

บทที่ 4

วิเคราะห์มาตรการระหว่างประเทศในการติดตามเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำ ความผิดประเภทที่ระบุไว้ในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต 2003

จากการศึกษาถึงเนื้อหาของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการติดตามเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 ทำให้พบข้อสังเกตบางประการที่ประเทศไทยจำเป็นต้องมีการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายภายในของไทยกับข้อบทบัญญัติของอนุสัญญานี้ เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติตามพันธกรณี ตลอดจนศึกษาวิเคราะห์ถึงสิทธิและหน้าที่ของประเทศไทยที่มีตามอนุสัญญานี้

4.1 วิเคราะห์กรณีการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 ของประเทศไทย

4.1.1. เงื่อนไขและขั้นตอนในการเข้าเป็นภาคีของประเทศไทย

1) สถานภาพของอนุสัญญา UNCAC

อนุสัญญา UNCAC ใช้เวลาร่างเป็นเวลา 3 ปี ตั้งแต่ปี 2001-2003 โดยยกร่างเสร็จเมื่อวันที่ 30 กันยายน 2003 และสมัชชาสหประชาชาติได้ลงมติที่ 58/4 รับเอาเมื่อวันที่ 31 กันยายน 2003 และได้เปิดให้ลงนามได้ตั้งแต่วันที่ 9 ธันวาคม 2003 จนถึงวันที่ 9 ธันวาคม 2005 ที่เมืองเมริดา ประเทศเม็กซิโก หลังจากนั้นประเทศต่างๆยังเข้ามาสมทบเป็นภาคีได้อีก โดยการภาคยานุวัติ (accession) มีประเทศที่ลงนาม 95 ประเทศ โดยประเทศไทยได้ร่วมลงนามในอนุสัญญานี้ เมื่อวันที่ 9 ธันวาคม 2004 ต่อมาในเดือนพฤศจิกายน 2004 มีประเทศที่ลงนาม 113 ประเทศ แต่ให้สัตยาบันเพียง 9 ประเทศเท่านั้น ซึ่งตามข้อ 68 อนุสัญญา UNCAC จะมีผลใช้บังคับในวันที่ 90 หลังจากวันที่ได้มีการยื่นสัตยาบันสาร การให้การยอมรับหรือสารให้ความเห็นชอบหรือภาคยานุวัติสารฉบับที่ 30 ซึ่งในปัจจุบันอนุสัญญา UNCAC มีผลใช้บังคับแล้ว ตั้งแต่วันที่ 14 ธันวาคม 2005 โดยมีประเทศต่างๆลงนาม 140 ประเทศ และปัจจุบันมีประเทศสมาชิกภาคี 136 ประเทศ¹ แม้

¹ <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html> ข้อมูล ณ วันที่ 14

ประเทศไทยจะยังมีให้สัตยาบัน แต่ก็มีพันธกรณีตามมาตรา 18 ของกฎหมายว่าด้วยสนธิสัญญาในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ.1969 อยู่ 2 ประการ คือ

1. ประเทศไทยจะต้องพยายามโดยสุจริตใจ(bona fide) ที่จะทำให้มีการให้สัตยาบันการลงนามของตนเพื่อเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญานี้

2. ประเทศไทยจะต้องไม่ทำการใดที่จะทำให้อนุสัญญาดตกเป็นอันไร้ประโยชน์เมื่ออนุสัญญานี้มีผลใช้บังคับแล้ว

2) ขอบเขตการบังคับใช้ของอนุสัญญา

ขอบเขตของอนุสัญญาในข้อ 3 นี้ได้กำหนดขอบเขตของการบังคับใช้ไว้ดังนี้

1. อนุสัญญานี้พึงใช้ในเรื่องของการป้องกัน การสอบสวนและการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อการทุจริต และในเรื่องของการอาัยัด การยึด การริบ และการส่งคืนซึ่งสิ่งที่ได้มาจากการกระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้
2. โดยวัตถุประสงค์ของการปฏิบัติตามอนุสัญญานี้ ถือว่าเป็นการไม่จำเป็นว่าความผิดประเภทที่ระบุในอนุสัญญานี้จะต้องก่อความเสียหายหรือให้ผลร้ายต่อทรัพย์สินของรัฐแต่อย่างใด เว้นแต่ว่าบทบัญญัติในเรื่องนั้นๆจะกำหนดเป็นอย่างอื่น

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าอนุสัญญานี้เป็นอนุสัญญาที่ใช้บังคับเกี่ยวกับการป้องกันสอบสวน และการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อการทุจริต รวมทั้งการยึด อาัยัด ริบ และการส่งคืนซึ่งสิ่งที่ได้มาจากการกระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในอนุสัญญานี้ และยิ่งไปกว่านั้นขอบเขตของการบังคับใช้อนุสัญญาแม้กรณีการกระทำความผิดตามที่ระบุในอนุสัญญานี้ จะยังมีได้ก่อให้เกิดความเสียหาย หรือส่งผลร้ายต่อทรัพย์สินของรัฐก็ตามหากได้มีการกระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้แล้ว ก็ถือว่าเป็นความผิดแล้วเช่นกัน ซึ่งบางกรณีแม้เป็นเพียงการเตรียมการพยายาม อนุสัญญานี้ก็ถือว่าความผิดได้เกิดขึ้นแล้ว เว้นแต่จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนั้นๆได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

3) การมีผลบังคับใช้ของอนุสัญญา

อนุสัญญานี้ จะเริ่มมีผลผูกพันรัฐที่ได้ลงนาม ให้สัตยาบัน ยอมรับ เห็นชอบ ภาคนานุวัติ ตั้งแต่วันที่ 14 ธันวาคม 2005 และสำหรับประเทศหรือองค์การว่าด้วยการร่วมกันทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาคที่ได้ให้สัตยาบัน รับรอง เห็นชอบ หรือภาคนานุวัติในอนุสัญญานี้ ภายหลังจากวันที่มีการยื่นเอกสารหลักฐานดังกล่าว เมื่อครบ 30 วัน นับแต่วันที่ประเทศหรือองค์การนั้นได้ยื่นเอกสารดังกล่าว หรือเมื่ออนุสัญญานี้มีผลบังคับใช้ตามความในข้อ 68 วรรค 1 สุดแต่ว่าระยะเวลาใดจะถึงทีหลัง

วิธีการที่ใช้ในอนุสัญญาฉบับนี้โดยทั่วไปแล้วก็คล้ายคลึงกับที่พบเห็นได้ในอนุสัญญาต่อต้านการทุจริตฉบับอื่นๆ ที่หลายบทบัญญัติของอนุสัญญานั้นไม่ได้มีอำนาจในตัวเอง แต่กำหนดให้ต้องมีการรับนำไปปรับใช้ผ่านทางกฎหมายภายในของประเทศของประเทศที่เข้าร่วมเป็นภาคี เช่นเดียวกับการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของประเทศนั้นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของการกำหนดความผิดทางอาญา มาตรการป้องกันและบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการติดตามเอาทรัพย์สินคืน ในทางกลับกันบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความร่วมมือระหว่างประเทศนั้นโดยมากแล้วจะมีบทบังคับในตัว ดังนั้นสิ่งที่จะสะท้อนออกมาให้เห็นว่าประเทศที่เข้าร่วมต่างๆ จะรับนำไปปรับใช้หรือบังคับตามบทบัญญัติต่างๆ เหล่านี้น้อยแค่ไหน จึงเป็นกุญแจสำคัญในการประเมินผลความมีประสิทธิภาพและผลกระทบของอนุสัญญาฉบับนี้

อนุสัญญานี้กำหนดให้รัฐภาคีกำหนดเขตอำนาจในการบังคับใช้ตามอนุสัญญานี้ให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของตน โดยกำหนดให้รัฐภาคีต้องกำหนดเขตอำนาจศาลในทางอาญา การดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด หรือได้มาจากการกระทำความผิด มาตรการเกี่ยวกับการฟอกเงิน โดยต้องกำหนดเขตอำนาจภายในของตน และเขตอำนาจระหว่างรัฐสมาชิกด้วยกันเอง และยังต้องกำหนดเขตอำนาจของตนให้สอดคล้องกับความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องการป้องกันและปราบปรามการทุจริตตามอนุสัญญานี้ โดยต้องพิจารณาถึงองค์การความร่วมมือระหว่างประเทศ และอนุสัญญาฉบับอื่นๆ ที่มีการกล่าวถึงในอนุสัญญาฉบับนี้ด้วย

อนุสัญญา UNCAC มีบทบัญญัติที่ไม่เคร่งครัดและเปิดช่องให้ประเทศสมาชิกสามารถตั้งข้อสงวนได้ด้วย เนื่องจากหวังผลให้มีประเทศสมาชิกลงนามและให้สัตยาบันมากพอที่จะทำให้อนุสัญญาสามารถมีผลบังคับใช้ได้ ในส่วนของประเทศไทยหลังจากลงนามแล้ว แม้ว่าร่างกฎหมายอนุวัติการทั้ง 3 ฉบับนั้นมีเนื้อหาไม่ครบถ้วนในการปฏิบัติตามอนุสัญญา UNCAC แต่ครบถ้วนในประเด็นหลักสำคัญ เมื่อกฎหมายทั้ง 3 ฉบับผ่านรัฐสภาเรียบร้อยแล้ว ประเทศไทยก็จะถือได้ว่าการดำเนินการตามมาตรการที่เป็นมาตรการบังคับของอนุสัญญาได้อย่างครบถ้วน ประเทศไทยก็สามารถให้สัตยาบันอนุสัญญานี้ได้เลย โดยไม่ต้องนำเสนออนุสัญญานี้ผ่านสภาอีกครั้ง เนื่องจากได้ผ่านความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติแล้ว

การผลักดันในประเทศไทยสามารถให้สัตยาบันอนุสัญญาฯ ได้อย่างรวดเร็วจะส่งผลให้ภาพลักษณ์ของประเทศไทยในสังคมระหว่างประเทศดีขึ้นในด้านความพยายามในการต่อต้านการทุจริต อันจะส่งผลต่อความช่วยเหลือในการพัฒนาประเทศหรือการลงทุนจากต่างประเทศ

4) การตั้งข้อสงวน

ประเทศไทยได้จัดทำข้อสงวนไว้ในสัตยาบันสารว่า ประเทศไทยจะทำการตั้งข้อสงวนตามข้อ 66 วรรค 3 โดยจะไม่ใช้สิทธิระงับข้อพิพาทตามข้อ 66 วรรค 2 ของอนุสัญญาในกรณีเกิดปัญหาการตีความหรือการใช้บังคับของอนุสัญญา กล่าวคือ ไทยทำการตั้งข้อสงวนไม่ใช้การระงับข้อพิพาทในการตีความหรือการบังคับใช้อนุสัญญาตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา ข้อ 66 วรรค 2 โดยเมื่อเกิดกรณีพิพาทจะไม่ผูกพันไทยให้ใช้ขั้นตอนการเจรจา อนุญาโตตุลาการ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

4.1.2 ข้อพิจารณาในการปฏิบัติตามพันธกรณีตามความในอนุสัญญา UNCAC

สิ่งสำคัญในการร่างกฎหมายของไทยเพื่ออนุวัติการตามข้อบทต่างๆในอนุสัญญา UNCAC ก็คือจำเป็นจะต้องมีการร่างกฎหมายอนุวัติการที่มีความครอบคลุมในกระบวนการขั้นตอนตั้งแต่การอายัด ยึดและส่งคืนทรัพย์สิน ซึ่งในปัจจุบันประเทศไทยมีปัญหาที่มีกฎหมายเฉพาะในส่วนการอายัดและยึดทรัพย์สิน แต่ไม่มีกฎหมายที่ให้อำนาจในการดำเนินการส่งคืนทรัพย์สินกลับประเทศ²

เมื่อประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา UNCAC รัฐบาลไทยต้องดำเนินการทำความเข้าใจหรือข้อตกลงทวิภาคี หรือพหุภาคีกับรัฐต่างประเทศเพื่อเพิ่มพูนประสิทธิภาพผลของความร่วมมือระหว่างประเทศ ในการนี้รัฐบาลต้องดำเนินการตามขั้นตอนในรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 190³

² พ.ต.อ.ดร. สีนหาท ประยูรรัตน์, เอกสารรายงานสรุปผลการประชุม โครงการประชุมเชิงปฏิบัติการเรื่อง “การดำเนินการกับทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดที่กำหนดตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต” วันที่ 28 มกราคม 2552 ณ โรงแรมสยามซิตี้ กรุงเทพมหานคร

³ ตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 สนธิสัญญาใดที่มีผลเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือพื้นที่นอกอาณาเขตที่ประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย หรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญา หรือกฎหมายระหว่างประเทศหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสนธิสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ หรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันทางด้านการค้าการลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้รัฐสภาต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวัน นับตั้งแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว นอกจากนั้น ก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญากับนานา

โดยเมื่อวันที่ 19 ธันวาคม 2550 ที่ประชาธิบัญญัติแห่งชาติ(สนช.)ได้พิจารณาให้ความเห็นชอบต่ออนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 ซึ่งคณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอ โดยที่ประชุมได้ลงมติให้ความเห็นต่ออนุสัญญาดังกล่าว โดยมีเงื่อนไขคือจะต้องมีการยก่างกฎหมายฉบับใหม่และแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้อง 3 ฉบับ คือ

1.ร่าง พ.ร.บ.แก้ไขประมวลกฎหมายอาญา(เพิ่มบทนิยามคำว่า"เจ้าพนักงานของรัฐบาลต่างประเทศ" และ"เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ" เพิ่มความผิดต่อเจ้าพนักงานและความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเจ้าพนักงานของรัฐบาลต่างประเทศ หรือเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ เพิ่มหลักการเรื่องอายุความสะดุดหยุดอยู่ ในกรณีที่ผู้ต้องหลบหนีไปต่างประเทศ เมื่อกลับมาดำเนินคดีก็ให้นับอายุความ และเพิ่มความผิดเกี่ยวกับการปกครอง)

2.ร่าง พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติมความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญา พ.ศ. 2535(เพิ่มเติมหลักการติดตาม อาัยต์ ยึดทรัพย์ ทรัพย์สินผู้ต้องหาที่นำออกไปไว้ที่ต่างประเทศตามมูลค่าที่ทุจริต) และ

3.ร่าง พ.ร.บ.ว่าด้วยทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด พ.ศ.... มีสาระสำคัญคือให้มีมาตรการที่เกี่ยวกับการติดตามทรัพย์สินคืน)

ประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศตามวรรคสอง คณะรัฐมนตรีต้องให้ข้อมูลแก่ประชาชน และจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และต้องชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับหนังสือสัญญานั้น ในการนี้ คณะรัฐมนตรีจะต้องเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบ และเมื่อลงนามตามหนังสือสัญญาตามวรรคสามแล้ว ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน คณะรัฐมนตรีต้องทำให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้น และในกรณีที่มีการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชน หรือผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม คณะรัฐมนตรีจะต้องดำเนินการแก้ไข หรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบนั้นอย่างรวดเร็วเหมาะสมและเป็นธรรม และให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้าหรือการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้น และประชาชนทั่วไป

ทั้งกฎหมายภายในของไทย ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 และอนุสัญญาฉบับนี้ต่างก็มีที่มาจากการตระหนักถึงผลกระทบที่เกิดจากการทุจริตทั้งในระดับประเทศ และระดับนานาชาติ เหตุผลนี้จึงเป็นเหตุผลสำคัญในการออกมาตรการทางกฎหมายต่างๆ เพื่อป้องกันและปราบปรามการทุจริต เพื่อไม่ให้มีการแพร่ขยายของปัญหาการทุจริตต่อไป โดยการที่จะแก้ไขปัญหานี้จำเป็นที่จะต้องได้รับความร่วมมือจากทุกประเทศ มาตรการต่างๆ ที่กฎหมายภายในของไทย และอนุสัญญาฉบับนี้กำหนด จึงมีแนวทางที่สอดคล้องกัน

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 มีความสัมพันธ์และเกี่ยวข้องกับกฎหมายภายในของไทยจำนวน 57 ข้อ จากจำนวนทั้งหมด 71 ข้อ และที่ยังไม่มีข้อกฎหมายที่สอดคล้องกับกฎหมายภายในของประเทศไทยจำนวน 5 ข้อ

ในส่วนที่ไม่มีข้อกฎหมายที่สอดคล้องกับกฎหมายภายในของประเทศไทยคือ ข้อ 3 ว่าด้วยขอบเขตการใช้บังคับ ข้อ 4 ว่าด้วยการคุ้มครองอธิปไตย ข้อ 16 ว่าด้วยการให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศ และเจ้าหน้าที่ขององค์กรสาธารณะระหว่างประเทศ ข้อ 59 ว่าด้วยความตกลงและข้อตกลงในระดับทวิภาคีและพหุภาคี ข้อ 62 ว่าด้วยมาตรการอื่นในการปฏิบัติตามอนุสัญญา โดยการพัฒนาทางเศรษฐกิจและความช่วยเหลือทางวิชาการ และยังมีข้อกฎหมายบางประการที่ควรจะได้ได้รับการปรับปรุง หรือพัฒนาให้มีความชัดเจนตามนัยแห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 ต่อไป⁴

ผู้เขียนเห็นว่ายังมีข้อกฎหมายภายในอีกหลายประการที่ยังไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต 2003 นี้ และอาจเป็นอุปสรรคในการปฏิบัติตามพันธกรณีโดยเฉพาะในเรื่องความร่วมมือระหว่างประเทศในการยึด อาศัย และริบทรัพย์สิน ตามหมวด 4 แห่งอนุสัญญานี้ ซึ่งจะได้นำเสนอในหัวข้อต่อไป

⁴ รศ.ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และ พ.ต.อ.สีหนาท ประยูรรัตน์ และคณะวิจัย”การศึกษากฎหมายและความต้องการของหน่วยงานในประเทศไทย กรณีประเทศไทยต้องปฏิบัติตามพันธกรณี อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 “ กระทรวงยุติธรรม

1) การกำหนดการกระทำที่เป็นความผิดอาญาตามอนุสัญญาฯ

เมื่อพิจารณามาตรการต่อต้านการทุจริตคอร์รัปชันตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับอนุสัญญาฉบับนี้แล้ว จะเห็นว่า ในส่วนของการกำหนดให้การให้สินบน และการทุจริตเป็นความผิดทางอาญานั้น กฎหมายไทยมีมาตรการที่สอดคล้องกับมาตรการนี้แล้วโดยมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา ในลักษณะ 2 ความผิดเกี่ยวกับการปกครอง หมวด 1 ความผิดต่อเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 136-146 ลักษณะ 3 ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม หมวด 1 ความผิดต่อเจ้าพนักงานในการยุติธรรม ตามมาตรา 167-199 หมวด 2 ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ มาตรา 147-166 และลักษณะ 3 หมวด 2 ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม มาตรา 200-205⁵

โดยในส่วนของ การทุจริตที่เกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ หรือข้าราชการพลเรือนระหว่างประเทศ นั้น ผู้เขียนเห็นว่า ตามประมวลกฎหมายอาญาไทย มิได้มีการบัญญัติโดยใช้คำว่าเจ้าหน้าที่รัฐแต่อย่างใด แต่ใช้คำว่าเจ้าพนักงาน แต่จากการพิจารณาจะเห็นได้ว่าคำว่าเจ้าพนักงาน มีความหมายในทำนองเดียวกับคำว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่ไม่ได้ครอบคลุมทั้งหมด และที่สำคัญเจ้าพนักงานตามกฎหมายอาญาหมายถึงเจ้าพนักงานของรัฐบาลไทยเท่านั้น โดยมีได้หมายรวมถึงเจ้าพนักงานของรัฐบาลต่างประเทศ ดังนั้น ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศ หรือข้าราชการพลเรือนระหว่างประเทศ ได้กระทำการต่างๆตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาทั้งสองฉบับนี้จึงไม่เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายไทย จะเห็นว่ากฎหมายไทยไม่ครอบคลุมในเรื่องนี้

กฎหมายภายในของไทยในเรื่องการป้องกันและปราบปรามการทุจริตนอกจากที่มีบัญญัติในกฎหมายอาญาแล้ว ยังมีกฎหมายพิเศษที่มีมาจากกฎหมายแม่แบบขององค์การระหว่างประเทศ จึงทำให้กฎหมายภายในของไทย โดยเฉพาะ พ.ร.บ.ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และ พ.ร.บ.ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน มีลักษณะที่ครอบคลุมในเนื้อหาสาระเช่นเดียวกับที่ อนุสัญญา OECD และอนุสัญญา UNCAC กำหนดไว้ แต่ในส่วนของ การกำหนดในเรื่องการทุจริตที่เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ และให้นิติบุคคลต้องรับผิดชอบจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับการทุจริตนี้ก็ยังมิได้มีการกล่าวถึงไว้ในกฎหมายภายในของไทย นอกจากนี้ในส่วนการทุจริตของภาคเอกชนนั้น มิได้ระบุเป็นความผิดอาญาโดยตรงในเรื่องของการทุจริต เพียงแต่มีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการทุจริตเอาไว้ใน พ.ร.บ.ว่าด้วยการธนาคาร

⁵ ประมวลกฎหมายอาญา แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2550

พาณิชย์ , พ.ร.บ.ว่าด้วยการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ , พ.ร.บ.ว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ และ พ.ร.บ. ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน มีการกล่าวถึงการกระทำความผิดเกี่ยวกับการดำรงตำแหน่งในสถาบันการเงิน ซึ่งกำหนดไว้เป็นความผิดมูลฐานตาม มาตรา 3(4)⁶

