

กฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องและปัญหาในการปฏิบัติตามพันธกรณีในอนุสัญญาของประเทศไทย

1. สถานะทางกฎหมายและการเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาสำหรับประเทศไทย

1.1. สถานะทางกฎหมายของอนุสัญญา

ขณะนี้ประเทศไทยได้มีการลงนาม¹ในอนุสัญญาฉบับนี้แล้ว เมื่อวันที่ 9 ธันวาคม พ.ศ. 2546 โดยผู้ช่วยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ดร.สรจักร เกษมสุวรรณ และขณะนี้อยู่ระหว่างขั้นตอนการศึกษาข้อมูลเพื่อเตรียมการให้สัตยาบัน โดยมีการจัดตั้งคณะกรรมการพิจารณาศึกษาพันธกรณีต่างๆของไทยตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 โดยคณะกรรมการได้พิจารณาและศึกษาพันธกรณีต่างๆของไทยแล้วและเห็นว่าจำเป็นต้องมีการแก้ไขกฎหมาย และยกร่างกฎหมายฉบับใหม่เพื่อรองรับพันธกรณี 4 ประการที่เกี่ยวข้องกับ 1). เจ้าพนักงานของรัฐบาลต่างประเทศ 2). เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ 3). หลักการเรื่องอายุความสะดุดหยุดอยู่ 4). การติดตามทรัพย์สินกลับคืน

ขณะนี้สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้มีมติให้ความเห็นชอบอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003² แล้ว ซึ่งรัฐบาลต้องแก้ไขกฎหมาย 3 เรื่องก่อนเสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภาอีกครั้งดังนี้

1). ร่าง พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) ³ เพิ่มเติมฐานความผิดเรื่องการให้สินบนเจ้าหน้าที่ของรัฐในต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการทุจริต หรือสินบนข้ามชาติ

¹ การลงนามจะมีความหมายคือ เป็นการยอมรับข้อบทของสนธิสัญญานั้นแล้วโดยรัฐผู้ลงนาม แต่การยอมรับดังกล่าวจะเป็นการยอมรับสนธิสัญญาโดยเด็ดขาดหรือไม่ขึ้นอยู่กับว่าสนธิสัญญานั้นระบุให้มีผลผูกพันในทันทีที่ลงนามหรือผูกพันเมื่อให้สัตยาบันภายหลัง

² 19 ธันวาคม 2550 โดยมีมติเห็นชอบด้วยคะแนน 136 เสียงต่อ 1 เสียง

³ ขณะนี้ (23 เมษายน 2551) เรื่องอยู่ที่คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 11) ได้พิจารณาเสร็จแล้ว ขณะนี้เป็นขั้นตอนรอหนังสือยืนยันร่าง พ.ร.บ. ดังกล่าวจากหน่วยงานเจ้าของเรื่องและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องที่ได้เข้าร่วมประชุม

2). ร่าง พ.ร.บ.ว่าด้วยทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด พ.ศ....

3). ร่าง พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติม ความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญา พ.ศ.2535
เพิ่มเติมหลักการติดตาม อาศัย ยึดทรัพย์ ทรัพย์สิน ของผู้ต้องหาที่นำออกไปไว้ที่ต่างประเทศตาม
มูลค่าที่ทุจริต⁴

เมื่อกฎหมายทั้ง 3 ฉบับผ่านรัฐสภาเรียบร้อยแล้วประเทศไทยก็จะถือได้ว่าการ
ดำเนินการตามมาตรการที่เป็นมาตรการบังคับ (mandatory requirement) ของอนุสัญญาได้อย่าง
ครบถ้วนไทยก็สามารถให้สัตยาบัน⁵อนุสัญญานี้ได้เลยโดยไม่ต้องนำเสนอ UNCAC ผ่านสภาอีก
ครั้งเนื่องจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ให้ความเห็นชอบแล้ว

1.2. การเข้าเป็นภาคีและปัญหาการตั้งข้อสงวนตามรัฐธรรมนูญไทยปัจจุบัน

การเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศของไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
พ.ศ.2550 มาตรา 190 ได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับการทำหนังสือสนธิสัญญาระหว่างประเทศไว้
ว่าจะต้องมีการได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาในกรณีที่ การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น
มีลักษณะดังนี้

- 1). มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตประเทศไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งไทยมีสิทธิ
อธิปไตย หรืออำนาจอธิปไตย ตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ
- 2). ต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา
- 3). หนังสือสัญญานั้นมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ หรือสังคมของประเทศ
อย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมี
นัยสำคัญ

⁴ ร่าง พ.ร.บ.ทั้งสองอยู่ในความรับผิดชอบของสำนักงานกฎหมายต่างประเทศ และ
ขณะนี้อยู่ระหว่างการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ)

⁵ ข้อ 16 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา กำหนดว่าการให้สัตยาบัน
จะก่อให้เกิดความยินยอมของรัฐที่จะเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา

ทั้งนี้ก่อนมีการดำเนินการเพื่อทำหนังสือกับนานาประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศ ให้คณะรัฐมนตรีทำการจัดรับฟังความคิดเห็นของประชาชน⁶ และทำการชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับหนังสือสัญญานั้น

และเมื่อได้มีการลงนามในหนังสือสัญญาแล้วรัฐธรรมนูญไทยได้กำหนดให้ ก่อนที่จะมีการแสดงเจตนา มีผลผูกพัน (การให้สัตยาบัน) คณะรัฐมนตรีจะต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึงข้อมูล รายละเอียดของหนังสือสัญญานั้น ดังนั้นเมื่อประเทศไทยได้ลงนามแล้วก็ถือว่าข้อบทของหนังสือสัญญานั้นผูกพันรัฐที่ลงนามแล้ว อย่างน้อยต้องไม่กระทำการใดที่จะขัดกับหลักการและวัตถุประสงค์ของหนังสือสัญญาทั้งนี้โดยมีเงื่อนไขว่ารัฐผู้ลงนามจะต้องให้สัตยาบันอีกครั้งหนึ่งเพื่อผูกพันเด็ดขาด (consent to be bound) ซึ่งก็จะต้องมีการดำเนินการตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 190⁷

การตั้งข้อสงวนอนุสัญญาของประเทศไทย

ข้อ 69 อนุสัญญาฉบับนี้ได้อนุญาตให้รัฐภาคีอาจมีการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมอนุสัญญาฉบับนี้ได้ ภายหลังจากอนุสัญญาฉบับนี้มีผลบังคับใช้แล้ว 5 ปี โดยสามารถยื่นต่อเลขาธิการสหประชาชาติเพื่อเป็นการปรับปรุงทำให้อนุสัญญามีความเป็นพลวัตร นอกจากนี้อนุสัญญายังอนุญาตให้รัฐภาคีสามารถดำเนินการตั้งข้อสงวนได้ด้วย

สำหรับการตั้งข้อสงวน กรณีที่อนุสัญญาอนุญาตให้มีการตั้งข้อสงวนได้เพื่อคลายความกังวลของรัฐในพันธกรณีบางข้อ อันเป็นการทำให้รัฐต่างๆ สามารถเข้าร่วมเป็นภาคีได้มาก ทั้งนี้การตั้งข้อสงวนของรัฐนั้น จะต้องไม่ขัดต่อหลักการวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา อย่างไรก็ตามหากรัฐภาคีหลายๆรัฐตั้งข้อสงวนกันเป็นจำนวนมากตามที่อนุสัญญานี้ได้อนุญาตไว้ หากเกิดกรณีข้อพิพาทขึ้นมา ก็อาจเป็นอุปสรรคหนึ่งในการบรรลุความตกลงความเข้าใจร่วมกันได้

สำหรับประเทศไทยคณะรัฐมนตรีได้มีมติ เมื่อวันที่ 4 ธันวาคม 2550 ลงมติเห็นชอบอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อการต่อต้านการการทุจริต ค.ศ.2003 และให้กระทรวงการต่างประเทศดำเนินการให้สัตยาบันกับอนุสัญญาฉบับนี้ โดยทำการระบุข้อสงวน (reservation) ไว้ในสัตยาบัน

⁶ วัตถุประสงค์ คือเพื่อต้องการรับฟังความคิดเห็นและสร้างความรู้ความเข้าใจให้แก่ประชาชนก่อนการเข้าเป็นภาคี

⁷ มาตรา 305 (5) รัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 “การใดเกี่ยวกับการจัดทำหรือดำเนินการตามหนังสือสัญญาที่ได้ดำเนินการไปแล้วก่อนวันประกาศใช้ รัฐธรรมนูญนี้ ให้เป็นอันใช้ได้ และมีให้นำบทบัญญัติ มาตรา 190 วรรค 3 มาใช้บังคับ แต่ให้นำบทบัญญัติมาตรา 190 วรรค 3 มาใช้บังคับกับการดำเนินการที่ยังคงค้างอยู่และต้องดำเนินการต่อไป

