

ส่วนที่ 2

ปัญหาในการอนุวัติการอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อการต่อต้านการทุจริต ค.ศ.2003

เนื่องจากสนธิสัญญาเป็นความตกลงระหว่างประเทศอย่างหนึ่งซึ่งมีผลผูกพันรัฐภาคีของสนธิสัญญานั้น สนธิสัญญาจึงเป็นเครื่องมือที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างประเทศทั้งในระดับทวิภาคีและพหุภาคี ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าสนธิสัญญานั้นจะมีชื่อเรียกว่าอย่างไรก็ตาม ซึ่งในบางกรณีการเข้าเป็นภาคีสนธิสัญญาก็อาจขัดต่อแบบแผนทางกฎหมายต่าง ๆ ทำให้การปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญาต่าง ๆ ที่รัฐเข้าเป็นภาคีอาจเกิดปัญหา หรืออุปสรรคต่าง ๆ ได้

บทที่ 3

ปัญหาทั่วไปและปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับพันธกรณีตามอนุสัญญา

พันธกรณีตามสนธิสัญญาของรัฐภาคีเป็นพันธกรณีที่รัฐจะต้องกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการใด ๆ โดยต้องอนุวัติการ หรือดำเนินการต่าง ๆ ให้เป็นไปตามข้อกำหนดของอนุสัญญานั้น ๆ ด้วย หากรัฐภาคีมิได้ปฏิบัติตาม หรือดำเนินการให้สอดคล้องตามอนุสัญญาแล้ว รัฐภาคีก็จะต้องมีความรับผิดชอบในฐานะการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา โดยรัฐภาคีไม่สามารถอ้างกฎหมายภายในเพื่อปฏิเสธพันธกรณีดังกล่าวได้¹

¹ Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 ข้อ 27 International law and observance of treaties

1. ปัญหาทั่วไปในการปรับใช้บทบัญญัติของอนุสัญญา

1.1. การกำหนดนิยาม

ในขณะที่มีการร่างอนุสัญญาฉบับนี้ ผู้ร่างก็ได้ตระหนักถึงเรื่องการกำหนดความหมายของคำสำคัญต่างๆในอนุสัญญาฉบับนี้ เพื่อให้มีความชัดเจน แน่นนอนและอยู่ในกรอบความหมายที่ตรงกัน อนุสัญญาฉบับนี้จึงได้กำหนดนิยามไว้ในสามเรื่องสำคัญ ดังนี้

1.1.1. การทุจริต (corruption)

การกำหนดนิยามคำว่า "การทุจริต" ยังคงเป็นประเด็นสำคัญที่นานาประเทศให้ความสนใจอยู่ไม่น้อย เนื่องจากการกำหนดนิยามนี้มีได้ส่งผลเพียงการทราบถึงความหมายของคำเท่านั้น แต่ยังส่งผลถึงการกำหนดว่าการกระทำใดบ้างคือการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดอีกด้วย อะไรคือกรอบ หรือจุดแบ่งระหว่าง การทุจริต และการไม่ทุจริต ซึ่งส่งผลถึงความผิด และโทษตามมา² ในแต่ละสังคม แต่ละรัฐ จะมีจุดแบ่งที่เหมือนกันหมด มีบริบททางสังคมเกี่ยวกับการทุจริตไปในทิศทางเดียวกันหรือไม่ ทำไมการกระทำบางอย่างในบางรัฐจึงไม่ถือเป็นความผิดการทุจริต ในขณะที่บางรัฐถือเป็นความผิดการทุจริต เหล่านี้ล้วนเป็นประเด็นปัญหาเกี่ยวกับคำนิยามของคำว่า "การทุจริต" ซึ่งยังคงมีการให้ความเห็น และแนวคิดที่หลากหลายกันออกไป

ด้วยความที่การกำหนดความหมายเกี่ยวกับการทุจริตมีแนวคิดที่แตกต่างกันออกไป จึงไม่มี "นิยามร่วมกัน" (single definition of corruption) อันเป็นที่ยอมรับของทุกประเทศ³ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วมีความเห็นว่าการทุจริตนั้นยากแก่การนำมากำหนดความหมาย เพราะการทุจริตเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับอิทธิพลทางวัฒนธรรมเฉพาะของแต่ละที่ มีการโต้เถียงกันอย่างกว้างขวางในบางพฤติกรรมว่าไม่ใช่การทุจริต ในขณะที่บางการกระทำถือเป็นการทุจริต เช่น เอเซีย และ แอฟริกา ในช่วงยุคอาณานิคม การล่าดินแดน การบริโภคนิยม การบริโภคนิยม การปล้นสะดมและทรัพย์สินสาธารณะอื่นๆ ก็ได้ถูกกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาแต่อย่างใด ระบบอุปถัมภ์

² กรณีหากคุณแม่ของเราป่วยขึ้นมา และเรานำของไปฝากคุณหมอเพื่อให้ได้รับการดูแลที่ดีจากคุณหมอ เช่นนี้เป็นการทำความผิดคอร์รัปชันหรือไม่ ในบางสังคมอาจถือเป็นความผิดในขณะที่บางสังคมอาจมองเป็นเพียงสินน้ำใจเท่านั้น

³ Inge Amundsen, "Political Corruption : An Introduction to the issues". Chr.Michelsen Institute Working Paper. No.7,1999,p.1.

www.cmi.no/publications/1999/wp/wp1999-7.pdf.

ยังคงเป็นเรื่องที่ถูกยอมรับในหลายๆภูมิภาควัฒนธรรม และประเด็นเรื่องการต่อต้านการทุจริตก็ยังคงอยู่ในระดับนโยบายเท่านั้น

อย่างไรก็ตามทางปฏิบัติเช่นนี้ เมื่อสังคมเริ่มเข้าสู่เศรษฐกิจยุคใหม่ (modern economic) ก็มีการตระหนักถึงปัญหาเหล่านี้ขึ้น มีการเกิดประเด็นทางจริยธรรม (ethics) และการยอมรับรูปแบบพฤติกรรมที่มีจริยธรรม (ethical conduct) ขึ้น แต่กระนั้นก็ตามการนิยามคำว่า การทุจริต ในทางสังคมระหว่างประเทศก็ยังไม่มีการนิยามที่เป็นมาตรฐานทั่วไป ว่าการทุจริตคืออะไร มีเพียงบทความ วารณกรรมต่างๆซึ่งวางแนวคิดในเรื่องนี้ไว้ว่า เป็นเรื่องเกี่ยวกับการใช้อำนาจหน้าที่ในทางที่ผิดของเจ้าหน้าที่รัฐเพื่อผลประโยชน์ส่วนตน⁴ และแม้ว่าล่าสุดได้มีความพยายามในการกำหนดนิยามคำว่า การทุจริต ให้อย่างมากมาย เช่น “การใช้อำนาจหน้าที่ในทางที่ผิดของเจ้าหน้าที่รัฐสำหรับผลประโยชน์ส่วนตน” ซึ่ง World Bank ก็ได้นิยามล้อตามความหมายนี้

เกี่ยวกับเรื่องนี้ในสังคมระหว่างประเทศได้มีการดำเนินการมากกว่าการนิยามคำว่า การทุจริต โดยพยายามรวบรวมรูปแบบของการทุจริตไว้แทน เช่น การจ่ายเงินโดยผิดกฎหมาย (Illicit payment) , การใช้อำนาจหน้าที่ในทางที่ผิด (abuse of power) , การยักยอก (embezzlement) โดยเน้นที่การอธิบายว่า อะไรคือการทุจริตบ้างนอกจากการพยายามอธิบายความหมายของการทุจริต⁵ สาเหตุที่ในทางสังคมระหว่างประเทศได้มีความพยายามที่จะอธิบายว่าอะไรคือการทุจริตแทนนั้นเนื่องจากการที่ได้ตระหนักถึงข้อเท็จจริงในการพยายามหา นิยามร่วมกัน (common definition) อันเป็นที่ยอมรับของทุกประเทศนั้นเป็นสิ่งที่เป็นไปได้⁶

ดังนั้นการกำหนดความหมายของการทุจริต ตามอนุสัญญาฉบับนี้จึงถือได้ว่าเป็นความเห็นพ้องต้องกันและยึดหยุ่นได้ โดยอนุสัญญาฉบับนี้ได้นิยามและกำหนดการทุจริตให้เป็นความผิดทางอาญาในรูปแบบของ การให้สินบน (bribery) , การฟอกเงิน (money laundering) , การใช้อำนาจหน้าที่ในทางที่ผิด (abuse of power) , การยักยอก (embezzlement) อย่างไรก็ตามการกำหนดนิยามเหล่านี้ของรัฐภาคีก็จะต้องอยู่บนพื้นฐานตามหลักการของอนุสัญญาฉบับนี้ด้วย ทั้งนี้อาจมีความแตกต่างกันไปในรายละเอียดได้

⁴ “The abuse of public official for personal gain”.

⁵ R. Rajesh Babu, “The United Nations Convention Against Corruption : A Critical Overview. p.5.

⁶ ดังจะเห็นตัวอย่างได้จากการร่าง comprehensive convention against Terrorism ที่ไม่สัมฤทธิ์ผลเพียงเพราะประเด็นการนิยามความหมาย

1) การนิยามในระดับสากล

การทุจริต มีความหมายที่ค่อนข้างกว้างขวางมาก

Back Law Dictionary ได้ให้ความหมายไว้ว่า เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นการกระทำที่ชั่วช้า เจตนาที่จะหลีกเลียงกฎหมาย รวมทั้งการกระทำที่ขัดต่อตำแหน่งหน้าที่ และสิทธิของผู้อื่น นอกจากนี้ยังหมายรวมถึงการที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการโดยการรับ หรือยอมรับผลประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่น อย่างไรก็ตาม แม้อนุสัญญาฉบับนี้จะมีได้นิยามการทุจริตไว้โดยตรง แต่กลับนิยามพฤติการณ์หลัก ๆ ของการทุจริตไว้แทน ว่าการกระทำใดบ้างที่ถือว่าการทุจริตตามอนุสัญญา

Transparency International ได้นิยามไว้ว่า คือ การใช้อำนาจที่ผิดของเจ้าหน้าที่รัฐ เพื่อผลประโยชน์ส่วนตัว⁷

World Bank ได้นิยามว่า เป็นการใช้ตำแหน่งหน้าที่เพื่อให้ได้รับผลประโยชน์ที่มิชอบด้วยกฎหมาย⁸

Wikipedia the free Encyclopedia ได้นิยามการทุจริตไว้ว่าเป็นหลักการทั่ว ๆ ไป เกี่ยวกับการกระทำในทางที่ไม่เหมาะสม ส่วนใหญ่การทุจริตจะถูกกล่าวถึงในด้านการทุจริตทางการเงินจากการหาประโยชน์ที่ผิดกฎหมายให้แก่ตนเอง

2) การนิยามในระดับภูมิภาค

African Union Convention ได้นิยามว่า การทุจริตหมายถึง การกระทำที่ถูกห้ามไว้ในอนุสัญญา⁹

EU Anti-corruption policy ได้รับเอาคำจำกัดความจาก United Nations Global Programme against corruption ว่าเป็นการกระทำเกี่ยวกับการใช้อำนาจหน้าที่ในทางที่มิชอบในทางที่ผิดเพื่อผลประโยชน์ส่วนตัว¹⁰

⁷ The misuse of entrusted power for private gains

⁸ The use of one's public position for illegitimate private gains

⁹ Corruption means the acts and practices including related offences proscribed in this convention

¹⁰ "Fight against corruption a comprehensive EU anti corruption policy"
<http://europa.eu/scadplus/leg/eu/lvb/133301.htm>

Asia Development Bank (ADB) นิยามการทุจริตไว้ว่าเป็นการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมาย ทั้งนี้ ADB มิได้ให้ความสนใจกับปัญหาการทุจริตในภาคเอกชนมากเท่ากับภาครัฐมากนัก