การทุจริตในภาคเอกชนแม้จะยังเป็นเรื่องที่มีการกล่าวถึงไม่มากนักเท่ากับการทุจริตในภาครัฐ แต่การทุจริตในภาคเอกชนก็เป็นเรื่องที่สำคัญมากเรื่องหนึ่ง การทุจริตในภาคเอกชนอาจอยู่ในรูปแบบการทุจริตระหว่างเอกชนและเอกชน หรือการทุจริตระหว่างเอกชนและรัฐ โดยเรื่อง การทุจริตในภาคเอกชนซึ่งอนุสัญญาสหประชาชาติได้กำหนดไว้ในข้อ 12 ซึ่งเน้นไปทางมาตรการป้องกันโดยส่งเสริมมาตรการทางบัญชีและการตรวจสอบบัญชี โดยไม่ได้บังคับให้รัฐกำหนดให้ความสัมพันธ์กับการทุจริตภาคเอกชนเป็นความผิดทางอาญา โดยประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่กำหนดให้การทุจริตในภาคเอกชนเป็นความผิดอาญาโดยตรง มีเพียง พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ.2542 ซึ่งนับเป็นจุดเริ่มต้นทางกฎหมายที่มีภาคเอกชนเข้ามาเกี่ยวข้อง

2) มาตรการการติดตามเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิด

การติดตามทรัพย์สินคืน (Asset Recovery) เป็นส่วนที่มีความสำคัญในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ดังนั้นในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 (United Nations Convention against Corruption – UNCAC, 2003) จึงได้กำหนดบทบัญญัติในเรื่องนี้ไว้ในหมวดที่ 5 ซึ่งมีรายละเอียดอยู่ในข้อ 51 – 59

⁶ มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“ความผิดมูลฐาน” หมายความว่า

(4) ความผิดเกี่ยวกับการยกยอกหรือซื้อโกงหรือประทุษร้ายต่อทรัพย์สินหรือกระทำโดยทุจริตตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์ กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ หรือกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ซึ่งกระทำโดย กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใด ซึ่งรับผิดชอบหรือมีประโยชน์เกี่ยวข้องในการดำเนินงานของสถาบันการเงิน นั้น

(5) ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยความผิดของพนักงานในองค์การหรือหน่วยงานของรัฐ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่น

ก) ข้อ 51 บทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยการติดตามทรัพย์สินคืน

มีกฎหมายไทยที่มีความเกี่ยวข้องกับข้อ 51 แห่งอนุสัญญา UNCAC ได้แก่⁷

1.พ.ร.บ. ความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 9-14 และ 32-35
 มาตรา 9 การให้ความช่วยเหลือแก่ต่างประเทศต้องอยู่ในหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) ประเทศไทยอาจให้ความช่วยเหลือแก่ประเทศผู้ร้องขอได้แม้ว่าไม่มีสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญาระหว่างกัน แต่ประเทศผู้ร้องขอต้องแสดงว่าจะให้ความช่วยเหลือในทำนองเดียวกันเมื่อประเทศไทยร้องขอ

(2) การกระทำซึ่งเป็นมูลกรณีของความช่วยเหลือนั้นเป็นความผิดที่มีโทษฐานใดฐานหนึ่งตามกฎหมายไทย เว้นแต่เป็นกรณีที่ประเทศไทยกับประเทศผู้ร้องขอมีสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญาต่อกันและข้อความในสนธิสัญญาระบุไว้เป็นอย่างอื่น ทั้งนี้ ความช่วยเหลือดังกล่าวต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้

(3) ประเทศไทยอาจปฏิเสธคำร้องขอความช่วยเหลือ หากคำร้องขอนั้นกระทบกระเทือนอธิปไตย ความมั่นคง หรือสาธารณประโยชน์ที่สำคัญอื่น ๆ ของประเทศไทย หรือเกี่ยวเนื่องกับความผิดทางการเมือง

(4) การให้ความช่วยเหลือต้องไม่เกี่ยวเนื่องกับความผิดทางทหาร

มาตรา 10 ประเทศที่มีสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญากับประเทศไทยหากประสงค์จะขอความช่วยเหลือตามที่บัญญัติไว้ในหมวดนี้จากประเทศไทย ให้ทำคำร้องขอความช่วยเหลือส่งไปยังผู้ประสานงานกลาง แต่สำหรับประเทศที่ไม่มีสนธิสัญญาดังกล่าวกับประเทศไทย ให้ส่งคำร้องขอโดยวิธีทางการทูต

คำร้องขอความช่วยเหลือให้ทำตามแบบ หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่ผู้ประสานงานกลางกำหนด

⁷ อาจารย์ทวีศักดิ์ เอื้ออมรวิช เอกสารรายงานสรุปผลการประชุม โครงการประชุมเชิงปฏิบัติการเรื่อง “การดำเนินการกับทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดที่กำหนดตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต” วันที่ 28 มกราคม 2552 ณ โรงแรมสยามซิตี้ กรุงเทพมหานคร

มาตรา 11 เมื่อได้รับคำร้องขอความช่วยเหลือจากต่างประเทศ ให้ผู้ประสานงานกลางพิจารณาและวินิจฉัยว่า คำร้องขอนั้นอยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะให้ความช่วยเหลือตามพระราชบัญญัตินี้ได้หรือไม่ และได้ดำเนินการตามขั้นตอนและมีเอกสารหลักฐานถูกต้องครบถ้วนหรือไม่

ถ้าคำร้องขอนั้นอยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะให้ความช่วยเหลือได้ และได้ดำเนินการตามขั้นตอนและมีเอกสารหลักฐานถูกต้องครบถ้วน ให้ผู้ประสานงานกลางส่งคำร้องขอนั้นให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจดำเนินการต่อไป

ถ้าคำร้องขอนั้นไม่อยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะให้ความช่วยเหลือได้ หรืออาจให้ความช่วยเหลือได้ภายใต้เงื่อนไขที่จำเป็นบางประการ หรือมิได้ดำเนินการตามขั้นตอนหรือมีเอกสารหลักฐานไม่ถูกต้องครบถ้วน ให้ผู้ประสานงานกลางแจ้งปฏิเสธการให้ความช่วยเหลือพร้อมด้วยเหตุผล หรือแจ้งเงื่อนไขที่จำเป็นหรือเหตุขัดข้องให้ประเทศผู้ร้องขอทราบ

ถ้าผู้ประสานงานกลางเห็นว่าการดำเนินการตามคำร้องขอนั้นจะเป็นการแทรกแซงการสืบสวน การสอบสวน การฟ้องคดี หรือการดำเนินการอื่น ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา ซึ่งกำลังดำเนินอยู่ในประเทศไทย ผู้ประสานงานกลางจะเลื่อนการดำเนินการตามคำร้องขอนั้นหรือดำเนินการตามคำร้องขอนั้นโดยกำหนดเงื่อนไขที่จำเป็นก็ได้ แล้วแจ้งให้ประเทศผู้ร้องขอทราบ

คำวินิจฉัยของผู้ประสานงานกลางเกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือให้ถือเป็นยุติ เว้นแต่นายกรัฐมนตรีจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

มาตรา 12 ให้ผู้ประสานงานกลางส่งคำร้องขอความช่วยเหลือจากต่างประเทศให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจดังนี้

(1) คำร้องขอให้สอบปากคำพยาน จัดหาให้ซึ่งเอกสารหรือสิ่งของอันเป็นพยานหลักฐานซึ่งเป็นการดำเนินการนอกศาล คำร้องขอให้จัดส่งเอกสาร คำร้องขอให้ค้นคำร้องขอให้ยึดเอกสารหรือสิ่งของ และคำร้องขอให้สืบหาบุคคล ให้ส่งอธิบดีกรมตำรวจดำเนินการ

(2) คำร้องขอให้สืบพยานบุคคล พยานเอกสาร หรือพยานวัตถุ ซึ่งเป็นการดำเนินการในศาล และคำร้องขอให้ดำเนินการริบหรือยึดทรัพย์สิน ให้ส่งอัยการพิเศษฝ่ายคดีดำเนินการ

(3) คำร้องขอให้โอนหรือรับโอนบุคคลที่ถูกคุมขังเพื่อสืบพยานบุคคลให้ส่งอธิบดีกรมราชทัณฑ์ดำเนินการ

(4) คำร้องขอให้เริ่มกระบวนการคดีทางอาญา ให้ส่งอธิบดีกรมตำรวจและอัยการพิเศษฝ่ายคดีดำเนินการ

มาตรา 13 เมื่อได้รับคำร้องขอความช่วยเหลือจากผู้ประสานงานกลาง ให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจดำเนินการให้ความช่วยเหลือตามที่มีคำร้องขอนั้น เมื่อดำเนินการเสร็จแล้ว ให้ส่งผลการดำเนินการตลอดจนเอกสารและสิ่งของที่เกี่ยวข้องให้แก่ผู้ประสานงานกลาง

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจประสบอุปสรรค หรือไม่อาจดำเนินการตามคำร้องขอนั้นได้ ให้แจ้งเหตุขัดข้องให้ผู้ประสานงานกลางทราบ

มาตรา 14 เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจดำเนินการตามคำร้องขอความช่วยเหลือและแจ้งผลให้ผู้ประสานงานกลางทราบแล้ว ให้ผู้ประสานงานกลางจัดการส่งผลการดำเนินการตลอดจนเอกสารและสิ่งของที่เกี่ยวข้องให้แก่ประเทศผู้ร้องขอ

การรับหรือยึดทรัพย์สิน

มาตรา 32 ในกรณีที่ได้รับคำร้องขอความช่วยเหลือจากต่างประเทศให้ดำเนินการรับหรือยึดทรัพย์สินที่อยู่ในประเทศไทย ให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจยื่นคำร้องต่อศาลที่ทรัพย์สินนั้นอยู่ในเขตอำนาจเพื่อขอให้ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งให้ยึดทรัพย์สินนั้น

ในกรณีตามวรรคหนึ่ง หากจำเป็นให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำการสอบสวนหรือจะมอบหมายให้พนักงานสอบสวนคนใดทำการสอบสวนแทนก็ได้

มาตรา 33 ศาลจะพิพากษาให้รับทรัพย์สินตามคำร้องขอความช่วยเหลือจากต่างประเทศก็ได้ เมื่อมีคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลต่างประเทศให้รับทรัพย์สินนั้นและทรัพย์สินนั้นอาจถูกริบได้ตามกฎหมายไทย

ในกรณีที่ศาลต่างประเทศมีคำสั่งให้ยึดทรัพย์สินก่อนมีคำพิพากษาหรือมีคำพิพากษาให้รับทรัพย์สินแล้วแต่คำพิพากษายังไม่ถึงที่สุด และทรัพย์สินนั้นอาจถูกยึดได้ตามกฎหมายไทย ถ้าศาลเห็นสมควรศาลจะมีคำสั่งให้ยึดทรัพย์สินนั้นไว้ก็ได้

การรับหรือยึดทรัพย์สินตามมาตรา 32 ให้ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งได้แม้ว่าการกระทำ ความผิดอันเป็นเหตุให้มีการรับหรือยึดทรัพย์สินนั้นจะมีได้เกิดขึ้นในราชอาณาจักรก็ตาม

มาตรา 34 การสอบสวน การยื่นคำร้อง การพิจารณา การพิพากษา และการมีคำสั่งเกี่ยวกับการรับหรือยึดทรัพย์สินนั้น ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยการรับทรัพย์สินมาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา 35 ทรัพย์สินที่ศาลพิพากษาให้รับตามความในส่วนนี้ให้ตกเป็นของแผ่นดิน แต่ศาลจะพิพากษาให้ทำให้ทรัพย์สินนั้นใช้ไม่ได้หรือทำลายทรัพย์สินนั้นเสียก็ได้

2.บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับทรัพย์สินที่จะริบได้ มาตรา 32-38

มาตรา 32 ทรัพย์สินใดที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่า ผู้ใดทำหรือมีไว้เป็นความผิด ให้ริบเสียทั้งสิ้น ไม่ว่าเป็นของผู้กระทำความผิด และมีผู้ถูกลงโทษตามคำพิพากษาหรือไม่

มาตรา 33 ในการริบทรัพย์สิน นอกจากศาลจะมีอำนาจริบตามกฎหมายที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะแล้ว ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ริบทรัพย์สินดังต่อไปนี้ด้วย คือ

- (1) ทรัพย์สินซึ่งบุคคลได้ใช้ หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด หรือ
- (2) ทรัพย์สินซึ่งบุคคลได้มาโดยได้กระทำความผิด

เว้นแต่ทรัพย์สินเหล่านี้เป็นทรัพย์สินของผู้อื่นซึ่งมิได้รู้เห็นเป็นใจด้วยในการกระทำ

ความผิด

มาตรา 34 บรรดาทรัพย์สิน

(1) ซึ่งได้ให้ตามความในมาตรา 143 มาตรา 144 มาตรา 149 หรือมาตรา 150 มาตรา 167 มาตรา 201 หรือมาตรา 202 หรือ

(2) ซึ่งได้ให้เพื่อจูงใจบุคคลให้กระทำความผิด หรือเพื่อเป็นรางวัลในการที่บุคคลได้กระทำความผิด

ให้ริบเสียทั้งสิ้น เว้นแต่ทรัพย์สินนั้นเป็นของผู้อื่นซึ่งมิได้รู้เห็นเป็นใจด้วยในการกระทำ ความผิด

มาตรา 35 ทรัพย์สินซึ่งศาลพิพากษาให้ริบให้ตกเป็นของแผ่นดินแต่ศาลจะพิพากษาให้ทำให้ทรัพย์สินนั้นใช้ไม่ได้หรือทำลายทรัพย์สินนั้นเสียก็ได้

มาตรา 36 ในกรณีที่ศาลสั่งให้ริบทรัพย์สินตามมาตรา 33 หรือมาตรา 34 ไปแล้ว หากปรากฏในภายหลังโดยคำเสนอของเจ้าของแท้จริงว่าผู้เป็นเจ้าของแท้จริงมิได้รู้เห็นเป็นใจด้วยในการกระทำความผิด ก็ให้ศาลสั่งให้คืนทรัพย์สิน ถ้าทรัพย์สินนั้นยังคงมีอยู่ในความครอบครองของเจ้าพนักงานแต่คำเสนอของเจ้าของแท้จริงนั้น จะต้องกระทำต่อศาลภายในหนึ่งปีนับแต่วันคำพิพากษาถึงที่สุด

มาตรา 37 ถ้าผู้ที่ศาลสั่งให้ส่งทรัพย์สินที่ริบไม่ส่งภายในเวลาที่ศาลกำหนด ให้ศาลมีอำนาจสั่งดังต่อไปนี้

- (1) ให้ยึดทรัพย์สินนั้น
- (2) ให้ชำระราคาหรือสั่งยึดทรัพย์สินอื่นของผู้นั้นชดเชยราคาจนเต็ม หรือ
- (3) ในกรณีที่ศาลเห็นว่า ผู้นั้นจะส่งทรัพย์สินที่สั่งให้ส่งได้ แต่ไม่ส่ง หรือชำระราคาทรัพย์สินนั้นได้ แต่ไม่ชำระ ให้ศาลมีอำนาจกักขังผู้นั้นไว้จนกว่าจะปฏิบัติตามคำสั่ง แต่ไม่เกินหนึ่ง

ปี แต่ถ้าภายหลังปรากฏแก่ศาลเอง หรือโดยคำเสนอของผู้นั้นว่า ผู้นั้นไม่สามารถส่งทรัพย์สินหรือชำระราคาได้ ศาลจะสั่งให้ปล่อยตัวผู้นั้นไปก่อนครบกำหนดก็ได้

มาตรา 38 โทษให้เป็นอันระงับไปด้วยความตายของผู้กระทำความผิด

3.พ.ร.บ.ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“ความผิดมูลฐาน” หมายความว่า

(1) ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด หรือกฎหมายว่าด้วยมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด

(2) ความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา เฉพาะที่เกี่ยวกับการเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารหญิงและเด็ก เพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นและความผิดฐานพราก เด็กและผู้เยาว์ ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิง และเด็ก หรือความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี เฉพาะที่ เกี่ยวกับการเป็นธุระจัดหา ล่อไปหรือชักพาไปเพื่อให้บุคคลนั้นกระทำการค้าประเวณี หรือความผิด เกี่ยวกับการเป็นเจ้าของกิจการการค้าประเวณี ผู้ดูแลหรือผู้จัดการกิจการค้าประเวณี หรือสถาน การค้าประเวณี หรือเป็นผู้ควบคุมผู้กระทำการค้าประเวณีในสถานการค้าประเวณี

(3) ความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกงประชาชนตามประมวลกฎหมายอาญาหรือความผิดตาม กฎหมายว่าด้วยการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน

(4) ความผิดเกี่ยวกับการยกยอกหรือฉ้อโกงหรือประทุษร้ายต่อทรัพย์หรือกระทำโดยทุจริต ตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์ กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจ หลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ หรือกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ซึ่ง กระทำโดย กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใด ซึ่งรับผิดชอบหรือมีประโยชน์เกี่ยวข้องในการ ดำเนินงานของสถาบันการเงิน นั้น

(5) ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยความผิดของพนักงานในองค์การหรือ หน่วยงานของรัฐ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่น

(6) ความผิดเกี่ยวกับการกรรโชก หรือรีดเอาทรัพย์ที่กระทำโดยอ้างอำนาจอั้งยี่ หรือช่อง โจร ตามประมวลกฎหมายอาญา

(7) ความผิดเกี่ยวกับการลักลอบหนีศุลกากรตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากร

(8) ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา

(9) ความผิดเกี่ยวกับการพนันตามกฎหมายว่าด้วยการพนัน เฉพาะความผิดเกี่ยวกับการเป็นผู้จัดให้มีการเล่นการพนันโดยไม่ได้รับอนุญาต และมีจำนวนผู้เข้าเล่นหรือเข้าพนันในการเล่นแต่ละครั้งเกินกว่าหนึ่งร้อยคน หรือมีวงเงินในการกระทำความผิดรวมกันมีมูลค่าเกินกว่าสิบล้านบาทขึ้นไป

นอกจากนี้ ยังมีการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ.2550 มาตรา 53 ให้การกระทำความผิดตาม (1) และ(2) ให้ถือว่าเป็นความผิดมูลฐานตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน

และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ำมนุษย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 14 ให้ความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ เป็นความผิดมูลฐานตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542

“ทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด” หมายความว่า

(1) เงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำซึ่งเป็นความผิดมูลฐานหรือจากการสนับสนุนหรือช่วยเหลือการกระทำซึ่งเป็นความผิดมูลฐาน

(2) เงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการจำหน่าย จ่าย โอนด้วยประการใด ๆ ซึ่งเงินหรือทรัพย์สินตาม (๑) หรือ

(3) ดอกผลของเงินหรือทรัพย์สินตาม (1) หรือ (2)

ทั้งนี้ ไม่ว่าทรัพย์สินตาม (1) (2) หรือ (3) จะมีการจำหน่าย จ่าย โอนหรือเปลี่ยนสภาพไปกี่ครั้งและไม่ว่าจะอยู่ในความครอบครองของบุคคลใด โอนไปเป็นของบุคคลใด หรือปรากฏหลักฐานทางทะเบียนว่าเป็นของบุคคลใด

มาตรา 6 ผู้ใดกระทำความผิดฐานฟอกเงิน แม้จะกระทำนอกราชอาณาจักร ผู้นั้นจะต้องรับโทษในราชอาณาจักรตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ ถ้าปรากฏว่า

(1) ผู้กระทำความผิดหรือผู้ร่วมกระทำความผิดคนใดคนหนึ่งเป็นคนไทยหรือมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย

(2) ผู้กระทำความผิดเป็นคนต่างด้าว และได้กระทำโดยประสงค์ให้ความผิดเกิดขึ้นในราชอาณาจักร หรือรัฐบาลไทยเป็นผู้เสียหาย หรือ

(3) ผู้กระทำความผิดเป็นคนต่างด้าว และการกระทำนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายของรัฐที่การกระทำเกิดขึ้นในเขตอำนาจของรัฐนั้น หากผู้นั้นได้ปรากฏตัวอยู่ในราชอาณาจักรและมีได้มีการส่งตัวผู้นั้นออกไปตามกฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

ทั้งนี้ให้นำมาตรา 10 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลม

ข) ข้อ 52 การป้องกันและการสืบหาการโอนเงินที่ได้มาจากการกระทำ

ความผิด

ในส่วนข้อ 52(1) ประเทศไทยมีกฎหมายรองรับอยู่แล้วในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 13 และมาตรา 20-21 และในส่วนของ การตรวจสอบบัญชีของบุคคลที่ได้รับมอบหมายหรือเคยได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการสำคัญ และสมาชิกครอบครัวและผู้ใกล้ชิดนั้น ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 32, มาตรา 38-40 ประกอบมาตรา 4

ในส่วนข้อ 52(2) (a) ประเทศไทยอยู่ระหว่างการดำเนินการให้เป็นไปตามข้อกำหนด ในส่วนของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับข้อ 52.2 (b) นี้มีความเชื่อมโยงกับมาตรการต่างๆ ที่ประเทศไทยดำเนินการให้เป็นไปตามข้อกำหนดของข้อ 52.2 (a) กล่าวคือ หากมาตรการตามข้อ (a) ออกมาแล้วเมื่อประกอบกับ พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 13, 20 และ 21 ก็ถือว่าประเทศไทยมีกฎหมายรองรับ ข้อ 52.2 (b) แล้ว

ในส่วนข้อ 52(3) ประเทศไทยมีการกำหนดมาตรการรองรับไว้แล้วทั้งในทางปฏิบัติ และกฎหมาย

