

พันธกรณีและกลไกในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตตามอนุสัญญา

1. อนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อการต่อต้านการทุจริต ค.ศ.2003 (UNCAC) เป็นความตกลงทางกฎหมายในระดับนานาชาติอันแรกทีสร้างขึ้นเพื่อการป้องกันและปราบปรามการทุจริต โดยวัตถุประสงค์หลักของอนุสัญญานี้ คือเพื่อสนับสนุนและเสริมสร้างมาตรการในการต่อสู้การทุจริต ทั้งในระดับระหว่างประเทศและในประเทศ ตลอดจนการกำหนดความร่วมมือระหว่างรัฐภาคี การพัฒนานโยบายและการบัญญัติกฎหมายของรัฐภาคีทั้งในด้านการป้องกัน , การต่อต้านการทุจริต การลงโทษ และการกำหนดความผิดทางอาญา ทั้งนี้มาตรการดังกล่าวอนุสัญญาได้กำหนดให้ครอบคลุมทั้งในภาครัฐและภาคเอกชน¹ อีกด้วย การกำหนดแนวคิดเรื่องความรับผิดชอบของนิติบุคคลให้กว้างขึ้น และสิ่งที่สำคัญที่สุดที่ถือเป็นนวัตกรรมของอนุสัญญานี้คือการติดตามเอาทรัพย์สิน (asset recovery) ซึ่งประกอบไปด้วยมาตรการทั้งการติดตามเอาทรัพย์สินโดยตรง (direct recovery of property) และการติดตามเอาทรัพย์สินโดยความร่วมมือระหว่างประเทศ และการจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สิน (purposes of confiscation and return and disposal of asset)² อนุสัญญานี้จึงถือว่าเป็นอนุสัญญาที่มีการพัฒนาการมีส่วนร่วมในทางระหว่างประเทศที่กว้างขวางมากขึ้น³

นอกจากนี้อนุสัญญาก็ยังมีจุดมุ่งหมาย ที่จะขยายการมีผลบังคับใช้กับประเทศต่าง ๆ ที่ยังไม่ได้เข้าร่วมเป็นภาคี ให้เข้าร่วมเป็นภาคีอีกด้วย เพื่อที่จะทำให้อนุสัญญานี้ เป็นเครื่องมือทางกฎหมายทางระหว่างประเทศที่มีประสิทธิภาพในการป้องกัน และปราบปรามการทุจริต ซึ่งจำเป็นต้องได้รับการร่วมมือจากทุก ๆ ฝ่าย

¹ Including private-to-private corruption

² The United Nations Convention Against Corruption (UNCAC) and Georgian Legislation , American Bar Association Central European and Eurasian Law Initiative (ABA/CEELI) October 2006

³ ข้อ 67 UNCAC

1.การกำหนดพันธกรณีตามอนุสัญญา

จากโครงสร้างของแนวทางในการบังคับการให้เป็นไปตามอนุสัญญาได้มีการกล่าวถึงระดับคำในอนุสัญญาไว้ ซึ่งมีความเคร่งครัดแตกต่างกันไป เพื่อเป็นการง่ายต่อรัฐภาคีในการกำหนดนโยบาย หรือการนำไปปรับใช้เป็นกฎหมายภายในของรัฐ

1.1. ระดับพันธกรณีที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา

อนุสัญญานี้ได้กำหนดระดับพันธกรณีที่แตกต่างกันไว้ในแต่ละข้อบท โดยกำหนดออกเป็น 3 ระดับ⁴คือ

1.1.1 พันธกรณีที่ต้องทำ (mandatory requirement)⁵

เป็นบทบัญญัติที่รัฐจะต้องทำให้เป็นกฎหมาย เป็นมาตรการที่รัฐภาคีจะต้องพิจารณานำมาปฏิบัติ⁶ (must consider applying or endeavor to adopt) กล่าวคือ ในเรื่องดังกล่าวหากยังไม่มีบทบัญญัติไว้เป็นกฎหมายภายใน รัฐภาคีก็จะต้องมีการดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือบัญญัติใหม่ โดยอาจใช้คำว่า “each state party shall adopt” ในบทบัญญัตินั้น หากรัฐภาคีไม่ดำเนินการตามพันธกรณีที่ต้องทำนี้ (mandatory requirement) รัฐภาคีนั้นก็จะถือว่าได้ละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญา เพราะรัฐภาคีมีพันธกรณีที่จะต้องผูกพันในการออกกฎหมายด้วยพันธกรณีที่อนุสัญญากำหนดให้รัฐต้องทำ เช่น การกำหนดให้การให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศและเจ้าหน้าที่รัฐองค์กรระหว่างประเทศเป็นความผิดทางอาญา ซึ่งในข้อ 16 ของอนุสัญญาได้ใช้คำว่า “shall adopt” ดังนั้นรัฐภาคีที่ยังไม่มีกฎหมายภายในกำหนดให้การให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศและเจ้าหน้าที่รัฐองค์กรระหว่างประเทศเป็นความผิดทางอาญาก็จะต้องดำเนินการออกกฎหมายอนุวัติการเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวด้วย

⁴ Legislative guide for the implementation of The United Nations Convention Against Corruption , UNODC. p.1.

⁵ Obligation to take legislative or other measure.

⁶ The United Nations Convention Against Corruption ; A Critical overview.
R.Rajesh Babu <http://ssrn.com/abstract=891898>

1.1.2 พันธกรณีที่ควรพิจารณา (optional requirement)⁷

เป็นเรื่องที่รัฐจะต้องพิจารณาด้วยความละเอียดรอบคอบและจริงจังเป็นอย่างยิ่ง รัฐภาคีจะมีพันธกรณีเพียงพิจารณารับมาตรการนั้นหรือดำเนินการใด ๆ อันเป็นไปในทิศทางเดียวกันนั้น (to make genuine effort) ในระบบกฎหมาย โดยอาจใช้คำว่า “shall consider adopting , shall endeavor to , shall adopting” เช่น ข้อ 20 ของอนุสัญญาได้บัญญัติให้รัฐพึงจัดมีมาตรการทางนิติบัญญัติ และมาตรการอื่นที่จำเป็นเพื่อกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาสำหรับการกระทำโดยเจตนา ซึ่งการร่ำรวยโดยผิดปกติ โดยมีการเพิ่มขึ้นอย่างมากในสินทรัพย์ของเจ้าหน้าที่รัฐ และเจ้าหน้าที่ผู้อื่นที่ไม่สามารถอธิบายได้โดยชอบถึงเหตุผลที่มาของสินทรัพย์นั้น โดยในบทบัญญัติได้ใช้คำว่า “shall consider adopting” ดังนั้นข้อกำหนดในเรื่องนี้จึงมีใช้ภาคบังคับให้รัฐภาคีจะต้องนำมาบัญญัติเป็นกฎหมาย หากแต่รัฐภาคีได้พิจารณาอย่างรอบคอบแล้ว เมื่อรัฐภาคีเห็นว่าสำคัญควรนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายภายใน รัฐภาคีก็สามารถทำได้ ในทางกลับกันหากรัฐภาคีนั้นยังไม่ต้องการที่จะนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายภายใน รัฐภาคีก็ไม่ผูกพันที่จะบัญญัติเป็นกฎหมายภายในแต่อย่างใด

1.1.3. พันธกรณีที่เป็นทางเลือก (optional measure)⁸

ถือเป็นทางเลือกสำหรับรัฐภาคีอย่างแท้จริง เป็นเรื่องที่รัฐสามารถตัดสินใจได้ว่าจะนำมาดำเนินการหรือไม่ก็ได้ โดยอาจใช้คำว่า “may adopt” ในบทบัญญัตินั้น

จะเห็นได้ว่าการกำหนดระดับพันธกรณีที่มิระดับความผูกพันต่างกันอนุสัญญาฉบับนี้ ก็เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นและสามารถนำไปปฏิบัติได้ในหลายรัฐภาคี เนื่องจากแต่ละรัฐภาคีจะมีพื้นฐานและมีความพร้อมที่แตกต่างกันออกไป การที่จะให้ทุกรัฐภาคีดำเนินมาตรการตามอนุสัญญาฉบับนี้พร้อมกันหมดทุกมาตรการย่อมไม่สามารถเป็นไปได้ ดังนั้นอนุสัญญาฉบับนี้จึงได้กำหนดเฉพาะเรื่องที่เห็นว่ามีความสำคัญเป็นลำดับต้นๆ ให้เป็นพันธกรณีที่ต้องทำก่อน และเรื่องที่มีความสำคัญในลำดับรองลงมาก็ให้เป็นพันธกรณีที่รัฐภาคีสามารถพิจารณาได้หากมีความพร้อมและเห็นด้วย อย่างไรก็ตามนอกจากในแต่ละข้อบทจะมีการกำหนดระดับพันธกรณีตามอนุสัญญาแล้ว ในหลายบทบัญญัติในอนุสัญญายังประกอบไปด้วย safeguard clauses ในกรณีที่เกิดการขัดกันของกฎหมายรัฐธรรมนูญ หรือหลักกฎหมายภายในของรัฐภาคีนั้น (Constitutional or fundamental rules) หากอนุสัญญาได้กำหนดมาตรการต่างๆโดยให้สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายภายในของประเทศนั้น (in accordance with the fundamental principles

⁷ Obligation to consider.

⁸ Measure state parties may wish to consider.

of its legal system)⁹ และการดำเนินการต่างๆตามอนุสัญญาในข้อนั้นก็จะต้องไม่ขัดกับกฎหมายภายในของรัฐภาคีนั้นด้วย

1.2 ขอบเขตของอนุสัญญา และบทบัญญัติภาคสุดท้าย

1.2.1. ขอบเขตของอนุสัญญา

ขอบเขตของอนุสัญญาในข้อ 3 นี้ได้กำหนดขอบเขตของการบังคับใช้ไว้ดังนี้

“ 1. อนุสัญญานี้พึงใช้ในเรื่องของการป้องกัน การสอบสวนและการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อการทุจริต และในเรื่องของการอาชญากรรม การยึด การริบ และการส่งคืนซึ่งสิ่งที่ได้มาจากการกระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้

2. โดยวัตถุประสงค์ของการปฏิบัติตามอนุสัญญานี้ ถือว่าเป็นการไม่จำเป็นว่าความผิดประเภทที่ระบุในอนุสัญญานี้จะต้องก่อความเสียหายหรือให้ผลร้ายต่อทรัพย์สินของรัฐแต่อย่างใด เว้นแต่ว่าบทบัญญัติในเรื่องนั้นๆ จะกำหนดเป็นอย่างอื่น”

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าอนุสัญญานี้เป็นอนุสัญญาที่ใช้บังคับเกี่ยวกับการป้องกันสอบสวน และการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อการทุจริต รวมทั้งการอาชญากรรม การยึด ริบ และการส่งคืนซึ่งสิ่งที่ได้มาจากการกระทำความผิดที่ได้ระบุไว้ในอนุสัญญานี้ และยิ่งไปกว่านั้นขอบเขตของการบังคับใช้อนุสัญญาแม้กรณีการกระทำความผิดที่ได้ระบุไว้ในอนุสัญญานี้ จะยังมิได้ก่อให้เกิดความเสียหาย หรือส่งผลร้ายต่อทรัพย์สินของรัฐก็ตามหากได้มีการกระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้แล้ว ก็ถือว่าเป็นความผิดแล้วเช่นกัน ซึ่งบางกรณีแม้เป็นเพียงการเตรียมการพยายาม อนุสัญญานี้ก็ถือว่าความผิดได้เกิดขึ้นแล้ว¹⁰ เว้นแต่จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนั้นๆได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

