

## การพัฒนาหลักประกันการคุ้มครองสิทธิของจำเลยในคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดน

ตามพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551

### The Development of the Guarantees of Rights of the Defendants in Extradition

Cases under Thai Extradition Act B.E. 2551 (2008)

ณัฐพล ชินะวงษ์ (Nattaphol Chinawong) ดร.ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช (Dr. Prasit Pivavatnapanich)

#### บทคัดย่อ

กรณีประเทศไทยได้รับการร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนบุคคลที่อยู่ในเขตแดนของประเทศไทยจากรัฐอื่น มีปัญหาที่ต้องการวิเคราะห์ว่ากระบวนการพิจารณาส่งผู้ร้ายข้ามแดนของประเทศไทยได้ให้มีการปฏิบัติตามหรือรับรองสิทธิมนุษยชนของบุคคลนั้นหรือไม่ งานวิจัยนี้ได้ศึกษาวิเคราะห์กฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดนของไทยในเชิงสิทธิและกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดน โดยการวิจัยเชิงเปรียบเทียบกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนตามพันธกรณีกฎหมายระหว่างประเทศของประเทศไทยเพื่อหาแนวทางแก้ไขกฎหมายและการตีความกฎหมายในปัจจุบันเพื่อให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดนของประเทศไทยมีรายละเอียดของกระบวนการที่เป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน จากการศึกษาเปรียบเทียบพบว่า บทบัญญัติของพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551 ยังมีความไม่เชื่อมโยงกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนในหลายส่วน และขาดความชัดเจน อาจเป็นผลให้เกิดความอสมมาตรระหว่างจำนวนบุคคลที่ประเทศไทยส่งตัวให้ต่างประเทศมีมากกว่าจำนวนบุคคลที่ต่างประเทศส่งตัวให้ประเทศไทย

#### ABSTRACT

In case where Thailand received a request for extradition of a person in her territory by the other state, one critical issue that needs to be determined is whether the human rights of the extradited person are violated as a result of the successful extradition and extradition proceedings. This study analyzes the present Thai extradition law in connection with rights and procedures in extradition cases and compares the international human rights obligations that are incumbent upon Thailand. The aim of the study is to sort out suggestions for possible amendments and interpretations of the current law so that the relevant details of the extradition proceedings would conform with Thailand's international human rights obligations. The result of the study showed that the current Extradition Act B.E. 2551 lacks sufficient and clear references and connections to human rights law. This problem may have created asymmetrical number of persons that Thailand extradites to other states which are more than the number of persons that other states extradite to Thailand.

**คำสำคัญ:** สิทธิมนุษยชนในกฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดน คดีส่งผู้ร้ายข้ามแดน พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551

**Keywords:** Human Rights in Extradition Law, Extradition Cases, Extradition Act B.E. 2551 (2008)

\* นักศึกษา หลักสูตรปรัชญาดุษฎีบัณฑิต สาขาวิชาการบริหารกระบวนการยุติธรรม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

\*\* ศาสตราจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

## บทนำ

การส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นกระบวนการทางกฎหมายสำคัญที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ในโลกยุคโลกาภิวัตน์ที่มีการย้ายถิ่นของประชากรจำนวนมากทั่วโลก โดยเฉพาะในประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจแบบเสรี และการเมืองการปกครองที่เป็นประชาธิปไตย ประเทศเหล่านี้มีอำนาจต่อการโยกย้ายถิ่นฐานของประชากรจากต่างประเทศ ซึ่งมีสาเหตุหลักมาจากแรงงานในประเทศไม่เพียงพอต่อความต้องการในการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ และจากนโยบายของประเทศที่ส่งเสริมการเข้ามาอยู่อาศัยและทำงานของคนต่างด้าว ซึ่งคนต่างด้าวเหล่านี้ บางส่วนอาจแฝงตัวมาโดยเป็นอาชญากรหรือผู้ร้ายหลบหนี ทำให้รัฐที่การกระทำผิดเกิดขึ้นหรือมีส่วนได้เสียที่มีเขตอำนาจการพิจารณาความผิด (Jurisdiction) ร้องขอบุคคลนั้นเป็นผู้ร้ายข้ามแดนไปดำเนินคดีและรับโทษ

สำหรับประเทศไทยนั้น เป็นประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจเสรีและการเมืองการปกครองแบบประชาธิปไตย จึงมีอำนาจต่อการโยกย้ายถิ่นฐานของคนต่างด้าว ดังที่กล่าวข้างต้น ข้อนี้สามารถเห็นได้จากยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2561 - 2580 (ราชกิจจานุเบกษา, 2561) ซึ่งระบุว่า การดำเนินนโยบายทางเศรษฐกิจของประเทศไทยที่ผ่านมา ส่งผลให้เกิดการเข้ามาลงทุนในประเทศไทยโดยนักลงทุนต่างประเทศเป็นจำนวนมาก รวมถึงเกิดการเคลื่อนย้ายของแรงงานต่างด้าวเพื่อให้อาการผลผลิตของประเทศสามารถขับเคลื่อนไปได้จากปัญหาตลาดแรงงานทั้งจากปัจจัยเศรษฐกิจที่ขยายตัวมากขึ้นและสภาพสังคมสูงวัยของประเทศไทย แต่ในขณะเดียวกันก็ทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายและปัญหาความมั่นคงต่างๆ ตามมา ที่รัฐจะต้องเข้ามาจัดการ ซึ่งนโยบายการค้าเสรีของประเทศไทยเช่นนี้ จะยังคงดำเนินต่อไปอีกอย่างน้อย 20 ปี ตามยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2561 - 2580 ที่กำหนดไว้ อย่างเช่นว่า รัฐพึงเสริมสร้างความเข้มแข็งและความสามารถในการแข่งขันกับต่างประเทศ ส่งเสริมการค้าขายกับต่างประเทศในด้านต่างๆ ส่งเสริมการนำผู้เชี่ยวชาญต่างประเทศเข้ามาทำงานในประเทศไทยเพื่อเป็นการถ่ายทอดองค์ความรู้และเทคโนโลยี ในขณะเดียวกัน ประเทศไทยเป็นประเทศที่ส่งเสริมความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและความร่วมมือกับรัฐอื่นในด้านต่างๆ รวมถึงการร่วมมือทางอาญาและการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ส่งผลให้ประเด็นเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เป็นประเด็นที่มีความสำคัญ ดังเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ มาตรา 66 ส่งเสริมความร่วมมือกับนานาประเทศอย่างแข็งขัน โดยบัญญัติว่า ประเทศไทยพึงส่งเสริมสัมพันธ์ไมตรีกับนานาประเทศโดยถือหลักความเสมอภาคในการปฏิบัติต่อกัน และไม่แทรกแซงกิจการภายในของกันและกัน ให้ความร่วมมือกับองค์การระหว่างประเทศ และคุ้มครองผลประโยชน์ของชาติและของคนไทยในต่างประเทศ (ราชกิจจานุเบกษา, 2560)

