

การติดตามทรัพย์สินที่ได้มาจากการทุจริตคืบจากต่างประเทศ (RECOVERY OF THE LOOTED ASSETS)

ชาญชัย อุทธิจันทร์

หลายทศวรรษที่ผ่านมาประเทศต่างๆ ทั่วโลกต่างตระหนักถึงความรุนแรงและภัยคุกคามอันเกิดจากปัญหาการทุจริตมากยิ่งขึ้น เพราะผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการทุจริตนั้นได้ส่งผลกระทบอย่างใหญ่หลวงหลายประการ เช่น เสถียรภาพและความมั่นคงของสังคมที่เพิ่มมากยิ่งขึ้น เพราะขาดปัจจัยในการแก้ปัญหา การเกิดปัญหาการเลือกปฏิบัติและให้อภิสิทธิ์แก่บุคคลที่เอื้อผลประโยชน์ในภาครัฐ นอกจากนี้ การทุจริตยังถือได้ว่าเป็นพฤติกรรมอันเป็นปฏิปักษ์ต่อหลักธรรมาภิบาล หลักการบริหารจัดการบ้านเมืองที่ดี (Good Governance)¹ หลักนิติรัฐ (Legal state)² และหลักนิติธรรม (Rule of Law)³ อันเป็นหลักการสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และเป็นอันตรายต่อการพัฒนาประเทศชาติอย่างยั่งยืนตลอดจนการปกครองในระบอบประชาธิปไตยด้วย

ทั้งนี้โดยคำนึงถึงความเชื่อมโยงระหว่างการทุจริตและอาชญากรรมในรูปแบบอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรอาชญากรรมและอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ รวมถึงการฟอกเงิน ตลอดจนกรณีต่างๆ ของการทุจริตที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์จำนวนมหาศาล ซึ่งอาจเป็นส่วนสำคัญของทรัพยากรแห่งรัฐและคุกคามต่อเสถียรภาพทางการเมืองและการพัฒนาอย่างยั่งยืนของรัฐเหล่านั้น

การทุจริตมิได้เป็นเรื่องระดับท้องถิ่นอีกต่อไป แต่ได้ขยายขอบเขตออกไปเป็นปรากฏการณ์ข้ามชาติ (Transnational)⁴ ซึ่งส่งผลกระทบต่อสังคมและเศรษฐกิจทั้งปวง โดยก่อให้เกิดภาวะการ

¹หลักธรรมาภิบาลของการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี

(GOOD GOVERNANCE) [Online], available URL : <https://click.senate.go.th/?p=3772> ,2018 (April, 21)

²นิติรัฐ [Online], available URL : <https://th.wikipedia.org/wiki/นิติรัฐ> ,2018 (April, 21)

³คำชัย จงจักรพันธ์ หลักนิติธรรม The Rule of Law ,พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด เจริญรัฐการพิมพ์, 2558), หน้า 1.

⁴แสวง บุญเฉลิมวิลาศ รายงานการวิจัย เรื่อง “กรณีศึกษาความพร้อมของประเทศไทยในการปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติ ว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003”.

ถดถอยของการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ ดังนั้น สังคมโลกจึงต้องร่วมกันสร้างกลไกและเครื่องมือทางกฎหมายขึ้นมา เพื่อใช้ป้องกันและปราบปรามการทุจริตขึ้น เพราะต่างก็ตระหนักดีว่าการแก้ไขปัญหาการทุจริตนั้น ไม่สามารถกระทำได้โดยลำพัง จึงได้เกิดความร่วมมือในการต่อต้านการทุจริตระหว่างประเทศขึ้น ทั้งในระดับสากลและในระดับภูมิภาคในรูปของอนุสัญญา

โดยเริ่มจากอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต องค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organization for Economic Co - operation and Development : OECD)¹ ซึ่งต่อมาได้มีการพัฒนาปรับปรุงขยายขอบเขต และมาตรการต่างๆ ในรูปของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 ของ (United Nations Convention against Corruption : UNCAC)² ตกลงใจที่จะป้องกัน สืบหา และยับยั้ง โดยวิธีการที่มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ซึ่งการโอนสินทรัพย์ที่ได้มาโดยผิดกฎหมายระหว่างประเทศ และที่จะเสริมสร้างความร่วมมือระหว่างประเทศในการติดตามสินทรัพย์คืน

ประเทศไทยก็ประสบปัญหาธรรมชาติเหมือนกัน จึงได้ออกกฎหมายในเรื่องนี้หลายฉบับด้วยกัน อาทิ พ.ร.บ. ธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ.2551 พ.ร.บ. ธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2485 พ.ร.บ. การควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตรา พ.ศ. 2485 โดยเฉพาะอย่างยิ่ง พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 พ.ร.บ. หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 พ.ร.บ. ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 การป้องกันและปราบปรามการทุจริตให้มีความมีประสิทธิภาพจึงได้ลงนามในอนุสัญญา UNCAC เพราะการป้องกันและปราบปรามการทุจริตให้ได้ผลจึงจำเป็นต้องมีความร่วมมือกันระหว่างประเทศอย่างกว้างขวางที่สุดที่จะเป็นไปได้และให้สัตยาบันทั้งๆ ที่ยังมีกฎหมายรองรับ (Enabling Legislation)³ พันธกรณีตามอนุสัญญาดังกล่าวไม่ครบ แต่ก็สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีหลักๆ ในอนุสัญญานั้นได้เป็นส่วนใหญ่แล้ว และพยายามที่จะออกกฎหมายอนุวัติการ (Implementing Legislation)⁴ ซึ่งก็ยังคงครอบคลุมไม่หมดทุกเรื่องในอนุสัญญานี้

สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2551), หน้า 10.