สารว่า ไทยจะทำการตั้งข้อสงวนตามข้อ 66 วรรค 3 โดยจะไม่ใช้การระงับข้อพิพาทตามข้อ 66 วรรค 2 ของอนุสัญญาในกรณีเกิดปัญหาการตีความหรือการบังคับของอนุสัญญา⁸ กล่าวคือ ไทยทำการตั้งข้อสงวนไม่ใช้การระงับข้อพิพาทในการตีความหรือการบังคับใช้อนุสัญญาตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา ข้อ 66 วรรค 2⁹ โดยเมื่อเกิดกรณีพิพาทจะไม่ผูกพันไทยให้ใช้ขั้นตอนการเจรจา อนุญาโตตุลาการ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

ข้อสังเกตนอกเหนือจากกรณีการตั้งข้อสงวนตามข้อ 66 แล้ว บางรัฐภาคียังได้มีการจัดทำถ้อยแถลง (Declaration)¹⁰ เพิ่มเติมเพื่อชี้แจงทำความเข้าใจในการตีความ ความหมายบางอันในอนุสัญญาตามความเข้าใจของตนอีกด้วย¹¹

2. ปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายอนุวัติพันธกรณีตามอนุสัญญา

2.1. มาตรการป้องกัน

อนุสัญญานี้ได้กำหนดมาตรการป้องกันไว้อย่างหลากหลายทั้งในทางภาครัฐและเอกชน เพราะมาตรการป้องกันถือเป็นมาตรการแรกที่สำคัญในการจัดการกับปัญหาการทุจริต

2.1.1 นโยบายมาตรการป้องกันและทางปฏิบัติ

โดยข้อ 5 ของอนุสัญญาได้กำหนดให้รัฐภาคีพึงพัฒนาดำเนินการประสานงานกันต่อต้านการทุจริต ให้ความร่วมมือแก่กันในการส่งเสริมพัฒนามาตรการป้องกัน อีกทั้งสนับสนุนให้มีหน่วยงานด้านการป้องกัน และต่อต้านการทุจริต¹² สำหรับกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องเรื่องนี้ ม.250

⁸ “In accordance with Paragraph 3 of Article 66 of the convention, Thailand does not consider itself bound by Paragraph 2 of the same Article.”

⁹ ขั้นตอนการระงับข้อพิพาทในการตีความหรือการบังคับใช้อนุสัญญา ตามข้อ 66 วรรค 2 คือ 1.การเจรจา 2. อนุญาโตตุลาการ 3. ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

¹⁰ Declaration คือการชี้แจง หรือระบุไว้ว่าสิ่งที่เข้าใจในเรื่องนี้เป็นอย่างไร ในกรณีที่อนุสัญญาในเรื่องนั้นๆอาจยังไม่มีข้อความชัดเจนก็จะมีการทำถ้อยแถลงออกมาว่าสิ่งนั้นตนเข้าใจอย่างไรและหากมีปัญหามาในภายหลังก็นำถ้อยแถลงมากล่าวอ้างได้

¹¹ เช่น Canada ได้ทำถ้อยแถลงความเข้าใจในข้อ 14 (1) (b), ข้อ 17 ,ข้อ42, ข้อ 52, ข้อ 54 Moldova มีทั้งการทำถ้อยแถลงและการตั้งข้อสงวน

¹² เป็นพันธกรณีทางเลือก (optional requirement)

(3) รัฐธรรมนูญ 2550 ได้กำหนดบทบาทหน้าที่เกี่ยวกับคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ให้มีอำนาจไต่สวนวินิจฉัยความผิดการทุจริตของผู้ดำรงตำแหน่งตั้งแต่ผู้อำนวยการกองขึ้นไป และมีการจัดตั้งสำนักงานคณะกรรมการป้องกัน และแก้ไขปัญหาคอร์รัปชันในภาครัฐ (ป.ป.ท.)¹³ ขึ้น โดยมีอำนาจไต่สวนวินิจฉัยความผิดเกี่ยวกับการทุจริตของผู้ดำรงตำแหน่งตั้งแต่ ซี 7 ลงมา เพื่อทำงานควบคู่ไปกับ ปปช.

นอกจากนั้นอนุสัญญาฯ ยังได้เน้นการมีส่วนร่วมของสังคมในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตอีกด้วย รวมถึงการเคารพการส่งเสริมและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการแสวงหา รับ เผยแพร่ และกระจายข้อมูลเกี่ยวกับการทุจริต เกี่ยวกับเรื่องนี้แม้ประเทศไทยจะมีการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของภาคส่วนต่างๆ ในสังคม มีองค์กรภาคเอกชนที่คอยตรวจสอบ จับตา การทุจริต¹⁴ แต่ก็ยังมีประเด็นที่เกี่ยวกับการส่งเสริมบทบาทภาคสังคมโดยเฉพาะสื่อมวลชนในเรื่องการหมิ่นประมาท ที่ประเทศไทยยังคงกำหนดให้การหมิ่นประมาทเป็นคดีอาญาซึ่งจะส่งผลเมื่อเกิดคดีความขึ้นมา คดีก็ไม่สามารถยอมความกันได้ ในขณะที่ประเทศอื่นๆ บางประเทศได้กำหนดให้การหมิ่นประมาทเป็นเรื่องทางแพ่ง ทำให้ผู้ที่นำเสนอข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับการทุจริต ซึ่งเป็นเรื่องที่ล่อแหลมต่อการหมิ่นประมาทบุคคลนั้น ไม่กล้าที่จะเปิดเผยข้อมูลการทุจริตออกสู่สาธารณะชนมากเท่าที่ควร

2.1.2. มาตรการและระบบความโปร่งใสในภาครัฐ

มาตรการนี้เริ่มตั้งแต่กระบวนการสรรหาบุคคลากรเข้ามาทำงานในภาครัฐ ระบบการบริหารจัดการ การพัฒนาบุคคลากร และการส่งเสริมการศึกษา และมีกรอบมตลดจนกระทั่งถึงระบบการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารราชการสำหรับงบประมาณแผ่นดิน ซึ่งนับว่าเป็นจุดที่พบการทุจริตมากจุดหนึ่งในภาครัฐเช่นกัน สำหรับประเทศไทยมาตรการและระบบความโปร่งใสในภาครัฐ ไทยมีนโยบาย และมีการดำเนินการส่งเสริมความโปร่งใสในภาครัฐมากขึ้น เช่น มีการกำหนดวาระแห่งชาติด้านจริยธรรม ธรรมาภิบาลและการป้องกันการทุจริต และประพฤตินิชอบในภาคราชการ มีการออกพระราชกฤษฎีกา ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารจัดการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ.2546 สำหรับกรณีการจัดซื้อจัดจ้าง ด้วยการตระหนักถึงปัญหาดังกล่าว ประเทศไทยก็ได้มีการจัดทำคู่มือและวิธีการบริหารจัดการสมัยใหม่ตามแนวทางการบริหารการจัดการบ้านเมืองที่ดี¹⁵

¹³ มีผลบังคับใช้เมื่อ 25 ม.ค. 2551 พรบ.ป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ

¹⁴ อาทิเครือข่ายประชาชนต้านคอร์รัปชัน, องค์กรเพื่อความโปร่งใส, มูลนิธิประเทศไทยใสสะอาด

¹⁵ http://www.opdc.go.th/oldweb/thai/chapter/chapter_11.pdf

มีการปฏิรูประบบการคลังและงบประมาณ โดยการนำเทคโนโลยีสารสนเทศมาประยุกต์ใช้¹⁶ นอกจากนี้การดำเนินนโยบายต่างประเทศของไทยเกี่ยวกับการเจรจาการค้าเช่น FTA ก็จะมีหัวข้อการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐรวมอยู่ในการจัดทำข้อตกลง FTA นั้นๆด้วย

2.1.3 ประมวลจริยธรรม

มาตรการในข้อนี้มีทั้งเป็นมาตรการที่เป็นพันธกรณีที่ต้องทำ (mandatory requirement) และพันธกรณีที่เป็นทางเลือก (optional requirement) มาตรการที่เป็นพันธกรณีที่ต้องทำคือการปฏิบัติตามประมวลระหว่างประเทศว่าด้วยการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ของรัฐ¹⁷ ซึ่งไทยก็ได้นำมาเป็นพื้นฐานการจัดทำประมวลจริยธรรมในภาคส่วนต่างๆ อย่างไรก็ดีในเรื่องเกี่ยวกับประมวลจริยธรรมนั้นไทยก็มีการปฏิบัติมาก่อนแล้วบ้างในบางหน่วยงาน เช่นจริยธรรมผู้พิพากษา¹⁸

นอกจากนั้นยังมีหน่วยงานผู้ตรวจการแผ่นดินที่ทำงานร่วมกับสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบข้าราชการในการทำงานเรื่องประมวลจริยธรรม¹⁹ อีกด้วย