3) การนิยามในระดับประเทศ

หากมองในมิติด้านกฎหมาย การทุจริต อาจตรงกับ คำว่าการทุจริตในวงราชการ ได้แก่ การฉ้อราษฎร์บังหลวง ซึ่งตามกฎหมายตราสามดวงนั้น การฉ้อราษฎร์ คือ การโกงเงินของราษฎรด้วยการเรียกร้องผลประโยชน์ เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่โดยปกติ โดยทำให้เข้าใจผิดว่าต้องเสียค่าธรรมเนียม ค่าวิ่งเต้น ค่าบริการต่าง ๆ ให้แก่ทางราชการ ส่วนการบังหลวง คือการโกงเอาเงินของหลวง ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา ให้อธิบายคำว่า การแสวงหาผลประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเอง¹¹

พจนานุกรมของราชบัณฑิตยสถาน (2542) ได้ให้ความหมายของคำว่า การทุจริต ไว้ว่า หมายถึง การฉ้อราษฎร์บังหลวง การเบียดบังเอาโดยอำนาจหน้าที่ราชการ และยังสามารถให้ความหมายคำว่าฉ้อราษฎร์ บังหลวงว่าเป็นการรีดนาทาเร้น และการเบียดบังทรัพย์สินของหลวงมาเป็นของตน

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าอนุสัญญาฉบับนี้มิได้นิยามความหมาย การทุจริตไว้อย่างเฉพาะเจาะจง มีเพียงการกำหนดไว้เท่านั้นว่าการกระทำใดบ้างที่เป็นการทุจริต ซึ่งส่งผลให้การกำหนดความผิด การทุจริตมีกรอบที่ไม่เท่ากัน ในบางรัฐภาคีก็นิยามการทุจริตไว้อย่างกว้าง การกระทำผิดนั้นก็จะยิ่งมากขึ้น ในทางกลับกันบางรัฐภาคีที่นิยามการทุจริตไว้แคบ ก็จะมีฐานความผิดเกี่ยวกับเรื่องนี้น้อย เมื่อเกิดกรณีพิพาทระหว่างสองรัฐ การดำเนินการเรื่องนี้ก็จะอยู่บนพื้นฐานที่ไม่เท่ากัน

1.1.2. เจ้าหน้าที่รัฐ , เจ้าหน้าที่รัฐระหว่างประเทศ , เจ้าหน้าที่รัฐองค์การระหว่างประเทศ

ในข้อ 2 (ก) ตามอนุสัญญาฉบับนี้ ได้กำหนดนิยามคำว่า

(ก) “เจ้าหน้าที่รัฐ” ให้หมายถึง

¹¹ มาตรการตรวจสอบเพ่งเล็งเจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานที่มีแนวโน้มการทุจริตคอร์รัปชัน, (เอกสารประกอบการประชุมทางวิชาการระดับชาติว่าด้วยงานยุติธรรม ครั้งที่ 3) “กระบวนการยุติธรรมกับบทบาทการแก้ไขปัญหาคอร์รัปชัน” วันที่ 22-23 สิงหาคม 2548.

1. บุคคลใดซึ่งมีหน้าที่ควบคุมงานของหน่วยงานด้านนิติบัญญัติ บริหาร ปกครอง หรือตุลาการของประเทศภาคีไม่ว่าได้รับตำแหน่งหรือเลือกตั้ง ไม่ว่าประจำหรือชั่วคราว ไม่ว่าได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม และโดยไม่คำนึงถึงอาวุโสของบุคคลนั้น
2. บุคคลอื่นใดซึ่งปฏิบัติงานราชการ รวมถึงงานในหน่วยงานของรัฐ หรือกิจการของรัฐ หรืองานบริการของรัฐ ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายภายในของประเทศภาคีและตามที่ใช้บังคับตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นของประเทศภาคี
3. บุคคลอื่นใดซึ่งอยู่ในความหมายของ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามกฎหมายภายในของประเทศภาคีนั้น อย่างไรก็ดี โดยวัตถุประสงค์ของมาตรการเฉพาะบางประการที่กำหนดไว้ในภาคที่ 2 ของอนุสัญญาฉบับนี้คำว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” อาจหมายถึงบุคคลใดซึ่งปฏิบัติงานราชการหรืองานบริการของรัฐตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายภายในของประเทศภาคีและตามที่ใช้บังคับตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นของประเทศภาคีนั้น จะเห็นได้ว่าอนุสัญญาฉบับนี้มีจุดเด่นจากอนุสัญญาฉบับอื่น¹² ๗ คือ มีการนิยามคำว่าเจ้าหน้าที่รัฐที่กว้างมาก ซึ่งรวมถึงฝ่ายนิติบัญญัติ

¹² UNCAC ข้อ 2 (a)

“Public official” means any person holding a legislative, executive, administrative or judicial office, whether appointed or elected; any other person who performs a public function or provides a public service; any other person defined as a public official in the domestic law.

OECD ข้อ 1 (4)(a)

“Foreign public official means any person holding a legislative, administrative or judicial office of a foreign country, whether appointed or elected; any person exercising a public function for a foreign country, including for a public agency or public enterprise and any official or agent of a public international organization.

AU ข้อ 1

“Public official” means any official or employee of the state or its agencies including those who have been selected, appointed or elected to perform activities or functions in the name of the state or in the service of the state at any level of its hierarchy

CoE.(Crim.) ข้อ 1 (a)

Public official shall be understood by reference to the definition of “official”, “public officer”, “mayor”, “minister” or “judge” in the national law of the state in which the

ฝ่ายบริหาร และเจ้าหน้าที่ศาล หรือผู้ที่กระทำ ให้บริการตามหน้าที่ของรัฐ และผู้มีบทบาทหน้าที่ เช่นเจ้าหน้าที่รัฐด้วย แม้ว่ากฎหมายภายในจะได้เรียกว่าเจ้าหน้าที่รัฐก็ตาม¹³ ทั้งนี้รวมถึง เจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศด้วย และเรียกร้องให้มีมาตรการลงโทษสำหรับผู้ให้สินบน บุคคลดังกล่าวข้างต้น¹⁴ ซึ่งอนุสัญญาฉบับนี้ได้ นิยามเจ้าหน้าที่รัฐกว้างกว่า Organized Crime Convention โดยให้รัฐภาคีมีพันธกรณี (mandatory) ในการกำหนดโทษให้เป็นความผิดทางอาญา สำหรับความผิดของเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ เจ้าหน้าที่องค์การระหว่างประเทศด้วย

ทั้งนี้การนิยามว่าบุคคลใดคือเจ้าหน้าที่รัฐ เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ เจ้าหน้าที่รัฐ องค์การระหว่างประเทศ จะส่งผลเกี่ยวกับเรื่องความคุ้มกันของเจ้าหน้าที่รัฐในการถูกดำเนินคดี ด้วยเช่นกัน ตามที่ได้กล่าวข้างต้นแล้วว่าอนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดมาตรการเพิ่มขึ้นมาที่ต่างจาก มาตรการที่เคยมีมาในอดีตคือ การกำหนดให้การให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ /เจ้าหน้าที่รัฐ องค์การระหว่างประเทศเป็นความผิดทางอาญา เช่น กรณีมีหน่วยงานระหว่างประเทศได้เข้ามาตั้ง สำนักงานในประเทศไทย และหน่วยงานนั้นมีโครงการที่จะก่อสร้างอาคารขึ้นมา หากเอกชนไทย ไปให้สินบนเจ้าหน้าที่องค์การระหว่างประเทศผู้นั้นเพื่อให้ได้การก่อสร้าง เช่นนี้หากเป็นอดีตการ กระทำดังกล่าวก็จะเป็นความผิดเพราะยังไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ แต่อนุสัญญาฉบับนี้ได้ เพิ่มมาตรการโดยให้รัฐภาคีกำหนดเป็นความผิดทางอาญาสำหรับการกระทำความผิดดังกล่าวด้วย¹⁵

person in question performs that function and as applied in its criminal law. The term judge shall include prosecutors and holders of judicial officials.

CoE(Civil)

No definition,although ข้อ 5 provides for the compensation from the state for damages suffered as a result of corruption by its public officials.

OAS ข้อ 1

“Public official” , “government official” or “public servant” means any official or employee of the state or its agencies including those who have been selected, appointed, or elected to perform activities or function in the name of the state or in the service of the state at any level of its hierarchy.

¹³ เช่น ลูกจ้างชั่วคราว , พนักงานราชการ

¹⁴ A civil society advocacy guide by transparency international p.27

¹⁵ ข้อ 16 บรรทัด 1

แต่อย่างไรก็ตามโดยปกติแล้ว เจ้าหน้าที่รัฐระหว่างประเทศ หรือเจ้าหน้าที่รัฐองค์การระหว่างประเทศ จะมีความคุ้มกันในการถูกดำเนินคดี (immunity)¹⁶ ซึ่งในเรื่องนี้ก็อาจเป็นอุปสรรคสำคัญประการหนึ่งในการดำเนินคดีกับเจ้าหน้าที่รัฐ หรือเจ้าหน้าที่รัฐองค์การระหว่างประเทศที่กระทำการทุจริตขึ้น

1.1.3. ทรัพย์สิน

เพื่อให้เป็นไปตามเจตจำนงของอนุสัญญา การนิยามความหมายเกี่ยวกับ ทรัพย์สิน จึงถูกนิยามอย่างกว้างขวาง เพื่อประโยชน์ในการติดตามนำทรัพย์สินกลับคืน โดยข้อ 2 (ง)¹⁷ กำหนดให้ทรัพย์สินหมายความว่า ทรัพย์สินทุกชนิดรวมทั้งเงินและสิทธิทางกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สิน¹⁸ ไม่ว่าจะเป็นวัตถุหรือไม่เป็นวัตถุ สหกรณ์ทรัพย์สินหรืออสังหาริมทรัพย์ มีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่าง และเอกสารหลักฐานทางกฎหมาย หรือเอกสารสิทธิที่แสดง หรือเพื่อประโยชน์ของสินทรัพย์ดังกล่าว ทั้งนี้ประเด็นการกำหนดว่าสิ่งใดคือทรัพย์สินตามอนุสัญญาดังกล่าวจะส่งผลต่อการติดตามนำทรัพย์สินคืน (asset recovery) ว่าทรัพย์สินใดบ้างที่อาจจะสามารถส่งคืนรัฐภาคีได้

ดังนั้นในเรื่องการกำหนดนิยามจะเห็นได้ว่าการกำหนดนิยามบางคำในอนุสัญญา บางก็มีการนิยามไว้อย่างเฉพาะเจาะจง บางก็เป็นเพียงการนิยามไว้อย่างกว้างๆ ในขณะที่บางคำนิยาม เช่น การทุจริต อนุสัญญาดังกล่าวก็ไม่ได้มีการนิยามความหมายเอาไว้ เป็นเพียงแต่การยกตัวอย่างพฤติการณ์กว้างๆ ที่เข้าข่ายว่าเป็นการทุจริตเท่านั้น จะเห็นได้ว่าประเด็นการนิยามนี้ในกรณีที่มีการนิยามอย่างกว้างๆ หรือกรณีการยกตัวอย่างพฤติการณ์นั้นก็เพื่อเปิดโอกาสให้รัฐภาคีสามารถเพิ่มเติมกำหนดรายละเอียด ลงไปได้ เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพแวดล้อมบริบท ของรัฐต่างๆ ที่มีความแตกต่างกัน อันจะเป็นการช่วยลดอุปสรรคต่างๆ ในการดำเนินการตามอนุสัญญาได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตามในทางกลับกัน การนิยามอย่างกว้างๆ การขยายให้

¹⁶ The Convention on The Privileges and Immunities of The United Nations (General Assembly resolution 22 A (1)) and The Convention on the Privileges and immunities of the specialized Agencies.