⁹ เช่น ข้อ 8 การส่งเสริมความซื่อสัตย์สุจริตและความรับผิดชอบในระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะต้องสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายภายในประเทศนั้น

¹⁰ ข้อ 21 UNCAC การมีส่วนร่วมและพยายามกระทำความผิด อนุสัญญากำหนดให้รัฐภาคีมีพันธกรณีที่ควรทำในการจัดให้มีมาตรการทางนิติบัญญัติและมาตรการอื่นที่จำเป็นดังกล่าว เพื่อกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาสำหรับการมีส่วนร่วมในการปฏิบัติใดๆ ได้แก่ในฐานะ ผู้สมรู้ร่วมคิด ผู้ช่วยเหลือ หรือผู้ยุยงส่งเสริม ในประเภทที่ระบุไว้ในอนุสัญญานี้ ทั้งนี้โดยสอดคล้องกับหลักกฎหมายภายในของประเทศนั้นด้วย

อนุสัญญาฉบับนี้แบ่งเนื้อหาออกเป็น 7 ภาค ภาคที่ 1 เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป ภาคที่ 2 มาตรการป้องกัน ภาคที่ 3 การกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาและการบังคับใช้กฎหมาย ภาคที่ 4 ความร่วมมือระหว่างประเทศ ภาคที่ 5 การติดตามเอาทรัพย์สินกลับคืน ภาคที่ 6 การแลกเปลี่ยนข้อมูลและการช่วยเหลือทางวิชาการ ภาคที่ 7 กลไกการดำเนินการ

1.2.2. การดำเนินการตามอนุสัญญา

ข้อ 65 (2) ของอนุสัญญาได้กำหนดไว้ว่า

“ประเทศภาคีแต่ละประเทศอาจจัดให้มีมาตรการที่เคร่งครัดหรือเข้มงวดยิ่งกว่ามาตรการที่ระบุไว้ในอนุสัญญาฉบับนี้ในการป้องกันและปราบปรามในการทุจริตนั้น”

ซึ่งหมายความว่า รัฐภาคีจะต้องดำเนินการตามอนุสัญญาฉบับนี้ มาตรการต่างๆในอนุสัญญาฉบับนี้จึงถือได้ว่าเป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่รัฐภาคีพึงปฏิบัติตาม หากแต่รัฐภาคีใดต้องการที่จะปฏิบัติในมาตรการที่สูงกว่านี้ก็ย่อมได้

1.2.3. การลงนาม ให้สัตยาบัน การยอมรับ การเห็นชอบ และการภาคยานุวัติ อนุสัญญา

ข้อ 67 ของอนุสัญญาได้เปิดโอกาสให้ทุกประเทศสามารถลงนามเข้าเป็นภาคีได้ จนกระทั่งถึงวันที่ 9 ธันวาคม 2005 รวมทั้งยังเปิดโอกาสให้องค์การว่าด้วยความร่วมมือกันทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค (regional economic integration organizations) ลงนามเข้าเป็นภาคีได้ด้วย¹¹ ทั้งนี้มีเงื่อนไขว่าองค์การดังกล่าวจะต้องมีประเทศสมาชิกขององค์การนั้นอย่างน้อยหนึ่งประเทศที่ได้ลงนามเป็นภาคีของอนุสัญญาฉบับนี้

นอกจากนั้นหากพ้นกำหนดวันที่เปิดให้ลงนามแล้ว อนุสัญญาก็ยังเปิดโอกาสให้ประเทศต่างๆรวมถึงองค์การว่าด้วยความร่วมมือกันทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาคใดๆที่มีประเทศสมาชิกขององค์การนั้นอย่างน้อยหนึ่งประเทศที่เป็นภาคีของอนุสัญญาฉบับนี้ สามารถภาคยานุวัติได้¹² โดยต้องยื่นเอกสารหลักฐานในการภาคยานุวัติต่อเลขาธิการสหประชาชาติ ทั้งนี้ในเวลาภาคยานุวัตินั้นให้องค์การว่าด้วยการรวมกันทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาคดังกล่าว ระบุขอบเขตอำนาจหน้าที่ ขององค์การนั้นในเรื่องที่อยู่ในบังคับของอนุสัญญาฉบับนี้ไว้ด้วย โดยองค์การดังกล่าวจะต้องแจ้งให้ผู้มีหน้าที่เก็บรักษาเอกสารนั้นได้ทราบเกี่ยวกับการแก้ไข เปลี่ยนแปลง

¹¹ ข้อ 67 (2) UNCAC

¹² ข้อ 67 (4) UNCAC ประเทศที่ภาคยานุวัติ เช่น Antigua and Barbuda ภาคยานุวัติเมื่อ 21 มกราคม 2006 , Bahamas ภาคยานุวัติเมื่อ 10 มกราคม 2008 , Cambodia ภาคยานุวัติเมื่อ 5 กันยายน 2007

ขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรนั้นด้วย ปัจจุบัน¹³ อนุสัญญาฉบับนี้มีรัฐร่วมลงนามทั้งหมด 140 ประเทศ และได้ให้สัตยาบันแล้ว 113 ประเทศ

1.2.4. การมีผลใช้บังคับของอนุสัญญา

อนุสัญญาฉบับนี้มีผลบังคับใช้เมื่อ 14 ธันวาคม 2005 ตามข้อ 68 (1) ที่ได้กำหนดให้ อนุสัญญามีผลบังคับใช้เมื่อครบกำหนด 90 วันนับแต่วันที่มีการยื่นเอกสารหลักฐานของการให้สัตยาบัน การยอมรับ การเห็นชอบ หรือการภาคยานุวัติ ครบ 30 ฉบับแล้ว¹⁴ ทั้งนี้เอกสารหลักฐานใดๆ ที่ยื่นโดยองค์การว่าด้วยการร่วมมือกันทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาคนั้นไม่นับเพิ่มไปจากเอกสารหลักฐานที่ยื่นโดยประเทศสมาชิกขององค์กรดังกล่าว

ดังนั้นอนุสัญญาฉบับนี้จะเริ่มมีผลผูกพันรัฐที่ได้ลงนาม ให้สัตยาบัน ยอมรับ เห็นชอบ ภาคยานุวัติ ตั้งแต่วันที่ 14 ธันวาคม 2005 และสำหรับประเทศหรือองค์การว่าด้วยการร่วมมือกันทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาคที่ได้ให้สัตยาบัน รับรอง เห็นชอบ หรือภาคยานุวัติในอนุสัญญาฉบับนี้ภายหลังจากวันที่มีการยื่นเอกสารหลักฐานดังกล่าว เมื่อครบกำหนด 30 วัน นับแต่วันที่ประเทศหรือองค์การนั้นได้ยื่นเอกสารดังกล่าว หรือเมื่ออนุสัญญาฉบับนี้มีผลบังคับใช้ตามความใน ข้อ 68 วรรค 1 สุดแต่ว่าระยะเวลาใดจะถึงทีหลัง

การสิ้นสุดของอนุสัญญา เมื่ออนุสัญญามีผลบังคับใช้แล้ว และหากรัฐภาคีต้องการบอกเลิกอนุสัญญา ข้อ 70 ของอนุสัญญาก็ได้เปิดโอกาสให้รัฐภาคีสามารถบอกเลิกการเป็นภาคีของอนุสัญญาฉบับนี้ได้ โดยรัฐภาคีที่ต้องการจะเลิกจะต้องแจ้งการเลิกการเป็นภาคีเป็นหนังสือและยื่นต่อเลขาธิการสหประชาชาติ ทั้งนี้การบอกเลิกดังกล่าวจะมีผลเมื่อครบกำหนด 1 ปี นับแต่วันที่เลขาธิการสหประชาชาติได้รับหนังสือแจ้งการบอกเลิกอนุสัญญา และสำหรับกรณีขององค์การว่าด้วยการร่วมมือกันทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค กรณีหากประเทศสมาชิกขององค์กรนั้นทุกประเทศที่เป็นภาคีในอนุสัญญาฉบับนี้ได้บอกเลิกการเป็นภาคีของอนุสัญญาฉบับนี้ก็จะถือว่าเป็นอันสิ้นสุดการเป็นภาคีของอนุสัญญาฉบับนี้ขององค์การว่าด้วยการร่วมมือกันทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาคด้วย

¹³ ข้อมูล ณ วันที่ 15 เมษายน 2008 www.unodc.org

¹⁴ มีการให้สัตยาบันครบ 30 ประเทศเมื่อวันที่ 15 กันยายน 2005

1.3 การดำเนินการและจัดการปัญหาข้อพิพาทตามอนุสัญญา

อนุสัญญาได้กำหนดเกี่ยวกับการดำเนินการตามอนุสัญญาทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐ และการดำเนินการระหว่างรัฐกับสหประชาชาติ พร้อมทั้งการจัดการปัญหาข้อพิพาทไว้ดังนี้

1.3.1. การดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐ ตามข้อ 42

ในกระแสโลกาภิวัตน์ การกระทำผิดมักเกิดขึ้นบ่อยในรูปแบบของการกระทำผิดที่มีปฏิสัมพันธ์เชื่อมโยงมากกว่าหนึ่งรัฐ มีการเคลื่อนย้ายถ่ายโอนการกระทำ และทรัพย์สินจากรัฐหนึ่งไปยังอีกรัฐหนึ่งเพื่อให้ยากแก่การจับกุม

ดังนั้นในสังคมระหว่างประเทศที่ไม่ต้องการเห็นอาชญากรรมร้ายแรงดังกล่าวสามารถหลบหนีไปได้ และด้วยความต้องการเห็นอาชญากรรมร้ายแรงได้รับการลงโทษไม่ว่าอาชญากรรมนั้นจะเกิดขึ้นที่ใดก็ตาม ช่องว่างของเขตอำนาจในการดำเนินคดี ที่ทำให้เป็นสววรรคในการหลบหนีของผู้กระทำผิดจะต้องถูกลดลงและถูกกำจัดลงในที่สุด

อย่างไรก็ดี สิ่งที่สังคมในทางระหว่างประเทศมีความกังวลอีกเรื่องหนึ่งคือ การที่กลุ่มอาชญากรรมได้มีการกระทำการในหลายรัฐ และแต่ละรัฐนั้นก็อาจมีอำนาจในการดำเนินคดีเหนือกลุ่มเหล่านั้นได้ โดยอนุสัญญาฉบับนี้ก็ได้กำหนดให้รัฐภาคีสามารถจัดหาความร่วมมือระหว่างกันในการดำเนินคดีได้

กระบวนการฟ้องร้องดำเนินคดี และการลงโทษ การกระทำตามผิดตามอนุสัญญาฉบับนี้ได้ถูกกำหนดไว้ใน ข้อ 42 โดยได้กำหนดกรอบในความร่วมมือกันระหว่างรัฐภาคี ที่ได้ใช้เขตอำนาจในการดำเนินคดีนั้น โดยรัฐภาคีจะมีอำนาจในการดำเนินคดีเหนือความผิดในอนุสัญญาฉบับนี้ต่อเมื่อ