¹ องค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ [Online], available URL: <https://th.wikipedia.org/wiki/องค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ>, 2018 (April, 22).

² อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 [Online], available URL: https://uncaccoalition.org/en_US/UNCAC, 2018 (April, 22).

³ แสง บุญเฉลิมวิลาศ, เรื่องเดิม, หน้า 35.

⁴ เรื่องเดียวกันหน้า, หน้า 37.

โดยในส่วนที่เกี่ยวกับการติดตามทรัพย์สินคืนมีกฎหมายรองรับอยู่แล้วคือ พ.ร.บ. การฟอกเงิน ของสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ซึ่งถึงแม้จะได้ผลเป็นส่วนใหญ่แต่ก็ยังมีส่วนช่องว่างของกฎหมาย อยู่อีกมิใช่น้อยเพราะ ระบบการยึดทรัพย์ (Confiscation)¹ ยังแตกต่างกับในอนุสัญญานี้ซึ่งตามอนุสัญญา OECD และ UNCAC จะใช้

ระบบ Value Based Confiscation² แต่กฎหมายไทยใช้ระบบ Property Based Confiscation³ ทำให้การติดตามทรัพย์สินและดอกเบี้ยที่ได้รับมาจากการทุจริตคืนมาได้ผลอย่างไม่เต็มที่มากนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการติดตามทรัพย์สินในต่างประเทศ มีปัญหาข้อกฎหมายยุ่งยากกว่าทรัพย์สินที่อยู่ในประเทศ แม้จะมีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๖ ของ (United Nations Convention against Corruption : UNCAC) อยู่ก็ตาม แต่ก็ยังคงมีปัญหาในทางกฎหมายและการปฏิบัติดังต่อไปนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับการติดตามทรัพย์สินที่ได้จากการทุจริต

ตามอนุสัญญา UNCAC หมวด 5 ข้อ 51 ในอนุสัญญา UNCAC มีเนื้อหากล่าวถึงบทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยการติดตามทรัพย์สินคืน โดยกล่าวถึงรูปแบบในทางปฏิบัติของการติดตามทรัพย์สินคืนไว้สองแนวทาง การดำเนินคดีในประเทศของตนที่พบการกระทำความผิด โดยมีขั้นตอนของการดำเนินคดีในประเทศที่พบการกระทำความผิด ซึ่งจะประกอบได้ด้วยขั้นตอนการดำเนินคดีในประเทศของตนที่พบการกระทำความผิดก่อน แล้วจึงติดตามยึดทรัพย์สินที่อยู่นอกประเทศ โดยอาศัยกฎหมายระหว่างประเทศและความร่วมมือระหว่างประเทศ ทำให้การดำเนินคดีในประเทศของตน มีทั้งข้อดีและข้อเสีย และเป็นกระบวนการที่เสียค่าใช้จ่ายน้อยแต่อาจเสียเวลาในการดำเนินการนานและประสิทธิภาพในการยึดทรัพย์มักไม่มีแน่นอน ขึ้นอยู่กับสถานะความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในขณะนั้น

ประเทศไทยใช้วิธีการดำเนินคดีในประเทศก่อนแล้วจึงติดตามยึดทรัพย์สินที่อยู่นอกประเทศ เช่นกรณีการทุจริตในธนาคารกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) ประเทศไทยใช้วิธีดำเนินคดีในประเทศที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ทำให้สามารถติดตามทรัพย์สินคืนมาได้จำนวนหนึ่ง การดำเนินการยึดทรัพย์สินที่อยู่นอกประเทศอาจขอความร่วมมือได้ทั้งจากทางระบบราชการและระบบเอกชน ผ่านทางระบบราชการโดยพนักงานอัยการ กระทรวงการต่างประเทศ หรือใช้กฎหมายฟอกเงิน แต่การดำเนินการยึดทรัพย์สินที่อยู่นอกประเทศผ่านระบบเอกชนซึ่งในต่างประเทศมีบริษัทที่บริการในเรื่องนี้โดยเฉพาะ แต่ใน

¹อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003, ข้อ 54.

²กัมปนาท แส่นโกชน์, การริบทรัพย์สินตามมูลค่า, (นิติศาสตรมหาบัณฑิต,มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 28.

³การนำหลักการริบทรัพย์สินตามมูลค่ามาใช้กับคดีอาญาทางเศรษฐกิจและการเงิน[Online], available URL : [https://www.legalintel.co.th/2017/08/04/การนำหลักการริบทรัพย์สิน/2018 \(April, 22\).](https://www.legalintel.co.th/2017/08/04/การนำหลักการริบทรัพย์สิน/2018 (April, 22).)