¹⁷ ข้อ 2 (d) UNCAC

“property” shall mean asset of every kind. Whether corporeal or incorporeal, movable or immovable, tangible or intangible, and legal documents or instruments evidencing title to or interest in such asset.

¹⁸ A “asset of every kind” is understood to include funds and legal right to assets (A/58/422/Add.1, paragraphs.6),

รัฐภาคีสามารถกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมลงไปก็อาจจะเป็นอุปสรรคได้ หากเกิดกรณีข้อพิพาทขึ้นมาระหว่างรัฐที่กำหนดนิยามตามมาตรฐานขั้นต่ำของอนุสัญญา กับรัฐที่มีการกำหนดนิยามไว้สูงกว่ามาตรฐานที่อนุสัญญากำหนดไว้

1.2. การติดตามตรวจสอบให้เป็นไปตามพันธกรณี

การตรวจสอบให้เป็นไปตามพันธกรณีถือเป็นส่วนที่สำคัญยิ่งในการที่จะทำให้อนุสัญญานั้นมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลที่ดี เพราะอนุสัญญาแม้มีการเขียนบทบัญญัติได้ดีเพียงใดก็ตาม หากแต่ขาดมาตรการในการติดตามตรวจสอบให้เป็นไปตามพันธกรณีที่ดี อนุสัญญานั้น ก็อาจเป็นมาตรการที่ดีแต่ไม่มีการนำไปปฏิบัติก็เป็นได้

ตามหลักสนธิสัญญาเมื่อรัฐได้แสดงเจตนารมณ์รับในอนุสัญญาแล้ว รัฐก็มีหน้าที่ดำเนินการให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา และในบางครั้งรัฐเองก็อาจต้องมีการดำเนินมาตรการต่าง ๆ เพิ่มขึ้น เพื่อให้เป็นไปตามข้อกำหนดภายในอนุสัญญานั้น แต่หากรัฐมิได้ดำเนินการตามข้อกำหนดที่อนุสัญญาได้กำหนดไว้ หรือมีการฝ่าฝืนพันธกรณีของอนุสัญญานั้น ๆ รัฐเป็นผู้ฝ่าฝืนก็จะต้องมีความรับผิดชอบ¹⁹

การตรวจสอบให้เป็นไปตามพันธกรณีจึงมีบทบาทสำคัญยิ่งในการทำให้อนุสัญญามีประสิทธิผล เพราะหากอนุสัญญาใดขาดมาตรการการติดตามตรวจสอบที่มีประสิทธิผลแล้ว ก็เป็นการยากที่รัฐภาคีจะไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีนั้นๆ

อย่างไรก็ดีแม้ในอนุสัญญาระบบนี้จะได้มีการกำหนดพันธกรณีที่ต้องทำ (mandatory) แต่เนื้อหาบางส่วนก็มิได้มีความชัดเจนเด็ดขาด เช่น กรณีที่กำหนดให้รัฐภาคีพึงจัดให้มีมาตรการอย่างกว้างขวางที่สุดในการช่วยเหลือทางกฎหมายซึ่งกันและกันให้แก่ประเทศภาคีอื่น จะเห็นได้ว่าอนุสัญญาได้เลือกใช้คำอย่างกว้างๆ กรณีเช่นนี้ แค่นั้น เพียงใด จึงจะถือว่ารัฐภาคีได้มีมาตรการอย่างกว้างขวางที่สุดในการช่วยเหลือทางกฎหมาย มาตรฐานการดำเนินการของแต่ละรัฐอาจไม่เท่ากันก็เป็นได้

แม้ว่าการลงโทษในกฎหมายระหว่างประเทศจะกระจัดกระจาย เนื่องจากไม่มีการรวมศูนย์หน่วยงานที่มีอำนาจในการลงโทษผู้ละเมิดกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามกระบวนการลงโทษ

¹⁹ สมพงษ์ ชูมาก ได้กล่าวไว้ว่า รัฐอาจสูญเสียอย่างใหญ่หลวงจากการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ นอกเหนือจากการอาจถูกลงโทษตามกฎหมายแล้ว รัฐที่ละเมิดอาจประสบความสูญเสียทางเศรษฐกิจและทางการเมืองอีกด้วย

ตามกฎหมายก็ยังคงมีอยู่ และถือเป็นส่วนหนึ่งในการประกันให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะเมื่อรัฐภาคีได้ตกลงผูกพันตามอนุสัญญาแล้ว รัฐภาคีก็ต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดต่างๆในอนุสัญญา และหากรัฐภาคีได้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอันเป็นการละเมิดพันธกรณีในอนุสัญญาแล้ว การกระทำนั้นก็ถือเป็นการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐ (state responsibility) ได้เช่นกัน

อนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อการต่อต้านการทุจริต ค.ศ.2003 ได้กำหนดมาตรการต่างๆในการติดตามตรวจสอบการดำเนินการตามอนุสัญญา ทั้งนี้วิธีในการติดตามตรวจสอบให้เป็นไปตามพันธกรณีนั้นได้กำหนดให้เป็นไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละรัฐภาคี²⁰ ซึ่งโดยปกติมักจะเลือกให้การติดตามตรวจสอบกับบทบัญญัติที่เป็นข้อกำหนดที่เฉพาะเจาะจง (specific provision) ที่เป็นเรื่องที่ถูกระบุให้ให้มีการดำเนินการ โดยไม่คำนึงว่าข้อกำหนดนั้นจะเป็นพันธกรณีที่ต้องทำ (mandatory) , พันธกรณีที่เป็นทางเลือก (optional) หรือเป็นเพียงเรื่องที่ควรพิจารณาเท่านั้น²¹

ภาค 7 ของอนุสัญญานี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการติดตามตรวจสอบ โดยผ่านการประชุมของรัฐภาคี²² ซึ่งจัดโดยเลขาธิการสหประชาชาติ

²⁰ ตัวอย่างเครื่องมือในการติดตามตรวจสอบให้เป็นไปตามพันธกรณี

1. Service Delivery Surveys (SDS)
2. United Nations Country Assessments
3. Mirror statistics as an investigative and preventive tool
4. Assessment of Civil Society

²¹ United Nations office on Drugs and Crime, "The Global Program Against Corruption UN Anti-Corruption toolkit" September 2004. p.32

²² ข้อ 63 UNCAC

การติดตามตรวจสอบของอนุสัญญาฉบับนี้²³ คือการประชุมของรัฐภาคีตามข้อ 63 นอกจากนั้นข้อ 63 วรรค 6 ก็เรียกร้องให้รัฐภาคีจัดหาข้อมูลที่เป็นให้ที่ประชุมทราบซึ่งที่ประชุมก็จะตัดสินใจรับและปฏิบัติตามวิธีที่มีประสิทธิผลมากที่สุด โดยดูจากข้อมูลของรัฐภาคีต่างๆได้นำเสนอมา อย่างไรก็ตามก็ตระหนักว่าไม่มีการเลือกปฏิบัติตามกรอบข้างต้น การติดตามตรวจสอบก็จะถูกนำไปใช้ในรูปแบบของการสำรวจ (surveys) เช่น Lithuania , Poland และ Romania ได้กำหนดเครื่องมือติดตามตรวจสอบแทนการกำหนดมาตรการทางกฎหมาย²⁴ โดยการติดตามตรวจสอบนี้ใช้การสอบถามพื้นฐาน (basic of questionnaires) ,การรับฟังหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และยังมีการตรวจสอบจาก Transparency International โดยการจัดทำผลสำรวจประจำปี²⁵

จากการประชุมครั้งที่ 1 ของรัฐภาคี (The first conference of state parties) เมื่อวันที่ 10-14 ธันวาคม 2006 ที่ประชุมได้มีมติเกี่ยวกับการติดตามตรวจสอบโดยกำหนดให้อนุสัญญาฉบับนี้ควรมีเครื่องมือในการติดตามตรวจสอบที่เป็นทางการ ซึ่งกำหนดคณะทำงาน (Inter government working group) เพื่อกำหนดรูปแบบและโครงสร้างของกระบวนการติดตามตรวจสอบ²⁶ วัตถุประสงค์หลักของการติดตามตรวจสอบคือ การปฏิบัติตามการให้สัตยาบันในอนุสัญญาของรัฐภาคี ซึ่งในอนุสัญญาได้กำหนดกระบวนการการติดตามตรวจสอบเกี่ยวกับ

²³ GA/RES/58/4, paragraphs 4 and 9, calling on member state to support efforts to ratify and implement the convention and calling on the Secretary General to ensure that the Secretariat serving both the pre-ratification assistance effort and the conference of states parties are adequately funded. See also United Nations Convention Against Corruption Article 62, subparagraph 2 (c) calling on state parties to support technical assistance efforts. Apart from the basic provision of secretariat services as above, the financing of activities undertaken by the conference of state parties is left to that body once it convenes. See Article 63, paragraph 3.

²⁴ United Nations office on Drugs and Crime, "The Global Program Against Corruption UN Anti-Corruption toolkit" September 2004. p.478

²⁵ The annual independent survey conducted by Independent Commission Against Corruption (ICAC) in the Hong Kong

²⁶ ข้อ 63 วรรค 2 ได้กำหนดให้มีการดำเนินการติดตามตรวจสอบอย่างเป็นทางการ คือการจัดประชุมภายหลังอนุสัญญาที่อนุสัญญามีผลบังคับใช้ภายใน 1 ปี และให้ที่ประชุมกำหนดกฎเกณฑ์และวิธีการต่างๆในการดำเนินการติดตามตรวจสอบ

ศีลธรรม จริยธรรม โดยการรายงานของรัฐ การเข้าไปตรวจสอบของผู้สังเกตการณ์ การรายงาน และการอภิปรายร่วมกันของคณะทำงาน ทั้งนี้ยังรวมถึงการอนุญาตให้ภาคสังคมและภาคเอกชน เข้ามามีส่วนร่วมในบทบาทเหล่านี้ด้วย²⁷ แต่อย่างไรก็ดีในทางกลับกัน การเข้าไปตรวจสอบเช่นนี้ก็มีผู้โต้แย้งเกี่ยวกับกระบวนการการติดตามตรวจสอบนี้ว่า เป็นการฝ่าฝืน หรือก้าวล่วงอำนาจอธิปไตยภายในรัฐอื่นเช่นกัน²⁸ และเมื่อวันที่ 28 มกราคม – 1 กุมภาพันธ์ 2008 ได้มีการจัดการประชุมครั้งที่ 2 ขึ้นที่ประเทศบาห์ลี โดยมีการทบทวนติดตามผลการปฏิบัติตามอนุสัญญา มีการใช้มาตรการ self-assessment approach โดยให้รัฐภาคีทำ self-assessment checklist มีการแลกเปลี่ยนประสบการณ์กับประเทศอาสนานำร่องสำหรับการทบทวนการปฏิบัติตามอนุสัญญา (Valuntary Pilot Program for Reviewing The Implementation of The Convention)

ดังนั้นจะเห็นได้ว่ากระบวนการติดตามตรวจสอบนี้เป็นเรื่องที่ต้องใช้ระยะเวลาในการดำเนินการ ซึ่งก็ต้องปรับเปลี่ยนไปตามสภาพแวดล้อมของรัฐภาคีแต่ละรัฐ และส่วนที่สำคัญอีกส่วนหนึ่ง ในเรื่องนี้คือ การสนับสนุนการให้ข้อมูลสาธารณะเกี่ยวกับมาตรการการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแก่ประเทศต่างๆ ทั้งนี้การติดตามตรวจสอบอาจอยู่ในรูปแบบการดำเนินการระยะยาว ซึ่งต้องอาศัยการมีส่วนร่วมของรัฐภาคีในระดับสูง ในส่วนของการติดตามการตรวจสอบนั้นประเด็นที่สำคัญอีกประเด็นหนึ่งคือ การเผยแพร่แลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับมาตรการ การต่อต้านการทุจริตในประเทศต่าง ๆ ที่แตกต่างกันออกไป

2. ปัญหาในการปฏิบัติตามพันธกรณีที่สำคัญในอนุสัญญาในมิติระหว่างประเทศ

2.1. การฟอกเงิน²⁹ และการฟอกทรัพย์สิน

การฟอกเงินเป็นรูปแบบหนึ่งของการทุจริตที่ผู้กระทำความผิดมักกระทำขึ้น เพื่อผ่านกระบวนการทำเงินที่ได้จากการกระทำความผิดให้เป็นเงินที่ดูเหมือนจะถูกกฎหมาย โดยอาจนำเงินที่ได้จากการกระทำความผิดในรัฐหนึ่งไปฝากธนาคารอีกรัฐหนึ่ง หรือโอนเงินเข้าสู่ธนาคารของรัฐอื่นที่มีช่องโหว่ในการทำธุรกรรมข้ามชาติ ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นเรื่องระหว่างสองรัฐขึ้นไป

²⁷ Antonio Argandoña, The United Nations Convention Against Corruption and its Impact on International Companies

²⁸ *Ibid*, p. 490.