หลักดินแดน เป็นกรณีที่ความผิดได้กระทำในอาณาเขตของประเทศตน หรือความผิดได้กระทำในเรือที่ชักรธงของประเทศตน หรืออากาศยานที่จดทะเบียนภายใต้กฎหมายของประเทศตน

หลักสัญชาติ เป็นกรณีที่ความผิดได้กระทำต่อบุคคลสัญชาติของประเทศตน หรือความผิดได้กระทำโดยบุคคลสัญชาติของประเทศตน หรือกระทำโดยบุคคลที่ไร้สัญชาติที่มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศตน

นอกจากนี้ยังรวมถึงความผิดที่เป็นการฟอกเงิน¹⁵ ที่แม้ได้กระทำนอกอาณาเขตรัฐตน แต่มีจุดมุ่งหมายเพื่อกระทำความผิดในรัฐตน หรือเป็นความผิดที่ได้กระทำต่อประเทศตน อนุสัญญาฉบับนี้ ก็อนุญาตให้รัฐภาคีมีอำนาจในการดำเนินคดีดังกล่าวได้ นอกจากนั้นอนุสัญญา ยังได้กำหนดให้รัฐภาคีต้องจัดหามาตรการการดำเนินการสำหรับกรณี ที่ไม่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดน (extradite a person) โดยเหตุผลของสัญชาติ กล่าวคือเป็นกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิดนั้น ปรากฏตัวอยู่ในอาณาเขตของประเทศนั้นและประเทศนั้นจะไม่ดำเนินการส่งตัวบุคคลนั้นไปให้ประเทศอื่นด้วยเหตุผลเพียงว่าเป็นบุคคลมีสัญชาติของประเทศนั้น¹⁶ โดยรัฐภาคี อาจดำเนินมาตรการที่จำเป็นดังกล่าวเพื่อกำหนดเขตอำนาจ การดำเนินคดีเหนือความผิดที่ระบุไว้ในอนุสัญญาฉบับนี้ ในกรณีเช่นนี้ก็นำหลัก extradite or prosecute¹⁷ (aut dedere aut judicare¹⁸) มาใช้¹⁹

กรณีรัฐภาคีได้มีการกำหนดเขตในการดำเนินคดีอาญาใดๆไว้ในกฎหมายภายในของตนแล้ว อนุสัญญาฉบับนี้ก็จะไม่ลบล้างเขตอำนาจการดำเนินคดีอาญาใดๆตามกฎหมายภายในนั้น โดยเป็นไปตามหลักธรรมเนียมปฏิบัติของกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป²⁰

จะเห็นได้ว่าการกำหนดบทบัญญัติในเรื่องนี้²¹ ได้มีการบัญญัติไว้ในอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการต่อต้านการทุจริตอยู่หลายฉบับ เช่น The Organization Crime Convention²² , The United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic

¹⁵ ข้อ 23 วรรค 1 (b),(2) UNCAC

¹⁶ ข้อ 42 วรรค 3 UNCAC

¹⁷ extradite or prosecute is commonly used to designate the alternative obligation concerning the treatment of an alleged offender that a general obligation to extradite or punish exists with respect to all offences by which another State is injured.

¹⁸ คือ กระบวนการหรือขั้นตอนที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่รัฐหนึ่งที่ทำการร้องขอจากอีกประเทศหนึ่งในการให้ส่งมอบตัวผู้ต้องสงสัยหรือผู้ที่กระทำความผิดทางอาญา โดยปกติแล้วในระหว่างประเทศต่างๆด้วยกันการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะเกิดขึ้นจากการทำสนธิสัญญา

¹⁹ Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption p.155.

²⁰ ข้อ 42 วรรค 6 UNCAC

²¹ ข้อ 42 วรรค 1 ,2 UNCAC เป็นมาตรการบังคับ (mandatory requirement)

²² ข้อ 15 of Organization Crime Convention

Substances²³, The OECD Bribery Convention²⁴ และ Inter-American Convention Against Corruption²⁵

1.3.2. การดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับสหประชาชาติ

รัฐภาคีนอกจากจะมีพันธกรณีในการอนุวัติการกฎหมายตามที่อนุสัญญาได้กำหนดไว้แล้ว อนุสัญญายังได้กำหนดให้รัฐภาคีจะต้องดำเนินการแจ้งสิ่งที่อนุสัญญาได้เรียกร้องให้รัฐภาคีดำเนินการแจ้งต่อเลขาธิการสหประชาชาติในบางกรณีด้วยดังนี้

- แจ้งหน่วยงานในการป้องกันและต่อต้านการทุจริต²⁶ โดยรัฐภาคีจะต้องแจ้งไปยังเลขาธิการสหประชาชาติ ถึงชื่อและที่ตั้งของหน่วยงาน ซึ่งอาจช่วยเหลือประเทศภาคีประเทศอื่นๆ ในการพัฒนาและดำเนินมาตรการเฉพาะ เพื่อการป้องกันการทุจริตนั้น
- ส่งสำเนาบทกฎหมายของประเทศตนในเรื่องฟอกเงิน²⁷ รวมทั้งกรณีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงใดๆ ของบทกฎหมายดังกล่าว หรือคำอธิบายบทกฎหมายนั้นไปให้เลขาธิการสหประชาชาติ
- เรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดน²⁸ กรณีที่ได้กำหนดให้เป็นไปตามสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่มีอยู่ระหว่างรัฐ เมื่อรัฐได้ยื่นเอกสารให้สัตยาบัน การยอมรับ การเห็นชอบ หรือการภาคยานุวัติ อนุสัญญานี้ให้แจ้งเลขาธิการสหประชาชาติ เพื่อทราบว่าประเทศนั้นจะใช้อุญญาบัตรนี้กับประเทศอื่นๆ ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่
- การช่วยเหลือทางกฎหมายซึ่งกันและกัน²⁹ ประเทศภาคีพึงกำหนดให้มีหน่วยงานกลางซึ่งจะมีความรับผิดชอบและอำนาจที่จะรับคำร้องขอให้ช่วยเหลือทางกฎหมายซึ่งกันและกัน และพิจารณาว่าจะจัดการตามคำร้องขอนั้นเอง หรือว่าส่งคำร้องขอนั้นต่อไปยังหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง เพื่อจัดการทำตามคำร้องขอนั้น ทั้งนี้รัฐภาคีแต่ละรัฐในเวลาที่ได้ยื่นเอกสาร หลักฐานของการให้สัตยาบัน การยอมรับ หรือการเห็นชอบ หรือการภาคยานุวัติ

²³ ข้อ 4 of The United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances.

²⁴ ข้อ 4 of The OECD Bribery Convention

²⁵ ข้อ 5 of Inter-American Convention Against Corruption

²⁶ ข้อ 6 UNCAC

²⁷ ข้อ 23 UNCAC

²⁸ ข้อ 44 วรรค 6 (a) UNCAC

²⁹ ข้อ 46 UNCAC

อนุสัญญาฉบับนี้ ให้รัฐภาคีแจ้งไปยังเลขาธิการสหประชาชาติเพื่อทราบถึงหน่วยงานกลางที่กำหนดขึ้นในประเทศนั้นด้วย

- ให้รัฐภาคีจัดส่งสำเนากฎหมาย และข้อบังคับของประเทศนั้นเกี่ยวกับเรื่องความร่วมมือระหว่างประเทศในการริบทรัพย์สิน(International cooperation for purposes of confiscation) ตลอดจนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงภายหลัง เกี่ยวกับกฎหมายและกฎข้อบังคับดังกล่าว หรือคำอธิบายที่เกี่ยวข้องไปให้เลขาธิการสหประชาชาติด้วย³⁰

- กรณีรัฐภาคีจะทำข้อสงวนเรื่องการจัดการปัญหาข้อพิพาทตามข้อ 66 โดยไม่ผูกพันตามความในวรรค 2 ประเทศภาคนั้นอาจแสดงความจำนงสงวนสิทธิว่าประเทศตนจะไม่ผูกพันตามวรรค 2 ได้³¹ แต่ทั้งนี้ต้องแสดงเจตจำนงในเวลาที่ได้ลงนามเป็นภาคี หรือมีการให้สัตยาบันการยอมรับ การรับรอง หรือการภาคยานุวัติในอนุสัญญาฉบับนี้ ทั้งนี้การสงวนสิทธิในการจัดการปัญหาข้อพิพาทนี้ หากรัฐภาคีอื่นได้แสดงเจตจำนงสงวนสิทธิไว้เช่นกันก็ย่อมไม่ผูกพันรัฐภาคีอื่นตามความในวรรค 2 นี้ด้วย อย่างไรก็ตามรัฐภาคีซึ่งได้แสดงเจตจำนงสงวนสิทธิดังกล่าวข้างต้นอาจพิจารณาเพิกถอนการสงวนสิทธินั้นได้ โดยแจ้งไปยังเลขาธิการสหประชาชาติ

- กรณีการให้สัตยาบัน การยอมรับ หรือการเห็นชอบ เอกสารหลักฐานของการให้สัตยาบัน การยอมรับ หรือการเห็นชอบนั้น ให้ยื่นต่อเลขาธิการสหประชาชาติ และสำหรับองค์การว่าด้วยการร่วมกันทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาคได้ยื่นเอกสารดังกล่าว ให้ระบุถึงขอบเขต อำนาจหน้าที่ขององค์การนั้นในเรื่องที่อยู่ในบังคับของอนุสัญญาฉบับนี้ และให้องค์การดังกล่าวแจ้งให้ผู้มีหน้าที่เก็บรักษาเอกสารหลักฐาน ได้ทราบเกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลง ขอบเขตอำนาจ หน้าที่ขององค์การนั้นด้วย³²

- กรณีการแก้ไขเพิ่มเติมอนุสัญญา³³ อนุสัญญาได้เปิดช่องให้มีการพัฒนาปรับปรุงอนุสัญญาโดยการอนุญาตรัฐภาคีสามารถเพิ่มเติมแก้ไขกฎหมายได้ ภายหลังจากครบ 5 ปี นับ

³⁰ ข้อ 55 UNCAC

³¹ เช่น รัฐบาลของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนอัลจีเรียที่ตั้งข้อสงวนเรื่องนี้ไว้โดยพิจารณาเห็นว่าไม่มีข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทใดตามลักษณะดังกล่าวที่จะสามารถนำขึ้นสู่ศาลอนุญาโตตุลาการหรือศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้โดยปราศจากความเห็นชอบยินยอมจากคู่กรณีทุกรายในข้อพิพาทนั้น