ข้อ 52(4) ประเทศไทยมีมาตรการที่มีความละเอียดรอบคอบยิ่งกว่าที่กำหนดไว้ใน UNCAC ประเทศไทยจึงไม่ต้องดำเนินการใดเพิ่มเติม ข้อ 52(5) ประเทศไทยมีกฎหมายรองรับไว้แล้วไม่ต้องดำเนินการใดๆ เพิ่มเติมอีก และข้อ 52(6) ประเทศไทยมีกฎหมายรองรับไว้แล้ว

ในส่วนที่เกี่ยวกับกลไกของกฎหมายฟอกเงินในอนุสัญญา UNCAC ซึ่งเป็นเรื่องที่มีความเชื่อมโยงกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและการอายัดทรัพย์ ประเด็นสำคัญก็คือแต่ละประเทศภาคีจำเป็นต้องมีหน่วยงานกลางทำหน้าที่ในการรวบรวมข้อมูลธุรกรรมการเงิน และมีมาตรการตรวจสอบข้อมูลที่เกี่ยวข้องของลูกค้ายี่นำมาแสดงต่อธนาคาร มีการจัดระดับความเสี่ยงของลูกค้ายี่จะมีความเกี่ยวข้องกับการฟอกเงิน (PEP) มีการติดตามการทำธุรกรรมที่มีลักษณะผิดปกติของลูกค้ายี่แล้วรายงานข้อมูลมายังหน่วยงานกลางที่ทำหน้าที่ในการรวบรวมข้อมูลธุรกรรมการเงิน ตลอดจนการรายงานผู้รับผลประโยชน์ทอดสุดท้ายจากการทำธุรกรรมทางการเงินผ่านธนาคาร มาตรการทั้งหมดนี้หากสามารถกระทำได้อย่างครบถ้วน และเป็นระบบจะเป็นเครื่องมือที่ช่วยในการทำ Asset tracing ได้ในอนาคต ในส่วนของประเทศไทยมีการร่างพ.ร.บ.ที่จะดำเนินการ

ตามมาตรการที่ระบุข้างต้นเพื่อเป็นกฎหมายที่จะอนุวัติการตามข้อกำหนดในอนุสัญญา UNCAC ข้อ 14, 23, 31⁸

ค) ข้อ 53 มาตรการติดตามสินทรัพย์คืนโดยตรง

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตนี้ มุ่งเน้นการบังคับใช้กฎหมายอาญาเพื่อต่อต้านการทุจริตประพัตมิชอบเท่านั้น ในความเป็นจริงแล้ว การบังคับใช้กฎหมายแพ่งเพื่อต่อต้านการทุจริตประพัตมิชอบก็มีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน โดยอนุสัญญากำหนดให้รัฐรับรองคำตัดสินทางอาญาของศาลของอีกรัฐหนึ่งเท่านั้น ไม่มีบทบัญญัติในอนุสัญญาซึ่งรับรองการตัดสินทางแพ่งของศาลในต่างประเทศ หรืออีกนัยหนึ่ง อนุสัญญานี้ยินยอมให้มีความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อการริบทรัพย์ที่ได้จากการทุจริตประพัตมิชอบ แต่ไม่ได้กำหนดให้มีการยึดทรัพย์ทางแพ่งจากทรัพย์สินที่ได้มาอย่างผิดกฎหมาย⁹

อนึ่ง อนุสัญญา UNCAC กำหนดเป็นข้อบังคับให้ประเทศภาคีจะต้องยอมให้ประเทศภาคีอื่นสามารถเข้ามาเป็นโจทก์ร่วมในการฟ้องคดีแพ่งได้เพื่อที่จะพิสูจน์กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ซึ่งกฎหมายไทยไม่ยอมรับให้ให้รัฐบาลต่างชาติมีฐานะเป็นนิติบุคคล ดังนั้น เมื่อประเทศไทยให้สัตยาบันอนุสัญญา UNCAC แล้ว ประเทศไทยจำเป็นต้องมีกฎหมายหรือมาตรการที่จะยอมให้รัฐบาลประเทศภาคีอื่นสามารถเข้ามาเป็นโจทก์ร่วมในการฟ้องคดีได้

ในการให้ความช่วยเหลือในเรื่องการบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเกี่ยวกับการริบทรัพย์สินนี้ ศาลไทยจะมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้ริบทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติความร่วมมือทางอาญาระหว่างประเทศ พ.ศ. 2535 ได้ต่อเมื่อได้รับคำร้องขอจากต่างประเทศก่อนสำหรับประเทศที่มีความตกลงระหว่างประเทศกับประเทศไทยในเรื่องความช่วยเหลือทางอาญาให้

⁸ พ.ต.อ.ดร.สินหาท ประยูรรัตน์ เอกสารรายงานสรุปผลการประชุม โครงการประชุมเชิงปฏิบัติการเรื่อง “การดำเนินการกับทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดที่กำหนดตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต” วันที่ 28 มกราคม 2552 ณ โรงแรมสยามซิตี้ กรุงเทพมหานคร

⁹ โยเซฟ ชูอาร์ดี ชับดา ผู้อำนวยการกองคดีแพ่ง สำนักงานอัยการสูงสุดอินโดนีเซีย “เอกสารประกอบการประชุมนานาชาติครั้งที่ 10 ว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรม และความยุติธรรมทางอาญา(10th ACPF World Conference on Crime Prevention and Criminal Justice)” ระหว่างวันที่ 23- 25 พฤศจิกายน 2547 ณ เขตปกครองมาเก๊า สาธารณรัฐประชาชนจีน

ทำคำร้องส่งไปยังผู้ประสานงานกลางซึ่งเป็นผู้มีอำนาจในการดำเนินการเกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือโดยตรง ซึ่งมีหน้าที่รับและส่งคำร้องขอตลอดจนประสานงานในเรื่องเกี่ยวกับการให้ และขอรับความร่วมมือทุกประเภท เมื่อผู้ประสานงานกลางได้รับคำร้องขอจะต้องพิจารณาหรือวินิจฉัย เรื่องนั้นๆว่า คำร้องขออยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะให้ความช่วยเหลือตามพระราชบัญญัติความร่วมมือทางอาญาระหว่างประเทศ พ.ศ. 2535 หรือไม่ ประเทศผู้ร้องขอได้ดำเนินการตามขั้นตอนและมี เอกสารถูกต้องครบถ้วนหรือไม่ ถ้าเห็นว่าคำร้องขอนั้นไม่สามารถให้ความช่วยเหลือได้ เนื่องจาก อาจมีผลกระทบกระเทือนอธิปไตย ความมั่นคง หรือด้วยเหตุอันใดที่กำหนดในพระราชบัญญัติ ความร่วมมือทางอาญา หรือดำเนินการไม่ถูกต้องตามขั้นตอน หรือเอกสารไม่ครบถ้วนถูกต้อง ผู้ ประสานงานกลางจะต้องแจ้งปฏิเสธการให้ความช่วยเหลือพร้อมเหตุผล หรือแจ้งเงื่อนไขที่จำเป็น หรือเหตุขัดข้องให้ผู้ร้องขอทราบ แต่ถ้าพิจารณาแล้วเห็นว่าคำร้องขอนั้นอยู่ในหลักเกณฑ์ที่ สามารถให้ความช่วยเหลือได้ ผู้ประสานงานกลางจะต้องส่งคำร้องนั้นให้อัยการพิเศษฝ่ายคดี ดำเนินการต่อไป และคำวินิจฉัยของผู้ประสานงานกลางเกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือให้ถือเป็น ยุติ

สำหรับประเทศที่ไม่มีความตกลงระหว่างประเทศกับประเทศไทย ให้ต่างประเทศส่งคำร้อง ขอโดยวิธีทางการทูต กล่าวคือ ประเทศผู้ร้องขอจะต้องจัดทำหนังสือร้องขอความช่วยเหลือผ่าน ทางสถานเอกอัครราชทูตของทั้งสองประเทศ เมื่อกระทรวงการต่างประเทศของประเทศไทยได้ รับคำร้องขอแล้ว จะส่งเรื่องต่อไปยังผู้ประสานงานกลาง และเมื่อผู้ประสานงานกลางได้รับคำร้อง แล้ว ต้องพิจารณาว่าคำร้องนั้นอยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะให้ความช่วยเหลือกันได้หรือไม่ หากคำร้องขอ นั้นอยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะให้ความช่วยเหลือได้ ให้ส่งเรื่องแจ้งให้อัยการพิเศษฝ่ายคดีดำเนินการ ต่อไปโดยมีขั้นตอนและวิธีปฏิบัติเช่นเดียวกันกับประเทศที่มีความตกลงระหว่างประเทศต่อกัน แต่ อย่างไรก็ตามในกรณีที่ไม่มีความตกลงระหว่างประเทศต่อกัน ประเทศผู้ร้องขอต้องแสดงให้เห็นว่า จะให้ความช่วยเหลือในทำนองเดียวกัน เมื่อได้รับคำร้องขอจากประเทศไทย และความผิดซึ่งเป็น มูลกรณีของความช่วยเหลือนั้นต้องเป็นไปตามหลักความผิดสองรัฐ

หลักเกณฑ์ตามมาตรา 33 นี้ สามารถพิจารณาได้เป็น 2 ประการ

1. ทรัพย์สินที่รับนั้นจะต้องมีค่าพิพาทจากอันถึงที่สุดของศาลต่างประเทศให้รับทรัพย์สิน นั้น แต่หลักเกณฑ์นี้มีข้อยกเว้น คือ ในกรณีที่คำพิพาทของศาลต่างประเทศให้รับทรัพย์สินแต่ยังไม่ถึงที่สุด หรือเป็นกรณีที่ศาลต่างประเทศมีคำสั่งให้ยึดทรัพย์สินก่อนศาลมีคำพิพาท และ ทรัพย์สินนั้นอาจถูกยึดได้ตามกฎหมายไทย ถ้าศาลเห็นสมควร ศาลอาจมีคำสั่งให้ยึดทรัพย์สินนั้น ไว้ก็ได้ ดังนั้น ประเทศไทยจะให้ความช่วยเหลือในเรื่องการรับทรัพย์สินแก่ต่างประเทศได้นั้น

จะต้องเป็นกรณีที่มีคำพิพากษาคำสั่งที่สุดของศาลต่างประเทศให้รับทรัพย์สินดังกล่าวเท่านั้น ซึ่งหากเป็นกรณีที่ศาลต่างประเทศมีแต่เพียงคำสั่ง หรือคำพิพากษาที่ยังไม่ถึงที่สุด ประเทศไทยจะให้ความช่วยเหลือได้เพียงการยึดทรัพย์สินนั้นไว้ชั่วคราว

ในกรณีที่คำสั่งให้ยึดทรัพย์สินไว้ชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษา แต่คำสั่งดังกล่าวเป็นไม่ใช่คำสั่งของศาลต่างประเทศ แต่เป็นคำสั่งให้ยึดทรัพย์สินไว้ชั่วคราวของเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานอื่นๆ ที่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าประเทศไทยจะไม่สามารถให้ความช่วยเหลือในการยึดทรัพย์สินนั้นไว้ชั่วคราวได้ แต่ประเทศไทยก็สามารถให้ความช่วยเหลือโดยการนำบทบัญญัติของกฎหมายบางฉบับ เช่น พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ทั้งนี้โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 7(6) ซึ่งกำหนดให้ผู้ประสานงานกลางมีอำนาจอย่างอื่นเพื่อให้การให้หรือการร้องขอความช่วยเหลือตามพระราชบัญญัติความร่วมมือทางอาญาบรรลุผล ดังนั้นประเทศไทยอาจให้ความช่วยเหลือในการยึดทรัพย์สินนั้นไว้ชั่วคราวตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานอื่นๆ ที่ชอบด้วยกฎหมายได้ โดยอาศัยพระราชบัญญัติอื่น เช่น พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542

2. ทรัพย์สินที่จะรับนั้น จะต้องเป็นทรัพย์สินที่อาจถูกริบได้ตามกฎหมายไทย เนื่องจากการให้ความช่วยเหลือในลักษณะนี้เป็นการกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของประเทศไทย ซึ่งทรัพย์สินที่อาจถูกริบได้ตามกฎหมายไทยนั้นจะต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 32, 33 และ 34 และตามกฎหมายเฉพาะ ซึ่งอาจทำให้เกิดความไม่สะดวกในการริบทรัพย์สินบางประเภท

ในส่วนของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 นั้น ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติใดที่บัญญัติถึงการยอมรับ และบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเลย จึงทำให้ไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่ชัดในเรื่องของการบังคับตามคำพิพากษาให้รับทรัพย์สินของศาลต่างประเทศ แต่เมื่อพิจารณาจากแนวทางปฏิบัติของสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน จะเห็นได้ว่าเมื่อศาลต่างประเทศมีคำพิพากษาให้รับทรัพย์สินที่อยู่ในประเทศประเทศไทย และทางการของประเทศนั้นได้มีการประสานงานมายังสำนักงาน ปปง. โดยตรง หรือประสานมายังช่องทางความร่วมมือทางอาญาระหว่างประเทศ สำนักงาน ปปง. จะดำเนินการกับคำพิพากษานั้นเสมือนเป็นเพียงพยานหลักฐานชิ้นหนึ่ง ที่จะต้องนำเสนอต่อคณะกรรมการธุรกรรม เพื่อพิจารณามีมติยึด หรืออายัดชั่วคราว ก่อนนำส่งพนักงานอัยการ ให้ยื่นคำร้องต่อศาลให้ศาลมีคำสั่งริบทรัพย์สินดังกล่าวให้ตกเป็นของแผ่นดินต่อไป

ดังนั้น พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 จึงไม่มีบทบัญญัติใดที่บัญญัติถึงการบังคับตามคำพิพากษา หรือคำสั่ง ของศาลต่างประเทศ ในเรื่องการริบทรัพย์สินทางแพ่ง

ง) ข้อ 54 กลไกในการติดตามทรัพย์สินกลับคืนผ่านความร่วมมือระหว่างประเทศในการริบทรัพย์สิน

สำหรับหลักการสำคัญในเรื่องการติดตามทรัพย์สินคืนตามอนุสัญญานี้ คือ การติดตามทรัพย์สินจากผู้ทุจริตกลับคืนมาเป็นของแผ่นดินตามมูลค่าความเสียหายโดยไม่ต้องพิสูจน์ว่าเป็นทรัพย์สินที่ได้มาก่อนกระทำความผิด หรือเป็นเงินที่กลายสภาพหรือไม่

ในเรื่องการติดตามทรัพย์สิน ที่ได้มาจากการทุจริตต่อประเทศชาติแล้วนำทรัพย์สินที่ได้นั้นโยกย้ายถ่ายเทไปไว้ในต่างประเทศ ซึ่งปรากฏอยู่ในข้อ 57 ของอนุสัญญาสหประชาชาตินั้น ที่ผ่านมาประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายอุดช่องว่างในส่วนนี้ รวมทั้งการวางระบบติดตามทรัพย์สินจากการทุจริตโกงชาติและได้โยกย้ายถ่ายเทไปไว้ในต่างประเทศ โดยต้องอาศัยความร่วมมือจากหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ในต่างประเทศ ซึ่งมีขั้นตอน และกระบวนการที่ยุ่งยาก และต้องใช้ระยะเวลาในการดำเนินการ ตัวอย่างที่เด่นชัดได้แก่ กรณีของนายราเกซ สักเสนา

ปัจจุบันประเทศไทยมีพระราชบัญญัติว่าด้วยความร่วมมือทางอาญาระหว่างประเทศ พ.ศ. 2535 เป็นกฎหมายหลักในการให้ความช่วยเหลือ แต่ก็จำกัดเฉพาะมาตรการความร่วมมือทางอาญาเท่านั้น และยังมีข้อจำกัดในเรื่องของการริบทรัพย์สินอีกด้วย โดยทรัพย์สินที่ประเทศไทยอาจริบได้ตามพระราชบัญญัติความร่วมมือทางอาญานั้น ต้องเป็นทรัพย์สินที่อาจถูกริบได้ตามกฎหมายไทย ซึ่งในกรณีของการริบทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดโดยตรงนั้น ประเทศไทยสามารถให้ความช่วยเหลือได้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 33(2) แต่ในกรณีของการริบทรัพย์สินที่ได้แปรสภาพไปแล้ว จะไม่สามารถให้ความช่วยเหลือในการริบทรัพย์สินนั้นได้ เพราะไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดตามนัยประมวลอาญา มาตรา 33(2) แต่ประเทศไทยสามารถให้ความช่วยเหลือในกรณีการริบทรัพย์สินที่ได้แปรสภาพไปแล้ว โดยใช้พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 แต่จะมีข้อจำกัดคือ จะใช้ได้เฉพาะทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด ซึ่งจำกัดอยู่ภายใต้ฐานความผิดตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายทั้งสองฉบับเท่านั้น ไม่อาจนำมาใช้บังคับกับทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดตามกฎหมายอื่นได้

เมื่อกฎหมายไทยมีการกำหนดให้มีการยึดหรืออายัดทรัพย์สินในลักษณะนี้ได้ กฎหมายของรัฐภาคีต่างประเทศก็อาจมีบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวได้เช่นกัน แต่ตามบทบัญญัติของมาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติฯ พ.ศ. 2535 หากรัฐภาคีผู้ร้องขอให้มีการอายัดทรัพย์สินไว้ชั่วคราวในลักษณะดังกล่าว ประเทศไทยไม่สามารถดำเนินการให้ได้ เนื่องจากยังไม่มีคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลให้รับหรือยึดทรัพย์สินมาแสดง ดังนั้นเพื่อให้ความร่วมมือระหว่างประเทศในการติดตามเรียกคืนทรัพย์สินมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นจึงสมควรแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในส่วนนี้เพื่อให้ประเทศไทยสามารถให้ความร่วมมือกับรัฐที่ร้องขอได้ในกรณียึดทรัพย์สินชั่วคราว หากรัฐภาคีผู้ร้องขอมีพยานหลักฐานที่สามารถพิสูจน์ให้ศาลไทยจนเป็นที่พอใจว่าทรัพย์สินที่พบในประเทศไทยเป็นรายได้จากอาชญากรรม หรือทรัพย์สิน เครื่องมือที่ใช้ในการกระทำความผิดจริง โดยมีคำสั่งของหน่วยงานที่มีอำนาจสั่งยึดหรืออายัดทรัพย์สินชั่วคราว หรือสำเนาคำสั่งรับรองถูกต้องส่งมา แม้ว่าคำสั่งดังกล่าวจะไม่ใช่คำสั่งของศาล¹⁰

ตามพระราชบัญญัติฯ พ.ศ. 2535 มาตรา 35 ได้กำหนดว่า ทรัพย์สินที่ศาลพิพากษาให้รับให้ตกเป็นของแผ่นดินไทย แต่ศาลจะพิพากษาให้ทำให้ทรัพย์สินนั้นใช้ไม่ได้หรือทำลายทรัพย์สินนั้นเสียก็ได้ การกำหนดให้ทรัพย์สินที่ถูกยึดตกเป็นของแผ่นดินนั้น เป็นไปตามกฎหมายภายในของประเทศไทย เนื่องจากความมุ่งหมายหลักของพระราชบัญญัติฯ พ.ศ. 2535 คือ ความร่วมมือในการปราบปรามอาชญากรรมเพื่อตัดโอกาสไม่ให้ผู้กระทำความผิดนำผลประโยชน์ที่ได้รับไปใช้ในการกระทำความผิดอีก และเป็นการตัดแรงจูงใจของผู้กระทำความผิด ไม่ใช่การริบทรัพย์สินที่มีจุดประสงค์ในการแบ่งปันผลประโยชน์ในทรัพย์สินที่ริบมาได้¹¹

นอกจากนี้บทบัญญัติตาม พ.ร.บ. ความร่วมมือฯ มาตรา 33 อาจจะทำให้การริบหรือยึดอายัดทรัพย์สินเกิดความล่าช้าได้โดยเฉพาะในกรณีที่มีการขอยึดหรืออายัดทรัพย์สินชั่วคราวในระหว่าง

¹⁰ ดร. อุทัย อาทิวา อัยการผู้เชี่ยวชาญ และนายศศิน ศุขจรัส อัยการจังหวัดประจำกรมสำนักงานต่างประเทศ สำนักงานอัยการสูงสุด” ความร่วมมือระหว่างประเทศในการป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรม และผู้มีอิทธิพล” หน้า 66

¹¹ ประธาน จุฬาริมนันตรี, “การพัฒนากฎหมายป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติที่มีการจัดตั้งในลักษณะองค์กร (ระยะที่ 2) หัวข้อ “การให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในเรื่องทางอาญา” เอกสารตามโครงการวิจัยซึ่งได้รับการสนับสนุนโดยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) จัดทำโดยสถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุด ยังมีได้พิมพ์เผยแพร่, หน้า

การดำเนินคดี ทั้งนี้ เนื่องจากการโยกย้ายทรัพย์สินในปัจจุบันสามารถกระทำได้โดยรวดเร็วเช่นการโอนเงินทางบัญชี ดังนั้น หากจะต้องรอให้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลในกรณีดังกล่าวก่อน อาจจะทำให้มีการโยกย้ายทรัพย์สินหลบซ่อนจนเจ้าหน้าที่ไม่สามารถติดตามเอาคืนได้อีกต่อไป¹²

