

บทที่ 3

การติดตามเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดประเภทที่ระบุในอนุสัญญา สหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ.2003

ในบทนี้จะกล่าวถึงบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับมาตรการการติดตามเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดประเภทที่ระบุในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ.2003 ซึ่งมีเนื้อหาที่เกี่ยวข้องปรากฏอยู่ในหมวดที่ 3 เรื่องการกำหนดให้รัฐที่เป็นภาคีต้องมีการบังคับใช้กฎหมายภายในซึ่งกำหนดให้การกระทำที่เป็นการทุจริตประพฤติมิชอบตามหมวดนี้เป็นความผิดอาญา และหมวดที่ 5 เรื่องการติดตามเรียกคืนทรัพย์สิน

3.1 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ.2003 (UNCAC)

3.1.1 ที่มาและความจำเป็นในการจัดทำอนุสัญญาฯ

การแก้ปัญหาการทุจริตโดยผ่านสนธิสัญญาและพันธกรณีระหว่างประเทศ¹

นับตั้งแต่ปี 1996 เป็นต้นมา ข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตได้ช่วยยกระดับพันธกรณีทางการเมืองในการต่อต้านการทุจริตและได้เป็นสิ่งกำหนดบรรทัดฐานและแนวปฏิบัติพื้นฐานระหว่างประเทศในการแก้ปัญหาการทุจริต ครั้งหนึ่งเราเคยคิดว่าการต่อสู้กับปัญหาการทุจริตเป็นหน้าที่ของแต่ละรัฐบาล แต่เนื่องจากข้อตกลงว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตซึ่งเสริมด้วยการแถลงเจตนารมณ์ทางการเมืองที่เพิ่มมากขึ้น ความคิดที่ว่า ประชาคมโลกสามารถที่จะสนับสนุนและช่วยเหลือความพยายามของรัฐบาลในการต่อต้านการทุจริตได้เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป อีกทั้งเป็นที่ยอมรับกันว่าประชาคมโลกมีความใส่ใจอย่างแท้จริงที่จะพยายามแก้ปัญหาการทุจริตทั้งในระดับประเทศและระดับโลก²

¹ John Brandolino & David Luna, e- Journal USA “issues of Democracy”

December 2006: U.S. Department of State/Bureau of International Information Programs
<http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/1206/ijde/ijde1206.htm>

² อนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการต่อต้านการทุจริตในระดับภูมิภาค

ในยุโรป คณะมนตรีของยุโรป(The Council of Europe-COE)ได้พัฒนาเครื่องมือพื้นฐาน 3 ประการเพื่อเป็นแนวทางให้ประเทศสมาชิกใช้ในการปราบปรามการทุจริต เอกสารสองในสามฉบับนี้ได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายอาญาเพื่อการต่อต้านการทุจริตของคณะมนตรีของยุโรปปี

1997 (1997 COE Criminal Law Convention Against Corruption) และอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อการต่อต้านการทุจริตของคณะมนตรีของยุโรป(The CEO Civil Law Convention against Corruption) และเอกสารฉบับที่สามประกอบด้วยหลักการที่ไม่มีผลผูกมัด (COE Twenty Guiding Principles to Fighting Corruption) คณะมนตรีของยุโรปยังได้มีการพัฒนาหลักการติดตามเพื่อตรวจสอบการดำเนินงานตามหลักการและอนุสัญญาเหล่านี้ใน 42 ประเทศ ซึ่งรวมทั้งสหรัฐอเมริกาด้วย นอกจากนี้สหภาพยุโรป(EU)ได้จัดทำเอกสารหลายฉบับเพื่อเป็นคู่มือให้แก่ประเทศสมาชิก ได้แก่ EU Convention of the Fight Against Corruption Involving Officials of the European Communities or Official of Member States ปี 1997 และ EU Joint Action of Corruption in the Private Sector ปี 2002 ข้อตกลงเพื่อเสถียรภาพ (Stability Pact) ซึ่งร่างขึ้นในปี 2000 และมีประเทศทางยุโรปตะวันออกเฉียงใต้ 7 ประเทศได้ร่วมลงนามและกลไกการทบทวนระดับเดียวกันซึ่งเป็นผลมาจากข้อตกลงดังกล่าวเป็นที่รู้จักกันในนาม Stability Pact Anticorruption Initiative(SPAI)

ในกลุ่มประเทศละตินอเมริกา มีการเจรจาสนธิสัญญา Inter-American Convention Against Corruption ปี 1996 โดยได้รับการสนับสนุนจากองค์การนาารัฐอเมริกัน(OAS) ซึ่งองค์การนี้ได้สร้างกลไกการทบทวนระดับเดียวกันเพื่อตรวจสอบการดำเนินงานในปี 2001 ในปัจจุบันมี 33 ประเทศรวมทั้งสหรัฐอเมริกาเข้าร่วมเป็นภาคีในสนธิสัญญาฉบับนี้

ในทวีปเอเชีย ประเทศในภูมิภาคเอเชีย-แปซิฟิก 21 ประเทศได้ลงนามรับรองข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตที่ไม่มีผลผูกมัด ข้อตกลงฉบับนี้เป็นที่รู้จักในนาม ADB/OECD Anticorruption Action Plan for Asia and the Pacific ข้อตกลงดังกล่าวเกิดจากการสนับสนุนของธนาคารเพื่อการพัฒนาแห่งเอเชีย(Asian Development Bank-ADB) และองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา(Organization for Economic Cooperation and Development-OECD) และคาดว่าจะมีการทบทวนระดับเดียวกันในอนาคต เมื่อปี 2004 เหล่าผู้นำของกลุ่มประเทศความร่วมมือทางเศรษฐกิจในภูมิภาคเอเชีย-แปซิฟิก(Asia-Pacific Economic Cooperation – APEC) มีมติยอมรับ APEC Anticorruption Course of Action ซึ่งรวมพันธกรณีอันหนักแน่นว่าจะดำเนินการตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ตลอดทั้งการทำงานในระดับภูมิภาคในอันที่จะปฏิเสธที่จะให้ที่พำนักอันปลอดภัยแก่เจ้าหน้าที่ผู้ทุจริต ผู้ที่ให้สินบนและทรัพย์สินที่ได้มาโดยมิชอบของบุคคลเหล่านั้น

ในปี 2518-2519 มีเรื่องอื้อฉาวเกี่ยวกับการทุจริตต่างๆมากมายรวมทั้งกรณีอื้อฉาว Lockheed³ ส่งผลให้ประเทศสหรัฐอเมริกาต้องตรากฎหมายว่าด้วยการกระทำทุจริตในต่างประเทศ Foreign Corrupt Practice Act 1977 (FCPA) ขึ้นในเวลาต่อมา ทำให้สหภาพการค้าระหว่างประเทศ (International Chamber of Commerce-ICC) ได้จัดตั้งคณะกรรมการ Shawcross ขึ้นมี Lord Shawcross อดีตอัยการสูงสุดของอังกฤษเป็นประธาน เพื่อให้คำแนะนำในการจัดการปัญหาการคอร์รัปชัน และในปี 2519 คณะกรรมการได้จัดทำร่างกฎระเบียบเกี่ยวกับการปฏิบัติเพื่อปราบปรามการกรรโชกข่มขู่และการให้สินบนสำหรับเป็นพื้นฐานในการปฏิบัติของ

ในทวีปแอฟริกา อนุสัญญา African Union Convention on Preventing and Combating Corruption ได้รับการรับรองจากผู้นำรัฐต่างๆในคราวประชุมสุดยอด African Union Summit ที่จัดขึ้น ณ เมืองมาปูโต ประเทศโมซัมบิก เมื่อเดือนกรกฎาคม 2003 พิธีสารว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตของประชาคมเพื่อการพัฒนาแอฟริกาตอนใต้ปี 2001 (2001 South African Development Community Protocol Against corruption) ประกอบด้วยมาตรการต่างๆที่ได้รับการรับรองโดยประเทศในกลุ่มประชาคมเพื่อการพัฒนาแอฟริกาตอนใต้ (South African Development Community- SADC) 14 ประเทศ เมื่อปี 1999 Global Coalition for Africa (GCA) ได้จัดทำหลักการที่ไม่มีผลผูกมัดเพื่อต่อต้านการทุจริต โดยมีประเทศสมาชิก GCA ทั้งหมด 11 ประเทศให้การรับรอง

ในตะวันออกกลาง รัฐอาหรับต่างๆ ได้ดำเนินการโดยผ่านเครือข่ายภูมิภาคในการจัดทำโครงการธรรมาภิบาลเพื่อการพัฒนา (Good Governance for Development Initiative) เพื่อให้การสนับสนุนกระบวนการที่ดำเนินการอย่างต่อเนื่องทั้งในการปฏิรูปการปกครองและการทำให้ภาคเอกชนทันสมัย ตลอดจนสร้างสภาวะอันที่จำเป็นต่อการพัฒนาด้านเศรษฐกิจและสังคมให้ครอบคลุมทั่วทั้งภูมิภาค การต่อต้านการทุจริตเป็นงานหลักของการดำเนินการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในความพยายามที่จะดำเนินการตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต

³ เป็นเรื่องอื้อฉาวที่บริษัทผลิตเครื่องบินของสหรัฐอเมริกา Lockheed ได้จ่ายเงินสนับสนุนให้กับนักการเมืองของประเทศญี่ปุ่นและประเทศอื่นๆ เพื่อให้ความช่วยเหลือในการขายเครื่องบินให้กับผู้ซื้อซึ่งรวมถึง All Nippon Airways ของญี่ปุ่นด้วย ทำให้นายกรัฐมนตรี Tanaka Kakuei ซึ่งได้รับเงินสนับสนุนจำนวน 3 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ต้องลาออก

บรรษัท ICC Rules of Conduct to Combat Extortion and Bribery ซึ่งต่อมาได้มีการแก้ไขในปี 2539⁴

ต่อมา OECD ได้ออกคำแนะนำเป็นแนวทางสำหรับวิสาหกิจข้ามชาติ Guidelines for Multinational Enterprise ในเครือประเทศสมาชิก OECD เพื่อสร้างมาตรฐานสำหรับการดำเนินธุรกิจอย่างมีความรับผิดชอบ มีประเทศ 37 ประเทศที่เข้าร่วมลงนามในอนุสัญญาป้องกันและต่อต้านการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐในต่างประเทศจะเรียกรับสินบนจากการดำเนินงานธุรกิจระหว่างประเทศ(OECD Convention Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions) ได้ร่วมกันสร้างกลไกการทบทวนระดับเดียวกันเพื่อตรวจสอบการดำเนินการอนุสัญญา OECD ฉบับดังกล่าวมีขอบเขตที่เฉพาะเจาะจงและค่อนข้างแคบ โดยมีวัตถุประสงค์หลักคือ มุ่งเน้นการนำกฎหมายในประเทศไปใช้ดำเนินการทางอาญากับการให้สินบนเจ้าหน้าที่ของรัฐในต่างประเทศ

ข้อตกลงระดับพหุภาคีว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตได้รวบรวมหลักการต่างๆ ที่เป็นที่ยอมรับทั่วโลกในการต่อต้านการทุจริตและทำให้พันธะสัญญาของรัฐบาลว่าจะดำเนินการตามหลักการต่างๆ เหล่านี้ เป็นทางการมากขึ้น และเมื่อไม่นานมานี้ หลักการดังกล่าวได้ถูกรวมไว้ในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต(United Nations Convention Against Corruption-UNCAC) ซึ่งหลักการเหล่านี้ นอกจากจะกระตุ้นให้รัฐบาลประเทศต่างๆ กำหนดให้การกระทำการทุจริตในรูปแบบต่างๆ เป็นความผิดทางอาญา หลักการเหล่านี้ยังแสดงให้เห็นว่าการต่อต้านการทุจริตจำเป็นต้องมีการร่วมมือกันหลายๆ แนวด้วย

ในช่วงปลายปี 2548 ถึงต้นปี 2549 UNODC สำนักงานสหประชาชาติว่าด้วยยาเสพติดและอาชญากรรม ได้จัดประชุมสัมมนาเจ้าหน้าที่ระดับสูงในภูมิภาคต่างๆ รวม 7 ครั้ง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกระตุ้นให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ในแต่ละประเทศ ได้มีโอกาสมาพบปะพูดคุยกันแลกเปลี่ยนความคิดเห็นและข้อเสนอแนะซึ่งกันและกัน เกี่ยวกับการให้สัตยาบันและการดำเนินการตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต UNCAC โดยมีผู้เชี่ยวชาญและเจ้าหน้าที่ของ UNODC ให้ข้อมูลเกี่ยวกับความเป็นมา ขบวนการ และผลการเจรจาต่อรองเนื้อหาข้อความในบทบัญญัติของ UNCAC ก่อนจะมีการลงนามในอนุสัญญาในที่สุด

⁴ The Global Compact 2003, Background Information on the Fight against Corruption, http://www.unglobalcompact.org/docs/issuess_doc/7.7/back_corr.pdf

จวบจนถึงปัจจุบันนี้ ข้อตกลงที่มีเนื้อหาครอบคลุมกว้างขวางมากที่สุดและสามารถนำมาประยุกต์ใช้ไปทั่วโลกเป็นรูปเป็นร่างขึ้นได้ด้วยการสนับสนุนของสหประชาชาติ มีประเทศกว่า 130 ประเทศเข้าร่วมในการเจรจาอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตซึ่งกินเวลา 2 ปี และได้มีผลบังคับใช้ในเดือนธันวาคม 2005 อนุสัญญานี้ครอบคลุมการกระทำการทุจริตในรูปแบบต่างๆ ดังกล่าวข้างต้น และเป็นครั้งแรกที่มีการสร้างกรอบความร่วมมือในการเอาคืนซึ่งทรัพย์สิน นอกจากนี้ อนุสัญญานี้ยังเป็นแนวทางที่จะเป็นข้อตกลงเพื่อการต่อต้านการทุจริตระหว่างประเทศที่สามารถนำไปประยุกต์ใช้ทั่วโลกได้อย่างแท้จริงฉบับแรก โดยถึงปัจจุบัน มีประเทศร่วมลงนามรับรอง 140 ประเทศและเป็นภาคีแล้ว 136 ประเทศ

เป้าหมายสุดท้ายของ UNCAC คือประเทศสมาชิกสหประชาชาติให้สัตยาบันอนุสัญญานี้ขึ้นอย่างทั่วถึงครอบคลุมทุกภูมิภาคทั่วโลก ทั้งประเทศพัฒนาแล้ว ประเทศกำลังพัฒนา รวมทั้งประเทศด้อยพัฒนา และประเทศที่อยู่ระหว่างการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจ เพื่อให้เกิดการประสานงานให้ความช่วยเหลือสนับสนุนซึ่งกันและกัน ตลอดจนการบังคับใช้กฎหมายภายในและการให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางกฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ อันจะทำให้การป้องกันและปราบปรามการทุจริตเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต(UNCAC) เป็นก้าวสำคัญในการพัฒนาโครงสร้างของข้อตกลงว่าด้วยการปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศ อนุสัญญานี้ดังกล่าวได้นำประเด็นที่ได้กล่าวถึงในอนุสัญญาระดับต่างๆ ทั้งในระดับภูมิภาค และระดับนานาชาติที่มีอยู่ก่อนหน้านี้ และประเด็นอื่นๆ อีก เข้ามารวมกันเพื่อทำให้เป็นพันธกรณีที่ครอบคลุมกว้างขวางเพียงฉบับเดียว อนุสัญญานี้เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศฉบับแรกที่ทำให้ภาคี 140 ภาคีให้ความสนใจและในปัจจุบันก็มีมากกว่า 136 ภาคี นอกจากนี้มีความเป็นไปได้ที่อนุสัญญานี้จะกลายเป็นเครื่องมือระหว่างประเทศที่สามารถนำไปประยุกต์ใช้ได้ทั่วโลกเป็นฉบับแรกที่ว่าด้วยการทุจริตเพียงประเด็นเดียว หลักการต่างๆ เพื่อต่อต้านการทุจริตที่ได้นำไปทดลองใช้แล้ว ซึ่งรวมถึงการให้ความสำคัญต่อการร่วมมือระหว่างประเทศนั้น ปัจจุบันได้กำหนดไว้เป็นหลักการระดับโลกที่อาจถือได้ว่าเป็นหลักการที่มีต้นกำเนิดจากกลุ่มประเทศหรือภูมิภาคที่มีทัศนคติคล้ายคลึงกันเท่านั้น

3.1.2 หลักการและสาระสำคัญของอนุสัญญาฯ

ความเป็นมาและความสำคัญ⁵ของอนุสัญญานี้ถือได้ว่าเป็นอนุสัญญานับแรกที่ครอบคลุมประเทศต่างๆทั่วโลก เพราะก่อนหน้านี้ได้มีความพยายามในการต่อต้านการทุจริตที่เห็นได้ชัดอย่างเป็นรูปธรรมทั้งในการออกกฎหมายภายในประเทศ หรือการจัดทำอนุสัญญาระหว่างประเทศในระดับภูมิภาคต่างๆ แต่ปัญหาการทุจริตก็ยังคงเป็นปัญหาใหญ่ที่ทุกประเทศต่างเห็นพ้องกันว่า การป้องกันและปราบปรามการทุจริตต้องการความร่วมมือประสานงานกันอย่างกว้างขวางครอบคลุม ไม่สามารถดำเนินการได้แต่เพียงลำพังเฉพาะในประเทศ หรือภูมิภาคใดภูมิภาคหนึ่งเท่านั้น⁶

ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งหลาย ต่างก็หันหน้ามาร่วมมือกันสร้างเครื่องมือเพื่อป้องกันและปราบปรามการทุจริต เพราะตระหนักดีว่าไม่สามารถแก้ไขปัญหาการทุจริตได้โดยลำพัง จนทำให้เกิดความร่วมมือกันในระดับประเทศขึ้นทั้งในระดับภูมิภาคและนานาชาติ จนกระทั่งสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติมีมติที่ 58/4 เมื่อวันที่ 31 ตุลาคม 2546 รับรองอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ.2003 UN Convention against Corruption 2003 – UNCAC และได้เปิดให้มีการลงนามระหว่างวันที่ 9 ธันวาคม 2546- 9 ธันวาคม 2548 ซึ่งอนุสัญญานี้มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 14 ธันวาคม 2548

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ.2003 นี้ครอบคลุมการกระทำทุจริตทั้งในภาครัฐและภาคเอกชน ความผิดฐานทุจริตครอบคลุมทั้งการให้และรับสินบนทั้งในประเทศและต่างประเทศ การยักยอกทรัพย์สิน การใช้สิทธิพลโดยไม่ชอบ และการฟอกเงิน มีการ

⁵ ในปัจจุบันประเทศต่างๆทั่วโลกต่างก็ตระหนักถึงภัยอันตรายของการทุจริต โดยเห็นได้จากการที่ประเทศต่างๆทั่วโลก กว่า 140 ประเทศ ได้ร่วมลงนามรับรองอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต UNCAC ซึ่งเปิดให้มีการลงนามระหว่างวันที่ 9 ธันวาคม 2546 ถึงวันที่ 9 ธันวาคม 2548 และมีผลบังคับใช้แล้ว เมื่อวันที่ 14 ธันวาคม 2548 ซึ่งประเทศไทยได้ร่วมลงนามด้วยนั้น

⁶ สหประชาชาติได้ร่วมมือกับ องค์การสหภาพแอฟริกา คณะมนตรีแห่งยุโรป สหภาพศุลกากร สหภาพยุโรป องค์การสันนิบาตอาหรับ องค์การความร่วมมือทางเศรษฐกิจเพื่อการพัฒนา (OECD) และองค์การอเมริกา ในการแก้ไขปัญหาการทุจริต และได้ทำอนุสัญญาต่างๆขององค์กรเหล่านี้มาพิจารณาในการร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตฉบับนี้ด้วย

กำหนดมาตรการทั้งการป้องกัน การกำหนดให้การกระทำทุจริตเป็นความผิดอาญาและมาตรการความร่วมมือระหว่างประเทศ รวมทั้งให้การช่วยเหลือทางวิชาการโดยบทบัญญัติในอนุสัญญามีระดับการบังคับใช้ที่เป็นระดับบังคับใช้ที่รัฐภาคีต้องดำเนินการและระดับบังคับใช้ที่รัฐภาคีสามารถพิจารณาบังคับใช้ตามความเหมาะสม มติดังกล่าวนี้อีกกำหนดให้วันที่ 9 ธันวาคม ของทุกปี เป็น International Day against Corruption คือวันต่อต้านการทุจริตสากลด้วย

UNCAC ถือได้ว่าเป็นอนุสัญญาที่ทำให้ทั่วโลกหันมาให้ความสนใจปัญหาการทุจริตกันอย่างจริงจังมากขึ้นโดยจะเห็นได้ว่าตั้งแต่วันที่ 9 ธันวาคม 2546 จนถึงปัจจุบันมีประเทศต่างๆ ทั่วโลกกว่า 140 ประเทศได้ลงนามรับรองอนุสัญญานี้ และมีประเทศที่ให้สัตยาบันและภาคยานุวัติอนุสัญญานี้แล้ว 80 ประเทศ (ข้อมูล ณ วันที่ 10 พฤศจิกายน 2549) สะท้อนให้เห็นว่าประเทศต่างๆ ทั่วโลกยอมรับในหลักการของความร่วมมือซึ่งกันและกันในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต รวมทั้งการสร้างเสริมความมีคุณธรรม โปร่งใส ตรวจสอบได้ของการบริหารบ้านเมือง ถือได้ว่าการป้องกันและปราบปรามการทุจริตกำลังเป็นวาระแห่งโลก⁷

หลักการที่สำคัญของอนุสัญญานี้ คือ เพื่อป้องกันและปราบปรามการทุจริตคอร์รัปชัน การดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดดังกล่าว เนื่องจากคดีทุจริตส่วนใหญ่จะมีมูลค่ามหาศาล และสร้างความเสียหายให้แก่ประเทศชาติทำลายเสถียรภาพทางการเมืองทำลายคุณค่าของความยุติธรรม การพัฒนาอย่างยั่งยืนของประเทศ รวมทั้งหลักการแห่งกฎหมาย

โดยหลักการสำคัญของอนุสัญญานี้ คือ ต้องคำนึงถึงหลักการดำเนินกิจการของรัฐ หลักเรื่องทรัพย์สินของรัฐ หลักความยุติธรรม ความรับผิดชอบ และหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายคุ้มครองหลักคุณธรรม และสนับสนุนการปฏิเสธการทุจริต

วัตถุประสงค์แห่งอนุสัญญานี้ ตามความในข้อ 1⁸ คือ เพื่อพัฒนามาตรการที่เข้มงวดในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตคอร์รัปชัน พัฒนาความร่วมมือระหว่างประเทศและให้

⁷ ดร.อัมชนา วุฒิสมนุญ คอรัปชันวาระแห่งโลกและวาระแห่งชาติ สำนักนโยบายและแผนสำนักงานป้องกันและปราบปรามการทุจริต หน้า 9

⁸ Article 1

Statement of purpose

The purposes of this Convention are:

(a) To promote and strengthen measures to prevent and combat corruption more efficiently and effectively;

ความช่วยเหลือทางด้านเทคนิคในการดำเนินการป้องกันและปราบปรามการทุจริต รวมทั้งการนำกลับคืนมาซึ่งทรัพย์สินที่ประเทศชาติต้องสูญเสียไป ส่งเสริมคุณธรรม ความรับผิดชอบ ในการดำเนินการของรัฐ และทรัพย์สินสมบัติของแผ่นดิน

1) การกำหนดการกระทำอันเป็นความผิดอาญาตามอนุสัญญาฯ

ข้อ 2 บทนิยาม

เพื่อความมุ่งประสงค์แห่งอนุสัญญานี้

- (ก) “เจ้าหน้าที่ของรัฐ”⁹ หมายถึง (1) บุคคลใด ๆ ซึ่งดำรงตำแหน่งด้านนิติบัญญัติ บริหาร ปกครอง หรือตุลาการ ของรัฐภาคี ไม่ว่าโดยการแต่งตั้งหรือการเลือกตั้ง ไม่ว่าถาวรหรือชั่วคราว ไม่ว่าได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ โดยไม่คำนึงถึงระดับ อาวุโสของบุคคลนั้น (2) บุคคลอื่นใด ซึ่งปฏิบัติงานที่เกี่ยวกับหน้าที่ราชการ

(b) To promote, facilitate and support international cooperation and technical assistance in the prevention of and fight against corruption, including in asset recovery;

(c) To promote integrity, accountability and proper management of public affairs and public property.

⁹ Article 2

(a) “Public official” shall mean: (i) any person holding a legislative, executive, administrative or judicial office of a State Party, whether appointed or elected, whether permanent or temporary, whether paid or unpaid, irrespective of that person’s seniority; (ii) any other person who performs a public function, including for a public agency or public enterprise, or provides a public service, as defined in the domestic law of the State Party and as applied in the pertinent area of law of that State Party; (iii) any other person defined as a “public official” in the domestic law of a State Party. However, for the purpose of some specific measures contained in chapter II of this Convention, “public official” may mean any person who performs a public function or provides a public service as defined in the domestic law of the State Party and as applied in the pertinent area of law of that State Party;

รวมถึงการปฏิบัติหน้าที่สำหรับหน่วยงานของรัฐ หรือหน่วยงานรัฐวิสาหกิจ หรือให้บริการสาธารณะ ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายภายในของรัฐภาคีนั้น และตามที่ใช้บังคับตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องของรัฐภาคีนั้น (3) บุคคลอื่นใดซึ่งกฎหมายภายในของรัฐภาคีนั้นกำหนดว่าเป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” อย่างไรก็ตามเพื่อความมุ่งประสงค์ของมาตรการพิเศษบางประการในหมวด 2 ของอนุสัญญา นี้ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” อาจหมายถึง บุคคลใดๆ ซึ่งปฏิบัติงานเกี่ยวกับหน้าที่ราชการ หรือให้บริการสาธารณะตามที่ระบุไว้ในกฎหมายภายในของรัฐภาคีนั้น และตามที่ใช้บังคับตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องของรัฐภาคีนั้น

(ข) “เจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศ”¹⁰ หมายถึง บุคคลใดๆ ซึ่งดำรงตำแหน่งด้านนิติบัญญัติ บริหาร ปกครอง หรือตุลาการ ของรัฐต่างประเทศ ไม่ว่าโดยการเลือกตั้งหรือแต่งตั้ง และบุคคลใดๆ ซึ่งปฏิบัติงานเกี่ยวกับหน้าที่ราชการให้แก่รัฐต่างประเทศ รวมทั้งการปฏิบัติหน้าที่สำหรับหน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานรัฐวิสาหกิจ

(ค) “เจ้าหน้าที่ขององค์การภาคีระหว่างประเทศ”¹¹ หมายถึง ข้าราชการพลเรือนระหว่างประเทศ หรือบุคคลใดซึ่งได้รับมอบอำนาจจากองค์การภาคีระหว่างประเทศนั้น ให้ปฏิบัติหน้าที่ในนามขององค์การระหว่างประเทศดังกล่าว

ตามข้อ 2 มีการกำหนดคำนิยามต่างๆ โดยส่วนที่สำคัญ ได้แก่การกำหนดคำนิยามเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่รัฐ โดยเจ้าหน้าที่รัฐ ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายภายในของรัฐสมาชิก ซึ่งหมายถึง เจ้าหน้าที่ที่ทั้งที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร ปกครอง และตุลาการ ของรัฐ ไม่ว่าจะได้รับ

¹⁰ Article 2

(b) “Foreign public official” shall mean any person holding a legislative, executive, administrative or judicial office of a foreign country, whether appointed or elected; and any person exercising a public function for a foreign country, including for a public agency or public enterprise;

¹¹ Article 2

(c) “Official of a public international organization” shall mean an international civil servant or any person who is authorized by such an organization to act on behalf of that organization

ตำแหน่งหน้าที่นั้นมาโดยการแต่งตั้งหรือเลือกตั้ง เป็นผู้ซึ่งเกี่ยวข้องกับกลไกการทำงานของหน่วยงานรัฐ ทั้งราชการและรัฐวิสาหกิจ โดยรวมทั้งระดับรัฐบาลและระดับท้องถิ่น หรือปฏิบัติตนเป็นเจ้าหน้าที่รัฐ หรือให้บริการสาธารณะ ตามที่มีการกำหนดไว้ในกฎหมายภายในของรัฐภาคนั้น

ในส่วนของการกำหนดคำนิยามของคำว่าเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ¹² นั้น มีการกำหนดคำนิยามในลักษณะเดียวกับเจ้าหน้าที่รัฐ เพียงแต่เพียงกำหนดว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศเท่านั้น โดยมีลักษณะคำนิยามในส่วนของเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศเหมือนกับคำนิยามในเรื่องเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศตามอนุสัญญาขององค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจว่าด้วยการต่อต้านการให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในการดำเนินธุรกิจระหว่างประเทศ

ในส่วนของการทุจริตภาคเอกชนได้มีการกำหนดไว้ในข้อ 12 มีรายละเอียดดังนี้

ข้อ 12 วรรค 1 “ประเทศภาคีแต่ละประเทศ พึงดำเนินมาตรการโดยสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายภายในของประเทศนั้นเพื่อป้องกันการทุจริต ซึ่งเกี่ยวพันกับภาคเอกชน เพื่อส่งเสริมมาตรการทางบัญชี และการตรวจสอบบัญชี ในภาคเอกชน และในกรณีที่เหมาะสมเพื่อจัดให้มีบทลงโทษทางอาญา ทางปกครอง หรือทางแพ่งที่มีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วนที่เหมาะสม และมีผลในทางยับยั้งการกระทำความผิด สำหรับกรณีการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามมาตรการดังกล่าวนี้

อนุสัญญาได้เรียกร้องให้รัฐภาคีกำหนดมาตรการ 3 มาตรการ ในการป้องกันการทุจริตในภาคเอกชน โดยให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายภายในด้วยดังนี้ 1. มาตรการป้องกันในภาคเอกชน 2. ส่งเสริมมาตรการทางบัญชีและการตรวจสอบบัญชี 3. กำหนดบทบัญญัติในการลงโทษทางอาญากรณีการไม่ดำเนินการตามมาตรฐานทางการตรวจสอบบัญชี และตรวจสอบภายในที่เหมาะสมและได้สัดส่วน

นอกจากนี้อนุสัญญายังได้กำหนดให้รัฐภาคีดำเนินมาตรการพิเศษ ที่ง่ายต่อการกระทำผิดในทางบัญชี ทั้งนี้โดยสอดคล้องกับหลักกฎหมายภายในประเทศของรัฐภาคนั้นๆ กล่าวคือ มาตรการดังกล่าวจะต้องมีการบัญญัติเป็นกฎหมายภายในรัฐภาคนั้น และข้อ 22 วรรค 4 อนุสัญญานี้ ยังได้กำหนดเป็นพันธกรณีที่รัฐภาคีต้องไม่อนุญาตให้มีการหักลดหย่อนภาษีสำหรับค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการให้สินบน ซึ่งเป็นองค์ประกอบของความผิด ประเภทที่ระบุไว้ในข้อ 15 และ ข้อ 16 ของอนุสัญญานี้ กล่าวคือ หากมีการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐ หรือเจ้าหน้าที่รัฐ

¹² CAC/COSP/2008/15 Report of the conference of the State Parties to the United Nation Against Corruption its second session, held in Nusa Dua, Indonesia 28 Jan-1 Feb 2008. Distr: General 27 Feb 2008.