²⁹ UNCAC ข้อ 23

เมื่ออนุสัญญาต้องการสกัดกั้นการฟอกเงินที่ผู้กระทำการทุจริตมักใช้เป็นหนทางในการฟอกเงินที่ได้มาจากการทุจริตให้ชาวสะอาด การกำหนดความผิดทางอาญาให้เป็นสากลจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง

ด้วยการตระหนักถึงปัญหาดังกล่าวความร่วมมือในการป้องกันการฟอกเงินในระดับสากลจึงเกิดขึ้น เพื่อให้การดำเนินการในการป้องกันและต่อต้านการฟอกเงินมี

ประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น³⁰ เช่น อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ค.ศ.1988 (อนุสัญญาเวียนนา 1988)³¹, ข้อกำหนด 40 ข้อของ FATF และข้อแนะนำพิเศษ 9 ข้อ³², UN Model law on money laundering³³,

³⁰ คดี Swiss-Peruvian เป็นกรณีที่ธนาคารสวิสได้รับการแจ้งเตือนถึงธุรกรรมที่น่าสงสัยของชาวเปรูที่ไปเปิดบัญชีกับธนาคารสวิส ธนาคารก็ได้รับทำการอายัดไว้เป็นจำนวนเงินถึง 77 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งเมื่อเปรูพิสูจน์ได้ว่าเงินนั้นเป็นเงินที่ได้มาโดยมิชอบจากการกระทำผิดในเปรู ก็สามารถนำเงินคนกลับได้ ภายหลังจากนั้นเพียง 1 ปี ธนาคารเปรูก็สามารถได้รับเงินดังกล่าวคืน

³¹ เป็นกฎหมายแม่แบบของกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินซึ่งกำหนดให้รัฐภาคีสมาชิกต้องกำหนดให้การลักลอบค้ายาเสพติด และการฟอกเงินเป็นความผิดอาญาตามกฎหมาย

³² FATF ได้ออกข้อเสนอนะ 40 ข้อ เพื่อเป็นเครื่องมือในการต่อสู้กับการใช้ระบบการเงินที่ผิดกฎหมายโดยการฟอกเงินจากการค้ายา ซึ่งข้อเสนอนะนี้ถูกยอมรับจากกว่า 130 ประเทศ เพื่อทำให้การป้องกันการฟอกเงินเป็นมาตรฐานสากล และยังมีข้อแนะนำพิเศษ 9 ข้อว่าด้วยการต่อต้านการอุดหนุนทางการเงินแก่ผู้ก่อการร้าย

³³ Model legislations on money laundering and financing of terrorism กำหนดการป้องกันการฟอกเงินไว้เช่น

- กำหนดให้มีการต้องแสดงหรือเปิดเผยซึ่งจำนวนเงินหรือตราสารใดๆ ตามจำนวนที่กำหนด หากมีการข้ามพรมแดนด้วยพาหนะใดๆ
- มีข้อกำหนดในเรื่องของการโอนเงิน โดยให้สถาบันทางการเงินต้องตรวจสอบและสอบถามอย่างเข้มงวดซึ่งข้อสกุล ที่อยู่ เลขบัญชี เป็นต้น

อย่างไรก็ดีข้อ 23 ของอนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดให้รัฐภาคีบัญญัติความผิดให้ครอบคลุมที่สุดที่เกี่ยวกับการฟอกเงินเป็นความผิดทางอาญา ทั้งนี้โดยไม่ละเมิดกับหลัก fundamental principle of domestic law โดยอนุสัญญายังได้เพิ่มจุดต่างจากอนุสัญญาอื่นในเรื่องฟอกเงินด้วย กล่าวคือ อนุสัญญาได้กำหนดให้รัฐภาคีกำหนดเป็นความผิดอาญาสำหรับการปรับเปลี่ยนหรือการโอนซึ่งทรัพย์สิน ปิดบังซ่อนเร้น จำหน่ายใช้สอย หรือการเป็นเจ้าของของสิทธิ โดยรู้ว่าทรัพย์สินนั้นเป็นสิ่งที่ได้มาจากการกระทำความผิด ซึ่งทรัพย์สินในที่นี้อนุสัญญาได้กำหนดให้มีความหมายรวมถึง สินทรัพย์ทุกชนิด ไม่ว่าจะเป็นวัตถุหรือไม่เป็นวัตถุ สังหาริมทรัพย์ หรืออสังหาริมทรัพย์ มีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างและเอกสารหลักฐานทางกฎหมาย หรือเอกสารสิทธิที่แสดง หรือเพื่อประโยชน์ของสินทรัพย์ดังกล่าว³⁴

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าอนุสัญญานี้มิได้กำหนดครอบคลุมเฉพาะการฟอกเงิน ที่เป็นการเปลี่ยนสภาพเงินที่ได้มาโดยผิดกฎหมายให้ถูกกฎหมาย แต่ยังรวมถึงทรัพย์สินอื่นที่ไม่ใช่ตัวเงิน อันเป็นการฟอกทรัพย์สินด้วย

2.1.1. ความผิดที่กระทำในประเทศ

อนุสัญญาได้กำหนดความผิดทางอาญาในการฟอกเงินสำหรับการกระทำที่เป็นการเจตนาในกรณีดังต่อไปนี้

ก. กรณีมีการปรับเปลี่ยน หรือโอนทรัพย์สิน เพื่อเป็นการปิดบังซ่อนเร้นที่มาของทรัพย์สิน หรือเพื่อเป็นการช่วยเหลือการกระทำตามความผิดมูลฐาน โดยรู้ว่าทรัพย์สินนั้นได้มาจากการกระทำความผิด

ข. การปิดบังซ่อนเร้น จำหน่ายใช้สอย โดยรู้ว่าทรัพย์สินนั้นได้มาจากการกระทำความผิดรวมถึงกรณีที่แม้มีกฎหมายภายในบัญญัติไว้ภายใต้กฎหมายนั้น หากการกระทำนั้นเป็นการได้มาครอบครอง หรือใช้ทรัพย์สิน โดยในขณะที่ได้ทรัพย์สินนั้นมาก็รู้ว่าเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด ซึ่งการกระทำความผิดดังกล่าวข้างต้น แม้เป็นเพียงการมีส่วนร่วม การเข้าร่วม การ

- มีการจับตามตรวจสอบเป็นพิเศษซึ่งธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับเงินจำนวนมากเป็นพิเศษหรือที่มีความซับซ้อน หรือที่มีแบบแผนที่ผิดสังเกต หรือที่เกี่ยวข้องกับประเทศที่ไม่มีกฎหมายหรือมาตรการต่อต้านการฟอกเงินอย่างเพียงพอ

- กำหนดให้สถาบันทางการเงินพัฒนาและนำโปรแกรมการป้องกันการฟอกเงินไปใช้

³⁴ ข้อ 2 (d) UNCAC

สมคบเพื่อกระทำ การพยายามกระทำ ช่วยเหลือ ยุยง สนับสนุน ให้คำปรึกษาในการกระทำข้างต้นก็ถือเป็นความผิดฐานฟอกเงินด้วยเช่นกัน

2.1.2. ความผิดที่กระทำนอกประเทศ

ข้อ 23 วรรค 2 (ค) ได้กำหนดไว้ว่าความผิดมูลฐาน³⁵ให้รวมถึงความผิดที่กระทำภายในหรือภายนอกเขตอำนาจของประเทศภาคีนั้นด้วย อย่างไรก็ตามความผิดที่กระทำนอกเขตอำนาจรัฐภาคี จะเป็นความผิดมูลฐานได้ก็เฉพาะต่อเมื่อการกระทำที่เกี่ยวข้องนั้นเป็นความผิดทางอาญาภายใต้กฎหมายภายในของประเทศที่มีการกระทำนั้น และอาจเป็นความผิดทางอาญาภายใต้กฎหมายภายในของประเทศภาคีที่ได้ดำเนินการหรือใช้บังคับตามความในข้อนี้ หากว่าการกระทำดังกล่าวในรัฐภาคีนั้น

ดังนั้นความผิดฟอกเงินที่กระทำนอกประเทศ หากจะให้เข้าความผิดมูลฐาน จะต้องเป็นกรณีที่ความผิดนั้น เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายในทั้งของรัฐที่มีการกระทำความผิด และรัฐที่ได้ร้องขอให้บังคับการต่อการกระทำความผิดนั้นด้วย อย่างไรก็ตามการกำหนดมูลฐานความผิดเช่นนี้ เป็นการทำให้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่ใช้หลัก dual criminality สามารถกระทำได้อย่างราบรื่นอีกด้วยเนื่องจากการรวมเอาระดับขั้นต่ำของขอบเขตความผิดทางอาญาทั้งหมดที่ระบุไว้ในอนุสัญญาฉบับนี้และเป็นการผิดในทั้งสองรัฐมาเป็นความผิดมูลฐาน เมื่อความผิดมูลฐานมีกรอบที่ขยายออกไปเท่ากันตามอนุสัญญานี้แล้วและเป็นการผิดที่เข้าตามเกณฑ์ความผิดทางอาญาที่กำหนดไว้ในทั้งสองรัฐก็สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้แก่กันได้ ในเรื่องความผิดมูลฐานนี้มีปัญหาการนิยามความผิดมูลฐาน (predicate offence) อยู่บ้างซึ่งบางรัฐจะมีการนิยามที่ไม่เหมือนกันอันจะส่งผลต่อการกำหนดโทษต่อไป เนื่องจากหลายรัฐมีกฎหมายฟอกเงินกำหนดไว้แล้วและได้นิยามความผิดมูลฐานไว้อย่างหลากหลายบางรัฐกำหนดความผิดมูลฐานไว้อย่างละเอียด ในขณะที่บางรัฐก็นิยามไว้อย่างกว้างๆ อย่างไรก็ตามก็ดีรัฐส่วนใหญ่ก็มักจะนิยามความผิดมูลฐานไว้อย่างทั่วๆไปว่ารวมถึงอาชญากรรม และอาชญากรรมร้ายแรง³⁶

³⁵ นิยามความผิดมูลฐาน ข้อ 2 (ข) มูลฐานความผิดหมายถึงความผิดใดซึ่งผลของการกระทำเป็นเหตุให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน อันเป็นมูลฐานของความผิดที่ระบุไว้ในข้อ 23 ของอนุสัญญาฉบับนี้

³⁶ Organized Crime Convention ได้กำหนดไว้ว่า อาชญากรรมร้ายแรงคือ การกระทำที่มีบทลงโทษขั้นสูงสุดอันเป็นการตัดสิทธิเสรีภาพ คือการจำคุกอย่างน้อย 4 ปี หรือมากกว่านั้น