2.1.4 ภาคเอกชน

การทุจริตในภาคเอกชนแม้จะยังเป็นเรื่องที่มีการกล่าวถึงไม่มากเท่ากับการทุจริตในภาครัฐ แต่การทุจริตในภาคเอกชนก็เป็นเรื่องที่สำคัญมากเรื่องหนึ่ง ดังจะเห็นได้จากช่วงวิกฤติเศรษฐกิจปี 40 ที่เกิดจากกรณีการทุจริตในภาคเอกชน²⁰ และได้ส่งผลกระทบต่อสร้างความเสียหายอย่างมาก ทั้งทางด้านเศรษฐกิจและสังคม²¹ การทุจริตในภาคเอกชนอาจอยู่ในรูปแบบการทุจริต

¹⁶ เรียกว่าโครงการเปลี่ยนระบบการบริหารการเงินการคลังภาครัฐระบบอิเล็กทรอนิกส์ (Government Fiscal Management Information System :GFMIS)

¹⁷ อยู่ในภาคผนวก มติที่ประชุมสมัชชาทั่วไปที่ 51/59 ลงวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1996

¹⁸ เดิมเป็นธรรมเนียมปฏิบัติ ต่อมาที่ประชุมคณะกรรมการตุลาการครั้งที่ 6/2527 จึงมีมติจัดทำประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ ซึ่งรวมถึงการดำรงตน และครอบครัวด้วย

¹⁹ สมบัติ ภูภาญจน์, "ยังคงต้องตามหา"ประมวลจริยธรรม"กันต่อไป/ทางเสียผ่าน" สยามรัฐออนไลน์ 25/3/2551, www.siamrath.co.th/UIFont/Articledetail.aspx?nid=558&acid=558

²⁰ เช่น คดีนายราเกษ สักเสนา อดีตที่ปรึกษาธนาคารกรุงเทพพาณิชย์การ จำกัด

²¹ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาโจรผู้ร้าย ปัญหาการหย่าร้าง ซึ่งปี พ.ศ.2540 เป็นปีที่มีสถิติการหย่าร้างเพิ่มขึ้นสูงมาก

ระหว่างเอกชนและเอกชน หรือการทุจริตระหว่างเอกชนและรัฐ²² เช่น การที่เจ้าหน้าที่ธนาคารรู้ว่า ลูกคามีคุณสมบัติไม่เพียงพอต่อการออกเงินกู้ให้ แต่ก็ออกเงินกู้ให้แก่ลูกค่านั้นโดยได้รับผลประโยชน์จากลูกคานั้น อย่างไรก็ตามในเรื่องการทุจริตภาคเอกชนซึ่งอนุสัญญาสหประชาชาติได้กำหนดไว้ในข้อ 12 ซึ่งเน้นไปทางมาตรการป้องกันโดยส่งเสริมมาตรการทางบัญชีและการตรวจสอบบัญชี โดยไม่ได้บังคับให้รัฐกำหนดให้มีความสัมพันธ์กับการทุจริตภาคเอกชนเป็นความผิดทางอาญาซึ่งจะต่างกับ Criminal Law Convention Against Corruption 1999 ซึ่งมีมาตรการให้มีความสัมพันธ์กับการทุจริตภาคเอกชนเป็นความผิดทางอาญา²³ อย่างไรก็ตามแม้ไทยจะยังไม่มีกฎหมายที่กำหนดให้การทุจริตในภาคเอกชนเป็นความผิดอาญาโดยตรง แต่ไทยก็มี พ.ร.บ. ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ.2542 หรือกฎหมายฮั้ว ซึ่งนับเป็นจุดเริ่มต้นทางกฎหมายที่มีภาคเอกชนเข้ามาเกี่ยวข้อง ได้กำหนดกลุ่มผู้กระทำความผิดตามพ.ร.บ. ออกเป็น 2 กลุ่ม ได้แก่ 1).กลุ่มลักษณะความผิดที่ผู้กระทำความผิดเป็นเอกชน 2).กลุ่มลักษณะความผิดที่ผู้กระทำความผิดเป็นเจ้าหน้าที่รัฐ และ/หรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือกรรมการหรืออนุกรรมการของรัฐ มาตรา 14 กำหนดให้คณะกรรมการป.ป.ช.มีอำนาจสอบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ ซึ่งอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการป.ป.ช.ตามรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจหน้าที่ที่มุ่งใช้กับเจ้าหน้าที่รัฐเป็นสำคัญ²⁴ แต่กฎหมายฮั้วมาตรา 7 ใช้กับผู้เสนอราคา การสมยอม ภาคเอกชน ทำให้คณะกรรมการป.ป.ช.ไม่มีอำนาจดำเนินการโดยตรง แต่เพื่อประโยชน์ในการดำเนินการกับผู้กระทำผิดต่อไป จึงให้คณะกรรมการป.ป.ช.มีอำนาจกล่าวโทษต่อพนักงานสอบสวนให้ดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ต่อไป ตามมาตรา 14 (2)

จะเห็นได้ว่าอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการป.ป.ช.ดังกล่าวยังไม่ครอบคลุมต่อความผิดของเอกชน และกฎหมายฮั้วซึ่งมีลักษณะการกระทำของเอกชนด้วยก็กำหนดให้คณะกรรมการ

²² Antonio Argandoña, working paper Private to Private Corruption. (University of Navarra. December, 2003).

²³ Active bribery Article 7, Passive bribery Article 8

²⁴ คณะกรรมการกฤษฎีกา คณะที่ 10 ได้ให้ความเห็นไว้ว่า คณะกรรมการป.ป.ช.ต้องเป็นการกระทำผิดของภาครัฐ ในส่วนการทำความผิดของเอกชนหากให้คณะกรรมการป.ป.ช.มีอำนาจสอบสวนก็จะเป็นการกำหนดอำนาจหน้าที่นอกขอบเขตความมุ่งหมายในการมีองค์กรนี้ตาม ร.ถ.น. ดังนั้นการกระทำของเอกชนในส่วนนี้จึงต้องเป็นไปตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาปกติ (ตามประมวลกฎหมายอาญา หรือตามกฎหมายอื่นๆ)

ป.ป.ช.เข้ามามีอำนาจหน้าที่ ทำให้ความเป็นจริงแล้วอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการป.ป.ช.ยังไม่สามารถครอบคลุมถึงเอกชนได้อย่างเต็มที่ จึงควรที่จะกำหนดเพิ่มอำนาจหน้าที่คณะกรรมการป.ป.ช.ให้สามารถดำเนินการกับภาคเอกชนได้เช่นเดียวกับภาครัฐ อันจะนำไปสู่การป้องกันและปราบปรามการทุจริตได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นต้องขึ้นอยู่กับทิศทางของคณะกรรมการป.ป.ช.ว่าจะดำเนินการไปในทางใด สำหรับมาตรการป้องกันในภาคเอกชน²⁵ ของสถาบันการเงินไทย ในเรื่องการจัดเก็บข้อมูล มีการจัดทำกรจัดเก็บข้อมูลตามหลัก KYCCDD²⁶ (Know Your Customer Customer Due Diligence) นับว่าเป็นการจัดเก็บข้อมูลของลูกค้าที่ละเอียดมาก ซึ่งในทางปฏิบัติสำหรับการขอข้อมูลลูกค้าที่ละเอียดมาก ในกรณีที่ลูกค้าได้เปิดบัญชีไปแล้วทำได้อัปดาบมาก จะทำได้สะดวกก็เฉพาะลูกค้ารายใหม่ที่เข้ามาทำธุรกรรมกับสถาบันการเงินเท่านั้น แต่ยังไม่มีการบัญญัติให้การทุจริตในภาคเอกชนเป็นความผิดทางอาญา

2.1.5. มาตรการป้องกันการฟอกเงิน

ในส่วนนี้ประเทศไทยได้มีการดำเนินการตามพันธกรณีที่ต้องทำของอนุสัญญาแล้ว เช่น มีการออกระเบียบควบคุมสำหรับสถาบันการเงิน ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดให้การเปิดบัญชีจะต้องใช้ชื่อนามสกุลจริงของผู้เปิดบัญชีเท่านั้น ไม่สามารถใช้นามแฝงได้ อีกทั้งกรณีหากมีการเปิดบัญชีในจำนวนที่สูงมาก ตามที่ธนาคารกำหนด ผู้เปิดบัญชีจะต้องนำเอกสารบางอย่างมาแสดงเพิ่มเติมด้วย เช่น สำเนาทะเบียนบ้าน และการชี้แจงแหล่งที่มาของเงินนั้นต่อธนาคารอีกด้วย ทั้งนี้มาตรการป้องกันการฟอกเงินของไทยยังมีประเด็นเกี่ยวกับภาคเอกชนอยู่ด้วย กล่าวคือ กฎหมายฟอกเงินไทยได้กำหนดความผิดมูลฐานไว้ 9 มูลฐาน สำหรับมูลฐานความผิดที่ 5 ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยความผิดของพนักงานในองค์การหรือหน่วยงานของรัฐ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ หรือการทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่น เป็นที่สังเกตได้ว่ากฎหมายไม่ได้กำหนดรวมถึงความผิดของเอกชนแต่อย่างใด ซึ่งแม้ที่จริงแล้วการทุจริตต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการอาจเกิดขึ้นได้จากภาครัฐเอง หรือจากภาคเอกชนก็ได้ เช่น เอกชนเสนอเงินให้