ต่างประเทศ เอกชนผู้นั้น ก็ไม่สามารถนำรายจ่ายที่เสียไปเพื่อการติดสินบนนั้น เป็นรายจ่ายเพื่อนำมาลดหย่อนภาษีได้ ทั้งนี้บทบัญญัตินี้มีวัตถุประสงค์เพื่อขจัดความไม่สม่ำเสมอของกฎหมาย ซึ่งในบางรัฐภาคี อาจมีการอนุญาตให้มีการได้ผลประโยชน์จากการติดสินบนเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศ หรือเจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ดี นอกเหนือจากมาตรการที่เป็นพันธกรณีให้รัฐภาคีต้องดำเนินการข้างต้นแล้ว อนุสัญญาฉบับนี้ยังได้กำหนดมาตรการที่เป็นทางเลือกที่น่าสนใจ ได้แก่ ข้อ 12 การขัดกันแห่งผลประโยชน์ โดยกำหนดห้ามไม่ให้อดีตเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไปประกอบวิชาชีพในภาคเอกชนภายหลังการลาออก หรือการเกษียณอายุจากราชการนั้น ในกรณีที่การประกอบอาชีพดังกล่าวจะเกี่ยวข้องโดยตรงกับหน้าที่ราชการที่อยู่ภายใต้การควบคุมของอดีตเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ในระหว่างเวลาของการปฏิบัติงานในภาครัฐนั้น

นอกจากนั้นยังมีข้อสังเกตอีกประการหนึ่งคือการกำหนดให้การทุจริตในภาคเอกชนเป็นความผิดทางอาญาซึ่งประเทศต่างๆที่ประสบความสำเร็จในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต มักมีการกำหนดความผิดทางอาญาเกี่ยวกับการให้ หรือรับสินบนของเอกชนควบคู่กับความผิดเกี่ยวกับการให้ หรือรับสินบนของเจ้าหน้าที่รัฐ เพราะการทุจริตสามารถเกิดขึ้นได้ทั้งในระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน แต่อนุสัญญาข้อ 12 จะเป็นการกำหนดมาตรการทางด้านการบัญชี และการตรวจสอบบัญชีภายในซึ่งยังไม่มีกำหนดให้การให้ หรือติดสินบนของภาคเอกชนเป็นความผิดอาญาแต่อย่างใด

ในการนี้อนุสัญญาในหมวด 3 ได้กำหนดให้รัฐที่เป็นภาคีต้องมีการบังคับใช้กฎหมายภายในซึ่งกำหนดให้การกระทำที่เป็นการทุจริตประพฤติมิชอบต่อไปนี้เป็นความผิดอาญา

ข้อ 15¹³ การให้สินบนเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยการให้สัญญา การยื่นข้อเสนอ การให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือการชักชวน หรือการรับผลประโยชน์ที่มีควรได้โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อตนเอง

¹³ Article 15

Bribery of national public officials

Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally:

(a) The promise, offering or giving, to a public official, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her

หรือเพื่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลอื่น เพื่อที่เจ้าหน้าที่จะกระทำหรืองดเว้นการกระทำตามหน้าที่ของตน

ข้อ 16¹⁴ การให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติหรือเจ้าหน้าที่องค์กรระหว่างประเทศด้วยการให้สัญญา การยื่นข้อเสนอ การให้ผลประโยชน์ที่มีควรได้ แก่เจ้าหน้าที่ดังกล่าว หรือเพื่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลอื่น เพื่อที่เจ้าหน้าที่จะกระทำหรือการงดเว้นการกระทำหน้าที่ของตน เพื่อให้ได้รับหรือคงไว้ซึ่งธุรกิจ หรือประโยชน์ที่มีควรได้ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

ข้อ 17¹⁵ การยกยอก หรือการโยกย้ายทรัพย์สิน หรือเงินของรัฐหรือเอกชน หรือหลักทรัพย์ หรือของมีค่าอื่น ๆ ที่อยู่ในความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่รัฐตามตำแหน่งหน้าที่เพื่อประโยชน์ส่วนตนหรือประโยชน์ของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลอื่น

อนุสัญญาได้กำหนดทางเลือกให้รัฐภาคีดำเนินการให้การทุจริตประพฤติมิชอบต่อไปนี้เป็นความผิดทางอาญา

ข้อ 18¹⁶ การเรียกรับหรือการรับผลประโยชน์ที่ผิดกฎหมายโดยเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติหรือเจ้าหน้าที่ขององค์กรระหว่างประเทศ เพื่อประโยชน์ส่วนตน หรือสำหรับบุคคลหรือกลุ่มบุคคลอื่น เพื่อที่เจ้าหน้าที่จะทำการหรืองดเว้นการกระทำตามหน้าที่ของตน

การแลกเปลี่ยนเพื่ออำนาจซึ่งได้มาจากการให้คำสัญญา การเสนอให้หรือการให้ผลประโยชน์ที่ผิดกฎหมายแก่เจ้าหน้าที่รัฐ หรือบุคคลอื่น เพื่อให้เจ้าหน้าที่รัฐหรือบุคคลนั้นใช้

official duties;

(b) The solicitation or acceptance by a public official, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties

¹⁴ Article 16 Bribery of foreign public officials and officials of public international organizations

¹⁵ Article 17 Embezzlement, misappropriation or other diversion of property by a public official

¹⁶ Article 18 Trading in influence

อำนาจในทางที่ผิด โดยมุ่งหวังที่จะได้รับผลประโยชน์ที่ผิดกฎหมายจากหน่วยงานบริหารของรัฐภาคี รวมทั้งอำนาจซึ่งได้จากการเรียกร้องหรือยอมรับผลประโยชน์ที่ผิดกฎหมายโดยเจ้าหน้าที่รัฐสำหรับตนเองหรือบุคคลอื่น เพื่อการใช้อำนาจในทางที่ผิด โดยมุ่งหวังที่จะได้รับผลประโยชน์ที่ผิดกฎหมายจากหน่วยงานบริหารของรัฐภาคี

ข้อ 19¹⁷ การใช้อำนาจในทางที่ผิดเป็นการกระทำหรือไม่กระทำของเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งเป็นการละเมิดกฎหมายโดยการละทิ้งหน้าที่ เพื่อมุ่งหวังในการได้ประโยชน์ที่ผิดกฎหมายเพื่อตนเองหรือผู้อื่นหรือกลุ่มบุคคลอื่น

ข้อ 20¹⁸ ความร่ำรวยโดยผิดกฎหมาย ซึ่งหมายถึงการเพิ่มขึ้นอย่างมากมาของทรัพย์สินของเจ้าหน้าที่รัฐ โดยบุคคลนั้นไม่สามารถอธิบายอย่างมีเหตุผลเกี่ยวกับรายได้ที่ได้มาอย่างถูกต้องตามกฎหมาย

ข้อ 21¹⁹ การให้สินบนในภาคเอกชนโดยการให้สัญญา การยื่นข้อเสนอ การให้ หรือการเรียกร้อง หรือยอมรับผลประโยชน์ที่ผิดกฎหมาย สำหรับและโดยบุคคลซึ่งสั่งการหรือทำงานในหน้าที่ใดหรือเพื่อหน่วยงานภาคเอกชน เพื่อให้ตนเองหรือเพื่อบุคคลอื่นละเมิดอำนาจหน้าที่โดยการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติ

ข้อ 22²⁰ การยกยอกทรัพย์สิน หรือเงินลงทุน หรือหลักทรัพย์หรือสิ่งของมีค่าอื่นๆ ในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ การเงินหรือการพาณิชย์ โดยบุคคลที่สั่งการหรือทำงานในหน้าที่ใด ในหน่วยงานเอกชน ซึ่งทรัพย์สินดังกล่าวอยู่ในความรับผิดชอบของบุคคลนั้นตามตำแหน่งหน้าที่

ข้อ 23 และข้อ 24²¹ การฟอกทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดอาญา การเปลี่ยนแปลงสภาพ โอนย้าย การปกปิด การซ่อนหรือเก็บทรัพย์สินไว้ภายหลังจากที่ได้จากการกระทำความผิดที่ระบุในอนุสัญญา ทั้ๆที่ทราบว่าเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด แม้ว่าจะไม่มีส่วนในการกระทำความผิดดังกล่าว

¹⁷ Article 19 Abuse of functions

¹⁸ Article 20 Illicit enrichment

¹⁹ Article 21 Bribery in the private sector

²⁰ Article 22 Embezzlement of property in the private sector

²¹ Article 23 Laundering of proceeds of crime

Article 24 Concealment

หลักการสำคัญในเรื่องการป้องกันและปราบปราม ได้แก่ มาตรการในการป้องกัน การสืบสวนสอบสวน การพิจารณาคดีการทุจริต การยึดและ/หรืออายัดทรัพย์สิน การริบทรัพย์สิน การดำเนินการฟ้องร้องกับผู้กระทำความผิดตามอนุสัญญานี้ โดยมาตรการต่างๆตามอนุสัญญานี้จะไม่จำเป็นเลย เว้นแต่ผู้กระทำความผิดในเรื่องเกี่ยวกับการทุจริตตามอนุสัญญานี้จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของรัฐ

นอกจากนี้รัฐภาคียังต้องจัดตั้งองค์กรย่อยขึ้นมาเพื่อทำการส่งเสริม และสนับสนุนการปฏิบัติตามนโยบายที่รัฐบาลกำหนดในเรื่องเกี่ยวกับการต่อต้านการทุจริตคอร์รัปชัน ตามเพิ่มพูนและเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริตคอร์รัปชัน โดยตัวองค์กรที่จะจัดตั้งขึ้นนั้น จำเป็นที่จะต้องเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระจากอำนาจต่างๆ

ข้อ 7²² เป็นส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติของภาครัฐเพื่อการป้องกันและปราบปรามการทุจริต โดยจะกำหนดเป็นเนื้อหากว้างๆเพื่อให้รัฐภาคีนำไปปฏิบัติเป็นการภายในต่อไป แต่มีหลักการที่ได้รับการกล่าวถึงในมาตรานี้ คือเรื่อง หลักผลประโยชน์ขัดกัน เพราะประเด็นเรื่องผลประโยชน์ขัดกัน เป็นพื้นฐานสำคัญของการทุจริตคอร์รัปชัน โดยจะเห็นได้ว่ามักมีการกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือข้าราชการ จะต้องไม่เป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินธุรกิจ เป็นหุ้นส่วน เป็นกรรมการของหน่วยทางธุรกิจต่างๆ ซึ่งที่มาจากหลักเรื่องผลประโยชน์ขัดกันนี้เอง เพราะอาจมีการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่เข้าไปจัดการเอื้ออำนวยต่อผลประโยชน์ให้แก่กลุ่มธุรกิจของตน ซึ่งจะอาจขัดแย้งกับผลประโยชน์ของรัฐได้

ตามข้อ 9²³ จะเป็นการกำหนดเกี่ยวกับหลักในการตรวจสอบเกี่ยวกับการเงินของหน่วยงานของรัฐ เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบ และต้องมีการรายงานตามข้อ 10²⁴ โดยหน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่รัฐจะต้องรายงานเกี่ยวกับทรัพย์สินของตน

ในส่วนของภาคเอกชน ตามข้อ 12²⁵ โดยกำหนดเป็นหลักการกว้างๆเกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจให้ถูกต้องตามกฎหมาย และสามารถตรวจสอบได้ โดยยังมีการย้ำในหลักการเรื่องผลประโยชน์ขัดกัน และมีการขยายความรวมถึงผู้ที่เคยเป็นเจ้าหน้าที่รัฐที่ลาออก หรือเกษียณอายุ

²² Article 7 Public Sector

²³ Article 9 Public procurement and management of public finances

²⁴ Article 10 Public reporting

²⁵ Article 12 Private sector

ราชการ เข้ามาเกี่ยวข้องกับภาคเอกชน โดยเฉพาะในธุรกิจที่มีความเชื่อมโยงกับหน่วยงานรัฐที่ผู้
นั้นเคยมีตำแหน่งหน้าที่อยู่ก่อน

มาตรการที่สำคัญอีกอย่างที่กำหนดในอนุสัญญานี้ คือ ข้อ 14²⁶ เรื่องการป้องกันและ
ปราบปรามการฟอกเงิน โดยกำหนดให้มีการจัดตั้งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการป้องกันและ
ปราบปรามการฟอกเงิน โดยกำหนดอำนาจหน้าที่ และการดำเนินการต่างๆตามอนุสัญญานี้ ซึ่ง
กำหนดเป็นหลักการ และให้ประเทศภาคีนำไปปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายภายในต่อไป

ในการดำเนินการตามข้อบทเกี่ยวกับการฟอกเงินนี้ รัฐภาคีจะกำหนดมูลฐานความผิด
อย่างครอบคลุม รวมถึงมูลฐานความผิดทางอาญาที่กำหนดขึ้นตามอนุสัญญานี้ โดยอนุสัญญาได้
ให้คำจำกัดความของความผิดมูลฐานว่า²⁷ เป็นความผิดใดๆซึ่งผลจากการกระทำความผิดทำให้
เกิดรายได้ที่อาจจะนำไปฟอกเงินได้ โดยการฟอกเงินตามอนุสัญญานี้ อธิบายว่า เป็นการแปลง
หรือโอนย้ายทรัพย์สินทั้งที่ทราบว่าเป็นรายได้จากการกระทำความผิด โดยมีวัตถุประสงค์ในการ
ปกปิดหรืออำพรางที่มาโดยผิดกฎหมายของทรัพย์สิน หรือช่วยเหลือบุคคลใดที่เกี่ยวข้องกับ
ความผิดในการหลบหนีผลทางอาญาจากการกระทำของบุคคลนั้น หรือ การปกปิด อำพราง
ลักษณะที่แท้จริง ที่มา แหล่งที่ตั้ง การจำหน่าย การเคลื่อนที่ หรือการเป็นเจ้าของ หรือการได้สิทธิ
ซึ่งทรัพย์สิน ทั้งที่ทราบทรัพย์สินดังกล่าวเป็นรายได้จากการกระทำความผิด²⁸

²⁶ Article 14 Measures to prevent money-laundering

²⁷ Predicate offence

²⁸ เดียนา พี เปเรซ อัยการของรัฐ สำนักงานอัยการ กระทรวงยุติธรรม สาธารณรัฐ
ฟิลิปปินส์”เอกสารประกอบการประชุมนานาชาติครั้งที่ 10 ว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรม และ
ความยุติธรรมทางอาญา(10th ACPF World Conference on Crime Prevention and Criminal
Justice) ระหว่างวันที่ 23- 25 พฤศจิกายน 2547 ณ เขตปกครองมาเก๊า สาธารณรัฐประชาชน
จีน

2) บทบัญญัติทั่วไปว่าการติดตามเรียกคืนทรัพย์สิน

ข้อ 51 บทบัญญัติทั่วไป²⁹

การคืนทรัพย์สินภายใต้หมวดนี้เป็นหลักการพื้นฐานของอนุสัญญานี้ และรัฐภาคีต้องสามารถดำเนินการให้แก่รัฐภาคีอื่น ซึ่งมาตรการที่กว้างขวางที่สุดในการให้ความร่วมมือและความช่วยเหลือในเรื่องนี้

อนุสัญญาฯ ได้กำหนดข้อบทในเรื่องการเรียกคืนทรัพย์สิน (Asset Recovery) ไว้ในหมวดที่ 5 (Chapter V) ข้อบทที่ 51 บทบัญญัติทั่วไป ได้กำหนดให้ “การส่งคืนทรัพย์สินตามอนุสัญญานี้” เป็นหลักการพื้นฐาน โดยได้บัญญัติว่า

“การส่งทรัพย์สินคืนตามความในหมวดนี้เป็นหลักการพื้นฐานของอนุสัญญานี้ และประเทศภาคีทั้งหลายพึงจัดให้มีมาตรการอย่างกว้างขวางที่สุดให้แก่กันและกันเพื่อความร่วมมือและการช่วยเหลือกันในเรื่องนี้”

โดยทั่วไป เมื่อมีการดำเนินการกับทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิด (รวมถึง ความผิดเกี่ยวกับการทุจริตคอร์รัปชันด้วยนั้น) ที่ผู้กระทำความผิดได้โอนหรือยกย้าย ไปไว้นั้น ไม่ว่า ประเทศนั้นจะริเริ่มดำเนินการกับทรัพย์สินนั้นเองหรือตามคำร้องขอความช่วยเหลือของประเทศที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ทรัพย์สินที่ถูกริบก็จะตกเป็นของประเทศที่ดำเนินการดังกล่าว ไม่มีการส่งคืนให้กับต่างประเทศ³⁰ แม้จะเป็นกรณีการดำเนินการตามคำร้องขอของต่างประเทศก็ตาม หรืออย่างมาก อาจมีการแบ่งปันทรัพย์สินที่ริบในระหว่างกัน หากมีข้อตกลงในเรื่องการแบ่งทรัพย์สิน³¹

อย่างไรก็ดี ในกรณีความผิดเกี่ยวกับการทุจริตคอร์รัปชันนั้น เป็นที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่า ทรัพย์สินที่ผู้กระทำความผิดได้โอนหรือยกย้ายไปยังต่างประเทศเพื่อหลีกเลี่ยงมิให้ถูกริบนั้นเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐหรือประเทศที่ได้รับความเสียหายจากการทุจริตคอร์รัปชัน สังคมระหว่างประเทศจึงพิจารณาว่า กรณีน่าจะเป็นการเหมาะสมที่รัฐหรือประเทศที่ได้รับความเสียหายจากการทุจริต

²⁹ Article 51 General provision

The return of assets pursuant to this chapter is a fundamental principle of this Convention, and States Parties shall afford one another the widest measure of cooperation and assistance in this regard.