ประเทศไทยยังไม่มีภาคเอกชนตั้งบริษัทขึ้นมาดำเนินการ มีแต่บริษัทต่างประเทศมาเปิดกิจการในประเทศไทย

การดำเนินคดีในประเทศที่ทรัพย์สินตั้งอยู่จะใช้วิธีจ้างที่ปรึกษากฎหมายและทนายความในประเทศนั้นเป็นผู้ดำเนินคดีให้ มีข้อดีคือได้ผลรวดเร็ว แต่มีข้อเสียคือต้องมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินการสูง และกฎหมายแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันจึงอาจเกิดปัญหาได้ เช่นการฟ้องคดีต้องพิจารณาถึงความเป็นผู้เสียหาย เพราะบางประเทศไม่ถือว่ารัฐบาลของต่างประเทศ เป็นนิติบุคคลที่จะฟ้องคดีได้ ซึ่งมีการแก้ปัญหาโดยให้หน่วยงานที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายประเทศนั้น มีฐานะเป็นผู้เสียหายเป็นโจทก์ในการฟ้องคดีแทนในทางปฏิบัติแล้วการติดตามทรัพย์สินก็มีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าประเทศที่จะติดตามทรัพย์สินคืนนั้น ใช้วิธีการใด เพราะหลักคดีมีมูลของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน เช่นบางประเทศใช้ระบบกฎหมายฟอกเงิน การยึดทรัพย์สินในทางแพ่งและการพิสูจน์เป็นหน้าที่เจ้าของทรัพย์สินแต่บางประเทศใช้ตามกฎหมายอาญา ดังนั้นภาระการพิสูจน์จะตกเป็นหน้าที่ของฝ่ายผู้ยึด มาตรฐานการรับฟังพยานหลักฐาน การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานของแต่ละประเทศไม่เหมือนกัน หลักการติดตามทรัพย์สินคืน บางประเทศใช้หลักทรัพย์สินที่ยึดต้องเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด (property base) บางประเทศใช้หลักยึดทรัพย์สินตามมูลค่า (value base) หลักการต้องเป็นความผิดของทั้งสองรัฐ (Dual Criminality) ทำให้การกระทำความผิดเดียวกันในประเทศหนึ่งอาจจะเป็นความผิด แต่อาจไม่เป็นความผิดในอีกประเทศหนึ่ง

ค่าใช้จ่ายในการริบทรัพย์สินและส่งคืนทรัพย์สินกลับ ประเทศผู้รับการร้องขอได้ดำเนินการให้ย่อมต้องมีค่าใช้จ่าย จะคิดค่าใช้จ่ายอย่างไร บางประเทศใช้ระบบการแบ่งปันผลประโยชน์ (asset sharing) ซึ่งต้องมีข้อตกลงระหว่างกันเพื่อแสวงหาส่วนแบ่งที่เหมาะสม แต่บางประเทศ เช่น ประเทศไทยยังคงไม่มีข้อตกลงชนิดนี้กับประเทศอื่น

2. ปัญหาความความร่วมมือระหว่างประเทศในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต และการติดตามทรัพย์สินคืน

UNCAC มีอยู่ 2 ประเด็นหลักคือการติดตามทรัพย์สินคืนและการส่งผู้ร้ายข้ามแดน จะทำได้จะต้องไม่มี Save Haven สำหรับผู้ร้ายข้ามแดนที่จะส่งเงินไปเก็บไว้และหลบหนีไปใช้เงินได้โดยไม่สามารถมีใครเอาผิดได้ Asset Recovery¹ เป็นมาตรการตัดท่อน้ำเลี้ยง ที่มาของการ Corruption เกิดจากประเทศมหาอำนาจหลักตัดสินใจบนเจ้าหน้าที่ของประเทศกำลังพัฒนา ต่อมาประเทศมหาอำนาจจะครอบงำมากก็ทำบ้าง ทำให้ประเทศมหาอำนาจหลักเริ่มเสียประโยชน์ เนื่องจากมีคนลอกเลียนแบบการกระทำของตนเอง ในตลาดประเทศกำลังพัฒนาที่จะสามารถตัดสินใจได้ก็แค่บาง ประเทศมหาอำนาจ

¹อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003, ข้อ 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59.

หลักจรรยาบรรณทำให้มีการป้องกันและปราบปรามการทุจริต จึงเกิดการร่างอนุสัญญา UNCAC โดยประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีบทบาทมากที่สุดในการผลักดันให้การร่างอนุสัญญา UNCAC ประสบความสำเร็จ ซึ่งจะส่งผลให้ช่องทางในการทุจริตลดลง อนุสัญญา UNCAC มีบทบัญญัติที่ไม่เคร่งครัดและมีการเปิดช่องให้ประเทศสมาชิกสามารถตั้งข้อสงวนได้ด้วย เนื่องจากหวังผลให้มีประเทศสมาชิกลงนามและให้สัตยาบันมากพอที่จะทำให้อนุสัญญาสามารถมีผลบังคับใช้ได้