³² ข้อ 67 วรรค 3 UNCAC

³³ ข้อ 69 UNCAC

แต่วันที่อนุสัญญาจะมีผลบังคับใช้แล้ว³⁴ โดยต้องยื่นเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมต่อเลขาธิการสหประชาชาติ ซึ่งเลขาธิการสหประชาชาติก็จะทำการจัดส่งข้อเสนอ แก้ไข เพิ่มเติมดังกล่าวให้รัฐภาคีทั้งหลาย และต่อที่ประชุมของรัฐภาคีของอนุสัญญา เพื่อให้ช่วยกันพิจารณาและตัดสินใจเกี่ยวกับข้อเสนอดังกล่าว และหากมีกรณีไม่สามารถบรรลุข้อตกลงได้ก็ให้ใช้วิธีลงมติเสียง 2 ใน 3 ของประเทศภาคีทั้งหมดที่เข้าร่วมประชุม และลงมตินั้น เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมแล้วก็ต้องมีการให้สัตยาบัน การยอมรับ หรือการเห็นชอบของรัฐภาคีต่อไป ซึ่งเมื่อการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นมีผลบังคับใช้แล้ว ก็จะมีผลผูกพันรัฐภาคีทั้งหลายที่ได้แสดงความยินยอมที่จะผูกพันตามการแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ส่วนรัฐภาคีอื่นๆ หากมิได้ยินยอมผูกพันตามการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นก็ยังคงผูกพันตามบทบัญญัติของอนุสัญญาดังฉบับนี้ และผูกพันตามการแก้ไขเพิ่มเติมใดๆ ที่มีมาก่อนหน้านี้ซึ่งประเทศนั้นได้ให้สัตยาบันยอมรับหรือเห็นชอบไว้ก่อนแล้ว

1.3.3. การจัดการปัญหาข้อพิพาท

ในข้อ 66 ของอนุสัญญาได้กำหนดเป็นมาตรการทางเลือกในการจัดการกับปัญหาข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการตีความ หรือการเจรจาหรือกัน ซึ่งอนุสัญญาได้กำหนดขั้นตอนในการระงับข้อพิพาท คือ ขั้นแรกจะเป็นการเจรจากันก่อน เมื่อเจรจากันไม่ได้ก็อาจใช้ระบบอนุญาโตตุลาการเข้ามาในการจัดการปัญหาข้อพิพาท และหากยังไม่สามารถระงับกันได้ก็ให้ส่งเรื่องนั้นไปที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

2. กลไกการป้องกันและปราบปรามคอร์รัปชันที่สำคัญตามอนุสัญญา

อนุสัญญาดังฉบับนี้ถือเป็นอนุสัญญาที่มีขอบเขตที่กว้างขวางที่สุด ขอบเขตของอนุสัญญารวมถึงข้อกำหนดให้เป็นอาชญากรรม ภาระหน้าที่อันเกี่ยวข้องกับมาตรการป้องกันทั้งในภาครัฐและภาคเอกชน ความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องของการสืบสวนสอบสวนและการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย มาตรการความช่วยเหลือในด้านเทคนิค บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการติดตามเอาทรัพย์สินคืน โดยอนุสัญญานี้มีทั้งหมด 71 มาตรา โดยแบ่งเป็น 8 บท

วิธีการที่ใช้ในอนุสัญญาดังฉบับนี้โดยทั่วไปแล้วก็คล้ายคลึงกับที่พบเห็นได้ในอนุสัญญาต่อต้านการทุจริตฉบับอื่นๆ ที่ หลายๆ บทบัญญัติของอนุสัญญานั้นไม่ได้มีอำนาจในตัวเอง (not self-executing) แต่กำหนดให้ต้องมีการรับนำไปปรับใช้ผ่านทางกฎหมายภายในประเทศของประเทศที่เข้าร่วม เช่นเดียวกับการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายภายในประเทศนั้นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของการกำหนดความผิดทางอาญา มาตรการป้องกันและบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับ

³⁴ 14 ธันวาคม 2010 รัฐภาคีสามารถแก้ไขเพิ่มเติมอนุสัญญาได้

การติดตามเอาทรัพย์สินคืนอีกในหลายๆบทบัญญัติ ในทางกลับกันบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความร่วมมือระหว่างประเทศนั้นโดยมากแล้วจะมีบทบังคับในตัว (self-executing) ดังนั้นสิ่งที่จะสะท้อนออกมาให้เห็นว่าประเทศที่เข้าร่วมต่างๆจะรับนำไปปรับใช้หรือบังคับตามบทบัญญัติต่างๆเหล่านี้มากน้อยเช่นไร จึงเป็นกุญแจสำคัญในการประเมินผลความมีประสิทธิภาพและผลกระทบของอนุสัญญาฉบับนี้

อย่างไรก็ดีอนุสัญญาฉบับนี้ก็ได้กำหนดมาตรการที่สำคัญในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตไว้ดังนี้

2.1. การฟอกทรัพย์สินและการฟอกเงิน

อนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดเกี่ยวกับเรื่องมาตรการป้องกันการฟอกทรัพย์สินและการฟอกเงินไว้ใน ข้อที่ 14 เนื่องจากในอดีตร่างมาตรการป้องกันการฟอกเงินจะเน้นที่กระบวนการการฟอกเงิน โดยการเปลี่ยนเงินสกปรกให้เป็นเงินสด เช่นการนำเงินที่ได้จากการทุจริตไปลงทุนทำธุรกิจเมื่อได้ผลกำไรจากการประกอบกิจการนั้นเงินนั้นก็จะเป็นเงินสด ซึ่งแท้ที่จริงแล้วการฟอกเงินมิใช่กระบวนการเดียวของผู้กระทำผิด แต่ยังมีการฟอกทรัพย์สินด้วย กล่าวคือเป็นการนำทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดไปเปลี่ยนสภาพเป็นทรัพย์สินอื่นแทน เช่นการได้บ้านมาจากการทุจริตและขายบ้านไปเพื่อนำเงินมาซื้อรถแทน เช่นนี้รถยนต์ที่ได้มาก็เป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการฟอกทรัพย์สินซึ่งประเด็นการฟอกทรัพย์สินดังกล่าวได้นำไปสู่กระบวนการแก้ไขกฎหมายฟอกเงินของประเทศไทยในเวลาต่อมา³⁵ ทั้งนี้มาตรการเพื่อป้องกันการฟอกเงิน ถือเป็นมาตรการบังคับ (mandatory requirement) ที่รัฐภาคีมีพันธกรณีที่จะต้องดำเนินการตาม โดยกำหนดให้รัฐภาคีพึงออกกฎระเบียบควบคุมสถาบันการเงินในการโอนเงินหรือทรัพย์สินที่มีค่า เพื่อยับยั้งและตรวจสอบการฟอกเงินในทุกรูปแบบ และดำเนินการจัดตั้งศูนย์ข้อมูลทางการเงิน เพื่อให้เป็นศูนย์กลางระดับชาติ สำหรับการรวบรวม การวิเคราะห์และการเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับการฟอกเงินที่อาจเกิดขึ้น

นอกจากนั้น ข้อ 23 ของอนุสัญญา ยังกำหนดให้รัฐภาคีกำหนดมาตรการทาง นิติบัญญัติ และมาตรการอื่นที่จำเป็นเพื่อกำหนดให้การฟอกเงินที่ได้มาจากการกระทำความผิดเป็นความผิดทางอาญา ซึ่งมาตรการดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับหลักกฎหมายภายใน (fundamental

³⁵ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ร.บ.ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ฉบับที่ 2 พ.ศ.2551 มาตรา 3 ได้นิยามคำว่า “ทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด”

principles of domestic law) ของรัฐภาคีนั้น อีกด้วย โดยกำหนดให้การกระทำความผิดโดยเจตนา 4 ความผิดดังต่อไปนี้เป็นความผิดทางอาญาที่เกี่ยวกับการฟอกเงิน

1. “ข้อ 23. 1 ก (1) การปรับเปลี่ยน หรือการโอน³⁶ (conversion or transfer) ซึ่งทรัพย์สิน³⁷ โดยรู้ว่าทรัพย์สินนั้นเป็นสิ่งที่ได้มาจากการกระทำความผิด³⁸ (proceeds of crime) โดยประสงค์เพื่อการปิดบังหรือซ่อนเร้น ที่มาอันมิชอบของทรัพย์สินนั้น หรือเพื่อช่วยเหลือบุคคลใด ซึ่งเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดมูลฐาน ให้หลบเลี่ยงผลทางกฎหมาย อันเกิดจากการกระทำความผิดของบุคคลนั้น”

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาในส่วนนี้³⁹ การกระทำนั้นจะต้องเป็นไปด้วยความเจตนา โดยพิจารณาได้จากพฤติกรรมข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้น⁴⁰ ผู้กระทำความผิดจะต้องรู้ในขณะที่กระทำการปรับเปลี่ยนหรือการโอนทรัพย์สินจากการกระทำความผิดนั้นว่าเป็นความผิด และการกระทำดังกล่าวจะต้องทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการปกปิด หรือซ่อนเร้นการกระทำความผิดนั้น (objective factual circumstances)

2. “ข้อ 23. 1 ก (2) การปิดบังซ่อนเร้นที่มา ที่ตั้ง การจำหน่ายใช้สอย การเคลื่อนไหว หรือการเป็นเจ้าของ หรือสิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สิน โดยรู้ว่าทรัพย์สินดังกล่าวเป็นสิ่งที่ได้มาจากการกระทำความผิด”

การกำหนดความผิดในเรื่องนี้⁴¹ มีองค์ประกอบที่กว้างมาก ซึ่งรวมถึงการปิดบังซ่อนเร้นเกือบจะทุกลักษณะเกี่ยวกับข้อมูลของทรัพย์สินนั้น และต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา ผู้กระทำความผิด

³⁶ “การปรับเปลี่ยน หรือการโอน” ให้ความหมายรวมถึงทรัพย์สินทางการเงิน ที่ถูกยกย้ายหรือเปลี่ยนแปลงเป็นอื่นด้วย

³⁷ ข้อ 2 UNCAC

ง. ทรัพย์สิน ให้ความหมายถึงสินทรัพย์ทุกชนิด ไม่ว่าจะเป็นวัตถุหรือไม่เป็นวัตถุ สंहามทรัพย์หรืออสังหามทรัพย์ มีรูปร่างหรือไม่รูปร่าง และเอกสารหลักฐานทางกฎหมาย หรือเอกสารสิทธิที่แสดงหรือเพื่อประโยชน์ของสินทรัพย์ดังกล่าว

³⁸ “สิ่งที่ได้มาจากการกระทำความผิด” หมายถึงสิ่งที่ได้มาจากการกระทำความผิด ทุกทรัพย์สินที่ได้รับจาก/ ได้มาจาก ทั้งทางตรงและทางอ้อม จากการกระทำที่เป็นความผิด ตามข้อ 2 จ. UNCAC

³⁹ Liability on providers

⁴⁰ ข้อ 28 UNCAC

⁴¹ Liability on providers

จะต้องรู้ว่าทรัพย์สินนั้นเป็นสิ่งที่ได้มาจากการกระทำความผิด ในขณะที่กระทำ อย่างไรก็ตามการปิดบังซ่อนเร้นนี้ไม่จำเป็นว่าจะต้องเป็นการปิดบังซ่อนเร้นเพื่อให้ไม่สามารถแกะรอย หาดำเนินการของทรัพย์สินที่แท้จริงเท่า นั้น⁴²