³⁰ ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญา มาตรา 35

³¹ Report Informal Expert Working Group on Mutual Legal Assistance Casework Best Practice Vienna 2001: United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC)

คอร์ปชั่นนั้นควรจะได้รับทรัพย์สินดังกล่าวกลับคืนไป เหตุนี้ อนุสัญญาฯ ฉบับนี้จึงได้กำหนดให้ “การส่งคืนทรัพย์สิน” เป็นหลักการพื้นฐานในเรื่องความผิดเกี่ยวกับการทุจริตคอร์ปชั่น³²

ข้อ 51 ในอนุสัญญา UNCAC มีเนื้อหากล่าวถึงบทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยการติดตามทรัพย์สินคืน โดยกล่าวถึงรูปแบบในทางปฏิบัติของการติดตามทรัพย์สินคืนซึ่งมี 2 ลักษณะ ดังนี้

1. การดำเนินคดีในประเทศของตนที่พบการกระทำความผิด

ในส่วนขั้นตอนของการดำเนินคดีในประเทศของตนที่พบการกระทำความผิดจะประกอบได้ด้วยขั้นตอนการดำเนินคดีในประเทศของตนที่พบการกระทำความผิดก่อนแล้วจึงติดตามยึดทรัพย์สินที่อยู่นอกประเทศ โดยอาศัยกฎหมายระหว่างประเทศและความร่วมมือระหว่างประเทศ

การดำเนินคดีในประเทศของตนข้างต้นมีทั้งข้อดีและข้อเสีย กล่าวคือเป็นกระบวนการที่เสียค่าใช้จ่ายน้อยแต่อาจเสียเวลาในการดำเนินการนานและประสิทธิภาพในการยึดทรัพย์มักไม่แน่นอน ขึ้นอยู่กับสถานะความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในขณะนั้น ประเทศไทยมักใช้วิธีการดำเนินคดีในประเทศก่อนแล้วจึงติดตามยึดทรัพย์สินที่อยู่นอกประเทศ แต่ก็มีบางกรณี เช่นกรณีการทุจริตในธนาคารบีบีซี³³ ประเทศไทยใช้วิธีดำเนินคดีในประเทศที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ทำให้สามารถติดตามทรัพย์สินคืนมาได้จำนวนหนึ่ง

³² ดร.ต่อศักดิ์ บุรณะเรืองโรจน์ มาตรการเรียกคืนทรัพย์สิน (Asset Recovery) ตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 กับกฎหมายไทย เอกสารประกอบการสัมมนา

³³ สำนักงานอัยการสูงสุด โดยสำนักงานต่างประเทศยังได้ร้องขอความช่วยเหลือต่อพนักงานอัยการประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ตามพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ.2535 ซึ่งอัยการสูงสุดเป็นผู้ประสานงานกลางให้อายัดทรัพย์สินของนายราเกช สักเสนา และผู้เกี่ยวข้องในประเทศสวิตเซอร์แลนด์อีกด้วย และต่อมาพนักงานอัยการสวิตเซอร์แลนด์ได้ร้องขอต่อศาลสวิส จนศาลได้มีคำสั่งอายัดทรัพย์สินของนายราเกช สักเสนา และผู้ที่เกี่ยวข้อง มีมูลค่ารวมประมาณ 45 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา (ประมาณ 1,800 ล้านบาท)

ต่อมาบริษัทบริหารสินทรัพย์ กรุงเทพพาณิชย์จำกัด (BAM) ได้ฟ้องบุคคลที่เกี่ยวข้องกับนายราเกช สักเสนา เป็นคดีแพ่ง และศาลสวิสได้พิพากษาให้ BAM ชะเคตี สำนักงานอัยการสูงสุดจึงได้แจ้งต่อพนักงานอัยการสวิสให้ถอนการยึดทรัพย์ดังกล่าวของนายราเกชและพวก เพื่อให้ BAM สามารถบังคับคดีขายทรัพย์สินบางส่วนและโอนเงินในบัญชีธนาคารกลับมาประเทศไทยได้ ซึ่งทรัพย์สินดังกล่าวประกอบด้วย หุ้นในบริษัท Moevenpick จำนวน 59,000 หุ้น ราคาหุ้น

1) การดำเนินคดีในประเทศที่ทรัพย์สินตั้งอยู่

การดำเนินคดีในประเทศที่ทรัพย์สินตั้งอยู่จะใช้วิธีจ้างที่ปรึกษากฎหมายและทนายความในประเทศนั้นเป็นผู้ดำเนินคดีให้ ซึ่งมีข้อดีคือได้ผลรวดเร็วแต่ก็มีข้อเสียคือต้องมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินการมากและกฎหมายแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันจึงอาจเกิดปัญหาได้ เช่นการฟ้องคดีต้องพิจารณาถึงความเป็นผู้เสียหาย เพราะบางประเทศไม่ถือว่ารัฐบาลของประเทศต่างๆ เป็นนิติบุคคลที่จะฟ้องคดีได้ ซึ่งปัญหาดังกล่าวมีทางแก้โดยให้หน่วยงานที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายประเทศนั้นและมีฐานะเป็นผู้เสียหายเป็นโจทก์ในการฟ้องคดี

ในทางปฏิบัติแล้วการติดตามทรัพย์สินคั้นมีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าประเทศที่ทรัพย์สินที่จะริบตั้งอยู่นั้นใช้วิธีไหน เพราะหลักคดีมีมูลของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน เช่น บางประเทศใช้ระบบกฎหมายฟอกเงิน³⁴ การยึดทรัพย์สินในทางแพ่งและการพิสูจน์เป็นหน้าที่เจ้าของ

ละ 515 สวิสฟรังก์ และเงินสดอีกจำนวน 3,445,364.85 สวิสฟรังก์ และ ต่อมาบริษัท Moevenpick ได้ขายการลงทุนในบริษัทใหม่ชื่อว่า Clair Finanz Holding AG Co. Ltd. โดยให้สิทธิผู้ถือหุ้นเดิมใน บริษัท Moevenpick ในหุ้นที่จะออกใหม่ของบริษัท Clair Finanz Holding AG Co. Ltd. ในอัตราส่วน 1:1 จึงเป็นเหตุให้ BAM ซึ่งถือหุ้นเดิมอยู่จำนวน 59,000 หุ้น ได้หุ้นในบริษัทใหม่จำนวน 59,000 หุ้น ซึ่ง BAM ได้ขายหุ้นที่ได้เพิ่มขึ้นนี้แล้วในราคา หุ้นละ 500 สวิสฟรังก์ คิดเป็นจำนวน 29,500,000 สวิสฟรังก์ นอกจากนี้ ในการขายการลงทุนดังกล่าว บริษัท Moevenpick ได้ลดราคา par ของหุ้นของบริษัทจากราคา 25 บาทเป็น 15 บาท ทำให้ BAM ได้รับเงินอีกจำนวน 590,000 สวิสฟรังก์ โดยเมื่อรวมเงินทั้ง 3 จำนวนแล้ว BAM ได้รับชำระหนี้แล้วจำนวน 33,535,364.85 สวิสฟรังก์ โดยเป็นเงินไทยประมาณ 1000 ล้านบาท ทั้งนี้ อัตราแลกเปลี่ยนโดยประมาณ 1 สวิสฟรังก์ เท่ากับ 30 บาท

ส่วนสินทรัพย์ที่เหลืออื่นๆ ซึ่งรวมถึงหุ้นของบริษัท Moevenpick ที่ BAM เป็นเจ้าของจำนวน จำนวน 59,000 หุ้น สำนักงานอัยการสูงสุดจะร่วมมือกับธนาคารแห่งประเทศไทย และ BAM เพื่อประสานงานกับพนักงานอัยการสวิส ให้ดำเนินการทางคดีส่งกลับมาประเทศไทยให้ครบถ้วนต่อไป ข้อมูลจาก สำนักงานต่างประเทศ สำนักงานอัยการสูงสุด และสำนักคดี ธนาคารแห่งประเทศไทย

³⁴ OECD countries ยกเว้น Italy และ Spain ข้อมูลจาก Cf. FATF, Evaluation of law and system in FATF Members dealing with asset confiscation and provisional measures, available at http://www.fatf-gafi.org/pdf/CONFISC_en.pdf.

ทรัพย์สินแต่บางประเทศใช้ตามกฎหมายอาญา ดังนั้นการพิจารณาพิสูจน์จะตกเป็นหน้าที่ของฝ่ายผู้ยึด มาตรฐานการรับฟังพยานหลักฐานซึ่งนำพยานหลักฐานของแต่ละประเทศแตกต่างกัน หลักการติดตามทรัพย์สินคืน บางประเทศใช้หลักทรัพย์สินที่ยึดต้องเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด³⁵ (property base) บางประเทศใช้หลักยึดทรัพย์สินตามมูลค่า³⁶ (value base) หลักการต้องเป็น ความผิดของทั้งสองรัฐ (Dual Criminality) ทำให้การกระทำแบบเดียวกันในประเทศหนึ่งอาจจะเป็น ความผิด แต่อาจไม่เป็นความผิดในอีกประเทศหนึ่ง ค่าใช้จ่ายในการรับทรัพย์สินและส่ง ทรัพย์สินกลับเพราะการที่ประเทศผู้รับการร้องขอได้ดำเนินการให้ย่อมต้องมีค่าใช้จ่าย จะคิด ค่าใช้จ่ายอย่างไร บางประเทศใช้ระบบการแบ่งปันผลประโยชน์ (asset sharing) ซึ่งต้องมีข้อตกลง ระหว่างกันเพื่อแสวงหาส่วนแบ่งที่เหมาะสม แต่บางประเทศ เช่น ประเทศไทยยังคงไม่มีข้อตกลง ชนิดนี้กับประเทศอื่น

3) การป้องกันและการสืบหาการโอนทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด

ข้อ 52 ว่าด้วยการป้องกันและการสืบหาการโอนทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด โดยไม่กระทบต่อข้อ 14 ขออนุญาตฉบับนี้ ประเทศภาคีแต่ละประเทศพึงดำเนินการ มาตรการที่จำเป็นดังกล่าวโดยสอดคล้องกับกฎหมายภายในของประเทศนั้น เพื่อ

1.กำหนดให้สถาบันการเงินตรวจสอบความถูกต้องของข้อมูลแสดงตนของลูกค้า การ ดำเนินขั้นตอนที่มีเหตุผลเพื่อพิจารณาข้อมูลการแสดงตนของผู้รับผลประโยชน์จากเงินที่ฝากใน บัญชีที่มีมูลค่าสูง และการตรวจสอบการเปิดหรือคงไว้ซึ่งบัญชี หรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลที่ได้รับ มอบหมายหรือเคยได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการสำคัญ และสมาชิกครอบครัวและผู้ ใกล้ชิดของบุคคลนั้น

2.เพื่ออำนวยความสะดวกให้มีการปฏิบัติตามมาตรการในวรรค 1 รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องดำเนินการ ดังต่อไปนี้

³⁵ Civil Law countries ยกเว้น Austria และ The Netherlands. ข้อมูลจาก Cf. FATF, Evaluation of law and system in FATF Members dealing with asset confiscation and provisional measures, available at http://www.fatf-gafi.org/pdf/CONFISC_en.pdf.

³⁶ Common Law countries Australia, Ireland, Hong Kong, New Zealand, Singapore, United Kingdom, United States ข้อมูลจาก Cf. FATF, Evaluation of law and system in FATF Members dealing with asset confiscation and provisional measures, available at http://www.fatf-gafi.org/pdf/CONFISC_en.pdf.

ก) ออกคำแนะนำเกี่ยวกับประเภทของบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่งเป็นเจ้าของบัญชีที่สถาบันการเงินควรตรวจสอบอย่างเคร่งครัด ประเภทของบัญชีและธุรกรรมที่ต้องให้ความสนใจเป็นพิเศษและการทำมาตรการที่เหมาะสมในการเปิดบัญชี การดำรงไว้และการเก็บประวัติมาใช้กับบัญชีเช่นนั้น

ข) การระบุเพิ่มเติมเกี่ยวกับข้อมูลการแสดงตนประเภทบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลบางรายที่เป็นเจ้าของบัญชีที่ควรต้องมีการตรวจสอบอย่างเคร่งครัด ที่สถาบันการเงินได้ระบุไว้แล้ว

3. ในบริบทของวรรค 2 (ก) รัฐภาคีต้องดำเนินการให้สถาบันการเงินเก็บรักษาประวัติของบัญชีและธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่กล่าวถึงในวรรค 1 ไว้อย่างพอเพียง และเหมาะสมโดยอย่างน้อยควรประกอบด้วยข้อมูล ข่าวสาร เกี่ยวกับข้อมูลแสดงตนของลูกค้า ตลอดจนผู้รับประโยชน์ให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้

4. รัฐภาคีต้องดำเนินการที่เหมาะสม ป้องกันการจัดตั้งธนาคารซึ่งไม่มีการประกอบกิจการอยู่จริง และไม่ได้ดำเนินการร่วมกับกลุ่มทางการเงินที่อยู่ภายใต้การควบคุม

5. รัฐภาคีต้องกำหนดระบบการเปิดเผยข้อมูลทางการเงิน สำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐบางราย และต้องจัดให้มีบทลงโทษสำหรับการไม่ปฏิบัติตาม และต้องดำเนินการที่อาจจำเป็นเพื่ออนุญาตให้เจ้าหน้าที่ให้เจ้าหน้าที่ของตนแบ่งปันข้อมูลข่าวสารกับเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่นเมื่อมีความจำเป็นในการสืบสวนสอบสวนการเรียกร้องและการติดตามเอาทรัพย์สินคืน

6. รัฐภาคีต้องดำเนินการเพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐบางรายที่มีผลประโยชน์ใน หรือมีลายมือชื่อ หรือมีอำนาจเหนือบัญชีเงินในต่างประเทศ รายงานความสัมพันธ์ดังกล่าวแก่หน่วยงานที่มีอำนาจที่เกี่ยวข้อง และเก็บรักษาประวัติเช่นนั้นไว้ตามที่เหมาะสม

จากบทบัญญัติข้างต้น “โดยไม่กระทบต่อข้อ 14 ของอนุสัญญาฉบับนี้” หมายถึงมาตรการการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินในข้อ 14 ซึ่งรวมถึง 40 recommendations และ 9 recommendations of the Financial Action Task Force on Money Laundering สำหรับเกณฑ์ในการตรวจสอบคุณสมบัติของลูกค้าเช่นนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่าการกำหนดดังกล่าวย่อมแตกต่างกันไปตามความเข้มงวดของแต่ละรัฐภาคี ซึ่งอาจก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันของมาตรการดำเนินการของแต่ละรัฐภาคีก็เป็นได้

4) มาตรการติดตามทรัพย์สินคืนโดยตรง

ข้อ 53³⁷ มาตรการติดตามทรัพย์สินคืนโดยตรง

(ก) ดำเนินมาตรการที่อาจจำเป็นเพื่ออนุญาตให้อีกรัฐภาคีหนึ่งเริ่มการฟ้องร้องคดีแพ่งในศาลของตน เพื่อพิสูจน์กรรมสิทธิ์หรือความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินซึ่งได้มาจากการกระทำผิดที่กำหนดตามอนุสัญญานี้

(ข) ดำเนินมาตรการที่อาจจำเป็นเพื่ออนุญาตให้ศาลของตนมีคำสั่งให้ผู้กระทำผิดที่กำหนดตามอนุสัญญานี้จ่ายค่าสินไหมทดแทน หรือค่าเสียหายแก่อีกรัฐภาคีหนึ่งซึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดเช่นว่า และ

(ค) ดำเนินมาตรการที่อาจจำเป็นเพื่ออนุญาตให้ศาลหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของตนยอมรับการอ้างสิทธิของอีกรัฐภาคีหนึ่งในฐานะที่เป็นเจ้าของโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำผิดที่กำหนดตามอนุสัญญานี้ เมื่อต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับการริบทรัพย์สิน

กลไกการติดตามทรัพย์สินโดยตรง สามารถดำเนินการได้โดยการเรียกคืนทรัพย์สินเป็นคดีแพ่งที่แยกต่างหากจากคดีอาญา ในการนี้ประเทศภาคีจะต้องดำเนินการให้ประเทศอื่นสามารถ

³⁷ Article 53 Measures for direct recovery of property

Each State Party shall, in accordance with its domestic law:

- (a) Take such measures as may be necessary to permit another State Party to initiate civil action in its courts to establish title to or ownership of property acquired through the commission of an offence established in accordance with this Convention;
- (b) Take such measures as may be necessary to permit its courts to order those who have committed offences established in accordance with this Convention to pay compensation or damages to another State Party that has been harmed by such offences; and
- (c) Take such measures as may be necessary to permit its courts or competent authorities, when having to decide on confiscation , to recognize another State Party 's claim as a legitimate owner of property acquired through the commission of an offence established in accordance with this Convention.