ประเทศไทยหลังจากลงนามแล้ว แม้มีการกฎหมายอนุวัติการก็มีเนื้อหาไม่ครบถ้วนในการปฏิบัติตามอนุสัญญา UNCAC แต่ครบถ้วนในประเด็นหลักสำคัญ การผลักดันในประเทศไทยสามารถให้สัตยาบันอนุสัญญา UNCAC ได้อย่างรวดเร็วจะส่งผลให้ภาพลักษณ์ของประเทศไทยในสังคมระหว่างประเทศดีขึ้นในด้านความพยายามในการต่อต้านการทุจริต อันจะส่งผลต่อความช่วยเหลือในการพัฒนาประเทศหรือการลงทุนจากต่างประเทศ แม้ในการปฏิบัติการจะส่งผลให้ไม่อาจปฏิบัติตามอนุสัญญา UNCAC ได้อย่างเต็มที่ ซึ่งในระยะแรกอาจจะยังไม่เป็นปัญหาเท่าใดนัก เพราะสามารถดำเนินการแก้ไขกฎหมายในรายละเอียดปลีกย่อยต่อไปได้ แต่หากไม่มีการแก้ไขปัญหากฎหมายภายในให้ครบถ้วนในการปฏิบัติตามอนุสัญญา UNCAC ในภายหลังก่อให้เกิดการทวงถามจากประเทศสมาชิกสหประชาชาติที่เป็นภาคีในอนุสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศมหาอำนาจ ความบกพร่องในส่วนนี้ของประเทศไทยอาจก่อให้เกิดเครื่องมือต่อรองทางการเมืองระหว่างประเทศซึ่งจะส่งผลกระทบต่อประเทศไทย

การติดตามทรัพย์สินคืนมี 2 รูปแบบคือประเทศไทยติดตามทรัพย์สินที่ได้มาจากการทุจริตคืนจากต่างประเทศและต่างประเทศมาติดตามทรัพย์สินคืนจากประเทศไทย ซึ่งต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศในหลายระดับ จะต้องทราบว่าเงินหรือทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดอยู่ที่ไหน เริ่มดำเนินการติดตามทรัพย์สินคืน ซึ่งในขั้นตอนนี้มีความเชื่อมโยงกับความแตกต่างระหว่างระบบของกฎหมายของไทยและระบบของกฎหมายของประเทศที่ทรัพย์สินซึ่งได้มาจากการทุจริตตั้งอยู่ว่าเป็นระบบ Common Law หรือ Civil Law จะต้องเปรียบเทียบว่าวิธีการติดตามทรัพย์สินคืนวิธีใดจะดีกว่ากันระหว่างใช้การฟ้องร้องทางแพ่งกับทางอาญา

จึงต้องมีการศึกษาระบบกฎหมายของต่างประเทศให้ดีเพื่อที่จะสามารถวางยุทธศาสตร์ในการติดตามทรัพย์สินคืนได้อย่างเหมาะสม กล่าวคือ Common Law เป็นระบบกฎหมายที่มีความยืดหยุ่นมากกว่า การติดตามทรัพย์สินคืนในระบบกฎหมายแบบ Common Law ทางแพ่งจะมีความเข้มงวดน้อยกว่าในการพิสูจน์พยานหลักฐานน้อยกว่าการติดตามทรัพย์สินคืนในระบบกฎหมายแบบ Common Law ทางอาญา การติดตามทรัพย์สินคืนในระบบกฎหมายแบบ Common Law ทางแพ่งจะเสียค่าใช้จ่ายมากกว่า โดยเฉพาะในคดีการติดตามทรัพย์สินที่ได้มาจากการทุจริต กระบวนการกระทำทุจริตจะมี

เครือข่ายและขั้นตอนการกระทำการที่ซับซ้อน จึงต้องใช้ผู้เชี่ยวชาญและเงินลงทุนมากในการเก็บข้อมูล ตลอดจนการพิสูจน์พยานหลักฐาน ในการดำเนินการจะต้องมีการคำนวณถึงความคุ้มค่าในสิ่งที่จะได้รับและค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไป

การติดตามทรัพย์สินคืนในระบบกฎหมายแบบ Common Law ทางอาญา จะเสียค่าใช้จ่ายน้อยลงเพราะเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ดำเนินการ ค่าใช้จ่ายจะตกเป็นภาระของรัฐ การเข้าถึงข้อมูลก็จะง่ายกว่าเอกชน และอัยการจะมีอำนาจต่อรองในการดำเนินคดีมากกว่า อนุสัญญา UNCAC กำหนดเป็นข้อบังคับให้ประเทศภาคีต้องให้ความร่วมมือในทางอาญา แต่ความร่วมมือในทางแพ่งหรือทางปกครองไม่ได้กำหนดเป็นข้อบังคับแต่ขอให้เป็นการร่วมมือที่ประเทศสมาชิกจะพิจารณาให้หรือไม่ก็ได้ การติดตามทรัพย์สินคืนในระบบกฎหมายแบบ Common Law สามารถดำเนินการในทางแพ่งปนกับทางอาญา โดยการดำเนินการขอเข้าเป็นโจทก์ร่วมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับในทางแพ่ง เพื่อเป็นการรวมเอาข้อดีของทั้งทางแพ่งและทางอาญามาเป็นเครื่องมือในการดำเนินการติดตามทรัพย์สินคืน