2.1.3. การกำหนดการฟอกเงินกับ due process of law

Due Process (มาจากคำว่า due process of law) เป็นการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมตามกฎหมาย คือหลักการที่รัฐบาลจะต้องเคารพซึ่งสิทธิในทางกฎหมายในทุกๆด้านของบุคคลหนึ่ง³⁷ และด้วยลักษณะเฉพาะของตัวกฎหมายฟอกเงินเองนั้นเป็นที่ยอมรับกันดีว่ามีลักษณะที่ไปกระทบจำกัดสิทธิของประชาชนโดยทั่วไป ซึ่งโดยหลักแล้ว สิทธิเสรีภาพของประชาชนย่อมได้รับการประกันตามรัฐธรรมนูญ รัฐจะจำกัด หรือก้าวล่วงได้เท่าที่จำเป็นและมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น โดยที่กฎหมายฟอกเงินถือเป็นกฎหมายที่ไปละเมิดไปจำกัดสิทธิของประชาชนเช่นกัน แต่เพื่อการป้องกันปราบปรามการฟอกเงินซึ่งรัฐมองว่าเป็นเรื่องสำคัญ จึงได้กำหนดมาตรการนี้ขึ้นมา ดังนั้นการใช้มาตรการดังกล่าวจึงจำต้องใช้ด้วยความระมัดระวังและเท่าที่จำเป็นเท่านั้น เช่น การริบทรัพย์ การยึด การอายัด แม้เป็นเพียงกรณีที่ต้องสงสัย และหากทรัพย์นั้นสามารถพิสูจน์ที่มาโดยชอบได้ ทรัพย์นั้นก็จะถูกปล่อยจากการริบ ยึด อายัด ซึ่งในทางธุรกิจแล้วการชะงักงันทางการค้าแม้เพียงวันเดียวก็มีมูลค่ามหาศาล ดังนั้นโดยทั่วไปแล้วเมื่ออนุสัญญาจะกำหนดให้การกำหนดความผิดฐานฟอกเงินกว้างขึ้น แต่การกำหนดความผิดนี้แต่ละรัฐภาคีก็จำเป็นต้องคำนึงถึงหลักความชอบ การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมตามกฎหมายภายในด้วย

นอกจากนั้นอนุสัญญานี้ก็ได้วางกรอบในการดำเนินการที่เคารพกับหลัก due process of law ไว้ด้วย ดังจะเห็นได้จาก การกำหนดไว้ในข้อ 23 วรรค 2 จ ว่าในกรณีที่เป็นไปตามหลักการพื้นฐานของกฎหมายภายในของประเทศภาคีอาจมีการกำหนดให้ความผิดประเภทที่ระบุไว้ในวรรค 1 (การฟอกทรัพย์สินและการฟอกเงิน) ของข้อนี้ไม่ใช่บังคับกับบุคคลซึ่งกระทำความผิดมูลฐานนั้นก็ได้ กล่าวคือหากมีกรณีรัฐธรรมนูญหรือหลักกฎหมายภายในของรัฐภาคีไม่อนุญาตให้มีการฟ้องร้องหรือลงโทษในการกระทำความผิดสองอย่างคือ การฟอกเงินและการทำผิดมูลฐาน³⁸ ในกรณีเช่นนี้อนุสัญญาก็จะอนุญาตให้ไม่ใช่ความผิดฐานฟอกเงินกับรัฐภาคีที่ใช้เรื่องความผิดมูลฐาน³⁹ สำหรับประเทศไทยในบางความผิดอาจเป็นทั้งความผิดตามการฟอกเงินและความผิดมูลฐานซึ่งไทยไม่ได้ห้ามสำหรับการฟ้องร้องหรือลงโทษในการกระทำความผิดสองอย่าง

³⁷ from Wikipedia ,the free encyclopedia

[www.dueprocess of law\Due process - Wikipedia, the free encyclopedia.mht](http://www.dueprocessoflaw.org/Due%20process%20-%20Wikipedia,%20the%20free%20encyclopedia.mht)

³⁸ Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention Against Corruption, United Nations Office on Drugs and Crime, p.93.

³⁹ ประเทศสวีเดน จะใช้หลักการข้างต้น เรียกว่า self-laundering กล่าวคือความผิดฐานฟอกเงินจะไม่นำมาบังคับใช้ซ้ำกับบุคคลที่มีความผิดตามความผิดมูลฐาน

2.1.4. ภาระการพิสูจน์ทรัพย์สินที่ได้มาจากการฟอกเงิน

การฟอกเงินกับภาระการพิสูจน์ (burden of proof) ในเรื่องภาระการพิสูจน์นี้ แม้ในอนุสัญญาจะไม่ได้กำหนดให้เป็นพันธกรณีที่ต้องทำ (mandatory requirement)⁴⁰ แต่เนื่องจากแต่ละประเทศมีมาตรฐานการลงโทษทางอาญาที่ต่างกัน ประเด็นในเรื่องพยานหลักฐานและภาระการพิสูจน์จึงแตกต่างกันไป ในบางรัฐเรื่องการยึดทรัพย์ก็ถูกกำหนดไว้เป็นมาตรการทางแพ่งเพียงอย่างเดียว ในขณะที่บางประเทศมีการกำหนดการยึดทรัพย์ไว้ในมาตรการทางอาญาด้วย ทำให้ระดับการพิสูจน์ทรัพย์สินแตกต่างกัน

2.2. การส่งผู้ร้ายข้ามแดน

อยู่ในหมวดความร่วมมือระหว่างประเทศ ซึ่งการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามอนุสัญญาหลักคือจะส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ต้องเป็นกรณีที่มีความผิดที่ร้องขอนั้นเป็นความผิดที่อาจลงโทษได้ทั้งรัฐภาคีที่ร้องขอและรัฐภาคีที่ถูกร้องขอ แต่ทั้งนี้หากกฎหมายภายในของรัฐภาคีได้บัญญัติให้รัฐภาคีสามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ แม้ความผิดนั้นมิอาจลงโทษได้ตามกฎหมายภายในของตนก็ตามรัฐภาคีก็สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้

ความร่วมมือระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจึงเป็นเรื่องที่มีความสลับซับซ้อนมาก ปกติการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะมีผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย 3 ส่วนคือ

1. ผู้กระทำผิด คือผู้ซึ่งถูกต้องการตัวนำมาลงโทษ หรือมีคำพิพากษาลงโทษแล้วแต่ได้หลบหนีออกจากประเทศซึ่งได้มีคำพิพากษาให้มีการลงโทษ
2. ประเทศที่ต้องการตัวผู้กระทำผิด หรือที่เรียกกันว่า “ประเทศผู้ร้องขอ” (requesting state)
3. ประเทศที่ผู้กระทำผิดพำนักอยู่ หรือที่เรียกว่า “ประเทศผู้ถูกร้องขอ” (requested state)

นอกจากนั้นลักษณะของความผิดที่ขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ (ตามหลัก dual criminality) ยังประกอบไปด้วยลักษณะความผิดที่ความผิดนั้นต้องไม่ใช่คดีที่มีลักษณะทางการเมือง ที่มีโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 1 ปี และจะต้องเป็นกรณีที่ไม่ใช่การพิพากษาลงโทษซ้ำ (double

⁴⁰ ข้อ 31 วรรค 8 ได้แนะนำให้รัฐภาคีพิจารณากำหนดให้จำเลยเป็นผู้มีภาระในการพิสูจน์ถึงพยานหลักฐานในความบริสุทธิ์

jeopardy⁴¹⁾ ทั้งนี้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างประเทศโดยทั่วไปจะต้องมีการจับกุมที่มีหลักฐานเกี่ยวกับคำพิพากษาที่ถึงที่สุดแล้วจากรัฐผู้ร้องขอ เมื่อบุคคลอยู่ในรัฐผู้ร้องขอ กระบวนการการส่งผู้ร้ายข้ามแดนก็จะเริ่มดำเนินการโดยการร้องขอทางการทูตจากรัฐที่ร้องขอก่อน⁴²⁾ ซึ่งส่วนใหญ่ก็จะมี การทำสนธิสัญญาการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างรัฐผู้ร้องขอ และรัฐผู้ถูกร้องขออยู่แล้ว

หลักการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในทางระหว่างประเทศมีอยู่ด้วยกัน 3 วิธี⁴³⁾ ดังนี้

1. Laundry List นับว่าเป็นวิธีการดั้งเดิมในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน โดยจะมีการเขียนการ กระทำความผิดที่เป็นความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ไว้ในรายการ เมื่อจะทำการส่งผู้ร้ายข้ามแดนก็ต้องมาดูว่าการกระทำนั้นอยู่ในรายการที่ได้เขียนไว้หรือไม่ เช่น สนธิสัญญาระหว่างสหรัฐอเมริกา กับ นิการากัว โดยสนธิสัญญานี้จะระบุโดยละเอียดถึงการกระทำผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ไม่ว่าจะเป็นชนิดความผิดที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดนั้น , การลักพาตัว , การปลอมแปลงเงินตรา

2. Dual Criminality เป็นวิธีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่มีความยืดหยุ่นกว่าวิธีแรก โดยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะส่งได้เมื่อความผิดนั้นเป็นความผิดที่สามารถลงโทษได้ในทั้ง 2 รัฐ โดยความผิดนั้นจะต้องมีโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 1 ปีขึ้นไป วิธีนี้ส่วนใหญ่จะพบในสนธิสัญญาสมัยใหม่ เช่น สนธิสัญญาระหว่างสหรัฐอเมริกา กับ ออสเตรเลีย ซึ่งวิธีนี้ได้รับการยอมรับในสังคมระหว่างประเทศอย่างกว้างขวาง

3. Hybrid เป็นวิธีการสุดท้ายในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เป็นความพยายามในการผสมผสานระหว่าง laundry-list และ dual criminality ซึ่งวิธีการนี้พบในปี ค.ศ. 1972 เช่นสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างสหรัฐอเมริกา และ สหราชอาณาจักร

ทั้งนี้หากรัฐประสงค์จะเปลี่ยนแปลงรูปแบบวิธีในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน รัฐจะต้องทำการเปลี่ยนแปลงโดยการแก้ไขสนธิสัญญาซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วจะเป็นความตกลงที่เปลี่ยนจาก laundry-list ไปเป็น dual criminality⁴⁴⁾

⁴¹⁾ เป็นคดีที่ศาลที่ประเทศผู้ร้องขอพิจารณาหรือปล่อยให้รับโทษตามความผิดซึ่งร้องขอมาแล้ว โดยหลักคือการไม่พิจารณาพิพากษาลงโทษบุคคลเดียวกันในความผิดครั้งเดียวซ้ำกัน

⁴²⁾ ทั้งนี้ในบางกรณีกระบวนการขั้นตอนที่เหลืออาจถูกส่งผ่านทางตำรวจสากล (interpol) โดยตำรวจสากลก็จะดำเนินการส่งคำเตือน (red notice) ไปยังรัฐสมาชิกของตำรวจสากลก็เป็นได้

⁴³⁾ International Extradition

2.2.1. กรณีไม่มีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดน

ปกติแล้วทางปฏิบัติของนานาประเทศ หากประสงค์ที่จะทำการส่งผู้ร้ายข้ามแดนก็จะต้องมีสนธิสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศเป็นกฎหมายรองรับให้สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ หากรัฐภาคีไม่มีกฎหมายข้างต้นรองรับก็สามารถที่จะปฏิเสธคำร้องขอการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้⁴⁵ แต่กระนั้นก็ได้หมายความว่าหากไม่มีการทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนกันไว้จะไม่สามารถสร้างความร่วมมือระหว่างประเทศได้เลย โดย รัฐภาคีที่ถูกร้องขออาจใช้ช่องทางในความร่วมมือระหว่างประเทศ โดยใช้หลักในเรื่องพันธไมตรีระหว่างประเทศ (comity) หลักถ้อยทีถ้อยปฏิบัติ (reciprocity) และหลักความยุติธรรม(justice)ได้⁴⁶ เช่น แม้รัฐภาคีจะไม่มีอนุสัญญาการส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับรัฐที่ร้องขอมาก็สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้ได้เพื่อรักษาความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศและหากรัฐจะมีการร้องขอกลับบ้างก็จะได้รับความช่วยเหลือเช่นกัน