ควรมีบทบัญญัติชัดเจนให้มีการยึดและอายัดทรัพย์สินไว้ชั่วคราวในระหว่างการดำเนินคดีตามคำร้องขอของทางการต่างประเทศได้ โดยคำสั่งยึดหรืออายัดทรัพย์สินนั้นอาจจะเป็นคำสั่งของศาลหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจอื่นก็ได้ และควรมีบทบัญญัติของกฎหมายให้ความช่วยเหลือในการส่งทรัพย์สินที่รับได้คืนให้แก่ประเทศผู้ร้องขอเพื่อคืนให้แก่ผู้เสียหายหรือเจ้าของที่แท้จริงที่มีผู้รู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดต่อไป ทั้งนี้เพื่อให้ผู้เสียหายหรือเจ้าของทรัพย์สินที่สูญเสียทรัพย์สินของตนไปเนื่องจากการกระทำความผิดของอาชญากรได้รับการเยียวยาขาดใช้ตามความเสียหายที่แท้จริง โดยผ่านกลไกความร่วมมือระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ประเทศผู้ร้องขอต้องนำเสนอพยานหลักฐานคำสั่งของศาลในประเทศผู้ร้องขอซึ่งถึงที่สุดให้คืนหรือชดเชยราคาทรัพย์สินให้แก่ผู้เสียหายหรือเจ้าของที่แท้จริง¹³

จ) ข้อ 55 ความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อความมุ่งประสงค์ในการริบทรัพย์สิน

ในส่วนของการร่วมมือระหว่างประเทศนั้น ประเทศไทยได้เป็นภาคีในอนุสัญญาหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับการให้ความร่วมมือทางอาญาระหว่างประเทศ และได้มีการอนุวัติการจนกลายเป็น พ.ร.บ.ว่าด้วยความร่วมมือทางอาญาระหว่างประเทศ พ.ศ. 2535 ซึ่งทำให้ประเทศไทยสามารถให้และรับความร่วมมือในการสืบสวนสอบสวน การพิจารณาคดี การส่งตัวผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการทุจริตคอร์รัปชัน และมาตรการเกี่ยวกับทรัพย์สินต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด

¹² ประธาน จุฬาริโรจน์มนตรี และคณะ รายงานสรุปผลการวิจัย “ความช่วยเหลือทางกฎหมายซึ่งกันและกัน”(หัวข้อที่ 5 ของโครงการวิจัยเรื่อง “การพัฒนากฎหมายป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ” ระยะที่ 2)สถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุด

¹³ ดร. อุทัย อาภิเวช อัยการผู้เชี่ยวชาญ และนายศศิน ศุขสวัสดิ์ อัยการจังหวัดประจำกรมสำนักงานต่างประเทศ สำนักงานอัยการสูงสุด” ความร่วมมือระหว่างประเทศในการป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรม และผู้มีอิทธิพล”น. 79

การให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในเรื่องทางอาญาเกี่ยวกับการริบทรัพย์สินนั้น อาจเกิดได้ 2 ลักษณะ คือ

1.เกิดขึ้นจากความตกลงระดับประเทศ โยอาจเป็นความตกลงระหว่างประเทศในรูปแบบทวิภาคี หรือพหุภาคีก็ได้ ทั้งนี้ก็ให้เป็นไปตามข้อตกลงที่กำหนดเป็นหลักเกณฑ์ไว้

2.เกิดขึ้นโดยอาศัยหลักถ้อยทีถ้อยปฏิบัติ(Reciprocity) และหลักอัยยาศัยไมตรี (Comity) แม้จะมีได้มีความตกลงระหว่างประเทศในเรื่องดังกล่าวต่อกัน แต่หากประเทศใดเคยให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในเรื่องทางอาญาแก่ประเทศไทยไว้แล้ว ประเทศไทยก็มีหน้าที่ต้องให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในเรื่องทางอาญาให้แก่ประเทศนั้นเป็นการตอบแทนหากประเทศนั้นได้ร้องขอความช่วยเหลือมายังประเทศไทย

ประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการยึด อาัยัด และริบทรัพย์สิน ในกรณีความผิดเกี่ยวกับการทุจริต ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542

ซึ่งทรัพย์สินที่อาจถูกริบได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 32, 33 และ 34 มีลักษณะที่ค่อนข้างจำกัด เช่น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 33(2) ในกรณีของการริบทรัพย์สินที่ได้แปรสภาพไปแล้ว จะไม่สามารถดำเนินการริบทรัพย์สินนั้นได้ เพราะไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดตามนัยประมวลอาญา มาตรา 33(2)¹⁴

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 32-34 นั้น ได้กำหนดว่า ทรัพย์สินที่อาจริบได้ คือ ทรัพย์สินที่ผู้ใดทำ หรือมีไว้เป็นความผิด หรือทรัพย์สินซึ่งได้ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด หรือทรัพย์สินที่ได้มาโดยการกระทำความผิด หรือทรัพย์สินซึ่งได้ให้เจ้าพนักงานหรือเจ้าพนักงานรับไว้เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการตามหน้าที่ (สินบน) หรือทรัพย์สินซึ่งได้ให้เพื่อจูงใจบุคคลให้กระทำความผิด หรือเพื่อเป็นรางวัลในการกระทำความผิด

¹⁴ วีระพงษ์ บุญญะภาส และคณะ, "การกำหนดความผิดมูลฐานฟอกเงินที่ผู้กระทำเป็นองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ และมาตรการ ร่วมทั้งความร่วมมือระหว่างประเทศในการปราบปรามการฟอกเงิน และมาตรการยึด และอาัยัดทรัพย์สิน". ร่างรายงานฉบับสมบูรณโครงการวิจัยเรื่อง การพัฒนานกฎหมายป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ระยะที่ 2 น.187

ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ.2542 ได้กำหนดให้มีการริบทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดกรณีที่ร้ายแรงผิดปกติ หรือมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นผิดปกติ ศาลมีคำสั่งให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดินได้ โดยใช้มาตรฐานการ พิสูจน์ทางแพ่ง และถ้าไม่สามารถบังคับคดีเอาทรัพย์สินนั้นได้ สามารถบังคับเอาทรัพย์สิน อื่นเท่าที่ไม่เกินมูลค่าได้

พระราชบัญญัตินี้ ได้นำหลักการริบทรัพย์สินแบบมูลค่า¹⁵ (Value based confiscation) มาใช้ ซึ่งสอดคล้องกับอนุสัญญาสหประชาชาติตามข้อ 31 ซึ่งการริบทรัพย์สินแบบมูลค่านี เป็น การริบทรัพย์สินที่ไม่ได้ระบุตัวทรัพย์สินที่จะริบโดยเฉพาะเจาะจง แต่เป็นการบังคับให้ผู้กระทำ ความผิดชำระเงินเป็นจำนวนเท่ากับมูลค่าทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำผิดหรือบังคับเอา กับ ทรัพย์สินชิ้นใดก็ได้ของผู้กระทำความผิดโดยไม่คำนึงว่าจะได้มาโดยถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ เป็นจำนวนตามมูลค่าของทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำผิด แต่ตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมี ข้อจำกัดคือ จะใช้ได้เฉพาะทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดเท่านั้น แต่ไม่รวมถึงกรณีการ กระทำความผิดฐานทุจริตอื่นๆ ซึ่งการริบทรัพย์สินในความผิดฐานทุจริตอื่นๆนี้ ต้องเป็นการริบตาม ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งในกรณีของการริบทรัพย์สินที่ได้แปรสภาพไปแล้ว จะไม่สามารถริบ ทรัพย์สินนั้นได้ เพราะไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด และทรัพย์สินที่จะริบ ได้นั้นต้องเป็นทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดเท่านั้น ดังนั้นหากมีการจำหน่าย จ่าย โอน เปลี่ยนแปลง ไปยังบุคคลอื่น ก็จะไม่สามารถริบทรัพย์สินโดยใช้หลักการริบทรัพย์สินแบบมูลค่าได้

¹⁵ ผู้อำนวยการสำนักนโยบายได้เสนอข้อแนะนำในประเด็น value base ในการเรียก ทรัพย์สินคืน พ.ร.บ. ป.ป.ช. มีการกำหนดการเรียกทรัพย์สินคืนจากความผิดฐานร้ายแรงผิดปกติ สามารถเรียกทรัพย์สินที่มีมูลค่าเท่ากันได้ ไม่จำเป็นต้องเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ ความผิดเท่านั้น ซึ่งถือเป็นการนำหลักการ value base มาใช้ ซึ่งท่านอัยการต่อศักดิ์เห็นว่า ความผิดฐานร้ายแรงผิดปกติ ไม่อาจกล่าวได้ว่าเกิดจากการทุจริตเสมอไป ดังนั้นจึงไม่อาจกล่าวได้ ว่าประเทศไทยมีกฎหมายอนุวัติการในส่วนการยอมรับหลักการ value base จากการตอบข้อ ชักถามในการประชุม โครงการประชุมเชิงปฏิบัติการเรื่อง “การดำเนินการกับทรัพย์สินที่ได้มาจากการ กระทำความผิดที่กำหนดตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต” วันที่ 28 มกราคม 2552 ณ โรงแรมสยามซิตี้ กรุงเทพมหานคร

ข้อจำกัดนี้ได้ถูกแก้ไขโดยการนำพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาใช้บังคับ โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 58 ซึ่งกำหนดในกรณีที่ ทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด เป็นทรัพย์สินที่สามารถดำเนินการได้ตามกฎหมายอื่นได้อยู่แล้ว แต่ยังไม่มีการดำเนินการกับทรัพย์สินนั้น ตามกฎหมายดังกล่าว หรือดำเนินการตามกฎหมายดังกล่าวแต่ไม่เป็นผล หรือการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่ทางราชการมากกว่า ก็ให้ดำเนินการกับทรัพย์สินนั้นต่อไปตามพระราชบัญญัตินี้ แต่พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ไม่ได้นำหลักการริบทรัพย์สินแบบมูลค่ามาใช้

โดยทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามกฎหมายฟอกเงิน หมายถึง เงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด หรือสนับสนุนการกระทำความผิด หรือได้ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด เงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการนำทรัพย์สินดังกล่าวไปจำหน่าย จ่าย โอน หรือเปลี่ยนสภาพ รวมทั้งดอกผลของเงินหรือทรัพย์สินนั้น

ดังนั้นการริบทรัพย์สินตามกฎหมายนี้ใช้ระบบการยึดหรือริบทรัพย์สินแบบต้องระบุตัวทรัพย์สินโดยเฉพาะเจาะจง (property based confiscation) โดยต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าทรัพย์สินนั้นมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด ซึ่งเป็นเรื่องที่ยากมากในการในการแสวงหาพยานหลักฐานดังกล่าว จะเห็นได้ว่าที่ผ่านมาประเทศไทยมีการริบทรัพย์สินในกรณีความผิดฐานทุจริตน้อยมาก และส่วนใหญ่แล้วก็จะเป็นการริบทรัพย์สินได้แต่ตัวเลขเท่านั้น ในการยึดหรือริบทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำทุจริต

จ) ข้อ 56 ความร่วมมือพิเศษ

ในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายอนุวัติการตามข้อนี้ อย่างไรก็ตาม นายกรัฐมนตรี ซึ่งเป็นผู้รักษาการตาม พ.ร.บ. ความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องอาญา พ.ศ. 2535 อาจจะมีนโยบายให้มีการปฏิบัติตามอนุสัญญานี้ โดยออกเป็นกฎกระทรวงโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 5

คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเป็นองค์กรที่มีหน้าที่โดยตรงในเรื่องนี้ อาจเป็นผู้เริ่มต้นวางมาตรฐานการทำงานระหว่างประเทศในลักษณะที่มีวิสัยทัศน์แบบก้าวหน้าโดยอาศัยอนุสัญญาข้อนี้เป็นฐานผลักดันให้รัฐบาลดำเนินการในเรื่องนี้เพื่อภาพพจน์ที่ดีของประเทศไทยในเรื่องการให้ความร่วมมือในการปราบปรามการทุจริตในระดับระหว่างประเทศ

ซึ่งหากประเทศไทยสามารถมีแนวปฏิบัติในเชิงก้าวหน้าเช่นนี้ได้จะเป็นตัวอย่างแก่ประเทศอื่นๆ และยังเป็นการยกฐานะประเทศไทยให้เป็นที่ยอมรับของนานาชาติในเรื่องความร่วมมือระหว่างประเทศในด้านการปราบปรามการทุจริต นับว่าจะเป็นคุณประโยชน์ให้กับประเทศไทยมากกว่าเป็นโทษ

ข) ข้อ 57 การส่งคืนและการจัดการสินทรัพย์

ในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายให้ทำได้ แต่มีความพยายามร่างกฎหมายอนุวัติการตามข้อนี้ อยู่และกฎหมายไทยในปัจจุบันไม่เปิดโอกาสให้ประเทศไทยสามารถหักค่าใช้จ่ายได้ อย่างไรก็ตาม ตาม ร่างพ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติม พ.ร.บ. ความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 (ฉบับที่...) พ.ศ. (...) มาตรา 35 วรรค 2 เพื่ออนุวัติการตามข้อนี้ กฎหมายไทยยังไม่เปิดโอกาสให้ หน่วยงานของไทยไปทำความตกลงดังกล่าว อย่างไรก็ตามประเทศไทยอาจมีความจำเป็นจะต้อง ทำความตกลงเฉพาะกับบางประเทศ

พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 กำหนด เงื่อนไขของการที่ประเทศไทยจะให้ความช่วยเหลือทางอาญากับต่างประเทศได้ ในกรณีการรับ ทรัพย์สินดังนี้

1. ในกรณีความช่วยเหลือในการยึดหรืออายัดทรัพย์สินนั้น ศาลต่างประเทศจะต้องมี คำสั่งให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินนั้นหรือมีคำพิพากษาให้รับทรัพย์สินแต่ยังไม่ถึงที่สุดและ ทรัพย์สินนั้นอาจถูกยึดหรืออายัดได้ตามกฎหมายไทย

2. ในกรณีความช่วยเหลือในการรับทรัพย์สิน ศาลต่างประเทศจะต้องคำพิพากษาถึง ที่สุดให้รับทรัพย์สินและทรัพย์สินนั้นอาจถูกริบได้ตามกฎหมายไทย

3. ประเทศไทยมีดุลยพินิจปฏิเสธการให้ความช่วยเหลือที่จะกระทบกระเทือน อธิปไตย ความมั่นคงหรือสาธารณประโยชน์ที่สำคัญอย่างอื่นของประเทศไทยหรือความผิดที่ ร้องขอเกี่ยวเนื่องกับการเมือง

เมื่อเงื่อนไขในการให้ความช่วยเหลือครบถ้วน อัยการสูงสุด ซึ่งเป็นผู้ประสานงานกลาง จะดำเนินการ ดังนี้

1. ส่งคำขอให้สืบหาหรือติดตามทรัพย์สินให้ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติดำเนินการ

2. ส่งคำขอให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินเพื่อวัตถุประสงค์สุดท้ายในการรับหรือคำขอให้รับ ทรัพย์สินให้อัยการพิเศษฝ่ายคดีเพื่อยื่นคำขอต่อศาลให้มีคำสั่งยึดหรืออายัดหรือรับทรัพย์สิน ต่อไป

เมื่อศาลได้มีคำสั่งให้รับทรัพย์สินตามคำร้องขออัยการพิเศษฝ่ายคดีแล้ว ทรัพย์สินที่รับ จะตกเป็นของประเทศไทย โดยไม่มีการส่งคืนหรือแบ่งให้กับประเทศผู้ร้องขอ ทำให้ไม่สามารถ ส่งคืนทรัพย์สินที่รับให้กับต่างประเทศได้ ตามข้อ 57 เนื่องจากกฎหมายให้ตกเป็นของแผ่นดิน ประเทศไทยจึงต้องมีการดำเนินการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการส่งคืน และจัดการ ทรัพย์สิน เพื่อให้สอดคล้องกับข้อ 57 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003

4.2 ข้อพิจารณาความร่วมมือระหว่างประเทศในการติดตามเรียกคืนทรัพย์สิน

การติดตามทรัพย์สินคืนมี 2 ลักษณะคือประเทศไทยติดตามทรัพย์สินที่ได้มาจากการทุจริตคืนจากต่างประเทศและต่างประเทศมาติดตามทรัพย์สินคืนจากประเทศไทย ซึ่งการติดตามทรัพย์สินคืนทั้ง 2 ลักษณะจะต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศในหลายระดับ

4.2.1 กรณีประเทศไทยเป็นประเทศผู้ร้องขอ

ขั้นตอนในการที่ประเทศไทยจะติดตามทรัพย์สินที่ได้มาจากการทุจริตคืนจากต่างประเทศมีทั้งหมด 3 ขั้นตอน¹⁶

1. จะต้องทราบว่าเงินหรือทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดอยู่ที่ไหน

ในขั้นเริ่มต้นของความพยายามที่จะติดตามเรียกทรัพย์สินคืน ความท้าทายหลักอยู่ที่การสืบหาร่องรอยของทรัพย์สิน การหาตัวผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการเบียดบังเอาทรัพย์สินไป และวินิจฉัยว่าบุคคลเหล่านั้นน่าจะมีส่วนรับผิดชอบในทางแพ่งและทางอาญาเพียงใด ปัญหากฎหมายหลักจะเกี่ยวข้องกับเรื่องเขตอำนาจในกรณีที่ระบบกฎหมายขัดกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อในกรณีนั้นต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศกับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแตกต่างกันอย่าง Civil Law และ Common Law ความร่วมมือกันจะทำได้ลำบากมาก สนธิสัญญาว่าด้วยการช่วยเหลือกันทางกฎหมาย (Mutual Legal Assistance Treaties-MLATs) จะทำให้เกิดความล่าช้าและไม่มีประสิทธิภาพ เมื่อจุดมุ่งหมายอยู่ที่การหาเบาะแสและการอายัดทรัพย์สินอย่างรวดเร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้ การที่ต้องแก้ปัญหาเรื่องเขตอำนาจ ทำให้การสืบสวนสอบสวนล่าช้าลงซึ่งมักมีผลร้ายแรงมาก เพราะกว่าพนักงานสอบสวนจะเข้าถึงพยานเอกสารต่างๆ ในเขตอำนาจของรัฐอื่นได้ เงินก็อาจถูกยักย้ายไปหมดแล้ว และปัญหาที่ต้องเผชิญก็แตกต่างกันมากขึ้นอยู่กับว่าระบบกฎหมายของรัฐที่จะติดตามทรัพย์สินคืนเป็นระบบใด และการเลือกวิธีติดตามทรัพย์สินคืนว่าจะติดตามเอาคืนในทางแพ่งหรือทางอาญา ซึ่งแต่ละระบบมีทั้งข้อได้เปรียบและข้อเสียเปรียบแตกต่างกัน

การดำเนินคดีติดตามทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดอาญาคืน ปกติเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจในการสืบสวนสอบสวน มีเอกสิทธิ์ที่จะเข้าถึงข้อมูลต่างๆ ได้ทั้งในระดับชาติและในระดับระหว่างประเทศ ซึ่งทำให้แก้ปัญหาการคุ้มครองความลับของธนาคารได้ และการขออนุญาตอายัด

¹⁶ ดร. วิสูตร ตูยานนท์, เอกสารรายงานสรุปผลการประชุม โครงการประชุมเชิงปฏิบัติการเรื่อง “การดำเนินการกับทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดที่กำหนดตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต” วันที่ 28 มกราคม 2552 ณ โรงแรมสยามซิตี้ กรุงเทพมหานคร

ทรัพย์จะกระทำได้ง่ายขึ้น แต่ในขณะเดียวกัน เมื่อถึงขั้นตอนการยึดทรัพย์สินกับขั้นตอนการส่งคืนทรัพย์สินจะมีความยุ่งยากมากกว่า เพราะในกระบวนการทางอาญาระบบกฎหมายส่วนมาก จะกำหนดให้ต้องพิสูจน์จนหมดข้อสงสัยว่าทรัพย์สินนั้นได้มาโดยผิดกฎหมาย แต่การดำเนินคดีทางแพ่ง ความสัมพันธ์ระหว่างทรัพย์สินนั้นกับการที่ได้มาจากการกระทำความผิดจะดูเพียงว่ามีความเป็นไปได้สูง กล่าวคือ มีสาเหตุอันควรเชื่อได้เช่นนั้นเท่านั้น ข้อได้เปรียบที่ชัดเจนของการติดตามเอาทรัพย์สินคืนในทางอาญาอีกประการหนึ่งคือ เรื่องค่าใช้จ่ายซึ่งรัฐผู้ร้องขอจะเสียน้อยกว่าในทางแพ่งมาก เพราะงานสืบสวนสอบสวนส่วนใหญ่จะกระทำโดยหน่วยงานบังคับคดีของรัฐที่ได้รับการร้องขอ ขณะที่ข้อเสียเปรียบของการติดตามทรัพย์สินคืนในทางอาญา คือ การที่ต้องพึ่งพา และขึ้นอยู่กับความเคร่งครัดของกฎหมายของรัฐผู้รับการร้องขอในการที่จะได้รับความร่วมมือจากทางการของรัฐนั้น

2. เริ่มดำเนินการติดตามทรัพย์สินคืน ซึ่งในขั้นตอนนี้มีความเชื่อมโยงกับความแตกต่างระหว่างระบบของกฎหมายของไทยและระบบของกฎหมายของประเทศที่ทรัพย์สินซึ่งได้มาจากการทุจริตตั้งอยู่ว่าเป็นระบบ Common Law หรือ Civil Law