เนื่องจากกระบวนการกระทำทุจริตจะมีเครือข่ายและขั้นตอนการกระทำการที่ซับซ้อน และผู้กระทำความผิดในประเทศไทยและผู้กระทำความผิดในต่างประเทศมีลักษณะการส่งทรัพย์สินและเงินออกนอกประเทศต่างกัน กระบวนการติดตามทรัพย์สินคืนถ้าหากไม่ได้รับความร่วมมือจากรัฐบาลภาคเอกชนหรือกลุ่มผลประโยชน์ในประเทศที่เราต้องการติดตามทรัพย์สินคืน ก็จะทำให้ทำงานลำบากทั้งในด้านการติดตามทรัพย์สิน การอายัดและการส่งคืนทรัพย์สิน การส่งเสริมความร่วมมือระหว่างประเทศในการติดตามทรัพย์สินก็คือการใช้วิธี Asset sharing ซึ่งเป็นการหักค่าใช้จ่ายในการดำเนินการติดตามทรัพย์สินคืนจากกองทรัพย์สินที่รับได้มาแบ่งปันกันระหว่างประเทศผู้ร้องขอความร่วมมือในการดำเนินการติดตามและริบทรัพย์สินกับประเทศผู้รับการร้องขอ ซึ่งคิดปัญหาข้อกฎหมายของประเทศไทยที่แม้จะกำหนดให้สามารถริบทรัพย์สินได้ในที่สุดแต่ก็ให้กองทรัพย์สินที่รับได้ต้องตกเป็นของแผ่นดิน ข้อกฎหมายดังกล่าวไม่เอื้ออำนวยให้เกิดความร่วมมือระหว่างประเทศไทยกับประเทศอื่นๆ ในการติดตามและยึดทรัพย์สิน หากประเทศไทยสามารถออกกฎหมายหรือมาตรการใดๆ มาแก้ไขปัญหาก็สามารถใช้วิธีการ Asset sharing ได้ ก็จะเป็นมาตรการจูงใจให้เกิดความร่วมมือระหว่างประเทศที่มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น อนุสัญญา UNCAC กำหนดเป็นข้อบังคับให้ประเทศภาคีจะต้องยอมให้ประเทศภาคีอื่นสามารถเข้ามาเป็นโจทก์ร่วมในการฟ้องคดีแพ่งได้เพื่อที่จะพิสูจน์กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ซึ่งกฎหมายไทยไม่ยอมรับให้ให้รัฐบาลต่างชาติมีฐานะเป็นนิติบุคคล เมื่อประเทศไทยให้สัตยาบันอนุสัญญา UNCAC แล้ว ประเทศไทยจำเป็นต้องมีกฎหมายหรือมาตรการที่จะยอมให้รัฐบาลประเทศภาคีอื่นสามารถเข้ามาเป็นโจทก์ร่วมในการฟ้องคดีได้ในการยึดหรือริบทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำทุจริต แต่ละรัฐภาคีมีหลักการในการยึดทรัพย์สินต่างกัน กล่าวคือบางรัฐยึดหลัก

Property base บางรัฐยึดหลัก Value base ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดปัญหาในการดำเนินการยึดหรือริบทรัพย์สิน

3. ปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินการกับทรัพย์สิน ที่ได้มาจากการทุจริตคิน

อนุสัญญา UNCAC ได้กำหนดกลไกในการที่ประเทศผู้รับคำร้องขอซึ่งมีการกระทำ ความผิดดำเนินการกับทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดในต่างประเทศไว้ 2 กลไก คือ กลไกการ ติดตามทรัพย์สินโดยตรง และกลไกการติดตามทรัพย์สินโดยอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศทาง อาญา

กลไกการติดตามทรัพย์สินโดยตรง สามารถดำเนินการได้โดยการเรียกคืนทรัพย์สินเป็นคดี แ่งที่แตกต่างหากจากคดีอาญา ประเทศภาคีจะต้องดำเนินการให้ประเทศอื่นสามารถฟ้องคดีแ่งใน ศาลของประเทศตนเพื่อพิสูจน์กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดฐานคอร์รัปชันหรือ ความผิดอื่นที่กำหนดไว้ตามอนุสัญญาหรือดำเนินการให้ศาลของประเทศตนมีอำนาจสั่งให้บุคคลซึ่ง กระทำความผิดฐานคอร์รัปชันหรือความผิดอื่นที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้จ่ายค่าสินไหมทดแทนหรือ ค่าเสียหายให้กับประเทศที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดนั้น

กลไกการติดตามทรัพย์สินโดยตรงยังอาจทำได้โดยการเรียกคืนทรัพย์สินที่เป็นส่วนหนึ่ง ของคดีริบทรัพย์สิน ไม่ว่าจะการดำเนินการเพื่อริบทรัพย์สินจะเป็นกระบวนการทางแ่งหรืออาญา ประเทศภาคีจะต้องดำเนินการให้ศาลหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศตน วินิจฉัยเรื่องการริบ ทรัพย์สินให้ยอมรับสิทธิของประเทศอื่นในฐานะผู้มีกรรมสิทธิ์โดยชอบด้วยกฎหมายในทรัพย์สินที่ได้มา จากการกระทำความผิดฐานคอร์รัปชันหรือความผิดอื่นที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้กฎหมายไทยที่ เกี่ยวกับการเรียกคืนทรัพย์สินโดยตรงระบุให้เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอาจฟ้องคดีแ่งเพื่อแสดง กรรมสิทธิ์หรือฟ้องเพื่อเรียกค่าเสียหายเป็นคดีละเมิด