²⁵ เอกชนในที่นี้เป็นเอกชนที่กระทบต่อสาธารณะหรือมหาชนเท่านั้น

²⁶ IMFจะเข้ามาทำการตรวจสอบมาตรการ KYCCDD ของไทยทุกปี KYCCDD เป็นมาตรฐานของต่างประเทศที่สูงมาก จะทำการตรวจสอบลูกค้าอย่างจริงจัง หากผิดสังเกต บัญชีเงินสูงเกิน ก็จะต้องทำการวิเคราะห์ที่มาของเงิน หากมีความเสี่ยงสูง ก็จะไม่เปิดบัญชีให้ แม้ลูกค้าจะร่ำรวยเพียงใดก็ตาม

เจ้าหน้าที่รัฐเพื่อยกเว้นการดำเนินมาตรการบางอย่างแก่ตน เช่นนี้ก็จะไม่สามารถใช้กฎหมายฟอกเงินกับเอกชนดังกล่าวได้ ดังนั้นจึงควรที่จะเพิ่มบทบัญญัติในเรื่องนี้เกี่ยวกับภาคเอกชนลงไปด้วย

2.2 มาตรการกำหนดความผิดทางอาญา

2.2.1. สินบนของเจ้าหน้าที่รัฐ

การกำหนดความผิดในเรื่องสินบนของเจ้าหน้าที่รัฐนั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา. 143,144,147-167,201-202 และพ.ร.บ.ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ได้กำหนดครอบคลุมตามอนุสัญญาอยู่แล้ว กล่าวคือมีการกำหนดให้เป็นความผิดทั้งในกรณีเจ้าหน้าที่รัฐเป็นผู้เรียกรับสินบนนั้น (passive bribery) และกรณีให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐ (active bribery)

2.2.2 สินบนของเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ และเจ้าหน้าที่องค์กรระหว่างประเทศ

เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว กฎหมายไทยยังมิได้กำหนดครอบคลุมคือกรณีเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ หรือเจ้าหน้าที่องค์กรระหว่างประเทศ ซึ่งอนุสัญญาฉบับนี้ ได้กำหนดให้ การให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ หรือเจ้าหน้าที่องค์กรระหว่างประเทศ เป็นพันธกรณีที่ต้องทำ²⁷ โดยไทยได้มีการยกเว้น พรบ.แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ..... โดยมีการเพิ่มบทนิยามคำว่า “เจ้าพนักงานของรัฐบาลต่างประเทศ”²⁸ และ “เจ้าพนักงานขององค์กรระหว่างประเทศ”²⁹ เป็นมาตรา 1(15) และ (16) อีกทั้งยังเพิ่มความผิดต่อเจ้าพนักงาน และความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ในส่วนที่เกี่ยวกับเจ้าพนักงานของรัฐบาลต่างประเทศ หรือเจ้าพนักงานขององค์กรระหว่างประเทศ ตาม มาตรา.143,มาตรา.144,มาตรา.149 และ มาตรา.150³⁰ โดย

²⁷ UNCAC ข้อ 16 วรรค 2 ได้กำหนดเป็นพันธกรณีทางเลือกกรณีกำหนดให้การเรียกรับสินบน ของเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ เจ้าหน้าที่องค์กรระหว่างประเทศ เป็นความผิดทางอาญา

²⁸ “เจ้าพนักงานของรัฐบาลต่างประเทศ” หมายความว่ารวมถึงบุคคลใดซึ่งปฏิบัติงานราชการของรัฐบาลต่างประเทศ ไม่ว่าจะมิตำแหน่งประจำหรือชั่วคราว

²⁹ “เจ้าพนักงานขององค์กรระหว่างประเทศ” หมายความว่า ผู้ปฏิบัติงานในองค์กรระหว่างประเทศ หรือบุคคลใดซึ่งได้รับมอบหมายจากองค์กรระหว่างประเทศให้ปฏิบัติงานในนามขององค์กรนั้น

³⁰ บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่าง พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ....

กำหนดให้ทั้งการเรียกรับสินบน (passive bribery) ของเจ้าพนักงานของรัฐบาล หรือ เจ้าพนักงานขององค์กรระหว่างประเทศ เป็นความผิดทางอาญา ทั้งสองกรณี ดังนั้นจะเห็นได้ว่า นอกจากประเทศไทยจะได้อนุวัติการกฎหมายในเรื่องนี้ให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามข้อ 16 วรรค 1 ซึ่งเป็นพันธกรณีที่ต้องทำแล้ว ไทยยังได้ดำเนินการออกกฎหมายให้สอดคล้องกับพันธกรณีที่เป็นทางเลือกตามข้อ 16 วรรค 2 อีกด้วย และนอกเหนือไปจากนั้นไทยยังได้มีการกำหนดอายุความ สะดุดหยุดอยู่กรณีที่ถูกกระทำผิดได้หลบหนีไปอีกด้วย³¹

2.2.3. การยกยอก จัดสรรโดยมิชอบ หรือการเบี่ยงเบนทรัพย์สินโดยประการอื่นๆโดยเจ้าหน้าที่รัฐ

ไทยมีมาตรการทางกฎหมายที่ครอบคลุมกับหลักการของอนุสัญญาดังกล่าวแล้ว

2.2.4. การฟอกทรัพย์สิน และการฟอกเงิน

ในประเด็นเรื่องกฎหมายฟอกทรัพย์สินนั้น กฎหมายไทยยังไม่มีการบัญญัติไว้แต่อย่างใด ในกรณีที่มีการนำทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดที่มีได้อยู่ในรูปของตัวเงินไปเปลี่ยนแปลงสภาพเป็นทรัพย์สินอื่นที่สะอาด อย่างไรก็ตามมาตรการกำหนดความผิดทางอาญาเกี่ยวกับการฟอกเงินของไทยมี พ.ร.บ.ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 ซึ่งกำหนดความผิดมูลฐาน³² อันเป็นความผิดที่ก่อให้เกิดรายได้ซึ่งผิดกฎหมายว่าด้วยการปราบปรามและฟอกเงิน³³ พ.ร.บ.ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ.2542³⁴

ดังนั้นหากบุคคลกระทำความผิดในความผิดมูลฐานและมีพยาน หลักฐานเชื่อได้ว่าการกระทำความผิดมูลฐานของบุคคลนั้นเข้าข่ายความผิดฐานฟอกเงินด้วย บุคคลนั้นจะต้องถูกดำเนินคดีอาญาทั้งความผิดมูลฐาน และดำเนินคดีอาญาฐานฟอกเงินตามพ.ร.บ.ป้องกันและ

³¹ มาตรา 95/1 ,มาตรา 98 วรรค 2 ร่าง พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ...

³² “ความผิดมูลฐาน” 1. ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด 2. ความผิดเกี่ยวกับเพศ 3. ความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกงประชาชน 4. ความผิดเกี่ยวกับการยกยอก ฉ้อโกงตามกฎหมายธนาคารพาณิชย์ 5. ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ 6. ความผิดเกี่ยวกับการกระทำความผิด 7. ความผิดเกี่ยวกับศุลกากร 8. ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย 9. ความผิดเกี่ยวกับการพนัน

³³ สุรพล ไตรเวทย์, คำอธิบายกฎหมายฟอกเงิน ปัญหา ข้อเท็จจริง, น. 109.

³⁴ กำหนดให้มีการแสดงรายการบัญชีทรัพย์สินและหนี้สินของนักการเมืองทั้งในและต่างประเทศ ,การแสดงบัญชีรายการทรัพย์สินและหนี้สินของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542³⁵ อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการดำเนินการตามกฎหมายฟอกเงินนั้น ปัญหาการตีความเจตนารมณ์ของกฎหมายก็เป็นปัญหาที่สำคัญปัญหาหนึ่งในทางปฏิบัติของไทยเช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นการตีความว่าแค่ไหนเพียงใดจึงจะเข้าองค์ประกอบเป็นพฤติการณ์ที่เข้าข่ายความผิดมูลฐาน ตลอดจนการให้อำนาจของคณะกรรมการธุรกรรมในกรณีหากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า อาจมีการโอน จำหน่าย ยักยอก ปกปิดหรือซ่อนเร้นทรัพย์สินใดที่เป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด ให้คณะกรรมการธุรกรรมมีอำนาจสั่งยึดหรืออายัดทรัพย์สินนั้นไว้ชั่วคราวมีกำหนดไม่เกิน 3 วัน หรือ 10 วัน หรือ 90 วัน³⁶ ซึ่งการตีความคำว่าเหตุอันควรเชื่อได้นั้น เป็นคำสั่งทางดุลพินิจด้วยดังนั้นแค่ไหนเพียงใดจึงจะสามารถมีคำสั่งชั่วคราวดังกล่าวได้ อีกทั้งการสั่งยึดหรืออายัดชั่วคราวนี้ก็เป็นการจัดสิทธิอย่างสำคัญดังนั้นการใช้มาตรการดังกล่าวจึงต้องมีการพิจารณาอย่างละเอียดถี่ถ้วนและเป็นไปตามมาตรฐานทางกฎหมายด้วย นอกจากนี้ยังมีประเด็นทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด³⁷ พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ได้กำหนดเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยหมายถึงเงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำซึ่งเป็นความผิดมูลฐาน ซึ่งความผิดมูลฐานตามกฎหมายฟอกเงินก็ไม่มี ความผิดเกี่ยวกับการทุจริตของเอกชน ดังนั้นการใช้มาตรการเกี่ยวกับทรัพย์สินตามกฎหมายฟอกเงินจึงไม่ครอบคลุมในกรณีนี้ มิเช่นนั้นไทยก็ต้องแก้ไขกฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินให้ครอบคลุมความผิดมูลฐานของเอกชนด้วย และมูลฐานความผิดตามกฎหมายฟอกเงินนั้น พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ได้กำหนดความผิดที่เป็นมูลฐานไว้มีอยู่ 8 ประการแต่การให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศไม่ถือว่าเป็นมูลฐานความผิดตามกฎหมายการฟอกเงินจึงต้องเพิ่มฐานความผิดการให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่ให้ครบ นอกจากนี้ยังจำกัดอยู่เพียงเรื่องการฟอกเงินที่ได้จากการกระทำความผิดในราชอาณาจักรไทยเท่านั้น ไม่รวมถึงการฟอกเงินในต่างประเทศ ตามวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์