โดยระบบ Civil Law มีข้อได้เปรียบชัดเจนตรงที่ให้อึด และติดตามทรัพย์สินคืนได้ตามระบอบการชั่งน้ำหนักของความเป็นไปได้(probability) ซึ่งระดับความเข้มงวดเรื่องหลักฐานสำหรับคดีแพ่งในการยึด และการติดตามทรัพย์สินทางแพ่งจะต่ำกว่าการดำเนินคดีทางอาญา แต่การเข้าถึงพยานเอกสารและอำนาจสืบสวนสอบสวนในการดำเนินคดีทางแพ่งจะจำกัดกว่าและการอายัดทรัพย์จะค่อนข้างลำบาก แต่การติดตามทรัพย์สินคืนในทางแพ่งเปิดช่องให้กระทำต่อบุคคลที่สามก็ได้ เช่นในประเทศที่ใช้ระบบ Common Law การเรียกร้องค่าเสียหายกระทำได้เกินกว่าสำหรับความเสียหายทางเศรษฐกิจธรรมดาเท่านั้น แต่ให้รวมถึงความเสียหายทางจิตใจและให้เรียกค่าเสียหายในลักษณะลงโทษ (punitive) ด้วยก็ได้ อีกทั้งยังสามารถดำเนินคดีต่อผู้ให้ความช่วยเหลือในการเบียดบังทรัพย์สินด้วยก็ได้ ข้อได้เปรียบอีกประการหนึ่งของการติดตามทรัพย์สินคืนในทางแพ่งก็คือ การที่ติดตามเอาคืนซึ่งทรัพย์สินที่ได้มาจากการทุจริตสามารถเลือกศาลได้ด้วย ขณะที่ในการติดตามเรียกคืนทรัพย์สินทางอาญา การฟ้องคดีต้องกระทำในศาลที่กำหนดเขตอำนาจไว้อย่างตายตัวโดยเฉพาะ ขณะที่การติดตามเอาทรัพย์สินคืนในทางแพ่งจะสามารถติดตามเอาคืนได้ในเกือบทุกที่ในโลก และจะกระทำการพร้อมกันหลายแห่งก็ได้

ศาลของรัฐผู้รับการร้องขอมักจะกำหนดเงื่อนไขให้ต้องยื่นฟ้องคดีอายัดทรัพย์ก่อนที่จะสั่งอายัดทรัพย์ และการส่งคืนทรัพย์สินจะกระทำได้อีกเมื่อการดำเนินคดีอาญา หรือการดำเนินคดีริบทรัพย์ถึงที่สุดแล้ว อาทิเช่น ประเทศอังกฤษ ในหมวด Registration of external confiscation

order¹⁷ ได้มีการกำหนดไว้โดยชัดแจ้งในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับตามคำร้องขอในเรื่องที่เกี่ยวกับการริบทรัพย์สิน¹⁸ ซึ่งตาม ข้อ 26 เอ¹⁹ นั้น จะเห็นได้ว่ามีหลักเกณฑ์ที่สำคัญ อยู่ 3 ประการ คือ คำร้องขอที่ศาลประเทศอังกฤษจะพิจารณาดำเนินการบังคับตามได้นั้น

1. ต้องมีลักษณะเป็นคำพิพากษา หรือคำสั่ง ที่ถึงที่สุด และเสร็จเด็ดขาดแล้ว ไม่อยู่ระหว่างการอุทธรณ์ใดๆ ซึ่งเป็นไปตามหลักการทั่วไปในเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศตามระบบ ศาล Common Law

2. จะต้องมีการแจ้งสิทธิโต้แย้งคัดค้านให้แก่เจ้าของทรัพย์สินที่จะต้องถูกริบนั้น โดยต้องมีการแจ้งให้ทราบถึงกระบวนการพิจารณา และกำหนดระยะเวลาพอสมควรในการยื่นคำโต้แย้งคัดค้านต่อศาล

3. คำร้องขอให้ริบทรัพย์สินดังกล่าวในประเทศอังกฤษ และเวลส์ ต้องไม่ขัดต่อหลักประโยชน์แห่งความยุติธรรม ซึ่งการพิจารณาหลักประโยชน์แห่งความยุติธรรมนี้ เป็นดุลพินิจของศาลอังกฤษ และเป็นอีกช่องทางในการปฏิเสธการบังคับตามคำร้องขอให้ริบทรัพย์สิน โดยอาศัยกฎหมายภายในของตน

โดยการดำเนินคดีต้องสอดคล้องกับกระบวนการวิธีพิจารณาความของศาลของรัฐผู้ร้องขอนั้น ซึ่งรัฐผู้ร้องหลายรัฐอาจเห็นว่าเงื่อนไขบางข้อ หรือทั้งหมดนี้ยากที่จะปฏิบัติตามได้ ซึ่งเป็นเรื่องของ

¹⁷ USA CIVIL FORFEITURE LAWS EXTENDED TO ENGLAND IN LANDMARK CASE ! by Dr. John Abaci, United Kingdom (Dec. 12, 1996)

¹⁸ Case 126 of 1990 Re: F' judgment given on 29 November 1996

¹⁹ Registration of external confiscation order

26A.—(1) On an application made by or on behalf of the government of a designated country, the High Court may register an external confiscation order made there if—

(a) it is satisfied that at the time of registration the order is in force and not subject to appeal;

(b) it is satisfied, where the person against whom the order is made did not appear in the proceedings, that he received notice of the proceedings in sufficient time to enable him to defend them; and

(c) it is of the opinion that enforcing the order in England and Wales would not be contrary to the interests of justice.

ประเพณีปฏิบัติในทางกฎหมายของศาลที่เกี่ยวข้องเช่นมีข้อได้เปรียบที่เห็นชัดในศาลหลายประเทศในระบบ Civil Law คือการที่ผู้เสียหายสามารถที่จะเข้าร่วมเป็นโจทก์ดำเนินคดีอาญาในส่วนแพ่ง (Parties Civile) ด้วยได้ซึ่งจะทำให้ผู้เสียหายสามารถเข้าถึงข้อมูลทั้งหมดที่มีในการดำเนินคดี และทำให้มีความน่าเชื่อถือในศาลอาญาในการกำหนดค่าเสียหายในทางแพ่งให้แก่ผู้เสียหาย

ในระบบ Common Law อำนาจที่จะใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางในการดำเนินคดีในการให้การต่อรองเป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพมากในคดีเกี่ยวข้องกับการติดตามเรียกคืนทรัพย์สิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่วัตถุประสงค์หลักมิได้อยู่ที่การให้มีคำพิพากษาลงโทษสำหรับความผิดทั้งหมด แต่มุ่งที่จะติดตามเอาทรัพย์สินคืน ให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ โดยผู้กระทำความผิดอาจจะได้รับข้อเสนอที่ให้การนิรโทษกรรมเพื่อแลกเปลี่ยนกับการให้ความร่วมมือในการหาทรัพย์สินที่ถูกเบียดบังไป

3.เปรียบเทียบว่าวิธีการติดตามทรัพย์สินคืนวิธีใดจะดีกว่ากันระหว่างการใช้การฟ้องร้องทางแพ่งกับทางอาญา

กระบวนการติดตามเรียกคืนทรัพย์สินโดยใช้วิธีการฟ้องร้องทางอาญานั้น ต้องพิจารณาจากกระบวนการริบทรัพย์สินทางอาญา โดยการริบทรัพย์สิน (Forfeiture of Property) เป็นโทษทางอาญาอย่างหนึ่งที่มุ่งเน้นที่ตัวทรัพย์สินเป็นสำคัญ ต่างกับโทษสถานอื่น แม้ผู้กระทำความผิดจะไม่ได้รับโทษ แต่ศาลก็สั่งให้ริบทรัพย์สินได้²⁰

²⁰ ทรัพย์สินอาจถูกริบได้ตามกฎหมายอาญา ได้แก่ทรัพย์สินดังต่อไปนี้

1. ทรัพย์สินที่ศาลต้องริบเสมอ เป็นทรัพย์สินที่ทำ หรือมีไว้เป็นความผิด เนื่องจากโดยสภาพแล้วทรัพย์สินนั้น เป็นความผิดด้วยตัวเอง จึงมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนห้ามมิให้ผู้ใดทำ หรือมีไว้ในความครอบครองเพราะลักษณะของทรัพย์สินนั้น เป็นอันตรายต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยรวม

2. ทรัพย์สินที่อยู่ในดุลพินิจของศาลว่าจะริบหรือไม่ก็ได้ ทรัพย์สินซึ่งบุคคลได้ใช้ หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด หรือเป็นทรัพย์สินซึ่งบุคคลได้มาโดยกระทำความผิด

2.1. ทรัพย์สินซึ่งบุคคลได้ใช้ในการกระทำความผิด

2.2. ทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด

2.3. ทรัพย์สินที่ได้มาโดยการกระทำความผิด

3. ทรัพย์สินที่มีลักษณะเป็นสินบน หรือจูงใจในการกระทำความผิด

การรับทรัพย์สินทางอาญาจะรับได้ก็เฉพาะทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด หากทรัพย์สินนั้นเป็นของบุคคลที่สามที่ไม่ได้มีส่วนรู้เห็น เพราะโดยสภาพของทรัพย์สินมิได้เป็นความผิดในตัวเอง ประกอบกับการรับทรัพย์สินในทางอาญาเป็นการลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด เมื่อบุคคลที่สามซึ่งเป็นบุคคลภายนอกมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องหรือรู้เห็นการกระทำความผิด จึงรับทรัพย์สินดังกล่าวไม่ได้

ในการรับทรัพย์สินทางอาญานี้ไม่อาจดำเนินการรับทรัพย์สินย้อนหลังได้ และเนื่องจากการรับทรัพย์สินด้วยกระบวนการทางอาญานั้น เป็นส่วนหนึ่งของการฟ้องคดีอาญาต่อบุคคล เมื่อยื่นคำฟ้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเหนือจำเลย หากมีทรัพย์สินใดที่จะต้องรับ พนักงานอัยการจะต้องระบุไว้ในคำร้องให้ชัดเจน และต้องยึดถือคำพิพากษาว่าจำเลยกระทำความผิดเป็นหลัก เนื่องจากเป็นการดำเนินคดีต่อตัวบุคคล ในการวินิจฉัยการกระทำความผิดอาญา รัฐมีภาระหน้าที่การพิสูจน์ความผิดของจำเลย โดยใช้หลักการพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัย (Proof Beyond Reasonable Doubt) และในกรณีที่พบว่าทรัพย์สินนั้นเป็นของบุคคลภายนอก หรือผู้รับโอนโดยสุจริต เจ้าของที่แท้จริงหรือผู้รับโอนโดยสุจริตสามารถแสดงหลักฐานต่อศาล เพื่อร้องขอคืนทรัพย์สินนั้นได้ ทั้งนี้ให้ศาลพิจารณาโดยอาศัยน้ำหนักของพยานหลักฐานเป็นสำคัญ นอกจากนี้รัฐอาจออกหมายเพื่อยึดทรัพย์สินก่อนการดำเนินการรับทรัพย์สินได้หากมีเหตุผลสมควรเชื่อว่าทรัพย์สินนั้นเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด

ภาระการพิสูจน์ในคดีอาญา ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นมีหน้าที่นำสืบ ตามปกติในคดีอาญา พนักงานอัยการโจทก์จะเป็นฝ่ายกล่าวอ้างว่ามีการกระทำความผิดอาญาขึ้น และจำเลยเป็นผู้กระทำ แม้ว่าจำเลยจะให้การปฏิเสธ หรือไม่ให้การใดๆเลย โจทก์มีหน้าที่ต้องนำสืบทุกประเด็นตามที่กล่าวอ้าง และโดยหลักทางอาญาดำเนินสืบฐานไว้ก่อนว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าจะพิสูจน์โดยปราศจากข้อสงสัยว่าได้กระทำความผิดจริงตามที่โจทก์ฟ้อง นอกจากนี้ในกรณีของทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดเพื่อขอให้ศาลริบนั้น โจทก์ก็ต้องนำสืบให้ศาลเห็นว่าทรัพย์สินดังกล่าวเป็นทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อใช้ หรือได้ใช้ หรือได้มาจากการกระทำความผิดด้วย เว้นแต่ทรัพย์สินที่เป็นความผิดในตัวเอง ที่ศาลมีอำนาจสั่งให้ริบได้แม้จำเลยจะถูกศาลพิพากษายกฟ้องก็ตาม

3.1 ทรัพย์สินอันมีลักษณะเป็นสินบนที่ให้แก่เจ้าพนักงาน

3.2 ทรัพย์สินที่ให้เพื่อจูงใจ หรือเพื่อเป็นรางวัลในการกระทำความผิด

การริบทรัพย์สินทางอาญา จึงต้องมีกฎหมายที่ให้อยู่ในขณะนั้นบัญญัติไว้เป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ และนอกจากนี้ยังต้องฟ้องจำเลยในคดีความผิดดังกล่าว และพิสูจน์ความผิดของจำเลยต่อศาลเสียก่อน ศาลจึงจะมีอำนาจพิพากษาสั่งให้ริบทรัพย์สินนั้นได้

การริบทรัพย์สินด้วยกระบวนการทางแพ่ง(Civil Forfeiture)²¹ เป็นการกระทำที่มุ่งตรงต่อตัวทรัพย์สิน(In Rem) และเป็นคนละส่วนกับการดำเนินการทางอาญาต่อตัวบุคคล(In Personam) ประเด็นในการพิจารณาคดี ก็คือตัวทรัพย์สิน ซึ่งต้องมีการดำเนินการฟ้องโดยตรงต่อตัวทรัพย์สิน

การตายของจำเลยมิได้ทำให้กระบวนการริบทรัพย์สินทางแพ่งสิ้นสุดเหมือนเช่นคดีอาญา เพราะการริบทรัพย์สินตามมาตราการทางแพ่งนี้ แม้จำเลยจะตายระหว่างการดำเนินคดีริบทรัพย์สินทางอาญา ก็สามารถดำเนินคดีริบทรัพย์สินทางแพ่งของผู้ตายได้²² เพราะการริบทรัพย์สินทางแพ่งไม่คำนึงว่าเจ้าของทรัพย์สินจะถูกศาลตัดสินว่าได้กระทำความผิดจริงหรือไม่แต่ประการใด จึงไม่จำเป็นต้องมีคำพิพากษาทางอาญา(Criminal Conviction) ก็สามารถริบทรัพย์สินของจำเลยที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดได้เหมือนเช่นทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดอื่น²³ ทรัพย์สินที่ถูกริบอาจเป็นของผู้กระทำความผิด หรือบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องโดยไม่ต้องอ้างถึงความผิดทางอาญาเพื่อเป็นเงื่อนไขในการริบทรัพย์สิน และการริบทรัพย์สินทางแพ่งสามารถดำเนินคดีควบคู่ไปกับการดำเนินคดีอาญา โดยจำเลยไม่มีสิทธิอ้างว่าได้ถูกเจ้าหน้าที่ดำเนินการฟ้องริบทรัพย์สินทางอาญาแทนมาตรการริบทรัพย์สินทางแพ่งในเบื้องต้นแล้ว จึงไม่สามารถดำเนินการริบทรัพย์สินทางแพ่งของจำเลยอีกได้²⁴

กระบวนการริบทรัพย์สินเริ่มเมื่อมีเหตุอันควรสงสัย(Probable Cause) ว่าเป็นทรัพย์สินที่มีขอบด้วยกฎหมาย โดยรัฐจะต้องแสดงให้เห็นถึงเหตุอันควรสงสัยว่าทรัพย์สินดังกล่าวเชื่อมโยงกับการกระทำความผิด(Nexus between the Property and Offense) และเจ้าของทรัพย์สินมีภาระ

²¹ การดำเนินกระบวนการริบทรัพย์สินตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาตามมาตรา 981 การริบทรัพย์สินทางแพ่ง ใน Federal Crime and Criminal Procedure Part 1- Crime Chapter 46 - Forfeiture

²² United State v. Real Property at 40 Clark Road, 52 F. Supp. 2d 254 (D. Mass.1999) Stefan D.Cassella , civil and Criminal Forfeiture Procedure. Part 1 p.131

²³ United State v. Two Parcels of Real Property 101 North Liberty Street,80 F. Supp. 2d 1298,1303 n.18 (M.D. Ala. 2000) เพิ่งอ้าง

²⁴ United State v. Four Contiguous Parcels , 191 F. 3d 461 ,(1999 WL 701914 (6th Cir.1999)) เพิ่งอ้าง

ต้องแสดงตัว และพิสูจน์ว่าทรัพย์สินของตนไม่สมควรต้องถูกริบ ซึ่งเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ (Reverse Burden of Prove) ให้แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย และใช้วิธีพิจารณาการรับฟังพยานหลักฐานอาศัยหลักการซึ่งน้ำหนักพยาน (Preponderance of the evidence) ทั้งสองฝ่ายมีภาระหน้าที่ในการพิสูจน์ให้เห็นถึงพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือมากกว่า โดยศาลจะพิจารณาว่าพยานหลักฐานของฝ่ายใดมีความน่าเชื่อถือก่อนจะมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้ริบทรัพย์สิน

คดีริบทรัพย์สินทางแพ่งเป็นการฟ้องที่ตัวทรัพย์สินนั้นเป็นจำเลยในคดีโดยตรงเพราะถือว่าทรัพย์สินนั้น มีมลทินมาตั้งแต่มีการกระทำความผิด มีบทสันนิษฐานว่าทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด หรือรับโอนมาโดยไม่สุจริต และการริบทรัพย์สินนี้ มีผลทำให้ทรัพย์สินนั้นตกเป็นของรัฐบาลตั้งแต่กระทำความผิด การโอนทรัพย์สินกันต่อๆมาในภายหลังไม่เป็นเหตุอ้างให้หลุดพ้นการริบ และผู้รับโอนจะอ้างว่าตนรับโอนมาโดยสุจริตไม่ได้²⁵

การริบทรัพย์สินทางแพ่งสามารถนำมาใช้บังคับให้มีผลย้อนหลังได้ ไม่ถือเป็นการขัดรัฐธรรมนูญ²⁶ เช่น ทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด ให้รวมถึงเงินที่ได้จากการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดที่กระทำก่อนวันที่กฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินใช้บังคับในปี 1986 รวมทั้งการไม่นำหลัก Double Jeopardy หรือหลักการห้ามฟ้องซ้ำในคดีอาญาเดียวกันมาใช้ในคดีริบทรัพย์สินทางแพ่ง

4.2.2 กรณีประเทศไทยเป็นประเทศผู้ได้รับการร้องขอ

สำหรับประเทศไทย การติดตามทรัพย์สินคืนมีปัญหาที่ต้องพิจารณาทั้งทางด้านนโยบายและด้านกฎหมายดังนี้²⁷ คือ

1. ตามข้อ 51 การติดตามทรัพย์สินคืนและการคืนทรัพย์สินเป็นหลักการพื้นฐานของอนุสัญญาและรัฐภาคีต้องสามารถดำเนินการให้แก่รัฐภาคีอื่นในการให้ความร่วมมือและความช่วยเหลือในเรื่องนี้ ซึ่งถ้าไม่มีความร่วมมือกันในเรื่องการติดตามเอาทรัพย์สินคืนก็จะมีเขตปลอดภัย (safe haven) สำหรับทรัพย์สินที่อาชญากรได้มาจากการทุจริต ซึ่งจะทำให้ผู้กระทำ

²⁵ Sisons v. United State, 541 F. 2d 1361 (9th Cir. 1976) จาก วันชัย ศรีนวลนัต “การใช้มาตรการทางกฎหมายลงโทษริบทรัพย์สินในคดียาเสพติด”(วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532)

²⁶ The Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000 , Section 981 (a)(1)(c)

²⁷ รายงานวิจัยการศึกษาพันธกรณีและความพร้อมของประเทศไทยในการปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 น. 387

ความผิดมีความหวังที่จะหนีไปเสวยสุขจากทรัพย์สินนั้นในต่างประเทศได้ในวันข้างหน้า ซึ่งถ้าเป็นทรัพย์สินจำนวนมากศาล นักการเมือง และเจ้าหน้าที่ของรัฐ อาจเห็นว่าคุ้มค่ากับการเสี่ยง

กฎหมายหลักของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการติดตามเรียกคืนทรัพย์สินในกรณีประเทศไทยเป็นประเทศผู้ได้รับการร้องขอ คือ พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญา พ.ศ. 2535

พ.ร.บ.ความร่วมมือฯ ฉบับนี้ มีหลักการสำคัญในการให้ความช่วยเหลือและการร้องขอความช่วยเหลือจากต่างประเทศ ดังนี้

1. การที่ประเทศไทยจะให้ความช่วยเหลือทางอาญากับต่างประเทศ พ.ร.บ. ความร่วมมือฯ จะเป็นเครื่องมือที่ทำให้เจ้าหน้าที่ของไทยสามารถใช้อำนาจหน้าที่ของตนที่มีอยู่แล้วตามกฎหมายของประเทศไทยกับคดีของต่างประเทศที่มีการร้องขอความช่วยเหลือเข้ามาเท่านั้น พ.ร.บ. ความร่วมมือฯ จะทำหน้าที่เปรียบเสมือนเพียงกระจกเงาส่องย้อนกฎหมายภายในที่ใช้บังคับกันอยู่แล้วในประเทศไทย เช่น หากมีการร้องขอจากต่างประเทศให้ทำการค้น หรือยึดทรัพย์สินในประเทศไทย พ.ร.บ. ความร่วมมือฯ กำหนดเพียงให้เจ้าหน้าที่ของไทยสามารถดำเนินการให้ความช่วยเหลือกับต่างประเทศในกรณีดังกล่าวได้หรือไม่เท่านั้น หากจะมีการให้ความช่วยเหลือในค้นหรือยึดทรัพย์สินในประเทศไทยจะต้องดำเนินการตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยที่เกี่ยวข้อง ดังนั้นโดยหลักการแล้ว พ.ร.บ. ความร่วมมือฯ ฉบับนี้ไม่ได้สร้างหลักเกณฑ์ในการค้นหรือยึดทรัพย์สินขึ้นมาใหม่แต่อย่างใด