3. “ข้อ 23. 1 (ข) (1) ภายใต้บังคับของหลักการพื้นฐานของระบบกฎหมายของประเทศนั้น

(1). การได้มา การครอบครอง หรือการใช้ทรัพย์สิน โดยผู้ในเวลาที่ได้รับทรัพย์สินนั้นมาว่าทรัพย์สินนั้นเป็นสิ่งที่ได้มาจากการกระทำความผิด”

โดยความผิดในข้อนี้⁴³ จะต้องเป็นการเจตนา และรู้ขณะกระทำความผิดนั้นว่าทรัพย์สินที่ได้มานั้นได้มาจากการกระทำความผิด

4. “ข้อ 23. 1 (ข) (2) การมีส่วนร่วม การเข้าร่วม หรือการสมคบเพื่อกระทำ พยายาม กระทำ และช่วยเหลือยุยงส่งเสริม สนับสนุน และให้คำปรึกษาหารือในการกระทำความผิดประเภทที่ระบุไว้ในข้อนี้”

การกำหนดความผิดในข้อ 23 (1) (ข) (2) นี้ อนุสัญญาจะมีได้นิยามความหมายของคำเหล่านี้ไว้⁴⁴ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นให้รัฐภาคีสามารถไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายใน อย่างไรก็ตามก็รัฐภาคีก็ควรจะต้องอ้างอิงถึงพฤติกรรมที่เป็นส่วนประกอบของความผิดของข้อ 23 โดยกำหนดให้มีการล้อตามกัน ทั้งนี้รัฐภาคีจะต้องกำหนดระดับขั้นต่ำของขอบเขตความผิดทางอาญาทั้งหมดที่ระบุไว้ในอนุสัญญานี้ให้เป็นความผิดมูลฐาน เนื่องจากแต่ละรัฐภาคีต่างก็มีเขตอำนาจในการดำเนินคดีเรื่องนี้ต่างกัน ซึ่งกรณีของการกำหนดให้เป็นความผิดอาญาในรัฐภาคีแต่ละรัฐต่างกัน ก็ย่อมจะส่งผลต่อการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างกันด้วย ดังนั้นเพื่อให้รัฐภาคีสามารถใช้หลัก dual criminality ได้ในกรณีต่างรัฐกัน อนุสัญญานี้จึงได้กำหนดให้รัฐภาคี กำหนดขั้นต่ำของความผิดตามอนุสัญญานี้ให้เป็นความผิดมูลฐานด้วย

ปัญหาเรื่องการให้คำจำกัดความคำว่า “ความผิดมูลฐาน” ซึ่งแต่ละประเทศจะมีการกำหนดไว้ไม่เหมือนกัน บางประเทศก็มีการกำหนดเพียงบางเรื่องให้เป็นความผิดมูลฐาน ในขณะที่บางประเทศอาจกำหนดไว้อย่างละเอียดเกี่ยวกับความผิดมูลฐานที่รัฐนั้นบัญญัติไว้ อย่างไรก็ตามก็ดี อนุสัญญาได้กำหนดให้ความผิดที่มีการกระทำนอกเขตอำนาจของประเทศภาคนั้น จะเป็น

⁴² Organized Crime Convention ก็ได้กำหนดลักษณะการปิดบังซ่อนเร้นไว้เช่นนี้เหมือนกัน ใน ข้อ 6 วรรค 1 (a)(b)

⁴³ Liability on recipients

⁴⁴ เช่นเดียวกับ Organized Crime Convention ข้อ 6 ก็มีได้นิยามไว้เช่นกัน

ความผิดมูลฐานได้ ก็เฉพาะเมื่อการกระทำที่เกี่ยวข้องนั้น เป็นความผิดทางอาญาภายใต้กฎหมายภายในของประเทศที่มีการกระทำนั้นๆ และอาจเป็นความผิดทางอาญาภายใต้กฎหมายภายในของประเทศภาคีที่ได้ดำเนินการหรือใช้บังคับตามความในข้อนี้ หากการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นในประเทศภาคีนั้น⁴⁵

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าอนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดให้รัฐภาคีมีพันธกรณีที่จะต้องทำ (mandatory requirement) ในเรื่องการกำหนดให้การฟอกเงินตามอนุสัญญาเป็นความผิดทางอาญาใน 4 กรณีข้างต้น สำหรับอนุสัญญาอื่นๆ การฟอกเงินได้กำหนดเป็นพันธกรณีให้รัฐภาคีจะต้องทำ (mandatory requirement) ไว้เช่นกัน เช่น OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transaction Article 7 , African Union Convention on Preventing and Combating Corruption Article 6 (a) (b)(c) , Criminal Law Convention on Corruption Article 13 , Inter-American Convention Against Corruption Article 6 d.

2.2. การส่งผู้ร้ายข้ามแดน

การส่งผู้ร้ายข้ามแดน เป็นการส่งคืนผู้กระทำผิดที่หลบหนีออกมาคืนสู่เขตอำนาจศาลนั้นในการดำเนินคดี กรณีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในอนุสัญญาฉบับนี้ถูกกำหนดไว้อยู่ในหมวดของความร่วมมือระหว่างประเทศ ซึ่งความร่วมมือในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามอนุสัญญานี้เอง ถือเป็นกระบวนการที่สำคัญกระบวนการหนึ่งในการนำผู้กระทำผิดมาลงโทษ

สำหรับประเด็นการส่งผู้ร้ายข้ามแดนถือเป็นประเด็นหนึ่งที่อนุสัญญาฉบับนี้ได้ให้ความสำคัญไว้ด้วยเช่นกัน ซึ่งโดยปกติแล้ว การส่งผู้ร้ายข้ามแดนมักกระทำในรูปแบบของสนธิสัญญา เพื่อที่จะส่งคืนผู้กระทำผิดไปยังเขตอำนาจศาลของรัฐนั้น⁴⁶ ซึ่งในปลายศตวรรษที่ 19

⁴⁵ ข้อ 23. 2 (ค)

⁴⁶ ปกติการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะเป็นการกระทำต่อเมื่อมีการร้องขอ แต่ก็มีบางกรณีที่เป็นการเสนอส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้เองโดยไม่ต้องมีการร้องขอ เช่น โคลัมเบีย จะเสนอการส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้รัฐอื่นโดยมิต้องมีการร้องขอ

นี้เอง ที่รัฐต่างๆได้มีการทำสนธิสัญญาทวิภาคีเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนกันมาก⁴⁷ ทั้งนี้จะเห็นได้ว่ารัฐต่างๆทั่วโลกต่างก็มีความพยายามที่จะกำจัดการหลบหนีพักพิงของผู้กระทำผิดในดินแดนรัฐอื่นที่อยู่นอกเขตอำนาจศาล

ในหลายๆสนธิสัญญา การส่งผู้ร้ายข้ามแดน ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับ dual criminality ไว้ซึ่งจะถูกนำมาปรับใช้เมื่อการกระทำความผิดนั้นได้ถูกกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาของทั้งรัฐที่ร้องขอ และรัฐที่ถูกร้องขอ ทั้งนี้ความผิดดังกล่าวจะต้องมีบทลงโทษกำหนดขั้นต่ำไว้เป็นการจำคุกอย่างน้อย 1 ปี

โดยหลักการนี้ได้ส่งผลให้ หากมีการกระทำความผิดในรูปแบบใหม่ๆเกิดขึ้น ผู้มีอำนาจในรัฐภาคีก็จะต้องดำเนินการปรับปรุงสนธิสัญญาให้มีความทันสมัย และครอบคลุมการกระทำความผิดในรูปแบบใหม่ๆที่เกิดขึ้นด้วย เพื่อให้การกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญาที่ตรงกันทั้ง 2 รัฐภาคี อันจะส่งผลในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนสามารถส่งข้ามแดนกันได้

อย่างไรก็ดีบางอนุสัญญาก็ได้มีการกำหนดบทบัญญัติที่เป็นความผิดเพื่อส่งผู้ร้ายข้ามแดนไว้อย่างเจาะจง⁴⁸ สำหรับอนุสัญญาฉบับนี้ถือได้ว่าเป็นการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำ ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน และที่สำคัญอนุสัญญาฉบับนี้ยังได้อนุญาตให้มีการยกระดับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามหลัก dual criminality ด้วย กล่าวคือ อนุสัญญาอนุญาตให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้แม้ความผิดที่ได้กระทำนั้นจะไม่อาจลงโทษได้ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศนั้น แต่ทั้งนี้ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายภายในของประเทศนั้นอนุญาตให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีเช่นนั้นได้⁴⁹

จะเห็นได้ว่าหากรัฐภาคีนั้นไม่มีกฎหมายภายในที่อนุญาตให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ รัฐภาคีก็ไม่สามารถดำเนินการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ หากรัฐภาคีต้องการดำเนินการตามอนุสัญญานี้ โดยไม่ต้องเป็นไปตามหลัก dual criminality⁵⁰ รัฐภาคีนั้นก็จำเป็นที่จะต้องออกกฎหมายภายในรองรับการกระทำความผิดด้วย ทั้งนี้ผู้ที่ออกกฎหมายจะต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของอนุสัญญานี้ในการ

⁴⁷ สนธิสัญญาการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น มีข้อกำหนดในหลายรูปแบบแตกต่างกันไปตามแต่ละรัฐ ซึ่งครอบคลุมการกระทำความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ต่างกัน อย่างไรก็ตามรัฐก็อาจมีการกำหนดให้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้โดยไม่ต้องมีสนธิสัญญารองรับ

⁴⁸ เช่น OECD Bribery Convention ข้อ 10

The Organized Crime Convention ข้อ 16

⁴⁹ ข้อ 44 วรรค 2

⁵⁰ การส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยยกเว้นหลัก dual criminality ตามอนุสัญญานี้เป็นเพียงมาตรการทางเลือก (optional requirement)

ให้หลักประกันที่ชอบธรรมในทุกขั้นตอนของการดำเนินการ รวมทั้งสิทธิที่พึงพิง ที่กำหนดไว้ในกฎหมายภายในของประเทศภาคีที่บุคคลนั้นได้ปรากฏตัวอยู่ในอาณาเขตของประเทศนั้นด้วย⁵¹

สิ่งที่อนุสัญญากำหนดให้รัฐภาคีมีพันธกรณีที่ต้องทำในเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ซึ่งข้อ 44 วรรค 1 ได้กำหนดไว้ว่า

ข้อ 44. 1.“ ความในข้อนี้ให้ใช้กับความผิดในประเภทที่ระบุไว้ในอนุสัญญานี้สำหรับกรณีบุคคล ซึ่งทำตามคำร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนต้องการตัวนั้น ได้ปรากฏตัวอยู่ในอาณาเขตของประเทศภาคีที่ถูกร้องขอ ทั้งนี้โดยมีข้อแม้ว่า ความผิดที่ระบุในคำร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นจะต้องเป็นความผิดที่อาจลงโทษได้ภายใต้กฎหมายภายในของทั้งประเทศภาคีที่ร้องขอ และประเทศภาคีที่ถูกร้องขอนั้นด้วย”

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าอนุสัญญานี้ได้วางหลักเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยให้ปฏิบัติตามหลัก dual criminality กล่าวคือ ความผิดนั้น⁵² จะต้องเป็นความผิดที่มีอยู่ในกฎหมายภายในของทั้งรัฐที่ร้องขอและรัฐที่ถูกร้องขอ