³⁵ “โครงการการวิจัย เรื่องปัญหาอายุความของความผิดมูลฐานตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542”. การประชุมทางวิชาการระดับชาติว่าด้วยงานยุติธรรม ครั้งที่ 3 , 22-23 สิงหาคม 2548

³⁶ พ.ร.บ.ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 48 วรรคแรก

³⁷ “ทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด” มีความหมายกว้างกว่า “ทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด” เนื่องจากทรัพย์สินที่ได้มานั้นอาจนำไปเปลี่ยนรูป แปรสภาพ แลกเปลี่ยน หรือกระทำด้วยวิธีอื่นใดให้ทรัพย์สินนั้นไม่อยู่ในสภาพทรัพย์สินที่ได้มาโดยตรงจากการกระทำความผิด

ของอนุสัญญานี้การเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าวและออกกฎหมายอนุวัติการด้วยจะมีผลดีในแง่ที่จะเสริมภาพพจน์ของไทยสำหรับการค้าระหว่างประเทศว่าไทยมีความจริงใจที่จะส่งเสริมให้ผู้ประกอบการของไทยมีพฤติกรรมในการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศที่มีความโปร่งใสและมีความเป็นธรรมด้วย และจะทำให้ประเทศไทยมีคุณสมบัติ ตลอดจนพฤติกรรมที่สอดคล้องกับการเป็นสมาชิกขององค์การฯ โดยสมบูรณ์ส่วนข้อเสียคือทำให้ผู้ประกอบการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศของไทยเสียเปรียบคู่แข่งที่เป็นคนชาติของรัฐอื่นที่มีได้เป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าว จึงสามารถให้สินบนต่อเจ้าพนักงานของรัฐที่ฝ่ายไทยมุ่งที่จะไปลงทุนหรือทำการค้าด้วยได้

2.2.5. การขัดขวางกระบวนการยุติธรรม

ขอบเขตของการขัดขวางกระบวนการยุติธรรมตามอนุสัญญารวมถึงการกระทำโดยเจตนาโดยการใช้กำลังบังคับ คุกคาม ชูเชิญ หรือให้คำมั่นสัญญา การเสนอหรือให้ซึ่งผลประโยชน์ อันมิชอบ ซึ่งไทยมีมาตรการทางกฎหมายในเรื่องนี้โดย ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 309 ถือว่าเป็นการขัดขวางกระบวนการยุติธรรมเป็นความผิดทางอาญา และถือว่าการเป็นผู้ใช้ผู้อื่นกระทำความผิดฐานเบี่ยงความเท็จและความผิดฐานนำสืบหรือแสดงพยานหลักฐานอันเป็นเท็จในการพิจารณาคดีตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 177 และมาตรา 180 ต้องรับผิดฐานเป็นผู้ใช้ตามมาตรา 84 ประมวลกฎหมายอาญา อย่างไรก็ตามขอบเขตของการขัดขวางกระบวนการยุติธรรมโดยการแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ราชการของเจ้าพนักงานของไทยตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 167 ยังไม่ครอบคลุมไปถึงกรณีการบังคับ คุกคาม ชูเชิญตามอนุสัญญา

2.2.6. การริบทรัพย์

เนื่องจากกฎหมายไทยที่ใช้บังคับอยู่เกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา โดยเฉพาะเกี่ยวกับการยึดอายัด หรือการริบทรัพย์สิน ยังมีขอบเขตจำกัด และเพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาระหว่างประเทศ ประเทศไทยจึงได้มีการจัดทำ พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติม พ.ร.บ.ความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ.2535 (ฉบับที่...) พ.ศ.... และร่าง พ.ร.บ. ว่าด้วยทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด พ.ศ.... โดยมีความร่วมมือระหว่างประเทศเกี่ยวกับการ มีการกำหนดรองรับคำสั่งยึดอายัด และคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลต่างประเทศในการริบทรัพย์สิน

และในมาตรา 35 ร่างพ.ร.บ.ความร่วมมือ ก็ได้เปิดช่องให้มีการใช้ asset sharing กับรัฐภาคีอื่นได้ด้วย³⁸ กรณีหากรัฐมีการทำสนธิสัญญากันไว้

³⁸ มาตรา 35 ร่างพ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติม พ.ร.บ.ความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ.2535 (ฉบับที่...) พ.ศ....

นอกจากนี้ร่างพ.ร.บ.ยังเพิ่มเรื่องการริบทรัพย์ตามมูลค่าขึ้นมาด้วย³⁹ เนื่องจากเดิมไทยใช้ระบบการริบทรัพย์ตามตัวทรัพย์ (property base) เท่านั้น กล่าวคือ ริบทรัพย์เฉพาะทรัพย์ที่ได้กระทำความผิด ซึ่งมีจุดอ่อนในทางปฏิบัติคือการพิสูจน์ความผิดกับการเชื่อมโยงทรัพย์ และหากกรณีรัฐต่างประเทศร้องขอให้ริบทรัพย์ตามมูลค่า ไทยก็ไม่สามารถริบให้ได้เนื่องจากไม่มีกฎหมายรองรับ

2.3. มาตรการความร่วมมือระหว่างประเทศ

โดยเป็นที่ทราบกันดีว่าอาชญากรรมระหว่างประเทศ ไม่สามารถแก้ไขได้โดยประเทศหนึ่งประเทศใดเพียงลำพัง ประเด็นอำนาจอธิปไตยในการดำเนินการกับผู้กระทำความผิดยังเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นบ่อยๆ ความร่วมมือระหว่างประเทศจึงเป็นมาตรการหนึ่งในความร่วมมือแก้ไขปัญหานี้

ปัจจุบันไทยได้ทำสนธิสัญญา ระดับทวิภาคีในเรื่องการให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกัน ในทางอาญากับหลายประเทศ⁴⁰ นอกจากนี้ไทยยังได้ลงนามในสนธิสัญญาว่าด้วยความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในเรื่องทางอาญา (MLAT)⁴¹ โดยมีการวางพื้นฐานขั้นต่ำที่จะต้องให้ความช่วยเหลือในการสืบสวนและสอบปากคำบุคคล , การจัดการเอกสารและพยานหลักฐาน , การส่งเอกสาร , การปฏิบัติตามคำร้องขอให้กันและกันในการยึดทรัพย์ , การโอนตัวผู้ต้องขังเพื่อสืบสวน, การช่วยเหลือในการริบทรัพย์ ทั้งนี้ในเรื่องการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญา อย่างไรก็ดี

“ทรัพย์สินที่ถูกริบ ตามความในส่วนนี้ ให้จัดการให้เป็นไปตามบทบัญญัติตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด เว้นแต่กรณีที่ได้มีการทำสนธิสัญญากำหนดไว้เป็นอย่างอื่นก็ให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญานั้น”

³⁹ มาตรา 4 ร่างพ.ร.บ.ว่าด้วยทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด พ.ศ...