2. ในกรณีที่ประเทศไทยมีสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญาระหว่างกันกับประเทศผู้ร้องขอความช่วยเหลือ ประเทศไทยสามารถให้ความช่วยเหลือตามสนธิสัญญาดังกล่าวได้ตามหลักเกณฑ์รายละเอียดที่กำหนดไว้ใน พ.ร.บ. ความร่วมมือฯ ฉบับนี้ กล่าวคือในกรณีที่มีสนธิสัญญาความร่วมมือกับต่างประเทศ พ.ร.บ. ความร่วมมือทางอาญา พ.ศ. 2535 ถือว่าเป็นกฎหมายภายในประเทศซึ่งทำให้อนุสัญญาต่างๆ เหล่านั้นมีผลบังคับใช้ในประเทศ และสนธิสัญญาที่ว่าย่อมรวมถึงข้อผูกพันระหว่างประเทศในลักษณะอื่นๆ²⁸ เช่น อนุสัญญา

²⁸ มีข้อสังเกตว่าสนธิสัญญาความช่วยเหลือทางอาญาทุกฉบับที่ประเทศไทยทำกับต่างประเทศ เมื่อจะนำมาบังคับใช้ในประเทศไทยจะต้องใช้ผ่านหรือดำเนินการตามพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 กล่าวคือการให้หรือขอความช่วยเหลือตามสนธิสัญญาดังกล่าวจะต้องทำภายในกรอบของพระราชบัญญัติความร่วมมือ

สหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กรซึ่งมีข้อกำหนดในส่วนที่เป็นความร่วมมือทางอาญาระหว่างประเทศรวมอยู่ด้วย จากการตรวจสอบพบว่าในปัจจุบันประเทศไทยมีสนธิสัญญาความร่วมมือทางอาญากับต่างประเทศจำนวน 5 ประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา ประเทศสหราชอาณาจักร ประเทศฝรั่งเศส และประเทศนอร์เวย์²⁹

ระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 เท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากกรณีของการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ซึ่งปกติแล้วจะมีการอนุวัติการสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนแต่ละฉบับโดยการออกพระราชบัญญัติอนุวัติการสนธิสัญญาฯ เป็นรายฉบับ ดังนั้น สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนแต่ละฉบับจึงมีลักษณะเป็นกฎหมายและสามารถบังคับใช้ในประเทศไทยในลักษณะที่ใช้ควบคู่และทับเทียมกับพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 ได้ จากเอกสารสำนักงานอัยการฝ่ายต่างประเทศ <http://www.inter.go.th/botkawm/page41.htm>

²⁹ ในปัจจุบันประเทศไทยได้ทำสนธิสัญญาระดับทวิภาคี ได้แก่ สนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกาว่าด้วยความช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางอาญา , สนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับสหราชอาณาจักรแห่งบริเตนใหญ่และไอร์แลนด์เหนือว่าด้วยความช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางอาญา , สนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งแคนาดาว่าด้วยความช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางอาญา , สนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสว่าด้วยความช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางอาญา , และสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐนอร์เวย์ว่าด้วยความช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางอาญา

โดยเนื้อหาของสนธิสัญญาดังกล่าวทั้งหมดส่วนใหญ่ครอบคลุมการให้ความช่วยเหลือด้านต่างๆ และมีหลักการคล้ายคลึงกัน เนื่องจากประเทศไทยได้ลงนามในสนธิสัญญาว่าด้วยความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในเรื่องทางอาญา หรือ MLAT กับประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรก เมื่อวันที่ 19 มีนาคม 2529 และต่อมาเมื่อประเทศไทยทำอนุสัญญา MLAT กับประเทศภาคีอื่นประเทศไทยจึงได้อาศัยสนธิสัญญา MLAT ที่ได้ทำไว้กับประเทศสหรัฐอเมริกามาเป็นแบบอย่าง อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการเจรจาสนธิสัญญาจะต้องเป็นไปตามความประสงค์ของคู่สัญญาทั้งสองประเทศ เนื้อหาของสนธิสัญญา MLAT ที่ประเทศไทยทำกับประเทศต่างๆ จึงมีความแตกต่างกันบ้างในรายละเอียดปลีกย่อย

3. ประเทศไทยอาจให้ความช่วยเหลือแก่ประเทศผู้ร้องขอได้แม้ว่าไม่มีสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญาระหว่างกัน แต่ประเทศผู้ร้องขอต้องแสดงว่าจะให้ความช่วยเหลือในทำนองเดียวกันเมื่อประเทศไทยร้องขอ กล่าวคือประเทศไทยสามารถให้ความช่วยเหลือได้แม้ไม่มีสนธิสัญญาผูกพันกันโดยอาศัยหลักต่างตอบแทน

4. ประเทศไทยจะให้ความช่วยเหลือกับต่างประเทศได้ต่อเมื่อการกระทำซึ่งเป็นมูลกรณีของความช่วยเหลือนั้นเป็นความผิดที่มีโทษฐานใดฐานหนึ่งตามกฎหมายไทย กล่าวคือประเทศไทยใช้หลักความผิดสองรัฐ หรือ Double Criminality ในการให้ความช่วยเหลือซึ่งเป็นผลสืบเนื่องจากหลักต่างตอบแทนนั่นเอง อย่างไรก็ตาม หากสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีต่อต่างประเทศกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น พ.ร.บ. ความร่วมมือฉบับนี้กำหนดให้ถือตามสนธิสัญญาที่ตกลงกันได้

5.พ.ร.บ. ความร่วมมือทางอาญาระหว่างประเทศ พ.ศ.2535 ได้กำหนดให้มี “ผู้ประสานงานกลาง” (Central Authority) ได้แก่ อัยการสูงสุด หรือผู้ที่อัยการสูงสุดมอบหมาย เป็นผู้ มีอำนาจหน้าที่ประสานงานในการให้ความช่วยเหลือแก่ต่างประเทศ หรือขอความช่วยเหลือจากต่างประเทศตามพระราชบัญญัตินี้ โดยกำหนดให้ประเทศที่มีสนธิสัญญาความร่วมมือกับประเทศไทยส่งคำร้องขอโดยตรงไปยังผู้ประสานงานกลาง ส่วนประเทศที่ไม่มีสนธิสัญญากับประเทศไทยจะต้องส่งคำร้องขอผ่านวิถิทางการทูตไปยังผู้ประสานงานกลาง ผู้ประสานงานกลางจะเป็นผู้พิจารณาว่าคำร้องขอดังกล่าวอยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะให้ความช่วยเหลือตาม พ.ร.บ. ความร่วมมือหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ผู้ประสานงานกลางไม่สามารถดำเนินการให้ความช่วยเหลือตามคำร้องขอด้วยตัวเองแต่ต้องจัดส่งคำร้องขอความช่วยเหลือให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามที่กำหนดไว้ใน พ.ร.บ. ความร่วมมือ ส่วนในกรณีที่หน่วยงานรัฐของประเทศไทยประสงค์ที่จะขอความร่วมมือทางอาญาจากต่างประเทศ พ.ร.บ. ความร่วมมือ ก็กำหนดให้เสนอเรื่องต่อผู้ประสานงานกลางเป็นผู้พิจารณาเช่นกัน

ตาม พ.ร.บ. ความร่วมมือ ได้กำหนดขั้นตอนในการที่ต่างประเทศจะขอความร่วมมือในการจับหรือยึดทรัพย์สินไว้ในส่วนที่ 9 มาตรา 32 ถึงมาตรา 35 ซึ่งมีรายละเอียดสรุปได้ดังนี้

1. ประเทศผู้ร้องขอจะต้องแสดงให้เห็นว่ามีคำพิพากษาถึงที่สุด³⁰ ของศาลของประเทศผู้ร้องขอให้ทรัพย์สินดังกล่าวแล้ว และ

³⁰ ทั้งคำสั่งหรือคำพิพากษาลงโทษที่เกี่ยวข้องไม่สามารถอุทธรณ์ฎีกาได้ จากเอกสารสำนักงานอัยการฝ่ายต่างประเทศ <http://www.inter.ago.go.th/botkawm/page41.htm>

2. ทรัพย์สินนั้นอาจถูกริบได้ตามกฎหมายไทย

ในกรณีที่คำพิพากษาให้ริบทรัพย์สินดังกล่าวแต่คำพิพากษาดังกล่าวยังไม่ถึงที่สุด หรือในกรณีที่ศาลของประเทศผู้ร้องขอมีเพียงคำสั่งให้ยึดทรัพย์สินไว้ชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษา หากทรัพย์สินนั้นอาจถูกยึดได้ตามกฎหมายไทย พ.ร.บ. ความร่วมมือฯ มาตรา 35 กำหนดให้ศาลไทยมีดุลยพินิจที่จะให้ความช่วยเหลือตามคำร้องขอ

ดังนั้น องค์ประกอบสำคัญของการให้ความช่วยเหลือในการริบทรัพย์สินคือ 1. ต้องมีคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลประเทศผู้ร้องขอ และ 2. ทรัพย์สินดังกล่าวอาจจะถูกริบหรือยึดได้ในประเทศไทย หากไม่มีคำพิพากษาหรือคำสั่งศาล หรือคำสั่งดังกล่าวไม่ใช่คำสั่งของศาลแต่เป็นคำสั่งของหน่วยงานอื่นเช่นเจ้าหน้าที่ตำรวจ หรือเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายเฉพาะต่างๆ เช่นกฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน คำร้องขอริบทรัพย์สินดังกล่าวก็จะไม่เข้าองค์ประกอบซึ่งประเทศไทยสามารถให้ความช่วยเหลือได้ตามมาตรา 32-35 นี้

เนื่องจากมาตรา 33 แห่ง พ.ร.บ. ความร่วมมือฯ ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าศาลจะพิพากษาให้ริบทรัพย์สินตามคำร้องขอความช่วยเหลือจากต่างประเทศก็ได้เมื่อทรัพย์สินนั้นอาจถูกริบได้ตามกฎหมายไทย ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องมีการวิเคราะห์การริบทรัพย์สินตามกฎหมายไทย การริบทรัพย์สินของไทยซึ่งถือเป็นโทษตามประมวลกฎหมายอาญา จึงอาจกล่าวได้ว่าการริบทรัพย์สินในประเทศไทยใช้ระบบอิงกับการพิพากษาลงโทษ (conviction - based system) ดังนั้นหากเจ้าพนักงานรัฐยังไม่อาจพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดตามที่ถูกล่ามโซ่และยังไม่มีคำพิพากษาให้ลงโทษบุคคลนั้น รัฐก็ไม่อาจที่จะดำเนินการริบทรัพย์สินของบุคคลดังกล่าวได้ แม้จะปรากฏว่ามีหลักฐานชัดว่าทรัพย์สินนั้นเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดก็ตาม

การริบทรัพย์สินถูกกำหนดให้เป็นโทษทางอาญาตามกฎหมายไทยมาตั้งแต่สมัยโบราณซึ่งเดิมเรียกว่า “ริบราชบาต” โดยรัฐมีอำนาจริบทรัพย์สินทั้งหมดของผู้กระทำความผิดให้ตกเป็นของแผ่นดินไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะได้มาจากการกระทำความผิดหรือไม่ ต่อมาแนวความคิดนี้เริ่มเปลี่ยนไปเพราะการริบลักษณะดังกล่าวยังส่งผลร้ายแรงต่อบุคคลในครอบครัวของผู้กระทำความผิดซึ่งไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดด้วย กฎหมายต่อมาจึงเปลี่ยนแนวคิดมาเป็นการริบทรัพย์สินเฉพาะสิ่งที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่ถูกล่ามโซ่เท่านั้น ในปัจจุบันทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 33 นั้นจะต้องเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดโดยตรงเท่านั้นศาลจึงจะมีอำนาจริบได้ หลักกฎหมายดังกล่าวจึงทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมายขึ้นกล่าวคือหากผู้ที่ได้ทรัพย์สินนั้นมาได้ใช้หรือจำหน่าย จ่าย โอนทรัพย์สินนั้นไปก่อนที่จะถูกดำเนินคดี แม้ว่าจะได้สิ่งของหรือทรัพย์สินอื่นมาแทนก็ไม่อาจถูกบังคับริบได้ เพราะทรัพย์สินที่ได้มาและจำหน่าย

ไปนั้นมิได้เป็นของผู้กระทำผิดแล้ว ส่วนทรัพย์สินที่ได้มาแทนก็มีใช้ทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำ ความผิดนั้นโดยตรงจึงไม่สามารถรับได้

2. ถึงแม้ต่างชาติอาจไม่นิยมที่จะนำทรัพย์สินที่ได้จากการทุจริตมาฝากไว้ธนาคารไทย แต่ก็ทราบกันดีว่าอาชญากรต่างชาติมักนำทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำผิดเข้ามาฝากในประเทศไทย เพราะนอกจากจะควบคุมค่อนข้างหละหลวมแล้ว อาชญากรต่างชาติยังสามารถเข้ามาหลบซ่อนตัวอยู่ในประเทศไทยได้โดยง่าย ซึ่งทำให้อาชญากรต่างชาติเข้ามาแสวงหาความสุขจากทรัพย์สินที่พอกแล้วได้โดยง่าย จนเป็นที่ทราบกันดีว่าประเทศไทยเป็นแหล่งพอกเงิน และเป็นที่ซึ่งอาชญากรต่างชาตินิยมเข้ามาหลบซ่อนตัวและกบดานอยู่เป็นอันมาก ทางด้านประเทศไทยก็เป็นที่ทราบกันดีว่านักการเมือง และเจ้าพนักงานระดับสูงของรัฐมักจะนำเงินไปเก็บซุกซ่อนไว้ในต่างประเทศ เพราะบางประเทศเช่นสวิตเซอร์แลนด์ มีกฎหมายที่คุ้มครองความลับของลูกค้าของธนาคาร ซึ่งทำให้ยากต่อการสืบหาและติดตามทรัพย์สินคืนได้ การที่มีความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องการติดตามทรัพย์สินคืนจึงเป็นประโยชน์สำหรับประเทศไทย ในด้านการป้องกันและปราบปรามการทุจริตตามวัตถุประสงค์ และเจตนารมณ์ของอนุสัญญานี้ อีกทั้งยังเป็นการแก้ไขภาพพจน์ของประเทศไทยในสายตาของนานาชาติให้ดีขึ้นได้ว่าประเทศไทยมุ่งที่จะป้องกันและปราบปรามการทุจริตอย่างจริงจัง

4.3 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายในการติดตามเรียกคืนทรัพย์สินของประเทศไทย

ในส่วนนี้ จะต้องพิจารณาว่ากฎหมายไทยได้บัญญัติไว้เกี่ยวกับการเรียกคืนทรัพย์สินอย่างไรบ้าง สอดคล้องกับอนุสัญญาฯ หรือไม่ อย่างไร โดยจะขอแบ่งการพิจารณาเป็น 2 ส่วน กล่าวคือ การเรียกคืนทรัพย์สินโดยตรงและการเรียกคืนทรัพย์สินโดยอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศในการริบทรัพย์สิน

4.3.1 การติดตามเรียกคืนทรัพย์สินโดยตรง

อนุสัญญาฯ กำหนดไว้พอสรุปได้ว่า จะต้องมีความหมายให้ประเทศที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดที่อยูภายใต้อนุสัญญานี้ เช่น การทุจริตคอร์รัปชัน เป็นต้น สามารถฟ้องคดีแพ่งเพื่อแสดงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นหรือเพื่อเรียกค่าเสียหายจากการกระทำดังกล่าวได้ หรือมิฉะนั้นจะต้องมีกฎหมายอนุญาตให้ศาลที่จะมีคำสั่งเกี่ยวกับการริบทรัพย์สินสามารถมีคำสั่งรับรองว่าประเทศดังกล่าวเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นได้

ปัญหาและอุปสรรคที่อาจมีเกี่ยวกับการฟ้องคดีเพื่อวัตถุประสงค์นี้มี 2 ประการ คือ ความสามารถในการฟ้องคดีและความสามารถในการพิสูจน์ฐานที่ตั้งแห่งสิทธิ³¹

ความสามารถในการฟ้องคดี

ผู้ที่ฟ้องคดีแพ่งขอแสดงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหรือเรียกค่าเสียหายจากการกระทำหรือขอให้รับรองกรรมสิทธิ์ของตนในทรัพย์สินในคดีที่ขอให้รับทรัพย์สินนั้นต้องเป็น บุคคล อาจเป็น บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 55) ซึ่งตามกฎหมายไทยแล้วรัฐบาลหรือรัฐบาลต่างประเทศไม่เป็นนิติบุคคลจึงไม่สามารถฟ้องคดีได้ แต่หากหน่วยงานของรัฐต่างประเทศเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายของต่างประเทศ กฎหมายไทยก็น่าจะยอมรับว่าหน่วยงานนั้นเป็นนิติบุคคลและสามารถฟ้องคดีในศาลไทยได้

ความสามารถในการพิสูจน์ฐานที่ตั้งแห่งสิทธิ

ความสามารถในการพิสูจน์ฐานที่ตั้งแห่งสิทธิ ได้แก่ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด ความเสียหายที่รัฐต่างประเทศได้รับจากการกระทำความผิด

กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด โดยปกติการฟ้องเพื่อยืนยันกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ผู้ฟ้องจะต้องสามารถยืนยันได้ ว่าทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดเป็นทรัพย์สินชิ้นเดียวกับทรัพย์สินที่เป็นของรัฐต่างประเทศ ซึ่งโดยปกติแล้วในการโอน ยักย้ายหรือถ่ายเททรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดมายังประเทศอื่น ทรัพย์สินเดิมที่ได้จากการกระทำความผิดนั้นได้เปลี่ยนสภาพไปแล้ว ทรัพย์สินที่อยู่ในประเทศไทยจึงมิใช่ทรัพย์สินชิ้นเดียวกับที่ได้จากการกระทำความผิด ดังนั้นตามกฎหมายไทยแล้ว หน่วยงานของรัฐนั้นไม่อาจอ้างว่าเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เปลี่ยนสภาพนั้นได้ เพราะทรัพย์สินนั้นมิใช่ทรัพย์สินชิ้นเดียวกับทรัพย์สินเดิมที่ได้มาจากการกระทำความผิด กฎหมายไทยไม่มีหลักการเช่นเดียวกับกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีกฎหมายที่เรียกว่า tracing ซึ่งเปิดโอกาสให้เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเดิมสามารถ trace ทรัพย์สินเดิมเข้าไปในทรัพย์สินที่เปลี่ยนสภาพไปได้และอ้างความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินใหม่ได้ ดังนั้นการพิสูจน์ฐานแห่งสิทธิโดยอาศัย “กรรมสิทธิ์” จึงมีโอกาสใช้ได้น้อยในประเทศไทย

³¹ อาจารย์ทวีศักดิ์ เชื้ออมรวันิช เอกสารรายงานสรุปผลการประชุม โครงการประชุมเชิงปฏิบัติการเรื่อง “การดำเนินการกับทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดที่กำหนดตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต” วันที่ 28 มกราคม 2552 ณ โรงแรมสยาม ซิตี้ กรุงเทพมหานคร

ความเสียหายที่รัฐต่างประเทศได้รับจากการกระทำความผิด เนื่องจากปัญหาจากความสามารถในการพิสูจน์กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ในบริบทของประเทศไทยก็อาจจะแก้ปัญหาได้โดยการฟ้องผู้กระทำในฐานละเมิดเพื่อเรียกร้องค่าเสียหาย ซึ่งมีหลักเกณฑ์สำหรับกรณีปกติว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในมูลละเมิดอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดในต่างประเทศนั้น จะกระทำได้อต่อเมื่อจำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4 วรรค 1 หรือโจทก์มีสัญชาติไทยหรือมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักร ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4 ตรี

อย่างไรก็ตาม ในบริบทของการเรียกทรัพย์สินคืนจะเห็นได้ว่า โจทก์คงจะไม่มีสัญชาติไทยหรือมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักร แต่จำเลยอาจมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรได้ ซึ่งในกรณีนี้หน่วยงานของรัฐต่างประเทศก็อาจฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้

การพิสูจน์ว่าความเสียหายมีจำนวนเท่าไรในบางกรณีอาจจะกระทำได้ไม่ยาก เช่นการยกยอกเงินหรือทรัพย์สินของรัฐ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในบางกรณี เช่นการทุจริตคอร์รัปชันของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นเหตุให้อุปกรณ์หรือเครื่องมือที่จัดซื้อนั้นไม่ได้มาตรฐานหรือทำให้ถนนสาธารณะหรือทางด่วน ชำรุดเร็วกว่าที่ควร เป็นต้น การพิสูจน์ว่ารัฐได้รับความเสียหายเป็นจำนวนเท่าไรจึงเป็นสิ่งที่กระทำได้ยาก

กล่าวโดยสรุปในแง่ของกฎหมายไทยแล้ว กลไกการเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดโดยตรงดังกล่าวข้างต้น น่าจะมีปัญหาและอุปสรรคค่อนข้างมากในการดำเนินการ

โดยหลักแล้ว การฟ้องคดีแพ่งนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 บังคับว่า ผู้ที่จะฟ้องได้ต้องเป็นบุคคลซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ อย่างไรก็ตาม ประเทศไทย รัฐหรือรัฐบาล มิใช่ เป็น “บุคคล” ตามกฎหมาย ไม่อาจเป็นเจ้าของหรือผู้ทรงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้ จึงไม่อาจเป็นผู้เสียหายได้ เหตุนี้ การยื่นฟ้องคดีแพ่งเพื่อแสดงความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้จากการทุจริตคอร์รัปชันหรือเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากการกระทำความผิดหรือการเรียกร้องว่าเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินในคดีที่มีการดำเนินการเพื่อบริทรัพย์สินนั้นจึงไม่อาจกระทำได้ อย่างไรก็ตาม หากทุจริตคอร์รัปชัน เป็นการกระทำต่อหน่วยงานของรัฐให้ได้รับความเสียหาย เช่น การยกยอกงบประมาณของหน่วยงานนั้น เป็นต้น กรณีอาจถือได้ว่าหน่วยงานนั้นเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในเงินงบประมาณนั้นและเป็นบุคคลที่ได้รับความเสียหาย จึง