อย่างไรก็ดี เนื่องจากอนุสัญญานี้มีทั้งการกำหนดความผิดที่เป็นทั้งพันธกรณีที่ต้องทำ (mandatory requirement) และการกำหนดความผิดที่เป็นทางเลือก (optional requirement) และหากบางรัฐภาคีได้เห็นชอบในการกำหนดความผิดตามอนุสัญญาที่เป็นทางเลือกขึ้นมา ซึ่งในขณะที่รัฐภาคีอื่นอาจยังไม่เห็นชอบด้วย หรือยังไม่มีความพร้อมในการดำเนินการตามนั้น จึงยังมิได้กำหนดเป็นความผิด ในกรณีเช่นนี้ หากนำหลัก dual criminality มาใช้ก็จะเป็นอุปสรรคในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ด้วยการเล็งเห็นถึงปัญหาเหล่านี้ อนุสัญญานี้จึงได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ในข้อ 44 วรรค 2 โดยรัฐภาคีสามารถยกเว้นหลัก dual criminality ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ กรณีที่มีกฎหมายภายในอนุญาตไว้ เพื่อเป็นทางเลือก (optional requirement) ของรัฐภาคีได้อีกด้วยโดยจะเห็นได้จากข้อ 44 วรรค 2 ที่กำหนดไว้ว่า

“ แม้จะมีบทบัญญัติของวรรค 1 ของข้อนี้ดังกล่าวก็ตาม ประเทศภาคีก็อาจอนุญาตให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนสำหรับบุคคลในความผิดประเภทที่ระบุไว้ในอนุสัญญานี้ได้ แม้ความผิดนั้นเป็นการกระทำที่ไม่อาจลงโทษได้ ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศนั้น แต่ทั้งนี้ต้องเป็นกรณีที่ตามกฎหมายภายในของประเทศนั้น อนุญาตให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีเช่นนั้นได้”

⁵¹ ข้อ 44 วรรค 14

⁵² ความผิดที่เป็นพันธกรณีที่รัฐต้องกำหนดเป็นความผิดทั้งหมด ตาม UNCAC

กรณีมีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดน

สำหรับกรณีที่รัฐภาคีนั้น มีสนธิสัญญาการส่งผู้ร้ายข้ามแดนกันอยู่ก่อนแล้ว ในขณะที่มีการยื่นเอกสารการให้สัตยาบัน การยอมรับ การเห็นชอบ หรือการภาคยานุวัติ ในอนุสัญญาฉบับนี้ ให้รัฐภาคีแจ้งต่อเลขาธิการสหประชาชาติว่าจะใช้ออนุสัญญาฉบับนี้ เป็นพื้นฐานในการพิจารณาให้ความร่วมมือ ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่ และหากรัฐภาคีไม่ใช้ออนุสัญญานี้เป็นพื้นฐาน ก็ให้รัฐภาคีดำเนินการ จัดทำสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน กับรัฐภาคีของอนุสัญญาฉบับนี้ กับรัฐอื่นๆด้วย⁵³

ประเทศภาคีที่ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน จะต้องเป็นไปตามสนธิสัญญาการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่มีอยู่ระหว่างกัน ก็ให้ถือว่าความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ตามอนุสัญญานี้เป็นความผิดที่รัฐภาคีสามารถดำเนินการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ในระหว่างรัฐภาคี นั้น⁵⁴ อย่างไรก็ตามการกำหนดความผิดดังกล่าวข้างต้นนั้น รัฐภาคีจะต้องบัญญัติกฎหมายภายในให้ครอบคลุมถึงการกระทำความผิดดังกล่าวด้วย

กรณีไม่มีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดน

กรณีที่รัฐภาคีไม่ได้มีสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างกัน รัฐภาคีที่ถูกร้องขอ อาจพิจารณานำเอาอนุสัญญาฉบับนี้ มาเป็นพื้นฐานทางกฎหมาย ในการพิจารณาส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้⁵⁵

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามอนุสัญญาฉบับนี้ ถือเป็นการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำ ที่หากกรณีรัฐภาคี มีสนธิสัญญาทวิภาคีอยู่แล้ว ก็ให้พิจารณาว่าครอบคลุมการกำหนดความผิดในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามสนธิสัญญานี้ด้วยหรือไม่ ถ้าสนธิสัญญาทวิภาคีนั้นยังครอบคลุมไม่ครบ รัฐภาคีก็ต้องนำความผิดดังกล่าวรวมอยู่ในสนธิสัญญาทวิภาคีนั้นด้วย ตามข้อ 44 วรรค 4 และหากกรณีรัฐภาคีไม่มีสนธิสัญญาการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไว้ ก็ให้รัฐภาคีดำเนินการในเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ตามอนุสัญญาฉบับนี้ ตามข้อ 44 วรรค 5 เพื่อเป็นการอุดช่องว่างกรณีไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

⁵³ ข้อ 44 วรรค 6

⁵⁴ ข้อ 44 วรรค 7

⁵⁵ ข้อ 44 วรรค 5

2.3. การทุจริตภาคเอกชน

อนุสัญญาฉบับนี้ได้กล่าวถึงเรื่องการทุจริตภาคเอกชนไว้ด้วย ซึ่งได้ถูกกำหนดไว้ในมาตรการป้องกัน โดยได้กำหนดเป็นพันธกรณีที่รัฐภาคีจะต้องดำเนินการ (mandatory requirement) ไว้ดังนี้

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

อนุสัญญาได้เรียกร้องให้รัฐภาคีกำหนดมาตรการ 3 มาตรการ ในการป้องกันการทุจริตในภาคเอกชน โดยให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายภายในด้วยดังนี้ 1. มาตรการป้องกันในภาคเอกชน 2. ส่งเสริมมาตรการทางบัญชีและการตรวจสอบบัญชี 3. กำหนดบทบัญญัติในการลงโทษทางอาญากรณีการไม่ดำเนินการตามมาตรฐานทางการตรวจสอบบัญชีและตรวจสอบภายใน ที่เหมาะสมและได้สัดส่วน⁵⁶

นอกจากนี้อนุสัญญายังได้กำหนดให้รัฐภาคีดำเนินการพิเศษ ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิด ในทางบัญชี ทั้งนี้โดยสอดคล้องกับหลักกฎหมายภายในประเทศ ของรัฐภาคีนั้นๆ⁵⁷ กล่าวคือมาตรการดังกล่าวจะต้องมีการบัญญัติเป็นกฎหมายภายในรัฐภาคีนั้น และข้อ 22 วรรค 4 อนุสัญญาฉบับนี้ ยังได้กำหนดเป็นพันธกรณีที่รัฐภาคีต้องไม่อนุญาตให้มีการหักลดหย่อนภาษี

⁵⁶ ข้อ 12 วรรค 1

⁵⁷ ข้อ 12 วรรค 3

- (ก) การจัดให้มีสมุดบัญชีนอกระบบ
- (ข) การจัดทำสมุดบัญชีนอกระบบหรือธุรกรรมที่ปกปิด
- (ค) การบันทึกค่าใช้จ่ายที่ไม่มีอยู่จริง
- (ง) การเข้ารับผิดโดยไม่ได้มีความรับผิดชอบอยู่จริง
- (จ) การใช้เอกสารอันเป็นเท็จ และ
- (ฉ) การทำลายโดยจงใจ ซึ่งเอกสารที่เก็บไว้ โดยเป็นการทำลายก่อนกำหนดเวลาตามกฎหมาย

สำหรับค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการให้สินบน ซึ่งเป็นองค์ประกอบของความผิด ประเภทที่ระบุไว้ในข้อ 15⁵⁸ และข้อ 16⁵⁹ ของอนุสัญญาฉบับนี้ กล่าวคือ หากมีการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐ หรือเจ้าหน้าที่รัฐระหว่างประเทศ เอกชนผู้นั้นก็ไม่สามารถนำรายจ่ายที่เสียไปเพื่อการให้สินบนนั้น เป็นรายจ่ายเพื่อนำมาหักลดหย่อนภาษีได้ ทั้งนี้บทบัญญัตินี้มีวัตถุประสงค์เพื่อขจัดความไม่สม่ำเสมอของกฎหมาย ซึ่งในบางรัฐภาคี อาจมีการอนุญาตให้มีการได้ผลประโยชน์จากการติดสินบนเจ้าหน้าที่ของรัฐระหว่างประเทศ หรือเจ้าหน้าที่รัฐองค์การระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ดี นอกเหนือจากมาตรการที่เป็นพันธกรณีให้รัฐภาคีต้องดำเนินการข้างต้นแล้ว อนุสัญญาฉบับนี้ยังได้กำหนดมาตรการที่เป็นทางเลือก (optional requirement) ที่น่าสนใจหลายมาตรการสำหรับรัฐภาคีในการป้องกันการทุจริตภาคเอกชนอีกด้วย เช่น ข้อ 12 (จ) เกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ โดยกำหนดห้ามไม่ให้อดีตเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรืออดีตพนักงานของรัฐไปประกอบวิชาชีพในภาคเอกชนภายหลังการลาออก หรือการเกษียณอายุจากราชการนั้น ในกรณีที่มีการประกอบวิชาชีพ หรือการเป็นลูกจ้างของภาคเอกชนดังกล่าว จะเกี่ยวข้องโดยตรงกับหน้าที่ราชการที่อยู่ภายใต้การควบคุมของอดีตเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรืออดีตพนักงานของรัฐนั้น ในระหว่างเวลาของการปฏิบัติงานในภาครัฐนั้น ประกอบกับ ข้อ 8 วรรค 5 ในเรื่องการจัดทำประมวลการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่รัฐภาคีแต่ละประเทศพึงใช้ความพยายามเพื่อจัดให้มีมาตรการและระบบ ซึ่งกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ จะต้องแสดงต่อหน่วยงานที่มีบทบาทหน้าที่เกี่ยวข้องในเรื่องกิจกรรมภายนอก การรับจ้าง การลงทุน และของขวัญหรือผลประโยชน์จำนวนมาก ซึ่งอาจเกิดความขัดกันแห่งผลประโยชน์ต่องานในหน้าที่ ของเจ้าหน้าที่รัฐนั้น นอกเหนือจากประการอื่นๆที่ต้องแสดง ทั้งนี้ในกรณีที่สมควรและโดยสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายภายในของประเทศนั้น นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตอีกประการหนึ่งคือการกำหนดให้การทุจริตภาคเอกชนเป็นความผิดทางอาญาซึ่งประเทศต่างๆที่ประสบความสำเร็จในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต มักมีการกำหนดความผิดทางอาญาเกี่ยวกับการให้/รับสินบนของเอกชนควบคู่ไปกับความผิดเกี่ยวกับการให้/รับสินบนของเจ้าหน้าที่รัฐ เช่น The Business Principle for Countering Bribery 2002 ของสหรัฐอเมริกา⁶⁰ , PREVENTION OF BRIBERY ORDINANCE ของฮ่องกง⁶¹ , Council

⁵⁸ ข้อ 15 Bribery of national public officials.

⁵⁹ ข้อ 16 Bribery of foreign public officials and officials of public international organization.