อย่างไรก็ดีอนุสัญญานี้ได้กำหนดให้รัฐภาคีที่ไม่มีสนธิสัญญาการส่งผู้ร้ายข้ามแดน หากได้รับคำร้องขอจากรัฐภาคีอื่นให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน โดยรัฐภาคีที่ถูกร้องขออาจพิจารณานำเอาอนุสัญญานี้มาเป็นพื้นฐานทางกฎหมายในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน สำหรับความผิดที่เกิดขึ้นตามข้อกำหนดในอนุสัญญานี้⁴⁷ และข้อ 44 วรรค 4 ก็ได้กำหนดให้รัฐภาคีกำหนดความผิดที่มีอยู่ในอนุสัญญานี้ให้เป็นความผิดที่มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้

ทั้งนี้จะเห็นได้ว่า อนุสัญญาได้กำหนดบทบัญญัติไว้อย่างกว้างๆเพื่อสำหรับอุดช่องว่างกรณีรัฐภาคีไม่มีสนธิสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างกันให้สามารถนำเอาอนุสัญญานี้มาเป็นพื้นฐานในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ และกรณีหากรัฐภาคีที่ถูกร้องขอไม่เลือกใช้ออนุสัญญานี้เป็นพื้นฐานกฎหมายในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน รัฐภาคีที่ถูกร้องขอนั้น

⁴⁴ เช่น สหรัฐอเมริกาได้ทำการปรับปรุงความสัมพันธ์ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในปี ค.ศ. 2003 โดยคำนึงถึงหลักกฎหมายภายในด้วย

⁴⁵ อย่างไรก็ดี โดยปกติแล้วหากรัฐไม่มีความตกลง หรือสนธิสัญญาในเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดน รัฐภาคีที่ถูกร้องขออาจใช้ช่องทางในความร่วมมือระหว่างประเทศ โดยใช้หลักถ้อยทีถ้อยอาศัย หลักต่างตอบแทนก็ได้ กล่าวคือแม้รัฐภาคีจะไม่มีอนุสัญญาการส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับรัฐที่ร้องขอมาก็สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้ได้เพื่อรักษาความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศและหากรัฐจะมีการร้องขอกลับบ้างก็จะได้รับความช่วยเหลือเช่นกัน

⁴⁶ การส่งผู้ร้ายข้ามแดนทฤษฎีและแนวปฏิบัติ หน้า22

⁴⁷ ข้อ 44 (5) UNCAC

ก็จะต้องแสวงหา จัดทำสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับประเทศภาคีของอนุสัญญานี้ ประเทศอื่นๆตามสมควร⁴⁸

ดังนั้นการปฏิบัติให้เป็นไปตามพันธกรณีในเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนกรณีไม่มีสนธิสัญญาการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างกัน รัฐภาคีก็สามารถทำการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้โดยนำอนุสัญญานี้มาเป็นพื้นฐาน แต่อย่างไรก็ดีข้อบ่งชี้ดังกล่าวในอนุสัญญานี้เป็นเพียงพันธกรณีที่เส้นทางเลือกเท่านั้น หากรัฐภาคีที่ถูกร้องขอไม่มีสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้รับการร้องขอจากรัฐภาคีอื่น รัฐภาคีที่ถูกร้องขอก็อาจเลือกที่จะรับข้อ 44 (5) นี้ หรือเลือกที่จะปฏิเสธไม่นำมาเป็นพื้นฐานทางกฎหมายในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้แก่รัฐภาคีที่ร้องขอก็เป็นได้หากรัฐภาคีที่ร้องขอนั้นไม่ได้เป็นภาคีในอนุสัญญานี้ แต่หากรัฐภาคีที่ร้องขอก็เป็นภาคีในอนุสัญญานี้ด้วย รัฐผู้ถูกร้องขอแม้จะเลือกที่จะไม่นำอนุสัญญานี้มาเป็นพื้นฐานทางกฎหมายก็ตาม ก็จะต้องจัดทำสนธิสัญญาการส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับรัฐภาคีที่ร้องขอนั้นๆตามสมควร

2.2.2. กรณีมีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดน

โดยปกติแล้ว เมื่อมีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนกัน รัฐภาคีนั้นก็ต้องดำเนินการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามสนธิสัญญาที่ตนได้ทำ นอกเหนือไปจากนั้น อนุสัญญานี้ก็ได้กำหนดเกี่ยวกับเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไว้เช่นกัน ดังนั้นรัฐที่เป็นภาคีในอนุสัญญานี้ก็มีพันธกรณีที่ต้องทำในเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามอนุสัญญานี้เช่นกัน อย่างไรก็ตามรัฐภาคีที่มีทั้งสนธิสัญญาทวิภาคี และอนุสัญญานี้ก็สามารถที่จะเลือกได้ว่าต้องการจะผูกพันตามความตกลงใด

ประเด็นปัญหาการนิยามฐานความผิด จากหลักการส่งผู้ร้ายข้ามแดน dual criminality ที่กำหนดให้ต้องเป็นความผิดอาญาของทั้งรัฐภาคีที่ร้องขอ และรัฐภาคีที่ถูกร้องขอ นั้น ประเด็นการกำหนดความผิดให้เหมือนกันยังคงเป็นประเด็นปัญหาหนึ่งที่เป็นอุปสรรคในความร่วมมือระหว่างประเทศได้ เช่น รัฐภาคีที่ถูกร้องขออาจปฏิเสธไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้แก่รัฐภาคีที่ร้องขอได้หากการบัญญัติความผิดไม่ตรงกัน หรือแม้แต่กรณีที่บางรัฐภาคีใช้หลัก dual criminality ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ในขณะที่รัฐภาคีอีกรัฐอาจใช้การยกเว้นหลัก dual criminality ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเช่นนี้ก็จะเกิดการไม่เสมอกันในพื้นฐานความร่วมมือในเรื่องดังกล่าว

⁴⁸ ข้อ 44 วรรค 6 (ข) UNCAC

2.3. การช่วยเหลือทางกฎหมายซึ่งกันและกัน

ในโลกยุคปัจจุบัน การการทุจริตที่มีลักษณะการเคลื่อนไหวอยู่เสมอ ข้ามจากประเทศหนึ่งไปยังประเทศหนึ่ง การช่วยเหลือซึ่งกันและกันในระหว่างรัฐภาคีจึงเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งที่จะช่วยเหลือให้การสืบสวนสอบสวนประสบความสำเร็จ และสามารถนำผู้กระทำผิดมาลงโทษได้ เพราะเนื่องจากแต่ละประเทศมีขีดความสามารถและมีระบบภายในที่ไม่เหมือนกัน⁴⁹ โดยเฉพาะประเด็นการช่วยเหลือทางกฎหมายกับประเทศที่ด้อยพัฒนามากกว่า⁵⁰

2.3.1. การจัดมาตรการในการช่วยเหลือทางกฎหมายเพื่อการสืบสวนฟ้องร้องคดีและดำเนินคดี

ข้อ 46 วรรค 1 “ประเทศภาคีทั้งหลายพึงจัดให้มีมาตรการอย่างกว้างขวางที่สุดของการช่วยเหลือทางกฎหมายซึ่งกันและกันให้แก่ประเทศภาคีอื่น เพื่อการสอบสวน การฟ้องร้องดำเนินคดีและการพิจารณาคดีในศาลเกี่ยวกับความผิดประเภทที่ระบุไว้ในอนุสัญญาฉบับนี้”

สำหรับในเรื่องการจัดมาตรการการช่วยเหลือทางกฎหมายแก่รัฐภาคีนั้น ในชั้นแรกรัฐภาคีควรจะมีการทบทวนสนธิสัญญาความร่วมมือทางกฎหมาย (mutual legal assistance treaties) ที่ตนมีก่อน เพื่อให้แน่ใจว่ากฎหมายที่มีอยู่นั้นอนุญาตให้มีความช่วยเหลือกันทางกฎหมายได้อย่างครอบคลุม การกระทำที่อยู่ในรายการข้อ 46 วรรค 3 ซึ่งกำหนดวัตถุประสงค์ในการร้องขอความช่วยเหลือทางกฎหมายไว้หรือไม่ เช่น รัฐภาคีของ OCC จะสามารถให้ความช่วยเหลือกันทางกฎหมายได้เช่นเดียวกับข้อ 46 วรรค 3 อนุสัญญาฉบับนี้อยู่แล้ว ยกเว้น 2 กรณี ที่ OCC ไม่ได้กำหนดไว้คือ เพื่อ(ข) เพื่อการบ่งชี้หรือการสะกดรอยติดตามสิ่งที่ได้มาจากการกระทำ ความผิด ทรัพย์สิน เครื่องมือ หรือสิ่งอื่นเพื่อใช้เป็นพยานหลักฐาน , (ณ) เพื่อการช่วยเหลือประเภทอื่นๆซึ่งไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายภายในของประเทศภาคีที่ถูกร้องขอ ทั้งนี้การช่วยเหลือทางกฎหมายตามข้อ 46 วรรค 1 นี้อาจอยู่ในรูปของการร้องขอพยานหลักฐาน , เอกสารข้อมูล , การติดตามสืบเสาะ , การนำพยานเข้าสู่คดีก็ได้

⁴⁹ Mutual Legal Assistance Request Writer Tool. United Nations office on Drugs and Crime.

⁵⁰ การช่วยเหลือทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพการช่วยเหลือกันทางกฎหมายนั้นจะต้อง

1. อำนาจความสะดวกของรัฐที่ร้องขอความช่วยเหลือ
2. หลักละเมิดช่องโหว่ของกฎหมายและอุปสรรคในด้านระบบกฎหมายที่ต่างกัน

ประเด็นปัญหาที่อาจเกิดขึ้นได้คือการกำหนดให้รัฐภาคีทั้งหลายจัดให้มีมาตรการอย่างกว้างขวางที่สุดในการช่วยเหลือกันทางกฎหมาย อันเป็นพันธกรณีที่必须ทำ ประเด็นคืออย่างไรจึงจะเป็นมาตรการอย่างกว้างที่สุดของแต่ละรัฐภาคี ซึ่งการกำหนดกรอบกว้างๆเช่นนี้ ทำให้เปิดช่องให้มาตรการการช่วยเหลือกันทางด้านกฎหมายอยู่ในกรอบที่กว้างมาก และอาจมีมาตรฐานอย่างกว้างที่สุดหลายมาตรฐานก็ได้ในการช่วยเหลือกันทางด้านกฎหมาย นอกจากนั้น ข้อ 46 (13) ยังได้กำหนดให้มีการจัดตั้งหน่วยงานขึ้นมาในการให้ความร่วมมือกันทางกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ปัญหาในทางปฏิบัติของหน่วยงาน กรณีการสื่อสารของหน่วยงานที่รับผิดชอบ น่าจะเป็นประเด็นหนึ่งที่ต้องให้ความสนใจ⁵¹ อีกทั้งกรณีได้ข้อมูลที่ไม่มีประสิทธิภาพ หรือ บทบัญญัติของบางประเทศที่ใช้ ดาวเทียมและโทรศัพท์เป็นพยานหลักฐานได้⁵² ในขณะที่บางประเทศยังไม่ยอมรับพยานหลักฐานดังกล่าว นอกจากนั้นยังมีประเด็นการมีสิทธิพิเศษและความคุ้มกันของพยาน เช่น กรณีที่พยานเป็นเจ้าหน้าที่รัฐองค์กระหว่างประเทศที่มีความคุ้มกันทางการศาล พยานก็อาจใช้สิทธินั้นไม่มาเป็นพยานให้รัฐที่ร้องขอในการให้ข้อมูลได้