สามารถฟ้องคดีแพ่งเพื่อพิสูจน์กรรมสิทธิ์ในงบประมาณนั้นหรือเรียกค่าเสียหายจากการกระทำนั้นได้³²

แม้ข้อพิจารณาดังกล่าวข้างต้นจะเป็นการพิจารณาในแง่ของกฎหมายไทย แต่ก็น่าจะสามารถใช้ได้กับการทุจริตคอร์รัปชันในต่างประเทศเช่นเดียวกัน โดยรัฐหรือรัฐบาลต่างประเทศไม้อาจมาฟ้องคดีแพ่งเพื่อแสดงความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้จากการทุจริตคอร์รัปชันหรือเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากการกระทำดังกล่าวหรือไม่อาจมาเรียกร้องว่าเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินในคดีที่มีการดำเนินการเพื่อริบทรัพย์สินนั้น แต่หากการทุจริตคอร์รัปชันเป็นการกระทำต่อหน่วยงานของรัฐต่างประเทศที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายต่างประเทศแล้ว น่าจะถือได้ว่า หน่วยงานนั้นได้รับความเสียหายและสามารถฟ้องคดีแพ่งในศาลไทยเพื่อแสดงความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้จากการทุจริตคอร์รัปชันหรือเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากการกระทำดังกล่าวหรือไม่อาจมาเรียกร้องว่าเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินในคดีที่มีการดำเนินการเพื่อริบทรัพย์สินนั้นได้

ปัญหาที่จะตามมาประการหนึ่งในการฟ้องคดี คือ ปัญหาในการพิสูจน์กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่มีอยู่ในประเทศไทย โดยปกติ การอ้างกรรมสิทธิ์จะต้องพิสูจน์ว่าทรัพย์สินที่อยู่ในประเทศไทยเป็นทรัพย์สินชิ้นเดิม หากทรัพย์สินเปลี่ยนสภาพไปหรือได้มีการพอกแล้ว เช่น มีการนำเงินที่ยักยอกมาไปซื้อทรัพย์สิน เป็นต้น ผู้เป็นเจ้าของเงินไม่น่าจะอ้างกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นได้ กฎหมายไทยมิได้มีแนวคิดทางกฎหมายเรื่อง tracing ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งให้มีการติดตามทรัพย์สินไปได้ ดังตัวอย่างข้างต้น กฎหมายคอมมอนลอว์จะถือว่าเจ้าของเงินสามารถ trace สิทธิของตนในเงินนั้นไปสู่ทรัพย์สินที่มีการซื้อด้วยเงินนั้นได้และกล่าวอ้างความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินนั้น แต่กฎหมายไทยมิได้เป็นเช่นนั้น การเรียกทรัพย์สินคืนในคดีแพ่ง ถ้าพิจารณาในแง่ของกฎหมายไทย การกล่าวอ้างกรรมสิทธิ์เป็นมูลเหตุในการเรียกคืนทรัพย์สินในบริบทของอนุสัญญา คงจะเป็นไปได้ยาก การเรียกทรัพย์สินคืนโดยอาศัยมูลเหตุในเรื่องความเสียหายจากการกระทำความผิดน่าจะมีโอกาสประสบความสำเร็จมากกว่า อย่างไรก็ตาม การพิสูจน์ความเสียหายที่ได้จากการทุจริตคอร์รัปชันนั้นเป็นเรื่องที่ไม่ง่ายและอาจจะยากกว่าการพิสูจน์ว่าผู้กระทำ

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

ได้รับทรัพย์สินจากการทุจริตคอร์รัปชันไปเป็นมูลค่าเท่าใด ซึ่งอาจพิจารณาได้จากแหล่งรายได้ที่ ชอบด้วยกฎหมายของผู้นั้น ประกอบกับปริมาณทรัพย์สินและการใช้จ่ายของผู้นั้นในช่วงเวลาเกิด เหตุ และในบางกรณี อาจได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือมูลค่าที่ได้จาก การกระทำความผิดด้วย เป็นต้น ในกรณีเช่นนี้ การเรียกทรัพย์สินคืนโดยอาศัยความร่วมมือ ระหว่างประเทศในการริบทรัพย์สินดังที่จะได้กล่าวต่อไปก็อาจจะมีความเป็นไปได้ที่จะประสบ ความสำเร็จสูงกว่ามาตรการเรียกคืนทรัพย์สินโดยตรงก็ได้

4.3.2 การเรียกคืนทรัพย์สินโดยอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศในการริบทรัพย์สิน

กรณีนี้จำเป็นต้องพิจารณาพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทาง อาญา พ.ศ. 2535 กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการที่ประเทศไทยจะ ให้ ความช่วยเหลือในทางอาญากับต่างประเทศ ซึ่งมีหลายรูปแบบ เช่น ความช่วยเหลือในการสืบสวน สอบสวนพยานบุคคล การแสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐานหรือเอกสาร ความช่วยเหลือในการ ค้นหรือยึดเอกสาร การสืบพยานบุคคล การยึดอายัดและริบทรัพย์สิน เป็นต้น

กฎหมายฉบับนี้กำหนดให้อัยการสูงสุดเป็นผู้ประสานงานกลางซึ่งมีหน้าที่ประการหนึ่งในการ วินิจฉัยเกี่ยวกับการที่ประเทศไทยจะให้ความช่วยเหลือในทางอาญากับต่างประเทศโดยในการ ส่งคำร้องขอนั้น ถ้าประเทศผู้ร้องขอมีสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือทางอาญากับประเทศไทย ให้ส่งตรงมายังผู้ประสานงานกลาง ถ้าไม่มีสนธิสัญญาฯ ให้ส่งโดยวิธีการทูต

กฎหมายนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการที่ประเทศไทยจะให้ความช่วยเหลือทางอาญากับ ต่างประเทศไว้ ดังนี้

(1) หลักต่างตอบแทน

การให้ความร่วมมือกับต่างประเทศนั้น ไม่จำเป็นที่ประเทศไทยจะต้องมีสนธิสัญญาว่า ด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญากับประเทศนั้น การให้ความร่วมมือสามารถกระทำ ได้ แม้เพียงประเทศดังกล่าวแสดงว่าจะปฏิบัติต่างตอบแทนให้กับประเทศไทย กล่าวคือ ประเทศนั้น แสดงว่าจะให้ความช่วยเหลือในทำนองเดียวกันกับประเทศไทย เมื่อประเทศไทยร้องขอ

(2) หลักความผิดสองรัฐ

การกระทำตามที่ระบุในคำร้องขอจะต้องเป็นความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมายไทย เว้นแต่จะมีสนธิสัญญาความร่วมมือระหว่างกันระบุเป็นอย่างอื่น กล่าวคือ การให้ความช่วยเหลือ ไม่ต้องคำนึงว่าเป็นความผิดตามกฎหมายของประเทศผู้รับคำร้องขอหรือไม่

(3) การให้ความช่วยเหลือในการยึดหรืออายัดทรัพย์สิน จะต้องปรากฏว่า ศาลต่างประเทศมีคำสั่งยึดหรืออายัดทรัพย์สินแล้วหรือศาลต่างประเทศมีคำสั่งริบทรัพย์สินแต่คำสั่งนั้นยังไม่ถึงที่สุด และทรัพย์สินดังกล่าวนั้นสามารถยึดหรืออายัดได้ตามกฎหมายไทย

(4) การให้ความช่วยเหลือในการริบทรัพย์สินนั้น จะต้องปรากฏว่าศาลต่างประเทศมีคำสั่งให้ริบทรัพย์สินและคำสั่งนั้นถึงที่สุด และทรัพย์สินนั้นสามารถริบได้ตามกฎหมายไทย

ข้อสังเกต เมื่อประเทศไทยได้ให้ความช่วยเหลือในการริบทรัพย์สินแล้ว ทรัพย์สินที่ถูกริบนั้นจะตกเป็นของประเทศไทย โดยไม่มีการส่งคืนทรัพย์สินนั้นให้กับประเทศที่ได้รับความเสียหายจากการทุจริตคอร์รัปชัน

(5) ประเทศไทยอาจใช้ดุลพินิจปฏิเสธคำร้องขอความช่วยเหลือได้ หากคำร้องขอนั้นกระทบกระเทือนอธิปไตย ความมั่นคง หรือสาธารณประโยชน์ที่สำคัญอย่างอื่นของประเทศไทย หรือเกี่ยวเนื่องกับความผิดทางการเมือง

(6) ประเทศไทยต้องปฏิเสธความช่วยเหลือหากเกี่ยวเนื่องกับความผิดทางทหาร

การเรียกคืนทรัพย์สินโดยอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศในการริบทรัพย์สิน ประกอบด้วย 3 ขั้นตอน กล่าวคือ การป้องกันการยกย้ายทรัพย์สิน การให้ผลกับคำสั่งริบทรัพย์สินของศาลต่างประเทศ และการจัดการและส่งคืนทรัพย์สินที่ริบ

1) การป้องกันการยกย้ายทรัพย์สิน

พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 33 วรรค 2 กำหนดเงื่อนไขในการที่ประเทศไทยจะให้ความช่วยเหลือในการยึดหรืออายัดทรัพย์สินตามคำร้องขอของต่างประเทศได้เพิ่มเติม นอกเหนือจากหลักเกณฑ์ทั่วไปเรื่องความร่วมมือฯ ว่า ศาลต่างประเทศจะต้องมีคำสั่งให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินหรือศาลมีคำสั่งให้ริบทรัพย์สินแล้วแต่ยังไม่ถึงที่สุดและทรัพย์สินนั้นสามารถยึดหรืออายัดได้ตามกฎหมายไทย เงื่อนไขเพิ่มเติมทั้งสองประการนี้ทำให้กฎหมายไทยยังไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาฯ

ตามข้อบทเรื่องนี้ของอนุสัญญาฯ ประเทศผู้รับคำร้องขอจะต้องสามารถยึดหรืออายัดทรัพย์สินได้ แม้ในกรณีที่ศาลต่างประเทศยังไม่มีคำสั่งยึดหรืออายัดทรัพย์สิน หากคำร้องขอมีเหตุอันควรเชื่อว่าคดีมีเหตุเพียงพอที่จะดำเนินการยึดหรืออายัดทรัพย์สินและในที่สุดจะมีการริบทรัพย์สินต่อไป³³ อีกประการหนึ่ง การที่กฎหมายกำหนดเงื่อนไขเรื่อง “ทรัพย์สินที่ขอให้ยึดหรืออายัดนั้นจะต้องสามารถยึดหรืออายัดได้ตามกฎหมายไทย” นั้น ทำให้ประเทศไทยไม่สามารถให้

³³ Article 54 paragraph 2(b)

ความช่วยเหลือตามคำร้องขอได้ในกรณีที่ประเทศผู้ยื่นคำร้องขอใช้ระบบการริบทรัพย์สินแบบมูลค่าได้

ประเทศไทยมีกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการยึด อาศัย และริบทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องมาตรการการติดตามเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ.2003 กล่าวคือ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 33 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ส่วนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 นั้น³⁴ แม้จะเกี่ยวข้องและได้มีการนำมาใช้เพื่อขอให้ทรัพย์สินที่ได้จากการทุจริตคอร์รัปชันตกเป็นของแผ่นดิน แต่เนื่องจาก มูลเหตุแห่งการขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน คือ การร่ำรวยผิดปกติ ซึ่งมาตรา 4 ได้นิยามว่า “การมีทรัพย์สินมากผิดปกติหรือมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นมากผิดปกติหรือการมีหนี้สินลดลงมากผิดปกติหรือได้ทรัพย์สินมาโดยไม่สมควรเนื่องมาจากการปฏิบัติตามหน้าที่หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่” ซึ่งจะเห็นได้ว่า กรณีไม่จำเป็นต้องเกี่ยวกับความผิดอาญาเกี่ยวกับการทุจริตคอร์รัปชัน พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มิใช่กฎหมายที่อนุญาตให้มีการยึด อาศัยหรือริบทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด

การริบทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 33 นั้น ไม่สามารถนำมาใช้กับทรัพย์สินที่มีการเปลี่ยนสภาพไปแล้วหรือได้มีการนำไปฟอกแล้วได้ กรณีจึงแทบจะไม่มีประโยชน์ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเรียกทรัพย์สินคืน เนื่องจาก ทรัพย์สินเหล่านั้นได้ผ่านกระบวนการเปลี่ยนสภาพหรือฟอกเงินมาแล้วทั้งสิ้น

ส่วนพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 นั้น กำหนดให้มีการขอให้ทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดมูลฐานตกเป็นของแผ่นดิน มาตรการนี้ แม้จะมีได้เรียกว่า การริบทรัพย์สิน แต่เมื่อพิจารณาว่า มาตรการดังกล่าวก่อให้เกิดผล คือ ทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตกเป็นของแผ่นดินแล้ว จึงพิจารณาได้ว่าการขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดินก็คือการริบทรัพย์สินนั่นเอง และโดยที่คำว่า “กฎหมายไทย” มิได้มีข้อจำกัดเลยว่า จะต้องเป็นกฎหมายทางอาญาเท่านั้น การที่กระบวนการขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดินนี้

³⁴ ดร.ต่อศักดิ์ บุรณะเรืองโรจน์ ,มาตรการเรียกคืนทรัพย์สิน (Asset Recovery) ตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 กับกฎหมายไทย, เอกสารประกอบการสัมมนา

กระทำที่ศาลแพ่งและใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับ³⁵ จึงทำให้พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 อยู่ในความหมายของคำว่า “กฎหมายไทย” ตามพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 33 วรรค 2

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ได้กำหนดไว้ว่า ทรัพย์สินที่จะถูกยึด อาศัยหรือริบได้จะต้องเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด ซึ่งหมายถึง “ทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด หรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการนำทรัพย์สินดังกล่าวไปจำหน่าย จ่าย โอน หรือเปลี่ยนสภาพ โดยไม่ต้องคำนึงว่าจะมีการเปลี่ยนสภาพไปกี่ครั้ง หรือ เงินหรือทรัพย์สินนั้นจะอยู่ในความครอบครองของบุคคลอื่น โอนไปเป็นของบุคคลอื่นหรือปรากฏหลักฐานทางทะเบียนว่าเป็นของบุคคลอื่น” ดังนั้น ทรัพย์สินที่จะถูกยึด อาศัยหรือริบได้ตามกฎหมายนี้จึงต้องเป็นทรัพย์สินที่ได้มาโดยการกระทำความผิด (criminal property) หรือ ทรัพย์สินสกปรก (tainted property) เท่านั้น ทรัพย์สินที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมาย (legitimate or lawful property) แม้ผู้กระทำความผิดจะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ ไม่สามารถริบได้ตามกฎหมายนี้³⁶

โดยที่การยึดหรืออาศัยทรัพย์สินเป็นมาตรการชั่วคราวเพื่อรักษาทรัพย์สินไว้เพื่อประโยชน์ในการที่จะริบทรัพย์สินนั้นต่อไป ทรัพย์สินที่ริบได้ตามกฎหมายไทยย่อมสามารถถูกยึดหรืออาศัยได้ตามกฎหมายไทยด้วย ดังนั้น ทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดเท่านั้นที่สามารถจะถูกยึด อาศัยหรือ ริบได้ตามกฎหมายไทย เมื่อพิจารณาจากระบบการริบทรัพย์สินทั้งสองระบบดังกล่าวข้างต้นแล้ว คงสรุปได้ว่า ประเทศไทยใช้ระบบริบทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด ดังนั้น เมื่อมีคำร้องขอของต่างประเทศให้ยึดหรืออาศัยทรัพย์สิน หากประเทศนั้นจะใช้ระบบการริบทรัพย์สินแบบมูลค่า คำร้องขอจะระบุทรัพย์สินที่เป็นของผู้กระทำความผิดที่อยู่ในประเทศไทยเท่านั้น โดยไม่มีข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานว่าทรัพย์สินดังกล่าวได้มาจากการกระทำความผิด ดังนั้น ทรัพย์สินที่ขอให้ยึดหรืออายัดนั้นไม่สามารถถูกยึดหรืออายัดได้ตามกฎหมายไทย ซึ่งหมายความว่า กรณีไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ตามมาตรา 33 วรรค 2 แห่งพระราชบัญญัติความ

³⁵ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 59

³⁶ ดร.ต่อศักดิ์ บุรณะเรืองโรจน์, *อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 34*

ร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา ประเทศไทยจึงไม่สามารถให้ความช่วยเหลือในการยึดหรืออายัดทรัพย์สินได้³⁷

จะเห็นได้ว่าเงื่อนไขเรื่องทรัพย์สินจะต้องสามารถยึดหรืออายัดได้ตามกฎหมายไทยนั้น เป็นเงื่อนไขที่ทำให้ประเทศไทยไม่สามารถให้ความช่วยเหลือในการยึดหรืออายัดทรัพย์สินตามคำร้องขอของประเทศที่ใช้ระบบทรัพย์สินแบบมูลค่าได้ โดยเฉพาะในกรณีที่ไม่มีข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานแสดงว่าทรัพย์สินที่ขอให้ยึดหรืออายัดนั้นได้มาจากการกระทำความผิด ซึ่งไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาที่กำหนดให้การให้ความช่วยเหลือในการยึดหรืออายัดนั้นต้องสามารถกระทำกับทรัพย์สินที่มีมูลค่าเท่ากับทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิด กล่าวอีกนัยหนึ่ง การให้ความช่วยเหลือในการยึดหรืออายัดทรัพย์สินจะต้องกระทำได้ แม้จะเป็นการขอให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินเพื่อประโยชน์แห่งการริบทรัพย์สินในระบบมูลค่าได้

2) การริบทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดในต่างประเทศ

วิธีการในการริบทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดในต่างประเทศอาจกระทำได้ 3 วิธี³⁸ กล่าวคือ การให้ผลกับคำสั่งริบทรัพย์สินของต่างประเทศโดยอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา การมีกฎหมายอนุญาตให้มีการริบทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ โดยการดำเนินคดีอาญาความผิดฐานฟอกเงินหรือความผิดอื่นซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของประเทศตนหรือโดยกระบวนการอื่น และการมีกฎหมายอนุญาตให้ริบทรัพย์สินโดยไม่ต้องมีคำพิพากษาว่ากระทำความผิด

³⁷ ในทางปฏิบัติ มีคำร้องขอความช่วยเหลือลักษณะนี้จากหลายประเทศที่ใช้ระบบทรัพย์สินแบบมูลค่า เช่น สหราชอาณาจักร ออสเตรเลีย เนเธอร์แลนด์ เบลเยียม เป็นต้น คำขอเหล่านี้เพียงแต่ระบุทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดที่อยู่ในประเทศไทย แต่ไม่ได้แสดงให้เห็นว่าทรัพย์สินเหล่านั้นได้มาจากการกระทำความผิดอย่างไร ทำให้ประเทศไทยไม่อาจให้ความช่วยเหลือได้ อันที่จริง แม้ในกรณีที่ประเทศผู้ยื่นคำร้องขอใช้ระบบทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเช่นเดียวกับประเทศไทย เช่น สหรัฐอเมริกา เป็นต้น ก็อาจมีปัญหาในเรื่องข้อเท็จจริงตามคำร้องขอที่ไม่ได้แสดงให้เห็นว่าทรัพย์สินในประเทศไทยได้มาจากการกระทำความผิดอันเป็นเหตุให้ประเทศไทยไม่อาจให้ความช่วยเหลือในการยึดหรืออายัดทรัพย์สินได้เช่นกัน

³⁸ Article 54 Mechanisms for recovery of property through international cooperation in confiscation

ก) การให้ผลกับคำสั่งริบทรัพย์สินของต่างประเทศโดยอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา

การให้ผลนี้อาจกระทำโดยวิธีการบังคับโดยตรงหรือบังคับโดยอ้อมก็ได้ พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 33 บัญญัติว่า “ศาลจะพิพากษาให้ริบทรัพย์สินตามคำร้องขอความช่วยเหลือจากต่างประเทศก็ได้ เมื่อมีคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลต่างประเทศให้ริบทรัพย์สินนั้นและทรัพย์สินนั้นอาจถูกริบได้ตามกฎหมายไทย

เมื่อพิจารณาจากข้อความที่ว่า “ศาลจะพิพากษา” น่าจะเข้าใจได้ว่า คำพิพากษาที่จะริบทรัพย์สินนั้นเป็นคำพิพากษาของศาลไทย มิใช่ คำพิพากษาให้ริบทรัพย์สินของศาลต่างประเทศ ดังนั้น วิธีการให้ผลกับคำสั่งริบทรัพย์สินตามกฎหมายนี้จึงน่าจะเป็นการบังคับโดยอ้อม มิใช่ การบังคับโดยตรง ซึ่งเป็นการยอมรับให้คำพิพากษาให้ริบทรัพย์สินของศาลต่างประเทศมีผลในประเทศ