⁶⁰ The Center for International Private Enterprise เป็นองค์กรไม่แสวงผลกำไรของหอการค้าอเมริกาได้ทำการออก Center for International Private Enterprise Reform toolkit

Framework Decision 2003/568/JHA of 22 July 2003 on combating corruption in the private sector⁶² เพราะการทุจริตสามารถเกิดขึ้นได้ทั้งในระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน และระหว่างภาครัฐกับภาคเอกชน แต่ออนุสัญญา UNCAC ข้อ 12 จะเป็นการกำหนดมาตรการทางด้านการบัญชีและการตรวจสอบบัญชีภายในซึ่งยังไม่มีกำหนดให้การให้/ติดสินบนของเอกชนเป็นความผิดอาญาแต่อย่างใด

2.4. การติดตามเอาทรัพย์สิน

การทุจริต⁶³ ส่วนใหญ่เมื่อผู้กระทำผิดได้กระทำการทุจริตแล้วในลำดับต่อมาก็มักจะมีการกระทำในลักษณะการส่งออกซึ่งทรัพย์สินที่ได้มาโดยมิชอบไปยังประเทศอื่นเพื่อปกปิดและให้ยากแก่การติดตาม หลายประเทศจึงได้ตระหนักถึงเรื่องนี้และให้ความสำคัญกับเรื่องนี้⁶⁴ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกระบวนการในการริบทรัพย์สินและการส่งคืนซึ่งทรัพย์สินที่ถูกขโมยไป จึงได้มี

2008 (TIs และ Social Accountability International โดยการสนับสนุนของ CIPE ได้พัฒนา business principles เพื่อเป็นเครื่องมือในการต่อสู้กับการให้สินบน (เป็นเครื่องมือที่เน้นการต่อต้านการทุจริตในภาคเอกชน) ในระยะแรกมีการทดลองใช้ใน 7 ประเทศ ต่อมาก็ได้ขยายวงกว้างขึ้นเรื่อยๆและพัฒนามาเป็นพื้นฐานส่วนหนึ่งของ 10th principle of The UN Global compact on Anti-Corruption

⁶¹ Section9 Corrupt transactions with agents

⁶² กำหนดให้การให้และรับสินบน ทั้งactive และpassive ในภาคเอกชนเป็นความผิดทางอาญา ซึ่งรวมถึงความรับผิดของนิติบุคคลด้วย ซึ่งเอกชนในที่นี้รวมถึงองค์กรที่แสวงกำไรและองค์กรที่ไม่แสวงผลกำไรด้วย

⁶³ ส่วนใหญ่จะเป็น grand corruption ซึ่งเป็นการทุจริตโดยเจ้าหน้าที่รัฐระดับสูง

⁶⁴ เช่น A report of the Secretary-General (A/57/158 and Add.1 and 2) ได้แสดงให้เห็นว่ารัฐภาคีของสหประชาชาติและองค์กรระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ได้ยืนยันเป็นลำดับแรกในสังคมระหว่างประเทศในการต่อต้านการทุจริต โดยเฉพาะปัญหาการถ่ายโอนเงินทุนข้ามชาติที่ได้มาโดยมิชอบ และการส่งคืนซึ่งเงินนั้น

ความพยายามในรูปแบบต่างๆเกี่ยวกับการติดตามนำทรัพย์สินซึ่งถือได้ว่าเป็นวิธีหนึ่งในการตัดท่อน้ำเลี้ยงของกระบวนการการทุจริตอีกด้วย

อนุสัญญาฉบับนี้เป็นอนุสัญญาฉบับแรกที่บัญญัติถึงเรื่องการติดตามเอาทรัพย์สินกลับคืน อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดีตาม ขั้นตอนกระบวนการตามกฎหมายในการติดตามเอาทรัพย์สินกลับคืนนั้น ไม่ได้เป็นเพียงแค่เรื่องเดียวในบทนี้เท่านั้น แต่ยังรวมถึงมาตรการป้องกันต่างๆอีกหลายมาตรการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของการต่อต้านการฟอกเงิน เช่น ข้อ 52 และนอกจากนั้นอนุสัญญานี้ยังกำหนดให้มีกลไกสำหรับการติดตามเอาทรัพย์สินกลับคืนโดยผ่านความร่วมมือในทางระหว่างประเทศในเรื่องของการริบทรัพย์ (confiscation) เช่นเดียวกับการกำหนดให้ประเทศต่างๆต้องกำหนดมาตรการสำหรับการติดตามเอาทรัพย์สินกลับคืนโดยตรง เช่น ผ่านการดำเนินคดีทางแพ่ง (through civil suits) โดยกำหนดให้ประเทศต่างๆจะต้อง “ดำเนินการมาตรการดังกล่าวตามความจำเป็น” ในการที่จะอนุญาตให้ศาลมีคำสั่งว่าค่าทดแทนนั้นได้จ่ายโดยบุคคลผู้ซึ่งได้กระทำความผิดทางอาญาตามที่กำหนดไว้ภายใต้อนุสัญญานี้แก่ประเทศคู่กรณีอื่นที่ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนซึ่งการกระทำดังกล่าว⁶⁵ นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคืนทรัพย์สินเมื่อได้ยึดหรือริบมาแล้วให้คืนแก่เจ้าของที่ถูกต้องตามกฎหมายที่แท้จริงอีกด้วย โดยอนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดเป็นพันธกรณีที่ต้องทำในเรื่องการติดตามเอาทรัพย์สินคืนไว้ในข้อ 51 ซึ่งถือได้ว่าเป็นหลักการพื้นฐานของอนุสัญญาฉบับนี้ ทั้งนี้รัฐภาคีจะต้องจัดให้มีมาตรการอย่างกว้างขวางที่สุดเพื่อความร่วมมือและการช่วยเหลือกันในการติดตามเอาสินทรัพย์คืน โดยรัฐภาคีสามารถนำ Anti-Corruption Toolkit⁶⁶ ที่ออกโดย UNODC ซึ่งได้กำหนดแนวทางในการช่วยเหลือกันทางด้านเทคนิคไว้มาเป็นคู่มือได้

การติดตามนำทรัพย์สินกลับคืนโดยตรง (ข้อ 52)

อนุสัญญา ข้อ 52 ได้กำหนดเป็นพันธกรณีที่ต้องทำ (mandatory requirement) ในเรื่องการป้องกันและการตรวจสอบการโอนเงินซึ่งได้มาจากการกระทำความผิดไว้ดังนี้

ข้อ 52 “โดยไม่กระทบต่อข้อ 14 ของอนุสัญญาฉบับนี้ ประเทศภาคีแต่ละประเทศพึงดำเนินมาตรการที่จำเป็นดังกล่าวโดยสอดคล้องกับกฎหมายภายในของประเทศนั้น เพื่อ

⁶⁵ ข้อ 53 (ง) UNCAC

⁶⁶ www.unodc.org/unodc/corruption_toolkit.html

1. กำหนดให้สถาบันทางการเงินภายในเขตอำนาจของประเทศนั้นทำการตรวจสอบรายละเอียดที่บ่งบอกตัวลูกค้า ซึ่งเป็นเจ้าของที่รับประโยชน์จากเงินทุนที่ฝากไว้ในบัญชีซึ่งมีจำนวนเงินสูงมาก (high value accounts)⁶⁷ ...”

จากบทบัญญัติข้างต้น “โดยไม่กระทบต่อข้อ 14 ของอนุสัญญาฉบับนี้” หมายถึง มาตรการการป้องกันการฟอกเงินในข้อ 14 ซึ่งรวมถึง 40 recommendations⁶⁸ และ 9 recommendations of The Financial Action Task Force on Money Laundering⁶⁹ สำหรับเกณฑ์ในการตรวจสอบคุณสมบัติของลูกค้าเช่นนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่าการกำหนดดังกล่าวย่อมแตกต่างกันไปตามความเข้มงวดของแต่ละรัฐภาคี ซึ่งอาจก่อให้เกิดเป็นการลักลั่นไม่เหมือนกันของมาตรการดำเนินการของแต่ละรัฐภาคีก็เป็นได้

การติดตามนำทรัพย์สินกลับคืนโดยความร่วมมือระหว่างประเทศ (ข้อ 54-55) เป็นการติดตามทรัพย์สินคืนโดยใช้กลไกความร่วมมือระหว่างประเทศ ซึ่งข้อ 54 ได้กำหนดให้เป็นพันธกรณีที่รัฐจะต้องดำเนินการตามอนุสัญญา กล่าวคือเมื่อต่างประเทศร้องขอให้ทำการริบทรัพย์สินโดยที่ศาลต่างประเทศมีคำสั่งให้ริบทรัพย์สินแล้ว ทางประเทศไทยต้องสามารถดำเนินการตามคำสั่งริบทรัพย์สินของศาลต่างประเทศได้ หรือดำเนินคดีตามกฎหมายไทยในกรณีที่ศาลไทยมีเขตอำนาจเพื่อให้มีการริบทรัพย์สินได้ รวมทั้งในกรณีที่มีการขอให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินก่อนที่จะมีคำพิพากษาให้ริบทรัพย์สินนั้น รัฐภาคีต้องสามารถทำการอายัดหรือยึดทรัพย์สินตามคำสั่งอายัดหรือยึดทรัพย์สินของศาลหรือหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ในต่างประเทศและต้องสามารถออกคำสั่งอายัดหรือยึดทรัพย์สินตามคำร้องขอของต่างประเทศได้ด้วย ซึ่งเป็นการวางมาตรการการยึดอายัด และริบทรัพย์สินตามคำร้องขอของต่างประเทศไว้อย่างกว้างขวางให้ต้องสามารถดำเนินการ

⁶⁷ ประเด็นเรื่อง high value accounts การกำหนดแค่นี้จึงจะเป็นจำนวนเงินที่สูงมากของแต่ละรัฐภาคี เพื่อให้สถาบันการเงินตรวจสอบรายละเอียด เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาและกำหนดภายใต้แต่ละบริบทของแต่ละประเทศ

⁶⁸ The 40 recommendations ถือเป็นความตกลงของแต่ละรัฐในการดำเนินการตามกฎหมาย การพัฒนาด้านเศรษฐกิจ โดยการอนุวัติการตามคำแนะนำนี้โดยขึ้นอยู่กับสภาพการณ์แวดล้อมและกรอบรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศ เป็น International Standard Anti-Money Laundering

⁶⁹ ข้อแนะนำ 40 ข้อเป็นข้อแนะนำที่ใช้เพื่อต่อต้านการฟอกเงินและข้อแนะนำพิเศษ 9 ข้อเป็นการการต่อต้านการอุดหนุนทางการเงินแก่ผู้ก่อการร้าย

ได้ทั้งกรณีที่แตกต่างกันมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ยึด อาศัย หรือริบทรัพย์สินแล้ว และในกรณีที่รัฐต่างประเทศร้องขอให้มีการยึด อาศัย หรือริบทรัพย์สินโดยที่ยังไม่มีคำพิพากษาหรือคำสั่งดังกล่าวก็ตาม