อย่างไรก็ดี ในบริบทของกฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดนของประเทศไทย ซึ่งมีทั้งมิติทางกฎหมายอาญาและกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง มาตรฐานในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดน ยังขาดความชัดเจนและมีความลึกลับ แตกต่างจากกระบวนการพิจารณาคดีอาญาโดยทั่วไป ส่งผลให้เกิดข้อครหาบ่อยครั้งว่ากระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของประเทศไทย ไม่เป็นไปตามมาตรฐานสากล โดยเฉพาะในเรื่องสิทธิมนุษยชน ประเด็นนี้มีความละเอียดอ่อนส่งผลกระทบต่ออย่างกว้างขวางต่อการเมืองภายในและการเมืองระหว่างประเทศ ดังเห็นได้จากประสบการณ์ในต่างประเทศ เช่น สถานการณ์ความไม่สงบในฮ่องกงก็เริ่มจากการออกร่างกฎหมายให้ฮ่องกงสามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนไปประเทศจีนแผ่นดินใหญ่ได้โดยไม่มีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิของจำเลยอย่างเพียงพอ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายฮ่องกงที่มีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามแบบฉบับของอังกฤษซึ่งเคยเป็นอดีตเจ้าอาณานิคม โดยประชาชนส่วนใหญ่กังวลในประเด็นหลักประกันการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม (Fair Trial) ในประเทศจีนและความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับความผิดทางการเมืองที่จะเป็นข้อยกเว้นในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน กรณีสหรัฐอเมริกาขอให้ทางการอังกฤษส่งตัวนายจูเลียน แอสซานจ์ (Julian Assange) เป็นผู้ร้ายข้ามแดนไปดำเนินคดีในสหรัฐอเมริกาในข้อหาความมั่นคงจากการทำเว็บไซต์ “Wikileaks” เปิดโปงเอกสารลับของทางการสหรัฐฯ อ้างว่าเป็นความผิดตามรัฐบัญญัติ

การกระทำอันเป็นจารกรรม (Espionage Act) มีประเด็นว่าอังกฤษจะถือว่าความผิดนี้เป็นความผิดทางการเมือง ซึ่งห้ามส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่ และยังมีประเด็นเพิ่มเติมว่าประเทศสวีเดนยื่นคำขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนไปดำเนินคดีข้อหา ล้วงละเมิดทางเพศซึ่งไม่เกี่ยวกับ จะพิจารณาตัดสินอย่างไร หรือในประเทศไทยกรณีรัฐบาลบาเรนห์ขอส่งผู้ร้ายข้ามแดน นาย Hakeem ซึ่งเป็นนักฟุตบอลที่ได้รับสถานะผู้ลี้ภัยจากประเทศออสเตรเลียส่งผลให้เกิดกระแสการเรียกร้องจาก นานาประเทศและองค์กรสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศให้รัฐบาลไทยปล่อยตัวนาย Hakeem ในขณะที่กฎหมายไทย ไม่เอื้อให้พนักงานอัยการในฐานะโจทก์ยุติคดีโดยที่รัฐผู้ร้องขอไม่ถอนคำร้อง กรณีที่รัฐบาลไทยส่งชนกลุ่มน้อยชาวอุยกูร์ ไปดำเนินคดีที่ประเทศจีนจนต่อมาเกิดเหตุการณ์ระเบิดที่ศาลพระพรหมเอราวัณ กรุงเทพมหานคร เป็นต้น (มูลนิธิผสาน วัฒนธรรม, 2559)

### วัตถุประสงค์การวิจัย

การศึกษาครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวคิด ระบบกฎหมาย กระบวนการ ปัจจัยที่เกี่ยวข้องและตัวแปรต่างๆ ที่มีผลกระทบต่อ การคุ้มครองสิทธิของจำเลยในคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดนของประเทศไทย เพื่อค้นหามาตรฐานสากลเกี่ยวกับ กฎหมายและมาตรการที่เป็นการคุ้มครองสิทธิของจำเลยในคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดน เพื่อเสนอแนะแนวทางปรับปรุงและพัฒนา ระบบกฎหมายและกระบวนการเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่ให้การคุ้มครองสิทธิของจำเลย เพื่อให้สอดคล้องกับ มาตรฐานสากลและได้รับการยอมรับจากประเทศที่เกี่ยวข้อง

### วิธีการวิจัย

ใช้วิธีวิจัยเชิงคุณภาพ ศึกษาวิจัยเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาการคุ้มครองสิทธิของจำเลยและรัฐที่เกี่ยวข้องกับ จำเลยในคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดน ไม่ว่าจะเป็นหนังสือ คำอธิบายกฎหมาย อนุสัญญาวิทยานินท์ วิทยานินท์ คู่มือการปฏิบัติงาน งานวิจัย บทความทางวิชาการ และเอกสารทางกฎหมายในระดับปฐมภูมิ เช่น สนธิสัญญา อนุสัญญา รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ เอกสารทางกฎหมายในระดับทุติยภูมิ เช่น คำอธิบายของสนธิสัญญาและอนุสัญญา แนวทางในการตีความ คำพิพากษาของศาลซึ่งจะประกอบด้วย คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ) ศาลต่างประเทศ ศาลไทย และศึกษาวิจัยโดยการสัมภาษณ์เชิงลึกผู้เชี่ยวชาญในการดำเนินคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดนตั้งแต่กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ สำนักงานต่างประเทศ สำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ศาลอาญา ศาลอุทธรณ์ นักวิชาการกฎหมายระหว่างประเทศ ทนายความที่มีประสบการณ์ว่าความผิดคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดนสถานเอกอัครราชทูต ต่างประเทศประจำประเทศไทย ฯลฯ จากนั้น ประเมินผล วิเคราะห์ และตีความ เพื่อนำสู่การค้นหาลักษณะของกฎหมายส่ง ผู้ร้ายข้ามแดนสำหรับการปฏิบัติของประเทศไทย และเสนอแนะปรับปรุงพัฒนาการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและกระบวนการ ของกฎหมายเพื่อให้การคุ้มครองสิทธิของจำเลยและรัฐที่เกี่ยวข้องกับจำเลยเป็นไปตามมาตรฐานสากลมากขึ้น

### ผลการวิจัย

พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551 และกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับ ไม่มีบทบัญญัติห้ามมิให้ส่งผู้ร้าย ข้ามแดนในกรณีที่จำเลยตกอยู่ภายใต้อันตรายที่จะถูกทรมาน และไม่มีบทบัญญัติให้เชื่อมโยงกฎหมายส่งผู้ร้าย ข้ามแดนกับกฎหมายสิทธิมนุษยชน เหมือนกับพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดนของประเทศอังกฤษ ค.ศ. 2003 มาตรา 21 และ 87 หรือรัฐบัญญัติรัฐบาลกลางว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญา (Federal Act on International Mutual Assistance in Criminal Matters) ของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ มาตรา 2 และ มาตรา 63 ส่วนประเทศ สหรัฐอเมริกาและประเทศฝรั่งเศส แม้จะไม่มีบทบัญญัติในกฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดนเชื่อมโยงกับกฎหมายสิทธิมนุษยชน

โดยตรง แต่ในทางการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาล ดังที่ได้ศึกษามา จะเห็นได้ว่า ศาลสหรัฐอเมริกา และศาลฝรั่งเศส พิจารณาคดีโดยนำรัฐธรรมนูญและพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมาบังคับกับคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยตรง

ประเทศไทยเป็นภาคีในอนุสัญญาห้ามทรมานหรือ Convention against Torture (“CAT”) ตั้งแต่วันที่ 2 ตุลาคม 2550 (ศาลอุทธรณ์, 2548) เกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น ข้อ 3 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า “ภาคีต้องไม่ขับไล่ ส่งกลับ (ผลักดันกลับออกไป) หรือส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนไปยังอีกรัฐหนึ่งเมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะตกอยู่ ภายใต้อันตรายที่จะถูกทรมาน” พันธกรณีดังกล่าวถือเป็นจารีตประเพณีกฎหมายระหว่างประเทศ (UNHCR, 2007) ซึ่งแม้จะไม่มีกฎหมายอนุวัติการ แต่ศาลไทยก็เคยวินิจฉัยว่า กฎหมายสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีบ่อเกิดมาจากจารีตประเพณีมาใช้ในการวินิจฉัยคดี เช่น คดีศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อร. 61/2560 หมายเลขแดงที่ อร. 4/2561 ระหว่างนายจตุรนต์ ฉายแสง ผู้ฟ้องคดี กับกระทรวงการต่างประเทศ ที่ 1 กับพวก ผู้ถูกฟ้องคดี วินิจฉัยตามอนุสัญญา ICCPR และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทาง คำพิพากษาฎีกาที่ 1142/2494 และที่ 12083/2526 ศาลไทยนำหลักจารีตประเพณีกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องการไล่สิทธิประชิดติดพัน (Hot Pursuit) และหลักความละเมิดมิได้ของสถานทูตมาปรับใช้ เป็นต้น

แม้ต่อมารัฐคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม จะมีความพยายามอนุวัติการโดยจัดทำร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมาน และการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ.... แต่ก็ไม่เป็นผลสำเร็จ ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เป็นการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน 2 มาตราหลัก คือ (1) ตามมาตรา 8 การกระทำความผิดฐานกระทำความทรมานและการกระทำความผิดฐานกระทำให้บุคคลสูญหายมีให้ถือว่าเป็นความผิดทางการเมืองตามกฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและกฎหมายว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา (2) มาตรา 12 ห้ามผลักดันกลับ ห้ามมิให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐส่งตัวบุคคลใดออกไปนอกราชอาณาจักร หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการส่งบุคคลดังกล่าวออกไปจะส่งผลให้บุคคลนั้นถูกกระทำความทรมานหรือถูกกระทำให้สูญหาย ซึ่งหลักการดังกล่าวทั้งสองสอดคล้องกับอนุสัญญา CAT และอนุสัญญาป้องกันและปราบปรามการบังคับให้บุคคลสูญหาย ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ มีเจตนารมณ์ดังปรากฏในบันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติฯ ว่า “โดยที่การทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายซึ่งกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงซึ่งไม่อาจยกเว้นให้กระทำได้ไม่ว่าสถานการณ์ใดๆ ประกอบกับประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประทุษร้ายหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี และอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ จึงต้องมีบทบัญญัติที่กำหนดฐานความผิดเป็นการเฉพาะ ตลอดจนมีมาตรการป้องกันและปราบปราม มาตรการเยียวยาผู้ได้รับความเสียหาย และมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้สามารถปฏิบัติตามข้อบทในอนุสัญญาดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งจะเป็นการยกระดับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในประเทศไทยให้เทียบเท่าสากล จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติ” (สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2560)

ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ผ่านการอนุมัติของสภานิติบัญญัติแห่งชาติจนสิ้นสุดวาระ ก่อให้เกิดเสียงวิพากษ์วิจารณ์ว่า รัฐไม่ให้ความสำคัญต่อกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและสิทธิมนุษยชนตามพันธกรณีกฎหมายระหว่างประเทศของประเทศไทย (ข่าวสดออนไลน์, 2562) มีข้อสังเกตว่า แม้คณะกรรมการการวิสามัญการสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และหน่วยงานต่างๆ จะเห็นว่า หลักการห้ามส่งกลับนั้น เป็นทางปฏิบัติที่เจ้าหน้าที่นำมาพิจารณาในการบังคับใช้กฎหมายอยู่แล้ว ก็ตาม แต่การที่พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551 ไม่มีบทบัญญัติตามหลักห้ามส่งกลับ ทำให้ประเด็นดังกล่าวไม่ใช่สิ่งที่ศาลต้องนำมาพิจารณา พระราชบัญญัติดังกล่าวไม่มีแม้แต่

บทบัญญัติที่เชื่อมโยงกับกฎหมายสิทธิมนุษยชน ต่างจากกฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดนของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส และสวิสเซอร์แลนด์ ซึ่งล้วนแต่มีกระบวนการหรือมาตรการที่เป็นทางการให้นำกฎหมายสิทธิมนุษยชนมาใช้กับคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดน ทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ก็ไม่มีบทบัญญัติคุ้มครองหลักห้ามส่งกลับ ต่างจากรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับปี ค.ศ. 1793 มาตรา 120 และฉบับปี ค.ศ. 1946 ซึ่งบทบัญญัติว่า “ผู้ซึ่งถูกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุการณ์กระทำของเขาเพื่อเรียกร้องเสรีภาพ มีสิทธิขอลี้ภัยในประเทศฝรั่งเศส” ส่วนสหรัฐอเมริกา อังกฤษ และสวิสเซอร์แลนด์ เป็นภาคีในอนุสัญญาผู้ลี้ภัยและนำมาบังคับใช้ในฐานะกฎหมายภายในอย่างเป็นทางการ สำหรับประเทศไทยนั้น มีแต่พันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น ไม่มีกฎหมายอนุวัติการหลักห้ามส่งกลับ หากนำมาใช้ก็เป็นทางปฏิบัติและดุลพินิจ ซึ่งเป็นกระบวนการที่ไม่เป็นทางการ (Soft Law) และไม่มีแบบแผนปฏิบัติที่ชัดเจน ดังนั้นแม้ไม่นำมาปฏิบัติโดยเคร่งครัด ก็ไม่มีผลบังคับหรือเกิดผลตามมาใดๆ ต่อผู้พิจารณา ซึ่งไม่เพียงพอต่อการบังคับใช้หลักกฎหมายซึ่งเป็นกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ถือเป็นจารีตประเพณีกฎหมายระหว่างประเทศ มาตรการบังคับใช้กฎหมายที่ดี เบื้องต้นจะต้องมีกฎหมายรองรับหน้าที่ของเจ้าหน้าที่โดยเฉพาะ เพราะเจ้าหน้าที่ย่อมมีความรับผิดชอบ หากไม่พิจารณาตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด อีกทั้งเป็นการนำหลักการที่เป็นที่ยอมรับ เป็นลายลักษณ์อักษร (Codify) ซึ่งจะทำให้การบังคับใช้หนักแน่นมากขึ้น ประกอบกับประเทศไทยใช้ระบบทวินิยม ไม่ใช่เอกนิยมเหมือนสหรัฐอเมริกา ดังนั้น อนุสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีควรตรากฎหมายอนุวัติการ แม้ว่าในทางปฏิบัติจะมีการนำมาบังคับใช้อยู่แล้ว ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้เกิดข้อโต้แย้งได้และการตีความที่แตกต่างในระดับเจ้าหน้าที่ และที่สำคัญเพื่อเป็นหลักประกันว่าคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดนทุกเรื่อง หน่วยงานและศาลจะต้องนำหลักห้ามส่งกลับมาพิจารณาเป็น Checklist เช่นเดียวกับหลักการพื้นฐานอื่นๆ เช่น หลัก Double Criminality