ปัญหาอุปสรรคในการเรียกคืนทรัพย์สินโดยตรงมี 2 กรณี คือ ความสามารถในการฟ้องคดี และความสามารถในการพิสูจน์ฐานที่ตั้งแห่งสิทธิ ความสามารถในการฟ้องคดี ผู้ที่จะฟ้องคดีแ่งขอ แสดงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหรือเรียกค่าเสียหายจากการกระทำหรือขอให้รับรองกรรมสิทธิ์ของตนใน ทรัพย์สินในคดีที่ขอให้ริบทรัพย์สินนั้นต้องเป็น บุคคล อาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ซึ่งตาม กฎหมายไทยแล้วรัฐบาลหรือรัฐบาลต่างประเทศไม่เป็นนิติบุคคลจึงไม่สามารถฟ้องคดีได้

กรณีศาลฎีกาเคยยอมรับว่าสาขาของบริษัทต่างประเทศมีสภาพเป็นนิติบุคคลเช่นเดียวกับ บริษัทแม่ในต่างประเทศ แม้สาขาของบริษัทนั้นจะมีได้จดทะเบียนตามกฎหมายไทย โดยการเทียบเคียง กับกรณีที่ได้ยกตัวอย่างมา หากหน่วยงานของรัฐต่างประเทศเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายของ

ต่างประเทศ กฎหมายไทยก็น่าจะยอมรับว่าหน่วยงานนั้นเป็นนิติบุคคลและสามารถฟ้องคดีในศาลไทยได้เช่นกัน

ความสามารถในการพิสูจน์ฐานที่ตั้งแห่งสิทธิได้แก่ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด ความเสียหายที่รัฐต่างประเทศได้รับจากการกระทำความผิดกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด โดยปกติการฟ้องเพื่อยืนยันกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ผู้ฟ้องจะต้องสามารถยืนยันได้ ว่าทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดเป็นทรัพย์สินชิ้นเดียวกับทรัพย์สินที่เป็นของรัฐต่างประเทศ โดยปกติแล้วในการโอน ยักย้ายหรือถ่ายเท ทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดไปยังประเทศอื่น ทรัพย์สินเดิมที่ได้จากการกระทำความผิดนั้นได้เปลี่ยนสภาพไปแล้ว ทรัพย์สินที่อยู่ในประเทศไทยจึงมิใช่ทรัพย์สินชิ้นเดียวกับที่ได้จากการกระทำความผิด ดังนั้นตามกฎหมายไทยแล้ว

หน่วยงานของรัฐนั้นจึงไม่อาจอ้างว่าเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เปลี่ยนสภาพนั้นได้ เพราะทรัพย์สินนั้นมีทรัพย์สินชิ้นเดียวกับทรัพย์สินเดิมที่ได้มาจากการกระทำความผิด กฎหมายไทยไม่มีหลักการเช่นเดียวกับกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีกฎหมายที่เรียกว่า tracing ซึ่งเปิดโอกาสให้เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเดิมสามารถ trace ทรัพย์สินเดิมเข้าไปในทรัพย์สินที่เปลี่ยนสภาพไปได้ และอ้างความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินใหม่ได้ ดังนั้นการพิสูจน์ฐานแห่งสิทธิโดยอาศัยกรรมสิทธิ์ จึงมีโอกาสใช้ได้น้อยในประเทศไทย

ความเสียหายที่ต่างประเทศได้รับจากการกระทำความผิด เนื่องจากปัญหาจากความสามารถในการพิสูจน์กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ในบริบทของประเทศไทยก็อาจจะแก้ปัญหาได้โดยการฟ้องผู้กระทำในฐานละเมิดเพื่อเรียกร้องค่าเสียหาย ซึ่งมีหลักเกณฑ์สำหรับกรณีปกติว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในมูลละเมิดอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดในต่างประเทศนั้น จะกระทำได้อันเมื่อจำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4 วรรค 1 หรือโจทก์มีสัญชาติไทยหรือมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักร ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4 ตรี

ในบริบทของการเรียกทรัพย์สินคืนจะเห็นได้ว่า โจทก์คงจะไม่มีสัญชาติไทยหรือมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักร แต่จำเลยอาจมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรได้ ซึ่งในกรณีนี้ หน่วยงานของรัฐต่างประเทศก็อาจฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ การพิสูจน์ว่าความเสียหายมีจำนวนเท่าไรในบางกรณีอาจจะกระทำได้ไม่ยาก เช่นการชักยอกเงินหรือทรัพย์สินของรัฐ อย่างไรก็ตาม ในบางกรณี เช่น การทุจริตคอร์ปชั่นของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นเหตุให้อุปกรณ์หรือเครื่องมือที่จัดซื้อนั้น ไม่ได้มาตรฐานหรือทำให้ถนนสาธารณะหรือทางด่วน ชำรุดเร็วกว่าที่ควร เช่น การพิสูจน์ว่ารัฐได้รับความเสียหายเป็น

จำนวนเท่าไรจึงเป็นสิ่งที่กระทำได้ยากในกฎหมายไทย กลไกการเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดโดยตรง น่าจะมีปัญหาและอุปสรรคค่อนข้างมากในการดำเนินการ