นอกจากนั้นอนุสัญญาฯ ยังได้กำหนดมาตรการที่เป็นทางเลือกที่รัฐภาคีต้องพึงพิจารณาอย่างจริงจังที่จะให้ความร่วมมือ ในส่วนนี้ คือกรณีที่พิจารณาให้มีการริบทรัพย์สินได้แม้ไม่มีการลงโทษทางอาญาในคดีเพราะผู้กระทำความผิดถึงแก่ความตาย หลบหนี หรือไม่ได้ตัวมาฟ้องคดี หรือเนื่องด้วยเหตุผลจำเป็นอย่างอื่น ๆ และพิจารณาให้มีการเก็บรักษาทรัพย์สินไว้เพื่อการยึดทรัพย์ได้⁷⁰ อย่างไรก็ดีในกรณีเช่นนี้หากการริบทรัพย์เป็นมาตรการทางอาญา การริบทรัพย์จึงถือเป็นโทษอย่างหนึ่งดังนั้นเมื่อผู้กระทำความผิดตายก็ถือว่าโทษนั้นจะต้องเป็นอันระงับไป ดังนั้นมาตรการทางเลือกนี้หากไทยมีความสนใจที่จะดำเนินการตามก็อาจต้องมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายภายในของไทยในเรื่องการกำหนดให้เป็นมาตรการทางแพ่งแทนมาตรการทางอาญาแทน

การริบทรัพย์สินนั้น ข้อ 55 ได้กำหนดว่าทรัพย์สินอะไรที่จะต้องให้ความร่วมมือในการริบทรัพย์สินตามคำร้องขอของต่างประเทศได้บ้าง ซึ่งอนุสัญญาฯ ได้กำหนดให้พิจารณาประกอบกับข้อ 31 วรรค 1 ว่าต้องเป็นทรัพย์สินตามข้อบทที่ 31 วรรค 1 ซึ่งตั้งอยู่ในประเทศผู้ถูกร้องขอ

ข้อ 31 วรรค 1 “ประเทศภาคีแต่ละประเทศ ในขอบเขตอย่างกว้างขวางที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ตามระบบกฎหมายภายในของประเทศนั้น พึงดำเนินมาตรการที่จำเป็นดังกล่าว เพื่อทำให้สามารถริบทรัพย์สินดังต่อไปนี้ได้

(ก) สิ่งที่ได้มาจากการกระทำความผิดประเภทที่ระบุไว้ในอนุสัญญาดังฉบับนี้หรือทรัพย์สิน หรือมูลค่าของสิ่งที่ได้มาจากการกระทำความผิดดังกล่าวนั้น”

ทั้งนี้ทรัพย์สินที่ว่านอกจากจะหมายถึงความถึงตัวทรัพย์จริง ๆ ที่ได้มาจากการกระทำความผิดแล้ว ยังหมายถึงทรัพย์สินอื่นๆ ซึ่งมีมูลค่าเท่ากับมูลค่าของทรัพย์ที่ได้มาจากการกระทำความผิดด้วย กล่าวคือ กำหนดให้รัฐสามารถริบทรัพย์อื่นๆ ของผู้กระทำความผิดได้ไม่ว่าทรัพย์นั้นจะได้มาจากการกระทำความผิดหรือไม่ในมูลค่าเท่ากับมูลค่าของประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดได้รับจากการกระทำความผิด⁷¹ ซึ่งเรียกกันว่า Value based confiscation โดยถือหลักว่าอาชญากรไม่ควรได้ประโยชน์ใดจากการกระทำความผิดของตน ดังนั้น ไม่ว่าจะได้ประโยชน์มาเท่าไรก็ต้องมีการชดใช้ตามจำนวนนั้นโดยไม่คำนึงว่าทรัพย์สินที่นำมาชดใช้นั้นจะเป็นทรัพย์สะอาดหรือทรัพย์

⁷⁰ ข้อ 54 วรรค 1 (c) UNCAC

⁷¹ แต่ทั้งนี้มีข้อพึงระวังคือ การริบทรัพย์สินแบบมูลค่านั้นจะใช้ได้กับการริบทรัพย์ทางอาญา คือ กรณีมีการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดและริบทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดเท่านั้น

สกปรกหรือไม่ วิธีนี้ทำให้ไม่ต้องพิสูจน์ความเกี่ยวพันระหว่างตัวทรัพย์สินแต่ละชิ้นกับการกระทำ ความผิด ซึ่งเป็นระบบที่ใช้กันแพร่หลายในต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศในแถบยุโรป

นอกจากนี้อนุสัญญายังได้กำหนดเกี่ยวกับเรื่องการฟอกทรัพย์สิน (asset laundering) ซึ่งถือเป็นประเด็นใหม่ที่มีการปรับเปลี่ยนไปตามลักษณะรูปแบบของการทุจริต ที่มีการฟอก ทรัพย์สินเพิ่มขึ้นมาจากการฟอกเงิน กล่าวคือ รัฐภาคีสามารถริบทรัพย์สินนั้นได้แม้ในกรณีที่ ทรัพย์สินมีการเปลี่ยนรูปไปและประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากทรัพย์สินดังกล่าวด้วย⁷² เช่น ยกยอกเงิน ของราชการเอาไปซื้อบ้านแล้วเอาบ้านออกให้เช่า เช่นนี้ ทั้งบ้านทั้งค่าเช่าถือว่าเป็นทรัพย์สินที่ถูก ริบได้ ซึ่งต่างกับการฟอกเงิน (money laundering) ที่เป็นการทำเงินสกปรกให้เป็นเงินสะอาดโดย การเปลี่ยนแปลงนั้นจะยังคงอยู่ในรูปของเงินมิใช่ทรัพย์สิน

สำหรับการส่งคืนทรัพย์สินที่ยึดมานั้น ประเด็นเรื่องความเป็นเจ้าของตามอนุสัญญา ฉบับนี้ และลำดับในการส่งคืนทรัพย์สิน ยังคงเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาในลำดับต้นๆ เนื่องจาก เป้าหมายสำคัญในการทำลายวงจรการทุจริต คือการยึดหรือริบทรัพย์สินจากการทุจริต เพื่อมิให้ ผู้กระทำผิดได้ทรัพย์สินนั้นไป การส่งกลับคืนซึ่งทรัพย์สินแก่เจ้าของหรือผู้เสียหายที่แท้จริงได้อย่าง ถูกต้อง และเหมาะสม จึงเป็นเป้าหมายสำคัญอีกประการหนึ่งในการป้องกันและปราบปรามการ ทุจริตตามอนุสัญญาฉบับนี้ เพราะหากแม้มีการตัดวงจรการทุจริตได้โดยการยึดทรัพย์สินมาแล้ว แต่หากเจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริงนั้นไม่ได้ทรัพย์สินกลับคืนความยุติธรรมย่อมไม่บังเกิด กระบวนการป้องกันและปราบปรามการทุจริตย่อมไม่อาจสมบูรณ์ได้ ดังนั้นอนุสัญญาฉบับนี้จึงได้ กำหนดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ในข้อ 57 ในการการส่งคืนและการจัดการซึ่งสินทรัพย์ ซึ่งเป็น พันธกรณีที่รัฐภาคีต้องดำเนินการโดย การส่งคืนซึ่งทรัพย์สินนั้น⁷³ รัฐจะต้องส่งคืนให้แก่เจ้าของที่ ชอบด้วยกฎหมายก่อน (prior legitimate owner)⁷⁴ นอกจากนั้นยังมีการกำหนดให้มีการชดเชย ค่าเสียหายแก่รัฐที่ร้องขอ , เหยื่อ และเจ้าของที่ชอบด้วยกฎหมายก่อน⁷⁵ ด้วย

⁷² ข้อ 31 วรรค 1 (ก) UNCAC

⁷³ ทรัพย์สินนั้น อาจหมายรวมถึง กรรมสิทธิ์ หรือราคาของทรัพย์สินนั้น (A/58/422/Add.1, วรรค.67).

⁷⁴ Prior legitimate ownership will mean ownership at the time of the offence (A/58/422/Add.1, วรรค.66)

⁷⁵ In accordance with paragraph 1 and 2 of ข้อ 57 and ข้อ 46 and 55 of the convention,

(iii) in all other cases, give priority consideration to :

และในกรณีที่การส่งกลับคืนและการจัดการซึ่งทรัพย์สินได้มีการดำเนินการตามข้อ 57 ประเทศภาคีที่ถูกร้องขออาจทำการหักเงินค่าใช้จ่ายตามสมควรซึ่งค่าใช้จ่ายที่ได้ใช้ไปในการสอบสวน การฟ้องร้องดำเนินคดี หรือการพิจารณาคดีในศาลอันเกี่ยวข้องกับการดำเนินการเพื่อการจัดส่งคืนหรือการจัดการกับทรัพย์สินที่ริบไว้ ทั้งนี้มาตรการนี้เป็นเพียงมาตรการทางเลือก (optional requirement) ที่รัฐภาคีจะเลือกนำมาดำเนินการหรือไม่ก็ได้⁷⁶

Asset Sharing

อย่างไรก็ตามในการดำเนินการส่งคืน และจัดการซึ่งทรัพย์สินนั้น ได้มีการกล่าวถึงเรื่อง Asset sharing กันอย่างกว้างขวาง⁷⁷ โดยถือเป็นการเพิ่มความร่วมมือระหว่างรัฐต่างประเทศในการสืบสวนสอบสวนร่วมกัน ในเรื่องการค้ายาเสพติด และการฟอกเงิน โดยทำการแบ่งทรัพย์สินที่ริบมาได้ให้กับรัฐที่ช่วยส่งคืนตามความเหมาะสม⁷⁸ โดยมีการจัดตั้งกลุ่มผู้เชี่ยวชาญเพื่อที่จะอธิบายในรายละเอียดของ Model United Nations Asset Sharing Agreement ซึ่งใน United Nations Convention Against Transnational Organized Crime ข้อ 13 และข้อ 14 ก็ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับกระบวนการสืบหา อาัยด ยึด ริบทรัพย์สินของรัฐภาคีอื่นเมื่อถูกร้องขอโดยรัฐภาคีอื่น การดำเนินกระบวนการริบทรัพย์สินดังกล่าวนั้นก็สามารแบ่งทรัพย์สินนั้นไว้ได้ เป็นเสมือนสินบนนำจับ เพื่อเป็นแรงจูงใจสำหรับรัฐภาคีที่ถูกร้องขอให้ช่วยดำเนินการริบทรัพย์สินนั้น ประเด็นในเรื่อง asset sharing นี้ อนุสัญญาฉบับนี้ก็เปิดช่องให้มีการกำหนดหลักดังกล่าวได้ แต่ก็มีได้เป็นมาตรการบังคับ (mandatory requirement) แต่อย่างใด

-
- a. Return of confiscated property to the requesting State;
 - b. Return such property to its prior legitimate owners;
 - c. Compensation of victims (วรรค 3 (c)).

⁷⁶ ข้อ 57 วรรค 4

⁷⁷ The United States and its partners in the G-8 are currently pursuing a program to strengthen asset forfeiture and sharing regimes. To date, Canada, Cayman Islands, Hong Kong, Jersey, Liechtenstein, Luxembourg, Switzerland, and the United Kingdom have shared forfeited assets with the United States.

⁷⁸ International Narcotics Control Strategy Report -2007 Released by the Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs,(March 2007).Treaties and Agreements.