จะให้เห็นว่า หากไม่นำหลักห้ามส่งกลับมาบัญญัติไว้ในกฎหมาย ศาลและหน่วยงานอาจไม่นำมาพิจารณาในคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดน โดยอ้างว่า ไม่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องพิจารณา โดยเฉพาะในทางปฏิบัติแล้ว ศาลอาจไม่มีข้อมูลเพียงพอที่จะวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับการทรمانได้ เพราะต้องอาศัยข้อมูลจากฝ่ายรัฐโดยเฉพาะการข่าวกรอง แม้จะให้ศาลมีอำนาจเรียกกระทรวงการต่างประเทศมาให้ข้อมูลในประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ตามพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551 มาตรา 17 แต่ในทางปฏิบัติศาลก็ไม่ค่อยใช้อำนาจดังกล่าว นอกจากนี้ ข้อมูลที่ศาลเรียกได้ตามกฎหมายก็จำกัดเฉพาะประเด็นความร่วมมือหรือสัมพันธ์ระหว่างประเทศเท่านั้น ไม่รวมประเด็นอื่นเช่นการทรمان ในขณะที่บางประเทศกำหนดให้เป็นอำนาจการพิจารณาปัญหานี้แก่ฝ่ายบริหาร เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น ส่วนประเทศอังกฤษ ฝ่ายตุลาการวินิจฉัยอย่างไรแล้ว ฝ่ายบริหารก็ยังพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับการทรمانได้ ในทางตรงกันข้าม รัฐบาลไทยซึ่งใช้ดุลพินิจขั้นสุดท้ายในการส่งหรือไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนมักไม่พิจารณาประเด็นเหล่านี้โดยมักปิดให้เป็นความรับผิดชอบและการตัดสินใจของศาล (ศาลอุทธรณ์, 2548) กลายเป็นว่าต่างฝ่ายต่างโยนกันไปโยนกันมา ผลสุดท้าย ก็คือคดีไม่ได้รับการพิจารณาประเด็นการทรمان และมีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไปทั้งที่จำเลยอาจถูกทรมานหรือไม่ได้รับความเป็นธรรมในรัฐผู้ร้องขอ ทำให้ประเทศไทยตกเป็นผู้ละเลยไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีตามอนุสัญญา CAT

กฎหมายไทยและกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีและมีพันธกรณีล้วนแต่ห้ามการเลือกปฏิบัติในทุกกรณี เช่น ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 27 วรรคสาม “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้” กฎบัตรสหประชาชาติ ข้อ 1 ข้อ 55 และข้อ 78 รับรองหลักความเท่าเทียมของบุคคลทุกคนในสังคม (สำนักงานแกลงข่าวสหประชาชาติ, ม.ป.ป.) กฎบัตรสมาคมแห่งประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้หรือ ASEAN ข้อ 2 วรรคสอง “ให้อาเซียนและรัฐสมาชิกอาเซียนปฏิบัติตาม



หลักการดังต่อไปนี้ (ฐ) การไม่ปิดกั้นและการไม่เลือกปฏิบัติ” (สำนักงานเลขาธิการอาเซียน, 2550) ปฏิญญาสากล ว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 7 “ทุกคนเสมอภาคกันตามกฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันจากการเลือกปฏิบัติใดอันเป็นการล่วงละเมิดปฏิญญานี้และจากการยุยงให้มีการเลือกปฏิบัติดังกล่าว” (แอมเนสตี้ อินเตอร์เนชั่นแนล ไทยแลนด์, ม.ป.ป.) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 20 วรรคสอง “การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา ซึ่งยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือการใช้ความรุนแรง เป็นสิ่งตามห้ามตามกฎหมาย” ข้อ 26 “บุคคลทั่วปวงย่อมเสมอภาคกันตามกฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมายโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ ในกรณีนี้ กฎหมายจะต้องห้ามการเลือกปฏิบัติใดๆ และต้องประกันการคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคและเป็นผลจริงจังกจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลใดๆ เช่น เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นๆ” ทั้งนี้ การเลือกปฏิบัติถือเป็นข้อห้ามโดยเด็ดขาด ไม่มีข้อยกเว้นใดๆ แม้แต่ในภาวะฉุกเฉินจำเป็นเร่งด่วนซึ่งคุกคามความอยู่รอดของชาติ ก็ห้ามเลือกปฏิบัติเพียงเหตุแห่งเชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา หรือเผ่าพันธุ์ทางสังคม ตามข้อ 4 ของกติการะหว่างประเทศ กระทบการต่างประเทศ, ม.ป.ป.)

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าหลักความเท่าเทียม (Principle of Equality) และหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ (Principle of non-discrimination) ถือได้ว่าเป็นจารีตประเพณีกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งทั่วโลกให้การยอมรับ (Anaya, 1998) อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551 ไม่มีบทบัญญัติห้ามมิให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีที่รัฐผู้ร้องขออาจมีพฤติการณ์ที่จะเลือกปฏิบัติต่อจำเลยโดยเหตุผลของความแตกต่างทางด้านเชื้อชาติ สัญชาติ ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรือสถานะของบุคคล ในขณะที่สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนเฉพาะฉบับใหม่ๆ ที่ประเทศไทยเป็นภาคีเท่านั้น ที่มีบทบัญญัติห้ามส่งผู้ร้ายข้ามแดนรับรองหลักการดังกล่าว เช่น สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศฮังการีซึ่งลงนามเมื่อปี พ.ศ. 2561 ข้อ 4 วรรคห้า ระบุว่า “ในกรณีที่รัฐผู้ได้รับคำร้องขอมีเหตุอันหนักแน่นเชื่อได้ว่า การร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนในคดีความผิดอาญานั้น กระทำโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อดำเนินคดีหรือลงโทษบุคคลโดยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ หรือความคิดเห็นทางการเมือง หรือสถานะของบุคคลอาจถูกกระทบกระเทือนเพราะเหตุผลดังกล่าว ห้ามมิให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยเด็ดขาด” (Mandatory Grounds for Refusal) (Ministry of Foreign Affairs, 2019) หรือสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศอินเดีย ข้อ 2 วรรคสอง สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชา ข้อ 3 วรรคสอง ในขณะที่สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนรุ่นเก่า เช่น สนธิสัญญาระหว่างประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ และกับประเทศสหรัฐอเมริกา ก็ไม่มีบทบัญญัติดังกล่าวแต่อย่างใด ส่วนกฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดนของประเทศอังกฤษและประเทศสวีเดนแลนด์มีบทบัญญัติดังกล่าวด้วยวิธีเชื่อมโยงเข้ากับกฎหมายสิทธิมนุษยชน