กลไกการติดตามทรัพย์สินโดยความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญา กลไกการติดตามทรัพย์สินโดยความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญามีองค์ประกอบหลัก 3 ประการคือ การป้องกันการลักลอบทรัพย์สิน การริบทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดในต่างประเทศ การส่งคืนและการจัดการทรัพย์สินที่ริบ

การป้องกันการลักลอบทรัพย์สิน เมื่อได้รับคำร้องของความช่วยเหลือจากต่างประเทศ ไม่ว่าจะในกรณีคำร้องขอให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สิน ประเทศภาคีที่ได้รับคำร้องขอจะต้องดำเนินการเพื่อสืบหาและอายัดหรือยึดทรัพย์สิน เมื่อศาลหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศภาคีผู้ร้องขอมียึดหรืออายัดทรัพย์สินนั้น โดยคำสั่งดังกล่าวจะต้องแสดงเหตุอันสมควรที่ประเทศภาคีผู้รับคำร้องขอเชื่อว่ามิใช่เหตุเพียงพอสำหรับการที่จะยึดหรืออายัดทรัพย์สินและแสดงว่า ในที่สุดแล้ว ทรัพย์สินที่ขอให้ยึดหรืออายัดนั้นจะต้องถูกริบ

การริบทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดในต่างประเทศ การดำเนินการนี้อาจทำได้ดังนี้ การให้ผลกับคำสั่งริบทรัพย์สินของศาลต่างประเทศซึ่งมี 2 ลักษณะ ได้แก่ การบังคับโดยตรงคือ การยอมรับให้คำสั่งริบทรัพย์สินของศาลต่างประเทศมีผลในประเทศผู้ร้องขอ และบังคับตามคำสั่งนั้น การบังคับโดยอ้อมคือ ประเทศผู้ร้องขอจะใช้ข้อเท็จจริงต่างๆ ที่มีในคำร้องขอเพื่อดำเนินการให้ศาลของประเทศตนมีคำสั่งริบทรัพย์สินนั้น การดำเนินคดีอาญาความผิดฐานฟอกเงินหรือกระบวนกรอื่นเพื่อริบทรัพย์สิน และการมีกฎหมายอนุญาตให้ริบทรัพย์สินโดยไม่ต้องมีคำพิพากษาว่ากระทำความผิด

การส่งคืนและการจัดการทรัพย์สินที่ริบ โดยส่งคืนให้กับประเทศผู้ยื่นคำร้องขอสำหรับความผิดอาญาฐานลักขโมยเงินของรัฐหรือการฟอกเงินนั้น หรือส่งคืนให้กับประเทศผู้ยื่นคำร้องขอ เมื่อประเทศนั้นได้พิสูจน์กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นตามสมควร หรือ เมื่อประเทศผู้รับคำร้องขอยอมรับว่าความเสียหายที่ประเทศนั้นได้รับเป็นเหตุแห่งการคืนทรัพย์สิน สำหรับความผิดอาญาอย่างอื่นภายใต้สนธิสัญญาในกรณีอื่นๆ ให้ความสำคัญกับการคืนทรัพย์สินให้กับประเทศผู้ยื่นคำร้องขอหรือเจ้าของผู้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน หรือ นำทรัพย์สินดังกล่าวไปชดเชยให้กับผู้เสียหายจากการกระทำความผิด

ความร่วมมือในการริบทรัพย์สินตามกฎหมายไทยพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 กำหนดเงื่อนไขของการที่ประเทศไทยจะให้ความช่วยเหลือทางอาญากับต่างประเทศในหลักการ กล่าวคือ หลักต่างตอบแทน ไม่จำเป็นต้องมีสนธิสัญญาความช่วยเหลือระหว่างกัน หลักความผิดสองรัฐ เว้นแต่สนธิสัญญากำหนดเป็นอย่างอื่น ความผิดที่เป็นเหตุแห่งการร้อง

ขอไม่ใช่ความผิดทางทหาร ในกรณีความช่วยเหลือในการยึดหรืออายัดทรัพย์สินนั้น ศาลต่างประเทศจะต้องมีคำสั่งให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินนั้นหรือมีคำพิพากษาให้ริบทรัพย์สินแต่ยังไม่ถึงที่สุดและทรัพย์สินนั้นอาจถูกยึดหรืออายัดได้ตามกฎหมายไทย ในกรณีความช่วยเหลือในการริบทรัพย์สิน ศาลต่างประเทศจะต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ริบทรัพย์สินและทรัพย์สินนั้นอาจถูกริบได้ตามกฎหมายไทย ประเทศไทยมีดุลยพินิจปฏิเสธการให้ความช่วยเหลือที่จะกระทบกระเทือนอธิปไตย ความมั่นคงหรือสาธารณประโยชน์ที่สำคัญอย่างอื่นของประเทศไทยหรือความผิดที่ร้องขอเกี่ยวเนื่องกับการเมือง

