไว้ก็ให้ใช้ออนุสัญญาฯ 1988 นี้เป็นพื้นฐานทางกฎหมายในการพิจารณาส่งผู้ร้ายข้ามแดนต่อกัน และหากกรณีภาคีใดต้องมีกฎหมายภายในออกมาเพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนก็ให้ใช้ออนุสัญญานี้เป็นพื้นฐานในการออกกฎหมายเช่นว่านั้น³² นั่นคือ แม้ว่าระหว่างภาคีของอนุสัญญาฯ 1988 จะไม่มีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนต่อกันในรูปของสนธิสัญญาทวิภาคี ก็ส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยอาศัยอนุสัญญาฯ 1988 นี้ได้และสำหรับภาคีที่มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยวิธี Reciprocity ก็ให้ถือว่าความผิดตามมาตรา 3 วรรค 1 เป็นความผิดที่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้

³¹ สุพานิต มั่นสุข, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีอาญา, หน้า 161.

³² United Nations Convention Against Illicit traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances. Article 6 para 3. (E/CONF.82/15).

3. การปฏิเสธในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

อนุสัญญาฯ 1988 นี้ได้กำหนดเหตุผลในการปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไว้ 4 ประการ คือ

1. ในกรณีที่เป็นเหตุให้เชื่อว่าการขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น มีสาเหตุมาจากความคิดเห็นทางการเมืองของบุคคลนั้น ซึ่งแม้อนุสัญญาฯ นี้จะกำหนดให้ความคิดเกี่ยวกับการลักลอบค้ายาเสพติดไม่เป็นความคิดทางการเมือง³³ ก็ตาม การเรียกร้องให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นก็อาจมีสาเหตุจูงใจมาจากการเมืองก็ได้ ซึ่งในการที่จะชี้ว่าความคิดเป็นความคิดทางการเมืองหรือไม่นั้น เป็นสิทธิเด็ดขาดของประเทศที่ได้รับคำร้องขอ³⁴
2. ในกรณีที่เป็นเหตุให้เชื่อว่าการดำเนินคดีหรือการลงโทษบุคคลนั้นมีสาเหตุมาจากเชื้อชาติ ศาสนา หรือสัญชาติ ของบุคคลนั้นอันจะทำให้การดำเนินคดีนั้นปราศจากความยุติธรรม เจ้าหน้าที่ในการยุติธรรมหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้

ฝรั่งเศสวางหลักว่า "การกระทำที่กระทบกระเทือนต่ออำนาจอธิปไตยของประเทศ" คือ การกระทำที่มุ่งหมายจะเปลี่ยนแปลงหรือล้มล้างหลักการปกครองของประเทศในหลักใหญ่ คือ อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ แล้วถือว่าเป็นความคิดทางการเมือง ส่วนอังกฤษได้วาง

³³ Faiza patel, "Crime without frontiers : A proposal for an International Narcotics Court." Journal of International Law and Politics New York University, Vol 22 No. 4 Summer 1990, P. 723.

³⁴ United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotics Drugs and Psychotropic Substances. Article 6 para 7. (E/CONF. 82/15).

หลักว่าการจะเป็นความผิดทางการเมืองต้องหมายความว่า การกระทำความผิดเกิดขึ้นในขณะที่ มีความขัดแย้งทางการเมืองระหว่างคณะบุคคลตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไป โดยต่างฝ่ายต่างพยายามที่จะ บังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งยอมรับระบบการปกครองที่ฝ่ายตนต้องการ

3. ในกรณีที่เป็นเหตุให้เกิดคดีเรื่องต่าง ๆ ต่อบุคคลที่ถูกร้อง ขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน เช่น อคติจากกระบวนการยุติธรรม เป็น

4. ในกรณีที่เป็นคนชาติ อนุสัญญาฯ 1988 ได้กำหนดว่า กรณีที่รัฐภาคีผู้ได้รับคำร้องขอปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเพราะสาเหตุเป็นคนสัญชาติของตน รัฐภาคีนั้นจะต้อง ดำเนินการพิจารณาคดีลงโทษเอง³⁵ ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของอนุสัญญานี้ ที่ว่าผู้กระทำความ ผิดเกี่ยวกับยาเสพติดไม่ว่าพยานอยู่ที่ใดจะต้องได้รับการลงโทษ

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติตามอนุสัญญาฯ 1988 ก็เปิดช่องให้รัฐภาคีส่งคนชาติของตนข้าม แแดนได้ ทั้งนี้ การส่งคนชาติก็ต้องเป็นไปตามตัวบทกฎหมายภายในอนุสัญญาฯ 1988 ระบุว่า ให้นำรัฐภาคีที่มีพันธกรณีที่จะต้องดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดเอง หากไม่ส่งคนร้ายข้ามแดน ซึ่ง บทบัญญัติลักษณะ เช่นนี้มีเป็นครั้งแรกในสนธิสัญญาพหุภาคี แต่อย่างไรก็ดี ข้อกำหนดเกี่ยวกับการ ส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เป็นคนชาติในอนุสัญญาฯ 1988 นั้น เป็นการกำหนดไว้ในอนุสัญญาพหุภาคี

³⁵ Untied Nations Convention Against IIIicit traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances. Article 6 para 10 if extradition, sought for purposes of enforcing a sentence, is refused because the person sought is a national of the requested Party, the requested party shall, it its law so permits and in conformity with the requirements of such law, upon application of the requesting party, consider the enforcement of the sentence which has been imposed under the law of the requesting party, or the remainder thereof.

(Multilateral Treaty) เป็นสนธิสัญญาหลายฝ่ายซึ่งเป็นอุปสรรคในการดำเนินการให้เป็นไปตามข้อกำหนดได้ เพราะเรื่องของการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับเขตอำนาจของรัฐและสัมพันธ์ไมตรีแต่ละรัฐจะมีต่อกันเป็นพิเศษ ซึ่งสัมพันธ์ไมตรีระหว่างประเทศของแต่ละภาคีมีระดับความชอบพอไม่เท่ากันอนุสัญญาฯ 1988 มีทางแก้ไขโดยกำหนดไว้ในข้อ 11 ให้รัฐภาคีพยายามจัดทำความตกลงทวิภาคีและพหุภาคี เพื่อเพิ่มพูนประสิทธิผลในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เพราะการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะได้ผลดีเพียงไร ย่อมอาศัยความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศเป็นสำคัญ ซึ่งจะนำไปสู่การทำความตกลงส่งผู้ร้ายข้ามแดนแบบทวิภาคีหรือพหุภาคีต่อไป