นอกจากนี้ ประเทศไทยไม่ได้เป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย 1951 (Convention Relating to the Status of Refugee) ใดๆก็ตาม หลักการที่ว่าผู้ที่หลีกเลี่ยงอันตรายความไม่ปลอดภัยจากประเทศต้นทางมีสิทธิที่จะไม่ถูกส่งกลับและได้รับที่พักพิงในรัฐที่เขาหนีมาพำนัก (Non-Refoulement) นั้น ถือเป็นจารีตประเพณีกฎหมายระหว่างประเทศ (Choo, 2018) และหลักการของกฎหมายผู้ลี้ภัยบางหลักการ เช่น หลักไม่ควมคุมตัวตามอำเภอใจ ก็ถือเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่จะละเมิดมิได้ (สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ, ม.ป.ป.) แนวคิดเรื่องกฎหมายผู้ลี้ภัยถือว่า มนุษย์มีสิทธิที่จะหนีการละเมิดสิทธิมนุษยชนในรัฐอื่นมาพึ่งพาความปลอดภัยในอีกรัฐหนึ่งเพื่อตนเองหรือครอบครัว แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงกรณีที่ไม่ได้รับความสะดวกในรัฐที่หนีมา ตามอนุสัญญาข้อ 26 และข้อ 31 รัฐมีหน้าที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ลี้ภัยไม่ดำเนินคดีโดยไม่มีเหตุตามกฎหมาย ให้สิทธิในการเดินทางข้ามแดนไปยังประเทศ

อื่น นอกจากนี้ บุคคลที่ลี้ภัยจะไม่ถูกควบคุมตัวหรือดำเนินคดีโดยอำเภอใจ (arbitrary) ใดๆก็ติ รัฐมีสิทธิควบคุมตัวผู้ลี้ภัยไว้เป็นเวลานานเกินไปเพื่อพิจารณาคำร้องขอลี้ภัย หรือผู้ลี้ภัยดำเนินการขอลี้ภัยในรัฐที่สาม ทั้งนี้ ให้อยู่ภายใต้หลักความได้สัดส่วน หลักการไม่เลือกปฏิบัติ หลักความชอบด้วยกระบวนการ หลักมนุษยธรรมและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยระหว่างนี้ห้ามผลักดันกลับ

เมื่อได้รับสถานะผู้ลี้ภัยแล้วย่อมมีความหมายว่าบุคคลนั้นจะไม่ถูกส่งผู้ร้ายข้ามแดนกลับไปยังประเทศที่เขาพา เพราะจะขัดต่อหลัก Non-Refoulement ซึ่งเป็นหลักการขั้นพื้นฐานของกฎหมายผู้ลี้ภัย แต่อย่างไรก็ดี การได้รับสถานะผู้ลี้ภัยไม่ได้เป็นหลักประกันว่า บุคคลที่ได้รับสถานะดังกล่าวจะไม่มีทางที่อาจจะถูกส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนไปดำเนินคดีในประเทศที่สามซึ่งเขาได้กระทำผิดตามกฎหมายของประเทศนั้น หากว่าเข้าเกณฑ์และเงื่อนไขของการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของรัฐผู้ร้องขอและรัฐผู้รับการร้องขอ และประการสำคัญการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไปดำเนินคดีนั้นจะปลอดภัย (safe) ต่อจำเลย คือ ไม่มีภัยอันตรายหรือจะถูกเลือกปฏิบัติตามหลักกฎหมายผู้ลี้ภัย (Gilbert, 2017) ในกรณีเช่นนี้ สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติวางหลักเกณฑ์ไว้ชัดเจนว่า รัฐผู้รับการร้องขอจะต้องพิจารณาคำมั่นของรัฐผู้ร้องขอว่าจะปฏิบัติต่อจำเลยด้วยความเป็นธรรม ประกอบกับพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งปวง ไม่อาจพิจารณาแต่เฉพาะคำมั่นเท่านั้น (สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ, 2562)

แม้ประเทศไทยจะไม่ได้เป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย 1951 ก็ตาม แต่ก็ยอมให้ข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติเปิดสำนักงานพิจารณาคำร้องผู้ลี้ภัยได้โดยรัฐบาลไทยให้ความร่วมมือต่อข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ โดยประเทศไทยให้ความร่วมมือในฐานะสมาชิกองค์การสหประชาชาติให้การคุ้มครองไม่ผลักดันกลับบุคคลที่หนีเข้ามาในเขตแดนไทยและยื่นคำร้องขอลี้ภัยต่อสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (เชษฐวิชัย แสนดี, 2557) ยกตัวอย่างเช่น กรณีนางวูซึ่งนับถือลัทธิฝ่าหลุนกงหนีการจับกุมจากรัฐบาลจีนในข้อหาเกี่ยวกับการศาสนา และการแสดงความคิดเห็นทางการเมืองมาประเทศไทยเมื่อปี 2555 ยื่นคำร้องขอลี้ภัยต่อสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติในประเทศไทย ได้รับอนุมัติคำร้องโดยได้รับสถานะผู้ลี้ภัยเนื่องจากสำนักงานข้าหลวงใหญ่ฯ พิจารณาแล้วเห็นว่า นางวูอาจถูกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมจากทางการจีนหากกลับประเทศจีน นอกจากนี้ คณะรัฐมนตรีไทยมีมติอนุมัติร่างระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการบริหารจัดการคนเข้าเมืองผิดกฎหมายและผู้ลี้ภัย (มติคณะรัฐมนตรี, 2560) และอนุมัติร่างข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยผู้ลี้ภัย (Global Compact on Refugees) และร่างข้อตกลงระหว่างประเทศเพื่อการโยกย้ายถิ่นฐานที่ปลอดภัย เป็นระเบียบ และปกติ (Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration) ซึ่งเป็นการเพิ่มมาตรการต่างๆ เกี่ยวกับการให้สถานะผู้ลี้ภัย รวมถึงช่องทางการส่งกลับประเทศต้นทางภายใต้คำรับรองและคำมั่นว่าจะให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (มติคณะรัฐมนตรี, 2561)

หลักการห้ามผลักดันกลับปรากฏในอนุสัญญา CAT ข้อ 3 ซึ่งให้ใช้กับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนด้วย กฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดนบางประเทศที่มีระบบคุ้มครองสิทธิสูง เช่น ประเทศอังกฤษ มีบทบัญญัติรับรองการขอลี้ภัยในระหว่างคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดน หากจำเลยยื่นคำร้องขอเป็นผู้ลี้ภัย ห้ามมิให้ดำเนินการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจนกว่าจะมีคำสั่งคำร้องดังกล่าว จำเลยสามารถขอเป็นผู้ลี้ภัยได้ตลอดเวลาตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการพิจารณาคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดนจนถึงวันที่มีคำสั่งถึงที่สุดตามพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน ค.ศ. 2003 มาตรา 39 ทั้งนี้ เหตุแห่งการขอลี้ภัยเป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยสถานะผู้ลี้ภัย ข้อ 1 เอ (2) ซึ่งประเทศอังกฤษเป็นภาคี คือ ผู้ที่เกรงว่าจะถูกปฏิบัติโดยไม่ชอบด้วยเหตุผลทางด้านเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ การเป็นสมาชิกองค์กรทางสังคมหรือการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง ไม่ว่าจะนอกประเทศสัญชาติของตน หรือโดยไม่สามารถหรือเกรงว่าจะไม่ได้รับการคุ้มครองในเรื่องดังกล่าว นอกจากนั้น ตามอนุสัญญาดังกล่าว ข้อ 33 มีหลักห้ามส่งกลับผู้ลี้ภัยหรือบุคคลซึ่งอาจได้รับอันตรายต่อชีวิตหรือเสรีภาพโดยเหตุผลของเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ การเป็นสมาชิกองค์กรทางสังคมหรือการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง (หลัก Non-Refoulement) ซึ่งทั้งสองหลักการดังกล่าว