2.3.2. การจัดทำมาตรการช่วยเหลือทางกฎหมายของนิติบุคคล

เนื่องจากอนุสัญญาฉบับนี้ได้เพิ่มมาตรการสำหรับนิติบุคคลขึ้นมาด้วย เนื่องจากปัจจุบันรูปแบบการการทุจริตไม่อยู่แต่ในภาครัฐเท่านั้น หลายๆครั้งการการทุจริตที่สำคัญมักอยู่ในรูปของเอกชน บริษัทต่างๆ ดังนั้นแนวคิดเรื่องความรับผิดชอบของนิติบุคคลจึงเริ่มพัฒนาขึ้น จากเดิมที่เน้นแต่ความรับผิดชอบทางด้านแพ่ง ก็มีความรับผิดชอบด้านอาญาด้วย ในข้อ 46 วรรค 2 กำหนดไว้ว่า “การช่วยเหลือทางกฎหมายซึ่งกันและกันนั้นพึงจัดให้มีในขอบเขตที่สมบูรณ์ที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ภายใต้กฎหมายสนธิสัญญา ข้อตกลง และแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องของประเทศภาคีที่ถูกร้องขอ นั้นสำหรับการสอบสวน การฟ้องร้องดำเนินคดี และการพิจารณาคดีในศาลเกี่ยวกับความผิดซึ่งนิติบุคคลอาจต้องรับผิดชอบได้ตามความในข้อ 26 ของอนุสัญญาฉบับนี้ในประเทศภาคีที่ร้องขอนั้น” ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการช่วยเหลือทางกฎหมายของนิติบุคคลนั้นอาจอยู่ในรูปของการจัดทำมาตรการช่วยเหลือกันทางกฎหมายโดยการ สอบสวน , ดำเนินคดีฟ้องร้อง , และกระบวนการทางการศาล เกี่ยวกับพฤติการณ์ของนิติบุคคลนั้น

และนอกจากนั้นหากรัฐภาคียังไม่มีการจัดทำมาตรการดังกล่าว รัฐภาคีก็มีหน้าที่จะต้องแก้ไข เปลี่ยนแปลงกฎหมายให้สอดคล้องกันด้วย

⁵¹ Overview of Implementation issues and problems aminated.

⁵² Report of the expert working group on mutual legal assistance and related international confiscation. Vienna 15-19 Feb. 1993, UNODCCP.

ประเด็นสำหรับการช่วยเหลือทางกฎหมายของนิติบุคคล กรณีการกำหนดความรับผิดของนิติบุคคล ที่บางประเทศก็กำหนดไว้เพียงมาตรการทางแพ่ง บางประเทศก็มีมาตรการทางอาญาด้วย ซึ่งการกำหนดมาตรการการลงโทษที่ต่างกันนี้ย่อมส่งผลถึงประเด็น การพิสูจน์พยานหลักฐานที่ต่างกันด้วย กรณีมาตรการทางอาญาก็จะต้องใช้พยานหลักฐานที่มากกว่ามาตรการทางแพ่งด้วย

2.3.3. สนธิสัญญาว่าด้วยการช่วยเหลือทางกฎหมายซึ่งกันและกัน

สนธิสัญญาว่าด้วยการช่วยเหลือทางกฎหมายซึ่งกันและกัน (The mutual legal assistance treaty) เป็นความตกลงระหว่างสองรัฐเพื่อวัตถุประสงค์ในการรวบรวมแลกเปลี่ยนข้อมูล เพื่อบังคับใช้มาตรการทางอาญา⁵³ โดยความช่วยเหลือนี้อาจอยู่ในรูปแบบของการตรวจสอบและแยกแยะบุคคล สถานที่และสิ่งของ การอารักขาถ่ายโอน การทำให้หยุดการกระทำทางอาญา

ข้อ 46 วรรค 7 “ความในวรรค 9-29 ของข้อนี้ให้ใช้บังคับกับคำร้องขอที่กระทำตามความในข้อนี้หากว่าประเทศภาคีที่เกี่ยวข้องกับคำร้องขอนั้นไม่ได้ผูกพันโดยสนธิสัญญาว่าด้วยการช่วยเหลือทางกฎหมายซึ่งกันและกัน สำหรับในกรณีที่ประเทศภาคีผูกพันโดยสนธิสัญญาดังกล่าวก็ให้นำบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องโดยตรงของสนธิสัญญานั้นมาใช้บังคับ เว้นแต่ประเทศภาคีนั้นตกลงที่จะนำความในวรรค 9-29 ของข้อนี้มาบังคับใช้ในกรณีดังกล่าว ซึ่งจากอนุสัญญาจะเห็นได้ว่าประเทศภาคีทั้งหลายได้รับการสนับสนุนอย่างยิ่งให้นำความในวรรค 9-29 ดังกล่าวมาใช้ในกรณีที่ประเทศนั้นจะสนับสนุนให้ความร่วมมือ”

จากบทบัญญัติข้างต้นทำให้เห็นว่าอนุสัญญาได้กำหนดให้รัฐภาคีที่มีการจัดทำสนธิสัญญาว่าด้วยการช่วยเหลือทางกฎหมายซึ่งกันและกันอยู่แล้วก็ให้ใช้สนธิสัญญาว่าด้วยการช่วยเหลือทางกฎหมายซึ่งกันและกันนั้น โดยให้ความสำคัญกับความในวรรค 9-29 ด้วยที่แม้จะใช้อนุสัญญาดังกล่าวที่ได้จัดทำ แต่หากรัฐภาคีนั้นยังไม่มีการจัดทำสนธิสัญญาว่าด้วยการช่วยเหลือทางกฎหมายซึ่งกันและกัน ก็ให้ใช้อนุสัญญานี้เป็นพื้นฐานแทน

⁵³ อย่างไรก็ดี สนธิสัญญาว่าด้วยการช่วยเหลือกันทางกฎหมายซึ่งกันและกันที่สหรัฐอเมริกา ทำกับประเทศกลุ่มแคริบเบียนนั้นไม่ครอบคลุมถึงความผิดในการหลบเลี่ยงภาษีด้วย ซึ่งจุดนี้ก็เป็นส่วนหนึ่งในการทำให้ประเทศแถบแคริบเบียนเป็นที่หลบซ่อนเกี่ยวกับการทำผิดด้านภาษีด้วย

2.4. การติดตามเอาทรัพย์สิน

การติดตามเอาทรัพย์สิน ถือเป็นหลักการพื้นฐานของอนุสัญญา⁵⁴ โดย รัฐจะต้องทำการเรียกร้องให้สถาบันการเงิน ตรวจสอบหลักฐานของลูกค้าย่างละเอียด ทั้งนี้รวมถึงลูกค้าที่เป็นเจ้าหน้าที่รัฐและครอบครัวด้วย นอกจากนี้อนุสัญญายังได้กำหนดความร่วมมือระหว่างประเทศเพิ่มมากขึ้น⁵⁴ ในด้านนี้ เช่น ความร่วมมือในการแกะรอย อาัยดทรัพย์ที่ได้จากการกระทำผิดตามอนุสัญญา⁵⁴ โดยไม่ต้องร้องขอก็สามารถช่วยเหลือในการสืบสวนสอบสวนได้ ทำที่รัฐจะต้องจัดทำมาตรการที่สามารถคืนทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำผิดให้แก่ประเทศที่ร้องขอผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น อย่างไรก็ตาม ข้อ 53 ของอนุสัญญานี้ได้อนุญาตให้รัฐภาคีสามารถดำเนินกระบวนการทางแพ่งได้ในการติดตามนำทรัพย์สินกลับคืน⁵⁵ ได้อีกด้วย

2.4.1. ประเทศที่ร้องขอ

อนุสัญญานี้ได้กำหนดการติดตามนำทรัพย์สินคืนสำหรับรัฐภาคีผู้ร้องขอไว้⁵⁶ โดยกำหนดให้รัฐภาคีที่ร้องขอ จะต้องจัดส่งคำร้องขอไปให้หน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ของรัฐภาคีที่ถูกร้องขอ เพื่อขอให้ดำเนินการให้มีคำสั่งริบทรัพย์นั้น หรือกรณีเมื่อมีคำสั่งแล้วให้ส่งคำสั่งริบทรัพย์ที่ออกโดยศาลของภาคีที่ร้องขอไปให้หน่วยงานที่มีอำนาจเกี่ยวข้อง ในรัฐภาคีที่ถูกร้องขอนั้น เพื่อทำตามคำร้องขอนั้น ทั้งนี้คำร้องขอนั้นจะต้องบรรยายรายละเอียดทรัพย์ และรายละเอียดของที่ตั้ง

⁵⁴ A report of the Secretary-General (A/57/158 and Add.1 and 2) reviewed measures taken by Member States, The United Nations system and other relevant organizations and confirmed the high priority attached by the international community to the fight against corruption in general and in the problem of cross-border transfers of illicitly obtained funds and the return of such funds.

⁵⁵ เนื่องจากการร่วมมือกันทางระหว่างประเทศในคดีแพ่งยังไม่มี มีแต่ความร่วมมือในคดีอาญา ทั้งที่ความจริงแล้วมาตรการทางอาญาในการติดตามนำทรัพย์สินอาจขยายไปไม่ถึงในบางกรณี ความตาย , การไม่อยู่ของผู้ถูกกล่าวหา ทั้งนี้มาตรการทางแพ่งมีข้อดีคือสามารถกำหนดความรับผิดชอบได้โดยไม่ต้องอยู่บนพื้นฐานความรับผิดชอบของตัวเจ้าของทรัพย์เท่านั้น

⁵⁶ ข้อ 55 UNCAC

ทรัพย์สินที่หาได้⁵⁷ , แบนสำเนารับรองความถูกต้องของผู้พิพากษาศาลถึงที่สุดให้ทรัพย์สินนั้น⁵⁸

2.4.2. ประเทศที่ถูกร้องขอ

อนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดหน้าที่สำหรับการติดตามทรัพย์สินของรัฐภาคีเมื่อได้รับการร้องขอจากรัฐภาคีอื่น โดยต้องสอดคล้องกับหลักกฎหมายภายในดังนี้

ดำเนินการมาตรการเพื่ออนุญาตให้หน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่⁵⁹ ของรัฐตนให้จัดการให้เป็นไปตามคำสั่งศาลของรัฐภาคีอื่นให้ทรัพย์สินนั้น⁶⁰ นอกจากนี้รัฐที่ถูกร้องขอจะต้องอนุญาตให้หน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องของประเทศตนให้ออกคำสั่งริบทรัพย์สินดังกล่าว ซึ่งมีที่มาจากต่างประเทศนั้น โดยเป็นความผิดฐานฟอกเงินหรือความผิดอื่นซึ่งอยู่ในเขตอำนาจตนอีกด้วย หรือในกรณีความร่วมมือระหว่างประเทศ รัฐภาคีที่ถูกร้องขอจะต้องจัดส่งคำร้องขอนั้นไปให้หน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องของรัฐภาคีที่ถูกร้องขอนั้นให้มีคำสั่งริบทรัพย์สิน และดำเนินการตามคำสั่ง⁶¹ กรณีรัฐภาคีที่ร้องขอได้ส่งคำสั่งริบทรัพย์สินที่ออกโดยศาลตนมาให้แล้ว ก็ให้รัฐภาคีที่ถูกร้องขอส่งคำสั่งนั้นไปให้หน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง⁶²