ฟ้องคดีแพ่งในศาลของประเทศตนเพื่อพิสูจน์กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดฐานคอร์รัปชันหรือความผิดอื่นที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาหรือดำเนินการให้ศาลของประเทศตนมีอำนาจสั่งให้บุคคลซึ่งกระทำความผิดฐานคอร์รัปชันหรือความผิดอื่นที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้จ่ายค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายให้กับประเทศที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดนั้น

นอกจากนี้กลไกการติดตามทรัพย์สินโดยตรงยังอาจทำได้โดยการเรียกคืนทรัพย์สินที่เป็นส่วนหนึ่งของคดีทรัพย์สิน(ไม่ว่าการดำเนินการเพื่อรับทรัพย์สินจะเป็นกระบวนการทางแพ่งหรืออาญา) ในการนี้ประเทศภาคีจะต้องดำเนินการให้ศาลหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศตนซึ่งเมื่อจะวินิจฉัยเรื่องการรับทรัพย์สินให้ยอมรับสิทธิของประเทศอื่นในฐานะผู้มีกรรมสิทธิ์โดยชอบด้วยกฎหมายในทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดฐานคอร์รัปชันหรือความผิดอื่นที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้

ผู้ที่ฟ้องคดีแพ่งขอแสดงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหรือเรียกค่าเสียหายจากการกระทำหรือขอให้รับรองกรรมสิทธิ์ของตนในทรัพย์สินในคดีที่ขอให้รับทรัพย์สินนั้นต้องเป็น “บุคคล” อาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล เหตุนี้ การกระทำความผิดในบางกรณี เช่น การยกยอกเงินงบประมาณของหน่วยงานของรัฐหน่วยใดโดยเฉพาะ ซึ่งมีสภาพเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายของรัฐนั้น เป็นต้น อาจพิจารณาได้ว่า หน่วยงานของรัฐนั้นเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในเงินงบประมาณนั้น เป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิด

และการฟ้องเพื่อยืนยันกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ผู้ฟ้องจะต้องสามารถยืนยันได้ว่าทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดเป็นทรัพย์สินชิ้นเดียวกับทรัพย์สินที่เป็นของรัฐต่างประเทศหมายความว่า จะต้องสามารถยืนยันได้ว่าเป็นทรัพย์สินเดียวกัน

มีประเด็นที่ต้องพิจารณา ในกรณีที่มีการโอนหรือยกย้ายหรือถ่ายเททรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดมายังประเทศอื่น ทรัพย์สินเดิมที่ได้จากการกระทำความผิดนั้นได้เปลี่ยนสภาพไปแล้ว ทรัพย์สินที่อยู่ในประเทศอื่นมิใช่ทรัพย์สินชิ้นเดียวกับที่ได้จากการกระทำความผิด จะถือว่าตามกฎหมายภายในของประเทศนั้น หน่วยงานของรัฐที่ได้สูญเสียทรัพย์สินนั้นไปเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เปลี่ยนสภาพไปแล้วนั้นได้หรือไม่ กฎหมายภายในของบางประเทศอาจทำให้หน่วยงานของรัฐนั้นไม่อาจอ้างว่าเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เปลี่ยนสภาพนั้นได้ เพราะทรัพย์สินนั้นมีใช่ทรัพย์สินชิ้นเดียวกับทรัพย์สินเดิมที่ได้มาจากการกระทำความผิด

ในกฎหมายคอมมอนลอว์ มีกฎหมายที่เรียกว่า tracing ซึ่งเปิดโอกาสให้เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเดิมสามารถ trace ทรัพย์สินเดิมเข้าไปในทรัพย์สินที่เปลี่ยนสภาพไปได้และอ้างความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินใหม่ได้³⁸

5) กลไกในการติดตามทรัพย์สินผ่านความร่วมมือระหว่างประเทศในการริบทรัพย์สิน

นอกจากนี้ยังได้มีการกำหนดกลไกในการติดตามทรัพย์สินกลับคืนผ่านความร่วมมือระหว่างประเทศในการริบทรัพย์สินไว้ในอนุสัญญาข้อ 54 ด้วย เพื่อเป็นการส่งเสริมการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศตาม ข้อ 55

ข้อ 54³⁹ กลไกเพื่อการติดตามเอาทรัพย์สินนั้นกลับคืนโดยความร่วมมือระหว่างประเทศในการริบทรัพย์สิน

³⁸ Anthony Duggan Exemplary Damages in Equity: A Law and Economics Perspective. Tracing claim is *AG for Hong Kong v Reid* [1994] 1 AC 324, [1994] 1 NZLR 1 (PC), oxford journal for legal studies, Volume 26 number 2, page 318 <http://ojls.oxfordjournals.org/cgi/content/full/26/2/303>

³⁹ Article 54 Mechanisms for recovery of property through international cooperation in confiscation

1. Each State Party, in order to provide mutual legal assistance pursuant to article 55 of this Convention with respect to property acquired through or involved in the commission of an offence established in accordance with this Convention, shall, in accordance with its domestic law:

(a) Take such measures as may be necessary to permit its competent authorities to give effect to an order of confiscation issued by a court of another State Party;

(b) Take such measures as may be necessary to permit its competent authorities, where they have jurisdiction, to order the confiscation of such property of foreign origin by adjudication of an offence of money-laundering or such other offence as may be within its jurisdiction or by other procedures authorized under its domestic law; and

1. เพื่อให้ความร่วมมือซึ่งกันและกันทางกฎหมายตามข้อ 55 ของอนุสัญญานี้เกี่ยวกับทรัพย์สินซึ่งได้มาจากหรือเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดที่กำหนดตามอนุสัญญานี้ รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องดำเนินการดังนี้ตามกฎหมายภายในของตน

(ก) ดำเนินมาตรการที่อาจจำเป็นเพื่ออนุญาตให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของตนดำเนินการบังคับตามคำสั่งริบทรัพย์สินซึ่งออกโดยศาลของอีกรัฐภาคีหนึ่ง

(c) Consider taking such measures as may be necessary to allow confiscation of such property without a criminal conviction in cases in which the offender cannot be prosecuted by reason of death, flight or absence or in other appropriate cases.

1. Each State Party , in order to provide mutual legal assistance upon a request made pursuant to paragraph 2 of article 55 of this Convention, shall ,in accordance with its domestic law:

(a) Take such measures as may be necessary to permit its competent authorities to freeze or seize property upon a freezing or seizure order issued by a court or competent authority of a requesting State Party that provides a reasonable basis for the requested State Party to believe that there are sufficient grounds for taking such actions and that the property would eventually be subject to an order of confiscation for purposes of paragraph 1(a) of this article;

(b) Take such measures as may be necessary to permit its competent authorities to freeze or seize property upon a request that provides a reasonable basis for the requested State Party to believe that there are sufficient grounds for taking such actions and that the property would eventually be subject to an order of confiscation for purposes of paragraph 1 (a) of this article; and

(c) Consider Taking additional measures to permit its competent authorities to preserve property for confiscation, such as on the basis of a foreign arrest or criminal charge related to the acquisition of such property.

(ข) ดำเนินมาตรการที่อาจจำเป็นเพื่ออนุญาตให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของตนออกคำสั่งริบทรัพย์สินเห็นว่าที่มีแหล่งที่มาจากต่างประเทศโดยคำพิพากษาว่าเป็นความผิดเกี่ยวกับการฟอกเงิน หรือความผิดอื่นเช่นที่อาจอยู่ภายในเขตอำนาจศาลของตน หรือโดยกระบวนการอื่นใดที่กฎหมายภายในของตนให้อำนาจไว้ในกรณีที่ตนมีเขตอำนาจศาล และ

(ค) พิจารณาดำเนินมาตรการที่อาจจำเป็น เพื่ออนุญาตให้ริบทรัพย์สินเห็นว่า โดยไม่ต้องมีคำพิพากษาลงโทษทางอาญา ในกรณีที่ไม่สามารถฟ้องร้องผู้กระทำความผิดได้ เนื่องจากเสียชีวิต หลบหนี ไม่ปรากฏตัว หรือในกรณีอื่นๆตามที่เหมาะสม

2. เพื่อให้ความร่วมมือซึ่งกันและกันทางกฎหมายตามคำร้องขอที่กระทำตามวรรค 2 ของข้อ 55 ของอนุสัญญาฯ รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องดำเนินการดังต่อไปนี้ตามกฎหมายภายในของตน

(ก) ดำเนินมาตรการที่อาจจำเป็น เพื่ออนุญาตให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของตนอายัด หรือยึดทรัพย์สิน ตามคำสั่งอายัดหรือยึดทรัพย์สินซึ่งออกโดยศาล หรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐที่ร้องขอที่ให้พื้นฐานความเชื่ออันมีเหตุผลสมควรแก่รัฐที่ได้รับการร้องขอว่ามีเหตุผลเพียงพอในการดำเนินการดังกล่าว และในที่สุดทรัพย์สินนั้นจะตกอยู่ภายใต้คำสั่งริบทรัพย์สินเพื่อความมุ่งประสงค์ของวรรค 1 (ก) ของข้อนี้

(ข) ดำเนินมาตรการที่อาจจำเป็น เพื่ออนุญาตให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของตนอายัด หรือยึดทรัพย์สินตามคำร้องขอที่ให้พื้นฐานความเชื่ออันมีเหตุผลสมควรแก่รัฐที่ได้รับการร้องขอว่ามีเหตุผลเพียงพอในการดำเนินการเช่นว่า และในที่สุดทรัพย์สินนั้นจะตกอยู่ภายใต้คำสั่งริบทรัพย์สินเพื่อความมุ่งประสงค์ในวรรค 1 (ก) ของข้อนี้

(ค) พิจารณาดำเนินมาตรการเพิ่มเติม เพื่ออนุญาตให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของตนเก็บรักษาทรัพย์สินไว้เพื่อการริบทรัพย์สิน อาทิเช่น บนพื้นฐานการจับกุมหรือการฟ้องร้องคดีอาญาของต่างประเทศซึ่งเกี่ยวกับการได้มาซึ่งทรัพย์สินเห็นว่า

ตามอนุสัญญาฯ ข้อ 54 ได้แสดงให้เห็นถึงวัตถุประสงค์หลักของอนุสัญญาฯ ฉบับนี้ไว้อย่างชัดเจนว่าเพื่อสนับสนุนให้มีความร่วมมือระหว่างประเทศสมาชิกในการยึด อายัด และริบทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดตามอนุสัญญานี้อย่างมีประสิทธิภาพ ความร่วมมือระหว่างประเทศตามกำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ ฉบับนี้จะสนับสนุนให้ประเทศสมาชิกที่ยังไม่มีกฎหมายภายในรองรับมาตรการตามอนุสัญญานี้ในการพัฒนาเครื่องมือทางกฎหมายและทางบริหารตามมาตรฐานสากลที่สร้างขึ้นโดยอนุสัญญาฯ ฉบับนี้

ทั้งที่อนุสัญญาฯ ฉบับนี้ได้กล่าวถึงและให้ความสำคัญในเรื่องของการติดตามทรัพย์สินคืน โดยความร่วมมือระหว่างประเทศ แต่กลับไม่ปรากฏว่ามีกรกล่าวถึงในส่วนของแนวคิดเรื่องการ

บังคับและยอมรับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในเกี่ยวกับทรัพย์สินนี้อย่างชัดเจนแต่ประการใด⁴⁰

อนุสัญญานี้ได้สนับสนุนและส่งเสริมความร่วมมือระหว่างประเทศ ในการให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในการติดตามเอาทรัพย์สินที่ได้มาจากการทุจริต ทั้งนี้โดยการสร้างมาตรฐานขั้นต่ำในการพัฒนากฎหมาย หรือแก้ไขกฎหมายของรัฐบาลให้มีความสอดคล้องและเป็นไปในแนวทางเดียวกันให้มากที่สุด ตลอดจนการให้ความร่วมมือกันในการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ได้มาจากการทุจริตให้มีประสิทธิภาพสูงสุด เท่าที่จะสามารถกระทำได้ และกระทบกระเทือนต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐให้น้อยที่สุด⁴¹ มาตรฐานประการหนึ่งที่จะลด หรือขจัดความเหลื่อมล้ำของมาตรฐานในทางกฎหมายของรัฐบาล อันเนื่องมาจากระบบกฎหมายที่แตกต่างกันและส่งเสริมการให้ความร่วมมือและช่วยเหลือซึ่งกันและกันในทางกฎหมายของประเทศต่างๆ อย่างมีประสิทธิภาพ คือ กำหนดมาตรฐานในการร่างกฎหมายภายใน ในการดำเนินการเกี่ยวกับการทุจริต และเพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายขึ้นในประเทศภาคีสมาชิกประเทศใดประเทศหนึ่ง อันจะเป็นช่องทางให้ผู้กระทำความผิดใช้เป็นช่องทางในการหลบเลี่ยงการบังคับใช้กฎหมายได้

โดยที่การเรียกคืนทรัพย์สินนั้นเป็นการส่งคืนทรัพย์สินที่ริบให้กับประเทศที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดตามอนุสัญญานี้ ดังนั้น กระบวนการในการเรียกคืนทรัพย์สินจึงต้องเริ่มต้นด้วยการดำเนินการเพื่อบริทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดตามอนุสัญญานี้ที่เกิดขึ้นในต่างประเทศเสียก่อน

การป้องกันการยักยอกทรัพย์สิน (Preventive Measures to immobilize the assets)⁴²

หากผู้กระทำความผิดรู้ว่าทรัพย์สินของตนจะถูกริบ ผู้กระทำจะต้องดำเนินการเพื่อยกย่ายถ่ายเททรัพย์สินดังกล่าวให้พ้นจากการถูกริบ เหตุนี้ การดำเนินการเพื่อบริทรัพย์สินจะประสบความสำเร็จจึงมักจะต้องมีการดำเนินมาตรการเพื่อมิให้มีการยักยอกหรือถ่ายเททรัพย์สิน

⁴⁰ Lori Ann Wanlin “The Gap between Promise and Practice in the Global Fight Against Corruption” Asper Review of International Business and Trade Law .209, 2006

⁴¹ Philippa Webb, The United Nations Convention Against Corruption Global Achievement or Missed Opportunity?, Journal of International Economic Law, March 2005

⁴² Guillermo Jorge, Notes on Asset Recovery in the U.N. Convention Against Corruption p. 5

มาตรการเหล่านี้ ได้แก่ การยึดหรืออายัด (seizure, freezing or restraining) ทรัพย์สิน ซึ่งในบางครั้งมักจะเรียกว่าเป็นมาตรการคุ้มครองชั่วคราว (provisional measures) อนุสัญญาฯ ได้กำหนดการให้ความช่วยเหลือในการป้องกันการลักขโมยหรือถ่ายเททรัพย์สินด้วยมาตรการยึดหรืออายัดไว้ ดังนี้

เมื่อได้รับคำร้องขอความช่วยเหลือจากต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นคำร้องขอให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ขั้นสูงสุดในการริบทรัพย์สินหรือคำร้องขอให้ริบทรัพย์สิน ประเทศภาคีที่ได้รับคำร้องขอดังกล่าวจะต้องดำเนินการเพื่อสืบหา (identify and trace) และอายัดหรือยึด (freeze or seize) ทรัพย์สิน⁴³ เมื่อ

1. ศาลหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศภาคีผู้ร้องขอมีคำสั่งอายัดหรือยึดทรัพย์สินนั้น โดยคำสั่งดังกล่าวจะต้องแสดงเหตุอันสมควรที่ประเทศภาคีผู้รับคำร้องขอเชื่อว่ามีเหตุเพียงพอสำหรับการที่จะยึดหรืออายัดทรัพย์สินและแสดงว่า ในที่สุดแล้ว ทรัพย์สินที่ขอให้ยึดหรืออายัดนั้น จะต้องถูกริบ⁴⁴

⁴³ Article 55 Article 55

International cooperation for purposes of confiscation

2. Following a request made by another State Party having jurisdiction over an offence established in accordance with this Convention, the requested State Party shall take measures to identify, trace and freeze or seize proceeds of crime, property, equipment or other instrumentalities referred to in article 31, paragraph 1, of this Convention for the purpose of eventual confiscation to be ordered either by the requesting State Party or, pursuant to a request under paragraph 1 of this article, by the requested State Party.

⁴⁴ Article 54 paragraph 2

(a) Take such measures as may be necessary to permit its competent authorities to freeze or seize property upon a freezing or seizure order issued by a court or competent authority of a requesting State Party that provides a reasonable basis for the requested State Party to believe that there are sufficient grounds for taking such actions and that the property would eventually be subject to an order of confiscation for purposes of paragraph 1(a) of this article;

2. คำร้องขอนั้นแสดงเหตุอันสมควรที่ประเทศภาคีผู้รับคำร้องขอเชื่อว่ามีเหตุเพียงพอสำหรับการที่จะยึดหรืออายัดทรัพย์สิน และแสดงว่า ในที่สุดแล้ว ทรัพย์สินที่ขอให้ยึดหรืออายัดนั้น จะต้องถูกริบ⁴⁵

จะเห็นได้ว่าการป้องกันการลักย้ายหรือถ่ายเททรัพย์สินด้วยการยึดหรืออายัดทรัพย์สินตามคำร้องขอของต่างประเทศนั้น จะต้องกระทำ แม้ในกรณีที่ศาลหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในต่างประเทศยังมิได้มีคำสั่งให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สิน ซึ่งจะแตกต่างจากที่พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญา พ.ศ. 2535 ได้กำหนดไว้

ข้อสังเกต มาตรการในข้อ 1 และ 2 นั้น เป็น ข้อบทบังคับ ประเทศภาคีของอนุสัญญาฯ จึงต้องมีกฎหมายที่อนุญาตที่จะดำเนินการได้โดยตรง

3. ดำเนินมาตรการอย่างอื่นเพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจสามารถป้องกันการลักย้ายหรือถ่ายเททรัพย์สินได้โดยเหตุอย่างอื่น เช่น การที่บุคคลนั้นถูกจับในต่างประเทศ หรือ การกระทำ ความผิดเกี่ยวกับการได้มาซึ่งทรัพย์สิน เป็นต้น

ข้อนี้มิใช่เป็นข้อบทบังคับที่ให้ประเทศภาคีดำเนินการ หากแต่กำหนดให้เป็นข้อพิจารณาสำหรับประเทศภาคี หากเห็นว่า เหมาะสมและกระทำได้และสอดคล้องกับระบบกฎหมายของตนย่อมสามารถกำหนดให้มีได้

การริบทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดในต่างประเทศ (Confiscation)

การดำเนินการนี้อาจกระทำได้ 3 วิธีการ ดังนี้

1. การให้ผลกับคำสั่งริบทรัพย์สินของศาลต่างประเทศในประเทศ⁴⁶

การให้ผลนี้อาจกระทำได้โดยตรงหรือโดยอ้อม การบังคับโดยตรง (Direct Enforcement) หมายความว่า หน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ของประเทศภาคีผู้รับคำร้องขอจะขอให้มีการบังคับตาม

⁴⁵ Article 54 paragraph 2 (b) Take such measures as may be necessary to permit its competent authorities to freeze or seize property upon a request that provides a reasonable basis for the requested State Party to believe that there are sufficient grounds for taking such actions and that the property would eventually be subject to an order of confiscation for purposes of paragraph 1 (a) of this article

⁴⁶ Article 54 paragraph 1 (a) Take such measures as may be necessary to permit its competent authorities to give effect to an order of confiscation issued by a court of another State Party;

คำสั่งริบทรัพย์สินของศาลในประเทศผู้ยื่นคำร้องขอ⁴⁷ หรือ การบังคับโดยอ้อม (Indirect Enforcement) หมายความว่า หน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ของประเทศภาคีผู้รับคำร้องขอจะดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งคำสั่งริบทรัพย์สินของหน่วยงานในประเทศภาคีผู้รับคำร้องขอเอง และดำเนินการบังคับตามคำสั่งริบทรัพย์สินดังกล่าว⁴⁸

ข้อสังเกต วิธีการบังคับโดยตรงและโดยอ้อมจึงแตกต่างกันตรงที่คำสั่งที่ริบทรัพย์สินที่อาศัยเป็นเหตุในการบังคับนั้นเป็นของหน่วยงานในประเทศใด หากคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งของศาลของประเทศผู้ยื่นคำร้องขอแล้ว จะเป็นกรณีการบังคับโดยตรง แต่หากคำสั่งดังกล่าวเป็นของหน่วยงานในประเทศผู้รับคำร้องขอแล้ว กรณีจะเป็นการบังคับโดยอ้อม⁴⁹

⁴⁷ Article 55 paragraph 1

(b) Submit to its competent authorities, with a view to giving effect to it to the extent requested, an order of confiscation issued by a court in the territory of the requesting State Party in accordance with articles 31, paragraph 1, and 54, paragraph 1 (a), of this Convention insofar as it relates to proceeds of crime, property, equipment or other instrumentalities referred to in article 31, paragraph 1, situated in the territory of the requested State Party.