ได้นำมาใช้ในคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดนด้วย ตามมาตรา 39 และ มาตรา 121 แห่งพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน ค.ศ. 2003 เมื่อทางการอังกฤษอนุมัติคำขอเป็นผู้ลี้ภัยแล้ว หากคำขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนอยู่ในการพิจารณาของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยหรือศาล ย่อมไม่อาจสั่งให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ตามบทบัญญัติดังกล่าว หากศาลสั่งให้ส่งยอมเป็นการละเมิดกระบวนการ (Abuse of Process)

อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551 ของประเทศไทย ไม่ได้มีบทบัญญัติเชื่อมโยงนำแนวคิดห้ามผลักดันกลับและการรับรองสถานะผู้ลี้ภัยไว้ในกฎหมายแต่อย่างใด และไม่พบว่าในทางปฏิบัติได้มีการนำหลักผู้ลี้ภัยมาใช้ในคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดน ยกตัวอย่างเช่นคดีนักฟุตบอลชาวบาเรนห์นาย Hakeem ซึ่งหนีการจับกุมและดำเนินคดีจากประเทศบาเรนห์ในข้อหาความผิดเกี่ยวกับการชุมนุมประท้วงต่อต้านระบอบการปกครองของประเทศบาเรนห์ ต่อมาได้รับสถานะผู้ลี้ภัยและไปพำนักที่ประเทศออสเตรเลียกับครอบครัว นาย Hakeem เดินทางเข้ามาประเทศไทยเพื่อท่องเที่ยวแต่ถูกจับกุมตัวตามหมายจับตำรวจสากล ต่อมารัฐบาลบาเรนห์ยื่นคำร้องต่อกระทรวงการต่างประเทศขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนจากทางการไทย คำร้องถูกส่งจากกระทรวงการต่างประเทศไปยังอัยการสูงสุด อัยการสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นไปตามเงื่อนไขพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน จึงยื่นฟ้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนต่อศาลอาญาคดีดำเนิรอยู่หลายสัปดาห์ จนมีกระแสต่อต้านการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนาย Hakeem ไปทั่วโลกรวมทั้งในประเทศไทย แม้ทนายจำเลยจะยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับสถานะผู้ลี้ภัยของจำเลยและหลักการไม่ส่งกลับ แต่เมื่อไม่มีระบบหรือหลักประกันว่ากระทรวงการต่างประเทศ อัยการสูงสุด หรือศาล จะต้องมีการพิจารณาเรื่องนี้ จนสุดท้ายคดียุติได้ด้วยการกดดันทางการเมือง ประเทศออสเตรเลีย อังกฤษ สหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป เรียกร้องให้ทางการไทยยุติคดี สุดท้ายทางการไทยเจรจากับทางการบาเรนห์ จนทางการบาเรนห์ยอมยุติคดีเอง พนักงานอัยการจึงขอถอนคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดน คดีจึงสามารถยุติได้ (มติคณะรัฐมนตรี, 2561) มีข้อสังเกตว่า คดีนี้ หากทางการบาเรนห์ไม่ยอมถอนคำร้อง พนักงานอัยการก็จะไม่ถอนคำฟ้อง และศาลก็อาจจะไม่มีเครื่องมือและบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจยกฟ้องคดี โดยเหตุผลว่าจำเลยได้รับสถานะผู้ลี้ภัยจากประเทศอื่นแล้วและตามหลักการไม่ผลักดันกลับ (Non-Refoulement) อันเป็นหลักการกฎหมายระหว่างประเทศ ก่อนที่อัยการสูงสุดจะมีคำสั่งให้ถอนฟ้อง ก็มีการพิจารณาตามระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุด ว่าด้วยการสั่งคดีอาญาที่ไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคง หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ พ.ศ. 2554 และเห็นว่า เข้าหลักเกณฑ์ตามข้อ 5 และ ข้อ 6 ประกอบกับพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 เห็นว่า เข้าเงื่อนไขตามบทบัญญัติดังกล่าวที่ให้ถอนฟ้องได้ แต่หากพิจารณาตามระเบียบและพระราชบัญญัติดังกล่าวก็ไม่พบหลักการพิจารณาคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยตรง ทั้งตามกฎหมายกระทรวงกำหนดคำร้องขอการส่งมอบตัวบุคคล และค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2553 ก็ไม่มีบทบัญญัติให้นำหลักกฎหมายผู้ลี้ภัยหรือหลักการห้ามผลักดันกลับมาพิจารณา การพิจารณาถอนฟ้องในกรณีนี้จึงไม่ได้มีฐานทางกฎหมายมาจากหลักการที่ชัดเจน หากมีฐานมาจากเพียงทางการบาเรนห์ขอยุติเรื่องเอง ซึ่งเป็นปัญหาในทางข้อเท็จจริง หากในกรณีต่อไปรัฐบาลต่างประเทศซึ่งร้องไม่ยอมยุติเรื่อง ประเทศไทยก็ไม่มีมาตรการตามกฎหมายที่จะพิจารณายุติเรื่องได้เองเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการกฎหมายผู้ลี้ภัย

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551 มีบทบัญญัติที่ไม่ชัดเจนหลายประการ ยกตัวอย่างเช่นกฎหมายไม่ได้กำหนดว่า เมื่อศาลมีคำสั่งถึงที่สุดให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนแล้ว คณะรัฐมนตรีจะต้องพิจารณาอีกหรือไม่ คงแต่กำหนดในมาตรา 22 ว่า เมื่อศาลมีคำสั่งถึงที่สุดให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนและรัฐบาลไทยพิจารณาให้ส่งตัว ก็ให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ความไม่ชัดเจนดังกล่าวทำให้ไม่ใช่ว่าทุกคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่มีการนำเข้าสู่การพิจารณาของคณะรัฐมนตรี อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถ้อยคำของพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551 จะเห็นว่า คำว่ารัฐบาลย่อมหมายถึงคณะรัฐมนตรี ดังนั้น คณะรัฐมนตรีจึงควรพิจารณาอนุมัติเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนทุกเรื่องเว้นแต่จะมอบหมายให้