2.4.3. การส่งคืนและการจัดการซึ่งทรัพย์สินตามข้อ 57

มาตรการนี้เป็นมาตรการที่สำคัญมาตรการหนึ่งสำหรับอนุสัญญาฉบับนี้และโดยเฉพาะประเทศที่เป็นเหยื่อ (victim country) ที่ถูกยักย้ายถ่ายเททรัพย์สินหนีออกมา โดยกำหนดให้ ทรัพย์สินที่ถูกริบโดยประเทศภาคีตามความในข้อ 31 (การยึดอายัด และริบทรัพย์สิน) หรือ ข้อ 56 (การร่วมมือพิเศษ) ของอนุสัญญาฉบับนี้ พึงถูกจัดการส่งคืนให้แก่รัฐภาคีผู้ร้องขอ ซึ่งรวมถึงการจัดส่งคืนให้แก่เจ้าของโดยชอบด้วยกฎหมายมาก่อนนั้น (ownership at the time of the offence) โดยกำหนดให้ประเทศภาคีดำเนินการโดยสอดคล้องกับบทบัญญัติของอนุสัญญาฉบับนี้และกฎหมายภายในของประเทศภาคีตนด้วย⁶³

⁵⁷ ข้อ 55 3 (a) UNCAC

⁵⁸ ข้อ 55 3 (b) UNCAC

⁵⁹ อาจหมายรวมถึงหน่วยงานทางการเงินด้วย

⁶⁰ ข้อ 54 (ก) UNCAC

⁶¹ ข้อ 55 1 (ก) UNCAC

⁶² ข้อ 55 1 (ข) UNCAC

⁶³ ข้อ 57 1

นอกจากนั้นกรณีทรัพย์นั้นเป็นทรัพย์ที่ได้มาจากการฟอกเงินที่ได้มาจากการยกยอกเงินทุนของรัฐ เมื่อมีการจัดการทรัพย์สินแล้วโดยอาศัยคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลในรัฐภาคีที่ร้องขอ ซึ่งรัฐภาคีที่ถูกร้องขอนั้นก็สามารถสละสิทธิในการรับทรัพย์นั้นได้ก็ให้ดำเนินการจัดส่งทรัพย์ที่รับไว้คืนแก่รัฐภาคีที่ร้องขอ⁶⁴ ต่อไป

กรณีส่งคืนซึ่งทรัพย์สิน อนุสัญญาข้อ 57 (c) ได้กำหนดลำดับของการจัดส่งทรัพย์สินคืนดังนี้ 1. คืนแก่รัฐภาคีที่ร้องขอ 2. คืนหรือชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่เจ้าของกรรมสิทธิ์โดยชอบด้วยกฎหมาย 3. คืนแก่ผู้เสียหายจากการกระทำผิดนั้น โดยขั้นตอนที่เป็นไปได้ในการได้ทรัพย์สินนั้นจะต้องประกอบด้วย⁶⁵ การมีมาตรการสืบสวนสอบสวนติดตามทรัพย์สินที่ดี อันเป็นการป้องกันไม่ให้ทรัพย์เกิดการหมุนเวียน (การยึด การอายัด) โดยกระบวนการรับทรัพย์

ขั้นตอนการติดตามนำทรัพย์สินคืนนั้น จะต้องมีการสอบสวนซึ่งต้องอาศัยความร่วมมือจากรัฐต่างประเทศเพื่ออาศัยข้อมูลประกอบการดำเนินการ และการรักษาทรัพย์นั้นไว้จากรัฐอื่น ปัจจุบันการหาพยานหลักฐานจากต่างประเทศจะได้มากขึ้นอยู่กับสนธิสัญญาการช่วยเหลือทางกฎหมาย ซึ่งสนธิสัญญานี้ก็ยังไม่ได้ใช้กันในทุกประเทศแต่อย่างใด

2.4.4. การรับทรัพย์ตามมูลค่า (value base) และการรับทรัพย์ตามตัวทรัพย์ (property base)

ปัจจุบันกระบวนการรับทรัพย์มี 2 รูปแบบที่ต่างกันคือ การรับทรัพย์ตามตัวทรัพย์ อันเป็นการรับทรัพย์ที่ได้มาจากการกระทำผิดนั้นเองไม่ว่าจะเป็นการใช้หรือได้รับมา (ทรัพย์สกลปรก) ซึ่งการรับทรัพย์รูปแบบนี้จะต้องมีการพิสูจน์ถึงความเป็นเจ้าของและความเกี่ยวพันระหว่างทรัพย์กับการกระทำความผิด และการรับทรัพย์ตามมูลค่า Value based confiscation คือวิธีการในการรับทรัพย์สินหรือทรัพย์สินอื่นนอกจากผลประโยชน์ (property other than the proceeds) หรือทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดโดยตรง เมื่อทรัพย์สินที่ซึ่งสามารถถูกริบได้ได้ถูกแปรสภาพหรือเปลี่ยนไปเป็นทรัพย์สินอื่นๆ รัฐบาลก็สามารถที่จะยึดทรัพย์สินอันใหม่นั้นภายใต้ทฤษฎีตัวแทนการรับ (Substitute Theory)⁶⁶ โดยมีหลักว่าอาชญากรไม่ควรได้ประโยชน์ใดจากการ

⁶⁴ ข้อ 57 3 (ก)

⁶⁵ Guillermo Jorge, "Notes on asset recovery in The United Nations Convention Against Corruption"

⁶⁶ Keith R. Fisher, "In rem alternatives to extradition for money laundering" , Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review , summer 2003 <<http://www.westlaw.com>>

กระทำความผิดของตน ดังนั้น ไม่ว่าจะได้ประโยชน์มาเท่าไรก็ต้องชดใช้เท่านั้นโดยไม่คำนึงว่าทรัพย์สินที่นำมาชดใช้นั้นจะเป็นทรัพย์สินสะอาดหรือทรัพย์สินสกปรกหรือไม่ วิธีนี้สามารถบังคับได้กับทรัพย์สินที่ผู้กระทำความผิดเป็นเจ้าของแต่ไม่จำเป็นต้องเกี่ยวกับอาชญากรรมนั้น

อย่างไรก็ดีในการริบทรัพย์สินแรกที่ควรรู้คือ รัฐนั้นใช้ระบบการริบทรัพย์สินแบบใด เพื่อเป็นการง่ายในการที่จะเลือกทรัพย์สินที่จะต้องตามหาว่าจะต้องเป็นทรัพย์สินนั้นโดยตรง หรือทรัพย์สินใดก็ได้ที่ผู้กระทำความผิดเป็นเจ้าของ ตัวอย่างเช่น อาชญากรรมการฟอกเงินที่ริบทรัพย์สินได้ ในประเทศ civil law การริบทรัพย์สินจะใช้ระบบ property base (in rem) เป็นหลัก และใช้ value base (in personam) เป็นระบบเสริม⁶⁷ ในขณะที่ประเทศ common law การริบทรัพย์สินจะใช้ระบบ value base เป็นหลัก⁶⁸

ภาระการพิสูจน์พยานหลักฐาน หากเป็นการกำหนดไว้ในกระบวนการทางอาญาก็จะมีภาระการพิสูจน์หลักฐานที่มากกว่าพยานหลักฐานในทางแพ่ง

จะเห็นได้ว่าแม้การริบทรัพย์สินจะมีมาตรการความร่วมมือต่างๆออกมา แต่ก็ยังมีปัญหาอยู่บ้างในกรณีระบบกฎหมายที่ต่างกันทำให้การริบทรัพย์สินยังมีอุปสรรคอยู่บ้าง หากเป็นกรณีการริบทรัพย์สินของรัฐภาคีที่ระบบกฎหมายต่างกัน อย่างไรก็ตามข้อเสนอญัตตินี้ก็มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นแนวทางในการจัดระเบียบการริบทรัพย์สินไม่ว่าการริบทรัพย์สินนั้นจะเป็นระบบใดก็ตาม

2.4.5. Sharing asset

เรื่อง sharing asset ถูกกำหนดขึ้นเป็นครั้งแรกในสหรัฐอเมริกา⁶⁹ และถูกนำมาเป็นเรื่องในระดับระหว่างประเทศโดย FATF recommendations ข้อ 38 และ 39 อีกทั้งยังมีการกำหนดให้เงินพิเศษแก่ประเทศที่มีความร่วมมือระหว่างประเทศที่เข้มแข็งโดยสมาชิก OECD

Sharing asset เป็นความร่วมมือในกระบวนการริบทรัพย์สิน โดยรัฐภาคีที่ทำการริบทรัพย์สินนั้นเมื่อริบทรัพย์สินได้แล้ว และทำการคืนทรัพย์สินนั้นให้แก่รัฐภาคีที่ร้องขอ รัฐภาคีที่ร้องขอนั้นก็จะทำการแบ่งเงินหรือทรัพย์สินที่ได้ให้แก่รัฐภาคีที่ถูกร้องขอเพื่อเป็นรางวัลในการช่วยริบทรัพย์สินนั้นกลับคืน ซึ่งในอดีตเรื่อง sharing asset ยังไม่มีความตกลงระดับสากล การกำหนดเกี่ยวกับ

⁶⁷ มี 2 ประเทศในระบบ civil law ที่ยกเว้นระบบ value base เป็นหลักคือ Australia และ New-Zealand

⁶⁸ เช่น Australia, Ireland, Hong Kong, New-Zealand, Singapore, United Kingdom, United States

⁶⁹ Guillermo Jorge, "Notes on Asset Recovery in the United Nations Convention Against Corruption"p.18.

เรื่องนี้ในบางประเทศก็บัญญัติไว้เป็นกฎหมายภายใน บางประเทศก็ได้บัญญัติไว้ ต่อมา United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances of 1988 จึงได้ร่างความตกลงเกี่ยวกับการแบ่งทรัพย์สินให้เพื่อเป็นรางวัลสำหรับการริบทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด (Model bilateral agreement on the sharing of confiscated proceeds of crime or property) ซึ่งเป็นการกำหนดแนวทางในการช่วยให้รัฐเจรจาเกี่ยวกับการจัดการในเรื่องทรัพย์สิน โดยกำหนดให้เมื่อมีกระบวนการริบทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดแล้ว สามารถแบ่งทรัพย์สินนั้นหรือจ่ายเงินรางวัลให้ผู้ริบทรัพย์สินนั้นได้⁷⁰ นอกจากนั้นยังได้กำหนดเกี่ยวกับการทำความตกลงในรายละเอียดอื่นๆระหว่างรัฐภาคี เช่น กำหนดหน่วยงานที่ใช้รับผิดชอบ จำนวนเงินที่จะแบ่งให้ตามความตกลงที่รัฐภาคีได้ตกลงกัน⁷¹

ประเด็นปัญหาเรื่อง sharing asset คือการยังไม่เป็นมาตรการที่เป็นสากล บางประเทศก็กำหนดเป็นกฎหมาย บางประเทศก็ไม่ได้กำหนดเป็นกฎหมาย ทั้งนี้หากรัฐภาคีใดต้องการใช้มาตรการนี้ก็สามารถทำได้โดยทำเป็นความตกลงระหว่างรัฐ ตามแนวทางข้างต้น ซึ่งประเด็นนี้อาจเกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้ กล่าวคือ เรื่อง sharing asset นี้ค่อนข้างจะเป็นประโยชน์สำหรับประเทศที่ร้องขอที่ทรัพย์สินถูกถ่ายโอนออกไป (ส่วนใหญ่เป็นประเทศกำลังพัฒนา) มากกว่าประเทศที่ถูกร้องขอ ซึ่งส่วนใหญ่มักเป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว มีระบบกฎหมายที่แน่นหนากว่า ดังนั้นเมื่อการใช้หลัก sharing asset ดูเหมือนจะไม่ได้เป็นการได้ผลประโยชน์ที่เท่ากันของทั้งสองฝ่าย (win-win) การใช้หลักนี้ก็ย่อมเป็นไปได้ในทิศทางเดียวกันได้ยาก

⁷⁰ ข้อ 3 of model bilateral agreement on the sharing of confiscated proceeds of crime or property Circumstances in which confiscated proceeds of crime or property [may] [shall] be shared

⁷¹ ข้อ 4 of model bilateral agreement on the sharing of confiscated proceeds of crime or property Requests for sharing confiscated proceeds of crime or property