โดยอัยการสูงสุด ซึ่งเป็นผู้ประสานงานกลางจะดำเนินการ ส่งคำขอให้สืบหาหรือติดตามทรัพย์สินให้ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติดำเนินการ ส่งคำขอให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินเพื่อวัตถุประสงค์สุดท้ายในการริบหรือคำขอให้ริบทรัพย์สินให้อัยการพิเศษฝ่ายคดีเพื่อยื่นคำขอต่อศาลให้มีคำสั่งยึดหรืออายัดหรือริบทรัพย์สิน เมื่อศาลได้มีคำสั่งให้ริบทรัพย์สินตามคำร้องขออัยการพิเศษฝ่ายคดีแล้ว ทรัพย์สินที่ริบจะตกเป็นของประเทศไทย โดยไม่มีการส่งคืนหรือแบ่งให้กับประเทศผู้ร้องขอ

ปัญหาและอุปสรรคในการให้ความร่วมมือในการยึด อายัดและริบทรัพย์สินไม่สามารถให้ความช่วยเหลือในการยึดหรืออายัดทรัพย์สินได้ หากศาลต่างประเทศยังไม่มีคำสั่งยึดหรืออายัดทรัพย์สิน การที่ยังไม่มีคำสั่งยึดหรืออายัดทรัพย์สินอาจเนื่องมาจากคืออยู่ระหว่างสอบสวน หรือพนักงานอัยการเป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งยึดหรืออายัดหรือศาลต่างประเทศไม่มีเขตอำนาจในการออกคำสั่งกับทรัพย์สินที่อยู่นอกประเทศได้

ไม่สามารถให้ความช่วยเหลือในการยึดหรืออายัดหรือริบตามคำร้องขอของต่างประเทศที่ใช้ระบบการริบทรัพย์สินแบบมูลค่าได้ ในกรณีที่ทรัพย์สินนั้น มิใช่ทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด เนื่องจากทรัพย์สินดังกล่าวไม่อาจถูกยึด หรืออายัดหรือริบได้ตามกฎหมายไทย เพราะระบบริบทรัพย์สินของประเทศไทยเป็นระบบริบทรัพย์สินสกปรก ไม่สามารถส่งคืนทรัพย์สินที่ริบให้กับต่างประเทศได้ เนื่องจากกฎหมายให้ตกเป็นของแผ่นดิน

ความผิดมูลฐานตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ไม่ครอบคลุมถึง ความผิดที่เกิดในต่างประเทศและไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลไทยด้วย ทำให้ไม่อาจฟ้องคดีอาญาฐานฟอกเงินหรือใช้มาตรการขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดินเพื่อริบทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดในต่างประเทศได้

ในการแก้ไขกฎหมายความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญาปัจจุบันได้มีร่างแก้ไขกฎหมายความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญา ในประเด็นที่เป็นปัญหาอุปสรรคข้างต้นแล้ว ร่างกฎหมายดังกล่าวอนุญาตให้สามารถช่วยเหลือในการยึดหรืออายัดทรัพย์สินได้ แม้ในกรณีที่ศาลต่างประเทศยังไม่มีคำสั่งให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สิน ยกเลิกเงื่อนไขว่าทรัพย์สินจะต้องถูกยึด อายัด หรือริบได้ตาม

กฎหมายไทย ทำให้สามารถช่วยเหลือในการยึดหรืออายัดหรือริบทรัพย์สินได้กว้างขวางและมีประสิทธิภาพมากขึ้น รวมถึงประเทศที่ใช้ระบบริบทรัพย์สินแบบมูลค่า อนุญาตให้ดำเนินการริบทรัพย์สินที่ริบตามสนธิสัญญาหรืออนุสัญญา UNCAC ได้

อนุสัญญา UNCAC ซึ่งเป็นเรื่องที่มีความเชื่อมโยงกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริต และการอายัดทรัพย์สิน ประเด็นสำคัญก็คือแต่ละประเทศภาคีจำเป็นต้องมีหน่วยงานกลางทำหน้าที่ในการรวบรวมข้อมูลธุรกรรมการเงิน และมีมาตรการตรวจสอบข้อมูลที่แท้จริงของลูกค้านำมาแสดงต่อธนาคาร มีการจัดระดับความเสี่ยงของลูกค้าที่จะมีความเกี่ยวข้องกับการฟอกเงิน มีการติดตามการทำธุรกรรมที่มีลักษณะผิดปกติของลูกค้าแล้วรายงานข้อมูลมายังหน่วยงานกลางที่ทำหน้าที่ในการรวบรวมข้อมูลธุรกรรมการเงิน ตลอดจนการรายงานผู้รับผลประโยชน์ทอดสุดท้ายจากการทำธุรกรรมทางการเงินผ่านธนาคาร มาตรการทั้งหมดนี้หากสามารถกระทำได้อย่างครบถ้วน และเป็นระบบจะเป็นเครื่องมือที่ช่วยได้ในอนาคต

ในการร่างกฎหมายของไทยเพื่ออนุวัติการตามข้อบทต่างๆ ในอนุสัญญา UNCAC ก็คือจำเป็นต้องมีการร่างกฎหมายอนุวัติการที่มีความครอบคลุมในกระบวนการขั้นตอนตั้งแต่การอายัดยึดและส่งคืนทรัพย์สิน ซึ่งในปัจจุบันประเทศไทยมีปัญหาที่มีกฎหมายเฉพาะในส่วนการอายัดและยึดทรัพย์สิน แต่ไม่มีกฎหมายที่ให้อำนาจในการดำเนินการส่งคืนทรัพย์สินกลับประเทศ