นายกรัฐมนตรีหรือรองนายกรัฐมนตรีเป็นผู้อนุมัติแทน โดยที่ผ่านมาก็มีกรณีที่นายกรัฐมนตรีมอบหมายสั่งการให้เลขาธิการคณะรัฐมนตรีเรียกหน่วยงานต่างๆ มาประชุมปรึกษาหารือเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนคนสัญชาติไทย แล้วนำมติข้อเสนอที่ประชุมนั้นรายงานต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรีเพื่อรับทราบและเห็นชอบตามข้อเสนอดังกล่าว ศาลอุทธรณ์ถือว่าเป็นมติของคณะรัฐมนตรีและถือว่ารัฐบาลได้อนุมัติให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนแล้ว (คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ คดีหมายเลขดำที่ 1973/2538 หมายเลขแดงที่ 2965/2538) ตามนัยพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 มาตรา 4 ซึ่งกำหนดว่า การเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีให้เสนอได้เฉพาะเรื่องดังต่อไปนี้ (7) เรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ตามมาตรา 7 กำหนดว่า เรื่องที่เสนอคณะรัฐมนตรีต้องผ่านการกลั่นกรองของหน่วยงานแล้วเห็นว่าเป็นเรื่องสำคัญ แต่หากคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นเรื่องภารกิจปกติหรือมีแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนแล้ว คณะรัฐมนตรีจะมีมติมอบหมายให้นายกรัฐมนตรีหรือรองนายกรัฐมนตรีเป็นผู้อนุมัติให้ความเห็นชอบก็ได้ โดยให้ถือว่าเป็นมติของคณะรัฐมนตรี และแจ้งให้คณะรัฐมนตรีทราบ (ราชกิจจานุเบกษา, 2548)

จากพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวจะเห็นได้ว่าคณะรัฐมนตรีมีอำนาจมอบให้นายกรัฐมนตรีหรือรองนายกรัฐมนตรีให้การอนุมัติในเรื่องที่เกี่ยวกับการปฏิบัติตามความตกลงระหว่างประเทศได้โดยให้ถือเป็นมติคณะรัฐมนตรี โดยให้รายงานต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อทราบ กฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดนจึงไม่ได้หมายความว่า เมื่อกระทรวงการต่างประเทศส่งคดีให้อัยการสูงสุด และอัยการสูงสุดมอบหมายพนักงานอัยการฟ้องคดีต่อศาล จนศาลมีคำสั่งถึงที่สุดให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนแล้ว จะไม่ต้องมีการพิจารณาโดยคณะรัฐมนตรีหรือฝ่ายบริหารอีก เพราะมีฉะนั้น มาตรา 22 ก็คงไม่ใช่คำว่า “และรัฐบาล” อนุมัติให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ คำว่า “รัฐบาล” ย่อมไม่น่าจะที่จะหมายถึงกระทรวงการต่างประเทศและอัยการสูงสุด แต่หมายถึงคณะรัฐมนตรี การตีความเช่นนี้สอดคล้องกับระบบกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของประเทศไทยที่ใช้ระบบแบบผสมที่ให้ทั้งฝ่ายบริหารและตุลาการร่วมกันทำคำสั่งส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยอำนาจการตัดสินใจขั้นสุดท้ายในการส่งหรือไม่ส่งเป็นของฝ่ายบริหาร และสอดคล้องกับคำพิพากษาศาลอุทธรณ์คดีหมายเลขแดงที่ 384/2544 ซึ่งศาลวางหลักว่า อำนาจหน้าที่ของศาลในคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นแยกต่างหากจากอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนอย่างชัดเจน การส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นดุลพินิจในการตัดสินใจของฝ่ายบริหารซึ่งอาจใช้ก่อนหรือหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนแล้วก็ได้ (จิรฉวี อินทจาร และคณะ, 2548)

นอกจากนี้ ยังมีความไม่ชัดเจนในเรื่องอำนาจหน้าที่การพิจารณาของกระทรวงการต่างประเทศและอัยการสูงสุด กล่าวคือ มีความไม่ชัดเจนในแง่ของขอบเขตการพิจารณาของแต่ละหน่วยงานซึ่งกฎหมายกำหนดให้พิจารณาในเรื่องเดียวกัน คือ ให้พิจารณาเรื่องประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและเหตุผลอื่นที่ไม่อาจดำเนินการตามคำร้องได้แต่กฎหมายขาดความชัดเจนไม่ได้แบ่งแยกความรับผิดชอบของทั้งสองหน่วยงานและศาล และขาดความชัดเจนว่าขอบเขตการพิจารณา ดังที่กล่าวข้างต้น มีปัญหาว่าแต่ละหน่วยงานไม่พิจารณาให้ละเอียดรอบคอบและมักให้ศาลเป็นผู้พิจารณาหน่วยงานทำหน้าที่เป็นเพียง “ผู้ส่งไม้” ต่อเท่านั้น คำว่าเหตุผลอื่นที่ไม่อาจดำเนินการตามคำร้องได้ ไม่ได้ยึดโยงกับหลักเกณฑ์ส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551 ส่วนคำว่ากระทบความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ก็เป็นนามธรรม เป็นดุลพินิจ ไม่มีหลักเกณฑ์การตีความที่ชัดเจน

### อภิปรายและสรุปผลการวิจัย

ดังที่กล่าวข้างต้น ปัญหาในเชิงสิทธิและกระบวนการในกฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดนของประเทศไทยมีหลายประการ แต่จากการศึกษาสามารถสรุปได้เป็น 2 กลุ่มหลัก คือ ปัญหากระบวนการนิติบัญญัติที่ไม่เชื่อมโยงกับกฎหมายสิทธิมนุษยชน และปัญหาข้อปฏิบัติที่มีหลักเกณฑ์ไม่ชัดเจนของกฎหมายปัจจุบัน ในแง่ที่ไทยขอส่งตัวจากต่างประเทศทำให้เกิดปัญหาเนื่องจากรัฐต่างประเทศมองว่ากฎหมายไทยไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองสิทธิ ดังปรากฏว่าบางประเทศ เช่น ประเทศ

อังกฤษมีน้อยคดีมากที่สุดที่ส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนให้ไทย ส่วนใหญ่จะยกฟ้องทั้งสิ้น ตรงกันข้ามประเทศไทยมีแต่ที่จะส่งตัวให้แก่ประเทศผู้ร้องขอ จึงเกิดความอสมมาตร (Asymmetrical) ทาง การส่งผู้ร้ายข้ามแดนขึ้น (ชัชวาล สุขสมจิตร์, 2542) ผู้วิจัยเสนอแนะให้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในมิติต่างๆ รวมถึงการกำหนดแนวทางปฏิบัติและตีความกฎหมายเพื่อให้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นในขณะเดียวกันยังให้เกิดการคุ้มครองสิทธิแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดนอย่างเพียงพอตามมาตรฐานกฎหมายไทยและกฎหมายระหว่างประเทศ นอกจากนี้ ควรมีการผลักดันกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกัน เช่น ผลักดันการตราร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ.... รวมไปถึงการกำหนดแนวทางที่ชัดเจนเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ลี้ภัย แม้ว่าแนวทางบางอย่างของหลายประเทศ เช่น หลักการห้ามส่งผู้ร้ายข้ามแดนแอบแฝงโดยกฎหมายคนเข้าเมือง (Disguised Extradition) หรือพันธกรณีตามอนุสัญญาผู้ลี้ภัย จะไม่พียงนำมาใช้แก่กรณีของประเทศไทยโดยไม่คำนึงถึงบริบทที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ กฎหมายบางอย่างของต่างประเทศก็ไม่อาจนำมาใช้ในกรณีของประเทศไทยได้ จึงจำเป็นต้องวิเคราะห์ให้เกิดแนวทางการแก้ไขปัญหานั้นที่เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทยอย่างเพียงพอต่อไป

### กิตติกรรมประกาศ

ผู้วิจัยขอขอบคุณอาจารย์ที่ปรึกษาเป็นอย่างสูงที่ได้ให้คำแนะนำ ข้อเสนอแนะแก่ผู้วิจัยมาโดยตลอด ขอขอบคุณเพื่อนๆ หลักรัฐ DJA ทุกท่านสำหรับมิตรภาพและความช่วยเหลือเสมอมา และขอขอบคุณครอบครัวสำหรับกำลังใจอันเต็มเปี่ยม

### เอกสารอ้างอิง

กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง.