การบังคับโดยอ้อมนั้นเป็นกรณีที่ประเทศผู้รับคำร้องขอมีคำพิพากษาให้ริบทรัพย์สินเอง การพิจารณาหลักความชอบด้วยกฎหมายจึงต้องพิจารณาโดยยึดกับกฎหมายของประเทศผู้รับคำร้องขอเป็นหลัก เหตุนี้ หากกฎหมายของประเทศผู้รับคำร้องขอมิได้บัญญัติให้มีการริบทรัพย์สินสำหรับความผิดที่ระบุในคำร้องขออย่างนั้นหรือทรัพย์สินที่ขอให้ริบตามคำร้องขอของประเทศผู้ยื่นคำร้องขอไม่สามารถริบได้ตามกฎหมายของประเทศผู้รับคำร้องขอแล้ว ประเทศผู้รับคำร้องขอจะให้ผลกับคำสั่งริบทรัพย์สินของศาลต่างประเทศโดยวิธีการบังคับโดยอ้อมย่อมเป็นการฝ่าฝืนต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายและไม่ชอบที่จะกระทำได้

ในขณะที่ถ้าเป็นการให้ผลกับคำสั่งริบทรัพย์สินของศาลต่างประเทศโดยวิธีการบังคับโดยตรง การพิจารณาหลักความชอบด้วยกฎหมายจะต้องอ้างอิงกับกฎหมายของประเทศผู้ยื่นคำร้องขอ หากตามกฎหมายนั้น ทรัพย์สินนั้นสามารถริบได้โดยชอบแล้ว ประเทศผู้รับคำร้องขอก็สามารถที่จะบังคับตามคำสั่งให้ริบทรัพย์สินของศาลต่างประเทศได้โดยไม่ต้องคำนึงว่ากฎหมายของประเทศตนอนุญาตให้มีการริบทรัพย์สินนั้นหรือไม่ แม้ทรัพย์สินนั้นจะไม่สามารถถูกริบได้ตามกฎหมายของประเทศตน ประเทศผู้รับคำร้องขอก็สามารถริบทรัพย์สินนั้นโดยบังคับตามคำสั่งริบทรัพย์สินของศาลต่างประเทศได้ กรณีไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด

สำหรับประเทศไทยนั้น เนื่องจากการให้ผลกับคำสั่งริบทรัพย์สินของศาลต่างประเทศใช้วิธีการบังคับโดยอ้อม ทรัพย์สินที่จะริบได้จึงต้องเป็นทรัพย์สินที่สามารถริบได้ตามกฎหมายไทย พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 33 ได้กำหนดเงื่อนไขข้อนี้ไว้ชัดเจน เงื่อนไขดังกล่าวทำให้ประเทศไทยไม่สามารถให้ความช่วยเหลือกับต่างประเทศในการริบทรัพย์สินแบบมูลค่าได้ ซึ่งไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาฯ

ข) การริบทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ โดยการดำเนินคดีอาญาความผิดฐานฟอกเงินหรือกระบวนกรอื่น

การดำเนินการกรณีนี้จะกระทำได้อต่อเมื่อประเทศที่เป็นแหล่งที่ตั้งของทรัพย์สินนั้นมีเขตอำนาจเหนือความผิดในต่างประเทศที่ก่อให้เกิดทรัพย์สินดังกล่าว ทั้งนี้ เพราะความผิดฐานฟอกเงินจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีความผิดมูลฐานเกิดขึ้นก่อนและความผิดนั้นก่อให้เกิดทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิดฐานฟอกเงิน

ความผิดมูลฐานในที่นี้ หากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนว่าให้รวมถึง “ความผิดที่เกิดขึ้นในต่างประเทศและไม่อยู่ในอำนาจศาลของประเทศนั้น” ดร.ต่อศักดิ์ บุรณะเรืองโรจน์ เห็นว่า ความผิดดังกล่าวจะต้องเป็นความผิดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลของประเทศนั้นด้วย มิฉะนั้นแล้ว ย่อมถือไม่ได้ว่า ทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำนั้นเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดอันเป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิดฐานฟอกเงิน โดยให้เหตุผลในเรื่องเขตอำนาจศาลนี้เนื่องมาจากหลักตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าประเทศหนึ่งไม่มีความผูกพันที่จะต้องยอมรับการกระทำของประเทศอีกประเทศหนึ่งในดินแดนของตน กฎหมายเป็นการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติจึงไม่สามารถที่จะมีผลนอกเหนือจากดินแดนของประเทศที่ออกกฎหมายได้

กรณีเช่นนั้นก็ควรจะมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดแจ้ง หากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ หลักควรจะเป็นว่า การกระทำของประเทศอื่นจะไม่ได้รับการยอมรับในดินแดนของอีกประเทศหนึ่ง ดังนั้น การกระทำจะเป็นความผิดมูลฐานก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นอยู่ภายใต้อำนาจของศาลไทยและตามกฎหมายไทย การกระทำนั้นจะเป็นความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดที่ระบุไว้เป็นความผิดมูลฐาน³⁹ หากเข้าข่ายทั้งสองเงื่อนไข การกระทำจะเป็นความผิดมูลฐานโดยไม่ต้องคำนึงว่า การกระทำจะเกิดขึ้น ณ ที่ใด นอกหรือในประเทศไทย และไม่ต้องคำนึงว่าประเทศที่มีการกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้นจะพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดตามกฎหมายของตนหรือไม่

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 นั้น ได้กำหนดความผิดมูลฐานไว้ 9 ประเภท และเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ.2550 และพระราชบัญญัติป้องกัน

³⁹ ในประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา กฎหมายได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่า ความผิดมูลฐานรวมถึงความผิดที่เกิดขึ้นในต่างประเทศด้วย ดู กฎหมาย Proceeds of Crime ปี ค.ศ. 2002 ของประเทศ สหราชอาณาจักร มาตรา 340(2)(b) และ กฎหมายสหรัฐอเมริกา 18 U.S.C. § 1956(c)(7)(B)

และปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 รวมทั้งหมด 11 ประเภท⁴⁰ โดยความผิดเหล่านั้นอ้างอิง

⁴⁰ มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“ความผิดมูลฐาน” หมายความว่า

(1) ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด หรือกฎหมายว่าด้วยมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด

(2) ความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา เฉพาะที่เกี่ยวกับการเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารหญิงและเด็ก เพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นและความผิดฐานพราก เด็กและผู้เยาว์ ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิง และเด็ก หรือความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี เฉพาะที่ เกี่ยวกับการเป็นธุระจัดหา ล่อไปหรือชักพาไปเพื่อให้บุคคลนั้นกระทำการค้าประเวณี หรือความผิด เกี่ยวกับการเป็นเจ้าของกิจการการค้าประเวณี ผู้ดูแลหรือผู้จัดการกิจการค้าประเวณี หรือสถาน การค้าประเวณี หรือเป็นผู้ควบคุมผู้กระทำการค้าประเวณีในสถานการค้าประเวณี

(3) ความผิดเกี่ยวกับการข่มขืนประชาชนตามประมวลกฎหมายอาญาหรือความผิดตาม กฎหมายว่าด้วยการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน

(4) ความผิดเกี่ยวกับการยกยอกหรือฉ้อโกงหรือประทุษร้ายต่อทรัพย์สินหรือกระทำโดยทุจริต ตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์ กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจ หลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ หรือกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ซึ่ง กระทำโดย กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใด ซึ่งรับผิดชอบหรือมีประโยชน์เกี่ยวข้องในการ ดำเนินงานของสถาบันการเงิน นั้น

(5) ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยความผิดของพนักงานในองค์การหรือ หน่วยงานของรัฐ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่น

(6) ความผิดเกี่ยวกับการกรรโชก หรือรีดเอาทรัพย์สินที่กระทำโดยอ้างอำนาจอั้งยี่ หรือช่อง ใจ ตามประมวลกฎหมายอาญา

(7) ความผิดเกี่ยวกับการลักลอบหนีศุลกากรตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากร

(8) ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา

(9) ความผิดเกี่ยวกับการพนันตามกฎหมายว่าด้วยการพนัน เฉพาะความผิดเกี่ยวกับการ เป็นผู้จัดให้มีการเล่นการพนันโดยไม่ได้รับอนุญาต และมีจำนวนผู้เข้าเล่นหรือเข้าพนันในการเล่น

กับกฎหมายไทยทั้งสิ้น เช่น ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดตามกฎหมายป้องกันและปราบปรามยาเสพติด หรือกฎหมายว่าด้วยมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยความผิดของพนักงานในองค์การหรือหน่วยงานของรัฐ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่น เป็นต้น การอ้างอิงกับกฎหมายไทยดังกล่าวย่อมหมายความว่า การกระทำดังกล่าวต้องผิดกฎหมายไทย ดังนั้น ความผิดมูลฐานตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 จึงต้องเป็นความผิดที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลไทยด้วย⁴¹

แต่ละครั้งเกินกว่าหนึ่งร้อยคน หรือมีวงเงินในการกระทำความผิดรวมกันมีมูลค่าเกินกว่าสิบล้านบาทขึ้นไป

นอกจากนี้ ยังมีการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ.2550 มาตรา 53 ให้การกระทำความผิดตาม (1) และ(2) ให้ถือว่าเป็นความผิดมูลฐานตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน

และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 14 ให้ความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ เป็นความผิดมูลฐานตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542

⁴¹ คำว่า ความผิดที่อยู่ในอำนาจของศาลไทย นั้น มิได้หมายความว่า ความผิดนั้นจะต้องกระทำในอาณาเขตหรือดินแดนของประเทศไทยเท่านั้น ศาลไทยมีเขตอำนาจเหนือการกระทำความผิดที่มีได้เกิดขึ้นในประเทศไทยได้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรค 2, มาตรา 5, มาตรา 6, มาตรา 7, มาตรา 8, มาตรา 9 หรือ ตามกฎหมายพิเศษอื่นๆ เช่น พระราชบัญญัติมาตรการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 มาตรา 5 ที่ให้ศาลไทยมีอำนาจเหนือการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดนอกราชอาณาจักรได้ในกรณีที่ผู้ร่วมกระทำความผิดคนหนึ่งเป็นคนไทยหรือมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยหรือผู้กระทำความผิดเป็นคนต่างด้าวและได้กระทำโดยประสงค์ให้ผลเกิดในราชอาณาจักรหรือรัฐบาลไทยเป็นผู้เสียหายหรือผู้กระทำความผิดเป็นคนต่างด้าวและการกระทำนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายของรัฐที่การกระทำเกิดขึ้น หากผู้นั้นได้ปรากฏตัวในราชอาณาจักรและมิได้ถูกส่งเป็นผู้ร้ายข้ามแดน เป็นต้น ดังนั้น แม้ความผิดมูลฐานจะได้กระทำนอกราชอาณาจักรแต่หากต้องด้วยกรณีที่ศาลไทยมีเขตอำนาจเหนือ

ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินก็มีมาตรการในเรื่องเขตอำนาจศาลในมาตรา 6 ซึ่งกำหนดให้การกระทำความผิดฐานฟอกเงิน แม้ว่าจะกระทำนอกราชอาณาจักร ผู้นั้นก็ต้องรับโทษในราชอาณาจักรถ้าปรากฏว่า

- ก. ผู้กระทำความผิดหรือผู้ร่วมกระทำความผิดคนใดคนหนึ่งเป็นคนไทยหรือมีถิ่นที่อยู่ในเมืองไทย
- ข. ผู้กระทำความผิดเป็นคนต่างด้าว และได้กระทำโดยประสงค์ให้ความผิดเกิดขึ้นในราชอาณาจักร หรือรัฐบาลไทยเป็นผู้เสียหาย
- ค. ผู้กระทำความผิดเป็นคนต่างด้าว และการกระทำนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายของรัฐที่การกระทำเกิดขึ้นในเขตอำนาจของรัฐนั้น หากผู้นั้นได้ปรากฏตัวอยู่ในราชอาณาจักรและมีได้มีการส่งตัวผู้นั้นออกไปตามกฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

และยังได้มีการกำหนดความหมายในส่วนของความผิดมูลฐานเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการในเรื่องเขตอำนาจศาลในส่วนของกระทำความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรา 6 ด้วย โดยพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องของความผิดมูลฐาน โดยกำหนดให้มีการแก้ไขบทนิยามของคำว่า "ทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด" ดังนี้

มาตรา 4 ให้ยกเลิกความใน(1) ของบทนิยามคำว่า "ทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด" ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

(1) เงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำซึ่งเป็นความผิดมูลฐานหรือความผิดฐานฟอกเงินหรือจากการสนับสนุนหรือช่วยเหลือการกระทำซึ่งเป็นความผิดมูลฐาน หรือความผิดฐานฟอกเงิน และให้รวมถึงเงิน หรือทรัพย์สินที่ได้ใช้หรือมีไว้เพื่อหรือสนับสนุนการกระทำความผิดมูลฐานตาม (8) ของบทนิยามคำว่า "ความผิดมูลฐาน" ด้วย

ดังนั้นความผิดฟอกเงินที่กระทำนอกประเทศ หากจะให้เข้าความผิดมูลฐาน จะต้องเป็นกรณีที่ความผิดนั้น เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายในทั้งของรัฐที่มีการกระทำความผิดและรัฐที่ได้รับการร้องขอให้บังคับการต่อการกระทำความผิดนั้นด้วย อย่างไรก็ตามการกำหนดมูลฐาน

การกระทำนั้นแล้ว จะถือว่า การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดมูลฐานตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ได้

ความผิดเช่นนี้ เป็นการทำให้การริบทรัพย์สินที่ใช้หลัก dual criminality สามารถกระทำได้นี้ เนื่องจากเป็นการรวมเอามาตรการขั้นต่ำของขอบเขตความผิดอาญาทั้งหมดที่ระบุไว้ในอนุสัญญา นี้และเป็นการผิดในทั้งสองรัฐมาเป็นความผิดมูลฐาน เมื่อความผิดมูลฐานมีกรอบที่ขยายออกไป เท่ากันตามอนุสัญญานี้แล้ว และเป็นความผิดที่เข้าตามหลักเกณฑ์ความผิดทางอาญาทั้งสองรัฐก็สามารถให้ความช่วยเหลือในการริบทรัพย์สินระหว่างกันได้ ในเรื่องความผิดมูลฐานนี้มีปัญหาการนิยามความผิดมูลฐาน predicate offence อยู่บ้าง ซึ่งบางรัฐจะมีการนิยามที่ไม่เหมือนกัน ซึ่งจะส่งผลต่อการกำหนดโทษต่อไป เนื่องจากหลายรัฐมีกฎหมายฟอกเงินกำหนดไว้แล้ว และได้นิยามความผิดมูลฐานไว้อย่างหลากหลาย บางรัฐกำหนดความผิดมูลฐานไว้อย่างละเอียด ในขณะที่บางรัฐก็นิยามไว้กว้างๆ โดยรัฐส่วนใหญ่มักกำหนดให้ความผิดมูลฐานรวมถึงอาชญากรรม และอาชญากรรมร้ายแรง⁴²

ขณะนี้ประเทศไทยกำลังอยู่ในระหว่างการแก้ไขกฎหมายภายในของไทยเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามพันธกรณีของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 และได้มีการจัดทำร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร พ.ศ... โดยกำหนดให้การกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นความผิดมูลฐานตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ด้วย ซึ่งจะเป็นการขยายประเภทความผิดมูลฐานให้กว้างขึ้น โดยครอบคลุมถึงอาชญากรรมร้ายแรง ซึ่งเป็นการกระทำที่มีบทลงโทษขั้นสูงสุดอันเป็นการตัดสิทธิเสรีภาพ คือการจำคุกอย่างน้อย 4 ปี หรือมากกว่านั้น

เมื่อความผิดมูลฐานตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 นั้นไม่รวมถึงความผิดที่เกิดขึ้นในต่างประเทศที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลไทยแล้ว การดำเนินการเพื่อริบทรัพย์สินโดยการฟ้องคดีอาญาฐานฟอกเงินหรือโดยกระบวนการอื่น เช่น การขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดินตามกฎหมายดังกล่าวนี้ เป็นต้น ย่อมไม่สามารถที่จะกระทำตามกฎหมายไทยในส่วนนี้จึงยังไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาฯ แต่อย่างใด

⁴² อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 ได้กำหนดให้ ความผิดมูลฐานรวมถึงอาชญากรรมร้ายแรง ซึ่งเป็นการกระทำที่มีบทลงโทษขั้นสูงสุดอันเป็นการตัดสิทธิเสรีภาพ คือการจำคุกอย่างน้อย 4 ปี หรือมากกว่านั้น

ค) การมีกฎหมายอนุญาตให้รับทรัพย์สินโดยไม่ต้องมีคำพิพากษาว่ากระทำความผิด

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายที่ให้มีการรับทรัพย์สินโดยไม่ต้องมีคำพิพากษาว่ากระทำความผิด เรียกว่า “การขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน” มาตรการดังกล่าวใช้กับ ทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด ซึ่งมาตรา 3 ได้นิยามว่า

1. เงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำซึ่งเป็นความผิดมูลฐานหรือความผิดฐานฟอกเงินจากการสนับสนุนหรือช่วยเหลือการกระทำซึ่งเป็นความผิดมูลฐานหรือความผิดฐานฟอกเงิน และให้รวมถึงทรัพย์สินที่ได้ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้หรือสนับสนุนการกระทำความผิดมูลฐานตาม (8) กล่าวคือ การก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา

2. เงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการจำหน่าย จ่าย โอนด้วยประการใดๆ ซึ่งเงินหรือทรัพย์สินตาม 1

3. ดอกผลของเงินหรือทรัพย์สินตาม 1 หรือ 2

ทั้งนี้ ไม่ว่า ทรัพย์สินตาม 1, 2, หรือ 3 จะมีการจำหน่าย จ่าย โอน หรือเปลี่ยนสภาพไปกี่ครั้งและไม่ว่าจะอยู่ในความครอบครองของบุคคลใด โอนไปเป็นของบุคคลใด หรือปรากฏหลักฐานทางทะเบียนว่าเป็นของบุคคลใด

มาตรการขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดินจึงใช้ได้กับทรัพย์สินดังกล่าวเท่านั้น ไม่รวมถึงความผิดอย่างอื่นๆ ที่มีไว้ ความผิดมูลฐานด้วย ความผิดมูลฐานในที่นี้ต้องเกิดขึ้นในเขตอำนาจของศาลไทย ไม่รวมความผิดที่เกิดขึ้นในต่างประเทศและไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลไทยด้วย ดังนั้น กฎหมายในส่วนนี้ก็ยังไม่สอดคล้องกับอนุสัญญา เช่นกัน แต่ข้อนี้มีใช้บังคับให้ประเทศภาคีต้องปฏิบัติตาม หากแต่เป็นเพียงแต่ข้อเสนอให้พิจารณาเท่านั้น หากประเทศภาคีเห็นว่าเหมาะสม ก็สามารถรับเอาได้

3) การจัดการและส่งคืนทรัพย์สินที่ริบ

พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 35 บัญญัติให้ทรัพย์สินที่ศาลพิพากษาให้ริบนั่นตกเป็นของแผ่นดิน ดังนั้น จึงไม่อาจมีกรณีที่ประเทศไทยจะส่งคืนทรัพย์สินที่ริบให้กับประเทศผู้ยื่นคำร้องขอได้ ซึ่งเห็นได้ว่าไม่สอดคล้องกับอนุสัญญา

ดังนั้น ในขณะที่ทรัพย์สินที่ศาลมีคำสั่งให้ริบแล้วตามคำร้องขอของรัฐต่างประเทศจะไม่สามารถส่งคืนเจ้าของเดิมตามอนุสัญญาข้อนี้ได้ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายไทยไม่อาจปฏิบัติการให้เป็นไปอย่างอื่นได้ การอนุวัติการให้เป็นไปตามนี้จะต้องมีการแก้ไขกฎหมาย

พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ.2535 และประมวลกฎหมายอาญา

ข้อสรุปปัญหาและอุปสรรคในการให้ความร่วมมือในการยึดอายัดและริบทรัพย์สิน

1.ประเทศไทยไม่สามารถให้ความช่วยเหลือในการยึดหรืออายัดทรัพย์สินได้ หากศาลต่างประเทศยังไม่มีคำสั่งยึดหรืออายัดทรัพย์สิน

2.ประเทศไทยไม่สามารถให้ความช่วยเหลือในการยึดหรืออายัดหรือริบตามคำร้องขอของต่างประเทศที่ใช้ระบบการริบทรัพย์สินแบบมูลค่าได้ ในกรณีที่ทรัพย์สินนั้น มิใช่ทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด เนื่องจาก ทรัพย์สินดังกล่าวไม่อาจถูกยึด หรืออายัดหรือริบได้ตามกฎหมายไทย เพราะระบบริบทรัพย์สินของประเทศไทยเป็นระบบริบทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด

3.ประเทศไทยไม่สามารถส่งคืนทรัพย์สินที่ริบให้กับต่างประเทศได้ เนื่องจากพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 35 บัญญัติให้ทรัพย์สินที่ศาลพิพากษาให้ริบนั่นตกเป็นของแผ่นดิน

4.ความผิดมูลฐานตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ไม่ครอบคลุมถึง ความผิดที่เกิดในต่างประเทศและไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลไทยด้วย ทำให้ไม่อาจฟ้องคดีอาญฐานฟอกเงินหรือใช้มาตรการขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดินเพื่อริบทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดในต่างประเทศได้

สิ่งสำคัญในการร่างกฎหมายของไทยเพื่ออนุวัติการตามข้อบทต่างๆในอนุสัญญา UNCAC ก็คือจำเป็นต้องมีการร่างกฎหมายอนุวัติการที่มีความครอบคลุมในกระบวนการขั้นตอนตั้งแต่การอายัด ยึดและส่งคืนทรัพย์สิน ซึ่งในปัจจุบันประเทศไทยมีปัญหาที่มีกฎหมายเฉพาะในส่วนการอายัดและยึดทรัพย์สิน แต่ไม่มีกฎหมายที่ให้อำนาจในการดำเนินการส่งคืนทรัพย์สินกลับประเทศ