⁴⁸ Article 55 paragraph 1

1. A State Party that has received a request from another State Party having jurisdiction over an offence established in accordance with this Convention for confiscation of proceeds of crime, property, equipment or other instrumentalities referred to in article 31, paragraph 1, of this Convention situated in its territory shall, to the greatest extent possible within its domestic legal system:

(a) Submit the request to its competent authorities for the purpose of obtaining an order of confiscation and, if such an order is granted, give effect to it; or

⁴⁹ ความแตกต่างของวิธีการบังคับโดยตรงและโดยอ้อมนั้น จะมีผลต่อเงื่อนไขในการให้ความร่วมมือในการริบทรัพย์สินด้วย เนื่องจาก การริบทรัพย์สินนั้น โดยสภาพแล้ว เป็นโทษทางอาญา โดยไม่ต้องคำนึงว่า ในบางกรณี การดำเนินการเพื่อริบทรัพย์สินจะใช้มาตรการในทางแพ่ง (เช่น ในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ที่เรียกว่า “การขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน”) เหตุนี้ ในการให้ความร่วมมือในการริบทรัพย์สิน ประเทศผู้รับคำ

2. การมีกฎหมายอนุญาตให้มีการริบทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ

การดำเนินการนี้อาจกระทำได้โดยการดำเนินคดีอาญาความผิดฐานฟอกเงินหรือความผิดอื่นซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของประเทศตนหรือโดยกระบวนการอื่น⁵⁰

3. การมีกฎหมายอนุญาตให้ริบทรัพย์สินโดยไม่ต้องมีคำพิพากษาว่ากระทำความผิด

การอนุญาตให้ริบทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดตามอนุสัญญาได้ โดยปราศจากคำพิพากษาว่ากระทำความผิด ในกรณีที่ไม่สามารถฟ้องดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดเนื่องจากผู้นั้นถึงแก่ความตาย หลบหนี หรือไม่ได้ตัวมาหรือเหตุผลจำเป็นอื่น ๆ⁵¹

ร้องขอจึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Legality Principle) ด้วย ซึ่งจะต้องพิจารณาโดยอ้างอิงกับกฎหมายของประเทศใด ย่อมขึ้นอยู่กับว่าประเทศผู้รับคำร้องขอใช้วิธีการบังคับโดยตรงหรือโดยอ้อมในการให้ความร่วมมือกับต่างประเทศในการริบทรัพย์สิน ในกรณีที่เป็นการบังคับโดยตรง ซึ่งเป็นการบังคับตามคำสั่งริบทรัพย์สินของต่างประเทศ หลักความชอบด้วยกฎหมายจึงต้องเป็นไปตามกฎหมายของประเทศผู้ยื่นคำร้องขอความร่วมมือ ในขณะที่หากเป็นการบังคับโดยอ้อมที่หน่วยงานหรือศาลในประเทศผู้รับคำร้องขอจะต้องมีคำสั่งริบทรัพย์สินอีกชั้นหนึ่ง กรณีจะถือว่าประเทศผู้รับคำร้องขอได้ดำเนินการลงโทษ หลักความชอบด้วยกฎหมายจึงต้องพิจารณาตามกฎหมายของประเทศผู้รับคำร้องขอ ดังนี้ หากกฎหมายของประเทศผู้รับคำร้องขอให้ความร่วมมือในการริบทรัพย์สินโดยการบังคับทางอ้อมและกฎหมายของประเทศผู้รับคำร้องขอไม่ได้กำหนดให้การกระทำซึ่งเป็นมูลกรณีของคำร้องขอเป็นความผิดอาญาหรือความผิดอาญานั้นไม่มีโทษริบทรัพย์สินหรือไม่สามารถริบทรัพย์สินตามที่ระบุในคำร้องขอแล้ว ประเทศผู้รับคำร้องขอย่อมไม่อาจให้ความร่วมมือได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ในขณะที่หากประเทศผู้รับคำร้องขอใช้วิธีการบังคับโดยตรงในการให้ความร่วมมือในการริบทรัพย์สินแล้ว จะไม่มีปัญหาในลักษณะเช่นนี้

⁵⁰ Article 54 paragraph 1

(b) Take such measures as may be necessary to permit its competent authorities, where they have jurisdiction, to order the confiscation of such property of foreign origin by adjudication of an offence of money-laundering or such other offence as may be within its jurisdiction or by other procedures authorized under its domestic law; and

⁵¹ Article 54 paragraph 1

ข้อสังเกต ข้อนี้กำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกเพียง “พิจารณา” ว่า จะใช้มาตรการดังกล่าวหรือไม่ มิใช่เป็นข้อบ่งชี้ว่าประเทศภาคีสมาชิกจะต้องมีมาตรการดังกล่าว

6) ความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อความมุ่งประสงค์ในการริบทรัพย์สิน

ข้อ 55⁵² ความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อความมุ่งประสงค์ในการริบทรัพย์สิน

(c) Consider taking such measures as may be necessary to allow confiscation of such property without a criminal conviction in cases in which the offender cannot be prosecuted by reason of death, flight or absence or in other appropriate cases.

⁵² Article 55

International cooperation for purposes of confiscation

1. A State Party that has received a request from another State Party having jurisdiction over an offence established in accordance with this Convention for confiscation of proceeds of crime, property, equipment or other instrumentalities referred to in article 31, paragraph 1, of this Convention situated in its territory shall, to the greatest extent possible within its domestic legal system:

(a) Submit the request to its competent authorities for the purpose of obtaining an order of confiscation and, if such an order is granted, give effect to it;
or

(b) Submit to its competent authorities, with a view to giving effect to it to the extent requested, an order of confiscation issued by a court in the territory of the requesting State Party in accordance with articles 31, paragraph 1, and 54, paragraph 1 (a), of this Convention insofar as it relates to proceeds of crime, property, equipment or other instrumentalities referred to in article 31, paragraph 1, situated in the territory of the requested State Party.

2. Following a request made by another State Party having jurisdiction over an offence established in accordance with this Convention, the requested State Party shall take measures to identify, trace and freeze or seize proceeds of crime, property, equipment or other instrumentalities referred to in article 31, paragraph 1, of this Convention for the purpose of eventual confiscation to be ordered either by the

requesting State Party or, pursuant to a request under paragraph 1 of this article, by the requested State Party.

3. The provisions of article 46 of this Convention are applicable, *mutatis mutandis*, to this article. In addition to the information specified in article 46, paragraph 15, requests made pursuant to this article shall contain:

(a) In the case of a request pertaining to paragraph 1 (a) of this article, a description of the property to be confiscated, including, to the extent possible, the location and, where relevant, the estimated value of the property and a statement of the facts relied upon by the requesting State Party sufficient to enable the requested State Party to seek the order under its domestic law;

(b) In the case of a request pertaining to paragraph 1 (b) of this article, a legally admissible copy of an order of confiscation upon which the request is based issued by the requesting State Party, a statement of the facts and information as to the extent to which execution of the order is requested, a statement specifying the measures taken by the requesting State Party to provide adequate notification to bona fide third parties and to ensure due process and a statement that the confiscation order is final;

(c) In the case of a request pertaining to paragraph 2 of this article, a statement of the facts relied upon by the requesting State Party and a description of the actions requested and, where available, a legally admissible copy of an order on which the request is based.

4. The decisions or actions provided for in paragraphs 1 and 2 of this article shall be taken by the requested State Party in accordance with and subject to the provisions of its domestic law and its procedural rules or any bilateral or multilateral agreement or arrangement to which it may be bound in relation to the requesting State Party.

5. Each State Party shall furnish copies of its laws and regulations that give effect to this article and of any subsequent changes to such laws and regulations or a

1.ภายในขอบเขตที่กว้างขวางที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ตามระบบกฎหมายของตน รัฐภาคีซึ่งได้รับคำร้องขอจากอีกรัฐภาคีหนึ่งที่มีเขตอำนาจศาลเหนือความผิดที่กำหนดตามอนุสัญญานี้ ให้ดำเนินการริบทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด ทรัพย์สิน อุปกรณ์ หรือเครื่องมือที่ใช้ในการกระทำความผิดอื่นใดที่อ้างถึงในข้อ 31 วรรค 1 ของอนุสัญญานี้ ซึ่งอยู่ในดินแดนของตน

อนุสัญญานี้ รัฐภาคีที่ถูกร้องขอต้องให้ความร่วมมือในการริบสิ่งที่ได้มาจากการกระทำความผิด ทรัพย์สิน อุปกรณ์ หรือเครื่องมือที่ใช้ในการกระทำความผิดตามที่กล่าวไว้ในข้อ 31 วรรค 1 ของอนุสัญญานี้ ซึ่งตั้งอยู่ในอาณาเขตของประเทศภาคีที่ถูกร้องขอนั้น

2.ในการดำเนินการตามคำร้องขอของอีกรัฐภาคีหนึ่งที่มีเขตอำนาจศาลเหนือความผิดที่กำหนดตามอนุสัญญานี้ ให้รัฐภาคีที่ได้รับการร้องขอดำเนินมาตรการเพื่อระบุชี้ ติดตามสืบหา และอายัดหรือยึดทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด ทรัพย์สิน อุปกรณ์ หรือเครื่องมือที่ใช้ในการกระทำความผิดอื่นที่อ้างถึงในข้อ 31 วรรค 1 ของอนุสัญญานี้ เพื่อความมุ่งประสงค์ให้มีคำสั่งริบทรัพย์สินในที่สุดไม่ว่าจะออกคำสั่งโดยรัฐภาคีที่ร้องขอ หรือโดยภาคีที่ได้รับการร้องขอตามคำร้องขอภายในไต้หวัน 1 ของข้อนี้

description thereof to the Secretary-General of the United Nations.

6. If a State Party elects to make the taking of the measures referred to in paragraphs 1 and 2 of this article conditional on the existence of a relevant treaty, that State Party shall consider this Convention the necessary and sufficient treaty basis.

7. Cooperation under this article may also be refused or provisional measures lifted if the requested State Party does not receive sufficient and timely evidence or if the property is of a de minimis value.

8. Before lifting any provisional measure taken pursuant to this article, the requested State Party shall, wherever possible, give the requesting State Party an opportunity to present its reasons in favour of continuing the measure.

9. The provisions of this article shall not be construed as prejudicing the rights of bona fide third parties.

3.ให้นำบทบัญญัติข้อ 46 ของอนุสัญญานี้มาใช้บังคับโดยอนุโลมกับข้อนี้ และนอกเหนือจากข้อมูลข่าวสารที่ระบุไว้ในข้อ 46 วรรค 15 ต้องมีการระบุรายละเอียดต่างตามวรรคนี้ด้วย

4.รัฐภาคีที่ได้รับการร้องขอต้องตัดสินใจหรือดำเนินการตามที่ระบุไว้ในวรรค 1 และ 2 ของข้อนี้ โดยเป็นไปตาม และภายใต้บังคับบทบัญญัติของกฎหมายภายในของตน และหลักเกณฑ์กระบวนการพิจารณาของตน หรือความตกลงหรือข้อตกลงทวิภาคีหรือพหุภาคีใดๆ ที่ตนอาจมีพันธะผูกพันกับรัฐภาคีที่ร้องขอนั้น

5.รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องจัดส่งสำเนากฎหมายและข้อบังคับของตนซึ่งให้ผลบังคับต่อข้อนี้ และการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในภายหลังต่อกฎหมายและข้อบังคับเช่นว่า หรือรายละเอียดแห่งการนั้นให้แก่เลขาธิการสหประชาชาติ

6.หากรัฐภาคีเลือกที่จะดำเนินการมาตรการที่อ้างถึงในวรรค 1 และ 2 ของข้อนี้ โดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องมีสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้อง ให้รัฐภาคีนั้นพิจารณาว่าอนุสัญญานี้เป็นสนธิสัญญาพื้นฐานที่จำเป็นและเพียงพอ

7.การให้ความร่วมมือภายใต้ข้อนี้อาจถูกปฏิเสธ หรือมาตรการชั่วคราวอาจถูกยกเลิก หากรัฐภาคีที่ได้รับการร้องขอไม่ได้รับพยานหลักฐานที่เพียงพอ และภายในเวลาอันควร หรือหากทรัพย์สินนั้นมีมูลค่าเพียงเล็กน้อย

8.ก่อนที่จะยกเลิกมาตรการชั่วคราวใดๆ ที่ได้ดำเนินการตามข้อนี้ เมื่อใดก็ตามที่เป็นไปได้ ให้รัฐภาคีที่ได้รับการร้องขอให้ออกาสแก่รัฐภาคีที่ร้องขอชี้แจงถึงเหตุผลที่ควรใช้มาตรการชั่วคราวนั้นต่อไป

9.บทบัญญัติของข้อนี้ต้องไม่ถูกตีความไปในทางที่จะกระทบต่อสิทธิของบุคคลที่สามที่สุจริต

ข้อความที่ว่า“ภายในขอบเขตที่กว้างขวางที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ภายใต้ระบบกฎหมายภายในของตน” อาจทำให้ผู้อ่านอาจเข้าใจว่ารัฐภาคีไม่จำเป็นต้องมีการแก้ไขกฎหมายภายในของตนเพื่อให้เป็นไปตามอนุสัญญาฉบับนี้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาข้อ 55 จะต้องอ่านควบคู่กับอนุสัญญาข้อ 31 ในเรื่องริบและการยึดทรัพย์ เมื่อรัฐภาคีได้แก้ไขกฎหมายตามพันธกรณีที่มีตาม ข้อ 31 แล้ว รัฐภาคีดังกล่าวก็จะมีกฎหมายภายในเรื่องการริบทรัพย์ซึ่งใช้กับคดีที่เกิดขึ้นภายในประเทศของตนเป็นไปตามมาตรฐานที่ได้กำหนดในอนุสัญญาฯ ฉบับนี้ สำหรับอนุสัญญาข้อ 55 นี้ เป็นเรื่องของความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องการริบทรัพย์ ซึ่งหากรัฐภาคีแต่ละรัฐสามารถริบทรัพย์สำหรับคดีในประเทศของตนได้ตามอนุสัญญาฯ ข้อ 31 แล้ว ก็น่าที่จะสามารถ

ให้ความร่วมมือกับรัฐภาคีอื่นๆ ในการริบทรัพย์ที่อยู่ในประเทศของตนตามคำร้องขอของรัฐภาคีอื่นๆ ได้ ซึ่งนำไปเป็นการเพียงพอเมื่อพิจารณาในมุมมองที่ว่าจะต้องมีการแก้ไขกฎหมายภายในของตนตามมาตรฐานที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ ข้อ 31⁵³

ในอนุสัญญานี้ การริบทรัพย์ จึงเป็นมาตรการที่จำเป็นอย่างยิ่งในกรณีที่เกิดประโยชน์ดังกล่าวถูกโยกย้ายหรือแปรสภาพไปเก็บรักษาในต่างประเทศ ซึ่งเมื่อมีการดำเนินคดีโดยศาลของประเทศที่มีเขตอำนาจเหนือความผิดดังกล่าวจนมีคำพิพากษาให้ริบทรัพย์นั้นแล้ว การดำเนินการริบทรัพย์สินจะกระทำได้อย่างยากหากประเทศต่างๆ ที่ทรัพย์สินที่ต้องริบนั้นตั้งอยู่ ไม่ให้ความร่วมมือ อนุสัญญานี้จึงได้นำเรื่องความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อความมุ่งประสงค์ในการริบทรัพย์สินมา กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้