[ออนไลน์] [ม.ป.ป.] [อ้างเมื่อ 21 พฤศจิกายน 2563]

ข่าวสดออนไลน์. ทวี อัด สนช. ทิ้งกฎหมายสำคัญ ใช้เอาผิดเจ้าหน้าที่รัฐ ทรมานปชช.หรือทำให้สูญหาย. ข่าวสด.

[วารสารออนไลน์] 4 กันยายน 2562 [อ้างเมื่อ 21 กันยายน 2562]. จาก [https://www.khaosod.co.th/politics/news\\_2860088](https://www.khaosod.co.th/politics/news_2860088)

จิรวี อินทจาร, ประธาน จุฬาโรจน์มนตรี, ศิริชัย มงคลเกียรติศรี. การส่งผู้ร้ายข้ามแดน ทฤษฎีและแนวปฏิบัติการส่งผู้ร้ายข้ามแดน: บทสรุปแนวคิดและแนวพิจารณาของศาลอุทธรณ์ ตอนที่ 2 ศาลอุทธรณ์และพัฒนาการของการยอมรับหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน. กรุงเทพฯ : ศาลอุทธรณ์; 2548.

ชัชวาล สุขสมจิตร์. ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ

งานวิจัยหลักสูตรผู้บริหารกระบวนกรยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส.). กรุงเทพฯ : วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม; 2542.

มติคณะรัฐมนตรี. [ออนไลน์] 20 พฤศจิกายน 2561 [อ้างเมื่อ 21 กันยายน 2562]. จาก [http://www.odd.go.th/Web\\_Cabinet/PDF/2561Nov/20112018.pdf](http://www.odd.go.th/Web_Cabinet/PDF/2561Nov/20112018.pdf)

มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง กฎหมายสำคัญที่มีความจำเป็นเร่งด่วนที่ต้องเร่งรัดปรับปรุงหรือร่างกฎหมายขึ้นใหม่ ร่างพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง. [ออนไลน์] 10 มกราคม 2560 [อ้างเมื่อ 21 กันยายน 2562].

จาก [http://cabinet.soc.go.th/soc/Program2-3.jsp?top\\_serl=99322723](http://cabinet.soc.go.th/soc/Program2-3.jsp?top_serl=99322723)

มูลนิธิสานวัฒนธรรม. แดงการณคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดนกรณีนาย ฮาคิม อาลี โมฮัมหมัด อาลี อัล อา ไรบี

ขอให้ช่วยการสูงสุดมีดุลพินิจส่งถอนคดีเพื่อเดินทางกลับไปประเทศออสเตรเลียทันที. [ออนไลน์] 2559 [อ้างเมื่อ 21 กันยายน 2562]. จาก <https://voicefromthais.wordpress.com/2019/02/05/แดงการณคดีส่งผู้ร้าย/> ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 122 ตอนที่ 22 ก วันที่ 11 มีนาคม 2548

ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 135 ตอนที่ 82 ก วันที่ 13 ตุลาคม 2561

ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 40 ก วันที่ 6 เมษายน 2560

ศาลอุทธรณ์. การส่งผู้ร้ายข้ามแดน ทฤษฎีและแนวปฏิบัติ การส่งผู้ร้ายข้ามแดน: บทสรุปแนวคิดและแนวพิจารณาของ ศาลอุทธรณ์ ตอนที่ 2 ศาลอุทธรณ์และพัฒนาการของการยอมรับหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน. กรุงเทพฯ : ศาลอุทธรณ์, 2548.

ศาลอุทธรณ์. การส่งผู้ร้ายข้ามแดน ทฤษฎีและแนวปฏิบัติ การส่งผู้ร้ายข้ามแดน: บทสรุปแนวคิดและแนวพิจารณาของ ศาลอุทธรณ์ ตอนที่ 2 ศาลอุทธรณ์และพัฒนาการของการยอมรับหลักกฎหมาย ระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน. กรุงเทพฯ : ศาลอุทธรณ์, 2548.

สาระสำคัญอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำแย่คดีศรี.

[ออนไลน์] [ม.ป.ป.] [อ้างเมื่อ 21 กันยายน 2562]. จาก [http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd\\_1/International\\_HR/2557/CAT.pdf](http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd_1/International_HR/2557/CAT.pdf)

สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ. บันทึกแนวทางปฏิบัติเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและการคุ้มครองผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศ. [ออนไลน์] 2562 [อ้างเมื่อ 21 กันยายน 2562]. จาก <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5d07a0754>

สำนักงานแถลงข่าวสหประชาชาติ. กฎบัตรสหประชาชาติ. [ออนไลน์] [ม.ป.ป.] [อ้างเมื่อ 21 พฤศจิกายน 2563] จาก [https://treaties.mfa.go.th/pdf/%E0%B8%AA%E0%B8%99%E0%B8%98%E0%B8%B4%E0%B8%AA%E0%B8%B1%E0%B8%8D%E0%B8%8D%E0%B8%B2%E0%B8%97%E0%B8%B5%E0%B9%88%E0%B8%99%E0%B9%88%E0%B8%B2%E0%B8%AA%E0%B8%99%E0%B9%83%E0%B8%88/UN\\_Charter\\_Thai.pdf](https://treaties.mfa.go.th/pdf/%E0%B8%AA%E0%B8%99%E0%B8%98%E0%B8%B4%E0%B8%AA%E0%B8%B1%E0%B8%8D%E0%B8%8D%E0%B8%B2%E0%B8%97%E0%B8%B5%E0%B9%88%E0%B8%99%E0%B9%88%E0%B8%B2%E0%B8%AA%E0%B8%99%E0%B9%83%E0%B8%88/UN_Charter_Thai.pdf)

สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. .... [ออนไลน์] 2560 [อ้างเมื่อ 21 กันยายน 2562]. จาก [http://web.senate.go.th/bill/bk\\_data/458-1.pdf](http://web.senate.go.th/bill/bk_data/458-1.pdf)

สำนักงานเลขาธิการอาเซียน. กฎบัตรสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้. [ออนไลน์] 20 พฤศจิกายน 2550 [อ้างเมื่อ 21 พฤศจิกายน 2563] จาก <https://www.asean2019.go.th/wp-content//2018/12/280aea5d911fb5a2b0cdeffb42cc8d59-2.pdf>

Ministry of Foreign Affairs. Entry into Force of the Treaty between the Kingdom of Thailand and Hungary on Extradition. [Online] 24 April 2019 [cited 21 November 2020] Available from: <http://www3.mfa.go.th/main/en/news3/6886/102166-Entry-into-Force-of-the-Treaty-between-the-Kingdom.html>