“ทรัพย์สินที่พึงริบได้ หมายความว่า เงินหรือทรัพย์สินทั้งปวงของผู้กระทำความผิดอาญา คู่สมรสของผู้กระทำความผิดอาญา และบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ ของผู้กระทำความผิดอาญา ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดอาญาหรือไม่

⁴⁰ อาทิ ไทย-สหรัฐอเมริกา, ไทย-สหราชอาณาจักร , ไทย-แคนาดา , ไทย- ฝรั่งเศส , ไทย-นอร์เวย์

⁴¹ ไทยทำสนธิสัญญาทวิภาคีกับสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรก เมื่อวันที่ 19 มีนาคม

กรณีการให้ความร่วมมือนั้นการกระทำที่เป็นเหตุแห่งการขอความร่วมมือไม่จำเป็นต้องเป็นความผิดตามกฎหมายของรัฐผู้รับคำร้องขอหรือไม่ก็ตาม⁴²

ประเทศไทยก็ได้กำหนดให้ความช่วยเหลือ⁴³แก่ต่างประเทศได้ แม้ไม่มีสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญาระหว่างกัน แต่ทั้งนี้รัฐผู้ร้องขอจะต้องแสดงให้เห็นว่าจะให้ความช่วยเหลือในทำนองเดียวกันเมื่อไทยร้องขอ อย่างไรก็ตามไทยอาจปฏิเสธคำร้องขอความช่วยเหลือนั้นได้ หากเป็นกรณีกระทบต่ออธิปไตย ความมั่นคง หรือสาธารณะประโยชน์ที่สำคัญอื่นๆ ของประเทศไทย หรือเกี่ยวเนื่องกับความผิดทางการเมืองหรือ หรือเกี่ยวเนื่องกับความผิดทางทหาร⁴⁴

สำหรับค่าใช้จ่ายต่างๆที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือนั้น กรณีมีสนธิสัญญาระหว่างกันก็ให้กำหนดค่าใช้จ่ายตามสนธิสัญญานั้น⁴⁵

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าเรื่องความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญาจึงเป็นการกำหนดมาตรการกว้างๆที่กำหนดขึ้นมา เพื่อช่วยกันแก้ปัญหาความต่างกันของระบบกฎหมาย และอำนาจอธิปไตยของแต่ละรัฐ

2.3.1. การส่งผู้ร้ายข้ามแดน

หลักการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของประเทศไทย โดยหลักการแล้วไทยจะทำการส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับประเทศที่มีสนธิสัญญาในเรื่องนี้ระหว่างกัน แต่อย่างไรก็ดีไทยก็อาจทำการส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้แก่รัฐผู้ร้องขอได้แม้ไม่มีสนธิสัญญาระหว่างกันในเรื่องนี้

ในอนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไว้ในข้อ 44 เป็นหลักการที่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณี คือ การส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้จะต้องเป็นกรณีที่ความผิดนั้นเป็นความผิดที่ลงโทษได้ภายใต้กฎหมายภายในของทั้งรัฐภาคีที่ร้องขอและรัฐภาคีที่ถูกร้องขอนั้นด้วย (dual criminality) และยังมีข้อกำหนดเป็นทางเลือกไว้ (optional requirement) ว่ารัฐภาคีอาจอนุญาตให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยยกเว้นหลัก dual criminality ได้ แต่ทั้งนี้รัฐภาคีนั้นจะต้องมีกฎหมาย

⁴² ต่างกับเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่จะให้ความร่วมมือส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ต่อเมื่อการกระทำผิดนั้น เป็นความผิดตามกฎหมายของรัฐผู้ร้องขอและรัฐผู้ถูกร้องขอ (dual criminality)

⁴³ เป็นความช่วยเหลือเกี่ยวกับเรื่องการดำเนินการสืบสวน สอบสวนฟ้องคดี รับผิดชอบสิน และการดำเนินการอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา

⁴⁴ มาตรา 9 พ.ร.บ.ความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องอาญา พ.ศ.2535

⁴⁵ กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 พ.ร.บ.ความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องอาญา พ.ศ.2535

ภายในอนุญาตให้ทำได้ ซึ่งขอยกเว้นในหลักนี้เป็นมาตรการทางเลือกเพื่ออำนวยความสะดวกในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้กว้างขวางยิ่งขึ้น

เมื่อกลับมาพิจารณาของประเทศไทย มาตรการต่างๆ เกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไทย มี พ.ร.บ.ส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ.2472 และปัจจุบันมีการประกาศใช้ พ.ร.บ.ส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551 (ยกเลิก พ.ศ.2472) ซึ่งประกาศใช้เมื่อ 11 กุมภาพันธ์ 2551 และจะมีผลบังคับใช้ 180 วันนับจากประกาศในราชกิจจานุเบกษา , พ.ร.บ.ความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องอาญา พ.ศ.2535 และมีการทำสนธิสัญญาทวิภาคีกับประเทศต่างๆ ทั้งหมด 14 ประเทศ โดยหลักการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ยังคงใช้หลัก dual criminality แต่อย่างไรก็ดีเพื่อให้ประเทศไทยมีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับทางปฏิบัติของนานาชาติประเทศ พ.ร.บ.ส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ.2472 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2551⁴⁶ จึงได้กำหนดหลักทั่วไปในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไว้ในมาตรา 4 และมาตรา 7 ว่าการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะกระทำต่อเมื่อ การกระทำที่ร้องขอนั้นเป็นความผิดทางอาญาของประเทศที่ร้องขอและกฎหมายไทยกำหนดโทษของความผิดนั้นให้มีการประหารชีวิต หรือจำคุกหรือจำกัดเสรีภาพในรูปแบบอื่นตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไป⁴⁷ ทั้งนี้โดยไม่จำเป็นต้องกำหนดความผิดนั้นไว้ในหมวดเดียวกัน หรือเรียกชื่อตามความผิดเดียวกันในทั้ง 2 ประเทศ นอกจากนั้นการแก้ไขเพิ่มเติมที่สำคัญอีกอย่างของพ.ร.บ.ส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ.2551 คือ เรื่องการยกเว้นไม่ต้องส่งผู้ร้ายข้ามแดนซึ่งจากเดิมยกเว้นไม่ส่งได้ในกรณี ความผิดทางการเมือง⁴⁸ หรือทางการทหาร⁴⁹ ซึ่งพ.ร.บ.ส่งผู้ร้ายข้าม

⁴⁶ ปัจจุบัน พ.ร.บ.ส่งผู้ร้ายข้ามแดนยังไม่มีผลบังคับใช้ จะมีผลบังคับใช้ 180 วันหลังการประกาศในราชกิจจานุเบกษา

⁴⁷ มาตรา 7 การส่งผู้ร้ายข้ามแดนด้วยเงื่อนไขโทษจำคุกหรือจำกัดเสรีภาพอื่นตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไปนั้น กรณีอาจจะน้อยกว่า 1 ปีได้หากเป็นความผิดที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่ให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามคำร้องขอแล้ว ไม่ว่าจะร้องขอในครั้งแรกหรือภายหลังก็ตาม

⁴⁸ แม้ความผิดการเมืองไม่มีคำนิยามหรือการวิเคราะห์ที่ไว้ชัดเจน แต่ศาลไทยมีแนวทางวินิจฉัยว่าถ้าการกระทำนั้นกระทบต่อรัฐธรรมนูญและรัฐบาลไทยมุ่งที่จะเปลี่ยนแปลงหรือล้มล้างอำนาจอธิปไตยก็ถือว่าเป็นความผิดการเมือง

⁴⁹ ความผิดทางทหาร UN Model Law on Extradition บัญญัติไว้ว่าจะต้องเป็นความผิดทางทหารโดยเฉพาะซึ่งความผิดนั้นจะต้องไม่ใช่ความผิดตามกฎหมายอาญา เช่น จงใจละทิ้งหน้าที่ทหาร (desertion) หรือขัดคำสั่งผู้บังคับบัญชา เป็นต้น

แดน พ.ศ.2551 นี้ยังเปิดช่องให้รัฐอาจพิจารณาส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ในกรณีความผิดทางการเมืองหรือทางทหาร⁵⁰

และสำหรับกรณีการรับรองคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ไทยยังคงใช้หลักการขอความร่วมมือทางอาญา กล่าวคือ เมื่อมีคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลต่างประเทศให้ริบทรัพย์สินและทรัพย์สินนั้นสามารถริบได้ตามกฎหมายไทย ศาลไทยก็สามารถพิพากษาให้ริบทรัพย์สินนั้นได้⁵¹

สำหรับประเด็นปัญหาการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในเรื่องการใช้หลัก dual criminality กรณีที่ไทยได้ทำสนธิสัญญาทวิภาคีและประเทศคู่สัญญาก็คือเป็นรัฐภาคีในอนุสัญญาเช่นกัน กรณีเช่นนี้ก็จะเกิดประเด็นว่าจะต้องใช้หลักการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามสนธิสัญญาทวิภาคี หรือตามอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อการต่อต้านการทุจริต ค.ศ.2003 เนื่องจากอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อการต่อต้านการทุจริต ค.ศ.2003 ได้กำหนดให้ความผิดตามอนุสัญญานี้เป็นความผิดที่จะต้องส่งผู้ร้ายข้ามแดนด้วย แต่สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนทวิภาคีที่ทำไปแล้ว บางฉบับก็ระบุฐานความผิดให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนในตัวสนธิสัญญา⁵² หรือบัญญัติฐานความผิด⁵³ ซึ่งในอดีตความผิดฐานติดสินบนเจ้าพนักงานของรัฐบาลต่างประเทศยังไม่มี นอกจากนั้นยังมีกรณีที่คู่ภาคีในสนธิสัญญาทวิภาคีของไทยไม่ได้เป็นภาคีในอนุสัญญา UNCAC หากมีการบัญญัติเรื่องการส่งผู้ร้ายไว้ต่างกัน เช่นนี้