อนุสัญญานี้กำหนดให้มีมาตรการริบทรัพย์ ทั้งในทางอาญาและในทางแพ่ง และการดำเนินการแก่ทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด หรือทรัพย์สินที่ใช้ในการกระทำความผิด ซึ่งยังมีการกำหนดให้มีการร่วมมือกันในทางระหว่างประเทศในกรณีของการดำเนินการยึดอายัด และริบทรัพย์สิน อนุสัญญานี้กำหนดให้รัฐภาคีจะต้องกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้ที่กระทำความผิดตามอนุสัญญานี้ และต้องกำหนดโทษที่มีโทษทางอาญาให้แก่นิติบุคคล และยังต้องมีมาตรการการลงโทษเกี่ยวกับทรัพย์สิน หรือทางการเงิน การยึดและ/หรืออายัดทรัพย์สิน การริบทรัพย์สิน โดยการกำหนดบทลงโทษต่างๆ ให้เป็นการกำหนดโดยรัฐภาคีเองเพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญานี้,

⁵³ Article 31 Freezing, seizure and confiscation

สรุป ทรัพย์สินในความหมายของ ข้อ 31 วรรค 1

- สิ่งที่ได้มาจากการกระทำความผิดประเภทที่ระบุไว้ในอนุสัญญาฉบับนี้ หรือทรัพย์สินซึ่งมีมูลค่าเท่ากับมูลค่าของสิ่งที่ได้มาจากการกระทำความผิดดังกล่าว

- ทรัพย์สิน อุปกรณ์ หรือเครื่องมืออื่นๆ เพื่อใช้หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิดประเภทที่ระบุไว้ในอนุสัญญานี้

ข้อ 31 วรรค 4, 5 และ 6 ให้ความหมายรวมถึง

- ในกรณีที่ทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดมี
- การแปลงรูปเป็นทรัพย์สินอื่นทั้งหมดหรือบางส่วน หรือ
- ผสมรวมอยู่กับทรัพย์สินอื่นที่ขอบด้วยกฎหมายบางส่วน รวมถึง
- รายได้หรือผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดนั้น

กฎหมายภายในของรัฐสมาชิก และตามอนุสัญญาอื่นๆ⁵⁴ที่เกี่ยวข้องกับการทุจริตตามที่กล่าวถึงในอนุสัญญานี้

การริบทรัพย์สินตามอนุสัญญานี้ ได้บัญญัติให้ริบได้อย่างกว้างขวาง นอกจากจะเป็นทรัพย์สินแล้วยังรวมถึงผลประโยชน์ทุกชนิดที่ได้มาจากการกระทำความผิด โดยได้กำหนดค่านิยามการริบทรัพย์สินไว้ว่า

“การริบทรัพย์สิน” ซึ่งรวมถึงการริบโดยเจาะจงตัวทรัพย์สินในกรณีที่ใช้บังคับได้ หมายถึงการบังคับเอาทรัพย์สินไปอย่างถาวร โดยคำสั่งศาลหรือโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจอื่น⁵⁵

ทั้งนี้การริบทรัพย์สินในอนุสัญญานี้ ได้เลือกใช้คำว่า Confiscation โดยในคำนิยาม⁵⁶ได้หมายรวมถึง Forfeiture ด้วย เหตุที่เป็นเช่นนั้น เป็นเพราะความหลากหลายของบทบัญญัติกฎหมายภายในประเทศ ในแต่ละรัฐภาคี ซึ่งมีการบัญญัติกฎหมายที่แตกต่างกัน จึงจำเป็นต้องบัญญัติอย่างกว้างๆ เพื่อที่จะไม่ขัดกับหลักกฎหมายภายในของรัฐภาคี⁵⁷

⁵⁴ Interamerican Against Corruption Convention, Convention of the Fight Against Corruption involving Officials of The European Communities or Officials of Member States of the European Union , OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, The criminal law Convention on Corruption , The Civil law Convention on Corruption and The African Union convention on preventing and Combating Corruption.

⁵⁵ คณะกรรมการพิจารณาพันธกรณีตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 กระทรวงยุติธรรม, คำแปล อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003.

⁵⁶ Article 2 Use of Terms

(g) “Confiscation” which includes forfeiture where applicable, shall mean the permanent deprivation of property by order of a court or other competent authority.

⁵⁷ Text taken from the proposals submitted by Colombia (A/AC.261/IPM/14), France (A/AC.261/IPM/10) and Mexico (A/AC.261/IPM/13).

ในส่วนของวิธีการริบทรัพย์สินตามอนุสัญญานี้สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 วิธี คือ

1.การริบทรัพย์สินภายในประเทศ ได้กำหนดให้รัฐภาคีดำเนินการภายใน “เท่าที่จำเป็น” เพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของตนสามารถระบุ สืบหา แหล่งที่มา อาศัย หรือยึดผลตอบทุนทรัพย์สิน เครื่องมือ หรือสิ่งอื่นใด ที่ได้ใช้ หรือจะใช้ในการกระทำความผิด

2.การริบทรัพย์สินระหว่างประเทศ ทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดอาจมีการโยกย้าย จำหน่าย จ่ายโอน ไปยังหลายรัฐ การจะดำเนินการริบทรัพย์สินให้มีประสิทธิภาพต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศ เนื่องจากรัฐอื่นไม่มีอำนาจที่จะเข้าแทรกแซงกิจการภายในของอีกรัฐหนึ่ง

ในส่วน of ข้อ 31(ก)⁵⁸ นั้นได้กล่าวถึงทรัพย์สินหรือมูลค่าของสิ่งที่ได้มาจากการกระทำความผิดดังกล่าว ซึ่งเป็นการนำหลักการเรื่องการริบทรัพย์สินแบบมูลค่า(Value based confiscation) มาใช้

อนุสัญญานี้กำหนดให้รัฐภาคีกำหนดเขตอำนาจในการบังคับใช้ตามอนุสัญญานี้ให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของตน โดยกำหนดให้รัฐภาคีต้องกำหนดเขตอำนาจศาลในทางอาญา การดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด หรือได้มาจากการกระทำความผิด มาตรการเกี่ยวกับการฟอกเงิน โดยต้องกำหนดเขตอำนาจภายในของตน และเขตอำนาจระหว่างรัฐสมาชิกด้วยกันเอง และยังต้องกำหนดเขตอำนาจของตนให้สอดคล้องกับความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องการป้องกันและปราบปรามการทุจริตตามอนุสัญญานี้ โดยต้องพิจารณาถึงองค์การความร่วมมือระหว่างประเทศ และอนุสัญญานับอื่นๆ ที่มีการกล่าวถึงในอนุสัญญานับนี้ด้วย

อนุสัญญาข้อ 46 ยังได้วางหลักการพื้นฐานให้ประเทศสมาชิกแห่งอนุสัญญาฯ ให้ความร่วมมือในการริบทรัพย์สินแก่ประเทศสมาชิกโดยวิธีการที่กว้างที่สุด (widest measure) ในการให้ความช่วยเหลือชั้นสอบสวน (investigation) ชั้นดำเนินการฟ้องคดี (prosecutions) และชั้นศาล

⁵⁸ Article 31 Freezing, seizure and confiscation

1. Each State Party shall take, to the greatest extent possible within its domestic legal system, such measures as may be necessary to enable confiscation of:

(a) Proceeds of crime derived from offences established in accordance with this Convention or property the value of which corresponds to that of such proceeds;

(judicial proceedings) ที่เกี่ยวข้องกับความผิดภายใต้อนุสัญญานี้⁵⁹ แต่ก็กำหนดชัดเจนว่าในการปฏิบัติตามคำร้องขอจะต้องเป็นไปตามกฎหมายของรัฐภาคีผู้รับคำร้องขอ⁶⁰ อย่างไรก็ตาม หากคำร้องขอมีการร้องขอให้ดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆ อยู่ด้วย รัฐภาคีผู้รับคำร้องขอต้องปฏิบัติตามขั้นตอนตามคำร้องขอดังกล่าวเท่าที่ไม่ขัดกับกฎหมายของตน ทั้งนี้เพื่อเป็นการขจัดปัญหาข้อแตกต่างทางกฎหมายของประเทศรัฐภาคีของแต่ละประเทศให้มากที่สุด อนุสัญญาฯ ข้อ 46 นี้ไม่กระทบต่อพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาอื่นในเรื่องความช่วยเหลือทางกฎหมายที่มีอยู่แล้ว⁶¹ ดังนั้นหากรัฐภาคีมีพันธกรณีในเรื่องความช่วยเหลือทางกฎหมายที่มีอยู่แล้ว อนุสัญญาฯ ฉบับนี้ก็จะไม่กระทบถึงพันธกรณีดังกล่าวแต่อย่างใด ทำให้การบังคับใช้อนุสัญญาฯ ข้อ 46 นี้มีความสะดวกยิ่งขึ้น

อนุสัญญาข้อ 55 นี้ ได้กำหนดให้นำบทบัญญัติข้อ 46 ของอนุสัญญานี้มาใช้บังคับโดยอนุโลมกับข้อ 55 นี้ ทำให้การวินิจฉัยหรือดำเนินการตามอนุสัญญาข้อ 55 นั้นจะต้องเป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐภาคีผู้รับคำร้องขอ และหากรัฐภาคีผู้รับคำร้องขอมี สนธิสัญญาความตกลงหรือข้อตกลงใดๆ กับรัฐภาคีผู้ร้องขอในเรื่องความร่วมมือในการริบทรัพย์ดังกล่าวด้วย การวินิจฉัย

⁵⁹ Article 46 Mutual legal assistance

1. States Parties shall afford one another the widest measure of mutual legal assistance in investigations, prosecutions and judicial proceedings in relation to the offences covered by this Convention.

⁶⁰ Article 46 Mutual legal assistance

17. A request shall be executed in accordance with the domestic law of the requested State Party and, to the extent not contrary to the domestic law of the requested State Party and where possible, in accordance with the procedures specified in the request

⁶¹ Article 46 Mutual legal assistance

6. The provisions of this article shall not affect the obligations under any other treaty, bilateral or multilateral, that governs or will govern, in whole or in part, mutual legal assistance.

หรือดำเนินการตามอนุสัญญา ข้อ 55 จะต้องเป็นไปตามสนธิสัญญา ความตกลง หรือข้อตกลงดังกล่าวด้วย

อย่างไรก็ตาม อนุสัญญา เปิดโอกาสให้รัฐภาคีอาจจะปฏิเสธการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายได้หากความผิดที่ใช้เป็นพื้นฐานของการร้องขอความช่วยเหลือนั้นไม่เป็นความผิดในรัฐภาคีผู้รับคำร้องขอ⁶² ตัวอย่างที่เกิดขึ้นได้ก็คือกรณีที่รัฐผู้ร้องขอกำหนดให้การกระทำบางประเภทเป็นความผิดอาญาร้ายแรง แต่รัฐผู้รับคำร้องขอกลับไม่มีการกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิด และกำหนดให้เป็นสิทธิของรัฐภาคีผู้รับคำร้องขอที่จะเลือกการปฏิบัติตามคำร้องขอออกไปหากการปฏิบัติตามคำร้องขอดังกล่าวจะเป็นการแทรกแซงการสืบสวนสอบสวน การฟ้องร้องดำเนินคดี หรือการดำเนินการต่างๆ ทางศาลที่กำลังดำเนินอยู่⁶³

⁶² Article 46 Mutual legal assistance

9. (a) A requested State Party, in responding to a request for assistance pursuant to this article in the absence of dual criminality, shall take into account the purposes of this Convention, as set forth in article 1;

(b) States Parties may decline to render assistance pursuant to this article on the ground of absence of dual criminality. However, a requested State Party shall, where consistent with the basic concepts of its legal system, render assistance that does not involve coercive action. Such assistance may be refused when requests involve matters of a de minimis nature or matters for which the cooperation or assistance sought is available under other provisions of this Convention;

(c) Each State Party may consider adopting such measures as may be necessary to enable it to provide a wider scope of assistance pursuant to this article in the absence of dual criminality.

⁶³ Article 46 Mutual legal assistance

25. Mutual legal assistance may be postponed by the requested State Party on the ground that it interferes with an ongoing investigation, prosecution or judicial proceeding.

กำหนดให้รัฐภาคีจะต้องก่อตั้งหน่วยงานกลางหรือผู้ประสานงานกลาง (Central Authority)⁶⁴ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการรับคำร้องขอความช่วยเหลือทางกฎหมาย ปฏิบัติตามคำร้องขอ หรือส่งคำร้องขอเหล่านั้นให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเพื่อดำเนินการ อีกทั้งยังกำหนดให้คำร้องขอความช่วยเหลือทางกฎหมาย และการสื่อสารใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับคำร้องขอดังกล่าวจะต้องยื่นส่งต่อผู้ประสานงานกลางของรัฐภาคีผู้รับคำร้องขออันเป็นการลดขั้นตอนเดิมที่คำร้องขอจะต้องถูกส่งผ่านวิธีการทางทูตเท่านั้น

การที่อนุสัญญากำหนดให้รัฐภาคีผู้ร้องขอส่งข้อมูลรายละเอียดต่างๆ ให้กับรัฐภาคีผู้รับการร้องขอในการร้องขอริบทรัพย์เนื่องจากข้อมูลดังกล่าวมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการให้ความร่วมมือในเรื่องดังกล่าวอย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากพบว่าในทางปฏิบัติสิ่งที่ทำให้การริบทรัพย์ไม่

⁶⁴ Article 46 Mutual legal assistance

13. Each State Party shall designate a central authority that shall have the responsibility and power to receive requests for mutual legal assistance and either to execute them or to transmit them to the competent authorities for execution. Where a State Party has a special region or territory with a separate system of mutual legal assistance, it may designate a distinct central authority that shall have the same function for that region or territory. Central authorities shall ensure the speedy and proper execution or transmission of the requests received. Where the central authority transmits the request to a competent authority for execution, it shall encourage the speedy and proper execution of the request by the competent authority. The Secretary-General of the United Nations shall be notified of the central authority designated for this purpose at the time each State Party deposits its instrument of ratification, acceptance or approval of or accession to this Convention. Requests for mutual legal assistance and any communication related thereto shall be transmitted to the central authorities designated by the States Parties. This requirement shall be without prejudice to the right of a State Party to require that such requests and communications be addressed to it through diplomatic channels and, in urgent circumstances, where the States Parties agree, through the International Criminal Police Organization, if possible.

ประสบความสำเร็จ หรือทำให้เกิดความล่าช้าในการดำเนินการขึ้นบ่อยครั้งมีสาเหตุเนื่องจากการที่รัฐหรือประเทศผู้ร้องขอไม่ได้จัดส่งข้อมูล หรือเอกสารที่จำเป็นให้กับรัฐผู้รับคำร้องขอ ดังนั้นอนุสัญญาข้อนี้จึงกำหนดรายละเอียดของข้อมูลที่เป็นต่อการให้ความร่วมมือในเรื่องการริบทรัพย์สินไว้ โดยกำหนดรายละเอียดไว้ในข้อ 46 วรรค 15⁶⁵ และ ข้อ 55 วรรค 3.⁶⁶

⁶⁵ Article 46 Mutual legal assistance

15. A request for mutual legal assistance shall contain:

(a) The identity of the authority making the request;

(b) The subject matter and nature of the investigation, prosecution or judicial proceeding to which the request relates and the name and functions of the authority conducting the investigation, prosecution or judicial proceeding;

(c) A summary of the relevant facts, except in relation to requests for the purpose of service of judicial documents;

⁶⁶ Article 55

3. The provisions of article 46 of this Convention are applicable, mutatis mutandis, to this article. In addition to the information specified in article 46, paragraph 15, requests made pursuant to this article shall contain:

(a) In the case of a request pertaining to paragraph 1 (a) of this article, a description of the property to be confiscated, including, to the extent possible, the location and, where relevant, the estimated value of the property and a statement of the facts relied upon by the requesting State Party sufficient to enable the requested State Party to seek the order under its domestic law;

(b) In the case of a request pertaining to paragraph 1 (b) of this article, a legally admissible copy of an order of confiscation upon which the request is based issued by the requesting State Party, a statement of the facts and information as to the extent to which execution of the order is requested, a statement specifying the measures taken by the requesting State Party to provide adequate notification to bona fide third parties and to ensure due process and a statement that the confiscation order is final;

อนุสัญญานี้มีลักษณะเป็นอนุสัญญาเพื่อความร่วมมือจึงต้องกำหนดให้การดำเนินการขึ้นอยู่กับรัฐภาคีที่จะตัดสินใจในการดำเนินการโดยอนุสัญญากำหนดกรอบของการดำเนินการ กำหนดให้รัฐภาคีผู้ร้องขอส่งข้อมูลรายละเอียดต่างๆ ให้กับรัฐภาคีผู้ร้องขอในการร้องขอทรัพยากร เนื่องจากข้อมูลดังกล่าวมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการให้ความร่วมมือในเรื่องดังกล่าวอย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากพบว่าในทางปฏิบัติสิ่งที่ทำให้การทรัพยากรไม่ประสบผลสำเร็จหรือทำให้เกิดความล่าช้าในการดำเนินการขึ้นบ่อยครั้งมีสาเหตุเนื่องมาจากการที่รัฐหรือประเทศผู้ร้องขอไม่ได้จัดส่งข้อมูลหรือเอกสารที่จำเป็นให้กับรัฐผู้รับคำร้องขอ เช่นไม่ส่งสำเนาคำสั่งให้มีการทรัพยากรของศาลต่างประเทศให้และบ่อยครั้งที่พบว่าคำร้องขอให้ทรัพยากรนั้นไม่ได้แนบหลักฐานแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ของทรัพยากรที่จะขอรับนั้นว่าเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในรัฐผู้ร้องขอแต่อย่างใด

อนุสัญญานี้จะเป็นการขยายความสามารถของรัฐภาคีสมาชิก โดยความร่วมมือกับรัฐภาคีสมาชิกอื่นในการสืบสวนสอบสวน และดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด ซึ่งจะเป็นเครื่องมือที่สำคัญยิ่งต่อประเทศไทย ในการปราบปรามการทุจริต โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่ประเทศไทยยังไม่มีข้อตกลงความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญาระหว่างกัน ด้วยอนุสัญญาฉบับนี้กล่าวถึงการให้ความร่วมมือที่ครอบคลุมถึงการยึดและอายัดทรัพย์สินที่ได้มาเนื่องจากการกระทำความผิด ความร่วมมือกันในการดำเนินการสืบสวนสอบสวน การให้ความช่วยเหลือทางเทคนิค การสืบสวนสอบสวน และการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารระหว่างกัน

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตนี้ ได้ให้ความสำคัญกับการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศในการติดตามทรัพย์สินกลับคืน รวมทั้งการให้ความร่วมมือซึ่งกันและกันทางกฎหมาย เพื่อดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดอย่างมีประสิทธิภาพ หากประเทศต่างๆ เข้าเป็นภาคีมากขึ้น โอกาสที่ผู้กระทำความผิดจะหลบซ่อนตัวก็ยิ่งน้อยลง

(c) In the case of a request pertaining to paragraph 2 of this article, a statement of the facts relied upon by the requesting State Party and a description of the actions requested and, where available, a legally admissible copy of an order on which the request is based.

7) ความร่วมมือพิเศษ

ข้อ 56 ความร่วมมือพิเศษ

โดยไม่กระทบต่อกฎหมายภายในของตนรัฐภาคีแต่ละรัฐต้องพยายามที่จะดำเนินการมาตรการเพื่ออนุญาตให้มีการส่งข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดที่กำหนดตามอนุสัญญานี้ ให้อีกรัฐภาคีหนึ่งโดยไม่ต้องมีการร้องขอก่อน เมื่อรัฐภาคีนั้นพิจารณาว่าการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารเช่นว่าอาจช่วยรัฐภาคีผู้รับในการเริ่มหรือดำเนินการสืบสวนสอบสวน การฟ้องร้องหรือกระบวนการทางศาลใดๆ หรืออาจนำไปสู่การทำคำร้องขอโดยรัฐภาคีนั้น ภายใต้หมวดนี้ของอนุสัญญานี้ ทั้งนี้โดยไม่กระทบกระเทือนต่อการสืบสวน การฟ้องคดี หรือกระบวนการทางศาลใดๆของตน

มาตรการในข้อนี้เป็นมาตรการบังคับ โดยอนุสัญญานี้ได้สนับสนุนและส่งเสริมความร่วมมือระหว่างประเทศ ในการให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในการติดตามเอาทรัพย์สินที่ได้มาจากการทุจริต ทั้งนี้โดยการสร้างมาตรฐานขั้นต่ำในการพัฒนากฎหมาย หรือแก้ไขกฎหมายของรัฐภาคี ให้มีความสอดคล้องและเป็นไปในแนวทางเดียวกันให้มากที่สุด ตลอดจนการให้ความร่วมมือกันในการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ได้มาจากการทุจริตให้มีประสิทธิภาพสูงสุด เท่าที่จะสามารถกระทำได้ และกระทบกระเทือนต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐให้น้อยที่สุด⁶⁷ มาตรฐานประการหนึ่งที่จะลด หรือขจัดความเหลื่อมล้ำของมาตรฐานในทางกฎหมายของรัฐภาคี อันเนื่องมาจากระบบกฎหมายที่แตกต่างกันและส่งเสริมการให้ความร่วมมือและช่วยเหลือซึ่งกันและกันในทางกฎหมายของประเทศต่างๆ อย่างมีประสิทธิภาพ คือ กำหนดมาตรฐานในการให้ความร่วมมือช่วยเหลือระหว่างกัน ในการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ได้มาจากการทุจริต และเพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายขึ้นในประเทศภาคีสมาชิกประเทศใดประเทศหนึ่ง อันจะเป็นช่องทางให้ผู้กระทำความผิดใช้เป็นช่องทางในการหลบเลี่ยงการบังคับใช้กฎหมายได้

⁶⁷ Philippa Webb, The United Nations Convention Against Corruption: Global Achievement or Missed Opportunity?, Journal of International Economic Law, March 2005

8) การส่งคืนและการจัดการกับทรัพย์สินที่ริบ

ข้อ 57 การส่งคืนและการจัดการทรัพย์สิน

1. รัฐภาคีที่ริบทรัพย์สินต้องจัดการกับทรัพย์สินที่ถูกริบตามข้อ 31 หรือ ข้อ 55 ของอนุสัญญานี้ รวมทั้งโดยการส่งคืนแก่เจ้าของเดิมที่ชอบด้วยกฎหมายตามวรรค 3 ของข้อนี้ ทั้งนี้ โดยเป็นไปตามบทบัญญัติของอนุสัญญานี้และกฎหมายภายในของตน

2. รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องรับเอามาตรการทางนิติบัญญัติและมาตรการอื่นใดที่เป็นไปตามหลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายภายในของตนเช่นที่อาจจำเป็นเพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจสามารถส่งคืนทรัพย์สินที่ถูกริบเมื่อดำเนินการตามคำร้องของอีกรัฐภาคีหนึ่งตามอนุสัญญานี้ โดยคำนึงถึงสิทธิของบุคคลที่สามซึ่งสุจริตด้วย

3. โดยเป็นไปตามข้อ 46 และ 55 ของอนุสัญญานี้ และวรรค 1 และ 2 ของข้อนี้ รัฐภาคีที่ได้รับการร้องขอต้องดำเนินการดังนี้

(ก) ในกรณีที่มีการยกยอกเงินกองทุนของรัฐหรือการฟอกเงินที่ได้จากการยกยอกเงินกองทุนของรัฐตามที่อ้างถึงในข้อ 17 และ 23 ของอนุสัญญานี้ เมื่อมีการดำเนินการริบทรัพย์สินตามข้อ 55 ของอนุสัญญานี้ และบนพื้นฐานของคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วในรัฐภาคีที่ร้องขอให้คืนทรัพย์สินที่ริบแก่รัฐภาคีที่ร้องขอ ทั้งนี้ รัฐภาคีที่ได้รับการร้องขอสามารถละเว้นข้อกำหนดนี้ได้

(ข) ในกรณีของทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดอื่นใดภายใต้อนุสัญญานี้ เมื่อมีการดำเนินการริบทรัพย์สินตามข้อ 55 ของอนุสัญญานี้ และบนพื้นฐานของคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว ในรัฐภาคีที่ร้องขอ ทั้งนี้ เมื่อรัฐภาคีที่ร้องขอพิสูจน์ได้อย่างมีเหตุผลสมควรว่าตนเป็นเจ้าของทรัพย์สินเช่นว่าอยู่ก่อนแก่รัฐภาคีที่ได้รับการร้องขอ หรือเมื่อรัฐภาคีที่ได้รับการร้องขอยอมรับให้ใช้ความเสียหายที่เกิดแก่รัฐภาคีที่ร้องขอเป็นพื้นฐานในการคืนทรัพย์สินที่ถูกริบ ให้คืนทรัพย์สินที่ถูกริบแก่รัฐภาคีที่ร้องขอ ในการนี้ รัฐภาคีที่ได้รับการร้องขอสามารถละเว้นข้อกำหนดนี้ได้

(ค) ในกรณีอื่นๆทั้งปวงพิจารณาให้มีความสำคัญเป็นอันดับแรกต่อการคืนทรัพย์สินที่ถูกริบแก่รัฐภาคีที่ร้องขอ คืนทรัพย์สินเช่นว่านั้นแก่เจ้าของที่ชอบด้วยกฎหมายเดิม หรือชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายจากการกระทำความผิด

4. ในกรณีที่เหมาะสม เว้นแต่รัฐภาคีตกลงใจเป็นอย่างอื่น รัฐภาคีที่ได้รับการร้องขออาจหักค่าใช้จ่ายอันมีเหตุผลสมควรที่เกิดจากการสืบสวนสอบสวน การฟ้องคดี หรือกระบวนการทางศาลใดๆซึ่งนำไปสู่การคืน หรือการจัดการซึ่งทรัพย์สินที่ถูกริบตามข้อนี้

5. ในกรณีที่เหมาะสม รัฐภาคีอาจพิจารณาเป็นพิเศษเพื่อจัดทำความตกลงหรือข้อตกลงอันเป็นที่ยอมรับซึ่งกันและกันเป็นรายกรณีไป เพื่อจัดการทรัพย์สินที่ริบไว้นั้นให้เป็นที่สุด

อนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดให้การส่งคืนและจัดการกับทรัพย์สินที่ถูกริบนั้นจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของอนุสัญญา และ กฎหมายของประเทศผู้รับคำร้องขอ คำว่า “การจัดการ” ดังกล่าวนี้อาจมีความหมายรวมถึง การส่งทรัพย์สินคืนแก่ผู้ที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นก่อนที่จะมีการกระทำความผิดด้วย⁶⁸

อนุสัญญา นี้ กำหนดให้จัดการกับทรัพย์สินที่ริบตามคำร้องขอของต่างประเทศ ดังนี้

1. จัดส่งทรัพย์สินที่ริบไว้นั้นกลับคืนไปให้ประเทศผู้ร้องขอ สำหรับการกระทำความผิดเกี่ยวกับการยกยอกเงินทุนของรัฐหรือการฟอกเงินที่ได้มาจากการยกยอกเงินทุนของรัฐ
2. จัดส่งทรัพย์สินที่ริบไว้นั้นกลับคืนไปให้ประเทศผู้ร้องขอ เมื่อประเทศภาคีผู้ร้องขอแสดงได้ตามสมควรต่อประเทศผู้รับคำร้องขอถึงความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ถูกริบนั้นก่อนที่จะมีการกระทำความผิดหรือเมื่อประเทศผู้รับคำร้องขอได้ยอมรับความเสียหายที่ประเทศผู้ร้องขอได้รับเป็นเหตุแห่งการจัดส่งคืนทรัพย์สินที่ริบไว้นั้น สำหรับการกระทำความผิดประเภทอื่นๆ ตามอนุสัญญาฉบับนี้
3. ให้มีความสำคัญเป็นลำดับแรกกับการจัดส่งทรัพย์สินที่ริบไว้นั้นกลับคืนแก่ประเทศผู้ร้องขอหรือเจ้าของกรรมสิทธิ์โดยชอบด้วยกฎหมายในทรัพย์สินนั้นคนก่อนหรือเพื่อเป็นการชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายจากการกระทำความผิด สำหรับกรณีอื่นๆ นอกเหนือจาก 1 และ 2⁶⁹

⁶⁸ Article 57 Return and disposal of assets

1. Property confiscated by a State Party pursuant to article 31 or 55 of this Convention shall be disposed of, including by return to its prior legitimate owners, pursuant to paragraph 3 of this article, by that State Party in accordance with the provisions of this Convention and its domestic law.

⁶⁹ Article 57 Return and disposal of assets

3. In accordance with articles 46 and 55 of this Convention and paragraphs 1 and 2 of this article, the requested State Party shall:

(a) In the case of embezzlement of public funds or of laundering of embezzled public funds as referred to in articles 17 and 23 of this Convention, when confiscation was executed in accordance with article 55 and on the basis of a final judgment in the requesting State Party, a requirement that can be waived by the requested State Party, return the confiscated property to the requesting State Party;

ข้อสังเกต เนื่องจากการให้ความช่วยเหลือในการริบและส่งคืนทรัพย์สิน ประเทศผู้รับคำร้องขอจะต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินการเพื่อการนี้ ดังนั้น อนุสัญญานี้จึงได้กำหนดให้ประเทศผู้รับคำร้องขอสามารถหักเงินค่าใช้จ่ายตามสมควรอันเกิดจากการสอบสวน การฟ้องร้องดำเนินคดี หรือการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลเพื่อวัตถุประสงค์นี้ได้⁷⁰ อย่างไรก็ตาม ประเทศผู้ร้องขอและประเทศผู้รับคำร้องขออาจตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้

ในกรณีที่สมควร ประเทศภาคีอาจพิจารณาเป็นพิเศษเพื่อจัดทำความตกลงหรือข้อตกลงระหว่างกัน เป็นรายคดี ๆ ไป เพื่อจัดการกับทรัพย์สินที่ถูกริบไว้ นอกเหนือจากที่กล่าวไว้ข้างต้นก็ได้⁷¹ นอกจากนี้ ในการจัดการและส่งคืนทรัพย์สินดังกล่าว จะต้องคำนึงถึงสิทธิของบุคคลที่สามที่กระทำการโดยสุจริตด้วย⁷²

(b) In the case of proceeds of any other offence covered by this Convention, when the confiscation was executed in accordance with article 55 of this Convention and on the basis of a final judgment in the requesting State Party, a requirement that can be waived by the requested State Party, return the confiscated property to the requesting State Party, when the requesting State Party reasonably establishes its prior ownership of such confiscated property to the requested State Party or when the requested State Party recognizes damage to the requesting State Party as a basis for returning the confiscated property;

(c) In all other cases, give priority consideration to returning confiscated property to the requesting State Party, returning such property to its prior legitimate owners or compensating the victims of the crime.

⁷⁰ Article 57 Return and disposal of assets

4. Where appropriate, unless States Parties decide otherwise, the requested State Party may deduct reasonable expenses incurred in investigations, prosecutions or judicial proceedings leading to the return or disposition of confiscated property pursuant to this article.

⁷¹ Article 57 Return and disposal of assets

5. Where appropriate, States Parties may also give special consideration to concluding agreements or mutually acceptable arrangements, on a case-by-case

จะเห็นได้ว่า วิธีการจัดการกับทรัพย์สินที่รับนั้นเป็นอย่างไรขึ้นอยู่กับว่าทรัพย์สินที่รับนั้นมีความเชื่อมโยงกับการกระทำผิดมากน้อยเพียงใด ถ้าเป็นกรณีที่เราเห็นได้ชัดเจนโดยไม่มีข้อโต้แย้งว่าประเทศผู้ร้องขอเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่รับ กล่าวคือ การยกยอกเงินของรัฐหรือฟอกเงินที่ได้จากการยกยอกดังกล่าว ประเทศผู้รับคำร้องขอที่ให้ความช่วยเหลือย่อมต้องส่งคืนเงินหรือทรัพย์สินนั้นให้กับประเทศผู้ร้องขอ ในกรณีความผิดอย่างอื่นตามอนุสัญญาฯ เช่น การให้สินบนกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเรียกสินบน เป็นต้น จะเห็นได้ว่า ทรัพย์สินที่รับนั้น มิใช่ทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของประเทศผู้ยื่นคำร้องขอ กรณีย่อมไม่มีเหตุที่ประเทศผู้รับคำร้องขอจะส่งคืนทรัพย์สินที่รับให้เพราะเหตุดังกล่าว อย่างไรก็ตามก็ดี ประเทศผู้ยื่นคำร้องขออาจได้รับความเสียหายจากการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐรับสินบนดังกล่าว เช่น การรับสินบนดังกล่าว ทำให้รัฐต้องเสียงบประมาณเพิ่มขึ้นในการสร้างทางด่วน เป็นต้น ดังนี้ หากประเทศผู้รับคำร้องขอยอมรับความเสียหายดังกล่าว ประเทศผู้รับคำร้องขอก็อาจส่งคืนทรัพย์สินที่รับนั้นให้กับประเทศผู้ยื่นคำร้องขอก็ได้ ในกรณีที่เป็นความผิดอย่างอื่นๆ ที่นอกเหนือจากความผิดตามอนุสัญญาฯ ฉบับนี้ เช่น การฉ้อโกงประชาชน การทุจริตในสถาบันการเงิน เป็นต้น ประเทศผู้รับคำร้องขออาจพิจารณาจัดส่งทรัพย์สินที่รับคืนให้กับผู้เสียหายก็ได้

basis, for the final disposal of confiscated property.

⁷² Article 57 Return and disposal of assets

2. Each State Party shall adopt such legislative and other measures, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, as may be necessary to enable its competent authorities to return confiscated property, when acting on the request made by another State Party, in accordance with this Convention, taking into account the rights of bona fide third parties.