⁵⁰ โดยนำเอา UN Model Law on Extradition มาบัญญัติไว้ในมาตรา 9

มาตรา 9 วรรค 2 ความผิดที่มีลักษณะทางการเมือง วรรค (๑) ไม่หมายความว่ารวมถึงความผิดดังต่อไปนี้

(๑). การปลงพระชนม์ ประทุษร้ายต่อพระองค์ หรือเสรีภาพของพระมหากษัตริย์ พระราชินีหรือรัชทายาท

(๒). การฆ่าหรือประทุษร้ายต่อร่างกาย หรือต่อเสรีภาพของประมุขของรัฐ ผู้นำรัฐบาล หรือสมาชิกโดยตรงในครอบครัวของบุคคลนั้น

(๓). การกระทำความผิดที่ไม่ถือว่าเป็นการทำผิดทางการเมืองเพื่อวัตถุประสงค์ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามสนธิสัญญาซึ่งไทยเป็นภาคี

ความผิดทางทหาร หมายความว่า ความผิดอาญาทางทหารโดยเฉพาะ และมีใช้ความผิดอาญาตามกฎหมายอาญาทั่วไป

⁵¹ กรณีคำพิพากษาศาลต่างประเทศให้ริบทรัพย์สินยังไม่ถึงที่สุด ศาลไทยอาจพิจารณาตามที่เห็นสมควรได้ ตามข้อ 33 พ.ร.บ.ความร่วมมือระหว่างประเทศ

⁵² เช่นฉบับที่ทำกับ ฟิลิปปินส์ สหรัฐฯ เบลเยียม และเกาหลี เป็นต้น

⁵³ เช่นฉบับที่ทำกับ อินโดนีเซีย และกับอังกฤษ เป็นต้น

จะเลือกส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามสนธิสัญญาใด ในส่วนของประเทศไทยพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ.2551 โดยมาตรา 4 ได้กำหนดให้พ.ร.บ.นี้ใช้บังคับแก่บรรดาการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับข้อความตามสนธิสัญญาเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างรัฐบาลไทยกับรัฐบาลต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ เพื่อเป็นทางออกสำหรับการทับซ้อนกันของสนธิสัญญาทวิภาคีและพหุภาคีก็ตาม กรณีเช่นนี้หากดำเนินการตามสนธิสัญญาพหุภาคีจะถือว่าเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญาทั้งภาคีที่ไทยได้ทำไปแล้วหรือไม่นั้น เห็นว่า ข้อ 44 วรรค 6 (ก) (ข) กำหนดให้ประเทศภาคีที่ได้กำหนดเงื่อนไขในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนว่าจะต้องเป็นไปตามสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่มีอยู่ระหว่างกันนั้น พึงดำเนินการดังต่อไปนี้ (ก) ในเวลาที่มีการยื่นเอกสารหลักฐานของการให้สัตยาบัน การยอมรับหรือการเห็นชอบ หรือการภาคยานุวัติในอนุสัญญาฉบับนี้ ให้แจ้งต่อเลขาธิการสหประชาชาติเพื่อทราบว่าจะประเทศนั้นจะใช้อนุสัญญาฉบับนี้เป็นพื้นฐานทางกฎหมายในการพิจารณาให้ความร่วมมือกับประเทศภาคีของอนุสัญญาฉบับนี้ประเทศอื่นๆ ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นหรือไม่ และ (ข) ในกรณีที่ประเทศนั้นไม่ใช่อนุสัญญาฉบับนี้มาเป็นพื้นฐานทางกฎหมายในการพิจารณาให้ความร่วมมือในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนก็ให้แสวงหาจัดทำสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับประเทศภาคีของอนุสัญญาฉบับนี้ประเทศอื่นๆ เพื่อที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามความในข้อนี้ ทั้งนี้ในกรณีที่เป็นการสมควรซึ่งทำให้รัฐบาลไทยสามารถให้ความร่วมมือส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้กับประเทศที่มีหรือไม่มีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับไทยโดยอาศัยหลักต่างตอบแทน

2.3.2. การช่วยเหลือทางกฎหมาย

ไทยมีมาตรการช่วยเหลือทางกฎหมายกับรัฐภาคีอื่น ในการดำเนินการสอบสวนฟ้องร้องดำเนินคดี และพิจารณาคดีต่างๆ ทั้งในรูปแบบของสนธิสัญญา⁵⁴ และความตกลงระหว่างประเทศ⁵⁵ นอกจากนั้นในระดับกฎหมายภายใน พ.ร.บ.ความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องอาญา พ.ศ.2535 ยังกำหนดมาตรการในการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่รัฐต่างประเทศได้ แม้กรณีไม่มีสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญาระหว่างกันก็ตาม หากรัฐที่

⁵⁴ Treaty on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters.

⁵⁵ Treaty Between The Government of The Kingdom of Thailand and The Government of The Democratic Socialist Republic of Sri Lanka on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters, Treaty Between The Republic of India on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters.

ร้องขอได้แสดงว่าจะมีการให้ความช่วยเหลือในทำนองเดียวกันเมื่อประเทศไทยร้องขอ⁵⁶ อย่างไรก็ดีเพื่อให้เป็นการสอดคล้องกับพันธกรณีในอนุสัญญาฉบับนี้ ขณะนี้ไทยได้มีการร่าง พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติม พ.ร.บ. ความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 (ฉบับที่...) โดยมีการแก้ไขในเรื่องที่สำคัญที่สอดคล้องกับการช่วยเหลือทางกฎหมายของอนุสัญญา คือ การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 15 วรรค 3 และมาตรา 17 วรรค 3 โดยกำหนดให้มีการถ่ายทอดภาพ และเสียงในการประชุมทางจอภาพในกรณีที่แตกต่างกันแต่ละครั้งร้องขอให้สอบปากคำหรือสืบพยานหลักฐาน

จะเห็นได้ว่ามาตรการดังกล่าวในอนุสัญญาถือเป็นมาตรการทางเลือก (optional requirement) ที่รัฐภาคีจะนำมาดำเนินการหรือไม่ก็ได้ เมื่อไทยได้กำหนดมาตรการนี้เพิ่มก็นับว่าเป็นการยกระดับความร่วมมือในการช่วยเหลือกันทางด้านกฎหมายของไทยอีกชั้นหนึ่ง

2.4. มาตรการเอาทรัพย์สินคืน

2.4.1. การเอาทรัพยากรสิ้นคืนโดยตรง

เป็นการติดตามทรัพย์สินคืนโดยใช้ระบบกฎหมายภายในล้วนๆ ที่เรียกว่า Direct recovery ตามข้อ 52 อนุสัญญากำหนดให้รัฐภาคีต้องดำเนินการที่จำเป็นเพื่ออนุญาตให้รัฐต่างประเทศฟ้องร้องคดีแพ่งในศาลเพื่อพิสูจน์กรรมสิทธิ์ได้ สำหรับกฎหมายไทยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 ที่กล่าวถึงเจ้าของกรรมสิทธิ์ซึ่งเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง อันจะติดตามตัวทรัพย์สินไปทุกที่ มีสิทธิ 5 ประการในทรัพย์สินนั้น คือ สิทธิในการใช้สอยทรัพย์สิน จำหน่ายทรัพย์สิน ได้ดอกผล และติดตามเอาคืนซึ่งทรัพย์สิน และสิทธิที่จะขัดขวางไม่ให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้น ดังนั้น หากรัฐต่างประเทศเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ถูกยกยอกมา ก็สามารถดำเนินการฟ้องเรียกคืนเป็นคดีแพ่งในศาลไทยได้ กระบวนการ Direct recovery นี้ ถือว่าเป็นกระบวนการในทางแพ่ง ที่ค่อนข้างมีประสิทธิภาพมากในการติดตามทรัพย์สินคืน เพราะเป็นการที่รัฐเข้ามาเป็นคู่ความโดยตรงในคดีโดยไม่ผ่านกระบวนการความร่วมมือระหว่างประเทศ อันจะตัดปัญหาเรื่องระบบกฎหมายที่ไม่ตรงกันซึ่งมักจะเป็นปัญหาหากใช้วิธีการความร่วมมือระหว่างประเทศ เช่น กรณีขอความร่วมมือในการรับหรือคืนทรัพย์สินไปยังรัฐภาคีที่ร้องขอ และรัฐภาคีนั้นอาจปฏิเสธกลับมาว่าไม่เป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐตนจึงไม่สามารถดำเนินการให้ได้

การดำเนินการตามพันธกรณีเรื่องนี้ ข้อ 53 ของอนุสัญญาได้กำหนดพันธกรณีที่ต้องทำ (mandatory) ไว้โดยต้องให้รัฐต่างประเทศสามารถฟ้องร้องคดีแพ่งในศาลเพื่อพิทักษ์กรรมสิทธิ์

⁵⁶ มาตรา 9 พ.ร.บ.ความร่วมมือระหว่างประเทศในเรืองอาญา พ.ศ.2535

และสามารถเป็นผู้เสียหายเรียกชดเชยได้ ซึ่งการดำเนินการตามพันธกรณีในเรื่องนี้ไทยยังไม่มีกฎหมายรองรับในเรื่องดังกล่าว เนื่องจากตามกฎหมายไทย รัฐไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคล จึงไม่สามารถเป็นโจทก์ฟ้องร้องคดีได้⁵⁷

2.4.2. การเอาทรัพย์สินคืนโดยความร่วมมือระหว่างประเทศ

การติดตามทรัพย์สินคืนโดยใช้กลไกความร่วมมือระหว่างประเทศนั้น ข้อ 54 มีข้อบังคับตามอนุสัญญา 4 กรณีดังนี้ กล่าวคือเมื่อต่างประเทศร้องขอให้ทำการริบทรัพย์สินโดยที่ศาลต่างประเทศมีคำสั่งให้ริบทรัพย์สินแล้ว ทางของไทยต้องสามารถดำเนินการตามคำสั่งริบทรัพย์สินของศาลต่างประเทศได้ หรือดำเนินคดีตามกฎหมายไทยในกรณีที่ศาลไทยมีเขตอำนาจเพื่อให้มีการริบทรัพย์สินได้ รวมทั้งในกรณีที่มีการขอให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินก่อนที่จะมีคำพิพากษาให้ริบทรัพย์สิน รัฐภาคีต้องสามารถทำการอายัดหรือยึดทรัพย์สินตามคำสั่งอายัดหรือยึดทรัพย์สินของศาลหรือหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ในต่างประเทศและต้องสามารถออกคำสั่งอายัดหรือยึดทรัพย์สินตามคำร้องขอของต่างประเทศได้ด้วย

อย่างไรก็ดีในเรื่องความร่วมมือระหว่างประเทศของไทย ได้มีการจัดทำความตกลงกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการร่วมกันติดตามนำทรัพย์สินกลับคืน เช่น การทำ MOU ความร่วมมือในการตรวจสอบเส้นทางการเดินเงิน กับหน่วยงานปปช. กต. ประกันภัย DSI โดยมีกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง เช่น พ.ร.บ.ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 , พ.ร.บ.ความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ.2535 เป็นต้น

กรณีการเอาทรัพย์สินคืนโดยความร่วมมือระหว่างประเทศนั้น จะเป็นกรณีที่คำพิพากษาถึงที่สุดของศาลผู้ร้องขอส่งมายังศาลที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ และพิจารณาดำเนินการตามคำร้องขอนั้นเพื่อส่งคืนทรัพย์สิน โดยมีมาตรการการรักษาทรัพย์สินไว้เพื่อประโยชน์แห่งการริบในอนาคต คือ “การยึด การอายัด” ทั้งนี้จะต้องมีการดำเนินการเป็นไปตามคำร้องขอของต่างประเทศ

ประเด็นปัญหาในกรณีของการริบทรัพย์สินไว้เพื่อดำเนินการส่งคืนทรัพย์สินให้แก่รัฐผู้ร้องขอ ในส่วนของประเทศไทยนั้น การริบทรัพย์สินถือเป็นโทษทางอาญาอย่างหนึ่ง⁵⁸ ดังนั้นเมื่อผู้กระทำ

⁵⁷ คดีราเกช สักเสนา รัฐบาลไทยก็ไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายจึงไม่สามารถฟ้องร้องคดีเองได้ จึงต้องใช้หน่วยงานระดับกรมที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลทำการฟ้องร้องคดีแทน

⁵⁸ อนุสัญญาได้กำหนดมาตรการทางเลือกที่รัฐภาคีต้องพึงพิจารณาอย่างจริงจังที่จะให้ความร่วมมือ ในกรณีที่พิจารณาให้มีการริบทรัพย์สินได้แม้ไม่มีการลงโทษทางอาญาในคดีเพราะผู้กระทำความผิดถึงแก่ความตาย หลบหนี หรือไม่ได้ตัวมาฟ้องคดี หรือเนื่องด้วยเหตุผลจำเป็นอย่างอื่น ๆ และพิจารณาให้มีการเก็บรักษาทรัพย์สินไว้เพื่อการยึดทรัพย์สินได้

ผิติดาย โทษนั้นก็จะระงับไปด้วย ทำให้การริบทรัพย์ไม่สามารถดำเนินต่อไปได้ และรูปแบบสำหรับการริบทรัพย์มี 2 ประเภทนั้น ได้แก่ การริบทรัพย์ตามมูลค่า (value base) กับการริบทรัพย์ตามตัวทรัพย์ (property base) ที่กฎหมายภายในของแต่ละประเทศอาจกำหนดไว้ไม่เหมือนกัน เมื่อมีการร้องขอให้ริบทรัพย์ก็อาจมีปัญหาในทางปฏิบัติได้⁵⁹ เช่น กรณีของประเทศไทยการริบทรัพย์ใช้ระบบ property base คือริบได้เฉพาะทรัพย์ที่ได้มาจาก หรือกระทำความผิดเท่านั้น หากรัฐภาคีอื่นร้องขอให้มีการริบทรัพย์ตามมูลค่า ไทยก็ไม่สามารถให้ความร่วมมือแก่รัฐภาคีอื่นตรงจุดนี้ได้ อย่างไรก็ตาม ด้ร่าง พ.ร.บ.ว่าด้วยทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด พ.ศ... ก็ได้กำหนดเปิดช่องให้สามารถริบทรัพย์ตามมูลค่าได้ (value base)⁶⁰ แต่ทั้งนี้ก็ต้องเป็นไปตามกระบวนการคือหลักต้องใช้ในการริบทรัพย์ตามตัวทรัพย์ และมีข้อยกเว้นคือการริบทรัพย์ตามมูลค่า ดังนั้นหากรัฐภาคีอื่นขอความร่วมมือจากไทยให้ริบทรัพย์ตามมูลค่าก่อนก็ยังไม่สามารถทำได้ นอกจากนั้นกระบวนการริบทรัพย์ตามมูลค่าก็ยังไม่มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจน เช่นใครจะเป็นผู้กำหนดมูลค่า ทรัพย์ที่ริบได้ จะเก็บรักษาที่ใด และใช้อัตราใดในการกำหนดมูลค่า ซึ่งอาจเป็นปัญหาในทางปฏิบัติต่อไปได้

2.4.3. Sharing Asset

ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย หากมีการริบทรัพย์ ทรัพย์ก็จะตกเป็นของแผ่นดินไทย ซึ่งหลักเรื่อง Sharing Asset นี้ เมื่อเราริบทรัพย์ได้และต้องส่งคืนแก่รัฐเจ้าของทรัพย์ รัฐเจ้าของนั้นอาจแบ่งทรัพย์สินหรือจำนวนเงินให้กับรัฐภาคีที่ทำการริบทรัพย์นั้น เพื่อเป็นรางวัลหรือแรงจูงใจ ขณะนี้ในเรื่องดังกล่าวไทยยังไม่มีกฎหมายอนุญาตให้ทำการ Sharing Asset ได้ แต่อย่างไรก็ดีร่าง พ.ร.บ.ความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ.2535 (ฉบับที่...) พ.ศ... ก็ได้เปิดช่องให้มีการจัดการทรัพย์สินที่ถูกริบไว้เป็นอย่างอื่นได้ด้วย แต่ทั้งนี้ต้องมีสนธิสัญญากำหนดไว้

จะเห็นได้ว่ามาตรการต่างๆ ที่อนุสัญญาได้กำหนดไว้ ไม่ว่าจะเป็นมาตรการป้องกันการกำหนดความผิดทางอาญา ความร่วมมือระหว่างประเทศ การติดตามนำทรัพย์สินคืน ล้วนแต่เป็นมาตรการที่สำคัญที่จะเพิ่มประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในระดับสากล ซึ่งหากประเทศไทยสามารถดำเนินการต่างๆ ให้มีความสอดคล้องกับข้อกำหนดและมาตรการต่างๆ ในอนุสัญญาได้ ก็ย่อมเป็นนิมิตรหมายอันดีในการให้ความร่วมมือในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต แต่ทั้งนี้หากไทยมิได้ดำเนินการต่างๆ ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาก็มิได้หมายความว่าไทยไม่มีมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแต่อย่างใด กล่าวคือ ไทยเองก็มีการจัดตั้ง

⁵⁹ เช่น การปฏิเสธไม่ให้ความร่วมมือเนื่องจากการขัดกันของกฎหมายภายในในเรื่องนั้น

⁶⁰ มาตรา 4 ร่างพ.ร.บ.ว่าด้วยทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด พ.ศ...

หน่วยงาน มีการกำหนดมาตรการ และความตกลงในด้านต่างๆเกี่ยวกับเรื่องนี้เช่นกัน เพียงแต่อาจยังไม่มีในบางประเด็นที่อนุสัญญานี้ได้กล่าวถึงเท่านั้น อย่างไรก็ตามหากไทยดำเนินการตามมาตรฐาน หรือสูงกว่ามาตรฐานที่อนุสัญญานี้กำหนดไว้ได้ ก็ย่อมจะเป็นเรื่องที่ดีต่อประเทศไทยและสังคมโลกต่อไป